

# 明治期日本の商法典編纂

高田晴仁\*

## 1. はじめに——明治期の法典編纂

### (1) ナポレオン法典の「長い影」

日本語の「法典」の原語がフランス語の《Code》<sup>1</sup>であるように、日本人は明治の初期に先ずフランス諸法典を模範とした。その嚆矢は、箕作麟祥(1846-1897)がナポレオンの五大法典、すなわち「民法典」「商法典」「刑法典」「訴訟法典(民事訴訟法典)」「治罪法典(刑事訴訟法典)」を全訳して著した『仏蘭西法律書』(1874(明治7)年)である<sup>2</sup>。

この訳書は日本の指導者層・知識人層の脳裏に《法典=Code》の具体的なイメージを刷り込んだ<sup>3</sup>。日本の知識人にとって、法典は単なる法律の編成物ではなく、国民の権利義務を規律し、国民を統合する近代国家の輝かしいシンボルとなった。実際に司法卿・江藤新平(1834-1874)は、箕作らに命じてフランス民法典の模倣による日本法の制定すら試みたが、この計画は江藤の政治的失脚により挫折した。

また、人材育成の面では、1871(明治4)年、法学教育機関として明法寮<sup>4</sup>が設置され、フランス人教授ボワソナード<sup>5</sup>らの「お雇い外国人」によるフランス法の教育が行われ、かつ、フランスの諸大学に日本の優秀な留学生が派遣された。こうしたフランス法による新しい近代的法曹の育成も、日本の文化に《法典=Code》を持ち込む大きな契機となった<sup>6</sup>。

そして、1876(明治9)年、司法卿・大木喬任(1832-1899)のとき、明治政府は、法典編纂のプロセスに入ることを決断した。明治政府はこれ以後、西洋法の継受の手段として「お雇い外国人」を起用していくことになる。

### (2) 法典編纂の政治的背景

では、なぜ明治の日本人は外国人に頼ってまで、しゃにむに法典編纂に邁進したのであろうか。その最大の理由は、幕末に欧米の先進諸国との間に締結された不平等条約<sup>7</sup>の改正、とくに領事裁判権を撤廃するという政治的・外交的な目的を達成する点にあった。

だが外国の領事裁判権を日本政府が「回収」し、諸外国が日本の司法権に服するよう説得するためには、なんとしても裁判制度の近代化と、近代的諸法典の整備が不可欠である。「商法典」はそれら諸法典の代表的なもののひとつであった。明治日本では、法典編纂は条約改正の前提条件であり、両者はコインの表裏の関係にあったのである。

たとえば、外交交渉上、「法典」に光があてられた代表的なエピソードとして、井上馨(1836-1915)外相時代の1886(明治19)年、欧米諸国との条約改正会議の席上、イギリス・ドイツ両国の提案にかかる条約案の一条として、泰西主義(western principles)にもとづく諸法典(刑法典、刑事訴訟法典、民法典、商法典(海商法、手形法を含む)、民事訴訟法典、商事裁判手

\* 慶應義塾大学教授

統、破産法<sup>9</sup>)の編纂が日本と諸外国との間で合意された、という事実が知られている<sup>9</sup>。

だが、外交資料を仔細にみると、これに先立つ1882(明治15)年6月1日、欧米諸国を相手とした条約改正会議の席上で、日本の裁判制度の整備の状況を説明しつつ、日本の古い慣習は非常に不確実で地方によって区々別々であるため、民法財産法・債務法は筆作の翻訳で裁判官に親しまれているナポレオン民法(Code Napoléon; フランス民法典)の原則が「自然法」として適用されていること、また、商事に関しては、すでに日本語訳がなされたイタリア商法典<sup>10</sup>とドイツ商法典<sup>11</sup>を参照していることが報告されている<sup>12</sup>。

要するに、明治政府は、日本の慣習法を中心とする法整備ではなく、欧米の条約改正への理解を得たいがために、あくまで西洋式の法典の継受を指向していたのである<sup>13</sup>。もともと欧米の法典編纂(codification)は、自国で発達した慣習法ないし自国に伝わったローマ法源を——それら法素材に多少なりとも変更を加えつつ——集大成するという意味を有するが<sup>14</sup>、日本の法典編纂はそれとは異質であって、かつて中国から継受し<sup>15</sup>、土着化した律令(大宝律令など)および封建的諸法(御定書百箇条など)を立法の素材から原則として排除し、もっぱら外国法を継受する方法がとられたのである<sup>16</sup>(ただし単なるいずれかの国の法典の模倣ではなく、取捨選択する方法がとられたことは後述する)。

明治日本における法典は、法の集大成ではなく、あくまで《創造》物であったという事実は、日本の商法典の編纂にも根本的な影響をおよぼさずにはおかない。

## 2. ロessler商法草案の起草

### (1) ロesslerの登場

法典編纂をリードした最初のお雇い外国人はボワソナードであった。明治初期の刑事法である「新律綱領」および「改定律例」は、中国法の影響を受け、日本人によって編纂されたもの

であったが、ボワソナードは精力的な仕事ぶりであり、まず西欧型の刑法・治罪法(刑事訴訟法)の起草を1874(明治7)年に開始、1879(明治12)年にはほぼ終了し、これに引き続いて、同年には民法典の起草に着手した<sup>17</sup>。

明治の初年より明治政府は官制の産業育成に邁進しており、そのときどきの必要に応じて、いくつかの商事・会社法関係の法律案<sup>18</sup>を作成し、また、銀行など金融関係の企業が準拠すべき単行法<sup>19</sup>を公布・施行していたが、一般的な会社法の制定には至らなかったため、「会社法なき会社」が雨後の筍のように出現し<sup>20</sup>、しかも、それらがいったん破綻すると株主の債権者に対する責任が無限責任か有限責任かすら明確ではなく、破産法も欠けていたことから、経済社会に多くの混乱を生じた<sup>21</sup>。

そのため日本政府は、会社法および破産法に関する一般法(単行法)の制定の必要性に常に迫られながらも、他方で、時間と労力を要する商法典編纂への希望も捨てきれず、両者の間に常に揺れ動いた。

意外なことに最初に商法典の起草の委嘱を受けた「お雇い外国人」は、ボワソナードではない。1876(明治9)年にオランダ人アダム・ラパール(Adam Rappard 伝記不詳)に委嘱された<sup>22</sup>。しかしラパールはイタリア商法典のフランス語訳を作った程度で(日本人がフランス語から日本語に重訳した<sup>23</sup>)、彼の起用は失敗に終わり、結局、1881(明治14)年4月、ドイツ人教授ヘルマン・ロessler(Hermann Roesler, 1834-1894)<sup>24</sup>に商法起草者として白羽の矢が立ったのである。

ロesslerはもともとドイツ・バイエルンの中部の出身である。25歳で法学博士と国家学博士(実質は経済学)を両方同時に取得し<sup>25</sup>、続いて国家学の教授資格論文<sup>26</sup>が認められ、26歳のとき、ドイツ北部のロストック大学(Rostock Universität)哲学部の教授に就任した。まさに早熟の秀才であった。

しかし彼は、明治11(1878)年、43歳のとき、当時の駐独公使・青木周蔵(1844-1914)の周旋

によって外務省の公法学顧問として日本に招聘された。日本サイドの記録によると、ドイツでスカウト活動した学者のうち9人目の男であったという<sup>27</sup>。日本は8人に断られたのである。

