慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	明治八年・ボアソナード《政権分界論》覚え書
Sub Title	
Author	向井, 健(Mukai, Ken)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	1983
Jtitle	慶應義塾創立一二五周年記念論文集 : 法学部法律学関係 (1983. 10) ,p.265- 280
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BN01735019-00000001-0265

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.

明治八年・ボアソナード《政権分界論》覚え書

向井　健

一　はしがき
二　《憲法論》と、その周辺
三　ボアソナードの《政権分界論》
四　むすびにかえて

一　はしがき

ボアソナード（Gustave Emile Boissonade）――彼こそは、数ある御雇外人のなかにあって、ひときわ屹立する巨峯である。

「明治以来我邦に招聘せられた外人の数は多く、その功績からすれば、ボアソナードに比肩すべきものは敢て必ずしも絶無ではないが、真個日本の立場に立って日本の為めに図ったものは、ボアソナードに比すべきものは多くはない」[1]。かつて、杉山直治郎博士が彼をたたえて、「洋才和魂の法学者」[2]とよばれたのも、また決して故なしとしない。たしかに、彼のごとき、「すぐれた学者を迎えることができたことは黎明期の日本の法学界にとっては得難い幸福だったといわねばならない」[3]であろう。

去る昭和四八年――すでにそれより一〇年の歳月を閲したのだが――、奇しくもその年は、ボアソナードの来日一〇〇周年という記念すべき年に当った。たまたま筆者は、「ボアソナードの自然法論」と題する小稿を発表してこの偉大な先人を偲ぶよすがとしたが[4]、これを契機にして、彼と彼の周辺領域をめぐる諸家の労作が踵を接して世におくられ、ボアソナード研究に一期を画するにいたったことは、まことに欣快のいたりである[5][6]。

もちろん、これで充分というわけでは決してない。「今後ボアソナードの影響を測定する作業は、あくまでも自国の主体性を貫こうとした日本という国の近代法史の重要な一環として、この学問の全体的コンテクストの中で正しく位置づけていかねばならない。その際一種の比較文化的かつ学際的研究グループが、フランス法、ドイツ法、日本法制史、実定法、政治史、経済学などの専門家を集めて形成される必要がある。かくしてその業績をトータルに把握評価することは、自らの能力のすべてをわが国のためにささげつくした老博士に対する、日本人の最小限の礼儀であるに違いない[7]」と説く先学の指摘と提言は、たしかに傾聴に値しよう。

さて、徳川幕府の崩壊するや、まことに弱体ながらも明治新政府の樹立・発足をみるにいたったが、幕藩体制にとってかわる新たな国内政治体制の整序は、新政権のただちに直面した焦眉の緊急課題であった。それは、「一口で言えば、封建的諸制度の近代化であるが、二百余年の鎖国の夢から醒めて、開国してみれば、周囲には欧米の列強が帝国主義的志向をもって進出して来ている。この状勢のなかで国の独立を維持し、欧米列強と互格の地位を保つには、早急にこれらの勢力と対抗し得る体制の確立が必要であったが、それは諸制度の急速なヨオロッパ化――当時における欧米の最も先進的な国国（イギリス、フランス、アメリカ等）を模範とすること――を意味した。とくに、開国にあたり、幕府が列強と締結した条約は、幕府当路者の国際法的知識の欠如の故に、結果的にはその内容が極めて日本にとって不利であり、屈辱的であったから、これが改正は明治政府にとってはまさに緊要のことがら

であった。そしてこの改正の前提として列強は、日本の法制度の近代化（ヨオロッパ化）を要求していたから、法制度を出来るだけ短期間内にヨオロッパ先進国のそれに近づけることが新政府にとっての至上命令となった[8]」。

たしかに、明治期を大きく特徴づけるものの一つは、きわめて旺盛な立法活動であって、明治三〇年代――それは日本資本主義の産業資本確立期でもある――までに、近代的な諸法典が出揃ったことは、まことに驚嘆に値する出来事であった、といえよう。これら諸法典の編纂事業の歩みを克明に辿り、それを生みだした国際的・国内的諸条件を詳密に分析・吟味することは[9][10]、諸法典編修の意義を闡明するにとどまらず、わが国の近代化の特質の究明にとってもまた重要である。なぜなら、諸法典はそれぞれ程度の差はあるにもせよ、明治初年以降の法的発展の段階を如実に投影するものであり、法典の内容・実効性および限界は、日本近代化の一つのメルクマールとなりうるものだからである。そしてまた、「この法典化事業こそ、その後今日にまで至る日本近代法および法学の性格を根本的に規定したもの[11]」であったにちがいなかろう。その近代日本における法典化運動の事実上の推進軸の役割を演じた代表的人物こそが、すなわちボアソナードその人にほかならない。

