

# 西洋法継受と立憲国家の形成（一）

——ローレンツ・フォン・シュタインの資料的研究を通じて——

宇都宮 純 一

## 目 次

- 一 はしがき
- 二 序説—問題の所在
  - (一) 前史としての「岩倉使節団」
  - (二) 伊藤博文独逸憲法調査の契機としての明治一四年の政変
  - (三) 独逸に於ける伊藤博文の憲法取調
  - (四) 明治期日本に於ける西洋法制への全面的転回—法の継受と法学の継受をめぐって—
    - (i) フランス法の模倣
    - (ii) ドイツ法への転換
    - (iii) 法の継受と法学の継受（法律継受と学説継受）について（以上本号）
- 三 ローレンツ・フォン・シュタインの憲法立法への寄与
  - (一) シュタインの明治憲法及び附属法令立法への寄与について
  - (二) シュタイン憲法草案（「シュタイン氏起草日本憲法按」）について

説

四 ローレンツ・フォン・シュタイン関係資料の系譜と考証

(一) 「シュタイン遺文書」の成立の経緯とその意義

(二) 「シュタイン遺文書」紹介の先触れ

五 「ローレンツ・フォン・シュタイン遺文書(Lorenz-von-Stein-Nachlaß)」の内容と考証

(一) 「シュタイン遺文書」の分類

(i) Andrea Bookmann 女史の分類

(ii) 早島瑛教授の分類

(二) 「シュタイン遺文書」の内容と考証(ブークマン女史の目録未掲載史料を含む)

(i) シュタイン宛書簡

(ii) 子息エルンストとの往復書簡

(iii) 講義類

(iv) 遺稿

(v) 文献類

(vi) その他の文書史料(名刺、書状など)

六 「シュタイン遺文書」に見るシュタインの憲法立法への寄与

七 結びに代えて

## 一 はしがき

## (一) 研究の背景と本稿の目的・構成

ローレンツ・フォン・シュタインは、日本の明治憲法（大日本帝国憲法）の制定に国外に在って深く関わった法学者である。さらに一般的には、彼の同時代の社会主義、共産主義運動の研究、プロレタリアート概念のドイツへの紹介、ドイツ社会学、行政学の構築、教育学、財政学、国民経済学の分野での業績、社会国家思想の展開といったさまざまな領域において学問的寄与を為した学者として夙に有名である。このようにさまざまな領域で活躍した学者であるが故に、これまで国の内外においてシュタインの名の下に展開されてきた研究も、かなり錯綜している。その結果、シュタイン像の混乱という事態に立ち至っていると指摘がなされているところである。その為、シュタインの思想的基点を提示し、ひとつの整合的なシュタイン解釈を打ち出す試みも模索されているのである。

本稿は、ドイツ連邦共和国キール市に在るシュレスウィッヒ・ホルシュタイン州立図書館所蔵の「シュタイン遺文書 (Lorenz-von-Stein-Nachlass)」を主たる研究素材として、明治憲法の制定、地方自治、財政制度の創設にシュタインが及ぼした理論的影響を、前記遺文書に収められているシュタインが遺した手紙類、講義草稿等の内容を明らかにすることを通じて説明し、いわゆる「シュタインにおける日本問題」あるいは「日本におけるシュタイン問題」という側面を、彼の学問的営為の全体像に関する研究業績を念頭に置きながら説明しようとするものである。

## (二) 海外における研究状況

上記シュタイン遺文書の読解に関してはドイツ語圏においても、英語で書かれた手紙類の研究が進み、その研究成果が多数公刊されているが、日本語で書かれた文書については、日本語であること、毛筆書きであること等の理由で、必ずしも十分に読解が為されているとは言いがたい。

また、日本においても、一部に研究の端緒は見られても、シュタイン研究の主たる関心は、かれの法思想や国家学、行政学等の理論的特色の析出、解明に多く注がれている感がある。

## (三) 本稿の具体的構成

そこで本研究は、憲法制定を中心とした明治期の近代立憲国家建設に対するシュタインの関わり如何という前記「シュタインにおける日本問題」あるいは「日本におけるシュタイン問題」の総合的解明を目指し、統一的なシュタイン解釈の地平を開拓することに寄与しようとするものである。そして具体的には、これまであまり取り上げられることのなかった当時の書記生、すなわち河島醇や渡邊廉吉とシュタインとの学問的交流の実態にも焦点を当てて検討を加え、合わせて伊藤博文をはじめ、岩倉具視以下の明治の元勳たちとシュタインとの交流の実態を解明していくこととする。いわゆる「シュタイン詣で」と称される現象に登場する人物以外にも、数多くの明治の元勳やその他の重要人物がシュタインと交流していることが、前記遺文書から窺われる。また、伊藤博文が、教育制度等の整備のためにシュタイン本人を日本に招聘しようとしたが、シュタインが高齢を理由にこれを固辞し、代わりに子息エルンスト (Ernst von Stein) が一八八七年から一八八八年にかけて来日したことは夙に知られているが、明治二〇年から二一年にかけて日本に滞在したこのエルンストと日本の政府関係者との交流や日本における彼の行動を

知る上で興味深い資料も前記遺文書には収められているので、この点にも注目しておきたい。

以下においては、「シユタイン遺文書」における河島醇、渡邊廉吉関係資料を検索、調査し、合わせて河島、渡邊関係文書を検討、分析することで、彼ら書生たちの役割とシユタインの書生たちに対する評価等を確定し、次いで「シユタイン遺文書」の手紙類、講義草稿を中心に検討、分類、分析して、伊藤博文をはじめ明治の元勳たちとシユタインの交流の総合的、全体的解明、把握を行いたい。

なお、本稿は、平成七〜八年度文部省科学研究補助金(基盤研究(C)(2))の交付による研究成果の一部である。

## 二 序説―問題の所在

### (一) 前史としての「岩倉使節団」

明治四年、大政官政府は、諸外国と締結した条約の最初の見直し期限が明治五年に迫っていたことから、条約改正の端緒を掴むために、実質的には諸外国との条約改正をしばらく延期することを条約締結諸国に通告し、合わせてその間に、それら諸国の文明をあらゆる面から研究することを目的として、使節団を米欧に派遣することとし、この使節団は、右大臣岩倉具視を最初の特命全權大使、大久保利通、木戸孝允、伊藤博文、山口尚芳を副使として総勢四六名(「外交文書」では四八名)の大使節団で、明治四年二月二日(陰曆)西曆一八七一年二月二三日)に最初の訪問先アメリカ合衆国に向けて出発した。いわゆる「岩倉使節団」である。岩倉たちに与えられた指令の一節に曰く、

「欧米諸州、開化最盛ノ国体諸法律諸規則等、実務ニ処シテ妨ゲナキヲ親見シ、其公法然ルベキ方法ヲ探リ、之ヲ我國民ニ施設スル方略」を探索せよ。

さらに使節団の意図と目的を記した「事由書」に曰く、

「第一課 制度法律ノ理論ト其実際ニ行ル、処ト研究シ、外国事務局、議事院、裁判所、会計局等ノ体裁ト現ニ其事務ヲ行フ景況トヲ親見シ、之ヲ我國民ニ採用シテ施設スヘキ目的ヲ立ツヘシ（以下省略）」（大久保利謙『岩倉使節団の研究』一六二頁参照）

岩倉使節団は、明治四年に出発して、先ずアメリカに渡り、其の地で約八カ月を過ごし、その後ヨーロッパに渡り、イギリスからフランス、オランダ、ドイツそしてロシア、さらに北歐諸国、そして南下してスイス、イタリア、オーストリアと、ポルトガルとスペインを除くヨーロッパのすべての国々を巡って、明治六年九月一三日（陽暦）に帰国する。この一年九カ月二二日に及ぶ米欧回覧は、早くもアメリカで条約改正は時期尚早との結論に達し、当初の条約改正の延期の申し入れ、あるいは改正の端緒を擱むという第一の目的を断念し、それぞれの専門分野に応じ、徹底的に欧米先進各国を視察することに切り替えられる。まさに太政大臣三条実美の送別の言葉にいうように、「海ニ火輪ヲ転ジ、陸ニ汽車ヲ輾ラシ、万里馳駆、英名ヲ四方ニ宣揚」する大胆な視察旅行であった。

それでは岩倉使節団の米欧回覧の果実は、如何なるものであったのか。これまで定説として述べられてきたのは、次のような事柄であった。すなわち、同使節団は、アメリカの民主主義や共和の精神を知り、イギリスの立憲君主

