



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	葛藤する法廷(3・完) : 『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(6), 25-73
Issue Date	2017-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/65025
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol67no6_02.pdf



葛藤する法廷（三・完）

——『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

(以上、六七巻四号)

(以上、六七巻五号)

(以上、本号)

四章 裁判官の理想と現実⁽¹⁾

訴訟関係の明瞭な認識と真実探究のための職権の介入は、明治民訴法期の『法律新聞』においてポジティブにとらえられていたが、はたして当時の裁判官は高い期待を寄せられるに足る存在だったのだろうか。本章では『法律新聞』記事に見られた裁判官への批判を素材にして、裁判官の実態を検討してみたい。⁽²⁾

一 裁判官の「非常識」

大正初期までの『法律新聞』においては、裁判官の「非常識」がキャンペーン的に強い批判の対象とされている。今日の裁判官は学校で学んだ外国由来の法律や、机上のハイカラ的新学説をいたずらに振り回している。法律の理解が形式的で、機械的解釈をおこないがちである。国情民俗の実態にあわせて法律を適用するのではなく、実態を無理やり法律に適合させようとしている——「非常識」とはこういうところだろうか。^③

(1) 学理偏重

大正民法改正のキーマン・松岡義正について、○明三七・四・一五 弁護士控所に於る東京控訴院各部長の評判の酷評をみよう。

「元来君は仏蘭西法出身の法学士であつたが、卒業後大に悟了する処があつたか急に独法に指を染むることになつたは、抑々君の出世を早からしめた。…ナポレオンコードの蒼苔厭う可しに引換え、日進開発の論理を経緯したる独法を学得（？）して以来、天狗は独り弁護士に対するのみでなかつたことは、同勤の陪席若しくは同輩も一様の觀察であつたらしい。勿論デルンブルヒは大学での教科書先ず之れを讀過した後古い本だが、差し向きゾツフェルトやガアープの民事訴訟法を繙読して我邦民訴の由来を訪ねて大に悦に入り、盛んに法廷に於て形式をむつがッたは蓋し此時代であらう。松岡君の白州に被告は五割方贏だとの噂は、君が民訴研鑽の資料に贅せられたる原告方の不幸を意味し…後日の大成を期しての所存が、折々裁判そつち除けに書籍を訟廷に縋て居つたは、君の脱帽の癖と共に目障りであつたに過ぎない。…一体近頃の裁判官には裁判を弄ぶの弊があつて、自分の頭脳が余りよからぬ処へ無暗に独逸書杯^{など}を注ぎ込み、四通八達の達路^{みち}に迷うて法律学を此上なき洪難のものと心得、法廷に望むや髣髴たる理論を夢みて、ヤレ貸金？貸金では分らぬ消費貸借？ナニ預金？消費貸借かと得意がり、法廷はテクニカルに言語を交すべきものの如くに考え、テクニ

カルならざるものは丁稚小僧の疾く了解することさへ、一々問題に上せて奇論妙説を闘さんとするの習癖あるは、慨わしき事の極みである。松岡君が：徐に問答を始めると：法学生の討論会か但しは口述試験の推問と云う体裁があったは、裁判に熱心と言わんより、寧ろ攻学に氣を取らると云う方が適当らしく見ゆるは、甚だ残念である」。○明三九・九・二五 大審院判事柳田直平君談片 は明治九年の出仕生徒（司法省法学校の速成科のこと）として養成を受けた柳田の談話である。自分が学校を出た時分は、資格の有無に関係なく希望するものは裁判官にズンズン採用され、今と比べれば法律の知識は実に幼稚だったが、「其割合に事実裁判をする」と云う上に於ては、今日と較べて敢て法律の進歩が違う程には其結果が違わなかったように感ずる」。その後「法律学の研究が盛になった結果として、又裁判が法律一遍に傾いてしまつて、どうも事実の真相を鑿つと云うことが十分に届かぬ傾向を生じて来て：」と回顧している。

法律家の卵たる法学生についても辛辣な批判が見られる。ある者たちは、教師に吹き込まれた難解な法理学説の暗記を重んずるばかり、簡単な法文さえ忘れてしまふ。逆に他の者たちは法文ばかり重視し、些細な法文の欠点不備を知れば熱を上げて議論する。「前者は本郷辺「東大」の学生に多く、後者は神田辺「私学」の書生に多きが如し」。

それらの法律・学理がわが国の社会が自ら生み出したものでなく、輸入品であることも批判される。英国民が法律を自分たちの共同生活の自然の条件と考えているのに対し、わが国民は明治以降新法典が沢山できてしまふも多くは外国法からとられたためか、法律はお上から与えられるものと考え、裁判官もいきおい法律が社会を生み出す、法律で社会を導こうとする始末である。フランスにおいてはまず私権が発展し、そこから政権「公権のこと？」が発達したゆえ、私権の保護尊重が重視されているが、日本の判事は学校で機械的に法律を学ぶだけであり、法律の真精神を会得し私権を保護するという考えが毫もみられない、とも批判される。条約改正のために、自分たちの法律が日本に急速に導入されるのを見ていた、外国人の目にはどう映っていたらうか。日本の裁判所の「裁判は法文に拘泥して形式に流れ、事実の

真相をあやまるものあり。：日本の司法官は法律を暗唱したる学生にして、法理を咀嚼するの精神を有せざる者なれば、彼等に訴訟の判決を請うも蓋し無益の業なり」。甚だ無礼な言ではあるがわが司法官も猛省すべき、とまとめられる（〇明三四・八・一九 我裁判官に対する外人の批評）。こうした認識は以下述べる、法の形式的適用と社会の実態からの乖離に対する批判へとつながることになる。

(2) 法の形式的適用と現実からの乖離

法律の理解・適用が形式的なものであるために、「常識からは受けいれがたい」解釈・判決が下され、実害が生じていると激しく非難されている。〇明四一・一二・五 法律の害用と執法者の注意 判事松沢常四郎君 は、貸金の担保として行つた養子縁組（芸妓の抱主と芸妓、高利貸と債務者の娘）を有効としたり、雇用契約の違約金特約に基づいて製糸業者に対する工女の賠償責任（親に渡した手付金の二〇（五〇倍）を認めたりするのは（民法四二〇条一項・三項）、縁組届や契約証など表向きのみ立派な証拠にとらわれた、上滑りの判決だと厳しく非難する。「僅に壹円や貳円の手付金のために、二三十倍乃至五十倍の違約損害金を契約すると云うが如きことは、常識を以ては想像の出来ないことであるし、且つ其契約証書は何れも不動文字の印刷物なる点より考うるに、其間何等かの消息があるのではあるまいか。：工女の父兄の無識なるを利用し、単純なる手付金の受領証なりと詐り、読聞を為さずして署名捺印を為さしむるのではあるまいか。：執法者のより以上の深切と努力とは、当事者の適切なる立証と相須ちて、之を救済することが出来ようと思う」。

大正初期にかけてキャンペーン的に取りざたされたのは、裁判官の商事実務への無理解であつた。とりわけ約束手形の記載ミスめくり、裏書譲受人「下谷商業銀行」とその次の裏書譲渡人「株式会社下谷商業銀行」を同一銀行と認めない、振出地を「何区何町何番地」とのみ記載し「東京市」の記載を欠くものは無効とする等の判例に、実業界が大混

乱をきたしているといった多数の批判記事が一時期見られた。⁽⁸⁾ 手形以外でも、仮登記抹消請求事件で訴状の一定の申立及び原因には「築地三丁目」、口頭弁論では「築地二丁目」と述べたため、同一物でなく訴の原因の変更に当たるとして原告を敗訴させたり、金銭授受の終了しないうちに登記した抵当権は無効と判断したりなど、様々な事例が批判的に取り上げられている。⁽⁹⁾ 三井・三菱の両銀行の幹部は次のように非難する——「▲裁判官は非常識也」：「破産申立事件で」被申立人が私の銀行に預金があるから、其範圍で手形を割引して金を貸付けた事実から、銀行の預金は凡て小切手で預主勝手に引き出す事などを「証人として」詳細に説明しました。⁽¹⁰⁾ 処^{ところ}が其裁判官は私に更に反問をして云うには、被申立人が銀行に対して貸金即ち預金があるにも係わらず、手形の割引を依頼して金を借り受くる道理がないと云われるのであります。而して小切手で自由に金を引き出すと云う方法が何うしてもおかかりにならぬと見えました：「〔手形振出地の判例を挙げて〕僅かの手落から莫大の損失を招く、是れ^{ただ}啻に理論のみに止らず取引上屢々遭遇する事実である。故に吾々の如き者は、法律ほど恐るべきものは無いと思う。殊に銀行家としては、寧ろ法律に依て取引することは成るべく避けたい。また到底完全に制規の手続を履行することは出来ない。：何十口とある日々の取引に、一々法律に牴触せざるや否やを顧慮したら間に合うものでない」。東京地裁所長が財界の巨頭・渋沢栄一に裁判事務の改善を要する事項について調査を依頼し、東京銀行集会所（全銀協の前身）が詳細な意見書を提出するなど、この問題が深刻に受け止められていたことが知られる。⁽¹¹⁾ 『法律新聞』主幹の高木益太郎は宮城屋銀行の小僧を勤めながら東京法学校に通い、弁護士として尾張屋銀行の設立（明治三十三年）に関与、同行の監査役を務めたりするなど実業界での活動もさまざまあり、実業家も読者として想定していた。⁽¹²⁾

大正中期以降においては学理偏重・常識の重要性を主張する記事は大きく減少するが、その内容には大きな変化は見られない。⁽¹⁴⁾ 大正末期に至っても〇大一一・五・二五 司法官会議（第三日）平沼大審院長訓示 は、

「法の文詞に拘泥し形式的理論を基礎として裁判を為すときは、実生活の要求と背馳し、社会生活の安全を保障するを以て目的とする法律の精神を没却するに至るであろう。…従来法学を修むる者、法の文詞と形式論理の研究に偏倚する弊に陥りたるの觀があつたが…実務の指導に力められんことを望む。又裁判官たる者、法理は裁判に於て闕くべからざる要素として、之に精進せざるべからざるは勿論なりと雖も、…其見聞を拡張し不断の努力により実験の法則を検出し、其裁判をして実生活に適應せしむることを期せなければならぬ」と訴えねばならなかつた。

二 「常識・人格」の賞揚

学識偏重が批判されたことの帰結として、裁判官が「常識」を備えること、法についての学識のみならず、学識よりも「常識」に沿つた訴訟手続・判決を下すことが大正初期までの紙面では強く主張され、かつ賞賛されている。⁽¹⁵⁾ ○明三九・九・五 大審院民事部長判事寺島直君談片⁽¹⁶⁾は、

「世間で彼是^{かれこれ}言う常識論だが、吾々は如何にも当然かと思つて居る。現に大審院に於ける事件でも、法律上の理窟としては控訴院の裁判通りで差支えないように見えるが、如何にも常識に外れた裁判であるから、先ず受理して置いて一同で一つ考えて見ようじゃないかと云うことが往々ある。…今は少しく常識を参酌して、理窟も常識に適つた理窟でなければ採用出来ぬと云うような傾きになつて来た」と明確に述べる。○大五・四・二五 大阪法曹談片は、大阪区裁の片山判事は自分は法律など少しも知らないといつていたが、非常に常識が発達しており事実認定が常に事実に符合するので、上訴審で覆ることが殆んどなかつた。若林判事はやかましい法律家で判決は理窟がよく通つていたが、上訴審でよく覆つていた、今日の司法官には常識が欠けている、とする。○明四五・三・一五 時事小言 巴人は「社会的裁判所に付きて」と題して、「国民共同生活の発作其心理、依つて来れる行為の性質を解剖し、総ての法律關係を社会的

に「觀察」するものとしての「社会的な」裁判所・裁判官を望む声がドイツで出て来ると紹介する。「吾人は欧米に於ける最近の趨勢に鑑みて、裁判官に常識を要求するの希望が、独り日本国民のみにあらざるを知ると共に、全国三千の判檢事諸君に向つて、切に社会を觀察するの勞を取られんことをこいねが希うもの也」。

その関連で、大岡越前・玉乃世履・『ヴェニス17の商人』のポーシャなどが名判官として賞賛される。18○明四一・三・二五 司法官の修養 宮城控訴院長法学博士前田孝階君演説 19は宮城法曹懇話会で、「司法官にして 苟いやくも社会の事情に迂遠であるならば、到底当代の大岡越前守となる事は出来ぬ。即ち情理併せ尽す処の明法官と為つて邦家に貢獻すると云う事は、到底思いもよらぬ事と思う（拍手起る）。思うに大岡越前守は、必ずしも其時代に於て法律の真理に曉通したる人であると云う事は出来ぬが、寧ろ其当時の社会の情況人情の微細の点に迄頭を廻らし、事の表裏を知り其虚実を明らかにし、而して理に則り情を酌んで裁斷を為したために、遂に其赫々たる名声を博するに至つたものと思われ」と評している。判檢事試験では外国語の知識などより社会上の事実20に眼を向けさせるべきであり、弁護士・裁判所書記から裁判官を採用し、司法官試験に社会実習をさせるなどの提案がなされる。