ボアソナードが、彼にとっては異国の港都・横浜に記念すべき第一歩を印したのは、明治六年一一月一五日のことで、彼の自筆履歴書には、「千八百七十三年十一月名村氏ト同船シテ日本ニ到着シ同年ヨリ名村氏ノ通訳ヲ以テ司法省官吏ノ諮問会ニ出席セリ[12]」と記載されている。かくして、「法律界ノ……団十郎[13]」たるボアソナードの、広範な分野にまたがる目覚ましい活躍が展開される。

「こゝに遺憾なのは、ボアソナードの事蹟を以て単なる立法事業の範囲に止まるかの如く説くものゝあることである。それも、その畢生の大事業たる旧民法が実施せらるゝに至らざりしより、これを軽視し、単に、旧刑法の起草者としてのみ推奨し、または裁判所構成法の立案者としてのみ称揚するものゝあるのは、ボアソナードの為めに採

らないのである。素より是等の事柄も、ボアソナードの事業の中においては、重要なる足跡を印したものに相違ないが、これはボアソナードの一面に過ぎないのである[14]」と指摘する尾佐竹猛博士の言は肯綮に値する。

ところでいま、焦点を立法事業をめぐる彼の活動領域のみに限局したとき、従前の研究業績から洩れた一つの重要な問題点が照射のなかに浮かびあがる。それはすなわち、ボアソナードと憲法典制定作業との関係にほかならない。

さきに筆者は、「明治八年・ボアソナード《憲法論》小考[15]」・「明治八年・ボアソナード《憲法論》再論[16]」なる拙文二編を公けにし、明治八年四月にボアソナードにより執筆された論策《憲法論》を、筆者所蔵文書に拠りつつ紹介・考察するとともに、あわせて、先学の示された所説にいささかの卑見を開陳する機会をもった。小稿は、いわばその続考ともいうべく、ボアソナードの論稿《政権分界ノ事》をはじめて覆刻・紹介し、もって旧稿の拙論を補強することを目的とする。その性質上、旧稿の内容と重複する個所がある。この点、大方の御海容を乞いたい。

(1) 尾佐竹猛「ボアソナードの思出」『文化と大学』九五頁。
(2) 杉山直治郎「洋才和魂の法学者」『帝国大学新聞』昭和一一年一一月二六日号。
(3) 野田良之「日本における外国法の摂取——フランス法——」『岩波講座現代法・外国法と日本法』二〇二頁。
(4) 向井健「ボアソナードの自然法論」『法律時報』四五巻七号一二二頁以下。
(5) ボアソナードに関する研究の伸展は、近年にいたって、とくに顕著といってよかろう。たとえば、大久保泰甫教授の労作『日本近代法の父ボワソナアド』を筆頭に、福島正夫「ボアソナード博士の人格と拷問制反対活動」『法学セミナー』二一六号一八頁以下、野田良之「ボワソナードと陸羯南」『法学志林』七一巻二＝三＝四合併号二六頁以下、同「解説」『G・ボワソナード著　経済学者ラ・フォンテーヌ』一〇七頁以下、向井健「ボアソナードの身分法思想」『家族——政策と法——・近代日本の家族観』一六五頁以下などの諸編が公けにされ、また、池田真朗「ボアソナード『自然法講義（性法講義）』の再検討」『法学研究』五五巻八号一頁以下、大淵利男「ボアソナード・ド・フォンタラビーの『経済学講義』と『理財論』について」『政経研究』一九巻二号一頁以下などは、近時の研究文献の一例である。

さらに、藤原明久教授の「ボワソナード日本民法草案における抵当権の性質・目的物・種類」『神戸法学雑誌』三〇巻三号五九九頁以下にはじまる一連の論稿のほか、小柳春一郎「穂積陳重と旧民法」『法制史研究』三一号一〇五頁以下、同「穂積陳重と賃借権」『山梨大学教育学部研究報告』三三号一〇九頁以下のごとき旧民法ないし同草案の周辺をめぐる研究業績も見逃せない。

