



平成 19 年度

日本近代国制の生成と展開

—— 明治憲法下における調停制度を素材として ——

東洋大学大学院 法学研究科 公法学専攻
博士後期課程 4420000005

雨 倉 敏 廣

平成19年度

日本近代国制の生成と展開

——明治憲法下における調停制度を素材として——



東洋大学大学院法学研究科公法学専攻

博士後期課程 4420000005

雨倉敏廣

目 次

はじめに——「憲法」と「国制」 1 頁
第1章 西欧近代法の導入——日本近代国制の生成 5 頁
第1節 明治憲法体制の成立 5
1 日本近代国家構想の確立	
2 憲法の制定 9
3 立憲君主と「万民ノ父母」——第三の「調停権」 11
第2節 西欧近代法の継受と教育勅語の制定 14
1 フランス直輸入法典の編纂	
2 自国の慣例への配慮 15
3 条約改正の外圧 16
4 「ウェスタンプリンスプル」的法典の編纂 18
5 教育勅語制定への動き 20
(1) 地方官会議の開催と「徳育涵養ノ義ニ付建議」の成立	
(2) 文部省への建議提出 22
(3) 「教育上の箴言」の大命 23
6 教育勅語の制定 23
(1) 制定に至る経緯	
(2) 教育勅語制定の意義 25
7 法典論争 26
8 法典施行の延期 29
9 民法の再編纂 31
第3節 伊藤の「郷党的社会」論と司法制度との関係 35
1 伊藤の「郷党的社会」論	
2 明治前期の調停制度——勸解 37
(1) 勸解の成立	
(2) 「郷党的社会」との断絶 38
(3) 伝統的共同体原理の「放置」 38

第1章 注 41
第2章 日本型調停制度構想の出現——伝統的共同体原理の再重視 63頁
第1節 伝統的共同体原理の危機——臨時教育会議の開催 63
1 臨時教育会議開催に至る状況	
2 「教育ノ効果ヲ完カラシムヘキ一般施設ニ関スル建議」（「建議第二」） の成立 64
3 「建議第二」の意味するもの——「法」原理としての伝統的共同体原 理 68
第2節 臨時法制審議会における家事審判所構想の登場——「二元的」構造 の模索 69
1 臨時法制審議会の審議事項	
(1) 法律制度(民法)改正に関わる諮問及び調査要目の策定	
(2) 伝統的家族の再認識 71
2 主査委員会の審議事項 72
(1) 民法と「我国古来ノ淳風美俗」（伝統的家族及び道德の主義）との関 係	
(2) 家族内での権利抵触問題とその解決策 77
(3) 家庭審判所構想の検討 78
(4) 伝統的家族構造に関する審議事項 83
3 家事審判所設置に関する主査委員会審議 86
(1) 家事審判所の提案	
(2) 家事審判所の概要 87
(3) 居中調停との関係 89
(4) 家事審判所構想における「道義ノ觀念」と法律ないし権利との関係 89
(5) 家事審判手続と民事訴訟手続との関係 91
4 家事審判所設置に関する臨時法制審議会審議 96
(1) 家事審判所構想についての批判	
(2) 親族会の実態 99
(3) 権利と「淳風美俗」——民事訴訟と家事審判——の「二元的」構造102

(4) 「特別ノ制度」設置に関する答申の成立104
第3節 借地借家調停法の制定——「二元」から統合へ105
1 借地法・借家法の制定	
2 借地借家調停法の制定108
(1) 「裁判所ト合体」した「調停機関」	
(2) 手続的統合化への作業112
(3) 借地借家調停制度の実施状況113
(4) 借地借家調停制度——日本型調停制度——の評価115
第2章 注118
第3章 日本型調停制度の確立——擬似「郷党的社会」の制度的統合化 1 4 4 頁
第1節 近代法上の家族における伝統的家族法原理の統合化とその評価144
1 民法改正要綱の評価	
2 臨時法制審議会総会における民法改正要綱の審議148
(1) 庶子ノ入家	
(2) 婚姻ノ同意153
(3) 離婚ノ原因159
(4) 戸主ノ死亡ニ因ル家督相続164
(5) 統合的家族法原理の成立172
第2節 家事審判法案の審議及び人事調停法の制定173
1 家事審判法の調査検討——民事訴訟と家事審判の手続的統合	
2 人事調停法の制定177
第3節 日本的法理の実現183
1 小作調停法の制定	
2 商事調停法及び金銭債務臨時調停法の制定186
(1) 商事調停法	
(2) 金銭債務臨時調停法187
第3章 注189
第4章 日本近代国制の回顧と展望——日本的法理と「共同体的」国家 2 1 2 頁

第1節 明治国家の根本構造——回顧212
1 「情」と「理」の統合——日本の法理	
2 明治国家体制——日本の法理中の法理213
(1) 我が国の「国体」	
(2) 明治憲法体制214
第2節 日本近代国制のゆくえ217
1 明治国家の「崩壊」と新日本国家構想——西欧近代化の促進	
(1) 「新憲法」の成立——「国体」をめぐる動揺	
(2) 教育基本法の制定——教育勅語の排除222
(3) 「新憲法」と「郷党的社会」(伝統的家族制度・近隣的共同体)224
2 「固有法」の持続228
(1) 「新憲法」下での「国体」の存続	
(2) 改正民法における伝統的家族制度の残存230
(3) 調停制度の存続232
(4) 戦後判例における伝統的共同体原理の残存234
第3節 本論文のむすびに代えて——明治国制秩序が持つ意義237
1 共同体の再評価——「負の遺産」から「正の遺産」へ	
2 伝統的共同体と「解釈共同体」——「徳」の意義240
3 「共同体的」立憲国家——明治国制秩序の意義241
第4章 注244
引用参考文献 2 6 4 頁

凡 例

- (1) 引用文は、できる限り原文に忠実に引用するものとした。ただし、一部旧漢字、旧仮名、合字等
新漢字、新仮名等に改めた。また、原則として漢数字は算用数字に直した。なお、引用資料は可能な
限り原資料に当たることとしたが、立法資料等やむを得ず再引に拠ったものがある。
 - (2) 引用文中〔 〕は、引用者注として補ったものである。
 - (3) 注において引用文献を重ねて引用する場合には参照の便を考慮して、原則としてその都度編著者名
及び前掲注番号を明記の上、頁数を記すこととした。また、各章にまたがって用いられる文献につい
ても、原則として各章ごとに初めの引用の際に、改めて紹介することとした。
- さらに、繰り返し引用する主要文献で略称を用いる際に、便宜上略称に鍵括弧を付すこととした。

はじめに——「憲法」と「国制」

本論文は、調停制度という日本独自の紛争解決制度の成立過程を通して、日本近代国家の構造並びに原理を憲法史の中に位置付けることを意図するものである。ここでテーマとして取り扱われる「国制」とは、独語の*Verfassung*（英・仏語では*constitution*）の邦訳語である。この言葉は従来、もっぱら「憲法」とのみ訳され、法史学におけるその歴史もまた主として憲法典成立史として語られるのを通例とする。しかしながら、その本来の意味は、法、軍事、外交、行政、財政、教育等々の諸制度及び諸々の原理・原則等により規定された国家統治に係る根本構造を言う。瀧井一博の言葉を借りれば、ここでは元より実定憲法典は最重要要素ではあるものの、「国家を構成するファクターは憲法に尽きるものではない」¹⁾。それゆえ、*Verfassung*は本来、「国制」と訳されるべきものである。本論文は、この本来の意味における「国制」という観念を用いつつ、我が国近代国制の史的生成と展開を描き出そうとするものである。

では今、何ゆえに我が国近代憲法史を敢えて「国制史」として描き出さねばならないのか。結論を先取りして、その理由を一言で言えば、我が国の近代化に伴って成立した国家（明治国家）が、そもそも純然たる西欧型近代国家ではなかったからである。梅溪昇は、この点について、明治国家とは「19世紀後半という時点において世界史に類例を見ない」「きわめて日本的な国家構造」²⁾を持つものであり、それゆえに「『明治憲法』論からのみ把握できる」ものではない³⁾と述べている。

このことは1882年（明治15年）3月、憲法調査のため渡欧した伊藤博文が彼の地で得た確信とも密接に関わっている。その確信とは、次のようなものである。すなわち、およそ他国の憲法を知るに当たっては「其国ノ沿革ヨリ、其事ノ実跡ヲ熟知シ、其理否ノ抵触等ニ付テノ議論ヲモ判別」⁴⁾することが必要であるという確信である。このことを言い換えるならば、単に「洋書のかじり読みにて」得た理屈を「万古不易の定論」として「自国の国体歴史は度外に置」くようなことであってはならない⁵⁾ということである。

元々伊藤は、以前から「歴史文学慣習言語ハ国体ヲ組織スルノ元素」⁶⁾ということを認識はしていた。しかしながら彼は、欧州滞在中オーストリアにおいて、「凡ソ国家経綸ノ術ヲ講明セント欲スルモノハ先ツ其本国ヲ知ラザル可ラズ」⁷⁾とし、国家を「独立の人格へと高められたゲマインシャフト」⁸⁾と規定するウィーン大学教授ローレンツ・フォン・シュタインの感化を強く受けた。このとき以来伊藤の認識は、自国の歴史・沿革を無視し

た憲法を制定することは出来ないという強い確信に変わった。

再び瀧井の言を借りるならば、かかる確信を持つことによって伊藤は、ただ単に「憲法典の制定ということに尽きない立憲政治の全体像を獲得し、憲法をそのような全体的な国家構造の一環として位置づけるという広やかな国制改革の展望を抱き得た」⁹⁾。ここにおいて伊藤の視座は、漠然とした単なる近代日本憲法典の制定に止まらず、日本近代国制の形成という点にまで確実に高められた。かくして伊藤は、「立憲カリスマ」¹⁰⁾ と言うべき存在となった。帰国後彼は、当時国内で勢力を持っていた民権派にも、また、無二の協力者となる井上毅ら知識官僚等にも無原則に引きずられることなく、「『憲法』を」「十全に機能させるための『国制』」¹¹⁾ の形成に携わることとなったのである。

「国制」の形成において伊藤が心がけたのは、「『モナーキー』ノ『プリンシプル』ト『デモクラチック』ノ『プリンシプル』ノ喰ヒ合セニ依テ此調和ノ仕方ヲ誤ルト云フト即チ日本ノ国体ニ瑕ガ付ク」¹²⁾ ということであった。そしてこの「『モナーキー』ノ『プリンシプル』」は結局のところ、彼において「他国におけるよりも、更に深く国史上に一種の根底を有し、亦国民の脳裡に一種の印象を有す」る「皇位」¹³⁾ 及び「郷党的社会」における「徳義」¹⁴⁾（伝統的共同体原理）に帰結した¹⁵⁾。つまり、伊藤によって企図されたものとは、「『デモクラチック』ノ『プリンシプル』」¹⁶⁾ の導入に対応した「自国の国体歴史」に沿う伝統的原理の「国制」への編入であった。このようにして、「立憲国家」・「権力国家」と「道德国家」・「共同態国家」¹⁷⁾ という複合的全体構造と運用原理を持つ明治国家が成立した。

以上のような観点に立って、本論文は、我が国近代憲法史をもって「国制史」として記述する手法を採用した。その意味では本論文は、「新史料の発見などによるのではなく、新しい解釈の視点を獲得することによって」¹⁸⁾ 新たな日本近代憲法史像を拓こうとするものと言える。

とは言え、ここで取り扱われる明治国家は、まさしく「捕捉しがたい巨大な星雲」¹⁹⁾ とも言うべき存在である。本論文は、この「巨大な星雲」にも比されるべき明治国家を、以下、「国制」という枠組において、調停制度を素材として用いながら、伊藤が尊重した「自国の国体歴史」を軸として解明することを試みるものである。

1) 瀧井一博『ドイツ国家学と明治国制——シュタイン国家学の軌跡——』（ミネルヴァ書房、1999年）1頁。なお、「国制」は法原理も含む。フリッツ・ケルンは „Verfassung“ に関して、「中世

は、国民主権学説の支配を知らない。君主は、何人にも従わない。だが彼は、法に従う。」として「法的制約の原理」等について論じる。ちなみに、ここでケルンが言う「法」とは、言うまでもなく「成文法ではない」。以上の点についてはFritz Kern, *Recht und Verfassung im Mittelalter*, 1953, S. 66ff. 参照。世良晃志郎は、この „Verfassung“ を「国制」と訳す（この点については、世良晃志郎訳、フリッツ・ケルン『中世の法と国制』（創文社、1968年）73頁参照）。

- 2) 梅溪昇「明治天皇制国家の構造形成に関する一考察」大阪大学文学部日本史研究会編『近世近代の地域と権力』（清文堂出版、1998年）343頁。それゆえ梅溪も、明治国家については「法・権力・道德」という見地から、「明治憲法」・「軍人勅諭」・「教育勅語」という三支柱を考察すべきであるとする（同頁参照）。
- 3) 梅溪・同上343頁。
- 4) 伊藤博邦監修・平塚篤編『伊藤博文秘録』（春秋社、1929年）307頁。
- 5) 明治15年9月6日付松方正義宛書簡、春畝公追頌会『伊藤博文伝中巻』（統正社、1940年）310頁。
- 6) 明治12年「教育議」、伊藤・同上153頁。
- 7) 1894年6月5日誌船越衛「緒言」船越衛『澳国斯多因博士国粹論』（1894年/国立国会図書館蔵YDM27798）。このようなシュタインの歴史主義的立場が、伊藤ら日本人のナショナリズムと結び付いた旨瀧井は指摘する（瀧井・前掲注1）148頁参照）。
- 8) シュタイン、瀧井・前掲注1）192頁の訳文による。
- 9) 瀧井・前掲注1）202頁。瀧井はこのことを「シュタインの講義から伊藤が得ることのできた最大の収穫」だと言う（同頁参照）。
- 10) 坂本一登『伊藤博文と明治国家形成——「宮中」の制度化と立憲制の導入——』（吉川弘文館、1991年）101頁。
- 11) 瀧井・前掲注1）209頁。
- 12) 伊藤博文「本邦憲法制定ノ由来（承前）」国家学会雑誌第11巻第124号（1897年）542頁。
- 13) 伊藤博文「帝国憲法制定の由来」大隈重信撰・副島八十六編『開国五十年史 上巻』（原書房、1970年/初出は1907年）130頁。
- 14) 伊藤・同上133、134頁。
- 15) このことによって一面では、国家は「徳義による結合＝道德共同態とな」ることが企図される。この点につき、藤田省三『天皇制国家の支配原理』（未来社、1966年）14－15頁参照。なお、藤田は「共同体」と「共同態」とを区別して用いる。藤田の用法によれば「共同体」とは「個別的・具体

的存在」であるものを言い、これに対して「共同態」とは「共同体秩序原理によって構成される、より一般的な社会形態」とされる。藤田によれば、両用語を用いる発想は大塚久雄に由来するものとされる（この点については、同40頁注(42)参照。なお、文中傍点は原文どおり）。

ちなみに大塚は「共同体」あるいは「共同態規制」という言い方をするが、この用語のニュアンスは彼によれば、「村はちぶ」（「仲間はずれ」）というイメージで捉えられ、「本当の民主化を願っている心ある人々に改めて暗い思いをさせ」るものとして用いられる（この点については、大塚久雄「『共同体』をどう問題とするか」大塚久雄『大塚久雄著作集第7巻 共同体の基礎理論』（岩波書店、1969年/論文の初出は1956年）202頁参照）。これに対して近年、特に英米を中心として共同体（いわゆる「共同体」ないし「共同態規制」）の持つ積極的価値を再評価する動きが有力となりつつある。本論文もこのような共同体再評価の視点に立つものである（詳細は第4章第3節参照）。

16) この原理は、立憲的近代法原理である。

17) 藤田・前掲注15)10、12、15頁。

18) 山田欣吾『西洋中世国制史の研究Ⅱ 国家そして社会——地域史の視点——』（創文社、1992年）15頁。山田は、オットー・ブルンナーの国制史研究の評価に当たって、このような方法的基礎の存在を指摘する。

19) 松本三之介「序論 天皇制国家像の一断面——若干の思想史的整理について——」日本政治学会編『年報政治学1982 近代日本の国家像』（岩波書店、1983年）13頁。

第1章 西欧近代法の導入——日本近代国制の生成

第1節 明治憲法体制の成立

1 日本近代国家構想の確立

1868年（明治元年）、王政復古の理念に則って五箇条の誓文が発せられた。その初めには、「廣ク會議ヲ興シ万機公論ニ決スベシ」ということが掲げられていた。明治新政府は、誓文の方針に従って、大宝律令制を基本としつつ西欧の権力分立思想を加味した政治形態を採り、当面の国家統治を行うこととした。だが、「永世国法御確定無之」¹⁾ きまま、この誓文のみで諸政務を運営することは、「常ニ応変ノ処置ニ迷ヒ、恐ラクハ民意ニ充ツルコト能ハザル」²⁾ 状態を生む恐れがあった。それゆえ政府部内では、確固とした「根本たる立法」³⁾ を定める必要性が認識されていた。

政府に対する具体的提案として「最も早いもの」⁴⁾ では、1870年（明治3年）江藤新平によって提案された「国法會議の議案」がある。これは、天皇の下での「行政立法司法」三権分立体制による「国法」（憲法）の制定を具申するものであった。その内容は、上下両院の他、裁判所の構成、地方議会等についても考慮が払われるものであった⁵⁾。

政府に対し、憲法の案件が本格的な法典の形で示されたのは1873年（明治6年）、米欧派遣から帰国した木戸孝允によって提出されたとされる大日本政規草案（帝号大日本国政典草案）⁶⁾ である。その際木戸が意見として提案した主旨は、次のようである。それは、「君民同治ノ憲法ニ至テハ、人民ノ協議ニ有ラザレバ同治ノ憲法ト認メザルハ固ヨリ」であるが、そのような憲法は維新から間もない今はまだ時期尚早なので、天皇による「独裁ノ憲法」を作って将来の「人民ノ協議起ルニ至リ、同治憲法」の根源とすべく「速ニ憲法ノ制定有ランコトヲ」陳述するものであった⁷⁾。

ここで木戸の言う「君民同治ノ憲法」とは、君主は専制せず、国中の人民が一致協合する民意を政府に託し、政府は「一致協合ノ民意ヲ保シ、重ク其身ヲ責メテ国務ニ従事」し、人民も政府の越権を抑制するために代議士により「事毎ニ検査シ、有司ノ意ニ随テ憶断スルヲ抑制」する⁸⁾ 内容のものである。しかし、そのような憲法は我が国ではまだ時宜を得ておらず、よって「暫ク君主ノ英断ヲ以テ民意ノ一致協合スル所ヲ迎」へ、これに代わって「国務ヲ条例シ其裁判ヲ有司ニ課」し、「漸ヲ以テ」当面の措置を採るための憲法を制定すべきだというのである⁹⁾。

この木戸の当初案である「大日本政規」第25章（条）は、「百般ノ威権ハ素トシテ日本

国ノ人民ニ帰スベシト雖施行ノ方法ハ先ツ此ノ政規ニ基クベシ」と規定し、国民主権主義を採っていた¹⁰⁾。その上で当初案は、次のような規定を置いていた。

「第26章 典則ヲ為作スル威権ハ主トシテ皇帝及議院ニ帰スベシト雖先ツ皇帝ハ典則ヲ為作スル議論ヲ決定シ議院ハ其ノ議ニ参与スベシ」

「第28章 政規ノ取極ニ從ツテ政務ヲ施行スル威権ハ全ク皇帝ニ帰スベシ」

第26章後段の、皇帝が立法の主導権を有し、議院は参与機関であるという点は、行政権を皇帝が有するという第28章と合わせ読むと、明治憲法と大差のない規定と言える¹¹⁾。

もっとも、当初案第25章は、修正案である「帝号大日本国政典」で次のように改められた。

「第31章 政規中百般ノ箇条ハ即チ皇帝陛下ト人民トノ間ニ於テ一致協和シテ確定セル規程タルベシ依テ皇帝陛下及諸官員ノ施行スル事務ニシテ事實政規ノ意趣ニ反セサルトキハ即チ君民一和セル施行ト認了スベシ」

この憲法が協約的であるという趣旨を明確にするものである。その上で、当初案第26章、第28章も改めて次のように規定された。

「第32章 典則ヲ制作スルコトハ主トシテ皇帝陛下及議院ノ権利ニ帰スベシト雖皇帝陛下ハ姑ク典則ヲ為作スルノ議論ヲ決定スベキ全権ヲ維持シ議院ハ単ニ制作ノ討議ニ参与スベシ」

「第34章 政規ノ定制ニ照準シ行政事務ヲ調理スル権利ハ全ク皇帝陛下ニ帰スベシ」

第34章は、行政権が皇帝に属することを一層明確にしたものである。第32章前段も、当初案第26章と同じく立法権を皇帝と議院とが分有することを述べたものである。しかし後段については、当初案と異なる点が一つあった。すなわち、立法の決定権が皇帝にあり、議院は単に参与機関であるという点について、「姑ク」の間という限定句が付せられた。この限定句は、後に立法権を議会主導型に編成し直すことを可能とするものと言える。なお、これらの案はプロイセン憲法を基本とし、それを巧みに取捨して作成されたものとされる¹²⁾。

しかしながら同時に、修正案の方には第60章として、議院の「議官ハ素トシテ人民ヨリ選澤スベシト雖暫ク先ツ皇帝陛下ヨリ府県ノ知事及令ヲ以テ其員ニ充ツベシ……」という規定があり、当面は、民選議院を設置しないものとされていた。よってこの限りでは、この憲法案は当面にせよ「独裁の憲法」であった¹³⁾。

憲法意見に関しては、同年大久保利通も「立憲政体に関する意見書」を政府に提出している。大久保は意見書の中で、憲法は「即ハチ君民共治ノ制ニシテ上ミ君権ヲ定メ下モ民

権ヲ限リ至公至正君民得テ私スヘカラス」¹⁴⁾ と言っている。このように、西郷隆盛とともに維新の三傑と並び称された木戸、大久保の両者とも、当面はともかく、我が国の将来あるべき憲法体制は「君民同治〔共治〕」にあると考えていたとされる。

その後、政府において具体的な憲法編纂事業が行われることとなった。その最初の動きとしてはまず、1874年（明治7年）の左院における国憲編纂事業がある。ただし、この時は草案の起草にまでは至っていない¹⁵⁾。政府によって最初に本格的に草案が作成されたのは、次に述べる元老院の「日本国憲按」である。

1875年（明治8）年「立憲政体樹立の詔」によって元老院が設置され、翌年「国憲起草を命じる勅語」が元老院に下された。元老院では、勅語の主旨である「我建国ノ体ニ基キ廣ク海外各国ノ成法ヲ斟酌」¹⁶⁾ する方針の下で草案が作成された。草案は第一次草案に始まり、次いで第二次草案が作成されたが、修正が命じられ、その修正指示を受けて1880年（明治13年）、大木喬任元老院議長の下で第三次草案が作成された。

第三次草案の大意は次のようである。すなわち、「君民ノ権ヲ分ツテ以テ主ト為シテ、而シテ君権ハ即チ亦之ヲ政府ノ各部ニ分チ、立法行政司法ノ三大支ト為シ、以テ各其職ヲ守リ各其責ニ任ゼシメ」¹⁷⁾ するというものであった。その基本線は次に見るように、先の木戸修正案とそれほど異なるものではない。

まず、第1篇第1章第1条には「万世一系ノ皇統ハ日本国ニ君臨ス」とあった。次に、同第3条は「皇帝ハ行政ノ権ヲ統フ」と規定していた。また、第4篇第1章第1条は「皇帝元老院及代議士院合同シテ立法ノ権ヲ行フ」と規定し、皇帝（天皇）と、天皇によって議員が選ばれる元老院及び選挙で議員が選出される代議士院とで立法権を分有するとされていた¹⁸⁾。

この案について、岩倉具視は次のように述べた。

「方今元老院奉命スル所ノ法案ヲ上奏セントス臣之ヲ觀ルニ其体ヲ得ルト雖モ恐クハ未タ全備トセス且他ノ法律ニ関スル条ノ如キハ更ニ審議セサルヲ得ス宜シク太政官中国憲審査ノ局ヲ置キ元老院ヲ始文武百官中ヨリ大凡四五十名ヲ勅撰セラレ審査委員ニ任シ總裁ヲ立テ之ヲ總理シ廣ク欧州各国ノ成法ヲ斟酌シ其布告式ニ至ル迄精細調査セシメハ大成全備シ遺漏ナカルヘシ」¹⁹⁾

元老院の第三次草案は、体裁は整っているが、まだ完全ではない。ゆえに国憲審査局を置いて、更に「廣ク欧州各国ノ成法ヲ斟酌シ」て完全な案に仕上げたい、というものである。

岩倉のこのような慎重な姿勢は、何に基づくものであったのか。実は、元老院の国憲起

草開始当時、木戸が岩倉に対し、国憲起草に民権派委員の入ることを心配し、民選議院は時期尚早であるから、国憲には民選議院の規定は設けないよう進言していた²⁰⁾。ところが、元老院の第三次草案第4篇第3章第1条には、代議士院の「代議士ハ法律ノ定ムル所ノ選挙規程ニ由テ之ヲ選フ」と規定されていた。岩倉が特に、「他ノ法律ニ関スル条ノ如キハ更ニ審議セサルヲ得ス」と言ったのは、それゆえであったと見る事が出来る。

この第三次草案に対しては、伊藤博文もまた岩倉に対し、「各国の憲法を取集、焼直し候迄にて、我国体人情等には聊も致注意候ものとは不被察」²¹⁾と進言した。このような岩倉や伊藤の慎重意見によって、国憲第三次草案は同年12月28日大木議長から上奏されたものの、結局不採択となった。

ところで、国憲第三次草案作成に先立つ1879年（明治12年）、政府は、山県有朋の建議に基づき、各参議に対し立憲政体に関して意見書の提出を命じていた。これに対して山県の外、伊藤、大木、黒田清隆、山田顕義、井上馨、大隈重信の6参議が意見書を提出した。その内容は、大体において伊藤を初め民選議院の開設には慎重な意見であった。しかし大隈の意見だけは違っていた。1881年（明治14年）に至って提出された彼の意見書の内容は、次のようなものであった。

立憲政治においては世論は「国議院」での「議員過半数ノ」意見で示され、その世論を「過半数形ル政党ノ首領」が代表する²²⁾。そして内閣は、「聖主ノ御親裁ヲ以テ」多数政党の「首領ヲ召サセラレ内閣ヲ組立ツヘキ旨ヲ御委任アラセ」られることにより組織されるべきである²³⁾。そうすれば立法と行政の二権は「一源ヨリ発シ」²⁴⁾て相反することなく、もって「撰抜明ニ其ノ人ヲ得テ皇室益々尊カルヘ」²⁵⁾き結果となる。

その上で大隈は、速やかに「国議院」を開設すべきであると言う。すなわち、「本年ヲ以テ憲法ヲ制定セラレ15年首若クハ本年末ニ於テ之ヲ公布シ15年末ニ議員ヲ召集シ16年首ヲ以テ始メテ開立ノ期ト定メラレ」²⁶⁾るよう進言する。

このイギリス流の議院内閣制を説く大隈の意見は、かつて木戸が文明国の理想の姿としていた「君民同治」の完成型を早急に実現しようとするものと言える。しかし、木戸はかねてから我が国における民選議院の設置を時期尚早とし、立憲制度は「漸ヲ以テ」構築すべきであると主張していた。そして既に故人となった木戸の主張は、岩倉にとって今や木戸の遺言と捉えられても不思議ではない。

岩倉は、自らも意見書を政府に提出した²⁷⁾。憲法は「欽定憲法ノ体裁」を採るべきものとするその意見書には、「立法ノ権ヲ分ツ為ニ元老院民選院ヲ設クル事」という一項が

掲げられていた。この時期、民権派の私擬憲法が相次いで発表されるなど、民選議院開設気運の高まりは政府にとっても無視できない情勢であった。それゆえ、「君主ノ英断ヲ以テ」憲法を制定することは必要とされても、民選議院を設置しない「独裁ノ憲法」までは、さすがに無理であった。

しかしながら意見書には、それに加えて「大臣ハ天皇ニ対シ重キ責任アル事」という条が置かれていた。この趣旨は、大臣の連帯責任を否定することによりイギリス型の議院内閣制を採らないことを示したものである。この条は、次のような見解を基礎に置くものであった。

そもそも大臣連帯責任は「予メ衆執政ノ公議ヲ経セシメ」²⁸⁾る議院内閣制を前提とするものであって採ることができない。そして、その議院内閣制には、次のような問題がある。

「名ハ行政権専ラ国王ニ属スト称スト雖モ、 其实ハ行政長官ハ即チ議院中、 政党ノ首領ナルヲ以テ、行政ノ実権ハ、実ニ議院ノ政党ノ把握ノ中ニ在リ、名ハ国王ト議院ト主権ヲ分ツト称スト雖モ、 其实ハ、主権ハ専ラ議院ニ在リテ、国王ハ徒ニ虚器ヲ擁スルノミ……国王ハ国民ヲ統率スト雖モ、自ラ国政ヲ理セズ……其实形、我国中古以来、政治ノ実権ハ武門ニ帰シタルト異ナルコトナシ」²⁹⁾

名目上は国王に行政権があるとされるが、実質は議会の多数政党が行政権を握り、国王には実権が伴わない。これでは王政復古以前の武家政権と何ら変わりが無いことになる。

さらに、我が国はイギリスとは異なり、議院内閣制の下では必ず政党が少数分立して行政権の地位を争い、政務が「安定スル所ナ」い³⁰⁾状態となる。よってこのような我が国の国情に鑑みるときは、「議院ニ付スルニ独り立法ノ権ノミヲ以テシ、行政長官ノ組織ハ、専ラ 天子ノ採擇ニ属」させている「普国〔プロシア〕ニ倣ヒ歩々漸進シ以テ後日ノ余地ヲ為スニ若カズ」³¹⁾と考える。

この岩倉の意見は政府に採用された。そして同年10月、1890年（明治23年）を期して国会を開設する旨の「国会開設の勅諭」が発せられた。さらに勅諭の直前、北海道開拓史官有物払下げ事件に関連したことを理由として大隈は罷免された。また、彼の影響下にあった政府官僚らも辞任するなどして政府を去り、その結果大隈の影響力は政府部内から一掃された。いわゆる明治14年の政変である³²⁾。

2 憲法の制定

「国会開設の勅諭」の翌1882年（明治15年）3月、憲法調査のための渡欧の勅命が伊藤

に対し下された³³⁾。その命を受けて伊藤はドイツに向かい、ベルリン大学教授ルドルフ・フォン・グナイストやアルベルト・モッセの教を請うこととなった³⁴⁾。

自ら明治憲法制定に当たることとなった経緯を、伊藤は後年次のように述懐している。

「明治15年(1882年)3月陛下余に命じ給ふに、憲法草案の起稿を以てせらる。余乃ち大命を拝し、直に其事に従ふ。因て泰西立憲制度の実際の運用及び其憲法上の種々の規定並に立憲国に於ける有力なる人士の實際懷抱せる学理及び意見に関し、出来得る限り周到の研究を遂げんが為、同月15日を以て我国を発し、泰西に向へり。而して当時余は共に研究をなすの便を図り、国中の少壮俊才を伴ひ、俱に欧州に留まること殆ど1年有半なりき。此短日月に於て出来得る限り必要の材料を蒐輯し、21年(1888年)9月帰朝し、其後直に憲法の起草に従事せり。」³⁵⁾

かくして、明治維新の立役者であり維新の三傑と言われた木戸、大久保、そして西郷の既に亡き後、明治国家建設の中心的役割は伊藤の手に握られることとなった。

彼の地で当初伊藤は、「小生に在りては、殊に浅学而已ならず、独逸の文語をも不解よりして、尤困難なる訳に御座候故、時宜に依りては今一箇年か半年位は帰朝御猶予を懇願仕度」³⁶⁾と弱音を吐いていた。だが、彼は、ドイツ滞在中訪問したオーストリアにおいてウィーン大学教授ローレンツ・フォン・シュタインの教を受けた後、「憲法文けの事は最早充分と奉存候」³⁷⁾と言えるまでの自信を持った。ここで伊藤が得たことは、後に憲法起草方針に掲げられることになる「日本の国体及歴史」の尊重であった。

かくてシュタインに導かれた伊藤は、単なる近代日本憲法典の制定という枠を超えて、日本近代国制の形成という、より広範な視点を獲得するに至った。こうして翌1883年(明治16年)8月帰朝した伊藤は、憲法を初めとする国家諸制度の形成を推進することとなった。

伊藤帰朝の翌年、宮中に制度取調局が設置され、国家制度構築への準備作業が開始された。だが、憲法の起草は内密に行う旨決せられ、伊藤は、井上毅、伊東巳代治、金子堅太郎の3名³⁸⁾と共に憲法案起草作業を進めることとした。基本的な国家行政組織の法整備と並行しつつ憲法案起草への本格的な作業が開始されたのは、1886年(明治19年)に入ってからである。同年5月頃、伊藤から井上ら3人に対し、憲法起草方針が示された。全7項からなる方針中、基本的方針となるのは次の2項目である。

「第二 憲法は日本の国体及歴史に基き起草する事

第三 憲法は帝国の政治に関する大綱目のみに止め、其の条文の如きも簡単明瞭にし、且つ将来国運の進展に順應する様伸縮自在たるべき事」³⁹⁾

方針の第二は、かつて伊藤が元老院国憲第三次草案を廃案に追い込んだ際持論として展開したものであり、かつ、渡欧によってさらに確信を得たところのものであった。第三は、かつて木戸の述べた文明国における「君民同治」の理念型を究極目標とし、それに向かって「歩々漸進シ以テ後日ノ余地ヲ為ス」ことを意味するものと言える。

上記方針に基づき、具体的な起草作業が始められた。井上案とドイツ人法律顧問ヘルマン・ロエスラー案とを基にした翌1887年（明治20年）8月のいわゆる夏島草案に始まり、順次修正案が作成・検討され、1888年（明治21年）4月、確定案が成立した。その後、枢密院の審議を経て翌1889年（明治22年）2月11日、大日本帝国憲法として発布された。

この憲法は、第1条において天皇が我が国を統治するものとし、かつ、第4条において天皇の有する統治権は「此ノ憲法ノ条規ニ依リ之ヲ行フ」とし、立憲君主制を採用する。その上で、第5条において立法権は「帝国議会ノ協賛ヲ以テ」行うとし、さらに、第10条において国務大臣ら文武官は天皇が任免するとしている。この構成は、統治権の主体たる皇帝が国民に統治に参加することを認めるものの、国民については「議院ニ付スルニ独リ立法ノ権ノミヲ以テシ、行政長官ノ組織ハ、専ラ天子ノ採擇ニ属」させるとするものである。すなわち、立法の権は民に一部分担させる⁴⁰⁾が、本来的に立法・行政（司法を含む⁴¹⁾）の権は君主にあるとする。

もっとも、国務大臣に関する第55条の起草に当たっては、伊藤と井上との間で意見の食い違いがあった。すなわち、当初伊藤によって起草された夏島草案には、その第73条として「各大臣ハ天皇ニ対シ合体又ハ各自ニ其責ニ任ス」とあった。しかし、これに対し井上は、「合体又ハ各自ニ」の字句を除くべきであると主張した⁴²⁾。結果としてこの条文は、最終的に「国務各大臣ハ天皇ヲ輔弼シ其責ニ任ス」となった。井上の真意は、「合体」責任すなわち連帯責任を規定すれば、最終的に「衆執政ノ公議ヲ経セシメ」ざるべからざることになることを危惧したところにある。井上の恐れたものは、統治制度における将来の議院内閣制出現の可能性であった。これに対する伊藤の考えは、「将来国運の進展に順応する様伸縮自在たるべき」規定の制定にあったと言える⁴³⁾。

3 立憲君主と「万民ノ父母」——第三の「調停権」

このようにして、立憲君主制を採用する明治憲法は成立した。立憲君主制の意義について伊藤は、「統治権を総攬するは主権の体なり。憲法の条規に依り之を行ふは主権の用なり。体有りて用無ければ之を専制に失ふ。用有りて体無ければ之を散漫に失ふ」⁴⁴⁾と言

った。この趣意は、君主の「無限権勢」は「固より立憲の主義に非」ざるのはもちろんであるが「三権分立して君主は特に行政権を執る」⁴⁵⁾ というのでは、国家の「生機〔生きた作用〕を有つこと能はざる」⁴⁶⁾ ことになるということである。つまり、立法・行政・司法の三権が天皇に帰し、かつ、その権力が憲法の条規すなわち立憲的な近代法原理に従って行使されることを、我が憲法は規定したのだと言う。

伊藤は、このように天皇が統治権の主体であることを明言した。しかし彼は1892年（明治25年）、立憲制下の内閣総理大臣に就任した際、天皇に対し次のように言ったとされる。

「初め博文の就任を諾するや、奏して曰く、聞くが如くんば、前内閣総理大臣は事毎に勸慮を候して後、閣議に諮れりと、臣不肖と雖も、重任を拝するあらば、万事御委任あらせられたし、大事件は固より悉く勸慮を候するに怠らざるも、他は総て自ら其の責に任ぜんと」⁴⁷⁾

前総理大臣（松方正義）の時は一々天皇の意向を伺ってから閣議を開いたと聞かすが、今後は万事任せてもらいたい、自分は、大事件は別として後は全て宰相自らの責任で事进行处理するつもりであると言う。このことは、憲法制度上は天皇が統治権の主体であるが、実質的には治政の意思と判断は内閣が行うこと、つまり、立憲政治運用面での天皇の影響力の排除を意味するものであった。伊藤のこの言に対して天皇は、「卿の言善し、朕敢へて何事も干渉するの意なし、唯奏聞あれば意見を告ぐべし」⁴⁸⁾ と言ったとされる。

既に伊藤は憲法制定に先立つ内閣制度創設の際、「機務六条」⁴⁹⁾ によって「名実ともに総理大臣を中心とする体制」⁵⁰⁾ を作り上げていたのではあるが、ここにおいて「立憲主義的政治運営が定着」⁵¹⁾ することとなった。

もっとも、帝国議会開設当初政府は、政党の意に関わらない超然主義による政権運営を試みた。だが早くも1893年（明治26年）、第4議会で軍艦建造費をめぐって政府と議会とが対立し、建艦費が否決されるという事態が発生した。憲法上の手続では、予算は議会の議決が無ければ執行できず、否決されれば政府は前年度の予算を施行するしかなかった。立憲政治の下で「此ノ憲法ノ条規ニ依」る限り、建艦費予算を執行することは困難であり、政府は手詰まり状態となった。政治運営は暗礁に乗り上げ、議会制停止論のような強硬意見すら持ち上がり、立憲政治は危機に陥った。

この危機に直面して伊藤は、宮廷費の一部を削る等で政府・議会の双方に譲歩を求める「和衷協同の詔書」を天皇に乞い、鳥海靖の言ういわゆる「『三方一両損』的方策」⁵²⁾ によって事態の打開を図った。これは言わば第三の「調停権」⁵³⁾ 者としての天皇を求めるものであった。しかし、伊藤にとって「伝家の宝刀」⁵⁴⁾ とも言うべきかかる手段は、

「憲法ノ条規」上想定されるべきものではなかった⁵⁵⁾。よって伊藤はその根拠を、立憲政治から影響力を排除しようと努めた近代立憲君主にではなく、「憲法国之常例ニ違ヒ」た「万民ノ父母」⁵⁶⁾たる天皇に求めた。ここにおいて伊藤は、立憲的近代法原理にではなく、「自由に公明に討論」し「国家共通の幸福利益を冷静に商量する」ことをもって本義となす立憲政治を往々にして妨害する「国民挙げて家族相親しむの状態を呈」する「郷党間」⁵⁷⁾の「同胞相助の徳義」⁵⁸⁾、すなわち、我が国固有の伝統的な共同体原理に頼ったのである。

しかしながら、西欧の歴史において確立してきた立憲主義とは、個人を「中間に重要な権威又は保護を介在せしめることなく……国家に直接に面接するに至らしめ」⁵⁹⁾ることを本質として初めて成立する観念である。とするならば、立憲主義というような個人主義的近代法原理を行使すべき場面において、伝統的共同体原理である「同胞相助の徳義」という「『前近代的なるもの』の利用」⁶⁰⁾に頼ることは、「矛盾」⁶¹⁾と評価されることになる。それどころか、このことは何よりも「旧来ノ陋習ヲ破リ天地ノ公道ニ基クヘシ」とし、近代国家・近代法制度の導入を推進させようとする五箇条の誓文に反するものとさえ言い得る。

では、伊藤が採ったかかる手段は、成立仕立てでいまだ未熟な立憲政治の手詰まりに対し、矛盾を承知でその場凌ぎの窮余の一策・超憲法的一策として採ったものに過ぎなかったものなのであろうか。それとも、そうではなく伊藤は、無視できない「日本における社会的現実」というかかる前近代的要素と立憲主義という近代的要素とを「立憲君主制の範囲で融合するという試み」⁶²⁾を行った、梅溪昇にならって言い換えれば、「固有の『国体』に基づいた『政体』を作るという難問題」⁶³⁾の解決を図ったのであろうか。

この疑問を解くに当たっての視点をあらかじめ明確にしておくならば、次のようである。立憲政治の危機に際し伊藤が依拠した明治天皇による（第三の）「調停権」行使は、初期立憲制の未熟さを回避するための単なるその場凌ぎの超憲法的窮余策に止まるものではない。伊藤の立憲主義尊重姿勢と「和衷協同」による天皇の「調停権」利用行為という両側面の背後には、言葉を換えれば「対決志向」と「共存ないし共慕」⁶⁴⁾というそれぞれ異なる二つの原理が隠されている。すなわち、西欧近代個人主義的観念を背景とする立憲主義では基本的に「対決志向」原理が働くのに対し、「万民ノ父母」たる天皇による「和衷協同」という前近代的観念の下では有機的な人間関係を伴った「共存ないし共慕」の原理が働く。そして前者の「対決志向」原理によって国家社会機構の基礎にある有機的人間関

係が危機に陥ったとき、後者の「共存ないし共慕」の原理がその関係を維持するべく補完・修復に当たる。

この「対決志向」原理によって生じた人間関係の危機を「共存ないし共慕」の原理が補完・修復するという図式が大正期以降、いわゆる「淳風美俗」の下に成立した民事調停制度——とりわけ家事調停制度——において明瞭に制度化されるに至るのであるが、この図式が初期立憲政治運用面で伊藤の働きかけによる天皇の「調停」としてシンボリックに現れたのが、まさに「和衷協同の詔書」であった。このことは後に見ていくように、伊藤が「共存ないし共慕」の原理——「郷党間」の「同胞相助の徳義」——をも憲法制度の確立に際して重視したものと密接な関係がある。

その意味で、日本近代国制の生成と展開の全過程は、「対決志向」に導かれた立憲的近代法原理と「共存ないし共慕」を図る「前近代的なる」伝統的共同体原理とを「融合〔統合〕するという試み」に他ならないと言える。そしてこの試みは、上記にも触れた民事調停制度——とりわけ家事調停制度——により国制の基本構造上において日本的法理とでも言うべきものにまで昇華し確立した。ゆえに、日本近代国制の全体構造を明らかにするためには、民事調停制度をその検討対象とすることが不可欠なのである。そこで以下、民事調停制度について、その成立から確立までの経緯及びこの制度をめぐる法原理構造の詳細な検討に着手することとする。

もっとも、この調停制度自体は、そもそも明治立憲国家体制の下で導入された西欧近代法制度（民法）と「日本における社会的現実」との確執を緩和・解消することを目的として生み出されてきたものである。それゆえまず、その確執の原因となった近代法の導入経緯等から、簡単にではあるが一通り俯瞰する。

第2節 西欧近代法の継受と教育勅語の制定

1 フランス直輸入法典の編纂

我が国への西欧近代法の導入に関して磯部四郎の語るところによれば、「其初メ江藤新平君カ民法ハ勿論、訴訟法、刑法、治罪法、及ヒ商法ノ五法ヲ一時ニ日本国内ニ布カウト云フ考ヲ持タレタノカ丁度明治4年〔明治5年〕ノ頃」であった⁶⁵⁾。だが、そもそも江藤に近代法の本格的な導入を決意させるきっかけを作ったのは、副島種臣である。副島は、新律綱領の編纂に際して西欧法も参照したいと考え、同郷であった中野健明にナポレオン法典の原書を求め、その刑法の箇所を「箕作麟祥氏に渡して翻訳を命じた。それは明治2

年であるが、半カ年程たつと翻訳が完成して私〔副島〕から太政官に献じた」⁶⁶⁾。その翻訳原稿が江藤の眼に止まり、それを副島に「所望し、三条岩倉両公にも請ひ、此の事だけは私にさせてくれといつて」「此の訳本を持つて帰つた」⁶⁷⁾のが事の始まりである。

1870年（明治3年）、民法の編纂を決意した江藤は太政官制度局に民法会議を発足させ、箕作にフランス民法の翻訳に当たらせることとした。しかしながら、「性急果斷ノ」⁶⁸⁾江藤の民法編纂のやり方は拙速で、「民法を、2枚か3枚訳すと、すぐ、それを会議にかけると云ふありさまであ」った⁶⁹⁾。

この民法編纂作業は、新設の左院に江藤が移ってから後も継続されたが、彼はその後もフランス法を「大ニ賞賛シテ、何トカ我邦ニ於テモ斯ウイフ法律ヲ布キタイト云フ希望ヲ持」ち、「ドウシテモ是ハ司法省ノ仕事テアル」として遂に「司法卿ニ転任」した⁷⁰⁾。1872年（明治5年）、江藤は司法卿に就任早々省内で裁判官及び高等官らを集め、「我帝国ニ仏国ノ法治制度ヲ採リ速ニ五法ヲ海内ニ布キタイ」とし、しかも「此場合ニ於テハ此五法ナルモノニ何等ノ修正モ加ヘス成ルヘク速ニ之ヲ採用スルヤウニ致シタイ」と言った後、「仮令ハ仏蘭西ト記シテアル処ヲ帝国又ハ日本トイフ文字ニ直ス位ナコトテ直チニヤツテ仕舞ツタ方カ宜カラウ」とまで言い放った⁷¹⁾。そうして江藤は早速箕作に、刑法、民法に加えて訴訟法（民事訴訟法）、商法、治罪法（刑事訴訟法）を翻訳させた。その際の、箕作に対する江藤の指示は「誤訳も亦妨げず、唯、速訳せよ」⁷²⁾であった。このような拙速とも言える経緯で、我が国に最初に流れ込んできたのが近代民法を初めとするフランス法であった。

もっとも江藤自身は翌1873年（明治6年）、司法省の予算が削減されたことに抗議して司法卿を辞任し、さらに征韓論をめぐる政府部内の争いにも破れ、西郷隆盛らと共に下野してしまった。そのため、彼の近代法典編纂事業にかけた努力は頓挫することとなる。

2 自国の慣例への配慮

だが、江藤の後司法卿を引き継いだ「深慮熟考ノ」⁷³⁾大木喬任の時代になると、「江藤氏ノ敗ル、ニ及テ、人々勇鋭之禍ニ懲リ、曲レルヲ矯ムルコト直キニ過キ、一事為スコト無ク、以テ兩3年ヲ閑却スルニ至レリ」⁷⁴⁾とされるほど、法典編纂作業は一転停滞の様相を帯びた⁷⁵⁾ ⁷⁶⁾。

民法編纂に関する作業はようやく1876年（明治9年）箕作により再開され、1878年（明治11年）、民法全編の完成草案が一応は大木司法卿に提出されたが、その内容は「全編を

あげてフランス民法の翻訳法典、しかも13年翻訳局訳述印書局印行の仏蘭西法律書の訳文に比してさへ一段と劣る稚拙な（誤訳さへ含むと思われる）翻訳法典」であり、「まさしく大木の志図を裏切った実施など思ひもよらない恐るべき不完全翻訳法典だった」⁷⁷⁾。ために大木は1879年（明治12年）、改めてフランス人法律顧問のギュスタヴ・ボワソナードに民法草案の起草を託すこととなった。

1880年（明治13年）、元老院に民法編纂局が設置され、大木が民法編纂総裁に任命された。民法編纂に賭ける大木の意図は、一言で言えば「尚ホ泰西ニ行ハル、完全ノ法理ニ基キ實際ニ適切ナル民法ノ編纂ヲ必要ト」⁷⁸⁾ するもの、すなわち一方では完全なフランス法理に基づき、他方では我が国の慣例にも充分配慮した民法を起草しようとするものであった。そこから大木は、ボワソナードが家族法にも造詣が深かったにもかかわらず財産編のみを彼に起草させ、家族等に関する事項は「必ス日本ノ法律家ニ依ツテ編成サレナクテハナラナイ」⁷⁹⁾ とした⁸⁰⁾。

なお、1881年（明治14年）、太政官機構の改正により参事院が新設され、憲法他5法の編纂を統一的に一括して起草する方針の下で、参事院議長伊藤博文が元老院民法編纂局の編纂事業も参事院に引き継ごうとしたことがあった。だが、水本成美、津田真道などが岩倉具視に対し反対運動を行なったために、伊藤の企図は失敗に終わった。その結果民法編纂に関しては、そのままフランス法を基本として事が進められることとなった⁸¹⁾。

この間、1881年（明治14年）に刑法・治罪法が公布・翌年施行となり、民法も当初は同時期に完成させる予定であったが、「大木伯ノ手ヲ離レタル法律案ハ早く進ムナソト云フ悪口」⁸²⁾ まで聞こえるほど起草作業は遅々として進まなかった。だが刑法等に遅れること5年、ようやく1886年（明治19年）に財産編及び財産取得編一部 1,000条余の草案が出来上がり、元老院に付議された。ところが、「元老院ニ廻ハサレタ草按等モ何角政府ノ都合テ院議ヲ経スシテ法制局ニ草案カ返付サレ」、「何ノ議事モナク其時ハ延期ニナツテ仕舞」った⁸³⁾。つまり、草案審査は同年12月に元老院での第一読会が開かれたのみで翌年4月、未審査のまま突然内閣に戻されてしまったのである。その原因は他ならぬ「条約改正ノ問題」⁸⁴⁾ であった。

3 条約改正の外圧

井上馨が外務卿となって以来、明治初年以来の懸案であった不平等条約の改正問題が本格的に着手されることとなった。政府は早速、各国の使臣を集めた場で条約改正問題を提

起したが、金子堅太郎によれば、そのときイギリス及びドイツの公使との間に次のようなやり取りがあった。

「それは宜しい、併し先づ伺ひたいのは日本を開放なさる、それで外国人が内地に居つて商売をする、又行商もする、其商売に付ては外国では之を取扱ふ所の商法といふものがあるが、あなたの国には商法があるか、それはない、商売といふものは皆各般の商慣習に依つてやつて居るから商法といふものはない、それなら私共が死んだとか生きたとか総ての人事上の通則、死去其他の事に付ての民法といふものがあるか、それもない、あなたの国では刑法と治罪法丈けで商法も民法も何もないのですか、ない、それでは条約改正をなさる前に商法と民法、之が出来なければ我々は此条約改正には賛成が出来ない、それはどうなさる」⁸⁵⁾