の政治制度を知り、パリの共和制を見てきた後に、結局はプロイセンのビスマルク指導のもとに進められている一種の近代的専制支配を、自分たちの国の今後の方向にふさわしい政治の方向として学び取ったというものである。明治六年三月六日にベルリンに到着して以後、ドイツ皇帝に拝謁したり、学校、工場を見学した後、三月一五日、岩倉、木戸、大久保、伊藤ら全員が宰相ビスマルクに招かれて、晩餐の席に列し、彼の有名な卓上演説に接する。ビスマルク曰く、

「聞ク英仏諸国ハ、海外ニ属地ヲ貪リ、物産ヲ利シ、其ノ威力ヲ擅ニシ、諸国ミナ其所為ヲ憂苦スト、欧州親睦ノ交ハ、未タ信ヲオクニ足ラス、諸公モ必ス内顧自懼ノ念ヲ放ツコトハナカルナラン、是予カ小国ニ生シ、其情態ヲ親知セルニヨリ、尤モ深ク諒知スル所ナリ、予カ世議ヲ顧ミスシテ、国権ヲ完ニセル本心モ、亦此ニ外ナラス、故ニ当時日本ニ於テ、親睦相交ルノ国多シトイヘトモ、国権自主ヲ重ンスル日耳曼ノ如キハ、其親睦中ノ最モ親睦ナル国ナルヘシト謂ヘリ、」(久米邦武編著『特命全権大使米欧回覧実記』より)

大久保や伊藤らは、このビスマルクの演説に深く共鳴するところがあつたと推測される。ウイルヘルム一世とビスマルク、モルトケの指導のもとに近代国家としての統一を成し遂げたばかりのドイツが、自分たちの国の範型として、明治新政府の指導者たちに訴えるところが強かつたのは想像に難くない。

その後、使節団一行は、明治六(一八七三)年三月末ベルリンを発して、ロシアに向かい、北歐を経て、五月に再びドイツを訪れ、ミュンヘンを経由してイタリアに入る。この頃、大久保や木戸は既に帰国の途についていた。そして、岩倉主席全権大使を中心とする残りのメンバーは、イタリア滞在を終えると、北上してウィーンに出て、

折しも開催されていた万国博覧会を見学する。この時の経緯について一説には、日本使節団の歓迎レセプションにシュタインも出席していたとの指摘がある。<sup>(1)</sup> また、さらに伊藤博文自身、このレセプションでシュタインと接触していたのみならず、彼は「岩倉使節団の書記官としてウィーンに滞在した際に、この有名な教授と知己にな」り、その上「シュタインに心酔した」のであり、「シュタインは客たちに、いつも日本を急速に欧化しないよう戒め、欧州を豊かにするかもしれない伝統的美術と宝物に注意するように指示した。伊藤とローレンツ・フォン・シュタインとの出合いは、マクス・フォン・ゲーデル男爵の屋敷であつた」との指摘も存する。<sup>(2)</sup> このような指摘が正しいとすると、伊藤は、正式に講義を受ける九年前には既にシュタインの知己を得ていたことになるし、一八八二（明治一五）年に伊藤がヨーロッパ、特に独逸へ憲法調査に行くに際して、「碩学ノ士ト相接」するという目的を果たすために意図していた人物の存在を推定することも可能になる。また、このことには、伊藤らの一行の憲法調査にウィーン大学で学んだ経験のある河島醇が加えられて、随行したことも関わってくることになるであろう。

それはともあれ、岩倉使節団の新しい国づくりのための青写真、設計図を求めてのアメリカ、ヨーロッパ諸国視察、国家見学の旅は、明治初期の政治指導者、官僚、知識人たちのそれぞれの使命や研究能力に応じて、その研究対象は多岐にわたり、個々の政府機関、工場施設、教育機関や軍事施設を観察し、それらを鋭い観察眼で書き留め、それぞれの国家の文明の動態や現状、ひいては西洋文明の根本の精神の歴史にまで踏み込んで、総合的に把握しようとしたものであつた。<sup>(3)</sup> 徳川幕府支配下の封建領有制を解体するために断行した廃藩置県の四カ月後に、明治政府の中心人物が大挙して欧米先進諸国を視察に出かけること自体が大胆な決断の結果と考えられるが、一説には、<sup>(4)</sup> 大改革の後始末のなかに、欧米行きを必然にさせる原因があつたに違いないとして、廃藩置県及び民蔵合併の結果、全国の財権を一手に収めた大蔵省に対する不満に基づく制度改革を凍結するという狙いがあつたとの指摘も存



する。<sup>(5)</sup> 廃藩置県と大蔵省への権限の集中を推進した大久保や木戸が海外視察に出てしまえば、その間の制度改革を凍結することができ、そのことによって立法部に当たたる左院には仕事がなくなり、「閉局同様」(『大久保利通文書』第四卷三八〇―三八一頁)にすることができ、左院の発言権を封じれば、大蔵省は正院を形の上だけで尊重して、これ以上の制度改革を必要としない税制の統一と地方統治体制の整備を着々と進めることができるとの大蔵大輔、井上馨の主張を手掛かりとしての立論である。

また、派遣人員の顔ぶれを決定するについても紆余曲折があつたのであるが、海外派遣の政治的意図はともかくとして、その目的は、前述のように二つ、再述すれば、第一に近い将来に条約改正を求めることを明らかにしつつ、同時に明治五年からの条約改正の交渉の機会を欧米各国に了解してもらふこと、第二に法律、経済、外交、教育、軍事、宗教などの欧米の制度の視察にあつた。尤も、明治の新国家のための青写真が全くなかつたわけではなく、福沢諭吉の「西洋事情」が既に明治三年までに完結し刊行されていたし、井上馨(聞多)や伊藤博文(俊輔)、黒田清隆、山県有朋などは、すでに外国見聞の経験を持っていた。伊藤は文久三年(一八六三)に井上とともにイギリスの貨物船に乗り込み、ロンドンへと密航するという経験をしているのである。けれども、それらの知見は、言わば断片的なもので、国家全体の設計図を描くまでには至っていなかつたし、伊藤らの政府部内での発言力も、それほど大きいものではなかつたと考えられる。そこで、岩倉、木戸、大久保といった当時の明治政府の中心的政治家が勇躍して海外視察に出かけることとなつた模様である。<sup>(7)</sup>

使節団がこの視察旅行で得た日本の近代国家の青写真は如何なるものであつたのか。一説には、そのキーコンセプトは「和魂洋才」であると指摘される(泉三郎)。欧米先進国の新技術、つまり洋才は有無をいわず取り入れて

富国強兵を図る、これに対して政体は、和魂、すなわち、アメリカ共和制、イギリス君主制、フランス第三共和制でもなく、日本の国家サイズや国家としての後進性に似通ったところのあるドイツが範型として選び取られていった。帰国後、この方針で大久保がルールを敷き、伊藤がそれを継承して、「和風の近代国家」ともいうべき「明治」を創建していくことになるというわけである。こうした青写真の基本的な性格を比喩的に表現すれば、国力の源泉を自由にではなくて官僚国家に求め、「入亜入欧」の教えを斥け、「脱亜入欧」を採択し、小国に学ぶことをやめ、大国主義を選び取った、ということになるだろうか（NHK制作「日本の座標軸・岩倉使節団一二五年目にみる現代の選択」より）。ただ、岩倉使節団に関して、日本の近代化のデザインにあたって、明治政府がプロイセン型の帝国を志向し、「富国強兵」「脱亜入欧」などの帝国主義的政策をとる方向づけを与えたとする見方には異論も存し、この見解が、岩倉とイギリスを準拠国とする木戸の対立や伊藤が独自の見解を有していたこと、各理事の報告書もばらばらに提出され、使節団の公的統一の見解を捉えることができないことなどを、その理由として挙げていることにも留意する必要がある。が、使節団の視察旅行の結果、ドイツ・プロイセン（あるいはオーストリア）が岩倉、大久保、伊藤らの描く日本の近代国家建設の範型として大きくクローズアップされたことは、間違いないところであろう。そして、それは、のちの明治憲法の骨格を規定することになるいわゆる岩倉意見書（「大綱領」等）に色濃く反映されることになるのである。

## （二） 伊藤博文独壊憲法調査の契機としての明治一四年の政変

明治一四年一月下旬の熱海における伊藤博文、井上馨、大隈重信の三者会談、日本近代史上「熱海会談」として有名な会談で、三人が中心になって憲法制定、国会開設に政府を導いていくことを確認したにもかかわらず、同年

三月、大隈は、井上馨を出し抜いて、左大臣有栖川宮熾仁親王に、本年中に憲法を制定し、翌明治一五年中には第一回の総選挙を行い、明治一六年には第一回の議会（国議院）を召集するという建議書を単独で提出するという挙に出た。同建議書に曰く、

