

Title	マリオ・ G・ ロサーノ著 『三人のヨーロッパ人法律顧問と近代日本の誕生』
Sub Title	Mario G. Losano : Tre Consiglieri Giuridici Europei e la Nascita del Giappone Moderno
Author	森, 征一(Mori, Seiichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1974
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.47, No.11 (1974. 11) ,p.102- 107
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19741115-0102

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

Mario G. Losano,

Tre Consiglieri Giuridici Europei e la Nascita del Giappone Moderno

Sta in Materiali per una Storia della Cultura
Giuridica, raccolti da G. Tarello, III, 1, 1973, II
Mulino, Bologna, pp. 518-677

マリオ・G・ロサーノ著

『三人のヨーロッパ人法律顧問と近 代日本の誕生』

(ジョヴァンニ・タレツロ編「法文化史のための資
料集」第三巻第一号所収・一九七三年)

わが国における近代法の形成には、多くのお雇い外国人が多大な
貢献をなしたことはよく知られているが、なかでもロessler (Hei-
mann Roesler) 、ボアソナード (Gustave E. Boissonade) 、そしてバテル
ノストロ (Alessandro Paternostro) の果たした役割を見のがすことはで
きない。

最近イタリアの学者によつて、この問題についての興味ある論文
が発表された。本論文は、著者が、日本における公行政および司法
行政分野でのコンピュータの使用という現代的な問題を研究する

にあたつて、まず「ヨーロッパ諸国の国家構造と近代日本のそれと
のあいだの接触点は、いつたいなんであつたのか」(五一九頁注)と
いう前提の問題を説明する必要があるという問題意識から発してい
る。その際、著者は、ヨーロッパと日本とを接触させるパイプとし
ての役割を担つたものこそ、お雇い外国人であつたと考え、まず、
彼らの法思想がいかなるものであつたのか、その法思想が来日によ
つてどのように変質したのか、そしてその変質はいかなる原因によ
るのか、さらに彼らが助言や法学教育を通して、その法思想をどの
ように伝え、それを当時の日本人がどのように受容し、それによつ
ていかなる法が形成されていったのかという視角に立ちながら、す
なわちお雇い外国人を媒介とするヨーロッパ法の日本への継受過程
の側面から、日本近代法史を分析する。

本論文の参考資料の不足はさておき、ヨーロッパ人による日本近
代法史の珍しい研究として、ここで興味ある点をいくつか簡単に紹
介したい。

著者のロサーノ教授は、現在ミラノ大学政治学部で「法の一般理
論」を担当する少壮であり、その研究分野は、法哲学、とりわけサ
イバネティックス法のようなものである。なお本論文は、一九七二年来日
の折に収集された資料によつている。

〈目次〉 I 近代日本の誕生におけるヨーロッパ法の影響

- 1 封建的地方分権から天皇による中央集権へ
- 2 憲法論争
- 3 国家装置の保守的改革
- 4 伊藤のヨーロッパ旅行
- 5 ヨ
ロッパ法の教師と顧問
- II ヘルマン・ロesslerと明治憲

法 6 ドイツでのロエスラー 7 日本にて 8 商法典の準備 9 憲法草案の起草 10 伊藤およびロエスラーの憲法についての注釈 11 伊藤の注釈にたいするヨーロッパ人の評価 12 日本人解釈者のイデオロギー「国体」 13 ロエスラーの人物像について III グスタフ・ボアソナードと民法典および刑法典の編纂 14 フランスでのボアソナード 15 ボアソナードの自然法 16 自然法ではなく衡平 17 日本の法典編纂のための諸前提 18 刑法典 19 刑事訴訟法典 20 民法典の準備 21 民法典論争 IV アレッサンドロ・パテルノストロと新しい日本の国内的および国際的諸問題 22 パテルノストロについての文献 23 イタリアから日本へ 24 大津事件の解決 25 選挙干渉事件の解決 26 イタリアへの帰国 (付録) 明治憲法第一章にたいするロエスラーおよび伊藤博文の注釈

