領事裁判と明治初年の日本

福 島 小夜子

Consular Courts and Japan during the Early Meiji Era

Sayoko FUKUSHIMA

Ansei Treaties, concluded by Japan for the first time with foreign countries during the years of 1854—58, were unequal treaties including such stipulations as consular jurisdiction, tariff rate by agreement and unilateral most favored-nation clause.

One of the most important tasks of Meiji new government was to negotiate with each country for the revision of these unequal treaties. For this accomplishment, the government modernized the Japanese legal system. Japanese codification was based chiefly up on the model of French and German laws, under the leadership of foreign advisers, such as Dr. Boissonade. On the other hand many practical judges came into contact with foreign laws especially English law by going through the consular courts. And, during the process of negotiation Japan had known several Middle East legal institutions. For instance, at Constantinople, Egyptian Foreign Minister Nubar Pasha gave useful advice about mixed court to a member of Iwakura Mission in 1873. And Egyptian rules for mixed courts were translated into Japanese in 1874. At the same time Japanese jurists asked for Dr. Boissonade's lectures concerning the history of consular jurisdiction and Islamic law.

When Japan demanded the revision of the treaty to each country, Great Britain made decision to set up a mixed court for Japan as like Egypt. The Conference for the Revision of the Treaty was held in 1886, and "Draft of the Treaty for Jurisdiction" was proposed by

Great Britain and Germany, which asked for Japan to adopt foreign judges. In those days the movement against the Revision of the Treaties arose in all over Japan. At that time Dr. Boissonade's opinion was known to Japanese, and it made the movement more violent. He insisted that the adoption of foreign judges by an independent state meant a loss of independence of its judicial power, and would lead subsequently to the national independence. Japanese government could not help postponing the negotiation for the revision of the treaty by the time when the codification had been concluded. Japan had strived for the Europeanized legislation, therefore the research on Egyptian or Islamic laws were discontinued. As Japanese constitution was promulgated in 1890 and many laws followed it, Japan assumed the form of a modern state. Thus, consular courts in Japan were abolished in 1899.

はじめに

幕末日本が開国にふみ切ったとき、最大の懸念は隣国清国のようになってはならない、貿易通商を許しても国土を外国に踏みにじられてはならないということであった。安政諸条約(1854—58)は、外国勢に押切られる形で開港開市と外国貿易を許すと共に、領事裁判権、協定関税率(関税の自主権を失うもの)および一方的な最恵国約款を受入れなくてはならなかった。日本はこれら条約で阿片の持込みを禁じ、外国人には居留地を定めて内地の自由通行を許さないという形で対応した。

維新後日本は、この不平等条約を撤廃し近代的独立国家を建設するため国をあげて努力したわけである。その間少くとも明治初年においては、指導者達の胸中には常に国家の存亡が去来し、国益は私益に優先し、またその下にあつて政策を推進し事務を司どる者には旧幕臣や主として小藩出の能吏があつて途をあやまらなかったといえよう。外国人には土地の私有(売渡、抵当)を許さず(5年布告と6年の地租改正条例)、鉱山の採掘権を与えることを禁じた(5年布告と6年の日本坑法)。また幼児を支那人に売渡すことを禁じ(3年)、外国人を婿養子にすることは許したが、日本人が外国人の養子になることは禁じられた(9年)。こうして列強の植民地攻勢から国土と国民を守ることが、さし

当っての基本路線であった。

一方、19世紀以降キャピチュレーションの下でフランスはトルコ、エジプトにおいて自国の法律の移植に成功した。したがって自国民の保護は領事裁判によればよいという建前であった。しかしイギリスはコモン・ローの英法体系を早急には外国に移植しがたい。たまたまエジプトで永年領事裁判によって国民の権益がそこなわれることに頭を痛めていた外務大臣ヌバル・パシヤ（Nubar Pasha）が混合裁判所によれば各国の勢力を分散できると考え、その成立を各国に交渉した（1868）。イギリスはそれを積極的に推進し、フランスの反対を押し切ってエジプトにこの裁判所が設立されたとき（1875）、それは外国人裁判官を国王が任命するという、いわば国内裁判所の一つになっていた。領事裁判より更に一步ふみ込んで相手国の主権を犯すものである混合裁判所を、イギリスは最も新しい進んだ制度であると自負したのである。

日本は外国の制度を取入れるに際し、法制度は主として当時最も進んでいると見られていた仏法に範をとり、司法省の御雇外人もボアソナード（Boissonade, G. E.）、ブスケ（Bousquet, G. H.）、アッペール（Appert, G.）等フランス人が主流であった。

イギリスは植民地法制の整備されている点では格別であったし、また当時在日外国人のうちイギリス人が最も多数であったこともあり、日本が領事裁判に関係して接触の多かったのは英法であって、それに直面したのは司法官達であった。しかしイギリスは日本の諸法が仏法にならって立法されるのを見ながら、日本の立法作業には直接かかわれないまま、側面からエジプト式に直接国内の司法権の独立を犯して支配体制をうち立てようとした。

