

外国法の参照に関する 明治民法と明治商法の比較

佐野 智也

1. はじめに
 - (1) 研究の目的
 - (2) 比較対象としての商法
 - (3) 本稿の構成
2. 明治商法における参照外国法の概要
 - (1) 分析の対象
 - (2) 登場する国・地域
 - (3) 登場する法令
3. 参照外国法の比較
 - (1) はじめに
 - (2) 参照の種類数について
 - (3) 国・地域名の比較
 - (4) 民法と商法の各編の比較
 - (5) ドイツとフランスの比較
4. おわりに

1. はじめに

(1) 研究の目的

本稿は、明治民法¹⁾と明治商法²⁾の起草において参照した外国法の比較

1) 本稿において明治民法とは、明治29年法律第89号および明治31年法律第9号の制定時の状態を指す。
2) 本稿において明治商法とは、明治32年法律第49号の制定時の状態を指す。

分析をおこなう。

筆者は、明治民法の起草において参照した外国法を網羅的に検討した。これにより、明治民法は起草において34ヶ所の国と地域・124種類の法令を参照し、このうちの4ヶ国では判例も参照していることが明らかとなった。民法の原案1197ヶ条において、参照が多い上位5ヶ所の参照回数は、ドイツ（帝国法）790回、フランス714回、イタリア695回、スペイン649回、ベルギー638回であった。ドイツとフランスが上位2カ国である点は予想しうるところであろうが、ドイツとフランスとの回数の差が76回もありフランスとイタリアとの回数の差が19回しかないことも、ここから明らかとなった。さらに、起草担当者別・編別に参照割合を算出したところ、起草担当者別で見ても、また、編別で見ても、参照傾向にバラつきがかなりあることがわかった³⁾。

以上の分析を通じて、民法の外国法参照に関する客観的な状況は明らかとなったが、参照の特徴を十分に説明できてはいない。日本の民法が当時の諸外国の民法に比して、比較法を本格的に立法に活かしたことは事実である⁴⁾。すなわち、日本の民法は、諸外国に比して、非常の多くの種類の外国法を参照しているという特徴を有している。しかし、他に比較すべきものがないために、その種類の多さ以上の特徴を明らかにすることができない。例えば、原案はモンテネグロ財産法を287ヶ条で参照している。財産法に関するものだけであることを考慮すると、財産編の原案761ヶ条中の287ヶ条（約38%）で参照していることになるのだが、これが多いと判断しうるのだろうか。そもそもモンテネグロを参照することそのものが特殊なことなのかどうかさえわからない。

民法の外国法参照の特徴を示すためには、民法内部の観察だけでは不十分であり、外部との比較が必要不可欠である。本稿は、商法との比較を通

3) 詳細については、拙稿「民法起草時における参照外国法令の分析」名古屋大学法政論集257号（2014）89頁以下および「民法起草時における参照外国法分析基盤の構築」名古屋大学法政論集263号（2015）37頁以下を参照。

4) 起草者自身が述べたものとして、N. Hozumi, Lectures on the New Japanese Civil Code, Maruzen, 1912,（穂積陳重「新日本民法典講義（第2改訂版）」（信山社, 2011）pp.21 - 22や梅謙次郎「我新民法ト外国ノ民法」『法典質疑録』8号（1896）671頁。このことを直接的に表現したものとして、仁井田益太郎＝穂積重遠＝平野義太郎「仁井田博士に民法典編纂事情を聞く座談会」法律時報10巻7号（1938）652頁。

じて、民法の参照外国法の特徴を明らかにすることを試みる。

(2) 比較対象としての商法

明治民法と明治商法は、主として次のような共通性を持つ。まず言うまでもなく、同じ私法分野の法律である。起草作業に目を向けると、どちらも起草委員として梅謙次郎が携わっている。また、法典の起草時期も近く、条文案の審議に限って見ると、民法は明治26年9月～29年12月、商法は明治29年5月～30年12月である。さらに、法典論争の結果、旧法典の施行が延期されたという点でも共通性を持つ。

他方で、次のような相違点も挙げられる。まず、同じ私法分野と言っても、一般法と特別法の関係にあることである。このことは、法典論争における商法に対する批判とも関係している。すなわち、民法と商法で重複規定の抵触が問題となり、法典論争の論点の一つとなった⁵⁾。これにより、明治商法の起草にあたっては、重複規定は商法に置かないことが明確にされた⁶⁾。

起草委員についても、梅謙次郎以外のメンバーの属性は異なっている。民法の起草委員である穂積陳重の留学先はイギリス及びドイツ、富井政章はフランスであった。これに対して、商法の起草委員である岡野敬次郎はドイツ、田部芳はフランスとドイツに留学しており、二人の著作からはドイツに造詣が深いように見受けられる⁷⁾。すなわち、留学先等からすれば、商法の起草委員の方がドイツ法の傾向が強く現れることが予想される。また、田部芳が判事である点は、他の起草委員と比べて違いがある。

また、明治民法・明治商法は、旧法典の修正であるため、旧法典から少なからず影響を受けていると考えられるが、旧民法と旧商法で起草者が異

5) 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(1999)85～92頁。

6) 『法典調査ノ方針』第9条「商法ノ規定ニシテ民法ト重複スルモノハ之ヲ删除ス」(広中俊雄編著『日本民法典資料集成1』(信山社,2005)591頁)。

7) 高田晴仁、西原慎治「岡野敬次郎博士・田部芳博士の略年譜及び主要著作(特集 商法一〇〇年-立法・論争・課題2立法)」法律時報71巻7号(1999)16～18頁を参照。田部芳の留学先について、向井健「田部芳」法学セミナー24巻11号(1980)1頁、七戸克彦「ロー・クラス 現行民法典を創った人びと(10)主査委員(7)田部芳・長谷川喬・本尾敬三郎 外伝(6)行政裁判所の内紛」法学セミナー662号(2010)74頁。

