

# 名の法をめぐる民法草案と全国惣体戸籍法の対峙

——明治六年小野組転籍事件をとおして——

小林 忠 正

- 一 小野組転籍事件と江藤新平の関与
  - 二 民法草案身上証書と全国惣体戸籍法の並行編纂と聚訟・対峙
  - 三 民法草案身上証書と全国惣体戸籍法の因って立つ社会地盤
- あとがき

## 一 小野組転籍事件と江藤新平の関与

明治初年に、三井組とともに、京都の代表的富豪商家であった小野組達が、京都より戸籍転籍を求めるが、京都府はこれを拒否するということに端を發した事件があった。明治六年小野組転籍事件（京都府事件ともいう）である。<sup>1)</sup>

名の法をめぐる民法草案と全国惣体戸籍法の対峙（小林）

二九（二九）

本事件については、『名の法をめぐって—明治六年小野組転籍事件をとおして—』(日本大学法学部創設一二〇周年記念論文集第一巻 平成二二年 二二頁—四五頁)、『名の法をめぐる司法権と行政権との裁判権対立—明治六年小野組転籍事件をとおして—』(日本法学第七十五卷三号 平成二二年 五〇三頁—五四一頁)、『名の法をめぐる京都戸籍仕法と全国惣体戸籍法の対立—明治六年小野組転籍事件をとおして—』(日本法学第七十六卷二号 平成二二年 六〇三頁—六四一頁)において、それぞれ論述してきた。すでにそれらの拙稿において指摘したのだが、小野組転籍事件を太政官正院で指揮したのは、参議江藤新平であった。

ここに明治六年一月一〇日、司法省六等出仕早川勇が、太政官正院に提出した陳述書がある。正院より司法省に、京都府知事長谷信篤ならびに参事榎村正直を再度刑事処分にするべく、起訴手続を問い合わせてきたときに、提出したものである。

それによれば、「京都府知事処分顛末一件の端尋相成候処、右は本年七月十二日拙者正院へ出頭三職列席に就き同人の罪の如きは、問ふに違式を以てし、直に処分し苦しからざる耶、又は兼て伺定の通り一応推問を経、罪をすべきやの旨、口上を以て相伺候処、違式部分にて推問に及ばず処分すべき旨口上を以て江藤前参議より御指揮有之、翌十三日澄川検事申立に拠て、右犯罪は違式に擬し適當なるを以て適律被相伺、同月十八日に至り『上請之通』御指令相成候儀に有之全く違式部分と擬律適當とは兩段之伺に相成居申候、此段及御答候也」明治六年十一月十日 早川六等出仕<sup>(2)</sup>とある。「江藤前参議より御指揮有之」とあることは注目される。

的野半介は、「参議として太政官に在りし南白が、此事件に關し、如何に有力なる司法省側の掩護者たるかを知るに足る<sup>(3)</sup>」と述べる。そして「南白が司法卿より陞進して参議に任じたるは、明治六年四月十九日にして、京都府事件

は其後一箇月余を経て発生し、南白辞職後二箇月を過ぎたる十二月末日を以て終結し、問題なり。故に南白は直接当局者として此事件に干与すること少なりしも、初め此事件を惹起したる動機は、南白が司法卿として在職中司法部の精神として遺し、主義方針に基けると、南白は参議として太政官内部に在りて熱心に司法部内に応援したる跡ある<sup>4)</sup>と記す。

江藤新平は、明治六年四月一九日参議に任ぜられるが、征韓論議で、一〇月二四日辞表を提出、翌日解任されている。小野組転籍事件は、当初、小野組達が転籍拒否を不当とし、京都府を相手に、明治六年五月二七日京都裁判所に提訴した行政訴訟であった。京都裁判所は六月一五日「至急送籍可有」と判決を下した。<sup>5)</sup>しかし京都府は、戸籍送籍(転籍)の許諾は府県行政の権限内にあつて、司法の干与することではないとして、判決を無視した。ここでこの判決の拒絶は、「違令條例」(改定律例第二八八條太政官布告第二〇六号)<sup>6)</sup>違反に該当するとして、京都府知事長谷信篤、参事榎村正直が起訴され刑事裁判に変容する。一度刑事処分を受けるが従わず、司法省臨時裁判所で参座制によつて、再度刑事処分となるのは、明治六年二月三一日のことであつた。したがつて、江藤が明治六年四月一九日参議に就任した後一ヶ月を経て発生し、一〇月二五日参議辞任後二ヶ月のち終結した事件である。たしかに的野が述べるように江藤が本事件に当局者として直接関与した期間は少なかった。しかし京都府の裁判所無視のこのような態度に義憤した江藤は、参議在任中、太政官正院にあつてこの事件を指揮したし、参議辞任後も強い関心を払つていたのである。

江藤は何ぞ、小野組転籍事件に注目し憤慨し関与したのか。的野半介は前引用文で「南白が司法卿として在職中司法部の精神として遺し、主義方針に基ける」と述べる。また板垣退助は言う「…司法権の独立を図り新律を定め、民権の基礎を確立し、我邦をして法治国の体裁を得せしめ、司法省をして今日あるに至らしめた…」<sup>7)</sup>と評する。江藤新

平の方針は一貫していた。江藤は終始、民権の確立と司法権の独立を目指していたのである。

小野組転籍事件は、京都府が、全国惣体戸籍法第八則の送入籍（自由転籍）規定を無視し拒否して、認められる人民の権利を侵害し、また裁判所判決を拒絶したことに端を発した事件であり、民権の確立と司法権の独立を別途とする江藤の方針と相反した。したがって江藤新平は、本事件に深く関与したのである。

本稿では、小野組転籍事件での江藤新平の関与において、その背後にあつて対立の根底の一つとなつたと私見する、江藤新平が起草を進めた「民法草案身上証書（身分証書）」と大木喬任の「全国惣体戸籍法」の対峙に焦点をあてて、みていきたいと思う。

- (1) この事件については、的野半介『江藤南白』下（南白顕彰会 大正三年）六八～一〇一頁。尾佐竹猛『小野組転籍事件（明治六年）』著作集第四卷（二元社 昭和四年 ゆまに書房覆刻 平成一七年）七九～一三四頁。宮本又次『小野組の研究』第一巻～第四卷（大原新生社 昭和四五年）特に第四卷六四一～六六九頁。  
他に笠原英彦『明治六年・小野組転籍事件の一考察』法学研究五八巻（慶応義塾大学 昭和六〇年）一～二五頁。藤原明久『明治六年における京都府と京都裁判所との裁判権限争議（上）（下）』神戸法学雑誌第三四巻三号・四号（神戸法学会 昭和五九年）四七五～五〇九頁。九〇五～九四〇頁などがある。
- (2) 的野・前掲注(1)八四頁。
- (3) 的野・前掲注(1)八五頁。
- (4) 的野・前掲注(1)六八頁。
- (5) 尾佐竹・前掲注(2)八八～八九頁。
- (6) 改定律例第二八八条「凡式ニ違フ者ハ懲役二十日、軽キ者ハ、一等ヲ減ス」。外岡茂十郎『明治前期家族法資料』別巻一

補遺編（早稲田大学 昭和四七年）一一一頁。近藤圭造『皇朝律例彙纂』卷六（和本 明治九年）二四頁。  
（7） 的野・前掲注（1）五〜六頁。

## 二 民法草案身上証書と全国惣体戸籍法の並行編纂と聚訟・対峙

明治新政府発足当初から、一方では民法人事編身上証書（身分証書）の草案が企画され、他方ではすでに戸籍法の整備が進捗して、布告・施行されるに至っていた。

ここに身上証書とは、個を単位として、出生・婚姻・離婚・縁組・死去などの身分変動につき、本人又は代理人が身分取扱吏に届出又は意思を申述し、それぞれの個別証書を編製する公文書制度である。身上証書は、個人を社会単位として、その個人の意思表示を国家権力が直接とらえて法的な意味を与えるものであつて、原則として、個人の身分変動と国家の公認する証書とが齟齬することはない。

これに対し戸籍とは、戸を単位とし、その戸に属する戸主及び家族の身分に関する事項（本稿が対象とする全国惣体戸籍法では、居住地・氏名・出生年月日・婚姻・離婚・縁組・離縁・死去・職業・印鑑・宗旨・犯罪前科などを記載した）を、戸主又は名代人（代理人）が届け出て、戸別に編製する公文書制度である。そして戸籍は、戸と称する抽象的団体を単位として、これに属する人々の関係を、「戸籍同戸列次ノ順」（全国惣体戸籍法書式）で戸主、直系尊属、戸主の妻、直系卑属、傍系親属、傍系親属の配偶者を記載するものである。一戸が数世帯に別れていたり、一世帯が戸籍上数個の戸から成っていたりして、實際生活に即した戸口の記録ではない。一戸ごとに編製し、戸主及び家

