

裁判事務心得第4条の形成と 先例拘束力の否定

池田雄二

序論

第1章 裁判事務心得の有効性

第1節 有効説

第1款 民法施行法第9条を根拠とする学説

第2款 民法施行法第9条以外の根拠をあげる学説

第2節 消滅説

第3節 政府見解

第4節 司法解釈

第5節 検討

第2章 先行研究の整理

第1節 杉山直次郎博士

第2節 大河純夫教授

第3節 吉田克己教授

第4節 瀬川信久教授

第5節 検討および論点整理

第3章 裁判事務心得第4条制定と井上毅

第1節 渡欧前後の井上毅の法的素養

第2節 井上毅他官員の渡欧～ボアソナードとの出会い

第3節 井上毅による西洋法関連自筆草稿とその背景

第1款 白耳靈行筆記

第1目 井上の裁判官に対する考え方

第2目 明治初期の裁判状況

(一) 民事裁判における遅刻・欠席に対する罰金刑

(二) 民事裁判の当事者に対する宿預け

(三) 民事裁判の当事者に対する苔杖刑

(四) 民事裁判に逃亡した被告に対する捕縛

第3目 明治初期の裁判状況に対する評価

第2款 佛国大審院巧

第1目 フランス民法典第5条の裁判事務心得第4条に対する影響の有無

第2目 実質的な判例の先例拘束力について

第3款 司法制度意見案

第1目 司法省のフランス法採用事業と左院のイギリス法採用説の対立

第2目 司法省のフランス法採用事業

(一) 制度局民法編纂会議草案と明法寮草案

(二) ブスケとボアソナードの来日

(三) ブスケとフランス法採用事業への影響～前加条目と民法仮法則の脱稿

第3目 イギリス法採用派

(一) 尾崎三良

(二) イギリス人御雇外国人ヒル

結論

序 論

判例は民法学の中では非常に重要な地位を占めており、あたかも、法源のように語られている。判例が法源か否かは法源論で議論されてきたところであるが¹、この点に関して定めている法規が存在する。それが明

¹ 廣中1・後掲・43-44頁、同2・後掲・171頁以下。同博士は判例が「事實的拘束力がある、それ以上のなにものでもないという考えでありまして、判例は法源でないということになります」と論じる（廣中2・後掲・172頁）。そして「判例というものが、およそ一般的に、この社会で人々によって法と觀念されるものを作り出す力をもって

治8年6月8日太政官布告第103号裁判事務心得第4条である。同条は次の通り定めている。

「第4条 裁判官ノ裁判シタル言渡ヲ以テ将来ニ例行スル一般ノ定規トスルコトヲ得ス」。

果たしてこの条文について論ずる意義があるのだろうか。そしてある場合にこの条文をどのように解するべきであろうか。

この条文について論じる実定法上の意義があるとすれば、裁判事務心得の有効性についてまず論じることになるだろう。というわけは裁判事務心得第4条の効力が消滅しているにもかかわらず、同条の成立経緯を究明したところで、少なくとも実定法上の意義はないからである。裁判事務心得が有効であるとすれば、同条の効力を論じる実定法的意義が生じうる。なぜならば、判例が法源ではないことに法律的根拠を提供することになるからである²。

次にこの条文をどのように解するべきか。この点については同条の成立経緯を究明することが求められるだろう。そこで究明されるべきものは少なくとも以下の点であると考ええる。

①裁判事務心得成立時点で前提した裁判官はどのようなものであったか。②裁判事務心得第4条は日本独自の立法であったのか。換言すれば、これに影響を与えた西洋法は存在したか。③判例の法源性を否定し、制

いるということはむしろあたりまえの話であって、そのことを理論的に否定すべき理由は全然ないということが明らかになります。しかし判例を法源、つまり、そこから裁判規準を取り出すべきであるとされるものだとか考えるか、どうか、という話は、それとは別の話なんだと考えなければならぬ」(同2・後掲・175頁)、と論じる。

²廣中博士は裁判事務心得を有効とし、判例の法源性を否定するが、奇妙なことに第4条を援用しない。同博士は、法源とはまず第1に法律であり、このことは憲法第76条によるとする。第2に慣習であり、それは法例第2条によるとする。第3には条理であり、それは裁判事務心得第3条によるとする。したがって裁判事務心得を有効と解していることは明白である。しかも同博士は第4条の存在を認識している(廣中1・後掲・41—44頁)。

定法主義を採用することについて論争が存在しなかったか。④①から③の立法理由は現代においても意義があるか。以上の点を明らかにすることで判例の法源性を論じる何らか一定の意義を見い出すことができるのではないかと考える。

以上に沿って、本論ではまず裁判事務心得は有効か消滅かを明らかにする。その上で、上記①から④について究明・検討する。この点に関しては先行研究として主に杉山直次郎博士と大河純夫教授の論文の成果を確認した上で裁判事務心得の成立に直接的または間接的に関与したと考えられる人物に焦点をあてて究明する。

第1章 裁判事務心得の有効性

第1節 有効説

第1款 民法施行法第9条を根拠とする学説

裁判事務心得が現在有効であるか否かについては見解が分かれている。有効説をあげると以下の通りである。

梅謙次郎博士の見解は次の通りである。「『成文アルモノハ成文ニ依リ成文ナキモノハ慣習ニ依リ慣習ナキモノハ条理ニ依ル』ト云ウコトガ明治八年第百三号布告裁判事務心得ノ第三条ニアル、民法施行ノ際はハ廢セラレテ居ラヌ」³。

富井政章博士の見解は次の通りである。明治8年第103号布告裁判事務心得に「明文ナキトキハ慣習ニ依ルヘク慣習ナキトキハ条理ニ依ルヘシ」とあることをあげ、「此規則ハ民法実施後ノ今日ニ在リテモ尚効力ヲ有スルコト疑ナキカ故ニ（民施九条）現行法ノ説明トシテモ其意義ヲ明ニスル必要アリ」⁴。

³梅・後掲・90頁。なお以下の引用では、読解を容易にし、読者の理解の便に供するため、日頃、明治初期の文献等に慣れ親しんでいないために読解が困難になると判断した場合には、文意を損なわない範囲で、適当な修正を施す。

⁴富井・後掲・35頁。

松本烝治博士の見解は次の通りである。「明治八年ノ布告カ現行法ナリヤ否ニ付テハ疑議ナシトセサレトモ民法施行法第九条ノ廃止シタル旧法令中ニ存セサルノヲ以テ其効力アルモノト認ムヘキカ如シ」⁵。

穂積重遠博士の見解は次の通りである。同布告につき、「此規定が現行法であるか否かは疑問であつて私はさうであると考えて居るが（民施九条）、反対論もあらう。しかしもし此布告が既に廃止されて居るとしても、元来当然の規定であるから今日でも理論上然らざるを得ない」⁶。

大河教授の指摘によると、裁判事務心得の有効性の根拠に民法施行法をあげる学者は穂積重遠博士の頃までとされる。我妻栄教授による『民法総則』以降は同法が根拠されない傾向にあるという⁷。ただし我妻博士以降も民法施行法第9条を裁判事務心得有効の根拠に挙げる学者は存在する。例えば、廣中博士は同条を裁判事務心得有効の根拠の一つに挙げる（廣中説については後述する。なお我妻博士以前の学者だが、杉山博士も同条を根拠の一つとして援用する。ただし同条だけが根拠ではない。杉山説についても後述する）。

第2款 民法施行法第9条以外の根拠をあげる学説

以下に紹介する見解は民法施行法第9条以外の根拠をあげるものであるが、同条を根拠の一つとして援用する見解も含まれている。

我妻栄博士の見解は以下の通りである。裁判事務心得は「裁判の本質上当然なことを規定したに過ぎない。従って、この太政官布告が布告として今日その効力を持続するかに関係なく、かような結果を是認しなければならない」⁸。

⁵松本・後掲・21頁割注。

⁶穂積（重）・後掲・46頁。

⁷大河・(1)・後掲・512頁注18。

⁸我妻・後掲・21頁。

一方で我妻博士はその編纂による『旧法令集』の凡例において同布告を△に分類している。「△印は現行施行停止中の法律及び形式上廃止されていないが実質的に失効と解される法令」である⁹。

杉山博士は 1931 年に発表した「明治八年布告第百三号裁判事務心得と私法法源」において裁判事務心得個別条文の有効性について次のように論じた。まず一般論として次のように論じる。裁判事務心得は一時期、ドイツ法の概念法学が風靡したので、法律万能主義になり、条理裁判は存在意義を失い、裁判事務心得が忘却されていた¹⁰。「驚くべきは、本布告は後に論ずるが如く現行法たるに拘らず、完全無欠を以って自他共に許す所の法制局編纂現行法令集覧にも載録され居られざることである、況や自余の法規集に於てをや」¹¹。しかし閑却されてただけであり、現在も有効であり、しかも憲法上の保障をえている。そうでなくともその後の法典でますます有効であることの基礎を強固にした¹²。旧憲法第 76 条第 1 項をみても、その後の法令をみても、廃止する明文も廃止する実質的規定はない¹³。民法施行法第 9 条に列举されておらず、また民法の精神にも本布告は矛盾しない¹⁴。

まず第 1 条¹⁵についての見解は以下の通りである。同条は刑事面で条文の一部が失効している。すなわち条理断獄を認める第 1 条は旧刑法(明

⁹我妻編・後掲・凡例。

¹⁰杉山・後掲・33 頁以下。この点につき、瀬川 2・後掲・2452 頁は以下のように論じる。「立法作業が終了し、制定された法律の註釈に法律学が没頭してゆくとき、自然法思想がさらに衰退するのは自然なりゆきであり、法思想としての活力を維持するには、意識的な努力が、とくに法の認識論の開拓が必要であった。そうしないで、自然法を以て国家制定法を一般的に弁証するときには、自然法・理想法の内実は国家制定法主義的なものに変質せざるを得なかったと思われる。」「自然法思想や条理が、一明治初期とは違う角度から一再び取り上げられるのは、大正期以後の社会変動とそれに応ずる法運動の中においてなのである」。

¹¹杉山・後掲・36 頁注 1。

¹²杉山・後掲・5 頁、87 頁以下、111 頁以下。

¹³杉山・後掲・29 頁。

¹⁴杉山・後掲・31 頁以下。

¹⁵「第 1 条 各裁判所ハ民事刑事共法律ニ従ヒ遲滞ナク裁判スヘシ疑難アルヲ以テ裁

治 13 年 7 月 17 日太政官布告第 36 号)第 2 条で廃止された¹⁶。しかし第 1 条の裁判拒否の禁止は旧憲法第 24 条の保障の下で存続した¹⁷。

第 2 条¹⁸についての見解は以下の通りである。旧憲法と一緒に施行された裁判所構成法(明治 23 年 2 月法律第 6 号)、それと民事訴訟法(明治 23 年 3 月法律第 29 号)や治罪法(明治 13 年 7 月 17 日太政官布告第 37 号)により独立の存在意義を失っている¹⁹。

判ヲ中止シテ上等ナル裁判所ニ伺出ルコトヲ得ス但シ刑事死罪終身懲役ハ此例ニアラス」。

¹⁶「第 2 条 法律ニ正条ナキ者ハ何等ノ所為ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ス」。内閣官報局・明治 8 年・後掲・127 頁で第 1 条の頭注では「十三年第三十七号布告〔治罪法〕ニ依リ刑事ニ係ル廉消滅」とある。編纂者の解釈は杉山教授と異なる。また第 1 条が条理断獄の法意を表しているというが、これは当時の刑事裁判で行なわれた断罪無正条と不応為律につき知悉していないと難解である。この点について詳しくは穂積(陳)・後掲・223 頁以下または杉山・後掲・11 頁以下に譲るが簡潔に解説しておこう。まず前者は法の定めはないが、そうした場合に律を引き合わせて案を具して上司の許しをえて適用するものである。後者は比較的軽微な罪で正文に比附すべきものがない場合に裁判官が法発見を職権で行ない、諸般の事情を量り、適当と思料する刑を課すものである。母法は故唐律疏義である。以後明律、清律にも引き継がれた。日本はこうした概念を唐律を母法とする大宝律令以来採用している。旧々々刑法である、清律流の新律綱領(明治 3 年 944 号。明治 13 年旧刑法典で廃止)でも「断罪無正条 凡ソ律令ニ該載シ尽サザル事理、若クハ罪ヲ断ズルニ、正条ナキ者ハ、他律ヲ援引比附シテ、加フ可キハ加ヘ、減ス可キハ減シ、罪名ヲ定擬シテ、上司ニ申シ、議定シテ奏聞ス。若シ輒ク罪ヲ断ジ、出入アルコトヲ致ス者ハ、故失ヲ以テ論ス」。また「不応為 凡ソ律令ニ正条ナシト雖モ、情理ニ於テ、為スヲ得応〔べ〕カラサルノ事ヲ為ス者ハ、笞三十、事理重キ者ハ杖七十」(笞杖という刑具図が内閣官報局・明治 3 年・後掲・589 頁に掲載されている)。そして明治 8 年当時、現行だった改定律例(明治 6 年太政官 206 号)第 99 条にも「断罪無正条例 凡ソ律例ニ罪名ナク、令ニ制禁アリ、及ビ制禁ナキ者ハ各所犯ノ輕重ヲ量リ、不応為違令違式ヲ以テ論シ、情罪重キ者ハ、違制ニ問擬ス」とある。また不応為条例が第 289 条から第 291 条にあり、第 289 条は不応為を犯した者の主犯と従犯の量刑を定め、第 290 条は仏像を毀損した者を不応為とし、重として処罰することを定め、第 291 条では、詭弁怪説流布または著述し、政体を妨害する者を不応為とし、重として処罰する旨を定める。このように当時の刑事裁判では律令制以来の断罪無正条および不応為律が行なわれていた背景がある。

¹⁷杉山・後掲・28 頁、33 頁。

¹⁸「第 2 条 凡ソ裁判ニ服セサル旨申立ル者アル時ハ其裁判所ニテ弁解ヲ為ス」。

¹⁹杉山・後掲・31 頁。

第3条についての見解は以下の通りである。法律の欠缺事項には第2法源第3法源の適用がある。旧憲法第57条第1項にいう「法律」には慣習条理を含む。ゆえに条理で裁判しても違憲ではない。したがって第3条も有効である²⁰。

第4条についての見解は以下の通りである。「判決の立法的効力を禁止する第四条」[…]の如き重要な諸規定は、爾後の立法変遷に因て効力を失わざるのみならず、却て、憲法に依る将来の保障を受け、然らざるも爾後の法典に依て益々其の基礎を強固にしたことを認める」とのべ、有効であるとする²¹。

