

# ○論説：民法 907 条の協議の意義と系譜（中） —家事事件手続法における当事者主義的運用の基礎的研究—

稲田龍樹\*

第 1 章 はじめに

第 2 章 民法典（家族法）と協議、熟議、熟談

第 3 章 民法典（家族法）制定過程の背景

以上、前号（9号）

第 4 章 明治民法典（家族法）制定までの草案の変遷と熟談、熟議、協議

第 1 節 総 説

第 2 節 仏蘭西民法典の翻訳書

第 3 節 旧民法（家族法）に至るまでの草案～前半

第 4 節 旧民法（家族法）に至るまでの草案～後半

第 5 節 旧民法典

以上、本号（10号）

第 5 章 明治民法典（家族法）と協議

第 6 章 大正要綱、人事法と協議

第 7 章 昭和民法と協議

以上、次号

## 第4章 明治民法典（家族法）制定までの草案の変遷と熟談、熟議、協議

### 第1節 総 説

本章では、第3章でみた明治前期家族法の布告、達、伺・指令などにあらわれた熟談、熟議、協議にかかる実務上の動きを踏まえて、民法典（家族法）の各種草案にあらわれた熟談、熟議、協議の変遷をみる。ただし、あくまで

---

\* 学習院大学法務研究科教授。

も家族法に関する検討であるから、ときに民法全体からみるとやや偏りがあることはやむを得ないところである。

第4章における検討のすじみちと結論をあらかじめ述べておくと、以下のとおりである。

明治民法典は1890年（明治23年）公布にかかる旧民法典が1898年（明治31年）に大きく改められた上で施行されたことは、前記したとおりである（第1章第3節参照）。やや便宜的ではあるが、明治民法典制定（施行）までに至る過程を第4章と第5章に分けて検討したい。まず、第4章では、明治初年から旧民法典公布までを簡潔に述べる。家族法を中心に検討する本稿の立場から、旧民法（家族法）公布に至るまでを前半と後半に分けて検討することとし、前半部分は明治初年から岩倉具視欧米視察団が帰国した1873年（明治6年）9月ころまでとする<sup>1</sup>。後半部分は同年10月から民法施行延期を決めた1892年（明治25年）までとする。そして、第5章では、同年から大正初期までの明治民法（家族法）をめぐる動きを簡潔にふれる。ここでも2分して、前半部分では旧民法施行延期後から明治民法の制定・施行まで、後半部分では明治民法の解釈の動きはいかなるものであったかを簡潔に扱うことになる。

また、検討結果の概要を先取りしてふれると、以下のとおりである。

明治民法において「協議」文言が制定されるまでには大要2つの流れがあった。第1の流れは、日本の伝統的な実務慣行を形成してきた「家」制度<sup>2</sup>に関連する協議離婚・協議離縁に関する諸規定の正文化という作業の流れであ

---

1 岩倉具視（欧米派遣団）は、1871年（明治4年）11月12日木戸孝允、大久保利通、伊藤博文らとともに横浜を出発し、1873年（明治6年）5月大久保利通、同7月木戸孝允、同9月岩倉具視、伊藤博文ほかが各帰国した。なお、井上毅は、1872年（明治5年）9月渡仏し、翌年9月帰国した。

2 「家」制度という語は、これまでもふれたが、2つの意味があると考えている。第1は、明治民法で確立した法制度としての「家」である。第2は、江戸時代の慣習ないしは慣習法の規律総体（内容）である「家」をさすものである。以上とは異なり、法令上の姿と社会実態の姿とが混在あるいは未分化なものに、明治前期の「家」がある。しかし、それは江戸時代のそれが近代法下でのそれへの変容過程の諸相を意味し、明治維新の荒波にさらされた特殊に混淆変容したものと考える。なお、第2の意味は、精密なものではなく、江戸時代の「家」が一つの型であるとは考えていない（落合恵美子「徳川日本の家族と地域性研究の新展開」落合恵美子編著『徳川日本の家族と地域性』（ミネルヴァ書房。2015）1頁以下）。

る。第2の流れは、個人所有権の確立を大原則としながら物権法における所有権の規律のうちの相隣関係および共有物分割の各諸規定の正文化という作業の流れである。この2つの流れを法体系上の調整を加えたうえ、第5章でみるとおり、最終的には明治民法第5編相続編において家督相続の例外である分割相続を定め、これについて共有規定の準用という形で遺産分割の仕組みが民法上規律された、と解するものである。なおいうまでもないが、明治民法（家族法）の骨格は、近代法の下における「家」制度を形成するにあたり、国のかたちをいかに形成するかという問題と密接に関わっていた。したがって、本稿においても、あくまでも「協議」の意義と系譜を考えるかぎりではあるが、必要最小限度そうした問題にもふれることになる。上記した第1の流れと第2の流れの全体を通底するものと考えているからである。

## 第2節 仏蘭西民法典の翻訳書

### 1 仏蘭西民法典の翻訳と協議

仏蘭西民法典は、その翻訳書を通じて、急速にわが国に浸透した。ここでは、箕作麟祥翻訳による『仏蘭西法律書 民法』を中心に、網羅的ではないが、黒川誠一郎述『仏蘭西法律書民法講義』、磯部四郎『民法釈義完』、加太邦憲・中村健三共訳『仏蘭西民法自第一至第五』に著作のなかで協議の語がどのように使われていたかをみる。

#### (1) 箕作麟祥翻訳「仏蘭西法律書 民法」

本稿は、前にも述べたように、「協議」の語が法令語として定着したのは、西洋立志編の流布、協議費財政の実施にくわえて、1871年（明治4年）に刊行された箕作麟祥翻訳による「官版 仏蘭西法律書 民法」（以下、「箕作仏蘭西民法」と略称する）<sup>3</sup>の影響が強かったと考える。同書は、明治初年の法

3 学習院大学図書館所蔵にかかる箕作麟祥翻訳『仏蘭西法律書 民法』（太政官翻訳局蔵版。1871）は、和綴本全16冊である。筆者はこの原本により本文を記述するが、漢字等すべて原文とおりに記述できていないことをあらかじめお断りする。以下においては、原典頁数の表記の煩瑣や参照する場合の不便を避けるため、原則として、前田達明編『史料民法典』（成文堂、2004）の頁数を掲記し、必要ある場合には本文で第1冊12丁表裏などと表記することをお断りしておきたい。

実務に大きな影響力を有していたものである。法令語としての「協議」を考察するために、まずは同書について検討するところから始める<sup>4</sup>。

箕作麟祥は、1869年（明治2年）に明治政府からフランス刑法の翻訳を命じられ、その後、フランス民法を翻訳し刊行した。第1冊から第4冊までは大学南校から1871年(明治4年、明治辛未)仲春刊行され、第5冊から第16冊までは文部省から明治辛未に各刊行されている。第1冊には「仏蘭西法律書民法原名『コードナポレヨン』第一」、前加篇として1条から6条までがあり、第1冊から第3冊までは第一篇として「人事」の下に民権ノ受奪、民生ノ證書、婚姻、離婚ヨリ親子ノ権及び養子、後見等に至るまでの諸件について7条から515条までを、第4冊は第二篇として「財産及財産所有ノ種類」の下に不動産、動産の種類より財産所有の権などの諸事について516条から710条までを、第5冊から第16冊までは第三篇として「財産所有ヲ得ル種々ノ法方」（16冊36丁）の下に遺物相続、贈遺、契約及び婚姻の契約より売買、会社、借貸、保證等の諸件について711条から2281条までを記述している。なお、第16冊の29丁表から58丁裏までに「仏蘭西法律書民法目次」の記載がある。

なお、ここにいるフランス民法とは、ナポレオン法典であるとされているが、じつは現在の協議離婚制度に相応するものと解されているナポレオン法典275条から294条までの条文はすでに1816年5月に廃止されていた<sup>5</sup>。この部分は、1871年(明治4年)に箕作仏蘭西民法が出版された当時のフランス本国で

---

4 前田編『史料民法典』2頁から3頁（前田達明）。

5 神戸大学外国法研究会編『現代外国法叢書（14）仏蘭西民法〔I〕人事法』（有斐閣、1939旧版、1956復刊）261頁（谷口知平）によれば、以下のとおりである。ナポレオン民法は相互の合意による離婚を規定し、男子は少なくとも25年、女子は21年ないし45年なること、婚姻が2年以上継続し20年以上に至らざること、父母の同意あること、財産、子供、扶養に関し協議を為せること、第1審裁判所長の面前に3月毎に4回出頭を要すること、非訟事件手続により裁判所が、離婚を宣告し、又法令違反を理由に離婚不許を宣告すべきこと等が詳細に規定されていた。この制度は、合意の形式の下に真の離婚原因があることを公けにしないで離婚を裁判上宣告させるのが目的であったから、手続は繁雑であったとされている。なお、滝沢正『フランス法4版』（三省堂、2010）66頁は、フランス革命直後の離婚法で広汎な離婚の自由は認められ、すなわち、法定原因に基づく有責離婚のほか、協議による離婚、性格の不一致を理由とする一方的な離婚請求いわゆる破綻離婚までも認めたこと、もっとも、これらには「裁判所の関与が常に措定されており」と指摘する。

は、フランス革命前の法制状態に戻っていたが、箕作仏蘭西民法は、廃止されたことを明示して<sup>6</sup>、上記275条から294条までを全てわが国に紹介したのである（第2冊38丁表から45丁表）。したがって、同書を実務の参考としたわが国の法実務家はフランス革命の所産である夫婦相互の承諾による離婚制度にかかる法条を読み、日本の離縁（離婚）にかかる慣習法と比べ考量しながら執務した可能性が大きいと推測される。伺・指令などの法実務上、どのような影響を受けたかは今後の研究課題であるが、まことに重要なことと思われる。

ところで、この明治前期の日本の法実務に強い影響を与えたフランス民法典はもとより、上記廃止前のナポレオン法典（箕作仏蘭西民法は、「雙方ノ承諾ニヨル離婚」制度にかかる廃止前の旧条文を含む）も、プロイセンやオーストリアの啓蒙主義的民法典と比較して、はるかに強い家父長制的な伝統的構造を維持していたことに留意すべきであると西洋法制史の専門家から指摘されている<sup>7</sup>。もっとも、こうした角度からのフランス法がわが国の民法典の編纂過程（あるいは、明治前期家族法にかかる布告、達、伺・指令など）に対していかなる影響をどの程度与えたかの詳細は、西洋法制史および日本法制史の専門家の今後の検討にまつべきであろう。

さて、箕作仏蘭西民法には、フランス民法典の条文翻訳において「協議」の語が、次のように多用されている。以下、条文中の「協議」に便宜下線を付すこととする。また、条文中の「熟談」、「熟議」およびこれに準ずる文言あるいは関連する文言に下線を付すこともある。

（あ） 民法第三篇「財産所有ノ権ヲ得ル種々ノ方法」（第5冊1丁表）、第一巻遺物相続、第五章、782条「若シ前条ニ記シタル死者ノ遺物相続ヲ肯シ又ハ肯セサル事ヲ協議セサル時ハ遺物ノ価額ニ至ル迄ノ外負債及ヒ費用ヲ償ハサ

6 箕作麟祥翻訳『仏蘭西法律書 民法』第2冊23丁表の第6巻離婚の語の次に「〔千八百三年三月二十一日決定同月三十一日布告千八百十六年第五月八日廃ス〕」と記載がある。1875年（明治8年）4月翻訳局（箕作麟祥）訳述『仏蘭西法律書上巻憲法民法』印書局印行の民法の部の241頁も同様である。

7 西川洋一「近代法の再定位のための7つの試みに接して」石井三記ほか編『近代法の再定位』（創文社。2001）233頁。

ル特権ヲ有スルノ約定ヲ以テ其遺物相続ヲ肯ス可シ」、第六章、827条「然トモ各遺物相続人皆丁年ナル時ハ其相続人協議ノ上撰任シタル「ノテイル」ノ面前ニ於テ其糶売ヲ為スコトヲ得可シ」、828条1項「不動産及ヒ動産ノ評価ヲ為シ且之ヲ売払フ可キ時ハ之ヲ売払ヒシ後掛リ裁判役ノ言渡ニテ各遺物相続人ヲ其協議シテ任シタル「ノテイル」ノ面前ニ至ラシメ若シ其相続人「ノテイル」ニ任スルニ付キ協議セサル時ハ裁判所ノ公務ヲ以テ任シタル「ノテイル」ノ面前ニ至ラシム可シ」、834条1項「與ニ遺物相続ヲ為ス数人ニテ其中ノ一人ヲ撰ンテ財産分派ヲ為サシム可キコトヲ協議シ其一人之ヲ為スコキコトヲ承諾シタル時ハ其の者自カラ分派ヲ為スコシ若シ然ラサル時ハ掛リ裁判役ノ任シタル評価人ヲシテ其分派ヲ為サシムル可シ」、842条3項「諸般ノ財産ニ通シ用フ可キ證書ハ遺物相続人等協議シテ其中一人ニ預ケ置ク可シ但シ其者ハ他ノ相続人等其證書ノ入用ナルコトアル時ハ之ヲ渡スコシ」、

(い) 第六卷売買、第一章「売買の本義及ヒ法式」(第12册1丁表)、1583条「一方ヨリ未タ物件ヲ渡スコトナク且他ノ一方ヨリ其價ヲ拂フコトナシト雖トモ其物件ト其價トヲ互ニ協議シタル上ハ其雙方ノ間ニ於テ売買ヲ為シ了リタルモノトシ買主ハ売主ニ対シテ其物件所有ノ権ヲ得可シ」、1589条「雙方ノ者其売買スコキ物品ト其價トヲ互ニ協議シタル上ハ売払ノ約束ノミニテ既ニ売買ヲ為シタルニ等シキ効アリトス」、1610条「売主其所為ニ因リ嘗テ買主ト協議セシ期限内ニ物件ノ引渡スコトヲ遷延シタルニ於テハ買主其売買ノ契約ヲ取消サント訴ヘ又ハ其の物件ヲ己ノ所有ト為サント訴フルコト自由ナリトス」、1611条「何レノ場合ニ於テモ売主買主ト嘗テ協議セシ期限内ニ其物件ヲ引渡ササルニ因リ……」、第五章、1656条「不動産売買ノ時買主ト売主ト協議シタル期限ニ買主其代金ヲ拂ハサルニ於テハ其売買ノ契約ヲ取消スコキコトヲ別段定メ置キタルト雖トモ……」、1657条「飲食料ノ商品及ヒ「エヒヘーモビリエール」第五百三十五条見合ヒノ売買ヲ契約シタル時は其物ヲ引取ル可キ為ニ協議シタル期限ノ終リシ後ニ至リ……」、1670条「……然トモ前二条ノ場合ニ於テ買主ハ数人ノ売主又ハ遺物相続人等ニ対シ其不動産ノ全部ヲ買戻スコトヲ互ニ協議スコキノ求メヲ為スコトヲ得可シ若シ其数人互ニ協議セサル時ハ買主其数人中ノ一人ヨリ買戻ノ訴訟ヲ受クルト雖トモ

之ヲ拒ムノ権アリ」、1680条「評価人三員ハ裁判所ヨリ之ヲ任ス可シ但売主及ヒ買主雙方其評価人三員ヲ任スルコトヲ協議シタル時ハ格別ナリトス」、第七章、1686条「数人ノ共通スル物件ヲ損失ナク平當ニ分ツコトヲエサル時又ハ数人ノ共通スル物件ヲ互ニ協議シテ分派シ其分派ヲ得可キ各人ノ皆己レノ所有ト為スコトヲエサル物又ハ所有トスルコトヲ欲セサル物アル時ハ糶売ヲ以テ之ヲ売払ヒ其数人ニ其代金ヲ分ツ可シ」、

(う) 第八卷賃貸ノ契約、第一章「總規則」（第13册1丁表）、1710条「人力ノ賃貸トハ一方ノ者他ノ一方ノ者ト協議ノ上定メタル賃銀ヲ得テ……」、第三章「人力ノ賃貸」1793条「建造者土地ノ所有者ト協議シタル積書ニ從ヒ請負ニテ建造ヲ為スコキコトヲ任シタル時ハ其建造者工丁ノ勞力又ハ財力ヲ増シタルヲ口実ト為シ又ハ積書ニ記シタル所ヲ變易シ或ハ増加シタルヲ口実ト為シテ其価を増サント求ム可ラス但シ土地ノ所有者書面ヲ以テ其變易及ヒ増価ヲ許可シタル上ニテ雙方其増価ヲ協議シタル時ハ格別ナリトス」、

(え) 第四章「獸類ノ貸借」、1800条「獸類貸借ノ契約トハ貸主ト借主ト互ニ協議シタル所ニ從ヒ一方ヨリ他ノ一方ニ獸類ヲ貸与ヘ他ノ一方ニテ之ヲ管守シ且畜養（ちくよう一筆者注）スルノ契約ヲ云フ」、

(お) 第九卷会社ノ契約、第三章、1854条「……其社中ノ一人又ハ会社外ノ者ノ判断ニ任カス可キコトヲ協議シタル時ハ其判断ノ不正ナルコト分明ナルニ非レハ其事ニ付キ故障ヲ述フルコトヲ得ス」、1857条「……其数人互ニ協議シタル上ニ非レハ事ヲ処置ス可カラサル旨ヲ別段定メタルコトナキ時ハ会社ノ支配ニ管スル諸般ノ事務ヲ各自ニ執行フコトヲ得可シ」、1858条「会社ノ事務ヲ支配スル数人互ニ協議シタル上ニ非レハ事ヲ処置ス可カラサルノ契約アル時ハ其支配人中ノ一人更ニ改メテ契約ヲ為シタル後ニ非レハ他ノ支配人ノ立合ナクシテ事ヲ処置スルヲ得ス但シ他ノ支配人当時其支配ノ所為ヲ行フコト能ハサル時ト雖トモ亦同一ナリトス」、

(か) 第十卷貸借、第二章、1899条「貸主ハ借主ト協議シテ定メタル期限ニ至ラサル内ニ……」、1902条「借主ハ貸主ト協議シテ定メタル期限ニ至リ嘗テ借受ケシ物ト同質同量ノ物ヲ還ス可シ」、1911条「……又借主後ニ元資ヲ還サントスルニ於テ其時ヨリ幾日前ニ之ヲ告知ス可キヤヲ貸主ト協議

シタル時ハ其日ニ至リ其告知ヲ為シタル上ニ非サレハ其元資ヲ還スコトヲ得ス」、

(き) 第十一卷附託ノ事及ヒ雙方相争フ物ヲ人ニ附託スル事、第二章「通常ノ附託」(第14册1丁裏)、1939条3項「又附託セシ物件ヲ分ツ可カラサル時ハ其相続人等互ニ協議シタル上其物件ヲ受取ル可キ者ヲ定ム可シ」、

(く) 第三章、1963条「此類ノ附託ハ訴訟ニ管シタル数人ノ互ニ協議シテ定メタル者又ハ裁判役ノ特ニ定メタル物ニ之ヲ為スコシ」(第14册14丁裏)である。

以上(あ)から(く)までに掲記した条文において、なぜ「協議」の語がさまざまな箇所で使われたのかについては、必ずしも明らかではない。しかし、当事者双方がある合意をした場合(しようとする場合における)、合意に至る前の準備活動あるいは準備的な交渉をも含意するものとして「協議」の語を用いているようである。たとえば、782条(ノテイルを選任するための準備として行う相談を含意する)、1583条(売買の合意およびその合意に至る前の準備的相談を含意する)、1899条(貸主ト借主が期限を決めた場合に決めるための相談を含意する)などである。

また、箕作仏蘭西民法には、婚姻(227条)、離婚(229条)の訳語はあるが、協議離婚の語はない<sup>8</sup>。第一篇人事、第六卷第三章「雙方ノ承諾ニテ離婚ヲ為ス事」(Du divorce par consentement mutuel)、275条には「夫ノ25歳以下ナル時及ヒ婦ノ21歳以下ナル時ハ其雙方ノ承諾ニテ離婚ヲ為スコトヲ許ス可ラス」とあり、同条以下では、協議ではなく「雙方ノ承諾」「雙方承諾」などの語を頻繁に用いる。さらに、箕作仏蘭西民法の後見にかかる章には「親族ノ會議」「親族會議」の語が頻出するが、これらは、明治前期の伺・指令等にあらわれた親族の熟談、熟議、協議をさしたものと解されるいわゆる「親族會議」とは異なるものである。

## (2) 箕作麟祥翻訳「増訂仏蘭西法律書民法」

箕作麟祥は、1883年(明治16年)に『仏蘭西法律書 民法』を大幅に改訂

---

8 前田編『史料民法典』29頁以下。



した「増訂佛蘭西法律書憲法民法」（博聞社、1883）を出版した<sup>9</sup>。表紙には、元太政官翻訳局蔵版、元老院議官箕作麟祥増訂、増訂仏蘭西法律書憲法民法、博聞社蔵版と印刷されている。同書の緒言には、この書は1883年パリにおいて新刊のものにかかる、その記載するところ旧刊本と頗る異同あり、再度翻訳に従事する所以である旨の記載がある<sup>10</sup>。そして、箕作はその訳業の至難さを述べた上で「原文中ノ疑義ニ至リテハ佛国法律博士『ボアソナード』氏ニ就テ之ヲ質シ大ニ得ル所アリ是同氏ノ賜ニシテ感謝ニ堪ヘサル所ナリ」と記して、ボアソナードに対する謝辞を述べている。

（あ）増訂仏蘭西法律書民法では、協議の語は8ヶ条において用いられている。箕作仏蘭西民法においては22ヶ条であったことと比べ、激減したといえよう。まず、「協議」の語が条文上存続したものは、以下のとおりである。

- a 民法782条「若シ前條ニ記シタル死者ノ遺物相続人中ニテ同上ノ遺物相続ヲ肯シ又ハ肯セザルコトヲ協議セサル時ハ遺物ノ価額ニ至ル迄ノ外負債ヲ償ハサルノ特権ヲ有スル約定ヲ以テ其遺物相続ヲ肯ス可シ」
- b 827条「又不動産ヲ分派スルコト不便ナル時ハ其不動産ヲ裁判所ニテ糶売ニ為ス可シ 然レトモ各遺物相続人皆丁年ナル時ハ其の相続人協議ノ上選任シタル證書人ノ面前ニテ糶売ヲ為スコトヲ得可シ」（糶売：せり売り一筆者注）
- c 828条「不動産及ヒ動産ノ評価ヲ為シ且之ヲ売払フ可キ時ハ之ヲ売払ヒシ後掛リ裁判役ノ言渡ニテ各遺物相続人ヲ其協議シテ任シタル證書人ノ面前ニ至ラシメ若シ其相続人證書人ニ任スルニ付キ協議セサル時ハ裁判役（ママ）ノ公務ヲ以テ任シタル證書人ノ面前ニ至ラシム可シ……」
- d 834条「與ニ遺物相続ヲ為ス数人ニテ其中ノ一人ヲ撰ンテ財産分派ヲ為サシム可キコトヲ協議シ其一人之ヲ為ス可キコトヲ承諾シタル時ハ其者自カラ分派ヲ為ス可シ若シ然ラサル時ハ掛リ裁判役ノ任シタル評

9 箕作麟祥『増訂佛蘭西法律書憲法民法』（博聞社、1880）のうち85頁以下が民法であり、緒言1頁から4頁があり、本文は1頁から始まる。以下では、単に「増訂民法」86頁などと引用する。

10 手塚豊『明治民法史の研究（下）』（慶應通信、1991）10頁は、増訂佛蘭西法律書はリビエール合纂本の訳本であるという。

個人ヲシテ其分派ヲ為サシムル可シ」

- e 1670条「互ニ相協議セシムル為メ其共同売主ノ全員又ハ共同相続人ノ全員ヲ訴訟ニ參セシムルコトヲ要求スルヲ得可シ而シテ若シ其共同売主又ハ共同相続人ノ相協議セサル時ハ其訟求ヲ免脱セラル可シ」
- f 1680条「鑑定人（かんでいにんー筆者注）三名ハ職権上ニテ之ニ選任ス可シ雙方ノ物カ相合同シテ其三名共ニ之ヲ選任スルコトヲ協議シタル時ハ格別ナリトス」
- g 1686条「共通財産ノ協議上ニテ為シタル分派ニ於テ共同分派人ノ誰アリテ收取スルコトヲ為ス又ハ收取スルコトヲ欲セサルモノアル時ハ……」
- h 1939条「附託ヲ為シタル物ノ死去又ハ准死ノ場合ニ於テハ附託物ヲ其者ノ相続人ノミニ返ス可シ……若シ附託物カ不可分ノ物タル時ハ相続人数人ハ之ヲ收受スル為メ相互ニ協議セサル可カラス」

(い) 次に、箕作仏蘭西民法では「協議」を使用した条文が、増補民法では、次のとおり変わっている。すなわち、①別の訳語をあてられた例（合意した、明示した、定めた、相互の承諾、撰定した）、②全く削除された例（後記g参照）、の二種類がある。

- a 協議が「合意シタル」に変わった例としては、増補民法1583条、1610条、1656条、1657条、1710条、1793条、1800条、1854条、1963条がある。
- b 「合意セラレタル期限」に変わった例としては、同1611条、1899条、1902条がある。
- c 「明示スルコトナキ時ハ」に変わった例として、同1857条がある。
- d 「定メタル預先ノ期限ニ於テ」に変わった例として、同1911条がある。
- e 「双方ノ者ニ於テ物ト代価トニ付キ相互ノ承諾アル時ハ売買ノ約束ヲ以テ売買ニ等シキ効力アリトス」に変わった例として、同1589条がある。
- f 「撰定シタル者」に変わった例として、同842条がある。
- g 協議の語に代替するような訳語が熟語としては見あたらないような例として、同1858条がある。

以上を通観すると、1883年（明治16年）の段階で、協議の語が残った条文はすべて相続に関連する規定である。財産法（債権法）の領域から協議の語

は消え去り、同年以降の民法典編纂の立法過程においても相隣関係、共有物分割の諸規定であられるほか、財産法、特に債権法関係で本格的に復活することはなかった。箕作仏蘭西民法で多用された「協議」は契約あるいは合意の前段階にあたる準備活動あるいは準備的な交渉を意味していたものが多いと解されるが、その準備活動等に相応する文言は法文上からは消え、契約締結あるいは合意成立の問題に収れんされていったと考えることになるのであろう<sup>11</sup>。

なお、「協議」の語を法典編纂過程で考察する場合に、裁判規範として翻訳したのか、行為規範として翻訳したのかは重要な問題点であろう。この点を明らかにすることはできていないので、以下においては表面的な言及に留まらざるを得ない。

### (3) 黒川誠一郎述『仏蘭西法律書民法講義』

黒川誠一郎は、1880年（明治13年）6月1日から事務を始めた民法編纂局第1課に属した司法権大書記官兼太政官権大書記官<sup>12</sup>を務め、フランス留学を経験したものである。

黒川誠一郎は、1876年（明治9年）版權免許を得た「仏蘭西法律書民法講義」全2巻を刊行した<sup>13</sup>。同書は、主として、フランス民法の身分法を口述筆記したものである。同書では「協議」の語は2か所で用いられている。1つは、婚姻を結ぶにあたり尊属または親族會の許諾を得なければならないことに関して協議の用語がある。「凡ソ婚姻ハ人生一世ノ大事ナリ而シテ夫婦タラント欲スル者ハ想像多キノミニシテ實際ノ経験少ナシ故ニ法律ヨリ此者（一定の年齢までの男女一筆者注）ヲ保護シ之ヲ親族ニ協議セシムルナリ」（1巻6号

11 箕作仏蘭西民法が協議の語を多用した理由として、売買というものは協議なしに決められないと考えたとすると、現代のように意思の一致という一時点の合意成立ではなく、実体的な形成とともに最終合意である売買成約に至ると考えた可能性がある。なぜなら、当時、物事を決めるとは「熟談ノ上」でするのが普通だという観念（確立した通念）があるならば、これを前提に訳すしかなかったからである。