族の身分関係に変動があることに記載して、人の身分関係を明らかにしようとする制度である。したがって「戸籍による身分規制は、本来形式的なものであり、人民内部における身分変動の実質を規律するものではない。なぜならば国家権力は、戸主によって届出られる身分変動の結果を知るにすぎないからである。この戸主による届出制度は、国家権力と人民の利害が直接に衝突するところでは、戸籍と現実のずれを拡大することになる。さればこそ、身分行為の要件効果を確定する実体身分法の必要が、国家権力にとってひしひしと感じられたのであった」<sup>(8)</sup>。

当時このような矛盾にこたえるため、一方ではフランス民法による身上証書制の継受が企画され、他方では戸籍法を、単行法令で補いつつ、戸籍制度を運営したのである。つまり明治前期に「この両者は、並行して行なわれたが互に無関係ではなく、フランス法の学習が、単行法令の立案あるいは地方の同に指令を与える基礎となり、また単行法令や伺指令によって実際に行われた身分規制が、民法典の編纂事業に影響を及ぼすという関係にあった」<sup>(9)</sup>。両者は、ほぼ同時期に並行して編纂され多少関連するが、編纂過程を異にし、聚訟（互いに是非を争って定まらないこと）『広辞苑』・対峙することになるのである。

まず時系列によって、江藤新平の民法草案身上証書編纂経緯と、それに対応する大木喬任の全国惣体戸籍法の制定経緯の若干について概観しておきたい。

江藤新平の民法草案身上証書制の立案経緯から述べる。太政官中弁江藤新平は、明治三年二月三〇日太政官制度局取調専務を命ぜられ、制度局で「人民を大將軍の号令下一大軍隊のように動かそうとする構想」<sup>(10)</sup>との見方もあり、そのような意図もきつとあったであろうが、民権確立の目的に立って、民法典編纂を企画し、明治三年九月一八日第一回民法会議を起した<sup>(11)</sup>、と考えたい。

このときの民法会議について、小早川欣吾は「明治三年庚午九月十八日太政官制度局ニ於テ民法会議ヲ開ク、中井江藤新平主任トナリ、大学大博士箕作麟祥仏国民法翻譯講義ヲ為シ、権大史生田精会務ヲ掌ル、三八ノ日ヲ以テ会日ト為シ、翻譯數葉成ル毎ニ書記ヲシテ數部を膳写セシメ、會員二分ツ。會員左ノ如シ。神祇官少佐福羽美静、集議院判官神田孝平、刑部官大判事水本成美、大学大丞加藤弘之、兵学大教授赤松則良、民部省地理司杉浦讓、大蔵省少丞澁澤栄一、右ノ外納言參議臨席シ、局中大史楠田英世、元田直、権大史長谷川深美、長茨少史、金井之恭、蜷川式胤等列席ス」といった構成での出發であつたとする。しかし蜷川式胤の明治三年の日記によれば、従四位後藤象二郎が責任者で、制度局常勤者として、江藤新平中弁、生田精権大史、長谷川深美（昭道）権大史、長茨（長谷三州）大史、金井文八郎（之恭）少史、蜷川式胤小史、横山由清少史、依田董権少史、安川文九郎（繁成）権少史、杉山（孝敏）権少史、西脇（幸蔵、飯村幸蔵）主記、本多足国（郡司）主記、松田（本生）主記、福永（信治）主記であり、兼勤者が、福羽美静神祇少副、神田孝平集議院判官、加藤弘之大学大丞、水本成美大判事、兵学寮海軍兵学大教授赤松則良、箕作麟祥大学中博士、澁澤栄一大蔵少丞、杉浦讓地理権正兼駅通権正であつたとしている（なお、カッコ内は筆者が加えた）。

人員、官職ともに異なるが、いずれにしても江藤新平が中心的役割を果したとするのが通説である。江藤は何ぞ民法典の編纂を企画したのか、民法会議を開いてのち、すぐの明治三年閏一〇月二六日、參議大久保利通と共に上申した「政治制度上申案箇条（国政改革案）」で、「民と民との交際は民法を以て相整へ候次第；則又民法の根本に相當り候故」と述べる。思うにこの文中には、民権確立の意識があつたものと推定する。つまり英・米・仏等の資本主義国は、安政元年あるいは五年、市場と原料とを求めて、我が国に開国を強要してきた。こうして開始された外国貿易は、

突如として日本と世界を交通させる結果を生んだ。そして資本主義体制に突入していくこととなる。この体制を採る以上は、不可欠の要素として、個人意思の自由な活動を認め、その活動に対して、自らが責任を負担することを必要とする。それまでの封建制社会は、いうまでもなく主従という世襲的な身分関係と、これに基く土地の支配関係とを基礎にして築きあげられてきた。この封建制度のもとでは、人は身分に制約され、生れながらの分に依じてのみ活動すべきものであつて、自由を根幹とする近代社会や資本制社会は起り得るはずがない。資本主義体制を受け入れるためには、一面において封建的身分制度の解消を期すべき法制である、民権確立のための民法の制定が、他面においては中央集権的権力国家の促進である郡県制が、ともに切望されていた。<sup>16)</sup> 民法の制定こそは、民権を確立し、自由・平等の近代社会を実現する、最も強力な手段であつたのである。

江藤新平は、毎月三と八の日に会議を開き、<sup>16)</sup> そして明治四年七月か八月に作成したと推定される「民法決議」並に「民法決議第一」「民法決議第二」で、身上証書を起草した。

民法決議は、「民法人事第一章民権ヲ受ル事(五ヶ条)、第二章民権ヲ奪フ事(二五ヶ条)、第二篇第一章身上證書(二〇ヶ条)、第二章出産ノ書(五ヶ条)、第三章婚姻ノ書(一一ヶ条)、第四章死去ノ書(一一ヶ条)、第五章氏名更改書(八ヶ条)、第六章身上證書ヲ改ル事(三ヶ条)」<sup>17)</sup>を内容とする。

民法決議第一は、字句の相違はあるものの民法決議と同じで、第一編と第二編を起草している。次のとおりである。「第一篇人事、第一章民権ヲ受ル事(五ヶ条)、第二篇第一章身上證書(条文なし)、第二章民権ヲ奪フ事(三四ヶ条)、第二章出産ノ書(六ヶ条)、第三章婚姻ノ書(一二ヶ条)、第四章死去ノ書(一一ヶ条)、第五章氏名更改書(八ヶ条)、第六章身上證書ヲ改ル事(三ヶ条)」<sup>18)</sup>。

また民法決議第二は、民法決議、民法決議第一につづくもので、「第三篇住所ノ事（一〇ヶ条）、第四篇失踪ノ事、第一章失踪ノ疑アル事（二ヶ条）、第二章失踪ヲ公告スル事（五ヶ条）、第三章失踪ヨリ生ズル事件（二一ヶ条）、第四章失踪セシ時其幼子ヲ管照スル事（三ヶ条）、第五篇婚姻ノ事、第一章婚姻ノ契約ヲナスニ必要ナル諸件（二二ヶ条）、第二章婚姻ヲ行フニ付テノ方式（五ヶ条）、第三章婚姻ノ故障ヲ述ブル事（八ヶ条）、第四章婚姻取消ヲ求ムル事（二三ヶ条）、第五章婚姻ヨリ生ズル義務（九ヶ条）」を起草した。<sup>(19)</sup>

これらは、仏国民法第二卷身上証書に相当する。その原本となつたのは、箕作麟祥訳『仏蘭西法律書民法』<sup>(20)</sup>第一篇人事第一卷民権ヲ受クル事、民権ヲ奪フ事、第二卷民生ノ証書、そして第三卷住所、第四卷失踪、第五卷婚姻ノ事の部分で、翻訳の程度を出ないものであるが、わが国最初の民法草案であり、内容は身上証書であつた。

さらに、民法決議・民法決議第一・民法決議第二を修正、増補した「御国民法（城井国綱本ともいわれる）」が起草された。この草案は、司法省の本省か、またはその外局である明法寮に於てのものであるとする、有力な推定もある。<sup>(21)</sup>しかし内容の大半、約四分の三程度のもものは、民法決議並に民法決議第一、民法決議第二に符号し、ただ民法決議第二の第五篇婚姻ノ事に続いて「第六章夫婦ノ権及ヒ義、第七章婚姻ヲ解クコト、第八章再婚ノ事」。そして第六篇離婚に「第一章離婚ノ原由、第二章定リシ原由アル離婚ノ事」の五五ヶ条を追加したにすぎない。したがって、江藤の太政官制度局時代のものである可能性が高いと思う。<sup>(22)</sup>

この太政官制度局の民法会議で、まず議論されたのは、民法決議並に民法決議第一・第一篇第一章の冒頭「八條一 國人<sup>（戸籍ニ列スル者）</sup>タル者ハ悉ク民権ヲ有ツコトヲ得ヘシ」にある「民権」の語であり、これが問題となつた。『仏蘭西法律書民法』は、民法決議、民法決議第一、民法決議第二の起草者の一人でもあつた箕作麟祥の翻訳であつたが、『下

