

明治前期の広島裁判所における条理裁判とフランス民法

—— 囲繞地通行権に関する裁判例を素材として ——

深 谷 格

- 第一章 はじめに
- 第二章 広島裁判所明治一一年判決
 - 第一節 判決原文
 - 第二節 事案の概要
 - 第三節 判旨
- 第三章 判決の検討
 - 第一節 序説
 - 第二節 慣習法の取扱い
 - 第三節 フランス民法の援用
 - 第四節 小括
- 第四章 担当裁判官について
 - 第一節 進十六
 - 第二節 水邨遜（水村遜）
 - 第三節 南條持一
 - 第四節 鳥居断三と山本昌行
 - 第五節 小括
- 第五章 おわりに

第一章 はじめに

日本には明治八年（一八七五年）四月に大審院が設置され、その下に上等裁判所と府県裁判所が置かれた。しかし、ボワソナードが起草した旧民法が明治二三年（一八九〇年）に公布されるまで、近代的な民法典は日本には存在しなかった。この時期（明治八年～明治二三年）に日本の裁判所における民事裁判はどのような実体法規範に基づいて行われていたのであるか。この点について、明治八年（一八七五年）六月八日に公布された太政官布告一〇三号裁判事務心得の第三条は「民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ条理ヲ推考シテ裁判スヘシ」と規定する。⁽¹⁾すなわち、民事の裁判において、成文法があればまずそれを適用し、成文法がなければ習慣（＝慣習法）を適用し、慣習法もなければ、条理を推考して裁判すべきであると規定している。この規定は、民法の体系書等において民法の法源とは何かが説かれる際に、特に、「条理」の法源性を示す根拠規定としてしばしば引用される。⁽²⁾もともと、「条理ヲ推考シテ裁判スヘシ」というのは、⁽³⁾条理を適用することとは厳密には異なるから、条理は制定法（成文法）と同じ意味での法源ではないとする見解もある。ともあれ、制定法が十分に整備されていない明治前期の裁判において、条理が重要な実体法規範の一つとして機能していたと考えられる。

前述の明治八年太政官布告一〇三号裁判事務心得三条は、既に来日していたボワソナードの影響下に制定されたといわれており、⁽⁴⁾条理はフランス語の *raison* 「衡平」の訳語であるようである。⁽⁵⁾では、条理の具体的内容はいかなるものであったのだろうか。ボワソナード起草の旧民法典が公布される以前は、フランス民法、特に、箕作麟祥訳の『仏蘭西法律書』に訳出されたフランス民法が、条理の具体的内容をなしていたとされる。⁽⁶⁾明治八年太政官布告一〇三号裁判事務心得三条がボワソナード

の影響下に成立したという事情に鑑みると、条理の推考の際にも、フランス民法が参照されたであろうことは想像に難くない。明治九年（一八七六年）三月に、司法省法学学校に仏国法律専門科が開設され、それが各府県に達として通知されたり、明治一〇年（一八七七年）六月に、裁判上の契約証書の解釈方法につき、フランス民法に依拠した解釈原則が、「佛國民法ノ法理ニ據リ契約證書ノ解釋法ヲ指示シテ」と明記されて司法省から各裁判所に達として通知されたりした等、⁽⁸⁾当時の司法においてフランス法が重視され、その姿勢が地方に周知されていたこともこのことを推定させる。ただし、大久保泰甫教授は、「明治初期の地方の裁判官が、ヨオロッパ的な法学教育を受けていなかったことは明らかであり、箕作訳のフランス法律書によってフランス法をどこまで理解したかは、はなはだ疑問である。まして、これを解釈適用して事件に妥当な解決を与える能力はもっていない⁽⁹⁾」と述べて、「条理とは、すなわちフランス法であった、という図式を過大評価することは危険であろう」と慎重な態度をとられている。そのうえで、大久保教授は、「まずこの時期における府県段階での裁判所の判例その他を、実証的に分析検討しなければならない⁽¹⁰⁾」と今後の課題を提示されている。本稿は、このような問題意識を踏まえて、明治前期の地方の裁判所で、フランス法を参照して判決を下している例を「実証的に分析検討」することを通じて、条理裁判とは何であったのか、条理として具体的にいかなる規範が援用されたのかを検証することを目的とするものである。

さて、筆者は、文部科学省科学研究費補助金の交付を受けた共同研究（基盤研究（C））（2）「中国地方における明治前半期の裁判諸制度の形成過程と裁判官任免制度の整備過程の研究」（研究代表者・紺谷浩司・西南学院大学教授）に従事した。この共同研究のメンバーの一人である加藤高・広島修道大学教授が、次のような史料を発見された。それは、広島大学に保管されている明治期の民事判決原本の一冊であり、和綴じで、表紙には、年度が明治十一年、保存始期が明治十二年、保存終期

が明治永久年（永久保存という趣旨であろう）と記載されており、タイトルは「第一審民事裁判言渡書綴」とされ、番号が第二二号ノ三、裁判所名が広島地方裁判所民事部となっている。この地方裁判所とは、明治九年に廃止された府県裁判所に代わるものとして各府県に設置されたもので、民事に関しては第一審の裁判権を有していた。⁽¹²⁾ 広島裁判所〔広島地方裁判所〕は、明治九年に設置された岩国裁判所（管轄府県は山口県と広島県）⁽¹³⁾ が同年中に広島に移管されたものである。⁽¹⁴⁾ この明治一年の「第一審民事裁判言渡書綴」の冒頭に宅地境界故障に関する訴訟の判決が綴じ込まれている。この訴訟では、圍繞地通行権の存否も争点となっており、通行権に関して、判決の中でフランス民法が参照されている。明治前期の裁判においてフランス民法が援用された例としては、他に、フランス民法の禁治産等の規定が援用された、豆田区裁判所明治十一年三月三〇日裁判申渡書〈地所売買破約事件〉⁽¹⁵⁾ がある。この判決は、林屋礼二・石井紫郎・青山善充編『図説 判決原本の遺産』（信山社、一九九八年）三五頁において紹介されているが、判決全体が紹介されているわけではないし、解説も紙幅の関係上ごく簡単なものにとどまっている。しかし、この広島裁判所の前記判決については、史料の発見者である加藤高教授のご厚意により、筆者はこの判決の全体像を紹介する機会を与えられた。そこで、この判決を素材にして、民法典が制定される以前の時期（明治前期）の地方の裁判所における、フランス法を参照した民事判決に関する実証的な研究を試みてみたい。

第二章 広島裁判所明治一一年判決

第一節 判決原文

まず、当該判決は以下のとおりである。ただし、裁判官以外の事件関係者の個人名は伏せてアルファベット表記にした。なお、以下、(朱↓)(↑朱)とあるのは、朱書の範囲を示す。朱書部分は、本文中に挿入された注のようなものとして、括弧に入れて読むと文意が通じる。また、濁点や句読点は適宜筆者が補ったものである。

[明治十一年一月 日 広島地方裁判所民事部判決]

(朱↓) 十年第千六百五拾壹号 (↑朱)

申渡 印(鳥居 山本)

原告 広島縣第貳大區壹小區安藝國沼田郡

楠木村拾三番屋敷居住平民

X

被告 広島縣第貳大區壹小區安藝國沼田郡

楠木村四番屋敷居住平民Y代言人

Z

宅地境界故障ノ詞訟審理ヲ遂クル處

原告ハ自分所有字横川五百九拾壹番地第壹號証地券面、(朱↓) 現今既ニ施行セル地券ハ境界ノ証ト為シ難シ。如何トナレバ、實地ニ就イテ測量スル寸ハ、概ネ多少ノ差違アリテ、形體相適フモノ頗ル稀ナリ。該地実測モ亦五畝六歩ニ至ルト云(↑朱) 段別三畝貳拾七歩ノ西北隅ニ家屋ヲ新築セント欲シ、之レヲ戸長ニ達スルニ方リ、被告ヨリ其所有通路ナレバ建築ヲ許サザル由ノ故障ヲ醸成セリ。抑該地ノ原因タルヤ、往昔、被告祖先ノ所有地内ニシテ、天保十四年、其父A之レヲ分割シ、圖面紅色ノ地三畝貳拾七歩ヲBニ賣渡シ、嘉永六年、自分母C又之レヲBヨリ買得セリ。其際、Bノ傳言ニ依リテ賣主A所有圖面黄色地境界ノ東部ハ、井戸ノ中央ヲ東西ニ畫シ、西部ニ至リ、其居宅往来ハ、南北鄰接庇間壹尺五寸宛合三尺ノ空地アリシニ、嘉永二年、南北鄰トモ火災ニ罹リ、北鄰地主D家屋再築ノ時、庇間七寸明キニ構造セシ由聞受タレバ、別ニ被告ノ通路アルニ非ラズ。(朱↓) 此空地アルヤ被告祖先ノ通路タルヲ觀ルニ足ル。原告ノ陳述條理ヲ紊ルト云ベシ。(↑朱) 且C買得ノ時ハ既ニ被告ノ居宅ナク其地ハ竹林ト成リ居リタリ。其後慶應三年Dト所有地境界ノ爭論ヲ生ジ、越テ明治元年ニ至リ、第貳号証ノ如ク舊村吏等立會、之レヲ正シ、境界ノ三所ニ木炭ヲ埋メ、他日ノ標記ト為シ、(朱↓) 此証タルヤ明治十年八月ニ成立シ、加之庄屋見習ノ組頭二名及組頭二名トモ捺印ナシ。然レドモ埋炭ノ現存スルハ其事蹟ヲ觀ルニ足ル。(↑朱) 并ニ此歲、西面雲石往還ニ對スル境界線ニ短籬ヲ造リ北鄰ノ境ニ直達シ、明治二年、其北部ヲ屈曲シ、往還ニ向テ尿甕ヲ設置スルモノ今尚ホ存在セリ。而シテ被告其所有地ニ用事アレバ、舊來我宅地内ノ菓草園或ハ門内ヲ往来セシメタレドモ、是レ全ク同業ノ懇好アルニ由リシナリ。(朱↓) 此往来セシメタルヤ當ニ平素ノ懇好アルノミニ止ラズ。始メ三尺ノ明地ヲ存シ、被告轉居後火災アリテ、北鄰ノ地主明地ニ侵入スレドモ、尚七寸ノ地合壹尺四寸ニシテ、壯丁者一人往来スベキノ距離ヲ残ス。是レ全ク通路往来ヲ停