第5条²²についての見解は以下の通りである。「『法律規則命令又は何等の名称を用ひたるに拘らず此の憲法に矛盾せざる現行の法令は総テ遵守の効力を有す』と規定する憲法第七六条第一項に考ふるも、憲法附屬法規他爾後の法律に於て之を廃止する明文も実質規定も存せざるに徴するも、依然効力を保持する法律たること明である。仍ほ本布告第五条の如きも同様に解すべきである」²³とのべ、有効と論じる。

廣中教授の見解は次の通りである。明治23年刊行の内閣官報局編纂の『法令全書 明治十七年』巻末の法令改廃表において裁判事務心得が明治23年の裁判所構成法（明治23年法律第6号）と民事訴訟法（明治23年法律第29号）により消滅しているとされていることを指摘しつつも²⁴、裁判事務心得は現行法だとする²⁵。特に第3条の有効性に関しては、三つの理由が挙げられている²⁶。

²⁰ 杉山・後掲・29-31頁。

²¹ 杉山・後掲・33頁。

²² 「第5条 頒布セル布告布達ヲ除クノ外諸官省隨時事ニ就テノ指令ハ将来裁判所ノ準拠スヘキ一般ノ定規トスルコトヲ得ス」。

²³ 杉山・後掲・29頁。なお本文引用文中の傍点は杉山教授による。

²⁴ 「二十三年法律第六号第二十九号ニ依リ消滅ノ八年ノ太政官ノ第百三号布告ノ一二七」、とある。

²⁵ 廣中1・後掲・41頁以下（特に注1）および同2・後掲・88頁以下（特に注3）。

²⁶ 廣中1・後掲・41頁注1。

第1の理由は次の通りである。法令改廃表において裁判事務心得は裁判所構成法と民事訴訟法で消滅したとあるが、これら法律に同布告を消滅させる規定がない。また明治26年5月の法典調査会民法主査会において「法令中ニ慣習ノ効力ニ関スル規程ヲ掲クル事」の要否を審議した席上、大審院判事高木豊三が「是ハ掲ケナクテモ今日ノ日本ノ裁判官ニハ心配ハ入ラムト思ヒマス何故カト云ウニ法律ノ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条理ニ依ルト云ウノハ日本ニ久シク行ハレテ居ルノテアル裁判官ハ其レニ検束サレテ居ルカラ…」とのべ²⁷、裁判事務心得の少なくとも第3条はこの当時も「遵由ノ効力ヲ有ス」と示唆している。

第2に、富井教授が少なくとも第3条につき民法施行法第9条の廃止法令中に同布告がないことをあげ、有効としていることを挙げる。穂積教授から久しくみられなかった民法施行法を根拠にあげる説の再浮上である。

第3に、裁判事務心得布告文に長く遵守すべきことを意味する「輪廓付」と定められていることをあげる。

小嶋和司教授の裁判事務心得有効の根拠も「三条を消滅せしめるような規定はない」というものである²⁸。

第2節 消滅説

無効説として以下のような見解が存在する。

四宮和夫博士の見解は次の通りである。「明治八年太政官布告一〇三号裁判事務心得三条は法典編纂前の法規不足に備えるものであって、現在なお法規としての効力を有するものではない」²⁹。

²⁷法務大臣官房司法法制調査部・後掲・「法典主査会 民法主査会第一回議事速記録」28頁。

²⁸小嶋・後掲・92頁注1。なお小嶋教授は廣中教授が1984年に東北大で口頭でのべたことを聴いていたという。

²⁹四宮・後掲・11頁。

小沢奈々氏の裁判事務心得消滅の根拠は大略として以下の通りである。第1に、1884年(明治17年)の司法省の民事訴訟法草案にあたる民事訴訟手続第364条³⁰において裁判事務心得の効力を是認する条文があり、裁判事務心得第3条から第5条に相当する第232条ないし第234条が存在したが、同草案の提供を受けたはずのテヒョーによる1885年(明治18年)2月脱稿のテヒヤウ氏訴訟規則原案には裁判事務心得の何れの条文に関する規定もみあたらず、その後の旧々民事訴訟法の上告に関する第434条および第435条³¹にも見当たらない。このことに関連して民事訴訟法調査委員の一人である今村信行委員は、その著書『民事訴訟手続 完』において、第435条にある「法則」に条理が含まれることを否定している³²。

³⁰ 「第364条 判決ニ付キ衆議ヲ取ルニハ主任判事判決主旨書ニ左ノ条件ヲ極メテ簡短ニ記シ願書課全員判事ノ回覧ニ付ス

一 原裁判官カ判定シタル事実ノ要点

二 法律(習慣条理ヲ包含ス)及ヒ定規

三 大審院ニ於テ判決シタル旧例」。原典は「現行民事訴訟手続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、1985年)(旧字体を新字体にした)。小沢・後掲・後注38によると、その他の原典として、東京大学近代法制資料センターや同大総合図書館所蔵の物が存在する。詳しくは小沢・前掲に譲る。

³¹ 「第434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り之ヲ為スコトヲ得

第435条 法則ヲ適用セス又ハ不当ニ適用シタルトキハ法律ニ違背シタルモノトス」。

³² 小沢・後掲・86-89頁。しかしながら『民事訴訟手続 完』後の著作である今村2・後掲・953頁は「法則中に条理を包含すべきや否やは又一の問題なれどもかの算数上に関し二と二を併せて五と算定せし事実を是認したる裁判の如きは法則に違背して事実を確定したるものなりとして上告を採用したることは大審院に判例あり」と論じている。少なくとも認定が異なることがおよそありえない条理(物事の筋道、道理)、例えば、 $2+2=4$ の類は法則に含まれることを認めている。したがって条理を法則に一切含めないかのような以前の記述からは後退している。

第2に、旧法例の原案論者自身が裁判官の法令解釈に関する条文を定めることに否定的であり、旧法例草案第22条³³が削除されていることがあげられる³⁴。

第3に、『法令全書 明治十七年』巻末法令改廃表における裁判事務心得消滅判定から昭和期に入るまでの法令集等において裁判事務心得の名を見いだすことはできなくなった(ただし1930年代頃から裁判事務心得を有効とする法令集が現れる)³⁵。

以上の通り、論じた上で、『法令全書 明治十七年』編者が知っていたかどうか解らないとしつつも、同書巻末法令改廃表において裁判事務心得を消滅と解さざるをえない立法史的背景があったとする³⁶。そしてこの法令改廃表の消滅判定を重視し、裁判事務心得が消滅したとする見解をとっている³⁷。

消滅説については以下のように総括してよいだろう。四宮説はある法がその役割を終えると、自然消滅するとの前提にたっている。一方、小沢説は法令改廃表に法令改廃に関する何らかの一見解以上の公的効力があることを前提しているように思える。

第3節 政府見解

政府は有効説にたっている。総務省法令データ提供システム³⁸で裁判事務心得を検索すると、「明治八年太政官布告第百三号(裁判事務心得)抄(明治八年六月八日太政官布告第百三号)」がヒットする。

その詳細は以下の通りである。

³³ 「第22条 法律ノ不備若クハ欠缺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関スル法律ノ条例ヲ適用スヘシ」。

³⁴ 小沢・後掲・90-91頁。

³⁵ 小沢・後掲・84-85頁。

³⁶ 小沢・後掲・94頁。

³⁷ 小沢・後掲・84-85頁。

³⁸ 総務省『総務省法令データ提供システム』2013年12月31日<<http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi>>。

「明治八年太政官布告第百三号（裁判事務心得） 抄

（明治八年六月八日太政官布告第百三号）

今般裁判事務心得左ノ通相定候条此旨布告候事

第三条 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条理ヲ推考シテ裁判スヘシ

第四条 一裁判官ノ裁判シタル言渡ヲ以テ将来ニ例行スル一般ノ定規トスルコトヲ得ス

第五条 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将来裁判所ノ準拠スヘキ一般ノ定規トスルコトヲ得ス

また国立国会図書館ホームページにおける「日本法令索引」中の「現行法令」³⁹⁾において「裁判事務心得」で検索すると、「1. 裁判事務心得（明治8年6月8日太政官布告第103号）」がヒットする。なお「日本法令索引」には「廃止法令」というページもある⁴⁰⁾。当然だが「裁判事務心得」はヒットしない。

以上から、行政府は少なくとも裁判事務心得第3条から第5条を現行法だと解していることは明白である。

第4節 司法解釈

裁判事務心得を正面から有効と判断した判例を見いだすことはできない。ただし第3条に関していえば、判決において条理を根拠とする判例は多々存在する。

例えば、最判平成21年4月28日民集63巻4号853頁は、小学校警備主事によって殺害された教諭が約26年後に発見され、遺族が加害者に損害賠償請求をした事件において、民法第724条後段の除籍期間の適

³⁹⁾ 国立国会図書館『国立国会図書館』『日本法令索引』『現行法令』2013年12月31日
<http://hourei.ndl.go.jp/SearchSys/frame/genkou_top.jsp>。

⁴⁰⁾ 国立国会図書館・「日本法令索引」・前掲・「廃止法令」2013年12月31日
<http://hourei.ndl.go.jp/SearchSys/frame/haishi_top.jsp>。

用を条理を理由に制限した。その他、判決の根拠に条理を援用する判例・裁判例は枚挙に遑がない⁴¹。

下級審判決には裁判事務心得第3条を援用する裁判例が存在する。予防接種ワクチン禍東海地方訴訟第一審判決(名古屋地判昭和60年10月31日訟務月報32巻8号1629頁)は、予防接種により患者が死亡または障害状態になった事例であるが、生存権に関する憲法第25条に基づく直接の補償請求の可否について、これを認める文言は存在しないとしつつも以下のように判示した。

「権利の具体的内容を定めた実体法上の法規がないときには、裁判所は全法体系の中にあつてこれと整合するように条理に基づいて適切にあるべき権利の内容を定めることができると解される。具体的法規がない場合にそのことを理由として裁判を拒むことはできない(明治八年六月八日太政官布告第一〇三号裁判事務心得)のであり、また法とは明文をもつて定められたものだけに限るものではないからである。全法体系の中であるべき状態になるように法を適用することこそ裁判所に課せられた司法的作用である。そのことをもって、法に欠缺はなく裁判所は見えざる法を適用するのであるというか、法の欠缺は裁判所は司法的立法をもつて補うことができるのであるというかということは単に言葉の問題であるに過ぎない。」。

次に裁判事務心得第4条について、判例の法源性を否定する同条が有効であるならば、判例は法源ではないのだから、従来の判例に従えば、無罪となる行為を特定の事件において有罪としても遡及処罰の禁止に抵触しないはずである。逆に法源であるならば、遡及処罰の禁止に抵触するはずである。この判例変更と遡及処罰の禁止に関して、最判平成8年

⁴¹判例データベースにおいて条理をキーワードとして検索すると、ヒットした判例・裁判例の全てが判決理由において条理を援用したものではないかもしれないが、547件がヒットする。なお利用したのは『法情報総合データベース』(第一法規)の『判例体系』のUSBメモリーによる縮小携帯版である『D1-LAW nano 判例20000』(2010年)であるから、『判例体系』ではより多くヒットするかもしれない。

11月18日刑集50巻10号745頁は、県教職員組合執行委員長の行為が、同盟罷業のあおりおよびあおりの企てを処罰する地方公務員法違反の罪で起訴された事例において次のような判示をした。行為当時における最高裁判所の判例を示す法解釈に従えば無罪となるべき行為を処罰しても憲法第39条に違反しない。

以上の通り、裁判事務心得の有効性を明言する判例は見い出せないものの、下級審にはこれを明言する裁判例があることに加えて、判例も裁判事務心得(とりわけ第3条および第4条)の有効を前提に判断している。少なくとも裁判事務心得を有効とすることに実務上の不都合はない。

なお最上級審においても、その関係者による裁判事務心得の有効を前提とした刊行物が存在する。司法解釈が裁判事務心得を有効とすることを補強すると考えられるので紹介しよう。

1941年(昭和16年)に刊行された『新體綜合註釋大六法全書』という注釈付六法全書がある⁴²。これは当時の現役大審院判事7名他⁴³がその編纂に携わったものである。同書「凡例」の(二)において、「編輯に付ては既往三年間数十回に亙つて打合せ協議を遂げ統一を計つた」とする。そして旧憲法第57条の「参照」において「法律ニ依リ＝明治八太政官布

⁴²細野他・後掲。

⁴³編纂者は以下の通りである。大審院判事細野長良、岸達也、神原甚造、犬丸嚴、梶田年、日下嚴、箕田正一、勅使河原直三郎(判事か不明)、久禮田益良、黒川耐而。同書の題字は内閣総理大臣近衛文麿等が書し、序文は以下の司法、官界、学界の要人によって書されている。枢密院議長原嘉道、司法大臣風見章、穂積重遠教授、元司法大臣鹽野季彦、大審院長泉二新熊、検事総長岩村道世。時の司法大臣風見は序文で「本書編纂に際して、深く時局の認識に徹底し、本書を通じて、一般国民に国体を明徴にし、遵法の実を具現せしめ、以て国家未曾有の大業完成の一助と為さんとする深き意図あることで、各所に其片鱗を認むることが出来る。新体制下国民常備の法律顧問書として、大方に推薦する所以である」とのべ、また元司法大臣鹽野季彦も「国民の日常生活乃至国家社会秩序維持に関する重要法令に簡明妥当な注釈を加えて、是を一纏めにしたものであるから、権威ある解説書として安心して之に信頼を置くことが出来るのである」とのべる。

告裁判事務心得三」と注釈をいれている(「＝」は、「凡例」(ハ)によると、「憲法、民事訴訟法、破産法に於て事項とこれに係る条文とを一又は＝の記号を以て表はした」もの)。なお執筆担当者は大審院判事犬丸巖である。

以上から司法解釈としては裁判事務心得(とりわけ第3条および第4条)を現行法と考えている。

第5節 検 討

以上の通り、学説は裁判事務心得有効説が通説、政府解釈も司法解釈も現行法との立場にたつことを確認した。では裁判事務心得を現行法と解すべきなのかどうかについて検討を加えよう。

まず太政官布告とは何かについて確認する。太政官布告とは明治時代初期、太政官によって公布された法令の形式である。1885年(明治18年)に太政官制が廃止され、翌年の公文式により太政官布告・太政官達⁴⁴の形式は廃止された。しかし後法に矛盾しないものは引き続き効力を有し、大日本帝国憲法施行後も「遵由ノ効力ヲ有ス」とされた。現行憲法施行後も明治憲法下で法律として効力を認められたものは憲法に反しない限りで効力は存続すると解されている⁴⁵。