商法も民法もない国と条約改正の話など出来ない、ということである。これに対して政府側が、民法・商法等を現在起草中である旨説明すると、彼らは厳しい要求を突きつけた。金子によると、次のようである。

「今迄の日本流儀ではいかぬからウェスタンプリンスプル、泰西の主義に基いて民法商法訴訟法を御作りなさい、さうすると我々も同主義の法律だから宜い、日本流の法律では御免を蒙むる、斯う言ふてウェスタンプリンスプルといふことをやかましく言はれた、其英吉利と独逸の発議に依つて政府はウェスタンプリンスプル、西洋の主義に基いて民法商法民事訴訟法を早く作ることを議決した。」⁸⁶⁾

「ウェスタンプリンスプル」、すなわち西洋主義の法律を「早く御作りなさい」⁸⁷⁾と言うのである。民法については元老院でボワソナードにより、商法の方は内閣でドイツ人ヘルマン・ロesslerにより、既に充分西洋主義の法案が起草されつつあったのであるが、ここにおいて更なる外圧が加えられた。

その結果1886年（明治19年）8月、井上は、外務省内に法律取調委員会を設置して民法等の諸法典を西洋主義の下で統一的に一気に完成させようとした。そのあおりを受けて、元老院・内閣での民法・商法編纂事業も共に中止を余儀なくされてしまったのである。

法律取調委員会は1887年（明治20年）4月、急ぎ諸法案の新たな起草・編纂を開始した。だが、その作業はそれから半年立つか立たない同年10月には早くも思わぬ事態で頓挫することとなる。すなわち、「外国人を裁判官にするとか或は種々面倒な問題が起つて到頭」「大反対が起り、井上の条約改正には朝野の間に非常な反対が起つ」て「遂に井上さんは外務大臣を罷めた、さうして条約改正は一時中止といふことに」なった⁸⁸⁾。

4 「ウェスタンプリンスブル」的法典の編纂

条約改正案件は「一時中止」となった。だが、「早晚条約改正をやるのに決つて居る、唯今一時中止した丈けだ、今条約改正をすれば外国人が言ふやうに法典なくして外国は仲々治外法権撤廃、関税改革には同意せぬから、之は一時中止したに拘はらず法典は是非必要である」⁸⁹⁾と考えられた。そのため、引き続き法典編纂事業は継続することとなった。本来は、外務大臣兼任となった総理大臣伊藤博文が井上の後を受けるはずであったが、伊藤はその時内閣総理大臣として多忙であっただけでなく、憲法の制定に全精力を傾けていた。そこで伊藤は、江藤司法卿以来の法典編纂の経緯もあって「之は国家問題として法典調査は是非やらなければならぬといふことは明治の初年からの意見であるから之は司法省にやつて貰ひたい」⁹⁰⁾と考え、大木の後任であった司法大臣山田顕義に話を持ちかけた。

しかし、それには1890年（明治23年）に開催されることに既に詔をもって決せられている帝国議会の前に、主要法典を作るという条件が課せられていた。なぜなら「之を若し議会の後に作ることになつて、之を議会の前に掛けたならば……一年々々引張つて二年経つても三年経つても出来るものではない、唯議論ばかりで議論倒れになつてしまつて、容易に出来やうがない」⁹¹⁾からである。この、わずか3年弱で民法、商法、民事訴訟法、裁判所構成法等の基本法典を公布させよという条件に、山田は「そんなことは引受けることは出来ぬといつて一時断は」った。しかしながら、「条約改正の為に必要なことで司法省でやつて呉れ、司法省でやつて呉れなければ外にやる所はないから」と言われ、山田は「遂にそれを引受け」た⁹²⁾。こうして民法編纂事業も結局は再び、司法省の主導権下に戻る事となったのである。

編纂事業を引き受けた山田は、直ちに外務省より移管された法律取調委員会の改組と委員の差替を行ない、自ら先頭に立ち調査審議を主導した。ただし民法の起草者は従来どおりボワソナードが任ぜられた。もっとも磯部によれば、「民法中財産ニ関スル法按ハ既ニ議了シタリト雖トモ人事編ト相続編トノ二大事項ニ付キテハ未タ何等ノ法按ノ存セサリシヲ以テ人事編ハ熊野敏三君ヲシテ起草セシメ又相続編ハ私カ起草ノ命ヲ奉シマシタ」⁹³⁾というように、山田も大木と同じように家族法についてはボワソナードではなく、日本人に起草させた⁹⁴⁾。なお、商法の起草には従来どおりロエスラーが任ぜられている。

だが、それにしても期限は限られているのに反して、こなさねばならない分量は膨大である。そこで山田は、豪腕を発揮した。金子によれば次のようである。

「法理論や議論は一切抜きにして、唯是れが日本の事情に適して居るか否やと云ふ實際の問題で決

めて行かう、法理論を仏蘭西や英国や又は独逸の学問をした人々が説くとしたら1時間でも2時間でも決りはせぬから、それは一切抜きにする、唯日本の国情に適して居るかどうかと云ふことでどんどんやった、もう駆足で決めて行つたのだと言はれた、さうでせう、あれ丈けの法典が僅かの間に出来たのです」⁹⁵⁾

ただ「日本の国情に適して居るかどうか」だけを見て「どんどん」「駆足で決めて行」った。

こうして法典の草案は山田の強引とも言える手腕で次々と完成し、内閣の手で順次元老院の議に付された。ところが元老院では調査委員を設けて慎重審議をするつもりであった。これに反対する山田は、対抗策を閣議に提案した。金子によれば次のようである。

「之は条約改正の為に23年の議会前にやらなければならぬ、議会が開けて法典問題を出したら仲々法典問題といふものは2年経つても3年経つても出来やしない、さうすると条約改正は容易に出来ない、条約改正をやると決して居る以上は之は議会へ掛ける訳にはいかない、又之を元老院の議事に掛けても逐条会議はさせぬ、親族編なら親族編、財産編なら財産編で、大体之を可とか否とか決めれば宜い、斯ういふ議事法より外に致し方はないと云ふ山田さんの論だ」⁹⁶⁾

「逐条会議はさせぬ」という山田の案は採用され、急速決定を要するにより通常議事の手続によらず大体につき議定すべき旨の勅令が、元老院に対し発せられた。

内閣のこの方針に対し、元老院では三浦安議官らから、上程された法案研究のため審議の時間をとってほしい旨の意見が出され、また、かつて大木司法卿の時代に元老院民法編纂局で自らも同法案の編纂作業に関与して「大ニ不同意ヲ鳴ラス点モ少ナカラ」⁹⁷⁾ ず持っていた津田真道議官からも、「其国々ニ於テ必ス古来ヨリ遺伝ノ慣習アルヲ以テ全ク我カ遺伝ノ慣習ヲ棄テ他国ニ法ルコト能ハサル」⁹⁸⁾ ものという異論も出された。津田のこの異論は、「我身体ハ日本人ナレハ我カ遺伝ノ慣習ヲ悉ク棄去テ他ヲ尊ハントセハ遂ニ我身体ヲモ棄テサルヲ得サ」⁹⁹⁾ こととなるという、「日本を取り巻く地勢・風土・気候・景観、そして習慣・歴史等々を通して徐々に日本民族の中に蓄積され血肉化された国民^{ナシヨナ}性」^{リタイ}¹⁰⁰⁾ に基づいた根源的問いかけであった。だが、これら「民法ナルモノハ其国ノ慣習ヲ維持シ其国ノ風俗人情ヲ変更セサル様ニ制定スルヲ以テ肝要トス」¹⁰¹⁾ べきであるという意見は、法案の大体可否という政府方針によって押し切られ、顧みられることは無かった¹⁰²⁾。

民法を含む諸法案は、伊藤の手腕でこの後いずれも遅滞無く枢密院も通過し、裁可を経て1890年（明治23年）11月の帝国議会開会前に無事公布を終えた。その際民法は、1893年

(明治26年) 1月1日より施行されることと決した。こうして、「ウェスタンプリンスプル」に基づき権利とその実現手段である訴訟制度とからなる近代法制度が、ようやく我が国に成立すると思われる状況となった。

5 教育勅語制定への動き

(1) 地方官会議の開催と「徳育涵養ノ義ニ付建議」の成立

山田が司法省で諸法案の草案を駆け足でどんどん作成し始めていた頃、「五倫などいふものは、道徳として殆んど価値がな」く、「又君臣の義などいふことも、全く不自然極まるものである」¹⁰³⁾というような風潮が文部省のみならず地方にも蔓延し、学校教員などまでもこれに雷同する有様であった。岩手県令石井省一郎を初め他の地方官は、このような状況をかねがね憂いていたのであるが、彼らは山田の進める民法編纂事業に驚いた。すなわち、次のようである。

「この頃条約改正の議がやかましく、内閣及び外務省司法省では欧米流の法律を作らんとし、新に民法も出来ることになったが、その新民法では、妻が夫を訴へ、子が父を訴へることが出来るといふことであるので、私共は、驚いて司法大臣山田顕義にこれを質すと、顕義もこれはどうも已を得まい、欧米風の民法でないと、治外法権の撤廃を各国が承知しないからとの答へです」¹⁰⁴⁾

新民法によれば、家庭の内輪もめを家族同志が公開の裁判所で闘っても良いという。しかも、条約改正のためには仕方がないというのが司法大臣、すなわち、政府の見解であった。こうまで言われ、石井らは「それならば致方がない、この上は教育の方面で、善く始末をつけねばならぬ」と覚悟を定め、「躍起の運動を開始した」¹⁰⁵⁾。

そのような最中の1890年(明治23年)2月17日、東京府において地方官会議が開催され、全国から府県知事が参集した。そこでは教育を始めとして地方行政に関する諸事項が審議され、その結果7件の建議が採択された。その建議の一つに「徳育涵養ノ義ニ付建議」があった。同建議に関しては延べ4日間にわたって審議がなされたが、その発端は小松原英太郎埼玉県知事による同建議案提出であった。小松原は、建議案の趣意説明において「方今ノ師範学校小学校ノ教育ヲ見ルニ甚シキ欠典アルハ言フマデモナク教科書ノ不完全ナルハ文省ノ夙ニ憂フル所」等々¹⁰⁶⁾、学校教育における諸々の問題点を述べ、出席の各知事に対し建議の必要性を訴えた。小松原のこの説明に対し石井は、「第一ニ徳育ヲ先キニシテ智育ヲ後ニセンコトヲ望ムモノニシテ高等ノ教育ヲ普及セシムルハ最モ難シ故ニ本案ヲ賛成ス」¹⁰⁷⁾と真先に賛意を評した。

小松原や石井の見解に対しては、教育の現状が「幼年者ヲ奨励シーノ虚無党ヲ養成スルモノ」¹⁰⁸⁾であるという危機感から他の知事も賛同した。しかしながら、それでは教育がこのような状況に至ったのはなぜか、そして、そのような状況を打開するには、どうすれば良いのか。この点については、柴原和香川県知事が次のように言う。

「教育ノ今日ノ如キ有様ニ至リシハ法律世界ノ止ムヘカラサルモノナレトモ之レヲ救フモ亦教育ノ如何ニアリ」¹⁰⁹⁾

教育の混乱は法律のせいであるが、このような状況を救うのも教育次第であるという。だがその中身については、徳育は「我国ノ成立ヲ基礎トシ愛国人倫ノ道等卑近ノ例ヲ採リ其足ラサルヲ外国ニ採ルモ可ナリ」¹¹⁰⁾という松平正直宮城県知事らの意見と、「我国ニ於テハ一定ノ教義ナシト雖トモ古ヨリ儒教ノ如キ家庭教育ノ如キモ完全ナラスト雖亦備ハラサルニアラサルナリ」¹¹¹⁾という安場保和福岡県知事の意見とが対立した。松平の意見の裏には、「家庭教育ノ如キ今俄ニ儒仏或ハ耶蘇教ヲ以テ教義ト定メントスルハ容易ナラサル」¹¹²⁾ものとの慎重論があった。もっとも、明治維新以来西洋物質文明の輸入に熱中して「仁義忠孝の道の如きは……世人に嘲笑せられ」¹¹³⁾、「今の世に孔孟の教えを唱ふるは迂闊」¹¹⁴⁾とされて、「海内国民の精神は四分五裂して麻の如くに乱れた」¹¹⁵⁾風潮の下では、知事らの間にさえこのように意見が分かれるのはやむを得ないことではあった。

だが、ともかくも会議では小松原が提出した建議案に対し松平から修正意見が加えられ、それらを元にして各知事たちから種々様々な意見が出された。ただし、この建議案の趣旨そのものに異を唱える知事は皆無であったところから、各県知事の意見も何とか集約に至った。その結果、「徳育涵養ノ義ニ付建議」は可決成立した¹¹⁶⁾。

文部大臣榎本武揚宛の同建議の内容は、次のようであった¹¹⁷⁾。まず、「普通教育ノ要ハ主トシテ国民タルノ徳性ヲ涵養シ普通ノ智識芸術ヲ修メシムルニ在」るところ、「現行ノ学制ニ依レハ智育ヲ主トシテ専ラ芸術智識ノミヲ進ムルコトヲ勉メ徳育ノ一点ニ於テハ全ク欠クル所アルカ如シ」と批判する。次に、「然レトモ不肖等ノ見ル所ヲ以テスレハ我国ニハ我国固有ノ倫理ノ教アリ故ニ我国徳育ノ主義ヲ定メント欲スレハ宜ク此固有ノ倫理ニ基キ其教ヲ立ツヘキノミ」と言う。そしてさらに、「宜ク師範学校ヨリ中小学校ニ至ルマテ其倫理修身ノ学科ニ用ユヘキ教科書ヲ選定シ全国一般之ニ依テ其教ヲ布カシメ且師範学校及中小学校ニ於ケル倫理修身ノ学科時間ヲ増シ盛ニニ徳育ヲ興スヘシ」と提言し、そうすれば「今日猶狂瀾頽波ノ勢ヲ挽回シ以テ我国固有ノ元氣ヲ維持スルコトヲ得ベシ」と結論づける。そして最後に、「道義ノ日ニ月ニ頽壊スルヲ視テ憂慮措ク能ハス、忌憚ヲ顧

ミス鄙見ヲ具陳シ敢テ採酌ヲ仰ク」と迫った上で、「猶詳細ノ義ハ口上ヲ以テ陳上仕度」と付け加えられるものであった。

(2) 文部省への建議提出

同建議は地方官会議終了日の翌26日、知事一同が列席する中、文部省において榎本文部大臣に提出されたが、この「地方長官が大挙して文部省に逼った」事態に「文部大臣榎本氏も、随分当惑」させられた¹¹⁸⁾。知事たちは榎本に、「孝悌忠信の道は地を払つて空しいと云ふべき実況であつて、国民は己を修め世に立つに於て、其準拠とすべき所に迷つてをる、然れども文部大臣は国内の人心を統一するに就て、固より相当の意見を有せらるゝ筈と思ふから、それを承り度い」¹¹⁹⁾と迫った。

もっとも、その席上でもやはり「論語が善いとか、孟子がどう、耶蘇教はどう、神道はどう、西洋風の哲学はどうと、種々の八釜敷い議論があつたが、遂に何等定まつた決議も無かつた」¹²⁰⁾。しかしながら唯一、「何等か道德上の大本を立てゝ民心を統一せんことを急要とすといふ丈の事は、格別決議した訳ではなかつたが、各地方長官の一致して認むる所であつた」¹²¹⁾。

これに対して榎本は、「抑も学校に於ては宗教に依りて以て徳育の方法となすべからざることは既に各官の熟知せらるゝ所」であり、しかも「宗教の自由は載せて我が憲法に在れば随時に人の信教志想を束縛することを得」ざるものであると述べ、さらに、「各官が目下社会の有様を嘆きて道德地に陥りたりと認むるは余も亦憂慮する所なりと雖も之を挽回するの手段は古今の共に難ずる所なるは亦各官の了知せらるゝ所」であろう¹²²⁾と言った。とはいいつつも彼は同時に、次のようにも言う。

「余の思ふ所に拠れば我が国建国以来頼り来りたる教は我が民の心裏に入り易きを以て所謂人倫五常の道即ち孔孟の教は我が民の徳育に適すべし。故に此基礎に依り以て一部の好書を編纂せんことを企望せり。」¹²³⁾

榎本も安場福岡県知事と同様、儒教の教えが我が国には最も適しているという考えを持っていた。東京府では文部大臣のこの発言を受けて早速、以後孔子の教えをもって徳性を涵養すべしとの訓令を管内府立学校長及び各郡区長に発した¹²⁴⁾。だが反面、この儒教の教えは我が国の近代化を推し進める上で「論語などを其儘教科書に採庸し漢学者をして之を教授せしむる如きは実験の成績上他の教科書と撞着して不都合少なからず」¹²⁵⁾という文部省側の苦慮も伴っており、方針の実現は必ずしも容易でないと思われた。ところがこの問題に一定の方向性を決する一つのきっかけが到来した。

(3) 「教育上の箴言」の大命

地方長官たちの建議提出の一件は、閣議で取り上げられた。その結果、この件が「一問題となり、遂に畏多くも叡慮を煩はし奉るに至り、間もなく教育上の箴言を編むべしとの大命が」榎本に下った¹²⁶⁾。このときの閣議の状況について、当時内務大臣兼任の山県有朋総理大臣は、「内閣ノ中ニモ同様ノ意見〔地方官らの意見〕ヲ懷クモノモアリシガ如何ニスベキカノ案ナシ……余ハ軍人勅諭ノコトガ頭ニアル故ニ教育ニモ同様ノモノヲ得ンコトヲ望メリ時ノ法制局長官井上毅ナドモ同論ナリシガ此時ハ未ダ教育勅語マデニ熟セル考ハナク唯互ニ論議シテ12時頃ニモ至ル有様ナリキ」¹²⁷⁾と語っている。

もっとも山県によれば、「教育上の箴言」編纂は「著手セザリシト思フ榎本ハ理化学ニ興味ヲ有セシガ徳教ノコトニハ熱心ナラズ」¹²⁸⁾であった。そうこうするうちに、山県と気が合わなかった榎本は、文部大臣を辞職してしまった。その後任は芳川顕正である。その時のことを芳川は次のように語っている。

「[明治]23年の5月、当時内務次官であつた余は新たに大臣の榮任を拝せんが為に参内したれば、任文部大臣の大命が下ると、それに引続いて、教育上の基礎となるべき『箴言』を編めよといふ、極めて重要な御沙汰が下つた、尚ほ此事に就いては、宜しく総理大臣と協議して、其宜を失ふ勿れと云ふ旨も諭させられたのである」¹²⁹⁾

ちなみにその時のことを山県は、次のように語っている。

「芳川ガ文部大臣ニ親任セラルルニ際シ例ノ如ク『文部大臣ニ任ス』トノ御詞アリシ後ニ徳教ノコトニ十分力ヲ致セトノ御旨趣ノ御詞アリ此レ実ニ珍ラシキコトナリ」¹³⁰⁾

かねてから天皇は、東京帝国大学においてすら「理科化科植物科医科法科等は益々其進歩を見る可しと雖ども、主本とする所の修身の学科に於ては曾て見る所無し」¹³¹⁾と嘆き、「専ら仁義忠孝ヲ明カニシ」て「人々誠実品行ヲ尚トヒ」、「道德才芸、本末全備シテ、大中至正ノ教学天下ニ布満セシメ」んこと¹³²⁾を元田永孚に語っていた。それゆえ天皇もこの問題に強い関心を示し、芳川に対して、総理とも良く相談して徳育に力を入れよと特に釘を刺したのである。かくして教育勅語制定への具体的な動きがここに始まることとなった。

6 教育勅語の制定

(1) 制定に至る経緯

大命を拝した芳川は、山県とも計ってまず、文部省内で洋学にも通じた漢学の大家であ

った前東京帝国大学教授中村正直に案を急ぎ作らせ、6月に成案を得た。だが山県、芳川共にこの案文には「未だ満足しなかつた」¹³³⁾。山県はこの案文を法制局長官井上毅に見せ、井上の意見等を求めた。それに対し井上は、同月20日付の山県宛書簡において、「今日ノ立憲政体ノ主義ニ従ヘハ君主ハ臣民ノ良心ノ自由ニ干渉セズ」とされる以上、「今勅諭ヲ発シテ教育ノ方嚮ヲ示サル、ハ政事上ノ命令ト區別シテ社会上ノ君主ノ著作公告トシテ看ザルヘカラズ」とし、それゆえ、この勅諭は「陸軍ニ於ケル軍事教育ノ一種ノ軍令タルト同シ」取扱をすべきではない¹³⁴⁾という消極的意見を述べた。つまり、近代立憲制を十全に施行するためには「政治（法）と宗教（わが国では道德）を離す」¹³⁵⁾べきであるということである。

その上で井上は、勅語の取扱について「演説ノ体裁トシテ文部省ニ下付サレズシテ学習院カ又ハ教育会ヘ臨御ノ序ニ下付セラル（政事命令ト區別ス）」¹³⁶⁾という方法を提案しつつ勅諭の試案を作成し、山県に送った。

もっとも井上にとって見れば、勅諭制定については「非常ノ困難ヲ感シ候」¹³⁷⁾事で、「実ニ二楼台ヲ架スルヨリ難事」¹³⁸⁾であった。そのため井上は、同月25日付で再度山県に書簡を送り、中村案に異を唱えつつ、「今日風教之敗レハ世変之然らしむると上流階級之習弊ニ因由ス矯正之道ハ只た政事家之率先ニ在る而已決して空言ニ在らざるへし空言の極至尊之勅語を以て最終手段とするに至りてハ天下後世必多義を容るゝ者あらん」¹³⁹⁾と述べた。その上で井上は、かかる勅諭の制定は「到底不可然事ト確信」するがゆえに、「猶高明之再思」¹⁴⁰⁾を山県に願ったのである。

とはいうものの井上は同時に、先に山県に送付した試案を井上自身の「気付ニテ」¹⁴¹⁾同月28日付で元田にも送り、内容の検討を依頼した。井上は、元田から返付された修正箇所をも加味してなお推敲を加え、完成草案を7月23日付で山県に提出した¹⁴²⁾。山県は、この草案を天皇の叡覧に供したが、天皇はこの案について「前後首尾は差支えないが、中間徳目を掲げある条に於て、更に再考の余地があらう」¹⁴³⁾として元田に検討を命じた。検討を命じられた元田は井上案を修正し、8月26日付書簡でそれを井上に送った。その書簡は、次のような内容であった。

「首尾之文者、貴兄之御初稿を存し有之候、老拙も素より御同案に而間然無之候処、中間修身之条目を掲げ候最緊要之处、叡慮ニ叶ヒ不申、則旨を奉し而改正致し候……老拙ニも百世を待而不疑之存意ニ而立案致し置候、其御含を以御覧被下御加筆相願申候」¹⁴⁴⁾

「中間修身之条目」というこの勅諭の「最緊要之处」を天皇が気に入らなかったのも、

修正したという。これに対して井上は、その元田修正案に対し「憚らず愚見申述」¹⁴⁵⁾べ、さらなる修正・再校訂を加えた上で9月3日付で同案を元田に返送した。元田はそれを同月9日、天皇に奉じた。そして同勅諭案は天皇から、再度芳川に下付された¹⁴⁶⁾。

天皇から下付された勅諭案は文部省でさらに検討の上起草され、同月26日、閣議に付され、了承された。芳川はその際に、勅諭発布の手續について「高等師範学校ニ聖駕親臨ヲ仰キテ勅諭ヲ賜ハランコトヲ願ヒ本大臣之ヲ受ケ以テ訓令ヲ全国ニ発シ普ク衆庶ニ示スカ或ハ不日小学校令発布ノ同時ニ於テ勅諭ヲ公布セラルヘキカ」¹⁴⁷⁾いずれの方法が良いかという点も提案したが、この点は前者の方法に決せられた。以上のように教育勅語として正式決定された後も、さらに字句等の修正が続けられ¹⁴⁸⁾、ようやく10月24日、天皇の裁可を経て確定した。だが発布の手續はその直後、10月30日に「宮中へ内閣総理大臣文部大臣召サセラル教育ニ関シ親ク本書ノ勅語御渡シ在ラセラル」¹⁴⁹⁾ことに改められた。

しかしながら芳川は、かねがね、「陸軍武官へ賜ハリ候訓諭トハ、其实種類之異リタルモノ故、発布之方法ヲ選択スルコト極メテ肝要ニシテ、其方法ハ師範学校へ御臨幸之序、偶然御下賜相成候より他ニハ良法ハ有之間布ト致確信候」¹⁵⁰⁾と考えていた。それゆえ彼は、この発布手續の変更について「大ニ失望」¹⁵¹⁾した。だが、この「宮中へ内閣総理大臣文部大臣召サセラル教育ニ関シ親ク本書ノ勅語御渡シ在ラセラル」という方針は「元田モ、同論」¹⁵²⁾であった。

その旨を芳川から聞いた井上は、「此事政事上之関係ニあらずして、社会上即君主ハ億兆之師表タル位置ニ依りて発布せらるヘキものな」¹⁵³⁾るがゆえに、「此ノ勅語ハ、公衆へ直接ニ相下付相成ル形ニいたし度、文部大臣之紹介なき方尤体を得候」¹⁵⁴⁾と元田に再考を促した。だが、元田によれば天皇は、「26日より28日迄者、茨城県下兵隊演習天覧行幸ニ而、学校へ臨御者いつれ11月天長節後ニモ可相成、未タ何とも承り不申候」¹⁵⁵⁾ということであった。翌11月には帝国議会の開会が予定されていたから、勅語の10月中の発布は必然の要請であった¹⁵⁶⁾。しかも天皇は、水戸行幸から戻った後健康を害したとのことで、勅語発布当日は床近くに総理、文部両大臣を呼んで勅語を下付したのであった¹⁵⁷⁾。

(2) 教育勅語制定の意義

このようにして教育勅語は、井上や芳川の意図に反し、逆に元田の意に沿う形式、すなわち、宮中で天皇が「内閣総理大臣文部大臣召サセラル教育ニ関シ親ク本書ノ勅語御渡シ在ラセラル」形式で発布された。このことは単に、勅語をめぐる井上、芳川、元田ら関係者の間における「妥協的統一」¹⁵⁸⁾の一環に過ぎないものではなく、かつ、主として「教

育の方面で」「倫理修身ノ学科時間ヲ増シ盛ニ德育ヲ興」して「今日猶狂瀾頽波ノ勢ヲ挽回シ以テ我国固有ノ元氣ヲ維持スルコトヲ得」ようとした地方官らの意図も超え、「天皇が道德律を臣下に命令する」¹⁵⁹⁾ 国家の「政事命令」としてまさに、「『明治憲法』の根本理念を支える道德的支柱」¹⁶⁰⁾ となったことを意味する。その結果教育勅語は、単なる「法治主義のための道德」¹⁶¹⁾ という「井上の意図を超えて」¹⁶²⁾、「郷党的社会」の「情義」という「自然村落における『道德的元素』の国家原理への普遍化」を、すなわち端的に言えば、我が国固有の伝統的共同体原理の国家「法」¹⁶³⁾ 化を意味するものとなった¹⁶⁴⁾。

また、勅語の内容に関しても、先に制定に至る経緯で見たように井上及び元田を初めとして関係者による幾多の書直し・修正が行われたのであるが、その中「父母ニ孝ニ兄弟ニ友ニ夫婦相和シ朋友相信シ」という五倫¹⁶⁵⁾ は、当初から最終段階まで一貫してそのまま維持された。すなわち、当初の井上案（6月20日案）で「父母ニ孝ニ兄弟ニ友ニ夫婦相和シ親族和睦シクシ隣里相保チテ相侵サズ朋友相厚クシテ相欺カズ」¹⁶⁶⁾ となっていた文言は、その後天皇により修正が命じられた後の元田修正案（井上宛の8月26日案）で「父母ニ孝ニ兄弟ニ友ニ夫婦相和ラキ朋友相信シ」となった後は、「相和ラキ」が「相和キ」となり、最終的に「相和シ」となった他全く変更されることは無かった^{167) 168)}。

そしてこの、国家「法」と化した「父母ニ孝ニ兄弟ニ友ニ夫婦相和シ朋友相信シ」という「簡約化され」「日用化された五倫」¹⁶⁹⁾ 言い換えれば法化された伝統的共同体原理が後に、大正期の臨時法制審議会以降立法指導原理としての役割を持った「淳風美俗」¹⁷⁰⁾ として一人歩きを始め、さらに法の一般条項として司法をも規律する日本的法理¹⁷¹⁾ とも言うべきものへと昇華することとなるのである。

だが当面は、この教育勅語の制定・発布への動きは、11月の帝国議会開会前に無事公布を終え、1893年（明治26年）1月1日より施行目前の「ウェスタンプリンスプル」（西洋主義）に基づく主として民法をめぐる法典論争に一石を投じることとなる。

7 法典論争

条約改正という伊藤の強い熱意を受けて山田らが制定・公布を強行した法典に対する反撃は既に法典編纂中の1889年（明治22年）5月、東京大学法学部卒業生を母体とする法学士会による意見書の発表に始まっていた。それは、「法律ハ之ヲ遵奉スベキ国民ノ必要ニ随テ起ルベキモノ」であるところ、我が国の法典編纂事業は「其必要未ダ生ゼザルニ先

ジテ」「欧州ノ制度ヲ模範ト」し「旧慣故法ヲ参酌スルコト殆ド有名無実」であると批判するものであった¹⁷²⁾。その大意は英法学的立場に依拠するものであったが、その文では「商法訴訟法ハ独逸人某々氏ノ原案ニシテ民法ハ仏国人某氏ノ原按ナリト。……恐ルル所ハ此数氏ノ間ニ充分ノ協議ナキガタメ彼此互ニ抵触ヲ来タスノミナラズ、其学派又異ルガタメニ法典全部ニ対スル主義ノ貫徹セザルニ在リ」¹⁷³⁾と政府の痛い所も突いていた¹⁷⁴⁾。

この意見書に触発され、法典の賛否をめぐる凄絶とも言える諸議論が展開され始めたが、英吉利法律学校（後東京法学院。現中央大学）を拠点とする英法学派の反撃の主たる矛先は「当然のごとくフランス民法」¹⁷⁵⁾を範としたボワソナード起草の民法を施行延期することに向けられた¹⁷⁶⁾。これに対し、仏法学派も司法省出身者らを母体とする明治法律学校（現明治大学）を主たる拠点として法典の施行断行を主張した¹⁷⁷⁾。

この論戦最中の1890年（明治23年）、ロesslerを中心にして起草及び制定・公布され、翌明治24年1月1日からの施行が予定されていた商法が、第1回帝国議会における延期法案可決によって1893年（明治26年）1月1日、すなわち民法典施行日まで延期されることに決した。このことは、「わが民情を顧みない」等¹⁷⁸⁾の理由で反対していた実業界と結託した英法学派の施行延期運動が、功を奏した結果であった。これに勢いを得た英法学派ら法典延期派の一員として1891年（明治24年）、穂積八束が東京法学院の機関誌である法学新報に「論題の奇抜よく一世を驚嘆させた」¹⁷⁹⁾論文「民法出テ、忠孝亡フ」を発表した。この論文で彼は、次のように言う。

「祖先ノ肉体存セサルモ其ノ聖霊尚家ニ在リテ家ヲ守護ス、各家ノ神聖ナル一隅ニ常火ヲ点シテ家長之ニ奉祠ス、是レ所謂家神ナリ祖先ノ神霊ナリ、事細大ト無ク之ヲ神ニ告ク是レ幽界ノ家長ニシテ家長ハ顕世ニ於キテ祖先ノ霊ヲ代表ス、家長権ノ神聖ニシテ犯スヘカラザルハ祖先ノ霊ノ神聖ニシテ犯スヘカサルヲ以テナリ、家族ハ長幼男女ヲ問ハスニ其威力ニ服従シーニ其保護ニ頼ル、一男一女情愛ニ由リテ其居ヲ同フス之ヲ耶蘇教以後ノ家トス、我新民法亦此ノ主義ニ依レリ是レ我国固有ノ家制ニアラサルナリ」¹⁸⁰⁾

穂積の話を要約するならば、要するに「我国固有ノ家制」の特色、言い換えれば我が国伝統的家族の構造的特色は、祖霊を代々親から子へと「継承」¹⁸¹⁾するところにあるということになる。

それゆえ我が国の家制は、「婚姻ニ由リテ始メテ家ヲ起スニアラス家祠ヲ永続センカ為メニ婚姻ノ礼ヲ行フ」¹⁸²⁾ものである。とするならば今回の民法典人事編は、「夫婦一体観的クリスト教法理の影響を受け」¹⁸³⁾、「ヨーロッパ的小家族制を原理的に採用」¹⁸⁴⁾

するものであって許し難いものとなる。

つまり、「民法家カ我国ニ行ハントスルカ如キ家トハ一男一女ノ自由契約（婚姻）ナリト云フノ冷淡ナル思想」¹⁸⁵⁾によるものである。にもかかわらず、そのような「極端個人本位ノ民法」¹⁸⁶⁾を一方で布きながら、他方では「強テ忠孝ノ国風ヲ保持セント」¹⁸⁷⁾する、言い換えれば「法制先ツ其实体〔家制〕ヲ亡シ教育行政ハ其影〔孝道〕ノ存センコトニ汲々」とする、というのは「前後矛盾」¹⁸⁸⁾なのである。すなわち穂積にとって見れば、一方で個人である男女が契約という一法律行為により結合して夫婦となり、家族を形成するという個人主義的近代法原理を導入しつつ、他方では我が国固有の自然血縁的親子間「継承」家族に内在する伝統的共同体原理を維持しようとするのは、「矛盾」以外の何者でもない。

この「祖先教ヲ撲滅シ」ながら「唯学校ノ修身教課書ヲ以テノミ保維スルコト」¹⁸⁹⁾を笑う穂積の批判は明らかに、一方で条約改正のための「ウェスタンプリンスプル」的法典の制定・公布を強行しつつ、他方で法典の施行によって影響を被る教育の将来を慮るゆえに教育勅語を制定するという政府の二本立て政策に対して向けられたものであった。その結果、この論文は法典延期派にとって、帝国議会の「議員を動かして来るべき議会の論戦に於て多数を得る」という「目的の為に大なる利目」をもたらすものとなった¹⁹⁰⁾。

1892年（明治25年）第3回帝国議会開会直前、穂積八束外、江木衷、奥田義人ら総勢11名の法典延期派は連名で「法典実施延期意見」を発表し、その全容が議会開会の最中に法学新報にも掲載された。穂積の先の論文内容も含まれたこの延期意見は、「世論を自派に有利に展開するには極めて効果的な論文」¹⁹¹⁾となった。

意見は7項目の問題点を挙げ、「法典ノ修正ハ今日ノ急務」¹⁹²⁾であることを訴えるものであったが、世上「人事編、民法を延期せしむ」¹⁹³⁾と伝えられたように、中でも「殊ニ民法人事編ノ如キ」¹⁹⁴⁾と指摘し、「人事篇ノ大主義タル個人主義」¹⁹⁵⁾を攻撃する意見が一つの主要な柱となっていた。これに対して法典断行派も直ちに反論し、激しい論争が両派の間に展開されたが、この論争に、かつて元老院を半ば無視される形で強行的に法典を公布されてしまった経緯に不満を募らせていた旧元老院議官の三浦安や村田保らが合流した。そして同年5月16日、貴族院議員村田保によって「民法商法施行延期法律案」が帝国議会貴族院に提出された。その法律案の内容は民法商法の施行を1896年（明治29年）12月31日まで延期すべしというものであった¹⁹⁶⁾。ここにおいて法典延期派は、帝国議会の「議員を動かして来るべき議会の論戦に於て多数を得る」という「目的」を達成するこ

とになる。

8 法典施行の延期

元老院をも半ば無視して山田、伊藤らによって強行的に制定・公布された法典の内容について、金子堅太郎は1892年（明治25年）、ヨーロッパの国際公法学者で構成される国際公法会で英語講演した。その結果同会は翌年、日本に対する治外法権の撤去を可とする旨の決議を行った。金子がその決議文を伊藤の下に届けたところ、伊藤は金子に、英文の手紙をよこしたという。手紙の趣旨は次のようであった。

「君から送きたる公法会の報告を見た、さうして国際公法会が日本に於ける治外法権を撤去するといふ決議をしたと云ふことに非常に吾輩は力を得た、国際公法会からさう云ふ通知があつたことを吾輩は大に喜ぶ」¹⁹⁷⁾

懸案であった不平等条約の改正問題に一つの目処がついたことに、伊藤は喜びもひとしおであったと言える。事実1894年（明治27年）、悲願の条約改正が遂に実現することとなる。もっともそれは、民法商法等が施行されるという条件付であった。その条件を付けさせる端緒になったのは言うまでもなく民法商法施行延期法律案である。伊藤の陰の苦勞を知ってか知らずかは別として、こうして法典論争の舞台は政治の場に移ることとなった。

5月26日の貴族院での第一読会における提案理由説明で、村田は、かつて法律取調委員会で「斯ル大切ナル法典ヲ輕躁ニ議スルハ甚ダ宜クナイト云フコトデ委員長〔当時の司法大臣山田顕義〕ニ勸告」したが「其説ハ用キラレ」ず、「従前ノ通りばあそな一ど氏ノ草案ニ拠ッテ議事ヲ継続セロ」ということで「新法典ニハ初ヨリ委員中ニ不同意ノ者」があった¹⁹⁸⁾と述べた。この発言の背後には無論、元老院において法案修正をしたものの「元老院ノ檢視ニ付セラレタ、檢視ニ付セラレタ以上ハ元老院ノ議定ハ反古ニナツタ」¹⁹⁹⁾という三浦安らの怨念も込められていた。

だが、さらに村田は、理由説明の中で、夫婦・親子間に訴権を認めた財産取得編の一規定を例に挙げ、「子ヨリ親ニ対シテ訴ヲ起シ妻ヨリ夫ニ訴ヲ起セヨト法律ガ教ヘル様ナ」

「斯様ナル法律ヲ行ヒマシテ一家ノ平和ヲ保ツコトガ出来マセウカ」²⁰⁰⁾と論争の核心に触れた議論を展開した。すなわち、契約で結合する夫婦中心の小家族であれば、夫婦・親子間の争いは法律問題として訴訟により解決しても良いかもしれない。しかし、かかる手法は、我が国のような情義に基づく親子中心の伝統的「継承」家族構造には馴染まない。

以上の点を、村田は端的に指摘する。彼の発言を更に続ければ次のようである。

「又人事編第26条第27条ニハ親子兄弟ハ互ニ養料ヲ給スル義務アルコトヲ掲ゲテアリマス、養料ノ義務ハ財産編第 380条ニ法律上ノ義務トシテゴザイマス、夫レ故ニ是非法律上デ与ヘネバナラヌコトニナッテ居リマス、故ニ放蕩ノ子ハ親ニ対シテ訴ヲ起シテ養料ヲ受ケルコトモ出来、又無頼ノ弟ハ兄ニ対シテ養料ヲ訴フルコトガ出来マセウ、然ルニ我邦ハ古来ヨリ倫理ヲ尊ブノ習俗デゴザイマス……現ニ小学校ノ生徒ニ勅語ヲ暗読セシムルデハゴザイマセヌカ、其勅語ニ汝臣民父母ニ孝ニ兄弟ニ友ニ夫婦相和シ云々トゴザイマス、一方ニハ孝悌ノ道ヲ教ヘ一方ニハ不孝不悌ノコトヲ許シテハ我が法典ハ我が国体習俗ニ悖リ倫理ヲ紊ルト云フテモ決シテ誣言デナイト思ヒマス」²⁰¹⁾

権利義務中心の「極端個人本位ノ民法」と教える「法」である教育勅語との「矛盾」、すなわち権利と伝統的共同体原理との矛盾を指摘するこのような村田の議論は、「祖先教ヲ撲滅シ」ながら「唯学校ノ修身教課書ヲ以テノミ保維スルコト」を突いた穂積の批判と同一である。この矛盾を解決するために村田らによって民法典の施行延期が企てられたのだが、その後の事態の展開は不幸にもこの矛盾を先送りすることとなる。

というのは、同じ延期賛成論者であっても村田らとは全く異なった視点に立つ富井政章のような人物もこれらの議論に参画してきたからである。富井議員によれば、法典が「仏蘭西民法ト仏蘭西民法ト同一ノ伊太利民法トヲ参考ニシテ拵ヘタモノデア」って「学問ノ進歩ニ伴フテ学者ノ研究シタ其研究ヨリ生ジタ所ノ貴重ナル材料ト云フモノヲ参考ニシテ居ルコトガ実ニ少イ」とし、「殊ニ独逸民法草案デアルトカ白耳義民法草案トカ云フモノハ全ク参考シテナイ」とされ、それゆえ「我邦今日過去ニモ将来ニモナイト云フ此大法典ヲ制定スルニ当ッテハ宜シク外国ノ新シイ材料ヲ十分ニ参考ニ採ッテ然ル後編纂スルガ当然デアラウ」とされる²⁰²⁾のである。先に村田らの提起した問題と正反対の、この言わば近代法典導入積極派の潮流が、結局は事後の法典再編纂に少なからぬ影響を及ぼし、結果として「矛盾」の先送りに手を貸すことになる。

ともあれ、以上のような3日間にわたる貴族院での壮絶な審議の後、延期法律案は起立者多数で可決された。同案は直ちに衆議院に回付されたが、6月3日から審議が始められた衆議院においても、法典の「断行ト云フコトハ委員会ニ於テ一人モナイ」²⁰³⁾という委員会審議報告にも見られるように、延期派に圧倒的に有利な状況下であった。その結果、延期法律案は6月10日可決成立した。かくして断行派の法典施行に賭けた努力は水泡に帰した。

この事態に対し政府は、延期法の上奏・裁可手続をいったんは留保したが、8月に成立した第2次伊藤内閣において法典施行取調委員会を設置し、その答申に基づいて11月裁可

・公布した。こうして民法典の施行は1896年（明治29年）12月31日まで延期されることとなった。

9 民法の再編纂

法典の施行延期を受けて政府は1893年（明治26年）3月、伊藤を総裁とする法典調査会を内閣に設置した。その際民法修正案の作成に関する起草委員には、穂積陳重、富井政章、梅謙次郎が任命された²⁰⁴⁾。民法の構成は新たにドイツ民法草案にならい、総則、物権、人権（債権）の財産編3編と親族、相続の身分編2編の計5編とされた²⁰⁵⁾。

前3編については1895年（明治28年）12月に調査会での審議を終え、翌1896年（明治29年）1月、第9回帝国議会に民法中修正案総則編物権編債権編として提出され、2月26日衆議院において審議を開始、3月16日可決され、続く貴族院においても23日可決成立し、4月27日に公布された。だが、法典延期の主原因となった肝心の後2編（親族編相続編）については、ようやくその前年の10月14日から調査会での審議が開始され、1896年（明治29年）12月16日にやっと審議が終了したために、手続上31日までの施行延期期限に間に合わない恐れが生じた。そのため、法典の1898年（明治31年）6月30日までの再延期を求める「法典ノ施行延期ニ関スル法律案」が12月の第10回帝国議会に提出され、可決成立・公布された。

もっとも、この親族相続両編に関しては「人事編、民法を延期せしむ」とさえ言われ、あれほど法典論争で盛り上がった中心の問題であったにもかかわらず、編纂の基本方針は結局のところ「根本的ニ改正ヲ加ヘネバナラヌト云フ程ノ点ハナイ」²⁰⁶⁾ということになり、その結果磯部四郎をして、かつて山田司法大臣の下で自分が起草したものと「大差ナカリシ様ニ思」う²⁰⁷⁾とまで言わせ、また、富井の下で補助委員を勤めた仁井田益太郎によっても、この「親族・相続は旧民法に大分似て居ります」²⁰⁸⁾ ²⁰⁹⁾ という内容のものとなった。

だからこそ、この両編が1898年（明治31年）5月21日、第12回帝国議会衆議院に民法中修正案親族編相続編として提案された²¹⁰⁾時、沼田宇源太議員らによる強硬な法案全部否決論に遭うこととなる。沼田は、次のように言う。

「此案全体ノ組織ガドウナツテ居ルカト申シテ見マスレバ、所謂家族主義、日本ニ是マデ行レ来タ所ノ家族主義、西洋ノ流儀ノ個人主義、此二ツノ混合シタ法律デアル謂ハマ家族制度ト個人主義ノ間ノ子法律デアルト云フテ可ナリデゴザイマス……是ハ日本ノ社会的関係ニ向ッテ爆裂弾ヲ投ジタモノ

デアルト云フコトハ、極ク淡泊ナルコトヲ申上ゲマスルナラバ、諸君ノ銘々ノ家ノ関係ト云フモノハ是マデ如何ナルコトヲ以テ一家ノ平和ヲ維持シ来ツカノデアアルカ、所謂道德ノ関係、徳義ノ関係、是ハ即チ日本ノ家族制度ノ古イ風俗、良キ習慣ヲ維持シ来ツカ所ノモノデアアル、然ルニ一度此法律ガ發布ニナツタ以上ハ、夫婦兄弟ノ関係ト云フモノハ、全ク変化シテ、権利義務ノ関係トナルデアアル、……子ハ親ヲ養フハ親トシテ養フト云フ思想ヨリハ、寧ロ義務トシテ養ハナケレバナラヌト云フコトニナル、又扶養ノ義務ト云ウモノモ順序ヲ定メテアツテ見マスルト、祖父ガ貧困ニ迫ツテ養ハナケレバナラヌト云フコトニナツテモ、孫タルモノガ財産ヲ持ッテ居リナガラモ、是ハ子供ガアル、子供ガアツテ見ルト、法律ノ順序トシテ私ハ鏝錢一文モ祖父サンニヤルコトガ出来ナイ、ト斯様ニ権利ヲ主張スルヤウニ至ル、是ハ即チ日本ノ家族制度ヲ破壊スルニアラズシテ何ゾヤ、日本ノ社会的関係ニ向ッテ爆裂弾ヲ投ズルト言ハズシテ、何ト申スノデゴザイマセウ」²¹¹⁾

法案についての「日本ニ是マデ行レ来タ所ノ家族主義、西洋ノ流儀ノ個人主義、此ニツノ混合シタ法律」という沼田の見方は核心を突いている。しかしその「混合シタ法律」により導入された「権利義務ノ関係」が、「徳義」によって成り立ってきた親子や「夫婦兄弟ノ関係」、すなわち家族関係を破壊する、例えば、祖父が困窮にあった場合従前は「徳義」を支える「情義」²¹²⁾が働いてその孫も進んで扶養をするという美風も、権利の出現によって孫は、法律の定めた順序によれば自分の扶養義務は後順位だと主張して、人としての責任を免れるようなことが生じる、と言うのである。沼田の言は、西欧近代個人主義的権利が有機的かつ健全な人間関係を破壊するという病理的現象²¹³⁾を直感的にはあるが、見事に見抜くものと言える。このような沼田の、「一度此家族関係ヲ破壊シタ以上ニナリマシタナラバ、此日本ノ種々ナル社会的関係ニ於テ、如何ナル風波ガ生ズル」²¹⁴⁾かという心配は、言うまでもなくかつて法典延期法律案審議を行った貴族院において、権利義務中心の「極端個人本位ノ民法」と教えの「法」である教育勅語との「矛盾」を指摘した村田の議論と同一の延長線上にある。

だが、にもかかわらず「条約改正ト云フ政府ガ鬼ノ面ヲ冠ッテ来テ威シ附ケル」²¹⁵⁾という攻勢の下では沼田らの「反対論は遂に奏功せず」²¹⁶⁾、民法修正案は6月2日、衆議院において多数をもって可決に至ることとなる²¹⁷⁾。

続く貴族院においてもやはり激しい論戦が行われたが、その中で曾我祐準議員が、婚姻における父母の同意に関して次のような点を質問する。そもそも修正案第772条第1項本文には「子カ婚姻ヲ為スニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」とあったが、この規定は、先に延期を余儀なくされた民法人事編第38条第1項の「子ハ父母ノ許諾ヲ受クル

ニ非サレハ婚姻ヲ為スコトヲ得ス」という規定と同一であった²¹⁸⁾。ところが、修正案にはさらに、新たに「但男カ満30年女カ満25年ニ達シタル後ハ此限ニ在ラス」という但書が付せられていた。曾我はこの但書について、「男ガ30歳ヲ越ヘ女ガ25歳ヲ越ヘタ時分ハ其〔父母ノ〕同意ヲ得ナクテモ宜イト斯ウ云フコト」であるが、「或ル娘ナリ息子ナリガ親ガ同意ヲセナイノニ婚姻ヲシタ所ガ親ガ怒ッテ小言ヲ言フタナラバ裁判所ニ持ッテ行ッテトウトウ勝チニナッタ」というようなものに、日本人の多くは「同情ヲ惹クマイト思フ」し、「父母ノ命媒酌ノ言ヲ俟タズシテ嫁スト云フコトハ日本デハ有徳ナモノトハ心得ヌ」、と迫った²¹⁹⁾。

これに対して起草委員の一人であった梅謙次郎は、徳義上はともかく「法律上ニ於テハ今日ハ唯戸主サヘ承知スレバ何時デモ婚姻ハ出来ルノデ」「此民法ニ定メマス所デハソレデハイカヌ」から「男ハ30歳、女ハ25歳マデハ父母ノ同意ガナケレバ表向ノ婚姻モ出来ナイ」こととし、「ソレヲ強テ婚姻ヲ致シマスルト、後カラ取消サシメル」ことになり、その結果「現行ノ慣習法ヨリハ此法ガ厳ニナッテ居ル積リ」だと反撃する²²⁰⁾。

だが、先の「子ハ父母ノ許諾ヲ受クルニ非サレハ婚姻ヲ為スコトヲ得ス」と規定していた民法人事編第38条第1項の趣旨は、立案者であった熊野敏三によると次のようなものである。すなわちその趣旨は、第一に「我風俗ニ依レハ人子タル者ハ終身其父母ヲ尊敬スヘキ義務アルモノ」だからということと、第二に「我国ニ於テハ家制ノ結果トシテ親子同居スルモノナレハ若シ婚姻ヲ為スニ付キ父母ノ許諾ヲ受ケサルトキハ一家ノ親睦ヲ維持スル能ハサル」ものだからという二点にあり、それゆえ、「〔父母と同家する〕子ハ終身其父母ノ許諾ヲ受ケサルヘカラス」とされていたのである²²¹⁾。

しかるに、そもそも民法修正案の作成を行った先の法典調査会では、当初この条文は何と「未成年者カ婚姻ヲ為スニハ其父母ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス」という文言で提案されていた²²²⁾。この当初案についての調査会における梅の提案理由説明は、「成年ニナツテ法律上ノ行為ヲ独立シテ出来ルヤウニナツテ居レバ父母ノ許諾ガナケレバドウシテモ出来ヌト云フコトニスルノハ穩当デナカラウ」²²³⁾というものであった。つまりこの当初案は、曲がりなりにも父母の許諾を必要としていたフランス民法はおろか、25歳までは父母の承諾を必要とするドイツ民法草案すらも採用するものではなく、かつて一度否定された人事編当初案に立ち戻って提案されたものであった。この点について梅は、「斯ウ云フコトハ成ルベクハ徳義ニ任セル方ガ宜イノデ法律上ハ制限ヲ狭クシテ置テ其狭イ範圍丈ケハ必ラズ行ハシムルト云フ方ガ却テ法律ノ規定トシテ宜シカラウ」²²⁴⁾という説明を行っていた。