拒シ得ベカラザルニ依ルモノトス。而テ原告モ其七寸ハ停拒スベカラザルノ義務ヲ負擔スルコト判然タリ。短籬設置ノ寸二方
リ此義務ヲ園内或ハ門内ニ轉換シタルモノナレバ、被告通行権ノ繼續シタルヲ觀ルベクシ、唯恩惠ノ致ス所ニアラザルナリ。
(↑朱) 又第三号証ノ如ク明治八年北鄰ノ新地主、E、境界線ノ東部ニ納屋新築ノ際、自分ニ對スル約定書ヲ領置シ、(朱↓)
此証タルヤ八年ノ成立ニシテ舊來ノ因由ヲ認ムルニ由ナシ(↑朱)。且明治九年、各村実地丈量ノ寸ハ、埋炭ニ基キ、該論所
ヲ自分宅地内ニ打込ミ、五畝六歩ノ検査済ニ至レドモ、被告一言ノ故障ナク、其後家屋建築セントスルノ際ニ臨ミ、突然圖面
白色ノ地凡七坪半ノ路敷アリシ由ヲ以テ、不当ノ妨碍ヲ為スモ、此邊ハ從來柳其他ノ樹木生立アリシヲ、明治九年、芟除ナセ
シモノニテ、固ヨリ道敷ニ非ラザルコト明瞭シ。第四号証ノ如ク、(朱↓) 此証モ亦争論中縣廳ニ請令スルモノニテ、結局裁
判ノ証據ト為スベカラズ(↑朱)。縣廳ニ請ヘドモ結局ニ至ラザルユヘ、境界ヲ判然ナシ度趣請求シ、被告代言ハ、原告提供
スル繪圖面紅黃白三色ノ地一圓被告祖先ノ所有ニシテ、紅色地ニ本宅アリシヲ、天保十四年、被告Y父AヨリBニ賣却シ、黃
色地ノ別宅ニ轉移、白色凡七坪半ノ地ヲ居宅往來ノ用ニ残シ置キ、後十年許ヲ経テ、現今ノ邸宅ニ再轉シ、舊宅ヲ解毀チ竹林
ト為シ、其後兩三年後、Bヨリ紅色地ヲ原告ノ母Cニ轉賣セリ。然ルニ右竹林ニ通路アルユヘ、近邊ノ小兒等擅ママニ出入シ、
竹筍ヲ採拔シテ止マズ。依テ通路ノ兩端ニ竹籬ヲ結ヒ、出入ヲ塞ギ、原告ノ家ニ議シテ、所用アレバ其園内或ハ門内ヲ往來シ、
伐竹ノ如キハ竹籬ヲ穿ツテ之レヲ出シ來レリ。故ニ竹林ノ東北西ハ古竹荆棘等ヲ以テ繞圍シ、別ニ通路ナリ、其南方共有井戸
ノ西側ニ至リ、現ニ藩籬ヲ闕クモノアリ。是レ出入ノ通路アル所以ナリ。殊ニ天保七丙申中秋製ノ横川村高名寄控帳ニ、先代
'A'即チAノ條ニ、但シ道アリ、Xノ條ニ、但シA通り道アリト明書ノ証モ之アリ、且地形水平ニテ原告所有地トハ四五尺モ高
低アリテ、判然タレバ、舊段別地券面ニ三歩ノ内ナリ。(朱↓) 此村方舊帳簿記載ノ旨趣ヲ案スルニ、我所有地内ニシテ他人ニ

損害ナキノ通路ハ、之レヲ變換シ之レヲ存廢スルコト自由ナレバ、役場帳簿ニ登記スベキモノニ非ラズ。苟モ他人ニ關係アリテ登記セザルヲ得ザル場合ニ於テハ、但シ道アリノ五字ヲ以テ其意ヲ尽スベカラズ。之レヲ有効ノ意ニ充分セシメントスル寸ハ、或ハ此地面ノ通路ハ其ノ所有地内縱何間横何尺何所ニ貫通スルノ意ナラン歟又原告ノ條ニ他人ノ通路アルコトヲ記スルハ、地所所有ノ權アリト雖モ、亦他人ヲ通行セシメザルヲ得ザルノ義務アルノ意ニ解セザルヲ得ズ。依テ兩條ノ意ヲ照合シ、通路ハ被告所有權ナクシテ通行權アルモノトス。(↑朱) 果シテ原告ノ言ノ如ク之レヲ賣却シ、自ラ居宅ノ往来ヲ塞ガバ、十年間ノ久シキ、住居ヲ為シ得ベキノ理アランヤ。且柳其他ノ樹木生立アリ。或ハ埋炭又ハEノ約定書等ヲ引証スレドモ、被告ハ曾テ知ラザルコトナリ。是ニ於テ原告ノ家屋ヲ建築セントスル地所ハ被告所有ナレバ敢テ原告ヲ妨碍スルニ非ラズ。我權利ヲ護ラントスル趣答辯セリ。

因テ判決スルコト左ノ如シ。

(朱↓) 本訴原告ノ請求ハ、宅地境界故障ニ在リト雖モ、其起因スル所ハ、家屋新築ニ據テ通路ノ開填ニアリ。單ニ境界ノ判定ニ止ルベカラズ。而シテ今ヤ土地ニ関スル諸般ノ規成備具セザルモノアルガ如シ。依テ雙方陳述ノ條理ヲ推考シ、争訟ノ起因スル所ニ就テ判決ス(↑朱)。

第一條

原告ニ於テ提供スル証書第壹号ハ其実地地券面ニ差ヒ餘贏アリ。其第三号ハ、雙方共新地主ノ思想ニ依テ成立スルモノニ係リ、俱ニ論所舊來ノ因由ヲ認定スベキモノニ非ラズ。其第四号ハ、争論中ノ手續ヲ見ルベキマデニテ、亦所有ノ証據ニハ採用ヒ難シ。獨リ其第貳号ハ、論所北部ノ境線ヲ正シタルコト見ルベシト雖モ、舊村吏ノ捺印ナキ上ハ公正ノ効力ヲ闕クモノトス。

第二條

原告ニ於テ陳述スル論所ノ西部ニ短籬ヲ造リタリトノ義ハ、被告モ亦之レヲ造リタル旨陳述ス。到底口頭ノ申争ニ止リ、別ニ証佐ナキヲ以テ、雙方共ニ採用セズ。

第三條

被告ニ於テ該論所ハ我所有タルコトヲ天保七年製ノ高名寄控帳ヲ以テ証スト雖モ、其地地券面ニ差ヒ餘贏アリ。且原被雙方ノ條ニ通り路アルコトヲ復出スルノ意タルヤ、被告ニ在テハ其所有地内他人ニ關係ナキノ通路ヲ開填スルハ、自由ニ任ズルモノナレバ、村役場ノ帳簿面ニ登記スルモ其義ヲ認定スベカラズ。殊ニ其原告ノ條、A通り道アリトノ開載ニ依テ、却テ原告ノ所有タルヲ証スルニ足レリ。從テ原告ノ尿甕ヲ設置シ及ビ北鄰ノ境線ニ埋炭セシハ、其權利ヲ行ヒタルモノト認定ス。

第四條

前條ノ如シト雖モ繪圖面黄色ノ被告所有地ハ、貢稅地タルニ依リ、舊來ノ慣行ヲ破リ、私權ヲ以テ之レガ通路ヲ填塞圍繞シ公益ヲ害スベキノ條理アラシヤ、(朱↓)此義佛国民法第六百四十九條法律上ニ定メタル土地ノ義務ハ、國ノ公益又ハ邑ノ公益又ハ一人ノ公益ヲ目的トスル所ナリト云ヒ、第六百八十二條自己ノ所有スル土地他人ノ土地ニ環繞セラレ往還ノ道ニ至ルベキ徑路ナキ寸ハ、隣地ヲ通行スルノ權ヲ得ント求ムルコトヲ得ベシ。但シ此事ニ付キ隣地ニ生ズベキ損失ノ償ヒヲ出スベシト云又性法講義中(三百六十九葉)人為法ノナキ場合ニ於テモ猶法上ノ義務ヲ成立スベキ部分中ニ云々譬ヘバ圍繞セラレシ所有者(他人ノ地面ニテ四方ヨリ圍マレシ所有者ヲ云)ニ通路ヲ供スルノ義務云々(↑朱)加之、Dノ原告母Cニ傳フルニ、南北庇間空地ヲ存セシノ言ヲ以テシ、且論所西部ニ短籬ヲ結ヒシ後チ、被告ヲシテ我葉草園或ハ門内ヲ通行セシメタリトノ原告陳述

ハ、則停拒スベカラザル土地ノ義務ヲ行ヒシモノニテ、被告ハ嘉永二年、火災以前ヨリ繼續シテ通行権ヲ有シタルモノト認定ス。(朱↓) 此義同第六百八十五條ニ第六百八十二條ニ記セシ償ヲ要ムルノ訴訟ニ付テハ期滿得免ノ権ヲ得ベシ。但シ其償ヲ得ベキ者既ニ訴訟ノ権ヲ失ヒタル寸ニ至ルト雖モ通行ノ権ヲ得タル者ハ其権ヲ失フコトナカルベシ(↑朱)。

第五條

右條々ノ理由ナルニ依リ、原告ニ於テハ該論地所有ノ権アリト雖モ、別ニ被告稅地ニ往來スベキ路線ナキ上ハ、謾(ママ)リニ之レヲ防塞シ其通行権ヲ妨碍スベカラザルモノトス。(朱↓) 此義同第六百八十三條其徑路ハ必ズ隣地内ニテ自己ノ地ヨリ往還ノ道ニ至ルニ其距離ノ最モ少キ部分ニ之レヲ造ルベシ。第六百八十四條然レドモ其徑路ハ隣地ノ為メニ最モ損害ノ少ナキ部分ニ之レヲ造ルベシ。并第七百一條ノ意義ヲ採ル。(↑朱) 但訴訟入費ハ雙方自弁スベシ。

(朱↓) 此義被告ハ論地ヲ我所有ナリト云ト雖モ、原告ノ所有ナリ。原告ハ我所有權ヲ擅行セント欲スト雖モ、土地ニ就テ尽スベキ義務アリ。互ヒニ其当然ヲ得ズシテ人ノ権内ニ侵入セントシテ該詞訟ヲ結フモノナレバ、費用モ亦各自支弁スベキ義務アリトス(↑朱)。

明治十一年一月 日 掛 判 事 進 十六 印

主 判 事 補 水 邨 遜 印

副 十七等出仕 南條持一 印

以上が、本稿の対象となった判決である。冒頭に当事者の氏名が掲げられているが、被告の代言人（訴訟代理人）の氏名が原告の氏名記載箇所に対応する箇所に記載されており、代言人があたかも被告の地位にあるかのような印象を受ける。当事者の氏名の前に、鳥居と山本の印が押捺してあるが、これはそれぞれ、当時広島裁判所の判事であった、鳥居断三（広島裁判所所長）と山本昌行の印であろうと考えられる。また、これは明治十一年（一八七八年）一月の判決であることは分かるが、日付の欄が空欄になっており、一月何日に下された判決かは示されていない。ただし、判決年月日は、現在広島地方裁判所に保管されている「訴状受取録」のうち、表紙に、年度が明治十年、保存始期が明治十一年、保存終期が明治永久年（永久保存という趣旨であろう）と記載され、番号が民第六号ノ六、裁判所名が広島地方裁判所民事部となっている冊子から判明した。すなわち、当該訴状受取録には、本判決に対応する訴状として、訴状を受理した年月日が明治十年十一月二十四日と記され、朱書で「十一年一月二十一日裁許 第千六百五十一号」と記されたものが綴じ込まれているから、当該事件の判決年月日は明治十一年一月二二日であると考えられる。なお、訴状受取録では、原告はX代人同居實弟平民Xとなっており、被告には別に差添人Wが付いている。また、原告Xも被告Yも醫（＝医師）であると記されている。

第二節 事案の概要

判決原本には、絵図面が引用されているが、その絵図面自体が残されていないため、土地や通路の位置関係がよく分からない。そのような留保の下で、前掲裁判記録から読み取れる事案の概要を述べると、次の通りになる。

被告Yの祖先は土地甲を所有していたが、天保一四年（一八四三年）、Yの父Aがこれを分割し、甲の一部乙（おそらく公

道に面している部分)をBに売り渡し、嘉永六年(一八五三年)、Bはさらにこれを原告Xの母Cに転売した。Xは乙の西北隅に家屋を新築しようとし、これを戸長に通知した。これに対し、Yは、Xが家屋を建築しようとしている敷地部分は、Yの父Aが居宅との通行用に残し置いてBには売却しなかつた部分であるから、自己の所有地であるし、たとえそうでないとしてもYが通行権を有する部分なので建築を許さないと異議申立を行った。そこで、Xが宅地の境界を確定させたいと訴えたのが本件である。

第三節 判旨

(まず、「本訴原告(X)の請求は、宅地境界故障にあるといつても、その起因するところは、家屋新築による通路の開填にある。単に境界の判定にとどまらない。しかし、現在土地に関する諸般の規定は整備されていない。よつて、双方陳述の条理を推考し、争訟の起因する所について判決する」と注記した後、係争地(Xが家屋を新築しようとしている乙の西北隅)についてXの所有権があることを認定し、その後、当該係争地についてのYの通行権の存否に関して、次のように判示する。)

