

博士論文 平成 24 年度 (2012)

日瑞比較法史論考

—明治期から大正期への日本法学の転換—

慶應義塾大学 大学院 法学研究科

小沢 奈々

目次

序.....	1
一 問題意識と研究対象.....	1
1 近代日本における「スイス受容」.....	2
2 研究対象について.....	8
二 本論文の構成及び概要	11
第一編 近代日本とスイスの法学交流	22
第一章 ルイ・アドルフ・ブリデル (Louis Adolphe Bridel)	22
一 はじめに	22
二 来日までの経歴	25
三 ブリデルー東京帝国大学間の雇用契約をめぐる交渉	28
四 ブリデル来日の理由	29
五 ブリデルの日本における活動ーブリデル・フーバー書簡からの考察ー.....	32
六 スイス民法典の紹介	34
1 講義	35
(一) 東京帝国大学「仏蘭西法」及び「独逸法」講義	36
(二) 明治法律学校「泰西比較法制論」及び「法理学」講義	38
(三) ブリデルの講義内容の変化	40
2 スイス民法典に関する書籍・冊子の配布	42
七 ブリデルの死	47
八 小括 ーブリデルの活動の限界ー.....	47

第二章 穂積 重遠	71
一 はじめに	71
二 穂積重遠の生涯とその業績	73
1 略歴	73
2 法律を学ぶまでの経緯、家族法を専門領域として選択した理由	76
3 留学期に確立した学風－「社会学的研究」と「判例研究」－	77
4 婦人問題への関心	80
5 「法律」と「社会」とを歩み寄らせるための活動	82
三 穂積重遠の法理論－法律進化論を中心として－	89
1 法律進化論と「共同生活観念の確立」.....	91
2 法律進化論と「法律と道德」.....	94
(一) 法律進化論からみる、重遠の「法律と道德」	94
(二) 具体的な法律問題にみる「法律と道德」との関係について	98
① 法律と道德の分界－「家族法」「家族制度」における	
「法律と道德」との関係－	98
② 法の道德化－信義誠実の原則と権利濫用の禁止－	100
③ 「法律と道德の交渉」としての調停制度	104
四 穂積重遠とスイス	106
1 穂積重遠とスイス人法学者との出会い	106
(一) 穂積重遠とブリデル	106
(二) 穂積重遠とオイゲン・フーバー、そして日本人法学者との	
交流	111
2 穂積重遠のスイス民法への関心	116
(一) 「婚姻の解消」規定におけるスイス民法の参照	116
(二) 「親権」規定におけるスイス民法の参照	120
(三) 「家族制度」規定におけるスイス民法の参照	121
(四) 家族法以外にみられるスイス民法への関心	126
五 小括－戦後民法改正へのまなざし－.....	129

第二編 蘇る太政官布告 —明治 8 年太政官第 103 号布告裁判事務心得 第 3 条とスイス民法典第 1 条第 2 項—	156
第三章 「忘却」「再自覚」をたどった太政官布告	156
第四章 制定時の太政官布告	159
一 明治 8 年太政官第 103 号布告裁判事務心得第 3 条	159
二 裁判事務心得の制定過程	161
三 裁判事務心得の由来について.....	162
四 制定時の裁判事務心得にみられる「条理」の位置付け	166
第五章 裁判事務心得第 3 条の消滅?.....	177
一 法令集にみる裁判事務心得の効力への理解	177
二 裁判事務心得の「消滅」の意義	180
1 大日本帝国憲法	180
2 裁判所構成法(明治 23 年法律第 6 号).....	181
3 民事訴訟法(明治 23 年法律第 29 号).....	183
4 旧民法証拠編第 9 条	185
5 法例 (明治 23 年 10 月 6 日法律第 97 号 / 明治 31 年 6 月 21 日 法律第 10 号).....	189
第六章 消滅後の太政官布告 —「忘却」から「再自覚」へ—	201
一 明治 23 年「旧民法典公布」より明治 31 年「明治民法典施行」 まで(前半期)	201
二 明治 31 年「明治民法典施行」以降(後半期).....	203

第七章 「再自覚」された太政官布告	209
一 民法解釈論者の「条理」論	209
1 裁判事務心得第3条の効力をめぐる各民法学者の見解	209
2 民法分野の著作・論文にみられる裁判事務心得第3条とスイス民法 第1条第2項	211
二 比較法学者の「条理」論	214
1 穂積陳重の「条理」論	214
2 杉山直治郎の「条理」論	215
第八章 穂積重遠の「条理」解釈 —大正4年1月26日大審院 民事連合部判決「婚姻予約有効判決」からの一考察—	226
一 法律婚主義 対 事実婚主義	227
1 太政官期法令—旧民法—明治民法典にみられる 「婚姻の成立」規定	227
2 明治民法典制定後の社会事情	229
3 婚姻予約有効判決(大正4年1月26日大審院民事連合部判決).....	232
二 穂積重遠の「条理」論	234
1 穂積重遠による「婚姻予約有効判決」の評価	234
2 穂積重遠の「条理」解釈	235
(一) 条理の根拠条文としての裁判事務心得第3条	235
(二) 条理と判例法の関連性	238
(三) 「条理」規定の運用の仕方—重遠の判例研究からの分析—	241
① 「悪法」を代替する「条理」の機能	241
② 法の欠缺補充としての「条理」.....	241
③ 非法律的な解決手段としての「条理」.....	243
3 「穂積法学」における「条理」の意義	245
(一) 「穂積法学」の課題—「内縁問題」への取り組み	245
(二) 「穂積法学」における「条理裁判」の位置付け	250
(三) 穂積重遠による「条理」の立法化への試み	250
① 臨時法制審議会における民法改正要綱の審議	251
② 満州国民法典の編纂	253

(四) 裁判事務心得第 3 条とスイス民法第 1 条第 2 項を「同趣旨」 とする重遠の真の目的	254
第九章 小括 —日本近代法学における「条理」理解の転換—	264
結論	267
参考文献	275
資料	296
初出リスト	309

序

一 問題意識と研究対象

本稿は、比較法史的見地より、近代日本におけるスイス法の受容について論ずるものである。

明治期に制定された民法典がドイツ民法典・フランス民法典の影響を多く受けたという理由から、現在我が国の民法典を研究する際にも、その比較研究の対象として、この二大法典が重要視されているように窺える。こうした傾向は、例えば、内田貴氏が、著書『民法改正』のなかで、「日本民法典は (...) フランスとドイツをともに母法とする法典」と表現しているところからも窺い知ることが出来るだろう¹。しかし実際には、明治民法編纂時には 12 の多種多様な法典が参照され、スイス法（但し法典編纂時にはスイスのカントン法や債務法典に限る）もまた、その 1 つとして日本の民法典制定に参酌された。従って、これらのスイス諸法を引き継ぎ 1912 年に施行されたスイス連邦統一民法典（ZGB）もまた、明治民法との関わりにおいて注目されるべき法典のひとつである。明治民法制定後のヨーロッパ最新のこの法典について、民法学者我妻栄も「スイス民法五十年」の中で、その研究の必要性を主張している²。しかし、日本におけるスイス民法の研究は、ドイツ民法、フランス民法と比べて、その蓄積は圧倒的に少ない。それでも、戦前・戦後の法学研究においては、岡村司や、穂積重遠、中川善之助といった家族法学者を中心に、我妻栄、末川博、牧野英一によるスイス法関連の論文や、中川一郎や相原東孝によるスイス民法の試訳が見られ³、日本近代法学におけるスイス法の存在観を垣間見ることが出来る。ところが最近の研究では、実定法分野においては、石田穰「スイス民法 1 条の法源イデオロギー」にみられる民法解釈学研究や、松倉耕作『概説スイス親子法』『スイス家族法・相続法』に代表される家族法研究⁴が、そして法制史分野においても、同じく松倉氏による「スイス民法典の統一とその特色」「オイゲン・フーバー」や、大川四郎氏による「スイス民法第 1 条第 2 項の学説史的起源」などの労作があるが、全体的に未だその数は少ない。そこで、西

洋法史的研究の視座の下で発表されたそれらの業績の結果を踏まえ、本稿では、近代日本の法学領域において、スイス民法はいかに受容されたのかを法史の見地から考察し、日本民法学におけるスイス民法の果たした役割を考えるようになった。

1 近代日本における「スイス受容」

スイスと日本の交流は元治元（1864）年の日瑞和親通商条約の締結にはじまる。産業革命を達成した欧米列強国は、国外市場や植民地を求め、アジア進出を試み、当時鎖国であった日本にも次々と押し寄せて来た。スイスもまた例外ではなく、製品の販路拡大を求め⁵、1859年、ルドルフ・リンダウ（Rudolf Lindau）を長とするスイス使節を日本へ派遣し、1年間に渉る交渉を行なった。この交渉は失敗に終わったが、その後、エメ・アンベール（Aimé Humbert）を長とした新たなスイス使節が再度、日本来訪を決意し、列強の後押しを得て、再交渉に挑むこととなる。そして1864年2月6日に日瑞修好通商条約を締結するに至った。これは日米和親条約締結から10年、日米和親通商条約から8年後のことであり、スイスは日本にとって8番目の条約締結国となった⁶。その後、徳川幕府から政権を奪った明治政府は、諸外国の様々な制度を取り入れつつ、新たな近代国家形成を目指していき、また列強国と締結した不平等条約の改正に向けて進み始めた。その一環として、条約改正の予備交渉及び西洋文明の調査を目的とした岩倉具視を特命全権大使とした使節団は、明治4（1871）年11月から同6年9月まで2年弱にわたり、欧米諸国を視察し、その際スイスにも訪問している⁷。使節団の公式な報告書である『特命全権大使米欧回覧実記』（久米邦武著・明治11年刊）にも、スイスの政治、教育、建国精神などが鮮明に綴られている⁸。

このように幕末から明治にかけての日瑞両国間の交流が史料から明らかにされることで、日本における「スイス受容⁹」がこの時期に既に起こり得たとも想像されるのだが、実際のところ、明治政府は、スイスから政治制度や思想、理念は取り入れてこなかったといわれている。そしてこうしたスイスを重視しない政府の姿勢は、その後も変わることがなかったとされている。これについて岡本三彦氏は「明治政府がスイスを参考としてこなかったのは、何よりもその民主的な思想や制度が天皇を中心とする国家体制を志向する明治政府にとって望ましいものではなかったことが一因であると思われる。欽定憲法の形式をとって一八八九年に制定された大日本帝国憲法の下では、

日本は天皇主権の君主国家であり、公に『民主主義』を議論し、主張することさえ憚られていた。したがって、一九四五年の敗戦に至るまで、非常に民主的であったスイスをモデルにしようという議論はほとんど高まることはなかった。」と指摘している¹⁰。

それでは、日本における「スイス受容」は全く起こらなかったのだろうか。確かに当時の日本政府は、イギリス・フランス・ドイツといった大国を参考にしようという考えが非常に強く、それ以外の小国に対しては軽視しがちに思われるが、一部の日本人の間では、この時代に既に、スイスに対する認識というものが萌芽しはじめていたことも、実際に、史料から明らかにすることが出来る。例えば、加藤弘之や福澤諭吉は、日瑞修好通商条約以前より、スイスという国に注目していたことが窺える。その際、共通の特徴として、スイスは特に、西欧の社会政治制度を研究する過程で注目されていたという点である。加藤が文久元（1861）年に記した『鄰艸』は、日本に初めてスイスを紹介した書物であるとされており、スイスの政体に関しては、これが「万民同権」（民主共和制）であり最も望ましいと評価している¹¹。加藤にとって、日本におけるスイスの政体の実現は企図し得ないものの、自身の思想においては、スイスをモデル国家化していることがわかる¹²。福澤もまた、安政3（1858）年以降に条約を締結した国々を自著『條約十一國記』（慶応3年発刊）にて紹介した際、スイスの政治制度について触れており、「瑞西は欧羅巴第一番の山國にて、海なし。國中の人別二百四十萬人に足らざる小國なれども、政事向よく行届て風俗よし。國の人都在りてを重んじ、國を大切に思ひ、正直一片にて悪事をする者甚だ少く、何事にも出精して、學問の道も開け産物も多し。此國の政事は寄合持にて、國王もなく亦大統領といふ者もなし。國を二十一群に分て、一群より二人づゝ評議役を出し、これを上院といひ、又國中の人別二萬人の内より一人づゝの割合にて評議役を人撰して、これを下院といふ。何れも三年づゝの交代なり。斯く上下二組の評議役を立、『ベルン』といふ都に寄合て國の政事を取扱ふことなり。」と説明している¹³。また明治2年に書かれた『世界國盡』でも、「西の境の『禮陰河』、その源を尋れば山阪高かき『瑞西』、國の政事は共和政、小國なれど一様に文字の教の繁昌し百工技藝手を盡し他の侮を被らず。」「瑞西の都を『べるん』といふ。時計細工の名所なり。此國は山國して人皆質素儉約、且勇氣あり。故に小國なれども外國の輕蔑を受けず。」と、スイスを紹介している¹⁴。

またスイスは、政府のような所謂「支配勢力」に対抗する人々に関心を抱かれることもあったようである。その一例として、自由民権運動とスイスとの繋がりを挙げる

ことが出来るだろう。明治7年より明治20年代まで続いた自由民権運動の中心的役割を果たした一人である中江兆民は、「東洋のルソー」との異名を持つように、ジュネーヴ共和国出身の哲学者、ジャン・ジャック・ルソー (Jean-Jacques Rousseau) の急進的民主主義思想の熱心な推進者であった。彼による『社会契約論』の翻訳書は有名である。中江は、明治日本のあるべき姿として、力による膨張政策を行なうことをせず、中立的不可侵で、民主主義的であることを求めていくのだが、その際、彼の理想を、ルソーの民主主義理論の基盤となったジュネーヴ¹⁵即ちスイスの「小国主義」¹⁶に求めたとされている。これは、中江の小説『三酔人経綸問答』の中で、「第十九世紀の今日に在りて、眞に武震を以て國光と爲し、侵略を以て國是と爲し、人の土を奪ひ、人の民を殺し、必ず地球の所有主と爲らんと欲する者は、眞に癡狂國である」として、ドイツ・フランス・イギリス・イタリアなどの列強国を批判するのに対し、「顛狂人四五人、相共に棍棒を揮ふて亂闘するの間に居て、可憐の嬰兒が嬉戲遊笑して、反りて創傷を免るゝ者」として、ベルギー・オランダ・スイスを挙げ、賛美していることから窺えよう¹⁷。そして中江と並んで、自由民権運動に尽力した植木枝盛もまた、スイスに関心を抱いていた。彼はスイスの伝説の英雄であるウィリアム・テル (William Tell)¹⁸を自由の象徴とし、スイスを「自由郷」として讃え、明治20年10月に発表した『自由詞林』の中に「瑞西独立」を書き、スイスの自由を謳ったといわれている¹⁹。これについては、「自由を獲得するためには、死をも覚悟する姿勢を謳い、枝盛は自由民権運動を盛り上げようと努めている。枝盛はテルを中心としてスイス独立闘争を、イギリスの暴虐に抗したアメリカの独立運動と、カエサルの子孫の奸計邪謀から『民の自由』を守ったブルータスの行為と並べている。テルが歴史上の人物と思われていた時代では、スイス建国の英雄は自由民権運動に影響を与えたことは間違いないであろう。」との指摘もある²⁰。このように当時の自由民権運動の意識を高揚させるため、その象徴としてスイスが崇められたのだと推測されている。

当時の新聞からも、スイスに関連する記事を見ることが出来る。例えば、読売新聞に掲載されている明治年間（明治7年～明治45年）のスイス関連の記事は「450件」であり、一番はじめに投稿された記事は、明治7（1874）年12月26日のもので、「山国のスイスは西洋の中でも勤勉で裕福だ」というタイトルの投書となっている²¹。全体的には、スイス国内の社会・政治に関するニュースが大半を占めている²²。また当初、日本には、スイス人によって経営されていた時計店が多くあったため、時計の広

告なども頻繁に見られる²³。こうしたメディアを通して伝えられるスイスの情報は、当然、大衆の関心にも繋がっていったといえよう。さらに教育面—例えば、明治初期の小学校の歴史・地理教科書にも、スイスに関する記述を見ることが出来る²⁴。その多くが、スイス独立の経過を示し、当時のスイスにおける共和政について紹介されており、スイスに対するイメージとして「政治が安定し、経済が興隆し、文化が進展した国」として描かれているのが特徴的である。

その後、スイスは「平和」「中立」の象徴として意識されるようになり、日清・日露戦争を経て、国際社会において拡大主義に猛進していこうとする日本への戒めとして、反戦を唱えるシンボリックな意味合いを持つようになった。日本社会主義運動の先駆者として著名である安部磯雄²⁵は、自著『地上之理想国瑞西』(明治37年)の中で、スイスを実在する理想国家として掲げ、スイスの政治・教育・社会問題—連邦制、直接民主制、学校教育の必要性、工場法をはじめとする労働者の生活環境と社会福祉の問題等²⁶—を紹介し、また同国の平和・中立理念を「理想なるもの」として掲げ、日本における平和運動を推進していった。こうした彼の意識については、「戦争の悪夢から覺ませようといふ目的で、私は今『地上の理想國瑞西』といふ本を書いてみますが、この世の中に瑞西といふやうな國があつて、その國の生活がどんなにうまく営まれてゐるか、そしてどんなに羨ましい状態にあるかを知つただけでも、戦争熱狂に對する反省の念が國民の間に湧き起ることだと思ひ、又、さうなることを希望してゐるのです。」²⁷といった彼の記述からも明らかであろう。

以上の考察から、民間における「スイス受容」は、明治期より既に積極的になされており、目に見える形で、日本とスイスのつながりを確認することが出来るだろう。

そこで、以上のような「日本におけるスイス受容」が、法学領域においてどのように生じたのか、次に論じてみよう。

明治の初期には既にスイス人と日本人間の訴訟事件が発生している。例えば「横濱扶桑商會より瑞西商人乙九十番のアヘッキに係る生糸買込差違の訴訟」が明治15年に起きる²⁸。また東京大学の学術誌『法学協會雜誌』には、明治18年にはじめて「瑞西国離婚ノ統計²⁹」が、そしてその後も引き続き、欧米諸国の死刑に関する統計の中でスイスの死刑制度について取り上げたもの³⁰や「瑞西諸州辯護士制度比較³¹」といった、スイスの法状況・制度の紹介がなされている。しかし我が国の法学界におけるスイス法の本格的な「登場」は、明治民法典の編纂まで待たねばならない。起草者の

一人である梅謙次郎は、「我新民法ハ舊民法ヲ基礎トシ日本ノ從來ノ慣習ヲ参酌シテ之ニ修正ヲ加ヘタリト雖モ亦汎ク外國ノ民法ヲ参照シテ其長ヲ取り以テ我短ヲ補ヒシコト固ヨリ論ヲ俟タス」³²とし、海外諸法典の参照の必要性を唱えた。そして実際に、明治26年に設置された法典調査会³³でも、「佛、澳、蘭、伊、葡、^{スウェーデン}瑞、^{モントネグロ}孟、西、白、獨、英、米」といった12か国の法律が参照されることとなった³⁴。同調査会のスイス法の参照に関しては、梅による以下の記述より明らかになっている³⁵。

瑞國ハ聯邦ヨリ成リ未タ全ク法律ノ統一ヲ得ス千八百八十一年債務法ヲ發布シテヨリ民法、商法ノ一大部分ハ僅ニ統一ニ歸シタリト雖モ其他仍ホ各州法ニ委スルモノ多シ債法務ハ其名稱ノ示ス如ク專ヲ債務關係ヲ規定セルモノナリト雖モ之ト直接ノ關係ヲ有スル民法、商法ノ規定ハ大抵之ヲ網羅セリ故ニ其條數九百〇四ノ多キニ及ヘリ亦浩漭ト謂フヘシ獨國法系ニ屬シ其商法ニ關スル部分ハ獨國商法ニ倣ヒタルモノ尤モ多シト雖モ今却テ獨國民法草案ヲ模範トスル所ト爲レル點尠カラス實ニ近世立法事業中ノ首班ニ列スルノ價値アリト曰フモ敢テ溢美ト爲スヘカラス故ニ新民法中之ニ則リタル點尠シトセス瑞國各州ニハ皆別異ノ民法行ハレテ之ヲ法典ニ編纂セシモノ亦尠カラスト雖モ法典調査會ニ於テ主トシテ参照セシハ左ノ三州ノ法典ニ過キス

そして「法典調査會ニ於テ主トシテ参照セシハ左ノ三州ノ法典」として、梅は、「ヴォー (Vaud)」「グラウブュンデン (Graubünden)」「ツューリヒ (Zürich)」の「州 (カントン) 民法」を挙げている³⁶。スイスで同民法典の編纂が本格的に開始したのは1892 (明治25) 年であったため (後述参照のこと)、明治民法典の編纂段階で、スイス連邦による統一民法典を参照することはまず不可能であった。そこで、梅をはじめとする法典調査会は、上記の諸カントン法と1883年施行のスイス債務法 (Obligationenrecht) とを調査対象とするにいたった。

梅はその調査作業として「新民法ノ從來ノ我諸法典及ヒ外國多數ノ法典ノ如ク一國ノ法典ヲ模範トシテ起草シタルモノニ非サルコト是ナリ獨逸民法草案ニ依レル部分アリ或ハ瑞西債務法ニ倣ヘル部分アリ或ハ伊國民法ヲ模範トセシ部分アリ或ハ西國民法ニ則リタル部分アリ (...)」³⁷というように、条文ごとに様々な民法典を参照していることがわかる³⁸。スイス法の参照の一例としては、スイス債務法第358条第3項 (Re-

cht des Bestellers bei Mängeln) が明治民法第 635 条 (請負人の担保責任) に影響を与えたのではないかとする指摘がある³⁹。

また梅個人においては、1855 年施行のチューリヒ私法法典 (Privatrechtliches Gesetzbuch des Kantons Zürich) に特別な関心を抱いていたようであり、「瑞西『チューリヒ』民法ハ素ト有名ナル『ブルンチュリー』の起草 (シタル法)⁴⁰」として様々な場面で紹介している。七戸克彦氏によると、当時の我が国においてはスイス法が参照されやすい素地が出来ていたという。というのも「すでに明治 5 年にはブルンチュリー (BLUNTSCHLI) の《Allgemeines Staatsrecht》が加藤弘之によって訳出され、ブルンチュリーの我が国における知名度がその影響力をしのばせていたからである⁴¹。また、梅による著書『民法総則』の中には、ブルンチュリーの引用を見ることも出来る。例えば、権利能力の始期に関する「比較法的説明」の中で「瑞西ノ連邦ノ中デ『チューリヒ』即チ最モ重モナル州ノーツデ民法ニ付テハ有名ナ『ブルンチュリー』ガ起草シテ其儘行ハレタ所ノ民法ガ存シテ居ル国」と述べる記述や、失踪宣告に関する「比較法的説明」の中で「瑞西『ツューリヒ』ノ民法、即チ『ブルンチュリー』ノ起草シタル民法」という文言を確認出来る⁴²。梅はその他にも、ローザンヌ高等学校 (後のローザンヌ大学) の教授であったエルネスト・ロガン (Ernest Roguin)⁴³ の学説に関心を抱いていたようであり、事実、梅は、ロガンの学説を上記『民法総則』の中で積極的に援用しているのが見られると指摘されている⁴⁴。とりわけ同氏の “*Traité de droit civil comparé, Paris, 1904-1912, vol.7*” から多くの示唆を受けていることが窺える。

また、明治 26 年より同 32 年まで、東京帝国大学法科大学において「仏蘭西法」を講じていたフランス人教師ミシェル・ルヴォン (Michel Revon)⁴⁵ は、ジュネーヴで誕生し、来日前にはジュネーヴ大学でも教鞭を執っていたという経験もあり、スイスとは無関係ではない。そして彼は、多くの貢献をなしたとまではいえないものの、我が国の法学界においてスイスに関する情報を提供していたという事実を、史料上確認することが出来る。例えば、明治 26 年に明治法律学校にて行なった講演「不法ニ審問又ハ処罰セラレタル刑事被告人ノ国ニ対スル損害賠償請求権⁴⁶」では、「瑞西國は其小さき境土を有ちながら、欧羅巴の天地に於て總てが進歩し、殊に法律上の進歩に於て第一の地位を占めて居る。恰も、之と同じく今日東洋の天地に於ける日本ハ進歩的の日本である、又、寛裕なる制度、自由なる制度を採るものである、總て法律上の改革

に就てハ熱心に従事すべき今日の時勢である。」として、日瑞両国における法律の発展への期待を込めた発言も見られる。

このように法学領域においても、明治20年代半ば以降、スイス法の「受容」というべき事実を確認することが出来た。しかも先に取り上げた、政治・社会面における「スイス受容」とは異なり、法学の分野では「民法典編纂」といった、いわば国家的事業の一環した行程の中に見て取ることが出来た。

しかし、我が国における「スイス法の受容」が最も顕著にみられ、重要な意味をなすのは、明治30年以降のことである。つまり、1912年施行のスイス民法典との関連においてである。スイスで民法典が施行されると、我が国でも『瑞西民法⁴⁷』や『日本民法商法対比瑞西債務法⁴⁸』といった邦訳書が出版されるなど、同民法典は「[当時の日本法学界において全盛の絶頂であった] ドイツ民法典に変わりつつある民法学において一つの立法的モデルとして紹介され⁴⁹」、大いに注目されるようになる。特に我が国では、本国のスイスにて施行される1912年以前より、学説⁵⁰から判決⁵¹に至るまで、実に多くの場面で、既にスイス民法典が言及・引用されているという事実は大いに注目すべきである。

2 研究対象について

本論文では、明治後半期から昭和戦前期までの間の「スイス法の受容」を実証すべく、①東京帝国大学法科大学スイス人教師ルイ・ブリデル (Louis Bridel)、②東京帝国大学法科大学教授穂積重遠、③「条理」の根拠条文としての明治8年太政官第103号布告裁判事務心得第3条⁵²及びスイス民法典第1条の3点を考察対象に据えることとする。

明治後期⁵³に東京帝国大学法科大学にて教鞭を執ったスイス人法学教師ルイ・ブリデル (以下、ブリデルと略す)、そして、東京帝国大学教授、臨時法制審議会委員、東宮太夫、最高裁判所判事として大正・昭和期に活躍した穂積重遠 (以下、重遠と略す⁵⁴) は、日本—スイスの法学上の架け橋的役割として、とりわけ日本法学界に重要な役割を果たした人物であるが、このうちブリデルを、日本におけるスイス法研究の端緒となるべき人物として、重遠を、スイス民法の存在の有効性を力説した人物として位置づける。なお、両者の写真は、本稿巻末の【資料1】及び【資料2】に掲載している。

両者に関する先行研究は、ルイ・ブリデルについては、内外を問わず、現在に至るまで皆無に等しい。松本暉雄教授がかつて「女権拡張論者ルイ・ブリデル」のフェミニズム思想に関する研究を発表したが、それが今日確認される唯一の研究業績である。また穂積重遠に関する研究は、彼の人柄・実績を紹介する文献は数多くみられるものの⁵⁵、彼の（家族）法理論や法思想に関する研究は意外と少ない⁵⁶。スイス法との関連での研究となると、管見の及ぶ限り、ひとつもない。

それでは、この時期の日本法学界は、どのような状況にあったのだろうか。スイスの法状況と比較しつつ確認しておこう。次ページの〔表 1〕は、日本・スイス両国の「民法典」に関連する年表である。日本では、民法典論争をへて明治 25（1892）年に施行延期が決定された旧民法にかわり、同 26 年に設置された法典審査会によって編纂された明治民法典が、同 31 年 7 月 16 日によりやく施行される。これは、ブリデルの来日する 2 年前のことである。尤も、彼が日本で活躍した時期には、はやくも同法の改正が求められるようになっていた⁵⁷。その後、大正 2（1913）年にブリデルは東京で急死するのだが、その 6 年後の大正 8 年には、臨時法制審議会が設置され、本格的に民法改正作業が始まる。ここで穂積重遠が、同審議会の幹事・委員として活躍することとなる。一方、スイスでは、1892（明治 25）年に、オイゲン・フーバー（Eugen Huber）⁵⁸が、連邦司法省（Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement）よりスイス民法典の草案起草を委託⁵⁹され、翌 1893 年より、同草案の編纂作業が開始される。そして 1894 年には、「die Wirkung der Ehe」、1895 年には「das Erbrecht」、1898 年には「das Grundfandrecht」の各部分草案が完成する。その後、ブリデルが来日した 1900 年には第 1 草案が提出され、1904 年には第 2 草案が完成する。なお、これらの草案は、編纂過程中、20 世紀最新の法典として、既にヨーロッパ各国の注目を受けていた。日本法学界もまた、同時期に行なわれているスイス民法典の編纂作業には関心があったようである（本稿第一章第四節及び第六節参照）。その後、同民法草案は、1905 年から 1907 年まで連邦議会での審議を重ね、同 12 月 10 日に両院で承認され、1912 年 1 月 1 日にスイス民法典が施行された。

【表 1】

スイス	日本
1848年 スイス連邦憲法制定	
1855年 チューリヒ私法法典（編纂者は J.C.ブルンチュリ）	1879（明治 12）年 政府はボワソナードに日本民法の草案作成依頼をする。 1880（明治 13）年 6月より元老院民法編纂局にて民法の編纂が開始する。
1883年 スイス債務法施行	
1884年 オイゲン・フーバー、スイス法律家協会よりスイス私法の比較研究を委託される。また草案準備委員に選ばれる。	
1886年（～1893年）オイゲン・フーバーによって『スイス私法の体系とその歴史』が著される。	1888（明治 21）年 旧民法第一草案 1889（明治 22）年 法学士会が旧民法の施行延期を求める意見書を発表、民法典論争の開始
	1890（明治 23）年 大日本帝国憲法施行 民法財産編、財産取得編（1章～12章）、債権担保編、証拠編が4月21日に法律28号として、人事編、財産取得編（13章～15章）が10月7日に法律97号として公布
1892年 オイゲン・フーバー、ベルン大学に招聘。連邦参事会よりスイス民法典の草案起草を委託される。	1892（明治 25）年 「民法及商法施行延期法律案」が帝国議会で議決（5月28日貴族院可決、6月10日衆議院可決）、天皇の裁可を得て、同延期法律案は法律8号（「民法及商法施行延期法律」）として11月24日に公布された。
1893年 部分草案の起草（98年まで） 1894年 die Wirkung der Ehe 1895年 das Erbrecht 1898年 das Grundfandrecht	1893（明治 26）年 法典審査会設置（起草者：梅謙次郎、富井政章、穂積陳重） 1896（明治 29）年 4月27日に第1編総則、第2編物権、第3編債権が法律89号として公布。12月29日、旧民法の施行を再延期する法律が制定（法律94号）
1898年 憲法改正により連邦が民法制定権を取得	1898（明治 31）年 6月21日に第4編親族、第5編相続が法律9号として公布。7月16日、民法全編が施行
1900年 第1草案完成	← 1900（明治 33）年 プリデル来日
1901年 専門委員会での審議（1903年まで）	1901（明治 34）年 民法改正
1904年 第2草案完成	1902（明治 35）年 民法改正
1905年 連邦議会での審議（1907年まで）	
1907年 12月10日民法草案が両院で承認される。	
1911年 3月30日改正債務法が両院で承認される。	
1912年 1月1日民法典施行	← 1913（大正 2）年 3月 23日 プリデル死去
	← 1916（大正 5）年 穂積重遠、欧米留学から帰国。法学者として本格的な活動をはじめ。
	1919（大正 8）年 臨時法制審議会が設置される。

このように、スイスにおいて民法典が誕生した、あるいは誕生しようとしていた時期に、同国から来日したブリデルが、スイスの新民法典に興味を抱きはじめていた日本法学界の学説面・立法面に対して一定の影響を持ち得たことは、想像に難くない。また、ブリデルの尽力によって我が国に萌芽したスイス民法への関心が、民法改正の動きが現実化されてゆく大正・昭和初期を背景に、穂積重遠によってさらなる展開をみせ、その結果、同民法がドイツ・フランスに続く「第3の大陸法典」として、我が国の法学界に位置づけられた可能性もありえよう。

次に、日本・スイス両国の法学に共通して重要なトピックのひとつである、法源論における「条理」の占める位置付けを検討対象に据えることにする。条理をめぐる研究は、実定法学・法史学の両側面から、これまでも多くの研究・議論がなされている。法史学領域での研究においては、昭和期には牧健二や野田良之など、そして近年には、村上一博や大河純夫などによって、裁判事務心得第3条に関する研究がなされている⁶⁰。尤も、これらの研究はいずれも、明治8年時に遡り、制度史的観点からの同布告の「実像」の実証的再構成を目指したものである。これに対し、筆者は、解釈論としての、明治民法典編纂後の裁判事務心得第3条への理解を特別な分析対象とする方法に関心を寄せている。こうした関心から取り上げるべき業績としては、唯一、昭和初期に比較法学者杉山直治郎によって著された「明治八年布告第一〇三號裁判事務心得と私法法源」のみが挙げられる。杉山は、明治～昭和初期における同心得第3条の解釈変遷の跡付けを試み、またそれに類似する欧米法令との比較研究を行なっている。このような、歴史文化的差異の下の二国間に存する類似法令の関連性に着目し比較法的検討を試みる研究は、法史学領域のみならず、実定法分野、比較法分野においても非常に有益な内容を包含していると思料する。筆者もまた、杉山の研究を参考にしながら、裁判事務心得第3条に見られる条理解釈の推移に着眼することにした。

二 本論文の構成及び概要

本稿では、スイス民法が日本法（学）に与えた影響を多角的に検証することを目標とする。その際、①スイス民法を日本民法に導く過程において、両者をつなぎ合わせた「法学者」に注目し、②日瑞両国で類似した「法令」を考察対象として、その関連

性を把握することによって、上記の目的を達成出来ると考えている。そこで本論文を2部構成とし、上記①を「第一編」、上記②を「第二編」として、それぞれ論じていくこととする。

それでは、各章の概要について、以下、説明していく。

第一編「近代日本とスイスの法学交流」では、ブリデル及び穂積重遠といった「人物」に焦点を当て、論じていく。第一章「ルイ・ブリデル」では、既述の通り、先行研究が殆ど見当たらない状況下において、その人物についての研究から着手する必要があった。そこで、主として、東京大学に残された学界未見の新史料に基づき、ブリデルの生涯のほぼ全体にわたる経歴を復元・整理し、さらにスイスに保管されるブリデルの書簡史料などを補完的に用いながら、その人物誌の全容を解明した。また本章では、「我が国におけるスイス法の受容」を実証すべく、ブリデルの日本での活動に注目しながら、彼の日本法学界での役割やその果たした貢献などについて考える。特に、彼が、我が国において積極的に行なった「スイス民法典」の普及活動に焦点をあて、日本法学界に与えた彼の影響について考えていきたい。また第二章「穂積重遠」では、穂積重遠とスイス民法との関係について論じてゆく。第一に、重遠がスイスと日本の法学者間の人脈を広げることで、日本におけるスイス法研究の前提条件を整えた点について考察していく。重遠は自身のみならず、彼と同時期に欧州に滞在している日本人法学者が、スイス民法典起草者であるオイゲン・フーバーを訪問出来るように仲介役を引き受けている。彼はまず、人と人とのつながりから、両国の法学交流を地道に発展させようと努めたのであった。第二に、重遠は自らの学問を通じて、スイス法を日本に紹介しようとした点に注目していく。重遠の没後、我妻榮が「穂積重遠先生は、スイス民法典を愛好された⁶¹。」と懐述しているように、重遠は自身の生涯にわたる活動の中核をなす研究や立法作業において、スイス民法典に主要な位置付けを与え、同法を我が国に定着させるべく尽力した。そこで本章では、重遠がスイス民法を重視した理由について考えてみたい。なお、こうした重遠におけるスイス法研究の位置付けを検討するにあたり、彼の法学方法論全般にわたる理解も必要となる。その限りにおいて、彼の（家族）法理論及び法思想についても整理しておかなくてはならない。

第二編「蘇る太政官布告—明治8年太政官第103号布告裁判事務心得第3条とスイス民法典第1条第2項」では、明治期から昭和戦前期までの裁判事務心得第3条の法学上の位置付けを概略的に考察し、いかなる経緯で同布告がスイス民法典第1条と関

連づけられるに至ったのかについて検証していく。まずは第三章『忘却』『再自覚』をたどった太政官布告」で、明治8年に制定された裁判事務心得第3条には、明治民法典の制定以来、一度は忘却の中に置かれるに至った経緯と、大正期以降、同布告がスイス民法典第1条第2項という新たな西欧の法素材との比較から、再び研究者に注目されるに至る経緯があるということを理解した上で、第四章以降、明治・大正期の条理解釈の違いに注目しつつ、その背景の法環境的变化と関連づけながら、同布告の制定時より大正期までの「条理」解釈の特徴を明らかにしてゆく。第四章「制定時の太政官布告」では、裁判事務心得第3条にみられる「条理」が、特に明治期の法実務家や法学者によってどのように理解されてきたかについて考えていく。またその際、条理解釈の変化の一環として、法学界でも未だ積極的な議論がなされている「裁判事務心得第3条の効力」についても考察を行なう必要があるだろう。それを第五章「裁判事務心得第3条の消滅？」で明らかにしていきたい。その結果を踏まえ、第六章「消滅後の太政官布告—『忘却』から『再自覚』へ」では、ボアソナードが旧民法を編纂した明治20年代から明治民法が施行された明治31年までの間に、法学者によって裁判事務心得第3条がどのように認識されていたかを考察し、その後、明治後期から大正初期にかけて、ヨーロッパ最新の法典としてスイス民法典が我が国の法学界に紹介されることで、新たな「条理」解釈が求められるようになった経緯について確認する。その際には、本稿第一編にて取り上げたルイ・ブリデルが、日本法学界にスイス民法を紹介する際に、裁判事務心得第3条の「再自覚」を促すきっかけになり得たという点にも言及していきたい。大正期の「条理」解釈についての具体的検討は、第七章『再自覚』された太政官布告」にて行なう。ここではブリデルのもとで法律学を学び、大正・昭和戦前期に新しい学術の旋風を巻き起こした、杉山直治郎、牧野英一、穂積重遠、末弘巖太郎を代表とする当時の法学者たちの「条理」をめぐる言説を法思想的・法史的側面から考察する。そしてその中でもとりわけ、穂積重遠の「条理」解釈については、第八章「穂積重遠の『条理』解釈—大正4年1月26日大審院民事連合部判決『婚姻予約有効判決』からの一考察—」にて具体的に検討する。裁判事務心得第3条とスイス民法第1条を「条理」の根拠条文として例証していた穂積重遠の「条理」論は、本稿の第一編より検証してきた、彼のスイス民法研究のなかでも、「我が国のスイス法受容」を実証するための好素材であるのみならず、現代の法学方法論との関連においても重大な意味をなすといっても過言ではないだろう。というのも、条理を論

じるに際し、両法令をその文言の類似性により引き合わせるといった、我が国における法解釈方法論は、重遠の学説が多大な寄与をなしたといっても過言ではないからである。そこで、彼の「条理」解釈を実証すべく、本章では、内縁の妻をはじめ保護した、大正4年1月26日大審院民事連合部判決に対する重遠の評価からの分析を通して明らかにしていくこととする。

¹ 内田貴『民法改正』（筑摩書房、2011年）

なお、本稿における、史料の引用に当たっては、筆者による補記は〔 〕により示し、中略箇所については(…)と示している。

² 我妻栄「スイス民法五十年」(『ジュリスト』第165号、1958年)25頁。

³ 岡村司によるスイス法研究は、「瑞西民法ニ就キテ」(『京都法学会雑誌』第7巻第9号、明治45年)、「瑞西民法に於ける妻の地位」(『京都法学会雑誌』8巻7号、1913年)がある。また、穂積重遠によるスイス法研究は、「瑞西ノ新民法」(『法学協会雑誌』第26巻第10号、明治41年)、「最新の親族法」(『法学志林』第11巻第3号、明治42年)、『瑞西民法』(辰巳重範訳・穂積重遠訳)(法学新報社、明治44年)、「スイス民法の家制」(『日本社会学院年報』第6巻第1・2・3号合冊、大正7年)、「トルコ民法典」(『法学協会雑誌』第44巻第11号、第45巻第7~9号、昭和2年)、中川善之助による研究は、「スイス民法における家・家長・家長権」(『法律時報』第6巻第5号、昭和9年)、「瑞西婚姻法(婚姻の成立)」(台北大学比較法学会刊『比較婚姻法』第1部所収、昭和12年)、「スイスにおける家と家長」(『家族制度全集』料篇4巻所収、昭和13年)、「瑞西婚姻法(婚姻の証明及効果)」(台北大学比較法学会刊『比較婚姻法』第2部所収、昭和17年)、「スイス婚姻法」(『比較法研究』第18号、昭和34年)と、非常に多い。その他、末川博「ドイツ民法及びスイス民法における権利濫用に関する規定の制定過程」(『法学論叢』第20巻第5・6号、昭和3年)、我妻栄「一子相続制に関するスイス民法の改正」(『法学協会雑誌』第73巻第1号、1956年)、中川一郎「スイス防衛税法の研究(1)~(13)」(『税法学』76-88号、1957-1958年)、同「最近のスイス税法学」(『税法学』118号、1960年)、同「スイス民法試訳(1)~(9)」(『名城法学』第7巻第2・3・4号、第8巻第2・3号、第9巻第1号、第9巻第2~4号合併号、第10巻第2号、第11巻第4号、1957-1962年)、相原東孝「スイス民法試訳(1)~(10)」(『名城法学』第7巻第3・4号、第8巻第2・3・4号、第9巻第1号、第9巻第2~4号合併号、第10巻第2・3・4号、1957-1961年)、牧野英一「スイスの新刑法典(上)(中)(下)」(『警察研究』第10巻第5・6・7号、昭和14年)、同「スイス新刑法」(『法学新報』第11巻第9号、昭和14年)などが挙げられる。

⁴ 松倉氏はその他にも『スイス夫婦財産法』(千倉書房、1977年)、『スイス親子法』(千倉書房、1980年)の著書をはじめ、スイス家族法に関する論文を多数発表している。

⁵ スイスの通商目的は、主として、綿製品と時計の売り込みであったといわれている。

一方、スイスが日本に求めた商品は蚕卵紙であった。通商内容や通商条約締結の過程については、中井晶夫「日本・スイス交流の誕生過程」(森田安一編『日本とスイスの交流』(山川出版社、2005年)所収)同「一八六四年における日瑞外交の開始について」(百年祭委員会『日本スイス外交・文化・通商関係の百年』(1964年)所収)に詳しい。

⁶ 各国と同様、日瑞間の条約も不平等条約となっており、治外法権、領事裁判権、低関税率が問題となっている。その後、1894(明治27)年の日英通商航海条約によって、ようやく不平等条約の条約改正がなされると、日瑞間もまた、1896年に新たな条約を再締結する運びとなった。(イェルク・フィッシュ著・森田安一訳「帝国主義と平等性のあいだ」(森田前掲『日本とスイスの交流』37-39頁。)

⁷ 岩倉使節団のスイス視察については、田中彰『岩倉使節団の歴史的研究』(岩波書店、2002年)、同『岩倉使節団『米欧回覧実記』』(岩波書店、2002年)、同「岩倉使節団の見たスイス」(森田前掲『日本とスイスの交流』55頁以下)を参照のこと。

⁸ 久米邦武編著『米欧回覧実記』(博聞社、明治11年)

⁹ 森田安一編『スイスと日本—日本におけるスイス受容の諸相—』(刀水書房、2004年)3頁。

¹⁰ 岡本三彦「日本におけるスイス政治の受容」(森田前掲『スイスと日本』)84頁。

¹¹ 岡本前掲「日本におけるスイス政治の受容」84頁。

¹² 森田安一「スイス像の変遷とその日本社会への影響」(森田前掲『スイスと日本』)16頁。

¹³ 福澤諭吉「條約十一國記」(慶應義塾『福澤諭吉全集』第2巻、岩波書店、昭和34年)182頁。

¹⁴ 福澤諭吉「世界國盡 卷三」(前掲『福澤諭吉全集』第2巻)623頁。

¹⁵ ルソーの思想におけるジュネーヴの影響については、「ルソー自身は彼の民主主義的考えに似通った場所として故郷のジュネーヴを考えていたのである。」という記述からも明らかであろう。(ロジャー・モッティエニ著森田安一訳「小国主義論」(森田前掲『スイスと日本』66頁。))

¹⁶ 中江の小国主義の支持への見解については、明治15年の『自由新聞』に掲載された中江の論稿「論外交」に見ることが出来る。(田中前掲「岩倉使節団の見たスイス」65頁。)

「顧ふに小国の自ら恃みてその独立を保つ所以のものは他策なし、信義を堅守して動かず、道義のあるところは大国といへどもこれを畏れず、小国といへどもこれを侮らず、彼もし不義の師を以て我に加ふるあるか挙国焦土となるも戦ふべくして降るべからず。隣国内証あるも妄りに兵を挙げてこれを伐たず、いはんやその小弱の国の如きは宜しく容れてこれを愛し、それをして徐々に進歩の途に向はしむべし。外交の道唯これあるのみ。」

¹⁷ 中江兆民著、桑原武夫・島田虔次訳『三酔人経綸問答』(岩波書店、1983年)159-160頁。

¹⁸ シラーの戯曲『ウィリアム・テル』は、明治初期にいくつかの翻訳本が出版され、スイスの自由・独立の話は我が国にも広まっていた。代表的なものとして、斎藤鉄太郎訳『瑞正独立自由の弓弦』(明治13年)、山田郁治訳『哲爾自由譚』(明治15年)等がある。(森田前掲「スイス像の変遷とその日本社会への影響」19頁参照。)

¹⁹ その一部を以下に引用する。(植木枝盛「自由詞林」(明治20年10月刊)(同『植木枝盛集』第1巻、岩波書店、1990年)289-296頁参照。)

「雲に聳ゆる白山や 其の風景も倫なく いまは春風和みつゝ 自由の花の匂ふな

る 瑞西の国は其むかし 壤地利に併されて さも苛酷暴政の 嵐の断ゆる ひまも無し 左れば世の為め民の為め 天下の為めに革命の 師をおもひ起しにし 維廉剔爾のこゝろざし (...) 壤地利の百万の 其大軍もいかでかは 敵することのなるべきぞ 妖氛遂に打ち晴れて 山なす屍めで度も 築き興せり自由郷 染め出しけり自由郷」

²⁰ 森田前掲「スイス像の変遷とその日本社会への影響」(森田前掲『スイスと日本』) 20 頁、植木前掲「自由詞林」281-317 頁参照。

また、「吾の願は自由なり 吾の願は自由なり 自由と与に偕に生き 共に死せんとちかいけり 寧ろ命を捨てぬとも 捨つべからぬは自由なり 寧ろ我が身を殺すとも 殺し難きは自由なり」という植木の言葉(同「自由詞林」312 頁)からも、自由の獲得への彼の覚悟を理解することが出来るだろう。

²¹ これは、読売新聞データベース「ヨミダス歴史館《明治・大正・昭和》」より「スイス AND 瑞西」をキーワードとして、明治 7 年(同 11 月 2 日に第 1 号発刊)から明治 45 年までを検索した結果である。一方、朝日新聞(明治 12 年 1 月創刊(大阪))では、同じ条件のもと、「934 件」となった。(朝日新聞オンライン記事データベース「聞蔵 II ビジュアル」)なお、各新聞の名称について、読売新聞は創刊時より一貫して「読売新聞」である。一方、朝日新聞は、創刊時より明治 21 年 7 月 9 日までは「朝日新聞」であるが、翌日 10 日より、東京で発行されるものは「東京朝日新聞」と、明治 22 年 1 月 3 日より大阪で発行するものも「大阪朝日新聞」とそれぞれ変更されている。

²² 例えば、スイスの「大統領」「副大統領」の選挙・動向に関するものや赤十字に関するニュースが目立つ。またスイスで開催される国際会議等の情報も多い。明治 10 年(1877 年)12 月には、ジュネーヴの大地震についての記事も見られる。

²³ 明治初期の我が国にあったスイス人経営の時計店として、例えば、読売新聞には、「ジャコー商会」「ワーゲン商会」といった名を見ることが出来る。なお、当時の新聞からは、明治 10 年以降になると、日本人がスイス時計を輸入して販売するようになり、さらには時計の製造技術を身につけるためにスイスに留学する者も増えたといった事実を確認することが出来、非常に興味深い。

²⁴ 例えば、明治初期の小学校歴史教科書として文部省著作刊行の『史畧』(明治 5 年)、小学校外国史教科書として田中義廉『万国史略』(明治 9 年)、地理教科書として黒田行元『万国地名往来』(明治 6 年刊)などがあるが、これらにはいずれも、スイスの歴史や地勢風土についての内容となっている。(森田前掲「スイス像の変遷とその日本社会への影響」17-18 頁。)

²⁵ 安部磯雄(元治 2 年 2 月 4 日-昭和 24 年 2 月 10 日)は、キリスト教的人道主義の立場から社会主義を主張し、戦前の日本において、衆議院議員、社会民衆党党首、社会大衆党執行委員長を歴任した人物として知られている。また早稲田大学教授の経歴も持ち、同大学野球部を創設、日本における野球の発展に貢献し「日本野球の父」としても有名である。安部に関しては、片山哲『安部磯雄伝』(毎日新聞社、1958 年)、早稲田大学社会科学研究所『安部磯雄の研究』(1990 年)、井口隆史『安部磯雄の生涯-質素之生活 高遠之理想』(早稲田大学出版部、2011 年)などの文献に詳しい。

²⁶ 安部は、スイスの社会福祉や社会政策について、特に関心を抱いていたようである。また彼は、スイスの制度に対し、「瑞西の制度は純粹たる社会主義のものではない。然れども社会の各方面に亘りて社会主義の思想が如何に普及せるかは誰も看取することが出来るだろう」との見方をしている。(安部磯雄『地上之理想国瑞西』(日本社会問題名著選、第一出版、1947 年) 98-99 頁。)

- 27 横田保之助「安部先生と私」(安部前掲『地上之理想国瑞西』所収) 185-186 頁。
- 28 当時はまだ、日本の裁判所で扱うことは出来ず、「瑞西領事廳」が判決を下している。横濱扶桑商會が敗訴したが、最終的には示談となった。(『読売新聞』明治 15 年 8 月 20 日朝刊及び同 9 月 3 日朝刊)
- 29 『法学協会雑誌』第 17 号(明治 18 年)
- 30 『法学協会雑誌』第 9 卷第 5 号(明治 24 年)
- 31 『法学協会雑誌』第 15 卷第 1・3・5 号(明治 30 年)
- 32 梅謙次郎「我新民法ト外國ノ民法」(法典質疑会『法典質疑録(卷之一)』(復刻版)有斐閣、平成元年) 669 頁。
- 33 明治 26 年 3 月 21 日、伊藤博文首相は、後の法典調査会に関与することとなる法律家数名と協議を行い、同年 3 月 25 日、勅令第 11 号「法典調査会規則」に基づき法典調査会を内閣に設置した。
- 34 このように諸外国の様々な立法、判例を参考にし、独自の配慮のもとで形成された我が国の民法典を、起草者の一人である穂積陳重は、「日本法は比較法の結実である(Japanese Law is a fruit of comparative jurisprudence)」と評価している。(八木鉄男「20 世紀初頭(明治後期)の日本の法哲学」(『同志社法学』第 42 卷第 1 号、1990 年) 30 頁。)
- 35 梅前掲「我新民法ト外國ノ民法」 673-674 頁。
- 36 スイス・カントン法は、1830 年以降、国家統一の前段階として、編纂された各州の統一法典である。いくつかのカントン(Basel, Uri, Schwyz, Obwalden, Appenzel, St.Gallen)は法の統一化に至らなかったが、他の大部分のカントンは法典を有することとなった。これらのカントン法は次の 3 つの大きなグループに分類することが出来る。
- 1、西南スイス型グループ: Genève, Fribourg, Vaud, Neuchâtel など、フランスに近い地方及び Ticino といったスイス・イタリア語圏の法典。これらは 1804 年ナポレオン法典に依拠することにより、その私法基礎を形成した。
 - 2、ベルン型グループ: Bern, Luzern, Solothurn, Aargau などのカントン私法典は、1811 年オーストリア一般民法典(ABGB)を模倣した。1 のグループと同様、外国法の模倣であるが、カントン古来の法制度の精神も存続させている。
 - 3、チューリヒ型グループ: 東部・中央スイス及び Graubünden では、外国法を自己のカントンの法典編纂の基礎とする方向をとらず、ブルンチュリの尽力により編纂されたチューリヒ州私法法典(Privatrechtliches Gesetzbuch des Kantons Zürich)をモデルとした。このチューリヒ州私法法典は「カントンの法典の中で最も土着的色彩の色濃き法典」といわれ、「民衆性」「土着の法の体系化」「完全性の放棄」を特色にもち、スイス連邦により後に編纂された統一民法典(ZGB)にも多大な影響を及ぼしたとされている。
- 我が国における法典調査会は、Vaud, Graubünden, Zürich の諸州法典を参照したということなので、上記のグループの 1 及び 3 に該当する。
- スイスのカントン法及びその後の統一民法典の編纂過程などについては、石田穰「スイス民法 1 条の法源イデオロギー」(同『民法学の基礎』有斐閣、昭和 51 年所収)や松倉耕作「スイス民法典の統一とその特色」(『名城法学』第 23 卷第 2 号、1974 年)に詳しい。
- またチューリヒ州私法法典とブルンチュリについて、以下の文を引用しておく。(クラインハイヤー・シュレーダー編・小林孝輔監訳、『ドイツ法学者事典』(学陽書房、1983 年) 34 頁。)

「〔ブルンチュリは〕1840年には、フリードリヒ・ルートヴィヒ・ケラーが始めたチューリヒ県私法典起草を継続するよう要請された。同法典は1853-55年に公布され、ブルンチュリはその施行後これを解説した。この法典は19世紀中最善の立法事業の一つとされている。それはスイス固有法と近代一般私法との結合に成功したもので、オイゲン・フーバーの起草した1907年のスイス民法に大きな影響を与えた。この法典は、ドイツ民法典と異なり、総則の無用な抽象論を避け、簡明な文体を用いていることを特徴とする。この法典は隣接する諸州に継受され、その大部分は1911年、新統一スイス民法典に代わるまで、効力をもった。」

³⁷ 梅前掲「我新民法ト外國ノ民法」780頁。

³⁸ その意味において、岡孝氏は「独仏の影響がどれほどあったかという問題以上に重要なことは、条文の起草に際して参照されたものは何か、どういう評価のもとに参照したのかの検討」の必要性を主張している。(岡孝「明治民法と梅謙次郎」(『法学志林』第88巻第4号、1991年)15頁。)

³⁹ 岡前掲「明治民法と梅謙次郎」15頁。

なお、この明治民法典第635条の条文は、穂積陳重の起草担当部分であることが明らかになっている。また、ここで紹介されている条文である、スイス民法典第358条第3項は施行当時の原始規定上のものである。これは現行スイス債務法368条3項と同一の内容をもつ。両法令を以下に引用する。

日本民法典第635条「請負人の担保責任—注文者の解除権」
仕事ノ目的物ニ瑕疵アリテ之ガ為メニ契約ヲ為シタル目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ注文者ハ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得但建物其他土地ノ工作物ニ付テハ此限ニ在ラス

Art.368, OR

Abs.1 Leidet das Werk an so erheblichen Mängeln oder weicht es sonst so sehr vom Vertrage ab, dass es für den Besteller unbrauchbar ist oder dass ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann, so darf er diese verweigern und bei Verschulden des Unternehmers Schadenersatz fordern.

Abs.2 Sind die Mängel oder die Abweichungen vom Vertrage minder erheblich, so kann der Besteller einen dem Minderwerte des Werkes entsprechenden Abzug am Lohne machen oder auch, sofern dieses dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht, die unentgeltliche Verbesserung des Werkes und bei Verschulden Schdenersatz verlangen.

Abs.3 Bei Werken, die auf dem Grund und Boden des Bestellers errichtet sind und ihrer Natur nach nur mit unverhältnismässigen Nachteilen entfernt werden können, stehen dem Besteller nur die im zweiten Absatz dieses Artikels genannten Rechte zu.

⁴⁰ 梅前掲「我新民法ト外國ノ民法」675頁。

⁴¹ 七戸克彦「外国法学説の影響」(『法律時報』第70巻第7号、1998年)19頁。

⁴² 七戸前掲「外国法学説の影響」19頁。

⁴³ ロガンについては François Guisan, “Ernest Roguin”, in: Max Huber, Schweizer Juristen, Zürich, 1945, S.393-421 を参照のこと。梅とロガンは共に「比較立法協会 (Société de législation comparés)」に所属していたことから、両者に接点があった

という可能性は少なくない。

44 七戸前掲「外国法学説の影響」19頁。

45 ミシェル・ルヴォン（1867-1947）は、ブリデルの前任者として、東京帝国大学法科大学の「仏蘭西法」を担当していた（本稿第一章第三節を参照のこと）。1867年3月24日、スイスのジュネーヴで生まれる。フランス・グルノーブル大学で法学博士号を取得した後、ジュネーヴ大学で民法を講じ、またパリ控訴院検事局にて特赦及び復権に関する調査を行なう。滞日中は、東京帝国大学をはじめ、和仏法律学校にて、多くの俊秀たちの育成に携わったかわら、司法省法律顧問に就任、勅任取扱に遇せられた。さらに日本文化の研究にも従事し、のちにパリ大学より文学博士の学位も取得している。帰国後は、パリ大学文科大学で、日本文学や東洋史を講じ、1920年に同大学正教授に就任した。1947年1月10日に死去。彼が1910年に著した『日本文芸抄』は、ヨーロッパへの我が国の文学紹介に多くの貢献を果たした。（武内博『来日西洋人名事典』（日外アソシエーツ、1995年（増補改訂普及版））539頁。）なお、我が国における、ルヴォン研究については、本稿第一章・注(4)を参照のこと。

46 講演内容については『明法誌叢』第16・20・21巻（明治26年）を参照のこと。

47 辰巳重範訳・穂積重遠訳『瑞西民法』（法学新報社、明治44年）

48 水口吉蔵訳著『瑞西債務法（日本民法商法対比）』（清水書店、1914年）

49 鄭鍾休『韓国民法典の比較法的研究』（創文社、1989年）284頁。

さらに鄭氏は続けて、「ところが、スイス民法・債務法典の制度・条文は解釈論ないし立法論において条文そのものとして紹介されるに止まり、スイス民法学として全体的に紹介されることはなかったように思われる。」「つまり、スイス民法典・債務法典はドイツ民法学の成果として受け入れられたのである。」と述べている。前半の引用文に関しては、なるほど、そのような側面も一部分においては有り得るのではないかと思うが、後半の引用文については、筆者自身、否定的な立場をとりたい。確かにドイツ民法典や当時のドイツにおける学説からの影響がスイス民法の編纂に及んだ部分は大きいですが、スイス民法の特色は、何と云っても、独自の固有法を重んじていたという点にある。また、我が国の法学界でのスイス民法典への関心は、単に「ドイツ民法学の成果として」ではなく、スイス民法それ自体へ向かっていたと思う。それを本稿で明らかにしていくべきだと考えている。

50 我が国において最初にスイス民法（ZGB）の優秀性を伝えた論文は、木村誠次郎「瑞西将来ノ民法ニ於ケル婦人ノ地位ヲ論ス」（『法学志林』第8号、明治33年）であると思われる。また木村は、ブリデルが来日する5年前にも彼の論文の翻訳を發表し、彼を我が国に紹介した点において（本稿第一章第四節参照）、注目すべき人物であることは間違いないだろう。しかし彼については、現在のところ、茨城県出身の平民で、明治34年に高等文官試験に合格、同36年日本大学卒業、大蔵省税関、函館税務署に勤め、明治43年に退官したということ（秦郁彦『日本官僚総合事典』（東京大学出版部、2001年）182頁）、そしてそれ以降は、数度にわたり、『法律新聞』や『満州日日新聞』にて執筆をしていたということしかわかっていない。今後も調査をすすめていきたい。

また、管見の限りではあるが、この時期におけるスイス民法に関する研究は、『法学協会雑誌』に数多く見ることが出来る。例えば、山内四郎「瑞西民法草案の相續法に就て」（第21巻第4号、明治36年）、Louis Bridel「Le Futur Code Civil Suisse」（第25巻第5号、明治40年）、同「Le Code Civil Suisse (de 10 décembre 1907)」（第26巻第12号、明治41年）、ラバンド著・穂積重遠訳「瑞西ノ新民法」（第26巻第10号、明治41年）などが挙げられる。その他にも、同雑誌の「雑報」欄に、スイス民法をは

じめ、刑法や国際私法といったスイス諸法、さらには法制度・社会制度といったスイス国内の制度面に関する記事の掲載が多く見られる。このような『法学協会雑誌』に見られる研究業績の背景には、本稿にて考察していく、東京帝国大学スイス人教師ルイ・ブリデルの功績が大きいのではないかと考えている。というのも、ブリデルはスイスより、同民法典前草案、同民法典草案、同民法をはじめ、フランス民法・ドイツ民法に関する書籍及び資料などを積極的に取り寄せており、これらは、授業や自身の論文の他、『法学協会雑誌』の「雑報」に提供するために用いられたと推測出来ないだろうか。

⁵¹ 大審院で下された判決のうち、判決文の中に「スイス民法」を取り上げているものは9件あり、明治42年2月17日判決には「瑞西債務法」、明治43年7月7日判決には「瑞西民法第1条」、大正5年2月7日判決には「瑞西民法第1条2項」、大正5年12月25日判決には「瑞西民法第888条2項」、大正8年3月3日判決（信玄公旗掛松事件）には「瑞西民法第648条」、昭和3年1月30日判決には「スイス民法第30条」、昭和4年3月30日の判決には「瑞西債務法第101条」、昭和10年4月6日判決には「瑞西債務法第630条」がそれぞれ挙げられている。

⁵² 本稿で、所謂明治太政官期の布告、布達、達などの法令を指称するについては、堀内節「布告・達の謬った番號標記について」（『法學新報』第91巻第5・6・7号、1984年、27頁以下）の指摘に基づき、発令年（月日）・発令機関・法令番号・法令の種別の順に記すことにする。

⁵³ 伊藤正巳編『外国法と日本法』（岩波書店、1966年）6頁に記されている時代区分をもとに、「法体制準備期」（明治元（1868）年—同21（1888）年）を「明治前期」と、「法体制確立期」（明治22（1889）年—大正2（1913）年）を「明治後期」と称する。また本稿で扱う「大正期」もまた、上記区分にある、「法体制再編期」（大正3（1914）年—昭和6（1931）年）を指すこととする。

⁵⁴ 但し、注内にて文献を引用する場合は「穂積」とする。

⁵⁵ 穂積重遠の人柄、実績に関しては、末川博（他）編『穂積先生追悼記念集 家族法の諸問題』（有斐閣、1952年）、中川善之助「身分法学の父、穂積重遠先生」（『書齋の窓』第9号、有斐閣、昭和29年）、穂積仲子・穂積重行・中川善之助「穂積三先生を語る」（座談会）（『書齋の窓』第63・64号、昭和34年）、山主政幸「穂積重遠」（『法学セミナー』1960年）、我妻榮「穂積重遠の人と学問」（『法学セミナー』No.157、1969年）、中嶋忠三郎「穂積重遠」（『法曹百年史』法曹公論社、昭和44年）、利谷信義「穂積重遠」（潮見俊隆、利谷信義編『日本の法学者』日本評論社、1975年）、穂積重遠先生を偲ぶ会発起人『穂積重遠先生を偲んで 穂積重遠先生御逝去三十周年記念』（1982年）、利谷信義「日本における家族法学の生誕」（同『家族と国家—家族を動かす法・政策・思想』筑摩書房、1987年）などに詳しい。その他、重遠自身によって綴られた回顧録を、穂積重遠「大学生活四十年」（『法律時報』第15巻第10号、昭和18年）、同「民法五十年」（『法律時報』第20巻第1号、昭和23年）、同「法律を学んだころ」（『法律時報』第22巻第4号、昭和25年）に見ることも出来る。

⁵⁶ 例えば、八木鉄男「穂積重遠の法と道徳についての見解」（八木鉄男・深田三徳編著『法をめぐる人と思想』ミネルヴァ書房、1991年所収）、和田啓作「臨時法制審議会の民法改正作業における配偶者相続制度の登場—穂積重遠の配偶者保護構想と法定均分相続制への展開—」（『西南学院大学大学院法学研究論集』第16号、1998年）等を挙げることが出来る。

⁵⁷ 明治34年4月12日法律第36号（遅延利息に（損害賠償）に対する抵当権に関して）、同35年4月4日法律第37号（旧身分法の一部改正）、大正14年3月31日法律

第 42 号（外国人土地法制定に伴う旧身分法の一部改正）において改正が行なわれた。

（前田達明編『史料民法典』（成文堂、2004 年）参照）

⁵⁸ 「たった一人の法学者の手からなる創造物」（フリチョフ・ハフト『正義の女神の秤から』（木鐸社、1995 年）208 頁）たるスイス民法典の、まさしくそのたった 1 人の起草者こそが、このオイゲン・フーバーである。1849 年、チューリヒ州シュタムハイム（Stammheim）で誕生した彼が、チューリヒ大学で法律学を学び始めるのは、1868 年のことである。1873 年、同大学にて、法史及び民法の大学教師資格を取得すると、チューリヒ大学私講師を始め、NZZ（Neue Zürcher Zeitung）の政治記者、アッペンツェル州公務員、バーゼル大学正教授、ドイツ・ハルレ大学私講師と、紆余曲折な道を歩む。その後、1892 年、ベルン大学に就任したフーバーは、1922 年同大学を退職するまで、教育活動や研究活動に従事するなか、とりわけ、1892 年以降に行なわれたスイス民法典の編纂事業においては、多大な業績をなした。1923 年、74 歳で死去。フーバーの経歴については、松倉耕作「オイゲン・フーバー（一八四九—一九二三年）—スイス民法典立法者の横顔—」（『名城法学』Vol.24.No.2-3、1975 年）に詳しい。

⁵⁹ 松倉前掲「オイゲン・フーバー」239 頁。

それ以前の 1884 年、フーバーは一度、スイス法律家協会よりスイス私法の比較研究を委託され、草案準備委員にも抜擢され、活動を開始したことがある。しかし、刑法典の統一作業が優先されたため、民法典編纂作業は余儀なく中断され、1892 年に再開することとなった。

⁶⁰ 例えば、牧健二「明治八年民事裁判の原則」（『法学論叢』第 17 巻第 2 号、1927 年）、同「明治初年に於ける民事裁判の確立」（『史林』第 12 巻第 1 号、昭和 2 年）、野田良之「明治八年太政官布告第百三号第三条の「条理」についての雑観」（『法学協会百周年記念論文集』1983 年）、村上一博「明治初期の裁判基準」（『商経学雑誌』第 11 巻第 1 号、1992 年）、同「明治期における「条理」裁判とフランス法の影響」（『法律論叢』第 67 巻第 1 号、1994 年）、同「裁判基準としての「習慣」と民事慣例類集」（『同志社法学』第 49 巻第 5 号、1998 年）、大河純夫「明治八年太政官布告第一〇三号「裁判事務心得と井上毅（一～三）」」（『立命館法学』第 205・206、227、234 号、1989—1994 年）などがある。

⁶¹ 我妻前掲「スイス民法五十年」25 頁。

第一編 近代日本とスイスの法学交流

第一章 ルイ・アドルフ・ブリデル (Louis Adolphe Bridel)

一 はじめに

ルイ・ブリデルは、19世紀末スイスの高名な法律家の一人である。彼は、ジュネーヴ大学法科大学教授として、学説彙纂 (Pandectes)、比較私法 (législation civile comparée) 及び民法入門 (introduction au droit civil) を講じる傍ら、同大学法科大学長、ジュネーヴ州議会議員、スイス民法典第一草案委員としても活躍した。明治33 (1900) 年、東京帝国大学法科大学より招聘され、13年の長きにわたって、日本の法学教育に携わった。

ブリデルに関する研究は、現在に至るまで、ほぼ皆無に等しいことは「序」で述べた通りである¹が、ブリデルという人物の生きた時代や彼のなした業績等と見るならば、彼はスイスにとっても、また日本にとっても、興味深い人物ではないかと思われる。特に、本論文の主たるテーマである、近代日本の(民)法学領域におけるスイス法の影響を考える上で、ブリデルは有益な考察対象となろう。しかしそれだけではなく、彼についての研究を行なうということはまた、お雇い外国人研究においても重要な内容を包含しているという点をここで指摘しておきたい。明治期には、世界各国から色々な分野の専門家—お雇い外国人—が日本に渡ってきたことは周知の事実であるが、お雇い外国人に関する研究の大半は明治初期お雇い外国人についてのもの²であり、明治20年以降にやってきたお雇い外国人については「歴史的意義をほとんど失った³」ということで研究の数も圧倒的に少なくなっている⁴。しかしここで、果たして本当に明治後期に活躍したお雇い外国人は忘れ去られてしまう存在にすぎなかったのだろうか、彼らには歴史的意義はないのだろうかといった疑問が生じてくる。それを解明するためにも、明治期の後半時期にスイスからやってきたブリデルの活躍をとりあげ検討し

ていくことは、明治後期お雇い外国人の存在意義を確認するためにも非常に有意義であると思う。

以上のような研究上の意義を念頭に置きつつ、本章では、ブリデルが日本で行なった活動に注目しながら、彼の日本法学界における役割や貢献について考えていきたい。そしてその際、「序」でも提示したように、「一次資料を駆使した忠実な人物研究」を行なうべく、以下の史料の解読を主に行なっていく。

日本側からの史料として、『御雇外国人教師関係書類』並びに『傭外国人教師・講師履歴書/東京大学事務局庶務部人事課〔編〕』を重視したい。これらはいずれも、東京大学総合図書館に所蔵されている。『御雇外国人教師関係書類』は、「明治初期から昭和戦前期までのお雇い外国人教師に関する東京大学の事務文書」であり、原本は東京大学事務部にある。また『傭外国人教師・講師履歴書/東京大学事務局庶務部人事課〔編〕』では、「明治2年～昭和41年までに東京大学が雇用したお雇い外国人教師の履歴書」を扱っている。これらの史料の解読を行ない、ブリデルの経歴一般についての整理を試みていく。

スイス側の資料としては、スイス連邦古文書館 (Schweizerisches Bundesarchiv) 所蔵 “Correspondance d'Eugen Huber avec la suisse romande” の、ブリデルがスイス民法典起草者オイゲン・フーバーに宛てた書簡 (Lettre de L.Bridel. 以下「ブリデル・フーバー書簡」) に注目したい。この書簡は、1893年4月より、1912年4月にわたって、フランス語及びドイツ語で記されたものであり、その数は計61通に及ぶ。そのうち、日本滞在期間に書かれたものは15通である。「(...) ルイ・ブリデルによる、日本からの非常に興味深い報告。彼の日本での教授活動、スイス民法典の邦訳作業における彼の活躍 [が書かれている。] ⁵⁾」と紹介されているように、この15通の書簡は、ブリデルの東京帝国大学における講義内容・方針、日本におけるブリデルの交流関係、彼の日本滞在の目的等が明らかにされている大変貴重な史料である。ブリデルとフーバーは、専門領域も学んだ大学も異にするが、同時期 (1890年代を中心) にスイス国内の法科大学の教授であったこと、共に「スイス法律家協会」(Schweizerischer Juristenverein) の会員であったこと、そしてフーバーが起草委員として活動していたスイス民法典の部分草案 (Teilentwurf) の1つである「婚姻の効果」(Die Wirkung der Ehe) にブリデルが関与していたことに、両者の接点がある。書簡からは、ブリデルがフーバーを「tu」「Du」といった親称ではなく、「vous」「Sie」と敬称で呼んでい

る点、フーバーを「Monsieur et honoré collègue」「Herr Collega」と記している点が見られる。ここから、両者は接点を持っていたが、親友のような間柄ではなかったと考えられる。しかし、手紙の書き出し部分が「Cher」「Lieber」というような、親しい間柄の場合に使う呼びかけを用いている点、またブリデル一家はフーバー一家と家族ぐるみで交流をしていたこと⁶、両者が個人的に面会していること⁷、ブリデルが自分の学術やスイス民法典にかける想いを吐露している事実から、この両者は、同僚と呼び合いながらも、より緊密な関係を築いていたと推察出来る。書簡には公にされた史料からは明らかにならない情報が語られ、さらには差出人の内面性をも伝える。特に親しい間柄で交わされた書簡には、所謂「本音」も顔をのぞかせよう。書簡に着眼する理由は、まさにこの点を活かし、滞在の動機をより多面的に把握することにある。なお、この手書き書簡の解読にあたり、ベルン大学法学部名誉教授ピオ・カローニ (Pio Caroni) 氏より、同史料を解読しタイプ化したものの提供を受けた。これは、復刻作業が行なわれた 1992 年当時、ベルン大学法学部にて助手 (Assistante) をしていた、ザビーネ・ウルマン氏 (Sabine Ulman) の手によるものである。しかしこの復刻版は、カローニ氏あるいはウルマン氏の視点から有益と思われる箇所が、適当に抜粋され、復刻されたものであり、本史料全体に及ぶものではないため、補助資料としてのみ用いることとする。但し本稿において、同書簡を引用する際に明記する日付、場所、差出人等の配列については、便宜上、同復刻版において用いる表記を採用する。

また、これらの史資料とあわせて、ローザンヌ新聞に 1912 年 1 月 20 日に掲載されたブリデルの報告記事 “Le code civil suisse au Japon”⁸ も併用することとする。この記事には、主に日本、中国という極東の地でスイス民法典がいかなる影響を及ぼし得るかについてのブリデル自身の考えが記されている。極東の地にじかに立ち、当時の社会状況や法の動きを目の当たりにしながら、ブリデルがいかなる想いを抱きつつ活動をしていたかを、この記事を通してより鮮明に窺い知ることが出来ると思う。

以上、著者はこれらのブリデル自身が綴ったメッセージを用いて、彼が実際に記した言葉の内から、彼の滞在を動機づけた理由をより明確なものとしたい。そして最後には、これらのアプローチにより明らかになった事実を総合的に勘案することで、明治後期の日本法学界における、お雇い外国人ブリデルの存在意義についても考えてみることにする。

二 来日までの経歴

ブリデルが来日するまでの経歴について記す⁹。以下、前掲『傭外国人教師・講師履歴書』よりブリデルの経歴の原文を引用する。なお、これは、上記史料内に綴られたブリデルの自筆による1900（明治33）年10月25日付の履歴書（仏文）の邦訳である¹⁰。

『ルイ・ブリデル』ハ一千八百五十二年七月六日巴理ニ生ル民籍ハ瑞西國人ニシテ父ハ巴理及『ローサンヌ』ニ於テ基督新教ノ宣教師ヲ務メテ一千八百六十六年ニ死シ母ハ独逸國『フランクフルト』ノ人ニシテ一千八百七十八年ニ死セリ

『ブリデル』ハ初メ『ローサンヌ』ノ『ガリアール』中學ニ入り一千八百六十七年ヨリ一千八百六十九年マデ『ウルテンベルグ』ノ『チュビング』中學ニ轉シ後『ローサンヌ』ノ高等学校（現今大學トナレリ）ニ入り一千八百七十年同處ニ於テ『バシリエー、エス、レットル』ノ學位ヲ享ケ一千八百七十九年『リサンシエー、アン、ドロアー』ノ學位ヲ享ク（當時提出シタル論文ハ『夫ノ権利』ト題シタルモノナリ）

一千八百七十九年結婚シ子女五人ヲ生シ『ローザン』ニ住ス

一千八百八十七年『ジェネーブ』大學法科大學教授ニ任セラレ民法総論及比較私法ノ講座ヲ担任セリ

一千八百九十五年ヨリ一千八百九十七年マテ同法法科大學ノ學長タリ

一千八百九十五年ヨリ一千八百九十八年マテ『ジェネーブ』議會ノ代議士タリ

『ジェネーブ』ニ於ケル今日現行ノ法律ニシテ予ノ起草ニ係ルモノ左ノ如シ

一 一千八百九十四年九月七日ノ法律（既婚婦自己ノ勞力ヨリ生セシ結果ヲ自由ニ處分シ得ヘキノヲ規定セシモノ）

一 一千八百九十七年六月五日ノ法律（公法的及私法的行為ニ關シ婦人ガ証人トナリ得ルノヲ規定シタルモノ）

一 一千八百九十七年七月五日ノ法律（男女ノ別ナリ人ハ皆後見人保証人及親族會議員タルヲ得ルノヲ規定シタルモノ）

一千八百九十九年ニ創設セラレタル『社會的的道德雜誌』ノ主筆トナル 此雜誌ハ

『ジェネーブ』ニ於テ発刊スル男女間ノ社會的及道德的ニ關スル問題ヲ研究スル
國際的出版物ナリ

一 學會ノ会員タルノ左ノ如シ

一 瑞西『法學協會』

一 巴理『比較法制學協會』

一 伯林『萬比較法律學及經濟學協會』

一 主ナル著書及出版物左ノ如シ

一 婦人及法律(婦人ノ状態ニ關スル歴史的研究ニシテ一千八百八十四年巴理『ローザン』ノ出版ニ係ル)

一 婦人ノ権利及婚姻(比較法制ノ批評的研究ニシテ一千八百九十三年巴理出版)

一 同上西班牙語翻譯(一千八百九十五年マドリッド出版)

一 同上波蘭語翻譯(一千八百九十五年ワルソー出版)

一 婦人問題ニ關スル雜著(法律及社會学問題 一千八百九十七年巴理出版)

一千九百年東京帝国大學法科大學教師トシテ招聘セラル

ブリデルは、1852年7月6日、父ルイ・フィリップ・バンジャマン・ブリデル(Louis-Philippe-Benjamin Bridel 1813-1866)¹¹と母ルイズ・ケスター(Louise Köster 1814-1878)の長男として、パリに生まれる¹²。父親は、スイス・ヴヴェー(Vevey)出身¹³で、パリやローザンヌで牧師(Pasteur)としてその職に従事した。母親は、ドイツ、フランクフルト・アム・マイン(Frankfurt am Main)出身である。ブリデルは初め、ローザンヌのガリアール中学(collège Galliard)に入学するが、1867年ヴルテンベルグ(Wurtemberg)のチュービング中学(Gymnase de Tubingue)に転ずる。その後、ローザンヌの高等学校(l'Académie de Lausanne 後のローザンヌ大学)に入学し、社会学、哲学、神学を学び¹⁴、1870年「バリシエー・エス・レットル」(bachelier ès lettres)を取得、その後、法律を専攻し、1879年「リサンシエー・アン・ドロア」(licencié en droit)の学位を取る。学位論文の題名は「La puissance maritale」(夫権論)である。同年7月、イダ・マイスナー(Ids Meissner)と結婚、1男4女に恵まれた¹⁵。1879年から1887年の間の彼の足跡に関しては不明である。明確な根拠があるわけではないが、高等中学校の教師をしていた¹⁶、あるいは、独仏伊の諸国に歴遊していた¹⁷ともいわれている。

1887年より、ジュネーヴ大学法科大学教授ルイ・ジュセランドル (L.Jusserandol 学説彙纂¹⁸、民法総論担当) の後任として、同大学教授に就任する¹⁹。上掲の履歴書には、彼の担当科目は、民法総論及び比較私法と書かれているが、実際には、それらに加えて、学説彙纂も講じているようである。前2教科は1900年に来日するまで、そして学説彙纂は1890年まで担当している²⁰。そして、1895年から97年までは、同大学法科大学学長も務める。学外の活動としては、まず第一に、スイス民法第1草案 (le premier avant-projet de code civil suisse) の編纂への関与を挙げることが出来る。彼は1894年に起草された「婚姻の効果」(die Wirkung der Ehe) に関する部分草案 (Teilentwurf) に携わったとされている²¹。また彼は、同年におこなわれた、スイス法律家協会 (Schweizerischer Juristenverein, société des juristes suisses) における、夫婦財産制に関する討論で若干の報告をおこなっている²²。第二に、彼は代議士としての職歴も持っており、1895年から98年まで、ジュネーブ州議会議員として活躍している。彼の所属した政党は National である²³。彼は、女性の権利に関する、いくつかのジュネーブ州法の起草に貢献をしている²⁴。

ブリデルが所属する学会は、「スイス法律家協会」「比較立法協会 (société de législation comparée)²⁵」(パリ 1869年創立)「比較法学・国民経済学国際協会 (Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre)²⁶」(ベルリン 1894年創立) である。

ブリデルの主たる著作物は、“La femme et le droit. Etude historique sur la condition des femmes” (Lausanne, Paris, 1884), “Le droit des femmes et le mariage. Etudes critiques de législation comparée²⁷” (Paris, 1893), “Mélanges féministes, Question de droit et de sociologie” (Paris, 1897) を挙げることが出来る²⁸。

またブリデルは、女権論者としても活動を行なった。第一に、「社会道徳雑誌 (Revue de morale sociale)」の創刊に関わり、主筆を務めている。その他にも「ジュネーブ女性法的地位改革協会 (L'association genevoise pour la réforme de la condition légale de la femme)」及び「万国廃娼同盟会 (International Abolitionist Federation)²⁹」のメンバーとして、婦人の法律上の地位の改善に尽力した。

三 ブリデルー東京帝国大学間の雇用契約をめぐる交渉

次に、前掲『御雇外国人教師関係書類』にあるブリデル関連の史料を整理し、契約内容を通してみた、ブリデルの招聘、そして日本での彼の経歴を紹介していく。

ブリデルは、東京帝国大学教授富井政章の推薦³⁰により、前東京帝国大学仏蘭西法教師ミシェル・ルヴォンの後任として³¹、明治 33 (1900) 年 10 月より招聘される。富井は、既に同年 2 月以前より、東京帝国大学の窓口となって、ブリデルと交渉を始めている³²。その後、4 月 6 日に、東京帝国大学が文部大臣に「ルヴォン代員として仏蘭西法教師ブリデルを雇入」することを申請したところ³³、4 月 23 日に上記内容に対する文部大臣からの許可を受ける³⁴。それにより、5 月 2 日に、富井及び東京帝国大学総長が、ブリデルと具体的な交渉に入り³⁵、翌日の 3 日には、総長より契約締結について暹国公使へ通達が出される³⁶。その後、暹国公使牧野伸顕を介し、ブリデルとの間で傭入契約が結ばれ、7 月 10 日付で牧野より東京帝国大学総長へ「書面にて契約締結」との報告³⁷が、そして 8 月 24 日付で文部省より東京帝国大学総長へ同じ内容の報告³⁸がなされる。そしてブリデルは、東京帝国大学から旅費 975 円を受領し³⁹、明治 33 年 10 月 16 日、パリ・マルセーユからインド経由で単身、日本へと渡ってきた⁴⁰。

ブリデルの来日直後の身分は、奏任高等官五等である⁴¹。傭入契約の期間は、明治 33 年 10 月 17 日より同 36 年 10 月 16 日までの 3 年である⁴²。この時点では、ブリデルは、ジュネーヴ大学にも籍を残している⁴³。俸給は月額 625 円、年俸にすると 7500 円の高額なものであった⁴⁴。住所に関しては、来日直後は不明であるが、明治 34 年 4 月以降は、同じく法科大学で経済学、財政学を担当していたチャールズ・サムナー・グリフィン (C.S.Griffin)⁴⁵と大学構内の教師館に住んでいることがわかっている⁴⁶。その後、明治 35 年、東京帝国大学は、ブリデルを継続して雇用することにし、明治 36 年 10 月 17 日より同 42 年 10 月 16 日まで「雇期限ヲ六ヶ年トシ三十七年度ヨリ月俸六百七十五円ニ増税スル⁴⁷」ことを決定する。以上の内容で翌年の明治 36 年 10 月に総長山川健次郎とブリデルの間で雇用契約が締結される⁴⁸。またこれを機に、同年 7 月、9 月 30 日付でジュネーヴ大学を辞職し、名誉教授となる⁴⁹。そして明治 40 年には、ブリデルは約半年間のスイスへの一時帰国を大学に申請、同年 6 月の授業終了後から、翌年 1 月 6 日まで、帰国の途につく⁵⁰。その間の給料は、帰京後に不在の間

の授業を補充することを条件に全額支給されることとなる⁵¹。また、スイスへの帰国前に、身分も奏任官から勅任官へ昇格した⁵²。明治 41 年、再度、雇用契約の継続が決定し、翌年 7 月に総長濱尾新とブリデルの間で 4 年間の雇用契約が締結される⁵³。また、明治 43 年、ブリデルは、病気のため休暇中のルードヴィヒ・レーンホルム (L.S. Loenholm) の代講として、独逸法の講義も引き受けることになる⁵⁴。そして、第 3 回目の契約が満期になる半年前の大正 2 年 3 月 23 日、ブリデル逝去のため、東京帝国大学とブリデルの雇用契約は終了した⁵⁵。

四 ブリデル来日の理由

ブリデル獲得にむけて、富井が東京帝国大学の窓口となったことは既に述べた通りである。その際、富井は「あなた [=ブリデル] を当大学 [=東京帝国大学法科大学] では非常に必要としている。⁵⁶」と述べている。またジュネーヴ大学史の記載にも、この招聘は「appel flatteur (手厚い招聘)⁵⁷」とあることから、ブリデルの招聘は、東京帝国大学にとって実現が望まれる事柄であったことがわかる。富井がブリデルを知った経緯については、幾つかの仮説をたてることは出来るが、いずれも未だ実証の域には達していない⁵⁸。しかしブリデルを招聘した理由は以下の記述に明らかである⁵⁹。

△富井博士談

(...) 博士は我國などに一講師として來るべき人ではない、現に我國に聘せられる前にゼネバー大學の教頭となり比較相續法に於ては已に歐洲に於けるオーソリチーとして仰がれてあつた然るに當時我法典の第一の祖法とも云ふべき佛學は漸次獨逸法學に押し付けられ甚だ振はなくなつたので如何にも遺憾だと云ふ議論が起り、之れを回復させ佛學の隆盛を計るには先以て良教師を聘するにありと云ふことで故梅博士等の熱心な盡力で博士の如き東西に名高き碩儒を我大學の講師となし得たのは實に世界に誇るべきことであると云ふて當時吾々は大に喜び又我大學も名譽としたのである。(…)

東京帝国大学がブリデルに関心を示したのは彼の「比較相續法のオーソリチー」としての実績であったとされている。我が国でも既に、ブリデルが来日する以前から、彼をスイスで有数の法学者として認識していたことは資料上明らかになっている。その一例として、ブリデルが来日する5年前の明治28(1895)年の『法学協会雑誌』には、スイス法律家大会に関する記事が掲載されており、同大会での夫婦財産制をめぐる議論が行なわれた際、「財産所有権者として名ある『ゲンフ』大學教授フリデル(ママ)君の活版に付したる一小冊子」が議論の参照資料として配布されたことが報じられている⁶⁰。また明治26年の明治法律学校の機関誌『明法志叢』で、木村誠次郎が、ブリデルの論文「有夫ノ婦ノ無能力」の翻訳を發表し、冒頭に「余ノ最モ畏敬スル先進梅法學博士頃日余ニ一篇ノ論文アリ題シテ既婚婦ノ無能力(L'incapacité de la femme mariée)ト曰フ Genève 法科大學教授 Louis Bridel 氏ノ述ブル所蓋シ有益ナル比較法律ノ批評的研究ナリ今ヤ我邦私法典ノ編纂ニ際シ深ク鑑ヲ學理ト實際トニ取ルノ秋ニ當リ豈ニ亦一閱ノ値ナシト為サンヤ譯シテ以テ同學ノ参考ニ供ス⁶¹」と、ブリデルが比較法学的観点から家族法を研究している学者であることを明記した。当時の日本の法学界では特に比較法学が注目された時代であったこともあり、比較法のプロフェッショナルとして、スイスの大学⁶²で「仏蘭西民法」及び「独乙民法親族法」を担当し、我が国の民法典の編纂でも重視されていた法律—フランス法・ドイツ法・スイス法—をすべて知り尽くし、これらの法典の比較方法を心得ていた学者ともなれば、東京帝国大学が魅力を感じるのはむしろ自明のことであろう。

またここで非常に興味深いのは「仏法学の興隆」という富井の発言である。我が国では近代以降、法体制を確立するために、外国法の摂取を積極的に行なってきたが、ブリデルが来日した頃の我が国の法体制は、フランス法的なものからドイツ法的な体系へと再編成されていた。またこの時期には、当時の首相伊藤博文が「法科中心のドイツ帝国型官僚制」樹立を目指し、東京帝国大学の法科大学もドイツ法中心に発展させることを目指していた。その結果、かつて法学の中心にあった、フランス法やイギリス法が、非常に弱い立場におかれることとなったのである。そこで、東京帝国大学の教授たちは、フランス法の興隆のために招聘をと考えたのがスイス人のブリデルであったのである。ブリデルの招聘は、富井によるものだといわれているが、実際には梅謙次郎が中心となって、ブリデル獲得に尽力していることから、このような東京帝国大学の教授陣の目論見を理解することが出来るかもしれない。

さらに当時の日本人は共通して「新しいもの好き」であったということもブリデル選出の理由として考えられるかもしれない。つまり当時の日本法学界における「新しいもの」のひとつに、最新の民法典としてヨーロッパで注目をあびていたスイス民法典の存在が挙げられよう。来日後、ブリデルもまた、スイス民法典起草者オイゲン・フーバーに綴った手紙の中で、「この国では〔人は〕新しい物を好みます。また、西洋からうみだされたものの中から、価値のあるものを見分ける能力があると思います。⁶³」や「東京帝国大学の法科大学では同時代に行なわれている〔スイス民法典の〕立法〔作業〕に皆一同非常に興味を持っています。⁶⁴」などと述べており、日本の法学者は、ヨーロッパ最新の、そしてまた、日本民法典の編纂よりは少し遅れているものの、ほぼ同時代に行なわれているスイス民法の立法作業に大きな関心を抱いていたことがわかるだろう。従って当時、関心度の高かったスイス法典に精通した学者、即ち、ブリデルに、日本人法学者が興味を持ったということが出来るのではないかと思われる。

一方、ブリデルも、来日後の講演の場で「本國瑞西に居る時分に日本國の事情を能く傳聞して居るし、又日本人たる朋友も大分あちらに居るとき持ちて居りました」「私は本國に居る時からして、日本のことを少しは承知して居り、自ら日本の知己であると信じて居ったのである。それに瑞西に於てはジュネーヴ或はローザンヌに於て、日本のお方と我々と一つになった。其中に水野君⁶⁵、田中君⁶⁶、又此所にお出でになる野澤君⁶⁷は瑞西の都のジュネーヴに居って學問せられた、さう云うお方と交際で、日本のことを聞いて、日本へ豫て来たいと思ふて居る⁶⁸」と語っていることから、この招聘を喜んで受け入れていたことが推測出来、また、こうした日本人との交流によって、お雇い外国人の存在について既に知っていたという可能性は十分あり、それが彼の来日の間接的な条件となっていたとも考えられよう。

しかしブリデルのこうした前向きな決断の背後には、彼自身における挫折の経験があったことも見逃してはならない。スイス法学界において重要な地位に就いたブリデルは、立法面・教育面の両面から、自分の愛すべき祖国をより良い国家にするために祖国スイスで一旗揚げることを目標に掲げ、第一線に立ってきた。事実、彼は、来日する前には、ジュネーヴ市議会でも幾度と法律を提案し、また、民法典編纂の際には婚姻法第一草案審議委員として、起草者フーバーに幾度となく独自の意見を主張し、フーバーの婦人に対する権利思想に大きな影響を与えたり⁶⁹と、スイスの地にて多大

な活動をおこなっていることは、既に確認した通りである。しかしそのような人物が、自分の望む以上の影響をもたらすことがもはや出来なくなった。それを裏付けるかのように、彼は、同じジュネーヴ大学で民法を講じていた婚姻法学者アルフレッド・マルタン（Alfred Martin）以上の活躍をすることが出来なかったという事実が残されている。そのことはスイス法律家新聞（SCHWEIZERISCHE JURISTEN ZEITUNG）に「最も著名な女権拡張論者ルイ・ブリデルはジュネーヴ州婚姻法の予備草案委員会においてアルフレッド・マルタンに屈した。」と表現されている⁷⁰。マルタンは、その後のスイス民法典編纂でも、ブリデルにかわり、婚姻法のエキスパートとしてフーバーに助力し、その名を知らしめるようになる。このような状況下において、ブリデルは、東京帝国大学からの依頼に答え、来日に至ったのだと筆者自身は推測している。しかし、彼の立法にかける想いというものは、来日した後もなかなか消えることがなかったようであり、フーバーに対して、スイス民法典（草案）の条文へのコメントや同民法のフランス語訳への批判などを述べていたことが、書簡から確認出来る⁷¹。こうした母国への未練を残しつつも、ブリデルは、日本において新たなやりがいを見出し出していくこととなる。

五 ブリデルの日本における活動ーブリデル・フーバー書簡からの考察ー

ブリデルの日本での活動の中心は、学術研究や教育活動におかれた。彼は、活動の主たる場所を東京帝国大学に置きつつ、明治法律学校、和仏法律学校、第一高等学校にもその活動の場を広げた。

当時の東京帝国大学では、学生は、独逸法、仏蘭西法、英法のいずれかを選択し、その科目を4年間にわたって履修することになっていた⁷²のだが、ブリデルは、そのうち、第1回生から第4回生の仏蘭西法の講義を担当していた⁷³。また独逸法教師レーンホルム代講として、明治43（1910）年秋以降は、独逸法も講じた⁷⁴。独逸法では、他の教授、助教授、講師と分担し、ブリデルは第3回生の講義を担当した⁷⁵。

東京帝国大学にて、ブリデルの講義を受講して学位を得た学生の数は、明治36年以降の法科大学卒業生一覧表⁷⁶によると、仏蘭西法の学生が309人、独逸法の学生が525人であり、800人を超える学生を教えていたことがわかる。そしてその中には、大正、

昭和期に法学界を担う人物もいた。仏蘭西法専攻では、杉山直治郎（明治 36 年卒）、牧野英一（明治 36 年卒）⁷⁷、独逸法専攻では末弘巖太郎（大正元年卒）といった名前を見出すことが出来る。またブリデルは、勤務外でも、「殆んど毎週仏蘭西法科學生を自邸に集め茶話會を催し、談笑の間、自ら薫育の實あらしめ、兼ねて仏蘭西語学の啓發を謀り⁷⁸」、さらに、本務外で演習事業も特別に開いていたようである⁷⁹。

明治 34 年 1 月に講師として招聘された明治法律学校⁸⁰では、泰西比較法制論を同年 7 月まで講じ⁸¹、その後、同年 9 月から明治 36 年 7 月まで法理学を担当している⁸²。そして、和仏高等学校では、明治 34 年 9 月より、高等科にて比較民法⁸³を、第一高等学校 3 年生の仏語科の生徒には、法学通論をフランス語で教授した。和仏法律学校の退職年次及び第一高等学校の就職年次については不明であるが、第一高等学校では亡くなる直前まで教鞭を執っていたことが明らかである⁸⁴。

またブリデルは、13 年間にわたる滞在の間、大学雑誌への寄稿を中心とした執筆活動や講演も精力的に行なった。ブリデルの日本における主な業績（著書・論文）を以下に挙げる⁸⁵。

著書

“Encyclopédie juridique” (Paris, Lausanne, 1907-2^e éd, Tokio, 1910)

“Géographie juridique⁸⁶” (Tokio, 1908)

“Succession légale comparée (législations, successeurs, thèses)” (Tokio, Paris, Lausanne, 1909)

“Trois études sociales et juridiques : La réforme de la condition des femmes ; droit matrimonial comparé ; l'influence du Code civil français.” (Tokio, 1910)

“Droit des personnes et de famille. Code civil suisse et Code français comparés (Paris, Tokyo, Genève, 1910)

論文

『法学協会雑誌』（東京帝国大学）

「比較婚姻法姦通論」（法学士天野弘一訳、明治 35 年（邦文））

「瑞西民法ノ将来（LE FUTUR CODE CIVIL SUISSE）」（明治 40 年（仏文））

「法律ト正義（LE DROIT ET LA JUSTICE）」（明治 40 年（仏文））

「男子女子 (HOMME ET FEMME)」(明治 41 年 (仏文))

「瑞西民法 (千九〇七年十二月十日) (LE CODE CIVIL SUISSE du 10 décembre 1907)」(法科大学々生安倍四郎譯、明治 41 年 (仏文・邦文))

「仏国民法ノ変革、親族法上ノ問題 (La réformation du code civil français :Droit de famille et questions connexes)」(明治 42 年 (仏文))

「夫婦財産制比較研究 (RÉGIMES MATRIMONIAUX Etude critique de droit comparé)」(明治 44 年 (仏文))

『明治法学』(明治法律学校)

「泰西比較法制論」(ブリデル講述・法学士宮本平九郎口訳、明治 34 年 (邦文))

「比較犯姦法論」(明治 35 年 (邦文))

その他

「最良の法定財産制 (Der beste gesetzliche Güterstand)」(Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie ,VI Band,Heft3,1913)

その内容は、主に婦人の法律上の地位に関する比較研究及びスイス民法に関するものである。なお、彼は、上記の著書 “Succession légale comparée” (1909) の増補版を大正 2 (1913) 年夏に出版する予定であったが、校正途中で亡くなったため未公刊となっている⁸⁷。

またブリデルは、講演も何度か行っており、例えば、前述の明治法律学校での講演(「法律の思想」)の他、明治 34 (1901) 年には、東京専門学校(現慶応義塾大学)の「科外講義」で「婦人の位地⁸⁸」を、和仏法律学校で「婦人ノ地位ノ改良」を講演した⁸⁹。また、明治 37 年には、東京帝国大学法科大学の法理研究会が主催した仏国民法法典百年記念祭にて、「佛国民法の歐米に及ぼしたる影響」を講演した⁹⁰。

六 スイス民法典の紹介

前節で述べたように、ブリデルは、我が国において様々な活動を行ってきたが、

その中核となったものは「スイス民法の啓蒙運動」であった。具体的な内容については、ブリデルがオイゲン・フーバーに1908（明治41）年12月25日に書いたという書簡に記されている。ブリデルは同書簡で「Je viens vous raconter ce que j'ai fait ici pour faire connaître le Code civil Suisse...（スイス民法典の名を知らしめるために、私がこの地にて行なってきたことをあなたにご説明いたします。）」と述べた上で以下の内容を列挙している。

- 一、東京帝国大学法学協会雑誌（1908年12月）への論文投稿⁹¹
- 二、〔東京帝国大学法科大学〕第4回生「仏蘭西法」受講者への講義⁹²
- 三、自費によるスイス民法典の配布（約12部）
- 四、第4回生の生徒達へのスイス民法典フランス語公式版の販売（30部）
- 五、法学協会雑誌掲載及び講義のための準備としての、フランス民法、イタリア民法、ドイツ民法、スイス民法の比較研究

上記引用文からは、「スイス民法の啓蒙運動」を行なう上で、彼は講義や執筆の他、「スイス民法典に関する書籍・冊子の配布」を個人的に行なっていたという興味深い事実を確認することが出来る。そしてここに見られる様々な活動は、前節で考察したブリデルの日本での活動内容と一致しており、彼の活動のあらゆる場面で、スイス民法を知らしめることを最大の目的としていたことを確認することが出来る。そこで本節では、これらの活動のうちの「講義」「スイス民法典に関する書籍・冊子の配布」を取り上げ論じていく。なお、執筆面からの活動業績に関しては、前節にて、スイス民法関連の著論文もあわせて紹介したため、本節では取り上げないこととする。

1 講義

ブリデルの日本での活動について、何故、彼の講義に特に着眼していくのか。それには次の二つの理由がある。第一に、教授することが彼の日本滞在中の主たる職務であったことである。第二に、講義は教師自身の裁量に比較的多く委ねられていたものであると推測し、従ってそこから彼の日本で目指すものが直接ここに反映されているのではないかと考えられるからである。講義の具体的内容を知り得る史料として、ブ

リデルの本務校である東京帝国大学に関連するものでは、『東京大学百年史部局史一』『法學協會雜誌』に散見される諸々の記述、『國家學會雜誌』中に記載されている彼の講義の試験問題、そして彼自身が「東京の法科大学の学生のために書いた (Il [Le Livre] a été rédigé spécialement pour les étudiants de la faculté de droit de Tokyo.)」⁹³とされている“Encyclopédie juridique”という著書がある。また、明治 34 (1901) 年より同 36 年まで教鞭を執っていた明治法律学校関連の史料として『明治法學』に連載された「泰西比較法制論」の講義録及び校外生のために発行された『瑞西國法律博士ルイ、ブリデル君講述、同國「ジュ子ーヴ」大學法律博士野澤武之助君通譯 明治法律學校卅六年度第二學年講義録 法律原論 完 附比較法制學講義』明治大學出版部講法會出版、明治 36 年 (以下『講義録』) がある⁹⁴。こうした史資料に基づいて、以下、考察をしていく。

(一) 東京帝国大学「仏蘭西法」及び「独逸法」講義

ブリデルの主たる担当科目である「仏蘭西法」の授業内容は、次に挙げる試験問題から推察出来る⁹⁵。

明治 38 年

第 4 回試験

- 1 自筆 (証書) 遺言 : 形式上の要件、メリットとデメリット (Testament olographe: condition de forme, avantages et inconvenients)
- 2 信託的継伝処分の禁止 (Substitution prohibée)

明治 39 年

第 1 回試験

次の三つの問いから 2 問選べ (Deux sujets à choisir sur ces trois) ⁹⁶

- A、フランス民法の影響力 (Influence du code civil français)
- B、実定法と自然法 (Droit positif et droit naturel) ⁹⁷
- C、選定住所 (Le domicile d'élection) ⁹⁸

第2回試験

次の3つの問いから2問選べ (Deux sujets à choisir sur ces trois) ⁹⁹

A、既婚女性の民事上の能力 (フランス民法、ドイツ民法との比較) (Capacité civile de la femme mariée (C.C.fr et C.C.all comparé))

B、非嫡出子の親子関係 (フランス民法、ドイツ民法との比較) (Filiation des enfants naturels (C.C.fr et C.C.all comp.))