当時は徐々に無學歷や学制未整備期の裁判官が引退へと追い込まれてゆく過渡期であり、いわゆる「老朽判事」たちは明治三二年（一八九八）、大正二年（一九一三）、そして一〇年（一九二一）の大規模な人事異動により、徐々に淘汰されてゆく。21しかし『法律新聞』では、経験をつみ世情各般に通じ常識に富んだ「老朽判事」を司法当局が引退に追い込むことへの批判がみられる。老年判事の排斥により意図的に経験の蓄積を排斥した以上、「今日の裁判所に常識がなく、唯だ一に理屈と法律とのみが残つて居るのは当然の結果であつて、今更常識欠乏論など杯を唱うるは、殆んど因果の二つを知らぬ愚論である」。22特に区裁判事には老練な裁判官を積極的に任用すべきとする主張が見られる。磯谷幸次郎（大審院判事）23は「区裁判所の取扱う事件は輕微のものなるが如きも、決して然らず。社会の實際に日常發生する多くの問題

は、最も直接に社会全般に至大の影響を与うるものなり：今日の如く、腰掛的に試補上りの年少者を用ゆるは、大に策の誤まれるものなり：構成法改正の暁には、区裁判所判事の地位数等高め、年老いて社会の経験にも富める敏腕家を挙げべきなり」とする。つづけて磯谷は、試補として麹町区裁判事だったおりの失敗談として、立退請求事件で契約書の「地代滞納の際は直ちに立ち退く」規定を文字通り受取って立退を言渡した。後になって「東京には地代さえ払えば早速立退を命ぜらるる筈なしとの慣習あるを知り、独り若気の至りなりしを心に恥じたることありし」と述懐している。⁽²⁴⁾

この時期一五年間にわたり大審院長を務めていた横田国臣⁽²⁵⁾は、世人の憧憬しつつある大岡裁判のごとき名裁判を実現すべく「情実裁判所」の設置が望ましいという（○明四二・八・一五 陪審制を排して情実裁判所の設置に及ぶ（下）大審院長法学博士横田国臣君）。

「命じて情実裁判所と云う、語甚だ奇異なるが如しと雖も、敢て情実を以て裁判せよと云うに非ず。即ち其裁判官たるものには法律家たると否とを問わず。老実にして能く世故に老け、正直にして義を枉げざる人物を以てし、訴訟手続又は法律適用の如きも甚だしき杓子定規的小天地に踟躕^{ちとく}「恐れてびくつくこと」せしめず、其裁判官の自由裁量に委ね、以て普通控訴院に於て法理と情実との適合に困難を感じたる事件を情実裁判所に出訴することを得せしめ、此の裁判に對しては上訴することを得ざらしむるに在り」。刑事と異なり裁判官の手心を加えることが難しい、民事裁判について一層情実裁判所設置の必要がある、と主張するのである。大正民訴改正のキーマン・山内確三郎も、無料の和解手続の前置を義務付けて、判事が干渉主義で事件の真相を捉えドシドシ裁決することを主張した。「今は不干渉主義である上に最初から弁護士を付ける。弁護士は法律を楯に取て黑白を争うから、裁判官亦法律に依て是非とも黒とか白とかハッキリした判断を下さなければならぬ。：往々裁判官の常識を云^{うんい}為する者がある。併し之は制度の上から自然法律に拘泥するようになって来るのだ」として、なるべく和解で解決するようにすれば、法律に常識を調和させた鼠色の良い裁判

を実現できるはず、と説く（○明四五・四・二五 鼠色の裁判 司法省参事官法学士山内確三郎君談）。

むろん、経験や世情につうじた「名判官」が希求されたのは、現実がそれから遠く隔たっていることの表れであつたろう。裁判官の人格そのものに問題があるとして、ややセンセーショナルに批判する記事もみられる。⁽²⁶⁾「司法官常識欠乏の」批難あるは、彼の最も外国語に堪能なる帝国大学の卒業生なりと信ず。如何となれば大学卒業生たるや、実には生の半をお部屋住居のぼっちゃん生活に終り…平穩無事誠に御目出度成長せる所の者にして、錯綜せる社会の状态等如何で知悉し得べき。…此点に於ては、私学出の判検事は比較的時弊^{すくな}尠く、常識發達したる人多数にして人材又豊富なり。殊に各省裁判所其他の官署に奉職するか、又は弁護士公証人等の食客を為す傍法律学校を卒業し、試験に登第して判検事となりたる人に付き、特に其然るを覚ゆるなり」。司法官は一般人や行政官と違い世間知らずである。「一例を挙げれば、司法官の宴会は通常よりは三割位安く、以て通常よりは慥かに二時間位は長居し、茶代は勿論芸者に花を遣ること殆んど之れなきが如し。擬洋服の着形は如何と見れば十年前の最も旧式の、而かも体格に符合せざるもの甚だ多く、襟は必ず垢付きて茶色ならざるもの尠し。某種婦人等が、一見或種の司法官たることを識別し得べしと誇るあるを聞く、決して偶然にあらず。其の他人に対する態度は…面強く他人の厚意に背き、理由なく公会の席を欠くこと珍らしからず。甚だしきは新聞雑誌を見ざるものさへ少なからず。…社会の状态人情等を基礎として定めたる法律なるに於ては、苟も之が運用に任ずるもの、社会の状态人情等を度外にして何に依て以て運用を適当ならしむべきや、吾人大に疑わざるを得ず」。⁽²⁷⁾

三 權威主義

「常識」の賞揚と同一ライン上の現象として、偉ぶらず肩ひじ張らない対応をする裁判官への好意的な評価をあげることができる。○明三六・一・一 平民的判事石川浅之助氏⁽²⁸⁾は、長年弁護士を務めてから茨城・太田区裁判事となった

石川について、赴任初日まず最初に弁護士控所に挨拶に来、受付事務を改善し、「訴訟人に対するには極めて平易の語を以て、田夫野人にも了解せらるるように裁判せらるる：判決を言渡すにも『原告の請求を却下す』などと云う四角張りたる語を用いず、原告に向つて『お前が敗けた其訳は云々である』と云う様な工合」。水戸管内では上官にへつらう弊風があり、「所長又は検事正の私宅を訪問して坐布団の上に座ると云うは、上官に対する礼を失するかの如く考えられてある。然るに石川氏は：坐布団の上に座るは愚か、アグラをカイト共に談笑すると云う有様だから、下々の評判は善いが上の方に対しての受方はどうであらうと云う人もある」。もし氏のような裁判官が多数出れば、司法部の国民に対する信用は一層高まるだろう、と記事はしめくくられる。○明四〇・一・三〇 西川岡山区裁判所監督判事就任演説も冒頭で、「人民へ接するには尤^{もつと}親切丁寧ならねばなりません」と述べ、裁判所はとかく忌避されがちな場所であり、「事に慣れざる田舎の人などは裁判所へ出でてどきまぎするもの」だから、「叱つたり怒つたりするは人民が矛盾したる事を云うとか、又は指図通り事を為さざるによる場合に多いものです。然れども、人民が矛盾の陳述を為し又は指図通りに為さざるは、当局者が其道を尽さざるによること多きを考えねばなりません」。「人民に接する言葉を平易にせねばなりません。：田舎の何も知らざる人に向い、期間は如何送達は受けたるや等の言葉を遣うも、何がキカンやら何がソーダツやら頓と判りませぬ。只判らぬ儘にへいへいと返事をするものです」と諭して⁽²⁹⁾いる。本稿でもすでに指摘したように、裁判官が難解な法律用語をふりまわすために、釈明権の行使や証拠調に実際に支障が生じていた。これも西洋近代法継受の過程で、「外国法の翻訳語」としての「漢字熟語」が大量に用いられるようになったことの、一つの帰結であつた。⁽³⁰⁾

親しみやすい裁判官への賛辞は、やはり現実のうらがえしだったかもしれない。裁判官の官尊民卑・權威主義的な姿勢への批判が大正中期以降の時期にやや目に付く。⁽³¹⁾○大六・一一・五 審理の公正（判検事と弁護士とに望む）（法律新聞）は、「地方裁判所以下区裁判所に至りては、判検事は官吏の威厳を以て、往々弁護士を凌辱せんとする傾きあり。

都会地以外の裁判所に於て特に其弊の甚しきを見るが如し。…弁護士にして卑弱ならんか、判検事の前に叩頭せざるべからざるに至る」として、弁護士が判検事の前では常に戦々恐々とし、裁判長閣下とか裁判長殿と呼んで低頭平身する、「此の現象が審理の公正を紊^{みだ}り、裁判の神聖を害するの虞れなきや否やを疑うこと久し」。他にも証人などを「貴様」「お前」呼ばわりする、法廷の弁護士席は判検事席より低く敷物もない、はては裁判所の食事について弁護士や一般人は食器も中身も官吏より悪いのに、値段は高いことまでがあげつらわれる。○大八・一〇・一八 第十四回九州沖縄聯合弁護士大会 の決議では、

「一、司法官の内には公正誠実の心念に乏しく、吻りに暴威を張り訴訟人を叱咤し不親切の挙動を為す者あり。是を以て人民は其暴威に懼れて憤慨し裁判所を怨むに至り、毫も之を親むことなし。…二、司法官にして訴訟人又は「原文は「又」に」証人を軽蔑し、或は馬鹿と罵り或は愚物と侮辱し、当人は勿論傍聴者に至っても憤慨の止むべからざるに至ることあり。曾て数万の財産を有する老婆ありて訴訟せし者あり。司法官は此老婆に対して発する言語は粗暴にして侮辱極めたり。老婆退廷の後大に立腹して曰く、将来如何なる侵害を受くとも再び裁判を求めず」としている。

これらの指摘は権威主義への批判や、弁護士の判検事に対する平等化運動というべきものであるが、親身な裁判官への憧憬と、それからへだたった現実の裁判官のありようを示すものといえよう。

四 人格への期待と「イギリス法」

裁判官の人格や「名判官」に期待する記事の中には、このイシューを継受法との関連で捉えるものがみられた。

○明三八・八・二〇 弁護士常議員会議長山田泰造君談片³³ は、現時の裁判官は学識は優れているが、法律を社会の現状に即して適用するには経験も必要とし、「尚望むらくは之に徳望を加味したい。而して裁判を受けた者は如何にも御尤^{もつと}であると云って、帰服する程度に進めたい。…徳望があれば、裁判の信用と云う点も至って大に其価値を認むる

のである。孰^{いず}れかと云えば、余は此信用なるものが受判者に満足を与うる一番必要なものであらうと思う」³⁴として、学識・経験・徳望を具備した「英吉利流儀」の裁判のやり方を希望するという。

司法官からも人格の向上に関連して、イギリスへの高い評価が見られる。○明三七・八・五 司法省参事官兼東京控訴院検事齋藤十一郎君の時事談片³⁴は、英国の大法官以下の人物は学識・経験・品行をすべて兼ねそなえたジェントルマン中のジェントルマンである。独仏は自国の法官の品位を高めて英国風にしようと努めており、文化や公德の水準が独仏に劣る我が国において、司法官を英国風たらしめることは容易ではない。単に増俸するだけではなく、無形の材料を必要とする³⁵と主張する。当時の司法官僚の巨頭・横田国臣も、わが国の文明は学問はかなり発達したが、人の品性・人格の修養はなおざりである。「近來学問界に独逸流行の結果は、彼の新開国の特徴たる学問上の文明を取るの風一層甚だしく、精神方面を無視するの導火線たるに至った。之を英国に見よ。彼の国は不文法国家たるに拘わらず、又学問の点に於て縦令独逸の様なシステムチックになつて居らないとしても、其判例は立派なもので、裁判官も社会の實際に適さない様な判決はしない。是と云うのが畢竟裁判官其人の人格に於て、大に他国の国法と異なるものがあるからではないか」(○明三八・一〇・一〇 横田検事総長を訪ふ(承前))。

○明四五・一・一 新年試筆 で記者が「維新以降泰西文物輸入の急は、官民を通じて智能を偏重し、其極人格の如何を問わざるに至れり。是れ現代の弊患に非ずや」とするのは、明治末期の思潮の一面であつたろう。別の記者が十年後のわが司法界を予想して、「◎情弊を打破し上級司法官を弁護士より採用すること頻繁なり ◎司法官独逸書を罷^やめ記録を精査し傍ら常識的の文学を志す ◎人材の拔擢は人格を本位となす故に判事意地悪るなし ◎人格向上し理性の判断を感情に馳^はすることなきが故に弁護士は気楽 ◎弁護士判事を信用すること厚し従て民衆の尊敬司法官に集まる」とするのは、イギリス流の法曹一元論との結びつきが看取される。

五 近代法学識の必要性の認識

(1) 近代法学識の偏重が問題視されていた一方で、端的に学識が不足し、不適切な判断をしている裁判官もまた非難の対象であった。

○明三九・六・二〇 山杜鵬 は、長崎控訴院弁護士室での弁護士達のぼやきを紹介する。熊本・人吉区裁の貸金事件で、債権者が先ず債務者の財産を仮差押してから訴訟を起こしたところ、債務者本人が法廷で、財産をすべて差し押さえられて信用も失墜し、ドウすることもできず弁済を怠ったと哀れげにまことしやかに申立てた。「裁判所は被告の弁疏を採用して古今無類の裁判を下したよ。即ち判決主文に於て『原告は仮差押の解放を為すべし』『被告は仮差押解放後直に支払うべし』と云うのであった。流石の僕も啞然として開た口が塞がらなかった」。○大二・一・二〇 老朽判事の淘汰と書記の人選 判事法閑坊 も、「吾輩の知って居る司法官中に：今時全然民事は勿論のこと刑事の判決書さえ綴れないものがある。と云えば嘘の様だが決して嘘でない。常に書記や雇にそれとなく相当の報酬を払い、其代作を請負わして居るから驚くではないか」と批判し、そういった判事は区裁に多いとして「年功に依り司法官となりし十九世紀代のもの、代言試験及第者とか新民法『明治民法のこと』前の判検事試験及第者」を追放し、「少壮有為の新智識たる法学士連」に地位を与えるよう主張する。○大二・三・三〇 司法五案決定（法律新聞）も区裁には統計上老朽判事が多く、明治三〇年ごろの法制一新を考えれば問題があると指摘している。

