目　次

第 1 章　日本近代法の前提——前近代日本の法と社会 ……1

1–1　古代国家の形成　2

1–1–1　日本列島上の国家形成　2
1–1–2　律令国家の成立　6
1–1–3　律令制下の犯罪と刑罰　10
1–1–4　古代の土地法　14
1–1–5　古代の家族法　18

1–2　平安期の国家と法　22

1–2–1　国制の変貌　22
1–2–2　荘園公領制の成立　27
1–2–3　明法家の法実践　29

1–3　中世武家政権と法　32

1–3–1　鎌倉武家法の誕生　32
1–3–2　御成敗式目の世界・瞥見　36
1–3–3　中世後期の法と社会　41
1–3–4　知行安堵——中世土地法の一端　46
1–3–5　家の維持と継承——中世家族法の一端　49
1–3–6　中世の契約法　53

1–4　近世国家の創出　56

1–4–1　戦国法　56
1–4–2　豊臣政権の登場　61
1–4–3　徳川政権の成立　63

1–5　江戸期の法と社会　68

1–5–1　近世司法制度の粗描　68
1–5–2　近世の刑事法　72
1–5–3　近世の民事法　76

1–5–4　近世の土地法　*80*
1–5–5　近世の家族法　*84*

第 2 章　近代法の形成（1860～1880）……*89*

2–1　明治国家機構の形成　*90*

2–1–1　幕末の政治過程　*90*
2–1–2　王政復古　*97*
2–1–3　維新政権　*101*
2–1–4　太政官制下の政治運営　*110*
2–1–5　地方制度の変遷　*117*

2–2　司法制度の創設　*119*

2–2–1　裁判所の誕生と行政訴訟の導入　*119*
2–2–2　大審院の設置　*128*
2–2–3　法律家養成と西洋法摂取　*131*

2–3　刑事法の刷新　*136*

2–3–1　新律綱領・改定律例　*136*
2–3–2　旧刑法の編纂　*139*
2–3–3　治罪法の制定　*142*

2–4　近代私法秩序の形成　*148*

2–4–1　戸籍制度と家族法　*148*
2–4–2　地租改正と土地法　*153*
（1）「一地両主」　*155*　（2）　無年季質地　*156*　（3）　割地　*156*　（4）「庄屋役地」　*156*
2–4–3　契約法と民事裁判　*164*
（1）　出訴期限　*165*　（2）　保証債務・連帯債務　*166*
（3）　債権譲渡　*167*　（4）　利息制限　*168*

第 3 章　近代法の確立（1880～1900）……*173*

3–1　憲法制定への模索　*174*

3–1–1　明治 14 年の政変　*174*

3–1–2　内閣制度の成立　*180*
3–1–3　宗教と教育の制度設計　*188*
（1）　宗教制度　*188*　（2）　教育制度　*192*

3–2　明治憲法の制定　*194*

3–2–1　憲法典の編纂　*194*
3–2–2　憲法典の概観　*202*
3–2–3　地方制度の確立　*209*

3–3　明治立憲制の確立　*215*

3–3–1　議会制の始動　*215*
3–3–2　軍部の形成　*221*
3–3–3　植民地・台湾　*223*

3–4　司法制度の確立　*225*

3–4–1　裁判所官制　*225*
3–4–2　裁判所構成法　*226*
3–4–3　民事訴訟法の制定　*233*
3–4–4　行政裁判所と特別裁判所　*235*
（1）　行政裁判所　*235*　（2）　軍法会議　*236*　（3）　領事裁判　*237*　（4）　植民地裁判制度――台湾総督府法院　*238*

3–5　民法典・商法典の編纂　*239*

3–5–1　旧民法の編纂　*239*
3–5–2　旧民法の特徴　*243*
3–5–3　法典論争　*248*
3–5–4　法典調査会と明治民法の成立　*250*
3–5–5　商法典の成立　*254*

第 4 章　近代法の再編（1900～1950）……*261*

4–1　立憲制の展開　*262*

4–1–1　政軍関係の緊張――公式令と軍令　*262*
4–1–2　憲法学派と国体論争　*265*
4–1–3　植民地法制　*268*
4–1–4　政党内閣制確立への道程　*270*

4–1–5 「憲政の常道」の定着と普通選挙法の成立 *275*

4–2 刑事法の展開 *279*

4–2–1 刑法改正 *279*
4–2–2 刑事訴訟法改正と陪審法 *282*
4–2–3 治安維持法の制定 *287*

4–3 民事法の展開 *289*

4–3–1 民法判例・学説の展開 *289*
4–3–2 財産法の特別法 *292*
(1) 担保法制 *292* (2) 借地法制 *293*
4–3–3 家族法改正の検討 *296*
4–3–4 民事訴訟法の改正 *299*

4–4 社会法領域の登場 *300*

4–4–1 労働立法 *300*
4–4–2 小作立法 *304*

4–5 立憲制の崩壊 *308*

4–5–1 政党内閣制の途絶 *308*
4–5–2 総力戦思想と立憲主義の解体 *316*
4–5–3 対米開戦過程 *324*

4–6 戦時下の法と社会 *331*

4–6–1 戦時下の治安法制と司法の変質 *331*
4–6–2 総力戦下の社会変革 *337*

4–7 占領下の法体系 *340*

4–7–1 無条件降伏と占領の開始 *340*
4–7–2 占領管理体制 *349*

4–8 日本国憲法の制定 *354*

4–8–1 政府の改憲準備と GHQ 草案の提示 *354*
4–8–2 憲法案の審議 *359*
(1) 天皇の地位・国民主権 *360* (2) 戦争放棄・戦力不保持 *361* (3) 人権条項 *363*

4–9　現代法秩序の確立　*366*

4–9–1　新憲法下の国家機構整備　*366*

（1）　皇室典範　*367*　（2）　内閣法　*368*　（3）　国家行政組織法・国家公務員法　*368*　（4）　国会法　*370*　（5）　地方自治法・警察法　*371*　（6）　宗教・教育制度　*373*

4–9–2　司法制度改革　*376*

4–9–3　民事法の改正　*381*

4–9–4　刑事法の改正　*385*

4–9–5　経済民主化　*387*

（1）　農地改革　*388*　（2）　労働改革　*390*　（3）　財閥解体・独占禁止法　*395*　（4）　商法改正　*398*

第 5 章　現代法の展開（1950～）……*401*

5–1　復興期の法と社会　*402*

5–1–1　サンフランシスコ講和　*402*

5–1–2　冷戦下の国内法制　*409*

5–2　経済成長期の法と社会　*418*

5–2–1　高度経済成長下の政治　*418*

5–2–2　雇用関係法の展開　*422*

5–2–3　環境問題と法　*428*

5–3　成熟社会への模索　*433*

5–3–1　ポスト高度経済成長期の政治　*433*

5–3–2　競争法制の変貌　*437*

5–4　現代日本法の展望　*441*

5–4–1　統治構造の変容　*441*

5–4–2　現代法制改革の進展　*447*

（1）　司法制度　*447*　（2）　刑事法　*451*　（3）　民事法　*454*　（4）　商事法　*458*

あとがき　*461*　　参考文献補足　*463*　　索　引　*471*

コラム

＊刑事裁判手続における「弾劾主義」・「糺問主義」 *13*
＊律令の消費貸借規定 *17*
＊戸籍のなかの家族 *21*
＊徒然草に見える法律論 *32*
＊荘園と地頭――丹波国大山荘 *48*
＊冷泉家の訴訟 *52*
＊戦乱と奴隷制 *60*
＊琉球王国の法 *86*
＊マリア・ルス号事件 *126*
＊西洋法の翻訳 *135*
＊絞首刑と洋式監獄の誕生 *147*
＊ロェスラーとモッセ *201*
＊「村持地」をめぐる問題 *212*
＊大津事件 *230*
＊高野孟矩非職事件 *238*
＊会社制度の導入 *258*
＊富喜丸事件 *290*
＊収穫前農作物（立毛）の法律論 *307*
＊戦時下の司法 *336*
＊戦犯裁判 *352*
＊昭和天皇と象徴天皇制 *365*
＊沖縄の統治機構 *408*
＊原子力政策と原賠法 *421*
＊「司法の危機」 *426*
＊水俣病事件 *430*
＊地球環境問題と法 *446*
＊法と生命科学・生命倫理 *459*

ナリ」と、国家が道徳規範の提供者となって「国教」を建てるような行為に出ることはその能力を超える、という。元田はこれに「教育議附議」で、「抑(そも)其人アルトハ誰ヲ指シ云歟(か)。今聖上陛下、君ト為リ師ト為ルノ御天職ニシテ、内閣亦其人アリ。此時ヲ置テ将ニ何ノ時ヲ待タントス。且国教ナル者、亦新タニ建ルニ非ス、祖訓ヲ敬承シテ之ヲ闡明(せんめい)スルニ在ルノミ」と反論したが、さしあたりこの時点での議論はここまででであった（なお、元田が務めていた侍補職は同年 10 月に廃止された；2–1–4）[38]。しかしこの論議の真の帰結が、後述の「教育勅語」となることはいうまでもない（3–2–2）。