第四条 前条の如しといつても、絵図面黄色の被告(Y)所有地は貢税地であるため、旧来の慣行を破り、私権を以てこの通路を填塞圍繞し、公益を害するという条理があるか。(注…この点、フランス民法第六四九条は、法律上に定めた土地の義務は、国の資益又は邑の資益又は一人の資益を目的とするところであると規定し、第六八二条は、自己の所有する土地が他人の土地に環繞せられ、往還の道に至る径路がないときは、隣地を通行する権利を請求することができる、但し、このことにつき、隣地に生ずべき損害を賠償すべきであると規定する。また、『性法講義』中(三六九葉)人為法のない場合においてもな

お法上の義務が成立する部分中に・例えば圍繞された所有者（他人の地面にて四方より囲まれた所有者をいう）に通路を供する義務・）　さらに、DはXの母Cに、南北庇間に空き地があつたと伝え、かつ論所西部に短籬を造つた後、Yをして自分の菓草園あるいは門内を通行させたというXの陳述は、すなわち、拒絶できない土地の義務を履行したものであつて、Yは嘉永二年（一八四九年）、火災以前より継続して通行権を有していたものと認定する。（注…フランス民法六八五条、六八二条に規定された償金を請求する訴訟については、期満得免⁽¹⁸⁾の権を取得しうる。但し、その償金を取得しうる者が既に訴権を失つたとしても、通行権を取得した者はこの権利を失うことはない。）

第五条　右条々の理由により、Xにおいては、該論地の所有権があるとしても、別にY税地に通行しうる道がない以上、妄りに該論地を塞ぎ、Yの通行権を妨害することはできない。（注…フランス民法六八三条は、その径路は必ず隣地内にて自己の地より往還の道に至るのにその距離の最も少ない部分にこれを造らなければならぬと規定する。フランス民法六八四条は、しかし、その径路は隣地のために最も損害の少ない部分にこれを造らなければならぬと規定する。さらにフランス民法七〇一条の意義を採用する。）

但し、訴訟費用は双方自弁すべきである。（注…Yは論地を自己の所有であると主張したが、これはXの所有である。Xは自己の所有権を欲しいままに行使しようとしたが、土地について尽くすべき義務がある。X・Yは互いに不当に他人の権利領域内に侵入しようとして訴訟を進行したものであるので、訴訟費用もまた、各自支弁すべき義務がある。）

第三章 判決の検討

第一節 序説

本件訴訟は、いわゆる土地の境界確定の訴（宅地境界故障）であつて、原告Xと被告Yは、係争地の所有権をめぐつて争つてゐるが、Yは、所有権が自分にないとされた場合の仮定的抗弁として、係争地の通行権を有していたと主張している。この点については、判決の冒頭において、「本訴原告ノ請求ハ、宅地境界故障ニ在リト雖モ、其起因スル所ハ、家屋新築ニ據テ通路ノ開填ニアリ。單ニ境界ノ判定ニ止ルベカラズ。而シテ今ヤ土地ニ関スル諸般ノ規成備具セザルモノアルガ如シ。依テ雙方陳述ノ條理ヲ推考シ、争訟ノ起因スル所ニ就テ判決ス（本訴原告（X）の請求は、宅地境界故障にあるといつても、その起因するところは、家屋新築による通路の開填にある。單に境界の判定にとどまらない。しかし、現在土地に関する諸般の規定は整備されていない。よつて、双方陳述の条理を推考し、争訟の起因する所について判決する）」と朱色で注記されている。そして、被告Yの通行権の存否に関する判示部分において、「前條ノ如シト雖モ繪圖面黄色ノ被告所有地ハ、貢稅地タルニ依リ、舊來ノ慣行ヲ破リ、私權ヲ以テ之レガ通路ヲ填塞圍繞シ公益ヲ害スベキノ條理アランヤ（前條の如しといつても、繪圖面黄色の被告（Y）所有地は貢稅地であるため、旧來の慣行を破り、私權を以てこの通路を填塞圍繞し、公益を害するといふ条理があるか）」と述べられている。このように通行権の存否に関する判示部分には、条理への言及がみられるが、これは、明治八年太政官布告一〇三号裁判事務心得三条が「民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ條理ヲ推考シテ裁判スヘシ」と規定していることを受けたもので、本判決は「条理を推考した」裁判と性格付けることができる。明治前期の地

方の裁判所における条理裁判を実証的に分析検討するという本稿の目的に即して、以下では通行権の存否という争点に絞って検討することしよう。

第二節 慣習法の取扱い

本判決の下された明治十一年（一八七八年）といえは、まだ旧民法も制定されておらず、通行権に関して「成文ノ法律」はなかつたようである。では、明治八年太政官布告一〇三号裁判事務心得三条にいう「習慣」、すなわち慣習法は存在していたのであろうか。明治一〇年（一八七七年）五月に司法省が刊行した『民事慣例類集』には、羽前国置賜郡、筑後国三潯郡、出雲国島根郡、越後国蒲原郡、和泉国大島郡の圍繞地通行権に関する慣習法が収録されている。⁽¹⁹⁾ すなわち、それらは次の通りである。

「甲乙ノ二家アリ甲者乙ノ地面内ヲ通行セサレハ他ニ出ルヲ得サルトキハ乙者ニ於テ地代ヲ取ラス之ヲ通行セシムル義務アリ尤其營繕ハ甲者ノ担任ナリトス」〔羽前国置賜郡〕

「甲乙ノ二家アリ甲ノ家ヨリ乙ノ地ヲ通行セサレハ外ニ道ナキ時ハ乙家コレヲ塞ク事ヲ得サルノ義務アリ然レトモ其償ヲ甲家ニ求ムルハ妨ナキノ慣習ナリ」〔筑後国三潯郡〕

「甲ノ地ニ家アリ出ルニ道ナク乙地主承諾ノ上其地ヲ通行スル時ハ甲ヨリ相当ノ賃金ヲ払ヒ又ハ替地ヲ出ス事モアルナリ」〔出雲国島根郡〕

「地所分割ノ都合ニヨリ甲乙丙ノ所有地各々十間宛ノ長サトナリ乙丙ノ地所袋地トナルトキハ乙甲ノ地所ヲ通行シ丙ハ乙

ノ地所ヲ通行スル為メ甲乙ノ税地ヲ潰シ道路トナササルヲ得ス此時ハ乙ヨリ甲へ十間分ノ償ヲ出シ丙ヨリ乙へ十間分ノ償ヲ出スヲ通例トス」(越後国蒲原郡)

「市中袋地ノ如キハ必ス表通へノ通路アルヲ要ス故ニ該地讓渡等ノ節町役人ニテ注意シ右ノ通路ヲ引分ケ売渡ス等ノ事アリテハ買主ニテ其地ヲ囲ヒ込ニナスノ憂アルヲ以テ古来ヨリ嚴禁スル慣習ナリ」(和泉国大島郡)

これらの慣習法のうち、越後国蒲原郡のものだけが、土地の分割によって袋地を生じた場合の規定であることを明示しており、他の地方の慣習法が土地の分割によって袋地を生じた場合をも含む趣旨なのか否かは不明である。また、袋地所有者が通行権の対象となる圍繞地所有者に対して償金を支払う義務を負うのか否かについては、地方によって態度が異なり、さまざまな慣習法があることが分かる。いずれにしても、これらの慣習法が収録されている『民事慣例類集』は、本判決の前年である明治一〇年(一八七七年)に刊行されているから、各地に圍繞地通行権に関する慣習法が存在していたことは、本判決を下す時点で担当裁判官が知りえた事実であつたと思われる。しかし、本判決の担当裁判官はこれらの慣習法を判決文中では引用しなかつた。形式的には、本件で問題となつた土地の所在する地方の慣習法ではないからという理由、あるいは上記の諸慣習法間に差異ないし対立点があるために、そのいずれを採用すべきかという判断が困難であるという理由によるものではないかと推測される。もつとも、同種の慣習法が複数の地方に存在するのであるから、それらの慣習法を一種の条理の具体的内容として参考にして、そこから最大公約数的な要素を抽出して普遍化することもできたはずであるとも思われるが、担当裁判官は日本の慣習法を一切明示的に引用していない。

第三節 フランス民法の援用

本判決は、圍繞地所有者が袋地所有者の通行を妨げることを正当化するような条理があるか否かを、フランス民法を参照して検討している。

まず、フランス民法の条文の訳についてであるが、判決文中に出典は明記されていないものの、明治初期に刊行された箕作麟祥訳『佛蘭西法律書』⁽²⁰⁾の訳が用いられている。箕作麟祥訳『佛蘭西法律書』は、しばしば参照され、条理として機能したといわれているが、⁽²¹⁾その一つの実例であろう。もつとも、地方の法律家が外国法をどの程度理解していたかには疑問が投げかけられているが、⁽²²⁾本判決の場合はどうかであろうか。そこで、以下では、本判決で引用されたフランス民法の条文がそれぞれのよう内容であるか、確認しておくことにしよう。

一 フランス民法六四九条について

まず、判旨第四條の冒頭において、フランス民法六四九条が掲げられている。これは、法定地役 [des servitudes établies par la loi] に関する最初の総論的な条文であり、「法律によって設定された地役は、公益あるいは市町村の利益あるいは私益を目的とする。」と規定されている。いま、本判決がフランス民法を引用して検討しようとしているのは、圍繞地通行権の存否・内容であるが、冒頭でフランス民法六四九条が引用されているのは、フランス民法六八二条以下に規定される圍繞地通行権が法定地役の一類型とされているからであろう。

ところで、判旨第四條の冒頭で、貢税地であるY所有地を圍繞して袋地にすることが、公益を害することになると説かれて

いるのは、フランス民法六四九条を念頭においたうえで、Y所有地が袋地となることよって地価が下がり、それが地租の下落をもたらすから、公益を害することになるといふ趣旨であろうかと思われる。確かに、明治六年（一八七三年）七月二八日の地租改正条例（太政官布告第二七二号）第二章によつて、收穫量に代えて地価が課税標準とされたのであるから、Y所有地の地価が下れば地租も下がり、公益を害することになる。では、フランス民法六四九条にいう「公益」を目的として設定される地役とは、本来いかなるものを想定しているのであろうか。フランス民法六五〇条は、その例示規定であり、「公益」を目的として設定される地役は、「航行可能な川の沿岸地に歩道を設置することや、道路その他の国又は市町村の营造物の建築や修理を目的とする」と規定されている。また、コルニュの民法教科書は、この民法六五〇条の地役の他に、土地所有者の建築線遵守地役 [servitude d'alignement]、公道への視界を確保（視界をさえぎる物を除去）するための地役 [servitude de visibilité sur les voies publiques]、地方公共団体のための灌漑の導管のための地役 [servitude de passage pour des conduites dirigées en faveur de collectivités publiques]、パイプラインの建設のための地役 [servitude de passage pour l'établissement de pipe-lines]、電線・電信線・電話線の開設のための地役 [servitude pour l'établissement de lignes électriques, télégraphiques, téléphoniques]、鉄道保護地役 [servitude pour la protection des voies ferrées]、航空機の安全のための地役 [servitude pour la sécurité des aéronefs]、高速道路の開設のための地役 [servitude pour la création d'autoroutes]、ロープウェイ架設地役 [servitude de survol des téléphériques] を公益のための地役の典型例として挙げている。⁽²⁴⁾ さらに、コルニュの編集する法律用語辞典にはいっそう多くの例が挙げられている。⁽²⁵⁾ これらの例を見ると、いずれも公益を直接目的として私有地所有者に課される負担（具体的には、通行地役や通過地役（電線、ケーブル等の）、都市計画上の建築制限等）である。本