なる点も違いとして挙げられる。旧民法はフランス人ボワソナードが起草をおこなっており、基本的にフランス民法を基礎とし、イタリア民法とベルギー民法草案も参照している⁸⁾。これに対して、旧商法はドイツ人ロエスレルが起草をおこなっているが、ドイツ商法にならったわけではなく、フランス・スペイン・オランダ・ドイツ・イタリア・イギリス・アメリカ等を参照している⁹⁾。

しかし、明治商法の起草における外国法の参照を知るための手がかりは、民法以上に少ない。梅は、「一国ノミヲ模範トシテ筆ヲ執リシ部分ハ一箇処トシテ存在」しないことを述べているが¹⁰⁾、それ以上のことは述べていない。民法について詳細に述べられていたこととは大きく異なる¹¹⁾。法政大学図書館が所蔵している梅謙次郎文書¹²⁾（以下、梅文書）にもわずかに手がかりが存在するが、「仏国をはじめ 12 カ国」についての「商法（および商法を含む民事法）の公布または施行年と思われる数字」が記されているだけのようである¹³⁾。

商法の立法沿革を扱った研究を見ると、明治 30 年から 32 年までの明治商法の起草過程については、その経過が述べられているのみで、外国法の参照に関してはほとんど触れられていない¹⁴⁾。

-
- 8) G.Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, 2ème éd., t.1, 1882, pp.5-6. フランス民法の欠点を補うため、イタリア民法を参照し、抵当権についてベルギー民法を参照している。なお、ドイツ民法についても触れられているが、結局参照することはできなかった。
- 9) 伊東すみ子「ロエスレル商法草案の立法史的意義について」滋賀秀三＝平松義郎編『石井良助先生還暦祝賀法制史論集』（創文社、1976）203～205頁。もっとも、明治商法の起草委員である梅のロエスレルの比較法に対する評価は低い。梅謙次郎『商法修正要領』（和仏法律学校、1900）6頁 [<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/793102/6>]。なお、本稿における URL の最終確認日はすべて 2017 年 5 月 25 日である。
- 10) 梅・前掲注（9）7頁 [<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/793102/6>]。
- 11) 梅・前掲注（4）669頁以下。なお、梅謙次郎「我新民法ト外国ノ民法（続）」『法典質疑録』9号（1896）779～780頁において、日本民法典はどこか一国の法典を模範として起草したものでないとして、商法と同様のことを述べている。
- 12) 梅文書研究会編『法政大学図書館所蔵梅謙次郎文書目録』（法政大学ボアソナード記念現代法研究所、2000）。以下、「梅文書目録」と参照する。
- 13) 梅文書目録第 1 部門 28（A5a/31）の 42 番。ただし、12 カ国に何が挙がっているのかは、梅文書目録に記載されておらず、筆者は梅文書を確認できていないのでわからない。
- 14) 志田鉦太郎『日本商法典と其改正』（明治大学出版部、1933）、三枝一雄『明治商法の成立と変遷』（三省堂、1992）127頁以下。

(3) 本稿の構成

以上の通り、明治商法が参照した外国法については、ほとんどわかっていないため、まずは登場する国・地域の名称と登場する外国法令の名称を網羅的に明らかにする。最初に、商法の分析の基礎とした対象資料について説明をする（2（1））。次に、分析対象から情報を整理し、登場する国と地域の一覧と、登場する外国法令の名称を明らかにする（2（2）（3））。法令の名称の一覧については、日本の法令と合わせて、本稿末尾に資料として掲載した。

この整理を基に明治商法での国・地域ごとの参照割合を算出した上で、民法との比較分析をおこなう。民法と商法では、参照している国・地域の種類数が大きく異なるため、第一にこの点の検討をおこなう（3（2））。第二に、具体的に相互の国・地域名を比較し、参照の有無の要因について検討する（3（3））。第三に、既に民法において編ごとの参照傾向に差異が認められることから、民法・商法の各編をすべて網羅的に比較し、参照傾向の類似性について検討する（3（4））。また、ドイツ法の影響とフランス法の影響は大きな関心事であると考え、両者のみを取り上げて、商法との比較をおこなうことにする（3（5））。

2. 明治商法における参照外国法の概要

(1) 分析の対象

本研究における分析の対象は、起草委員が法典調査会の審議に提出した原案の各条文に掲げられている「参照」という項目である。商法については、国立公文書館内閣文庫に所蔵されている『商法第一案』（国立公文書館請求番号ヨ 325 - 0193）という資料を用いた。

民法については、起草委員の原案が『民法第一議案』としてまとめられており、これを用いて分析をおこなった。『民法第一議案』は、学術振興会がおこなった全 288 巻に及ぶ立法資料のタイプ印写の内の 1 巻であり、これを翻刻した資料である商事法務研究会編『日本近代立法資料叢書』に

も収められている¹⁵⁾ (以下、学術振興会の資料を「学振版」、商事法務研究会の資料を「商事法務版」と呼ぶ)。商事法務版は、研究者に広く利用されているため、『民法第一議案』はよく知られた資料だと言える。

これに対して、商法については、『民法第一議案』に相当するような資料が学振版・商事法務版には存在しない。しかし、学振版・商事法務版から明治商法の原案とその参照法令を知る術がないわけではない。法典調査会の議事録を見ると、原案は条文審議の冒頭に掲げられ、参照法令も掲載されている。ここから、参照外国法令の情報を得ることが考えられる。しかし、この方法では、原案を完全に知ることができない。例えば、法典調査会商法委員会の第6回と第7回の審議において、「第四章 商名」に属する条文として、第17～20条及び22条が掲載されている¹⁶⁾。そして、第8回では、「第五章 商業帳簿」に属する条文として第25条が掲載されている。この間において、少なくとも、21条、23条、24条が掲載されていないことがわかる。このように掲載されていないと疑われる箇所は、随所に存在する。議事録の記載から参照を拾い集めるという方法では、原案を網羅的に集計することができない。