堀内節「御雇法律教師のブスケとボアソナード」『比較法雑誌』八巻一号一二一頁以下、同「明治初年における司法省御雇外国人関係記録抄」『比較法雑誌』九巻一号二七頁以下の両編は、稀覯資料の覆刻をこころみてまことに貴重である。なお、野田・前掲「日本における外国法の摂取――フランス法――」一八四頁以下、野田良之「明治初年におけるフランス法の研究」『日仏法学』一号三頁以下、同「日仏法学交流の回顧と展望」『日仏法学』六号一頁以下の諸編は、きわめて有益な基礎的研究として必読の価値があろう。

(6) ボアソナードをめぐる従前の主要先行業績について、昭和三三年の時点までに発表された文献は、向井健「ボアソナードの『家督相続見込』について」『法学研究』三三巻五号五六頁以下の脚註に網羅的に挙示してあり、それ以降から同四八年にいたる文献に関しては、向井・前掲「ボアソナードの自然法論」一二三頁の脚註に掲出した。大方の参看をいただければ幸いである。

(7) 大久保泰甫「ボアソナード研究の意義」『朝日新聞』昭和四八年一一月一五日号。

(8) 野田良之「日本における比較法の発展と現状(一)」『法学協会雑誌』八九巻一〇号一七―一八頁。

(9) 日本近代法体系の成立過程を、国際関係と国内関係の綜合において把握した労作として、利谷信義「近代法体系の成立」『岩波講座日本歴史・近代(三)』九五頁以下がある。

(10) とくに民法典編纂の前提条件・不平等条約とその影響・条約改正と法典編纂などの諸点については、向井健「民法典の編纂」『日本近代法体制の形成（下）』三一六頁以下参照。

(11) 福島正夫「明治初年における西欧法の継受と日本の法および法学」『仁井田陞博士追悼論文集・日本法とアジア』一七一頁。

(12) 堀内・前掲「御雇法律教師のブスケとボアソナード」二二一頁。
ちなみに、文中にみえる名村氏とは、後ちに大審院検事長・同院長心得・貴族院議員などを歴任した名村泰蔵のことであって、彼は幕末までは北村元四郎と名のり、横須賀製鉄所で通訳をした経験があり、フランス語にすこぶる堪能であった。明治五年の時点では司法省七等出仕である。

(13) 磯部四郎「民法編纂ノ由来ニ関スル記憶談」『法学協会雑誌』三一巻八号一五四頁。

(14) 尾佐竹・前掲「ボアソナードの思出」九〇―九一頁。

(15) 向井健「明治八年・ボアソナード《憲法論》小考」『一橋論叢』七八巻四号八三頁以下。

(16) 向井健「明治八年・ボアソナード《憲法論》再論」『日本近代国家の法構造』三八三頁以下。

二　《憲法論》と、その周辺

かつて筆者は、某古書肆より『仏国法律博士ボアソナード氏見込書』と表題された一冊の筆写本を購入した。[1] このなかに、《憲法論》なる一翻訳文書が収められている。この文書の末尾に、「東京千八百七十五年四月三日　ブアソナヅ」とあるところから、おそらくは明治八年四月三日の執筆にかかるボアソナードの論稿と推断される。

冒頭にいう。

頃余司法省ヨリ国憲並官省ノ権限及ヒ司法裁判ノ管轄ノ事ノ問ハル然ルニ此等ノ事未嘗テ其趣向如何ンニ在ルヲ示メサレス因テ余カ自由ニ任セテ之ヲ言フ凡言其自由ヨリ発セサルモノハ亦遂ニ益ナシ抑余カ本邦ニ在ルヤ月ヲ閲ミスルコト僅カニ十六未タ本邦ノ言語ニ通セス是ヲ以テ其民意ノ向フ所慕フ所及ヒ其有用ニ係ル所ノモノ果シテ何物タルヲ知ラスト雖モ其職事ニ因リテ日ニ諸君ト講論セシモノニ由リ之ヲ考発ス

勿論日ヲ累子テ之ヲ考思セハ更ニ其精詳ヲ尽クスヘシト雖モ今ヤ聊カ其愚衷ヲ述フルノミ

均シク之レ人ナリ天ノ命スル所豈弐アランヤ其性霊ノ固ヨリ全善ナル智巧ノ時ト長スル質文ノ世ト開クルモノ天下万国同然一理ナリ而シテ進歩ノ効或ハ遅速アリ盛否アルモノハ唯其土地ノ形勢ト時ノ汙隆ニ管シテ互ニ異同ナキヲ得スト雖モ之カ天全ヲ求メテ速ニ開明ニ至ラシムルハ則チ其政府ノ義務タリ

