



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	葛藤する法廷（１）：『法律新聞』の描いた裁判官・民事訴訟・そして近代日本
Author(s)	水野，浩二
Citation	北大法学論集，67(4)，1-53
Issue Date	2016-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/63741
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol67no4_01.pdf



葛藤する法廷（一）

——『法律新聞』の描いた裁判官・民事訴訟・そして近代日本——

水野 浩二

目次

はじめに

一章 釈明権の行使

一節 釈明権行使への見方

- 二節 弁護士に対する行使
 - 三節 本人訴訟
 - 二章 証拠調
 - 一節 「真相を得ない」裁判と後見的な真実解明への見方
 - 二節 形式的訊問・「証拠裁判」批判と改善策の提案
 - 三節 「真相を得ない」裁判のテクニカルな理由
 - 三章 口頭審理
 - 一節 口頭か書面か
 - 二節 準備書面と準備手続
 - 三節 闕席判決
 - 四章 裁判官の理想と現実
 - 五章 西洋近代法と日常生活
- おわりに

民事訴訟手続を考察する上で、裁判官と当事者・弁護士のそれぞれにどのような役割を担わせるかは、手続の各所において問題となる。近代以降の民事訴訟理論においては、当事者を重視する当事者主義と、裁判官を重視する職権主義が、民事手続を考察する際の二つの根本的な対抗軸とされてきた。その観点から沿革をみれば、ヨーロッパの民事訴訟手続は基本的に当事者主義の要素が重きをなしてきたと再構成されているが、個々の論点レベルでは種々の理由から職権主義の要素が一定程度採られてきたことも重要な事実である。

審判を求める請求の定立と請求を基礎づける事実の主張、そして事実の立証は、当事者主義においては当事者の責任

とされる。他方職権主義の視点からの介入が期待される重要な局面として、争点整理のために請求・主張・立証に関連する全ての事項、すなわち訴訟関係を明瞭にすることと、その争点についてなるべく真実に近い事実認定を行うことがあげられてきた。筆者はこの目的での職権介入が口頭で活発に行われるようにすることが、大正民事訴訟法改正（大正一五年・一九二六）の眼目の一つだったという仮説にもとづいて、旧稿にて大正改正法の起草・立法過程を速記録を史料として検討した⁽¹⁾。本研究では、起草・立法過程の関係者にとって暗黙の前提にされていたと思われる、明治民事訴訟法（明治二十四年（一八九一）施行）のもとでの実務の実態とそれに対する実務法曹たちの認識、そしてその背景の一端を解明するために、当時の代表的な法曹メディアだった『法律新聞』を史料として検討をおこなうことにしたい。

はじめに 研究対象と研究方法

一 研究対象 これまで、明治中期までに一応継受された西洋近代民事訴訟の定着期についての研究は法史学よりは主に実定民訴法学において、当時の立法・学説・判例の検討という形で行なわれてきた。しかし明治民訴法期のわが民事訴訟法学はなお稚拙であったため同時代になされた研究は稀少であり、後世の研究も大正改正法（平成九年（一九九七）まで現行法だった）の前史としての扱いにほとんどの場合とどまっている⁽²⁾。この時期について法史学では裁判官や弁護士の制度史、著名な法曹の人物伝、社会に大きな影響を及ぼした事件・運動の研究に一定の蓄積が見られるが、民事訴訟手続そのものの研究は少ない⁽⁴⁾。

とりわけ、継受法の定着の最前線たる訴訟手続の実務、日常の訴訟手続における実務法曹や当事者本人のパフォーマンスや問題意識は、立法・判例・学説の変化を引き起こす大きな動因であったと思われるが、それについての検討は等

閑視されてきた。実務法曹の回顧録に残されたわずかな「体験談」を超えたかたちでは、なお未開拓に近い領域といわざるをえない。⁽⁵⁾

訴訟関係の明瞭な認識と真実探究のために口頭で職権が介入するという本研究のテーマに関連する論点、つまり今日いう処分権主義・弁論主義・口頭主義という理論的思考枠組、それを前提とした釈明権・証拠調・口頭審理についての検討も右に述べた研究状況の例外ではない。本稿では、訴訟関係の明瞭な認識と真実探究のために口頭で職権が介入することについて、明治民訴法期の訴訟実務における実態と実務法曹の問題意識、それらの背景を解明することを研究対象とする。

二 研究方法 実務法曹の実務におけるパフォーマンスの実態とそれへの認識いかんの解明は、困難なテーマである。実務法曹（まして一般の当事者）がどのように振舞い、それをどう認識していたのかは学説や判例と異なり、なかなか資料＝史料の形では後世に残らない。エリート司法官はその立場ゆえ自由な発言は少なく、一般の実務法曹の声も「声なき声」にとどまりがちである。

本研究では、実務法曹の実態・認識、そして時代の背景を探るための史料として、実務法曹を主たる読者として想定したメディアである『法律新聞』の記事を検討することにした。⁽⁶⁾『法律新聞』には、ハイレベルの司法官（大審院長・大審院判事、控訴院長・判事、地裁所長等）・弁護士のエリート層からごく普通の判事・弁護士にいたるまで幅広い実務法曹の論説・インタビュアーや投稿が毎号多数掲載され、記者（弁護士資格を持つ者も複数いた）が法廷傍聴で見聞したこぼれ話も多数紹介されている。本研究では、テーマに関連する記事を全頁調査により探索し、約一五五〇件の記事に基づいて検討をおこなった。⁽⁷⁾

これらの記事は当時の実務の実態・それに対する問題意識の少なくとも一面をつよく反映したものと考えられる。⁽⁸⁾む

ろん以下指摘するように、法曹メディアの叙述はその性質上断片性・偏向をまぬかれず、『法律新聞』もその例外ではない。そこからみちびかれる解釈が恣意に走らないよう、他の手法で得られる知見と組み合わせるなど、十分注意する必要がある。

三 『法律新聞』というメディアとそのバイアス⁽⁹⁾

本研究のテーマに関連する限りで述べる。

(1) 発行期間 明治三三年（一九〇〇）九月二二日～昭和一九年（一九四四）八月一五日

(2) 主幹 高木益太郎⁽¹⁰⁾ 明治二年（一八六九）生まれ。二〇年東京法学校（現・法政大学）卒、二二年代言人試験に合格、弁護士。とくに刑事弁護で活躍。四〇年欧米など視察。四一年以降衆院議員六期（立憲国民党・憲政会・立憲民政党）。尾西鉄道社長、尾張屋銀行監査役、法政大学総務部長など歴任。昭和四年（一九二九）六一歳で没。

(3) 報道姿勢 本研究の扱う時期について述べれば、基本的に弁護士層の利害を代表するスタンスといえ、司法省や裁判官のあり方にはしばしば強い批判がなされる。しかし決して「傾向紙面」ではなく、弁護士の資質への厳しい批判や裁判官・書記官の待遇改善の必要性など、当時の実務法曹のあり方をオールラウンドに報道しようとそれなりに努めていたといえよう。⁽¹¹⁾ 民事の当事者本人や刑事被告人として法廷に登場するいわゆる社会的「弱者」の扱いをめぐる記事では、強い同情が示されることが多い。記事のタッチは今日の法曹メディアとは違い、読み物的内容やセンセーショナルな筆致も少なくなく、法についての総合雑誌という雰囲気を持っていた。社論・時代背景に基づくキャンペーン記事が集中的に出されることもしばしばあった。

(4) 実務法曹の問題意識・実態が示される記事の形式⁽¹²⁾ (イ)社説・実務法曹の手になる論説、(ロ)通常の記事、(ハ)実務法曹インタビュー・投稿、(ニ)法廷傍聴記、(ホ)弁護士控室での談話、(ヘ)外国事情の紹介、が挙げられる。

(イ) 社説は毎号冒頭に掲載され、一つが通常だが二つのこともある。執筆記者名はたいいてい明示されない。論説の寄稿者は弁護士が多いが、裁判官も一定数いる。何度も執筆している者が少なからずみられることには、執筆者のサークルの広狭という点で留意が必要である。

(ロ) 各地裁判所・弁護士会での注目すべき動きや、記者による問題提起など。後者は内容的には社説に類似する。

(ハ) インタビューは司法官・弁護士のエリート層に対するものであり、それなりの分量がある。投稿（インタビューかも？）は一般の弁護士が多いが、裁判官も一定数見られ、分量は短いものから長いものまでさまざまである。

(ニ) どちらもこぼれ話の要素が強い。時期により記事数にかなりの偏差がある。収集対象が東京・大阪・函館⁽¹³⁾の裁判所に集中しており、頻繁に登場する「名物」判事も見受けられる。従って、記事の内容がその時代の典型例なのか特異例なのかについては慎重に判断する必要がある。

(ヘ) かなりの頻度で、しかも詳細な内容のことが多い。英米独の司法制度についての紹介、留学や出張体験記などである。欧米の法曹メディアからの転載記事も多く、こぼれ話やスキャンダラスな事件、法に関する小話も少なくない。

四 研究に当たっての着眼点 本研究では、訴訟関係を明瞭にすることと真実探究のための口頭での職権介入に関連する論点として、これまでの筆者の研究にならない、釈明権の行使・職権探知・口頭審理に関する内容を中心に扱うことにする。検討する時期については、『法律新聞』が創刊された明治三三年（一九〇〇）から大正民法改正法が成立した大正一五年（一九二六）三月末までとする。これは明治民法が施行されていた時期の大部分をカバーしており、明治民法下の状況を観察するにはさしあたり十分であると解する。

検討に当たっては、以下の点に注意する必要があると考える。

まず、わが国が急速かつ包括的に、およそ異なる法伝統を持つ外国法を継受せざるを得なかったという、継受法国と

しての事情が大きく作用していたであろうことを重視したい。民事訴訟法については、明治民法が「ドイツ帝国民訴法（C P O・一八七九年）の直訳」とあだ名され、ドイツ民訴がそのままに継受されたという一般的印象がなお根強く残っている。本研究はそれとは異なり、法文はともかくも実務においてはそれなり以上の「日本的」変容をうけたであろうという前提のもと、その解明をめざしたい。

手続における裁判官と弁護士・当事者本人の役割分担を考えるに際しては、それらアクターの資質が重要な意味を持つ。本研究では職権の積極的介入の論拠として、弁護士（当事者本人はもとより）への評価が当時必ずしも芳しくなかったことに着眼する。先行研究の中には、大正改正での職権強化を本人訴訟を念頭に置いたものと位置づけるものもあることには鑑み、必要に応じて弁護士と当事者本人を区別して分析する。他方、裁判官の資質への評価も必ずしも常に高かったとはいえず、そのことが職権介入への期待感といかなるかたちで並存し得たのかも考えたい。

実務法曹が日々現実に実務を遂行せねばならない中で胚胎された問題意識、そしてそれへの改善策のアイデアが、手続レベルでの具体性をもつものであったのか、それとも理念性の強いものだったのかも重要な論点である。先行研究は政治的視点から「在朝法曹対在野法曹」の対立図式を時に強調してきたが、実務の具体的問題に関しては裁判官と弁護士の間で見解が一致する点が少なくなかったことも適宜触れられよう。

また、先行研究は大正改正における職権介入の強化を、主として手続迅速化（職権進行）のモチーフの視点から説明してきた。¹⁴この時期の『法律新聞』にも迅速化を求める記事は極めて多数みられるが、口頭にて訴訟関係を明瞭にし真実を探究することと、手続を迅速化するという相反するともみえるモチーフ同士の関係がどのように認識されていたのかも確認する必要があるだろう。

なお、三で紹介した『法律新聞』の報道姿勢・記事の形式は、本研究が取扱う時期について基本的に維持されていた

ものであるが、時期による重点のそれなりの変動はあるし、短期間にキャンペーン的に特定テーマの記事が大量に掲載される例もみられる。記事の探索に筆者（水野）の主観が入らざるをえないことも合わせ、本研究では法社会学がアンケート調査をもとに行なうような数量分析や、時期による変動を検討することはあえて控え、「明治民訴法期」という一まとまりの時期における状況を論ずるにとどめたい。

五 基調としての「不干渉主義」批判 本研究の対象たる時期の『法律新聞』は、訴訟関係の明瞭な認識と真実探究、そしてその前提たる裁判官と当事者・弁護士の関係についてのどのようなスタンスをとっていたのであろうか。本論に先立ちいくつかの記事を紹介してみたい。⁽¹⁵⁾

○明三九・一・二〇 通俗一口ばなし 藤浪生 は、

「借主自身が筆を取って、一金何円也、右正に借用申す処実正也とか、きまり文句を書いて渡せば、先ず貸主の方でも、是れに越す慥かな証拠物はない。…実印は押してある、イザ鎌倉と裁判所に駆け込む時に、弁護士も糸瓜も入るものかと、コ一云う素人考えから、之を貸主自身で「原文は「自身に」」出訴して見ると、案外の不覚を取ることがある。扱ていよいよ口頭弁論の幕と相成って、被告とても根からの悪人ではないが唯きまりの悪りい所から、ドキマギして…例の代書博士へ相談し、日当幾らかで商売人「三百代言のこと」を頼むとなる。スルと右の商売人の中には得である事で、訟廷を雪隠ほども思わぬ大胆さ、全く以て借りた覚えは御座らぬと白を切り、夫れから証拠調の場となると、真面目くさつて鹿爪らしく、否認の二文字でブツ払ってしまうのである。夫れを流石は素人の悲しさに、立派な証文を握って居ながら面喰らい、今まで平気で居た反動でまごまごする。スルと若年の裁判官などは、往々事実の真相を看破するの明がないので、おまけに数でこなす、事件の落着を急ぐと云う傾きがあるから堪らない。ソコが独逸仕込の不干渉主義と云う学校的ハイカラ式で以て、よし来たと、ポンと即決裁判を申渡し、原告の請求を棄却す、訴訟費用は原告の負担

たるべしと来るから助からない」。これはつくり話ではなく、金子堅太郎前法相（在任は明治三三―三四年）がある区裁判所を巡視した際のできごとであり、法相も債主に同情したとした上で、こう続ける。「独逸の区裁判所などでは司法官試補たる人などは、原告が出訴して来る場合には、其の口頭の陳述を聞き取って、之を書いて遣るから別に訴状を要さないとのことである（日本でも訴訟法上此方法あるも一向利用しない）。夫（それ）から又た裁判官は、其の職務として、各自に担当した市街村落の区域がチャンときまつて居る。即ち其の区域内に住居する人民の挙動は、何も彼も能く承知して居て、婚礼の席へも立ち合うと云う位であるから、前に述べた即決裁判の様な、不親切極まる弊害は、棄にしたくもないのである。夫れ故に大層原告にも便利で安心を与えるし、随うて日本の裁判官の如く、社会から誤解されたり、閻魔王扱いに敬遠主義を喰わないのである」。

