慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	「条理」解釈の法史 : 明治八年太政官第一〇三号布告裁判事務心得第三条の効力とその解釈論的射程
Sub Title	Die rechtswissenschaftliche Auslegungsgeschichte des "Jori"
Author	小沢, 奈々(Ozawa, Nana)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科
Publication year	2011
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.88, (2011. 3) ,p.73- 110
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-00000088-0073

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

「条理」解釈の法史

――明治八年太政官第一〇三号布告裁判事務心得第三条の効力とその解釈論的射程――

小沢奈々

はじめに
一　明治八年制定時の裁判事務心得第三条
二　裁判事務心得第三条の効力
　㈠　法令集にみる裁判事務心得の効力への理解
　㈡　裁判事務心得の「消滅」の意義
　　1　民事訴訟法（明治二三年法律第二九号）
　　2　法例（明治二三年一〇月六日法律第九七号／明治三一年六月二一日法律第一〇号）
　㈢　小括
三　「消滅」後の裁判事務心得第三条
　㈠　明治二三年「旧民法典公布」より明治三一年「明治民法典施行」まで（前半期）
　㈡　明治三一年「明治民法典施行」以降（後半期）
おわりに

はじめに

現代の法学において、裁判の基準、即ち法源としての「条理」は重要なトピックのひとつである。しかしながらそこで語られている条理とは、具体的に一体どのようなものか、またはどのように解釈されるべきなのか、統一した見解が存在せず、極めて摑みどころのない法概念として示されている。例えば条理の定義について、「自然法」「物の道理」「事物自然の性質（Natur der Sache）」「制定法の規定や制度の根底にある法秩序上の基本原則」[1]、最近では「信義則」と同様の働きをするという見解もあり[2]、まさに多義的である。

我が国では明治期から昭和戦前期までの約八〇年間、日本法学界が二度にわたり「条理」を必要とする事態が生じた。一度目は法典をはじめとする実定法規範が未整備であった明治初年であり、二度目は明治民法典の編纂に伴い、日本法学界を支配したドイツ法的思考への反省がなされ始めた大正期以降である。そしてこの二つの時期の条理の解釈には相違点が見られ、そこには条理の理解の上で何らかの変化が生じていたことがわかる。これに関連して、大正期の比較法学者である杉山直治郎は、論稿「明治八年布告第一〇三號裁判事務心得と私法法源」で「本布告、就中『裁判拒否禁止を規定する第一條』『判決の立法的效力を禁止する第四條』『私法々源の階級性竝に民事裁判の自由探求を規定する第三條』の如き重要なる諸規定は、爾後の立法變遷に因て效力を失はざるのみならず、却て憲法に依る將來の保障を受け、然らざるも爾後の法典に依て益々其の基礎を鞏固にしたことを認める。殘る所は此等の規定が解釋變遷に因て矢張り積極方面に進んだか或は然らずして消極的に衰退したかの問題である。然るに此點に關する『解釋變遷』は頗る甚大なものがある。本布告は一と度衰へ而して更に大いに興らむとする運命を蔵するのである。[3]」と述べている。彼の言う「本布告」とは明治八年太政官第一〇三号布告裁判事務心得[4]であり、我々が条理を説明する際

には、その根拠規定として同第三条が必ず例証される。ここで杉山が、彼が同書を著した昭和六年の時点では、同心得第三条の効力がいまだ存続していること、そして同条の解釈には変遷が見られると主張している点に注目しておこう。

そこで本稿では、明治・大正期の条理解釈の違いに注目しつつ、その背景の法環境的変化と関連づけながら、裁判事務心得第三条にみられる「条理」が、特に明治期の法実務家や法学者によってどのように理解されてきたかについて考えてみたい。そして条理解釈の変化の一環として、本稿では裁判事務心得第三条の効力についても考察を行なう。同布告の効力について、杉山は右引用文の中でその有効性を認めているが、実際においては、内閣官報局において明治一八年に刊行が開始された『法令全書』の編者によって「消滅」とする判断がされつつも、学説においてもまた法令集の判断においても一致した見解が示されず、いまだ錯綜を呈している。そこで『法令全書』の編者のこうした判断の裏づけにはどのような根拠が存していたのかについて考察し、それが大正期以降の条理解釈の展開にいかなる要因となったのかを論じたい。そして裁判事務心得（但し本稿では同心得第三条に限る）の解釈上の変化は、果たして杉山の指摘するような「変遷」として認めうるものなのだろうかという点についても議論の対象としてみることにしよう。

一　明治八年制定時の裁判事務心得第三条

明治八（一八七五）年四月の大審院の設置を受け、大審院諸裁判所職制章程（明治八年太政官第九一号布告）、そして控訴上告手続（明治八年太政官第九三号布告）が定められると共に、同年六月八日、太政官第一〇三号布告として裁判事務心得が布告された。これら三つの布告の公布によって我が国における司法制度の体系化の第一歩が果たされた(5)。

また同心得は、右控訴上告手続、そして同年一二月二〇日制定の訴訟用罫紙規則（明治八年太政官第一九六号布告）と共に、大審院諸裁判所職制章程によって築き上げられた一貫した体系を備えた裁判機構において、一部の民事訴訟部分を形成しているもの[6]だと理解されている。

この裁判事務心得は、もともとは全五か条からなる法令であり、その第一・二条は民事刑事に共通の司法裁判の原則について、第三条は我が国の私法法源とその階層性並びにこれに基づく民事裁判の規準を定め、そして第四・五条は法源として認められないものについて、つまり第四条では判例の非法源性を、第五条では司法省による指令の非法源性を明記している[7]。本稿で考察する第三条の正文は以下の通りである[8]。

第百三號　今般裁判事務心得左ノ通相定候條此旨相布告候事
明治八年六月八日　　太政大臣三條實美
第三條　民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ條理ヲ推考シテ裁判スヘシ

裁判事務心得第三条は、「全国の判決を統一する為に、裁判所における実体法の適用原則を定める必要性が高まり（……）こうした要請に応えたもの[9]」だと理解されている。また同心得は従来、国家法規範が未整備であった状況下での主に裁判官における対処方法を規定しているともされており、これについて杉山直治郎は「裁判國難に處して之を切り抜くる爲には、先づ第一には成文法、第二には習慣にして維新の新法律主義に適合するものある限り、之を以て司法の基礎とし、此の二法源に依據するを得ざる自餘の最大多數の裁判事案に對しては條理裁判なる最後の切札を出す外には血路の開き様がなかつた」とし、「本法殊に第三條は明治維新當時の社會事情の自然にして必然なる産物に外ならない」などと述べている[10]が、彼の発言通り、明治八年制定時の裁判事務心得第三条には、条理の適用が広範

囲に見込まれていたと考えられる。

裁判事務心得の成立前後における民事訴訟の第一審新受件数を見てみると[11]、明治六年には四万七八五〇件あったものが、翌七年になると、その約三倍の一四万九九三件に、八年になると七年度の二倍以上の三二万三五八八件に上る。九年度は二七万一三九七件とやや減じるものの、依然として高い数値である。勧解件数はここには含まれていないのでこれも含めると、明治初期においてすでに多数の訴訟がなされていたことがわかる[12]。このような数多くの、そして明治時代にいたって新たに生じた問題を含む案件を敏速に裁く為には、条理による裁判が極めて効率的であり、実際の裁判でも、判決における慣習法や条理の適用は圧倒的多数を占めていたとされている。そして当時の判決文中には「条理」という語がしばしば見られるようになる[13]。このように実務において、条理はその中核を占めていたといっても過言ではないだろう。また同心得第一条に「各裁判所ハ民事刑事共法律ニ従ヒ遅滞ナク裁判スヘシ疑難アルヲ以テ裁判ヲ中止シテ上等ナル裁判所ヲ伺出ルコトヲ得ス」と記されている通り、特に民事裁判においてはいかなる理由があろうとも裁判を拒否することが禁じられている。従って成文法や習慣が存しない場合、条理で解決することが求められる。その意味においてもまた、当時における条理の必要性の高さを理解出来よう。

しかし当時の太政官や司法省は、条理よりもむしろ制定法や慣習法の整備にこそ当面の目標を据えており、裁判規範としても条理に優先してそれらの適用を目指したと思われる。これを示唆しうる事実として次の二点が挙げられよう。

第一に明治八年の立法過程における、裁判事務心得第三条の「条理」の位置付けについてである。その経緯を公文録内の記録に基づき述べるならば[14]、右心得の具体的な立案過程は、明治八年五月二八日、司法卿大木喬任より太政官三条實美宛に「裁判事務心得方御達之儀ニ付伺今般大審院上等裁判所被差置候ニ付テハ更ニ別紙之通一般御達相成可様致度則草案相添此段御伺候也[15]」との稟請書が綴られたことに始まったと思われる。この稟請書は同月二九日に太政

表１　公文録からみる、第一〇三号布告裁判事務心得の発議から公布までの経過

司法省案（明治八年五月二八日）	政体取調掛による修正（明治八年六月二日）
御達案 今般大審院及上等裁判所被置候ニ付テハ裁判事務心得方別紙之通相定候条此旨相達候事 明治八年五月　日　　太政大臣三條實美 第一條 一大審院及ヒ上等裁判所ヲ置カレタルニ付テハ府縣裁判所及ヒ裁判所ナキ縣廳ニ於テハ民事刑事共法律ニ從ヒ遅滞ナク裁判ス可シ裁判ヲ中止シテ其裁判所ヨリ上等ナル裁判所ニ伺出ルコトヲ得ス 第二條 一原告人又ハ被告人ニ於テ民事裁判ニ付不服ノ廉ヲ申立ルトキハ其裁判所ニテ辨解ヲ為ス可カラス不服ナラハ三箇月ノ期限内ニ上等裁判所ニ控訴ス可キコトヲ申渡ス可シ 第三條 一民事ノ審判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣法ニ因リ習慣法ナキ者ハ條理ヲ推考シテ裁判ス可シ 第四條 一民事刑事共裁判後ノ裁判シタル事ヲ以テ一般ノ法律ト看做スコトヲ得ス 第五條 一民事刑事共布告布達ヲ除クノ外諸官省ヨリノ指令ハ一般ノ法律ト看做スコトヲ得ス	御達案 今般裁判事務心得別紙之通相定候條此旨相達候事 明治八年五月　日　　太政大臣三條實美 第一條 一各裁判所ハ民事刑事共法律ニ從ヒ遅滞ナク裁判ス可シ疑難アルヲ以テ裁判ヲ中止シテ上等ナル裁判所ヲ伺出ルコトヲ得ス但シ刑事死罪懲役ハ此ノ例ニアラス 第二條 一凡ソ裁判ニ服セサル旨申立ル者アルトキハ其裁判所ニテ辨解ヲ為ス可カラス定規ニ依リ期限内ニ控訴若クハ上告ス可キコトヲ言ヒ渡ス可シ 第三條 一民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣法ニ因リ習慣法ナキ者ハ條理ヲ推考シテ裁判ス可シ 第四條 一裁判官事ニ就テ判スルノ判文ヲ以テ将来ニ例行スル一般ノ定規トスルコトヲ得ズ 第五條 一頒布セル布告布達ヲ除クノ外諸官省随時事ニ就テノ指令ハ裁判所ノ準據トシテ将来ニ例行スル一般ノ定規トスルコトヲ得ズ