「日本近代法史上、永久にその名を止める」[2] ボアソナードによって、《憲法論》なる一文書が明治八年にものされていた事実は、管見の及ぶかぎり、いまだ学界に報告されていない。

ところで、明治八年四月三日といえば、かの立憲政体の詔の発せられる直前に当たる。これよりさきの同年一月

から二月にかけ、当時の在朝・在野の政界の巨頭たちが――すなわち、東京から大久保利通が、山口より木戸孝允が、高知から板垣退助が――大阪に会し、伊藤博文・井上馨らの斡旋を加えつつ、征韓論分裂以降の政局収拾の方途を商議した。世にいう大阪会議がこれである。

かくて、同年四月一四日、太政官布告第五八号をもって、立憲政体の詔が下令された。

朕即位ノ初首トシテ群臣ヲ会シ五事ヲ以テ神明ニ誓ヒ国是ヲ定メ万民保全ノ道ヲ求ム幸ニ祖宗ノ霊ト群臣ノ力トニ頼リ以テ今日ノ小康ヲ得タリ顧ニ中興日浅ク内治ノ事当ニ振作更張スヘキ者少シトセス朕今誓文ノ意ヲ拡充シ玆ニ元老院ヲ設ケ以テ立法ノ源ヲ広メ大審院ヲ置キ以テ審判ノ権ヲ鞏クシ又地方官ヲ召集シ以テ民情ヲ通シ公益ヲ図リ漸次ニ国家立憲ノ政体ヲ立テ汝衆庶ト倶ニ其慶ニ頼ント欲ス汝衆庶或ハ旧ニ泥ミ故ニ慣ルヽコト莫ク又或ハ進ムニ軽ク為スニ急ナルコト莫ク其レ能朕カ旨ヲ体シテ翼賛スル所アレ

さらに同日、太政官布告第五九号により、元老院・大審院の創置をみるにいたった。(3)(4)

さて、元老院の誕生は、すなわち従前存続した左院の廃止を意味するが、それはまた、筆者のいわゆる〈立法事業の左院専管〉が消滅したことも意味する。(5) 明治初年以降、法典編纂事業の本流とひそかに自負する司法省にとって、それはまたとなき朗報であったにちがいなかろう。事実、司法省はこの新たな事態に対応するため、部内の体制を再整備してつぎの局面に進展する積極的な姿勢をみせる。

立憲政体の詔が発せられる直前の同年四月三日には、ボアソナード自身もすでにある程度の情報に接していたであろうことは、想像に難くない。旧稿に挙示したとおり、「政府ニ於テ既ニ改制ニ著意アリト聞ク是レ誠ニ空前ノ美事ニシテ人民ニ於テモ蓋シ大旱ノ雲霓ナラン」(6)と彼は述べている。おそらく、司法省は新事態をさきどりし、まずボアソナードに「国憲」その他についての意見書の提出を命じたものではなかろうか。

すでに引用した〈前文〉に該当する部分にひきつづき、彼の《憲法論》は〈総論〉をおくが、その末尾にいう。

抑改制ヲ要スルトキハ予シメ憲法ヲ定立シ百度之レニ本ツカサレハ輙チ不可ナリ其眼目ハ一ニ民撰議院ナリ其権限及ヒ総代ヲ撰フ投票ハ憲法ノ外特別ノ詔勅ヲ以テ之ヲ審定スヘシ一ニ行政ノ権ナリ但参議並ニ諸卿及ヒコンセイデタノ権限ヲ審定スヘシ尤憲法ノ首ニハ無論天皇ノ権限並ニ伝祚及ヒ摂政ノ事ヲ審定スヘシ[7]

〈総論〉につづき、「民撰議院[8]」・「行政ノ権[9]」の二節を配置する。かくて彼は、末尾に「副陳」として、「余カ前論ノ旨趣ニ依ラハ更ニ憲法ノ条目ヲ掲ケンコト容易ナリ若シ再嘱ヲ蒙ラハ別ニ之ヲ陳センカ」と附記して、この《憲法論》を結んでいる。

ところで、彼・ボアソナードと憲法典編纂との関係は、すでに触れたとおり、数多の先行業績のなかにあって一つの重要な盲点を成すものであろう。ここに注目に値する一記述が残されている。すなわち彼の自筆履歴書にみえる、「千八百七十五年司法卿ヨリ日本憲法草案ノ起草ヲ命セラル[10]」との筆録である。さらに、井上毅の質問にこたえた、明治一四年一一月一五日付のボアソナードの〈答議〉中に、「蓋シ曩ニ千八百七十五年請ニ依リ起草シタル所ノ憲法草案ニ於テモ予己ニ之カ確認ヲ与ヘタリキ[11]」との貴重な一節があるのを看過すべきではあるまい。