どうして彼が日本に来る気になったのかは明らかではない。一説にはビスマルク批判の政治的立場をとっていたからとも、プロテスタントからカトリックに改宗したからだともいわれるが、決定的な証拠はまだみつかっていない<sup>28</sup>。いずれにせよ、ロストック大学での——他の有力大学から招聘のないままの——17年間は、彼にとってあまり本意でなかったのは確かであろう。

また、ロesslerが今日でいえば、どのような学問領域の専門家であるといえるのかは難しい。ロストックの大学教授時代には、国民経済学、経済政策、財政学、財政法、政治学、行政学、行政法、統計学などを教えており、著書論文もこうした領域のものが多く<sup>29</sup>。当時のドイツでは、国家学 (Staatslehre) というカテゴリーで括られていたものであるが、現在の日本でいえば、「経済学の教授」というほうがむしろ分かりやすいであろう。

そのロesslerが日本で憲法の制定<sup>30</sup>など国家体制の構築に貢献したのは驚くにはあたらないけれども、彼が商法起草の任に就いたのはやや畑違いの感がないでもない。しかし彼は若き日の法学博士論文で「ローマ法上の商事会社財産の法的性質について」と題する一篇を執筆しており<sup>31</sup>、未完の主著『社会行政法論』のなかでも商事法制に言及した箇所もみられる<sup>32</sup>など、彼の学識の広さからすれば、「経済学の教授が専門違いの商法典を起草した」という批判はあたらないであろう（ただし梅謙次郎はまさにそのような批判をフランスの商法雑誌に寄せている<sup>33</sup>）。また、商法典の制定は、当時の外交交渉の一環としておこなわれたことから、日本外務省の顧問として雇われたロesslerが——ラパールの失敗のリリーフとして——商法起草にあたることは決して不自然ではなかったのである。

ロストック大学教授の時代から大作の執筆を

得意としていたロesslerであるが、日本の商法草案については、最初の1年で商法総則と会社法をいち早く脱稿し、続く1年9ヶ月で商行為法、保険法、手形小切手法、海商法、破産法などを書き上げ、1884（明治17）年1月29日に全部で1133条とその注釈からなる商法草案を脱稿した。

編別は基本的にフランス商法典に倣い、「商の通則」「海商」「破産」「商事手続」の4編として

「総則」（1～3条）

「第1編 商ヒ一般ノ事」（4～887条：商法総則、会社法、保険法、手形小切手法を内容とする）

「第2編 海商」（888～1033条：海商法）

「第3編 倒産」（1034～1118条：破産法）

「第4編 商事ニ係ル争論」（商事手続法：1119～1133条）

印刷された書物はドイツ語で3巻1500頁にも

のほり<sup>34</sup>、また、ロesslerを補助した日本人の翻訳担当官ら<sup>35</sup>によって2巻2000頁以上の翻訳が刊行された<sup>36</sup>。

## (2) ロessler商法草案の特色

では、ロessler草案はいかなる特色を有していたか。当時を知る者の説として、日本の商法典は、フランス法典よりも遙か後に編纂された「独逸の最新立法を模範とする趣旨」でドイツ人を起草者と定めた、といわれることがあるが<sup>37</sup>、ロessler草案の内容が決してドイツ法に偏っておらず、フランス法も十分に斟酌しているどころか、むしろフランス法典を基本に置いている<sup>38</sup>ことからすると、「古いフランス法を捨てて、新しいドイツ法を採用した」という見方は正しいものとはいえない。

民法典を起草したボワソナードが、フランス

民法典(およびせいぜいのところイタリア法典)をベースとしてこれを独自の体系に編成し、かつ、独自の解釈を施したのに対して、商法典を起草したロesslerは、イギリス、フランス、ドイツをはじめ、めぼしい先進国の立法例は片端から参照して<sup>39</sup>そのいずれにも偏らない混合的な最新法典<sup>40</sup>を目標としたものというべきであろう。「ドイツ人がドイツ語で書いた草案であるから、ドイツ法である」というのは、単なる通俗的な誤解にすぎない。

以上を敷衍する形でいえば、ロessler草案の特色をつぎのようにまとめることができるであろう。

(a) 編別はフランス商法典に準じていること

ロesslerは、商法典の起草開始にあたって、法典の編別のプランを構想し、材料として1807年のフランス商法典およびその影響下にあった1830年スペイン商法典<sup>41</sup>、1838年オランダ商法典<sup>42</sup>、1861年ドイツ普通商法典<sup>43</sup>、1865年イタリア商法典<sup>44</sup>、1874年エジプト商法典<sup>45</sup>の各法典の共通項を括りだしている。

その結果、「商の通則」「海商」「破産」がいずれの法典にも存在し、かつ、フランス・スペインおよびイタリア法典には「商事裁判手続」に関する編・規定が置かれているため、日本の商法典草案も全部で4編とした、と説明されている<sup>46</sup>。

(b) 対象とする範囲が広大で、規定が詳細にわたること

上記のように、ロessler草案には、破産法、商事手続法をふくんでいるのみならず、いまだボワソナードによる民法典の起草が途上であったため、商法典を単独で施行しよう、特に商行為の規定中に実質的な民法規定をふくめている<sup>47</sup>。

ただし、この点は、後の法典論争において、民商法典の矛盾・抵触問題としてクローズアップされ、結果的に商法典施行延期の理由とされたことからすると、結果論的には、ロesslerの配慮は裏目に出てしまったといえる。

(c) 当時の先進諸国の最新立法を網羅的に検討していること

法典編纂が外交交渉と密接に関連していた政治的事情、および、とくに商法典は外国との通商に適用されることを念頭に置いていたために、ロesslerは、日本が外交交渉の相手とした欧米諸国——とりわけ有力なイギリス・フランス・ドイツ法——を参照し<sup>48</sup>、また、井上馨外相時代に、混合裁判所制度のモデルとして調査検討されたエジプトの「混合法典」<sup>49</sup>、さらには南米諸国法も広く参照している<sup>50</sup>。

その具体例として試みに会社法について一瞥すると、主たる参照立法例は、イギリスの1862年および1867年の会社法(Companies Act 1862, 1867)、フランスの1867年会社法(*loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales*)、および、ドイツの1870年第一次株式法改正(*Erste Aktiennovelle*)<sup>51</sup>である。特にフランス、ドイツの上記の立法は株式会社の設立について許可主義から準則主義に転換したことで世界的に著名である。日本は実にタイミングよく、ロesslerを通じて、欧州の近代的会社法を継受したのであった。すでに大隈重信(1838-1922)大蔵卿時代にはイギリス法の翻訳がなされるなど<sup>52</sup>、この時代(1880年代)までの日本ではドイツ法に比してフランス法、イギリス法に造詣の深い人材が主流であった。したがってロessler草案は日本人がそれまで得ていたイギリス法、フランス法の知識を統合したという一面もあることを看過すべきではない。

(d) 有力な立法を折衷していること

ロesslerは広く各国法を参照したうえで、それらを取捨選択し、部分的に組み合わせることによってモザイク状の「混合体(*corpus eclecticique*)」<sup>53</sup>と呼ぶべきオリジナリティーのある商法典を起草した。比較法の《実験場》といってもよい。

ロesslerの「脱稿報告書」によれば、「大体においてはフランス商法典の原則に拠っているが、エジプト商法典のようにフランス商法典を敷き写しにすることは避け、特にドイツ、イギ



リスの法律を参考にして、最新かつ最良の原則を抽出して、それらを調和することを旨とした」という。フランス法をベースにした理由として、冒頭にも述べたように、日本人が近代的法典の先駆けとしてフランス法典にアフェクションをもっていただことも考えられるが、法技術的にはボワソナード起草のフランス系の民法典との調和の観点（必ずしもロesslerは明言していないが）も無視しえないであろう<sup>54</sup>。