また、明治商法の原案とその参照法令を知る方法として、私文書である梅文書を使う方法が考えられる。梅文書には、甲号議案と呼ばれる法典調査会商法委員会で配布された原案の資料が残っている。この甲号議案を使うことで、審議経過とは無関係に、提出された原案すべてを知ることができる。しかし、梅文書目録の商法草案と商法草案類を見ると、甲号議案のうち、41号・47号・53号・55号が欠落していることがわかる¹⁷⁾。したがって、この方法でも、原案を網羅的に集計することができない。

以上に対して、本研究で用いる『商法第一案』は、甲号議案として議案番号が通しですべて揃っており、梅文書のような欠落はない。その内容も、確認した限りでは商法委員会議事要録に掲載されているものと一致し、前述の「第四章 商名」に属する条文もすべて掲載されていることが確認で

15) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書 13 『民法第一議案』(商事法務研究会, 1988)。

16) 『法典調査会 商法委員会議事要録 第一巻』68丁表以下 [http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367710/72]。

17) 梅文書目録第1部門33 (A5e/8) および第1部門28 (A5a/31)。多くは前者に含まれているが、28号・29号・34号・52号は後者に含まれている。

きる。甲号議案すべてと修正案がまとめられている資料という点で、『商法第一案』は、『民法第一議案』に相当する資料だと言える¹⁸⁾。

『商法第一案』を見ると、甲号議案は全 62 号が存在し、その条文数は全 584 ケ条である。また、『商法第一案』には、「商修正原案」という表記で、修正案が含まれている。この修正案でも参照が付されているものが 13 ケ条ある。この 13 ケ条は、いずれも「左ノ一條ヲ加フ」という形で掲載されており、新規の条文の追加である。新規の追加であれば、重複して集計することにはならないため、この 13 ケ条は集計に加えることにした。

なお、『商法第一案』の「商修正原案」における新規の条文の追加は、43 ケ条ある。すなわち、30 ケ条については、参照が付されていない。これを「参照なし」として集計に加えることも考えられる。しかし、甲号議案 584 ケ条において、参照がないのは 10 ケ条だけである。この差を見ると、修正案は参照を付さずに提出されている場合が少なくないと考えられる。そうすると、参照がない 30 ケ条を集計に加えることは、かえって参照がないものを過剰に集計するという不当な結論を導くことにつながりかねない。この点を踏まえつつ、参照した法令を網羅するという観点から、参照の付されている 13 ケ条のみを集計に加えることにし、その他の 30 ケ条は集計しないこととした。

したがって、本研究の対象とするのは、甲号議案 584 ケ条に修正案 13 ケ条を加えた、全 597 ケ条である。この他に、商法では、章や節に対しても参照が付されているが、民法では、章や節に対して参照が付されていることがなかったため、商法でも集計に加えないこととし除外した。

なお、公布された商法は全 689 ケ条であり、100 ケ条以上不足している。商法は、上記のように、修正案での新規の条文の追加が民法に比べて多い。明治 30 年 12 月 13 日の決議案を見ると全 646 ケ条あることが確認できる¹⁹⁾。さらにその後、第 11 回帝国議会で提出された案では全 666 ケ条に増

18) 『民法第一議案』は、学振版以外に、同名の資料が国立公文書館内閣文庫に存在している（国立公文書館請求記号ヨ 324 - 0396）。両者を比較すると、国立公文書館所蔵の同名資料には、乙号議案、目次案などの掲載がなく、修正案もほとんど掲載がない点で、学振版の『民法第一議案』とは異なっている。もっとも、甲号議案だけに限れば同種の資料であると考えられる。

19) 『法典調査会 商法決議案』[<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367720>]。条文番号の最後は第 631 条であり、その直後に 6 ケ条と、その後の修正案中で 10 ケ条の追加と 1 ケ条の削除がある。

え、第12回帝国議会提出案では685ヶ条、可決される第13回帝国議会提出案で最終的に全689ヶ条となる²⁰⁾。このように、商法は、甲号議案の外で新規追加条文が増えていったという経緯があり、本稿では、これらの条文が分析の対象外となっていることに留意が必要である。

(2) 登場する国・地域

表1は、参照として登場する国・地域のみを一覧としてまとめたものである。国・地域の名称は、漢字一文字表記になっているが、凡例を見ることで、特定が可能である。表1の順序は凡例に出てくる順に従った。なお、凡例には、参照として登場しない国・地域も挙げられているため、凡例を見ただけでは、実際に参照として登場する国・地域を確定することはできない。

表1のうち「那」については、凡例に記載がないため特定をおこなわなければならないが、筆者はノルウェーであると推定した。『地名訳書字引』(1874年)²¹⁾や『万国地名字引』(1878年)²²⁾に「那威」(ノルウェー)という用例がある。これをもとに、「那」として参照している1893年7月20日法を調査したところ、ノルウェー海事法(Lov om Sjøfarten)が該当することがわかった。

『民法第一議案』と比べると、『商法第一案』の参照は、表記ゆれがないことが特徴である。民法では、例えば、アルゼンチンを示すものとして、「亜」と「アルジエンチーン」という二種類の表記が使われているなどしたが、商法の国・地域名では、そのようなことはなかった。

20) 志田鉦太郎『日本商法典と其改正』(明治大学出版部, 1933) 100頁。

21) 坂似水編『地名訳書字引』(坂似水, 1874年) [<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/761357/18>]。

22) 桜井茂衛編『万国地名字引』(前川善兵衛, 1878年) [<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/761655/38>]。

表1 登場する国・地域一覧（「那」は凡例に記載なし）

表記	国名・地域名
佛	フランス
獨	ドイツ（帝国法）
普	プロイセン
澳	オーストリア
匈	ハンガリー
英	イギリス
伊	イタリア
西	スペイン
葡	ポルトガル
白	ベルギー
蘭	オランダ
羅	ルーマニア
瑞	スイス（連邦法）
亞	アルゼンチン
那	ノルウェー

(3) 登場する法令

法令の表記方法も凡例に記載されているが、民法と商法が入れ替わっているだけで、『民法第一議案』の表記方法と同じである。すなわち、「單二國名ノミヲ掲ケテ其法令ノ種類ヲ示ササルハ商法ノ箇條ナリ」とされており、「民」は民法、「民訴」は民事訴訟法、「刑」は刑法、「刑訴」は刑事訴訟法の略であり、「草」は草案、「一草」は一読会草案、「二草」は二読会草案の略であるとされている。これに従うと、例えば、「普草」はプロイセン商法草案ということになる。