しかし調査会におけるこの梅の説明に対しては、当然のごとくかつての断行派岸本辰雄から、「此『未成年者』ト云フノヲ『子』ト云フコトニ改メテ」もらいたい²²⁵⁾という異議が提出された。だが岸本はその異議の理由を、「唯嫁ヲ娶ルト言ヘバ面ノ宜イノヲ見テ一時ノ見合ヒカラシテ必ズあれが宜イト云フコトニナル」が「親ハ始終経験シテ世ノ中ノ人ト交際ヲシ色々ノ事情ヲ知ツテ居ルカラシテ唯宜イト言ツタ所ガ承諾ヲ与ヘ」ず「仔細ニ探偵ヲ遂ゲタ上デ」「承諾ヲ与ヘ」るものだからと言った²²⁶⁾。これはつまり、「父権ヲ重ンズル所カラ諾否ヲ決スルノデハナ」く、「婚姻ヲ宜クシヤウト云フ方カラ父母ノ承諾ト云フモノガ必要」とするもの²²⁷⁾である。しかしながら、この理由は元々の立案者熊野の言う「人子タル者ハ終身其父母ヲ尊敬スヘキ義務アルモノ」及び「同居スル……父母ノ許諾ヲ受ケサルトキハ一家ノ親睦ヲ維持スル能ハサル」ものという立法趣旨からは既に外れている。

その結果調査会における議論は、土方寧が提案した「男ハ女ヨリハ實際一人前ニナルノハドウシテモ晚イ」が「女ハ男ヨリカモ用心深イカラ早く考ヘテ用心ヲスル」ので「男ヨリ早く一人前ニナル」ゆえ「男ハ30歳デモ宜シウゴザイマス女ハ25歳ト云フコトニ替ヘテ戴キタイ」という年齢制限案が穏当である²²⁸⁾ということになり、結局最終的に「男カ満30年女カ満25年ニ達シタル後ハ此限ニ在ラス」という但書となって帝国議会に提案されることとなったのである。

だが、この修正案に対する貴族院での曾我の「今少シ調査ヲ」したい²²⁹⁾という最後の抵抗も、決して「政府モ議会ヲ脅迫シテ僅ナ短期ノ間ニ議了セシムルナゾト云フヤウナ考デハナ」く²³⁰⁾、「維新ノ国是方針ト共ニ国権ノ回復ヲシナケレバナラヌト云フ」「30年1日ノ如クニ唱道サレテ来タ」「条約改正ト云フ」「多年ノ間」の「上下ノ希望」が「此法案ガ若シ通過セヌト云フ暁ニナリマスレバ、今日マデ30年ノ事業トシテ継続シテ来テ将ニ成功ヲ致サントスル所ノモノガ水泡ニ帰スルコトニナ」るゆえに「速ニ議了セラル、コトヲ希望スルニ過ギマセヌノデゴザリマス」²³¹⁾という伊藤総理大臣の「鬼ノ面」の前には全く無力であった。

このような状況で貴族院においても6月10日、民法修正案親族相続両編は原案どおり可決成立し²³²⁾、6月21日公布された。こうしてともかくも成立した民法典全5編は7月16日から施行され、1870年（明治3年）江藤新平が民法編纂を手がけてから実に30年近くの歳月を費やした大事業も、ようやくここに幕を下ろすこととなった。同時に政府の懸念していた対イギリスを初めとするほとんど全ての改正条約も、翌1899年（明治32年）7月17

日から無事発効することとなった²³³⁾。

だが、その反面この民法典とりわけ親族編相続編は、「日本ノ家族制度ノ古イ風俗、良キ習慣」である「道德ノ関係、徳義ノ関係」と「権利義務ノ関係」との間の未解決の「矛盾」、端的に言えば、近代法原理と伝統的共同体原理との確執（沼田の言う「爆裂弾」）を抱えたまま施行された。このままでは決して済まないことを沼田は、「殊ニ此人事ノ関係ニ至リマシテ、若シ此法律ヲ行ッテ見マシタナラバ、必シモ円滑ニ行レル氣遣ハゴザイマセヌ、必ズ修正ヲ出サナケレバナラヌト云フ必要ガ迫ッテ来ル」²³⁴⁾と予言するのだが、彼のその予言は大正期に見事に的中する。すなわち、とりわけ穂積八束を中心として燃え上がった法典延期派の家族主義の維持という目論見の炎が結果的に完全に逆目に出た親族編第 772 条第 1 項但書が、後に述べるように大正期に江木千之の手を借りて再び大火へと復活させる主たる火種となって燃え続けることになる。そしてその時に「矛盾」（確執）の緩和あるいは「爆裂弾」の雷管撤去への方策として調停制度（「家事審判所」構想）が新たに登場するのである。

この調停制度は第 1 節でも触れたように、明治国制秩序の言わば要石とでも言うべき存在なのであるが、そうであるとしても、そもそもその明治国制秩序が示すところの構造的な特色は一体何であるかが問題である。この点を解き明かすための重要な手がかりが、伊藤の説く「郷党的社会」論である。よって次に、伊藤の「郷党的社会」論について詳しく見ることとし、その上で、この「郷党的社会」と調停制度の基盤となっている司法制度との関係について述べることにする。

第 3 節 伊藤の「郷党的社会」論と司法制度との関係

1 伊藤の「郷党的社会」論

既に述べたとおり、憲法制定に先立って渡欧した伊藤博文がその成果として持ち帰ったのは、「日本の国体及歴史」の尊重という視点であった。このような伊藤の自覚的認識は後年、次のような「郷党的社会」論に集約されている。伊藤によれば明治国家形成において、「我国には自から固有の特質あり、決して之を度外視し得べきにあらず」²³⁵⁾ということが何よりも重要と考えられた。この点から伊藤が着目したのは、「維新前に於ける我国の社会には、他の文明国に其比類を見る能はざる特殊の状態あり」²³⁶⁾、ゆえに「我国実際の事情に適合すべき憲法を採定せんと欲せば、前述の如き我社会上の特質を斟酌すること最も丁寧親切なるを要す」²³⁷⁾という「国民挙げて家族相親し」み、「情義を重んず

る郷党的社会」²³⁸⁾の存在であった。その上で彼は、このような「情義を重んずる郷党的社会」という「日本社会の特質には善悪両面」がある²³⁹⁾ことを指摘する。その中まず、「善」方面の一例として彼が掲げるものは、次のようである。

商業界の恐慌の際外国では投機的事業は倒れても確実な事業は残り、もって「商界の空気を一洗する」のに対し、我が国では「道德的、義侠的元素」が活動し、「互に相憐み、相救ふの情」が起こって確実な事業家も投機的事業を助ける等のことによって「一般商業界の景気は一時不振を来す」ことはあっても「全体の組織は為に大動揺を免かるゝを得」²⁴⁰⁾。また、この気風は工業界においても同様であり、我が国の労働者は外国のような「精神死滅の動物」とはならず、資本家との間に「保護者、被保護者の温情ある関係」が存在する²⁴¹⁾。そしてこのような「互に相憐み、相救ふの」「温情ある関係」の存在が、「社会に於ける各種機関の緩和剤を供して、其衝突、軋轢を調和」²⁴²⁾することにより、社会全体が「大動揺を免るゝ」のである。

しかしながら伊藤は、その「悪」方面についても忘れずに次のような例を挙げる。すなわち、「冷静なる知識よりは寧ろ情義を重んずるの郷党に於ては、一事を処理するに当り、情義に殉へて自由討論を押し去るの風あるを免れず」、よって「所在豪族独り其意を恣にし、一郷の行政は一家の私事と選ぶ所なきに至るを免れざることあるゆえに、これでは「自由に公明に討論するを以て最大必要の条件となし、私人の感情若くは情義に至つては、之を一擲して国家共通の幸福利益を冷静に商量するを本義と為」すべき立憲政治の実行は到底望み得ない²⁴³⁾、と言う。

このように伊藤は、「情義を重んずる郷党的社会」という日本社会における善悪両面の特質を指摘する。そしてその上で、「是に於て吾人は其善方面は勉めて之を維持し、悪方面は勉めて之を防御するに力を致さざるべからず」²⁴⁴⁾と言う。伊藤の言わんとするところは要するに、「憲法」²⁴⁵⁾の採定に当たり「郷党的社会」は社会の安定に資する点で有益であって維持されるべきであるが、立憲政治にとっては有害であって排除されるべき存在であるということである。これが伊藤にとっての近代立憲的原理と伝統的共同体的原理との「喰ひ合せ」²⁴⁶⁾であったと言える。

しかしながら同時に、既述のとおり伊藤は、立憲制の危機に瀕した際、立憲君主ではなく、「憲法国之常例ニ違ヒ」て「万民ノ父母」としての天皇、言い換えれば、立憲的原理にではなく、「郷党的社会」の「徳義」に活路を求めた。このことが果たして、しょせん「異質な二原理」²⁴⁷⁾による「矛盾」の所産に過ぎないものであるのか、それとも伊藤に

よる「郷党的社会」を「立憲君主制の範囲で融合するという試み」の結果であったのかが、国制の全体構造に関わる問題として説明を要する事柄なのである。

その意味で調停制度は国制上枢要な位置付けを持つことになるが、次に見るように、当初明治前期の司法制度上は「郷党的社会」が必ずしも一定の制度的位置付けを与えられることは無かった。すなわち、「郷党的社会」は、例えば地方自治制度においては明治期既に明確に国家構造上取り込まれた²⁴⁸⁾にもかかわらず、司法制度からは基本的に排除された。その点を、勧解の成立から消滅までの経緯を通しつつ見ていくこととする。

2 明治前期の調停制度——勧解

(1) 勧解の成立

明治初年（4、5年）頃においては、調停制度としては基本的には旧幕制下と同様の、町村役人・五人組等の介在する自主的紛争解決とそれを裁判役所が勧奨するのを常とする内済が行われていたとされる^{249) 250)}。1871年（明治4年）7月、司法省が設置され、それまで刑部省・弾正台及び民部省（一時大蔵省）で取り扱われていた訴訟手続が同省に引き継がれ、近代化の一環としての統一的裁判機構の基礎がようやく整い始めた翌1872年（明治5年）8月、裁判所の構成、権限、手続を定めた「司法職務定制」が布告された。この布告も大要は、内済を初めとする旧幕制下の手続にならう従前の手続に準拠していたが、従前の手続との相違点は、和解を述べた「裁判中被告人ヨリ原告人ニ和談シ双方諧熟シテ解訟ヲ願フ時ハ原告被告連印ノ証書ヲ徴シテ後ニ聞キ届クル旨ヲ判事ヨリ達シ其証書ハ済口証文編冊ニ編ム検事検印ス」という文言が、従前のように「裁判官が和解を勧奨するようになっていない」点であった²⁵¹⁾。この点は、石井良助によれば「和解は当事者が発意すべきもので、裁判官は説得すべきでないという江藤〔当時司法卿〕の考えに基づくもの」と推測される²⁵²⁾。

さらに1873年（明治6年）7月、訴訟手続における書式等を定めた「訴答文例」が布告されたが、ここでは訴状や答書等の作成において「従前ノ差添人ヲ廃シ之ニ代ルニ代書人ヲ以テス」と規定され、したがってまた、和解の際の解訟に関する答書についても原告人の奥印連印を要する他、差添人の連署連印を別段求められてはいなかった²⁵³⁾。このように訴答文例等が「紛争解決の意思決定については従来の地域的な名望家や裁判官など一切の第三者の介入を明文上は認めていない」²⁵⁴⁾結果として、当事者は、戸長・副戸長（従前の庄屋・名主等町村役人に代わる者）等の「郷党的社会」と関わり無く裁判手続に関与で

きることになったことになる²⁵⁵⁾。すなわち、裁判という近代法制度から「郷党的社会」が排除され、結果、司法権力（国家）に個人が直接対峙させられることになった。

以上のような経緯を経た後、府県裁判所及び市庁が設置された1875年（明治8年）9月、「東京裁判所市庁管轄区分並取扱仮規則」（司法省達番外）において初めて勧解が定められ、12月には「裁判市庁仮規則」（司法省達第15号）により全国に実施された。その後数次の改正を経つつ、1891年（明治24年）の民事訴訟法施行までの約15年間にわたり勧解は、民事紛争の大部分を処理することになった。

(2) 「郷党的社会」との断絶

勧解が採用されたのは、江藤の急激な司法の近代化に対する反動として我が国の旧慣をも顧みる動きが見られた大木司法卿の時代であった。だが、この勧解は「郷党的社会」に基礎を置く従前の内済ではなく、「フランス革命によって創設されたconciliation」²⁵⁶⁾を規定するフランス民事訴訟法に依拠するものであった²⁵⁷⁾。すなわち勧解は、「自ラ尽スヘキ義務ヲ尽サザルヨリ瑣々タル訴訟ニ偶ヒ、許多ノ費用ヲ増加シ、終ニ身代限分散スルニ至ル」者や、また「他人ノ為ニ煽動セラレ出訴」する者などもいて、「実ニ人情ニ失シ、風俗ヲ紊ル」ゆえに「相設ケ」、「懇説篤諭シ」、「右ノ弊害ナカラシメント欲ス」る²⁵⁸⁾ものとされた。しかしながら「勧解ヲ乞フ者ハ訴状ヲ作ルニ及ハス直チニ該庁〔裁判所市庁〕ニ願出テ其事由ヲ陳述スルヲ得ヘシ」²⁵⁹⁾というように、勧解は「紛争解決の意思決定については従来の地域的名望家の「介入を明文上は認め」ない訴答文例の延長線上に位置し²⁶⁰⁾、「基本的には村落共同体への依拠を排し」て「村落（町）共同体やその指導者の介在を拒否し、原被告個人と直接関係を結ぶ」²⁶¹⁾ものであった。

もっとも、実際の運用上は勧解前置主義が行われていた²⁶²⁾こともあり、勧解は特に、金銭に関わる民事紛争の解決において訴訟に代わる重要な役割を果たすこととなった²⁶³⁾。

(3) 伝統的共同体原理の「放置」

1884年（明治17年）からヘルマン・テッヒョーを中心としてドイツ法に準拠した民事訴訟法案が作成・編纂されていくこととなったが、その過程で勧解は最終的に法案から除外され、勧解委員規則という単行法として司法省で作成される運びとなった。

だが、この勧解委員規則案に対し時の法制局長官井上毅が異を唱え、その意見もあってこの案は結局採用されず、結果として1891年（明治24年）、民事訴訟法の施行とともに勧解制度は消滅した。山田司法大臣に宛てたところによると井上の反対理由は、勧解委員規則における勧解委員が市町村会の選挙によって選出される点にあった。すなわち、もしこ

のようなことが実施されれば、「目今之情勢必一ツノ田舎政党之争地、又器械と相成るニ過きざるべく、数年を出ずして其弊ニ堪へざるニ至」ることになる、しかも、勸解委員も「是亦一ノ裁判官ニ相違無之」いが、「独乙之如き、其習慣有之国ならハ格別、仏国ニ而裁判官ヲ公選シ、忽ち其害ニ懲りて官選ニ改メ候ハ、歴史上之例鑑」であるという²⁶⁴⁾。井上にとって見れば、「多数決を以て一切万事に適應せしめんとするは我国体の天性にあらさる」ものであって「多数を以て少数を圧」して国権を左右する²⁶⁵⁾ことは、司法においても同様に許されることではなかった。

このように井上は、勸解委員規則に反対した。もっとも、彼は勸解のような調停制度そのものまで不要としたのではなく、「旧制ニ依リ勸解裁判官ヲ置クベシ」としながらも、「訴訟法ニ之ヲ廃シタルハ、其ノ必要ナシトスルカ為」であろうから、「今之ヲ人民ノ自由ニ仲裁者ヲ選択スルニ任セテ、官ヨリ規定セザルベキ」ものとした²⁶⁶⁾ ²⁶⁷⁾。すなわち井上は、一方で勸解という「郷党的社会」と切り離された従前の制度を支持しつつ、他方でそれに代わるものとして民事訴訟法で新たに導入された仲裁手続という裁判所とは関わりなく、むしろ「郷党的社会」内での伝統的共同体原理の機能が期待される自治的紛争解決制度を奨励する。その意味では井上は、近代司法の場において、「郷党的社会」という「『俗』を」「国家権力ないし法律の領域外に放置」し²⁶⁸⁾、仲裁制度に対し共同体秩序を基盤としたかつての前近代的調停制度たる内済の代替的機能を担わせようとしたと言える。

だが、「条約改正のために近代的法典の編纂において、形式的整備を急いだ結果と、富国強兵を目的とする上からの近代化を強行した結果とによって」、「古来の醇風美俗に対して、或程度の侵犯をあえてせざるをえなかった」²⁶⁹⁾がゆえの「こうした醇風美俗の崩壊」²⁷⁰⁾、すなわち「郷党的社会」そのものの衰退が、やがて内済代替物として期待された仲裁制度をも機能不全に追い込んでいく²⁷¹⁾。

このことが意味しているのは次のようなことである。つまり、近代化推進のために近代法原理を導入した反面伝統的共同体原理を司法制度外に放置したことが、伝統的共同体原理に対する近代法原理の凌駕を後々座視する結果となったということである。それゆえ今度は、伝統的共同体原理回復のいわば切札として、「郷党的社会」を擬似的に模した「家事審判所」という新たな調停制度が出現することになる。これはつまり、近代法原理への伝統的共同体原理の取込みを意味するものである。しかしながら、このことは同時に、伊藤における先の近代立憲的原理への伝統的共同体原理の取込みと同一の問題を提起する。

すなわち、この近代法原理と伝統的共同体原理の「喰ヒ合せ」は、「矛盾」なのか、それとも「融合」（統合）なのかである。これらの点を以下、章を改めて詳述していくことになる²⁷²）。

第1章 注

- 1) 明治3年「国法会議の議案」、江藤新作『南白江藤新平遺稿（後集）』（吉川半七、1900年）31丁。
- 2) 明治6年「憲法制定の意見」、木戸公伝記編纂所『松菊木戸公伝下巻』（明治書院、1927年）1568頁。
- 3) 明治5年正月22日付木戸孝允、妻木忠太編纂『木戸孝允日記第二』（日本史籍協会、1933年）142頁。木戸孝允が米欧視察団の一員としてワシントンに着いた翌日、随行書記官の何礼之に憲法調査について申達した際の記述。憲法の制定は木戸の悲願であった。
- 4) 稲田正次『明治憲法成立史 上巻』（有斐閣、1960年）89頁。
- 5) 江藤・前掲注1) 31-33丁。稲田によれば、この案は基本的にオランダ憲法にならったものとされる。
- 6) 稲田・前掲注4) 212-228頁所収による。
- 7) 明治6年手記、木戸・前掲注2) 1571頁。
- 8) 木戸・前掲注2) 1564-1565頁。
- 9) 木戸・前掲注2) 1565頁。
- 10) 稲田の指摘によれば、この章は、ベルギー憲法第25条にならうものとされる。この点について稲田・前掲注4) 200頁参照。
- 11) 特に憲法起草過程において、明治20年の当初案であつたいわゆる夏島草案以来、議院の法律起案権は認められていなかった（この点は、稲田・前掲注4) 207頁参照）。議院に法律起案権が認められたのは、明治22年、枢密院の憲法草案再審会議においてであつた（この点については稲田正次『明治憲法成立史 下巻』（有斐閣、1962年）820-823頁参照。なお、明治22年1月16日午前伊藤枢密院議長発言、国立公文書館蔵『枢密院会議議事録 第3巻 明治22年』（東京大学出版会、1984年）6-7頁参照）。
- 12) 稲田・前掲注4) 204頁。
- 13) 稲田・前掲注4) 203頁。
- 14) 明治6年11月「立憲政体に関する意見書」、大久保家蔵版『大久保利通文書第五』（日本史籍協会、1928年）186頁。
- 15) 稲田の推測による。この点につき稲田・前掲注4) 151頁参照。
- 16) 明治9年9月7日付憲法起草の勅命、浅井清『元老院の憲法編纂顛末』（厳松堂書店、1946年）34

頁による。

- 17) 明治13年12月「国憲草按ヲ進ムル報告書」、伊藤博文編、金子堅太郎・栗野慎一郎・伊藤博精・尾佐竹猛・平塚篤校訂『秘書類纂 憲法資料下巻』（原書房、1970年/初出は秘書類纂刊行会、1935年）384頁。
- 18) 稲田・前掲注4) 307－316頁所収による。
- 19) 明治13年 8 月「国憲審査局ヲ置クノ議」、大塚武松編纂『岩倉具視関係文書第二』（日本史籍協会、1929年）174－175頁。なお、稲田の推測によれば、この建議は井上毅の筆になるものとされる（この点につき、稲田・前掲注4) 334頁参照）。
- 20) 稲田の推測による。この点については、稲田・前掲注4) 289－291頁参照。
- 21) 12月21日付岩倉宛伊藤博文書簡、春畝公追頌会『伊藤博文伝中巻』（統正社、1940年）189頁。なお稲田は、この書簡の年について、明治12年ではなく、13年と推測する（稲田・前掲注4) 336－337頁参照）。
- 22) 明治14年 3 月大隈重信「建議」、皇后宮職蔵版・宮内省版、多田好問編『岩倉公実記下巻』（1995年/初出は1906年）1751丁。
- 23) 大隈・前掲注22) 1754丁。
- 24) 大隈・前掲注22) 1752丁。
- 25) 大隈・前掲注22) 1751丁。
- 26) 大隈・前掲注22) 1759丁。
- 27) 明治14年 7 月岩倉「大綱領」、前掲注22) 1766丁。
- 28) 明治14年 6 月「意見第二」、井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝 史料編（以下「史料篇」という。）第1』（国学院大学図書館、1966年）229頁。
- 29) 明治14年 6 月「意見第一」、「史料篇」第1・前掲注28) 226頁。
- 30) 「意見第一」、「史料篇」第1・前掲注28) 227頁。
- 31) 「意見第一」、「史料篇」第1・前掲注28) 227、228頁。
- 32) このとき井上毅も重要な役割を演じたとされる（この点については大久保利謙「明治十四年政変と井上毅」開国百年記念文化事業会編『開国百年記念明治文化史論集』（乾元社、1952年）625頁以下参照）。
- 33) この際の勅書にも「欧州各立憲君治国ノ憲法ニ就キ其淵源ヲ尋ネ其沿革ヲ考ヘ其現行ノ実況ヲ視利害得失ノ在ル所ヲ研究スヘキ」旨述べられてあった。ちなみに、この時後に伊藤の下で明治憲法制定に携わることとなる伊東巳代治も、随員としてドイツに同行していた。

- 34) 憲法調査の拠点とされたのがなぜドイツであったのかは、これも後に伊藤の下で明治憲法制定に携わることになる井上毅の力によるところが大きいとされる。井上は例えば明治14年6月の「意見第一」（前掲注31）参照）におけるように、立憲政体は「普国ニ倣ヒ歩々漸進シ以テ後日ノ余地ヲ為スニ若カズ」とし、ドイツを我が国の主要な憲法モデルとして考えていた。この点について伊藤博文編・金子堅太郎・平塚篤校訂『憲法資料上巻』（憲法資料刊行会、1934年）52頁参照。
- 35) 伊藤博文「帝国憲法制定の由来」大隈重信撰・副島八十六編『開国五十年史』上巻（原書房、1970年/初出は1907年）129頁。なお文中21年9月帰朝とあるが、正確には明治16年8月3日帰朝である。また、出発日は3月15日発とあるが、正確には3月14日とされる。
- 36) 明治15年8月4日付山県有朋・井上馨・山田顕義宛書簡、春畝公追頌会・前掲注21）282－283頁。
- 37) 明治15年10月22日付井上馨宛書簡、伊藤・前掲注21）320頁。
- 38) 金子堅太郎は井上毅の仲介で伊藤に抜擢された。金子堅太郎『憲法制定と欧米人の評論』（日本青年館、1937年）88頁以下参照。なお、伊藤帰国直後から明治19年に至るまでの憲法起草作業の概要については、荒井孝太郎・坂野潤治訳、ジョージ・アキタ『明治立憲政と伊藤博文』（東京大学出版会、1971年）123頁参照。
- 39) 明治19年「憲法起草方針」、金子・前掲注38）133頁。なお、その全文は次のとおりである。
- 「第一 皇室典範を制定して皇室に関係する綱領を憲法より分離する事
 - 第二 憲法は日本の国体及歴史に基き起草する事
 - 第三 憲法は帝国の政治に関する大綱目のみに止め、其の条文の如きも簡單明瞭にし、且つ将来国運の進展に順應する様伸縮自在たるべき事
 - 第四 議院法、衆議院議員選挙法は法律を以て定むる事
 - 第五 貴族院の組織は勅令を以て定むる事但し此の勅令の改正は貴族院の同意を求むるを要す
 - 第六 日本帝国の領土区域は憲法に掲げず法律を以て定むる事
 - 第七 大臣弾劾の件を廃し上奏権を議院に附与する事」
- 40) 帝国憲法第5条は、帝国議会の「協賛ヲ以テ」天皇が立法権を行うと規定する。もっとも、このことは「君民共同」を意味するものではないとされる。この点について、伊藤博文著、宮沢俊義校注『憲法義解』（岩波書店、1940年）28頁参照。
- 41) 伊藤・『憲法義解』によれば、司法は「行政権の支派」であるという。この点について、伊藤・前掲注40）27頁参照。
- 42) 井上毅「逐条意見」、稲田・前掲注11）236－237頁所収による。

43) 伊藤は、枢密院憲法草案第56条審議において、「一国ノ政略廟義ハ連帶責任ナラサルヘカラス」と述べている（明治21年7月4日午後伊藤枢密院議長発言、国立公文書館蔵『枢密院会議議事録第1巻 明治21年〔上〕』（東京大学出版会、1984年）301頁参照）。なお、第55条第2項の法律勅令等に大臣の副署を要するとしたのも、井上ではなく伊藤の考えであった（この点につき稲田・前掲注11）237頁参照）。この点について伊藤は、井上流の「天皇の内閣」ではなく、「内閣の天皇」を目指した、言い換えれば「政府に対する天皇の権限の制限」を意図し、明治憲法体制をして「君主の独裁政治、恣意的な専制政治を行うことが困難な体制」たらしめることを目指したという指摘がなされている（以上の点について、鈴木正幸『国民国家と天皇制』（校倉書房、2000年）84、90—91頁参照）。

44) 45) 伊藤・前掲注40)27頁。

46) 伊藤・前掲注40)27頁。

47) 48) 明治25年8月8日巻158、宮内庁『明治天皇紀第八』（吉川弘文館、1973年）117頁。

49) 「機務六条」には「一 内閣ニ於テ重要ノ国务會議ノ節ハ総理大臣ヨリ臨御及上奏候上ハ直ニ御聽許可被為在事」とあった。「機務六条」については、宮内庁『明治天皇紀第六』（吉川弘文館、1971年）631—632頁参照。

50) 坂本一登『伊藤博文と明治国家形成——「宮中」の制度化と立憲制の導入——』（吉川弘文館、1991年）173頁。

51) 鳥海靖『日本近代史講義——明治立憲政の形成とその理念』（東京大学出版会、1988年）20頁。

52) 鳥海・前掲注51)264頁。

53) 鈴木・前掲注43)102頁（ただし、鈴木は「調停権力」という言い方をする。憲法第49条の上奏権における立憲君主としての天皇に着目すれば、そのように言える。しかし、本文（なお、後掲注55）参照）で述べるように、伊藤は、「万民の父母」たる天皇に着目する。それゆえ、近代法原理上の「権力」概念を避けて、本文では「調停権」という言い方をした）。

なお、中世史学者今谷明もまた、「高次の調停者」、「高次の調停権」という表現を用いる（この点については学術書ではないが、今谷明『室町の王権』（中央公論新社、1990年）207、210頁等）。今谷は、戦国時代の1580年（天正8年）織田信長と本願寺との争いで正親町天皇が両者の和睦を調停している点を、天皇の權威による「高次の調停権」の復活であると言う（この点について、同、204—210頁参照）。

ちなみに、アジアにおけるタイ国王に関しても、類似の役割を持っていることが指摘されている（この点について、石井米雄「タイ国王をめぐる言説」網野善彦・樺山紘一・宮田登・安丸良夫・

山本幸司編『岩波講座 天皇と王権を考える 第5巻 王権と儀礼』(岩波書店、2002年) 304、314頁等参照)。

54) 坂田吉雄『天皇親政 明治期の天皇観』(思文閣出版、1984年)138頁。ただし坂田によれば、かかる伊藤の手段は「帝国憲法の中におさめられていた」という(同頁)。しかし、伊藤の執った手段は憲法上の上奏権それ自体とは別の手段である(なお、伊藤が上奏権についても消極的であった点について次注参照)。

55) 軍艦建造費等の予算をめぐる議会と政府との対立は、議会側の憲法第49条の上奏権行使に端を発するものであった(この経緯については、渡辺幾治郎『明治天皇と立憲政治』(学而書院、1935年) 162-170頁参照)。上奏権については元々、伊藤は当初憲法案には盛り込まなかった。井上・ロエスラーの進言によって結局はその規定を置いたのであるが、枢密院での審議の際、顧問官からの意見を取り入れて議会に法律案起案権を認めたときに、上奏権の規定をいったん削除した。伊藤は、上奏権が大臣弾劾に濫用される懸念を持ったのであった(この経緯については、明治21年7月2日午後伊藤枢密院議長発言・前掲注43)278-279頁、明治22年1月16日午前上奏権規定廃止・前掲注11)6頁、同29日午後上奏権規定復活・前掲注11)41頁等参照)。このような政府と議会の対立に立憲君主としての天皇を巻き込むことは、「まかりまちがえば、天皇の政治的責任が追及されかねない」(鈴木・前掲注43)101頁)ことになるからである。しかしながら、ここにおいて早くもその懸念が現実化した。このことが伊藤をして、天皇ではなく内閣が責任を負う政党内閣制へと向かわせる遠因の一つとなったものと思われる。

56) 明治24年12月2日付井上毅宛伊藤書簡、「史料篇」第5(1975年)47頁。「万民ノ父母」に関しては、例えば726年聖武天皇が「医薬ヲ施スノ詔」で「朕ハ父母タリ」と述べている(この点については、「続日本紀巻第九」加藤咄堂編『歴代詔勅集 日本精神文献叢書第1巻 聖徳篇上』(大東出版社、1939年)93頁参照)。

「伊藤首相の困窮なる場合に 勅語を奉請するの悪癖ある」(明治34年3月12日付近衛篤磨日記、近衛篤磨日記刊行会『近衛篤磨日記(第4巻)』(鹿島研究所出版会、1968年)92頁)と評されたように、伊藤は国政の渋滞に当たってしばしば明治天皇の権威を利用した。つまり伊藤は一方で「天皇親政の方向を否定し、天皇を法・制度の枠内に位置づけようという、天皇の制度化構想を有した」が、他方「立憲国家やその土台となる明治憲法を破壊しようとする動きに対しては、明治天皇の支援を積極的に要請」したとされる(この点について、伊藤之雄「日露戦争と桂園体制の形成」法学論叢第138巻第4・5・6号(京都大学法学会、1996年)229頁参照)。なお、明治天皇が意見を求められた事情についてドナルド・キーンは、「内閣の中に二つの派閥があって、どちらの意見を取るべ

きか決められないときに、明治天皇の声はどうしても必要だった」と言っている（この点についてドナルド・キーン『明治天皇を語る』（新潮社、2003年）175頁参照）。このことは基本的に天皇の役割が（仲裁のようなものを含む広義の）調停であったことを物語るものと言える。

57) 伊藤・前掲注35)131—132頁。

58) 伊藤・前掲注35)133頁。

59) 青山道夫『日本家族制度の研究』（巖松堂書店、1947年）214頁。なお、著者自身が注で補うようにこの見解はエールリッヒの見解に基づいている（同215頁注(2)参照）。

60) 61) 藤田省三『天皇制国家の支配原理』（未来社、1966年）108頁。

62) Junko Ando, Die Entstehung der Meiji-Verfassung, 2000, S.177.

63) 梅溪昇「明治天皇制国家の構造形成に関する一考察」大阪大学文学部日本史研究会編『近世近代の地域と権力』（清文堂出版、1998年）355頁。

64) Takie Sugiyama Lebra「『法外の法』と対決回避的コミュニケーション」ジュリスト第762号(1982年)97、100頁参照。

65) 磯部四郎「民法編纂ノ由来ニ関スル記憶談」法学協会雑誌第31巻第8号（1913年）147—148頁。

なお、引用文中「明治4年」とあるが、5法作成を実現しようとしたのは江藤が司法卿となったときであるから、明治5年と思われる。

66) 丸山幹治『副島種臣伯』（みすず書房、1987年）137—138頁。中野健明も副島、江藤と同じ旧佐賀藩士で、副島がナポレオン法典の購入を依頼した明治2年時点での8月には大学に在職し、9月には外国官、11月には神奈川県大参事となっている（ちなみに彼は、その後明治4年設置された司法省に少判事として赴任している）。なお、野田良之はこのナポレオン法典について、箕作麟祥が幕末に渡仏した際に持ち帰ったものと推測するが、副島談によればそうではないことになる（野田の推測については、野田良之「明治初年におけるフランス法の研究」日仏法学第1号（日仏法学会、1961年）36頁参照）。

もっとも、当の箕作は、「そんな翻訳を言付けられても、ちつとも分りませんでした」、「訳本は「間違ひだらけ」だったなどと後年述懐している。元々彼の専門は英語であった。英語力は相当なものであったとされ、英語に関しては大隈重信なども彼を重用したという。しかし仏語の方は幕末に徳川昭武に伴って渡仏した際の一年有余の間に付け焼き刃で習得した程度であったし、また、翻訳を命じられるまで法律書も「のぞいて見たこともなかつた」という。開成所教授見習等であった元幕臣の箕作が副島の目に止まったのは、旧開成所（大学南校）と大隈ら旧佐賀藩関係者との関わりによるものと思われる。ただし、当時大学中博士であった箕作が、「明治政府から『フランス』

の刑法を翻訳しろという命令が下」った旨述懐しているところから見ても、副島自身は箕作と直接面識は無かったようである。上記引用文及び箕作については、大槻文彦『箕作麟祥君伝』（丸善、1907年）100頁外参照）。

67) 丸山・前掲注66) 138頁。なお、副島によれば江藤は「司法省の組立て」のために訳本を持ち帰ったとあるが、江藤が副島の下で翻訳文を見たのは明治3年の頃であったと思われるので、太政官制度局における国法（憲法）・民法等の取調べの参考に供するためであったものと思われる。ちなみにこのとき江藤が見た翻訳は刑法典の一部訳であったとされる。

68) 磯部・前掲注65) 152頁。

69) 大槻・前掲注66) 101－102頁。その際、箕作が「ドロワ・シビル」を民権と訳したところ、「民に権があると云ふのは何の事だ」と激しい議論になったが、その時江藤は「後日必ず之を活用するの時あらん」と言ってそのままの訳で通したという（以上の点につき同、102頁及び的野半介『江藤南白 下』（南白顕彰会、1914年）106頁参照）。

70) 磯部・前掲注65) 148頁。

71) 磯部・前掲注65) 148－149頁。江藤は、「其法美」（其の[仏国の]法は美し）という、フランス法を讀える漢詩まで作った（的野半介『江藤南白 上』（南白顕彰会、1914年）394頁。なお、毛利敏彦『江藤新平』（中央公論社、1987年）98頁参照）。フランス法の導入についてはもちろん江藤も、そうしなければ条約を改正して「治外法権ヲ撤去スルコトハ出来ヌ」ということも頭にあった上でのことであった。だが副島も言うように、むしろ「いづれ条約改正をしなければならぬ」ことは言うまでもなかったが、この頃はまだ、政府の行政統治における「規則もなければ典章もな」く、「従来の悪弊」を絶つために「随つて議し、随つて決するといふ有様」を打開する必要性の方がより強かったと言える（以上の点については井上正一「仏国民法ノ我国ニ及ホシタル影響」仏蘭西民法百年記念論集（法理研究会、1905年）57頁及び丸山・前掲注66) 137頁参照）。

72) 的野・前掲注69) 107頁。

73) 磯部・前掲注65) 152頁。

74) 「史料篇」第1・前掲注28) 54頁。

75) すなわち、大木が性急果敢な江藤とは正反対の深慮熟考タイプであったこともあって、司法省内から、立法に際しては我が国の慣習・風俗をも充分尊重すべきであってフランスという文字を日本という語に直せば他に修正を要せずなど以ての外であるなどという、江藤時代には押さえつけられていた議論が沸き上がり、議論百出となつてにっちもさっちもいなくなったのである（この点については磯部・前掲注65) 152頁参照）。

- 76) もっとも、法典編纂作業の停滞の理由は他にもあった。すなわち、1874年（明治7年）に江藤が郷里の佐賀で起こした内乱騒動や西郷従道らが台湾に出兵したことによる日清間の国際問題の勃発や、さらに、1877年（明治10年）に西郷隆盛が起こした西南戦争等によってその間落ち着いて法典編纂に打ち込める状況にはなかったことである。特に台湾問題では、もっとも頼りになる法学者としてフランスから招聘していた法律顧問のギュスタヴ・ボワソナードが台湾出兵事件での日清交渉に大久保利通全権大使の法律顧問として随行し、さらに法典編纂の中心にあった箕作もこの問題に関連する国際法研究・翻訳の仕事に駆り出され、法典編纂どころではなかった（この点についても磯部・前掲注65）152－153頁参照）。
- 77) 星野通『明治民法編纂史研究』（ダイヤモンド社、1943年）28－29頁。
- 78) 井上正一・前掲注71）59頁。
- 79) 磯部・前掲注65）157頁。
- 80) 大木はさらに、十分に日本の風俗慣習を調べるために民法編纂局に特に独立の一課を置いた。同課による取調べの結果は、1877年（明治10年）に調査編纂済みの『民事慣例類集』と併せて1880年（明治13年）、司法省版『全国民事慣例類集』としてまとめられた。だが、結果としてこれら調査済みの慣例は、ボワソナード起草の財産編についてはほとんど顧みられなかったとされる（以上の点については星野・前掲注77）77頁及び磯部・前掲注64）157頁参照）。
- 81) ちなみにこの時憲法は既にプロシア（ドイツ）を範とすることに事実上決しており、そのため近代法典編纂作業はこの後フランス式とドイツ式との二本立てで進行することとなるが、このことが後の法典論争にも影響を与えることとなる。
- 82) 磯部・前掲注65）157頁。
- 83) 84) 磯部・前掲注65）160頁。
- 85) 金子堅太郎「講演」法曹会雑誌第11巻第1号（1933年）28－29頁。
- 86) 金子・前掲注85）29頁。
- 87) 金子・前掲注85）29頁。
- 88) 金子・前掲注85）31頁。ノルマントン号事件、ボワソナードの反対、農商務省谷干城の抗議の辞職などに触発され、条約改正反対運動が全国にまで波及した。
- 89) 金子・前掲注85）31頁。
- 90) 金子・前掲注85）32頁。
- 91) 金子・前掲注85）33頁。
- 92) 金子・前掲注85）34頁。

- 93) 磯部・前掲注65)162頁。
- 94) もっとも彼らの起草した第一草案は、日本の単独相続の慣行に批判的であったボワソナードの持論に沿って長男の相続分を他の子の相続分より若干優遇しただけのものであり、また、戸主の権利もほとんど認めないものであったので、法律取調委員会で批判され、単独相続の採用と戸主権強化の方向に草案は修正された（この点については、小柳春一郎「民法典の誕生」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅰ』（有斐閣、1998年）9頁参照。なおこのことは、元老院での審議の際津田真道議員によっても指摘されている（明治22年7月29日民法議案大体可否会での津田真道発言、明治法制経済史研究所編『元老院会議筆記』後期第34巻（元老院会議筆記刊行会、1989年）332頁。）。）。
- 95) 金子・前掲注85)34頁。
- 96) 金子・前掲注85)35頁。
- 97) 明治法制経済史研究所編『元老院会議筆記後期第25巻』（元老院会議筆記刊行会、1981年）1923頁。
- 98) 99) 元老院民法議案大体可否会での津田発言、元老院会議・前掲注94)332頁。
- 100) 松本三之介「序論 天皇制国家像の一断面——若干の思想史的整理について——」日本政治学会編『年報政治学1982 近代日本の国家像』（岩波書店、1983年）5頁。
- 101) 元老院議員楠本正隆発言、元老院会議・前掲注94)322頁。
- 102) もっともこの無理が、後の法典論争において三浦・村田らからの逆襲を受ける遠因となる（この点について星野・前掲注77)144頁参照）。
- 103) 渡邊幾治郎『教育勅語の本義と漫発の由来』（福村書店、1940年）243—244頁。
- 104) 105) 渡邊・前掲注103)244頁。
- 106) 明治23年2月20日発言、東京府「明治23年2月地方官会議々決書並筆記」（東京都公文書館蔵、1890年）47頁。
- 107) 明治23年2月20日発言、東京府・前掲注106)47頁。
- 108) 明治23年2月20日高崎五六東京府知事発言、東京府・前掲注106)49頁。
- 109) 明治23年2月21日発言、東京府・前掲注106)50頁。
- 110) 明治23年2月20日発言、東京府・前掲注106)47頁。
- 111) 明治23年2月25日発言、東京府・前掲注106)59頁。
- 112) 明治23年2月25日発言、東京府・前掲注106)59頁。
- 113) 芳川顕正「教育勅語下賜事情」、国民精神文化研究所『教育勅語漫発関係資料集 第2巻』（国民精神文化研究所、1939年）457頁。

- 114) 森有礼の言、渡邊幾治郎『教育勅語淺発の由来』（学而書院、1935年）116頁より再引。
- 115) 芳川・前掲注113)457頁。
- 116) その際、建議については直接文部・総理両大臣に面会して提出すべし、その際天皇陛下の臨御を仰ぐべし、各局長も列席させるべし等々の意見も出された。また、建議の趣旨を実施する際には海陸軍のように陛下の親裁によるべし、との意見まであった。詳細については東京府・前掲注106)47-60頁参照。
- 117) 明治23年2月26日付徳育涵養ノ義ニ付建議、大霞会編『内務省史 第1巻』（地方財務協会、1971年）180-181頁より再引。
- 118) 119) 120) 121) 芳川・前掲注113)458頁。
- 122) 123) 榎本武揚「地方長官会議に於ける榎本文部大臣回答要旨」、前掲注113)449頁。
- 124) 渡辺・前掲注114)133頁。
- 125) 「修身教育に関する文部省の方針」、前掲注113)451頁。
- 126) 芳川・前掲注113)458頁。
- 127) 128) 江木千之外「教育勅語発布ニ関スル山県有朋談話筆記」、前掲注113)453-454頁。
- 129) 芳川・前掲注113)456頁。
- 130) 江木外・前掲注113)454頁。「此レ実ニ珍ラシキコトナリ」という山県の感想は、明治天皇が従前の「高次の調停者」という本来的役割を超えて政策立案者として振る舞ったことに対するものであろう（なお、前掲注56)参照）。
- 131) 元田永孚記「聖諭記」、海後宗臣『元田永孚』（文教書院、1942年）185頁より再引。
- 132) 元田永孚記「教学大旨」、国民精神文化研究所『教育勅語淺発関係資料集 第1巻』（国民精神文化研究所、1938年）3頁より再引。
- 133) 渡辺・前掲注114)146頁。
- 134) 「史料篇」第2（1968年）231頁。ちなみに井上のこの見解は、かつて伊藤が「教育議」で示した、「風俗ノ弊」を「救フ所以ノ者如何ト云ニ至テハ、教育ノ法尤モ其緊要ノ一ニ居ルノミ」であるが、「弊端ノ原因ハ、既ニ専ラ教育ノ失ニ非ス、故ニ教育ハ此弊端ヲ療スル為ニ間接ノ藥石タルニ過キス。以テ永久ニ涵養スヘクシテ、而シテ急施紛更以テ速効ヲ求ムヘ」きではなく、よって「今或ハ末弊ヲ救フニ急ニシテ、從テ大政ノ前轍ヲ変更シ、更ニ旧時ノ陋習ヲ回護スルカ如キコトアラハ、甚タ宏遠ノ大計ニ非サル」ことであり、「若シ夫レ古今ヲ折衷シ、教典ヲ斟酌シ、一ノ国教ヲ建立シテ以テ世ニ行フカ如キハ、必ス賢哲其人アルヲ待ツ。而シテ政府ノ宜シク管制スヘキ所ニ非サルナリ」とする意見と同一延長線上にある。すなわちこの見解は、政治と教育の分離（ない

し法と道德の峻別)を意図するものであり、言うまでもなく、伊藤の構想に基づく「立憲国家」と「道德国家」の「二元的構成」から導かれる論点である。なお、「教育議」については、前掲注21) 151—153頁を参照。付言すれば「教育議」を起草したのは井上毅とされるが、伊藤の教育議とは文章的には少し異なっている(「史料篇」第6(1977年)85—88頁掲載の草稿参照)。

- 135) 梅溪昇『教育勅語成立史——天皇制国家観の成立<下>——』(青史出版、2000年)147頁。なお梅溪はこの「政治(法)と宗教(わが国では道德)を離す」という意味について、井上においては元田の言う「政教の未分離」とは異なり、政教を「離して却って結ぶ」という意味での「儒教の政教一致」性として捉えている。むしろ「政治(法)」と「道德(教育)」の分離(峻別)は完全分離を意味するものではなく、ただ井上(ないし伊藤)によれば教育は「弊端ヲ療スル為ニ間接ノ藥石タルニ過キス、以テ永久ニ涵養スヘ」きものという意味での政治(法)との関係性として考えられているから、その限りであるならば両者を「離して却って結ぶ」と把握することはもちろん可能である。

問題は、そもそもこのような「政治(法)」と「道德(教育)」の分離(政教分離・法と道德の峻別)が果たして貫けるか否かであって、このことが日本近代国制の展開そのものの意義を決することになるのである。なお、井上における「政治(法)」と「道德(教育)」の分離により「旧時ノ陋習ヲ回護」して近代立憲制の実施が危うくなることを防ごうとした点については、「教育議草稿」・「史料篇」第6、87頁及び前掲注134)参照。加えて、井上における法と道德の連続関係を示唆するものとして、坂井雄吉『井上毅と明治国家』(東京大学出版会、1983年)124—125頁参照。

- 136) 明治23年6月20日付山県宛井上意見、「史料篇」第2・前掲注134)232頁。
- 137) 「史料篇」第2、前掲注134)231頁。
- 138) 「史料篇」第2、前掲注134)232頁。
- 139) 明治23年6月25日付山県宛井上意見、「史料篇」第2・前掲注134)233頁。
- 140) 「史料篇」第2、前掲注134)234頁。
- 141) 江木外・前掲注113)455頁。
- 142) 海後宗臣『海後宗臣著作集第10巻 教育勅語成立史研究』(東京書籍、1981年)391—392頁。
- 143) 渡邊・前掲注114)149—150頁。
- 144) 明治23年8月26日付井上宛元田書簡、「史料篇」第5・前掲注56)221頁。
- 145) 明治23年8月28日付元田宛井上書簡、「史料篇」第4(1971年)603頁。
- 146) なお、井上が関与した案だけでも芳川の下に15、元田の下に9、文部省に6、内閣に2、合計32点存在するとされる(この点については、海後・前掲注142)237頁掲載の表参照)。

- 147) 芳川「徳教ニ関スル勅諭ノ議」、前掲注113)452頁。
- 148) この時点で「勅諭」が「勅語」と改められた（この点については渡邊・前掲注114)166—168頁参照）。
- 149) 「勅語発布手続左ノ通改正」、渡邊・前掲注114)169頁より再引。
- 150) 明治23年10月22日付井上宛芳川書簡、「史料篇」第5・前掲注56)294頁。
- 151) 152) 「史料篇」第5・前掲注56)294頁。
- 153) 明治23年10月22日付元田宛井上書簡、「史料篇」第4・前掲注145)606頁。なお海後は、井上が
このように主張したのは「法制上の取扱いから」の理由であったと言う。海後の見解については、
海後・前掲注142)529頁参照。
- 154) 「史料篇」第4・前掲注145)606頁。
- 155) 明治23年10月24日付井上宛元田書簡、「史料篇」第5・前掲注56)225頁。
- 156) 渡邊・前掲注114)170頁。
- 157) 江木千之「教育勅語の発端」、前掲注113)466頁。なお江木は、この天皇の病気についてのせん
さくは「恐入るから差控えること」であると言っている（同、466頁参照）。
- 158) 石田雄『明治政治思想史研究』（未来社、1954年）62頁、注(76)。
- 159) 160) 梅溪・前掲注63)338頁。
- 161) 梅溪・前掲注135)147頁。
- 162) 藤田・前掲注60)23頁。
- 163) 藤田・前掲注60)27頁。すなわち、法制度の一つとして国家構造に組み込まれた。
- 164) その結果「道德国家」が「立憲国家」を凌駕し、それゆえ「日本国家は非国家的国家とならざる
をえな」ウンシュタートウリツヘル・シュタートになるというのが藤田の見解である。この点については藤田・前掲注60)15頁参照。
- 165) なお、忠については井上の当初案から前段に「克ク忠ニ」という文言があり、この文言は最終の
勅語に至るまで変更は無かった。この点については、海後・前掲注142)368—460頁、梅溪・前掲注
135)67—129頁参照。ちなみに「夫婦相和シ」が『孟子』における「夫婦有別」とは異なっている
点について渡辺浩によれば、我が国では夫婦が「『家』の協同経営者」としての「『相談相手』」
であったところに一因があると解する（この点について渡辺浩「『夫婦有別』と『夫婦相和シ』」
中国——社会と文化第15号(中国社会文化学会、2000年)208—229頁参照。なお、第3章注35)）。
- 166) 海後・前掲注142)370頁による。
- 167) この点については、梅溪・前掲注135)図版230、234、261頁等参照。変更しなかったのは無論井
上自身においてもである。

なお、この五倫についても勅語において「古今ニ通シテ謬ラス之ヲ中外ニ施シテ悖ラサル」ものの、すなわち、日本のみでなく人類にとって普遍的なものとされた。そもそも近代法導入の反面としての教育勅語の制定とは、哲学者アラスデア・マッキンタイアの言葉を借りれば、日本の近代化と西洋化が受容した啓蒙主義によってもたらされる「道德の断片化と衝突」という「災いに対する道德上の治療として、より古くからの諸徳の伝統」（「儒学思想」）に「依り頼むこと」を意味するものであった。しかしながら西洋での古い諸徳の伝統（マッキンタイアによれば「アリストテレス主義」）と儒学思想とは、「諸徳に関する多くの事柄では大幅に一致するものの、他の点では競合関係にあって、両者とも人間のあらゆる社会生活にふさわしい道德秩序を提示していると主張する」。そうであるならば、この五倫の普遍性いかにという問題については、今後のさらなる「文化横断的な対話」の努力を経ることによって明確になるものと思われる。