日本は明治15年以降条約改正の外交交渉に入るが、19年にその最終段階で英独案である「裁判管轄条約案」（外国人裁判官を日本が採用する）が提出されて、イギリスの意図は成功するかにみえた。ところがそれに対しフランス人法学者ボアソナードの意見書が発火点となって国論が沸騰し、遂に局面は劇的に逆転した。こうして条約改正は国内の諸立法の完成するまで延期となったのである。インド、中国と植民地支配を進めてきた間にいくたの民衆蜂起に出あってきたイギリスは、日本でこれ以上外交上の強硬態度をとることをあえてしなかった。

日本の諸立法はすべてが仏法によったわけではないが、刑法、治罪法、民法はボアソナードの主要業績であった。しかし彼が16年間心血をそそいで、極力日本の慣習も考慮して完成した民法典は公布の段階で蹉跌した。それは東京帝国大学卒業生を中心とする「英法派」の反対にあい、いわゆる「法典論争」をまき起したからである。この論争は「英法派」と司法省法学校出身者を中心とする「仏法派」の対立に国粹主義者が加わり、施行延期派と即時断行派に分れ、結局前者が勝利を収めた。こうして民法典は原型を止めないまでに造り替えられることになり、ボアソナードは失意のうちに1895年に日本を去った。

以上は日本の近代化過程で生じた領事裁判を軸とした英仏対立の一側面である。しかし後れて開国した日本にとっては、中国、エジプトという反面教師があったおかげで、自己の途を修正しながら進むことができたということもいえよう。本稿は日本が直面した領事裁判をめぐる、視点を主に司法上の対応にすえてその経過をたどろうとするものである。

資料その他では中岡三益氏のご教示をえた。

I 日本の直面した領事裁判制度とそれへの対応

東洋において最初に領事裁判制度を許したのはアヘン戦争後の中国であり(1843)、つづいてシャム(1855—56)が許し、日本では1858年安政仮条約に基づくものが最初であった。これは日本では1899(明治32)年まで続いた。

領事制度は古くギリシアの商業都市に生まれ、中世までは商業都市で商人間の紛争解決を主要な任務としていた。のちオスマン・トルコはミレット制によってキリスト教徒の商人には一定の租税を納めれば、その居住地の中では自治権を許した。それによって領事は居留民の民刑の裁判も扱うようになり、その地位は徐々に強化されるようになった。オスマントルコとキリスト教徒商人との間の条約がキャピチュレーションであって、1453年ジェノアとの間に締結されたものが最初であった。しかし中世以降西欧諸国の中央集権化が進むにつれ、領事は国家機構に組込まれるようになり、外交特権をもつようになってきたのである。近世に入り西欧諸国とイスラム国の国力の差によってキャピチュレーション⁽¹⁾は侵略の糸口となった。西欧諸国は領事裁判を自国の法体系に連結させて侵略の法的基盤とした。こうして19世紀以降領事裁判は治外法権の性格をも

つようになつたのであった。

日本が初めてこの制度に直面したとき、列強の領事裁判に関する自国の法的基盤は、フランスでは1836年5月28日のデクレであり、イギリスでは1843年の **Foreign Jurisdiction Act** であった。各国の出先の領事館は主として軽罪を扱い、重罪と上告は自国植民地の法廷が扱うようにした。当時在日領事裁判の上訴は、イギリスは上海へ、フランスはサイゴンへ、オランダはバタビアへ、東洋に植民地を持たないプロシアは遠く本国のシュテティンへ事件を送った。

イギリスの **Foreign Jurisdiction Act** はイギリスの海外侵略に沿って数次の改正を経たが、1890年の改正法は今日も生きている。この法律はイギリスの国家的意図を物語るものであって、まず前文で、女王は条約 (treaty)、キャピチュレーション、女王の権利附与 (grand)、合理的且つ一般的慣習 (usage)、黙認 (sufferance) 等の法的手段によってその権限と司法権を行使できると規定した。⁽²⁾ 現在の国際常識からみれば驚くべきことであるが、これは将来の領土割譲、征服を予測したものであるといわれ、この規定が英国領事裁判規則の基礎となったのである。領事裁判所は植民地内の上級裁判所をへて本国の女王座裁判所 (Court of Queen's Bench) に直結し、領土内の裁判官は事実問題について疑義があれば、その地の長官を通さず直接本国の國務長官 (Secretary of State) に問うことができ、その回答は最終的かつ絶体的証拠となるとして、⁽³⁾ 植民地司法が行政的支配の下にあることを規定した。1865年5月には上海に「清国日本ブリテン高等裁判所」(Her Britanic Majesty's Supreme Court for China and Japan) が開設され、日本からの上告の途を開いた。領事の作った規則は植民地法として認めるなど (1878)、既成の法の拡張解釈、適用範囲の拡大をほしきままにした。そして正規の政府のない地方 (西太平洋諸島や西アフリカ) に住む英国民も、これらの法の恩恵を受けた。このようにして、イギリスは国内法によって出先の領事の権限を一步一步強化し、正当化 (一方的) しながら、成文法に乏しく近代法的に言えば不備な法律状態の国々へ事実上の侵略を進めたのであった。

幕末強硬に日本に開国をせまった諸外国が目に見える艦船、軍隊の威力の外に、目に見えない法体制で武装していたことは、当時は誰も気がつかなかったし、また気づいてもどうしようもない国内の法律状態であった。

1854年の日米和親条約にはじまるいわゆる安政仮条約にもられた領事裁判の条項はどんなものであったか。たとえば1858（安政5）年江戸で調印された英吉利条約の第4条から7条までは次のような内容である。