上記以外の法令を参照している場合には、直接法令名を示したり、年月日で示したり、あるいはその両方を使って示すといった表記が使われている。法令名の多くは和名で記されているが、アルファベットのままの場合もある。この点も、『民法第一議案』と同じである。

『民法第一議案』では、以上の基本的な表記の他に、イギリス法に関する表記としてイギリス国王の治世年と法律番号で表記するパターンがあっ

た。『商法第一案』でも、イギリスを参照しているが、このような表記方法は用いられず、すべて西暦を用いた表記が使われている。

『民法第一議案』では、法令の表記ゆれも少なくなかった。例えば、スイスの“Loi fédérale sur la capacité civile”を示すものとして、「能力法」・「1881年行為能力法」・「1881年6月22日法」という3種の表記が使われていた。用例が多いものとしては、プロイセン一般ラント法を示すものとして、「普」と「普國法」が使われていた²³⁾。『商法第一案』では、このような表記ゆれはほとんどなく²⁴⁾、プロイセン一般ラント法も「普國法」のみが使われている。

内容を見ると、民法では、日本と外国の判例の参照があったが、商法では、いずれの判例も参照していない点が、大きな違いとして挙げられる。

また、商法では、国際的な法規範を少なからず参照している点も大きな違いである。この点、民法では、主査会甲4号39条において、1862年12月8日英白条約・1862年5月15日英仏条約・1867年11月26日英伊条約・1874年3月27日英独条約を参照しているのみである。これに対して商法では、1885年ベルギー・アントウェルペン（英名：アントワープ、フランス名：アンヴェルス）で開催された万国商法編纂会議の決議法案を47回参照するなどしている。

本稿末に掲げた資料は、『商法第一案』が参照している法令について、原表記に基づいて法令名を整理して一覧にしたものである。法令名は、凡例に該当するものは、それに従って表記を変え、凡例に該当しないものは、原表記に基づいてそのまま掲載している。なお、漢数字は読みやすくするために、アラビア数字に置き換え、旧字体は新字体に改めた。前述の国際的な法規については、国名なしとして掲げた。

商法における外国法の参照法令は、国際的な法規範を除くと99種類であることがわかった。これに対して、民法全体では124種類であるため、単純に見れば民法の参照の種類の方が多い。もっとも、民法と商法では対象条文数に約2倍の差がある。条文数や分野を商法に近いものにするとい

23) 拙稿「民法起草時における参照外国法分析基盤の構築」名古屋大学法政論集 263号(2015)45頁。

24) イギリスの「1862年8月7日法」に対して「1862年8月7日會社法」という表記が1度だけある。

う考慮で、民法を財産法部分の前3編に限ると、参照の種類は94種類となる。このような見方によれば、民法と商法の参照の種類数は、それほど差はない。

ただし、現時点で、商法の参照については、具体的な法律名は特定しておらず、原表記の形のままで集計をしている。何らかの誤植が疑われる表記もそのまま集計しており、今後、具体的に法令の探索・特定を進めることで、この数は、若干減少する可能性がある。

3. 参照外国法の比較

(1) はじめに

以後の分析は、1ヶ条中に同じ国・地域が複数回登場しても、1回とカウントする方法によるものとする。例えば、民法甲9号141条では、ドイツの刑法、刑事訴訟法、民法第2草案という三つの法令を参照しているが、ドイツとして1回とカウントする。既に述べたとおり、分析対象の条文数は、民法が1197ヶ条であり、商法が597ヶ条である。

表2は、上記のカウント方法に従った参照回数と法典全体に対する割合を民法と商法で対比して示したものである。参照していない場合は、空欄とした。1ヶ条中で複数の国・地域を参照していることがほとんどであるから、参照回数の合計値は、分析対象の条文数よりも多くなる。1ヶ条あたりの平均参照外国数を比較すると、民法が約6.0箇所、商法が約6.1箇所であり、ほとんど同程度である。

表2 国・地域ごとの参照回数と割合

	民法	商法
ドイツ (帝国法)	790(66.0%)	494(82.7%)
フランス	714(59.6%)	301(50.4%)
イタリア	695(58.1%)	441(73.9%)
スペイン	649(54.2%)	304(50.9%)
ベルギー	638(53.3%)	326(54.6%)
オランダ	577(48.2%)	289(48.4%)
オーストリア	480(40.1%)	24(4.0%)
ザクセン王国 (ドイツ)	347(29.0%)	
スイス (連邦法)	336(28.1%)	233(39.0%)
モンテネグロ	287(24.0%)	
ポルトガル	260(21.7%)	394(66.0%)
プロイセン王国 (ドイツ)	252(21.1%)	34(5.7%)
チューリヒ (スイス)	234(19.5%)	
グラウビュンデン (スイス)	183(15.3%)	
ヴォー (スイス)	148(12.4%)	
インド	122(10.2%)	
バイエルン王国 (ドイツ)	108(9.0%)	
ニューヨーク (アメリカ)	103(8.6%)	
カリフォルニア (アメリカ)	92(7.7%)	
イギリス	45(3.8%)	127(21.3%)
ロシア	24(2.0%)	
ローワー・カナダ (カナダ)	21(1.8%)	
アルゼンチン	12(1.0%)	4(0.7%)
ビクトリア法典	4(0.3%)	
ベルン (スイス)	4(0.3%)	
ゾロトゥルン (スイス)	4(0.3%)	
ルツェルン (スイス)	4(0.3%)	
フリブール (スイス)	3(0.3%)	
ハンガリー	3(0.3%)	295(49.4%)
ティチーノ (スイス)	1(0.1%)	
ヌーシャテル (スイス)	1(0.1%)	
デンマーク	1(0.1%)	
ルイジアナ (アメリカ)	1(0.1%)	
バルチック	1(0.1%)	
ルーマニア		334(55.9%)
ノルウェー		63(10.6%)
合計 (延べ数)	7144	3663