付言すればマッキンタイアは、このような啓蒙主義によってもたらされる災いに対する道德上の治療として、より古くからの諸徳の伝統（儒学思想）に依り頼むことが「今でもできるかどうか」という問題提起を我々「今日の日本人」に対して行う。この問題提起はすなわち本論文における日本近代国制の行方への問いかけでもある。マッキンタイアの引用箇所及び論旨については、アラスデア・マッキンタイア『『美德なき時代』を読まれる日本の方々へ』篠崎栄訳、A・マッキンタイア『美德なき時代』（みすず書房、1993年）vi-vii頁参照。

168) 教育勅語の全文は、以下のとおりである（原本は東京大学蔵）。

「朕惟フニ我カ皇祖皇宗国ヲ肇ムルコト宏遠ニ徳ヲ樹ツルコト深厚ナリ我カ臣民克ク忠ニ克ク孝ニ億兆心ヲ一ニシテ世世~~厥~~ノ美ヲ濟セルハ此レ我カ国体ノ精華ニシテ教育ノ淵源亦実ニ此ニ存ス爾臣民父母ニ孝ニ兄弟ニ友ニ夫婦相和シ朋友相信シ恭儉己レヲ持シ博愛衆ニ及ホシ学ヲ修メ業ヲ習ヒ以テ智能ヲ啓発シ徳器ヲ成就シ進テ公益ヲ広メ世務ヲ開キ常ニ国憲ヲ重シ国法ニ遵ヒ一旦緩急アレハ義勇公ニ奉シ以テ天壤無窮ノ皇運ヲ扶翼スヘシ是ノ如キハ独リ朕カ忠良ノ臣民タルノミナラス又以テ爾祖先ノ遺風ヲ顕彰スルニ足ラン

斯ノ道ハ実ニ我カ皇祖皇宗ノ遺訓ニシテ子孫臣民ノ俱ニ遵守スヘキ所之ヲ古今ニ通シテ謬ラス之ヲ中外ニ施シテ悖ラス朕爾臣民ト俱ニ拳拳服膺シテ咸其徳ヲ一センコトヲ庶幾フ

明治23年10月30日

御名 御璽」

169) 藤田・前掲注60)26頁。

170) 大正8年10月24日臨時法制審議会第2回総会において司法次官鈴木喜三郎は、「要スルニ此淳風美俗ト申シマスルノハ、他ノ言葉デ申シマスレバ、所謂父母ニ孝ニ、兄弟ニ友ニ、夫婦相和スルト

- 云フコトノ主義ニ外ナラヌ」と述べ、この「建前」で「立法スル」ことが適当である旨説明を行っている。この点について、臨時法制審議会「臨時法制審議会総会議事速記録諮問第一号（民法改正）」（以下「臨時法制審議会速記録」という。）4頁参照。
- 171) 小野清一郎によれば端的に「教育勅語の内実はそのまに日本法理の綱格を為す」とされる（この点について、小野清一郎『日本法理の自覚的展開』（有斐閣、1942年）93頁参照）。しかし後に明らかになるように、やがて近代法と統合に至る「教育勅語の内実」、鈴木喜三郎によるところの五倫（淳風美俗）は、実定法の個々の規定に対し補充的に適用される一般条項として位置付けられる。なお、これとの対比で前掲注164)に述べる藤田の見解参照。
- 172) 173) 明治22年5月法学士会決議、星野・前掲注77)119—120頁より再引。
- 174) 確かに商法・民事訴訟法はロessler・テッヒョーにより原案が起草されたのに対し、民法は大木の下でボワソナードによって起草作業が進められたこともあり、民商法間の規定には重複も見られ、相互の体裁も異なるものであった。
- 175) 岸上晴志「ボアソナード時代」水本浩・平井一雄編『日本民法学史・通史』（信山社、1997年）69頁。
- 176) 施行延期派の主たるメンバーは、岡野敬次郎、江木衷、花井卓蔵、奥田義人らであった。
- 177) 断行派の主要メンバーは、磯部四郎、岸本辰雄、熊野敏三らであり、これに和仏法律学校（現法政大学）の梅謙次郎なども後に参戦した。もっとも、両者の争いは仁井田益太郎によれば、「仏法派と英法派との争ひ」で「歴史派と自然法派との争と云つたやうな高尚な争ひではな」く「見様に依れば一種の勢力争ひ」であったとされる（この点については仁井田益太郎・穂積重遠・平野義太郎「仁井田博士に民法典編纂事情を聴く座談会」法律時報第10巻第7号（1938年）15頁参照）。
- 178) 星野・前掲注73)123頁。「わが国従来の商業用語も忽緒に附せられ、法典全体としても統一性を欠くなど色々の欠点」（同123頁）を持っていた。
- 179) 星野・前掲注77)128頁。
- 180) 穂積八束「民法出テ、忠孝亡フ」法学新報第5号（1891年）9—10頁（なお、文中傍点省略、以下同じ）。
- 181) 穂積の言はいかにも古めかしいが、その内容は、社会人類学者中根千枝が指摘した我が国の「継承（succession）」家族構造、すなわち、親子間における家長たる地位の「継承」が我が国家族の特色であるということと合致する（この点については中根千枝『家族の構造——社会人類学的分析——』（東京大学出版会、1970年）103、113頁等参照）。なお、家の親子間継承は平安中期以降の京都貴族から始まったものと言われている（この点における官務家小槻氏の系譜に関する研究として

橋本義彦『平安貴族社会の研究』(吉川弘文館、1976年)329頁以下参照)。

- 182) 穂積・前掲注180)10頁。
- 183) 星野通「旧民法典と民法典論争」『民法典論争資料集』(日本評論社、1969年)2頁。
- 184) 日本大学編『山田顕義伝』(日本大学、1963年)778頁。
- 185) 穂積・前掲注180)10頁。
- 186) 187) 188) 穂積・前掲注180)11頁。
- 189) 穂積・前掲注180)13頁。
- 190) 穂積陳重『法窓夜話』(有斐閣、1916年)348頁。ちなみに、この民法に対して井上毅もまた「新民法ノ失」として、「憲法ト矛盾スル事」、「固有ノ習慣ヲ破ル事」、「學術講義ノ条多キ事」、「個人主義ニ偏スル事」、「國際私法ニ於テ過度ニ新主義ヲ採用シタル事」というような懸念を持っていた(この点については「資料篇」第5・前掲注56)725頁参照)。
- 191) 星野・前掲注77)128頁。
- 192) 明治25年5月25日付「法典実施延期意見」、法学新報第14号(1892年)6頁。
- 193) 星野・前掲注183)7頁。
- 194) 「法典実施延期意見」・前掲注192)3頁。
- 195) 「法典実施延期意見」・前掲注192)9頁。
- 196) 結局、商法については再延期ということになる。
- 197) 金子・前掲注85)40頁。
- 198) 第3回帝国議會貴族院議事速記録(以下「第3回貴族院速記録」という。)第11号、帝国議會貴族院議事速記録4(東京大学出版会、1979年)84頁。
- 199) 「第3回貴族院速記録」第12号、前掲注198)116頁。
- 200) 「第3回貴族院速記録」第11号、前掲注198)84頁。
- 201) 「第3回貴族院速記録」第11号、前掲注198)84—85頁。
- 202) 「第3回貴族院速記録」第12号、前掲注198)125頁。ちなみに富井のこの発言に対し、大木喬任が、「富井君ハ即チ大学ノ教官トシテ居ラレテ見テ見ル所ノ事、即チ是レデハ今ノ法律ハ退歩スルノ地位ニ至ルトスク申サレマシタ、是レハ沈黙スルコトヲ得マセヌ」として反論を加えたが、その中で「今ノ諸君ハ人民ノ權利ガ国家カラ得ラル、モノト御考ヘナサルカ、決シテ左様デハゴザイマスマイ、……人民ト云フモノハ天賦ノ權利アルコトヲ認メザルヲ得ヌデハゴザイマセヌカ」と言った。だが一時民法起草の責任者であった大木のこのような発言は、臣民の権利義務を「我が国の典故旧俗……に源流するに外なら」ないものとする憲法制定者の意志とは真っ向から対立するもので

- あった。それゆえ井上毅の「憲法ト矛盾スル事」という懸念も無理からぬものがあったと言える。
- 大木発言については「第3回貴族院速記録」第13号、前掲注198)140頁参照。なお、伊藤博文著・宮沢俊義校注『憲法義解』(岩波書店、1940年)45—46頁及び井上の懸念について前掲注190)参照。
- 203) 三崎亀之助委員会報告、第3回帝国議会衆議院議事速記録第24号、帝国議会衆議院議事速記録4(東京大学出版会、1979年)555頁。
- 204) 穂積・前掲注190)361頁。ちなみに仁井田益太郎は富井の補助委員となった(この点については仁井田外・前掲注177)17頁参照)。なお、梅は商法起草委員も兼任し、民商法の立法上の統一が図られた(この点について星野・前掲注77)203頁参照)。
- 205) すなわち、財産取得編の中に規定されていた相続が独立の一編とされた。その理由は「家督相続は戸主権の相続であり、この点を考えるならば、財産取得編の中に置くことは戸主制度の軽視につながるというもの」(小柳・前掲注94)27頁)である。
- 206) 富井発言、明治28年10月14日第124回法典調査会議事速記録、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5 法典調査会民法議事速記録五』(商事法務研究会、1984年)462頁。
- 207) 磯部・前掲注65)162頁。ただし、自身が起草した相続編についてである。
- 208) 仁井田外・前掲注177)23頁。
- 209) ただし、「旧民法」との差異は、小家族的家族から「大家族」な戸主を代表とする「家」への色彩が明確なものとなった点である。この点について、小柳・前掲注94)28頁参照。
- 210) 実はその前の第11回帝国議会に法案はいったん提出されたのであるが、衆議院の解散により審議されないままとなったので、改めて提案されたのである。
- 211) 第12回帝国議会衆議院議事速記録(以下「第12回衆議院速記録」という。)第11号、帝国議会衆議院議事速記録13(東京大学出版会、1980年)190頁。
- 212) 厳密には「徳義」と「情義」との関係はこのようなものと言える。この点について伊藤・前掲注35)132、133頁参照。
- 213) 憲法学者森田明はアメリカの「子どもの権利」に関して次のように言う。すなわち、「子どもの『オートノミーの権利』の登場によって、子どもをめぐるアメリカの法制度と現実は大きな変化を余儀なくされた。……保護批判から生じた『子どものオートノミー』の観念が、現実的には、あらゆる局面での有機的保護関係の分解と教育の衰弱を一層推し進める役割を果たしたのは、誰の目にも明らかである」(森田明『未成年者保護法と現代社会——保護と自律のあいだ——』(有斐閣、1999年)279頁)。ここではアメリカにおける「子どもの権利」が「有機的」「関係」を分解することに焦点が当てられているが、この「有機的」「関係の分解」を「一層推し進める役割を果た

すのは、「そもそも孤立した個人を基礎にして成立した概念である」「権利」一般に共通する現象であり、かつ、一人アメリカに限るものでもない（この点については同頁(3)の記述参照）。

- 214) 「第12回衆議院速記録」第11号、前掲注211)190頁。
- 215) 沼田発言、「第12回衆議院速記録」第11号、前掲注211)191頁。
- 216) 星野・前掲注77)195頁。
- 217) その際、裁判上の離婚に関する条文の修正一件が認められた。
- 218) この条文には父母について「其家ニ在ル」との限定句が付されていないが、解釈上「子ト同家スル父母ニ限ル」のは「明文ナシト雖モ我家制ヨリ来ル結果トシテ容易ニ之ヲ了解スルヲ得」るものとされた（この点については熊野敏三著述『民法[明治23年]正義 人事編卷之壱(上下) 日本立法資料全集別巻63』（信山社、1996年/初出は1893年）174頁）参照。なお熊野は、山田司法大臣の下での人事編起草者である）。
- 219) 第12回帝国議会貴族院議事速記録（以下「第12回貴族院速記録」という。）第16号、帝国議会貴族院議事速記録13（東京大学出版会、1980年）252—253頁。
- 220) 「第12回貴族院速記録」第16号、前掲注219)254頁。
- 221) 熊野・前掲注218)172—173頁。この理由は、後に臨時法制審議会で第772条第1項但書の改正に係る要綱第十一をめぐる議論で江木千之が述べるものと同じである。江木発言については、「臨時法制審議会速記録」、前掲注170)92、285頁等参照。
- 222) なお、同意を要する父母を実父母・継父母・養父母のいずれの範囲とするかという議論において「家ニ在ル父母」という案が出され、この承諾年齢の議論とも絡んで二転三転の後に最終的に法案に組み込まれた。この点については明治28年11月29日第142回法典調査会議事速記録（以下「調査会速記録」という。）、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 法典調査会民法議事速記録六』（商事法務研究会、1984年）163—180頁参照
- 223) 明治28年11月25日第140回「調査会速記録」、前掲注222)130頁。
- 224) 明治28年11月25日第140回「調査会速記録」、前掲注222)130—131頁。梅のこの説明は、後に臨時法制審議会での改正要綱第十一をめぐる議論で穂積重遠が述べるものと同じである。穂積発言については、「臨時法制審議会速記録」、前掲注170)292頁参照。
- 225) 明治28年11月25日第140回「調査会速記録」、前掲注222)135頁。
- 226) 明治28年11月25日第140回「調査会速記録」、前掲注222)134—135頁。
- 227) 岸本発言、明治28年11月25日第140回「調査会速記録」、前掲注222)135頁。なお、後の臨時法制審議会でもこの岸本のような議論が同様になされた。だがそうであるならば、親の婚姻の同意はむ

しろ未成年者に限って良いことになる。それゆえ審議会では「一家ノ平和」という観点から子の年齢如何にかかわらず婚姻について親の同意を要するということになったのである。このように後の臨時法制審議会における議論は民法制定時において既に検討の俎上に乗っていたのであったが、当時としてはやむを得ないこととはいえ政府が条約改正を優先させたために、結果として議論が十分尽くされないまま制定に至り、このことが、後に火種を残す一因となったと言える。岸本発言と同様の臨時法制審議会における議論については、「臨時法制審議会速記録」、前掲注170) 303、304、307、311—312頁等参照。

228) 年齢に関する但書については、明治30年7月9日第16回民法整理会で梅が我が国の慣習や外国の立法例も参照してこの辺が穏当であると考えて付加したと説明を行い、これに対し尾崎三良・三浦安が反対して削除を求めたが、少数で否決され、結局但書が付加されて帝国議会に提出されるに至った。文中土方寧発言については、明治28年11月25日第140回「調査会速記録」、前掲注222) 135—136頁。民法整理会での経緯については、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14 法典調査会民法整理会議事速記録』（商事法務研究会、1988年）378—380頁参照。

229) 曾我発言、「第12回貴族院速記録」第16号、前掲注219) 253頁。

230) 「第12回貴族院速記録」第16号、前掲注219) 247頁。

231) 「第12回貴族院速記録」第16号、前掲注219) 247頁。

232) その他の条文についていくつか挙げれば次のようである。

① 親族の範囲に関し、第725条において「六親等内ノ血族」とされた。この点は旧人事編においては「六親等ノ外ハ」「民法上ノ効力ヲ生セス」としつつも「親属」（親族）とは「血統ノ相連結スル者ノ関係ヲ言フ」とされていたが、同条はその範囲を限定した。この点が後に臨時法制審議会でも議論となる。

② 婚姻の成立に関し、第775条において「戸籍吏ニ届出」をもって足ることとされた。この点は旧人事編においては「婚姻ノ儀式」を要件としていたが、同条はこの要件を外した。この点もまた後に臨時法制審議会でも議論となる。

③ 「庶子ノ入家」については「戸主ノ同意」を要するものとし（第735条）、なお未成年者については「親権ヲ行フ父若クハ母……ノ同意」を要するものとされた（第737条）。

④ 家族の分家については「戸主ノ同意」をもってなすこととされた（第743条）。

⑤ その他離婚、扶養、家督相続等についても旧人事編の制度が基本的には踏襲された。ただ扶養に関しては旧人事編においても「養料ヲ給スル義務」というように規定されていたが、修正案でも同様に「扶養ヲ為ス義務」・「扶養ヲ受クル権利」と規定（第954条、第963条等）され、

- この点もまた後の臨時法制審議会で家族関係に「権利」・「義務」を持ち込むものとして疑問が提示された。
- 233) なお、1894年（明治27年）8月4日締結のフランスは、約1箇月施行が遅れた。
- 234) 「第12回衆議院速記録」、前掲注211)191頁。
- 235) 伊藤・前掲注35)130頁。
- 236) 伊藤・前掲注35)131頁。
- 237) 238) 239) 伊藤・前掲注35)134頁。
- 240) 241) 伊藤・前掲注35)132頁。
- 242) 伊藤・前掲注35)133頁。
- 243) 伊藤・前掲注35)133—134頁。
- 244) 伊藤・前掲注35)134頁。
- 245) 明治憲法典の明文上「郷党的社会」は掲げられていないから、ここで伊藤が言う「憲法」とは、当然「国制」の意味で用いられているものと理解される。
- 246) 伊藤博文「本邦憲法制定ノ由来(承前)」国家学会雑誌第11巻第124号(1897年)542頁。
- 247) 藤田・前掲注60)11頁。
- 248) この点について、藤田・前掲注60)20頁参照。
- 249) 勝田有恒「紛争処理法継受の一断面——勸解制度が意味するもの——」『国際比較法制研究』（ミネルヴァ書房、1990年）25—27頁。石井良助『近世民事訴訟法史』（創文社、1984年）402—424頁。
- 250) 我が国における江戸時代の内済を例えば勸解のような近代法の調停制度概念で説明可能か否かという問題はあるが、ここでは小早川欣吾に従って内済を調停の一種と見ることとする。この点について、小早川欣吾『近世民事訴訟制度の研究』（有斐閣、1957年）89頁参照。
- 251) 明治5年8月3日太政官達「司法職務定制」第13章司法省裁判所分課第51条聴訟課第12の規定に関する文言。石井・前掲注249)426頁。
- 252) 石井・前掲注249)426頁。少なくとも、江藤が在地共同体の温存に関心が薄かったことの一証左にはなると思われる。
- 253) 明治6年7月17日太政官達第247号「訴答文例」第3条（原文中傍点省略）。他、第35条、第46条、第48条等参照。
- 254) 勝田・前掲注249)34頁。
- 255) 高橋良彰も同旨の見解を採る。高橋良彰「取引社会と紛争解決」水林彪・大津透・新田一郎・大

藤修編『新体系日本史2 法社会史』（山川出版社、2001年）507頁参照。

256) 勝田・前掲注249)37頁。

257) 兼子一は、我が国において「仏蘭西法流の勸解が早くから認められ」ていた旨述べる。この点について、兼子一「日本民事訴訟法に対する仏蘭西法の影響」『杉山教授還暦祝賀論文集』（岩波書店、1942年）652頁参照。

もっとも、小山昇の詳細な研究によればフランスにおいてもconciliationは「家庭的な」「良識(bon sens)の法則以外の法則を要求しない裁判」を目指すところに発し、「平和の裁判官」(Juges de paix. 小山によれば従来「治安判事」と訳されるとされる。)は「その子供らの中心にいる父」であり、「権利を厳格に考量することに慣れているところの顧問弁護士の届く距離」にある都会においてよりも「平和の裁判官」によるconciliationは「田舎においてより成功した」とされる。ここから見る限りフランスのconciliationも、必ずしも近代法上の制度とは言い切れないように思われ、したがって、その制度が導入された我が国において「換骨奪胎」(勝田・前掲注249)68頁。)されたことと断ずることには疑義が残る。小山の引用箇所については小山昇『民事調停・和解の研究 小山昇著作集第7巻』（信山社、1991年）82、84、104、117頁参照。

258) 岡山裁判所明治9年2月13日甲第19号「勸解所へ差出願届規則」、山崎佐『日本調停制度の歴史』（財団法人日本調停協会連合会、1957年）83頁より再引。

259) 明治8年12月28日司法省達第15号「裁判市庁仮規則」第7条。

260) なお、江藤の司法改革の方針は、明治6年の政変によっても断絶することなく、基本的には引き継がれたことが、菊山正明によって指摘されている。この点については、菊山正明『明治国家の形成と司法制度』（御茶の水書房、1993年）270頁参照。

261) 丹羽邦男「明治政府勸解制度の経済史上の役割」商経論叢第30巻第1号（神奈川大学経済学会、1994年）34、56頁。丹羽によれば、この点で勸解は「村落共同体への全面的依拠＝利用の上に立っている」近世の内済のような「近世慣行の継承ではな」とする（同、56,34頁）。かつ、勸解は次章以下で触れるように、調停委員会という形で一部「郷党的社会」の取込みを試みることとなる大正期以降の調停制度とも同一ではない。

262) 勝田・前掲注249)46頁。

263) 勝田・前掲注249)57頁。

264) 明治24年8月18日付山田宛井上書簡、「史料篇」第4・前掲注145)654頁。なお、この井上の反対理由については林真貴子が指摘しているところである（この点について、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（大阪大学法学部、1996年）158—163頁参照）。

- 265) 井上毅「非議院制内閣論」、「史料篇」第3(1969年)627-628頁。
- 266) 明治24年8月12日付今村和郎宛井上書簡、「史料篇」第4・前掲注145)326頁。
- 267) 民事訴訟法に勸解を規定しなかった理由は、「事件ノ遅滞ヲ防ク」ところにあった。(この点について、井上操『民事訴訟法[明治23年]述義(第二編) 日本立法資料全集別巻76』(信山社、1998年/初出は1891年)587-588頁参照)。ちなみに、仲裁制度の方はほとんど利用されなかった(この点については、後掲注271)参照)。
- 268) 坂井・前掲注135)94頁(ただし、「国家権力」という文言について、ここでは司法権に限定して引用する)。ここで「俗」とは「習俗慣習(Sitte)」のことであり、その点から「共同体的村落」(「郷党的社会」)として「イメジ」されるものである。(この点については、同頁及び117-118頁参照)。なお、井上における町村(「郷党的社会」)の「自治」と「行政」との「峻別」について、嘉戸一将「正統性と<理性>——井上毅と法・行政の礎(2)」日本文化環境論講座紀要第4号(京都大学大学院、2002年)21-23頁参照。
- 269) 270) 石田・前掲注158)37頁。
- 271) 山崎によればこの仲裁手続は「実際においては殆ど行われていな」かったとされる。その理由について山崎は、「当事者の合意による仲裁人によって調停されるということは、わが民情には余り適合せず」、かつての勸解のように「一定の係員によって調停されることを歓迎し、喜んでこれに任かすという性質のあること」によるとする(以上について山崎・前掲注258)108-110頁参照)。
- つまり、主体的に互いに納得のいく第三者を自由に選定して紛争を解決するというよりも、既存の一定の制度(近世内済では在地共同体における町村役人・五人組等、勸解では裁判官すなわちお上)に組み込まれた権威に委ねる非訟的な紛争解決方法が我が国の民情に適しているということである。にもかかわらず一方で勸解が廃止され、他方で在地共同体が衰退すれば、紛争解決の有力な受け皿が訴訟(及び訴訟手続内での和解等)以外には実質的に無いということになる。
- なお、大正15年3月3日第51回帝国議会衆議院における発言で江木翼司法大臣が、仲裁制度の利用が極めて稀である原因の一つとして「適當ナル仲裁人ヲ得ルニ困難」である点を挙げているが、この発言も同じ理由に基づくものであろう(この点について、第51回帝国議会衆議院議事速記録第23号、帝国議会衆議院議事速記録48(東京大学出版会、1983年)618頁参照)。
- 272) なお1911年(明治44年)、第27回帝国議会に、高木益太郎からかつて廃案となった勸解委員規則案と同じく公選の勸解吏を置く「民事争訟勸解法案」が提出されたが、閉会期日直前に提出されたこともあり審議未了・廃案となっている。この点については、山崎・前掲注258)112-118頁参照。
- ちなみに、衆議院の同法案委員会では司法大臣に出席を要請したが、公務多忙を理由に出席を断

第2章 日本型調停制度構想の出現——伝統的共同体原理の再重視

第1節 伝統的共同体原理の危機——臨時教育会議の開催

1 臨時教育会議開催に至る状況

前章で見たとおり維新以降近代法制度を積極的に導入することに重点を置いた反面、我が国固有の伝統的共同体原理を「放置」していた付けが、やがて大正期に回ってくることとなる。伝統的共同体原理の危機が、看過出来ないほど切迫してきたのである。かかる危機に直面したことにより1917年（大正6年）、臨時教育会議が開催されることとなった¹⁾。この会議は、1919年（大正8年）1月に至って、ある建議を提言することとなる。この建議こそが同年7月臨時法制審議会を開催させ、やがてその審議の中で家事審判所構想を出現させるに至らしめることとなる、いわば反撃ののろしとも言えるものであった。その建議とは、次のようなものである。

「一、 我国固有ノ淳風美俗ヲ維持シ法律制度ノ之ニ副ハサルモノヲ改正スルコト」^{2) 3)}

同会議は1917年（大正6年）公布に係る臨時教育会議官制に基づく内閣直属の諮問機関として設置されたものであったが、その任務は本来、教育改革の参考に供するために教育に関する重要事項を調査審議することであった。だが、その提言内容は単なる教育制度の改革という枠を超え、法律制度の改正にまで立ち至るものとなった。

同会議がこのような建議を出すに至る「淳風美俗」、すなわち、伝統的共同体原理の危機は、主として次のような事情に基づいていた。まず、第一次世界大戦を一つの主要な契機とする産業の進展・資本主義の発展とそれに伴って生じた貧富の格差化による世情不安であった。各所における労働争議・小作争議の急増や、建議の前年に富山県下から全国に波及した米騒動等はそのような世情不安を現実のものとするものであった。

また、ロシア革命の成功などから我が国においても徐々に浸透しつつあった社会主義等の思想が一層強い影響力を及ぼすようになり、思想的混乱状況がより顕在化するようになった。すなわち、西欧諸国との接触の一層の緊密化は我が国に多大な利益をもたらした反面、「我国ノ思想界ニ悪ルイ影響ヲ及ボシ」た⁴⁾ことも、為政者らにとって否定できない現実であった。

とりわけ従来の秩序を脅かす過激な思想が生じたことは、政府当局者らを震撼させた。そのような思想とは、例えば次のようなものである。

「吾人は主義を有てり、理想を有てり、信仰を有てり、此の時吾人は父母と同地位也、……情を以

て子の心を曲げしむる父は不慈の父也、愛に慣れて父の意に盲従する子は不孝の子也、君知らずや、人間自覚の權威は父たるの權威の上に在ることを……大義親を滅す、信仰は父母よりも尊し、……同志島中翠湖叫んで曰く 先づ汝の父母を蹴れ、殉難者の歴史は不孝に初まる」⁵⁾

親子は同地位であり、親子の情愛や父親の權威よりも人間自覚の權威の方が優るゆえに「汝の父母を蹴れ」と言う。親への孝と親の情義とが「我国固有ノ淳風美俗」とされていた当時の考え方とは正反対の思想である。

文部大臣牧野伸顕が、この種の過激な思想が教育界にまで及ばぬよう「教育ニ当ル者宜シク留意戒心シテ矯激ノ僻見ヲ斥ケ流毒ヲ未然ニ防クノ用意ナカルヘカラス」⁶⁾という訓令を教育関係者に対し発していたのも当然と言える。

だが、そのような一片の文部大臣訓令だけで教育界の思想的混乱は到底治まるものではなかった。例えば文部省が修身教科書の修正に力を尽くしていたのと同じ頃であった1911年（明治44年）6月、岐阜中学校で開催された岐阜県教育会の講演で京都大学教授岡村司は、「日本の民法には家が認^マてあるが西洋には無い、家は人間の兩宿りでこんなものを法律で認むる必要はない家族制度も不必要で西洋の如く個人主義で結構なり」とし、「要するに日本の民法は根底より間違つて居る」などと延々二時間にわたって語り続け、岐阜県教育会を混乱に陥れた⁷⁾。

だが当時の政府側の認識は、例えば1913年（大正2年）貴族院における奥田義人文部大臣の答弁によれば「家族制度の存続を図りまして、家を大切にし、祖先を大切にしなければならぬと云ふ……此教育の方針と他の立法の主義との統一を図らなければならぬ」⁸⁾とされるものであり、その言を受けて江木千之も「家族制度ヲ民法ナドガ打壊シテ居ル」⁹⁾という認識を共有していた。ところが、このように民法等の不備が問題視されていたにもかかわらず、国立大学の現役教授である岡村がその不充分とされる民法さえも間違っていると言った。それゆえ、かかる現役大学教授による家族制度解体の推奨演説は同県教育会に混乱を招き、その結果岡村が譴責処分となったのも当然であった。

このような状況を前にして、「醇美ノ風敦厚ノ俗次第ニ頽廢セムトスルノ勢ヲ呈スルニ至レリ」¹⁰⁾とする危機感が、教育改善の必要性を政府当局者たちの間に従来にもましてより一層切実なものとして認識させることとなり、遂に我が国初の内閣直屬諮問機関である臨時教育会議の開催へと結び付いたのであった。

2 「教育ノ効果ヲ完カラシムヘキ一般施設ニ関スル建議」（「建議第二」）の成立

先述したように同会議は、その開催に当たり演示された寺内正毅内閣総理大臣の「学制ヲ改革シテ教育ノ完全ヲ期スルハ乃チ 勅語ノ御趣旨ヲ徹底スル所以ニシテ既往十数年間ノ懸案ナリ」¹¹⁾ という文言にも示されているとおり、元々は教育制度の改革から出発するものであった。

ところが、総会だけで全30回に及ぶ同会議の第4回総会において早くも、久保田議副総裁から次のような発言がなされた。

「法律ナドノ関係ニ於テモ独リ教育ニ於テハ国家主義、家族主義ト云フ様ナコトヲ嚴重ニ注意シテ教ヘテ居ルガ、併シ刑法、民法ナドハ如何デアルカ、個人主義ノ刑法、民法ヲ以テ出来テ居ルモノガ行ハレルト云フ様ナ次第デゴザイマスルカラ、サウ云フコトガヨク教育ノ方針ト一致シテ政治ナリ法律ナリ社会ナリ総テノコトニ一致致シテ行カヌケレバ到底此目的ヲ達スルコトハ出来マセヌ」¹²⁾

つまりは「教育の方針と他の立法の主義との統一を図らなければならぬ」ということである。

だが、もちろんこのような主張に対しては消極的な異論も提出された。例えば阪谷芳郎は、次のように言う。

「教育ニ関スル制度ヲ審議シ其振興ヲ図ラシムルト云フ上論ヲ奉ジテ我々ハ集ッテ居ルノデアリマス、……官吏ノ振肅ヲ図ルトカ、或ハ法律制度ノ改正ヲスルト云フヤウナコト……ハ果シテ教育制度ト言ハレルデアラウカドウデアラウカ、……教育制度ニハ政争ハ混入スベキモノデハアルマイ、若シ之ニ政争ガ混入スルナラバ万世ニ通ジテ行ハルベキ神聖ナル教育制度ニ甚ダ不純ナル分子ガ交ッテ来ナケレバナラヌヤウニナル、斯ル政治問題ヲ教育会議デ議スルト云フコトハ如何デアラウカト云フコトヲ予テ私ハ疑ヲ有ッテ居リマスル」¹³⁾

阪谷の抱く危惧は要するに、教育制度を審議するに当たり「貴族院若クハ衆議院ノヤウナ制度ヲ議スル場所デ議スル事柄ト混ジハシナイカ」¹⁴⁾ ということにある。すなわち、教育問題と政治問題とは分離されるべき（政教分離）であるということである。

しかしながら、阪谷の危惧にもかかわらず同会議では久保田副総裁の発言に同調する積極派によって主導権が握られ、やがて法律制度の改正等にまで踏み込んだ「建議第二」の基となる一本の建議案が、1918年（大正7年）10月、平沼騏一郎、北条時敬、早川千吉郎により平田東助総裁宛に提出される動きにまで至った。

同建議案提出者の一人である平沼は、同案提出に至った動機を次のように説明する。

「学校ニ於キマシテ如何ニ此訓育ヲ施サレマシテモ世ノ中ニ悪ルイ風潮ガアリマシタナラバ、忽チ之ニ悪化セラルルト云フコトハ是ハ見易キノ道理デアラウト考ヘル」¹⁵⁾

教育の現状に種々問題があることを単に文教政策の当事者や教職関係者のみの責めに帰することはできない、と言う。

そのような「悪イ風潮」を改めるために平沼らは、全10項目にわたる改革案を提示するに至るのであるが、その第2項に「法律制度ノ我カ国俗ニ副ハサルモノハ之ヲ改正スヘキコト」¹⁶⁾ という一項目が置かれていた。平沼は、この項目の提案意図について次のように説明する。まず彼は、我が国には条約改正という喫緊の事情があって、やむなく我が国情との間を「十分咀嚼玩味」することなく西欧近代法律制度を導入したために「随分日本ノ国俗ニ適合イタシテ居ラナイ法律規則ト云フモノガ出来テ居」り、そのために「段々年ヲ経ルニ従ヒマシテ其弊害モ発見セラルルト云フコトニナッテ」きた¹⁷⁾ と言う。その上で、彼は次のように訴える。

「殊ニ日本ノ家族制度ハ祖先來ノ国俗デアルト考ヘル、此家族制度ト調和ノ保テナイ法制ガ少クナイト考ヘモノデ、斯ノ如キ制度ハ速ニ之ヲ改正イタシマセヌト云フト、後世憂フベキ結果ヲ遺スニ至ルデハナカラウカト我々ハ憂慮イタシテ居ル次第デゴザイマスル、デゴザイマスルカラ此点ニ付キマシテハ政府当局者ニ於キマシテ、又民間ノ有力者ニ於キマシテ十分ナル調査ヲ遂ゲラレマシテ速ニ程度ノ汲ムベキモノガアリマシタナラバ之ヲ改正スルニ努メラレタイト考ヘルノデアリマス」¹⁸⁾

祖先來の国俗である家族制度と調和しない法制度の改正が急務であるという。

ではこの「家族制度ト調和ノ保テナイ法制」とは具体的にはどういうものであるのか。その一例を、同建議案に賛成を表明した江木千之が次のように述べている。

「民法ノ婚姻ノ条ニ25歳ヲ過グレバ父母ノ許可ガナクテモ結婚ガ出来ルト云フヤウナコトハドウシテモ修身書ノ編纂ノ趣意ト矛盾シテ合ハナイ、何処マデモ父母ノ命ヲ奉ジヨ、父父タラザルトモ子子タラザルベカラズト云フヤウナ教育ヲ一方ニシナガラ、法律ヲ見ルト父母ノ許可ガナクテモ婚姻シテモ宜シイ、父母ノ命ニ従ハナクテモ宜シイ、併シ是デハ我家族制度ハ逸モ維持ハ出来ナイト思フ、一家ヲ円満ニ持シテ行カナケレバナラヌ此家族制度ノ反対党ガ這入ッテ来テモ宜シイト云フヤウナ法律ヲ設ケテ置テハ教育ノ実効ハ到底挙カルマイト考ヘル」¹⁹⁾

江木はここで、民法の婚姻条項において25歳（規定上正確には男満30年女満25年）を過ぎると父母の同意が不要である点を指摘して、このような条項は、年齢いかににかかわらず子は父母のいいつけに従うべしとする教育方針と合致しないと言う。よってこのような法律制度は「今日教育ノ主義ト撞着シテ差詰メ困ッテ居ル」²⁰⁾ というわけである。かくして、かつての民法典再編纂の際消えずに残った火種に、江木によって油が注がれた。

このような平沼や江木ら積極派の発言は、同建議案提出者の一人である北条が述べた次

のような見解に後押しされていた。

「政府ニ於テ教育ニ関シテ国民一般ノ氣風ヲ定メル国民教育ト云フモノヲ徹底セシメルト云フコトニ付テハ矢張り政府ニ於テ十分ナル統一ガ必要デアルト思フノデアリマスガ、政ト云フコトト、教育ト云フコトト一致セナクテハ実行ガ出来ハシマイカト考ヘテ居ルノデアリマス、是ハ政府ニ於テハ政教一致ト云フ考ヲ以テ実行ニナリ、從ッテ官民一致ト云フ方デ此実行ノ方法ヲ得タイ、然ルトキハ教育上ニ於テ、殊ニ精神教育ト云フモノナリ、国民教育ト云フモノヲ全ウスルト云フコトハ易々タルモノデアルト思フノデアリマス」²¹⁾

教育の徹底を期するためには政治との統一が欠かせない、よって「政教一致ト云フ考」を明確にすべきであるという。

このことはつまり平沼の言うところの「此勅諭[教育勅語]ノ御趣旨ヲ遵奉イタ」す²²⁾ことであり、そのために「政府ガ先以テ其活動ヲセラレヌトイカヌ」²³⁾のである。だがそれは同時に、先の阪谷委員の危惧にもかかわらず、ここにおいて国家の政策方針としての「政教一致」すなわち政治と教学（教育）との結合が積極派によって公然視され始め、しかもそれが同会議において主導的意見となりつつあったことを意味するものである。

さて、同建議案はその後主査委員会に付託され、小委員によってまとめられた小委員会案及び阪谷により提出された案などをも参酌された上で主査委員会案としてまとめられた。その際、先の第2項「法律制度ノ我ガ国俗ニ副ハザルモノハ之ヲ改正スベキコト」と同建議案の第5項にあった「我ガ国固有ノ淳風美俗ヲ維持スル為メ必要ナル施設ヲナスコト」とが合わせられて、「我国固有ノ淳風美俗ヲ維持シ法律制度ノ之ニ副ハサルモノヲ改正スルコト」という1項目に整理された。その上で建議案は第28回以下の総会にかけられたのであるが、その内容について水野鍊太郎委員が「私ハ必ズシモ我国ノ法律制度ガ我国固有ノ淳風美俗ト相反スルモノガ多クアルトハ認メマセヌ」²⁴⁾という批判を述べた。彼によれば、「我国ノ現在ニ於テ欧州戦乱ノ影響ニ依ッテ思想上ニ謬見ヲ来シタト云フコトハ私ハ未ダ今日発見セヌト思フノデアリマス」²⁵⁾というのである。

だが、このような水野の楽観論は、同会議の経緯全体の流れから当然のように江木らによって「泰平ヲ装フテ之ヲシモ[欧州対戦が思想界に動揺を及ぼしたことなどを]否認スルト云フコトハ到底イカヌコトデアラウ」²⁶⁾などと批判された。

総会においては各委員から文言の修正をめぐって様々な意見が交わされ、その過程で所要の修正も加えられつつ、項目も5つに整理され、ともかくもまとまった建議として成立した。だが、同建議の内容に関しては全会一致ではなく起立者多数の中で可決されるのや

むなきに至ったところから見ても、委員らの間に意見の統一を図ることは遂に無理であったようである。

3 「建議第二」の意味するもの——「法」原理としての伝統的共同体原理

この建議が成立するに至ったそもそもの遠因は、言うまでもなく前章で見てきたように「維新開国ノ国是」²⁷⁾であった条約改正のために1898年（明治31年）、第3次伊藤内閣によって民法典（親族編相続編）が可決成立したことに端を発している。というのも、先に成立していた個人主義的フランス民法に範を採る旧民法典が、激しい法典論争によっていったん葬り去られたにもかかわらず、ここで成立した民法典もまた、基本的にはそれと同様にやはり「欧州法ノ範型ニ鑄造セラレタル」²⁸⁾民法典であったからである。

その結果、家族の関係は権利義務の関係として規律され、「家族は戸主の権利の下に服従する関係」となり、また本来的には家の財産であるはずのものも「戸主が総ての財産の所有者であるかのごとき」ものと化した²⁹⁾。

そのために、教育勅語に主導された「教育の方針」と「立法の主義」とに不統一が生じることとなったのであるが、この不統一による矛盾は差し当たり、主として「教育の方面で、善く始末をつけ」る³⁰⁾ことで対処されてきた。

しかし、特に大正期に入ってから内外の状況は急激に従来の秩序を脅かすものとなり、このような事態に直面した政府当局者たちに深刻な危機感を呼び起こした。そのことが臨時教育会議の開催へと結び付くこととなり、そして、その審議の結果は教育固有の問題を超えて法律制度の改正にまで踏み込むものとなった。これらのことは、上記で見てきたとおりである。

臨時教育会議において主導的役割を演じた平沼の主張によれば、法律制度の導入については（条約改正という）「余程急ガナケレバナラヌ事情ガアッタ」ので、そのため「我国ノ国情、我国ノ民族ト比較イタシマシテ反復之ヲ咀嚼玩味シテ十分ニ其間ノ調和ヲ図」ることができず³¹⁾、したがって「随分日本ノ国俗ニ適合イタシテ居ラナイ法律規則」となってしまったのだという。それゆえ、彼の主張は「斯ノ如キ制度ハ速ニ之ヲ改正」されるべきである、というものとなる³²⁾。

そして、このような「国俗ニ適合」する法律への改正という主張が、臨時教育会議における「建議第二」に結実するのであるから、その意味では民法制定以来「たえず底流としてあつた」このような法律改正論が、この時期に「遂にはつきりした形をとつたもの」と

して現れた³³⁾ ものと言える。

だが、平沼らが主張し同建議の内容となったこの法律改正を実行に移すこととは、平沼によれば、「教育勅語……ノ御趣旨ヲ遵奉イタ」す³⁴⁾ ことに他ならないものであった。このことはすなわち、かつて伊藤博文及び井上毅が近代化を阻害せぬように腐心した「政治（法）」と「道德（教育）」の分離（政教分離、法と道德の峻別）の原則が修正され、立法原理として教育勅語が真正面に据えられたこと、言い換えれば、「法」原理としての伝統的共同体原理の公権的承認を意味する³⁵⁾。

では、この「我国固有ノ淳風美俗」（「教育勅語……ノ御趣旨」）を立法原理として提言することによって「建議第二」が目指した法律改正は、臨時法制審議会において具体的にどのように模索されていったのであろうか。その経緯については節を改め、次節においてたどることとする。

第2節 臨時法制審議会における家事審判所構想の登場——「二元的」構造の模索

1 臨時法制審議会の審議事項

(1) 法律制度（民法）改正に関わる諮問及び調査要目の策定

臨時教育会議における「建議第二」に示された「我国固有ノ淳風美俗」に沿わない法律制度の改正という諮問内容を受けて、原敬内閣は、1919年（大正8年）7月8日、内閣の下に穂積陳重を総裁、平沼騏一郎を副総裁とする臨時法制審議会を設置した。同月16日におけるその第1回総会で原総理大臣は、任命した委員・幹事各位に対し「我国固有ノ淳風美俗ニ沿ワサル法律制度ノ改正」等について審議するよう訓示した³⁶⁾。だが、その際原は、「我国固有ノ淳風美俗ニ沿ワサル法律制度」について、「其多クハ民法上家族制度ニ関スルコトト信スル次第」³⁷⁾と述べた。このことについて原は日記の中でも、委員らに対し「差向きは民法上の改正……に在り」と訓示した旨を綴っている³⁸⁾。その結果、同月25日に内閣より審議会に対し正式に通知された諮問(第一号)は、「政府ハ民法ノ規定中我邦古来ノ淳風美俗ニ沿ワサルモノアリト認ム之カ改正ノ要綱如何」³⁹⁾という記述となった。

この点における鈴木喜三郎司法次官の説明は、「其会議〔臨時教育会議〕ノ要綱中、民法ノ規定ニ於テ、淳風美俗ニ添ハヌヤウナモノガアルト云フヤウナ建議ガアツタ……其建議ノ言葉ヲ此处ニ用ヰ来」たった⁴⁰⁾ というものである。確かに臨時教育会議においては、民法の規定に言及した上で議論が展開されたのには違いない。だが、議論の内容はそれだ

けではなく、例えば江木千之などは民事訴訟法等にまで言及して法制度の見直しを主張しており⁴¹⁾、それゆえ同建議は広く刑法までも含む諸法にまで視野を置いた全般的な「法律制度ノ……改正」を要望するに至ったのである。そしてこのことは少なくとも、臨時法制審議会設置当日である同月8日の原の日記には「法制の方は民法等に於て我古来の風習に反するもの」⁴²⁾と綴られていたことから明らかである。したがって、少なくとも同月10日に同審議会総裁穂積陳重、副総裁平沼騏一郎との打合わせがなされた以降、法制度の見直しが単に民法に限定されるに至ったということになる。かくして同審議会の審議の対象は、先の臨時教育会議での「建議第二」に示された「法律制度」一般ではなく、主として「民法ノ規定」の改正という限定されたものとなった。

しかし、そのことに加えてさらに原は、審議会第1回総会における訓示の中で「政治上社会上其改良ヲ要スルノ急ナリシカ為メニ知ラス識ラスノ間ニ我固有ノ淳風美俗ニ矛盾シタル法律規則ノ存在スルコトハ否ム可カラサル事実」であることを指摘し、それゆえ何らかの是正措置を講じねばならないことは自覚しながらも、それと同時に、「世ノ進運ハ必スシモ旧習古俗ヲ墨守スヘキモノニアラサルコト勿論ナリ」と付け加えることを忘れなかった⁴³⁾。原の言うこのようなニュアンスは、臨時教育会議において平沼が示した「日本ノ家族制度ハ祖先来ノ国俗デアルト考ヘル、此家族制度ト調和ノ保テナイ法制ガ少クナイト考ヘモノデ、斯ノ如キ制度ハ速ニ之ヲ改正イタシマセヌト云フト、後世憂フベキ結果ヲ遺スニ至ル」という「政教一致」的ニュアンスを、軌道修正するものと言える。その意味では原の訓示の内容は、臨時教育会議における「建議第二」の趣旨からは、「はずれている」⁴⁴⁾ということになる。

さて、上記内閣からの諮問事項の通知に基づき、幹事が分担を割り振られることとなったが、諮問第一号「民法ニ関スル調査」には山内確三郎、池田寅二郎、穂積重遠ら8幹事が当たることとされた。そしてこの件に関して翌8月4日から10月20日まで8回にわたって幹事会が開かれ、その成果が「諮問第一号ニ関スル調査要目（其一）（以下、「要目（其一）」という。）」としてまとめられた。その冒頭には次のような序文（前書）が掲げられていた。

「按スルニ諮問第一号ノ所謂『我邦古来ノ淳風美俗』トハ要スルニ我邦ノ家族制度ニ於ケル淳美ノ風敦厚ノ俗ヲ指称スルニ外ナラス然ルニ古来ノ家族制度ニ関スル法制並風習ハ必スシモ総テ之ヲ淳風美俗ト称スルヲ得サルハ勿論ニシテ又或ハ既往ニ正當ニシテ将来ニ適応セサルモノ亦少カラサルヘシ」⁴⁵⁾

ここでは、臨時教育会議の「建議第二」において示された「我国固有ノ淳風美俗」とは、我が国の家族制度に関するものであると述べられており、この点は、同建議を受けて臨時法制審議会に対して通知された諮問第一号に示された内容どおりと言える。しかし「要目(其一)」はさらに、「古来ノ家族制度ニ関スル法制並風習ハ必スシモ総テ之ヲ淳風美俗ト称スルヲ得サルハ勿論ニシテ又或ハ既往ニ正当ニシテ将来ニ適応セサルモノ亦少カラサルヘシ」と言う。このことは先の原訓示と対応し、それを受けた形となっているものである。

では、「要目(其一)」の言わんとするところの将来にも適応する我が国古来の制度とは、一体いかなるものであろうか。同要目序文は、続けて次のように言う。

「我邦古来ノ制度ニシテ之ヲ将来ニ維持スルコトヲ要スルモノハ家ノ組織ヲ堅実ニシ以テ一家ヲシテ親密ニシテ平和、正当ニシテ公平ナル共同生活ヲ為スコトヲ得シムルノ一点ニ在リ」⁴⁶⁾

我が国古来の制度とは、親密・平和・正当かつ公平な共同生活としての家族制度のことであり、そのために家の制度を堅実にすることが必要とされると言う。では、そのための民法改正に当たり、どのような配慮が必要とされるのであろうか。この点について「要目(其一)」は、次のような三点を掲げる。

- 「一 家族制度ハ其健全ナル資質ヲ維持スルニカメ意義ナキ形式ニ陥ラシメサルコト
- 二 古来ノ家族制度ノ弊害ヲ除去スルコト亦家族制度維持ノ重要ナル一手段ナルコト
- 三 人事ニ関スル法規ハ之ヲ厳正ナル法律観念ニ止メス道義ノ観念ニ基キテ之ヲ定ムヘク而カモ法規ハ如何ナル程度ニ於テ徳義ヲ助長シ人情ヲ涵養スルコトヲ得ヘキヤハ深く之ヲ顧慮スルコト」⁴⁷⁾

その上で同要目は、民法の規定中個々に検討を要するものとして48項目を挙げている。同要目は10月24日開催の臨時法制審議会第2回総会に提出され、ここに掲げられた家族制度の実質化と古来の家族制度の弊害除去及び法規における道義の観念の尊重という基本的指針が、以後の審議に様々な影響を及ぼしていくこととなる。

もっとも、「我国固有ノ淳風美俗」に準拠するこの審議会指針は、当然既存の個人主義的近代民法体系と衝突する。したがって、これから明らかになるように、両者の「矛盾」を回避するために審議会は当面、制度の「二元的」構造設計を模索せざるを得ないこととなる。

(2) 伝統的家族の再認識

このようにして審議会で検討された家族制度とは、次のようなものであった。鈴木喜三郎司法次官は、1919年（大正8年）10月24日開催された審議会第2回総会において諮問第

一号の趣旨の説明を通して、「我国古来ノ淳風美俗」あるいは家族制度の主義とは、「父母ニ孝ニ、兄弟ニ友ニ、夫婦相和スルト云フコト」であり「要スルニ……父子兄弟ノ間ニ一家団欒ノ幸福ヲ得セシムル」ことだと言った⁴⁸⁾。

その上で鈴木は、家の制度を次のように改めるべきであると提言する。

「今日家ト云フモノガドウ云フ工合ニ民法上ナツテ居ルカト申シマスルト云フト、御承知ノ通り実質ト云フヨリハ寧ロ形式デ家ト云フ觀念ガ出来テ居ルヤウニ思ヘルノデアリマス、即チ戸主権行使ノ範圍トシテ論ズベキ家ト云フモノガ、或ハ広ク或ハ狭ク、如何ニモ内容ニ於キマシテ堅実ヲ欠イテ居ルヤウニ思フノデゴザイマスカラ、其家ノ組織ト云フモノヲ堅実ニスル、……斯ウ云フ考カラ致シマシテ、……皆サンノ御意見ヲ伺ハウト云フコトニ立至リマシタ」⁴⁹⁾