稿で対象とした裁判において、裁判所は、袋地の形成による地価の下落がもたらす地租の減少がフランス民法六四九条にいう「公益」の侵害に該り、それを回避するために公益目的の通行地役権を認めるべきだと判断を示しているのである。もしそうだとしたら、ここでは公益は間接的にしか侵害されておらず（しかも、本件において地租の減少は認定されていない）、フランス民法六四九条の規定する公益目的の法定地役を認めるべき場合には該当しないのではなからうか。むしろ端的にYの通行という私益を直接侵害しているケースだと評価すべきではなかろうか。

二 フランス民法六八二条以下について

次に、本判決で引用された圍繞地通行権に関するフランス民法六八二条以下の規定は、一八八一年八月二〇日の法律「*Loi du 20 août 1881*」⁽²⁶⁾によって改正される前の規定である。改正前の規定（旧条文）と改正後の規定（新条文）を以下に対比してみよう。

〔旧条文〕

六八二条 他人の土地に圍繞された土地の所有者で、公道へのいかなる通路も有しない者は、自己の不動産の活用のためにその隣人の土地の通行を請求しうる。但し、彼（「袋地所有者」）が引き起こす可能性のある損害に応じた償金を支払う義務を負う。

六八三条 通行の場所は、原則として、袋地から公道への行程が最短となる側を選ばなければならない。

六八四条 前条の規定にもかかわらず、通行の場所は、通行が認められた土地の所有者にとって最も損害の少ない場所に設定されなければならない。

六八五条 六八二条によって定められた場合の償金請求訴権は、時効によって消滅する。償金請求訴権が〔時効によって〕もはや受理可能でない場合であっても、通行権は継続するものとする。

〔新条文〕

六八二条 他人の土地に圍繞された土地の所有者で、公道へのいかなる通路も有しない者、あるいは、公道への通路は有するが、自己の所有地の農業上または工業上の活用にとつて不十分な通路しか有しない者は、その隣人の土地の通行を請求する。但し、彼〔＝袋地所有者〕が引き起こす可能性のある損害に応じた償金を支払う義務を負う。

六八三条 ① 通行の場所は、原則として、袋地から公道への行程が最短となる側を選ばなければならない。

② 前項の規定にもかかわらず、通行の場所は、通行が認められた土地の所有者にとつて最も損害の少ない場所に設定されなければならない。

六八四条 ① 袋地が、売買、交換、共有物分割あるいはその他の契約による土地の分割に起因する場合には、それらの行為の対象となった土地についてのみ、通行権を請求することができる。

② しかしながら、十分な通行権が、分割された土地について設定されえない場合には、六八二条が適用される。

六八五条 ① 圍繞を原因とする通行地役権の場所及び態様は三〇年の継続使用によって決定される。

② 六八二条によって定められた場合の償金請求訴権は、時効によって消滅する。償金請求訴権が〔時効によって〕もはや受

理可能でない場合であっても、通行権は継続するものとする。

本判決の事案で、圍繞地通行権に関する事実に焦点を当てると、袋地を生じたのは、Yの父Aが土地甲を分割し、甲の一部乙（おそらく公道に面している部分）をBに売り渡したことによる（その後、BはさらにこれをXの母Cに転売した）。この事実に上記のフランス民法の条文を適用するとしたら、いずれの条文がふさわしいであろうか。新条文の六八四条一項も考えられるが、本件では土地の分割と売買の後で、さらに特定承継が生じているので、その事実をどう評価するかが問題となる。特定承継の場合には新六八四条は適用されないとすると、新六八二〜六八三条（旧六八二〜六八四条）のルールによる解決がなされることになる。ともあれ、新六八四条は、本判決の下された明治十一年（一八七八年）当時は存在しなかった。そこで、旧六八二〜六八四条を援用した結果、X所有の係争地を通行する権利をYに認めたようである。では、一八八一年八月二〇日の法律によって新条文六八四条一項が設けられる以前のフランスでは、土地の一部分割・譲渡による袋地の形成の場合、圍繞地の通行の問題はどのように処理されていたのであろうか。当時の判例を見てみることにしよう。⁽²⁷⁾

三 圍繞地通行権に関する当時のフランスの判例の状況

〔リオン控訴院一八五〇年七月一〇日判決〕⁽²⁸⁾

（事案）甲地の所有者Bの死後、その共同相続人間で甲地はA、L、Kに三分割された。公道から最も遠いA地の所有者Xが、L地でもK地でもなく、公道に出るためにC地を通行する権利を有するかが問題となった。

(判旨) この〔共同相続人間の〕土地の分割は、公道から最も遠い部分〔の所有者〕のために、それ以外の〔分割された〕部分の土地の上を通行する通行権を与えた。この権利供与の推定は、事物の必然性に由来する。分割された土地の部分は、それが分割の結果によって圍繞されたのであつても、隣接地への通行権を有しえない。というのは、共同分割者〔共同相続人〕は、それらの〔分割された〕土地を公道から隔てている土地に対する地役権を生み出すことはできないし、分割された土地に、分割から生じる地役権を負担させることは正当であるからである。かくして、本件において、A地の活用のために、通行地役権は、公道からA地を隔てている土地の他の部分〔L、Kの両地〕の上に行使されなければならなかつた。・・・A地の活用のためにC地を通行することは黙認の性格のみを有しえたものであつて、C地上への通行地役権の時効取得のために有用な占有を基礎づけることはできなかつた。

〔ドゥエ控訴院一八五〇年十一月三日判決〕⁽²⁹⁾

(事案) AとBの所有地(以下、A地、B地という)は、双方とも、公道とC所有地に隣接しており、C地は袋地であつた。その後、AはC地を買い受けた後で破産し、A地はXに、C地はYにそれぞれ競落された。Yは公道に達するためにXの土地(A地)を通行できると考えていたが、Xはこの通行に対して異議を申し立てている。Yが占有訴訟で勝訴したため、Xは本権訴訟を提起し、A地が拘束を受けず、Yに対していかなる通行の負担も負わず、但し、かつてAがC地を取得する前に行われていたように、YがB地を通行することは認めると主張している。第一審はXの請求を棄却した。Xは控訴した。

(判旨) 二つの土地〔A地とC地〕の売買〔競売〕は、同時に、かつ同じ契約によつて行われた。Yが取得した土地〔C地〕は、その売買の効果によつて圍繞されたのであるが、この土地は当該売買の時には袋地ではなかつた。事物の諸原則によれば、袋地は、所有

者が、専らその所有地を通行することによって、彼の所有地を活用しえない範囲でのみ存在する。本件では、二つの土地〔A地とC地〕の前所有者であるAは、今日Yの所有となつている土地〔C地〕を、A地を通行することによって活用しえた。従つて、袋地は存在していなかつた。Aが自己所有地の一部についてなした譲渡によつて、Aはこの部分〔C地〕を公道から切り離し、袋地を生ぜしめたのであるが、〔譲渡の当事者以外の〕他の所有者に属する隣接地は損なわれるべきではなく、新所有者は公道に隣接する土地の反対部分〔本件ではA地〕を通行する権利を有する。この後者の部分〔A地〕は、譲渡された部分〔C地〕が、法律上の資格あるいは時効によつて取得された、他の土地を通行する権利を有する場合にのみ、通行の負担から解放される。譲渡された部分にとつて通行の必要性がなくなれば、譲渡の通常の効果も消滅するからである。これらの諸原則を本件の事実に適用すると、YはX所有地〔A地〕を通行するための占有を有しており、占有訴訟に関して下された判決によつて、Yはこの占有を維持していた。この本権訴訟において、Yの通行権は正当と認められ、Xは、そこから生ずる諸効果を免れるために、Yが公道に隣接するB地上への通行権を有するという抗弁を根拠付けるのに適した事実の証拠を提出する義務を負う。

〔破毀院審理部一八五九年一月一四日判決〕⁽³⁰⁾

〔事案〕 一七九六年一月二〇日付の公正証書によつて、AはYに、グラン・パキエ〔Grand Pasquier〕と呼ばれる一筆の土地の一部〔甲地〕を売却した。甲地は公道に接していなかつたので、この袋地状態の結果として、Yは自己所有地との連絡のために、Aの手中に残された土地の空き地部分を通行していた。この袋地状態は一七九九年に解消したが、その後もYはこの箇所を通行しつづけていた。後にAを相続したXは、Yの通行権の根拠となつていた袋地状態は、一七九六年の土地取得の三年後に解消し、袋地の解消後三〇

年間の占有が、非継続の地役権をYに獲得させることはできなかったから、Yの通行地役権は正当なものではないとして、Yを訴求した。

一八五九年三月九日のディジョン控訴院判決は、「A・Y間の売買の結果として、通行地役権がYに与えられた。従って、この通行地役権は黙示の合意に基づくのであり、その効果は袋地状態の存続に依存しない」として、Yの地位（通行地役権）の維持を命じてXの控訴を棄却した。Xは、「A・Y間の売買契約はYの通行地役権について沈黙しているから、Yによって援用された通行地役権は、袋地状態においてのみその根拠を有しうる。従って、この通行地役権は、袋地状態自体とともに消滅すべきであり、売却された土地の、公道に隣接する他の土地との結合の時から直ちに消滅すべきである」として、上告した。

（判旨） 上告棄却。原判決によれば、・・・分割されたグラン・パキエのこの部分（甲地）はいかなる公道にも接していなかった。このことから、Yの甲地への連絡は、証書が沈黙している場合には、依然として売主の所有地であり続けている不動産の残りの部分の上になされなければならないということを、原判決は付け加えている。確かに、売買においては、二つの義務、即ち、売主が売った物を引き渡す義務と保管する義務が売主に課せられる。民法一六一五条の文言によれば、物を引き渡す義務は、その付随義務及びその物の永続的な使用のために予定された全てのものを含んでいる。これらの諸原則によれば、旧法の下でも新法の下でも、一筆の土地に圍繞され、公道に接していない土地の一区画をAに売却することによって、Xは買主に対し、売却された区画の活用のために、Xが依然として所有者であり続けていた土地を通行する通行権を得させる義務を負担した。そして、この義務は存在しつづけた。原判決はこのように判示したのであり、このように判示したことによっていかなる法律の規定にも違反しなかった。

このように、土地の一部分割・譲渡による袋地の形成の場合、袋地所有者の圍繞地通行権は、分割の対象となった土地に対してのみ生じるというルールが、一八八一年の民法改正以前に、既に判例によって形成されており、それが後に一八八一年の民法改正に結実したと見ることが出来る。但し、本稿で対象とした広島裁判所の判決は、土地の分割・譲渡が売買によってなされ、売主が留保した土地が袋地となった場合の売主の圍繞地通行権を認めた事案であるが、これに対して、前掲破毀院審理部一八五九年判決は、売主が土地を分割して袋地部分を譲渡し、公道に接する部分を自己に留保した事案であり、袋地所有者の通行権を売主の義務に基づくものと構成しているので、広島裁判所判決の事件とは事案が異なり、直接の先例とはならない。しかし、広島裁判所判決と同様に、売主が留保した土地が袋地となった場合の売主の圍繞地通行権を認めた次のような判決が登場した。

〔破毀院民事部一八六七年四月二四日判決〕⁽³¹⁾

〔事案〕一八〇八年に、AはBに、公道に接した土地の区画（二二六一番）を売却し、その結果、Aが留保した一二七六番は袋地となった。Aはこの売買以降、ある時は隣人Cの中庭を通り、ある時は他の隣人の土地を通じて公道に出入りしていた。後にこの袋地が競落され、競落人はさらにXにこれを転売した。Xはこの袋地のために必要な通行権を訴求し、一八六一年七月五日に、ヴィルヌーヴ・シユルロ [Villeneuve-sur-Lot] の裁判所は、その場所の検分を行うために鑑定人を任命した。鑑定人は、Xの所有地の袋地状態が一八〇八年の売買に遡ることを確認した後で、通行権について次のような見解を述べた。「二二六一番の地図上に記載された家によって、同地に地役を認めることはできない。というのは、その家の所有者が同時に一二七六番地の所有者でもあった時に、元々地役権が