○大二・三・一五 弁護士議員懇親会 で大島寛爾⁽¹⁶⁾は「今日の裁判の実際を見るに、最悪なる債権者と債務者を保護して居るようである。是れ裁判官の罪のみに非ずして制度の罪もあるを以て、民事訴訟法の不干涉主義を捨てて多少干涉主義をも参酌して改正すべきなり」と挨拶している。

大正改正法案の起草が大詰めを迎えつつあった時期、○大一三・六・二五 民事訴訟法の改正 裁判に由る権利利益の保護の迅速並に其正当 弁護士松倉慶三郎君 は、「刑事裁判を行う様に「民事訴訟の」規則を改正して、事件はドシドシ進行して片付け、又は証拠も裁判所が自ら進んで集める様にすれば、今よりは余程事件は早く片付き、裁判も実際と一致すること多くなり」、「裁判所が証拠をも集めて実際に合致する裁判をする様になれば、本人自身でも裁判が出来る様になる…狡猾に訴訟行為を為すものも少なくなる…法律と正義が接近する様になる」「事実の真相を明かにする一切を当事者にのみ任せて、裁判所が干渉せない不干涉主義を一掃することである。…所謂処分権主義では、裁判が往々実際と一致せない。経験上より対抗力の乏しき場合もあらん。其他の事情よりも対抗力の弱き場合もあらん。そうなる

と弱い者は敗れ強い者は勝って、法律が正当を保証する精神と実際とは矛盾する様に成る」「裁判所が自ら進んで裁判する様になれば、弁論期日と期日との間、及証拠の提出時期等に付て法令に定むるも、別に不能でないが、処分権主義に於て、単に期間、並に証拠提出の制限を為すに於ては、事件は進捗しても、真相を捉えることはできなくなるの弊あることを忘れてはならない」。

本研究の対象たる明治三三年（一九〇〇）から大正一五年（一九二六）、つまり明治民事訴訟法が施行されていた時期の大半において、『法律新聞』には「不干渉主義」に対する批判的な評価がきわめて頻繁に見受けられる。不干渉主義とは、今日の弁論主義と処分権主義を包括する概念として当時用いられていたものである。⁽¹⁷⁾たとえ正当な権利や証拠を持つていても、それを当事者が適切に主張し立証できないと敗訴してしまう。当事者の知識が乏しく、相手方があくどければなおさらである。裁判官は社会の実情にうとく、不干渉主義ゆえ当事者が提出する材料にしばられ、進んで事案を解明し真実に基づく裁判をおこなっていない。これでは裁判に対する信頼が根底から揺らいでしまう———というのである。

不干渉主義批判とそれへの対策の提言は明治民法期の基調低音として、裁判官のみならず弁護士の間でも早い時期からそれなり以上のコンセンサスを形成していたということ———これが本研究の命題である。

- (1) 水野浩二「（口頭審理による後見的な真実解明への志向）試論——一例としての大正民法改正」法制史研究六三（平二六）、同「節度ある」職権介入の構想——大正民法改正における職権証拠調と当事者訊問」（寄稿済みだが現時点で未刊行。アイデアは水野「口頭審理」注（84）に示した）。最初の論文ではテーマを（口頭審理による後見的な真実解明への志向）と表現していたが、本稿ではよりの確に修正した。

- (2) 明治民訴法期の実定民訴法研究について概観を与えるものとして、鈴木正裕『民事訴訟法の学説史』ジュリ九七一（平三）、『民事訴訟法の史的展開』（鈴木正裕古稀）（平一四）。実定法研究を基盤として精緻な法史的研究を行った例外として鈴木正裕氏の研究（体系的なものとして『近代民事訴訟法史・日本』（平一六）、『近代民事訴訟法史・日本2』（平一八））は極めて重要である。
- (3) 橋本誠一『在野「法曹」と地域社会』（平一七）四頁の指摘は弁護士の史的研究についてのものであるが、裁判官についても同様の状況といえる。
- (4) 研究状況のサーベイとして林真貴子「民事訴訟法——民事訴訟に関する史的研究を中心に」（石川一三夫他編『日本近代法制史研究の現状と課題』（平一五）所収、三阪佳弘「近代法体系の成立——司法制度の展開を素材として」（明治維新史学会編『講座明治維新5』（平二四）所収）。概説として園尾隆司「民事訴訟・執行・破産の近現代史」（平二二）、松本博之「民事訴訟法の立法史と解釈学」第一編（平二七）。本稿に直接関連する個別研究として三ヶ月章「民事訴訟制度の反省とその将来」（同『民事訴訟法研究第一巻』（昭四三・初出は昭三五）所収）、江藤价泰「民事訴訟における職権主義に対する史的考察」法時四〇巻一号（昭四三）、染野義信「わが国民民事訴訟制度における転回点——大正一五年改正の経過と本質」（同『近代的転換における裁判制度』（昭六三・初出は昭四四・四五）所収）、本間義信「大正期の民事司法」静法二三巻二・三・四号（昭五〇）、上田理恵子「大正期の法律家によるオーストリア民事訴訟法の受容過程——大正一五年における民事訴訟法改正と雄本朗造」一橋研究二三巻一号（平一〇）、同「大正期における民事訴訟法改正作業と在野法曹」熊本大学教育学部紀要（人文科学）五一（平一四）。
- (5) この点について重要な指摘をするのは、中野貞一郎「手続法の継受と実務の継受」（同『民事手続の現在問題』（平元）所収）。実作としては、川口由彦編著『明治大正町の法曹 但馬豊岡弁護士馬袋鶴之助の日々』（平一三）が挙げられる。
- (6) 創刊号の〇明三三・九・一二 法律新聞発刊の趣旨 主幹高木益太郎 では、「従来世に現われたる法律雑誌の類尠からずと雖も、是れ亦概ね高尚なる学理の討究に^{つと}め、専ら学者若しくは学生の一助たるに過ぎずして、其目下の急務たる法律の適用を詳かにし法律の実用に資するを以て目的となすものは、未だ之あるを聞かず」、「実業家や一般人民が法知識を得るためには」須らく之を通俗の文平易の筆を以て法律の智識を与うるの新聞雑誌に俟たざるべからず、「本紙は、法律が社会百般の事物に対し如何に適用せられ、社会は之に依て如何なる反響を受くるかを紹介し」とある。

(7) 『法律新聞』のテキストは、当時発行の紙媒体版と複製版DVD（不二出版・平二）を併用した。定期的に記事目録が作成されていたが、本研究の対象とする内容についてはタイトルからは把握できない場合がほとんどなので、目録は使用せず全頁調査により関連記事を探した。なお『法律新聞』には毎号多数の判例・裁判例が掲載されているが、本研究の趣旨により一切検討から除外した。この時期の判例・裁判例については別稿での検討を予定している。

(8) 法曹メディアを主たる史料として民事訴訟手続での実務法曹のパフォーマンスを検討した研究としては、一九世紀後半から二〇世紀初頭にかけてのオーストリア民訴についての Bernhard Schöninger-Hekke, Die österreichische Zivilprozessreform 1895. Wirkung im Inland bis zum Ausbruch des Ersten Weltkrieges 1914. Ausstrahlung ins Ausland, Frankfurt am Main 1999, や上田理恵子「一九世紀後半オーストリア民事訴訟における口頭審理と法曹たち」法制史研究六二（平二五）が今後の方向性を示すものとして注目される。

(9) 法曹メディアの研究はなお緒についたばかりである。ドイツ・欧州について Michael Stolleis (Hrsg.), Juristische Zeitschriften. Die neuen Medien des 18.-20. Jahrhunderts. (Ius Commune Sonderhefte 128) Frankfurt am Main 1999, Michael Stolleis et al. (Hrsg.), Juristische Zeitschriften in Europa, Frankfurt am Main 2006。わが国については高橋裕「明治中期の法律雑誌と大阪攻法会 梅謙次郎『日本民法和解論』に導かれて」法と政治六五巻一号（平二三）、郭薇「法と情報空間 近代日本における法情報構築と変容（一）（二）（三）」北法六六巻三、四号（平二七）がインフォーマティブである。

『法律新聞』については注(10)の文献を参照。

(10) 清水誠「高木益太郎」（潮見俊隆編著『法学セミナー増刊 日本の弁護士』（昭四七）所収）、法政大学大学史資料委員会編『法政大学人物誌校友篇その一（法政大学史資料集一八集）』六五・一八九頁、川口『明治大正町の法曹』九〇頁、「高木益太郎年譜」（『法律新聞DVD-ROM版』見本所収）などを参照。

(11) 高木が政治家であったため、その個人的利害が強く現われた記事も一時的には見られたが、内容上本研究とは関係しない。

(12) 記事形式としては外に判例・裁判例の紹介、新法令、創作（法廷を題材とした時代小説等）もあるが、本稿では取り上げない。

(13) 函館控訴院があったため記者が配置され、かなりの分量の記事を執筆している。

(14) 水野「口頭審理」四頁参照。

(15) 本稿では、参照史料が容易に参看可能であることと読みやすさを考え、史料引用の際はいずれも新たな新漢字になおし、適宜句読点・ふりがなを挿入・省略した。「」内は水野が補った内容である。記事に付された傍点（さまざまの種類がある）はすべて省略した。記事は「○日付 タイトル 執筆者名」（執筆者が明示されない記事も多い。（法律新聞）は社説であることを示す）という形で表記した。

人物の経歴については、内容の理解に特に寄与すると考えられる限りで紹介した。主に依拠した文献として、『日本法曹界人物事典（一〜九卷）』（平七・八）、鈴木『日本2』、衆議院・参議院編『衆議院議員名鑑』『貴族院・参議院議員名鑑』（昭三五―三七）、手塚豊『司法省法学校小史』（『明治法学教育史の研究』（昭六三）所収（初出は昭四二））など。また、適宜各種ウェブサイトを参照したが、膨大・煩瑣なため記載は省略する。

(16) 嘉永六年（一八五三）生まれ。明治一三年（一八八〇）東京法学院（現・中央大学）卒、代言人。四五年衆議院議員（二期・政友会）。武州銀行取締役、浦和町長、埼玉県議会議員を歴任。昭和八年（一九三三）死去。

(17) 明治民法期の学説においては不干渉主義のほか任他主義・放任主義など種々の概念が用いられていたが、内容的みると今日の民法学という当事者主義・処分権主義・弁論主義に相当するものがほとんど理解されていたといえる。この点については、本間義信「弁論主義理論の展開過程——旧法時代」『阪法三九卷三・四号（平二）』、笠井正俊「弁論主義の意義」（『民事訴訟法の史的展開（鈴木正裕古稀）』（平一四）所収）を参照。本間「弁論主義理論」五二頁以下は、大正から昭和にかけて徐々に今日いう処分権主義・弁論主義へと区別して理解されるようになっていった、という。

一章 釈明権の行使

明治民法一・二条① 裁判長ハ職權上調査ス可キ点ニ関シ相手方ヨリ起ササル疑ノ存スルトキハ其疑ニ付キ注意ヲ為スコトヲ得

② 裁判長ハ問ヲ發シテ不明瞭ナル申立ヲ釈明シ主張シタル事実ノ不十分ナル証明ヲ補充シ証拠方法ヲ申出テ其他事件ノ関係ヲ定ムルニ必要ナル陳述ヲ為サシム可シ

- ③ 陪席判事ハ裁判長ニ告ケテ問ヲ発スルコトヲ得
 ④ 当事者ハ相手方ニ対シ自ラ問ヲ発スルコトヲ得ス然レトモ其問ヲ発ス可キ旨ヲ裁判長ニ求ムルコトヲ得
 ⑤ 若シ其問ニ対シテ答ヘス又ハ判然答ヘサルトキハ相手方ノ利益ト為ル可キ答ヲ為シタルモノト看做スコトヲ得

明治民訴法一二二条二項は、「裁判長ハ問ヲ発シテ不明瞭ナル申立ヲ釈明シ主張シタル事実ノ不十分ナル証明ヲ補充シ証拠方法ヲ申出テ其他事件ノ関係ヲ定ムルニ必要ナル陳述ヲ為サシム可シ」とする。明治民訴法施行下における裁判官の釈明権行使の実態、そしてその背景がどのようなものだったのかについては、「消極的だった」ことが実務法曹の回顧録等から断片的にうかがえる程度で、先行研究が知らせるところはほとんどない⁽¹⁾。

『法律新聞』の記事には、釈明権の行使を扱ったものがきわめて多数存在する。以下ではまず釈明権の行使に対する『法律新聞』記事のスタンスを概観した上で、弁護士に対する行使、当事者本人に対する行使を論ずることにする。

一節 釈明権行使への見方

一 積極的評価と期待 ○明三八・八・二〇 弁護士常議員会議長山田泰造君談片
 判官が「法律の理論にしろ或は事実上にしろ少し進で問を発すると、『弁護士の側で』^{それ}夫を厭避する風がある。^{しかしながら}併
 之は極必要なことで、若し原被の申立に不十分な廉があれば、夫を明晰にするのが裁判官の職責を完うするものである。即ち民事訴訟法に依ると、不明瞭なることを説明せしめ若くは証拠を補充する精神で、主張事実^{それ}に就ては不明な所は飽迄も訊ねて事実の基礎を確定する必要がある。中には却て喜ばぬ人があるように思うが、余は裁判官当然の責務であると信ずる。或は不干渉主義だから其処迄立入らぬでも宜いと云うことを言う。私は不干渉主義は決して左様なこと

ではなからうと思う」としている。

○明四一・五・二〇 大阪裁判所部長評のいろいろ（其一の二）^② は大阪地裁第一民事部長・藤波元雄^②について、截然とクギリを立てて審理するので、争点が明確になり曖昧な点が些しも残存しないのは結構である、原告として種々面倒な釈明を求められ「イジメられるような気がする」としても、どこまでも我慢するから遠慮なしにドシドシ腕一杯にやってもらいたいと好意的に評する^③。

○大三・一・一〇 弁護士より裁判官に望む（弁護士法学士吉崎亀之助君）は、「唯形式的に訴状及答弁書を読み、二三の簡単な質問を発する位では、争点の那邊に存するかを明確にすることは到底出来ぬと思う。故に此目的を達するが為めには、裁判所も自分に得心の行まで十分に釈明権を行使して、事実并に法律上の争点を明確にすることを勉めることが、拙速に流れずに迅速化をはかる方法だとする^④」。