ほかに、家屋明渡の訴えで原告が三月前までの解約申入れ（民法六一七条）をしていなかった事例で、「裁判確定後三ヶ月後に明渡すべし」との判決をしたり、小作料は法定果実なので日割計算するという弁護人の主張（民法八九条二項）を、判決文中に「小作料は天然果実なり」と大書して退けたり、判決に仮執行宣言を付することを弁護士の申立により生まれて初めて知った裁判官が、大岡以上のとんちを働かせて「原告代理人は如何云う宣言をして貰いたいの

すか」と尋ねて切り抜けたり、法律問題の解釈に自信がない裁判官が事実認定として裁判し、上級審での破棄を免れようとするなどの事例が取りざたされている。⁽³⁶⁾ こういった裁判官の状況に対し、法廷運営そのものについての監督や研修の実施などの提言もみられる。⁽³⁷⁾ 当時、司法省が強力に主導するかたちでの「老朽判事」更迭が行なわれており、弁護士団体にもそれを支持する声は少なくなかったとみられる。⁽³⁸⁾

学歴があれば十分な学識を持っていたわけでもない。○大九・一〇・二〇 帝大出身の司法官再教育は、好景気ゆえに帝大卒業生からのリクルートが難しくなり、採用標準点を卒業成績七五点以上から六七点以上に下げて、採用の過半数を帝大卒から、残りを私立卒の試験及第者から採用していた。「為に大正六年以降の帝大卒業司法官の学力が著しく低下し、一年有半の事務を修習しても一片の判決すら満足に書けぬと云う心細い状態で、司法省でも頗る手古摺った揚句、結局司法官試補として更に再教育を施すより外に途がないという事に一決し」、かつて前例のない学校様のものを設けて、百余名の司法官試補に法律研究のやり直しをさせたという。⁽³⁹⁾

(2) 「常識」ある裁判官への憧憬が大正初期にかけての『法律新聞』の支配的な論調であったとはいえ、すでに証拠調について指摘したように、それを「常識」偏重として批判する記事もなかったわけではない。⁽⁴⁰⁾ 明四一・四・五 司法官の修養 宮城控訴院長法学博士前田孝階君演説 は、民法や商法の実施によって實際上不幸な結果を蒙った者が少なくなかったことを認めたくて、新法実施の際には法律の不完全・司法官の不注意・民衆の法律思想の欠乏ゆえに不都合な結果が生ずるのもやむを得ないと述べ、以下のように続ける。

「然るに我が国に於ては、一時は司法官に常識なしとの批評を試みた者もありまして、誠に片腹痛き事でありました。試みに其批評を為したる者に対しては私は、常識なる語の解釈を求めて見たいと思います。恐らくは其人は：法は民をして之に依らしむ可し、知らしむ可からず、と云う時代に於ける常識の意味であろうと思いますが、是等は固より歯

牙に懸くるに足らざる事柄であつて、世の毀譽褒貶は我々法曹の関する処ではなく、我々は単に行政権に対してのみ其独立を確保すべきものではないのであつて、社会の評論に対しても亦た十分に其独立を維持するの覚悟あるべきは、最も必要の事柄であると信じます」

たとえ外來の継受法ではあつても法知識を持つことの必要性、そして裁判官は世論にあまり過敏に反応すべきでないという主張である。次章で示すように、実業家たちの「非常識」批判に対して、それは実業家が余りに法に無知・輕視しているゆえという反論もすくなくはなかつた。

「弱者」偏重の姿勢への痛烈な批判として、○明三七・五・一五 吏弊一斑（不動産取扱に就て）は「近来我が地方司法部の方針が、債務者のみに多大の同情を与え債主を攻むる」ことになっている。鵜の目鷹の目的に債権者側の瑕疵をあげつらい、少しでも証書に不完全な所があれば敗訴とし、「又事実も証拠も立派なる時は、判官は『貴様は高利貸に非ずや』『高利貸同様のことを言うな』『示談せよ示談せよ証人もなんにも入つたものか』『何だと先ず先ず元金さえ取れば善いじゃないか』などは平素の事」。そうと知つて債務者は付け上がり、虚構の口実に基づいてみだりに告訴告発を行うので貸金業者は直ちに入獄せしめられる。その結果、「近日大阪市の如き名古屋市の如き豊橋・岡崎・一の宮・岐阜・大垣の如き、貸金業者は勿論銀行も皆、言合せたる如く貸出を為さざる事に相成候^{いたす}：皆な貸して叱らるる手間取らせらるる拘留せらるるの危険あるにより、徒に「金銭が」蓄積死蔵するの已むを得ざることに相成りたる事に御座候」と嘆いている。横田国臣の情実裁判所論に対しても、法律と情実が一致していないゆえの不都合は法律を情実に適合するよう改正することで対応すべきであり、また英国のように常識を備えた弁護士を裁判官として採用すればよいという批判がある⁴¹。

東京と大阪、中央と田舎で偏差もあつたようである。○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　は、「東京の方は法律の解釈に重きを置き、大阪の方は事実の真相を得ようとする点に重きを置いて居る傾向がある」とした上で、大阪の判決は「常識の濫用も余りに甚し過ぎる」。東京は「如何に法律の解釈が立派だからと云った所で、判決の結果が実際の事情に適して真に私権保護の実を挙げると云うことにならねば：何等の効のないことになって仕舞う」。「東京地裁の」名川裁判長の審理振は、先ず申立や争点を明確に極めて、調書などは一々自分で要領を述べて書記に書取らせると云う風で総てがキチンとして居る所など、所謂東京式と云うのだろう：反^{これにほんし}之大阪の遺口^{やぐち}は、多くは裁判長が自分一人で一切呑込で置くと云う風な遺口で、調書なども一切書記任せにして居ると云う風がある」。「大阪控訴院」古莊院長は、「裁判と云うものは善い方を勝たして、悪い方を敗かすようにさえずれば宜いものだ」と常に云つて居られると云うことであるが、ソレが前に云うた大阪の事情を見て裁判すると云う傾向と一致して居る。反之「東京地裁」鈴木「喜三郎」所長などは、学識に重きを置いて居られるそうで：原書の読めるものでなくではお覚が目出度ないとか云うことであるが、その為めか東京の傾向が法律解釈に重きを置いて事情の方を閑却する風が見えるのも、偶然でないように思う——無学歴の古莊一雄（明治九年（一八七六）任官）と、帝大法科出身の鈴木喜三郎（明治二十四年（一八九二）任官）の世代の相違は示唆的である⁴³。

しかし全体としてみれば、「常識」偏重への批判は『法律新聞』では少数・周辺のものではあつた。

小括

訴訟関係の明瞭な認識と眞実探求のために、裁判官が積極的に介入することへの期待とはうらはらに、現実の裁判官はしばしば近代法の学識を權威主義的にふりまわす、「非常識」な存在であつた。継受法と旧來の法伝統とが齟齬をき

たすのは不可避かつ普遍的な現象であるとしても、欧米（ドイツ）由来の法をおよそ前提条件を異にするわが国において形式的に解釈し適用しようとしたことが、実務レベルで不当な帰結をもたらしたケースは少なかつたろう。⁽⁴⁴⁾「非常識」批判に「權威主義」批判が合体した時、釈明権や証拠調についてすでに指摘したように、常識や人徳に富んだ「名判官」へのときに過剰な期待がみられたのは、自然な反応だったといつてよい。

しかしそれは単なるファンタジーや「伝統への回帰」とは異なっていたと考える。これも釈明権や証拠調についてすでに指摘したように、「名判官」への憧憬は手続レベルの具体的改善の提言と相伴うものであり、さらにドイツ法への批判的視座とイギリス法への関心をともなうものであったようにみえる。なにより『法律新聞』で「名判官」を憧憬していたのは、西洋近代法の知識をそもそも欠いた素人ではなく、次章で論ずるように、あくまで西洋近代法を必死で身につけ、そのわが国への定着を強く主張していた実務法曹たちであったことを軽視すべきではない。

継受法の定着期とはこの二つの側面をもつ時代だった。年輩の裁判官たちは経験と人徳に富んでいるとする高い評価と、現行法の知識に乏しい「老朽判事」だとする非難との並存は、そのコロラリーというべきものである。そして明治民法法期において「常識」を重視する「名判官」という一見空想的・復古的な主張は、「非常識」から「常識」へナイーブに移行しているくらいがあるとしても、現状に対する理念レベルの批判として位置づけられるものであった。⁽⁴⁵⁾

(1) 本章以降では実業家について経歴を紹介することがあるが、主に芳賀登他編『日本人物情報体系31〜40企業家編』（平一）ならびに同別巻『企業家編被伝記者索引』（平一三）によった。

(2) 岩谷十郎「明治刑事法廷異聞」（同『明治日本の法解釈と法律家』（平二四）所収）は、『日本弁護士協会録事』（明治三

○年創刊)の漫録・雑報欄を素材として当時の裁判官や弁護士の実情を素描している。本章で以下紹介する内容が同論文とかさなる部分が少なくないことは、これらの内容を当時の実務法曹(とくに弁護士)における認識の最大公約数と理解できることを示している。

- (3) 以下紹介する以外に、○明三四・七・二二 判事論 在名古屋弁護士不破清警 ○明三四・一一・四 法学者と法官新潟区裁判所詰司法官試補大沢唯治郎 ○明三五・四・二一 磯谷君の法曹会拡張の議に付て 弁護士塩入太輔 ○明三六・八・二〇 時論大観(読売新聞) ○明三七・二・五 和解に就て 慷慨道人 ○明三七・四・一〇 遺憾なく審理を尽されたる裁判 ○明三七・四・二〇 法衙の近状に感あり 肋骨 ○明三七・八・五 司法省参事官兼東京控訴院検事齋藤十一郎君の時事談片 ○明三七・一一・五 法界革新の声(二)(東京組合弁護士某君の意見) ○明三七・一二・二〇 清浦男爵を訪ふ 蘿月生 ○明三七・一二・三〇 法律濫解の弊 司法官試補香取久吉 ○明三八・四・二〇 某弁護士の法界革新談 ○明三九・一・一五 更に新法相に望む(法律新聞) ○明三九・六・五 法衙月旦 社員稲村蘿月 ○明四〇・二・一〇 大阪だより 東弁護士と野平弁護士談 松生 ○明四二・二・一五 大阪地方裁判所部長評 大阪支局麗東生 ○明四三・六・五 東京の裁判所 松本弁護士の談 ○明四四・六・二〇 無題録 ○明四四・一一・二五 新法相に望む(下)朝鮮慶北書記内村文彦君 ○明四五・二・一〇 司法所感 森作太郎君談 ○大元・九・二五 偶言一束 判事常陽生 ○大三・一・一〇 弁護士より裁判官に望む(弁護士伊藤秀雄君) ○大一〇・一・一〇 役人から弁護士となりて… 弁護士山口貞昌君
- (4) 嘉永二年(一八四九)生まれ。明治一二年(一八七九)司法省法学校速成科卒、判事補。宮城控訴院、東京控訴院を経て二六六年大審院判事、三九年依願休職。昭和七年(一九三二)死去。
- (5) ○明三七・一〇・二五 法曹の両極端(法律新聞)。同旨の批判として、○大一〇・七・一三(時論一括)日本の法学教育と試験問題(日子)
- (6) ○明三八・四・二〇 某弁護士の法界革新談 ○明四五・二・一〇 司法所感 森作太郎君談
- (7) 多数存在するが、紹介するもののはか例えは○明三七・一〇・五 法界革新の声(一)(大審院判事磯谷幸次郎君談) ○明三八・二・一〇 法律と実業の關係(農商務省参事官岡実君談) ○明三八・一一・三〇 実業の觀念と在朝法曹 ○明四〇・七・一五 実業社会を顧慮せざる判決 ○明四〇・一〇・五(世論一斑)大審院の失態(株式競売問題)(東京

毎日子) ○明四一・七・一五 商業地の裁判官 大阪銀行小僧 ○明四三・五・三〇 実業家の司法観 神戸貿易商某君
談 ○大二・一・一 実業家より法律家に望む ○大四・一二・三〇 裁判官と裁判 (二) 大阪控訴院判事法学士最江漁
夫君

(8) 件数は極めて多い。例えば○明三四・八・二六 何々銀行と株式会社何々銀行との異同 ○明三四・六・二四 手形振
出地の釈義と世論

(9) やはり件数は多い。例えば○明三四・六・一七 一字千金の禍 ○明三九・一・一〇 通俗一口ばなし 藤浪生

(10) ○明四二・六・二五 実業家と法律 (二) 大阪支局跳波生(米山梅吉氏の法曹観) ○明三八・九・五 三菱合資会社銀
行部副長三村君平君談。米山梅吉は明治元年(一八六八)生まれ。東京英和学校(後の青山学院)卒、二年オハイオ・ウェ
スリアン大に留学、法学を学ぶ。三一年欧州派遣(銀行事務取調)。三井銀行横浜・大阪支店長、三井信託社長、三井合名
会社参与・理事を歴任。昭和一三年(一九三八)貴族院議員。三村君平は安政二年(一八五五)生まれ。明治一一年(一
八七八)百十九銀行設立、その後三菱合資会社銀行部部長。

(11) ○明三九・四・一五 裁判と実業の關係(法律新聞)。○大二・二一・五 大阪法況 弁護士法学士菅沼豊次郎君談 は、
大阪控訴院長が数名の裁判官に手形交換所での実地取り扱いを見学させた旨を伝えている。