行使されたのはそこを通行してであつたとしても、他の仕方ですることができるときに、自己の土地へ行くために他人の家の中を通ることは何人にも許されていないからである。しかも、この地役権はきわめて費用がかかる。というのは、家を解体しなければならぬからである。さらに、C（やD）の中庭を通行することも認めるべきだとは思わない。というのは、この中庭は、その樽製造業という職業のために、CやDにとって必要な全ての木材が置かれている庭であり、壁によって閉じられており、その壁がその庭を一軒の家に似せているからである。そこから、そこに地役権を付与することは、より費用がかかる負担を負わせることになる。・・・Yらが所有する庭一二七七番地と一二七八番地を通行するほうが合理的であり、より少ない損害を与えるように思われる。CやDの中庭を通行するよりも、この方法は公道により短い距離で達する」。Yらは、通行権は一二六一番地の上に設定されるべきという結論に至っている。その理由は、「売主によって留保された区画のために、Xがそれについて異議を申し立てているところの袋地状態を生ぜしめたのは、この区画（一二六一番地）の譲渡だから」というものである。Yらは、「売主は、彼が譲渡した区画である、公道から隔てられたその所有地に至るために、契約において留保されたとみなされる地役権によって、売却された部分を通行すべきであつた」と主張し、そこからは「その承継人は同じ地役権を主張しえた。したがって、隣接地の他の所有者に対しては、民法六八二条の意味において圍繞されたとみなされない」という結論を引き出した。

ヴィルヌーヴ・シュル・ロの裁判所は、一八六四年三月二二日に、上記の鑑定人の報告書の意見と理由を採用し、CとDの土地に隣接するYらの庭の端にXのための通行権を認める判決を下した。Yらは控訴したが、アジャン控訴院 [la cour d'Agen] 一八六五年一月四日判決は、原判決を支持してYの控訴を棄却した。Y上告。

（判旨） 上告棄却。袋地の形成が、分割される前は公道に通じていた土地の部分的な譲渡に起因する場合に、通行権は、原則として、

契約上、それに関する説明がなかったとしても、公道に接する土地部分を留保した売主によって、袋地部分の所有者となった買主に対して提供されなければならない。引渡を義務づけられた売主が、彼が譲渡した所有権の必然的な付随物として、かかる通行権を留保し、かつ保障したと見なされるのは、売買における担保（責任）のルールの結果によるものである。しかし、同様に、このルールは、袋地の形成が譲渡の直接の結果ではないとき、特に、ある土地が売買によって他の土地に圍繞され、その後、売主に留保されたその袋地部分も売却された場合には、もはや適用されえない。この場合に、売主は、自己の所有物ではない土地（圍繞地）に関して、いかなる権利も取得者に与えることはできないので、この袋地部分の買主は、必然的に民法六八二条以下に頼らなければならない。そして、これらの条文の規定に従うことよってのみ、通行権を有する。本件において、原判決は、Xによって取得された区画は、かつては袋地でなかった土地の一部を成していることを確認しているが、同様に、Xの取得以降、長期間に渡り袋地状態が継続したことを確認している。他方、かつては公道に接していた土地の上に一軒の家が建ち、地役権設定の可能性があったもう一つの土地は壁に囲まれた中庭であるので、通行権の行使が必然的にその壁の取り壊しをもたらすということが、事実上、原判決の認定から帰結される。このような事情の下で、原判決は、原判決が定めた償金と引換えにXのために通行権を認めることによって、民法六八二条以下の規定に違反するどころか、本件訴訟の事実への当該規定の正当な適用を行った。

この判決は、土地が分割譲渡され、売主が袋地部分を留保した後、売主は残余地を通行せず、他の隣接地を通過して公道に入りしていったところ、さらに売主が留保していた袋地部分を第三者が取得したという事案について、第三者は売主が分割譲渡した圍繞地（残余地）を通行する権利を有せず、民法六八二条に依拠して他の隣接地に対する通行権のみを認めると判示して

いる。また、判例集に掲載された本判決への無署名コメントは、本判決の趣旨が、分割譲渡の直接の当事者間では、圍繞地通行権が生ずる（売主が圍繞地を留保した場合には、買主に対して通行権の負担を負い、売主が袋地を留保した場合には、買主に対して圍繞地通行権を有する）が、袋地の特定承継人は圍繞地（残余地）の通行権を当然に有するわけではなく、圍繞地の特定承継人も袋地所有者に対して通行権の負担を負わないから、特定承継人との間では、当然に圍繞地通行権が生じるわけではなく、民法六八二条に従って圍繞地通行権の存否が決定されるという趣旨である⁽³²⁾ことを明らかにしている。

この破毀院判決の事案は、袋地部分を売主が留保したという点では、本稿で取り上げた広島裁判所判決の事案と同様であるが、その後袋地部分が第三者に転売されたという点で、圍繞地部分が第三者に転売された広島裁判所判決の事案と異なる。しかし、このフランス破毀院の判決のコメントを併せて読むと、フランス破毀院はその後の特定承継が袋地について生じた場合と圍繞地について生じた場合とを区別せず、同じように処理する態度をとっているようでもある。そうだとすると、右のような事案の違いは結論を左右する重大な事実とはならず、結果的には、本稿で取り上げた広島裁判所判決の事案に関しては、当時のフランスの判例の立場に立ったとしても、フランス民法六八二条に依拠したこの広島裁判所判決と同様の処理がなされることになるのではないかと推測される。しかし、広島裁判所判決は、土地の分割譲渡による袋地形成の後に特定承継がなされたという事実を特に考慮しているようには見受けられない。従って、広島裁判所の担当裁判官が、フランス民法を参照したというとき、フランス民法の条文のみならず当時のフランスの判例にも目を配ったというわけではないと考えられる。

四 通行地役権の時効取得について

なお、広島裁判所判決の判旨第四条において、「Dノ原告母Cニ傳フルニ、南北庇間空地ヲ存セシノ言ヲ以テシ、且論所西部ニ短籬ヲ結ヒシ後チ、被告ヲシテ我葉草園或ハ門内ヲ通行セシメタリトノ原告陳述ハ、則停拒スベカラザル土地ノ義務ヲ行ヒシモノニテ、被告ハ嘉永二年、火災以前ヨリ繼續シテ通行権ヲ有シタルモノト認定ス（DはXの母Cに、南北庇間に空き地があつたと伝え、かつ論所西部に短籬を造つた後、Yをして自分の葉草園あるいは門内を通行させたというXの陳述は、すなわち、拒絶できない土地の義務を履行したものであって、Yは嘉永二年（一八四九年）、火災以前より繼續して通行権を有していたものと認定する）」と述べられている部分は、通行地役権の時効取得を認めたものと解釈できなくもない。しかし、その場合、当然引用されてしかるべき関連条文であるフランス民法六九〇条が引用されていない。フランス民法六九〇条によれば、通行地役権の取得時効期間は三〇年と規定されており、嘉永二年（一八四九年）から起算すると三〇年にわずかに満たないため（本件訴訟を受理したのが明治一〇年（一八七七年）、判決が明治一一年（一八七八年））、裁判所は通行地役権の時効取得という法的構成を採用することを結局、断念したのではないだろうか。

五 ボワソナード『性法講義』の参照について

そこで、裁判所は、圍繞地通行権を認定するための理由付けの補強として、明治一〇年（一八七七年）に刊行されたボワソナード講義・井上操筆記『性法講義 完』（司法省蔵版）も参照している。この書物は、司法省法学校におけるボワソナードの自然法（「性法」と訳出されている）に関する講義録である。もともと、当時のフランスでは、実定法は自然法を具体的に

法典化したものであると信じられており、ボワソナードも自然法の講義と銘打って、実質的にはフランスの民法の講義を行っている。⁽³⁴⁾そこで、本判決中で引用されている『性法講義』の関連箇所を敷衍すると、「人為法ノナキ場合即チ獨リ性法ノミヲ以テ基礎ト爲スノ場合ニ於テモ猶ホ法上ノ義務アルヘキヤ否ヤ曰ク余ハ必ス此ノ義務ノ成立スヘキコトヲ信ス只人為法ニ於テノ如ク其ノ當行多カラス其ノ廣長モ亦タ大ナラサルノミ然レトモ此ノ義務ノ要領ニ至リテハ必ス萬國ニ在ルヘキナリ・・・隣人中ノ二三ノ義務モ亦タ人為法ナキノ場合ニ於テ之ヲ當行スルヲ得ヘシ譬ヘハ圍繞セラレシ所有者(他人ノ地面ニテ四方ヨリ圍マレシ所有者ヲ云フ)ニ通路ヲ供スルノ義務」という箇所(三六九頁)が引用されている。人為法とは、同書八頁に「各國ニ於テ制定セシ所ノ法ハ之ヲ人為法ト云フ」と説明され、「人為法」には「ローワーポジチフ」とルビが振られているところから、実定法を指すものと解される。ボワソナードは、袋地所有者の圍繞地通行権が、それを定めた実定法がない場合にも自然法として認められるべきであると主張しているのだが、もちろんこれは、本件において、Yに通行権を付与するための根拠とはなっても、具体的にYが圍繞地のうちのどの部分に対して通行権を有するか(Xに対して圍繞地通行権を主張しうるか否か)について解決を示すものではなく、後者の問題については先に挙げられたフランス民法の条文や判例等を参考にして検討するしかないであろう。

第四節 小括

以上のように、フランス民法を参照した本判決は、フランス民法に関する資料としては、箕作麟祥訳『仏蘭西法律書』以外にボワソナード講義・井上操筆記『性法講義 完』(司法省蔵版)しか引用していない。したがって、当時のフランスの判例

を含めて圍繞地通行権に関するフランス法を十分に理解して参照しているとは断定できないように思われる。もともと、本判決が下された明治十一年（一八七八年）一月二日までには日本語で翻訳出版されたフランス民法に関する書物で、圍繞地通行権に言及したものは、前掲二書以外には見当たらず、資料上の制約があったことは否めない。⁽³⁵⁾

第四章 担当裁判官について

第一節 進十六

本稿で対象とした明治十一年（一八七八年）一月の広島裁判所判決は、合議体による裁判である。即ち、掛 判事 進 十六と、主 判事補 水邨 遜（水村 遜）、副 十七等出仕 南條持一の三名の合議による裁判である。そこで、まず、彼らの経歴について、判明した限りで述べておくことにしよう。

この三名がこの判決に実際にどのように関与したかは定かではないが、やはり、裁判官の筆頭に「掛 判事」として署名している裁判官、進 十六（しん そろく）が主任裁判官として最も重要な責任を負っていると思われる。そのことは、判決原本の訂正箇所に進が訂正印を押捺していることからもうかがわれる。そこで、特に進十六について、まず詳しく述べておこう。

進十六（一八四四？（一八四三、あるいは一八三九とも）〜一九二八）は、長門国美禰郡大田に生まれた萩藩士（長州藩士）である。幼名を吉太郎、また美禰人⁽³⁶⁾といい、藩校明倫館に学び、文久元年（一八六一一年）、江戸の萩藩邸内に設けられていた有備館の舎長となり、次いで明倫館都講⁽³⁷⁾となった。明倫館は享保三年（一七四二年）、第六代藩主毛利吉元が創立した藩校で