なお教育勅語に先立ち、天皇個人がまさしく道徳規範の下付者として前面に立つ形式をとる文書が生まれていた。82 年 1 月の「軍人勅諭」である。1878（明治 11）年には山県陸軍卿の名で「軍人訓戒」が作成・配布されていたが、軍人勅諭は直接に天皇が「朕は汝等軍人の大元帥なるぞ」と語りかける文体で軍人の守るべき徳目（忠節・礼儀・武勇・信義・質素）を示したもので、後年に至るほど神聖視された[39]。

3－2　明治憲法の制定

3－2－1　憲法典の編纂

西洋立憲思想の受容は幕末期に始まったが、まさしくこの時代的背景がその理解に特有の性格を付与した。これを仮に 2 点に分けて論述すれば以下の通りである。

①立憲主義が西洋諸国の「富強」の源泉となっているという認識から、日本

38）その後、天皇は元田に命じて小学校で使用されるべき道徳教材「幼学綱要」を編纂させ、宮内省から刊行して 82（明治 15）年 12 月に頒布した。

39）軍人勅諭は山県の指示で原案を西周が作り、井上毅も加筆、最終的には福地源一郎が全体を平易な文体に書き換えた、とされる。

の国力を増すために立憲制導入が必要である、という理解があったこと[40]。ここには、立憲主義が国家権力の濫用を防ぎ個人の自由な活動を保障するための仕組み、すなわち本質的に国家の「強さ」への警戒から発する思想であるのに対して、国家の「強さ」への憧憬から立憲主義が希求される、という明白な逆説がある[41]。

②君主制国家であっても「立憲君主制」がすでに先進国の世界標準であり、日本が〈半文明国〉の扱いを脱するためには、この世界標準に到達することが必要である、と認識されたこと[42]。

幕末期以来、西洋政治思想による政体分類が紹介されていたが、「立憲（制限）君主制（constitutional［limited］monarchy）」は当初から理想的政体として推奨され[43]、またその訳語としては、慶応４（1868）年の加藤弘之『立憲政体略』

40）例えば万延元（1860）年の横井小楠「国是三論」は、「富国」の方策を論じて政体改革の必要に説き及び、現在の西洋各国の政治体制の優秀性に比べ清も日本も遅れをとっていると論ずる。文久元（1861）年の加藤弘之『隣草』は、清の衰亡の原因を論じて、単に西洋との軍事力の差によるのではなく、清の政体の欠陥すなわち「公会」の欠如のために「人和」が欠けていることが致命的である、とする。加藤弘之（1836～1916）は、当時は幕府蕃書調所に勤務、蘭学からドイツ学に転じた洋学者で、新政府では元老院議官等を歴任、77年に東京大学（三学部）綜理、帝国大学総長、貴族院議員、枢密顧問官等を務めた。幕末・維新期には西洋啓蒙思想の代表的紹介者であり、『国体新論』（1875年）では国学を厳しく批判したが、『人権新説』（1882年）では社会進化論に立脚し、時代の変化に影響されない不変の人権という観念は誤謬であると、天賦人権説を否定した。

41）もちろん例えば、ドイツ公法実証主義の優等生アンシュッツが、帝政末期（第１次大戦下）の立憲的改革論を擁護して「国家がその根を国民のなかに広く深く張れば張るほど、国家は国民と一体となり強くなる」と主張してみせたような論じ方はあり得るであろう（Gerhard Anschütz, “Aus Meinen Leben”, 1993, S. 161; ders, “Zukunftsprobleme deutscher Staatkunst: Rede am 22. Januar 1915”）。しかし素直な理解としては、ドイツ公法学の鬼子というべきシュミットが以下に指摘する通りであろう。すなわち、自由主義的市民層が定着させた18世紀以来の憲法理念（ただしシュミットによれば、それは特定の憲法理念を憲法の概念一般と不当にも等置したもの）の特色は、「国家の組織が、国家権力を批判し否定するという観点――国家権力の濫用からの市民の保護――に立ってなされるという点」にある、と（Carl Schmitt, “Verfassungslehre”, 1928, S. 41）。

42）ロシアが強国であっても必ずしも西欧諸国の尊敬を受けていないのは、この標準を満たしていない故である、とも認識された。

43）1863～65年、オランダのライデンで西周・津田真道に講義したフィセリング（Simon Vissering, 1818～88）は確信をもって、当時の1848年オランダ憲法における立憲君主制の国

加藤弘之『立憲政体略』（1868 年）による政体分類

君政；君主擅制
　　君主専治
　　上下同治（君民同治）
民政；貴顕政治
　　万民共治

（なお「立憲」の語の初出はこの書であると加藤はいう）で紹介された「上下同治」または「君民同治（共治）」という表現が一般的であった[44]。

したがって、最終的に目標とすべき政体が「君民同治」であることについては、明治前期にすでに幅広い合意が存在していたが、当面の過渡期では漸進的に改革を進める必要がある、というのも政府内部の共通認識であった。

例えば明治 5（1872）年 4 月頃、太政官左院・少議官であった宮島誠一郎が提出した「立国憲議（国憲を立つるの議）」は[45]、「君民同治ノ法尤モ宜シ」いが、開化の程度が十分でない段階では「君主独裁ノ体ヘ君民同治ノ法ヲ参酌シテ国憲ヲ欽定」するのがよいとする[46]。木戸孝允は 1873（明治 6）年 7 月に岩倉使節団視察から帰国した後、「政規・典則」制定の必要を説く意見書を提出しているが、その意図を、維新からなお日が浅い現時点では「君民同治ノ憲法」は時期尚早で「天皇陛下夙ニ独裁セラルヽ」ほかないが「独裁ノ憲法ト雖ドモ、他日人民ノ協議起ルニ至リ、同治憲法ノ根種」とすることができる、としている（『松菊木戸公伝』下巻 1571 頁）。大久保利通は同年 11 月に「立憲政体

制としての優秀性を解説した。なお津田の『泰西国法論』（慶応 4〔1868〕年）では立憲君主制は「有限君主の国体」と表現されている。

44）加藤弘之はすでに『隣草』で政体を分類して、まず①「君主政治（monarchie）」と②「官宰政治（republiek）」に分かち、さらに①を「君主握権（ombeperkte monarchie）」と「上下分権（beperkte m.）」に、②を「豪族専権（aristocratische republiek）」と「万民同権（democratische r.）」に分けていた。『立憲政体略』（1868 年）では、①「君政」と②「民政」の分類の下、①に、最も否定されるべき政体としての「君主擅制」を加え、他の 4 つを表のように改訳した。

45）「憲法」の語は古代以来存するが、それらは法一般の意義であって国家の根本法の意義ではない。箕作麟祥は『仏蘭西法律書』で constitution を「憲法」としているが、明治初期に広く見られたのは、加藤弘之の著書でも用いられている「国憲」の語であった。しかし 1882 年の伊藤「憲法取調」のための欧州派遣に際し「憲法」の語が勅語の中で用いられ、意味が固定されるようになった。

46）左院ではこれを受け、議院制度立案を手始めに、国憲編纂作業が試みられた。

ニ関スル意見書」を提出、本国の人口・面積で径庭のない英国と日本の国力の差がまさに政体組織に由来するという認識を示し、「君民共治」政体の優越性を認めつつも、「之レヲ議スルニ序アリ、妄(みだ)リニ欧州各国君民共治ノ制ニ擬ス可カラズ。我ガ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ベシ」という（日本史籍協会叢書『大久保利通文書』第5巻、182頁以下）。

大阪会議の政治合意を承けて75（明治8）年に創設された元老院には、翌76年9月に「国憲」起草を命ずる勅語が与えられた。柳原前光(さきみつ)・福羽美静・中島信行・細川潤次郎の4議官が取調委員に任じられ、各国憲法翻訳書を資料として収集、80（明治13）年夏までに3次にわたる国憲案が作成された[47]。第1条に「万世一系ノ皇統ハ日本国ニ君臨ス」（第3次案の表現）とあるのが独自の規定であることを除けば、各国憲法を適宜、取捨選択して作成したというべきものであり、とくにプロイセン・ベルギー・オランダ・イタリア4ヵ国憲法の参照が多く見られる。立法府は二院制とし、下院として「代議士院」を創設、元老院自体を改組して上院とする構想で、ここには明らかに、元老院自身の権限拡張志向が直接に反映されていた。しかし政府首脳は元老院国憲案にきわめて否定的であった。岩倉右大臣は「其体ヲ得ルト雖モ恐クハ未ダ全備トセズ」と評し、伊藤参議兼内務卿に至っては「各国之憲法ヲ取集焼直シ候迄ニ而、我国体人情等聊(いささか)モ致注意候モノトハ不被察(さっせられず)」と酷評、80年12月には天皇へ上奏されたものの、そのまま不採択となった。

明治14年の政変を経て、既述のように伊藤は82（明治15）年3月、ヨーロッパへの憲法調査に旅立った。随員の中には、伊東巳代治（参事院議官補）・西園寺公望（同）・岩倉具定（同）・平田東助（大蔵少書記官）・三好退蔵（判事）らがいる。5月にベルリンに到着してグナイストに面会、主としてその弟子モッセから講義を聞き、同年8月にはウィーンでシュタインに面会、9月からその講義を聞いた。11月にベルリンに戻り再びモッセの講義を聞く。その後ロンドンに2か月滞在、モスクワに赴く機会等もあったが、基本的にドイツ・オーストリアで調査を行い、翌83年6月帰国の途に着く。