したがって形式的には裁判事務心得の内容に矛盾する後法がない限り、裁判事務心得は現行法である。したがって問題は裁判事務心得と矛盾する後法があったかどうかが問題となる。『法令全書 明治十七年』巻末法令改廃表は法律ではないのだから、同改廃表による判定にいかなる背景があろうとも、法令改廃の効力があるはずがない。その後の政府や司法が平然と現行法として運用していることに鑑みても、改廃表は参考以上のものとはなりえない。あくまで裁判事務心得と矛盾する後法があったのかどうかは問題であり、裁判事務心得に相当する規定が何らかの後法にないことが問題となるのではない。そして改廃表が根拠とする裁判

⁴⁴ 「太政官布告」は全国一般に達しなければならないもの、「太政官達」は官庁限りで心得なければならないものいう。

⁴⁵ 金子他・後掲・「太政官布告」。

所構成法および民事訴訟法には廣中博士が指摘するように裁判事務心得と矛盾する規定が存在しない。

民法施行法第9条を裁判事務心得現行法の根拠とする見解も裁判事務心得と矛盾する後法があるのかどうかの次元で論じている。ただ同条は膨大に存在する後法の1条文に過ぎないから、同条だけで現行・消滅を判定することはできない。ただ少なくとも裁判事務心得第3条および第4条と明白に矛盾する後法には接していない。それどころか裁判事務心得第3条および第4条は現行憲法の下位規範としての法段階構造の一構成要素としての機能を有していると考えられる。というわけはこうである。

まず裁判事務心得第3条についてのべよう。憲法第76条により、「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」。同規定は法源について定めていると解することも可能である。したがって憲法上、法源には憲法と法律およびその委任を受けた命令や慣習法、条例を含むと解することができる⁴⁶。そしてこれらに反しない限りで裁判官は「良心」にしたがって裁判することができる。この良心の意義については学説上の争いがあるが、裁判官としての客観的な良心とする見解が通説である⁴⁷。この良心が物事の筋道を意

⁴⁶長谷部・後掲・403頁、佐藤・後掲・617頁。なお佐藤編・後掲・浦部・288-289頁は「法律」に判例を含めているが、支持できない。「法律」に含まれるということは法源であることと同義である。判例が法源かどうかについてはこれを否定する見解が通説であるし、法源だとすると、裁判官を「拘束」することになり、裁判官の「良心」にしたがって判例に反する判決をすると、違憲という帰結になる。また罪刑法定主義上も問題、すなわち判例変更と遡及処罰の問題も生じる。

⁴⁷「良心」について、第1の見解は、憲法第19条にいう「良心」ではなく、客観的な裁判官としての良心とする。第2の説は、第19条の「良心」と同じであるとする。したがって個人的・主観的良心である。第1説が通説である(芦部・後掲・346頁、佐藤・後掲・615-616頁、佐藤・後掲・浦部・289頁、長谷部・後掲・403-404頁他)。なお最判昭和23年12月15日刑集2巻13号1783頁も通説の立場にたっていると解されている(佐藤・後掲・616頁)。

味する条理を含むと解することに疑いはない。したがって裁判事務心得第3条は現行憲法とも体系的整合性をもつ。

また第4条に関しても判例は法源ではなく、憲法第76条第3項の「法律」に判例が含まれないのだから、裁判官は法律に含まれる実定法による制限の範囲内で当該裁判官が考える、客観的な法則や法体系から導き出される良心＝条理にしたがって、判例に反する判決をすることが認められる。また判例が法源ではないとすることで、従来の判例に従うと無罪となる行為を判例変更によって処罰することが憲法第39条の定める遡及処罰の禁止に抵触することを回避できる。判例が法源だとすれば、当該行為前に裁判外で判例変更をする手続が必要になるはずである。しかしそのような手続がない現行法下では違憲を免れることができなくなる。したがって裁判事務心得第4条は罪刑法定主義を支える条文でもある⁴⁸。なお法律不遡及は刑事だけの原則ではなく、民事上においても第4条は重要な条文である。

以上から、裁判事務心得(特に第3条、第4条)は現行法下においても重要な機能をもつ法律相当の法規であるから、無効説が主張するすでに制定当初の役割を終えたので、消滅したとの見解は支持できない。また裁判事務心得は現行法体系に適合しており、これを消滅させるべき実質的根拠、例えば何らかの弊害が生じているとも認められない。

以上で裁判事務心得が現行法であるとの結論に達した。ただし以下の点に注意したい。制定当初の役割を終えると、ある法律が自然消滅する

⁴⁸近年、判例を法源に含める見解もでている。松井・後掲・33頁は、実質的理由から判例の法源性を認める。すなわち、判例の事実上の拘束力という観念の曖昧さが、事案を超えての判例の一般的適用を招き、判例の前提する事実と判例との結びつきがおおざなりにされてきたのであり、憲法第14条(平等権)、第32条(裁判をうける権利)、第31条(罪刑法定主義)より判例の法源性を認めるべきという見解を、先例拘束性は法の支配に不可欠という観点から妥当な見解とする。

このような見解をとるとすれば、裁判事務心得第4条は後法により消滅ということになる。しかし支持しがたい。判例を法源とすると、判例変更と遡及処罰の禁止の問題が生じる。それでは皮肉にも判例の法源性を認める根拠の一つに挙げられる罪刑法定主義に違反する帰結になる。

という見解はその基準が曖昧であり、一般論として支持できない。だが、裁判事務心得は抽象的な規定であり、制定当初の役割とそれ以後とで解釈変更の必要が生じているかもしれない。そこで以下では章を改めて本稿の検討対象である裁判事務心得第4条制定の経緯を究明する。

第2章 先行研究の整理

第1節 杉山直次郎博士

杉山博士は「明治八年布告第百三号裁判事務心得と私法法源」において裁判事務心得の成立経緯についても調査している。

立法の動機についての見解は以下の通りである。1875年(明治8年)にはボワソナードが着任していた。そして裁判事務心得について諮問されたかもしれないが、ボワソナード本人が立法を進言したのではなく、政府が必要性を痛感して制定したものだろうとする⁴⁹。

外国法の影響についての見解は以下の通りである。当時ボアソナードを通じて一大勢力となっていたフランス法の影響が裁判事務心得にはみられる。特に第1条と第4条にヨーロッパ法の影響がある⁵⁰。そして判例の法源性を否定する第4条はフランス民法典第5条に類似している⁵¹。ジェニー、ボンヌカーヌは同条の趣旨を次のように説明しており、それが通説だということである。①立法が行う法の作出を裁判官が行うことを禁止する。②広く社会的法規範としての実定法源の創造を禁止する。③判決の非法源性を断定する⁵²。

次に裁判事務心得第4条の性質についての見解は以下の通りである。第4条は法源と認めることはできないものを明言したものであり⁵³、立

⁴⁹杉山・後掲・9頁注3。なお、野田・後掲・251頁は、第3集に関しては、ボアソナード・後掲に依拠して、ボアソナードの解答に基づいて立法されたことはまず間違いないとする。

⁵⁰杉山・後掲・7頁。

⁵¹杉山・後掲・8-9頁。

⁵²杉山・後掲・46頁注5。

⁵³杉山・後掲・6頁、7頁、22頁、109頁。

法的判決を禁止したものである⁵⁴。そして同条は民事刑事両方に適用される⁵⁵。

最後に第3条と第4条に関わる立法と司法との関係について次のように論じる。「布告第三条の附与する司法権限に判例独立法源性が結びついてその偉力を発揮するとき、遂には我国法は英米的判例法国に近接するに至らざるを得ない。これ折角本布告に基く立法司法の円満なる協調の精神を離れて司法偏重に趣くものであって、私の歓迎し能わざる変遷である。之に由て觀れば布告第三条に配するに同第四条の控制を以てせる明治八年の立法者の真意は頗る味ふべきものなるを覚える」⁵⁶。

以上で杉山論文の要旨を簡潔に整理したが、一次資料の引用が少なかったところから察すると、資料的制約が大きかったと思われる。

杉山論文とは対照的に、近年、裁判事務心得について論じた大河教授の論文では一次資料が多く引用されている。以下では大河論文について考察する。

第2節 大河純夫教授

大河教授の裁判事務心得第4条に関する見解は以下の通りである。同条の修正過程よりみて同条は民事のみに適用される規定である⁵⁷。その修正過程は以下の通りである。

明治8年5月28日提出の司法省案は以下の通りである。

「民事刑事共裁判役ノ裁判シタル事ヲ以テ一般ノ法律ト看做スコトヲ得ス」。

⁵⁴杉山・後掲・87頁、91-92頁。

⁵⁵杉山・後掲・6頁、77頁。一方で、大河(1)・後掲・516頁以下では布告第4条の修正過程に基づき、4条は民事だけに適用されるとする。杉山説が支持するが、その理由は後述する。

⁵⁶杉山・後掲・91-92頁。

⁵⁷大河・(1)・後掲・517頁。

しかし不都合があるという理由で太政官内の政体取調掛で修正作業が進められた⁵⁸。その受理月日は5月29日である(布告日は6月8日)。

政体取調掛において以下の通りに修正された。

「裁判官事ニ就テ判スルノ判文ヲ以テ将来ニ例行スル一定ノ条規トスルコトヲ得ス」。

この修正文は『公文録』が使用する司法省用10行罫紙の欄外上方に書き込まれている。

この案は内史本課へ提出され、政体取調掛でさらに再修正をうけた。受理は6月2日である。先の司法省用10行罫紙の欄外上方にある修正文に墨でさらに修正を加え、その修正文を太政官用10行罫紙の罫線内に記している。修正文は以下の通りである。

「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ス」。

この太政官用10行罫紙の罫線内に記された条文をさらに墨で修正したものが布告文である。布告文の決定は6月7日である。今一度、これを掲げよう。

「裁判官ノ裁判シタル言渡ヲ以テ将来ニ例行スル一般ノ定規トスルコトヲ得ス」。

この推移から大河教授は「この規定が民事裁判のみを対象とする規定になった」、と判断する。

⁵⁸原文は『公文録』明治8年6月司法省伺「裁判事務心得方御達ノ儀伺」 関2A-9-公1627 M-1024。ちなみに題目の通り、初めは布告でなく布達にするつもりだった。

ところで墨入れによる修正を誰が行ったのか。大河教授は、木野主計国学院大学図書館主幹に問い合わせ、司法省用罫紙と太政官用罫紙何れへの修正も井上毅の筆跡であるとの考証をえている⁵⁹。したがって井上毅を裁判事務心得の立法者とみて間違いがない。そこで裁判事務心得第4条の立法者意思を井上毅に求めることにする。ただその前に杉山博士、大河教授以外に同条に言及する若干の学者の見解も紹介した上で究明すべき点を確認することにしよう。

第3節 吉田克己教授

吉田教授によると裁判事務心得第4条制定に至る背景は次の通りである⁶⁰。同条は裁判官の言渡した判決が後の裁判を拘束することを禁止したフランス民法典第5条⁶¹に由来する。判例の先例拘束力を否定するというよりは裁判官の立法的判決を禁止したものである⁶²。

第4節 瀬川信久教授

瀬川教授によると裁判事務心得第4条制定に至る背景は次の通りである。「明治八年太政官布告第一〇三号―「条理」による裁判を認めたあの布告―は判例の法源性を明確に否定しており、その精神はI期〔明治31-大正10〕の終わりまで残存していた。この時期には、判例法の必要性（後述）も可能性（法形成を任せられる法律専門家層の存在）も小さかったのである」⁶³。したがってフランス民法典第5条が裁判官の立法的

⁵⁹大河・(1)・後掲・526頁注52。

⁶⁰2005年に尾崎一郎助教授(当時)を介して接した吉田教授の見解である。

⁶¹「第5条 裁判官はその取り扱う事案に関して一般的に、かつ規律的に規定する方法によって判決することを禁止される」。

⁶²フランス民法典第5条について、谷口・後掲・第5条の注釈は次の通りである。「裁判官は現実には生起する個々の事件を解決するもので、将来生起することあるべき事項につき一般的方法を以て規律することを得ないこと、換言すれば、*arret*（控訴院以上即ち *cour* の判決）若は *jugement*（第一審裁判所 *tribunal* の判決）はそれがなされた訴訟事件に於てのみ効力を有すべく、自己を拘束することを也得ず、同じ問題が再び現はれた場合にも異なつた判決をなすことを得る旨を明かにしたのである」。なお谷口・後掲・はしがきによると、同書による注釈はフランスにおける一般の通説を誤ることなく忠実に紹介したという。

⁶³瀬川・後掲・5頁。

判決を禁止したと裁判事務心得第4条が判例の先例拘束性を否定したこととは背景が異なる。

フランスにおける立法的判決の禁止の背景にはアンシャンレジームの高等法院の在り方を否定する歴史があったことに由来する⁶⁴。

一方、明治初年の日本では、近代以前に裁判制度を支える知識人（法曹）とその養成制度ができていたフランス等と異なり、そのような裁判官が養成されておらず、その質が良くなかった。そのために必要上、制定された条文が裁判事務心得第4条である。したがって先例拘束性を否定する意味はフランスと日本とで異なる⁶⁵。

⁶⁴革命前の高等法院とは最高法院 *Parlement* のことである。これは全国に十数個おかれた。最高法院と呼ばれた由縁は、17世紀までは破棄申立の制度がなく、各パルルマンは最終審を構成していたからである。17世紀に国王顧問会議への破棄申立てが認められるにいたり、最高法院ではなくなったが、名称は最後まで残った（田中他・後掲・129頁）。この革命前のパルルマンにつき、井上2・後掲・82頁に以下のような記述がある。

「千三百〇二年、始テ巴里門（パルルマン）ヲ設ケ、全国ノ越訴ヲ受クルニ及テ、更ニ巴里門ノ裁決、又錯誤ナキヲ保タザルヲ以テ、其裁ニ服セザル者ハ直チニ王ニ訴ヘ、恩赦ヲ乞フコトヲ得セシメ、王自ラ巴里門ニ臨テ、其覆審ヲ視ル。是現今人赦を請フノ初メナリ。其恩ヲ乞フノ願疎ヲ、参議院（即チ今ノ国議員）或ハ巴里門ニ受付スル者ヲ、上告長（「メートル・ド・ルケート」、今国議員中、猶其官ヲ存ス）トス。此時、未タ覆訴上告ノ別アラズ。其後、王絶ヘテ自ラ巴里門ニ臨視セズシテ、専ラ其参議院ニ委任シ、参議院、王ノ親臣ヲ以テ平翻ノ権ヲ持シ、巴里門ヲ牽制シテ、其論決ヲ破毀シ、転タ相侵冒セリ。千五百四十五年ニ、始テ其権ヲ分ケ、巴里門ハ、専ラ事情ノ冤屈〔冤罪〕ヲ聴理シ、参議院ハ、論決法ニ違フ者ヲ監閲ス。略、現今大審院〔上告を受け、失法を審理する〕ノ務メ、上等裁判所〔覆訴を受け事情を審理する〕ニ異ナルノ状ニ同シ。革命ノ翼（ママ）年（千七百九十年）ニ至テ、大裁判所ヲ置キ、参議院ノ干冒ヲ除キ、始テ司法権ヲシテ判然独立スルコトヲ得セシメタリ」。