この両資料にみられる記述が、もし真実を伝えているとすれば、彼が明治八年に「日本憲法草案ノ起草」に関与したことは、かなり信憑性の高い新事実と推考しなければなるまい。そして、現存するきわめて乏しい資料を模索するかぎりでは、ボアソナードが起草したとおぼしき憲法草案はまず司法省草案の可能性がつよい、と推定するのが、現時点ではもっとも妥当な推論といえるのではなかろうか。[12]

(1) B6判大の無罫紙に筆録された浄書本であって、一〇数編の翻訳論稿を収載する。裏打による修復のあとが明らかにうかがえるが、遺憾

ながら、購入の時点ですでに虫喰の個所がある。旧蔵者その他については、今日にいたるもまったく分明ではない。

(2) 福島・前掲「ボアソナード博士の人格と拷問制反対活動」一八頁。

(3) 元老院の創設については、尾佐竹猛「元老院の性格」『明治文化の新研究』一一七頁以下、稲田正次『明治憲法成立史（上）』二四七頁以下参照。

(4) 大審院の設立に関しては、向井健「大審院の創設とボアソナード意見書」『法学研究』四四巻六号九八頁以下参照。

(5) 筆者のいわゆる〈立法事業の左院専管〉については、向井健「明治初年における民事訴訟法典の編纂」『綜合法学』六巻八号四頁以下、向井・前掲「民法典の編纂」三三九頁参照。

(6) 向井・前掲「明治八年・ボアソナード《憲法論》小考」九一頁。

(7) 文中にみえる「コンセイデタ」とは、コンセイユ・デタ（conseil d'Etat）のことであろう。「参事院」と訳されるこの国家機関について、たとえば、山下健次「コンセイユ・デタ」『立命館法学』三四号一四三頁以下参照。

(8) 向井・前掲「明治八年・ボアソナード《憲法論》小考」九二頁以下に覆刻した。

(9) 向井・前掲「明治八年・ボアソナード《憲法論》再論」三九四頁以下に掲出した。

(10) 堀内・前掲「御雇法律教師のブスケとボアソナード」二二一頁。

(11) 梧陰文庫所蔵文書に拠る。

(12) 向井・前掲「明治八年・ボアソナード《憲法論》再論」三九九—四〇〇頁参照。

三　ボアソナードの《政権分界論》

筆者所蔵にかかる『仏国法律博士ボアソナード氏見込書』をひもとくと、《憲法論》についで、明治八年五月一〇日付のボアソナード稿《政権分界ノ事》と題された翻訳文書一編が綴り込まれている。《憲法論》ときわめて密接な関連性をもつ重要論策と推定される。

由来、〈資料は資料をして語らしめよ〉という。《政権分界ノ事》——この文書の存在も、管見の及ぶかぎり、学界にまだ報告されたことはない——の紹介をめぐっては、意識的にその方法を採ってみることにして、左に全文を

覆刻・掲出したい。文中、原本の虫喰のため、必ずしも文意の明確でない個所の散見されることを遺憾とする。

立憲政体ノ国ニ於テ最緊要ナルハ政権ノ分界ナリト仏国ニテ始メテ之ヲ主張セルハモンテスキヨー氏ナリ

該氏ノ説ニヨレハ政権ヲ三箇ニ分チ即チ

立法権アリ法令ヲ制立ス

行政権アリ法令ヲ施行ス

司法権アリ法令施行ノ際ニ争事アレハ之ヲ判決ス

特裁政ノ国ニ於テハ多クハ此三権ノ分界明瞭ナラス共和政ノ国ニ於テモ其分界全カラスト雖モ特裁政ノ国ニ比スレハ遙カニ愈レリ

故ニ特裁政ノ国君ハ或ハ王ト称シ或ハ帝ト称シ常ニ行政権ノ全部ト立法権ノ一部発議ノ権ト決定ノ権ヲ有ス司法権ト行政権トハ仮令ヒ共和政ノ国ト雖モ其区別必ス全カラス

民事商事刑事ノ裁判ヲ司ル判事ハ其職不羈ニシテ其任終身ナリ然レトモ行政ノ裁判ハ通例行政権ノ手中ニアリ行政裁判始審ヲ判決スル者ハ皆行政権ノ官吏ニテ終身官ニアラス即チ諸省卿県令及ヒ諸県庁ノ議員ナリ殊ニ県庁議員ノ職務ハ主トシテ行政ノ訴訟ヲ司サトル