(2) 参照の種類数について

参照先の国・地域は、民法が計 34 箇所であるのに対して、商法が計 15 箇所である。その数だけからすると、民法は商法よりも広く諸外国を参照したことになる。

この民法と商法の種類数の差異の要因として挙げられるのは、第一に、スイスの州（カントン）の参照である。民法では、これだけで 9 箇所を参照しているが、商法では全く参照していない。これに加えて、ドイツについても、商法はプロイセンの参照があるのみで、ザクセンとバイエルンを参照していない。

種類数の差異の要因として挙げられる第二のものとして、参照割合が低い国・地域の差異が挙げられる。参照割合が 1% 以下のものが、民法では 12 箇所あるのに対して、商法は 1 箇所だけである。これをさらに 10% 以下で見ると、民法では 18 箇所あるのに対して、商法は 3 箇所だけである。

スイスの州法の参照の大半が 1% 以下の参照であり、第一の要因と第二の要因は重複する部分があるが、種類数の差異の要因は、この 2 点によって概ね説明が可能である。この 2 点を言い換えると、民法は、①州法などの細かい単位での法令をも参照している、②様々な国・地域を参照しているが、一回的あるいは非常に限定的に使われている場合も多い、ということが特徴であると言えそうである。

(3) 国・地域名の比較

国・地域名を見ると、民法と商法で主要な参照先は共通することがわかる。すなわち、ドイツ、フランス、イタリア、スペイン、ベルギー、オランダは、民法と商法いずれでも参照割合が高い。この 6 カ国は、参照対象として一般性があると言える。

スイスもここに加えることが可能であると考えられる。スイスは連邦法だけを見ると、民法での参照は上記 6 カ国に比べて多くない。しかし、スイスの場合、当時の連邦法がカバーしていた領域は、債務法や行為能力法などの民法の一部だけであった。民法の起草者は、連邦法に存在しない場合に州法を参照するという傾向があり、連邦法と州法は総合的に考えるこ

とができる²⁵⁾。商法において州法を参照していないことも考慮すると、連邦法と州法を区別せずスイス法として集計する方が、商法との比較という点では適切である。連邦法と州法を区別せずスイス法として集計すると、民法での参照回数・割合は、631回（52.7%）となる²⁶⁾。この値で考えれば、スイスも商法と共通して参照割合が高く、参照対象として一般的であると言える。

ポルトガルは、民法での参照が商法の3分の1以下であり、かなり少ない。民法でのポルトガルの参照割合の低さと関係する事項として、総則編と物権編で全く参照されていないことを考慮しなければならない。ポルトガルが総則編と物権編で全く参照されていない理由として、ポルトガル民法を参照するために使用した資料が1895年の債権編の審議以降にしか利用できなかったためであると筆者は推測している²⁷⁾。しかし、参照しなかった2編分を除いて考えたとしても、参照割合は32.7%であり、商法に比して2分の1以下である。ポルトガルは、参照対象として重要な位置を占めているが、民法と商法では差異がある参照対象であると言える。

民法において前述の主要国と同程度の参照割合があるが、商法ではほとんど参照していない国として、オーストリアとモンテネグロがある。オーストリアにはドイツと同じ普通商法典（ADHGB）が適用されていたため²⁸⁾、オーストリアとしての参照割合は低くなっていると考えられる。しかしそれにもかかわらず、オーストリアについては、単行法まで積極的に参照している点は注目に値する。単行法であるため特定の分野に限られることになるわけだが、商行為と手形に限ると、9～10%程度の参照割合となる（後掲の表3を参照）。単行法としては、それほど低くない値である。これらの点を踏まえると、オーストリアは、ドイツと共通するために商法典の参照がないだけで、本来は、単行法も含む高い割合で参照するような主要な参照対象であると考えるのが妥当であろう。もう一つのモンテネグロの事情については、おそらく商法典がなかったためであると考えられる

25) 拙稿・前掲注(23) 60頁。

26) 1ヶ条中に同じ国・地域が複数回登場しても、1回とカウントする方法になっているので、連邦法と州法が同時に使われている場合でも1回とカウントすることになる。このため、表2を単純に合計した数値とは異なる。

27) 拙稿・前掲注(23) 62頁。

28) 小野秀誠「オーストリア一般民法典（1811年、ABGB）の200年：啓蒙と官房学の結合」一橋法学14巻2号（2015）587～588頁。

が、今回の調査では十分に明らかにできなかったため、今後の課題としたい。

上記とは逆に、商法において前述の主要国と同程度の参照割合があるが、民法ではほとんど参照していない国として、ハンガリーとルーマニアがある。両者とも独自の民法典がなかったため、明治民法での参照は限定的であったと考えられる²⁹⁾。もっとも、ハンガリーには民法典こそなかったが、家族法に関する単行法が存在していた³⁰⁾。これらの単行法は、意図的に参照されなかったのか、資料が入手できず参照できなかったのか、いずれかは不明であるが、独自の商法典がなかっただけのオーストリアとはやや異なる。

ノルウェーも商法のみで参照されているが、上記の4カ国と比べると、その位置づけは異なる。ノルウェーは、商法の中でも「第五章 海商」でのみ参照されている（後掲表3）。ノルウェーは、商法の中でも特定の領域でのみ参照されている特殊な位置づけにあると言える。

(4) 民法と商法の各編の比較

民法と商法全体を比較するよりも、編ごとに比較する方が、より意味のある結果が得られる可能性が高い。民法全体として見ると親族編と相続編が含まれることになるが、この2編が商法と参照傾向が類似しているとは考えにくい。海商におけるノルウェーの例からも、各編で参照傾向の違いがあることが推察できる。

そこで、民法・商法を編ごとに細分化し、相互にどれくらい類似しているかを分析する。民法と商法は、それぞれ区別するのではなく、すべて横断的に分析する。これにより、例えば、民法の債権編と商法の商行為編の類似性も知ることができる。