官正院の外史から内史の政体取調掛へと受け付けられ、この政体取調掛は内史本課とともに司法省から提出された草案の審査を開始し、右草案の修正作業を行なった。そして審議終了後の六月二日に、内史本課長より大臣参議に「今般司法省ヨリ裁判事務心得別紙之通伺出候処不都合ノ廉有之候ニ付別紙之通御改正之上御達ニ相成度此段奉伺候也」[16]との決裁申請が提出された。これを受けた大臣参議は審議・修正を行ない、また同七日には、太政大臣三条實美による決裁が行なわれた。そして翌八日、裁判事務心得は太政官第一〇三号布告として発布されるに至った。

表１は、右に示した一〇三号布告の発議から公布迄の経緯に沿って、公文録より同布告の内容を抜粋した

大臣参議による修正（明治八年六月七日）	太政官第一〇三号布告（明治八年六月八日）
御布告案 今般裁判事務心得別紙之通相定候條此旨相布告候事 明治八年五月　日　太政大臣三條實美	第百三號 今般裁判事務心得左ノ通相定候條此旨相布告候事 明治八年六月八日　太政大臣三條實美
第一條 一各裁判所ハ民事刑事共法律ニ從ヒ遲滞ナク裁判ス可シ疑難アルヲ以テ裁判ヲ中止シテ上等ナル裁判所ヲ伺出ルコトヲ得ス但シ刑事死罪懲役ハ此ノ例ニアラス	第一條 一各裁判所ハ民事刑事共法律ニ從ヒ遲滞ナク裁判スヘシ疑難アルヲ以テ裁判ヲ中止シテ上等ナル裁判所ヲ伺出ルコトヲ得ス但シ刑事死罪懲役ハ此例ニアラス
第二條 一凡ソ裁判ニ服セサル旨申立ル者アルトキハ其裁判所ニテ辨解ヲ為ス可カラス定規ニ依リ期限内ニ控訴若クハ上告ス可キコトヲ言ヒ渡ス可シ	第二條 一凡ソ裁判ニ服セサル旨申立ル者アル時ハ其裁判所ニテ辨解ヲ爲スヘカラス定規ニ依リ期限内ニ控訴若クハ上告スヘキコトヲ言渡スヘシ
第三條 一民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ因リ習慣ナキ者ハ條理ヲ推考シテ裁判ス可シ	第三條 一民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ條理ヲ推考シテ裁判スヘシ
第四條 一裁判官ノ裁判シタル言渡ヲ以テ將來ニ例行スル一般ノ定規トスルコトヲ得ズ	第四條 一裁判官ノ裁判シタル言渡ヲ以テ將來ニ例行スル一般ノ定規トスルコトヲ得ス
第五條 一頒布セル布告布達ヲ除クノ外諸官省随時事ニ就テノ指令ハ將來裁判所ノ準據スベキ一般ノ定規トスルコトヲ得ズ	第五條 一頒布セル布告布達ヲ除クノ外諸官省随時事ニ就テノ指令ハ將來裁判所ノ準據スヘキ一般ノ定規トスルコトヲ得ス

（司法省による稟請→政体取調掛による修正）＿＿＿：削除　‥‥‥：追加
（政体取調掛決裁申請→大臣参議による修正）□：削除　～～～：追加
（大臣参議決裁→公布）＿＿＿：修正

ものである。[17] 制定過程における条理の位置付けを考えるにあたっては、特に内史の政体取調掛及び大臣参議によって加えられた訂正箇所から考察することが出来る。そしてここから、政体取調掛による修正は全条文に施され、また大臣参議側からの修正も同布告の第三条、四条、五条に及んでいるが、この第三条への修正は、政体取調掛からのものもまた大臣参議側からのものも、単に「裁判」および「習慣」なる語句の変更にすぎず、一見して抽象的で捉えどころのない観念と思われる条理を規定する部分については制定時においては全く一顧だにすらされていないことがわかる。つまりこ

この「条理」なる表現は、少なくても当時の立法者間においては格別に異論を唱えられる程の特殊な意味合いを付与され用いられていたものではなく、一般的な理解の下に受け取られていたこと、そしてむしろ習慣や成文法の扱い方の方に、より一層の慎重な配慮が巡らされていたことが推測出来よう。

第二に、右に指摘した「条理」と「習慣」の扱われ方の相違は、制定当時の伺や指令あるいは達などからも見て取れる。

村上一博氏によれば[18]、明治八年六月八日に裁判事務心得が布告されると、各裁判所より同三条の「習慣」の意味をめぐる伺が出され、司法省はそれに対して明確な解釈を示す必要に迫られることとなった。まず同年六月一五日の大坂・長崎・福島の上等裁判所からの伺に対し、司法省は同心得第三条の「習慣」を「其地方庁及ビ裁判所ニ於テ施行シ来ル処ノ習慣ト可心得事」と指令している[19]。そして同年一一月三〇日、滋賀県からの伺（同月七日）の第三条「本年太政官第百三号公布裁判心得第三条ニ、成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ云々ト有之。右ハ成文律ナキ時ハ、政府ト人民トノ間ニ行ハルヽ習慣ニ依リ、右ノ習慣無之トキハ人民相互間ニ行ハルヽ習慣ニ依リ、両ツナカラ無之トキハ条理ヲ推考シテ裁判スルコト心得可然哉　但本条両箇ノ習慣相触抵スルトキハ、政府ト人民トノ間ニ行ハルヽ習慣ニ依リ可然哉」に対しても、司法省は「習慣トハ、民間ニ於テ習慣俗ヲ為シタル習俗ニハ無之事」として、「習慣」を政府と人民の間に行なわれるもの、あるいは地方庁や裁判所で施行されたものであるとの見解を示している。また司法省は、同伺第四条の「裁判官ニ於テ条理ヲ推考シ習慣ヲ不条理ト認ムルコトアルトキハ前条両箇ノ習慣ト雖モ何レモ時アリテ之ヲ用ヒス条理ト認ムル所ヲ以テ裁判ニ及ヒ可然哉又ハ不条理ト認ムルト雖モ習慣ノ存スル上ハ之ヲ用ヒサルヲ得サル儀ニ候哉」と、習慣と条理の効力関係を問われたことに対して、「習慣ナキ者ハ条理ヲ推考スル事ニテ条理ヲ以テ破ル可キ規則ハ無之事」との指令を出している。ところが明治一二年になると「習慣」の解釈に変化が生じるようになる。これについては昭和二年に牧健二によって論稿「明治八年民事裁判の原則」の中で言及されており[20]、

村上氏もまた同様にこの点を指摘している。明治一一年一二月二五日、静岡裁判所より「明治八年第百三號布告第三項中習慣ト稱スルモノハ官廳ノ慣例ヲ指示セラレタル謂ナル旨曾テ本省日誌中該伺面ニ對シタル御指令モ有之タル哉ニ相覺ヘ候得共其義ハ姑ク閣キ右ハ矢張民間ノ習慣ニシテ相互默諾ノ事件即契約ニ均キモノヲ指稱セラレタル義ト相心得可然哉此段相伺候也」との伺が出され、司法省はまず「伺ノ趣習慣トハ民間ノ習慣ニシテ即チ民法上從來人民ノ慣行認許セシモノト心得ヘシ」と指令したうえ、同一二年一月一五日、これを「司法省丁第一号達」として、大審院及び諸裁判所に宛てて達した。次いで同省は翌月二月二五日に「司法省丁第九号達」をもって、右指令を「本年一月十五日付指令左ノ通可心得事　伺ノ趣慣習トハ民法上人民ノ慣行認許スル者及ヒ從來官民ノ間ニ慣行スル例ニシテ條理ニ背戻セサル者ヲ謂フ義ト心得ヘシ」と改めることで、「條理ニ背戻セサル」という条件のもとで「習慣」として民間の習慣を認めるに至った。

以上、村上氏の考察に沿って「習慣」に関連する伺・指令及び達を挙げてみたが、その中には「条理」に言及される箇所がしばしば見つけられた。そしてその限りにおいて、当時の司法省の用いる条理とは、それ自体には具体的な内容を持ち合わせるものとしては理解されておらず、単に法適用の上で「習慣」を定義づける際に用いられる、いわば消極的な役割を担わされていたに過ぎなかったと考えられよう。

また明治八年布告制定時の「条理」のあり方については、その適用方法からの考察も必要であろう。当時の裁判所は実際に同布告に基づく条理裁判を行なっていた。しかしながら「判決文中に『条理』という語はしばしば見られるとはいえ、その具体的内容や判断根拠が明示されている例は稀れ[21]」であった。そしてこれまでの条理裁判に関する先駆的な事例研究[22]からは、総じて裁判にて依拠される条理とは外国法を意味していたことがわかる。かつて大審院検事であった瀧川長教は「その頃の裁判は太政官布告、新律綱領、改定律例に準り、その以外には慣習に據り、慣習のないものは條理に從ふという譯で判決をやり通した（……）追々フランス法が入って來ましたから、その方を學んで、

民事にしろ刑事にしろフランス法典というものが裁判の根據となつて來た。[23]」と昭和一六年の時点で、明治一五年頃の裁判を回顧している。この発言に見られるように、当時の裁判ではフランス民法が参照され、何よりも箕作麟祥訳『仏蘭西法律書』が条理の具体的表現として大きな役割を果たしたと言われている。これについては司法省法学校正則科第一期生井上正一が「箕作先生ノ譯セラレタル（……）佛國民法ノ翻譯書ハ、當時實ニ司法官ノ金科玉條トシタルモノデアル。條理ノ寶典トシタルモノデアツタ（……）[24]」と述べていることからも推察出来るだろう。実際に明治初年の条理裁判の判決文からは「此義仏國民法（……）ニ定メタル」や「性法講義中」といった文言が見られるものがあり[25]、『仏蘭西法律書』や『性法講義』が事実上、条理の具体的内容の重要部分を構成していたことが大いに推測出来る[26]。このように条理は、実際の裁判過程において、主に海外の法典の翻訳書を参照する為の引照標準として用いられたわけだが、それらは結果的には、規範の内容が成文で明示されている根拠性への希求、即ち成文法主義への道程を示すものと考えられよう。