ロワ、シビル』と云ふ字を、私が民権と譯しました所が、民に権があると云ふのは、何の事だ、と云ふやうな議論がありまして、私が、一生懸命に辨護しましたが、なかなか激しい議論がありました、幸に、會長江藤氏が辨明してくれて、やっと済んだ位でありました<sup>(25)</sup>と回顧する。

『仏蘭西法律書民法』には、第一篇人事第一卷民権ヲ受ル事とあり、さらに第七条「民権ヲ行フハ国民タルノ分限ト相管スルコト無シ」とか、第八条「各仏蘭西人ハ民権ヲ有ス可シ」などとある。これを当用したものとされるが、まずはここから議論が展開された。ここにおける民権は、*droits civiles* の訳で私権の意であり、明治政治上の民権ではないが、この意も含めて、当時、権は有司(官吏)にあつて民にはないと考えられていた。政治に参与する権利としての民権は、藩閥政府と対抗する自由民権論主張のうちに次第に実現することとなるが、私権の意の民権について、江藤新平はすでにこの時これを容認していたのである。

ただ当時の様子について「此時ニ当リ、中弁ノ意、一章一疑議定スル毎ニ直ニ之ヲ実施セント欲セリ。而シテ開卷第一民権ノ字義ニ於テハ、吾邦開關以來夢想シ得サル所ノ事ニシテ父子夫婦ノ権義ニ至るマデ、一トシテ奇怪ノ事タラザルハ無ク、且訳字ノ雅馴ナラザルヲ咎メ議論空涌徒ニ片言隻句ヲ論スルカ為メニ数月ノ会議ヲ費シ、一モ議定ニ至ルコトナシ<sup>(27)</sup>」とある。民権は「吾邦開關以來夢想シ得サル所ノ事」であり、当時の人々にとつて全く理解されるものではなかった。そしてそのうえ箕作の「訳字ノ雅馴ナラサル」ことが、「議論空涌」し、いたずらに「片言隻句」を論じたため、数ヶ月を費やしたが、一つとして議決するに至らなかつたというのである。

江藤の主催する太政官制度局での民法會議の審議は、このような状況であり、江藤の意欲とは裏腹に少しも進捗せず、なお成稿を得るまでには多くの日時を必要とした。そのうえなによりも、江藤が立案した民法草案身上証書は、

民法というより実質、戸籍法であった。これに対し戸籍法は、江藤の身上証書起草渦中に先立ち、すでに明治四年四月四日全国惣体戸籍法（太政官布告第一七〇）<sup>(28)</sup>が布告され、明治五年二月一日に施行されることが決定していた。

戸籍法の制定経緯の概略を述べるならば、明治新政府は「脱籍浮浪の徒」<sup>(29)</sup>取締の必要から、江戸期宗門人別帳の流れを汲む、文政八年長州戸籍仕法を参考に、榎村正直が起案し、明治元年一〇月二八日京都府は「京都戸籍仕法」（京都府告諭）<sup>(31)</sup>を制定した。これを新政府は、明治二年二月五日の「府県施政順序」（行政官第一一七）<sup>(32)</sup>や、六月四日の「京都府編制ノ戸籍仕法書ヲ各府県ニ頒ツ」（民部官達第五〇五）<sup>(33)</sup>で、藩を除く府県に頒布、施行させた。その目的について、東京戸籍仕法（明治二年三月欠日行政官第三二三）では、「戸籍者治道之基ニシテ凡百之御政事はヨリ不生ルハ無ク戸籍不明ニ候テハ教化仁恤之道モ不立誠ニ以テ緊要之事ニ候就テハ斯ク御一新相成候上ハ猶更府藩県ニ於テ不可帰之」と定めて、戸籍は「凡百之御政事」つまり治安の維持、学制の施行、税の徴収制度、徴兵制の実施などの基礎であり、かつ人民掌握のために緊要な問題であるとの認識にもとづくものであった。このような戸籍法を、明治新政府は一方で政府管下に及ぼしながら、他方ではしだいに全国統一的な戸籍を作ろうと企画していた。

明治二年七月八日、職員令（第六二二）<sup>(35)</sup>を制定し、民部省を新置した。そして民部省の職掌を、「戸籍、租税、駅通、鉱山、済貧、養老等事」と規定した。<sup>(36)</sup>民部省は、権少丞岡本健三郎に命じ、一二月頃までに「戸籍編製例目」を作成し、明治三年三月一四日「戸籍編製例目ヲ確定ス」<sup>(37)</sup>として省議決定した。だが太政官の裁可を得て布告する際に、戸籍の性質上、府県と協議したとき、「大木と扨格衝突するに至」<sup>(38)</sup>った。とくに、時の東京府大参事大木喬任は、戸主の次に父母などの尊属が並ぶ儒教的秩序を取り入れていないことに反対した。<sup>(39)</sup>

そこで民部省は、新たに民部地理権正杉浦讓に、戸籍法案の作成を命じた。杉浦は、明治三年一月頃「戸籍法原

稿」一九則を起草する<sup>(40)</sup>。しかしこれも民部大輔に転じていた大木喬任の容認するものではなかった。「四民の別なく編製するハ上下自主の権を同し<sup>(41)</sup>」とする先進的思考にもとづいていたからであった。

そこで大木喬任は、自らが主導して、戸籍法案作成の事業を開始した。そして明治四年二月二日頃に、大木による民部省の「戸籍法原案」が決定された<sup>(42)</sup>。この戸籍法原案の作成については、直接的な起草資料が発見されていないし、起草者が誰かについても見解の別れるところである<sup>(43)</sup>。過程も充分には分らない。いづれにしても、民部省戸籍法原案にもとづいて、あるいは「そのあとにいくつかの案が作られ熾烈な討議と数多い修正をへて<sup>(44)</sup>」、明治四年四月四日「全国惣体戸籍法」(太政官布告第一七〇。府藩県一般戸籍法、壬申の戸籍、明治四年式戸籍法、明治五年戸籍法ともいわれる)が布告された<sup>(45)</sup>。前文・本文三三則、書式・表式七ヶ条から成る基本法と、戸籍法施行に関する法令、管内社寺に触達する法令から成り、明治五年二月一日より施行されることとなっていた。(そして五年中には早くも全国的に行なわれたというし、六年三月頃には完全に実施された<sup>(46)</sup>)。

この全国惣体戸籍法のとる基本的立場を述べるならば、第一に「全国人民ノ保護ハ大政ノ本務」(前文)とし、全国画一の法とした。第二に「臣民一般」(第一則)を等しく把握する人民同一方式をとった。第三に「其住居ノ地ニ就テ之ヲ収メ専ラ遺スナキヲ旨」(第一則)として、居住地別編成方式をとった。第四に「区画ヲ定メ毎区戸長並ニ副ヲ置」(第一則)とし、また「管轄廳ニ於テ戸籍專任ノ吏員」(第六則)を置くこととした。これは江戸期の村役人を戸長・副戸長の名称に変えて、明治政府支配体制に組み入れることを意図としたものである。第五に、寄留制度と鑑札制度を設けた(第二二則―第二五則)。第六に、戸主を中心とする家族団体である「戸」を単位とし、「戸籍同戸列次ノ順」(書式)によって登録することとした。つまり、戸主、直系尊属、戸主の妻、直系卑属、傍系親属、そし

て傍系親属の配偶者の順とする儒教的輩行制を基本とした。第七に、それまでの戸籍法の目的の一つであった宗門改がなくなった。第八に、送入籍（自由転籍）を認めた（第八則）。第九に、戸籍加除を認め、出生、婚姻、離婚、養子縁組、離縁、死亡などの身分変動は、そのつど戸主から戸長に届出て、戸長はさらに庁へ届出るものとした（書式等）。第十に、全国的な人口調査も任務とした（表第五号・第六号・第七号）。

このように、一方では江藤新平による民法草案身上証書が企画され、他方ではすでに戸籍法の整備が進捗していた。明治四年四月四日全国惣体戸籍法が布告されるに至っていた。

この状況の中で、廃藩置県（明治四年七月一日太政官布告第三五三<sup>(48)</sup>）にともなう太政官三院制の実施で、明治四年七月一日太政官弁官が廃止（太政官沙汰第三五七<sup>(49)</sup>）される。また七月二九日立法審議機関の左院が設置（太政官第四一七<sup>(50)</sup>）され、太政官制度局も左院に移管された。つまり江藤の本官である弁官は廃官となり、兼官である制度局御用掛も左院に移されたのである。江藤はこの左院制度局で兼務を継続するが、本官は七月一日設置の文部省（太政官布告第三六一<sup>(51)</sup>）となり、文部大輔に就任した。ところが明治四年七月二七日、民部省が廃止され大蔵省に併合されて（太政官布告第三七五<sup>(52)</sup>）、民部卿大木喬任が、二八日空席の文部卿となる。ここで入れ替わるように、江藤は文部大輔在職一七日にして、八月四日左院一等議員に転出し、八月一〇日には左院副議長に就任する。