表3は各編の参照割合の一覧である³¹⁾。編ごとに総条文数が異なるため、

29) ハンガリーについて、A. Durand et Pedone-Lauriel, *Code de commerce hongrois*, 1894, p.1. なお、明治民法でのハンガリーの参照は、いずれもハンガリー商法典を参照している。ルーマニアについては、柚木馨「ルーマニア新民法草案」国民経済雑誌 54 卷 4 号（1933）128 頁。

30) 伊藤知義「ハンガリー民法史覚書—二重帝国時代を中心として—」札幌学院法学 12 卷 2 号（1996）196 頁。

31) 商法第三編は、甲号議案では「契約」であったが、途中で修正されて現在の「商

総条文数に対する割合のみを示している。国の並びは、民法における参照回数が多い順に並んでいる。左側が民法の5編、右側が商法の5編である。また、スイスについては、前述の通り、連邦法と州法を総合的に捉える方が適切であると考え、スイスとしてまとめて集計した。

これを見ると、各編で参照傾向の違いがあることがよくわかる。民法については、既に別稿で若干の検討を加えたので省略することにし³²⁾、ここでは商法について特徴的な部分のみ指摘を簡単にしておきたい。まず、ノルウェーを海商のみで参照していることは既に述べたところであるが、逆に、スイスとハンガリーは、海商で参照が全くされていない。この両国に限らず、海に面していない国・地域は、海商で参照がされていない。

特定の編においてのみ参照が多い国・地域も見られる。例えば、イギリスやスイスにおける手形法や、商行為におけるプロイセンなどである。プロイセンは、商法の参照の中で唯一の州である。そこで、この点についてドイツを見ると、プロイセンとは逆に商行為での参照割合は低い。しかし、両者には、スイスの連邦法と州法におけるような関係性があるわけではないようである。商行為中の火災保険と生命保険に関する規定の全てにおいてプロイセンを参照していることが、プロイセンの参照割合を高くしている要因であるが、それ以外の部分では、ドイツとプロイセンを両方同時に参照している。

フランス・スペイン・オランダは、手形と海商で参照割合が高く、総則と会社と商行為では参照割合が低い傾向があり、しかも両者の間は二分されているような共通の特徴を有している。以上に述べた以外にも、商法では、編ごとの参照割合の差が大きく表れており、ポルトガルのように、同程度の割合で参照されているものは多くないように思われる。

行為」となった。この表は、甲号議案を基とするものであるが、わかりやすさの観点から「商行為」としている。

32) 拙稿・前掲注(23)60頁以下。

表3 編別の参照割合

	民法					商法				
	総則	物権	債権	親族	相続	総則	会社	商行為	手形	海商
ドイツ	74.6%	46.4%	75.3%	62.9%	67.6%	85.7%	78.9%	68.8%	91.2%	94.5%
フランス	51.4%	58.9%	64.7%	57.4%	61.6%	28.6%	47.8%	34.1%	64.8%	66.4%
イタリア	52.0%	65.6%	63.1%	45.4%	62.2%	59.5%	73.9%	69.6%	83.5%	76.0%
スペイン	54.8%	52.7%	54.4%	47.4%	64.3%	45.2%	32.2%	42.0%	62.6%	76.7%
ベルギー	54.8%	53.1%	50.6%	47.8%	64.9%	33.3%	51.7%	45.7%	67.0%	65.1%
スイス	63.3%	43.3%	66.1%	33.5%	54.1%	42.9%	56.7%	21.7%	91.2%	0.0%
オランダ	49.7%	51.3%	46.1%	36.3%	63.2%	23.8%	30.0%	39.9%	60.4%	78.8%
オーストリア	37.9%	32.1%	51.9%	30.7%	41.6%	0.0%	1.1%	9.4%	9.9%	0.0%
ザクセン	40.1%	25.9%	31.9%	15.1%	35.1%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%
モンテネグロ	35.0%	26.8%	45.8%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%
ポルトガル	0.0%	0.0%	33.1%	25.1%	42.2%	59.5%	65.6%	62.3%	70.3%	69.2%
プロイセン	13.0%	15.6%	28.9%	22.3%	18.4%	2.4%	1.1%	22.5%	0.0%	0.0%
インド	18.6%	6.3%	13.6%	3.2%	9.7%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%
バイエルン	0.6%	7.6%	24.7%	0.4%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%
ニューヨーク	7.9%	5.4%	3.3%	18.3%	10.3%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%
カリフォルニア	2.3%	4.0%	4.2%	17.9%	10.3%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%
イギリス	3.4%	1.3%	8.1%	0.8%	2.7%	2.4%	15.6%	0.0%	63.7%	27.4%
ロシア	8.5%	1.8%	0.0%	1.2%	1.1%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%
カナダ	0.0%	0.0%	1.9%	0.0%	7.6%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%
アルゼンチン	0.6%	4.5%	0.3%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	1.4%	0.0%	1.4%
ハンガリー	0.0%	0.0%	0.8%	0.0%	0.0%	16.7%	61.1%	74.6%	82.4%	0.0%
ビクトリア法典	0.0%	1.8%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%
デンマーク	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.5%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%
ルイジアナ	0.0%	0.4%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%
バルチック	0.0%	0.0%	0.0%	0.4%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%
ルーマニア	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	28.6%	62.8%	31.2%	82.4%	62.3%
ノルウェー	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	43.2%

以上の部分的な検討から、海商は商法の中でも特殊性があることや、商法は民法に比べて編ごとの参照傾向が大きく異なることが窺われる。しかし、民法においても編ごとに参照割合が大きく異なる部分は少なくない。

数値と比較すべき組み合わせが多いため、部分的な比較検討だけでは不十分である。そこで、2変数間の類似度を図る指標の一つである相関係数を用い、網羅的な比較のためすべての組み合わせの相関行列を作成した(表4)。視覚的にわかりやすいように、相関係数の高い値には色をつけてヒートマップにした。