以上により、裁判事務心得の制定当初における「条理」とは、国家法規範が無いという意味の法の不整備・不存在とも呼ぶべき当時の状況に対する裁判官の対処方法として理解されてきたことがわかる。そしてまた条理の位置付けや適用方法からも法律未整備の時代から法典化時代へと歩みだす、明治初期の時代背景を窺うことが出来るのである。

二　裁判事務心得第三条の効力

㈠　法令集にみる裁判事務心得の効力への理解

裁判事務心得第三条は、制定後、法令としてどのような経緯を辿っていったのか。法令としての同心得を前提にし

て考えるとすれば、その法令としての効力がいつまで存続し、いつから失われたのかという関心が生じてくる。次の表2は、明治期以降刊行された代表的な法令集が裁判事務心得の効力をどのように理解していたのかを一覧したものである。

まず裁判事務心得は、明治一二（一八七九）年の『現行民事成文律類纂』に見られるように、制定後に公刊された法令集においては、効力ある法令として扱われている。但し、同布告第一条に関しては、明治一三年七月一七日に公布された治罪法（太政官第三七号布告）の創定により「改正」となっている。しかし『現行日本法例類編第二巻』が同二二年六月に同布告を「現行」の法規として示した直後、『法令全書』の編者[27]は、同二三年一二月三一日調「法令改廃表」の中で、裁判事務心得は「二十三年法律第六号第二十九号ニ依リ消滅」したとの理解を示すこととなった。ここにいう「二十三年法律第六号」とは裁判所構成法（明治二三年二月一〇日公布、同年一一月一日施行）であり、「二十三年法律第二十九号」とは民事訴訟法（明治二三年四月二一日公布、同二四年一月一日施行）である。またここの「消滅」とは、「新令舊令相抵觸スルモノ」[28]を意味するものであるが、さらには「既存法令の効力の全部又はその一部が新法令と矛盾抵触するものの、それが改正か廃止かの立法担当者の意図を法令文上判然と確認し得ないときに、既存法令の効力は、事実上失われたと解釈するもの」[29]との見解もある。この『法令全書』の「消滅」という判断については、平成元年の時点においては広中俊雄氏によって「裁判所構成法並びに民事訴訟法といった両法律には、同布告を消滅させる趣旨の規定がない」[30]との指摘がなされているが、しかしやはり、同時代の内閣官報局において消滅したとするその理解を無視する事は出来ないようにも思われる。その後の法令集[31]等には、もはや裁判事務心得の名前を見出すことはできない。しかしこの一方で「裁判事務心得はもはや有効ではない」という事実を明示する資料にも出会うことはできない。昭和期になると、各種法令集上の裁判事務心得の効力をめぐる理解はいよいよ錯綜を呈することとなる。例えば末弘厳太郎が編纂した『現代法令全集』では、昭和一〇（一九三五）年の編纂当初は裁判事務心得を

表２　法令集にみる裁判事務心得の効力への理解

発行年	法令集の名称	裁判事務心得の効力
明治 12 年	『現行民事成文律類纂』	○
明治 22 年	『現行日本法例類編第二巻』	○
明治 23 年	明治一七年『法令全書』「明治二十三年一二月三一日調「法令改廃表」」	「消滅」「二十三年法律第六號第二十九號ニ依リ消滅」
明治 27 年	『現行類纂明治法典』	×
明治 27 年	『明治廿七年三月編輯法規提要』	×
明治 34 年	『司法例規』	×
明治 36 年	『現行類聚法規大全』	×
明治 40 年	『現行法令輯覽』	×
大正 14 年	『現行法規全書』	×
昭和 10 年	『現代法令全集』	×
昭和 12 年		○
昭和 16 年	『帝國法規』	×
昭和 24 年	『現行日本法規』	○ 但、第三・四・五条を現行法規として扱う。
昭和 25 年	『現行法規総覧』	○ 但、第三条のみ
昭和 26 年	『現行法令索引』	×
昭和 32 年	『日本法令索引』	×
昭和 35 年～平成 14 年		○
平成 15 年～平成 23 年現在		「消滅」 改正　明治 13 年 7 月 17 日 治罪法創定（輪郭附） 消滅　明治 23 年 2 月 10 日 法律第 6 号　裁判所構成法 消滅　明治 23 年 4 月 21 日 法律第 29 号 民事訴訟法
昭和 43 年	『旧法令集』	「現在施行停止中の法律及び形式上廃止されてはいないが実質的に失効と解される法令」
昭和 51 年	『主要旧法令』	○ 但、「第三条から第五条までの規定は、現に効力を有するものと解される。」

「有効」としなかったものの、その「追録」（昭和一二年）では同心得を裁判編における現行法令として判断した。昭和二四年に発行された『現行日本法規』は、同心得第三条から第五条までを「現行法規」として扱っているが、翌二五年の『現行法規総覧』には第三条のみを「現行」の法令として掲載するにとどまり、一貫性を欠く記述となっている。また昭和五一年の法務省大臣官房司法法制局編『主要旧法令』では「第三条から第五条までの規定は、現に効力を有するものと解される。」との理解が示されている。さらに国立国会図書館『日本法令索引』の中では、時代によって様々な見解が分かれている。つまり昭和三二年以前には有効法令の中に裁判事務心得の規定はないものの、昭和三五年で裁判事務心得が有効な法令であることを認めてからは、同書では一貫して同布告は有効だとみなされてきている。しかし現在、データベースで見られる『日本法令索引（明治前期編）』によれば、「明治二三年の裁判所構成法（法律第六号）及び民事訴訟法（法律第二九条）により「消滅」」と解されているのである。また昭和四三年に我妻栄が編者となり刊行された『旧法令集』でも、裁判事務心得は「現在施行停止中の法律及び形式上廃止されてはいないが実質的に失効と解される法令」とみなされている。このように裁判事務心得第三条の効力に関してはいまだ一定の見解はない。しかし本稿では、再言を厭わず述べれば、裁判事務心得が内閣官報局において明治一八年に刊行が開始された『法令全書』の編者において「消滅」とみなされた事実を重要視したいと考える。何よりも現時点において、それへの反証となる有力な史料が見出せないこともあるが、『法令全書』編者が「消滅」と認定した同時代的評価の実質的な根拠を当時の立法状況の中に探求していきたいと考えている。

(二)　裁判事務心得の「消滅」の意義

本節では裁判事務心得の「立法変遷」[32]を明らかにすることで、法制度的側面からの「裁判事務心得第三条の効力」について検討したい。これについては本稿の冒頭で示した杉山の論説にも言及されており、彼は裁判事務心得の関連

法令として、「明治一三年旧刑法、同二三年大日本帝国憲法、裁判所構成法、民事訴訟法、同三一年民法、民法施行法、法例、同三二年商法」を挙げ、同心得第三条の効力の是非を検討している。本節では、そのなかの民事訴訟法及び法例を取り上げ詳論する。既述の通り、『法令全書』によれば、右心得第三条の消滅要因は、裁判所構成法[33]及び民事訴訟法にあると認識されているが、同心得は制定当初において民事訴訟に関連した法令であると理解されていることもあり、特に「民事訴訟法」に注目したいと考えている。また裁判事務心得第三条にも見られる「裁判官の法適用」についての規定をその草案段階において設けていた「旧法例」（明治二三年律第九七号）、そして同心得に見られる「習慣」を「慣習法」とし、独立の規定を設けることで、慣習法の国家法規範内での位置付けを確立させた「法例」（明治三一年法律第一〇号）も、同心得の効力を考える上で決して無視する事はできない為、以下に若干の考察を加えてゆきたい。

1　民事訴訟法（明治二三年法律第二九号）

民事訴訟法の制定過程を振り返るにあたり、本稿ではドイツ人法律顧問テヒョー（Hermann Techow）が同草案の起草を着手することとなった明治一七（一八八四）年をその起点とする。

同一七年三月、司法省が太政官に「訴訟規則ヲ制定セラレンコト」を上申、民事訴訟法の編纂作業を開始し、翌月の四月に、当時の宮内卿伊藤博文がテヒョーに同省で起案中の民事訴訟法案について意見を求めたことがきっかけで、テヒョーが民事訴訟法の起草に携わることとなる。彼はそれを翌一八年二月にひとまず完成させ、その後修正を加え、同年七月に修正案を司法卿山田顕義宛に提出した。これが「テヒヤウ氏訴訟規則修正原案」と称されるものである[34]。

ここで特筆すべき点がある。それはテヒョーが右草案を起草している間、司法省では並行して「民事訴訟手続」制定の作業が行なわれていたということである。そしてこの「民事訴訟手続」の内容こそ、裁判事務心得の効力を考える上で重要な意味を持つと思われる。明治一七年七月に司法省は、南部甕男民事局長をはじめとする「訴訟規則取調

委員」を任命し、その直後、大審院を除く、各治安裁判所、始審裁判所、控訴裁判所宛に、民事訴訟法制定の材料を収集する為「現行民事手続ノ儀ニ付至急取調ノ筋有之候条、別紙書式ニ照準シテ其手続詳細ニ掲載シ、本月〔八月〕廿日迄ニ各地差立当省ニ差出候様可致、此旨相達候事」との達を送付した[35]。その後、南部を責任者とした、五人の控訴裁判所長、五人の始審裁判所長による委員たちが、裁判所より収集した回答の中から「粋ヲ抜テ民事訴訟手続ナルモノ」を選出し、「成文法と慣習法とを基にして、四百九十五条に編纂したもの[36]」が「民事訴訟手続」である。これはテヒョーにも提供され、「テヒヤウ氏訴訟規則修正原案」の起案の材料となったといわれている。しかしここには、明治一八年三月六日の司法省達まで含まれていることから、脱稿は早くともその直後であると推定される[37]為、彼の手に渡ったのは、おそらく最初の草案起草を終わらせ、その後に行なった修正作業のときであろう。