(38) あり、金沢藩の明倫堂と並んで教科目の多彩な点に特徴があったといわれる。(39) 有備館は天保一二年(一八四一年)、第一四代藩主毛利敬親が江戸在勤藩士の教育のために、江戸藩邸内に設けた学校であった。(40) 進十六が舎長に就任する前年の万延元年(一八六〇年)に、木戸孝允も有備館の舎長に就任している。(41) 都講とは、明倫館の職員の職名の一つで、職員は、総奉行一名、目附二名、学頭一名、助教一名、講師(定員なし)、都講二名、講師見習三名、小学教諭三名、書記一名、司典二名から成っていた。(42) その後、進十六は、明治元年(一八六八年)、戊辰戦争の時に会津征討のために越後方面に入った長州兵の慰問副使として藩主によって派遣され、(43) 明治三年(一八七〇年)には脱走兵の動静を視察するため、津和野、久留米等に派遣されている。(44)

明治四年(一八七二年)に山口県が成立すると、進は権大属に任ぜられ、聴訟課に配属された。(45) 聴訟課は明治四年の廃藩置県後、県治条例によって民刑事裁判実務や警察・行刑実務を司る部署として設置されたもので、山口県では、明治九年(一八七六年)三月、山口裁判所が設置されるまで、裁判機関として機能していた。進十六も掛官として様々な民事裁判に関与している。(46) 進十六の司法官としてのキャリアがここに始まった。初代山口県令であった中野梧一の日記(もつとも日記執筆当時、中野は山口県参事と山口県権令を歴任していた時期であり、まだ県令にはなっていない)によれば、明治五年(一八七二年)五月二日、進十六は大属に昇進し、聴訟課専勤局長心得(ママ)に任ぜられた。(47) 進十六は、この中野梧一の日記に実に頻繁に登場し、中野と連絡を取っており、中野の信頼の厚い部下の一人であったと推測される。例えば、一八七二年四月一日付けの日記には、「進も帰県、司法省之模様ヲモ承知ス。律改正アルヨシ、生口開化ノ国体ヲ不考、メチャクチャなるへし。歎息々々」とあり、(48) 東京に派遣されていた進が、帰県後、司法省の改革について報告し、中野と率直に議論した様子が述べられている。また、進が聴訟課専勤局長心得に任ぜられた直後の同年五月一四日付けの日記には、「聴訟課取扱方、藩風を不免、

一洗セザルを得ず、進江心得方等談ス」と、聴訟課のあり方について、中野が、やはり率直に進と話し合ったことが記されている。⁽⁴⁹⁾ そのほか、様々な事件の処理について、中野は進と相談している。⁽⁵⁰⁾ なかでも特に重要なものは一八七四年に起きた佐賀の乱を巡る山口県の対応であり、その対策の一つとして広島鎮台から銃器を借り入れることとなり、その交渉のために中野は進十六を広島に派遣している（なお、この交渉は成功しなかった⁽⁵¹⁾）。また、同年には、萩の不平等の中心であった元参議・前原一誠の説得のために、中野は、当時台湾征討に反対して参議を辞したばかりの木戸孝允⁽⁵²⁾を招いたが、その際、進は中野・前原・木戸らの会食の席に列席しているほか、たびたび木戸と面会していることが『木戸孝允日記』に記されている。⁽⁵⁴⁾

明治九年（一八七六年）三月、山口裁判所が設置されたとき、進は一級判事補に任ぜられ、山口裁判所に配属された。⁽⁵⁵⁾ その後、明治一〇年（一八七七年）、広島裁判所判事となり、翌年、山口県小書記官に任ぜられるまでその任にあつた。本稿で対象とした判決は、この広島裁判所判事時代に進が下した判決である。

広島大学に保管されている明治一一年度の広島裁判所の「第一審民事裁判言渡書綴」は二分冊になっており、本稿で対象とした判決は、民第二二号ノ三の方に収められているが、もう一冊の民第二二号ノ四も含めて、この年に進十六が広島裁判所で関与した民事裁判は次の通りである。すなわち、合計三二件の訴訟のうち、最多は貸金催促で計七件、次が預け金催促と貸米催促で各二件、以下は各一件のみの訴訟で、預け網取戻、定約金請求、代償金請求、借受金計算請求、地券証取戻、地券証書換故障、買受地券名義書換請求、野山寄合刈定約履行請求、用地用水妨碍、草刈妨碍、宅地境界故障である。

これらのうち、フランス法が参照されているのは、本稿で対象とした「宅地境界故障」の裁判のみである。

広島裁判所判事退任後、山口県小書記官時代に、進十六は、被告山口県令の訴訟代理人として、「所有地建家引揚処分不当

ノ訴訟」に關与している。⁽⁵⁸⁾

その後、明治一四年（一八八一年）、進は山口県大書記官に昇進したが⁽⁵⁹⁾、これは県令に次ぐナンバー2の地位である。翌明治一五年（一八八二年）、進は大阪控訴裁判所判事として再び司法省に転出している。⁽⁶¹⁾ 明治一三年（一八八〇年）の治罪法の制定に伴い、従来の上等裁判所が控訴裁判所、地方裁判所が始審裁判所と改称され、控訴裁判所は、東京、大阪、名古屋、広島、長崎、宮城、函館の七箇所に置かれた。⁽⁶²⁾ 国際日本文化研究センターの民事判決原本データベースで、この時代に進が關与した民事裁判として検索できたのは次の一五件である。最多は、やはり貸金催促（単に貸金催促とするものが五件のほか、地所書入貸金催促一件を含む）で計六件にのぼる。次に多いのが小作米請求で二件、後は、いずれも一件で、約定金引渡催促之控訴、月給金請求不服ノ控訴、公売入札取消ノ控訴、財産讓渡不当訂正ノ訴、地所受戻シノ件控訴、建家買戻之控訴、緋ノ粕取戻シノ控訴である。大阪控訴裁判所判事の在任期間はわずか四ヵ月と短いものであった。進は明治一六年（一八八三年）、福岡始審裁判所所長に任ぜられ、明治二〇年（一八八七年）までその任にあつた。⁽⁶⁴⁾

明治二〇年（一八八七年）、進は東京控訴院評定官に任ぜられた。⁽⁶⁵⁾ 明治一九年（一八八六年）に制定された裁判所官制により、控訴裁判所は控訴院と改称され、控訴院の裁判官は評定官と称されることになったのである。⁽⁶⁶⁾ 国際日本文化研究センターの民事判決原本データベースで、この時代に進が關与した民事裁判として検索できたのは次の六五件である。最多は、やはり貸金催促（単に貸金催促とするものが二〇件のほか、田地抵当貸金催促二件、金録公債証書抵当貸金催促・地所書入貸金催促・建物書入貸金催促・無抵当貸金各一件を含む）で計二六件にのぼる。次に多いのは損害賠償請求（これも記載は様々で、損害要償三件、地所取戻及地所家屋使用料損害要償・地質損害要償・損害殘金請求・弁償金請求・報償金請求各一件となつて

いる)で計八件になる。さらに預け金請求(預け金請求・預け金取戻・預け金契約履行各一件)が計三件、約定金請求(約定金請求・米代金請求・石炭売掛代金滞各一件)が計三件、土地明渡請求(地所取戻・地所明渡・貸地明渡并地代請求各一件)が計三件、証書取戻(証書取戻・公債証書取戻・計算勘定並ニ証書引戻各一件)が計三件、株金純益金取戻が二件となっている。以下は各一件のみの訴訟である。すなわち、不正契約取消、不正証書取消、地所建家仮装売買取消名前引直シ、図面訂正願取消、宅賃地料並保存金請求、渡船開業故障解除、染物品取戻、地租立替金請求、組合金決算授受、木材差押解除参加、差押財産遺漏追加請求、抵当地先取権故障解除、訴訟入費請求、約定履行、名譽回復、養子離別及送籍差戻、後見解除である。

東京控訴院評定官としての勤務の傍ら、進十六は、明治二十年(一八八八年)二月三日付けで、司法省法律取調委員会の法律取調報告委員に任命され、法典編纂の実務に携わることになった。報告委員は、民法商法訴訟法の草案下調を行い、法律取調委員会に列席して法案の報告説明を行う務めを担っていたが、法律取調委員とは異なり、議決権を有しなかった。⁽⁶⁸⁾この報告委員を進は明治二十四年(一八九一年)五月五日まで務めた。彼は法律取調委員会の結成当時のメンバーではなく、追加的に任命されたものであり、具体的にどの法典の編纂を担当したかは明らかではない。⁽⁶⁹⁾

明治二十三年(一八九〇年)一〇月二二日、進十六は名古屋地方裁判所所長に任命され、明治二十四年(一八九一年)二月二二日まで務めた。⁽⁷⁰⁾

明治二十四年(一八九一年)二月、進十六は行政裁判所評定官に任命された。⁽⁷¹⁾行政裁判所とは、明治二十三年(一八九〇年)六月に公布され、同年一〇月から施行された行政裁判法に基づく行政裁判組織である。行政裁判所は全国に一箇所(東京)しかなく(行政裁判法一条)、行政事件を扱う一審にして終審の裁判所とされた。⁽⁷²⁾行政裁判所には長官一名と評定官が置かれ(行

政裁判法二条一項⁽⁷³⁾、行政裁判所の評定官の定員は二名とされた(明治二三年六月二八日の勅令二二一号一条)。初代長官は榎村正直⁽⁷⁴⁾であつたが、進十六の同僚評定官には、さらに、第二代長官となる箕作麟祥⁽⁷⁵⁾や、第五代長官となる山脇玄⁽⁷⁷⁾、後に大審院長となる南部甕男⁽⁷⁸⁾、後の宮内大臣渡辺千秋⁽⁷⁹⁾ら錚々たる人物がいた。これらの同僚のうち、榎村正直、箕作麟祥、南部甕男らは、進十六が前述のように司法省法律取調委員会の法律取調報告委員を務めていた当時、同委員会の法律取調委員を務めていた⁽⁸¹⁾。進十六と箕作麟祥の接点は他にもある。例えば、前述のように、進十六は、広島裁判所判事時代に、本稿で対象とした判決を下す際に、箕作麟祥訳の『仏蘭西法律書』を参照している。また、進の娘ミツは、明治二六年(一八九三年)、箕作麟祥の従兄弟箕作元八と結婚している⁽⁸²⁾。行政裁判所評定官には定年制度がなかったが、進十六は明治三八年(一九〇五年)に辞職し、大正五年(一九一六年)に毛利公爵家令に就職した後、昭和三年(一九二八年)五月一六日に没した⁽⁸⁵⁾。

第二節 水邨 遜(水村 遜)

次に、水邨遜について述べよう。彼の生没年は不明であるが、山梨県出身のようである⁽⁸⁶⁾。また、本稿で対象とした広島裁判所の判決原本では、彼は氏名の表記を「水邨遜」として署名しているが、寺岡寿一編『明治初期の官員録・職員録第三卷』(寺岡書洞、一九七七年)六一頁等では、「水村遜」と表記されている。彼は、明治六年(一八七三年)一月の段階で司法省の官吏(十四等出仕)となっており⁽⁸⁷⁾、司法省権少解部(下級裁判官)(明治七年(一八七四年)一〇月段階)⁽⁸⁸⁾、司法省十三等出仕(明治九年(一八七六年)四月段階)⁽⁸⁹⁾を経て、明治一〇年(一八七七年)一〇月から司法省十四等出仕として広島裁判所に配属された⁽⁹⁰⁾。本稿で対象とした広島裁判所明治一一年一月判決当時は広島裁判所判事補となっており、少なくとも明治一四年

(一八八二年) 七月まではその任にあり、明治一五年(一八八二年) 五月段階で甲府始審裁判所判事補に転じている。⁽⁹¹⁾その後、明治一八年(一八八五年) 七月段階では判事補のまま甲府治安裁判所所長となっており、⁽⁹³⁾少なくとも明治一九年(一八八六年) 七月までその任にあった。⁽⁹⁴⁾その後、やはり山梨にある谷村治安裁判所判事となり、明治三二年(一八八九年) 段階で甲府始審裁判所判事、明治三三年(一八九〇年) 段階で甲府地方裁判所判事となっている。⁽⁹⁵⁾その後、甲府区裁判所判事となったようであるが、明治三二年(一八九九年) 一月一〇日付けで甲府区裁判所判事の退職を命じられている。⁽⁹⁶⁾