「今や國議院の設立を請願する者野に滿つ、これ同院設立の機熟せるなり。宜しく明治十五年末を期して議員を選挙せしめ、十六年首を以て議院を開くべし。君主は國民の輿望を察して政府の顯官を任用すべし。而して國民の輿望の焦点をなす者は國議院内に多数を制する政党の首領なりとす。立憲政體の妙用はその実在りて、其の形に存せず。立法、司法、行政の三権を分離するはその形にして、國議院内多数党の首領を政府の顯官に擧用し、立法と行政とを一元に帰せしむるはその実なり。」（春畝公追頌會編『伊藤博文傳』中卷（一九四〇）二〇三頁）

この建議書が、太政大臣三条実美、右大臣岩倉具視の知るところとなり、岩倉は、太政官法制部の井上毅にこの建議書を見せてその意見を求めるとともに、参議伊藤博文にもこれを示して、伊藤は大隈建議を全部筆写している。岩倉の下問に対して井上毅の回答は、次のように述べる、曰く、

「先日秘書内見被賜候後、潜心熟考致候ニ、歐州各國、殊ニ獨乙國ノ如キハ、決テ英國ノ如キ十分之權力ヲ議院ニヘ、立法之權而已ナラス、併テ行政之實權ヲモ付与スルニ至ラス、彼レ秘書ノ如キハ、其主義全ク英國ニ依リ、改革セントスルモノニシテ、一蹶シテ歐州各國之上ニ凌駕セント欲ス、此事実ニ容易ナラサル儀ト存候ヘバ、」（一八八一年六月一四日付岩倉具視宛井上毅書簡、井上毅伝記編纂委員會編『井上毅伝 史料篇 第四』（一九七一年）

三三八頁)

また、伊藤博文は、明治一四年七月一日三条太政大臣に書簡を送り、次のように述べる、曰く、

「大隈の建白は、恐らくは其出処同氏一己の考察には有之間布様狐疑仕候。唯今の形勢なれば、甚だ恐縮の至に御座候へ共、博文は、当官御放免奉願候外御座なく候。実に不堪杞憂之至。」(前掲『伊藤博文伝』中巻二〇六一—二〇七頁)

右記のように、井上毅は、大隈建議がイギリス流の立憲制、特に議院内閣制を一挙に日本に導入しようとするものであると把握し、立憲制に移行するとしても、欧米の中で最も議会議主義的なイギリスをモデルにする必要はないと論じ、王権や政府権限の強いプロシヤ流の立憲制を対置したのに対して(プロシヤ型の井上毅構想<sup>9)</sup>)、伊藤博文は、大隈建議の早急な日程案に反発を表明している。また、井上馨は、伊藤に送った書簡の中で、大隈の機會主義を批判し、井上毅と同様に大隈(—福沢)のイギリス流立憲制にプロシヤ流立憲制を対置し、伊藤に率先してプロシヤ流の立憲政治への移行を推進するよう促している。<sup>10)</sup>

こうして、当初はイギリス流立憲制かプロシヤ流立憲制かの間で意見の相違が存したものの、明治政府としては立憲制への早期移行の方針を固めつつあったのが、急転直下明治一四年一〇月の大隈重信筆頭参議の罷免、明治二三年を期しての国会開設の詔勅をもたらしたのが、開拓使官有物払下げ事件の福沢諭吉系の諸新聞による暴露であった。この暴露の黒幕が大隈であると薩摩派閥、特に開拓使長官黒田清隆に受け取られてのことである。ここに黒

田と伊藤、井上馨そして岩倉具視との連携が生まれ、大隈の罷免と「立憲制移行の一〇年延期」とがワンセットになった形での「明治一四年の政変」が起こり、これにより、その要因の一つとなった憲法問題、すなわち大隈建議に対抗するためにイギリス流でない憲法を政府側が作成して、これを提示して政局を收拾する（いわば、岩倉意見書の見解を明治政府の憲法起草方針とすることを前提として）という課題が残されたわけである。

### (三) 独塊に於ける伊藤博文の憲法取調

右に見たように明治憲法の制定が正式に決定されたのは、いわゆる「明治一四年の政変」によってであった。この政変は、一つには行財政整理の問題、一つには憲法問題であったとされ、この時に具体的構想を持っていたのは大隈だけであつて、伊藤博文にはこれと対抗しうる具体的構想が煮詰まつておらず、岩倉や井上毅の進言を受け容れて、先ずプロシヤ型の政体を当面の日本の近代国家建設の範型とすることとなつた。ただ、井上毅を除くと、プロシヤの立憲制についての知識は乏しく、大隈や福沢諭吉らに急迫されてプロシヤ型の憲法の導入を決断した伊藤博文は、明治二三年秋を期して国家を開設するとの天皇の詔勅を受けて、政変に一段落ついた明治一五（一八八二年）二月二五日参議兼参事院議長の兼官を依願免官され、憲法実地調査のため欧州各国に派遣を命ぜられるに至る。天皇は、同月二七日欧州各国における憲法制度の組織及び運用を調査すべき旨の沙汰を伊藤に下し、なお三月三日に至り、御学問所にて勅書を下付する。その勅書に曰く、

「朕明治十四年十月十二日ノ詔旨ヲ履ミ立憲ノ政體ヲ大成スルノ規模ハ固ヨリ一定スル所アリト雖モ其經營措畫

ニ至テハ各國ノ政治ヲ斟酌シテ以テ採擇ニ備フルノ要用アルカ為ニ今爾ヲシテ歐州立憲ノ各國ニ至リ其政府又ハ碩學ノ士ト相接シ其組織及ヒ實際ノ情形ニ至ルマテ觀察シテ餘蘊無カラシメントス茲ニ爾ヲ以テ特派理事ノ任ニ當ラシメ爾カ萬里ノ行ヲ勞トセスシテ此重任ヲ負擔シ帰朝スルヲ期ス」(前掲『伊藤博文傳』中卷二五三頁)

この勅書が下付されるとともに、伊藤は、その調査すべき事項を列挙した訓條を受け取っている。そこには、全部で三十一カ條が記してあつた。その筆頭に挙げられた條項に曰く、

「一、歐州各立憲君主國ノ憲法ニ就キ、其淵源ヲ尋ネ、其沿革ヲ考ヘ、其現行ノ実況ヲ視、利害得失ノ在ル所ヲ研究スヘキ事」(前掲『伊藤博文傳』中卷二五三頁)

同年三月、伊藤は太政官や各省の中堅官吏を率いて、憲法取り調べのためにプロイセンを中心にヨーロッパに渡航する。伊藤四二歳の時である。この時の伊藤自身が考えていた憲法取調の主要な目的は、以下のようなのである、曰く、

「平素學問上に於て親近なる人々と謀り、日本に適した憲法を研究しようと思つて、また一面には我國家の淵源を調査し、一面には歐州に於て、君主主義に則つた憲法を調査する必要を認め、後年文部大臣となつたが、今は既に物故した井上毅は漢學の素養深き人であるから、彼を日本に残して國體上に憲法政治の適合する研究を依頼し、自分は命を奉じて研究の為歐州に出張した次第である。」(明治四二年八月五日青森歡迎會に於ける演説・平

塚篤編『続伊藤博文秘録』（一九三〇）二四六頁以下）

いわば、日本の天皇帝の進むべき道を教導する憲法理念の探究、それは同時に英米仏型の立憲制に対抗しうる理論的武装を可能にする憲法理念の探究のための調査旅行でもあった。<sup>(14)</sup> なお、坂野潤治教授は、明治一四年の政変前後に構想された三つの立憲制論の中に、「主権者天皇」「機関説天皇」「象徴天皇」の三つの構想ができたとき、<sup>(15)</sup>「主権者天皇」と「機関説天皇」の両義性は、一四年政変以後の明治憲法の起草過程で、井上毅と伊藤博文の主張の対立として既に現れていたと指摘し、「純粹プロシヤ型の井上毅構想とイギリス型の福沢―交詢社構想の中間に、内閣が一体となって国政の責を負うが政党内閣は許さないと、伊藤博文らの中間型が存在していた」と分析している。そして、明治憲法が、時には「天皇大権主義」的に見え、時には「天皇機関説」的に見えるという両義性を持つていた一因は、その起草の中心にあつた伊藤博文が、井上馨と同様の修正イギリス型憲法論（あるいは修正プロシヤ型憲法論）に立っていたことであつたとの理解を示していることに注目しておきたい。<sup>(15)</sup> その解釈に従えば、明治一四年一月の熱海会議の時点では超然内閣主義と政党内閣主義が未分離のまま立憲制の導入がめざされ、三月の大隈建議によって政党内閣主義が突出し、六月に大隈建議を見た伊藤や井上馨が政党内閣主義から訣別して超然内閣主義に後退し、井上毅らの天皇大権主義に接近し、これ以後明治二二年二月の大日本帝国憲法発布までの間、政府はもっぱら天皇大権主義と超然内閣主義の連合として進み、民間にあっては兆民型の議会主義が勢力を失い、在野運動の主流は、政党内閣主義が占めていく、ということになる。