この「混合体」の具体例を挙げると、ロesslerが起草した会社の三類型、すなわち合名会社 (Collectivgesellschaft), 差金会社 (Commanditgesellschaft), 株式会社 (Actiengesellschaft) のうち、著しい特色を有するのは差金会社である。ドイツ語の名称こそ今日の「合資会社」に相当するが、その実質はイギリスのジョイント・ストック・カンパニー (Joint stock company) を模範とした有限責任社員のみから構成することを原則とする会社形態であり (ただし一部の社員を無限責任社員とすることは可能), 19世紀末の有限会社法の先駆けともいえる<sup>55</sup>。会社の三類型のなかに、ほかと違って特にイギリス法に準拠した類型を設けたことはロesslerの独自性といえるであろう。

また、株式会社については、業務執行機関である「頭取」(Directoren) と、その任意の監査機関である「取締役」(Aufsichtsrath) を、共に株主総会で選任するという機関構造が採られている。

「頭取」および「取締役」はいずれも株主総会において株主の中から選任される会議体であって、①「頭取」はイギリス法の取締役会 (directors) をモデルとし、かつ、そのイギリス法の影響下にあった当時のフランス法にも類似した業務執行ボード (administrative board, managing board) を意味している。他方で、②「取締役」は名称こそドイツ法の監査役会 (Aufsichtsrath) を模してはいるが、監査権限の面では、(i)業務監査権限はあるが業務執行の差止権はなく、(ii)会計検査権限、および、(iii)株主総会招集権限を有する点からみて、むしろイギリ

ス・フランス法の会計監査役 (auditor ; commissaire) をモデルとし、これを会議体化したもの (surveillance or supervisory board) と考えられる<sup>56</sup>。ここにもロesslerのオリジナリティーがあるといえるであろう。

#### (e) 日本の慣習を排除していること

国際的に通用し、条約改正交渉に際して近代的法治国家であることを証明するに足る商法典の編纂という趣旨から、日本固有の商慣習ないし商慣習法はロessler草案には採用されていない<sup>57</sup>。このように法典編纂にあたり、その法素材 (Rechtsstoff) の採用元が「外国法100%、国内法0%」という極端なやり方は、後進国ではよく見られる方法ではあるが<sup>58</sup>、このようなやり方は、法典の《編纂》というよりも、法典の《創造》ないし《製作》というほうが実体に見合っているというべきことになろう。

ロesslerもこの弱点について自覚していた。彼は歴史法学派的に「一国の法律にして自国に自然生したるに非ざれば活物に非ず」と言いつつ、こと商法については「商業の万国普通の性質」を根拠に、かかる歴史法学的立場は妥当せず、日本商法典と西洋法とのハーモニゼーションは必然であると説いて<sup>59</sup>、慣習法の排除を正当化している。と同時に、「商人社会は或いは不平を鳴らすこと」もあるかもしれないが、それは過渡期には致し方ないことである、と実業界の反撥に対して予防線を張り、さらには、日本政府は「開明の知識を以て人民に率先したるの名誉」を得るであろうと政府を鼓舞しているのである。

しかしロesslerがある程度予期していたように、外国法起源の点で、彼の草案は法典論争で厳しい批判を呼ぶこととなった。

### 3. ロessler草案の運命——新商法典の公布・施行までの道のり

#### (1) 旧商法典の公布

こうして1884 (明治17) 年に脱稿されたロessler草案は、しかしその後、1899 (明治32)

年に現行商法典となるまで、度重なる修正のためになんと15年間もの時間を要した<sup>60</sup>。

1884 (明治17) 年 1 月	ロエスレル商法草案脱稿
1890 (明治23) 年 4 月	旧商法典公布
1890 (明治23) 年12月	第 1 回帝国議会で旧商法典を施行延期
1892 (明治25) 年11月	第 3 回帝国議会で再び旧商法典を施行延期
1893 (明治26) 年 7 月	第 4 回帝国議会で会社法・手形法・破産法を施行 (旧商法典の約40%に相当する)
1894 (明治27) 年 8 月	日英通商航海条約締結 (領事裁判権を撤廃)
1898 (明治31) 年 7 月	旧商法典の施行延期切れにより全面的に施行
1899 (明治32) 年 3 月・6 月	新商法典公布・施行 (旧破産法は1923 (大正12) 年まで施行)
1899 (明治32) 年 7 月	日英通商航海条約発効

ロエスラー草案の成案から約2年間、1886(明治19年)に至るまでは、伊藤博文(制度取調局長官)の主導のもとで、この草案を審査のうえ、「会社条例」「破産法条例」という単行法の形で施行する方針をとっていた(会社条例及破産法編纂委員、委員長・寺島宗則(1832-1893))。殖産興業のためには、なんとしても一般会社法・破産法の制定が急がれたからである。

しかし井上馨外相が担当した欧米との外交交渉の過程で法典編纂が要求されたことや、ロエスラー自身の強い要望があったことから、商法典全部の編纂を目指すことに方針を転換し、1886(明治19)年3月に内閣法制局法制部に「商法編纂局」(委員長・寺島宗則)を設置、さらに、翌1887(明治20)年4月には商法編纂委員を罷免し、商法編纂を外務省の「法律取調委員会」に移管した(外相井上馨が委員長、陸奥宗光(1844-1897)を商法担当の法律取調委員副長と

し、ロエスラーほかを委員に任命)。だが同年7月には、外相の井上馨が条約改正交渉の失敗を認めて交渉は無限延期とされたことに伴い、同年10月、法典編纂は司法省の法律取調委員会に再移管された(委員長・山田顕義)。

こうして、めまぐるしく外交の動きに翻弄された商法典の審査ではあったが、実質的にはロエスラーの全面的な監修のもとに、日本社会に不都合と思われる箇所を除いて原案を尊重する方針のもとで日本人委員による修正が進められ、1890(明治23)年、全部で1064条の旧商法典として公布された。条文数はロエスラー草案に比べると1133条から1064条まで削減されており、編別でみると第4編の商事裁判手続が削られている。

「総則」(1~2条)

「第1編 商ノ通則」(3~823条:商法総則、会社法、保険法、手形小切手法を内容とする)

「第2編 海商」(824~977条:海商法)

「第3編 破産」(978~1064条:破産法)

旧商法典の審議では原案尊重の方針が採られたため、ロエスラー草案と旧商法典との間には基本的には大きな隔たりはないといえるのであるが、反対にいえば、日本人委員がロエスラー草案を受け容れがたいものとして修正した点はかえって重要である。

例えば、株式会社の業務執行機関である「頭取Directoren」は会議体であるから、組織のトップをあらわす「頭取」はこれにふさわしくないものとして「取締役」という語に置き換え、さらに、もともと「取締役 Aufsichtsrath」と呼んでいた監査機関を「監査役」と呼び変えている(取締役と監査役の誕生<sup>61</sup>)。これらはロエスラー草案の実質的内容を修正したものというよりも、近代的会議体への無理解という文化摩擦のゆえにやむなく日本語を置き換えたにすぎないともいえる。しかし現代に至るまで、「取締役(会)」は業務執行(の意思決定)機関として事