C、能力制限について (フランス民法) (de l'Interdiction (c.c.fr))

第3回試験

A、代理 (De la représentation)

B、系分相続 (La fente)

C、血族関係 (Le système du parentelles) ¹⁰⁰

第4回試験

A、遺贈と受遺者の種類 (Différentes espèces de legs et the légataires) ¹⁰¹

B、遺言執行人 (Exécuteurs testamentaires) ¹⁰²

ブリデルの研究領域は、比較親族法 (Droit de famille comparé)、特に婦人の法律上の地位における比較研究を中心とするものであった¹⁰³。「仏蘭西法」講義においても、彼の専門である親族法を中心としたものであったことは、上記の試験問題の内容からも明らかである。第1回生に対しては、法学概論の内容が講じられていると推測されるため、先に紹介した彼の著書“Encyclopédie Juridique”が使われていた可能性が高いと思われる。授業内容については、ブリデル・フーバー間の書簡にも若干の記述がある。それらによると、講義はフランス語で行なわれていたこと¹⁰⁴、第4回生の学生には、明治39(1906)年秋以降、スイス民法典草案の概説を¹⁰⁵、そしてスイス民法典公布後は、スイス民法典の概略的な研究を行なっていること¹⁰⁶、また、スイス民法典とフランス民法典の比較研究を行なっていること¹⁰⁷が明らかになっている。講義において使用されている教材は、スイス民法典のフランス語版 (Code civil suisse en français) である¹⁰⁸。これはフーバーに頼んで送ってもらっていたもので

あり¹⁰⁹、第4回生の学生達は、最新の教材でヨーロッパ最新の民法典を学んでいたこととなる。なお、本節冒頭の引用箇所より、「仏蘭西法」を受講する1学年の学年数は30人前後であったことも推測出来る。

また、明治43年より兼任した、第3回生の「独逸法」の内容に関する史料として、ブリデル・フーバー書簡の中から2通の書簡の一部を以下に紹介する。

(...) 当大学にて「独逸法」を講じておられるレーンホルム教授が一年間休暇をもらい、[そのため] 法科大学は、私に、彼の不在の間、彼の講義の代行を務める意志はあるかどうかをたずねてきました。私は[それを] 引き受けましたが、[法科大学に] 私は[その講義では] ドイツ民法典とスイス民法典の中の、人事法(Personenrecht) 及び家族法(Familienrecht) を比較しながら講じたい旨をはっきりと伝えました。というわけで、次の9月から、私はあなたの素晴らしい作品[であるスイス民法典] を2ヶ国語で講義することになるでしょう。¹¹⁰

あなたの素晴らしい民法典を用いて、私は多くのことを[手がけています]。とりわけ今、私は、通常フランス語による講義の他に、さらに週に3時間、ある他の専攻[つまり「独逸法」専攻] の学生達に(レーンホルム教授がアメリカ及びヨーロッパにおいて休暇中の間、) ドイツ語で、スイスの人事法及び家族法を、フランス民法典とドイツ民法典と比較しながら講義をしています。¹¹¹

以上より、ブリデルの「独逸法」の授業は、スイス民法典(人事法、家族法)¹¹²をフランス民法典やドイツ民法典と比較することを主たる内容としていたこと、講義はドイツ語で行なわれていたこと、そして授業数は1週間に3時間であったことがわかる。

(二) 明治法律学校「泰西比較法制論」及び「法理学」講義

ブリデルが明治34(1901)年1月より、明治法律学校に講師として招聘されたことは、前節で既に述べた¹¹³。担当は「最も得意なる泰西比較法制論¹¹⁴」であり、法学士宮本平九郎の通訳で、1月11日を初回として、毎週金曜日に講義を行なった¹¹⁵。

講義の速記録の一部が『明治法學』に掲載されている¹¹⁶。この講義の内容を知り得る史料はこれ以外には見当たらない。

この速記録によると、ブリデルはこの講義で「第1 西洋ニ於ケル法律ノ普通ノ淵源」「第2 西洋ニ於ケル各国ノ状態」を説くとしている¹¹⁷。「第1」部分は、普通法（*ius commune*）の形成の歴史に関する講義であり、ブリデルは、普通法を、ローマ法とゲルマン法と宗教法の混和したものとして、この3つの「原素」についての形成史を述べている¹¹⁸。『明治法學』に掲載されているのは、この中のローマ法のみであり、その他の講義の内容は不明である。この講義は約半年間行なわれた。

その後ブリデルは、明治34年9月から、同36年7月まで同法律学校で「法理学」を担当した。これが「第二学年ノ正科タル」科目であることは既述の通りである。この講義にも通訳がついており、ブリデルと親交が深く、同大学法科大学卒業生であった野澤武之助がそれを務めた。この講義は全19回にわたって行なわれており、前半9回は法律原論、後半は比較法制学が講じられている¹¹⁹。

法律原論では、法律学の入門なるものを教えることを目的としており¹²⁰、その内容も第1章「権利及法律の観念」（権利と法、“ドロア”と道德の区別、実定法と理論法（実定法と自然法）¹²¹）、第2章「実定法の淵源」（制定法、慣習法、法典編纂について）、第3章「法律の分類」（公法、民法、国際法）、第4章「法律学及其研究方法」（社会の法則、法律の適用及び解釈、法律の歴史、比較法制学、法律哲学）である。

比較法制学の講義では、婚姻法の比較研究を行なう形で講義が進められている。彼は、フランス・ドイツを中心に¹²²、ヨーロッパの婚姻法上の法制度を紹介し、それらを彼の考える比較法学の手法¹²³に即しながら各々検討している¹²⁴。取り扱う婚姻法の項目は「夫婦ノ貞操及破倫ノ行為」「結婚セル婦人ノ民事上ノ能力」「夫婦財産制」「生存セル配偶者ノ相續権」「離婚及別居」である。このような彼の実証的な講義は、当時においてはまだ新しい学問であった比較法学、その中でも「比較法学の方法論」や「比較立法方法」¹²⁵を学生達にわかりやすく理解させることを目指した、非常に斬新なものであったと推察出来る。またブリデルは、「此定義ヲ下スニ當リ決シテ是レダケガ最モ完全ナルモノデ他ノ定義ハ誤ツテ居ルト云フヤウナ斷言ハ致シマセヌ是ハ唯自分デ研究シタ結果デ最モ正シイト信ジタダケノモノヲ申スノデ之ニ付テハ諸君ハ自ラ熟考シテ見タ上デ最モ適當ト信ズル所ヲ搜スト云フ必要ガアリマス或ハ諸君ノ研究ノ結果トシテ是レヨリモ適當ナル定義ヲ見出サルハカモ知レナイ何レニシテモ最モ

大切ナノハ自ラ熟考シテ自ラ研究スル・・・此問題ヲ研究スルト云フコトデゴザイマス」¹²⁶として、自分自身の考えを述べはするものの、それは絶対的なものではなく、どのように考えていくかは学生個人の自由であるということを講義の中でしばしば述べているところから、彼の講義は、当時の講義でよく行なわれていた、定義を植えつけていくという形態を採らず、生徒自身で考えていく力を育成させることを目的としたものであったと考えられる。

(三) ブリデルの講義内容の変化

以上の講義内容から、ブリデルの講義の最大の特徴は、比較法の手法を用いた授業であることがわかる。そして明治法律学校における「比較法制学」講義では、比較立法をその方法論とした講義であったことが見受けられる。ブリデルによれば、比較法制学という学問は「新シイ學問」であり、専門学科として確立されたのは、1869（明治2）年にフランス・パリに「比較法制学会」が出来た後のことである¹²⁷。同学会の綱領に「比較法制學會ハ諸國ノ法律ヲ研究シ法制ノ各部ヲ改良スル實際ノ方法ノ研究ヲ目的トス」¹²⁸と記されているように、諸国の法制の改良を学問上の目的として掲げていることがわかる。ブリデルもまた、こうした学会の趨勢に沿って、比較法研究を、各々の「問題ニ關シテ諸國ノ法制ヲ相近ヅケマシテソウシテ其相同タキ點或ハ相似タル點トヲ示シマス其間ニ又批評ヲ試ミマシテサウシテ長所ト短所トヲ示シマスサウシテ法律ノ一般ノ原則ニ照シテドノ法制ガ一番優レテ居ルモノデアルクト云ウコトヲ見マスサウシテ法制ノ欠點ヲ補ッテ出來得ル限り法律ノ原則ニ相近寄ラシメンコトヲ努メ」¹²⁹のものとして捉え、彼は終始このような比較法的観点から授業を行なった。また、講義内容は、彼の専門とする家族法（親族法、相続法）であり、明治法律学校「比較法制学」講義では婦人の法律上の地位における比較研究も行なった。

しかし、13年間の滞在の中で、ブリデルの講義の基調は変化していった。この変化の背景に、ブリデル自身が、滞日の動機を徐々に変化させていった事情を汲み取ることが出来る。その変化の始まりは、明治39（1906）年の秋からである。それ以前は、講義の中で取り扱ってきた法素材はフランス法とドイツ法が大半を占めており、これらの国の法律・法制度を対象とした講義を行なった。東京帝国大学の試験問題を見ても明らかである。おそらくブリデル自身も、日本の法学界が彼に求めていた「比較法

的学識の教授」を自らの使命としていたに違いない。しかし、明治 39 年秋以降、彼は少しずつスイス民法典を教授する機会を広げていった。この時期、スイス民法典は草案も完成し、まさにヨーロッパ最新の法典の 1 つとして誕生しようとしていた。ヨーロッパ中が注目していたこの民法典に、日本人法律家も興味を隠せず、東京帝国大学でも当然のごとく、同時期に行なわれているスイス民法典の立法作業に大きな関心を抱いていたようである¹³⁰。スイス民法典編纂において、起草者フーバーは自国の伝統を根底に置きつつも、他国の法典、中でも特に、ヨーロッパ最新の法典であるドイツ民法典や、施行されてからほぼ 100 年が経つにもかかわらず未だその威信を保っているフランス民法典に重点を置き、比較検討していくという作業を行なった。これは奇しくも、明治民法典編纂の際に日本人立法者が旨とした精神と同じであり、従って、同時期に同じような方針で法典編纂を進めているスイスを客観視することで、日本は自己の作業を見直す事が出来たのである。まさにスイス民法典編纂作業は、日本にとっての良き手本だったと考えられる。ブリデルは、フーバーの創り上げたこのスイス民法典をこの上なく賞賛し愛していた。「この素晴らしい産物〔であるスイス民法典〕が日本の地でも是非開花して欲しい。¹³¹」「あなた〔フーバー〕がつくられた法典は実に素晴らしいものです。この法典に私は喜びを隠さないでおりますし、また日本国も〔この喜びと価値とを〕分かち合う事となるでしょう。¹³²」という期待のもとに、ブリデルは「日本人法律家の〔スイス民法典への〕関心は、既にスイス民法典の〔編纂〕作業が開始して以来、目覚めた。そこで私はフランス法及びドイツ法の講義を行ない、また学生のために出版物を提供することでスイス民法典に貢献した。¹³³」と述べている。ブリデルは、まず東京帝国大学「仏蘭西法」専攻第 4 回生の学生にスイス民法典（草案）を教え始め、明治 43 年からは同大学「独逸法」第 3 回生の学生にもこれを教授している。特に「独逸法」の講義においては、東京帝国大学より講義の代講を依頼された際の受諾の条件として、スイス民法典を中心とした講義にすることを挙げている¹³⁴。ブリデルはフーバーにも「スイス民法典より他のものは、私はあまり教えたくない（Etwas anderes als das schw. Gesetzbuch würde ich nicht gerne lehren.）¹³⁵」と記している。

以上より、スイス民法典の日本への紹介こそが、日本滞在期間の中盤から後半に差しかかった時のブリデルの主要な関心事となっていたことが明らかになった。

次に、ブリデルが行なったスイス民法典の紹介活動の実際や、彼のいかなる思索や

思想がその背景にめぐらされていたのかを、書簡の中に読み込むことにしたい。

2 スイス民法典に関する書籍・冊子の配布

日本滞在中に記されたフーバー宛の書簡をみると、ブリデルはフーバーに、スイス民法典前草案、草案及び同民法典を主とする出版物を郵送してくれるよう、再三要求していたことがわかる¹³⁶。それらは彼自身の研究や講義のために使用されていたものもあるが、大部分は各分野の人々に提供するためのものであった。そこで、彼がいかなる出版物を、いかなる人々に提供していたかを以下に記すことにする¹³⁷。

- 1 ドイツ語、フランス語、イタリア語によるスイス民法典¹³⁸
富井政章、法科大学長¹³⁹
- 2 3ヶ国語（ドイツ語、フランス語、イタリア語）によるフランケ版¹⁴⁰
東京帝国大学図書館、京都帝国大学図書館、穂積重遠、東京に来た中国の使節
- 3 ロッセル版の小さいもの
富井政章、ファルデル（Fardel）氏（東京在住者）
- 4 1言語または多言語による公式版
法科大学の多数の教授達、例えば朝鮮の法典編纂に従事した梅謙次郎教授等
- 5 法科大学第4回生の生徒達へのフランス語公式版の冊子販売（30部）
- 6 南京にいる孫文（Sun Yatsen）には以下の書籍を郵送した。
3ヶ国語によるスイス連邦憲法、3ヶ国語によるスイス民法典及びスイス債務法、
ヴィンセント（Vincent）著“Government in Switzerland”¹⁴¹、『瑞西民法』（邦訳）、スイスにおける講義法に関する書籍

上記の事項に関してここで指摘しておきたいことが三点ある。

第一に、ブリデルがスイス民法典を渡した人々の中に、富井政章や梅謙次郎がいるという点である。無論、富井も梅も東京帝国大学教授であったため、ブリデルは同僚として、彼らにスイス民法典を渡していたと考えるのが自然であろう。しかし、ブリデルが民法典起草者としての彼らにスイスの民法典を提供していたと考えることも出来る。事実、ブリデルはまだ誕生して間もない日本の民法典に関心を持っていた¹⁴²。

しかし、彼の興味の対象は、民法典それ自体ではなく、その後に行なわれるであろう「改正」であった¹⁴³。民法典起草者である梅自身が、民法典に関して「種々ノ苦心ヨリ辛ウジテ五年ヲ経テ之ガ完成ヲ見ルニ至リタルハ余ハ実ニ意外ノ喜ナキ能ハズ、シカシ速ニ修正ヲ終ワリタルト共ニ其實質ニ於テハ多少遺憾ノ個所ナキ能ハズ、又今コレヲ完全ナルモノト信ズトスルモ實際ニ行ナウニ至ッテハ大イニソノ欠点ヲ発見シテ之ヲ改メザルヲ得サルコトアラン 西洋ノ法典ノ如ク其国ノ慣習ヲ集メテ之ヲ法文ト為シタルモノニ非ラズ、イワバ外国ノ法理ヲ我国情ニ適合スル様修正シテ編纂シタルモノナレバ之ガ実行ノ曉ニハ大イニ欠点ヲ発見シタダケニ之ヲ改メサルヲ得サルノ個所アルコトヲ覚悟シ今ハ唯忍シテ之ヲ施行スルコトヲ希望スル¹⁴⁴」と述べている様に、梅を始めとする民法典起草者たちも、法典を編纂することは出来たものの、施行後には民法典の改正が必要になることを視野に入れていた。ブリデルもまた、編纂した法典の「改正」について、その必要性を強調している¹⁴⁵。彼は、法典を編纂した後に「改正」をしないことは、法の凝滞を意味し、法の進歩を妨げ、あわせて人類の発展をも妨げることとなるという。そして、日本の新民法典もまた、制定されてから10年余りたった今、改正をすべきであると説き、梅や富井といった民法典起草者たちに、もし実際に民法典の改正作業を行なうときには、スイス民法典を参照するように、呼びかけを試みたと考えることが出来る。なお、日本の民法典の改正にあたってスイス民法典が寄与し得るという彼の考えは、1908（明治41）年12月25日付ブリデル・フーバー書簡の「私は将来おこるであろう日本民法典の改正にあたって、スイス民法典が有効な役割を果たすことが必要とされると確信しています。¹⁴⁶」、あるいは、“le code civil suisse au Japon”の「おそらく日本の民法典は、まもなく全面的な改正を強いられることになる。—このような状況下で最近の主要な西洋の法典〔スイス民法典〕への理解がこの国にとって特別な意味を持つことになるのではないだろうか。¹⁴⁷」といった記事からも見て取ることが出来る。

そしてブリデルは、日本民法典の中でもとりわけ家族法の領域について、スイス民法典への理解が必要とされることを強調した。この点についても、“le code civil suisse au Japon”において具体的に記されている。関連文は以下の通りである¹⁴⁸。

(...) おそらくフランス法、ドイツ法は、日本法の基盤としては役立たなかったのではないか。家族の構造に関してフランス法、ドイツ法が決定的な影響を与えな

かったとしても、スイス法だけが影響を与えられるのは何故だろうか。〔以下に記すことが〕そのような異論への答えである。フランスとドイツの家族法は、個人ではなく家族こそが最優先される日本にとっては、どちらもあまりにも「個人主義的」な精神から生まれたものである。それに対してスイス法は、これら 2 つの偉大な先行法とはこの点においてかなり異なっている。(…)〔つまり〕これは我々の民法が「人格」権を、フランス法やドイツ法が保障してきたよりも、強力にそしてより良く保障するものであるということである。これが、フランス法とドイツ法が日本の家族法の徹底的な改革をもたらすだけの十分な影響力を持たず、スイス法にはそれが出来ると考える理由である。

以上の事実より、ブリデルが富井や梅にスイス民法典を配布したのは、日本民法典の改正作業の際に、特に家族法の領域においてスイス民法典の理念の普及を視野に入れたものであった可能性を提起出来よう。

特筆すべき点として第二に挙げられることは、ブリデルが穂積陳重の長男である、穂積重遠にスイス民法典を提供していた点である。ブリデルはフーバーへの書簡の中で、重遠を「親族法問題に関する博士号学位審査試験の準備をしている、東京〔帝国〕大学の法学士 (licencié en droit de l'Université de Tokyo, qui prépare un doctorat sur quelque question du droit de famille) ¹⁴⁹」と紹介しており、二人は共に日本法学界へのスイス民法の普及を目指してゆく。日本の法学界の次世代を担うであろう人物にスイス民法典を周知させることにより、同国の法学界におけるスイス民法典の存在を高めたいという彼の理想の追求を窺い知ることが出来よう。ブリデルと重遠の接点については次章にて考察していく。

第三に特記すべき点は、ブリデルが、明治 41 年 12 月以前に「中国の使節 (ministre de Chine)」、すなわち清国の使節へ、そして大正元年頃に孫文へ、スイス民法典を配布しているという点である。スイス民法典を広げるための活動を滞在目的としてきたブリデルは、日本における活動が軌道にのり、日本におけるスイス民法の地位が徐々に確立し始めると¹⁵⁰、活動範囲を日本の近隣諸国にまで押し広げようとした¹⁵¹。ブリデルが日本に滞在している頃の中国は、近代国家形成に向けて歩みだしたところであり、明治初期の我が国と同様、近代的な法制度の整備という課題に直面していた¹⁵²。この中国に対し、彼はスイス民法の立法への関与の可能性を直感し、立法の助成とい

う名目の下、積極的な啓蒙活動を試みたのである。まずブリデルは、清国にスイス民法典を提供した。そして清国が瓦解すると、ブリデルは新しく建国された中華民国の臨時大統領の孫文にも同一の行動を敏速に行なった。何故なら、国家形成に大きく関わりを持つであろうこの人物は、欧州の制度の導入を目指しており、共和制を重んじていたからである¹⁵³。特に新中華民国の建国にあたって、ブリデルは大いなる期待を抱いた。そこで孫文には、スイス民法典を中華民国での立法作業の参考に供するという意図の下、自らの手紙を添えて送っており、孫文から返事も受け取っている¹⁵⁴。ちなみに、ブリデルが孫文に寄贈した資料は、民法典に留まらず、法律全般、政治、教育に関するものも含まれていた。このような行動の背景にある彼の意図は、次の2つの書簡の記述から見てとれる。

(...) 我が祖国スイスのために抱いている野望は、まだ進み続けております。中国が経験しているような革命や新生の際に、我々の小国スイスが、何か助言出来るような立場になって欲しいと私は思っております。そして私は、スイス民法典が法律の改正の際に影響を及ぼすことが出来ると考えています。¹⁵⁵

(...) 私の尽力と願望は、スイス民法典をはじめ、祖国スイスの様々なものを中国に導入することにあります。¹⁵⁶

彼の言動の奥底には、ナショナリストとしての彼の理念があった。これは次の書簡の一部から読み取ることが出来る。

(...) スイスは、我が国による植民地化 (Kolonisierung) を促進させるために、中国に公使を派遣すべきです。アメリカ合衆国、イギリス、フランス、ドイツ、日本、ロシア、オランダそしてベルギーでは既に〔植民地化を〕開始し、旗幟を鮮明にしています。しかしスイスは全く何もしていません。¹⁵⁷

つまり、法学領域における「植民地化」を、近代法典の立法作業を開始しようとしていた中国に対して行ない、その先兵としてスイス民法典を使用したということがここから理解することが出来るだろう。そしてその際、スイス民法典が他の列強国の民

法典よりも優れたものであるという彼の認識が、こうした彼の活動をさらに助長させていったといえよう。それを裏付ける、ブリデルが他国の法典の問題性を指摘している記述の一部を、以下に引用しておく¹⁵⁸。

連邦共和国又は立憲君主制である中国が、自国の法を改正するために海外へ目を向けていると仮定してみると、黄河の向こうから名乗りでている〔国々の中でも〕決して後れを取らない価値のあるスイス民法は、〔中国が〕要求している活動に従事することに非常に適切なものとなろう。(…)輝かしい名声に包まれたフランス民法典は、今では老朽化してしまい、家族法もそれに伴い、〔単なる〕古いものの寄せ集めになってしまった。〔しかしながら〕この作品は、改正のために進み始めてもいない。ドイツ民法典は、多くの敬意が払われている傑出した法典ではあるが、確かに簡素さと明晰さに欠けている。—そのような事実は、ハイレベルの質を備えたスイス民法典の出現によって、完全に明らかになった。イギリスは、法典を持っておらず、現在の法的状態は、半分は法であり、半分は慣習であるが、民法に関していうならば、個別的なものではない限り、〔これらの法状況が〕著しい影響を及ぼすことは不可能であると思われる。新中華民国が間違いなく最も積極的に依存している国家であるアメリカでは、民法の編纂は、イギリスよりも進んでいることはない。—この領域においてなされたことは、一部の州にかかわることであり、合衆国のそれ自体にかかわるものではない。ロシアに関しては、1902年の民法典草案がいつ通過するか誰も知らない。〔しかし〕スイス民法典には、自由な余地がある。

スイスは、学問の領域においては十分に実力を備えている。それを証明し、スイスを世界における一等国にすることが、ブリデルの目指していた最終目的であったのではないだろうか。また、こうした彼のこの一連の活動を支えたものは、「(…)おそらく人々は、私が個人的な興味から〔スイス民法典を流布させるという〕目論見を立てているかと思っているかもしれませんが。しかしそのようなことは全くないのです。素晴らしい法のため、人類のため、そして祖国のために私は働きたいのです。¹⁵⁹」という彼の使命感であった。これが彼の滞在のもう一つの信念だったといっても過言ではない。

七 ブリデルの死

大正2(1913)年3月23日、ブリデルは帰らぬ人となる。享年61歳。あまりにも突然のことであった¹⁶⁰。ブリデルのこの死去については、日本・スイス両国の新聞に記事が掲載された¹⁶¹。ここでローザンヌ新聞(Gazette de Lausanne)の関連記事の一部を、以下に引用し、ブリデルの最期を紹介する。

先週の半ば頃、ブリデル氏は、軽い体調不良をわずらい、大学を欠席していた。しかし土曜日には、再び健康を取り戻し、通常通り、講義も再開した。日曜日の朝、10時頃、彼は短めの散歩に出かけた¹⁶²。家路に着いた時、彼は自邸の戸口の呼び鈴を鳴らし、家の使用人が戸口を開けようとした時に、彼は意識を失い倒れた。そして2-3分後に、彼は息をひきとった。心臓麻痺が原因であった¹⁶³。

葬儀は、25日午後2時より、麴町区のドイツ教会¹⁶⁴にて行なわれた。葬儀には、東京帝国大学総長やスイス公使をはじめ、同僚の教授たち、お雇い外国人の同僚たち、彼の教え子たち、友人等、大勢の人々が参列し、故人の死を悲しんだ。参列者の数は、会場の中に収容しきれないほど大きなものであった¹⁶⁵。遺体は日暮里にて荼毘に付され、遺骨は、夫人と2人の娘と共に、故郷スイスへと帰っていった¹⁶⁶。彼の遺骨はジュネーヴの墓に埋葬された¹⁶⁷

八 小括ーブリデルの活動の限界ー

本章では、ブリデルの生涯のほぼ全体にわたる経歴を再現し、また日本滞在中の彼の活動に着眼しつつ、彼の滞日目的について考察を行なった。そしてここで最も重要なことは、彼にとっての大きな転換期は明治39(1906)年頃であったという事実を確認したということである。母国スイスでは、同民法典草案をめぐる連邦議会での審議が1905(明治38)年に始まり、1907年12月10日に承認されるまでの大詰めを迎えており、それに従い、ブリデルの中でも、スイス民法典を認知させようとの彼の使命

感が次第に強くなり、このことが、スイス国内でも本来、重要なポストに就き得る経歴を持つブリデルに、13年もの長きにわたり日本に滞在させる動機を形成したのではないだろうか。ブリデルにとって、スイスの繁栄は彼の願望であり、彼の信じた自らの使命とは、祖国の法律であるスイス民法典を極東の地に伝播させるという、いわば宣教師のようなものであった¹⁶⁸。そしてその考えは徐々に彼の中で加熱していき、ついに彼はそれを果たすことでスイスを列強国の一員として肩を並べられると考えるに至り、自らの専門分野で大きな努力を払ったのであった。しかし彼のそのような意図には限界があり、時代がそれを叶えることはなかった。彼は大学に雇われた外国人教師にすぎず、明治後期という時代はもはや立法作業においての外国人の手を必要としていなかった。つまり当時の日本が求めた彼の役目はあくまでも教育者であり、教育や学術の領域でいかにスイス法啓蒙活動が出来るかが彼にあたえられた唯一の可能性であったである¹⁶⁹。

しかしそのような時代的な制約はありながらも、彼の日本法学界における貢献はやはり決して見逃すことの出来ないものであると考える。

第一に、何よりも日本法学界でスイス民法典を知らしめることに、ブリデルは重要な役割を果たすことが出来た。ブリデルは、当時最新の民法典をアジアで最も早く、我が国に紹介した。当時日本では、スイス民法典が施行される1年前の明治44(1911)年に、同民法典の翻訳書が既に刊行されており、さらにはその前年、明治43年の大審院判決では、スイス民法第1条を準拠するようにとの記述も見られる。(本稿第六章第二節参照のこと)これはひとえにブリデルの貢献といえよう。

さらに、ブリデルの我が国の法学界への寄与は、彼の講義を聴講した学生たちの存在という点にも見る事が出来よう。ブリデルのもとでフランス法やドイツ法を学んだ学生として、杉山直治郎、牧野英一、末弘巖太郎がいたことは既述の通りである。彼が教授した比較法学は、こうした彼の教え子たちによって継承していくことになる¹⁷⁰。そして何よりも穂積重遠は、ブリデルとともに我が国の法学界にスイス民法を紹介すべく奔走した人物であり、大正・昭和戦前期の特に家族法学の領域においてスイス民法の研究を積極的に推進した人物である。重遠はスイス民法を法実務あるいは法学研究の場面で具体的に提示していくことで、大正・昭和戦前期の法学界において、スイス民法典を、ドイツ民法典やフランス民法典と並ぶ、第3の大陸法として主張し、その地位の確立をある程度まで実現させていくこととなる。本論文のテー

マである「日瑞比較法史」とは、まさにブリデルにおいて植樹され、穂積重遠によって育まれるべき一連の学問的継承関係として表象される。これが次章で穂積重遠について議論する所以である。

¹ 本稿・序にて、我が国におけるブリデルに関する唯一の先行研究として、松本暉雄「身分法学者ルイ・ブリデルのフェミニズムー『女性と権利』を中心としてー」（『法学論集』第9巻第2号、昭和35年）を紹介したが、題名からも伺えるように、この論説の内容は主に、女権拡張論者ブリデルの思想に焦点をあてたものである。上記の論文でも、ブリデルの人物に関する記述が若干において見られるものの、情報量としては非常に少なく、また誤りも多々見られる。従って、ブリデルの経歴を改めて検証する必要があるだろう。

² 本稿・序の注(53)の時代区分に従い、明治21(1888)年以前に来日したお雇い外国人は「明治前期お雇い外国人」、それ以降に来日した者は「明治後期お雇い外国人」とする。

また、法学領域における「明治前期お雇い外国人」のなかで、1970年以降に研究がなされている人物としては、ボアソナード(大久保泰甫、向井健、村上一博、野田良之、堀内節、中村哲、西堀昭、梅溪昇、田中竜麿などによる研究)、ロエスエル(堅田剛、鈴木安蔵、ヨハネス・ジームスなどによる研究)、デュ・ブスケ(手塚豊、梅溪昇などによる研究)、ブスケ(手塚豊、向井健、堀内節、野田良之、西堀昭、福島正夫などによる研究)、アッペール(手塚豊、西堀昭、加藤隆、大淵利男などによる研究)、モッセ(石井紫郎、小笠原正などによる研究)がある。その他にも、パテルノストロ(森征一、梅溪昇などによる研究)、カークード(手塚豊による研究)、ヒル(手塚豊、堀内節などによる研究)、ジュスラン(池田真朗による研究)、ラパール(森征一による研究)、ド・リブロール(西堀昭による研究)が挙げられる。

³ 梅溪昇『お雇い外国人』日本経済新聞社、昭和40年、211頁。関連文は以下の通り。
「『お雇い外国人時代』の盛期は(...)ほぼ明治二十年前後までである。それ以後は衰退期に入り明治三十年前後、十九世紀末において、歴史的な意義をほとんど失ったといえよう。」

⁴ 明治後期のお雇い外国人の研究としては、ミシェル・ルヴオン(M.Revon)、ジョン・ヘンリー・ウィグモア(J.H.Wigmore)を中心に、イポリト・オーガスト・ルヴィヨ(H.A.Revilliod)、アレクサンダー・チゾン(A.Tison)、テオドール・シュテルンベルグ(T.Sternberg)を取り上げたものがあるにすぎない。

ルヴオンに関する研究論文としては、畠中敏郎『ミッシェル・ルヴオン』と『日本文芸抄』(『大阪外国語大学学報』第2号、1963年)、中村光夫「ミシェル・ルヴオン」(『図書』第209号、1967年)、勝本正晃「ルヴオン先生と日本文学」(『図書』第210号、1967年)、同『枕辺散語』(創文社、1975年)、西堀昭「帝国大学法科大学外人教師兼司法省名誉法律顧問ミッシェル・ジョセフ・ルヴオンについて」(手塚豊編著『近代日本史の新研究I』北樹出版、1981年)、島本昌一「仏文雑誌とミシェル・ルヴオンーRevue française du JaponとM.Revon」(『研究と評論』第40号、1988年)、島本昌一「ルヴオン」(法政大学大学史資料委員会編『法律学の夜明けと法政大学』1993

年)が挙げられる。

ウィグモアに関する論文としては、大日本文明協会『明治文化発祥記念誌』(1924年)、神戸寅次郎「教授としてのウィグモア博士」(『三田評論』第454号、1925年)、鈴木治郎「ウィグモア博士に関する感想」(『三田評論』第454号、1925年)、小泉信三「ウィグモア博士を迎へて」(『三田評論』第454号、1925年)、高柳賢三「ウィグモア先生について—人格と学識と事業」(『法律時報』第7巻第6号、1925年)、手塚豊「ウィグモア博士」(『慶応義塾大学新聞』第194号、1947年)、平良「ジョン・ヘンリー・ウィグモア(近代思想をめぐる人々)」(『綜合法学』第28号、1950年)、東井金平「シモンズとウィグモアの日本の土地制度および地方農村制度論」(『農業総合研究』第9巻第1号、1967年)、高柳賢三「法の知恵『東と西』—ウィグモア先生のすぐれた貢献」(『アメリカ法』第1967巻第2号、1967年)、鈴木一郎「徳川時代法制資料集(英文)をめぐる」(『国際文化』第174号、1968年)向井健「J. H. ウィグモア博士のことども」(『三田評論』第586号、1970年)、幸田成友「ジョン・ヘンリー・ウィグモア教授」(『幸田成友著作集六』中央公論社、1972年)、松本康正「東京専門学校で教えた一六人の外国人講師たち」(『早稲田大学史紀要』第10号、1977年)、高柳賢三「ウィグモア先生の人格と業績」(帝国大学新聞社編『文化と大学』)、向井健「ウィグモア先生を憶う」(『三色旗』第381号、1980年)、同「今日の法律家 J.H.ウィグモア」(『法学セミナー』第300—301号、1981年)、山田好司「ウィグモアと旧司法省編纂近世法制史料」(『法の支配』第56号、1983年)鈴木一郎『徳川法制資料集』の英譯と J.H.ウィグモア(『UP』第175号、1988年)、山田道郎「ウィグモア証明論序説」(『法律論叢』第63巻第1号、1990年)、宮島里史「ウィグモア先生：アメリカ法学界の一碩学の歩みに見る、法律家の姿と法へのアプロウチ(ポール・キャリントン先生講演)」(『桐蔭法学』第1巻第1号、1994年)、岩谷十郎「ウィグモアの法律学校—明治中期—アメリカ人法律家の試み—」(『法学研究』第69巻第1号、1996年)、同「ジョン・ヘンリー・ウィグモアの残した二つの契約書—『日本関連文書』の構造とその研究—」(『近代日本研究』第13号、1997年)、同「ウィグモア宛ボアソナード書簡—四通の解題的研究：民法典論争と二人の外国人法律家」(『法学研究』第73巻第11号、2000年)、同「ノース・ウェスタン大学大学史資料室所蔵 ジョン・ヘンリー・ウィグモア文書」(『東京大学大学史史料室ニュース』第24号、2001年)、滝沢昌彦「証書による証明と意思表示理論—ウィグモアの証拠論を契機に」(『一橋法学』第1巻第1号、2002年)、岩谷十郎「福澤諭吉とジョン・ヘンリー・ウィグモア—法律専門教育をめぐる二つのヴィジョン」(安西敏三・岩谷十郎・森征一編著『福澤諭吉の法思想 視座・実践・影響』、慶應義塾大学出版会、2002年)、同「書簡に見る福澤人物誌(13) シモンズ・ウィグモア・福澤—旧時代の法制度を見る視点」(『三田評論』第1079号、2005年)、同「ジョン・ヘンリー・ウィグモアにおける日本法研究の端緒—民事慣例類集の英訳者・牛場徹郎関係資料紹介」(『近代日本研究』第24号、2007年)が挙げられる。

ルヴィヨに関しては、西堀昭「ルヴィーヨとアリヴェ」(法政大学大学史史料委員会前掲『法律学の夜明けと法政大学』)が挙げられる。

チゾンに関しては、上掲『明治文化発祥記念誌』や『Who was who in America?』で紹介されている他、松本康正「東京専門学校で教えた十六人の外国人講師たち」(『早稲田大学史紀要』第10号、1977年)がある。

シュテルンベルグに関するものは、「テオドール・シュテルンベルヒ氏 Theodor Sternberh の略伝」(『日本学士院紀要』第8巻第1号、1950年)、田中耕太郎「シュテルンベルヒ先生の思い出—二十紀のファウスト博士—」(『文芸春秋』第37巻第10

号、1959年)、川島武宣『ある法学者の軌跡』(有斐閣、1978年)がある。

⁵ Leo Neuhaus, "Das Eugen Huber Archiv im Bundesarchiv in Bern", in: *Schweizerische Juristen Zeitung*, 15.12.1957, S.374ff.

また我妻榮「スイス民法五十年」(『ジュリスト』第156巻、1958年)24頁以下にも、ノイハウスによって記された上記論文の紹介があり、滞日中のブリデルとフーバーの間に交流があったことが記されている。

⁶ "Lettre du 16.12.1907 de L.Bridel" (carte postale), "Lettre de Tokyo de L.Bridel du 18.11.1910".

⁷ "Lettre du 6.12.1907 de Louis Bridel de Genève".

⁸ Louis Bridel, "le code civil suisse au Japon", in: *Gazette de Lausanne*, 20. Janvier. 1912.

⁹ ブリデルの経歴を掲載している文献としては、武内博編著『来日西洋人名事典』(日外アソシエーツ、1983年)336頁、稲村徹元他編『大正過去帳』(東京美術、1973年)13頁、S.Kurita, "Who's who in Japan?", *Who's who in Japan office*, 1913, p13ff、上田正昭監修『日本人名大辞典』(講談社、2001年)1658頁、「明治文化に寄興せる歐米人の略歴」(前掲『明治文化発祥記念誌』1924年)33頁、「ルイ・ブリデル教師の逝去」(『法学協会雑誌』第31巻第4号161頁以下)、野田良之「日仏法学交流の回顧と展望」(『日仏法学』、日仏法学会、1972年)31頁などがある。

¹⁰ 「ブリデル履歴書」(『傭外国人教師・講師履歴書』東京大学総合図書館蔵)なお、仏語の履歴書(オリジナル)の内容は以下の通りである。

Louis Bridel. Né à Paris, 6 juillet 1852. De nationalité suisse : Genève et Moudon (Canton de Vaud). – Son père : pasteur protestant, à Paris puis à Lausanne, † 1866. Sa mère : de Frankfurt s/m. (Allemagne), † 1878.

Premières études au "Collège Galliard" à Lausanne. Elève du gymnase de Tubingue (Wurtemberg) de 1867 à 1869. Etudiant à l'Académie (maintenant Université) de Lausanne, dont bachelier-ès-lettres en 1870, licencié-en-droit en 1879 (dissertation imprimée sur "La puissance maritale".)

Fin 1887, nommé professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève : "Introduction au droit civil" et "Législation civile comparée". Doyen (c.à.d. président) de la dite Faculté de 1895 à 1897.

Député au Grand Conseil (corps législatif) de Genève, de 1895 à 1898.

C'est essentiellement à son initiative que sont dues les trois lois suivantes, en vigueur dans le Canton de Genève : Loi du 7 novembre 1874, garantissant à la femme mariée la libre disposition du produit de son travail personnel ; - Loi du 5 juin 1897, d'après laquelle les femmes, aussi bien que les hommes, peuvent fonctionner comme témoins dans tous les actes publics et privés (actes de l'état civil, testaments, etc.) ; - Loi du 5 juillet 1897, en vertu de laquelle toute personne, sans distinction de sexe, peut être appelée aux fonctions de tuteur, curateur, etc., ainsi qu'à faire partie d'un conseil de famille.

Directeur de la "Revue de morale sociale", fondée en 1899, - revue internationale, paraissant à Genève, consacrée à l'étude des questions concernant les relations morales et sociales entre les sexes.

Membre de la "Société des juristes suisses", de la "Société de législation comparée" de Paris et de la "Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschafts lehre" de Berlin.

Principales publications : "La femme et le droit. Etude historique sur la

condition des femmes”(Lausanne, Paris, 1884) ; - “Le droit des femmes et le mariage. Etudes critiques de législation comparée”(Paris,1893). Traduction espagnole,(Madrid,1894). Traduction polonaise, (Varsovie,1895) ; -“Mélanges féministes. Questions de droit et de sociologie”(Paris,1897)

En 1900, appelé comme Prof. à la “Fac. de droit de l’université impériale de Tokio.”

Louis Bridel, Tokio, 25 oct.1900.

¹¹ 松本教授は、論文「身分法学者ルイ・ブリデルのフェミニズムー「女性と権利」を中心としてー」の中で、ブリデルの父親の名前を「レオン」としている。しかしこれは誤りであると考え。彼の父の名が本文中のものであることは、“Bridel”, in : *Recueil de Généalogies Vaudoises*, Tome I^{er}, Société vaudoise de Généalogie, Lausanne, 1923, p.665 からも確認することが出来る。

¹² *Recueil de Généalogies Vaudoises*,op.cit.,p.665.

¹³ *Recueil de Généalogies Vaudoises*,op.cit.,p.661.

¹⁴ 松本前掲「身分法学者ルイ・ブリデルのフェミニズムー「女性と権利」を中心としてー」146 頁。しかし松本論文にはその資料的根拠が記されていない。

¹⁵ 前掲「ルイ・ブリデル教師の逝去」163 頁。

¹⁶ 松本前掲「身分法学者ルイ・ブリデルのフェミニズム」149 頁。これに関しても参考文献が記されていない。

¹⁷ 前掲「ルイ・ブリデル教師の逝去」161 頁。

¹⁸ *Histoire de Université de Genève L’Académie et l’université au XIXe siècle ANNEXES*,Genève Georg&co.Libraires de l’université,1934,p42-43.には、19 世紀後半におけるジュネーヴ大学法科大学の講座科目と担当者名が記載されている。ブリデルの講じた「Pandectes」は「Droit Roman (ローマ法)」の講座の一科目として位置づけられている。従って、著者はこの Pandectes を「学説彙纂」と理解した。

¹⁹ *Histoire de Université de Genève, L’Académie et l’université au XIXe siècle*, op.cit.,p.508.

²⁰ *Histoire de Université de Genève, L’Académie et l’université au XIXe siècle*, op.cit., p508 ; *Université de Genève, Faculté de Droit de 1872 à 1896 /1896 à 1914*, p.158.

また『法学協会雑誌』第 18 巻第 10 号 897 頁に掲載されている「獨・墺・瑞各法科大学講座一覧」の「ジュネーヴ大学」の項目によると、ブリデルの講義内容は、民法總論、物権、債務法總則、無遺囑相續、遺囑相續、證據、時効（仏蘭西民法）が毎週 5 時間、比較私法ー法定相續が毎週 2 時間、獨乙民法親族法ー婚姻、親子、後見（仏蘭西民法及瑞西民法草案對照）が毎週 3 時間であった。しかし、ジュネーヴ大学史に掲載されている担当教科が一番信頼性が高いため、それを採用する。

²¹ “La Patrie Suisse No510” : in “Louis Bridel Professeur du droit décédé le 23 mars 1913” in : *BIOGRAPHIES GENEVOISES 68-1913-* (Bibliothèque publique et universitaire, Genève) これらの史料は、おそらくスイスの新聞や雑誌等でブリデルの死亡の際に掲載された幾つもの関連記事が切り取られ、それらがひとつの史料としてまとめられたものである。残念なことに、各関連記事の掲載元及びページ数が全く記されていないため、以下引用及び注として挙げるときも具体的な箇所を提示することが出来ない。

²² *Université de Genève, Faculté de Droit de 1872 à 1896 /1896 à 1914*,op.cit., p.159.

「婚姻の効果」部分に関する条文の起草に、ブリデルがどの程度係わり合いを持っていたかは定かではない。『法学教会雑誌』には、ブリデルは、スイス民法第一草案の「審査委員」として活躍したと記述されている。同じく、“La Patrie Suisse No.510”の幾つかの記事には「フーバーやシュライベルと共に招聘された」、また、同史料中の別記事である“Jornal de Genève 19 mars 1913”では、「1893年ブリデルはフーバー、シュライベルと共に、スイス民法の婚姻の効力部分についての審査を行なった」という表現で記されている。一方、スイス法律家協会において民法第一草案についての報告をしている形跡はなく、また委員として彼の名前が挙げられた史料は、管見の限りにおいては存在しないため、ブリデルが委員であったことの確証を得ることは出来ない。本文に記した通り、Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge Dreizehnter Band, Basel, 1894, S.711に、「スイスにおける夫婦財産制の立法の根拠 (Die Grundlagen einer schweizerischen Gesetzgebung über das eheliche Güterrecht)」に関するブリデルの発言が掲載されているが、これもいかなる立場からのものかは不明である。彼は起草に直接関わったわけではなく、その領域の専門家として、意見を求められたにすぎないということも考えられる。しかし、Université de Genève, Faculté de Droit de 1872 à 1896 / 1896 à 1914, op.cit., p.158によると、スイス民法典第一草案の婚姻の効果に関する部分の仏訳をしていることから、ブリデルがスイス民法典の起草に多少の関わりを持っていたことは否定出来ない。

²³ Mémorial des séances du GRAND CONSEIL Tome I, contenant les numéros 1 à 22, Genève, 1896, p.24, “Louis Bridel Professeur du droit décédé le 23 mars 1913” op.cit.

²⁴ ブリデルの経歴の邦訳（文中の引用）と、これと同じく「東京大学雇外国人教師関係書類・講師履歴書」に保存されていたブリデル本人の原文との間には、多少のずれがみられる。ブリデル主筆による原文の該当部分を挙げ、各部分に対して著者の訳を添えることとする。

①Loi du 7 novembre 1894, garantissant à la femme mariée la libre disposition du produit de son travail personnel (既婚女性の、個人による労働の結果の自由な処分を認める、1894年11月7日の法律)

②Loi du 5 juin 1877, d’après laquelle les femmes, aussi bien que les hommes, peuvent fonctionner comme témoins dans tous les actes publics et privés (actes de l’état civil, testaments, etc) (1877年6月5日の法律 これによって、女性は男性と同様に、すべての公的・私的な証書（戸籍謄本、遺言等）において、証人として機能することが可能である。)

③Loi du 5 juillet 1897, en vertu de laquelle toute personne, sans distinction de sexe, peut être appelée aux fonctions de tuteur [garant?] etc., ainsi qu’à faire partie d’un conseil de famille. (1897年7月5日の法律 これに従って、すべての人は、性の差別なしに、後見人や〔保証人?〕といった役割を果たすことが、そして家族会議の当事者になることが約束された。)

²⁵ 「講師履歴書」による経歴では「比較法制学協会」となっているが、これは、「1869年、世界ではじめて『異なった国々の法律の研究および立法の種々の部門改善の実際的手段の探求を目的とする』（五十嵐清『比較法入門』（改訂版）（日本評論社、1972年）42頁）「比較立法協会」のことである。また「比較立法協会」については、Yoshiyuki NODA, Gustave Boissonade, comparatiste ignoré, in : Problèmes contemporains de Droit Comparé, Tome II, Institut japonais de droit comparé, Université CHUO, Tokio, p.231-256 及び大木雅夫「サレイユとダビッドー現代比較法学の岐路ー」（『上

智法学論集』第30巻第2・3号合併号、1987年）85-113頁）も参照のこと。ブリデルは遅くとも、1896-97年の間に同協会のメンバーとして登録をしていることがわかっている。また、彼は1900年以降には、日本からの会員として登録している。1896年以降の日本のメンバーとして、梅謙次郎、富井政章、水町袈裟六、司法省御雇外人カーワード（W.Kirkwood 1896-98）、ブリデルの前任のルヴォン（1896-1900）等が挙げられる。（LISTE DES MEMBRES de la société des Législation comparée in BULETTIN de la société des Législation comparée, Paris, 1897-1901）

²⁶ 1902年時点でブリデルがこの学会に所属していたことは、Jahrbuch der Internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre, Berlin, 1902, S.1370.に記されている。この年鑑によると、1902年の時点で、在日の会員は彼を含め21名であり、その中には、穂積陳重、春木一郎、岡松参太郎、杉山直治郎、レーンホルム等の名がある。

²⁷ 引用した経歴に記されているように、この著作には、スペイン語訳（1895年マドリッド出版）とポルトガル語訳（1895年ワルシャワ出版）がある。

²⁸ 著書の他に、ブリデルによって書かれた雑誌等の記事を以下に挙げておく。

Les sciences sociales et leur méthode ; l'enseignement supérieur à Lausanne et en Suisse (à propos du legs de Rumine) ; la condition des femmes, en droit comparé ; la question des mœurs et la réglementation; les deux morales (homme et femme) ; le futur droit matrimonial suisse (1885-1896) (who's who in Japan? P.14.)

²⁹ ブリデルは、性病予防法下での公娼制度の反対運動に尽力したジョセフィン・バトラー（J.Butler 1828-1906）の国際娼娼連盟支部（本部ブリュッセル。本文履歴書には「万国娼娼同盟会」となっている。）で、1891年から1895年までの間、代表を務めた。バトラーについては、竹村和子監修『世界女性人名大辞典』（マクミラン版/アグロウ編纂、国書刊行会、2005年）326頁、河村貞江「バトラー、ジョセフィン」（『世界大百科事典22』平凡社、1988年）666頁、世界女性人名辞典編集委員会編『世界女性人名事典』（日外アソシエーツ、2004年）527頁を参照。ブリデルの国際娼娼連盟における活動については、前掲の“Louis Bridel Professeur de droit décédé le 23 mars”の各記事に記載されている。

³⁰ 田中阿歌麿「ブリデル先生とモーレー先生の思出」（前掲『明治文化発祥記念誌』133頁、及び前掲「ルイ・ブリデル教師の逝去」、161頁。

³¹ 『明治法学』第14号（明治33年）72頁。

ルヴォンの満期解雇後の明治32年7月以降には、デュモラル（Henri Dumorard）の名前が見える（『東京大学百年史部局史一』東京大学出版会、1986年、90頁）。この人物については、パリ大学法学部教授という経歴をもった人物であることのみがわかっている（野田前掲「日仏法学交流の回顧と展望」30頁）。大学関連の資料には、彼のその後の雇用状況については一切報告がなく、翌年秋にブリデルが就任している。

³² 1900年5月2日付「富井政章よりブリデル宛」書簡（仏文）の冒頭に「私（富井）は2月11日にあなた〔ブリデル〕からの手紙と3つの添付書類を受け取りました」と書かれていることから、両者間の雇用交渉は遅くともブリデル来日の約半年前にあたる、明治33年2月以前から行なわれていたことがわかる。

³³ 明治33年4月6日付「（東京帝國大学）総長より文部大臣宛」書簡。

³⁴ 明治33年4月23日付「文部大臣伯爵樺山資紀より東京帝國大學宛」書簡「四月十三日付伺其學法科大學仏蘭西法律教師トシテ瑞西國ジェ子バ大學教授ルイ・ブリデルノ招傭ノ件許可ス」なお、当書簡については、本稿巻末【資料3】にオリジナルを掲載している。

35 前掲 1900 年 5 月 2 日付「富井政章よりブリデル宛」書簡。

36 明治 33 年 5 月 3 日付「総長菊池大麓より牧野公使宛」書簡。

以下に、ブリデルと東京帝国大学の間で交わされた契約書の原案と思われる文書（「東京大学傭外国人教師関係書類・講師履歴書」所収）を掲げる。この文書では、契約者の氏名・国籍等の箇所が空白になっている。このことは当該の文書が、東京帝国大学における外国人教師雇用契約の際に使用されていた契約書の雛型であったことを示している。以下の引用では、原史料上の空欄部分はそのままとし、それぞれを〔A〕～〔C〕で示した。ブリデルの場合、〔A〕は牧野を、〔B〕は瑞西を、そして〔C〕は当事者のブリデルの名前が記載されたと思われる。また傍線部分は雛形に付記された記述である。

條約

日本特命全權公使〔A〕君ノ代表セル日本帝國政府第一方ニ在リ〔B〕國人〔C〕君第二方ニ在リテ締結セル條約左ノ如シ

第一條

一 前文〔C〕君ヲ三ヶ年間法科大學仏蘭西法ノ教師ニ任ス而シテ其期限ハ同氏ノ東京到着ヲ東京帝國大學總長ニ報告シタル翌日ヨリ起算ス

第二條

一 前文〔C〕君ハ日本來航ノトキ來航旅費トシテ金九百七拾五円ヲ受取ルヘシ

第三條

一 前文〔C〕君ハ月俸ハ全六百貳拾五円ト定メ毎月末ニ於テ相渡スヘシ但一ヶ月未滿ナルトキハ日割ヲ以テ給料相渡スヘシ

第四條

一 前文〔C〕君ヘ在職中家具ナキ家屋一字ヲ無賃ニテ貸附スヘシ或ハ東京帝國大學ノ都合ニ依リ家屋ヲ貸附セス宿料トシテ一ヶ月全四拾円ヲ渡スコトアルヘシ尤一ヶ月未滿ナルトキハ日割ヲ以テ宿料相渡スヘシ但家屋ヲ貸附スルトキハ東京帝國大學ニ於テ相當ノ修理ヲ加フヘシト雖モ前文〔C〕君ノ請求ニ依リ家屋ノ模様替或ハ建増ヲ為サハルヘシ

第五條

一 授業ノ時間及其順序ヲ定ムルノ權ハ東京帝國大學總長ニ在ルヘシ尤授業時間ハ決シテ一日四時間ヲ超ユヘカラス且日曜日ニ於テハ全ク之ヲ廢ス

第六條

一 前文〔C〕君ハ教導上尋常ノ事項ハ都テ法科大學長ノ指示ヲ受クベシ

第七條

一 前文〔C〕君自己ノ學科ニ就テ意見ヲ述ヘント欲スルコトアルトキハ遠慮ナク之ヲ東京帝國大學總長ニ申出ルヲ得ヘシト雖モ其決定ノ權ハ常ニ同總長ニ存ス

第八條

一 前文〔C〕君若シ東京帝國大學ノ諸規則ニ戻ルコトアルトキハ此條約ヲ廢スヘシ

第九條

一 前文〔C〕君若シ疾病其他自己ノカノ及ハサル事件ニ由リ業ヲ廢スルコト引續キ四十日ヲ過クルノ後ハ其廢業ノ間ハ給料ヲ半減スヘシ而シテ其廢業ノ時ヨリ三ヶ月ヲ経ルモ猶ホ其職ヲ奉スルコト能ハサルトキハ此條約ヲ廢スヘシ

第十條

一 前文〔C〕君自己ノ都合ニヨリ條約期限前ニ解約セント欲スルコトアルトキハ少

ナクモ八ヶ月前ニ其旨ヲ東京帝國大學總長ニ申出サルヘカラス然ルトキハ同總長ハ直ニ之ヲ承諾スヘシ

第十一條

一 東京帝國大學ノ都合ニ依リ此條約期限前ニ前文〔C〕君ノ職ヲ罷メント欲スルコトアルトキハ殘期ノ給料ノ二分ノ一ヲ給スレハ乃チ其職ヲ罷ムルコトヲ得ヘシ

第十二條

一 前文〔C〕君満期ニテ其雇ヲ繼カレサルトキ及此條約中第九條第十一條ノ旨趣ニ因リ其職ヲ罷ムルトキハ歸國旅費トシテ金九百七拾五円ヲ受取ルヘシ其他ノ條款ノ旨趣ニ因リ其職ヲ罷ムルトキハ右旅費ヲ受取ルノ權ヲ有セス

右契約ノ證トシテ此條約書ニ通ヲ作り雙方一通ヲ所持スヘキ事

³⁷ 明治 33 年 7 月 10 日付「特命全權公使牧野伸顯より東京帝国大学総長菊池大麓宛」書簡。

³⁸ 明治 33 年 8 月 24 日付「文部省総務局人事課長樺山資紀より東京帝國大學總長菊池大麓宛」書簡「貴學法科大學仏蘭西法律教師招傭ノ儀ニ関シ裏ニ外務大臣照會相或候處今般在壘國牧野公使ニ於テ瑞西國『ジェ子バ』大學教授ルイ・ブリデルト傭入契約書取換シ済ノ趣ヲ以テ別紙契約書壹通同大臣ヨリ回送候ニ付及郵送候条御査取有之度候也」。

³⁹ 明治 33 年 5 月 3 日付「東京帝國大學總長菊池大麓より牧野公使宛」書簡「本学法科大學ニ於テ仏蘭西法教師ヲ一名入用ニヨリ瑞西國ジェ子バ大學教授、ブリデルヲ招傭為サルコト存(...) 就テハ条約締結ノ上ハ逆み換シ以テ来航旅費金九百七拾五円ヲ里昂横濱正金銀行支店ニ於テ支払 (...)」。

また、牧野公使より契約締結の通告が届き次第、東京帝国大学は旅費を為替にし、リヨンへ送付するとブリデルに伝達していたこともわかっている(1900 年 5 月 2 日付「東京帝國大學總長よりブリデル宛書簡」)。

⁴⁰ 明治 33 年 10 月 16 日付「総長より宛先不明」書簡「乾第五三九号 法科大學仏蘭西法教師 瑞西國人 ルイ・ブリデル 右ハ本月十六日ニ帰京 (...)」

当初ブリデルは家族をスイスに残してきた(前掲『明治法学』第 14 号、73 頁)。ブリデル—フーバー間の書簡によると、明治 40 (1907) 年 5 月の時点では、家族はスイスに残っている。そして翌 1908 年 8 月 6 日の書簡では、娘は日本に住んでいることが記されている。同書簡にはまた、夫人が今秋か来春に来ることを心待ちにしているとのことも記されている。夫人は遅くとも 1910 年 7 月までには来日している。

⁴¹ 明治 33 年 11 月 2 日付「文部省総務局人事課長松野茂助より東京帝國大學總長理学博士菊池大麓宛」書簡「東京帝國大學法科大學教師 ルイ・ブリデル (改行) 右ハ自今高等官五等次上ノ奏任ニ準ジ身分取扱ノ義協定相或候條此殿及通謀候也」。

⁴² 明治 33 年 12 月 1 日調「文部省総務局人事課 傭外国人表」

「本籍國名：瑞西 勲等及氏名：ルイ・ブリデル 待遇：奏任 學位稱號：Licencié en droit (Lausanne) Professeur à l'université de Genève 擔任學科：仏蘭西法 月給：六百二十五圓 歸國旅費：九百七十五圓 傭期：明治三十三年十月十七日ヨリ全三十六年十月十六日マデ」。

⁴³ Université de Genève, Faculté de Droit de 1872 à 1896 / 1896 à 1914, op. cit., p. 149.

⁴⁴ 月俸に関しては、前掲「傭外国人表」を参照。年俸に関しては、前掲『東京大学百年史部局史一』98 頁を参照。当時の国会議員年俸 800 円、東京府知事年俸 4000 円、東京帝国大学総長年俸 4000 円と比較してみても、かなりの高額だったことがわかるだろう。

45 米国人。前ハーバード大学助手。明治 32 年 9 月に東京帝国大学法科大学教師に着任し、明治 37 年箱根にて死去する。

46 明治 34 年 4 月 25 日付「東京帝國大學法科大学より東京帝国大学宛」書簡「本學外國教師チャールズ・サムナー・グリフィン、本日十九日大學構内十一番館居住ルイ・ブリデル方へ同居致候ニ付此段及上申候也」。

なお、ルードヴッヒ・リース (L. Riess 明治 20 年から明治 35 年まで在職していた東京帝国大学文科大学史学教師) の娘、加藤政子の回顧録 (金井圓、吉見周子編著『我が父はお雇い外国人』(合同出版、1978 年)) によると、ブリデルの住んでいた教師館 11 番館は、本郷 3 丁目寄りの (大学) 門の外にあることがわかる。

また、ブリデルフーパー間の書簡より、ブリデルは、明治 41 (1908) 年 5 月 15 日の時点では、まだ、この教師館に住んでいたことが明らかになっている。しかし 2 ヶ月後の 8 月 6 日の書簡には、新しい住所として「小石川区高田老松町五十九番地」が伝えられていることから、この間に、新居に引越したと考えられる。ちなみにこの 1908 年 8 月 6 日の書簡によれば、その時点で娘は既に来日しており、夫人もじきに来ることになっていた (前注 (40) を参照のこと)。つまり、スイスにいた家族と共に住むために、住居を移転したことがここから知ることが出来る。なお、ブリデルの新居の土地の所有者は、リヒャルト・ハイゼ (R. Heise) であることがわかっている (地図資料編纂会『地籍台帳・地籍地図 [東京] 第 3 巻』1989 年、132 頁)。ハイゼは、ドイツ出身のお雇い外国人で、明治 35 (1902) 年、東京高等商業学校獨逸語教師に聘せられ、学習院や慶應義塾でもドイツ語を講じていた。二者間の関係については不明である。

47 明治 36 年 4 月 23 日付「総長より文部大臣」宛書簡。

48 総長山川健次郎とブリデルとの間に交わされた契約は以下の通りである。

「東京帝國大學総長理學博士山川健次郎君ト瑞西國人ルイ・ブリデル君トノ間ニ締結スル條約左ノ如シ前文ブリデル君ヲ雇滿期ノ後更ニ現行條約即チ千九百年七月二日付條約ト 同一ノ條件ヲ以テ明治三十六年十月十七日 (千九百三年十月十七日) ヨリ明治四十二年十月十六日 (千九百九年十月十六日) 迄六ヶ年間月俸金六百七拾五円ヲ以テ法科大学仏蘭西法律教師トシテ其雇ヲ継クヘキ事

明治三十六年十月 日 (千九百三年十月 日)

東京ニ於テ 東京帝國大學総長理學博士 山川健次郎

瑞西國人 』

この契約書 (條約書) は、明治 36 年 10 月 7 日付「総長より文部大臣宛」書簡に「別紙」という形で添付されていたものである。著者が入手した史料には、契約日及びブリデルのサインの箇所が空白になっている。おそらくこれは、直接取り交わされた契約書ではなく、その控えだった可能性が高い。

49 Université de Genève, Faculté de Droit de 1872 à 1896 / 1896 à 1914, op.cit., p.149.

また、ブリデルのジュネーヴ大学辞職の件に関して、東京帝国大学法科大学学長穂積陳重は、総長山川健次郎に、明治 36 年 9 月 10 日付「東京帝國大學法科大学長法學博士穂積陳重より東京帝國大學総長理學博士山川健次郎宛」書簡にて、「本學備教師ルイ・ブリデル儀今般瑞西國ジュネーヴ大學教授ノ職ヲ免セラレ更ニ同大學名譽教授ノ称号ヲ授典セラレタル (...)」と報告している。

その後、大正 3 (1913) 年、ブリデルが亡くなる 5 日前に、スイス・ジュネーヴ大学では偶然にも、ブリデルに名誉法學博士 (Doctor en droit honoris causa) の称号を附与することが全員一致でもって決定されていた。その書状は、ブリデル死後、ブリ

デル亡き邸宅に届いたそうである（『法学協会雑誌』第31巻第5号、177頁）。

⁵⁰ 1907年5月9日付「ブリデルより東京帝国大學総長濱尾新宛」書簡（仏文）。

この書簡の中で、ブリデルは、一時帰国の理由として「7年もの間会っていない私の家族をおとずれたい」と記している。また、彼の一時帰国に関しては、1907年5月9日付「東京帝国大學総長濱尾新よりブリデル宛」書簡（英文）、明治40年5月10日付「総長より文部大臣宛」書簡、明治40年5月21日付「文部大臣牧野伸顕より東京帝国大學総長宛」書簡、日付不明「法科大学教師ルイ・ブリデルより総長濱尾新宛」書簡（仏文）、明治40年7月21日付「総長より文部大臣宛」書簡、明治41年1月16日付「総長より文部大臣宛」書簡にも記載がある。

しかし帰国の理由は「家族に会うため」だけではないと筆者は考えている。つまり、1907年という年は、スイス民法にとっては最も重要な年であり、12月10日に議会で全員一致の採択をうけ、同民法の制定が決定されることになっていた。従って、ブリデルは、スイス民法制定の瞬間をこの目で見届けたいという思いで、この時期の帰国を選んだと推測する。

⁵¹ 関連書簡として、1907年5月9日付「東京帝国大學総長濱尾新よりブリデル宛」書簡（英文）、前掲明治40年5月10日付「総長より文部大臣宛」書簡、前掲明治40年5月21日付「文部大臣牧野伸顕より東京帝国大學総長宛」書簡が挙げられる。

⁵² 明治40年6月17日付「総長より文部大臣宛」書簡、明治40年6月29日付「文部省官房秘書課長赤園應一郎より東京帝国大學総長濱尾新宛」書簡、明治40年6月29日「総長より宛先不明」書簡を参照のこと。

⁵³ 総長浜尾新とブリデルの間に交わされた契約は次の通りである。

「東京帝國大學総長男爵濱尾新君ト瑞西國人ルイ・ブリデル君トノ間ニ於テ締結スル條約左ノ如シ前文ブリデル君ヲ雇滿期ノ後更ニ現行條約即チ千九百年七月二日附條約及明治四十一年三月三十一日附條約ト同一ノ條件ヲ以テ明治四十二年十月十七日（千九百九年十月十七日）ヨリ明治四十六年十月十六日（千九百十三年十月十六日）迄四年間月俸金六百七拾五円ヲ以テ法科大学仏蘭西法律教師トシテ其雇ヲ繼クヘキ事

明治四十二年七月 日（千九百九年七月 日）

東京ニ於テ 東京帝國大學総長男爵 濱尾新
瑞西國人

この契約については、明治42年7月15日付「総長より文部大臣宛」書簡にて、「法科大学教師 ルイ・ブリデル（改行）右ハ本年十月十六日雇滿期ノ為更ニ別紙條訳書拙ニ依リ本年十月十七日ヨリ向四ヶ年間雇繼(...)」と報告がなされ、その後、同省から許可され、正式に傭繼が成立した。関係文書として、明治42年8月2日付「文部大臣小笠原善太郎より東京帝國大學総長」書簡「本年七月十七日付乾第四一〇号伺法科大学教師ルイ・ブリデル傭繼ノ件許可ス」を挙げておく。

⁵⁴ 前掲『東京大学百年史部局史一』134頁、及び“Lettre de L. Bridel du 4.7.1910”, “du 18.11.1910”.

これらの書簡によると、レーンホルムが病気になり、一時休暇が必要となったため、その間彼の代講をブリデルが行なった。この代講は、秋の新学期から行なわれている。

またブリデルの代講に関しては、「東京帝國大學総長新よりブリデル宛」書簡（英文）にも述べられている。この書簡の発信日は不明であるが、この書簡に対するブリデルの返事が1911（明治44）年3月30日に書かれていることから、それはこの日付よりも当然に前のことである。また同書簡からは、ブリデルの独逸法講義に対する給与手当についても知ることが出来る。書簡は以下の通り。

Prof. L. Bridel Dear Sir, I highly appreciate your extra lectures on the German Law for the present academic year, and herewith have the pleasure to send you a sum of one thousand yen as consideration for the work. Hoping that you will kindly accept my offer. I remain, Dear Sir, yours sincere faithfully
President-

(邦訳) ブリデル教師 今年度においてあなたが教授して下さったドイツ法の特別講義を私は高く評価しております。(そこで)この仕事に対し喜びを表すとともに、報酬として壱千円をあなたに贈りたいと存じます。喜んでいただければ幸いです。
敬具 総長

⁵⁵ “Lettre de L. Bridel du 4.7.1910”、「ブリデル氏逝去『穂積博士談』(『讀売新聞』大正二年三月廿四日付(月曜日)第一萬二千百九十一號)、前掲「ブリデル教師の逝去」163頁によると、ブリデルは、3回目の契約の満期後、再度契約を更新し、3~4年教鞭を執ったら、スイスに帰国しようと考えていた。

⁵⁶ 1900年5月2日「富井政章よりブリデル宛」書簡。この書簡の原文には「Nous désirons ardemment vous posséder au milieu de nous」という文で記されている。

⁵⁷ Histoire de l'université de Genève l'Académie et l'université au II^e siècle, op. cit., p.534.

⁵⁸ ブリデル招聘の経緯についての仮説として、①ブリデルと富井の個人的関係(松本暉雄による説)、②ルヴォンによる口添え、③Société de législations comparées(比較立法協会)での交流、④ロガンによる口添え等が考えられる。しかしこれらの仮説にはそれぞれ問題性があることもまた否めない。①については、ブリデルと富井が接点をもったという事実関係が明らかになっておらず、松本教授もこの説を証明出来る史料を提示していない。また②で挙げたルヴォンは、来日前にジュネーヴ大学にて民法を講じていたということもあり(本稿・序参照)、ブリデルと面識があったと十分に考えられるが、果たして、ジュネーヴ大学において両者が同時期に教鞭を執っていたのか、そして、当時のお雇い外国人が後任を推薦出来たのかという点に疑問が残る。富井、梅、ブリデルが比較立法協会に所属していたことから、③で提起したように、この協会で富井または梅とブリデルが接点をもった可能性はある。しかしこのような接点をもったという事実を記録している史料は見つかっていない。また、この協会の他のメンバーの仲介により接触が図られた可能性もある。例えば④のごとく、本稿の序で取り上げたエルネスト・ロガンを挙げる事が出来ないだろうか。というのも、ブリデルとロガンは面識があった。ほぼ同時期に同じ大学で同じ専門領域を選択し、ブリデルが死去した際にも、ロガンが彼に追悼文を書いていることから理解出来るだろう。ロガンがブリデルに何等かの働きかけをしたという可能性も僅かながらあり得るのではないだろうか。しかしこれを実証する史料もない。

⁵⁹ 「ブリデル博士の逝去」(『法律新聞』第851號(大正2年3月30日))

⁶⁰ 『法学協会雑誌』第13巻第1号、明治28年、81頁。

ここでいう「スイス法律家大会」とは、本章第二節で記した、スイス法律家協会での夫婦財産制に関する討論会と同一であろうか。

⁶¹ ルイ・ブリデル述木村誠次郎訳「有夫ノ婦ノ無能力」(『明法志叢』第22・23・24號、明法會、明治26-27年)なお、『明法志叢』及び同書の各号の目次・記事内容については、村上一博「明治大学法学部機関紙の沿革(三・完)」(『法律志叢』第76巻第1号、2003年)251頁以下に詳しい。

⁶² また当初、日本人の間では、スイスに対して、さまざまな法律が学べるというイメージがあったように窺える。例えば、民法典起草者梅謙次郎は、弟子である鶴沢総明

に「スイスに留学したらばよかろう。スイスなら、独・英・仏三国の学問に親しむ機会があると思うから」と述べたことからわかるだろう。(平野義太郎＝鶴沢聡明＝布施辰治＝中村哲＝磯野誠一「(座談会) 明治中期における人権擁護と在野法曹」(『法学志林』第49巻第1号、昭和26年)106頁。)

⁶³ Lettre de Tokyo de L.Bridel du 25.12.1908. 当書簡については、本稿巻末【資料4】にオリジナルを掲載している。

⁶⁴ Lettre de Tokyo de L.Bridel du 12.8.1904.

⁶⁵ 手塚晃・国立教育会館編『幕末明治海外渡航者総覧』(柏書房、1992年)365頁の中には、水野の姓をもつ人物が6名挙げられている。そのなかで、ブリデルと接触があったと考えられる者として、①京屋時計店の子息であり、1885年より10年間、スイス(ロツクル)及びフランス(リヨン)に留学した水野太一、②1897年から1年間内務省より「内務行政に関する事項取調」を目的に、ヨーロッパに派遣されている水野錬太郎を挙げることが出来る。しかし後者は、派遣先がスイスであるかどうかはわからない。また、留学期間も1年のみという点からしてもブリデルと接点を持っていた可能性は低い。従って、職は違くとも、ここでブリデルが紹介している水野君は前者の水野太一であるとは考えられないだろうか。水野太一に関しては、平野光雄『明治・東京時計塔記』(明啓社、昭和43年、259頁)及び小島健司『明治の時計』(校倉書房、1988年、229頁)に詳しい。但し、上記『幕末明治海外渡航者総覧』に挙げられている人物以外と接触したという可能性も十分にあり、これはあくまで1つの可能性として提起したにすぎない。

⁶⁶ 明治-昭和時代初期の湖沼学者、田中阿歌麿(1869-1944)のことである。東京都出身。阿歌麿の父、田中不二麿は明治政府にて司法大臣・文部大臣を務めたこともある官僚で、文部大臣に就任する以前は、岩倉使節団の一員として欧州に視察に渡った一人である。父親がイタリアに赴任中の明治17年9月、阿歌麿はスイスに留学する。その際に、ルイ・ブリデル家に滞在した(田中前掲「ブリデル先生とモーレー先生の思い出」132頁)。その後、阿歌麿は、ベルギー・ブリュッセル市立大で地理学を学び、日本に帰国した後は、日本陸水学会を設立し、日本湖沼学の樹立に尽力した。中央大学教授。著作に『諏訪湖の研究』『野尻湖の研究』がある。ブリデルが東京に来てからも個人的に交流があったようである。彼の経歴については、上田前掲『日本人名大辞典』(講談社、2001年)1172頁及び前掲『幕末明治海外渡航者総覧』47頁を参照のこと。

⁶⁷ 野澤武之助(1866-1941)のことである。栃木県出身。明治19年、品川弥太郎ドイツ公使の随行員の一人としてドイツに渡り、明治21年、同国ミュルハイム市立工業学校を卒業。その後、スイス・ジュネーヴ大学法科大学に転じ、同28年、ドクトル・アン・ドロアの学位を受ける。彼の学位論文のタイトルは、『大日本帝国憲法論』(La Constitution du Japon-dissertation présentée à Faculte de droit pour le doctorat, Genève,1895)である。(Histoire de l'Université de Genève, L'Académie et l'université au XIXe siècle ANNEXES,op.cit.,p67)野澤とブリデルの接点もまた、ジュネーヴ大学にあることが明らかになっている。(前掲『明治法学』第14号、73頁)。これについては、愛知大学大川四郎氏による「明治期-日本人留学生の大日本帝国憲法論-野澤武之助(一八六六-一九四一)がジュネーヴ州立大学法学部に提出した博士号請求論文について-」(『愛知大学法学部法経論集』第172号、2006年、1頁以下)(以下大川論文)が詳しい。大川論文によると、野澤は、ジュネーヴ大学法学部に在籍していた際、ブリデル担当の「比較民法」を履修し、記述式と口述式の試験を受けており、「彼[=野澤]とブリデル教授との面識はこの時から始まっていた」(大川論文10

頁以下)。また野澤の博士論文は、法学部長としてのブリデルの名で、公刊許可を受けている(同論文 12 頁)。さらに大川氏は、同博士論文の審査員としてブリデルが関係していたのではないかと指摘している(同論文 12 頁)。

野澤は帰国後、明治法律学校、東京専門学校で講師として国際私法を担当する。著書に『国際私法講義』『セニョボー氏文明史』がある。後述するが、明治法律学校では、ブリデルの講義の通訳もしている。そして明治 31 年には、講師のほか、衆議院議員(第 5 回総選挙で栃木県第 1 区より当選。所属会派は山下倶楽部。)としても活躍するが、その期間は 1 期のみである。また、講師の職にいつまでついていたかは不明である。その後は、韓国統監府や外務省に高等官として勤務した。

野澤の経歴については、前掲の大川論文のほか、前掲『幕末明治海外渡航者総覧』189 頁、富田仁編『海を越えた日本人名事典』(日外アソシエーツ、2005 年、536 頁)、日本図書センター『明治人名事典Ⅱ下巻』(1993 年(第 3 版)、のの 10 頁)、栃木県歴史人物事典編纂委員会『栃木県歴史人物事典』(1995 年、477 頁)、『議会制度百年史 衆議院議員名鑑』(大蔵省印刷局、平成 2 年、489 頁)も参照のこと。また、彼の教歴等については、明治大学広報課歴史編纂資料室編『復刻 成立期明治大学関係者略傳』(歴史編纂資料室報告第 6 集、昭和 49 年)、明治大学広報課歴史編纂資料室編『復刻明治大学創立関係史料集』(歴史編纂資料室報告第 7 集、昭和 50 年)、「明治三十五年十二月改正 明治法律学校校友會員名簿 附校友會規則」(明治大学歴史編纂資料室『校友名簿 自明治三十五年至明治三十七年』出版年不明)、明治學會『明治法學臨時増刊第六五號 明治大學校友會員名簿』(明治 37 年)、『明治法學』第 14~73 號(明治 33~37 年)、明治大学歴史資料事務室編『明治大学学則一覽』(明治 36 年)、『明治大学百年史第一卷資料編 I』(昭和 61 年)、『早稲田學報』第 6~82 號(明治 30~36 年)を参照。

なお、大川氏には、野澤とブリデルの関係に関する、その他の多くの情報の提供を頂いた。ここに謝辞を表す。

⁶⁸ ルイ・ブリデル述「法學の理想」(『明治法學』第 15 號、明治 33 年) 21 頁以下。

⁶⁹ Neuhaus, a.a.O., S. 371.

⁷⁰ Neuhaus, a.a.O., S. 370.

⁷¹ 例えば、ブリデルが 1907 年 5 月 6 日に記した書簡によると、「“公式翻譯”に関して、私は満足をする事が出来ませんでした。そのようなものを、私は自分の生徒達に提供することが出来ません。」として、スイス民法草案のフランス語訳に対する不満を述べた上で、「私は、出来る限り、より正確に〔その翻譯を〕訂正することに取り掛かりました。」として、ブリデル自ら、フランス語訳の訂正作業を行なっている旨を報告している。また、同書簡では、スイス民法草案についても訂正の必要があることをフーバーに指摘しており、住所に関する「第 26 条第 3 項」や、相続権に関する「第 469 条と第 470 条」について、言及しているのが窺える。またフランス語訳を担当したロッセル (Virgile Rossel) に対する批判は、“Lettre de L. Bridel du 4.7.1910”, “Lettre de Tokyo de L. Bridel du 4.4.1912”にもみることが出来る。

⁷² 前掲『東京大学百年史 部局史一』46 頁、『東京大学百年史 資料二』(東京大学出版会、1985 年) 394 頁、『東京大学百年史 資料三』(東京大学出版会、1986 年) 844 頁。

⁷³ 前掲『東京大学百年史部局史一』、91 頁-144 頁、及び『国家学会雑誌』第 19 卷第 8 號(明治 38 年)、同第 25 卷第 8 號(明治 44 年)の「法科大学試験問題」及び「法科大学新學年の講義」欄を参照。ブリデルが第 1 回生から第 4 回生までの仏蘭西法を担当しているが、日本人教師が彼の共同担当者となっていることがある。明治 34 年か

ら明治 36 年までは松岡義正が担当している。担当学年は不明である。明治 36 年から明治 42 年までは牧野英一が、第 1 回生と第 2 回生をブリデルと 2 人で担当している。(但し、牧野に関しては、明治 36 年と明治 42 年に関する担当記録は存在しているが、その間の継続を証明する史料がないため、定かではない。)そしてその後の、明治 43～44 年は、寺尾亨が、同じく第 1 回生と第 2 回生をブリデルとともに担当している。明治 45 年(大正元年)の 2 学期以降は渡辺信が担当している。担当学年は不明である。

なお東京帝国大学では、学年を表す言葉として「回」という言葉を使用している。従って、1 回(生)、2 回(生)というのは、1 学年、2 学年ということである。これについては、『東京大学百年史 通史一』(東京大学出版会、1984 年)の 925 頁以下を参照のこと。

⁷⁴ 注(54)参照。

⁷⁵ 『国家国会雑誌』第 24 巻第 10 号(明治 43 年)146 頁以下に、「法科大学新学年の講義」と題して、9 月より開始する法科大学新学年の授業科目並びにその担当教師の名が掲載されている。それによると、第 1 回試験科目は、仁井田益太郎(教授)、鳩山秀夫(助教授)、穂積重遠(助教授)が、第 2 回試験科目は、仁井田益太郎(教授)、鳩山秀夫(助教授)、乾政彦(講師)が、第 3 回試験科目はブリデル(教師)が、第 4 回試験科目は乾政彦(講師)が担当している。

⁷⁶ 『法學学会雑誌』には、年に 1 回、「雑録」の箇所卒業生一覧が掲載されている。また『東京帝国大学一覧』にも掲載されている。これらの資料から、ブリデルが教授した学生の氏名を探し、またその人数を換算した。仏蘭西法専攻の学生の人数は、明治 34 年から大正 5 年までのものとした。ブリデルが亡くなった大正 2 年 3 月に第 1 回生だった学生は、大正 5 年に卒業したため、そこまでの学生をブリデルが教えた学生として数えた。独逸法専攻の学生は、大正元年から大正 3 年までとした。ブリデルが亡くなったとき第 3 回生だった学生は大正 3 年に卒業したため、そこまでが彼の学生であることがわかる。

⁷⁷ 牧野とブリデルの関係については、ブリデルが死去した際、法律新聞に掲載された「ブリデル博士の逝去」のなかで、土方寧が「[ブリデル]博士が我佛法科に教鞭を執られてから牧野學士渡邊學士佐分利外交官等の名高き諸士は全く博士の訓陶の下に立身されたのである」と証言している。(『法律新聞』第 851 号、大正 2 年 3 月 30 日、17 頁)なお、ここでいう「渡邊氏」とは、ブリデルと一緒に「仏蘭西法」を担当していた渡辺信(明治 41 年卒)、「佐分利氏」とは大正・昭和初期に活躍した外交官・佐分利貞男(明治 38 年卒)のことである。その他、外交官・最高裁判事として著名な栗山茂もブリデルの教え子であったことをここに付記しておく(大正 2 年卒)。また牧野に関しては、渡辺と同様に、ブリデルの「仏蘭西法」を共同担当していたことは前注(73)の通りである。

⁷⁸ 前掲「ルイ・ブリデル教師の逝去」161 頁。

⁷⁹ 明治 36 年 3 月 25 日付「差出人受取人共に不明」書簡。

⁸⁰ 前掲『成立期明治大学関係者略傳』10 頁及び前掲『明治大学学則一覧』9 頁。

⁸¹ 前掲「復刻 明治大学創立関係史料集」9 頁及び 10 頁に「一昨年来泰西比較法制論ヲ擔任セラレタル瑞西國法學博士ルイブリデル氏ニ更ニ第二學年ノ正科タル法理學ノ講義ヲ囑託シ」と記されており、また『明治法學』第 25 號、明治 34 年、92 頁に掲載されている本学年度の「科目及講師」の欄には、法理学の担当としてブリデルの名が記されており、泰西比較法制論という教科名はないため、ブリデルの泰西比較法制論は明治 34 年 7 月まで講じられ、次年度以降はそれにかわって法理学が彼の担当科目となったと考えた。

⁸² ブリデルの法理学講義の担当期間に関してであるが、前掲『明治法學』第 25 號（明治 34 年 10 月）（以下「史料Ⅰ」）の「科目及講師」欄には法理学の担当としてブリデルの名が記載されている。また、前掲『復刻 明治大学創立関係史料集』9 頁以下の「明治法律学校明治三十五年度報告（自三十四年八月至三十五年七月）」の「第二 課目並ニ擔任講師」の欄（以下「史料Ⅱ」）の法理学にもブリデルの名が記されている。翌 36 年 7 月の『明治法學』第 58 號 91 頁以下の「卒業及學年試験問題」（以下「史料Ⅲ」）には法理学の教科名もブリデルの名もなかった（しかし『明治法學』第 57 號、明治 36 年、88 頁にある「學年試験」の挙行日時には、「法理学」が記載されているように、法理学の学年末試験は実施されている）。従って、これだけの事実からみると、ブリデルの担当期間は、明治 35 年 7 月までと考えることが出来る。しかしながら、上記各史料に記されているブリデル以外の各科目の担当者名を照らし合わせてみると、本来ならば史料Ⅰと史料Ⅱに示されている情報が合致していなければならないところ、それらは合致せず、その一方で、史料Ⅱと史料Ⅲに示されている各科目の担当者名はすべて合致している。以上のことから、史料Ⅱの担任講師の欄が示しているものは、「自三十五年八月至三十六年七月」（明治 36 年度）の担任講師だと考えられる。したがって、ブリデルは 36 年度にもまた法理学を担当していたと考えられる。また、国立国会図書館に所蔵されているブリデルの講義録（瑞西國法律博士ルイ、ブリデル君講述・同國「ジュネーヴ」大學法律博士野澤武之助君通譯『明治法律学校卅六年度第 2 學年講義録 法律原論 完 附比較法制學講義』（明治大學出版部講法會出版、明治 36 年）（国立国会図書館所蔵 マイクロフィルム）も「三六年度」となっていることから、その可能性は大であろう。なお、『明治法學』第 73 號（明治 37 年 7 月）に示されている、明治 36 年 8 月から同 37 年 7 月までの第 2 学年の法理学試験出題者は鶴澤聡明となっていることから、ブリデルの法理学担当は、同 36 年 7 月までと考えることが出来る。

⁸³ 『法學志林』第 22 号、明治 34 年、138 頁。その他、和仏法律学校とブリデルとの関連記事は『法學志林』第 20 号 84 頁、同第 21 号 1 頁以下及び 138 頁にある。

⁸⁴ ブリデルが第一高等学校で教えた時期については定かではない。しかし、ブリデルの追悼式において、第一高等学校現役生（3 年生総代野呂省一郎）が「恩師ブリデル」にあてて弔辞を述べていることから、亡くなる直前まで第一高等学校でも教鞭をとっていたと推測出来る。

⁸⁵ ブリデル前掲「有夫ノ婦ノ無能力」（木村誠次郎訳）は、来日以前に書かれた物であるため、本文の一覧には入れていない。

⁸⁶ ブリデルの地理への関心は本格的なものであった。この著書は「地理学上頗る有益なる著書」として評価され「東京地学協会は之が為に君（＝ブリデル）を其会員に推挙した」（前掲「ブリデル氏の逝去」162 頁）としている。また彼は、ジュネーヴの地理学会に所属していた。（“Lettre du 6.12.1907 de L.Bridel”）

⁸⁷ 前掲「ブリデル氏の逝去」163 頁。

⁸⁸ 『早稲田學報』第 54 號、明治 34 年、1 頁以下。関連記事は以下の通り。

「専門学校に於ては左の講師を聘し去る五月十八日午後一時より講師野澤武之助氏の通譯にて科外講義を開き大隈伯、富井博士、成瀬女子大学校長等も聴講せられたり 婦人の位地 東京帝国大学雇教師 瑞西ゼネーヴ大学教授 ルーイ・ブリデル」（同前書 197 頁）

⁸⁹ 『法學志林』第 21 號（明治 34 年）には、講演内容が邦文及び仏文で掲載されている。また、講演についての報告が以下の記事に見ることが出来る。

「本日七日午後一時より大講演會を開けり當日の講演者は左の如し（…）」

婦人の地位の改良 瑞西ジュネーヴ大学教授 ルイ・ブリデル講演 瑞西法学博士野澤武之助 口譯 (改行)「ブリデル」氏は野澤氏の通譯に依りて婦人の地位の改良すへき理由を熱心に演述して非常の喝采を博したり(...)当日は富井、梅両博士、信岡、佐々木両弁護士、志田学士の出校せらるるあり (...)」(前掲『法學志林』第 21 號 138 頁 (「記事」))

⁹⁰ 法學博士梅謙次郎先生述 法學博士富井政章先生述 大学教師ルイ、ブリデル先生述 法學博士井上正一先生述 法學博士穂積陳重先生述『仏蘭西民法百年記念論集』(法理研究會出版、明治 38 年)37 頁以下に、「仏蘭西民法ノ歐米ニ及ホシタル影響 法科大学教師ルイ、ブリデル 法學士牧野英一譯述」としてその内容が記載されている。この講演でブリデルは、フランス民法を「比類なき大感化力」を持っている法典と賞賛するも、その老朽化のために修正を必要とし、その修正は、法制の比較研究によってなされるべきだと説いた。

この記念祭には「佛國公使、司法大臣、司法次官、検事總長、各私立大學長、佛國新聞集檢從軍記者、大審院、控訴院及ヒ地方裁判所判檢事、辯護士、法科大学教授其他知名ノ法學者及ヒ學生等」500 名近くの人が参列し、大規模に行なわれた。

⁹¹ これは、法科大学教師ルイ、ブリデル、法科大学々生安部四郎譯「瑞西民法 (千九〇七年十二月十日)」(『法學協會雜誌』第 26 卷第 12 号、1908 年 (明治 41 年)) のことだろう。またこれ以外にも、ブリデルは同雜誌に、スイス民法関連の論文として「瑞西民法ノ将来 (LE FUTUR CODE CIVIL SUISSE)」を執筆している。

⁹² 「独逸法」は、当書簡を送った時点 (1908 年 12 月) では担当していないため、記載されていない。

⁹³ Louis Bridel “Encyclopédie juridique” (Paris, Lausanne, 1907, 2eéd, Tokio, 1910), Préface.

本文の通り、本書は「東京帝国大学の学生のために書いた」ものであり、著書の内容を見ても、東京帝国大学第 1 回生の授業内容と一致していることから、これが東京帝国大学の学生のための教材という点に間違いはない。しかし前掲『法学協会雑誌』第 31 卷第 4 号 161 頁以下には、この著書は「第一高等学校の講義のために」書かれたものだと記されており、上記の事実を鑑みれば、法学協会雑誌の記述は誤りだということになる。ただ、これが第一高等学校の法学通論の授業でも使われていた可能性はあるかもしれない。

⁹⁴ ブリデルの講義録について、本稿では国立国会図書館所蔵のマイクロフィルム版を使用する。このほかに、明治大学図書館にも、ブリデルによる講義録が所蔵されている。縦 21.4cm、横 14.4cm からなる書物で、表紙には『瑞西國法律博士ルイ、ブリデル君講述 同國「ジュネーヴ」大學法律博士野澤武之助君通譯法律原論 完 附比較法制學講義』と記されている。縁に緑の布が張られており、手書き、墨書きで「法律原論 法学博士野澤武之助」と記されている。開いて 2 枚目の真中に、「安澤文庫」という朱印がおされており、右下には「昭和六拾貳年貳月拾七日 安澤喜一郎殿 寄贈」と記されている。全 346 ページから構成されている。内容は国会図書館所蔵のものと完全に一致している。この講義録の所持者であった、安澤喜一郎 (1898-1981) は、大正・昭和にかけて、明治大学法学部で教鞭を執ってきた人物である。大正 7 年に明治大学予科に入学し、大正 12 年に明治大学法科大学卒業をしている (「安澤喜一郎教授略歴および著作目録」(『和光経済』第 15 卷第 2 号、1982 年) 191 頁以下)。従って、彼はブリデルの講義をうけてはいない。

なお、ここでいう「講義録」とは、明治 20 年 10 月、明治法律学校にて、「地方有志ノ士ヲシテ講法ノ便ヲ欠カシムル」ために「講法ノ道ヲシテ益々広カラシメ将来大

二裨補スル所アラントス」として「講法会」を設立したとき（明治大学法学部八十五年史編纂委員会編『明治法律学校における法学と法学教育』1966年、24頁）に、「登校シテ親シク講義ヲ聴ク能ハサル者ノ為メニ発行シテ頒布」したものである。（前掲『明治大学学則一覧』5-6頁）設立当時には、ボアソナード、岸本辰雄をはじめ、多くの科目担当者による講義録が発刊されている。ブリデルの講義録もこの一環であろう。校外生規則によると（前掲『明治大学学則一覧』26頁以下）、この講義録は「校外生ハ講義録ニ就キ本校ノ全学科ヲ修ムルモノトス 校外生ハ三學年ニ分チ各学年毎ニ毎年十月ヨリ毎年三回發行一年ニテ完結ス故ニ三學年ヲ兼修セハ一年ニテ全學科ヲ修了スルコトヲ得但修了者ニハ請求ニ依リ修業証書ヲ授與ス 講義録ハ校内學生ニ對スル講義ヲ筆記シ更ニ講師ノ訂正ヲ加ヘラレタルモノ及ヒ講師自ラ執筆セラレタル講義ヲ編輯シタルモノナル故ニ之ヲ讀メハ登校シテ親シク講義ヲ聴クト異ナルコトナシ」ものである。

⁹⁵ 『国家学会雑誌』第19巻第8号（明治38年）154頁、同第20巻第10号（明治39年）104、106、109、110頁参照。

⁹⁶ sic,choisor →choisir

⁹⁷ sic,positife →positif

⁹⁸ 仏語辞典には「Le domicile d'élection」という言葉は見当たらないが、「domicile élue」（選定住所）という言葉は現存する。従ってここでは後者を採用することにする。

⁹⁹ sic,choisor →choisir

¹⁰⁰ sic,Le système du parentelles →Le système des parents

¹⁰¹ sic,the lègatoires →légataire

¹⁰² sic,testamentoires →testamentaires

¹⁰³ 前掲「ブリデル教師の逝去」161頁。

¹⁰⁴ “Lettre de Tokyo de L.Bridel du 4 juillet 1910”.

また、1900年5月2日付「富井政章よりブリデル宛」書簡（「東京大学備外国人関係書類・講師履歴書」東京大学総合図書館所蔵（稿本））の中に「学生のフランス語の語学力は非常に低いので、殆どの学生はあなたの講義の真価がわからないでしょう。」と記されていることから、当時の仏蘭西法の授業がフランス語で行なわれていたことがわかる。

¹⁰⁵ “Lettre de L.Bridel du 17.4.1906”, “du 19.11.1906”, “du 6.5.1907”.

¹⁰⁶ “Lettre de Tokyo de L.Bridel du 25.12.1908”.

¹⁰⁷ “Lettre de Tokyo de L.Bridel du 25.12.1908”.

¹⁰⁸ “Lettre de L.Bridel du 6.8.1908”, “Lettre de Tokyo de L.Bridel du 25.12.1908”.

しかし1912年4月4日のブリデル・フーパー書簡によると、ブリデルは「私のフランス語による講義でも、基本テキストはドイツ語の〔原本〕を使用」していると記している。その理由としては「多くの“勘違い”と“中身のない”翻訳がなされた、失敗作である、フランス語公式訳ではなく」「出来るだけ多く、この〔ドイツ語の〕原本を使用していきたい」と述べている。いつからこのドイツ語による原本を使用したのか、また「仏蘭西法」を専攻していた学生にこのドイツ語による書物をどのように使用させ、理解させたのか不明な点は数多く残る。

¹⁰⁹ “Lettre de L.Bridel du 6.8.1908”.

¹¹⁰ “Lettre de Tokyo de L.Bridel du 4 juillet 1910”.

また松倉耕作「スイス民法典の統一とその特色」（『名城法学』第23巻第2号、1974年）142頁を参照し、本稿では Personenrecht を「人事法」と訳した。

¹¹¹ “Lettre de Tokyo de L.Bridel du 18.11.1910”.

¹¹² 本来ブリデルは、スイスの物権法、相続法、債務法を教えることも望んでいたが、

現時点の段階では勉強不足のために講義するまでにいたらないことをフーバーに伝えている。（“Lettre de Tokyo de L.Bridel du 18.11.1910”）

113 前掲『復刻成立期明治大学関係者略傳』10 頁及び前掲「明治大学学則一覧」9 頁。

114 『明治法學』第 16 號、明治 34 年、83 頁。

115 前掲『明治法學』第 16 號、83 頁。

116 ブリデル講述、法学士宮本平九郎訳「泰西比較法制論」（『明治法學』第 18 号、43 頁以下、第 20 号 13 頁以下、第 21 号 13 頁以下、第 24 号 29 頁以下、第 27 号 24 頁以下（明治 34 年））

117 ブリデル前掲「泰西比較法制論」第 18 号 43 頁。

118 ブリデル前掲「泰西比較法制論」第 18 号 44 頁。

119 本講義録の正式名称は『法律原論 完 附比較法制學講義』であることは前述の通りである。この 2 つの講義は別々になされたものを 1 つにまとめたように見えるが、同 113 頁の「此法律原論ノ講義ガ終ハリマシタ後親族法ノ或部分殊ニ婚姻法ニ關シテ一二回ノ講義ニ於テ比較研究ニ就テ述ベヤウト思ヒマス」との発言から、この 2 科目は 1 年間で継続して行なわれたこと、受講者も同一であることがわかる。

120 ブリデル前掲『明治法律学校卅六年度第 2 學年講義録 法律原論 完 附比較法制學講義』2 頁。

121 ブリデルは、實際法を「（實際法ト云フモノハ）其國ノ時代ニ於ケル法律若シクハ習慣ニ據ツテ作ラル、所ノモノデゴザイマシテ實際ニ強行的ノ法則トシテ存在シテ居ル（即チ實際ニ行ハレテ居ル）所ノ法律」（ブリデル前掲『明治法律学校卅六年度第 2 學年講義録 法律原論 完 附比較法制學講義』44 頁）と定義づけ、理論法を「今デモ往々學者ガ自然法トイウ名稱ヲ用井テ居ル」（同前書 47 頁）ものであるとし、また「個人ノ判斷力ニ依ツテ發見セラレタル所ノ法律」（同前書 45 頁）であり、「人類相互ノ間ニ於ケル法律的ノ關係ニ對スル正義（justice）」「個人ノ自由（liberté individuelle）或ハ自由權」「社會ノ利益（utilité soeiale）」即チ公益（一般ノ利益）の「三ツノ大ナル原則ノ上ニ成立シテ居ルモノ」としている。以上より、「實際法」「理論法」とは「実定法」「自然法」のことであると推測出来る。

122 その理由は「此ノ二ツノ法制ハ歐羅巴ニ於ケル否寧ロ世界ニ於ケル最モ重要ナル法典デアル且日本ノ民法ハ獨逸ノト佛蘭西ノ民法ヲ参考トシテ居ルソレ故ニ此二ツニ重キヲ置テ居ル(...)」（ブリデル前掲『明治法律学校卅六年度第 2 學年講義録 法律原論 完 附比較法制學講義』165 頁）からである。

123 ブリデル前掲『明治法律学校卅六年度第 2 學年講義録 法律原論 完 附比較法制學講義』168 頁。

124 例えば、ブリデル前掲『明治法律学校卅六年度第 2 學年講義録 法律原論 完 附比較法制學講義』289 頁以下（第 17 回講義）に、生存配偶者の相続権を例にとり、比較法の手法を実証的に講じているのがみられる。

125 比較法学の分類は、杉山直治郎「比較法學ノ觀念ニ就テ」（同『法源と解釋』（有斐閣、1969 年（1957 年初版））382 頁（註 6）を参照した。

126 ブリデル前掲『明治法律学校卅六年度第 2 學年講義録 法律原論 完 附比較法制學講義』28・29 頁。

127 ブリデル前掲『明治法律学校卅六年度第 2 學年講義録 法律原論 完 附比較法制學講義』148 頁。

128 ブリデル前掲『明治法律学校卅六年度第 2 學年講義録 法律原論 完 附比較法制學講義』169 頁。

129 ブリデル前掲『明治法律学校卅六年度第 2 學年講義録 法律原論 完 附比較法

制學講義』168頁。

¹³⁰ “Lettre de Tokyo de L.Bridel du 12.08.1904”.

¹³¹ “Lettre de Tokyo de L.Bridel du 16.12.1907”.

¹³² “Lettre de Tokyo de L.Bridel du 4.4.1912”.

¹³³ Louis Bridel, “le code civil suisse au Japon”, op.cit.

¹³⁴ “Lettre de Tokyo de L.Bridel du 4 juillet 1910”.

¹³⁵ “Lettre de Tokyo de L.Bridel du 4 juillet 1910”.

¹³⁶ 関連書簡として、“11.mars.1901” “25.juin.1901” “12.08.1904” “17.04.1906” “19.11.1906” “16.12.1907” “15.mars.1908” “6.08.1908”が挙げられる。

¹³⁷ 2～5までは、“Lettre de Tokyo de L.Bridel du 25.12.1908”を引用し、6は“Lettre de Tokyo de L.Bridel du 4.4.1912”から引用している。

¹³⁸ “Lettre du 16.12.1907 de L.Bridel” (carte postale).

¹³⁹ 当時の法科大学長は穂積八束である。(前掲『東京大学百年史資料三』52頁。)

¹⁴⁰ フランケ社から出版されたスイス民法典をはじめ、当時、販売されていた公式版やコメンタールについては、ブリデルが前掲“le code civil suisse au Japon”のなかで、詳細な情報を提示している。そこで以下に、その該当部分を訳出する。また、以下に見られる記述からは、当時の東京帝国大学図書館の蔵書状況や日本の書店でスイス民法典が販売されていたことを知ることも出来、非常に興味深い。

「スイス民法典の様々な版は、書店にも並んでおり、多くの学生の手に残っている。大学図書館については話すまでもない。大学図書館は、非常に設備が整っており、約50万冊の著作物—そのうち半分は中国または日本に関する書籍であり、残り半分がヨーロッパ系の書物を占める—を所蔵している。1907年の公式版—ドイツ語版ないしフランス語版—は、ここ〔日本〕まで流布している。興味深いことに、3つの公用語で書かれたこれら公式版は、ベルンのフランケ出版社から出版されたものが、高額でもかまわないの間では、特別な信用を得ている。使い勝手の良いサイズのミニ版のものは、最近、ライプツィヒのレクラム社にて出版された。これもまた流布する方向にむかっている。ロッセル氏そしてメンタ氏の手引書、エッガー氏、エッシャー氏、オゼール氏、ライヒェル氏、ヴィーラント氏の素晴らしいコメンタール、そしてクルリ氏によるものも同様に、〔日本の〕図書館に〔すでに〕所蔵され、また、到着しつつある。」

¹⁴¹ 本稿・序にて紹介した安部磯雄は、『地上之理想国瑞西』の参考図書としてヴィンセント『瑞西の政治』を使用している。当時、この本が日本にどのくらい普及していたかは明らかではないが、ブリデルは東京専門学校（現・早稲田大学）で講演したこともあり、明治32年より大正15年まで同学校で教職を執っていた安部とは接点があった可能性もある。また、安部は彼自身の活動の一環として、公娼制度の廃止や産児制限など、初期の女性解放運動にも積極的に関与しており、スイスではフェミニストとして著名な人物であり、特に公娼制度の廃止には関心を抱いていたブリデルとも共通点を多く有している。両者の関係については今後の課題としたい。

¹⁴² 例えば、ブリデルは、“le code civil suisse au Japon”の中で、明治民法について、「〔日本では〕法律と慣習はいまだに古い封建主義に基づいた観念によって特徴付けられている。個人の権利に対する誤解、婦人の従属関係、長男の特権など。」と述べ、同民法典の問題性を指摘している。

¹⁴³ 「改正」を示唆するものとして、ブリデルは、“le code civil suisse au Japon”の一部に、「〔日本では〕1898年の法典編纂後、もはや以前の状態ではなくなってしまった。法律の影響のみならず、この国が外国一般、とりわけアメリカ合衆国との関係を次第

に頻繁にしてきたことから、部分的にはあるが、法律の修正が行なわれ、習俗もまた改まる傾向にある。」と記している。

¹⁴⁴ 梅謙次郎「法典ニ關スル話」(『国家学会雑誌』第34号、1898年)339頁。

¹⁴⁵ ブリデル前掲『明治法律学校卅六年度第2學年講義録 法律原論 完 附比較法制學講義』79-82頁参照。

¹⁴⁶ “Lettre de Tokyo de Bridel du 25.12.1908”.

¹⁴⁷ Louis Bridel, “le code civil suisse au Japon”, op.cit.

¹⁴⁸ Louis Bridel, “le code civil suisse au Japon”, op.cit.

¹⁴⁹ “Lettre de Tokyo de L.Bridel du 25.12.1908”.

¹⁵⁰ これは「日本において、スイス民法典は〔自らの〕地位を獲得しました。そしてスイス民法典の影響は、だんだんと感知されていくと私は考えております。学生達はあなたの作品に大きな興味を示しております。」という一文にて、明確に述べられている通りである。(“Lettre de Tokyo de L.Bridel du 4. 4. 1912”)

¹⁵¹ “Lettre de Tokyo de L.Bridel du 25.12.1908”.

¹⁵² 当時の状況をブリデルは、“le code civil suisse au Japon”で次のように紹介している。

「近年、日本国は中国でおこっている知的発展に重大な影響力をもっている。〔今現在〕日本国自身がヨーロッパ諸国から多くの有益なる文明〔継受〕の機会を得〔ている最中であるが、それを十分得た〕後には、今度は、彼らがその得たものをますます他国に与えていくことになるだろう。〔実際に現在も〕東京から、3人の教授が北京の法科大学に招聘され、行っているが、彼らは、教育のかたわら、民法典・刑法典・商法典の草案を作成する任務を受けている。また、たくさんの中国人〔留学生〕が国家からの助成金をもらって東京の学校に教育を受けに来ているという事実も言及出来る。このような動きはおよそ10年前からはじまり、〔この時期は〕中国から見習いとして〔日本にやってくる〕人数が約12000人を達した時期であった。」

当時、日中間では、中国人留学生の派遣・日本人教師や顧問の招聘・日本出版物の中国語訳や出版、中国官民の日本視察などが行なわれていた。例えば、梅謙次郎が初代総長を務めていた法政大学では、清国留学生のために、短期間にかつ母国語で日本法の講義を受けることが出来るよう、明治37年に「速成科」を設置した。また、東京帝国大学教授岡田朝太郎が明治39年に清国欽命修訂法律館調査員兼法律学堂教員として同国政府の招聘に応じて出発し、その後続けて計3名の教授陣が法典編纂のために「お雇い外国人」として任地へ向かった。これらの日本人法曹家が上記においてブリデルが述べた「3人の教授」であった。このようなブリデルの証言を裏付ける文献として、熊達雲『近代中国官民の日本視察』(成文堂、1998年)と島田正郎『清末における近代的法典の編纂』(創文社、昭和55年)を挙げておく。

¹⁵³ Martin Krieger, *Geschichte Asiens*, Band 1, Böhlau, 2003, S. 210ff.

ブリデルの中華民国に対する期待として、「第1に、我々(スイス)の法典は中国の法改正に無関係にはいられないということ、第2に、日本に及ぼされたスイス民法典の影響以上のものがおそらく中国において及ぶこと」を挙げ、その理由を「中国で活気づいている『資本主義』『共和主義』」がそれを可能にするだろうと指摘している。(Louis Bridel, “le code civil suisse au Japon”, op.cit.)

¹⁵⁴ “Lettre de Tokyo de L.Bridel du 4.4.1912”.

¹⁵⁵ “Lettre de Tokyo de L.Bridel du 25.12.1908”

¹⁵⁶ “Lettre de Tokyo de L.Bridel du 4.4.1912”.

¹⁵⁷ “Lettre de Tokyo de L.Bridel du 4.4.1912”.

¹⁵⁸ Louis Bridel, “le code civil suisse au Japon”, op.cit.

¹⁵⁹ “Lettre de Tokyo de L.Bridel du 4.4.1912”.

¹⁶⁰ 妻と娘はもともと、ブリデルが死去した数日後の3月26日に、一足先にスイスに帰国する予定であった。ここからもブリデルの死は予期せぬものであったことがわかる。

¹⁶¹ ブリデルの死去については、日本では『読売新聞』第12191号（大正2年3月24日付）で、スイスでは“Le professeur Louis Bridel”, in : Gazette de Lausanne, in: “Louis Bridel Professeur de droit décédé le 23 mars” op.cit.にそれぞれ掲載された。なお、後者の出典先についての裏付けはとれていないが、その記事の貼り付けがされている用紙の右下に“Gazette 17.5”と記されているため、上記のように筆者が推測した。ちなみにこの記事には、ブリデル葬儀の全容が記されていた。

¹⁶² “Le professeur Louis Bridel”, op.cit.

『読売新聞』によると、この日のブリデルの行動は、注(161)の“Le professeur Louis Bridel”での記事内容とは一部異なる。読売新聞の中の冒頭にある概略では「東京帝國大學法科大学講師瑞西人ルイ、ブリデル氏は昨日の日曜を幸ひ、午前九時半頃小石川區高田老松町五九の自邸を出て、牛込區拂方町の法學博士穂積陳重氏邸を訪ひしも、折柄博士不在なりしかば其儘車にて引返せしに、途中にて俄に氣分悪くなりしため車を下り、徒歩にて歸路に就き、小石川區音羽二丁目の急坂を上り、恰も坂上なる自邸に辿り着くや否や最早苦痛に堪へ切れざりしと見えて、突然玄關に卒倒し心臓麻痺の爲同十一時遂に逝去せり」とし、その後の穂積陳重談でも「日本學生を寄宿させたいが誰か適當なものは有るまいかとの事で今朝私の宅に態々來られたびで有つたが折悪しく不在して居たので面會が出来ず博士は明朝を期して歸られたさうだが、實に残念な事をした」とある。以上から、当日彼は散歩ではなく、穂積陳重の自宅を伺っていたことがわかる。

¹⁶³ 田中前掲「ブリデル先生とモーレー先生の思出」133頁によると、ブリデルの死亡原因は脳溢血である。実際ブリデルが倒れた時、彼は、友人の石黒忠篤（後の農政官僚。明治41年東京帝國大學法科大学（独法）卒。妻は穂積陳重の娘。重遠とは親戚關係であった。（本稿第二章第二節第1項の〔図1〕を参照のこと））と自宅に駆けつけている。従って、彼の証言のほう信頼性が高いと考えられる。

¹⁶⁴ 前掲「ブリデル先生の逝去」には「ドイツ協会」とある。しかしその他の資料には「ドイツ教会」（前掲『大正過去帳』13頁）あるいは「temple」（“Le professeur Louis Bridel”, op.cit.）などと記されていることから、これは「ドイツ教会」の誤植であると解した。

¹⁶⁵ “Le professeur Louis Bridel”, op.cit.