この民事訴訟手続には、太政官布告や司法省布達をはじめ、内訓、指令、慣例等を中心に構成されており、その中には裁判事務心得第三条の条文が同第二三二条として「第二百三十二條　凡裁判ハ成文ノ法律ニ據リ其法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ條理ヲ推考シテ之ヲ爲スヘキモノトス（明治八年第百三號布告）」と定められている[38]。また第二三三条は同布告第四条を、第二三四条は同布告第五条をそのまま掲げ出している。さらに同三六四条を見れば、そこには「判決ニ付キ衆議ヲ取ルニハ主任判事判決主旨書ニ左ノ條件ヲ極メテ簡短ニ記シ願書課全員判事ノ回覧ニ付ス（右同第八條）一　原裁判官カ判定シタル事實ノ要點　二　法律（習慣條理ヲ包含ス）及ヒ定規　三　大審院ニ於テ判決シタル舊例[39]」として、習慣と条理を「法律」の語の中に統括する規定もある。以上の諸事実は、当時の裁判所において裁判事務心得（第三・四・五条）が裁判上の重要法令として扱われていたことを示している。そして「法律」という表現の下に慣習や条理が包括され、「定規」に対置されていたという事実は、慣習や条理を、民事判決を導く具体的規準として、訴訟規則取調委員が認識していたことを表している。

その後、「テヒヤウ氏訴訟規則修正原案」に対する日本人委員たちの審議は、明治一八年八月より早速開始され、

同年一〇月一〇日まで連日続けられた[40]。そうした審議の成果として彼らは「委員修正民事訴訟規則」を発表し、テヒョーの意見を容れながら再修正を施し、同一九年六月、「テヒョー草案」として司法大臣山田顯義に提出した。しかしその直後、我が国では条約改正にむけた本格的な法典編纂が開始され、民法や商法等との矛盾を避ける為に民事訴訟法は調査されることとなった[41]。その結果、テヒョーによる草案は採用されず、民事訴訟法が施行されるまでには更なる時間が要されることとなる。これについて民事訴訟法調査委員今村信行は「テッヒョー氏ハ極テ實際家ナルヲ以テ（……）其國ノ習慣ヲ採用シ之ヲ實際ニ適用セムトスルノ主義ナリ（……）故ニ其結果民法商法裁判所構成法等ノ各法律ニ伴ハス然ルニ今回民法商法等續々發布セラルヽニ及ヒテハ固ヨリ訴訟法ノ性質トシテ是等ノ諸法律ニ伴隨スヘキモノナレハ再ヒ其主意ニ從テ之ヲ改定セサルヘカラサルニ至レリ[42]」と述べている。

ここで裁判事務心得について考える。民事訴訟手続制定時に示された、同法令をいまだ現行法令とする認識は、その後のテヒョー草案の起草段階においてはいかなる評価の下にあったと考えるべきか。これについては、同草案を検討する限りにおいて裁判事務心得第三条に該当する条文はなく[43]、そして明治二三年に公布された民事訴訟法にも存しない。このような事実から、テヒョーはもとより、当時の民事訴訟法調査委員の認識の下においても、次第に同心得の効力に対する現行法としての評価を消極的にしていったと想定出来よう。

また裁判事務心得第三条に関する効力の是非について、上告に関する条文からもひとつの推測を見出すことが出来るかもしれない。これに関連する民事訴訟法の条文は「第四三四条　上告ハ法律ニ違背シタル裁判ナルコトヲ理由トスルトキニ限リ之ヲ為スコトヲ得」及び「第四三五条　法則ヲ通用セス又ハ不當ニ適用シタルトキハ法律ニ違背シタルモノトス」である。このうち第四三五条に見られる「法則」について、今村は「法則トハ如何ナル範囲迄包含スル文字ナルヤ」と問題提起をした上で次のように述べている[44]。

法則ナル文字中ニハ獨リ斯ル成文アル規則法律ノミニ限ラスシテ第二百十九條地方習慣法商習慣又ハ規約ノ如キモ皆此法則ナル文字中ニ入ラサルハナシ（……）獨逸ノ法律ニ於テハ斯ル場合ニ「レヒトフォルム」ナル文字ヲ用ヒ或學者ハ啻ニ成文アル法律規則及ヒ規約ノミナラス條理ヲモ包含スヘキコトヲ説明スレトモ我國立法者ハ條理ヲ以テ法則ナル文字中ニ加フルノ精神ニ非ス何トナレハ控訴院ニ於テ條理ト認メサルカ如キコトアルハ往々免レサル所ナレハナリ

ここからも理解出来るように、当時の立法者は「法則」に「成文アル規則法律」及び「習慣」を包含するものの、「条理」をもそこに含ませることには否定的であった。尚、この第四三五条にみられる「法則」たる語は、起草当初から存したものではなく、その途中で書き換えられており、起草当初は「法律」という文言になっている。書き換えられた時期は明治二一年と推定されるが[45]、ここでは明治一七年の「民事訴訟手続」が、前述で指摘した通り、その第三六四条における「法律」を「習慣條理ヲ包含ス」るものと理解していたのに対し、施行された民事訴訟法では同第四三五条より、その対象を所謂〝法律〟のみに限定し[46]、慣習法に関しては「法則」のひとつとしてその効力を認め、法源としての条理についてはもはや考慮の内には収めなかったという経緯を確認しておきたい。当時の立法担当者における条理認識の変化をここに窺うことが出来よう。

2　法例（明治二三年一〇月六日法律第九七号／明治三一年六月二一日法律第一〇号）

「法例」というと、通常「明治三一年法律第一〇号」が想起されるが、ここでまず論ずるべきは、所謂「旧法例」である。これは「〔旧〕民法其他の法典が公布された際に、法律第九十七號を以て、一般法律に通ずる例則を發布して、之を法例と稱した[47]」「明治二三年法律第九七号」であり、同三一年法律第一〇号の「法例」と区別する為「旧法例」と称されている。旧法例は同二六年一月一日より施行される予定であったが、民法典論争の結果、延期が決定し、右明治三一年法律一〇号の施行により廃止されるに至った[48]。これら新旧両法例とも「一般法律の適用に関する通則」

を規定する「特別法」[49]として位置づけられている。また両者は、民法典編纂の範囲内で調査が行なわれており、当初から民法とは強く関連付けられた法規範であったことが理解されよう。[50]

旧法例は第一条から第一七条までの条文で構成されており、明治三一年にこれにかわって施行された「法例」の第二条にみられるような、慣習に関する規定はいまだ存していない。しかし草案段階において削除された条文のうち、第二二条から第二六条までの規定はすべて「裁判官ノ法律適用ニ付テノ條款」[51]であり、その中の特に第二二条には「法律ノ不備若クハ欠欵アル時ハ判事ハ其裁判スヘキ事件ト同様ノ場合又ハ類似ノ事項ニ關スル法律ノ條例ヲ適用スヘシ」といった内容の規定が置かれている。そこで以下では、同条を裁判事務心得第三条との関わりで考察することにしよう。

草案第二二条に関する、裁判所や司法官の「意見書」を見てみると、原案論者と修正論者との間で意見が対立しており、その対立要因が「条理」の扱い方にあることに気づく。まず原案論者の意見は次のようなものである。[52]

> 原案論者曰成文法ノ要ハ社會蔓般ノ現象ヲ網羅シテ又遺ス所ナキニ在リ然レトモ有限ノ法條ヲ以テ無限ノ現象ヲ豫定シ得ヘキ者ニ非サレハ立法者ハ特ニ茲ニ比附援引ヲ許シタルナリ裁判官ニシテ比附援引ヲナスコトヲ得ハ事件ヲ判斷スルニ足ラサル所ナク又何ソ條理ニ訴フルコトヲ須ヒンヤ彼ノ條理ニ依ルカ如キハ一ニ裁判官ノ腦裏ノ判斷ニ任スル者ナレハ最モ危險ニシテ決シテ立法者ノ意ニ非サルナリト又曰比附援引ヲナス能ハサル場合ニ於テ裁判官カ條理ニ依テ判斷スルハ當然ノコトニシテ特ニ法律ニ明記スルニ及ハス故ニ原案ヲ可トス

一方では条理による判断は危険なものであり、立法者の意に反するものといいつつも、他方では適用する法律がない場合、裁判官が条理で判断するのは当然なのでわざわざ明記する必要はないとも述べている。見解の相違こそある

が、条理を適用する旨を法例に規定することに否定的な見解がこの原案論者によるものである。

それに対する修正論者はどうだろうか。修正論の中にもまた二つの意見があり、それぞれ「甲修正論」「乙修正論」となっている。[53]

> 甲修正論者曰ク（……）第二十四條ト第二十二條ヲ併セテ左ノ如ク改正スヘシト「第二十二條法律ノ不備若クハ欠缺アルトキハ判事ハ其裁判スヘキ事件ト同様ノ場合又ハ類似ノ事項ニ關スル法律ノ條例ヲ適用スヘシ（第一項）「若シ適用ス可キ法律ノ條例ナキトキハ慣習ニ依リ慣習ナキトキハ條理ニ依リ裁判スヘシ」（第二項）
>
> 乙修正論者曰ク（……）〔正條ナキ場合ニ於テ裁判官カ依テ以テ裁斷スヘキ方法〕タル條理ニ依ルコトヲ明記セサレハ法律ハ條理ニ依ルコトヲ許サストナシ不恰好ノ援引ヲナシ判斷ヲナスカ如キ弊害ヲ生スルニ至ラン然レトモ乙修正論者ハ（……）第二十四條ヲ删除シテ一般ニ慣習ニ依ルコトヲ欲セス（……）故ニ第二十四條ヲ存シテ唯本條ヲ左ノ如ク修正セント欲スト「第二十二條法律ノ不備若クハ欠缺アルトキハ判事ハ其裁判スヘキ事件ト同一ノ場合又ハ類似ノ事項ニ關スル法律ノ條例ヲ適用シ若シ同一ノ場合又ハ類似ノ事項ニ關スル法律ノ條例ナキトキハ條理ニ依テ裁判スヘシ」

第二四条（「判事ハ法律ノ特ニ慣習ニ讓リタル場合ニ非サレハ慣習ニ據リ裁判スル事ヲ得ス」）の扱い方に関する見解の相違はあるものの、修正論者の共通の主張は、条理の適用を明文化するという点にあるといえよう。その他にも例えば東京控訴院評定官北村泰一外五名による「第二十二條ノ末尾ニ若シ適用スヘキ法律ナキ時ハ條理ニ依ルヘシノ數字ヲ加フルハ必要ナルヘシ」[54]といった、第二四条との関連性は考慮せず、第二二条に「条理」たる文言を加入すべき旨を主張するものもある。

しかし結果的にはこのような議論も意味をなさず、この条文は削除されるに至った。これについては、明治二三年

一月三一日「法例修正案」の中に「第二十二條乃至第二十八條刪除」と記されており、その理由は「此諸條項ニ載スル所ノ規定ハ單ニ法律解釋ノ方針ヲ裁判官ニ示スニ止マリ全ク學理ノ範圍ニ屬スヘキ事項ニシテ法律ノ特ニ定ムヘキモノニアラサルニ因ル」とされている。(55)