実上、ヒエラルヒーの上位に立つのに対して、「監査役」の方は、業務執行の監視 (Überwachung) と検査 (Prüfung) とを行う機関という一種の造語によるネーミングにも象徴されるとおり、もともと業務執行ラインの外の存在であった。その後の日本の企業文化の中で監査制度の定着が遅れた原因は、現代企業の宿命である経営者支配だけでなく、このような日本固有の経緯の中にもみてとることができるのではないか。

## (2) 商法典論争

旧商法典は本来なら1891 (明治24) 年の正月から施行されるはずであったが、1890年末に開設された第1回帝国議会で施行延期法案が提出され、激論の末、1893 (明治26) 年まで施行延期と決まった。

施行の延期を求める学者<sup>62</sup>と、洪澤栄一 (1840-1931) をリーダーとする東京の商工業者 (東京商工会) は、①日本の商慣習とは異質な泰西主義にもとづく大法典はあまりにもわかりづらい<sup>63</sup>、②公布からわずか8ヶ月で施行することは周知期間が短すぎて認められない、③ボワソナード起草の旧民法典の施行 (1893 (明治26) 年を予定) より先んじて特別法である旧商法典のみを先行して施行するのは不都合であるから旧民法典の施行まで商法典の施行を延期して必要な修正を行うべきである、と主張した<sup>64</sup>。

帝国議会の開設の直前に駆け込みで法典を公布したことは手続軽視の憾みがあり、また、当局者の中には、伊藤博文のように、商法典の出来具合に不満を感じていた者があったため<sup>65</sup>、旧商法典は議会の紛糾ののち結局は施行延期と決まった。さらに1892 (明治25) 年の第4回帝国議会でも、旧民法典もともに旧商法典は再び施行延期とされた。法典延期派の勝利である。

注意を要するのは、旧民法典の施行延期派はとくに個人主義的な家族法に反撥し、「民法出でて忠孝減ぶ」<sup>66</sup>という極めて保守的なイデオロギーを叫んで世論の支持を集めたことが知られているが、このようなイデオロギー的対立は技

術的な議論が多かった商法典論争には直接かわりはない点である<sup>67</sup>。むしろ商法典延期派の大勢は法典の編纂そのものに反対ではなく、施行の時期尚早ないし修正の上での施行を唱えていたからである。いずれにせよ、旧憲法の起草者でもあったロesslerは、自ら創設に関与した帝国議会によって、自ら起草した旧商法典に「待った」をかけられる羽目に陥ったわけである。彼にとって極めて皮肉な事態であった。

## (3) 旧商法典の一部施行

1890 (明治23) 年頃、日本は初の経済恐慌に襲われた。これにより破綻する企業が続出したため、いったん施行延期となった旧商法典のうち、破綻企業の法的処理に必要な会社法・破産法を修正施行する機運が生じた。そこで、延期派と断行派の妥協により、1893 (明治26) 年7月に旧商法典の基幹部分である会社法・破産法・手形法 (全体の40%) を東京商業会議所の意見を容れ、一部修正して施行することとなった<sup>68</sup>。

忘れられがちではあるが、これが日本で近代的な一般的会社法を施行した最初である<sup>69</sup>。旧民法典が一度も施行されることがなかったのに対して、旧商法典は主な部分を実際に日の目を見、「会社法にもとづく会社」が日本にはじめて誕生したのであった。

手形法については、旧商法典中の手形小切手法の施行により、1882 (明治15) 年の「為替手形約束手形条例」(これも元はロessler草案を抜粋したものである) は廃止となった。ただし小切手法はこのとき初めて施行されたわけである。

ロessler草案の脱稿からすでに9年が経過しており、ロessler自身はこの一部施行を見ることなく、同年の4月に妻子の待つオーストリアのボーツェン (Bozen) に向けて離日していた (翌1894 (明治27) 年12月に同地で死去)。

#### (4) 旧商法の一部施行と新商法典の編纂—— 旧商法典の修正

上記の一部施行は応急措置にすぎなかったため、さらに旧商法典全体を日本人の手で修正するプロセスが進められた。主導したのは、伊藤博文である。彼は1893（明治26）年3月、法典延期派と断行派を調停し、両方からメンバー（全員日本人）を集めて法典調査会（現在の法制審議会）を組織し、自ら総裁となった。

商法の起草委員には、梅謙次郎（1860-1910）<sup>70</sup>、田部芳（1860-1936）<sup>71</sup>、岡野敬次郎（1865-1925）<sup>72</sup>の3名が就任し、彼らは、合議により共同で起草を担当する（共担起草）こととされた。編ごとに担当者を決めて単独で起草する方法（分担起草）は慎重な検討の上で排除されたのである。注目すべきは、3名のうち梅謙次郎のみが新民法典の起草委員を兼任していた点である。もともと共担起草の方針は、法典の理論・体裁・文章用語の一貫を期す趣旨によるものであるから、政府（伊藤）は、梅の能力に期待し、日本の民法典・商法典の一貫性を梅に託したといえる。

さらに、起草委員のスタッフとして、志田鉦太郎（1868-1951）、加藤正治（1871-1952）の2名が彼らを補助した。

法典調査会は初めボワソナードの旧民法典を修正した新民法典の財産編を審議し、しかるのちに、明治28（1895）年9月から新商法典の審議に入り、以後、1898（明治30）年12月まで、約1年半にわたり132回の会議を開いて議了した。

旧商法典に比べると、編別では、従来フランス法典に倣って置いていた「第1編 商ノ通則」を廃止し、これをドイツ法的に「総則」「会社」「商行為」「手形<sup>73</sup>」に分割した。また、ドイツと同様、破産法を商法典から切り離している（旧商法の破産編はこの後も改正されずに1923（大正12年）年まで施行された）。また、規定を簡潔にし、概念の定義や説明的な規定を大幅に削除した結果、条文数は1064条から689条に約35%ほど減少している。

#### 第1編 総則（1～41条）

第2編 会社（42条～262条）

第3編 商行為（263条～433条）

第4編 手形（434条～537条）

第5編 海商（538条～689条）

この新商法典は、ロessler草案に比しても、まったく遜色ないほど比較法的な検討を経ている。もちろん、旧商法典の練り直しの成果であって最初から書き直したわけではないため、ロessler草案の特色も色濃く残ってはいる。しかし全体として、ロessler草案よりもかえってドイツ法の影響をより強く受けているといえる。

その理由は、巨視的にいえば、日本政府の1889（明治22）年に発布された旧憲法に象徴されるドイツ法体系への傾斜であり、私法の面でも、法典調査会は、ボワソナードのフランス法的な民法典をドイツ式のパンデクテン体系に編成し直し、実質的にもフランス法とドイツ法の折衷体書き直している。また、ロesslerが草案を起草していた1880年代前半は、ドイツは、いまだ国家統一前の1861年ドイツ普通商法典（ADHGB）を改正しながら使っている段階であったが、それとは異なり、統一成ったドイツは1897（明治30）年に民法典・新商法典を公布し、1900（明治33）年に施行するというその途上であった。

日本の新商法典の起草委員は3名ともドイツへの留学経験者であり、ドイツ旧商法典や、当時まさに編纂途上にあったドイツ新商法典の動向に明るかったことが彼らの起用の理由となったものと考えられ、また、彼らはその期待に応えるだけの能力を有していたといえる。

確定した商法改正案は帝国議会の混乱によってなかなか成立をみず、1899（明治31）年7月1日には、施行をペンディングされていた旧商法典が条約改正の条件を満たすために全面施行される事態すら生じた<sup>74</sup>が、しかし翌1899（明治32）年4月に新商法典が公布、6月について施行されることとなった。これが日本の現行商法典であり、結果的にはドイツよりも半年早く施行された。