12 大久保泰甫・高橋良彰『ボワソナード民法典の編纂』（雄松堂出版、1999）40頁。第1課は箕作麟祥（議官）、磯部四郎（太政官少書記官）、ボアソナードおよび黒川誠一郎の4名が属した。

13 黒川誠一郎述『仏蘭西法律書民法講義』（二五三五社筆記、東洋社、1876版權免許）1巻（首号から第10号、1878再版）、2巻（第11号から第20号、1879合本）。本書は、学習院大学図書館所蔵本である。

15頁)。2つは、扱菓権 (ユジュフルイ<sup>14</sup>) の性質の項において「協議」が用いられ、裸所有権者と扱菓者は「容易ニ協議調ハサル可シ」とある (2巻19号17頁)。フランス法の解説として、前者は婚姻に関し、後者は所有権を分権した者間の法律関係に関し、「協議」が用いられている。

#### (4) 磯部四郎『民法釈義完』

磯部四郎<sup>15</sup>は、司法省明法寮を経て、1875年 (明治8年) に渡仏し、1878年 (同11年) 12月に帰国し、1881年 (明治14年) 4月にフランス民法の抄訳『民法釈義完』<sup>16</sup>を刊行した。同書97頁に「協議」の語を用いる。共有物の分割に関するものであり、「共有者ハ其者ヲ売却セントスルモ容易ニ協議一定セサル可ク又共同所有者ノ各々所有スル部分ノミヲ売却セント欲セハ之ヲ買受クル者常ニ稀ナルヘケレハ也」とある。

磯部は、同書206頁においては約束 (コンワンション)<sup>17</sup>、契約 (コントラー) の訳語を用い、約束とは「二人以上ノ人法律上ノ結果ヲ履行センカ為メニ合同一致シタル有様ヲ云フ而シテ約束ノ目的ニ於テ権利ヲ生スルニアルト

---

14 ユジュフルイ (usufruit) とは、用益権と訳され、「他の者が所有権を有する物を、その物の実体を保存することを負担として使用し、果実を収益する物権」(民 578 条以下) である。わが国には、これに対応する概念がない。用益権の対象である物の所有権者は、用益権が存続する期間中はその物の使用・収益を制限され、名目的な所有権を留保されるにすぎない。この名目的な所有権は、原語では nue-propreite (裸の、付属物のない、所有権) と呼ばれ、「虚有権」と訳されている (山口俊夫編『フランス法辞典』(東京大学出版会、2002) 614 頁)。以上は、長谷部由起子氏 (学習院大学教授) のご教示による、併せて下記文献のご教示を受けたので、記してその学恩に感謝するものである。原恵美「有価証券資産に対する用益権の設定」松川正毅・金山直樹・横山美夏・森山浩江・香川崇編『判例にみるフランス民法の軌跡』(法律文化社、2012) 75 頁は、用益権は、家族間の財産移転や扶養の目的で設定されることが多く、その中でも、相続に関連して生存配偶者を受益権者、子どもを虚有権者とすることがとくに多いとされる。

15 平井一雄・村上博編『磯部四郎研究』(信山社出版、2007) 37 頁 (村上博)。

16 磯部四郎『民法釈義完』(弘令社、1881 年) 日本立法資料全集別巻 159 (信山社出版、2000 年復刻版)。なお、磯部四郎は、これとは別に、1890 年 (明治 23 年) から 1893 年 (26 年) までの間、大日本新典民法釈義全 21 冊 (その後合本) を刊行した (平井・村上編『磯部四郎研究』345 頁)。

17 編集顧問星野英一、ボワソナード民法典研究会 (代表大久保泰甫) 編著『ボワソナード民法典資料集成 第Ⅱ期の前期Ⅰ・Ⅱの(Ⅲ)『民法應用字解全』(雄松堂出版、2001) 221 頁は、「合意 名詞 コンワンション」「二人又ハ数人ノ意思ノ合同ヲ云フナリ」という。なお、山口俊夫『概説フランス債権法下』(東京大学出版会、2004) 47 頁は、詳説した上で convention に「約定」の訳語をあて、consentment に原則として「合意」、例外的に「承諾」の訳語をあてる。

キハ」「特ニ契約ト云フ」とし、同書211頁においては契約の3要素として合意、目的（テブピ）、原因（コーズ）をあげ、「合意トハ契約者双方ノ意旨ノ同時ニ合同一致シタルヲイフ」とする。

次に、同書230頁では、女性が単独で契約を結べるとするならば「一家二人ノ家長ヲ造成スル也一家ニ二人ノ家長即チ同等ノ権力ヲ有スル者二人アルトキハ勢必ス相軋轢セサルヲ得ス」「夫妻反目家道遂ニ成ラサルニ至ラン」これを国に喩えると政体には立憲政体、共和政治などがあるとしても其主宰者は一人である。一国に二人の主宰者あれば一国といっても実は二国である。「家ニ於ルモ亦然リ夫婦同等ノ権力ヲ有スルトキハ其家相分裂スルニ至ラン」と述べる。

さらに、同書263頁以下では、正当相続の項の下に、相続（シユクセション）の方法は分配法と総領法があり、フランスでは革命により総領法を廃し、同時に長男権を廃し、分配法を採用したが、総領法をとる日本では必要がなく説明は省く、とする。

箕作仏蘭西民法では協議の語が多用されていたが、磯部は協議の語に特別の意味をほとんど与えていないことが注目される。また、磯部は本書で家と国家を相似的に考察しているが、同書の性格からするとフランス法の考え方を紹介したものなのであろう。しかし、翻訳に当たり、磯部自身の考えが混入しているとみる余地もあろう。西洋法制史の門外漢である筆者としては専門家の判断に委ね、断定を控える<sup>18</sup>。

##### (5) 加太邦憲・中村健三共訳『仏蘭西民法自第一至第五』

加太邦憲は司法省明法寮を経て司法省法学校を卒業し、東京地方裁判所長などを歴任した者であり、中村健三は明法寮中退し検事を務めた者である。加太らは、1883年（明治16年）から1885年（明治18年）までに刊行された『仏

18 西川洋一がフランス民法は家父長制の強い法典であると指摘したことは前記した。勝田有恒・森征一・山内進編著『概説西洋法制史』（ミネルヴァ書房、2002）266頁（屋敷二郎）も家父長制の強い規定の存在をいう。なお、金山直樹『法典という近代』（勁草書房、2011）189頁は、フランス法の大家ポルタリスの「人は家族という小さな祖国を通じて大きな祖国と結びつくことができる。」という言葉を紹介している。本文でもふれたが、国と家に関係づけて考えるのは、日本の伝統的な考えと泰西主義のいずれによるのか断じがたく、双方の影響の可能性があるかも含めて留保する。

蘭西民法』（知新社）で仏民法の正文を翻訳しなおして出版した<sup>19</sup>。この翻訳においても、箕作麟祥の増訂仏蘭西法律書民法で協議の語が用いられた8ヶ条のうち、782条だけは協議に代えて「商議」の語が当てられたが、他の827条、828条、834条、1670条、1680条、1686条、1939条ではいずれも「協議」の語が用いられた<sup>20</sup>。その他の箇所は「約束」の訳語が多く用いられていた<sup>21</sup>。この翻訳作業はおそらくボアソナードの法教育の成果のひとつとみてよかろう。

なお、加太らが翻訳した『仏蘭西民法』第6巻離婚の第3章の表題は「相互ノ承諾ニテ為ス離婚」であり<sup>22</sup>、離婚について「協議」の用語はない。

## 2 井上毅の法制活動と叶議、協議、共議

法令用語としての「協議」の語を検討するとき、明治政府の法制官僚井上毅の法制活動にふれないわけにはいかない。

井上毅は、1871年（明治4年）12月、司法省に入り、翌年7月司法省大録、8月に司法省明法大属に任命され、9月に渡仏し、1973年（明治6年）9月帰国した。この間、井上はパリでボアソナードの講義を受けるなどし、主にフランス司法制度の視察と研究に従事し、短期間ながら英独の訴訟制度も視察した。帰国後は、大久保利通に対し司法省改革意見を建議して司法官僚としての力量を発揮した後、法制官僚として刑法・民法・官制・地方制度等についての建議するなどした。井上は、岩倉具視、大久保利通、伊藤博文、松方正義、山県有朋その他の元勳らの信頼に応える活動をした。明治国家の法制整備に敏腕をふるい、1891年（明治24年）5月に法制局長官（その後は枢密顧問官、文部大臣を歴任）を退くまで立法作業には大きな影響力を有したことは周知のとおりである<sup>23</sup>。

19 ルイ・トリビエー著、加太邦憲・中村健三共訳『仏蘭西民法明治十六・十七年出版自第一至第五』日本立法資料全集別巻411（信山社出版、2006復刻1版）。

20 加太他共訳『仏蘭西民法』273頁、290頁、291頁、292頁、608頁、612頁、614頁、701頁。

21 加太他共訳『仏蘭西民法』579頁など参照。

22 加太他共訳『仏蘭西民法』92頁。

23 以上は、木田主計『井上毅研究』（続群書類従完成会、1995）及び同書引用の同氏の研究論文及び井上毅傳記編纂委員会編『井上毅傳史料篇第一から第六』（國學院大學図書館、1966から1977）、『近代日本法制史料集第五から第十』（東大出版会、1982年から1988）に主として依拠している。以下、『井上毅傳史料篇第一』、『近代日本法制史料集

井上毅は、日本を封建遺制から脱却させ近代国家にすることをめざした人物であって、明治国家の法制について「グランド・デザイナー」と評されることもある。井上は、1875年（明治8年）から1892年（同25年）までの間に法典編纂作業に関連してボアソナード、ロエスレルなどお雇い外国人法律家から多数の意見書の作成を求め、質疑を尽くしていた。とりわけ、最初期に民法・相続法の基本問題について研究した後、民法・財産法の諸問題にさまざまなかたちで提案したのである<sup>24</sup>。

本稿は、井上の「協議」の用語法とこれに関連する事柄だけについて不十分ではあるが検討する。結論として、井上は「協議」の語に積極的な意義を与えていたかは今のところ不明といわざるを得ない。「叶」の字は書きやすさもあると思うが、意識的に「協」の古語である「叶」<sup>25</sup>の語を使いつづけたのではないか。中村正直が明快に「協議」に与えた近代語としての意義とは一線を画すが、正文が「協議」である以上、草案過程の「叶議」の語が法解釈に影響することはないはずである。なお、井上毅文書における「共議」の語は立憲政体に関する意見書などにおいて「協議」を用いることを避ける意味があったとみうる（後記（3）井上毅と大久保利通、伊藤博文の関係参照）ことにかんがみれば、暫し慎重に見守りたい。

### （1）渡仏前後の井上文書

井上毅は、渡仏前までには、福沢諭吉の『西洋事情』、中村正直の『西国立志編』、箕作麟祥の『仏蘭西法律書』を読んでいた。とくに、『西国立志編』については読過録を残している<sup>26</sup>。井上は、その冒頭で「天は自ら助くるものを助く」と記すが、「或ハ英國君民協議シテ定ムルトコロノ律例ヲ宗トセリ」との点にふれるところはない。上記箇所の読過録には「叶議」「協議」の語は見当たらない。

第五』などと引用する。

24 岩谷十郎「近代日本の法典編纂」岩谷十郎・片山直也・北居功編『法典とは何か』（慶應義塾大学出版会、2014）25頁以下。

25 諸橋轍次・大漢和辞典巻二〔修訂第2版〕（大修館書店、2001）1858頁。

26 木野『井上毅研究』69頁、76頁、457頁。井上毅「行篋（きょう）一筆者注）秘稿」の原文は、雄松堂『梧陰文庫井上毅文書マイクロフィルム』MF 16/92（1970刊）参照。

井上は、既に在仏中の覚書において叶議の語を用いている。1972年（明治5年）12月「16日月曜」から書き始まる「仏蘭西国政覚書」<sup>27</sup>の「参議院コンセーユデター」の項に、「凡法律ノ議案政府ヨリ発シテ先ツ参（國）議院ニ下議シ『参議院叶議シタル後』ニ国会ニ移ス者ハ……」という文章のうち『』箇所の中の原文は「國議院叶同メ後ニ」とある。この箇所の訂正の仕方を見ると、「叶『同メ』」の『』部分を見え消しにした上、朱で『議シタル』と傍注を施している。これが、井上が「叶同」を「叶議」に改め、そして「叶議」の語を使用した初例であると解される。なお、この仏蘭西国政覚書の「県治議院（コンセーユ、ド プレフヘクチュル）」の項では、「議員ノ議院叶同セズメ可否相半スル時ハ」の文章では「叶同」を「叶議」に改めてはいない（が、文意は協議が調わずの意味である）。この原文が在仏中の記述であったとはいえるとしても、朱による訂正時期（在仏中である余地が皆無とはしない）が、正確にいつかは不明である。太陽暦変更の時期と重なるころではあるが、1873年（明治6年）であるとはいえようか。

## (2) 帰国後の井上文書

井上は、1873年（明治6年）9月帰国後の著作である「司法大意」では現代における「合議」に相当するところで「裁判官ノ叶議」という用語法をとる<sup>28</sup>。同年の「仏国大審院考」では叶議の語は見あたらないが、「大審院ニテ合員会議ノ審決」という用語がある<sup>29</sup>。1878年（明治11年）の「仏国司法三職考」でも「合員会議」の語を用いている<sup>30</sup>。

井上は、1877年（明治10年）の「民費賦課法心得」では「人民ノ叶議」を多用し<sup>31</sup>、1878年（明治11年）の「三市制意見案」では「其府市ノ財産及叶議ノ事項」、「叶議費」、同年の「戸籍法改正意見案」では「親属叶議ノ故ヲ以テ之ヲ許ス者アリ」を用いる<sup>32</sup>。したがって、いわゆる三新法の立法過程

---

27 雄松堂『梧陰文庫井上毅文書マイクロフィルム』MF 16/92。

28 『井上毅傳史料篇第三』59頁。

29 『井上毅傳史料篇第三』107頁、108頁。483頁。

30 『井上毅傳史料篇第三』483頁。

31 『井上毅傳史料篇第一』127頁以下。

32 『井上毅傳史料篇第一』162頁。



中での「叶議費」（前記第3章第2節4（1）参照）は、井上が法案を起案した際に用いた語ではないかと思われる。井上は、1889年（明治22年）の「各省官制通則改正意見」では「叶議又ハ閣議」の語を用いる。1891年（明治24年）2月20日の「憲法第六十七條意見」では「熟議」「協議」の語を用いて論旨を展開しているが、伊東巳代治自筆表題の「憲法第六十七條に関する井上毅子ノ意見」と題する文章中には「叶議」、「政府委員ノ熟議」の語を用いている箇所がある一方で、「事前協議」の語を用いる複数の箇所（「事前協議」の語は伊藤博文の鉛筆書入れとされる）がある<sup>33</sup>。

なお、井上の書簡等における叶議および協議の用語を見ると、網羅的ではないが、以下のものがある。1882年（明治15年）伊藤博文宛の文中で「全権公使と叶議」を<sup>34</sup>、1884年（明治17年）山県有朋宛の文中で「叶議費」を、1890年（明治23年）大蔵大臣松方正義宛の文中では議会の協議と議会の叶議をほぼ同義で用いている。1891年（明治24年）総理大臣松方正義宛の文中では「双方の熟議を要する意義」について分析し、「熟議調ハザル」または「協議調ハザル」の語をほぼ同義に用いている<sup>35</sup>。

法令用語としての「協議」の語が定着する過程において、井上は「叶同」の修正として「叶議」を用い始め、立法草案中では「叶議」の語を用いるが、最終的には「協議」という文言に至ることを了解していたといえる。なお、協議の語が伺・指令などにあらわれたのは政府中央の太政官、正院など官署での使用が初めてであることは前示した（前記第3章第4節2（2）（う）c参照）。正院法制局等における井上毅の地位、さらには、後記第3節6でふれるように、1876年（明治9年）の婚姻相続に関するいわゆる「乙號布告案」にも「親屬協議」の用語があることも併せ注目される。

最後に、井上は、省庁間の各権限と省庁間の折衝というものを厳密に考え検討していた模様である<sup>36</sup>が、行政省庁間における協議の用語についてはこ

33 『井上毅傳史料篇第二』129頁、328頁から337頁。

34 伊藤博文関係文書研究会編『伊藤博文関係文書一』（塙書房、1973年）341頁。

35 『井上毅傳史料篇第四』558頁、550頁、622頁。

36 『近代日本法制史料集第八』58頁「数省連署件ニ関スル答議」（ボアソナード答議）の「省ノ布達」に「各省ノ卿ハ、概ネ連合シテ発スルコトナシトス。若シ連合スベキコトア

れ以上の言及を控える。

### (3) 井上と大久保利通、伊藤博文の関係

井上毅は、法制官僚として活躍したが、その上司として同人に対し基本方針を指示し、あるいは意見などを認可した大久保利通と伊藤博文との関係にふれる。ここで検討すべきものは、2点ある。第1は、「協議」の使用を排し「共議」を用いたことの経緯とその意味である。第2は、長子単独相続制を採用することの法制上の意義は、家族法の基本であるだけでなく、国のかたちの基本問題に直結する事柄であった点である。

大久保利通は、1873年(明治6年)5月26日欧米から帰国し、同年11月に伊藤博文に対し「立憲政體に関する意見書」<sup>37</sup>を示した<sup>38</sup>。このなかで、大久保利通は、君民共治の制をとるには君民共議により定律國法を定める必要がある旨を説くにあたり、君民「協議」ではなく、君民「共議」<sup>39</sup>の語を用いる。国の諸事を裁決する特権を「君民共ニ之レヲ執ルヲ君民共治ト謂フ……君民共議以テ確固不拔ノ國憲ヲ制定シ萬機決ヲ之レニ取ル之レヲ根源律法ト謂ヒ」(187頁)、また「我カ国自カラ皇統一系ノ法典アリ亦タ人民開明ノ程度アリ宜シク其得失利弊ヲ審按酌慮シテ以テ法憲典章ヲ立定スヘシ」(188頁)と述べる。英国や米国等もその国情に従って政体の制を立てたのであるから、それを妄りに擬すべからずとして、わが国の土地風俗人情時勢に従ってわが国の政体を立てなければならないとした<sup>40</sup>。

---

ルトキハ、協議シテ各別ニ布達ヲ作ルベシ。」がある。なお、『井上毅傳史料篇第二』129頁は「叶議又ハ閣議」と述べ、叶議と閣議の関係を論じる。

37 日本史籍協会編『大久保利通文書五』(東京大学出版会、1968復刻版、初版1928)182頁以下。なお、「立憲政體に関する意見書」の理解については、佐藤誠三郎「大久保利通」神島二郎編『権力の思想』(筑摩書房、1965)35頁以下、特に43頁から45頁参照。

38 大久保利通の意見書の中心にある「我カ国自カラ皇統一系ノ法典アリ」とは欧米視察前からの考えである(『大久保利通文書一』480頁以下、『同文書三』245頁など)。

39 日本史籍協会編『大久保利通文書一から十』(1967復刻・初版1927から1969復刻・初版1929)をみるも他に大久保が「共議」の語を用いた例は見あたらず、珍しい用語である。なお、箕作麟祥『仏蘭西法律書憲法』(文部省、1873[8月刊])12丁表に「共議」の語があるが、前掲『増訂仏蘭西法律書憲法民法』憲法10頁では「協議」に修正されている。

40 稲田正次『明治憲法成立史上巻』(有斐閣、1960)211頁は、この大久保の意見書を「まとまっていない」と評した。この評は相当と思われる。国のかたちを議するときわが

これに先だち同年7月、木戸孝允は、帰国後直ちに、同じく政体に関する意見書を提出し、同年9月には、大要、次のような自筆文を残している。「君民同治ノ憲法ニ至テハ人臣ノ協議ニ有ラザレバ同治ノ憲法ト認メザルハ固ヨリナリ」。しかし、維新後なお浅く人民が智識を深めて人民の会議を設けるには自ずから多少の歳月を経なければならず暫時天皇独裁によらざるを得ないが、「他日人民ノ協議起ルニ至リ同治憲法ノ根種トナリ大ニ人民幸福ノ基トナル必セリ」と記している<sup>41</sup>。同年11月20日、木戸は、伊藤博文に対して、同意見書と同旨を伝えている<sup>42</sup>。

大久保の意見書および木戸の意見書は、ともに「君民共治」あるいは「君民同治」の制度を理想とし、それは「君民共議以テ確固不拔ノ國憲ヲ制定シ」あるいは「人臣ノ協議ニ有ラザレバ同治ノ憲法ト認メザル」としながら、暫時、天皇独裁のやむなきこと、漸進的に進むべきことを述べている<sup>43</sup>。ここで留意すべきは、中村正直の「英國君民協議シテ定ムルコロノ律例ヲ宗トセリ」（1871年（明治4年）刊）における「協議」は、傍注のルビを併せ読むとき四民平等の意味のほか、君民が同等の立場で相談評議することを含意すると解される余地があったことである。この点について、木戸は「人臣ノ協議」と記して協議主体から「君」を除き、大久保は「君民共議」と記して「協議」ではなく「共議」の語を用いた。そのうえで「君民共治」あるいは「君民同治」の制を理想として、欧米にみられる共和制、民主制とは異なると結んだ。すなわち、君と民は平等ではない以上、君民は共に相談するに止まるとする。他方、民の協議は平等な民と民の相談評議を意味するというのである。

1876年（明治9年）9月国憲草案の起創が始められた<sup>44</sup>。そのころ、井上毅は

---

国の実態を認識しないまま欧米の制に規準した理念的制度論に傾くことへの戒めと解され、まとまりを欠くのはむしろ堅実であろう。國體というものと政體というものが相関連することを考えるべき旨求めたものではあろう。

41 木戸公傳記編纂所『松菊木戸公傳下巻』（臨川書店、1970複製版）1571頁。

42 日本史籍協会編『木戸孝允日記二』（東京大学出版會、1967復刻、初版1933）452頁。

43 稲田正次『明治憲法成立史上巻』（有斐閣、1960）196頁以下、210頁以下。

44 日本史籍協会編『岩倉具視関係文書二』（東京大学出版會、1968、初版1929）174頁。

岩倉具視に対し意見書（憲法之性質、憲法ヲ定ムル之目的）を提出した<sup>45</sup>。この意見書の内容を正確に紹介することは本稿の目的ではないので、協議の意義を検討するという目的の範囲内で、これにふれる。すなわち、まず、憲法の性質を以下のとおりとする。国憲とはコンスチテュションを翻訳したもので、君権制限の政をいい、全国君民の間に一致して大憲を定立し永く約束となし無上の権を法章に歸し……「所謂『コンスチテュション』ハ君民ノ共議ニ成ルモノナリ『コンスチテュション』ヲ守ルハ必ス君民同治ノ法ニ依ルモノナリ全國人民ノ代議人ト共議セズシテ『コンスチテュション』ヲ創定スルノ理ナシ」……「是レ今世上土人ノ論スル所憲法ノ性質ナリ」という。次に、憲法を定める目的を種々論じて、立憲主義を採ることは国民の幸福ではあるが、一大事業であるから「在廷諸臣ノ叶トヲ要ス（伊藤博文関係文書では、「べき歟」と続く）」として結んでいる。

この意見書中には「君民同治」（木戸の用語）「君民ノ共議」（大久保の用語）が混在するので、井上は木戸意見書、大久保意見書を読んでいることがうかがわれる。もっとも、1873年（明治6年）に木戸、大久保の各意見書を熟読していた伊藤博文は、1876年（明治9年）に岩倉具視から井上毅の意見書を交付され、これを読んでいたのではないかと思われる。1880年（明治13年）12月、伊藤は立憲政體に関する意見書<sup>46</sup>を提出し、「国会ヲ起シテ以テ君民共治ノ大局ヲ成就スルハ甚タ望ムヘキ事ナリト雖、事苟モ國體ノ変更ニ係ル、實ニ曠古ノ大事決シテ急躁ヲ以テ為スヘキモノニアラス」として、立憲漸進の旨を主張した。1881年（明治14年）7月、井上毅は伊藤に対し「普國風の憲法を行はんとすれば、早く今日に及ばざるべからず。」と記した書簡を送り、プロシヤ風の憲法を採用するならば早急に行わなければならない

45 『井上毅傳史料篇第一』92頁以下（憲法意見控）。この意見書は、『伊藤博文関係文書一』306頁にも掲載されているが、井上の控（表題を除き、全文井上の自筆ではない）と内容を比較検討すると、行が飛び、文章が要約されてある等にかんがみて、後者はおそらくは岩倉具視に提出された意見書を伊藤（または某）が筆写したものである。しかし、専門家に委ね断定は控える。

46 春畝公追頌會『伊藤博文傳中卷』（春畝公追頌會、1939）192頁以下。なお、三谷太郎「なぜ日本に立憲主義が導入されたのか」『法の支配』166号（2012）7頁以下、特に14頁以下、17頁から18頁参照。

と述べた。しかし、直ちに、伊藤は重大事ゆえになお時日を要することはやむを得ない旨返書した<sup>47</sup>。

伊藤博文は、その後1882年（明治15年）3月、憲法の原理と運用の調査研究のために渡欧したが、井上に対しては国体の淵源などの調査研究を求めて、同人を随行させていない<sup>48</sup>。憲法制定の問題は、後に少しふれるが、ここでは「協議」の語を本稿において検討することになる2つの課題について簡単にまとめておく。

第1に、国体と政体を考える場合に、「協議」は、民と民の間で四民平等を当然の前提として用いられた。しかし、君と民の間で協議の語は用いられていない。むしろ君と民は平等ではないことを前提として「君民共治」に近い意味での「君民共議」の語に代替されている。この「共議」の用語は自由民権運動家にも支持された。こうした用語の対立は、論議が実証的な制度設営ないしはその設計にかかる面がないとはいえない。当時の社会政治状況を思えば、それよりは主に制度設計上の指導理念に関する思想的な争いという側面が強いものであったというのが正確であろう。政治体制を選択導入する基本姿勢はいかにあるべきかである。すなわち、国体あるいはわが国の土地風俗人情は欧米のそれとは異なるので、これをいかに配慮するかであった。なお、「共議」は、憲法論議などの表舞台からはその後消え去った。しかし、「協議」は、家族法その他の分野での使用頻度は高くなっていった。また、憲法論議においても昭和戦前期に再び登場したのである（後記参照）。

第2に、木戸孝允、大久保利通、伊藤博文が共通して国体と呼ぶものは「我が国自カラ皇統一系ノ法典アリ」というものである。ここに法典とは根本原理の意であり<sup>49</sup>、近代法体系下の法規をさすものでない。この原理は、法制度を創設するに当たり、天皇親裁を理想とする立場と立憲制を理想とする立

47 『伊藤博文傳中巻』247頁から250頁参照。伊藤之雄『伊藤博文』（講談社、2009）153頁から158頁参照。滝井一博『伊藤博文』（中央公論新社、2010）53頁、76頁以下。

48 『伊藤博文傳中巻』264頁。なお、樫田剛『明治憲法の起草過程』（御茶ノ水書房、2014）9頁、13頁から14頁、127頁、228頁参照。

49 立憲制と国体の思想史的関連性は、米原謙『国体論はなぜ生まれたのか』（ミネルヴァ書房、2015）121頁から151頁参照。

場との思想的な争いという側面があったが、近代国家体制を構築するために旧武士階級の代表者である諸藩列侯を統御するための政治思想的な論理としては異論がなかったようである。皇統一系の法典とは、事柄の性質上、嫡男単独相続制度というものと密接不可分の考え方をさすものである。これ自体は分かりやすいものである。近代国家を造ろうとした明治維新を牽引した人々は、もとより日本の伝統だけに固執したわけではなく、近代国家を形成するにあたり、泰西主義の考え方からしても合理的であると思ったからこそ、前記した2つの考え方により対立しながらも歩調を合わせて国のかたちを形成したのであろう。本稿は、こうした文脈のなかで、「協議」が民法典の中に明文として定着した系譜を考究することを目的とする。とりわけ、民法のなかの家族法制の形成過程をみると、明治国家の指導者はもちろんであるが、その法制官僚もまた単なる条文解釈の法律家ではなく、国制の点からも親族相続制度（華士族、平民）をいかに形成するかを考えたはずである。この点を見すごすべきではないだろう。