なぜこのとき江藤がこのように短期間の内に文部大輔から左院副議長に転じたのかについては、明らかでない。私見をもって事情を推測すれば、また前述の重複をおそれず述べるならば、江藤新平は、太政官中弁のまま制度局取調専務の兼任を命じられてのち、明治三年九月一八日より民法編纂を開始する。そして最初の成果として、明治四年七月ごろ起草したのが、民法決議並に民法決議第一・民法決議第二であった。内容は、主として仏国民法第一卷「私権

の享有および喪失」と、第二卷「身分証書」に相当する部分にすぎず、翻訳の程度を出ないものであるが、我が国最初の民法草案である。しかしここに「身分証書（身上証書）」とは実のところ民法というよりも戸籍法というべきものであった。

ところが一方で民部大輔大木喬任は、明治四年四月四日太政官布告第一七〇で「全国物体戸籍法」を布告していた（明治五年二月一日に施行された）。先に述べたとおりである。

この両者は根本において大きく概念を異にし、「個」に主眼を置く江藤の身上証書と、「戸」に重点を置く大木の全国物体戸籍法はその立法精神を異にし対峙するものとなる。江藤新平が文部大輔から短期間のうちに左院副議長に転出したのは、全国物体戸籍法制定の責任者であった、文部卿大木喬任と共に働くことに、熟思（熟慮）たる思いがあったからではなかったかと考えるのである。ただ江藤と大木の関係は深い。二人は佐賀藩という出自を同じくし、青年期から親交を共にしてきた。文久二年六月二十七日江藤は脱藩上洛するが、このとき大木は旅費、金二十両を工面して壮途を励げましたりしている。<sup>63)</sup>

しかし、江藤新平の民法草案身上証書と、大木喬任の全国物体戸籍法の聚訟・対峙を原因とし、江藤は文部大輔として、大木文部卿と共に働くことには躊躇があったのではないか。わずか一七日にして左院副議長に転出したのは、この事情によるものと思う。そしてその後、明治六年小野組転籍事件が起るが、江藤の本事件への関与は京都府の判決無視が切掛けであるとしても、身上証書と全国物体戸籍法との立法精神の根本的相違からの介入ではなかったかと考えるのである。

再び、江藤の民法編纂事業に話を戻すと、江藤は左院副議長となつてすぐ、明治四年八月一日民法会議を左院に

移した。このとき法典起草権は司法省が担うことになっていた。<sup>(54)</sup> だが二月二十七日、左院の事務章程の改正が行なわれ、「一 本院ノ務ハ立法ノ事ヲ議スルヲ掌ル<sup>(55)</sup>」ところとなり、太政官から発令される法律・制度は、すべて左院の審議事項となった。ところがこの左院での民法会議は、箕作麟祥によれば「左院で民法会が始まりましたが、字句論があつたばかりで、事柄のことは何とも論はありませんでした」。<sup>(56)</sup> また東京上等裁判所の一記録によつても「納言参議ノ臨席、諸官省會員ノ列席スルコトナク、箕作麟祥及び議官中有志ノ輩数名出席、僅ニ字句ヲ評論スルノミ<sup>(57)</sup>」であつた。それでも、江藤が左院副議長時代の成果として伝えられているものに「家督相続并贈遺規則草案」全九三ヶ条、明治五年司法省合議脱稿<sup>(58)</sup>がある。(なお明治五年四月二十五日江藤新平は司法卿に転ずるが、左院における民法編纂そのものは中止される事はなく、依然継続され明治七年一月までに作成された左院民法草案には、次のようなものがある。「養子法草案」全一〇ヶ条 明治六年脱稿。「婚姻法草案(民法課原案)」全五九ヶ条 明治六年脱稿。「後見人規則草案」全三四ヶ条 明治六年四月脱稿。「後見人規則草案(確定案)」全二一ヶ条 明治七年一月完成、である。<sup>(59)</sup>)

この後江藤新平は、明治五年四月二五日司法卿に任ぜられる。江藤はまず司法省に民法会議を発足させる。「明治五年五月司法卿江藤新平、裁判事務ヲ更張セントシ、左院議長後藤象二郎ト協議シ、本会ヲ司法省ニ移ス<sup>(60)</sup>」である。そして司法省明法寮が、明治四年九月二十七日「其省中明法寮被置候事 但一等寮之事」(太政官沙汰第四九一)<sup>(61)</sup>により設置される。設立当初は司法官の養成と教育が目的であつたが、江藤が司法卿就任後、明治五年七月四日「博く古今及各国の法を講究し、長官の採択に備へ及び新法を議し、条例を編修<sup>(62)</sup>」することを目的に加え、司法省明法寮で民法草案を審議させた。

明法寮での民法会議は、「…明治五年壬申四月十二日ヨリ会議ヲ司法省明法寮ニ於て創メ、七月十三日ニ畢ル者、其会議ニ会スル官員左ノ如シ、明法寮権頭楠田英世、大法官津田真道、中判事箕作麟祥、中議官細川潤次郎、権大法官鷺津宣光、少議官生田精、少議官永井少忠、明法寮助鶴田皓、権中判事大草孝暢、権中判官小原重哉、中議生横山由清、少議生佐久間長敬、大掌記依田薫、大掌記橋詰敏、大解部平山能忍、明法権大属昌谷千里、明法権中属於保貞夫」であつた。ここに明法寮民法会議は、「七月十三日ニ畢ル」が、明治五年一〇月一日に司法省本省に民法会議が移されるまでの間に作成された民法草案には、次の三つがある。

一つは旧草案を手直した民法原案の意味を有する「改刪未定本民法」であり、全九卷から成る。その構成は、「法律施行総規則 (六ヶ条)、民法第一卷人事篇民権・身上届書 (一条一五〇条)、第二卷財産篇一財産ノ區別 (一条一七八五条)、第三卷財産篇二財産所有ノ權ヲ得ル方法 (二八六条一三八六条)、第四卷契約篇一契約惣規則 (二八七一四九二条)、第五卷契約篇二 (四九三条一五九五条)、第六卷契約篇三 (五九六条一七四一条)、第七卷契約篇四 (七四二条一九三二条、九三三条欠)、第八卷契約篇五 (九三四条一〇五八条)、第九卷契約篇六 (一〇五九条一二〇八五条)」であり、財産法に関する草案が起草されたのはこれをもつて嚆矢とする。

二つが、「民法第一人事篇」であり、内容は次のとおりである。「法律施行惣規則 (八ヶ条)、民法第一卷人事篇、民権ヲ受ル事 (一条一九条)、身上届帳規則 (一〇条一六条)、出産届 (二七条一二二条)、婚姻届 (二三条一二五条)、養子養女届 (二六条)、家督相続届 (二七条)、分家合家届 (二八条)、行衛知レサル者ノ届 (二九条)、死去届 (三〇条一三九条)、姓名更改届 (四〇条一四二条)、本籍 (四三条一四五条)、婚姻 (四六条一五一条)、夫婦 (五二条一五八条)、夫婦ノ縁消スル事 (五九条)、再婚 (六〇条)、離縁 (六一条一八〇条)、父子 (八一条一八五条)、嫡

出ノ子（八六条―八七条）、庶出ノ子（八八条）、私生ノ子（八九条―九四条）、親子ノ義務（九五条―一〇二条）、養子（一〇三条―一〇七条）、親ノ権（一〇八条―一一六条）、幼年（一一七条）、後見（一一八条―一二二条）、後見人ノ職務（一二二条―一二七条）、幼者ノ後見ヲ免ルル事（一二八条―一三〇条）、丁年（一二二条）、治産ノ禁（一三二条―一三八条）、浪費者（一三九条―一四〇条）」。

そして三つが、皇国民法仮規則である。この草案は、司法省民法寮での最終案で、改刪未定本民法と民法第一人事篇を改訂して、明治五年一〇月一五日に編纂起草されたものである。

「皇国民法仮規則<sup>6)</sup>」は全九巻から成るもので、民法第二巻財産篇以下の詳細については省略したが、次のとおりである。「法律施行惣規則（六ヶ条）、民法第一巻人事篇、民権ヲ受クル事（七条―九条）、身上届帳規則（一〇条―一六条）、出産届（一七条―二二条）、婚姻届（二三条―二五条）、養子養女届（二六条）、家督相続届（二七条）、分家合家届（二八条）、行衛知レサル者ノ届（二九条）、死去届（三〇条―三九条）、姓名更改届（四〇条―四二条）、本籍（四三条―四五条）、婚姻（四六条―五一一条）、夫婦（五二条―五八条）、夫婦ノ縁消スル事（五九条）、再婚（六〇条）、離縁（六一一条―八〇条）、父子（八一条―八五条）、嫡出ノ子（八六条―八七条）、庶出ノ子（八八条）、私生ノ子（八九条―九四条）、親子ノ義務（九五条―一〇二条）、養子（一〇三条―一〇七条）、親ノ権（一〇八条―一一七条）、後見（一一八条―一二二条）、後見人ノ職務（一二二条―一二七条）、幼者ノ後見免ルル事（一二八条―一三〇条）、丁年（一二二条）、治産ノ禁（一二二条―一三八条）、浪費者（一三九条―一四〇条）、民法第二巻財産篇一（二四一条―二八五条）、民法第三巻財産篇二（二八六条―三八六条）、民法第四巻契約篇一（三八七条―四九二条）、民法第五巻契約篇二（四九三条―五九五条）、民法第六巻契約篇三（五九六条―七四二条）、民法第七巻契約篇四（七四二条―九三二条）、民