## 5. 明治日本の商法典編纂の特色——徒法不能以自行

日本商法典の制定までの長い道りを振り返ると、それは政府が一气呵成に「商法典」を造ったという急ごしらえの新幹線や高速道路のようなものではなく、常に曲がりくねった細い道であり、時として行き止まりにぶつかることさえあった。

当時の日本では、欧米というタフな交渉相手に平等な条約改正を呑ませるためのツールとして商法典が必要だったという外的要因と、これに対して、産まれて間もなく脆弱な日本企業の活動を私法秩序に組み込むためには、大商法典よりもむしろ簡素な単行法（あるいはできるだけ簡単な法典）のほうが望ましい、という内的要因とが絶えず二律背反し、衝突していたのである。

この矛盾衝突を乗り越えるのは、政府の権力による法典施行という強行突破策ではなかった。その試みは法典論争の延期派の勝利によって打ち碎かれたからである。むしろ当時の日本の国力の強化を背景とした外交交渉の進捗と、商法典を実際に理解する国内産業資本家の知的な成長が、上記の矛盾を最も自然かつ正しく解消したというべきであろう。

「徒法は以て自ら行なわるる能わず」（孟子）という。まさに法典という形態そのものは「言葉の固まり」でしかない。日本は、まずはロエスラーと優秀な官僚たちの努力によって、日本人にとっての「徒法」（旧商法典）を造り、そして、それを「自ら行う」だけの實力を身につけてから、改めて「徒法」を身の丈にあった法（新商法典）に造り替えたのである。

## 6. むすびに代えて——日本商法典の「現在」

最後に日本商法典の現在にもふれておこう。日本がかつて苦心の末に商法典を獲得して以来、

会社法を中心として、度重なる改正や特別法の制定を見てきたが<sup>75</sup>、それでも「なぜ日本に商法典が存在するのか」という問いは日本の法律家にとって「なぜ空は青いのか」と問うに等しい。いや、正しくは「等しかった」というべきであろう。というのは、2012年現在、手形法・小切手法（1932年、ジュネーブ手形法小切手法統一条約に基づく）、会社法（2005年）、保険法（2008年）などの主要な単行法の独立によってほぼ分解状態にあるからである。いまや商法典に残っているのは「第一編 総則」「第二編 商行為」および「第三編 海商」のみである。

このような日本の状況は、形の上ではドイツ商法典に似てはいる。だが、例えばドイツでは「株式法」（Aktiengesetz 1937）が商法典から独立したものの、人的会社である合名会社・合資会社（民法組合の特別規定と位置づけられる<sup>76</sup>）はいまだ商法典中に根拠規定がある。また、1892年以來、商法典の外に有限会社法（Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung : GmbHG）を有している。日本のように商法典から「会社」編が丸ごと「会社法」として独立し、しかも有限会社をそこに取り込んでしまったのは明らかに大きく異なる<sup>77</sup>。他方、フランスは2000年に商事関係の規定を集成して再法典化（recodification）を行った<sup>78</sup>。したがって日本は商法典を有する国としてはドイツ以上に解体傾向にあり、フランスとはちょうど真反対の方向に向かっているのである。

それだけではなく、残る規定もつぎのようにその法規範としての存在意義が薄れてきている。

(a) まず「第一編 総則」の内容のうち、商号、商業使用人、代理商、営業譲渡の規定は会社法の冒頭部にほぼそのままコピーされている（会社法6条～24条）。したがって会社については重複する商法総則の規定の適用は排除され、結局、商法総則の規定の多くは会社以外の個人商人および商人たる法人に適用があるだけである。その意味でいまや商法総則は「個人商人等の通則」である。

(b) また、「第二編 商行為」の規定のほとんど

どは1899（明治32）年の商法典制定以来，改正を受けておらず，相当古びたものとなっていることは否定できない（例えば，通信事業など現代的な企業活動を商行為とする規定が欠けている）。そのうえ，民法典（債権法）改正の作業のなかで，商行為の規定を民法債権法のなかに吸収する方向が強まっているため，将来的に商行為の多くの規定が商法典から削除される可能性が高い。

(c) 「第三編 海商」もまた全体としては商法典制定の当初のままであるため，著しく時代遅れになっており<sup>79</sup>，標準約款や国際条約の適用によって実質的にカバーされているにすぎない。

要するに，日本の現行商法典はもはや古びた残り物の集まりにすぎない。その内容をアップデートすることが当然望まれる反面で<sup>80</sup>，民法典（債権法）改正で商行為の多くの規定が民法に移され，あるいは，各種の営業法が独立してしまえば，商法典は，単なる「商事の通則に関する法律」といった単行法に格下げになる可能性すらある。日本では商法典の存在が当たり前であった時代は過ぎ去ろうとしているのであり，裏返せば，「商法典はなお必要なのか」とあらためて問うべき時期——再法典化か解体か——が到来しているのである。

\* 本稿は，2012年9月14日に行われた「日中における法典編纂研究会」のために執筆したものである。同研究会を主催された上村達男教授より賜った数々の御高配に感謝申し上げます。なお，本研究は，「明治期における商法典成立史の研究」（科研費課題番号21530093）の一部である。

## 注

- 1 語源はラテン語の *codex*（木製の書き板）。
- 2 大槻文彦『箕作麟祥君伝』（1907（明治40）年）100-101頁。
- 3 例えば伊藤博文（1841-1909）は1887（明治20）年10月の時点でもなお，ボワソナード，ロエスラーらお雇い外国人の起草した民法草案，商法草案を放棄して，「ナポレオン法を基礎とし，

日本に適否を考慮し修正削除，以て日本の法律を造り出す」べきとの考えを吐露している。それほどまでにフランス法典への指向性は根強いものがあつた。大久保泰甫＝高橋良彰『ボワソナード民法典の編纂』（雄松堂，1999年）139頁。

- 4 1875（明治8）年に司法省の法学校となり，1885（明治17）年に東京大学法学部仏法科に改組。
- 5 Gustave Émile Boissonade de Fontarabie, 1825-1910, 日本滞1873（明治6）年-1895（明治28）年。
- 6 しかし他方で，彼らに対抗する勢力として，英米法教育を行っていた東京大学法学部（前身の大学南校，東京開成学校）でコモン・ロー（common law）の教育を受け，英米に留学した者たちが，やがてヨーロッパ大陸的な法典編纂に強く反撥することになる（法典論争）。
- 7 不平等性のうち，治外法権（Extraterritoriality）の典型として，例えば日米和親条約の細目を定めた下田条約（1854年）の4条には，「日本人亜米利加人に対し法を犯す時は日本の法度を以て日本司人罰し亜米利加人日本に対し法を犯す時は亜米利加の法度を以てコンシュル，ゼネラル或はコンシュル（共に官名）罰すへし」（Americans committing offenses in Japan shall be tried by the American Consul-General or Consul, and shall be punished according to American law. Japanese committing offences against Americans shall be tried by the Japanese authorities, and punished according to Japanese laws.）との一文がある。これは一見すると日本人，アメリカ人が相互に犯した犯罪行為について，本国の裁判所が管轄し，本国法で裁かれるという点で平等のようにみえなくもない。

こののち幕府外国方（日本外務省）の翻訳局に勤務した福沢諭吉（1835-1901）は，明治になってから上記の条約文がもつ意義について日本側が「大切なる事を早合点したのなり」と嘆いている（『通俗外交論』1884（明治17）年）。封建時代の制度習慣として，ある藩の家来・領民が他藩で土地の者に危害を加えたときには，その他藩の役人が被疑者を捕らえて本籍の藩に引き渡し，引渡しを受けた本籍の藩では，他藩との関係に気を遣ってことさらに嚴重に罰したというが，当時の日本と欧米諸国とは同一の犯罪に対する刑罰の重さがあまりに隔たっていたうえ，外国の領事（法律家とはかぎらない）