要約すると以下の通りだといえる。パルルマンの判決に錯誤がある場合があったので、初めはその破毀を国王が行っていた。しかし国王は次第に消極的となり、参議院に破毀権限が集中し、パルルマン判決を破毀するようになった。1545年に権限が分けられ、パルルマンは冤罪の審理、参議院は法令違背を審理するようになった。革命後は、大裁判所が置かれ、参議院の司法への干渉が除かれ、司法権が独立した。

⁶⁵2005年4月11日に瀬川教授からメールによって接した知見にもとづく。

第5節 検討および論点整理

以上に紹介した先行研究ないし知見について検討すると共に究明すべき論点を明確にする。

まず第1に、杉山博士が指摘する、裁判事務心得は当時の政府が必要性を痛感して制定したものだとする点について検討する。問題は政府が何を痛感したのか、である。

この点、少なくとも第4条については瀬川教授が手掛かりを与えている。つまり当時は裁判制度を担える法曹がおらず、そのために裁判の質が悪く、判例に先例的拘束力をもたせることができなかった、という指摘である。この点の真否を明らかにするためには当時の裁判の状況について調査する必要がある。

第2に、裁判事務心得第4条はフランス民法典第5条の影響を受けて裁判官の立法的判決を禁止したのか、それとも当時の日本特有の事情、つまり裁判を担える法曹の不足のために定められたのか。この点は、何れが正しければ、何れが誤り、という論点では必ずしもない。日本特有の事情があったのも事実であり、そのために背景はともかく、判例の法源性を否定しているフランス民法典第5条を参考にした、ということも考えられる。

第3に、裁判事務心得第4条が民事だけに適用されるものか、民刑事に適用される規定か。前者の見解は起草過程を根拠とする。つまり初めの草案は「民事刑事」とあったが、削除された、という根拠である。ただこの点だけを取り上げるならば、次のようにも解釈できるだろう。「民事刑事」を削除したのは、民事とも刑事とも書かれない条文は民事刑事両用を意味することは当然だったので削除した、ともいえるのではない。この点、第3条は「民事」に限定している。

論点を整理すると以上である。推論以上にこれらの論点について究明するには立法過程を一次資料から明らかにしてゆくしかない。そこで以下では裁判事務心得の立法者と目される井上毅に焦点をあてる。

第3章 裁判事務心得第4条の制定と井上毅

裁判事務心得第4条の起草理由を究明するために起草者である井上毅について調査をする。結果としては、同条の起草理由について直接言及した文献に接することはできなかった。そこで井上毅そのものについて調査し、井上毅の背景にあるものを踏まえた上で第4条と関連すると考えられる井上毅自筆の草稿に焦点を当て、起草理由を明らかにする。

第1節 渡欧前後の井上毅の法的素養

井上毅は渡欧している。渡欧前後の井上毅に就いては、木野主計「井上毅滞佛中の司法巧究事歴」に詳しいのでこれによる。

井上毅が渡欧以前に有していた西欧法知識としては次の書物をあげることができる。

『亜墨利加国條約並税則』（1858年6月19日調印）

『阿蘭陀国條約並税則』（1858年7月10日調印）

『魯西亜国條約並税則』（1858年7月11日調印）

『英吉利国條約並税則』（1858年7月18日調印）

『仏蘭西国條約並税則』（1859年9月3日調印）

阿蘭畢酒林著『万国公法』（1865年）

加藤弘蔵著『立憲政体略』（須原屋茂兵衛、1868年7月）

箕造麟祥訳『仏蘭西法律書民法・刑法』（大学南校、1873年）

神田孟恪著『性法略』（紀伊国屋源兵衛、1871年）

何礼之著『米国律例一名通法撮要』（盈科斎、1871年10月）

さらに1871年(明治4年)当時に井上が有した知識を記した勉学ノートに『行篋秘携』と『随筆』がある。これを執筆するために井上が参考とした文献中で西欧法に関するものとして、『仏蘭西刑法書』、『西周万国公法』があげられる。そして『随筆』の中に井上が仏文の自書を記している。その内、井上の法的知識と関連すると思われるものを特に以

下にあげる。

“L’ esprit de lois” par Montesquieu

“L’ origine de l’ inégaltité parmi les hommes”

“Contrat social” proclamant de la souverainete nationale et du suffrage universal.

少なくともこれ等の文献の存在を渡欧以前に知っていた。そして『社会契約論』などの概要を知悉していたことも解る⁶⁶。

第2節 井上毅他官員の渡欧～ボアソナードとの出会い

1872年(明治5年)4月30日、司法卿江藤新平が条約改正の目的のために欧州各国へ派遣された岩倉具視使節団の理事官として、これを追いかけて随行することを太政官より命じられた。そして江藤の随員として司法省官員に対して数次にわたって随員の任命が発せられた。井上毅は6月14日に随員に任命された。江藤自身は内地に留まったが、随員一行は同年9月13日に横浜港よりフランスへむけて出発した。一行は途中の停泊港を視察しながら、同年10月26日、マルセイユに着港した⁶⁷。そして11月1日、パリについた。

一方、先に司法省理事官として岩倉使節団に随行していた佐々木高行は、アメリカ、イギリスをへて、フランスに到着した後、フランスを出国して、他の西欧諸国を歴訪した後、11月2日にパリに再着した。

11月21日、井上と共に随行していた鶴田皓と河野利鎌は司法省理事官佐々木高行を訪ね、外国人雇用の件について相談をした。

11月25日、佐々木は特命全権大使公館にいる岩倉具視大使を訪ね、外国人御雇の見込を具申した。それがボアソナードであった。

⁶⁶木野2・後掲・90頁以下。

⁶⁷木野2・後掲・86頁以下、注(14)も参照。

一方、井上はフランスでの司法制度取調とボアソナードによる憲法と刑法の諮問会（講義）を受講した。講義を受けた者は井上の他に名村泰三⁶⁸、鶴田皓、川路利良、今村和郎⁶⁹、通訳の岩下長十郎である。ボアソナードはこの内、フランス語の講義を理解できる語学力を有した者は井上、名村、今村の三名であったと評価する。講義は明治6年4月頃に終了した。

同年9月6日、一行は帰朝した。ただし随員一行中、司法省七等出仕の名村はフランス語が堪能だったので残留し、残務整理をし、雇用契約をしたボアソナードを伴って11月15日に帰朝した⁷⁰。

以上が井上毅と、その周辺の活動である。井上はこの洋行で相当の西洋法、特にフランス法の知識を吸収し、それを自筆草稿にして残している。以下では井上毅が集めた文献資料や自筆草稿について調査する。

第3節 井上毅による西洋法関連自筆草稿とその背景

井上毅関連資料は『梧陰文庫』⁷¹として整理されている。井上がえた西洋法知識と関係すると考えられるものとして以下の文献を挙げることができる。

①『白耳靈ニ於テ筆記』（A-911）：ジュバル『李国法制』やヒールブラン『普国近世事情』よりえた知見を基礎にしてドイツの法一般と地方自治法の実際を見聞して記録した筆記である。

②『フランス地方見聞録』（A-923）：パリでの講義と翻訳作業が一段落した後、プロシアの实地視察に引き続き、フランス国内の地方制度見学

⁶⁸名村は、ボアソナード来日後、ボアソナードが拷問を目撃した際、拷問の非を現場で訴えた時にそのフランス語を聴いた。このことが後の拷問廃止に繋がる。

⁶⁹今村和郎は後に旧民法典に対する誤解を解くために『解難』という書を著した。

⁷⁰木野2・後掲・96頁以下。

⁷¹『梧陰文庫』とは井上毅（梧陰）が収集した資料の総体であり、全て国学院大学に寄贈された。アルファベットと数字は整理番号である。マイクロリール版もでている。パーレン内のアルファベットと数字は整理番号である。梧陰文庫については木野・後掲が詳しい。

のために南フランス地方に出張した時の見聞録。リオンからケレルモンに移り、地方自治制の実際を書きとめた。

③『セイヌ州会審院（クールダシス）裁判録訳』（A-129）：フランス文法律判決書から翻訳した一節である。

④『セイヌ州軽罪裁判所判決録』（A-131）：同上。

⑤『マルセイユ軽罪裁判所判決録』（A-132）：同上。

⑥『上告大審院』（A-135）：パリ大学での講義（諮問会）の筆記らしい。

⑦『陪審判断』（B-1848）：内容は以下の三部構成である。一．陪審判断、二．裁判宣告、三．審判明細書。

⑧『陪審規則』（B-1873）：内容は陪審規則でなく、自由論である。自然法に基づく政治の自由と人権の自由を筆記している。

⑨『佛国大審院考』（B-2242）：フランス最高法院の調書。後掲する『大審院』の浄書本で、ボアソナードとブスケ合記の『大審院構成』を合綴している。

⑩『臨時裁判』（B-2257）：原名上法院の調書である。

⑪『定法書原名コフドナポレオン』（B-4092）：フランス民法典の歴史を略記している。巻、号、編、套、項、条で構成される。同法典が2281条より成ることを簡明に解説している。

⑫『大審院考』（B-4095）：『佛国大審院考』の草稿本。

⑬『司法大意』（B-4096）：以下の五部で構成される。一．裁判庁起由、二．司法権限、三．裁判諸庁等次、四．裁判官、五．公士ミニステルブリック。

⑭『佛国警察制度考』（B-4179）：行政警察と司法警察についての調書。

⑮『備警兵職務問答』（B-4199）：備警兵の司法検察にかかわる業務の調書。

⑯『メットレー懲勸社規則』（D-11）：少年感化院規則の逐語訳。

⑰『白耳靈行筆記』（E-109）：1873年(明治6年)5月、ベルリン客舎で井上がプロシア法について書きとめたものを鶴田皓が写しとったものらしい。

⑮司法制度意見案⁷²：1874年(明治7年)の草稿。

以上の内、渡欧中に執筆された⑮と帰朝後に執筆した⑨⑮が特に裁判事務心得第4条と関連すると考えられるので、これらより井上の立法者意思を探る。

第1款 白耳靈行筆記

第1目 井上の裁判官に対する考え方

この『白耳靈行筆記』には井上毅が当時の日本の裁判官に対してどのように考えていたかの手掛かりとなる次のような記述がある。

「凡ソ人民相集テ一政府ヲナシ、長老ヲ択テ是ニ専断(シキ)権ヲ与へ、以テ各人ノ權利ヲ托スルコトノ已ムヲ得ザルノ勢ナリ。人君ハ一國ノ寄託ニ當リ、各省ノ執政ハ一部ノ寄託ニ當リ、外国公使ハ本國ノ寄託ニ當リ、名代人ハ其一州一県ノ寄託ニ當リ、已ニ之ヲ択テ亦共ニ之ニ托スルニ至テハ専ラ其人ノ処分ニ任シ、更ニ掣肘ノ累ヲ為サス。要スル所、初メニ其人ヲ得ルニ在リ。若シ已ニ之ヲ撰フノ後ハ万一人ニ當ラストイエドモ、又之ヲ一ノ不幸ニ帰シ、暫ク其害ヲ甘受セザルコトヲ得ス。又時有テ、其人ヲ得サルノ害アルヲ以テ遂ニ其推撰寄託ノ道ヲ廢セサルナリ。裁判官ノ起由又名代人ト異ナルコトナシ。衆争ヲ以テ一人ノ直道ニ托スル而已。其後當官アリ。」⁷³。

要するに政府権限を司る官職の被選任者に対する選任者のあり方について次のように論じている。人民が集まって政府を構成するからには「長老」を選び、専断指揮権を与えることはやむをえない。「君主」は一國の専断指揮権の寄託を受け、各省の長は一部の専断指揮権の寄託を受け、「外国公使」は本國の寄託を受ける。そして、「名代人」は一州一県の

⁷²井上・後掲・第1巻・19頁に収録。『梧陰文庫』にも収録されている。

⁷³井上3・後掲・50頁下段。

寄託を受ける。これらが選ばれた後は、その者の処分に委ねる。仮にその器量が期待に外れた場合であっても、一時の不幸としてその者を受け入れざるをえず、その推薦を廃すべきではない。「裁判官」も名代人と異ならない。民衆の紛争を一人の直道(ひたみち。真っ直ぐである様)に託すのみである。

以上から、井上は仮に裁判官の質が悪くても、それは一時のことであるから、甘受せざるをえないと考えていたといえる。そうだとすると、当時の日本の裁判官の状況がどのようなものであったかを調査する必要がある。というわけは当時の裁判官の質が一般的に悪かったとすれば、それは一時の不幸だが、その裁判官達による判決が後の裁判を拘束することを望まないはずだからである。

第2目 明治初期の裁判状況

以下にのべる裁判状況はあくまで西洋法を基準にしたものである。したがって我が国の固有法についての知識まで乏しかったことを意味するものではない。

当時は民事と刑事の区別が徹底されていなかった。そのため民事の当事者に罰金刑や笞杖による身体的制裁や民事呼出の上、拘留等をしていたという⁷⁴。

(一) 民事裁判における遅刻・欠席に対する罰金刑

1869年(明治2年)から民部省では取捌中の聴訟事件について当事者が詮議中に呼出刻限に遅参し、また不参した場合、罰銭の律を定めていた。だが1870年(明治3年)、刑部省が過銭之律を廃止したので、民部省は刑部省にどのように取り計らうべきかをたずねた。そこで1871年(明治4年)3月に刑部省はこれまでの仕来の通りでさしつかえないと回答した。だが同年4月より刑部省は新たに次のような違式の条を定めた。重きは笞20、軽きは笞10、笞におよばないものは呵責。そして軽科のものはこの違式をもって処置せよとの回答をした。そこで民部省は遅参・不参を

⁷⁴大久保・後掲・52頁。

分けて、その各について、さらに当人と差添人、東京宿とに分けて、刑と讀金とを定め、刑部省の同意を得た。

その後 1874 年(明治 7 年)7 月 12 日、司法省甲 14 号裁判所取締規則増補は次のように定めた。

「甲第十四号（七月十二日輪廓付）

本年甲九号布達裁判所取締規則之儀第九条ヲ以テ増補候条此旨相達候事
第九条 刻限呼出ヲ受タル者疾病又ハ無拠事故アリテ遅参又ハ不参スル
時ハ其事実ヲ明細ニ記載シタル届書ヲ呼出刻限前裁判所ニ差出スヘシ若
シ刻限後届出ツカ又ハ無届ニテ遅参不参ヲ致ス者ハ其裁判官直ニ違式ノ
輕重ニ問ヒ相当ノ罰金ヲ科スヘキ事」。

