

日本近代国制の生成と展開

——明治憲法下における調停制度を素材として——

4 4 2 0 0 0 0 0 5 雨 倉 敏 廣

はじめに——「憲法」と「国制」

本論文は、調停制度という日本独自の紛争解決制度の成立過程を通して、日本近代国家の構造並びに原理を憲法史の中に位置付けることを意図する。ここでテーマとして取り扱う「国制」とは、独語の*Verfassung*（英、仏語では*constitution*）の邦訳語である。この言葉は従来、「憲法」と訳されてきたが、ここでは本来の意味に従い、憲法典を初めとする国家諸制度、諸原理を含む国家の根本構造という観念に用いる。

このような「国制」の観念を用いる理由は、我が国近代国家（明治国家）が、伝統的共同体構造及び原理を包含する「立憲国家」として成立したためであり、それゆえ、従来のような憲法典成立過程の研究のみでは、その全体像を十分明らかにすることが出来ないからである。よって以下、この「国制」という枠組において、調停制度を素材として用いながら、我が国近代国家構造の解明を試みる。

第1章 西欧近代法の導入——日本近代国制の生成

第1節 明治憲法体制の成立

1868年（明治元年）五箇条の誓文以降、憲法制定をめぐる様々な動きがあった。1881年（明治14年）、大隈重信の失脚によりイギリス流議院内閣制への流れは消え、伊藤博文を中心として、官僚の井上毅らと共にプロシア流の憲法構想に沿って制定作業が進められ、1889年（明治22年）、明治憲法が制定された。この憲法は、天皇を統治権の主体とする立憲君主制憲法であった。だが同時に伊藤は、天皇の大権行使にできる限り立憲的制限を付するよう努めた。伊藤の努力は憲法施行後も続き、1892年（明治25年）第2次伊藤内閣成立の際、伊藤は天皇に対し「万事御委任あらせられたし」と述べ、天皇の了承を取り付けた。このようにして伊藤は、立憲政治運用面でも天皇の影響力を排除することに努めた。

ところが翌1893年（明治26年）、第4議会で建艦費予算案が否決され、立憲政治は早くも危機に陥った。この時伊藤は、天皇から「和衷協同の詔書」を得て政府と議会とを和解させた。だが、この「高次の調停」による解決方法は憲法の条規には無かった。伊藤はその根拠を「立憲君主」ではなく、「万民ノ父母」たる天皇の地位に求めた。この立憲制と矛盾する解決方法は、初期立憲政治の未成熟性のゆえとも見得る。だが、そうではなく、

このことは明治国家構造そのものに直結する事柄である。この点を明らかにするために、明治国家構造下で成立した調停制度を検討する。まず、民法の制定経緯から見ていく。

## 第2節 西欧近代法の継受と教育勅語の制定

民法については当初、江藤新平によりフランス民法の導入が図られ、次いで明治10年代以降はフランス人法律顧問ポアソナードを中心に法典化され、制定された。法典には一定程度我が国固有の家族制度が考慮はされていた。しかし、それでもなお我が国の家族制度を破壊するとの理由で論争となり、遂に法典は再編纂を余儀なくされた。だが、ドイツ民法も加味して再編纂された修正案もまた同様に、我が国の家族主義を破壊するものとして反対を受けた。しかしながら、不平等条約改正の圧力の下で修正案は原案どおり成立した。

反対派の危惧は、「妻が子を訴へ、子が父を訴へることが出来る」（石井省一郎）ような権利義務に基づく法律は、徳義により成り立つ日本の家族制度を破壊するというものであった。この問題は、親子関係を基調とする我が国「継承」家族構造（中根千枝）及び伝統的共同体原理を、夫婦関係を基調とする契約家族構造及び近代法原理（権利）で規定することから生じる確執に他ならない。しかしながら、このような危機ははまだ潜在的であったこともあって、反対派はやむを得ず「教育の方面で善く始末をつけ」る（石井）こととした。その結果、1890年（明治23年）、教育勅語が制定された。