また、この伊藤博文の憲法取調のための旅の随行員は九名で、その顔ぶれは以下の通りである（役職は当時のも

のである。

山崎直胤・太政官大書記官

伊東巳代治・参事院議官補

西園寺公望・参事院議官補

平田東助・大蔵少書記官

河島醇・大蔵権大書記官

寺田正春・外務少書記官

三好退蔵・司法省特派法律取調員判事

岩倉具定・参事院議官補

廣橋賢光・参事院議官補

なお、西園寺以下3名は、別に伊藤の指揮の下に立憲君主国に於ける皇室制度、貴族の国家に尽すべき義務、上院の組織等を調査すべしとの特命を宮内卿徳大寺実則より受けている。西園寺らに対する命令書に曰く、

「参事院議官補 西園寺公望

同 岩倉具定

同 廣橋賢光

今般伊藤参議ニ随行歐州へ被差遣候ニ付同人ノ指揮ヲ受ケ左之事項可取調事



一、立憲君治國ニ於テ皇室ニ関スル制度典章

一、貴族ノ制度及貴族ノ皇室ニ對スル各般ノ事

一、貴族ノ國家ニ尽スヘキ義務及上院ノ組織

明治十五年三月十一日

宮内卿 徳大寺実則」〔平塚篤編『伊藤公手記秘録』二四頁〕

また、右記の伊藤の演説にあるように、伊藤は、欧州における憲法の原理と運用とを調査研究すると同時に、日本の國體の淵源と精華とを究明することも緊要と考え、参事院議員井上毅にこの任務を担当させることとし、したがって、井上を随員には加えなかった。

伊藤ら一行は、一八八二(明治一五)年三月一四日に東京を発ち、横浜からゲーリック号に乗り込み、欧州へ出発、五月七日にローマに到着したのち、同月一六日にベルリンに赴き、同月一九日にはグナイスと面会、以後七月末までベルリン大学のグナイスト(Rudolf von Gneist、当時六七歳)教授及びその高弟モッセ(Albert Mosse、当時三七歳)について講義を受け(五月二五日から七月二九日まで)、モッセの講義が夏休みに入った八月上旬から約三カ月間ウィーンのシュタイン(Lorenz von Stein、当時六八歳)の講説(実質的にはホテルにおける談話であったらしい)を受けた。ここでシュタインから伊藤が体系的に連続して憲法講義を聴いたのは九月一八日から一月三一日まで合計一七回とされる。<sup>(17)</sup> そののち一月上旬から再びベルリンで主としてモッセからドイツ憲法学の講義を受けたのち、ブリュッセル、ロンドンそしてモスクワを経て、ナポリから帰航の途につき、横浜に戻ってきたのは、翌一八八三(明治一六)年八月三日夜のことであった。

こうして伊藤ら一行の滞欧は、明治一五年四月から一六年六月末まで、一年三カ月余に及ぶ。この間、伊藤は、前述のようにベルリンでルドルフ・フォン・グナイスト及びその高弟のモッセに学び、オーストリア、ウィーンでローレンツ・フォン・シュタインに師事して、憲法のみならず、中央、地方の行政組織等に関しても教えを受けたとされている。ドイツ、オーストリアの当時の両碩学に学んだわけであるが、周知のように伊藤は、この間日本政府当局者に対して憲法調査の進捗状況その他をほぼ逐一書き送っている。その主要な書簡は、『伊藤博文傳』中巻、『伊藤博文秘録』、『伊藤博文関係文書』『井上毅傳・史料篇』等にほぼ網羅されている。これによれば、伊藤にとつて、両碩学に対する印象、実質的な評価には大きな隔りがあった。それは、伊藤の語学力にも関係していたようである。

このうち、ベルリン到着の一週間後の五月二四日付大藏卿松方正義宛書簡では、「追々取調一条モ頼込置候位ニテ未ダ着手ノ順序ニ不到」としながらも、「三四日前有名ナル学者グナイストナル先生ニ面晤、其説ノ端倪ヲ聞得候」とも述べている。けれども、「グナイストの態度は頗る冷淡」であつたとされ、伊藤の七月一日付井上毅宛書簡(18)においても「独逸ノ文語ヲモ不解ナリシテ」と書き送つたのち、八月四日付山縣有朋、井上馨、山田顕義宛書簡では、憲法取調の困難を理由に滞欧の一年ないし半年の延期を申し出ている。伊藤がグナイスト教授やその高弟モッセの講義を約二カ月間聴いたが、その根本の思想、考え方に共感することができなかったと推測されるが、ドイツ語を全く解することのできない伊藤は、当時のベルリン駐在の日本公使、青木周蔵を通訳にたて、教授の講義を聴いても、伊藤自身に憲法学の下手ないし素養がなかったことから、この講義から得るところは少なかったようである。

そこでモッセの講義が夏休みで一時中断した間に、伊藤は、オーストリアのウィーンに転じてウィーン大学政治経済学教授（行政学、国民経済学、財政学、法哲学の講座を担当）ローレンツ・フォン・シュタインの講説を聴く

ことになる。因みに、一八八二年の講義のためにシュタインを伊藤一行に紹介しないし、斡旋した人物は誰かについては諸説がある。これらの諸説において名を挙げられるのは、ベルリン駐在公使青木周蔵、外国人法律顧問ヘルマン・ロessler、同ポール・マイエト、河島醇、福沢諭吉、前オーストリア駐在公使井田讓、ウィーン臨時代理公使本間清雄等であるが、それを実証する確実な資料を欠き、その間の経緯は不明のままである。<sup>(19)</sup>

この問題はともかくとして、伊藤は、伊東巳代治、岩倉具定、河島醇、吉田正春らを従えて、八月八日ウィーンに赴き、翌日シュタインに面会し、憲法調査の任務を帯びて渡欧した旨を告げて講説を依頼、シュタインは、伊藤の依頼を受け容れて、一般国家組織の根本義より英、仏、独の三国の政体の異同に至るまでその蘊蓄を傾けて講述したとされる(『伊藤博文傳』中巻二八五頁)。伊藤はシュタインとの面会の際の印象を八月九日付岩倉具視宛書簡に記して曰く、

「昨日スタインニ一面識仕候而モ、既ニ其説ク所、英仏独三ヶ国ノ国体及び其国ノ学師等ノ主説トスル所ヲ分前シテ、以テ小生ノ感格ヲ興起セシメ申候……」(平塚篤編『伊藤博文秘録』(一九三〇)二九二頁)

シュタインは伊藤に大きな感銘を与えたようである。それは何故か。シュタインは、語学が堪能で、七カ国語を自由に話したという。シュタインが伊藤の理解できる英語で語り、そのため伊藤も英語で会話することができたので気分的に楽であつたらしい。<sup>(20)</sup> このことも伊藤の感銘の要因の一つであろう。このほかにシュタインがヨーロッパ各国(英、独、仏)の比較的方法をとつたことが挙げられたり、<sup>(21)</sup> さらに、伊藤の憲法調査におけるシュタインとの関係で特徴的なこととして、シュタインの側に「グナイストやモッセと異なり」極めて周到な用意があつたこと

を挙げ、伊藤の感銘や傾倒（伊藤の有名なシュタイン心酔）もそこから生じているとの指摘も存する。<sup>(22)</sup>このことは同時に、シュタインの対日関心の強さを示す証左とされており、この指摘には注目しておきたい。

このうち伊藤は、早くも本格的にシュタインの講説を聴く以前に、六月一二日付岩倉具視書簡への返書である八月一日付書簡の中で次のように記し、欧州への憲法取調の所期の目的を達成したことを感得し、日本の天皇制のための憲法理念ないし理論をここに見出したことを意気軒昂として語っている。曰く、

「博文来歐以来取調の廉々は、片紙に尽兼候故不申上候処、独逸にて有名なるグナイスト、スタインの両師に就き、國家組織の大體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間、追て御報道可申上候。実に英、米、佛の自由過激論者の著述而已を金科玉條の如く誤信し、殆んど國家を傾けんとするの勢は、今日我國の現情に御座候へ共、之を挽回するの道理と手段とを得候。報國の赤心を貫徹するの時機に於て、其功驗を現はすの大切なる要具と奉存候て、心私に死処を得るの心地仕候。将来に向て相葉居候事に御座候。」（『伊藤博文傳』中卷二九六―二九七頁）