つまり遅参不参届が所定の刻限に遅れ、または無届で遅参不参をする者は、裁判官がただちに違式の輕重に問い、相当の罰金を科すべきものと定めている。もっとも、同年 12 月 20 日司法省甲第 21 号は次のように定め、遅参不参者は断獄課に廻して罰することにした。

「甲第二十一号

裁判所取締規則第九条左之通改正候条此旨相達候事
刻限呼出ヲ受タル者疾病又ハ無拠事故アリテ遅参又ハ不参スル時ハ其事実ヲ明細ニ記載シタル届書ヲ呼出裁判所ニ差出スヘシ若シ刻限後届出ル
敷〔カ〕又ハ無届ニテ遅参不参スル者ハ断獄課ニ廻シ違式ノ輕重ニ問ヒ
相当ノ罰金ヲ科ス可キ事」。

その後、明治10年1月17日太政官布告第5号は次の通りに定めた。

「凡ノ裁判所ノ呼出ヲ受タル者疾病等ノ事故アリテ遅参又ハ不参スル時、其事故ヲ詳記シ呼出刻限マテニ其裁判所ニ届出ヘシ若シ右刻限ヲ過キテ届出ル敷又ハ無届ニテ遅参不参ヲ致ス者ハ断獄課ニ廻シ違式ノ輕重ニ問ヒ相当ノ罰金ヲ科ス可キ事」。

この法令は1890年(明治23年)まで行われた。

(二) 民事裁判の当事者に対する宿預け

明治初年においては、民事裁判において裁判官がしばしば訴訟当事者に対して逃亡予防のために宿預けを命ずる等の拘束を加えた。

(三) 民事裁判の当事者に対する苔杖刑

明治初年においては、民事裁判の訴訟当事者に苔杖刑を加えることがあった。そこで明治5年司法省第6号は次のように命じている。

「聴訟之儀ハ人民ノ権利ヲ伸シムル為メニ其曲直ヲ断スルノ設ニ候得者
〔バ〕 最懇説篤諭シテ能ク其情ヲ尽サシムヘキノ処右事務ヲ断獄ト混同
シ訴訟原告人へ笞杖ヲ加ヘ候向モコレ有ル哉ニ相聞ヘ甚以謂ワレ無キ
次第ニ付自今右様之儀厚注意致ス可キ事」。

つまり民事の当事者に身体的刑罰を加えることを禁止した。これは明治5年に司法卿になった江藤新平による改革である。

(四) 民事裁判で逃亡した被告に対する捕縛

明治5年6月18日太政官第182号は次のように定めた。

「訴訟被告人等ヲ官庁ヨリ呼出候節其以前已ニ逃亡致シ候輩間々コレ有
ル由ニ相聞以ノ外ノ事ニ候。向後右等心得違ノ者コレ有ルニ於テハ地方
官ニテ嚴重搜索捕縛致シ速ニ主管ノ庁ヘ差送可キ事」。

被告が逃亡したときは、搜索して捕縛し、主管の庁へ差し送るべき旨を命じている。つまり民事呼出の上拘留である。だが明治9年1月9日司法省達2号によってこの状況は改められた。

「従前民事呼出ノ上拘留致候儀モコレ有ル哉ニ候処右ハ不都合ノ儀ニコ
レ有り自今相成ラサリ候条此旨相達候事」。

民事呼出の上拘留は禁止された。そして明治10年11月2日太政官布告第76号によって「…逃亡律例…删除シ…此旨布告候事」と布告され逃亡律は廃止された⁷⁵。

第3目 明治初期の裁判状況に対する評価

裁判官が近代法の観点からすると乱暴な運用をした原因として幾つかをあげることができる。

第1に、当時の裁判官は西洋の裁判や法律を理解していなかった。

第2に、当時の裁判官の人選にも原因がある。例えば、地方官が民事刑事の裁判権を兼有していることもあった。1876年(明治9年)まで行政官である地方官が裁判官を兼ねるという状況だった。

このような状況に対する次のような対応策や当時の施政者等の憂慮が記録されている。

江藤司法卿はフランス民法典を日本に導入にするに際しても、これを運用できる者がいないと判断して、ヨーロッパから判事60名を雇おうと考えた。当時の司法省予算は46万円であったが、そのために600万円を要求した事実がある。このことから、いかに民事裁判に耐えられる裁判官が不足していたかを窺い知ることができる⁷⁶。

大木喬任の後に司法卿となり、大木のフランス法採用事業を継いだ山田顯義も「明治六、七年より今日迄、法律カ何ヤラ弁別ノ付カヌ世の中」とのべている⁷⁷。

また裁判事務心得布告後に設置された元老院における元老院会議でも当時の裁判官の未熟が触れられている。明治13年3月19日の第178号議案明治10年第49号布告⁷⁸廃止案では議官細川潤次郎が次のようにのべている。「明治十年第四十九号布告ヲ発センハ当時裁判官未タ熟練セ

⁷⁵石井・後掲・240頁以下。本文はこれに独自に調査を加えた。なお今村・後掲・34頁以下も参照。

⁷⁶井上(正)・後掲・64頁以下。

⁷⁷山田・後掲・123頁。

⁷⁸「民事刑事ノ上告シテ已ニ裁判ヲ經タル者司法卿其裁判ヲ允当ナラスト思量スル者アル時ハ検事ヲシテ再審ヲ求メシムルコトヲ得ヘシ」。

ス、法律モ亦タ未タ整頓セス、是ヲ以テ適マ裁判ノ不当ナルモ既ニ確定ニ至レハ之ヲ挽回スルノ道ナシ。故ニ止ムコトヲ得ス、設ケタルノ法ナリ」⁷⁹。

次のようなボアソナードに関する逸話も残されている。ボアソナードは裁判所内で裁判官自身が熊吉という被告人に石抱きの拷問を加えていた現場を司法省法学校へ向かう途中に目撃した。その直後に西洋法の観点から拷問を非とする拷問廃止の意見書を提出した⁸⁰。この逸話も当時の裁判官の質を物語っている。

以上の通り、当時は近代法を支える法曹が存在せず、これに対する憂慮が当時の施政者等の共通理解であったといえる。そしてこのような状況下だからこそ法曹養成が急がれた。そこで設置された法曹養成機関が1874年(明治7年)開校の司法省法学校である。

司法省法学校は修業年限8年の正則科と2年から3年の速成科にわかれていた。第1期卒業生は1876年(明治9年)である。したがって1875年(明治8年)の裁判事務心得制定前である。明治8年時点で法曹養成は間に合っていない⁸¹。なお速成科卒業生は正則科卒業生と比べて質が劣るために、後年になり、排斥され、裁判官を廃業することになる。この速成科卒業生すら世に出ていない状況では、近代法の観点からの裁判官の質はいうまでもない状況であった⁸²。

井上毅も当時の裁判官の質について、他の施政関係者と同じ憂慮を持っていたはずである。そのような質の裁判官を選任しなければならない

⁷⁹明治法制経済史研究所・八巻・後掲・256頁。

⁸⁰詳しい経緯について、杉村・後掲参照。杉村は1874年(明治7年)設立の司法省法学校の生徒である。ボアソナード博士から直接講義を受けた。後掲論文はその時の体験談である。大谷・後掲にはボアソナードによる4月15日の意見書と5月20日の建白書の両方が収録されている。他に福島2・後掲、大久保・後掲・96頁以下も参照せよ。

⁸¹大久保・後掲・53頁。乾・後掲・346頁も「法律専門家も政府において養成中であり、裁判官は近代的な法律知識を十分に備えているとはいえなかった」とのべている。

⁸²山中・後掲・188頁、193-194頁。188頁では「いわゆる特進組」を駆逐した、とあるのだが、これが速成科を指すものだろう。

ことは一時の不幸であると割り切ることはできても、その判断が後の裁判を拘束することを望まなかったはずである。このような状況下で判例の法源性を否定する裁判事務心得第4条は定められた。

以上の通り、同条は当時の政府が必要性を痛感して定められたものである。その必要性とは当時の裁判官には近代法を支えるだけの質がなかったので、判例の先例的拘束力を認めるわけにはゆかなかった、ということである。

以上により、同条が我が国固有の事情により定められたことについて論じた。ではフランス民法典第5条は裁判事務心得第4条の制定において何の影響ももたらさなかったのだろうか。この点に関して、井上毅のフランス法に関する自筆草稿について調査を加える。

第2款 佛国大審院巧

第1目 フランス民法典第5条の裁判事務心得第4条に対する影響の有無

『佛国大審院巧』は井上毅による1873年(明治6年)の草稿である。その内容を以下に紹介する。

まず「大意」でハンリー・コルヌという旧裁判官、当時議員代人であった者の説に基づくフランス大審院(今でいう破毀院のこと)の大意を記す。その後、二段下げて改行している以下の書き込みがある。

「大審院ノ務、大綱二トス、曰、破棄、曰明法、然ルニ其实ハーノミ […]」

⁸³大審院上告ヲ伸理スルハ、即チ法律ヲ申明スル所以ニシテ、亦上讞〔じょうげん。ここでは上に伺いをたてること〕ヲ待テ始テ条例ヲ比附スルニ非ルナリ⁸⁴。

ここにいう明法に付いて記した「明法沿革」という題目に移る。まずアンリー・セリエの説の直訳を紹介する。

⁸³中略した部分にはフランス民法典第4条に関する部分についてのべられている。裁判事務心得第1条の条文と一致することがのべられている。

⁸⁴井上2・後掲・83頁以下。

「明法ニ二類アリ。法ヲ申ヘテ既ニ訴フルノ事ヲ断スルハ、裁判官ノ任タリ。是レ処断其事ニ止マリ、以一定ノ条規トシテ、未来ニ例推スルコトヲ得ズ。法ヲ申ヘテ、一定ノ条規トシ、以テ将来ヲ待チ、国民ヲシテ遵守セシムルハ、立法官ノ務ナリ。羅馬ノ語ニ曰、法ヲ明ニスルハ、法ヲ作者ニ在リト、是立法官ノ明法ヲ云ナリ」。

そして改行、二段下げ、井上の意見をのべている。

「右「アンリー、セリエ」氏ノ説ヲ直訳ス〔割注略〕。又其論ニ云。明法ノ将来ヲ定ムルハ、立法ニ属スト、是レ理アルノ説ナリ。抑々今日實際ニ据テ論スルニ、立法官ハ、衆ヲ以テ合ヒ、時ヲ以テ聚散ス。今試ニ三十年前發布スル所ノ法ヲ以テ、三十年後在位ノ議員ニ問フト云ドモ、其人已ニ異ナリ、豈ニ能ク其義ヲ知テ、其疑ヲ決セン乎哉。千八百三十七年ノ新令、明法ノ権ヲ以テ尽ク大審院ニ属シ、議員ノ間議ヲ仮ラズ、大審院亦疑議決セズシテ、法ノ備ラザルコト明白ナルニ至テハ、改作ノ権、始テ議院ニ属ス。曰、廃止、〔割注略〕曰、修正、〔割注略〕議院ハ、法ヲ挙止論定シ、大審院ハ、法ヲ申明ス。是国制ノ最便ナル者、任スル所、果シテ其人ヲ得セシメハ、信ニ国民ノ慶幸ヲ保ツニ足ラン歟」

85。
。

井上の思想を理解するには、井上毅が明法(みょうぼう)をどのような意味で使用しているかが重要である。明法の本来の意義は法律を講究する学問である。現代にいう法学、法解釈を意味するといつてよい。ところが井上は立法府の立法にも明法という文言を用いている。したがって井上がいう明法には裁判官の法解釈と立法府の立法の何れも含んでいる。

⁸⁵井上2・後掲・83-84頁。なおブスケ他・後掲・第三章大審院申渡の権力・243頁以下にも同様のより詳しい記述がある。

無論、ここでの立法は立法過程における審議も含まれている。この前提で井上の思想を要約すると以下の通りだといえる。

「明法ノ将来ヲ定ムル」は立法官の役目である。しかしある立法をした当時の立法官は後の立法官と同じではない。そこである法律の意義について疑義がある場合に、これを明らかにするのは裁判官の役割である。ただし法に不備があることが解った場合には、法の改正権は立法府にある。これがフランス民法典第5条の理解である。井上はこの立法府と裁判官の権限分配について理があるとしている。その後フランス民法典に欠缺が多いことをのべた後にボアソナードの見解が引用されている（後述）。ここで裁判事務心得第4条の規定を今一度引用しよう。

「裁判官ノ裁判シタル言渡ヲ以テ将来ニ例行スル一般ノ定規トスルコトヲ得ス」

上記で述べた趣旨を一文でまとめている。裁判官の立法的判決を禁止したフランス民法典第5条の趣旨は裁判事務心得第4条の立法者井上毅によって移植されたことは明白である。ここで裁判事務心得第4条の立法趣旨には二つの意義があることが明らかになった。

第1は、当時の日本の裁判官には近代法を支えるだけの能力がなかったので、そのような裁判官による判決に先例的拘束力を持たせないという趣旨である。これは日本固有の事情である。

第2は、フランス民法典第5条の趣旨と同一である。つまり裁判官による立法的判決を禁止したものである。そして井上の同条に関する知見はボアソナード個人というよりむしろ当時のフランス法学の知見に依拠している。

第1の意義は現代においては消滅しているといえるだろう。しかし第2の意義が失われていないことは明らかである。この意義が消滅するためには法が完全無欠になるか、我が国の法体系が制定法主義から判例法主義に変更されるかしなければならないからである。

したがって裁判事務心得の役割が現代においては消滅しているので、裁判事務心得が消滅したとする見解は裁判事務心得第4条の立法理由を誤った見解である。

第2目 実質的な判例の先例拘束力について

裁判事務心得第4条は判例の先例拘束力を否定し、かつ立法的判決を禁止した条文であるが、井上毅は判例が実質的な先例拘束力を持ちうることも意識していた。次の記述をみてみよう。

「〔…〕那破倫〔ナポレオン〕「コード」ヲ定メテ以来、今日ニ至テ、未タ増補ノ挙アラズ、其欠畧シテ備載セザル者、将ニ百ヲ数ヘントス。〔…〕法ヲ執ル者、各々見ル所ヲ異ニサザルコト能ワズ、大審院ノ申明ヲ待ツ所以ナリ」。