## 第3節 伊藤の「郷党的社会」論と明治前期の調停制度——勸解

伊藤はそもそも、情義、徳義という伝統的共同体原理の基盤となる「郷党的社会」の存在が憲法にとって極めて重要であると考えた。だが、この「郷党的社会」には善悪両面がある。「互に相憐み、相救ふ」という「温情ある関係」は、社会における「衝突、軋轢を調和」する点で好ましい。しかし、「情義に殉へて自由討論を押し去る」傾向は、立憲政治にとって欠点となる。それゆえ、その善方面は伸ばし、悪方面は抑えることが肝要とした。この使い分けの問題が、先に述べたような立憲制の危機に際し伊藤がとった「立憲君主」と「万民ノ父母」との使い分けに関連する。問題は、そのような使い分けは、「立憲主義」という近代憲法構造、原理と、「徳義」ある「郷党的社会」という伝統的共同体構造、原理との単なる「矛盾」の所産に過ぎないのか、それとも両者の「融合」（統合）なのか、である。

もっとも当初の司法制度は、地方自治制度などとは異なり、「郷党的社会」とは断絶して形成された。勸解も、従前の「郷党的社会」に基礎を置く内済とは異なり、フランスのconciliationをモデルとする。勸解は、1891年（明治24年）の民事訴訟法施行によって廃

止されたが、「郷党的社会」との断絶は、ここでも基本的には変わらなかった。調停は、いまだ健在な「郷党的社会」に委ねれば良いという趣旨であった。

## 第2章 日本型調停制度構想の出現——伝統的共同体原理の再重視

### 第1節 伝統的共同体原理の危機——臨時教育会議の開催

大正期に入り、「郷党的社会」は弱体化の一途をたどった。その危機に直面して、政府は1917年（大正6年）、内閣直属の臨時教育会議を設置した。会議では、教育と法律との齟齬が指摘され、その結果「我国固有ノ淳風美俗」に沿わない法律制度の改正が建議された。かくして、もはや「教育の方面で善く始末をつけ」ることの限界が認識された。

### 第2節 臨時法制審議会における家事審判所構想の登場——「二元的」構造の模索

臨時教育会議建議を受けて政府は1919年（大正8年）、臨時法制審議会を設置した。開始に当たり審議会は、審議の対象を民法の改正に絞った。その改正方針は、教育勅語に定められた徳義にかなう改正を目指すとするものであった。ここにおいて徳義（伝統的共同体原理）は、立法（解釈）原理となった。この原理に基づき、徳義の維持に不可欠な「一家仲善」き我が国伝統的「継承」家族と民法との整合性が検討されることとなった。

審議においては当初、問題の元凶である権利を家庭から排除すべきだという意見が出された。家族関係は法（権利）ではなく、徳義によって規律されるものであるというのが、その理由であった。だが、近代化を推し進めてきた我が国にとっては、たとえ「一家ノ平和」（富井政章）を害することになったとしても、もはや近代法原理を民法から排除することは困難であった。とは言え、せめて、家庭の法律紛争に対し親族が訴えを起こし、それを公開法廷で争うようなことは回避されるべきものと考えられた。

その際、従来の中調停や親族会のような共同体内の自治的紛争解決手段の活用も模索された。だが、「郷党的社会」の弱体化により、かかる自治的紛争解決手段の活用自体、無理なことであった。そこから浮上してきたのが家事審判所構想であった。この構想は、判事によって組織される裁判所とは別に、地域有力者等で構成される調停委員会という擬似共同体組織を設け、道義、温情（伝統的共同体原理）に基づいて争いを解決することを意図するものである。つまり、当初この構想は、「司法裁判所ノ縁故ヲ断ツ」（岡野敬次郎）「二元的」存在として立ち上げられた。だが、そうになると、この構想は直ちに、法規に基づく訴訟の結論との間で相違を生じた場合どうするのかという難問に逢着する。しかしながら、そのような矛盾は「已ムヲ得サルコトト覚悟」（岡野）すべきものと考えられた。つまるところ当初この構想は、「立憲国家」からは矛盾する制度として捉えられた。