日本に留の英国人間の訴訟は英国領事が行う。英国人に危害を加えた日本人は日本裁判所で日本法で裁判する。日本人又は他の外国人に危害を加えた英国人は英国領事が英国法で裁判する。日本人を訴える英国人は英国領事館へ訴える。日本人が英国人を訴える場合も英国領事館へ訴えるが、領事が処理できない時は日本の裁判官と共同で取調べる。英国人の日本人に対する負債返還の事件は英国領事館が扱い、日本人の英国人に対する負債返還事件は日本裁判所が行う、但し日本裁判所、英国領事館とも自国民の負債を支払うことはしない。

この内容は同時期に締結された他の15ヶ国の場合も殆んど同様であった。日本に住む外国人の間の裁判はその国の領事が自国の法で裁判し、外国人が日本人を殺傷した場合は加害者である外国人の領事館で、加害者の国の法によって裁判されるというのが領事裁判の原則である。

明治新政府としては、この不平等条約の改正がさし当って急務である。そのために国内法の近代的な整備が急がれた。立法には主としてフランス、ドイツの法が模範となったが、各法の最終案ができ上がるまでには日本の慣習の調査、諸外国の法律の翻訳も巾広く参考にされた。こうして出来上った法案が法律取調委員会（最初は外務省におかれ、後司法省に移る）、さらに法典調査会にかけられて議會を通過するまでには曲折した過程をたどった。しかしこれらの立法作業のほかに、訴訟法については領事裁判をめぐる実務の必要にせまられたいくつかの立法があったことを忘れてはならない。これらは公布の段階で外交団の横やりで削除されたり、陽の目を見ずにしまったものが大部分であった。そこには近代法としての訴訟法が完成するまでの約20年間、いわば鋼鉄の武裝艦に素手で立向わざるをえなかった司法官たちの姿がある。彼等の多くは旧幕臣や小藩出身の武士であって、漢学の素養はあったが法律学殊に外国法の教育は受けたことがなかった。彼等は体験から外国法（特に英法）の実態と日本法の不備を知られることになった。そして彼等の努力は近代法体制が成立するにしたがい忘れ去られていったのである。

明治4年廃藩置県後新設された司法省では、さし当って統一的な訴訟手続の

制定が必要であった。⁽⁴⁾法律の欠けた部分は伺とそれに対する指令によって補完しつつ事例を積重ねてゆくことは明治初期各省によってとられた方式で、訴訟手続についてもそれは同様であった。しかし外国人に対するものは一方的指令では片付かず、日本側は苦渋を重ねた。

廃藩置県後最初に公布された訴訟手続は、内国人に対するものではなく、6年6月の「外国人訴訟規則」であった。これは条約に基き開港場又は開市の裁判所に外国人が日本人を訴出する場合の規則を定めたもので、治罪手続まで含むものであった。しかしこれは公布後外国公使達の横やりで1週間後には施行停止にシなくてはならなかった。

日本人に対する最初の民事手続法である「訴答文例」はその1ヶ月後の7月に公布されるが、日本側はその中に外国人訴訟手続をもち込んだのである。それは日本側の法の不備を実務の面から正し、多発する外国人の事件に対し日本としてすじ道をたてて規制しようとするものであった。この訴答文例を起草したのは当時の司法省権大判事玉乃世履⁽⁵⁾、神奈川裁判所長西成度⁽⁶⁾、司法省御雇米人ヒル⁽⁷⁾（Hill, G. W.）であったといわれる。⁽⁸⁾しかし3ヶ月後に訴答文例は内国人のみに適用され外国人の項は無視されることになった。外交団の攻勢にainaながらも司法省としては外国人訴訟手続制定をあきらめるわけにはいかなかったから、8年5月には「内国人ヨリ外国人へ係ル民事刑事ノ訴訟手続」を布達した。ところがこれも翌年9月には「刑事」の字を削らなくてはならなかった。

「清国日本ブリテン高等裁判所規則」に則した日本側の上訴手続については、当時の東京上等裁判所長心得西成度が英領事と交渉を重ね、9年7月に「英国控訴手続」を作成し、書式を含む附属文書と共に公布にこぎつけたが、又もや公布寸前に闇に葬られた。⁽⁸⁾しかし司法省としては閑過できない問題であったから「英国控訴手続は成規にはできなかったが、英国人に限らず他の各国に対しても大むね同様の手続をとるよう」という司法卿（大木喬任）の内命が9年11月司法大丞（次官）から大審院長と大阪長崎宮城の各上等裁判所長宛に達された。

それより前6年1月には訴訟費用について神奈川裁判所長西が各国領事に交渉をはじめた。それは5年の訴訟入費仮規則に基き外国人からも訴税（訴訟に

は官製の用紙を用いその費用は敗者負担とした)を徴取しようとするものであった。しかし英領事は日本に出張した英国の州郡裁判所に日本人が訴出る際訴訟税はとらないという英外務省の取極めをたてに、承服できない旨通知してきた。交渉を重ねたがイギリスは最後まで支払を拒否した。10年後の16年9月に横浜始審裁判所長となった長谷川喬が再度むし返して交渉したとき、英領事は自国の領事裁判所における手数料 (fee)、訴訟入費 (expence of suits)、訴訟費用 (cost) の違いを詳説した上、新しい規則を設けることはできない旨通知してきた。ここでも日本法の不備を痛感させられたわけであるが訴訟用語の複雑さと翻訳の難かしさには、外国法に無防備であった司法官達は歯がみするばかりであったであろう。