法第八卷契約篇五 (九三四条—一〇五八条、民法第九卷契約篇六 (一〇五九条—二〇八五条)。

この皇国民法仮規則の特色を次のようにみる見解がある。第一に、人事篇、相続及び遺言、夫婦財産契約の分野、すなわち家族法の分野において、家父長制 (戸主権) と長男単独相続制をその骨組みとしていて、フランス民法の最も基本的な原理を否定していること。第二に、家族法は、「戸」という家族集団を社会生活の単位として認めようとする戸籍法と思想を同じくし、個人を社会生活の単位として認めるところの身上証書制度を導入しようとする江藤の政策を否認していること。第三に、財産法は原則としてフランス民法の包括的な模倣であること、を挙げる<sup>65)</sup>。司法卿江藤新平は、これら明法寮での草案が出来る度(ことにそれを精査したはずであるが、いづれにも満足できなかった。特に第二の個人を単位とする身上証書制度が否認されていることには、我慢できなかったものと思う。

そこで、江藤は、明治五年一〇月一五日、民法編纂事業を明法寮から、司法省本省に移し、司法卿である自分が再び直接関与して、新たな出発を始めることとした。そして、これまでより一層組織ある民法会議を設けて、完成を期することを決意する。

会議は、毎月、三・五・八・一〇の日に開催することとし、司法省御雇仏人ブスケ (Georges Bousquet) と、ジュ・ブスケ (Albert Charles du Bousquet) を参合の助とし、司法大輔福岡孝悌、権大判事松本暢、大判事玉乃世履、中議官細川潤次郎、明法寮権頭楠田英世、警保頭島本仲道、大検事得能良介をもって会議構成員としたとされるが、当然司法中判事箕作麟祥も出席者の一人に加えるべきである<sup>66)</sup>。

江藤新平はここにおいても、箕作麟祥の『仏蘭西法律書民法』の訳本をもとにした。(箕作は、明治四年七月九日(太政官布告第三三二六)に司法省が置かれると司法少判事を兼任し(本官は文部大教授)、さらに五年一月二二日には

司法中判事に昇任し（本官は文部少博士）、五年四月から一〇月にかけては司法省構内に住居を移してまでこの民法編纂事業を助けた。<sup>(10)</sup>

江藤は、「日本と欧州各国とは、各風俗習慣を異にすと雖ども、民法無かる可からざるは、則ち一なり。宜しく仏国の民法に基きて日本の民法を制定せざる可からず」との方針を一貫して堅持した。<sup>(11)</sup> この点について磯部四郎は「明治五年に、江藤新平が司法卿にやつて来て、さうして、其時の議論は、西洋と日本とは風俗も違ひ、慣習も違ふけれども、日本に民法と云ふものが、ある方がよいか、無い方がよいかと云へば、それはあるに如かずと云ふ論で、それから仏蘭西民法と書いてあるのを日本民法と書き直せばよい。さうして眞に領布しようと云ふ論」<sup>(12)</sup> だった。また津田真道はフランス民法を模倣する江藤の民法編纂に反対したが、「江藤新平が司法卿として居たが、麟祥先生の翻訳した五法を種本として、日本の法律を拵へようとした」と述べている。<sup>(13)</sup>

そしてこの時協力を尽したのが、司法省御雇仏人ブスケであった。井上正一は回顧して、「明治五年江藤君ハ移テ司法卿トナラレタ：我邦ノ法典ヲ編纂シ、我裁判ノ制ヲ改メザレバ到底治外法権ヲ撤去スルコト出来ヌト考ヘ：当時法律顧問トシテ傭聘サレテ居ツタ所ノ仏国人ノブスケト云フ人ニ、若シ仏国主義ニ従ヒ法律ヲ制定シテ發布シタ所デドウデアラウカ、却テ我邦人民ノ不測ノ損害ニナルコトハアルマイカト尋ネラレタ。ブスケ氏ハ、之ニ対シテ決シテサウ云フ御心配ハ無イノデゴザイマス：ト答ヘタ。江藤司法卿ハ茲ニオヒテ大ニ安心セラレ云ハルヽニハ、可シ我先ヅ仏国民法ヲ土台トシテ法律ヲ制定シ必ズ数年ヲ出ズシテ之ヲ行ワムト、乃チブスケ氏ニ民法ノ起草ヲ託セラレタノデアル」と述べている。<sup>(14)</sup>

ところが江藤は、明治六年一月二四日司法省に対する大蔵省の予算削減に抗議して司法卿の辞表を提出した。これ

は、明治六年度国家予算編成の折、陸軍省は山城屋和助事件で会計に大穴をあけたにもかかわらず、ほとんど満額が認められた。しかし、司法省が各地に裁判所を増設するために約九六万両を要求したが、二分の一以下の四五万両に削減された。これに抗議しての辞表であった。二月五日太政官正院は留職させるが、この動きの中で、司法省本省での民法会議は、一旦中断したが、辞表却下の直後、明治六年二月一三日再開した。そして明治六年三月一〇日、「民法假法則」全九卷八八条を起草するが、当日江藤新平は司法卿を辞任した。

この司法省本省の民法会議（民法實際会議とも称したようである）<sup>(76)</sup>で作成された「民法假法則」<sup>(77)</sup>は次のとおりである。「前加条目（第一条―第六条）。民法假法則。身分證書、第一卷身分證書取立ニ付テノ要務（第一条―第七条）、第二卷身分證書簿冊及ヒ身分證書ヲ記載スル事（第八条―第十三条）、第三卷出生證書（第三四条―第四〇条）、第四卷婚姻證書（第四一条―第五〇条）、第五卷離縁證書（第五一条―第五三条）、第六卷死去證書（第五四条―第六四条）、第七卷身分證書ノ改正及ビ遺漏ヲ記入スル事（第六五条―第六八条）、第八卷皇族身分證書（第六九条―第七一条）、第九卷布告前ニ係ル身分證書ヲ取立ル事（第七二条―第八八条）」。

以上にみるように、民法假法則とはいうものの、身上証書の部分だけである。何度も言うが身上証書は民法というより、実質戸籍法である。たとえば民法假法則第一卷第一条は「各組合ニ於テ組頭ニ身分取扱ノ役ヲ兼ネシメ、即チ出生婚姻離縁及ビ死去ノ證書ヲ残ラズ受取り保存セシムベシ、但シ、組合トハ、各地方ニ於テ便宜ヲ同フシ、義務ヲ共ニスル者ノ住所ニシテ、一村長又ハ数村町ヲ合セタル者トス」といったようなものであり、まさにその内容は戸籍法であった。

司法省はこの民法假法則を施行すべく、明治六年三月一三日太政官正院に対し、布告案を提出した。「今般民法假

法則別紙ノ通被定候條裁判所取立有之地方ハ裁判所ニ於テ未タ裁判所取立無之地方ハ地方官ニ於テ来ル七月一日ヨリ施行可致此旨相達シ候事<sup>(78)</sup>」であり、裁判所において、裁判所未設置の地では地方官において、民法仮法則を七月一日から施行したいとするものである。しかし太政官正院は、これに回答しなかった。民法仮法則もその内容において戸籍法であったのであり、すでに明治四年四月四日全国惣体戸籍法は公布され、明治五年二月一日に施行されていたからである。

しかし江藤新平は、自からの信念と方針の誤りなきを強調している。江藤はフランス民法をもとに個人を把握し、届出事項ごとに別冊編製し、「婚姻出産死去を初め相続贈遺貸借売買私有仮有の法に至る迄、夫々相設け、且折断の務を以て、之を確定せしめば、各民の位置必ず可正と奉存候」(明治六年一月二四日提出の江藤新平司法卿辞表より)<sup>(79)</sup>という考えにもとづいての人民把握の方向であった。

このように江藤は、フランス法をもとに、「個」の把握に力点を置いたのであり、その元での身上証書は、個人の意味を共同体的なものから独立させることを前提とし、当事者の意思表示を国家権力が直接にとらえて、それに法的な意味を与えることであった。

その後、明治六年四月一九日、太政官職制の「潤飾」(明治六年五月二日太政官詔勅<sup>(80)</sup>、太政官職制並正院事務章程の改正)にともない、江藤新平は参議に就任した。

この「太政官職制」<sup>(81)</sup>によれば、太政大臣は「天皇陛下ヲ輔弼シ万機ヲ統理」し、左右大臣は太政大臣欠席のときこれを代理し、参議は「諸機務議判ノ事ヲ掌ル」とした。そして「正院事務章程」<sup>(82)</sup>によって、正院は「凡立法ノ事務ハ本院ノ特権」であるとした上で、「専掌スル事務」の第二款に「諸制度諸法律及諸規律ヲ草案シ之ヲ議決スル事」と