I 著者は、まず開国を余儀なくされた日本が、幕府を倒して天皇による中央集権制へと移行し、少数の寡頭者による強力な官僚制のなかでヨーロッパ諸国およびアメリカに対抗する手段の一つとして、なによりもヨーロッパ型の諸法典の編纂という道を選んだこと、そして徴兵制の採用、自由民権運動、地方の選挙議会などを通して、憲法典編纂の具体化が進められ、ロシア型の憲法の意向を固めてヨーロッパから帰国した伊藤博文が、華族令とヨーロッパ型の内閣制度を採用したが、これらの措置は、憲法の承認からくる動搖にたいする担保を意味したと述べる。このような導入部を経て、ヨーロッパ法の教師・顧問に言及するが、ここで著者は、ウィグモア

が述べるように、封建日本の法体系は、それが先例に拘束されるという限りで、イギリスと類似したものであり、それ以上に日本の法的レベルはイギリスに劣らないものであったので、日本の裁判所で用いられてきた諸原則の体系化による法典編纂が可能であつたはずであるが、「改革者たちは、日本の伝統的な法は、国家の急速な近代化を支える程度には達していないとして、なによりもヨーロッパ法教育の導入を考え」(五三三頁)たのであり、こうして創設された司法省法学校でのフランス法の開講と、その一方における東京開成学校でのアメリカ法の開講とが、民法典論争の一つの発火点となつたことを示唆する。そしてボアソナードらレベルの高い海外の法学者の招聘が、明治時代の大きな特徴をなすことを興味深く述べている。

II ここではロエスラーの商法・憲法分野での活動を追うのであるが、その前提として、来日以前の彼の理論的立場を考察する。彼は、大ドイツ主義をとることによつてビスマルクの政策と対立し、また、社会的な自由を最大限に発展させようとするところの社会法を考え、そこから社会行政法を導入する必要があるとの立場から、社会自治行政の観念を導くことによつてグナイストと対立した。彼の立場は、ドイツでは進歩的だつたが、来日によつて保守化し、英仏流の個人主義は、日本国民にはなじまないと考えて、憲法典編纂においては、ドイツで批判していたロシアのものをモデルとして採用した。したがつて、「グナイストの論議は、伊藤博文に、すでに日本においてロエスラーの影響の下で形成されていた観念を確固

たるものとさせた」(五三一頁)のである。彼のカトリックへの改宗のために長年教鞭をとったロストツクの講壇を去らねばならなかったこと、ドイツでの有力な法学者たちとの論争、そしてなによりも日本における支配階層との接触が、この保守化の原因であらう。しかし彼の立法事業のなかに、彼の社会的概念が沈澱していることは否めないことであつて、「おそらく明治憲法が不明瞭なものとなり、一方では民主的發展を促し、他方では、實際そうだったように、専制主義的・軍國主義的發展を促し得たのは、このことによるものである」(五四一頁)と、著者は説く。

商法典起草にあたつて、彼は、日本の伝統的な慣習は、もはや現實を規律できないが故に、日本が他の商業強国と法律的に同等の地位におかれるような近代的規範が、それら慣習に代らなければならなうと考え、当時の日本の急速な經濟發展を考慮しながら、彼の社會論に基く商法草案を起草したが、後の民法典論争に巻きこまれたこの草案は、一部を除いて施行されずに終つた。しかし彼が日本の經濟法分野で果した役割が、まさに資本主義經濟の鍵となる銀行、株式、会社の三つの部分にあつたことは特記されるべきである。

さて憲法典起草については、彼の基本的立場は、明治の寡頭者たちと、技術的には異なるところはなかつたのであるが、寡頭者たちのなかに流れる「国体」の觀念は、ヨーロッパ人の到底理解の及ばない東洋的な觀念であつた。このような点からも、憲法草案において彼の政府および官僚にたいする考え方が、各方面で挫折せざるを得なかつた。彼の政治的理想は、シュタールに発し、シュタインに