シュタインに対する同様の心情は、大藏卿松方正義宛の九月六日付の答書たる書簡でも吐露されている。この間、伊藤は、ドイツ皇室からドイツ皇帝ウィルヘルム一世及び皇后より八月二八日を以て陪食を仰付けられる旨の電報を受け取り、急ぎウィーンよりベルリンへ立ち戻り、指定当日に参内したところ、ドイツ皇帝が、「日本天子の為に、國會の開かるゝを賀せず」との意外の言葉を聴き、盛意を拜承して大いに覚る所ありと述べ、且つ議會の反対による予算不成立の場合に処すべき方法に就き、周到なる考慮を廻らすべき旨を答えている。そのうち伊藤は、八月三

○日にパリに赴き、渡仏中の有栖川宮に謁見し、同地に暫く滞留している。そして九月六日に至り、上記の松方宛書簡において、欧州における状況を報道し、且つこれまでの研究の結果を叙述、将来の立憲政治の運用に関する所信を表明した上で、シュタインへの心情を率直に吐露している。先ずイギリス流の立憲政治を排して、曰く、

「明治二十三年に至り、縦合憲法を定め國會を興すも、決して彼等が希望する國會の衆寡を以て内閣宰相の進退更迭を為すが如き、所謂議會政府（パリアメント）の我日本に適應せざるは不俟論而已ならず、如斯は則純然たる君權完全の政治に非ずして、英國の古今無比の一種なる政體を數百年間の沿革に依り作り出したる一例ある而已。英人は自國に適當せるを以て、最上の政體なりと誇稱するも、彼等が祖先の抑も予期したる所に非ずして、沿革興亡七八百年間の變遷の力に依り、自然に今日の體を為したりと云も誣言にあらず。」（『伊藤博文傳』中卷三一頁）

続いて、J・J・ルソーを「誤見の學者」と断じ、「民權、自由、協和（共和）論の余毒の人心に感染」するを忌避して、曰く、

「千八百期の末年に当り、佛國王家擅横の事跡あると、佛國亂を好むの質あるとに依り、又ルソーが如き誤見の學者が悪を世海に流したるとに依り、其結果自由民權の説世の風潮を為し、終に革命變亂に至て勢ひ窮まり、英雄衆を籠絡して己が功名利達の志を遂ぐるの好時機を作り、乃ち那勃烈翁が当初民權を主唱し、志を得るに至りて帝位に昇り、兵威を以て四隣を懼伏し、其勢を以一時佛國の民心を維持する事を得たるも、英雄の通患として、

勝に乘じ無飽の欲を逞したる為に、歐州連衡の力を養成し、之に抗し、竟に一敗地に塗れ、絶海孤島の囚人と為るに至て止む。而して歐州連衡の力を以て、那勃烈翁を滅却したるは、即ち歐州の各王家なり。(中略)民権、自由、協和(共和)論の余毒尚人心に感染して、時ありて起伏し、千八百四十年間再び佛國協和論を生ずるに至り、那勃烈翁三世機に乘じ、大統領の職に当る。而して四十八年歐州一般の風潮を為し、独澳共に内乱を醸成し、終に憲法を公布し國會を開くに至る。是れ此間の大略なり。」(『伊藤博文傳』中卷三二二—三二三頁)

そして、シュタインに対する心情を吐露して、曰く、

「小生八月上旬より維納に遊び、有名なるスタインに就き、其説を聞き、実に得る所不少と心窮に樂み居候処、」  
(『伊藤博文傳』中卷三二二—三二四頁)

こののち、前期のドイツ皇帝よりの「意外の言葉」に言及し、「竟に日本の形勢不得止して國會を開くに至らば、能く注意し、國法を定め、而して縦令如何様の事あるも國費を徴収するに、國會の許諾を不得は不出来様の下策に出る勿れ、若し其權を國會に譲れば、内乱の基と知るべし」とのドイツ皇帝の勅諭を紹介し、グナイストの論も皇帝の勅語と大同としながら、そのグナイストの論では「憲法に會計の事を掲ぐるは、予算書を國會集会の目前に読む事を得、國會は之を論ずる事を得ると云に止むべしとの事なり。決して國會の承諾を得るに非ざれば、政府歳入を徴する不能とか、國費供給する不能とか、國會に會計全權を挙て委するが如き失策に陥る時は、政府は手を束ねて彼等の指揮に従はざる事を不得、是れ國政委靡して不振の基を開き、彼等飽く事なきの求め、終に國君を廢し、

協和政治を創立せんと云ふに至る、各國同一一般なりとの説なり。」と説明している。他方、シュタインの説の「大略」については、八月二七日付の山田宛書簡を「自ら御一覽被下候事と愚考仕候」と述べて、参看を促している。

そこで、その内務卿山田顕義宛の書簡が注目されることになるが、前記九月六日付の松方宛書簡と共に、そこに開陳されている見解を見ると、明治一四年の政変前後の井上馨の立場寄りの、やや自由派に近い立場が影を潜め、「君主は憲法の上に在りと云。」と述べるように天皇大権主義の立場に接近しており、イギリス流の「パリアメントル・ガブルメント」を敵視している。<sup>(23)</sup> 山田宛書簡には、立憲政治の実を挙げるため適當なる地方自治制度の設置を説く下りも存するが、ドイツにおける政令の厳正なるを叙述し、従来の伊藤の立場についての反省の弁から説き起こして、曰く、

「勿論如貴書所謂二三党派の主領たる者、教唆煽動、賤民を迷溺せしむるより如斯の時勢を醸成する儀にて、全体人心の政府に向て怨心を懷抱するの根底あるべき理無之、要するに七八年間政令寛大に失し、威嚴地を払ひたるに本づかざることを得ず、必竟自由民権論の波及する所、政権統一の源を削弱せしめたと云も、誣言に非るが如し。小生西洋の再遊する以来、独逸各邦の政権を主持して一步も假さざるを見る毎に、前日の非なるを悔ゆること往々之あり。因て想ふ、今日の政略は充分に政権を拡張して、道理の在る所は苟も曲從して彼の教唆煽動家の意を候せざるに在り。是小生一己の私言に非ず、李國の有名なる學師輩と談ずる毎に、我日本の現情に及べば、皆衆口同音に此言を以て忠告せり。(中略)

今日李國の富國強兵以て國民の安寧幸福を維持且増殖する所以の者、決して自由民権の種子より生じ来るに非ず、是皆先王の遺法遺徳の余光にして、苟も然る者に非るなりと。此論政治學術上の議に非ずと雖、又眞然なり

と思はざるを得ざることを、事物に触れて、感ずること之あり。斯く謂も各國固より其固有の形行きと、遭遇する時勢との差別ありて、彼を以て是に移す可からざる論を俟たずと雖、其精神に至ては之を我國に推すも、決して理に悖らざる者ありと信ず。小生西來僅に三月余、學ぶ所知れた者と云も、幸に良師に逢ふことを得て、邦國の組織より政治學の要領及び憲法公法の解釈等を聞くを得て、独逸學者の説く所の民権の各種、其幅員廣狭の度合等、英佛學者の主眼とする所と異なる者あるを発見すること屈指に遑あらず。」(『伊藤博文傳』中卷三〇二—三〇四頁)

そして、将来憲法を採用し、國會を開く前に「地方の組織、府縣會の権限、選挙の方法等多少増損改定せざるを得ざる者あるべし。」として自治制度に関する自説を述べ、山田からの伊藤宛書簡の中で言及された「政社」につき意見を開陳するにつき、英仏の「パリアメンタル・ガブルメント」にも触れ、さらにロエスレルの「自由に傾斜せること」も指摘して、曰く、

「吾國の憲法には、政社は法を以て制限し、且時に於て之を中止することを書載せたり。此法と云は警察法にして、勿論充分に立入り之を監督することを得るなり。政党は議會あれば自から現るゝ者なれども、今日我國の現状の如き者には非ず。我國の現状は政党に非ずして徒党を結び、衆力を以て君主権を削弱又は破却せんとするの意を含蓄する者なり。之を明言すれば反逆党の外に出でず。英佛にて政党の國會に於て多数を占めたる者の領袖政權を掌握す。之を称してパリアメンタルガブルメントと云。独逸は決して如斯者にては無之、純然たる立君國なり。國會の衆寡に依り、政府の根軸を動揺することなし。独逸學者の主とする所は、君主國は君権を明瞭完



全するに在り。此権の完全ならざる者は、其名君主國と雖、協和主義を混同する者にして、理に悖ること少なからずと為せり。故に憲法を立て國會を開くも、君権を分割するに非ず、君主は憲法の上に在りと云。李國の憲法の箇條上文の意と齟齬する者往々之ありと雖、是れ千八百五十一年頃の形勢より来る者にして、邦國組織學の眞理と合せざる者なり。ロエスレルの説は自由に傾斜せることを往々發見せり。此人李國の政治に反対家なり。」(同・中卷三〇四―三〇五頁)