が自国民に甘い判断に傾くのは避けたいから、幕府が想定していたような藩同士の相互性は、日本と欧米諸国との間には存在しようがなかったのである。

- 8 『日本外交文書 明治年間追補 第2冊』（日本外務省、1963年）637頁。

- 1° Le Code pénal ; Criminal Law
- 2° Le Code d'instruction criminelle ; Criminal Procedure
- 3° Le Code civil ; Civil Law
- 4° Le Code de Commerce (y compris la législation relative à la navigation, aux lettres de change et effets de commerce) ; Commerce, Shipping, and the Law of Bills of Exchange
- 5° Le Code de Procédure civile ; Civil Procedure
- 6° La procédure à suivre dans les matières comprises sous le N° 4 ; Procedure in the questions contained under No. 4
- 7° La législation sur les faillites ; Bankruptcy Laws.

上記の4, 6, 7として商法典（海商法, 手形法を含む）、商事裁判手続、破産法が挙げられており、これらは、1881（明治14）年から始まっていたロesslerが起草した商法典草案の内容と一致する。ただし、手形法についてはいち早く「為替手形約束手形条例」が1882（明治15）年に急急に施行された。

- 9 英独案については、藤原明久『日本条約改正史の研究——井上・大隈の改正交渉と欧米列国』（雄松堂、2004年）142頁以下、および、大久保＝高橋・前掲注（3）121頁以下に詳しい。
- 10 後述注（23）のオランダ人アダム・ラパールによる翻訳を指すものであろう。
- 11 これも後述のように、1881（明治14）年4月からロesslerによる商法草案の起草が開始されているので、ドイツ商法典を参照している、という説明がなされたのであろう。なお、1886（明治19）年には、1870年第一次株式法改正を反映した山脇玄＝今村研介共訳『独逸六法 第五冊 商法』（独逸学協会、復刻・信山社、2008年）が刊行されている。なお、大隈文書中に同法の翻訳『独逸普通商法』がふくまれている（訳文は山脇＝今村とは異なる）。
- 12 前掲注（8）『日本外交文書 明治年間追補 第2冊』173頁。
- 13 このように明治日本の置かれた国際政治的な

環境が日本を法典編纂に駆り立てた面は否定できないのであって、この点を見逃してしまうと、あたかも法典編纂が日本人の自律的・主体的な《近代化》であって、無条件に積極的評価・プラス評価をなすべき事柄であるような一種の錯覚をおこしてしまうのである（反対に言えば、国際的プレッシャーのない状況では「法典」の形にとられる必要は低いともいえる）。

- 14 Rémy Cabrillac は、法典編纂の歴史を展望して、これを二つのタイプに分類し、ひとつは、既存の規則を形式の上で集成したにすぎない場合（codification-compilation）、もうひとつは、集成された規則の重要性を大なり小なり変更する場合（codification-modification）であるとする。Rémy Cabrillac, *Les Codifications*, PUF 2002, p.199. また、後掲注（16）の小柳論文を参照。
- 15 Rémy Cabrillac, op. cit., p.17にも、古代日本法に対する中国法の影響に関する記述がある。
- 16 小柳春一郎が指摘するように、「明治時代の法典化の特徴は、当時の社会状況、法律・法学の状況から考えて、編集型法典化（codification-compilation）ではなく、改革型法典化（codification-modification）にならざるを得なかった」のであって、「コード・シヴィルやドイツ民法の法典化の場合と比べれば、法典化以前の法生活・法文化との違いは相当に大きなものにならざるを得なかった。日本の状況は判例をあつめるといことでは民法の法典化は不可能であった」のである。この分析は、そもそも会社制度など法素材がほぼすべて外国由来の商法典についてはなおいっそう妥当するであろう。小柳春一郎「日本におけるコード・シヴィルの受容」石井三記編『コード・シヴィルの200年』（創文社、2007年）105頁。
- 17 大久保＝高橋・前掲注（3）22頁以下。
- 18 1880（明治13）年、元老院で日本海令草案の審査を開始し、さらに1881（明治14）年には会社条例（3編143条）と称する草案を元老院・会社並組合条例審査局で作成した（向井健「明治十四年『会社条例』草案とその周辺」法学研究（慶應義塾大学）44巻2号79頁以下（1791年）。ただし、これらの作業はロesslerの商法草案の起草に引き継がれ、いずれも公布に至らなかった、という。志田鉦太郎『日本商法典の編纂と其改正』（明治大学出版部、1933年、復刻・新青出版、1995年）8頁以下。
- 19 その代表的なものとして、伊藤博文がアメリカ