イギリスの領事裁判は決して公正に行われたわけではない。例えば10年に横浜在留の英商人が生阿片を輸入して税関で発覚した事件があった。⁽¹⁰⁾ それに対し領事裁判では条約が禁じているのは吸煙阿片であって、生阿片は薬用であるから禁制品ではないとして無罪にした。そして日本は上訴したけれども有耶無耶のうちに判決をひきのばされた。

また一般に日本の裁判所に訴えられた外国人は、法廷で裁判官を罵倒したり不遜な態度をとる者が多かったようである。その処置について何を出した東京裁判所に対し、司法省は退廷させ説諭しても聞入れない時は、検事から書面でその国の領事に求刑させよと指令した (14年5月)。

このような領事裁判ではあったが、又一面では日本に未知の法律分野のあることを教えた。その一つは過失による人身事故の賠償の問題であった。⁽¹¹⁾ それは明治5年末足柄県 (現神奈川県) で、工部省雇の英人があやまって一農民の娘を銃殺した事件である。英領事は手続をふんで東京府知事に被害者の親への賠償について交渉しようとした。しかし東京府は事件は刑事事件であるとして司法省へ廻した。その間2ヶ月被害者の父親と名主は東京に足止めされ、なす事なく日を送った。日本側はまず事件直後村役人が加害者の英人を訪ね親に5両も出してくれるなら訴訟にはさせないと申込んだが断われ、更に東京府の6等か7等の役人が領事を訪ねて100円出してくれるなら父親に話し訴訟を取下げさせるといった。いづれも日本在来の調停の方法である。しかし植民地の役人は不正なものという固定観念をもった領事は、100円のうち1、2分しか被

害者に渡らないに決っているとしてはねつけた。そこへ司法省が「英国では不慮の事故で人を死に至らしめた者は罰しないという原則からこの事件は刑法で罰することはできないというが、その根拠は何か」という問を發したことで、領事は自分の法律知識や資格を疑われたように思い態度を硬化させた。結局この事件は司法省と領事の間を司法省書記兼通弁の仏人ガリーが仲介し、加害者の出す100円の賠償金は領事から直接被害者の父親に手渡すことで結着した。100円という金高は、当時の御雇外人にとっては高額ではないが、農民にとっては思いもかけない大金であった。明治3年太政官制度局で江藤新平が主催して民法編纂がはじまったとき、フランス民法の *droit civil* の訳語「民権」をめぐり、武士出の委員の間で民に権利があるとは何事かといつて議論が沸騰したという話が伝っている。そのような時代にあやまって殺された名もない百姓の娘にも賠償請求権があるということは、当局には考えも及ばないことであったであろう。しかし先にのべた9年9月の「内国人ヨリ外国人ニ係ル訴訟手続」の内に内国人が原告となり外国人を訴える場合「犯罪ノ為メ損害ヲ受ケタル者其償ヲ求ムル民事ノ訴ハ総テ本人望ニ任スヘシ」という項を入れたのはこの事件が下敷になったと考えられる。

もう一つは人民の国に対する訴訟に関するものであった。⁽¹²⁾ 6年7月に英商人が旧藩の負債返還を求めて日本国を相手どり訴訟を起した。旧藩の外国人に対する負債の返還は新政府に課せられた重大な任務であつて、大蔵省はその支払の判定に苦慮していた。請求分のうち私債とみなされるものは領事裁判によって司法省の裁判所が扱ったが、その解決は必ずしも相手を満足させるものではなかった。そこで英公使パークスは結着のつかない英商人7人の分をまとめて日本国相手の訴訟で解決しようとした。一私人が国家を訴えるということは日本にとって晴天へきれきであつたから国をあげて対応しなくてはならなかった。両国から委員が出て法廷を外務省に移して行われた。裁判官として司法省権大判事玉乃世履が任命され、日本政府代言人はヒルであつた。外務大蔵司法の各省から訴訟関係者や証人が多数動員され、ぼう大な証拠書類や弁論書が作られた。裁判は7人中3人の分は私債とみなされ却下され、4人に償金が支払われることになった。その間フランス公使が仲裁に立ち、事件は裁判と外交の二本建てで7年8月に解決した。この事件結着直後の9月には「人民ヨリ官府ニ対ス

ル訴訟仮規則」が司法省達で公布された。これはこの事件がきっかけになったものと思われるが、早くも9年1月にはこの訴訟は本省に伺出て許可の出たものについてのみ許すとして人民の権利を大巾に制限するようになった。

人身事故の損害賠償にしろ、国に対する人民の訴訟権にしろそれらは市民社会の基盤の上に生れた観念であった。憲法も民法もない時代、人民の権利意識も未熟な社会では、片々たる規則の公布だけで済ますには余りに重大な問題であった。当時の実務家達はその背景まで理解することはできなかった。