47）　第1次案の作成に、ボワソナードの関与を推定する見解がある（稲田正次『明治憲法成立史の研究』〔1979、有斐閣〕237頁、238頁）。

グナイスト（Rudolf von Gneist, 1816～95）は当時、ベルリン大学教授として憲法学・行政学を講じる傍ら、帝国議会議員・プロイセン上級行政裁判所判事も務めていた[48]。三月革命（1848 年）以後の政治情勢下では自由派に属する公法学者・政治家と目されていたが、ドイツ帝国成立（1871 年）以後は保守化してビスマルク体制の与党（国民自由党）に属していた。グナイストはたしかに当時のドイツを代表する公法学者であったが、伊藤は必ずしも良い印象を受けなかった。伊藤によると 82 年 5 月の最初の面会の際、グナイストは「頗ル専制論」を唱え、「縦令（たとい）国会ヲ設立スルモ、兵権・会計等ニ喙（くちばし）ヲ」容れさせず「最初ハ甚微弱ノ者ヲ作ルヲ上策トス云々」と〈助言〉されたと報告している（5 月 24 日付松方正義宛伊藤書簡、『伊藤博文伝』中巻 271 頁）。つまりグナイストは、本格的な議会制導入は日本には推奨できない、といわんばかりで伊藤はその出鼻を挫かれたわけである[49]。また多忙なグナイストは自ら講義せず、弟子のモッセ（Albert Mosse, 1846～1925, のち 1886～90 年に日本滞在）を推挙[50]、伊藤らはモッセから体系的講義を受けたが、それはプロイセン憲法の逐条的解釈を基礎とし、詳細で学術的だが全体をつかみ難く、伊藤には必ずしも満足のいくものではなかった。

これに反しウィーン大学教授のシュタイン（Lorenz von Stein, 1815～90）は、面会直後から伊藤に深い感銘を与えた。「独逸にて有名なるグナイスト、スタインの両師に就き、国家組織の大体を了解する事を得て、皇室の基礎を固定し、大権を不墜の大眼目は充分相立候」と、調査の手応えについて報告した岩倉宛の有名な書簡を伊藤が認めたのは、シュタインとの初対面からわずか 3 日後の 8 月 11 日のことである（『伊藤博文伝』中巻 296 頁）。シュタインは当時のド

48）研究者としてのグナイストは、とくにイギリス憲政史に造詣が深く、その知識を基礎に「名誉職自治制（Die ehrenamtliche Selbstverwaltung）」の構想を展開した。これはモッセを介し日本にも影響を与える。

49）グナイストは他の日本人たちにも同様の発言を繰り返している。また同年 8 月にポツダム離宮で伊藤が面会したヴィルヘルム 1 世も、国会開設は日本のためにならない、と強調した（9 月 6 日付松方宛伊藤書簡、『伊藤博文伝』中巻 314 頁）。

50）モッセは 1868 年にベルリン大学を卒業、当時はベルリン市裁判所の裁判官を務め学術的著述も行っていた。ユダヤ系であり、兄のルドルフ・モッセは一代で大出版社を築いたことで知られる（なお彼等の父はつましい地方医師である）。

イツ語圏公法学界で孤高というべき存在で、ドイツ帝国成立後、急速に法実証主義的傾向を強めていった学界において、ヘーゲルを髣髴させる思弁的な学風が〈旧時代〉的に見られていた一方、階級分裂が進行していく社会への国家介入の必要を定式化して〈社会国家〉の予見者となるという、時代を先駆ける面を持つ国家学者であった[51]。伊藤を魅了したのはまずこのように、哲学・社会・歴史等に及ぶ幅広い学識に支えられたシュタイン国家学の規模の宏大さであったであろう。伊藤に深い感銘を与えたシュタインの許にはその後も多くの日本人が訪れ「シュタイン詣で」というべき状況が出現したことがよく知られる[52]。

帰国後の伊藤は宮中改革と行政府改革（内閣制度創設）を終えた後、86（明治19）年秋頃からいよいよ憲法起草作業に着手する。叩き台となる素案を準備したのは井上毅とロェスラーで、井上はロェスラーやモッセ（86年5月、御雇法律顧問として来日）の意見を徴しつつ、87（明治20）年4・5月頃、「甲案」・「乙案」を作成、一方ロェスラーも独自の草案（ドイツ語原案も現存）を提出した。伊藤博文はこれらを基礎に同年夏、伊東巳代治・金子堅太郎を補助者とし、夏島（現・横須賀市）[53]の自身の別荘で作業に取り組み、最初の案を作成した（夏

51）　E.-W. Böckenförde, “Recht, Staat, Freiheit” 1991, Suhrkamp, S. 170–209 等を参照。シュタインは君主が社会内の階級対立の調停者となる〈社会改革王政（Königtum der sozialen Reform)〉を構想するが（ロェスラーの発想もこれに近い）、その講義を聴いた明治政府要人が、シュタインのこうした学説までを祖述している例は必ずしも多くない。ただし例えば伊藤博文が1889年3月に京都で行った演説で、憲法政治における国家と個人の調和の必要を説き、「近世文化の盛域に進み富力と財産との増加するに随ひ……専ら各個人の権利と自由とを以て政治の肯綮と為」したため「竟に各個人をして強食弱肉の惨状に陥らし」めたが、近年ようやく「立法は強を挫き弱を扶くるの旧軌を踏み社会の安寧と国家の利害とを以て機軸とするの精神を有するに至れり」と述べるとき（指原安三『明治政史』第八・九 1982～2007頁）、その時代診断はシュタインのそれと軌を一にする。

52）　瀧井一博『ドイツ国家学と明治国制』（1999、ミネルヴァ書房）、参照。一定期間にわたりシュタインから教示を受けた経験のある人物としては、陸奥宗光（1885年）、谷干城（1886年）、黒田清隆（1887年）、小松宮彰仁（1887年）、海江田信義（1887年）等がおり、また侍従・藤波言忠は、いわば天皇の名代として講義を受け（1885年）、帰国後その内容を天皇に進講した。この他、西郷従道・山県有朋もそれぞれ渡欧中にシュタインに面会している。

53）　夏島は現在は周辺部埋め立てにより横須賀市街と地続きになっているが、当時は舟で渡る小島であった。87年6月の起草作業開始当時は対岸の金沢の旅館「東屋」で行っていた。

島草案)。

夏島草案に対し井上毅・ロェスラーはそれぞれ逐条修正意見を提出、これらを参考として同年 10 月頃に修正案が作成された（十月草案)。その後井上はロェスラー・モッセの意見を徴しながら推敲を続け、88（明治 21）年 2 月上旬には伊藤・井上・伊東・金子 4 名の会合により修正が行われた（二月草案)。さらに検討が続けられ[54]、同年 4 月までに 7 章 76 ヵ条、説明付の草案が完成した。別に立案されていた皇室典範も 3 月末までに完成した[55]。なお元老院議官らはこの間、起草作業が行われていることを仄聞しつつも全く関与させられないことに焦燥感を強め、87 年 9 月には憲法議案を元老院に下附・審議させることを求める意見書を議決していた。しかし伊藤は、憲法審議を新たに設置する重要国務の最高諮問機関に行わせる方針を定め[56]、88 年 4 月 30 日「枢密院官制及事務規程」（勅令第 22 号）により枢密院が発足、伊藤がその議長に任ぜ

---

7 月には井上外相の条約改正問題対処のため、伊藤は金沢・夏島にはあまり行っていない。8 月 6 日、「東屋」に盗賊が入り憲法草案を入れた鞄が奪われる事件が生じ（書類は付近の畑に捨てられていて大事には至らず)、以後、作業の場所は夏島別荘に移された。井上毅もしばしば金沢・夏島での会議に参加した。ロェスラーが 87 年夏に金沢に滞在しているのも、迅速に諮問に応えるためと思われる（Anna Bartels-Ishikawa（Hrsg.), “Hermann Roesler”, 2007, Duncker & Humblot, S. 117 所載の書簡等参照)。

54)　例えばこの間、海江田信義を介して伝えられたオーストリア帝国議会下院議員クルメッキの意見書を参考に、衆議院議長・副議長を公選する規定が削除された（大石眞『議院法制定史の研究』〔1990、成文堂〕第二編第二章、参照)。