¹⁶⁶ なお、前掲『法学協会雑誌』第31巻第5号177頁には、ブリデルの死後のことが記されている。引用すると以下の通りである。

「(...) 我帝國大學に於ては遺族に弔慰金參千五百圓を贈輿し、法科大学同僚友人及佛法出身の学士諸氏より寄附金四百五十餘圓を醸出し、故人の効績ヲ記念せん為め油繪肖像壹面を作成して之を法科大学に寄贈し、殘金參百圓を記念品に代へて遺族に贈呈せしにブリデル夫人は深く其の好意を謝して去る四月二十三日遺骨を抱き故國に向ひ出立せられたり。」

¹⁶⁷ 田中前掲「ブリデル先生とモーレー先生の思出」133頁。田中によると、ブリデルの墓標は「日本式を加へて、表面には日本語で書かれ側面は向ふの言葉で書かれた」ものである。

¹⁶⁸ 大久保泰甫名古屋大学名誉教授は、自著である『ボアソナード』（岩波書店、1977年）の中で、明治政府法律顧問ボアソナードは、理想主義的愛国者であり「立法と教

育とを通じ、極東の地にフランス的文化と思想をもたらすこと、そしてこれによって日本を一さらには極東の全体を一文明の進歩に浴させる」(39頁)という抱負を持して来日したと指摘し、また「わが国にヨオロッパ近代法を伝えようとするかれの熱意は、宗教的な『宣教師的情熱』(田中耕太郎博士)にたとえられるほどである。」(4頁)と述べている。ブリデルについても同様のことが想起されよう。

¹⁶⁹ “Lettre de Tokyo de L.Bridel du 4.4.1912”の書簡の中で、ブリデルは日本におけるスイス民法典の紹介は成功し、〔法領域における〕地位を獲得したと記しているが、その記述の根拠をみることが出来ない。

¹⁷⁰ 杉山は「わが国における比較法の建設者」「比較法というものの存在をはじめわが学界に明らかにした」(五十嵐前掲『比較法入門』52頁)としてその名を留めている。彼は、サレイユやジェニー、ランベールといったフランスの法学者からの影響を受けているように示唆されるが、実際には、彼が専門的に法律学を学び始めた時に、比較法学を教授したのはブリデルである。東京帝国大学の「仏蘭西法」で行なわれたブリデルの講義の具体的な内容については明らかにされてはいないが、比較法学的手法を用いた講義形式であったことは、彼の試験問題などを見る限り、想像するに難くない。また、明治法律学校での「比較法制学」講義にみられる、現行法制の改良を目的とした比較立法学が、東京帝国大学でも講じられていた可能性も高いだろう。さらに、ブリデルの採用する比較法の研究手法は、20世紀初頭からフランスを中心として、法の一般原則の探求や自国法の改善のために各国の現行法制を比較研究した「比較立法学派」と類似する点が多いように窺える。そしてこの「比較立法学派」の中心となった法学者こそ、杉山の傾倒するサレイユやランベールであった。従って、上記のフランス法学者や比較法学への杉山の関心の背景には、学生の時分に受けたブリデルの講義があったと考えることは出来ないだろうか。また、サレイユに深い関心を寄せていた牧野に関しても同様であるだろう。とりわけ牧野においては、ブリデルの講義や講演の通訳もしていたことから、ブリデルの学問には長きにわたって接してきたと考えられよう。しかしこれは推測の域を越えるものではなく、具体的な実証は今後の課題としたい。

第二章 穂積 重遠

一 はじめに

本章では、まず、彼によって記された1通の書簡を紹介したい¹。

Bern, 3. August 1914

Hochgeehrter Herr Professor!

Herzlichsten Dank für Ihre freundliche Aufnahme und liebenwürdige Gabe.
Meine schweizerische Reise in der schweren Zeit ist doch dadurch sehr lohnend
geworden, dass ich Sie treffen konnte.

Ihr ergebenst dankbarer

Shigeto Hozumi

(邦訳)

ベルン 1914年8月3日

謹啓 フーバー教授殿

あなたの歓待と好意あふれる贈り物に心から感謝しております。

困難な時期の中での私のスイス旅行は、あなたにお会い出来たことによって、非常に価値あるものとなりました。

謹白 穂積重遠

この書簡は、穂積重遠が大正3(1914)年8月3日、スイス民法典起草者オイゲン・フーバーを訪問した直後に綴った礼状である。なお、本稿巻末【資料5】に重遠直筆の書簡があるので見ていただきたい。明治43年10月より欧米留学していた重遠は、大正3年当時、パリに滞在していた。彼はこのスイス訪問を「大計画」と称し、同年8月1日に決行している。重遠自身、この「大計画」は「独仏国境で開戦にぶつかり」「大失敗に終わった」としつつも、スイス旅行の目的のひとつであったフーバーとの再会を

果たせたことに満足していると回顧している²。実際、重遠は、翌々日の3日にベルンのフーバーを訪ねている。その際には、「老先生ビックリして、何だって又此様な大騒動の最中やつて来るのだ」と言いつつも「懇切に色々語られた」そうである³。訪問の途中、フーバーが「大將軍の選挙⁴」に行くため、一旦、重遠はホテルに引き上げた。後刻フーバーは「わざわざ僕のために署名した新民法理由書を携へてホテルに来」たものの、重遠が外出していたため、会うことが出来ず、「こちらから今一度返禮に行ったら先生が不在(...)つい其儘になってしまった」のだった⁵。このような経緯のもと、重遠は前記の礼状を綴った。なお、フーバーから贈呈された「新民法理由書」は、現在も、首都大学東京図書館にある「穂積文庫」にて所蔵されている⁶。

穂積重遠は、「日本における家族法学の父⁷」といわれるように、近代日本における家族法学の先駆者として活躍した人物として有名であるが、以上のエピソードからも理解出来るように、彼はスイスと深いかかわりをもつ法学者でもあった。東京帝国大学の学生のと看に、スイス人法学教師ルイ・ブリデルと出会ったことがきっかけで、重遠は、今まさに編纂作業を終え、公布・施行されようとしているスイスの新民法典に触れ、その充実した内容に大いに興味を抱くこととなる。そしてまもなく彼は、ブリデルと共に日本法学界にスイス民法を紹介すべく奔走していった。また、ブリデルの死後も、スイス民法典起草者であったオイゲン・フーバーとの交流を深め、彼らを中心に、日瑞両国間の法学交流が展開されていくこととなる。

そこで本章では、ブリデルの後を引き継いで、大正・昭和戦前期の日本法学界に、スイス民法研究の礎を築いた人物である穂積重遠について考察していく。

本章ではまず、第二節「穂積重遠の生涯とその業績」として、彼の経歴と学風の特徴について見ていく。明治民法典起草者の1人である穂積陳重の長男として生まれた重遠が、父と同じ道を歩むことを決断した経緯、そして学問としては未開拓分野であった家族法を彼自身の生涯の研究領域として選択した理由について考える。また、「社会学的研究」「判例研究」「婦人問題への関心」そして「明治民法典と大正・昭和戦前期の社会状況の乖離の克服にむけた活動」は、彼の学風の大きな特徴であり、彼自身の家族法研究を支えているものであるため、ここで整理しておきたい。第三節「穂積重遠の法理論」では、彼の法理論のなかでも、法律の立脚点をなす観念としての『『義務本位』から『権利本位』そして『社会本位』への変化』について、そして、法と道徳をめぐる見解について、法律進化論という視点から検証していきたい。法律進化論

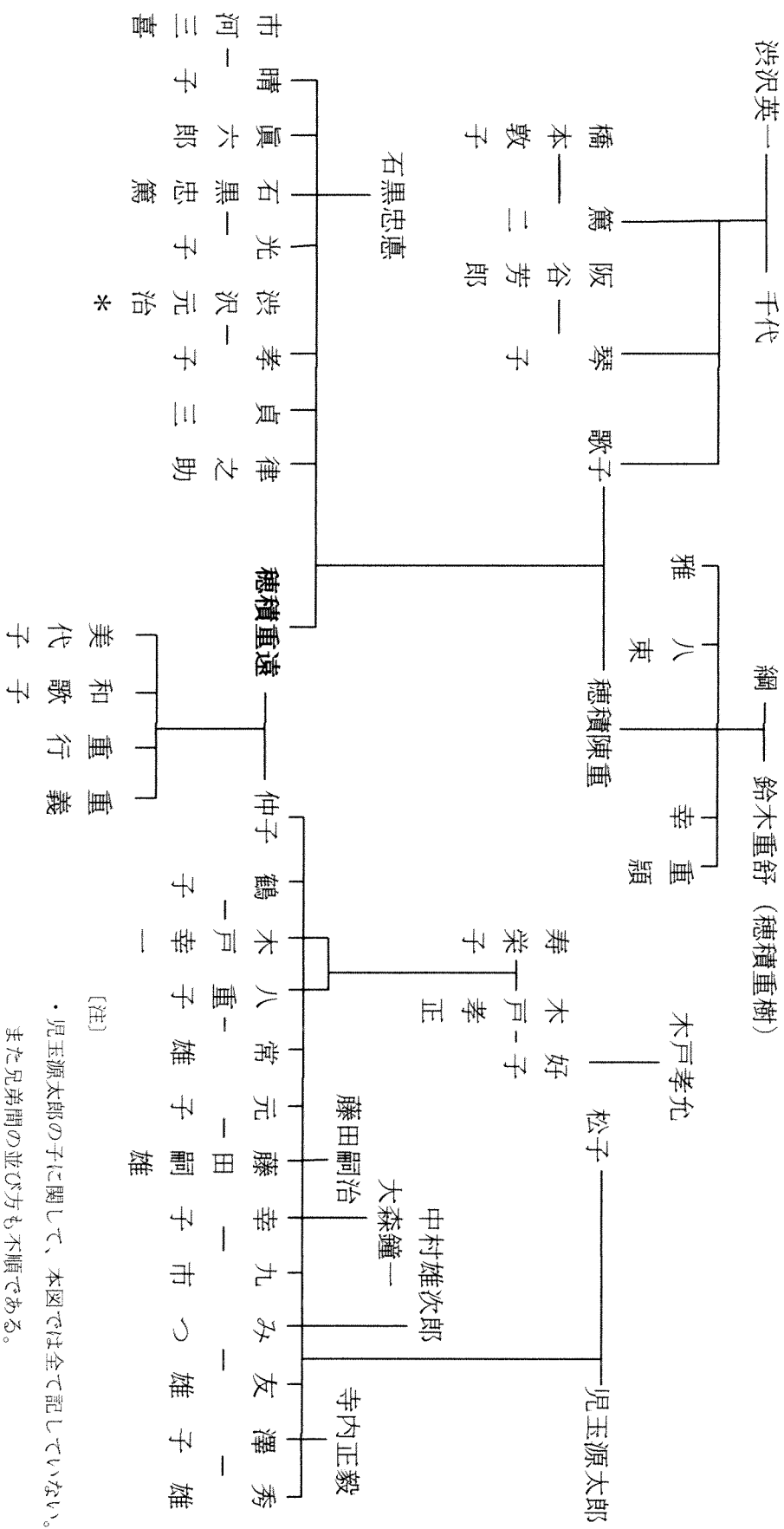
は本来、父・穂積陳重の持論であるが、息子・重遠においても彼の理論の支柱をなすと筆者は思料している。重遠はそれをどのように理解し、自身のなかで構築・展開されていくのかに注目したい。第四節「穂積重遠とスイス」では、本稿の「序」にも指摘した、①日瑞両国の法学者同士の交流 ②法学研究や立法事業の中へのスイス民法典の導入の二点を実証するために、まず「重遠とスイス人法学者との出会い」と題して、重遠が人との出会いを通して、いかにして日瑞両国の法学交流を行なったかについて論じていく。その際には、重遠がスイス民法典に関心を抱くようになった経緯について、彼に大きなきっかけを与えた人物として考えられるブリデルやフーバーを取り上げ、彼らとの関係に注目したい。特にブリデルとの親交については詳述したい。フーバーについては、両者の関係を実証出来る資料が極めて少ないため、多くを語ることは難しいが、重遠－フーバー間で交わされた書簡（スイス連邦公文書館蔵）を通して、重遠がどのような日本人法学者にフーバーへの訪問を薦め、それを実現させたのかについて紹介することは可能である。そしてそれを踏まえた上で、「重遠のスイス民法への関心」として、具体的に彼がスイス民法のどのような点に関心をもちたのかについても考察していくこととする。

二 穂積重遠の生涯とその業績

1 略歴

穂積重遠は、明治民法典の起草者の1人である穂積陳重と明治を代表する実業家・渋沢栄一の長女・歌子の長男として、明治16(1883)年4月11日、旧東京市深川区福往町に誕生する(次ページの[図1]を参照のこと)。高等師範学校の附属小学校(現・筑波大学附属小学校)を経て、明治34年に第一高等学校(第一部独法科)に入学、同37年に卒業した。また同年、東京帝国大学法科大学法律学科に入学、同41年に卒業と同時に、同大学法科大学講師に就任する⁸。彼の担当科目は親族編相続編であり、富井政章が受け持っていた経済科の講義の補講であった⁹。またこの時期には、日露戦争で満州軍総参謀長を務めた陸軍軍人児玉源太郎の次女・仲子と結婚している。

【図1】穂積重遠の親戚関係



参考文献：小林道彦『尾玉源太郎』（ミネルヴァ書房、2012年）
 公益財団法人洪沢栄一記念財団洪沢資料館『法学者・穂積陳重と妻・歌子の物語』（2011年）

〔注〕
 ・尾玉源太郎の子に関して、本図では全て記していない。
 また兄弟間の並び方も不順である。
 ・洪沢元治は、英一の妹・ていと洪沢市郎の子である。

その後、明治 43 年に東京帝国大学法科大学助教授に就任した後、文部省より「民法及法理学研究ノ爲滿三箇年間、獨國、佛國及英國へ留學」を命ぜられ、同年 10 月より渡欧し、大正 5 年に帰朝するまでの間、ボン大学、ベルリン大学、ロンドン大学、ハーヴァード大学の聴講生となる¹⁰。そして帰国後は、東京帝国大学法科大学教授に就任し、3 度にわたって学部長も務めている。大学での担当科目は法理学及び民法講座である¹¹。民法学者として、『民法総論』（大正 10 年）、『離婚制度の研究』（大正 13 年）、『民法読本』（昭和 2 年）、『親族法』（昭和 8 年）、『私たちの民法』（昭和 23 年）、『私たちの親族法・相続法』（昭和 25 年）をはじめ、数多くの著書・論文を執筆¹²し、とりわけ家族法の分野で功績を残した。

このように重遠は、主に法学分野において多大な業績をなしたが、それ以外にも実に様々な活動を行なっている。臨時法制審議会の幹事・委員¹³並びに満州国司法部審核として、日本の民法改正や満州の法典編纂事業に携わった彼の業績は非常に大きい。また帝国学士院委員¹⁴、貴族院議員¹⁵をはじめ、学術研究会議副会長（内閣）、国語審議会副会長（内閣）、宗教制度調査委員会委員（内閣）、教育審議会委員（内閣）、著作権審査会委員（内閣）、内閣調査局専門委員（内閣）、司法制度調査委員会委員（内閣）、中央社会事業委員会委員（内閣）、家事審判制度調査委員会委員などを歴任し、さらには社会事業調査委員（内務省社会局）として、昭和 8 年の「児童虐待防止法」の制定や児童虐待法該当児童の施設「子供の家」開設へ関与するなど¹⁶、社会事業に積極的に携わっており、またその一連の活動として、社会教育協会¹⁷設立、東京帝国大学セツルメントにおいても大きな役割を果たしている。そして明治大学専門部女子部や東京家庭学園（現在の白梅学園）の創設にも携わるなど、女子教育にも力をそそいでいる。昭和 18 年に東京帝国大学を定年により退官した後も、東宮太夫兼東宮侍従長¹⁸、最高裁判所判事を務めるなど、多忙を極めていた。最高裁判事については、短期間での就任ではあったが、「尊属殺致死被告事件」最高裁判決における「尊属傷害致死に関する刑法第 205 条第 2 項の規定は憲法第 14 条に違反しない」という反対意見を表明したことは非常に有名である（本章第三節第 2 項参照）。そして最高裁判事の任期期間中である昭和 26 年 7 月 29 日、東京大学医学部付属病院にて 68 年の生涯を閉じた¹⁹。

2 法律を学ぶまでの経緯、家族法を専門領域として選択した理由

重遠が過ごした幼少～少年時代の日本は、明治 27（1894）年に日清戦争、明治 37 年には日露戦争といった、2 つの大きな戦争を経験し、社会的構造の転換が大きく求められた時代であった。また法学界においても、明治 20 年代から 30 年代にかけて、各法典が編纂され、施行されることとなる。明治 22 年、重遠が 6 歳のときに、大日本帝国憲法が公布された。また民法領域においても、明治 21 年（重遠 5 歳）に、ポアソナードが起草に携わった旧民法の第一草案が出来上がり、それがきっかけで翌 22 年に、法学士会が旧民法の施行延期を求める意見書を発表、民法典論争が開始される。明治 25 年に「民法及商法施行延期法律案」が帝国議会で議決されると、翌 26 年には法典審査会が設置される。そして梅謙次郎、富井政章とともに、重遠の父・穂積陳重もまた、起草に携わることとなる。明治 29 年 4 月 27 日に第 1 編総則、第 2 編物権、第 3 編債権が法律第 89 号として公布され、同 12 月 29 日には、旧民法の施行を再延期する法律が制定された（法律第 94 号）。そして明治 31 年 6 月 21 日に第 4 編親族並びに第 5 編相続が法律第 9 号として公布され、同 7 月 16 日に民法全編が施行されるに至った（本稿・序〔表 1〕参照）。このような時代背景をとっても、また家庭環境にしても、いわば法律の中で育った²⁰重遠が、本格的に法律を学んだのは、第一高等学校の 3 年生で履修した「法学通論」の授業で「ガーライスのレヒツエンチクロペディー」を読んだことに始まるとされている²¹。

その後、重遠は法律を学ぶため、明治 37 年、東京帝国大学法科大学法律学科に入学し、同 41 年に卒業するまでの 4 年間、学業に専念することとなる。当時の東京帝国大学法律学科では「英法科」「仏法科」「独法科」のいずれかを選択する必要があったことは既に述べたが、重遠はドイツ法を選択した²²。これについては「すでに 1898 年の民法施行以来、ドイツ法全盛の時代が始まって」おり、重遠もまた「私がなぜドイツ法に入ったかははっきり思い出さないが、やはり法律やるならドイツ法をやらなくちゃならんということを誰かに聞かされてだったと思う」と述べている。また、父・陳重が『独逸民法論序』（1899 年）において、「子法を解釈するにあたって母法を知る必要があるのは当然だが、『概括主義』をとった日本民法においてはその必要はますます大きいとして、ドイツ民法研究の必要性を強調していた」ことも、重遠にドイツ法

を選択させる大きなきっかけになったという利谷信義氏の指摘は大変興味深い²³。

そして、東京帝国大学で重遠が聴講した講義及び担当者は、管見の限りであるが、次の通りである²⁴。

憲法（穂積八束）、行政法（寛克彦）、刑法（岡田朝太郎）、刑事訴訟法（中川孝太郎）、民法²⁵・英法²⁶（土方寧）、親族法相続法（奥田義人（随意講義²⁷））、商法（岡野敬次郎）、ローマ法（戸水寛人）、ドイツ法（レーンホルム）

とりわけ奥田義人による随意講義から受けた影響は非常に大きく、これをきっかけに、重遠の学問の将来の方向性が定まり²⁸、親族法・相続法を専門的に研究しようと思すようになった。家族法を専門領域として選択したことについて、重遠は「僕は専攻科目として未開拓の沃土を擇びたいと考へた。そこが即ち親族法相続法である。（…）民法第四編第五編即ち親族法相続法が當時は、ヤツト歟がはいつたばかりで、まだ十分には開拓されて居なかつた。そこで僕は此部分に着眼した」と述べ、研究主題として離婚法を選択した。その理由として、離婚法は「1、間口が廣過ぎないで奥行の深いもの。2、法律問題にして道德・宗教・社會・文藝に互るもの。3、現在の問題にして過去に遡り將來に跨るもの。即ち沿革研究の興味あり又立法論の出来るもの。4、我國の問題にして同時に諸外国の問題であり、即ち比較研究の種になるもの」であるからだとしている²⁹。このような経緯のもと、重遠は家族法学者として歩み始めることとなる。

3 留学期に確立した学風 —「社会学的研究」と「判例研究」—

留学当時の重遠の行動については、彼自身が「妻あての『家庭通信』³⁰」として記した日記である『欧米留学日記』（穂積重行編、岩波書店、1997年）に詳しいため、本稿ではあえて詳細を記すことはしないが、「この留学において『明治法学』の成果、直接には父の足跡を継承しながらも、新しい意識のもとに自分の道を求め、昭和前期にかけて自分の足跡を残した」³¹と息子の重行氏によって指摘されているように、確かに、留学の経験を通して重遠の学風がある程度確立し、その経験がその後の彼の研究やその他の活動に大きく反映していることは、間違いないといつてよいだろう。

その中でも注目すべきは、彼の研究手法の大きな特徴である「社会学的研究」の確立であろう。そもそも重遠は、従来より行なわれていた法律の「註釈的研究」について、否定はしないもののそれだけでは不十分と評し、これに加えて「社会学的」「沿革的」「比較的」研究を行なっていかなければならないことを強調している³²。そして「社會學的研究トハ法律ガ社會的規范ノ一ナル方面ニ著眼シ、或法律ノ規定ト社會ノ事情社會ノ利益トノ間ノ關係ヲ攻究シ、法律ノ規定ト社會ノ正当ナル希望要求トノ間ノ調和ヲ圖リ、社會ノ善良ナル趨勢ヲ誘導シ、不善有害ナル風習ヲ撲滅スルノ目的ヲ以テ解釋論立法論ヲナスヲ云ウ (sociological method, Rechtssoziologie) ³³」とし、このような観点から、解釈論、立法論を展開させるといった彼の法学研究は、当時において非常に斬新なものであった。我妻栄によれば、こうした手法に基づく学問を当時の言葉で「法律社会学」といい、「今日の用語でいえば社会学的法律学、あるいは『法律学のなかに、社会学的な方法を導入するやり方』とでもいうべきかもしれない」³⁴。なお、この研究方法は、重遠がドイツに滞在した際、「ラートブルフやステルンベルヒ等当時の若手学者と話しているうちに、『レヒツゾチオロジー』とか『ゾチオローギッシュユリスブルデント』という言葉にぶつかり、これあるかなと感銘」³⁵し、またその後、イギリスでは、事実の中から理論を構築していく方法論とめぐり合うなど、留学で得た成果によって確立されたものと思われる。

また特に、イギリス留学で得た「収穫」として、彼は「社会事業」「社会教育」「婦人問題」への関心を挙げているのだが、このような問題はいずれも法律が調和を図るべき社会の根底にある問題であり、彼の「社会学的研究」を遂行するための最適な素材であったといえよう。なおかつ、社会事業や教育を要する国民—特に労働者などの社会的弱者—や女性の現状を改善させることで、法律の発展を達成させることが可能になるという意味においても、これらの問題は、彼の法理論にとって大きな課題であったといえよう。このような筆者による推測は、穂積重行氏の次の発言に裏づけられている³⁶。

ここにうかがわれるのは、[イギリス留学をへて、]彼の法律観において「社会的機能としての法」の観点が急速に優位を占め始めていることである。(…) [帰国した後の]彼が追求し始める課題は、留学前とは大きく異なるものとなった。その目標は「法を社会に役立てるためには」という単純にして複雑な問題にしぼられ、特に

社会的法的「弱者」としての「女性」「児童」、そして「下層社会をふくめての法的知識にとぼしい人々」のため、という「実践」に結びついていく。「大正大震災」を契機として十数年にわたる「セツルメント」活動はその最も端的な現れであり、そこにおける「法律相談」を手がかりとするもろもろの「啓蒙的」著作、進んでは「調停制度」「家庭裁判所」「内縁問題」「児童虐待防止法」「少年法」「少年裁判所」その他に関する開拓者のときえいという努力は生前において多くの実を結び、戦後の最晩年にはこれに根ざしこれを目指す新しい体制の中で、短期間ながら最高裁判事としての仕事をするこゝろさえた。そしてこの姿勢は死の直前における「尊属殺問題」に連なるのである。

またこれ以外にも、彼の主張する判例研究の必要性や彼の「裁判所を単なる『法則適用の機関』であるとはせず、具体的に発生した紛争＝法律問題の解決機関である」とする「裁判観」³⁷もまた、イギリスで幾度も裁判の傍聴へ足を運ぶことによって得た「収穫」であり、その後の彼の法学の核心となる。とりわけ、彼の「判例」への関心は、その後、末弘巖太郎とともに「民事判例研究会」を創設し、我が国における判例研究の発展に寄与することとなる。判例批評は、我が国においても、明治35年頃から梅謙次郎が行なって以来、様々な法学者たちによってなされたといわれている。しかし当時は、「概念法学旺盛時代」であったため、「その遣り方も事實の研究に注意を怠り只表面に表はれた形式法理の批評にのみ拘泥したので其批評は多く當ら」なかった。それに対し、民事判例研究会が『法学協会雑誌』に発表した判例批評は、「従來の判例批評の方法に一步を進めた物であり」³⁸、「日本の法律学の歴史に新しい時代を画する重要なできごと」³⁹であったと評されている。同研究会によって行なわれた判例研究は、末弘によれば「研究の目的は具體的法律を知らむとするにある」とし、「第一には判決中極めて不完全な事實の記載中から成るべく詳細に事實關係を拾ひ集めることを力める。而して第二には裁判所が此事實に對して如何なる裁判を與へたかを簡短に摘記する。さうして最後に評釋を付ける。評釋を加へる主旨は従來諸學者に依つて試みられた判例批評とは全く異なつたものである。主として其判決と従來の判例との連絡を尋ねて當該の問題に關する具體的法律の變遷及び其内容が漸次に充實して來る様子を説明するに在る。」⁴⁰ことをその内容とする。このような判例研究の手法は、重遠自身の家族法研究⁴¹にもみられ、大きな特色を有することとなる。なお、重遠が

民事判例研究会で行なった判例研究一覧を巻末【資料 6】に載せている。但し、本稿ではその紹介にとどめ、細かな分析については今後の課題としたい。

4 婦人問題への関心

重遠は、欧米留学を期に「婦人問題を人類問題として興味をもった」⁴²として、留学における「収穫」のひとつとして挙げているように（本節第三項参照）、この問題は彼の学問を考える上で切り捨てることの出来ないものである。そこで、重遠による「婦人問題」への見解についても言及しておく。

資料上では、イギリス留学中に婦人参政権の獲得を主張する婦人団体の活動ーパンクハースト夫人率いるサフラジェット⁴³の活動ーを実際に見て、「婦人問題に一層興味をもった」とされているが、この「一層興味をもった」という発言通り、重遠は実際にはそれ以前より既に婦人問題に注目をしている。研究の専門領域として家族法を選択している以上、当然、婦人問題は考えていかねばならない問題ではあるが、明治 43 年の時点で、『法学協会雑誌』（28 巻 7 号）に「フェミニズム」という論文を発表していることから、早い段階から、彼が婦人問題に関心を有していたことが窺える。この論文では、フランスの文献が使用され、フェミニズムが略述されているのだが、その中で重遠は、Turgeon という人物を取り上げ、彼の提案するフェミニズムの分類として「革命的フェミニズム」「基督教的フェミニズム」「純正フェミニズム」があるなどと紹介している。彼はとりわけ「純正フェミニズム」に注目しており、これを「吾人ガ正当ナル要求ト思ヒ将来研究ノ価値必要アリト信スル『フェミニズム』」であると述べている⁴⁴。この「純正フェミニズム」とは、端的に述べるならば「女権拡張」を目的とするものである。ここではとりわけ「法律上の婦人の地位の上進」及び「婦人の自然状態と法律状態との一致」を主張している。そのうち前者は、「道徳上礼儀上風俗上、婦人が尊重されるのみならず、法律上においても婦人の権利が十分に保障され、男子の権利との法律上の不当の差異が除かれることを要求する」、つまり女権拡張問題の終局の解決を立法に求めることを意味している。また後者は、「男女の間に自然の差違が存在することにおいては否定しない、つまり男女同等は主張しないが、自然上の男女の差違よりも遙かに大きい、法律上の男女の差違を設けている現状については是正する必要がある、婦人の自然能力に相当する法律能力を与えよ」と要求する考えに

基づいている。このようなフェミニズム論は、重遠の婦人問題への理解と非常に合致している。彼は「純正フェミニズム」が唱えているように、自身の生涯にわたる活動の中核をなす研究や立法事業において、婦人の権利を向上させるべく尽力し、実現させていく。とりわけ立法を終局の解決方法とするという考え方は、まさに彼の見解と一致している。また重遠は、婦人論を語る上で、決して婦人と男子を「同一」ならしめよという主張をしておらず、「男子は飽くまで男子であり女子は飽くまで女子であるが、国民としての価値が男子も女子も同等でなくてはならぬ」と主張している⁴⁵。男は男の特長を女は女の特長をそれぞれに発揮し、それが対等の価値をもって相補う所に、国家社会及び家庭の真の幸福が存する、つまり「婦人問題は男子対婦人の闘争問題ではなく、男子と婦人とが相伴って国家及び家庭における共同生活をするという觀念に立脚しようというのである。⁴⁶」といった見解を展開させていく。従って「今までややもすれば国家社会を男のみが構成するように考えていたが、国家も市町村も、家庭も、男子と婦人とで構成しているのだという、極めて平凡明白な真理をもっと真剣に考えねばなら」ず、「結局これのみが婦人問題の骨子である」とした⁴⁷。

このような婦人観をもち、重遠は、婦人問題について具体的な取り組みを行なっていた。その際、彼は婦人問題について、具体的に「教育問題」「職業問題」「労働問題」「政治問題」「法律問題」とに区分し、それぞれの解決策を見出そうと努める⁴⁸。この内容について簡潔に述べるならば、重遠は、「教育問題」として、「高等教育⁴⁹における男女間の教育の差」「教育行政への婦人の参加の必要性⁵⁰」を、「職業問題」として「婦人のための職業—とりわけ官吏公吏の方面で—の門戸開放」「弁護士法の改正と女性への弁護士業の可能性の示唆」を、「労働問題」として「女性の労働者（女工）の問題⁵¹」を取り上げ、言及している。また「政治問題」としては主に「婦人参政権の実現の不可避性⁵²」「学校及び社会教育における『政治教育』の必要性」を、そして「法律問題」として「民法の親族編・相続編における男女間の権利の差異と婦人問題としての研究意義」「夫婦間の法律規定の不平等性⁵³」「民法改正の必要性」を取り上げ論じている。このうち、特に「法律問題」「教育問題」は注目に値する。なぜなら、重遠にとって両場面における婦人の権利の向上の実現こそが、彼が生涯にわたり追求した課題のひとつであり、また「法律」と「教育」は互いに交わりあいながら「婦人問題」という大きな課題に挑むことにもなるからである。

5 「法律」と「社会」とを歩み寄らせるための活動

重遠の学風としての「社会学的法律学」、つまり法律学のなかに社会学的な方法を導入させ、法律と社会に即して判断していくべきだという考えは、彼のあらゆる活動の基底となった。これは、本節第三項に紹介した穂積重行氏の発言からも明らかであろう。また重遠は、日露戦争や第一次世界大戦といった戦争を契機に大きく変化した社会状況⁵⁴と、明治31(1898)年に制定された明治民法—即ち「社会」と「法律」—との間に「ずれ」の状態が生じるようになったという認識のもとで⁵⁵、両者の乖離を補充すべく、あらゆる場面において両者の「歩み寄り」を提言することとなる。「社会」と「法律」の乖離の克服を主張する重遠の姿勢は、磯田進による「法律学あるいは法律書と一般民衆との距離が日本ほど開いている場所は、おそらく外国にはないのではないかと思うのですが、そのことは日本の法律学の一つの遅れだと思うんです。そこで穂積先生はその遅れを取り戻そうとされた。そういう意味で穂積先生のそのラインの努力を私たちは高く評価しなければならない⁵⁶」との発言や、我妻栄による「法律と社会生活の実際とを結びつけていこう、法律の解釈においても、立法においても、更には法の適用においても、社会の実際と法律とを結びつけようとする努力、この努力のすべてを包摂するものが法律学であるとするのが、穂積先生の法理学の立場だといつてよい⁵⁷」との発言に見られる通り、彼の法理論のもうひとつの特徴といえよう。

尤も、こうした社会と法律との結びつけを行なうべきだとする見解は、何も彼特有のものではない。所謂、大正「市民法学」を代表する、牧野英一や末弘巖太郎といった法学者たちもまた、「概念法学的法律実証主義」の克服の動きとして、日本の社会と法律学との間の結びつきを深めようと尽力した。しかし重遠は、これを主に「家族法」という領域において徹底的に「歩み寄り」を図ろうとした点、「社会と法律」、即ち「一般民衆と法律家」との間に中立的な存在として立ち、あくまでも「善良たる貴族」としての立場から「モデレートな君主制をよき古き形で維持していこう」と努めた点において⁵⁸、例えば「民法」や「労働法」の領域において「市民的」な態度をとり「純粹な意味でのデモクラート」を貫いた末弘とは性質を異とし⁵⁹、重遠の独自性をそこに見出すことが出来るだろう。

我妻栄によれば、家族法領域において、法律と社会を結びつけることが最も求められている。というのも、「家族法の分野では、社会の実際と法律の規定との間には大き

な隔たりがある。しかもこれを埋めるために、法律の規定を論理的に分析して、これに適合する社会現象だけを法律の認めるものとし、適合しないものは法の保護を受けないという態度をとったのでは、隔たりはますます大きくなりこそすれ、少しも小さくならない。隔たりを生ずる理由を探求し、これを埋めるために、単に法律を改めるだけでなく、おそらく特殊の施設や制度を考案しなければならない」のであり、そこに財産法の研究とは全く違った行き方が要請されるのである⁶⁰。そしてこれをいちはやく実践したのが穂積重遠だというのである。

重遠もまた、上記の我妻の発言と同様の見解を示しており、以下の文は、社会と法律の不一致への彼の批判を窺い知ることが出来る一例である⁶¹。なお、ここでは「社会」ではなく「事実」という用語が用いられているが、この文脈では、これは「社会」のことを意味すると考えられる。

法律では斯うなつて居るが事實は斯うだ、事實はさうだが法律では斯うだと云ふやうな、法律と事實の食ひ違ひが屢々起る。それは一方に於ては法律の決め方が悪い。法律家が自分達の机の上で決めて社會の實情に合せることを考へなかつたと云ふ法律の方の缺點が確にある。と同時に一方に又、一般の人が法律に甚だ無關心で、法律のことを一向知らない、また知らうとしない。其爲に其人々の行ふ事が法律とは丸で違つたことになつてしまふ。だから一般の人々の方にも責はある。そこで、法律の方もモット考へなければいかんし、一般の人もモット法律のことに注意して、法律と事實と食ひ違はんやうにしなければならない。

重遠は、法律が社会の実情を汲みすることなく専門家間で作られたものであること、また、一般国民は法律に関心がないことを指摘し、こうした現状が「法律」と「社会」の間に距離を作った要因であるため、両者が共に「歩み寄り」をすることで、食い違ひがないようにしなければならないと述べている。そして彼は、そのための「解決策」を提唱していくこととなる。但し、「事実を動かすことはできぬから法律の規定を事実に合わせてるのが良い」とし、「事実」から「法律」への歩み寄りよりも、「法律」から「事実」への歩み寄りを一層強調する傾向にあるようである。

そこで、重遠の著書・論文等を分析してみると、その具体的構図は次の〔図 2〕に示したものであると想定される。

年末に「民法親族編中改正ノ要綱」34項目及び「民法相續編中改正ノ要綱」17項目（これらは「民法改正要綱」と総称されている。）が発表された翌年の昭和3年からは、司法省内の民法改正調査委員会の委員として起草作業に携わっている。重遠は、現実の家族関係の変化や徐々に高まりつつある女性、とりわけ妻の劣位に対する批判に対応し得る改革を遂行するかたちで民法改正作業を進めようと尽力した。具体的には、分家を容易にしてその促進をはかることで「家」と実質的な家族共同生活とを結びつけ、また「妻の能力の拡張」「夫婦財産制における別産制」「遺産相続人の中の配偶者の順位の上昇」など、妻の地位を高める規定を積極的に提案していった。また単独相続としての家督相続を緩和し、親族会の制度を整備することで、その濫用を防止した。さらに家事審判所を設置させ、家をめぐる複雑な問題に関しては適宜柔軟に判断することとした⁶⁵。なお、「裁判官が法服を脱いで、当事者と同じ地位に立って、ひざをつきあわせて話し合う。そして人情と理屈とをかみあわせた解決をして、当事者を納得させる⁶⁶」ことを目的とする家事審判所は、重遠が年来主張してきたものであり、戦後の家庭裁判所の「調停」に結びついていく。その意味において、これもまた、「法律」から「社会」への歩み寄りの一形態として捉えることが出来るだろう。重遠の考える「条理」及び「判例法」の関係については第八章第二節第2項で、調停については本章第三節第2項で改めて論じていきたい。

次に「社会」から「法律」への歩み寄りについてであるが、この点について重遠は、一般の人々に知識を身につけさせるための「法育」が必要であると説く。ここでいう「法育」とは、今日言われている「法教育」に相当するものであり、「狭義の『法教育』と『法学教育』を包摂する広い意味での『法教育』」を指している⁶⁷。重遠によれば、法律というものが国民に知れわたることなく法律家の占有物ともなりかねないといった時代において、法律が本当に国民に守られるようになるためには、法律に対する国民の理解を前提とする。そこで、国民をして法律を理解させるのは即ち教育であるとして、教育の現場では、教えていくべき社会のあらゆる常識のなかに、法律に対する常識も加えるべきだとした。なぜなら、「国民」を作るためには、人間形成に必要な「徳育」「知育」「体育」に加え、「法育」もまた必要であり⁶⁸、また「法律は命ずるから行われるのではなく、守るから行われるのでなければ意味がない、そして守るためにはまず知らなければならない、そして守らせるにはまず知らせなくてはならない⁶⁹」からである。こうした国民における法育の必要性については「通俗的法律教育は我國に

於て最も必要にして最も不完全なる所である。(…)『法育』なくば國民を造ることは出来ぬ。國民の事實生活と法律生活とを一致せしむることは出来ぬ。⁷⁰』という彼の言葉に集約されているように窺えよう。そして重遠は、学校教育は勿論のこと、しかしながらそれだけでは教育の目的が十分に達しないとして、学校を卒業した人や何らかの事情で十分に学校に行かれない人のために、社会教育も必要となってくることを唱えた。「社会事業」に関しては「社会教育」、即ち、学校以外の場で行なわれる教育をその内容に含んでいると考えてよいだろう。

そこでまず、学校教育での「法育」についてであるが、重遠は教育機関—とりわけ中等教育や女子教育—における法学教育の推進にむけて尽力した。明治大学専門部女子部の創設や公民教科書の編纂等をその一例として挙げる事が出来るだろう。

明治大学専門部女子部⁷¹は、女子のために、法律・経済の高等教育を授ける教育機関として、明治大学によって昭和4年に創設された。当時、女子の高等教育機関としては、津田英学塾や日本女子大学校が既に創設されていたが、いずれも文部省の定める大学令による大学として認められていなかった。従って、女子が高等教育を受けるには、既存の男子の大学に入るしか選択肢はなく、大正2年に東北帝国大学理科大学に3名の女子が入学を認められて以来、徐々に女子の正式の入学や聴講生としての入学が認められているようになってきた。そのようななか、明治大学は、他の大学に先駆けて、女子が法律・経済の高等教育を受けることの出来る教育機関として、「女子部」を創設した。その際、専門部女子部の設立に先導的な役割を果たしたのが、重遠と弁護士の松本重敏であり⁷²、特に重遠は、司法省との交渉から教員の人材集めまで、そして女子部開校後には、教員として民法と法理学を担当する⁷³など、女子部における法学教育に貢献した⁷⁴。

そして公民科教育行政への関与についてであるが、大正11年より公民教育調査委員、昭和5年より中等学校公民科教授要目編纂委員などを歴任している⁷⁵。重遠によれば、「一般の者も法治國の國民として法律を知ることを努めなければならんし、また國民教育に當る人は法律を知らせることに努めなければいけない(…)法律生活に必要な程度の法律を知らせると云ふことは(…)普通教育或は公民教育の目的として大事なことである⁷⁶」とし、とりわけ中等教育における公民科教授の重要性を説いている⁷⁷。彼は特に、教科書の編纂に尽力し、中等諸学校用の教科書や女子用公民科教科書を執筆している⁷⁸。また、公民教育関係の講演会でも講師を務め、生徒を指導する立場の

教師に法学教育の重要性を訴えると共に、具体的に法学や民法の指導を施すなどの活動も行なった⁷⁹。

社会事業（社会教育）については、東京帝国大学セツルメント及び中央法律相談所において国民に法律の知識を提供してきた重遠の活動を取り上げ、以下に考察していきたい。

重遠を語る場合、東京帝国大学セツルメントへの献身を逸することは出来ないといわれるように⁸⁰、彼とセツルメントとの関わりは深いものがあつた。有志団体が都市貧困地域に定住しつつ、福祉事業や社会教育事業を行なうセツルメント運動は大正期のひとつの大きな特徴であるが、東京帝大セツルメントは、その代表的なセツルメント事業として挙げることが出来よう。大正 13（1924）年、本所区柳島に落成されてから、昭和 13（1937）年に「文部・内務当局の弾圧により閉鎖」されるまでの約 13 年の間、実に精力的に活動を行なっていく⁸¹。帝大セツルメントの任務として、創設者の 1 人である末弘巖太郎は、一部の知識人に独占されている「知識」を多数の「無産者」に「分与」していくこと、そして実証的な調査研究をすすめ、空理空論ではない、真に我が国の学問を活かす道を探りだすことを明言している⁸²。東京帝大セツルメントは、総務部のもとに様々な組織に分かれて活動を行なっていたが、重遠は主に市民教育、託児、児童、法律相談の方面を受け持ち、とりわけ「法律相談部⁸³」の活動に力をいれたようである。そしてこの法律相談部では、学生達が一般市民に「法」の知識を提供しながら、同時に、こうした法律相談を通して、民法や刑法といった法律が実際の社会ではどのように作用しているかを学ばせることを目的とした。こうした法律相談部を、重遠は、「法律臨床講義」としてすこぶる有意義であると述べている。つまり、法学を専攻している学生達が、大学の授業で法律を学ぶ他に、現実の社会に身を置きつつ実際に法律を扱ってみることで、いかに両者間に「ずれ」が生じているかを確認することが出来、社会に適合する法、即ち「生ける法」を学ぶことが出来る、またこうした活動が、法学研究や法学教育の発展につながり、さらにはあらゆる法的問題への妥当な解決策を可能にすると考えたのではないだろうか。また法律相談所が国民法律生活の「ヘルス・センター」となりうることで、一般大衆にとっても、法にまつわる問題の未然防止をすることが出来る、あるいは仮に問題が既に生じた際にも、自分に有利になるような解決方法や裁判以外での解決方法、少額で時間を要しない解決方法を見出すことが出来ることも指摘している。このように重遠はこの「法律相談

部」に大きな理想を抱き、そしてそれを実現化させようと尽力していったのである⁸⁴。

また中央法律相談所は、大正9年に、片山哲⁸⁵と星島二郎⁸⁶によって設立された法律相談所である。大正13年に閉鎖されるまでの約4年間、非常に短い期間ではあったが、中央法律相談所が法曹界に与えた影響力は決して小さくはなかった。この頃は、法曹界・法学界の一部の人たちの間で、「法律の社会化・民衆化」をめざす運動が積極的になされていた時期でもあった。中央法律相談所はまさに、こうした運動に賛同した者たちによって運営されることとなる⁸⁷。

ここでいう「法律の社会化・民衆化」の標語が持つ意味合いと、重遠のいう「社会」から「法律」への歩み寄りの内容とは、多くの共通点を有しており、従って彼もまた、「法律の社会化・民衆化」の実現に多かれ少なかれ関与していると思われる⁸⁸。そもそもこのスローガンの意味は多義的なものであり⁸⁹、田中耕太郎によれば、「社会学的方法及び社会法学と混同せられてゐるのは、我が国に於て大正七八年以来一時流行した『法の社会化』と云ふ語である。此の意義たるや一体如何なる内容を有するや甚だ明かでない。或は弱者保護の精神に基く立法の要求、或は或る法律制度例へば所有権の内容を社会全体の福祉に適合するが如く構成すること、或は概念法学に囚はれたる杓子定規の判決の匡正の為めの自由なる判例研究、訴訟手続の簡易化、各種の調停制度の精神、甚だしきに至つては或は法典の条文を又は法律の教科書を民衆に理解し易きやうに（例えば平仮名交りの口語体にして、内容も通俗的に）表現することを意味するものとする。第一の意味ならば上述の社会科学と同様であり、第二及び第三の意味ならば是れ法の目的論的概念構成に属するものであり単に概念法学に対する啓蒙的意味を有するに過ぎず、其の他のものは全くの通俗的用語であり学問的なものではない⁹⁰」と、曖昧なものとして捉えられている。しかし重遠は、上記の田中による「法の社会化」の定義を全て採用しており、「社会」から「法律」への歩み寄りの具体策として考えていたようである。

中央法律相談所の事業について、重遠は、「大いなる敬意を払っている⁹¹」と評価している。そして刑法学者の牧野英一とともに、同相談所の顧問を務め、片山等が受けた法律相談のなかで、解決が困難な場合の電話応対を行なったり、同相談所の機関紙『中央法律新報』の執筆や講演会にも協力している⁹²。

重遠はまた、「社会」から「法律」への歩み寄りの一環として、大衆向けの本の執筆や、雑誌・新聞・ラジオなどの当時の情報ツールを最大限に利用した、法律の啓蒙活

動を行なった。例えば、『百万人の法律学』『私たちの憲法』『私たちの民法』『家庭の法律百科』などの著書は、一般大衆に向けて書かれたものだと思われる。いずれも口語調で大変平易に書かれており、法律がわからない人にも十分に理解が出来る内容となっている。また、『婦人新報⁹³』や『婦人公論⁹⁴』『婦人問題⁹⁵』『女性同盟⁹⁶』『婦選⁹⁷』『婦人週報⁹⁸』『婦人改造⁹⁹』『婦人世界¹⁰⁰』などの婦人向けの一般雑誌や、東京朝日新聞などの一般大衆向けの新聞¹⁰¹に、婦人と法律の問題についての記事を掲載した。また、大日本連合女子青年団の機関紙である『処女の友』で行なわれた「身の上相談」の解答を行なったり¹⁰²、さらには、日本放送協会のラジオ放送番組「NHK教養大学」では、法学を講じた¹⁰³。

以上より、当時の社会事業と名のつくところには、必ず彼の名を見出すことが出来るほど、彼が当時の社会事業の第一線として活躍していたことが理解出来る。こうして重遠は、一般民衆の規範意識と制定法の中立的な立場として、相互間の歩み寄りを主張し、実現していったのである。

三 穂積重遠の法理論 — 法律進化論を中心として —

穂積重遠の法理論・法思想については、これを分析するいくつかの研究業績を見出すことが出来る¹⁰⁴。本稿ではそれらを参照しつつ、さらに「法律進化論」という、新たな角度からの考察を試みることで、彼の法理論の特徴を再考してみたいと思う。

一般的に、法律進化論は、重遠の父・穂積陳重が一生涯をかけて追究し続けた理論として知られている。重遠によれば、陳重は明治9(1876)年から同14年まで欧州留学に行き、当時のイギリスで新しい学問として注目されていたダーウィンによる「進化論」、そしてこれを社会問題にあてはめて、社会国家は段々進化して出来上がったものであると主張したスペンサーの「社会進化論」に多大な感銘を受けた。そして「社会が進化するものであるといふなら、法律は社会の一つの現象であるから、矢張り進化論を以て説明すべきであると思附いた」のが「法律進化論」である¹⁰⁵。こうして陳重は、「法律學は自然科学的の一つで、さういふ方で研究すべきものであるといふ途を示し、「固つて居る法律を研究するのでもない、是から育つて行くべき方向を研究」することで、従来の法律学とは異なる、斬新な視点からの研究手法を見出していった

のであった¹⁰⁶。その後、陳重はその研究成果を『法律進化論』にて著していくものの、第1巻及び第2巻を発表した後に死去したため、息子の重遠が、生前まで書き続けた未発表の原稿を整理補綴して第3巻を出版した。このような父の遺稿を整理するなか、重遠もまた、父の学風を自身の研究に受け継いでいくこととなる。重遠の法学研究における、父・陳重の「法律進化論」からの影響については、川島武宜も指摘している。ここに川島の発言を引用しよう¹⁰⁷。

僕は、穂積〔重遠〕先生の法律学の特色をつぎのように要約できるのではないかと思います。その一つは、穂積陳重先生の「法律進化論」の影響です。それまでの非常にドイツ流の法律解釈学—聖書の神学的解釈に実に似た解釈学—に対して、穂積先生は、言わば始めから本来的に対蹠的な傾向を内にもつておられたのではないかと、そして、それは、言わば「お家芸」とも言うべき陳重先生の学問的遺産を重遠先生が相続されていたということによるのではないかと思います。つまり、法律を歴史の産物だというふうに見る—その歴史的とは何ぞやということになると、方法論的には問題は残っているけれども、進化論的な意味で、法律は歴史の産物だということの意識をとにかくはつきり持つておられた。そして同時に法律は社会の産物だということもお家芸として先生が持つておられたと思うのです。(...)先生には、絶えず、陳重先生のあとを追いたいという気持があつて、それが法律学の中に現れていたのではないかという気がするのです。

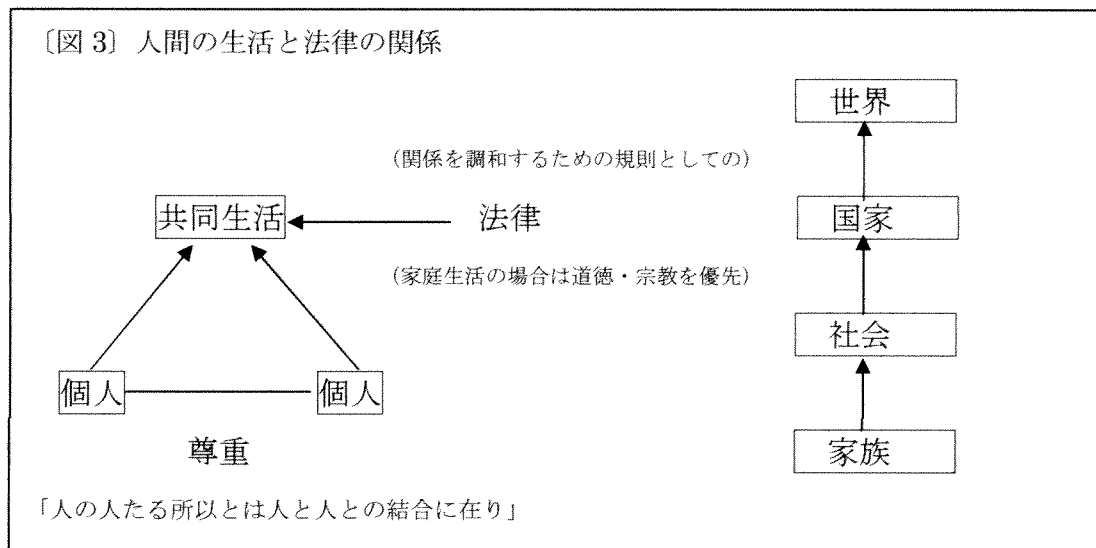
大正15(1926)年7月、財団法人有終会¹⁰⁸においてなされた講演「法律の進化」の中で、重遠は、父・陳重の『法律進化論』の解説を行っており、そこには、ところどころに重遠自身の進化論も現れ出ている¹⁰⁹。また、第2冊「法勢論」についての説明の中でも、「第二部の法勢論に於ては、一國に於ける法律の發達を發達論として扱ひ、一國の法律が他國に移る關係を繼受論として扱ひ、而して世界全體の法律が漸次統一に趨く關係を統一論として研究しようといふ組立であつたやうに思はれる。(...)私自身の研究も出来るだけ此の方針で進めたいと思ふ¹¹⁰」と、彼の研究の方向性が明確に述べられている箇所が見られる。

こうした法律進化論を基底として構築された彼の法理論のなかで、本稿で特に注目したいのが、「共同生活觀念の確立」と「法と道德」である。これらはいずれも彼の法

理論を特徴づけるものであり、これらを主軸として、彼の様々な学説が展開されているといっても過言ではない。重遠の法律学を理解するために、その基盤となっている理論をここで理解することは不可欠であろう。そこで本節では、以下に、それぞれの検証を行なっていく。

1 法律進化論と「共同生活観念の確立」

次の図は、重遠が「法律の進化」（有終会、大正 15 年）などで展開した「人間の生活と法律の関係」を、筆者なりに総合して図式化したものである。



「共同生活観念の確立」を考察するにあたり、まず、重遠はこれを「個人と全体の関係」として認識していることを理解する必要があるだろう。重遠は「全體と一つ一つの関係を結付け、其の一つ一つが集つて全體を作るのではなくて、全體があるから一つ一つがある、其の一つ一つが立派なら全體が立派になるといふやうに、一つと全體を結付けて考へることが將來の社會を考へるに大切なことゝ思ふ。法律進化論はそれを元としなければならない。即ち全體と一つ一つが互に關係して、人間社會の進む有様を法律の方面から見るのが法律進化論である。私の父は其の結論迄は言つて居ないが、私は左様に解釋して居るのである¹¹¹⁾」「人間全體發達の有様を法律の問題に就て考へれば、法律進化の理論を實際に當嵌めて、人間を益々良くして行くのが、法律に依る社會改善になる¹¹²⁾」と述べ、個人と全体が過去・現在において、どのような

関わり合いをもってきたか、そして将来はどのようにすれば、個人と全体の両者にとって最適な社会が構成することが可能かを法的側面から検討していくことに、法律進化論の役割があることを主張している。そしてこの際、最も重要になるのが、彼の座右の銘でもある「人ノ人タル所以トハ人ト人トノ結合ニ在リ (Was der Mensch ist, verdankt er der Vereinigung von Mensch und Mensch) ¹¹³」という言葉である。これはオットー・フォン・ギールゲ (Otto von Gierke) の名言であるが、また同時に重遠の「法律學・處世の根本原則¹¹⁴」でもあり、彼の法理論はすべてここに繋がっているといつてよいだろう。これは、人類は各個人が自己の人格を尊重すると同時に他人の人格をも尊重し、こうした人格の相互的尊重のもとに緊密な共同生活を営むもの（つまりここでいう「共同生活観念の確立」）であることを意味しており、これを国家社会の最終目的と位置づけていく。そしてこうした「共同生活観念の確立」は、これからの社会に求められていくべきものであるとし、「人と家と國と世界とを俱に立ち並び進ましめて、修身齊家治國平天下の大理想に適合せんことを期¹¹⁵」するとしている。

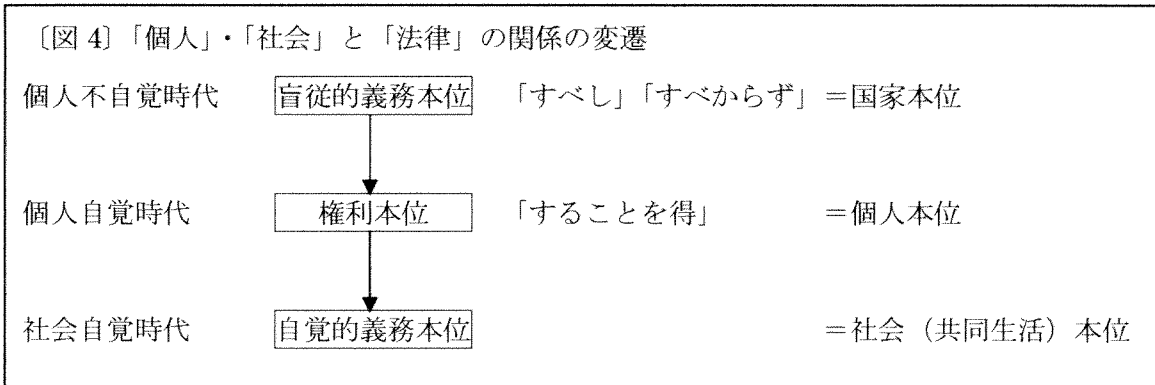
人間は万物の靈長と言われているが、人間は、自分たちにとって共同生活をするのが不可欠であることを自覚し、共同生活（あるいは社会生活）を完全にするという点において他の動物とは異なると重遠は指摘しており、従って「(人間 1人ひとりとしての) 個人」と「社会」の関連性をきちんととらえていく事が大切であるとしている。また重遠は、社会は共同生活であるがため、法則が不可欠であるということにも言及しており、「此共同生活ノ法則ハ其社會存續發達ノ要件ナルヲ以テ、社會力公權力ハ漸次其勵行ヲ努ムルニ至リ、其法則中社會力公權力ニ依ル強行ニ適スルモノハ之ヲ強行スル手段ヲ採ル。此ノ社會力殊ニ公權力ニ依リテ強行セラル、社會生活ノ法則ガ即チ法律¹¹⁶」である。そして社会と密接な関係にある法律もまた、こうした社会の変遷にあわせながら進化しなければならず、「個人が互いに尊重しあうと同時に社会の一員として行動すべき社会」、つまり各人が「個人的自覚」と「社会的自覚」をあわせもつ社会を目指して変化していかねばならない、しかしながら理想は一躍して達すべきではないと重遠は説いていく。これについて、彼は次のように述べている¹¹⁷。

法律ノ進化ハ義務本位ヨリ權利本位ニ移ルヲ以テ終局スベキニアラザルナリ。抑モ法律ガ義務ヲ強行シ權利ヲ擁護スルハ、義務ノ強行又ハ權利ノ擁護其モノヲ以テ

終局ノ目的トスルニアラズ。(…)其終局目的ハ即チ社會生活ノ利益ノ保護促進ナリ。故ニ法律ハ義務本位タルベキニアラズ、權利本位タルベキニアラズ、社會本位タルニ至ツテ初メテ理想的ノ法律タルヲ得ベキコト、殆ド多言ヲ要セズト云フベシ。然レドモ理想ハ一躍シテ達スベカラズ。個人不自覺時代ニハ法律ハ義務本位ナリキ。個人自覺時代ニ及ンデ法律ハ權利本位ニ進メリ。而シテ社會自覺ノ時代ニ入ラズンバ法律ハ社會本位タルヲ得ザルナリ。今ヤ此第三期既ニ始レリ。今日ノ法律解釋ハ社會本位タルベシ。今日ノ法律適用ハ社會本位タルベシ。今日ノ立法ハ社會本位タルベシ。而シテ今日ノ法理學ハ社會本位タラザルベカラザルナリ。

また重遠の別の論文には、こうした法律の進化を、さらに具体的に考察しているものも見られる。これについて、次ページの〔図 4〕を参照しつつ、彼の言葉を借りて簡潔に述べるならば¹¹⁸、昔は、「何々すべし」「何々すべからず」といった「義務本位の法律」が多かったのだが、フランス革命の影響により、「何々することを得」という文体を持つ「権利本位」の法律に変わっていった。フランス民法をはじめ、ドイツ民法や日本民法は、この「第十九世紀式権利本位の法律」である。ところが、こうした考えは、20 世紀になって変化しはじめ、再び義務本位という方向へと向かった。これが所謂「社会本位」の法律、つまり「社會生活ノ利益ノ保護促進¹¹⁹」を促すべき法律である。但し、これは、かつての義務本位とは全く性質を異としており、旧来のものが「強いものに抑えられて盲従した義務本位」であるならば、この新たな義務本位は、「自覺的義務本位」—即ち、社会構成員一人ひとりが皆で共同生活を営んでいるということを自覺し、自分の行動は制限されるべきことに気づく、所謂「訳のわかった義務本位」であると重遠は定義づけている。そして彼が活躍した時代—大正・昭和戦前期—はまさに社会自覺の時代であるとし、法律のみならず、法解釈、法適用、立法においても、社会本位になっていかねばならないとした。

こうした法における「社会本位」を目指す彼の姿勢は、彼の法学研究・立法作業のあらゆるところに見出すことが出来、とりわけ「個人自覺時代」を未だ受け継いでいる明治民法に対しては「改良の餘地あり¹²⁰」として、明治民法を批判的に意識しながら法理論を展開していくのである。またこのような法律は社会の変化にともない、義務本位→権利本位→社会本位へ進んでいるという彼の見解は、パウンドの影響がみられるという指摘もある¹²¹。



2 法律進化論と「法律と道徳」

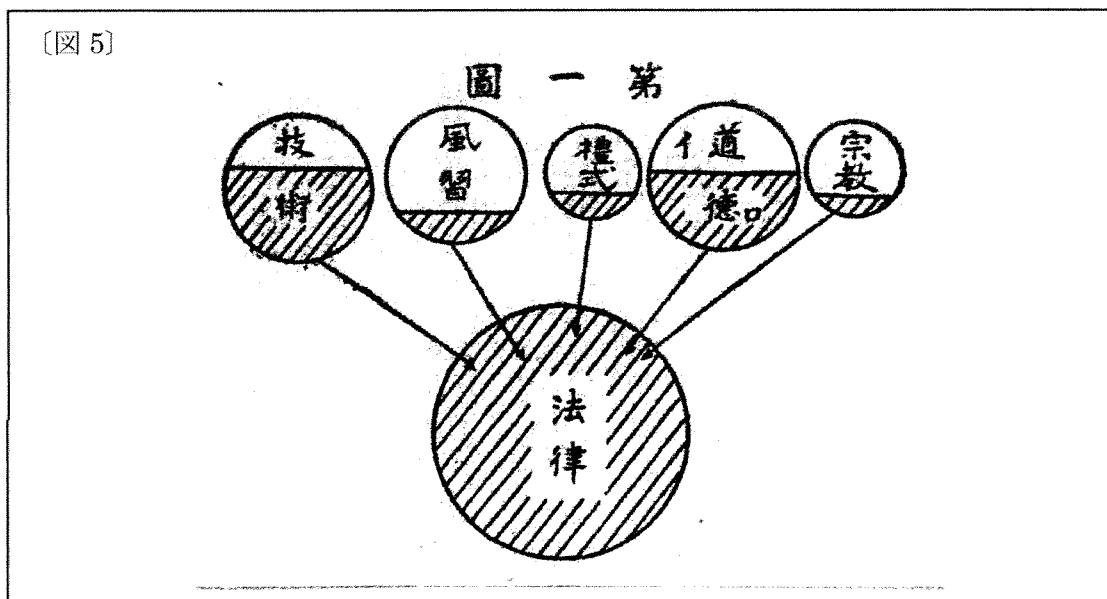
次に「法律と道徳」についてであるが、重遠は法理学の分野でこの問題について大きな関心を抱いており、これに追隨して問題となる「法律万能思想批判」と「悪法論」は、彼が生涯を通じて一貫して持ち続けるテーマの1つであったとされている¹²²。またこの問題に対する彼の見解は、彼の専門領域である家族法の分野でもしばしば確認することが出来、彼の法理論において重要な位置付けにあるということが理解出来るよう。

（一）法律進化論からみる、重遠の「法律と道徳」

「法律と道徳」に関する重遠の見解について検討する際にも、前述の「個人」と「全体」についての重遠の認識に関連づけながら論じていく必要があるだろう。社会が個人に先立って存しているということ、個人や「人類的諸制度」（宗教・道徳・祭儀・言語・美術等）は社会において進化する、所謂「社会進化の産物」たるべきだということ¹²³、そして公権力によって強行される社会生活の法則が法律であるということは既に指摘した通りである。これについてさらに言及するならば、人類はその進化の当初より、共同生活を送っており、野蛮未開の人類といえども、ある程度又はある範囲での社会を構成していたとされている。そして社会生活を送るためには規範というのが当然必要となるわけだが、これは社会生活の進化とともに、各方面に各種の規範が発生・発達することとなる。なお、これらの規範を大別すると、道徳的規範・宗教的規範・技術的規範・経済的規範・風習慣習上の規範・礼式的規範となる。また原始

時代より、社会の構成員たる各個人の「有機力（生理力及ビ心理力）の聯合¹²⁴」によって生じる、社会を統一しようとする力、即ち「社会力」も存在しており、その後、社会がある程度、進歩・発達した後、社会が国家なる「政治的社会」に進化していくと、その政治組織を通して表現する「社会力」—これを「公権力」という—が生じてくる¹²⁵。そして、この社会力殊に公権力によって強行される社会生活の規範が「法律」となるわけである。

そこで重遠は、法律と道德の関係について次のように考えることが必要だとしている。次の〔図5〕を見ていただきたい¹²⁶。



この図は、重遠自身によって描かれたものである。重遠は、法律と道德の関係について、従来の「法律と道德とを同一平面で相対立する二つの制度と」して見る手法を採用せず、「法律と道德とを段階的に観察」する必要性を唱え、社会の進化に伴う「法則」の変遷というものを見ている。ここで重遠は、道德は第1段の社会生活規範であるとしている。また、上図でも示されているように、重遠は、この第1段の規範として、道德的規範の他に、「宗教」「礼式」「風習」「技術」の各規範も挙げている。なお、別の著書では、「道德的規範（宗教的規範ヲ含ム）、技術的規範（經濟的規範ヲ含ム）、風習的規範（禮式的規範ヲ含ム）¹²⁷」として、上記の規範に加えて「經濟的規範」を挙げており、これもまた第1段の規範とみなしてよいだろう。そしてこうした第1段の社会生活規範の一部分ずつ（図の斜線部分）が、社会力ことに公権力によって強行されるに至ったものが第2段の社会生活規範、即ち「法律」となる。ここで「一部

分」といっているのは、「社会生活の規範（第1段の社会生活規範）のなかにはその性質上強行に不適當なものがあり、また、社会生活上強行の必要のないもの、また不可能なもの」もあり、従って第1段の全ての社会生活規範が法律となるのではなく、このうち強行に適し且つ強行の必要があるもののみが法律となるというわけである。ちなみに、第1次規範のいかなる部分が法律となるかは、国や時代の違い、そして社会の変化に応じて、相違があることをここに付記しておく。これは父・穂積陳重の『法律進化論』でも検証されている問題であり、陳重は「昔は宗教に關する事が多かつたが、其の後道德に關する事が多くなり、近世に至つては技術に關する事が多くなつてゐるが、此の如きは法律の内容に盛られる材料の進化で、それを『法律進化論』の中の]原質論で取扱」つたのであつた¹²⁸。重遠自身も、昔は「宗教、道德、法律と云ふものが一緒であつた時代」があつたとして、三者間が密接な關係にあつたということ¹²⁹、また、社会が進歩するとともに「技術的規範」を内容とする法規が占める割合は大きくなり、我が国の現行法規を見ても、行政法規や帝国議會、裁判所や学校關連の重要法規は技術的規範を包含していること¹³⁰について指摘しており、父・陳重の見解とその大半において一致していることが窺える。

また重遠は、法律と道德との關係が、社会の変化に伴つて進化するという見方もとつている。これに關する該當箇所を以下に引用する¹³¹。

法律と道德の區別關係(...) [の] 實際の問題に付て其一端を申して見たいと思ふのでありますが、ずつと昔に於ては法律と道德と云ふものは區別がなかつた。 (...)それが段々と人間が進み、法律が發達し、國家の組織が整つて來ると共に道德と法律と云ふものが分れて來た。法律といふ特別の規則が出來、法律家と云ふそれを専門に取扱ふ人々が出來て、法律と云ふものが専門の部門になつて來た。道德と云ふものと法律と云ふものが其以後に於ては之を説く人取扱ふ人に於ても分れて來た。法律道德が分化したと云ふことが今日までの現象であります。法律方面から云ひますと是が即ち法律の進化である。 (...)併ながら是が決して法律に取つて其發達の終點ではなかつた。道德と法律とが離れて法律が特別の發達をした。其終局が今度は又法律が道德に近付いて行く。又近付いて行かなければならぬことになつて來たのが今日の有様であります。 (...)今日の法律及び法律學に於てさう云ふ現象が、即ち法律道德化の現象が至る所に現はれて居るのであります。

この彼の発言からは、道徳（の一部）から発生・発達してきた法律が、法律学の専門化とともに、道徳と法律の区別が強調されるようになったものの、その結果、両者があまりにも分離し、万事が「法律づくめ」になり過ぎたため、近頃になって、一旦分離した法律と道徳が再び距離を縮め、所謂「法律の道徳化」の現象が著しくなってきたということが理解出来る¹³²。ここでいう法律と道徳の関係については、法学界でも議論の多いところであるが、彼は上記の引用文からもわかる通り、一方においては、道徳と法律の区別を明らかにすることが必要だとするものの、他方においては、両者は決して無関係なものではない故、「道徳と法律は区別あり関係あり〔、〕関係あり区別ある¹³³」ということを経験していかねばならないという姿勢をとっている。そして重遠は前者を「法律と道徳との分界」と、後者を「法律の道徳化」と称し、論じることで、従来より支配的な「道徳法律合一論」と「道徳法律分離論」のいずれにも批判する立場にいたることがわかるだろう。なお、ここで重遠のいう、「法律と道徳との分界」とは、「どう見ても道徳問題で解決すべきものであると判断されるならば、道徳で片付けるようにし、法律はただその外廓を整へるに止めるべきである」という捉え方である¹³⁴。これは主に、家族に関する法と関連してくるのではないかと思われる。重遠によると、親族法や相続法の問題はなるべく規定を細かくせずに、道徳をもって解決させた方がよいと考えられている。なぜなら民法〔とりわけ家族法〕は法律の中でも特に道徳的な根本法である¹³⁵ため、法律万能思想の発想から、これをあえて法によって細かく規定し、解釈してしまうことはすべきではなく、「法律は最小限度の道徳¹³⁶」であるべきだとしたのである。また「法律の道徳化」とは、昔の混沌状態に還るのではなく、分化した上での総合であるとされている¹³⁷。これは、財産法とそれに関連する権利濫用の禁止や信義誠実の原則につながる考えである。

こうした彼の法律と道徳への認識は、実際の法律上の問題を通して検証することで、より深く理解することが出来よう。そこで本節の最後として、上記の「法律と道徳との分界」「法律の道徳化」への重遠の理解について、具体的な法律問題を用いつつ、論じてみたい。またそれ以外にも、法律と道徳の関係を「裁判」と「調停」というところから注目している重遠の記述も見られ、彼の法に対する考え方を理解するためには有意義なものであると思料するため、あわせて紹介する。但し、法律や制度自体に関する説明などは一切省略し、重遠によって叙述された「法と道徳」に関する箇所を整理するにとどめたい。

(二) 具体的な法律問題にみる「法律と道德」との関係について

① 法律と道德の分界—「家族法」「家族制度」における「法律と道德」との関係—

大正 6(1917)年より行なわれている臨時法制審議会で実施された民法改正作業の「調査要目」に挙げたもののうち、「子の婚姻に対する父母の同意」をめぐる問題は、重遠の「法と道德」についての考えを理解することが出来る好例の一つであろう。「子の婚姻に対する父母の同意」を規定した明治民法第 772 条には、「子カ婚姻ヲ爲スニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス但男カ滿三十年女カ滿二十五年ニ達シタル後ハ此限ニ在ラス」として、男が満 30 歳、女が満 25 歳以上になれば、父母の同意なしに自由結婚が出来るとされている。これに対し、臨時法制審議会では、原則としては年齢の如何に拘らず、子の婚姻には父母の同意を要するが、父母は正当の理由なくしては、子の婚姻に対して同意を拒むことは出来ないとした。こうした明治民法の規定や臨時法制審議会の見解について、重遠は、子が婚姻に際して父母の意思を尊重すべきは当然であるが、それはあくまでも道德上の問題であり、法律でそこまで立ち入るべきでなく、寧ろ法律ではその点に触れないこと、即ち、成年者の結婚についての法律上の要件中に父母の同意を算えぬこととし、それを道德問題に譲るほうがよいのではないだろうかと思見している。つまり、家庭問題は、民法にどのように規定されても、結局のところ、家族が皆仲良くさえあればそれで済むものであり、また大体は皆の話し合いで問題が片付いているようでもあるため、「道德にまかせて、所謂『法律は家庭に入らず』ということにしておいてもよさそうだ」¹³⁸との見解をもっていることが確認出来る。

また、戦後の民法改正によって制定された規定についても、家庭をめぐる問題について、「法と道德」の関係から評価しているものがいくつか見られる。重遠の論稿「法律の上に道德がある」の中に見られる、貞操義務規定の削除と家制度の廃止に関する考察はその一例であろう¹³⁹。貞操義務そして家制度に関する規定は、明治民法において重大な役割を果たしたものであったが、昭和 22 年 12 月 22 日法律第 222 号「民法の一部を改正する法律」(以下、「昭和 22 年改正民法」)では共に姿を消すこととなった。しかし重遠は一貫して、これらは「法律の改正」であり、必ずしも「道德の改正」ではないとしている。妻の貞操義務問題については、従来、妻の姦通は、犯罪と

して処罰の対象となっており、また夫からの離婚請求の原因となっていたのだが、戦後においてはこの「妻の姦通」をもはや法律問題にはしないとした¹⁴⁰。しかし重遠によれば、これは「今まで道德問題で同時に法律問題だったのを、今度は道德問題だけにし」ただけであり、「法律問題でなくなっただけで道德問題として一層引締めねばならぬ」のだという。家制度については、「昭和 22 年改正民法」をもって「家」に関する規定を排除したものの、これについても、あくまで「制度」の廃止であり「家族」の廃止ではないと重遠は主張している。彼によれば、明治民法における家制度は家族生活の実質と一致するものではなかったため、家族という「実際」をよりよく活かすために、家という民法の制度を廃止するに至ったのである（本章第四節第 2 項参照）。戸主制度についても同様である。そして家族制度については、法律で一様に規定するのではなく、むしろ「法律には全然書かないで義理人情と實際生活とに一任」すべきだとした。このように重遠は、「法律の上に道德がある」、つまり「法律で廃するのは道德で活かさんがためだ」とする見解をここで示していることがわかるだろう。

また重遠が最高裁判所判事として関与した、尊属傷害致死に関する昭和 25(1950)年 10 月 11 日の最高裁大法廷判決からも、上記に指摘した「法律の上に道德がある」という彼の主張を確認することが出来る¹⁴¹。当判決では、尊属傷害致死に関する刑法第 205 条第 2 項¹⁴²の規定が、憲法第 14 条（法の下での平等）に違反するかについて争点となり、結果的には「合憲」と断定されたが、その中で重遠はこれを違憲とする少数意見を出した¹⁴³。この意見は、法と道德に関する彼の年来の主張がまさしく具現化したものとみることが出来る。ここで、判決文中に見られる彼の意見を一部抜粋してみる¹⁴⁴。

裁判官穂積重遠の少数意見は左のとおりである。

本件は刑法二〇五条に関するが、問題は同二〇〇条から出発するゆえ、両条にわたって意見を述べる。そして先ず両法条の立法を批判したい。(…)

(二) 多数意見は、刑法の殺親罪規定は「道德の要請にもとづく法による具体的規定に外ならない」から憲法一四条から除外されるという。しかしながら憲法一四条は、国民は「法の下に」平等だというのであつて、たとい道德の要請からは必ずしも平等視せらるべきでない場合でも法律は何らの差別取扱をしない、と宣言したのである。(…)多数意見が「夫婦、親子、兄弟等の関係を支配する道德は、人倫の

大本、古今東西を問わず承認せられているところの人類普遍の道德原理」であると言うのは正にそのとおりであるが、問題は、その道德原理をどこまで法律化するのが道德法律の本質的限界上適当か、ということである。(…)「孝ハ百行ノ基」であることは新憲法下においても不変であるが(…)刑法諸条のごとく殺親罪重罰の特別規定によつて親孝行を強制せんとするがごときは、道德に対する法律の限界を越境する法律万能思想であつて、かえつて孝行の美德の神聖を害するものと言つてよからう。本裁判官が殺親罪規定を非難するのは、孝を軽しとするのではなく孝を法律の手のとどかぬほど重いものとするのである。(…)

当該事件は刑法第 205 条に関わるものであったことは既に述べたとおりであるが、合議では、尊属殺についての取扱の差別、即ち第 200 条が合憲か違憲かについても争われたことが、上記の彼の説明からも理解出来る。そしてこのような判決意見の中で、重遠は、道德で崇高なものはかえつて法律に制定すべきでないという意味の「法律の上に道德がある」ことを示したのであった。このように彼は「法律万能思想批判と直結して法による道德の強制に対する批判¹⁴⁵」という見解のもと、法律と道德を捉えたのである。

② 法の道德化—信義誠実の原則と権利濫用の禁止—

重遠は、家族法については、法律と道德の分界を求めたのに対し、財産法については、「法律関係の倫理化（道德化）」の必要性を説く。20 世紀という所謂「社会自覚時代」に生きる人間は、「個人が互いに尊重しあうと同時に社会の一員として行動」するために、時には自身の行為の制限を行なわなくてはならない。そこで彼は、従来の法律規定の観念を少しでも緩和させていく必要があるとして、「信義誠実の原則」及び「権利濫用の禁止の原則」を取り上げ、論じていく。なお、これらの二原則に関する重遠の記述は非常に少なく、「昭和 22 年改正民法」との関連で述べられていることが多い。従つて、ここでは主に戦後に書かれた記述より分析を行なっていく。これらを語る際にはまず、「昭和 22 年改正民法」において新たに規定された「民法第 1 条」を掲げる必要があるだろう。

第一條 私権ハ公共ノ福祉ニ遡フ

権利ノ行使及ヒ義務ノ履行ハ信義ニ従ヒ誠実ニ之ヲ為スコトヲ要ス
権利ノ濫用ハ之ヲ許サス

第一條ノ二 本法ハ個人ノ尊厳ト両性ノ本質的平等トヲ旨トシテ之ヲ解釈スヘシ

この条文では、第一に「社会福祉尊重の原則」、第二に「信義誠実の原則」そして第三に「権利濫用禁止の原則」が定められており、重遠はこれを「財産法の大原則」と謳っている。「昭和 22 年改正民法」は、本来、親族法相続法の全面的な大改正とされているが、実際には、財産権もまた、大きくその理念を変更させており、親族法や相続法と同様に、個人本位から社会本位の方へシフトさせたことを意味している。これについて重遠は次のように述べている¹⁴⁶。

〔この条文は〕すなわち私有財産制度はもちろん維持尊重されるが、なぜ法律が個人の財産権を保護するかといえば、結局は社会共同生活の利益のためなのだから、われわれがめいめいの財産を運用するについても、人様の御役にも立つよう、世間の妨げにならぬよう、常に肝に銘じ心にきざまねばならないという大原則を第一條にかかげて、財産法一條々々の法文は書き改めなかつたけれどもその指導精神を個人的から社会的に切り替えよ、と厳肅明白に命令したのであります。従って新憲法新民法下においては、自分の権利だから遠慮會釋なく根こそぎ取り立てろ、義務はただ契約面に合せさえすればよろしい、という考え方が、単に道徳的でないのみならず、法律的でもなくなつたのです。

そして重遠は、「ドイツの新憲法」（ワイマール憲法を指す）に規定されている法文「Eigentum verpflichtet（所有権は義務を伴う）」を尊重し、従来より考えられていた「権利は権利にして義務にあらず」から「所有権者はその権利を濫用しない義務があると同時に、更に又それを適當にその目的に従つて行使する義務がある」へと、権利義務の考えを変えていく必要があるとしている。つまり、「信義誠実の原則」及び「権利濫用禁止の原則」の尊重である。また、これらの新たな権利義務の捉え方については、「法律の中に道徳的な考へが這入つて來たことが注目される」と評価している¹⁴⁷。

そこで、上記の両原則に関する彼の考えを整理しておこう。

まず「信義誠実の原則」は、明治民法に規定をもたず、主に裁判の判例・学説によって展開されてきた理論である¹⁴⁸。重遠によれば、大審院は昭和9（1934）年頃から信義誠実の原則をもって事件を解決しはじめているとのことである。そして彼が述べる「信義誠実の原則」とは、「法律と道德とが、再び接觸して來て居る」一現象であり、「義務の道德化」を意味している。これについては、以下の記述に確認することが出来る¹⁴⁹。

義務と云ふことは固より道德的のことで、金を借りた以上はなさなければならぬ。是は啻に法律の要求ではない。道德の要求であるけれども、それが餘りに法律的になつた爲に兎に角契約の文字通りに返しさへすればそれで宜い、返すものを返せば義務は消滅で何も恩にきる必要はない。斯う云ふ風に法律が事務的になつて來た。是は本當でない。契約面だけのことをしたとて、必しも總ての義務が果されて居るとは言へないのではないか。斯う云ふことが段々問題になつて來まして、唯義務を行つたと云ふだけではいけない、其義務を行ふのに誠實信義に基かなければならぬと云ふことになつて來た。即ち義務は誠實信義に基いて行ふと云ふことが、啻に道德問題であるのみならず、是が段々と法律問題になつて來たのである。

重遠の認識する「義務」には、債務者が担うべき義務、そして債権者が担うべき義務の2つが想定されているように窺える。つまり前者では「十分に〔債権者である〕相手の利益都合を考へ、出来るだけ相手の心持を尊重して、〔債務者は〕義務を果すやうにしなければならぬ」として「信義誠実」が主張され、後者では「〔債権者は〕権利があるからといつて〔債務者である〕相手の事情も構はず十のものを十まで取り立てようとするのは信義誠實にかなふ¹⁵⁰」とは言えないため、そうならぬよう配慮することが「信義誠実」にかなうとした。これについて重遠は、それぞれに具体例を挙げて説明をしている。

前者についての説明にあたり、重遠は、昭和9年2月26日大審院第一民事部判決を一例に挙げている¹⁵¹。この事件は1万円の借金のうち、9900円は既に支払い済みであり、残り100円も準備してあるので、それと引き換えに債権証書を返してほしい、抵当権の登記を消してほしいと請求したのに対し、皆済の上でなければ証書も返さぬ、登記も消さぬと拒絶したという内容のものであった。そしてこれに対し、大審院は、

「債務者ノ現ニ支拂ヒ又ハ提供シタル金額カ極メテ少額ノ不足アルニ過キサルトキ債権者カ其ノ不足ニ藉ロシテ證書ノ引渡及登記手續ノ履行ヲ拒絶スルハ信義誠實ノ原則ニ反スルモノト謂ハサルヲ得サル¹⁵²」であると判決した。重遠は、この判決を、法律の規定が未だ存在しない時期における「条理裁判があり得る一例」として、法規の窮屈を緩和して適当に解決しようとした「大岡さばき」の如く評している。

また後者について、重遠は、『昭和2年5月31日限り金一圓御拂ひする』と約束をしてある。そこで5月31日、債務者は午後11時55分になって戸を叩いて金を返しにきた。ところが債権者は戸を閉めて寝てしまつて気がつかない。そこで金をもつて帰ってしまった。この場合、5月31日に法律的に債務の履行をきちんと提供したにもかかわらず、債権者が受取らなかつたため、債務者の遅滞に非ずして債権者の遅滞だと果たして言えるだろうか。」といった例題を挙げ、単に契約面だけを履行すればよいというのではなく、相手の利益になるように、相手に都合のよい様になさなければ本当の債務履行とは言えないのではないかと解していく。つまり相手の利益になるよう行動することこそ「信義誠実」にかなうのだと彼は言う。

次に「権利濫用禁止の原則」についてである。明治民法では「所有権は絶対なり」といった、個人による所有権の尊重が謳われたことは言うまでもないが、時代の変遷とともに、「所有権」という権利をもっているからといって、他人の権利を侵害することは許されない、所謂「権利の濫用は権利にあらず」ということが段々と言われるようになってきた。これを重遠は「土地といふものは他の時計、コップといふやうな物と違つて、全體がつながつて居りますから、土地の隣同志の関係、所謂相隣関係が問題になる。俺の土地だから、どう使つても構はぬ、どんな音をさせてもよい、どんな煙を出してもよい、と以前は考へたものですが、それも段々に考へが違つて來た。近隣の生活に夥しい影響を與へてもよいといふ権利は所有者と雖も與へられて居ないといふ風に、土地の所有権を制限して考へるといふやうになつて來た」とし、「権利は濫用させざる範圍に於てのみ權利なのであつて、從來の所有権は絶対なりといふ觀念がこれによつて適當に道德の範圍に持ち來たされることになる」としている¹⁵³。つまり、法律が結果として社会の調和を乱すこととなつた場合、社会生活を円滑化させるためにも道德でそれを補充すべきだと、重遠は考へていたと思われる。なお、信義誠実の原則と同様に、権利濫用の禁止に関する規定も、明治民法には設けられていないが、学説・判例において、大正期以降、特に第一次世界大戦を契機として日本資本主

義が飛躍的な発展をとげて以後、権利濫用理論が本格的に展開することとなった。その先駆けとなった判例としては、「大阪アルカリ株式会社事件」（大阪控訴院大正 8 年 12 月 27 日判決）や「信玄公旗掛松事件」（大審院大正 8 年 3 月 3 日判決）が、また権利濫用という構成を正面から採用した判例としては「宇奈月温泉事件」（大審院昭和 10 年 10 月 5 日判決）がある¹⁵⁴。学説は大正から昭和初期にかけて、牧野英一・末弘巖太郎・平野義太郎などを中心に、「自覚的・意識的」に権利濫用の法理論が展開された¹⁵⁵。こうした時代思潮を背景に、重遠もまた、「法律と道徳」との観点から、この問題について論じていることがわかる。その後、「昭和 22 年改正民法」によって正式に条文が設けられたが、これについて重遠は「判例法が結晶して成文法になった一例」だと評している¹⁵⁶。

従来、このようなことは道徳問題で解決すべきであり、法律上は法律の規則に従っておけばよいと考えられていたが、時代の変化とともに、そうした考えはもはや許されなくなり、債務の履行といえども、道徳的にしなければ本当の履行とはいえないと説くようになってきた。そもそも法律というものは、債権者や債務者の一方を保護して他方を苦しめるものではない。従って、権利者が権利を濫用し、義務者が義務を免れようとすることは、法律の認めるところではなく、法律はあくまでも両者の関係が円満な共同生活関係となることを目的としているのであるため、両者ともに互いを尊重しながら権利義務を果たしていく必要があると重遠は考えたのである。

③ 「法律と道徳の交渉」としての調停制度

重遠はまた、「裁判」にかわる、家庭紛争の解決策としての「調停」を重視するのだが、これもまた「法律と道徳との関係の問題として、面白い現象である¹⁵⁷」と評している。「大昔に於ては法律と道徳と云ふものは區別がないもの¹⁵⁸」であったが、その後、次第に分化していったということは、既述の通りである。しかし今度は、あまりにも分かれすぎてしまったので、それをまた結びつけようとする現象が起きつつあり、これを象徴する制度のひとつとして挙げられるのが、調停制度である。重遠は裁判の短所として、①元来、争いのある程の事柄について、一方が 100 パーセント正しく白であり、相手が 100 パーセント邪であり黒であるということはむしろ少ない。しかし裁判は、正邪白黒があまりにもはっきりしすぎてしまうところがあり、5 分 5 分

乃至7分3分という解決法を見出すことはしない。②裁判は法律を適用する。概括的抽象的の規範たる法律の規定を千差万別の個々具体的の事件に当て嵌めると、他の事件との公平は保ててもその事件の特別事情に適切でない遺憾がありえる。③裁判は公開の法廷における勝負であるから、特に敗者は事件が終了しても怨恨が残る。今後も関係が継続する間柄においては尚一層のことである。④訴訟を行なうと著しく金銭と時間がかかる。⑤「地主対小作人」あるいは「資本家対労働者」といった個人の事件ではなく、所謂、小作争議・労働争議ということになると、これは性質上、到底、訴訟では解決し得ない。このように訴訟は争議解決には必ずしも適切でないところから、純粋な「法律的の裁判」でなく、さりとしてまた、全部法律を離れたものでもない、調停という制度が着眼されることとなった¹⁵⁹。

そこで重遠が関心を抱いたのが「家事審判所」の創設である。これは実際に臨時法制審議会で提案されたものであり、「家庭ノ争議ヲ現行ノ制度ニ於ケル訴訟ノ形式ニ依ラシムルハ古来ノ美風ヲ維持スル所以ニ非ズ」という理由で「道義ニ基キ温情ヲ以テ家庭ニ関スル事項ヲ解決スル為特別ノ制度ヲ設クルコト」という決議が出されている¹⁶⁰。重遠はこの一連の過程に大きく関与している¹⁶¹のだが、彼によれば、家庭の問題や近親間の紛議を裁判所に持ち込み、夫婦親子兄弟姉妹が原告被告として法廷で黒白を争うということこそ、我邦古来の順風美俗に反するものではあるまいか、そしてその結果が裁判で片付いたとしても、切っても切れない間柄がそのまま喧嘩別れになることは甚だ困るではないか、そこで法律尽くめではなしに義理人情を加味した解決の出来るように、家庭紛議の解決機関を作るべきだというのである。彼はまた、調停とは「裁判官が法服を脱いで、当事者と同じ立場に立って、ひざをつきあわせて話し合う。そして人情と理屈とをかみあわせた解決をして、当事者を納得」させていかねばならず¹⁶²、その意味において、調停制度なるものは、「法律を通して義理人情に遡り、義理人情に基づいて法律を活かす¹⁶³」という意味における「法律と道德の交渉」であると認識されていく。

以上、重遠による「法律と道德」観を概観したが、果たして彼は、この背景にいかなる理想を抱いていたのだろうか。これについて彼は、法治と徳治という問題を取りあげ、法治は徳治の欠くべからざる一方面一手段であるが、終局の理想は人類社会をもっとも道德的に完成することにあると述べている。そしてその目的のためには、徳治の基礎が法治に置かれて、両者が十分に調和されねばならない。そして法律と道德

との区別・関係が明確に観念されて、法律万能の謬想が排斥されねばならないのである¹⁶⁴。

本節では、重遠の生涯とその業績、彼の法理論を検討してきた。そしてその際、父・陳重の代名詞ともいえる「法律進化論」を息子・重遠も引継ぎ、それに基づいた新たな法理論を構築していくことに注目してみた。確かに、日本法の現況がヨーロッパの発展段階のどのあたりに相当しているかといった意識は重遠にも見られ、また、ヨーロッパの研究を参酌しながら日本法の進むべき姿を想定していた足跡も、彼の学問から窺うことが出来るため、その意味において、重遠は、父の進化論を引き継いでいるとあってよいだろう。しかしここで注目すべきなのは、重遠の説く「法律進化論」が、陳重による理論の単なる請売りでは必ずしもなかったということ、そして重遠は、結果として父とは異なる方向へ進んでいったということにある。つまりこれは、明治法学から大正法学への大きな転換を意味している。父と子の置かれた環境はあまりにも異なり、彼らによって共感された時代区分で分けるならば、父・陳重の時代が「個人自覚時代」であり、息子・重遠の時代は「社会本位の時代」ということになるだろう。重遠が取り組むべき社会とは、陳重が作りあげた民法によって社会的弱者が不当な立場に置かれるようになり、現実社会に法をどのように修正していくかが求められた時代のものであった。従って、明治民法の母法であるフランスやドイツに単に追随していればよいわけではなく、新たな課題を強いられることとなったのである。そこで、こうした彼の果たすべき役割をさらに理解するためにも一まきしくそのためにこそ一、重遠におけるスイス民法研究を考察していく必要があると思われる。

四 穂積重遠とスイス

1 穂積重遠とスイス人法学者との出会い

(一) 穂積重遠とブリデル

重遠がスイス法に関心を抱くようになった経緯を考えるにあたり、まずは、彼が専

門分野として家族法を選択した動機について語られた、次の記述を見てみよう¹⁶⁵。

(...)僕は専攻科目として未開拓の沃土を擇びたいと考へた。それが即ち親族法相續法である。(...)其直接の動機は前にも述べた通り奥田義人先生の随意講義であつたが、遡れば父陳重の影響である。更に又、牧野英一先生から譲られて今でも大切に取つてある水町袈裟六講師のノートと京大の岡村司教授の諸論文とに刺戟を受けた。

ここで、重遠が家族法を専攻するにあたり影響を受けた人物として、奥田義人、父穂積陳重、水町袈裟六、岡村司¹⁶⁶といった人物が挙げられている。しかし、重遠の学問的関心を見るに、このような法学者たち以外にも、彼の学問に影響を及ぼした人物がまだ挙げられるのではないかと考えられる。それがつまり、本稿第一章で紹介したルイ・ブリデルである。

ブリデルは、比較相續法のオーソリティーとして東京帝国大学に招聘され、明治33(1900)年より大正2(1913)年まで、同法科大学にて教鞭を執っていたことは、本稿第一章にて既に述べた通りである。この間、重遠はというと、東京帝国大学入学、卒業、同大学助教授就任、欧米留学と、研究者として歩み始める大切な時期にあったことがわかる。また、ブリデルが滞日していた頃の重遠の研究業績を見てみると、『瑞西民法』『瑞西ノ新民法』『最新ノ親族法』『仏国に於ける離婚制度の歴史』『露国の親族法及び相續法』『希臘の家制』などの著書・論文を發表しており、「スイス法¹⁶⁷」や「外国の家族法」への関心が非常に高く、「比較研究のための基礎的な仕事を着実に積みあげ¹⁶⁸」ようとしていたことが理解出来るだろう。このような事実から、後に家族法学、とりわけ欧米の法学・法制度を重視しつつ、自らの法理論を構築していくこととなる重遠が、学者として歩み始める時期に、専門を同じくする人物と無関係であるはずがないと筆者自身は考えている。

事実、重遠とブリデルの関係については、種々の史料より以下の点を明らかにすることが出来る。

重遠は明治38(1905)年東京帝国大学独法科に入学、明治42年に同大学を卒業していることは既述の通りである。つまり重遠は、「仏蘭西法」を講じているブリデルの教え子ではない。またブリデルは「獨逸法」を講じているものの、重遠の在学中には

担当していない。その後、明治 43 年に助教授に就任した重遠は、同法科大学の「獨逸法」を担当し、ブリデルとともに担当学年を分担し、講義を受け持っている¹⁶⁹。東京帝国大学の関連史料を通しての考察では、両者の接点があつたと見て取れる。

しかし、両者は実際にはそれ以前より既に交流があつた。重遠は、東京帝国大学の 3 回生であつた明治 41 年に、ブリデルから“Schweizerisches Zivilgesetzbuch Code civil suisse Codice civile svizzero, Verlag A. Francke, Bern, 1908”と題する書物を贈呈されており、その表紙に「A Monsieur Shigeto Hozumi, licencié en droit, Tokio, octobre 1908, de ton dévoué Louis Bridel, prof.」と記されていることから、両者には少なくともこの時期から既に接点があつたことがわかる。この事実を裏付けるかのように、重遠のご子息である穂積重行氏の次のような証言もある¹⁷⁰。同氏によると、ブリデルは重遠の父である穂積陳重に会いに度々彼の自邸を訪れていたこともあり、重遠とブリデルは、重遠が東京帝国大学の学生の時分より面識があつたとのことである。ブリデルが大正 2 年に急死する直前に訪れた場所が穂積陳重邸であつた¹⁷¹ことから、ブリデルは度々陳重を訪問したことが窺えよう。また両者をつなぐ重要な接点として、明治 44 (1911) 年に出版された新スイス民法典の邦訳書である『瑞西民法』がある。これは日本初の新スイス民法典の邦訳書であり、重遠は、宮内省ドイツ語翻訳官の辰巳重範とともに同書を刊行した。ここの序の中で、彼は「瑞西新民法ハ、一九〇七年十二月十日ノ制定ニ係リ、一九一二年一月一日ヨリ施行セサルヘキ最新ノ民法典ナリ。而シテ余ハ、恩師ブリデル先生ノ好意ニ依リテ、比較的早く此新法典ノ完全ナル正本ヲ手ニスルヲ得。(句読点・筆者)¹⁷²」と記している。「比較的早く此新法典ノ完全ナル正本」が上記の“Schweizerisches Zivilgesetzbuch Code civil suisse Codice civile svizzero, Verlag A. Francke, Bern, 1908”であるかは確定することは出来ないが、ブリデルがこの著書に何らかの関わりを持っていたことは理解出来る。また彼は、スイス民法典が成立した翌年である 1908 年 8 月 1 日の“Juristen Zeitung”に掲載されたラバンド教授¹⁷³によるスイス民法典の解説記事を、「瑞西ノ新民法」という題名のもとに翻訳を行ない、法学協会雑誌に掲載している¹⁷⁴。ここからも、重遠がブリデルと共にスイス民法典を研究していたこと、さらにはブリデルとの出会いが、彼のスイス民法、さらには家族法学への関心を深めるようになるひとつの契機となつたことが理解出来るよう。

以上の考察から、重遠がブリデルと接点があつたことを確認することは出来た。そ

れでは実際に、重遠がブリデルから学術上の影響を直接受けたということはあったのだろうか。筆者自身の見解としては、それは大いに有り得たと考えている。その一例を挙げるならば、重遠は「民法改正におけるスイス民法の参照の必要性」という考えをブリデルから引継ぎ、後にそれを、自ら幹事をつとめた臨時法制審議会の民法改正作業において実現している。そしてこうしたスイス民法を参照する理由についても、ブリデル・重遠の両者ともに見解を一致していることを史料上明らかにすることが出来る。そこでまず、臨時法制審議会で実際に述べた重遠の発言を引用する¹⁷⁵。

穂積幹事 只今ノ僕婢等ニ付キ瑞西民法ノ規定ヲ引用シアルヲ以テ此コトニ付御参考ニ申述フヘシ幹事カ瑞西民法ヲ参考トシテ此調査要目中ニ折々之ヲ引用シタリ其レハ御承知ノ如ク瑞西民法ハ我民法ヨリ後ニ出来タルモノニシテ我民法制定當時ハ之ヲ参考トセラレ居ラサルヲ以テ今度ハ特ニ之ノ参考ニセント思ヒタルコトカー點ニシテハ日本民法ハ家族主義ヲ採リ西洋ノ民法ハ個人主義ナルカ瑞西民法ハ或意味ニ於テハ我國ノ民法ヨリモ一層實質的ニ家族主義ニナリ居ルト思ハルル點モアリ其レ故瑞西民法ヲ参考スルヲ最モ可ナリト考ヘタルナリ

一方、ブリデルによる「民法改正におけるスイス民法の参照の必要性」に対する見解であるが、以下に引用する箇所の一部は、前章において既に訳載している。しかし上記の重遠の見解と比較する上では必要な記述であるため、再度引用することとする¹⁷⁶。

日本、そして極東におけるスイス民法典の導入によって起こり得る影響として、どのようなものがあるだろうか。(…)まず第一に、日本では、時がたつごとに、家族法に関する大きな改正がなされる傾向が強くなっているように思われる。現在の法律及び慣習は古くからの制度に相当影響を受けている。〔つまりそれは〕個人の権利への無理解、婦人の従属、長男の優勢である。1898年の法典編纂以来、〔法も慣習も〕もはや昔のようではなくなっている。〔既に〕法が部分的に改正され、現在根付いている慣習もまた、その変更がなされている。その理由として、一方では、法律の影響によって、他方では、外国一般、とりわけアメリカ合衆国との頻度を増してきた交流が考えられる。しかしながらこの〔法〕領域において、〔日本が〕文明国の

標準に立つには依然としてなさなければならないことが沢山ある。〔民法改正の際に〕フランス法やドイツ法は、日本の法の基盤として役立つことが出来ないのではないか。そのかわりに、スイス法だけが影響を与えることが出来ると考えている。何故だろうか。それについては次のような理由が挙げられよう。ドイツとフランスの家族法は、個人ではなく、家族こそが最優先される日本にとっては、どちらもあまりにも「個人主義的」な精神から生まれたものである。それに対してスイス法は、これら 2 つの偉大な先行法とはこの点においてかなり異なっている。それを理解するためには、家族共同体（第 328 条～第 359 条）の章を読むだけで十分にわかる。婚姻関係とその保護についての規定（第 159 条～第 177 条）についてはいうまでもない。これは我々の民法が、「人格」権を、フランス法、ドイツ法がしてきたよりも強力に、より良く保障するものであるということである（第 11 条～第 38 条）。これがフランス法とドイツ法が日本の家族法の徹底的な改革をもたらすだけの十分な影響力をもたず、スイス法にはそれが出来ると考える理由である。

ここでまず、ブリデルは、日本で家族法の改正が行なわれることを示唆している。実際、ブリデルの予想通り、この記事が書かれた 5 年後の大正 6（1917）年に、重遠らによって、親族編・相続編の改正作業が行なわれることとなる。またブリデルは、この改正の際に「フランス法やドイツ法ではなく、スイス法だけが影響を与えることが出来る」とし、その理由として「ドイツとフランスの家族法は、個人ではなく、家族こそが最優先される日本にとっては、どちらもあまりにも『個人主義的』な精神から生まれたものである。それに対してスイス法は、これら 2 つの偉大な先行法とはこの点においてかなり異なっている。」と述べ、家族主義を採用する日本の民法にとっては、個人主義を採るフランスやドイツの民法よりも「實質的ニ家族主義」であるスイス法を参照すべきであるとする点において、重遠の見解と一致している。さらにブリデルは、上記の引用文において、スイス民法の「家族共同体」「婚姻」規定を紹介し、とりわけこうした部分におけるスイス民法の日本民法（改正）への影響は十分にあると指摘しているが、重遠もまた同様の見解を持ち、臨時法制審議会でそれを実現させようとしている（本章第二節第 5 項参照）。このように重遠を介して、日本における立法作業や学説にスイス民法の存在を示すことが可能となったことは、まさしくブリデルの企図の実現ということも出来るのではないだろうか。またスイス民法以外でも、

例えば「婦人の権利」をめぐる問題においても、両者は共通の認識を持っており¹⁷⁷、さらにブリデルも重遠と同様に、婦人問題を進化論的に捉えている点¹⁷⁸など、両者の考えの類似性をあらゆるところに見出すことが出来る。従って、こうしたブリデルによる重遠への影響力については、今後もさらに分析をすすめていく必要があるだろう。

(二) 穂積重遠とオイゲン・フーバー、そして日本人法学者との交流

重遠は、大正元（1912）年より同5年まで、独国、仏国、英国、米国へ留学をしていることは、既に述べた通りであるが、この欧米留学において、「老大家というべき碩学からすぐ次の時代を代表すべき人々」と積極的に交際し、「ドイツではギールゲ・コーラー・リスト・チーテルマン・コザック・クローメ・キップ・ランツベルヒ・ラートブルフ、スイスではフーバー、イギリスではダイサー・ポロック・ウェスターマルク・ヴィノグラドフ・ゲルダート、アメリカではパウンドなどといふ諸大家の、少くとも顔ををがみ聲を聴いた¹⁷⁹」そうである。これらの法学者のうち、「比較法学の大家¹⁸⁰」として著名なヨゼフ・コーラー（Josef Kohler）とは、大正2年4月から翌年5月まで在籍していたベルリンの地で親交を深め、大学では彼の「親族法」「法理学・比較法学」を聴講していた¹⁸¹。そしてこのコーラーを介して、重遠はフーバーと出会うこととなる。初対面の様子を重遠は次のように記している¹⁸²。

十月十三日（月）晴

コーラー教授の面会日ゆえ夕方訪問する。（...）「今夜は当地に来遊中のベルン大学教授オイゲン・フーベル氏と令嬢とを晚餐に招いているから」とおもわぬ招待にあずかる。（...）このフーベル博士は僕が先年翻訳したスイス新民法の起草者で同国第一の法学の大家だ。是非会いたいと思っていた人だから喜んで承諾し、一旦宿に帰って出直す。（...）

フーベル博士は髪も髭も雪のように白い上品な老人（...）だ。「君があ『スイス民法』（日本語でいった）の翻訳者だったのか」と博士も大いに喜ばれて「もう明後日は帰国するゆえユックリ話す暇がなくて残念だが、是非スイスに来てくれ」としきりにいわれる。こちらはもとより望むところ、来年の夏には必ずと約束して十一

時頃まで愉快地話しておいとしましたが、実にこの上ない拾い物をしたと床にはいつてからも何ともいえぬよい気持ちであった。

この引用箇所で見逃すべきところは、フーバーの「君がああ『スイス民法』の翻訳者だったのか」という発言である。ここでいう『スイス民法』とは、「僕が先年翻訳した」と重遠自身も述べている『瑞西民法』のことであり、同書及び重遠については、ブリデルによって、1912年1月にスイス・ローザンヌ新聞に投稿された「Le code civil suisse au Japon」で「スイス民法典の翻訳が東京で最近刊行された。その名も『瑞西民法』(SUISU MINPO)である。この著者は辰巳氏—宮内省のドイツ語翻訳官—と穂積氏—東京帝国大学法科大学助教授—である。」と紹介がなされている¹⁸³。この新聞記事について、ブリデルは、フーバーにこれを講読するよう依頼もしている¹⁸⁴。このようなことを理由に、フーバーは『瑞西民法』を事前に知っていたのかもしれない。また、生前ブリデルは、フーバーへの手紙のなかで重遠のことを話題にしたこともある¹⁸⁵ため、いずれにしてもフーバーは、ブリデルを介して、重遠の存在を既に知っていたと考えることが出来るのではないだろうか。

このような出会いをきっかけに、両者はその後、互いに親交を深めることとなる。その一環として、本節冒頭にて紹介した「大旅行」があるわけである。しかしながら、彼らが直接顔を合わせたのはこの1回限りであり、彼らの交流は専ら手紙が中心であったと推測される。スイス公文書館に現存しているフーバー・重遠間の書簡は3通と少ないため、両者間の交流の全貌を明らかにすることは出来ない。しかしながらこの僅かな情報から想起される両者の繋がりとは、「日瑞間の法学者の交流の輪を広げること」に重きをおくものであったと思われる。そこで、書簡の内容の一部を以下に紹介する。

[書簡 I] ¹⁸⁶

London, 16 September 14.