一方イギリスは1876(明11)年に降上海に設置された「清国日本ブリテン高等裁判所」の長官と日本に駐在する領事裁判官は有資格者とし、イングランド、スコットランド、アイルランドのいづれかの弁護士会で7年以上経験を積んだ⁽¹³⁾ 会員の中から選出されることになった。これでイギリスは日本では領事の他に領事裁判官を置くことになり、横浜の英領事館には判事補が駐留した。すでに1873年にイギリスはオスマン帝国下のトルコ、エジプトで同様な資格者の領事裁判官を配置していた。⁽¹⁴⁾ それから推察すると日本でのこの措置は明らかに近づく混合裁判所設置による外国人裁判官採用へ向けての布石であったと考えられる。

II 混合裁判所をめぐる

混合裁判所に関して日本に最初の情報をもたらしたのはかの岩倉使節団であった。条約改正を各国に交渉する任務も帯びた使節団一行は4年末日本を出入し、アメリカを経て5年11月にイギリスで外務大臣グランヴィル(Granville, G. L.-G.)に面会した。その際岩倉大使が日本で内外人平等の裁判の実が上たら英国人もそれに服してほしいといった時、グランヴィルは次のように答えた。「一旦には御引渡難申去^{エジプト} 日多の例に倣ひ候先貴国裁判の実効を目撃し十分公平と安心候はば民法丈けは貴国の権に任せ夫より猶一層進歩遂に刑法に及申すべく候」。⁽¹⁵⁾

この時点ですでにイギリスは混合裁判所を日本で強行することに決定していたのである。当時の日本における法律の立法状態を考えても、とてもこれ以上交渉を進めることは困難であった。フランスに渡った一行は、今迄の交渉の結果を考えて裁判権を一気にとり戻すことは困難と考え、一行のうちの福地源一

郎にトルコ、エジプトの混合裁判所の調査を命じた。福地はギリシアも含め三国の裁判事情を調査し6年7月に帰国して報告書を外務省に提出した。福地の報告書の概要は次のようである。

彼はトルコでは在仏トルコ大使の添書を持って外務省へ出掛けたが、外務卿には仲々会ってはもらえない。幸い在トルコロシア大使イグナチフ（Ignatiev, N. P.）とは旧知の間柄であったので周旋を頼んだ。ところがイグナチフはトルコの商法混合裁判所は全く信頼が置けない、それより現在交渉中の新しいエジプトの混合裁判所はすぐれたものである、丁度エジプト外務卿ヌバル・パシヤがその交渉のため当地に滞在しているから会ってはどうかと紹介してくれた。

ヌバルは立法に参画したエジプト司法官と共に福地に面会してくれた。イグナチフも同席したその会見で、ヌバルはエジプト混合裁判法成立の経緯を語ると共に、もし日本で採用する場合の注意を条を逐って指示してくれた。その席で日本で採用すべき折衷案が作成されたが、行間にエジプトが各国の圧力に屈せざるを得なかったことに対する彼の無念さをくみとることができる。ロシアはエジプト混合裁判所については、イギリス側にたってその成立を推進していたから、ここではからずも好機をとらえて日本への導入に向け力をかけたのであった。

現地の緊迫した情勢に身を置いた福地は、またトルコでは駐日英公使パークス（Parkes, H. S.）がトルコ裁判規則の取調べを在トルコ英公使館に依頼したことを聞き、日本の混合裁判所採用は不可避と判断したのであった。福地はこの報告書を提出後直ちに野に下った。

政府は岩倉使節団の意向を受けて、直ちにエジプト混合裁判所で用いられる諸法の翻訳を太政官で始めた。翻訳には当時太政官翻訳局長であった箕作麟祥が当り、それらは7年に完成した。

岩倉大使の帰朝を待ち、翌7年は寺嶋外務卿のもとで日本はいよいよ条約改正交渉に着手しようとした年であった。外国側は通商の必要から内地旅行の自由を要求し、日本側は治外法権撤廃後でなくては内地解放は許さないという立場を崩さず、何らかの解決策を模索していた時代であった。

この時期に領事裁判に代るものとして、外国人裁判官を採用する混合裁判所を日本に設置さすべく働きかけたのは左院御雇仏人ジブスケ（Du Bousquet,

A. Ch.) と工部省御雇英人ダビッドソン (Davidson, J. R.) であった。

ジブスケは7年7月「日本ニ於テ外国人裁判管轄ノ規則改正ニ付見込書」⁽²⁰⁾を左院に提出した。彼はこの中で完全な裁判権の回復を得るまでの一時的措置として二つの条件を示した。それは日本の法律の不備を補うために仮の規則をすること、開港場に外国政府が信頼するに足るような特別な裁判所を設けることであった。この特別裁判所とは外人裁判官を含む混合裁判所であって、その構成、判事の選任などについての諸規定を指示したものである。ジブスケはかつて在職した公使館での経験からも、現実的観点に立って最も外国側のなっ得の得られるであろう方策を進言したのであった。

殆んど時を同じくして、同年夏工部省において「エジプト共立裁判法ニ基キ日本国裁判法ノ改革並ニ法律編成」についての会議が開かれた。出席者は外務省のペシン・スミス (Smith, E. Peshine)、税関のラウダ (Lowder, J. F.)、司法省のブスケとヒルが正会員、日本側は工部卿伊藤博文、外務省上野景範、塩田三郎、司法省玉乃世履、工部省山尾庸三が職外会員 (オブザーバー) であった。⁽²¹⁾ この会議は数回開かれた模様で、ここで20条から成る「日本共立裁判法」の規準が作成された。この会議については後述するダビッドソンの「埃及国共立裁判報告書」の第二報告に記載されているだけであって、日本側の記録はない。この時期に何故工部省でこのような会議が開かれたかについては憶測の域を出ないが、出席者がブスケを除くと英米人と何らかの形でイギリスに関係のある人達で占められていることから、ダビッドソンが根廻しをして日本への混合裁判所導入の下準備をはじめたものと思われる。