法制官僚の代表者である井上毅は、後記第6節旧民法（家族法）に至るまでの各種草案（後半）の中で重きをなす乙號布告案に深くかかわった者であることを思えば、上記家族法に関連する法制度を国制の角度から考察することは不可決といえるのではあるまいか。この問題は改めて検討する。

### 第3節 旧民法（家族法）に至るまでの草案～前半

#### 1 民法決議などおよび御国民法

##### (1) 総説

熟談・熟議・協議の語を中心にして、旧民法（家族法）に至るまでの各草案における変遷過程を整理する。これを前後に分け、後半は井上毅が本格的に関わる乙號布告案以降を扱う。

民法決議の作成時期は、1870年（明治3年）8月から1871年（同4年）8月以前とされ、太政官制度局（後に左院に合併）がこれを作成したとされる。箕作麟祥は制度取調御用掛を拝命して前記「箕作仏蘭西民法」を翻訳刊行した

のである<sup>50</sup>。御国民法の成稿時期は、民法決議の修正草案であるとされている。その成稿時期は遅くとも1872年（明治5年）4月という仮説がある<sup>51</sup>。これらの決議は、箕作麟祥が中心になったものであるが、箕作仏蘭西民法、とりわけ財産法で多用された「協議」はあらわれていない。熟談、熟議の語もない。なお、家族法にかかる布告、達、伺・指令などにあらわれた法令語としての「熟談」は1871年（明治4年）、「熟議」は1872年（明治5年）、「協議」は1873年（明治6年）が各初出であることは前示した（別表1「布告、達、伺・指令一覧表」参照）。

## （2）民法決議など

民法決議第一、民法決議、民法決議第二には、熟談、熟議、協議の語はない。

民法決議第一で、家族法の用語として注目されるのは網羅的ではないが、以下のとおりである。第1章に「身上證書」、25条に「遺言」「後見人」「配偶者」「遺物相続人」、33条に「親族」がある。40条に官廳に備えおくべき帳簿の名称に「縁談公示帳」「縁組帳」「離縁帳」「出産帳」「死去帳」「改名帳」がある<sup>52</sup>。64条には「婚姻」、76条には「夫婦」がある。民法決議は、同じ語を用いた条文を維持する。

民法決議第二<sup>53</sup>は、110条「家督相続ハ住所ニ於テ為スヘシ」のなかに「家督相続」が、142条に「親族會議」が、146条に「婚姻ノ契約」がある。縁談の語はなくなり、離婚の語は未だあらわれていない。

## （3）御国民法

御国民法には、熟談、熟議、協議の語は存しない。

御国民法<sup>54</sup>は、なお「縁談」の語がある。（155）条には「公証人」がある。

50 前田編『史料民法典』222頁（前田達明・原田剛）、石井良助『民法典の編纂』（創文社、1979）10頁、178頁以下、手塚豊『明治民法史の研究（上）』（慶應通信、1990）147頁以下。

51 前田編『史料民法典』248頁（前田・原田）。手塚『明治民法史の研究（上）』177頁。

52 民法決議はフランス民法の翻訳が中心ではあるが、盲目的にフランス法を追随せず、日本独自の条項もある。石井『民法典の編纂』21頁、23頁参照。

53 石井『民法典の編纂』58頁から60頁によれば、婚姻は25歳未満の男、21歳未満の女はその父母の許諾を得なければならぬ旨の規定がある。これは、同意条項の最初の規定になる点で重要である。

54 前田編『史料民法典』248頁（前田・原田）。手塚『明治民法史の研究（上）』181頁以下。

また、第6篇「離婚」には、(229) から (232) の各条に原由の定めがあり、(233) 条は「夫婦互ニ法律上定メタル規則ニ循イ相承諾シ離婚ノ求メヲ固執シテ法律上ニ定メタル証ヲ立テシ時ハ其夫婦タルニ堪ヘスシテ離婚ヲ為スコキ原由ノ確証ト為スコシ」とする。「第一章 離婚ノ原由」「第二章 定リシ原由アル離婚ノ事」には (234) 条から (266) 条まで「離婚ノ訴」に関する詳細な規定がある。

離婚に関しては、裁判離婚事由を定め、次に、裁判離婚手続の規定が続くという構成をとっている。そして、(239) 条は裁判役に対し裁判手続中において出頭当事者に対して和熟するように諭示することを義務付けている。しかし、いわゆる熟談・熟議等離婚制をうかがわせる規定は存しない。

御国民法は、篇、章、款の語を用いて分類している点に特色がある。「民法」の表題のもとに、前加篇、第一篇 人事 第一章 民権ヲ受ル事 第二章 民権ヲ奪フ事などがある。

## 2 明法寮改刪未定本民法

### (1) 総説

明法寮改刪未定本民法は、司法省明法寮の民法会議 (1872年 (明治5年) 4月12日に開かれ同年7月13日に終了した) で編纂されたものである。明法寮で審議作成したもので、正式な編纂会議に提出されるべき原案・民法草案であるといわれている<sup>55</sup>。明法寮改刪未定本民法 (内閣文庫所蔵) は、第1巻 (150ヶ条) を除き、他は皇国民法仮規則と同じであるとされる<sup>56</sup>。これらの草案および後記する「民法第一人事篇」、「民法仮法則」にはフランス人ブスケ (Georges Hilaire Bousquet) が関与したものとされるが、日本人の法案作成者が誰かは不明とされている<sup>57</sup>。

ここでも、あくまでも「協議」の語の意義および系譜をたどるといふ本稿

55 前田編『史料民法典』266頁 (前田・原田)。利谷信義編『皇国民法仮規則一附、解題・明治民法編纂史関係主要文献目録一』(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)の利谷信義「解題」5頁。

56 前田編『史料民法典』267頁 (前田・原田)。条文は同書268頁以下による。なお、明法寮改刪未定本民法第2巻は141条から始まっている (同書275頁)。

57 手塚『明治民法史の研究 (上)』138頁から144頁参照。堀内節「資料 御雇法律教師のブスケとボアソナード」『比較法雑誌』8巻1号121頁 (1969) 参照。



の目的の範囲内でふれるにすぎない。大略、3つの分野に分けて、いわゆる熟談・熟議等離婚に関連する条項（親族法）、熟談、熟議、協議にかかる財産法関連条項（物権法、債権法）、相続に関連する条項（相続法）の順で関係条文にふれる。

## （2）熟談・熟議等離婚に関連する条項

人事篇の「離縁」の項の冒頭にある71条は「凡離縁ハ双方熟談ノ上媒酌人或ハ親族ノ加印ヲ以テ戸長ニ届出ヘシ」である。「双方熟談ノ上」の語が初出しているのである。双方とはおそらくは両実家および夫婦各人を意味する。ここに離縁とは、離婚の意味であって、双方熟談の上、媒酌人或いは親族の加印、戸長への届出も要件とするが、いわゆる熟談・熟議等離婚制の発端といえよう。「双方熟談ノ上」の離婚制度を先頭に定め、裁判との先後を明らかにしたことが注目される。この基本原則において、1872年（明治5年）の明法寮改刪未定本民法人事篇は離婚制度にかかる構想に未整理な点が少なくないが、現在に続く基盤をなしているのである。

次に、72条から84条まで離婚訴訟に関係する法条がある。75条は「過愆苛虐又ハ始重ノ害ヲ受ルニ因リ離縁ヲ訴ル時ハ其訴ル所確証アリト雖モ裁判役直チニ離縁ヲ允許ス可カラス 此場合ニ於テ裁判ヲナス前ニ夫婦居ヲ分チ相接セサルコトヲ允許シ且妻生計ヲ為スコト不能時ハ訴訟中夫ノ家産ニ准セシ養料ヲ其夫ニ言渡ス可シ 但止ムヲ得サル情実アル時ハ此例ニ拘ラス直ニ離縁ヲ允許スヘシ」とあった。

85条、86条には「双方ノ承諾ニテ離縁ヲ為サント欲スル夫婦」は、夫婦で分ける動産、不動産の評価をした上で財産分けを決めること、両者間で子どもを引受けることの取極めは契約書に書いて置くべきことを定める。また、90条には姦通により離婚判決を受けた妻は現に所有する財産を除き、共通財産と持参財産を取り戻すことはできないことを定める。

ここでは、フランス民法典に定められた規定に相当する「夫婦ノ縁消スル事」の69条のほかに、熟談離婚に関する江戸時代からの慣習をとり入れたと思われる71条は現在の協議離婚制度へと展開した第一歩をしるすものである。裁判離婚の規定に先んじて定められた71条の「双方熟談ノ上」は、夫、

妻の意思を含む親族等による熟談を要する旨を宣明した。次に、熟談の内容として、85条および86条の定めは、フランス民法による影響をうかがえるが、同時に、わが国の江戸時代の熟談離婚、明治初年の熟談・熟議等離婚の実務慣行による影響もあると思われる。なぜなら、これら条文案は、熟談、熟議、協議にかかる布告、達、伺・指令の法実務への配慮もあったと考えるからである。詳しくは今後の研究の成果に待つべきであろう。

なお、婚姻についてわが国独自の条文があるので、以下に掲げる。

55条「凡婚姻ハ父母ノ許諾ヲ得ヘシ若シ父母死去スル時ハ尊属ノ親之ニ代ルヘシ」、58条「媒酌人ナクシテ婚姻ヲナスヘカラス」である。ここには熟談の語こそないが、その内実が条文化されているのであるから、熟談による婚姻の慣習を採用したものといえよう。ただし同時に、57条「夫婦トナルヘキ双方ノ者承諾セサル時ハ婚姻ノ契約ヲナスヘカラス」と明定している。これは、熟談がされるとしても、当事者の意思の重要性を明らかにしている。ただし、熟談による父母許諾、媒酌人の存在の要件化が契約の成約と一体化している点で夫婦の主体性には制約が課されてある。旧慣の下、熟談の支配下でも本人の意思を全く無視することは好ましくないとして一応当事者の意思を大切にはしていた。それを一歩進めて、親の許諾などと夫婦の意思を別主体の意思として切り分けて「家」のなかで個人としての独立を認めた。この点に進歩性があるといえる。

### (3) 協議にかかる財産法に関連する条項

明法寮改剛未定本民法の第6巻以下には、売買、賃金、請負、会社契約、消費貸借その他の項に「協議」の語が定められている

#### (あ) 売買に関する規定

- a 民法641条「一方ヨリ未タ物件ヲ渡サス他ノ一方ヨリ其價ヲ拂ハスト雖モ其物件ト其價トヲ互ニ協議シタル上ハ其雙方間ニ於テ売買ヲ為シリタルモノトシ買主ハ売主ニ對シテ其物件所有ノ權ヲ得可シ」
- b 664条「売主其所為ニ因リ嘗テ買主ト協議セシ期限内ニ物件ヲ引渡スコトヲ遅延シタルニ於テハ買主其賣買ノ契約ヲ取消サント訴ヘ又ハ其物件ヲ已レノ所有ト為サント訴フルコト自由ナリトス」

- c 665条「何レノ場合ニ於テモ売主買主ト嘗テ協議セシ期限内ニ其物件ヲ引渡サ、ルニ因リ買主ノ為メ損失ヲ生スル時ハ売主其損失ノ償ヲ為ス可キノ言渡ヲ受ク可シ」
  - d 671条「不動産売買ノ契約書ニ記シタル如ク方積ヲ渡スコト能ハステ売主買主協議スルニ於テハ売主其契約書ニ記シタル所ノ方積ト現ニ在ル所ノ方積ノ差ニ准シテ其價ヲ減ス可シ」
  - e 705条「不動産賣買ノ時買主ト賣主ト協議シタル期限ニ買主其代金ヲ拂ハサルニ於テハ其賣買ノ契約ヲ取消ス可キコトヲ別段定メ置キタリト雖モ賣主ヨリ買主ニ其代金ヲ受取ル可キ催促ヲ為サ、ル間ハ嘗テ協議シタル期限ヲ過キテ買主其代金ヲ拂フコトヲ得可シ然モ賣主ヨリ買主ニ其代金ヲ受取ラント催促シタル後ハ裁判役ヨリ其買主ニ更ニ猶予ノ期限ヲ許スコトヲ得ス」
  - f 706条「飲食料ノ商品及ヒ日用動産ノ賣買ヲ契約シタル時ハ其物ヲ引取ル可キ為メ協議シタル期限終ラハ賣主ヨリ其代金ヲ受取ル可キノ催促ヲ為スコトナク直ニ其賣買ノ契約ヲ取消スコトヲ得可シ」
  - g 719条「評價人ニ員ハ裁判所ヨリ之ヲ任ス可シ但シ賣主買主ノ双方協議撰任シタル時ハ各別ナリトス」
- (い) 「迫売ノ事」に関する規定
- h 724条「数人ノ共通スル物件ヲ損失ナク平當ニ分ツコトヲ得サル時又ハ数人ノ共通スル物件ヲ互ニ協議シテ分派シ其分派ヲ得可キ各人ノ皆己レノ所有ト為スコトヲ得サル物又ハ所有トスルコトヲ欲セサル物アル時ハ迫リ賣ヲ以テ之ヲ賣拂ヒ其数人ニ其代金ヲ分ツ可シ」
- (う) 「人力ノ賃貸」に関する規定として、744条に「人力ノ賃貸トハ一方ノ者他ノ一方ノ者ト協議ノ上定メタル賃銀ヲ得テ他ノ一方ノ為メ事ヲ為ス可キ契約ヲ云フ」とある。
- (え) 「請負ノ契約」に関する規定として、819条に「数人協議シタル積書ニ從ヒ建造ヲ為スヘキコトヲ其中ノ一人ニ任シタル時ハ其一人人工丁ノ勞力及ヒ材料ヲ増シタルヲ口実ト為シ又ハ積書ニ記シタル所ヲ變易シ或ハ増加シテルヲ口実ト為シテ其價ヲ増サント求ム可カラス但シ数人書面ヲ以テ其變易及ヒ

増加ヲ許可シタル時ハ格別ナリトス」とある。

(お)「獣類貸借ノ契約」に関する規定として、822条に「獣類貸借ノ契約トハ貸主ト借主ト互ニ協議シタル所ニ従ヒ一方ヨリ他ノ一方ニ獣類ヲ貸與ヘ他ノ一方ニテ之ヲ管守シ且畜養スルノ契約ヲ云フ」とある。

(か)「会社ノ契約」に関する規定として、879条に「会社中ノ数人其會社ノ事務ヲ支配ス可キノ任ヲ受ケ各其職務ヲ定メタルコトナキ時又ハ其数人互ニ協議シタル上ニ非レハ事ヲ処置ス可カラサル旨ヲ別段定メタルコトナキ時ハ會社ノ支配ニ管スル諸般ノ事務ヲ各自ニ執行フコトヲ得ヘシ」と、880条に「會社ノ事務ヲ支配スル数人互ニ協議シタル上ニ非レハ事ヲ処置ス可カラサルノ契約アル時ハ其支配人中ノ一人更ニ改メテ契約ヲ為シタル後ニ非レハ他ノ支配人ノ立會ナクシテ事ヲ処置スルヲ得ス」とある。

(き)「耗尽スヘキ物ノ貸借」に関する規定として、917条に「貸主ハ借主ト協議シテ定メタル期限ニ至ラサル内ニ其貸與ヘタル物ト同質同量ノ物ヲ取戻スコトヲ得ス」と、920条に「借主ハ貸主ト協議シテ定メタル期限ニ至リ嘗テ借受ケシ物ト同質同量ノ物ヲ返スヘシ」とある。

(く)「預ケノコト」に関する規定として、978条に「此類ノ預ケハ訴訟ニ管シタル数人ノ互ニ協議シテ定メタル者又ハ裁判役ノ特ニ定メタル者ニ之ヲ為ス可シ 此二箇中何レノ場合ニ於テモ其預リ主ハ双方相争フ物ヲ契約上ノ預リ主ニ等シキ義務ヲ負フ可シ」とある。

以上（あ）から（く）の条文案は、箕作仏蘭西民法の訳文を微修正しているが、ほぼ同じである。

#### (4) 相続に関連する条項

明法寮改刪未定本民法の、「民法第三卷 財産篇」のうち「財産所有ノ權ヲ得ル方法」の次に位置する「家督相続」（293条から326条）の項に、家督相続、家族（318条、344条）などの語があらわれ、また、「家督相続」の項および「民法第一卷 人事篇」の「養子」の項にいわゆる廢戸主制に相当する規律などわが国の旧慣をとり入れた条文があらわれている。明治初年における伺・指令等の法実務において活用されていた「親族熟談（熟議・協議）ノ上」という方式が「親族會議ノ上」という表現で明文化されている面もあ

るとうかがわれる。

(あ) 家督相続に関する基本的な条項

- a 293条「戸主隠居シ或ハ死去シ或ハ行衛知レス或ハ終身懲役ニ処セラレ或ハ治産ノ禁ヲ受ル時ハ家督相続人ヲ立ヘシ」
- b 294条「家督相続スル者ハ嫡男タルヘシ若シ嫡男相続セサル時ハ嫡孫タルヘシ若シ嫡孫ナキトキハ嫡出ノ二三男タルヘシ嫡出ノ男子ナキ時ハ庶子庶孫各長幼ノ順序ヲ以テ相続スヘシ」
- c 295条「止ムヲ得サルノ事故アル時ハ戸主ノ存意ヲ以テ前条ノ順序ニ拘ラス親族会議ノ上相続人ヲ定ムルコトヲ得ヘシ」
- d 297条「凡親族会議ニ與ル者ハ必ス近親タルヘシ若シ近親ナキ時ハ遠親之ヲ與ルヲ得ヘシ……」
- e 298条「若シ会議ニ與ルヘキ親族少ク或ハ無キトキハ身上ノ証人地請人店請人ノ類及ヒ比隣ノ者五人組ノ類之ニ代ルヘシ」
- f 299条「本系ニ相続ス可キ者無キ時ハ親族会議ノ上旁系并姻族中ノ親ヲ選テ養子ト為スコトヲ得ヘシ」
- g 303条「男子無キ時ハ女子家督相続スルコトヲ得ヘシ」

(い) 家督相続のうち、いわゆる廢戸主制に関連する条項

- a 305条「止ムヲ得サル事故アル時ハ親族会議ノ上嫡男ヲ分家シ或ハ養子ニ遣シ二三男ニ本家相続セシメ或ハ実子ヲ分家シテ養子ヲ以テ相続セシムルコトヲ得ヘシ」
- b 311条「嫡男タリト雖トモ止ムヲ得サル情実アリテ相続スルコトヲ辞スル時ハ親族会議ノ上之ヲ許スコトヲ得ヘシ」
- c 312条「相当ノ相続スヘキ者ヲ廢シ別ニ相続人ヲ定ムル時ハ親族連印ノ証書ヲ以テ戸長ニ届クヘシ」
- d 313条「戸主子ナクシテ相続人ヲ定メス死去スル時ハ親族会議ノ上相続人ヲ定メ戸長へ届クヘシ」
- e 321条「家督相続スル者其家ノ財産ヲ全ク所有スルコトヲ得ヘシ」
- f なお、334条では、親族会議は、遺言証書を「格別不條理ノコトアルトキハ」修正することができるものと定めていた。遺言の自由は、個人意思

の次元では、ほとんど意識されていないようである。

(う) 養子の項における、いわゆる廃戸主に関連する条項

明法寮改刪未定本民法の「民法第一卷 人事篇」のうち「養子」の項は113条から117条がある。

- a 116条「止ムヲ得サル事故アリテ養子ヲ離別スル者ハ親屬加印ノ届書ヲ出スヘシ」
- b 117条「養子タル者一旦家督ヲ相続セシ上ハ己ノ勝手ヲ以テ離別ヲ受ルコトヲ禁ス若シ嗣子ヘ家督ヲ譲リ隠居セシ者ハコノ限りニ非ス但放蕩無頼ニテ其家ヲ覆スヘキ事故アリ親族會議ノ上離別セシメント欲スル時ハ裁判所に訴フルコトヲ得ヘシ ……」

以上（あ）から（う）の条文案は、家督相続の項、養子の項の下に、江戸時代以来の複雑な旧慣を整理したものである。とりわけ、「家」制度の原型となるものとして、戸主権および嫡男単独相続を骨子にした草案である。もっとも、これらにはかなり柔軟性のある規律を含んでいる。たとえば、戸主権を強化する一方で、廃戸主制という旧慣をほぼ全面的に採用して、戸主権の濫用に対し厳しい枠をはめたバランスある制度となっている。1872年（明治5年）のこの民法典編纂上の構想は、日本人による旧慣と近代化の均衡点を理念に走らず実生活に即して決定した最初期の立法政策判断として重視されるべきである。

### 3 民法第一人事篇および民法假法則

#### (1) 総 説

1872年（明治5年）10月14日に「民法第一人事篇」<sup>58</sup>（なお、「民法第一人事編」ということもある）140ヶ条が完成した。これは、フランス民法「第一編 人」の514ヶ条にわたる事項を圧縮したものとされる。翌年2月13日までにその続篇を司法省民法会議で審議したうえで、同年5月27日太政官の許可を得て、司法省は「民法假法則」（身分証書）全9巻88ヶ条に前加条目6ヶ条を加えたものを印行して、裁判所などに頒布した<sup>59</sup>。ここには「協議」は存しない。

58 手塚『明治民法史の研究（上）』46頁から47頁。

59 前田編『史料民法典』352頁、449頁（前田・原田）。条文は同書353頁以下、450頁以

## (2) 熟談・熟議等離婚に関連する条項

民法第一人事篇の離縁の項の冒頭には61条があり、「双方熟談ノ上」を含む明法寮改刪未定本民法71条と同じ規定がある。いわゆる熟談・熟議等離婚制の取決めがある。72条以下の他の条文も同様である。なお、わが国独自の婚姻に関する規定も条文数は10条減じた数で46条、49条に同様である。

## (3) 相続に関連する条項

民法第一人事篇の養子の項（103条から107条）における、いわゆる廃戸主に関連する条項についてみると、明法寮改刪未定本民法116条、117条の規定と同じ内容の106条、107条の定めがある。家督相続の項は財産篇等に属すから、ここにはないのだろう。

## (4) その他

民法假法則には、熟談、熟議、協議の語は存しない。婚姻證書の項の48条に「双方談定シタル」の語があるのみである。同51条本文には「離縁ヲ欲スル夫婦ハ」、同但書には「離縁ヲ同意スル夫婦或ハ同意セサルニ因テ裁判所ヨリ離縁ノ言渡ヲ受クル夫婦モ本条ノ式ノ如クス可シ」とある。ここでも、離婚の語は存しない。

# 4 皇国民法假規則

## (1) 総説

皇国民法假規則は、1872年（明治5年）に完成したものであるが、これは司法省外局である明法寮草案のうちの最終草案であり、最初の総合的民法草案であるとされている<sup>60</sup>。

皇国民法假規則（東京大学法学部研究所蔵）は第1巻140ヶ条からなり、第2巻（141条から）以降はすべて明法寮改刪未定本民法と同じである。皇国民法假規則の「民法第一巻目録 人事篇自第一条至第四百十条」「第一 人事 第一巻 民権ヲ受ル事 民権ヲ奪フ事 第一章 民権ヲ受クル事」（以下に、第二章の記載はみあたらない）とあるが、民法第一人事篇では「民法第一巻

---

下による。

60 沖野眞巳「契約の解釈に関する一考察（一）—フランス法を手がかりとして—」『法学協会雑誌』109巻2号70頁、73頁（1992）。

人事篇 民権ヲ受クルコト」とあり、明法寮改刪未定本民法では「民法第一卷 人事篇 民権」とある。民法假法則は「前加条目」の後に「民法假法則 身分證書」とのみある。

## (2) 熟談・熟議等離婚に関する条項

皇国民法假規則61条は「離縁ハ双方熟談ノ上媒酌人或ハ親族ノ加印ヲ以テ戸長ニ届出ヘシ」で他の規定も明法寮改刪未定本民法と同じである。いわゆる熟談・熟議等離婚制の規定、婚姻に関するわが国独自の規定も同様である。

## (3) 協議にかかる財産法に関連する条項

利谷信義編『皇国民法假規則』<sup>61</sup>では「協議」という語で表記されている。

皇国民法假規則641条、664条、665条、671条、705条、706条、719条（評價人三員ハ……）、724条、744条、819条、822条、876条、879条、880条、917条、920条、978条は、注記したほかは、明法寮改刪未定本民法といずれもすべて同様である。

## (4) 相続に関連する条項

家督相続に関する基本的な条項について、皇国民法假規則293条（……立ツヘシ）、294条、295条、297条、298条、299条、303条は、注記したほかは、明法寮改刪未定本民法といずれもすべて同様である。

家督相続のうち、いわゆる廃戸主制に関連する条項について、皇国民法假規則の民法第3卷「財産篇 財産所有ノ権ヲ得ル方法」の次項にある「家督相続」の項に属す305条、311条、312条、313条、334条も明法寮改刪未定本民法といずれもすべて同様である。

また、養子の項における、いわゆる廃戸主に関連する条項について、皇国民法假規則の民法第1卷「第一 人事 第一卷 第一章」の「養子」の項に属す106条、107条もいずれも前同様である。

---

61 利谷信義編『皇国民法假規則一附、解題・明治民法編纂史関係主要文献目録一』（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）1頁以下参照。



## 5 左院の民法草案

### (1) 総 則

左院は、1871年（明治4年）7月29日太政官制改定により新設された立法機関であり（他に、正院と右院がある）、同年8月18日制度局（当初は「制度寮」、次に「制度取調所」）の廃止に伴い、その事務を継承した<sup>62</sup>。また、民法典編纂の会議も継承され、左院の民法会議は約9か月続いたが、その成果は明らかではない。1872年（明治5年）4月25日、民法典編纂事業は司法省に移ったが、左院の民法会議も独自の立場から民法典編纂業務を続行した。そこで、左院は、司法省と合議の上、後記のような経過をたどり家督相続並贈遺規則草案を脱稿した。なお、司法省は同年7月4日外局としての明法寮を機構改革して立法作業を主とし、生徒教授を従としたのである。また、左院も、1873年（明治6年）7月31日機構改革し、税法、民法、商法、訴訟法、治罪法、刑法の6課が設けられた<sup>63</sup>。

### (2) 左院作成の民法草案

左院の民法草案とは1872年（明治5年）から1874年（明治7年）の間に作成された専ら家族法に関するものであり<sup>64</sup>、以下の5つにふれる<sup>65</sup>。この草案の特色はわが国の習慣法、習俗法を参考としたことであった<sup>66</sup>。

#### (あ) 家督相続並贈遺規則草案

家督相続並贈遺規則草案は、1872年（明治5年）に左院と司法省の合議により脱稿され、1873年（明治6年）9月改訂完成したとされる。全93ヶ条からなる。全条の3分の2以上が習俗法による条文で占められていた。

この草案には「熟議」の語が2か所ある。

家産相続の項の15条に、「若シ熟議セズシテ訴出ルトキハ」が墨抹されている。分家合家の項の45（後に41）条に、「合家ハ熟議ノ上一家名ト為スコシ」

62 手塚『明治民法史の研究（上）』20頁。

63 前田編『史料民法典』458頁、459頁（前田・原田）。なお、手塚『明治民法史の研究（上）』32頁から45頁、126頁。参照

64 沖野「契約の解釈に関する一考察（一）」70頁。

65 石井『民法典の編纂』67頁以下、71頁から72頁、199頁。

66 石井『民法典の編纂』68頁、197頁、200頁。

とある。この箇所は、「合議ニテ」を改めたものである。

家督相続並贈遺規則草案では、家督と家産が混用されていた。左院は、士族の家督相続は国法部内に編入し、平民の家産相続は民法部内に編入するという考えの下に、はじめ平民の家産相続法を編纂したが、後に士族の家督相続法も民法に合併したことによるからであるとされている<sup>67</sup>。なお、同草案は分家を許しながらも41条で本家現存財産の3分の1以下に限定して、分割相続を抑制した<sup>68</sup>。分家にかかる条文では親族、戸長が立会いその財産目録の作成提出を命ずるなどの細かい規律が習俗法によるものとして定められている。