Sehr geehrter Herr Professor!

Der Ueberbringer dieses Briefes, Dr. Hideo Hatoyama, a.o. Professor an der Universität Tokyo, ist einer meiner besten Freunde. Ich glaube Ihnen von ihm gesprochen zu haben, dass er sich wegen der Krankheit seiner Frau in der

Schweiz aufenthält. Ihm habe ich von Ihnen gesprochen und sagte, dass er nicht fehlen sollte, meinen guten Herrn Professor kennenzulernen, wenn er sich nach Berne begeben würde. Daher erlaube ich mir jetzt, auf seinem dringenden Wunsch, ihn Ihnen aufs Angelegentlichste zu empfehlen.(...) Ich bin jetzt hier in London, indem ich mit grossem Bedauern Paris verlassen musste. Ich warte hier die Wiederherstellung des Friedens und die nochmalige Gelegenheit, die schöne Schweiz und meinen lieben Herrn Professor wieder besuchen zu können.

Mit herzlichsten Gruss

Ihr dankbarst ergebener,

Shigeto Hozumi

7 Glenmore Road London N.W.

(邦訳)

ロンドン 1914年9月16日

拝啓 教授殿！

この手紙の持参者である、東京〔帝国〕大学助教授鳩山秀夫博士は、私の親友の一人です。私はあなたに彼についてお話しさせていただきたいと思います。一彼は奥方のご病気〔の療養〕のためにスイスに滞在しております。私は彼にあなたについて話し、もしベルンに行くことがあったら、〔フーバー〕教授に必ずお会いになるべきだと申し上げました。従って〔こうして彼があなたのところにこの手紙を持参して伺ったということは、彼があなたに会いたいということですので〕彼の〔こうした〕切なる願いをくんで、今、私があなたに彼を熱心に勧めることをどうかお許し下さい。(…)私は、非常に名残り惜しい気持ちでパリを去らなくてはならない状況になり、現在はこちらロンドンにおります。こちらで私は、平和の回復と、美しきスイスそして〔フーバー〕教授をまたお尋ね出来る機会を心待ちにしております。

敬具

穂積重遠 グレンモアロード7〔番地〕ロンドン・ノースウェールズ

〔書簡Ⅱ〕 187

London, June 26th, 1915

Dear Professor Eugen Huber,

Would you kindly excuse me for having neglected long since to write to you and be good enough as to allow me to introduce to you Mr. Y. Yusa, my friend?

Mr. Yusa, who will be Professor of commercial law in the Waseda University of Tokio when he goes home, wishes to stay in your country for some time in order to complete his study, and I advised him that he should not miss the honour of seeing the author of the great New Civil Code. I should be very much obliged to you if you would kindly accept him and tell him what he wishes to know about the law of your country.(...) Mr. Yusa speaks both English and German.

With best wishes, I remain

Sincerely yours

Shigeto Hozumi

Assistant Professor of Law in the Imperial University of Tokio.

(邦訳)

ロンドン 1915年6月26日

オイゲン・フーバー教授殿

長い間、あなたに手紙を書くことをなござりにしてしまい、申し訳ありません。そしてどうか、私の友人である遊佐〔慶夫〕氏をあなたに紹介させて下さい。帰京した際には、東京・早稲田大学の商法の教授になる予定である遊佐氏は、自身の研究を完成させるために、しばらくの間、貴国に滞在することを希望しており、私は彼に、〔その際には〕偉大な新民法典の起草者への表敬を逃すべきではないとアドバイスしました。もしあなたが彼を快く受け入れて下さり、また貴国の法律について彼が知りたがっていることを彼にお話しして下さると、大変有難いのですが。(…)遊佐氏は英語もドイツ語も話します。

敬具

穂積重遠 東京帝国大学法科大学助教授

書簡内容からも理解出来るように、これらはいずれも、自分の法学者の友人がフーバーを訪問する際に持参させた紹介状である。重遠は、自分だけではなく、スイスに立ち寄った日本人留学生にフーバーと面会することを勧めており、例えば鳩山秀夫や遊佐慶夫といった法学者は、彼の紹介によって、フーバーとの面会をはたしている。上記の2通の書簡のうち、最初の書簡（以下、書簡Ⅰと称する）は鳩山秀夫が、次の書簡（以下、書簡Ⅱと称する）は遊佐慶夫が訪問の依頼人となっている。まず書簡Ⅰについてであるが、書簡にも記されている通り、鳩山は当時、重遠よりも一足先にドイツに留学していたが、共に渡欧していた妻千代子が病に倒れ、その治療のために大正3（1914）年1月より、スイス・ローザンヌに転住していた¹⁸⁸。同年夏に、前述「大旅行」において、ベルンのフーバー訪問を遂げた重遠は、その直後、鳩山ともローザンヌで再会を果たしている¹⁸⁹。スイス公文書館に現存する史料の中に、鳩山の名刺も残されているが、おそらく重遠より紹介状をもらった彼が、フーバーを訪ねた際に渡したものであろう。次に書簡Ⅱについてであるが、ここに記されている「遊佐氏」とは、後の早稲田大学教授であり、また「早稲田大学法科の三元老」の一人として「早稲田大学法科の基礎を築くに最も貢献の大きかった」遊佐慶夫のことである¹⁹⁰。遊佐は大正3（1914）年より「法律学研究の為、母校〔早稲田〕留学生として独・仏・瑞の諸国に派遣され、ベルリン大学・ロンドン大学・ベルン大学に学」んだ¹⁹¹。遊佐と重遠は、同時期にイギリスに滞在しており、交流があった¹⁹²。遊佐はこの重遠の書簡を、大正4年の暮れにベルンからフーバーに送付し、翌年、大正5年の1月初旬には、フーバーを訪問している¹⁹³。遊佐は留学当時、信託法を研究しており、大正5（1916）年には「瑞西ベルンニ於テ日本法ノ一端ヲ紹介スルノ微意ヲ以テ¹⁹⁴」BernのStämpfli社より“Das Moderne Recht der Japanischen Treuhänderschaft”を、そして帰朝後、大正8年には有斐閣より『信託法提要』を出版している。この『信託法提要』の冒頭には、「謹みて此書を 瑞西ベルン大學教授オイゲン・フーバー氏に捧ぐ」という非常に興味深い一文がある。ここから、書簡Ⅱに見られる「〔スイスで〕彼が知りたがっていること」とは、スイスの信託法であったことが容易に想像出来る。遊佐とフーバーが面会を果たした時に、上記“Das Moderne Recht der Japanischen Treuhänderschaft”の執筆中であったかは、実証することが困難であるが、少なくとも、訪問の際、フーバーから提供された情報は、大正8年に発刊された『信託法提要』に、十分反映されていると考えられる。この日本で出版された著書は、

出版後フーバーに寄贈されており、両者の関係が遊佐の帰国後も継続していたと思料される。なお、この遊佐の著書は現在も、スイス・ベルン大学内にある **Eugen Huber Bibliothek** に所蔵されている¹⁹⁵。

重遠が、フーバーから一体何を教授され、具体的にどのような影響を受けたかについては、現段階ではまだ実証出来ていない。しかし、書簡内容に見られるような、スイス民法典起草者と日本人法学者との接点を作り、実現させたこともまた、重遠による「スイス民法の関心」のひとつの表れであり、また我が国におけるスイス法研究の発展に大いに寄与したものと評価出来るのではないだろうかと考える。

2 穂積重遠のスイス民法への関心

それでは、次に重遠のスイス民法への関心について具体的に検討することとしよう。

彼のスイス民法への関心は家族法領域にあるとあってよい。自らの家族法研究を進めるにあたり、特にスイス民法との関わりの中で論じられている項目として、「婚姻の解消(離婚)」「親権」「家族制度」を挙げることが出来るだろう¹⁹⁶。そこで以下に、上記の各項目について検証してゆく。特に「家族制度」については細かい分析を行ないたい。

(一) 「婚姻の解消」規定におけるスイス民法の参照

婚姻の解消については、重遠自身の専門領域が「離婚」¹⁹⁷であることから、『離婚制度の研究』¹⁹⁸や『親族法』を中心に、詳細な研究がみられる。その際、スイス民法は、フランス民法、ドイツ民法と並ぶ比較研究の法素材として、多く参照されている。特にここでは「裁判上の離婚」の事項で重遠のスイス民法への言及がみられる。但し、その殆どは条文の引用のみにとどまり、それについての彼自身の分析は少ないように思われる。

明治民法では、第 813 条に裁判離婚の原因を列挙し、夫婦の一方は、その原因のひとつが存する場合に限って離婚の訴えを提起しうるものとした。その離婚原因としては次のようなものが挙げられている。条文を引用する。

第八百十三條

夫婦ノ一方ハ左ノ場合ニ限り離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得

- 一 配偶者カ重婚ヲ爲シタルトキ
- 二 妻カ姦通ヲ爲シタルトキ
- 三 夫カ姦淫罪ニ因リテ刑ニ處セラレタルトキ
- 四 配偶者カ偽造、賄賂、猥褻、竊盜、強盜、詐欺取財、受寄財物費消、贓物ニ關スル罪若クハ刑法第百七十五條第二百六十條ニ掲ケタル罪ニ因リテ輕罪以上ノ刑ニ處セラレ又ハ其他ノ罪ニ因リテ重禁錮三年以上ノ刑ニ處セラレタルトキ
- 五 配偶者ヨリ同居ニ堪ヘサル虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ
- 六 配偶者ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルトキ
- 七 配偶者ノ直系尊屬ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ
- 八 配偶者カ自己ノ直系尊屬ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキ
- 九 配偶者ノ生死カ三年以上分明ナラサルトキ
- 十 婿養子縁組ノ場合ニ於テ離縁アリタルトキ又ハ養子カ家女ト婚姻ヲ爲シタル場合ニ於テ離縁若クハ縁組ノ取消アリタルトキ

このような内容をもつ明治民法に対し、重遠は次の二点について、スイス民法を根拠に主張している。

まず第一に、重遠は、明治民法には不治の精神病を離婚原因として挙げていないが、我が国でも「精神病離婚」を認めるべきだとした。夫婦の一方による精神病が原因で、婚姻関係の継続が困難になるという問題は今始まったわけではなく、従来、協議離婚という方法で解決されていることが多い。しかしながらこうした解決方法には危険も伴うと重遠はいう¹⁹⁹。つまり届書の形式が完備していれば、離婚は一応成立した形になるが、後に当事者の一方が精神病だったということがわかれば、その離婚は無効である。さらに精神病でない方の配偶者は「公務員ニ對シ虚偽ノ届出ヲ爲シ權利義務ニ關スル公正証書ノ原本ニ不實ノ記載を爲ナサメタル者」ということになり、刑法第158条の罪に当たる。仮にその後再婚すれば、同第184条の重婚罪にもなり得るのである。確かに「[夫婦の一方による精神病を理由とする]離婚は道義に反しはしまいか」という論もあり、「此離婚原因を認むべきか否かは、法律道德の関係上興味ある研究課

題である」²⁰⁰としつつも、彼はこれは「已むを得ない」としている。そして「精神病の夫を生涯看護する妻は貞女の鑑であり、氣の狂った妻を終身見捨てない夫は義人に相違ない。併し斯う云ふ犠牲的善行は宗教道德乃至愛情の問題で、法律の強制すべき所ではない。當人がどうしても耐えられぬと考へ、それが凡人として無理のない所ならば、離婚を許すより外ないのではあるまいか。法律が離婚制度を認めるのは、解くのでなくて繋ぐぬのである。法律の鎖で永久に精神病患者と結び付けて置くことは、無益であり、有害であり、而して惨酷である。²⁰¹」と、彼の法理論の中心をなす「法律と道德との交渉問題」をここで持ち出し、その上で、「やはり配偶者の一方の不治の精神病を、勿論充分な條件を付け且精神病患者の將來の生活療養をも顧慮しつつ、離婚原因中に加へる方がよくはないかと思ふ²⁰²」とした。そして一方の不治の精神病を認めた例として、スイス民法第 141 条（配偶者ノ一方ガ精神病ニ罹リテ相手方ニ婚姻共同生活ノ繼續ヲ強ヒ難キ状態ニ在リ、而シテ其疾病ガ三箇年繼續セル後不治ト鑑定セラレル場合ニハ、相手方ハ何時ニテモ離婚ノ訴ヲ起スコトヲ得）及び同第 152 条（無責ノ配偶者ガ離婚ニヨリテ大ナル窮乏ニ陥リタル場合ニハ、相手方ハ、自己ガ離婚ニツキ無責ナル場合ニモ、亦扶養料トシテ其資力相應ノ出資ノ義務ヲ負ハシメラルルコトヲ得）を参照している。しかし重遠は、相手方が精神病のために離婚してもよいということを法文に明記することは「如何にも婚姻關係のデリカシーを害しはしまいか、我々の道徳的感情を傷つけはしまいか。而して民法第八一三條に更に第十一號を加へただけで果して同條が完備するだらうか。第十二號第十三號第十四號と際限なき追加が問題になりはすまいか²⁰³」と、精神病離婚の明文化については否定的な見解を示し²⁰⁴、「相対的離婚原因」を我が民法でも認める方向にいくべきだとした。そしてこの「相対的離婚原因」こそ、重遠がスイス民法を用いて論じている第二の点である。

我が国においても、民法施行前は、相対的離婚原因制度を採用しており、また明治民法においても、上記第 813 条において、離婚原因を 10 個に限定しつつも、同条 5 号は「實際上相対的離婚原因たる作用²⁰⁵」をしており、さらには「民法は所謂絶対的離婚原因の主義を採ると云ひながら、第八一四條乃至第八一八條に離婚訴訟不受理原因なるものを列挙して居る(…)其意味に於て我民法の離婚原因も既に相対的である²⁰⁶」ことが認められると、重遠は指摘する。しかしながら「第八一三條の列挙が既に露骨と煩瑣とに過ぎるのだから、それを出来るだけ減らして末號に相対的離婚原因を附加するのが、最も賢明な遣り方²⁰⁷」であり、「何より大切なのは箇々の場合の具

體的適當であつて、これが相対的離婚原因制度の規ひ所である」として、次のような民法改正案を提案している²⁰⁸。

第八一三條 夫婦ノ一方ハ左ノ場合ニ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得。

- 一 配偶者ガ重婚ヲ爲シタルトキ
- 二 配偶者ガ姦通ヲ爲シタルトキ
- 三 配偶者ヨリ悪意ヲ以ツテ遺棄セラレタトキ
- 四 配偶者ノ生死ガ三年以上分明ナラザルトキ
- 五 其他婚姻ヲ繼續シ難キ重大ナル事情アルトキ

前項第一號乃至第四號ノ事由アル場合ト雖モ、離婚セシムルコトガ却ツテ甚シク不當ナル場合ニハ、裁判所ハ離婚ノ判決ヲ爲サザルコトヲ得

この改正案にみられる「第五号」こそ、彼のいう相対的離婚原因を表したものであろう。そしてこのような相対的離婚原因の必要性を彼自身が認識するようになった背景には、これに関連するスイス民法とドイツ民法の研究があったようである。とりわけ重遠は、スイス民法の離婚制度がドイツ民法に比べて「更に一層相対的²⁰⁹」な点に注目している。相対的離婚原因を採用しているスイス民法の条文は第142条にあり、「配偶者ニ婚姻生活ノ繼續ガ強イラレ難キ程度ニ婚姻關係ガ甚シク破壊セラレタル場合ニハ各配偶者ハ離婚ヲ請求スルコトヲ得。婚姻關係ノ破壊が主トシテ配偶者ノ責ニ歸スベキ場合ニハ、配偶者ノ他方ノミ離婚ノ訴ヲ起スコトヲ得。」という内容を有している²¹⁰。また第142条の相対的離婚原因の他に、スイス民法では「姦通(第138条)」「犯罪又は不行跡(第139条)」「悪意の遺棄(第140条)」「不治の精神病(第141条)」を離婚原因と認めているのだが、そのうちの第139条が「内容上頗る相対的」であると重遠はいう。この条文の規定内容は「配偶者ノ一方ガ破廉恥罪ヲ犯シ、又は配偶者ノ他方ニ婚姻關係ノ繼續ガ強ヒラレ難キ程度ノ不名誉ナル行状ヲ爲ストキハ、配偶者ノ他方ハ何時ニテモ離婚ヲ請求スルコトヲ得」である。重遠は、このような海外における関連法令を鑑みることで、千差万別の事情を伴う婚姻生活の性質上、限定的列挙は却って不適當である²¹¹と考え、「離婚原因は結局相対的ならざるを得ない²¹²」という結論に達したといえよう。

(二) 「親権」規定におけるスイス民法の参照

次に親権についてであるが、ここで注目すべきは、父母共同親権である。明治民法では第 877 条で「子ハ其家ニ在ル父ノ親権ニ服ス(...)父カ知レサルトキ、死亡シタルトキ、家ヲ去リタルトキ又ハ親権ヲ行フコト能ハサルトキハ家ニ在ル母之ヲ行フ」と規定している。つまり「父が先以て単独に親権者たるべきものとし、『父カ知レサルトキ、死亡シタルトキ、家ヲ去リタルトキ又ハ親権ヲ行フコト能ハサルトキ』に母が初めて親権者となる」とした²¹³。フランス民法もドイツ民法にも同様の規定がある。しかしこうした内容をもつ法律に対し、重遠は、「父母とその子との関係から見て甚だ不自然な話で、殊に最も親権者の世話を要する幼児に取っては母子関係こそ大切だと僕は兼々論じている²¹⁴」と否定的な見解を示し、「未成年者の子に父母がある場合には、父のみが親権者で、母は親権者ではない。私はそれを不当として父母共同親権を主張する²¹⁵」とし、父母共同親権を規定したスイス民法第 274 条第 1 項（「父母ハ婚姻中共同ニ親権ヲ行フ」）を「我意を得たり」として高く評価している²¹⁶。このような、母子関係の有り方から母にもまた親権を与えるべきだといった評価とあわせて、彼はまた、男女同権という観点からも同条に対して評価をしている²¹⁷。

婚姻法進化史ノ中樞ハ妻ノ地位ノ上進ニアリ、瑞民法ハ此點ニ關シ夫婦關係ニ關スル規定ニ於テ獨民法ヨリモ更ニ一歩進メタルヲ見ルノミナラズ、子ニ對スル親権ハ父母共同シテ之ヲ行フノ規定ノ如キ（二七四條）。男女同権ナル點ヨリ見テ、我民法八七七條獨民法一六八四條ト著シキ對照ヲナスモノト云フヘシ

彼の発言にもみられる通り、スイス民法は、制定当初より、女性の権利の向上を実現させたという意味において、「獨民法ヨリモ更ニ一歩進メタ」法典としても注目をされており、『法学協会雑誌』には、「[スイス民法は]女子の能力の伸長所謂 Emancipation（解放）においてはすこぶる利益ある規定を設けた²¹⁸」といった評価もみられる。そしてその一例として挙げられるのがこの「父母共同親権」であり、重遠は、このような条文を有するスイス民法を尊重し、我が国でも、母の親権を拡張させるべく尽力していった。しかし、この問題に関しては、現実に立ちはだかる家族制度を目の前にして、その実現は非常に困難であり、スイス民法はあくまで理想にとどまる結果とな

った。臨時法制審議会でも、親権に関する審議がなされたが、「改正要綱はそこ〔父母の共同親権〕までに至らなかった」のである。結局、「民法では母が親権者である場合に其の財産上の権能を著しく制限して、諸種の事項につき一々親族会の同意を得べきものとなつて居るのを、改正要綱は其事項を『整理減縮』すべきものとし」、これだけでも「些少なから婦人の地位の上進である」と述べており²¹⁹、我が国の時代の限界を物語っているといえよう。

(三) 「家族制度」規定におけるスイス民法の参照

家族制度については、「瑞西新民法中最モ注目スヘキ規定ハ家及ヒ家産ニ関スルモノ之ナリ（三三一條—三五九條）²²⁰」と述べている通り、これは重遠がスイス民法と我が国の法制を考える際に、最も関心を示していた領域である。こうした関心の高さを表すかのごとく、「家産制度」²²¹及び「スイス」に関連する彼の論文は、「家制論」（『法学協会雑誌』27巻1-2号、明治42年）「家産法原理」（『法学志林』12巻7号、明治43年）『『スイス』民法の家制』（『日本社会学院年報』第6年第1・2・3合冊）「家族制度の発達と個人主義」（『朝鮮及満州』265号、1929年）「家族制度と家産制度」（『社会政策時報』117号）「家産制度特にホームステッドについて」（『家族制度全集史論編5巻』昭和13年）と非常に多い²²²。また、臨時法制審議会の民法改正作業でも、家産制度の見直しが必要であるとして、スイスの家産制度を参考例に挙げ、私案（「穂積私案」）として提出している。

そこで、重遠がスイス民法と家族制度をどのように関連づけ、スイス民法のいかなる点に注目していったかについて、彼の著書や論文にみられる記述を整理しておく。

重遠は、家族制度を考えるにあたり、明治民法が最も参照したフランス民法やドイツ民法とスイス民法の相違点について注目している。彼によれば、フランス民法とは「十八世紀の末から十九世紀の始めの個人主義思想に立脚して出来たもの」であり、「個人の集つて成立して居る一家の問題といふものは取扱つて居ない」。また、ドイツ民法も「一家といふものを取扱つて居ない」。ところが、「二十世紀になつてから出来た民法の中で一番模範的と云はれる瑞西民法、これは家族的共同生活といふ一章を設けて、一家に関する事を定めて」おり、「これは大いに注目すべきことだ」と述べる²²³。なお、こうした彼の考え、つまり個人主義のフランス民法やドイツ民法よりも実質的

な家族主義を採用するスイス民法を重視するといった考えについては、前節のブリデルとの関連のなかで述べた通りである。1912年施行のスイス民法典には、第2章（親子）の第9節「家族的共同生活」（Die Familiengemeinschaft）として、第328条から第330条まで「扶養義務」（Die Unterstützungspflicht）、第331条から第334条まで「家長権」（Die Hausgewalt）、そして第335条から第359条まで「家産」（Das Familienvermögen）の規定がそれぞれ設けられている²²⁴。家族制度とは、日本固有の制度であると捉えられがちであるが、これらの規定より、これが日本唯一の特徴ではないことがわかる。従って、その意味において、スイス民法典は、我が国における家族制度を改正する場合に参照すべき最善の法典であると評価していく。さらに「瑞西民法の規定と、日本民法の家族制度の規定を比べると、種々な面白い相違」があり、スイス民法の家族制度は、「古制の旧慣の継続余波のみではなくして、第二十世紀の新需要に應うる新法制」²²⁵であり、我が国においても、参照とすべき点が多く含まれていると指摘する。

それではここでいう、両国の家族制度の相違とは何か。重遠はまず、日本の家族制度について、「成程我民法は、戸主の下に統括せらるゝ家を以て親族制度の基礎とし、長男子相續を原則とする家督相續制度を以て相續の中心たらしむる點に於て、正に家族主義の民法である」ものの、「我民法は他方財産關係に於ては著しく個人主義である」とし²²⁶、「家族制度的な家督相續と個人制度的な遺産相續とを併用するのが特色²²⁷」とすると述べた。また彼は、日本の家族制度を「甚しく形式的である²²⁸」「いはば『紙の家』であつて家族生活の實質と一致しない²²⁹」とし、「日本では形だけが残つて、實際が崩れて行く。これでは本當に將來、日本が善くなつて行く見込みがない。日本が本當に將來善くなつて行くには、一家と云ふものが善くなつて行かなければならぬ。（..）これからの時勢に適しない點があるとすれば、これは改めて行かなければならぬ。²³⁰」とし、スイス法を参照すべきであるというのである。

それではスイス民法の家族制度とは、いかなる特徴を有しているのだろうか。明治民法が戸主を設けているのと同様、スイス民法においても「家長（Familienhaupt）」なるものを認めているが、スイスと日本の家族制度は「第一に『スイス』民法の家長は實際上の家族的共同生活の主宰者でなくてはならぬが、我民法の戸主は必しも然るを要しない。（..）第二に我民法の戸主は未成年者であつても又は心神喪失者であつても宜い（..）然るに『スイス』民法の家長は成年の意思能力者（即ち未成年者、禁治産者、

精神耗弱者又は精神病者でない者)でなくてはならぬ(...)第三に(...)我國では國民はすべて(...)必ず或家に屬して其戸主又は家族でなくてはならない。然るに『スイス』では全國民が必しもそれぞれの家を組織して居る譯ではない。(...)要するに『スイス』に於ては家長制度は一般的必然的でないのである。(...)第四に、『スイス』の家長權は我民法の戸主權の如く相續に因つて親から子へと傳はるものではなくして、各場合に應じて新たに發生するものである²³¹」という点、そして「瑞西人皆一家に屬して居るものとは見ないけれども、實際家族的共同生活をして居るものは一家とする。即ち一家とは共同の家族生活をして居る數人の團體を指すので、その中の一番中心となるべき人物を家長とする(家長と直譯すべき名前を使つて居る)さうして一家の人々といふのは、妻子兄弟は固より入るが、その家の使用人も入る²³²」という点において、その性質は大きく異なるといってよいだろう。そして重遠は、このようなスイス民法の家族制度を「實質的ニ家族主義」であるとし、形式的な家族制度を採用している日本が今後課題とすべき見本として高く評価をした。

このように、我が国の家族制度は、祖先崇拜祭政一致の歴史的・精神的基礎の上に形成されたものであるのに対し、スイスの家制は、主として、土地の所有という経済的物質的基礎の上に成り立つものである。従つて「財産上に於ては個人主義なる我民法と異なつて、『スイス』民法は財産上に於て或程度の家族主義を採つて居る」点が大きな特徴であり、日本民法の持つ「個人主義と家族主義の併用」といった矛盾を大いに解消することが出来ると、重遠は考えたのだろう。そして「財産上における家族主義」を有するスイス民法典の規定のうち、重遠が最も関心を抱いたのは「家宅(Familienheimstätte)」である。スイス民法では、「家産」(Das Familienvermögen)と題する規定が設けられていることは既述の通りであるが、同法はさらにこの「家産」の制度として「家財団(Familienstiftung)」「家産共有(Familiengemeinderschaft)」「家宅」の3つがあるとした²³³。そして「家財団」「家産共有」は、スイス固有の制度として維持されているものに対し、スイス民法における「家宅」はアメリカの「ホームステッド(homestead)」として発達したものを採用しており²³⁴、「一定の不動産を一定の「ファミリー」に附屬せしめ、其所有者が自ら之を處分することを制限し又他から差押へることを禁止する制度」のことである。即ち「一定限の住宅耕地等を家産として登記すれば、それは他に譲渡し得ず、又其家の者が如何に負債があつても差押えられぬことになる²³⁵」のである。その意味において、この「家宅」は、共同生活をし

ている者たち皆で家産を保持することを目指した、「本当の実際生活に目を向けた²³⁶」制度であり、また同時に「個人主義的風潮ニ對スル反動現象トシテ注目ニ値シ、我國ノ將來ニ取ッテモ少ナクトモ研究ヲ要スル社會政策問題²³⁷」を包含する制度である。

ここで重要なのは、上記の規定にも見られるような「共同生活本位の家族制度」をスイス民法典が採用している点に重遠が多大な関心を抱き、価値を見出しているということである²³⁸。彼の「人ノ人タル所以ハ人ト人ノ結合ニ在リ」とする共同生活観念については本章第三節第1項において述べたが、家族制度をめぐる問題についても、彼のこうした思想が当然に反映してくる。そもそも重遠は、家族制度を否定してはいない。人間という生き物は孤立しえないものであり、団体生活から人間を切り離すことは出来ない。そして共同生活をすることはいわば当然のことであり、血縁の者が一緒になって生活することは自然なことである。しかし、「強いて昔流の大家族制度を維持することは、不可能でもあり不必要でもある。要するに、大小如何に拘らず實際の親族的共同生活に着眼して、それを保全することに努むべき²³⁹」であるとし、「形式的な家族制度」ではなく「実質的な家族制度」を重んじることで、法規定もそれに沿うべきであると考えていったのだろう。そして、彼が理想とする共同生活とは、「一家の人々が互に自分の人格を十分に認め、同時にまた、一家に属する他の人々の人格を十分に認め」た上で営む生活であり、こうすることで「始めて本當の家族生活が出来る」とした²⁴⁰。

また、スイス民法で定められている家族制度の我が国における重要性は、重遠の説く法律進化論からも論ずることが出来る。本章第三節において述べた通り、重遠は、様々な法律や法制度について、進化論的な視点から考察する傾向があり、民法の変遷について、19世紀の民法は「個人完成の法律」であるとしつつ、「個人主義なるものは人類の到達すべき最終の目的地ではないのであつて、人類進歩のはしご段に外ならぬ」とした。そしてこれを昇りつめたところが「社会的協同」であり、それは「一人々々完成した個人の本當に人間らしい集團生活」を意味すると論じている。従って、「第二十世紀の民法は社会生活成就の法律でなくてはならない」のであり、スイス民法はそれを実現した法典であると重遠は評した。その意味において、家族制度もまた、こうした進化とともに変容すべきであり、スイス民法が第331条～第334条をもって、共同生活本位の家族制度を認めたことは、法律進化の終局を意味しているため、我が国

の親族制度においてもまた、スイス民法が採用した家族制度を「将来の帰着点」²⁴¹としていくべきだと提示したのである。

そして、彼のこうしたスイス民法の家族制度に関する規定への関心は、臨時法制審議会の民法改正作業の中にも表れている。既に指摘した通り、重遠は「穂積私案」の中で、家族制度についての言及を行なっている。これについての更なる分析は今後の課題とし、本稿では、「穂積私案」上に見られる、スイス民法典を参照して作成された案を、以下に抜粋するにとどめる²⁴²。

大正八年九月一七日 諮問第一號ニ關スル調査要目私案 幹事 穂積重遠

(略)

第五 家ノ意義及ヒ範圍 (民法第七三二条)

(一) 民法及ビ戸籍法ニ所謂家ハ、時ニ形式ニ止マリテ事實ト一致セザルコトアリ。

事實上ノ家族的共同生活ヲ以テ家ト為スベキニ非ザルカ。(スイス民法第三三一条第一項参照)

(二) 我民法ハ家族ヲ戸主ノ親族及ビ其配偶者ニ限ル。スイス民法第三三一条第二項ノ如ク、僕婢徒第使用人等ヲ之ニ加フル可否如何

第六 戸主權ノ擴張 (以下略)

第七 戸主義務ノ擴張

(一) 扶養義務 (民法第七四七條九五五條) 擴張ノ可否

(二) 家族ノ財産ヲ保全スル義務ヲ認ムベキニハ非ザルカ (スイス民法第三三二條第三項参照)

(三) 家族中ノ責任無能力者ヲ保護監督スル義務ヲ認メ、且其者ガ他人ニ加ヘタル損害ニ付キ責任ヲ負ハシムベキニハ非ザルカ。(スイス民法第三三三條参照)

第八 廢戸主ノ制度ヲ認ムルノ可否 (以下略)

第九 家産制度ヲ設クル可否²⁴³

(一) 民法第三四條ヲ修正シテ家財團ヲ設立シ得シムベキニハ非ザルカ (スイス民法第三三五條参照)

(二) 同一ノ家ニ属スル数人ガ財産ヲ共有スル場合ニハ、民法ノ持分的共有ノ原則ニ依ラズシテ、全部的共有ノ原則ニ依ルベキニハ非ザルカ (スイス民法第三三六條乃至第三四八條、第六五二條)

- (三) 「スイス」民法第三四九條乃至第三五九條、佛國一九〇九年「非差押家産法」及ビ米國諸州ノ「ホームステッド」法ノ如キ家産制度ヲ設クルコトガ、民法ノ個人主義的財産制度ノ缺點ヲ救ヒテ家族制度ヲ維持スル良法ニ非ザルカ

以上の考察より、重遠の家族法研究におけるスイス民法への関心の高さを確認することが出来た。重遠はまず、彼自身の家族法研究のなかでスイス民法を考察し、そこから構築された自らの法理論を、立法作業において展開させていくことで、日本法学界にスイス民法を根付かせようとしていたことが明らかになった。特に臨時法制審議会における民法改正作業では、「日本民法ハ家族主義ヲ採リ西洋ノ民法ハ個人主義ナルカ瑞西民法ハ或意味ニ於テハ我國ノ民法ヨリモ一層實質的ニ家族主義ニナリ居ルト思ハルル點モアリ其レ故瑞西民法ヲ参考スルヲ最モ可ナリト考ヘタルナリ」として、やはりここでも「實質的ニ家族主義」な特徴をもつスイス民法が重視され、同民法の参照が多くみられた（本節第1項参照）。このような改革を要する大きな場面で、その解決のためにスイス民法を参照したというのは、重遠におけるスイス民法の位置付けの高さを想起させられよう。

- (四) 家族法以外にみられるスイス民法への関心

家族法以外にも、重遠はスイス民法に関心を見せている。例えば、彼は、スイス民法第1条（法の適用（Anwendung des Rechts））、同民法第2条（第1項 信義誠実の原則（Treu und Glauben）、第2項 権利濫用禁止の原則（Rechtsmissbrauch））に関する研究も積極的に行なっており、とりわけ同民法第1条の規定は、民事裁判の規準としての「条理」を研究する際に、明治8年太政官第103号布告裁判事務心得第3条とともにその関連規定として参照された点で興味深い。これについては本稿第二編にて詳述していく。また、信義誠実の原則及び権利濫用の禁止については、既に本章第三節第2項で「法律と道徳」との関連で考察した通りであるが、重遠はこれらの問題について考えていく際、海外の関連条文（ドイツ民法とスイス民法）を取り上げ、規定のない我が国においても、当然にあって然るべきものと解している点をここに付記しておく。以下に、関連箇所引用をしておく。まず信義誠実の原則については次の通りである²⁴⁴。

ドイツ民法・スイス民法にはそれぞれ、「債務者は取引慣習上信義誠實の要求するように履行をする義務がある。」「[ドイツ民法第 242 条]「各人はその権利の行使および義務の履行において信義誠實に従つて行動することを要する。」「[スイス民法第 2 条 1 項]と明言したが、わが民法には規定がなくとも、法律が社会生活規範である本質上そうなくてはならぬことなのであつた。

また権利濫用の禁止についても次のような記述が見られる。²⁴⁵

権利は個人的制度ではなく社会的制度であるからその権利の社会的存在理由を超過してかえつて社会生活を害するような権利の行使を許すべきでない、という考え方である。ドイツ民法は「権利の行使は、他人に損害を加えるのみの目的を有するときはこれを許さない。」と規定して、権利濫用禁止の一端を開いたが、主観的標準を用いつ「のみの」と限定したところが甚だ物足りなかつた。ところがその後のスイス民法は、「権利の明白な濫用は法律の保護を受けない。」と客観的包括的に規定した。わが民法にははじめこの規定がなかつたが、権利の性質上當然の事だから、同様に解すべきであり、規定がないからかえつてドイツ民法のように狭く考えるに及ばず、スイス民法流に廣く解釋することができたのである。(カギカッコは筆者による。)

特に「権利濫用禁止の原則」においては、ドイツよりも広い解釈を行なっているスイス民法第 2 条 2 項は「非常な進歩である²⁴⁶」とし、日本でもまた、こうした問題に対しては、スイス民法のごとく解釋していくべきであるとしており、スイス民法に対する評価の高さを理解することが出来る。

また「法律文の平易化」という観点からも、スイス民法は重遠にとって参照すべき法典であつた。重遠は「法律家を非法律家に、非法律家を法律家に」を理念に掲げ、一般国民にも法を知らしめるべく、平仮名・口語体で法律書を書くことを心がけてきた法学者の一人である。これについては彼自身の「今一つ僕が力を入れた事は、法律文の平易化である。(.)はじめて口語體の著書を出したのは、大正十年の『民法總論』である。尤もそれが口語體法律書の嚆矢だといふ譯ではないので、民法の方ではそれ

より少し前に出た早稲田の故中村萬吉教授の民法論が元祖だと思ふ。(…)其本の序文に穂積君が勤めたから試みに口語體で書いて見たと、中村君が書いて居たと記憶するのであつて、ともかくも我々が先駆者だつたと言つてよからう。²⁴⁷」といった発言からも明らかであろう。そしてこうした口語体による法律文を書きたいと考えた背景には、スイス民法への共感というものがあつたのではないかと考える。

スイス民法は「民衆を名宛人とする法典」として20世紀初めのヨーロッパにおいて注目された通り、「民衆を名宛人とする」という点に大きな特徴を見出すことが出来る。スイス民法では法の名宛人を一般大衆とし、国民全員が理解出来る法典であることが目指された。とりわけスイス民法は「言語の明確さ、力強さ、単純さにおいて(…)民衆的なものである²⁴⁸」「スイス民法典の民衆的性格は、まず、その使用する言語にあらわれている。フーバーは、洗練された尖鋭なドイツ民法典の法律用語を無視し、できるだけ単純で明確で飾りのない表現に努力した²⁴⁹」というように、言葉の民衆化という点に配慮がなされている。これらは具体的に、「法文の明確性」「テキストの簡潔性」「構成の明確性」「日常用語を使用することを心がけ、法技術的表現を最小限度におさえる」「3公用語（ドイツ語・フランス語・イタリア語）によるテキストの制定」といった形をもって、民法典の中で展開されている。

確かに、重遠の「法律文の口語化」への関心のきっかけとなつたのは、父陳重からの影響が最も強いだろう。穂積重行氏によると、陳重においては、『法窓夜話』をはじめ、『法律進化論』等の晩年の著作には、書きなれた文語体は捨てられ、「である調」が主用されている。これについては、陳重自身によって「ことさらに難解な表現を用いることは、法を専制の具とするに等しい」と述べられている通りである。重遠もまた、「川柳の『下女の文あたかも話するごとく』こそ文章の理想」を陳重の言葉として、よく語っていたようである²⁵⁰。また当時、若槻礼次郎首相の名をもって、法令形式の改善に関する訓令（「法令形式の改善に関する件」）が各官庁に下され、その中にも、法令の用字用語や文体の平易化を求めた内容が書かれていることがわかる²⁵¹。従つて、こうした時代背景も、重遠の法文の民衆化への関心²⁵²を増長させたのかもしれない。しかし、「此夢は遂に實現しなかつた」としつつも、「民法の條文を口語體に、といふことが、これも僕の一つの夢だつた」として、天野弘一の「弁護士開業記念集」に民法の口語化を試みた²⁵³こともあつた彼にとって、法典の口語化を実現したスイス民法からは多くの刺激を受けたに違いない。またこうした重遠の関心は、我妻が彼

について「スイス民法典の簡潔に気のきいた表現(...)は、先生の人柄を想わせるものがある²⁵⁴」と感じさせるほどに、強いものであったのではないだろうか。

五 小括 一戦後民法改正へのまなざし

本章では、穂積重遠の法理論、法思想をはじめ、重遠とスイス民法との関係について詳論した。重遠の英法への関心については、一般的にしばしば挙げられるところである。確かに、社会事業・社会教育・婦人問題への関心や判例研究への取り組みは、イギリス法学から多くの影響を受けているといえよう。しかし、本章で述べたところから、彼のスイス民法への関心の高さ、とりわけ日本民法学の転換期において、スイス民法典を重要法令と位置付けた上で、スイス法研究の必要性を彼自身が強く感じていたことが明らかになった²⁵⁵。また、そうした重遠の方法的意識は、彼自身の家族法研究のみならず、臨時法制審議会や満州国民法典（第八章第二節第3項参照）の編纂作業といった立法作業においても一貫して見られるところであった。

既に指摘した通り、重遠が、「個人主義ではなく『実質的に家族主義』を採用した法典」「民衆を名宛人とする法典²⁵⁶」としてのスイス民法に着眼したことは重要な事実である。彼は、自らの唱える「法律進化論」と結びつけることで、同法典を「社会自覚時代」にある20世紀日本に適合すべき「社会本位」の法律として認識し、我が国が見本とすべき法典として位置付けてゆく。また、彼は、生涯にわたって主張し続けてきた「法と社会の乖離」を是正する一助として、スイス民法を認識してゆく。重遠は、そのなかでも特に、「婚姻の解消」「親権」「家族制度」等の家族法に関するスイス民法上の規定をはじめ、「法の適用」に関する同民法第1条、「信義則」「権利濫用の禁止」を定める同第2条を中心的に参照しつつ自らの学説を形成し、さらにはそれを戦前の民法改正作業にも反映させようとした。その実現は果たせなかったものの、昭和22年に改正された民法では、結果として、こうした彼の学説の多くが、法規範として実現するに至る。尤も、重遠は、昭和22年時の改正作業に直接携わってはいないが、起草委員の1人の中川善之助が、「〔昭和二十二年の改正法律は〕前の改正要綱に織り込まれた穂積先生の主張が多分に取り入れられているのである。少し大きくいえば新法の中軸をなしたともいつてよいのである。だから、新法が進歩的だと賞められるなら、

その進歩的なものは臨時法制審議會の民法改正要綱中に含まれた進歩的因子に由来するものであり、その改正要綱中の進歩的因子は主として穂積先生の民法學に由来するものといつてよいと思う²⁵⁷」と述べている通り、重遠の学説は、「昭和 22 年改正民法」に対して、大きな影響を及ぼしたといっても過言ではないだろう。それは具体的にいかなる点においてであろうか。最後に、「昭和 22 年改正民法」の中に定着した重遠の学説の一部を素描しておくことにしよう。

第一に、彼が支持してきた婚姻法の「離婚原因としての精神病」や親族法の「父母共同親権²⁵⁸」については、「昭和 22 年改正民法」によって、第 770 条 1 項 4 号（法定離婚原因としての精神病）と第 818 条（父母の共同親権）にそれぞれ条文化された。

第二に、重遠が、スイス民法第 2 条や大審院による判例を論拠としつつ提唱した、「信義誠実の原則」や「権利濫用の禁止」も、民法第 1 条第 2 項（権利ノ行使及ヒ義務ノ履行ハ信義ニ従ヒ誠実ニ之ヲ為スコトヲ要ス）及び第 3 項（権利ノ濫用ハ之ヲ許サス）に条文化され、確固たる地位を得ることとなった。重遠によると、これらの条文は、同条第 1 項（私権ハ公共ノ福祉ニ遵フ）とともに、「社会本位的動向への進出」を示したものであり²⁵⁹、同 1 条ノ 2（本法ハ個人ノ尊嚴ト両性ノ本質的平等トヲ旨トシテ之ヲ解釈スヘシ）にみられる「個人本位的原則」に基づいた条文と並列されることで、彼が理想とする「個人本位と社会本位との帰一合致²⁶⁰」が具体化したものなのである。

このように上記の二点については、重遠の学説が立法に多大な影響を与えた事実を確認することが出来る。その一方、家族制度に関する規定については、家制度の全面的廃止に伴い、「新民法は『家』に関する六十ヶ條を削除した²⁶¹」ため、戦前の我が国において、個人主義を採る財産法と家族主義を採る身分法を調整すべく、重遠が目してきたスイスの家産制への参照の必要性はもはやなくなった。しかし、こうした家制度の廃止という「立法」の中に、重遠の影響を見ることも可能であるように筆者には思われる。重遠は、「昭和 22 年改正民法」のなかに、「直系血族及び同居の親族は互に扶け合わなければならない」といった一条が設けられたことに関して、『家』の廃止は決して家族的共同生活の破壊ではなく、親同世代の相互扶助は、単に道德問題だけでなく、法律上の義務であることを明らかにしている」と述べている²⁶²。この視点から、「昭和 22 年改正民法」を捉えていくなれば、彼が、戦前より理想としていた、「一家の人々が互に自分の人格を十分に認め、同時にまた、一家に属する他の人々

の人格を十分に認めた上で営む」という意味の「実質的な家族制度」を重んじる態度—そしてそれはスイス民法の精神に由来する—が、ここに具現化しているとも見ることが可能ではないだろうか。

以上、重遠が「昭和 22 年改正民法」に与えた影響について検討してみた。尤も、こうした立法は、あくまでも、重遠という、当時の法学界の重鎮の 1 人の見解の具現化であって、スイス民法の影響とまで言えるかについては、なお慎重な判断が必要であることは言うまでもない。

¹ “Korrespondenz an E.Huber von Shigeto Hozumi” (Bern, 3. August, 1914) (BAR Dfm-Erfassung/ZAP Repertorium JI. 109 (-) : Huber Eugen (1849-1923), Archivnr. 437, Hozumi S, Bd149, in : Schweizerisches Bundesarchiv, Bern)

² 穂積重遠『欧米留学日記』(岩波書店、1997年) 97頁。

³ 穂積重遠『続有閑法学』(日本評論社、昭和15年) 12頁。

⁴ 穂積前掲『続有閑法学』12頁。

⁵ 穂積重遠『有閑法学』(日本評論社、昭和9年) 15頁。

⁶ この『新民法理由書』とは、“Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements” (Bern, 1914) であると思われる。穂積文庫に所蔵されている同書の表紙には、フーバーによる「Herrn Prof. S. Hozumi, hochachtungsvoll vom Verfasser」といったサインが入っており、贈呈されていることがわかる。なお、同書は、(スイス連邦) 司法・警察省の指示を受け、フーバーが 1901 年から 1902 年にかけて著したものである。ここには第一次草案の基本的な考え方、目的等が記されており、優れた立法資料として、今なお高い評価を受けている。(Bernar Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Einleitungsband, herausgegeben von A Meier-Hayoz, Bern, 1966, S. 33. 松倉耕作「スイス民法典の統一とその特色」(『名城法学』第 23 卷 2 号) 129 頁。)

⁷ 利谷信義「日本における家族法学の生誕—家族法学の父・穂積重遠」(同『家族と国家—家族を動かす法・政策・思想』筑摩書房、1987年) 160頁。

⁸ 「最初一年は講義をしない講師だったが、明治四十二年九月から四十三年七月にかけての學年で初めて講義の手傳をさせられ」(穂積重遠「大学生活四十年」(『法律時報』第 15 卷第 10 号、昭和 18 年) 21 頁) ている。なお、それは富井の補講であったことが資料上明らかになっている。またこの当時のことを後に牧野英一は次のように振り返っている。(牧野英一「二人の故人—穂積重遠君と梅謙次郎先生」(『法律時報』第 24 卷第 9 号、1952 年) 54 頁。)

「穂積君とは、しかく多年にわたり、志をおなじうして、相共に法律学を論じて来たのである。穂積君が大学を卒業して直ちに講師となられるや、助教授であったわたくしの研究室へ来て、机を並べられることになった。それから四十五年の歳月が流れたことになるのである。鳩山秀夫君も一緒であった。」

⁹ 利谷前掲「日本における家族法学の生誕」166頁。

10 大正元年10月17日より翌2年4月1日までドイツ・ボンに滞在。その後、ベルリンに渡り、大正3年5月31日まで滞在する。その後、フランス・パリに行ったものの、大正3年6月1日より同年8月16日までの短期間での滞在であった。なぜなら、第一次世界大戦の勃発により、大使館より国外へと移動するよう指示されたため、同国での滞在は不可能となったからである。そのため、同国で勉学に励むということは殆ど出来なかったようである。しかし、そのかわりに長期滞在（大正3年8月17日～大正4年11月2日）をしたイギリスでは、多くの「収穫」を得た（本章第二節第3項以降参照のこと）。また帰国の際に立ち寄ったアメリカでは、祖父・渋沢栄一の実業渡米団の一行の通訳を行なうことを理由に、留学を延期させ（穂積仲子・穂積重行・中川善之助「穂積三先生を語る」〔『書齋の窓』第64号、昭和34年〕6頁）、同国でパウンドの法理学演習やハーヴァード大学が元祖だとされている「ケース・システム」といった教授法を経験することが出来、その後の彼の学風に大きな影響を及ぼした。（穂積前掲「大学生生活四十年」26頁参照）

11 これらの講義案として書かれたのが『法理学大綱』『親族法大意』『相続法大意』である。特に『法理学大綱』（岩波書店、昭和2年）は「欧米の新しい法学の動向の影響の下に、彼の法に対する基本的な考え方を固めたものという点では重要な意義を有する」との評価もある大著である。（利谷前掲「日本における家族法学の生誕」177頁）なお、法理学講義は「やればやる程むつかしくなって、到底人に教える自信が附かぬ故、やがて御免蒙り、民法専門になった」（穂積前掲「大学生生活四十年」26頁）とし、1918年度を最後に、それ以降は講じることがなくなっている。（利谷前掲「日本における家族法学の生誕」176頁）彼の民法講義の内容に関しては、重遠の最初の学生でもある中川善之助の「穂積法学に寄せる」（末川博・中川善之助・舟橋諄二・我妻栄編『穂積先生追悼記念集 家族法の諸問題』（有斐閣、1952年））や穂積前掲「大学生生活四十年」に詳しいため参照のこと。

12 民法以外の著書（なおかつ前注（11）以外のもの）として、『戦争と契約』（大正5年）、『判例百話』（昭和7年）、『有関法学』（昭和9年）、『法学通論』（昭和16年）、『百万人の法律学』（昭和25年）などを挙げておく。さらに重遠は法学以外でも名著を多々残しており、例えば、『独英観劇日記』（昭和17年）、『新訳論語』（昭和22年）、『新訳孟子』（昭和23年）、『歌舞伎思出話』（昭和23年）がある。

13 重遠は、臨時法制審議会で任された仕事内容について、次のように説明している。「大正八年以来臨時法制審議會の幹事とし又委員として『民法改正要綱』の立案に參與し、昭和になつてからは其要綱の具體化する親族法相續法の正文起草に關係しているのが、主たる仕事だ。勿論一人の下働きに過ぎぬが、自身の専門からも又現行民法が亡父の息のかかったものであるといふ個人的関與からも、無意義な暇つぶしではなかつたと思つて居る」（穂積前掲「大学生生活四十年」27頁。）

また同審議会では、陪審法の採用、信託法の制定、刑法の改正、行政裁判所制度の改正など、実に多くの仕事が行なわれているが、重遠はそのなかの民法改正作業と家事審判法案の起草に大きく関与している。

14 帝国学士院委員には、昭和12年7月に就任している。（「穂積先生の文献目録」（末川前掲『家族法の諸問題』所収）12頁）

15 昭和19年7月から同20年8月まで、男爵議員として在任した。（『議会制度百年史 貴族院・参議院議員名鑑』（大蔵省印刷局、平成2年）83頁。）なお、20年8月より東宮太夫兼東宮侍従長に信任されており、これを理由に議員の職を辞したと考えられよう。

16 児童虐待防止法によって引き取られた子供等を世話するようになった経緯につい

て重遠は次のように述べている。

「大正年間に山室軍平、原胤昭の両長老が畏きあたりの有難き御思召に恐懼感激して児童虐待防止事業に乗り出した。ところが乗り出して見ると忽ち壁に馬を乗りかけてしまった。何分にも虐待するのが親であり、雇主であるので、ウツカリ口出し手出しをすると、眞類から法律的逆捻ちを食はされて、空しく引き下らざるを得ない。そこで僕は社会事業には法律の裏打ちがなくてはならぬといふことを痛感して、兼て別懇であつた原胤昭翁と語り合つたことである。ところが其内に機漸く熟して今の厚生省の前身たる内務省社会局に社会事業調査委員会が設けられ、僕も末弘君と共に委員に列し、そこで段々と各種社会事業立法の要綱が立案されたが、其結果制定実施されたのが昭和八年の児童虐待防止法である。而して右の委員会に於て僕が折りに觸れて今度は、社会立法は社会事業に裏打ちされねばならぬ、といふことを切論したのが言質を與へて、被虐待児童虐待養護施設たる『子供の家』の責任を執らねばならぬことになつたのである。」(穂積前掲「大学生生活四十年」28頁)

なお、上記引用文にある「原胤昭」とは、明治・大正・昭和の社会事業家であり、我が国における監獄改良・出獄人保護事業(現在の更生保護事業)の先駆者として知られている。(片岡優子「原胤昭の生涯とその事業—中央慈善協会における活動を中心として—」(『関西学院大学社会学部紀要』第103巻、2007年)85頁。)重遠と原とは「父陳重が〔原と〕別懇だつたので、自然少年時代からの知り合であつた」ようである。(穂積重遠「エンジェルの原さん」(『厚生問題』第26巻第5号、社会事業研究所、昭和17年)55頁。)

¹⁷ 大正14年11月に文部大臣から財団法人設立を許可され発足した、社会教育の振興普及を目的とした機関である。雑誌『国民』『社会教育新報』『婦人講座』の発刊や青年学校教科書の発行などを行なう。昭和17年3月には東京府知事の認可を得て「東京家庭学園」が創設される。平成23年に内閣府より公益財団法人認定を受け、現在も様々な事業を展開させている。重遠は、当協会の設立に携わり、初代理事長に就任している。また東京家庭学園創設時の初代学園長として、教養主義理念に基づくリベラルな教育が施されたようである。(荻野七重「樋口愛子先生—白梅学園の先駆者たち⑭」(『地域と教育』第16号)48頁参照。)また、一講師として、修身・公民の講義を担当している。さらに当協会の建物が戦火で焼失し、戦後において財政難となった際にも金銭・物資の援助を行なうなど、関わりは深い。(小松隆二「穂積重遠—白梅学園の先駆者たち③」(『地域と教育』第3号)41頁参照。)

¹⁸ 1945年8月10日に東宮職が設置された際に東宮大夫に就任した。内大臣の木戸幸一とは妻同士が姉妹であり、政治的な活動を戦時中に行なっていなかった点も考慮されての人選と思われる。しかし宮中での勤務経験もなく、政治活動も殆どおこなったことがなかった重遠は、戦後、アメリカに占領されるという状況のなかで、皇太子養育をどのようにしていくのかを考えるビジョンがなく、また占領軍との連絡手段も持ち得ていなかった。そして事実上、敗戦直後からの皇太子教育の道筋を考えたのは学習院長だった山梨勝之海軍大将であった。その山梨は1946年9月に公職追放されたため、その後は実質的な責任者の所在が曖昧な状態で皇太子教育が行なわれていた。その後、重遠は更迭、後任に小泉信三(1949年～)が選定された。

¹⁹ 重遠の臨終については、息子の穂積重行氏による貴重な報告が、同「臨終の前夜」(『国民』第602号(穂積会長追悼号)、昭和26年)18—19頁に見ることが出来る。

²⁰ その一例として次のような重遠の回顧録が残っている。

「(...)〔明治〕二十六年三月法典調査会が設けられて、穂積陳重・富井政章・梅謙次郎の三博士が民法草案の起草委員を命ぜられた。その穂積陳重が私の父なのだ。

そしてこの三起草委員は同年五月ころから小半年小田原の滄浪閣(伊藤博文伯別荘)にたてこもり、民法起草に専念没頭したのだが、当時十歳の小學生だった私は、夏休みに小田原へ遊びに行つたことがあつて、(...)その時民法草案が書かれていたのだということは、もちろん意識しなかつたが、その後も家庭で折にふれては『民法』という言葉を目にし『民法』という文字を目にした次第、大げさに申せば民法の中で育つたようなものだ。」(穂積重遠「民法五十年」(『法律時報』第20巻第1号、昭和23年)3頁)

²¹ 穂積重遠「法律を学んだころ」(『法律時報』第22巻第4号、昭和25年)72頁。

これは、Kahl von Gareis, *Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*, Giessen, 1887のことだろうか？

²² 日本評論社編集部編『日本の法学』(日本評論社、1950年)42頁

重遠と同期で学んだ学生数は、英法33名、仏法34名、独法139名であり、こうした数値からも当時のドイツ法人気を窺えよう。(穂積前掲「大学生生活四十年」19頁)同級生には幼稚園の頃からの幼馴染である鳩山秀夫が同じく独法科にいた。両者は「鳩山穂積」または「穂積鳩山」などといわれ、その秀才ぶりは当時のみならず大正年代においても大学の内外を問わず有名であったとされている。(中川善之助「身分法学の父、穂積重遠先生」(『書齋の窓』第9号、有斐閣、昭和29年)3頁)また同じく独法科には石黒忠篤(後の農林大臣)がおり、後に重遠の妹・光子が同氏に嫁ぎ、親戚の間柄にもなっている。

²³ 利谷前掲「日本における家族法学の生誕」164頁。

²⁴ 穂積前掲「大学生生活四十年」20頁参照。

²⁵ 「当時民法は三年間の持上り講義であり、重遠は土方寧に習っている。その講義は、法文解釈と旧民法および独仏民法との念入りな比較で、三年かかって総則・物権総論・債権総論・契約総論がやっと終り、担保物権と契約各論はそっくり残った。」(利谷前掲「日本における家族法学の生誕」164頁)

²⁶ 英法講義に関しては、独法科の履修科目ではなく、個人的に聴講に行ったようである。そして「僕の其の後の学風(も大袈裟だが)に相当の影響を与えたのであつて、後に判例法に興味をもつに至った出発点はそこまで遡る」(穂積前掲「大学生生活四十年」20頁)として、後に英法に関心を持つに至った原点はここにあることがわかる。

²⁷ 「科目の大部分は必修になっていたが(...)その他、時たま随意講義が開かれ、試験等はなかつたようである。(穂積前掲「法律を学んだころ」73頁)

²⁸ 穂積前掲「大学生生活四十年」20頁。

²⁹ 穂積前掲「大学生生活四十年」22頁。

³⁰ 穂積前掲『欧米留学日記』ii頁(「まえがき」)。

また「穂積三先生を語る(2)」の穂積重行氏(穂積重遠長男)の発言のなかには「〔留学の〕間、親戚も多いものですから、一々手紙を出すのもめんどろくさい。それで母あてに日記を送る、これを適当に披露しろというわけで、日記を克明につけてね(...)」といった事実があったことがわかる。(穂積仲子・穂積重行・中川善之助「穂積三先生を語る(2)」(『書齋の窓』第64号)6頁)

³¹ 穂積前掲『欧米留学日記』iv頁(「まえがき」)。

³² 「社會法學者ハ從來ノ法律學其モノ、内容ヲ抽象分析スル所謂法律學的方法(méthode juridique)ノミヲ以テ自ラ足レリトスルヲ批難ス。然レドモ自身モ亦動モスレバ其所謂社會學的方法(méthode sociologique)ノミヲ以テ自ラ足レリトナス弊ニ陥ル。(...)即チ法規トシテノ法律ヲ對象トスル從來ノ法律學的方法ト、社會現象トシテノ法律ヲ對象トスル斬新ノ社會學的方法トヲ併セテ、初メテ法律學ヲ完成スベク、其ノ

イヅレカーノミヲ以テ足レリトスル説ハ狹隘ナリト謂フベシ」(穂積前掲『法理学大綱』94-95頁)

33 穂積重遠『親族法大意』(岩波書店、大正6年)1-2頁。また、利谷前掲「日本における家族法学の生誕」184頁にも、引用文が掲載されている。

34 我妻栄「穂積重遠先生の人と学問」(『法学セミナー』No.157、1969年)130頁。

35 日本評論社編集局前掲『日本の法学』43頁。

36 穂積前掲『欧米留学日記』305-306頁。

37 山主政幸「穂積重遠」(『法学セミナー』日本評論社、1960年)55頁。

また裁判に関するその他の関心としては「裁判の簡易化」という問題が挙げられる。重遠は「法律も一つの社会事業だ」として、「一方では家庭事件を取り扱う特別の裁判所をつくり、他方では、訴訟扶助会を設立し、金のない人のために裁判を受ける可能性を開いてやらなければならない」と主張した。

38 高柳賢三「概念法学の没落と新法学の基調」(『中央公論』第410号、大正11年)92頁。

重遠もまた、「判例が果して事件を適切に解決して居るかを観察し、個々任意の判決ではなく全判例につき継続的に、それまでの法學界に於ては餘り用ひられなかつた共同研究を行ひ、それによつて判例法の生成發展を顯現し推進」(穂積前掲「大学生生活四十年」23頁)したとして「民事判例研究会」を評価している。

39 川島武宜『科学としての法律学』(弘文堂新社、昭和42年(新装版第3刷))139頁。

40 民事判例研究会『判例民法(大正十年度)』(有斐閣、昭和4年(大正12年初版))序・7頁。

41 重遠は「親族法相續法の研究に附帯して僕の興味をそゝつたのは判例法である。『法律は成文法と慣習法』と教はつたものだが、英國に於てのみならず我國にも判例法が現存し又必要であることを、僕は例へば離婚原因たるべき『虐待侮辱』法廷推定家督相續人廢除の『正當ノ事由』等について確認した。而して(...)所謂婚姻豫約有効判決を機縁として僕の法律に對する考へ方が、正しかつたか間違つて居たかは知らぬが、一定の方向を取つたのであつて、その一つのあらはれが判例法に對する興味である。(...)」(穂積前掲「大学生生活四十年」22-23頁)として、イギリスで学んだ判例法研究を、日本でも適用してみたいと考えていた。また婚姻予約有効判決については、本稿第八章にて詳述している。

42 穂積前掲「大学生生活四十年」25頁。なお、重遠による「婦人問題は人類問題である」という考えは、彼の婦人論の主軸をなすものである。また、ブリデルの述べる婦人問題の意義と類似している。これについては注(177)を参照のこと。

43 穂積前掲「大学生生活四十年」25頁。

44 穂積重遠「フェミニズム」(『法学協会雑誌』第28巻第7号、明治43年)1351頁。

45 穂積重遠「婦人問題講話」(社会教育協会、昭和5年)61頁参照。

46 穂積前掲「婦人問題講話」59頁。

47 穂積前掲「婦人問題講話」59頁。

48 穂積前掲『婦人問題講話』を参照のこと。

49 ここでいう「高等教育」とは、特に高等女学校以上の教育を指している。

50 例えば、教科書調査会の会議や高等科の女子用教科書の編纂審議への婦人教育家の参加などが挙げられる。

51 例えば、不正手段の除去防止・工場内での補助教育の必要性・工場労働の危険性・女工の深夜業禁止・妊産婦の問題・女工の労銀の問題などが挙げられる。

⁵² 重遠の婦人参政権を求める活動も興味深い内容を有するため、今後の課題としたい。ここでは、重遠が「婦人参政権の真意義」(『社会教育』第6巻第4号、1929年)や「婦人参政権の真意義」(公民教育会編『公民教育講演集』公民教育会、1933年)などといった講演を行なっていたことのみを付記しておく。

⁵³ 例えば、妻の「無能力者」規定・妻の貞操義務への規定・親権の規定・子供をかかえて困っている母親の問題・相続の問題などが挙げられる。

⁵⁴ 当時の社会状況とそれに対する法関係の変化については福島正夫による発言を以下に引用しておく。(平野義太郎・福島正夫・川島武宜・石田雄・野村平爾「第一次世界大戦後における日本社会の変化と法の展開」(座談会)(鶴飼信成・福島正夫・川島武宜・辻清明編『講座日本近代発展史3』(勁草書房、1984年(第3刷))46-47頁。)

「第一次世界戦争は、明治以後の日本の政治、法律、経済、社会、思想の一般について、非常に大きな変化、発展を与えたものであります。(…)大戦が大正三年七月に勃発し、日本はその間に漁夫の利を占めて経済は著しい発展を遂げ、産業構造も、今までの軽工業から重化学工業、電気産業というふう近代化する。これに伴って人口の都市集中が急速に生じ労働者群も一挙に膨大化し、かつ組織化されてくる。したがって、人民大衆の動きが、組織化された労働者および農民の運動として出てくる。そして都市小市民も生活権の擁護を訴え、下から圧力を加えるというわけです。そうするとこれに対して国家権力としては、対抗の措置を構じなければならぬ。階級闘争の激化の情勢に対応して、一方に資本家や地主の立場を守るように大衆の民主的運動をおさえつけ、他方に人民の不満をなだめる手を打とうとする社会政策を考える。刑法警察法規が運用され、いわゆる社会法が形成発展する。これは、他方には、市民間の関係が複雑になり、いままでの法の上で予想しなかった種々の事態があらわれて、そこから生ずる権利義務関係の調整の上に、立法上裁判上の問題を生ずることになるわけです。(…)」

⁵⁵ 当時、法と現実の乖離については、「家」制度との関連から論じられることが多かったようである。これについて、桑山敬己氏は次のように指摘している。(桑山敬己「大正の家族と文化ナショナリズム」(季武嘉也『大正社会と改造の潮流』(吉川弘文館、2004年))228-229頁。)

「明治末期から昭和初期にかけて、日本の家族の変化を論じた識者は、『家』制度を擁護するにせよ批判するにせよ、民法と現実の間にはかなりの差があるという点で、ほぼ意見の一致を見ていた。たとえば、批判派の中心人物であった河田嗣郎(大阪商科大学<現在の大阪市立大学>初代学長)は、自らの立場を総括した『家族制度と婦人問題』(一九二四)の中で、『家長制瓦解の原因』として次の四つをあげている。(一)祖先崇拜の衰退による『家』観念の衰亡。(二)資本主義の発展による『一家的自給経済組織』の瓦解。(三)家長権に対する国家権力の制限。河田は、近世以降に国家が掌握した公権力(司法権や教育権など)は、それ以前に家長が持っていた権力を制限したと考えた。(四)個人主義の浸透と民主主義の伝播。同様に、家族社会学者の戸田貞三は、『家長的家族』崩壊の原因として、都市化による家族全員の離脱、親子の分離、家業の衰退、家産観念の喪失、の四つを掲げた。擁護派の見解(…)〔も〕河田や戸田が掲げた家族変化の要因については、彼らも認めるころであった。〔したがって〕いずれの立場も、明治民法に規定された『家』制度と、二〇世紀初頭の日本における家族の現実には、かなりの差があることを認めていた。しかし、法を実践に近づけて改正するか、それとも実践を法に近づける政治画策を行うかという選択に関して、両者は対立したのである。」

⁵⁶ 磯田進・平野義太郎・戒能通孝・仁井田陞・川島武宜・福島正夫「穂積法学・末弘

法学の分析と批判（座談会）」（『法社会学』第2号、有斐閣、1952年）61頁。

⁵⁷ 我妻前掲「穂積先生の人と学問」130頁

⁵⁸ 磯田他前掲「穂積法学・末弘法学の分析と批判」54・55頁。

これは戒能通孝氏の発言によるものであるが、本文で記したように穂積法学を特徴づけた理由について、同氏は次のように説明している。

「昭和四年の話です。親族法の講義が最高潮に達した時分で、先生らしい特色が溢れていたのではないかと思います。日本の親族法は、当時は御存じの通りに、家族制度の絶対化、戸主権の尊重、その前における家族の犠牲を暗に内在させていたものですが、先生の親族法はそれを離れようとしていました。戸主は認める、家族制度は認める、それにもかかわらず戸主・家族制度などができるだけ家族に対して重苦しく押し加かつて行かないようにして行くという努力を、解釈の中で示しておいでになったのではないかという感じがするのです。先生は家族制度をこわそうとしておられたのではなくして、家族制度の中のよさを発展させることによつて、何かの意味で活かして行こうという態度をとつていらつしゃつたのではないかと思つていられるわけです。婚姻について当事者の同意を非常に強調される、これは当事者の同意を絶対化しておられるというより、むしろ家族制度がそういうものでなければならぬ、君主は君臨するが統治しないという態度を家族制度の中でも活かそうとしていらつしゃつたのではないかと思われるのです。それが穂積法学の持つている特色ではないかと思ひます。」（55頁。下線は筆者による。）

⁵⁹ 磯田他前掲「穂積法学・末弘法学の分析と批判」55頁。

⁶⁰ 我妻前掲「穂積重遠先生の人と学問」131頁。

⁶¹ 穂積重遠「法律生活」（文部省実業学務局編『公民教育講演集第三輯』文部省構内実業補習教育研究会、1930年）7頁。

⁶² 穂積重遠『民法総論上巻』（有斐閣、大正10年）43頁。

⁶³ 穂積重遠『民法読本』（日本評論社、昭和2年）37-38頁。

ちなみに上記の著書では、「法律婚主義を採用する明治民法第775条を改正することが内縁問題の『終局の解決』』となっており、内縁問題上の最終的な解決としての民法改正と限定されているが、こうした考えは、家族法のあらゆる問題に対しても当てはまる考えであることは、重遠の著書の分析を通して、理解することが出来るだろう。

⁶⁴ 調査要目の作成にあたり、幹事から提出された意見書として挙げられるのが、穂積重遠幹事作成の「諮問第一號ニ關スル調査要目私案」である。この私案には、前書きの他に、親族編相続編の改正意見が21の大項目にわけて掲載されている。そして小項目も含めて11ヶ所の穂積幹事の意見からは、彼が諸外国の立法例や「奥田博士民法改正意見」を参照していることが明らかになっている。穂積私案は、「大正八年九月一七日 諮問第一號ニ關スル調査要目私案」（堀内節『続家事裁判制度の研究』（中央大学出版部、1976年）所収）361頁以下に見ることが出来る。

⁶⁵ 牧英正・藤原明久編『日本法制史』青林書院、2005年、404-405頁。

⁶⁶ 我妻前掲「穂積重遠先生の人と学問」135頁。

⁶⁷ 大村敦志「社会教育としての法—法教育の先駆者としての穂積重遠(1)」(穂積重遠『われらの法—第1集 法学—』信山社、2011年)817頁。

⁶⁸ 穂積重遠『法律入門』（宝文館、1952年）(穂積前掲『われらの法』所収)85頁。

⁶⁹ 穂積前掲『法律入門』85頁。

⁷⁰ 穂積重遠「法律婚と事實婚」（『親族法大意』（初版付録）大正6年）185-186頁

⁷¹ その後の明治大学短期大学。2006年に閉校。明治大学専門部女子部については、明治大学短期大学史編集委員会編『明治大学専門部女子部・短期大学と女子高等教育』

(ドメス出版、2007年)に詳しい。

⁷² 両者は共に公民教育委員会で調査委員を務めており、当時、女子の法律教育の必要性が議論されていた。その頃、重遠は、本務校の東京帝国大学の他に明治大学でも講座を担当しており、また松本の出身大学も明治大学であったことから、同大学に女子法科専門部を創設してはどうかという話が進んだ。昭和3年にその件について、明治大学側に提案し、当時の学長であった横田秀雄に伝えたところ、賛同を得て実現したといわれている。なお、この横田秀雄という人物についてであるが、彼はもともと大審院の裁判官であり、女性にのみ課せられていた「貞操義務」を夫に対しても命じた大正15年の大審院刑事部判決、所謂「男子貞操義務判決」を出したことで著名な人物である。このような女性の社会的な地位の向上に対して理解があった人物が学長であったということも功を奏し、専門部女子部の創設は現実のものとなったといえるだろう。また横田に関する文献として、村上一博「横田秀雄」(明治大学史資料センター編『明治大学小史(人物編)』学文社、2011年)、村上一博『日本近代法学の揺籃と明治法律学校』(日本経済評論社、2007年)、穂積重遠「横田秀雄博士の三判例」(明治大学創立六十周年記念論文集出版部編『創立六十周年記念論文集』明治大学、1940年所収)を挙げておく。

⁷³ 明治大学短期大学史編集委員会前掲『明治大学専門部女子部・短期大学と女子高等教育』563-564頁。

⁷⁴ 重遠は、国民のなかでも特に婦人においては、法律の知識が教授されるという機会が殆どないという理由から、婦人の法教育の必要性を主張していく。このような重遠の見解について、次の二点について指摘しておきたい。一点目としては、重遠においては、女性は法の知識を身に着けることで、自らの権利や立場を自分で守るべきだということを法学教育の目標に据えていたのではないかということである。当時の多くの女性は法律の知識がない故に、自分の知らないうちに、不利な立場に置かれていってしまっているという現状に彼は危惧を感じていた。また重遠は、多くの婦人が苦境に立たされるということは、本人のみならず、場合によっては子どもまでもが被害を被ることがあり、妻であり母である女性がこうした法律を少しでも知っていれば、もっと自分や子どもの権利を守ることが出来ると訴える。二点目として、男性だけでなく女性もまた国家の発展において責任ある立場にあることを自覚するために、国家形成に必要な法律を学ぶべきであるという彼自身の考えを挙げることが出来るだろう。重遠は、明治民法という、いわば婦人に不利な法律が出来ても、異議を唱える女性が殆どいない、また政府で行なわれている委員会等はほとんど男子によって形成されており、女性の権利にかかわる審議が行なわれるということもあるにもかかわらず、その参加を求める要求が女性側からは一切ないという現状を指摘し、男性は男性で国家社会のことは自分たちの仕事だと思っているが、婦人も婦人で同じく「国家のことは男性の仕事」と考え、それに関して全く関心を持とうとしていないことを批判する。しかし、人口の半分は女性なのだから、この人たちが加わるか加わらないかで国家発展への影響は大きく差が出てくるため、女性もまた男性とともに国の仕事に関わっていくことで、国民全体で日本を一層健全に一層美しいものにし、完全たるものへとしていくべきであると主張し、願わくば、かつては法律は婦人には適さない学問だという誤解があったが、その誤解を解き、女性にも法律を専門的に研究する機会を与えることで、婦人法律家を誕生させ、今日の法律制度さらには将来の法律学を打ち立てる仕事の一部分を負担してほしいと述べている。本文で考察した明治大学専門部女子部も、この「第二」の目的によって設立されたとは考えられないだろうか。

⁷⁵ 関純恵「穂積重遠の公民教育論」(『奈良女子大学文学部教育文化情報学講座年報』

3号、1999年) 207頁。

⁷⁶ 穂積前掲「法律生活」6-7頁。

⁷⁷ 関純恵氏もまた、「穂積は、具体的で多様な個々の人間の営む『事実』を重視しており、そうした実際の生活の『事実』と法律との間の懸隔を問題化し、それらを結びつけていく必要性が、女子を含む公民教育論の重要なモチベーションの一つであったといえる。」と、同様の見解を示している。(関前掲「穂積重遠の公民教育論」216頁。) また同氏は、当時の公民科の特徴および重遠の公民教育論の特徴を「(...)第一次世界大戦を通じて顕在化した社会問題解決のために、当時の政党内閣が打ち出した一つの路線は『協調主義』であり、これは労資の『対等』な『協調』を謳うことによって、階級対立を『国家社会』という理念に包摂することを目的とするイデオロギーであったという。この『協調主義』や、その政策的具体化としての『調停』制度が、実業補習学校公民科の根本精神であったと位置づけられている。『資本家の謙抑自省』と『労務者の権利の向上、福利の増進』による労資の『協調』を可能とみる点において、『協調主義』と重遠の『共同生活』重視とは同質の性格をもっているように見える。しかし、重遠の公民教育論は、階級闘争の体制内化のためのイデオロギーに加担したというよりは、社会の自然な状態、実際生活としての『共同生活』を重視し、個人の利益と『社会一般の利益』の調整を『共同生活』という考え方によって模索する説明を行っていたと考えることができる。」(関・同前書、209頁)と分析している。こうした重遠の教育論の特徴は、彼の法理論にも共通する点が多いといえよう。

⁷⁸ 例えば、穂積重遠・四宮茂共著『新撰公民教科書』(上・下巻)(三省堂、昭和7年)や穂積重遠・四宮茂共著『新撰女子公民教科書』(上・下巻)(中等学校教科書株式会社、昭和12年)などがある。また、教員への指導書も執筆しており、穂積重遠編『青年学校教科書指導書(普通学科、本科男子五年制用)』(社会教育協会、昭和16年)などを挙げる事が出来る。

⁷⁹ 穂積前掲「法律生活」、同「私法に関する事項」(文部省実業学務局編『公民教育講演集 第一輯』文部省校内実業補習教育研究会、1924年)、同「私法生活」(文部省普通学務局・実業学務局編『最新 公民科資料精説』帝国公民教育会、1931年)などは、文部省主催の公民教育講習会並びに夏季講習会の講演内容を編集したものである。

⁸⁰ 利谷前掲「日本における家族法学の生誕」197頁。

⁸¹ 東京帝国大学セツルメントについては、福島正夫・石井哲一・清水誠編『回想の東京帝大セツルメント』(日本評論社、1984年)、福島正夫・川島武宜編『穂積・末弘両先生とセツルメント』(東京大学セツルメント法律相談部、1963年)に詳しい。

⁸² 末弘巖太郎「東京帝国大学セツルメントの設立に就いて(東京帝国大学セツルメント設立趣意書(大正一三年))」(福島・川島前掲『穂積・末弘両先生とセツルメント』109-110頁。)

⁸³ 法律相談部では、法律相談が毎週火・木曜日の午後に行なわれ、また火曜の夜には重遠による「日常必要な法律の話」と題する講座が開講されていた。ちなみに法律相談では、借地借家問題、雇傭問題、金銭貸借問題、男女問題が相談数の多い案件であり、そのうちの男女問題については、婚姻に関するもの、離婚に関するもの、婚姻予約不履行に関するものを主に扱ったようである。またその他にも、度々講演会や講習会などが開かれ、社会問題や法律問題について、一般市民に講じる機会も多く持っていた。さらに昭和9年には、優秀な学生を十数名セツルメントに迎え、江東地区を中心とした婚姻関係の調査も行なっている。

⁸⁴ またこのような活動を通して、重遠たち法律相談部は、国民の法律生活は、我々が知っているあらゆる進歩した法律制度とは全く縁遠いものだということを確認し、特

に経済的実力の対抗しえない当事者間の抗争は、法律そのままの適用では事態を收拾することなど到底出来ず、却って悪化させてしまうことから、調停のような法律を超えた解決が必要になるという結論に達したようである。重遠は自身の学説においても、一貫して調停の重要性について主張しており、従ってこうしたセツルメントでの活動を通して、自らの考えを再確認したであろう。また彼は、大正 11 年に借地借家調停法が制定されて以来、調停委員として尽力しており、特に関東大震災のときには多くの案件をこなしたようである。

⁸⁵ 片山哲（明治 20 年 7 月 28 日－昭和 53 年 5 月 30 日）は、和歌山県出身の弁護士・政治家である。東京帝国大学卒業。大正 2 年より弁護士を開業。大正 15 年には社会民衆党書記長となり、昭和 5 年衆議院議員に当選する。昭和 20 年には社民党結成に尽力し、同 21 年から 25 年まで同党委員長を務める。昭和 22 年、第 46 代内閣総理大臣に就任する。主な著作として『回顧と展望』（昭和 42 年）がある。（新潮社辞典編集部『新潮日本人名辞典』（新潮社、1991 年）467 頁参照）

⁸⁶ 星島二郎（明治 20 年 11 月 6 日－昭和 55 年 1 月 3 日）は、岡山県出身の弁護士・政治家である。東京帝国大学卒業。弁護士を経て、大正 9 年に立憲国民党から衆議院議員となる。昭和 16 年に鳩山一郎と同交会を結成する。戦後、鳩山と自由党を結成。昭和 21 年には第 1 次吉田内閣の第 28 代商工大臣に就任、同 26 年にはサンフランシスコ講和会議全権委員となる。同 29 年には日本民主党結成に参加した。その後、同 33 年には、第 47 代衆議院議長に就任する。（新潮社辞典編集部前掲『新潮日本人名辞典』1553 頁参照）

⁸⁷ 中央法律相談所では、民事刑事行政特許その他一般法律事項を扱う「相談部」、家庭問題の相談を扱う「家庭相談部」、刑事事件の委任・刑事弁護の嘱託を受ける「訴訟代理部」、そして上告部の 4 つの部門にわかれ、業務が行なわれていた。そして当相談所の大きな特徴として、相談料や手数料を低額にし、事務を簡易なものにする、そしてわかりやすいものにする点が挙げられよう。これは全て「法律の民衆化」の考えに基づいたものと思われる。このような相談所の理念について、片山は、「我々の目的のひとつである法律制度即ち法制の改良を高唱するために、我々在野法曹の一員として、出来る範囲において法制改良の実行家としてこれに着手」したと後に回顧している。また法律相談の内容は家庭争議、借家借地問題、失業問題が挙げられ、その中でも特に一番多かったのが家庭争議であり、慰謝料なしで追い出される妻、家風に合わないという理由で離婚される婦人、三行半で叩き出されるという女などの相談が数多く持ち込まれたといわれている。（片山哲『回顧と展望』（福村出版、1967 年）67 頁）

⁸⁸ 「大正『市民法学』は、それ以前の『概念法学的法律実証主義』の克服の動きとして出現したと理解されている。概念法学を帝座から引きずりおろしつつあるのは、『法律の社会化であり、民衆化』である『自由法学乃至社会法学』の新機運である。この新機運の代表者としてそろってあげたのは牧野英一、穂積重遠、末弘巖太郎の 3 人であった。」（伊藤孝夫『大正デモクラシー期の法と社会』（京都大学学術出版会、平成 12 年）12 頁）

⁸⁹ この標語に関しては各人がそれぞれの定義を有しているので注意すべきであろう。これについては、伊藤前掲『大正デモクラシー期の法と社会』83 頁以降を参照のこと。なお、中央法律相談所は、「対官僚主義」「法律事務の簡易化」「相談料・弁護士費用等の低廉化」「法文の簡易化、平仮名の採用、口語体による統一」をその具体的内容としていたように思われる。

⁹⁰ 田中耕太郎「法律学とは何ぞや」（同『法律哲学論集 一』岩波書店、昭和 17 年）309～311 頁。）

91 穂積重遠「法律の畫解」(『中央法律新報』第1年第1號、中央法律相談所、大正10年)6頁。また、その理由について、重遠は次のように述べている。

「我國の法律は今日既に充分『ナショナルライズ』(自國化)された。我國の法律家の今後の仕事は、一方では法律を『インターナショナルライズ』(國際化)し他方では法律を『ポピュライズ』(通俗化)することではならぬ。私は中央法律相談所の事業に大なる敬意を拂つて居るのであつて(...)法律相談所の一価價は、法律の『ポピュラリゼーション』即ち『法律の畫解』の效力があることである。(...)法律相談所の第一段の任務は事件を訴訟をせず解決することではなければならぬ。それには法律の眞精神法規の立法理由を十分に且つ通俗的に依頼者に説明して、成程と自己の理否を會得させぬ(譯)ばならぬ。これが私の所謂『法律の畫解』である。(...)

92 同相談所のメンバーの一部は後に社会運動の潮流に乗っていくこととなる。こうした事実からも察しがつくが、中央法律相談所並びに中央法律新報は、どちらかというところ「反国家」的な要素がやや強いように感じられる。従つて、保守的な国家と進歩的な国民との間に中立的な立場を置く重遠が、この運動に深く関わっているということはいい難いのではないかと筆者自身は考えている。

93 穂積重遠「法律上より見たる禁酒」(第305号(大正12年))、同「法制講話(私法の部)(一)~(六)」(第307・308・309・310・312号(大正12年)・313号(大正13年))、同「法律制度上の婦人の不利益」(第315号(大正13年))、同「男子貞操義務判決の眞意義」(第354号(昭和2年))

94 穂積重遠「私生子の法律問題」(第7巻第7号(大正11年))、同「夫の貞操」(25年第10月号(昭和15年))

95 穂積重遠「民法上より見たる家族制度」(第3巻第2号(大正8年))

96 穂積重遠「比較婚姻法論」(第1・2・3号(大正9年)・5・6・7・8号(大正10年))

97 穂積重遠「婦選講座 婦人に関する民法改正案」(第5巻第2号・3号(昭和6年))

98 穂積重遠「議会に上らんとする少年裁判制」(第2巻第51号(大正5年))、同「婦人に不利益な結婚届の遅延」(第5巻第20号(大正8年))

99 穂積重遠「法律劇「離婚法案」」(第1巻第1号(大正11年))、同「普通選挙と婦人参政権」(第2巻第1号(大正12年))

100 穂積重遠「養子縁組より生ずる難問題」(第14巻第1号(大正8年))、同「結婚に関する法律の知識」(第22巻第1号(大正16年?))

101 東京朝日新聞では、例えば、1934年1月3日~7日の5日間にわたつて、重遠による「法曹雑話 / 婚姻の名実」の連載があり、また1939年4月15日の朝刊には、「結婚した日に必ず入籍 穂積博士の仲人苦労話」という記事が見られる。

102 『処女の友』は、重遠が関与している社会教育協会が、昭和2年~16年の間、発行に携わっている雑誌である。(それ以前(大正7年~昭和2年)は処女会中央部が発行先となっていた。)「身の上相談」の一部は、穂積重遠述『婦人講座第百篇記念號 家庭と法律の實際』(社会教育協会、昭和13年)にまとめられている。また『処女の友』には「身の上相談」以外にも「事実婚と形式婚」(第4巻第9号(大正10年))、「嫂さんの離婚問題」(第10巻第7号(昭和2年))、「病床にある父の負債」(第10巻第10号(昭和2年))等、数多くの記事が重遠によって書かれている。

103 その内容は、穂積前掲『法律入門』に見ることが出来る。

104 例えば、八木鉄男「穂積重遠の法と道德についての見解」(八木鉄男・深田三徳編著『法をめぐる人と思想』ミネルヴァ書房、1991年所収)、川島武宜「穂積重遠博士の家族制度観—日本の法律思想史の一断面—」(末川前掲『家族法の諸問題』401-426

頁所収)、利谷前掲「穂積重遠」などを挙げておく。

¹⁰⁵ 穂積重遠『法律の進化』(有終会、大正15年)35頁。これについて、父・陳重は自著『法律進化論』で次のように述べている。

「社會力には静状と動勢との二状態が有る。故に社會力の一種たる法律にも亦静状と動勢の二状態がある。法律の静状とは、法現象を單に行爲の規範として現はれたる社會力として觀たものを云ひ、法の動勢とは、行爲の規範として現はれたる社會力の實質又は形體が、時の経過に因つて變化するものとして觀たものと云ふのである。故に法現象の普遍素の知識を目的とする法律學に於ても、其静状と對象とするのと、其動勢を對象とするのに依つて法律静學 (Legal statics) と法律動學 (Legal dynamics) との別が生ずる。前者は法現象の静状を觀察して其原理を求めらるるものであり、後者は法現象の動勢を觀察して其變遷の理法を論述するものである。(改行) 法律進化論は法律動學に屬するもので、法現象の時間的觀察に依つて、法律の發生、發展の理法を明かにするを目的とするものである。法律は社會力であるから、法規は社會の變遷に伴ひ、時間の経過と共に必ず其形態を變ずべきものである。(…)社會の組織自體が既に斯の如く常に動いて熄まぬものならば、社會力の一状態なる法律も、之を時間的に觀察するときは、亦恒常の變動状態に在るべきは明かな事である。(…)法律は素と社會力顯現の一状態であるから、社會状態の推移に伴はないで、獨り法規のみが静止すべき筈は無い。假令ひ一時法規の形體が社會の變遷に伴はざるが如き外觀を呈する事があつても、其實質は必ず社會の推移と共に時々刻々變遷し、長き時の経過に於ては、必ず社會の實状と合致するに至るべきものである(…)」(穂積陳重『法律進化論 第一冊 原形論前篇』(岩波書店、大正13年)2-4頁。)

¹⁰⁶ 穂積前掲「法律の進化」2-3頁。これについて、父・陳重は自著『法律進化論』で次のように述べている。

「民族及地域に依つて法規を異にするのは、恰も自然界に於て其環象に依つて動植物が異なるのと同様である。(…)力學には既に静態を論ずる静學があり、又其動勢を論ずる動學がある。社會力の科學にも、其静態、動勢を論ずる静學、動學が莫い筈は無い。(…)外觀異種多様にして複雑究り無き法現象も、之を彙類し、之を比較し、之を分割して、精しく其異同の由つて來る所を討究するときは、吾人は必ず其間に存在する普遍素を看出して、啻にその静状に於てのみならず、其動勢に於ても、亦一定の理法に依つて支配せられるものであることを認識することが出来るものである。法律進化論は此可能性を前提とし、(…)動勢に於ける法現象を對象として之が進化の理法を求めんとするものである。」(穂積陳重前掲『法律進化論』5-7頁。)

¹⁰⁷ 磯田他前掲「穂積法学・末弘法学の分析と批判」57頁。

¹⁰⁸ 講演の冒頭に「海軍で御催しの講習會」に出席した人には、話が重複している可能性もあるが、本日は別の角度から話していきたいなどといった説明がなされており、当会は「海軍」の会であることがわかる。従つてこの「有終会」とは、「海軍有終会」のことであろう。

¹⁰⁹ 穂積陳重によって執筆された『法律進化論』は次のような構成をなしている。

第一部法原論 (第一篇原形論、第二篇原質論、第三篇原力論)

第二部法勢論 (第一篇發達論、第二篇繼受論、第三篇統一論)

そして上記の各項目において、重遠自身が関心を示し、自らの学説にも反映させている点を以下に列挙しておく。

「原形論」では法文の口語化、「原質論」では法と道德について、「原力論」では法律の原動力としての「神意→君意→民意」の変遷、そしてそれに伴つて生じる普通選

挙、陪審制度の必要性、「発達論」では「個人生活から社会生活へと推移する社会」と「法律のあり方」について、とりわけ男女平等をめぐる問題、労働問題、借地借家問題からの関心、「継受論」では日本の法典編纂事情および日本家族制度の将来について、「統一論」では国際連盟と世界法について。

110 穂積前掲「法律の進化」34頁。

111 穂積前掲「法律の進化」38頁。

112 穂積前掲「法律の進化」39頁。

113 この言葉はギールゲの主著『ドイツ団体法論』の冒頭にみられ、重遠に終生強い影響を与えたと言われている。なお、重遠はドイツ留学中に、彼の親族法講義を実際に傍聴している。重遠はかつて、父陳重に「現在ドイツの法学者の中で誰が一番でしょう」と聞いたところ、「サー やはりギールゲだろう」と言われたため、『一度は〔傍聴したい〕』とかねがね考えていた」と述べていることから理解出来るように、当時、日本においても、ギールゲによる法理論は注目されていたことがわかる。(穂積前掲『欧米留学日記』88頁参照)

114 穂積前掲「法律の進化」39頁。

115 穂積前掲「大学生生活四十年」28頁。

116 穂積前掲『法理学大綱』107頁。

117 穂積前掲『法理学大綱』184頁以下。

118 穂積重遠「明治の法律と法律学」(『明治聖徳記念学会紀要』第19巻、大正12年所収)116頁以降参照。

119 穂積前掲『法理学大綱』184頁。

120 穂積重遠「現行民法と個人主義」(『思想問題十五講』日進堂、大正15年)211頁。

121 八木前掲「穂積重遠の法と道德についての見解」264頁。

122 八木前掲「穂積重遠の法と道德についての見解」263頁。

ここで「法典万能思想批判」「悪法論」に関する問題への重遠の見解を整理したいと思うが、本稿では簡潔な説明にとどめ、詳細については、上記の八木論文及び利谷前掲「穂積重遠」を参照していただきたい。

まず「法律万能思想」に関する重遠の見解は、同「法律と道德」(『法学志林』20巻4号、大正7年)に見ることが出来る。法律万能主義には「積極的法律万能主義」「消極的法律万能主義」の2つがあり、重遠はそのいずれも批判するとしている。前者は「道德ノ教デモ宗教ノ戒メデモ禮儀作法デモ經濟上技術上ノ法則デモ、何デモカデモ凡ソ人間ノ行為ノ規則トシテ望マシモノハ、悉皆法律デ規定シ得ベキモノデアツテ又法律デ定メサヘスレバ希望通りニ行ハレルモノト考ヘル傾向」、つまり「其ノ基ク所ハ道德法律合一論」であるところのものである(16頁)。これに対して彼は、「立法者爲政者側の悪傾向」(24頁)との見解を示し、「法律ヲ以テ為シ得ザル所ナシトスル思想ニ因ツテ法律ヲ濫造スルコトノ弊害ハ、法律ノ威嚴ヲ損スルコトデアル。法ハ行ハルルガ故ニ法ナリ。『行ハレザル法ト云フハ吹カザル風ト云ハンガ如シ』。故ニ行ハレザル法ヲ造ルコトハ、其法律一箇ノミナラズ、法律全體ノ威嚴ヲ損シ、結局自ラ法律ナルモノノ目的ノ到達ヲ阻害スルコトナルデアル」(20頁)、従って、「效果アル法律ヲ造リ又法律ヲ效果アル様運用スルニハ先ヅ法律ガ萬能ニアラザルコトヲ熟知セネバナラヌデアル。」(23頁)と評した。後者は「法律ノ命ズルダケノ事ヲ行ヒ、法律ノ禁ズルダケノ事ヲ差控ヘレバ、ソレニテ能事了レリトスル」ものであり、「被治者即チ一般人民ノ側ニ於ケル最モ憂ウベキ悪風潮」であるとした。(24頁) こうした考えが生じた原因としては「従来ノ法律學ノ道德法律分離論的學風」(24頁)にその責任

は当然あるが、それとともに積極的法律万能思想もまたその一責任を担う、と重遠は言う。というのも、「爲政者立法者ガ積極的ニ法律ヲ萬能ナリトシテ一切ノ法律化セントスレバ、被治者ハ消極的ニ法律ヲ萬能ナリトシテ、法律ニ從ッテ足レリトシ法律ヲ免レテ幸ナリトスルニ至ルコトハ蓋シ當然ノ結果デアル」(26頁)とした。これは法律だけを考え、その根本を忘れる結果であり、甚だ遺憾なことである。そこで、このような法律万能思想に対しては、法律家と道德家が協力しあつて、社会の秩序を維持し、風教を積極的に行つていく必要があるとした。(穂積重遠「法律と道德の交渉」(『丁酉倫理會倫理講演集』第386輯、昭和9年)38頁。)

また「悪法論」であるが、これに関する重遠の立場を理解するには、同「悪法ハ法ナリヤ」(『法学新報』第30巻第3号、大正9年)から多くの情報を得ることが出来る。当時、悪法論に関しては、治安警察法第17条をめぐる問題とあいまって、非常に活発な議論がなされていた。その中で重遠は、「私は『悪法は法に非ず』と主張します」(穂積重遠「法律と条理」(『丁酉倫理會倫理講演集』第227輯、1921年)18頁)との立場を表明しているものの、その判断は慎重にならざるをえないとしている。例え、それが、内容上客観的に悪法というべきものであるとしても、それだけで直ちにその法規を無視していいというわけではない。その法規自体の内容上、社会生活の利益に客観的に背反し、それを無視することが、法律全体の「システム」を崩さず、かえつて社会生活の利益に合する程度のものでなくてはならないとした。このように重遠は、法律は善法であるべきであり、悪法であつてはならないとする一方、みだりに悪法呼ばわりをして法律の權威を傷つけてはならないとした。(八木前掲「穂積重遠の法と道德についての見解」274頁)

123 穂積前掲『法理学大綱』98頁。

124 穂積前掲「法律と道德」37頁。

125 穂積前掲「法律と道德」38頁。

126 穂積前掲「法律生活」25頁。

127 穂積前掲「法律と道德」38頁。

128 穂積前掲「法律の進化」15頁。

129 穂積重遠「法律と道德の關係」(『国民講演協會パンフレット』No.81、国民講演協會、昭和3年所収)3頁。

130 穂積前掲『法理学大綱』123頁。

131 穂積前掲「法律と道德の關係」3-4頁。

132 穂積前掲「法律と道德との交渉」26頁以下参照。

133 穂積前掲『法学通論』(日本評論社、昭和17年(第5刷))26頁。

134 穂積前掲「法律と道德との交渉」35頁。

135 穂積重遠「法律の上に道德がある」(『公民教育講座』第1輯、社会教育協會、昭和21年)19頁。

136 穂積前掲『法学通論』30頁。

重遠によれば、法律によって道德の事を規定することは出来るが、しかし法律によって道德の全てを規定することは出来ない。法律には自らの領分があり、道德の根本、さらには宗教の根本まで法律は決めることは出来ないのである。

137 穂積前掲『法学通論』243頁。

138 穂積前掲「法律と道德との交渉」26頁。

139 穂積前掲「法律の上に道德がある」5頁以下参照。

140 但し、夫婦(夫と妻の双方)の不貞は現在も民事上における離婚原因である(民法第770条1項1号)が、刑事罰の対象にはもはやない。

141 尊属殺人については重遠自身によって書かれた記述(穂積重遠「殺親罪是非」(『国民』第587号、昭和25年))がある。

142 この規定は、昭和48年4月4日の最高裁判決(所謂「尊属殺重罰規定違憲判決」)を受け、平成7年の刑法改正に伴い、他の尊属規定とともに削除された。

143 当判決に携わった裁判官は、田中耕太郎、塚崎直義、長谷川太一郎、沢田竹治郎、霜山精一、井上登、栗山茂、真野毅、小谷勝重、島保、斎藤悠輔、藤田八郎、岩松三郎、河村又介、穂積重遠であり、そのうちの真野毅と穂積重遠が反対意見を、そして斎藤悠輔は反対・補足意見を表明している。

144 昭和25年10月11日最高裁大法廷判決「尊属傷害致死被告事件」(『最高裁判所刑事判例集』第4巻第10号、昭和25年、2037頁以下。(重遠の意見は2047～2054頁に所収))

145 八木前掲「穂積重遠の法と道德についての見解」277頁。

146 穂積重遠「信義誠實の原則—道德と法律と(一九)—」(『国民』第590号、昭和25年)6頁。

147 穂積前掲「法律と道德との交渉」30頁。

148 「信義則」をめぐる判例について、明治期においては、まだそれを明示する事例はないが、そのような考え方を窺わせるようなものは表れつつあった。例えば相隣者間の共助義務を論じた「大判明治44年12月23日」(『大審院民事判決録』第17輯886頁)を挙げることが出来るだろう。大正期になると、特に借地・借家の分野で、信義則による解決が積極的になされるようになる。例えば、下級審判決には信義則の考え方を基礎として、民法605条の解釈を柔軟にして対応しようとする事例も見られるようになった。(「東京地判大正8年12月13日」(『法律評論』(第9巻民法)753頁))昭和期になると、大審院において信義則が一層頻繁に援用されるようになり、その適用範囲を広げて、多様な事例を累積するようになる。重遠が挙げた「大判昭和9年2月26日」(『大審院民事判例集』第13巻第5号366頁)はその一例である。

その一方、学説は、明治後期に、法律の解釈や法律行為の解釈の準則として信義則を認める考え方がみられはじめる。例えば、岡松参太郎『註釈民法理由(上)』(有斐閣、明治30年)、石坂音四郎『日本民法(債権総論)』(有斐閣、明治44年)が挙げられるだろう。そして大正期になると、牧野英一や鳩山秀夫による信義則研究が代表的なものとなる。前者の研究としては、牧野英一『現代の文化と法律』(有斐閣、大正7年)、同『法律に於ける具体的妥当性』(有斐閣、大正14年)を、後者の研究としては、鳩山秀夫『日本債権法総論(増補版)』(岩波書店、大正7年)、同『日本債権法各論(増補版)』(岩波書店、大正9年)、同「債権法に於ける信義誠實の原則」(『法学協会雑誌』第42巻第1～8号、大正13年)、同『債権法における信義誠實の原則』(有斐閣、昭和30年)が挙げられる。なお、本注の内容については、菅野耕毅『信義則および権利濫用の研究』(信山社、1994年)35頁以降に負うところが大きい。

149 穂積前掲「法律と道德との関係」15頁。

150 穂積前掲『法学入門』243-244頁。

151 昭和9年2月26日第一民事部判決「損害賠償請求事件」(『大審院民事判例集』第13巻)366頁以下。なお、詳細な内容については、穂積前掲「信義誠實の原則—道德と法律と(一九)—」7頁を参照のこと。

152 前掲「損害賠償請求事件」373頁。

153 穂積前掲「法律と道德との交渉」27-28頁。

154 重遠は権利濫用の禁止を認めた判例を2つの型に分類している。各事件の概要もあわせて記されている箇所があるため、それを引用する。

「第一の型は、自分の所有地内ですのだからというので甚しい近所迷惑を顧みないことであつて、名所の松の樹の近くの鐵道敷地に給水タンクを造つたので停車給水中の機関車のはく煙で松が枯れたという大正八年の『信玄旗立松事件』、ビルディング建築の基礎工事杭打ちの震動が隣家を傾斜させた昭和六年の『日本興業銀行神戸支店事件』、他家の泉水のかれるのもかまわず池をほつた昭和十年の『玉川養魚地事件』などが有名だ。第二の型は、先方につては必要で當方につては無害な立入りを單に所有地だとの理由のみで拒否することであつて、所有地の一隅をわずかに通過している引湯管の撤去を強要して權利濫用なりとされた昭和十年の『宇奈月温泉事件』がその適例である。(…)[第二型判例]まで來ると權利濫用の法理も徹底し、所有權絶対の一角が突破されたものと言つてよい。」(穂積重遠『百万人の法律学』思索社、1950年、226-227頁)

なお、これらの判例のうち、「信玄公旗掛松事件」については、川井健『民法判例と時代思潮』(日本評論社、1981年)241頁以下、東孝行「裁判過程における權利濫用論の展開—信玄公旗掛松事件の諸判決を中心として」(『判例タイムズ』第29巻第5号、1978年)、山下りえ子『信玄公旗掛松』事件研究史に新しい発見—民事判決原本の一調査紹介(『東洋法学』第100号、2002年)も参照のこと。また「宇奈月温泉事件」については、穂積重遠「所有權—侵害除去の請求が權利の濫用となる場合(民事法判例研究録・一三〇)」(『法学協会雑誌』第54巻第4号、昭和11年)、中川善之助「權利の濫用—宇奈月温泉事件(活きている判例・4)」(『法学セミナー』1956年7月号)、河上正二「民法総則講義(2)第一部 序論 第二章—民法における『權利』の意味—宇奈月温泉事件判決(大審院昭和10.10.5判決)」(『法学セミナー』第48巻第6号、2003年)、大村敦志「權利の濫用：宇奈月温泉事件」(『民法判例百選 総則・物権(第6版)』(別冊ジュリスト第195号)2009年)の判例紹介を挙げておく。

¹⁵⁵ 小林直樹・水本浩編『現代日本の法思想』(有斐閣、昭和51年)95頁。

權利濫用に関する、主な著書及び論文として、牧野英一「權利の濫用」(『法学協会雑誌』第22巻第6号、明治37年)、同「權利の濫用と人格權の形成」(『民商法雑誌』第8巻第6号、昭和13年)、末川博「ドイツ民法及びスイス民法における權利濫用に関する規定の制定過程」(『法学論叢』第20巻第5・6号、昭和3年)、同『權利侵害と權利濫用』(岩波書店、1960年)、平野義太郎『民法に於けるローマ法思想とゲルマン法思想』(有斐閣、1924年)を挙げておく。なお、大正・昭和期の權利濫用をめぐる学説について言及した研究として、菅野前掲『信義則および權利濫用の研究』、松本暉男「わが国における權利濫用理論の特質についての一考察—学説史にあらわれた『公共の福祉』理念との結合の過程を通して—」(『関西大学法学論集』第9巻第5・6号、1958年)、宋健明「日本民法における『公共の福祉』の再検討(3)—『市民的公共性』形成の試み—」(『北大法学論集』第53巻第1号、2002年)がある。

¹⁵⁶ 穂積前掲『百万人の法律学』227頁。

¹⁵⁷ 穂積前掲「法律と道德の交渉」25頁。

¹⁵⁸ 穂積前掲「法律と道德の關係」3頁。

¹⁵⁹ 穂積重遠『調停法』(現代法学全集38)(日本評論社、昭和6年)1-3頁。

¹⁶⁰ 臨時法制審議会は、大正10年7月の主査委員会報告「家事審判ニ関スル綱領」で、司法大臣の所管のもとに、家事事件につき調停及び審判を行なう家事審判所の設置を審議会に提案した。その後、審議会は「道義ニ基キ温情ヲ以テ家庭ニ関スル事項ヲ解決スル為特別ノ制度ヲ設クルコト」を内閣に答申、司法省は大正13年12月、これに基づき、「家事審判所ニ関スル法律調査委員会」を発足させた。この小委員会は昭和2年10月、家事審判法案を起草したが、民法改正との關係でその後の進展はなかつ