つまり、現状の家の觀念は従来、形式重視であるが、それを改め、家を実質的に、言い換えれば現状に合わせた把握をするべきであるということである。このことは「要目（其一）」で指摘されたとおりである。だが、特に一点ここで見逃し得ないのは、家を実質的に把握するということが、戸主権の問題とも関わって「家族ノ平和ノ關係ニ於テモ」⁵⁰⁾重要であると認識されていることである。

このことは、家を「今日ノ時勢ニ適応」⁵¹⁾させるために「家ノ組織ト云フモノヲ堅実ニスル」、すなわち、家を現実合うように実質化させるという政府側の認識が、例えば河田嗣郎の言うようないわゆる進歩観的な見解とは異なるものであったことを意味している。河田によれば、「当今ノ文明社会ニ在リテハ一般社会ニセヨ經濟活動ニセヨ皆之レ小家族制度ト調和」⁵²⁾するがゆえに、家は必然的に「夫婦親子ノ血縁」よりなる「所謂小家族(die moderne Kleinfamilie)」的な家族形態となる⁵³⁾とされる。しかし、政府側の認識は、そのような西欧個人主義的な見解よりも、家を実質化することにより「サウシテ父子兄弟ノ間ニ一家団欒ノ幸福ヲ得セシムル」ためという、伝統的共同体原理の積極的な再認識にまで立ち至っていたものであった。

さて、審議会においては策定された「要目（其一）」に関し今後綿密な検討を行うために主査委員10名が指名された⁵⁴⁾。それゆえ諮問第一号の案件に関する舞台はこの後、主査委員会に移ることとなった。委員会では以下順次述べていくように、特に上記の如く「要目（其一）」序文に示された審議会の意思に沿った形で議論が展開されていく。

2 主査委員会の審議事項

(1) 民法と「我国古来ノ淳風美俗」（伝統的家族及び道德の主義）との関係

1919年（大正8年）11月3日開催された第1回主査委員会で展開された議論は、主として「要目（其一）」冒頭の序文（前書）をめぐってであった。

ここではまず江木千之（当初主査委員外出席員）が、教育界ではどのような観点から教育と法律（民法）との抵触が問題となっているかについて、次のような説明を行った。

「廃嫡ノ場合テ親子ノ間テ訟廷ニ相見エルト云フコトハ、ドウモ我国俗ニ照シテ忍ヒサル事テアル、……ソレカ真ニ訴ヘナケレハナラ又精神テ訴ヘテ居ルカト云フト、法律ノ唯形式ダケニ止マル、スルコトハトウモ面白クナイ……其他父母ノ命令ニ従ハナケレハナラヌト云フコトハ、教育ノ方テハ親々タラスト雖モ子々タラサルヘカラサルノ主義テ進ンテ参リマスケレトモ、民法ヲ見マスルト或年齢ニ達シタ者ハ男子モ女子モ父母カ不同意テモ結婚シテ宜イト云フコトカアル、……サウシテハ一家ハ纏マルモノテハナイ」⁵⁵⁾

廃嫡の場合には親子が争ってもいないのに訴えを提起しなくてはならず、また、一定年齢に達すれば親が不同意でも婚姻できるという法律の実情は我が国俗に反し、家族の一体感を弱めてしまうという。だが、この問題はかつて「子が父を訴へる」⁵⁶⁾ ことを認める「ウェスタンプリンスプル」的民法に対し巻き起こった教育勅語の制定や法典論争・民法再編纂などをめぐる一連の動きの際に積み残された宿題そのものであった。そしてこの宿題は、先に江木も出席して決議に加わった臨時教育会議において表明されていたものでもあった。であるからこそ、同会議は「建議第二」において「我国古来ノ淳風美俗」に沿うよう法律を改正せよと求めたはずであった。

では、臨時法制審議会における委員・幹事らは、臨時教育会議の「建議第二」において示された「我国古来ノ淳風美俗」をどのようなものと捉えていたのか。この点については先の審議会第2回総会において鈴木司法次官が既に説明を行っているのであるが、ここで穂積重遠幹事が改めて次のように説明する。

「結局我国ノ家族制度トシテ是カ美風テアツタ、将来モ願ハクハ斯ウアリタイモノテアルト云フノハ、平タイ言葉テ申セハ一家仲善クスル、……併ナカラ又一家ノ内部ニ於テ昔ノ家族制度ノヤウニ唯戸主一人カ威張ツテ居ツテ他ノ者ノ人格ヲ無視スルト云フヤウナコトハ将来ノ制度トスヘキテハアルマイカラ、一家ノ共同生活ト云フコトハ一方ニ於テ親密平和テナクテハナラヌト同時ニ一方ニ於テ正当公平テナケレハナラヌト云フ……意味テアリマス」⁵⁷⁾

要するに「一家仲善ク」ということであるが、昔の家族制度のように、戸主一人が家族の人格をないがしろにするようなことは改められねばならないと言う。確かに「要目（其一）」においては、「一家ヲシテ親密ニシテ平和、正当ニシテ公平ナル共同生活ヲ為スコ

トヲ得シムル」ために、「古来ノ家族制度」の「弊害ヲ除去」しつつその「維持」を図るべきであるとしており⁵⁸⁾、その限りでは穂積の言うことは正しい。

だが、「戸主一人カ威張」ることなく皆が「親密平和」で「正当公平」な共同生活を営むというだけでは、「古来ノ家族制度」の維持としては十分ではない。すなわち、これでは家族内の「横ノ関係」は明白ではあっても「縦ノ関係カ明白ニナツテ居ラヌヤウニ見エル」⁵⁹⁾ ことになるからである。それゆえ、穂積の説明は、鶴澤総明⁶⁰⁾ による次のような質問に遭うことになる。

「東洋古来ノ道德ニ依レハ矢張父母ト子孫ト云フ重ニ縦ノ関係ト云フコトカ主ニナルヤウニ思ハレテ居ルノテアリマス、ソレテ此家ノ組織ニ付キマシテハトウシテモ横ニ広イ関係ト縦ノ父母子孫ト云フヤウナ関係テアリマシテ、其父母子孫ノ関係カラ見マスルト詰リ子供ハ親ノ方ニ親ノ方ハ子孫ノ發育ヲ十分ナラシメルト云フコトカ今日生存上ノ必要ナコトニナルノテハアルマイカト考ヘマス、……其点ヲ起草ニナリマシタ方ニ承リマス」⁶¹⁾

この「父母ト子孫」の「縦ノ関係」という「東洋古来ノ道德」とは、江木の言うところの「一家カ矢張連綿トシテ祖先ノ祭ヲ続ケル」⁶²⁾ という意味と同旨であり、このことが親子関係を通じて子や孫に至るまでの發育を十分ならしめ、あるいは人間の生存にとり有用であるという趣旨のことが鶴澤によって指摘されている。

この質問に対しては、穂積も肯定的である。

「一家ト云フノハ親子夫婦ト云フ西洋ノ小『ファミリー』ノ関係タケテナク、ソレヨリモモウ少シ拵ケタ意味テ一家一族カ仲善クスルト云フコトカ我国古来ノ淳風美俗テアル、之ヲ将来続ケテ行クト云フコトハ勿論異論ノナイコトデアラウカラ、……勿論横ノ関係タケテナイ、縦ニ長ク続ク、……長ク続ケテ行ク縦ノ共同生活ヲ含ンテ居ルコトハ勿論デアラウト思ハレル」⁶³⁾

すなわち、一家仲善くするという共同生活における「淳風美俗」は将来も続くという点で、そこには「縦ノ共同生活」も含まれるという。したがって、穂積においてもここでの「一家」とは、少なくとも先に河田によって示されたような単なる夫婦中心の西欧的「所謂小家族」ではなく、従前の我が国固有の親子間「継承」家族を指していると見ることができる。

その上で穂積は、従前あまりに「形式的ニナツテ居ル」⁶⁴⁾ 民法（いわゆる大家族制構成を採る民法・戸籍制度）を改めて、「成ヘク實質上一家仲善ク」できるように家の範囲を定め、家を「堅実ニシヤウト」するような議論も必要であろうと説明する⁶⁵⁾。このことを言い換えるならば、「現実の親族的共同生活団体に則し、世帯を異にする家族は世帯

毎に家を成さしめ」る、つまり「家と世帯の即応」⁶⁶⁾であると言える⁶⁷⁾。このように家を実質化することによって、家をして「要目(其一)」の趣旨において目指される「一家仲善ク」し「サウシテ父子兄弟ノ間ニ一家団欒ノ幸福ヲ得セシムル」こと(伝統的共同体原理)を維持するのを真に可能とするための、言わば器の役割を果たさしめるようになるのである。

だが、それでは次に、本来権利の体系である民法の改正を行うに当たって、「我国固有ノ淳風美俗」の核心である「父母ニ孝ニ、兄弟ニ友ニ、夫婦相和スル」という伝統的共同体原理、江木の言うところの「親々タラスト雖モ子々タラサルヘカラサルノ主義」との整合性は、一体どう付けられることになるのであろうか。このことは、「要目(其一)」前書中の「三 人事ニ関スル法規ハ之ヲ厳正ナル法律觀念ニ止メス道義ノ觀念ニ基キテ之ヲ定ム」という文言をめぐって議論となり、この点については江木が端的に「法律ニ規定シタ主義ト道徳ノ主義ト合フヤウニナツテ居ラナケレハイカヌ」⁶⁸⁾と言えは足るであろうという異議を述べる。民法に「或年齢ニ達シタ者ハ男子モ女子モ父母カ不同意テモ結婚シテ宜イト云フコトカアル」のは教育の主義たる「父母ノ命令ニ従ハナケレハナラヌト云フコト」と矛盾するがゆえに、民法の規定を教育の主義に合致させるべきであるという、江木の持論からすれば、けだし当然である。

しかしながら、穂積の見解は江木のそれとは異なる。すなわち穂積は、親孝行は当然のことであるが、それを総て法律上の義務としてしまうことが果たして「道徳ヲ助長シ、又人情ヲ涵養スル所以ニナルテアラウカトウカ」⁶⁹⁾という疑問を当初から持っており⁷⁰⁾、それゆえ彼は江木に対しても、指摘された民法の規定と道徳の教えとの不一致についても「法律ノ力カトノ位及フヘキモノテアルカト云フコトヲ問題トシテ戴キタイ」⁷¹⁾と答弁する。

そして穂積のこの答弁を、横田国臣⁷²⁾が次のように援護する。

「家族制度ニシマシテモ世ノ中カ最早違ツテ居ル、……此道徳ト法律ト一緒ニスル、是ハモウ出来ヌ話テアル唯今穂積君ノ御話モアツタ通りニ年齢ニ依ツテ婚姻シテ宜イ、併シ之ニシマシテモサウシテ罪カナケレハナラヌコトカアル、唯親ノ言フコトヲ聞カヌト云フコトデアリマスカ、最早子モ出来テ殆ト一家ヲ成シテ居ル、ソレヲモ尚許サヌト致シマス却テ禍ニナル、……人ニ金ヲ貸シテ利息ヲ負ケテアルノモ道徳上甚タ善イ事デアリマス、又其上ニ貸シタ金ヲ皆ヤツテ仕舞フ、ソレモ又道徳上大変善イ、然シソレテハ国ハ立たナイ」⁷³⁾

明治維新以来我が国は近代化に向かって突き進み、資本主義的近代国家となってようや

く世界に伍していけるようになった、このような我が国社会の変化を無視することはできない、というのが横田の言わんとするところと言える。それゆえ彼は、「重ナ所タケ御直シ下サツテ余リ民法ヲ変更スルト云フヤウナコトニナラヌヤウニ御願ヒシタイ」⁷⁴⁾ と言う。

では彼は、伝統的共同体原理の維持については何ら意に介さなくともよいということかという、そうではない。というのは、続けて彼は次のように言っているからである。

「又私ハ斯ウ云フコトヲ考ヘテ居ルノデアリマス、トウモ情実裁判所ト云フモノヲ設ケネハナラヌ、此情実裁判所ハ法律ニモ何モ拘ラス勝手ニ裁判ヲスルコトカ出来ル」⁷⁵⁾

ここで横田は、基本的に権利義務関係で成り立つ民法の方については時勢あるいは実態に合わせた家族構造の改正はともかく、江木の言うような道徳に合致させるような改正はせずに、ただ手続・運用面について従前の裁判所とは別の「大岡裁判ト云フモノ」⁷⁶⁾ を実現できるような制度の設置を提案する。

しかし、これはまさに、「要目(其一)」第六に掲げられた「家庭審判所」構想と同一のものに他ならない。すなわち、同第六は、次のように提言している。

「第六 人事ニ関スル事件ノ裁断ハ民事訴訟法ノ原則ニ從ヒテ之ヲ審判スルハ現行法ノ主義トスル所ナリト雖訴訟ノ形式ニ於テ此ノ種ノ事件ヲ裁判スルハ国情ニ鑑ミ果シテ適當ナリヤ寧ロ温情ヲ本トシ道義ノ觀念ニ基キ穩健ナル斯法ノ運用ヲ図ル為家庭審判所ヲ設置シ之ヲシテ人事ニ関スル事項ノ審判調停ヲ為サシムルヲ可トセサルヤ」⁷⁷⁾

民事訴訟法は言うまでもなく西欧近代法を導入して成立したところの、民法等私法上の権利義務関係を公権的に実現する手続である。だが、このような言わば黒白（勝敗）を明確にするような解決方法は我が国の国情に適せず、むしろ「温情」・「道義ノ觀念」に沿う解決方法の方がより適しているのではないか、という趣旨の提言である。とするならば、「大岡裁判ト云フモノ」を実現させる「情実裁判所」の提言を行った横田の発言にも、ここに示されたものと同一の精神が流れていたと言える。

この横田の提言からは、次のような構想が漠然とはあるが読み取れる。すなわち、民法における家族を伝統的家族構造に適合させるよう配慮はするにしても、「ウェスタンプリンスプル」的な民法上の関係＝実体法上の権利義務関係は基本的にそのままにしておき、その代わり、その実現手続面において、伝統的共同体原理に沿う運用によって民法上の権利主張に伴う親子等の家族、人間関係の軋轢ないし破壊を回避、調整しようという構想である。その意味ではこの見解は、臨時教育会議の「建議第二」に見られるような「我

国古来ノ淳風美俗」と食い違う民法等の規定をそれに合致するように改正すべし、というまでの強い姿勢からは「はずれている」ことになる。このように元々は、近代法原理と伝統的共同体原理の「二元」性を基本に置いた上で、両者の「矛盾」克服を試みる手段として、「要目（其一）」の「家庭審判所」構想が浮上してきたのであった。そして、このような議論の帰結は、次の問題をめぐってもまた、繰り返されることになる。

(2) 家族内での権利抵触問題とその解決策

伝統的共同体原理の適用を手続法に局限しつつ家族関係を権利等の近代法原理で構成される民法で規律する。ということは、前提として当然に家族個々人の権利衝突・抵触の事態を公然視することを認めることに他ならない。そのような点に関する議論が「要目（其一）」における項目第四の戸主権と親権との抵触の問題をめぐってもなされた⁷⁸⁾。その議論に当たってはまず、「堅実ナル家族制度」の維持のためには戸主権・親権ともに必要であり、したがって、この「二権ノ併立ヲ認メタルハ已ムヲ得サル所」ではあるが、「此ノ権利ノ抵触ヲ調和スル為」の何らかの立法措置が必要ではないかとされ、その場合「大家族制度ト小家族制度トノ利弊優劣」の考究の必要性も検討の余地があるとされた⁷⁹⁾。

この意味については、山内確三郎幹事が次のように説明する。民法では、例えば家族の居所指定権が戸主にも父親にもあり、この両権の抵触が起こる場合や、また、婚姻についても家にある父母の同意権と戸主の同意権とが抵触する場合等、抵触事例がたくさんあって「此間ヲ調和スルト云フコトカ余程困難ナコト」であり、「此両立カトウ云フ工合ニシタナラハ家族ノ平和ノ関係ニ於テモ維持スルコトカ出来ルカ」を検討する必要がある⁸⁰⁾、そしてその場合、家族が大勢であれば戸主一人に対し親が複数いる場合が多くなってそれだけ錯雑になるが、家族が少なければ戸主と親が同一人となることも多くなり、そうすれば抵触の問題も少なくなるであろうから、その点も検討してもらいたい、という⁸¹⁾。

この問題は、かつて自らも民法制定に関わった磯部四郎の言うように家族に対する扶養義務の反面として戸主に同意権が認められるのであり、立法論的には何ら矛盾せず、分家や離籍によって問題を解決するべきであるとすることもできる⁸²⁾。

だが、この問題の根はそのような単なる技術的解決策のレベルではなく、もっと深いところにある。その点について小山温が次のように言う。

「現行民法ハ家族制度ト欧羅巴ノ個人制度ト雜ツテ居リマシテ、其調和ニ幾分カ欠ケタ点カアル、ソレヲ甘ク調和シタラトウカト云フ問題テハナイカト思ヒマス」⁸³⁾

我が国の家族制度とヨーロッパの個人主義的家族制度との調和が現行民法では不十分で

あるという。小山のこの指摘は、個人主義的西欧近代法に由来する民法の規定が、元々個人を社会生活の最小単位とするのではなく、家族を最小単位とし、個人をその一構成員として成り立ってきた我が国の家族制度の実情⁸⁴⁾と必ずしも十分に適合していないということを示唆する。

しかしながらそもそもこの問題は、かつて旧民法修正案審議の際帝国議会において沼田宇源太が修正案に対し「家族主義、日本ニ是マデ行レ来タ所ノ家族主義、西洋ノ流儀ノ個人主義、此二ツノ混合シタ法律」、「謂ハゞ家族制度ト個人主義ノ間ノ子法律」であって家族関係を権利義務によって破壊する「爆裂弾」と非難した⁸⁵⁾ところのものであった。それゆえ小山の上記の示唆は、条約改正の圧力の下で我が国が西欧近代法を継受した際、家族制度に関する我が国の国情と何とか調和する法制度を構築しようと模索を試みた時の、磯部も含むかつての立法者たちの悩みを再提起するものでもあった。

とは言えこの問題が、もはや西欧近代民法の排除そのものまで意味するものとは成り得ないことは、「殊ニ是カラハ益々商工業カ発達スル場合ニ」これと相容れない制度を「民法カ規定シテモ私ハ無理テナカラウカト思フ」という仁井田益太郎の発言⁸⁶⁾を借りるまでもなく、誰の眼にも明らかである。「我国古来ノ淳風美俗」に沿うように民法を改正すべしと主張する江木でさえも、この問題に関しては「能ク調和ヲ図ラナケレハナラヌ」とし、「斯ル場合ニハ家庭審判所ト云フヤウナモノカ立入ツテ裁定ヲスルコトニナツタラ穩カテアラウカト考ヘル」と言う他ないのである⁸⁷⁾。つまり、権利の抵触に関する解決策としては結局のところ「家庭審判所」にたどり着かざるを得ない。とするならばここでもやはり、実体法である近代法的権利体系としての「ウェスタンプリンスプル」的民法を基本的には維持しつつ、ただ手続法の側面で我が国の国情に基づく伝統的共同体原理を尊重することによって、両者の「矛盾」克服を図っていかうとする方向性が示されることになる⁸⁸⁾。

かくして家庭審判所構想が浮上してきたのであるが、そうなると次の問題は、この家庭審判所と通常の裁判所との関係である。

(3) 家庭審判所構想の検討

江木の言にも上ったこの家庭審判所については、山内確三郎幹事が、構想の提起に至った理由を次のように説明している。それは、家督相続人の廃除について家族当事者間に争いの無いケースであっても現行規定上必ず訴えによらねばならないとされていることは不穏当であり、また、その他離婚や親子親族の関係についても訴訟の形式によるのは「果シ

テ正シイノテアルカ」が疑問であり、むしろ「極メテ穏和ナル解決ヲスルコトカ必要テアル」、というものである⁸⁹⁾。

山内のこの説明には、権利義務で決せられる家族関係の紛争解決方法に、その権利関係を公権的に処理し黒白を決する訴訟形式を持ち込むことによって、「家族ノ平和ノ関係」を破壊するようなことを回避したいという深慮が読み取れる。もっとも、「家族ノ平和ノ関係」が維持されることによって初めて、「縦ノ関係」としての「子供ハ親ノ方ニ親ノ方ハ子孫ノ發育ヲ十分ナラシメルト云フコトカ」可能となるのだとすれば、この深慮は当然と言える。

以上のような山内の説明を引き継いで、穂積幹事が家庭審判所の概要を説明するが、それによれば、この家庭審判所構想はそもそも先の幹事会の中で「全ク自発的」に、「偶然皆」の間に起こってきて一致した考えであり、その後「西洋ニモ近頃斯ウ云フコトカ問題ニナツテ居ルト云フコトヲ寧ロ後カラ発見シ」たのだという⁹⁰⁾。その上で穂積は、その「後カラ発見シ」た西洋の例の一つとして参照したアメリカの家庭裁判所の成立ちについて、次のように説明する。

「亜米利加テ是カ問題トナリマシタ起リハ結局少年裁判所カラ起ツテ居ル、少年裁判所ハ亜米利加テハ既ニ可ナリ前カラ外ノ裁判所ト独立シテ少年ニ関スル犯罪事件ヲ取扱ツテ居ル、所カソレタケテハ甚タ物足りナイ、犯罪ノ起ツタ後ニソレヲ取扱フヨリモ犯罪カ起ラナイヤウニ家庭ノ紛議ヲ根本カラ無くスルコトカ少年ノ犯罪ノ撲滅ニ尚更大事ナコトテアルマイカ、少年裁判所ノ範囲ヲモウ少シ広ケ、家庭ニ関スル一切ノ事件ヲ其所テ扱フヤウニシタラトウテアラウカト云フヤウナコトヲ、段々少年裁判所ノ関係ノ人々カラ言出シテ、ソレカ各州テ以テ問題トナリマシタ」⁹¹⁾

穂積のこの言は、次のような池田寅二郎の報告からも裏付けられる。池田の報告とは要するに、アメリカでは「殊ニ不健全ナル家庭ニハヨク不良ナル少年ヲ出タスト云フコトモアルノdeal。故ニ少年ノミヲ目的トセズシテ更ニ進ンデ其根本タル家庭ヲ健全ナラシムルト云フコトガ少年事件ヲ根本的ニ解決スルノ方法dealト云フコトヲ言フテ居ル次第deal」ところから、少年裁判所と家庭裁判所との間には密接な関係があるというものである⁹²⁾。彼は以下のように報告する⁹³⁾。アメリカにおいては、19世紀に入って産業革命の進行と個人主義の発達により夫婦・親子の地位が平等とされるようになった。そして、親子関係の上では「親権ハ大ニ衰ヘタ」ことにより、「子弟ハ俄ニ解放セラレテ」「自由ノ身トナツタ結果放縦輕率ノ風ニ陥」いった。また、夫婦関係の上でも「夫婦ト云フ者ハ愛情ノ發生消滅ニ因リテ集散離合スルモノニ過ギナイト云フ考デアツテ、ソコニ道德上社

会上重大ナル責任ガアルト云フコトヲ毫モ感得シテ居ナイ様」となった。そのため、離婚の理由も「自分ハ此人ハ厭ヤニナツタ外ニ此人ヨリ優ル者ガ出来タカラ彼ヲ棄テテ之ヲ取ルト云フコトハ寧ロ当然ノコトデアルト訟庭デ公言スル婦人ノ事例」が新聞紙上を賑わすような風潮となった。その結果、不良問題のみならず離婚問題についても「離婚ハ家ノ破壊ノ最大原因デアル、家ノ破壊ハ即チ社会組織ノ根本ニ動揺ヲ来タス」という危機感が生じ、それが家庭裁判所の設置に結び付いた、というものである。

我が国においてもこの頃、「家は人間の雨宿り」に過ぎないというような極端なアトム的個人主義の風潮が生じ始めていたのであるから、アメリカにおけると同様の状況が我が国にもやがて押し寄せ、その結果「淳美ノ風敦厚ノ俗次第ニ類廃セムトスルノ勢ヲ呈スルニ至」る結果になることは容易に予見できるところであった。この予見を背景にして、近代法原理から成る民法の規定を我が国の実情に合致させつつ伝統的共同体原理に導かれた「家庭ノ平和ノ関係」を維持するために、訴訟に代わる手続を模索した結果が家庭審判所構想であった。

前章でも触れたように我が国には、かつて明治前期に勸解という調停制度が置かれたが、民事訴訟法制定の際にその存続が見送られて消滅に至ったという経緯があった。その辺の事情については要目の作成に当たった穂積ら諸幹事は百も承知であろう。その意味で一面では家庭審判所は、かつての日本型調停制度の再出現であると見ることができる。だが、家庭審判所の構想は、かつての制度の単なる再出現ではない。かつて「郷党的社会」を司法制度の枠外に置いて成立した調停制度が、今度はその弱体化しつつある「郷党的社会」（及びその伝統的共同体原理）の維持強化の手段として用いられようとしているという意味で新たな出現という方が、より正確と言える⁹⁴⁾。

しかしながらさらに、家庭審判所の構想自体は良いとしても、これと従来の裁判所とはどう異なるのか。この点について穂積は次のように説明を続ける。

「裁判所ノ制度ヲ別ニスルノミナラス建物等モ別ナ所ニ拵ヘ、裁判官モ平服テト云フヤウナコトカ私個人ノ考テアリマス、サウ云フ風ナ特別ノ裁判所ヲ拵ヘタラトウテアラウカ、ソレカ親族編相続編ノ人事法ヲ實際ニ運用スル上ニ於テ可ナリ効驗カアルコトアルマイカト云フヤウナ考カ本ニナツテ居ル」⁹⁵⁾

つまり穂積の根本的な考えは、「人事ノ問題ヲ解決スルノニ民事訴訟法ノ原則ニ拠ツタノテハ不十分不完全」⁹⁶⁾ というところにある。すなわち、裁判所というものは本来「病院」のようなもので気軽に行くべき所であるはずだが、今の裁判の「遣り方ハ可ナリ形式

ノ点モアツテ、一定ノ申立ヲシテ其範圍テヤルノカ民事訴訟法ノ原則ニナツテ居ル」ので、その点を何とか緩和して「裁判所カラ進ンテ立入ツテ色々世話ヲ焼クコトカ出来ルヤウニシタ」り、また、「今ノ裁判ハ公開ニナツテ居ルカ、出来ルナラハ此裁判所ハ非公開ヲ原則トスル」ようにしたらどうかというのである⁹⁷⁾。

このように穂積の考えは、民事訴訟上の大原則である処分権主義や弁論主義といった当事者主導の主義を採らず、「人事訴訟法ノ主義」と同じ裁判所主導の「職権主義」⁹⁸⁾を採用し、しかも明治憲法第59条でも明定されている裁判の公開原則も排除したいというものである。それゆえ、彼の構想は少なくとも従来の裁判所とは別の「特別裁判所」として構成されるべきものであった。したがって彼は、その名称についても「余り裁判所ト云フ感シヲ強クシナイヤウナ謂ハハ輕イ名前ニスルト云フ風ニ考ヘ」て「家庭審判所ト云フ名前ヲ用申」⁹⁹⁾ることとしたと述べたのである。

だが、このような構想は、これが「行政処分カ裁判カ」、また、その「裁判官等ニ付テモ憲法ノ関係カラ申スト裁判官ニシナイト工合カ悪イ」かどうかというやや細かい法技術的問題の他に、さらに、この家庭審判所で「片カ付カナイ場合ニ普通ノ裁判所ニ上訴ヲ許スカトウカ」¹⁰⁰⁾という問題をも生じさせる。この問題は、実体法である民法が規定する権利による解決と家庭審判所における「我国古来ノ淳風美俗」との整合性をどう取るかに関わるものである。まさにこの点が、かつて磯部同様自らも民法制定作業に携わった仁井田益太郎の突くところであった。すなわち、次のようである。

「此案ノ趣意ハ……温情ヲ本トシテ法律ノ運用ヲ計ルト云フノカ御趣意デアリマスカ、愈々執ツテ下ラヌ時ニ裁判所カ親シク法律ヲ適用シテ裁判シヤウト云フト温情ヲ本トスルコトト相容レヌコトカ起ルト思フ、……権利義務ヲ一般ニ認メテ居ル而シテ両者相下ラヌ時ニ温情ヲ本トシテ裁判スルコトハ一寸出来悪イカト思フノデアリマスカ、尚上訴ノ問題ハ無論アル訳デアリマス、此ノ場合ニハ矢張法律一点張りテヤルト云フコトニナルノデアリマスカ、或ハ温情ヲ本トスルノデアリマセウカ、……一応伺ツテ置キマス。」¹⁰¹⁾

近代法原理に基づく制度を一方では基本的に認めつつ、運用上は「郷党的社会」の「温情」をもって調整を図る。我が国が西欧諸国に伍することができるようになったのは、権利体系から成る近代法が整備された結果によるところが大であったと言える。それゆえ仁井田の質疑にも「民法ノ規定ヲソツクリ変ヘテ八釜敷イ権利義務ノ規定ヲ無クスル」¹⁰²⁾ことなど「是ハモウ出来ヌ話テアル」ことが暗黙裡に示されている。だが、それゆえにこそ権利と「温情」との確執¹⁰³⁾にもかかわらず、一方近代化の進展と他方「我国古来ノ淳

風美俗」の維持という両圧力の下で両者共に無視することは出来ないという悩みは尽きない。その辺の事情を、鶴澤が次のように詳細に補足する。

「私ハ親族法相続法ハ或意味ニ於テ法行為的ノ性質ヲ帯ヒタモノテハナカラウト思フノテアリマス、併ナカラ社会的正義ト家族ノ法律関係ノ間ノ問題カ觀察ノ仕様ニ依リマシテハ色々ナルモノテアリマスカラ、単ニ此社会的ノ正義ノ現ハレル場合ト見テ親族法相続法ヲ普通ノ民法ト同一ノ規定ノ中ニ入レタケレトモ、中ノ規定ハトウカト云ヘハ、……純粹ノ私権ノ範圍、所謂コレクテブ・ジャステーブヲ決メル範圍カ普通ノ民法ノ条項ニナツテ居ル、然ルニ親族法相続法ニナレハ余程公法ニ似寄ツタコトヲ規定シテ居ル、殊ニ家族制度ト申シマシテモ、家族制度ニ現ハレタ精神ニ於テトウシテモ今日ノ国家制度ニ於テ尊重シナケレハナラヌモノカナル、其モノヲトウカシテ法律ノ規定ニ於テ毀ハササルノミナラス、出来ルコトナラハソレヲ繼續シテ行キタイモノテアルト云フコトカ大事ナコトニナルノテアラウト思フ」¹⁰⁴⁾

家族制度は権利構成をとる法律に規定する他ないが、そうすると家族制度の精神が壊されていくことになる、ゆえに、それを阻止して家族制度の精神を継続していくことが大事なことであるという。だが同時にこの言は、家族制度の精神が「純粹ノ私権ノ範圍」を定める民法には馴染まないことを、次のように示唆するものでもある。

「例ヘハ忠孝ノ觀念、一家ニ於テモ孝ト云フコトヲ必要トスル、是ハ社会的ニモ家族的ニモ大事ナコトテアル、所カサウ云フコトハ單純ニ法律ノコレクテブ行政的ノ正義ノ方ニ於テ定メルコトハ出来ナイ、ソレヲ單ニ普通ノ民法的ニ規定致シマス、自然ソレハ性質ヲ顧ミナイコトニナツテ、少クトモ其性質ヲ離レタモノノ関係カ多クナリマスカラ、サウ云フモノハ自然破壊サレテ来ル、ソレヲ破壊シナイヤウニシテ、出来ルナラハサウ云フヤウニシテアリタイモノテアルト云フコトカ民法ニ対スル要求テハナカラウカト思フ」¹⁰⁵⁾

鶴澤の言うこの「孝」という家族制度の精神（伝統的共同体原理）は、彼の持論である「縦ノ父母子孫ト云フヤウナ関係」と一体のものと言える¹⁰⁶⁾。しかしこの点についてはともかくとしても、要するに、このような継続していく必要のある家族制度の精神を法律的に規定することは困難であるが、そうすると自然それは破壊されることとなり、かかる点をどうするかということが今回の民法改正要求という問題の発端である、というのがその発言の趣旨である。

その上でさらに、この家族制度の精神と法律規定との関係は、民事訴訟法の領域についても言えると彼は続ける。すなわち、次のようである。

「民事訴訟法ニシテモ非常ニ形式ニ流レテ居ル、……其様ナ形ヲ更ニ人事ノ問題ニ及シテ来ルト

云フコトハ余程困難ナコトニナツテ参リマスノテ、其辺ニ何カ方法カナカラウカト云フヤウナ考ヲ素人考トシテ起スノデアリマス、サウナリマス同シク親族相続ノ場合ニモ現ハレテ居リマシテ、之ヲ決定スル所ノ関係ハ単純ナル法律正義ト云フコトノミカラ見ルコトノ出来ナイ場合カアル、或ハソーシャルジャステーチ、家族ノ関係カラ起ル所ノ問題ト申シマスカ、サウ云フヤウナモノハ単純ナル法律関係トシテ見ルコトノ出来ナイ場合カアリマス、ソレニ就テ起ツテ来ル事柄ハ争ノ形トシテ現ハレナイカト申シマス、サウテモナイコトカ、アルノデアリマスカ、是等ノモノヲ決スルトキニハ何カ普通ノ裁判所ニ於ケル訴訟ノ形式ニ依ラスシテ、適当ナル方法ヲ執ルコトハ出来ナイモノデアラウカ」¹⁰⁷⁾

「家族ノ関係カラ起ル所ノ問題 …… ハ単純ナル法律関係トシテ見ルコトノ出来ナイ場合」がある。たとえ民法がその家族関係を権利で規律していたとしても、である。したがって、この「問題」（「争」）の解決方法もまた、権利の公権的な実現を目的とする訴訟形式では不適当ということになる。では、どうあるべきなのか。この点について、鶴澤は次のように続ける。

「唯其時ニ間ニ合フ証拠ノ力唯其時ニ間ニ合フ不干涉主義ト云フタケニ止ラスシテ、或程度マテハ司法上ノ制度ニ職権ノ力ヲ興ヘルコトニシテ甘イ方法ハナイモノデアラウカト云フヤウナ点ニ疑ヲ有ツテ居リマス、……ソレテ第六〔「要目(其一)」第六〕ノ意味カ温情ヲ本トスル或ハ道義ノ觀念ニ基クト云フコトニナルト、詰リ普通ニ云フリーカルジャステーチト違フ觀念カ訊問上ニ入ツテ来ル、サウスルトソレヲ決スル方法ヲ執ラナケレハナラヌノデアリマス、其方法ヲ執ル場合ニハトウモ道德上之ヲ唯証拠争テ決スル訳ニ往カヌノデアリマスカラ、矢張此所ニハ一種ノ行政的或ハ合法的ノ力ヲ持ツタモノテナケレハナラヌ」¹⁰⁸⁾

彼の言うこの「一種ノ行政的或ハ合法的ノ力ヲ持ツタモノ」が、すなわち家庭審判所構想である。つまり結局、権利及びその実現手段たる民事訴訟とは別の制度＝家庭審判所が必要だということである。論議はこのようにして再び家庭審判所の必要性に戻らざるを得ない。そして、かかる堂々巡りの議論は他ならぬ、かつて近代法原理と伝統的共同体原理との確執に直面した民法制定者たちの呻吟の再現であった。そして、ここでの問題は、後に続く家事審判所設置に関する主査委員会において、仁井田や松田源治によるもっと尖锐な質問に遭うことになる。

(4) 伝統的家族構造に関する審議事項

主査委員会においては家庭審判所の他、「要目(其一)」及びその後追加提出された調査要目(其二)・同(其三)(以下「要目(其二)」・「要目(其三)」という。)の内容をめぐ

って翌1920年(大正9年)6月11日開催の第17回会議まで審議が続けられた。その中から伝統的家族構造に関する4点について述べると、次のようである。

第一は、「要目(其一)」第十三の庶子私生子を家に入れる際に戸主の同意を要している第735条の規定の可否についてである。これを問題とする趣旨は「戸籍紙上ノミ家ニ入レサルニ止マリ實際上ハ共同生活ヲ為シ居ル実例」が多く、それならば「矢張り其家ニ入ルルヲ以テ共同生活ノ趣旨ヲ全フスルモノ」ではないか¹⁰⁹⁾というものであった。つまり、この問題は、元々は家を実質的に把握しようとするところから検討されたものであった。これに対しては、「其家ノ家名ニ関スルコトモアリ私生子ノ如キハ随分如何ハシキ者モ」あるので「之ヲ家ノ籍ニ入レルコトハ戸主ノ同意ヲ必要トスルヲ可トスヘ」きであるという意見¹¹⁰⁾もあった。しかしながら、この問題は後に審議会総会において、「家族ノ平和」に重点を置く問題意識の下で、庶子を家に入れる際に配偶者(妻)の同意を要するか否かという大論争に発展することになる。

第二は、「要目(其一)」第三十・三十一の婚姻の際父母の同意を要する年齢につき、「男カ満30年女カ満25年」までという年齢制限を定める第772条の規定の可否についてである。この問題については言わば再点火役と言える江木が、「我邦ノ風習ハ父母又ハ祖父母カ主婚姻者」であり、結納から挙式に至るまで「皆父母又ハ祖父母ノ名義ヲ以テ為」すものであるがゆえに「年齢ニ限りナク総テ父母又ハ祖父母ノ同意ヲ要スルト云フコトカ我
国風ニ於テ必要」である¹¹¹⁾と持論を展開する。その上で江木は、「父母カ無理ニ同意セサルトキ」も「直チニ家庭審判所ニ持出」さず「先ツ親族会議ニテ決定シ」それでも父母が同意しないときは「親族会ヨリ家庭審判所ニ申出ルト云フ方法」が良いとする¹¹²⁾。

江木のこの議論は、「縦ノ関係」を重んじる我が国伝統的家族構造からすれば順当なものと言える。ただ問題は、「世の進運」にもとらぬよう、この構造をどのように近代法原理に基づく民法の規定に盛り込むかにある。

もっとも、この時の経緯は、「現行民法モ議會ニ出ルマテハ年齢制限ナカリシカ議會ニテ年齢制限ヲ設ケタリト承知セリ」とか旧民法人事編第38条の婚姻の許可を要する父母が「家ニ在ルコトヲ必要トスルヤ否ヤハ取調ヘサレハ判然セス」とか¹¹³⁾、また、「我民法ニ於テ30年25年ノ年齢制限ヲ設ケタル理由ハ判明セサル」¹¹⁴⁾などという既に立法当時の事情を知らない者たちによる心許ないものであり、もっぱら中流以上と下層社会とではどうかとか、都会と農村とではどうかとか、また、独立の生計を営むか否かで決してはどうかなどというような、後に審議会総会で大論争となることなど夢想だに出来ないものであ

った¹¹⁵⁾。

第三は、「要目（其一）」第三十九の離婚原因を定めた第 813 条の規定についてである。この議題について山内幹事は、「離婚事件ハ今日裁判上ノ離婚ト称シテ訴訟事件トシテ取扱ヒ居ル」ものの、幹事はこれを「家庭審判所ノ審判ニ付スルヲ適当ナリト考ヘ」ており、したがって「此離婚ノ原因ヲ現行法ノ如ク列举スル」のに加えて更に「今少シク総括的ノ規定ヲ設クル」ことが適當ではないかと説明する¹¹⁶⁾。

もっともその例として彼は、「例ヘハ父母ニ孝ナラサル為メ夫婦ノ和合困難ナリトカ或ハ後妻トシテ来リタル女カ継子ヲ虐待スル為メ家庭ノ和合カ出来サル場合或ハ素行不良ナル莫連女ニシテ倒底夫婦和合スルコト能ハサル場合」のように列举事由以外の離婚原因をも含ませ得ることを想定したものを挙げる¹¹⁷⁾。この問題は後に審議会総会では、むしろ婚姻関係の継続を意図する方向で議論が展開されていったことから見ると、ここで山内が掲げる例から推して、当初は逆の発想から取り上げられたもののようである。

なお、列举事由に関する離婚原因について、例えば妻の姦通に限っていた規定を「配偶者カ姦通ヲ為シタルトキ」というように夫婦平等とすることの可否についても議論がなされた¹¹⁸⁾。この議論は元々「古来ノ家族制度ノ弊害ヲ除去」するという点からなされたものであったと言えるが、後に審議会総会で考慮されることになる。

第四は、「要目（其二）」第一の長子のみ有家督相続させる第 986 条の規定に関し、それ以外の子にも応分の遺産分配をすることの可否についてである。この議題について山内は、「家産ハ長子ニ相続セシムルコトハ勿論ナルモ其他ノ財産ニ付キ悉ク長子ノ特権ニ属セシムルコトハ果シテ適当ノ制ナリヤ財産ノ幾部分ヲ二男以下ニ分配スルヲ可トセサルヤト云フ趣意ノ問題」であると言う¹¹⁹⁾。

この趣意については「公平ニシテ可」ではあるがしかし、「實際ヲ考慮スルトキハ頗ル難問題」であるという疑義が提起され¹²⁰⁾、山内も「其実行方法如何ト云フ細目ノ点ハ未タ考案ヲ有」していなかった¹²¹⁾のであるが、趣意自体について特段の反対は無かったようである¹²²⁾。「家族ノ平和」を助長して家族制度の維持を図ろうとする観点から見て妥当と考えられたからである。この問題も後に審議会総会で大きな争点となる。

さて、このようにして主査委員会では「要目（其一）」、同（其二）及び同（其三）に掲げられた各項目についての議論が一通り行われた¹²³⁾が、最終の1920年（大正9年）6月11日第17回主査委員会の最後に岡野敬次郎委員から、「殆ント際限ナキニ至ル」議論にわたる恐れのあるこの調査要目自体を「議題トシテ採否ヲ決スルコトハ困難」であるから

「多少具体的ニ綱領ヲ作り議題ト為スヲ可トスベ」きであろうという意見が出され¹²⁴⁾た。その結果、3名の小委員によりさらに評議が続けられることとなった。小委員には岡野、江木及び鶴澤の3名が任ぜられた。

3 家事審判所設置に関する主査委員会審議

(1) 家事審判所の提案

1921年（大正10年）7月7日再開された主査委員会においては、岡野ら3名の小委員により取りまとめられたものが議題として提出されたが、その内容は、実体法たる民法の議論から切り離して、それとは独立に家事審判所の問題を取り上げるものであった。その提案理由について、富井委員長が次のように述べる。

「是ハ御覧ノ通り最モ広イ事柄テ而モ重大ナ事柄デアリマス、小委員会ニ於テハ斯ウ云フ立法ヲスルト云フコトカ今日ノ時勢ニ最モ適當テハナカラウカ、家庭ノ紛議ヲ柔ラカニ温ク始末スルト云フ機関カナインテトウニモ仕方カナイヤウニナレハ裁判所ヘ行ツテ冷タイ權利ノ争ヲスルヨリ途カナイ、ソコテ斯ウ云フ途ヲ開イタナラハ家族制度ノ維持トカ家庭ノ円満ト云フ点カラ考ヘテモ宜イ結果ヲ得ラレルデハナカラウカト云フ考カラ、内容ニ就テハ色々議論ニナツタ点モアリマスカ、大体ニ於テ一致ヲ見タノデアリマス、サウシテ是ハ独立ノ案トシテ主査会總會ノ評議ヲ経テ、宜イト云フコトデアレハ司法省ニ於テ案ヲ拵ヘルト云フ方ノ調査ニ取掛ルコトカ出来ル、大抵他ノ問題ヨリモ先ニ是ヲ切離シテ問題トスルコトカ出来ヤウト御考ヘニナツタヤウデアリマス」¹²⁵⁾

富井の言によれば、小委員会では岡野、江木及び鶴澤の3委員の間で家事（家庭）審判所¹²⁶⁾の問題が議論され、その必要性については意見の一致を見たことと、この問題は民法とは切り離して議論できると考え、しかも重大な問題であるので先に主査委員会に諮ることとしたというのである。

無論「切離スト云ウテモ民法ニ全ク手ヲ着ケスニ出来ル趣意テハナイ」¹²⁷⁾のは言うまでもない。しかし上記の提案は、権利関係をめぐって「殆ント際限ナキニ至ル」おそのある民法の議論を回避しつつ手続面で「家庭ノ紛議ヲ柔ラカニ温ク始末」することのできる方法、すなわち「最モ我国情ニ適」するような「温情ヲ本トシ道義ノ觀念ニ基イテ法律ノ緩ヤカナル運用ヲ計ル」ことのできる¹²⁸⁾方法を、早期に構築するのを可能とするものである。だが、このことを逆に言えば、民法から「冷タイ權利」を排除するつもりはないということでもある。つまりは、近代法原理の民法対伝統的共同体原理の家事審判手続という、これまでの議論の延長線上にある「二元的」制度設計である。であるからこそ、民

法と「切離シテ問題トスルコトカ出来」るはずであった。

この家事審判所の構想を立てるのに当たっては、池田寅二郎によって紹介されたアメリカの家庭裁判所も立法例として参照されたが、富井委員長によればアメリカの場合は「事件カ限ラレテ居」り、しかも「刑事ニ付随シタ関係トシテ扱」われているに過ぎず、したがって我が国の場合は「全ク亜米利加ノ真似ヲスル」訳にはいかず、「日本ノ国情ヲ考ヘテ、広イ問題トシテ、家庭人事ニ関スル事件ハ先ツ大部分是テ調停ヲ試ミルト云フ」ような「日本独特ノ制度ヲ樹テルト云フ」精神で行ったとされる¹²⁹⁾¹³⁰⁾。そしてこのことは、先に穂積が説明しているとおりである。

もっとも、このように家事審判所においては広く「家庭人事ニ関スル事件」を扱うものとされたのではあるが、その範囲は「民法ハ勿論其他ノ法律ニ及ンテ相当ノ事項ニ」わたる¹³¹⁾はずのものである。だがその具体的範囲はすべて、今後の検討に待つところなのである。

(2) 家事審判所の概要

ともあれ家事審判所に関する概要については、岡野が大要次のような説明をしている。その手続については調停と審判という「別々ノモノ」を設けることとしている¹³²⁾。この調停と審判との違いについては、調停の方は「唯向フノ言フ通りニ相談ヲサセテ、自分ハ第三者」としてではなく、「双方ノ理由ノアル所ヲ聞イテ、然ラハ斯ノ如キ案ニ於テ相談ヲシタラトウカト云ツテ」「当事者ノ満足スルヤウナ案ヲ提出」して解決に導くものであるのに対し、審判の方は「無論双方ノ云フ所ヲ能ク聞イタ上」ではあるが「必スシモ当事者ノ云フ通りニハナラナイ」し、「又必スシモ双方合意ノ上テト云フコトニモナラナイ」のであって「当事者ノ意思ハ合致シナイテモ適當ノ第三者ハ判断ヲ下スト云フ」ものである¹³³⁾。つまり一言で言えば、調停は両当事者の合意によって解決されるものであるのに対し、審判は両当事者が合意しなくともその内容について第三者の判断に拘束されるというものである。

ただし、審判もまた「所謂判決ト云フモノテハ無論ナ」く、「仲裁判断ト云フコトニ当ルヤウナモノ」とされる¹³⁴⁾。さらにまた、調停はもちろん審判についても「之ヲ公開シナイト云フ主義ヲ採」るものとされる¹³⁵⁾。つまり、審判は調停に比して公権的色彩が強いように見えるが、基本的には、いずれも近世行われていた名主・家主等による内済に近い性質を持つものとして構想されていたと言える。つまりは、「郷党的社会」的発想に立つものと評価されるものである。

それゆえ調停員も、「兎ニ角官僚式ノ扱ニシタクナイト云フ考」から「或ハ裁判官ニナル資格ノ人、或ハ文官高等試験ニ及第シタ人テナケレハナラヌト云フヤウナ制限ハ無論置カヌ積リテア」とされる¹³⁶⁾。また、審判員についても、「司法裁判官ニアラスシテ」「調停ニ当ル者トハ別」の「常設」で「成ヘク官僚主義ニ依ラヌコトニ」するために「官吏ノ資格」にはこだわらないものとしている¹³⁷⁾。さらに、家事審判所は裁判所とは「成ヘク建物モ別ニシテ、裁判臭クナイヤウニ」したいという¹³⁸⁾。

以上要するに、家事審判所は「成ヘク所謂司法裁判ノ縁故ヲ断ツヤウニシタイト云フ」小委員会の希望に沿って構成されていた¹³⁹⁾。

ちなみに以上の点については、池田の報告に係るアメリカのペンシルヴァニア州都会裁判所家庭事件部の公判前手続・公判手続に類似する。すなわち同部では、まず公判前手続として裁判所別館にある事務室のような所で、8名の会見掛（内1名は男子）によって当事者を説諭・調停することとなっていた。この方法により「事件ノ大半ハ公判前会見掛ノ手ニ於テ片付ク」とされた。池田の実地調査によれば、同州では1920年（5月）の時点で事件の8割がこの手続で解決しているとのことであった。この調停は裁判上の和解としての効力を持っていた。

しかしそれでも和解が出来ない残りの2割程度の事件については、公判手続により判事の審判を受けることとなっていた。ただし同州では、当事者とは中立の立場にある「法廷代表掛(Court Representative)」というものが置かれていて、その者が事件の下調べと証人の資格で審理に立ち会うこととなっており、審理の公平・周到が期されていた。審理の方法は、形式手続ではなく「フリーハンド」で形式に拘泥しない方法が採られ、同審判の本質である刑事事件としてよりもむしろ民事的处理により和解に努めることとされていた。なお、公判廷は同州では非公開となっていた¹⁴⁰⁾。

以上の池田報告から見ると、アメリカの場合公判手続（審判）については判事により公判廷で行われる点が大きく異なるものの、司法裁判臭くない解決という点では極めて岡野の説明に係る家事審判所構想と類似している。この点から見て、我が国における家事審判所構想自体は元々「全ク自発的」に考え出されたものではあるにせよ、その骨組形成に当たっては池田が行ったアメリカの家庭裁判所についての調査結果がある程度まで参照されていると見ることができる。ただし、そうだとした場合、「全ク亜米利加ノ真似」ではなく「日本ノ国情ヲ考ヘ」た「日本独特ノ制度」であることは、制度の成立ちから見て間違いないと言える。

(3) 居中調停との関係

では、この家事審判所と従来広く社会で行われていた居中調停との関係は、どう見たらよいのでしょうか。この点について小橋一太が次のような質問を行っている。それは、従来「私設団体、若クハ公共団体テ便宜家庭ノ争ヲ居中調停ニ依ツテ治メテ居ル」が「今後家事審判所ヲ設置セラレマシタル後ノ関係ニ就キマシテハ如何」であるのかというものである¹⁴¹⁾。