#### (い) 養子法草案

養子法草案は、1873年（明治6年）半ばより後半に完成したと推定され、全10ヶ条からなり、大体において習俗法による<sup>69</sup>。この草案自体には、熟談、熟議、協議の語はない。ただし、9条は「止ムヲ得ザル事故アリテ、養子ヲ離縁スル手續ハ、総テ婚姻法離縁ノ規則ニ従フベシ」とある。後出する婚姻法草案は、「熟談ノ上」の語を含む定めが多数あり、その編成も明法寮改削未定本民法、民法第一人事篇、皇国民法假規則の新整理（71条または61条）を更にはっきりと進めたものである。

なお、養子法草案9条は、いわゆる廃戸主に関連する規定であると思われる。

#### (う) 後見人規則草案

後見人規則草案（左院法制史料）は、1973年（明治6年）4月に全34ヶ条で脱稿し、翌年7月1日後見人規則草案（確定案）全21ヶ条で完成したとされる。明治初年においては、後見人は未成年者たる戸主にのみ附せられるべきものとされた。この草案も同様の原則に従っている。ただし、先行研究によれば、後見に関しては古来の慣例を徴すべき史料が不足の結果、主としてフランス民法に依拠しているとされる<sup>70</sup>。

ところで、前者の規則草案に「協議」の語はないが、後者の規則草案（確

---

67 石井『民法典の編纂』83頁。

68 家永三郎「新民法精神の萌芽—明治9年の相続法改正問題—」『日本近代思想史研究』（東京大学出版会、1953）96頁（以下『日本近代思想史研究』という）。

69 石井『民法典の編纂』84頁、200頁。

70 石井『民法典の編纂』85頁から86頁、200頁から201頁。

定案)には「協議」の語がある。草案(確定案)7条「後見人ハ幼者ノ身体ヲ看護シ、財産ヲ支配スベシ 但、幼者家産ノ都合ニ寄り親族協議ノ上、本文ノ三件ヲ全任セザルモ妨ゲナシトス」がそれである。これに相応する草案8条では「親族会議ノ上」という表現がとられていた。また、草案(確定案)の他の条項では草案の「親族会議ノ上」が維持されたが、7条だけが「親族協議ノ上」に改められたのである。草案(確定案)2条は、親族会議のメンバーを詳細に定めるものであり、こうした点でも慣習を斟酌していることが明らかである。たしかに、後見人規則草案は、フランス民法によるところが多いとしても、重要な箇所の決定方式についてはわが国の慣習であった「熟談ノ上」という方式が網をかけるように採用されていたのである。さらに、親族会議の上という方式は、翻訳上はフランス民法に倣ったようにみえるが、その内容は実質的に「熟談の上」という慣習的な理解のもとに翻訳されたとみる余地もあると考える。なお断定は控えたい。

#### (え) 婚姻法草案

婚姻法草案(編纂民法)は、1873年(明治6年)に左院民法課の原案としてできた全59ケ条からなるもので、後に左院の編纂会議での審議を経るべきものであった。同年11月27日最初の11ケ条だけが編纂会議で審議されたが、他の草案に対する左院民法、商法、治罪法、刑法の4課の意見、建議などがある<sup>71</sup>。

婚姻法草案は、離縁(離婚の語はない)制度を項目別に整理し、「離縁ノ事」(39条「離縁ハ、双方熟談ノ上媒酌人並ニ双方親族ノ加印ヲ以テ、三十日內ニ其本籍ノ戸長ニ届書ヲ出ス可シ」)、「双方熟談ノ離縁」(40条「……双方熟談ニテ離縁ヲ為スコトヲ得ズ」、41条および42条「双方ノ熟談ニテ……」の語あり)、「裁判所ニテ言渡ス離縁」(43条「離縁ヲ欲スト雖ドモ、双方熟談セザル時ハ訴出デ、離縁ノ言渡ヲ受クルコトハ、左ノ数件ニ限ル可シ、第一婦ノ姦通アリシ時、第二……」)の順序となっている<sup>72</sup>。この編成法は、フランス民法とわが国の伝統が併存しているが、整理されたものではない。た

71 石井『民法典の編纂』95頁、103頁、106頁、109頁以下。

72 石井『民法典の編纂』100頁。

だ、39条から42条までの条文順序だけをみれば、その後維持され続けたのである。いわゆる熟談・熟議等離婚制の骨子が、粗いかたちで姿をあらわし始めていたのである。

## 6 小括

以上によると、1872年（明治5年）の明法寮改刪未定本民法、民法第一人事篇、皇国民法假規則において、いわゆる熟談・熟議等離婚制が法文化され、同年および1873年（明治6年）のうちに左院の民法草案がほぼできあがったのである。

顧みるに、1871年（明治4年）、明治政府は東慶寺の縁切り特権を否定した。1873年（明治6）年3月、司法省は正院に対し、民法假法則を提出し、同年5月27日にはこれの稿本を全国に頒布することとした。同月15日太政官第162号布告で妻の離縁（離婚）訴権を公認し、同年7月17日太政官第247号布告で訴答文例（夫妻離別の訴訟など）を發したのである。明治政府は、三くだり半の慣行を禁止するとともに、熟談離婚の伝統を近代法体系に即した形でいわゆる熟談・熟議等離婚制の骨子を創りあげようとしていた。こうして「熟談ノ上」の離縁（離婚—筆者注）制を離別（離婚—筆者注）の裁判に先行させる方針をほぼ固めたうえで、太政官第162号布告で離縁（離婚）の訴権を認めたのである。明治政府は、江戸時代の熟談離婚を全面否定する意味で上記訴権を認めた布告を發したのではない。熟談離婚の伝統を近代法制に誘導するために「熟談の上」方式による離婚手続を先行させる草案作成の見通しを得たことで法実務（1875年（明治8年）12月9日太政官第209号達（輪郭附）。前記第3章第4節2（2）（う）a参照）と融和させようとしたとみるべきであろう。

## 第4節 旧民法（家族法）に至るまでの草案～後半

### 1 乙號布告案

1876年（明治9年）7月、井上毅（同年6月太政官正院法制局主事任命）<sup>73</sup>は「乙

---

73 井上毅は、1874年（明治7年）12月、司法省権中法官に任命された。1875年（明治8年）3月11日、井上は、大久保利通に対し司法省改革意見を提出した。大久保は、井上の意見を採用し、同年4月に東京に大審院を設置した。また、同年7月3日、太政官正

號布告案」全22ヶ条を起草した。これは、宛然民法相続編の実をそなえるものであり、民法編纂史上重要な位置を占める草案である<sup>74</sup>。この乙号布告案がなるに先だち、井上の同年6月作成にかかる文書「財産相続意見案」などがあるが、後にふれる（第4章第4節1（3）参照）。また、梧陰文庫にこれとともに保存されている「布告案」（B-1899）の表題の下に、「相續（相続）<sup>75</sup> 條例」「婚姻條例」「身上証書」「後見人規則」がある。「相続條例」は、旧民法財産取得編、明治民法相続編の前身、「婚姻條例」は旧民法人事編婚姻章、明治民法親族編婚姻章の前身というべき内容をもつ草案として注目に値するとされている。乙号布告案より法律案として整備されているが、いかなる性質のものか明らかではない<sup>76</sup>。

なお、井上は、1875年（明治8年）2月、ボアソナードから仏国相続法の原理等、日本で相続法を設けることについて答議を受けている<sup>77</sup>。また、同年6月、慣習法と衡平法に関する意見を聴取し、この関連で相続法における慣習法の尊重すべき所以を丁寧の説明されてもいる<sup>78</sup>。井上は、1年以上の準備期間を経たうえで、太政官正院法制局主事に任命されているのである。

### （1）乙号布告案と協議

協議の語は、乙号布告案5条「父又ハ戸主亡没シテ後親屬協議シテ前条ノ

---

院に法制局が設置され、その長官には伊藤博文が就き、法制官7名で、序列は細川潤次郎、井上毅、古沢滋、尾崎三良、桜井能監、山崎直胤の順であった（木田『井上毅研究』127頁、158頁から160頁）。

74 家永『日本近代思想史研究』103頁。本文は前田編『史料民法典』477頁以下。なお、雄松堂『梧陰文庫井上毅文書』マイクロフィルムMF 16/41には、甲號布告案と乙号布告案（B-1880）がある。後者は「乙号」と、「乙號布告案附議」（B-1881）は「乙號」と記されてある。これらはすべて太政官の罫紙であるが、「相続條例」「婚姻條例」などは珪月堂製用紙である。

75 前田編『史料民法典』478頁は「相續（相続と同義—筆者注）條例」とあるが、マイクロフィルムB-1899には「相続條例」と筆記されており、家永『日本近代思想史研究』103頁は「相續條例」とある。原本をみてもいないので、貼付紙面上の文字という余地もあるが、以下では「相続條例」と記載する。

76 家永『日本近代思想史研究』106頁、前田編『史料民法典』476頁。

77 『近代日本法制史料集第八』191頁「ボアソナード氏相続論」、『同史料集第八』194頁「日本ニ於テ相続法を設クル論」。後者198頁の答議中に「皇家ノ相続ハ、之ヲ数人ニ分割スル能ハサルハ無論ナリ。……古来皆然リ。」とある。また『近代日本法制史料集第八』249頁参照。

78 『近代日本法制史料集第八』199頁「慣習法と衡平法ニ関スルボアソナード氏答議」。

処分ニ及フ者ハ親屬連署シテ区長ニ届ケ出ヘシ」<sup>79</sup>にあるだけである。本条は、いわゆる末期相続の例であり、こうした条項だけにおいて「協議」を用いたのは従来の慣習の影響によるものであろう。なお、5条の前には、以下のような条項がある。

1条は「自今、婚姻相続等、一家ノ私事ハ刑法ニ触ルル者ヲ除クノ外、伺届ハ総て地方官ニ於テ聞届ケベシ、正院又ハ内務省ニ上申スルニ及ハズ」、

2条は「従前布告ノ此布告ト相矛盾スル者ハ取消ト可相心得ベシ 婚姻相続等ニ付従前院省ノ指令各地方ニ於テ準拠トスルニ及ハズ」、

3条は「華士族ノ家苗相続法ヲ除クノ外、凡ソ平民ノ相続ハ立嫡ノ方法ニ依ルト衆子ニ分産スルト父又ハ戸主ノ意ニ任ス」、

4条は「立嫡相続ニ依ル者ハ嫡長子孫ヲ以テス……」<sup>80</sup>である。

布告案別添の「相続條例」（全16ヶ条）においても、「協議」は、3条「父又ハ戸主亡没シテ後親族協議前条ノ処分ニ及フ者ハ親屬連署区長ニ届出ヘシ」にのみ存する。乙号布告案5条の「親屬協議」が「親族協議」に改められ、「親屬連署」はそのままである。

乙号布告案13条の「女子婿夫ヲ迎ヘ其夫相続ノ権義ヲ得ト云トモ其離婚スル者ハ財産仍ホ婦女ニ属ス」（相続條例11条は「女子ノ婿夫寡婦ノ後夫相続ノ権義ヲ得ルト雖トモ其離婚スル者ハ財産仍ホ婦女ニ属ス」）に、初めて「離婚」の語があらわれている。婚姻條例5条にも「凡ソ婚姻離婚共ニ区長ヘ届出区長之ヲ簿記スヘシ」に「離婚」の語がみえる。

なお、乙号布告案は、武家法における家督の相続と平民における家産の相続を区別して、平民については分割相続を認め、分割相続に関する条文を明

79 「親屬」は1870年（明治3年）の新律綱領、1873年（明治6年）の改定律例、1882年（明治15年）の旧刑法で用いられていた。

80 乙号布告案4条は、本文に続き「嫡長子孫亡没スル者ハ遞ニ嫡次三男以下嫡男ナキトキハ庶長次三男以下ヲ以テ相続セシム其嫡長子孫疾病事故ヲ以テ相続スルコト能ハスシテ次男以下又ハ庶長子ヲ立テ或ハ嫡孫幼少ナルヲ以テ嫡次男以下又ハ庶子ヲ立テ或ハ嫡次男幼少ナルヲ以テ庶子ヲ立テ或ハ実子幼少若クハ疾病事故ヲ以テ養子ヲ立テ或ハ子孫無ク又ハ子孫幼少疾病事故ヲ以テ弟姪又ハ其它ノ尊卑親族ニ相続セシメントスル者ハ父又ハ戸主ヨリ区長区長設ナキ地方ハ戸長ニ届ケ出ヅベシ」とある。

定している<sup>81</sup>。

## (2) 乙号布告案の原草稿案

井上の手で「布告案 婚姻養子禁法左ノ通……」との題がある太政官の野紙に自書された草案（B-1908）の4条但書には「但第十項以下ニ係ル者家系財産等ノ為メ止ムヲ得サル事情アル者ハ親族協議連署出願シテ地方官ノ許可ヲ求ムルコトヲ得ベシ」がある<sup>82</sup>。おなじく、「法制局意見ニ基キ當局意見ヲ立ル左ノ如シ 御布告案」と題する金花堂製の野紙に自書された草稿の「相続法」全6ヶ条の4条「平民ノ子弟ヲ分産別居セシムルハ父兄ノ存意ニ任スト雖トモ本戸ノ財産□（空欄一筆者注）分ノ一ニ過クルヲ得ス」、5条「死者相続ノ遺囑ナキトキハ親族協議ヲ以テ之ヲ定ムヘシ」とある。親族「協議」の語を通して明治初年の法実務を支持した法令案の作成過程を知ることができる。もっとも、親族協議連署出願という文言は次第に条文案の表面から後景に退くことの一端がうかがわれ、興味深いものがある。

## (3) 乙号布告案の立案趣旨と位置づけ

井上毅は、1876年（明治9年）6月「財産相続意見案」<sup>83</sup>を草し、司法省民法課の草案（財産分派相続法）に対し、疑義を述べ、家督相続法の性質を論ずる。すなわち、「一家ヲ以テノ組合ト見做シ一箇の家長アリテ之ヲ管轄スルコト恰モ一國ノ君主アルカ若シ（ごとし一筆者注）而シテ全家ノ財産ト子弟眷属トハ皆其監督全権ノ下ニ在リ」という。また、同月24日「法制局諸君」に始まる「相続法意見案」<sup>84</sup>を法制局で主張した。そこでは、財産分派法の難点を指摘したが、松田法制官の反論に接し、再考したうえで中間案を作成し、「立嫡違法律ノ刑法ヲ廃ス但シ立嫡ノ慣習ニ依ラントスル者ハ各人ノ自由ニ任ス 父母ノ意、又ハ親属叶議ニ任ス」その他を列挙し、「要之立嫡ハ常トシ分派ハ変例トシ家苗相続法ト財産分派法ト並ヒ行ハシメ其分派ノ為ニハーノ規則を設ケ父母ノ偏恵ヲ防キ又裁判官ヲシテ憑據スル所アラシメン」

81 当初、井上は、財産分派法は行いがたいので被相続人の自由と慣習に任すべしとしたが、松田法制官は慣習と自由に任せることに反対した（家永『日本近代思想史研究』96頁）。

82 本条の次行に、参照「改定律例第261条」との記載がある。

83『井上毅傳史料篇第一』79頁。

84『井上毅傳史料篇第一』80頁、86頁。なお、木田『井上毅研究』88頁、129頁参照。

と述べた。親属叶議（親族協議）の語は重要な位置を占めているが、これは当時の法実務における「熟談の上」という処理方式を採用したものである。

「相続法意見案」などにより、財産分派相続法を葬り去り、乙號布告案以後は家督相続法が基盤となり、立法作業が展開した。民法典（家族法）編纂史上、一つの大きな転換点をなすものであるとされている。

この相続法の基本は、財産分派法の適用領域の広さなどに徴すると、その後の諸草案などと比べると、従前の草案と同じ傾向にあって、家督相続のあり方そのものが柔軟であり、1876年（明治9年）当時としては、泰西主義とわが国の慣習との穏健なバランスがとられている。井上毅は、先行研究<sup>85</sup>によれば、①ある程度革新的な意見を持っていたこと、②わが国の慣習の尊重ということへの配慮が穏当であること、③井上は兄弟姉妹の公平な処遇を求める点で進歩的なバランス感覚を示していること（なお、ポアソナードは相続権を兄弟姉妹に与えることが資本主義の発達の大前提であると述べた<sup>86</sup>）が認められる。さらに、④分割の手続における不動産などの権利の金銭評価<sup>87</sup>の重要性を指摘する点で相続に関する実務家的センスの冴えを示している。また、井上は、熟談・熟議等離婚（協議離婚）に関しては熊本藩の武士として離婚をタブー視しない風土で育ったので（離縁状や離縁届に関しては幕府法の伝統の中で育った<sup>88</sup>）、三くだり半の伝統のない藩の出身者の離婚に関する考え方とは、柔軟性において相当異なるものがあったものとうかがわれる。

以上を総合すると、慎重にはあるが、この当時の井上毅の考え方を「家」制度が整備され終わった明治憲法制定前後以降における同人の考えとは分け

85 家永『日本近代思想史研究』112頁以下。

86『近代日本法制史料集第九』（1987）前掲注（23）249頁以下。ポアソナードは、相続権を男子のみに与える考えに反対し、「女子ハ男子ニ比スレバ活計ノ道ニ便ナラズ。故ニ格別ノ保護ナカルヘカラズ。」「女子ノ相続ヲ許サ、リシ時ニハ、……尼寺ニ入り生活スルヨリ外ナカリシ。経済家ノ説ニモ女子ニ相続ヲ許サ、ル時ハ、醜行、防クヘカラサルニ至リ、風俗ヲ害スル、甚シキニ至ラン。」（252頁）という。

87 わが国で不動産の鑑定評価に関する法律が制定されたのは1963年（昭和38年）であり、翌年に施行された。

88 國学院大学日本文化研究所編『法文化のなかの創造性—江戸時代に探る—』202頁（小林宏発言）。なお、木田『井上毅研究』55頁参照。



で考えることも必要でないかと思われる。

## 2 明治 11 年民法草案

### (1) 総 説

1878年（明治11年）4月17日に完成をみた民法草案を「明治11年民法草案」（東京大学法学部研究所所蔵）という。第1編（ママ）人事の1条から470条は1876年（明治9年）6月起草終了となり、第2篇（ママ）財産及ヒ財産所有権ノ種類の471条から625条は同年10月起草開始、同年12月終了となり、第3篇（ママ）財産所有権ヲ得ル方法のうちの総則626条から632条が1877年（明治10年）2月に起草終了した。そして、633条から1820条までを含む全条が完成したのは前示した1878年（明治11年）4月17日である。民法全般にわたる整理された最初の草案であるとされる<sup>89</sup>。ただし、この草案の第3篇第1巻（633条から825条・財産相続）は内容が知られていない<sup>90</sup>。第3篇第2巻「生存中ノ贈遺及ヒ遺囑ノ贈遺」（779条から938条〔修正前は826条から993条〕）は手塚『明治民法史の研究（上）』に復刻掲記されている<sup>91</sup>。

明治11年民法草案は、箕作麟祥・牟田口通照が中心となって策定したが<sup>92</sup>、フランス民法典の直訳に近く「敷写民法」ともいわれた。結局、1880年（明治13年）1月に「明治11年民法草案」は不採用となった。不採用の理由は、あまりにも翻訳的であることが指摘されている。その意味は、文章の生硬さというだけではなく、国情に沿わぬこと<sup>93</sup>、ヨーロッパにおける法典のあり

89 前田編『史料民法典』480頁以下（前田・原田）。手塚『明治民法史（上）』203頁以下、227頁以下。

90 手塚『明治民法史（上）』217頁、石井『民法典の編纂』163頁。

91 手塚『明治民法史（上）』232頁以下（初出は1854）。なお、前田編『史料民法典』532頁では星野通『明治民法編纂史研究』（ダイヤモンド社、1943）35頁以下に従い「第一巻第二巻ヲ闕キ」のままで収録している。なお、堀内節「明治前期身分法序説（一）」『法学新報』89巻1・2号31頁注（3）参照（1982）。

92 明治11年民法草案は「箕作民法草案」と呼ばれた（吉井蒼生夫『近代日本の国家形成と法』（日本評論社、1996）385頁）。なお、箕作は1897年（明治30年）11月29日死亡した。

93 1876年（明治9年）5月司法省は民法編纂材料を蒐集するために地方慣例取調局を設け、同月より大規模な地方慣例調査をし、1877年（明治10年）5月に『民事慣例類集』として刊行された。さらに、1880年（明治13年）に民法編纂局設置後、同年7月に1877年（明治10年）以降の調査の補足と体裁、内容を全面的に改訂して「全国民事慣

方に関する異見<sup>94</sup>が伝えられたこと<sup>95</sup>、さらには、ボアソナードは反対意見を述べていたことも影響したとされている<sup>96</sup>。その前後ころ、ボアソナードが新たに参画し、新たに民法典の編纂が開始された。

## (2) 熟談・熟議等離婚に関する条項

明治11年民法草案は、離婚の語を採用するが、「熟談ノ上」の語は採用しない。第六卷「離婚」、第3章「雙方ノ承諾ニテ為ス離婚」であり、249条は「左の場合ニ於テハ双方承諾ニテ離婚ヲ為スコトヲ許ス」となっている。これは明法寮改訂未定本民法、皇国民法假規則のいわば「熟談ノ上」の「離縁」という構想から御国民法の承諾による離婚の語の用い方あるいは「箕作仏蘭西民法」275条の表現に復帰したものである。

いわゆる熟談・熟議等離婚制の規定などは採らないものであって、箕作麟祥の考えによるものかは断定はできないが、推定はできようか。この草案への批判は、翻訳的であったこととされるが、そうだととしても、その真意は家族法（婚姻法・離婚法）の考え方を異にしていたからと評しえ、この領域における立法関係者間の対立、正院法制局と司法省民法課の対立はかなり厳しいものがあつたことになろう。ただ、当時の泰西主義に対する明治政府の立場を思えば、対立点が社会に与える意味をどれほど実証的にみていたかは不

---

例類集」として刊行された。手塚豊・利光三津夫編著「民事慣例類集」（1969）10頁以下参照。以上は、星野『明治民法編纂史研究』77頁、伊藤英樹・廣瀬隆司共訳「グライ『フランス民法典の日本に及ぼした影響』」『愛知学院大学論叢法学研究』27巻3・4号118頁注（4）（1984）。こうした経緯によれば、明治11年民法草案は「民事慣例類集」の内容を十分には知らなかったようである。

94 滝井一博『明治国家をつくった人びと』（講談社、2013）216頁は、1878年（明治11年）6月5日、在パリの松方正義は民法典から親族・相続法を切り離すべしとのバルタザール・ボギシッチの所説を聴き、これを明治政府に伝えた旨指摘する。なお、高橋真「バルカン地域における慣習法研究とモンテネグロ一般財産法典について」京都大学教養部政法論集10巻71頁（1990）。慣習法は、家族の法、土地所有、境界、土地利用、放牧、灌漑水利等の法的規律において顕著であると指摘する（同論文68頁）。

95 岡孝「明治民法起草過程における外国法の影響」東洋大学国際哲学研究センター編『国際哲学研究別冊4〈法〉の移転と変容』（2014）27頁は、明治政府がボアソナードは財産法部分を起草し、家族法部分は日本人委員に任せたのはボギシッチの所説による影響も一因とみる余地もある旨を示唆する。

96 手塚『明治民法史の研究（上）』222頁（ボアソナードは日本では火事が多いので取得時効は10年程とすべきとしたが、草案1806条は30年としたことなど）。

明である。

(3) 協議にかかる財産法に関連する条項

- a 1261条「一方ヨリ未タ物件ヲ引渡サス且他ノ一方ヨリ未タ其價ヲ拂ハスト雖モ其物件ト其價トヲ互ニ協議シテ指定シタル上ハ買主ト賣主トノ間ニ於テハ賣買ヲ完了シタルモノトシ其物件ノ所有權ヲ轉移シタル完全ノ效ヲ生セシム可シ」
- b 1267条「賣買ノ價ハ賣買ヲ爲ス雙方ノ者協議シテ之ヲ定ム可シ」
- c 1282条「動産ノ引渡ハ左ノ方法ヲ以テ之ヲ爲ス可シ
  - 第一 現ニ其動産ヲ渡ス事
  - 第二 其動産ヲ入レ置キタル家屋ノ鑰ヲ渡ス事
  - 第三 其動産ヲ運送スルコトヲ得サル場合ニ於テハ賣主ト買主ト其保有ヲ轉移スル旨ヲ協議シタル事」
- d 1330条「不動産ノ賣買契約ニ賣主ト買主ト協議シテ定メタル期限内ニ買主若シ其代價ヲ拂ハサルニ於テハ當然其賣買ノ契約ヲ解除ス可キ旨ヲ特ニ約定シタル時ト雖モ買主ノ賣主ヨリ其代價ヲ拂フ可キノ催促状ヲ受ケサル間ハ其協議シテ定メタル期限ノ後ニ至リ買主其代價ヲ拂フコトヲ得可シ然レトモ買主ノ賣主ヨリ其催促状ヲ受ケタル後ハ裁判所ヨリ買主ニ其代價ヲ拂フニ付テノ猶豫ヲ許ルスカラス」
- e 1343条「數人ノ共通スル物件ヲ損害ナク適宜ニ分ツコトヲ得サル時又ハ數人ノ共通スル物件ヲ互ニ協議シテ分ケタルト雖モ若シ其物件中ニ其分派ヲ爲ス各人ノ皆已レノ所有ト爲スコトヲ得サル物又ハ所有ト爲スコトヲ欲セサル物アル時ハ之ヲ糶賣ニ爲シ其數人ニ其代金ヲ分ツ可シ」
- f 1357条「交換ハ賣買ニ等シク雙方ノ者ノ協議ノミヲ以テ之ヲ完了シタルモノトス」
- g 1425条「家屋ノ建築者其註文者ト協議シタル積リ書ニ據リ請負ニテ其建築ヲ爲スコトヲ任シタル時ハ工丁ノ賃銀又ハ材料ノ價ヲ増シタルヲ口實ト爲シ又ハ積リ書ニ記シタル所ヲ變更シタルヲ口實ト爲シテ其價ヲ増サント求ムルコトヲ得ス但シ註文者書面ヲ以テ其變更ノ旨ヲ

承諾シタル上雙方其増價ノ事ヲ協議シタル時ハ此限ニ非ス」

- h 1449条「社員數人ニテ會社ノ事務ヲ管理ス可キノ任ヲ受ケ各其職務ヲ限定スルコトナク又ハ其數人ノ互ニ協議シタル上ニ非サレハ事ヲ行フ可カラサル旨ヲ別段定メタルコトナキ時ハ其管理人各自ニ管理ノ事務ヲ執行フコトヲ得可シ」
- i 1450条「管理人數名ノ互ニ協議シタル上ニ非サレハ事ヲ行フ可カラサル旨ヲ約定シタル時ハ其管理人中ノ一人他ノ管理人ト協議シタル上ニ非サレハ事ヲ行フコトヲ得ス」
- j 1552条「第1550条ノ第二第三ニ記スル物件ノ附託ハ訴訟ニ關シタル數人ノ互ニ協議シテ定メタル者ニ之ヲ爲ス可シ若シ協議セサル時ハ裁判所ヨリ定メタル者ニ之ヲ爲ス可シ  
其附託ヲ受ケタル者ハ雙方相爭フ物ノ契約上ノ附託ヲ受ケタル者ニ等シキ義務ヲ負フ可シ」
- k 1641条「何レノ場合ニ於テモ權利者ノ其質ニ取リタル物件ヲ現ニ自カラ保有シ又ハ權利者ト義務者ト雙方協議ノ上定メタル者ノ現ニ之ヲ保有シタル時ニ非レハ權利者其物件ニ付キ特權ヲ有スルコトヲ得ス」