よつて修正された社会的君主制であり、彼は日本國家の組織化にあつて、ドイツの *Bismar* (官吏) の觀念の導入を考えた。社会的國家の任務を具体的に遂行するのは、まさにこの階層なのだが、その際官僚に付与される権限が強大なものとなるため、彼は、広い自治權を認められた地方自治行政府をもつてこの官僚に対抗させ、均衡を保とうとした。これこそ、ドイツにおいてはグナイストと、日本においてはモッセとの論争点であつたが、「地方行政に関する一八八九—九〇年の立法は、實際グナイストの弟子アルベルト・モッセに委ねられた。彼は、グナイストによつて理論化され、ロエスラーによつて批判されたロシアのものと同じ地方行政制度を、日本において実現したのだつた」(五五八頁)。さらに日本の官僚が、實際上ドイツ的な *Bismar* でなかつたことは、將來この最初の段階における不均衡を一層大きなものとする事となる。「權力の座にある日本人にとつて、明治憲法は、封建的なカオスから脱し、領事裁判權を排除するために、新しい時代によつて要請されたものであつたが、結局は、単に保守主義を、將來においては天皇權力の強大化を温存したのだつた。ヨーロッパ人たちは、逆に、日本の憲法の保守的精神は、日本政治が民主化へ進む第一歩であるとして受容したのであつた」(五五三頁)と、著者はいう。

III ここで最も興味深いのはボアソナードの自然法である。著者によれば、彼が自然法に興味を示した理由は、その師オルトランの影響と日本における民事司法行政の特殊性にある。彼の刑法講義は、手塚太郎のノートから推察すると、オルトランとはほとんど同じ

であり、またオルトランの講義録のなかには、彼の自然法概念と直接結びつくと思われる点が多く見られる。手塚のノートには自然法の講義がないことから、彼が自然法の問題に取り組むのは、単に民法典論争のときであり、したがって彼の自然法についての哲学的論議は、日本の具体的事情に影響されたものである。彼が自然法について語るのは、一八九二―三年で、それは「論争の激烈さと敗北の苦悩とが、『レヴュー・フランセーズ・デュ・ジャボン』において、論争の位置づけを公けにすることをボアソナードに余儀なくさせたとき」(五六四―五頁)であつた。

彼によれば、自然法は、三つの原則すなわち普遍的な正義と理性および時代と場所によつて変化する社会的有益性に基いている。この意味で彼の立場はまったくオルトランに近いが、オルトランが、ヨーロッパ型の政治空間で行動したのにたいし、ボアソナードは、天皇がすべての法の原理であるという、日本で受容された公的イデオロギーを考慮しなければならなかつたところに、彼の理論が致命的な崩壊を被るのである」(五六六頁)。そして、すべての法の淵源が天皇であると主張する法典延期論者たちに、彼は、その主張は、日本では政治的な法についてのみ妥当すると答えるが、「自然法を私法分野にのみ限るとき、ボアソナードは自己の理論を破壊する。なぜなら、法の最も重要な部分、つまり、ある社会の政治生活を規律する法において、正義と理性と社会的有益性とを否定するからである。自然法理論は、法に包括的な説明を与え、その説明は、それ故に包括的にのみ受容されあるいは拒否される。すなわち人は部分

的に自然法学者たることはできないのである。哲学的段階において、彼はその要請を考慮していないように思われる」(五六七頁)。著者は、このように彼の自然法理論を批判するが、それは実務的な段階では受容し得るものであつたので、裁判所によつて使われ、法学校において教えられた自然法について彼が語るとき、具体的に意図したものはなんであつたのかを探る。

日本の裁判所が、ヨーロッパと異なつて、先例の原則に基いて紛争を解決していたことは、立法の概念を漠然とさせており、法源を固定するために発せられた一八七五年の太政官布告第一〇三号・裁判事務心得にある「条理」とは、徳川時代の補充法源であつた「道理」と同義語であつた。ヨーロッパ法が日本の現実に浸透していつたのは、まさにこの補充法源を通してであつた。すなわち「ヨーロッパ人が『自然法』について語つていたとき、日本の法律家は『道理』を考えていた。おそらくこの状況の存在もまた、日本の法的現実と彼が導入しなければならなかつたヨーロッパの規範とのあいだに接触点があるのだということを示すために、ボアソナードを自然法の講義へと向かわせたのであらう」(五六九―七〇頁)。彼が自然法を語るとき、それはアウグスティヌスの自然法思想ではなく、完全に「道理」と一致し、また適用された自然法であるフランス民法典そのものであつて、まさにこの民法典の諸原則を通して、古い慣習が解決できない問題を解決するのである。「フランス法典は、ローマ法が長年にわたつて、わが慣習を補充してきたと同様に、君たちの国の慣習を補充してきた。すなわちフランス法典もまた『書かれた