これに続けて、シュタイン招聘につき言及して、曰く、

「小生此便井上外務卿えの書中に、澳國の學師スタイン氏を我國に聘し度きことを勸告せり。若し現今の弊を矯め、將來の爲め良結果を得ること疑なしと信ず。然し當今現に維納府の大學の教官にして、随分榮地にあれば、相當の待遇を要すること論を俟たず。」(同・中卷三〇五―三〇六頁)

ここにもシュタインに対する伊藤の並々ならぬ傾倒が窺われる。このうち外務卿井上馨に数度にわたって「スタイン備入」を懇懇する書簡を送付するが、周知のようにシュタインは老齡を理由に招聘を固辞することになる。

さて、伊藤の独塊における憲法調査にあつてはベルリンでのグナイスト、モッセの憲法学講義とウィーンでのシュタインの講話が最も重要な位置を占め、それらに最も多くの時間が費やされた。近代法学についてほとんど素養がなかつたとみられる伊藤が、そこでの研究により、議會制度も設置するものの、政党内閣はこれを排し、いわば超然内閣主義を志向する方向へ傾いていったのであり、岩倉―井上毅流の天皇制の概念枠組に親近性を示すことに

なつたのである。

なお、シユタインより英語で行われた憲法講義は、伊東巳代治がそのまま筆記したのち和訳され、「大博士斯丁氏講義」として今日に伝えられているが、この他にも、シユタインの講義をウィーンに聴きに來た黒田清隆、海江田信義、小松宮彰仁親王、陸奥宗光、藤波言忠らに爲した講義の筆記録、あるいは谷干城の「洋行日記」も存し、当時の政府の主要な人物とシユタインの交流の概要をかなり具体的に、我々は知ることができる。ただ、伊藤の調査研究は、前記の九人の少壮官僚たちの協力のもとに行われたと推測されるが、彼らの協力と研究調査活動の内容を伝える史料として今日まで遺されているものは見当たらず、その内容は、不明のままである。この点の解明が、課題として残されてきたと言えよう。そして、この点は、本研究の課題でもある。

#### (四) 明治期日本における西歐法制への全面的転回―法の継受と法学の継受をめぐって―

##### (i) フランス法の模倣

ところで、日本が、明治維新後それまでの自国の伝統を切断して、全く西歐法に関する知識がなかったわけではないが、それらは断片的なものに過ぎず、ほとんど無縁、無関係とすら言える西歐の法制度を全面的に継受することを断行した背景には、いろいろな動機が存在していた。すなわち、近代化への強い国民的希求もさることながら、明治政府の指導者たちの西洋法への全面的転回を決断させた決定的な動機は、前述のように政治的目標の達成という点に在り、西洋法への希求は、不平等条約の撤廃という特定の政治的目的の達成のための手段として構想されたというのが定説とされ、この点が一つの特徴を形成している。加えて、三カ月章教授が指摘されたように、こうし

た動向に主導的な役割を果たしたのが、法律家ではなくて、むしろそのような政治的目標の達成に己れの政治的生命を賭けた政治家であったこと(すなわち法律家の不存在)も、特徴の一つとして挙げる<sup>(24)</sup>ことができる。また、そもそも西洋法についてほとんど知識も経験もなかった日本人には、このような西洋法制の導入という仕事を遂行する能力はなく、そのために多くの法律顧問としての外国人(お雇い外国人)が動員され、その協力が求められたのは必然的な成り行きであった。

さらに学ぶべき西洋法、すなわち、「泰西の法」としての英米法、ドイツ法、フランス法の差異は、当初明確には認識されないまま推移するが、やがて、判例法主義をとるイギリス法(アメリカ法)、法典法主義をとる大陸法たるドイツ法、フランス法の区別が自覚され、伝統の欠如する日本に移入すべき法として、その国の伝統と極めて緊密に結び付いている判例法主義が切り捨てられ、大陸型の法典法国の体制を模倣しつつ近代法制を整備していく方向が選り取られていく。すなわち、明治初年においては、大陸法のとる法典主義か英米法のとる判例法主義かという選択問題があり、前者を選択した段階で、今度は法典の最先進国であるフランス法と未整備のドイツ法との間で選択が行われることになる。

この時点において世界の法典法の大勢において先進性を誇っていたのはフランス法であり、そこで法典法主義の西洋法制として日本が学ぶべき対象としてフランス法が選択されたのは当然で、明治新政府の西洋法導入の過程の中で、当初フランス法の優位が圧倒的な形で見られ、かくて一八七三年フランスのパリ大学の正教授であったポアソナード(Boissonadé)が法律顧問として招聘されたことは周知のところである。彼の立法活動は、先ず刑事法の領域に注がれ、その成果は一八八〇(明治一三)年公布、一八八二(明治一五)年施行の旧刑法や治罪法に結実し、さらに続いて民法典(いわゆる旧民法)の編纂にかれの渾身の努力が傾注されるが、有名な法典論争の結果、一八

九二（明治二五）年の第三回帝國議會での施行無期延期議決により、結局施行されないまま廃止の運命を辿つたのである。なお、ボアソナードには、明治八（一八七五）年に司法卿より日本憲法草案の起草を命じられ、同草案を提出したとされ、梧陰文庫所収の「ボアソナード答議（二）」（明治一四年一月一四日付）の中でも「蓋シ、曩二千八百七拾五年、請ニ依リ起草シタル所ノ憲法草案按ニ於テモ、予巳ニ之ガ確証ヲ与ヘタリキ」と述べられており、当時彼が憲法草案起草に関わつたことは間違いないところであるが、今のところ、ボアソナードの起草した憲法草案そのものは発見されていないようである。<sup>25</sup>ただ、ボアソナードの手になる憲法関係の史料（和文）として「憲法備考」なるものの存在が知られており、この史料に関する研究が近時進められていることに注目しておきたい。<sup>26</sup>

## （ii）ドイツ法への転換

が、こうしたフランス法への傾倒は長くは続かず、そのときの政治情勢により、明治初期に圧倒的な影響を日本に対して及ぼしていたフランス法の優位が動揺し、その移入が断念され、これに代わってドイツ法が日本の学べべき模範としてクローズアップされてくることになる。このような方向転換を惹起したのが、明治一〇年代の中期から激しくなつて来る国会開設、憲法制定の要求運動に対応して、先ず憲法を制定するというのが政治課題とされたという政治情勢である。この事業の準備調査のため、前記伊藤博文の欧州憲法調査が行われたわけである。この場合、明治国家の体質と深い共通性を持ち、将来その体制を維持するのが適当と判断されたのは、当時の共和制フランスではなくて、ヨーロッパの中でも比較的後進的な立場に立っていたドイツ諸邦、とりわけその覇者プロイセンであり、それが天皇制を中核に据えつつ、国民の人民主権の要求を抑え込むような国家体制の範型とされたのである。すなわち、このようなドイツ法への転換（鞍替え）は、一つには天皇制国家に適合した法体制の模索の結果

であり、また転換の第二の要因として、明治初年の時点では考慮の対象外に置かれたドイツ法が、プロイセンの主導によるドイツ統一に伴い、新しいドイツの法典編纂の動きが一八七七(明治一〇)年に各種の司法法規を中心とする帝国統一法として結実し、ナポレオン時代に形成されたフランスの諸法典に対して、その法としての斬新さをアピールしていたこと、そして第三にプロイセンとフランスの戦争が前者の勝利のうちに終結したことによるドイツの軍事的、政治的、文化的進出(フランスの退潮とドイツの興隆)を、挙げる事ができる。ドイツと少なからず相通った状況で近代国家への脱却を企図していた日本、特に明治政府の指導者たちの心情に訴えかけるものであったことは想像に難くない。<sup>(27)</sup> 結局、明治憲法はプロイセン憲法に範をとって制定されることになるが、国の基本法たる憲法のあり方がプロイセン(ドイツ)型に決定された以上、その下における日本の法制が全面的にドイツ法への傾斜を強く示していくことになるのは当然で、ドイツ法への転回は半ば必然的な現象と言え、明治憲法の制定は、フランス法の優越からドイツ法の優越への転回の契機となった。

因みに、前記明治期の法典論争の後、新たな民法典の編纂に当たった三人の法学者のひとり、穂積陳重はポアンナードと異なり、反自然法論の立場にたち、また、ある意味で法社会学の父であり、実証主義、科学主義の側面を有していたことが指摘されているが、一面反動的な面も合わせ持っていたことも新たに指摘されている。すなわち、彼は、法思想を大きく三つのもの、「国家中心」「社会中心」「主権者の意思中心」の三つに分類し、イギリスの法理論は主権者の意思中心、フランスの法理論は社会中心としていずれもこれを排し、ドイツが国家中心の法思想をとっているとして、日本はその思想を採り入れるべき旨を主張している。フランス法の基調をなす「社会なる観念」が「我が國体」に適しない法理であることも述べ、このような穂積の思想は「当時の日本の学者のある種のアンビヴァレントな性格を示している」といわれる。<sup>(28)</sup> ドイツ法の優越は、民法典の起草者である当時の有力な民法学者で