それに対して岡野が次のように答える。

「私ハ直接ニ此家事審判制度ヲ設ケタラ総テノ事皆這入ツテシマツテ、何テモカンテモ家事審判所ニ持ツテ来ナケレハナラヌモノト云フ意味ニハナラヌト思フノテアリマス、併ナカラ今日ヤツテ居ルモノテ、無論個人的ノ調停ノ如キハ家事審判所制度カ置カレマシタ所テ之ヲ禁スルト云フ趣意テハナイ、併ナカラ私設公設ノモノハ直接ニ之ト相抵触スルモノテハナイカモ知レマセヌカ、家事審判所カ設ケラレタナラハ成ヘク其方ノ方法ニ依ツテ行ツタ方カ然ルヘキカト私ハ思フ、今日ヤツテ居ル所ノモノハ総テ家事審判所ヘ持ツテ来ルト云フコトモ私ハ申サヌノテアリマスカ、中ニハ家事審判所ニ移シテ然ルヘキモノカアラウカト思フノテアリマス」¹⁴²⁾

従来公的・私的に行われている居中調停のごときものを別段否定はしない、しかし家庭の争いは家事審判所で行う方がむしろ適切で、なるべく家事審判所の方に持ってくるべきであるという。

そのために岡野は、調停に関しては調停委員は常設にこだわらず、当該の「事件々々ニ就テ双方カトウモ此人ノ言フコトナラハ公平ニシテ正当ナルコトヲ言フノテアルカラ、服従シヤウト云フ場合ニハソレヲ」「臨時ニ選定スル」ことも考えていると言う¹⁴³⁾。

この岡野の発言は、従来居中調停を支えてきた「郷党的社会」（及びその伝統的共同体原理）が弱体化し、居中調停が機能を発揮し得なくなったがゆえに、家事審判所にその代替機能を持たせようとする意図、すなわち擬似「郷党的社会」的意図を持ったものと言える。

(4) 家事審判所構想における「道義ノ観念」と法律ないし権利との関係

ではさらに、この家事審判所構想における「道義ノ観念」及びそれと法律ないし権利との関係はいかなるものなのであろうか。

この点については、まず関直彦が、「審判ヲスルノニ道義ノ観念ニ基ク」という考えについて「蓄妾主義」や「蓄男主義」を「日本古来ノ主義」として水戸の中学校長が推奨している例を挙げ、これも「道義ノ観念」かと質問した¹⁴⁴⁾。要するに、婚姻外の女色、男

色も道徳か、というのである。

これに対し岡野は、「甚タ御答シ悪イ問題デアリマス」と前置きしつつ、次のように述べた。

「温情トカ道義ト云フコトハ、ソレハ銘々ノ頭ニアルノデアリマシテ、……今日ノ所謂道義ノ思想ナリト甲ノ認ムル所一カラ十迄乙ノ認ムル所ト云フコトハ言難カラウト思フノデアリマス、……標準ハ何テアルカト云ヘハ吾々共ハ日本古来ノ淳風美俗ヲ維持スルト云フ意味ニ於テ諮問セラレテ居リマスカラ、其所謂淳風美俗ヲ維持スルコトト云フ意味ニ於テ御了解ヲ願フヨリ仕方カナイ、……標準ヲ法律ニ掲ケテ之ヲ以テ道義ノ觀念ナリトスルコトハ、是ハ蓋シ不能ノ事デアラウト思フノデアリマス、……所謂淳風美俗ヲ維持スルト云フコトハ法律ニ依ツテノミ其目的ヲ達スルト云フコトハ出来ナイト思フノデアリマス、矢張ソレハ教育方針ノ如何ニ依ル訳デアリマセウカラ、思想問題トカ道徳トカ云フコトニナリマシタナラハ、ソレハ我帝国ノ教育勅語ノ本旨ニアル所ノ所謂教育問題デアツテ、家事審判所ノーツノ問題テナカラウト思フ」¹⁴⁵⁾

「道義ノ觀念」あるいは「淳風美俗」の内容については、各人において必ずしも一致するわけではない、したがってその内容を法律で一律に規定するのには相応しくなく、結局は教育勅語の精神に沿った教育の問題であり、家事審判所で扱うものではない、と言う。

これに続けて岡野はさらに、「併ナカラ其是〔教育勅語の精神〕カ即チ子弟ノ教育ニ於テ守ラナケレハナラヌ、サウシタ意味ニ於テ家事審判所ニ於テハ道義ノ觀念ニ基キ調停審判ヲ為ス」¹⁴⁶⁾のであると言う。この言い方は少し分かりづらいのだが、要するに何が道義あるいは淳風美俗であるかは教育勅語の精神に沿った教育をもって子弟に教えるもので、そのような教えにより社会に一般化した「道義ノ觀念」・「淳風美俗」を標準として家事審判所は調停・審判を行うのであるというように理解できる。

とするならば岡野のこの認識は、本臨時法制審議會を開催させるに至らしめた先の臨時教育会議における「教育ノ方針ト一致シテ政治ナリ法律ナリ社会ナリ総テノコトニ一致シテ行カヌケレバ到底此目的〔家族制度の維持〕ヲ達スルコトハ出来」ないゆえに「我国俗ニ沿ハサル法規ノ改正」が必須なのであるとした、あの切迫した認識からは明らかに距離が置かれていることになる。端的に言うならば岡野の認識は、かつて臨時教育会議において北条時敬が述べた「政教一致」ではなく、基本的にはやはり、いずれかと言えば政教分離、法（権利）と道徳との峻別の方に位置するものと言える。

だが、そうだとすると次に、この家事審判所構想は、法律ないし権利といかなる関係に立つのであろうか。この点について、岡野は次のように言う。

「調停ナリ審判ナリト云フモノハ権利ノ主張ト云フコトテハナイノテアリマス、権利ノ主張ノミテ理非ヲ決スルモノテアルナラハ、是ハ家事審判所ト云フモノヲ特ニ設ケル理由ト云フモノハナカラウ、其ノ家庭内ニ於ケル地位トカト云フヤウナコトヲ斟酌スレハ必スシモ法律ノ定ムル所ニ依ツテノミ理非ヲ決スルコトヲセス、円満ニ解決スル途モアルノテアラウ……妥協カ成ルナラハ訴ノ如クニ権利カアルトカ、義務カアルトカ云フヤウナコトモナシニ解決カ出来ルコトテアラウ」¹⁴⁷⁾

つまり、家庭内の事件はあくまでも、家事審判所の調停・審判において法律や権利義務にとらわれず「円満ニ解決」できるようにすることを考えた、とされる。しかしながら、民法や民法以外の人事手続法で訴えの道を認めているものについては、「家事審判所テ消極的ニ解決ヲスルト云フコトハ出来ナイカラ、家事審判所ヲ離レテ司法裁判所ニ行ク道ヲ採ルト云フコトニナ」¹⁴⁸⁾らざるを得ず、かかる「法律ニ依ツテ権利ノ争ニナツテ司法裁判所ニ行クト云フ時ニハ法律ニ依ラナケレハナラヌ」¹⁴⁹⁾のである。岡野の考えはやはり、基本的には「二元的」制度観によるものなのである。しかし、このような「二元的」制度観は直ちに、次のような難問を引き起こすことになる。

(5) 家事審判手続と民事訴訟手続との関係

この点について、先に磯部が次のような疑問を提起する。第一は、家事審判手続で収集した証拠を後の訴訟手続で用いることができるのか、ということである。すなわち、家事審判手続では証拠は「職権的ニ」収集されるが、後の民事訴訟手続において「公開セスニ職権ヲ以テ御調ヘニナツタ」ものを「後ニ証拠トスルコトハ六ヶ敷イモノテナカラウカ」ということである¹⁵⁰⁾。もっとも、磯部が別段答弁を求めなかったこともあり、この点について岡野の答弁は得られず、結局問題は先送りとなる。

第二は、一定の期間内に訴えを提起しなければ審判の内容が確定するという点について、家事審判所が無ければ当事者はいつ訴えを起こすのも任意であるのに、「一旦審判所ニ持ツテ行ツタナラハ、其為ニ一定ノ期間内ニ審判カ趣意ニ反スルト云フ場合ニハ訴ヲ起サナケレハナラヌ」というのは「随分難儀」ではないか¹⁵¹⁾ということである。

この点について岡野は、そもそも訴えを起こすことができないとするならば問題であるが、そうではなく、しかも磯部の指摘するようなことは「今日ノ治罪法ニモアレハ非訟法ニモアル」ので問題はない¹⁵²⁾、と答弁する。

もっとも磯部による以上の疑問は、どちらかと言えばもっぱら法技術的な視点から「温情」と「道義」に基づく家事審判手続と近代法に基づく後行手続である民事訴訟手続との連結が問題とされたものである。だが、この両手続の関係については次のような、もっと

根本的な疑問が仁井田らによって引き起こされることになる。まず、仁井田が次のような質問をする。

「温情ヲ本トシ道義ノ觀念ニ基キ、是ハ至極結構ナコトテアル、併シ權利義務ヲ度外視シテ居ルモノテハナカラウト思ヒマスカ、文字ハ全ク温情ヲ本トシ道義ノ觀念タケニ聞エルカ……」¹⁵³⁾

家事審判は権利義務を度外視したものではないと思うが、その点はどうか、という質問である。

これに対しては富井委員長が次のように答えた。

「決シテ度外視スルト云フ趣意テハナイ、取消ノ訴ヲ起スト云フ場合ニナレハモウ純粹ノ權利争ヒニナルノテスケレトモ、ソレ迄ハ主トシテ此調停テ宜カラウ」¹⁵⁴⁾

富井委員長はここで「調停」のみについて述べているが、問題となっている議題は「調停及審判」であり、質疑の流れから見てもこの言には審判も含まれていると見ることができる。だが、いずれにせよ家事審判手続では「温情ヲ本トシ道義ノ觀念ニ基キ」「調停及審判」するが、訴訟手続に移れば権利の争いとして扱われることになるというのである。

しかしそうだとすると、後の訴訟で調停・審判とは逆の判断が出ることもあり得ることになるのか。この点については、松田源治が次のように糾す。

「今ノ温情ヲ本トシテ道義ノ觀念ニ基クト云フコトハ、民法ナリ他ノ法律ニ斯ウセヨアアセヨト書イテアル、ソレト反対ノヤウナ審判ヲスルコトモ含シテ居ルカ、サウナルト……家事審判所ノ審判ニ服セナイ者カ一定ノ期間ニ訴ヲ提起シタ時分ニ家事審判ハ何時テモ引繰返サレルヤウナコトニナリハシナイカ、少クトモ此道義トカ温情ヲ主トスルカ法律ニハ違反シテハイカヌト云フヤウナ消極的ノ制限テモ付ケルヤウナコトハトウテスカ。」¹⁵⁵⁾

温情・道義の觀念で法律の規定に関わりなく審判手続を行うと、後の訴えで引っ繰り返されるようなことが起きるから、法律に違反しないような制限を審判手続に付与すべきではないか、と言う。

だが、小委員会で尽くされた議論の結果はそうではない。この点について、岡野は次のように答える。

「家事審判所ノ制度ヲ設ケマシテ、而カモ成条ニ照シテノミ定ムルト云フノテアルナラハ、此ノ制度ヲ設ケル趣意ハ殆トナイコトニナル、全然其法律ノ規定ヲ無視スルモノテナイト云フコトハ勿論テアル、ケレトモ唯其法律ニ定ムル所ニ依ツテノミ之ヲ定ムルト云フ趣意テハナイ、甲ノ主張スル所ニ道理カアツテモ、サウ云フ權利義務ノ主張ハ暫クヤメテ、斯ノ如キ方法ニ依ツテ、例ヘハ離婚ノ問題テアルナラハ、同棲ヲ継続スル其代リ一方ニ斯ノ如キコトヲシロト云フヤウナコトテ、平和ノ間ニ事

件ヲ解決スヘキカ然ルヘキテアラウト云フノテアリマス」¹⁵⁶⁾

成条を無視するのではないけれども、それにのみ従って審判するのでは家事審判所を設けた意味がなく、したがって道理に則った成条・権利義務の主張は一応棚上げにして「平和ノ間ニ事件ヲ解決スヘキ」であるという。しかしそれならば、松田の指摘したその先の問題であるところの、家事審判で出した結論が後の訴訟で「引繰返サレルヤウナコト」になっても良いのか、という点はどうかであるのか。この点については、岡野が次のように続けて答える。

「小委員会ニ於テハ其点〔もしせっかく行つた調停にも審判にも服さず、皆が不服の訴えを起こすなら家事審判所自体が用をなさないということ〕ニ付テ相当ノ審議ヲ尽シマシタ、皆カ審判ニ服スルト云フコトハナイカ審判ニ服スルモノモ随分アルテアラウ、或ハ調停ノ成ルモノモアル、或ハ審判ニ服スルモノモアルトスレハ公然ト司法裁判所ノ法廷ニ理非ヲ争フコトナクシテ自ラ局ヲ結フテアラウ、斯ウ云フ趣意ニ於テ此ノ制度ヲ立テルト云フコトニ相談ヲ致シマシタ」¹⁵⁷⁾

つまり、調停・審判により相当の事件が解決を見、司法裁判にまでわたるものはほとんど無いから松田のような危惧は極めて例外であり、さほど大きな問題ではないという認識である。もっとも、岡野のこの認識は、従前の人事訴訟及び人事和解の1917年度（大正6年度）から1919年度（大正8年度）までの3年間の平均74,885件中、人事非訟事件に属するものが69,722件と非訟事件が圧倒的であり、訴訟事件に属するものはわずか5,163件であるという統計的事実¹⁵⁸⁾によって裏付けられたものである。

だがしかし、たとえそのわずかの例外ではあっても、家事審判の結果と後の訴訟との結論は食い違っても良いのか。この点について岡野は次のように続ける。

「若シモ家事審判所ノ審判ニ服セスシテ、訴ヲ起シテ司法裁判所ニ公然相争ヒ、其末ニ判決ヲ下スト云フコトニナレハ、其判決ハ家事審判所ノ審判ト異ナツタ結果ヲ来スコトハ是ハ已ムヲ得ナイ、其場合ニ於テハ一ハ温情道義ニ基キ、一ハ法律ノ成条ニ依ルト云フコトニナリマスカラ、トウシテモ其間ニ矛盾シタ結果ヲ生スルコトハ已ムヲ得サルコトト覚悟シテ居ナケレハナラヌ」¹⁵⁹⁾

手続が異なる以上、家事審判の結果と訴訟の結果とが違っても「已ムヲ得サルコト」と言う。正論であるという他ない。

けれども、これでは身も蓋もない。その点を考慮してか、江木が「法律ノ……権利義務ノ本ヘ遡ツテ見ルト徳義上ノ深い觀念カアル、其考ヲ以テ調和ヲ計ルコトニナルト、多クノ場合ハ矢張権利義務ノコトモ徳義ニ基イテ解決スルコトカ出来ルト思フ」¹⁶⁰⁾と助け船を出し、次のような例を挙げる。

「離婚ノ場合ニ其理由トシテ虐待ト云フヤウナコトカアリマスカ、尊族親カ虐待サレル、ソレヲ何処迄モ虐待テアルト主張スレハ虐待ニナリマセウカ、此家事審判所ニ於テ段々説明ヲ承ツテ見テ、此ノ所ハ我慢シタラ宜カラウト云フコトニナル、ソレテモ何所迄モ主張スレハ虐待ニナルカ、ソレヲ主張セネハ虐待ト云フコトニハナラヌ、詰リ此家事審判ニ服スレハ法律ノ成条ニモ抵触スルコトニハナラヌテ治リカ付クコトカ多カラウト考ヘルノデアリマス」¹⁶¹⁾

虐待が離婚事由となっている時に、家事審判所において、我慢できる範囲であるから虐待ではないとして離婚を回避するようにすれば、法律の規定にも抵触しないというのである。

だが、松田はこれに納得せず、次のように食い下がる。

「虐待ノ如キハ事実上虐待テナイト言ヒ得マセウカ、……夫カ姦淫罪ニ因リテ刑ニ処セラレタルトキ、又賄賂、詐欺取財又ハ重禁固3年以上ノ刑ニ処セラレタルトキ、斯ウ云フ場合ニ、刑ニ処セラレ判決カアツタ後テモ此法律ノ条項ヲ無視シテ離婚ヲ許サナイト云フヤウナ審判ヲシテモ、法律ニ於テハ許ス訳ニ行カナイ、……情宜ノ観念ニ基イテ折角家事審判所ヲ拵ヘル必要ハナイ、其法律ヲ無視スル場合ノ関係ハトウナルデアリマセウ、詰リ夫カ姦淫罪テ処刑サレテモ離婚ヲ許サナイ、法律ト矛盾スル、家事審判所カ法律ヲ無視スル、法律ト矛盾シテモ、ソコ迄法律ヲ全ク無視スル訳ニ行カヌ、……法律ヲ無視シテ家事審判所ハ離婚ヲサセナイト云フコトカ出来ルデアリマセウカ、出来ナイト云ヘハトウモ家事審判所ヲ設ケル必要ハナカラウト思ヒマスカラ法律ノ規定ト矛盾スル場合モアツテ差支ナイト云フノデアリマセウカ」¹⁶²⁾

虐待の場合は事実上虐待が無いということにすればそれで済むかもしれないが、姦淫罪等で刑に処せられた場合のような法文上明確な離婚事由についても審判で離婚を許さないとすれば、法律と抵触することになるが、家事審判所が法律を無視しても本当にそれで良いのか、という趣旨の質問である。

これに対して岡野は次のように言う。

「当事者ノ一方カ自己ノ主張ヲ貫徹スルト云ヘハ結局訴ニ依ツテヤル、此場合ニハ無論権利義務ノ問題トシテ裁判スルヨリ外カ仕方カナイ、……一方カトウシテモ主張ヲ通サウト云フコトアルナラハ、審判所カ見テモ到底聞キサウモナイ、色々調停シテモ、甚タ主張カ強イト云フ場合ニ、而シテ調和カ出来サウモナイト云フヤウナ場合ニ審判ヲスルコトモナカラウト思ヒマス」¹⁶³⁾

当事者があくまで権利義務を主張するならば、そもそも調停・審判するまでもなく訴訟によって解決するしかないから、家事審判手続の結果と訴訟手続の結果とが矛盾することは事実上起こらない、というのである。

だがこの答弁では、松田の質問に正面から答えたことにはならない。そこで富井委員長が次のように補足して答弁する。

「妻カ離婚ノ訴ヲ起シタト云フヤウナ場合ニ審判官カ、今度ハマアシツト我慢ヲシテ主張ヲ引込メタ方カ宜クハナйкаト勸告シテモトウシテモサウ云フコトハ出来ヌト云ヘハ、訴ヲ起スヨリ仕方カナイノデアリマス、成程聞イテ見レハソレモ最モテアル、ソレテハ引込メマセウト云フタ場合ニ法律違反テモ何テモナイ、……ソレテ事カ済メハ全ク一家ノ風波モ起ラスニ済ムソコハマア家事裁判ノ作用テアツテ、ソレテ終局スレハ宜ササウナモノデハナカラウカト思フノデアリマス、トウシテモ厭タト服従シナイナラハ、此案ニ依ツテモ訴ヲ起セル」¹⁶⁴⁾

つまり、当事者（この場合は妻）が離婚を可とする法律上の原因を主張していても、審判官の勸告によりその主張を自ら引込めて一家の風波が治まるならば、それを法律違反と言う必要はない、として松田の質問に反駁する。

しかしながらこの反駁もまた、松田の質問に対する十分な答弁とは言えない。ただ少なくともこのような会議の経緯から分かることは、どれほど権利等近代法原理及びその実現手段である民事訴訟制度と、我が国固有の伝統的共同体原理及びその維持、補完手段である家事審判制度との制度的連結が、委員らにとって頭を悩ませる問題であったかということである^{165) 166)}。

このことは仁井田の次のような質問をめぐるやりとりにも現れている。すなわち彼は、家事審判の審判に服さないときに一定期間内に訴えを提起しなければ審判の効力が確定するという事項について、それは「確定判決ト同一ノ効力ヲ有スト云フ意味カ」という質問を行った¹⁶⁷⁾。これに対し富井委員長がそう解釈される旨答えると仁井田は、「トウモ仕方カナイト云フ訳テスネ」と言い、富井委員長から「何トカ憲法違反ト云フヤウナ語気モ一寸見エルケレトモ」と指摘される一幕があった¹⁶⁸⁾。審判結果がたとえ法律と矛盾しても、もはや訴訟により覆されることなく、訴訟における判決と同一の効力（執行力など）を有し、場合によっては強制執行すらでき得ることについては、法律家である仁井田にとって極めて疑問の残るところであったはずである。だがそれは、岡野の身も蓋もない先の答弁どおり、仁井田にとっては結局のところ「已ムヲ得サルコトト覚悟シ」なければならないことであった¹⁶⁹⁾。しょせん近代法原理と伝統的共同体原理とは、決して相容れない水と油だと考えられたのである。

だが、ともかくも家事審判に係る主査委員会の審議内容は、その後小委員により「家事審判ニ関スル綱領」として全11項目にまとめられ、1921年（大正10年）7月15日付をもっ

て富井主査委員長から穂積陳重臨時法制審議会総裁に報告された¹⁷⁰⁾。そして、主査委員会で示された方針は、次の審議会審議において、今少し基本的な観点に立ち戻って再び蒸し返されることになる。

4 家事審判所設置に関する臨時法制審議会審議

(1) 家事審判所構想についての批判

1921年（大正10年）7月22日、家事審判に係る主査委員会報告に基づいて臨時法制審議会委員総会が開催された¹⁷¹⁾。初めに富井が主査委員長報告の形で、ここに至るまでの経緯を説明した。その中で富井は、今回「独立ニ日本ノ国情ニ合フヤウ」な家事審判の案を提出するに至ったと言い、同案に関しては、「家督相続人ノ廃除ノ訴ノ如キ……訴ニ依ラネハナラヌコトニナツテ居ル」ものは別として、「直接ニ民法ノ或ル部分ヲ改正スルト云フノテハ」ないから、「是レ丈ケ切離シテ立法スルコトカ出来」るであろう、それゆえ、「今日幸ニ可決セラレマシタナラハ直ニ立案ノ調査ニ取掛ルコトカ出来」、「成ル可ク早ク調査ニ着手」して「法律案ヲ立案スルコトニナルタラウ」という見通しを述べた¹⁷²⁾。

同案提出に至った富井の見通しの背後には、実体法（民法）自体を大きくは変更せずに、その代りに実体法上の権利実現手続としての民事訴訟法とは別の、我が国固有の「淳風美俗」を損なわない独自の手続法を早期に実現しようという主査委員会以来の目論見をかいま見ることができる。もっとも富井の意図とは違って同案はこの日には可決せず、結局翌年の5月まで先延ばしとなる。その先延ばしに少なからぬ役割を演じたのが、花井卓蔵であった。

その花井が真先に質問に立ったが、その際の彼の質問の趣旨は要するに、次のようなことであった。すなわち、本臨時法制審議会開催の前提となったところの臨時教育会議において提起され、審議会に諮問されたところのものは、「決シテ今日議題ニ供セラレテ居ルカ如キ趣意ノモノヲ審議セントシタモノテハナ」く、そもそも「我国古来ノ淳風美俗ヲ維持シ法律制度ノ之ニ副ハサルモノヲ改正スル」ということにある、よって、我が国「家族制度ノ妨ケヲナス所」の「現行ノ民法」をこそ改正すべきであって、改正の順序としては「先ツ根本法ヲ定メテ然カル後ニ其根本法ヲ運用スヘキ手続法ヲ出スカ当然」であるにもかかわらず、「何故ニ根本法ヲ先キニセスシテ手続法ヲ先ニシタルヤ」、というものであった¹⁷³⁾。花井のこの発言は、先に見てきたような臨時教育会議の審議経緯及び同建議から本臨時法制審議会の諮問にまで至る経緯からすれば、確かに正論に違いない。だがこの

正論は同時に、審議会の開催からここまでの主査委員らの努力を無にし、問題を振出しに戻すものでもあった。

これに対しては、次のように富井が答えた。

「今日此家族制度ヲ一番ニ破壊シテ其秩序ヲ妨ケルト云フモノノーツハ家庭ニ色々ノ事件カ起ツタ場合ニ夫レヲ円満ニ調停シテ治マリヲ付ケルト云フ道カナイ、トウシテモ裁判所ヘ行ツテ冷タイ権利ノ争ヲスルヨリ外ニ道カナイ、斯ウ云フコトニナツテ居ル、維新前ニハ地方々々ニ依ツテ色々ナ方法カアツタ、隣保相助ケルト云フヤウナコトカラシテ、色々ノ方法カアツタカ今日ハ時勢カ変ツテ其結果トシテトウシテモ此個人主義ト云フモノカ各方面ニ発達シテ来ルコトハ免カレナイノデアリマス、社会ノ制裁ト云フモノモ自然行ハレナイト云フ風ニナツテ居ル、ソレテ養子テアルトカ離婚テアルトカ相続テアルトカ云フ問題ニ付テハ厳メシイ裁判所カ其権力ヲ以テアルト云フノテナシニ、相当ノ地位、名望アル人カ能ク事情ヲ聞イテ、之ハオ前ノ言フ所ハ道理ハアルケレトモ併シコツチノ方テ斯ウ言フノモ一理アルカラ、之ハ互ニ斯ウ云フコトヲ譲歩シテ斯ウ云フヤウニ治マリヲ付ケタラ宜クハナイカト云フ風ニヤツテ、夫レテ治マリカ付ケハ誠ニ結構ナコトデアリマス …… カラ、矢張り淳風美俗、家族制度維持ト云フ一ノ方法ニ依ツテ諮問ノ趣意ニ適フ訳デアラウ、斯ウ私ナトハ考ヘルノデアリマス」¹⁷⁴⁾

つまり、家庭内に争いが起こると現在ではどうしても裁判所で権利争いをするしかない、明治維新の前は地方に様々な調停方法があって円満に解決が図られていたが、当節は個人主義によって隣保相助の風潮は自然衰退してきている、それゆえ裁判所とは別にこれに代わる制度を設けて淳風美俗、家族制度維持の役割を補うことは、諮問の趣意に合致するであろう、というのである。だがこのことを逆読みすれば、花井に対して民法からは権利を排除することはできないから手続の面で別の方法を考えたと宣告したのに等しい。

もちろん、だからと言って「之ハ決シテ根本法ヲ後ニシテ置イテ手続タケヲ先キニ極メルト云フ」ものではなく、家事審判手続に「トウ云フ事件ヲ持ツテ行クヤウニスルカ」は「手続法ト云フヨリモ其点ハ寧ロ実体法」すなわち「重モニ親族相続ニ関」する事件である¹⁷⁵⁾、と付け加えられはする。だが、この意味は家事審判手続の対象となる事件の範囲を明確にするということであり、「家族制度ノ妨ケヲナス所」の「現行ノ民法」自体を改正せよという趣旨の花井の主張からは遠く隔たっていると言わざるを得ない。それゆえ、このような家族制度に対する現行法令の欠陥を放置したままで家事審判制度を考える方法は、「淳風美俗ノ一タルヲ失ハヌ」としても「抑モ末デアラウ」と彼から指摘された¹⁷⁶⁾のは、ある意味で当然であった。

しかも、と家事審判制度自体に関しても花井は次のように批判する。

「根本原則ハ即チ法ハ家庭ニ入ラス、家庭ノ紛議ハ家庭テ治メサセルカ第一テアル、又次ニハ……親族会議ヲ招集シテ、是モ満場一致的ニ諒解ヲ得ルマテ幾回トナク開イテ、一人ト雖モ異議ノナイヤウニシテ之ヲ治メル道ヲ造ル、……第二ハ親族会議テアル、第三ハ五人組テアル、之ハ……家事審判所ト云フノデアリマスカ、兎ニ角家族親族ヲ除外シタル公ノ機関ニ於テ解決セシメル、……サウシテ夫レカ最後ノ救済手段テアルカト言ツタナラハ然カラス、是ハ訴訟ヲナスノ前提手続テアルト云フニ至ツテハ驚カサルヲ得ナイ……トシテ人カ審判官ニナルカ知レマセヌケレトモ、円満ニ解決カ出来ルモノテアルカ、出来ヌモノテアルカ、家族以上ニ親シク、親族以上ニ慈シムヘク其人カ紛議者ヲシテ信頼セシメ悦服セシメ得ルト云フ予定カ付イテ居ルデアラウカ」¹⁷⁷⁾

根本原則は法（権利）は家庭に入らず、家庭の紛議は家庭内・親族内そして近隣共同体内で自主的に解決が図られるべきであって、家庭の内輪喧嘩をそもそも国家機関が関与すべきものではない、というのが花井の主張である。この主張も確かに正論には違いない。だが、ではなぜ家事審判所構想が出てきたのか。それは花井自身がいみじくも言うように、家族制度の真髓が「今日紊レテ居ル」¹⁷⁸⁾ ことにあり、その原因が当時の日本を取り巻く社会状況の変化によってまさにその家族・近隣共同体が弱体化しつつあったことによるものであることは、紛れもない事実であった。花井の主張はその家族・近隣共同体（「郷党的社会」）を再び活性化させることを意図するものと言えるが、しかしながらそのことが「個人制度」的「現行ノ民法」の改正によって実現可能とは考えられない。その意味で花井の主張は、審議会の目指すべき方向からは明らかにずれたものと言わざるを得ない。

もっとも、ここでの花井の関心は、彼が「日本ノ制度ニ適シテ居」ると考える親族会議にあり、それゆえこれが「家庭審判所ニ代ハルヘキ最善ノ方法」と見る¹⁷⁹⁾ ところへと移って来てはいる。だが、この点もまた、山内幹事による「親族会ニ付テハ從來非難アリ實際上格別ノ働ヲ為サス」¹⁸⁰⁾ という発言のとおり消極的に評価されたところであり、そしてこのことは、次に見るとおりでもある。

なおここでも、一定期間内に訴えの提起が無い場合に審判が「確定ノ効力ヲ有スル」という意味について花井から質問が出た。これに対しては岡野が次のように答えている。

「此『確定ノ効力』ト云フ文字ニ就キマシテ……確定判決ト同一ノ効力ヲ有スト書イタ方カ権衡ヲ得ルカモ分ラヌノデアリマス、……審判ト云フコトテ、最早訴ヲ起スコトハ出来ナイト云ヘハ法律関係ハ審判ニ依ツテ確定スルノテアル、随ツテ此審判ニ含まレテ居ル所ノ事項ニシテ執行ノ出来ルモノハ矢張執行スルコトカ出来ルト云フ意味ヲ含ンテ居ルモノト御解釈ヲ願ヒタイノデアリマス、……又

争ツテ居ル者ノ間ニ於テノミ事件カ解決セラレルノテハナイト云フコトハ、人事訴訟手続法ニ定メテアリマス通り、訴訟ノ当事者以外ノ者ニ対シテモ効力ヲ有ツコトニナル、……ソレカ審判ニ於テモ矢張同様テ、サウ云フ効力ヲ矢張生セシムル必要カアルノテアリマス」¹⁸¹⁾

この答弁は、主査委員会における仁井田の質問に対する富井委員長の答弁よりも詳しい。しかし、訴えとは異なって本来「権利義務ノ問題」ではないはずの審判手続においても、解決の最終局面においては結局実体法上の「法律関係」が「審判ニ依ツテ確定スル」ということになるのである。だがこのことは、西欧近代法上の権利と、時にそれと相矛盾する「淳風美俗」という、水と油のごとき両者が、実は、最終的に西欧近代法体系において統合することを意味するのに他ならない。もっとも、審議会においてこの時点では、このことはまだ明確には意識されていない。

さて花井は、以上のような会議の内容に納得せず「失望シタ」¹⁸²⁾。というのは上記でも述べたとおり、花井にとってはあくまでも「日本ノ制度ニ適シテ居」るのは、家事審判所よりも親族会であったからである。そこで花井は、現行の親族会に今一步を進めて改善すれば「恐クハ家庭審判所ニ優ルヘキモノカ出来」る¹⁸³⁾のではないかという主張に重点を移すことになる。では、その親族会の実態は、いかなるものであったのか。その点を次に見ることとする。

(2) 親族会の実態

花井によれば、親族会が優れていると考えられる理由は次のようである。

「法律ハ家庭ニ入ラスト云フコトハ是ハ羅馬法ノ原則ノミテナイ、一般法律ノ原則、成ルヘク法律裁判ト云フモノノ勢力ハ家庭内ニ入レシメスシテ行政ノ力ニ依ツテ主持シタイト云フノカ、寧ロ日本ノ古来ノ淳風美俗テアルマイカト思フ」¹⁸⁴⁾

このように彼はあくまでも親族会にこだわり、法律・訴訟が家庭の争いに関与すれば、「淳風美俗」、すなわち円満な家族の関係を害すると考える。もっともこの言は、行政が家庭内に介入することは自由であるかの主張にも聞こえる。しかしここで花井が「行政」として主に想定しているのは、以前の発言にあったような「五人組」という地域共同体内の自治組織であり、その本意は、家庭内の争いの解決を法律によらしむべきでないというところにあると見るのが至当である¹⁸⁵⁾。よってここでの問題は、自治的な親族会が公的な家事審判所を不要ならしめるものであるかどうかにある¹⁸⁶⁾。

花井の推奨するその親族会の実態については、江木衷が次のように語る。

「今日程親族会ノ弊害ノアルモノカナイ、……何時テモ喧嘩ニナルノハ父方母方テアル、喧嘩ヲヤ

ルナラハ早クヤツタ方カ宜イ、悪ルイ奴カー一番ニ親族会ヲ開イテ自分ノ味方ハカリ集メル、母方父方ノ喧嘩カ今日ノ親族会ノ最モ弊害テアル」¹⁸⁷⁾

親族会は早い者勝ちであると言う。その結果「親族会ノ決議ハ始カラ数テ分ル、彼方カ何人、此方カ何人、始カラ分リ切ツテ居ル」ので決議をめぐって「訴訟カ随分起ツテ居る」¹⁸⁸⁾のだと言う。

このような親族会の実態については、当時何人かの法学者によって詳細な研究がなされていたところである。まず、田中誠二によれば、江木衷が上記で指摘したような親族会の実態は、「親族会招集申請人が申請を為すに当て幾多の親族あるにも拘はらず……該当する親族がないものの如く原裁判所を欺いて其家に有害無益の二人のものを縁故ある様に装つて決定を得たと云ふ事例」に見られるように、「裁判所が親族会員の選任を為すに当つて実質的によく調べないで単に招集申請書中に掲げられた人々を其の儘採用して仕舞ふことに基」づく¹⁸⁹⁾ものであった。

さらにまた、親族会決議の実現においても、末弘厳太郎によれば、「極めて大きな欠点と思はれるのは、決議の実現が全く当事者の自由に放任されて居」る、すなわち「我民法は親族会の決議に際して裁判官を立会はしむるが如き何等監督の方法を講ぜず、又決議の成立に付いても何等書面上の方式を要求して居ない」のであり、その結果「不正不当の決議が生まれる虞があり、……後より争が起り易い」のに「民法は更に其上に決議の実現を全然当事者の任意に一任して居」るのであって、これらのことが「抑も親族会に関する各種の悪の始まりである」と認識されていた¹⁹⁰⁾。

だが問題はそれだけには止まらない。すなわち、そもそも親族会員は本来、裁判所が決定した親族会開催期日・場所に集合しなければならないはずであるが、穂積重遠によると、現実はこのようであった。

「今日の実際を見ると、必しも寄合つて相談をしないらしい。代書人を書いて貰つた決議書を親族会員に廻して調印を集め、それで決議があつたことにしてしまうことが行はれる。勿論それは不服の訴の種になる」¹⁹¹⁾

このことは、一面では中川善之助が指摘するように、この制度が「所謂親類付き合いもして居らず、顔さへ名さへ知らぬ程の間柄のもの迄を等しく本家分家として一家の内事に関与せしめる」¹⁹²⁾ほど親族の範囲を広く定めていたことによるものであった。だが他面では、東京区裁判所によって行われた1919年（大正8年）から1921年（大正10年）にかけて招集された親族会会員数調査によれば、実態上その会員数はほとんど全部と言ってよい

ほど法律上のミニマムである3人であった。かかる実態から見れば、平野義太郎の指摘のように、親族会という制度は「全く形式的になつて来つゝあ」った¹⁹³⁾と言える。

では、その原因は何か。このことについて、穂積重遠が次のように、その理由を分析する。

「(一)親族会制度は親族的共同生活を前提として居る。所が親族的共同生活が次第に希薄になつて行くことは免かれ難い現実である。それは必しも人情道義が地に墜ちた為めと云ふのでなく、共同生活範囲が広まり行く人類当然の進化である。

(二)親族会制度は親族の土地的共同生活を前提として出来上つたものである。それでなくては寄合つて相談すると云ふ訳には行かない。所が人間の移動が激しくなると共に、親族が同一地方に住むと云ふことが原則でなくなつて来る。これが親族会制度に取つての一つの困難である。……事例……にも親族会員の一人が北海道に出稼に行つて居る場合、親族会の保護を受ける本人たる未成年者が安濃津から東京に移転した場合などがあつた。」¹⁹⁴⁾

すなわち、「社会の事情の変遷に伴て一方親族も各地に散在する様になり、遠くの近親より近くの縁故者が実際一家の為に為る場合も多くなれば、他方親族が一団となつて構成分子たる各家の事件を処理してゆくと云ふ思想も薄くなる」し、さらに、「思想の異なる親族に余りに干渉を試みられては却つて個人の迷惑ともなる」¹⁹⁵⁾。要するに、我妻栄が「繰り迄へして云ふ」ように「新しい社会の状態と思想とは」「最早仰山な大親族協議を容れなくなつた」¹⁹⁶⁾のである。つまりは「郷党的社会」の弱体化により、居中調停同様親族会もまた、その機能を果たし得なくなったということである。

その結果、穂積が言及するように「親族会に相談させるは宜い」にしても「親族会に任せきりでは駄目」で、むしろこれからは「法律が家庭に入」って「モット裁判所が世話を焼く」ということ¹⁹⁷⁾が求められることになる。

もっとも、法律が家庭に入ることが認められるにしても、「従来の法律の考へ方が悪」く、また、「従来の法律運用機関たる裁判所が家庭問題の解決に適」しないので、「法律を道義人情風俗常識の一部分としてそれ等と併せて適用し家庭事件の法律づくめでない解決を得やうと」するところの「家事審判所——家庭裁判所」を設け、親族会との連絡を図る¹⁹⁸⁾ことが必要となる、と穂積は付け加える。

以上のような諸学者の研究によって指摘された親族会の実情が、そのまま本審議会における論議の背景となっていたと言える。

それゆえ、この審議会総会でも同様に、穂積もその一員であるところの「主査委員ノ見

ル所ニ依リマシテハ、トウモ今日ノ親族会ヲ如何ニ改善シテモ此家事審判ニ代ラシムル働キヲ与ヘルコトハ困難タラウ」¹⁹⁹⁾と言われることとなった。そして、「所謂温情ヲ本トシ道義ノ觀念ニ基イテ、必シモ民法ニ法規スル所ノ嚴格ナル規定ニ服従セスシテ円満ナル解決ヲサセ」るためには「如何ニ権限ヲ拡張致シマシテモ是等ノ問題ヲ悉ク親族会ノ責任ニ依ツテ決定スル訳ニハ往クマイ」²⁰⁰⁾とされることとなったのである。

このようにして結局、花井の提出した「法ハ家庭ニ入ラス」という思想に基づく親族会改善論議は、「所謂調停温情ニ依ツテ解決スル主義」からすれば「今日ノ親族会ヲ拵メテモ其処マテ出来マイ」という岡野の結論²⁰¹⁾に落ち着くこととなった。そしてこの結論は、元々親族会という制度が我が国伝来の家族制度と十分適合していたかどうかという点は別にしても、少なくともこの時期進行しつつあった「郷党的社会」の弱体化という背景からすれば、当然の結論であったと言える。

(3) 権利と「淳風美俗」——民事訴訟と家事審判——の「二元的」²⁰²⁾構造

それでは、権利実現のための民事訴訟制度と「我国固有ノ淳風美俗」を維持するための家事審判制度との関係はどうであるのか、審議会においても再びこの点が問題となった。この点については岡野が、議題である綱領（答申）案の趣旨として再度次のように述べている。

「法律ノ冷タイ正条ニ照シテ単ニ権利義務ノ問題トシテ家庭ニ関スル事件ヲ訴ノ方法ニ依テ裁判所ノ裁判ニ任セルト云フヨリハ温情ヲ本トシ道義ノ觀念ニ基イテ法律ノ権利義務ト云フモノヲ離レテ円満ニ其事件ノ解決ヲナサシメルト云フコトカ所謂此我家族制度ノ古来ノ主義ニ適フモノテアラウ、此点ニ於テ即チ我国古来ノ淳風美俗ヲ維持シ家族制度ノ確立ヲ図ル上ニ適當ナル一答申案テハナイカト考ヘテ居リマス」²⁰³⁾

家庭に関する事件は、権利義務を規定しその実現を図る民法・民事訴訟法を「離レテ」「温情ヲ本トシ道義ノ觀念ニ基イ」た解決を図ることが、「我家族制度ノ古来ノ主義ニ適フ」と言う。もちろん、このことは「何テモ彼ンテモ一切昔ニ戻ツテシマハナケレハナラヌ」ということではない²⁰⁴⁾。この点については審議会とは別の立場からではあるが、牧野英一が「淳風美俗、美風良俗」なる「古来の慣習、固有の風俗を、それながら、直ちに今に復活させようとして居るのではな」く、其の慣習の中から淳美なものを抽出し、其の風俗の間に美良なものを探り求め」、それを「高調せよう」とするところにあり、決して「古きが故にそを貴しと為すのではない」²⁰⁵⁾と弁護するとおりである。そして同時にこのことは、審議会第1回総会における原総理の訓示に沿ったものでもある。

しかし、ではそれならばと原嘉道が次のような質問をする。

「家庭ニ関スル事件ニ付イテハ民法其他ノ法律ニ規定カ沢山アル、例ヘハ家督相続申請ニ関スルコト、之ヲ家事審判所ト云フ名テ審判シヤウカ何トシヤウカ法律ノ規定ハ動カスコトハ出来ナイ、親ノ意思ニ関スル法律規定ヲ家事審判所カ勝手ニ動かシテ家督相続ノ順位テナイモノニ相続サセルコトハ無論出来ル筈ハナカラウト思ヒマスカ、一体サウ云フヤウナトキハトウ云フコトヲ標準トシテアルノテアルカ、法律ノ規定ニ拘ハラス審判ヲスルコトニナルカ、其辺ハトウデアリマス。」²⁰⁶⁾

法律の規定を離れて審判するというならば、例えば法律が規定している家督相続の順位まで勝手に動かして審判するのか、その標準はどこにあるのか、というのである。この問題もまた、先の主査委員会で松田から出された問題の蒸し返しである。そしてこの問題は、近代法原理と伝統的共同体原理とをどう接合するのか、という頭を悩ます問題をここに再提起するものであった。

これに対する岡野の答弁は、相変わらず次のようなものであった。

「例ヘハ離婚ヲ請求スル、而シテ其離婚ノ請求ノ理由ハ民法ニ定メテアルノデアリマス、民法ニ書イテアル理由ヲ以テ何処迄モ離婚ヲ貫カナケレハナラヌ、ト云フトスレハ結局訴ニナルノデアリマス、併ナカラ……能ク事件ノ真相ヲ極メテ見レハ必スシモ離婚ノ訴トセヌテモ宜イテナイカ、果シテ離婚ヲ請求スル事実カ存在スルヤ否ヤハ暫ク別トシテ、此ノ如キ方法テ従来ノ如ク円満ノ家庭ヲ造ツテ行ツタラ宜イテナイカト云フ道カアルナラハ夫レニ基イテ所謂家事裁判所ニ審判ヲサセタイモノテアル、斯ウ思フノデアリマスカラ事柄ニ依リマシテ必ラスシモ法律ノ正条ニ拘束スルモノテナイ、併ナカラ如何ナル正条カアツテモ家事審判所ハ凡テ之ヲ眼中ニ置カスシテ自分ノ見ル所テ勝手ナ裁判ヲ為シ得ルト云フノテモナイ」²⁰⁷⁾

例えば民法上の離婚原因があって訴えによれば離婚が成立する事案であっても、民法の条文に拘泥せずに家庭の円満のために家事審判所が離婚以外の解決方法を審判してもよい、という。ただし、どのような場合でも家事審判所は民法を無視して良いということでもない、それは「問題ニ依」る²⁰⁸⁾という。

しかしそれならば、と原が次のように再度質問する。

「調停不履行ノ場合ニ於テ尚ホ審判所ト云フモノハ法律ノ規定ニ依ラス審判ヲスル、サウシテ裁判所ヘ出レハ法律ノ規定ニ依ラナイ審判テアルカラ引クリ返サレルコトハ明瞭ニ分ツテ居ル、ソレ位争フ人ナラハ無論法律家ノ意見ヲ徴シテ居ルカラ、サウ云フ場合ハ尚ホ其家事審判所テ審判ヲ必ラス受ケシメナケレハナラナイト云フコトニシテモ何ニモナラヌコトニナル、……法律ノ規定ニ違ツタ審判タカラ必ラス引クリ返サレルト云フコトカ分ツテ居ルノニ其審判所ノ審判ニ服従スルトハ思ハレナ

イ、サウ云フ点ハトウテアリマセウカ」²⁰⁹⁾

民法の規定によらない調停が不調となった場合、無理やり審判をしても当事者がそれに従うとは思えない、訴えによって必ず引っ繰り返され、結果それまでの手続が無駄になるが、その点はどうなのか、ということである。だがこの点は既に、先の主査委員会で岡野によって「已ムヲ得サルコトト覚悟シテ居ナケレハナラヌ」と表明されていたことであった。

だからこそ岡野にとってみれば、「裁判所テモ……調停審判ヲ為スノ道ヲ開イタナラハ、……或程度迄其目的ヲ達シ得ルコトニナリハシナイカ」²¹⁰⁾ということにはならない。すなわち、次のようである。

「法律ノ正条ニ拘ハラス円満ナ解決ヲ為サントシタモノヲ今度ハ本人カソレヲ聴カヌカラト言ツテ丸テ正反対ニナツテ今度ハ法律ノ正条ニ基イテ裁判ヲスルト云フコトハ甚タトウモ面白クナイ、所謂開キ直ツテ裁判ヲスルト云フ制度ハ實際ニ実行ハイカヌタラウト云フノテ此家事審判所ハ司法裁判所トシテ働カヌヤウニシタト云フコトニナツタ訳テアリマス」²¹¹⁾

同じ司法裁判所でまず法律の正条によらない手続を行ない、当事者がそれに服さなければ、今度は開き直って正反対に法律の正条によって裁判するのは妥当ではないという。それゆえ岡野にしてみれば、「司法裁判所ノ一室ヲ家事審判所ニ当テル」とか家事審判所の建物を「裁判所ノ構内ヘ立テル」ということも避けられる²¹²⁾ことになる。家事審判所は「純然タル行政機関」であって司法裁判所ではない²¹³⁾のである。

審議会における以上の点を再度整理すれば、要するに次のようである。民法の権利規定及びその実現手続である民事訴訟制度という西欧近代法体系を既存の前提としつつ、その訴訟手続に先立ち、権利にこだわらず「淳風美俗」に基づく特別の手続を置くが、その手続で解決しない場合に最終的には訴訟による権利実現を是認する。その点で、権利、民事訴訟と「淳風美俗」、家事審判との言わば「二元的」構造を持った手続を採るものと言える。つまり、既に明らかになっているように、ここでは、あくまでも近代法原理と伝統的共同体原理とが「矛盾」するものであるということが既定の前提とされている。しかし、かかる観点は明らかに、もはや、「我国俗ニ副ハサル法規ノ改正」そのものを願った臨時教育会議委員らの意図からは「はずれている」のは確かである。

(4) 「特別ノ制度」設置に関する答申の成立

以上のような議論を経た後、翌1922年（大正11年）5月12日開催の第4回審議会において「親族会主義」を是とすべきであるとの花井の意見提示²¹⁴⁾を最後に、家事審判所に関

する議論は一応終息を見ることとなった。

その際、議題である綱領案の中身について一木喜徳郎らから修正提案が出された。特に花井は、同案中11項目にわたる内容は今後の立法審議に委ね、それゆえ第一項を修正して「温情ヲ本トシ道義ノ觀念ニ応シ家庭ニ関スル事件ニ付特別ノ制度ヲ設クルコト」とし、それ以外の項目を削ってはどうかとの提案を行った²¹⁵⁾。彼の提案の意図は、本来「諮問第一号ノ趣旨カラ云ヘハ民法改正ニ関スル綱領、斯ウナルヘキ筋合ノモノテ」、そうであるならば民法改正の「立法上ニ障害ヲ来」さぬよう「矢張民法ノ改正ニ関スル綱領ノトシテ」内容が定められるべきであるというところにあった²¹⁶⁾。そしてこの考えには原も賛意を表した²¹⁷⁾。

その結果、当初の議題に係る綱領案は大幅に修正され、結局、家事審判所という文言が避けられるという意味で半歩後退しつつ「道義ニ本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」という項目に整備され、この文案のみが決議事項となり、結果、全員一致をもって可決成立した。本可決事項は同年6月7日、臨時法制審議会総裁から内閣に答申された²¹⁸⁾。こうしてこの問題については、今度は司法省にその舞台が移されることとなる。

だが、この文案の大幅修正は同時に、民法と「切離シテ」家事審判所を先行して実現させるという主査委員会の意図を打ち砕くものでもあった。しかしながら、この主査委員会の目指した法律・権利でなく「温情道義」に基づく家事審判（調停）制度の追求は、とりあえず別の形で実現の機会を得ることになる。それはすなわち、臨時法制審議会審議の間に司法省において策定され帝国議会に法案として提出された借地借家調停法であるが、同法の成立はその後の家事審判制度の審議に重大な転機をもたらすこととなる。それゆえ家事審判制度の立案経緯を追う前に、この借地借家調停法について次節で一覧しておくこととする²¹⁹⁾。

第3節 借地借家調停法の制定——「二元」から統合へ

1 借地法・借家法の制定

1904年（明治37年）に勃発した日露戦争は、我が国に好景気をもたらした。だが、そのことはまた地価の高騰をも招き、借地関係における地代の値上げを誘発した。そのため、契約継続中の地代の値上げが必ずしもままならなかった地主側は、未登記の土地賃借権が該土地の所有権を譲り受けて登記した第三者に対抗できないのを奇貨として、多くは仮装

売買の下に土地を譲渡し、その結果借地人に対し建物を収去して土地を明け渡すよう強要しつつ地代の値上げに応じさせるという手段を横行させた。このような事態は、あたかも土地売買によって地上建物が揺さられるような現象に見立てられ、それゆえ地震売買と称された。

これに対し政府は1909年（明治42年）、借地権者単独で登記可能な建物の登記をもって土地賃借権に対抗力を付与とする建物保護法を制定し、借地人の保護を図った。だが、地主側は今度は3年、5年といった短期賃借権を設定し、期間満了後の契約更新に当たって地代の値上げを借地人に要求するという手段を講じた。これに応じなければ借地人は建物収去・土地明渡を余儀なくされることとなり、その結果借地人の立場は著しく不安定なものとなっていた。

また、1914年（大正3年）に始まる第一次世界大戦によってもたらされた好景気は都市の人口集中・住宅難を招き、その結果家賃が暴騰し、借家人の立場もまた著しく不安定なものとなっていた。以上のような状況に対応するために、政府は1921年（大正10年）、第44回帝国議会に借地法案・借家法案を提出するに至った²²⁰⁾。