理性』なのであつた」(五七〇頁)という彼の言葉が、そのことを示す。さらに議會が民法典の施行を延期したとき、「新しい法典の公布を待つて、裁判所が民事紛争の解決を導くのは、したがつてこの草案からである。すなわち裁判所は、実定法として、条文を引用してそれを適用するのではなく、そこに含まれている自然法の諸原則を、理由として引きつつ、それを適用するのである」(五七〇—一頁)と言つた彼の言葉のなかに、著者によれば、日本の社会的なコンテクストにおける自然法概念の誤解を理解する鍵がある。すなわち「ボアソナードは、法とは一般的かつ抽象的な規範でしかあり得ないと考へる典型的な大陸法学者であつた。このことのために彼は、衡平、理性または『道理』といった弾力的な諸原則にしたがつて事件ごとに決定する、そしてこの点で、法哲学とはまったく同一視されないところの判例法体系の作用を理解しないのである」(五七一頁)と著者は結論する。

IV イタリア人の唯一の法律顧問であつたパテルノストロについては、ほとんど文献というほどのものが見あたらないが、その理由として、イタリア側から見れば、法律家が日本の近代法成立について特別の興味を示さなかつたこと、日本側から見れば、イタリア人顧問の芸術分野での目覚ましい活躍のため、彼はほとんど顧みられなかつたこと、また、帰国した後の彼の早世などが、その足跡を消す原因となつたと著者は言う。

日本での彼の最初の仕事は、当時緊急の問題であつた条約改正と民法典論争に関してであつた。外務大臣榎本武揚の法典施行延期反

対論は、市民社会に應しい法典の欠除が、どんなにか不平等条約と領事裁判権とを廃止する障害になつてゐるか、というパテルノストロの意見が骨子となつてゐる。

しかし、とりわけ一八九一年の大津事件と一八九二年の選挙干渉事件における彼の役割は大きい。大津事件についての彼の見解は、常に衡平かつ受容され得るものであつたので、とくに大津事件が条約改正に与える影響を気づかわねばならなかつた政府にとつては、まことに尊重されるべきであつた。この犯罪は、単に殺人未遂として処罰され得るものであり、もしこの事件に刑法典を適用しなければ、この法典に外国人を服せしめるといふ国家の権利を永久に失ふことになるという井上毅の意見は、彼の意見だつたのである。さらに選挙干渉事件について、政府は道徳的な諸原理に従わねばならないとして反対したが、この点は、彼によつて扱われた憲法問題のなかで最も重要なものである。彼は立法事業に参画したわけではないが、他の法律顧問のつくりあげた政治機構の運用を円滑にする役割を果たしたのであり、それは地味ではあるが、まことに重要なものであつた。その意味で、一九三三年に武藤智雄氏(当時九大助教授)がパテルノストロ家で発見した資料は(パテルノストロ家訪問記・法律時報第九卷二号所収、今後の研究にとつて得難いものがあり、著者は、「将来の研究にとつては、第一次大戦をのりこえ、さらにシチリアを直撃した第二次大戦をものりこえたことを顧みるべきであらう」(五五九頁)と結んでゐる。

なお、本論文を収録する前掲資料集は、近代および現代法文化史を研究対象とするシエノヴァ大学法哲学研究所の「法理論史のセミナール (Seminario di storia delle dottrine giuridiche)」に提供された報告書 (同大学のローマ法と民法研究所のセミナールでの報告書も一部含まれている) を、同研究所長タレツロ氏 (同大学法哲学担当教授) が編集したもので、一九七一年以降続刊されており、同書と相前後して出版されている P・グロッシ編「近代法思想史のためのノート」 (Quadern fiorentini per la storia pensiero giuridico moderno, redatti da P. Grossi) と相並び、イタリア法史学界に大きな反響を呼んでいる新しい単行本形式の定期出版物である。この両書の編者は、共に「雑誌 (rivista)」という名称を拒否し、「刊行物 (pubblicazione)」であると述べている。

また、ロサーノ教授から筆者宛の私信によると、同教授を中心としてバテルノストロに関する研究が着々と進行しているとのこと、その成果の発表が期待される。

一九七三年六月、ローマにて

森 征 一