(12) 『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―八九頁。

(13) 改善されたと指摘するものとして、○大六・一・一 已歳生れ法曹の気焰(弁護士丸岡東治君談) ○大二三・六・一〇
司法官招待席上首相挨拶

(14) ○大九・一二・三 司法官任用に就て 某公証人談 ○大一一・九・三〇 裁判時弊所見 (一) 弁護士小林亀郎君 ○
大一二・一 今後の法律解釈と裁判の実際化 大審院長横田秀雄君談 ○大一二・七・二五 裁判官士氣振作の急務(上)
横田大審院長演述 ○大一一・一・一八 司法革新の急務を論ず 弁護士土屋倫啓君。大木遠吉法相のいわゆる司法官化
石発言(大正九年)をめぐる記事は一般論に終始しているので取り上げない。

(15) 下で挙げる記事のほか、○明三八・八・二〇 長谷川東京控訴院長を訪ふ(下) 稲村生 ○明三八・八・二〇 弁護士
常議員會議長山田泰造君談片 ○明三九・七・一五 横田大審院長の司法記者招待会 ○明四〇・八・五 間々録 蔵六
菴 ○明四〇・八・一〇 続其日くら誌 雨山居士 ○大二・七・三〇 法律五分常識五分 代議士弁護士高野金重君

- (16) 天保八年(一八三七)生まれ。明治四年(一八七一)本保県出仕、八年判事、宮城上等裁判所、東京上等裁判所、熊本裁判所長などを経て一七七年大審院判事、三十九年退官。ボアソナードと民法編纂に従事。四三年死去。
- (17) 文政八年(一八二五)生まれ。明治四年(一八七二)司法中判事、八然大審院長、一二年司法大輔兼元老院議員、一四大大審院長(再任)、一七年訴訟規則取調委員。一九年自殺。名判官として知られ「明治の大岡」といわれた。
- (18) ○明四〇・九・二五(世論一斑)判検事試験の問題(読売子) ○明四一・一・二〇 明治座とヴェニス法廷
- (19) 安政五年(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、司法省勤務。一九一三年欧州出張、一三年宮城控訴院判事、三一年東京地裁所長、三八年宮城控訴院長、四三年死去。
- (20) ○明三八・八・五 長野地方裁判所長齋藤覃次君の法界所感(三) ○明四二・九・五 横田大審院長の情実裁判所設置意見に就きて 弁護士野村嘉六君 ○明四四・一一・二五 新法相に望む(下) 朝鮮慶北書記内村文彦君 ○明四五・三・一五 時事小言(社会的裁判所に付きて) 巴人
- (21) 楠精一郎『明治立憲制と司法官』(平元)、岩谷十郎「近代日本法史研究における『学識』判事との遭遇——法学教育史研究と『日本法曹界人物事典』」(『日本法曹界人物事典 別巻』(平八)所収)、鈴木『日本2』一九二一・二六二頁、三阪『近代日本の司法省』第二編第一章、新井ほか『ブリッジブック』。例えば大正二年の人事異動では、出仕生徒(法学校速成科)と(おそらく)試験導入前の司法省出仕者という学歴の者が大きく淘汰されている(鈴木『日本2』二二二頁注(43))。
- (22) ○明四二・一一・二五 札幌各地法況(四) 函館支局弁護士巴港君。そのほか○明四一・五・五 大阪だより 大阪支局松生 ○明四三・五・五 函館法界日誌抄 函館支局巴港 ○大四・九・二〇 大阪法衙より(若翁生)
- (23) 慶応元年(一八六五)生まれ。明治二年(一八八九)帝国大学法科大学卒、判事試験。長崎控訴院判事、東京控訴院部長を経て三六大大審院判事、大正二年(一九一三)欧米出張、一〇年名古屋控訴院長。
- (24) ○明三七・一〇・一五 法界革新の声(三) (大審院判事磯谷幸次郎君談。そのほか○明三八・七・三〇 長野地方裁判所長齋藤覃次君の法界所感(二) ○大六・一・一〇 裁判所方面に対する在野法曹の希望 弁護士松田義隆君談 ○大六・七・二〇 東北弁護士大会
- (25) 嘉永三年(一八五〇)生まれ。明治九年(一八七六)司法省、一九一四年独仏派遣。二四年司法省参事官、二五年民刑局長、二九年司法次官、三一年検事総長、三九年大正一〇年(一九二一)大審院長。二二年死去。

- (26) ○明三八・二・五 野々山佐賀地裁検事正を訪ふ(承前) ○明三九・二・二八 司法官に警告す 高橋空哉君 ○明四四・一一・二五 新法相に望む(下) 朝鮮慶北書記内村文彦君
- (27) 司法官の待遇が行政官に比べて劣っており、優秀な人材の確保に支障をきたしているという批判は『法律新聞』記事にしばしば見られた。鈴木『日本2』一二二頁以下も参照。
- 大野『職業史としての弁護士』六一―六五頁は、職業裁判官による非常識判決をなくすために、「常識」に富んだ弁護士から裁判官を採用する法曹一元を導入すべきとする主張が当時唱えられていたことを、『日本弁護士協会録事』を史料として指摘する。三阪『近代日本の司法省』第二編第二章は、「非常識」批判が帝大法科特権廃止などの裁判所構成法・弁護士法一部改正(大正三年)につながっていったことを論じている。
- (28) 東京法学校卒、明治一五年(一八八二)代言人。太田・佐野区裁判事などを経て四四年宇都宮地裁判事。
- (29) 同旨、○明三七・四・一〇 遺憾なく審理を尽されたる裁判 ○明三七・一一・三〇 鳥取区裁判所地所明渡の判決書 ○明三八・八・五 長野地方裁判所長齋藤覃次君の法界所感(三) ○明三八・一一・二〇 裁判上の用語に就て(法律新聞) ○明三九・二・二八 戦後経営の良法官柳原盛岡地方裁判所長の訓令 ○明四〇・四・二〇 函館区裁判所監督判事島倉龍治氏就任演説 ○大一一・五・五 法律の民衆化運動 其の社会化及び倫理化に就いて(承前) 弁護士特許弁護士金城善助君
- (30) 一章三節二、二章二節一(1)。この論点については岩谷十郎「判決文の近代化——『元長』と批判された判決書の分析」(明治日本の法解釈と法律家『平二四』所収)三一―四頁を参照のこと。
- (31) 以下紹介するもの他、○大二・一・一〇 民衆を愛する裁判(法律新聞) ○大二・九・二五 裁判所に於ける判検事の用語に就て 弁護士井本常治君 ○大三・一・一〇 弁護士より裁判官に望む(弁護士森作太郎君) ○大五・七・二三 大阪新築控訴院に就て ○大五・八・五(漫録) 秦始皇帝と齋藤控訴院長 ○大五・八・五 無題録 ○大七・一一・五 原司法大臣に対する希望 用語を統一せよ ○大七・四・二五 法廷印象記 弁護士影法師 ○大七・一一・八 原司法大臣に対する希望 ○大一一・五・一五 弁護士に対する時代錯誤の官僚思想(法律新聞) ○大一一・一〇・二〇 大審院法廷に於ける判事の態度に就て 弁護士菊江久治君 ○大一一・二・一〇 朝野法曹の接触 弁護士不破清警君 ○大一一・二・二八 司法官の法廷に於ける態度に就て(法律新聞)

- (32) 大野『職業史としての弁護士』四七一六頁はこの問題を、主に刑事訴訟について詳細に叙述している。
- (33) 天保一四年(一八四三)生まれ。明治一〇年(一八七七)代言人。二三年衆院議員(五期・立憲自由党)。大正六年(一九一七)死去。
- (34) 慶応三年(一八六七)生まれ。明治二四年(一八九二)帝国大学法科大学卒、司法官試補。三三年独逸出張、三五年司法省参事官、三七年大審院検事、四四年民事局長、大正二年(一九一三)大阪控訴院長、関西大学学長も兼任。九年死去。
- (35) 同旨、○明三八・八・二〇 長谷川東京控訴院長を訪ふ(下) 稲村生
- (36) ○明三四・七・二二 和仏法律学校卒業式上の花 ○明三六・一〇・一五 山梨特信 今大町峽法 ○明四〇・七・二〇 弁護士吉崎亀之助氏を訪ふ 松生 ○明四〇・八・三〇 長崎法界と民事裁判 ○明四二・二・二〇 長崎控訴院弁護士室談 ○明四五・三・一〇 支払命令申請と拳証
- (37) ○明三七・八・一〇 裁判監視官の設置(法律新聞) ○明三七・九・一〇 司法行政に就て当局に望む(大審院民事部某法官の意見) ○明三八・一二・一〇 地方在任の司法官をして中央各裁判所の執務実況を視察せしむるの議(法律新聞)
- (38) 注(21)の文献を参照。三阪『近代日本の司法省』一九五―二六頁は明治三〇年代の「老朽判事」淘汰処分について、当時の裁判官の資質に少なからず批判がよせられていたことを認めつつ、その解決のために司法省の指導性のみが強調され裁判所・裁判官の自律性がなおざりにされたことを重視する。この評価は司法制度論としては全く正当であるけれど、具体的な事件処理の観点に着眼する本稿としては、知識不足の裁判官の判断に服せざるを得ない当事者の利益の保護がより喫緊の課題だった、と考えたい。
- (39) その他の例として○大一〇・一〇・一三 甲府区裁判所の珍判決 甲府法界坊投
- (40) 以下にあげるもののほか、○明三八・七・一〇 裁判雑観 常識と没常識 大阪生 ○明四〇・七・一〇 暑中賜暇と裁判官 亀谷生 ○明四〇・七・二〇 弁護士吉崎亀之助氏を訪ふ 松生 ○明四一・五・五 大阪だより 大阪支局松生 ○明四四・六・二五 裁判官の評判 ○大三・一・一〇 裁判官より弁護士に望む(行政裁判所評定官宮内国太郎君)
- (41) ○明四二・九・五 横田大審院長の情実裁判所設置意見に就きて 弁護士野村嘉六君 ○大一・七・一〇 判事の高利貸征伐に対する一考察 弁護士安間五六君
- (42) 古荘一雄。嘉永元年(一八四八)生まれ。明治九年(一八七六)司法省出仕、一四年判事、二五年東京地裁所長、三一

年函館控訴院長、三八年大阪控訴院長、大正二年（一九一三）司法異動により休職。関西大学学長も務める。昭和六年（一九三一）死去。

(43) 同旨、○明四〇・八・五 閑々録 蔵六菴 ○明四二・二・一五 大阪地方裁判所部長評 大阪支局麗東生 ○明四三・

六・五 東京の裁判所 松本弁護士の談

(44) 岩松三郎『ある裁判官の歩み』（昭四二）一一七頁以下では、岩松（大正六年（一九一七）東京帝大法学卒、八年司法官試補）や聞き手の裁判官たちによる批判が展開されている。…ドイツの本と違って日本の民訴の本は実務に役に立たない、「表には出さないけれども、この表現がこういうようになってるのは、こういうことを考えているからなんだという、そのベースがない。私にいわせると翻訳法学だからなんです。…翻訳の原語の意味がどういう中身をもっているかということの理解なしの翻訳法学だ」、「だから判事がドイツへ行って勉強してくるのなら、裁判所へ行って、実際にやっているところを見て…くればいいんじゃないかな」。

(45) 大平祐一「日本法史43年——名裁判とその意味するところ」立命三三三・三三四号（平二二）一九一〇頁以下は江戸時代の裁判について、訴訟の抑圧・不公正な審理・訴訟遅延・上訴制度の不備など深刻な問題が多くあったとしたうえで、理想の裁判官像たる「大岡裁き」が親しまれたのは、そのような実態の裏返し現象だと位置づけている。この考え方がもし明治民訴法期にも当てはまるとすれば、「名判官」への憧憬を単なるファンタジーや「伝統への回帰」と解釈するのは適切とはいえないだろう。

五章 西洋近代法と日常生活

明治民訴法期の『法律新聞』においては、近代的民事訴訟の「原理」たる不干渉主義にかなりの疑問が呈され、訴訟関係の明瞭な認識と真実解明のために職権のある程度までの積極的関与が期待されていた。その背景となっていた論点

の多くは、西洋近代法のあまりに急速な継受に起因するものであった。実務法曹——一般の裁判官と弁護士——における問題点についてはすでに論じたので、本章では民事訴訟の利用者たちにおける問題点を『法律新聞』がいかに認識していたのか瞥見し、そこに看取される実務法曹たちの西洋近代法継受へのスタンスを素描することにした⁽¹⁾。

一 法知識普及の必要性

『法律新聞』では、一般の国民が継受された近代法への知識をほぼ欠いていることが問題視され、国民各般への法知識普及が焦眉の課題として認識されている⁽²⁾。○明四〇・四・二〇 日本弁護士協会臨時大会演説 で森作太郎⁽³⁾は「国民の法律思想」と題していわく、今日の法律は君主と国民の共有物なのだから、国民は法律を了解し尊重する思想がなければならぬはずだが、遺憾ながらその思想に乏しい。「欧州の新聞紙は、毎回裁判の事実を掲げなければ売行が悪いのに反して、日本では唯一法律新聞を除く外、各新聞共に殆ど裁判の事実が載って居らぬ。又欧州の法廷は毎日法律学校の生徒で充されて居るが、我邦の現状は如何。：今日有形の法律は稍完備^{やや}して居るけれども、未だ無形の法律は完備して居らない」。○明三七・二・五 国民と法律（法律新聞） も、「嗚呼国民の法律教育の必要なる此時より急なるはなし。試みに民商法の数条を執りて之を世人に示せ、能く之を解するもの果して幾人ぞや」。何々するを妨げず、何々の限りにあらず、滌除、第三取得者…