行政裁判ノ控訴ヲ判決スルヤ其始審ニ比スレハ信依スル処多シト雖モ亦常ニ政府ニ塞セラレテ不羈ノ力少ナシ特裁政ノトキハ行政裁判ノ控訴ハ国議院ノ申立ニ依リテ国君（王或ハ帝）之ヲ判決シ一箇ノ詔書（デクレ）ヲ以テ言渡シタリ共和政ノ時国議院中訴訟掛リニ特ニ此控訴ヲ受ク之ヲ判決スル必ス其所依ヲ記シ之ヲ言渡ス必ス仏蘭西国民ニ代ルノ義ナリ王国或ハ帝国ノ時代国議院ノ議員ハ王或ハ帝之ヲ任ス共和政ノ時ハ民撰議院ヨリ之ヲ任ス是ヲ論スレハ国議院ノ議官ヲ命スルハモト行政権ニアルヘキ理ナルカ故ニ民撰議院ヨリ之ヲ命スル

ハ三権分界ノ主意ニ反スルト思ハル当時国議院中ニテ行政権ヨリ命スル議官ハ□非常掛及ヒ政府代理ノ職務ヲナスヘキ願書□耳也（イートルドルロットノミナリ）

今度御尋問アリシハ□ヨリ右等ノ事ニハ非ス訴訟事件ノ各性質ニヨリ司法訴訟ナルヤ又ハ行政訴訟ナルヤヲ区分スルヲ要ス

去レハ此区分ヲナス易カラス而シテ凡ソ其他管轄ノ論説ノ如ク之ヲ決スルコト実際甚必要ナルモノタリ

此論宜ク二次ニ説クヘシ先ツ行政中ニテ行為（アクチーブ）ノ部ト裁判ノ部トヲ分ツヘシ行為ノ部ハ行為掛リノ官吏（或ハ働キ方ノ官吏ト云）之ヲ司トル裁判ノ部ハ裁判掛ノ官吏（コンタシヨウ――掛リ）之ヲ司ル次ニハ一事件生シ其裁判ヲ求ルトキハ其事件司法裁判ニ属スルヤ又行政裁判ニ属スルヤヲ知ルヘシ

今茲ニ右ノ二ヶ条ヲ分ケテ論説セン

第一

凡ソ行政官ノ職務ハ国民ヘ法令ヲ施行スルニ在リ国君詔書ヲ出シ諸省卿諸県令諸郡令及ヒ邑長ヨリ旨令（アレーテ）ヲ為スハ皆是カ為ナリ

詔書及ヒ旨令ハ必ス執行ス人若シ之ニ反スレハ兵力ヲ以テ執行スヘシ

詔書及ヒ旨令ハ左ノ件々ニ係ルモノナリ

一　全国ノ警察或ハ□ヶ所ノ警察

一　徴兵

一　全国往来ノ道路各県内往来ノ道路村邑ノ道路

一　直税及ヒ不直税

一　水流ノ用法

一　全国ノ所有地各県ノ所有地各邑ノ所有地

如是法令ヲ施行セシムル為メニ為スコトヲ概シテ行政ノ行為ト称ス

玆ニ人アリ行政ノ行為ニ依テ我ノ権利ヲ曲ラレタリト云出テ或ハ一ノ責任ヲ免カレ或ハ一ノ物件ヲ取返シ或ハ一ノ物件ノ修覆ヲ求ムル者ハ訴訟ノ道ニテ之ヲ求ムヘシ

去レハ行政ノ訴訟ニハ必ス行政ト各人民トノ間ニ一ノ争事アルコトナリ又行政ト無形人（一県一邑或ハ公舎ヲ云フ）トノ間ニ生スル事アリ

然レトモ事件ニ依リ只一方ヨリ願書ヲ出スノミニテ双方ノ訴訟トナラスシテ事ノ決スルコトアリ之ヲ受憐（フクトク）ノ方（ラウヲウ）ト云フ

二

凡ソ行政ニ関シタル事ニ就テ公事（クジ）ヲ生スルトキハ専ハラ行政裁判ニ於テ取リ捌クヘキカ如シト雖モ右ハ甚然ルヘカラス（事柄ニヨリ司法裁判ノ取捌キトナルヘシ）喩ヘハ違式ノ事ハ区裁判ニ管スルモノナリ