本章で以下論ずるように、『法律新聞』のスタンスは明治民訴法下の釈明権行使の実務を不十分として批判し、一定以上の積極的な行使を強く求めるものであった。上述の記事がみな弁護士サイドからのものであることが示すように、釈明権の積極的行使は裁判官のみならず弁護士からも少なからず要望されるものであった。

二 過剰行使への批判 対して、「過剰な介入」について批判がなされたケースはそれほど多くはない。○明四〇・一・二〇 大阪日より 松生 は、

「安藤弁護士（柱氏）曰く、近來の法官中、事件の審理上自から訴訟当事者となるが如き風を生じ来りたるは、予の司法界の為に採らざる所也。：訴訟案件の審理に必要な訊問、釈明等の範圍を擺脱^{はいたつ}して当事者の挙証、陳述等に対し漫りに干涉容喙を試み、其結果感情の衝突を生じ裁判官と弁護士間に相互に悪感情又は不快の念を懷くに至るが如き弊に陥る：特に太甚しきは、自己の学識又は才能を誇らんが為めなるや否を知らざるも、無理にも突込みを試みて当事

者を追及し、或は翻弄するが如き風あるは…遺憾とする所也」と紹介する。そのうえで、筆者自身も不干渉主義一点張り、一定の申立やその他当事者の訴訟行為について必要な注意さえしない「宛然たる蓄音器同様の裁判官」を喜ぶものではないが、「去りとして又た余りに自称博学先生や、広告人材先生は鼻摘みに御座候」と安藤弁護士に同意する。⁽⁵⁾ 〇大一一・一〇・三 裁判時弊所見(二) 弁護士小林亀郎君 は、弁護士は法廷でいい加減のだらめをいうものと裁判官が最初から見ているような場合がある、として

「殊に法律上の見解^{など}杯^{など}に關して弁護士と裁判長と押問答をすれば、必らず裁判長の勝になる。そして弁護士は意気地がないように見える。…裁判官も人である以上は感情の所有者である。弁護士として裁判長の意見に反対して裁判を受けることの如何に不利益であるかを知るから爰^{こゝ}に讓歩するのである。夫れを直ちに無能なるもの勉強せざるもの好加減のことを言うものと見られるならば、其処に誤解があるのである」と批判し、

「裁判官は討論の相手ではない。当事者の主張を聞いて、若し其主張の点に不明の廉あらば釈明を求むるを以て足り、主観客観二個の学説ある場合に当事者代理人が主観説を主張するに当り、客観説を採って抗争するが如きは断じて採るべきことでないと思う。固より其説の是非の注意の如きは敢て之を不可とするものではない。親切気があつたら夫れ位は当然の事であると思う」として、釈明権の過剰行使を戒める。小林⁽⁶⁾は数度にわたり『法律新聞』紙上で当事者主義に立脚した民事訴訟批判を展開しているが、これは当時の『法律新聞』では極めてまれなケースであつた。

過剰介入について弁護士が反論したり、忌避権が行使されたり、地域弁護士会で問題とされたケースも若干伝えられている。⁽⁷⁾

〇明四〇・一一・二五 法廷逸話 は大阪地裁藤波元雄判事(民事一部)について、その赴任以来審理中の発言が不穏当だと弁護士の間で非難が多かつたとした上で、「藤波」裁判長は原告「原告代理人・西尾哲夫弁護士」主張の或る

事項は権利なるや義務なるやと質問し、次で其れに牽連したる種々の質問を初めたるより、西尾弁護士は其れ等の質問は訴訟法の裁判官に与えられたる釈明権以外なりと弁じ、次で如^{かくのいふごとく}此法律問題に対し一々答弁の義務なし、予は裁判官に試験を受けるものにあらず…と答え、裁判長は答弁せざれば答弁せざる程度に於て審判せんと宣示し、弁護士は勿論其れにて異議なしとまで論争したる…と紹介している。

○明四〇・一二・一五 民事裁判長の忌避 は、代償金請求事件の控訴審で池田寅二郎裁判長（東京地裁民事一部）に対し被控訴代理人・横山勝太郎が「裁判長が一方の当事者〔控訴代理人・牧野充安〕に訴訟の方法を指教したるは、不干渉主義の原則に反し裁判に偏頗あるものなり」として忌避を申請したという。⁽⁹⁾○明三五・七・二八 新潟通信 は、新潟地裁所属弁護士会の有志が区裁の神尾監督判事について、「神尾監督判事は干渉主義にて、当事者より呈出する訴訟出願の文句にまでも容喙し、且つ訴訟手続に関して弁護士と衝突すること屢にして、為めに新潟地方裁判所に繫属する抗告事件は同判事の担当したる事件其大部を占め、而かも十の七八は原決定を廃棄せらるる」状況だとして、その転任を法相に建議する提案をした。弁護士会総会に臨席していた検事正が批判はもつともであり、責任をもつて近いうちに善処すると述べたため、⁽¹⁰⁾建議案は撤回されたという。

二節 弁護士に対する行使

以下、訴訟代理人たる弁護士に対して釈明権が行使された具体的ケースを、現象面に着眼して分類し検討する。複数の類型にあてはまるケースもありえる。

一 弁護士の法知識の不十分・不注意 こぼれ話を中心に、法専門家であるはずの弁護士（多くは原告代理人）の法知

識の十分・不注意が理由となつて、裁判官が釈明権を行使している例が多数見られる。明確な類型化は困難だが、特徴に着眼して三つに分けて紹介する。

(1) 主張として成り立たない（主張自体失当） そもそも主張として成り立たないことが明白である、あるいは釈明によつてそうであることが判明する、今日いう主張自体失当に該当するような事例である。○明四二・一一・三〇 法廷見聞録 田知本生 は詐害行為取消請求事件で三宅高時裁判長が被告に他の財産の有無を問ひ、債権が三千円以上あるので債務弁済に事欠かずとの答弁を得たので、原告側弁護士にあなただの考えはいかがですかと問うと、「弁護士得々として被告に他に債権があるか何うかソレは私は知りません……と、左も利口そうに跳返すや否や、三宅裁判長隙さず他に債権があるかないか知らんじやありません。アナタが被告の行為は債権者を害すると云うのじゃありませんか。然らば被告は他に債権がないかと云うことはアナタが立証しなくちゃならん訳ではありませんか……と言下に一本突入れられ、其儘開いた口の塞がらざりしこそ……気の毒に見えたるも是非なし」。

○大三・三・二五 法廷ノート では、

「弁護士木内伝之助君、婚姻に関する一損害賠償の請求を為し、裁判長より婚姻は届出によつて効力を生ずる者であつて、届出前にあつては何等の効力を生じないのに、何うして婚姻届を持行かざりし被告が、義務不履行とは別とし原告の如何なる権利を侵害し如何なる不法行為が成立するのですかと反問されて『被告は、原告と某の婚姻届を持行くべき義務を負担しながら、ソレを持行かざりして婚姻の成立を不能ならしめたものであるから、原告の婚姻し得べき権利を不法に侵害したる者である』と幾度も繰返し、益々裁判長をして了解に苦しましめたのは頗る珍^{すこぶ}であつた」と述べている。

その他、保険金請求事件で重要事項告知義務は保険会社に問われなければ告知の必要はないという主張にさらに質問

されると答弁に窮したり、「総債権者に対して履行することを要し各債権者に分割して履行できない」という意味で「不可分債務」を主張した弁護士と、その誤りを指摘した裁判長が激しいやりとりをくりひろげるなどの例がある。端的に弁護士の知識不足が物笑い・批判の対象とされることが多いが、後述するように弁護士に一定の同情がよせられることもある¹¹⁾。

被告側弁護士についての事例は、原告側弁護士についてよりはるかに少ない。○明四三・六・一五 法廷小親 傍聴 子は相続人の前主に対する貸金弁済請求事件で、相続人の代理人たる弁護士は唯一の抗弁として証人を申請し、「証人は被告が相続に際し、前主より他に債務なしとの言を信じて相続を為したる事実を知り居るものなり」と。裁判長咄然として聞き終り答て曰く、ソレが何うして相手方に対する抗弁になるのですか。『他に証拠方法はありますか』。弁護士は他にはありませんと、生憎様と弁護士の粗忽を描写している。

(2) フランス法・旧民法にもとづく主張 ○明三五・五・二六 真面目か戯れか はある東京組合弁護士が大審院法廷で分与財産に関する事件につき、贈与契約書の作成が明治二八年四月二五日であるから、「当時の法律たる明治二三年法律第九八号に従って作成せられざるべからず云々と平氣にて述べたりしか」。明治二三年法律第九八号とは、いわゆる旧民法のことである。「係裁判官諸士一同は何か誤解にても為し居るものならんと、色々ソレとなしに注意質問されしも、何か何だか皆目分らぬ身には一向曉るに由なく、何んだか分らぬことのみ答え居りしか。最後に、然らば原告代理人は明治二三年法律第九八号を以て施行せられ居りたりと云うのかとキメ付けられて、氣の毒にも『ハイ左様で御座います』と答えし…」そのせいで敗訴したとして、筆者は最後に滑稽もこれに極まれりと突き放している。

○明三六・一一・五 法の塵 は土地買戻契約履行請求事件の控訴審で、控訴代理人（山田喜之助¹²⁾）は大いにウイスキーをひっつけた勢いで、被控訴人は控訴人に不動産を売渡し登記の手續をなすべしとの一定の申立をなした。「新民法」明

治民法のこと」の規定に従うと、買戻契約は解除条件付売買と云うことになって居るから、控訴人は被控訴人に対し売買解除の意思を表示せば足る」⁽¹³⁾ゆえ、鈴木喜三郎裁判長は売渡の意義如何とたずねた。「裁判長の質問の趣旨は自分を冷笑するものと誤解したのか、数回押問答の末申立不明なりとな然らば此申立を不明なりとする裁判官を忌避すると申立てた。…鈴木裁判長は申立が不明だから釈明せしめたのみで、他意あるにあらずと告げた」。そこで閉廷されてしまったため、相手弁護士はコンナ馬鹿げた事はないとさんざんにコボし、「奠南先生「山田喜之助の雅号」も少々極りが悪くなったものと見え帰宅してしまい、松田君「共同代理人」をして忌避の取下を申請せしめた。処が鈴木裁判長は山田自身に来いと云うたげな。併し取下げ丈けは出来たとの事である」。

(3) 釈明による主張の適正化 弁護士の主張が適切ではないが、紛争の実体はちゃんとしていると判断し、それに即した形に修正を促した事例である。⁽¹⁴⁾

○明三九・一〇・五 法廷見聞録 では、甲被告（売主）は原告所有の某地所を売渡した登記を取消し、乙被告（買主）は買受けた登記を取消せとの判決を求めた老弁護士先生に対し、裁判長「売買の行為は売渡の行為と買受の行為と各別に独立して存在するものにや如何と。弁護士先生問意を解せざることを少時、沈思黙考漸くにし釈然たるものの如く、イヤ売渡の行為と買受の行為とが各別々に存在すとは云うにあらざるも、売主は売渡の行為を為し買主は買受の行為を為したるものなれば、各自其行為に應じたる登記の抹消を為すべきことを求むるに在りと。裁判長然らば甲乙双方に対し其間に為されたる売買の登記取消を求むるに在るか。乃ち弁護士先生忽ちにして大得意となり、声調一際高く『そうです』と。筆者は「是れ即ち…全国下級裁判所の模範たる東京地方裁判所民事第四部公廷に於て実見したる一事実なりとす。又た以て現代法律界の思潮を見るに足るべし」と皮肉をこめて締めくくる。○大二・一〇・三〇 法廷ノートは、弁護士中の学者といわれていた某弁護士が、裁判長から貸主は誰かと聞かれると思案の挙句、「本件は原告が某の

事務管理人として某所有の不動産を賃貸したのです。裁判長が重ねて貸主は誰だとか主張になるのですと質問すると、弁護士は当惑し激して前言を繰り返して、「私は之れ丈けのことを申せばソレで宜かろうと思います。事実としてはソレ丈けである、ソレが果して貸主が誰れであるかと云うことは法律上の解釈で、私はソレ以上申上げる必要はなからうと思いますと頑張て、幾たびも同じい押問答の末、ソレではそう聞いて置いて宜しう御座いますかと念を押されて、ソレでは次回までに取調をして返事をすると言うことにして大悄気に悄気て退廷した。ここでもやはり弁護士に一定の同情が寄せられるケースも少なくない。

二 法的討論が必要な場合 (1) 複数の法律構成がありえ、いずれによるかで訴訟の行方が変わりうる場合について釈明を求めるケースも見られる。○大七・三・八 東京各裁判所法廷ノゾ記 黒法師 では、遺産取戻事件で裁判長が「本件は寄託〔原文は「寄托」。以下同じ〕關係を原因とするのですか。將又所有權を原因とするのですか」と尋ねると、原告側弁護士(木内伝之助)は一寸困つて考え込み、しばらくして寄託と答えたので、裁判長に「然らば仮りに原告に所有權があるとしても、寄託關係が立証されねば請求の權利がないと云うことになりましたが、ソレでも宜しいですか」と尋ねられ、原告側弁護士はそれは大變とばかり「遺産相続に依る所有權を原因とすることに變更します」と早速變更して何食わぬ顔をしていたのはさすがに老練弁護士だ、としている。⁽¹⁵⁾

被告側弁護士に対するものはやはり少ないが、○明四四・四・一五 法廷雜觀 傍聴子 は、

「上原鹿造君⁽¹⁶⁾外一人の弁護士が原告の請求に対して、一方に売買の成立を否認しながら他方に解除の抗弁を提出したので、河本裁判長が微笑しつつ、一方に売買の成立を認めないで何うして解除が出来るのですかと問うと、上原弁護士はイヤ仮りに成立したものととして解除をすると答へたる所、相手方弁護士は：仮定の売買を認めて解除すると云うことは出来ぬとやったので、流石の上原弁護士も頭を掻きつつ一寸閉口して見えた」とする。これはいわゆる仮定的抗弁の例