55)　皇室関係法の起草について述べると、まず 86（明治 19）年初めまでに制度取調局において「皇室制規」が作成され、同年 6 月には「帝室典則」が作成され伊藤宮内大臣から三条内大臣に提出された。両者を対比すると、前者では女帝・女系皇族の皇位継承権を認めていたが、後者では井上毅の意見等にもとづきこれらが削除されている。その後、あらためて元老院議官の柳原前光に皇室関係法の起草が委嘱された。柳原前光（1850～94）は公家出身、外務省勤務等を経て元老院議官となっていたが、この間彼の身辺に加わった重大な事情は、1879（明治 12）年、実妹の柳原愛子が皇太子嘉仁を出産していたことである（1887 年に「儲君」として皇后美子の実子の扱いとされた)。柳原は 87（明治 20）年 1 月に草案（「皇室法典初稿」192 ヵ条）を提出、井上毅はこれに逐条的に検討を加えつつ、2 月初めに「皇室典範」38 ヵ条と「皇族条例」77 ヵ条を作成した。柳原は「皇室典範再稿」を作成・提出し、3 月 20 日に伊藤の高輪別邸で伊藤・柳原・井上・伊東が会合、討議が行われ内容がほぼ固まった。その後、憲法起草作業を待ち、さらに修正が加えられて、88（明治 21）年 3 月末に枢密院諮詢案が完成した。

56)　憲法草案中では、枢密院・枢密顧問に関する規定は二月草案で初めて登場した。

られた[57]。元老院は廃止の運命が定まった[58]。

88（明治21）年5月8日、天皇親臨の下、枢密院開院式が行われ憲法草案が配布された（以後、天皇は憲法議了まで、附属法令審議も含めほぼ全ての枢密院会議に出席した）。同月25日から、最初に審議を行ったのは皇室典範で、憲法審議は6月18日に開始、いったん7月13日に終えられた（第1審会議）。枢密院では引き続き、議院法[59]・会計法・衆議院議員選挙法・貴族院令の4つの憲法附属法令の審議が行われたが、その間にも伊藤・井上らの間で憲法・皇室典範の再検討が行われ、89（明治22）年1月中旬に再審会議、1月末に憲法に関する第3審会議を行い、同年2月5日の枢密院本会議で確定、2月11日、憲法発布式典が挙行された。

＊ロェスラーとモッセ

ロェスラーとモッセは、明治憲法起草に重要な貢献をした2人のドイツ人法律家であるが、両者の人間関係は良好とはいえなかったらしい。とくにロェスラーの側が、ユダヤ系のモッセを忌避する態度をとっていたと見られる（ただし来日前にカトリックへ改宗し、いわゆる「文化闘争」においてカトリック教会を圧迫していたビスマルク政府を批判していたロェスラー自身も、当時の在日ドイツ人社会においてアウトサイダーであった）。憲法・地方自治制度の設計に関し、両者が提出した多数の意見書には相互の対抗意識というべきものが見え隠れする。一方では両者とも、活動の舞台を与えてくれた日本への愛着は深かった。1893年、15年に及んだ契約を終えて離日したロェスラーは、南チロルの古城を買い取り、天皇からの下賜品を含む日本の美術品を飾って暮らしたが、すでに病（大腸がん）に侵されており翌94年に亡くなった。一方、4年間の日本滞在を終え90年に帰国したモッ

57）井上毅は枢密院書記官長、伊東・金子は同書記官に就任した。また89年2月までに任命された枢密顧問官は、寺島宗則（副議長）・大木喬任・東久世通禧・川村純義・吉井友実・品川弥二郎・勝安芳・河野敏鎌・副島種臣・福岡孝弟・佐々木高行・佐野常民・土方久元・元田永孚・吉田清成・鳥尾小弥太・野村靖。

58）ただし元老院議官の大木・東久世・吉田・鳥尾は枢密顧問官に転じている。また閉院時（1890年10月）の元老院議官104名のうち、56名は貴族院議員に転じた（久保田哲『元老院の研究』〔2014、慶應義塾大学出版会〕）。

59）議院法制定過程については、大石眞『議院法制定史の研究』（1990、成文堂）を参照。本来、各議院の自由な決定に委ねられるべき議事手続準則を、議会開会前に政府が定めてしまうことは、議院自律権の侵害というべき事態であった。

セは、ケーニヒスベルクの高等裁判所判事として 17 年間勤めた後（これは当時の非改宗ユダヤ系法曹が到達し得る地位としては高いものであった）、ベルリンで晩年を送ったが、亡くなる 3 年前の 1922 年のクリスマス、「あたかも我が祖国のように」愛した日本を懐かしむ詩（のようなもの）を書き残している（Albert und Lina Mosse〔Ishii, Lokowandt, Sakai Hrsg.〕“Fast wie mein eigen Vaterland, Briefe aus Japan 1886–1889”, 1995, Iudicium）。

3－2－2　憲法典の概観

第 2 次大戦後の法学・歴史学では明治憲法体制について、しばしばこれを「外見的立憲制」と呼び[60]、近代立憲主義の実質を欠いていたと評してきた。実際、枢密院での審議開始にあたり（88 年 6 月 18 日）、伊藤が行った有名な演説で「此憲法草案に於ては……君権を尊重してなるべく之を束縛せざらんことを勉めたり」と、君主権尊重がこの憲法案の特徴であると述べられているのを前にするとき、このような評価を是認せざるを得ないようにも思われる。しかし同日午後の逐条審議の中で、4 条「天皇ハ国ノ元首ニシテ統治権ヲ総攬シ此ノ憲法ノ条規ニ依リ之ヲ施行ス（確定正文は「之ヲ行フ」）」に関し伊藤は、「そもそも憲法を創設して政治を施すと云うものは、君主の大権を制規に明記し、其の幾部分を制限するものなり。……憲法政治と云えば即ち君主権制限の意義なること明なり」と断言している。やや早急ながら結論を先取りしていえば、明治憲法における君権尊重の建て前と実際上の立憲的運用の可能性との二重性はすでにここに表出されており、その評価はこの両者の拮抗の下での実際の運用の検討を通して初めてなされ得るものである。したがって本書では明治憲法の評価を、その廃止までの全期間にわたる運用過程に即して示していくことと

60）外見的立憲制（Scheinkonstitutionalismus）という語は、19 世紀ドイツで立憲主義の不徹底を批判するために用いられた。例えば 1871 年のドイツ帝国議会（11 月 8 日）では、制定されたばかりの帝国憲法について、社会民主党のベーベル（August Bebel）がこの言葉を用いて批判している（なおドイツ帝国憲法は、人口・領土においてドイツ全体の 5 分の 3 を占めるプロイセン王国の実質的優位を保障した特異な連邦制の枠組みを設定したというべきものであって、明治憲法と対比して検討をなしうるような対象ではない）。この他、例えば M・ウェーバーは 1906 年のロシア憲法を批評する論説でこの語を使っている。

枢密院・憲法第一審会議における伊藤の発言（八八年六月一八日）

・第一日開会時の演説（六月一八日午前）

「……今憲法ノ制定セラルヽニ方テハ先ツ我国ノ機軸ヲ求メ我国ノ機軸ハ何ナリヤト云フコトヲ確定セサルヘカラス。……抑欧州ニ於テハ憲法政治ノ萌芽セルコト千余年、独リ人民ノ此制度ニ習熟セルノミナラス又タ宗教ナル者アリテ之カ機軸ヲ為シ深ク人心ニ浸潤シテ人心此ニ帰一セリ。然ルニ我国ニ在テハ宗教ナル者其力微弱ニシテ一モ国家ノ機軸タルヘキモノナシ。……我国ニ在テ機軸トスヘキハ独リ皇室アルノミ。是ヲ以テ此憲法草案ニ於テハ専ラ意ヲ此点ニ用ヒ君権ヲ尊重シテ成ルヘク之ヲ束縛セサランコトヲ勉メタリ。……」

・第二読会（六月一八日午後）・第四条の意義に関して

「……抑憲法ヲ創設シテ政治ヲ施スト云フモノハ君主ノ大権ヲ制規ニ明記シ其ノ幾部分ヲ制限スルモノナリ。又君主ノ権力ハ制限ナキヲ自然ノモノトスルモ已ニ憲法政治ヲ施行スルトキニハ其君主権ヲ制限セサルヲ得ス。故ニ憲法政治ト云ヘハ即チ君主権制限ノ意義ナルコト明ナリ。……統治権ハ元来無限ナルモノナレトモ此憲法ヲ以テ之ヲ制限スル以上ハ其ノ範囲内ニ於テ之ヲ施行スルノ意ニシテ統治権ハアレトモ之ヲ濫ニ使用セサルコトヲ示スモノナリ。……」

するが、さしあたってここでは、議会の権能に関する憲法の諸規定を手始めとしてその概要を確認しておく。

公選制の衆議院と、皇族・華族・勅任議員からなる貴族院との二院で構成される帝国議会には、法律案・予算案の審議権が与えられた。先に予算審議権に焦点をあててみる。

ドイツでは、プロイセン憲法紛争（1862～66年）と呼ばれる以下の事件において予算審議権が国制上の一大争点となった。――1861年に即位したヴィルヘルム1世は軍制改革推進を図ったが議会と深刻な対立に陥る。局面打開のため62年に宰相となったビスマルクは、軍事費を含む予算案を下院が否決すると予算案の原案執行を強行する。彼によれば、単に予算不成立により国家活動を停止させることなどありえず、しかしプロイセン憲法がこの場合にとるべき手段を規定していないのは憲法の欠缺（Lücke）であってそれは政府の責任において補われるべきである、という。こうして政府が議会を無視して予算を執行し続ける激烈な対立状態は4年に及んだが、64年対デンマーク戦・66年対オーストリア戦勝利の〈実績〉の前に議会が屈服し、66年にそれまでの予算