色が付いている部分、すなわち、相関係数が高い部分が、民法総則から相続に至るまでのグループと、商法総則から海商のグループとに大きく二分されている。これは、民法の各編間、商法の各編間で類似度が高く、それに比較して相互の間の類似度は高くないことを示している。ただし、商法の海商については、商法総則との類似度はある程度高い傾向にあるが、会社・商行為・手形との類似度はやや低い。海商が商法の中でも特殊な参照傾向を持っているという分析と一致する結果が示された。

民法内部で見ると、最も高い値は親族と相続の間であり、家族法として括られる二つの編の外国法の参照傾向の類似度が高いことがわかった。親族と相続では、モンテネグロで参照がないことやニューヨークとカリフォルニアの参照割合がやや高いことが共通しており、これらが影響していると考えられる。このことは、逆に民法の総則・物権・債権が相対的に高くなる要因にもなっていると考えられる。

商法の内部を見ると、会社と手形の類似度が最も高いことがわかった。会社は、手形だけではなく、総則や商行為との間でも比較的高い値を示している。前述のフランス・スペイン・オランダの参照傾向からは、総則・会社・商行為と手形・海商のような分かれ方をすることも予想されたが、この相関行列にはそのような傾向は表れなかった。会社と手形は、フランス・ベルギー・ルーマニアなどの多くの国で緩やかながらも同様に高い参照割合を示す反面、海商の独自性がそれ以上に強かったことが総合的に影響していると考えられる。

民法と商法では、親族・相続と商法総則の間でやや高い値が出たが、全体としてはいずれも比較的低い値となった。親族・相続が商法との間で他と比べて高い値となるのは、モンテネグロやポルトガルの参照の有無が影響していると考えられる。反対に、物権・債権との間で低くなるのは、モンテネグロとポルトガルの異同に加えて、オーストリアとザクセンを商法でほとんど参照していないことにあると考えられる。

民法と商法いずれでも参照割合の高い6カ国とスイスを主要な参照対象国として位置づけた。しかし、民法か商法のいずれか、あるいは限られた編でのみ参照割合の高いオーストリア、ザクセン、モンテネグロ、ポルトガル、ルーマニア、ノルウェーといった国・地域の影響力は、各法・各分野を特徴づけるものとして無視し得ないものであると言える。

表 4

	総則	物権	債権	親族	相続	総則商	会社	商行為	手形	海商
総則	1									
物権	0.941	1								
債権	0.930	0.916	1							
親族	0.860	0.883	0.875	1						
相続	0.890	0.907	0.894	0.956	1					
総則商	0.647	0.619	0.704	0.763	0.765	1				
会社	0.521	0.529	0.574	0.628	0.640	0.909	1			
商行為	0.490	0.539	0.561	0.650	0.655	0.855	0.913	1		
手形	0.547	0.553	0.575	0.612	0.646	0.843	0.953	0.843	1	
海商	0.549	0.618	0.575	0.712	0.718	0.815	0.746	0.728	0.732	1

(5) ドイツとフランスの比較

民法において、ドイツの影響とフランスの影響は大きな関心事であろう。図1は、表3に基づいてドイツの参照割合とフランスの参照割合をプロットした散布図である。ドイツの参照割合が高くフランスの参照割合が低い場合には、右下の方に配置され、その逆であれば左上の方に配置される。同程度の割合の場合には点線上に来ることになり、これが境界線だと言える。民法の各編は●で、商法の各編は▲で示した。

全体として民法よりも商法の方が右下にあり、商法の方がドイツの影響が強いことが見て取れる。これに比べると、民法は境界線に近いことがわかる。

民法の中で最も右下に位置しているのは総則であり、商法の中で最も右下に位置しているのも総則である。単純なドイツの参照割合だけで見ると、

民法の総則と債権はほとんど差がないし、商法の総則よりも手形と海商の方が参照割合が高い。しかし、債権・手形・海商では、フランスの参照割合も高い傾向にあるため、よりドイツ法の独自性が強く表れているのは、右下に位置する総則だと考えられる。ドイツに由来するパンデクテン方式の特徴は、総則編の存在にあるが、その総則編でドイツの影響が強いことが、民法・商法ともに表れている。

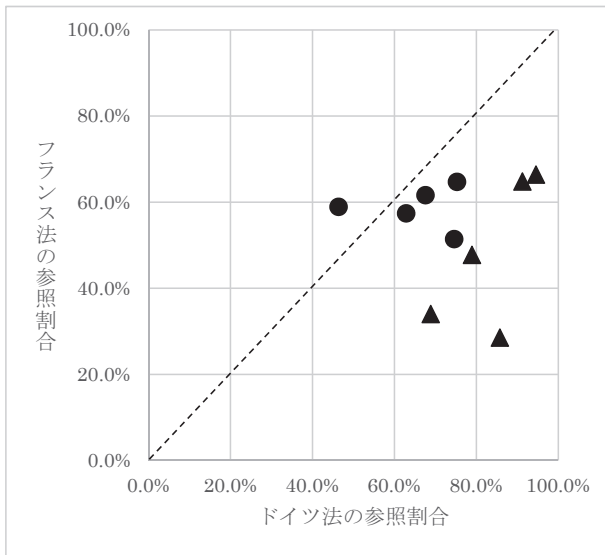


図1 ドイツ・フランスの参照割合の散布図

4. おわりに

民法の外国法参照の特徴を明らかにするために商法の外国法参照との比較をおこなった。

参照の種類数の比較からは、民法の外国法参照では、州法などの細かい単位での法令をも参照しているが、一回的に使われている場合も多い、という特徴があることがわかった。

さらに具体的に見ると、ドイツ、フランス、イタリア、スペイン、ベルギー、オランダは、民法・商法ともに共通して参照回数が多く、当時の主要な参

照対象であったと考えることができる。当時の法典の整備状況を考慮すると、スイスとオーストリアもこの6カ国に加えることが可能である。民法と商法でやや比重が異なるが、ポルトガルもこれに続くものと考えられる。