であるが、大審院判例（大判大正三年七月八日民録二〇輯五九五頁）が明確に認めるまでは可否の判断が揺れていたことが看取される。

(2) 法律構成に通説的見解がまだ存在せず、判例による解釈論形成が期待されるような「難件」も稀にみられる。○明四〇・六・二〇 大阪法廷見聞録 松生 では、地租公課等の増加ゆえに地代増加請求をすると述べた広瀬徳蔵弁護士（原告側）に、「山内裁判長（確三郎氏）⁽⁸⁾ 地代増加請求権の法律上の性質は如何。単独行為なりや將た契約なりや。広瀬弁護士云う、契約なり。山内裁判長更に問う、然らば：被告が原告の地代「土代」増加の請求に承諾を与えざれば、原告は被告に対し土地の明渡をも請求する権利ありや如何」。広瀬弁護士が権利はありと答えると、「山内裁判長原告被告間の借地関係は何時成立したるや。広瀬弁護士、原告が前所有者より所有権を譲受けたるときより成立したり。山内裁判長然らば原告は：借地契約を継承したるものにあらざと云うに在りや。広瀬弁護士然り、承継したるにあらず。原告が所有権を得ると同時に新たに、原告被告間に別個の借地関係成立したるものなり」。これを受けて野口繁治弁護士（被告側）が、原告は当初請求原因として承継した前主と被告間の借地関係で定められていた地代の増加と主張していたのに、主張を変更し新たな借地関係が成立したと述べており、訴の原因を変更したと抗弁すると、広瀬弁護士は事実の主張を改め、原被告間の借地関係は新たな別個のものではなく、原告が所有権取得と同時に前主と被告間の借地関係を承認したものである、しかも原告は前主と被告間の借地関係を承継したものではないと答弁した。野口弁護士が被告と前主の間には地代増加を為さずとの特約があったと述べると、広瀬弁護士はそのような特約は原告に對抗できない、と主張した。末尾に筆者は「思うに地代請求権の法律上の性質如何は法律上の一疑問として、大に研究の余地存する問題たるべし」とまとめている。借地借家をめぐる紛争がようやく重大な社会問題になってきている時期の事件であり、借地法・借家法施行前において本件はハードケースであった。『法律新聞』でも明治四〇年前後から借地借家紛争についてしば

しば紙面が大きく割かれており、社会的な影響の大きい事例に対して、裁判官が釈明を促し訴訟関係の認識を丁寧に行おうとしたことが読み取れる。

「民事々件で一番困難を感じる点は、民事々件の法律的整理でありましょう。民事々件は常に紛糾して起り、そこには組織も統一もないのを、法律的の統一点を見出し之を組織的に整理して、其証拠を準備するということは、原告の立場として最も困難する点であります。民事々件は頭の置き所が異うと、飛んだ錯誤に陥ることがありますから、何時も訴の原因に就て、少からざる苦勞させられるのであります」（○大二三・一二・五 司法省及中央法衙構内巡訪記（11））という下田判事（東京地裁民事十部長）のコメントは、裁判官の思いをよく代弁するものと思われる。

三 立証の促し ○明四三・五・五 名川裁判長と音羽弁護士¹⁹の法廷問答 は船舶引渡請求事件で、被告側弁護士への立証の促しに対して原告側弁護士が反発した一幕を描いている。

「…被告代理人は尾崎弁護士で双方頻りに論じ合つて居たが、名川裁判長が尾崎弁護士に『被告はもう立証はありませんか。…某船大工でも証人として申請なさつたら如何です』と注意したので、尾崎弁護士は如何にもと直様某船大工を証人として申請に及び、早速許可になった。所で音羽弁護士「原告代理人」ムツとした風で『被告代理人は立証はないと云うのに拘わらず、裁判長が相手方弁護士に証人の御注意を与えられたのは、甚だ感心しない』と突込むと、名川裁判長は『イヤ被告代理人も中々老練な弁護士ですから、当職から注意しなくともソレ位のことは何れ申請されることでしょう』と巧に鋒先を避けると、音羽弁護士は『ソレ位エライ弁護士に立証の御注意相成ると云うのは、愈々以て感心出来ぬ』と皮肉った。スルト名川裁判長はマタ『コレ位のことは当職は当然の注意と考える。お氣に障るなら忌避でも何でも御勝手に申立なさるがよい』と最後の通牒式に出る。スルト音羽弁護士は『当弁護士はマダこれしきのこと忌避の申立をするようなことはしませぬ』と澄した所は一寸振つて居た」。

立証の促しについて「具体的な立証方法の示唆」は限界事例としてとりあげられることがあり、明治民訴期の教科書のなかには明確に否定するものもあった。大正改正の起草・立法過程では、立証の促しを明治民訴法から強化するか否かは一つのイシューとなつてゆく⁽²⁰⁾。

四 準備の不十分・訴訟戦術 ここまでの事例が弁護士による主張の内容についてのものだとすれば、主張の態様がクローズアップされる事例も存在した。

(1) □頭弁論に先立ってしておくべき準備が十分でないために、主張が不十分だったり整理されておらず、釈明が求められる事例がみられる。時間稼ぎや被告の出兵を見てから対応を決めたいという訴訟戦術として、意図的に曖昧な申立をおこなっているケースもあった。

○明四三・二・一五 大阪地方裁判所部長多喜沢君談片 は、裁判所は二三回ぐらいいは弁護士に引き回され、四回目ぐらいで初めて一定の申立や訴の原因が明確となる、なぜなら漠然と単に法定の要件のみを記載した訴状や答弁書が多く、一々それを明確にしなければならぬからだとする⁽²¹⁾。○明三九・六・五 法衛月旦 社員稲村蘿月 は、せっかく裁判長が丁寧に釈明を求めているのに、弁護士の準備が十分でないために答えることができず、「裁判長曰く、然らば続行期日を求められ能く事実関係を明らかにせられて、先ず事実の主張を確定せられては如何と」。長時間の押し問答も要領を得ないまま閉廷された。「次に某弁護士の事件と為る、又同じく事実に就て裁判官に糺さる、次又然り、而かも其内極めて有名なる弁護士ありき」。受任した事件について事実を弁えずに法廷に立つ弁護士の無責任さに、一驚を喫せざるを得なかったと痛烈に批判される。○大六・一一・一三 東京各裁判所法廷ノゾ記 (一) 黒法師 は家屋明渡事件で被告代理人の某弁護士が、原告(家屋の現所有者)は前主から家屋を買ひ受けた際に前主と被告間の賃貸借関係を承認し、原告と被告間に賃貸借関係が承継されたと述べると、池田裁判長は承継時期はいつかと尋ねた。「某弁護士

時期は只今不明だから次の開廷に取調べて返事をする」と云う。池田裁判長然らば延期を申請されますかと云うと、某弁護士イヤ時期は分らぬが承継の事実があったことだけを主張して置きますと云って、延期の申請をしようと云わぬ。池田裁判長^{すか}隙さず、ソレだから其時期は何時ですかと聞くのです。延期の申請をなさらぬなら、立証なきものとして主張だけ聞いて置いて差支ないですかと一本参られ「ギャフンと参つて延期を申請したのはアンマリ見つともよくない図であつた、と批判的に描写する。

裁判所から見た評価を実名をあげて辛らつに記したのもある（○明三七・一・一〇 弁護士雑評 無名氏）。原嘉道⁽²²⁾について「例え一小事件でも必ず準備書面を提出して、之れに基いて陳述する所等は裁判所側の感服する所である。

訴状も亦申分ない。事実と法律点とは善く區別してある。複雑なる事件も一見明瞭に要領のみを摘示してある」。とか訴状に事実や法律点をゴツタ混ぜに書いて裁判長の釈明に長時間を要し、結局訴状に記された請求原因と全然變つてしまひ被告から原因變更の異議が出るような弁護士があるなか、原には「裁判官に釈明に時を移さしめる事等は絶てない」として「優」評価を与える。原嘉道は大正民訴改正の起草過程で法律取調委員会（明治四〇年）・民事訴訟法改正調査委員会（大正八年）に一貫して委員となり、弁論の準備や陳述の適正化を強く唱へ大きな影響を及ぼすことになる一流の弁護士であつた。他方利光品吉⁽²³⁾の法廷での態度は「殆ど啞牛の如し」、「止むなく此方より主張を確めんとすると、君は唯だ『実は…実は』で終る事がある。余り聴くのも氣の毒なので大底斯様たろうと推測して聞いて置く」と、後で其主張が分らないので調書が書けないと書記先生から小言を頂戴する、弁護士として不適切と切つて捨てている。⁽²⁴⁾

(2) 訴訟戦術としてむやみに多くの攻撃防御方法を提出する弁護士も批判されている。和仁貞吉（大阪地裁所長）は大阪の弁護士について、「抗弁の数には制限なきも、時としては如何にも理由の薄弱なる抗弁を夥しく提出し、或は仮定の抗弁を提出し、恰も抗弁の多きを以て得意とするに非ずやとの感を起さしむることがある。…之れが為め訴訟關係を

複雑にし判事をして事実の真相を得るに困難ならしめ、其の結果は却って「依頼人」本人の不利益となる場合稀なりとしない」「大阪の民事事件は記録と云い判決書と云い、東京のものよりは複雑して居る：弁護士の方より直接争点に係のない事実まで一々立証せらるる：若し英国の如く直接争点に係なき事実であつたなら、其立証方法を許さない事にしたなら事件は非常に簡単となり、迅速に終結するであろう。而して我民事訴訟法に於ても英国主義を採用することは法の禁ずる所にあらざるも、如何せん多年の慣習を打破するには確乎たる決心を要するので、一に判事の手腕と決心とに俟なければならぬ」と批判する。⁽²⁵⁾○大10・五・五 法廷雜感 実生 も、弁護士が牽強附会の主張をするのは止めてほしい、「勝敗の数明白なる事件で、到底立証に供し得られない方面違いの材料を敢て提供」するのはいたずらに事件を複雑にし遅延させるだけである。また「法律上の議論で、事実審や上告審で到底御話にならない議論を、素人なら兎に角堂々たる弁護士が堂々と法廷で主張」するのは、その人の法律知識を疑われはしまいかと危惧し惜しむものである、と切つて捨ててゐる。⁽²⁶⁾

* * *

以上、訴訟関係を明瞭にするために釈明が必要になる理由としては、①不十分な法知識ゆえの不適切な主張、②法的討論が必要である、③立証の促し、④不十分な準備・訴訟戦術ということになる。門前払いしたケースもあったと思われるが、記事で紹介された事例の多くでは、訴訟関係を明瞭にするために積極的に向き合っていたといえよう。記事が伝える事例は、法律・事実について比較的単純な指摘・確認を行なうものがほとんどを占めており、ソースとして法廷傍聴記が多いこともあって「面白おかしい」話がそれなり以上に含まれている。「普通の」釈明の事例はそもそも記事になりにくいであろうことに鑑みれば、記事にされた事例をそのまま当時の弁護士・裁判官の平均像と解釈することは必ずしも適切ではない。以下では、なぜそれらの事例が記事にされたのかという視点から、弁護士に対する釈明権行使

のモティーフがいかなるものであったのかを論じたい。法継受というこの時期特有の事象にもとづく論点と、より通時的な論点に分けることができる。

五 背景（一）急速な法継受の帰結（1）旧世代の弁護士 明治民訴法が明治二十四年、実体法も民法が明治三十一年（一九〇八）、商法は明治二十六年（一九一三）・三十三年（一九〇九）より施行され、近代法へと全面的に切り替わってゆくなかで、現行法についての十分な教育を経ていない世代の弁護士への釈明権行使が取り上げられている。これら旧世代の弁護士については、すでに紹介したように否定的・揶揄するタッチで描かれた一方で、⁽²⁷⁾ 気の毒だ、人ごとながらはらする、裁判官の情ある調ぶりがうれしいとも形容されている。⁽²⁸⁾

○明三五・一二・一五 東京控訴院各部長に対する弁護士控所の評判 では、鈴木喜三郎（民事第一部長）⁽²⁹⁾ について「弁護士が申立中、其の云わんと欲する所は了り得るも、弁護士のノロマにして其意見の存する所を能く論理的に説述し能わざるを見るや、君は焦って『それでは面倒です、此方から尋ねましょう。第一斯う云う理屈ですな、第二斯う云う事実ですな…』と切り込み、当事者の云わんと欲する所を巧みに論理的に代言することがある」とその頭脳の明快ぶりを賞賛しつつも、弁護士に対する態度がプリプリしがちなことをやんわりと指摘する。「田舎から稀に東京の立派の法廷に出掛て来る、訴答文例〔明治民訴法が施行されるまでの民事訴訟の規則。明治六年施行、二三年廃止〕時代の老弁護士などのヨタヨタしたのを捉まえて、法律論で無暗に意地目付る^{など} 杯は大に慎んで貰いたい」とし、同僚の坂崎儒を見習うよう勧める。坂崎儒（民事第三部長）⁽³⁰⁾ は弁護士への応接がすこぶる丁寧であるため、「鈴木君（喜三郎）の部などへビクビクもので出頭する訴答文例時代の老先生や、若しくは書類不調査法律論不取調の惰若先生も、しゃあしゃあとして呑気に気楽に君の部に出頭し、喋々人も無気に饒舌を弄することが出来る…弁護士が往々手前勝手の法律論をムニヤムニヤに不得要領的に申述るとき、鈴木君ならそんな誤魔かしは相成ぬと云う意気込で窮追する所でも、君は流

石に御年輩の功でもある一が、いい加減にして『そんならまーそうして置きましょう』と切上る」という（○明三六・二・一六 弁護士控所に於る東京控訴院各部長評）。

○大六・九・二〇 東京区裁判所法廷ノゾ記（五）では賃貸借解除家屋明渡事件で、原告代理人の白髪頭の中老弁護士が、共同被告X（賃借人）に対しXの家賃不払による契約解除を理由として家屋明渡を求め、共同被告Y（Xからの転借人）に対しては、原告とXとの賃貸借関係が解除となったから転賃関係も当然解除になるとして、XとYを共同被告として明渡を求めた。共同被告の代理人弁護士が馬鹿にしきって結審を求めると、「スルと土屋判事、賃貸借が解除になったから転賃関係が当然解除になると云うのか又消滅すると云うのですかと注意を与えろ」と、原告弁護士『能く研究した上でお答えすることにしたから、法律問題研究の為め延期して貰いたい』と云う。土屋判事ソレを受取り『事実取調の必要あり、^{かたがた}旁々法律問題も調べて見たいから延期の申請をされるのですか』と注意したが、一向気が付かず、原告弁護士『イヤ法律問題研究の為に延期をして貰いたい』と云う。土屋判事『イヤ法律取調の必要もあり、マタ事実上の取調の必要もあります』とやったので原告弁護士漸く訳が分ったらしかった。ソレを傍で聞いて居ると人のことだがハラハラして手に汗を握らずには居られなかったが、土屋判事の此間に於ける落付いた態度と、法律に偏せず、情ある調振りはうれしい位だった。