彼は9年3月に工部卿命を携え本国へ帰国の途次エジプトに立寄り混合裁判所実施の状況を視察した。その報告書「埃及国共立裁判報告書」⁽²²⁾は10年3月伊藤工部卿宛に提出された。

ちなみに、エジプト混合裁判所は1875 (明8) 年に設置され翌年1月1日に開廷されたばかりであった。ダビッドソンの報告書は2部に分れ、第1部は表記のものであるが、第2部は日本への混合裁判所導入策を具体的に示したもので、彼の真の意図は第2部にあると思われる。その中で示された裁判法は先年の工部省会議で定められた20条に基くとし、御雇英人のラウダとビードン (Beadon, R. J.) と協議し詳細なコメントを作成している。この報告書は各

国の領事裁判の現状をのべ、在日外国人の数をあげ、また先年問題となった国に対する訴訟について言及したりして実証的現実的な点は興味がある。しかし彼はエジプトが外国政府から受けている拘束を日本はむしろ自主的に裁判法に盛込んで運用すべきだといったり、外国人裁判官を雇うことは日本政府が今日御雇外人を雇っていることと同じことだと言い、この裁判所に反対するなら永久に外国の裁判権に従わなくてはならなくなるであろうと言うなど強圧的な姿勢を見せた。

その後井上馨外務卿の時代に入り、日本は混合裁判所は採用しない方針に傾いていた。しかし日本としては条約改正問題について外国の世界公法（国際法）学者に注意をかん起させる必要から、13年8月ベルンで開かれた世界公法学会に代表を送った。代表となったのはダビッドソンと当時ドイツに留学中だった入江（穂積）陳重であった。その席上ダビッドソンは領事裁判を非とし、日本は治外法撤廃後はエジプト混合裁判所にならい外国人判事を採用するという自説を日本国の方針のように演説したため、日本は多大の迷惑をこうむった。⁽²³⁾

ダビッドソンの経歴やその後の動静は不明であるが、彼は工部省御雇の職分から逸脱し、政府御雇の資格を他の植民地並みに考え、政府の行政に容かいできるものと認識していたのであろうか。

III ボアソナードと外国人裁判官問題——混合裁判所論の終結

開国以来領事裁判をめぐる、諸外国からは未知未経験の問題を一方向的に投げかけられ、日本は対症療法的措置にあけくれせざるを得ない状況であった。その時代に領事裁判の本質について、その歴史を含め系統だててはじめて日本人に解説してくれたのはボアソナードであった。8年1月から2月にかけて5回にわたりボアソナードは、エジプト裁判制度改正についての外交文書を中心に、領事裁判所の権限、規則とその沿革を司法省で講演した。⁽²⁴⁾ 彼はその中でエジプトをはじめとするイスラム諸国の法律事情をフランスと対比しながらその相違点を懇切に説明した。特にキリスト教国が何故イスラム国で領事裁判制をとるようになったかということは、かつて日本人は聞いたことがなかった。その事情を彼は大凡次のようにのべた。「欧州の法制では裁判は被告の国の裁判所で

行われるのが普通であって、これは「原告は被告の裁判籍に従う」というローマ法の法諺に基くものである。しかし回教諸国で300年以上もこの原則が行われてこなかった原因は種々ある。即ちこの国の刑法は苛酷残酷である、民商法は不完全であり、裁判法はあやまりが多く不明確である。裁判官は賄賂をとるのが普通で公平という保証はない。宗教の相違も大きく、回教国の法律の大半はコーランに基くことも裁判の混乱を来す原因になっている。回教の宗教法は市民法（法学者の解釈によって出来た法）であって、キリスト教国の法とは大いに異り、ヨーロッパ諸国の法には適さないのである。それで回教諸国に領事裁判官を置いてヨーロッパ人を保護するために結んだ条約がキャピチュレーションである。」またエジプトが混合裁判所を採用するに至った事情を説明し、加えて「通常一般の法に従えば、外人でもエジプトに住む上は被告になれば、エジプトの裁判を受けるべきであるのに、外国の裁判を受けるというのは規則に外れたことである」と結んだ。エジプトの現状が一般の法則に反すると言った御雇外人は彼だけであった。彼のこの良心は以後も一貫して消えることがなかった。その後20数年にわたり彼は日本の立法事業と法学教育に精魂をかたむけ、学者として政治の流れの外に立とうとしていた。太政官司法省などから求められた無数の意見の中で彼は惜しみなく自己の知識を披れきした。しかしその際常に日本側が考えて最後の決定を下す余地を残すという態度であった。

その後13年にはボアソナードの草案に基いた刑法と治罪法が公布され、一方条約改正交渉も15年から本格化するようになった。そして19年6月の第6回「条約改正会議」でいわゆる英独案「裁判管轄条約案」が提出された。これは外国人裁判官を採用するもので、20年4月22日までに議了するということになった。この案の提出と前後して世情はにわかにあわたしくなった。司法省は改めてボアソナードに領事裁判についての意見を求めるようになった。⁽²⁵⁾しかし彼はその由来と原則、フランスの手續をのべるに止め、一国の法律及び裁判官は其国に居住する者総てに適用するのが原則であるという言葉落さなかった。