他方、これ以外の民法のみ、商法のみあるいは特定の編のみにおいて参照割合の高い国・地域の影響も重要である。これらの国・地域が、民法や商法や各編を特徴づけている可能性が高いからである。この点、モンテネグロについて、近年研究がなされていることの意義は大きい³³⁾。

編別だけではなく起草者別の参照割合の検討も予定していたが、商法については、民法と同じ手法が有効ではなく、比較が困難であることがわかり断念した。民法では、法典調査会の審議での条文の趣旨説明担当者を起草担当者とし、商法では岡野と田部が説明を担当しており、梅は一度も説明を担当していないことがわかった。梅は、主に修正案を提出する際や整理案の際に趣旨説明をおこなっている。

梅の起草における関わり方が違うとすれば、このことが、民法と商法においてドイツとフランスの参照傾向の差を生む要因となった可能性は十分に考えられる。民法において、フランスの参照は、穂積や富井と比べて梅の起草部分によるものが多い。すなわち、梅の影響は、図1において民法を点線上に近づける方向に働いている。その梅が起草において一歩引いた位置にいたとすれば、そして、他の商法起草委員がドイツ留学経験者でドイツ法に明るかったことを考えれば、民法よりもドイツ法への傾斜が強くなることは当然の表れであろう。ドイツ商法を積極的に取り入れるための意図的な体制であったかもしれない。

本稿で示した俯瞰的分析が各論や個々の条文の理解・解釈にどのように影響しているかは、今後の課題である。また、商法については、まずは具体的に法令を特定するなどのより詳細な追加調査が必要であり、この点は商法研究者に期待しつつ、本稿末尾の資料が有用な基礎となれば幸いである。

33) 松本英実「ボギシッチと日本民法典 セルビア、モンテネグロと日本法の接点」
 青山法学論集 57 卷 1 号 (2015) 61～70 頁、同「ボワソナード／ボギシッチ書簡
 ーボギシッチ博物館所蔵資料の紹介 (1)」青山ローフォーラム 4 卷 2 号 (2016)
 11 頁以下。

謝辞

本研究は、JSPS 科研費 16K17025 の助成を受けたものである。

資料 参照法令表記一覧

掲載にあたっては、凡例の記載に従って省略を改め、また、漢数字をアラビア数字に改め、旧字体は新字体に置き換えた。

フランス

1. 商法
2. 民法
3. 1807年9月3日法
4. 1857年5月30日法
5. 1858年3月28日法
6. 1858年5月28日法
7. 1862年7月2日法
8. 1865年6月14日法
9. 1865年6月15日法
10. 1866年7月18日法
11. 1866年令
12. 1867年7月24日法
13. 1870年8月31日法
14. 1872年6月15日法
15. 1874年2月19日法
16. 1880年6月11日法
17. 1884年11月29日草案
18. 1885年7月10日法
19. 1890年10月7日法
20. 1890年10月7日令
21. 1893年8月1日法

オランダ

22. 商法
23. 民法

24. 1875年6月1日法

ドイツ

25. 商法

26. 商法草案

27. 旧商法

28. 民法

29. 手形法

30. 1867年10月25日法

31. 1871年6月8日法

32. 1872年12月27日法

33. 1873年6月28日法

34. 1873年11月3日法

35. 1882年帝國銀行小切手法案

36. 1883年2月14日伯林府交換所規約

37. 1883年7月1日 *Gewerbeordnung*

38. 1888年3月30日法

39. 1892年小切手法案

プロイセン

40. 普國法（プロイセン一般ラント法）

41. 商法草案

42. 1861年7月22日法

オーストリア

43. 1865年11月29日令

44. 1873年3月29日令

45. 1880年小切手法案

46. 1889年3月28日法

47. 1889年4月28日法

ハンガリー

48. 商法

49. 手形法

スイス

50. 商法

論 説

51. 商法草案

52. 保険法草案

イタリア

53. 商法

54. 商法施行法

55. 民法

スペイン

56. 商法

57. 商法施行法

58. 1885年12月21日勅令

ルーマニア

59. 商法

60. 民法

ポルトガル

61. 商法

62. 民法

ベルギー

63. 商法

64. 旧商法

65. 民法草案

66. 1862年11月18日法

67. 1865年5月5日法

68. 1867年5月18日法

69. 1867年12月30日法

70. 1872年5月5日法

71. 1872年5月20日法

72. 1872年12月15日法

73. 1873年1月20日法

74. 1873年5月18日法

75. 1873年5月20日法

76. 1873年6月20日法

77. 1874年6月11日法

78. 1876年3月16日法
79. 1876年5月25日法
80. 1877年7月10日法
81. 1879年5月30日法
82. 1879年8月21日法
83. 1886年5月22日法
84. 1891年8月25日法
85. 草案1873年5月18日法

アルゼンチン

86. 商法

イギリス

87. 1855年8月14日船荷証券法
88. 1862年8月7日法（会社法）
89. 1867年8月20日法
90. 877年7月22日法
91. 1879年8月15日法
92. 1880年3月24日法
93. 1882年8月18日法
94. 1885年8月18日法
95. 1893年8月25日法
96. 1894年8月25日法
97. 1894年チャルマース氏海上保険法案

ノルウェー

98. 1893年7月20日法
99. 1893年7月30日法

その他

100. 1885年アンヴェール万国商法会議決議法案
101. 1888年ブルユッセル会議決議
102. 1888年ブルユッセル万国商法會議決議法案
103. 1890年ヨルク、アントワルプ規則
104. 1891年国際法協会決議
105. ベール草案

論 説

106. リーセル草案

日本

107. 旧商法

108. 商法施行法

109. 民法

110. 民事訴訟法

111. 12年2月布告9号西洋形船海員雇入雇止規則

112. 19年8月11日法1号登記法

113. 19年8月11日法2号公証人規則

114. 23年10月29日司法省8号

115. 23年10月8日勅令219号船籍規則

116. 23年11月8日遞信省20号船籍規則施行細則

117. 23年7月16日勅令133号

118. 23年7月24日法52号執達吏手数料規則

119. 23年8月8日法60号

120. 26年7月5日勅令64号

121. 私設鐵道條例