大日本帝国憲法・予算関係規定〔抜粋〕

第六四条　国家ノ歳出歳入ハ毎年予算ヲ以テ帝国議会ノ協賛ヲ得ヘシ
予算ノ款項ニ超過シ又ハ予算ノ外ニ生シタル支出アルトキハ後日帝国議会ノ承諾ヲ求ムルヲ要ス

〔第六五条・予算の衆議院先議〕

〔第六六条・皇室経費は帝国議会の協賛を要せず〕

第六七条　憲法上ノ大権ニ基ツケル既定ノ歳出及法律ノ結果ニ由リ又ハ法律上政府ノ義務ニ属スル歳出ハ政府ノ同意ナクシテ帝国議会之ヲ廃除シ又ハ削減スルコトヲ得ス

〔第六八条・継続費として協賛を得たものは毎年の議定を要せず〕

第六九条　避クヘカラサル予算ノ不足ヲ補フ為ニ又ハ予算ノ外ニ生シタル必要ノ費用ニ充ツル為ニ予備費ヲ設クヘシ

第七〇条　公共ノ安全ヲ保持スル為緊急ノ需要アル場合ニ於テ内外ノ情形ニ因リ政府ハ帝国議会ヲ召集スルコト能ハサルトキハ勅令ニ依リ財政上必要ノ処分ヲ為スコトヲ得
前項ノ場合ニ於テハ次ノ会期ニ於テ帝国議会ニ提出シ其ノ承諾ヲ求ムルヲ要ス

第七一条　帝国議会ニ於テ予算ヲ議定セス又ハ予算成立ニ至ラサルトキハ政府ハ前年度ノ予算ヲ施行スヘシ

執行に事後承諾を与えて決着した。――この事件がドイツの政治家・公法学者らに与えた影響は大きく、憲法調査に来た伊藤にグナイストが与えた警告も、さらには、明治 14 年の岩倉「大綱領」に予算不成立の場合の前年度予算施行の方策を書き込ませたロェスラーの助言も、すべてこの事件の鮮烈な記憶の下になされたものであったといってよい。

前年度予算施行は 71 条に規定されたが、それ以外にも明治憲法には、財政緊急処分の規定（70 条）等、議会の予算議定権による国家活動の制約を緩和しようとする仕組みが導入されている[61]。それらのうち、とくに明治憲法で特徴的な規定に 67 条「既定大権費」がある[62]。

この規定はロェスラー草案に発し、「二月草案」の段階で導入されたもので[63]、天皇大権の諸規定（6 条～16 条）に基づく支出、とりわけ 10 条（「天皇

61）　なおプロイセン憲法は、予算は法律の形式によると明記していたが（憲法紛争に際してのこのアポリアを解決するため、ラーバントのいわゆる二重法律概念が生まれた）、明治憲法はこれをとらず、予算を法律とは別個の形式とした。

62）　67 条は法律費・義務費も規定するが、いまは既定大権費に焦点をあてる。

ハ行政各部ノ官制及文武官ノ俸給ヲ定メ及文武官ヲ任免ス」）・12 条（「天皇ハ陸海軍ノ編制及常備兵額ヲ定ム」）に照らせば行政組織経費・軍事費等の「既定」のものにつき、政府の同意がなければ議会は廃除・削減できない、とする。これは政府予算案の枢要部分について議会の審議権に制約を課すものであって、他国の憲法に見られない独創的規定である。しかし実際の運用上では多くの解釈の余地があり、議会において直ちに争点となったのは後に見る通りである（3–3–1）。

次に立法権について。憲法は臣民権利義務の章において、兵役・納税の義務は「法律ノ定ムル所」によらなければならないとし（20 条・21 条、及び 62 条・租税法律主義）、また多くの権利について法律により定められた場合を除き侵害されない、としている[64]。帝国議会は立法への参与を通じ国民の権利を保護し得ることとなるが、これにも重大な例外が設けられている。31 条・非常大権はその最たるものだが（ただし明治憲法下、実際に発動されることは一度もなかった）、重大な意義を有するのは命令による権利制限である。政府は緊急の必要により法律と同等の効力をもつ勅令（緊急勅令）を、次議会での承諾を要件として発することができる（8 条）[65] ほか、法律を執行するため以外にも、法律

63）　ロェスラー草案は、①大権費の議会審議権制限の他、②予算不成立の場合は内閣の責任において原案執行できる、としており（82 条）、夏島草案では②の規定が取り入れられていた。しかし、そのような規定は「立憲ノ主義ニ背ケル専制ノ旧態」であるという井上毅の激しい批判を受けて削除され、代わって二月草案の段階で①の大権費規定が導入された。しかしこれにも井上が懐疑を示し、「既定」の支出という範囲制限を加えて成案となった。

64）　臣民の権利に関する憲法の定め方は大別すると、①法律によらなければ侵害されない、と表現されるもの（23 条・人身の自由、25 条・住居の安全、26 条・信書の秘密、27 条・所有権の安全）と、②法律の範囲内で保障される、と表現されるもの（22 条・居住移転の自由、29 条・言論出版集会結社の自由）があるが、憲法学では②の表現も、①と同義の「法律の留保」と解して権利保障の根拠とすることが主流の見解となった。なお 24 条は「日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ権ヲ奪ハルヽコトナシ」という表現で裁判を受ける権利を保障するので、その制約も法律でなければあり得ない（また 57 条以下・裁判所に関する定めもすべて「法律」を要する）。一方、28 条は「日本臣民ハ安寧秩序ヲ妨ケス及臣民タルノ義務ニ背カサル限ニ於テ信教ノ自由ヲ有ス」と表現するので、信教の自由に関しては法律でなく命令による制限も可能であると、明治憲法下の自由主義的学説においても承認せざるをえなかった。

65）　議会で承諾を得られなかった緊急勅令は将来に効力を失うが、既往の措置の効力は失われない。しかし承諾されない緊急勅令を発出したことについては政治責任を問われ得るので、政府はやがて、緊急勅令を発しておいて次議会前に自らそれを撤回し、承諾手続を回避する

大日本帝国憲法・法律命令関係規定〔抜粋〕

第八条　天皇ハ公共ノ安全ヲ保持シ又ハ其ノ災厄ヲ避クル為緊急ノ必要ニ由リ帝国議会閉会ノ場合ニ於テ法律ニ代ルヘキ勅令ヲ発ス

此ノ勅令ハ次ノ会期ニ於テ帝国議会ニ提出スヘシ、若議会ニ於テ承諾セサルトキハ政府ハ将来ニ向テ其効力ヲ失フコトヲ公布スヘシ

第九条　天皇ハ法律ヲ執行スル為ニ又ハ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及臣民ノ幸福ヲ増進スル為ニ必要ナル命令ヲ発シ又ハ発セシム、但シ命令ヲ以テ法律ヲ変更スルコトヲ得ス

第三一条　本章〔第二章・臣民権利義務〕ニ掲ケタル条規ハ戦時又ハ国家事変ノ場合ニ於テ天皇大権ノ施行ヲ妨クルコトナシ

第三七条　凡テ法律ハ帝国議会ノ協賛ヲ経ルヲ要ス

第三八条　両議院ハ政府ノ提出スル法律案ヲ議決シ及各々法律案ヲ提出スルコトヲ得

を変更しない範囲で独立して命令を発することができる（9条）。しかも 9 条による独立命令にも一般的に罰則を付すことができた。直接にこれを可能としたのが第 1 回帝国議会召集 2 ヵ月前の 1890（明治 23）年 9 月に公布されていた「命令ノ条項違犯ニ関スル罰則ノ件」である（法律第 84 号、1947 年に廃止）。同法は「命令ノ条項ニ違犯スル者ハ各其ノ命令ニ規定スル所ニ従ヒ二百円以内ノ罰金若ハ一年以下ノ禁錮ニ処ス」とし、諸種の独立命令に罰則を付す包括的な根拠となったのである[66]。

また帝国議会開会直前に必要な「法律」を公布しておき、憲法 76 条「此ノ憲法ニ矛盾セサル現行ノ法令ハ総テ遵由ノ効力ヲ有ス」の規定を根拠に既成事実化する手法を政府は多用した。代表的なものに、従来の集会・結社規制を再構成した「集会及政社法」（明治 23 年 7 月 25 日法律第 53 号）があり、その規制撤廃は議会開設後の「民党」勢力の第一の政治目標となった。

措置をとるようになった。

66）　その立法化に際し、井上毅は憲法 23 条に違反するとして反対したが、伊東巳代治は井上に反駁して制定を推進した（小嶋和司『明治典憲体制の成立』〔1988、木鐸社〕395～444 頁）。