このような裁判官の法令解釈に関する条文は明治三一年施行の「法例」にも存在しない。寧ろこれを意図的に規定しなかったことが明らかになっている。蓋し法典編纂の際に行なわれた民法主査会での「法例」に関する審議の中で「法令ノ解釋ニ關スル規程ハ之ヲ法例中ニ掲ケサル事」との事項がある。そのなかの起草委員穂積陳重と主査委員横田国臣のやり取りを引用すると次の通りである。(56)

穂積陳重君　（……）〔法令ノ解釋ニ關スル規程ハ〕日本ノ草案ニモ這入ツテ居ルヤウニ思ハレルシ、又諸國ノ法例ニモ夫夫相當スル場所ニ往々解釋ノ規程モアリマスルガ、併シナガラ夫レヲ見レバ皆平常普通ノ論理ノ原則ヲ述ベタ丈ケデアリマス、或ハ若シ其文字ニシテ明カナラザレバ類似ノ法令ニ依レトカ、夫レデモ尚ホ明カナラザレバ法學ノ普通ノ原理ニ依レトカ極メテアル國モアル、或ハ國ニ依テハ自然法ノ原則ニ依レトモアル、然ルニ今日ノ所デハ裁判官ハ皆學識ヲ備ヘテ居リマスカラ普通ノ原理ノ事ハ明カデアリマス、殊ニ諸國ノ此法令ノ解釋ニ關スル規則ハ随分鄭重ニ調ベテ見マシタガ一モ特別ノ規程ヲ要スル箇條ヲ見出シマセヌ（……）

横田国臣君　（……）サウスルト法律ニ明文ノ無イトキ、民法ニ明文ノナイトキハ民事ハ何ウシヤウト云フヤウナ事モ置カナイト云フ御積リデアリマスカ

穂積陳重君　其積リデアリマス

右発言において穂積は、裁判官は「法學ノ普通ノ原理」「自然法ノ原則」といった原理については既に心得ており、

明文化する必要性を見出せないことを理由に「法令の解釈に関する条文」は設けないとの見解を示している。ここに「条理」という表現は見出せないにしても、その主旨は穂積の挙げる「法學ノ普通ノ原理」に含意されていると推測出来ないであろうか。

また明治三一年「法例」では解釈方法の規定は設けなかったものの、「慣習ノ效力ニ關スル規程ヲ掲グル事」は重要な課題のひとつであった。それは法例第二条「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限リ法律ト同一ノ效力ヲ有ス」に明文化されている。同条の制定目的に関して穂積陳重は「（……）何レノ國デモ法典編纂ノアッタ時ニハ必ズ法典ト慣習法即チ從來存シテ居ッタ慣例ノ效力ニ關スル問題ハ起ルモノノ様ニ思ツテ居リマス我國ニハ勿論商法第一條ニ商法ノ成規ト商慣習トノ關係ハ規定シテアリマスガ民法ト民事慣習トノ關係ノ規定ハアリマセヌ且ツ一般ノ成文法ト慣習ノ效力ノ關係モアリマセヌ又夫レデ日本デハ是迄ハ民事ノ事抔ハ重モニ慣習ニ依テ裁判シテ居タノデアリマセウガ今度法典調査ノ結果トシテ此ノ法典ガ實施ニナル時ハ是等ノ問題モ起ツテ來マセウカラ（……）大體ノ事ヲ規定シテ置カウト云フノデアリマス」[57]と述べている。そして『法例議事速記録』によると、同二条の制定の参照法令として「八年六月一〇三號告三」「十二年二月司法省丁九號達」が挙げられており[58]、裁判事務心得第三条の「習慣」部分のみが参照されたことがわかる。このように裁判事務心得第三条に規定された「成文法」は明治三一年七月施行の「明治民法典」によって法典化され、また「習慣」は同三一年六月「法例」の第二条によって法律と同一の効力を与えられたことで、同心得第三条に規定される法源の位階制の中からそれぞれ分離される形になった。それに対し「条理」は、その後も明文化されることなく、その存在自体に関しても賛否両論が生じ、その立法上の位置付けにおいて、尚一層不明瞭な存在となっていく。

㈢　小括

本章ではまず各法令集にみる裁判事務心得の効力への理解について整理し、また『法令全書』の編者が同心得第三条を「消滅」と判断した背景を推察する目的で「民事訴訟法」および「法例」の編纂過程を通して若干の考察を試みた。まず民事訴訟法の編纂過程からは、明治一七年時の「民事訴訟手続」では裁判事務心得の効力を是認する法規も見られたが、同二三年の民事訴訟法においてそれをもはや見出せなくなったという事実を確認した。また法例の編纂過程からは、旧法例の編纂時から既に、裁判官の法令解釈に関する条文を定めることに否定的な傾向にあったこと、そして明治三一年「法例」の第二条を制定する際には同心得の「習慣」部分のみが参照されていたことがわかった。これらの事実はいずれも『法令全書』の編者の知るところであったのかは分からない。だが、編者が同心得を「消滅」と評価せざるを得なかった立法史的背景を以上のように再現することが出来よう。

また当時において、法律を制定する立場の者とそれを適用する立場の者との間で条理に対する認識の相違が生じていたことも併せて理解する必要があるだろう。制定者にとっての条理とは、あくまで法典が出来るまでの応急措置的な意味合いにすぎず、彼らは成文法や慣習法の確立をより重視していた。従って法制度が形成され、各種の法令が世に出されるにつれ、実定的裁判規範の所在を規定した裁判事務心得の意義は次第に薄らいでいったのである。その一方、法律が無いという理由で裁判（民事裁判）を拒否することが禁じられている、裁判官に代表される法の適用者にとっての条理とは、裁判を進行させる為に必要不可欠なものであり、そこには条理に依らざるを得ない現実があった。彼らの必要視する「条理」とは何か、そして裁判事務心得はどのような関わりをもって説明できるかについては、次章で検討していくこととする。

三　「消滅」後の裁判事務心得第三条

本章では、第二章でふまえた考証を前提に、明治二三年以降の日本法学界における同心得第三条の位置付け、そしてそこに見られる「条理」解釈の変化を考察していく。その際の時期区分として、旧民法が公布された明治二三年から、民法典論争を経て、明治民法典が施行されるに至った明治三一年までを「前半期」、それ以降を「後半期」と称し、論ずることにしたい。

㈠　明治二三年「旧民法典公布」より明治三一年「明治民法典施行」まで（前半期）

明治二三（一八九〇）年、我が国では旧民法典が公布された。これは成文法国の途を選択した我が国の近代法の歩みにおいて、一つの大きな転換点であった。この一方で裁判事務心得第三条は、当時の法学界でその後も依然として重要な法令として扱われていく。即ちこれは、前章での考察を前提にしたとき、同心得の「消滅」は、『法令全書』編者の評価通り理解せざるを得ないにも拘らず、当時の法実務家や法学者の認識はまたそれとは異なった構図の中に同心得を捉えていたわけである。

実際、裁判事務心得第三条に基づいた条理裁判主義は依然として支持され、同心得をめぐる解釈は引き続き行なわれていた。但しこの時期には『仏蘭西法律書』を通して見たナポレオン法典から、ボアソナード（Gustave E. Boissonade）が起草に携わった旧民法へと、「条理」の指し示す具体的な内容が移行している。民法典論争でボアソナードによる法典が批判される渦中においても、断行派の中には「法典ガ延期セラレタルトキハ〔ボアソナードによって起草された〕規定ヲ以テ直チニ条理若クハ法理ニ適スルモノトシ暗々裏ニ該法条ノ適施ヲナスヤ素ヨリ害ナカル

可シ」[59]と主張する者もいたくらいである。この発言からはまた、旧民法典が施行延期となったことも大いに影響し、我が国の司法制度及び法体系の多くが整備されたこの時期においても、いまだに引照標準としての「条理」を推考せざるを得なかった事情がそこにはあったことを推察出来よう。これは穂積重遠が昭和一三年に執筆した論文「法律の施行前適用」の中で、「或法律が公布されてから施行に至るまで多少の長時間据え置かれる場合、殊にそれが従來成文法の規定のなかった新分野に属する新規定である場合には、裁判所が實質上其未施行の新法を適用して其期間に於ける裁判を爲し、又は其期間に生じた事項について其法律を適用することがありさうに考える（……）」[60]と述べている通りである。また穂積は当時の状況について「現行民法施行前即ち明治三十一年七月十五日以前の民事裁判は、大體に於て「條理裁判」であった」とし、「當時に於ける民事裁判の根本準則は（私はそれが今日に於ても根本準則であると思ふが）かの有名な明治八年六月八日太政官布告第百三號裁判事務心得第三條（……）であったが（……）裁判所が「條理ヲ推考シテ裁判ス」るのが普通の状態であつた」とも述べている。[61]

また法典編纂の際に行なわれた民法主査会における審議の際にも、裁判事務心得第三条に関連するやり取りが起草委員穂積陳重と主査委員高木豊三（大審院判事）の間で行なわれている。その内容は次の通りである。[62]

四　法例中ニ慣習ノ效力ニ關スル規程ヲ掲クル事

高木豐三君　是ハ掲ゲナクテモ今日ノ日本ノ裁判官ニハ心配ハ入ラヌト思ヒマス何故カト云フニ法律ニ依リ法律ニ明文アルモノハ法律ニ依リ明文ナキモノハ慣習ニ依リ慣習ノナイモノハ條理ニ依ルト云フノハ日本人ニ久シフ行ハレテ居ルノデアル裁判官ハ其レニ檢束サレテ居ルカラ（……）サウ云フ心配ハ入リマセヌ

穂積陳重君　私ハ一向ニ何モ存ジマセヌケレドモ只今御話ノ様ナ規程ノアルノハ知ツテ居リマス併シ夫レハ有ツテモ閣令位ヒナモノデアツタト思ツテ居リマスガ（「布告デアリマス」ト呼ブモノアリ）布告デアツテモ此法律ヲ修正スルニ就テハ之ヲ法律ニ

加ヘテハドウカト思ヒマス

穂積陳重によれば、裁判事務心得第三条が明治一九年公文式以降の「法律」に相当する法令内容であったこと、また高木の発言からは、同条がいまだに裁判官の事実上の指針として有り続けていたことを理解することが出来るだろう。ちなみにこのような裁判官の事実上の指針としての同心得の理解は、大正期以降、特に民法学の領域における「条理」を考える際の中核を占めることとなる。例えば穂積重遠が、裁判事務心得の趣旨を「司法界千古不朽ノ大原則」[63]と表現していることからも理解出来よう。