以上、協議の語を含む条文は11ヶ条を数える。箕作仏蘭西民法では、「協議」を含む条文は相続関連の条文のほか、契約法など財産法関係の条文にもあった。明治11年民法草案は、1883年（明治16年）の増訂民法の改訳刊行前に作られ、ボアソナードの本格的な指導は少なかったことをうかがわせる草案であるといえよう。

#### (4) 相続に関連する条項

明治11年民法草案第3篇「財産所有權ヲ得ル方法」のうちの2卷は「生存中ノ贈遺及ヒ遺囑ノ贈遺」の779条から938条であり、生前贈与と遺言である。

この2卷は1章から7章までであり、これに対応する箕作仏蘭西民法における1章から7章までの章名とほとんど同じである（8、9章はない）。

1卷は「財産相続」の633条から825条であり、この部分が不明であることは前示した。そこで、これを箕作仏蘭西民法の対応箇所の記載を見ると、以下のとおりである。

箕作仏蘭西民法第3篇「財産所有の権ヲ得ル種々ノ方法」の「総規則」の次に、1巻「遺物相続」718条から892条があり、この中に6つの章がある。第1章は「遺物相続ヲ始ムル事及ヒ相続人遺物ヲ所得ト為ス事」、第2章は「遺物相続を為スニ必要ナル諸件」、第3章は「遺物相続ヲ為スノ順序」、第4章は「規則外ノ遺物相続」、第5章は「遺物相続ヲ肯スル事及ヒ肯セサル事」（782条に協議の語がある）、第6章は「遺物分派ノ事及ヒ死者ヨリ嘗テ受ケタル贈遺ヲ返還スル事」（827条、828条、834条に「協議」がある）である。827条、828条は、公証人と協議の関係を規律する条文、834条は複数相続人が協議してそのうちの1人を選び分割させる規律を定める条文である。

なお、1巻「財産相続」の中身が不明であることは動かないが、箕作仏蘭西民法第3篇1巻「遺物相続」の規定に類似した条文が策定されたものと想像することはできるのかもしれない。

#### (5) その他

明治11年民法草案1762条以下に期満得免（取得時効）が定められ、1792条には、勸解との関係の規律を定めることになり、「……勸解ノ調ハサル時ヨリ一月内ニ初審裁判所ニ呼出ヲ受クルニ於テハ勸解所ニ呼出ヲ受ケタル日ヨリ期満得免定期中ノ既ニ経過シタル時間ヲ除棄ス可シ」とある。

### 3 旧民法草案

#### (1) 総説

旧民法草案は、ボアソナード民法といわれる財産法部分（旧民法・明治23年民法第2編、第3編取得編前半（第一部）、第4編、第5編）およびボアソナード起草部分以外の部分（旧民法・明治23年民法の人事編、取得編第二部）に分けて編纂がなされた過程における各種の草案を総称するものとされている<sup>97</sup>。

ボアソナード民法典の編纂過程、すなわち、旧民法草案については、大久保泰甫・高橋良彰『ボワソナード民法典の編纂』<sup>98</sup>および『ボワソナード民

97 前田編『史料民法典』612頁（前田達明・姫野学郎）。なお、堀内「明治前期身分法序説（一）」37頁。

98 大久保・高橋『ボワソナード民法典の編纂』（雄松堂出版、1999）。

法典資料集成』<sup>99</sup>に主として依拠し、また、旧民法典の家族法部分の編纂過程は主要な先行研究<sup>100</sup>および高橋良彰「旧民法典中ボアソナード起草部分以外(法例・人事編・取得編後半)の編纂過程」<sup>101</sup>に主に依拠しながら説明する。

(あ) ボアソナード民法典の編纂過程の概略

ボアソナードは、1879年(明治12年)から事実上民法起草を始め<sup>102</sup>、1880年(明治13年)6月1日から1886年(明治19年)3月31日まで、太政官民法編纂局において中心となって仏文で起草し、その翻訳を審議するという手順で本格的な民法起草をすることになった。その成果が各種の「ボアソナード民法草案」である。同年4月から司法省に民法草案編纂事務が移され、同年8月外務省の法律取調委員会に更に移されたが、1887年(明治20年)10月から司法省に同法律取調事務は復帰することになった。

1880年(明治13年)6月1日に民法編纂局の活動開始前にボアソナード執

---

99 編集顧問星野英一、ボワソナード民法典研究会(代表大久保泰甫)編著『ボワソナード民法典資料集成 前期I『PROJET DE CODE CIVIL』(雄松堂出版、1999)、『註釈民法草案財産編1巻から4巻』(1999)、『民法草案財産取得編1巻から4巻』(2000)、『再閱民法草案財産編1巻から6巻』(2000)、後期IV『PROJET DE CODE CIVIL』(1998)、第II期の前期I-IIの(I)『公文類聚第十四編(明治23年)巻之八十一民法草案』、(II)『民法草案修正文(自501条至1500条)』、(III)『民法應用字解全』(以上、2001)、後期I-IIの(I)『再閱修正民法草案』(2000)、後期I-IIの(I)『再閱修正民法草案註釈第二編(物権ノ部)』、『再閱修正民法草案註釈第二編(人権ノ部)』(2000)、『再閱民法草案正條(財産編物権人権)』、『ABC順字類撮録表』、『伊呂波順字類撮録表』(以上、2001)、第II期の後期I-II(2002)の(I)『公文類聚第十四編(明治23年)巻之八十二』、(II)『会議部議案下付・返上(明治22年)』、(III)『公文類聚第十四編(明治23年)巻之八十四』(以上、2003)、(IV)『解題・付録資料』(2002)、第II期の後期III-IVのIII『御署名原本(民法財産編民法財産取得編)』、V『解題・参考資料』(以上、2003)。

100 石井良助編『明治文化資料叢書第3巻法律編上』(風間書房、1959。なお、上下とも背表紙は「篇」とある)石井良助「解題」、資料・民法草案人事編理由書上巻、下巻所収。石井良助編『明治文化資料叢書第3巻法律編下』(風間書房、1960)石井良助「解題」、資料・民法草案獲得編第二部理由書、民法草案人事編再調査案、民法人事編、民法財産取得編(続)所収。

101 山形大学歴史・地理・人類学論集8号56頁以下(2007)。本論文を以下「法例・人事編・取得編後半の編纂過程」という。

102 高橋良彰「司法省法学校における日本民法草案、財産編講義とボアソナード」『ボアソナード・梅謙次郎 没後100周年記念冊子(上)報告集』(法政大学、2015)70頁以下、特に87頁から97頁参照。また、同書142頁(高橋良彰発言)は、現時点では、ボアソナードの起草は「明治11年民法草案」とは別個に始めたと思うとする。

筆にかかる「プロジェ初版」が刊行された（全3冊のうち、1、2冊は同年4月以前に校了済み、3冊は翌々年2月末以前印刷終了とされる<sup>103</sup>）。同日以降に、ボアソナード執筆にかかる「プロジェ第2版」（1巻には1882年（明治15年）7月緒言、2巻には同16年4月緒言がある）が刊行されている（同第2版3巻は1888年（明治21年）に刊行<sup>104</sup>）。その翻訳書は、こまかい順序はさて置き、註釈民法草案<sup>105</sup>、再閲民法草案<sup>106</sup>、再閲民法草案正條と続いて刊行された。

1886年（明治19年）3月31日民法編纂局閉局にあたり、内閣に提出した民法草案または同年6月5日に内閣が元老院に付議した民法草案であるとされる『公文類聚第十四編（明治23年）卷之八十一』と基本的に同一であるボアソナード氏起稿民法草案修正文の改訂版である『民法草案修正文（自501条至1100条）』は1886年（明治19年）から1887年（同20年）10月にかけて刊行、『民法草案修正文（自1101条至1500条）』は同年末から1888年（明治21年）3月にかけて刊行とされている<sup>107</sup>。

同年12月28日司法省法律取調委員会から内閣に提出され、翌年1月24日、内閣から元老院に付議されたものが『公文類聚第十四編卷八十二所収の民法草案』である<sup>108</sup>。これが更に修正されて上奏案『公文類聚第十四編卷之八十四所収の民法草案』となったのである。

#### （い） ボアソナード起草部分以外の部分（家族法）の編纂過程の概略

次に、ボアソナード起草部分以外の部分（人事編、取得編第二部）の編纂過程の概略は、以下のとおりである。

日本人の手で家族法の部分の立法作業をすること、ボアソナードが条約改

103 大久保泰甫・七戸克彦「解題」前掲『ボワソナード民法典資料集成 前期 I 『PROJET DE CODE CIVIL』 xvi。

104 村上一博「解題」前掲『民法草案財産取得編1巻』 xxii（この民法草案はプロジェ第2版3巻出版前、民法編纂局時代のボワソナード起草にかかる「財産取得編」の翻訳とする）。

105 七戸克彦「解題」前掲『註釈民法草案財産編1巻』 vii 以下（プロジェ初版と概ね一致する）。

106 村上一博「解題」前掲『再閲民法草案財産編1巻』 vii 以下（プロジェ第2版1巻、2巻の翻訳である）。

107 藤原明久「解題」前掲『民法草案修正文（自501条至1500条）』1頁以下。

108 藤原明久「解題」前掲『公文類聚第十四編卷之八十一』23頁。

正において家族法においては慣習を守ることが障害にならない旨を述べていたこと、それに相応するヨーロッパ各国法の動向について情報を収集していたこと<sup>109</sup>、明治政府は泰西主義に沿う近代法を整備するに当たり、日本各地の慣習と鋭く対立しないように基本法制整備を見守っていたことが認められる。

この部分(以下「家族法部分」ともいう)の編纂は1882年(明治15年)に着手したとされている<sup>110</sup>。1886年(明治19年)4月司法省において人事編の起草を続け、同年8月外務省に法律取調委員会を設けた<sup>111</sup>が、1887年(明治20年)11月から司法省に同法律取調事務は引き継がれた<sup>112</sup>。日本人の委員<sup>113</sup>の手により鋭意作業が進み、1888年(明治21年)2月9日に法律取調委員会委員長山田顕義から元老院議長大木喬任に人事編(筆摺版)の一部を元老院に送付さ

---

109 岡孝「明治民法起草過程における外国法の影響」26頁、27頁は、モンテネグロ一級財産法起草者ボギシッチが、1878年(明治11年)6月、パリにおいて松方正義に対し、家族法(親族法・相続法)を切り離して財産法だけを法典化する理由は、家族法における慣習は余りに不均質で、これに反したナポレオン民法的な立法をすると、個別の慣習に反する規定を作らざるを得なくなる旨を説明したとする。

110 手塚『明治民法史の研究(下)』220頁。なお、「第一草案」の呼び方は同書229頁注(9)参照。

111 1996年(明治19年)8月、司法省は『佛國訴訟法撮要全』(司法省蔵版、1996年(明治19年)印行)を配布した(東京区裁判所文庫蔵本、学習院大学図書館蔵本)。同書の22頁以下では、訴訟を完結または避ける方法には第1に和解、第2に仲裁があり、訴訟を避け完結する第3の方法に勧解があるという。和解(双方相争う権利を協議上決める)、仲裁ができなければ、訴訟になるが、訴えをするには予め既して治安判事の前に出て勧解を請わなければならないからであるとする。このフランスの訴訟法の手続は、江戸時代以来のわが国の法実務のあり方と類似した一面を有するものとして説明され、往時のわが国の法実務の一斑をうかがわせる。

112 1887年(明治20年)10月に、伊藤博文、井上馨、山田顕義は外務省から司法省に法律取調委員会を移管する件について相談した。その際、伊藤はボアソナード草案に拘泥しないでこれを放棄してでも法典編纂を急ぐべき旨を洩らしたが、山田はそれもまた容易ではないと述べた(大久保・高橋『ボワソナード民法典の編纂』139頁)。この省間の権限移管にかかる折衝をして「日本的な調整型意思決定の一典型」であるとの評言(同書143頁)は、政府中枢でも熟談の上(協議の上)方式が有効に働いていたことを思わず本音として吐露している。

113 石井『明治文化資料叢書第3巻法律編上』の「解題」7頁は、1882年(明治15年)「人事法ノ事タルヤ其国体ニ由リテ差等ヲ為サル可カラズ、其他風俗習慣ノ点」は殊に注意すべきゆえに「本邦人中法律慣習ニ詳ナル人ヲ撰シテ之ヲ編纂セシムル」という。



れたのである<sup>114</sup>。ところで、ポアソナードが旧民法人事編第一草案になんらかの意見を述べて影響を与えたことは首肯できるとされている<sup>115</sup>が、その詳細については、今後の各箇所の条文の変遷を調べ考究された後に明らかになる課題として残されているものと思われる。

その後、同年9月に人事編および取得編第二部の各第一草案<sup>116</sup>（前者だけを「旧民法人事編第一草案」と、両者を指すときは「旧民法人事編・取得編第一草案」という）が大審院長、検事長などに送付され<sup>117</sup>、同年10月6日、全国の裁判所にも送付された。では、旧民法人事編・取得編第一草案の完成時期はいつかである。この点について定説はないが、同年7月ころには起草が完了していたと推測する説もある<sup>118</sup>。

旧民法人事編・取得編第一草案の審理は、1889年（明治22年）2月4日から始まり、同年4月10日司法省法律取調委員会において大体議を決めこれに従い草案を修正するという審議方式を採用することに決した。この決定は、同草案の編纂過程において重要なターニングポイントであり、イニシャチブ（発議権）が報告委員から法律取調委員に移り、この論議中に「家」制度が形成されてきたという近時の見解<sup>119</sup>がある。同月26日には相談会として開かれた委員会の決議として、イ 長子相続、ロ 戸主の義務、ハ 弟妹の分家権、ニ 戸主の成年後の弟妹に財産を分与して分家させる権利、ホ 分家の協議と訴訟（分家の議協（ぎかな一筆者注）はさる場合に於ては親族の会議を経たる上に非されは訴訟を為すことを得ず）（尾崎三良日記）があるとされている。

114 高橋「法例・人事編・取得編後半の編纂過程」58頁。

115 池田眞朗「旧民法とポワソナード」松山大学法学部松大G P推進委員会編『シンポジウム『民法典論争資料集』（復刻増補版）の現代的意義』（松山大学、2014）29頁、30頁は、ポワソナードは厳密な意味で旧民法家族法部分にはかかわっていないと述べる。

116 手塚『明治民法史の研究（下）』は「人事編第一草案」（221頁、232頁）、「財産獲得編第二部第一草案」（223頁）、「人事編および財産獲得編第二部（相続）第一草案」（237頁）とするので、本文のように表現した。

117 堀内節「旧民法人事編第一草案の立案と審議過程—『民法草案人事編大體論議議事筆記』を中心として—」『明治法制史政治史の諸問題』手塚豊教授退職記念論文集（慶応通信、1977）91頁から124頁、特に108頁参照。高橋「法例・人事編・取得編後半の編纂過程」58頁。

118 堀内「旧民法人事編第一草案の立案と審議過程」110頁。

119 高橋「法例・人事編・取得編後半の編纂過程」64頁、65頁。

以後、激しくも精力的な論議が司法省法律取調委員会、元老院において続き、1890年（明治23年）9月元老院はこれを決議し、内閣は修正を施したうえで裁可した<sup>120</sup>。

ところで、旧民法草案の解説（前田編『史料民法典』613頁から941頁）には、旧民法草案全体が欠ける箇所のない完成された法典として掲載していない旨断りが入っている。便宜、以下のとおり整理しておく。

第一編は人事編。ただし、「民法草案人事編（九国対比）版」を掲載する（1条から510条）。

第二編は財産編、501条から1100条である。うち、前置条例（501条から530条）のほか、第一部に「物権」（531条から813条）、第二部に「人権即債権并ニ義務ノ総則」（814条から1100条）がある。

第三編は「財産を獲得する方法」であり、前置条例（1001条）および第一部に「特定ノ名義ニテ獲得スル方法」（1002条から1500条）がある。

しかし、第二部の「包括名義ニテ獲得」（相続など）の条項案は掲載されていない。この部分については、石井良助『明治文化資料叢書第3巻法律編下』に「民法草案獲得編第二部理由書」として復刻された468ケ条（1501条から1968条）がある<sup>121</sup>。

第四編は「債権即ち人権の抵保即ち擔保」であり、前置条例（1501条、1502条）および第一部（1503条から1813条）からなる（第二部はなく、理由は不明である）。

第五編は「證據及び時効」であり、第一部「證據」（1814条から1925条）、第二部「時効」（1926条から2001条）からなる。

さて、前田編『史料民法典』所載の旧民法草案の財産法部分は京都大学図書館蔵本を底本とするものであり（「民法草案修正文」とほぼ同じ）、旧民法

---

120 高橋「法例・人事編・取得編後半の編纂過程」65頁から82頁参照。

121 石井『明治文化資料叢書第3巻法律編下』11頁、12頁。なお、同書243頁の「民法人事編（元老院提出案）」は1条から412条（法例18条の計430ケ条）であり、327頁の「民法財産取得編（続）（元老院提出案）」は295ケ条（286条から580条）である。元老院修正委員会による修正により人事編283ケ条（129ケ条削除）、取得編（続）143ケ条（152ケ条削除）となる（高橋「法例・人事編・取得編後半の編纂過程」82頁）。

草案の編纂過程では中期のものである。この草案における熟議、協議に関する条文を紹介し（熟談の語は存しない）、次に「協議」の語の変遷に絞って簡単に初期草案の条文と最終期草案の条文の変遷について多少の考察を加えたい。

## (2) 旧民法草案と熟談、熟議、協議

### (あ) 協議の離婚に関連する条項(旧民法人事編第一草案)

1888年（明治21年）7月から9月ころの前の時期に、熊野敏三起草にかかる人事編において、条文に「協議ノ離婚」の語が初めてあらわれた。また、離婚制度の第1節に協議離婚が離婚裁判の前に規定され、協議離婚制度の今に通じる位置づけが与えられたと考える。ただし、この段階では、養子離縁の規定はあらわれていない<sup>122</sup>。なお、旧民法人事編第一草案において初めて「親族会の協議」という法令語があらわれ、「親族協議」の意味を含意させたものと解される。それまでも親族会議の語は用いられたが、わが国の慣習と一応関連するとはいえても詳細は不明である。今後の課題であろう。

- a 第五章「離婚」、第1節「雙方協議ノ離婚」とあり、119条「夫婦ハ下ニ定メタル條件及ヒ法式ニ從ヒ其協議ヲ以テ離婚ヲ爲ス事ヲ得」
- b 121条「協議ヲ以テ離婚セント欲スル夫婦ハ豫メ證書ヲ作り左ノ諸件ヲ定ム可シ
  - 一 離婚ノ豫試中夫婦ノ一方移居スヘキ家屋
  - 二 夫又ハ婦ノ資力缺乏スル時ハ豫試中其配偶者ヨリ支給ス可キ養料
  - 三 豫試中及ヒ離婚ノ後其子ニ關スル處置
  - 四 財産ニ關スル夫婦互相ノ權利ノ分定」
- c 122条から126条（略）（なお、理由書<sup>123</sup>は「右ノ五ケ条ハ協議ノ手續ヲ規程セルモノニシテ夫婦ハ其承諾ヲ与フルヲ以テ十分トセス 此手續ニ從ヒ其承諾ヲ表スルヲ要ス」と述べる）

122 石井『明治文化資料叢書第3巻法律編上』13頁以下、61頁以下。旧民法人事編第一草案196条2項は「縁組ハ一旦成立シタルトキハ之ヲ廃棄スルコトヲ得ス」とある。『同書下』43頁の獲得編第二部第一草案1581条の理由書には「辞産相続ハ被相続人ノ意思ニ出ツルコト」と明言する。

123 石井『明治文化資料叢書第3巻法律編上』109頁（理由書上巻）。

- d 316条「後見人ハ未成年者ヲ監護シ其教育ヲ擔任ス若シ在來ノ住居若クハ教育方法ヲ變更セントスルトキハ親族會ニ協議セサル可ラス協議諧ハサル時ハ地方裁判所ニ申立テ裁判所ハ未成年者滿十二年以上ナル時ハ其意見ヲ聽キ之ヲ裁判ス 副後見人及ヒ親族會員ハ未成年者ノ住居若クハ教育ニ付意見アル時ハ何時ニテモ親族會ノ招集ヲ請求スル事ヲ得」

以上のうち、人事編理由書において、これら条文を起草した熊野敏三は、「双方協議ノ離婚ハ或ハ真ノ原由ヲ隱包スル為メ或ハ夫婦相和スル為メ双方其承諾ヲ以テ婚姻ヲ解クコトヲ允許スルモノナリ」、協議の離婚制度は本当の理由を隠すためのものではなく、その原則を定めて、不正をただす条件を明文化したのである、それはフランス民法よりは緩やかな条件ではあるが、「今日夫婦ハ自由ニ其協議ヲ以テ離婚ヲ為スヲ得ルモノナレハ其法式を細密ニスルトキハ流俗ノ弊ヲ矯メント欲シ却テ人民ノ嫌惡ヲ來タスノ恐アレハナリ」と説明している<sup>124</sup>。ここでの「協議」はほとんど熟談、熟議の意味と同じに用いられ、伝統的な慣行を保持する立場（熟談・熟議等離婚制）にあると思われるが、その短所も適切に踏まえて法制化しようとしている。しかし、それ以上には、中村正直の用いた協議の近代語としての本質をうかがわせる法的考察があるとは思えない。

そうした時代による限界はあるが、「協議ノ離婚」の規定は、離婚裁判の前に置かれ、前者が原則、後者を例外とする法体系を確立した。また、相続の分派（遺産分割）も、後記のとおり、合意による分派を原則、裁判上の分派を例外と定め、ともにわが国の慣習を尊重した形で法体系上の原則と例外の別を確立したものと評価すべきであり、重要なものである。

1889年（明治22年）暮れから1890年（同23年）1月ころ作成された「民法草案人事編再調査案」<sup>125</sup>第四章「離婚」、第一節「協議ノ離婚」、86条は同じだが、89条は「夫婦ハ離婚協議書ヲ作り之ニ左ノ書類ヲ添ヘテ区裁判所ニ差出タシ離婚ノ認可ヲ受ク可シ」と修正が入った。新たに、第七章、第一節「離縁」、

124 石井『明治文化資料叢書第3巻法律編上』107頁（理由書上巻）。

125 石井『明治文化資料叢書第3巻法律編下』195頁以下。石井「解題」同書3頁。

第一款「協議ノ離縁」の下に4ヶ条があらわれ、その冒頭の183条は「養子を為シタル者及ヒ養子ト為リタル者ハ協議ヲ以テ離縁ヲ為スコトヲ得 然レトモ十五年未滿ニテ養子ト為リタル者ノ離縁ハ滿十五年ニ至ラサル間ニ限り養親ト縁組承諾ノ権ヲ有スル者トノ協議ヲ以テ之ヲ為ス」である。185条に「協議ニ因リ離縁ヲ為サントスルトキハ当事者ハ予メ財産上ノ約束ス可シ」、186条に「当事者ハ離縁協議書ヲ作り……」がある。また、268条は「後見人ハ未成年者ヲ監護シ其教育ヲ担任ス 選定後見人若シ未成年者ノ在來ノ住居又ハ教育方法ヲ変更セントスルトキハ親族會ニ協議ス可シ其議協ハサルトキハ区裁判所ニ申立テ裁判所ハ未成年者滿十二年以上ナルトキハ其意見ヲ聽キテ決定ヲ為ス……」であり、364条は「私出子ノ父母ハ協議ニ因リテ一方ノ家ニ属スル私出子ヲ他ノ一方ノ家ニ引取ルコトヲ得……」である。

なお、「民法人事編（元老院提出案）」<sup>126</sup>第五章「離婚」、第一節「協議ノ離婚」98条、101条、第八章、第一節「離縁」、第一款「協議ノ離縁」、193条、195条、196条、第十章、第六節、285条（「親族會ハ」を「親族會ニ協議シ」と訂正）、第十三章の369条、370条に「協議」がある。

#### （い）財産法などに関連する熟議、協議の条項

このボワソナード民法草案（前田編『史料民法典』所載財産法部分の草案）では、aから1までの12ヶ条に「熟議」が明文化され、m、nの2ヶ条に「協議」が明文化されている。注意すべきは、たとえば、759条の「熟議」は初期の草案段階では「熟談」とあり、後に「協議」に再改訂されたことである。また、1883年（明治16年）に改訂された「増訂民法」では「協議」が激減したことにかんがみると、「熟議」が多用された草案の考え方はいかなる論議によるものであったのか。さらに、「熟談」を用いた初期の民法草案はその編纂時期が遡ることによる難しさのほかに「慣習」の扱い方<sup>127</sup>、翻訳語のあり方などの考え方、いかなる経過をたどったか、という難問が山積している。この点、筆者は少し検討したが、もとより粗末なものに留まる。大変に難し

126 石井『明治文化資料叢書第3巻法律編下』243頁以下。石井「解題」同書4頁以下。

127 星野英一「日本民法典編纂に際しての困難な問題—『慣習』の扱い方を中心に」『民法論集第十巻』（有斐閣、2015）6頁以下。

いことで将来の課題である。

- a 759条「經界ノ訴權ハ熟議又ハ裁判ニテ境界ノ定マラサル間ハ不得時證ノモノタリ 然レトモ相隣者ノ一人經界ノ要求ヲ受ケタル土地ノ全部又ハ一分ニ就キ獲得時證又ハ一年間ノ占有ヲ主張スルトキハ原告人ハ豫メ恢復訴權又ハ取戻訴權ヲ行フコトヲ要ス」
- b 763条「總關係人ノ熟議ヲ以テ經界ヲ設クルトキハ適宜ニ其證書ヲ造ルヘシ此證書ハ各所有地ノ面積及ヒ界限ニ就キ各關係人ノ為メニ於ケルト之ニ對スルトヲ問ハス確定ノ權證トス 其議一致セサルトキハ裁判ヲ以テ面積及ヒ界限ヲ定メ其言渡書ニ圖面ヲ添フヘシ此圖面ニハ各界標ノ距離并其地方ノ確定ナル漂點ト各界漂トノ距離ヲ記載シテ界標ヲ明示ス可シ」
- c 874条「簿冊ニ載セタル登記及ヒ欄外記入ハ其塗抹又ハ改正ニ就キ利益ヲ有スルー一切ノ關係人ヨリ裁判上之ヲ爭訟スルコトヲ得 其訟求及ヒ裁判ハ第872条ニ定メタル如ク爭訟ニ係ル登記面ノ欄外ニ之ヲ記入ス可シ之ニ背クトキハ同條ノ罰金ヲ科ス 關係人能力者ナルカ又ハ適法ノ名代又ハ補助ヲ受クルトキハ熟議ヲ以テ塗抹又ハ改正ヲ承諾スルコトヲ得 裁判上適正ニ命令シ又ハ熟議ヲ以テ承諾セシ塗抹又ハ改正ハ正當ニ登記シ又ハ書入タル權利ヲ有スル者ヲ抗辯ノ爲メ召喚シ又ハ其者塗抹改正ニ承服セシトキニ非サレハ之ニ對抗スルコトヲ得ス」
- d 1134条「公益ノ爲メ引上ニ屬スヘキ財産ヲ熟議上讓渡サ、ルニ於テハ其引上ヲ宣告スル裁判上又ハ行政上ノ處分ヲ以テ其記載スル所ノ負擔及ヒ條件ニ循ヒ所有權ヲ轉移ス但此法律第五百三十二條及ヒ第八百六十八條第五項ノ條例並ニ引上ニ關スル特別法ニ從フヘシ」
- e 1174条「法律上、裁判上又ハ合意上ノ代理人若ハ管理者ハ直接ニ自己ノ名義ニ因リ或ハ他人ノ名義ニ託シ熟議賣買ト公賣トヲ問ハス躬ヲ賣ルノ委任ヲ受ケタル財産ノ獲得者トナルコトヲ得ス 公賣ヲ處弁シ若ハ之ヲ指揮スルコトヲ法律上任セラレタル公役人ニモ同一ノ禁止ヲ適用ス」
- f 1251条「未分物ノ分配ヲ爲スニ當リ共有者中ノ一人原物ノ分配ヲ拒絶