いう規定を置いて、制度法律規則の草案、議決は正院の専掌事務とした。

しかし明治六年六月二十四日「左院職制及び左院事務章程」<sup>(83)</sup>で、「一 本院ノ事務ハ会議及び国憲、民法ノ編纂、或ハ命ニ応ジテ法案ヲ草案スコトヲ掌ル所ナリ」となり、左院は国憲の編纂、民法の編纂、正院の命による法律の起草を職務とすることとなった。ここに民法編纂事業は、左院によって継続されることとなり、司法省本省での民法会議は根拠を失い、一旦中断し、江藤の後を襲い司法卿となった大木喬任によって、司法省で再開する明治九年の半ばまで休止することとなるのである。その理由について、見解は別れるが、手塚豊は「この左院改革は、江藤の司法卿退任を機とし、自己本来の職掌に鑑み『民法編纂』の旗幟を鮮明にしたものであり、それに相呼応するかのごとく、司法省民法会議は忽然として中絶したものと私は理解したい」と述べている<sup>(84)</sup>。ここに江藤新平の民法編纂事業は、終結した。なお左院での国憲編纂事業、民法編纂事業は、左院副議長伊知地正治を主とし、左院議官松岡時敏及び左院議官宮島誠一郎らが、従事することとなった<sup>(85)</sup>。左院副議長伊知地の方針は、「国憲ハ御国体上万世不拔ノ皇基ヲ安定スベキ国民ノ要領ナレハ古今ノ憲法ヲ斟酌シテ大ニ編纂セント」し、「民法ハ我国古来習慣ノ美事ヲ取テ之ニ仏國ノ民法ヲ斟酌シ編纂スルヲ可」とした。江藤の「仏國の民法に基きて日本の民法を制定せざる可からず」という方向から、「仏國ノ民法ヲ斟酌」するに止め、「我国古来習慣」の重視に変更したということとなる。ここに江藤新平の身上証書を中心とする民法編纂事業は、実質的にも形式的にも終了した。

以上長きに渡り、江藤新平の民法草案編纂経緯と全国惣体戸籍法の並行編纂を回顧してきたが、江藤が主宰した民法会議が実質的審議対象としたのは、一貫して身上証書の部分であった。そして最後の最後まで、身上証書を民法仮法則で公布施行させようとする強い意思がみられた。しかしこの時にはすでに大木喬任の全国惣体戸籍法が布告され、

明治五年二月一日に施行されていたのであって、これに阻まれ実現しなかった。このように江藤の身上証書と大木の全国惣体戸籍法は、その始めから最後まで聚訟・対峙したのである。

(8) 福島正夫『「家」制度の研究―明治前期戸籍法令集―資料篇一』(東京大学出版会 昭和三四年) 附録六一頁。続けて「人民の徴兵忌避行為に当惑した陸軍省が、『徴兵ノ儀ハ其法民法ト表裏ヲ相為スモノ』であるから、民法の整備を希望するとい、内務省が、これに対して『民法ノ制立ニ随ヒ百事整理ノ時期ニモ可立至』と答えているのは、その端的な表現なのである。当時、民法さえあれば、という感想は行政にたずさわる者にとって共通のものであったと思われる」と述べている。

(9) 福島・前掲注(8)附録六一頁。

(10) 福島・前掲注(8)附録六二頁。的野・前掲注(1)下二二頁。川島武宜、利谷信義『民法(上)』講座日本近代法発達史 5 (勁草書房 昭和三三年) 四三頁。

ここで考えられている民法は決して裁判規範ではなく、人民の活動範囲を確定して、一步もそれから逸脱しないことを保障する行為規範に外ならない。そのもつとも端的なあらわれは、「國民ノ位置ヲ正」し、人民を大將軍の号令下一大軍隊のようにな動かそうとする江藤新平の構想である(福島・前掲注(8)附録六二頁注釈(三)、との見解があり、この方が正しいかも知れないが、僅少でも民権確立の意識はあったものと思う。

(11) 小早川欣吾『統明治法制叢考』(山口書店 昭和一九年) 二二二頁。

(12) 小早川・前掲注(11)二二二頁。

(13) 手塚豊『明治民法史の研究(上)』著作集第七卷(慶応通信 平成二年) 一五五―一六七頁。

(14) 的野・前掲注(1)三四五頁。

(15) 江藤新平は、明治三年七月末か八月初め、大納言岩倉具視に「建国体云々」の答申書を提出しているが、その中に郡県制の促進を提案している(国立国会図書館憲政資料室蔵『岩倉具視文書』所収)。

- (16) 小早川・前掲注(11)二二二頁。
- (17) 石井良助『民法典の編纂』（創文社 昭和五四年）一〇～三三頁。前田達明『史料民法典』（成文堂 平成一六年）二二二～二三七頁。
- (18) 前田・前掲注(17)二二四～二二二頁。
- (19) 石井・前掲注(17)五三～六六頁。前田・前掲注(17)二三八～二四六頁。
- (20) 本書は全一六冊の本版書であり、前四冊は明治四年五月頃大学南校から出版、他の二冊（仏国民法第二篇七一条から二二八条まで）は、明治四年九月から二月までに文部省（これは明治四年七月、文部省設置とともに、出版事業を大学南校より継承したためである）より刊行されて、仏国民法の全訳が完成した（小早川・前掲注(11)二二二頁。手塚豊『明治民法史の研究（下）』著作集第八卷（慶応通信 平成三年）一〇頁）。なお内容の全文については、前田・後掲注(17)四～二二〇頁を参照した。
- (21) 手塚・前掲注(13)一六九頁。
- (22) 前田・前掲注(17)二六一頁～二六五頁。
- (23) 同意見を述べるものに、坂本慶一『民法編纂と明治維新』（悠々社 平成一六年）一七八頁。
- (24) 前田・前掲注(17)二二四頁。
- (25) 大槻文彦『箕作麟祥君伝』（丸善 明治四〇年）一〇二頁。
- (26) 前田・前掲注(17)一一頁。
- (27) 小早川・前掲注(11)二二二頁。
- (28) 外岡茂十郎『明治前期家族法資料』第一卷第一冊（早稲田大学 昭和四二年）八三頁。
- (29) 明治政府が「脱籍浮浪ノ徒」の取締に傾注したことは、無数の取締法令の布告からも推定される。なお詳細は、小林忠正『名の法をめぐる京都戸籍仕法と全国物体戸籍法の対立―明治六年小野組転籍事件をとおして―』（日本法学第七六卷二号 平成二二年）六三五頁注(3)を参照されたい。

- (30) 後に京都府参事となり、小野組転籍事件で自由転籍を拒否した当事者である。
- (31) 外岡・前掲注(6)別巻一補遺編一頁。
- (32) 外岡・前掲注(28)第一卷第一冊二五頁。
- (33) 外岡・前掲注(6)別巻一補遺編一頁。
- (34) 外岡・前掲注(28)第一卷第一冊二八頁。
- (35) 外岡・前掲注(28)第一卷第一冊三四頁。
- (36) 外岡・前掲注(28)第一卷第一冊三四頁。
- (37) 『大蔵省沿革志』明治前期財政経済史料集成第二卷(大蔵省明治文献資料刊行会 昭和三七年) 八三頁。
- (38) 『大隈伯昔日譚二』(続日本史籍協会叢書 明治二八年 東京大学出版会覆刻 昭和五六年) 四八五頁。
- (39) 丹羽邦男『地租改正法の起源』(ミネルウア書房 平成七年) 一三八頁。
- (40) 土屋喬雄『杉浦讓全集』第三卷(杉浦讓全集刊行会 昭和五三年) 二六九頁。
- (41) 土屋・前掲注(40)二七一〜二七二頁。
- (42) 土屋・前掲注(40)九〇頁。
- (43) 土屋・前掲注(40)九〇頁では杉浦讓他を挙げる。福島正夫『日本資本主義と「家」制度』(東京大学出版会 昭和四二年) 八三頁では細川潤次郎を挙げる。
- (44) 福島・前掲注(43)八五頁。
- (45) 外岡・前掲注(28)第一卷第一冊八三頁。
- (46) 福島・前掲注(8)資料篇二 六四頁。
- (47) 詳細については、小林・前掲注(29)六一〜六一四頁を参照ありたい。
- (48) 外岡・前掲注(28)第一卷第一冊一一頁。
- (49) 外岡・前掲注(28)第一卷第一冊一一頁。

名の法をめぐる民法草案と全国惣体戸籍法の対峙(小林)