明治民法施行直後は弁護士も裁判官もほとんど新法を知らず、訴答文例時代からの弁護士が新法への知識を欠いているため気の毒な形で敗訴したり、裁判官も民事訴訟法の条文の趣旨を十分理解せずに形式的に適用しがちで、「不干涉主義の履き違いから」必要な介入すらしなかったという。³³ 明治民法が施行されるまでは民法・旧民法の教育・実務における影響力は小さくなく、施行後も頭が切り替わらない実務法曹が間々存在したであろうことは想像に難くない。³⁴ 現行法の知識が十全でない弁護士に対して、批判と同時に同情がよせられるいささが存在したのである。

(2) 若手弁護士 明治二十六年（一八九三）の弁護士法により、弁護士任用制度としての弁護士試験がまがりなりにも確立し、本研究が対象とする明治三十三年以降の時期には、その合格者の弁護士中の比率はかなり高くなってきていた。⁽³⁵⁾ それでは明治民訴法や実体法典について学校で教育をうけ、試験をパスした若手の弁護士には問題はなかったのだろうか。いささかこっけいだが、新米弁護士の失敗談を紹介してみよう。○大七・三・一八 破顔の法廷 ウロタへ蟹穴に入らず 阿々子 は東大を卒業したての××弁護士の初日について、

「口頭弁論は一定の申立を以て始まる。…裁判長開廷を告ぐるや、声に応じて曰、本件の事實は甲野内太郎〔証人の名前〕詳知す、其取調べを願います。…裁判長訝顔、証人申請の主旨は判りますか、其前に何か申立がなくては？…直に証拠申請とは少し困りますが、イエナニよろしうございます。…ソレで宜いですが、此儘に証拠申請をされて好いんですか。ハイ証拠ササ御取調べ被下ば結構です。イヤ事実関係を申立てられずして、直に証拠調べで訴訟法上入りますか。サーソンな理窟は知りませんが、兎に角御取調べを願います。…」とうとう裁判長さじをなげ、「少し研究の上に申立て下さい。今日の所は延期に致しましょう」とからかっている。⁽³⁶⁾

○大七・三・八 朝野法曹見参記（三二）東京地方裁判所長部長判事三淵忠彦君⁽³⁷⁾ は、三淵が特に若い弁護士に評判がよいというのもっともだとして、その審理ぶりを好意的に描写する。「〔保険金請求事件で原告代理人に〕相互保険は商行為でないのに、年六分の損害金は如何と突き込んで、ハ一左様五分に訂正させる。請求のときより一ヶ月以後にあらざれば遅延利息は払わぬとの保険約款があるのに、請求当日からの損害金は什麼言う訳ですかと、原告代理人をタシなめる。…丸で先生が生徒に物を教えるようだ」。○大ニ・一〇・三〇 法廷ノート は「某若手弁護士、注文者の請負代金支払義務不履行を理由に請負契約の解除をした上、注文者を相手にして請負代金請求の訴訟を提起し、係裁判長から請負契約を解除して置きながら請負代金の請求をすると云うのは何ういうものでしょうか」と聞かれ、大いにま

ごついたのは珍種だったという。

当時、弁護士については判検事と違い実務修習の制度が存在せず、弁護士試験パスのみですぐに弁護士業務をおこなっていたという実情があった。制度的な研修を未だ欠き、地域の先輩弁護士の配慮や事務員の指導を受けながらの on the job training に頼らざるを得なかった弁護士は、司法官試験として一定の実務研修を受けてから任にしていた裁判官に比して、スタートの時点で相当不利な立ち位置にあったであろうことは否めない³⁸。制度の未整備の影響を受けたという点では（弁護士試験補制度の導入は昭和八年（一九三三）の弁護士法改正による）、旧世代の弁護士同様若手弁護士もあまりに迅速な法継受の犠牲者であった。

以上要するに、裁判官は弁護士のミスをそれなりに積極的に指摘すべしという主張の背景には、弁護士の資質が常に信頼できるとは限らないという実情があった。実務法曹には「困ったものだ」「弁護士全体に対する評価が下がってしまった」という否定的視線と、あまりに急速な法継受の帰結として「気の毒だ」「助けてやるべきだ」という同情の両者が併存しており、³⁹裁判官のみならず弁護士も職権の介入を容認し、ある程度までは期待していたようにみえる。 magari なりにも法専門家としてお墨付きを得ている弁護士の落ち度ゆえに審理や判決が適正なものでなくなり、素人たる当事者本人に不利益が発生することは回避すべきだ、という考えもあったろう。

六 背景（二）争点整理の不全——迅速化との関連 他方、この時期にかぎられない通時性を持つ問題として、四で紹介したように弁護士による主張が整理されていなかったり、さみだれ的に提出されるなど、手続の最初の段階で主張をまとめて行わせて争点を整理するしくみが存在していなかったことが挙げられる。その欠を補うための釈明権行使の背景には、手続迅速化の強い要請があった。民訴手続の遅延と迅速化の必要性は明治民訴法期の『法律新聞』で頻繁に強く唱えられ、先行研究が大正改正の主要な眼目として位置づけてきたものでもある。

○大三・一・一〇 弁護士より裁判官に望む　で吉崎亀之助（弁護士法学士）は民事事件の迅速化について、「或は答弁書の期間内の提出を励行せよとか、或は予じめ準備書面を交換せよとか種々の案を提出する者がある。孰れも多少の効力あるかは知れざれども、斯様な事は抑も未なりと云わざるべからず」。単に書面をやり取りするということだけではだめである。何が重要かといえ、争点を最初に明確にすることである。争点が明確でないままに無駄な証拠調べをするから延滞するし、かといって拙速に争点を決定したり、十分な立証も行われないまま事件を終結するのではなおさら宜しくない。吉崎は続けて

「吾々は此点に關しては英國風が甚だ宜いと思う。即ち先ず原告の請求原因とする事実を实体法に基き那邊にあるや十分に釈明せしめ、然る後被告の答弁を求め、更に原告の再抗弁を明にし更に又被告の再々抗弁を求めるのである。若し斯くの如くすること数回に及べば大抵の事件は争点が明確になるであろうと思う。唯形式的に訴状及答弁書を読み、二三の簡單なる質問を發する位では、争点の那邊に存するかを明確にすることは到底出来ぬと思う。故に此目的を達するが為めには、裁判所も自分に得心の行まで十分に釈明権を行使して事実并に法律上の争点を明確にすることを勉め、弁護士側も原因を曖昧にしたりなどせず、裁判所も弁護士も御互に事実問題に付てのみならず、特に法律問題に付ても十分に勉強もし取調べもせねばならぬ。…是れ吾々が劈頭第一に司法官に提出する希望である」

迅速化は重要だが、それは拙速であつてはならず、あくまで訴訟関係の明瞭な認識がなされた上でのことである。そのために手続のはじめにおいて職権が積極的に釈明権を行使し、弁護士の準備を促すことで、争点を確定させる必要がある。⁽⁴⁰⁾ イギリスの制度に目が向けられていることに注目しておきたい。

事務処理成績を上げようと拙速に走れば、一審で現れなかった新事実や新証拠ゆえに二審で破棄に至ることが往々ある。管内の区裁判事を集めた会議で岡山地裁所長はうったえた（○明三九・二・二八 西郷所長の訓示要領）。「昨年中

諸君の挙げられたる事務の成績を御一覽に供せんがため、事務表を編冊致しました。努めて御熟閲ありて本年は何れの点も他庁に劣らざる様、一層の御奮励あらんことを望む。尤も表記は弊害の伴うを免れ難し。単に表面を良くせんがため事務の取扱粗漏杜撰に流るるが如きことありてはならざることを勿論なるも、斯ることなく而かも良成績を挙げらるる様希います。：小官裁判事務については第二審を担当す。諸君の所より回送し来る記録の上に付き一言述べれば、：不幸にして心証を異にし、往々廃棄せざるを得ざるの止むなきに遭遇するものあり。：其廃棄に至る点を挙げれば、一審に於て現われざる新事実又は新証拠を提出したるに因るもの多し。尤も民事は不干渉主義なれば、二審に至り新証拠新事実を提出せざる様一審に於て尽さしむることは難事なるも、：折角尽力して判決せられたるに二審に至り廃棄せらるるは遺憾なれば、是等事情に御着眼ありたし」。

手続遅延の要因として、弁護士（当事者）が戦術的配慮から自らの主張をなかなか明らかにせず、訴訟関係が明瞭になるのにはしばしば時間を要していたことがある。明治民法では、訴訟係属後（権利拘束と称していた）は請求原因を変更できないとされており（一九五条二項⁽⁴¹⁾）、相手の出方が分からないうちに自分の手足をしばってしまうことは不利と思われたからである。○大10・12・20 民事訴訟法改正私論（二） 弁護士齋藤巖君は、訴状の記載事項を定める一九〇条⁽⁴³⁾を嚴格に適用することに疑問を投げかける。一定の原因は訴状で窮屈に特定させる必要はなく、具体的な原因いかんについては審理の中で裁判官が釈明させ立証させてゆけばよい。「斯くては余りに原因漠として、却^{かえつて}而釈明の爲め訴訟遅延の虞なりとなさんも、支払責任ある所以の事實は其原因の原因にして準備書面に関する事項として記載せしめて十分なり。強て変更を許さざる原因の中に引き括るを要せず」。人は法律を知った上で取引をするわけではないから、それを法律上いかなる種類の契約として構成するかは容易でない。「況んや相手の抗弁を想像し、証拠方法を案じて意義あり効力ある訴の原因を索出す、実に暗中物を探る」ようなものである。原告は提訴後は原因の変更を禁止さ

れているのに、被告の抗弁は矛盾結構撞着差支えなしでは、民事訴訟法の規定が権利侵害を持続助長させているようなものである。同一取引の範囲内といえる限りでは、例えば売買と交換、買戻と再売買の予約、貸金と預け金、使用貸借と賃貸借の変更は認めてもらいたい。現行制度の下で訴訟関係を明瞭にしたうえで裁判をおこなおうとすれば釈明に一定の時間をとらざるを得ず、迅速化が劣後させられるのはやむを得ないということになる。

以上要するに、迅速化が単なる拙速ではなく裁判の内容の適正さを保ったかたちで行われるようにするための手段として、釈明権行使（の強化）は位置づけられていたといえよう。このことは大正改正の最大の焦点となる、争点整理のための準備手続の一般化をどう理解するかという論点につながっており、三章二節で論ずることにしたい。

三節 本人訴訟

当事者本人が専門的知識を持たないゆえ、訴訟行為が不十分にしかできないという事態にどう対応するかには、本人の自己責任として放置する、弁護士強制を導入する、裁判官が当事者に弁護士依頼を勧める、裁判官が直接当事者を指導する、というものが考えられる。本人への釈明権行使について、『法律新聞』では批判的・消極的な記事は少数にとどまり、裁判官の懇切な対応を好意的なスタンスで取り上げる記事が圧倒的に多い。「事件は半以上本人訴訟だが法律思想が発達して居ると云う訳でない。本人が出て来て何んだか訳の分らぬグズを列べるので、裁判所は困って居る。しかし裁判所の方では当事者の利益を謀り、可成教えてやらせるようにして、曲なりにもやって居る」（○大ニ・九・一〇 下妻法況 弁護士江面島造君談）。

一 訴訟関係を明瞭にする必要性 ○明三九・一一・二〇 法廷見聞録 松生 は雇用契約違反に基づく損害賠償請求

事件の被告母子兩名のうち出廷した母について、貧苦にやつれた姿の哀れさ、できることなら弁護士に頼んで言つて貰いたい無理非道の数々、されど食うや食わずではそれも叶わず…といささか講談調に始め、原告側弁護士の一定の申立を受けての審理をこう紹介する。

「須賀裁判長（喜三郎氏）⁽⁴⁵⁾ ソレでは被告はと問わるるも、被告は何んと答えん術も知らず、但だモジモジし居れり。…イエ私は何も知りませんと許り、須賀裁判長も憐れと思ひ遣られ、ウーン請求を棄却して貰いたいと云うのだなア善し善しと被告の言葉を受取り…」原告側弁護士は請求原因について、被告母はその子を原告家に七年（とか）の年期中洋服裁縫見習の雇用契約をなし、もし本人が中途で逃走その他雇用契約違反があれば、被告兩名は連帯して一日の食料等幾何として支払う約定をした。しかるに子は逃走したので予定損害賠償金の請求をする、と陳述したのを受け、

「須賀裁判長言葉静かに、被告は原告の云うが如き契約を為したりや否か。…被告エイ私はそういうことになつて居つたか何うか一向に知りませぬ。但だ七年の年期中シキセの約束で悴を洋服裁縫の見習に遣つて貰いました許りで…須賀裁判長フム、ソーすると此の証書はお前が入れたのだなア、然かしコレに書いてあることは何を書いてあつたか知らぬと云うのだなア：被告ハイ私は少しも文字と云うものは知りませぬので、中に何が書いてあつたか知りませぬので…須賀裁判長ウムそうか、然かしお前は此の印は自分で押したのだらう。ソウして此の証書を入れるとき、此の保証人の人に中の文句を読んで貰つたんじゃないか：被告イヤ私が但だ印を押して出した丈けでありまして、別に読んで貰ひませぬ…須賀裁判長然かしお前は七年の年期契約のことは承知をして居るのだらう：被告ハイそれは七年の契約であります。…須賀裁判長ソレでは途中で止めて仕舞うと云うのは、お前の方が悪いではないか。ソレは何うゆう訳で止めたのか：被告ハイ…ソレは…（漸くにして声には涙交わり来れり）ハ…タシが…（既にして一声又た一涙）悪いので…あります…須賀裁判長ソレでは何ぜ悪いと知りながら途中で止めたのか：被告ハイ、ソレは悪いとは思いますが…

ヤハリ向の宅がツライと云うものですから：跡は情迫まり語出でず、ソレだからと云いました所で今日の私共に：二百円からの大金は：ソレが払えと云われた所が何うして払われましょうか：彼れは此に至りて遂に堪まらずなりぬ、彼はドーと許りに叫声を上げて泣き伏しぬ。須賀裁判長始め鶴田（政氏）池田（寅二郎氏）両判事も将た又た原告訴訟代理人たる堀田弁護士さえも、共に同情の感に打れ法廷は一種の悲哀を以て満たされぬ」。民刑訴訟で法廷に登場する下層民への同情は『法律新聞』の紙風となっていた。

○明四四・二・二八 法廷雜観 傍聴子 では河本「慎平」裁判長の問に対し被告本人「此家は始め原告からの頼みで請負うて建てたのでありますが、原告が金さえも入れなかったので、初めから私のものとして地主の承諾を得て私が建てたもので、原告が金を払いさえすれば原告に渡してやる約束になって居るのであります」。裁判長「：原告が金を渡したら原告に渡さねばならぬと云うのは、ソレはお前が原告から請負うて原告の為に建てて遣ったのだから、ソレで原告に渡さなければならぬのではないか」と問うた。しかし被告本人はそれを理解できず再三問答の末、ようやく被告のいいたいことが判明した、という。