同様の主張は少なからずなされており、法的紛争の予防のためにも国民に広く法知識を普及させる必要があるとして、判検事が暑中休暇中に各地で法律講演をすること、法学者・司法官・弁護士が一堂に会して連続大講演会を開催すること、小学校長を対象とする法政講習会をおこなうことまで提案されている。「或は言わん、国家の法律は公布によりて国民一般に之を知る様に出来て居る。之を知る様にしてありて知らざるは、知らざる者の罪で自ら招くものであると。

之れ理窟でありて實際でない。實際上法律を知らしむるには、公布にのみ満足すべきでなく、更に進みて法律知識普及の最善の教育方法に付て、政府も地方団体も個人も努力すべきである」(〇大一一・九・二五 農村法律教育の必要を論ず 弁護士松倉慶三郎君)。

わが国における権利義務についての意識の弱さを批判し、その強化を唱える見解も少なくない⁽⁴⁾。〇明三三・一一・五 弁護士経験談 府會議員前東京弁護士副會長齋藤孝治君⁽⁵⁾は、訴訟するほどつまらないことはないとしつつ、日本人は本当の権利思想を持つべきだと主張する。田舎の慈善家のお爺さんが友達に金を貸して、期限が切れてもすぐには訴えたりせず猶予してやり、五六年後に仕方なく裁判所に持ってゆくと裁判官に請求を却下されてしまった。他方高利貸が期限を一日経過したただけですぐに訴えたところ、裁判官はすぐに債務者に支払えといつて差押までやったので大層口惜しがったなどというのは、「此田舎の爺さんの心事を分析すると、全く慈善と云うものと権利と云うものを半分々々に用いて居るからいかぬですな。若も^{もし}全く慈善主義であるならば、始めから証文を取らぬ方が宜いのです。証文を取つて而して猶予をして遣るのが慈善だと云う考は間違つたことなんです。それだから終いに訴訟をして金が取れない上に、友達を失つて二重の損をするようになるのです」。

二 実業界への批判

とりわけ、実業家における法知識の欠乏、輕視は強い批判の対象となつてゐる。大正初年にかけての裁判官や判決を「非常識」とする非難については前章で論じたが、実業界が法知識を輕視し法に従つて營業を行つていないことこそ問題だといふ指摘は、裁判官・弁護士を問わず多くみられる⁽⁶⁾。

〇明四一・二・五 歳暮と中元は義務不履行の言訳か(商人の發憤を望む)は、『報知新聞』紙上匿名で發表された日本觀を紹介する。日本商人は完全なる商法の下にありながら、權利義務の思想がない。契約違反で客が談判すれば、「御

宅ばかりが御客じゃない」ぐらゐの暴言を吐き、客の側も不平ながらも「仕方が無い」と泣き寝入る。欧州でこんな乱暴な商売をしたら一年と店はもたないだろう。自分の義務不履行を歳暮と中元と叩頭でまぬかれようとしている限りは、権利の主張などおぼつかない。商法を捨てて顧みず、世界に類のない「義理」の聖語が不義理きわまる形に害用されている現状は、いつとき健訟の弊におちいるとしても万代不易の商業道德国になるために大改良されねばならない、と高唱する。○明四一・七・二〇 大阪日より 大阪支局竹生 は、大阪商人に対する弁護士批判を紹介する。「彼等の商業帳簿と云うものは頗る不整頓に出来て居る。…大きな商店なと扨になれば別だが、小さな商店では商業帳簿は大概ソノ年限りで反古はごにして仕舞う。又た取引に関する信書や、其の他の証拠書類をキッシリ保存して居る扨云うものは誠に少ない」。それゆゑ訴訟となると立証が極めて困難になっている。

背景の一として、法曹界同様に実業界においても世代間の学識差が指摘されている（○明三六・一〇・二五 実業界と法律思想（法律新聞）。「味噌汁を啜り麦飯を喫し、早朝より夜半に至るまで主人に随使いしせられて徒弟生活を送ること十数年、斯くして独立の商人と」なつた丁稚小僧上でちがりの商人は、経験に富んではいても學術に暗く進歩改良を顧みない。他方高等の学校で法律經濟を修めた者は、現時点ではまだ実業界での経験が浅く継子扱ひそいされている。「眼を転じて官界を見るに、政界の長者たる元老又は元勳の徒や、或は自ら海外に遊び又外國人を傭聘して陰かに師とし、將た後俊を牽て自ら援となす。又司法界に於ても老朽の判官漸く淘汰せられて…民間の法曹界亦新智識の人に富み、新律綱領又は「旧民法の」人事編的法律家は今日の司法界に漸く跡を絶たんとす」。法律思想を最も必要とするのに最もそれに乏しいのは、実業界ではないのか。

もう一つの背景として、訴訟や弁護士へのスタンスに前代の影響が残存していたことがある。○大二・一・一 実業家より法律家に望む（男爵洪沢栄一君）は、昔の人は社会一般のことをゆきなり次第で経営し、何でも在来の先例や

慣習に従いなるべく議論臭いことを避けた。法律や訴訟も、商売上の取引や雇用に関するものはほとんどなく、犯罪事件で公事宿に出入りする「外代^{げだい}」は当事者をひどい目に合わせていた。「以上の様な考えを以ていた所に、維新後に至り外代の代りに代言と云うものが出て、是亦随分悪いことをやったものだから、私なども随分今の弁護士の前身なる代言人は嫌ったものである」。現在ではだいたい改善されたとはいえ、「実業家で法律家をまだ昔の外代的代言的のものとして看做して、^{かなり}可成法律家を遠けようと言う頑迷の者があると同時に、又實際外代的三百的弁護士が随分あるようだから、其間充分の近き^{ちかづ}が出来ない」。

「非常識」キャンペーンが一段落するとこの種の反論は減つたように見受けられるが、その後も事態が大きく改善されたとはいえないようである。○大八・九・二〇 法律家より見たる実業家の欠点 弁護士海野普吉君談⁽⁷⁾ は、我が国実業家の法律思想は権利義務の觀念の盛んな欧米諸国の実業家に比べまことに幼稚であり、取引上の交渉でも、法律上ぜひともし取り決めておかねばならないことが放置されていることが多い。具体的には「第一、取引の際の交渉が頗る不徹底で、権利義務の關係が明白でない。第二、交渉後契約書の作成が充分に行われて居らぬ。第三、事前に法律家の意見を聞くと云うことがなく、何時も事後に何か問題が起きてから始めて法律家の意見を求ると云う風がある⁽⁸⁾」。

三 予防法学定着への熱意

上述の認識を受けて、弁護士活動の訴訟行為にとどめず、予防法学の重要性が説かれることとなる。当時の弁護士法（明治二十六年（一八九三）施行）は、「弁護士ハ当事者ノ委任ヲ受ケ又ハ裁判所ノ命令ニ從ヒ通常裁判所ニ於テ法律ニ定メタル職務ヲ行フモノトス但特別法ニ因リ特別裁判所ニ於テ其職務ヲ行フコトヲ妨ケス」（一条）として、弁護士の職務を裁判所における訴訟行為として位置づけており、訴訟外の法律事務についての規定を欠いていた。⁽⁹⁾

和仁貞吉（大審院判事⁽¹⁾）は、実業家は常に法律を知った人に相談してやってほしいとする理由を以下のように述べ

る。「法律上から云えば簡単な手続で權利を確實にして、法律上の目的を達し得る場合であるに拘らず、非常に煩雜な手続をして取引の敏活を欠いて居るようなことがある。：法律を知らぬ為め、造り事をする弊があると思う。造り事をするが為めに、非常に法律關係を錯雜ならしめて事実の真相を分らなくするが為めに、裁判上不利益を招くことが少なくない」（○大ニ・一・一 法律家より実業家に望む（大審院判事法学士和仁貞吉君）。弁護士からも厳しい意見が寄せられている。「実業家の頭が、一二の例外を除く外旧來の習慣に支配されて、只管ひたすら簡易な手続を尊び不用意なる取引をなすを以て商業上の妙手と心得、単に信用云々を口にして、面倒なる法律の手続又は充分なる証拠となるべき証書若しくは書面を尊重せざる結果、往々意外の損害を蒙り、自他の損害を受けることと少くない」、「近時実業家が、未然の相談を必要とするの傾向を増加し来りしは：我々の喜ぶ所也。：二三流の実業家に至りては、公証人役場に至れば何にとか纏まとるものと誤解し、其事実關係を詳悉して纏めたる意見を求めず、直に役場多くは其筆生の物語し活版刷の証書を得て得々たるものあるは、事後支障を免れざるは当然なり」、「何れの会社でも銀行でも、大抵は日常の法律關係を処理するには弁護士を雇わずして、法律学校の出身者とか法学士とか実業家にあらざる所謂生嚙り連中を雇つて、素人療治の姑息手段を以て一時を糊塗して居る」（○大ニ・一・一〇 法律家より実業家に望む（弁護士石山弥平君、弁護士三宅碩夫君、弁護士川島仟司君）。弁護士界のリーダー的存在だった原嘉道は、たびたび弁護士による予防法学の必要性を唱え、実業家に關係ある特殊な法令・法理の知識に特化した弁護士の養成のために、財政的援助を実業家たちにもとめている（○大ニ・一・一 法律家より実業家に望む（弁護士原嘉道君））。

明治末期から大正半ばにかけ長きにわたり大審院長をつとめた横田国臣も、わが国でも会社・銀行・金持ちなどが「訴訟以外に弁護士を利用するようになれば、総ての取引や人事關係が法律的になり」訴訟も少なくなる。本當の法治国とはそういうものであり、私はぜひそうしたい。弁護士の側でも東京ばかりに集中せず、「満州、支那、朝鮮、台灣、其

他各地方の田舎に行き」訴訟以外の事務に係り、一般の取引や人事関係を法律的ならしめるよう努めてもらいたい、と述べている（○大六・一・一五 無題録）。

もともと契約の内容が明確に決められておらず、口約束だけで書面化されていなければ、訴訟に持ち込まれても何をめぐって争いが生じているのか理解しづらく、そしてそれについての立証に困難をきたすのは明らかである。ここまで、弁護士への対応が不適切であるがゆえに、職権が一定程度積極的に介入すべきという主張が広くなされていたことを指摘してきたが、代理人たる弁護士のせいとはいえないケースも多々存在したであろう。多くの実務法曹が西洋近代法の国民各般への浸透を希望し、それを推進する主張が『法律新聞』の社論として事実上位置づけられていたのは、その意味では自然なことであった。

当時のわが国で予防法学的配慮が十分に機能していなかったことは、職権の積極的介入に寄せられる期待や、民事訴訟が追求すべき「真相」の内容を考えるうえで、無視できないファクターと思われる。釈明権の行使がエレメンタリな事項の指摘に少なからず振り向けられ、証拠能力が高いとは言いがたい人証に頼らざるを得ない、さらにはスーパーマン的「名判官」に課題の解決が期待されることは、そのライン上にある事象であつたらう⁽¹³⁾。

四 旧来の日常生活への郷愁と法の肥大化

他方で、西洋近代法の民事訴訟が旧来の日常生活へ浸透してゆくことへの違和感も間々表明されている⁽¹⁴⁾。○明四〇・四・一五 大阪法廷見聞録 松生 は、弁護士がとうとうと弁論する一方で、傍聴席の当事者本人（村のお百姓ドン）は「眉間に八の字を描きつつ六つかしそうな顔付」で、熱心に聴いてはいるも弁論の趣旨がどうしても分からないようにす、お百姓ドンだから法律上の弁論が分からないのも無理はない。「予を誤解して、法律を知らざる者は権利を主張する資格なしとするものと為すなかれ。彼れ等は未だ、真正の権利思想なるものを有せざるなり。既に真正の権利思想を

有せず、焉いずくぞ亦た確然たる権利主張の意思を有せんや。果して然らば彼れ等法廷に権利を争うと云う、既に半ば以上彼れ等の権利争は無意味に帰す。既に然らば彼れ等寧ろ去つて田を耕すに如かずと云うもの、亦た一理なからんや。予自から以て多少の真理此の裡うちにあるを信ず矣」。従前からの日常生活とは隔絶された近代法の世界で、当事者を置き去りにして事件が表面上処理されてゆくことへの疑念が示されているといえよう。

西洋風の権利意識への違和感を述懐したものとして、○明三六・八・二〇 法の塵 は

「▲法曹界の丸持長者と云えば、誰れ知らぬ者なきバリストル増島「六一郎」博士(16)は、流石英米の仕込みだけあって、権利思想の発達と来ては、驚嘆せぬものは一人もない位である」とし、校長をしていた東京法学院「現・中央大学」が大火のおり類焼したことを知らされても、「並大抵の人なら、氣も顛倒し倉皇駈付けたに相違ない。▲処が法律思想や権利感念を以て頭腦を充たされ居る博士だから、其時チツとも騒がず、悠然として机に憑より、先ず保険金請求書に署名せられたとは、法曹界の逸話」である。「▲斯こう云う按排あんはいであるから、博士の権利主張と来ては、また格別である：高橋弁護士（庄之助）が大審院弁護士控所で博士を評して云うには、増島サンは金持だから、債務を負担する様なことはあるまいが、若し債務を負担したと仮定し、増島サンの様な遣り方で履行を請求したなら、必ず自殺するに違いないと云つて哄笑せられたが、並居る弁護士は、何故か苦笑するのみであつた。記者は此談話を傍聴し、唯喟然きぜん「ため息をつく」嘆声を発するのみである。借問す、博士の行動はアイス・クリームのか將た又バリストルの歟」。