- (50) 外岡・前掲注(6)別卷一補遺編一六五頁。
- (51) 外岡・前掲注(6)別卷一補遺編一六三頁。
- (52) 外岡・前掲注(6)別卷一補遺編一六三頁。
- (53) 毛利敏彦『江藤新平増訂版』(中公新書 平成二〇年) 二二頁。
- (54) 坂本・前掲注(23) 一九八頁。
- (55) 『法令全書』明治四年(内閣官報局編) 四五八頁。
- (56) 大槻・前掲注(25) 一〇二頁。
- (57) 小早川・前掲注(11) 二一四頁。
- (58) 前田・前掲注(17) 四五八頁。
- (59) 前田・前掲注(17) 四五八頁。
- (60) 小早川・前掲注(11) 二一五頁。
- (61) 外岡・前掲注(6)別卷一補遺編一六五頁。
- (62) 的野・前掲注(1) 上六九五頁。
- (63) 石井・前掲注(17) 一八九〜一九〇頁。
- (64) 前田・前掲注(17) 二六八〜三五二頁。
- (65) 前田・前掲注(17) 三五三〜三六一頁。
- (66) 前田・前掲注(17) 三六四〜四四八頁。
- (67) 川島、利谷・前掲注(10) 七頁。
- (68) 的野・前掲注(1) 下一〇頁。
- (69) 手塚・前掲注(13) 三九頁。
- (70) 大槻・前掲注(25) 一〇頁。

- (71) 的野・前提注(1)下一〇七頁。
- (72) 的野・前提注(1)下一〇八頁。
- (73) 的野・前提注(1)下一〇八〜一〇九頁。
- (74) 手塚・前掲注(13)三九〜四〇頁。井上正一『仏民法ノ我國ニ及ボシタル影響』(仏蘭西民法百年記念論集 明治三八年)五九頁。
- (75) 小早川・前掲注(11)二一九頁。
- (76) 前田・前掲注(17)四五〇〜四五七頁。
- (77) 前田・前掲注(17)四五一頁。
- (78) 坂本・前掲注(23)三〇五頁。
- (79) 的野・前掲注(1)下一〇頁。
- (80) 『法規分類大全10官職門(1)』(内閣記録局 原書房覆刻 昭和五三年)一五九頁。
- (81) 法規分類大全・前掲注(80)一五九頁。
- (82) 法規分類大全・前掲注(80)一六二〜一六三頁。
- (83) 『法規分類大全19官職門(10)』(内閣記録局 原書房覆刻 昭和五三年)九〜一〇頁。
- (84) 手塚・前掲注(13)一一〇頁。
- (85) 『明治文化全集憲政篇』(日本評論社 昭和四二年)三四三頁。
- (86) 的野・前掲注(1)下一〇七頁。

### 三 民法草案身上証書と全国惣体戸籍法の因つて立つ社会地盤

これまでも述べたように戸籍は、戸を単位とし、その戸に属する戸主及び家族の身分に関する事項を、戸主又は代理人が届け出て、戸別に編制する公文書制度である。これに対して身上証書とは、個人の意思を家族共同体的なものから独立させることを前提とし、個である当事者の意思表示を国家権力が直接とらえて、法的な意味を与えるものである。我が国の歴史上に全く根拠をもたない、身分公証制度で、フランス民法を継受、追隨したものであった。ほとんど直訳的で、すでに布告、施行されていた全国惣体戸籍法や、我が国戸籍慣行とのつながりは、本来何ら考慮されるべきものではなかった（後述第一）。しかしこの両者が互に編纂作業に影響を及ぼす関係にあったという事実は、多少みられるのである（後述第二）。

江藤新平が手懸た民法草案、身上証書制には、次の二種があった。第一は直接関与した「民法決議」、「民法決議第一」、「民法決議第二」や「民法仮法則」に頭われるものである。フランス民法そのままに身上証書をもって戸籍に代えようとする、身上証書制である。第二は明法寮で審議を容認した、「改刪未定本民法」、「民法第一人事篇」、「皇国民法仮規則」の採るところのものである。戸籍を前提として民法を編纂する身上届書・身上届帳の方式である。

まず第一の身上証書をもって戸籍に代えようとする草案について観察してみる。民法決議と民法決議第一は、字句を異にする程度で、ほぼ同様である。民法決議第一によれば、第二篇第一章身上証書で、「四十条 各部曲官庁ニハ兼テ出産帳縁談公示帳縁組帳離縁帳死去帳改名帳各二冊ツヽヲ備ヘヲキ、身上申立ヲ両帳共ニ記スベシ」。「四十一条 一項 右帳二冊トモ三等裁判所官員ノ自筆ニテ首尾ニ番号ヲ記シ、且毎葉証印ヲナスベシ」。「四十一条 二項 部曲官

序ニテ身上ノ申立ヲ記ストキハ、其年月日時及ビ本人證人ノ氏名年齢職業住所等ヲ記載スベシ、但本人等申立ノ外解説ニ類スルコトハスベテ記載スベカラズ<sup>(87)</sup>」として、個別編制方式をとる。そして、「三十六條 本人自ラ出ルコト能ハザルトキハ公證アル書面ヲ以テ托シタル名代人ヲ出スコトヲ得ベシ<sup>(88)</sup>」として、本人自らが、場合によっては名代人を認めるが、三等裁判所官員（四一條一項）の面前に出頭して申立て、それぞれ個人の身上証書を編制する草案となっている。

また民法仮法則も、すべて身上証書の規定であるが、「第七條 各人民ハ随意ニ己ノ宗旨ノ礼式ヲ以テ、出産婚姻及ビ死去ヲ弔祝スルヲ得可シ<sup>(89)</sup>」として、それぞれの宗旨に従つて出生、婚姻、死去の儀式を行なうことができるが、これら身分變動の際には身上証書（身分証書）への記載がなければならず、「第十三條 身分証書ニハ身分取扱人ノ其證ノ陳述ヲ受ケタル年月日時ト其書ニ記ス可キ人ノ姓名年齢職業住所トヲ記ス可シ<sup>(90)</sup>」として、身分取扱人（第一條各組合ニ於テ組頭ニ身分取扱ノ役ヲ兼ネシメ<sup>(91)</sup>）の面前に出頭して申述し、個別の身分証書の作成を義務づけている。

第二の戸籍の存在を前提とするものは、江藤が直接関与することなく明法寮で審議させた、改刪未定本民法、民法第一人事編、皇国民法仮規則の三つの草案である。たとえば皇国民法仮規則第四十三條以下で、本籍の存在を認め、「第四十三條 凡本籍トハ本人管轄ヲ受ケ戸籍ノ存スル本住居ノ地ヲ云フ<sup>(92)</sup>」と規定する。そして「第十條 戸長ハ役所ニ帳面ヲ備ヘ置キ出産婚姻養子離縁家督相続分家合家行衛知レサル者死去姓名更改等ノ身上届ヲ記ス可シ<sup>(93)</sup>」とする。それぞれの届は個別編制方式であるが、婚姻届（第二三條）、養子養女届（第二六條）、死去届（第三十條）等においては、「戸主ヨリ各其戸長ニ届出ヘシ<sup>(94)</sup>」として戸主から戸長（身分取扱吏）への届出主義をとる。したがって、これら三草案の身上届書並に身上届帳の方式は、戸籍を前提とするものであり、戸籍制度と身上証書制度の折衷というこ

とができる。

以上第一の、江藤新平が直接関与した一連の民法決議や民法仮法則の身上証書草案では、フランス民法の身上証書をもつて戸籍に代えようとし、戸籍制度とは無関係に起草されている。これに対して第二の、江藤が間接的に明法寮で審議させた皇国民法仮規則などの三つの身上届書・身上届帳草案は、戸籍を前提として編纂されているということが理解できる。そして江藤は明法寮三草案を拒否、容認せず、新たに自ら関与して「民法仮法則」を起草したことは前述のとおりである。

江藤の主意は、あくまで戸籍制度とは無関係に身上証書を起草しようとした。しかも江藤の民法草案が、すべて身上証書の規定から始まることは、たんにフランス民法の順序によるだけでなく、江藤の強い信念を窺わせるものである。つまり江藤は、一面で、民権の確立、すなわち人民の権利と義務の観念に立脚した近代的な市民法体系の樹立を意図する。他面において「各民の地位を正す」<sup>95</sup> ことにより人民の法的立場を安定させ、人民一般に経済活動の意欲を振起し、ひいて国の富強を期する<sup>96</sup> という、富国強兵の基本国策に出るものであった。そしてそのためには、人民の分限や権利を明らかにする民法制定、特に身上証書が、何よりも不可欠であるとの認識に基づいていた。したがって江藤は、民法草案作成にあたり、まずもつて身上証書を重点を置いて起草することにしたのではなかったか。

そして江藤は自らの最後の草案であり身上証書制をとる民法仮法則を施行すべく、明治六年三月一三日太政官正院に布告案を提出したが(前述四八頁)、実現しなかった。江藤新平による民法編纂事業は、すでに大木喬任によつて布告施行されていた全国惣体戸籍法にはばまれて、進捗しなかった<sup>97</sup> のである。身上証書と戸籍法とが対峙した結果であり、これが江藤の民法編纂事業をさまたげた大きな原因でもあった。<sup>98</sup>