立証の促しの例として、○大六・九・二八 法廷総マクリ 黒法師 は東京区裁での家賃請求の訴で、被告（職人体の若い男）が森井判事から証拠の提出等注意されても一向分らず困っているので、原告の三百屋がそれではこのままご結審を願って示談をしようとかく籠絡しようとする、と、「森井判事からハタと相手の三百を睨付け、自分許り勝手のことを云って置いて相手に何も云わせないで済まそうなど云うことは不可ぬ^{いか}、と叱り付けられ一縮に縮上ったのは小氣味が宜った △：森井判事が被告に向って、只だ自分が借りたのでないと云っただけでは不可ぬ。自分が借りたのであればないと云う証拠を出さねば、裁判所は見えて居たのでないから分らぬ。：民事ではお前等の方で証拠を出さねば、裁判所で勝手に調べてやると云う訳には不可ぬのだから、証拠を出さねば不可ぬと云うのだよと云って聞かした」が、

被告がどうしても証拠申請ということを理解しないので判事も困っていた。窮屈な法律ゆえ仕方ないが、本人訴訟を認めるからには証拠方法や証拠申請方法くらい教えてやるべき、とする。⁽⁴⁶⁾

原被いずれが本人の場合でも、弁護士に比べてそもそも実体法や手続法の知識がおよそ十分か欠けており、裁判官が訴訟関係がどうであったのか、何が争点なのかを丁寧に解明してゆく必要があった。本人は「哀れな細民」ばかりでは決してなく、「逞しい・図々しい」本人に手を焼く場面もしばしば描かれている。

二 行使の実態さまざま 事件の事情を知るには難しい顔で突っ込んで聞くのではなく、打ち解けたほうがよほど如才ないやり方だと評価される。本人同士の貸金請求事件で原告は二五〇円貸した、被告は一九〇円しか受け取らぬというと判事が「高利を天引きにしたから実際渡したのは一九〇円ではないか。高利なら高利で宜い、仮令高利でも受取って仕舞えば払戻す必要も何もないのだから高利なら高利だと云った方が宜い。ソウしないと事実が分らなくて困る」と打ち解けて尋ねたので原告も大いに打ち解けた様子だった、という（〇大七・二二七 東京各裁判所ノゾ記 黒法師）。

しかし現実の本人に対する審理ぶりは、必ずしも親切なものばかりではなかった。無知で法廷に慣れていない者に難しい術語を連発し、理解できないゆえ答弁に苦しんでいるのを、心証を得るに足りないかと速断するのは害が大きい。⁽⁴⁷⁾「原告本人法語を解せぬ為め請求の原因一定せずして訴を却下する区裁判事在りと是ぞ明治大岡」という寸評がある。〇大

四・九・二〇 大阪法衙より（若翁生）は、「近頃の裁判官は余り法律に拘泥し又法律語を使用するので、法律の素養なき訴訟関係人を困惑せしむることは一通りでない。裁判官が能く当事者に向って一定の申立をなせと命ずるも、当事者は一定の申立てとは如何な（とん）ことであるか薩張り分らぬから請求の原因を陳述すると、其れは後で聞くから先ず一定の申立を為せと命ずるものだから、当事者は狼狽するよ。或裁判所で遣って居る様に、訴状も出て居るから訴状に基いて御前の請求する所はコーかと云う風に聞いたら宜かろうと思う」。〇明三八・八・一〇 東京地方裁判所部長一口評

老紅生 が横田五郎⁽⁴⁸⁾について「氏は法律問題にのみ多大の注意を払い、事実関係は法律問題決定後に調査を要するかの如き態度を示せり。…如何に不関渉主義とは申し乍ら、素人の本人様の出た場合には法官としては如何であろうか。或人氏の法廷を指して小審院と云う。但し余りに法律に拘泥する小さき大審院と云える意味にてもあらんか」とするものも同旨だろう。当時の裁判官の審理ぶりや資質に対して少なからず批判があつたことは、四章で詳しく論じたい。

「哀れな細民」とは対照的な「逞しい・図々しい」本人に対しては突き放すスタンスも少なくない。○明四〇・六・五 大阪法廷見聞録 松生 では、「女」五〇代の被告。保佐人が付添い」は狂せん許りに躍起となりて事実の主張を争い、水沢弁護士「原告代理人」が何か一言云う毎にソレやそうじゃおまへんのでと必ず口を挟みぬ。水沢弁護士遂に溜り兼ね大喝して云う、キサマ黙って居れッ」とそれでもますます食つかかるので、「山口裁判長（貞昌氏） 見るに見兼ね女を叱して云う、此処へ来てソンなに騒ぐと退廷を命ずるぞ、訴訟をするならするようにしてせよ。…女則ち黙して止む」。筆者も「此んなことには女と云うものは執念深く付纏うものなり…さても恐しきは女の妄念なり」と切って捨てている。○大七・二・一八 東京各裁判所ノゾ記 黒法師 も区裁の本人同士の売掛代金請求事件で、

「被告は写真師というだけに柄相応に理屈を並べ、『十二月中に是非届ける約束の台紙を約束の時期に届けなかったから約定の代金が払えない』などと鼻息の荒いこと一通りでなかったが、椎津判事から『ソレなら何ぜ契約を解除して物品の受領を拒まなかったのか』と急所を突かれて、二の句が次げなかったなど聊か愛嬌だつた」⁽⁴⁹⁾。

三 背景（一）本人保護とそのあり方 不干涉主義への懷疑は、本人訴訟において弁護士代理の訴訟よりよく表れうる。明治民法は本人訴訟を認めておりかなりの数行なわれていたとおもわれ⁽⁵⁰⁾、専門知識の不足に起因するリスクを当事者本人に負わせるべきでない、という認識があつたことが見て取れる。

(1) 不干涉主義の認識 但し、本人保護の必要性の認識が必ずしも常に釈明権行使につながっていたわけではないこと

は注意する必要がある。裁判官が当事者本人に弁護士依頼を懇切に勧める例が一定数見られるからである。⁽⁵¹⁾ ○明四一・六、
 一五 法廷内の大阪商人 大阪支局松生 では、原被ともに本人の大阪地裁（商事部）の売掛代金請求事件で、原告が
 完全に被告に吞まれていると見て取った藤波裁判長が「お前は独りで訴訟行為をやるかと問うに、原告は訴訟行為と
 云う言葉の意味さえ分りかねたりと見え、何んだか拍子の会わぬ返事をなし居たり。藤波裁判長ソレと察して更に語を
 代え、お前は弁護士に頼まずに独りで訴訟が出来るか？ 弁護士は頼まぬのかと念を押して聞けば、ハイ弁護士は頼みま
 す。ヨモヤ「被告が」コンなことを云うまいと思ひまして私が出ましたのであります」。○大五・四・三〇 訴訟当事
 者の能力試験 鬼沢部長の審理振り では大阪控訴院部長が遺留分滅殺事件の被控訴本人に、控訴人は弁護士を頼みお
 前に言つて言いまくるつもりだ、その控訴状を読んでみろ、読めたらお前に訴訟をやらせるといい、読めないとい
 見て取ると今度は六法を広げ、たくさんの法律がある、田舎の三百などでなくきちんと法律を知った弁護士に頼まねば
 ならぬ、と説諭したという。この裏返しで、僻地（対馬）で弁護士が一人しかおらずしかも三百代言を厳禁しようとす
 ると、指導せざるを得ないという現実もあった（○明四二・四・三〇 厳原通信）。「裁判所が教えてよいものなら教え
 るが教えることは出来ぬ」と、不干渉主義ゆえに職権の介入には限度があることを明示して諭す例もみられる（○大
 一・九・三〇 法廷雑観）。

弁護士強制の導入を唱える主張も若干存在する。○明四四・一一・五 法廷覗き では、地裁（控訴審）で原被いず
 れも本人という事件で、「事実が随分複雑な上に素人だから、言う事に無駄が多い。控訴人の申立が一審の訴の原因と
 異うので、河本裁判長は『其方が云う事は、一審で申立て居るのと訴の原因が違うから、元通りに言わなければならぬ。
 一審では相手方の承諾があれば訴の原因を変更しても宜いが、控訴審では不可ない』と嘯んでふくめる様に言て聞かし
 たが、控訴人は其意味が解せられぬ。やつと意味だけは判つたが『私の申立は決して違つて居ない。今申立たた事實は、

一審の時に証拠調の申請書へ書いてある。夫れを一審の判決書や調書に書いてないのは、裁判官が悪いのだ』と頑張るので、判事も総掛りで説いて聞かしても承知しない。『お前は判らないから弁護士を頼め』と云えば判つてると云い、被控訴人が抗弁すれば『揚足取りで却々狡い奴です』^{なかなか}斥言い散らして始末に終えぬので、職権を以て弁論を延期された。日本の訴訟法では強制弁護士制を採らない結果、折々斯う云う面倒な事も起きる」とまとめている。弁護士訴訟主義か本人訴訟主義かは国民の法律上の知識水準によって決まるものであり、特に民事訴訟法に精通し不干渉主義のもとで手続を自分でできると考えられる場合には本人訴訟主義でもよいが、そうでなければ弁護士訴訟主義を採るべきである。そうでないと健訟濫訴、事件渋滞、そして判事の干渉に帰結する、とし、明治三六年草案（いわゆる旧法典調査会案）が上告審のみ弁護士強制にしたのは不十分だとする見解もある。⁽²⁾

立証の促しについて批判的な見解として、○明四五・三・三〇 函館法界雑話 巴港 は、不干渉主義とはいえ本人訴訟では幾分の干渉はやむを得ないとしたうえで、『然れども動もすれば相手に対し、其の果して言う処の如くんば其の証人訊問を申請すべしと言ひ、又は其の書類を持参し来りて証拠に提出すべしと言うが如きに至つては、手加減其の程度を失却し来つて、爰に全く訴訟の教授を為すに類するものなり。難い哉其の程度』と述べ、具体的な証拠方法の示唆には批判的なスタンスをとる。

(2) 裁判官の人格・「名判官」への憧憬 他方、弁護士依頼の勧奨を明示的に批判し、裁判官自身による懇切な指導をよしとする記事がある（○大六・一〇・八 法廷総マクリ（三） 黒法師）。東京地裁、家屋明渡控訴事件で控訴人たる「年の頃廿五六、髪を中丸髷に結った一人の女」に對し、

「…名川裁判長が訳も理屈も分らぬ女の言分を酌取り主張を明かにして、和解を試みるまで取斗つてやる審理振は傍で見て居て有難い程であつた。序でだから云うが、之れが法律一点張りの判事となると、不干渉主義とやら云う訴訟法

の規定の為に自縄自縛され、大概はお前などは訴訟が出来ないから弁護士に頼めとか、若くは分りそうもない法律語を使つて相手にも分らず自分自身にも分らぬ押問答をやつて……ジタバタやつてる先生も、すくな 勘くない。ソレとコレと比べると、事柄は小さいようでも深く人格や心事に立入つて見ると雲泥の差があると云つて宜い。流石に名川裁判長は此一事だけでも名判官じゃ」

ここには不干渉主義や法律より、裁判官の人格を重要だとするまなざしが見てとれる。⁽⁵³⁾ 嘆願さえすればお上様は慈悲をもつて正しい裁判をして下さるもの、と信ずる意識も同じラインで理解されよう。○明四一・四・一〇 大阪法廷見聞録 大阪支局松生 は離籍取消請求事件の控訴審で、被控訴人（奈良の田舎の三十ばかりの寡婦と補佐人の兄）が訴訟のことなど全く分りそうもないが、安心しきつて居るのか平然としている。「此の兩人の胸中には、お上様は正直な御裁判をして下さるものとのみ信じ切て居るらしいようなり」。弁論となり控訴人弁護士が証拠申請をすると、「被控訴人等は裁判長に向い哀願して云えり。御下賜金を早く下げて貰わぬと食うにも困つて居りますゆえ、何うか早く終結して貰いとう御座います」と。蓋し被控訴人等は唯だモウ自分が勝つものに極つて居るものとのみ思つて居るもの如し」。裁判長は被控訴人らに、ただ急いでも負けてはいみがない、勝つ訴訟でもやり方次第で負けてしまうこともある、裁判所は調べるべきことを十分調べた上でないと裁判はできない……と述べ、筆者も「言々温情を含み、不干渉主義の下、又た一種の暗示あり、慰藉あり法律以外、審理の妙趣、自から存すと云うべし」とまとめている。⁽⁵⁴⁾

法知識を持たず法廷で困惑する本人がしばしば社会的「弱者」であつたことは、後見的な介入への肯定的な評価につながつていたろう。裁判官の人格は当時の実務法曹たちが裁判の改善のために重要視していたファクターであり、四章で詳論したい。

(3) 口頭受付制度による代替 とはいえ、裁判官への期待は必ずしもパターンリズムのみに由来していたとはいえない。

地方における弁護士は少なさと経済的理由から、弁護士への依頼が困難なケースは少なくなかったろうし、弁護士に代わる身近な相談相手としての代書人や三百代言はその資質に当時から疑問符が付せられていた。とりわけ「弱者」にとつては法知識のリソースへのアクセスは必ずしも容易ではなかったのである。⁽⁵⁵⁾

元来、明治民法は区裁判所については特則として三七四・三七八・三八一条をおき、口頭で訴えを起こすことを認めていた。しかし、実務ではこの便法は死文化して実施されていなかったようで、それを問題視する声が『法律新聞』には散見される。⁽⁵⁶⁾

大正にはいると今村恭太郎が所長をつとめていた神戸を皮切りに、複数の大都市圏裁判所で口頭受付制度が導入された。⁽⁵⁸⁾ 民訴一〇四条「口頭弁論ハ書面ヲ以テ之ヲ準備ス」により、原告は訴状などを自分の側で作成して提出する必要があるが、書類作成を代行する代書人の中には高額の手数料を要求する悪徳業者や知識に乏しい者が存在し、そのことがひいては国民の裁判利用の忌避につながると懸念されたためであった。口頭受付の職掌はかなり広く、⁽⁵⁹⁾ 訴えの提起はその中では比較的少数だったと思われるが、家屋明渡・貸金請求事件が多かったようである。『法律新聞』は懇切な指導・助言の提供を高く評価するスタンスだったと見られ、批判的に論ずる記事はごくわずかである。⁽⁶¹⁾