スルニ於テハ其物ヲ或ハ熟議上ノ賣買或ハ糶賣即未分物ノ公賣ニ付シ其代價ハ各有權者ノ權利ノ部分ニ應シテ其間ニ配當ス」

- g 1252条「關係人ニ於テ第三者若ハ關係人中ノ一人ニ熟議上ノ賣買ヲ爲スニ就キ或ハ其間ニ公賣ヲ爲スニ就キ一致セサルカ又ハ關係人中ニ一人ノ失踪者若ハ無能力者アルトキハ他ノ公賣ニ要スル公示ヲ以テ且訴訟法ニ規定シタル法式ニ從ヒ裁判所ニテ又ハ裁判所ヨリ指名シタル公役人ノ前ニテ其公賣ヲ爲スヘシ 共同公賣者ノ各自ハ其公賣ニ付外人ノ參加ヲ許スコトヲ請求スルヲ得且共有者中ニ一人ノ失踪者若ハ無能力者アルトキハ此外人ノ參加ハ法律上當然ニシテ且必要ナリトス」
- h 1253条「共有者中ノ一人物ノ全部ヲ獲得セシトキハ其公賣又ハ熟議上ノ賣買ハ共有者間ニ於テ分配ノ所爲ト看做サレ曾社ノ財産及ヒ相續財産分配ノ事項ニ定メタル効力ヲ生ス 又公賣若ハ熟議上ノ賣買ヲ第三者ニ爲セシトキハ其賣買ハ第三者ト舊共有者ト互相ノ間ニ此章ニ規定シタル普通賣買ノ効力ヲ生ス」
- i 1299条「如何ナル場合ニ於テモ清算者ハ會社所屬ノ物件ニシテ其損壞又ハ滅尽ノ速カナルモノヲ讓渡スヘシ清算者ハ會社ノ債務償還ノ爲メ必要ナルトキハ其他ノ動産ヲ讓渡スコトヲ得 清算者ハ社員ノ特別委任ヲ受クルニ非サレハ不動産ヲ抵當ト爲シ若ハ讓渡スコトヲ得ス 此終リノ場合ニ於テ不動産ノ讓渡ハ公賣方法ニ依ルニ非サレハ之ヲ爲スヘカラス但熟議上ノ讓渡ヲ許容シタル場合ハ此限ニ在ラス且公賣ニ依ルト熟議上ノ賣買ニ依ルトヲ問ハス其讓渡ハ社員ノ多數決ヲ以テ之ヲ定ムヘシ 清算者ハ全社員ノ名義ヲ以テ原告人又ハ被告人ト爲リテ出訴スルコトヲ得 清算者其會社ノ債務若ハ債權ニ關シテ承諾シタル和解契約及ヒ仲裁契約ハ其第三者ト通謀シタル欺詐アル場合ノ外之ヲ排撃スルコトヲ得ス」
- j 1633条「債權者ハ主タリ及ヒ從タル債務ノ皆濟ヲ受クルマテ質ト爲サレタル不動産又ハ權利ノ占有ヲ留置スルコトヲ得 然レトモ不動産質債權者ハ債務ノ滿期前又滿期後ニ熟議ヲ以テスルト競賣ヲ以テスルトヲ問ハス債務者又ハ他ノ債權者ヨリ求メタル賣却ニ故障ヲ申立ツルコ

トヲ得ス 又其債權者ハ自ラ賣却ヲ申立ツルコトヲ得右ハ下ニ指示シタル異別ノ効力ヲ生ス」

- k 1780条「若シ債權者中ノ何人ヨリモ有効ニ競賣ニ付スルコトヲ求メサリシトキハ不動産ハ債權者ノ間ニ開始シタル熟議上若クハ裁判上ノ順序ヲ以テスル辨濟ニ因リ又ハ豫メ實物提供ヲ爲サスシテ有權者ノ名ヲ以テスル供託ニ因リテ滌除セラル 此場合ニ於テ總テノ抵當ハ之ヲ抹殺シ元資ノ不足シタル抵當ト雖モ亦之ヲ抹殺ス」
- l 1803条「滌除ノ提供ニ對シ増競買ヲ爲ス爲メ第1718条ニ定メタル期間ノ滿了セサル間ハ漏脱セラレタル債權者ハ其漏脱ヲ第三保有者ニ告知シ之ニ提供ノ通知ヲ求メテ増競買ヲ爲シ又ハ所有權徵収ノ手續カ了終セサルトキハ其手續ニ加ハルコトヲ得然レトモ之カ爲メ其手續ヲ遅延スルコトヲ得ス 如何ナル場合ニ於テモ熟議上又裁判上ニテ開始シタル順序手續ノ閉鎖セラレサル間ハ右ノ債權者ハ其順序手續ニ加ハルコトヲ得 右ハ總テ前記ノ債權者カ保管人ノ漏脱ヨリ己レニ受ケタル旨ヲ證スル損害ノ爲メ保管人ニ對スル求償ヲ妨ケス 保管人ハ主タル債務者又ハ其保證人ノ免責ノ爲メ右ノ如ク辨濟シタルモノニ付テハ其債務者又ハ保證人ニ對シテ求償權ヲ有ス」

(以上は熟議の語があり、以下は協議の語がある条文である)

- m 770条「前款ニ定メタル義務ニ據リ又ハ雙方ノ随意ナル協議ニ據リ共同費ヲ以テ兩地ノ分界線上ニ圍障ヲ作ルトキハ其性質ノ如何ヲ問ハス此圍障ハ其敷地ト共ニ不分ニテ各相隣者ニ屬シ之ヲ共用界ト云フ 相隣者雙方ノ建物ヲ間隔スル石造又ハ土造ノ牆壁并ニ隣接地ノ分界線上ニ共同費ヲ以テ掘開シタル溝渠又ハ設置シタル籬柵モ亦同シ」
- n 1827条「其判決ニ於テハ争ノ輕重又ハ難易ニ從ヒテ一人又ハ三人ノ鑑定人ヲ選任ス 然レトモ當事者ハ裁判所ヨリ自己ノ權利ノ告知ヲ受ケタル後協議ノ上自ラ一人又ハ三人ノ鑑定人ヲ選任スルコトヲ得 若シ當事者カ各一人ノ鑑定人ヲ選任スルコトノミヲ協議シタルトキハ裁判所ヨリ第三ノ鑑定人ヲ選任ス」
- (う) 相続法の協議に関連する条項 (第三編第二部「包括名義ニテ獲得」。明



治文化資料叢書第3巻法律編下11頁以下の復刻による)

1888年（明治21年）7月から9月ころの前の時期において、取得編第二部においては、「熟議」はなく、「協議」があるのみである。

- a 1658条「相続人ノ合意ヲ以テ分派ヲ為スコトヲ得ヘキ場合ニ於テハ其各部分ハ共同相続人全員ノ協議ヲ以テ之ヲ組成ス可シ 其協議ハサルトキ又ハ裁判上ニ非サレハ分派ヲ為スコトヲ得サルトキハ地方裁判所ノ指定シタル鑑定人ヲシテ公証人一名立会ノ上其部分ヲ組成セシム可シ」
- b 1664条「分派ノ結了シタルトキハ共同相続人各自ニ其收受シタル物件ノ権証ヲ保有ス 共同相続人中数人ニ分割シタル一箇ノ物件ノ権証ハ其中最大ノ部分ヲ得タル者之ヲ保有ス 共同相続人ノ全員ニ分割シタル物件ノ権証ニ付テハ共同相続人ノ協議ヲ以テ其保有者ヲ定ム 其協議ハサルトキハ地方裁判所之ヲ指定ス 何レノ場合ニ於テモ権証ノ保有者ハ他ノ共同相続人ノ請求ニ従ヒ之ヲ使用セシム可シ」

なお、本稿の目的にかんがみて、取得編第二部第一草案には重要な条文があらわれている。ここでは2ヶ条だけを掲げる。1643条本文は「相続ノ分派ハ共同相続人ノ合意ヲ以テ自由ニ之ヲ為スコトヲ得 但シ左ノ場合ニ於テハ裁判上ニ非サレハ其分派ヲ為スコトヲ得ス」とし、「三 共同相続人中合意上ノ分派ヲ承諾セサル者アルトキ」である。1652条は「売払フ可キ物件及ヒ方法ハ共同相続人ノ全員一致ヲ以テ之ヲ定ム 但債権者ノ故障アルトキ又ハ共同相続人中無能力者アルトキ又ハ全員一致セサルトキハ地方裁判所ヲシテ其物件ヲ定メシメ且ツ之ヲ糶売ス可シ」とする。

この部分の起草者とされる磯部四郎は、1643条の理由書で「相続ノ分派」は「一種ノ合意」であり、そうである以上「共同相続人ノ自由ニ之ヲ為スコトヲ得ルヲ以テ普通ノ原則トシ其自由ヲ制限スルハ例外ノ規則と為サルヘカラス」という。次に、1652条の理由書で不動産および動産の売却などについて「共同相続人ノ自由ニ任シテ可ナリ法律何ソ之ヲ制限スルノ理由アラシヤ是レ我草案ハ仏国民法ニ抛ラス」「共同相続人ノ全員一致ヲ以テ定ムヘキ

モノトシ」と述べている<sup>128</sup>。これはいわば協議の方法として全員一致の原則をいい<sup>129</sup>、伺・指令などによる明治初年以降の法実務を明文化したものであるといえるのではあるまいか。たしかに、現在の理論水準に照らせば批判すべきものがないとはいえないが、注目すべきものである。

「民法財産取得編(続)(元老院提案)」(第十三章「相続」、第十四章「贈与及ヒ遺贈」、第十五章「夫婦財産契約」。明治文化資料叢書第3巻法律編下327頁以下の複製による)において、「協議」のある条文は次のとおりである。

a 第十三章第5節相続財産ノ分割

382条「共同分割者ノ合意ヲ以テ分割ヲ為スコトヲ得ヘキ場合ニ於テハ其各部分ハ共同分割者総体ノ協議ヲ以テ之ヲ組成ス可シ 其協議ハサルトキ又ハ裁判上ノ分割ヲ要スルトキハ裁判所ノ任命シタル鑑定人ヲシテ分割部分ヲ組成セシム可シ」<sup>130</sup>

b 387条「分割ノ結了シタルトキハ共同分割者ハ其領収シタル物ノ証書ヲ保有ス 共同分割者ノ総体又ハ数人ニ分割シタル一個ノ物ノ証書ハ其最大ノ部分ヲ領収シタル者之ヲ保有ス最大ノ部分ヲ領収シタル者ナキトキハ共同分割者ノ協議ヲ以テ其保有者ヲ定ム若シ協議ハサルトキハ裁判所之ヲ指定ス 何レノ場合ニ於テモ証書ノ保有者ハ他ノ共同分割者ノ求メニ応シ

---

128 石井『明治文化資料叢書第3巻法律編下』74頁、77頁。

129 この1643条は、旧民法409条として存続する。相続財産の分割は相続人の合意で自由にすることができるという原則を定立した。ここに協議優先の考えの起源があると解される。なお、石井『明治文化資料叢書第3巻法律編下』79頁は、1658条の立法理由として、相続財産の分割は相続人の合意をもって分割できるときは、分割方法は共同相続人の協議に任せて可なり決して其自由を制限する理由はないしかるにフランス民法832条のように分割の自由を与えながら法文の表面において一種の制限に類する条項を置くことは立法政策として得策ではない1658条1項は名実ともにその自由を与えたものである、と説明する。ここでいう「分割の自由」は徹底しており、その意図は分割の合理性という観点からだけでは、はかりがたいものを含意する。

130 本条は、その前後は不明であるが、「共同分割者ノ同意ヲ以テ分割ヲ為スコトヲ得ヘキ場合ニ於テハ其各部分ハ共同分割者総員ノ協議ヲ以テ之ヲ組成ス可シ 若シ協議ハサルトキ又ハ裁判上ノ分割ヲ要スルトキハ裁判所ノ任命シタル鑑定人ヲシテ分割部分ヲ組成セシム可シ」との修正(同意、総員)も受けたが、元老院の審査により削除された。磯部四郎『民法〔明治23年〕相続編講義完』(講法会出版、初版不明。信山社出版、2011)日本立法資料全集別巻667(財産取得編14章贈与及び遺贈)539頁、541頁から542頁。

テ之ヲ使用セシム可シ」

なお、前にふれた取得編第二部第一草案の重要な条文はどのような修正を受けたかをみる。375条は「相続財産ノ分割ハ共同分割者ノ合意ヲ以テ自由ニ之ヲ為スコトヲ得 然レトモ左ノ場合ニ於テハ裁判ヲ以テスルニ非サレハ其分割ヲ為スコトヲ得ス 第一（略）、第二（略）、第三 共同分割者中ニ合意上ノ分割ヲ承諾セサル者アルトキ」、379条は「売却スル物及ヒ其売却ノ方法ハ共同分割者総体ノ一致ヲ以テ之ヲ定ム可シ 但債権者ノ異議アルトキ共同分割者中ニ無能力者又ハ不在者アルトキ又ハ総体ノ一致セサルトキハ裁判所ハ売却物ヲ定メ且之ヲ競売ニ付ス」とされてある。この修正は、上記した理由書に沿い、また、法実務に即した条文作りに努めている面がうかがわれる。さらには、協議の内実を明文として表現しようとしてか、「合意による分割」と整理したうえ、合意とは総体の一致によること、分割の合意を承諾しない者があれば合意は成り立たないという表現が明文になっているところに注目すべきであろう。

（え）廃戸主について

旧民法草案の第一草案は、狭義の廃戸主制度も、養子戸主の離縁制度も認めてはいなかった。これは、全国の裁判所に求意見されたが、狭義の廃戸主制度に対する批判はなかったが、養子戸主の離縁制度を禁止した点には大きな批判が集中したとされる<sup>131</sup>。

（3）財産法における熟談、熟議、協議の変遷に関する条項

（あ）旧民法草案と熟談、熟議、協議の変遷例

旧民法草案（ボアソナード民法草案）259条（759条。これは第一編500条を加えた条文数である）は、法令語（翻訳語としての面もある）としての熟談、熟議、協議の語が典型的に変遷したうえで旧民法241条（しかし、明治民法ではこれに相当する条文はない）へと続くものである。そこで、これにふれたい。こうした変遷過程を確かめる作業は、本来であれば「協議」に関連するすべての条文について行うべきであるが、いかなながら将来の課題と

131 近藤・本稿（上）前掲注（189）「明治民法施行前の廃戸主制度と『家』」73頁から74頁。

させていただきたい。

a 立界に係る訴訟、熟談、期満得免型

『註積民法草案』259条<sup>132</sup>は「立界ニ係カル訴訟ハ熟談又ハ裁判上ニテ、相近接スル土地ノ境界ノ定マラサリシ以上ハ期満得免トナルベカラス」である。なお、263条1項は「若シ熟談ノ上ニテ總テノ関係人ノ間ニ於テ境界ヲ定ムルトキハ双方関係人ノ宜シキニ適スルト思量スルノ法式ニ準拠シ其書面ヲ作為ス可シ其書面ハ双方関係人双方ノ土地ノ幅員及限界ニ就テ関係人ノ為メ又ハ関係人ニ対シテ確定ノ書面ニ等シ」、2項は「雙方関係人ノ熟和ナキニ於テハ右ノ幅員及限界ヲ定ムル裁判ヲ言渡シ其裁判書ニ図面ヲ添フヘシ但……」である。

『再閱民法草案』259条<sup>133</sup>は「立界ニ係ル訴訟ハ熟談アマアブル若クハ裁判上ニテ相継続シタル土地ノ境界ノ定マラサリシ以上ハ期満得免トナラザルナリ」である。なお、263条1項の「若シ協議上ニテ總テノ関係人ノ間ニ於テ立界……」に協議の語があらわれるが、これに傍注はない。他方、259条の「熟談」の左傍注ルビに「アマアブル」*amiable*の記載があり、「熟談」について何らかの論議があったものとうかがわれる。ここでは熟談と協議の語が混在する。

『再閱民法草案正條』<sup>134</sup>259条も同様であり、「熟談」があり、その左傍注には「アマアブル」とある。263条には「協議上」がある。民法編纂局の同書刊行時期は不詳であるが、その当時、裁判所に広く配布された資料であるとされ、実務上使用された重要なものである<sup>135</sup>。

b 經界の訴権、熟議、不得時證型

前田編『史料民法典』の旧民法草案（財産法部分、京都大学図書館蔵本）、「民法草案修正文」（東京大学法学部纂作文庫所蔵本）そして「再閱修正民法草案註積（第二編物権ノ部）」<sup>136</sup>、「公文類聚第十四編（明治23年）卷之

132 『註積民法草案財産編1巻』前掲注（99）89頁。なお、96頁

133 『再閱民法草案財産編2巻』前掲注（99）252頁、253頁。

134 『再閱民法草案正條（財産編物権人權）』前掲注（99）203頁。

135 藤原明久「解題」『再閱民法草案正條（財産編物権人權）』前掲注（99）i頁。

136 『再閱修正民法草案註積（第二編物権ノ部）』前掲注（99）514頁など。池田真朗・七

八十一民法草案<sup>137</sup>の各759条1項は「經界ノ訴權ハ熟議又ハ裁判ニテ境界ノ定マラサル間ハ不得時證ノモノタリ」であり、763条は「総関係人ノ熟議ヲ以テ……」であるが、770条は「……双方ノ随意ナル協議<sup>138</sup>ニ拠リ共同費ヲ以テ兩地ノ分界線上ニ囲障ヲ……」である。これらの草案は「熟議」が中心的な位置を占めるので經界の訴訟、熟議、不得時證型と分類したが、完全に「熟議」を用いることに統一されたものかはお疑問である。少なくとも、そうした用語にかかる論争の厳しさ、その裏にある実用面での争いがうかがわれ、単なる翻訳のあり方の違いとして軽く整理してしまうのは早計であろうと思われる。

### c 經界訴權、協議上、時効型

明治22年7月24日の『會議部議案下付・返上（明治22年）』241条<sup>139</sup>、『公文類聚第十四編（明治23年）卷之八十二』240条<sup>140</sup>、『公文類聚第十四編（明治23年）卷之八十四』240条<sup>141</sup>は、いずれも「經界訴權ハ協議上又は裁判上ニテ界限ノ定マラサル間ハ時効ニ罹ルコト無シ」である。『會議部議案』243条、『卷之八十二』243条、『卷之八十四』242条は、いずれも「当事者ノ協議ヲ以テ界限ヲ……」である。

最終段階に於いては「協議」に統一されたのである。上記のような各用語の変遷があるとしても、そのうち、熟談、熟議、協議へと変遷したことの法的な意味はなお明らかになったとはいえない。

戸克彦「解題」同書 vii 頁以下。

137 『公文類聚第十四編（明治23年）卷之八十一民法草案』前掲注（99）226 頁など。藤原明久「解題」同書 19 頁以下。

138 この「協議」は、再閱民法草案、再閱民法草案正條の各 270 条の「性質ノ何タルヲ問ハス若シ繞圀カ前款ニ定メラレタル義務ニ拠リ又ハ随意ニシテ且ツ共同ノ一致ニ拠リ共同費ニテ土地ノ分界線上ニ作為セラレタルトキハ此……」の中の「共同ノ一致」に相当する。註釈民法草案財産編 270 条は「共同ノ一致」を手書きで「合議ノ上」と改めた（106 頁）。これら条文は、その後、旧民法 249 条「任意且協議ニ因リ共擔ノ費用ヲ以テ土地ノ分界線上ニ築造シタル圍障ハ……」、明治民法 225 条へと続く。相隣關係に「協議」があるのは、ボアソナードの起草に、少なくとも部分的には基づくものと推測できるのではあるまいか。

139 『會議部議案下付・返上（明治22年）』前掲注（99）138 頁。

140 『公文類聚第十四編（明治23年）卷之八十二』前掲注（99）124 頁。

141 『公文類聚第十四編（明治23年）卷之八十四』前掲注（99）128 頁。

(い) 熟談アミアブールと承諾コンサントマンの翻訳

1888年（明治21年）1月に刊行された『民法應用字解全』（元老院藏版）は民法編纂局の「民法草案」（明治19年3月31日編成）解釈の便宜を図るために編集されたものである。ポワソナード民法草案に関する法条のための字解であり、家族法部分を意識したものとはまではいえないようであるが、なお断定は控えたい。

前項でみたように、初め「熟談」は「アミアブール」*amiable*の訳語として用いられた。熟談は、布告、達、伺・指令の法実務において熟議、協議へと用語が変遷した例もあり、細部は措くとしても、傾向としては民法編纂過程においても熟談、熟議、協議へと用語が変遷したといえる。

さて顧みれば、本稿は、熟談離縁の語は江戸時代の用法であり、「協議」の語は明治初年に初めて法令語として使われはじめたものであって、江戸時代には「協議」の語を離縁と合わせて「協議離縁」という用い方はなかったという立場をとる。そこで、法令語としての「協議の離婚」あるいは「協議上の離婚」はいつから使われ始めたのか、という問題意識から出発したわけである。

(4) 承諾の離婚から協議の離婚へ

(あ) 承諾から協議への転換

箕作仏蘭西民法の第一篇人事、第三章「雙方ノ承諾ニテ離婚ヲ為ス事」(Du divorce par consentement mutuel) はコンサントマンを「承諾」と訳し、「協議上の」離婚ではなかった。では、「協議」の離婚という表現はなにゆえにあらわれたのだろうか、が本稿の上記問題意識である。前掲『民法應用字解全』<sup>142</sup>571頁には「承諾」「名詞コンサントマン」とあり、Consentementは「承諾」と訳されており、それは「双方の意思の合同」であり「契約ヲ組成スル緊要ノ一条件」という。「協議」の語は『民法應用字解全』のほか『ABC順字類撮録表』（ただし、172頁に勘辨協議Concordatがある）、『伊呂波順字類撮録表』にも記載はない。

---

142 『民法應用字解全』前掲注（99）571頁、572頁。

この点について、ボアソナード起草にかかる『再閱民法草案財産編1巻』39条および『同3巻』325条、327条の各「承諾」の左傍注には「コンサントマン」のルビがある。『同2巻』247条の「協議」には傍注ルビはない。『再閱民法草案正條（財産編物権人權）』325条、327条の各「承諾」にも左傍注「コンサントマン」のルビがある<sup>143</sup>。

承諾による離婚の「承諾」は理解しうるが、「承諾」がなにゆえに「協議」に移行することになりうるのか。たしかに、明治初年において「熟談」が「協議」に代替されるように市井に流布したとしても、それが直ちに近代法のなかに採用されるとは到底考えられない。次に、この点を検討する。

#### （い）ボアソナードの法理論における承諾の意義

ボアソナードの承諾の理解については、いくつかの先行研究がある。すべてにふれることはできないので、熟談、熟議、協議に関する研究への近さだけの理由からではあるが、筏津安恕『失われた契約理論』<sup>144</sup>と野村豊弘「ボアソナードの契約に関する基礎理論」<sup>145</sup>に簡潔にふれる。

##### a 筏津説

『失われた契約理論』（以下、本書頁数のみ記載する）によれば、「再閱民法草案財産編3巻」<sup>146</sup>325条の第一、327条「承諾コンサントマントハ合意

143 小淵太郎「フランス契約法におけるコーズの理論」『早稲田法学』70巻（1995）3号158頁、159頁、175頁注（2）、176頁注（3）（4）、178頁注（9）参照。ボアソナードは、有償契約と無償契約のほか、交誼上の満足を得るという契約類型を考えていた模様である。同論文176頁は、3つ目の契約類型に属する例として、社会的地位、特定の人との関係上やむを得ない約束をあげ、岸上晴志「契約の目的についての覚書（1）」『中京法学』16巻1号（1981）60頁以下を引用する。なお、この岸上論文は「同（2・完）」（同巻2号77頁以下）とともに岸上晴志『契約の目的』（不磨書房、2006）1頁以下に所収される。

144 筏津安恕『失われた契約理論』（昭和堂、1998）。なお、同『私法理論のパラダイム転換と契約理論の再編』（昭和堂、2001）がある。『失われた契約理論』は浅野有紀氏（同志社大学教授、元学習院大学教授）のご教示によるものであり、記してその学恩に感謝するものである。

145 野村豊弘「ボアソナードの契約に関する基礎理論—錯誤を中心に—」星野英一先生古稀記念『日本民法学の形成と課題・上』（有斐閣、1996）258頁以下、267頁。

146 筏津『失われた契約理論』111頁などにいう「旧民法第二草案」の意味は、『再閱修正民法草案註釈（第二編物権ノ部）』前掲注（99）514頁などを参照。池田真朗・七戸克彦「解題」同書vii頁以下、特に同書xxvi頁による。

中関係人トシテ加入スル総テノ締約者ノ意欲ノ一致ヲ云フ 締約者中一方ノ承諾ノ欠乏ハ諸他ノ者ニ於テモホ合意ノ成立ヲ妨ツクモノトス但シ異別ナル意思ノ証拠アルトキハ格別ナリトス」、328条、325条、329条の各「承諾」などを仔細に検討した結果、ボアソナードの契約理論は、当事者の交渉の全過程を視野に入れて契約の締結過程を分析すると、以下のとおり二段階に分けるプーフェンドルフの理論と共通するものがあるという。すなわち、契約の締結モデルを①当事者の交渉により合意事項が確定されるまでの事実的段階<sup>147</sup>と②確定された合意事項に法的効力を付与する法的段階に分ける。後者の段階においては、すでに確定された合意事項に二人あるいはそれ以上の契約当事者が同意することにより契約は成立する (86頁)、という考え方を前提とする。そして、consentement概念は合意の本質を意味するものとして使う場合は、もっぱら「すべての当事者の意思の合致」の意味で、契約の締結の方式について使う場合は、上記の①と②の二段階<sup>148</sup>を意味する「合意に同意する」という意味で、それぞれ用いられている (112頁から116頁)。上記①の確定された合意事項のことを「契約当事者間で事前に協議され確定された合意事項」(115頁)と説明している。これは、ドイツ民法の対抗する二つの意思表示の合致の理論とは対照的に、「多数の人の同意による契約」を説明するのに適したモデルであるという (175頁。165頁以下参照)<sup>149</sup>。「ドイツの法律行為論が、契約の締結に関して、事実的交渉過程を捨象して法的に意味のある最後の局面に注目」するが、そうで

---

147 この事実的段階とは法的段階に至らない段階の折衝過程という意味で、いわゆる法的段階ではないという意味で「事実的」なものとして理解されるべきである。なぜなら、現代社会では、契約の締結に至る段階においても、前提条件をなすさまざまな了解・取決め(暫定的な性質を帯びる一種の合意)や行政規制に適合するための諸活動(共同申請、単独申請および添付資料の作成や費用負担)、特別法の規律に対処する行為を経たうえで合意事項が確定することが通常であるからである。

148 法的段階は、契約内容の記載ある契約書に私的にサインすること、あるいは公証人の面前で書面にサインすることで完結する (115頁)。フランスの法実務では事実的段階では公証人が相談に応じて合意内容を煮詰めることも少なくなかったようである。伊丹・本稿(上)前掲注(173)『民法典相続法と農民の戦略』参照。

149 山下純司「情報の収集と錯誤の利用—契約締結過程における法律行為法の存在意義—」『法学協会雑誌』119巻5号22頁注(1)(2002)。



はなく「当事者が交渉し協議して合意内容を確定するまでの事実的段階と、確定された合意内容に法的意味を付与するためにすべての当事者がそれに同意を与える法的段階の区別」（263頁）を重要視するのである。ボアソナードの契約の解釈理論は、当事者の真意を尊重するものであるが、合意の内容が確定できない場合には裁判官の合理的な解釈により合意内容の確定（裁判官によるパターンリズム）を許容するものであるとするのである（265頁、270頁）。

以上によれば、ボアソナードが使用した「承諾」概念のなかに、当事者が交渉し協議して合意内容を確定する事実的段階、いかえると契約締結前の準備行為を含むものであるということを理解することができるのである。