- カ合衆国の National Bank Act をモデルに制定した国立銀行条例 (1872 (明治5) 年) が実質的にみて日本で最初の株式会社法であるとされている (大隈重信 (1838-1922) によって1876 (明治9) 年に改正され、多くの銀行の設立を招来した)。
- 20 一般的な会社の設立許可は地方官の裁量に任されるか、設立を「人民の相對に任せる」(政府は一切責任を負わない) というやり方がとられていた。たとえば1876 (明治9) 年に国立銀行ではなく「私立銀行」として出発した三井銀行は東京府知事の許可を得て設立されている。三枝一雄『明治商法の成立と変遷』(三省堂, 1992年) 38頁以下, 高村直助『会社の誕生』(吉川弘文館, 1996年) 47頁以下。
- 21 その一例として、福澤諭吉が巻き込まれた丸屋銀行の破綻につき高田晴仁「福澤諭吉と法典論争——法典延期・修正・施行」福澤諭吉年鑑36号10頁以下 (2009年) 参照。
- 22 高田晴仁「法典編纂における民法典と商法典(上)」法律時報71巻7号15頁注(17) (1999年)。
- 23 ラッパール仏訳=松下直美ほか重訳=長森敬斐校『伊太利商法』(司法省, 1880年, 復刻・信山社, 2010年)。この文献について言及するのは、森征一「司法省お雇いオランダ人アダム・ラッパールと「公証人規則草案」」手塚豊教授退職記念論文集『明治法制史政治史の諸問題』(慶應通信, 1977年) 964頁。
- 24 ロesslerの代表的な評伝として、Johannes Siemes, *Die Gründung des modernen japanischen Staates und das deutsche Staatsrecht*, Berlin 1975; J・ジームス (本間英世訳)『日本国家の近代化とロessler』(未来社, 1970年)。また最新の評伝 Anna Bartels-Ishikawa, *Hermann Roesler*, Berlin 2007は、ロesslerの自筆の手紙などの資料を織り交ぜて彼の日独での生活を描いており有益である。
- 25 法学の博士論文はエアランゲン (Erlangen) 大学に提出した *Die rechtliche natur des vermögens der Handelsgesellschaften nach römischen rechte*, ZHR 4 (1861) (ローマ法上の商事会社財産の法的性質について), 国家学博士論文は、チュービンゲン (Tübingen) 大学に提出した *Über den Wert der Arbeit*, ZgS 16 (1860) (労働価値について) である。
- 26 *Zur Kritik der Lehre vom Arbeitslohn: ein volkswirtschaftlicher Versuch*, Erlangen 1861.
- 27 明治11 (1878) 年9月26日青木周蔵全権公使から寺島宗則外務卿宛書簡「是迄八名之法律家ニ着手いたし候得共其前後雇入之結果を得ず、依而即今照会罷在候学師は第九人目 Prof. Roesler と申す者……」。伊東すみ子「ロessler 商法草案の立法史的意義について」石井良助先生還暦祝賀『法制史論集』(創文社, 1976年) 199頁注(6) から引用。
- 28 鈴木安蔵『憲法制定とロessler』(東洋経済新報社, 1942年) 34頁。なお、長井利浩『井上毅とヘルマン・ロessler』(文芸社, 2012年) 29頁以下参照。
- 29 著作リストは前掲注(24) のジームス (Siemes) の評伝に掲載されている。
- 30 *Entwurf einer Verfassung für das Kaiserthum Japan, vom 30. April, 1887*. 小嶋和司「ロessler 「日本帝国憲法草案」について」法学33巻1号1頁以下 (1969年)。
- 31 前掲注(25) 参照。海老原明夫「ロessler」ジュリスト1155号39頁以下 (1999年) 参照。
- 32 *Das soziale Verwaltungsrecht, Abt. 1. Einleitung, Personenrecht, Sachenrecht*, 1872, S. 229 ff.; *Abt. 2. Berufsrecht*, 1873, S. 633 ff.
- 33 Oume Kenjirô, *Le projet du Code de commerce* (10 Octobre 1891), *Annales de droit commercial*, 1891, p.301。「日本の商法草案はドイツ人のロessler 教授の起草にかかるが、教授は公法および経済学の著作では大変有名ではあるけれども、商法について専門的な研究はまったく行っていないように思われる」。また、梅謙次郎「論商法」法学協会雑誌9巻10号16頁 (1891 (明治24) 年) では、「商法草案ノ編纂者ハ、公法学、経済学等ニ於テハ世ニ知らレタル著書モアリ、又タ以テ一家ト為スコトヲ得ヘシト雖トモ、民法殊ニ商法ニ就イテ特別ノ学識アルヲ聞カズ。故ニ其草案タルヤ、諸国ノ法律ヲ参照シ、頗ル研究ノ跡ヲ見サルニ非スト雖トモ、法理動モスレバ貫徹セズ、或ハ前後矛盾、首尾不権衡等ノ廉アルヲ免カレス」と批判的に述べている。
- 34 *Entwurf eines Handels-Gesetzbuches für Japan mit Commentar*, 3Bde.『日本商法典草案注解 (独文)』全3巻 (復刻・新青出版, 1996年)。
- 35 翻訳担当官の詳細は未だ不明であるが、本尾敬三郎 (1848-1924) が翻訳の担当者であったことは、彼がベルリンで青木周蔵の書生をしていた時代にロessler のスカウトに関わっていたこと (後に青木の妹と結婚)、および、商法の起草が開始された1881 (明治14) 年に日本に呼び



戻され、以後の商法編纂のプロセスにおいて常にロesslerの代理人的地位にあることから、ほぼ確実と思われる。七戸克彦「本尾敬三郎」法学セミナー 662号76頁（2010年）。

なお、1882（明治15）年、太政官・参事院に設置された商法編纂局のメンバーは、

商法編纂委員長 鶴田 皓（参事院議官）  
商法編纂委員 周布公平（参事院議官補）  
長森敬斐（同）  
本尾敬三郎（同）  
田口 恵（同）  
鈴木利亨（農商務省小書記  
官兼参事院員外議官補）  
荒川邦蔵（参事院議官補）  
岸本辰雄（同）

である。このうち、ドイツ語・ドイツ法に明るい人材として、本尾のほか荒川がいる。

- 36 『ロessler氏起稿 商法草案 上下巻』（復刻・新青出版、1995年）。なお、2巻本のほか、内容が同じ4巻本も現存している。
- 37 志田・前掲注（18）7頁。
- 38 破産法に関してではあるが、志田鉦太郎と並んで新商法典の起草補助であった加藤正治は「破産篇は独逸人たるロessler氏に依りて起草せられたるにも拘はらず編纂の体裁と云ひ立案の主義と云ひ独逸法を採らすして寧ろ仏法を多く模倣したるものの如し」と述べている。加藤正治「故ロessler氏の逸事」法学志林9巻10号65頁（1907年）。
- 39 そのことが如実にわかる資料として、ロessler草案の序文に付された「フランス、スペイン、オランダ、ドイツ、イタリア、エジプトの商事立法概観（Summarische Übersicht der Handelsgesetzgebung in Frankreich, Spanien, Holland, Deutschland, Italien, Egypten）」を参照。法典国ではないため、ここには列挙されていないが、草案では英米法も重視している。
- 40 ロessler草案が「混合体（*corpus eclectique*）」であると指摘するのは、Jean-Louis Halpérin, *Le Code du commerce au Japon : une brève histoire ou le Code sans esprit, in Qu'en est-il du Code de Commerce 200 ans après ?*, Sous la direction de Corinne Saint-Alary Houin, 2009, p.400 et suiv., spéc. p.401 et 403. ジャン＝ルイ・アルベラン（高田晴仁訳）「日本商法典の編纂とその変遷」商事法務1978号91頁（2012年）。また、高田晴仁「ロessler商法草案『緒言』」法学研究（慶應義塾大学）82巻

12号670頁（2009年）参照。

- 41 Código de comercio（1219条）。
- 42 Wetboek van Koophandel（923条）。1992年に民法典（Burgerlijk Wetboek）に統合。
- 43 Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch（911条）。
- 44 Codice di commercio（732条）。1942年に民法典（Codice civile）に統合。
- 45 Code de commerce（702条）。
- 46 高田・前掲注（40）「ロessler商法草案『緒言』」663頁以下。
- 47 ロesslerによれば、「日本に在ては民法の成典なきを以て商法を以て之を補はざるへからざるなり」、あるいは「契約総則に就ては……日本に於ては民法の成典なき……にも注意して精密に定めざるを得ず」という。『商法草案 下巻』末尾の「脱稿報告書」5頁、8頁。
- これは1881（明治14）年の商法起草の委嘱をした山田顕義（1844-1892）からの依頼でもあった（大久保＝高橋・前掲注（3）188頁以下）。奇しくも「民法典なくして施行しうる商法典」は1861年ドイツ旧商法典（Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch : ADHGB）と同様のコンセプトであった。
- 48 前掲（38）参照。「脱稿報告書」によれば、欧州法としてはほかに1875年スイス債務法草案も参照したという。
- 49 エジプトでは、1875年、領事裁判権の廃止を目的として、外国人裁判官を多数派とし、エジプト人と外国人、または異なる国籍をもつ外国人間の民事・商事紛争等を管轄する司法機関として混合裁判所（tribunaux mixtes）が設置された。この混合裁判所では専用で制定された諸法典（codes mixtes ——民法 Code civil mixte, 商法 Code de commerce mixte, 海商法 Code de commerce maritime mixte, 民事・商事訴訟法 Code de procédure civile et commerciale mixte, 刑法 Code pénal mixte, 刑事訴訟法 Code d'instruction criminelle mixte）が適用されたが、これらを混合エジプト法（droit égyptien mixte）とよぶ。
- 混合法典にはイスラーム法から借用された規定も一部含まれてはいるが、フランス語を正文としていることから判るように、これらは主としてフランス法を模写に近い形で継受したものである（1882年からのイギリス支配にもかかわらず、エジプト法のフランス法との親近性は現在に至るまで続いているという）。