### 第3節 借地借家調停法の制定——「二元」から統合へ

借地借家法の制定に伴い、1922年（大正11年）、借地借家調停法が制定された。この制度は、家事審判所構想を先取りするものであった。しかしながら、この制度は、先の家事審判所構想とは異なり、「裁判所ト合体シテ居ル所ノ調停機関」（江木翼）として成立した。調停委員会は、「法律ニ明ルイ人」と「土地ノ事情ニ精シイ人」との混成（山内確三郎）という方針で、判事、弁護士及び素人の知識経験者で構成された。ここにおいて司法制度に擬似「郷党的社会」が組み込まれた。このことは、すなわち、近代法構造、原理と伝統的共同体構造、原理との統合の兆しを意味する。この制度は大きな成果を収めた。

## 第3章 日本型調停制度の確立——擬似「郷党的社会」の制度的統合化

### 第1節 近代法上の家族における伝統的家族構造及び原理の統合化とその評価

審議会の民法改正要綱審議では、特に庶子の入家、婚姻の同意、離婚の原因及び戸主の死亡による家督相続の問題をめぐって激しい議論が展開された。その結果前三点では、近代民法における夫婦中心の契約構造を基本的に維持した上で、孝悌や相和という「縦ノ関係」（鶴澤総明）に基づく我が国固有の伝統的共同体原理の維持が図られた。後一点では逆に、相続財産の親子「継承」という「縦ノ関係」に基づく伝統的家族構造維持を前提に、家督相続人以外の相続人に対し近代法原理である分配請求の「権利」導入が試みられた。審議会での、かかる近代法家族構造及び原理と伝統的家族構造及び原理との意識的統合化の目的は、「一家ノ平和」の維持にあった。そのために、契約・権利という近代法原理は、伝統的家族関係、共同体原理維持の手段と考えられた。

しかしながら、伝統的共同体原理そのものは、直接民法改正要綱上に明文をもって盛り込まれたのではなかった。伝統的共同体原理は直接にはなく、近代法原理である「公序良俗の原理」ないし「信義誠実の原理」を通して間接的に家族をめぐり権利・法律関係に適用され、これを「統制」（牧野英一）する。その結果、「一家ノ平和」が図られる。さらに上記の意図に基づいて、近代法原理を紛争解決の一応の基準としつつ伝統的共同体原理を最前面に押し出す形で両原理を統合し、もって円満に争いを解決するための根幹的制度として家事審判制度（調停制度）が位置付けられた。このようにして審議会審議は、かかる日本的法理と言うべき法理により、近代法構造、原理と伝統的共同体構造、原理との「二元」的構成から、両者の統合へと向かう形で収斂されていった。

### 第2節 家事審判法案の審議及び人事調停法の制定

借地借家調停制度の成功により、家事審判所の構成も同様に、判事と一般の調停委員、

参与員との調停委員会方式が採られることとなった。それは、もはや一種の「裁判所として」（堀内節）機能する機関であった。このことは、近代法構造、原理と伝統的共同体構造、原理との統合が、家事審判法案において結実したことを意味する。だが民法改正審議の遅れから、この家事審判法案も凍結状態となった。戦時下での1939年（昭和14年）、家庭に関する事件の調停のみ切り離す形で人事調停法が制定、施行された。

### 第3節 日本的法理の実現

1924年（大正13年）小作調停法、1926年（大正15年）商事調停法、1932年（昭和7年）金銭債務臨時調停法が相次いで制定、施行された。いずれも制度の基本は借地借家調停法に準拠していた。地方有力者等「共同体と協力をはかりつつ」（安達三季生）、紛争当事者間における継続的関係の「円満ナル持続」を図るために「必シモ法規ノ正条ニノミ準拠スルコト」をせず（江木翼）、道義と温情をもって「全法律の運用を統制」（牧野）する日本的法理がここに実現するに至った。