前田編『史料民法典』の旧民法草案（財産法部分）827条（327条）1項「承諾トハ関係人トシテ合意ニ加ハル結約者ノ意思ノ一致ヲ云フ」、2項「結約者中一人ノ承諾ナキトキハ他ノ結約者ノ間ニ於テモ合意ハ成立セス但之ニ反スル意思ノ証拠アルトキハ此例ニ在ラス」（なお、『再閣修正民法草案註釈第二編（人権ノ部）』827条<sup>150</sup>の文言は同一）のうち、2項の「一人ノ承諾ナキトキハ」以下の文言を読むと、交渉・協議により確定した合意を前提にした条文であると解される。さらに、828条以下を読むとき、ボアソナードの承諾に関する理論とは最後の局面の意思の合致だけをさすものではなく、①と②の段階を包摂することを認めるところに特色がある。以上である。

## b 野村説

「ボアソナードの契約に関する基礎理論」（以下、同論文の頁数のみ記載する）は、ボアソナードの「consentementコンサントマン」の概念について契約法の基礎理論（合意の成立要件および有効要件）についてどのような考え方をもとにして旧民法を起草したかをプロジェ第2版および『再閣修正民法草案註釈第二編（人権ノ部）』ならびにボアソナードの1881年

150 『再閣修正民法草案註釈第二編（人権ノ部）』前掲注（99）66頁。

（明治14年）11月から1883年（同16年）4月までの講義録その他を詳細に研究したものである。仔細は上記論文にゆずらざるを得ないが、ポアソナードは、コンセントマンが両当事者の意思の合致を意味するとした（草案325条）が、そのことを以下のように説明した。つまり、フランス語の *consentement* はラテン語の *consentire cum*（ともに感じる、一緒に考えるという意味である）に由来し、意思の合致すなわち当事者が同一の感情を有することを意味する。コンセントマンは合意の存在にとって不可欠なものであるために、合意そのものの定義とはほとんど同じであるといっようよい。そして、合意が形成されるためには、しばしば一方の当事者の申込み、あるいは要求から出発し、それに対して他方の当事者が従う、承諾するという過程に至るのである<sup>151</sup>。そこで、同意する *consentir* という表現が一般になされる（267頁）という説明をしたのである。ポアソナードの民法草案ではコンセントマンの日本語訳は「承諾」とされてあるが、現行民法典では「承諾」は別の意味で用い、契約の成立において一方当事者の申込みに対する他方当事者の同意の意思表示を「承諾」と呼んでいる（273頁）。

上記論文は、ポアソナードは、コンセントマンを当事者の意思の合致（同一の感情を有する）と定義しながら、草案329条では「承諾」の意味で使っていて、コンセントマンと承諾を多少混同している（279頁）、と指摘している<sup>152</sup>。

#### （う）「協議」を選んだ理由

##### a 整理

以上、二つの学説によれば、現行民法の法解釈における「承諾」の意味と、草案325条から329条で明文とされた「承諾コンセントマン」の意味は異なることは明らかである。この点で、野村説および筏津説は、いずれも

151 『再関修正民法草案註釈第二編（人権ノ部）』前掲注（99）95頁、96頁。

152 山下「情報の収集と錯誤の利用—契約締結過程における法律行為法の存在意義—」22頁注（1）。小粥「フランス契約法におけるコースの理論」12頁注（5）参照。竹中悟人「契約の成立とコース（一）」『法学協会雑誌』126巻（2009）12号22頁注（41）は、難しい問題であるがと断った上で、一般には *consentement* には「承諾」「合意」の訳語が当てられることが多いが、「同意（コンセントマン）」の訳語を用いたいという。なお、山口『概説フランス債権法下』47頁参照。

旧民法草案における承諾の語義は現在の語義とは異なるものがあるという点では一致している。民法典を起草した当時、ボワソナード自身が「承諾」に与えた意味は最終局面での意思の合致より広い意味を孕んでいたことは間違いないといえる。そして、筏津説は、承諾の概念に当事者が交渉し協議して合意内容を確定する事後的段階、つまり、契約締結前の準備行為を含むといい、それはヨーロッパの古い法理論（失われた契約理論）に基づくものであると主張している。また、野村説はボワソナードの承諾の理解は「意思の合致」と「同意」の両者をやや混同していると述べるに留まり、両者の併存を合理的に説明しうる根拠などの可能または不可能な理由を比較検証しようとしたものではない。むしろ、その点に焦点を当てヨーロッパの古い民法理論の遡及的研究まではしない範囲内での考究に留めるという謙抑的な立場にあるように思われる。

以上のとおりでであるとしても、「承諾」から「協議」による離婚という法令語あるいは制度の呼称を変えなければならないという理由に直結するものではない。もっとも、ボワソナード民法草案における「承諾」の概念は「アミアブル」*amiable*の概念と親和的であること、あるいは一步退いて「熟談」という法令語（あるいは、封建遺制を排除する泰西主義の影響ある法令語としての「協議」）との拒否反応は少なかったのではあるまいかと考えるのである。

#### b 慣習法、憲法論との検討

さて、「承諾」から「協議」に移行ないしは変更しなければならなかった理由は、次の2点にもあるのではないかと考える。

第1に、熟談・熟議等離婚制は、ヨーロッパの法制上手本はなかったで、わが国の慣習に配慮しながら近代法体系になじむように取捨選択した上で構成する必要があった。その場合、婚姻制度はフランス法に倣った仕組み（親の許諾権）を採用することをもって代替しえたが、夫と妻の双方の承諾あるいは同意だけで自由に離婚を許すことに伴う弊害（真ノ原由ヲ隠包スル為メ。当事者同士の承諾には実家などの意向が当然に含意されている—筆者注）を除却するための法的措置は「熟談、熟議、協議の上」と

いう慣習上の親族集団による統制をもって対処するほかに国民が受容しうる適切な措置はなかったのではあるまいか。そのように考えられるのである。こうした利害調整の余地を包摂する措置を採るべき根拠は、伺・指令の法実務にあらわれた難問にかんがみて、長子相続制度が資本の分散を防止すること、戸主権の確立（の方針）と所有権の尊重の相互間にある難しい矛盾対立を漸進的に所有権の尊重という方向で解消していかなければならないこと、それが突き詰めると法制化の途上にある戸主権あるいは「家」制度そのものの基盤をむしばむ危惧がうかがわるとしても不平等条約を改正するためには止むを得ないこと（この限りでは異論はほぼなかった）、にあった。こうした状況下で、ボアソナードが唱導するヨーロッパの古い民法理論の下にあった当時の法理論水準において、熟談、熟議、協議の概念が泰西主義に基づく立法作業過程でも容認されていたのではないだろうか。

第2は、1889年（明治22年）2月発布の大日本帝国憲法（以下「明治憲法」という）制定過程における論議からの影響である。1888年（明治21年）6月18日枢密院会議において<sup>153</sup>、憲法草案5条の審理に際し、「天皇ハ帝国議会ノ承認ヲ経テ立法権ヲ施行ス」の「承認」は同等の間で用いるもの（君主と議会が平等）を前提とするものであると森有礼は批判した。森の修正案（賛襄）、寺島宗則の修正案（協同ヲ以テ）、佐野常民の修正案（翼賛ヲ以テ）などの諸案も出た<sup>154</sup>。7月2日、伊藤博文（議長）は、5条の「承認」に代えて「協賛」、他の条では「承認」を「承諾」への修正案を提案するが、「承諾」も承認と同じだと強く否定した森有礼に対し弁論禁止を命ずるなど緊迫した応酬が重ねられた<sup>155</sup>。こうした論議の変遷について、伊藤博文は、憲法草案の「承認」は修正案として「翼賛」、同じく「輔翼及協賛（アドバイス エンド コンセント）」を経て、「協賛（コンセント）」をもつ

153 『枢密院会議議事録第1巻』（東京大学出版会、1984）155頁、161頁、174頁から186頁。

154 森有礼による憲法草案「臣民権利義務」を「臣民ノ分際」に改めよとの有名な発言は同年6月22日のことである。『枢密院会議議事録第1巻』217頁参照。

155 『枢密院会議議事録第1巻』256頁、259頁、260頁。

て原案とする旨説明したのである<sup>156</sup>。最終的に、明治憲法5条「帝国議会の協賛ヲ以テ」、37条「帝国議会の協賛ヲ経ル」、62条「帝国議会の協賛ヲ經ヘシ」、64条、66条「帝国議会の協賛ヲ要セス」、68条「帝国議会の協賛ヲ求ムルコトヲ得」の6ヶ所に「協賛」が入ったのである。

枢密院における憲法草案の論議は秘密裡に行われたので、これが旧民法人事編第一草案の立法作業（この一部は1888年（明治21年）2月9日に元老院に送付されていた<sup>157</sup>）に直接に影響したとは考えにくい（民法草案人事編再調査案、民法人事編（元老院提出案）については別論である）。管見では影響を示す資料を知らないので断定は控え、影響があったのではないかに止め、今後の検討にまつこととする。

以上によれば、国のかたちとしての天皇と臣民の関係に関する上記の論議は、国と相似的に考えた家のあり方としての夫婦の同等性という事柄が「家」制度の仕組みを創ろうとしたとき、法的には放置しがたい難問になることを強く意識させたと思われる。とりわけ相互の「承諾」による離婚というものが法的に付随する波及領域の広さ、深さ、その社会統制上の難しさを洞察せざるを得なくなっていたのであろう。熟談、熟議、協議の上という伝統的な慣習の法制化とは、離縁（離婚および離縁）にかかる伺・指令などの法実務上の経験から、一方で、個人の意思を重視した所有権尊重の原則を貫き封建遺制を排すべきであったこと、他方で、個人の所有権尊重の原則というものを離婚の際には当事者を含む親族集団（親族の範囲を如何にするかは封建遺制をどこまで排するかという問題そのものである）による熟談、熟議、協議の上という紛争処理方式をもって緩和・矯正しなければならない現実的な必要があったこと、この両者のバランスをとる解決こそが漸進的な立法政策の策定そのものに他ならないことを明治政府は熟知していたはずであると推測する。

### c 小括

前示した1872年（明治5年）の明法寮改刪未定本民法71条、民法第一人

156 稲田正次『明治憲法成立史下巻』（有斐閣、1960）835頁、なお、同書808頁から857頁。  
157 高橋「法例・人事編・取得編後半の編纂過程」58頁。

事篇61条、皇国民法假規則61条、1873年（明治6年）の左院草案の一つである婚姻法草案39条はいずれも「熟談ノ上」の離縁制を草案としていた経緯および明治11年民法草案（249条は「承諾ニテ離婚」と定めた）を採用しないところから出発したことにかんがみれば、以下のように考えるのが相当である。まず、この間の立法関係資料は戦禍によって消失してしまい圧倒的に不足している。これを前提とした上で、家族法の立法関係者の中でも、財産法領域において草案修正過程で熟談、熟議、協議へと用語が変遷していった議論に類似した論争があったのではないかと考える。すなわち、家族法領域においても熟談、熟議、協議へと用語を変遷させないとならない論争が戦禍で消失した立法関係資料に相当する空白期間のどこかで存在していたのではないだろうか。こうした推測は的外れとは必ずしもいえないと思う。家族法立法関係者は、「熟談ノ上」の慣習を泰西主義の影響を受けた「協議ノ上」に変容させる意味を、以下のように自覚していたと推定できる。つまり、泰西主義の立場から民度の推移に沿い離婚に伴う夫または妻個人の権利義務を直截に民法典に定めて社会に根づかせようとしたグループと急激な制度移行による社会の不安定を避けるため権利義務関係を包み込む復古的な方式である「熟談（熟議）の上」という法令語を書き入れる民法典を定めようとしたグループがいたと思われる。中間的な立場の者も含めて両グループに属する者は、論争するうち「協議ノ上」への修正が旧慣を排して近代化への誘導策であると自覚し、その中身は教育等で保持するほかはないと考えたのではあるまいか。「協議ノ上」は旧慣尊重の外形を兼ね備えていたので、国のかたちを分権的な封建制から中央集権的な近代法制に変容させることを優先して、泰西主義の立場からは国が家族法領域でも本来保持すべきと解される権限の一部を個人に委譲して個人間での選択に委ねるかたちで近代法制下に組み込み、その正当性を付与したのではないだろうか。

次に、ボアソナード民法草案（『再閱民法草案』259条など）の熟談には「アミアブル」とルビがある。フランス法の専門家によると、*amiable* は日

本語では「合意に基づく、協議上の」と説明されている<sup>158</sup>。留意すべきは「契約に基づく」とはされていない点である。こうした点も踏まえてこれまでの検討を顧みる。まず、ボアソナードの「承諾」は意思の合致（当事者が同一の感情を有すること、合意）を意味することのほかに、合意に至る事実的な段階を含むものとしての意味を持たせていたことは前示した。次に、「合意」<sup>159</sup>と「協議」（熟談）の関係は、厳密には訳語法としての論争はあるが、ほぼ同義と考えた（あるいは考えたいと思った）という可能性がある。すなわち、協議（熟談、熟議）というものをいくつかの合意を積み重ねた複雑な過程をたどり合意事項が確定する事実的段階および最終的な合意（契約の締結）という法的段階を含意したものとして条文化したのではないかとみる可能性である。そこで、最後に残された問題は、「合意」と「契約」の語の関係をいかに整理していくかであるが、本稿で論じるには大きすぎるテーマであり、本稿の目的から外れるものである。以下においては、ボアソナード民法草案と旧民法の条文を一連の流れのなかで、文字通り不十分ではあるが、少し点検を試みる（後記第5節旧民法典参照）。なお、現代法の理解では「契約」は合意（契約の締結）に至る過程を原則として含まない法的概念として用いられているのであるから、こうした観点を踏まえて考えることになろう。

## 第5節 旧民法典

### 1 総説

1890年（明治23年）3月27日、旧民法のうち、財産編、財産取得編（1章から12章）、債権担保編、証拠編が裁可され、翌4月21日官報に掲載され公布さ

158 山口『フランス法辞典』28頁。

159 沖野「契約の解釈に関する一考察（一）」90頁注（35）は、旧民法においては convention に「合意」の訳語をあてるが、「約定」の訳語をあてたいという。その理由として、山口俊夫『フランス債権法』（東京大学出版会、1986）11頁を引用する（なお、23頁参照）。同『概説フランス債権法下』47頁は、convention に「約定」の訳語をあて、consentment に原則として「合意」、例外的に「承諾（同意）」（46頁）の訳語をあてる。こうした訳語の区分は、convention の「合意」と consentment の「合意」の混同を避けるためであろう。

れた（明治23年法律28号）<sup>160</sup>。同年10月6日、人事編、財産取得編（13章相続、14章贈与及ヒ遺贈、15章夫婦財産契約）の各部分が裁可・公布され（明治23年法律98号）、全体として明治26年1月1日から施行することとされた<sup>161</sup>。旧民法は、二つの法律として成立した。ところで、これらを一つの法律にまとめ、第一篇人事、第二篇財産、第三篇財産取得、第四篇債権担保、第五篇証拠とその篇次を定め、人事編1条から証拠編164条で終わるとする法案があったが、最終的に裁可されずにこの法律は国会に提出されなかったとされている<sup>162</sup>。

旧民法の家族法部分の概要については、先行研究<sup>163</sup>に譲り、まず、「協議」に関する条項を以下にみることにする。なお、旧民法では、法令語としては熟談、熟議はすべて消え去り、「協議」の語のみが存する。

## 2 旧民法と協議

旧民法の「協議」を含む条文を上記した法案に従い、便宜、第一篇人事、第二篇財産（第一部・物権と第二部・人権及び義務）、第三篇財産取得（第一部・財産法と第二部・家族法に分ける）、第四篇債権担保、第五篇証拠の篇別順に分けて掲記する。なお、第四篇、第五篇には「協議」はない。

### (1) 協議の条文

#### (あ) 第一篇人事編（家族法）

##### a 第5章離婚 第1節協議ノ離婚

78条「夫婦ハ下ニ定メタル條件及ヒ方式ニ從ヒ協議ヲ以テ離婚ヲ爲スコトヲ得」

b 79条「離婚セントスル夫婦ハ婚姻許諾ノ爲メ第四章第一節ニ定メタル規則ニ從ヒ各其父母、祖父母又ハ後見人ノ許諾ヲ受クルコトヲ要ス」

c 80条「夫婦ハ離婚協議書ニ左ノ書類ヲ添ヘテ身分取扱吏ニ届出ツ可シ

第一 婚姻證書

第二 離婚ノ許諾ヲ與フ可キ者ノ許諾書若シ其者死亡シ又ハ意思ヲ表ス

---

160 大久保・高橋・前掲『ボワソナード民法典の編纂』240頁。大村・前掲『文学から見た家族法』26頁。

161 高橋「法例・人事編・取得編後半の編纂過程」82頁。

162 高橋「法例・人事編・取得編後半の編纂過程」83頁、84頁。

163 大村・本稿（上）前掲注（9）『文学から見た家族法』29頁以下参照。



ル能ハサルトキハ死亡證書又ハ其事由ヲ證スル書類」

d 第8章養子ノ離縁 第1節協議ノ離縁

137条「養子ヲ爲シタル者及ヒ養子ト爲リタル者ハ協議ヲ以テ離縁ヲ爲スコトヲ得 然レトモ十五年未滿ニテ養子ト爲リタル者ノ離縁ハ滿十五年ニ至ラサル間ニ限り養子ヲ爲シタル者ト縁組承諾ノ權ヲ有スル者トノ協議ヲ以テ之ヲ爲ス」

e 138条「離縁ヲ爲サントスル養子ハ縁組許諾ノ爲メ定メタル規則ニ從ヒ其父母、祖父母又ハ後見人ノ許諾ヲ受クルコトヲ要ス」

f 139条「當事者ハ離縁協議書ニ左ノ書類ヲ添ヘテ身分取扱吏ニ届出ツ可シ

第一 縁組證書

第二 離縁ノ爲メニ必要ナル許諾書又ハ許諾ヲ得ル能ハサル事由ヲ證スル書類」

g 第10章後見

184条「後見人ハ未成年者ヲ監護シ其教育ヲ擔任ス 尊屬後見人及ヒ戸主後見人ヲ除ク外後見人若シ未成年者ノ在來ノ住居又ハ教育方法ヲ變更セントスルトキハ親族會ニ協議ス可シ」

h 第13章戸主及ヒ家族

256条「他家ニ入りテ夫、婦又ハ養子ト爲リタル者ハ配偶者又ハ養子ヲ爲シタル者ト協議ノ上兩家ノ戸主ノ許諾ヲ受ケテ實家ニ在ル卑屬親ヲ自家ニ引取ルコトヲ得 婚姻若クハ養子縁組ノ無効又ハ離婚若クハ離縁ニ因リテ婚家又ハ縁家ヲ去リタル者ハ配偶者又ハ養子ヲ爲セシ者ト協議ノ上兩家ノ戸主ノ許諾ヲ受ケテ其家ニ在ル卑屬親ヲ自家ニ引取ルコトヲ得」

(イ) 第二篇財産編 第一部と第二部（財産法）

a 第一部物権 第5章地役 第1節第3款經界

241条「經界訴權ハ協議上又ハ裁判上ニテ界限ノ定マラサル間ハ時効ニ罹ルコト無シ 經界ノ訴ニ付キ被告カ原告ノ土地ノ全部又ハ一分ニ對シ取得時効又ハ一个年以上ノ占有ヲ申立ツルトキハ原告ハ先ツ回復又ハ回収ノ訴ヲ爲スルコトヲ要ス」

b 243条「當事者カ協議ヲ以テ界限ヲ定メタルトキハ其證書ヲ作ルコト

ヲ要ス此證書ハ坪數及ヒ界限ニ付キ確定權原ノ效ヲ有ス 當事者ノ議協ハサルトキハ判決ヲ以テ坪數及ヒ界限ヲ定メ其判決書ニ圖面ヲ添フ此圖面ニハ界標ヲ指示シ且各界標ノ距離及ヒ其近傍ノ移動ナキ目標ト各界標トノ距離ヲ記載ス」

c 第5章地役 第1節第4款圍障

246条「二箇ノ住家又ハ農工業用建物ノ間ニ在ル中庭又ハ園圃ノ土地カ各箇ノ所有者ニ分屬スルトキハ各自其隣人ニ分界圍障ノ分擔ヲ強要スルコトヲ得 當事者ノ議協ハサルトキハ其圍障ハ板屏又ハ竹垣ノ類ニ非サレハ之ヲ要求スルコトヲ得ス 其高サハ分界線ノ平面ヨリ少ナクトモ六尺タル可シ」

d 第5章地役 第1節第5款互有

249条「前款ニ定メタル義務ニ因リ又ハ任意且協議ニ因リ共擔ノ費用ヲ以テ土地ノ分界線上ニ築造シタル圍障ハ其性質ノ如何ヲ問ハス敷地ト共ニ相隣者ノ互有ニ屬ス 性質ノ如何ヲ問ハス相隣者ノ建物ノ隔壁及ヒ溝渠、生籬、柴垣ニシテ共擔ノ費用ヲ以テ土地ノ分界線上ニ設ケタルモノモ亦同シ」

e 256条「相隣者ノ一人カ石又ハ煉瓦ニテ土地ノ圍障又ハ建物ノ牆壁ヲ分界線ニ接シ又ハ此ヨリ一尺ニ滿タサル距離ニ於テ築造シタルトキハ他ノ一人ハ 現時ノ相場ニテ材料代及ヒ手間賃ノ半額ヲ償ヒテ常ニ其互有權ノ讓渡ヲ要求スルコトヲ得前條第三項ニ從ヒテ増築シタル牆壁ニ付テモ亦同シ互有權ノ讓渡ヲ要求スル相隣者ハ圍障、牆壁ノ敷地及ヒ之ト分界線トノ間ノ地面ニ付キ地上權ノミヲ要求スルコトヲ得此地上權ニ付テハ鑑定人ノ評定シタル定期ノ納額ヲ建物ノ存立間拂フ責ニ任ス 本條ニ依リ牆壁ノ互有權ヲ取得シタル者ハ前條ノ規定ニ從ヒテ之ヲ使用スルコトヲ得然レトモ人爲上ノ觀望ノ地役トシテ其牆壁ニ設ケタル牖孔ヲ塞カシムルコトヲ得ス 石造、煉瓦造ニ非サル圍障、隔壁及ヒ籬柵、溝渠、土手ニ付テハ共擔ノ費用ヲ以テセル設定又ハ協議上ノ讓渡ニ因ルニ非サレハ互有權ヲ生セス」

f 第二部人権及ヒ義務 第1章義務ノ原因 第3款合意ノ効力

353条「登記ヲ經タル行為ノ協議上ノ解除、銷除又ハ廢罷ハ總テ之ヲ任

意ノ讓戻ト看做シ第三百四十八條乃至第三百五十一條ノ規定ニ從ヒテ登記ヲ為スコトヲ要ス右登記ハ登記官吏其職權ヲ以テ取消ト為リタル行為ノ登記ニ之ヲ附記ス」

g 354条「登記及ヒ附記ハ總テ利害ノ關係ヲ有スル者ヨリ其抹消又ハ改正ヲ請求スルコトヲ得 右請求及ヒ其判決ハ第352条ニ規定シタル如ク其争フ行為ノ附記ニ之ヲ登記スルコトヲ要ス此ニ違フ者ノ責罰モ亦同條ノ規定ニ從フ 能力ヲ有シ又ハ合式ニ代理セラレ若クハ保佐セラレタル當事者ハ協議ニテ抹消又ハ改正ヲ承諾スルコトヲ得 裁判上ニテ合式ニ命シ又ハ協議ニテ承諾シタル抹消又ハ改正ハ登記ヲ爲シタル權利者ヲ此事ニ付キ異議ヲ述ヘシムル爲メニ召喚シ又ハ其承服ヲ得タルニ非サレハ之ニ對抗スルコトヲ得ス」

(う) 第三篇財産取得編 第1章から第12章（第一部・財産法）

a 第3章売買 第1節売買ノ通則

37条「法律上、裁判上若クハ合意上ノ管理人ハ直接ニ自己ノ名ヲ以テスルモ間介人ニ依ルモ賣渡ノ任ヲ受ケタル財産ニ付キ協議上又ハ競賣上ノ取得者ト爲ルコトヲ得ス 此制禁ハ競賣ヲ處理シ又ハ指揮スルコトヲ法律ニ依リテ任セラレタル公吏ニ之ヲ適用ス」

b 第3章売買 第4節不分物ノ競売

104条「不分財産ノ分割ヲ爲スニ當リ共有者一人タリトモ原物ノ分割ヲ拒ム者アルトキハ其財産ノ協議賣却<sup>164</sup>又ハ競賣ヲ爲シ各共有者ノ權利ノ限度ニ應シテ其代金ヲ配當ス」

c 105条「共有者カ其一人若クハ第三者ニ協議賣却ヲ爲シ又ハ相互ノ間ニ

164 協議賣却は、『(仏語公定訳) 日本帝国民法典並びに立法理由書第1巻条文』日本立法資料全集別巻28(信山社出版、1993)274頁の104条「vente amiable」の翻訳語である。法務大臣官房司法調査部編『フランス民法典一家族・相続関係一』(法曹会、1978)訳語対照表18頁は、「vente à l'amiable」を「協議賣却」と訳している。なお、中村紘一・新倉修・今関源成監訳『フランス法律用語辞典3版』(三省堂、2012)436頁は、vente amiableを「合意による賣却」と訳し、合意による賣却は任意賣却 vente volontaireの効力を生ずるとする。山口編『フランス法辞典』630頁は任意賣却の訳語は上記と同じであるが、「vente amiable」「vente à l'amiable」の訳語は記していない。ここに含意されているところは今後の課題であろう。

競賣ヲ爲スニ付キ一致ヲ得ル能ハサルトキ又ハ共有者中ニ失踪者若クハ無能力者アルトキハ裁判所又ハ裁判所ノ指定シタル公吏ノ前ニ於テ不分明ノ競賣ヲ爲ス但民事訴訟法ニ定メタル競賣方式ニ從フコトヲ要ス 共同競賣人ノ各自ハ常ニ競賣ニ外人ノ參與ヲ許スヲ要求スルコトヲ得共有者ノ一人カ失踪シ又ハ無能力ナルトキハ外人ノ參與ハ當然且必要ナリトス」

d 106条「共有者ノ一人カ不分明ノ全部ヲ取得シタルトキハ其競賣又ハ協議賣却ハ共有者間ノ分割ノ行為ト看做サレ會社ノ分割ニ關シ規定シタル效力ヲ生ス 第三者ニ競落又ハ協議賣却ヲ爲シタルトキハ其賣買ハ第三者ト原共有者トノ間ニ於テ本章ニ規定シタル賣買ノ效力ヲ生ス」

e 第6章会社

151条「清算人ハ如何ナル場合ヲ問ハス速ニ毀損又ハ滅尽ス可キ物ヲ讓スコトヲ要ス 満期ト爲リタル債務ノ辨濟ノ爲メ必要ナルトキハ此他ノ動産ヲ讓渡スコトヲ得 不動産ニ付テハ清算人ハ社員ノ特別ナル委任ヲ受クルニ非サレハ之ヲ抵當トシ又ハ讓渡スコトヲ得ス 前項ノ讓渡ハ競賣競落ニ依ルニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス但協議上ノ讓渡ヲ許シタル場合ハ此限ニ在ラス孰レノ場合ニ於テモ社員ノ過半数ヲ以テ決スルコトヲ要ス 清算人ハ社員ノ名ヲ以テ原告又ハ被告トシテ訴訟ヲ爲スコトヲ得 清算人カ會社ノ債務又ハ債權ニ付キ承諾シタル和解及ヒ仲裁ハ第三者ト通謀シタル詐欺ノ爲メニ非サレハ之ヲ攻撃スルコトヲ得ス」

(え) 第三篇財産取得編 第13章から第15章 (第二部・家族法)