第三節 南條持一

南條持一の生没年も不明であるが、進と同じく山口県出身の士族のようである。⁽⁹⁷⁾南條持一は明治一〇年(一八七七年) 一〇月段階で司法省一七等出仕として広島裁判所に配属されている。⁽⁹⁸⁾その後、彼は明治一二年(一八七九年) 二月段階では広島裁判所判事補に昇進している。⁽⁹⁹⁾さらに、明治一五年(一八八二年) 三月段階では広島始審裁判所判事補となり、⁽¹⁰⁰⁾明治一六年(一八八三年) 一二月段階では、進十六所長の下で福岡始審裁判所判事補を務めており、⁽¹⁰¹⁾少なくとも明治一八年(一八八五年) 七月までこの任にあった。⁽¹⁰²⁾その後、明治一九年(一八八六年) 七月段階では福岡始審裁判所小倉支庁判事補に転じている。⁽¹⁰³⁾その後、宮崎地方裁判所判事となったようであるが、明治三二年(一八九九年) 七月二六日付けで宮崎地方裁判所判事の退職を命じられている。⁽¹⁰⁴⁾

第四節 鳥居断三と山本昌行

さて、第二章で述べたように、判決原本においては、当事者の氏名の前に鳥居と山本の印が押捺されており、これはそれぞれ、当時広島裁判所の判事であった、鳥居断三（広島裁判所所長）と山本昌行の印であろうと考えられる。この印は何を意味するのであろうか。伊藤孝夫教授は、これを当時の裁判が、直接当該裁判を担当した裁判官のみならず、裁判所長を含む他の裁判官との稟議の形式でなされたことを示すものではないかと推測している。⁽¹⁰⁵⁾ その推測が当たっているとすれば、鳥居断三と山本昌行もこの裁判に関与していることになる。そこで、両裁判官の経歴についても述べておこう。

鳥居断三は、生没年は不明であるが、岐阜県出身の士族のようである。⁽¹⁰⁶⁾ 鳥居断三は、後に新潟県に合併された柏崎県の参事を、少なくとも明治五年（一八七二年）一〇月二七日から明治六年（一八七三年）一〇月一七日まで務めている。⁽¹⁰⁷⁾ その後、少なくとも明治九年（一八七六年）一〇月一六日から明治一〇年（一八七七年）一月二六日まで、大審院判事を務めている。⁽¹⁰⁸⁾ この大審院判事時代に、鳥居断三はある条理裁判に関与している。⁽¹⁰⁹⁾ すなわち、それは繰綿の売買契約に関する事例で、目的物（繰綿）の仕入れ先の営業の差止によって、売主が仕入れ先から目的物を購入して買主に引き渡すことができなくなった場合（繰綿）の仕入れ先の営業の差止によって、売主が仕入れ先から目的物を購入して買主に引き渡すことができなくなった場合に、売主には償金を支払う義務はない（損害賠償責任を負わない）と判示したもので、「條理ヲ推究シ辨明」した結果、このような判断となった。⁽¹¹⁰⁾ 判決文中には明示されていないが、不可抗力または偶発事故 [force majeure ou cas fortuit] を債務不履行の免責事由とするフランス民法一一四七条、一一四八条から示唆を受けた判決とも考えられる。⁽¹¹¹⁾ その後、鳥居断三は、明治一〇年（一八七七年）四月九日から明治一四年（一八八一年）一月二八日まで広島裁判所所長を務めた。⁽¹¹²⁾ その後、熊本裁判所管内山鹿区裁判所判事を務めた後、⁽¹¹³⁾ 少なくとも明治一四年（一八八一年）六月から明治一七年（一八八四年）五月までは再

び大審院判事を務め、さらに、明治一七年（一八八四年）二月一日から明治一九年（一八八六年）七月一日まで東京始審裁判所所長を務めた。⁽¹¹⁴⁾ なお、この東京始審裁判所所長の在任期間と一部重複するが、少なくとも明治一七年（一八八四年）二月から明治二二年（一八八九年）一月まで、鳥居断三は東京控訴裁判所判事（東京控訴院評定官）⁽¹¹⁵⁾ を務めている。ここで、鳥居は進と再び同じ裁判所の同僚裁判官となっている。

山本昌行も生没年は不明であるが、鳥居と同じく岐阜県出身のようである。⁽¹¹⁷⁾ 山本昌行は明治四年（一八七一年）一月段階で司法省権中解部に所属しており、その後、司法省中解部、大解部、⁽¹¹⁸⁾ 一級判事補を経て、⁽¹¹⁹⁾ 明治八年（一八七五年）一月段階では、現在の徳島県にあたる名東県の七等出仕兼七等判事となっており、⁽¹²⁰⁾ 明治一〇年（一八七七年）一月に広島裁判所判事となり、⁽¹²¹⁾ 少なくとも明治二二年（一八七九年）二月までその地位にあった。⁽¹²²⁾ その後、横浜裁判所判事、⁽¹²³⁾ 東京裁判所判事、⁽¹²⁴⁾ 東京上等裁判所判事、⁽¹²⁵⁾ 東京控訴裁判所判事を歴任し、⁽¹²⁶⁾ 少なくとも明治一六年（一八八三年）二月から明治一七年（一八八四年）一月まで大審院判事を務めている。⁽¹²⁷⁾ ここで、山本は鳥居と再び同じ裁判所の同僚裁判官となっている。⁽¹²⁸⁾ さらに、山本昌行は、明治三年（一八九〇年）八月から明治二四年（一八九一年）二月まで大阪地方裁判所検事正、⁽¹²⁹⁾ 明治二四年（一八九一年）二月から明治二七年（一八九四年）四月まで大阪地方裁判所所長、⁽¹³⁰⁾ 明治二七年（一八九四年）五月一〇日から明治三二年（一八九八年）六月二十八日まで函館控訴院検事長を歴任している。⁽¹³¹⁾ なお、山本昌行は、明治三二年（一八九八年）六月二十八日付けで退職を命じられた。⁽¹³²⁾

第五節 小括

本稿で対象とした広島裁判所明治一一年判決の合議体を成した三名の裁判官、及び判決原本に捺印している二名の裁判官は、広島という地方の裁判官であり、いずれもヨーロッパ的な法学教育を受けてはいなかったようである。ただし、上記五名の経歴は多様であり、県聴訟課吏員の出身の者もいれば、司法省の官吏を務めていた者もいる。特に、鳥居断三が、広島裁判所所長となる前に大審院判事を務め、本判決のわずか一年余り前にフランス法に依拠したと推測される条理裁判に関与していたという事情には注目すべきではなからうか。鳥居の捺印が、実質的に稟議が行われていたことの証左であるならば、本判決は、単に地方の裁判官が闇雲に外国法を援用した裁判にすぎないとは断定できず、むしろ、既に条理裁判の経験もあり、外国法にも一定の造詣のある裁判官が関与した条理裁判として評価されるべきことになるであろう。

第五章 おわりに

本稿で取り上げた判決の主任裁判官・進十六は、地方行政官（聴訟課吏員）出身で、早くから実際の裁判を担当してきた実務たつき上げの裁判官であり、司法省法学校でフランス法を中心とした体系的な法学教育を受けた人物ではなかった。データベース等により進が担当した事件として記録に残っているものを見る限り、本件のような通行権訴訟は他にはなく、しかも、前述のように、訴状受取録と判決原本を照らし合わせてみると、本件訴訟の受理から判決までは二か月足らずである。当時の審理期間がこのように短いのが通例であったとすれば、担当裁判官が箕作麟祥訳の『仏蘭西法律書』やボワソナードの『性法

講義』を参照して判決を下したことは一応合理的な選択といえるのではないだろうか。

本判決を読む限りでは、担当裁判官は当時のフランスの判例や学説にまで目を通して判決を下したわけではなさそうであり、その意味で、圍繞地通行権に関するフランス法を十分に理解して判決を下したとは断定できない。しかし、結論においては妥当な判決ではないかと思われる。もともと、妥当な結論に至った点については、判決の前年に司法省が刊行した『民事慣例類集』の中に圍繞地通行権に関する慣習法が複数採録されていたことも寄与しているのではないだろうか。但し、担当裁判官は『民事慣例類集』を引用していない。前述のように、圍繞地通行権に関する慣習法があったとしても、それが本件で紛争の対象となった土地の所在する地方の慣習法でない場合には、明治八年の太政官布告一〇三号裁判事務心得三条にいう「習慣」によつて裁判すべき場合に該当せず、しかも、複数の類似する慣習法があったとしても、細部において相互に差異や対立点が存在する場合には、複数の慣習法のいずれかを「条理」として明示的に採用することもできないという判断がなされたのかもしれない。担当裁判官は、本判決第四條、第五條において、本件にあてはめるべき条理の具体的内容を直接フランス法に求めており、にもかかわらずそのようにフランス法に依拠することの根拠を述べていないが、条理の具体的内容を検討する際に、『民事慣例類集』に採録された日本の複数の地方慣習法を全く考慮に入れなかったとは断定できないのではないだろうか。あくまで推測にすぎないが、本判決は、説得力をもたせるために条理の具体的内容としてフランス法を援用しつつ、実質的には日本固有の地方の慣習法を参照して条理を推考した裁判であるという解釈も可能なように思われる。他方、前章で広島裁判所所長の鳥居断三の本判決への関与の可能性について言及したが、本判決のわずか一年余り前に、フランス法に依拠したと推測される別の条理裁判に鳥居が大審院判事として関与していた事実も、本判決に影響を与えた可能性のある重要な事実として無視で

きないであろう。もつとも、鳥居断三の本判決への関与の程度や関与の具体的内容については明らかにすることができなかつた。以上の必ずしも明瞭でない諸点について、他日、新たな史料等によって解明することができればと考えている。

なお、本稿は、明治前期において、フランス法を参照してなされた条理裁判の一事例に関する研究にすぎず、条理裁判の実態を理解するには、このような事例研究を積み重ねる必要があると思われる。それは今後の研究課題としたい。

注

- (1) 内閣官報局編『法令全書 明治八年ノ1』（原書房、復刻版、一九七五年）一二七頁。
- (2) 第二次世界大戦後のものに限定すると、以下のような著作が挙げられる。於保不二雄『民法総則講義』（有信堂、一九五一年）九頁。川島武宜『民法総則』（有斐閣、一九六五年）二五～二六頁。四宮和夫『民法総則』（弘文堂、一九七二年）一一～一三頁。大久保泰甫『日本近代法の父ボワソナード』（岩波書店、一九七七年）七〇頁。幾代通『民法総則（第二版）』（青林書院、一九八四年）一〇頁。広中俊雄『民法綱要第一巻総論上』（創文社、一九八九年）五三～五四頁。石田穰『民法総則』（悠々社、一九九二年）三〇頁。田中成明『法理学講義』（有斐閣、一九九四年）六四～六五頁。星野英一『法学入門』（放送大学教育振興会、一九九五年）一六八～一七〇頁。団藤重光『法学の基礎』（有斐閣、一九九六年）一六七～一六八頁。辻正美『民法総則』（成文堂、一九九九年）一七頁。川井健『民法概論1民法総則（第2版）』（有斐閣、二〇〇〇年）六～七頁。四宮和夫・能見善久『民法総則 第六版』（弘文堂、二〇〇二年）一九二～一九三頁。加藤雅信『新民法大系1民法総則』（有斐閣、二〇〇二年）二四頁。
- (3) 舟橋諱一『民法総則』（弘文堂、一九五四年）一九～二〇頁。我妻栄『新訂民法総則（民法講義I）』（岩波書店、一九六五年）二〇～二二頁。星野英一『民法概論I（序論・総則）』（良書普及会、一九七一年）三七頁（旧説）。五十嵐清『法学入門』（一粒社、一九七九年）八八～八九頁。同『私法入門』（有斐閣、一九九一年）三七～三八頁。
- (4) 野田良之『明治八年太政官布告第百三号第三条の『条理』についての雑感』法学協会編『法学協会百周年記念論文集第一巻』（有斐閣、一九八三年）二四三～二八〇頁。大河純夫『明治八年太政官布告第一〇三号『裁判事務心得』の成立と井上毅（一）』立命館法学二〇五・二〇六