たとされる。(牧英正・藤原明久編『日本法制史』青林書院、2005年、404-405頁)
なお、調停制度としてはじめて実施されたのは、大正11年法律第41号「借地借家調停法」であり、同年10月1日から施行された。その後、さらに3つの調停制度が次々に制定されている。大正13年法律第18号「小作調停法」が同年12月1日から、大正15年法律第57号「労働争議調停法」が同年7月1日から、そして大正15年法律第42号「商事調停法」が同年11月1日からそれぞれ施行された。

家事審判所の設置をめぐる臨時法制審議会の取り組みについては、堀内節『家事審判制度の研究 附 家事審判法関係立法資料』(中央大学出版部、昭和45年)や同前掲『続家事裁判制度の研究』に代表される著書に、貴重な研究成果が残されている。また、各調停法に関する研究として、借地借家調停法に関しては、小柳春一郎『震災と借地借家』(成文堂、2003年)、同「関東大震災と借地借家臨時処理法(大正13年法律第16号)(上)(中)(下)」(『独協法学』第41-43号、1995-1996年)、小池隆一「借地借家調停法を中心として」(『三田評論』第334・335・337号、大正14年)、穂積重遠「大震火災と借地借家調停法」(『法学協会雑誌』第42巻第5号、大正13年)を挙げておく。小作調停法に関しては、川口由彦「小作争議と小作調停(1)」(『法学志林』第108巻第4号、2011年)、同「小作争議と小作調停(2)」(『法学志林』第109巻第4号、2012年)、同「大正期日本・小作調停に見る和解の位相」(同編『調停の近代』、勁草書房、2011年所収)、同「小作調停における規範構造」(利谷信義他編『法における近代と現代』日本評論社、1993年所収)、同「小作調停法のイデオロギー」(『法社会学』第44号、1992年)同『近代日本の土地法観念』(東京大学出版会、1990年)、坂根嘉弘「小作調停法による土地争議調停事件の分析」(『土地制度史学』第27巻第3号、1985年)、同「小作調停法運用過程の分析」(『農業経済研究』第55巻第4号、1984年)、同「小作調停法体制の歴史的意義」(『日本史研究』第233号、1982年)、小野瀬有「立法過程からみた小作調停法の性格」(『法学論叢』第47巻第5号・第50巻第1号、1975-1977年)、末弘巖太郎「小作争議と小作調停法」(『改造』第6巻第9号、大正13年)がある。そして「労働争議調停法」に関しても、矢野達雄「1920～30年代労働政策史研究に関する覚え書き—労働争議調停法体制—」(『愛媛法学会雑誌』第14巻第1・2号、1987-1988年)、同「大正期労働立法の一断面—労働争議調査法の成立過程—」(『法制史研究』第27号1977年)梅田欽治「日本ファシズム形成期における抵抗と統合—労働争議調停法の機能について」(『宇都宮大学教育学部紀要 第一部』第29号、1979年)、河田嗣郎「労働争議調停法案に就て」(『経済論叢』第22巻第2号、1926年)を挙げる事が出来る。

(『愛媛法学会雑誌』第14巻第1・2号、1987-1988年)、同「大正期労働立法の一断面—労働争議調査法の成立過程—」(『法制史研究』第27号1977年)梅田欽治「日本ファシズム形成期における抵抗と統合—労働争議調停法の機能について」(『宇都宮大学教育学部紀要 第一部』第29号、1979年)、河田嗣郎「労働争議調停法案に就て」(『経済論叢』第22巻第2号、1926年)を挙げる事が出来る。

¹⁶¹ 家事審判所設置への重遠の関与について、我妻は「現在は家庭裁判所という名前になりましたが、その前身ともいべき家事審判所は穂積先生の熱心な提唱にかかるものであります。(…)大正の臨時法制審議会以来の改正要綱や民法改正案は、常に家事審判所を作ることを前提としておりましたが、それは主として〔穂積〕先生の提唱にかかるといっても過言ではありません。」と述べている。(我妻前掲「穂積重遠先生の人と学問」135頁。)なお、臨時法制審議会における家事審判所の導入への重遠の貢献については、堀内前掲『家事審判制度の研究 附 家事審判法関係立法資料』及び同前掲『続家事裁判制度の研究』を参照していただきたい。

¹⁶² 我妻前掲「穂積重遠先生の人と学問」135頁。

¹⁶³ 穂積前掲『法学通論』247頁。

¹⁶⁴ 八木前掲「穂積重遠の法と道徳についての見解」271頁。

こうした「法治」よりもむしろ「徳治」を理想とするとした重遠の発想は、孔子の論語から多大な影響を受けていることが明らかであろう。彼の論語への関心は非常に

高く、祖父渋沢栄一からの影響だといわれている。重遠によれば、渋沢は『論語と算盤』を標語としたほどの大の論語信者¹⁶⁵であるそうで、「重遠」の名も論語の言葉「任重くして道遠し」から渋沢が命名したといわれている。(穂積重遠『新訳論語』講談社、1990年、3頁、中嶋前掲「穂積重遠」937頁) 重遠自身も幼少期より、渋沢からもらった『ポケット論語』を繰り返し読み、さらには、渋沢をはじめとする親族一同で、儒学者・宇野哲人を招いて論語の講義を受けるなど、論語は渋沢家の「お家芸」であったことがわかる。重遠自身もこのことについて、「わたしは子供の時から、もちろん『論語読みの論語知らず』ですが、論語だけは繰り返し何度讀んだかわかりません。それゆえ、キリスト教信者にバイブルについて同じことがあるのだらうと思いますが、事あるごとに論語の文句が反射的に心に浮び、それがその場合の善處の指針になります。」(穂積重遠「論語と裁判」(『国民』第585号、昭和25年)4頁)と述べている。彼によって著された『新訳論語』は有名だが、これはもともと、彼自身が家族に対して何度か試みた『論語』の講義を自分で書きとめたものである。また重遠は、法学関連の著論文にも度々論語を引用して論ずることがあることから、彼の法思想にも、当然この論語からの影響は大きいと推測されるだろう。その一例として、社会に訴訟をなくすことを法律の目的を掲げている彼の理念は、「子曰、聽訟吾猶人也。必也使無訟乎。」(顔淵第12)にも記されており、重遠が、法典万能主義を批判し、道徳と法律の関係について、「法律と道徳との分界」や「法の道徳化」といった独自の理論を確立していった背景にも、「子曰、道之以政、齊之以刑、民免而無恥。道之以徳、齊之以禮、有恥且格。」(為政第2)とする論語の教えがあったといえよう。また渋沢からの影響は、重遠の社会事業や女子教育を重視する姿勢にも表れている。渋沢自身も、養育院の設立や日本女子大学の創立に携わるといふ業績をもち、その重要性を主張してきたからであり、重遠はそうした祖父の姿を幼少期から目の当たりにしてきた。しかしこうした彼らの社会事業への関心もまた、論語精神に由来するものであるといわれている。

¹⁶⁵ 穂積前掲「大學生活四十年」21頁。

¹⁶⁶ 岡村司(京都帝国大学法学博士(後の同大学教授))もまた、スイス民法関連の研究業績を残しており、スイス民法に関心をもっていることが窺える。そして重遠は、このような人物から、家族法のみならず、スイス民法の知識も得ていると推測される。事実、重遠は著書『親族法』を執筆する際の参考文献として、岡村の「瑞西民法に於ける妻の地位」(『京都法学会雑誌』8巻7号、1913年)を挙げている。岡村のスイス法研究もまた、日瑞法学関係を知る上で、今後の課題になるだろう。

¹⁶⁷ 重遠によって執筆された、スイス民法を主題とする論文は、ブリデルが死去した後も「スイス民法の家制」(『日本社会学院年報』第6巻第1・2・3号合冊)「トルコ民法典」(『法学協会雑誌』第44巻第11号、45巻7~9号、昭和2年)と継続的に発表されている。

¹⁶⁸ 利谷前掲「日本における家族法学の生誕」168頁。

¹⁶⁹ 『法学協会雑誌』第28巻第10号、明治43年、1888頁。

¹⁷⁰ 筆者は一度、穂積重行氏と電話でお話しをする機会をいただき、その際、同氏より、本論文に記した情報をいただいた。穂積氏のご好意に対し、ここで謝辞を表す。

¹⁷¹ 『読売新聞』(大正2年3月24日 第12191号)

同新聞で穂積陳重は、ブリデルの最期の日について「日本學生を寄宿させたいが誰か適當なものは有るまいかとの事で今朝私の宅に態々來られたびで有つたが折悪しく不在して居たので面會が出來ず博士は明朝を期して歸られたさうだが、實に残念な事をした」と述べている。

172 辰巳重範訳・穂積重遠訳『瑞西民法』(法学新報社、明治44年)序。

173 シュトラスブルグ大学正教授。国法学の研究に従事し、ライヒ国法学の創始者として名をなした。主要著作として“Das Staatsrecht des Deutschen Reiches”がある。彼の経歴については、差し当たって、室井力「パウル・ラバンド」(クラインハイヤー・シュレーダー編・小林孝輔監訳、『ドイツ法学者事典』(学陽書房、1983年)163頁以下)に詳しい。

174 『法学協会雑誌』第26巻第10号、明治41年、444頁以下。

175 「臨時法制審議會諮問第一號主査委員会日誌(第二回)」(堀内前掲『続家事裁判制度の研究』)384-385頁より抜粋。

176 Louis Bridel, “le code civil suisse au Japon”, in : Gazette de Lausanne, 20. Janvier. 1912.

177 婦人問題の意義について、重遠は「婦人問題は単に婦人だけの問題ではない。婦人の地位を上進させることによって、国家乃至人類を完全なものにしようという問題であって、これは決して婦人のみの問題ではなく、人類の問題である。」(穂積前掲『婦人問題講話』2-3頁)「婦人の地位を高めることは婦人だけの利益ではなく、男子の利益である。したがって婦人の地位の上進は婦人のみが希望すべき問題ではなく、男子といわず婦人といわず、人類の向上発達を希望する者の共に熱望すべき重要事なのだ。」(穂積前掲『婦人問題講話』60頁)と述べている。それに対し、ブリデルもまた「婦人ノ權利ヲ保護シ其利益ヲ保護スルト云フ目的ヲ以テ婦人ノ爲メニスルノミナラズ、尚ホ正理及ビ人類全體ノ最モ大ナル幸福ノ爲メニスルノデアリマス」「[フェミニズムは]一方ニ於テハ正義及ビ自由ノ事業デゴザイマシテ他ノ一方ニ於テハ社會一般ノ秩序及ビ社會改良ノ事業デゴザイマス」と述べている。(ルイ・ブリデル「婦人ノ地位ノ改良」(『法学志林』第21号、1901年)2頁参照。)このような両者の見解は、婦人問題とは「人類の問題」であり、婦人問題の解決は我が国のあらゆる点を完全にするという点において一致していると考えられる。

178 松本暉雄氏によると、「女性の解放は当今の重要な社会問題であり、それが社会全体の改革に関連することを彼〔ブリデル〕は主張している。社会制度(女性の権利も含めて)の改革は、改革を要求する思想の力(travail des idées)、世論、つまり『解放の時代精神』がはたらき、歴史というものは必ずこの思想の力の要求に合致するような方向に『進化』するというのが彼の信念であった」。また、ブリデルの進化論によると、人類のなかでは時代の流れと共に次の3段階の状態が推移しているとされている。つまり、1母系制(famille maternelle)(自然状態 état de Nature)→2父系制(famille paternelle)((男性中心の)権威状態 état d'Autorité)→3両系制(famille parentale)(正義 état de Justice)である。そして人類全体の状態が理性・正義の状態に進化していくことがブリデルの進化論の上での最終目標であり、その流れに沿ってブリデルは両性の平等の実現の必然性を説いた。その際「家族や他の社会制度が進化法則に従うことは、それらが人生最高の理想すなわち正義に近づくことであり」「女性の地位が如何に進んでいるかは文化発展のバロメータ」であるとした。(松本暉雄「身分法学者ルイ・ブリデルのフェミニズム—『女性と権利』を中心として—」(『法学論集』第9巻第2号、昭和35年)154-155頁。)

またブリデルの定義上、両系制における男女の人格は、「婚姻上及び婚姻外で『平等』という正義の原則の下で規律され」、法律上における「権利の平等、個人の自由、責任の原則」を理想とした。そしてブリデルによって「姦通権の平等、離婚法の回復、妻の行為能力の承認、風俗警察(Police des moeurs)の廃止、通信の秘密の夫婦平等の保護等々、総て改革が要される」とみなされた。(松本前掲「身分法学者ルイ・ブリデ

ルのフェミニズム」161-162頁。)

179 穂積前掲「大学生生活四十年」24頁。

180 穂積前掲『欧米留学日記』49頁。

181 穂積前掲『欧米留学日記』46・63頁参照。

182 穂積前掲『欧米留学日記』60頁。

183 さらに同記事には、「[穂積重遠氏と]同じ姓[をもつ]2人の大家がおられるが、彼らは長年、[帝国]大学において教育にたずさわっている。[この2人の大家のうちの1人は]彼のお父様であり、法哲学[を専門としており、もう1人は]彼の叔父にあたる方であり、憲法[を専門としている]。-様々な肩書こそあるが、50名の教授が、この法科大学にはおり、この穂積兄弟(陳重、八束)は、富井氏(日本民法典の主要編纂者)と共に、最も確固たる名声を得ている。」として、父・陳重や叔父・八束についても紹介されている。

184 “Lettre de Tokyo de L.Bridel du 4.4.1912”の中で、ブリデルはフーバーに「1912年1月20日の“ローザンヌ新聞”に、日本と中国におけるスイス民法典[の地位]についての記事を書きました。あなたはそれをお読みになりましたか？」とたずねている一文を見出すことが出来る。

185 “Lettre de Tokyo de L.Bridel du 25.12.1908”

186 “Korrespondenz an E.Huber von Shigeto Hozumi” (London,16.September, 1914)

187 “Korrespondenz an E.Huber von Shigeto Hozumi” (London,26.June,1915)

188 穂積前掲『欧米留学日記』70-71頁参照。重遠によれば、大正2(1913)年6月15日、父陳重が重病との電報を受け、翌16日夜より同年10月7日まで、急遽帰国をしたのだが、その間、ベルリンでは、鳩山夫人・千代子が発病し、長期療養の必要を迫られるほどの状態に陥っていたようである。(『欧米留学日記』59頁)その後、鳩山夫婦は大正3年1月17日にローザンヌへと移住したとされている。

189 穂積前掲『欧米留学日記』97-101頁参照。

190 早稲田大学大学史編纂所『早稲田大学百年史第2巻』(早稲田大学出版部、昭和56年)701頁。

191 早稲田大学大学史編纂所前掲『早稲田大学百年史第2巻』708頁。

192 例えば重遠による大正4年5月7日、5月9日の日記には、遊佐と共にイギリス国内を小旅行したことが記されている。(穂積前掲『欧米留学日記』243・247・250頁参照)

193 以下に、フーバーを訪問する際に遊佐が送ったとされる書簡を訳し、紹介しておく。ここから、遊佐のスイス滞在期間及びフーバーの訪問日を推定することが可能であろう。(“Korrespondenz an E.Huber von Yoshio Yusa” (BAR Dfm-Erfassung/ ZAP Repertorium JI.109 (-) : Huber Eugen(1849-1923), Archivnr.451, Yusa Y, Bd 163, in : Schweizerisches Bundesarchiv, Bern)

[遊佐よりフーバー宛書簡1]

謹啓 教授殿 ベルン、1915年12月30日

穂積博士から頂いた紹介状を、この手紙に同封して、貴殿に送付させて頂きま
す。私は先日よりベルンにおり、スイス民法学並びに商法学の研究をしておりま
す。近々、貴殿の訪問をさせて頂きたく、貴殿からその許可を頂きましたら、非
常に有難く思います。

[良きご返答を]期待しつつ 謹白

遊佐 慶夫 レングガッサーシュトラッセ 29 II

〔遊佐よりフーパー宛書簡 2〕

拝啓 教授殿！ ベルン、1916年1月5日

ご招待をいただき感謝しております。土曜日の午前中に訪問させて頂くことをお約束させて下さい。その時まで、敬具 遊佐 慶夫

〔遊佐宛フーパー書簡 3〕

拝啓 教授殿！ ジュネーヴ、1916年3月1日

突然、日本へ帰国せねばならなくなったため、これをもって貴殿に別れのご挨拶とさせて頂きたいと思えます。あなたの貴重たる日本訪問を期待しつつ、敬具 遊佐慶夫

194 遊佐慶夫『信託法提要』（有斐閣、大正8年）序・3頁。

195 現在、Eugen Huber Bibliothekには、本文で紹介した『信託法提要』のほか、水口吉蔵著訳『瑞西債務法』（清水書店、大正3年）、井上歌郎・中村宗雄『ヒューマン・インターコース講義』（早稲田図書出版協会、大正6年）、日本弁護士協会『日本辯護士協會録事』第251号（大正9年）の計4冊の日本語による書籍を確認することが出来る。

196 夫婦財産制や養子に関しても、スイス民法を参照としながら論じられているところが見られるが、限られた著書の中でのみ言及されているにすぎない。本節では、重遠の研究全般におけるスイス民法への関心について理解していきたいと考えているため、これらについてはあえて触れない。

197 穂積前掲「大学生生活四十年」21頁。

重遠が研究主題として離婚法を選択した理由については既に述べたが（本章第二節第2項参照）、そのなかのひとつに、離婚法は、「我國の問題にして同時に諸外国の問題であり、即ち比較研究の種になるものである」ことを指摘していた。ここから、彼においては、スイス民法もまた、比較研究の考察対象として重要な法典であったことがわかるだろう。

198 同書で所収されている「民法施行前の離婚原因」「判例に現はれた離婚原因」「夫の姦通」「精神病離婚」「相対的離婚原因」は、『法学協会雑誌』第39巻第12号、第40巻第3号、同巻第7号、第41巻第6号、同巻第8号にも掲載されている。

199 穂積重遠『離婚制度の研究』改造社、大正13年、862頁。

200 穂積重遠『親族法大意』87頁。

201 穂積前掲『離婚制度の研究』863頁。

202 穂積重遠『親族法』（岩波書店、昭和14年（第6刷））403頁。

203 穂積前掲『離婚制度の研究』868頁

204 臨時法制審議会による民法改正作業の際に提出された「穂積私案」においては、「第十三 離婚（五）配偶者ノ一方ノ重大ナル精神病ヲ以テ離婚原因トナスノ可否如何*書入瑞一四一」として、精神病を原因とする離婚についての可否をうかがう項目がたてられている。特に「書入瑞一四一」として、スイス民法第141条が何らかの形で参照されていたことは注目に値するだろう。

205 穂積前掲『離婚制度の研究』890頁。

206 穂積前掲『離婚制度の研究』892頁。

207 穂積前掲『離婚制度の研究』891頁。

208 穂積前掲『離婚制度の研究』896-897頁。

なお、この民法第813条については、臨時法制審議会においても、改正要綱が出されている。以下に改正要綱の内容について、穂積前掲『親族法』409-410頁より引用する。

「親族法改正要綱第十六 離婚ノ原因(及ビ子ノ監護)

一 離婚ノ原因ハ大體ニ於テ左ノ如ク定ムルコト。

(一) 妻ニ不貞ノ行為アリタルトキ。

(二) 夫ガ著シク不行跡ナルトキ。

(三) 配偶者ヨリ甚シク不當ノ待遇ヲ受ケタルトキ。

(四) 配偶者ガ自己ノ直系尊屬ニ對シテ甚シク不當ノ待遇ヲ為シ、又ハ配偶者ノ直系尊

屬ニ對シテ甚シク不當ノ待遇ヲ受ケタルトキ。

(五) 配偶者ノ生死ガ三年以上分明ナラザルトキ。

(六) 其他婚姻關係ヲ繼續シ難キ重大ナル事情存スルトキ。

二 前項第一號乃至第五號ノ場合ト雖モ、總テノ關係ヲ綜合シテ婚姻關係ノ繼續ヲ相當ト認ムルトキハ、離婚ヲ爲サシメザルコトヲ得ルモノトスルコト。」

なお、本文中に引用した「改正案」というのは、この改正要綱に対する「更なる改正」として、重遠が提示した案である。

²⁰⁹ 穂積前掲『離婚制度の研究』890頁。

²¹⁰ この条文は「有責主義を棄てて夫婦の一方の責に帰し得ぬ事情によつても離婚を許す」といった趣旨を有しており、これこそが同条の長所であり、特に注目すべき点であると重遠は評価した。(穂積前掲『離婚制度の研究』837頁) ここでいう「有責主義」とは、離婚原因を法定する基準のひとつであり、配偶者の一方の非行を必要とする基準である。このほかに婚姻の目的を達し得ぬという事情に重きをおいて必ずしも当事者の責任を論じない「目的主義」といった基準もある。スイス民法第142条は、有責主義を撤廃し、目的主義を拡張するといった意図が包含されているといえよう。そしてこうした離婚法が目的主義に傾いてきたことは「十九世紀の法律の一原則たる『自己責任の原則』が緩和されて来た一徴候」(穂積前掲『離婚制度の研究』867頁)であり、このことは重遠が従来より主張する、法の「個人本位」から「社会本位」への進化を意味するのではないだろうか。また重遠は「目的主義の下に何が離婚原因に採用されるかは、其時代時代の婚姻に関する目的観念による。(…)婚姻に於て精神的共同生活を重しとする現代が、夫婦間の精神的交通を回復の望なく不能ならしめる其一方の精神病を離婚原因とせねばならぬことは、これ亦當然」(穂積前掲『離婚制度の研究』867-868頁)であるとし、相対性離婚原因制度における精神病離婚の位置付けをここで明らかにしているといえよう。

²¹¹ 穂積前掲『親族法』407頁。

²¹² 穂積前掲『離婚制度の研究』890頁。

²¹³ 穂積前掲『有閑法学』24頁。

²¹⁴ 穂積前掲『有閑法学』24頁。

²¹⁵ 穂積重遠「民法改正要綱に於ける婦人の地位」(新生協会編『新社会の基調』日本評論社、昭和3年(再版))303頁

²¹⁶ 穂積前掲『有閑法学』24頁。

しかし同条第2項では、「父母ノ意見ガ相違スルトキハ父ノ意思ニ従フ。」となっており、従って重遠は、同条を「腰折れ法文」だと述べている。

また、このスイス民法の第274条第1項規定については、京都帝大教授の岡村司による「父母共同シテ親權ヲ行フト規定セルハ實ニ立法上ノ革命ト稱スルモ誇言ニ非サルナリ」との評価もみられる。(岡村前掲「瑞西民法ニ於ケル妻ノ地位」71頁。)

²¹⁷ 穂積前掲「最新ノ親族法」(『法学志林』第11巻第3号、明治42年)21頁。

²¹⁸ 「瑞西民法草案における妻の地位」(『法学協会雑誌』第20巻第2号、明治35年)

209 頁。(雑録・執筆者不明)

219 穂積前掲「民法改正要綱に於ける婦人の地位」303 頁。

220 穂積前掲「最新ノ親族法」22 頁。

221 家産制度とは、家のある種の財団として捉え、個人ではなく家に財産を帰属させる制度であり、スイスの家族制度の中核をなすものである。

222 また穂積前掲「私法生活」15 頁以下にも、スイスの家長制並びに今後の日本の家族制度の課題について記されている。これは、「公民教育の振興特に本年〔昭和六年〕四月各中等学校に特設したる公民科の教授資料に供せんが為、本年八月本省主催にて (...) 公民教育講習会を開き、各講師の講演した」ものであり、教育分野においても、このようにスイスの法制度を推奨している点に興味をもつ。

223 穂積重遠「家族制度の発達と個人主義」(『朝鮮及満州』265 号、1929 年) 19 頁。

224 H.Oser, Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.Dezember 1907,Zürich,1927, S.102-112. なお、第 349 条から第 359 条までの条文は、現在、廃止 (Aufhebung) となっている。(Schweizerisches Zivilgesetzbuch, herausgegeben von der Bundeskanzlei, 2000, S.91)

225 穂積重遠『『スイス』民法の家制』(『日本社会学院年報』第 6 年第 1・2・3 号合冊) 2 頁。

226 穂積前掲『『スイス』民法の家制』1 頁。

227 穂積前掲『親族法大意』28 頁。

228 穂積前掲『親族法大意』28 頁。

229 穂積前掲「法律の上に道徳がある」12 頁。

230 穂積前掲「家族制度の発達と個人主義」21 頁。

231 穂積前掲『『スイス』民法の家制』4~6 頁。

232 穂積前掲「家族制度の発達と個人主義」20 頁。

233 各制度については、穂積重遠「家制論」(『法学協会雑誌』第 27 巻第 1・2 号、明治 42 年) に詳しい。

234 穂積重遠「家制論」(『法学協会雑誌』第 27 巻第 1 号、明治 42 年) 255 頁。

235 穂積前掲『民法読本』82 頁。

236 穂積前掲「家族制度の発達と個人主義」20 頁。

237 穂積重遠「家産法原理」(『法学志林』第 12 巻第 7 号、明治 43 年) 30 頁。但し、こうした発言は牧野英一によってなされたものであり、同「家産ノ制度ニ付テ」(『法学志林』第 12 巻第 1 号、明治 43 年) に記されている通りである。

238 穂積前掲『親族法』77 頁以降参照。

同書で重遠は、我が国の長子相続制度を緩和させるという点においても、スイス民法に価値を見出すことが出来ると述べている (78 頁以降参照)。重遠はかねてより、戸主権相続に伴う財産の一人相続、つまり長子相続を批判しており、これをなくすためにも「共同生活本位の家族制度を認めた」スイス民法を参照することが必要だとした。つまり明治民法が採用している「おれが相続した以上おれの財産だ、起こそうとねかそうとおれの勝手だ、おれ一代に消費してしまつても誰が何と云うか、と云う様な個人主義的私有財産観念」ははやく棄てて「父祖から受けて家族一同のため近親のため又子孫のために自分が管理する家産なのだ」という「家産精神」を持つべきであると述べている。(穂積前掲『民法読本』82・83 頁。) また、臨時法制審議会における民法改正作業の過程においても、こうした考えは、重遠によって主張されている。民法改正作業から見た彼の相続論に関しては、和田啓作「臨時法制審議会の民法改正作業における配偶者相続制度の登場—穂積重遠の配偶者保護構想と法定均分相続制への

展開一」(『西南学院大学大学院法学研究論集』第16号、1998年)に詳しい。

239 穂積前掲『民法読本』79頁。

240 穂積前掲「家族生活の発達と個人主義」22頁。

241 穂積前掲『親族法大意』28頁。

242 前掲「大正八年九月一七日 諮問第一號ニ關スル調査要目私案」(堀内前掲『続家事審判制度の研究』)361頁以下より抜粋。なお、下線は著者によるものである。

243 ここにみられる私案の内容は、臨時法制審議会における議論の中でも、重遠自身の発言から見て取ることが出来る。それを引用すると次の通りである。(前掲「臨時法制審議会諮問第一號主査委員会日誌(第二回)」386-387頁)

「第三 家族ノ共同生活ノ安全和平ヲ図ル為家産制度ヲ定ムルノ要ナキヤ
穂積幹事 我民法ニ於ケル財産制度ハ家産制度ニ反シ全然個人財産制度ニナリ居レリ民法ニ家産ト云フ文字ハ使用シアルモ實質ニ於テハ家産ナルモノナシ財産ハ戸主其人ノ財産ナルカ又ハ家族各個人ノ財産ナリ所謂家産モ戸主其人ノ財産カ大部分ナルカ為メ戸主カー代ニテ其財産ハ消費スルコトモ其人ノ自由ニシテ之ヲ妨グルコト能ハス又戸主ノ負債ノ為メニ其財産ハ差押ヘラレ妻子ハ路頭ニ迷フコトトナリテモ之ヲ救済スルノ途ナシ是レ個人財産制度ノ欠点ナリ(...)一千九百七年ノ瑞西民法ニ家産制度ノ規定アリ又一千九百九年佛國ニ於テ制定セラレタル法律之ハ不可差押家産設定法ト翻訳シアリ其様ナモノヲ御参考ニ供シアリ是等ハ亜米利加ノ『ホームステッド』ノ制度ニ基クモノト承知シ居レリ(...)今回ノ諮問案ニ於テハ兎ニ角研究スヘキ問題ナリ」

この発言から理解出来ることは、重遠は家産制度を、戸主を失った場合の残された妻や子の救済策として利点があると認識していたことである。当時の弱者であった妻や子どもの保護を研究の関心としていた彼ならではの視点であろう。

244 穂積前掲『百万人の法律学』228頁。

245 穂積前掲『百万人の法律学』225-226頁。

246 穂積前掲「法律と道德の関係」13頁。

247 穂積前掲「大学生活四十年」27頁。

248 石田穰「スイス民法一条の法源イデオロギー」(同『民法学の基礎』有斐閣、昭和51年所収)82頁。

249 石田前掲「スイス民法一条の法源イデオロギー」82頁。

250 穂積前掲『欧米留学日記』304頁。

251 「法文の民衆化に就て」(『法律新聞』第2555号、大正15年6月18日)3頁。

重遠は、この訓令について「大正十五年ですか若槻内閣の時に訓令が出て、之から法律の文章はもつと平易に書け、濁りも附ける、コンマ・ピリオツドもはつきり附ける、場合に依つては括弧を付けて説明しても宜い、見出しを付けても宜い、假名を付けても宜いと、誠に結構な訓令です。」と評価しており、「所がその訓令だけではコンマ・ピリオツドも附いて居るけれども、法律の方では實はまだ行なわれてゐない。斯う云ふ點は立法家・政治家はもつと考へなければいかん。」と、実際には機能していない現状を批判している。(穂積前掲「法律生活」35頁。)

252 「法律語は専門語ではいけない、民衆に分らなくてはいけない。法律語を通俗語にすることが是が今日の急務である。此點に於て明治の初めの法律は非常に民衆的であつた。(…)それが何時の間にか専門法律語になつてしまつた。(…)私の理想は法文を口語体にするのである。」(穂積前掲「明治の法律と法律学」128・130頁)

253 穂積重遠「口語民法二十箇條」(天野弘一編輯『開業二十年記念論文集』、同労舎活版所、大正12年)

254 我妻榮「スイス民法五十年」(『ジュリスト』第156号、1958年)25頁。

我妻自身も「わが民法の解釈の参考として」「スイス民法を好む」とし、「スイス民法の解説書が、つねにフランス法とドイツ法との対照においてスイス民法の立場を明らかにしてくれることはすこぶる示唆に富む。」と述べている。

255 穂積重行氏によると、重遠の学者人生の中で、初期の段階においては、スイス民法典、とりわけその体系へ興味をもっていたが、その後、イギリスの判例に基づいた法制度に関心が移ったそうである。しかし重遠の研究内容を見る限り、彼のスイス民法への関心は、晩年においても変わらず高かったように思う。特に民法改正時の参照法令として高く評価していたように窺える。

256 『法律新聞』に掲載された「法文の民衆化に就て」の筆者は、穂積陳重が『法律進化論』の中で、社会の進歩につれて法令の文章用語は難解より平易に赴き、民衆の法令に対する知識は文化と共に進歩するのが世界の傾向であることを指摘したと記している。(前掲「法文の民衆化に就て」3頁) そうであるならば、父のこうした進化論的な考えを継承した重遠もまた、「法文の民衆化を実現した法典」としてのスイス民法を「法律進化の最終目的」とであると見なしていたと推測することは出来ないだろうか。

尤も、このスイス民法は、陳重の法律進化論においても重要な位置を占めている。陳重は「立法進化」の最終到達点をアメリカやスイスの民衆政体に求めており、このような進化論に基づくスイス評価は、息子においても何らかの意味合いを有しているのではないかと考えている。

257 中川前掲「身分法学の父、穂積重遠先生」5頁。

258 戦前期において、スイス民法は「女性の権利を大きく認めた」法典として世界各国で注目された。その一例として挙げられるのが、この父母共同親権であるが、その他にも特に、妻と子の自由が相対的に確保されたという点や、相続権に関して妻の地位がドイツ法より高められたとされている。(黒木三郎監修『世界の家族法』(敬文堂、1991年)81頁。) また同民法典は、「離婚」の原因として「夫の姦通」を挙げた点についても注目されており、例えば、岡村司は、論稿「瑞西民法ニ於ケル妻ノ地位」において、「離婚ニ關シテハ瑞西民法ハ協議上ノ離婚ヲ認メス唯裁判上ノ離婚ノミヲ認ム而シテ裁判上ノ離婚ノ原因ハ夫婦ノ間絶対ニ平等ニシテ些ノ差等ナシ殊ニ姦通ヲ理由トシテ離婚ヲ請求スルコトヲ得ルハ夫婦同一ニシテ(…)是レ女權主義ノ勝利ノ結果ナラン我カ民法ノ規定ト相距ルコト遠キ甚タシ」(岡村前掲「瑞西民法ニ於ケル妻ノ地位」70頁。)と評価していることから窺えよう。

259 穂積重遠「新民法と社会事業」(『厚生時報』第3巻第1号、昭和23年)7頁。

260 穂積前掲「新民法と社会事業」8頁。

261 穂積前掲「新民法と社会事業」8頁。

262 穂積前掲「新民法と社会事業」8頁。

第二編 蘇る太政官布告 —明治 8 年太政官第 103 号布告裁判事務心得第 3 条 とスイス民法典第 1 条第 2 項—

第三章「忘却」「再自覚」をたどった太政官布告

現代の法学において、裁判の基準、即ち法源としての条理は重要なトピックのひとつであり、これを語る際には、その根拠規定として、明治 8 年太政官第 103 号布告裁判事務心得第 3 条がスイス民法第 1 条 2 項とあわせて引き合いにだされるのが通例となっている。本来ならば、両法令の背後には、一方は近代化の幕が開けたばかりの日本、他方は 20 世紀初頭のスイスという、社会、文化そして法環境における種々の大きな差異があるにも拘らず、今日の日本法学において、両者は歴史・文化的径庭の差無く取り上げられている。実際、両法令の類似性については、大正・昭和期全般、そして現在に至るまで、多くの論者によって指摘されている。穂積陳重、富井政章を始め、杉山直治郎、牧健二、穂積重遠、我妻栄、野田良之といった、比較法学、法史学、民法学の各分野を代表する法学者をすぐさま挙げる事が出来る。例えば穂積重遠は、著書『民法總論』の中で「明治八年太政官布告第一〇三號裁判事務心得第三條は『民事ノ裁判ニ成文ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ條理ヲ推考シテ裁判スベシ』と規定して居る。(…)スイス民法第一條の規定も結局同趣旨」であると指摘している¹。このような議論は、杉山・穂積重遠を初期の論客として、彼等の後継者の世代に至るまで繰り返されている。

また我が国の「条理」を規定する裁判事務心得の変遷を概観するならば、制定時には重要な意味をなしたこの布告は、明治民法典が制定され、法典の無欠缺性を前提とするドイツ民法学の影響が増大する中で、一度はもはや過去のものとして忘却の中に置かれた。しかし、大正・昭和期において、スイス民法第 1 条第 2 項という新たな西欧の法素材との比較から、再び研究者の注目するところとなり、当時の学說的思潮を背景にした新たな解釈の下に、その存在が再認識されるに至った。この裁判事務心

得第3条の「忘却」と「再自覚」の過程は、大正期の比較法学者である杉山直治郎によって認識されたものであり、彼はこの点について次のように表現している。

「成文法萬能に一變せる思潮よりすれば、本布告第百三號第三條の如き條理裁判は全然その根據も必要もない譯である。即ち當時は從來本布告の條理裁判に依る法律生活の不統一、不確實、不安全の状態を打切り得る域に達せることを慶賀したものである。此様にして本布告の存在は爾來殆んど全く忘却されて了つた感がある。」²

「條理裁判は一時全く其必要を忘れられ、此くて布告第百三號全體の存在が閑却される傾向を示した。此事は本布告が何時しか現行法令集覽其他にすら掲載を見ることなきに至つたことが其消息を語る。産業革命以後は條理裁判は其必要を生じ、ジェニーの自由探求學說や瑞西民法第一條等の外來の影響と相俟つて實質上は學說並に判例に依て漸次施用さるるに至つた。」³

「(...) 自由法學說の進展に伴ひ法典編纂以後一旦忘れ去られた感ある所の布告百三號が茲に再び我法學界少くとも自由法學者の自覺に上り來る (...)」⁴

ここで杉山は、「成文法萬能に一變せる思潮」のもとでは、「本布告の存在は爾來殆んど全く忘却」された、あるいは「布告第百三號全體の存在が閑却される」とし、明治8年に制定された裁判事務心得第3条はその後、「忘却」されていったことを示唆している。そしてその後の経緯に関しては、「自由法學說の進展に伴ひ法典編纂以後一旦忘れ去られた感ある所の布告百三號が茲に再び (...) 自覺に上り來る」として、同布告が「再自覚」されたことを明言した。

そこで本稿の第二編では、この裁判事務心得第3条を、立法過程そしてその後の解釈の変遷から考察し、同布告の辿った道を概略的に把握していく。そして制定された同心得が、その立法的使命を終え、やがて忘却されるに至る経緯と、大正期以降、同布告が再認識・再自覚されるに至る経緯とを、「裁判事務心得第3条の忘却」「裁判事務心得第3条の再自覚」として論じ、制定時の布告の趣旨と再自覚された布告の趣旨をそれぞれ考察していく。その際、特に再自覚した後の同心得に重点を置き、上掲の

論者たち—穂積重遠を中心に—による「条理」をめぐる言説の法思想的・法史的考察を行なっていき、この法令への当時の所論が、その成立の経緯や制定時における立法者の意図という文脈から離れて、いかに自由に、換言すれば、いかに非歴史的に同条を解釈の対象としていたのかに注意を向けることにしたい。

これまで「裁判事務心得の成立史」に関する先行研究は数多く著されている。しかし、現代の日本法学における裁判事務心得第3条への—とりわけスイス民法第1条第2項との関連における—「言及」の仕方そのものがいつ成立したかを考察の起点と定め、裁判事務心得第3条の「再自覚」の経緯を独立した—即ち同条の成立そのものとは切り離された—研究対象として繙くことも、確立・再編期にあった近代日本法（学）の特徴的側面を描き出す何よりも有効な方法であると考えている。また何よりも、本論文のタイトルである「日瑞比較法史」を語る上で、両国間で有するこの類似法令を考察対象とし、我が国における両者の関連性を追求することは必要不可欠であると考えている。従って、本編のタイトルとしてあげた「太政官布告の蘇り」とは、大正期における、裁判事務心得第3条の「再自覚」を意味するものとし、以下、詳論していきたい。

1 穂積重遠『改訂民法總論』（有斐閣、1933年（1930年初版））47頁。

2 杉山直治郎「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」（同『法源と解釋』（有斐閣、1969年（1957年初版））34頁。

3 杉山前掲「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」88頁。

4 杉山前掲「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」36頁。

第四章 制定時の太政官布告

一 明治8年太政官第103号布告裁判事務心得第3条

裁判事務心得は、全5か条からなる法令であり、全正文を引用すると以下の通りである¹。

第一〇三號

今般裁判事務心得左ノ通相定候條此旨相布告候事

明治八年六月八日 太政大臣三條實美

第一條

各裁判所ハ民事刑事共法律ニ從ヒ遲滞ナク裁判スヘシ疑難アルヲ以テ裁判ヲ中止シテ上等ナル裁判所ヲ伺出ルコトヲ得ス但シ刑事死罪懲役ハ此例ニアラス

第二條

凡ソ裁判ニ服セサル旨申立ル者アル時ハ其裁判所ニテ辨解ヲ為スヘカラス定規ニ依リ期限内ニ控訴若クハ上告スヘキコトヲ言渡スヘシ

第三條

民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ條理ヲ推考シテ裁判スヘシ

第四條

裁判官ノ裁判シタル言渡ヲ以テ將來ニ例行スル一般ノ定規トスルコトヲ得ス

第五條

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將來裁判所ノ準據スヘキ一般ノ定規トスルコトヲ得ス

明治8（1875）年4月の大審院の設置を受け、大審院諸裁判所職制章程（明治8年太政官第91号布告）、控訴上告手續（明治8年太政官第93号布告）が定められると

共に、同年6月8日、太政官第103号布告として、上記の裁判事務心得が布告された。これらの法令の一連の制定によって、我が国における司法制度の体系化の第一歩が果たされたといわれている²。従って、三者間の関係は、相互に密接な繋がりのもとで成り立っていると考えるのが自然であろう。例えば、裁判事務心得は大審院諸裁判所職制章程第1条・第9条・第10条との間に、また、控訴上告手続第9条・第10条・第14条との間に、何らかの関わりがあると見るべきであろう。

大審院以下の裁判所の構成は、大審院諸裁判所職制章程によって定められており、第1条において、大審院は「民事刑事ノ上告ヲ受ケ上等裁判所以下ノ審判ノ不法ナル者ヲ破毀シテ全国法憲ノ統一ヲ主持スルノ所」として、上告審としての位置付けが与えられている。そしてこうした大審院の役割については、控訴上告手続第9条「各裁判所ノ終審ヲ不法ナリトシ大審院ニ向テ取消ヲ求ムル者之ヲ上告ト云フ」によって保障され、第10条「上告スルコトヲ得ルノ事件ハ 第一 裁判所管理ノ権限ヲ越ユ 第二 聴断ノ定規ニ乖ク 第三 裁判法律ニ違フ」及び第14条「民事ノ上告スルコトヲ得ル者ハ、已ニ上等裁判所ニ控訴シ、其審判ヲ経タル者ニ限ル」では、具体的に上告の要件が定められている。また裁判事務心得第2条でも、上等裁判所に不服のある者は、大審院へ上告をすることが出来ることを言い渡すよう、各裁判官に促している。

また大審院諸裁判所職制章程では、大審院の有する機能として、「法律疑條アレハ大審院之ヲ辯明ス³」（第9条）、「法律闕失アル者ハ補正ノ意見ヲ具ヘ司法卿ヲ經由シテ上奏スルコトヲ得」（第10条）とし、大審院は法律審であることも定められている⁴。統一的な実体法体系の欠如を司法制度の整備によって補完する必要があることから、裁判所特に大審院には、実体法規の不整備を自ら補充する役割が課された。そしてこうした裁判所の役割は、裁判事務心得によって、より明確にされているといえよう。同心得では、裁判を拒否することへの禁止を唱える第1条の規定に伴い、第3条をもって、民事裁判においては成文法・慣習法がない場合は「条理を推考」して裁判を行なうべきことを定めた他、「裁判の言渡をもって将来の例となるべき一般の定規とすることはできないこと（第4条）、布告、布達以外の諸官省の指令は裁判所の依拠すべき一般の定規とすることを得ないこと（第5条）等の規定により裁判規範の範囲を明確にして、その適用を裁判所に委ねた」⁵のである。

このように、裁判事務心得と大審院諸裁判所職制章程、控訴上告手続の三者間の関連性はそれぞれの条文から確認出来る。しかしその他にも、裁判事務心得は、控訴

上告手続、そして同年 12 月 20 日制定の訴訟用罫紙規則（明治 8 年太政官第 196 号布告）と共に、大審院諸裁判所職制章程によって築き上げられた一貫した体系を備えた裁判機構において、一部の民事訴訟部分を形成している⁶という見方もありえよう。

本稿で特に注目して論じていくのは、同心得第 3 条である。当時の私法は未だ「舊封建時代の不文法状態」が持続されていたとされ⁷、また裁判官が判決を下す際に依拠すべき実証的規準の欠缺を理由として、同布告は制定された。これについて「この規定が存在しなかったならば、民事訴訟における裁判は実質上不可能だったのではないだろうか⁸」と評されるほど、当時、非常に重要な役割を果たしていたことが想起される。これを裏付けるかのごとく、穂積陳重は当時のことを「我邦維新以來の政治上、社會上の革新は、實に世界各國の歴史上稀に見る所の劇變であつて（…）此新舊過渡の急需に應ずるが爲めに、明治五六年以來頻りに各種の新法律を制定し、當時は『法令雨下』の評あるに至つたが、此立法部の活動も、到底新事態の劇變を豫見して、悉く之に應ずることが出来なかつたから、勢ひ此の如き廣汎なる規定を設けて遺漏の途を塞いだのである。」⁹と述懐している。杉山もまた、「裁判國難に處して之を切り抜く爲には、先づ第一には成文法、第二には習慣にして維新の新法律主義に適合するものある限り、之を以て司法の基礎とし、此の二法源に依據するを得ざる自餘の最大多數の裁判事案に對しては條理裁判なる最後の切札を出す外には血路の開き様がなかつた」とし、「本法殊に第三條は明治維新當時の社會事情の自然にして必然なる産物に外ならない¹⁰」と述べた。しかし同時に陳重が、「近世立法の傑作とも稱すべきものにして（…）世界の稱讚を博したる『スウィス』民法第一條に先鞭を著けたもの¹¹」と評しているように、法典も未だ存在していなかった当時の日本において、既にこのような立法価値のある原則が制定されたと解釈する視点は非常に興味深いものがある。

二 裁判事務心得の制定過程

裁判事務心得の具体的な立案過程を公文録内の記録に基づき述べるならば¹²、明治 8（1875）年 5 月 28 日、司法卿大木喬任より太政官三条實美宛に次のような稟請書が綴られたことに始まったとされている¹³。

裁判事務心得方御達之儀ニ付伺

今般大審院上等裁判所被差置候ニ付テハ更ニ別紙之通一般御達相成可様致度則草案相添此段御伺候也

明治八年五月二十八日 司法卿 大木喬任

三條太政大臣殿

(司法省十三行罫紙一枚)

この稟請書は、同月 29 日に、太政官正院の外史から内史の政体取調掛¹⁴へと移され、受理された。政体取調掛は、内史本課とともに草案の審査を開始し、その修正作業を行なった。そして審議終了後の 6 月 2 日に、内史本課長より大臣参議に決裁申請が提出された。この内容については以下の通りである¹⁵。

八年六月二日

大臣 本課長 印

参議 政体取調掛 印

今般司法省ヨリ裁判事務心得別紙之通伺出候処不都合ノ廉有之候ニ付別紙之通御改正之上御達ニ相成度此段奉伺候也

(太政官十三行罫紙一枚)

これを受けた大臣参議は審議・修正を行ない、また同 7 日には、太政大臣三条實美による決裁が行なわれた。そして翌 8 日、裁判事務心得は第 103 号布告と確定されたことが司法省に指令され、「太政官第 103 号布告」として発布されるに至った。

三 裁判事務心得の由来について

裁判事務心得第 3 条の由来については、「固有法説」及び「西政法承継説」がある。前者は、「古來一貫した我國固有の法則」¹⁶を本布告の起源とする説であり、後者は、ヨーロッパ的な自然法思想が本布告の立法に影響を及ぼしたとする説である。以下にこの問題に取り組んだ法学者たちの各見解を示す。

戦前期においては、固有法説が主流であったようで、例えば穂積陳重や牧健一はこの説を支持している。

まず穂積陳重は「不應爲律」にこの根拠を見出している。中国律におけるこの「不應爲律」の原則は、我国の「大寶律」「養老律」「寛保元年の律令要略」「寛政元年の松平越中守裁判心得書」等を経て、明治3（1870）年制定の「新律綱領」にも明規されている¹⁷。陳重は、新律綱領雑犯律不應爲条は「凡律令ニ正条ナシト雖モ情理ニ於テ爲スヲ得忒カラサルノ事ヲ爲ス者ハ、笞三十、理重キ者ハ杖七十」とするものだが、「此條は唐律以來の支那律及我中古律と其規定の内容を同うする者ではあるが、單に不應爲と云はずして、不應爲の標準を示し、『情理ニ於テ』の文字を加へたるは、顯著なる修正であつて（…）明治八年の布告の地を爲したものと云ふことが出来る」と指摘し、同布告を「條理が基本法であつて、一の補充的法源なることを公認した法律」と証した¹⁸。

また牧健一は、明治5年「芸娼妓解放令」を例に挙げ、法は、理・道理としての條理によって定められるべきとの觀念が、明治初期に既に自覺されている旨を指摘した。そして「明治維新の際に當つて法を立て裁判を行ふに就ては、殊に深く理に適つたやうに之を行」い、「性法の觀念は當時既に知られて居たのであるが、當時の立法者並に裁判官が言ふ所の條理を以て、性法なりとは言ひ難く寧ろ我國古來の理又は道理の觀念に淵源したものであると思ふ」、従つて「明治八年の立法當時に於ては條理には自然法思想の存在を認むることが出来ない」と断言した¹⁹。

これらの説に対して、杉山直治郎は「第三條に付ては主として我國古來の法源並に司法に關する傳統に立脚」²⁰したとして、固有法説を支持するも、これは「泰西法承繼の痕迹は勿論、その影響を蒙つた證據を發見し得ない」ための消極的結論であり、「ボアソナード先生の性法説の影響の可能性も絶対に否定し得ないが、肯定するに足る積極的論證も擧らない」と、西歐法承繼説の可能性も示唆した²¹。

その50年後、杉山が残した「ボアソナードの影響を肯定させる積極的論證」たる課題は、野田良之によって再検討に付された。この研究によって、固有法説から西歐法承繼説へと、同布告をめぐる理解への基調が変化する。同氏は、昭和48（1973）年に法政大学で發見された <Premier cahier pour les questions>—当時の司法省の法問題への質問に対するボアソナードの解答が集録されたもの—の「解答V」（明治8年6月2日解答）をもとに本布告の由来の再検討を行なつた。この解答の内容は以下の通り²²。

質問—成文法が存しない場合、慣習に衡平法以上の權威を認めなければならないか。裁判官において、慣習が衡平法に反するものと認めるときは、裁判官は慣習に従うべきか、それとも衡平法に従うべきか。

*

一 日本においては、あたらしい法典が作成されるまでのあいだ、民事および商事の裁判の運用についての若干の一般的な規定を發布することが、きわめて賢明であり、かつきわめて有益である。(以下略)

二 もしも、ある事がらについて、あるいはある事がらの細部の点について、はっきりした慣習が存在していないことが確実にされたならば、衡平法、自然法が適用されるべきであるということは疑いをいれない。(以下略)

三 (…) わたくし [ボアソナード] は、原則として、衡平法が悪しき慣習に優位すべきであると承認する。(以下略)

野田はこの「一」の解答に注目し、「これは『裁判事務心得』の制定を勧告しているもので、『明治八年太政官布告第百三号』^(マ)は全体としては刑事をも含めて確定されているが、とにかくこの『心得』の制定がボアソナードの勧告と指導とによるものであることは疑問の余地がないように思われる。²³⁾とし、同布告はボアソナードの影響下で制定されたと断定した。

一方、こうした野田の実証に対しては、間接的にはあるが、大久保泰甫、堀内節によってさらに異なる見解が示された。まず大久保は、上記の解答にみられる「衡平法が悪しき慣習に優位すべき」という、ボアソナードの発言に対し、次のような見解を示した²⁴⁾。

実際の太政官布告の方は、この点については、単に「習慣ナキモノハ条理ヲ推考シテ」と規定した。そこで〔明治八年〕一〇月三日滋賀県で一つの事件が生じ、条理(自然法)に反する慣習でも使用しなければならないかという伺いが出されたが、司法省の指令は「習慣ナキ者ハ条理ヲ推考スル事ニテ、条理ヲ以テ習慣ヲ破ル可キ規則ハ無之事」と回答し、条理に反する慣習をも用いるべきことを命じて、ボアソナードとは反対の立場を表明したのであった。

大久保は、裁判事務心得第3条の制定にボアソナードの解答は反映されなかったことを実例をもって示したように思われる。但し、ここの「条理（自然法）」という理解の前提は明らかにされていないように思われる。

また堀内節は、昭和59年発表「布告・達の謬った番號標記について」で、第103号布告の発議から公布までの経緯を公文録より抜粋し、検討している。公文録の内容については、既に引用したものがあつたため（本章第二節）、そちらを参照していただきたい。そこから、明治8年5月28日の時点に既に司法省より「裁判事務心得方御達之儀ニ付伺今般大審院上等裁判所被差置候ニ付テハ更ニ別紙之通一般御達相成可様致度則草案相添此段御伺候也」との稟請書が綴られ、ボアソナードが解答したとされている同年6月2日に、司法省から提出された草案を審査した内史本課の責任者が、大臣参議に、「今般司法省ヨリ裁判事務心得別紙之通伺出候処不都合ノ廉有之候ニ付別紙之通御改正之上御達ニ相成度此段奉伺候也」との決裁申請を行なっていることを確認出来る。そしてこうした事実より、仮に6月2日にボアソナードが司法省に解答を提出していたとしても、前記の草案は、その時点では、既に司法省の手から離れ、また内史本課長より大臣参議に決裁申請が提出されているため、彼の意見が同布告の立法に影響を及ぼしたとは考えにくいということが明らかにされたといえよう。

近年では、裁判事務心得第3条の制定当時、政体取調掛であつた井上毅の旧蔵文書「梧陰文庫」に、ボアソナードによる解答の訳が保管されていることを根拠に、同解答がその制定に関係したとする、大河純夫による学説も発表されている²⁵。しかし公文録及び解答Vを検討する限り、解答日（6月2日）と政体取調掛が布告案を審査した際の日付（5月29日受付、6月2日に決裁申請を大臣参議に提出）から、この説は実証出来ない。従つて同氏を通して上記の解答が影響を及ぼしたと考えるには困難があるだろう。

このように先行研究を踏まえると、裁判事務心得第3条の由来については未だ不明点が多い。従つて現段階では、杉山の示す「證跡の發見されざる限り一應は泰西流の自然法の觀念ではなかつたと推定して置くのが穩當²⁶」と、断定的な結論を下すことは差し控えざるを得ないのではないかと考える。しかし今後、新たな可能性を見出すことは不可能ではないと筆者自身は期待している。その期待の裏づけとして、参議・大久保利通によって綴られた『大久保利通日記』に、明治8年6月の布告制定時に、

ボアソナードと司法省及び参議が接点を持っていたことを確認出来る興味深い記述が見られる点をここに紹介しておきたい²⁷。

(明治8年6月)

六月八日 今朝西郷子入來九時参看十一字参 朝二字退出ボアソナード入來名村鶴田
同行

裁判事務心得が「太政官第103号布告」と確定され、太政官より司法省に指令が出た当日に、ボアソナードが司法省関係者の名村泰蔵並びに鶴田皓を伴って、参議である大久保利通を訪問している。これは何を目的とした訪問だったのだろうか。裁判事務心得の発案者でもある司法省が、6月2日にボアソナードより解答Vを受けたことに対し、最終決断を下す大臣参議側のメンバーの一人でもある大久保が、彼らから当該法令の趣旨を再確認する等の理由をもって呼び出したと考えることは出来まいか。仮に、大久保とボアソナード・司法省の間で、裁判事務心得が公布なされる直前に、同布告に関する話し合いの場を設けた事実があったとするならば、ボアソナードが裁判事務心得の制定に関与した可能性が高まるだろう。但し、太政官の決済日が6月7日であることから、決裁後もなお、司法省などに諸々の確認をとることが果たして可能なのか、太政官布告の指令を太政大臣の三条実美ではなく参議の大久保が行なうことが出来るのか、いかなる経緯で井上毅が解答Vの訳を手元に持つに至ったのかなど、不明な点が残る、これは今後の課題となるだろう。

四 制定時の裁判事務心得にみられる「条理」の位置付け

明治8(1875)年制定時の裁判事務心得第3条には、条理が広範囲に適用されることが見込まれていたと考えられている。裁判事務心得の成立前後における民事訴訟の第一審新受件数を見てみる²⁸と、明治6年には47850件あったものが、翌7年になると、その約3倍の140993件に、8年になると7年度の2倍以上の323588件に上る。9年度は271397件とやや減じるものの、依然として高い数値である。勸解件数はここには含まれていないのでこれも含めると、明治初期においてすでに多数の訴訟がなさ

れていたことがわかる²⁹。このような数多くの、そして明治時代にいたって新たに生じた問題を含む案件を迅速に裁くためには、条理による裁判が極めて効率的であり、実際の裁判でも、判決における慣習法や条理の援用は圧倒的多数を占めていたとされている。その結果、当時の判決文中には、「条理」という語がしばしば見られるようになる³⁰。このように、実務において、条理はその中核を占めていたといっても過言ではないだろう。また同心得第1条に「各裁判所ハ民事刑事共法律ニ従ヒ遅滞ナク裁判スヘシ疑難アルヲ以テ裁判ヲ中止シテ上等ナル裁判所ヲ伺出ルコトヲ得ス」と記されている通り、特に民事裁判においては、裁判を拒否することが禁じられている。従って成文法や習慣が存しない場合、条理で解決することが求められる。その意味においてもまた、当時における条理の必要性の高さを理解することが出来よう。

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

第一に、明治8年の立法過程における、裁判事務心得第3条の「条理」の位置付けについてである。次ページに掲げた〔表1〕は、第103号布告の発議から公布迄の経緯に沿って、公文録より同布告の内容を抜粋したものである³¹。制定過程における条理の位置付けを考えるにあたっては、特に内史の政体取調掛及び大臣参議によって加えられた訂正箇所から考察することが出来る。そしてここから、政体取調掛による修正は全条文に施され、また大臣参議側からの修正も同布告の第3条、第4条、第5条に及んでいるが、この第3条への修正は、政体取調掛からのものもまた大臣参議側からのものも、単に「審判」および「習慣」なる語句の変更にすぎず、一見して抽象的で捉えどころのない観念と思われる条理を規定する部分については制定時においては全く一顧だにすらされていないことがわかる。つまりこの「条理」なる表現は、少なくとも当時の立法者間においては格別に異論を唱えられる程の特殊な意味合いを付与され用いられていたものではなく、一般的な理解の下に受け取られていたこと、そしてむしろ習慣や成文法の扱い方の方に、より一層の慎重な配慮が巡らされていたことが推測出来よう。

【表1】 法令集にみる裁判事務心得の効力への理解

発刊年	法令集の名称	裁判事務心得の効力
明治12年	『現行民事成文律類纂』	○
明治23年	『現行日本法例類編第二巻』	○
明治23年	明治一七年『法令全書』 「明治二十三年一二月三十一日調 「法令改廢表」	「消滅」 「二十三年法律第六號第二十九 號ニ依リ消滅」
明治27年	『現行類纂明治法典』	×
明治27年	『明治廿七年三月編輯法規提要』	×
明治34年	『司法例規』	×
明治36年	『現行類聚法規大全』	×
明治40年	『現行法令輯覽』	×
大正14年	『参考條文挿入 加除自在現行法 規全書』	×
昭和10年	『現代法令全集』	×
昭和12年		○
昭和16年	『帝國法規』	×
昭和24年	『現行日本法規』	○ 但、第三・四・五條を現行法規と して扱う。)
昭和25年	『現行法規總覽』	○ 但、第三條のみ
昭和26年	『現行法令索引』	×
昭和32年	『日本法令索引』	×
昭和35年～平成14年		○
平成15年～平成24年現在		「消滅」 改正 明治13年7月17日 治罪法創定（輪郭附） 消滅 明治23年2月10日 法律第6号 裁判所構成法 消滅 明治23年4月21日 法律第29号 民事訴訟法
昭和43年	『旧法令集』	「現在施行停止中の法律及び形式 上廢止されてはいるが実質的に 失効と解される法令」
昭和51年	『主要旧法令』	○ 但、「第三条から第五条までの規 定は、現に効力を有するものと解 される。」

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

村上一博氏によれば³²、明治8年6月8日に裁判事務心得が布告されると、各裁判所より同3条の「習慣」の意味をめぐる伺が出され、司法省はそれに対して明確な解釈を示す必要に迫られることとなった。まず同年6月15日の大坂・長崎・福島の上等裁判所からの伺に対し、司法省は同心得第3条の「習慣」を「其地方庁及び裁判所ニ於テ施行シ來ル処ノ習慣ト可心得事」と指令している³³。そして同年11月30日、滋賀県からの伺（同月7日）の第3条「本年太政官第百三号公布裁判心得第三条ニ、成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ云々ト有之。右ハ成文律ナキ時ハ、政府ト人民トノ間ニ行ハルハ、習慣ニ依リ、右ノ習慣無之トキハ人民相互間ニ行ハルハ、習慣ニ依リ、両ツナカラ無之トキハ條理ヲ推考シテ裁判スルコト心得可然哉 但本条兩箇ノ習慣相触抵スルトキハ、政府ト人民トノ間ニ行ハルハ、習慣ニ依リ可然哉」に対しても、司法省は「習慣トハ、民間ニ於テ習慣俗ヲ為シタル習俗ニハ無之事」として、「習慣」を政府と人民の間に行なわれるもの、あるいは地方庁や裁判所で施行されたものであるとの見解を示している。また司法省は、同伺第4条の「裁判官ニ於テ條理ヲ推考シ習慣ヲ不條理ト認ムルコトアルトキハ前條兩箇ノ習慣ト雖モ何レモ時アリテ之ヲ用ヒス條理ト認ムル所ヲ以テ裁判ニ及ヒ可然哉又ハ不條理ト認ムルト雖モ習慣ノ存スル上ハ之ヲ用ヒサルヲ得サル儀ニ候哉」と、習慣と条理の効力関係を問われたことに対して、「習慣ナキ者ハ條理ヲ推考スル事ニテ條理ヲ以テ破ル可キ規則ハ無之事」との指令を出している。ところが明治12年になると「習慣」の解釈に変化が生じるようになる。これについては、昭和2年に牧健二による論稿「明治八年民事裁判の原則」の中で言及されており³⁴、村上氏もまた同様にこの点を指摘している。明治11年12月25日、静岡裁判所より「明治八年第百三號布告第三項中習慣ト稱スルモノハ官廳ノ慣例ヲ指示セラレタル謂ナル旨曾テ本省日誌中該伺面ニ對シタル御指令モ有之タル哉ニ相覺ヘ候得共其義ハ姑ク闕キ右ハ矢張民間ノ習慣ニシテ相互黙諾ノ事件即契約ニ均キモノヲ指稱セラレタル義ト相心得可然哉此段相伺候也」との伺が出され、司法省はまず「伺ノ趣習慣トハ民間ノ習慣ニシテ即チ民法上從來人民ノ慣行認許セシモノト心得ヘシ」と指令したうえ、同12年1月15日、これを「司法省丁第一号達」として、大審院及び諸裁判所に宛てて達した。しかし同省は、翌月2月25日に「司法省丁第九号達」をもって、上記の指令を「本年一月十五日付指令左ノ通可心得事 伺ノ趣習慣トハ民法上人

民ノ慣行認許スル者及ヒ從來官民ノ間ニ慣行スル例ニシテ條理ニ背戻セサル者ヲ謂フ義ト心得ヘシ」と改めることで、「條理ニ背戻セサル」という条件のもとで「習慣」として民間の習慣を認めるに至った³⁵。

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

また、明治8年布告制定時の「条理」のあり方については、その適用方法からの考察も必要であろう。当時の裁判所は実際に同布告に基づく条理裁判を行っていた。しかしながら「判決文中に『条理』という語はしばしば見られるとはいえ、その具体的内容や判断根拠が明示されている例は稀れ³⁶」であった。そしてこれまでの条理裁判に関する先駆的な事例研究³⁷からは、総じて裁判にて依拠される条理とは外国法を意味していたことがわかる。かつて大審院検事であった瀧川長教は「その頃の裁判は太政官布告、新律綱領、改定律例に準り、その以外には慣習に據り、慣習のないものは條理に従ふという譯で判決をやり通した (...) 追々フランス法が入って來ましたから、その方を學んで、民事にしる刑事にしるフランス法典というものが裁判の根據となつて來た。³⁸」と昭和16年の時点で、明治15年頃の裁判を回顧している。この発言に見られるように、当時の裁判ではフランス民法が参照され、何よりも箕作麟祥訳『仏蘭西法律書』が条理の具体的表現として大きな役割を果たしたと言われている。これについては司法省法学校正則科第一期生井上正一が「箕作先生ノ譯セラレタル (...) 佛國民法ノ翻譯書ハ、當時實ニ司法官ノ金科玉條トシタルモノデアル。條理ノ寶典トシタルモノデアツタ (...)」³⁹と述べていることから推察出来るだろう。実際に明治初年の条理裁判の判決文からは、「此義仏國民法 (...) ニ定メタル」「性法講義中」「条理ヲ推考シテ」という文言が見られ⁴⁰、『仏蘭西法律書』や『性法講義』が事実上、条理の具体的内容の重要部分を構成していたことが大いに推測出来る⁴¹。また「成文法ナキトキハ外国ノ法理ヲ参照シ其條理ト認ムルモノニ依リ判決ス」と公言する判決もあった⁴²。さらに、明治13年にポアソナードによる旧民法典の編纂が開始されると、その草案が事実上、条理の具体的内容の重要部分を構成することとなる。これについては、杉山直治郎が次のように述べている⁴³。

明治十三年より新民法公布に至るまで約廿年の間は、民事事件の解決の方つて、我裁判官は、従来適用せる佛國民法の代りに、ボアソナード法典を適用したことである。一體、單なる草案であつても、それが一度發表される以上は、必ず或程度の公的權威を有つものである。殊にボアソナード法典に至つては、明治廿三年の勅令を以て公布されたものである。加之、當時非常な働きをした所の「裁判官の權現に關する我明治八年布告第百三號第三條」は成文法竝に慣習が不備である場合には、裁判官は條理に依て裁判すべき旨を明定して居る。所が當時の裁判官も法學者も、恰もボアソナード草案こそは「書れた條理」なりと信奉して居つた。従つて當時の法曹は此草案の一部分宛の發表を待ち焦れて、競つて法文同様に之を研究し、之を適用したのである。かような實情の下にボアソナード草案は、決して單なる草案ではなかつた、現實に適用された眞の法源であつたのである。當時國家試験の主要科目はボアソナード法典であつたのもこの爲である。

なお、上記の杉山の發言からも理解出来るが、このボアソナードによって編纂された（旧）民法典は、公布された後も、民事事件の解決に大きく寄与することとなる。この点に關しては本編第六章第一節を参照いただきたい。このように條理は、實際の裁判過程において、主に海外の法典の翻譯書を参照するための引照標準として用いられたわけだが、それらは結果的には、規範の内容が成文で明示されている根拠性への希求、即ち成文法主義への道程を示すものと考えられよう。

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

- 1 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」(公 01627100 (マイクロフィルム)、国立公文書館)
- 2 染野義信『近代的轉換における裁判制度』(勁草書房、1988年) 95頁。
- 3 第9条については「近代国家においては裁判所のみが法の解釈、適用をなすということが原則として貫かれねばならないのであるが、我が国においては急速な中央集権化とそれに伴う多数の布告の公布、裁判所機構の不完備等の理由により司法省をはじめ各行政機関が法律解明の機能を果たしていたのであった。このような法律解釈のあり方に対して章程第九条は法解釈についての近代化を一步すすめたものということができるであろう」(染野前掲『近代的轉換における裁判制度』95-96頁)とする意見や、それに対して、「司法省は、大審院章程第九条の定めるところをめぐり〔明治〕八年八月一〇日に太政官宛に伺を立て」ており、その内容から「たとえ明文の根拠がなくとも、旧来からの指令業務の存続は司法省において明瞭に確信されていたことがわかる。右章程第9条とは『法律疑条アレハ大審院之ヲ弁明ス』とあって、いわば最上級の法律審たる大審院の下した判断の理由を他の裁判所に対し明示する義務を同院に課したに過ぎなかった。」(岩谷十郎『明治日本の法解釈と法律家』(慶應義塾大学法学研究会、2012年) 71頁)とする意見もある。
- 4 最近では、当時の判決の分析から、「大審院は實際上『事実審』であった」とする見解も見られている。こうした見解については、林屋礼二『明治期民事裁判の近代化』(東北大学出版会、2006年) 190頁以下を参照のこと。
- 5 染野前掲『近代的轉換における裁判制度』98頁。
- 6 『明治以降裁判統計要覧』(最高裁判所事務総局、1969年) xxi頁。
- 7 杉山直治郎「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」(同『法源と解釋』(有斐閣、1969年(1957年初版)) 17・18頁。
- 8 染野前掲『近代的轉換における裁判制度』208頁。
- 9 穂積陳重『法律進化論第一冊原形論』(岩波書店、大正13年) 229頁。
また陳重は、明治37年9月、アメリカのセント・ルイスで報告をした際(福島正夫「民法起草者の予見と明治百年の法律」(『法律時報』第38巻第11号) 70頁)、明治8年制定時の裁判事務心得第3条について、「〔明治当初の我が国において〕未だ不完備であった実体法規は、国家の急速な発達に追いつかず、環境の変化に必要な条件を満たさなかった。〔そこで登場したのが〕明治8年太政官第103号布告裁判事務心得第3条である。(...)これはまた、外国法の進入に扉を開き、日本法史の新たな幕開けを特徴づけた」と評している。(Nobushige Hozumi “Lectures on the New Japanese Civil Code as Material for the Study of Comparative Jurisprudence” (丸善株式会社、大正元年)、38頁。)
- 10 杉山前掲「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」18頁。
- 11 穂積前掲『法律進化論』228-229頁。
- 12 堀内節「布告・達の謬った番號標記について」(『法學新報』第91巻第5,6,7号、1984年) 44頁以下。
- 13 前掲「裁判事務心得方御達ノ儀伺」
- 14 当時の政体取調御用掛には、大久保利通、木戸孝允、板垣退助、伊藤博文の4参議のほか、尾崎三良や井上毅といった六等出仕がいた。政体取調掛については、尾崎三良『尾崎三良自叙略伝』(中央公論社、昭和51年) 189-191頁に詳しい。
- 15 前掲「裁判事務心得方御達ノ儀伺」
- 16 杉山前掲「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」12頁。
- 17 杉山前掲「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」13頁。

¹⁸ 穂積前掲『法律進化論』228頁。

但し、「情理」と「条理」では意味合いが若干異なるということが近年明らかになってきている。以下に、滋賀秀三『清代中国の法と裁判』（創文社、2009年（第3刷））から関連箇所を引用する。

「国法が成文に基づく実定的な判断基準であるに対して、情理は成文、先例、慣習などのいずれにも実証の基礎をおかない、およそ実定性をもたない—その意味で自然的な—判断基準である。われわれの制度にあてはめて言えばさしずめ条理に当る。現にかの梁啓超は、『条理とは日本法律上の術語である。裁判官は法文がないときには条理を推して裁判する。我が国のいわゆる準情酌理のようなものである。(...)』と注釈して、日本語の条理を中国人になじみの深い準情酌理の語をもって説明している。しかし条理と情理の間には微妙な違いがあるように思われる。明治八年太政官布告第一〇三号裁判事務心得第三条に『民事ノ裁判ニ成文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ベシ』と言う。この条理をめぐる近年の民法学者の論議の詳細を知らないけれども、少なくとも筆者が民法を聴講した頃には、有名なスイス民法第一条に規定するように、『自己が立法者であるとすれば法規として定立するであろうところ』に従って裁判することが、『条理ヲ推考シテ裁判』することに外ならないとされていた。つまり条理も情理も実定性なき判断基準という点においては同じであるけれども、前者はやはりそれなりにルールを志向する思考構造をもつ。これに対して情理には、公序良俗的要素は少し問題が違うので暫く別とすれば、そのようなルール志向性は微弱であり、逆に目前の各当事者それぞれがおかれている具体的状況のすみずみまでへの心配りという側面が濃厚に現れる。(...)情理は常に裁判官の心を動かしている。その意味では判語集はすべてこれ情理の書であると言ってよい。国家の法律は情理の大海の処々に浮ぶ冰山にたとえられるかも知れない。これに対してわれわれにおいては、張り詰めた氷に穴があいているとき、条理によって仮りに氷を張ってそれを埋めようとする。これが最も基本的な違いである。」(282-285頁)

¹⁹ 牧健二「明治八年民事裁判の原則」（『法学論叢』第17巻第2号、1927年）184頁。

²⁰ 杉山前掲「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」17頁。

本文で指摘した通り、杉山は、裁判事務心得第3条に関しては、当時の法典（和蘭、英吉利、仏蘭西、奥太利）の関連条文と比較した上で、「何れとも趣を異」としており（同前書11頁）、また「『裁判事務心得』なる本法の表題の如きも他に類例がない」（同前書11頁）ことを根拠に、我が国古来の法源や司法に関する伝統に基づいたものであると認識している。しかしその一方、「本法は其の一少部分に付ては多少佛法の影響を受けた所はあらう」と述べ、そのなかの裁判事務心得第4条については「佛民法第五條と同趣旨であつて多少表言形式を異とするに過ぎない」として、フランス民法の影響を示唆している。また同心得第1条についても「佛民法第四條に依り而かも其範圍、程度、表言形式に於て其上に出でて居るものと感得される」と評価している（同前書8-9頁）。しかし、ここで考えなければならないのは、裁判事務心得は全5条をもってひとつの法令を形成させており、当然に各条文は相互に関連づけられながら成り立っているということである。そうすると、果たして立法者は、各条文ごとに「我が国の固有法」「西洋法」などと、全く異なる系統の法令を、一貫性をもたせることなく、参照していくものなのだろうか。

また本章第一節で、裁判事務心得は、大審院諸裁判所職制章程、控訴上告手続とともに、大審院の創設をはじめとする司法制度改革の一環で制定された法令であること

を指摘したが、こうした改革の背景についてもあわせて考えていく必要があるのではないかと思う。例えば、「大審院はフランスの破毀院(Cour de cassation)をモデルとして創設されたが、この破毀院は、紛争事件について最終的な判断をするものではなく、裁判所の終審裁判の不法なものを破毀して、法の統一を図ることを目的としていた。ところが、日本の大審院は、このフランスの破毀院をモデルにしながら、しかも、紛争事件についての第三審裁判所として位置づけられた。これは、明治初年来日し、日本の司法制度の創設に大きな影響をあたえたボアソナードやブスケが、自国の破毀院のあり方について批判的な考え方をもっていたことによる」とし（但しこの推測は蕪山巖氏によるもの）（林屋前掲『明治期民事裁判の近代化』191頁）、「ブスケやボアソナードが自国における経験を基礎にして日本の法制度設計に有益な助言をしたことと、日本としても、当時欧米諸国の近代的な訴訟法を調査していたので、それらの知識をもとにして制度の選択のための独自の判断をしたのであろうことが推察される。」（林屋前掲『明治期民事裁判の近代化』111頁）として、我が国の大審院は、フランスの法制度を模範としつつ、ボアソナード等の影響を受けていることを示唆している。大審院が「事実審」としての役割を果たしていたかについては議論の余地があるだろうが（注4参照）、こうした大審院の創設との関連性の中で裁判事務心得を捉えるならば、同心得がボアソナードの影響を受けていたことも十分に有り得るのかもしれない。こうした視点からの検証は今後の課題としたい。

²¹ 杉山前掲「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」25頁。但し、「ボアソナードの性法＝自然法は、いわゆる自然法思想ではなくフランス民法の実定法的諸原則をその内容とするものである。」（野田良之・奥田昌道・伊藤正巳・田中英夫「日本における外国法の摂取」（伊藤正巳編『外国法と日本法』岩波書店、1969年（第3版））203頁。）

また杉山は、裁判事務心得第3条の「『條理』なる詞の意味」を明らかにすることも、同条の由来をめぐる議論の解決への糸口となるだろうと示唆している。今日まで、法制史家の間でも定説がなく、「此詞が自然法の意味なりしか又は法に非らざる條理の意味なりしかは淵源の認め方に依て異」と、杉山は言う。（杉山前掲「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」25頁）なお、このような視点からの検証は、野田良之によってもなされているところである。詳細については、野田良之「明治八年太政官布告第百三號第三條の『條理』についての雜観」（『法学協会百周年記念論文集』1983年）を参照のこと。

²² 『ボアソナード答問録』（法政大学出版会、1978年）22頁以下抜粋。

²³ 野田前掲「明治八年太政官布告第百三號第三條の『條理』についての雜観」250頁。

²⁴ 大久保泰甫『ボワソナード』（岩波書店、1977年）71頁。

なお、引用文に見られる、「滋賀県で起こった事件」については、明治8年11月7日、同県より司法省へ伺が出され、それに対する司法省の指令が同30日に出されている。（本章第四節参照）

²⁵ 大河純夫「明治八年太政官布告第一〇三號『裁判事務心得』と井上毅(一)」（『立命館法学』第205号、1989年）

また、ボアソナードの「性法講義」に注目している説もあり、例えば石田穰は「ボアソナードは(...)性法講義によって明治八年太政官布告第一〇三號三條の條理の内容に影響を与えると共に、同布告の發布後は、意識的に條理の内容にフランス民法の実定法的諸原則を盛りこみ判例による條理の適用を介してフランス民法を我国に導入しようとした」（石田穰「スイス民法一條の法源イデオロギー」（同『民法学の基礎』（有

斐閣、昭和 51 年) 所収) 186-187 頁) としている。「布告の発布後」における性法講義の条理への影響は、当時の判例にも見られる(本章第四節参照)ため、彼の指摘は正当なものであると思われるが、裁判事務心得の制定時における性法講義からの影響については、現段階においては、推測の域を超えず、さらなる実証が必要になると思う。

²⁶ 杉山前掲「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」25 頁。

²⁷ 大久保利通『大久保利通日記(第 2 卷)』(北泉社、1997 年) 406 頁。

²⁸ 林屋礼二「明治初年の民事訴訟新受件数の考察」(林屋礼二、石井紫郎、青山善充編『明治前期の法と裁判』(信山社、2003 年) 106-107 頁。)[【2-4-1-1】地方裁判所第一審の新受・旧受件数の推移(明治二三年まで)】(林屋礼二・菅原郁夫・林真貴子編著『統計から見た明治期の民事裁判』(信山社、2005 年) 87 頁参照。)

²⁹ 林屋前掲「明治初年の民事訴訟新受件数の考察」94 頁。勝田有恒「紛争処理法制継受の一断面」(比較法制研究所『ユリスプルデンティア 国際比較法制研究 I』ミネルヴァ書房、1990 年) 7 頁。

³⁰ 村上一博「明治期における『条理』裁判とフランス法の影響」(『法律論叢』第 67 巻第 1 号、1994 年) 325 頁。

³¹ 本表は、大河前掲「明治八年太政官布告第一〇三號『裁判事務心得』の成立と井上毅(一)」514 頁の「明治八年太政官布告第一〇三號の司法省案とその修正」から多くの示唆を受けたことをここに付記する。

³² 村上一博「裁判基準としての『習慣』と民事慣例類集」(『同志社法学』第 49 巻第 5 号、1998 年) 291 頁以下。また本文に見られる伺及び指令は同論文より引用している。

³³ 村上前掲「裁判基準としての『習慣』と民事慣例類集」291 頁。石井良助編『明治文化史 2 法制編』(洋々社、1954 年) 38 頁。

³⁴ 牧前掲「明治八年民事裁判の原則」351 頁。

³⁵ これは、明治 12 年になり、裁判所が裁判をする際の法的根拠(法源)に、「非実定的根拠としての法源」が認められ、同布告はこれを根拠として裁判をすることを定めるに至ったことを意味する。そしてこうした解釈の変化には、ボアソナードの自然法思想の影響が背景にあったことは否めないであろう。つまり明治 12 年以降の「条理」の観念には、性法(自然法)の影響があったとってよいかと思う。さらには、前述した解答 V に見られる司法省に対するボアソナードによる解答と、明治 12 年の指令の内容は近似していることから、法政大学で発見されたボアソナードの解答は、野田の言うような立法過程時にはではなく、むしろ発布後の裁判事務心得第 3 条との繋がりの中で意義を持ちえたと考えられることも出来るのではないかと思われる。

³⁶ 村上前掲「明治期における『条理』裁判とフランス法の影響」325 頁。

³⁷ 村上前掲「明治期における『条理』裁判とフランス法の影響」、深谷格「明治前期の広島裁判所における条理裁判とフランス民法」(『西南学院大学法学論集』第 37 巻第 1 号、2004 年) 同「明治前期の熊本裁判所における条理裁判とフランス民法」(『西南学院大学法学論集』、第 38 巻第 3・4 合併号、2006 年) を挙げておく。

³⁸ 日本法理研究会『明治初期の裁判を語る』(昭和 17 年) 6 頁。

³⁹ 井上正一「仏民法ノ我国ニ及ホシタル影響」(法理研究会編『仏蘭西民法百年紀年論集』有斐閣、1905 年) 65-66 頁。

このように当時の裁判官は、「条理」としてこの『仏蘭西法律書』の中のフランス民法を適用していたと考えられているが、こうした事実の裏づけとして、以下の文も引用する。(朝日新聞裁判班編『日本の裁判』(日本評論社、1972 年) 60 頁。)

「〔裁判事務心得第3条〕だと、成文法も慣習法も不十分だった当時としては、裁判官は“条理”によって裁判しなければならないことになる。が、近代法の原理そのものになれていなかったことから、裁判官の戸惑いは大きかったようだ。(…)それだけに、箕作訳の仏国民法は(…)『当時実に司法官の金科玉条としたものであった』(…)という。」

当時の裁判官は近代法の原理を理解出来ない故に「条理」をどのように使ってよいかわからなかった。そこで、その解決策として一助をなしたのが『仏蘭西法律書』であり、裁判官は「条理」の名のもとにこれを適用していったというわけである。つまりここからは、「条理」という発想自体が西洋的なものであること、そして裁判官が成文法や慣習法のみならず「条理」もまた、馴染みのないものであったことが理解出来る。仮にこの記述が事実なのであれば、当時の法の制定側の理想と実務側の現実には大きなずれがあったことが考えられないだろうか。さらなる検証を要する。

⁴⁰ 深谷前掲「広島裁判所明治11年判決」及び「熊本裁判所明治12年9月29日判決」の判決原文より抜粋。

⁴¹ 但し、「明治初期の地方の裁判官が、ヨーロッパ的な法学教育を受けていなかったことは明らかであり、箕作訳のフランス法律書によってフランス語をどこまで理解していたかははなはだ疑問」であり、従って「条理とは、すなわちフランス法であった」という図式を過大評価することは危険」とする大久保泰甫氏の見解も無視することは出来ない。(大久保前掲『ボワソナード』72-73頁。)

またフランス法以外の「外国の法理」に基づいて判決を下した条理裁判の例もある。例えば明治20年10月19日の横浜始審所判決のように「『(…)成文法ナキトキハ外国ノ法理ヲ参照シ其条理ト認ムルモノニ依リ判決ス』と述べ、イギリス法の名譽毀損(defamation)の一般的要件を文書誹毀(libel)にあてはめ、これを「条理」として適用した」(村上前掲「明治期における「条理」裁判とフランス法の影響」325頁)とするイギリス法を適用した例や、テヒョーによる民事訴訟法の草案を「条理」に当てはめ適用した裁判例もある。(「山形始審裁判所米沢支庁請訓(明治二十二年一月二十九日第二十五號請訓敬慎願書受理不受理ノ件)」(東京大学法学部法制史資料室蔵・箕作文書)なお、この文書は2010年2月27日法制史学会東京部会第232回例会の辻村亮彦氏による報告(「敬慎願」とは何か?)の中で紹介された文書であることを付記しておく。また同文書は扱われていないものの、辻村氏による上記報告は、同『敬慎届』とは何か-明治前期における裁判制度継受の一断面』(『法制史研究』第60号、平成23年)に見ることが出来る。

⁴² 横浜始審裁判所明治20年第155号(福島正夫『日本資本主義の発達と私法』(東京大学出版会、1988年)42頁、注(11))

⁴³ 杉山直治郎「洋才和魂の法学者 ボワソナード 盡瘁半生の生涯」(『帝国大学新聞』第649号(昭和11年))

第五章 裁判事務心得第3条の消滅？

一 法令集にみる裁判事務心得の効力への理解

裁判事務心得第3条は、制定後、法令としてどのような経緯を辿っていったのか。法令としての同心得を前提にして考えるとすれば、その法令としての効力がいつまで存続し、いつから失われたのかという関心が生じてくる。次ページの〔表1〕は、明治期以降刊行された代表的な法令集が、裁判事務心得の効力をどのように理解していたのかを一覧したものである。

まず裁判事務心得は、明治12(1879)年の『現行民法成文律類纂』に見られるように、制定後に公刊された法令集においては、効力ある法令として扱われている。但し、同布告第1条に関しては、明治13年7月17日に公布された治罪法(太政官第37号布告)の創定により「改正」となっている。しかし『現行日本法例類編第二巻』が同22年6月に同布告を「現行」の法規として示した直後、『法令全書』の編者¹は、同23年12月31日調「法令改廢表」のなかで、裁判事務心得は「二十三年法律第六号第二十九号ニ依リ消滅」したとの理解を示すこととなった²。ここにいう「二十三年法律第六号」とは裁判所構成法(明治23年2月10日公布、同年11月1日施行)であり、「二十三年法律第二十九号」とは民事訴訟法(明治23年4月21日公布、同24年1月1日施行)である。またこの「消滅」とは、「新令舊令相抵觸スルモノ³」を意味するものであるが、さらには「既存法令の効力の全部又はその一部が新法令と矛盾抵触するものの、それが改正か廢止かの立法担当者の意図を法令文上判然と確認し得ないときに、既存法令の効力は、事実上失われたと解釈するもの⁴」との見解もある。『法令全書』の「消滅」という判断については、平成元年の時点においては、広中俊雄氏によって「裁判所構成法並びに民事訴訟法といった両法律には、同布告を消滅させる趣旨の規定がない⁵」との指摘がなされているが、しかしやはり、同時代の内閣官報局において消滅したとするその理解を無視する事は出来ないようにも思われる。

【表1】 法令集にみる裁判事務心得の効力への理解

発刊年	法令集の名称	裁判事務心得の効力
明治12年	『現行民事成文律類纂』	○
明治23年	『現行日本法例類編第二巻』	○
明治23年	明治一七年『法令全書』 「明治二十三年一月二日調 「法令改廢表」	「消滅」 「二十三年法律第六號第二十九 號ニ依リ消滅」
明治27年	『現行類纂明治法典』	×
明治27年	『明治廿七年三月編輯法規提要』	×
明治34年	『司法例規』	×
明治36年	『現行類聚法規大全』	×
明治40年	『現行法令輯覽』	×
大正14年	『参考條文挿入 加除自在現行法 規全書』	×
昭和10年	『現代法令全集』	×
昭和12年		○
昭和16年	『帝國法規』	×
昭和24年	『現行日本法規』	○ 但、第三・四・五条を現行法規と して扱う。）
昭和25年	『現行法規総覽』	○ 但、第三条のみ
昭和26年	『現行法令索引』	×
昭和32年	『日本法令索引』	×
昭和35年～平成14年		○
平成15年～平成24年現在		「消滅」 改正 明治13年7月17日 治罪法創定（輪郭附） 消滅 明治23年2月10日 法律第6号 裁判所構成法 消滅 明治23年4月21日 法律第29号 民事訴訟法
昭和43年	『旧法令集』	「現在施行停止中の法律及び形式 上廢止されてはいないが實質的に 失効と解される法令」
昭和51年	『主要旧法令』	○ 但、「第三条から第五条までの規 定は、現に効力を有するものと解 される。」

その後の法令集⁶等には、もはや裁判事務心得の名前を見出すことは出来ない。しかしその一方で、「裁判事務心得はもはや有効ではない」という事実を積極的に明示する資料にも出会うことは出来ない。

昭和期になると、各種法令集上の裁判事務心得の効力をめぐる理解はいよいよ錯綜を呈することとなる。例えば、末弘厳太郎が編纂した『現代法令全集』では、昭和 10 (1935) 年の編纂当初は、裁判事務心得を「有効」としなかったものの、その「追録」では同心得を裁判編における現行法令として判断した。昭和 24 年に発行された『現行日本法規』は、同心得第 3 条から第 5 条までを「現行法規」として扱っているが、翌 25 年の「現行法規総覧」には第 3 条のみを「現行」の法令として掲載するにとどまり、一貫性を欠く記述となっている。また、昭和 51 年の法務省大臣官房司法法制局編『主要旧法令』では、「第 3 条から第 5 条までの規定は、現に効力を有するものと解される。」との理解が示されている。さらに国立国会図書館『日本法令索引』の中では、時代によって様々な見解が分かれている。つまり、昭和 32 年以前には、有効法令の中に裁判事務心得の規定はないものの、昭和 35 年で裁判事務心得が有効な法令であることを認めてからは、同書では一貫して同布告は有効だとみなされてきている。しかし現在、データベースで見られる『日本法令索引〔明治前期編〕』によれば、「明治二三年の裁判所構成法（法律第六号）及び民事訴訟法（法律第二九条）により『消滅』と解されているのである。また、昭和 43 年に我妻栄が編者となり刊行された『旧法令集』でも、裁判事務心得は「現在施行停止中の法律及び形式上廃止されていないが実質的に失効と解される法令」として扱われている。

このように裁判事務心得第 3 条の効力に関しては未だ一定の見解はない。しかし本稿では、再言を厭わず述べれば、裁判事務心得が、内閣官報局において明治 18 年に刊行が開始された『法令全書』の編者において「消滅」とみなされた事実を重要視したいと考える。何よりも現時点において、それへの反証となる有力な史料が見出せないこともあるが、『法令全書』編者が「消滅」と認定した同時代的評価の実質的な根拠を当時の立法状況の中に探求していきたいと考えている。

二 裁判事務心得の「消滅」の意義

本節では、裁判事務心得の「立法変遷」⁷を明らかにすることで、法制度的側面からの「裁判事務心得第3条の効力」について検討したい。杉山もまた、論稿「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」のなかで、同心得の立法変遷の跡付けを試みているのだが、ここで彼は、裁判事務心得の関連法令として、明治13年旧刑法、同23年大日本帝国憲法、裁判所構成法、民事訴訟法、同31年民法、民法施行法、法例、同32年商法を挙げ、同心得第3条の効力の是非を検討している。本節では、そのなかの大日本帝国憲法、裁判所構成法、民事訴訟法、法例（但し、明治31年法律第10号とあわせて、明治23年法律第97号も考察対象とする）の他、旧民法（証拠編）も取り上げ、考察を試みる。

1 大日本帝国憲法

裁判事務心得の立法変遷を考えるにあたり、まず、明治23（1890）年11月29日に施行された大日本帝国憲法について考察する。その際、考察の対象となるのは同憲法第76条第1項である。同条文は「法律規則命令又ハ何等ノ名称ヲ用ヒタルニ拘ラズ此ノ憲法ニ矛盾セザル現行ノ法令ハ総テ遵由ノ効力ヲ有ス」と定めている。この「現行ノ法令」とは、法律規則命令の他、「太政官期、すなわち公文式以前の法令を含む⁸」ものと解されている⁹。

ここで、公文式以前の法令について、若干の言及をしておく必要があるだろう。太政官期の法令である布告・布達・達とは、「太政官制の下に編成された中央権力機構＝行政権力一元的な組織によって制定・発令され、その実質的内容からの分類によっても、法規・命令（法律、法規命令、行政命令）の各区分に一对一で照合されるものではなく、それぞれに重畳して位置づけられるもの」であり¹⁰、従って、「布告」という名の法令であっても「法律」に相当するものもあり、また「命令」に相当するものもあったといわれている¹¹。

それでは裁判事務心得はどうだろうか。それを考えるにあたり、以下の二点に注目すべきであろう。第一に、同布告の制定過程である。まず、本稿第四章「制定時の太政官布告」に掲げた〔表1〕を再度、参照していただきたい。同布告の制定にあつ

ては、明治8年5月28日に、司法卿大木喬任より太政大臣三条実美へ稟請書が提出されたことは、前述した通りである。その後、政体取調掛による修正、大臣参議による修正を経て、同年6月8日「太政官第一〇三号布告」として公布された。その際、司法省案としてだされたこの布告は「達」とみなされていた。しかし、政体取調掛の判断により「御達案」たる語句が削除され「御布告案」と修正され、大臣・参議間では異論なく「布告」としてそのまま採用されるにいたった。最終的に「布告」と判断されたものの、裁判事務心得の本旨は、「全国の判決を統一させるため、裁判所における実体法の適用原則を定め¹²⁾た、いわば裁判官への通達的な要素が強いといえよう。第二に、太政官布告は従来、国民にその公布を知らしめる必要性があるため、一般民衆向けの新聞に掲載される場合が多い。当時発刊されていた新聞のひとつである『読売新聞』には、「刊行法令」という欄を設けており、先に挙げた大審院諸裁判所職制章程や控訴上告手続などは掲載されているのに対し、裁判事務心得に関する掲載は見られない。これは本布告が「全国一般へ相達スヘキモノ」ではなく「各庁限り可相心得モノ」としての法令として認識されていたということは出来ないだろうか。以上より、裁判事務心得は「法律」というよりもむしろ「命令」、さらにそのなかでも公文式以降の「国家法規範種別」に掲げる「法規命令」あるいは「閣令¹³⁾」と見做すことが妥当であるように思われる¹⁴⁾。

なお、第76条第1項のいう「現行ノ法令」について、「大日本帝国憲法が念頭においていた『法令』とは、1887年から刊行を始めた慶応3年〔1867年〕以降の維新政府の法令を集めた『法令全書』をおおむね指し、それらが効力ある「法令」という趣旨で立法したと思われる」とする解釈もみられることを付記しておく¹⁵⁾。

以上から、裁判事務心得は「命令」に相当するものであり、大日本帝国憲法第76条第1項のいう「現行ノ法令」に該当すると見ることが出来る。但し、同憲法を直接の「消滅要因」として、裁判事務心得の効力を否定することまでは困難であり、ここでは『法令全書』の編者が裁判事務心得の消滅理由として挙げている裁判所構成法並びに民事訴訟法から検討していかねばなるまい。

2 裁判所構成法（明治23年法律第6号）

明治23（1890）年2月、法律第6号として公布され、同年11月1日より施行され

た裁判所構成法は、大日本帝国憲法下の司法裁判所の構成を定めた法律である。同憲法第 57 条第 2 項には「裁判所ノ構成ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」とある。つまり同条は、「裁判所ノ組織ハ法律ヲ以テ定メ勅令閣令等ヲ以テ定ムルトコロニ非スト云フニ在リ而シテ其所謂ル法律トハ何ソヤ曰ク本年二月八日ヲ以テ公布セラレタル裁判所構成法即チ是レナリ¹⁶」として、我が国の裁判組織に関しては、裁判所構成法が専らその管轄法といえよう。同法の原案起草は、オットー・ルドルフ (Otto Rudolf) に委嘱され、ロessler、モッセ、ボアソナード、カークウッドらの協力を得て作業が進められた。そして「大審院諸裁判所職制章程」「治罪法」「裁判所官制」などによって整備された現存の裁判制度を維持しつつ、1887 年ドイツ裁判所構成法を範として策定された¹⁷。

既述の通り、『法令全書』によれば、裁判事務心得第 3 条の消滅要因は、裁判所構成法及び民事訴訟法にあると認識されている。だが、裁判所構成法に関しては、同法の編纂作業過程において、裁判事務心得とりわけ同第 3 条を議論対象と据えた痕跡が見られず、同心得の消滅を裏付ける実証的根拠を挙示することが出来ない¹⁸。唯一、起草者ルドルフが「抑々日本国ニ将ニ發達セントスル裁判官ハ非情ノ困難ニ遭遇シ今ヤ大ニ其力ヲ尽サハルヘカラス是レ他ナシ裁判所ノ確定セル憲法モナク実地上単ニ親族法及相続法ニ基セル慣習法并ニ各自孤立ノ新法令ニ依ルノミニシテ確乎タル基本アラサレハナリ又仏蘭西法律学者ハ仏法ニ従ヒ、米国ニ学ヒタル裁判官ハ米律ニ従テ判決ヲ下スナラン (…)¹⁹」と述べ、「仏法」や「米法」が条理の具体的指針となっているという当時の日本の司法の現状を問題視していることを確認出来るに過ぎない。

そもそも、裁判所構成法には、各裁判所の「権限竝ニ其ノ裁判権ヲ行フノ範圍及方法ニシテ此ノ法律ニ定メサルモノハ訴訟法又ハ特別法ノ定ムル所ニ依ル²⁰」として、裁判所機構に関する条文のみの整備に専心し、裁判の手續については、自らの内に規定を置かず、訴訟法領域の法令—主に民事訴訟法を指す²¹—に委ねる制度構想があった²²。また、裁判事務心得の「立法変遷」から考えてみても、刑事に関する条項が、刑事法の整備に伴ってその実効性を失ってきている²³ことに鑑みるならば、同布告における民事手續に関わる部分については、その効力を議論する余地を残しているといえよう。

そこで以下では、民事法領域における近代法典化の作業における、裁判事務心得とりわけ同 3 条に関する議論を分析してみることにしよう。

3 民事訴訟法（明治 23 年法律第 29 号）

民事訴訟法の制定過程を振り返るにあたり、本稿ではドイツ人法律顧問テヒョー（Hermann Techow）が同草案の起草を着手することとなった明治 17（1884）年をその起点とする。

同 17 年 3 月、司法省が太政官に「訴訟規則ヲ制定セラレンコト」を上申、民事訴訟法の編纂作業を開始し、翌月の 4 月に、当時の宮内卿伊藤博文がテヒョーに同省で起案中の民事訴訟法案について意見を求めたことがきっかけで、テヒョーが民事訴訟法の起草に携わることとなる。彼はそれを翌 18 年 2 月にひとまず完成させ、その後修正を加え、同年 7 月に修正案を司法卿山田顕義宛に提出した。これが「テヒヤウ氏訴訟規則修正原案」と称されるものである²⁴。

ここで特筆すべき点がある。それはテヒョーが上記の草案を起草している間、司法省では並行して「民事訴訟手続」制定の作業が行なわれていたということである。そしてこの「民事訴訟手続」の内容こそ、裁判事務心得の効力を考える上で重要な意味を持つと思われる。明治 17 年 7 月に司法省は、南部甕男民事局長をはじめとする「訴訟規則取調委員」を任命し、その直後、大審院を除く、各治安裁判所、始審裁判所、控訴裁判所宛に、民事訴訟法制定の材料を収集するため、「現行民事手続ノ儀ニ付至急取調ノ筋有之候条、別紙書式ニ照準シテ其手続詳細ニ掲載シ、本月〔八月〕廿日迄ニ各地差立当省ニ差出候様可致、此旨相達候事」との達を送付した²⁵。その後、南部を責任者とした、5 人の控訴裁判所長、5 人の始審裁判所長による委員たちが、裁判所より収集した回答のなかから「粹ヲ抜テ民事訴訟手続ナルモノ」を選出し、「成文法と慣習法とを基にして、四百九十五条に編纂したものの²⁶」が「民事訴訟手続」である。これはテヒョーにも提供され、「テヒヤウ氏訴訟規則修正原案」の起案の材料となったといわれている。しかしここには、明治 18 年 3 月 6 日の司法省達まで含まれていることから、脱稿は早くともその直後であると推定される²⁷ため、彼の手に渡ったのは、おそらく最初の草案起草を終わらせ、その後に行なった修正作業のときであろう。

この民事訴訟手続には、太政官布告や司法省布達をはじめ、内訓、指令、慣例等を中心に構成されており、その中には裁判事務心得第 3 条の条文が同第 232 条として「第二百三十二條 凡裁判ハ成文ノ法律ニ據リ其法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ條理ヲ推考シテ之ヲ爲スヘキモノトス（明治八年第百三號布告）」と定められている

28。また第 233 条は同布告第 4 条を、第 234 条は同布告第 5 条をそのまま掲げ出している。さらに同第 364 条を見れば、そこには「判決ニ付キ衆議ヲ取ルニハ主任判事判決主旨書ニ左ノ條件ヲ極メテ簡短ニ記シ願書課全員判事ノ回覧ニ付ス（右同第八條）一 原裁判官カ判定シタル事實ノ要點 二 法律（習慣條理ヲ包含ス）及ヒ定規 三 大審院ニ於テ判決シタル舊例²⁹」として、習慣と条理を「法律」の語の中に統括する規定もある。以上の諸事実は、当時の裁判所において裁判事務心得（第 3・4・5 条）が裁判上の重要法令として扱われていたことを示している。そして「法律」という表現の下に慣習や条理が包括され、「定規」に対置されていたという事実は、慣習や条理を、民事判決を導く具体的規準として、訴訟規則取調委員が認識していたことを表している。

その後、「テヒヤウ氏訴訟規則修正原案」に対する日本人委員たちの審議は、明治 18 年 8 月より早速開始され、同年 10 月 10 日まで連日続けられた³⁰。そうした審議の成果として彼らは「委員修正民事訴訟規則」を発表し、テヒョーの意見を容れながら再修正を施し、同 19 年 6 月、「テヒョー草案」として司法大臣山田顕義に提出した。しかしその直後、我が国では条約改正にむけた本格的な法典編纂が開始され、民法や商法等との矛盾を避けるために民事訴訟法は調査されることとなった³¹。その結果、テヒョーによる草案は採用されず、民事訴訟法が施行されるまでにはさらなる時間を要することとなる。これについて、民事訴訟法調査委員今村信行は、「テヒョー氏ハ極テ實際家ナルヲ以テ (...)其國ノ習慣ヲ採用シ之ヲ實際ニ適用セムトスルノ主義ナリ (...)故ニ其結果民法商法裁判所構成法等ノ各法律ニ伴ハス然ルニ今回民法商法等續々發布セラルハニ及ヒテハ固ヨリ訴訟法ノ性質トシテ是等ノ諸法律ニ伴隨スヘキモノナレハ再ヒ其主意ニ從テ之ヲ改定セサルヘカラサルニ至レリ³²」と述べている。

ここで裁判事務心得について考える。民事訴訟手続制定時に示された、同法令を未だ現行法令とする認識は、その後のテヒョー草案の起草段階においてはいかなる評価の下にあったと考えるべきか。これについては、同草案を検討する限りにおいて裁判事務心得第 3 条に該当する条文はなく³³、そして明治 23 年に公布された民事訴訟法にも存しない。このような事実から、テヒョーはもとより、当時の民事訴訟法調査委員の認識の下においても、次第に同心得の効力に対する現行法としての評価を消極的にしていったと想定出来よう。

また裁判事務心得第 3 条に関する効力の是非について、上告に関する条文からもひ

とつの推測を見出すことが出来るかもしれない。これに関連する民事訴訟法の条文は「第四三四条 上告ハ法律ニ違背シタル裁判ナルコトヲ理由トスルトキニ限り之ヲ為スコトヲ得」及び「第四三五条 法則ヲ通用セス又ハ不當ニ適用シタルトキハ法律ニ違背シタルモノトス」である。このうち第 435 条に見られる「法則」について、今村は「法則トハ如何ナル範圍迄包含スル文字ナルヤ」と問題提起をした上で次のように述べている³⁴。

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

ここからも理解出来るように、当時の立法者は「法則」に「成文アル規則法律」及び「習慣」を包含するものの、「条理」をもそこに含ませることには否定的であった。なお、この第 435 条にみられる「法則」たる語は、起草当初から存したのではなく、その途中で書き換えられており、起草当初は「法律」という文言になっている。書き換えられた時期は明治 21 年と推定される³⁵が、ここでは、明治 17 年の「民事訴訟手続」が第 364 条における「法律」を「習慣條理ヲ包含ス」るものと理解したのに対し、施行された民事訴訟法では同第 435 条より、その対象を所謂“法律”のみに限定し³⁶、慣習法に関しては「法則」のひとつとしてその効力を認め、法源としての条理についてはもはや考慮の内には収めなかったという経緯を確認しておきたい。当時の立法担当者における条理認識の変化をここに窺うことが出来よう。

4 旧民法証拠編第 9 条

明治 13 (1880) 年以来、ボアソナードを中心に民法編纂作業が開始され、ボアソナードはそのうち、民法草案財産編、財産取得編 (第一部)、債権担保編、証拠編の起草を任された。その後、ボアソナードが起草したこれらの草案は、日本人委員によって

邦訳・整理され、司法省の法律取調委員会、元老院、枢密院等の議を経て、明治 23 年 4 月 10 日に公布された³⁷。こうして出来上がったいわゆる旧民法は、主にフランス法を参照したものであるが、フランス民法典のように証拠法を債務法の規定中に置くのではなく、証拠に関する一般規則として独立した編（証拠編）を設けて規定したところに特色があるとされており、後の民法典論争でも、大きな批判的的となっていく³⁸。このうちの第 9 条には、「事実ニ争ナク法律ノ点ノミニ争ノ存スルトキハ判事ハ当事者又ハ其代人ノ陳述ヲ聴キ法律ノ規定ヲ其精神ト明文トニ依リテ解釈シ且条理ト公道トノ普通原則ニ依リテ之ヲ補完シ自己ノ心証ヲ取ル（Si le litige porte seulement sur un point de droit, au sujet de faits non contestés, le juge, après avoir entendu les parties ou leurs conseils, tire sa conviction des dispositions de la loi interprétée dans son esprit autant que dans ses termes et suppléée par les principes généraux de l'équité et de la raison.³⁹）」という内容の条文が定められている⁴⁰。これは「条理」解釈の思想的背景を裏付けるものであると考えられるため、以下、考察を行なっていきたい。