借地・借家をめぐる上記のような状況を認識した上で大木遠吉司法大臣は、両法案を提案するに至った理由について次のように説明する。

「斯ノ如キ状況ニ放任スレバ社会上、經濟上頗ル憂慮スベキ現象ト思ヒマシテ、今回借地法・借家法ヲ制定イタシマシテ、貸主及ビ借主双方ノ法律關係ヲ明確ニ致シマシテ、而シテ其ノ両者間ノ円満、又両者間ノ利益ヲ調和スルコトヲ以テ、今日最モ適切ナル、時弊ヲ救フノ急務デアルト認メマシテ、本案ヲ提出イタシマシタ次第デアリマス」²²¹⁾

「貸主及ビ借主双方ノ法律關係ヲ明確ニ」し、そうして「其ノ両者間ノ円満、又両者間ノ利益ヲ調和スルコトヲ以テ」「時弊」に対処したいと言う。この意味は一見するところ、「貸主の社会的義務と必要不可欠な借主の保護とが強制的な国家措置によってのみ保障され得るという」²²²⁾ 新たな法思想に基づき立法をもって契約自由（貸主側についての契約自由）を公権的に規制する原理を表明したものであるかに見える。だが、以下のように提案者の説明をよくたどってみると、必ずしもそうとは言えない。

大木によれば、上記で述べたところの意味は、「權利ヲ極端ニ濫用スル所ノ者ト、義務ヲ遂行スル所ノ念慮ノ乏シキ所ノ者」双方のために「土地家屋ニ付テノ紛争ガ頻次続出スル」ゆえ本案を確定する必要が認められるのであって「決シテ併ナガラ^{ママ}地借人、借家人ノミヲ保護スルト云フノ趣意デハナイ」という²²³⁾。つまりこの法案は、「余り権利ノ関係

が個人主義ニ走ッテ、権利本位ニナッテ、法律ニ定メテアル権利ヲ濫用シテ人ニ迷惑ノ掛カルノモ顧ミナイ」²²⁴⁾風潮に鑑み、極端な権利の濫用（及び義務の不履行）を是正して権利者・義務者「両者間ノ円満」を維持するためのものなのである。

このような、「権利ノ関係ガ個人主義ニ走」り「権利本位ニナ」ったがゆえに「貸主及び借主双方」が「権利ヲ極端ニ濫用」し、また「義務ヲ遂行スル所ノ念慮ノ乏シキ」こととなって「両者間ノ円満」を欠き「紛争ガ頻次続出」することとなったと認識し、そのことを是正するという大木ら政府当局者の説明からは、この時期次第に明瞭となってきた我が国固有の「郷党的社会」の弱体化の危機感とそれへの対応意識が背景として浮かび上がってくる。

以上の点は、貴族院での江木翼委員の家賃制限立法に関する質問に対する司法省民事局長山内確三郎の、次の答弁からも明らかとなる。

「此案ニ付テノ趣旨ト致シテ契約自由ノ原則ハナルベク之ヲ制限シナイト云フ方針デ借地法モ、借家法モ之ヲ定メタノデアリマス」²²⁵⁾

権利行使の大前提である契約自由の原則はできる限り制限しないと言う。つまり、国家が貸主個人に対し直接に強力な干渉を講じるようなことは、できる限り避けたいというのである。このことをいまい少し敷衍すると、次のようである。

「此家賃或ハ地代等ヲ定メルニ付キマシテハ、我々ハ当初ヨリ民法ノ契約ノ自由ノ原則ハ、前ニ申シマシタ通り最少限度ニ於テ之ヲ制限シタイト云フ考デ居ルノデアリマス、併ナガラ殊ニ借家関係ニ付テ、家賃ガ非常ニ高過ギル、暴利ヲ貪ルト云フヤウナ傾向ガアルト云フ問題ニ付キマシテハ、是ハ予ネテ御議論ノアリマシタ……ガ、公定相場ヲ設ケルト云フコトハ、非常ニ困難デアリマス、サウシテ当事者ガ自由ニ幾ラデ貸ス、借リルト云フ相談ヲシテ居ルノヲ、是ヲ俄ニ裁判機関ヲ以テ主張シ、下ゲルト云フコトハ果シテ司法上ノ関係ヲ律スルニ付テ、適当ナルコトデアルヤ否ヤト云フコトモ考慮ヲ費シテ見マスルニ随分困難ナコトデアル、併シナガラ此暴利……暴利ヲ貪ルト云フコトニナルト是ハ予テ私が申上ゲタ権利ノ濫用カラ生ズルノデアリマス、……此権利ヲ濫用シテ人ノ窮状ニ乗ジテ暴利ヲ貪ルト云フコトハ借家関係ノミナラズ、借地関係ノミナラズ、其他ノ関係ニ於テ屢々アルコトデ法律……殊ニ法律ヲ楯ニ取り、サウシテ権利ヲ濫用シテ不当ノ利ヲ貪ルト云フヤウナコトハ、是ハ禁ジナケレバナラヌコトト私ハ考ヘテ居ル」²²⁶⁾

地代や家賃の額については契約自由の原則から当事者が話し合っただけで自由に決めるものであって、司法権力の公権的介入は適当ではないとする。とするならば少なくともここから見えるものは、「貸主の社会的義務」と「借主の保護」との「強制的な国家措置」の

みによる保障という新たな国家主導的契約自由修正原理ではない。否むしろそれとは逆に、西欧近代法の理念である契約自由の原則の保障の姿を借りつつ実は、かつて明治期における地方制度形成に当たってもイメージされた「自然的村落共同体」における「自治」²²⁷⁾、すなわち「郷党的社会」の「自治」の姿がここからは見えてくる²²⁸⁾。

だが、そうだとすると、それでは現実に人の弱みにつけ込んで暴利を貪ることが行われているという点については、どのように対処すべきであるのか。この点については山内も、これは禁じられなくてはならないと一応は言う。しかしながら山内によれば、このことは「別ニ或ル方法ヲ講ジナケレバナラヌ」ものであり、この点は（臨時）「法制審議会ニ於テ攻究中」であるとされる²²⁹⁾。

ではこの、臨時法制審議会で「攻究中」である「別ニ或ル方法」とは何か。当の臨時法制審議会では「家事審判所」構想が盛んに論じられていたが、本帝国議会貴族院特別委員会でも山内は、江木の質問に対し次のような答弁を行っている。すなわち江木の質問は、司法省において「腹案」としてあると推察される調停機関の「法律案ノ内容」を示されたいというものであった²³⁰⁾が、これに対し山内は、「実ハ借地法案ナリ、或ハ借家法案ナリノ中ニ調停ノコトヲ初メ書キ掛ケテ見タ」ものの「事ガ余程難カシイ問題」であるので「急ニ此借地法案、借家法案ノ中ニ入レルト云フ事ハ見合シ」た²³¹⁾と答弁した。

とするならば、この調停制度がまさに、「地代家賃ヲ値上スルニ就テ……何カ調停委員ト云フ者デ簡易ニ取計ッタナラバ、当事者ノ便利ハ言フモ更ナリ、国家トシテモ大變ナ利益デアル事デアルカラ特ニ司法当局ニ於テハ考ヘテ居」²³²⁾たとされる「別ニ或ル方法」であったと言える。

かくして、以上のような審議を経た後借地法・借家法は、貴族院で若干の修正が加えられたものの3月26日回付された衆議院で修正同意の上成立し、4月8日公布・5月15日施行された²³³⁾。そしてその議決の際、「借地借家ニ関スル紛争ヲ簡易ニ解決スル為裁判所ノ外ニ別個ノ機関ヲ設クルコト、右ノ為別ニ法律案ヲ来議會ニ提案スルコト」という希望条件・付帯決議が付せられた²³⁴⁾のであった。

2 借地借家調停法の制定

(1) 「裁判所ト合体」した「調停機関」

政府は、帝国議会における議決の際に付された上記の希望条件・付帯決議を履行するため、同年7月司法省において調停主任官たる区裁判所判事1名及び地方裁判所が選任する

2名の補助調停員からなる土地家屋争議調停所を定めた「土地家屋争議調停ニ関スル調査要目」を起草した²³⁵⁾。だが、その内容は、後に借地借家調停法そのものが「独逸賃借人保護法、住宅難緩和法、借地借家調停法、小作調停法……ナドヲ参酌シ」²³⁶⁾たと言われるとおり、これもまた「ドイツの調停所の制度にならつたものであることは、一見して明らかである」²³⁷⁾と評価されるものであった。

その後、この調査要目は所要の検討が加えられて「借地借家ニ関スル調停制度ノ要目」として完成され、それに基づき借地借家調停法案が立案されて1922年（大正11年）2月、政府から第45回帝国議会に提出された。

しかしながらこの法案には、「裁判所ノ外ニ別個ノ機関ヲ設クルコト」という付帯決議に基づく当初の調査要目とは大きく異なる箇所が一点あった。それは、「ドイツ法のように裁判所とは別個な調停所を設けることをやめて、裁判所において行うものに改め」²³⁸⁾られており、「裁判所ト合体シテ居ル所ノ調停機関トナッテ居」²³⁹⁾たことであった。それではなぜ、この点についてかかる変更がなされたのであるのか。というのは、そもそも先の臨時法制審議会における調停・審判を行う機関たる家事審判所をめぐる議論においては、「成ヘク所謂司法裁判ノ縁故ヲ断ツヤウニ」するために審判所を「独立ノ機関」とし、「成ヘク建物モ別ニシテ、裁判臭クナイヤウニ」するために建物を「裁判所ノ構内ヘ立テル」ことすら忌避されていたはずだからである。

法案提出に当たり、司法次官山内確三郎政府委員は、この制度の内容について次のように言う。

「内容ハ即チ裁判手続外ニ、一ノ委員制度ニ依ッテ借地借家ノ調停ノ手続ヲ為スト云フノガ趣意デアリマス、而シテ其手続ヲ指揮シ、之ヲ執行スル主タル機関ハ裁判所デアル」²⁴⁰⁾

調停手続を「執行スル主タル機関ハ裁判所」であり、「矢張り裁判所ヲ土台トシテ往クコトガ適当」²⁴¹⁾なのだという。

そして「先ヅ裁判所デー応和解ヲ試ミテ調停ガ成レバソレデモ宜イ」が「調停ガサウ簡単ニ行カザル場合」は「素人法律家デナイ所ノ素人ノ特別其方ニ知識経験アル者ヲ加ヘ」て「調停手続ヲ進メル」²⁴²⁾。この「素人ノ特別其方ニ知識経験アル者ヲ加ヘ」た機関が、調停主任たる判事1人と調停委員2人以上から成る調停委員会である。ただし、このように「制度上は判事単独でも調停が出来ることになつて居る」が、実際上の運用は「専ら調停委員会として行」われる²⁴³⁾。

ではこの、「素人法律家デナイ所ノ素人ノ特別其方ニ知識経験アル者ヲ加ヘ」という

調停委員会は、どのような人を調停委員として予定しているのか。一言で言うと、「極ク信用スル素人ノ人」²⁴⁴⁾であるが、今少し詳しく言えば「必シモ借地人関係デアルト云フ訳テモナク、地主関係ガアルト云フ訳デモナク、実業界ニ於ケル有力ナ人、或ハ其地主家主ノ間ニ、或ハ借地借家人ノ間ニ、相当ノ諒解ノアル、人望ノアル人」²⁴⁵⁾のことであり、具体的には「商業会議所ナリ、地方ノ町村長、郡長等」がその「候補者」²⁴⁶⁾である。

このように調停委員を「必シモ借地人関係デアルト云フ訳テモナク、地主関係ガアルト云フ訳デモナク」定める意味は、一つには「欧羅巴ノヤウニ利益ノ反スル者ヲ相方ニ立テ、サウシテ労働裁判所ニ於テ、多クノ場合ニ二人ガ労働者ノ為ニ利益ヲ主張シテ、同数ノ二人ガ事業家ノ云フコトヲ主張シテ、両相下ラザルコトデ、結局裁判所ガ法律ヲ以テヤルト云フコト」²⁴⁷⁾を避けるためである。この、「商業会議所ナリ、地方ノ町村長、郡長等」を調停委員とする試みはすなわち、司法制度への「郷党的社会」の取込み——擬似「郷党的社会」化——である。

しかしながら、さらに、調停委員には常に「素人」のみが考えられているのではない。本人出頭を原則とする本法案に対して弁護士代理を認めるべき旨を述べた作間耕逸委員の質問の際、山内が答弁したところによれば、次のようである。

「私ハ又弁護士諸君ニ付テ期待スルコトハ寧ロ他ニ在ッテ、此委員ニ私ハナッテ戴キタイト云フ考ガアルノデアリマス、代人トシテ本人ニ就テ色々ノ事ヲ質サセルト云フ方ヨリハ、先ヅ委員トシテ本人ヲ引張り出シテ来テ、サウシテ裁判官ト弁護士、又ハ其他ノ素人ノ人モ入リマス、サウ云フ風ニ集ッテ、……其調停条項ヲ定メル、即チ説諭ヲ為スト云フ方ニナッタ方が、私ハ寧ロ宜イト考ヘテ居リマス」²⁴⁸⁾

つまり、「法律ニ明ルイ人モ入レル、土地ノ事情ニ精シイ人モ入レル」²⁴⁹⁾ことによって実情に則しつつ、「法律問題ニ関連スル」場合に「単純ニ素人ダケデハ却テ仲裁ノ進捗ヲ妨ゲルヤウナコトガ無イトモ限」らなくなる²⁵⁰⁾恐れが防げる。すなわち、無論「調停は法律づくめでないことを欲するのだが、併し法律を離れるが為には先づ以て法律を熟知して居なければなら」ないし、また、「当事者には中々法律を振り廻す人があるから、それを振廻させない様にするにはこちらにそれを抑へるだけの法律知識がなくてはなら」ず、したがって、「実際に通じて情実に捉はれない委員が一人、法律に通じて法律に捉はれない委員が一人、と云ふのが調停委員会の理想的な組合せ」なのである²⁵¹⁾。

このような裁判所主導の調停委員会による調停制度が意図するものは言うまでもなく、従来の訴訟手続による借地借家紛争の解決が「勝ッテモ負ケテモ遂ニ不和ノ状態ニナッテ

平和ノ間ニ借地借家ノ関係ヲ継続スルト云フコトハ困難ニナル」²⁵²⁾ 実情であったのを是正するところにある。そのために「調停法ト云フモノヲ設ケ」て「唯タ法律一点張デ、当事者ノ権利関係ヲ判断スルノデ」なく「御互ニ借地人トナリ地主トナリ、若クハ借家人トナリ家主トナルト云フ関係モ、唯タ通り一遍路傍ノ人ト違フノデ」あり「ソコニ自ラ情誼モアリ、自ラソコニ道德ガアルノデア」るから「ソレニ依ッテ決定シヤウト云フ意味デ調停スル」²⁵³⁾ のである。とすれば、以上のような政府当局者の意図から見えてくるものは、共同体的人間関係継続への強い決意であり、そのための調停制度を介した借地借家法律関係への「情誼」・「道德」（伝統的共同体原理）の導入であった。

しかも、この調停制度は当事者たちを「調停委員ナリ判事ナリガ圧迫スル」のではなく「最モ柔カニ当事者ノ意思ヲ尊重シテ、サウシテ其結果ハ誰レノ権利モ害スルコトハナ」く「圧迫ヲセズシテ合意ガ出来ル、此為ニ何人モ権利ハオロカ、利益ガ害セラル、コトハ無」い²⁵⁴⁾。すなわちこの調停の「結果」は、「学理上厳格ニ言ッタナラバ、契約ナリヤ否ヤ問題デアルガ、大体契約ト同一視シテ差支ナイ所ノ法律上ノ行為デアル」²⁵⁵⁾ 以上、「契約自由ノ原則ハナルベク之ヲ制限シナイト云フ方針」に毫も反することは無く、それゆえ何ら「何人モ権利ハオロカ、利益ガ害セラル、コトハ無」い。

そして、その上さらに、この裁判所主導の調停手続には副次的な効果も期待されている。山内によれば次のようである。

「裁判所ト云フモノハ従来訴訟バカリノ裁判ヲ行ッテ居ル、訴訟以外ニ何モ干与セヌガ為ニ必ズ民法其他ノ法律ニ依テ構成シナケレバナラヌト云フ結果、社会ノ一切ノ事情ニ合ハヌト云フコトノ非難ガアル、必ズシモ私ハ之ハ判事が悪イト云フノデナクシテ、法律以外ノ手段ト云フモノガ裁判所ニ制定サレテナイガ為ニ實際ノ事情ニ合フコトニナッテ居ラヌ制度ノ弊デアル、故ニ裁判官ニ斯ウ云フ調停ト云フヤウナコトニ当ラシムルコトハ、裁判官ノ氣風ヲ極ク法律以外ノ実情ニ眼ヲ著ケテ事ヲ処理スルノ風ヲ養フト云フコトニ於テヤッタラドウデアラウカト云フ考デ、此裁判所ト云フモノガ指揮シテ行クコトニシタ」²⁵⁶⁾

裁判所主導の調停制度の採用により、裁判官に対し「余リ此権利義務一定ノ申立ト云フコトデナク、穏カナル処置ヲ執ルコトノ素養モ之ニ依ッテ作」り「其結果必ズ民事等ノ訴訟其モノニモ、裁判官ノ氣風ト云フモノガ余程響ヲ来スコトモ希望」²⁵⁷⁾ されるのである。そしてさらに、このような「調停ニ依ッテ穏和ナ手段デ双方ノ協調ヲ計ルト云フ」氣風を裁判官に対し養成することは「司法事務ノ上ニモ必要」²⁵⁸⁾ とされる。つまり要するに、権利義務のみでなくそれ以外の実情にも目を配る氣風を裁判官が身に付けることにより、

法（権利）実現を直接の目的とする通常の「民事等ノ訴訟其モノ」は元より「司法事務」にまでも好結果が期待できるという。

以上のところから見えてくるものを一言で言うならば、借地借家調停法の制定が意味するものとは、先の臨時法制審議会において岡野らが目指した権利と「淳風美俗」の「二元的」構造からの脱却、すなわち、近代法原理と伝統的共同体原理との統合への兆しである。そしてこの兆しは単に調停制度のみに止まらず、さらに、訴訟制度一般にも影響を及ぼし得るものとなっている。したがって、この法案で提案された借地借家調停制度が、当初想定されていた「独立ノ機関」ではなく「裁判所ト合体シテ居ル所ノ調停機関」となっていたことも、上記の観点からすれば容易に首肯し得ることとなる。それゆえ、さらにこのことは同時にまた、以下に見るように、民事訴訟手続と調停手続との厳密な「二元的」構造からの脱却、すなわち両手続の統合——近代法構造と伝統的共同体構造との統合——をも意味するものともなった。

(2) 手続的統合化への作業

まず、調停の効力について見ると次のようである。裁判官の調停については裁判上の和解と同一の効力が認められる（第12条）が、調停委員会の決議により調停が成立したときに裁判上の和解と同一の効力が付与されるためには、さらに裁判所の調停認可の決定を必要とする（第26、28条）。調停委員会の決議による調停に裁判所の認可決定を要する理由について、司法参事官三宅正太郎政府委員は次のように言う。

「其〔調停委員会の〕調停ニ基キマシテ、強制執行ヲ致シマスと云フコトニナリマス、ソレハ単ニ委員会ヲ前ニ置キマシテ唯当事者ガ約束ヲシタト云フダケデハ此強制執行力ヲ付与スルニ足ラヌト云フヤウナコトデゴザイマスカラシテ、民事訴訟法ニ従ッテ強制執行ヲ致シマスと云フコトニナリマスニ付テハ、此調停ト云フコトハ認可決定ト云フモノガ出来ナイノデアリマス、認可決定ニ依テ始メテ執行力が付与セラレル、斯ウ云フ形ニナル」²⁵⁹⁾

調停委員会における調停は「全ク契約デア」り「当事者ノ意思ヲ強制シテ之ニ従ハシメル所ノ裁判トハ」その「効力ヲ異ニシテ居ル」²⁶⁰⁾ところから、「最終ニ此認可決定ヲ与ヘ」て「此契約ニ訴訟ヲ更ニ起スコトナクシテ執行力ヲ与ヘタイト云フ、即チ便法ヲ図ッタニ過ギナイ」²⁶¹⁾ものだという。ここでは、権利ではなく「情誼」・「徳義」に基礎を置く調停を近代法上の契約という法律関係に変換し、民事訴訟手続に接続する法的作業がさり気なく行われている。

もっとも、このような法的作業は、家事審判（調停）が扱うところの「関係を規律するも

のが各自の意思を離れた客観的な規範」＝「強行法規」²⁶²⁾の下にある家庭事件とは異な
って、基本的には契約自由の原則の下で各自の自由意思により排除できる任意法規が妥当
する借地借家関係のような財産法上の関係においては、さほど問題を生じさせることは無
いと言える²⁶³⁾。

次に、調停委員会における証拠調べについて見ると次のようである。調停委員会にお
いても必要と認めるときは証拠調べができ、証拠調べについては民事訴訟法を準用するとさ
れている(第23条)が、調停結果を不満として訴訟に移行したときにその証拠調べの結果を
訴訟に用い得るかどうか問題とされる。この問題は先に家事審判所に関する主査委員会
でも磯部によって疑問が提起されたところであった²⁶⁴⁾が、この点について山内は、次の
ように明快に言う。

「調停ノ関係カラ民事訴訟法ノ規定ヲ準用シテ証拠調ヲシタ、或ハ其他本人ニ付テ色々ナ訊問ヲシ
テ調べタト云フモノハ、私ハ単リ調停事件ノミナラズ、刑事ハ別デアリマスガ、民事ニ付キマシテハ
諸般ノ書類ハ総テ訴訟ノ証拠トナル、……後ニ訴訟ガ起ツタナラバ、其総テノ結果ト云フモノハ、訴
訟ニ於テ適当ナル範囲ニ於テ之ヲ利用スルト云フコトハ、凡ソ訴訟法ノ今日ノ趣意カラ以テ来テ、当
然ノ事デアラウト考ヘテ居リマス」²⁶⁵⁾

この「訴訟法ノ今日ノ趣意カラ以テ来テ、当然ノ事」という意味は、山内が「諸般ノ書
類ハ総テ訴訟ノ証拠トナル」と言っている点から見て、法律家としての彼の立場から、裁
判所に提出された一切の資料・状況における証明力の評価が裁判官の自由な判断に委ねら
れるとする自由心証主義(Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung)の説明
をしたものと思われる。しかし、もしそうだとすれば、このような西欧近代法的な説明だ
けでは、なにゆえにわざわざ調停での証拠調べの手續において民事訴訟法を準用するのか
ということまでは明らかにはならない²⁶⁶⁾。

それゆえ、議会答弁としての上記の山内の説明にかかわらずこの問題もまた、次のよう
な視点で観察するのが自然である。すなわち、権利ではなく「情誼」・「徳義」に基礎を
置く調停の証拠調べについて近代民事訴訟法のフィルターを通すことで、調停手續を権利
実現手續である民事訴訟手續と同じ近代法の中に取り込み、それによって両手續を法制度
的に統合しようとする作業がここでもさり気なく行われているという視点である²⁶⁷⁾。

なお、法案そのものは衆議院及び貴族院で若干の修正をめぐって議論があったものの最
終的には3月22日成立するに至っている²⁶⁸⁾。

(3) 借地借家調停制度の実施状況

このようにして成立した我が国「はじめて」²⁶⁹⁾の調停制度である借地借家調停法は、1922年（大正11年）4月12日公布・10月1日当面東京府、京都府、大阪府、神奈川県、兵庫県に施行されることとなった。しかしながら「其当初に於ける申立件数は実に僅少であり殊にそれは東京に於て甚しかつた」²⁷⁰⁾。それが一転して活用されるきっかけを作ったのは、翌1923年（大正12年）9月の関東大震災であった。

震災による東京下町全部の焼失は下町住民の大部分を占める借地人・借家人と地主・家主との間に様々の深刻な紛争を生じさせた。その状況は、「若し此儘に放置するならば震災の焼野原の到处には実力争闘が繰返され自然の惨劇の後に人間の惨劇が其幕を続けることになりはしないかと迄に思はれ」る²⁷¹⁾ものであった。「震災は凡てのものを根底から覆し」²⁷²⁾、ここに下町の「郷党的社会」は、完全に崩壊したも同然となった。「朋友相信」の道義は地に墜ちた。

このような事態を打開するために「法律は法律として存在」させつつも「而も何とかして此際に於ける非常の事態を円満に解決」²⁷³⁾させるための手立てとして政府・司法当局が考え出したのが、「最近実施を見た借地借家調停法」の利用²⁷⁴⁾であった。この利用はかなりの成果を挙げ、1924年（大正13年）1月末日時点での調停の成功率は、穂積重遠の計算によれば「7割8分7厘」²⁷⁵⁾という好成績であったとされる。

調停に当たり、まず借地に関しては、民法の法理上は借地上の建物が滅失しても借地権自体は消滅しないところから、既に施行されている借地法を適用することによって紛争は「略ほ解決が付くやうに相成つた」²⁷⁶⁾。問題は借家の場合であり、民法の純法理上建物が滅失すれば借家権も消滅すると言わざるを得ないところから、借家問題を解決するに当たって司法当局が基本方針として採ったのは、「此調停は必ずしも法律関係通りに事を決しないで宜しい、少くも此非常時に応ずるに適當なる方法を執つて調停を試み、双方互譲協定が出来れば夫れに依る事が出来ますから左様手段に出つるやう」²⁷⁷⁾というものであった。

具体的には例えば、家屋を建築する資力のある家主に対しては家屋を建築してそれを適当な条件で旧借家人に貸すように調停する、家屋を建築する資力がなく又は資力があっても建てることを望まない家主に対しては地所を貸すように調停する、あるいは借家人が既に家屋を無断で建ててしまった場合にはその家屋を買い取って相当の賃料で前借家人に貸すように調停する、などの解決方法が採られた²⁷⁸⁾。これらの方法は無論「借家人に法律上当然の権利のある訳でな」い²⁷⁹⁾が、「調停の方法に依るか故に、斯くの如き方法を以

て解決すること」²⁸⁰⁾が可能となったのである。

(4) 借地借家調停制度——日本型調停制度——の評価

このように良好な施行実績を背景として、借地借家調停制度は、やがて後に続く家事審判・人事調停制度を初めとする各種戦前期調停制度の基本モデルとなっていくこととなる。だが、かかる我が国「はじめて」の調停制度と自負される日本型調停制度——伝統的調停——は、ダン・フェノ・ヘンダーソンによって後年、次のような批判の対象とされた。

「我々は、現代日本の立憲制及び法の支配と矛盾しないような任意的な調停に関する見解にのみ与る。この観点からする明瞭な見解の必要性は、日本の伝統的調停が日本では常に高く評価され、そして調停が紛争解決の優先的手段であり、かつ、どういうわけか奇妙にも、日本人の気質、伝統若しくは人生観にふさわしいものであるということが依然としてとりわけ役人や調停員たちによって頻繁に語られるがゆえに、一層重要となる。」²⁸¹⁾

日本の伝統的調停が「紛争解決の優先的手段」であり、しかも、このことが「日本人の気質、伝統若しくは人生観にふさわしい」とされるのは「奇妙」だと言う。

ヘンダーソンにとって「最も適当な」²⁸²⁾調停とは、紛争「当事者が望むなら、法廷出頭日に権利を主張することが不可欠である」ゆえに「当事者が権利を行使でき……る裁判制度に対して真に副次的でなければならず」²⁸³⁾、しかも、日本の「巧妙な強制に満ちあふれた伝統的な説論的調停」²⁸⁴⁾のように「法の擁護に不可欠な市民の権利意識を鈍らせる」²⁸⁵⁾ものではなく、「法的権利の侵害無しに自発的に合意を生み出す」²⁸⁶⁾「任意的な」ものであるべきものとされる。

では、ヘンダーソンの言う「副次的」に調停が行われる場合とはいかなる場合を言うのか。一例として彼は、次のように言う。

「しかしながら当事者が相互に関係があるとか、配偶者であるとか又はその他将来にわたっての密接な共同を必要とするような関係を有する事案では、仮に訴訟をせずに弱者の側の法的請求の承認を獲得できるとしたら、調停は極めて有用である。どちらかと言えば些細な行き違いが訴訟において生じ、しかも大きくなり得るような判決や強制執行というオール・オア・ナッシングの結果は、そのような結果は正しいあり方なのではあるが、労働関係や家族、又は取引関係でさえも、それらによって負わされた相互の共存という、より広範な課題に対する解決には全然ならないであろう。」²⁸⁷⁾

要するに、例外として継続的な人間関係における相互信頼を維持するためには勝ち負けを明確にする訴訟は不適當であるということである。だがこのような、最も適切な権利実現システムである訴訟を中心に置きつつ訴訟が例外的に継続的關係を破壊する恐れのある

場合には「副次的」に調停制度を用いるとするヘンダーソンの見解から見えてくるものは、個人の権利絶対の思想である。すなわち、権利（及びその実現手段たる訴訟）を法制度の中心に据え、それによって問題が発生しそうな場合に例外的に調停で予防・修復しようとするものである。そしてこのことは、西欧から見れば至極当然の結論であると言える。しかしながら、我が国において発生した調停制度は、そうではない²⁸⁸⁾。

借地借家調停に自らも調停委員として関わった穂積は、継続的人間関係の一形態である家主借家人間の問題を挙げて次のように言う。事案は、震災による借家焼失後の借家人の法的処遇に関わるものである。

「解決の第一前提は、即ち借家人は元借家の焼跡について何等かの権利を有するかと云ふ問題であつて、これについては諸家の説がある。今こゝではそれ等の諸説を論評するのではないが、……諸説はいづれも家屋の焼失によつて従来の賃貸借関係が消滅し即ち借家人の主たる権利は消滅すると云ふことを前提とし、而して緊急権とか生存権とか土地使用権とかが発生し又は残存するとするのであるが、調停の基礎としては家は焼けても賃貸借関係は続くと云ふ觀念から出発したい様な気がする。家主の義務は単に家屋の供給ではなくて住居の供給である、家屋が破損したら家主はそれを修繕せねばならぬ。家屋が倒壊したら家主がそれを引起さねばならぬのではあるまいか。而して家屋が焼失したら——家主は家屋を新築して従来の借家人に貸与すべきではあるまいか。先づ斯う云ふ風に話を進めたいのである。勿論それには甚しい論理の跳躍があつて、法律論としては不完全に相違ないが、調停者の論法としてはこれが相当に自然で且効果が多い様に思ふ。現にさう云ふ趣旨で調停が成立した例が少なくない」²⁸⁹⁾

民法の法理上は「家屋の焼失によつて従来の賃貸借関係が消滅」し、借家人は権利を失うという原則を否定できない。だが「調停の基礎としては」家主の修繕義務（民法第 606 条第 1 項）の趣旨を拡げて²⁹⁰⁾ 家主の新家屋提供義務、すなわち借家人の用益権の存続まで認めるべきではないかとする。「勿論それには甚しい論理の跳躍があつて、法律論としては不完全に相違ない」が、「調停者の論法」としては「相当に自然で且効果が多い」とするのである。

穂積のこのような論旨から見えてくるものは、たとえ新たに権利を作り出してでも何かなんでも従来の関係を継続させようとする姿勢である。もっとも、このことは厳格に法律を判断適用する訴訟では解釈論として無理かもしれないが、衆議院借地借家調停法案委員会における三宅正太郎の言のように「唯タ法律一点張デ、当事者ノ権利関係ヲ判断スルノデ」なく「御互ニ……借家人トナリ家主トナルト云フ関係モ、唯タ通り一遍路傍ノ人ト違

フノデ」あり「ソコニ自ラ情誼モアリ、自ラソコニ道德ガアルノデア」るから「ソレニ依ッテ決定シヤウト云フ」ことを目的とする調停制度であれば可能と言える。

このような調停手続における法律の明文・近代法原理（契約自由、債権ないし契約の消滅法理等々）に対する「情誼」・「徳義」からの修正という提言は、ヘンダーソンとは異なっていて、権利は常に「関係」の下で行使されるということ（「関係」の下での権利）ということを意味するものと言える²⁹¹⁾。そしてこれは同時にまた、「郷党的社会」の組み込みによって国家を「共同体的国家」²⁹²⁾たらしめた日本近代国制の全体像をも暗示するものである。

さて、震災時における借地借家調停制度の思わぬ活用は、政府・司法当局者に一定の自信を与えた。その結果彼らのこの経験と実績が臨時法制審議会における家事審判所をめぐる後の審議にも影響を及ぼすことになるのであるが、その点は次章に譲ることとする。

第2章 注

- 1) 臨時教育会議に至る経緯としてはまず、1898年（明治31年）に民法（親族編相続編）が制定された後、穂積八束が政府の教科用図書調査委員会主査委員となって小松原英太郎文相と共に修身教科書の改定に尽力し、また、1913年（大正2年）には貴族院に松平康民らから提出された「教育調査機関の設置に関する建議案」が審議される等の動きがあった。そして、この審議の際奥田文相から教育方針と立法方針との統一が欠けている点が問題である旨の答弁があり、これを受けて教育と法制に関する調査を江木千之、一木喜徳郎、鈴木喜三郎に行わせるなどの動きもあったようである（この点について、磯野誠一「民法改正と臨時教育会議」 法学志林五十巻記念論集法と社会第50巻3・4 合併号（法政大学法学志林協会、1953年） 148頁参照）。以上の経緯を経た後に、臨時教育会議が開催されるに至った。
- 2) 「教育ノ効果ヲ完カラシムヘキ一般施設ニ関スル建議」（以下「建議第二」という。なお、早稲田大学中央図書館蔵『臨時教育会議要覧』（以下「要覧」という。）188頁に拠った）。
- 3) この提言を含む建議に基づき設置された臨時法制審議会の審議過程で、当初はまったく想定に無かった家事審判所構想が浮上し、その構想から各種調停制度が制定される動きへと結び付くことになる。その意味では我が国固有の調停制度は、これら一連の経緯の中から生まれた言わば副産物であったと言える。
- 4) 平沼騏一郎発言、「臨時教育会議（総会）速記録」（以下「速記録」という。）13頁（『資料臨時教育会議 第5集』（文部省、1979年。以下「文部省資料」という。）269頁に拠った）。
- 5) 弧剣「父母を蹴れ」林茂・西田長寿編『平民新聞論説集』（岩波書店、1961年）210頁。論説者は山口義三とされる。なお、原文中のルビは省略した。
- 6) 「文部大臣訓令」（明治39年6月9日付文部省訓令第1号）官報第6882号（1906年）273頁。なお、この訓令自体は前掲注4）の論説と直接の関連は無いが、同種思想が広がり始めていたことが懸念されたところから出されたものであることは確かである。
- 7) 1911年（明治44年）6月6日付東京朝日新聞。原文中ルビを省略した。
- 8) 大正2年3月19日付第30回帝国議会貴族院に提出された「教育調査機関の設置に関する建議案」の審議における奥田文相の答弁、『大日本帝国議会誌第8巻』（大日本帝国議会誌刊行会、1928年）1418—1419頁。
- 9) 江木発言、「速記録」・前掲注4）66頁（「文部省資料」394頁）。
- 10) 「建議第二」・前掲注2）181頁。

- 11) 臨時教育会議における寺内内閣総理大臣演説、「要覧」・前掲注2) 16頁。
- 12) 久保田発言、「速記録」・前掲注4) 18—19頁(「文部省資料」第2集242—243頁)。
- 13) 14) 阪谷発言、「速記録」・前掲注4) 60頁(「文部省資料」316頁)。
- 15) 平沼発言、「速記録」・前掲注4) 12頁(「文部省資料」268頁)。
- 16) 「人心ノ帰嚮統一ニ関スル建議案」、「要覧」・前掲注2) 177頁。
- 17) 平沼発言、「速記録」・前掲注4) 18頁(「文部省資料」274頁)。
- 18) 平沼発言、「速記録」・前掲注4) 18—19頁(「文部省資料」274—275頁)。
- 19) 江木発言、「速記録」・前掲注4) 49頁(「文部省資料」305頁)。ちなみに江木の問題にした本条(旧法第772条)における「25歳ヲ過グレバ父母ノ許可ガナクテモ結婚ガ出来ル」旨の規定が、条約改正問題で急ごしらえされた元々の旧民法ではなくて、法典論争後見直された民法再編纂の議会審議過程で但書として新たに加えられたものであることは、前章(第2節)で見たとおりである。
- 20) 江木発言、「速記録」・前掲注4) 49頁(「文部省資料」305頁)。
- 21) 北条発言、「速記録」・前掲注4) 39頁(「文部省資料」295頁)。
- 22) 平沼発言、「速記録」・前掲注4) 12頁(「文部省資料」268頁)。
- 23) 北条発言、「速記録」・前掲注4) 39頁(「文部省資料」295頁)。
- 24) 水野発言、「速記録」・前掲注4) 55頁(「文部省資料」383頁)。
- 25) 水野発言、「速記録」・前掲注4) 53頁(「文部省資料」381頁)。
- 26) 江木発言、「速記録」・前掲注4) 64—65頁(「文部省資料」392—393頁)。
- 27) 明治31年5月19日第12帝国議会開院式勅語、『大日本帝国議会誌第4巻』(大日本帝国議会誌刊行会、1928年)756頁。
- 28) 穂積八束「『家』ノ法理的観念」穂積重威編纂『穂積八束博士論文集』(有斐閣、1943年)401頁。
- 29) 三浦周行「家族制度存すべきか廃すべきか」法学論叢第3巻第1号(1920年)40、43頁。ちなみに三浦はここで、梅博士によれば武家の世では戸主(当主)が「総ての財産の所有者」であったとされるが、これは「間違つたこと」であると言う。
- 30) 渡邊幾治郎『教育勅語の本義と演説の由来』(福村書店、1940年)244頁。
- 31) 平沼発言、「速記録」・前掲注4) 18頁(「文部省資料」274頁)。
- 32) ここで平沼の言う「日本ノ国俗」(「淳風美俗」、具体的には我が国の家族制度)とは、彼によれば「教育勅語……ノ御趣旨」(後掲注34)参照)に則ったものであり、この趣旨に沿った法改正が求められるのである。だがこの点については、後に開催された臨時法制審議会における展開がこの

趣旨どおりであったのかが問題となるのであり、この点は次節で明らかとなる。

- 33) 磯野・前掲注1) 157頁
- 34) 平沼発言、「速記録」・前掲注4) 12頁(「文部省資料」268頁)。
- 35) この点については、第1章の注135)、163)等参照。ちなみに、藤田省三によれば、教育勅語の教「法」化により名実共に「自然村落における『道徳的要素』」が「国家の一般的形式にまで」高められ、「道徳国家の構成原理そのもの」となったとされるが(この点について、藤田省三『天皇制国家の支配原理』(未来社、1966年)20、27頁参照)、その結果をたどるなら、「政治ナリ法律ナリ社会ナリ総テノ」側面における国家の決定はことごとく「教育勅語の御趣旨に帰着して、ここに批判を許さないものとなる」(磯野・前掲注1)152頁)ということになろう。だが、前掲注31)32)の所でも述べたとおり、この後法律(民法)改正を審議する臨時法制審議会の審議過程は果たしてそのような方向へと進むものであったのか否か、は次節以下で明らかとなる事柄である。
- 36) 原敬内閣総理大臣訓示、堀内節編著『家事審判制度の研究』(日本比較法研究所、1970年。経過篇(以下「堀内経過篇」という。))12頁。なお、同訓示には本文に関するもの(諮問第一号)の他に、陪審制度の確立に関するもの(諮問第二号)も含まれていた。
- 37) 原訓示、「堀内経過編」・前掲注36)12頁。
- 38) 原奎一郎編『原敬日記第5巻』(福村出版、1965年)118頁。
- 39) 「内閣よりの諮問事項の通知」堀内節編著『家事審判制度の研究 附 家事審判法関係立法資料』(日本比較法研究所、1970年。以下「堀内資料篇」という。)561頁。なお、以下本章で引用する同著者編著『続家事審判制度の研究 附 家事審判法関係立法資料補遺』(日本比較法研究所、1976年)についても同様に「続堀内資料篇」というものとする。
- 40) 臨時法制審議会「臨時法制審議会総会議事速記録諮問第一号(民法改正)」(以下「審議会総会議事速記録」という。)4頁。もっとも鈴木は「臨時教育会議ノ内容ニ付テハ私ハ詳シク承知致シテ居リマセヌ」とも言っている。この点については同5頁参照。
- 41) 「速記録」・前掲注4)49頁(「文部省資料」305頁)。
- 42) 原・前掲38)116頁。
- 43) 原訓示、「堀内経過編」・前掲注36)12頁。
- 44) 磯野誠一「民法改正(法体制再編期)」鶴飼信成・福島正夫・川島武宜・辻清明編『講座日本近代法発達史』(勁草書房、1958年)276頁。
- 45) 46) 47)「堀内資料篇」・前掲注39)562頁所収。
- 48) 「審議会総会議事速記録」・前掲注40)4頁。すなわち伝統的共同体原理である。もともと古来

から我が国は「婦人淫せず、妬忌せず、盗窃せず、争訟少なし」（石原道博編訳・『新訂魏志倭人伝他三篇』（岩波書店、1985年）48頁）という穏やかな風俗であり、「争い相手と話をまとめるよりも闘いを挑もうと裁判所に出向く」（Stephen B. Goldberg, Eric D. Green and Frank E. A. Sander, *ADR problems and prospects: looking to the future*, 69 *Judicature* (1986) 291.）ような西欧社会的対決志向からは文化的に縁遠かった。

- 49) 「審議会総会議事速記録」・前掲注40) 4頁。
- 50) 山内確三郎幹事発言、「堀内資料篇」（臨時法制審議会諮問第一号主査委員会議事速記録（同篇所収）。以下「委員会速記録」という。）・前掲注39) 604頁。
- 51) 鈴木司法次官発言、「審議会総会議事速記録」・前掲注40) 4頁。
- 52) 河田嗣郎「家族制度ノ崩壊カ社会生活ニ及ホス影響」京都法学会雑誌第6巻第2号（1911年）111頁。
- 53) 河田・前掲注52) 103頁。なお、ここで河田の言う「夫婦親子ノ血縁」より成る「所謂小家族」とはイギリス型家族形態を意図したものと思われるが、後に穂積重遠幹事が発言するように我が国の家族は、「親子夫婦ト云フ西洋ノ小『ファミリー』ノ関係タケテナク、ソレヨリモモウ少シ拵ケタ」ものとして考えられていた。この点について、「堀内資料篇」・前掲注39) 587頁参照。

ちなみに、社会人類学者中根千枝の研究によれば、家族形態は各社会に固有のものであって資本主義の進展等とは直接関係がないとされている。とすれば、例えばイギリスにおける家族形態が資本主義の結果によって形成されたものではないのと同様に、我が国の従前の家族形態もまた、資本主義的経済活動の進展によって（影響は受けるにせよ）必ずしもその本質までがイギリス型の家族形態に変化するようなものではないということになる（なお、中根の研究については、中根千枝『社会人類学 アジア諸社会の考察』（講談社、2002年/初出は東京大学出版会、1987年）112-122頁参照。中根はここで、我が国の家族を「直系家族」と呼ぶ。なお、イングランドにおけるようなかつての小農社会が夫婦と子供の核家族で構成されていたことについて酒田利夫訳、アラン・マクファーレン『イギリス個人主義の起源』（リプロポート、1990年）46頁参照）。

このような観点から見るときは、戦前期に臨時法制審議会等で平沼騏一郎らによって論じられた「我国固有ノ」家族制度等について、「卑俗な道德論と原始的信仰を出るものではなく、もとより理論的な批判にたえるものではない」（磯野・前掲注44) 157頁）とは言い切れないし、また逆に、堀内が、戦後の「一律に夫婦と未成熟の子を家族単位と限定し、戸籍もこれにならって編成させた立法態度は、あまりに観念的であ」と批判することには正当な論拠があると言えることになろう（「堀内経過篇」・前掲注36) 21頁参照）。

- 54) 陪審制の確立に関する諮問第二号についても別個に、10名の主査委員が指名されている。委員名等については「審議会総会議事速記録」・前掲注40)12頁参照。なお、委員からの質疑の中、磯部四郎委員から、民法が淳風美俗に反すると教育会(界)が言うのなら、「ドノ辺ガ淳風美俗ニ反シテ居ル」のかを教育会(界)に聞いてもらいたい旨の質問があった(「審議会総会議事速記録」5頁)。この点は堀内によれば、「民法起草関係者らしい皮肉な反撃」と評価される(「堀内経過篇」・前掲注36)16頁)。
- 55) 「堀内資料篇」(「委員会速記録」)・前掲注39)581頁。江木主査委員外出席員は、第9回主査委員会(大正9年3月13日)から磯部四郎とともに主査委員となっている。なお、文中傍点は堀内所収のままである(以下、引用において同じ)。
- 56) 渡邊・前掲注30)244頁。
- 57) 「堀内資料篇」(「委員会速記録」)・前掲注39)587頁。
- 58) 主査委員会に提示された「要目(其一)」は、穂積重遠幹事の私案をたたき台にして作り上げられたものと思われる。この点について、「続堀内資料篇」・前掲注39)361頁参照。なお、穂積私案が「要目(其一)」の作成に当たって「重要な台本」となったという点について同、19頁参照。
- 59) 「堀内資料篇」(「委員会速記録」)・前掲注39)586頁。
- 60) 鶴澤総明の資格もこの時点では主査委員外出席員ということになる。「諮問第一号の主査委員主査委員長氏名」(「堀内資料篇」・前掲注39)578頁)参照。
- 61) 「堀内資料篇」(「委員会速記録」)・前掲注39)586頁。
- 62) 「堀内資料篇」(「委員会速記録」)・前掲注39)595頁。ここで江木の言う「連綿トシテ祖先ノ祭ヲ続ケル」という意味は、家長の地位を「連綿トシテ」継承するということである。すなわち、「家長ハ顕世ニ於キテ祖先ノ霊ヲ代表ス」(穂積八束「民法出テ、忠孝亡フ」法学新報第5号(1891年)9頁)る存在であるから、その地位すなわち祖霊を観念的な意味において継承するのが当然であると考えられたことによる(我が国家族の構造的的特色としての「継承」家族構造である。なお、「継承」家族については、中根千枝『家族の構造——社会人類学的分析——』(東京大学出版会、1970年)101―119頁参照)。
- 63)64) 「堀内資料篇」(「委員会速記録」)・前掲注39)587頁。
- 65) 「堀内資料篇」(「委員会速記録」)・前掲注39)587頁。なお、この「実質上」という点に関連して江木は、親が田舎で一戸を構え、長子が東京で官吏なり会社なりに勤めて別に一家を構えている場合、一時それを臨時の家としておいて親が死んだときに相続させる方法等を提案している(この点について「堀内資料篇」(「委員会速記録」)・前掲注39)595頁。なお、同585―595頁も参照)。

この江木の発言から見ても、共同生活を別にすれば別の家と見るのが妥当と思われていたことが分かる。

ちなみに中根によれば、我が国の家制度を特色づけているものが「いったん設立されたものの継承(succession)」にあり、このことによって「家族(family)と生活共同体(domestic group)の範囲が一致」することになるために、我が国では血縁よりも地縁がより重要な要素となるとされる(この点について中根・前掲注62)102、113頁他参照)。この中根の観点から見れば、家族を「実質」的に捉えようとする穂積らの民法改正の方向は当を得ていることになる。

さらにまたこの生活共同体ないし地縁の重視という観点から見れば、「長年忠実ニ仕ヘテ居ル僕婢ノヤウナ者」を「家族ノ中ニ入レル」ことが検討されても別段不思議ではないことになる(「僕婢」発言については、「堀内資料篇」(「委員会速記録」)・前掲注39)593頁、山内確三郎幹事発言参照)。

66) 我妻栄『家の制度——その論理と法理——』(燈社、1948年)247頁。「欧米」のごとき「小家族制度」(河田・前掲注52)107頁)とは異なる我が国の「家族」と「生活共同体」の範囲の一致である。

67) もっとも穂積重遠は無論、この家の「実質」化について「結論断案」を示したのではなく、委員各位において議論・研究してもらうために幹事として提案したのだと言う(「堀内資料篇」(「委員会速記録」)・前掲注39)591頁参照)。

68) 「堀内資料篇」(「委員会速記録」)・前掲注39)590頁。

69) 「堀内資料篇」(「委員会速記録」)・前掲注39)588頁。

70) この点については、穂積重遠「諮問第一号ニ関スル調査要目私案」、「続堀内資料篇」所収・前掲注39)361頁参照。穂積はこの中で特に、「法律ガ如何ナル程度マデ道德ヲ助長シ人情ヲ涵養シ得ベキカヲ顧慮セザルベカラザルコト」という一項目を掲げ、これが「要目(其一)」に採用されている。

71) 穂積幹事発言、「堀内資料篇」(「委員会速記録」)・前掲注39)591頁。

72) 横田国臣の資格もこの時点では主査委員外出席委員と思われる。

73) 「堀内資料篇」(「委員会速記録」)・前掲注39)591—592頁。

74) 75) 76) 「堀内資料篇」(「委員会速記録」)・前掲注39)592頁。

77) 「堀内資料篇」(「委員会速記録」)・前掲注39)563頁を参照。ちなみにこの家庭審判所構想については、穂積重遠が当初たたき台として作成した調査要目の私案には盛り込まれていない。この点については本文でこの後触れるように、穂積自身が、幹事会の中で「偶然皆」の間に起こってき

て一致した考えであると言っている(同618頁参照)。

- 78) なお、この会議の際に当初提出の「要目(其一)」に、故奥田義人博士の民法中改正意見を加えた案が委員の下に明らかにされている(富井委員長発言、(「委員会速記録」)堀内資料篇・前掲注39)597頁参照)。さらに同博士の改正意見を参照の上順次、調査要目(其二)、同(其三)が委員会に提出され、これらについても第13回以降の委員会で審議されることとなった。
- 79) 「要目(其一)」第四、「堀内資料篇」・前掲注39)563頁参照。
- 80) 81) 「堀内資料篇」(「委員会速記録」)・前掲注39)603—604頁。
- 82) 「堀内資料篇」(「委員会速記録」)・前掲注39)604—605頁。
- 83) 「堀内資料篇」(「委員会速記録」)・前掲注39)605頁。
- 84) 学術書ではないが中根も、「日本人にとっての個体認識としての社会学的単位は、欧米人のように個人ではなく、たしかに集団である」と言っている(中根千枝『タテ社会の力学』(講談社、1978年)21頁参照)。
- 85) 明治31年6月2日第12回帝国議会衆議院議事速記録第11号、帝国議会衆議院議事速記録13(東京大学出版会、1980年)190頁。
- 86) 「堀内資料篇」(「委員会速記録」)・前掲注39)608頁。仁井田のこの発言は、民法において大家族制度と小家族制度とのいずれを採用するかに当たって、仁井田自身は小家族制度を採りたいということに関連して出てきたものである。ちなみに仁井田の言う「小家族制度」とは、「夫婦ト其子」を単位とするという点で河田の言う「欧米」のごとき「小家族制度」(河田・前掲注52)107頁参照)のことである。
- 87) 「堀内資料篇」(「委員会速記録」)・前掲注39)605頁。
- 88) なお、「要目(其一)」第二十二の議題において、戸主の居所指定権と父母の居所指定権とが抵触した場合にも両者の調和をどうするか等が論議された。この場合、指定に係る居所を「裁判上強要スルコトハ出来サルモノ」であり、したがって「何等カノ調和方法ヲ設クルノ必要」があるが、それは、指定に従わない場合の「制裁」としての「離籍スルコト」や「扶養ノ義務ヲ免ルルコト」と同様に「家庭審判所ノ判断ヲ受クル」のが適当であるとされた。すなわち、家族内の問題についても権利的構成を採る以上家族成員間における権利の抵触は免れないところであるが、その場合にも裁判所の訴訟による解決方法を採るのは妥当ではないということである(この点について、「続堀内資料篇」(臨時法制審議会諮問第一号主査委員会日誌(同篇所収)。以下「委員会日誌」という。))・前掲注39)423—424頁参照)。
- 89) 「堀内資料篇」(「委員会速記録」)・前掲注39)616頁。この会議の際に、アメリカの家庭裁判