「ボアソナード氏曰。大審院ノ判決モ亦其ノ他各裁判所ト均ク民法書第五條ノ掲クル所ニ逃ルルコト能ハズ、(才五條判官、例則通規ト云ヲ以テ訟ヲ裁スルコトヲ得ズ)違フ者ハ則チ立法ノ權ヲ奪フトス。然ルニ大審院ノ判決往々明法ノ益ヲナス者ハ其ノ權アルノ故ニ以テ理ヲ為スニ非ス。乃チ其ノ理アルノ故ニ以テ其ノ權ヲ為スナリ。」⁸⁶。

まずフランス民法典においても法の欠缺が多いことを指摘している。その上でボアソナードの、大審院判決が明法に益をなすことがある、という言説を引用している。その理由に関するボアソナードの見解を敷衍すれば、以下の意味にとることができるだろう。

ここでいう明法とは法の意義に疑義がある場合に、その意義を確定することを意味していると考えられる。この意味の大審院の明法が後の裁判を拘束することがあるといっている。そうした現象は大審院にそうした力があるから後に裁判の理由とされるのではなく、大審院判決に理があるから、力を持つ。

⁸⁶井上2・後掲・85頁。

この理解は判例の法源性についてしばしばみかける表現、「実質的な法源」と類似する理解である。

以上はフランス法に対する井上毅の理解であるが、法の欠缺がフランス法と比較して多い当時の日本にあてはめれば、なおさら裁判官の判決が實際上、後の裁判を拘束することは避けがたいと想定しただろう。

この点について石井良助博士は裁判事務心得第4条に付き次のように論じる。「法典主義の下においても、判例法の成立することは免れないのであるから、少なくとも民事について、まだ法典の制定されていない当時、判例法はある程度、法源性を有したに違いない」⁸⁷。

井上毅は實際上、判例法が成立することを想定していた。ならば裁判事務心得第4条を定めず、判例法主義を採用する選択肢もありえたはずである。それにもかかわらず、フランス民法典第5条を移植し、大陸法系の制定法主義を採用した。ここにはここまでで究明した裁判事務心得第4条の立法理由とは別の理由があったのではないか。以下ではこの点について調査をしよう。

第3款 司法制度意見案⁸⁸

第1目 司法省のフランス法採用事業と左院のイギリス法採用説の対立

井上毅は實際上、判例法が成立する可能性を想定しながら、なぜ制定法主義を採用したのか。そのことの手掛かりが「司法制度意見案」にある。これは1874年(明治7年)に井上毅によって著された草稿である。そこでは以下のようなことがのべられている。

「法司ノ体制、法衙ノ結構ニ至テハ、仏国ノ新法、愈改メテ愈々良、而シテ簡ニシテ雑ナラズ、条理明白ニシテ從ヒ易キコト、普魯西〔プロシア〕以下欧州諸国、推ス所ノ公論ナリ。此レ我カ帝国政府ニ在テモ、亦タ司法ノ職制ハ、主トシテ仏国ノ制ヲ考取シ、前日已ニ彼レニ依準シタ

⁸⁷ 石井・後掲・41頁。

⁸⁸ 梧陰文庫にも収録されているが『井上毅傳資料篇第一巻』にも収録されている。

ル者多キノミナラズ、将来益々拡張シテ、幾年ノ後、終ニ善美ノ地ニ進マント欲スル所以ノ原由ナリ。

今マ左院ノ駁議ヲ見ルニ本省ノ仏制ニ倣ヘルヲ以テ、形貌ヲ模擬シ、理論ニ拘泥シ、各国ノ沿革変遷ヲ詳ニセザル者トシ、専ラ英俄〔俄は俄羅斯(おろす)＝ロシア〕二国ノ法平易ニシテ民情ニ便ナルヲ推ス。要スルニ仏ヲ捨テテ英ヲ取ラント欲スル者ノ如シ。果シテ其ノ説ノ若〔かくのごと〕クナラシメハ是レ本省前日ノ為ル所ハ左道ニ迷フ者ニシテ而シテ将来ノ目的ハ亦正鵠ヲ失フ者ナリ

〔中略〕

仏国ノ民法ハ羅馬〔ローマ〕ニ起原スルコト、左院論者ノ言フ所、果シテ誤リニ非ルコトヲ認セリ。〔…〕論者ハ羅馬ノ法律ヲ以テ、旧ニシテ且ツ弊ヘタル者トシ、仏国ノ法ヲ羅馬ニ採ルヲ以テ、已ムコトヲ得ザルニ出ツル者トス。是其ノ第二着ノ誤ナリ〔…〕「ワンゼロン」氏ノ言ニ、「羅馬ノ法ヲ学ヘヨ。而シテ爾ノ法ニ從テ生活セヨ」其ノ意、羅馬ノ法ハ、世界ノ尤モ精美ナル者ナレハ、当ニ学ヲ、則ヲ取ルベシ。〔…〕仏ノ法、羅馬ニ起原スルコト、以テ仏ノ法ヲ病マシムルニ足ラザルナリ。本省、未タ広ク各国ノ法律ヲ折衷スルニ暇アラズ。且欧州大陸各国、皆仏ノ定法書ヲ以テ標準トシ、直チニ轉シテ用フル者アリ。模シテ之ニ倣フ者アルヲ以テ、其ノ必ス良ニシテ且ツ簡ナルコトヲ信スルナリ」。

〔中略〕

英国法司ノ構成ニ至テハ、往々中古ノ旧ニ因リ、其ノ訟庭多門ニシテ、法権一ニ統ヘザルコト、蓋シ英法ノ得タル者ニ非ルナリ。抑々本省ハ、英仏優劣ノ論ヲ為スコト好マズ。唯タ其ノ簡ニシテ從ヒ易ク、条理明白ニシテ行ヒ易キ者ヲ撰フノミ。今マ専ラ我カ旧制ニ因循シテ、更張スル所アラズンバ則可ナリ。乃チ陋ヲ変シ良ニ就キ、以テ文明ノ域ニ漸進スルコト、俄国ノ為ル所ノ如クナラント欲セバ、仏国ニ採択スルニ若クハ莫シ。是レ省議ノ根拠スル所ナリ。

本省、多ク弁論ヲ費スコトヲ欲スルニ非ズ。但タ本省ノ経始スル所、実ニ一日ニ非ス。仏国教師ヲ雇ヒ、理事官ヲ派シ、務メテ、内外ノ宜ヲ

酌ミ、其ノ之ヲ、事實ニ施ス者、已ニ緒行アリ、今度、奉請スル所ノ章程ハ、則チ其緒ニ就テ之ヲ拡張セント欲スルノミ。敢テ一時ノ杜撰ニ出ルニ非ルナリ」。

以上から井上毅が属する司法省が継続してきたフランス法採用事業とイギリス法を推す左院の勢力との対立があったことが読み取れる。具体的な対立構成は以下の通りである。なお左院とは 1871 年(明治 4 年)から 1875 年(明治 8 年)にかけて太政官内に設置された立法諮問機関である。

まず井上毅は司法省の省議として以下の根拠でフランス法を推す。

- ①簡素で条理明白。イギリス法は中古の慣習により、法廷も多数で統一されていない。
- ②フランス法の利点はヨーロッパ各国が直輸入している事実から、保証済み。
- ③フランス法が起源とするローマ法は精美なもので、法学および規範の模範である。
- ④進めてきたフランス法採用事業の拡張であり、拙速杜撰ではなく、路線変更はしがたい。
- ⑤各国の法制を折衷している余裕がない。

一方、左院がフランス法を非として、イギリス法を推す根拠は以下の通りである。

- ①イギリス法・ロシア法の方が平易で民情にとって便利。
- ②フランス法の形式を模倣しているだけで、理論に拘泥して、各国の沿革を考慮していない。
- ③フランス法が起源とするローマ法は古臭く、絶えたものである。

各々の①②③は理論面での対立だが、司法省を代表する井上毅の④⑤は既成事実を根拠とする政治的根拠である。

この既成のフランス法採用事業の内、外国人教師雇用については主に司法省法学校でフランス法で教授していた、ブスケとヂ・ブスケ⁸⁹そして1873年(明治6年)に来日したボアソナード博士がいる。特にボアソナード博士招聘に当たっては相当な苦勞をしている⁹⁰。

その他に司法省はフランス法採用事業についてどの程度の費用や労力を注いでいたのだろうか。この点をより詳しく調査してみよう。

第2目 司法省のフランス法採用事業

(一) 制度局民法編纂會議草案と明法寮草案

民法編纂の道を初めて開拓した人物は江藤新平である。1870年(明治3年)1月、中弁であった江藤は太政官に置かれた制度取調局長官となった。そして明治維新をもって政体を一変し、制度文物の大則を西洋法にとる方針を示した。その中でもフランス法を模範として、日本では行えないものを除き、日本法典としようと考えた。この目的のために江藤は当時、中博士だった箕作麟祥に命じて⁹¹、フランスの法典を翻訳させ、まず民法典を翻訳させた。そして翻訳が進むたびに、制度局で會議を開き、条文毎に取捨選択を討論したという⁹²。箕作博士は当時の状況を『箕作麟祥君傳』の中で次のように語っている。1887年(明治20年)9月15日の明治法律学校授業初日の演説である。

「明治二年に明治政府から『フランス』の刑法を翻訳しろと云う命令が下りました。そんな翻訳を言付けられても、ちっとも分かりませんだっ

⁸⁹両者は紛らわしいが別人である。ヂ・ブスケは維新前に来日したフランス将校である。日本語堪能であり、元々フランス控訴院の弁護士をしていたブスケのフランス文を和訳したり、通訳に役立った。また講師もしたらしい(福島・後掲・21頁以下参照)。

⁹⁰大久保・後掲・32頁以下参照。

⁹¹大槻・後掲・箕作麟祥君年譜・7頁「明治二年十二月廿七日仏蘭西法律書翻訳勉勵卒業ニ付金百圓ヲ賜ハル」「明治三年八月廿七日制度御用掛兼勤ヲ命セラル」。

⁹²今村・後掲・1-3頁。

た。尤も、全く分からぬでも無いが、先ず分らぬ方でありましたが、どうかして翻訳にかかったことはかかりましたところが、注解書もなければ、字引もなく、教師もないと云ふやうな訳で実に五里霧中でありましたが、間違いなりに、先ず分るまを書きました。其後続いて民法、商法、訴訟法、治罪法、憲法などを訳しましたが誠に朦朧としたことで、翻訳をしました。〔…〕それを木版に彫りまして、美濃版の大きな間違ひだらけの本を拵へました。〔…〕さういふ藍梅に実に五里霧中で、翻訳をして居る中に、明治政府は頻に開明に進み、其翌年、明治三年には、太政官の制度局と云ふ所に、其時、江藤新平と云ふ人が中弁をやつて居りましたが民法を、二枚か三枚訳すと、すぐ、それを会議にかけると云ふありさまでありました。これは変は変だが、先ず、日本で、民法編纂会の始まりました元祖でござります。」⁹³。

太政官内の制度局は1869年(明治2年)8月から1871年(明治4年)8月まで存在し、日本最初の民法編纂事業が開始された。この制度局民法編纂会議の状況については次に示す通りの東京上等裁判所の記録が残されている。

「明治三年庚午九月十八日太政官制度局ニ於テ民法會議ヲ開ク。中弁江藤新平、主任トナリ、大学大博士箕作麟祥、仏国民法翻訳講義ヲ為シ〔…〕翻訳数枚成ル毎ニ書記ヲシテ数部ヲ謄写セシメ、会員ヲ分ツ。」

「中弁ノ意、一章一疑議定スル毎ニ直ニ之ヲ実施セント欲セリ。而シテ開卷第一民権ノ字義ニ於テハ、吾邦開闢以來夢想シ得サル所ノ事ニシテ父子夫婦ノ権義ニ至ルマデ、一トシテ奇怪ノ事タラザルハ無ク、且訳字ノ雅馴ナラザルヲ咎メ議論盈涌〔ふんよう。盛に湧き出ること〕徒ニ片言隻字ヲ論スルカ為メ数月ニ會議ヲ費シ、一モ議定ニ至ルコトナシ。翌明治四年七月太政官改制ニ付廃会トナレリ」。

⁹³大槻・後掲・100-102頁。

この時の草案が「民法決議」または「民法決議一」であり、フランス民法典第1条から第101条に相当する。この草案は御国民法城井国綱案という後の草案で幾らか修正された。この御国民法城井国綱案では民法決議と民法決議一にはない民法前加篇と民法決議二とその続編が追加されている。民法前加篇はフランス民法典序章(第1条から第6条)、民法決議二はフランス民法典第102条から第211条、民法決議二の続編は同第212条から第266条に相当する。ただし民法前加篇では裁判事務心得第4条の母法であるフランス民法典第5条に相当する条文が削除されている。

民法決議一、二に該当する部分の脱稿時期は制度局時代とみられている。御国民法はこれらの修正草案だということであるが、成立時期は幾つかの可能性があるとされる。すなわち、太政官内制度局時代(1870年9月から1871年7月)、江藤が左院へ移った後に起こした左院民法編纂会議時代(1871年8月から1872年4月)、司法省内の明法寮民法編纂会議時代(1871年9月から1872年4月以前)。正確には断定はできないとされる。

明法寮では開冊未定本民法という草案が脱稿している。これは数度の修正を経て全1084条に及ぶ皇国民法仮規則として完成された⁹⁴。

石井博士の調査によると、皇国民法仮規則は第一次草案→改刪未定本→第三次草案→慶応義塾大学本→皇国民法仮規則という過程を経たという。改刪未定本は1872年(明治5年)4月12日から7月13日の間に開かれた司法省明法寮の民法会議で編纂されたものである。

この皇国民法仮規則には次にのべる民法仮規則と法律施行総規則という名称で前加条目に相当する条文が存在する⁹⁵。

⁹⁴ 以上は手塚・後掲によった。

⁹⁵ 石井2・後掲。皇国民法仮規則は同論文によると東大法学部研究室に所蔵されている。

ともあれフランス法採用事業は日本の独学の様相を呈しており、フランス法に精通する者が存在しない中で遂行されている。またこの時点でフランス民法典第5条が司法省に認識されている。

(二) ブスケとボアソナードの来日

日本独学のフランス法採用事業は困難であった。当然、箕作博士によるフランス法邦訳は難航した。そこでフランス人弁護士ブスケが招聘された。その経緯について『箕作麟祥君傳』に収録される「黒田綱彦の談」で以下のように語られている。

「先生が『フランス』刑法を翻訳される時の御話であります、其時分には、今日と違って法律専門家と云ふ者が、一人もなかった時であるから、分らぬことがあつても、それを尋ねようと云ふ人がない。困苦して翻訳をされたが、『段々、翻訳を命ぜられる以上は、私は、日本でこれをするのは出来ませぬから、洋行させて下さい、』と言われたさうです。ところが、政府の方では、今箕作に洋行されて仕舞ったら誰あつて、あとの翻訳の出来ようと云ふ人はないから、洋行をさせることは出来ぬ、と云ふことになり、『ヂブスケ』に話をして、本国に言って遣り、其周旋で来たのが、『ブスケ』と云ふ人」⁹⁶である。『それから程なく、森中弁務使 […] それを森有礼さんがして居った。其周旋で、彼の有名な『ボアソナード』が来たのです。」