「民法理由書」⁴¹によると、本条は訴訟の事実には争いがなく、法律の適用にのみ争いが生じた場合、「裁判所ハ自ラ確認スル所ニ従ヒ法律ノ適用ヲ決スルコト」を定めた規定である。そしてその際には「夫シ法律ニ明文之レ有ラサルカ又ハ明文アルモ不完全ナル所アランカ判事ハ一般ノ原則ト公義ト正理トヲ以テ法律ノ不備ヲ補ヒ争論ヲ判決スヘシ」「斯ノ如ク法律ノ明文ナラサル所ニ於テモ尚ホ條理ニ基テ裁判ヲ為サシムル」として、適用すべき法律が存在しない場合には、「一般ノ原則、公義、正理」つまり「條理」に基づいて判決を出すことが求められた。

それでは、ここでいう「條理」とは何か。旧民法の編纂にも携わった磯部四郎によると⁴²、これは「交際ノ關係ヲ離レタル純理」⁴³であると定義づけている。即ち、普遍的・絶対的な「理」を意味しているといえよう。これに対し、条理と並列されて「普通原則」と見做されている「公道」については、条理とともに「無形ノ正理的ヲ表示スル語意」⁴⁴であるが、「交際ノ關係ニ於テ許ス實理」⁴⁵である。つまり、実際の生活をする上で生じる理であり、時代や場所で異なってくるものであるといえよう。未だに民法や商法の施行がなされていない我が国の現在においては、法律の不備によって生じる困難は当然にして生じてくる問題であり、また仮に法律があったとしても、これは立法官の創造物にすぎないため、あらゆる現象を予期する事が出来ない。その

ため、法律を直接に事実に適用出来ないことが時として出てきてしまうことは止むを得ない。しかしながら、裁判官がある事実に適用すべき法律がないからといって、裁判を拒否することが出来ない。従って、その場合において、裁判官は、常に「條理ト公道トノ普通原則ニ依リテ之ヲ完補」⁴⁶しなければならないのであった。但し、(旧)民法編纂者は、この法典つまり旧民法が施行されることで、事態はそれ以前とは異なっていくであろうと示唆している。確かに法律といえども完全なものではなく、あらゆる場面に対応することは不可能であるが、法典が施行された後、そこに明文の不備があった場合には、判事は公義や正理に従って判断する以前に、まず成文法の一般原則に依拠することが求められることとなるとした⁴⁷。

そしてこの証拠編第9条は、フランス民法第4条（「法律ノ不備、法律ノ不委、法律の所缺ヲ以テ口實トシ裁判ヲ爲スヲ肯セサル裁判役ハ漫ニ裁判ヲセサルノ罪アリトシテ訴訟ヲ受ク可シ」⁴⁸）に倣って制定されたことが明らかになっている。これについては、ボアソナード自身が起稿した、旧民法草案の注釈書の中で、この条文は「佛國民法ノ成規ヲ移スモノナリ佛國民法ノ成規ニ『法律ノ欠缺、不明若クハ不備ヲ口實トシテ裁判スルコトヲ否拒スル』ヲ裁判官ニ禁セリ（第四條）⁴⁹」と明言されているし、また梅謙次郎も、明治23年以降に和仏法律学校で行なった旧民法証拠編の講義の中で、第9条の説明をする際、「佛國民法第4條ヲ参照セヨ」⁵⁰と述べている。その一方で、民法理由書をはじめとするあらゆる関連資料において、裁判事務心得に関する記述は一切見ることが出来ない。

ここで「旧民法証拠編講義」の中で語られた、梅による証拠編第9条の評価について一言しておこう。というのも、この講義では、「[梅による]旧民法への熱き批判とともに、近い将来の民法改正をにらんだ立法意見が数多く提示されており、民法改正にあたってはそれらの意見が反映された箇所が少なくない⁵¹」からである。そこで、第9条に関する梅の評価であるが、「余ハ其蛇足ニシテ且ツ之ヲ證據編中ニ掲クルハ其處ヲ得スト信スルナリ(...)證書ノ解釋ハ判事ノ考覈中ニ掲ケス而シテ唯リ法律ノ解釋ヲ掲クルモノハ何ソヤ(...)證據編第九條ニ掲クル所ヲ法文中ニ記載スヘキモノトスルモ或ハ近々發布アルヘシト噂スル法例中ニ記載スヘシ敢テ證據編中ニ記載スヘカラサルナリ⁵²」といった、同条のような内容をもった条文を証拠編に定めることに否定的であることが理解出来る。なお、この引用中に見られる「法例」とは、明治23年法律第97号「旧法例」のことを指している。

こうした梅の意見が、その後の民法編纂過程において、どれくらい反映したのかはわからないが、その後、明治 25 年に「民法及商法施行延期法律案」が帝国議会で議決され、翌 26 年に法典審査会が設置されると、法典調査規定理由書第 8 条「民法証拠編ニ掲クル規定ハ時効ニ関スルモノヲ除クノ外ハ其法規ノ性質上訴訟法ニ属スヘキモノ多シ故ニ民事訴訟法ニ改正ヲ加ヘテ之に編入スルヲ可トス」に基づき、証拠編のうち証拠に関する規定は民事訴訟法に編入されることとなった⁵³。しかし、管見の限りではあるが、同 9 条と同趣旨の規定を、民事訴訟法に見出すことは出来ない。

以上より、法律の補充として「条理」に基づき解釈することを明言した規定が旧民法の中に見られること、そしてそこに明文化された「条理」とは、ボアソナードの自然法思想と大いに関連するものであることが理解出来た。尤も、この「旧民法証拠編」自体は、施行を見送られたことから、こうした立法は実現しなかったものの、次に掲げる起草者としてのボアソナードの説明には、注目すべき論点が見出せる⁵⁴。

〔フランスにおいて〕民法典が条項に不足し得るものを補うために自然法に準拠していることは確かである。最も顕著なのは、証拠に関して裁判官に対し、「法の解釈において、裁判官はその文言と同様にその理念を深く理解せねばならず、また条理の原則 (*principes de l'Équité et de la Raison*) によって法を補わなければならない」と述べている点である。(…)〔日本においてもまた、〕民法典及び商法典の 2 つの私法典の公布前には、私法に関する勅令の数は少なく、特別なものであった。そのため裁判官は大半の訴訟について、慣例や慣習を適用し、またそれらが不十分だった場合には、その地域の判例を適用して判決を下していた。(…)通常、それらは、衡平 (*Équité*) あるいは正義 (*Justice*)、理 (*Raison*) あるいは実利 (*Utilité pratique*) にかなっていたのであるから、それらが、普遍法 (*Droit universel*) の適用、つまり自然法の適用以外の何ものでもないことを十分に認めなければならない。

無論、この引用の限りでも、ボアソナードは明治 8 年制定の裁判事務心得に直接的には言及しない。しかし立法の未整備な状況下での法適用につき、「条理」の果たす機能に注目していることは事実であり、その「条理」の内容は、*Équité* と *Justice* にあったとするボアソナードの理解をここでは確認しておこう。

5 法例（明治 23 年 10 月 6 日法律第 97 号 / 明治 31 年 6 月 21 日法律第 10 号）

「法例」というと、通常「明治 31 年法律第 10 号」が想起されるが、ここでまず論ずるべきは、所謂「旧法例」である。これは「〔旧〕民法其他の法典が公布された際に、法律第九十七號を以て、一般法律に通ずる例則を發布して、之を法例と稱した⁵⁵」「明治 23 年法律第 97 号」であり、同 31 年法律第 10 号の「法例」と区別するため、「旧法例」と称されている。旧法例は同 26（1893）年 1 月 1 日より施行される予定であったが、民法典論争の結果、延期が決定し、明治 31 年法律第 10 号の施行により廃止されるに至った⁵⁶。これら新旧両法例とも「一般法律の適用に関する通則」を規定する「特別法」⁵⁷として位置づけられている。また両者は、民法典編纂の範囲内で調査が行なわれており、当初から民法とは強く関連付けられた法規範であったことが理解されよう⁵⁸。

旧法例は第 1 条から第 17 条までの条文で構成されており、明治 31 年にこれにかわって施行された「法例」の第 2 条にみられるような、慣習に関する規定は未だ存していない。しかし草案段階において削除された条文のうち、第 22 条から第 26 条までの規定はすべて「裁判官ノ法律適用ニ付テノ條款⁵⁹」であり、その中の特に第 22 条には「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關スル法律ノ條例ヲ適用スヘシ」といった内容の規定が置かれている。つまり、裁判事務心得第 3 条にも見られる「裁判官の法適用」についての規定をその草案段階において設けていたという事実がここに確認することが出来よう。そこで以下では、同 22 条を同心得第 3 条との関わりで考察することにした。

草案第 22 条に関する、裁判所や司法官の「意見書」を見てみると、原案論者と修正論者との間で意見が対立しており、その対立要因が「条理」の扱い方にあることに気づく。まず原案論者の意見は次のようなものである⁶⁰。

原案論者曰成文法ノ要ハ社會蔓般ノ現象ヲ網羅シテ又遺ス所ナキニ在リ然レトモ有限ノ法條ヲ以テ無限ノ現象ヲ豫定シ得ヘキ者ニ非サレハ立法者ハ特ニ茲ニ比附援引ヲ許シタルナリ裁判官ニシテ比附援引ヲナスコトヲ得ハ事件ヲ判斷スルニ足ラサル所ナク又何ソ條理ニ訴フルコトヲ須ヒンヤ彼ノ條理ニ依ルカ如キハニ裁判官ノ腦裏ノ判斷ニ任スル者ナレハ最モ危険ニシテ決シテ立法者ノ意ニ非サルナリト又曰比

附援引ヲナス能ハサル場合ニ於テ裁判官カ條理ニ依テ判斷スルハ當然ノコトニシテ
特ニ法律ニ明記スルニ及ハス故ニ原案ヲ可トス

一方では、条理による判断は危険なものであり、立法者の意に反するものといいつつも、他方では適用する法律がない場合、裁判官が条理で判断するのは当然なのでわざわざ明記する必要はないとも述べている。見解の相違こそあるが、条理を適用する旨を法例に規定することに否定的な見解がこの原案論者によるものである。

それに対する修正論者はどうだろうか。修正論の中にもまた 2 つの意見があり、それぞれ「甲修正論」「乙修正論」となっている⁶¹。

甲修正論者曰ク (...)第二十四條ト第二十二條ヲ併セテ左ノ如ク改正スヘシト「第二十二條法律ノ不備若クハ欠缺アルトキハ判事ハ其裁判スヘキ事件ト同様ノ場合又ハ類似ノ事項ニ關スル法律ノ條例ヲ適用スヘシ(第一項)「若シ適用ス可キ法律ノ條例ナキトキハ慣習ニ依リ慣習ナキトキハ條理ニ依リ裁判スヘシ」(第二項)

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

第 24 条（「判事ハ法律ノ特ニ慣習ニ譲リタル場合ニ非サレハ慣習ニ據リ裁判スル事ヲ得ス」）の扱い方に関する見解の相違はあるものの、修正論者の共通の主張は、条理の適用を明文化するという点にあるといえよう。その他にも例えば、東京控訴院評定官北村泰一外 5 名による「第二十二條ノ末尾ニ若シ適用スヘキ法律ナキ時ハ條理ニ依ルヘシノ數字ヲ加フルハ必要ナルヘシ⁶²」といった、第 24 条との関連性は考慮せず、第 22 条に「条理」たる文言を加入すべき旨を主張するものもある。

しかし結果的にはこのような議論も意味をなさず、この条文は削除されるに至った。これについては、明治 23 年 1 月 31 日「法例修正案」の中に「第二十二條乃至第二十

八條刪除」と記されており、その理由は「此諸條項ニ載スル所ノ規定ハ單ニ法律解釋ノ方針ヲ裁判官ニ示スニ止マリ全ク學理ノ範圍ニ屬スヘキ事項ニシテ法律ノ特ニ定ムヘキモノニアラサルニ因ル」とされている⁶³。

このような裁判官の法令解釈に関する条文は、明治 31 年施行の「法例」にも存在しない。寧ろ、これを意図的に規定しなかったことが明らかになっている。蓋し、法典編纂の際に行なわれた民法主査会での「法例」に関する審議の中で「法令ノ解釋ニ關スル規程ハ之ヲ法例中ニ掲ケサル事」との事項がある。そのなかの起草委員穂積陳重と主査委員横田国臣のやり取りを引用すると次の通りである⁶⁴。

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

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

穂積陳重君 其積リデアリマス

上記の発言において、陳重は、裁判官は「法學ノ普通ノ原理」「自然法ノ原則」といった原理については既に心得ており、明文化する必要性を見出せないことを理由に「法令の解釈に関する条文」は設けないとの見解を示している。ここに「条理」という表現は見出せないにしても、その主旨は陳重の挙げる「法學ノ普通ノ原理」に含意されていると推測出来ないであろうか。

また明治 31 年「法例」では、解釈方法の規定は設けなかったものの、「慣習ノ效力ニ關スル規程ヲ掲グル事」は重要な課題のひとつであった。それは法例第 2 条「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限り法律ト同一ノ效力ヲ有ス」に明文化されている。同条

の制定目的に関して、穂積陳重は、「(..)何レノ國デモ法典編纂ノアツタ時ニハ必ず法典ト慣習法即チ從來存シテ居ツタ慣例ノ効力ニ關スル問題ハ起ルモノノ様ニ思ツテ居リマス我國ニハ勿論商法第一條ニ商法ノ成規ト商慣習トノ關係ハ規定シテアリマスガ民法ト民事慣習トノ關係ノ規定ハアリマセヌ且ツ一般ノ成文法ト慣習ノ効力ノ關係モアリマセヌ又夫レデ日本デハ是迄ハ民事ノ事杯ハ重モニ慣習ニ依テ裁判シテ居タノデアリマセウガ今度法典調査ノ結果トシテ此ノ法典ガ實施ニナル時ハ是等ノ問題モ起ツテ來マセウカラ(..)大體ノ事ヲ規定シテ置カウト云フノデアリマス⁶⁵」と述べている。そして『法例議事速記録』によると、同第2条の制定の参照法令として「八年六月一〇三號告三」「十二年二月司法省丁九號達」が挙げられており⁶⁶、裁判事務心得第3条の「習慣」部分のみが参照されたことがわかる。このように裁判事務心得第3条に規定された「成文法」は、明治31年7月施行の「明治民法典」によって法典化され、また「習慣」は、同31年6月「法例」の第2条の規定によって、法律と同一の効力を与えられ、国家法規範内での位置付けを確立させたことで、同心得第3条に規定される法源の位階制の中からそれぞれ分離される形になった。それに対し「条理」は、その後も明文化されることなく、その存在自体に関しても賛否両論が生じ、その立法上の位置付けにおいて、尚一層、不明瞭な存在となっていくのである。

以上、各法令集にみる裁判事務心得の効力への理解について整理し、また『法令全書』の編者が同心得第3条を「消滅」と判断した背景を推察する目的で、各法典の編纂過程を通して若干の考察を試みた。その結果、民事領域の各法典—民事訴訟法、旧民法及び法例（旧法例・法例）—からは興味深い事実を見出すことが出来た。まず民事訴訟法の編纂過程からは、明治17年時の「民事訴訟手続」の中で、裁判事務心得の効力を是認する法規も見られたが、同23年の民事訴訟法においてはそれがもはや見出せなくなったという事実を明らかにした。旧民法の編纂過程からは、証拠編第9条で法律の補充としての「条理」が明言されていたものの、明治29年に旧民法が廃止されたことにより、同条は結局のところ、法律としての効力をもつことすらなかった。また法例の編纂過程からは、旧法例の編纂時から、既に、裁判官の法令解釈に関する条文を定めることに否定的な傾向にあったこと、そして明治31年「法例」の第2条を制定する際には、同心得の「習慣」部分のみが参照されていたことがわかった。これらの事実はいずれも『法令全書』の編者の知るところであったのかはわからない。だが、

編者が同心得を「消滅」と評価せざるを得なかった立法史的背景を再現することが出来よう⁶⁷。

また本章では、当時において、成文法体制が確立するまでの暫時的な方便として「条理」を位置づける法制的場面における理解と、裁判官の事実上の指針として「条理」を位置づける法適用的場面における理解との対峙する関係があったことも併せて理解する必要があるだろう。つまり、制定者にとっての条理とは、あくまで法典が出来るまでの応急措置的な意味合いにすぎず、彼らは成文法や慣習法の確立をより重視していた。従って法制度が形成され、各種の法令が世に出されるにつれ、実定的裁判規範の所在を規定した裁判事務心得の意義は次第に薄らいでいったのである。その一方、法律が無いという理由で裁判（民事裁判）を拒否することが禁じられている、裁判官に代表される法の適用者にとっての条理とは、裁判を進行させるために必要不可欠なものであり、そこには条理に依らざるを得ない現実があった。そこで、彼らの必要視する「条理」とは何か、そして裁判事務心得はどのような関わりをもって説明出来るかについては、次章以降で検討していくこととする。

¹ 『法令全書』を刊行している内閣官報局は、明治18年12月に「〔太政官〕文書局ヲ廢シ」設置され、「慶應丁卯ヨリ明治一七年ニ至ル十有七年間餘ニ發布セル法令ヲ編纂スルニ至リ(...)斯編纂ハ十九年三月ヲ以テ始業」している。そして「改廢沿革アルモノハ欄外ニ標記シテ現行ノモノト互參覽スルノ便ヲ計リ尚ホ毎卷ノ末ニ改廢表ヲ附シ各年ニ於ケル法令ノ現非ヲ一目瞭然ナラシム」としている。（『法令全書索引（甲）』（内閣官報局、明治20年）2-4頁。）また『法令全書』の編者については、裁判事務心得が「消滅」と判断されたのは明治23年であるため、編者となり得るのは同19年から23年の間の官報局の構成員であると推測出来る。同19年以降の『職員録』を見ると、同局の構成員は多少の移動による変更はあるものの、殆ど同一であると言ってよい。従って以下には、明治23年度の構成員を挙げておく。（『職員録（甲）（明治二十三年十二月十日現在）』内閣官報局（マイクロフィルム、国立公文書館蔵））：

局長 高橋健三 編輯課長 古川常一郎 翻訳課長 濱田健次郎 庶務課長 小原澤重雄
印刷課長 西田廣規(技手) 屬 大島良逸 川田徳次郎 長尾俊二郎 田内憲晁 河野頼之
蛭江曉村 周田松輔 依田頼之 吉村彌太郎 小林定修 内川義章 中村省三 關信行 小
林延世 平澤最章 竹内政五郎 佐野數定 白尾一也 市川春蔵 黒羽教孝 外山光芳 殿
村政義 技手 野村莠

² 『法令全書』編者の解釈した「二十三年法律第六号第二十九号ニ依リ」消滅・参看

すべき法令を見てみると、①「裁判事務心得」関連の布告・達 ②「勸解」に関する布達 ③「大審院諸裁判所職制章程及控訴上告手續」関連の布告 ④行政訴訟関連の布達・達の4つの大きなグループに分けることが出来る（下表参照）。そのうちの②～④に関しては、「二十三年法律第六号第二十九号ニ依リ」効力をもはや持つことが不可能となったことが、各法令の変遷過程を見れば明らかになっている。②に関しては、勸解制度自体が、民事訴訟法の制定に伴い廃止されている。（牧英正・藤原明久編『日本法制史』青林書院、2005年、320頁）③については、明治10年の太政官第19号布告により改革された大審院諸裁判所職制章程及び控訴上告手續は、明治19年の裁判所官制によって改正、同法令もまた明治23年の裁判所構成法によって失効の運命を辿っている。（岩谷十郎『明治日本の法解釈と法律家』（慶應義塾大学法学研究会、2012年）57頁）④についてもまた、明治22年に大日本帝国憲法が制定され、同憲法にて行政裁判所が定められたことにより、行政訴訟の管轄が行政裁判所に移行した。従ってここに挙げられた布達・達は、民事訴訟法や裁判所構成法と「相抵触」するため、「消滅」は理に適った結果である。それに対し①は、民事訴訟法や裁判所構成法の条文からは直接的な根拠を見出すことは出来ない。なお、①のグループには、裁判事務心得に関連する明治12年司法省丁第1号第9号達（第四章第四節参照）も属しており、「消滅」との判断が下されている。

【表】『法令全書』編者の解釈した「二十三年法律第六号第二十九号ニ依リ」消滅・参看すべき法令一覧

從 明治元年 至 明治十七年		法令改廢表	明治二十三年十二月三十一日調		
	改廢	年次	官廳名	符號番號	
①	二十三年法律第六號第二十九號ニ依リ消滅	八年	太政官	第百三號布告	
	二十三年法律第六號第二十九號ニ依リ消滅	十二年	司法省	丁第一號達 丁第九號達	
②	二十三年法律第六號第二十九號ニ依リ消滅	九年	司法省	甲第十七號布達	
③	二十三年法律第六號第二十九號第五十號参看	十年	太政官	第十九號布告	
④	二十三年法律第六號第二十九號ニ依リ消滅	八年	司法省	甲第五號布達	
	二十三年法律第六號第二十九號参看	九年	司法省	第五號達	
	二十三年法律第六號第二十九號第四十八號ニ依リ消滅	十二年	司法省	丁第十五號達 丁第十八號達 丁第十九號達 丁第二十號達	

ここであわせて注目すべきなのは、勸解と裁判事務心得が共に「二十三年法律第六号第二十九号ニ依リ」効力を持つことが不可能となった点である。当時は、裁判件数が非常に多かったため、条理裁判が行なわれることで、敏速な対応をしていたことは前述の通りである。また、裁判所機構の不完全性を補助する必要から、勸解制度が積極的に導入されていた。しかし勸解制度に関しては、「裁判所構成法制定以降、裁判所機構の整備するにしたがって勸解制度は(...)重要性を失うにいた」ったことが明らかになっている（染野義信『近代的轉換における裁判制度』（勁草書房、1988年）120頁）。近年、裁判事務心得第3条を勸解との関連性のなかで論じていく学説（石田穰「スイ

ス民法1条の法源イデオロギー」(同『民法学の基礎』(有斐閣、昭和51年)所収))があるが、上記の事実を鑑みれば、裁判制度の不備を補充する役割を担うために、両者が密接なかかわりを持っていた可能性は高く、そうすると、勸解制度とともに条理裁判もまた、裁判所構成法の整備に伴い、その意義を失っていったと言えるかもしれない。なお、勸解制度に関する研究として、林真貴子「勸解制度消滅の経緯とその論理」(『阪大法学』第46巻第1号、1996年)、同「紛争解決制度形成過程における勸解前置の役割」(『阪大法学』第46巻第6号、1997年)を挙げておく。

³ 『法令全書 自慶應三年十月至明治元年十二月』(内閣官房局、明治20年)4頁。

⁴ 岩谷前掲『明治日本の法解釈と法律家』54頁。

⁵ 広中俊雄『民法綱要第一巻総論』(創文社、1989年)42頁。

⁶ 本章の〔表1〕のなかで挙げた『現行類聚法規大全』は、内閣官報局の構成員(注1参照のこと)のひとりである内川義章の編纂によるものである。『現行類聚法規大全』からは裁判事務心得を「現行」の法規として確認することは出来ない。内閣官報局による「消滅」との見解に配慮しての判断であろうか。

⁷ 杉山直治郎「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」(同『法源と解釋』(有斐閣、1969年(1957年初版))28頁以下参照。

⁸ 岩谷前掲『明治日本の法解釈と法律家』13頁。

⁹ また、「大日本帝国憲法の逐条解説書」として、伊藤博文によって著された『憲法義解』という書物がある。これは「明治二一年の枢密院における憲法草案審議に際して各顧問官に配布された蒔蕪版の『原案理由書』ともいうべき資料」であり、その意味において「半官的性格」を持つため、「ほぼ公定の理由書といえる性質を持つもの」として把握されている。そして特に同書における第76条の説明は、「維新以降、大日本帝国憲法を終着点とする期間に展開した法令の発令や公布についての基本システムの変遷を簡潔にまとめた」ものとして評価されている。(岩谷前掲『明治日本の法解釈と法律家』37頁(注10))

¹⁰ 岩谷前掲『明治日本の法解釈と法律家』14頁。

¹¹ 岩谷前掲『明治日本の法解釈と法律家』12頁(「国家法規範形式照合表」)参照。

¹² 村上一博「明治初期の裁判基準」(『商経学雑誌』第11巻第1号、1992年)97頁。

¹³ 法典編纂の際に行なわれた民法主査会における決議の際に起草委員である穂積陳重が「〔裁判事務心得のような〕規程ノアルノハ知ツテ居リマス併シ夫レハ有ツテモ閣令位ヒナモノデアツタト思ツテ居リマス」と述べている点は非常に興味深い。(第六章第一節参照)その直後、こうした発言に対して「布告デアリマス」といった合いの手が入られる事で、陳重は裁判事務心得を「布告」と修正したが、本文に記した通り、布告のなかにも「命令」的な位置付けのものが存していた以上、裁判事務心得が閣令のような意味合いを有していた可能性は十分にあったとは考えられないだろうか。

¹⁴ 一方、杉山は、裁判事務心得を「普通法律」とであると断定し(杉山前掲「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」29頁)、さらに、大日本帝国憲法第57条第1項「司法権ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」の「法律」とは「慣習法乃至條理をも含むことは疑ひを容れない」と述べている。(同31頁。)

¹⁵ 原秀成『日本国憲法制定の系譜 III』(日本評論社、2006年)685頁。

¹⁶ 樋山資之「裁判所構成法講義」(『法学協会雑誌』第77号、明治23年)558頁。

¹⁷ 浅古弘・伊藤孝夫・植田信廣・神保文夫編『日本法制史』(青林書院、2012年(第3刷))284頁及び同「西欧型裁判の成立(基礎法・特別法講義 XI)」(『法学教室』No.281、2004年)104頁。またこれは「従来のフランス型の司法制度をドイツ型の司法制度に体系的に統一し」たことを意味しているといえよう。(山中永之佑編『新・日本近代法

論』(法律文化社、2006年(第3版))190頁。)

¹⁸ 本稿で調査した、裁判所構成法についての資料として、新井勉、蕪山巖、小柳春一郎著『近代日本司法制度史』(信山社、2011年)、小柳春一郎・蕪山巖編『裁判所構成法(日本立法資料全集94)』(信山社、2010年)、「帝国司法裁判所構成法草案議事速記」(法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書25』商事法務研究会、昭和61年)「裁判所構成法議事速記録」(同『日本近代立法資料叢書25』)、染野前掲『近代的転換における裁判制度』128頁以下を挙げておく。同法に関する資料調査は今後も継続し、裁判事務心得の効力に関する情報を得られ次第、再考したい。

¹⁹ 「ルードルフ氏裁判所巡回報告書」(小柳・蕪山前掲『裁判所構成法(日本立法資料全集94)』713頁。)

²⁰ 区裁判所については第17条、地方裁判所については第30条、控訴院については第39条、大審院については第52条にそれぞれ規定がある。

²¹ 新井、蕪山、小柳前掲『近代日本司法制度史』96-97頁。

²² 新井、蕪山、小柳前掲『近代日本司法制度史』96-97頁。

²³ 杉山前掲「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」28頁。

ここで杉山は、治罪法による裁判事務心得第1条の「改正」を「第一次の變遷」と理解し、「布告第百三號の條理裁判は刑事に就ては發布後四年半にて廢止された」と断言している。

²⁴ 鈴木正裕『近代民事訴訟法史・日本』(有斐閣、2004年)73頁。

²⁵ 鈴木前掲『近代民事訴訟法史・日本』60頁。

²⁶ 石井前掲『明治文化史2法制編』417頁。

²⁷ 鈴木前掲『近代民事訴訟法史・日本』61頁。

「民事訴訟手続」の成立時期については様々な見解があり、例えば兼子一博士は明治15年、染野義信博士は明治17年3月頃と推定している。(鈴木前掲『近代民事訴訟法史・日本』68-69頁)本稿では、鈴木神戸大学名誉教授の説が最も説得力があると判断した為、同氏の説に従う。

²⁸ 本稿では「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』商事法務研究会、昭和60年)を主に参照した。これは「民事訴訟手続」の中に司法省法律顧問カークウッド(William M. H. Kirkwood)による意見書が合載の形で組み込まれたものである。その他にも、現在東京大学の近代法制資料センターの「田部文書」として保管されている「民事訴訟手続」(田部文書蔵)や、東京大学総合図書館に所蔵されている「民事訴訟手続」(東京大学総合図書館蔵)がある。東京大学総合図書館所蔵のものは、他の二資料と比べ、条文数も多く、編別にも差異が見られる。裁判事務心得第3条を参照したこの条文も、田部文書のものは本稿で採用したものと同じく第232条に規定されているが、東京大学総合図書館のものは第276条となっている。(松本博之、徳田和幸編『日本立法資料全集191民事訴訟法〔明治編〕(1)』(信山社、2008年)28頁以下、同編『日本立法資料全集193民事訴訟法〔明治編〕(3)』(信山社、2008年)386・440頁参照。)なお、カークウッドについては、手塚豊「司法省御雇い外人カークード」(『明治史研究雑纂(手塚豊著作集第10巻)』(慶應通信、平成6年)205頁以下)、末木孝典「司法省顧問カークウッドと明治政府」(『日本歴史』第759号、2011年)55頁以下)に詳しい。

²⁹ 第364条に関しては、前掲「田部文書」の方が「現行民事訴訟手続及カークード氏意見書」よりも適切な表現がなされていると判断したため、同文書の条文を引用した。(松本・徳田前掲『日本立法資料全集193民事訴訟法〔明治編〕(3)』398頁。)

³⁰ 鈴木前掲『近代民事訴訟法史・日本』80頁。

- 31 松本・徳田前掲『日本立法資料全集 191 民事訴訟法〔明治編〕(1)』12頁。
- 32 今村信行『民事訴訟手續 完』(八尾活版所、明治27年(再版))6-7頁。
- 33 「訴訟法原案 完」(XB500 S3-1)「訴訟法規則修正案」(XB500 S6-1)「テヒャウ氏 訴訟規則修正原案」(XB500 T1-7)「哲憑氏訴訟規則翻訳原案修正 完」(XB500 T1-5)「訴訟法草案 完」(XB500 S13-1,T1-6)(法務図書館所蔵 マイクロフィルム)
- 34 今村前掲『民事訴訟手續 完』126-128頁。
- 35 「民事訴訟再調査案」(法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書 23』商事法務研究会、昭和61年)の第435条条文に初めて「法則(マツ)ヲ通用セス又ハ不當ニ適用シタルトキハ法律ニ違背シタルモノトス」の文言が規定された。この条文の上には「十一月六日」と記されており、また再調査開始日が、明治21年9月7日(同条について議決されたのは10月18日)であることから、第435条条文の書き換えは明治21年11月である可能性が高いと思われる。
- 36 この“法律”の概念については、明治19年に成立した「公文式」(同年勅令第1号)の規定する「法律」の定義が影響を及ぼしたと考えられよう。明治期の法令形式の変遷と公文式の関係については、岩谷前掲『明治日本の法解釈と法律家』9頁以下を参照のこと。
- 37 山中前掲『新・日本近代法論』48頁。
親族法にあたる人事編(第1条-第501条)と、相続法にあたる財産取得編の一部(第1501-第1968条)は、はじめから熊野敏三、磯部四郎ら日本人がその起草にあたった。これらもまた、元老院で極めて保守的に修正されたものの、枢密院の議を経て、明治23年10月7日に公布され、ポアソナードが起草した部分とあわせて、明治26年1月1日から施行されることとなっていた。(野田他前掲「日本における外国法の摂取」190-191頁参照)
- 38 吉井啓子「梅謙次郎と旧民法証拠編」(梅謙次郎『日本民法証拠編講義』(新青出版、2002年(復刻版)所収))2頁。なお、この旧民法証拠編は、全164条から成り、「第1部 証拠」「第2部 時効」という構成をとっている。
- 39 『〔仏語公定訳〕日本帝国民法典並びに立法理由書 第1巻』(信山社、1993年(復刻版))482頁。
- 40 また、旧民法草案の段階では、第5編「證據及ヒ時効」の第1822条として、「若シ争ハレサル事實ニ關シ法律ノ點ノミニ争ノ存スルトキハ裁判所ハ當事者又ハ其代辯人ノ陳述ヲ聽キタル後其精神ト其明文トニ因リ解釋シ且公正ト條理トノ普通原則ニ因リテ完補ス可キトキハ之ヲ以テ完補シタル法律ノ條例トニ基キ自己ノ心證ヲ取ル」と定められている。(『ポアソナード氏起稿 再閱修正民法草案註釋第5編』(出版社、出版年不明)42頁。)
- 41 城教馬訳『民法理由書(旧民法)証拠編全』(司法省)を参照のこと。
なお、上記の翻訳書は、“CODE CIVIL DE L'EMPIRE DU JAPON ACCOMPAGNÉ D'UN EXPOSÉ DES MOTIFS”(TOKIO,1891)(『〔仏語公定訳〕日本帝国民法典並びに立法理由書 第4巻』(信山社、1993年(復刻版)))に見られるポアソナードの理由書と内容が合致しているため、これの邦訳であることがわかるだろう。
- 42 磯部四郎講述『民法証拠編講義』(明治法律学校講法会、1891年)30~36頁に証拠編9条の解説が見られる。
- 43 磯部前掲『民法証拠編講義』35頁。
- 44 磯部前掲『民法証拠編講義』34頁。
- 45 磯部前掲『民法証拠編講義』35頁。

-
- 46 磯部前掲『民法証拠編講義』35頁。
- 47 城前掲『民法理由書（旧民法）証拠編全』参照。
- 48 翻訳局訳述『仏蘭西法律書』（印刷局印行、明治8年4月）26頁。
- 49 前掲『ボアソナード氏起稿 再閲修正民法草案註釈第5編』43頁。
- 50 梅前掲『日本民法証拠編講義』4頁。
- 51 吉井前掲「梅謙次郎と旧民法証拠編」4頁。
- 52 梅前掲『日本民法証拠編講義』4頁。
- 53 吉井前掲「梅謙次郎と旧民法証拠編」4頁。
- 54 G. BOISSONADE, LES ANCIENNES COUTUMES DU JAPON ET LE NOUVEAU CODE CIVIL, À L'OCCASION D'UNE DOUBLE PUBLICATION DE M. JOHN HENRY WIGMORE, in ; Revue Française du Japon No.24, 1893, p.409-410.
- 55 穂積陳重『法窓夜話』（有斐閣、大正15年）185頁。
- 56 なお、明治31年の法例は、平成18年法律第78号「法の適用に関する通則法」として全面改正がなされ、廃止されるに至った。
- 57 岸本辰雄講述『法例講義』（講法会、明治31年）2頁。「民法主査会 第一回議事速記録」（「法典主査会 民法主査会議事速記録」（法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書13』商事法務研究会、昭和63年））2頁参照。
- 58 穂積重遠『民法總論』（有斐閣、大正10年）19頁以下の「民法関係法令表」に「法例（明治三一年法一〇）」が挙げられている。尤も現在では民法典の「付屬法」にも、また「補充法」にも「法例」を見つけることは困難であるように思われる。（広中前掲『民法綱要第1巻総論』56-57頁。）
- 59 「法例并ニ人事編及ヒ獲得編ニ關スル意見書」（「民法編纂ニ關スル裁判所及司法官意見書」（法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書16』商事法務研究会、平成元年））11頁。なお、同草案第21条も裁判官の法律適用に関する条文であるが、これは削除されることなく、最終的に旧法例第17条として規定された。
- 60 前掲「法例并ニ人事編及ヒ獲得編ニ關スル意見書」13頁。
- 61 前掲「法例并ニ人事編及ヒ獲得編ニ關スル意見書」13頁。尚、乙修正論は広島始審裁判所裁判官の意見である。
- 62 前掲「法例并ニ人事編及ヒ獲得編ニ關スル意見書」14頁。
- 63 「法例修正案」（「民法編纂法律取調委員會書類」（法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書12』商事法務研究会、昭和63年））4頁。また同修正案は「第二〇條第二項」「第三十條乃至第三十二條」も削除とし、理由は第22条と同一であるとしている。
- 64 前掲「民法主査会 第一回議事速記録」15頁。
- 65 前掲「民法主査会 第一回議事速記録」25頁。
- 66 「十二年二月司法省丁九號達」については前述している。
- また法例第2条の制定の際、本稿で挙げた法令の他、民法第92条、商法第1条をはじめ、ルツェルン州民法第3条、アールガウ州民法第4条、グラウビュンデン州民法第3条などのスイス・カントン法や、ドイツ民法第1草案、ドイツ商法、フランス民法典その他多数の法典も参照された点もここに指摘しておく。（「法典主査会法例議事速記録」（法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書26』商事法務研究会、昭和61年）19頁、法典質疑会『法典修正案参考書』（明法堂、明治31年）11頁。）ここに裁判事務心得とスイスの法が併記されていることは、後に問題となる「裁判事務心得第3条とスイス民法典第1条」の関連性の前兆であるかのようにも窺

える。

⁶⁷ 確かに、裁判事務心得と関連する諸法典の編纂過程からはこのような判断をせざるを得ないだろう。しかし、裁判事務心得の効力を否定する梅謙次郎の個人的見解が、我が国の私法制度に何らかの影響を及ぼしたと考えることも出来ないだろうか。そこで、明治31年3月19日になされた講演「法典ニ關スル話」の中から、梅の裁判事務心得に対する考えを理解出来る箇所を以下に引用する⁶⁷。

余ガ斷行論ヲ取りタル理由ハ今日ノ我邦ノ裁判上ノ有様ハ明治八年裁判事務心得第三條ニ依リ民事ノ訴訟ニ於テ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條理ニ依ルトノ規定ヲ以テ裁判スルコトナリ、然ルニ私法ニ付テハ其成文極メテ少ク慣習ニ從ハントスルモ私法上ノ慣習ト視ルヘキモノ稀ニシテ假令之アルモ其調査極メテ困難ナレバ裁判官ハ自己ノ都合ノ宜シキ様實際慣習ノアル事ニテモ慣習ノ見ルベキモノナシトテ直チニ條理ニ從ヒテ之ヲ裁判セントス、然ルニ條理ナルモノハ果シテ如何ナルモノナルカト云フニ佛法學者ハ條理ハ自然法ナリト云ヒ又或學者ハ其國ノ法律ノ原則ナリト云フ然レドモ我邦ニ於テハ此解釋ヲ以テ裁判ヲ爲スコト能ハサルベシ、何ハ兎モアレ條理ハ即チ理屈ニシテ各人自由ニ判斷スルコトヲ得ルモノナレバ佛蘭西法ヲ學ビタル人ハ佛法學者ノ一般ニ認メタルモノヲ取り英法ヲ學ビタル者ハ英法學者ノ多ク同意スルモノヲ取り獨逸法ヲ學ビタル者ハ亦獨法學者ノ說ヲ用ヒテ條理ト爲ス加之外國ノ法理ヲ能ク咀嚼シテ之ガ裁判ヲ下セハ猶ホ可ナリト雖モ多數ノ裁判官中未ダ之ヲ理會セズシテ裁判ヲ爲ス者アリ甚シキハ翻譯書等ニ據リテ國ノ何レヲ問ハズ外國ノ法理ナリト信シテ判決ヲ下シ而モ一タヒ一問題ニ付テ判決ヲ與フルトキハ條理ノ正否ニ關セス之ヲ先例トシテ容易ニ之ヲ改メサルコト外國ノ法理ヲ知ラザル者ノ一般ノ状態ナリトス、斯カル有様ナレバ未ダ嘗テ我邦ニ於ケル裁判上ノ一定ノ標準ナルモノアラス他ノ國ニ於テハ假令法典ナキモ必ス其標準アリ即チ數多ノ單行法ヨリ生ズル一般ノ法理カ然ラサレバ慣習法ノ一般ノ法理ナルモノアリテ裁判ヲ下スモノナルニ我邦ニ於テハ前ニ述ベタル次第ナレハ人民ノ權利義務ハ完ク保護セラルルモノト謂フベカラス、故ニ假令不完全ナリトモ速ニ法典ヲ編纂シテ裁判官ヲシテ其據ル所ヲ知ラシメ然ル上ニ徐ロニ其法典ヲ研究シテ誤レルヲ正シ缺ケタルヲ補ヘバ一時不完全ナル法典ニテモ寧ろ無法典ニ勝サルモノアラントノ理由ヲ以テ余ハ今ニ至ルマデ斷行論ヲ主張シテ已マサルナリ。

これは、民法典論争の際に梅が断行派であったことの理由として語られているが、この引用文が示している彼の見解は、明治民法典の制定においても見出すことが出来るだろう。それは、同じ講演の中であわせて述べられた「明治二十六年ノ初メ法典調査會ナルモノヲ設立シ民法及商法ヲ修正スルコトナレリ(...)種々ノ苦心ヨリ辛ウシテ五年ヲ経テ之ガ完成ヲ見ルニ至リタルハ余ハ実ニ意外ノ喜ナキ能ハズ、シカシ速ニ修正ヲ終ワリタルト共ニ其實質ニ於テハ多少遺憾ノ個所ナキ能ハズ、又今コレヲ完全ナルモノト信ズトスルモ實際ニ行ウニ至ッテハ大イニソノ欠点ヲ発見シテ之ヲ改メザルヲ得サルコトアラン(...)之ガ実行ノ曉ニハ大イニ欠点を発見シタダチニ之ヲ改メサルヲ得サルノ個所アルコトヲ覚悟シ今ハ唯忍シテ之ヲ施行スルコトヲ希望スル」(梅前掲「法典ニ關スル話」338-340頁)との発言からも理解出来る。梅によれば、不完全な法典であってもそれは後に改正していけばよいだけのことであり、一国の統一法典たるものは、なるべく早く編纂され、それに効力を与えるべきであるとしている。そしてその理由として梅が指摘しているのが、明治初期より裁判官によって行なわれ

ている「条理裁判」の誤った使い方についてである。つまり「条理」に対する裁判官の理解が乏しく、また法典や単行法令から見出し得る「一般ノ法理」も我が国には存在しないため、裁判官は結局、外国法を「条理」として適用していくのだが、それもまた、裁判の一定の標準となり得るものではない。そのような裁判上の不安定な状態が続くのであれば、いっそのこと、不完全ではあるかもしれないが、法典を施行し、少しでも早く裁判官にそれを適用させるべきである。このように梅においては、法典を作ることの目的自体が、従来 of 裁判で行なわれていた「条理裁判」の廃止にあった。従って、裁判事務心得の効力の否定を明言した法令が仮に見当たらなくとも、同心得の消滅は、少なくとも梅のなかでは、当然に想定されていたものであったということはあるのではないだろうか。実際、明治民法典をはじめ、本章で検討した明治31年の法例など、梅が制定に携わった法典のなかに、裁判事務心得の有効性を見出し得る法文が見当たらないのは、こうした梅の見解が多少なりとも反映している可能性があるかもしれない。しかし、これは推測の域を超えるものではなく、さらなる実証が必要となるだろう。

第六章 消滅後の太政官布告 — 「忘却」から「再自覚」へ —

本章では、第五章でふまえた考証を前提に、明治23年以降の日本法学界における裁判事務心得第3条の位置付け、そしてそこに見られる「条理」解釈の変化を考察していく。その際の時期区分として、旧民法典が公布された明治23年から、民法典論争を経て、明治民法典が施行されるに至った明治31年までを「前半期」、それ以降を「後半期」と称し、論ずることにしたい。

一 明治23年「旧民法典公布」より明治31年「明治民法典施行」まで（前半期）

明治23（1890）年、我が国では旧民法典が公布された。これは成文法国の途を選択した我が国の近代法の歩みにおいて、一つの大きな転換点であった。この一方で、裁判事務心得第3条は、当時の法学界でその後も重要法令として扱われていく。換言するならば、法学界においては、裁判事務心得は「解釈上」生き残っていくということである。これは、前章での考察を前提にしたとき、同心得の「消滅」は、『法令全書』編者の評価通り理解せざるを得ないにも拘らず、当時の法実務家や法学者の認識は、またそれとは異なった構図の中に同心得を捉えていたことを意味しているといえよう。

実際、裁判事務心得第3条に基づいた条理裁判主義は依然として支持され、同心得をめぐる解釈は引き続き行なわれていた。但し、この時期には『仏蘭西法律書』を通して見たナポレオン法典から、ボアソナードが起草に携わった旧民法へと、「条理」の指し示す具体的な内容が移行していることは、既に前章において指摘した通りである。民法典論争でボアソナードによる法典が批判される渦中においても、断行派の中には「法典ガ延期セラレタルトキハ〔ボアソナードによって起草された〕規定ヲ以テ直チニ条理若クハ法理ニ適スルモノトシ暗々裏ニ該法条ノ適施ヲナスヤ素ヨリ害ナカル可シ」と主張する者もいたくらいである。この発言からはまた、旧民法典が施行延期となったことも大いに影響し、我が国の司法制度及び法体系の多くが整備されたこの時

期においても、未だに引照標準としての「条理」を推考せざるを得なかった事情がそこにはあったことを推察出来よう。これは、穂積重遠が昭和13年に執筆した論文「法律の施行前適用」の中で、「或法律が公布されてから施行に至るまで多少の長時間据えられる場合、殊にそれが従来成文法の規定のなかった新分野に属する新规定である場合には、裁判所が實質上其未施行の新法を適用して其期間に於ける裁判を爲し、又は其期間に生じた事項について其法律を適用することがありさうに考える(…)²」と述べている通りである。また重遠は、当時の状況について「現行民法施行前即ち明治三十一年七月十五日以前の民事裁判は、大體に於て『條理裁判』であつた」とし、「當時に於ける民事裁判の根本準則は(私はそれが今日に於ても根本準則であると思ふが)かの有名な明治八年六月八日太政官布告第百三號裁判事務心得第三條(…)³であつたが(…)³裁判所が『條理ヲ推考シテ裁判ス』るのが普通の状態であつた」とも述べている³。

また法典編纂の際に行なわれた民法主査会における決議の際にも、裁判事務心得第3条に関連するやり取りが起草委員穂積陳重と主査委員高木豊三の間で行なわれている。その内容は次の通りである⁴。

四 法例中ニ慣習ノ效力ニ關スル規程ヲ掲クル事

高木豊三君 是ハ掲ゲナクテモ今日ノ日本ノ裁判官ニハ心配ハ入ラヌト思ヒマス何故カト云フニ法律ニ依リ法律ニ明文アルモノハ法律ニ依リ明文ナキモノハ慣習ニ依リ慣習ノナイモノハ條理ニ依ルト云フノハ日本人ニ久シク行ハレテ居ルノデアル裁判官ハ其レニ檢束サレテ居ルカラ(…)サウ云フ心配ハ入りマセヌ

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

穂積陳重によれば、裁判事務心得第3条が明治19年公文式以降の「法律」に相当する法令内容であったこと、また、大審院判事としての経歴ももつ高木豊三の発言からは、同条が未だに裁判官の事実上の指針として有り続けていたことを理解することが出来るだろう。ちなみに、このような裁判官の事実上の指針としての同心得の理解は、大正期以降、特に民法学の領域における「条理」を考える際の中核を占めることとな

る。例えば穂積重遠が、裁判事務心得の趣旨を「司法界千古不朽ノ大原則⁵」と表現していることから理解出来よう。

二 明治31年「明治民法典施行」以降（後半期）

民法典論争後、ドイツ法にみられるパンデクテン式の編別に基づいた明治民法典の再編成がなされた。明治31（1898）年、同民法典が施行されると、法解釈理論においても、ドイツの概念法学や法律実証主義にその模範を見出すようになる。こうして明治30年以降、日本法学界では、法典万能時代が隆盛し、法学者の考え方がドイツ法学に支配され、ドイツ流解釈法学一辺倒たる時代を迎えた⁶。この時期には、我が国の諸法典は、パンデクテン法学を通じて論理的に整備されたドイツの法解釈学に倣って、1個の整合的な法体系に組み上げられ、また法学者も法実務家も、法体系の論理的整合性を追求し、法概念の緻密化と、演繹的な三段論法に習熟することに努めた。民法学においても、フランス法を初め非ドイツ法的由来の規定も、ドイツ的な体系化の対象となった⁷。このような思潮の中、裁判事務心得第3条に示される条理に基づく裁判は、当然必要性を失い、次第に同第3条は、その存在自体が忘却されていった。

しかしこの時期には既に、条理の存在性を方向付ける新たな兆しも見えていた。まず、一部の法学者による「自由法論」への関心を挙げる事が出来るだろう。20世紀初頭の欧州では、ドイツ・フランスを中心に、「法の自由発見」の必要性を再認識させる新しい潮流が起こっていた。法の欠缺や裁判官の広範な法創造を主張する自由法学がそれである。日本においては、一般的には大正期に入り、学界の一部でドイツ法的思考への反省が見られ、それを修正する手掛りとして、この自由法学が注目されるようになったといわれているが、実際にこの思想潮流は、明治30年代にその前兆が見られていたと思われる。牧野英一は、明治35年に、自らが『法学協会雑誌』にサレイユ（Raymond Saleilles）の『自然法と歴史派』を邦訳抄録したことがその始まりであったと述べている⁸。彼はまた、1899（明治32）年に発表されたジェニー（François Gény）の『私法解釈論⁹』に触発され、この時期に既に新自然法を「法律学の主観的新思潮」として主張している¹⁰。このようにフランスの自由法論が牧野によって紹介される一方、明治41年には石坂音四郎が「独逸近時ニ於ケル私法学会ノ趨向」にドイツの自由

法論を紹介している¹¹。さらにこうした思想は、大正期になると、ますます注目されていくようになった。とりわけこれに強い関心を示したのが、東京帝国大学の法理研究会である。明治 45 年以降、同研究会では、三瀨信三「独逸ニ於ケル自由法説」、中田薫「仏蘭西ニ於ケル自由法説」、美濃部達吉「『スタムラー』氏ノ法理學説梗概」等の報告がなされた¹²。但し、こうした研究は未だに「獨佛等の法律學の流行に追隨する¹³」傾向が強く、欧州諸国の学説紹介の域を超えることはなかった。しかし彼らの活動を機に、その後、当時の民法学者たちは、独仏の自由法学思想を我が国の民法解釈学の中へと精力的に摂取していった¹⁴。そして、このような自由法論の普及が、「条理」を定めた裁判事務心得第 3 条を条理の考察において再想起させる引き金になったと考えられる。さらにこの時期に起こった経済・社会的変遷や第一次世界大戦とも相まって、我が国の法環境に大いなる変化が生じた。その結果、法典編纂以後忘却されたかと思われた裁判事務心得第 3 条が再び、日本の法学界の一つの重要なトピックとして蘇り、法学界を席卷することとなる。

また、新たな条理論が生じたことについて、日本法学界の「スイス民法典」への関心も大きなきっかけをなしたことは看過してはならない。とりわけ同民法第 1 条がその文言において裁判事務心得第 3 条と類似した思想を備えているとの理解が示されていたことは注目に値する。同条の正文の翻訳は以下の通りである¹⁵。

A 此法律ノ適用

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

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

前項ノ場合ニ於テ裁判官ハ確定ノ學説及ヒ先例ニ準據スヘシ

1912（明治 45）年施行のスイス民法は、我が国では比較的早い時期から知られている。例えば、スイス民法典施行の 2 年前である明治 43（1910）年には、大審院判決の判決理由の中に、同民法第 1 条に「準拠スル」ようにとの記述が見られる¹⁶。

(…)假リニ此場合ニ法規又ハ慣習ナキモノトスルモ裁判官ハ條理ヲ適用シテ之ヲ判断セサルヘカラス(…)現ニ世界最新ノ模範民法トシテ學界ニ嘆賞セラルル瑞西民法第一條ニハ「法規又ハ慣習法ヲ缺ク場合ニハ裁判官ハ自己カ立法者タラハ設ケタルヘキ規則ニ依リテ判決スヘシ」トアリ此大原則ハ吾國ノ法律ニ於テモ均シク承認セサルヘカラサルモノナルコトハ恐ラクハ疑ナカラン今本件ニ於テ當事者以外ノ者カ權利者タルコトニ付テノ法規又ハ慣習法ナシトスルモ條理上當然他人ノ權利者ト見サルヘカラス瑞西民法ノ發表シタル大原則ヲ世界ノ法理トシテ之ニ準據スルモ亦之ヲ認メサルヘカラス

即ち、「法規又ハ慣習法ナシ」とされる場合に、「条理上当然」なる判断を導く契機として、スイス民法典第1条の「大原則」に「準拠」すべきことが示されているが、ここには明らかに裁判事務心得第3条の原像を窺えよう。

また明治44年には、新スイス民法典の邦訳書である『瑞西民法』が穂積重遠によって刊行されている。このように、施行前の欧州の最新の民法典が既に日本で紹介されており、ここに、当時の外国法典に対する日本法学の関心の深さを指摘出来よう。そしてこうした日本法学界におけるスイス民法の啓蒙活動には、ブリデルという存在が大きく関与していたことは、本論第一章で既に詳論した通りである。

ブリデルは在日中、執筆、講義をはじめ、様々な手段を用いて、積極的にスイス民法典の紹介を行なってきたわけだが、彼は、同民法第1条についての紹介も行なっており、特に「実定法の補充」方法の一例として、自らの著書の中で、スイス民法草案の第1条を採り上げている¹⁷。またブリデルは、来日した翌年の明治34年から36年にかけて、明治法律学校の「法理学」を担当しているのだが、その中で、以下のような法の無欠缺性への批判的見地がこの時期に発表されていたということも、非常に興味深い事実であろう¹⁸。

法律學者ト云フモノハ法律ノ不完全ナル點ヲ擧ゲテ其改良ノ必要ヲ世間ニ知ラセルト云フ職務ヲ有ツテ居ルモノデアル併ナガラ往々此法律學者ハ理論法〔自然法〕ト云フモノニ注意シナイ現ニ行ハレテ居ル所ノ法則即チ實際法〔実定法〕ノミニ重キヲ置クト云フ弊害ヲ免レナイ(…)完全ナル法律家トナルニハ(…)法律ノ原則ニ遡

ツテ之ヲ研究シテ居ラナケレバナラヌ即チ(…)理論法ト云フモノニ明ニナラナケレ
バナラヌ(…)此理論法ト云フモノニカヲ用井テ居レバ實際法ノ實際ノ缺點ト云フモ
ノハ直グニ分ル

このようなブリデルのスイス民法典の紹介が、間接的ではあるにせよ、その後の裁
判事務心得第 3 条の「再自覚」を促すきっかけのひとつとなり得たことは十分に考え
られ得る。そして、彼の我が国の法学界へのさらなる寄与は、「彼の講義を聴講した学
生たちの存在」という点にも見られる。本論第一章で論及したように、ブリデルのも
とでフランス法あるいはドイツ法を学んだ学生として、杉山直治郎、牧野英一、末弘
巖太郎を挙げることが出来る。またブリデルとともにスイス民法の紹介に奔走した人
物として穂積重遠が挙げられよう。これらの法学者たちは、従来支配的だったドイツ
的解釈法学の枠を超え、比較法学・法社会学・判例研究といった新しい方法論を用い
て日本の法学を形成していった。つまり彼等こそが、スイス民法典と自由法学との関
連において、当時の法学界に対し、裁判事務心得第 3 条の「再自覚」を促し、今日の
法学にもふまえられる「条理—裁判事務心得第 3 条—スイス民法第 1 条第 2 項」を連
関して把握する方法を構築した先駆者たちであったといえるだろう。次章にて、この
点を詳論する。

-
- 1 「社説我が最後ノ決心」(星野通編著『民法典論争資料集』日本評論社、1969 年)
242 頁。
 - 2 穂積重遠「法律の施行前適用」(『牧野教授還暦祝賀法理論集』有斐閣、昭和 13 年)
162 頁。
 - 3 穂積前掲「法律の施行前適用」163 頁。
 - 4 「法典主査会 民法主査会議事速記録」(法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代
立法資料叢書 13』(商事法務研究会、昭和 63 年)) 28 頁。
 - 5 穂積重遠「婚姻豫約有効判決の眞意義」(『法学志林』第 19 巻第 9 号、大正 6 年)
20 頁。
 - 6 野田良之・奥田昌道・伊藤正巳・田中英夫「日本における外国法の摂取」(伊藤正巳
編『外国法と日本法』岩波書店、1969 年(第 3 版)) 172 頁、北川善太郎『日本法学
の歴史と理論』(日本評論社、1968 年) 24 頁以下参照。
 - 7 北川前掲『日本法学の歴史と理論』150 頁。
 - 8 日本評論社編集局編『日本の法學』(日本評論社、昭和 25 年) 57 頁。

⁹ 日本評論社編集局前掲『日本の法學』57頁。これは“Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif” (1899) のことであろう。

¹⁰ 小林直樹・水本浩編『現代日本の法思想』(有斐閣、昭和51年)99頁。

¹¹ 日本評論社編集局前掲『日本の法學』58頁。

¹² 『法学協会雑誌』第30号第10・11・12巻(1912年)、第31号第1・2巻(1913年)参照。

¹³ 『法学協会雑誌』第48巻第5号、1930年、135頁。

¹⁴ その一例として、石坂音四郎「法律ノ解釋及ヒ適用ニ就キテ」(同『民法研究第2巻』(有斐閣書房、1913年))、富井政章「自由法説の價値」(『法学協会雑誌』第33巻第4号、1915年)、穂積重遠『法理學大綱』(岩波書店、1917年)を挙げておく。

¹⁵ 穂積重遠『瑞西民法』(法学新報社、明治44年)1頁。また、同民法第1条の現代語訳として、大川四郎「スイス民法典第一条第二項の学説史的起源」(森田安一編『スイスの歴史と文化』(刀水書房、1999年)179・180頁)を挙げておく。

¹⁶ 「損害賠償請求ノ件(明治34年7月7日第一民事部判決)」(『大審院民事判決録』第16輯第16巻、明治44年)528-529頁。

¹⁷ “Encyclopédie juridique”(Paris, Lausanne, 1907, 2eéd, Tokio, 1910)や“LE DROIT ET LA JUSTICE”(『法学協会雑誌』1907年(仏文))を挙げておく。

上記の2つの著書に共通することは、ブリデルが「実定法と自然法」という枠組みのなかで「自然法(droit naturel)」を規定した条文の一例としてスイス民法典第1条を紹介しているということである。彼は、スイス民法第1条のほか、同民法第5条、オーストリア民法第7条、イタリア法例第3条、ポルトガル民法第16条、スペイン民法第6条を例証し、各規定において「自然法」「衡平」「法の一般原則」「裁判官が立法者として定めるべき規定」と表現の仕方は異なるが、これらはすべて同一であり、「実定法を補足する上位法」「人間の本質に適った法」「最も見識ある精神及び最も寛大な心が認識するような法」であると理解している。またこれは「十分に明示された実定法の規定がない場合に裁判所が既存の法(de lege lata)として拠り所にするもの」であり、「実定法を批判し改正する際に、あるべき法(de lege ferenda)として拠り所にするもの」、つまり裁判所の慣行と立法という二重の観点から見た「必要なもの」として存在するとされた。

¹⁸ 瑞西國法律博士ルイ、ブリデル君講述・同國「ジュネーヴ」大學法律博士野澤武之助君通譯『明治法律学校卅六年度第2學年講義録 法律原論 完 附比較法制學講義』(明治大學出版部講法會出版、明治36年)56-57頁。なお、「理論法」を「自然法」と、「實際法」を「実定法」と同義だと解釈した点については、本稿第一章の注(121)に記している。

また、本文の引用箇所にもみられるスイス民法第1条についてのブリデルの法思想は、法の欠缺を認めたという点においては進歩的ではあるが、その補充として、上位法としての自然法を認めている点、条文のなかに自然法を読み込んでいこうとする点において、本来のスイス民法の立法趣旨とも、また自由法学説とも異なる。彼のこのような主張は、(フランスの)註釈学派の主張する法典万能主義から法の欠缺を認める自由法学への過渡期を象徴するもののように思われる。おそらくブリデルの思想は、彼の出自や研究環境から生じたものではないだろうか。つまりスイスの中でも、彼の出身はスイス・フランス語圏である。また法典編纂以前に支配的であったカントン法は、各カントンごとにまったく異なった性質を有しており、彼の住んでいたヴォー州(Canton de Vaud)の法は、ナポレオン法典を模範としたものであったとされる(序・注(36)を参照)。このように考えていくと、彼がローザンヌで学んだ法概念とは、当

然フランスで未だ支配的であった「自然法を体現した法」であったと想像出来る。また大学での担当科目において、フランス法を講じていたことから、ブリデルは当然、フランス法関連の文献を扱い、そこから自らの理論をも形成していった。従って、彼の思想にもまた、一方では進歩的な要素を含みつつも、註釈学派に通じる保守的一面をも持ち合わせていたのではあるまいか。

第七章 「再自覚」された太政官布告

本章では、裁判事務心得第3条が再び注目されることとなった大正期以降について考証をすすめていく。

まず、民法学者の諸説を見ていく。大正・昭和期における民法学領域での「条理」への関心は高く、条理についての議論や研究が活発になされた。特に、「条理」が「民法の法源」の枠組みの中で成文法や慣習法の補充方法として論じられるようになったこと、その際、裁判事務心得第3条とスイス民法第1条第2項が類似法規として着目され、条理研究の法素材として例証されたこと、さらには、同布告の効力について様々な議論が展開されたこと、以上の事実を踏まえるなら、民法学における研究動向を明らかにすることは、当時の条理についての考えを理解するために必要不可欠であるといえよう。そこで、当時の民法学者たちによる「条理」をめぐる言説を、その法思想的・法史学的背景を含めて考察していくことにする。

また本章では、当時の比較法研究における裁判事務心得第3条をめぐる議論についてもあわせて検討する。裁判事務心得第3条とスイス民法第1条については、比較法領域での研究には目覚ましいものがあった¹。穂積陳重や杉山直治郎を代表とする比較法学者は、制定時の裁判事務心得第3条を歴史素材として考察することで、その本質を明らかにし、さらに、大正期以降において再自覚された同心得とスイス民法第1条とを比較法的見地から考察することで、両法令の関連性の実証を試みた。そこで、上記二法学者の著作を考察対象とし、当時の比較法学者が見る裁判事務心得第3条論を理解してゆくことにしよう。

一 民法解釈論者の「条理」論

1 裁判事務心得第3条の効力をめぐる各民法学者の見解

明治民法典が施行された後の裁判事務心得第3条の効力をめぐる問題は、大きく2つの見解に分かれていた。それは、「民法ノ纏ツタ規定ト云フモノハ明治八年六月第一〇三号布告ガ初デアラウト思フ。…是ニハ民法ノ大原則ガ掲ゲテアツテ、私ノ解スル所ニ依レバ其原則ハ今日仍ホ行ハレテ居ル²」とし、法典の有無に拘らず、性法たる条理を規定した本布告³は依然効力があるものだとする、梅謙次郎を代表とする見解と、「我國ニ於テモ明治八年第百三號布告ニ（…）條理ニ依ルヘキコトヲ規定シタルヲ以テモ其裁判ノ準據ト認メラレタルコトヲ知ルヘシ（…）今ヤ成文法ノ完備スルニ際シテハ此種ノ法源ハ漸ク其適用ナキニ至ルト同時ニ慣習法ト雖モ成文法ニ認メタル範圍内ニ於テノミ其効力アルモノトスル時期ニ達セリ⁴」とした、富井を代表とする見解である。しかし、同布告への民法学者による言及が度重なるにつれ、その内容に変化が現れてくる。何よりも、当初は同布告の効力を否定した富井でさえ、その考えを一変させる。彼は、大正9（1920）年の『民法原理』に「此規則ハ民法實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（民施九條）現行法ノ説明トシテモ其意義ヲ明ニスル必要アリ⁵」と、民法施行法第9条⁶に本布告が列挙されていないことを根拠に、布告の効力を認めた。また「ドイツ法学隆盛時代」を代表する鳩山秀夫も「此布告ガ今日尚効力ヲ有スルヤ否ヤ議論アルモ積極説ヲ正當トス（通説）。⁷」と有効説を支持している。杉山も民法施行法第9条を根拠に、その効力を認めているが、彼はまた「法律規則命令又は何等の名稱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總て遵由の効力を有す」との、憲法第76条第1項の規定も有効説の根拠とした⁸。このように、大正後半期から昭和初期にかけて（特に1920・30年代）は、有効説が支配的であったように思われる。但し、穂積重遠のように、「〔裁判事務心得第3条〕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へて居るが（民施九條）」と有効説を唱えつつも、「此布告が既に全部廢止されて居るとしても、元來當然の規定であるから今日でも理論上然らざるを得ない」とした見解も少なからずあった⁹。

その後は、様々な見解が現れてくる。例えば、我妻は「太政官布告〔＝裁判事務心得第3条〕が布告として今日その効力を持續するや否やに關せず、かような結果を是認しなければならぬ。¹⁰」とした。これは穂積重遠の見解と類似している。しかし我妻は、自ら編集代表を務めた『旧法令集』では、同布告を「現在施行停止中の法律及び形式上廢止されてはいないが實質的に失効と解される法令¹¹」に分類している。

つまり同じような「現行法性の検討の無意味」¹²を表す見解の中でも、穂積重遠は「効力肯定」そして我妻は「失効肯定」に傾斜しているといえよう。また末弘巖太郎のような、「この規定は本来民事成文法令の殆んど整備していなかった明治初年において、裁判官が『條理』の名の下に、實は主としてフランス民法およびその解釋例を適用して裁判することを許した歴史的文書であって、現在の法學に直接関係がない¹³」と、立法時の必要的状況を超えて、同布告の効力を論じることに意義を認めない見解もある¹⁴。

2 民法分野の著作・論文にみられる裁判事務心得第3条とスイス民法第1条第2項

裁判事務心得第3条及びスイス民法第1条第2項の両法令が、民法解釈学の領域において例証された初期の論文として、明治43(1910)年に発表された、松本烝治「民法ノ法源」が挙げられる。松本は、民法の法源として、制定法・慣習法を挙げ、それ以外に「判例又ハ條理(理法・性法)」も含まれる場合があると述べている。そしてこの「自然法」という意味における「條理」に関連する法令として、裁判事務心得第3条、オーストリア民法第7条、そして「瑞西新民法第一條第二項」を挙げている。尤も彼自身は、判例と條理の法源性を否定し、さらに條理に関する上記3法令についても「是等ノ(...)規定ハ必スシモ自然法ノ存在ヲ認メタルモノト解スヘキニ非ス」とし、「余ハ立法論トシテ此種ノ規定ヲ不可トスル」という見解に立っている¹⁵。大正5(1916)年には、杉山直治郎によって『デュギュイ』ノ權利否認論ノ批判」が出された。彼は成文法の不備への補充方法として、類推解釈以外の補充運用方法も認めるべきとし、「之ニ付テハ吾國法上ハ殊ニ恰モ成法上ノ根據アリ明治八年第百三號布告是ナリ而シテ同法謂フ所ノ條理ノ意義ハ言表形式コソ異レ實質ニ於テハ瑞西民法第一條ト同一ノ包容力及ヒ客觀性ヲ有スルノ趣旨ニ解スヘキモノタルヲ信スルナリ」と記している¹⁶。そして民法学領域で絶大な影響力を及ぼしたのは、穂積重遠による学説であろう。重遠が日本・スイスの両法令を取り上げたとされる最初の論文は、大正6年に『法学志林』で発表された「婚姻豫約有効判決ノ眞意義」である(本稿第八章参照)。重遠は当判例の争点となる内縁関係は、法律の否定する関係ではなく、法律の規定しなかった空隙、即ち、法の欠缺の現象であり、こうした法律に規定が無い場合には「道理」に頼るしかなく、「タトヒカノ太政官布告其モノガ既ニ死法デアッタトシテモ、又

タトヒ斯ノ如キ布告ノ出タコトガナイトシテモ、余ハ此布告ノ趣旨ヲ以テ司法界千古不朽ノ大原則ト信ズルノデアアル。同様ニ一九一二年ヨリ施行ノ『スイス』民法第一條第二項 (...)ノ規定ハ、規定ナキ我國ニ於テモ當ニ然ルベキ所デアアル¹⁷⁾として、裁判規準としての条理を認めると共に、法律の欠缺補充としての条理は当然あるべきとした。このような「裁判規準としての条理」の根拠規定として、裁判事務心得第3条とスイス民法第1条第2項の両法令を引用する重遠の解釈方法論は、彼の民法学を中心とする著書や判例研究の解説書で見られるだけでなく、後世の(民)法学者たちによって書かれた法学書にも多く用いられるようになった。

ここで、重遠の著書『民法総論』にみられる「条理」の説明部分、我妻による記述、そして現代の法学書による「条理」の記述を以下に引用してみる。重遠のものとその他のものを比較してみると、内容が類似していることがわかる¹⁸⁾。

穂積重遠『民法総論』(大正10年)¹⁹⁾

(...)裁判官は規定なきの故を以て裁判を拒むことは出来ないのであるから、裁判官が條理を以て法律を補充するのはむしろ當然の必要で、實際上常に行はれて居るのである。明治八年太政官布告第一〇三號裁判事務心得第三條は、『民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ條理ヲ推考シテ裁判スベシ』と規定して居る。(...)スイス民法第一條の規定も結局同趣旨であつて、此問題の最も適當な解決と思ふから、全文を譯載すると、『文字上又ハ解釋上此法律ニ規定ヲ存スル法律問題ニ關シテハ、スベテ此法律ヲ適用ス。此法律ニ規定ナキトキハ、裁判官ハ慣習法ニ從ヒ、慣習法モ亦存在セザル場合ニハ、自己ガ立法者タラバ法規トシテ設定シタルベキ所ニ從ヒテ裁判スベシ。前二項ノ場合ニ於テ、裁判官ハ確定ノ學說及ビ先例ニ準據スベシ。』と云ふのである。(...)裁判官は民事事件に關し明文不文何等の法律規定がない場合には條理に基いて裁判すべきものなのである。

我妻栄『民法総則』(昭和5・26年)²⁰⁾

(...)法律に規定なき場合には條理に従つて裁判せられねばならないことは、今日に於ては一般に認められて居る。明治八年太政官布告第一〇三號裁判事務心得第三條は『民事ノ裁判ニ成文ナキモノハ習慣ニ依リ、習慣ナキモノハ條理ヲ推考シテ裁判スベシ』と規定して居る。又前記スイス民法第一條は『文字上又ハ解釋上此法律ニ

規定ヲ存スル法律問題ニ關シテハ總テコノ法律ヲ適用ス。此法律ニ規定ナキトキハ、裁判官ハ慣習法ニ從ヒ、慣習法モ亦存在セザル場合ニハ、自己ガ立法者タラバ法規トシテ設定シタルベキ所ニ從ヒテ裁判スベシ。前二項ノ場合ニ於テ、裁判官ハ確定ノ學説及ビ先例ニ準據スベシ』といふ有名な條文を掲げて居る。然し裁判官は法律に規定なしとして裁判を拒むことは出来ないし、その場合には自己が立法者ならば規定すべかりし所・即ち條理に從ふの他はないのであるから、この兩規定は結局裁判の本質上當然なことを規定したに過ぎない。従つて前記太政官布告が布告として今日その效力を持続するや否やに關せず、かかる結果を是認しなければならない。

伊藤正巳・加藤一郎編 『現代法学入門』（平成 17 年）²¹

(...)民事裁判では原告と被告のどちらを勝たせるかをきめなければならず、適用すべき法がないからといって裁判を拒むことはできない。(...)このように適用すべき法がない場合に、裁判のよるべき基準とされるのが条理である。条理の語は明治 8 (1875)年太政官布告第 103 号裁判事務心得 3 条の「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ベシ」という規定に由来する。条理の内容は、事物自然の道理 (Natur der Sache) であり、スイス民法 1 条の「この法律に規定がないときは、自己が立法者ならば法規として定めるであろうと考えるところに従つて裁判すべきである」という規定は、裁判が最後によるべき条理の内容を示したものと考えられている。

以上の考察より、次のような問題点を指摘することが出来るだろう。つまり、各民法学者による両法令と条理の捉え方は、確かに、実践的な法要請に直接に応じる民法解釈論の目的性からすれば、両法令を論じる枠組みもまた、おのずから解釈論的視点からのものとならざるを得ない。但し、その方法は、法令の文言の対照検討に留まり、条文の背景にある、歴史・文化的異同には言及されてはいない。ここに比較法的観点から両法令がいかに位置づけられるのかという問題認識が深められる所以があったのである。

二 比較法学者の「条理」論

1 穂積陳重の「条理」論

大正 13 (1924) 年に出版された『法律進化論 原形論』は、「東西ニ通シ複雑變遷窮ナキ法現象ヲ概観通察シ之ヲ彙類シ之ヲ比較シ之ヲ分割シ且詳ニ其ノ異同ノ由来ヲ尋繹シ以テ其ノ間一定ノ普遍性ヲ求メ」²²た著書である。同書において、両法令は自由法論と並ぶ「自由発見の立法的公認時代」²³の所産物として、彼の比較法・法進化論的考察の1つの法素材として考察された。

陳重は規範法の発見として「第一次発見」「第二次発見」に分類し、「第一次発見に依つて規範法が既に発生したる後ち、尚ほ既成法規の静止状態と、社会需要の變遷状態との間に生ずる溝渠を填めて、其二者を調和するものは司法的第二次発見である。此第二次発見は、法律進化の恒久現象であつて、潜勢法時代に於ける規範法發生の初期より、立法機關の完成せる今日に至るまで連綿繼續し、社会の變遷の劇烈なるに隨うて、倍々其必要を増すものであるから、一方に於て自由発見を是認する學説が起ると同時に、他方に於ては之を公認する立法有るに至つたものである。」とした²⁴。そして彼は、この自由発見を是認する學説をフランソワ・ジェニー (François Gény) の「科學的自由探求説」(libre recherche scientifique 以下ジェニー説) とし、司法的自由発見の立法的公認をされたものとして両法令を挙げた。陳重にとってこの「自由発見の立法的公認」は、「法の自由発見」たる潮流の終局であり、スイス民法第 1 条こそ「國權を以て理想法の超越的存在を立法的に宣告し、其自由発見を公認」²⁵したものであり、さらに裁判事務心得第 3 条は「近世立法の傑作とも稱すべきものにして (...) 世界の稱讚を博したる『スウィス』民法第一條に先鞭を著けたもの²⁶」であるとした。

このように、陳重は、法進化論的見地からは両法令は等価の位置関係にあるとした。しかし、彼の考える「成文法規以外の超越的基本觀念の発見」の標準たる条理とは、裁判事務心得第 3 条においては中国律における「不應爲律」の原則に由来するものであり、スイス民法第 1 条第 2 項の「立法者タラハ法規トシテ設定シタルヘキ所」とは異なる。従つて、比較法的にみた彼にとっての両法令は、その表面的な類似性を超えて異なる制度文化的起源を持つものとして確認されるのである。

2 杉山直治郎の「条理」論

杉山の「条理」論については、他の論者よりも比較的詳細な分析を加える必要があろう。杉山は、ジェニーの古稀を祝して昭和 6（1931）年に発表された、論稿「明治八年布告第一〇三號裁判事務心得と私法法源」²⁷において、「縦の考察」「横の考察」²⁸と称する考察方法を駆使し、裁判事務心得第 3 条を総括的に分析した。また既述したように、大正期以降、様々な法学者が、明治 8 年制定時の裁判事務心得第 3 条を、時代による変移を考慮することなく、条理研究の法素材としてその文言のみに注目していたのに対し、杉山は、我が国固有の伝統に起因する同心得第 3 条は、流動する法状況、社会の推移、担い手の受容の変化によって、「忘却」そして「再自覚」の道を辿ると同時に、この布告自体の解釈変遷がなされたという事実を丹念に跡付ける。その際、「再自覚」された裁判事務心得第 3 条は、ジェニー説及びスイス民法第 1 条第 2 項とも有意な関連を持ち得るという自説が明らかにされ、両法令及びジェニー説の三者間の関連性を比較法学的見地から論証が加えられたという点においても興味深い研究であることが窺える。こうした杉山の所論には、本稿の立場からの法思想の時代的集約線を見ることが出来ると考える²⁹。

杉山は、上記の論稿の冒頭に裁判事務心得を題目とした理由を挙げている。その内容を要約すれば、以下の通りである³⁰。

- ①本布告の理解は、民法解釈論の基礎として、また、私法領域の「進運」に必要不可欠である。
- ②本布告は、「明治法律文化」の実情、「東洋法律思想」を知る「恰箇の資料」である。また日本法とフランス法との関係を理解する上でも重要である。
- ③本布告は「ジェニー先生の私法法源及び其解釋方法論の學説を、之に先んじて公認した自主的立法の一先蹤」であり、また現代的立法価値を含有しており、比較法的興味がある。さらに本布告を通して、ジェニー説の我国への影響を明らかにすることが出来る。

杉山はこの中でも特に③を強く意識しているように思われる。この論文が発表される当時、杉山の比較法学の基礎理論に変化が生じていたことがその背景として挙げら

れる。杉山自身、「田中耕太郎の『世界法の理論』(La théorie du droit mondial) の影響を受け、比較法の普遍的側面(côté universel)をより重視する方向に自説が変化した³¹⁾と述べているように、この時期、杉山は、従来の国家法本位の比較法観を捨て、比較法の世界法的観点に立脚しつつあった³²⁾。そして新たな理論のもと、杉山は、サレイユ及びジェニーの影響を受けた自由法学説と「一種の相関的關係にたつ」裁判事務心得第3条に着目し、その「合理性」「立法価値の重要性」を再評価することで、「新自然法」に基づいた「世界法構築」を目指したのであった。しかしなぜ「裁判事務心得第3条」であったのか。それはおそらく、杉山において「西欧法と東洋法の連結符(trait d'union entre les droits occidentaux et les droits orientaux)」³³⁾として位置付けられた、日本法の法源である条理こそが、世界法の発達を指導しえる地位にあるとの考えが、背後にはあったためだと思われる。そして杉山においては、「諸法が混合して形成された日本法の『独自の』比較法的な位置づけは、もはや影響を与えた母法へのスタティックな帰属関係の中に解消されて事足りりとするのではなく、『法律文化の交換影響』が今やあたりまえのこととなった国際環境下での、形成変化して止まないダイナミックな『同一性』の基準の中に再定位」³⁴⁾することが、日本の比較法学者としての自らの任務(mission)であると自覚していた。

このような杉山の理論を念頭に置き、以下、彼の条理論の重要な位置付けにある、裁判事務心得第3条、スイス民法第1条第2項及びジェニー説、これら三者の関連性を考察・分析する。

第一に、杉山は、ジェニー説が裁判事務心得第3条を再自覚させる動機となったことを指摘している。彼は次のように述べている³⁵⁾。

『學説』に在ては大正元年(一九一二年)頃より自由法學的新學風を生じジェニーの科學的自由探求説、サレイユの進化的解釋説の二大自由解釋學説の影響を看取し得るに至つた。更に大戰以後の法律變遷に因て右二大自由法説は益々我學説を動かした。殊に(...)ジェニー先生の學説は益々重視さるるに至つた。(...)布告第百三號と自由法學説とり分けジェニーの自由探求説とは法制と學説との相違こそあれ一種の相関的關係に立つ。されば如上の自由法學説の進展に伴ひ法典編纂以後一旦忘れ去られた感ある所の布告百三號が茲に再び我法學界少くとも自由法學者の自覺に上り來るべきは當然である。

しかし同布告は、制定時における「法旨」とは異なる形で想起されることとなる。つまり「本布告制定時の法旨は (...) 裁判官の獨立自主の法の適用に非らざる裁斷の觀念たるに在」り、「本條の立法者は漫然裁判官の自主的主觀裁判を以て満足し、進歩實現の過程に付ても客觀性の保障に付ても依るべき基準を豫想しなかつた様に解される」のに対し、「再自覺された裁判事務心得第 3 条」、即ち杉山にとって新たなる意義を付与された本布告は、「本條の缺陷の補充としての現代的合理解釋として『條理裁判に對する科學性の賦與』」が求められた。これは「科學に依て自然法を發見し、技術に依つて之を事案に適用」することであり、「新自然法」をその本質としている³⁶。これを踏まえ、杉山は以下のように結論した³⁷。

我國に於て一旦廢止の外觀を呈せる明治八年第百三號はその實廢止されたものではなかつたのであつて、今日復た重要な意義を挽回せむとする運命に在る。(…)我國は今正に『同法の主義の現代的合理解釋に依る更生の時代』に在ると言ひ得よう、蓋し同法は 立法司法の協同に立脚せる自由探求を規定してその科學的なるべきを明にしなかつた、之に對して我現代の學說、否な、學說、判例、立法は之に含有さるる科學的要分を認め、その科學的積極構成の完成に努力を集中すべき共同の任務を帯びて居るからである。(…)今後に於ける叙上の使命の遂行に方つては益々右の文献〔即ちチェニーの二大主著〕並にチェニーの今後の研究に依るべきものが多大なるべきを疑はない。此る次第で元來自由探求主義の母たる我國は自由探求學說の父たるチェニー先生とは深い因縁があるのである。

第二に、杉山は、裁判事務心得第 3 条の比較対象として、スイス民法第 1 条第 2 項を考察している。まず、スイス民法第 1 条（第 1 項乃至第 3 項）について、彼は次のように評している³⁸。

同法は之を奧太利民法乃至我布告に顧みれば、別に「新奇獨創」の誇るべきものではないと言つてよい。併し佛民法の消極的默許主義、獨民法の類推主義乃至一般の成文法假託主義等、國民主權、歴史法學、註釋法學全盛以來の大勢に對し、先づ起つて新生面を開き、正々堂々と裁判官を信用して之に弘大なる權限を賦與する立法的公認主義を樹立せるは劃期的意義を有し、二十世紀の新立法の指導に就て貢獻

する所ありたるを認めて可なりと信ずる。

杉山にとっての両法令の関係性は、直接的なものではなく、ジェニー説を両者間の媒介項として位置付けることで繋がっている。このような彼の考え方は、裁判事務心得第3条を「ジェニー先生の私法法源及び其解釋方法論の學説を、之に先んじて公認した自主的立法の一先蹤」³⁹とし、またスイス民法第1条第2項を「現世紀以來の自由法學的思潮、就中本立法〔裁判事務心得第3条〕と符合するジェニーの科學的自由探求説の影響が作用して居る⁴⁰」とする彼の記述にも表れている。この考えを前提とし、杉山は両法令の比較を試みた。以下に検討する。

杉山は、裁判事務心得第3条とジェニー説の比較を行ない、その上で、スイス民法第1条第2項を両者の比較対象として吟味している。また裁判事務心得第3条を「制定時の裁判事務心得第3条」と「再自覚された裁判事務心得第3条」に想定し、各検討を試みるのも彼の特徴であろう。その一例を以下に引用する⁴¹。

本法制定當初に於ける第三條の法旨を「ジェニーの私法法源及び科學的自由探求説」と比照すれば、成文法第一法源觀念、成文法と條理—自然法とはしないが—との衝突に於ける成文法の解釋的優勝、合理的慣習を第二法源とする觀念、判例及び學説を非法源とする觀念等、要するに形式法源及びその效力上の階級的差等に關する觀念は兩者其揆を一にする。自由探求に付ても亦然り。唯自由探求の自然法性即ち實質法源性の否定竝にその科學性の閑却に付て異なる所あるのみ。若し夫れ本條と「瑞西民法第一條」との同似性に至ては一層著大である。

上記の引用文において、冒頭に「本法制定當初」と記されていることから、制定時の裁判事務心得第3条とジェニー説との比較であることはわかる。この「自由探求の自然法性」は、スイス民法第1条第2項においても否定されており、杉山が「ジェニー自らは其科學的自由探求學説が全然瑞西民法第一條と符合する旨明言されるが、私の觀る所は、之と異なる。⁴²」とする所以である。従って、この点においては、制定時の裁判事務心得第3条とスイス民法第1条第2項は同趣旨であることがわかる。しかし後述の通り、杉山のいう「再自覚された裁判事務心得第3条」はジェニー説と同一の「自然法適用主義」を採用するため、結果的にはスイス民法第1条第2項とその趣

旨を異にすることになったといえる。

また杉山は、裁判事務心得とスイス民法第1条（第1項乃至第3項）との比較も試みている。なお、ここで彼がスイス民法第1条との比較対象としているのは、裁判事務心得の全条文である。特定の条文に関する場合は条文番号を明記する⁴³。彼の行なった同心得についての分析結果を要点のみ記せば、以下の通りとなる。

- ① 私、刑法源、民刑両裁判に普遍する統一的規定である。
- ② 裁判所に対する裁判規範、立法者に対する立法規範、国民に対する法律生活の指導という観念を包含している。
- ③ 「私法法源の範囲」として、成文法、慣習法、第三法源の三種を認め、学説・判例の法源を認めない。
- ④ 「私法法源の階級性」として、成文法、慣習法、第三法源（乃至自由裁判）の階級的効力順位を認め、慣習法を成文法の上に置くことなく、また成文法の弾力ある解釈も認めている。
- ⑤ 制定時の裁判事務心得第3条は「自由裁量主義」に、再自覚された同心得第3条は「自然法適用主義」に基づいている。
- ⑥ 裁判事務心得第3条の実施当時の判例活動においては「自由探求公行主義」を採り、現在は「成文法仮託主義」を採っている。

杉山は、スイス民法第1条の分析を踏まえ、上記②③④に関しては「裁判事務心得」と同一であるとした。しかし、①に対しては、私法法源及び民事裁判に限局するとした。また、⑤においては、「制定時の裁判事務心得第3条」と同様に「自由裁量主義」を採り、⑥においては、「再自覚された裁判事務心得第3条」と同様に「成文法仮託主義」を採っているとした。

以上、杉山の比較方法を概観したが、そこから「制定時の裁判事務心得第3条」と「再自覚された裁判事務心得第3条」は、その基本的理解において大いなる相違が見出され、少なくとも当該布告の解釈は、その制定時から、杉山によって想起された時点に至る過程において、変化したことが認められよう。杉山によると、裁判事務心得第3条は、ジェニー説によって喚起され、同布告の本来の趣旨は、この学説に合致するような、理念的な色彩を帯びたものへと変わる運命にあるとした。それはあたかも

スイス民法第1条第2項とも適合しているように見えるが、実際には、その細部において無視出来ない相違点が見られ、決して同一視出来るものではないことが論証された。この限りでは、杉山の裁判事務心得第3条研究は、条理を論じるに際し、両法令をその文言の類似性だけ引き合わせていた、当時の我が国における法学方法論への批判として理解することも可能であろう。

このように杉山は、裁判事務心得第3条の「条理」を、彼と同時代の論者の中で、最も思想的・方法論的・体系的に、しかも当時の国際主義的時代潮流を背景に論じている。また「太政官布告の蘇り」を無条件に可能とする方法的根拠は、杉山による比較法的研究によって与えられていよう。しかし、ここで彼の研究手法には幾つかの難点が存したことも認めなくてはならない。

第一に、前述した杉山による「縦の考察」の方法的限界であろう。杉山は、裁判事務心得第3条の立法変遷を検討に付すものの、明治19年の裁判所官制や同23年の裁判所構成法によって、同布告の効力がいかなる影響を被るのか、場合によっては「消滅」したと解される余地も十分にあったにも拘らず（本論第五章参照）、そうした立法事実には一切言及していない。そればかりか、裁判所構成法と同布告の両者を、等しく当時の判例の独立法源性を否定する根拠として位置づけ、相互に関連付けてもいる。尤も、裁判事務心得第3条をめぐる理解が、時代的変遷の中にあるという事実は、明確に指摘されているのだが、「裁判事務心得」を構成する本来の条文についての文理理解には曖昧な点が目立つ。このことは杉山が、裁判事務心得を「私、刑法源、民刑両裁判に普遍する統一的規定」として捉える際、何よりも第3条が「民事ノ裁判」に限局された規範であることを考慮せず、これを「我布告」の特徴と拡大して評していることから了解される。こうした杉山の議論には、制度の背景としての歴史的事実的文脈に対する考慮が殆ど窺えない。

第二に、杉山のスイス法研究の限界が挙げられよう。これは民法学者石田穰が「極めて簡単な概観」⁴⁴と評価する所以である。杉山は、起草者オイゲン・フーバーをはじめ、エッガー (Egger)、グミュール (Gmür) といった、スイス民法典のコンメンタールの著者による研究論文や「スイス民法典を、英語を母国語とする人々に紹介する目的で執筆された」⁴⁵ウィリアムス (Williams) 著 “The Sources of Law in the Swiss Civil Code” (1923) を参考資料としている点から、当時における最新の情報に基づいた研究がなされたことが推測出来る。しかしながら、現代的視点から評価するならば、

彼によるスイス民法研究は、確かに大体的なものであり、また若干の点について、スイス民法第1条への誤った見解を抱いているように思われる。このことは例えば「瑞西民法が(...)主観的傾向即ち主観危険防止の充分なる客観的保障を伴うことなく(...)」⁴⁶という彼の発言からも窺うことが出来る。ここで杉山は、スイス民法第1条は、ジェニー説と異なり、自然法を認めないことで、広義の法の完全性を否定したために、主観の弊害に陥ることは避けられないと理解している。しかし彼の発想は、両者の本質を考慮していないものといえる。即ち、ジェニー説は「註釈学派の法典万能主義への批判から生じた学説」であり、スイス民法第1条は「スイス古来からの民衆的裁判制度を継承した規定」として理解されている通り、両者間には全く異なる歴史的思想的背景が存在している⁴⁷。また従来、スイスでは、自然法という思想自体が存在しなかったとされている。従って、スイス民法第1条第2項においても、伝統的な法慣習に従い、「裁判官自身が立法者であるならば定律するであろうようなどの規範に基づいて判断する」ことで「法の完全性」が目指されたのである。これはフーバー自身が「裁判官が認識しておいて然るべきことは『いかなる解釈によってもうめることのできない欠缺が制定法には存在する』」ということである。そして以上のように理解した上で裁判官が判決を下すことができるのは制定法に欠缺がないからではなく、むしろ正義に欠缺がないからなのである。そして、裁判官が前提とするものは、『他の総ての法秩序と関連させて裁判官自身ももし立法者であるならば妥当であると看做すであろうところの法命題』である。⁴⁸と述べている通りである。このような相違点を考慮せず、自然法を成文法の不備への補充方法としていないという理由だけで、「広義の法の完全性を否定し、主観の弊害に陥ることは避けられない」とする杉山の考えは、ジェニー説に過度に傾斜するあまり、個別の立法例としてのスイス民法典を具体的に検討することに不十分であったと言わざるを得ないのである。

第三に、杉山の裁判事務心得第3条研究の真の目的は、彼自身が目指す「世界法の形成」の立証にあるという点である。杉山による両法令の相違点の指摘は、比較法的観点から確かに有意義な面も少なくないが、最終的には同布告をジェニー説と合致させることで、自らの法的理念論の構築へと向かっていく。彼は、「自由探求主義」の「先覚立法」として、同心得第3条を位置づけ、ある期間忘却の淵にあった同布告をジェニー説によって再び喚起させ、同布告はその観念において新自然法に合致するように変形されるべきだとした。そのために裁判事務心得第3条は、欠缺の補充としての現

代的合理解釈である「条理裁判に対する科学性」⁴⁹を付与され、世界法の形成の手掛りとなるべく現代的再生を目指すべきであるとされた。もはや裁判事務心得第3条は、彼にとっては事実認識の前提的根拠を離れ、彼の物語る法理念の展開に、むしろ適合的に解釈変容された歴史的素材の一つとなってしまうている。換言すれば、杉山の「横の考察」が、裁判事務心得第3条を歴史的空間的に位置付ける座標軸の箍を弛緩させてしまったのである。そして最終的には、同布告の「客観的理解」とはもはや言い難い、まさに新しい生命を付与された「布告」がそこにあったのである。

¹ それ以前にも、既に裁判事務心得第3条の比較法的考察がなされているが、それらは何れもフランスで報告されている。Gorai, “Influence du Code civil français sur le Japon”, dans “Le Code civil 1804-1904 Livre du Centenaire” (伊藤英樹・廣瀬隆司共訳「ゴライ『フランス民法典の日本に及ぼした影響』」(『愛知学院大学論叢法学研究』第27巻第3・4号、1984年)103頁以下)や Naojiro Sugiyama, *L'évolution générale du Droit Japonais moderne (1869-1919)*, dans “Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans (1869-1919)”, *Livre du Cinquantenaire de la Soc. de lég. comp.*, 1923, t. II. が挙げられる。上記の Gorai という人物は、五来欣造(明治33年、東京帝国大学民法科卒業、独仏留学後、早稲田大学教授)と推定されている。(北村一郎「フランス民法典二〇〇年記念とヨーロッパの影」(『ジュリスト』第1281号、2004年)93頁。)

² 梅謙次郎『法学通論』(発行年月不明)、209頁。(福島正夫『日本資本主義の発達と私法』(東京大学出版会、1988年)42頁、注(10))

³ 梅謙次郎『民法原理總則編』(明法堂、1904年)10頁参照。

⁴ 富井政章『民法原論』(有斐閣書房、1903年)26頁。

⁵ 富井政章『訂正増補 民法原論 第一巻總論』(有斐閣書房、1920年)35頁。

⁶ 明治31年6月21日改正民法施行法を指す。同9条には「左ノ法令ハ民法施行ノ日ヨリ之ヲ廢止ス」として、20の布告、そして法律・勅令がそれぞれ1つずつ列記されている。富井をはじめ、杉山も重遠も、同条に裁判事務心得が記されていないことから、同心得は有効であると判断しているようである。しかし、仮に同心得が明治23年に消滅しているのであるならば、民法施行法第9条に記載されることはない。

⁷ 鳩山秀夫『日本民法總論』(岩波書店、1927年)10頁。

⁸ 杉山直治郎「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」(同『法源と解釋』(有斐閣、1969年(1957年初版))29頁。

⁹ 穂積重遠『民法總論上卷』(有斐閣、大正10年)43頁。

¹⁰ 我妻栄『民法總則』(岩波書店、昭和5年)37頁。

¹¹ 我妻栄『旧法令集』(有斐閣、1973年)凡例。

¹² 大河純夫「明治八年太政官布告第一〇三號「裁判事務心得と井上毅(一)」」(『立命館法学』第205号、1989年)190頁。

- 13 末弘徹太郎著 戒能通孝改訂『民法講話上巻』(岩波書店、1954年) 52頁。
- 14 なお、戦後の民法学者の中には、四宮和夫のような「〔裁判事務心得第3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」と裁判事務心得第3条の効力を否定する見解もある。(四宮和夫『民法総則第四版補正版』(弘文堂、1996年) 7頁。)
- 15 松本丞治「民法ノ法源」(『法学志林』第12巻第9号、明治43年) 12頁及び21頁以下参照。
- 16 杉山直治郎「『デュギュイ』ノ権利否認論ノ批判」(『法学協会雑誌』第34巻第12号、1916年) 30頁。
- また杉山の前にも、石坂前掲「法律ノ解釋及ヒ適用ニ就テ」(174頁以下)にて、法律の不備に対する補充方法として「瑞西民法第一條」を挙げている。ここで石坂は、自由法説とスイス民法は異なる理念のもとで成り立っている点を指摘しており、この点は注目に値するが、裁判事務心得第3条を例証していなかったことから、本文中に取り上げることが出来なかった。
- 17 穂積重遠「婚姻豫約有効判決の眞意義」(『法学志林』第19巻第9号、大正6年) 20-21頁。
- 18 引用文の下線は著者によるものである。内容が類似しているものは同一の下線で示している。
- 19 穂積前掲『民法総論』43-44頁。
- 20 我妻前掲『民法総則』36-37頁及び同『民法総則(民法講義I)』(岩波書店、昭和26年) 19-20頁。
- 上記の2つの著書に書かれた「条理」の説明箇所は、字体・送り仮名等の違いはあるものの、内容は同一のものであるため、本文中には昭和5年のものを引用しておく。但し、昭和26年の民法書には「この問題に關する好箇の文献」として、杉山の「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」が挙げられており、非常に興味深い。
- 21 伊藤正巳・加藤一郎編『現代法学入門』(有斐閣、平成17年) 64・65頁。
- 22 穂積陳重『法律進化論第一冊原形論』(岩波書店、大正13年)「巻首」(穂積奨学財団理事 岡野敬次郎書)
- 23 陳重の説く「法の自由發見の進化」の変遷については、穂積前掲『法律進化論』258頁に記されている。
- 24 穂積前掲『法律進化論』224頁。
- 25 穂積前掲『法律進化論』257-258頁。
- 26 穂積前掲『法律進化論』228-229頁。
- 27 この論文の仏語版は“Le pouvoir du juge et la libre recherche scientifique d'après la loi du 8 juin 1875 sur l'administration de la justice et les sources du droit privé”というタイトルで、『フランソワ・ジェニー古稀記念論集第2巻』(Recueil d'études sur les sources du droit, en l'honneur de François Génys, Tome2, Paris, Sirey, 1934)に発表された。(貝瀬幸雄「普遍比較法学の復権—杉山直治郎の比較法学—」(同『普遍比較法学の復権—ヨーロッパ民事訴訟法と比較法—』信山社、2008年) 185頁。)
- 28 「縦の考察」では、我が国の法律変遷に伴う同布告の位置付けに考慮をめぐらし、「歴史素材としての裁判事務心得第3条」を時系列的・通時的に捉えている。また「横の考察」では、古来各国の法制と同布告を比較法的に考察し「比較法学的考察の素材としての裁判事務心得第3条」を空間的・共時的に捉えている。
- 29 なお、比較法学領域においては、近年、前掲の貝瀬論文「普遍比較法学の復権—杉山直治郎の比較法学—」に見られるように、論稿「明治八年布告第百參號裁判事務心

得と私法法源」が、杉山比較法学への再検討の過程において、ひとつの重要な検討対象となっているが、それはもっぱら「比較世界法学と裁判事務心得第3条の連関」からの評価に徹底している。

30 杉山前掲「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」5頁参照。

31 貝瀬前掲「普遍比較法学の復権」188頁。

32 田中耕太郎は「〔杉山〕博士は本論文〔「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」〕に於て従来採り來られた所の國法本位の比較法觀を去つて比較法的觀點に立ち、比較法學の主たる任務を世界法的手段たることに置かれてゐられる」（田中耕太郎『世界法の理論 第3卷』（岩波書店、1948年）432頁）と述べることで、杉山の比較法の理論の変化が上記の論文であることを示唆した。

33 岩谷十郎「日本法の近代法と比較法」（『比較法研究』第65号、2003年）38頁。

34 岩谷前掲「日本法の近代法と比較法」37-38頁。

35 杉山前掲「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」35-36頁。

36 杉山前掲「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」101頁以下引用・参照。

37 杉山前掲「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」111-112頁。

また、引用文にある「右の文献」とは、「ジェニー・(マ) 實定私法法源及解釋方法論〔Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif〕並に科學と技術(マ)〔Science et technique en droit privé positif〕の二大主著」（杉山前掲『法源と解釋』5頁）を指すものと思われる。

38 杉山前掲「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」63頁。

39 杉山前掲「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」5頁。

40 杉山前掲「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」55頁。

41 杉山前掲「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」26頁。

42 杉山前掲「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」62頁。

43 杉山前掲「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」77頁以下参照。

なお、下記⑤及び⑥に関しても、原文では、杉山は、その考察対象を「布告第百三號」「我布告」と記し、第103号布告全体の分析をしているかのように窺えるが、また同時に「民事裁判における自由探求についての考察」であるともしている。従つて、要点⑤及び⑥は、疑いの余地なく、同布告第3条に限定されたものであると理解出来る。そのため、本稿では原文の言葉を用いず「裁判事務心得第3条」と記した。このような杉山の「第103号布告(全体)の条文における文理理解の曖昧さ」については、後ほど再検討したい。

44 石田穰「スイス民法一条の法源イデオロギー」（同『民法学の基礎』（有斐閣、昭和51年）所収）4頁。

45 松倉耕作「Ivy Williams, The Swiss Code. English version Oxford university press, 1925. And The Sources of Law in the Swiss Civil Code. Oxford university press, 1923, Nachdruck 1976, zusammen in 4 Bde.」（『アカデミア 經濟経営学編』第55号、1977年）277頁。

46 杉山前掲「明治八年布告第百三號裁判事務心得と私法法源」62頁。

47 スイス連邦公文書館の臨時研究員(suppléant)を務めていたオスカー・ガウエ博士(Oscer Gauye)によれば、ジェニー説とスイス民法第1条第2項の関係性について、ジェニー自身がそれを明確に否定していると指摘されている。("François Gény pré-cisa qu'il n'était pour rien dans la genèse de l' article 1er du Code suisse. « Je tiens à écarter, dit-il, une légende qui voudrait m'attribuer une part dans l'inspi-

ration de ce texte fameux... » ” (Oscar Gauye, François Génys est-il le père de l'article 1er, 2e alinéa, du Code civil suisse ?, in : Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge, Band 92, 1973, S.272.))