所等に関する調査資料が参考資料として委員に提出されたものと思われる（この点に関しては同会議における穂積幹事発言、「堀内資料篇」（「委員会速記録」）・前掲注39)618頁参照）。

90) 91) 「堀内資料篇」（「委員会速記録」）・前掲注39)618頁。

92) 池田寅二郎「米国ノ家庭裁判所(二完)」法学協会雑誌第39巻第12号(1921年)146頁。

93) 以下、池田寅二郎「米国ノ家庭裁判所(一)」法学協会雑誌第39巻第10号(1921年)7-11、17-18頁。

94) すなわち、かつての「郷党的社会」の弱体化によりそこに内在していた伝統的共同体原理も弱体化しつつあったことにより、後述するように調停制度に地域有力者も含む調停委員会（擬似「郷党的社会」）を持った家庭(事)審判所を設け、伝統的共同体原理をより確実に法制度に取り込もうとしている、ということである。

95) 「堀内資料篇」（「委員会速記録」）・前掲注39)619頁。

96) 「堀内資料篇」（「委員会速記録」）・前掲注39)620頁。

97) 穂積幹事発言、「堀内資料篇」（「委員会速記録」）・前掲注39)619頁。

98) 「堀内資料篇」（「委員会速記録」）・前掲注39)628頁。

99) 「堀内資料篇」（「委員会速記録」）・前掲注39)620頁。

100) 「堀内資料篇」（「委員会速記録」）・前掲注39)619頁。

101) 「堀内資料篇」（「委員会速記録」）・前掲注39)619-620頁。

102) 「堀内資料篇」（「委員会速記録」）・前掲注39)619頁。

103) このような問題を回避する一法として「要目(其一)」第五のような法文の「自由解釈」が検討されてくることになる。この点については山内幹事が、親族法・相続法を適用すると、時に「淳風美俗ニ反スル」場合が生じるので「法ノ解釈運用ニ妙ヲ得ルヤウナ方法」を採用してその修正を図る必要性を説明している。だが、この説明に対しては富井から、「法典ヲ編纂スル主義ト両立シナイ」と言われ、岡野からもむしろ民法の改正に当たって「其不備不明ノ憾ノナイヤウニシ」て「規定ノ解釈上ニ於テ困ル事カ起ラナイ」ようにすべき旨の発言があった。西欧近代法の理念と我が国社会の実情との齟齬をどうするかという我が国が明治以来近代法を導入したときから継続して抱えてきた難題の一断面をここに見ることができる。と同時に、特に岡野については権利を前提とする民法・民事訴訟法と「淳風美俗」に基づく家事審判制度とを峻別しようとする考え方の片鱗がここに現れている。以上の点については「堀内資料篇」（「委員会速記録」）・前掲注39)611-613頁参照。

104) 「堀内資料篇」（「委員会速記録」）・前掲注39)625-626頁。

105) 「堀内資料篇」(「委員会速記録」)・前掲注39)626頁。

106) 鶴澤が述べるような、この「忠孝」は、政治思想史的側面から天皇制国家を維持するための「帝国主義」的「イデオロギー」(石田雄『明治政治思想史研究』(未來社、1954年)49頁)と理解されている。しかしながら、我が国固有の特色である親子間の「継承」家族構造あるいは社会集団における「序列」関係(中根・前掲注84)84—85頁)という文化的基盤がこの理念を温存させるのに極めて適していたことも無視されるべきではない。このような文化的基盤を持つ我が国に、夫婦関係を起点とする平等家族を基調とする西欧近代法を導入せざるを得なかったことが、そもそもの混乱の発端であった。

ちなみにこの「序列」関係に関して、川島武宜の家元制度の研究によれば、家集団内の身分序列は血縁、年期、伎倆の3要素によるヒエラルヒーで成り立っていると言う(川島武宜『イデオロギーとしての家族制度』(岩波書店、1957年)338—339頁)。

この3要素は家(家業)の継承・存続という目的に関して見ると、相互に補完関係にある。すなわちまず、継承の第一順位は血縁であるが、ここに年期(長幼)が加味されて長子継承システムが一般化することとなる(この長子継承システムは「継承者決定のための混乱や紛争がなく、空位の期間の危険性をミニマムとし、きわめて安定度の高いもの」という指摘がなされている。この点について、中根・前掲注53)141頁参照。なお、中根は「長男継承」と言っているが、例えば旅館業等女将業の場合におけるような長女継承も考慮してここでは「長子継承」とした)。

しかし次に、継承血縁対象者の能力が家の継承にとって相応しくないとされた場合はその者を廃嫡して、他の血縁者又は伎倆(能力)ある弟子等の他人を養子として家を継がせることも起こる。さらにまた、戦乱期等社会の不安定期には家の存続を最優先するために能力(戦闘能力・統率力)によって継承者を選択することも行われる(例えば、1335年(建武2年)3月17日付「天野文書」によれば「有男子数輩時者、不謂嫡庶、守器量可譲一人」とされ(『大日本史料第6編之2』(東京帝国大学、1901年)345頁)、男子が複数人ある時は嫡子庶子を問わず器量(能力)第一の者に家を継がせるものとされた)。

なお、我が国の師弟関係のような、上下的人間関係における「タテ」的序列という「非対称的關係」が、「甘え」に関わるものであることを指摘したものとして土居健郎『「甘え」の構造 新装版』(弘文堂、2001年/初出は1971年)33頁、同『続「甘え」の構造』(弘文堂、2001年)68頁参照。

107) 「堀内資料篇」(「委員会速記録」)・前掲注39)626頁。

108) 「堀内資料篇」(「委員会速記録」)・前掲注39)626—627頁。

109) 山内幹事発言、「続堀内資料篇」(「委員会日誌」)・前掲注39)411—412頁。

- 110) 江木発言、「続堀内資料篇」（「委員会日誌」）413頁。
- 111) 112) 「続堀内資料篇」（「委員会日誌」）428頁。
- 113) 山内幹事発言、「続堀内資料篇」（「委員会日誌」）428、429頁。年齢制限は民法修正案を作成する法典調査会で付せられて帝国議会に提出されたものであり、また、旧民法人事編第38条における父母が「家ニ在ルコトヲ必要トスルヤ否ヤ」は立案者の熊野敏三によって立法趣旨から当然であると述べられていたことは、既に第1章第2節で見たとおりである。
- 114) 鶴澤発言、「続堀内資料篇」（「委員会日誌」）429頁。この点も法典調査会で女は男より一人前になるのが早いという土方寧らの提案及びドイツ民法等参照の結果付せられたものであったことは、第1章第2節で見たとおりである。
- 115) 「続堀内資料篇」（「委員会日誌」）428—429頁。
- 116) 117) 「続堀内資料篇」（「委員会日誌」）435頁。
- 118) 「続堀内資料篇」（「委員会日誌」）435—436頁。
- 119) 「続堀内資料篇」（「委員会日誌」）445頁。
- 120) 富井発言、「続堀内資料篇」（「委員会日誌」）445頁。
- 121) 「続堀内資料篇」（「委員会日誌」）445頁。
- 122) 「続堀内資料篇」（「委員会日誌」）444—445頁。元々我が国においても少なくとも鎌倉時代頃はまだ分割相続制度であったと言われる。例えば「沙石集」によれば、丹後国の一小名が男子8人女子幾人かを有していたが、遺言でその所領を「嫡子にはむねと[主に]譲りて、次男より次第に少しづつ減じてむらなく譲」る旨書き残していたとされる。もっとも、同文書にもあるように、嫡子としてはこのように所領を大勢に分けてしまっは今後の宮仕えが大変であるので、自分より器量の優る五郎に嫡子を譲り、さらにその者に所領も継がせて自分たちはその庇護の下で暮らすことを兄弟たちに提案している（以上の記述については無住「俗士、遁世したりし事」「沙石集 巻第十本」、小島孝之校注・訳『新編日本古典文学全集52 沙石集』（小学館、2001年）530—532頁参照）。
- このように所領の分配によって家が弱体化することを防ぐとともに本来財産の分割によって保障されるべき個々の構成員の生活とを両立させる知恵が、嫡子のみに所領を譲って他の者にその一部を一生の間を限って分け与えるというような方法に発展することとなった。例えば1361年の「白川文書」によれば、石川蒲田兼光なる者がその所領を子息の義光に譲るところ、「此内ニ一期分として、後家女子等縫殿助ニゆつところニおいてハ、かの人等一期のあひたいらんさまたけをなすへからす」とされていた（以上の点については『大日本史料第6編之23』（東京帝国大学、1927年）539頁及び前掲注106）「天野文書」参照。なお、一期分相続に関しては五味文彦「女性所領と家」

女性史総合研究会編『日本女性史第2巻 中世』（東京大学出版会、1982年）47頁以下において中田薫を始めとする先行研究を踏まえた詳細な議論が展開されている）。

そして、かかる過渡的方法が、やがて長子単独相続制へと純化されていく（瀧川政次郎によればその結果、江戸時代には一家一門の家長たる地位を継承する家督相続と遺産（遺領）を継承する跡式相続とが結合混和することとなったとされる。この点については、瀧川政次郎『日本法制史（下）』（講談社、1985年/初出は1928年）272頁参照）。

しかし、このような単独相続形態は、武士階級における世祿世封を前提として成り立つものであったから、主君から封祿を受けることの無かった平民階級においては後に武士階級の影響を受けて漸次単独相続制に移行するようにはなったものの、江戸時代の当初は「依然中古以来の分割相続の主義が行われ」ていた（瀧川・同書272－273頁）。

しかるに、明治以降西欧近代化政策の採用とともに武士階級は消滅し、「家祿が無くなった」ゆえに「其の家族制度も大変更を受けなければならぬ」こととなったのにもかかわらず「家族制度に対しては何等改革を試むる所な」かった（中島玉吉「家産制度と淳風美俗」法学論叢第5巻第1号（1921年）15頁）無理が、ここにおいて顕在化したと言えそう言えないこともない。つまり家祿が無くなれば、かつての「中古以来の分割相続の主義」に戻っていくことはある意味で当然とも言えるからである。この場合残る主要な継承財産は、家名の他祭祀・家系図等ということになる（ちなみに中根によれば、東南アジア社会のほとんどは兄弟姉妹均分相続であり、したがって今日の近代国家における兄弟姉妹均分相続は「近代的・民主的な相続法と考えられているが、人類史の観点から、また民族誌的にみると、この方法が最も自然なものと思われる」と言っている。この点については中根・前掲注53）131頁参照）。

だがそのことはすなわち、我が国において永い歴史を経て形成され、我が国固有の「淳風美俗」を確固たるものとしてきた家の弱体化をもたらすこととなる。しかし反面同時に、分割相続（中根の言う兄弟姉妹均分相続）を理論的に支えるところの近代個人主義的権利概念（財産は個人の権利という考え方）を、民法から排除することも極めて困難である。ここからこの、権利概念を維持しつつ同時に家をも維持するという矛盾を調和させる手だてとして、委員たちによって編み出されたのが、主財産以外の余剰分を他の子女に分配するというかつての鎌倉期惣領制的分割相続制度の提言であったと言える。

123) その他の論点については、以下のとおりである。

1 「要目（其一）」第六十（扶養義務）

ここでの関心は、およそ義務の反面に権利があるのは法律上当然であるが「扶養ノ事ニ付権

利ヲ云為スルハ果シテ我国ノ家制上適當」かどうかであった。この点については主査委員会で
も特段異論は出なかったようである（「続堀内資料篇」（「委員会日誌」）・前掲注39）443頁）。

2 「要目（其一）」第九（親族の範囲）

この問題については臨席の穂積陳重総裁が「我国ノ古法ニ倣ヒタルモノ」として「親族ト血
統トハ必スシモ一致スルモノニ非ス」と説明し、これを江木が親族会に関連させて「血ヲ別ケ
タル者ハ皆親族ナリト云フヲ可」とすべきであろうと言ったのに対し、山内幹事はこれに疑義
を呈して親族の範囲を広くするような結果を招くよりも「親族ニ非サルモ縁故者ナラハ親族会
員ト為リ得ル」ようにすべき旨提言する。そして磯部が山内幹事に同調して、「遠キ親族」が
「家ニ害ヲ及ホ」し「反之友人其他縁故者」が「誠意ヲ以テ」事に当たるのが親族会の「今日
ノ実情」だから「寧ロ親族ノ範囲ヲ狭クシテ裁判所カ縁故者友人等ヲ適當ニ選ビ親族会員ニ加
フル」べきであると言う（「続堀内資料篇」（「委員会日誌」）・前掲注39）407—409頁）。

ちなみに穂積総裁の言う我が国の古法としては例えば、「新撰姓氏録」の中に大彦命が北征
の際兎田墨坂で拾った棄児を我が子として養育したという記録がある（『神道体系 古典編六
新撰姓氏録』（神道体系編纂会、1981年）293頁参照）。また上記の議論は、いわゆる「遠い親類
より近い隣り」という我が国特有の家（社会）との関連で見ると限り妥当なものであると評価で
きる（この点に関して、中根・前掲注62）102頁参照）。

3 「要目（其一）」第二十（分家）

この問題は、家の観念を実質的共同生活のものとするかそれとも形式的戸籍紙上のものとす
るかという問題であることが指摘された他、分家における戸主の同意との関連で家庭審判所の
事項とするかどうかなどが論じられたが、特段まとまった議論はなされていない（「続堀内資
料篇」（「委員会日誌」）・前掲注39）421—422頁）。

4 「要目（其一）」第三十二・三十三（婚姻の成立）

この問題は、儀式を挙げて夫婦となっても届出しないために法律上夫婦の関係を生じないの
は「風儀上適當ノ制」かどうか議論されたが、このような内縁関係が特に遺族扶助料支給の
観点から弊害を生じているという点が指摘された（「続堀内資料篇」（「委員会日誌」）・前
掲注39）430頁）。

5 「要目（其二）」第六（嫡出女子の家督相続の順位）

この問題は、家督相続に際して庶子たる男子を嫡出の女子に優先させるのは入夫たる夫が家
女たる妻を差し置いて他の女と私通をし男子を設けそれを庶子として入籍させた場合などには
果たして適當かどうかということで出されたのであるが、日本の慣習上「男子ノ相続ヲ可トス

ヘシ」という議論もあった（「続堀内資料篇」（「委員会日誌」）・前掲注39)446—447頁）。

6 「要目（其一）」第三（家産）

この問題について穂積幹事によれば、「我国ノ民法等カ若シ家族制度ニ反シテ居ルトスルナラハ、ソレハ如何ナル点」かと言えば「財産制度カ、全然個人財産制度ニナツテ居ル点」であって「財産ハ戸主其人ノ財産又ハ家族各個人ノ財産」となっているところから「戸主カー代テソレヲ使ツテ仕舞」ったりまた「戸主ニ借金アレハ其為メニ差押ヘラレテ妻子ハ路頭ニ迷フコトモ救フコトハ出来ナイ」という問題が生じる、ゆえに「家ノ財産」というようなものを検討してはどうかというものであった。

この点についてはスイスやフランス、アメリカの家産制度が紹介され、農業政策の観点から差押えの制限が講じられている旨の説明がなされた。これに対し、経済界などへの影響から反対意見が出るなどしたが、議論はもっぱら家族制度と農業政策の観点からなされた。もっとも、審議会において最終的には結局家産制度の採用は見送られることとなる（以上の点については「堀内資料篇」（「委員会速記録」）・前掲注39)597—602頁参照）。

124) 「続堀内資料篇」・（「委員会日誌」）前掲注39)466頁。なお付言すれば、労働問題については産業調査会で仲裁機関の設置に向けて調査中であり、また、小作問題については農商務省で同様に調査していると想像する旨山内幹事が述べている（同、461、462頁）。

125) 「堀内資料篇」（「臨時法制審議会諮問第一号主査委員会家事審判所ニ関スル速記録」（同篇所収）。以下、「委員会家審速記録」という。）・前掲注39)636頁。

126) 小委員の間で評議された結果、「家庭審判所」は「家事審判所」として、その名称が一部変更となった。その理由について小委員であった岡野が「家庭事件ニ関スル審判テアルカラ、家事」と改めたと説明している。これはつまり、「家庭事件」の家と事を接合したということである。もっとも、岡野ら諸委員が問題としたのはむしろ「審判所」という名称の方である。しかし、これに関しては、岡野の言うように結局、他に「良案」が無かった（岡野の説明については、「堀内資料篇」（「委員会家審速記録」）・前掲注39)655頁参照。なお、審判所の名称に関する諸議論（例えば裁判の一種のように見えるのではないかとか、これでは調停が入らないのではないかと等々の議論）については岡野の同発言箇所の他、同653頁小山発言及び同発言に対する富井委員長答弁、同656頁江木発言、同658頁鈴木喜三郎発言、同659頁小山・岡野両委員発言等参照）。

127) 富井委員長発言、「堀内資料篇」（「委員会家審速記録」）・前掲注39)636頁。

128) 岡野発言、「堀内資料篇」（「委員会家審速記録」）・前掲注39)637頁。

129) 「堀内資料篇」（「委員会家審速記録」）・前掲注39)636頁。

130) もっとも、この後本文でも触れるようにそのいくつかは参照されたとと思われるところもある。例えば池田の調査対象の一つであったペンシルヴァニア州都会裁判所家庭事件部について見ると、同事件部は本館とは別の建物にあり、会見掛による非公開の懇談形式による運営法が採られていることや、調停結果は判事の認可を受けて裁判上の和解としての効力を有する等々の点である。池田寅二郎の調査結果全般については池田・前掲注92)、同93)に掲げた論文参照。なお、池田が大正9年にアメリカに行ったことについては、「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)636頁参照(他、総会における富井発言について同、666頁)。

ちなみに、アメリカにおける調停制度はノルウェーやデンマークの調停裁判所をモデルとして当初少額訴訟と結び付き、1913年クリーブランドの州裁判所に導入されたのが最初と言われる。1920年代以降にはこの手法が盛んに用いられるようになり、裁判官は「調停者としての良き職務」を果たすべきものと主張された。池田が渡米した1920年頃はこのような裁判所による「当事者の紛争又は不和を調整するための努力」による試みが展開されつつある頃であった。以上の点については、Marc Galanter, The emergence of the judge as a mediator in civil cases, 69 Judicature(1986)257-258参照。

131) 次回同月14日主査委員会での岡野発言、「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)656頁。

132) 「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)642頁。

133) 「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)656、657頁。

134) 岡野発言、「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)643、639頁。

135) 岡野発言、「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)639頁。

136) 岡野発言、「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)646頁。

137) 岡野発言、「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)649、650、651頁。

138) 岡野発言、「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)652頁。

139) 岡野発言、「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)647頁。

140) 以上、ペンシルヴァニア都会裁判所家庭事件部の概要については池田・前掲注92)122-138頁参照。なお、公判の公開については、例えばペンシルヴァニアの他ニューヨークでは非公開であるのに対し、シカゴ、ボストンでは公開であるという。これについて池田は「事件ノ性質上固ヨリ公開スベキモノデハナイト思ハル」と言っている(同、136頁)。ちなみに、主査委員会でまとめられた「家事審判ニ関スル綱領」第10項においても「審判ハ之ヲ公開セサルコト」とされていた(「家事審判ニ関スル綱領」については、後掲注170)参照)。

- 141) 「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)645頁。
- 142)143) 「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)646頁。
- 144) 「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)647頁。
- 145) 「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)647—648頁。
- 146) 「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)648頁。なお、第1章注135)参照。
- 147) 「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)640頁。
- 148) 岡野発言、「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)641頁。
- 149) 岡野発言、「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)643頁。
- 150) 磯部発言、「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)642頁。
- 151) 「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)644頁。
- 152) 「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)644—645頁。なお岡野はさらに、「此家事審判所ニ於テ先ツ提出スルト云フ意見ハ、相当ニ数カ多イト云フ吾々ノ見込テアリマス」とも言っている(同、644頁)。
- 153) 「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)653頁。
- 154) 「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)653頁。
- 155) 「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)653—654頁。
- 156)157) 「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)654頁。
- 158) 岡野発言、「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)652頁。
- 159) 「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)654頁。
- 160)161) 「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)655頁。ちなみに江木の掲げた設例は、第813条第8号によるものであり、第814条第2項の宥恕規定には該当しないものである。
- 162) 「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)657頁。
- 163) 「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)658頁。もっとも松田の掲げた設例は、第813条第3、4号及び第814条第1項に該当するものであり、したがって岡野の答弁は、他の一方が同意すれば離婚の訴えを提起できないことを前提とするものである。
- 164) 「堀内資料篇」(「委員会家審速記録」)・前掲注39)658頁。ちなみに、以上のような離婚事例に関しては、後に民法改正審議の中で、裁判官に裁量権を付与する規定が検討されるに至っている(この点については、次章(第1節)参照)。
- 165) このように岡野・江木そして富井委員長の三者の答弁が微妙に異なる上に、富井委員長の答弁自体にも納得し難いものがあつたのか、ここで主査委員会の速記が止められ、会議は「(懇談)」に

移ることとなる（この点については「堀内資料篇」（「委員会家審速記録」）・前掲注39)658頁参照）。したがってこの後何が話し合われたかは不明である。ちなみに書記に指示をして速記を止めさせるのは元より委員長の権限であるが、それが委員の動議によるものなのか、それとも富井委員長自身の判断によるものなのかは、速記録からは分からない。

なお、懇談後速記を再開した際に富井委員長は「此位テ御依存カナケレハニ〔家事審判所を司法大臣の所管とする旨の提言〕ニ移ツテモ宜シウコサイマセウカ」と言っている（同、658頁）。

- 166) 委員会再開後は家事審判所の名称について若干の議論があったのを除き、この点についての議論は一応終息し、他の事項である所管や審判所の構成等の問題に移ったが、この箇所を敷衍すると次のとおりである。再開後最初に鈴木喜三郎が「家事解決所」を提案し、その理由として「私ハ……訴訟手続トカ何トカハ一切抜キニシテヤリタイ、……名前カ家事審判所ト云フト何タカ裁判所ノヤウナ觀念ヲ与ヘルカラ、裁判所ト違フモノタト云フコトヲ明ニスル為」と説明した。すると富井委員長が「一寸御断リシテ置カナケレハナリマセヌカ」と言って鈴木提案とは関係のない「質問討議ヲ併セテヤツテ」しまいたいという議事進行に関する提案をし、そのために鈴木提案はそのまま立ち消えとなってしまった。富井委員長の真意は元より分からないが、おそらくは家事審判所と裁判所との関係にまつわる議論が懇談の結果せっかく落ち着いたのに、鈴木提案によって再び元に戻ってしまいかねないと考えたからであるように推測される。このことは懇談によって必ずしも議論に一定の合意ができたわけではないということを示唆するものである。

その後小山が「勧解所」としたらどうかという提案をした。その理由は「確定力〔審判後一定期間内に訴えを提起しないときに生じる審判の確定効〕」という「判決ト云フヤウナ」性質を持つかのごとき「審判」という名称は好ましくないということにあった。それに対して岡野が、和解を勧めるという意味の勧解はこの場合に該当しない旨の答弁をし、小山はこれに反論して「当事者ノ意思ニ依ツテ定マルモノ」でなければ「憲法違反ノ問題カ起ル」から、「強制和解ハ可笑イカサウ解釈シナケレハナラヌ」と言ったが、富井委員長はかまわず「一ハ是テ宜ケレハニニ移リマス」として次の議題に移った。この点も本文における次の仁井田の発言にもあるように委員らの間に厳密な合意のないまま残された問題であったと思われる。そしてこれら一連の議論の推移が審議会の最終段階である答申に当たって家事審判所ではなく「特別ノ制度」という文言に代わった遠因でもあったと思われる（以上の点について、「堀内資料篇」（「委員会家審速記録」）・前掲注39)658—659頁参照）。

- 167) 「堀内資料篇」（「委員会家審速記録」）・前掲注39)663頁。

- 168) 「堀内資料篇」（「委員会家審速記録」）・前掲注39)663頁。

169) 権利に基づく民法・民事訴訟法と「淳風美俗」に基づく家事審判制度とについての岡野の峻別的思考を前提とすれば、このようになる。

170) 同綱領に関する富井委員長から穂積総裁への報告書については、次のとおり（「堀内資料篇」・前掲注39)664－665頁所収）。

「諮問第一号主査委員長より臨時法制審議会総裁への報告書」

本委員会ハ家庭ニ関スル事件ニ付家事審判所ヲ設ケ専ラ訴訟ノ形式ニ依ラス温情ヲ本トシ道義ノ觀念ニ基キテ爭議ノ調停及審判ヲ為サシムルヲ以テ我邦ノ淳風美俗ニ合スルモノト認メ審判所ノ組織、権限並調停、審判ノ手続及効力等ニ付別冊ノ如ク其ノ綱領ヲ定ムヘキモノト議決セリ

右及報告候也

大正10年7月15日

諮問第一号主査委員長 富井政章

臨時法制審議会総裁男爵 穂積陳重殿

別冊

家事審判ニ関スル綱領

一 温情ヲ本トシ道義ノ觀念ニ基キ家庭ニ関スル事件ノ調停及審判ヲ為サシムル為家事審判所ヲ設クルコト

二 家事審判所ハ司法大臣ノ所管トスルコト

三 家事審判所ハ単独制トスルコト

四 審判員ハ特別ノ経験アル者ノ中ヨリ之ヲ採用スルコト

五 家事審判所ハ適当ト認ムル者ヲ選定シ調停ニ参与セシムルコトヲ得ヘキモノトスルコト

六 家庭ニ関スル事件ハ之ヲ法律ニ列挙スルコト

七 家庭ニ関スル事件ハ先ツ家事審判所ノ調停審判ヲ受クヘキモノトスルコト

八 調停事項不履行ノ場合ニ於テハ審判ヲ求ムルコトヲ得ヘキモノトスルコト

九 家庭ニ関スル事件ニシテ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘキモノニ付家事審判所ノ審判ニ服セサル者一定ノ期間内ニ訴ヲ提起セサルトキハ審判ハ確定ノ効力ヲ有スルモノトスルコト

十 審判ハ之ヲ公開セサルコト

十一 家事審判所ハ区裁判所所在地ニ之ヲ設置スルコト

171) 正確には「臨時法制審議会諮問第一号委員総会 家事審判所ニ関スル會議」となっている（「堀内資料篇」・前掲注39)665頁参照）。

172) 「堀内資料篇」（「臨時法制審議会諮問第一号委員総会家事審判所ニ関スル會議速記録」（同篇

- 所収)。以下「委員総会家審速記録」という。)・前掲注39)666頁。
- 173) 「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)667―669頁。
- 174) 「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)670頁。
- 175) 富井発言、「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)671頁。
- 176) 花井発言、「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)671頁。
- 177) 「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)672頁。
- 178) 「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)682頁。
- 179) 「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)689頁。
- 180) 「要目(其一)」第五十九における山内発言、「統堀内資料篇」(「委員会日誌」)・前掲注39)443頁。
- 181) 「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)690頁。
- 182) 「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)700頁。
- 183) 「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)702頁。
- 184) 「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)702―703頁。
- 185) ちなみに、岡野も家事審判所が「純然タル行政機関テアル」という言い方をしている。が、この場合も家事審判所は調停・審判という形で関与するのであり、当事者がその関与に承服できないなら、最終的に訴訟による権利実現の道は閉ざされていない(この点については「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)679頁参照)。
- 186) なお、岡野は花井との質疑応答の中で、決して家事審判所のみを「淳風美俗」との関連で考えているのではなく、民法と「淳風美俗」との関係も無視してはいないということを家産における「家族制度財団」のような例を挙げて強調する。「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)706―707頁参照。
- 187) 「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)713頁。
- 188) 江木衷発言、「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)715頁。
- 189) 田中誠二「親族会員の選任」穂積重遠、末弘厳太郎、我妻栄、平野義太郎、田中誠二、中川善之助「論説 判例に現れたる親族会」法学協会雑誌第40巻第8号(1922年)16―17頁。
- 190) 末弘厳太郎「決議の実現」・前掲注189)100―101頁。この原因については穂積重遠によれば次のようである。すなわち、かなり密接に裁判所の指揮監督下にあるフランスやドイツの制度を我が民法が採らずに「『法律は家庭に入らず』の主義を採った」ことにより、「親族自治の必しも美しからざる現象」が生じることとなったということである。この点について、穂積・同、215―216頁参

照。

191) 穂積重遠「決議不能」・前掲注189)40頁。

192) 中川善之助「通知義務」・前掲注189)48頁。

193) 平野義太郎「親族会に関する統計」・前掲注189)198頁。

194) 穂積「結論」・前掲注189)216―217頁。なおここで穂積はその他に4点指摘する。その中の1点で彼は、「親族会は我国古来の風習だと云はれるが、現行民法の親族会は寧ろ西洋流の制度である」と言っている。

195)196) 我妻栄「民法施行前の親族会」・前掲注189)194―195頁。もっともこの点は前掲注65)で述べたように、地縁でつながるゆえに小家族となることが半ば必然とされる我が国の家族形態の特色から生じる現象である。問題はむしろその上に、近代資本主義及び西欧的個人主義思想等の流入により、その地縁そのものが弱められるというところにある。

197) 穂積・前掲注189)219頁。

198) 穂積・前掲注189)219―220頁。

199) 岡野発言、「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)714頁。

200)201) 同、「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)717頁。

202) 「二元的」としたのは、岡野の「已ムヲ得サルコトト覚悟シテ居ナケレハナラヌ」と言う発言を受けて、権利と「淳風美俗」とを対立概念として捉えた結果である(「二元的」という表現については藤田・前掲注35)11頁参照)。ただし、この水と油(正と反)という権利と「淳風美俗」の両者はその後においてむしろ補完し合い、統合して調停制度を媒介とする独自の日本法文化へと高められて行ったのではないか、というのが近代「国制」を根幹に置く本研究の関心課題である。

203)204) 岡野発言、「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)721頁。

205) 牧野英一「『淳風美俗』と『美風良習』(上)」法学志林第24巻第4号(1922年)19頁。我が国の家族制度において何が醇美であるかは、構造上は(家督・家産の)親子間「継承」を、内実は親子・兄弟・夫婦が「仲善ク」共同生活を営むという関係を意味することとなる。しかもこの「仲善ク」というのは伝統的な意味、すなわち親子間では孝行と慈愛、兄弟間では長幼の序、夫婦間では夫婦相和(家の継承者である家長(通常は夫)を妻が補佐する)という「序列」関係に基づくものである。ちなみに、この「序列」関係はいわゆる西欧的支配服従関係とは同一ではなく、権威と実権(権力)とが分掌可能な関係である(このような関係を「すぶ」(統ぶ)という言葉で示すものとして石井良助『天皇——天皇の生成および不親政の伝統——』(山川出版社、1982年)42、55頁等参照)。

前掲注106)でも触れたように、このような我が国の家族制度に、西欧的な夫婦関係を基調とする

アトム的個人主義の平等家族構造に基づく近代民法を導入せざるを得なかったことが、法典論争から臨時教育会議・臨時法制審議会に至る諸論議の発端であった。

ちなみに、我が国においても従来から平等主義・個人主義が存在していなかったわけではない。ただし、それらは我が国の「継承」家族構造に起因する社会集団の「序列」関係の下で調和して存在したのであり、そのことは同注でも見たように「伎倆」すなわち個人の能力もまた集団にとって必要とされていた点からも分かる。このいわゆる能力平等主義の存在について一例を挙げれば、12世紀始め頃後白河法皇が芸道の心得について「調子神に通ずる也。これゆゑまがれることは神にうけず。天地の神も同根ならば、人としておなじ生なるべし。上一人より下民にいたるまで、一毛にもかくることなし」と述べている(佐佐木信綱校訂『梁塵秘抄改版』(岩波書店、1941年)155頁)ものがある。すなわち、芸道という個人の趣味を究めることについては、天皇であろうと一般庶民であろうとまったく平等であるということである(このような日本の平等主義・個人主義が仏教に由来することを示唆するものとして学術書ではないが、尾藤正英『日本文化の歴史』(岩波書店、2000年)49-51頁参照)。

- 206) 「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)728頁。
- 207) 「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)730頁。
- 208) 岡野発言、「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)729頁。
- 209) 「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)730頁。
- 210) 一木喜徳郎発言、「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)740頁。
- 211)212) 岡野発言、「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)733頁。
- 213) この考え方は「親族相続ヲ……公法関係ニ見ル」という考え方と符合する(「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)735頁の鶴澤委員の発言。なお、花井委員も同旨の発言をしている。同、743頁)。また、この発言は、先に主査委員会において小山温が述べた「家族ヲ国家ノ『ユニット』ト見ル」という発言にも関連する(同(「委員会速記録」)583頁)。
- 214) 「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)756頁。
- 215) 「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)746頁。
- 216) 「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)754頁。
- 217) 「堀内資料篇」(「委員総会家審速記録」)・前掲注39)751、753-754頁。
- 218) 答申書全文については、次のとおり(「堀内資料篇」・前掲注39)665頁所収)。

「臨時法制審議会総裁より内閣への答申書」

(大正11年6月7日臨時法制審議会総裁ヨリ内閣総理大臣宛)

臨時法制審議會ハ諮問第一号ニ就キ目下審議中ノ処我邦ノ淳風美俗ヲ維持スル為民法ノ各部殊ニ親族編相続編中改正ヲ加フヘキ事項ニ付調査ヲ進ムルニ從ヒ家庭ノ爭議ヲ現行ノ制度ニ於ケルカ如ク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ス寧ロ道義ヲ本トシ温情ヲ以テ円満ニ之ヲ解決スル為特別ノ制度ヲ設クルノ極メテ緊要ナルヲ確認セリ而シテ此ノ制度ノ採否ハ本諮問ニ於ル民法改正ノ事項ニ頗ル密接ナル關係ヲ有シ寧ロ其ノ先決問題タルコトヲ認メタリ依ツテ本会ハ本諮問ノ他ノ部分ヲ審議決定スルニ先チ予メ前記特別ノ制度ヲ設クルノ点ニ付慎重審議ノ上全会一致ヲ以テ左ノ如ク議決シタリ

道義ニ本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

右及答申候也

- 219) なお、地主小作関係については農商務省の小作調査委員会で案を作っているが、まだ司法省とは協議していない旨山内幹事が述べている（「堀内資料篇」（「委員総会家審速記録」）・前掲注39）734頁）。
- 220) これ以前明治43年、44年及び大正7年とそれぞれ借地法案が、また大正9年には借地法案・借家法案が帝国議會に提出されたのだが、結局可決には至らなかった。
- 221) 第44回帝国議會貴族院議事速記録（以下「第44回貴族院速記録」という。）第14号、帝国議會貴族院議事速記録38（東京大学出版会、1982年）394頁。なお、衆議院における大木の提案理由説明も同旨である（第44回帝国議會衆議院議事速記録第7号、帝国議會衆議院議事速記録38（東京大学出版会、1982年）98頁参照）。
- 222) Wolfgang Schmidt-Futterer, Wohnraumschutzgesetze, 1976, S. 5.
- 223) 「第44回貴族院速記録」第14号、前掲注221)400頁。
- 224) 山内発言、第44回帝国議會貴族院借地法案外一件特別委員会議事速記録（以下「第44回貴族院委員会速記録」という。）第5号、帝国議會貴族院委員会議事速記録14（臨川書店、1984年）7頁。
- 225) 「第44回貴族院委員会速記録」第2号、前掲注224)16頁。
- 226) 山内発言、「第44回貴族院委員会速記録」第5号、前掲注224)7頁。
- 227) 坂井雄吉『井上毅と明治国家』（東京大学出版会、1983年）116、117頁。
- 228) もっとも、例えば借地権の存続期間の法定（法案第2条）、借地人・借家人に不利な契約条件・特約の否認（借地法案第11条（修正後）、借家法案第6条）などから見て法案が契約自由の原則への制限立法であることは間違いない。そして借地法・借家法の性格についての私法学説上はこのよう
な前提に立った「近代化立法説」、「財産権保護法説」あるいは「社会法説」というような見解の
方が有力であると言える（以上の点について、幾代通編『注釈民法（15）債権（6）』増補版（有斐閣、

1967年) 128—130頁参照)。だが、問題は我が国の政府がそのような「国家措置のみ」による立法政策を選択したのか否かである。

なお念のため述べるなら、このような「国家措置のみ」によらない立法政策の選択は従来、我が国が西欧諸国から文化的に遅れていたとされる一指標として示されるのを常とする。しかしながら本研究は、もちろんそのような見解には立っていない。すなわち、この立法が日本固有法の形成過程の一つ——法制度における日本近代国制の確立への一指標——であるとする見解に立つものである。

229) 「第44回貴族院委員会速記録」第5号、前掲注224) 7頁。

230) 「第44回貴族院委員会速記録」第2号、前掲注224) 2頁。

231) 「第44回貴族院委員会速記録」第2号、前掲注224) 2頁。

232) 鈴木喜三郎発言、第44回帝国議会衆議院借地法案外一件委員会議録(速記)(以下「第44回衆議院委員会速記録」という。)第3回、帝国議会衆議院委員会議録28(臨川書店、1984年) 7頁。

233) 当初は東京、京都、大阪、横浜、神戸の五大都市と東京・大阪両市近郊等に施行地域は限られていた。

234) 「第44回貴族院速記録」第26号、帝国議会貴族院議事速記録39(東京大学出版会、1982年) 872頁。

235) 最高裁判所事務総局『わが国における調停制度の沿革』(1951年) 18—19頁。

236) 大正11年2月10日小作制度調査委員会第6回特別委員会で借地借家調停法の説明を行った際の三宅正太郎司法省参事官発言、農地制度資料集成編纂委員会編『農地制度資料集成第3巻——地主及び小作人団体・小作調停法に関する資料——』(御茶の水書房、1969年) 702頁。

237) 238) 最高裁判所事務総局・前掲注235) 20頁。当初「借地借家ニ関スル調停制度ノ要目」では、ドイツの賃借人保護に関する法律・調停所の手続に関する法律等における「調停所」の制度にならって「土地家屋争議調停所」を設けることとされていた(この点について同9—11、18—20頁参照)。

239) 江木翼発言、第45回帝国議会貴族院借地借家調停法案特別委員会議事速記録(以下「第45回貴族院委員会速記録」という。)第2号、帝国議会貴族院委員会議事速記録18(臨川書店、1985年) 1頁。

240) 第45回帝国議会衆議院議事速記録(以下「第45回衆議院速記録」という。)第9号、帝国議会衆議院議事速記録40(東京大学出版会、1982年) 6頁。

241) 242) 「第45回貴族院委員会速記録」第1号、前掲注239) 1頁。

243) 穂積重遠「大震災と借地借家調停法」法学協会雑誌第42巻第5号(1924年) 158頁。関東大震災

時、実際にそのように運用された。

- 244) 山内発言、第45回帝国議会衆議院借地借家調停法案委員会議録(速記)(以下「第45回衆議院委員会速記録」という。)第2回、帝国議会衆議院委員会議録32(臨川書店、1985年)2頁。
- 245) 山内発言、「第45回衆議院委員会速記録」第2回、前掲注244)4頁。
- 246) 山内発言、「第45回貴族院委員会速記録」第2号、前掲注239)6頁。
- 247) 山内発言、「第45回衆議院委員会速記録」第2回、前掲注244)4頁。
- 248) 「第45回衆議院委員会速記録」第2回、前掲注244)2頁。
- 249) 山内発言、「第45回衆議院委員会速記録」第2回、前掲注244)3頁。
- 250) 山内発言、「第45回衆議院委員会速記録」第4回、前掲注244)3頁。
- 251) 穂積・前掲注243)159-160頁。
- 252) 山内発言、「第45回貴族院委員会速記録」第1号、前掲注239)1頁。
- 253) 三宅正太郎発言、「第45回衆議院委員会速記録」第3回、前掲注244)1-2頁。 もっとも、調停制度導入の趣旨としては争いに費やす「日時」と「費用」(時と金)の節約が可能となるという観点もあった(この点については「第44回衆議院委員会速記録」第3回、前掲注232)429頁参照)。
- 254) 山内発言、「第45回衆議院委員会速記録」第2回、前掲注244)5頁。
- 255) 山内発言、「第45回衆議院速記録」第9号、前掲注240)7頁。
- 256) 「第45回貴族院委員会速記録」第2号、前掲注239)1-2頁。
- 257) 山内発言、「第45回衆議院委員会速記録」第2回、前掲注244)2-3頁。
- 258) 山内発言、「第45回貴族院委員会速記録」第1号、前掲注239)1頁。
- 259) 「第45回貴族院委員会速記録」第1号、前掲注239)4頁。
- 260) 261) 山内発言、「第45回衆議院速記録」第9号、前掲注240)7頁。
- 262) 我妻栄『法律学全集23 親族法』(有斐閣、1961年)386-387頁。
- 263) これに対し次章で触れるように、家事審判においては悩ましい問題を生じる。すなわち、岡野が家事審判所の設置に関する主査委員会で「已ムヲ得サルコトト覚悟」すべきと言った問題である。
- 264) 本文で先に見たように、この時は岡野の答弁は得られなかった。
- 265) 「第45回衆議院委員会速記録」第4回、前掲注244)6頁。
- 266) というのは、かつての法定証拠主義を克服した自由心証主義の下ではそもそも民事訴訟における証拠調べに提出され得る証拠の証拠能力には原則として何らの限定も付されない以上、調停においても別段前もって厳格に民事訴訟法を準用した証拠調べを経る必要はなく、たとえ任意の話し合いにより作成された調書等であっても山内の言うとおりに「総テ訴訟ノ証拠トナル」はずだからで

ある。

267) なお、調停手続は民事訴訟と異なり非公開とされる（第8条）が、山内によれば、これは調停を「膝突談合デ……総テ機微ヲ明カサセル」ようにしたいという趣旨とされる（この点については、「第45回衆議院委員会速記録」第2回、前掲注244）3頁参照）。もっとも震災の際の調停においては設備不完全のためこの規定の遵守が十分出来なかったのであるが、その代わりに「余りに乱暴又は冷酷な言動が掣肘される気味があり」、また、次の事件の関係者に対しても「自然と解決を催促される傾となり」、さらに「前の事件の円満解決がそれを図らず傍聴した後の事件の当事者のよい手本」にもなったとされる（この点について、穂積・前掲注243）176頁参照）。

268) 修正の第一点は、貴族院においてこの調停法の適用対象を借地法・借家法における争議に限定する趣旨の文言が盛り込まれた点であった（なお、この修正は回付された衆議院において承認され、成立した）。この経緯は、貴族院において池田寅二郎がこの法案で広く民法上の借地借家紛争を調停したいと言ったことに端を発している。もしこれを認めれば、法附則で施行地区を借地法・借家法に準じて勅令で限定する趣旨が無に帰することになり、またそもそも当初の議会の付帯決議の趣旨にもそぐわないところから、貴族院において佐竹義準の提案により修正案が可決された（以上の点について池田発言・「第45回貴族院委員会速記録」第3号、前掲注239）3頁、佐竹発言・同第5号、前掲注239）1頁参照）。

修正の第二点は、政府原案では調停手続への本人出頭を原則とし、やむことを得ない場合に裁判所の許可を受けて代理人を出頭させることができるとされていた（第7条）のを、衆議院において弁護士を当然に代理人として認めるようにされた点であった。調停手続において本人出頭を原則とする意図については山内によれば「此手続ハ勿論最モ簡易平和ノ処理ヲ要スルノデ、訴訟ノ如キ嚴格ナル法律上ノ見解トカ云フヤウナコトハ」「ソツチ除ケニシテ權利義務以外ノ事情ニ於テ事ヲ処理シタイト云フノガ本」であり、「其目的ヲ達スルニハ矢張其本人ヲシテ」「膝突合シテ此処ニ相談サセルト云フコトガ」良いということであった（この点について「第45回衆議院委員会速記録」第4回、前掲注244）3頁参照）。

しかもさらに山内によれば、それに加えてもし弁護士を代理人に付けるということになると資産階級はそれで良いが、細民の方はその「費用ニ堪ヘザル結果、却テ其仲裁ト云^{ママ}ノモノガヤリ難イ」弊害を生じるので、例えば地主であっても「事情ヲ知ラナイ支配人任セ、或ハ番頭、或ハ三太夫ニ任セテ置イテ、知ラナイヤウナ人多イダラウ」から、そういう場合に例外として「事情ニ詳シイ本人ニ準ズベキ者ニ出頭シテ貰」う必要を考えると同時に、「『モグリ』ヲ追出ス意味」で裁判所の許可を要することとしたのだと言う（以上の点について、同3頁参照。それゆえ山内は、本文で

述べたように弁護士はむしろ調停委員になってもらうつもりだと言う)。

だが、衆議院における議員らの意向はそれとは違っており、それゆえ法案には上記のような修正が行われたのであるが、その修正理由とは、「仕事ノ都合モア」るのに「極メテ輕微ナ事」で本人が「裁判所ニ喚出サレルトコト」は「好マヌ」という外に、「大抵斯ウ云フ事務ニ付テハ訴訟ニナッテ居ルトカ、若クハ訴訟ニナルモノデアリマスカラ、ドウモ法律関係デモ知ッタ者デナケレバ、出テ行ッテ下手ナ事ヲ言ッテ、或ハソレガ為ニ後ノ権利義務ニ不利益ヲ生ジハセヌカト云フ懸念モアルノデ」「自身ガ出テ裁判所ニ懇談的ニ胸中ヲ割ッテ話スト云フコトハ、ドウモ余程ムヅカシイ場合ガ多」いだろうということであった(以上の点について、北井波治目借地借家調停法案委員会委員長発言・「第45回衆議院委員会速記録」第5回、前掲注244)1頁参照)。

衆議院におけるこのような修正案は、地主・借家人あるいは大家・店子の関係が既にかつてのような「保護者、被保護者の温情ある関係」(伊藤博文「帝国憲法制定の由来」大隈重信撰・副島八十六編『開国五十年史(上巻)』(原書房、1970年/初出は1907年)132頁)ではなくなりつつあった、すなわち、有機的人間関係が弱体化しつつあったことを物語る。

もっとも衆議院でのこの修正は貴族院で再修正という形で否定されて当初の政府原案に戻され、回付された衆議院でも回付案に対し「『賛成』『反対』『盲従』」などの野次(「第45回衆議院速記録」第33号、帝国議会衆議院議事速記録41(東京大学出版会、1982年)34頁)まで飛んだのであるが、結局貴族院の再修正案(すなわち当初の政府原案)が賛成多数で承認された。その結果衆議院で提起されたこの弁護士代理問題は、人事調停法の制定時にまで尾を引くこととなる。

269) 最高裁判所事務総局・前掲注235)24頁。近代的調停制度としては第1章で触れたとおりかつて勸解が存在したが、この制度はフランス民事訴訟法上の一制度に根拠を持つものであるのに対し、この借地借家調停制度は民事訴訟法からは独立した別箇の制度であり、また、元々は池田寅二郎の発案による家事審判制度から派生したものであるという点及び「郷党的社会」の弱体化への補強という新たな意義に基づくものであるという点から見れば、我が国「はじめて」の調停制度であるとの評価ができる。

270) 271) 272) 長島毅「借地借家調停法の申立件数に表はれたる二三の事柄」法律時報第3巻第1号(1931年)30頁。制度の制定当初利用が少なかった一つの理由としては、制度そのものがいずれかと言えば世論や議会サイドからというよりも、池田の発案に端を発し一貫して政府・司法当局主導で急ぎょ行われたために、周知徹底が十分でなかったという点にもある(この点について、最高裁判所事務総局・前掲注235)25頁参照)。

273) 274) 長島・前掲注270)31頁。

- 275) 穂積・前掲注243)157頁。
- 276) 今村恭太郎「震災後の借地借家調停の結果と新借地借家臨時処理法実施に就て」法曹会雑誌第2巻第10号(1924年)13—14頁。主として借地権の残存期間が問題であったとされる。
- 277) 今村・前掲注276)16頁。
- 278) 今村・前掲注276)16—17頁。
- 279) 今村・前掲注276)18頁。
- 280) 今村・前掲注276)16—17頁。
- 281) Dan Fenno Henderson, Conciliation and Japanese Law:Tokugawa and Modern v.2, University of Washington Press Tokyo:University of Tokyo Press(1965)238.
- 282) 283) Henderson, op. cit. 281), 242.
- 284) Henderson, op. cit. 281), 238.
- 285) Henderson, op. cit. 281), 241.
- 286) 287) Henderson, op. cit. 281), 242.
- 288) 我が国では、例えば昭和2年家事審判法案第95条に見られるように「訴ヲ提起セントスル者ハ先ヅ相手方ノ住所地ノ家事審判所ニ調停ノ申立ヲ為スコトヲ要ス」として、調停前置が規定されていた。また、借地借家調停法第5条には、調停の申立てを受理した事件につき訴訟が既に係属していたときは「調停ノ終了ニ至ル迄訴訟手続ヲ中止ス」とされていた。このように、訴訟制度を主制度とする西欧国家と異なって、我が国では調停制度が紛争解決の主制度と捉えられていた。そしてこのことは、次に本文穂積の言に見るように、法創造面にまで及ぶ。
- 289) 穂積・前掲注243)169—170頁。
- 290) 正確には類推解釈ということになるう。
- 291) ここに見え隠れするのは次章で触れることとなる信義則であり、このような法的思考が、やがて伝統的共同体原理を取り込んだ日本的法理と言うべきものへと確立していく。なお近年、信義則を取り込んだ「関係的契約」概念を提唱することにより「関係」の重要性を説くものとして、内田貴『契約の時代 日本社会と契約法』(岩波書店、2000年)29頁以下参照。
- 292) 尾藤正英『江戸時代とはなにか——日本史上の近世と近代——』(岩波書店、1992年)239頁。ここで尾藤が語るのは美濃部達吉の国家観についてであるが、同時にそれが日本の歴史的伝統に基づくものであることを指摘する。