第14章贈与及ヒ遺贈 第5節包括ノ贈与又ハ遺贈ニ基ク不分明財産ノ分割  
第1款分割

415条「分割ノ結了シタルトキハ各所有者ハ其領収シタル物ノ證書ヲ保有ス所有者ノ總體又ハ數人ニ分割シタル一箇ノ物ノ證書ハ其最大ノ部分ヲ領収シタル者之ヲ保有ス最大ノ部分ヲ領収シタル者ナキトキハ各所有者ノ協議ヲ以テ其保有者ヲ定ム若シ協議ハサルトキハ裁判所之ヲ指定ス 何レノ場合ニ於テモ證書ノ保有者ハ他ノ所有者ノ求メニ應シテ之ヲ使用セシム可シ」

(2) 協議と契約

旧民法295条 (財産編第二部) は「義務ハ左ノ諸件ヨリ生ス 第一 合意

第二 不当ノ利得 第三 不正ノ損害 第四 法律ノ規定」と定める。つまり、人権（債権）に対当する義務（293条）の原因として最初に「第一 合意」とした。296条2項は合意が人権（債権）の創設を目的とするときは「契約」というとする（義務の免除、物権移転などにかかる合意は契約ではない）。そして、304条1項は「凡ソ合意ノ成立スル為メニハ左ノ三箇ノ条件ヲ具備スルヲ必要トス 第一 当事者又ハ代人ノ承諾 第二 確定ニシテ各人カ処分権ヲ有スル目的 第三 真実且合法ノ原因」と定め、合意の成立条件の第1として「承諾」をあげる。306条は「承諾トハ利害関係人トシテ合意ニ加ハル總当事者ノ意思ノ合致ヲ謂フ 当事者中ノ一人カ承諾セサルトキハ他ノ当事者カ承諾シタルモ合意ハ成立セス但此ニ異ナル意思ノ存セシ証拠アルトキハ此限ニ存ラス」と定めた。これらの規定は、フランス法系の法体系を採用したものであるとされる。

旧民法草案（ポアソナード民法草案）で、上記295条に相当するところの義務の原因に関連する条文案の変遷をみると、以下のとおりである。

『註釈民法草案財産編第2巻』254頁では、316条柱書の原文は「義務ハ左ノ事項ヨリ生ス 一 合意及ヒ契約ヨリ」であるが、手書修正文は「義務ハ左ノ事項ニ因テ生ス 第一 約束及ヒ契約」である。『民法草案修正文』816条柱書は「義務ノ生スル原由左ノ如シ 第一 合意及び契約」であり（『再閱修正民法草案註釈第二編人権ノ部』816条（20頁）も同じ）、『再閱民法草案財産編第3巻』316条柱書は「義務ハ左ノモノヨリ生ス 第一 合意及び契約」である（『再閱民法草案正條』316条（253頁）も同じ）。

1889年（明治22年）7月24日の『会議部議案下付・返上（明治22年）』296条柱書の原文は「義務ハ左ノ諸件ヨリ生ス 第一 合意即ち契約」と変わった（『公文類聚第十四編（明治23年）卷之八十二』295条（152頁）も同じ）が、このうち「即ち契約」は削られ「合意」のみに改められた（166頁以下）。第1款の「契約の種類」も「合意の種類」に、297条以下の「契約」は抹消されてすべて「合意」に改められたのである。『公文類聚第十四編（明治23年）卷之八十四』295（修正後294）条も改められたままである（156頁以下）。

以上によると、初めは義務（≒債権）の発生原因を「合意および契約」としたが、「合意即ち契約」に改められ、さらに、「合意」（旧民法295条）だけ

に修正された。これを含めて、旧民法の第1款合意の種類、296条1、2項の合意に関する規定、297条以下すべて「合意」と直されて確定された。合意即ち契約とする立場および契約はつねに合意（契約は諸般の合意中の一種<sup>165</sup>）だが合意はつねに契約ではないとする立場との間で激しい論争がうかがわれるが、後者の立場で確定した。また、仮にコンサントマンを「合意に至る過程」（準備活動あるいは準備的な交渉）および「合意」の総体を含む理解（筏津説。ボアソナードを介してフランス民法の源流にある考え方）によってたつならば、旧民法304条、306条、307条その他条文の解釈は締結前の準備活動あるいは準備的な交渉過程の段階と合意に法的効力を付与する段階の二つのステージを含意することになる。これは、前示した協議の文言をあえて条文上に定めた法的な意味があるとみることと親和的であると理解できる<sup>166</sup>。なぜなら、「合意に至る過程」を扱うことは避けようもなく人の日常生活の意識（習俗、習慣、道義観念など）を扱うことになる点で共通するからである。

### (3) 協議にかかる条文の検討

#### (あ) ボアソナード民法典における協議について

旧民法241条1項は「經界許權ハ協議上又ハ裁判上ニテ界限ノ定マラサル間ハ時効ニ罹ルコト無シ」と定めた。ボアソナード自身が著したとされる『〔仏語公定訳〕日本帝国民法典並びに立法理由書第1巻条文』241条1項の「協議上」に該当するものは「soit à l'amiable」<sup>167</sup>である。これによれば、ボアソナードは「amiable」を『再閱民法草案』259条では「熟談」の語の左傍注のルビとしてカタカナで記していたことを認識・了解していたと推定できるのではな

165 磯部四郎『大日本新典民法積義財産編第二部人権及ヒ義務上』日本立法資料全集別巻83（信山社出版、1997）1226頁。同書1230頁以下は、合意には14箇の種類があり、双務の合意は売買、交換、賃貸借、会社契約等であり、片務の合意は贈与、消費貸借、使用貸借、寄託、質、代理の合意であるとする。

166 明治民法では、契約と合意は同義という理解で確定し、その後の民法理論でもこれが定着したことを思えば、旧民法制定直後当時の合意の理論はヨーロッパの古法の影響あるいはボアソナードの理論の影響があったのか（また、他のヨーロッパの法系・学説の影響か）、あるいは、日本の「熟談の上」というアンビバレントな性質の伝統的処理方式の影響もあったのかは後記第5章明治民法（家族法）と協議において改めてふれたい。

167 『〔仏語公定訳〕日本帝国民法典並びに立法理由書第1巻条文』前掲注（163）91頁。

いか。つまり、ボアソナードは、単なる日本側翻訳者の言葉の選択の次元ではなく、語の意味を深く認識した上で、旧民法においては「amiable」について「協議」の語をあてたと推定できるのではないか。少なくとも、上記した熟談、熟議、協議はいずれもアミアブールに相応する系統の条文グループであるとはいえよう（協議売却も同系列に属す）。もっとも、「協議」はいつも amiable の訳語であったわけではない。ときには「commun accord」の訳語として「協議」の語があてられていることもある（旧民法249条<sup>168</sup>）。「協議」を含む条文すべてについてこうした検討をすることはできていない。

#### （い）法領域と協議

旧民法典における「協議」は、その用語法においていくつかの分類ができるように思われる。

第一篇人事編（家族法）における「協議」は、夫婦親子の間では個人の合意だけではなく、家同士の相談を含意する。離婚及び離縁における親などの許諾権の行使の前提にある相談を尽くすことを含意している。離婚裁判に先行した原則的な法制度としての協議の離婚制度、離縁裁判に先行した原則的な協議の離縁制度は、ともにフランス民法が認めていた制度とは異なる仕組みである。わけても、旧民法で初出した協議離縁の制度は、その前提にある非血縁者との養子制度そのものが、当時のヨーロッパでは自然法と神の摂理に反するものとして原則禁止であった<sup>169</sup>。協議離縁の法制度は泰西主義における参照すべき制度はおよそ存しなかったのかもしれない。したがって、その当時、泰西主義の根本にある考えに正面から反した離縁制度を近代法体系に即した構造で立法するならば何をすべきであったのか、誰にも分からなかったのではないか。そうだとすれば、協議離婚、協議離縁の制度は封建遺制を排する漸進的な仕組みとしては相応の進歩性が認められるので、単に封建遺制を残した不当な仕組みという一刀両断的な批判はやや性急な言説ではないだろうか。むしろ、協議離婚および協議離縁の制度の原則的な法認はわが国の伝統に即し、かつ近代法にも適合させようとした先進的な成果であって、

168 『〔仏語公定訳〕日本帝国民法典並びに立法理由書第1巻条文』前掲注（163）94頁。

169 岩本通弥「イエ」『新しい民俗学へ』（せりか書房、2002）160頁。

当時の世界水準（第一次世界大戦以後における養子縁組・協議離縁批判は別論である<sup>170</sup>）に照らしても革新的なものといえよう。それゆえにこそ、これらの制度は、改善を繰り返して現在に至っているものであり、今後も、改善すべき余地のあることはいうまでもない。さらに、親がいない場合には、たとえば、後見人は親族会と協議すべきこと（184条）を求められた。以上のすべてを通じて、「協議」が意味した相談の中身が封建的なものが色濃く残っていたことや、個人の意思を抑圧する面のあったことは否めない。それでも、双方（個人、親族）協議の上という原則的な紛争解決方式は、当時の人々が生活を安定的に営むためには必要であったのであろう<sup>171</sup>。

次に、第二篇財産編第一部と第二部（ともに財産法）における「協議」は、①相隣関係にかかるもの、②登記にかかるもの、③経界訴権にかかるものである。このうち、①の相隣関係の協議は、基本的に民法典の上で存続する性質のものであった。しかし、②の登記に関する規定は、登記法の整備に伴い民法典からは離脱した。③の経界訴権は、実質的には共有物の分割の規律にかかわるものであり訴訟法などに吸収された。

第三篇財産取得編第1章から第12章（財産法）における「協議」は、①売買のうち不分明物の売却に関連するもの、②会社の清算にかかるもの、である。前者は共有物の分割に関連する規定であり、②も基本的な性質は類似するが、会社法に吸収されるものであった。

第三篇財産取得編第13章から第15章（家族法）における「協議」は、相続による分割にかかる規定である。

以上によれば、「協議」があらわれる条文数は、次第に少なくなり、①離婚、離縁のグループ、②共有物分割に関連するグループ（遺産分割もこれに属す）、③相隣関係、④その他のグループ（登記、経界訴権）になる。

わが国の伝統的な「熟談（協議）ノ上」慣習に配慮し、裁判手続の前に協

---

170 岩本「イエ」155頁から167頁、とくに160頁。

171 この仕組みが協議を基礎とする協議離婚制度であり（鈴木祿彌・唄孝一『人事法I』（有斐閣、1980）198頁、199頁）、協議離縁制度である。裁判離婚、裁判離縁の制度とは別の制度として協議離婚制度を創設した淵源がここにある。



議を介在させる立法方針・政策が泰西主義による法制化を進めるためには有用にして不可欠であるという認識の下に法文化されたといえよう。また、主に不動産の共有物分割・遺産分割は事柄の性質上フランスにおける共有物分割・遺産分割の処理に関して個人の権利と親族集団<sup>172</sup>（ときには地域住民<sup>173</sup>）の利益との相克がある点では日仏に共通したものがあつた模様である。さらに、「合意に至る過程」すなわち準備活動あるいは準備的な交渉行為を含意した「協議」の語は財産法、主に債権法の領域からは次第に消え去つたが、同領域においても、なお準備行為と切り離れた法的効力の発生原因としての「合意あるいは契約」に対する法的規律をいかにするかについてはなお流動的なところがあつたようである。

### 3 旧民法典の協議と学説

#### (1) 総説

「協議」は、「家」制度の形成、その中心にある「戸主権」が確立していく過程において重要な位置を占めた。「戸主権」は個人主義的法律関係とは異質な権利ではある。しかし、「家」制度はあくまでも団体の権利主体またはそれに準じた権利を前提にした法制度ではなかつたことに留意したいのである。財産法における個人所有権の尊重と自由な行使を前提として、個人間の契約をもって社会経済関係を規律するという基本原則を揺るがせにはならない制約、その限りでは封建遺制を排する方針の下にあつたと一応いえるのである。そのうえで、熟談、熟議、協議の語は、当事者間における相談を「家」と「戸主権」の監督下に置くために、また、複数の権利を未分離的に一体処理するためには重要かつ独特の役割を担つた法令語である。本来の権利主体による単独の権利行使の決定過程を制約する、いわば権利を行使することを決める過程において行使主体および利益客体の両面であいまいにした。別言すると、幅広い生活関係上の諸要因を総合的に取捨選択しうる融通無碍な

172 伊丹・本稿（上）前掲注（173）『民法典相続法と農民の戦略』参照。そこでは、農民が農地相続について戦略的行動をとるにあたり、公証人の支援あるいは協働によるところが少なくなかつたようである。

173 伊丹一浩『堤防・灌漑組合と参加の強制』（御茶ノ水書房、2011）、同『環境・農業・食の歴史』（御茶ノ水書房、2012）参照。

処理方式である。

次に、1881年（明治14年）に『民法積義完』を著し、旧民法の体系的解説書『大日本新典民法積義』の著者であり、家族法分野での主要な起草者でもあった磯部四郎の著作からそうした処理を要請するものの考え方はいかに記述されているかをみる。

## (2) 磯部四郎『大日本新典民法積義<sup>174</sup>』等と協議

### (あ) 磯部四郎の協議論

#### a 人事編

協議離婚（78条）、協議離縁（137条）は、いずれも条文上定める条件を満たす必要はあるが、協議により自由にこれを行うことができるとした。協議対象とその必要性を述べる<sup>175</sup>。後見における親族会との協議（184条）についても同様である<sup>176</sup>。協議の法的性質を解説するものはない。第13章「戸主及ヒ家族」の256条1、2項の「協議」は、当事者間の協議を意味することを明らかにしている<sup>177</sup>。

#### b 財産編第一部と第二部

241条（経界訴権）、243条、246条、249条、256条については、いずれも「協議」の説明をしていない<sup>178</sup>。さらに、353条、354条も同様である<sup>179</sup>。

#### c 財産取得編

37条、104条（共有物分割）、105条（共有物分割）、106条（共有物分割）<sup>180</sup>、151条も同様である<sup>181</sup>。なお、106条の解説（386頁）によると、「協議売却」

---

174 磯部四郎『大日本新典民法積義人事編之部（上）、（下）・法例積義』日本立法資料全集別巻 89、90、『同財産編第一部（上）、（下）』同別巻 81、82、『同財産編第二部（上）、（下）』同別巻 83、84、『同財産取得編（上）、（中）、（下）・相続法之部』同別巻 85、86、87（1890年から分冊刊行開始、信山社出版、1997）。

175 磯部四郎『大日本新典民法積義人事編之部（上）』別巻 89 の 285 頁から 293 頁、494 頁。

176 磯部『同（下）・法例積義』別巻 90 の 632 頁以下。

177 磯部『同（下）・法例積義』別巻 90 の 807 頁。

178 磯部『同財産編第一部（下）』同別巻 82 の 1066 頁以下。

179 磯部『同財産編第二部（上）』同別巻 83 の 1549 頁以下。

180 磯部『同財産取得編（上）』同別巻 85 の 120 頁、381 頁以下。「協議売却」について 104 条から 106 条までに詳細な規定があり、会社分割に関する効力にかかる 153 条以下の規定（磯部『同財産取得編（中）』同別巻 86 の 511 頁以下）を準用する。

181 磯部『同財産取得編（中）』同別巻 86 の 505 頁。

で共有者以外の第三者が取得したときは新しい関係が生じたのであり、共有者間の分割についてはその売却は分割とみなす。したがって、分割は新たな所有権の移転ではなく、ただ不分物存立の日に遡及してその所有権を確認するのみであるとする。

#### d 財産取得編（家族法）

415条も同様である<sup>182</sup>。「協議」の法的性質を説明しない点は一貫している。おそらくは説明する要を感じなかったのであろうが、ここでも当然視した法的な根拠は不明である。

なお、409条は「不分財産ノ分割ハ所有者各自ノ合意ヲ以テ自由ニ之ヲ為スコトヲ得 然レトモ左ノ場合ニ於テハ裁判ヲ以テスルニ非サレハ其分割ヲ為スコトヲ得ス」とし、その例外として「第三 所有者中ニ合意上ノ分割ヲ承諾セサル者アルトキ」を定める。磯部は409条1項について財産の分割は不分財産の所有権を特定する一種の合意たる以上は一般の合意におけるように所有者各自の自由にこれをすることができるを以て普通原則とし、その自由の制限は例外とすべきである<sup>183</sup>、という（筆者がこれを「協議優先」の起源と解することは前示した）。そして、分割を要求するの意思は一人の所有者が求めれば他の所有者は応じなければならない（407条）が、その分割の方法については「各所有者ノ総承諾ヲ得ルニアラサレハ之ヲ実行スルコト能ハサルハ勿論タリ 然ルニ所有者中ニ合意上ノ分割ヲ承諾セサル者アリテ其合意成立セサルニ及ンテハ之ヲ裁判ニ決スルノ外ナカルヘシ」<sup>184</sup>という。この箇所は、合意と承諾の関係について分かりにくいものがあるけれども、昭和民法907条の「協議」に相当する箇所であって、実質的にはまさに「協議」の語を説明しているのである。

#### (い) 磯部四郎の相続論

相続は、旧民法において家督相続と遺産相続の二本立てとされた（286条）が、どちらでも相続人は一人になるように制度設計されていた（295条、313

182 磯部『同財産取得編（下）・相続法之部』同別巻 87 の 403 頁。

183 磯部『同財産取得編（下）・相続法之部』同別巻 87 の 390 頁。

184 磯部『同財産取得編（下）・相続法之部』同別巻 87 の 393 頁。

条、314条)。わが国の伝統は家名相続を認める点に重要性があるとされたからである。

磯部四郎は、次のように説明する。日本の慣習は、一家の断絶を避け、必ず婿養子をするが、これがないときは遺言養子をする。これもないときは、「親族協議シテ適当ナル相続人ヲ選択シ之ヲ末後ノ養子ト称シテ其家名ヲ相續セシムルコト其常ナルヲ以テ」家名断絶はまれである。そして、法文を細かく規定しすぎると人々の自由を妨げ、従来慣習に拠って立法しないと人情に背馳し風俗に背反する結果を来すのである。家督相続はわが国古来の慣習に基づく<sup>185</sup>だけでなく社会成立の大基礎たる一家構成の必要方法であり今日動かすことのできない原則である<sup>186</sup>。さらに、「一家ニ二箇以上ノ戸主アルハ亦猶ホ一國ニ二君アルカ如ク其権利及ヒ義務ニ付テ紛争ヲ生スヘキハ必然ニシテ到底一家ノ平和ヲ期」すことはできない<sup>187</sup>。

磯部四郎は、刊行時期不詳の『明治法律学校講義録』<sup>188</sup>において、興味深い説明をしているので、これも紹介する(本文中の頁数は上記講義録による)。

相続は、分配相続と総領相続に分けられ、長短あるが、中古封建制度がはじまると封土分割を許さなくなり次第に長子の権が重くなり、徳川時代の中葉に至り士民の相続はおおむね総領法になり<sup>189</sup>今に至る。ところで、一家永

---

185 この一文は、磯部四郎『民法〔明治23年〕相続編講義完 明治法律学校講義録』日本立法資料全集別巻667における分配相続の沿革にかかる叙述(10頁)と矛盾するようである。

186 磯部『同財産取得編(下)・相続法之部』同別巻87の3頁、4頁、7頁。

187 磯部『同財産取得編(下)・相続法之部』同別巻87の12頁。

188 磯部『民法〔明治23年〕相続編講義完』の8頁から13頁参照。なお、平井一雄・村上博『磯部四郎研究』(信山社出版、2007)332頁参照。

189 磯部『民法〔明治23年〕相続編講義完』10頁。ところで、我妻榮「家族制度法律論の変遷(上)(中)(下・完)」(『法律時報』18巻10号3頁、11号19頁、12号41頁、特に46頁、1946)、同『家の制度—その倫理と法理—』(酬燈社、1948)163頁以下、特に267頁、『民法研究Ⅶ』(有斐閣、1969)151頁も後記中田薫説を支持して、長子一人相続は封建時代の末、それももっぱら武家階級に限る制度だったが、封建の初期には武家階級間でも、町人階級はずっと後まで続いたように、遺産はしかるべく分配されたものである旨をいう。これは磯部の惣領制にかかる沿革の理解に近いものである。中田薫『徳川時代ノ文學ニ見エタル私法』(明治堂書店、1925)191頁から246頁には、これに沿う詳細な記述がある。同書213頁は、徳川時代の侍の家禄と家名の相続はまったく事実上のもので権利ではなく父の封禄の「再給」であること、同書246頁は、徳川時代の庶民においては遺言相続を原則とし法定相続を例外とし、遺言

続を企図することは祖先に対する本分であって、それには総領相続の方法が最適である。その例証としては「吾人臣民ノ仰キ奉ル天ツ日嗣キノ万歳一系神聖無限古今万国比類ナキ」（10頁）ことなど祖先を敬うことの熱心に基づくものは世界に誇る見事であるから「我カ総領相続方法ノ慣習決シテ動カスヘカラサルコト」、「皇室ノ天壤ト無窮ナルヲ瞻望」（11頁）し、同じように願う古家旧族が少なくない以上、各人の一家についても同じである。永続のためには基本財産を分けずに相続すべきであるが、それゆえに、総領相続人はその責任重大であり、一家を統治し祖宗を祀りつづけてこれを永遠に伝えることが任務である。だが、総領相続には弊害があるとして、「然ルニ此総領相続ニ伴フ實際ノ弊害ナキニアラス 見ヨ世間幾多ノ総領相続人カ其権力ヲ濫用シテ諸弟眷族ヲ奴僕ノ如クニ待遇シテ疑ハサルコトヲ」（12頁）と指弾する。それは総領の地位責務を忘れたものであって、総領相続とは相続人のみに安楽をもたらし家族のみに労を強いるものではない。「被相続人タル者モ亦宜シク総領相続ニ因ル弊害ニ注意シテ之カ予防ヲ勗ムヘシ」（13頁）。この予防方法は被相続人が適当な贈与または遺贈をして諸子弟の独立を計ることである。そして「要スルニ総領相続方法ハ我カ国体ニ密着ノ関係アルヲ以テ此慣習ニ違フハ甚タ不可ナリ」（13頁）と結ぶのである。

以上の説明は、総領相続（家督相続）の弊害を強調しながら、国体と密着した関係があるからこの慣習にたがうことは「甚タ不可ナリ」というのである。旧民法（家族法）は家督相続の原則（287条）を宣明すると同時に、各人の一家に生起する弊害に対する予防方法を定めたものである。そして、総領相続を採用する理由は、国体（これと慣習の関係はやや不明）という根本原理に基づくことを強調する。相続法の原理を国体との関係で立論するところに特色がある。もっとも、磯部四郎がここでいうところの国体の観念は、

---

相続では分割相続を通例とし、法定相続の場合でも分割主義の法系があったこと、以上によれば、庶民の財産相続法の通則は単独相続ではなく分割相続であったことは明らかであること、しかるに今日の民法（明治民法）が律令以来の通則を無視して封祿の相続法を固守する理由は知らない旨述べる。同書の初版は「徳川時代の文學と私法全」（半狂堂、1923）であり、その前身は「徳川時代ノ文學ニ見エタル私法」『宮崎教授在職廿五年記念論文集』（有斐閣書房、1914年5月）675頁から847頁である。上記旨の原文は1914年（大正3年）論文とほぼ変わりがない。

皇室の天壤無窮のほか、古くからの多彩な慣習を包摂した広い意味であり、明治民法制定以後のそれとはかなり異なるようにみえる。

#### 4 旧民法の位置づけ

旧民法は、明治民法と比べて進歩的であるとみられていた（従来の通説<sup>190</sup>）。現在では単純な比較はできない複雑な関係にあるとされている<sup>191</sup>。「旧民法が革新的であり明治民法が保守的である、と断ずることはできない<sup>192</sup>」とされる。旧民法が当時の社会には異質に見えた理由の一つに権利義務のかたちで条文上詳細に定めたことそれ自体にあったのであり、その内容面からみても、明治民法より旧民法が革新的であるというのは一面的であると批判する所説もある<sup>193</sup>。また、戸主権という権利について比較しても旧民法と明治民法は「大同小異」と断定したうえで両法典における近代的なものと同期的なものとの交錯度合はほぼ同じであったという所説もある<sup>194</sup>。

次に、ボアソナードは、旧民法の家族法に対してどの程度の関係を持っていたかである。何らかの意味では、相談にのり意見を述べていたであろうことは間違いがないとされている。本稿は、ボアソナードは、少なくとも「協議」という日本語正文を用いるに当たり、アミアブール、またはコンサントマンの概念をめぐる論議を介して財産法および家族法の編纂にまたがる論点につ

---

190 星野通『明治民法編纂史研究』108頁以下、星野通編著『民法典論争資料集〔復刻増補版〕』（日本評論社、2013）7頁、8頁。平野義太郎「明治法學史における一學派—とくに、官僚的自由主義派、梅謙次郎博士の學說・法思想の検討」『法律時報』5巻8号3頁（1933）、同「家を中心とする身分法の成立史」『法律時報』6巻5号3頁（1934）、玉城肇「日本家族史」穂積重遠・中川善之助責任編輯『家族制度全集4巻上』（河出書房、1938）201頁。

191 前田編『史料民法典』943頁以下（前田・原田）。

192 大村・本稿（上）前掲注（9）『文学から見た家族法』38頁。我妻「家族制度法律論の変遷」『家の制度』203頁、204頁。同『民法研究Ⅶ』69頁以下、特に101頁は旧民法がより進歩的であるとの根拠はなく、玉城肇および平野義太郎の所説には賛成できないという。中川善之助責任編集『註釈親族法上巻』（有斐閣、1950）4頁（中川善之助）も、旧民法と明治民法のどちらが近代的で、どちらが封建的かは一概にいないという。

193 大村・本稿（上）前掲注（9）『文学から見た家族法』41頁。

194 手塚『明治民法史の研究（下）』313頁。村上一博「星野通博士と法典論争研究」松山大学法学部松大G P推進委員会編『シンポジウム『民法典論争資料集』（復刻増補版）の現代的意義』19頁。

いてしっかりと関与した可能性があると考ええる。なぜなら、ボアソナードは、比較法史、家族法に造詣が深いことにかんがみて、19世紀の北フランス（現物均分相続の傾向あり）および南フランス（一括承継相続の傾向あり）における農民や都市市民間における不動産（所有権）の相続承継にかかるフランス民法典相続法をめぐる法律論議の動向を知らないはずがないからである。なお、明治政府は、この法的規律の仕方は統治技術上において枢要な位置を占める事項であることを深く認識していたことはいうまでもないだろう。

## 5 旧民法の施行延期

いわゆる法典論争<sup>195</sup>を経て、1892年（明治25年）8月8日組織された第二次伊藤内閣<sup>196</sup>は旧民法施行の延期を決した。1893年（明治26年）、法典調査会規則（同年勅令第11号）により法典調査会が設置され、内閣総理大臣伊藤博文が総裁、西園寺公望が副総裁に任命され、専門の法律家として穂積陳重、富井政章、梅謙次郎の三名が既成法典（旧民法）を基礎にしてその修正を始めた<sup>197</sup>。

（本稿は、学習院大学東洋文化研究所2015年度一般プロジェクトA15-1号に基づく成果の一部である。）

---

195 いわゆる法典論争については、膨大な議論があるが、ここでは星野『明治民法編纂史研究』、星野編著『民法典論争資料集〔復刻増補版〕』、松山大学法学部松大G P推進委員会編『シンポジウム『民法典論争資料集』（復刻増補版）の現代的意義』所収の岡孝「民法典論争と梅謙次郎」（50頁）、岩谷十郎「民法典論争・論争史—その構造と性格—」（74頁）、大村敦志「現代日本における民法典論争史—新たな『資料集』の必要性」（102頁）、沖野眞巳「『シンポジウム：『民法典論争資料集』（復刻増補版）の現代的意義』の意義」（182頁）および前掲の村上博一「星野通博士と法典論争研究」（13頁）と池田眞朗「旧民法典とボワソナード」（27頁）ならびに岩谷十郎・片山直也・北居功編『法典とは何か』（慶應義塾大学出版会、2014）に譲りたい。

196 大久保・高橋『ボワソナード民法典の編纂』302頁、307頁。

197 大久保・高橋『ボワソナード民法典の編纂』308頁。