さらに現地エジプト法 (*droit égyptien indigène*) は1883年に設立された国内裁判所で用いられる法であるが、その内容は混合裁判所の諸法典とほとんど同内容であった(両角吉晃「イスラーム法」『アクセスガイド外国法』(東京大学出版会, 2004年) 463-464頁, および同「エジプト民法小史」東京大学法科大学院ローレビュー 2号152頁以下(2007年)に拠る)。

1881年から日本の商法典起草を開始したロesslerが参照しえたのは、エジプト混合法典の商法典 (*Code de commerce mixte*) および海商法典 (*Code de commerce maritime mixte*) であり、さらに明治日本とのかかわりであれば、混合法典がまだ起草段階にあったときの箕作麟祥の翻訳『埃及法律書』(司法省蔵版, 1878年)によって、わが国にエジプト混合法典の知識がすでもたらされていたのである。中岡三益「福地源一郎のエジプト混合裁判所調査——近代日本・アラブ関係史の一齣」国際商科大学論叢・教養学部編32号45頁以下(1985年), 同「長谷川喬のエジプト混合裁判所調査」慶應義塾大学東洋史研究室編『西と東と——前嶋信次先生追悼論文集』(汲古書院, 1985年) 91頁以下。

井上馨の外交政策が念頭に置いたもう“ひとつの日本法”の姿がこの混合裁判所と混合法典なのであった。

- 50 「脱稿報告書」には、アルゼンチン、チリ等の法典をも参照したことを伺わせる記述がある。
- 51 「脱稿報告書」8頁には1883年の第二次株式法改正 (*zweite Aktiennovelle*) 草案をも参照したという。
- 52 刊年不詳ながら大隈重信大蔵卿による「英国会社条例」(*Companies Act, 25&26 Vict. c.89*) の翻訳がなされている(大隈文書)。
- 53 前注(40)を参照。
- 54 いまだ仮説の域を出ないが、例えば、株式会社と機関(頭取(*Directoren*), 取締役(*Aufsichtsrath*))との関係は委任関係(*Mandat ; mandat*) であるとしている点などが民法典との関係で注目される。
- 55 福島正夫『日本資本主義の発達と私法』(東京大学出版会, 1988年) 86頁。
- 56 特に1867年のフランス会社法との類似性について、参照、鳥山恭一「フランスの法制について」日本監査役協会第6回運営委員会議事要旨 3頁。
- 57 ただしロesslerは、一方で「日本の商業慣習は本案に編入せず」と言明しながらも、他方

では「日本固有の法律思想及慣習を保存するは非なりとせず。商法の一般原則と抵触せざるものは之を編入するも妨げなし。今や立案者に右の思想及慣習を垂示せられざりしは遺憾なりと雖も、今日に於ても猶ほ其垂示あるは希望に堪えざる所なり」と「脱稿報告書」を結んでいる。商法編纂局による商慣習調査のレポートは『商事慣例類集』全3編(復刻・商事法務, 1990年)にまとめられ、草案起草中の1883(明治16)年から翌年にかけて刊行されているが、その内容はロesslerには伝えられていなかった、ということになる。

- 58 エジプトの混合法典がまさにその例であるが、ほかにも1926年のトルコ民法典・債務法典がスイス法の「翻訳」による継受であった等、枚挙に暇がない。
- 59 福島・前掲注(55) 96頁。
- 60 新商法典の制定の概観については、今井潔=浅木慎一「法典論争と国産会社法の成立」北澤正啓先生古稀祝賀論文集『日本会社立法の歴史的展開』(商事法務, 1999年) 79頁以下。
- 61 倉澤康一郎『株式会社監査機構のあり方』(慶應義塾大学出版会, 2007年) 251頁。
- 62 加藤弘之(1836-1916), 穂積陳重(1855-1926)など。  
なお、啓蒙思想家として知られる福澤諭吉もこの時期は施行延期論を唱えていた。この点につき高田晴仁「法典延期派・福澤諭吉」法学研究(慶應義塾大学) 82巻1号293頁以下(2009年)。
- 63 イギリスに留学し、法廷弁護士(*barrister at law*)の資格を有する増島六一郎(1857-1948)は、「商法は分からぬ、民法も分からぬとは今や世人の異口同音に唱道する所なり……世人の所謂分からぬとは何事を規定したるものなるかも分からぬという意味なり」と揶揄している。増島六一郎「商法延期説一章」東京経済雑誌533号178頁(1890(明治23)年)。
- 64 福島・前掲注(55) 111頁以下、また、高田晴仁「法典編纂における民法典と商法典(下)」法律時報71巻8号87頁(1999年)。
- 65 前掲注(3)を参照。
- 66 穂積八東(1860-1912)名義で法学新報5号(1891(明治24)年8月25日号)に掲載されたが、発案は江木衷(1858-1925)とされる。
- 67 なお、1890(明治23)年の商法典論争が「関ヶ原」(主戦場)で、1892(明治25)年の民法典商法典論争は「大阪の陣」(追討戦)にすぎなかつ

- たという穂積陳重「法典実施延期戦」法窓夜話（有斐閣，1916年）も参照。
- 68 東京商工会の後継団体。指導には梅謙次郎があたった。ロessler草案の合資会社をフランス式に無限責任社員を必須とするなど、重要な修正点もある。
- 69 神田秀樹『会社法〔第14版〕』（弘文堂，2012年）32頁。なお、高田晴仁「旧商法典——その意義と研究に関する覚書」奥島孝康教授還暦記念論文集第2巻『近代企業法の形成と展開』（成文堂，1999年）26頁。
- 70 高田晴仁「商法学者・梅謙次郎」法律時報70巻7号38頁以下（1998年）。
- 71 向井健「田部芳」法学セミナー24巻11号1頁（1980年），高田晴仁＝西原慎治「岡野敬次郎博士・田部芳博士の略年譜および主要著作」法律時報71巻7号18頁（1999年），七戸克彦「田部芳」法学セミナー662号74頁（2010年）。
- 72 高田＝西原・前掲注（71）16頁以下，七戸克彦「岡野敬次郎」法学セミナー681号29頁（2011年）。
- 73 ただし、ドイツでは1869年にドイツ普通手形条例（Allgemeine Deutsche Wechselordnung）が成立して以来、手形法は商法典とは別個の単行法とされている。
- 74 1894（明治27）年に、領事裁判権を撤廃した日英通商航海条約が締結され、発効のための条件として、5年後の1899（明治32）年7月の実施期限の1年前に法典を施行することが定められていた。したがって旧商法典の全面施行はハプニングではなく、政府の意図するところであったというべきである。
- 75 神田・前掲注（69）32頁以下。特別法として代表的なものは、有限会社法（1938年）および株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律（1974年）であったが、2005年の会社法制定にあたり、商法第2編会社とこれら2つの特別法はひとつの会社法典にまとめられた。その結果として有限会社は「株式会社」に吸収され、「株式会社」の中に“有限会社型株式会社”と、“株式会社型株式会社”が併存することとなった。ヨーロッパ大陸法と比較すると相当な異例さは免れない。
- 76 高橋英治『ドイツ会社法概説』（有斐閣，2012年）5頁。
- 77 アルペラン＝高田訳・前掲注（40）95頁。
- 78 笹岡愛美「フランスにおける『商法典』」NBL935号59頁以下（2010年）。
- 79 鈴木竹雄・新版商行為法・保険法・海商法〔全訂第2版〕（弘文堂，1993年）107頁注（1）。
- 80 「商法の改正（日本私法学会シンポジウム資料）」NBL935号6頁以下（2010年）の各論考を参照。