このように江藤は身上証書をもって、人民を登録することを把握の方法と考えた。一方大木喬任は戸籍をもって人民掌握の手段とした。どちらも家族集団の組織的統制に関連する身分登録制である点では共通している。そして両制ともに、財産法ことに債権的取引法と比較して、はるかに強い組織的統制の性質と機能を持っている。しかしその目的は異なるのであり、身上証書制は少なくとも民権確立を目的としての人民登録であるのに対し、戸籍は治安の維持学制の施行、税の徴収制度、徴兵制の実施など「凡百之御政事」（東京戸籍仕法 明治二年三月欠日行政官第三三三）の基礎としての人民掌握の目的に立つものであって、その用途は大きく相違する。

この性質、機能を考察するにあたっては（法一般にいえることではあるが）、身上証書も、戸籍法も、因って立つ歴史的、社会的地盤を前提として、発生、発展、消滅するのであり、当該社会のおかれている一定の史的段階において形成されることを前提として考えねばならない。

「身上証書は、日本には従来まったく存在せず、継受の対象たる西欧法系のもので、元来は教会法に属するものであった。フランスでいえば、回国で主たる宗教であるカトリック教では、教区の僧侶にその管掌する教会内で、洗礼、婚姻および埋葬といういわゆる秘蹟に属する儀式を取り扱わせ、したがってそれらの登記簿も教会が管掌していた。…フランス大革命は婚姻の還俗（*secularization*）を断行したので、フランス革命法の布告は右の出生・婚姻・死亡の三種の身分証書を市町村役場で取り扱わせるものとし、これからフランス民法の規定が出てくる」<sup>(10)</sup>のであった。

これに対し我が国における戸籍法は、古く大宝令にさかのぼるが、その後江戸期宗門改帳として発足し、キリシタン弾圧の立場から組み立てられている。したがって身上証書制度は我が国にとって無縁のものだった。

つまり身上証書として、単なる登録としての人民把握の目的に止まるか、それとも実質的な人民掌握、たとえば全

国惣体戸籍法のとる「戸数人員ヲ詳ニシテ猥リナラサラシムルハ政務ノ最モ先シ重スル所ナリ」(前文<sup>(10)</sup>)といった人民掌握を目的とするかは、一つは当該法制度を生み、動かしている政治権力の性格。二つはその法制度を受け入れる人民の民族的性格によるということが出来る。

我が国では、従来より、身分法は即戸籍法として存在していた。そしてまた戸籍法は、村落共同体の組織的統制の機能を有していた。当時家族は、全面的に組合(全国惣体戸籍法第三則・第九則などで規定する。それまでの伍組に相当する)という地域共同体の支配、強制に服し、戸長・副戸長(江戸期村役人に相当)の監視下に置かれていた(全国惣体戸籍法第一則<sup>(11)</sup>)。組合は、組内の互助、警察、保安、売買、質入、転籍(小野組転籍事件でも五人頭の連名連印をもって提出している<sup>(12)</sup>)などを監視した。特に明治前期において、廃藩置県を断行し、強力な中央集権をとる絶対主義の政治形態においては、家族集団を戸籍によって固定化するとともに、組織的強化と統制に力点を置き、さらに組合のもとでそれぞれの家族集団を監視させる政策をとったのである。戸籍の目的こそは「凡百之御政事」の基礎であるとの認識にもとづいていた。そして全国惣体戸籍法に現われる「戸」は、個人の行為としての身分行為ではなく、「戸」の成員、家族共同体の成員としての地位の成立という形態を取った。

これに対し江藤のとる身上証書の法律行為は、「個」の意思表示をその要素とするものであつて、身分行為もその例外ではありえないという近代法原理に立脚する。この原理が理解されるようになったとき、戸籍法は民法身分法として変化していくこととなるが、当時の会得はもろん乏しい。江藤は我が国の歴史上に根拠をもたない身上証書を突然フランス民法を継受することによって実現しようとするものであり、その原理も機能も当時全く理解されるものではなかったし、明治前期の政治状況の中ではとうてい容認されるものではなかった。戸籍法の民法身分法化は、戸

籍法自体の性格的变化や、政治的型態と性格的变化に伴って変化していくのであって、江藤の身上証書は、実質的に戸籍法そのものであったが、しだいに民法身分法になって行く過程では、政治権力と密接な関係によってなされていくのである。しかしこれが達成されるには多くの時間を要するのであり、現行民法身分法定や現行戸籍法定まで待たなければならなかった。<sup>(16)</sup>この方向性は、明治民法旧身分法に至っても、民法起草者は、「戸」の原理をとり、「個」の原理を採用することをせず、これらを統一、融合する方法をとった。すなわち、「第一に身分行為を個人の意思表示を要素とする法律行為として構成して財産法ことに債権的取引法との調和を保ちつつ、これと戸主の同意権、離籍権等とからみ合わせることによって『戸主による専制的届出』を実質的に認め、そのことによって戸主による『籍』一家の構成権を保障し、第二に代理・使者の理論や届出の形式的瑕疵の受理による治癒理論などをおして身分行為の個人性・意思性と古い型態の法生活と背馳させないこと、さらに調和、融合することに成功したのである」といえるが、この明治民法旧身分法規定でも、江藤の身上証書が採用されることはなかったのであり、江藤の身上証書起草当時にも、もとより容認されるものではなかった。

このように江藤新平の身上証書による民権確立という理想は、我が国の社会地盤に深く根差した全国惣体戸籍法施行という現実の前に実現しなかったが、江藤は、民権確立の理想と精神を反映させるべく、小野組転籍事件に深く関与した。何度も言うように身上証書は、「個」による届出であつて、その身分変動を国家権力が直接とらえて、法的な意味を与えるものである。よつて、その変動は自由でなければならぬ。江藤は、京都府の小野組転籍拒否に遭遇し、自らが起草し推進しようとしていた身上証書の原則と精神をもつて反対し、介入したのではなかったかと思うのである。

明治新政府が押し進めた人民把握の方式は、一方において江藤新平主導の身上証書によるフランス法継受による近代市民法秩序にもとづく、登録への模倣であり、他方においては大木喬任の全国惣体戸籍法による我が国社会に根差していた戸籍による人民掌握方式であった。この両制は前述したように並行して編纂されたが、このような、近代法的身上証書の把握動向と、復古的な戸籍法的掌握動向といった対立は、その他の事象についても、明治前期には普通のことなのだが、この対峙は、本稿が取り上げた明治六年小野組転籍事件の対立の根底にもあつたものと推測したい。

- (87) 前田・前掲注(17)二二六頁。
- (88) 前田・前掲注(17)二二六頁。
- (89) 前田・前掲注(17)四五一頁。
- (90) 前田・前掲注(17)四五一頁。
- (91) 前田・前掲注(17)四五一頁。
- (92) 前田・前掲注(17)三六六頁。
- (93) 前田・前掲注(17)三六五頁。
- (94) 前田・前掲注(17)三六五～三六六頁。
- (95) 的野・前掲注(1)下一二頁。
- (96) 的野・前掲注(1)下一二頁。
- (97) 同意見を述べるものに、川島、利谷・前掲注(10)六頁。
- (98) 同意見を述べるものに、坂本・前掲注(23)一七九頁。

(99) 前出、外岡・前掲注(28)第一卷第一冊二八頁。

(100) 谷口知平『仏蘭西民法Ⅰ人事』現代外国法典叢書(有斐閣 昭和一七年) 六〇頁。

(101) 外岡・前掲注(28)第一卷第一冊八三頁。

(102) 外岡・前掲注(28)第一卷第一冊八三〜八五頁。

(103) 外岡・前掲注(28)第一卷第一冊八三頁。

(104) 小林・前掲注(29)六二九頁。

(105) なお現行戸籍法は、夫婦及びこれと氏を同じくする未婚の子ごとに編製される(戸籍法六条)。現行民法が家制度を廃し、個人の尊厳や両性の平等を基調としている以上、個人的編製の身分証書制をとるのが論理的でもある。しかし、夫婦とその間の未婚の子から成る小家族を一括して表示して、個人の身分関係を公示するという便宜さから、現行戸籍法は夫婦と氏を同じくする未婚の子とで、戸籍編製することとし、婚姻すればその夫婦について、新戸籍を編製することになっている。

(106) 山主政幸『日本社会と家族法―戸籍法をとおして』(日本評論新社 昭和三二年) 一六〜一七頁。

### あとがき

京都裁判所における明治六年小野組転籍事件に際して、この事件を太政官正院で指揮したのは、参議江藤新平であったし、参議辞任後も強い関心を払っていたのであるが、江藤は何ぞ小野組転籍事件に関与したのか。この事件は、小野組達が京都より戸籍転籍を求めるが、京都府は全国惣体戸籍法第八則の送入籍(自由転籍)規定を無視して、人民の権利を侵害し、また裁判所判決を無視、拒絶した事件であり、身上証書をもって民権の確立を自途とする江藤新平の方針と相反した。したがって江藤は、本事件に深く関与したのであろうと考えた。

本稿では、小野組転籍事件での江藤新平の関与において、その背後にあつて対立の根底の一つとなつたと私見する、江藤新平の「民法草案身上証書」と、大木喬任の「全国惣体戸籍法」の聚訟・対峙に焦点を当てて、みてきたものである。