内閣官制（一八八九年）〔抜粋〕

第一条　内閣ハ国務各大臣ヲ以テ組織ス

第二条　内閣総理大臣ハ各大臣ノ首班トシテ機務ヲ奏宣シ、旨ヲ承ケテ行政各部ノ統一ヲ保持ス

第三条　内閣総理大臣ハ須要ト認ムルトキハ行政各部ノ処分又ハ命令ヲ中止セシメ勅裁ヲ待ツコトヲ得

第四条　凡ソ法律及一般ノ行政ニ係ル勅令ハ内閣総理大臣及主任大臣之ニ副署スヘシ、勅令ノ各省専任ノ行政事務ニ属スル者ハ主任ノ各省大臣之ニ副署スヘシ

第五条　左ノ各件ハ閣議ヲ経ヘシ

（以下略記、法律・予算決算、外交案件、官制・法律施行に係る勅令、諸省間権限争議、採択された請願、予算外支出、勅任官・地方長官任免、重要な各省主任事務）

第六条　主任大臣ハ其ノ所見ニ由リ何等ノ件ヲ問ハス内閣総理大臣ニ提出シ閣議ヲ求ムルコトヲ得

第七条　事ノ軍機軍令ニ係リ奏上スルモノハ天皇ノ旨ニ依リ之ヲ内閣ニ下付セラルルノ件ヲ除ク外、陸軍大臣海軍大臣ヨリ内閣総理大臣ニ報告スヘシ

憲法には「内閣」そのものについての言及がなく、55条に「国務各大臣ハ天皇ヲ輔弼シ其ノ責ニ任ス」と各国務大臣の単独輔弼責任のみを規定する。内閣制度については導入時の大宰相主義の修正が図られており、それは具体的には「内閣職権」を廃止して89（明治22）年12月24日に公布された「内閣官制」（勅令第135号）の中に表現された。とくに「職権」ではすべての「法律命令」に総理大臣の副署を要件としていたが、「官制」では各省専任事務に関する勅令は主任大臣のみの副署で足りるとされた[67]。

枢密院についても憲法は、直接には「枢密顧問」の規定（56条）を置くのみであり、その諮詢事項は90（明治23）年10月の枢密院官制改正（勅令第216号）で新たに定められ、①皇室典範所定の事項、②憲法・憲法附属法令の草案・疑義、③戒厳宣告（憲法14条）・緊急勅令（同8条）・財政緊急処分（同70条）・罰則のある勅令、④列国交渉の条約・約束、⑤枢密院官制・事務章程の改正、⑥その他臨時の諮詢事項、とされた。ただし⑥の臨時諮詢事項の名目を用い、内閣は帝国議会の動きを牽制する意図で多くの案件を枢密院に諮詢する

67）対応して公文式3条も改正された（明治22年12月30日勅令第139号）。

ようになる[68]。こうして政治力を蓄えた枢密院は、後年、政党内閣期が到来した時、官僚派の牙城として内閣と対立する局面を作り出す。

憲法は、皇位継承（2 条）・摂政の設置（17 条）は皇室典範の定めにしたがうとし、典範改正は帝国議会の審議対象でないこと・典範による憲法の変更はできないこと（74 条）、等を定める。実際には皇室典範は憲法体系の必須の構成部分であり、しかもその性格は憲法と併立する最高法規とされた。なお当初、典範は皇室の「家法」であって臣民に公布するものではないとされ（「皇室典範義解」）、事実、官報に登載されなかった。また内大臣・宮内大臣をはじめとする宮中の主要官職にも憲法公布に際し根拠規定が与えられなかったが、1907（明治 40）年に「皇室令」の形式による「宮務法」の体系が整備されて初めて官制が定められ、典範（増補）の公布も行われることになる（4–1–1）。

最後に広義の明治憲法体制の一構成要素というべきものとして、教育勅語の成立に触れる。前節（3–1–3）で見た、1879（明治 12）年の天皇（元田）と伊藤（井上毅）との徳育論議に続く時期には、文教行政を第 1 次伊藤内閣の文相に就任した森有礼（ありのり）（1847～89）が主導した。森は根底において明確な国家主義者であるが、一般には積極的欧化論者として知られ、89 年 2 月 11 日、憲法発布式典に出席しようと官邸を出た際に国粋主義者のテロに遭遇して倒れた。

89 年 12 月に首相となった山県有朋は、翌 90（明治 23）年 2 月の地方長官会議で徳育涵養に関する建議がなされたことを契機とし、軍人勅諭を念頭に置いて、教育に関する勅語発布の検討を命じた。文部省で当初作成された中村正直による草案が斥けられた後、井上毅と元田永孚とによって修文されたものが同年 10 月の「教育勅語」となる。井上は「立憲政体之主義に従へば、君主は臣民之良心之自由に干渉せず」との原則から、その内容と発布形式（「他之普通之政事上の勅語と同様一例なるべからず」）について懸念を示していたものの（6 月 20 日付山県有朋宛書簡）、作成にあたれば稀代の文章家としての自負をかけて臨

68）第 2 次山県内閣は 1900（明治 33）年 4 月 9 日「御沙汰書」により枢密院諮詢事項の拡張を行い、とくに文官任用制度をその範囲に含めて将来の政党内閣による任用令改正を封じた（3–3–1）。なお 1938（昭和 13）年の枢密院官制改正では、御沙汰書の内容を新諮詢事項とともに明文化したが、罰則のある勅令（前掲明治 23 年法律第 84 号による）は軽微な案件が多いため諮詢事項から除外した。

んだ。元田が持ち込もうとした儒教主義の徳目への直接的言及が避けられたのは、特定の思想に依拠せず、内容を価値中立的なものとしようとした井上なりの努力の結果に他ならない。しかしその後の取り扱いで進行した勅語の〈神聖化〉は、井上の意図とはかけ離れたものであったであろう[69]。教育勅語はこうして、〈国家祭祀〉とされた神社神道と相並び、明治憲法下における国民の精神的自由を囲繞する堅固な牆壁と化した[70]。

なお教育法令に関し、これを勅令で定める原則が定着した。森文相時代の1885（明治18）年、すでに諸学校令（小学校令・中学校令・帝国大学令・師範学校令）が勅令で定められていたが、1890（明治23）年の小学校令改正にあたり文部省がこれを法律案とする準備を行うと、枢密院はこれを拒否して、教育への議会介入を防ぐ必要から勅令形式の継続を求めたのである。明治憲法には教育の権利・義務に関する規定もなく、臣民は、国家が一方的に提供する教育の受動的客体とされた。

3－2－3　地方制度の確立

明治憲法下の新しい地方制度は憲法制定と前後して、市制・町村制（88年）、府県制・郡制（90年）の制定により確立される。ただしそれに先立ち84（明治17）年に、当時の地方制度に関する見直しが行われていた。松方デフレ政策下、自由民権運動の影響も受け府県会や区町村会はしばしば執行機関と対立し、県令が強権で県会の反対を抑え込む事例が見られる一方、より住民の生活範囲に近い町村では、公選による戸長が運営に行き詰まる事態が生じていた。これに対処するため84年5月7日の一連の改革では、区町村会法改正（太政官第14

69）　1891（明治24）年1月、第一高等中学で行われた勅語奉読式で、教員であった内村鑑三は拝礼を忌避する態度をとったことが問題とされ解職となる。一方、同年6月の「小学校祝日大祭日儀式規程」（文部省令第4号）等を根拠とし、学校儀式での「勅語奉読」は義務化されていった。

70）　第2次伊藤内閣で文相を務めた西園寺公望は、教育勅語の内容に不満をもち、「文明列国ノ間ニ伍シ、列国ノ臣民ガ欣仰愛慕スルノ国民タラシメン」と、国際協調主義を強調する内容をもつ第2の勅語の発布を準備していたが、実現に至らなかった（立命館大学編『西園寺公望伝』別巻2〔1997、岩波書店〕）。

号布告）・戸長選任方法改正（太政官第 41 号達、戸長は府知事・県令からの官選とする、ただし町村民が選挙した 3〜5 名の候補者中から選任することを妨げない）等とともに、戸長役場の管轄を拡大し 500 戸 1 役場を標準に複数町村に連合戸長役場を置く方針が示された（「内務卿心得訓示」）。

抜本的な地方制度改革の立案作業は、1887（明治 20）年 1 月設置の地方制度編纂委員会（委員長・山県有朋）において行われた。これより先 86 年に、内務省で準備されていた地方制度案につき[71]、御雇法律顧問のロェスラーと、ちょうど来日したモッセに意見が求められたところ、とりわけモッセは師のグナイスト譲りの地方自治構想を披瀝し、立憲制の安定的運営のために憲法実施に先立つ地方制度確立の必要性を訴えた。山県内務卿はこれに感銘を受け、モッセを主たる起草委員とする上記の編纂委員会を設置したのである。

87 年 11 月に市制・町村制政府原案が作成され元老院で審議、その後閣議で東京・京都・大阪 3 市に関する特例が追加され 88（明治 21）年 4 月、「市制・町村制」（法律第 1 号）が公布された。市町村は初めて法人と定義され、自治・分権の理念の下に運営されるとされたが、現実には内務大臣・府県知事の監督下に国または府県からの委任事務を執行する地方団体としての性格が顕著であった。満 25 歳以上の男子で独立の戸を構え、地租または直接国税年額 2 円以上納付等の条件を具備する住民（公民）に市会・町村会議員の選挙権・被選挙権を与えたうえで、高額納税者に優先権を与える等級選挙制が導入された。執行機関は町村では町村長（町村会で間接選挙し知事が認可）で、助役がこれを補佐するが、市では市長（市会が推薦する候補者 3 名のうちから内務大臣が任命）・助役・参事会員からなる市参事会とされた（その後 1911 年改正により参事会を諮問機関化し市長独任制とする）。市長・市助役等は有給だが他の市参事会員や議員、さらに町村長・助役も原則として無給の名誉職とされ、「公同ノ事務」を各地方人民が義務として分任することが「国民タル者、国ニ尽スノ本務」とされた（市制町村制理由）[72]。一定資産をもつ地方名望家層を自治の担い手として安定した地方社会を育成し、憲法施行後に想定される政治的変動の地方への波及を