ある穂積陳重、富井政章をして当時のフランス法学をあまり評価させず、ドイツ法学を高く評価させることとなつたのである。

### (iii) 法の継受と法学の継受（法律継受と学説継受）について

前記三カ月章教授は、日本における西洋法移植の特徴として以下の三点を指摘されている。<sup>(29)</sup> すなわち、第一に模倣と遍歴、日本の法は、フランス法、ドイツ法、アメリカ法という具合に、その模倣する対象をままぐるしく変更しているということである。第二に異なる法制の重層的集積、日本における西洋法の継受が、法の外にある政治情勢の産物として変転することに迫られたという事態は、法の摂取にあつた方向転換が必ずしも徹底的ではなく、転換以前のそれぞれの法の伝統の温存がはかられており、そこに異なる法系の思想の併存を看取することができる。日本法の基層にフランス法、中層にドイツ法、そして上層にはアメリカ法といった具合で、日本の法律制度は、世界の法系を三分する存在を時を異にして次々と遍歴し、これら世界の法の代表ともいふべき複数の法の特徴を重層的に保持しているのである。<sup>(30)</sup> 第三に法の「規範」の面とそれを動かす「機構・手続」の面とその機構・手続を動かす人間的「主体」の面の不均衡、新興国日本が西洋法の諸要素を移入するにあつては、最も容易なところから、また最も見栄えのするところから手がつけられ、つまり一「規範」、二「機構・手続」、三「主体」（手続を運用する人間の養成）の順に手がつけられ、結果的には極めて特徴的な不均衡が看られたということである。この点の具体的な論証が今日の課題として提示されていると言えるであろう。

さて、明治期に法制の面でドイツ法への転回、その優勢が見られたわけであるが、プロイセン憲法に範をとつた明治憲法の制定以降、法典論争の結果として生まれた民法典、続いて商法典、刑法典、刑事訴訟法典等も次々と制

定されるが、それらはいずれもドイツ法を範として為されたもので、ここにいわゆる「六法」のすべての領域においてドイツ型の法典を持つこととなった。そして、ドイツ法の影響は法制の面において非常に大きく見られただけでなく、法学のあり方や法律研究の方法についても、ドイツ法学の決定的影響が存したことも夙に指摘されているところである。

例えば、「日本の民法学は、日本民法典に則して検討や説明を進めるのではなくて、フランスに由来する規定や制度をドイツ法やドイツ法学的に説明し、体系化してしまつたものがあるために、条文との関連がはつきりしなくなつてゐるものがあります。」と指摘されることがある。<sup>(31)</sup> このような指摘は、前記の日本法の重層性を如実に物語るものであると同時に、当時のドイツ法学あるいはドイツの学説の継受の問題への関心を惹起してくれるものである。

ここに「法の継受と法学の継受」の問題がよこたわつてゐる。継受が単に法規範や法制度の受け入れにとどまらず、法文化の転換の一過程として捉えられるという視座に立つならば、<sup>(32)</sup> 法典や法律の継受でなく、法学の継受や学説の継受も非常に重要な意義を帯びてくることになる。特に、ドイツ法が本質的に「学説法」であり、ドイツにおける法学とは、法律理論が法典にさえ優越する地位と権威を有するとするサヴィニー以来の考え方（学説の実務に対する優位）が、当時の日本の法学者にとつてそのアイデンティティを確立するために有益だったので模倣されたのではないかとの指摘に接するとき、この「学説継受」という概念の意味を認識することの重要性が一層増すと考えられる。さらに、このことは「法における土着と外来」（継受法と在来法の二重構造）という問題、法律は欧米から継受したが「法」は継受したのか、「法律の継受」と「法」の継受とは一応分けて考えるべきではないか、継受された「日本法」が、日本の社会にどれほど根付いてきたか、日本の社会には継受された法律と違つた土着の法、いわゆる「生きた法」はないだろうか、もしあるとしたら、それが継受された法律を拒絶しているのか、変容させてい

るのか、という問題<sup>(34)</sup>、また、「継受された法と在来の法意識の二重構造」という図式の認識の問題、書かれた法と生きた法との間のギャップの問題とは別に、継受された法典によって在来の法意識が変容するという動的な過程に注目する必要性は、かなり以前から意識されてきたものであるが、近時においては、「学識法(大学で教えられる法や裁判所で適用される法)」と民衆法(取引界で行われる法や日常生活で行われる法)の二重構造の問題にも目を向けるべき旨が説かれている<sup>(35)</sup>。そこでは、「法における『地域的なもの』に着目すると同時に、『普遍的なるもの』を見失わないということ」の重要性が強調され、「外来のものは、外来(舶来品)であるというだけで価値があるわけではないし、それが直ちにわれわれの生活に根付くという保証もない」し、「逆に外来のものは必ず『借り物』にとどまるというわけでもない。」という認識が提示されている。西欧伝来の憲法典を日本という東洋(極東)の島国に移植し、根付かせるという試みは、風土にあわせた変容を被りながら、どの程度まで成功したのであろうか。このような問題意識に立った検討の必要性も認識しておくことが重要である。

ところで、前述のように、日本の外国法継受はいわゆる「選択的継受」であつたといわれる。つまり、ある特定の国の法典を包括的に継受するのではなく、法の分野毎に(場合によっては条文毎に)日本の実状に見合った立法例が選び取られていったのである。先に明治憲法制定後の明治、大正期におけるドイツ法学の圧倒的な影響につき言及したが、当時の法学者の大部分が圧倒的にドイツ法学に傾倒した理由の一つとして、法学こそが法をめぐらるる営みのうちでも最も枢要なものであつて、法実務に対してのみならず法典や法律に対してさえも法学は優位に立つという、特殊ドイツ的な法学の自己理解が挙げられていた。そして、このようなドイツ法学は、当時の日本の法学者たちにとって、自らの存在意義を弁証してくれる最良の模範であつたというわけである<sup>(36)</sup>。また、一八七一年のドイツの統一の完成後、憲法をはじめとする公法の諸法源(並びに私法の諸法源)が制定されると、公法学に



とってドイツ帝国の実定法こそが考察の出発点となり、ラーバント (Paul Laband) をはじめとする公法学者たちの主要な任務は、既存の理論的・概念的枠組をもって実定法を分析し、整理し、体系化することとされたが、このようなドイツ法学のあり方を日本の法学がその成立期に自らの手本とし、この意味でのドイツ法学の「継受」の顕著な例が、まさに明治憲法下の憲法学において見出されるとの理解が示されている。この理解に依ると、当時の憲法学がドイツの文献に頼ったのは、単に憲法典がプロイセン憲法を範として制定されたからではなく、明治憲法の条文は当時最も反動的な憲法と評されていたプロイセン憲法よりも一段と国権主義的であったから、プロイセン憲法の解釈が常に明治憲法の解釈に直接役立つとは限らず、明治憲法制定後、日本の法学者たちは、むしろ憲法学として何を論ずべきか、という学問のパラダイムそのものをドイツの学問から輸入したのであり、したがって、ドイツの実定法を扱ったラーバントの著作ではなくて、むしろゲオルク・マイヤー (Georg Meyer) やイエリネック (Georg Jellinek) などの、多かれ少なかれ理論的な著作の方が我国の憲法学者たちに好まれたのは当然の事態であったということになる。<sup>(37)</sup> ここで要求されたのは、実定法の解釈学ではなくて、いわば憲法の理論枠組、理論的基礎、すなわち国法学 (Allgemeine Staatsrechtslehre) であったわけである。けれども、明治憲法の起草を担った政府当局者が明治国家建設の「準拠理論」、あるいは統治構造を支える「知的源泉」として選び取ったのは、あくまでも「体制の学」としてのドイツ国家学であり、その理論は、いわばブルンチュリ (Johann Caspar Bluntschli) やヘルマン・シュルツェ (Hermann Schulze) の憲法理論ないし国法学理論の考え方に近く、ラーバント、ゲオルク・マイヤー、イエリネックのそれとは隔たったものであったと言える。伊藤博文らが学んだシュタイン国家学は、まさにこのドイツ国家学の系譜に属する理論であった。しかも、これらいわゆる「国法学の『国家学的』方法」の立場は、本国ドイツにあつては、次第に実証主義的公法学の標榜する「法学的方法」の立場の優勢に伴って駆逐されていく運命を担う