また当局は前年18年7月ベルギーで開かれた万国商法編輯会議にロessler (Roesler, H.) と共に出席していた長谷川喬（当時控訴院評定官）にエジプトへ廻り混合裁判所の実況を調査することを命じた。長谷川は12月末エジプト

に到着各国の当事者に面会して調査の上帰国し、20年2月に司法大臣山田顯義宛に報告書を提出した。⁽²⁶⁾長谷川の見たのは混合裁判所開設後10年のエジプトであった。彼は莫大な外債に押つぶされ、国土は外人の私有と化したこの国で、弱肉強食の現場をつぶさに見てその現状を報告した。彼の横浜裁判所時代をはじめとする領事裁判での体験は侵略者の本質を見る眼を彼に与えたともいえる。彼が面会した人は内外人を問わずこの混合裁判所を不可とする者がなかったのは、多分エジプトが内国裁判所にも外国人を雇入れるほど文化が行きわたらないからだろうといっている。

この報告書がこの時期に山田法相の手許に届いたことは意義があった。さきにのべたようにボアソナードは独立国が外国人裁判官を採用することは主権を犯されることであるとして反対であった。彼は条約改正会議が段々外国公使の思うままになってゆくこと、もし英独案が可決されるならそれは旧条約よりも更に日本の地位を低下させるものであることに日本人が気付いていないことを深くうれいて、親しい者にそのことをもらしていた。その時かねてから外国人裁判官の採用は憲法に反するとしていた井上毅（当時憲法を起草中）が、それを知り山田法相に働きかけボアソナードに意見書を提出させた。秘密の約束であったこの意見書は印刷されて世に漏れ、当時激化しつつあった条約改正反対運動の火に油をそそぐ結果となった。動乱にもなりかねない状況に、伊藤首相は井上外相と協議の末、20年7月に条約改正会議は日本の諸法典編纂が終るまで延期するとした。⁽²⁷⁾ボアソナードは予期しなかった政治の渦に巻き込まれたが、その渦を本道に向けたのであった。彼はこの「意見書」⁽²⁸⁾の中で、裁判官は一国の最も貴重な官であり、司法権は最も貴重な権利であって、外国人に委せられるものではない。エジプトの混合裁判所は唯一の例外であるが、エジプトは日本のような独立国ではないといい、「故に埃及国の例は決して倣ふべからず若し日本をして埃及の例に似する議あらば、是れ実に国家の凶兆にして向後該国の如く万国侮辱に罹るべきは期すべきなり……」といった。この強い言葉は日本にとって頂門の一針であった。それ以後官側のエジプト法の翻訳、紹介はあとを断った。

おわりに

日本は領事裁判で苦渋を重ねながら、一方では明治9年の江華事件を機に10年から朝鮮と清国に領事裁判所を置いた。さらに15年には露領カムチャッカに赴任した日本領事からの司法権附与を要請する照会について、外務省は司法省の了解の下に清国朝鮮に準ずるとして許可した。⁽²⁹⁾

その後明治20年には上海で起った重罪事件⁽³⁰⁾について、日本の領事裁判所が日本の刑法治罪法を適用し、上訴を禁じようとしたことについて、司法省刑事局長河津祐之からボアソナードと御雇英人のカークウッド(Kirkwood, W. M.)に意見を求めた。これについてボアソナードは、清国朝鮮の領事館には検察官予審判事をおいてはならないこと、領事は軽罪のみを扱い、重罪については長崎控訴院に送るべきことをのべ、領事裁判についての参考文献を指示したに止った。⁽³¹⁾しかしカークウッドは、自国内と同一の法律を支那朝鮮に適用するとうような非常な権力は西欧の領事にすら与えられていない。領事裁判所で使われる治罪法は別に制定すべきである。各国の領事裁判手続を比べれば英国の制度が最上と思われる。これは日本領事裁判の模範となると信ずるといった。⁽³²⁾カークウッドは日本に植民地支配の方式を伝授したことになった。

明治32(1899)年に日本での領事裁判が撤廃されるや直ちに日本は外地における領事裁判制度を法制化し41年以降中国における日本の領事裁判の上告は、中部地区は長崎控訴院へ、南部は台湾総督府高等法院へ、満州地方は関東庁高等法院へ、間島は朝鮮総督府高等法院へ送られ、本国の行政に組込まれるようになった。日本は全く反省なく弱肉強食の舞台におどり出たのであった。

福地源一郎は明治16年に「宗教論」という小論を公にした。⁽³³⁾彼はその中で日本ほど宗教が社会に勢力のない国はない。日本の上流に位する人、学識者は総て断見(仏語で無神論者を指す)の者であるといった。それは福地がトルコ、エジプトに使した時島地黙雷と同道し、混合裁判所の件ではキリスト教とイスラムの多年の確執を実見し、また帰途エルサレムやインドの仏跡をたずねて得た感慨であったであろう。しかし日本の近代化が曲折を経ながらもこのように早く達成された一因はそこにあったともいえよう。