⁴⁸ Eugen Huber, Schweizerisches Zivilgesetzbuch Erläuterungen zum Vorentwurf der Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Ersten Heft, Bern, 1901, S. 37. (邦訳：大川四郎「スイス民法第一条第二項の学説史的起源」(森田安一編『スイスの歴史と文化』(刀水書房、1999年)192-193頁。)

⁴⁹ さらに貝瀬は、この点に関して、「いかにすれば条理裁判に科学性を付与出来るのかという重要課題の全面的検討は本論文〔「明治八年布告第百参號裁判事務心得と私法源」〕では留保され、ただ自然法の重要な因子を構成する世界(私)法について言及するにとどめている。」(貝瀬前掲「普遍比較法学の復権」182頁)といった批判的評価を与えている。

第八章 穂積重遠の「条理」解釈 —大正4年1月26日大審院民事連合部判決「婚姻予約有効判決」からの一考察—

前章で見たように、大正期には様々な法学者によって「条理」解釈をめぐる議論が積極的に行なわれてきた。それを受け、本章では、裁判事務心得第3条をスイス民法第1条との関わりの中で論じ、今日に至るまでの「条理」論の通説的見解を提供した穂積重遠の学説に注目したい。

重遠は生涯にわたり「条理」裁判への関心を抱き続けていた。実際、彼は、民法学、法理学の著書¹をはじめ、判例研究、さらには臨時法制審議会における民法改正要綱の審議や満州国民法の編纂等の立法活動に至るまで、実に広範囲にわたるその活動のひとつひとつにおいて条理に注目し、スイス民法第1条への言及を行なっている。とりわけ、家族法領域における自由解釈の必要性を彼は強く論じており、このような重遠の民法解釈論は、我妻栄や中川善之助にも継承され、大正期民法学の通説を形成してゆくこととなる。そのなかでも、本章において、特に考察の中心に据えるのは、内縁の妻をはじめ保護した大正4年(1915年)1月26日大審院民事連合部判決(以下、婚姻予約有効判決)に対する重遠の評価である。重遠自身の言によれば、彼はこの婚姻予約有効判決の判例研究を通して、自らの法律観が「一定の方向を取つた」とのことである²。実際に、裁判や判例のあり方に関する彼の学説は、この時期にある程度確立しているように窺える。従って、上記の判決を通して構築された彼の法理論の吟味を介して、彼の条理観を把握することが可能なのではないかと考えている。

本章ではまず、婚姻予約有効判決に至るまでの「婚姻の成立」について概観する。なぜなら、重遠の内縁についての見解を理解するためには、明治以降の婚姻の成立に関する法規範の変遷、そして当時の社会事情を理解することが不可避だからである。そしてその後、具体的に婚姻予約有効判決を通して語られる重遠の言説を分析し³、特に彼が上記の判決において注目した「裁判所の立法的行為」について検討することで、彼の法学理論における条理の位置付けを明らかにしていきたい。

一 法律婚主義 対 事実婚主義

1 太政官期法令—旧民法—明治民法典にみられる「婚姻の成立」規定

明治以降の婚姻の成立をめぐる規定はいかなる内容を有していたのだろうか。

明治8(1875)年太政官第209号達では「婚姻又ハ養子養女ノ取組、若シクハ其離婚離縁、縦令相對熟談ノ上タリトモ双方ノ戸籍ニ登記セザル内ハ其効ナキモノト看做ス」としている。但しその後、同10年司法省丁第46号達「八年第二百九号ノ論達後其登記ヲ怠リシ者アリト雖モ、既ニ親族近隣ノ者モ養父子ヲ以テ論ズ可キ儀ト相心得ベシ」によって、同8年第209号達によって定められた法律婚主義は、実質的な夫婦関係の成立との調整がなされ、婚姻の登記がなくとも、親族や近隣が認め、裁判官もそれを肯定できる場合には、夫婦として論ずべきことが、司法省から各裁判所へ命ぜられた⁴。当時の婚姻方式をめぐるのは、今日の近代家族法研究においても、「法律婚主義が原則として維持貫徹され、事実婚は裁判上必要な範囲において認められるに過ぎない」とする見解と「法律婚主義における戸籍届出は婚姻成立の一要件にすぎず、事実婚が承認されていた」とする見解が対立し⁵、議論がなされているところである。しかし、事実婚を容認する裁判所の判決例が実際に存在しているように⁶、明治初期には多かれ少なかれ、事実上の夫婦を認める一定の余地は見られたといえよう。

その後、明治23年に公布された旧民法の人事編でも、婚姻の成立に係る条文が設けられた。梅謙次郎の言葉を借りてその内容を記すならば、「第一ニ戸籍吏ニ〔婚姻を為さんとすることを〕申出テ、身分取扱吏デアリマス此案〔=明治民法草案〕デ言フト戸籍吏ニ届ケル〔(人事編第43条)〕夫レカラ第二ニ届出ノ日カラ三日乃至三十日間ノ間ニ證人二人ノ立會ヲ得テ慣習上ノ儀式ヲ舉ゲル〔(同編第47・48条)〕第三ニハ其儀式ヲ舉ゲテカラ後十日内ニ戸籍吏ニ其届出ヲ爲スト云フコトニ爲ツテ居〔(同編第49条)〕」⁷り、いわゆる儀式婚主義を採用したものだといえよう。

しかしこれらの規定は、明治民法典の編纂過程において、とりわけ起草委員であった梅によって「是迄ハ慣習上ノ儀式ト云フ事ト夫レカラ届出ト云フコトガアリマシタガ其ドチラカ婚姻ヲ成立セシメルノカト云フコトハ問題デアリマスケレドモ兎ニ角ドチラカ婚姻ヲ成立セシメルニハ違ヒナイノデ夫レガ今度ハ三ツノ條件ガ具ハラナイト

往カナイ斯ウ云フ事ニ爲ルト云フノハ無論今日迄ノ慣習ニモナイコトデ即チ國情ニ適セヌデアラウト思ヒマス」⁸と反対された。そして梅はこれに代わり、明治8年太政官第209号達を現行法とし、これを明治民法に取り入れようとした。彼のこうした姿勢は、法典調査委員会における彼の「八年ノ布告ガ出タノハ或ハ時期ガ早カツタカモ知レヌケレドモ夫レカラハ二十年モ經テ居ツテ今日ハ世間ノ程度モ進ンデ居リマスカラ夫レデソナ曖昧ナ主義ハイケマイ」⁹との発言からも理解出来よう。そして梅は、同委員会において、明治28年当時には「本人ラノ考モ眞ニ婚姻ヲスル積リデナシニズル々々ベつたりニ一人ノ婦人ガ一ノ男子ノ處ニ這入り込ンデ居ル乍併世間カラ見ルト夫婦ノヤウデアツテおかみさん、亭主自分デモ宿ガ家内ガト世間ニ對シテ言ツテ居ル夫レデナケレバ體裁ガ惡ルイ、サウ云フ者ガ下等社會ニハ澤山」あり、そのような「唯ダ夫婦ニ似寄ツテシテ居レバ夫レデ満足シテ居ル」者と「法律上明カニ夫婦ト爲リタイ者ト區別ガ立タナク爲ツテ仕舞ウ是ハ(...)斷然廢サナケレバ往カヌ」とし、「法律上ハ飽クマデモ届出ヲスルコトヲ必要條件トスル」ことを主張し、結果として、民法第775条や第778条のような条文を設けるに至った¹⁰。

また梅は、当時の慣行として多く存していた「試メシデ、サウシテ後ニ届出ヲスルト云フヤウナ事」、所謂「試婚」についても不都合であると指摘し、あくまで法律婚を婚姻の要件とすることを求めている。そしてこのような主張において「事實上ハ實ハ〔事實婚の〕慣習ヲ改メルコトニ爲ルガ乍併法律上ハ慣習ヲ改メルコトニハ爲ラヌト思ヒマス其點ハ法律上ノ方ニ據ツテ貫ヒタイ」¹¹と述べている。つまりこの梅の発言から、事實婚が当時の社会で非常に多かったことを危惧し、この慣習を廃する目的で法律婚を規定し、事實婚を保護する条文もあえて設定しなかった可能性を読み取ることが出来よう。そしてもしそうであるならば、明治民法の特徴でもある「現実の家族秩序をそのまま維持することを目的とするのではなくて、むしろそれを、より権威主義的に変容すること」¹²が、この婚姻の成立に関しても当てはまるということが示唆されよう。但し、梅は、事實婚の中でも儀式を済ませた夫婦については、「一方ニ嘘欺ガアレバ曲者カラ相當ノ賠償ヲシナケレバナラヌコトハアリマセウ」¹³として、ある程度の法的な救済を示唆する意見もみられることから、事實婚の保護を完全に否定するという姿勢ではなかったようにも思われる。

2 明治民法典制定後の社会事情

一方、実際の社会に目を転じて見てみるならば、梅の意図とは裏腹に、明治民法典が施行された後も、事実婚が減少する兆しは一向に見られず、むしろ法律が制定されたことによって、なお深刻な内縁問題が生み出されていった。これについては、我妻栄が「民法として、戸籍役場に届け出なければ婚姻は成立しないという理想を見定めたことは決して間違いではない」が、「その法律一條で日本の慣習が動くだろうと予期したところに大きな錯誤があ」とし、「内縁関係というものは、決して淫らな、社会的に非難すべき男女の結合ではない。親も許し、社会も許す、天下晴れての夫婦である。法律だけがそれを赤の他人だという。そういう矛盾から内縁関係というものができた。」と指摘をしていることから窺えよう¹⁴。

大正期の内縁事情を理解するためには、社会学者戸田貞三¹⁵による分析を見る必要がある。戸田は大正9年(1920年)に実施された国勢調査から得られる婚姻数(法律婚と事実婚を含む)とそれ以前の人口統計による婚姻数(法律婚のみ)との比較に基づいて、推算を行なっている¹⁶(〔表1〕参照)。それによれば、大正9年の内縁の割合は男性16.6%、女性15.9%、更に大正14年には男性17.2%、女性16.5%であった¹⁷。これはほぼ6組に1組の夫婦が籍に入っていない内縁の夫婦ということになるため、かなり大きな割合であろう¹⁸。また、民法学者中島玉吉が、論稿「内縁の夫婦に就て」にて取り上げた、京都西陣警察署による172組の内縁夫婦を対象にした調査によれば、婚姻届を提出しない理由として、40組が「何気なく怠慢に付し居るもの」に該当しているが、「男女双方戸主又は相続人なるがために入籍不能のもの(50組)」「両親戸主の承諾せざるもの(22組)」も上位を占めている様である¹⁹。(〔表2〕参照。なお、表中の()内は組数を示している。)確かに、梅の懸念する伝統的な婚姻慣行や「婚姻ヲスル積リデナシニズル々々べつたり」な内縁関係があったことは否めないが、同時に明治民法によって定められた、廢家禁止・相続人去家禁止を原則とする家族制度によって生み出された婚姻障害もそこにはあったことが理解出来よう。

こうした中、次第に、内縁が依然として増加傾向にあった社会状況と、結婚の儀式を済ませ事実上の夫婦であっても婚姻届を出さない限り法律上の夫婦と認めないとする民法との間に「ずれ」が生じ始める。その結果、内縁関係にして不当にそれを解消された妻や内縁の夫婦から生まれた私生子は、法的な保護を一切受けられず²⁰、不利

な立場に置かれることとなったのである。

〔表 1〕 法律婚による有配偶者数・内縁関係による有配偶者数とその割合

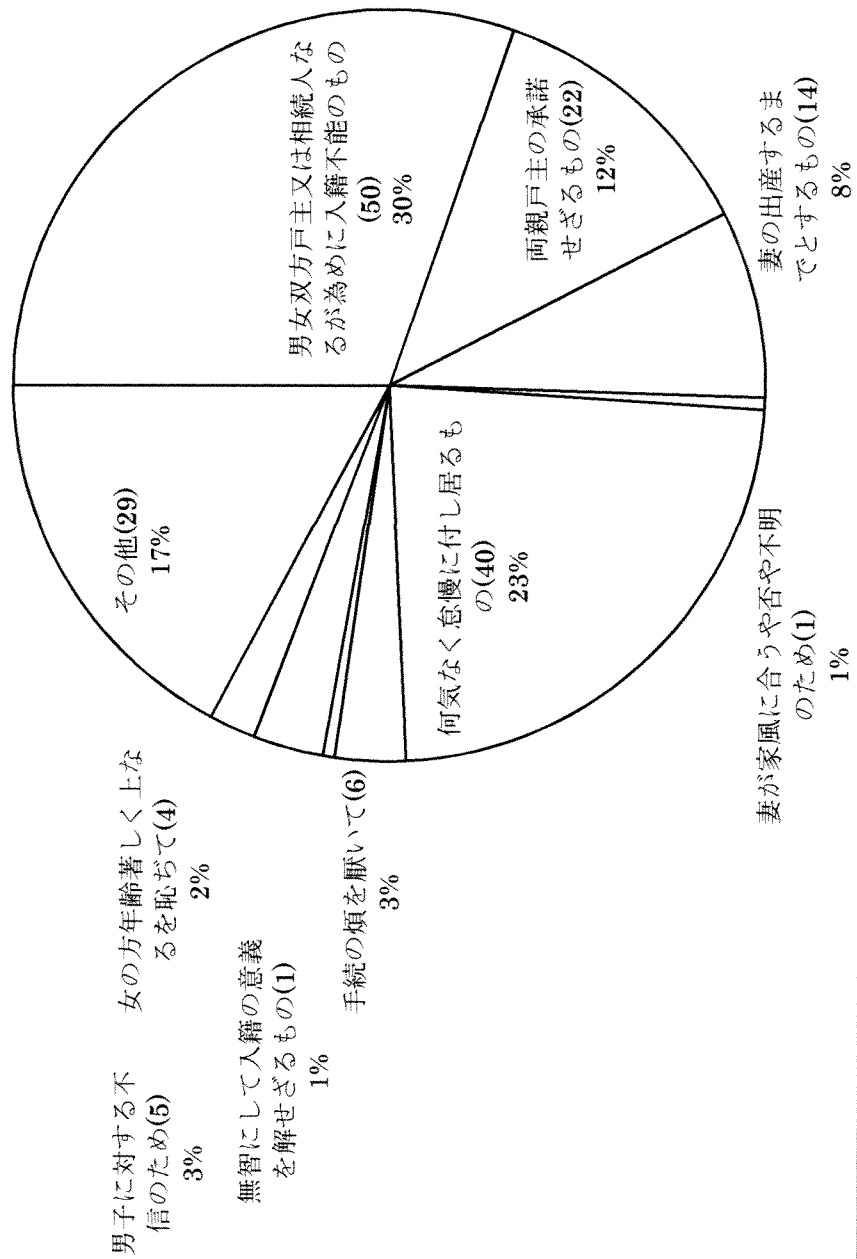
(大正 9・14 年、男女別)

	大正 9 年		大正 14 年	
	男性	女性	男性	女性
人口数 (A)	28,044,185	27,918,868	30,013,109	29,723,713
総有配偶者数 (B)	11,147,549	11,242,264	11,860,690	11,881,960
人口 1000 人あたりの総有配偶者数 (C)	398	403	395	400
人口 1000 人あたりの法律上の有配偶者数 (D)	332	339	327	334
人口 1000 人あたりの内縁関係の有配偶者数	66	64	68	66
総有配偶者 1000 人あたりの法律上の有配偶者数	834	841	828	835
総有配偶者 1000 人あたりの内縁関係の有配偶者数	166	159	172	165
総有配偶者における法律婚の割合 (%)	83.4	84.1	82.8	83.5
総有配偶者における内縁関係の割合 (%)	16.6	15.9	17.2	16.5

(A) ~ (C) : 国勢調査による統計 (D) : 人口静態統計 (明 31~大 7) からの推計

(戸田貞三『家族と婚姻』(湯沢雍彦監修『家族と婚姻』クレス出版、1989 年所収))

〔表2〕 婚姻届を提出せしめず内縁となる理由
 (大正12年京都西陣警察署の調査結果より)



3 婚姻予約有効判決（大正4年1月26日大審院民事連合部判決）

婚姻の成立をめぐる裁判所の見解について、明治民法典制定後の大審院は、同法の趣旨を尊重し、内縁関係の一方が法律上の婚姻を拒否した場合にも、「婚姻予約は法律上無効であって、したがって予約者の一方がその約に反して、婚姻を実現しなかった場合にも、相手方はこれに対して、損害賠償を請求できない」として、救済を与えることはなかった（明治35年3月8日大審院判決²¹、明治44年3月25日大審院判決）。しかし、大正4（1915）年1月26日大審院民事連合部判決（婚姻予約有効判決）において、大審院は、従来の「婚姻予約無効論」を翻し、初めて、婚姻予約は「有効」と判決した。そしてそれ以降、下級裁判所はこの判決に従って、次々と婚姻予約の違反を理由とする損害賠償の請求を認めるようになる²²。以下、婚姻予約有効判決の事件概要を簡略に示す²³。

Y（谷中惣三郎、被告、被控訴人、被上告人、被控訴人、上告人）とX（野沢ヒデ、原告、控訴人、上告人、控訴人、被上告人）は、明治44年4月13日、「媒酌人ありて事実上の婚姻を為」した。しかし「上告人（Y）は不幸にして結婚式まもなく病院に入院したるにより、3日目より実家に帰り居りたる被上告人（X）に之を通知したるに、被上告人（X）は上告人宅に至りたるのみにて病院に来らず、しかも一泊後再び実家に帰れるのみならず、其際被上告人（X）と同伴したる其父は、地方の慣習に背きて媒酌人（A）を訪はざりしが為め、媒酌人に於て行末を案じ、媒酌人たることを辞するに至りたるが為め、上告人（Y）は彼是熟考の上、離縁するを可なりと思料し、其意を実家へ帰宅中の被上告人（X）に通じた」（民録21輯51頁）。それに対し、被上告人（X）は名誉を毀損されたとして、不法行為を理由に上告人（Y）に、損害賠償を請求した。

訴訟は、①下妻区判明治45年4月25日（Xの請求を棄却）②水戸地判大正元年10月22日（Xの控訴を棄却）③東京控判大正2年3月8日（原判決破棄差戻）④水戸地判大正2年11月21日（原判決の下妻区判を変更）と推移し、大正4年1月26日、大審院民事連合部判決において、原判決を破棄、自判し、Xの請求を棄却するに至った。判決理由は以下にその一部を抜粋する²⁴。

(...)婚姻の豫約は將來に於て適法なる婚姻を爲すべきことを目的とする契約にして其契約は亦適法にして有効なりとす法律上之に依り當事者をして其約旨に従ひ婚姻を爲さしむることを強制することを得ざるも當事者の一方が正當の理由なくして其約に違反し婚姻を爲すことを拒絶したる場合に於ては其一方は相手方が其約を信じたるが爲めに被むりたる有形無形の損害を賠償する責に任すべきものとす(...)婚姻を爲す當事者は其届出以前ニ先づ將來婚姻を爲すべきことを約し而して後其約の實行として届出を爲すは普通の事例にして其約を爲すは実ニ婚姻成立の前提事項に屬し固より法律上正當として是認する所なれば適法の行爲なるや言を俟たず(...)従て既に之を約したるときは各當事者は之を信じて相當なる準備の行爲を爲し尚ほ進みて慣習上婚姻の儀式を舉行し事實上夫婦同様の生活を開始するに至ることあり(...)畢竟上告人が當事者間に成立したる婚姻の豫約を履行せざるものに外ならざれば之に因り生じたる損害賠償は違約を原因として請求を爲すことを要し不法行爲を原因として請求すべきものにあらず然るに本訴請求は全く不法行爲を原因として主張したるものなること記録上明確にして其原因とする所既に失當なれば此點に於て棄却すべきものとす。

この内縁の妻を保護した最初の大審院判決は、予約不履行による損害賠償請求をなさなかつたために、内縁の妻に敗訴を言い渡した判決であったが、法律上の婚姻をなす約束で事実上の夫婦関係を創設した者に対して、予約者の一方が正當の理由なくしてその約に違反し、婚姻をすることを拒絶した場合においては、その違約者は相手方がその約を信じたために被った有形無形の損害を賠償する責任があるという趣旨を明言したものである²⁵。当時の法学界でこの判決は大きな関心事となった。例えば、穂積重遠、中島玉吉、岡松参太郎、石坂音四郎、曄道文藝といった民法学者たちによって、法律新聞や学術誌等に判例批評がなされ、さらには討論会が開催されるまでに至った²⁶。そのなかでもとりわけ、重遠の当判決に対する関心は強く、「婚姻豫約有効判決の眞意義」をはじめ、「法律婚と事實婚」「法律に現はれたる維新の気分」「判例法に就て」といった論稿や『親族法』『親族法大義』『判例百話』『民法読本』等の著書にも婚姻予約有効判決に関する記述が見られる。そこで次節では、重遠の婚姻予約有効判決をめぐる評価について、彼の著書や論文から分析し、穂積重遠の「条理」解釈を具体的に明らかにしていく。

二 穂積重遠の「条理」論

1 穂積重遠による「婚姻予約有効判決」の評価

重遠は、婚姻予約の有効を認めた大正4年1月26日大審院判決に対し、この判決は、本来は事実婚の問題であるところを婚姻予約有効論に仮託した点²⁷において甚だ牽強付会であるため、法律解釈論としては批難を免れないとしつつも、それを咎める前に、何故この牽強付会が行なわれなければならなかったのかを考察せねばならぬ²⁸と説いた。重遠は、事実婚を一切認めない明治民法に対して、「國家社會の重要な基礎たる婚姻について事實生活と法律生活とが斯くも甚しく不一致であることそれ自身が (...) 現行民法の一大缺陷と云はねばならぬ。²⁹」と強く批判し、そのような視点からこの判決を評価すれば、これは内縁の妻の弊風を矯正して婦人の利益を保護することを目的にした、正に時弊に的中した裁判であるとした³⁰。また彼は、当該事件の「男女ガ既ニ慣習上ノ結婚式ヲ擧ゲタ後其一方ガ婚姻ノ届出ヲ拒ム場合ニ付テ民法ニ規定ガナイノハ」法律の否定する関係ではなく、法律の規定しなかった空隙、即ち「真正ノ意味ニ於ケル法規ノ欠缺デア」り、このような法律に規定を欠く場合の大審院の行なった立法的行為は正当なものであるため³¹、評価すべきであるとした。この意味において、重遠は当判決を「条理裁判を行なった一例」と定義づけ、「事實上結婚しながら婚姻届が拒まれた場合の處置は民法の豫期しなかつた缺陷であることを率直に承認し、成文法に規定なく慣習法もなきが故に條理を以て斯く裁判するのだと説明したら、最も宜かつたらうと思ふ³²」と、大審院に対して批評している。さらに重遠は、当判決文中の「慣習上ノ結婚式ヲ擧ゲテ事實上ノ婚姻生活ヲ開始セル後正當ノ理由ナクシテ婚姻ノ届出ヲ拒ミタル當事者ノ一方ハ、當事者ノ他方ガ之ニ因リテ被リタル有形無形ノ損害ヲ賠償スル責ニ任ス」は、「反復して同様の判決が下され、既に今日では所謂判例法を成して³³」おり、事実婚を婚姻予約に仮託した『こぢつけ』論がたうとう動かすべからざる判例³⁴」になったと評し、当判決を条理裁判から生じた判例法發生の典型例と位置づけた。

2 穂積重遠の「条理」解釈

(一) 条理の根拠条文としての裁判事務心得第3条

それでは、重遠における「条理」論とはどのようなものだろうか。それを考えるにあたり、まず彼自身が当判決について「此所謂婚姻豫約有効判決は知らず識らず明治八年第百三號布告の趣旨を實行して居る³⁵」と評価しているように、彼の学説においても、条理裁判を行なう根拠を裁判事務心得第3条に求めているという点に注目したい。

重遠は、裁判事務心得第3条（「民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ條理ヲ推考シテ裁判スヘシ」）と「法典自らがその不備を認め、その第2項において、所謂、法の欠缺（Lücken im Recht）に該当する場合には、裁判官自らが立法者の立場となり、立法に準ずる形で判断を下すべき旨³⁶」を定めたスイス民法典第1条第2項（「此法律ニ規定ヲ存セラルトキハ裁判官ハ慣習法ニ從ヒ慣習法モ亦存在セサル場合ニハ自己カ立法者タラハ法規トシテ設定シタルヘキ所ニ從ヒ裁判スヘシ」³⁷）を類似法規として着目し、「条理」を語る法素材として両法令を例証していることは前述の通りである。

両法令の関係については、「此規定（スイス民法第1条第2項）は正に我が明治八年の布告と同じ事を云って居るのであつて、『自己ガ立法者タラバ云々』と云ふのは誠に巧妙な言い廻しであるが、結局『條理』と云ふことを説明したに外ならぬ。³⁸」との重遠の発言にみられるように、彼はこれらを「同趣旨」なものとして捉えようとしている³⁹。そして「タトヒカノ太政官布告其モノガ既ニ死法デアッタトシテモ、又タトヒ斯ノ如キ布告ノ出タコトガナイトシテモ、余ハ此布告ノ趣旨ヲ以テ司法界千古不朽ノ大原則ト信ズルノデアル。同様ニ一九一二年ヨリ施行ノ『スイス』民法第一條第二項（...）ノ規定ハ、規定ナキ我國ニ於テモ當ニ然ルベキ所デアル。⁴⁰」とし、裁判事務心得第3条の効力についてはあえて言及しないものの、仮にそれが現行の法令として存在が認められないとしても、その趣旨において不朽の大原則が謳われており、法律の欠缺補充としての「条理」は当然あるべきだと論じた。スイス民法第1条についてもまた同様であり、「これ亦明文の規定を待たずさうなくてはならぬ所なのであつて、裁判官は民事事件に關し明文不文何等の法律規定がない場合には條理に基づいて裁判

すべきものなのである⁴¹」としている。このように重遠は、「司法界千古不朽の原則」という意味において、両法令を「同趣旨」なものと理解しているようである。

ところで、重遠にとっての「条理」とは何か。これについてまず指摘すべき点は、彼のいう「条理」とは、自然法論や自由法論に見られる「条理」とは性質を異にするものだという点である。そこでまず、重遠の述べる自然法について、以下に引用する⁴²。

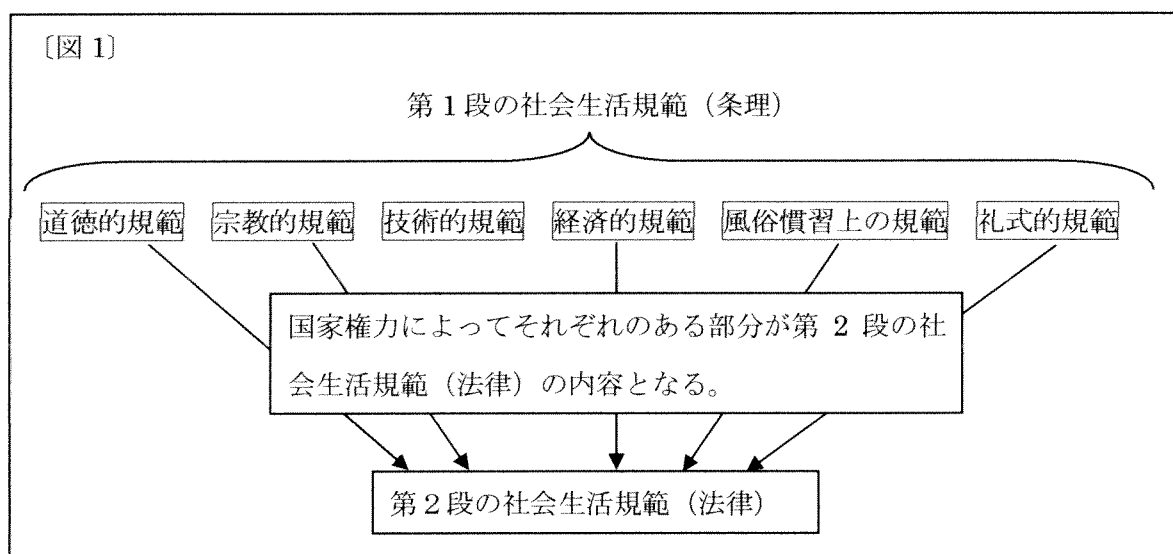
法が「作」られるより前に人類普遍の原理が「在」り、それが法律の内容となるのだが、この原理そのものもまた法律であるとし、人定法たる國法の上に「自然法」があるのだ、とするのが「自然法論」である。あるいは「性法」とか「條理法」とか言う人もある。しかしそう何でもかでも法律にしたがらなくてもよさそうなものだ、これもまた一種の法律萬能思想ではないだろうか。

自然法を支持する学者によれば「条理＝自然法」であるため、裁判所はそれを適用出来る。それに対し、自然法に対抗する立場にある者—重遠はこうした人たちを「嚴格法論者」と呼ぶ—は、条理は法律ではない故に、裁判所では条理を適用する事は出来ない点を主張している。こうした各意見に対して重遠は、上記の両者の結論は正反対ではあるものの、「法律のみを適用する機關」として裁判所を捉えている点において一致しており、それ故に、彼はいずれの見解にも賛成する事は出来ないという⁴³。彼によれば、裁判所とは、上記の論者の主張するような「法律のみを適用する機關」ではないという見解に立ち、「裁判官は必ずしも法律を適用せずともよい」「裁判官は自由裁量により裁判し得る」ため⁴⁴、「條理は法律ではないけれども裁判所は條理を適用して裁判し得る」のであり、またそれは当然の必要であるとした⁴⁵。その意味において、裁判官の法律補充を認めるかのような規定がない我が国においても、「余輩ハ『スイス』民法第一條ノ規定ヲ以テ斯問題ノ最モ適當ナル解決ナリトシ、明文ノ規定ナクモ裁判官ハ此程度ノ法律補充能力ヲ有スルモノナリト信ズ。⁴⁶」として、スイス民法のような規定は当然あるべきものであると述べている。

このような彼の主張は、あたかも重遠が自由法説の主張を支持しているかのように思われる。確かに彼は「從來ノ法律學ガ或ハ法律ノ無缺陷（Lückenlosigkeit des Rechts）ヲ假定シ、或ハ立法者ノ意思ヲ援用シ、或ハ擴張解釋類推解釋ヲ許スモ畢竟

裁判官ノ立法行爲ヲ黙認セルニ外ナラザルナリ。然カモ法律無缺陷ノ假定ハ空論ナリ、憲法上ノ手續ニ依リテ言明セラレザル立法者ノ意思ハ法律ニアラズ、而シテ擴張解釋類推解釋ハ其根據及ビ範圍頗ル明確ナラズ、寧ロ正々堂々ト裁判官ノ法律補充能力ヲ承認スルニ如カザルナリ。⁴⁷」と述べ、自由法説に対し肯定的にも見られる。しかし「結論において自由法論に賛成なんだけれども、ただあれは自由法だという自然法的な考え方にも納得できない⁴⁸」「裁判官ハ法律變更ノ權能ヲモ有スルモノトナシ、法規ハ裁判官ニ對スル指針乃至教科書ニ過ギズトナス極端ナル自由法説ニ至ツテハ、個々ノ事件ノ正當衡平ナル裁斷ノ重ンズベキヲ知ツテ一般『法律安定』(Rechtssicherheit)ノ更ニ重要ナルヲ忘れ、却ツテ法律其モノノ社會目的ヲ滅却セントスル大謬見ト云フベシ⁴⁹」として、自由法説とも一線を画する立場にあることがわかる。

また重遠は、「条理」は「筋合」を意味するものだとし、「[物事は色々な筋道から考えなければならず] 上からも下からも右からも左からも前から後ろからも色々な筋を押し詰め、その筋の合ふ所が『筋合』であつて、即ち條理である。⁵⁰」としている。さらに「民事では所謂『筋合』『社会通念』『実験法制』『條理』『情理』等と云はれているものにより裁判せられる⁵¹」「條理とは『道理』である『物のあはれ』である⁵²」とも述べていることから、彼においては、ここに列挙した観念はすべて類似のものとして理解されていることが窺えよう⁵³。これは一見、彼の「条理」理解は、多義的であるとの印象を与えるが、そこには彼なりの一貫した理論が存するようである。次の〔図1〕を見てもらいたい。



これは、本論第二章第三節第2項〔図5〕で既に掲げた、重遠によって描かれた図面をベースに、重遠の他の文献から得た情報も含め、彼の理論の全体構造を示すものとして、筆者自身が書いたものである。第1段の社会生活規範として、道德・宗教的規範・技術的規範・経済的規範・風俗慣習上の各規範が該当し、その中でさらに強行に適し且つ強行の必要があるもののみが法律となることは既に述べた通りである。そして肝心の「条理」であるが、条理は第1段の社会生活規範の総称であると、重遠は理解している⁵⁴。そしてそのような理解から考えると、条理に特に強制力が加わったのが法律であるということになり、また第2段の法律がない時に第1段の条理に引き合わせて裁判するという結論を導くことが出来る。さらに彼は、条理を「我々の社会生活に適している」という意味の「善」を意味するものであるとし、上図が示すように、法律が、条理に強制力が加わったものである限り、法律もまた善法でなければならないとした⁵⁵。

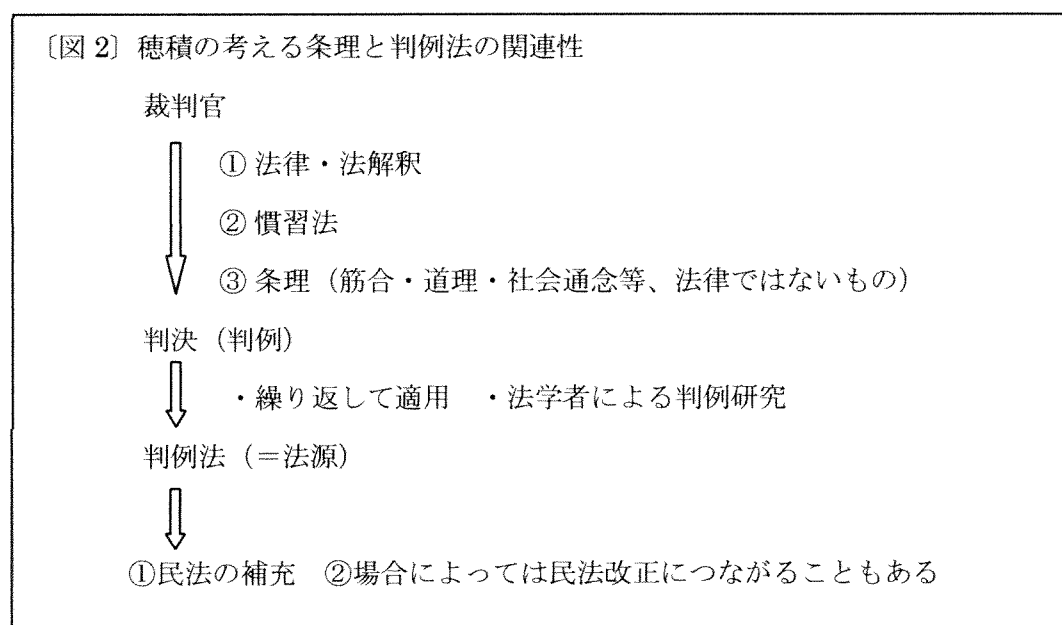
このように重遠は、法律ではない「条理」に裁判規範性を与え、これを道しるべとした裁判の法創造を積極的に推奨し、またその際には裁判事務心得第3条とスイス民法典第1条を類似法規として着目していったのであった。このような「裁判規準としての条理」の根拠規定として両法令を引用するという穂積重遠の法学方法論は、この婚姻予約有効判決の評価を通して、はじめて明らかになるものと思われる⁵⁶。

（二） 条理と判例法の関連性

重遠はまた、婚姻予約有効判決を条理裁判から生じた判例法発生の典型例と位置づけることで、条理と判例法の関係についても言及している。次ページの〔図2〕を見て頂きたい。これは彼の考える条理と判例法の位置付けを筆者なりに図式化したものである。

重遠は、裁判による判決が成文法や判例法の起源であるとし、また、条理による成文法の補充は認められるものの、実際に補充をなしているのは、条理裁判での「判決」によって形成された「判例法」とであると強調している。そしてその際、「條理裁判は結局是認せられ實行せられざるを得ないのであつて、其條理裁判の判決が種になつて判例法が出来上るのであるが、條理其ものが法律なのではない。それ故法律の形式は成文法と慣習法と判例法となりと言ふ。⁵⁷」として、条理裁判によって出された判決が、

その後も類似の裁判で支持され、この趣旨に従う判決が続出することによって、成文法とも慣習法とも異なる「判例法」が発生すると指摘した⁵⁸。但し、判例の当否は学者の判断すべきところであり、判例法は、学者が判例研究を通して、判例の中から見いだされたものであると彼は指摘している⁵⁹。また成文法と判例法との関連性について、両者は相伴って存在して居り、前者は後者によって補正される、そして「我國の民法に於ても段々と判例法が働いて、それが民法の足りない所を補ひ、悪い所を改めて行く、民法以外の法律に於ても判例の立法的作用が認められ」⁶⁰るとした。



重遠によるこのような評価は、裁判所を単なる法則適用の機関とせず、具体的に発生した紛争＝法律問題の解決機関であると考え、そこに裁判の本質を見出そうとする、彼自身の裁判観に由来しているものだと考えられよう⁶¹。重遠によれば、裁判所は judge であるのみならず peace-maker といった役割を担っており、「成文法ニヨッテ頗ル其自由裁量能力ヲ制限セラレタ今日ノ裁判所ニモ、法律規定ノ欠缺セル部分ニ付テハ依然固有ノ自由裁量能力ガ留保セラレテ居ルモノト考ヘルノガ正當デアル⁶²」として、裁判所に法規の補充的立法行為を認めるべきであり、成文法の規定も慣習法の規定もない場合には、条理をもって裁判を行なうべきであるとした。蓋し、裁判所は元来、条理に基づいて裁判する機関であった。法律は、むしろ裁判所の条理裁判に標準を与えて、その自由裁量を制限する規定として発生、発達したものであり、「裁判が積み積つて」出来上がったものである。今日においては法律が非常に発達した。しかし

ながら、法律が現在や未来のあらゆる生活需要を網羅することは到底不可能であり、法律に欠陥がないなどという訳にはいかない。また、それを法律的に解決せねばならなくなったときに、民事問題においては、裁判官は規定がないからといって法律的解決を拒むわけにはいかない。そこで法律よりも一層根本的なものをもって法律を補充すること、つまり条理裁判をなし得ることは、むしろ当然であり、我が国の裁判所も実際には知らず知らずのうちに条理裁判を行なっているのだとした。

重遠が裁判へ関心を抱く様になったのは、イギリス留学中の裁判傍聴以来であるといわれていることは既述の通りである。そして、こうした関心の動機や、判例法の法源性を肯定する見解を考察する限りにおいては、彼のいう「条理裁判」とは、エクイティを基底としたイギリスの裁判を意味することが想像出来る。これについては次の引用文にある川島武宜の言葉からも理解出来る⁶³。

〔穂積〕先生の法律学で特色的なのは、先生の法律学の出発点が、当時のあらゆる支配的な法律学者と違って英法であつたということです。（…）判例を素材にして扱うということが先生の法律学の中心をなしている。イギリスの法律学は、事実の中から裁判官が裁判規範を発見して創造していく、つまり事実から離れない。だから、先生の法律学は、抽象的な理論体系をつくって、それらの論理的な首尾一貫性を金科玉條として追求するというようなことなしに、いつも具体的な問題を頭に浮かべて、一つ一つ解決して、そこからとらえられる限り理論をつくっていく、しかしそれ以上に論理だけで先に進んで行くことはしない。こういうイギリス法学的な点に先生の法律学の（…）特色があつたと思うのです。（…）

成文法主義である日本が、いかにして社会事情と合致した裁判を行なえるかと考えたとき、判例法主義をとるイギリスの制度を模範とすることは困難である。しかしこの点に関して重遠は、成文法主義を採る我が国においても判例法は十分に発生し得ると述べている⁶⁴。このような理解が、重遠を、成文法主義国における裁判官の法律補充能力の承認に向かわせ、その具体的規定を定めた裁判事務心得第3条やスイス民法典の学問的検討にかりたてたのであろう⁶⁵。

(三) 「条理」規定の運用の仕方 —重遠の判例研究からの分析—

次に、重遠の「条理」条項の運用の仕方について、彼の判例研究からの分析を行なう。その際、その特徴として、以下の三点を挙げる事が出来よう。

① 「悪法」を代替する「条理」の機能

第一に、本来ならば適用すべき法律を「悪法」とみなし、その代わりに「条理による補充」として、異なる現行民法の条文をあてはめるという手法が挙げられる。これは例えば、大正 12 (1923) 年 3 月 15 日第二民事部判決「庶子認知請求事件」⁶⁶の穂積の評価に見ることが出来る⁶⁷。この事件は、横溝万吉と川口とりとの間に、明治 27 年 11 月 25 日に私生子として出生した小河原政一が、実父に私生子認知請求の訴えを起こしたというものである。原告は、実父自身も民法施行後に原告を実子と認めた事実があると主張したのに対し、被告側は、この事実を否認すると同時に、原告が戸籍上小河原兼吉の三男となっていること、原告が民法施行前の出生であることを論拠として争った。大審院は、控訴院の「本件には現行民法を適用すべきではなく民法施行前の法規に依るべき」ため、私生子の認知請求が出来ないという見解を支持し、上告棄却した。このような民法施行前に出生した私生子が民法施行後に認知を請求出来るかという問題に対し、重遠は「裁判官は明治六年第二一號布告を『悪法』として否認し、民法第八三五條の規定を『條理』として民法施行前出生の私生子についても適用すべきではなかつたらうか⁶⁸」として、民法施行前の事例についても、それが「悪法」である以上、法の欠缺とみなして、現行民法の条文を「条理」としてあてはめべきだとした⁶⁹。つまり「条理」とは、既存の法令の誤謬性を、他の実定法規を優先適用させる方法の中に現われるものだと解することが出来るだろう。

② 法の欠缺補充としての「条理」

第二に、その事例に適合する法が存在しないという意味において「法の欠缺」であり、その補充として、「筋合」「道理」「常識」としての「条理」に照らし合わせるという場合である。本章で取り上げている婚姻予約有効判決がこれに該当するのではない

かと思われる。その他にも例えば、昭和2年1月31日第一民事部決定「親族会招集申請ノ申請却下決定ニ對スル抗告事件」を挙げることが出来るだろう⁷⁰。当該事件は、法定または指定の家督相続人がいない中で、戸主・前田安吉が死亡した。家督相続人の選定権者として母まつがいるが選定をしない。そこで、安吉の妻こみつが、福山区裁判所に「家督相続人認定のための親族会招集の申請」をしたところ、右区裁判所では却下され、広島地方裁判所でも抗告棄却となった。その後、大審院に再抗告をした結果、「廃棄委任」の決定が下された。ここで重遠が注目したのは、家督相続人選定の時期についての規定がないという点である。抗告審では、父母が相当期間内に選定をしなければ親族会が選定すべきとして、相当期間を長く考えたのに対し、再抗告審である大審院では、家督相続人選定の「根本精神」から相当期間を短くみたとして、重遠は大審院による決定を「此決定は民法の規定の缺陷を條理を以て補填するによつて判例法を作り出す好適例として注目すべきである」と評価した⁷¹。彼によれば、家督相続人の選定期間に関する規定がない以上、「条理」即ち「一般的な常識」で考えるならば、家督相続人は速やかに決めるという選択肢を裁判官は採り、「条理裁判」の名の下で、それを言い渡すべきだということであろう。

大正15年7月20日第一刑事部決定「恐喝被告事件」もまたここに該当するだろう⁷²。これは「昭和二年五月十七日に終局判決」された、所謂「男子貞操義務判決」の中間決定として位置づけられ⁷³、『『夫の貞操義務』を認めた新判例として世間の注目を惹いた⁷⁴。当該事件の概要を簡潔に述べるならば、和田丙は婿養子として和田甲女と婚姻をし、娘・和田乙女を設ける。その後、和田丙は家出をし、渡邊丁女の下男となるも、同人と情交関係をもつ。これが原因で、子供の養育費にも窮してしまった和田甲女は、被告（弁護士事務員某）に「相當ノ出金ヲ爲スベク交渉シ呉ルル様ニ」と依頼をする。これに承諾した被告は和田甲女とともに、渡邊丁女のところへ行き、同人に対し、情交関係に関する告訴をしないかわりに、「丙ト妻乙女トノ手切金名義ノ下ニ現金一百圓、及丙ノ子供ノ養育料トシテ大正十三年十月ヨリ大正十八年十月迄ノ向フ五年間一ヶ月九圓宛毎月二十五日限り皆濟スル旨ノ、契約人渡邊丁女保證人和田丙ナル和田乙女宛ノ契約書」を和田甲女に交付させた。それに対し、渡邊丁女が被告を恐喝罪で訴えたという内容である。第一審・第二審ともに被告人を有罪と判決したものの、大審院では当決定において「婦ハ夫ニ對シ貞操ヲ守ル義務アルハ勿論、夫モ亦婦ニ對シ其義務ヲ有セザルベカラズ」として、「事實ノ確定ヲ及ボスベキ法令ノ違反

ヲ理由トシテ原判決ヲ破毀スベキモノト認」めて（刑事訴訟法第 440 条）、「本件ニ付當院ハ事實ノ審理ヲ開始ス」と言い渡し、昭和 2 年 5 月 17 日の判決で「原判決を破毀ス、被告人ハ無罪」として、一転無罪を言い渡した。

当時は夫に対して、貞操を強制する義務を設けておらず、民法第 813 条及び刑法第 183 条の故に、妻には貞操義務があっても夫にはないとか、夫婦の誠実の義務は道徳上の義務にして法律上の義務にないといった説明がなされていた。このような中、上記の民法・刑法の規定は共に、夫の法律上の貞操義務を妨げるものではないと断言した大審院の判断を「大英断」として、重遠は高く評価した。その上で、重遠は、夫の貞操義務違反に関する直接の規定は確かに存在しないが、かといって現存の条文が夫の貞操義務を無視したものではないとし、「これは法律の解釋適用と云はんよりは、法律は夫に貞操義務ありともなしとも規定して居ない所を大審院が條理裁判をしたものと見るべきである⁷⁵」と述べ、「大審院が明治八年太政官布告第百三號に所謂『條理ヲ推考シテ』、又スイス民法第一條に所謂『自己ガ立法者タラバ法規トシテ設定シタルベキ所ニ從ヒテ』、夫に貞操義務ありと裁判したのだ、と私は觀念したい⁷⁶」との見解を示した。またその意味において、これは「將來の判例法たるべきものである⁷⁷」と評した。

③ 非法律的な解決手段としての「条理」

第三に、本来適用すべき既存の法律が当該事案に合致しないという意味において「法の欠缺」であり、当事者間の話し合いの中から見出せる「共通理解」としての「条理」に基づいて判断をするという場合である。この一例として、昭和 2 年 5 月 27 日第 2 民事部判決「遺骸引渡請求事件」を挙げておく⁷⁸。これは「神永靖寛の長男寛が大正九年五月二六日に江尻『はる』と入夫婚姻をして江尻寛となつたが、〔妻たる江尻はるの虐待を怨んで〕大正十二年十月十五日實家の神永家で縊死し、遺骸は神永家の墓地に埋葬された。そこで寛の繼子として家督を相續した江尻新が神永家の現在の戸主神永卓次を相手取つて『遺骸引渡請求ノ訴』を起した」というものであり、第一審では江尻家の勝訴、第二審では神永家の勝訴となっている。そこで、江尻家が上告をしたところ、大審院は「遺骨ハ有體物トシテ所有權ノ目的ト爲ルコトヲ得ベキモノニシテ、其所有權ハ相續人ニ於テ之ガ管理ヲ爲ス權利ヲ有スルモノト解セザルベカラズ。」とし

て、破棄差戻の判決を下すという結果となった。これに対し、重遠は、「遺骸に対する権利を所有権と見、被相続人からの相続によつて取得するものとして取り扱」う、従来からの裁判所の考えを否定し⁷⁹た上で、「被相続人自身の身體について相続なることを起るべき筈がないと同時に、元來其権利を所有権と云ふのが適切でない」とて、「所有権の抛棄とか無主物先占とか云ふ議論をすべきでなく、やはり慣習上條理上の一種の権利として取扱ふべきだらう。」とした。つまり、遺骨遺骸の問題を、相続だとか所有権だとかというような、民法の規定上の觀念で解決しようという自体が無理なのであり、慣習法や条理を適用すべきだとした。そして「斯う云ふ事件に出會ふ毎に『家事審判所』と云ふ様な親族争議調停機關の必要が痛感される」として、家事審判所などの特別機關における非法律的な解決方法を、そして、調停規範としての「条理」に基づく解決を新たに求めていったのである。

以上、東京帝国大学・民事判例研究会でなされた『判例民法』『判例民事法』を中心に、穂積の判例研究にみられる「条理」条項の運用の仕方について分析を試みた。そしてそこから、裁判事務心得の制定時より支持されてきた、他の法規を参照するための引照標準としての「条理」が、大正・昭和戦前期においても、未だに用いられていることを確認することが出来る。また、「筋合」「道理」「常識」としての「条理」という考えは、重遠の最も支持するところではないかと考えられる。即ち「法律は條理の現はれなのだから、條理が法律として現はれて居ない場合に直ちに根本の條理に遡るのは當然」とし、裁判の法創造を積極的に求めていこうとした重遠の裁判觀がその裏付けとして見て取れよう。さらに重遠においては、法律よりも条理を前提とする調停に、その解決策を求めることを念頭に置いていた点も興味深いところであろう。尤も、ここでの「条理」とは、裁判事務心得第3条による「条理」とは異なる。しかし、戦後に制定された、民事調停法第1条「民事に関する紛争につき、当事者の互譲により、条理にかなない実情に即した解決を図ることを目的とする」に見られるように、条理は次第に調停で重んじられるようになってくる⁸⁰。その意味において、戦前期の法学界で調停の重要性を唱えてきた重遠の「調停上の条理」の定義について、ここで理解することも、決して無意味ではないだろう。このように、彼による判例研究を継続して調査し、それを分析してみれば、さらなる「条理」解釈の特徴を見出せるかもしれないが、これは今後の課題にしていきたいと思う。

本項では、重遠の「条理」論について考察してきたが、ここで疑問として残るのは、重遠は、彼自身の条理研究において、一環して、裁判事務心得第3条とスイス民法第1条第2項を「同趣旨」とするものの、どのような意図から、それらを「同趣旨」としたのかということである。また、彼においては、スイス民法を正しく理解していたのかという点も疑わしい。前記の判例研究を見る限りにおいても、「条理」の名の下で既存法令を代替させたり、あるいは「条理」を「筋合」「道理」「常識」と同義と解し、学説や判例に拘束されることなく自由な発想のもとでこれを適用したり、さらには調停規範としての「条理」として想定するなどといった彼の発想には、スイス民法の趣旨を見出すことが出来ないのである⁸¹。

しかし、それ以前の問題として、両法令の制定目的を比較すれば、両者は決して「同趣旨」ではないことが明らかである。例えば、裁判事務心得第3条に見られる「条理」は、国家法規範が無いという意味の、法の不整備・不存在とも呼ぶべき当時の状況に対する裁判官の対処方法として理解されており、その後着手される民法典の編纂では、「完全」な法典が目指されたのに対し、スイス民法典では最初から法典の完全性が放棄されている。つまり、同民法第1条は、法の無欠缺性を否定し、裁判官による法創造を積極的に承認するために「立法者タラハ法規トシテ設定シタルヘキ所ニ從ヒ裁判スヘシ」と謳い、その制定目的は、裁判事務心得3条とはおよそ異なる。両法令の性質上の相違は誰の目にも明らかであった筈である。従って、重遠が裁判事務心得第3条をあえて「スイス民法典」のように再解釈するという方法は、両条文の背景にある、歴史・文化的異同にあえて目を閉ざすという結果を導いたのである。

それでは、こうした両法令を「同趣旨」とする彼の主張には、どのような意図があったのだろうか。そこで次節では、この疑問を解決すべく、婚姻予約有効判決にみる「内縁問題」を通して、「穂積法学」の目指したものは何かについて考え、そのなかで、彼の「条理」論の意義について検討してみたい。

3 「穂積法学」における「条理」の意義

(一) 「穂積法学」の課題 — 「内縁問題」への取り組み—

本節では、第二章第二節第5項で論じた、重遠による「社会」と「法律」との乖離

を克服する取り組みを、条理との関連からここで再論することにした。

「社会」と「法律」の乖離に対する対応策としては、「法律から社会への歩み寄り」として、条理裁判、判例研究、民法改正、陪審制や調停の導入が、そして「社会から法律への歩み寄り」として、法（教）育、社会事業がそれぞれ想定されていた（第二章第二節第5項〔図2〕参照）。そこでまずは、内縁問題に関する「法律」から「社会」へ歩み寄りについての重遠の記述を紹介しておこう⁸²。

今日となつては其趣旨〔大正4年に裁判所によって支持された婚姻予約不履行〕の判決が繰返し行われて（…）判例法が出来上り、民法の缺點が一部分救済されて居る。しかしこれは極めて部分的にして不徹底な救済でモット根本的な救済がなくてはならぬ。元來事實と法律とが懸け離れて居るのが病根なのだから、其治療は事實が法律に歩み寄るか、法律が事實に歩み寄るかでなくてはならぬ。（…）終局の解決は法律の改正でなくてはならず、それには結局、民法施行前のように思い切つて事實主義を採用し、たとい婚姻届が出て居なくとも「親族近隣ノ者モ夫婦ト認め」るものは、法律上も夫婦と認めると云ふことにするがよいと思う。

「法律」から「社会」への歩み寄りは、まず裁判所による判決から始まる。本章で問題としている「男女ガ既ニ慣習上ノ結婚式ヲ舉ゲタ後其一方ガ婚姻ノ届出ヲ拒ム場合」においても、民法に規定がない「眞正ノ意味ニ於ケル法規ノ欠缺デアル」として、まずは、裁判所の立法的行為を容認し、所謂「条理裁判」に基づいて解決が試みられ、その結果、「婚姻予約有効判決」が出された。そしてそれ以降、これに類似したケースが裁判で扱われる際に、当該判例（婚姻予約有効判決）が繰返し適用されることによって、それは次第に「判例法」となっていく（本章第二節第2項参照）。

しかし重遠は、このような判例法による国民の救済は、「部分的にして不徹底な救済」であり、「終局の解決」のためには「民法改正」をもって対処しなければならないとしている。なぜなら「事實と法律とがややもすれば食ひ違ふことは、我國今日の社會の一つの持病と云つてよいが、其症状が婚姻制度に於て最も極端に暴露して居る（…）國家社會の重要な一基礎たる婚姻について事實生活と法律生活とが斯くも著しく不一致であることそれ自身が甚だ面白からぬことであつて⁸³」、そうなるに至った原因のひとつは、明治民法の欠陥にあるとした。当該問題の場合、法律婚主義を採用する明治

民法第 775 条を改正することが、内縁をめぐる「終局の解決」と位置付けられ、その必要性が強く主張されていく。そしてそれは、実際において、自らが幹事・委員を務めた臨時法制審議会の民法改正作業で実現させていくのであった。

「婚姻の成立」は、民法改正の重要問題の 1 つであった。重遠によれば、審議会では、婚姻の成立について、従来の法律婚主義を事実婚主義に改めるべく考案された⁸⁴。蓋し、幹事会が取りまとめた「調査要目」の「第二十四」には「民法ノ規定ニ依レハ婚姻ハ届出ニ因リテ其ノ効力ヲ生シ届出ナキ限慣習ニ従ヒ儀式ヲ舉ケタル場合ニ於テモ婚姻ハ成立セサルナリ故ニ儀式ヲ了リテ届出ヲ爲ス迄ノ間ハ法律上夫婦ノ關係ヲ生セス此ノ如キハ風儀上適當ノ制ト謂フヘキヤ或ハ婚姻ハ届出ニ因リテ其ノ効力ヲ生スルモノト爲ス外届出ナキモ慣習ニ従ヒ婚儀ヲ舉ケタルトキハ婚姻ハ之ニ因リテ其ノ効力ヲ生スルモノト爲スヲ可トセサルヤ(民法第七七五條)」⁸⁵との項目がある。しかし、実際にこれらを審議した主査委員会及び小委員会では、上記の項目に対する反対意見も少なくなく、最終的に当初の案を徹底させることは困難と判断され、昭和 2 (1927) 年の「民法改正要綱」では、事実婚主義と形式婚主義との折衷案を採用することとなった。内容は次の通り⁸⁶。

第十二 婚姻ノ成立

- 一 婚姻ハ慣習上認メラレタル儀式ヲ舉グルニ因リテ成立スルモノトシ、其成立証明ノ方法ヲ法律ニ定ムルコト
- 二 前項ニ依リ婚姻ヲ爲シタルトキハ、一定ノ期間内ニ届出ヲ爲スベキモノトスルコト
- 三 第一項ニ依ラザル場合ニ於テハ、婚姻ハ届出ニ因リテ成立スルモノトスルコト

同項目では「婚姻ハ慣習上認メラレタル儀式ヲ舉グルニ因リテ成立スル」を原則とし、婚姻届による成立はその補充と位置づけられた。慣習上の儀式及び法定証明方法といった制限があるものの、第 1 項で事実婚主義を認めたという点において、明治民法と比べれば大改正であったといえよう。これに対し重遠は、「[自分の目指す方向と] 大体同趣旨」とするものの、改正要綱の立場は未だ不徹底であり、更に事実婚主義を徹底すべきだとして、これを批判している⁸⁷。つまり、婚姻成立の証明や婚姻の意思表示としての婚姻届は、結局のところ、形式婚主義への逆戻りを意味するのであり⁸⁸、

また第1項も第3項も該当しない夫婦は、結局法律上の夫婦として認められない故に、内縁の夫婦の絶滅は達成出来ないと考えたのかもしれない⁸⁹。

その後、同要綱は内閣に答申され、民法改正に向けた起草作業が行なわれた。親族法の原案は重遠が作成した。昭和14年の第3草案の際に、同草案は民法典から切り離され、独立法典の親族編形式をとる「人事法案」となる。関連規定は以下の通り⁹⁰。

第五十七条 婚姻ハ慣習上認メラレタル儀式ヲ舉クルニ因リテ其効力ヲ生ス（要12ノ1）

前項ノ場合ニ於テ戸籍吏ニ其届出ヲ爲スコト要ス（要12ノ2）

第五十八条 前條第一項ノ規定ニ依ル婚姻ノ當事者又ハ利害關係人ハ婚姻成立ノ確認ヲ家事審判所ニ請求スルコトヲ得（要12ノ1）

前條第二項ノ届出ヲ爲サシテ一年ヲ經過シタル後ハ婚姻ノ成立ハ前項ノ確認ニ依ルニ非サレバ之ヲ主張スルコトヲ得ス

家事審判所ハ當事者雙方及ヒ成年ノ證人ノ署名シタル書面、儀式ヲ舉ケタル場所ヲ管理スル者ノ作成シタル帳簿ノ記載其他婚姻アリタルコトヲ明確ニ證スヘキ書面アル場合ニ限り婚姻ノ成立ヲ認ムルコトヲ得

第五十九条 第五十七条第一項ノ儀式ヲ舉ゲザルトキハ婚姻ハ戸籍吏ニ届出ゾルニ因リテ其ノ効力ヲ生ズ（七七五条、要12ノ3）

ここで、儀式婚による婚姻成立の確認を家事審判所に委ねた点は、興味深い事実であろう。

なお、この人事法案は、第5草案までは仮決定されたものの、戦局の悪化に伴い昭和19年10月、他の政府事業とともに中止を命ぜられたため、ここで戦前の民法改正案の起草作業は終わる。そして戦後に再開した民法改正では、新たなメンバーのもとで審議がなされ、最終的には、婚姻の成立に関しては明治民法第775条が受け継がれることになった。ここで立法における事実婚の承認への途は絶えることになる。これに関して重遠は「龍をえがいてひとみを點ぜぬうらみ⁹¹」と述べ、事実婚主義の実現に向けた彼の強い思いが実を結ばなかった無念を窺い知ることが出来よう。

また「社会」から「法律」への歩み寄り、即ち「非法律家」である一般市民への法

教育や社会事業もまた、内縁問題の改善に向けて当然に取り組むべき課題であった。重遠が最も一般市民に伝えていきたいと考えていたのが「婚姻届の重要性」についてである。法律が婚姻届を要求している以上は、我々は、それにも重きを置かなければならない、婚姻届をしないうちは夫婦になれないということを皆が十分に知ってそれを履行すればこの問題はなくなると、重遠は強く主張していく。これについては、以下を参照されたい⁹²。

今の民法では婚姻届がないと夫婦と認めない。で婚姻届は大事なものである。婚姻に付て結婚届は大切なものであると云ふことをもつと吞込んで貰ひたい。出来得べくんば結婚する其の初めに届出すると云ふことが出来れば一番良いのであります。役場なんか手続ですから其の日に濟まない。日曜であつては受附けない。必ずしも其の日と云ふ譯にいかぬけれども、出来得る限り其の日にすると云ふ積りで、届けの方を忘れないやうにすると云ふことをもつと皆が考へて欲しい。日本は結婚に付いては媒酌人があつて色々世話をやきまして、祝宴が濟むと、滞りなく濟んで目出度いと申しますが、是で安心滞りなく濟んでゐない。肝腎の法律上の届出が是は媒酌人の責任です。媒酌人はもつと考へなければいかぬと思ひます。

つまり、最終目標は民法改正であるとするものの、国民側がすべきさしあたりの対策として、重遠は、慣習法の儀式を挙げたその日に婚姻届を提出するといった「婚姻の即日届出」を提示している。これを普及させれば、内縁が減少し、また結婚を一層慎重に考えるようになることを、彼は期待したのである。また国民に対し、現行民法（明治民法）をよく理解し、それに従うよう促すことも努めた。公民教科書をはじめ、雑誌や新聞、大衆向けの本にも、婚姻届の重要性を訴えていった。例えば、重遠が携わった公民教科書には、実際に婚姻届の記入例も掲載することで、現行民法の「婚姻の成立」の要件を説明するといった趣向がこらされている。学校教員を対象とした公民教育講習会で講義を行なったときにも「公民科の法律問題として、特に一つ力を入れて頂きたい⁹³」「婚姻に付て結婚届は大切なものであると云ふことをもつと皆に吞込んで貰ひたい⁹⁴」と、現行民法の知識を促し、婚姻における届出の大切さを理解させるように指導し、さらに婚姻における届出の重要性は「法律の問題」としてではなく「国民道徳の問題」としても教えていくべきであるとした⁹⁵。また、婦人への法律相

談でも、例えば夫婦関係の相手方が入籍を拒んだ場合には「婚姻予約不履行の訴え」というものが出来るといった法律情報を積極的に提供していった⁹⁶。

(二) 「穂積法学」における「条理裁判」の位置付け

それでは、彼における「条理裁判」とは何か。前記の内縁問題への取り組みを通して、彼の考える条理裁判とは、社会状況の変化に対する応急処置的な解決策であることがわかる。法律が社会に適合しない場合、条理裁判を積極的に行なう必要性がそこにあったといえよう。また、こうした彼の法理論を支えたのは、生涯にわたり首尾一貫した彼の「市民的家族観」⁹⁷を基盤とする理念だったということを確認することが出来るだろう。蓋し、彼の法理論には、社会における弱者を保護しようとする彼の使命感がその根底にあり、条理裁判をはじめ、民法改正・法育・社会事業もまた、彼のこうした市民的な法律観を具現化したものであると考える。本章で考察してきた重遠の内縁理論の背景にも、内縁問題の「絶滅」⁹⁸を切に望む彼の強い意思があった。これは偏に男女平等、妻や子供の保護を主張する彼の夫婦観・家族観の表れなのかもしれない。

しかし彼は、いかなるものも、最終的には「法」というかたちにならなければならないと考えており、裁判官の法創造の問題に関しても同様であった。つまり、いくら裁判事務心得やスイス民法典の条文を引用して「条理」を是認し、それを個別の裁判で適用したところで、それは未だ不十分な対応であり、やはり最終的には、「法の不備に対して裁判官が自由解釈を積極的に行なっていく」ということを民法の一条文として定め、今後は「民法の一規定を適用する」という形で、裁判官の法創造を行なっていくべきだと考えていたのかもしれない。このように重遠は、法学研究のみならず、立法にいたるまで、スイス民法第1条を導入させようと試みるのである。そこで、実際に重遠が行なった、「条理」の立法化の試みについて次に述べていこう。

(三) 穂積重遠による「条理」の立法化への試み

重遠は、臨時法制審議会における民法改正要綱および満州国民法典の編纂で、「条理」に関する法令の導入を実際に試みようとした。以下に論じていく。

① 臨時法制審議会における民法改正要綱の審議

スイス民法典第1条は、臨時法制審議会で議論の対象となった。重遠を中心とする臨時法制審議会の幹事たちは、スイス民法典第1条を民法の条文に加えようと検討し、主査委員会の中で「調査要目」の1つとして具体的に提示している。関連資料を以下に引用する。

第五 民法中殊ニ親族及相續ニ關スル規定中不備不明ノ點少カラス爲ニ解釋上ノ疑義ヲ生シ法ノ適用ニ關シ少カラサル支障ヲ生スルハ憂フヘキ所ナリトス宜ク其ノ疑義ヲ明ニシ殊ニ人事ニ關スル法規ノ完備ヲ期スルト共ニ法文ノ體裁ヲ更メ一般人ヲシテ容易ク法律ノ精神ヲ解スルコトヲ得シムルコトヲ圖ルヘキニ非スヤ又法律規定ハ其ノ制定當時ニ於テ完備スルモ事情ノ變更ノ爲當初豫想セサル問題ヲ生スル場合ニ於テ規定ノ不備ヲ訴フルニ至ルハ事例ノ乏シカラサル所ナリ故ニ外國ニ於テモ自由解釋法ノ必要ヲ唱フル學者及實務家多キハ顯著ノ事實ニシテ瑞西民法ノ如キ自由解釋ニ關スル明文ヲ設ケタリ今民法ノ改正ヲ爲スニ當リ法文ヲ以テ自由解釋ノ理義ヲ明ニスルノ要ナキヤ⁹⁹

徳積幹事 此第五ノ問題ニ付テモ幹事中意見ヲ異ニスルコトアリト思フモ私ノ考ハ凡ソ法律ナルモノハ國民ノ規則ナル以上國民ニ於テ知得了解シ得ル様ニ規定スルヲ必要トスルコトハ勿論ナルヘク就中親族相續ニ關スルモノハ國民ニ於テ一層了解シ居ルコトヲ必要ナリト思フ然ルニ現在ニ於テハ國民カ能ク了解シ居ラサルナリ之レハ人民ノ法律思想乏シキヲ責ムルヨリモ寧ロ法律ノ規定カ不備不明ノ點多キニ因ルト云フコトヲ顧慮セサルヘカラス殊ニ親族相續ノ法律ハ一層平易ニ了解シ易シキ様ニ規定スルノ必要アリト思フ併シ法律ハ總テノ場合ヲ豫想シテ十分ニ網羅セントスルニハ複雑トナリ平易トナラス平易簡明ニセントセハ漏ルル場合多カルヘシ故ニ親族相續ニ付テハ其何レノ主義ヲ採ルヘキヤト云フコトカ此第五ノ前段ノ問題ナリ次ニ法律ヲ平易簡易ニ規定スレハ自然漏ルルコト多ク大綱ヲ明文ニ規定スルコトトナルヲ以テ裁判官ニ自由解釋ノ權能ヲ與ヘ細カキ事項ニ付テハ場合ト事情ニ依リ適當ナル判斷ヲ爲サシムル必要ヲ生スヘシ而シテ之ヲ人民ニ知ラシムル爲メ自由解釋ノコトヲ規定スルノ必要アリ¹⁰⁰

スイス民法第 1 条に関する項目は、調査要目のなかの「第 5」である。これは臨時法制審議会の幹事からの提案となっているが、重遠も当然にこれには賛成の立場にあり、彼の発言からは、家族法領域における自由解釈の必要性を強く主張していることが窺えよう。そして、ここでいう「自由解釈」とは、即ち「条理」による解釈を意味しており、これを成文法というかたちで規定することによって、条理の法源性を認めようとしていることがわかる。ここに「裁判事務心得」という表現を見いだせないとしても、スイス民法第 1 条第 2 項と同趣旨とする彼の見解においては、当然にこれも含意していると推測することが十分可能であると思われる。

また、上記引用文の「親族相續ニ關スルモノハ國民ニ於テ一層了解シ居ルコトヲ必要ナリト思フ然ルニ現在ニ於テハ國民カ能ク了解シ居ラサルナリ之レハ人民ノ法律思想乏シキヲ責ムルヨリモ寧ロ法律ノ規定カ不備不明ノ點多キニ因ルト云フコトヲ顧慮セサルヘカラス」という彼の発言であるが、これはつまり、明治民法の親族編及び相続編の規定が不備不明のために、法の担い手である国民に認識されていないことが指摘されている。また法律は、すべての場合を予想して十分に網羅することも不可能である。そこで、こうした状況に対応すべく、親族や相続の法律は一層平易に了解し易き様に規定すべきであり、それによって生じた「漏れ」については、裁判官が自由な解釈のもとに補充していくことで、国民の納得出来る解決に導いていく必要があるとした。このような理由から、スイス民法第 1 条の条文内容を立法化させ、成文法をもって家族法領域における自由解釈を公認させようとしていることがわかる。

しかしこれについては、委員幹事の間で激しい論争になったといわれている¹⁰¹。例えば、富井政章のような「民法ノ規定中不備不當ノ點アルヲ以テ之ヲ改正補充スルト云フコトハ至極結構ニシテ必要ナリト思フモ此終リニ掲ケル自由解釋ト云フコトハ非常ニ大ナル問題ナリト思フ瑞西民法ノ初ニ左様ノ規定アルモ之ハ非常ニ議論ノアルコトナリ(...)明治八年頃ノ布告ニ成文法ニ規定ナキトキハ慣習ニ據ルヘシ慣習ナキトキハ條理ニ據ルヘシト云フコトアリ此布告ハ今日ニ於テモ廢止セラレス現行ノモノナリト思フ此條理ト云フ標準アリテ今日別段差支ナシト思フ其外ニ更に自由解釋ヲ爲スト云フ規定ノ必要ハナキ様ニ思ハル¹⁰²」として、裁判事務心得第 3 条の効力を是認する発言や、岡野敬次郎のような「法文ノ上ニ於テ個々ノ場合ニ素人ノ了解シ得ル論據ヲ設ケ置クコトカ親族相續ノ立法上ニ於テ最モ必要ナリト思考ス從テ前三編ハ簡單ニ規定シテモ親族相續ハ之レト異リ素人ニ了解シ易スク規定スルコトヲ希望スルモノ

ナリ(...)親族相續ノ規定ハ一般人ニ了解シ易スキ様ニ成ルヘク詳細ニ規定シ完備ヲ期スル様ニスルコトヲ望ム¹⁰³」として、家族法における白地規定の設定に真っ向から反対する発言もある。このような賛否両論のなか、結局、スイス民法第1条の我が国における立法上の導入は果たされることがなかった。

② 満州国民法典の編纂

裁判事務心得第3条及びスイス民法第1条の両規定は、満州国の法典編纂にも大きな影響を及ぼすこととなる。この「法律に定めなきときは慣習法に、慣習法なきときは条理によるとの法源上の原則¹⁰⁴」は、康徳4年(昭和12)年6月17日に公布された満州国民法典の第1条として立法化された。条文の文言は「民事ニ關シ法令ニ規定ナキ事項ニ付テハ慣習法ニ依リ慣習法ナキトキハ條理ニ依ル¹⁰⁵」というもので、裁判事務心得第3条とほぼ同一の規定である。重遠は我妻栄とともに、「審核員」として、満州国民法典の起草作業における顧問的役割を果たしている¹⁰⁶。同民法典は、「日本民法学者・実務家の理想の民法を満州国において実現しようとしたもの¹⁰⁷」であり、その意味において、同民法典の規定は「民法典起草において実質的にも重要な役割を果たした¹⁰⁸」重遠や我妻の学説に沿うものが多かったのではないかと思われる。また「〔滿洲國民法は〕その大體に於て日本民法に對する學説・判例の最高水準を攝取し、之に加へてドイツ・スイス等の民法の長所と滿洲固有の慣習を按配したるもの¹⁰⁹」であり、「滿洲國の民法も亦瑞西法の影響を受けたること些少でない¹¹⁰」ことから、スイス民法典の規定が大いに参照されたものと推測出来る。

我妻は、論稿「満州国民法典の公布」の中で、「第一条を『民事ニ關シ法令ニ規定ナキ事項ニ付テハ慣習法ニ依リ、慣習法ナキトキハ條理ニ依ル』と定めたことはスイス民法を想起せしむるもの。しかし、わが民法の解釈と異なる結果となるものではないのはいうまでもあるまい¹¹¹」としている。つまり立法者側が想定していたのは、スイス民法第1条であったことがここから理解出来る。重遠や我妻にとって、スイス民法第1条は理念上の法文であったことが窺えよう。

(四) 裁判事務心得第3条とスイス民法第1条第2項を「同趣旨」とする重遠の眞の目的

以上の考察を踏まえ、裁判事務心得第3条とスイス民法第1条第2項を「同趣旨」と見做す彼の意図について改めて考えてみると、いかにして社会事情と合致した裁判を行なえるかが、彼にとっては、唯一の重大な関心事であったからこそ、裁判官の法律補充能力を承認する規定を定めた東西二法令を、その理念において同一なるものと見做し、それらの歴史・文化的相違を捨象する結果となったということが出来るのではないだろうか。また重遠は、「唯が我國に條理と云つて居るのを、スイス民法では『自己ガ立法者タラバ法規トシテ設定シタルベキ所』と云つて居るが結局同じ事で、條理と云ふのを詳しく説明したのに過ぎない。(…)即ち明治八年の太政官布告は世界最新立法の先驅と誇るべきである。¹¹²⁾」とし、同心得をスイス民法の先覚立法と位置づける¹¹³⁾ことで、日本人においてもまた、条理裁判とは本来馴染み深いものであることを印象付けようとしたのかもしれない。

重遠の法理論は時には条文の解釈を逸脱したものとなり、法学者たちの批判となることもあったであろう。しかし彼による学説が当時の民法学において支配的な立場を占め、支持され続けたということは、彼が活躍した第一次世界大戦中から1930年頃にみられる「日本の近代史において市民的民主主義思想および社会主義思想が、現実の社会的経済的地盤の上に最も華やかに開花し」¹¹⁴⁾、また国民生活の変動も極めて激しかった時代にこそ求められた法理論であったからかもしれない。従って彼の展開した内縁理論も条理論もまた、当時の社会の要請に応えたものだったといえるのではないだろうか。今後はこうした社会事情をより考究し、法社会学的観点からも彼の法理論を理解していきたい。

¹⁾ 『民法総論』『民法読本』『法学通論』『法理学大綱』『判例百話』『百万人の法律学』『親族法』『親族法大意』『法律と裁判』『裁判の価値』『判例法に就て』『法律の施行前適用』『婚姻予約有効判決の真意義』『法律婚と事實婚』『法律に現はれたる維新の気分』は、条理についての重遠の見解が記された著論文の一部である。

²⁾ 穂積重遠「大学生生活四十年」(『法律時報』第15巻第10号、昭和18年)23頁。

3 婚姻予約有効判決それ自体への判例分析・研究については、唄孝一「内縁ないし婚姻予約の判例法研究」(同『唄孝一・家族法著作選集第3巻』(日本評論社、1992年)所収)、川井健「内縁の保護」(中川善之助先生追悼現代家族法体系編集委員会『現代家族法体系2 婚姻・離婚』(有斐閣、昭和55年)所収)、佐藤良雄「婚姻予約(内縁)判例小史・序説」(『成城大学経済研究』第39号、1972年)、太田武男『内縁の研究』(有斐閣、1965年)等、数多くの研究発表がなされているため、これらを参照して頂きたい。

4 牧英正・藤原明久編『日本法制史』(青林書院、2005年)282頁。

5 明治8年太政官達と明治10年司法省達の間をめぐって展開されてきた「法律婚・事実婚論争」の到達点を示すべく「対照的な」見解を示したのは、山中永之佑氏(法律婚を原則とし事実婚を例外とするという説)と沼正也氏(戸籍届出は婚姻成立の一要件とする説)であるだろう。これについては、村上一博『日本近代婚姻法史論』(法律文化社、2003年)5-6頁に指摘されている通りである。

6 村上前掲『日本近代婚姻法史論』の第一章「明治一〇年司法省丁第四六号達と婚姻の成立要件」では、控訴審段階における婚姻の成立要件の認定基準を検証するにあたり、東京控訴院の判決例が考察素材とされており、そのなかで、届出のない婚姻の成立を承認した判決が取り上げられている。また村上氏によると、上記の沼氏による大審院の民刑事判決原本の分析の成果をはじめ(同『財産法の原理と家族法の原理』(三和書房、1980年(新版)))、近年、山中至氏により、下級審においても、事実婚を認めた判決の存在が明らかになっているようである(同「明治八年太政官第二〇九号達(法律婚主義)についての一試論」(熊本大学法学部創立十周年記念『法学と政治学の諸相』成文堂、1989年))。(村上前掲『日本近代婚姻法史論』5-6頁。)

7 「法典主査会 民法議事速記録 6」(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 6』商事法務研究会、昭和59年)181頁。

8 前掲「法典主査会 民法議事速記録 6」181頁。

9 前掲「法典主査会 民法議事速記録 6」212頁。

10 前掲「法典主査会 民法議事速記録 6」183・186頁。

11 前掲「法典主査会 民法議事速記録 6」188頁。

12 川島武宜「家族と法」(同『川島武宜著作集第11巻』岩波書店、1986年所収)126-127頁。

13 前掲「法典主査会 民法議事速記録 6」186頁。

14 我妻栄「親族法・相続法の改正について」(『民法研究VII』(オンデマンド版)有斐閣、2001年)53頁。

15 戸田については、川合隆男『戸田貞三—家族研究・実証社会学の軌跡—』(東信堂、2003年)に詳しい。本書では、戸田の生涯をはじめ、家族研究と社会調査論に代表される彼の学問活動にいたるまで、実に詳細な研究がなされている。

16 戸田貞三『家族と婚姻』(湯沢雍彦監修『家族と婚姻』クレス出版、1989年所収)50頁以下参照。

17 また穂積重遠や末弘厳太郎によって創設された東京帝大セツルメントが、大正13年に、同機関の所在地である東京市本所区柳島本町の戸口調査をしたところ、同町の夫婦346組の中、法律上の夫婦が275組、内縁の夫婦が71組であり、2割の夫婦が内縁関係にあるとしている。(穂積重遠『親族法』(岩波書店、昭和14年(第6刷))253頁。)

18 湯沢雍彦『大正期の家族問題』(ミネルヴァ書房、2010年)198頁。

19 中島玉吉「内縁の夫婦に就て」(『法学論叢』第10巻第3号、大正12年)3-4頁。

20 その意味においては、本文で言及した、儀式を済ませた内縁夫婦の一方の嘘欺に対する法的措置を示唆する梅の意見が実際において採用されることはなかった。また工場法（明治44年法律第46号）や工場法施行令（大正5年勅令第193号）等に見られるように、遺族扶助料を受け得るのは法律上の妻のみであり、内縁の妻はその対象から外れている。内縁の妻は、法律上の妻が得られる様な権利利益を享け得ることはなかったのである。工場法や遺族扶助料については臨時法制審議会で重遠自身も言及している。

21 しかし当判決について重遠は、「これは真正な意味における婚姻豫約の問題であり、これを無効とした当該判決は大正4年大審院判決によって翻されたとはいえない。」として、大正6年の段階では、未だ判例たる地位を失っていないことを指摘している。（穂積重遠「婚姻豫約有効判決の真意義」（『法学志林』第19巻第9号、大正6年）14頁。）

22 穂積重遠「法律婚と事實婚」（『親族法大意』（初版付録）岩波書店、大正6年）184頁。

23 川井健『民法判例と時代思潮』（日本評論社、1981年）90頁、大村敦志「婚姻予約有効判決（1）」（『法学教室』第351号、2009年）77頁参照。但し、重遠が当判決の判例研究を行なった際には、ここまで具体的な事件経過は明らかにされていなかったと思われる。従って彼の判例解釈は、研究がかなり進んだ現在においては、非常に粗雑であり、誤って解釈された箇所も多々見られるとされる。しかし本稿では、あえてそれには触れず、当時の資料に基づいて解釈した彼の判例解説を考察するにとどめたい。

24 『法律新聞』第998号（大正4年3月5日発行）15頁。

25 穂積前掲「法律婚と事實婚」184頁。

26 重遠以外による婚姻予約有効判決の判例批評として、中島玉吉「婚姻ノ豫約」（『京都法学会雑誌』第10巻第6号）、岡松参太郎「婚姻届出義務ノ不履行」（『法律新聞』第1006-1009号）、石坂音四郎「婚姻豫約ノ效力」（『法学協会雑誌』第35巻第2号）、曄道文藝「婚姻豫約ノ效力及ビ婚姻豫約不履行ニ因ル賠償責任ト訴ノ原因」（『京都法学会雑誌』第12巻第4号）を挙げておく。また重遠は、大正6年3月に中央大学講堂で催された都下諸大学学生討論会において、この婚姻予約有効判決をめぐり、判例支持説の立場から、婚姻予約無効論を唱える石坂と議論を行なっている。（穂積前掲「大学生活四十年」22頁、穂積重遠「民法五十年」（『法律時報』第20巻第1号、昭和23年）4頁参照。）

27 唄孝一氏はこれを「擬制の概念」と表し、重遠や中川は婚姻予約有効判決を、「仮託の手段」としての婚姻予約の中で、事実の概念としては内縁を保護したものとして捉えようとしたと指摘している。（唄前掲「内縁ないし婚姻予約の判例法研究」42頁）

この所謂「婚姻予約法理の仮託理論性」についての重遠の評価を、もう少し整理するならば、まず彼は「我國民今日ノ婚姻生活ハ（1）婚姻豫約期（2）事實婚期（3）法律婚期ノ三段ノ時期ヲ経過スルノヲ普通ト」し「大正四年ノ判決ハ其第二期ニ關スルモノデアル」とし（穂積前掲「婚姻豫約有効判決の真意義」6頁）、婚姻予約とはそもそも「未ダ夫婦デナイ男女ガ將來夫婦ニナラウト約束スルコト」（穂積前掲「婚姻予約有効判決の真意義」9頁）つまり婚約のことを指すのであって、当該事件の男女は、「習慣上の婚禮式を舉行して、事實上の婚姻關係を開始したにも拘らず、男が婚姻の届出を拒んで女を入籍せしめず、結局女を振棄てたた爲めに、女から損害賠償を請求されたのであって（…）普通に所謂『婚姻予約』とは少々趣を異とする」（穂積前掲「法律婚と事實婚」184-185頁）とした。つまりここでいう「婚姻予約の不履行」とは、事実

上の離婚に相当するものであると重遠は理解しており、従って、大審院の判決は事実婚の問題を婚姻予約有効論に仮託したものであると判断したのである。なお、ここで見られる様な大審院の見解は、本判決以降に生じた同様の事件についても支持されており、重遠はこれらに対しても「大審院も好い加減に『婚姻豫約』の假面を脱いで『事實婚關係承認』の本音を吐いては如何」と強く批判している。（『法学協会雑誌』第39巻第11号、大正10年、116頁参照）このように重遠は、儀式も済ませた事実上の夫婦を「婚姻予約」の關係とした大審院の判決には否定的な見解を示した。

28 穂積前掲「大学生生活四十年」22頁。

29 穂積前掲『親族法』259頁。

30 穂積前掲「法律婚と事實婚」185頁。

31 穂積前掲「婚姻豫約有効判決の真意義」26頁。

32 穂積前掲『親族法』277頁。

33 穂積前掲「婚姻豫約有効判決の真意義」27頁、穂積前掲『親族法』277頁。

34 穂積重遠『判例百話』（日本評論社、昭和7年）42頁。

35 穂積重遠「法律に現はれたる維新の氣分」（中央法律新報社編『新興文化と法律』同人社書店、1922年所収）105頁。

36 大川四郎「スイス民法典第一条第二項の学説史的起源」（森田安一編『スイスの歴史と文化』（刀水書房、1999年））180頁。

37 辰巳重範訳・穂積重遠訳『瑞西民法』（法学新報社、明治44年）1頁。

38 穂積前掲『判例百話』54頁。

39 その他の重遠の著書や論文によれば、スイス民法第1条は裁判事務心得第3条の「さらに一步進めて」（穂積重遠『百万人の法律学』（思索社、1950年）185頁、同『法学通論』（日本評論社、昭和17年（第5刷））119頁）規定されたものであるとスイス民法の優位を表している文献や、逆に「〔布告第三条は〕スイス民法第一條の先鞭を附けたもの」と裁判事務心得第3条の優位を表している文献（穂積前掲「法律に現はれたる維新の氣分」96頁）等、実に様々である。ただ両法令の内容は同一であるという見解はいずれの文献も合致している。

40 穂積前掲「婚姻豫約有効判決の真意義」20-21頁。

41 穂積前掲『民法総論上巻』（有斐閣、大正10年）44頁。

42 穂積前掲『百万人の法律学』94-95頁

43 穂積前掲『法学通論』118-119頁及び同前掲『民法総論上巻』42頁参照。

44 穂積重遠「判例法に就て」（『早稻田大學法學部會誌』第2号、昭和8年）552頁。

45 穂積前掲『法学通論』118-119頁及び同前掲『民法総論上巻』42頁。

46 穂積重遠『法理学大綱』（岩波書店、昭和2年（第27版））97頁。

47 穂積前掲『法理学大綱』96頁。

48 日本評論社編集部編『日本の法学』（日本評論社、1950年）72頁。

49 穂積前掲『法理学大綱』96-97頁。

50 穂積前掲『法学通論』119頁。

51 穂積前掲「判例法に就て」552頁。

52 穂積前掲『判例百話』55頁。

53 また、条理を道徳と同義だと解する説もある。（関純恵「穂積重遠の公民教育論」（『奈良女子大学文学部教育文化情報学講座年報』第3号、1999年）211頁。）関氏による関連文を以下に引用する。

「(...)ある場合には、『道徳』が『条理』と言いかえられている。『法律のない時には裁判所は道徳に基いて裁判して宜しいのだ、條理に基づいて裁判して宜しいの

だと云ふ。』この場合の『條理』とは次のように説明されている。『只一筋考へないで、此方の筋からも考へ彼方の筋からも考へ、何処から考へても結局一致する所が筋合いである。さうして、どう考へても斯うなくちゃならんと云ふのが條理です。』

(...) 要するに、『天地自然』の原則を法律とみなす考え方には、法律解釈の拡大化、万能化が懸念されるので賛成はしないとしているが、『天地自然』の原則、事実即してだれがどこから考えてもこうなるという、客観的合理性を有する『條理』が、穂積の用いている『道德』とほぼ同義であるといえる。」

しかし、本稿第二章第三節第2項で指摘したように、重遠自身、条理は道德的規範も含む「第1段の社会生活規範」の総称であると明言しているため、条理は道德のみと同義だというわけではない。

⁵⁴ 穂積重遠「法律と條理」(『丁酉倫理會倫理講演集』第227輯、1921年)17頁参照。

⁵⁵ 穂積前掲「法律と條理」21頁参照。

⁵⁶ 「婚姻予約有効判決の真意義」を『法学志林』で発表する以前の重遠の論文は、主に海外の法制度の紹介や家族法の研究が中心であり(第二章第四節第1項参照のこと)、具体的な判例を用いて、解釈論を展開させたものはないように思われる。同論文を発表した大正6年には、婚姻予約有効判決をめぐる討論に参加したり(本章注(26)参照)、様々な著論文のなかで、同判決や「条理」をめぐる東西二法令についての言及を行なうなど、この時期あたりから「条理」をめぐる解釈論が構築されていったのではないかと考えられる。

⁵⁷ 穂積前掲『法學通論』120頁。

⁵⁸ 「判例法ハ一定の國家機關ニヨリ一定方式ヲ以テ意識的ニ作成セラルル點ニ於テ慣習法トハ其根本ノ出發點ヲ異ニスル。而シテ(…) 國家機關ガ普通ノ立法機關ニアラザル裁判所デアリ、其形式ガ普通ノ立法ト異ナル判決デアリ、而シテ當初ヨリ將來ノ事件ニ對スル抽象的準則ヲ作ルト云フ意識ノ下ニ作成セラルルニアラズシテ、當面ノ具體事件ヲ解決スルト云フ意識ノ下ニ行ハレタ判決ノ結果トシテ將來ノ事件ニ對スル抽象的準則ガ作成セラルル點ニ於テ著シク成文法ト趣ヲ異ニスル。即チ判例法ハ慣習法成文法以外ノ一種ノ法律デアル。」(穂積前掲「婚姻豫約有効判決の真意義」22頁)

⁵⁹ 穂積前掲「判例法に就て」552頁。

⁶⁰ 穂積重遠「裁判の價值」(『法律及政治』創刊号、大正11年)20頁。

⁶¹ 山主政幸「穂積重遠」(『法学セミナー』1960年)55頁。

⁶² 穂積前掲「婚姻豫約有効判決の真意義」19頁。

⁶³ 磯田進・平野義太郎・戒能通孝・仁井田陸・川島武宜・福島正夫「穂積法学・末弘法学の分析と批判(座談会)」(『法社会学』第2号、有斐閣、1952年)57-58頁。

⁶⁴ 穂積前掲『法理学大綱』172頁。

⁶⁵ 利谷信義氏はこれについて「ドイツでチーチルマンなどから学んだ自由法論を、イギリスで学んだ判例法理論で再構成したものとみることにはできないであろうか」と述べている。(利谷信義「日本における家族法学の生誕」(同『家族と国家一家族を動かす法・政策・思想』(筑摩書房、1987年)187頁)確かにそのような見方をすることも大いに可能ではあるが、重遠の執筆したあらゆる法律書において、スイス民法第1条を「条理」の根拠として出している以上、やはり彼の学説におけるスイス民法の影響を無視することは出来ないであろう。

⁶⁶ 『大審院民事判例集』第2巻第4号、大正12年、159頁以下。

⁶⁷ 民事判例研究会『判例民事法(大正一二年度)』有斐閣、大正14年、129-134頁参照。

68 同前書『判例民事法（大正一二年度）』132頁。

69 重遠は、明治民法施行前後の法律の運用実態についても、関心をもっていたようである。本文中に取り上げた大正12年「庶子認知請求事件」では、民法施行後の裁判で争点となった太政官期法令と現行民法との関係についての言及が見られる。その他にも、昭和13年に牧野英一の還暦祝賀論文集で発表された「法律の施行前適用」と題する論文では、明治31年7月15日に明治民法典が施行される以前の裁判の中で、大審院が旧民法及び未施行の現行民法を適用したケースを分析し、判例中に「条理」を理由とするものを、旧民法又は現行民法の規定との関係において観察している。なお、ここで重遠は、条理を次の3つの形態に分類し、論じている。：①判例が条理だとして適用した法則と、旧民法又は明治民法の規定が異なる場合（「純粹条理」）②判例が条理だとして適用した法則が、内容上未施行の成文民法の規定と一致しているが、この成文民法の規定の内容は、当然の条理だと考えられる場合（「符合条理」）③「判例が条理だとして適用した法則が、内容上未施行の成文民法の規定と一致しているが、これが当然の条理とは受け取りがたく、すなわち裁判所が条理の名の下に、実は成文法の規定を施行前に適用したものと認められる場合」（「仮託条理」）である。重遠における「条理」論を理解するためには、このような分類に基づく考察も必要であろう。今後の課題としたい。

70 民事判例研究会『判例民事法（昭和二年度）』（有斐閣、昭和4年）1-3頁、及び『大審院民事判例集』第6巻第1号、昭和2年、1頁以下参照。

71 民事判例研究会前掲『判例民事法（昭和二年度）』3頁。

72 民事判例研究会『判例民法（大正一五年・昭和元年）』（有斐閣、昭和3年）332-337頁、及び『大審院刑事判例集』第5巻第8号（大正15年）318頁以下参照。

73 当決定及び昭和2年5月17日の最終判決については、重遠自身によって「男子貞操義務判決の眞意義」（『法学志林』第29巻第7号、昭和2年）に詳論されている。

74 穂積前掲「男子貞操義務判決の眞意義」1頁。

男子貞操義務判決について、牧野英一が昭和2年に『法学志林』第29巻第1号に「法律の新らしい目標」と題する論文を発表したところ、中川善之助が翌月の『法学協会雑誌』第45巻第2号に「夫の貞操義務に関する裁判に就いて」を発表し上記論文に関する牧野の所論に触れたのがきっかけで、その後、両者間で論戦が繰り広げられた。重遠はこの論争について「更に其意義及び價值に関する牧野博士中川學士間の折返しての論争は大に學徒の研究心を唆つた」ことを指摘している。（穂積重遠「横田秀雄博士の三判例」（明治大学創立六十周年記念論文集出版部編『創立六十周年記念論文集』明治大学、1940年）597頁以下。）

75 民事判例研究会前掲『判例民法（大正一五年・昭和元年）』330頁。

76 穂積前掲「男子貞操義務判決の眞意義」11-12頁。

77 穂積前掲「横田秀雄博士の三判例」617頁。

78 民事判例研究会前掲『判例民事法（昭和二年度）』241-244頁参照。

79 本文の判決以後の、遺骸に対する権利を所有権とした判決として、大正10年7月25日第二民事部判決「遺骨引渡請求ノ件」を挙げることが出来る。これは「戸主Xの家族Aは妻Bと婚姻をし、子（未成年）Yがいる。その後Aは死亡。BとYの計らいでAの遺骨をX所有の墓地以外に葬った。それに対しXは『遺骨引渡請求ノ訴』を起した。未成年者YにかわってBが応訴した。」というものであり、大審院は「遺骨はその相続人の所有に帰す」として、Xの上告を棄却した。当該判決についても、重遠は、民事判例研究会にて評釈を行っており、大審院の「解決の結果は正当」とするものの、「唯だ問題になるのは、親の遺骸が何故子に帰属するかという法律上の説明

である。大審院はこれを相続と見て居る様だが、それは理論上も実際上も不都合ではあるまいか」とし、「遺骨に対する権利は、死者が戸主であつても、家族であつても、長男又は長女等一人、即ち、普通に喪主となるべき人に帰属すべきであり、その権利者と帰属の原因と権利の内容とは、民法の所有権論や相続論でいくべきではなく、慣習法又は条理に求めるより外にない」としている。(民事法判例研究会『判例民法(大正一〇年)』(有斐閣、昭和4年(大正12年初版))397-400頁参照)

⁸⁰ 裁判規範としての「条理」と調停規範としての「条理」に関しては、三上威彦「調停手続による紛争解決の法令準拠性について—民事調停を中心に—」(『慶應法学』第19号、2011年)に詳しい。

⁸¹ スイス民法第1条の趣旨をより理解しているのは、末弘巖太郎であるのではないかと思う。ここで少し末弘による「条理」解釈を補足として説明しておく。まずは末弘の論稿「法源としての條理」の一文を引用する。(末弘巖太郎「法源としての條理」(同『続民法雑記帳』、日本評論社、昭和24年)26頁。)

「條理を以て客觀的に定立されている法規體系であるとは考えない。従つて、制定法規を適用して裁判すると同じ意味に於て、條理を適用して裁判すると言うことはありえない。さればこそ明治八年の太政官布告も條理に依るとは言わずに「條理ヲ推考シテ」と規定しているのだと思う。スイス民法(・・・)は、この「條理ヲ推考」する趣旨を更に一層具體的に立言したものであつて、裁判官としては現に問題になっている事項の本質に鑑み條理に照して自らそれを適用せらるべき法規を創成し、別に他日當面の事項と類型を同じうする事項が発生したならば、それにも適用して差し支えないかどうかを考えた上、その法規を規準として裁判すべきことを命じたものであると考えている。即ち裁判官は客觀的に存在する條理を規準として裁判すべきではなく、自ら條理に照して法規を創成した上それを規準として裁判すべきである。」(下線部は筆者による)

末弘によれば、裁判官は、上記引用文の下線部で示されているように、客觀的に存在する「条理」自体を規準として裁判するのではなく、「条理」に照らして法規を創成した上、その「創造された法規」を規準として裁判すべきだとしている。そして立法による法律規範がない場合、具体的社会関係を規律すべき規範を創造する必要があるとし、その際、裁判官は「与えられた具体的事件に対して具体的に妥当な裁判を与えさえすればいいのではなくして、もしも他に全く同一の事件ありと仮定せばそれに対しても亦同一の判断を与えるべきことを予期しつつ判断を与えることを要する、すなわちスイス民法にみてとれる『自己ガ立法者タラバ法規トシテ定メタルトコロ』の理念を持ちながら、「規範創造としての法律解釈」を行なっていくべきだという。また、この「法律規範の創造」については、末弘は「裁判官はまず問題になっている事実関係を一定の型に構成し、類型的な社会関係として把握し、当該事件のそのような類型の社会関係にたいしてはどのような規範が妥当すべきかを探求し」、そして「このように発見された裁判規範を技術的な規範命題に構成する」、この意味で裁判官は「裁判規範を創造」していると述べている。このような裁判官による法律規範の創造は、「高次の法律規範によって拘束される以外」、原則として立法者と同様の決定自由を有するとしている。こうした法創造の過程は、「スイス民法第1条」と非常に類似しているということがわかる。蓋し、スイス民法もまた、具体的な問題の利益状況を考察し、当該問題と類似した他の問題にも視野を広げて、他の問題も包摂出来るように当該問題の利益状況を一般化、抽象化する、そしてこのように一般化、抽象化された利益状況から生ける法を発見し、それをもとにして一般的な法規を形成するという一連をたどっているからである。

また、裁判事務心得第3条とスイス民法第1条の関連性について、末弘は「その趣旨において同じ」とする一方、裁判事務心得第3条に関しては、「本来民法成文法令の殆ど整備していなかった明治初年において、裁判官が『條理』の名の下に、實は主としてフランス民法およびその解釈例を適用して裁判することを許した歴史的な文書であり、現在の法学に直接関係ない」ものとして、その存在を否定していることは既に指摘した通り（第七章第一節第1項参照のこと）であるが、彼にとっての「法律規範が存在しない際になされるべき裁判官による法創造」とは、もっぱらスイス民法第1条に類する理念をもって行うべきだとし、従って裁判事務心得第3条を自らの法解釈理論の中で考慮することは殆どなかったように思われる。

82 穂積重遠『民法読本(第7版)』(日本評論社、昭和10年)37-38頁。

83 穂積前掲『親族法』251・259頁。

84 穂積重遠「民法改正要綱解説(2)」(『法学協会雑誌』第46巻第5号、昭和3年)77頁。

85 「諮問第一號ニ關スル調査要目(其一)」(堀内節『続家事裁判制度の研究』(中央大学出版部、1976年)所収)43頁。

86 穂積前掲「民法改正要綱解説(2)」77頁。

87 青山道夫『日本家族制度の研究』(叡松堂書店、昭和22年)97頁。

88 穂積前掲『親族法』280頁。

89 穂積前掲「民法改正要綱解説(2)」80頁。

90 前田達明『史料民法典』(成文堂、2004年)1261頁。

91 穂積前掲「民法五十年」7頁。

92 穂積重遠「私法生活」(文部省普通学務局・実業学務局編『最新 公民科資料精説』帝国公民教育会、1931年)33・34頁。

93 穂積前掲「私法生活」477頁。

94 穂積前掲「私法生活」479頁。

95 穂積前掲「私法生活」480頁。

96 これに関する「法律相談」の一連の内容を、以下に掲げておく。(穂積重遠述『婦人講座第百篇記念號 家庭と法律の實際』(社会教育協会、昭和13年)17-19頁より抜粋。)

問 離婚と子供の養育料

私は或る年の二月H家に嫁ぎ、翌年の七月男子を分娩致しました。結婚早々から姑と折合悪く、夫にも愛情がなかつたので入籍も控えて居りました。出産後は益々冷遇されるので堪え切れず或る日實家に逃げ帰りました。翌日先方より迎へが来ましたが、その態度が餘りに冷淡であつたので、その儘戻らずに居りましたところ、間もなく妊娠四ヶ月の身であることを知り大いに驚き先方に知らせましたが會つても呉れませんやがて分娩した男子を私の私生子として届けました。両親は子供は引取るから幾許か養育料を出せと人をたてて先方に通じますと「養育料はやれぬが、仲に立つた人への義理のために」と五十圓をよこしました。そしてその理由として「一、嫁入りしても入籍しなかつたこと。二、妊娠してみながら實家に帰つたこと。三、迎へに行つても帰らなかつたこと」といふのです。私は今になつて一人の私生児を抱へて今後貧しい實家に過すのかと思ふと暗い気持ちになります。何とかして、少しなりと養育料を出して貰ふことは出来ないでせうか。また出して貰ふにはどうしたらよいでせうか。先方は裕福な家庭です。

解答 先づ私生子認知を請求しなさい

まことに御気の毒な立場だと御同情いたします。しかしあなた自らの考へで入籍をしてみなかつたといふことが、非常な手ぬかりでありました。先方が貴方を気に入らないために、入籍を拒んだといふならば、「婚姻豫約不履行ノ訴」といふのを起すことも出来ますがあなたの自由意思で入籍してみなかつたのですから、どうにも方法がありません。子供は先方が引取を拒めば「認知請求ノ訴」という訴へを起して先方の子たることを認めさせ、子供を先方に引取らせることが出来ますし、また分娩の費用と今までの養育料とを取ることが出来る筈ですが、この儘その子供をこちらへ置いて養育料を貰ふといふ法律上の方法はありません。それにはやはり適当な人に頼んで談判するより外に道はありません。認知の請求の訴を起されれば先方が負けるのだといふことを知つたら先方も何とか考へるでせう。要するに結婚しながら籍を入れぬといふのは誠に宜しくないことで、色々と厄介な問題を惹き起します。(下線部は筆者によるものである。)

97 川島武宜「穂積重遠博士の家族制度観—日本の法律思想史の一断面—」(末川博(他)編『穂積先生追悼記念集 家族法の諸問題』(有斐閣、1952年)) 280頁以下。

98 穂積前掲「民法五十年」7頁。

99 前掲「諮問第一號ニ關スル調査要目(其一)」40—41頁。

100 「臨時法制審議會諮問第一號主査委員会日誌(第二回)」(堀内前掲『続家事審判制度の研究』所収) 394頁。

101 堀内前掲『続家事審判制度の研究』54頁。

102 前掲「臨時法制審議會諮問第一號主査委員会日誌(第二回)」393頁。

103 前掲「臨時法制審議會諮問第一號主査委員会日誌(第二回)」395頁。

104 小口彦太「満州国民法典の編纂と我妻栄」(池田温・劉俊文編『日中文化交流史叢書 第二卷 法律制度』大修館書店、1997年) 349頁。

105 司法省調査部『満州国民法典(司法資料、第233號)』(昭和12年9月) 65頁。

106 満州国民法典の編纂に携わった人物たちについては以下の引用を参照のこと。

(小口前掲「満州国民法典の編纂と我妻栄」333—334頁)

「起草作業は司法部参事官、民事法典起草委員会、審核員の三者によって行なわれた。(…)民事立法担当参事官としては、万歳規矩樓(前大阪地方裁判所判事。民法総則、物権を担当)、菅原達郎(前東京地方裁判所判事。物権)、川喜多正時(前大阪地方裁判所判事。債権総則・各則)、角村克己(前東京地方裁判所判事。商人通法、会社法、海商法)、松原重美(前東京地方裁判所判事。運送法、倉庫法)、牧野威夫(前東京地方裁判所判事。民事訴訟法、強制執行法)の六人で(…)あった。次に、民事法典編纂委員会は、司法部と最高法院の双方から構成され、そのメンバーは司法部側は前記の専任、兼任の参事官のほか、司法部民事司長の青木佐治彦(前司法書記官)と民事司第二科長の姜金書が加わり、最高法院側は次長の井野英一(前大審院判事)、庭長の及川徳助(前東京控訴院判事)、審判官の筒井雪郎の三人が加わった。参事官および起草委員会による起草作業において顧問的役割を果たしたのが、『審核員』であった。民事法関係の審核員は、元商工大臣松本丞治、大審院院長池田寅二郎、東京帝国大学教授穂積重遠、同田中耕太郎、同我妻栄、中華民国法制研究会幹事村上貞吉の六人であった。このうち民法の審核員は穂積と我妻が担当した。(…)」

107 小口前掲「満州国民法典の編纂と我妻栄」349頁。

108 小口前掲「満州国民法典の編纂と我妻栄」335頁。

109 柚木馨『満洲民法讀本』(満州有斐閣、昭和17年) 7頁。

110 柚木馨『満洲国民法總論〔I〕』(有斐閣、昭和17年(再版)) 18頁。

111 我妻栄「満州国民法典の公布」(同『民法研究 IX-2』(オンデマンド版)、有斐閣、2001年所収) 507頁。

112 穂積前掲「法律に現はれたる維新の氣分」95-96頁。

113 父・陳重もまた『法律進化論』のなかで、裁判事務心得第3条をスイス民法第1条の「先鞭を著けたもの」として賞賛している。(本稿第七章第二節第1項参照のこと)

114 川島前掲「穂積重遠博士の家族制度観」265頁。

第九章 小括 — 日本近代法学における「条理」理解の転換 —

明治8年の立法・司法状況下で制定された太政官第103号布告を論じる諸説を以上で見てきた。その立法的存在性をめぐる議論において錯綜し、また法学者の認識の上においてもまた「忘却」「再自覚」の経緯を辿った同布告は、その歴史的所与性を超えて今なお語り継がれている。

本論第二編では、明治期から昭和戦前期までの約80年間にわたり、日本法学界が二度にわたり「条理」を必要とする事態が生じたことを確認した。一度目は、法制度が未整備段階にあった明治初期であり、二度目は、所謂、日本近代法体制の確立期とする大正期以降である。

裁判事務心得の制定当初における「条理」とは、「国家法規範が未整備である」という意味における「法の不在」を埋め合わせるための、裁判官の対処方法として理解されてきた。それは外国法の翻訳書や未だ施行されぬ段階にあった我が国の法典を参照するための引照標準として用いられていた。

その一方で、大正期における「条理」とは、国家法規範法が完備された、所謂「成文法主義」を原則とする法秩序のもとでの「法の欠缺」に対応する中で論じられ、成文法や慣習法の補充方法として理解されるようになった。第一次世界大戦を契機とする社会の変化、ドイツ法的思考への反省がその背景にあったといえよう。大正期の先覚的な法学者たちは、明治国家体制の下で狭い枠の中に閉じ込められていた法や法学を解放し、裁判官の法創造の範囲を拡大させることで、「国家法万能主義」を相対化させようと努めた。また大正期は「日本法の独自性を自覚する」時代でもあった¹。そしてこのような時代に語られた「裁判事務心得」、さらにはそこに見出される「条理」は、この時期に模索された「日本」法学の様々なイメージのもとに、様々な解釈されるようになる。

例えばそこに、社会学的法律学の見地に立脚する穂積重遠と、新自然法の見地に立脚する杉山直治郎を対置させることが出来る。重遠の「判例を重視」する姿勢は、「条理」を日本法のなかに探求する。彼は、外国法に範を求めた日本民法典と、実際の社

会現実とかけ離れている事実を目の当たりにし、その乖離を埋めることを目指していく。そして「法律は條理の現はれなのだから、條理が法律として現はれて居ない場合に直ちに根本の條理に遡るのは當然」とし、條理を道しるべとした。そして裁判官による法創造を積極的に容認していった。他方において、杉山は世界に目をむけ、「新自然法」をその本質とする「文明諸国に共通する法の一般原則」を定立させることを目指した。ここでいう「新自然法」とは、裁判事務心得第3条の「條理」に「科学性」を付与したものであった。杉山にとって「西欧法と東洋法の連結符」として位置付けられた日本法の法源である「條理」こそが、世界法の発達を指導し得る地位にあり、また「成熟した日本法」を他国の法との「同一性」の基準のなかに再定位させることが、比較法学者としての任務であると理解されていたのであった。

ここでは、穂積重遠と杉山の條理論を一例に、それぞれの「條理」理解の射程と内容との食い違いを示したが、実際、大正・昭和戦前期における條理論は、民法や比較法に限らず、法哲学、行政法、国際私法など、法学のあらゆる領域において探求が進められ、さらに、海外の立法や学説との関連の中で新たな位置付けが模索されることにより、一層その錯綜性を呈することとなる。

「自然法」「物の道理」「事物自然の性質 (Natur der Sache)」「制定法の規定や制度の根底にある法秩序上の基本原則²⁾」、最近では「信義則³⁾」と同様の働きをするという見解もあり、「條理」の定義づけは今なお多義的である。本論は、我が国の近代法学における「條理」理解の多義性・多角性こそを指摘はしたが、その規範的収斂化を試みるものではない。しかし、明治初年期の近代法制の幕開け期に遡って「條理」の近代史を紐解くならば、日本法(学)の体系的自立の過程において、「條理」は、従来の「法の不在」を埋め合わせる代替的な法源性から、「法の欠缺」を補う補充的法源性への機能転換を果たしたといえる。