「其頃、法律学が、世間に歓迎されなかつたので、此学を盛にし、此学者を殖さなければならぬ、と云ふ政府の意見で、六年に『ボアソナード』が来てから、司法省で、出仕生徒を募つて、官費で、法律学を学ばせた」

⁹⁷。

⁹⁶大槻・後掲・121頁、また大久保・前掲・32頁以下も参照。箕作博士の洋行の願いを断つたのは江藤である。同様の記述をするものに加太・後掲がある。

⁹⁷この学校が司法省法学校である。大久保・後掲・50頁以下も参照。司法省の法学教育はすでに明治5年からブスケを主として行われていた。ちなみに司法省法学校第二期卒業生の首席は後の東大教授梅謙次郎である。

(三) ブスケとフランス法採用事業への影響～前加条目と民法仮法則の脱稿

1872年(明治5年)4月、江藤は左院副議長から司法卿となった。このとき江藤は西洋法を日本で行うことが事理に悖るのではないかと考えた。また西洋法を模倣して頒布しても国民が理解できないのではないかととも考えた。そこでこれらの件についてブスケに相談をした。これに対してブスケは以下の通りの回答をした。

「西国ノ法決シテ奇怪ノ主義アルニ非ス。所謂天理人道ヲ以テ根底ト為シ数年ノ経験ヲ歴テ而シテ制定セシ者其理タル蓋万国ニ通シテ行フヲ得可シ。抑法律ノ知会シ難キ豈独リ日本ノミナランヤ。西国ト雖モ之ヲ学フコト数年而シテ始テ其要領ヲ知ルヲ得。人民何ソ悉ク之ヲ知ラン。惟タ判事タリ代言人タル僅ニ之ヲ知会シ以テ人民ノ冤抑ヲ伸ヘ權利ヲ保ツアル而已」。

江藤はこの回答によって大いに悟り、フランス法採用事業の断行を決意したという。そうしてブスケの援助をうけて、法典編纂に従事し続けた。やがて二三の法案が脱稿し、これを施行しようとした⁹⁸。この時の草案が1873年(明治6年)に脱稿したとされるフランス民法典序章に相当し、同第5条に相当する条文を含む前加条目と民法仮法則と考えられる⁹⁹。前加条目には法律施行惣規則という名が付されている。この法律施行惣規則第4に3条文があり、その第2条文において「裁判役ハ其受理スル所ノ訴訟ニ付不備不明等アル時私ニ条例ヲ定メテ裁判ヲ為ス可カラス」と定めている¹⁰⁰。ブスケはこの前加条目について次のように論じる。

⁹⁸ 今村・後掲・3-4頁。

⁹⁹ なお前加条目と民法仮法則は手塚2・後掲・44頁以下に収録されている。

¹⁰⁰ 手塚2・後掲・44頁以下参照。

「此一篇ハ民法ノ首メニ置クト雖モ唯民法ニ適用スル軌範ヲ包含スルノ
ミナラス総テノ箇件ニ付キ定メタル法律ニモ亦適用スルコトヲ得可シ」

101。

前加条目の適用を民事に限定していない。この前加条目と民法仮法則を定めるに際、民法口授というフランス民法典に関する講義が司法省で行われた。民法口授は1872年(明治5年)10月10日から司法卿江藤主催で開かれた民法会議の議事録である。議事録といってもブスケとジ・ブスケによって司法卿江藤、権大判事玉乃世履、中議官細川潤次郎、明法権頭楠田英世等出席の下で前加条目から始められたフランス法講義である¹⁰²。これは日本民法編纂会議でもあった。そしてこの民法口授の産物として前加条目と全88条の民法仮法則が作られた。

民法仮法則については1873年(明治6年)3月10日に脱稿した。そして同月12日に司法省から正院(1871年より太政官内に左院、右院と共に設置された最高政治機関)にその施行の裁可を求めている¹⁰³。このことについて『太政類典』に以下の記録が残っている。

¹⁰¹ボワソナード＝ブスケ・後掲10頁。なお大河・後掲でも「2. 民法大意前加篇」(法務図書館所蔵『教師質問録』(XB 100-K1-2)第3=6 第5篇所収)を引用する。同内容だがやや表現が異なる。

¹⁰²民法口授の内容については福島・後掲・15頁以下が詳細に調査をしている。内容を要約すると以下の通りである。内容は4部構成である。第1部は「民法口授(壬申草本)一」と有る。1872年(明治5年)10月10日から同年11月23日までの分である。第2部は、「民法口授(明治六年草本)二」とある。1873年(明治6年)1月8日から同年2月25日までの分である。第3部は、「民法口授 三」とある。1873年(明治6年)2月28日から同年4月25日までの分である。第4部は、「民法口授 四」とある。1873年(明治6年)4月30日から同年6月8日までの分である。これに加えて、「ブスケ氏草本養子ノ事」という12項ある草本と、これに対する6月13日の「ブスケ氏へ質問」と題する13ヶ条の質問書が加えられている。

¹⁰³向井1・後掲・496頁以下、向井2・後掲・319頁。

「民法御施行相成度ニ付テハ差向前加条目民法仮規則御協議ノ上日本文
仏文指進候間御評議ノ上ハ御裁可相成度此段相伺候也」¹⁰⁴。

この時、前加条目 6 ケ条と身分証書 88 ケ条とが清書して提出されている。司法省は、この部分だけでも施行を望んだらしい。

同月 13 日、行政庁が新立法の施行を望む当時の慣例に倣って、布告案を一緒に差出すべきことを失念したとして、司法省は次のような内容の書簡を正院に送った。

「昨日、民法仮法則相伺い候節、御布告案相添え申すべき処、取り落と
し候に付、指し進め申し候間、然るべく御取計これ有り度く此段申入候
也。

御布告案

今般民法仮法則別紙の通り定められ候条、裁判所取立これ有る地方は
裁判所に於て未だ裁判所取立これ無き地方は地方官に於て来る七月一日
より施行致すべく此旨相達候事」。

前加条目と民法仮規則の施行を性急に進めようとしたようである。し
かし正院からの指令がなかった。そこで、司法省は 1873 年(明治 6 年)5
月 18 日、再び正院に対して以下のような伺をだした。

「民法仮法則の儀、御裁可相成らざるべき候へ共、省中官員へは兼て熟
読の為め右稿本相渡し置き候処、近頃諸県より一覽致し度き旨申し出で
候向きもこれ有り。右は兼て熟読これ無き候ては御施行の際、差支もこ
れ有るべき候に付申し出で候。向へは右稿本相渡し苦しからざり候哉。
此段相伺候也」。

¹⁰⁴ 『太政類典』第 2 編第 334 卷(第 6 類民法(5))の第 143 項。

正院からは伺の通りとの指令がだされた¹⁰⁵。

ただし前加条目と民法仮法則が施行されることはなかった。この司法卿江藤のフランス法採用事業には反対者も多かったことが背景にある¹⁰⁶。なお司法卿江藤は、1873年(明治6年)4月に参議に任じられている。その後、江藤は佐賀の乱の首謀者として処刑された。江藤自身による事業の完成は成功しなかった。しかし同年10月に、司法卿となった大木喬任は江藤の諸論に理があると考え、江藤の事業を引き継いだ。そこで民法起草を試み、箕作他数名を従事させ、1876年(明治9年)に民法草案を完成させた¹⁰⁷。

以上の通り、明治維新直後、当初は箕作博士を主とした日本独学で始められたフランス法採用事業は、司法卿江藤や後任の大木の強力な推進力と来日したブスケ、ポアソナード、そしてジ・ブスケ等によるフランス人による支援を受け、幾つかの草案の脱稿、フランス法を主とした司法省法学校の設立と法曹養成という形で多年に亘って推進されてきていた。フランス法に通じる井上毅もフランス法採用事業を推進する司法省に所属していた。なお前加条目についての理解についてはブスケの見解に依拠していたであろうから、フランス民法典第5条に相当する法律施行惣規則第4の第2条文は民事に限る趣旨ではない。そうするとこれらをベースにした裁判事務心得第4条も同様だと考えられるから、同条はやはり杉山博士が指摘する通り、民事刑事共に適用されることを意図されたものだと考えられる。したがって裁判事務心得第4条草案に存在した「民事刑事」の文言が、布告文では消滅している理由は書かなくても当然と考えられたと判断する方が自然であるといえよう。

¹⁰⁵ 以上について、特記した事項以外については福島・後掲・15頁以下に依拠した。

¹⁰⁶ 大槻・後掲・123頁の「津田正道氏の談」によると、江藤は仏法翻訳を手分けしてやらせようとし、津田にも手伝うようにいったが一夜で五法をつくるなどできるはずもないと考え、断った。この後津田は免官、位記返上となった。

¹⁰⁷ 今村・後掲・5頁。

以上で司法省のフランス法採用事業の調査を終えた。では江藤も副議長として所属した左院はなぜフランス法採用事業に反対したのだろうか。そこで左院において英米法を推した者について調査を加えることにする。

第3目 イギリス法採用派

(一) 尾崎三良

左院にはイギリス法に通じる尾崎三良という人物が存在した。尾崎三良は1868年(慶応4年)6月19日にイギリスへ留学した。そして1870年(明治3年)の普仏戦争勃発頃からイギリス人法学士「バリストル某」に師事してイギリス法を1年半程度学んだという。その後、オックスフォード大学で一年程、講義を聴講した。さらに「英人アクワード氏の学風を聞き其の高風潔情を慕い、其の隠棲所瑞西〔スイス〕国シャモニー山上に訪い留まる事約一ヶ月、其の所志を聞き瑞西国ベベーに寓居する事凡そ二、三ヶ月。此の間西園寺公望の来訪を受け英国に帰った¹⁰⁸。

帰国後の1874年(明治7年)12月末冬から1875年(明治8年)3月にかけて尾崎三良と井上毅との間には以下の接点が存在する。この時、大阪会議が始まった。会議のメンバーは大久保利通、木戸孝允、伊藤博文、井上馨、板垣退助、陸奥宗光の面々である。この会議では次のような国家将来の国是を議決した。

「国是は立憲君主国の制を採用する事に決定し、其準備として行政、立法、司法の三権を分立すること」。「其模範として先ず元老院を置き立法の源を拡め、地方官を召集して衆議院の素地を為し、大審院を独立させて司法権を強固にする」。

この大阪会議について尾崎三良は次のような井上毅との接点を記している¹⁰⁹。

「是に於いて政体取調掛が置かれ大久保、木戸、板垣、伊藤の四参議が之に任じ、井上毅が書記官と成り」、詔書が發布された。そして第一に

¹⁰⁸尾崎・後掲・105頁以下。

¹⁰⁹以下の尾崎三良に関する記述は尾崎・後掲・189頁以下。

左院が廃止され、元老院が置かれた。「四月二十日再び太政官に呼び出され、今度は六等出仕…。其用向は則ち政体取調掛御用被仰付と云う書付を渡された。そこで其役所へ行って見ると大久保、木戸、板垣、伊藤の四参議がづらつと一卓子を囲んで頻りと議論して居る。其傍らに井上毅が矢張り予と同官で六等出仕と云うのである。此時我々の取調べるのは裁判所の組織権限、即ち今の構成法の創設である。地方官会議の職務権限等に付き議論をした。此時最も激しく議論したのは裁判所構成法であつた。即ち井上は仏国法を模倣せんとした。予は則ち英法を多く混用せんとした。そこで議論が衝突した。それは所謂各々其学ぶ所に偏する所があつたからである。然れども此時より井上とは非常に莫逆の親友と為つた。又両人の議論の纏まらざるときは毎に伊藤が仲裁して預り、後にはどうかこうか收拾することになつた。」。

要するに井上毅と尾崎三良は司法機関の構成についてそれぞれ自己の通じる法体系を採用しようとして衝突した。

この政体取調掛で最初に取調べたものは三権分立の組織権限のことである。このことについて尾崎三良は次のように記している。

「行政官は既成の太政官を其儘に成し置き、司法権の方は大審院初め諸裁判所の組織、即ち所謂裁判諸構成法の組織権限のことで、是も從來已に成立してあるものを修正改造して或は名を改むる位」。そして元老院の任選も形ばかり整えて発表した。任選発表は5月頃と尾崎三良は記憶している。

ところで政体取調掛で取り調べたという裁判所構成法についてだが、これは1890年(明治23年)の裁判所構成法のことではない。時期的に考えて以下の3布告だろう。すなわち大審院諸裁判所職制章程(明治8年5月24日太政官布告第91号)、上等裁判所設置に関する布告(同日太政官布告第92号)、控訴上告手続(同日太政官布告第93号)。この時、15日後、6月8日の裁判事務心得についても議論されたと推測される¹¹⁰。そ

¹¹⁰大河(1)・後掲・523頁も同様の指摘をする。

して裁判事務心得第4条はフランス民法典第5条が母体になっている。尾崎三良がイギリス法を採用しようとするれば、主張したであろう判例法主義は採用されなかった¹¹¹。

なぜ裁判事務心得第4条について井上毅のフランス法案が通ったのか。しかも井上毅と尾崎三良の仲裁をしたという伊藤博文は憲法研究のために1870年(明治3年)にアメリカに派遣された経歴があり¹¹²、どちらかというといギリス法派に属していそうである。この点に関しては、正確なことは解らない。考えられる合理的な理由があるとすれば、司法卿江藤新平が始め、大木喬任が継承したフランス法採用の事業が進んでおり、多額の費用も投じられており、イギリス法への転換はできなかったこと

¹¹¹ 乾・後掲・347頁は、布告第4条について次のように論じている。「判例の先例拘束力を否定する。明治初期においては、英米法の影響力が強かったのであるが、判例法より制定法主義に立つことを示したのである」。

もっとも裁判所構成全てがフランス制となったわけではない。この点に関しては稲田・後掲・279頁以下は次のように論じる。井上毅執筆のフランス大審院に関する写本のある部分を引用しただけでも5月24日の大審院章程の第1条から第5条、第8条から第10条、第12条はフランス制を参考に起草されたことは明らかである。ただフランス大審院では破棄を任務とし、自ら審判はしないが、大審院章程では適宜、自判し(第2条第2文)、破棄差戻後の裁判がなお、大審院の見解に合わないときは自判する(第3条)。これらの点はフランス法と異なる。