71）　山田顕義内務卿の指示により「町村法案」が内務省内で 84 年までに作成され、85 年に山県内務卿に提出されていた。

72）　ただし町村長は担い手が不足し、町村会の議決で有給とする例が多く見られた。

防ぐ意図である。

近世以来の町村の規模は、新制度下の自治団体としては零細に過ぎると考えられ、また既述のように84（明治17）年にはすでに連合戸長役場も導入されていたことから、市制・町村制施行に先立ち大規模な町村合併が行われた。88（明治21）年から89（明治22）年の町村制施行までの間に全国の町村数は約7万1000から1万6000に減少、平均すれば旧町村4〜5を合併して新町村を創出したことになる。もっとも旧町村（新町村内でしばしば「大字」等と表示された）の人的・物的結びつきは強く、新町村内での地域間対立が尾を引いた場合が少なくない。

とくに合併にともない問題となるのが町村財産である。「町村ハ其不動産、積立金穀等ヲ以テ基本財産ト為シ之ヲ維持スルノ義務アリ」（町村制81条）と定めるが、江戸期以来の村・地域共同体が管理する土地で官有地化（国有化）を免れているものにつき（2-4-2）、これらを新町村の所有へと直ちに移すことは困難なことから、町村とは別に特別に「区」をなすものが財産を所有することを認め（114条）[73]、ただしその場合も町村長が管理すること（115条）としていた。これがいわゆる「財産区」であり（ただし法文上で財産区という用語を初めて用いたのは1947年地方自治法）、入会林野の地盤所有権者の代表的な類型の一つである[74]。その後、政府は町村財政安定化の観点から旧村・地域共同体所有林野の町村財産編入を促進したが（部落有林野統一事業）、貫徹できなかったのみならず、明治初年に国有地とした土地についてもその見直しを求める声に対応せざるを得なくなり、1899（明治32）年・国有土地森林原野下戻法（法律第99号）の制定に至る。

府県制・郡制の制定については曲折を経た[75]。モッセは府県も郡も自治団体とし、市町村と重ね三階層の自治団体を展開する構想であったが、このような広汎な「自治」導入にロェスラーと井上毅が反対、そのため市制・町村制の

73）町村制ではこれとは別に「町村ノ区域広濶ナルトキ又ハ人口稠密ナルトキハ庶務便宜ノ為メ町村会ノ議決ニ依リ之ヲ数区ニ分」かつことを認めているが（64条）、114条の「区」はこれに限られない。

74）なお、同様の「村持地」のうち水利施設敷地については、「水利組合条例」（明治23年法律第46号）による公法人である水利組合がしばしば所有権者となる。

75）居石正和『府県制成立過程の研究』（2010、法律文化社）、参照。

あとを追って 88 年に元老院に付議されていた府県制・郡制は、責任者の山県が渡欧（88 年 12 月～89 年 10 月）して内相の職を離れたこともあり事実上の廃案となる。府県制・郡制はあらためて井上長官の法制局で起案されたが、渡欧中、モッセの師・グナイストから直接の講義も受けた山県は内相復帰後、やはり一定の自治要素の復活を求め、最終的に内務省・法制局の合同協議を経て、90（明治 23）年 5 月「府県制」（法律第 35 号）・「郡制」（法律第 36 号）の公布となる。

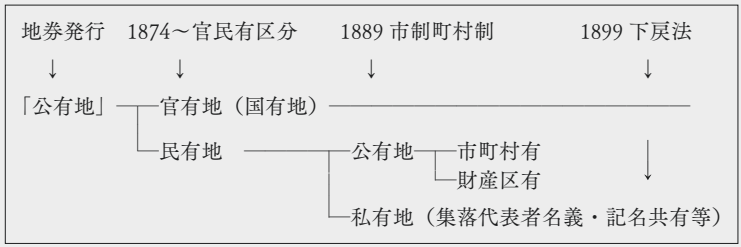
府県・郡の執行機関は官選の府県知事・郡長でありもっぱら内務官僚が任命された。議決機関として府県会・府県参事会と郡会・郡参事会を置いた。郡会議員・府県会議員は当初は間接選挙制を主体としたが（郡会議員はその 4 分の 3 を町村会での間接選挙、4 分の 1 を地価 1 万円以上所有地主間の互選、府県会議員は市会議員・市参事会員・郡会議員・郡参事会員による間接選挙）、ともに 1899（明治 32）年に直接選挙制に修正された。しかし府県・郡とも自治団体としての性格は著しく希薄で、主として市町村に対する国の監督行政の拠点として機能した。なお郡制については、1923（大正 12）年に廃止される。

＊「村持地」をめぐる問題

入会林野・水利施設敷地等、江戸期に「村持地」として管理されていた土地の地盤所有権の問題は、明治期はもちろん、20 世紀後半以後に至っても新たな土地開発の進展にともなう権利確定の必要から、多く法廷で争われてきた。

以下では村持地をめぐる法的紛争のなかで理論的争点となる、(1) 権利主体としての「村」＝地域共同体の法的性格と、(2) 土地所有権確定の法的意義の問題とを瞥見する。

前提としてその変遷を確認すると、地券発行開始当時（1873 年）に漠然と「公有地」と表現された村持地が、74（明治 7）年からの官民有区分で、不当に官有地化された事例があると見られることは既に述べた（2–4–2）。その際に民有地とされた村持地につき、町村制施行により法人となった町村または「区」の財産としてあらためて公有地となり得ることになったが、この際にも地域共同体住民が自分たちの管理権限を確保するため（町村制 115 条によると財産区も町村長の管理下に置かれる）、純然たる私有地の形態を維持した場合も多い。その場合、不動産登記は集落代表者名義や記名共有によったが、後年、地域住民の世代交代や転出・転



入の進行とともに登記名義と実態の乖離が発生して紛争を惹起した。また 1899（明治 32）年に制定された国有土地森林原野下戻法（法律第 99 号）は、官民有区分において不適切な事例もあったとの認識に立ち、官有地編入当時に所有または分収の事実があった者に翌 1900 年 6 月末までの間に下戻申請をすることを認めたものであるが、申請期間経過後は新たな申請は認めないとして国有地所有権の最終的な確定を図った（なお国有地上では入会利用そのものを制限する方針がとられて問題となった。大審院は 1915 年に国有地上の入会利用権〔民法 294 条・共有の性質を有しない入会〕を否認する判断を下したが、戦後の最高裁は 1973 年にこれを覆した）。

入会地等をめぐる地域間の訴訟は江戸期にも盛んで明治前期に及んだが、明治前期の裁判所は「村」をそのまま訴訟当事者として認めており、法典整備後においても「町村制施行以前ニ在リテ町村ヲ法人ト明言シタル法文ナシト雖モ、町村ハ実際権利義務ノ主体ト為ルコトヲ許サレ法人ノ実ヲ備ヘタルモノ」（大判明治 36 年 9 月 25 日）と確認されている。法制史家・中田薫は 1920 年代の一連の論説において近代ドイツ法学の団体法理論を援用しつつ、このような江戸期・明治前期の村の性格はゲルマン法にいうゲノッセンシャフトに類似した実在的総合人（reale Gesamtperson）であって、その団体による所有は総有（Gesamteigentum）と規定されるべきと論じた（「徳川時代に於ける村の人格」〔1920〕、「明治初年に於ける村の人格」〔1927〕、『法制史論集』第 2 巻〔1938、岩波書店〕所収）。ただし中田は、町村制施行以後は純然たる公法人たる町村が存在するのみとしたが、日本における法社会学の先駆者である戒能通孝は中田の議論を批判的に継承し、抽象的公法人化した形式上の村の中に範囲を異にする「生活共同体としての村」（これは旧村＝江戸期行政村とは必ずしも合致しない）が現に存在し、登記簿上の記載の如何を問わず、入会地はそれら共同体に総有的に帰属すると解すべき、とした（『入会の研究』〔1943、日本評論社〕）。第 2 次大戦後の裁判所は、入会団体による総有という性格規定を積極的に承認したが、そのことが新たな問題をもたらした。すなわ

ち 1966 年の最高裁判決は「入会権は権利者である一定の部落民に総有的に帰属するものであるから、入会権の確認を求める訴は、権利者全員が共同してのみ提起しうる固有必要的共同訴訟というべきである」（最判昭和 41 年 11 月 25 日）とし、入会権確認等の訴訟提起を著しく困難なものとしてしまったのである（ただし平成年間に入り、最判平成 6 年 5 月 31 日、最判平成 20 年 7 月 17 日等、要件緩和の法判断がある）。