¹ 野田良之・奥田昌道・伊藤正巳・田中英夫「日本における外国法の摂取」(伊藤正巳編『外国法と日本法』岩波書店、1969年(第3版))164頁。

これに関連して、杉山直治郎は「殊に我が國としては是までは歐米先進諸國の法制や法學や實驗の手本が常にあつたが、大戰以後の今日では我が國も此等の國々と同時に改造・發達の轉回期に際會したので、世界の進歩に後れない爲には、我々は皆千里眼・順風耳た

ることを必要とすると同時に、そのみに依頼して居られず、我々独自の充分なる自主的創造力を發揮せねばならぬ時節になつた。」(杉山直治郎「法律思想の發達」(同『法律と解釋』(有斐閣、昭和44年(第2刷)311頁)と、牧野英一は「此大正時代の法律の發展と云ふものは、或る意味に於ては列國の後を追うたのではございませぬ。是は先づ日本の獨立の發明であると言つて宜らうと私は考へます。全く西洋の書物の直譯ではなく、日本の獨立なる考へから、日本の社會の要來する所に従つて段々法律を變へて行つたのであらう。」(牧野英一「明治の法律と大正の法律」(『龍門雜誌』第478号、昭和3年)27頁。)などと述べている。

² 笹倉秀夫『法解釈講義』(東京大学出版会、2009年)157頁。

³ 大村敦志『民法読解総則編』(有斐閣、2009年)17頁、河上正二『民法総則講義』(日本評論社、2007年)257頁。

結論

本稿の考察を踏まえ、最後に、我が国におけるスイス民法の影響について、整理・評価を行い、結びとしたい。

日本法学界におけるスイス法（学）の影響は、明治 20 年後半期の明治民法典の編纂時に引照される形で現れる。但し、この段階における「スイス」法とは、統一民法典制定以前のカントン法及び 1883 年スイス債務法（Obligationenrecht）であった。スイス連邦の統一法典である「スイス民法典（ZGB）」が、我が国に知らしめられ、普及されるようになったきっかけは、明治 33（1900）年のルイ・ブリデルの来日であった。明治民法典施行の約 2 年後、スイス民法典の第 1 草案が提出された年のことである。

比較相続法・親族法の専門家として東京帝国大学に招聘されたブリデルは、同大学を中心に、スイス民法典の普及・周知活動を行なう。その方法は、専ら学術的な方法に基づくもので、講義や論説の執筆の他、草案段階にあった同民法典の冊子の配布などを通して、東京帝国大学法科大学の教授陣をはじめとする、「仏蘭西法」専修の学生や「独逸法」専修の学生たち（明治 43 年以降）に向けてなされた。ブリデルの滞日中、スイス民法典に関心を抱いた者の中には、京都帝国大学法科大学講師・岡村司などもいた。しかし、総じてスイス民法典の「影響」の範囲は、法科大学という、極めて頂点的な学府の中に止まっていたといえよう。

尤も、この一方で、当時の日本人法学者たちは、我が国とほぼ同時期に法典の編纂を進めているスイスの立法状況に多大な関心を払った。ドイツやフランスの民法典を参照しつつ、自国の法伝統を最大限に尊重し、それを法典に見事に反映させることに成功したスイス民法の編纂作業は、我が国においてもこの上なく良き手本となった。またスイス民法典は、東京帝国大学の法理研究会のメンバーを中心とした教授たちの法学研究の素材としても多大な関心がもたれた。なるほど、同民法典に関心の的とするそれぞれの方法は、法学者ごとに多様であったが、いずれも我が国における法解釈方法論の転換を期し、それを論じるための一資料として同民法典に着眼していたことにおいて共通点が認められる。こうした兆候は、明治 30 年代後半に現れはじめ、大正・

昭和戦前期の法学界を舞台に、顕著に展開されてゆくこととなる。

そこで、大正・昭和戦前期におけるスイス民法典の「影響力」について、「立法」「司法」「学説」の3つの側面から、以下に、総括的にまとめておこう。

まず「立法」面におけるスイス民法典の影響であるが、これについては、大正8(1919)年に設置された臨時法制審議会における民法改正作業に見て取ることが出来る。同審議会幹事の穂積重遠は、「幹事カ瑞西民法ヲ参考トシテ此調査要目中ニ折々之ヲ引用シタリ其レハ御承知ノ如ク瑞西民法ハ我民法ヨリ後ニ出来タルモノニシテ我民法制定當時ハ之ヲ参考トセラレ居ラサルヲ以テ今度ハ特ニ之ノ参考ニセント思ヒタル¹」として、特にスイス民法に多くを学んだことを述懐している。その具体的成果とは、穂積重遠によって提出された「穂積私案」や、昭和2年「民法改正要綱」での、スイス民法典第333条が参照された「第六 戸主ノ監督義務」や、同民法典に採用されている「相対的離婚原因」を支持した「第十六 離婚ノ原因及ビ子ノ監護」などを挙げることが出来る。しかし、前者の「戸主ノ監督義務」規定については、その後の「人事法案」で、スイス民法の参照部分に関しての記述が見られなくなる。また唯一、スイス民法の立法的影響を確認出来る後者の「相対的離婚原因」に関しては、スイス民法のみが参照されたわけではなく、そこに同民法の排他的な影響、即ちその十全な「受容」を実証することは困難であろう。尤も、民法改正作業は途中段階で作業中止となったため、上記規定もまた、実現することはなかった。以上の事実に鑑みれば、大正・昭和戦前期における民法改正にあたり、スイス民法典の参照はなされたものの、結果として、その影響は間接的なものにとどまった。

次に「司法」面におけるスイス民法典の影響についてはどうだろうか。当時の大審院の判決録を見てみると、明治42年から昭和10年にかけて、判決理由のなかでスイス民法（債務法も含む）を引用している判決が9件あった²。そのうち、債務法に関する条文が最も多く、次に物権法に係わる条文及びスイス民法第1条に関するものが何件かみられた（本稿・序、注（51）参照）。しかし年間に250～780件³もの判決が下される当時の控訴院・大審院などの上訴裁判所の民事裁判において、約30年間で9件であったことをどのように評価すべきか。ちなみに、同じ条件で、ドイツ民法は62件、フランス民法6件、オーストリア民法、イタリア民法、ロシア民法などはそれぞれ0件である。大審院で下された民事判決の中にドイツ民法の参照の痕跡を確認出来る⁴ことは、日本民法典自体の制定事情に即して考えるならば、ある意味当然とはいえ

るが、スイス民法典がそれに続く事実は大いに注目してよい。また、東京控訴院長を歴任した経験を持つ山内確三郎が、幹事を務めた臨時法制審議会の主査委員会のなかで、家族法の不備に伴う自由解釈の許容に関して、その根拠をスイス民法第1条に求める意見に同調する態度を示している⁵。こうした当時の司法実務運営において、スイス民法第1条が切実な必要性をもって語られていた事実の背後に、当時の現行法律と社会的現実の乖離の大きさを読み取れよう。大正期・昭和戦前期における大審院において、もはや実定法の不在を理由とした外国法の直接的参酌が行なわれたとは考えにくい。国家法規範と社会的現実との懸隔を埋めるために、裁判官たちは様々な法素材をたよりに法の運用を腐心せざるを得なかった。なるほど、ドイツ法の立法的、学說的継受が所与の条件をなした明治民法の解釈運用にあたっては、大審院においても母法たるドイツ法やその学説の参照もあり得たのだろうが、前述の通り、立法的には間接的というより、むしろ消極的な影響関係の中でしか論じられ得ないスイス法もまた、僅かな数ではあるが引照されていたことは特筆してよい事実ではなかろうか。ここにスイス法の我が国における影響の考証が、立法や司法などの制度的法形成・法運用の次元のみならず、その学理的・学說的受容の局面へと進まざるを得ない所以がある。

そして「学説」面におけるスイス民法典の影響を最後に確認しておこう。本文にて検討したが、大正・昭和戦前期のスイス民法研究の具体的成果として、辰巳重範訳・穂積重遠訳『瑞西民法』や水口吉蔵訳著『瑞西債務法（日本民法商法対比）』といった著書や、岡村司による「瑞西民法ニ就キテ」「瑞西民法に於ける妻の地位」、穂積重遠による「瑞西ノ新民法」「最新の親族法」「スイス民法の家制」「トルコ民法典」、中川善之助による「スイス民法における家・家長・家長権」「スイスにおける家と家長」「瑞西婚姻法（婚姻の成立）」「瑞西婚姻法（婚姻の証明及効果）」「スイス婚姻法」などを挙げる事が出来る（本稿・序、注（3）参照）。これらは、スイス民法及びスイス民法学の顕著な学說的成果を反映した業績であった。日本の法学者たちが、スイス民法典に向けたまなざしは、その家族制度や婦人の権利に関する規定に熱く注がれた。また明治45（大正元）年以降、東京帝国大学内の法理研究会で活発に議論された「自由法学」が引き金となり「再自覚」された裁判事務心得第3条の類似法令として、スイス民法典第1条は注目されるようになる。こうした学問的潮流の中で、特に民法学及び比較法学の領域で精力的に進められた「条理」研究においては、スイス民法第1条が改めて検討対象として注目される。本稿において中心的に検討を加えた穂積重遠

は、スイス民法第1条と裁判事務心得第3条を大正期的法学状況の中で「条理」を位置づける新たなる理論的根拠とする法学方法論を提案した。彼の「条理」論が、今日に至るまで継承されている通説的知見であることは、本稿で詳述した通りである。

このように、「司法」と「学説」の一部において影響力を持ち得たスイス民法であるが、同民法典は本来、実用的・民衆的な内容をもつ法典として認識されているものの、一般社会のスイス民法への認知度は未だ低かった⁶。また法学者の間でも、淳風美俗を重んじる保守派層、あるいはドイツ法理論を支持する者には、スイス民法への「反対者」が多かったと予想される。となると、実際にスイス民法を支持していたのは、大正期という日本における法学の再構築の時期において、「新法律学」－「社会法学」「判例法学」「比較法学」⁷－を唱える人々、換言すると、ブリデルの講筵に列した、穂積重遠、杉山直治郎、牧野英一、末弘巖太郎らにほぼ絞られていたということが出来よう。彼らは等しくスイス民法典に注目したが、その主たる関心対象は、第1条に限定されていたといっても過言ではない⁸。彼らは「条理」の新たなる法学的発見のために、スイス民法第1条にひきつけられたのである。

ここで我々は、野田良之氏が「日本の外国法摂取」を定義づけて、これを3段階に分けて詳論したことを想起しよう。即ち、「立法的摂取の時代」（明治初年から明治民法典以下法典の整備まで）、「法学的摂取の時代」（法典整備から大正初年まで）、「自覚的摂取の時代」（大正初年から現在まで）がそれである⁹。この時代区分によれば、スイス民法が登場し、我が国の法学に影響を及ぼしたのは、「自覚的摂取の時代」にあたる。

「立法的摂取の時代」を締めくくるのは、12の外国法典を参照し編纂された明治民法典である。そしてこの民法典は、その後の「法学的摂取の時代」には、「法学者や実務家の法的思考様式のドイツ法への転換」、これを換言するならば、日本民法の法解釈論における「ドイツ民法型への『はめこみ』」が行なわれることとなる。北川善太郎氏によれば、こうした法現象は「学説継受」として定義づけられる¹⁰。「ドイツ民法に依拠した法の合理化・学問化」としての「学説継受」は、「法典の継受よりも強力な外国法の影響」であり、非常に画期的な取り組みであったと評されている¹¹。しかしその一方で、現実には、「当時の学者がドイツ民法理論の学説継受というもっぱらその目的のためにのみ専心していたというよりも、その渦中であって現実的な問題をたえず抱いて」おり¹²、「法と現実との乖離、法文に拘束された法解釈の非、外国法とくにドイ

ツ法学一辺倒に対する批判¹³」といった「対抗的・批判的傾向」が、大正 10 年頃前後より、民法学内部から出てきたことにより、「学説継受」は終止符が打たれることとなった¹⁴。その後の我が国の法学は、明治・大正期の代表的な民法学者の 1 人である石坂音四郎の「外國法ノ學説ハ我國法ノ解釋ノ爲メニ唯参考トシテ価價アルニ過キス (...) [それ故に] 日本法學カ獨立スヘキハ殆ト自明ノコトニ屬ス (...) 今ヤ日本法學獨立ノ時期ニ達セリ¹⁵」といった発言に象徴される傾向を有するようになってゆく。即ち「自覚的摂取の時代」の到来である。

外国法の「自覚的摂取」とは、野田氏によれば、「日本法の独自性を比較法的に自覚し自律的に外国法を外国法として研究・摂取する」ことと定義されている¹⁶。まさしく杉山が、大正 7 (1918) 年に、日本法と外国法との間に区別を意識した上で、「進歩改良を要する自国法の一定事項に最適的な外国法を選抜」し、それを「自国特殊の社会状態に順応させる」と述べたことに呼応したものであろう¹⁷。本稿で取り上げたスイス民法の「学説」への影響は、まさにこの大正期を起点とする新たな外国法摂取の過程の産物であるといえよう。上記の「学説継受」の限界に対し、新たな法学方法論—日本社会の現実を見つめ、「日本的」な価値観に基づいて解決をする方法—が模索され、スイス法が極めて有益な素材として用いられることとなった。

スイス民法典の我が国における影響力は、明治期において、無条件にその模倣が目指されたフランスやドイツの民法典ほどの直接性は見出せない。しかし、我が国の法学における「継受」が終焉し、外国法への依存から独立の時代を迎えることとなった我が国の法学が、外国立法への依存から離れ、その盲目的姿勢から目覚めた時、スイス法は、我が国の法学に、比較法的「自覚」の下の新たなる展開を促す存在として現れたのである。

1912 年に「明治」から「大正」へと改元され、今年で「大正百年」を迎えた。この節目の時期に「大正期日本法学」を捉え直してみるならば、そこには、明治期と異なる独自の性格を持った日本法学の展開の跡を見出すことが出来よう。そして、こうした「大正期日本法学」の再定位にあたっては、もはやスイス法の影響とその存在に言及することなく論ずることは出来ない。

1 「臨時法制審議会諮問第一号主査委員会日誌（第一回）」（堀内節『続家事裁判制度の研究』（中央大学出版部、1976年）所収）384-385頁。

2 TKC 法律情報データベース「LEX/DB インターネット」より検索。その際、戦前の大審院・控訴院の判決の民事裁判から、「スイス民法 OR 瑞西民法 OR 瑞西債務法 OR スイス法 OR 瑞西法」をキーワードに検索した結果、本文通り、9件となった。なお、ドイツ・フランス・オーストリア・イタリア・ロシアも同条件のもとでの検索結果である。イギリス及びアメリカについては「英米法」として検索をしたところ、8件となった。

なお、ここで補記すべきは、上述のデータベースによる調査の限界性についてである。今回の調査でも、検索条件として明治初期から昭和20年までとしたにもかかわらず、いずれも明治34年以降の結果のみ掲載された。おそらく、それ以前の判決文の収録がなされておらず、検索が及ばないためだと思われる。しかし本稿では、今後のさらなる研究のヒントとして掲出した。

3 年間の民事裁判の件数に関する検索上の対象時期として、本稿では、スイス民法の判決上の参照期間である、明治42年から昭和10年までとした。民事裁判の年間件数が最も少なかったのは明治43年の250件、最も多かったのが昭和6年の781件である。

4 大正・昭和期の大審院判事・最高裁判所判事を務めた岩松三郎（1893-1978）によると、当時の裁判官はドイツのコンメンタールを多く参照しており、岩松自身は、民法ではプランク（Planck）のコンメンタール（Kommentar zum BGB）、商法ではシュタウプ（Staub）のコンメンタール（Kommentar zum HGB）、その他に、シュタイン（Stein）やファルクマン（Falkmann）のコンメンタールなどを読んでいたと述べている。（岩野徹他「ある裁判官の歩み-岩松三郎氏に聞く（2）」（『法律時報』第38巻第11号、昭和41年、59頁。））

5 「臨時法制審議会諮問第一号主査委員会日誌（第二回）」（堀内前掲『続家事裁判制度の研究』所収）392頁。

主査委員会における山内の発言を以下に引用する。

「戸籍事務ヲ取扱フニ際シ親族法相續法ニ於テ種々ノ問題起リ特ニ相續問題等相續法ニ付キ數多ノ疑問ヲ生スルナリ而シテ解決スルコト能ハサル如キ難問題モ屢々起ルコトアリテ大審院ノ判決司法省ノ意見又ハ法曹會ノ意見等各見解ヲ異ニスルコトモ頻々起リ居レリ立法當時ニ於テ豫想セサルナラント思ハルル問題カ實務ノ上ニ於テハ屢々起リ居ルナリ（中略）又民法ノ文字カ素人ニ分ラサル爲メ屢々疑問ヲ生シ殊ニ親族法相續法ニ付キ非難アリ之ヲ何人ニモ解シ得ル様ニ規定スルヲ可トセスヤ次ニ立法當局ニ於テ豫想セサル問題カ將來起ルヘキコトヲ豫想セサルヘカラス親族相續ニ於テ殊ニ然リトス故ニ自由解釋ノ權限ヲ明カニ爲シ置クヲ可トセスヤ之ハ親族相續ノ法律ニ限ラサル問題ナルヤモ知レス或ハ民法全體ニ付テ或ハ法律全體ニ關スル問題ナルヤモ知レス例ハ瑞西民法ノ冒頭ニ規定シアルカ如キ方法ヲ採ルノ必要ナキヤト云フ趣意ノ問題ナリ」

6 「法曹」のなかでも、スイス法に注目していたのは裁判官のみであるように窺える。裁判官と同じく法曹を担う弁護士は、管見の限り、彼らの活動に伴うスイス法の影響を見て取ることは出来ない。そのかわり、当時の弁護士のなかには、イギリスの法（制度）に関心を寄せている者が多かったように窺える。江木衷や花井卓蔵、原嘉道など、当時を代表する弁護士には、英吉利法律学校や東京帝国大学英法出身者が多かったことも理由として挙げられるだろうが、「在野法曹にあっては、依頼者の利益のために具体的な事件を扱うという職業の性質からもくるのであるが、法の実利性を強調する実

証主義思考がめだち、それがイギリス法の影響とつながっている」とも考えられるだろう。彼らの活動の中枢にあった人権擁護の主張の背景にもこうしたイギリス法の知識があらわれているといえよう。(伊藤正巳「日本における外国法の摂取—イギリス法」(同編『外国法と日本法』(岩波講座 現代法 14)(岩波書店、1966年)278頁。)このようにして考えていくと、スイス法は、ドイツ・フランスと比べ、「民衆的」で「実用的」な内容を包含していると評価されているものの、我が国においては、イギリス法ほどの直接的な影響力はなかったといわざるを得ない。

⁷ 杉山直治郎「法律思想の発達」(同『法源と解釋』有斐閣、1969年(第2刷))295頁以下参照。

⁸ 穂積重遠は、家族関係をめぐる「法」と「社会」のずれを解決させるための応急処置的な対処方法として「条理」に基づく裁判を主張した。そして、その際に提唱された、スイス民法第1条と裁判事務心得第3条を「同趣旨」として条理の根拠条文として引証していくという法学方法論は、当時の学説における支配的見解となった。そして牧野はサレイユとの関係から、末弘はエールリッヒの生ける法との関係から「裁判官の法創造」について考究するにあたり、サレイユ・エールリッヒと親交が深く、ヨーロッパではじめて「法の欠缺」を法典で認めたスイス民法典起草者のフーバーの思想は大いに感銘するところであった。また杉山は、裁判事務心得とスイス民法典第1条をジェニーの科学的自由探求説との連関のなかに捉え、世界法の形成の手掛りとなるべく、裁判事務心得の現代的再生を目指していった(本稿第七章第二節第2項参照)。すなわち、彼らは、自らの学説を構築する一助としてスイス民法典第1条を必要に応じて参照していったことがわかる。

⁹ 野田良之「日本における外国法の摂取—序説」(伊藤前掲『外国法と日本法』)164頁及び北川善太郎『日本法学の歴史と理論』(日本評論社、1968年)24頁。

¹⁰ 北川善太郎氏は「学說的継受」について、「既存の法が、その『学問化』にあたり、その国の法律家(多くは法学者)によって、もっぱら、ある特定の外国の法学に依拠して、全面的とまではいかなくとも、その重要な諸点において、ときには既存の法の規範構造から異なって構築され、改造される場合に、これを学説継受という。」(北川前掲書26頁)と述べ、そして「ドイツ民法理論が学説継受によって圧倒的な広がり」と深さでわが民法学を包み込んだ(同前書379頁)として、我が国において学説継受が起こりえたのは、明治民法典施行後のドイツ法学が日本法学に強い影響を与えた時期にあるとした。

¹¹ 北川前掲『日本法学の歴史と理論』151,154頁。

学説継受が「法典の継受よりも強力な外国法の影響である」とする北川氏の見解を裏付ける「学説継受」の特徴について、以下、同氏の論述の一部を引用しておく。(同前書151,154頁)

「日本民法典は、多くの点で非ドイツ的な要素をふくんでいる。少なくとも、フランス民法の系譜は、ドイツ民法と対比して、劣らない程度に注意されるべきものであった。しかしその後の民法学(当時は、もっぱら民法解釈学のみであった)の発展は、きわめて特色ある途を歩んだ。これが(...)ドイツ民法理論の学説継受であった。これによって、日本民法の法解釈論が、ドイツ民法型にはめこまれてしまったことは否定できないだろう。(中略)その結果、学者の行なう民法典の解釈のみならず、(まだ推測の域にとどまるが)裁判官の法適用においても、このパターンが支配的となった。(...)このような現象は、ある外国法の理論が紹介され、これが自国の解釈的主張に加工され、やがて判例にも採用されるというプロセスとは質的に異なる性格をもっている。学説継受の場合、民法典の秩序内に、異質の理論に基づ

いて形成された秩序がわり込み、しだいにこれが優位を獲得していく現象が生じている。これはドイツの理論が、わが実定法秩序に『制度化』されたものとしてとり込まれたためとみうる。その結果、法学者や実務家の法的思考様式がドイツ型に転換されることになる。これは、ある意味で法典の継受よりも強力な外国法の影響であるともいえる。かようにみると、法典的継受とは性質がやや異なっても、ここでとりあげている学説『継受』も一種の継受ととらえることができよう。」

特に、上記引用文中の「学説継受の場合、民法典の秩序内に、異質の理論に基づいて形成された秩序がわり込み、しだいにこれが優位を獲得していく現象」としての学説継受の特徴が、北川氏によって「強力な外国法の影響」とみなされる所以である。

¹² 北川前掲『日本法学の歴史と理論』382頁。

¹³ 北川前掲『日本法学の歴史と理論』382頁。

¹⁴ 北川前掲『日本法学の歴史と理論』154-155頁。

¹⁵ 石坂音四郎「日本法學ノ獨立」(『法学新報』第23巻第1号、大正2年)73-74頁。

¹⁶ 野田前掲「日本における外国法の摂取一序説」164頁。

¹⁷ 杉山直治郎「比較法学の觀念に就て」(同前掲『法源と解釋』)372頁以下参照。

参考文献

I 資料

1、未刊行資料

- ・ Biographies Genevoises (“Louis Bridel Professeur de droit décédé le 23 mars” Bd. 68,1913),in : Bibliothèque publique et universitaire, Genève)
- ・ “Correspondence de Eugen Huber avec la suisse romande, Lettre de L.Bridel (BAR Dfm-Erfassung / ZAP Repertorium JI.109 (-) : Huber Eugen(1849-1923),2.F Allgemeine Korrespondenz, 429 Bridel Louis (1852-1913),in : Schweizerisches Bundesarchiv, Bern.)
- ・ “Korrespondenz an E.Huber von Shigeto Hozumi” (BAR Dfm-Erfassung/ZAP Repertorium JI.109 (-) : Huber Eugen(1849-1923), Archivnr.437, Hozumi S, Bd149, in : Schweizerisches Bundesarchiv, Bern)
- ・ “Korrespondenz an E.Huber von Yoshio Yusa” (BAR Dfm-Erfassung/ZAP Repertorium JI.109 (-) : Huber Eugen(1849-1923), Archivnr.451, Yusa Y, Bd163, in : Schweizerisches Bundesarchiv, Bern)
- ・ “Korrespondenz an E.Huber von Hideo Hatoyama” (BAR Dfm-Erfassung/ZAP Repertorium JI.109 (-) : Huber Eugen(1849-1923), Archivnr.435, Yusa Y, Bd147, in : Schweizerisches Bundesarchiv, Bern)
- ・ 東京大学備外国人教師関係書類・講師履歴書 (東京大学総合図書館蔵 (稿本))
- ・ 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」(公01627100 (マイクロフィルム)、国立公文書館)
- ・ 『太政官職員録』(明治7年12月5日改正) (国立公文書館蔵、マイクロフィルム)
- ・ 『司法省職員一覧表』(明治7年5月20日) (国立公文書館蔵・マイクロフィルム)
- ・ 内閣官報局『職員録(甲)(明治二十一年十二月十日現在)』(国立公文書館蔵、マイ

クロフィルム)

- ・内閣官報局『職員録（甲）（明治二十三年十二月十日現在）』（国立公文書館蔵、マイクロフィルム)
- ・『訴訟法原案 完』（XB500 S3-1）（法務図書館所蔵 マイクロフィルム)
- ・『訴訟法規則修正案』（XB500 S6-1）（法務図書館所蔵 マイクロフィルム)
- ・『訴訟法草案 完』（XB500 S13-1,T1-6）（法務図書館所蔵 マイクロフィルム)
- ・『哲憑氏訴訟規則翻訳原案修正 完』（XB500 T1-5）（法務図書館所蔵 マイクロフィルム)
- ・『テヒャウ氏 訴訟規則修正原案』（XB500 T1-7）（法務図書館所蔵 マイクロフィルム)

2、刊行資料

(1) 事典・人名録

- ・“Bridel”,in: Recueil de Généalogies Vaudoises, Tome I^{er}, Société vaudoise de Généalogie, Lausanne, 1923,
- ・LISTE DES MEMBRES de la société des Législation comparée in BUTTELIN de la société des Législation comparé,Paris,1897－1901
- ・S.Kurita, “Who’s who in Japan? ” ,Who’s who in Japan office, 1913,p13ff,
- ・稲村徹元他編『大正過去帳』（東京美術、1973年)
- ・上田正昭監修『日本人名大辞典』（講談社、2001年)
- ・クラインハイヤー・シュレーダー編・小林孝輔監訳、『ドイツ法学者事典』（学陽書房、1983年)
- ・新潮社辞典編集部『新潮日本人名辞典』（1991年)
- ・武内博編著『来日西洋人名事典』（日外アソシエーツ、1983年)
- ・武内博編著『来日西洋人名事典』（日外アソシエーツ、1995年（増補改訂普及版）)
- ・手塚晃・国立教育会館編『幕末明治海外渡航者総覧』（柏書房、1992年)
- ・栃木県歴史人物事典編纂委員会『栃木県歴史人物事典』（1995年)
- ・富田仁編『海を越えた日本人名事典』（日外アソシエーツ、2005年)
- ・日本図書センター『明治人名事典Ⅱ下巻』（1993年(第3版))

- ・秦郁彦『日本官僚総合事典』（東京大学出版部、2001年）
- ・『議会制度百年史 衆議院議員名鑑』（大蔵省印刷局、平成2年）
- ・『議会制度百年史 貴族院・参議院議員名鑑』（大蔵省印刷局、平成2年）
- ・「明治文化に寄興せる歐米人の略歴」（『明治文化発祥記念誌』1924年）

（2）日記・回顧録・座談会等

- ・岩野徹・鈴木忠一・西村宏一・毛利野富治郎「ある裁判官の歩み—岩松三郎氏に聞く（1）～（6）」（『法律時報』第38巻第10・11・12・13号、第39巻第1・2号、昭和41・42年）
- ・大久保利通『大久保利通日記（第2巻）』（北泉社、1997年）
- ・尾崎三良『尾崎三良自叙略伝』（中央公論社、昭和51年）
- ・片山哲『回顧と展望』（福村出版、1967年）
- ・金井圓、吉見周子編著『我が父はお雇い外国人』（合同出版、1978年）
- ・田中阿歌麿「ブリデル先生とモーレー先生の思出」（『明治文化発祥記念誌』大日本文明協会、1924年）
- ・日本評論社編集局編『日本の法学』（日本評論社、1950年）
- ・日本法理研究会編『明治初期の裁判を語る』（日本法理研究会、昭和17年）
- ・平野義太郎＝鶴沢聡明＝布施辰治＝中村哲＝磯野誠一「（座談会）明治中期における人権擁護と在野法曹」（『法学志林』第49巻第1号、昭和26年）
- ・平野義太郎他「柳島セツルメント（1）～（3）」（座談会）（『法律時報』第45巻第7号・8号・9号、1973年）
- ・穂積重遠『欧米留学日記』（岩波書店、1997年）
- ・穂積重遠、大森洪太、末弘巖太郎、我妻栄、山田わか、大濱英子、谷野節子「『婦人と法律』（座談会）」（『法律時報』第8巻第4号、昭和11年）
- ・穂積仲子・穂積重行・中川善之助「穂積三先生を語る」（座談会）（『書齋の窓』第63・64号、昭和34年）
- ・牧野英一「二人の故人—穂積重遠君と梅謙次郎先生」（『法律時報』第24巻第9号、1952年）

(3) 新聞・(学術) 雑誌

『読売新聞』『東京日日新聞』『朝日新聞』『東京朝日新聞』『大阪朝日新聞』『中央公論』
『改造』『法律のひろば』『国民』『教育論叢』『新女苑』『婦人新報』『婦人公論』『婦人
問題』『女性同盟』『婦選』『婦人週報』『婦人改造』『婦人世界』『処女の友』『法律新聞』
『国家学会雑誌』『法学協会雑誌』『法学志林』『明治法学』『早稲田学報』『早稲田法学』
『京都法学会雑誌』『法律論叢』

- ・ 社会問題資料研究会『中央法律新報』（東洋文化社、1972年（復刻））
- ・ Jahrbuch der Internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre, Berlin, 1902.
- ・ Mémorial des séances du GRAND CONSEIL Tome I, contenant les numéros 1 à 22, Genève, 1896

(4) 判例集・法令集

『現行民事成文律類纂』 『現行日本法例類編第二卷』『法令全書』『現行類纂明治法典』
『明治廿七年三月編輯法規提要』『司法例規』『現行類聚法規大全』『現行法令輯覽』『参
考條文挿入 加除自在現行法規全書』『現代法令全集』『帝國法規』『現行日本法規』『現
行法規総覧』『現行法令索引』『日本法令索引』『主要旧法令』『旧法令集』『大審院民事
判決録』『大審院民事判例集』『大審院刑事判例集』『最高裁判所刑事判例集』

- ・ 翻訳局訳述『仏蘭西法律書』（印刷局印行、明治8年4月）
- ・ 司法省調査部『滿洲國民法典（司法資料、第233號）』（昭和12年9月）
- ・ 『日文新制定滿洲帝國六法』（巖松堂書店、昭和12年）
- ・ 名古屋高等商業學校興亞會編『日本民商法條數對照 滿洲帝國民商法典（日文）』
（昭和15年）

(5) 議事録・草案理由書・コンメンタール等

- ・ Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Einleitungsband, herausgegeben von A Meier-Hayoz, Bern, 1966.

- ・ Eugen Huber, Schweizerisches Civilgesetzbuch Erläuterungen zum Vorentwurf der Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Ersten Heft, Bern, 1901.
- ・ H.Oser, Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.Dezember 1907,Zürich,1927.
- ・『〔仏語公定訳〕日本帝国民法典並びに立法理由書 第1巻』(信山社、1993年(復刻版))
- ・『〔仏語公定訳〕日本帝国民法典並びに立法理由書 第4巻』(信山社、1993年(復刻版))
- ・『ボアソナード氏起稿 再閱修正民法草案註釋第5編』(出版社、出版年不明)
- ・『ボアソナード答問録』(法政大学出版会、1978年)
- ・法典質疑会『法典修正案参考書』(明法堂、明治31年)
- ・城数馬訳『民法理由書(旧民法)証拠編全』(司法省)
- ・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 6』(商事法務研究会、昭和59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 12』(商事法務研究会、昭和63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、昭和63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 16』(商事法務研究会、平成元年)
- ・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 23』(商事法務研究会、昭和61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 25』(商事法務研究会、昭和61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 26』商事法務研究会、昭和61年
- ・小柳春一郎・蕪山巖編『日本立法資料全集 94(裁判所構成法)』(信山社、2010年)
- ・松本博之、徳田和幸編『日本立法資料全集 191 民事訴訟法〔明治編〕(1)』(信山社、2008年)
- ・松本博之、徳田和幸編『日本立法資料全集 193 民事訴訟法〔明治編〕(3)』(信山社、2008年)

(6) 判例研究

- ・ 民法判例研究会『判例民法（大正十年度）』（有斐閣、昭和 4 年（大正 12 年初版））
- ・ 民法判例研究会『判例民法（大正十一年度）』（有斐閣、昭和 7 年（大正 13 年初版））
- ・ 民事法判例研究会『判例民事法（大正十二年度）』（有斐閣、大正 14 年）
- ・ 民事法判例研究会『判例民事法（大正十三年度）』（有斐閣、大正 15 年）
- ・ 民事法判例研究会『判例民事法（大正十四年度）』（有斐閣、昭和 2 年）
- ・ 民事法判例研究会『判例民事法（大正十五年・昭和元年度）』（有斐閣、昭和 3 年）
- ・ 民事法判例研究会『判例民事法（昭和二年度）』（有斐閣、昭和 13 年（昭和 4 年初版））
- ・ 民事法判例研究会『判例民事法（昭和三年度）』（有斐閣、昭和 9 年（昭和 5 年初版））
- ・ 民事法判例研究会『判例民事法（昭和四年度）』（有斐閣、昭和 11 年（昭和 6 年初版））
- ・ 民事法判例研究会『判例民事法（昭和五年度）』（有斐閣、昭和 13 年（昭和 7 年初版））
- ・ 民事法判例研究会『判例民事法（昭和六年度）』（有斐閣、昭和 9 年）
- ・ 民事法判例研究会『判例民事法（昭和七年度）』（有斐閣、昭和 9 年）
- ・ 民事法判例研究会『判例民事法（昭和八年度）』（有斐閣、昭和 12 年）
- ・ 民事法判例研究会『判例民事法（昭和九年度）』（有斐閣、昭和 16 年）
- ・ 民事法判例研究会『判例民事法（昭和十年度）』（有斐閣、昭和 11 年）
- ・ 民事法判例研究会『判例民事法（昭和十一年度）』（有斐閣、昭和 12 年）
- ・ 民事法判例研究会『判例民事法（昭和十二年度）』（有斐閣、昭和 13 年）
- ・ 民事法判例研究会『判例民事法（昭和十三年度）』（有斐閣、昭和 14 年）
- ・ 民事法判例研究会『判例民事法（昭和十四年度）』（有斐閣、昭和 16 年）
- ・ 民事法判例研究会『判例民事法（昭和十五年度）』（有斐閣、昭和 17 年）
- ・ 民事法判例研究会『判例民事法（昭和十六年度）』（有斐閣、昭和 24 年（昭和 19 年初版））
- ・ 民事法判例研究会『判例民事法（昭和十七年度）』（有斐閣、昭和 24 年）
- ・ 民事法判例研究会『判例民事法（昭和十八・十九・二十・二十一年度）』（有斐閣、昭和 48 年（昭和 30 年初版））

(7) 大学史関連

- ・ Université de Genève, Faculté de Droit de 1872 à 1896 / 1896 à 1914
- ・ Histoire de Université de Genève, L'Académie et l'université au XIXe siècle, Genève, Georg & Co, 1934
- ・ Catalogue des Ouvrages, Articles et Mémoires-Thèses Présentées de 1873 à 1895 de 1896 à 1907, Professeurs de l'université de Genève
- ・ 『東京帝国大学一覽 (自明治四十四年至明治四十五年)』 (東京帝国大学、明治 44 年)
- ・ 『東京帝国大学一覽 (自大正四年自大正五年)』 (東京帝国大学、大正 5 年)
- ・ 『東京帝国大学一覽 (自大正七年至大正八年)』 (東京帝国大学、大正 8 年)
- ・ 『東京大学百年史 通史一』 (東京大学出版会、1984 年)
- ・ 『東京大学百年史 資料二』 (東京大学出版会、1985 年)
- ・ 『東京大学百年史 資料三』 (東京大学出版会、1986 年)
- ・ 『東京大学百年史部局史一』 (東京大学出版会、1986 年)
- ・ 明治學會 『明治法學臨時增刊第六五號 明治大學校友會員名簿』 (明治 37 年)
- ・ 明治大学歴史資料事務室編 『明治大学学則一覽』 (明治 36 年)
- ・ 明治大学歴史編纂資料事務室 『校友名簿 自明治三十五年至明治三十七年』 (出版年不明)
- ・ 明治大学広報課歴史編纂資料室編 『復刻 成立期明治大学関係者略傳』 (歴史編纂資料室報告第 6 集、昭和 49 年)
- ・ 明治大学広報課歴史編纂資料室編 『復刻明治大学創立関係史料集』 (歴史編纂資料室報告第 7 集、昭和 50 年)
- ・ 『明治大学百年史第一卷史料編 I』 (明治大学、昭和 61 年)
- ・ 早稲田大学大学史編纂所 『早稲田大学百年史第 2 卷』 (早稲田大学出版部、1981 年)
- ・ 早稲田大学大学史編纂所 『早稲田大学百年史第 3 卷』 (早稲田大学出版部、1987 年)
- ・ 早稲田大学大学史編纂所 『早稲田大学百年史第 4 卷』 (早稲田大学出版部、1992 年)

(8) 講義録

- ・ 磯部四郎講述 『民法証拠編講義』 (明治法律学校講法会、1891 年)

- ・梅謙次郎『日本民法証拠編講義』（新青出版、2002年（復刻版））
- ・岸本辰雄講述『法例講義』（講法会、明治31年）
- ・樋山資之「裁判所構成法講義」（『法学協会雑誌』第77号、明治23年）
- ・瑞西國法律博士ルイ、ブリデル君講述・同國「ジュネーヴ」大學法律博士野澤武之助君通譯『明治法律学校卅六年度第2學年講義録 法律原論 完 附比較法制學講義』（明治大學出版部講法會出版、明治36年）

（9）その他

- ・『明治以降裁判統計要覧』（最高裁判所事務総局、1969年）
- ・公益財団法人渋沢栄一記念財団渋沢資料館『法学者・穂積陳重と妻・歌子の物語』（2011年）
- ・地図資料編纂会『地籍台帳・地籍地図〔東京〕第3巻』（柏書房、1989年）
- ・林屋礼二・菅原郁夫・林真貴子編著『統計から見た明治期の民事裁判』（信山社、2005年）
- ・文献資料刊行会編『明治前期官庁沿革誌集成』第1巻（柏書房、昭和61年）

II 研究

1、単行本

- ・Louis Bridel “Encyclopédie juridique” (Paris, Lausanne, 1907, 2eéd, Tokio, 1910)
- ・Nobushige Hozumi “Lectures on the New Japanese Civil Code as Material for the Study of Comparative Jurisprudence” (丸善株式会社、大正元年)
- ・Ivy Williams, The Sources of Law in the Swiss Civil Code. Oxford university press, 1923.
- ・Max Huber, Schweizer Juristen, Zürich, 1945.
- ・Martin Krieger, Geschichte Asiens, Band 1, Böhlau, 2003
- ・青山道夫『日本家族制度の研究』（叡松堂書店、昭和22年）

- ・浅古弘・伊藤孝夫・植田信廣・神保文夫編『日本法制史』（青林書院、2012年（第3刷））
- ・朝日新聞裁判班編『日本の裁判』（日本評論社、1972年）
- ・安部磯雄『地上之理想国瑞西』（日本社會問題名著選、第一出版、1947年）
- ・新井勉、蕪山巖、小柳春一郎著『近代日本司法制度史』（信山社、2011年）
- ・有地亨『家族法概論』（法律文化社、2004年（新版、第3刷））
- ・五十嵐清『比較法入門』（改訂版）（日本評論社、1972年）
- ・井口茂『裁判例にみる女性の座』（法学書院、1992年）
- ・石井良助編『明治文化史2法制編』（洋々社、1954年）
- ・石井良助『日本婚姻法史』（創文社、昭和52年）
- ・石坂音四郎『民法研究第2巻』（有斐閣書房、1913年）
- ・石田穰『民法学の基礎』（有斐閣、昭和51年）
- ・磯村哲『社会法学の展開と構造』（日本評論社、昭和50年）
- ・伊藤孝夫『大正デモクラシー期の法と社会』（京都大学学術出版会、平成12年）
- ・伊藤正巳編『外国法と日本法』（岩波講座 現代法14）（岩波書店、1966年）
- ・伊藤正巳・加藤一郎編『現代法学入門』（有斐閣、平成17年（第4版））
- ・今村信行『民事訴訟手続 完』（八尾活版所、明治27年（再版））
- ・岩谷十郎『明治日本の法解釈と法律家』（慶應義塾大学法学研究会、2012年）
- ・植木枝盛『植木枝盛集』（岩波書店、1990年）
- ・鶴飼信成・福島正夫・川島武宜・辻清明編『日本近代法発達史 2』（勁草書房、1958年（第1刷））
- ・鶴飼信成・福島正夫・川島武宜・辻清明編『日本近代法発達史 3』（勁草書房、1958年（第1刷））
- ・内田貴『民法改正』（筑摩書房、2011年）
- ・宇野哲人『論語新釈』（講談社、2011年（第56刷））
- ・梅謙次郎『民法原理總則編』（明法堂、1904年）
- ・梅溪昇『お雇い外国人』（日本経済新聞社、昭和40年）
- ・大木雅夫『異文化の法律家』（有信堂高文社、1992年）
- ・大木雅夫『日本人の法観念』（東京大学出版会、1996年（第10刷））
- ・大木雅夫『比較法講義』（東京大学出版会、1998年（第5刷））

- ・大久保泰甫『ボアソナアド』（岩波書店、1977年）
- ・太田武男・溜池良夫編『事実婚の比較法的研究』（有斐閣、昭和61年）
- ・大村敦志『民法読解総則編』（有斐閣、2009年）
- ・貝瀬幸雄『普遍比較法学の復権ーヨーロッパ民事訴訟法と比較法ー』（信山社、2008年）
- ・川井健『民法判例と時代思潮』（日本評論社、1981年）
- ・川合隆男『戸田貞三』（東信堂、2003年）
- ・河上正二『民法総則講義』（日本評論社、2007年）
- ・川口由彦『調停の近代』（勁草書房、2011年）
- ・川島武宜『科学としての法律学』（弘文堂新社、昭和42年（新装版第3刷））
- ・川島武宜『川島武宜著作集第11巻』（岩波書店、1986年）
- ・北川善太郎『日本法学の歴史と理論』（日本評論社、1968年）
- ・久米邦武編著『米欧回覧実記』（博聞社、明治11年）
- ・黒木三郎監修『世界の家族法』（敬文堂、1991年）
- ・慶應義塾『福澤諭吉全集』（岩波書店、昭和34年）
- ・小林直樹・水本浩編『現代日本の法思想』（有斐閣、昭和51年）
- ・笹倉秀夫『法解釈講義』（東京大学出版会、2009年）
- ・滋賀秀三『清代中国の法と裁判』（創文社、2009年（第3刷））
- ・四宮和夫『民法総則 第四版補正版』（弘文堂、1996年）
- ・島田正郎『清末における近代的法典の編纂』（創文社、昭和55年）
- ・島田昌和『渋沢栄一』（岩波書店、2011年）
- ・末川博・中川善之助・舟橋諄二・我妻栄編『穂積先生追悼記念集 家族法の諸問題』（有斐閣、1952年）
- ・季武嘉也『大正社会と改造の潮流』（吉川弘文館、2004年）
- ・末弘巖太郎『続民法雑記帳』（日本評論社、昭和24年）
- ・末弘巖太郎著 戒能通孝改訂『民法講話上巻』（岩波書店、1954年）
- ・杉山直治郎『法源と解釋』（有斐閣、1969年（第2刷））
- ・鈴木正裕『近代民事訴訟法史・日本』（有斐閣、2004年）
- ・染野義信『近代的転換における裁判制度』（勁草書房、1988年）
- ・高梨公之『日本婚姻法論』（有斐閣、昭和33年（第3刷））

- ・滝沢正『比較法』（三省堂、2009年）
- ・辰巳重範訳・穂積重遠訳『瑞西民法』（法学新報社、明治44年）
- ・田中彰『岩倉使節団の歴史的研究』（岩波書店2002年）
- ・田中彰『岩倉使節団『米欧回覧実記』』（岩波書店、2002年）
- ・田中耕太郎『世界法の理論 第3巻』（岩波書店、1948年（第4版））
- ・田中耕太郎『法律哲学論集 一』（岩波書店、昭和17年（第2版））
- ・ツヴァイゲルト・ケッツ著、大木雅夫訳『比較法概論・原論（上）』（東京大学出版会、1982年（第2刷））
- ・鄭鍾休『韓国民法典の比較法的研究』（創文社、1989年）
- ・手塚豊『明治史研究雑纂（手塚豊著作集第10巻）』（慶應通信、平成6年）
- ・利谷信義『家族と国家—家族を動かす法・政策・思想』（筑摩書房、1987年）
- ・富井政章『民法原論』（有斐閣書房、1903年）
- ・富井政章『訂正増補 民法原論 第一巻總論』（有斐閣書房、1920年）
- ・中江兆民著、桑原武夫・島田虔次訳『三酔人経綸問答』（岩波書店、1983年）
- ・中川善之助『身分法の基礎理論』（河出書房、昭和14年）
- ・中川善之助『日本親族法—昭和17年—』（日本評論社、昭和18年（昭和17年初版））
- ・中川善之助『新民法の指標と立案経過の点描』（朝日新聞社、昭和24年）
- ・中川善之助教授還暦記念家族法体系刊行委員会編『中川善之助教授還暦記念 家族法体系—家族法総論』（有斐閣、1959年）
- ・中川善之助先生追悼現代家族法体系編集委員会『現代家族法体系2 婚姻・離婚』（有斐閣、昭和55年）
- ・中川善之助、青山道夫、玉城肇、福島正夫、兼子一、川島武宜編集『相続』（酒井書店、1966年）
- ・中川善之助、青山道夫、玉城肇、福島正夫、兼子一、川島武宜編集『家族』（酒井書店、1974年）
- ・成田龍一『大正デモクラシー』（岩波新書、2007年）
- ・唄孝一『内縁ないし婚姻予約の判例法研究（家族法著作選集（3））』（日本評論社、1992年）
- ・鳩山秀夫『日本民法總論』（岩波書店、1927年）

- ・ 林屋礼二『明治期民事裁判の近代化』（東北大学出版会、2006年）
- ・ 林屋礼二、石井紫郎、青山善充編『明治前期の法と裁判』（信山社、2003年）
- ・ 原秀成『日本国憲法制定の系譜 III』（日本評論社、2006年）
- ・ 広中俊雄『民法綱要第一巻総論』（創文社、1989年）
- ・ 広中俊雄・星野英一編『民法典の百年 I』（有斐閣、1998年）
- ・ 福島正夫『日本資本主義の発達と私法』（東京大学出版会、1988年）
- ・ 福島正夫・川島武宜編『穂積・末弘両先生とセツルメント』（東京大学セツルメント法律相談部、1963年）
- ・ 福島正夫・石井哲一・清水誠編『回想の東京帝大セツルメント』（日本評論社、1984年）
- ・ フリチョフ・ハフト『正義の女神の秤から』（木鐸社、1995年）
- ・ 星野英一『民法のすすめ』（岩波新書、1998年）
- ・ 星野通編著『民法典論争資料集』（日本評論社、1969年）
- ・ 穂積重遠『民法総論』（有斐閣、大正10年）
- ・ 穂積重遠「法律の進化」（有終会、大正15年）
- ・ 穂積重遠『改訂民法総論』（有斐閣、1933年）
- ・ 穂積重遠『離婚制度の研究』（改造社、大正13年）
- ・ 穂積重遠『共同生活観念の確立』（教化団体連合会、大正13年）
- ・ 穂積重遠『婚姻制度講話』（文化生活研究会、大正14年）
- ・ 穂積重遠『法理学大綱』（岩波書店、昭和2年（第27版））
- ・ 穂積重遠『民法読本』（日本評論社、昭和2年）
- ・ 穂積重遠『法律と道德の関係』（国民講演協会パンフレット No.81）、国民講演協会、昭和3年
- ・ 穂積重遠『婦人問題講話』（社会教育協会、昭和5年）
- ・ 穂積重遠『調停法』（現代法学全集 38）（日本評論社、昭和6年）
- ・ 穂積重遠『判例百話』（日本評論社、昭和7年）
- ・ 穂積重遠・四宮茂共著『新撰公民教科書』（上・下巻）（三省堂、昭和7年）
- ・ 穂積重遠『有関法学』（日本評論社、昭和9年）
- ・ 穂積重遠『民法読本（第7版）』（日本評論社、昭和10年）
- ・ 穂積重遠・四宮茂共著『新撰女子公民教科書（上・下巻）』（中等学校教科書株式会社

社、昭和 12 年)

- ・穂積重遠述『婦人講座第百篇記念號 家庭と法律の實際』(社会教育協会、昭和 13 年)
- ・穂積重遠『続有閑法学』(日本評論社、昭和 15 年)
- ・穂積重遠『親族法』(岩波書店、昭和 14 年 (第 6 刷))
- ・穂積重遠『法学通論』(日本評論社、昭和 17 年 (第 5 刷))
- ・穂積重遠編『青年学校教科書指導書 (普通学科、本科男子五年制用)』(社会教育協会、昭和 16 年)
- ・穂積重遠『相続法』(岩波書店、昭和 21 年)
- ・穂積重遠『百万人の法律学』(思索社、1950 年)
- ・穂積重遠『新訳論語』(講談社、1990 年 (第 8 刷))
- ・穂積重遠『われらの法—第 1 集 法学—』(信山社、2011 年)
- ・穂積重遠『われらの法 第 2 集 民法』(信山社、2011 年)
- ・穂積重遠『親族法大意』(岩波書店、大正 6 年)
- ・穂積重遠『法律入門』(宝文館、1952 年 (NHK 教養大学))
- ・穂積重遠・海野普吉編『家庭の法律百科』(日本評論社、1950 年)
- ・穂積重遠先生を偲ぶ会発起人『穂積重遠先生を偲んで 穂積重遠先生御逝去三十周年記念』(1982 年)
- ・穂積陳重『法典論』(哲学書院、明治 23 年)
- ・穂積陳重『法窓夜話』(有斐閣、大正 15 年 (第 8 版))
- ・穂積陳重『法律進化論第一冊原形論』(岩波書店、1924 年)
- ・法學博士梅謙次郎先生述 法學博士富井政章先生述 大学教師ルイ、ブリデル先生述 法學博士井上正一先生述 法學博士穂積陳重先生述『仏蘭西民法百年記念論集』(法理研究會出版、明治 38 年)
- ・堀内節『家事審判制度の研究』(中央大学出版部、昭和 45 年)
- ・堀内節『続家事裁判制度の研究』(中央大学出版部、1976 年)
- ・牧英正・藤原明久編『日本法制史』(青林書院、2005 年)
- ・水本浩・平井一雄編『日本民法学史・各論』(信山社、平成 9 年)
- ・三谷太一郎『大正デモクラシー論』(東京大学出版会、1995 年 (新版))
- ・宮地正人監修『日本近現代史を読む』(新日本出版社、2010 年)

- ・明治大学短期大学史編集委員会編 『明治大学専門部女子部・短期大学と女子高等教育』（ドメス出版・2007年）
- ・村上一博『日本近代婚姻法史論』（法律文化社、2003年）
- ・村上一博『日本近代法学の揺籃と明治法律学校』（日本経済評論社、2007年）
- ・森田安一編 『スイスと日本ー日本におけるスイス受容の諸相ー』（刀水書房、2004年）
- ・森田安一編『日本とスイスの交流』（山川出版社、2005年）
- ・山中永之佑編『新・日本近代法論』（法律文化社、2006年（第3版））
- ・湯沢雍彦監修『家族と婚姻』（クレス出版、1989年）
- ・湯沢雍彦『明治の結婚 明治の離婚』（角川書店、平成17年）
- ・湯沢雍彦『大正期の家族問題』（ミネルヴァ書房、2010年）
- ・柚木馨『満洲民法讀本』（満州有斐閣、昭和17年）
- ・柚木馨『満洲國民法總論〔I〕』（有斐閣、1917年（再版））
- ・依田精一『家族思想と家族法の歴史』（吉川弘文館、2004年）
- ・我妻栄『民法總則』（岩波書店、昭和5年）
- ・我妻栄『民法總則（民法講義I）』（岩波書店、1942年）
- ・我妻栄『民法總則（民法講義I）』（岩波書店、昭和26年）
- ・我妻栄『改正親族・相続法解説』（日本評論社、昭和24年）
- ・我妻栄『民法研究IX-2』（有斐閣、2001年（オンデマンド版））
- ・我妻栄『民法研究VII』（有斐閣、2001年（オンデマンド版））
- ・渡邊昇一監修「渋沢栄一『論語と算盤』の哲学」（一個人編集部編『「論語」の言葉』（『一個人』特別編集）2011年）

2、論文

- ・G. BOISSONADE, LES ANCIENNES COUTUMES DU JAPON ET LE NOUVEAU CODE CIVIL, À L'OCCASION D'UNE DOUBLE PUBLICATION DE M. JOHN HENRY WIGMORE, in ; Revue Française du Japon No.24, 1893
- ・Louis Bridel “LE DROIT ET LA JUSTICE”（『法学協会雑誌』第25巻第6号、1907年）

- ・ Louis Bridel “LE CODE CIVIL SUISSE du 10 Décembre 1907” (『法学協会雑誌』第 26 卷第 12 号、1908 年)
- ・ Louis Bridel “LE FUTUR CODE CIVIL SUISSE” (『法学協会雑誌』第 25 卷第 5 号、明治 40 年)
- ・ Louis Bridel, Le code civil suisse au Japon, Gazette de Lausanne, 20. Janvier. 1912
- ・ Leo Neuhaus, “Das Eugen Huber Archiv im Bundesarchiv in Bern”, in: Schweizerische Juristen Zeitung, 15.12.1957.
- ・ Oscar Gauye, François Gény est-il le père de l’ article 1er, 2e alinéa, du Code civil suisse ?, in : Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge, Band 92, 1973.
- ・ 浅古弘「西欧型裁判の成立（基礎法・特別法講義 XI）」(『法学教室』No.281、2004 年)
- ・ 石坂音四郎「婚姻豫約ノ效力」(『法学協会雑誌』第 35 卷第 2 号、1917 年)
- ・ 石坂音四郎「日本法學ノ獨立」(『法学新報』第 23 卷第 1 号、大正 2 年)
- ・ 磯田進・平野義太郎・戒能通孝・仁井田陞・川島武宜・福島正夫「穂積法学・末弘法学の分析と批判（座談会）」(『法社会学』第 2 号、有斐閣、1952 年)
- ・ 井上正一「仏国民法ノ我国ニ及ホシタル影響」(法理研究会編『仏蘭西民法百年紀年論集』有斐閣、1905 年)
- ・ 岩谷十郎「日本法の近代法と比較法」(『比較法研究』第 65 号、2003 年)
- ・ 梅謙次郎「我新民法ト外國ノ民法」(法典質疑会『法典質疑録（卷之一）』(復刻版) 有斐閣、平成元年)
- ・ 梅謙次郎「法典ニ關スル話」(『国家学会雑誌』第 34 号、1898 年)
- ・ 大川四郎「スイス民法典第一条第二項の学説史的起源」(森田安一編『スイスの歴史と文化』(刀水書房、1999 年))
- ・ 大川四郎「明治期一日本人留学生の大日本帝国憲法論—野澤武之助（一八六六—一九四一）がジュネーヴ州立大学法学部に提出した博士号請求論文について—」(『愛知大学法学部法経論集』第 172 号、2006 年)
- ・ 大河純夫「明治八年太政官布告第一〇三号「裁判事務心得と井上毅(一～三)」(『立命館法学』第 205・206、227、234 号、1989—1994 年)
- ・ 大河純夫「明治前期連帯債務法の構造分析によせて」(『立命館法学』第 271・272 号、2001 年)

- ・大木雅夫「サレイユとダビッドー現代比較法学の岐路ー」(『上智法学論集』第30巻第2・3号合併号、1987年)
- ・大村敦志「婚姻予約有効判決(1)」(『法学教室』第351号、2009年)
- ・岡孝「明治民法と梅謙次郎」(『法学志林』第88巻第4号、1991年)
- ・岡松参太郎「婚姻届出義務ノ不履行」(『法律新聞』第1006-1009号)
- ・岡村司「瑞西民法ニ就キテ」(『京都法学会雑誌』第7巻第9号、明治45年)
- ・岡村司「瑞西民法に於ける妻の地位」(『京都法学会雑誌』第8巻第7号、1913年)
- ・荻野七重「樋口愛子先生ー白梅学園の先駆者たち⑭」(『地域と教育』第16号、出版年不明)
- ・小口彦太「満州国民法典の編纂と我妻栄」(池田温・劉俊文編『日中文化交流史叢書第二巻 法律制度』大修館書店、1997年)
- ・小田穰「帝大法学部の三教授ー牧野英一博士・末弘巖太郎博士・穂積重遠博士ー」(『解放』第3巻第5号、大正10年)
- ・片岡優子「原胤昭の生涯とその事業ー中央慈善協会における活動を中心としてー」(『関西学院大学社会学部紀要』第103巻、2007年)
- ・勝田有恒「紛争処理法制継受の一断面」(比較法制研究所『ユリスプルデンティア 国際比較法制研究I』ミネルヴァ書房、1990年)
- ・曄道文藝「婚姻豫約ノ效力及ビ婚姻豫約不履行ニ因ル賠償責任ト訴ノ原因」(『京都法学会雑誌』第12巻第4号)
- ・川島武宜「穂積重遠先生の家族法学」(青山道夫・武田旦・有地亨・江守五夫・松原治郎編『講座家族 4 婚姻の解消』弘文堂、昭和49年)
- ・北村一郎「フランス民法典二〇〇年記念とヨーロッパの影」(『ジュリスト』第1281号、2004年)
- ・木村誠二郎「瑞西将来ノ民法ニ於ケル婦人ノ地位ヲ論ス」(『法学志林』第8号、明治33年)
- ・小松隆二「穂積重遠ー白梅学園の先駆者たち③」(『地域と教育』第3号、出版年不明)
- ・佐藤良雄「婚姻予約(内縁)判例小史・序説」(『成城大学経済研究』第39号、1972年)
- ・七戸克彦「外国法学説の影響」(『法律時報』第70巻第7号、1998年)
- ・末木孝典「司法省顧問カークウッドと明治政府」(『日本歴史』第759号、2011年)

- ・杉山直治郎「洋才和魂の法学者 ボワソナード 盡瘁半生の生涯」(『帝国大学新聞』第 649 号 (昭和 11 年))
- ・杉山直治郎「『デュギユイ』ノ権利否認論ノ批判」(『法学協会雑誌』第 34 巻第 12 号、1916 年)
- ・関純恵「穂積重遠の公民教育論」(『奈良女子大学文学部教育文化情報学講座年報』第 3 号、1999 年)
- ・高柳賢三「概念法學の没落と新法學の基調」(『中央公論』第 410 号、大正 11 年)
- ・利谷信義「穂積重遠」(潮見俊隆、利谷信義編『日本の法学者』日本評論社、1975 年)
- ・富井政章「自由法説の價值」(『法学協会雑誌』第 33 巻第 4 号、1915 年)
- ・中井晶夫「一八六四年における日瑞外交の開始について」(百年祭委員会『日本スイス外交・文化・通商関係の百年』1964 年)
- ・中川善之助「婚姻予約有効判決」(『法学セミナー』1957 年 5 月号)
- ・中川善之助「身分法学の父、穂積重遠先生」(『書齋の窓』第 9 号、有斐閣、昭和 29 年)
- ・中川善之助「婚姻の儀式 (1~5)」(『法学協会雑誌』第 44 巻第 1.2.4.5.6 号、大正 15 年)
- ・中嶋忠三郎「穂積重遠」(『法曹百年史』法曹公論社、昭和 44 年)
- ・中島玉吉「内縁の夫婦に就て」(『法学論叢』第 10 巻第 3 号、大正 12 年)
- ・中島玉吉「婚姻ノ豫約」(『京都法学会雑誌』第 10 巻第 6 号、大正 12 年)
- ・中島玉吉「親族法相続法改正要綱を評す (一) ~ (五)」(『法学論叢』第 19 巻第 6 号、第 20 巻第 2・3・4 号、第 21 巻第 2 号、昭和 3-4 年)
- ・野田良之「明治八年太政官布告第百三号第三条の「条理」についての雜観」(『法学協会百周年記念論文集』1983 年)
- ・野田良之「日仏法学交流の回顧と展望」(『日仏法学』、日仏法学会、1972 年)
- ・唄孝一・利谷信義「『人事法案』の起草過程とその概要」(星野英一編『私法学の新たな展開』有斐閣、昭和 50 年)
- ・深谷格「明治前期の広島裁判所における条理裁判とフランス民法」(『西南学院大学法学論集』第 37 巻第 1 号、2004 年)
- ・深谷格「明治前期の熊本裁判所における条理裁判とフランス民法」(『西南学院大学法学論集』第 38 巻第 3・4 合併号、2006 年)

- ・ルイ・ブリデル述・木村誠次郎訳「有夫ノ婦ノ無能力」(『明法志叢』第 22・23・24 号、明法會、明治 26—27 年)
- ・ルイ・ブリデル述「法學の理想」(『明治法学』第 15 号、明治 33 年)
- ・ブリデル講述、法学士宮本平九郎訳「泰西比較法制論」(『明治法學』第 18 号、43 頁以下、第 20 号 13 頁以下、第 21 号 13 頁以下、第 24 号 29 頁以下、第 27 号 24 頁以下 (明治 34 年))
- ・法科大學教師ルイ、ブリデル、法科大學々生安部四郎譯「瑞西民法 (千九〇七年十二月十日)」(『法學協會雜誌』第 26 卷第 12 号、明治 41 年)
- ・ルイ・ブリデル「婦人ノ地位ノ改良」(『法学志林』第 21 号、1901 年)
- ・ルイ・ブリデル「婦人の位地」(『早稲田学報』第 54 号、明治 34 年)
- ・穂積重遠「家制論」(『法学協會雜誌』第 27 卷第 1・2 号、明治 42 年)
- ・穂積重遠「最新の親族法」(『法学志林』第 11 卷第 3 号、明治 42 年)
- ・穂積重遠「家産法原理」(『法学志林』第 12 卷第 7 号、明治 43 年)
- ・穂積重遠「フェミニズム」(『法学協會雜誌』第 28 卷第 7 号、明治 43 年)
- ・穂積重遠「婚姻豫約有効判決の眞意義」(『法学志林』第 19 卷第 9 号、大正 6 年)
- ・穂積重遠「婚姻豫約有効判決の眞意義」(『法律新聞』第 1323 号、大正 6 年)
- ・穂積重遠「法律婚と事實婚」(同『親族法大意』(初版付録) 岩波書店、大正 6 年)
- ・穂積重遠「スイス民法の家制」(『日本社会学院年報』第 6 卷第 1・2・3 号合冊、大正 7 年)
- ・穂積重遠「法律ト道德」(『法学志林』第 20 卷第 4 号、大正 7 年)
- ・穂積重遠「法律の畫解」(『中央法律新報』第 1 年第 1 号、中央法律相談所、大正 10 年)
- ・穂積重遠「民法施行前の離婚原因 (離婚原因論一～五)」(『法学協會雜誌』第 39 卷第 12 号・第 40 卷第 3 号・第 40 卷第 7 号・第 41 卷第 6 号・第 41 卷第 8 号、大正 10～12 年)
- ・穂積重遠「裁判の價値」(『法律及政治』創刊号、大正 11 年)
- ・穂積重遠「法律に現はれたる維新の氣分」(中央法律新報社編『新興文化と法律』同人社書店、1922 年)
- ・穂積重遠「明治の法律と法律学」(『明治聖徳記念学会紀要』第 19 卷、明治聖徳記念学会、大正 12 年)

- ・穂積重遠「私法に関する事項」(文部省実業学務局編『公民教育講演集 第一輯』文部省校内実業補習教育研究会、1924年)
- ・穂積重遠「法律と裁判(上)(中)(下)」(『朝鮮司法協会雑誌』第4巻第9-11号、大正14年)
- ・穂積重遠「現行民法と個人主義」(『思想問題十五講』日進堂、大正15年)
- ・穂積重遠「夫婦と親子」(鉄道夏期大学『鉄道大学講座』大正15年)
- ・穂積重遠「男子貞操義務判決の眞意義」(『法学志林』第29巻第7号、1927年)
- ・穂積重遠「トルコ民法典」(『法学協会雑誌』第44巻第11号、第45巻第7-9号、昭和2年)
- ・穂積重遠「民法改正要綱解説(2)」(『法学協会雑誌』第46巻第5号、昭和3年)
- ・穂積重遠「民法改正要綱に於ける婦人の地位」(新生協会編『新社会の基調』日本評論社、昭和3年(再版))
- ・穂積重遠「家族制度の発達と個人主義」(『朝鮮及満州』第265号、1929年)
- ・穂積重遠「口語民法二十箇條」(天野弘一編輯『開業二十年記念論文集』同労舎活版所、大正12年)
- ・穂積重遠講演「民法改正と婚姻問題」(『啓明会第47回講演集』啓明会、昭和7年)
- ・穂積重遠「判例法に就て」(『早稻田大學法學部會誌』第2号、昭和8年)
- ・穂積重遠「法律と道德の交渉」(『丁酉倫理會倫理講演集』第386輯、大日本出版、昭和9年)
- ・穂積重遠「法律と条理」(『丁酉倫理會倫理講演集』第227輯、大日本出版、1921年)
- ・穂積重遠「法律生活」(文部省実業学務局編『公民教育講演集第三輯』文部省構内実業補習教育研究会、1930年)
- ・穂積重遠「私法生活」(文部省普通学務局・実業学務局編『最新 公民科資料精説』帝国公民教育会、1931年)
- ・穂積重遠「法律の施行前適用」(『牧野教授還暦祝賀法理論集』有斐閣、昭和13年)
- ・穂積重遠「エンジェルの原さん」(『厚生問題』第26巻第5号、社会事業研究所、昭和17年)
- ・穂積重遠「大学生生活四十年」(『法律時報』第15巻第10号、昭和18年)
- ・穂積重遠「横田秀雄博士の三判例」(明治大学創立六十周年記念論文集出版部編『創立六十周年記念論文集』明治大学、1940年)

- ・穂積重遠「法律の上に道徳がある」(『公民教育講座』第1輯、社会教育協会、昭和21年)
- ・穂積重遠「民法五十年」(『法律時報』第20巻第1号、昭和23年)
- ・穂積重遠「社会事業家としての渋沢さん」(『厚生時報』第3巻第7号、1948年)
- ・穂積重遠「法律を学んだころ」(『法律時報』第22巻第4号、昭和25年)
- ・穂積重遠「論語と裁判」(『国民』第585号、社会教育学会、昭和25年)
- ・穂積重遠「殺親罪是非」(『国民』第587号、社会教育学会、昭和25年)
- ・穂積重遠「信義誠實の原則—道徳と法律と(一九)—」(『国民』第590号、社会教育学会、昭和25年)
- ・穂積重遠「新民法と社会事業」(『厚生時報』第3巻第1号、昭和23年)
- ・穂積重遠「婚姻制度」(『社会学及雑篇(社会問題講座第4巻)』新潮社、1927年)
- ・穂積重遠・山本有三・岡本一平・久米正雄・菊池寛「穂積博士誌上演会」(『文藝春秋』第六年第七号、昭和3年)
- ・堀内節「布告・達の謬った番號標記について」(『法學新報』第91巻第5.6.7号、1984年)
- ・牧健二「明治八年民事裁判の原則」(『法学論叢』第17巻第2号、1927年)
- ・牧健二「明治初年に於ける民事裁判の確立」(『史林』第12巻第1号、昭和2年)
- ・牧健二「御成敗式目と道理の意識」(『法学論叢』第39巻第2号、昭和13年)
- ・牧野英一「明治の法律と大正の法律」(『龍門雑誌』第478号、昭和3年)
- ・松倉耕作「スイス民法典の統一とその特色」(『名城法学』第23巻第2号、1974年)
- ・松倉耕作「オイゲン・フーバー(一八四九—一九二三年)—スイス民法典立法者の横顔—」(『名城法学』第24巻第2-3号、1975年)
- ・松倉耕作「Ivy Williams, The Swiss Code. English version Oxford university press, 1925. And The Sources of Law in the Swiss Civil Code. Oxford university press, 1923, Nachdruck 1976, zusammen in 4 Bde.」(『アカデミア 経済経営学編』第55号、1977年)
- ・松本丞治「民法ノ法源」(『法学志林』第12巻第9号、明治43年)
- ・松本暉雄「身分法学者ルイ・ブリデルのフェミニズム—『女性と権利』を中心として—」(『法学論集』第9巻第2号、昭和35年)
- ・村上一博「明治初期の裁判基準」(『商経学雑誌』第11巻第1号、1992年)

- ・村上一博「明治期における「条理」裁判とフランス法の影響」(『法律論叢』第 67 巻第 1 号、1994 年)
- ・村上一博「裁判基準としての「習慣」と民事慣例類集」(『同志社法学』第 49 巻第 5 号、1998 年)
- ・村上一博「明治大学法学部機関紙の沿革(三・完)」(『法律志叢』第 76 巻第 1 号、2003 年)
- ・村上一博「横田秀雄」(明治大学史資料センター編『明治大学小史(人物編)』(学文社、2011 年))
- ・八木鉄男「20 世紀初頭(明治後期)の日本の法哲学」(『同志社法学』第 42 巻第 1 号、1990 年)
- ・八木鉄男「穂積重遠の法と道德についての見解」(八木鉄男・深田三徳編著『法をめぐる人と思想』ミネルヴァ書房、1991 年)
- ・山主政幸「穂積重遠」(『法学セミナー』1960 年)
- ・我妻栄「スイス民法五十年」(『ジュリスト』第 156 号、1958 年)
- ・我妻栄「婦人の地位を向上させるべしとの建議」(『ジュリスト』第 189 号、1959 年)
- ・我妻栄「穂積重遠の人と学問」(『法学セミナー』No.157、1969 年)
- ・和田啓作「臨時法制審議会の民法改正作業における配偶者相続制度の登場－穂積重遠の配偶者保護構想と法定均分相続制への展開－」(『西南学院大学大学院法学研究論集』第 16 号、1998 年)

【資料 1】 Louis Adolphe Bridel (1852-1913)



小川一真製

君ル德里ブイル授教學大科法

Louis Bridel, Licencié en droit; Professeur honoraire de l'université de Genève.

PROFESSEUR DE DROIT FRANÇAIS À L'UNIVERSITÉ IMPÉRIALE DE TOKIO.

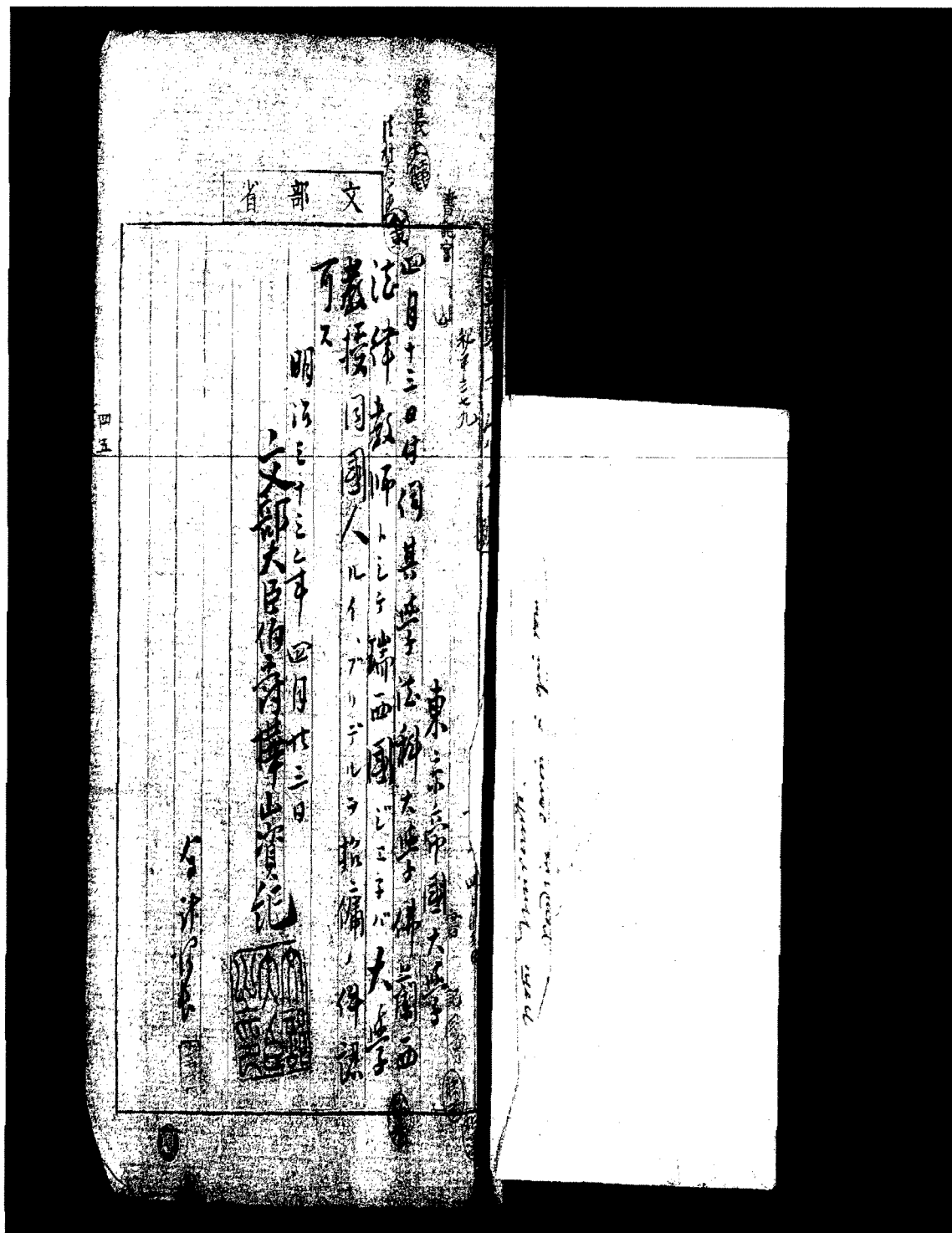
【資料 2】 穂積重遠（1883－1951）



書齋にて

（昭和24年秋）

【資料3】「明治33年4月23日 文部大臣伯爵樺山資紀より東京帝國大學宛」書簡（東京大学総合図書館所蔵）



【資料 4】 Lettre de Tokyo de L. Bridel du 25.12.1908 (BAR Dfm-Erfassung/
ZAP Repertorium JI.109 (-) : Huber Eugen (1849-1923), 2.F Allgemeine
Korrespondenz, Bd 429 Bridel Louis (1852-1913), in : Schweizerisches
Bundesarchiv, Bern.)

TOKIO, 25. 12. 08.

A Monsieur le professeur Eug. Huber, Berne.

Cher Monsieur et honore collègue,

Je viens vous raconter ce que j'ai fait ^{ici} pour faire
connaître le "Code civil suisse".

1^o - mon petit article dans la Revue juridique de Tokio
(décembre 1908), que je vous ai envoyé dernièrement.

2^o - un cours à mes étudiants de 4^e année : le Code
civil suisse comparé au Code civil français (étude sommaire
des livres I et II de C.C.S.)

3^o - Distribution, à mes frais, de plusieurs exemplaires
du Code ; ~~une douzaine d'exemplaires~~

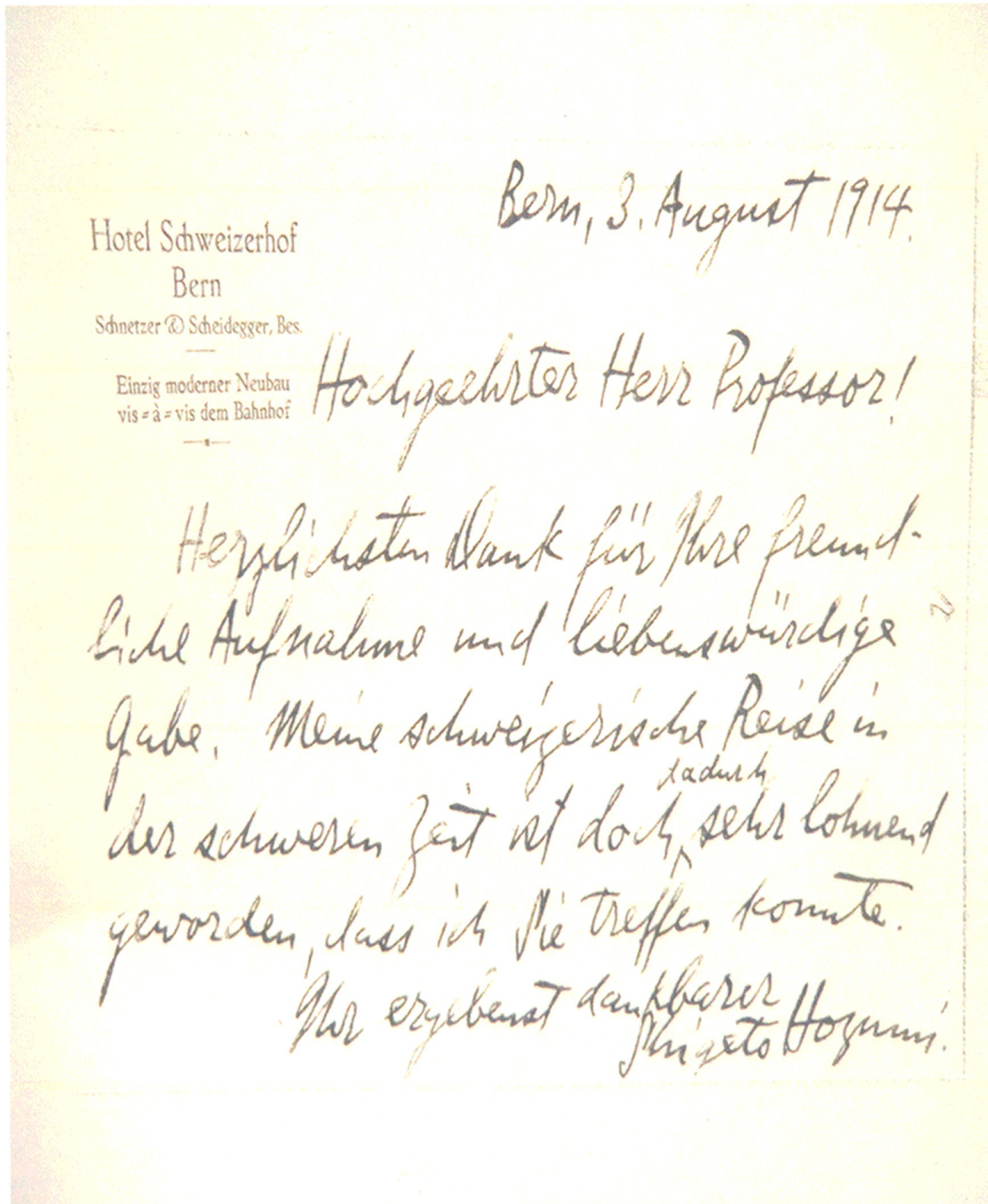
édition Francke (dans les trois langues nationales) à :
Bibliothèque impériale TOKIO ; Bibliothèque impériale Kioto ;
M. Hozumi, bachelier en droit de l'université de TOKIO, qui pré-
pare un doctorat sur quelques questions de droit de famille ;
ministère de Chine à TOKIO.

Petite édition Pionel à : M. Tosumi, un des juristes les
plus en vue et les plus actifs du Japon (docteur de Lyon) ;
M. Fardet, un comparatiste fixé à TOKIO.

L'édition officielle, dans l'une ou l'autre des trois lan-
gues nationales, surtout en français, à : plusieurs professeurs
de la faculté de droit, notamment à M. Quaré, qui prépare
un Code civil pour la Corée.

4^o - Cours à mes étudiants de 4^e année, du Code
civil, édition officielle en langue française (une trentaine
d'exemplaires)

【資料 5】 Abs Shigeto Hozumi an E.Huber / Bern, 3.8.1914 (BAR Dfm-Erfassung/ ZAP Repertorium JI.109 (-) : Huber Eugen(1849-1923), Archivnr. 437, Hozumi S, Bd149, in : Schweizerisches Bundesarchiv, Bern.)



【資料 6】 民事法判例研究会における重遠の判例研究一覧

凡例

- ・ 本表は、『判例民法』（大正 10・11 年度）および『判例民事法』（大正 12～昭和 21 年）の穂積重遠による判例研究のみを扱っている。なお、本表には昭和 19 年以降の情報が記されていないが、これは重遠による報告が行なわれていなかったことを意味している。
- ・ 裁判月日の欄の「2.3」は 2 月 3 日、次の「民」「刑」は民事刑事の別、続く「1,2,3」はその部、「連」とあれば連合部と、最後の「判」「決」はそれぞれ判決・決定を示す。
- ・ 集巻一頁の欄の「1-1」は大審院判例集第 1 巻 1 頁を、録輯一頁の欄（大正 10 年のみ）の「27-193」は、大審院判決録第 27 輯 193 頁を示す。
なお、民判（決）の場合は民事判例集（判決録）、刑判（決）の場合は刑事判例集（判決録）である。
- ・ 「評釈内容」に記されているタイトルは、裁判名ではなく、『判例民法』および『判例民事法』の各担当者が、「事案の具体的事実について、判決が直接に言明した『具体的判断』をアブリビエートしたもの」である。

[民事判例研究会で行なわれた穂積重遠の判例研究一覧]

裁判年	裁判月日	録輯一頁	評釈内容
大 10	2.3 民 2 判	27-193	損害賠償並慰謝料の件
	3.2 民 3 判	27-395	親族会-内縁の夫は親族会に関する利害関係人か
	3.8 民 1 判	27-422	所有権-旧幕時代の土地所有権
	3.8 民 1 判	27-502	絶家-民法施行前の絶家の遺留財産-取得時効
	3.24 民 2 判	27-595	親権-子の財産に対する親権者の処分権と管理義務-権利の濫用
	5.17 民 1 判	27-934	婚姻予約-不当利得
	5.30 民 2 判	27-983	(1) 遺贈-債権遺贈の物権的効力- (2) 準占有-債権の準占有者に対する弁済
	6.1 民 3 判	27-1028	戸籍-戸籍法第 164 条の適用範囲
	6.2 民 2 判	27-1038	慣習-法律行為の当事者が慣習に依る意思を有せるものと認むべき場合
	6.13 民 2 判	27-1150	債権の抛棄-強制執行請求権の抛棄と債権の抛棄-法律上の義務と道徳上の義務
	6.28 民 1 判	27-1260	不法行為-共同絶交による自由権及び名誉権の侵害
	6.29 民 3 判	27-1291	不動産登記-登記なくして不動産所有権を対抗しうる場合-民法 177 条の「第三者」の意義
	7.25 民 2 判	27-1408	物-遺骨の所有権者
	8.10 民 3 判	27-1476	親権-親権者と未成年の子と利益相反する行為
	10.1 民 2 判	27-1720	時効-売掛金債務を目的として消費貸借契約を為したる場合の消滅時効
	10.20 民 2 判	27-1808	遺産相続-消極的財産のみの遺産相続
	10.29 民 2 判	27-1847	親権-幼児引渡の請求
	10.29 民 3 判	27-1756	賃貸借-借家法の遡及効
	11.21 民 2 判	27-1976	法律行為の解釈-賃借家屋の売却承諾と賃借の解除
11.28 民 2 決	27-1997	家督相続人の選定-不選定の「正当の理由」	
12.9 民 1 判	27-2100	親子関係-私生子と其母との法律上の親子関係は分娩によって生ずるか認知によってのみ生ずるか。	
12.28 民 3 判	27-2232	土地所有権-明治初年における土地所有権取得の要件-隠居による家督相続と地券名義の書換	
裁判年	裁判月日	集巻一頁	評釈内容
大 11	1.16 民 2 決	1-1	身分関係-謬まれる戸籍簿の記載
	2.25 民 3 判	1-69	離婚-仮装の協議離婚と第三者との関係-民法総則の規定は離婚の無効取消に適用ありや-離婚無効の訴の性質
	3.15 民 3 判	1-104	立証責任-債務消滅の主張
	3.27 民 2 判	1-137	認知-認知に対する反対事実の主張の相手方
	4.25 民 1 判	1-222	戸籍-除籍簿の訂正
	6.3 民 3 判	1-280	婚姻-内縁の妻の法律上の地位-日用品供給の先取特権の範囲
	6.27 民 1 判	1-353	相続-被相続人死亡の際胎児でもなかった者を家督相続人に選定しうるか
	7.22 民 3 判	1-474	私生子認知-私生子の母は認知無効確認の訴の被告たり得るか
	8.4 民 1 判	1-488	準禁治産-心神耗弱者に対する準禁治産宣告は必然的か
	9.2 民 3 判	1-448	養子-縁組の無効-芸妓稼業を為さしむる為の養子縁組

裁判年	裁判月日	集巻一頁	評釈内容
大 11	10.26 民 2 判	1-626	遺失物-報労金額の定め方
	10.27 民 1 判	1-725	債権証書-相殺による債務の消滅と債権証書の返還
	11.6 民 2 決	1-633	(1) 戸籍-戸籍の記載と家族関係-戸籍訂正の意義- (2) 相続-限定承認を為すべき法定期間の起算点
	11.27 民 2 判	1-692	占有-占有回収の件-欺罔による占有の移転は占有の侵奪に あらず-代理占有
	12.19 民 1 判	1-779	親族会-未成年者にして法定代理人なき本家の戸主に対する 親族会の通知
	12.21 民 2 決	1-783	戸籍-届出を受理しながら戸籍に記載せざりし場合の戸籍訂正
大 12	1.20 民 3 判	2-19	親権-幼児引渡の請求
	3.9 民 1 判	2-143	私生子認知-母の為す私生子出生届出は認知か-事実上の婚 姻と私生子
	3.15 民 2 判	2-159	私生子認知-民法施行前出生の私生子が民法施行後認知を請 求し得るか
	4.12 民 2 判	2-230	寺院-管長の住職任命権
	4.17 民 1 判	2-257	隠居者の財産留保-遺留分決定に反する財産留得の効力-減 殺請求権の時効
	5.14 民 2 判	2-295	準禁治産-保佐人が其資格を自覚せずして為せる同意の効力
	6.9 民 3 判	2-392	調停か仲裁裁判か-仲裁契約と妨訴抗弁
	7.9 民 2 判	2-463	家督相続-父が母の実家に養子として入りたる場合に其前出 生の子と其後出生の子との相続順位
	7.14 民 3 判	2-510	身分関係-謬まれる戸籍簿の記載と家督相続権
	8.2 民 2 判	2-577	能力-詐術-無能力者が能力の補充を受けたる如く相手方に 信ぜしめたる場合-無効婚姻の妻が保佐人としての同意
	11.29 民 2 判	2-642	親権-子の引渡請求と子の意思-親権行使の妨害とならぬ場合
	12.27 民 2 判	2-696	戸主権-婚姻-家族の婚姻に対する戸主の同意権とそれに伴 う離籍権-同意は要式行為でない
	大 13	2.15 民 1 決	3-20
3.7 民 1 判		3-98	離婚-被告たる妻の知らぬ間に離婚の判決-民事訴訟法上原 状回復を許すべき場合
4.25 民 1 判		3-153	家督相続-承祖相続-第一の増養子の子と第二の増養子との先後
5.19 民 2 判		3-215	債務引受-限定承認-重疊的債務引受後其債務につき限定承 認があった場合
6.20 刑 1 判		3-506	不法行為-共同絶交による自由及び名誉権の侵害
7.9 民 3 判		3-303	相続-限定承認-単純承認と看做される場合-後見人の行為 の被後見人に及ぼす効果-悪意の意義
8.6 民 3 決		3-395	廃家-廃家許可の申請と法定代理人の同意
9.22 民 2 判		3-429	強制執行-華族世襲財産たる株券の利益配当金差押
10.15 民 3 判		3-482	家督相続-被相続人の意思を家督相続人選定の標準とすべき か-事実上の養子の家督相続における地位-親族会決議の実 質的不当に対する不服の訴

裁判年	裁判月日	集巻一頁	評釈内容
大 13	12.2 民 1 判	3-522	不法行為—殺害者が死者の遺族に対する損害賠償責任—葬式費用を賠償する責任あるか
大 14	2.10 民 2 判	4-44	親族会—民法第 975 条の規定に違背する親族会の決議—無効決議に対する取消の訴
	3.9 民 1 判	4-106	遺産相続—婿養子の遺産相続権
	4.8 民 3 判	4-151	後見—親族会の決議による後見人の免職
	5.9 民 3 判	4-596	家督相続人の廃除—「正当ノ理由」についての親族会の同意と訴訟提起との前後
	6.9 刑 1 判	4-378	無主物先占—占有に必要な管理可能性と排他性
	8.10 民 1 判	4-442	隠居—懐胎中の女性の隠居—隠居無効か家督相続回復か—
	10.3 民 3 判	4-481	未成年者—人事訴訟の訴訟能力—訴訟代理人の選任と報酬契約
	12.3 民 1 判	4-578	親族会—遺言による家督相続人の指定と其届出前にされた家督相続人の選定—親族会決議の当然無効と不服の件
	12.8 民 2 判	4-699	隠居—隠居許可の取消は隠居の取消にならぬ—隠居の取消泣きに戸籍の訂正
	12.26 民 3 判	4-774	婚姻—民法施行前の両戸主の事実婚
大 15 (昭元)	1.8 民 2 決	5-66	親族会—相続人選定のため招集された親族会の存続期間
	2.1 民 連判	5-44	不動産取得と登記—不動産譲渡者の相続人による二重譲渡—民法第 177 条の「第三者」
	3.25 民 1 判	5-219	債務引受—債務者の意思に反する併存的債務引受
	6.17 民 1 判	5-468	未成年者—無能力者の身分上の行為—未成年戸主の転籍及び家督相続人の指定と法定代理人の同意—抗告を以て戸籍に関する届出の無効を主張し得るか—
	7.17 民 3 判	5-665	婚姻—夫妻の相互的誠実義務—夫の貞操義務違反は妻に対する不法行為—情婦は共同不法行為者—目的は手段を撰ばず
	7.20 刑 1 決	5-318	継親子—民法施行前の連子は相続権なし
	8.3 民 2 決	5-679	遺産相続—相続拋棄のための期間の起算点—相続開始の具体的自覚の要否—法の不知も弁解となり得る
	11.16 民 2 決	5-750	家督相続—家督相続人不選定許可決定に対する抗告期間—裁判所の許可を条件とする親族会決議—決議の無効と取消
	11.30 民 2 判	5-822	遺言—特別方式による遺言と立会証人の捺印
	12.9 民 1 判	5-829	贈与—死因贈与と遺贈の規定—適用か準用か—方式に関する規定の準用なし
12.20 民 1 判	5-869	私生子認知—認知無知の訴を起し得べき利害関係人の範囲	
昭 2	1.31 民 1 決	6-1	相続—家督相続人選定の時期—選定権者が選定をなさざる場合の親族会招集
	3.22 民 2 判	6-106	代理—無権代理人が本人を相続したる場合
	4.22 民 2 判	6-260	住所—親権者と別居する幼児の住所—庶子と嫡母と実母との関係
	5.4 民 3 決	6-219	不動産上の権利の取得と登記—遺言による廃除の遡及効—民法第 177 条の第三者
	5.27 民 2 判	6-307	物—遺骸に対する所有権は拋棄し得ぬ

裁判年	裁判月日	集巻一頁	評釈内容
昭 2	7.7 民 1 判	6-443	養子-自己の嫡出子を養子と為すこと
	10.8 民 3 判	6-515	遺産相続-民法施行前婚姻に因りて他家に入りたる者の遺産相続権喪失-民法施行後の離婚復籍に因る遺産相続権の回復
	11.2 民 4 判	6-585	廃家-廃家届に随件入籍者の記載を脱したことは廃家を無効とするか-随件入籍は当然に行なわれるか
	12.27 民 2 判	6-734	法律の土地の効力-借地法施行の地区と行政区劃の変更
昭 3	1.30 民 1 判	7-12	私生子-私生子の母は認知をしなくとも扶養義務がある-私生子扶養の事務管理
	2.29 民 4 判	7-89	親権-養子に対する親権者-養母と養父とが養子と同じ家に在る場合
	4.28 民 4 判	7-239	夫婦-後見-夫が未成年の妻に代わり被告として訴訟行為を為すに親族会の同意を要するか-此場合の夫は後見人か
	5.5 民 3 判	7-317	養子縁組-「姉妹ノ為ニスル養子縁組」の意義-婿養子縁組たると否との標準は形式か実質か
	5.14 民 1 決	7-357	親族会-補欠員選定申請を為し得る者
	5.16 民 4 決	7-370	親族会-親族会決議に代るべき裁判-親族会員の不参集と決議不能
	8.3 刑 1 判	7-533	不法行為-共同絶交-制裁甘受の国体規約の効力
	9.7 民 2 判	7-731	養子縁組-法定の推定家督相続人が他家の養子となりたるや無効なりや
	12.11 民 2 判	7-1045	養子縁組-法定の推定家督相続人たる婿養子の代襲相続人たる男子と男養子
昭 4	1.22 民 2 判	8-6	遺産相続-代襲相続-民法第 995 条中「遺産相続人タルべき者」の意義
	3.9 民 3 決	8-106	親権-家督相続の承認
	4.2 民 2 判	8-237	時効-相続-相続回復請求権の消滅時効の当事者
	5.18 民 4 判	8-494	養子縁組-民法第 841 条第 1 項違反の縁組は無効か取消か
	5.24 民 2 判	8-543	家-本家分家-本家分家は家系関係か交際関係か
	6.22 民 3 判	8-618	相続-遺留分-相続開始 1 年前の贈与
	7.4 民 1 判	8-686	親子関係-養子縁組届に私生子認知の効果の有せしめ得るか
	9.25 民 3 判	8-763	嫡出子確認の訴は父母を相手方とする必要的共同訴訟
	10.8 民 2 決	8-853	婚姻-入籍-民法施行前の母の婚姻
昭 5	1.28 民 2 判	9-22	親族会-親族会員の免黜-民法第 908 条第 8 号の注意
	2.21 民 2 判	9-184	養子-離縁-民法施行前における戸主の離縁
	3.8 民 4 判	9-240	親族会-決議無効確認の訴の原告-家督相続人選定決議につき被相続人の親族より無効の訴を起し得るか
	4.26 民 4 判	9-427	相続の承認放棄-限定承認又は放棄後の遺産処分が常に民法第 1024 条の効果を生ずるか-同条第 1 号と第 3 号との関係
	6.16 民 1 判	9-550	遺産-遺言執行中の相続人の財産処分-民法第 1115 条違反の行為は無効か
	6.28 民 4 決	9-640	相続-相続財産法人に対する訴訟と特別代理人-立法者の意思と法規の解釈

裁判年	裁判月日	集巻一頁	評釈内容
昭5	9.12 民2判	9-906	親族会一家督相続人選定の為の親族会は決議を為すによって当然解散
	9.30 民2決	9-926	婚姻一夫婦同居義務と間接強制
	12.4 民1決	9-1118	相続一数人の遺産相続人と債務の分割承継
	12.23 刑4判	9-949	親権一戸籍一事実上の父一戸籍上の父
昭6	3.9 民1判	10-108	親権一双方代理一未成年者と親権者との法律行為一民法第888条違反行為の効力
	5.20 民4判	10-344	養子一離縁後の再度の縁組は離縁前の相続法上の地位を回復せぬ
	5.22 民2判	10-384	家督相続一分家を廃して本家に復籍した者の相続順位一戸主の同意を得ざる婚姻のために離籍された者の子の地位
	6.27 民4判	10-486	親権一他家の家督相続人に選定せられたる未成年者の相続届出前の親権者
	7.31 民2判	10-623	法定の推定家督相続人たる女子の婚姻一民法第744条違反の婚姻届の効力
	10.21 民4決	10-921	調停一競買手続は調停開始によって中止されぬ
	11.13 民2判	10-1022	私生子一認知請求権拋棄は無効
	11.24 民5判	10-1103	親権一双方代理一「利益相反スル行為」の意義
	12.23 民3決	10-1282	養子縁組一継親子間に於て為され得るか
昭7	2.16 民5判	11-138	民法第195条の意義一「家畜外の動物」一「善意」一本権の訴と占有の訴
	3.16 民4判	11-300	親族会一家督相続人選定の為の親族会一期日の徒過と其後の召集
	4.19 民5決	11-756	親族会一親族会員補缺申請却下に対する抗告
	5.10 民5判	11-920	夫権一表見代理一妻の財産の管理と夫の代理権一夫の権限超越と民法第110条の適用
	6.2 民1判	11-1099	相続一限定承認一限定承認者に相続債務の支払を命ずる判決の様式
	7.8 民2判	11-1525	婚姻一婚約不履行に基づく慰謝料額の量定
	10.6 民1判	11-2023	不法行為一死者の内縁の妻と未認知胎児の損害賠償請求権一民法第709条の「権利」の意義一胎児のための和解契約
	12.23 民1判	11-2513	養子一婿養子の家督相続順位一代襲相続人が女子たる場合に男養子と為し得るか
昭8	2.2 民1判	12-99	親族会一決議無効の訴の法律上の利益一継母たる親族者の免黜一継母と後見規定の準用
	4.14 民5判	12-616	時効一消滅時効中断のための催告後の出訴期間一郵便配達証明書の日附印の意義
	6.13 民2判	12-1586	立木一立木所有権存続期間の特約の効力
	6.20 民2判	12-1543	親族会一決議不服の訴の提起者たる後見人の資格喪失
	7.5 民4判	12-2191	代位弁済一「代位を為すべき者」の保護一「懈怠に因る担保喪失」の意義
	7.7 民5判	12-1873	離婚一家督相続一離婚復籍者の実家における身分と家督相続順位

裁判年	裁判月日	集巻－頁	評釈内容
昭 8	8.29 民 5 決	12－2120	親族会－親族会事件の管轄－抗告権者
	9.29 民 5 決	12－2443	代位弁済－担保物の価値下落と保証人の免責－債権者の保証人に対する信義誠実
	12.26 民 2 判	12－2966	債権者取消権－特定不動産の二重譲渡は詐害行為となるか
	12.28 民 1 判	12－3008	寺院の財産－官庁の許可の趣旨に反する寺有土地の処分は無効
昭 9	1.23 民 5 判	13－47	親権－実体上他家に在る未成年の子に対し現在同戸籍にある父が親権者なりや－もし然らずとせば誰が訴訟代理人たるべきか
	4.20 民 2 判	13－542	隠居－隠居者に対する債権者の請求－隠居者が婿養子離縁離婚に因り其家を去りたる場合
	4.24 民 5 判	13－613	離籍－離籍無効と家督相続
	7.10 民 2 判	13－1341	公正証書に依る遺言の方式－口授とは何か
	7.11 民 3 判	13－1361	私生子認知－認知者及被認知者双方の死亡後は認知無効の訴を提起し得ず
	9.10 民 1 判	13－1777	代理－無権代理人が本人を相続したる場合－破産管財人の地位
昭 10	11.27 民 5 判	13－2090	期間－1月1日は民事訴訟法上の「一般ノ休日」なりや
	2.25 民 1 判	14－226	不動産登記－未成年者の単独申請に基づく登記の効力－民法 888 条違反行為の効力
	4.26 民 2 判	14－1146	養子－民法施行前の養子縁組－養嗣子には指定届出を要す－長女のための婿養子－民法施行法第 68 条の法意
	6.7 民 2 判	14－1057	遺言－遺言による家督相続人指定とその届出－遺言執行の遅延と遺言の効力
	8.8 民 1 判	14－1541	債権の準占有者に対する弁済－代理人は準占有者たり得るか－弁済者の喪失
	10.5 民 3 判	14－1965	所有権－侵害除去の請求が権利の濫用となる場合
	10.31 民 1 判	14－1805	私生子－禁治産者に対して認知を請求し得るか－後見人を相手方となし得るか
昭 11	12.18 民 3 判	14－2084	相続－限定承認と相続開始後の賃料支払義務
	2.27 民 1 判	15－249	消費寄託－郵便貯金払戻と局員の注意義務－預金者に対する預金の払戻
	4.14 民 2 判	15－769	相続－婿養子の家督相続順位－後生の庶男子との優劣
	7.28 民 2 決	15－1539	嫡出子の確定と否認－父の死後の親子関係確定－其場合の訴訟の相手方は検事
昭 12	11.27 民 2 判	15－2110	賃貸借－賃貸家屋所有権の移転と敷金の引継
	1.20 民 4 判	16－63	後見人又は親族会員の適格－民法第 908 条第 8 号は欠格事由か免黜事由か
	3.2 民 2 判	16－193	親権－親権喪失原因存否の判断－親権喪失原因としての不行跡
	4.8 民 1 判	16－418	戸主権－居所指定並に離籍権の濫用－内縁の妻に対する居所指定－法律上の夫婦にして事実上の夫婦にあらざる関係－事実上の協議離婚
	5.26 民 4 判	16－891	後見－親族会－訴訟に因る後見人又は親族会員の欠格
	6.9 民 4 決	16－771	養子縁組予約－予約破棄の場合にいかなる損害賠償を請求しうるか－積極的損害のみにして消極的損害に及ばず
7.23 民 5 判	16－1257	法律の適用－法律事務取扱取締法の注意	

裁判年	裁判月日	集巻－頁	評釈内容
昭 12	8.3 民 5 判	16－1329	本家分家の意義－親族会招集の通知
	12.10 民 2 判	16－1783	養子離縁原因としての悪意の遺棄
昭 13	3.9 民 4 判	17－378	親権－意思能力を有する子については幼児引渡請求にあらずして居所指定
	3.24 民 1 判	17－499	養子－離縁原因としての悪意の遺棄－離婚の訴と離縁の訴との併合と附帯
	6.11 民 4 判	17－1249	弁済－供託－金額の僅少不足と弁済の提供及び供託の効力－信義誠実の原則 競買－競落許可決定確定後の債務弁済
	9.6 民 5 判	17－1721	遺産相続－承祖相続－「相続開始前」の意義－遺言による廃除の遡及効
	12.26 民 1 判	17－2541	養子－民法施行前の養子の施行後における家督相続－養嗣子と単純養子－民法施行法第 68 条には遡及効なし
昭 14	3.7 刑 3 決	18－93	物－遺骸の民法関係－火葬後の遺灰中に残存する金歯屑の所有権
	10.26 民 1 決		親族会－無能力者の為の親族会－未成年者が父の親権に服するに至りたる場合の従来親族会
昭 15	9.20 民 5 判	19－1596	嫡出子の意義－嫡出子否認の訴と親子関係不存在確認の訴－判旨と傍論
	12.6 民 5 判	19－2182	養子縁組の無効－養子縁組無効の抗弁
昭 16	2.3 民 1 判	20－70	離婚－強制執行回避を目的とする協議離婚届
	10.15 民 4 決	20－1303	分家の場合の随伴入籍同意の委託と同意者死後の分家届出
昭 17	1.17 民 3 判	21－14	認知者の死亡後認知無効の訴を提起し得るか
	5.7 民 1 判	21－513	民法施行後の遺言養子
	8.27 民 1 判	21－882	離縁の効果－離縁復籍者と代襲相続人たる地位
昭 18	7.12 民 3 判	22－620	子の親に対する訴は道義に反し許すべからざる場合がある－信義誠実の原則

初出リスト

本論文各章の原型となった既発表論文は以下の通りである。

本論文第一章

- ・ Louis Adolphe Bridel –Ein schweizer Professor an der juristischen Fakultät der Tokyo Imperial University–, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2010.
- ・ 「東京帝国大学スイス人法学教師ルイ・ブリデルの比較法講義とスイス民法典紹介」(『法学政治学論究』第77号、2008年)
- ・ 「東京帝国大学スイス人法学教師ルイ・アドルフ・ブリデルの生涯」(『法学政治学論究』第74号、2007年)

本論文第二章 書き下ろし

本論文第三章～第七章

- ・ 「『条理』解釈の法史－明治八年太政官第一〇三号布告裁判事務心得第三条の効力とその解釈論的射程－」(『法学政治学論究』第88号、2011年)
- ・ 「『条理』の法思想史－明治八年太政官第一〇三号布告論小史－」(鈴木秀光他編著『法の流通』、慈学社、2009年)

本論文第八章

- ・ 「穂積重遠の『条理』解釈－大正4年1月26日大審院民事連合部判決『婚姻予約有効判決』からの一考察－」(屋敷二郎編『夫婦』国際書院、2012年)

本論文第九章 書き下ろし

なお、本論文の作成にあたって、大幅な加筆修正を行なった。