(二) 明治三一年「明治民法典施行」以降（後半期）

ドイツ法にみられるパンデクテン式の編別に基づいて再編成された民法典が明治三一（一八九八）年に施行されると、日本法学界はドイツ法の全盛時代を迎えた。法の無欠欽性を唱え、法体系の論理的整合性を追求するその思潮の中、当然条理はその存在意義を失っていき、裁判事務心得の存在も忘却されていく[64]。しかしこの時期には既に条理の新たな方向性を決定づける兆しも見えていた。まず、一部の法学者による「自由法論」への関心を挙げられる。二〇世紀初頭の欧州、特にフランス・ドイツを中心に展開された自由法論は、概念法学を否定し、裁判官の法創造を積極的に認めていくという思想を持つ。日本では主に大正期に注目されるようになるのだが、この思想潮流は、明治三〇年代にその前兆が見られていた。牧野英一は、明治三五年に自らが『法学協会雑誌』にサレイユ（Raymond Saleilles）の『自然法と歴史派』を邦訳抄録したことがその始まりであったと述べている[65]。彼はまた、一八九九（明治三二）年に発表されたジェニー（François Gény）の『私法解釈論』[66]に触発され、この時期に既に新自然法を「法律学の主観的新思潮」として主張している[67]。このようにフランスの自由法論が牧野によって紹介される一方、明治四一年には石坂

音四郎が論稿「独逸近時ニ於ケル私法学会ノ趨向」にドイツの自由法論を紹介している。[68] 我が国におけるこうした自由法論の普及が、「条理」を定めた裁判事務心得第三条を、条理の考察において再想起させる引き金になったと考えられないだろうか。

そして新たな条理論が生じるきっかけとして、日本法学界の「スイス民法典」への関心も挙げられるだろう。とりわけ同民法第一条がその文言において裁判事務心得第三条と類似した思想を備えている。正文は以下の通りである。[69]

A　此法律ノ適用

第一條　文字上又ハ解釋上此法律ニ規定ヲ存スル法律問題ニ關シテハ總テ此法律ヲ適用ス

此法律ニ規定ヲ存セサルトキハ裁判官ハ慣習法ニ從ヒ慣習法モ亦存在セサル場合ニハ自己カ立法者タラハ法規トシテ設定シタルヘキ所ニ從ヒ裁判スヘシ

前項ノ場合ニ於テ裁判官ハ確定ノ學説及ヒ先例ニ準據スヘシ

一九一二（明治四五）年施行のスイス民法は、我が国では比較的早い時期から知られている。例えばスイス民法典施行の二年前である明治四三（一九一〇）年には、大審院判決の判決理由の中に、同民法第一条を準拠するようにとの記述が見られる。[70]

（……）假リニ此場合ニ法規又ハ慣習ナキモノトスルモ裁判官ハ條理ヲ適用シテ之ヲ判斷セサルヘカラス（……）現ニ世界最新ノ模範民法トシテ學界ニ嘆賞セラルル瑞西民法第一條ニハ「法規又ハ慣習法ヲ缺ク場合ニハ裁判官ハ自己カ立法者タラハ設ケタルヘキ規則ニ依リテ判決スヘシ」トアリ此大原則ハ吾國ノ法律ニ於テモ均シク承認セサルヘカラサルモノナルコトハ恐ラクハ疑

ナカラン今本件ニ於テ當事者以外ノ者カ權利者タルコトニ付テノ法規又ハ慣習法ナシトスルモ條理上當然他人ノ權利者ト見サルヘカラス瑞西民法ノ發表シタル大原則ヲ世界ノ法理トシテ之ニ準據スルモ亦之ヲ認メサルヘカラス

すなわち、「法規又ハ慣習法ナシ」とされる場合に、「条理上当然」なる判断を導く契機として、スイス民法典第一条の「大原則」に準拠することが示されているが、ここには明らかに裁判事務心得第三条の原像を窺えよう。

また明治四四（一九一一）年には、新スイス民法典の邦訳書である『瑞西民法』が穂積重遠によって刊行されている。このように施行前の欧州の最新の民法典がすでに日本で紹介されており、当時の外国法典に対する日本法学の関心の深さはやはり驚くべき事実としてここに指摘出来よう。この背景については同書の序の中の「瑞西新民法ハ一九〇七年十二月十日ノ制定ニ係リ一九一二年一月一日ヨリ施行セサルヘキ最新ノ民法典ナリ而シテ余ハ恩師ブリデル先生ノ好意ニ依リテ比較的早ク此新法典ノ完全ナル正本ヲ手ニスルヲ得[71]」から、「ブリデル」なる人物が、穂積にスイス民法典を翻訳するように促していたことが推測される。

スイス民法を我が国に紹介したルイ・ブリデル（Louis A.Bridel）[72]は、明治三三（一九〇〇）年東京帝国大学法科大学より招聘され、一三年の長きにわたり、日本の法学教育に携わったスイス人法学教師である。ブリデルは在日中、執筆、講義をはじめ、学生や日本人法学者たちにスイス民法典の冊子を配布する事を通して、積極的にスイス民法典の紹介を行なってきた。その際、彼は、同民法第一条についての紹介も行なっており[73]、特に「実定法の補充」方法の一例として、自らの著書の中でスイス民法草案の第一条を採り上げている。またブリデルは、来日した翌年の明治三四年から三六年にかけて、明治法律学校で「法理学」を担当しているのだが、その講義の中で次のような法の無欠缺性への批判がなされたということも非常に興味深い事実であろう[74]。

法律學者ト云フモノハ法律ノ不完全ナル點ヲ擧ゲテ其改良ノ必要ヲ世間ニ知ラセルト云フ職務ヲ有ツテ居ルモノデアル併ナガラ往々此法律學者ハ理論法〔自然法〕ト云フモノニ注意シナイ現ニ行ハレテ居ル所ノ法則即チ實際法〔実定法〕ノミニ重キヲ置クト云フ弊害ヲ免レナイ（……）完全ナル法律家トナルニハ（……）法律ノ原則ニ遡ツテ之ヲ研究シテ居ラナケレバナラヌ即チ（……）理論法ト云フモノニ明ニナラナケレバナラヌ（……）此理論法ト云フモノニカヲ用井テ居レバ實際法ノ實際ノ缺點ト云フモノハ直グニ分ル

このようなブリデルのスイス民法典第一条の紹介が、間接的にではあるが、その後の裁判事務心得第三条の「再自覚」を促すこととなったきっかけのひとつとなり得たと十分に考え得る。[78] そしてさらに彼の我が国の法学界への寄与は「彼の講義を聴講した学生たちの存在」という点にも見られる。ブリデルのもとでフランス法乃至ドイツ法を学んだ学生として、杉山直治郎（明治三六年卒業）、牧野英一（明治三六年卒業）、末弘厳太郎（大正元年卒業）を挙げることが出来る。またブリデルとともにスイス民法の紹介に奔走した人物として穂積重遠（明治四二年卒業）が挙げられよう。これらの法学者たちは従来支配的だったドイツ的解釈法学の枠を超え、比較法学・法社会学・判例研究といった新しい方法論を用いて法学を形成していった。つまり彼等こそが、スイス民法典と自由法学との関連において、裁判事務心得第三条の「再自覚」を促し、今日の法学にみられる「条理―裁判事務心得第三条―スイス民法第一条」を連関して把握する方法を構築した先駆者たちであったといえるだろう。

おわりに

以上、裁判事務心得が制定された明治八年から大正初年までの条理解釈について考察した。本稿で述べてきたとこ

ろでは、成文法体制が確立するまでの暫時的な方便として「条理」を位置づける法制定的場面における理解と、裁判官の事実上の指針として「条理」を位置づける法適用的場面における理解との対峙する関係を指摘出来よう。この一方で、明治二〇年代において『法令全書』編者の判断に示されたように、同心得の「消滅」は自明のこととされざるを得ない立法環境の整備が進む中、法学界においては同心得が解釈上生き残っていった。

このような「条理」を論ずる視点により、様々に解釈され得る条理論の多元的・多様的性質は、その後においても、大正・昭和期を舞台とした条理論へと接続してゆく。何よりも大正期では、学説においてそれが展開され、海外の立法や学説との関連の中で条理が再解釈されたことにより、条理論は一層その錯綜性を呈することとなる。大半この時代に想定された条理は、国家法規範が完備された成文法主義のもとでの「法の欠缺」問題に対応する中で論じられ、成文法や慣習法の補充方法として理解され、重要視された。またこれに伴い、条理は「民法の法源」の枠組みの中で考慮されていく為、主に民法学領域において、条理を巡っての議論が積極的に行なわれるようになる。そして時代がさらに進むと、条理は民法に限らず、法哲学、比較法、行政法、国際私法など、法学のあらゆる領域において探求が進められ、条理論は様々に展開なされてゆく。[76] 次稿以降では、大正期及び昭和戦前期における「条理」解釈について詳論していくこととしたい。

（1）笹倉秀夫『法解釈講義』東京大学出版会、二〇〇九年、一五七頁。

（2）大村敦志『民法読解総則編』有斐閣、二〇〇九年、一七頁。河上正二『民法総則講義』日本評論社、二〇〇七年、二五七頁。

（3）杉山直治郎「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」（同『法源と解釋』有斐閣、一九六九年）三三頁。（以下『法源と解釋』）

（4）本稿では、全五ヶ条から成る明治八年太政官第一〇三号布告全体を示す場合は「裁判事務心得」と記し、同布告第三条の

みを示す場合は「裁判事務心得第三条」と記す。尚、本稿で、所謂明治太政官期の布告、布達、達などの法令を指称するについては、堀内節「布告・達の謬った番號標記について」『法學新報』九一巻五・六・七号、一九八四年、二七頁以下の指摘に基づき、発令年（月日）・発令機関・法令番号・法令の種別の順に記すことにする。

（5）染野義信『近代的転換における裁判制度』勁草書房、一九八八年、九五頁。
大審院諸裁判所職制章程と裁判事務心得は裁判制度の確立において相互に連関した内容を持していた。例えば大審院諸裁判所職制章程では、その第九条において大審院（の裁判官）に「法律審としての機能において、疑わしい法規を解釈、適用する権限」が、また同第一〇条において「法律の欠除を補正する上奏をなす権限」を付与した。そして裁判官のこのような性格は、裁判事務心得の特に第三・四・五条によってさらに明白になっていると理解されている。（鵜飼信成、福島正夫、川島武宜、辻清明編『日本近代法発達史二』勁草書房、一九五八年、一一〇頁。）