（右ハ過日余カ発述セシポリス違式考ヲ見ルヘシ）

又行政ニ管シタル金銀又ハ財産又借財等ニ於テモ矢張リ司法裁判ノ管係タルヘシ（右ハ預カシメ此事ハ行政裁判ニ係リ此事ハ司法裁判ニ係ル云々ヲ区別シ可シ）

右ノ区別左ノ如シ

行政ハ公権ノ働キ之レアラスシテ時ニ於テ人民ヨリ其財産ヲ委托セラルヽカ故ニ右ニ付テ公事アルトキハ行政モ亦一箇ノ民人ト見做スヘシ然レハ其訟ヘハ司法裁判ニ於テ之取捌クヲ当然トス何ントナレハ行

政ハ人ノ私有物ヲ収メ或ハ其所轄ノ財産ヲ売買シ又ハ金銀財産ヲ仮借スル等ハ全ク公権ノ働キヲ以テセス全ク通常一箇ノ民人ニ同ク其事ニ係リタル争ヒヲ生スルモノハ司法裁判ノ管係ナルコト論ヲ俟タス又行政ニ於テハ運上及雑税ノ事ニ就テモ成法定規ニ従ヒタル金額ノミヲ収入スルコトニシテ決シテ公権ノ働キアラス一管スラ其決定シタル法規ノミニ従フヘシ故ニ若シ其法規ヲ超ヘタル金額ヲ収ムルトキハ即チ人民相対ノ取引キニ均シク必ス之ヲ返還セサルヘカラス是等ノ取捌キ全ク司法裁判ノ管係ナリ

時ニ因リ行政ハ特ニ政府ノ財産ノミヲ取扱ハス亦其公権ヲ主張ス喩ヘハ海陸軍士ノ資糧ノ約束又ハ公ケノ工役又ハ官員ノ免黜等ニ付キ争ヒヲ生スルモノハ即チ行政裁判ノ管係ニシテ司法裁判ニ拘ハラス又時ニ因リ勅命並ニ法律ヲ布行スルニハ手ヲ多種ノ官吏ニ仮ラサルヲ得ス何ントナレハ法律ノケ条ハ其概要ヲ示スモノニシテ其細詳ヲ悉クスコト能ハサルニ付其発スルニ及ンテハ諸地方官及区戸長等ノ提解ヲ要セサルヘカラス則チ徴兵直税道路家並ニ溝洫等ニ係ル事皆是ナリ

直税ハ土地ノ肥瘠人庶ノ貧富ニ従フテ定ムルヲ主トシ首シメハ国ヲ以テ割合シ次ニ郡次ニ村次ニ人ト大ヨリ小ニ及ヒ斟酌分賦スヘキモノタリ然ルニ右ニ付キ争ヲ生スルモノハ最モ以テ行政裁判ノ管係タルヘシ然レハ行政ハ其争ニ於テハ其相手トモナリ又其裁判官トモナルコトナレハ甚不都合ニシテ自ラ其公平ヲ持センコト甚疑フヘキモノアリ然レトモ若シ又之ヲ司法裁判ノ管係トスレハ又更ニ不都合ヲ生スヘシ其故ハ之ヨリシテ司法ヨリ行政ノ事ヲ可否シ遂ニ司法ト行政ノ公権互ニ其区限ヲ乱ルニ至ラン

但理論上ニ於テ之ヲ想像スレハ右ノ如甚危キカ如シト雖モ其実地ニ於テハ右ノ如キ危キコトモ少ナカルヘシ且今ニ於テハ行政裁判ノ定メニ依リテ官吏ノ過誤ヨリシテ人民ノ煩害タルモノヲ救フニ至ルコトモ亦少ナカラス若シ又之ヲ司法裁判ノ管係トナストモ亦アナカチ非理ニ帰スルコトモナカルヘケンカ今ヤ

行政裁判モ彼民事刑事ノ分レタルカ如ク別ニ之ヲ置カハ前キノ不公平云々ハ復疑フニ足ラス且別ニ行政裁判ヲ置クコト日本ニ於テ始メテ之ニ著鞭セハ各国ニ対シテモ甚面目アルニ庶幾カラン