## 第4章 日本近代国制の回顧と展望——日本的法理と「共同体的」国家

### 第1節 明治国家の構造と原理——回顧

我が国の家族構造は、親子関係を中心とする「継承」家族である。この「縦ノ関係」による自然血縁的關係は、徳義的共同体原理に馴染む。これに対し民法で規定される家族は、夫婦中心の平等家族構造を採る。この他人である男女関係は、契約・権利という近代法原理に馴染む。この「情」と「理」という複合構造の矛盾、確執を調停制度を媒介して統合するのが日本的法理であった。そして明治国家もまた、「億兆の父母」と「赤子」という徳義的君民関係と、立憲君主と臣民という公法的権力関係との複合構造を採った。明治国家とは、「皇国」かつ「道義国家」（小野清一郎）を「ドイツ国法学」的「権力組織の形式」（美濃部達吉）でまとめあげたものであった。その上で伊藤は立憲的近代法構造、原理をできる限り憲法に反映させ、天皇の政治的影響力を極力排除しようとした。その反面、立憲政治の危機に際しては、伊藤は「万民ノ父母」たる天皇の徳義による「高次の調停」を求めて危機を乗り切ろうとした。かかる「調停」を媒介として、「平常時」の「立憲君主」と「非常時」の「民の父母」（八木秀次）、「情」と「理」の構造と原理を使い分けた明治国家体制は、日本的法理中の日本的法理そのものであったと言える。

### 第2節 日本近代国制のゆくえ

1945年（昭和20年）、我が国は敗戦を迎えた。GHQ主導の憲法改正により主権は天皇から国民に移った。そのことは「根本的変化」であり、一種の「革命」（宮沢俊義）と評

された。また、「個人の尊厳と両性の本質的平等」を基本理念とする教育基本法の制定とともに、従前、国家法原理とされた教育勅語も失効した。そして、民法も「夫婦と未婚の子で構成される」（堀内）家族制度に統一された。こうして明治天皇制国家はここに「崩壊」（梅溪昇）し、我が国はようやく前近代的要素を払拭するかに見えた。

しかしながら、戦後における一層の近代化にもかかわらず、我が国固有の法は「依然として存在している」（木下毅）。例えば、天皇は国民主権の下で象徴とされたが、これは天皇に対する国民の「憧れ」（金森徳次郎）として、天皇を日本古来の歴史に沿った「民の父母」の地位に純化するものと解された。近代法家族で統一されたはずの民法にも「継承」家族制度は残存し、また、調停制度も必ずしも「基本的な理念を変革する」改正とはならなかった（川島武宜）。かような固有法と近代法構造、原理との「大きなずれ」（木下）による確執と統合への試みは、現在も立法、判例を通して続いている。このことは、如何なる国家にも存在する「変化しにくい」「文化的同一性を基礎づける固有法の元形」（法観念ないし法意識）（木下）が無視できないことを示唆する。このような我が国における「法観念ないし法意識」は、「共同体秩序」と「心情」（「家族主義」及び「郷党社会」）（丸山真男）に基づいている。

かかる我が国の共同体に関しても、判例がしばしば法解釈において「共同体の支え」を示唆する（棚瀬孝雄）にもかかわらず、通例否定的に評価される。しかし近年、「権利というものの自由主義的な理解だけでは問題がうまく処理できないことも気づかれてきている」（棚瀬）。このように最近では、共同体の「『負の遺産』を強調するよりも、『正の遺産』を探求」（菊池理夫）する必要性を認める見解が有力となりつつある。そして、「今日、近代社会の限界や歪みが、環境問題・社会不安・犯罪・孤独や心の問題・少子高齢化等の形で噴出しているにも拘らず」、何ら「有効な対策が示せない」でいるのは、自由主義が「倫理性を政治の領域から排除する事から生じる、論理的な帰結」とされ、それゆえ「法が道徳的価値によって支えられ」ることを可能にする「全ての人々の『徳治』」が求められる（小林正弥）とされる。

こうした観点からみた時、「回復」されるべき「道徳的空間」と「政治的空間」（藤原保信）とが既に「調停」によって統合され、「法が道徳的価値によって支えられ」ていた「共同体的」立憲国家（尾藤正英）としての明治国制秩序の歴史経験は、戦前の「負の遺産」を除き去るならば、あまねく現代自由主義国家の抱える課題に対する「正の遺産」として、少なからぬ示唆を我々に与え続けることを可能とするものと思われる。（以上）