（6）『明治以降裁判統計要覧』最高裁判所事務総局、xxi頁。

（7）杉山前掲『法源と解釋』六頁。

（8）公文録明治八年六月司法省伺「裁判事務心得方御達ノ儀伺」（公01627100（マイクロフィルム）、国立公文書館）尚、紙幅の関係上、本文では同心得第三条のみを引用した。全文は本文中の表1を参照のこと。

（9）村上一博「明治初期の裁判基準」『商経学雑誌』一一巻一号、一九九二年、九七頁。尚、史料の引用に当たっては、筆者による補記は〔　〕により示し、中略箇所については（……）と示した。

（10）杉山前掲『法源と解釋』一八頁。

（11）林屋礼二「明治初年の民事訴訟新受件数の考察」（林屋礼二、石井紫郎、青山善充編『明治前期の法と裁判』信山社、二〇〇三年）一〇六・一〇七頁。「【二-四-一-二】地方裁判所第一審の新受・旧受件数の推移（明治二三年まで）」（林屋礼二・菅原郁夫・林真貴子編著『統計から見た明治期の民事裁判』信山社、二〇〇五年）八七頁参照。

（12）林屋前掲「明治初年の民事訴訟新受件数の考察」九四頁。勝田有恒「紛争処理法制継受の一断面」（比較法制研究所『ユリスプルデンティア　国際比較法制研究Ⅰ』ミネルヴァ書房、一九九〇年）七頁。

（13）村上一博「明治期における「条理」裁判とフランス法の影響」『法律論叢』六七巻一号、一九九四年、三二五頁。

（14）堀内前掲「布告・達の謬った番號標記について」四四頁以下参照。

（15）前掲「裁判事務心得方御達ノ儀伺」。

（16）前掲「裁判事務心得方御達ノ儀伺」。

（17）本表は大河純夫「明治八年太政官布告第一〇三号「裁判事務心得」の成立と井上毅（一）」『立命館法学』二〇五号、一九八九年、五一四頁の「明治八年太政官布告第一〇三号の司法省案とその修正」から多くの示唆を受けたことをここに付記する。

（18）村上一博「裁判基準としての「習慣」と民事慣例類集」『同志社法学』四九巻五号、一九九八年、二九一頁以下。また本文に見られる伺及び指令は同論文より引用している。

（19）村上前掲「裁判基準としての「習慣」と民事慣例類集」二九一頁。石井良助編『明治文化史2法制編』洋々社、一九五四年、三八頁。

（20）牧健二「明治八年民事裁判の原則」『法学論叢』一七巻二号、昭和二年、三五一頁。

（21）村上前掲「明治期における「条理」裁判とフランス法の影響」三二五頁。

（22）村上前掲「明治期における「条理」裁判とフランス法の影響」、深谷格「明治前期の広島裁判所における条理裁判とフランス民法」『西南学院大学法學論集』三七巻一号、二〇〇四年、同「明治前期の熊本裁判所における条理裁判とフランス民法」『西南学院大学法學論集』、三八巻三・四合併号、二〇〇六年を挙げておく。

（23）日本法理研究会『明治初期の裁判を語る』昭和一七年、六頁。

（24）井上正一「仏国民法ノ我国ニ及ホシタル影響」（法理研究会編『仏蘭西民法百年紀年論集』有斐閣、一九〇五年）六五―六六頁。

（25）「広島裁判所明治一一年判決」（深谷前掲「明治前期の広島裁判所における条理裁判とフランス民法」判決原文より抜粋。）「熊本裁判所明治一二年九月二九日判決」（深谷前掲「明治前期の熊本裁判所における条理裁判とフランス民法」判決原文より抜粋。）

（26）但し「明治初期の地方の裁判官が、ヨオロッパ的な法学教育を受けていなかったことは明らかであり、箕作訳のフランス法律書によってフランス語をどこまで理解していたかははなはだ疑問」であり、従って「条理とは、すなわちフランス法であった」という図式を過大評価することは危険」とする大久保泰甫氏の見解も無視することは出来ない。（大久保泰甫『ボワソナアド』岩波書店、一九七七年、七二・七三頁。）

またフランス法以外の「外国の法理」に基づいて判決を下した条理裁判の例もある。例えば明治二〇年一〇月一九日の横

浜始審所判決のように「「（……）成文法ナキトキハ外国ノ法理ヲ参照シ其条理ト認ムルモノニ依リ判決ス」と述べ、イギリス法の名誉毀損（defamation）の一般的要件を文書誹毀（libel）にあてはめ、これを「条理」として適用した」（村上前掲「明治期における「条理」裁判とフランス法の影響」三二五頁）とするイギリス法を適用した例や、テヒョーによる民事訴訟法の草案を「条理」に当てはめ適用した裁判例もある。（「山形始審裁判所米沢支庁請訓（明治二十二年一月二十九日第二十五號請訓敬慎願書受理不受理ノ件）」（東京大学法学部法制史資料室所蔵・箕作文書）尚、この文書は二〇一〇年二月二七日法制史学会東京部会第二三二回例会の辻村亮彦氏による報告（「「敬慎願」とは何か？」）の中で紹介された文書であることを付記しておく。）

（27）『法令全書』を刊行している内閣官報局は、明治一八年一二月に「「太政官」文書局ヲ廃シ」設置され、「慶應丁卯ヨリ明治一七年ニ至ル十有七年間餘ニ發布セル法令ヲ編纂スルニ至リ（……）斯編纂ハ十九年三月ヲ以テ始業」している。そして「改廃沿革アルモノハ欄外ニ標記シテ現行ノモノト互参媲覧スルノ便ヲ計リ尚ホ毎巻ノ末ニ改廃表ヲ附シ各年ニ於ケル法令ノ現非ヲ一目瞭然ナラシム」としている。（『法令全書索引（甲）』（内閣官報局、明治二〇年）二―四頁）また『法令全書』の編者については、裁判事務心得が「消滅」と判断されたのは明治二三年である為、編者となり得るのは同一九年から二三年の間の官報局の構成員であると推測出来る。同一九年以降の『職員録』を見ると、同局の構成員は多少の移動による変更はあるものの、殆ど同一であると言ってよい。従って以下には、明治二三年度の構成員を挙げておく。（『職員録（甲）（明治二十三年十二月十日現在）』内閣官報局（マイクロフィルム、国立公文書館所蔵））：局長　高橋健三　編輯課長　古川常一郎　翻訳課長　濱田健次郎　庶務課長　小原澤重雄　印刷課長　西田廣規（技手）　屬　大島良逸　川田徳次郎　長尾俊二郎　田内憲晁　河野頼之　蛯江曉村　周田松輔　依田頼之　吉村彌太郎　小林定修　内川義章　中村省三　關信行　小林延世　平澤最章　竹内政五郎　佐野數定　白尾一也　市川春蔵　黒羽教孝　外山光芳　殿村政義　技手　野村莠

（28）『法令全書　自慶應三年十月至明治元年十二月』（内閣官房局、明治二〇年）四頁。

（29）岩谷十郎「明治太政官期法令の世界」国立国会図書館、平成一九年、二九頁。

（30）広中俊雄『民法綱要第一巻総論』創文社、一九八九年、四二頁。

（31）本文表2に挙げた『現行類聚法規大全』は、内閣官報局の構成員（右注（27）参照のこと）のひとりである内川義章の編纂によるものである。『現行類聚法規大全』からは裁判事務心得を「現行」の法規として確認することはできない。内閣官報局による「消滅」との見解に配慮しての判断であろうか。

（32）杉山前掲『法源と解釋』二八頁以下参照。

（33）裁判所構成法についての資料として、小柳春一郎・蕪山嚴編『裁判所構成法（日本立法資料全集94）』信山社、二〇一〇年、「帝国司法裁判所構成法草案議事速記」（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25』商事法務研究会、昭和六一年）「裁判所構成法議事速記録」（同『日本近代立法資料叢書25』）、染野前掲『近代的転換における裁判制度』一二八頁以下を挙げておく。右記資料の限りだが、裁判所構成法の編纂作業過程における裁判事務心得の消滅を裏付ける根拠を確認することは出来なかった。しかし速記録に見られる委員の中に、南部甕男や今井信行などといった、民事訴訟法の編纂に携わった人物が見られること、また裁判所構成法の原案起草に携わったルドルフ（Otto Rudolf）が「抑々日本国ニ将ニ発達セントスル裁判官ハ非情ノ困難ニ遭遇シ今ヤ大ニ其力ヲ尽サヽルヘカラス是レ他ナシ裁判所ノ確定セル憲法モナク実地上単ニ親族法及相続法ニ基セル慣習法并ニ各自孤立ノ新法令ニ依ルノミニシテ確乎タル基本アラサレハナリ又仏蘭西法律学者ハ仏法ニ従ヒ、米国ニ学ヒタル裁判官ハ米律ニ従テ判決ヲ下スナラン（……）」（「ルードルフ氏裁判所巡回報告書」（前掲小柳・蕪山『裁判所構成法（日本立法資料全集94）』）七一三頁）と述べ、「仏法」や「米法」が条理の具体的指針となっているという当時の日本の司法の現状を問題視していることが理解出来る。このような事実からも、今後、裁判所構成法の制定過程における「条理」解釈の変化を検討する余地は十分にあるように思われる。

（34）鈴木正裕『近代民事訴訟法史・日本』有斐閣、二〇〇四年、七三頁。

（35）鈴木前掲『近代民事訴訟法史・日本』六〇頁。

（36）石井前掲『明治文化史2法制編』四一七頁。

（37）鈴木前掲『近代民事訴訟法史・日本』六一頁。「民事訴訟手続」の成立時期については様々な見解があり、例えば兼子一博士は明治一五年、染野義信博士は明治一七年三月頃と推定している。（鈴木前掲『近代民事訴訟法史・日本』六八・六九頁。）本稿では、鈴木神戸大学名誉教授の説が最も説得力があると判断した為、同氏の説に従う。

（38）本稿では「現行民事訴訟手續及カークード氏意見書」（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22』商事法務研究会、昭和六〇年）を主に参照した。これは「民事訴訟手続」の中に司法省法律顧問カークウッド（William M. H. Kirkwood）による意見書が合載の形で組み込まれたものである。その他にも、現在東京大学の近代法制資料センターの「田部文書」として保管されている「民事訴訟手続」（田部文書蔵）や、東京大学総合図書館に所蔵されている「民事訴訟手続」（東京大学総合図書館蔵）がある。東京大学総合図書館所蔵のものは、他の二資料と比べ、条文数も多く、編別にも差