「書記は懇切を旨とし当事者の利便を図るは勿論なるも、其権利関係に干渉することは之を許さざるのである。例えば貸金の訴を為す場合に貸金証書の有無を取調ぶることは差支えなしと思考するも、訴訟の鑑定を為すことは之を許さざるのである」(〇大五・六・一〇 大阪区裁判所の口頭受付)、「訴訟若くは申請し得る順序を充分了解して居らねば、受付けて貰う事は出来ない…口頭で云った事が直ぐ書記の手で申請若くは訴訟書類になるようではなければならぬ」(〇大三・五・一五 口頭で訴訟が出来る)とはいいつつも、実際には街の紛争のよろず相談所という性格があり、知識のない当事者から要領を得るには非常に苦勞があったという。⁽⁶²⁾

「口頭受付所に納谷主任書記を訪うた。九十度の暑熱をもとせず、瀟洒たる夏服を召してテーブルに向い、四十四五の白の詰襟を着たる男の談を聞きつつあった。其れでは債権者が示談にも応ぜず又延期もして呉れない、而して今弁済の道がないと云うなら、止むを得んから、異議の申立を為し置き逐つて裁判上の和解を願つたら宜からう。彼方に郵便局があるから、若干の印紙と切手を買つて御出なさいと懇切に指図し……」（○大六・七・二〇 口頭受付に就て納谷大阪区書記談）とあるように、本人訴訟において釈明権の行使が果していた役割を代替する部分を含んでいたといふべきだろう。法の専門家たる書記が当事者の話をよく聞いて訴状を作成すれば、口頭弁論の段階でわけが分からないう状態にはならない。○大一一四・九・一五 民事裁判の審理進捗法に就いて 民訴法の大家大審院の判事細野長良氏談が、「民訴に本人出頭を原則？ それもよからう。どうしても勝てる訴訟が、よい弁護人を依頼する財力がない為に敗けなくてはならぬこともある。殊に証拠ということになると、富の多少に関すること最も著しいようである。…本人出頭を原則とし、本人が法律上の疑義も係判事に相談するようにし、然る後其手続を取るようにせば、悪い三百や何かに食いものにされることもなく、従て無駄な訴訟も段々跡を絶つことであらう」。このように裁判官が直接当事者本人に接することにより、「弱者」にも真実に沿つた裁判を実現してゆくべきであるとする主張も、同じライン上に位置づけられよう。

四 背景（二）争点整理の不全——迅速化との関連 積極的な介入の動機として、一審で当事者本人に十分に事実・証拠をさせないで判決をし、上訴審で判決が覆るという事例が多く、一審裁判官としては自分の成績に響いて困るので介入するという認識も見られる。○大六・七・二五 逆耳寸言 弁護士巴港 はある判事との雑談で、本人訴訟では判事が拳証などに干渉しがちなことを否定的に指摘すると、判事曰く「然り、其の干渉真に貴問の如し。然れども其の十分に調べき証拠も調べず而て上訴で判決破るときは、判事裁判上の成績に係る。故に干渉は判事よりしては一種の

防衛法に属す」と答えたので双方とも笑い興じたという。拙速に走らず真相を丁寧に解明することが結果的には迅速化につながるという認識は、本人訴訟の場合は弁護士代理の場合よりさらに強かったとみられよう。

小括

『法律新聞』の記事からは、明治民訴法下の実務法曹において釈明権の積極的行使を肯定的に評価し、かつ期待する声が早い時期から一定以上に存在したことがうかがえる。その理由としては、急速な法継受の帰結として資質に問題のある弁護士が少なからず活動していたこと、本人訴訟を認めていたこと、そして裁判の内容の適正さを保ちつつ迅速化を実現する必要があったことがあげられる。

大正改正法の起草過程のツートップ、松岡義正と山内確三郎についてもこんな話が伝わっている。○大元・一一・一

○ 無題録 は控訴院民事二部長のころの松岡の審理について「チト学問が鼻にかかるのか随分横柄な言葉遣うので、時に依ると法廷が丸るで学校の講堂のように見えることがある。ソノ代り法律の分らぬ弁護士が出ると一々訴訟の遺口を教えてやるので、中にはお影で甘く往つたと云つて喜んで居る連中もあるそうだと某弁護士が云つて居た」。山内は明治三〇年代の短い判事生活——以降は司法省参事官となった——を回顧して、判事席からしばしば弁護士と渡り合つたり議論をしたりしたが遺趣遺恨があつたわけではない、ただ「弁護士諸君に、事件についての調査なり検討なりが杜撰であるか、所謂勉強が足りないんじゃないかという感じを、常に持っていた為めである」。事実や法律上の点について釈明を求めても弁護士は「調べて次回に——」と答えるのが慣例のようになっていたのは不見識、無責任極まると非難している。⁽⁶⁵⁾

実務法曹たちにおけるこのような「空気」が、同時代に進行していた大正改正の起草過程にダイレクトに反映されていたかといえ、必ずしもそうはいえない。法律取調委員会（明治四四～大正四年）においては釈明権行使を強化すべきという認識は稀薄であり、民法改正調査委員会の委員総会（大正一〇～一五年）になってようやく、逐条審議において釈明権強化が明確な形をとるにいたったのである。しかし立法過程（貴衆両院）においては、「明治民訴法としたいの違いはない」という認識が示されるなど司法当局のスタンスは謙抑的なものであり、実務法曹の「空気」を代弁したというべき委員（水上長次郎）は極論扱いを受けたのである。⁽⁶⁶⁾

本章でとりあげた釈明権の積極的行使を描き出す数多の事例は、当時の通例だったのか、それとも例外（であるがゆえに記事にされた）だったのか。確実なことはいえないが、釈明権の積極的行使を常に期待できる状況ではなかったとは言つてよいように思われる。⁽⁶⁷⁾ 弁護士（本人はもとより）の粗忽を描いた記事がかなりの割合を占めていることについては、争点整理のために行われる「普通の」釈明権の行使もそれなりの比重を占めていたであろうことは——新聞記事、とりわけこぼれ話のネタにはなりにくくとも——念頭においておく必要がある。

(1) 同時代の実定法学の扱いは、大多数は条文のパラフレーズにとどまる。当時のバイブル的書物とも形容される今村信行・本多康直『民事訴訟法註解』（明二三）三七〇―三七一頁では、不干渉主義のもとでは当事者の意思に反しない限りで釈明権は行使されるとし、「裁判官は自己」の意に任せ当事者に証拠を提出せしめ、又は職権を以て証人を呼出すが如き行為を為すことを得ざるは固より論なし。依之裁判長は「当事者が」其発問に應ぜず申立の釈明を為さず又は事実の不十分なる証明を補充せざるときは、強て之を為さしめ又は之を明瞭にせしむ可き権なし」としていた。はっきりと釈明権行使に消極的な見解を示す例については水野「口頭審理」注（41）を参照。

(2) 慶応二年（一八六六）生まれ。明治二五年（一八九二）東京帝大法学卒。区裁判事、東京地裁判事、三二年東京地

裁部長、三三年東京控訴院判事、四〇年大阪地裁部長、四二年大阪控訴院部長、四三年大審院判事。昭和四年（一九二九）退官。

(3) 同旨、〇明三四・一・二一 江木博士の裁判所談

(4) 同旨、〇明三七・六・一〇 弁護士控所に於ける東京地方裁判所各部長の評判

(5) 同旨、〇明三五・一二・一五 東京控訴院各部長に対する弁護士控所の評判

(6) 明治一六年（一八八三）生まれ。大正元年（一九一二）日本大学法律科卒、弁護士。

(7) 以下紹介する例のほか〇明四三・五・五 名川裁判長と音羽弁護士の法廷問答

(8) 明治一二年（一八七九）生まれ。三六年東京帝大法学部卒、司法官試補。四一年東京地裁部長、四二年司法省参事官、大正二年（一九一三）九年欧米出張、一〇年民事局長、昭和一年（一九三六）大審院長。本稿との関連では、法律取調委員会幹事（明治四四年）・民訴法改正調査委員会幹事（大正八年）・委員（大正一〇年）として大正民訴改正に長期にわたり関与したことが重要である。

(9) 忌避権については、事実上空文化していると批判されている（〇大一一・九・二三 再び判事に対する忌避に就て（法律新聞））〇大一一・三・二三 裁判官に対する忌避権に就て（法律新聞）。これらの記事は当時審議されていた刑事訴訟法案を機縁としているが、民事訴訟も含めて議論している。

(10) 当時の弁護士法では弁護士会は地裁検事正の監督を受けることになっており、検事正は弁護士会の会場に臨席することができた（二九条）。

(11) 〇明三九・一一・三〇 法廷見聞録 松生 〇大三・三・二五 法廷ノート 〇大六・九・二八 法廷総マクリ 黒法師

(12) 安政六年（一八五九）生まれ。明治一五年（一八八二）東京大学法学部卒、無試験免許代言人。一八年司法省。参事官、大審院検事・判事を歴任、二四年辞職し代言人。三一年衆院議員（二期・憲政本党）、司法次官。東京代言人組合会長、東京専門学校・英吉利法律学校設立に関与。大正二年（一九一三）死去。

(13) 旧民法財産取得編八一条は売買契約解除に訴が必要としていた。この論点についての疑義を解消する必要性を感じたのか、大判明治四一年二月二日民録一四輯一四一頁は民法施行前の買戻契約によりその施行後に買戻権を実行する場合も

相手方への意思表示で足り、旧民法に従つて売買契約解除のための訴をする必要はないと判示している。とはいえ、○大
一〇・九・二三 或日の傍聴（法廷子）もやはり買戻と解除に関するものである。

(14) 以下紹介する例のほか○明四三・六・一五 法廷小観 傍聴子 ○明四三・七・一〇 法廷小観 傍聴子 ○大六・九・
二〇 東京区裁判所法廷ノゾ記(五) ○大七・三・一三 東京各裁判所法廷ノゾ記 黒法師

(15) 同旨の例として○明四三・一一・三〇 法廷雜観 傍聴子（委任か代理か）○明四四・九・五 法廷のいろいろ(二)

(家屋明渡請求で不法占拠か賃貸借解除か) ○大七・三・一三 東京各裁判所法廷ノゾ記 黒法師（担保か売渡担保か）

(16) 慶応元年（一八六六）生まれ。明治二五年（一八九二）東京専門学校行政科卒、二六年代言人。三〇年日本弁護士協会
を設立、のち副会長。三六年衆院議員（一期・憲政本党）。企業取締役を歴任。昭和一〇年（一九三五）死去。

(17) 明治一一年（一八七八）生まれ。三四年関西法律学校卒、三六年司法官試補。高知地裁判事を経て弁護士に転ずる。大
阪市会・府會議員、会社監査役を歴任。大正一三年（一九二四）衆院議員（四期・民政党）。昭和八年（一九三三）死去。

(18) 明治四年（一八七一）生れ。三一年東京帝大法科大学卒。大阪・神戸・東京地裁部長、大阪・東京控訴院判事、四一年
司法省参事官、四四年欧米出張、大正八年（一九一九）民事局長、一〇年司法次官、一三年弁護士。衆院議員、日本大学
教授を歴任。昭和二年（一九四七）死去。松岡義正とともに大正改正のキーマンであり、法律取調委員会幹事（明治四
一年）・同委員（大正二年）・民訴法改正調査委員（大正八年）として起草過程を主導することになる。

(19) 名川侃市。明治一六年（一八八三）生まれ。三六年明治法律学校卒、三七年司法官試補。前橋・千葉地裁判事を経て四
一年東京区裁判事、大正二年（一九一三）東京地裁部長、六年弁護士。昭和二年（一九二七）衆院議員（政友会・六期）、
鉄道政務次官・政友会総務など歴任。一八年第一東京弁護士会長。一九年死去。『法律新聞』でしばしばこぼれ話のネタに
されている。

(20) この点は水野「口頭審理」で詳細に論じた。

(21) 明治民訴法一九〇条② 此訴状ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一 当事者及ヒ裁判所ノ表示

第二 起シタル請求ノ一定ノ目的物及ヒ其請求ノ一定ノ原因

第三 一定ノ申立

- (22) 慶応三年（一八六七）生まれ。明治二三年（一八九〇）帝國大学法科大学卒、農商務省勤務。二六年無試験免許代理人。日本弁護士協会設立に参画。昭和二年（一九二七）法相、一五年枢密院議長。東京弁護士会長・第一東京弁護士会長、中央大学学長を歴任。一九年死去。
- (23) 明治二五年（一八九二）代言人。
- (24) 同様の例として○明三五・一〇・二〇 法廷見聞録（一） ○明三九・一〇・三〇 法廷見聞録 松生 ○明四三・三・二五 土佐法況と其奇風 ○明四四・四・一五 法廷雜観 傍聴子 ○大三・一・一 裁判官より弁護士に望む（東京地方裁判所長牧野菊之助君、大阪地方裁判所長和仁貞吉君）
もともと戦術的配慮をやり手とする評価も見られた。売渡物件引渡請求で被告側弁護士が売渡ではなく担保に入れたのだと抗弁すると、池田裁判長「担保は普通の担保ですか売渡担保ですか」被告側弁護士はちよつと答弁に困つたようだったが、なにくわぬ顔で「売渡担保かも知れぬが、只今の所では只だ担保と云うことだけ答えて置きます」。不得要領の返事で切り抜けるあたりなかなか隅には置けない、と評される（○大七・三・一三 東京各裁判所法廷ノゾ記 黒法師）。
- (25) ○大三・一・一 裁判官より弁護士に望む（大阪地方裁判所長和仁貞吉君） ○大五・四・一五 和仁大阪所長談
- (26) その他同旨、○明四三・三・二五 土佐法況と其奇風 ○大二・八・二〇 感興漫言 大審院長法学博士横田国臣君談
○大四・二・一五 中央法衙の一隅より ○大一二・六・三〇 弁護士道德私考（弁護士T日生君） ○大一一・一・一八
司法革新の急務を論ず 弁護士土屋倫啓君 ○大一一・九・二三 弁護士会則改正問題 営業性及投機性に就て 法学士
古野周蔵君
- (27) ○明三九・一〇・五 法廷見聞録 松生 ○明四〇・二・一五 法廷見聞録 松生 ○明四二・一二・二〇 東京地方
裁判所法廷雜観
- (28) 以下に示す例のほか○明四三・一二・三〇 法廷雜観 傍聴子
- (29) 慶応三年（一八六七）生まれ。明治二四年（一八九二）東京帝大法科大学卒、司法官試補。東京控訴院判事、同部長を経て四〇年欧米出張、大審院判事、四一年東京地裁所長、四四年法律取調委員、大正二年（一九一三）法務局長、三年司法次官、九年貴族院議員、一〇年検事総長、一三年・昭和六年（一九三一）法相、その他内相・衆院議員・政友会総裁を歴任。一五年死去。