商事についても同様の指摘が見られる。「前橋に来て見ると、到る所義侠の精神に富み意気を重んずる風があつて、商業上の取引に於ても手形を授受するなど云うことは極めて少なく、所謂手札一枚で何千円何百円の取引をして居る。そうして若しソレを支払わねば誰れも取引するものがなく、又手札を出したものは命にかけても支払をすると云つた風で、昔の所謂武士が借金を払わなかつたときにはお笑い被下度くんだされたしと云つた風がある。しかし此美風なども文明の進歩と

生活難の爲めに、段々衰退の傾向があるのは頗る遺憾である」(○大三・六・五 前橋法況 前橋地方裁判所長杉坂実君談⁽¹⁷⁾)。

近代における法システムの肥大化を批判するものもあつた。商法改正案(取締役兼任の制限)について関西財界の人物・小山健三は、「国家の命令を以てせなければ商業の発展を期することが出来ないと云えば、誠になさけない現象」である。精神的不文法により社会生活を維持発展させなければ、永久に円満優美の国家をつくることはできない。理想としては、英国において盛んな「チャータードアカウンタント(特許会計検査協会)」などによる、行政機関の干涉によらないかたちでの規律によるべきと主張する。⁽¹⁸⁾○大二・一・一 実業家より法律家に望む(南日本精糖株式会社専務取締役山本久顯君)⁽¹⁹⁾は、「今日の一切の弊は、繁瑣なる法律であるまいか」。六法をはじめ法律は百千にして足らず、勅令・府県令・市町村規則など「今日の如く法令雨下と云う風になつては、聊か角を矯めんとして牛を殺すの憾がある。英国民の遵法的精神が独逸国民以上なるを知るものは、法律教育というものの、必ずしも繁瑣なる法律の規定のみに依るものでないことを知るであらう」。専門家でさえ知悉できないものを、素人が仕事のたびに法令を搜索して左眊右顧するようでは煩繁な商取引など無理である。法令を簡単にしてその大綱を振張するに勉めよ、法律整理の断行こそ今日の最大急務であると論ずる。ここにも、社会の近代化に合わせあまりに肥大化し手に余るようになった法システムへの冷めた視線が見て取れるが、イギリスのあり方が、この時期支配的な影響を及ぼしていたドイツ法と対照的に積極的評価を受けている点が注目される。

五 法継受への問題意識

大正民法訴訟改正の起草過程で長らく中心的な関与をなした司法官僚、山内確三郎と池田寅二郎はこのようにのべていた。

山内 (○大七・一〇・二八 無題録) 「法律を作るには、我邦の民情習慣に合する様にせねばならぬ。以前の法律の如く外国法律其儘を直訳した天ぷら法律では困る」

池田 (○大七・一二・一八 英国に於ける法律及び裁判の特長 司法省参事官法学博士池田寅二郎君談) 「英国に於て法律を改廃制定せんとするに当たりては、先ず以て自国内に於ける輿論に問うのである。：私がアチラへ行つた時に赤面した話がある。法律などに付て全然素人なやお婆さんが私に向つて、『貴君のお国の法律はどうであるか』と云う様な質問をされたから：日本も文明国として、恥かしからぬ丈の法律制定を有して居ると云うことを知らしむる為めに、英国や独逸を引つ張り出して、欧州と日本とは制度文物に於て先進国と劣らぬことを示そうとした所が、其お婆さんは非常に驚いた顔をして『そんなことでよく日本国が治まって行くものだ』と云う様なことを言つて居た。つまり英国人は、其国の風俗習慣に基礎を置いた法律でなくては駄目である、と云う考が各人の頭に深く彫り付けられて居るから、輸入法律で其国が治まって行くなどとは夢想だもしないのである。：只管^{ひたすら}外国の事物を模倣して我事足れりとするものに比すれば、甚だ賞むべきことと思われる」

外国法の模倣ではだめであり、わが国の実情に即した法制度や法学を模索するというスタンスは、当時の『法律新聞』には珍しいものではなかつた。⁽²⁰⁾ その際に、ドイツ法の影響が批判の対象とされ、そのアンチテーゼとしてイギリス法が称揚されるという図式がしばしば見受けられる。

○大ニ・一・一 実業家より法律家に望む (三井物産会社庶務課長田中文蔵君)⁽²¹⁾ は「謄写的法律は我国情に適せず」と題して、「概して独逸の形式法学に捉われ：一も二もなく独逸主義を輸入するの傾きがあつて、我国三千年來の歴史、或は現下の経済状態等を考察するの点に於て、注意が欠けて居りはせぬかと思わるる一事がある」として民商法の実例を挙げたうえで、「我国の法令中には往々、独逸法を其儘コッピ―した形跡のほの見ゆるものが無いではない」と批判

する。⁽²²⁾ 単にドイツ法がそのまま移植されていることのみならず、ドイツ法の性質にも疑念が向けられる。「朝野法曹を通じて何時とはなしに独逸一流の権力的形式主義、自由牽束主義、官僚主義的法制觀念の跋扈するを見るに至れり」(○大六・五・一八 将来の法学教育(二)(法律新聞))。

他方、「英国民の如きは法律は吾等共同生活を為す自然の条件」と考えている。明治以降外国法にもとづく法典が導入され、法律は社会を導くためにお上から下げられたものと思っているわが国民とは大きく異なっている。英国の制度は一番完全なものではあるが、それは歴史のしからしむる所である、他方独逸の制度は自然的でなく急にこしらえたものである。⁽²³⁾ さらに○大三・九・二〇 戦乱と法学(法律新聞) は、英法について以下のような認識を示す。「英仏両国の法学が日本を支配したりし時代に於ては、吾人その法学、法典、裁判に多少の日本思想を認むることを得たりき。然かも組織、構成、分類の整然たる独逸法学が、滔々たる勢いを以て法学界を風靡し終るや、日本の法学思想、法典、裁判の傾向、悉く独逸化せるを認む」。『法律新聞』では、自らの伝統に立脚し觀念性・体系性が弱いと受け止められたイギリス法は、わが国の実情をふまえた法制度を模索する際の一つのモデルとして位置づけられ、ドイツ法べつたりと認識されていた現状を修正するための一つの選択肢として再認識されていたようにもみえる。⁽²⁴⁾

わが国の「伝統」「道德」をふまえた法にしてゆくべきという主張⁽²⁵⁾として、例えば平沼騏一郎は「私は日本の法律は日本に適した發達をして行きたいと思つて居る。外国法の模倣も時には必要だが、筋道は何うしても日本固有の道德、思想——日本国民の思想、道德に適応した法律の發達をさして行きたいものだと思ふ」と論ずる(○大四・一・一 卯年氣炎くらべ(大審院検事総長法学博士平沼騏一郎君談))。○大二三・六・二五 淳風美俗と法律 大正十三年六月十四日於東京弁護士会館 検事総長小山松吉君 は、各々の民族には特有の伝統的民族精神、すなわち淳風美俗があるが、日本ではそれが等閑視されている。「従来独逸に於ては概念論が盛にして、特に法律に於てそうであつたけれども、之

は少くとも今日に於ては失敗に終わったのであって、此淳風美俗の觀念を加味しなければならないと云うことが盛に称えられて来たのである。英国は不文法の国であると言ふことで有名である。そして常に立法の上に此民族精神が加味されているようである。此に於て独逸人は、此英国流を研究し出したのである」。小山は淳風美俗の内容として皇統の連続性・他国の支配を受けたことがない・忠君愛国・貴賤の差の小ささを挙げている。とはいえそれらの内容は、ドイツ法べつたりと認識されていた現状を修正するためのアンチテーゼ・シンボルとしてはともかく、民事訴訟の具体的な制度の改善にむずびつく精度を備えるものではなかったらう。⁽²⁶⁾

小括

『法律新聞』記事で実務法曹たちは、紛争の予防と訴訟時の主張・立証のために、広く一般人の間に西洋近代法の知識を普及させ、弁護士が適切に利用されるように強く主張していた。実務法曹たちは他方で、旧来の日常生活への郷愁を間々かいま見せつつ、単なる翻訳の段階を脱し学ぶべき点は学んだ上で、わが国の実情を考慮した自立的な法（学）を樹立することを唱えていた。——これが、西洋近代法のあまりに急速な継受がわが日常生活との間でさまざまな葛藤を生み出していたことに対する、実務法曹たちのスタンスであった。

そうだとすれば、彼らが不干渉主義に反発し批判したとしても、それは単純な「伝統への回帰」ではありえなかったろう。ときおり「伝統」が唱えられたとしても、それが不可逆的に失われゆくものへの哀惜か、「ドイツ法べつたりの現状」を批判するためのシンボルにとどまることは、十分承知されていたように思える。実務法曹たちは実務レベルで直面した問題群に具体的な解決策を与えることを通じて、西洋近代法と日常生活の間の葛藤を克服し、西洋近代法の継受をよ

り実質的・批判的なものへと深化させていったのである。そしてその際には、裁判官に一定の役割を果たすことの期待が——ときに過大だったとしても——寄せられたのだった。

- (1) 西洋近代法の継受のあり方は、明治以降わが国が西洋近代に対していかなるスタンスで臨んだかという問題に無論つながっており、多くの研究が蓄積されてきたテーマである。以下の検討はそれらすべてを踏まえたうえでのものでももちろんなく、本稿のテーマと関連の強いと思われる記事に着眼したに過ぎない。
- (2) ○明三五・九・二九 法律と教育 弁護士福田又一 ○明三六・二・九 松山地方裁判所入交検事正君の談 山々子
○明四〇・一二・三〇 大阪だより 大阪支局松生 ○明四二・三・一五 法律衛生論 弁護士法学士安東俊明君 ○明四五・二・一五 時事小言 巴人（法政思想の養成に就きて） ○明四五・二・二五 時事小言 巴人（法益侵害に対する防衛準備） ○大三・七・五 暑中休暇と法官の講演（法律新聞） ○大四・四・三〇 法学者の大会同を望む（法律新聞）
○大五・九・一三 小学校長の講習（更に法政智識を与へよ）（法律新聞） ○大七・八・一五 法律の教育化（法律新聞）
○大八・五・二三 法律と文化（法律新聞） ○大一一・四・一二・三 司法制度裁判事務取扱と国民生活安定淳風美俗維持司法制度の改善 弁護士松倉慶三郎君
- (3) 安政二年（一八五五）生まれ。明治九年（一八七六）司法省出仕、大阪上等裁判所判事補をへて一四年代言人。二〇年・二五年大阪組合代言人会長、三五〜三八年大阪弁護士会長。
- (4) 例えば○明三四・五・二〇 日本弁護士協会総会演説要旨（齋藤隆夫君） ○明三五・九・二九 法律と教育 弁護士福田又一 ○明三八・八・一〇 長野地方裁判所長齋藤覃次君の法界所感（四） ○明四三・一・二五 民事訴訟用印紙法改正案の提出（法律新聞） ○明四三・七・一五 時事小言 巴人（外国婦人の鉄道庁に対する勝訴） ○明四三・一〇・一五 自ら保護せよ 借地権保護会に於ける演説 万朝報記者斯波貞吉氏 ○明四三・一二・二〇 想ひだし記（一） 不角山人 ○明四五・二・二九 外遊雑感（上） 万国議員会議参列員代議士弁護士法学士宮古啓三郎君談 ○大元・一〇・三〇 示談か権利の主張か ○大一一・一一・一五 権利思想の養成 行政裁判所評定官法学士島村他三郎君談 ○大八・七・

五 新裁判所に望む (法律新聞)

(5) 安政三年(一八五六)生まれ。明治法律学校卒、明治一五年(一八八二)代言人。三二年東京府会議員。大正六年(一九一七)死去。

(6) 以下紹介するもののほか○明三五・一一・三 商事裁判所設置の議に就て (法律新聞) ○明三七・一〇・五 法界革新の声 (二) (大審院判事磯谷幸次郎君談) ○明三八・八・五 長野地方裁判所長齋藤覃次君の法界所感 (三) ○明三九・四・一五 裁判と実業の關係 (法律新聞) ○明三九・五・五 本社七週年会 ○明三九・五・三〇 銀行俱樂部晚餐会 ○明四〇・一二・二五 法律と実業 (佐藤判事の談) ○明四一・一一・二〇 長野に於ける日本弁護士協会臨時大会 (承前) 松岡阜城 ○明四二・四・一五 遵法的精神 (国民性の二大欠陥) ○明四五・四・二五 実業家と法律思想 東京区裁判所監督判事手塚彦太郎君談 ○明四五・六・二〇 時事小言 巴人 (実業界の法律智識) ○大二・一・一 実業家より法律家に望む (三井物産会社庶務課長田中文蔵君) ○大二・一・一 法律家より実業家に望む (東京控訴院部長今村恭太郎君、仏国法律博士原夫次郎君、弁護士花井卓蔵君、弁護士今村力三郎君) ○大二・一・一〇 法律家より実業家に望む (弁護士小川平吉君、弁護士花岡敏夫君) ○大四・五・一五 所感数則 名古屋控訴院長水上長次郎君 ○大五・四・二五 法界雜感 青森地方裁判所長百島一八君談

(7) 明治一八年(一八八五)生まれ。大正三年(一九一四)東京帝大法科大学卒、弁護士。昭和二年(一九四七)第二東京弁護士会長、三二年日弁連会長。四三年(一九六八)死去。

(8) 同旨、○大二三・一二・五 司法省及中央法衙内巡訪記 (11)