異が見られる。裁判事務心得第三条を参照したこの条文も、田部文書のものは本稿で採用したものと同じく第二三二条に規定されているが、東京大学総合図書館のものは第二七六条となっている。（松本博之、徳田和幸編『民事訴訟法（日本立法資料全集191）』信山社、二〇〇八年、二八頁以下、同編『民事訴訟法（日本立法資料全集193）』信山社、二〇〇八年、三八六・四四〇頁参照。）

尚、カークウッドについては、手塚豊「司法省御雇い外人カークード」（『明治史研究雑纂（手塚豊著作集第一〇巻）』慶應通信、平成六年、二〇五頁以下）に詳しい。

(39) 第三六四条に関しては、前掲「田部文書」の方が「現行民事訴訟手續及カークード氏意見書」よりも適切な表現がなされていると判断したため、同文書の条文を引用した。（松本・徳田前掲『民事訴訟法（日本立法資料全集193）』三九八頁。）

(40) 鈴木前掲『近代民事訴訟法史・日本』八〇頁。

(41) 松本・徳田前掲『民事訴訟法（日本立法資料全集191）』一二頁。

(42) 今村信行『民事訴訟手續　完』八尾活版所、明治二七年（再版）、六・七頁。

(43) 「訴訟法原案　完」（XB500 S3-1）「訴訟法規則修正案」（XB500 S6-1）「テヒャウ氏　訴訟規則修正原案」（XB500 T1-7）「哲憑氏訴訟規則翻訳原案修正　完」（XB500 T1-5）「訴訟法草案　完」（XB500 S13-1, T1-6）（法務図書館所蔵　マイクロフィルム）。

(44) 今村前掲『民事訴訟手續　完』一二六―一二八頁。

(45) 「民事訴訟再調査案」（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23』商事法務研究会、昭和六一年）の第四三五条条文に初めて「法則ヲ通用セス又ハ不當ニ適用シタルトキハ法律ニ違背シタルモノトス」の文言が規定された。右条文の上には「十一月六日」と記されており、また再調査開始日が明治二一年九月七日（同条について議決されたのは一〇月一八日）であることから、四三五条条文の書き換えは同年一一月である可能性が高いと思われる。

(46) この〝法律〟の概念については、明治一九年に成立した「公文式」（同年勅令第一号）の規定する「法律」の定義が影響を及ぼしたと考えられよう。明治期の法令形式の変遷と公文式の関係については、岩谷前掲「明治太政官期法令の世界」五頁以下を参照のこと。

(47) 穂積陳重『法窓夜話』有斐閣、大正一五年（第八版）、一八五頁。

(48) 尚、明治三一年の法例は、平成一八年法律七八号「法の適用に関する通則法」として全面改正がなされ、廃止されるに至

った。

(49) 岸本辰雄講述『法例講義』講法会、明治三一年、二頁。「民法主査会　第一回議事速記録」（「法典主査会　民法主査会議事速記録」（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』商事法務研究会、昭和六三年）二頁参照。

(50) 穂積重遠『民法總論』大正一八年（第八版）、有斐閣、一八頁以下の「民法関係法令表」に「法例（明治三一年法一〇）」が挙げられている。尤も現在では民法典の「付属法」にも、また「補充法」にも「法例」を見つけることは困難であるように思われる。（広中前掲『民法綱要第一巻総論』五六・五七頁。）

(51) 「法例并ニ人事編及ヒ獲得編ニ關スル意見書」（「民法編纂ニ關スル裁判所及司法官意見書」（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16』商事法務研究会、平成元年）一一頁。尚、同草案第二一条も裁判官の法律適用に関する条文であるが、これは削除されることなく、最終的に旧法例第一七条として規定された。

(52) 前掲「法例并ニ人事編及ヒ獲得編ニ關スル意見書」一三頁。

(53) 前掲「法例并ニ人事編及ヒ獲得編ニ關スル意見書」一三頁。尚、乙修正論は広島始審裁判所裁判官の意見である。

(54) 前掲「法例并ニ人事編及ヒ獲得編ニ關スル意見書」一四頁。

(55) 「法例修正案」（「民法編纂法律取調委員會書類」（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12』商事法務研究会、昭和六三年）四頁。また同修正案は「第二〇條第二項」「第三十條乃至第三十二条」も削除とし、理由は第二二条と同一であるとしている。

(56) 前掲「民法主査会　第一回議事速記録」一五頁。

(57) 前掲「民法主査会　第一回議事速記録」二五頁。

(58) 「十二年二月司法省丁九號達」については本稿第一章（八一頁）で触れている。

また法例第二条の制定の際、本稿で挙げた法令の他、民法第九二条、商法一条をはじめ、ルツェルン州民法第三条、アールガウ州民法第四条、グラウビュンデン州民法第三条などのスイス・カントン法や、ドイツ民法第一草案、ドイツ商法、フランス民法典その他多数の法典も参照された点もここに指摘しておく。（「法典主査会法例議事速記録」（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26』商事法務研究会、昭和六一年）一九頁、法典質疑会『法典修正案参考書』明法堂、明治三一年、一一頁。）ここに裁判事務心得とスイスの法が併記されていることは、後に問題となる「裁判事務心得第三条とスイス民法典第一条」の関連性の前兆であるかのようにも窺える。

（59）「社説我ガ最後ノ決心」（星野通編著『民法典論争資料集』日本評論社、一九六九年）二四二頁。
尚、旧民法証拠編第九条に「事実ニ争ナク法律ノ点ノミニ争ノ存スルトキハ判事ハ当事者又ハ其代人ノ陳述ヲ聴キ法律ノ規定ヲ其精神ト明文トニ依リテ解釈シ且条理ト公道トノ普通原則ニ依リテ之ヲ補完シ自己ノ心証ヲ取ル」という内容の条文が定められている。これは重大な事実であり、「条理」解釈の思想的背景を裏付けるものであるが、本稿ではあえて触れないこととする。ボアソナードの自然法思想との関連を踏まえた上で、次稿以降で論じていきたい。

（60）穂積重遠「法律の施行前適用」『牧野教授還暦祝賀法理論集』有斐閣、昭和一三年、一六二頁。

（61）穂積前掲「法律の施行前適用」一六三頁。

（62）前掲「民法主査会　第一回議事速記録」二八頁。

（63）穂積重遠「婚姻豫約有効判決の眞意義」『法学志林』一九巻九号、大正六年、二〇頁。

（64）拙稿「「条理」の法思想史――明治八年太政官第一〇三号布告論小史――」『法の流通』（法制史学会六十周年記念事業「若手論文集」）、慈学社、平成二一年、七八六頁。
この裁判事務心得の「忘却」（と、後になされる「再自覚」）の過程は、杉山によって認識されたものである。彼はこの点について「成文法萬能に一變せる思潮」のもとでは「本布告の存在は爾來殆んど全く」（杉山前掲『法源と解釋』三四頁）された、あるいは「布告第百三號全體の存在が閑却される」（杉山前掲『法源と解釋』八八頁）とし、そしてその後の経緯に関しては「自由法學説の進展に伴ひ法典編纂以後一旦忘れ去られた感ある所の布告百三號が玆に再び（……）自覺に上り來る」（杉山前掲『法源と解釋』三六頁）と述べている。

（65）日本評論社編集局編『日本の法學』日本評論社、昭和二五年、五七頁。

（66）前掲『日本の法學』、五七頁。これは“Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif”（1899）のことであろう。

（67）小林直樹・水本浩編『現代日本の法思想』有斐閣、昭和五一年、九九頁。

（68）前掲『日本の法學』五八頁。

（69）穂積重遠校閲、辰巳重範訳述『瑞西民法』法学新報社、一九一一年、一頁。
また同民法第一条の現代語訳として、大川四郎「スイス民法典第一条第二項の学説史的起源」（森田安一編『スイスの歴史と文化』刀水書房、一九九九年）一七九・一八〇頁を挙げておく。

（70）「損害賠償請求ノ件」（明治四十三年（オ）第百九十五號　明治三十四年七月七日第一民事部判決）『大審院民事判決録』

一六輯一六巻、明治四四年、五二八・五二九頁。

(71) 穂積前掲『瑞西民法』、序。

(72) ブリデルの日本在住中の活動や業績に関しては、拙稿「東京帝国大学スイス人法学教師ルイ・アドルフ・ブリデルの生涯」『法学政治学論究』第七四号、二〇〇七年、同「東京帝国大学スイス人法学教師ルイ・ブリデルの比較法講義とスイス民法典紹介」『法学政治学論究』第七七号、二〇〇八年を参照していただきたい。

(73) "Encyclopédie juridique" (Paris, Lausanne, 1907, 2eéd, Tokio, 1910) や "LE DROIT ET LA JUSTICE" (『法学協会雑誌』二五巻六号、明治四〇年（仏文）) を挙げておく。

(74) 『瑞西國法律博士ルイ、ブリデル君講述、同國「ジュ子ーヴ」大學法律博士野澤武之助君通譯　明治法律學校卅六年度第二學年講義録　法律原論　完　附比較法制學講義』講法會出版、明治三六年、五六・五七頁。

(75) 既に明治四三年には、松本烝治が論考「民法ノ法源」の中で、条理に関連する法令として、裁判事務心得第三条と「瑞西新民法第一條第二項」を挙げ、言及している。尤も松本は当論文において、条理の法源性を否定し「立法論として「裁判事務心得第三条」規定を不可とする」という見解に立っている。(松本烝治「民法ノ法源」『法学志林』一二巻九号、明治四三年)

(76) 例えば末弘厳太郎や穂積重遠などの民法学者らは、継受された外国法をベースに編纂された民法典が、実際の社会とかけ離れているといった現実を目の当たりにし、その乖離を埋めることを目指していく為に「判例」を重視し、展開する日本法の内実の中に条理を探求していった。それに対して、比較法学者である杉山直治郎は世界に目をむけ、「新自然法」をその本質とする「文明諸国に共通する法の一般原則」を定立させる目的において裁判事務心得第三条の条理に注目していったことが挙げられるだろう。

小沢　奈々（おざわ　なな）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
慶應義塾大学大学院法学研究科助教
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程
LL. M, Universität Bern, Switzerland
所属学会　法制史学会、法文化学会
専攻領域　日本近代法史、比較法史
主要著作
「東京帝国大学スイス人法学教師ルイ・アドルフ・ブリデル（一八五二―一九一三）の生涯――明治後期お雇い外国人研究序説――」『法学政治学論究』第七四号（二〇〇七年）
「東京帝国大学スイス人法学教師ルイ・ブリデルの比較法講義とスイス民法典紹介」『法学政治学論究』第七七号（二〇〇八年）
「「条理」の法思想史――明治八年太政官第一〇三号布告論小史――」『法の流通』（法制史学会六十周年記念事業「若手論文集」）慈学社、二〇〇九年