ことになる。<sup>(38)</sup> 因みに、穂積陳重の弟で帝国大学法科大学教授として憲法講座担当者となる穂積八束は、明治二二年二月ドイツ留学から帰国するが、井上毅の推奨にもかかわらずシュルツェには師事せず、四年半の留学期間のうち三年をシュトラスブルクのラーバントのもとで過ごし、彼の影響を受けて帰国してきたため、井上毅は、そのことを理由に『憲法義解』共同審査会のメンバーから穂積八束を外している。<sup>(39)</sup> この時、審査会のメンバーとして、金子堅太郎を除く憲法草案起草関係者のほかに、穂積陳重、富井政章、末岡精一の各帝国大学教授、大蔵参事官阪谷芳郎ら選ばれている。<sup>(41)</sup> また、他方において、美濃部達吉の憲法學理論にあつては（たとえば、同『逐条憲法精義』（一九二七）六〇九頁等参照）、ドイツにおける學說動向を反映して、もはやグナイストやシュタインの國家學は關心の対象外にあり、ラーバント、イエリネックの憲法學說への傾倒が如実に見られ、顯著な対照を示している。<sup>(42)</sup>

本稿は、以上のような「學說継受」という問題意識を念頭に置きつつ、明治・大正期のドイツ法學の隆盛という事態をも視野に収めて、伊藤博文の憲法調査における随員たちの活動内容等、今日まで必ずしも充分に解明されていない部分についても、検討を加え、日本における西洋法継受の鳥瞰図を得ることを当面の課題とするものである。

## 註

(1) ヨーゼフ・ピタウ著、内田文昭訳・日本立憲國家の成立（一九六七）山崎將文「ローレンツ・フォン・シュタインの社會王制と明治憲法の制定（二・完）」久留米大學法學第一三三號（一九九二）八三頁所引による。

(2) ペーター・パンツァー著、竹内精一、芹沢ユリア訳・日本オーストリア關係史（一九八四）、パンツァー、ユリア・クレイ著、佐久間穆訳・ウィーンの日本（一九九〇）、前掲山崎將文論文八五頁所引による。

- (3) 芳賀徹・岩倉使節団の西洋見聞―『米欧回覧実記』を読む(一九九〇、日本放送出版協会)。
- (4) 「現在からみればほとんど狂気の沙汰であろう」との指摘も存する。西川長夫「序 日本型国民国家の形成―比較史的観点から―」西川・松宮編・暮末・明治期の国民国家形成と文化変容(一九九五)二五頁参照。
- (5) 坂野潤治・日本政治史―明治・大正・戦前昭和―(一九九三、放送大学教材)三〇―三二頁、また、関口栄一「岩倉使節団の成立と大蔵省―留守政府と大蔵省―」法学第四三巻第四号(一九八〇)も参照。
- (6) その経緯については、前掲関口栄一論文に詳しい。
- (7) 泉三郎・明治四年のアンバツサドル―岩倉使節団文明開化の旅(日本経済新聞社、一九八四)
- (8) 前掲西川長夫論文二五頁参照。
- (9) 坂野潤治・前掲書七四頁参照。
- (10) 伊藤博文関係文書研究会編『伊藤博文関係文書』第一巻(一九七三)一六四頁参照。
- (11) 岩倉具視は、既に同年七月に「大綱領」「綱領」「意見」(その実質的起草者は井上毅)を政府に提出し、漸進的には先ずプロシヤ流の大権内閣制より立憲制に移行するとの見解を表明していた。
- (12) 坂野潤治・前掲書七〇頁参照。
- (13) 江藤淳・明治を創った人々(一九九二、日本放送出版協会)五八頁参照。
- (14) ジョージ・アキタ著、荒井孝太郎、坂野潤治訳「明治立憲政と伊藤博文(一九七二)一一七頁以下参照。ここでは、憲法に加えられると予想される攻撃をかわすに必要な理論的武器を身に付けること、伊藤の名声に対する異常な自信と情熱が、伊藤の欧州滞在の動機として挙げられている。また、大石眞・日本憲法史(一九九五)七六頁以下参照。
- (15) 坂野潤治・前掲書七四―七五頁参照。
- (16) 周知のように、グナイストの講義が実際に存したかについては、これを疑問とする見解がある。稲田正次「明治憲法成立史・上」巻(一九六二)五七〇頁参照。また、大石眞・日本憲法史の周辺(一九九五)五頁参照。

- (17) 早島瑛「ローレンツ・フォン・シュタインと明治憲法の制定」関西学院大学商学論究第二七卷第一・二・三・四号合併号（一九八〇）六二七頁参照。
- (18) 吉野作造「スタイン・グナリストと伊藤博文」改造第一五卷第二号（一九三三）七五頁参照、同選集第一一卷「開国と明治文化」三五〇頁に収録。さらに、大石眞・前掲書日本憲法史七八頁参照。
- (19) なお、前掲山崎将文論文八五―八六頁は、既に講義を受ける九年前に伊藤は、シュタインに心酔していたのだから、シュタインを伊藤一行に紹介したのは誰かという疑問自体は無意味であるし、それはせいぜい直接にシュタインとコンタクトをとったのは誰かという疑問に置き換えられるべきであろうと述べる。
- (20) 江藤淳・前掲書五九頁参照。
- (21) 前掲山崎将文論文六六頁参照。
- (22) 前掲早島瑛論文六二七―六二八頁参照。
- (23) 坂野潤治・前掲書七八―七九頁は、伊藤がドイツとオーストリアでの勉強の結果、彼が明治一四年政変当時よりも明らかに保守化し、ドイツでの見聞から従来の、やや自由派よりの態度を反省し、滞欧中の伊藤の憲法観は、相当に井上毅の天皇大権主義に近づいたようであると指摘している。
- (24) 三ヶ月章・日本人と法（一九八四、日本放送出版協会）五三―五五頁参照、同・法学入門（一九八二）五六以下参照。
- (25) 大久保泰甫・日本近代法の父・ボアソナード（一九七七、岩波新書）九二頁参照。
- (26) 井田進也「立法者」中江兆民」同・中江兆民のフランス（一九八七）所収、矢野祐子「ボアソナードの憲法構想―小田切本」憲法備考」を手がかりにして―」法制史研究四四（一九九四）四三頁以下参照。
- (27) 三ヶ月章・前掲書五七―五八頁参照。
- (28) 星野英一「日本民法学の出発点―民法典の起草者たち―」東京大学公開講座・明治・大正の学者たち（一九七八）一九七頁以下、同・民法論集第五卷（一九八六）一六〇頁以下参照。

- (29) 三ヶ月章・前掲書六〇―六一頁参照。
- (30) この点に関連して、海老原明夫教授は、「ドイツ・フランス・英米の法学は、実は相互に隔絶しているわけではなくて、相互に学びあい、影響を与えあっている。……したがって西洋法学の『継受』研究にあたっては、一国だけに視野を限定することなく、西洋諸国の法学相互間の関係も充分に考慮に入れなければならないのである。」と指摘する。同「ドイツ法学継受史余滴・法の継受と法学の継受……その三」ジュリスト九九九号（一九九二）九頁参照。
- (31) 星野英一「日本民法典・民法学におけるポアソナードの遺したもの」比較法史研究？（一九九三）三八二頁参照。
- (32) 石部雅亮・笹倉秀夫・法の歴史と思想（一九九五、放送大学教材）六〇頁参照。
- (33) 海老原明夫「ドイツ法学継受史余滴・法の継受と法学の継受……その二」ジュリスト九九七号（一九九二）八頁、星野英一・前掲論文三九二頁参照。
- (34) 星野英一・前掲論文三八三、三九五頁参照。
- (35) 大村敦志「開発法学の可能性―日本民法典二〇〇年を振りかえって―書齋の窓（有斐閣）一九九七年一・二月号五四頁参照。
- (36) 海老原明夫・前掲論文「その二」八頁参照。
- (37) 海老原明夫・前掲論文「その三」八一―九頁参照。
- (38) 瀧井一博「ローレンツ・フォン・シュタインにおけるドイツ国家学の形成（一）」法学論叢第一三三巻第一号（一九九三）四三頁、同論文「二・完」同誌第一三三巻第五号一〇二頁参照、さらに、海老原明夫「ドイツ国法学の『国家学的方法』について」『国家学会百年記念 国家と市民』第一巻（一九八七）三五三頁以下、栗城壽夫「ヘルマン・シュルツェの憲法理論」梧陰文庫研究会編・明治国家と井上毅（一九九二）六四七頁以下参照。
- (39) 長尾龍一・日本憲法思想史（一九九六）四二頁参照。
- (40) 稲田正次・明治憲法成立史・下巻（一九六二）八八二―八八三頁参照。
- (41) 憲法義解（岩波文庫）「改題」（宮沢俊義）一八〇頁参照。

(42) 長尾龍一・前掲書一八〇頁註(4) 参照。