(9) 同旨、○明四二・三・一五 法律衛生論 弁護士法学士安東俊明君 ○明四二・四・五 財産衛生論 弁護士猪股淇清君 ○明四三・四・二〇 会社と法律顧問 法学博士弁護士原嘉道君談 ○明四三・五・三〇 実業家の司法観 神戸貿易商某君談 ○大二・一・一 法律家より実業家に望む (東京帝国法科大学教授松本丞治君、東京地方裁判所予審判事尾佐竹猛君) ○大二・一・一〇 法律家より実業家に望む (弁護士山口憲君) ○大二・一・一五 法律と実業 (法律新聞) ○大四・一・一 卯年気炎くらべ (弁護士原嘉道君)

(10) 大野『職業史としての弁護士』四三頁、六九―七二頁、林真貴子「日本における法専門職の確立——職域の形成とその独占」(鈴木秀光他編『法の流通』(平二二)所収)。

- (11) 明治三年（一八七〇）生まれ。二七年東京帝大法科大学卒、司法官試補。三五年東京控訴院判事、四四年大審院判事、大正二年（一九一三）大阪地裁所長、七年欧米各国へ出張、その後控訴院検事長を経て一三年東京控訴院長。
- (12) 川口『明治大正町の法曹』では、明治から大正にかけての農村（但馬地域）において、一定程度の予防法学的な法使用がみられたことが指摘されている。
- (13) 参考、岩松『ある裁判官の歩み』一一二―一三頁。対照的ともいえるドイツの実務の実際を、かなり時代は下るがわが実務家の眼から描いたものとして、近藤完爾『西ドイツハンブルク地方裁判所における民事実務について』（『近藤完爾民事訴訟論考第一巻』（昭五三）所収）一一九―一二三頁。
- (14) 他に例えば、○明三三・一一・五 弁護士経験談 府会議員前東京弁護士副会長齋藤孝治君
- (15) 他に例えば、○明四一・四・一〇 大阪法廷見聞録 大阪支局松生 ○明四三・四・二〇 三井家に係る一万五千円の訴訟 ○明四四・二・一〇 法廷へ柳行李を担込む 何所までも凶太いカーロー夫人 ○大一一・八・二〇 学問の弊歟 医士と弁護士（一）弁護士播磨龍城君
- (16) 安政四年（一八五七）生まれ。明治一二年（一八七九）東京大学法学部卒。英国ミドル・テンブルで学び一六年パリスター。米国法律事務所をへて一七年無試験免許代言人、一八年英吉利法律学校初代校長。涉外事件を多く扱い、全米・カナダ・ニューヨーク州弁護士会など名誉会員。昭和三年（一九四八）死去。
- (17) 明治元年（一八六八）生まれ。二四年東京法学院卒、二六年司法官試補。三八年大阪地裁部長、四三年岐阜地裁検事正、大正二年（一九一三）前橋地裁所長、七年新潟地裁所長、一〇年広島地裁所長。
- (18) ○明四二・六・五 実業家と法律 大阪支局跳波生。但し記者は末尾で、欧米各国の趨勢は事毎に法律制定に傾いていることを知らないのではないかと締めくくっている。小山健三は安政五年（一八五八）生まれ。文部省出仕、明治二五年（一八九二）秘書官、二八年東京高商校長、三一年文部次官、三二年三十四銀行（のちの三和銀）頭取。財界での活動を多数歴任し、渋沢栄一とならぶ金融界の人物とされた。大正一二年（一九二三）死去。
- (19) 明治三年（一八七〇）生まれ。同志社に学んだ後米国・オハイオ大卒。中国貿易、ついで鉱山業で広く活躍。
- (20) ○明三七・一・一 法界小言（一）松郎子 ○明四〇・七・五 大阪だより 松生 ○明四〇・一一・一〇 本社祝宴会 ○大二・一・一五 法律と実業（法律新聞） ○明四一・三・五 平沼民刑局長の談（東朝） ○大二三・九・二〇 戦

乱と法学(法律新聞) ○大八・七・一〇 無題録 ○大一〇・一一・一五 放屁嘲笑会 弁護士城陽迂史君

(21) 明治七年(一八七四)生まれ。二四年東京法学院(現・中央大学)卒。同校雑誌編集員を経て二八年三井物産入社、大正一〇年(一九二一)三井物産取締役。中央大学評議員・理事など歴任。

(22) 同旨、○明四四・九・二〇 新法相に対する希望 東京弁護士笠原文太郎君 ○大六・五・二三 将来の法学教育(四)(法律新聞)

(23) ○明三八・四・二〇 某弁護士の法界革新談 ○明三九・六・一〇 大審院判事小山温氏の外遊雑感

(24) わが民法へのイギリス法の影響についてはつとに指摘されている。北川『日本法学の歴史と理論』、五十川直行「日本民法に及ぼしたイギリス法の影響(序説)」(星野英一ほか編『現代社会と民法学の動向(下)(加藤一郎古稀』(平四)所収)、水本浩編『日本民法学史・通史』(平九)。

わが民事訴訟法に対するイギリス法の影響いかにについては、今後の検討の余地があるかもしれない。明治民訴法施行まではイギリス法教育が複数の法学校で盛んに行われ、明治民訴法期にはイギリス法のそれなりの知識を持つ実務法曹が一定数存在した。特に増島六一郎・江木衷などによるイギリス(訴訟)法の紹介はさまざまな形でなされ、『法律新聞』にもイギリス民事訴訟に関する紹介記事は珍しくない。増島六一郎『英吉利訴訟法』(明二〇・参照は国会図書館デジタル)

二二三頁は「欧州各国の法律を交互比較するときは、人皆な英国訴訟法「ここでは民事訴訟法のこと」を以て訴訟法の最も完全なるものとなせり。是即ち入費を省き、審判を速かにし、且其手續簡易なればなり。加之一千八百七十六年訴訟

手續を改革したるより、尚お一層の進歩を致したりと云うべし」と高く評価し、同書の各所でイギリス民訴の立場から当時のわが民訴(訴答文例期)を批判している。明治民訴法期に、学説・研究者ではなく実務法曹による紹介というチャンネルで、「イギリス民事訴訟法」の漠然としたイメージがそれなりに広まっていた可能性は注目すべきものと思われる。英

法派と『法律新聞』の人的コネクションについても今後検討する必要がある(江木衷は頻繁に寄稿している)。以上についてさしあたり、山崎利男『英吉利法律学校覚書 明治前期のイギリス法教育』(平二二)を参照。

(25) 以下紹介するほか○大二・一・一 実業家より法律家に望む (三井物産会社庶務課長田中文蔵君) ○大七・七・二八 消暑閑語一折 城陽君

(26) 大正後期の淳風美俗論の展開については、さしあたり伊藤孝夫『大正デモクラシー期の法と社会』(平一二)九五―一〇

五頁を参照。

おわりに

一 本論のまとめ

争点整理のために訴訟関係を明瞭に認識し、その争点についてなるべく真実に近い事実認定を行うために、裁判官が積極的に口頭審理を通じて介入する——この視点から本稿では『法律新聞』の記事を素材にして、明治民訴法期の訴訟実務の実態と実務法曹の認識、そしてその多様な背景を検討してきた。職権のある程度積極的な介入は裁判官・弁護士を問わず大筋で支持されていた一方、その「場」としての口頭審理への関心は一貫して低調であった。

(1) 実務法曹において裁判官の介入に期待が寄せられていた背景は、大要以下のようにまとめられる。

①資質に問題のある弁護士がそれなりの数存在した。⁽¹⁾ ②近代法の知識や予防法学的配慮が、実業界をふくめ日常生活にあまり浸透しておらず、法学識へのアクセスも容易でなかった。③手続のテクニカルなレベルで、実務上さまざまな支障が生じていた。④書面審理化ゆえに裁判官が介入を適切に行なえていないという問題意識が、司法官僚にはあった。

⑤裁判官の形式的な法適用や権威主義が非難され、「常識」や「人格」を備えた「名判官」への憧憬があった。⑥訴訟の迅速化が強く叫ばれる中、それを拙速に陥らずに実現すべきと考えられていた。

これらの問題の大部分は、極めて急速な法継受の帰結といふべきものである。実務レベルで生じていたさまざまなひずみへの対処は、しばしば裁判官の職権に期待されたのだった。⁽²⁾

(2) 右の結論には、研究対象と研究方法に起因する射程の限界が少なからず存在する。

本研究はあくまで『法律新聞』という一メディアに示された限りで、当時の状況を検討したに過ぎない。紙面構成の変動が激しいメディアを史料とし、個々には断片的な意見表明しか残していない実務法曹たちの認識を論ずるにあたり、「集団としての」実務法曹が、「明治民訴法期に」——時系列的な前後関係は捨象している——何を考えていたのかという、大数的なかたちで論ぜざるをえなかった。『日本弁護士協会録事』『法律日』など他の法曹メディア、さらに立法・判例・学説から得られる知見とのすり合わせが今後必要であらう。

江戸時代や明治前期からの影響いかんも検討から外されている。⁽³⁾ 検討対象とした記事の中で前代の影響が明示的に指摘されることが少なく、近代的法典が一通り整備されてからそれなり以上の時間が経過してもいる。他の要素との兼ね合いもあり、容易な評価を許すものではない。

あまりに急速な継受ゆえに理解・運用が不十分だった部分と、当事者主義（不干渉主義）そのものに内在していた問題点の分別も今後の課題である。わが国が継受法国であるがゆえに問題がより先鋭化したことは無論重要だが、ドイツやオーストリアではほぼ同時期に職権強化へとかじが切られていることは、当事者主義そのものにも問われるべき点が多々あったことを教えている。⁽⁴⁾ 同時期の母法国における、とりわけ実務の実態の解明が不可欠の作業とならう。

以下では、右に掲げた結論に関連の深い論点を提示し、今後の研究の方向性を示唆してむすびとしたい。

二 大正改正の起草・立法過程との関連

実務法曹において広くみられた職権の一定の積極的介入を求める動向は、同時代に進行していた大正改正に向けての起草・立法過程にそれなりには反映されていたといえる。⁽⁵⁾ もちろん認識には少なからざる差異が見られ、

法改正に直接携わった者たちは一般により謙抑的なスタンスをとっていたし、口頭審理のように実務法曹との認識のズレが際立っている論点も存在した。改正法の内容が法案提出に至るまではほぼ秘密にされていたことも、起草・立法過程の議論（とりわけ起草者たる司法官僚）と実務法曹の受け止めの偏差の一因であったろう。これらの認識の相違は成法における規定、そしてその実務での運用に大きく影響を及ぼしたと考えられる。

ただし、認識の相違はあくまで手続の具体的論点の扱いについてであり、裁判官の介入をポジティブに評価するといふ基本線は起草・立法過程に携わったエリート法曹と実務法曹を問わず、また裁判官・弁護士を問わず歓迎かつ期待されていたことは強調しておきたい。職権の介入は裁判官・司法官僚と弁護士が対立する論点であるかに思われるが、それは周辺のなエピソードにとどまっていたのである。⁽⁷⁾

三 法学識の多様なリソース

本稿では法学識のリソースとして裁判官と弁護士しか取り上げなかったが、それ以外のリソースが果たした役割にも目を向ける必要がある。

(1) 実務向け文献

実務法曹向けに手続上必要な知識を平易簡便に提供する解説書・書式集は、明治民訴法施行と同時にあらわれており、判例集もドイツほどではないとしてもそれなりに出版されてゆく。素人に簡便に法知識を提供する、あるいは本人訴訟を念頭においたマニュアル的文献もみられる。⁽⁸⁾⁽⁹⁾

こういった実務向け文献は場合によっては立法・学説よりも直接的に実務に、ひいては立法にも影響を与えうるものと考えられる。実務向け文献は法解釈学や学説史からは重視されてこなかったように見受けられるが、継受法の定着を考える上で見落とせないテーマであろう。

(2) 法律相談・人事相談

『法律新聞』には主に大正中期以降、弁護士による法律相談事業や行政（警察署など）による人事相談の記事が見られる。⁽¹⁰⁾

(a) 法律相談事業として紹介されているのは、主として社会運動系のものである。○大七・六・二八 平民法律相談所の成績 では、芝烏森社会政策実行団の事業が開始一か月で七八件を取り扱い、相談は一件五〇銭一年一二円、民事訴訟は一件五円という手数料で対応していた。内容としては「先ず家屋明渡しや家賃に関するものが第一位で十四件もある。…物価騰貴の影響と、家主が新しい借家人に代らせて家賃を上げる算段と、小成金が地所を拡げるために立退を請求するのは時節柄の現象と見るが好い。次が売掛代金貸金請求事件の十二で、之も物価騰貴の為めといえよう。離婚沙汰が九件の第三位「原文は第二位」で、職工連が景気の好い為めに新しい女を作って、頭の上らない古い細君と喧嘩をした末離婚沙汰と云う不都合千万な傾向があるとの事。其の他の刑事問題が八件ある…人事と戸籍で八件、遺産争いの四件、雇傭関係が三件で、売買や其の他契約破棄の事件が六件もある。又婆さんが孫娘を引取って育て上げた所孫娘が別嬪なので、其の親が孫娘を親権を以て連れて行き芸妓家へ売るとの事で婆さんが泣き込んだのや、陸軍省の馬丁が馬丁になる株を担保にして金を借りたという株券ならぬ株担保の紛^{ふんぐん}紖や、電灯値上を延期して置きながら東灯「東京電灯。東電の起源」が一時払を請求して来たという青山学院の細君の申込みなどであるそうな」というのが大体の傾向であった。安価・簡便な法知識の提供による紛争の解決と予防をめざすものであり、記事のスタンスは好意的なものである。⁽¹¹⁾