註

- (1) Luke T. Lee, *Consular law and practice*, London, Stevens, 1961. p. 5.
- (2) Charles James Tarring, *British consular jurisdiction in the East*. London, Stevens and Hayness, 1887. p. 14. 以下。
- (3) 領事裁判の上告は point of law についてのみ許され、point of fact については許されないのが原則。判例による先例の踏襲のみが許され、新しい問題については本国の指示をあおぐ。
- (4) 明治5年3月 司法省の正院への伺「即今司訟一定規則無之……」ほか。
- (5) 玉乃世履（1825—1886）旧岩国藩士。漢学者。維新後民部省を経て4年司法省に移る。19年大審院長。その間多くの難事件国事犯の裁判を担当し名裁判官といわれた。明治19年8月自刃。
- (6) 西成度（1835—1891）旧幕臣 明治4年司法省出任、諸官を経て23年大審院長。
- (7) Hill, G. W. 神奈川県庁在勤中マリア・ルーズ号事件の裁判で県令を助け判決文の作成などで力を尽し有名となる。のち司法省御雇。
- (8) 荒木桜洲「訴答文例の起草」、『法律新聞』、2098号、1923年。
- (9) 『内外交渉法例類纂』、司法省写本、法務図書館蔵。本稿の事例は多くこの文書によった。
- (10) ハートリー事件。『条約改正経過概要』日本学術振興会、1950年、167頁。
- (11) 『外国訴訟類往復留』、第2巻、司法省写本、法務図書館蔵。
- (12) 英商人スコットの斗南藩に対する件ほか。『太政類典』第2編第344巻のうち。国立公文書館蔵。
- (13) Tarring, op. cit. p. 46.
- (14) トルコではそのほか高等裁判所で判事補として、又はトルコ領内で副法律顧問としてそれぞれ7年の経験を経た者も適格者とした。Tarring, op. cit. p. 49.
- (15) 『条約改正関係大日本外交文書』、第1巻、227頁。
- (16) 『外国人立会裁判報告 完』、明治6年7月17日、特命全権大使随行一等書記官福地源一郎具上。内閣文庫蔵。福地はこの時島地黙雷と行を共にした。島地は本願寺から外国宗教事情視察の命を受けロンドンに滞在中大使一行と合流した。
- (17) トルコの商法混合裁判所は1840年設立。1839年のギュルハネ勅令に基き行政司法改革委員会が設置されてトルコの法典化作業が始った。刑法と並び最初の立法であったが商法、商事手続法には仏法が使われた。福地はこの法典を入手しようとしたが、国禁と称し購入できなかったという。
- (18) この時訳されたのは、埃及立合裁判司法職制、民法草案、海上商法、刑法草案、訴訟法及商法、治罪法の6種である。これは後に司法省蔵版「埃及法律書」として11年刊行された。稿本は公文書館、法務図書館、梧陰文庫（国学院）蔵。
- (19) 左院は4年設置、8年廃止され元老院に引つがれた。条約改正に備えて法制度の改正を準備した。梅溪昇著「左院のフランス主義とデュブスケ」、『お雇い外国人、11、政治法制』、鹿島出版会、1972年、48—88頁。
- (20) 『日本ニ於テ外国人裁判管轄ノ規則改正ニ付見込書』、左院写本、国立公文書館蔵。
- (21) ダビッドソンは前章にあげた「英商人の日本国に対する訴訟事件」に関係した日

本人を集めたと思われる。ジブスケは前述のように混合裁判所導入に賛成しており、またこの事件では政府側訴訟関係人であったから、ブスケはジブスケのあやまりであろう。

- (22) 『埃及国共立裁判報告書』、活版、118頁、内閣文庫蔵。
- (23) 「明治13年12月7日井上外務卿ヨリ森駐英公使宛「ダビッドソンノ会同裁判開設方策ニ関スル件」『条約改正大日本外交文書』、第2巻、675頁。
- (24) 『埃及国裁判改正書類』、箕作麟祥訳、司法省写本、法務図書館蔵。この内容については、中岡三益著『現代エジプト論』、アジア経済研究所、1979年、18頁以下。
- (25) ボアソナード「東洋領事裁判権」(1886. 6. 2)、領事裁判権 (1886. 6. 6)、『仏訳書雑集』、第9集、司法省写本、法務図書館蔵。
- (26) 『埃及立会裁判所実況慣習 復命書』 国立国会図書館憲政資料室蔵 これはもと伊東已代治の手許にあったものを後に再筆写したもの。司法省の記録は失われた。伊東は当時伊藤首相の秘書官。
- (27) 大久保泰甫著『日本近代法の父ボワソナード』、岩波新書、1977年、142頁以下。
- (28) 「裁判権ノ条約草案ニ関スル意見書」、『自由党史』(下) 岩波文庫、1958年、190頁。
- (29) 『内外交渉法例類纂』のうち。
- (30) 20年7月福本日南が上海で中国人を斬殺した事件。この事件は長崎に移され正当防衛ということで無罪となった。宮本又次「河上謹一と河上肇」、『学士会月報』748号、1980年、32頁。
- (31) 『仏訳書雑類』、第10集、司法省写本、法務図書館蔵。
- (32) 『英訳書雑類』、明治20年、司法省写本、法務図書館蔵。
- (33) 福地源一郎著『宗教論』、岸貫一刊、1883年。

(ふくしま さよこ)