(30) 安政三年（一八五六）生まれ。明治一三年（一八八〇）判事補、二〇年判事登用試験合格、二四年東京控訴院判事、甲府・千葉・新潟地裁所長を経て三五年東京控訴院部長、大正二年（一九一三）広島地裁所長、四年大審院検事。

(31) この二つの記事では、鈴木は東大を首席で卒業し才ばしったやや高圧的な人物として、坂崎は私学系（東京法学院）でありながら東大偏重の裁判所で重職についていると賞賛され、対照的に描かれている。帝大偏重批判は『法律新聞』にしばしば見られるモティーフであった。裁判所人事で高位ポストほど帝大（東大）卒業者が重視されていたことにつき、新井勉「大正・昭和前期における司法省の裁判所支配」日法七七卷三号（平二三）、西川伸一「大正・昭和戦前期における幹部裁判官のキャリアパス分析——戦前期司法行政の一断面への接近」明大社会科学研究所紀要五〇巻二号（平二四）。

(32) ちなみに現在では、賃借人の債務不履行により賃貸借契約が解除されたときは、転賃借契約も履行不能により終了すると解釈されている（最判昭和三六年一月二二日民集一五卷二二号三四三頁）。

(33) 原嘉道『弁護士生活の回顧』（昭一〇）二五―二九、九二―九四、一四五頁など。

(34) 北川善太郎『日本法学の歴史と理論 民法学を中心として』（昭四三）第四章、村上二博「明治期における『条理』裁判とフランス法の影響」法律論叢六七卷一号（平六）など。実例として原「回顧」一四五頁。

(35) 新井勉ほか『ブリッジブック近代日本司法制度史』（平二三）、三阪佳弘『近代日本の司法省と裁判官 一九世紀日仏比較の視点から』（平二六）第二編第二章ならびにそこに挙げられた文献を参照。奥平昌洪『日本弁護士史』（大三）巻末の資料によれば、明治四五年現在で弁護士数は二〇三八人、明治二六年弁護士法による弁護士試験より前に弁護士資格を得ていた者の総数は一一二人なので、少なく見積もっても弁護士のほぼ半分は弁護士試験（民事訴訟法も試験科目であった）に合格した者であったといえる。

(36) 同旨、〇大六・一二・二五 破顔の法廷 本人は第三者 呵々子。ヤメ検弁護士の初日の苦闘を伝える体験記として〇明三六・一・一二 初舞台の記 新米代言 もある。

(37) 明治一三年（一八八〇）生まれ。三八年京都帝大法科大学卒、司法官試験補。東京地裁判事などをへて四五年東京地裁部長、大正一二年（一九二三）大審院判事、一四年三井信託法律顧問、昭和二年（一九四七）最高裁長官。二五年死去。

(38) 例えば橋本『在野「法曹」と地域社会』三二―三五頁、同「再論 在野「法曹」と地域社会」民衆史研究七八（平二二）四〇―四一頁の伝える例を参照。裁判官について実務見習制度（司法官試験補など）が早くから整備されていたこと、そし

てその実態については蕪山嚴『司法官試補制度沿革 続明治前期の司法について』（平一九）、岩松三郎『ある裁判官の歩み』（昭四二）一五頁以下、七七頁以下。鈴木忠一『橡の並木 一裁判官の思い出』（昭五九）二二五頁以下。

その頃の法学部の民事訴訟法の講義は主として裁判官の講師によって行われ、彼らの手になる教科書や講義の内容にはドイツ書——理論よりも、実務に傾斜した——の影響が強かったとはいえ、訴訟実務の伝授という点ではそれほど期待すべきものではなかったとみられる。鈴木『民事訴訟法の学説史』、同『日本2』一八一—一八四頁、斎藤秀夫ほか『逸話で語る民訴学者の面影』（平九）一五頁など参照。なお、一部の学校では「訴訟演習」「訴訟実習会」という科目で、模擬裁判を実習させていたようである（明治大学法学部八五年史編纂委員会『明治法律学校における法学と法学教育』（昭四一）九六頁、『中央大学百年史通史編上巻』（平一三）二二九—二三六頁）。

(39) 大野正男（日弁連法務研究財団編）『職業史としての弁護士および弁護士団体の歴史』（平二五・原著は昭四五）は、この時期の弁護士階層が玉石混交で、職業理念や資質に相当の偏差が現存していたことを的確に指摘している（六六—六九頁など）。

(40) 同旨、○明四三・三・二五 土佐法況と其奇風 ○明四五・七・五 東京大阪両裁判所比較評 弁護士法学士清瀬一郎君談 ○大三・一一・三〇 大阪地方裁判所民事部長宮本英修君

(41) 一九五条① 訴訟物ノ權利拘束ハ訴状ノ送達ニ因リテ生ス

② 權利拘束ハ左ノ効力ヲ有ス（第一・第二は省略）

第三 原告ハ訴ノ原因ヲ変更スル權利ナシ但変更シタル訴ニ対シ本案ノ口頭弁論前被告力異議ヲ述ヘサルトキハ此限ニ在ラス

一九六条① 原告力訴ノ原因ヲ変更セスシテ左ノ諸件ヲ為ストキハ被告ハ異議ヲ述フルコトヲ得ス

第一 事実上又ハ法律上ノ申述ヲ補充シ又ハ更正スルコト

第二 本案又ハ附帯請求ニ付キ訴ノ申立ヲ拡張シ又ハ減縮スルコト（以下省略）

(42) 明治二〇年（一八八七）生まれ。三九年明治大学法学部卒、四五年弁護士。長崎県会副議長を経て昭和三年（一九二八）衆議院議員（一期・政友会）。九年死去。『法律新聞』に多くの寄稿がある。

(43) 注（21）を参照。

- (44) 原因の変更を緩やかに認めるべしとする主張として、○大元・一二・二〇 手形法と民事訴訟法(下) 法学博士青木徹二君談 ○大一四・四・二八 民事裁判の国民生活擁護實際化を望む 弁護士松倉慶三郎君。大正改正法が変更を認めるようにしたこと(二三二条① 原告ハ請求ノ基礎ニ変更ナキ限り口頭弁論ノ終結ニ至ル迄請求又ハ請求ノ原因ヲ変更スルコトヲ得但シ之ニ因リ著ク訴訟手續ヲ遲滞セシムヘキ場合ハ此ノ限ニ在ラス)を支持する記事として、○大一五・三・一八 裁判及裁判制度の根本的改善(十三) 判事法学士松山与三吉君 ○大一五・三・二八 改正民事訴訟法案に対する批判 弁護士松倉慶三郎君
- (45) 明治七年(一八七四)生まれ。三二年東京帝大法科大学卒。東京区裁判事を経て明治四一年東京控訴院判事、四二年東京地裁部長、大正二年(一九一三)東京控訴院部長、九年欧州出張、一四年広島控訴院長、昭和二年(一九二七)大審院部長。のち専修大学法学部長。
- (46) 同様の事例として○大七・六・八 東京各裁判所法廷ノゾ記 黒法師
- (47) ○明三五・一二・一五 雪片々。同旨、○明三九・一一・三〇 枯葉落葉 広島大口細二君
- (48) 明治二年(一八六九)生まれ。三二年東京帝大法科大学卒。東京区裁判事を経て三九年司法省参事官、法律取調委員、四三年欧米出張、大正二年(一九一三)横浜地裁所長、一二年朝鮮高等法院長。
- (49) 他の例として○明四〇・一一・三〇 大阪区裁判所瞥見(二) 松生 ○明四四・一一・五 法廷覗き ○大六・一〇・一三 法廷総マクリ(四) 黒法師
- (50) 本人訴訟については統計数値を見出すことができなかった。
- (51) 紹介する例のほか○明四二・一一・三〇 法廷見聞録 田知本生 ○明四二・一二・三〇 東京地方裁判所法廷見聞録 タチモト生 ○明四三・一二・二〇 法廷雜観 傍聴子 ○明四四・六・一〇 法廷雜観 傍聴子 ○大六・一〇・一三 法廷総マクリ(四) 黒法師
- (52) ○明三六・九・一五 本人訴訟の主義を弁護士訴訟の主義に改正すべし 判事木村万象。大正改正法での弁護士強制の採用を求めるものとして○大一四・一・一八 司法革新の急務を論ず 弁護士土屋倫啓君
- (53) 同様の例として○明四四・六・一〇 法廷雜観 傍聴子
- (54) 同様の例として○明四二・一一・三〇 法廷見聞録 田知本生 ○大六・一〇・八 法廷総マクリ(三) 黒法師

(55) この点については、おわりにで若干触れる。

(56) ○明三五・一〇・一三 司法制度改正意見 弁護士ドクトルオブロー山田福三郎 ○明三九・一・二〇 通俗一口ばなし 藤浪生

三七四条 訴ハ書面又ハ口頭ヲ以テ裁判所ニ之ヲ為スコトヲ得

三七八条① 当事者ハ通常ノ裁判日ニ於テハ予メ期日ノ指定ナクシテ裁判所ニ出頭シ訴訟ニ付キ弁論ヲ為スコトヲ得

② 此場合ニ於テ訴ノ提起ハ口頭ノ演述ヲ以テ之ヲ為ス

三八一条① 訴ヲ起サントスル者ハ和解ノ為メ請求ノ目的物ヲ開示シテ相手方ヲ其普通裁判籍ヲ有スル区裁判所ニ呼出ス可キコトヲ申立ツルコトヲ得其申立ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ為スコトヲ得 (以下省略)

(57) 明治二年(一八六九)生まれ。二三年明治法律学校卒、二六年司法官試補。区裁・地裁・控訴院判事を経て三六年東京地裁部長、四一年東京控訴院部長、大正二年(一九一三)神戸地裁所長、八年横浜地裁所長、九年東京地裁所長、昭和二年(一九二七)広島控訴院長、七年退官。『法律新聞』紙上に出された大正民訴改正法案に対する批判は有名である。

(58) 『法律新聞』紙上に上がっているのは開設順に神戸(○大三・五・一五 口頭で訴訟が出来る)、大阪(○大五・五・二八 新築大阪法衙第一日/大阪区裁判所の口頭受付開始)、横浜(○大九・六・三〇 横浜裁判所の和解勧告と口頭受付開始)、名古屋(○大一〇・三・三〇 名古屋地方裁判所の口頭受付開始)、東京(○大九・一二・二三 東京地裁で和解裁判所長今村恭太郎君談)である。このうち神戸・横浜・東京はいずれも今村が所長をつとめていた折に開設されている。

(59) ○大五・六・一〇 大阪区裁判所の口頭受付の列挙するものとして、(1)訴の提起 (2)和解のための呼出申立 (3)支払命令 (4)特別代理人選任 (5)訴訟上救助 (6)執行力ある正本・債権差押命令・仮差押仮処分 (7)公示催告 (8)禁治産・失踪 (9)家資分散宣告 (10)親族会・隠居・廃家・遺言等非訟事件 となっている。

(60) ○大五・七・八 大阪区裁判所の口頭受付の成績 ○大五・一〇・三 大阪区裁判所の口頭受付と民刑事件 ○大八・三・二三 大阪区裁判所の口頭受付 香山主任書記談

(61) ○大一一・一〇・五 裁判時弊所見 (三) 弁護士小林亀郎君 ○大一一・九・八 今村東京地方裁判所長に望む 弁護士CT君

(62) ○大五・七・八 大阪区裁判所の口頭受付の成績 ○大一一・一〇・一五 区裁判所の和解即決近況。

- (63) 明治一六年（一八八三）生まれ。四一年京都帝大法科大学卒、司法官試験。四五年ライプツィヒ・ミュンヘン大に留学、大正七年（一九一八）東京控訴院判事、一四年大審院判事、昭和一五年（一九四〇）広島控訴院長、二二年大審院長。二五年没。
- (64) 明治三年（一八七〇）生まれ。二五年東京帝大法科大学卒、司法官試験。三六年東京控訴院部長、四一年大審院判事、大正一〇年（一九二二）大審院部長、一三年欧州出張、昭和四年（一九二九）弁護士、一四年死去。本稿の関連では、法律取調委員会（明治四四年）、民訴法改正調査委員会（大正八年）で起草委員をつとめたことが重要である。
- (65) 福田耕太郎ほか「逗子閑談録 山内博士回顧談聞き書（八）（二〇）」法律新報五七九、五八一（昭一五）。同所では巧みな求釈明で不勉強な弁護士をからかったことがユーモラスに語られる。岩松『ある裁判官の歩み』三四頁も、任官当時（大正八年司法官試験）の弁護士は一般に勉強が足りなかった。「法廷へ出てきても訴訟法もよく知らないですよ。どうやっていいかわからないんだ。『こうやるんだよ。』と教えてやって、相手の弁護士から、『別に裁判長の忌避を申し立てるんじゃないやありませんけれども、そう相手方に教えないでもいいでしょう。』といわれたことがあります」。戦後司法研修所ができて以降弁護士の資質が上がった、と述べている。
- (66) 起草過程・立法過程の議論は水野「口頭審理」を参照されたい。水上長次郎は安政四年（一八五八）生まれ。明治一七年（一八八四）司法省法学校正則科卒、判事補。二四年大阪控訴院判事、三四年広島控訴院検事長、四一年欧米出張、大正二年（一九一三）名古屋控訴院長、一〇年貴族院議員。昭和一一年（一九三六）死去。貴族院の委員会審議で職権強化の立場から活発に発言した。
- (67) 水野「口頭審理」一四一六、二六二七頁を参照。
- 原嘉道『弁護士生活の回顧』（昭一〇）九九、一四六、一六二、一九七頁では、明治民訴法施行当初は口頭審理が文字通りに実行され、盛んに釈明を求める裁判官がいたことが触れられる。その後変化があったようで、岩松『ある裁判官の歩み』一二八頁は試験時代（大正八年任官）をこう振り返る。「私たちが試験のときには、非常に形式的に裁判をする傾向が多かった。だから一応釈明しますが、それを聞いて、主張自体理由がないやつは、主張自体理由がないといつてはねる。それをネチネチ何とか理由あらしめるようにいわせようとして骨を折っているのは、あまり有能でない判事のように思われているんじゃないかという感じがあった。ですから私も、釈明してそんなことをいったら負けちゃう、こういうふうにいなければならないこの訴訟は勝てないですよと教えて、相手方からあぶなく忌避されるところまでいったものです」。

（68）たとえば林道晴ほか編『ライブ争点整理』（平二六）を参照。

（未完）