(b) 警察における人事相談所は、警視庁が大正八年九月に設置したのが最初のようにである。⁽¹²⁾ 社会政策的配慮にもとづき、庶民の間のいわゆる社会問題一般について、なるべく相談しやすいよう平服姿で対応するなど配慮がみられた。家屋賃貸借は大きな問題となっており、○大九・三・八 警視庁相談所 相談所主任岩村政寿君談 は

「借家払底の影響で、借主が明けると云つて明^{あけ}ないものも大分あるようで：府で経営の貸家が出来れば悪家主の家が明くようになり、悪い評判が伝^{つた}り却つて家主の不利になるから、悪家主は今の内に考えて無理なことをしないのが利益であると思う。しかし借家人の中にも悪いのがある。畳数が二十一畳からあつて十一円の家賃であつたのを、何ヶ月も家賃を溜めて払わぬので十四円に値上をしたら、大に家主を嚇^{おど}したなど云うのもある。」「家主や借家人だけでなく」差配にも随分性質の悪いのがある。家主の知らぬことを差配が一人でやつて居ることがあり、又借家人に付届を仄めかす差配人などもあり：「家主と借家人間の衝突の原因として」家主が代理人を頼んで交渉させるので、代理人が自然成功を急ぐため：争になるようなことも少なくない」とし、家主と借家人ができるだけ誠意をもつて話をつけるほうが、かえつて双方のために利益だと述べている。

記事のスタンスとしては好意的なものもあるが、警官が不十分な法知識に基づいて威圧的に解決を押し付ける、司法権を侵害し弁護士¹⁴の業務を侵すなどの批判もみられる。右で紹介した警視庁相談所主任は、取り扱う対象を「弁護士が当然やるべき関係のことには手を付けぬことにして居る。：純粹な民事問題は一切取扱わず、只だ犯罪に係る事柄のみ取扱つて居る。中には呼出状を出しただけで解決するのがある」とはいうものの、民事事件との境界が常に明瞭だとは限らなかつたと思われる。

(3) 代書人・三百代言

弁護士は地方において少なく、金銭的な理由からも必ずしもアクセスが容易ではなかつた。紛争解決のために簡便・安価に法知識を提供する代書人や三百代言の助力は必要なものであつたし、司法当局も彼ら非弁護士の活動に期待するところがあつた。¹⁵ 弁護士に頼ることが難しい場合における予防法学や紛争解決を考える上で、彼らの役割は今後さらに検討される必要があろう。

四 西洋近代法のわが国への適応

新しい法典Ⅱ明治民訴法を運用するなかで、実務法曹がさまざまな問題を認識しその改善策を盛んに論じたのは一見自然に思える。しかし、それがけつして容易な道ではなかったことは、先行研究が正當に指摘するところである。つとに三ヶ月章教授は、わが国ではドイツの民訴制度を範としてとりこむことに急であつたために、かえつて出発点當時のドイツの制度・理論に強く繫縛され、ドイツがその後果敢な脱皮を試みてもそれを弾力的にフォローすることがわが国では億劫がられてしまつた、と述べていた。⁽¹⁶⁾中野貞一郎教授も、わが国では近代的かつ体系的な明治民訴法典の偉容に威圧されて、継受した民訴法を日本の土壌に適合させるための実務上の活動はなほだ低調だつた。「外來の訴訟法規を日本の国情に適合させるための正當な実務内努力が、しばしば、當時の開化思潮のもとで旧慣墨守として忌まれ、あるいは萎縮していったことは、十分に想像できる」と論じている。⁽¹⁷⁾

たしかに、明治民訴法期の『法律新聞』では訴訟關係の明瞭な認識と眞実探究について、ドイツの実務レベルの新しい動向が報じられることはほとんどなかった。民訴法の法文こそほとんど同一とはいへ、さまざまな前提を大きく異にするわが国でそれを運用するに当たり生じて當然の齟齬は、ドイツでの実務レベルの工夫への関心よりは、むしろドイツ法の「形式主義・權威主義」という大雜把な批判、そしてイギリス法への関心へと向かいがちだつたように見える。

本研究はそのような限界を認識した上で、実務法曹が継受法たる明治民訴法を実務レベルで適切に機能させるために、積極的に取り組もうとしていたことに光をあてるものである。法典・制度レベルの継受をまがりなりにも終えたわが国は、実務への西洋近代法の適応・洗練、一定の批判的視座を伴つたより深い理解の時期を迎えていたのだつた。それは現実性の低い「名判官」や、失われつつある旧來の日常生活への憧憬と時に交錯することはあつても、西洋近代法の必要性自体が疑われることは実務法曹においてはなかつたのである。眼前に突き付けられた現実の問題に対して具体的レ

ベルの改善策を提示することに徹したところに、実務法曹たちの矜持と真面目があつたといえよう。

「訴訟法規でもなく学説でもない、それでいて訴訟を形成しているもの。それも、法典や学説に随伴してはるばるドイツからやってきたであろうか。そのようなことは、誰が考えても、全くありそうにない」(中野貞一郎「手続法の継受と実務の継受」)。本研究は、およそ異なる法伝統をもつ西洋から民事訴訟制度を継受したわが国が、その実務での運用にさいして直面した葛藤を描き出すことを目的としていた。「思えば、わが国のドイツ法継受の時期が不運であつた。ドイツの訴訟立法史上、争点整理のための特別な方策を認めないという異例の立法を継受したのである。そのために、理論上実務上争点整理の必要を痛感しないという雰囲気のまま推移してきた」(鈴木正裕「争点整理の方策について——その史的考察」)のように、わが国が継受した民事訴訟制度が、西洋史のなかでも個人の自律を重視する思潮のとりわけ強い時代のものであつたことが、われわれにとって問題をさらに難しくしたようにおもえてならない。⁽¹⁸⁾

*本稿は、文部科学省科学研究費・基盤研究C「『当事者のために介入する裁判官』の歴史的系譜——ヨーロッパ私法史から大正民訴改正へ」、同「民事訴訟における職権介入の虚像と実像——実務のまなざしから出発する法史学の試み」(いずれも代表者・水野浩二)による研究成果である。

(1) 先行研究には、大正改正における職権探知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が(柴野「転回点」二八一頁注(39)、二八八頁)、必ずしも同意できない。水野「口頭審理」注(85)も参照。

- (2) 本論で言及したように、いわゆる「弱者」保護の視点は実務法曹においてそれなりのモメントとなっていた。大正民訴法改正の起草・立法過程(のうち大正後期)において社会政策というアイデアが出てこない指摘されるのは、やや偏差があるかもしれない(鈴木『日本』二八二・二八七頁、注(128))。ちなみに大審院長・横田国臣は〇六七・四・一〇中央法衙の一隅より、で、「今後の社会は精神上の共産主義で行かなければならぬ。ソウでなければ将来はやって行けぬ。従って裁判所でも其積りで、貧乏人などは可成助けてやるような方針で万事やって行かねばならぬ」と述べている。
- (3) 裁判官の權威主義、「名判官」待望論、偽証の多さ、予防法学の欠落などが考慮対象になりえよう。
- (4) ドイツ帝国民訴法典(CPO)施行後早い時期に、いわゆる処分権主義・弁論主義をめぐって詳細な議論が行われるに至った。Falk Bomsdorf, Prozelmaximen und Rechtswirklichkeit: Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozel. Vom gemeinen Recht bis zur ZPO. Berlin 1971. Jürgen Damrau, Die Entwicklung einzelner Prozelmaximen seit der Reichszivil-prozelordnung von 1877. Paderborn 1975. Bert-Hagen Strudthoff, Die richterliche Frage- und Erörterungspflicht im deutschen Zivilprozel in historischer Perspektive. Frankfurt am Main 2004. Sebastian Adler, Das Verhältnis von Richter und Parteien in der preußischen und deutschen Zivilprozelgesetzgebung. Hamburg 2006. 鈴木正裕『近代民事訴訟法史・オーストリア』(平二八)。当事者主義の高唱の結果としてドイツ帝国民訴法典が争点整理手続を欠いていたことについては、鈴木正裕『近代民事訴訟法史・ドイツ』(平二三)の詳細な叙述を参照されたい。
- (5) 大正民訴改正法案については、『法律新聞』では、当事者主義の立場からの批判は少数にとどまる。〇六一五・二・一二改正民事訴訟法案概観 小林亀郎君 は、民事訴訟法は私権の保護を目的とする以上処分権主義「ここでは当事者主義のこと」を重視するのが当然で、近來の立法思潮が職権主義へ傾斜していることはきわめて遺憾である、改正案は職権主義から出発しているために首肯できない条文が少なくない、と批判している。
- (6) 染野「転回点」二四四、三〇五頁、鈴木『日本』二八〇頁を参照。
- (7) 先行研究には「在朝法曹对在野法曹」の対立軸を強調するものもみられるが、本研究の対象とするテーマには必ずしも当てはまらないと考える。
- (8) 明治民訴法施行当時のものとして、三坂繁人『民事訴訟法釈要上中下巻』(明二三)、沢井重蔵『民事訴訟実用』(明二四)などがある。

(9) 例え田丸税稔『民事訴訟独案内 付諸書式』(明三五)は、広島地裁所長だった田丸が、訴訟の開始から執行に至るまで原告本人に弁護士が事務所で助言を与える形で平易に解説し、巻末では書式を詳細に紹介する。

(10) ○大七・五・二五 新橋平民食堂内に平民法律所開かる ○大七・一一・一五 簡易法律相談所が出来る ○大八・四・五 帝大学生基督教青年会法律相談所の事業成績 ○大八・八・一〇 大阪自由法律相談所の成績 ○大九・一・一五 日比谷の中央法律相談所 ○大九・一・三〇 大阪基督教青年会に法律相談所 ○大一〇・一二・八 法律相談無料公益デアの元祖 弁護士若井孝太郎君 ○大一二・三・六・五 左傾派弁護士相談所を組織す ○大一四・九・三〇 用法の妙致は国家の幸福 弁護士松倉慶三郎君。官の側からは小河滋次郎(大阪府嘱託)の講演、○大五・六・一五 必要な人事相談所がある。参照、伊藤孝夫『大正デモクラシー』二六―二七、五〇―五四頁。

(11) ドイツでは、一九世紀末には組織的かつ大規模な法律相談事業が行われるようになっていた。Hiroki Kawamura, Die Geschichte der Rechtsberatungshilfe in Deutschland, Berlin 2014.

(12) 以下紹介するもののほか、○大八・一一・八 人事相談所の成績 ○大八・一二・三三 人事相談所開始の動機 ○大九・二・八 警視庁人事相談所拡張 ○大九・二・八 薄幸なる寡婦の相談に乗る ○大九・二・二三 警視庁人事相談所の成績 岩村主任談 ○大九・三・八 警視庁相談所 相談所主任岩村政寿君談 ○大一〇・二・八 横浜水上署に人事相談所 ○大一〇・三・二五 警視庁人事相談課の独立 ○大一一・九・一五 (懸賞論文) 再び司法制度の改善に就て 弁護士小林栄太郎君

(13) ○大一〇・一一・二〇 警視庁の人事相談所近況 によると、同年一〇月の総件数は六五二、うち精神上の相談(身の上・家庭戸籍婚姻など)一二五、職業上の相談(求職など)九八、雇用上の相談(給料の請求など)二六、感化保護(不良少年・病者)一九、衛生(消毒など)二、家屋賃貸借一一〇、その他(売買請負、各種届出)二七二となっており、一日平均二一―二二件であったという。「本月は市内六十個所「の相談所」を合算すると三千五百件となるかも知れない」。

(14) 好意的なものとして○大九・六・二五 一寸した気付き 人事相談所職業紹介所係員に申す 原胤昭君 ○大一一・一〇・二〇 町村人事相談所の責任及所員の修養を論ず 弁護士松倉慶三郎君 ○大一一・一〇・二五 警察署の人事相談所は憲法違反なるや否 弁護士松倉慶三郎君。批判的なものとして○大一一・六・二八 和歌山弁護士会の警察人事相談廃止の決議 ○大一二・八・一八 遣り過ぎる人事相談所。賛否両論として○大一一・四・七・二五 東北六県弁護士大会。

- (15) 代書人についてはさしあたり、林真貴子「日本における法専門職の確立——職域の形成とその独占」（鈴木秀光他編『法の流通』（平二二）所収）、大出良知「司法書士は司法制度上どのような位置を占めてきたのか——司法書士史の編纂を通して」月報司法書士四七九（平二四）、中山弥保「司法代書人法制定沿革小史」慶大法學研究科論文集五四（平二六）など。三百代言については橋本誠一『在野「法曹」と地域社会』（平一七）、同「再論 在野「法曹」と地域社会」民衆史研究七八（平二二）、三阪佳弘「近代日本の地域社会と弁護士——一九〇〇年代の滋賀県域を題材として」法と政治六二卷一号（平二三）、同「明治末・大正期京滋地域における弁護士と非弁護士——続・近代日本の地域社会と弁護士」阪法六三卷二号（平二五）を参照。
- (16) 三ヶ月章「ドイツの司法制度について——その歴史的背景と現在の問題ならびに改革の動向。あわせて日本との対比」同『民事訴訟法研究四』所収（初出昭三八）四一―四二頁など。同時代（一九世紀後半―一九二〇年代）のドイツでは、民事訴訟手続全般に関して立法・判例・学説における認識はわが国よりはるかに深化し、実務法曹の間でも具体的問題意識が深められていた。中世後期以来、法学的な訴訟手続が法伝統として根付いてきたという差は大きいと思われる。
- (17) 中野「手続の継受」六〇―六一頁。
- (18) 参照、星野英一「日本民法学の出発点——民法典の起草者たち——」（向坊隆ほか『明治・大正の学者たち（東京大学公開講座26）』（昭五三）所収）二四一頁以下。