村持地をめぐる紛争は、明治期における土地所有権確定の法的意義に関する省察をも必要とした。これに関する代表的な法判断である 1914 年の大審院判決は以下の通り。

係争地は村持であった溜池敷地が 1876（明治 9）年に官有地編入の処分を受けたものであるが、原告によれば同地は寛保年間、祖先が灌漑用として村に寄付し、ただしその効用を失ったとき所有権は寄付者に復帰するという解除条件を付していたものであり、1907 年までに近隣の河川開削工事により溜池の灌漑用としての効用は失われたので条件成就により原告に返還されるべき、と主張した。しかし大審院は、明治初期の土地所有権確定過程において、ある土地が官有に編入された場合、たとえそれが行政機関が自由裁量を誤り私人所有の土地を官有に編入した場合であっても、その処分は行政処分たる効力を生じ、私人の所有権は消滅し国が原始的に所有権を取得するのであって、当該地について江戸期に行われた契約の効力はすでに消滅している、として請求を斥けた（大判大正 3 年 12 月 19 日、民録 20–1121。なお本件土地につき下戻申請は行われていないが、判旨中「たとえ〜であっても」の部分は仮に下戻法により村有地に復していても結論は変わらない、という趣旨になる）。

明治期の土地所有権確定の意義について、これを大別すれば、①江戸期までに存在した〈近代的土地所有権類似の権利〉を確認した行政行為と見る立場（確認説）と、②近代的土地所有権は明治政府の立法施策により新たに創設されたと見る立場（創設説）とがある。裁判例では双方が観察されるが、上述の大審院判決は国による原始取得を肯定し、創設説の系統に属する代表的なものである（橋本誠一「地租改正と土地所有権」、牛尾洋也他『近代日本における社会変動と法』〔2006、晃洋書房〕所収）。しかしこれと異なる判断を示した裁判例も少なくなく、第 2 次大戦後における代表的事例としては三田用水事件がある（最判昭和 44 年 12 月 18 日、ただしこの事件で帰属が争われた河川敷地は、明治前期において官有とも民有とも判定された形跡のない「脱落地」であった）。実務では創設説の立場が主流であるといわれている。確かに土地の権利関係につき江戸期以前の歴史的経緯を正確に辿

って確定させることには明らかに困難が伴う（例えば大阪の道頓堀川敷地について、江戸初期の開削者子孫が第２次大戦後に帰属を争った訴訟もある。牧英正『道頓堀裁判』〔1981、岩波書店〕）。その意味で、土地の権利関係は基本的に明治初期の時点でいったん過去と切断され新たに創設されたものであるから江戸期以前に遡行する必要はない、と処理することには利便性がある。ただしこのことは創設説の理論的正当性を保証するものではないであろう（創設説を批判する見解として、仲野武志『国家作用の本質と体系Ⅰ』〔2014、有斐閣〕180 頁以下参照）。

村持地をめぐる裁判には、早くから多くの日本法史研究者の関与が見られる。山中永之佑は自身の裁判関与の経験を基礎とする研究書の「はしがき」において次のように述べている――「訴訟において、私がいわゆる「鑑定意見」などを求められる際に痛感させられるのは、実務法曹の……日本法史学の素養の欠如である。このような法史学的素養を欠いた実務法曹が関わった訴訟のなかで、……真実の発見がどの程度なしえたであろうか、ということに思いを致すと、悔やまれるとともに、……危惧を感じずにはいられない」（山中永之佑『民事裁判の法史学』〔2005、法律文化社〕）。

3－3　明治立憲制の確立

3－3－1　議会制の始動

1890（明治 23）年に開設された帝国議会は当初、「藩閥政府」と「民党」との厳しい対立関係を基調とし、この間、議会運営の困難に直面した政府関係者間では繰り返し「憲法停止」＝議会閉鎖の可能性が囁かれるほどであった。98 年に初の政党内閣（隈板内閣）が出現したが混乱を呈したまま短命に終わり、1900 年の立憲政友会成立を画期として政治勢力が再編され、相対的安定期へと移行する。

議会に臨む政府側の姿勢を象徴的に表現するものとされたのが、89 年２月 11 日の憲法発布式典で黒田首相が述べた、政府は「超然として政党の外に立

あとがき

本書は、京都大学法学部および京都大学法科大学院で行って来た日本近代法史を中心とする講義内容を基礎としている。前者は1994年から、後者は2004年から担当しているが、双方とも試行錯誤の連続で、悪戦苦闘を続け今日に至った。法律学を学ぶ現代人に必要な歴史的知識を提供する、という講義目標に照らし、どれほどのことが達成出来ているかは覚束ないものの、本書は一応その試みの現時点での集成である。

比較的近年に著された日本近代法史の概説書のうちでは、川口由彦教授の『日本近代法制史』（第2版、2014年、新世社）が密度の濃い力作である。ただし同書は1945年までで叙述を終えておられ、現在の学生たちにはどうしても戦後史を扱った部分が必要であろう、というのが本書を準備した1つの強い動機付けになっている（ただし前近代部分の叙述ウェイトが大きい日本法制史の通史・概説書でも、近年のもののいくつかでは20世紀後半以後の叙述を厚くしたものがある。その1つで、私も編者の1人に名を連ねる『日本法制史』〔2010年、青林書院〕に関しては、同書で説明される事項について本書で重複を避け簡略化している場合があるので、併せて参照していただければ有難い）。

実際にまとめてみると、不明な部分、また学界において端緒的研究すら欠けていて、自らこの分野の研究者の一人として努力不足の部分が多いことを痛感させられた。その一方、執筆に際し過去の法制史の大家の手になる概説書群にあらためて目を通してみて、書かれた時代は古くとも、深く広い洞察をもって優れた叙述がなされているものが数多くあり、敬服させられることも度々であった。分らないことばかりのうえに、こうした法制史研究の先達がすでに築き上げていた水準にも及ばないまま、長年講義を続けていたのではないか、と思うと冷汗が出る。――文楽の七代目竹本住大夫は、尊敬する先輩である越路大夫の「修業に一生では足りない、二生ほしい」という言葉に共鳴しておられたが、本書を出発点にさらに数十年かけて修訂を続ければ少しはよいものになるか……、という心境である。

上述のように本書は、法学学習者にとって必要な歴史的知識の提供を第一義とし、さらに進んで、広くこの分野に関心をもつ人への道案内になるよう、純粋に教育的意図をもって書き進めたものであり、一人の研究者としての問題関心や独自の歴史観の提示を重視してはいない。――教育的意図といっても、もちろん例えば「練習曲」というジャンルにはショパンをはじめヴィルトゥオーゾのコンサート・ピースの系譜があるわけだが、そんな大それた思いはなく、ツェルニーやブルクミュラー（それら自体、立派な作品だが）の流儀で、淡々と書かれているはずである（ただし一部には、リゲティのそれのような、ひねくれた部分も紛れ込んでいるかもしれないが）。

読みやすい叙述を心がけたつもりだが、2章～4章で個別的な立法過程につき、立法部局の変遷やその担当者名を列挙している部分などは相当に煩瑣に思われるかもしれない。これは読者がそれらの立法過程をさらに自分で探求してみようとするとき、これらの情報を手掛かりに会議録やあるいは立法担当者の個人記録にまでアクセスすることがしばしば可能であることから、その便宜を考慮して書き加えているものである。

執筆にあたり、大泉陽輔君（現在、岡山大学講師）からは多くの有益な意見をいただいた。有斐閣の栁澤雅俊さんには、厳密な校閲・校正を施していただいたうえ、本書刊行を全面的に支えていただいた。深く感謝申し上げる。

2023年2月

伊藤　孝夫

著者紹介　伊藤 孝夫（いとう たかお）

1962 年生まれ
1985 年　京都大学法学部卒業
1987 年　京都大学大学院法学研究科修士課程修了
現在，京都大学大学院法学研究科教授

〈主要著作〉
『大正デモクラシー期の法と社会』（京都大学学術出版会，2000 年）
『瀧川幸辰』（ミネルヴァ書房，2003 年）
『日本法制史』（共編著，青林書院，2010 年）
『日本近代法史の探究 2　経済法の歴史』（編著，勁草書房，2020 年）

日本近代法史講義

2023 年 4 月 15 日 初版第 1 刷発行

著　者　伊藤孝夫
発行者　江草貞治
発行所　株式会社有斐閣
〒101-0051 東京都千代田区神田神保町 2-17
https://www.yuhikaku.co.jp/
装　丁　堀由佳里
印　刷　株式会社理想社
製　本　牧製本印刷株式会社
装丁印刷　株式会社亨有堂印刷所

落丁・乱丁本はお取替えいたします。定価はカバーに表示してあります。
©2023, Takao ITO.
Printed in Japan ISBN 978-4-641-12639-8

本書のコピー，スキャン，デジタル化等の無断複製は著作権法上での例外を除き禁じられています。本書を代行業者等の第三者に依頼してスキャンやデジタル化することは，たとえ個人や家庭内の利用でも著作権法違反です。

JCOPY 本書の無断複写（コピー）は，著作権法上での例外を除き，禁じられています。複写される場合は，そのつど事前に，（一社）出版者著作権管理機構（電話 03-5244-5088，FAX 03-5244-5089，e-mail:info@jcopy.or.jp）の許諾を得てください。