また元老院・前期第四巻・第59号議案裁判所職制章程等改正案・92頁佐々木高行も次のように論じる。「本邦大審院ハ仏制ニ模擬セン者歟然レトモ仏ニ在テハ司法ヨリハ下等ニナセリ初メ貴重ナル高等ノ院長ヲ置カルル所ハ却テ米國ニ似ル者アリ」。

井上2・後掲・85頁はフランス大審院について以下のような紹介をする。フランス大審院は上告局、民事局、刑事局の3局に分かれ、訟廷は合議制で裁判官15人、11人を下ることができない。この中に各局局長が含まれる。それと別に院長がいて、院長は3回目に破棄する場合にしか列席しない。裁判官は45人、局長3人、院長1人の構成である。

これに対して明治8年太政官布告第91号による職制では次の通りになっている。「大審院職制 長 一等判事ヲ以テ之ニ充ツ」。「第二 合員會議ノ議長トシ判事審論ニ岐ニ分ルルモノハ多数ニ決シ両義平分スルモノハ自ラ之ヲ決スルコトヲ掌ル」。つまり院長は列席することになっている。なおフランス大審院構成については『佛國大審院巧』に合綴されているブスケ他・後掲・231頁以下にも同様の記述がある。

基本はフランス法制としつつも、イギリス法派にも一定の配慮をしたということか。

¹¹² 朝比奈・後掲・320-321頁。

に尽きるのではないか。あるいは当時の裁判官の質を憂慮した、という理由もあるのかもしれない。しかし制定法主義を採用したとしても、実際上判例法が成立してしまうことが意識されていたとすれば、後者の理由よりも前者の政治的理由の方が強かつただろう。

ところでイギリス法採用に切実な利害関係があり、判例法主義の採用を主張したのは尾崎三良だけではない。そこで最後に法学系イギリス人御雇外国人ヒルの主張をみてみよう。

(二) イギリス人御雇外国人ヒル

ヒル George W. Hill は司法省に所属し、司法省法学校で速成科の授業などを担当した法学系イギリス人御雇外国人である。司法省の御雇外国人はフランス人が多く、ヒルの存在は異例であった。ヒルは 1872 年(明治 5 年)に生じたマリア・ルース号事件の解決に貢献した業績がある。

ヒルには裁判事務心得第 4 条と無関係とは思われない「大審院判決録編纂の必要を述べた意見書」という文献が残されている¹¹³。しかも執筆年月日が 1875 年(明治 8 年)6 月 7 日である。この年月日は裁判事務心得の布告文決定の日付と同日である。布告はその翌日に行われている。以下に意見書の一部を抜粋する。

「若シ本院中ニ照準施行セン為メ、総テノ判決ヲ冊子ニ記録編纂シ、兼テ之レヲ本院ニ備ヘ置カサルトキハ、自ラ裁判上ニ於テ確定同一ノ判決ヲ得カタク、又先例ニ照シ之レヲ判決スヘキ律例モ之レナク、唯一時、其裁判ニ拘リ合ウ処ノ裁判官ノ方寸ニ依リ、之レヲ裁判スル外、他ニ裁判ノ方法ナカルヘシ。故ニ判決録ハ至上至要ノ者ナリ。之ニ各裁判官ノ判決ヲ編纂シ置キ、各裁判所ニ於テ公平至当ノ判決ヲ得ン為メ、此ノ判決録ニ照シ律例ヲ採用スヘシ」。

¹¹³ ヒルの経歴および「大審院判決録編纂の必要を述べた意見書」全文共に手塚・3に依拠する。

要するにヒルは先例による裁判をするため、つまり判例法主義を採用するため判例・裁判例集を編纂することを勧めている。

この点に関して、井上毅と尾崎三良が激しく争った裁判所構成法の1布告、大審院章程(明治8年5月24日)第11条は、「大審院判決録ヲ編纂シ上告ヲ破棄シ疑条ヲ弁明シタル者ハ逐項記載シ其議決ノ原由ヲ叙録シ之ヲ司法省江送致シ刊行セシム」と定めている。

ヒルの意見以前に判決録編纂は太政官布告によって決定済である。ただし同条は大審院の破毀判例のみの判決録編纂である。ヒルはこれだけでは不足だと考えたのだろう。ヒルは「総テノ判決」について判決録を編纂することを意見している。

以上のヒルの意見は判例法国家であるアメリカ出身の御雇外国人であるがゆえのものだろう。またヒルがこのような意見をする前にどこかで裁判事務心得第4条の内容あるいは司法省の制定法主義採用の方針を知ったのだろう。

裁判事務心得は5月28日に司法省案が太政官に提出され、翌29日に政体取調掛で受理された。それ以後は審議中となり、6月7日に布告文が決定された。

ともあれヒルは制定法主義を採用するか判例法主義を採用するかについて利害関心を持っていたと考えることが自然だろう。というわけは、何れが採用されるかによって自己の日本における地位に差異がでるからである。ヒルは1881年(明治14年)3月に司法省を退職した。

以上の通り、裁判事務心得制定当時のイギリス法採用派として、少なくとも左院に尾崎三良、司法省内にヒルが存在した。

結 論

以上で裁判事務心得第4条に関する一通りの考察を終えた。裁判事務心得、少なくとも第3条と第4条が現行法であることを確認した上で、同4条の制定理由について井上毅が立法者であることに加えて、以下の3点が究明された。

①裁判事務心得制定当時の日本には近代法を支える裁判官がいなかったために、そのような裁判官による判決が後の裁判を拘束することを避けたかった。

②フランス民法典第5条の趣旨により立法と司法の権限分配の観点から裁判官の立法的判決を禁止した。ここで立法的判決の禁止という意義は次の通りである。すなわち、法律の解釈について疑義が生じた際に法律の意義を明らかにすることは司法の権限だが、法律の不備が発見された場合には、立法府の改正権限に委ねなければならない。

③司法制度におけるフランス法採用派とイギリス法採用派との政治的論争(制定法主義か判例法主義か)が裁判事務心得第4条によって決着した、という意義もあった。すなわち、一方に裁判事務心得が制定された1875年(明治8年)までフランス法採用事業を進めてきた司法省派閥があった。主だった関係者は司法卿江藤新平、同大木喬任、フランス法に通じる井上毅等である。またブスケ、ジ・ブスケ、ボアソナードといったフランス人御雇外国人の存在もある。また一方にイギリス法を採用したい左院派閥の存在があった。主だった関係者はイギリス法に通じる尾崎三良である。また司法省に所属するものの、イギリス人御雇外国人ヒルの存在もあった。

①②③の内、①の意義は現代においては消滅していると考えてよい。③の意義についても当時の政治的理由を現代において考慮する必要はない。ただ現行憲法下においても三権分立を採り、かつ制定法主義を採る我が国において②の意義は今でも失われていない。

この他に裁判事務心得第4条の意義を確認し、判例の法源性が否定されることについて法的根拠を示しても、實際上、判例法が成立することは避けがたいし、立法者も当時のフランス民法典第5条に関する知見を通じて、その可能性を認識していたことも明らかにされた。

しかしながら、あえて判例が法源でないことの実際的意義をのべるとすれば、以下の点を指摘できるだろう。それは本論で指摘した遡及処罰と判例変更の問題である。判例の非法源性によって支えられているから

こそ、従来の判例に従うとすれば、無罪となる行為を判例変更によって処罰することも許される(なお裁判事務心得第4条が民事刑事両方に適用される規定であることも確認した)。民事においても同じことがいえるはずである。従来の判例に従えば、同じ判断に至るはずの事実に対して判例変更により異なった判断を下しても法律の遡及適用にならないのは、判例が法源ではないからである。このような司法の当然の営みは裁判事務心得第4条によって支えられている。そういうことを再確認する意義があったと考える。

一昔前の民法の教科書には法源論に頁が費やされていたが、最近の教科書には法源論が語られないことが多い。今一度、法源について論じる意義を再確認するべきではないだろうか。

参考文献

あ

朝比奈和泉編『明治功臣録』45版(文武書院 1925年)。

芦部信喜『憲法 第5版』(岩波書店、2011年)。

石井良助『明治文化史2 法制編』(洋々社 1954年)。

同2「明法寮民法草案」法律時報29巻8号(1957年)96頁。

稲田正次『明治憲法成立史 上巻』(有斐閣、1960年)。

乾昭三「日本法(日本民事法における裁判官による法創造)」『裁判による法創造 現代社会における裁判の機能』(晃洋書房、1989年)347頁。

井上毅『井上毅傳史料篇』(国学院大学図書館、1969年)。

同2「佛國大審院考」『井上毅傳史料篇 第三巻』(国学院大学図書館、1969年、初出1873年)80頁。

同3「白耳靈行筆記」『井上毅傳史料篇 第三巻』(国学院大学図書館、1969年、初出1873年)48頁。

同4「司法制度意見案」『井上毅傳 史料篇第一卷』(国学院大学図書館、1966年、初出1874年)19頁。

井上正一「佛國民法ノ我國ニ及ホシタル影響」法理研究會編『仏蘭西民法百年紀念論集』(有斐閣、1905年)53頁。

今村和郎『解難』(私費出版、1890年)。

今村信行『民事訴訟手續 完』(伊藤宗也、1893年)。

同2『民事訴訟法註解 第三卷』(明治大学出版部講法会、1893年)。

梅謙次郎『民法総則』3版(明法堂、1896年)。

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(1)(2)(3・未完)」立命館法学 205=206号、227号、234号(1989年、1993年、1994年)。

大久保泰甫『ボアソナード 近代日本法の父』(岩波書店、1977年)。

大谷美隆「ボアソナード博士の拷問廃止の建白書発表について」法学新報 758号(1951年)。

大槻文彦『箕作麟祥君傳』〔再版〕(近世資料会、1983年)。

尾崎三良『尾崎三良自叙伝 (上)』(中央公論新社、1980年)。

小沢奈々「『条理』解釈の法史-明治八年太政官布告第一〇三号布告裁判事務心得三条の効力と解釈論的射程-」法学政治学論究 88号(2011年)73頁。

か

加太邦憲「司法省法学校設立最初半ヵ年の状況」法曹記事 26巻7号(1916年)84頁。

金子宏、新堂幸司、平井宜雄『法律学小辞典 第4版補訂版』(有斐閣、2008年)。

木野主計「「井上毅」と「梧陰文庫」」書斎の窓 287号(1979年)。

同2「井上毅滞佛中の司法巧究事歴」大倉山論集 9輯(1986年)85頁。

元老院『元老院會議筆記』(元老院會議筆記刊行、1964年)。

『公文録』(私製)

『公文録目録』(国立国会図書館、1978-1983年)。

小嶋和司『憲法概説』（良書普及会、1987年）。

さ

佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）。

同編『憲法Ⅰ 総論・統治機構』（成文堂、1986年）。

四宮和夫『民法総則』（弘文堂、1972年）。

杉村虎一述、大谷美隆記「拷問廃止とボアソナード氏の功績」法律及政治 6 卷 8 号(1927 年)109 頁。

杉山直次郎「明治八年布告第百三号裁判事務心得と私法法源」同『法源と解釈』（有斐閣、1957 年）(初出は法協 49 卷 9-12 号、50 卷 1 号(1931 年-1932 年))。

瀬川信久「民法」『書斎の窓』491 号(2000 年)5 頁。

同 2「梅・富井の民法解釈方法論と法思想」北法 41 卷 5=6 号(1991 年)2452 頁。

た

田中英夫他著『外国法の調べ方』（東京大学出版会、1974）。

谷口知平『仏蘭西民法』（有斐閣、1956 年）。

手塚豊「御国民法—城井国綱本—続・明治法制史料雑纂(4)」法学研究 38 卷 7 号(1965 年)75 頁。

同 2『手塚豊著作集 明治民法史の研究 上』（慶應通信、1990 年）。

同 3「司法省御雇外国人ヒルとその建白書 続続明治法制史料編纂(10)」法学研究 41 卷 3 号(1968 年)99 頁。

戸波江二『憲法[新版 6 版]』（ぎょうせい、2000 年）。

富井政章『民法原論』（有斐閣、1908 年）。

な

内閣官報局『法令全書明治三年』（内閣官報局、1890 年）。

内閣官報局『法令全書明治八年』（内閣官報局、1890 年）。

内閣官報局『法令全書明治十七年』（内閣官報局、1890 年）。

野田良之「明治八年太政官布告第百三号第三条の『条理』」についての雑感」法学協会編『法学協会百周年記念論文集 第一巻 法一般・歴史・裁判』（有斐閣、1983年）243頁。

は

長谷部恭男『憲法 第5版』（新世社、2011年）。

ヒル「大審院判決録編纂の必要を述べた意見書」法務図書館 XB 立法資料 XB100-1-1-6（手塚3・前掲にも収録）。

広中俊雄『民法綱要』（創文社、1989）。

同2『民法解釈方法に関する十二講』（有斐閣、1997年）。

福島正夫『「家」制度の研究 資料篇二』（東京大学出版会、1962年）。

同2「ボアソナード博士の人格と拷問制度反対活動」法学セミナー216号（1973年）18頁。

ブスケ、ボアソナード「大審院構成」『ボアソナード答議 近代日本法制史料集九』（国学院大学、1986年）231頁。

細野長良他編『新體綜合註釋大六法全書』（法文社、1941年）。

ボワソナード＝ブスケ述、井上操譯『質問録』（司法省、1877年）。

ボアソナード『ボアソナード答問録』（法政大学、1978年）。

同2「慣習法ト衡平法ニ關スルボアソナード氏答議[明治八年六月二日]」梧陰文庫B-2309。

同3「慣習法ト衡平法ニ關スルボアソナード氏答議[明治八年六月二日]」国学院大学日本文化研究編『ボアソナード答議 近代日本法制史料集第八巻』（国学院大学、1986年）。

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、1988年）。

穂積重遠『改定民法総論』3版（有斐閣、1931年）。

穂積陳重『法律進化論 第一冊』（岩波書店、1924年）。

ま

松井茂記『日本国憲法 第3版』（有斐閣、2007年）。

松本丕治『人法人及物』（巖松堂書店、1910年）。

美濃部達吉『改訂五版 憲法撮要』（有斐閣、1932年）。

向井健「『民法口授』小考」『慶応義塾創立百年記念論文集（第一部法律関係）』（慶應通信、1958年）493頁。

同2「江藤主催司法省民法会議における相続論争」法学研究 32 巻 4 号（1959年）317頁。

や

山田顯義「山田顯義書簡 明治二十年七月十三日」日本大学大学史編纂室『山田伯爵家文書二』（日本大学、1991年）123頁。

山中永之佑編『新・日本近代法論』（法律文化社、2002年）。

わ

我妻栄『民法総則』（有斐閣、1930年）。

同編『旧法令集』（有斐閣、1968年）。