右にかかげた《政権分界ノ事》の説くところは、全般的にみてかなり平明な論述というべく、ここに余分なコメントを加えるのは控えることにしたい。

すでに前節において触れたとおり、司法省は新事態にすみやかに対処すべく部内の体制を再整備するとともに、ボアソナードに「国憲並官省ノ権限及ヒ司法裁判ノ管轄ノ事」につき意見書の提出を求めたのであったが、さらにこれにひきつづき、三権分立に関する彼の所見の提示を要請し、これにこたえて彼が明治八年五月一〇日にしたためた文書こそが、《政権分界ノ事》一編にほかならない、と推考することができよう。

筆者は、旧稿において、遺憾ながらいまだ発見されざる〈ボアソナード憲法草案〉の存在をひそかに想定するとともに、紹介・考察を加えたボアソナードの《憲法論》こそ、おそらくはその〈ボアソナード憲法草案〉のプロローグたる役割を担ったものにちがいなかろう、との推定をこころみた。ここにはじめて覆刻・紹介した《政権分界ノ事》の存在は、その未熟かつ大胆な仮説を補強する一傍証になるのではなかろうか。

四　むすびにかえて

ボアソナードの法律観ないし法哲学のよってたつところは、自然法思想であった。[1]「法とは何かを考えるに当り先ず検討しておかなければならぬ一つの問題がある。それは、自然法をどうとり扱うべきかという問題である」[2]と先学によって指摘される、その自然法である。しかし、彼はかつて、「余ハ憲法ニ付テハ性法ヲ論セス」[3][4]と説いたことがある。《憲法論》においても、また《政権分界ノ事》にあっても、その点はたしかに窺知することができよ

う。

「ボワソナードは自由主義者であり、経済学上でもたしかにオプティミスティクな自由主義経済の信奉者であった。かれの民法典はこの思想のゆえに、かれのあの使徒的情熱にもかかわらず、遂に絶対主義のために葬り去られてしまった」[5]とする先学の見解は正鵠であり、賛意を惜しまないが、《憲法論》・《政権分界ノ事》両編の底流によこたわる彼の思想は、保守的色彩が濃厚といえる。「ボアソナードは純真なる君主制の礼讃者としての理想家肌」[6]との評言は、よく素顔の彼の一側面を示すものであろう。

とまれ、彼の「努力は今日なお、われわれの法の遺産のなかに生きている」[7]。「近代日本法思想史あるいは近代日本法理論史は、未開拓の学問領域である」[8]といってよい。さればこそ、「我々は特に新なる光を以てボアッソナードの思想を再吟味再評価し、以て明治の創業時代に於ける我が国家社会の一人の偉大な恩人に対する我々の感謝を新にする時期」[9]であるにちがいない。

彼の《政権分界ノ事》をめぐるささやかな小論が、もしその一助ともなれば、望外の幸いである。[10]

(1) 彼の自然法思想につき、たとえば、向井・前掲「ボアソナードの自然法論」一二一頁以下、向井・前掲「ボアソナードの身分法思想」一六五頁以下参照。

(2) 加藤新平『法哲学概論』一五八―一五九頁。

(3) 『明治文化全集・法律篇』四六八頁。

(4) いわゆる〈性法〉につき、向井・前掲「ボアソナードの身分法思想」一八〇頁以下参照。

(5) 野田・前掲「日本における外国法の摂取――フランス法――」二〇三頁。

野田良之教授は、別の機会に、つぎのようにも述べられる。ボアソナードが、「アダム・スミスの自由主義経済思想に強い影響を受け、経済を人間の自由な競争にゆだねておけば、《見えざる神の手》の導きによって、利害の調和が生れ、社会生活は幸福のうちに発展するという極めて明るい楽天観がそこに脈うっていることがわかる。ボワソナアドが人となった時代には、フランスの産業資本主義は最盛期にあり、かれの壮年期は、フランス人が今日でも最もよき時代として憧れるという第二帝政時代の繁栄のなかで過されたことを考えれば、このような自

由主義の思想がかれの心を支配していたことは怪しむに足りない」と。野田・前掲「解説」『G・ボワソナード著　経済学者ラ・フォンテーヌ』一二八頁。

(6) 尾佐竹・前掲「ボアソナードの思出」九三頁。

(7) 野田・前掲「日本における外国法の摂取――フランス法――」一九三頁。

(8) 松尾敬一「大正・昭和初期の法理論をめぐる若干の考察」『法思想の諸相』二三頁。

(9) 田中耕太郎「ボアッソナードの法律哲学」『法律哲学論集(三)』一五五頁。

(10) 本稿脱稿後、大久保泰甫「ボワソナードにかんする若干の新資料」『野田良之先生古稀記念・東西法文化の比較と交流』一八五頁以下に接した。