- 号五〇六―五二六頁、同「同(二)」立命館法学二七号一―一七頁、同「同(三)」立命館法学三四号一七四―二〇七頁。
- (5) 野田・前掲注(4)二四九、二七二頁。
- (6) 大久保・前掲注(2)七三頁。川口由彦『日本近代法制史』(新世社、一九九八年)一二七頁。
- (7) 明治九年司法省達三二号(明治九年三月五日付)(内閣官報局編『法令全書 明治九年ノ2』(原書房、復刻版、一九七五年)一三八〇―三八三頁)による。
- (8) 明治十年司法省達丁七五号(明治十年十月十二日付)(内閣官報局編『法令全書 明治十年』(原書房、復刻版、一九七五年)九三六―九三八頁)による。
- (9) 大久保・前掲注(2)七二―七三頁。
- (10) 大久保・前掲注(2)七二頁。
- (11) 大久保・前掲注(2)七三頁。
- (12) 最高裁判所事務総局編『裁判所百年史』(大蔵省印刷局、一九九〇年)二二頁。個々の地方裁判所の呼称として、例えば広島の場合は「広島裁判所」であり、「広島地方裁判所」とは呼ばれなかったようである(加藤高「明治初年代、府県裁判所異聞(二)―広島県裁判所を中心として」修道法学二卷一・二号五九頁注(15)、菊山正明「明治国家の形成と司法制度」(御茶の水書房、一九九三年)二六八―二六九頁による)。
- (13) 明治九年太政官布告一一四号(明治九年九月一三日付)(内閣官報局編『法令全書 明治九年』(原書房、復刻版、一九七五年)一五五―一五六頁)による。
- (14) 明治九年太政官布告一三八号(明治九年一月八日付)(内閣官報局編『法令全書 明治九年』(原書房、復刻版、一九七五年)一七三頁)による。
- (15) 林屋礼二・石井紫郎・青山善充編『凶説 判決原本の遺産』(信山社、一九九八年)三五頁〔植田信広執筆〕。
- (16) 広島裁判所の明治一年の「第一審民事裁判言渡書綴」に収録されている他の判決書で、鳥居断三や山本昌行が担当裁判官として関与し、署名捺印しているものがあり、その印影と照らし合わせて、そのように推定できる。
- (17) 明治初期、町村制施行以前に、町村に置いて戸籍事務や町村の行政事務、公証事務を司らせた吏員。明治六年一月に「地所質入書入規則」(明治六年一月一七日太政官布告一八号)が公布された(内閣官報局編『法令全書 明治六年ノ1』(原書房、復刻版、一九七四年)一三三頁)。

これにより、占有担保の「質入」、無占有担保の「書入」とも証文に戸長の奥書割印がなければ訴えを取り上げないものとされた（地所質入書入規則九条）。また、明治八年九月には「建物書入質規則」（明治八年九月三〇日太政官布告一四八号）が制定され（内閣官報局編『法令全書 明治八年ノ1』（原書房、復刻版、一九七五年）一九〇頁）、借金（穀）または預り金（穀）返済の証拠として建物を引当にする場合には、建物の図面及び証文に戸長の奥書割印という方法による公証を受けるべきものとされた（建物書入質規則三条）。判決原本には、この戸長への「通知」の時期が明示されていないため、建物書入質規則の制定との先後関係は不明である。また、本件では、建物の建築がまだなされていない段階での「通知」なので、仮に、その時期が建物書入質規則の制定後だとしても、戸長の奥書割印という公証を申請する趣旨のものではないと思われる。公証申請の可能性があることを予め伝えたということであろうか。なお、明治初期の不動産取引における戸長による公証制度に関して、福島正夫「日本における不動産登記制度の歴史」法律時報二四卷三三〇―三三三頁、同「財産法（法体制準備期）」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1』（勁草書房、一九五八年）一〇―一〇一頁（特に三九―五二頁）、鈴木豊「明治初期の公証制度と土地担保法」名城法学一九卷三・四合併号二二七―一六四頁、藤原明久「明治前期における書入の戸長公証とフランス抵当権の登記」神戸法学雑誌五三卷三三三―三三七―三三九頁参照。

(18) 時効を意味する（草野元己）『取得時効の研究』（信山社、一九九六年）四七頁参照。

(19) 手塚豊・利光三津夫編著『民事慣例類集』（慶応義塾大学法学研究会、一九六九年）二二二―二二四頁（同書一〇五―二六六頁には、明治十年五月刊行にかかる司法省蔵版『民事慣例類集』が復刻され、収録されている）。

(20) 筆者が参照したものは、翻刻されたものであるが、繙譯局譯述『佛蘭西法律書』（上下二卷）（印書局印行、小笠原書房發兌、明治十五年繙刻、明治十六年再版）と箕作麟祥譯『佛蘭西法律書』（自由閣繙刻、明治二十年）である。内容を見ると、後者は前者を合本したもので、いずれの書物にも冒頭に、「佛蘭西法律書 例言」が記され、この「例言」の末尾に、「明治六年癸酉六月 箕作麟祥 誌」と記されている。そこで、翻刻の元となった書物は明治六年以降に刊行されたと推定されるが、西村捨也編著『明治時代法律書解題』（酒井書店、一九六八年）二四頁によれば、上記の繙譯局譯述の上下二卷本は明治八年に刊行されたものとされる。いずれにしても、本稿の検討対象とする判決が下された明治十一年より以前に、箕作訳『佛蘭西法律書』が刊行されていたわけである。

(21) 大久保・前掲注（2）七二頁。

(22) 大久保・前掲注（2）七二―七三頁。

(23) 内閣官報局編『法令全書 明治六年ノ1』（原書房、復刻版、一九七四年）四〇三頁。

- (24) CORNU (G.), *Droit civil, Introduction. Les personnes. Les biens*, 8e éd., Paris, 1997, n° 1423, p. 476.
- (25) CORNU (G.) (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Paris, 1987, pp. 738-739. xv s. 17. 山口俊夫編『フランス法辞典』(東京大学出版会、二〇〇二年) 五五―五五二頁参照。
- (26) この改正法については、岡本詔治「圍繞地通行権制度の史的展開(中)」島大法学三巻二号六六―六八頁参照。
- (27) 以下の判例の展開については、岡本・前掲注(26) 六一―六六頁参照。
- (28) Cour de Rom, 10 juill., 1850, D. 1851, 2, 244.
- (29) Cour de Douai, 23 nov., 1850, D. 1851, 2, 244.
- (30) Req., 14 nov., 1859, D. 1860, 1, 176.
- (31) Civ., 24 avr., 1867, D. 1867, 1, 227.
- (32) すなわち、「転得者は、元の売主に、転得者自身へ売った売主(「元の売主から買った買主」)が放棄した、あるいは主張することを差し控えた通行権を自己に供与するよう強制しうるか。この問題は、その部分的な譲渡が袋地状態を作り出したところの売主にとって、この通行権を得させる義務は、買主に売られた物を引き渡す売主の義務の結果であるという理由で、否定的に解決されるべきである。この引渡に付随して、買主は、売主が留保した公道に接する所有地の一部の上への通行地役権を約定し、売主はそれに同意したと見なされる。」「この引渡義務とそれに伴う黙示の合意の推定は、その一部の譲渡が袋地を生ぜしめたところの売主とその直接の買主の間のみ存在しうる。」「この通行地役権の負担を受けるべき元の売主の約束は、全く一身専属的な約束であり、彼に対して通行地役権がその付随物を成している引渡が義務づけられたところの第一の買主のためにのみ存在しえた。」「買主は、彼に対して引渡義務及び担保責任が存続する限りでのみ、通行権を要求する権能を有する。そのような権能は、第一の部分的譲渡の効果によって袋地となった物(土地)の相次ぐ買主に際限なく譲渡されえない。」「この権能は、引渡をなすべき者、あるいはその包括承継人に対してのみ行使された。特定承継人に関しては、民法六八二条の支配の下に再び戻り、償金に關してはこの条文(民法六八二条)により、この通行地役権に服する理由のある隣接地の償金の決定については、六八九条によって示された諸要件の下でのみ通行地役権を有し、あるいは、通行地役権に服する義務を負うことになる。その土地を部分的に売ることによって袋地を生ぜしめた元の売主の土地区画が最短の行程を示していないならば、その土地区画は通行権の負担を負う義務を負わされず、通行権が取得されるべきなのは、この要件が満たされる他の隣接地の上においてである。」(D. 1867, 1, 227-228, note 1 et 2.)
- (33) 野田良之「註釈学派と自由法」尾高朝雄編『法哲学講座第三巻』(有斐閣、一九五六年) 二三〇頁参照。

- (34) 大久保・前掲注(2) 六七〜六八頁。野田良之「日本における外国法の撰取 二 フランス法」伊藤正己編『岩波講座 現代法 一四 外国法と日本法』(岩波書店、一九六六年) 二〇三頁。池田真朗「自然法学者ボワソナード」法時七〇巻九号一一頁。
- (35) 西村・前掲注(20) 二二〜二四頁、三四〜四六頁、一一五〜一二八頁、二五九〜二六二頁参照。
- (36) 「美禰介」と記す書物もある(吉田祥朔『増補近世防長人名辞典』(マツノ書店、一九七六年) 一三一頁、山口県姓氏歴史人物大辞典編纂委員会編『角川日本姓氏歴史人物大辞典35 山口県』(角川書店、一九九一年) 二六八頁、宮崎十三八・安岡昭男編『幕末維新人名事典』(新人物往来社、一九九四年) 五一〇頁(富成 博執筆)、上田正昭・西澤潤一・平山郁夫・三浦朱門監修『日本人名大辞典』(講談社、二〇〇一年) 九八七頁)。しかし、進十六の山口県官吏時代の上司であった中野梧一の日記である田村貞雄校注『初代山口県令中野梧一日記』(マツノ書店、一九九五年) 六〇頁や末松謙澄『修訂防長回天史』(柏書房、一九八〇年、底本は一九二二年発行) 第四編上二〇一頁、第六編中六一七頁、下二八六頁、下三四六頁には進美禰人とあるので、こちらに従う。
- (37) 吉田・前掲注(36) 一三二頁。
- (38) 文部省編『日本教育史資料巻六』(復刻版、臨川書店、一九七〇年) 六五六〜六五九頁。ただし、笠井助治『近世藩校に於ける学統学派の研究 下』(吉川弘文館、一九七〇年) 一二七三頁は、創立年を享保四年とする。
- (39) 天保年間(一八三〇〜一八四四年)においては、漢学・国学・音楽・漢蘭医学・天文・地理・算術・筆道・礼式等の科目がおかれていたようである(笠井・前掲注(38) 一二七七頁)。
- (40) 文部省編・前掲注(38) 六七七〜六七八頁。笠井・前掲注(38) 一二七四頁。
- (41) 田中惣五郎『木戸孝允』(千倉書房、一九四一年) 五九〜六三頁。国史大辞典編集委員会編『国史大辞典第四巻』(吉川弘文館、一九八四年) 一七〇頁(遠山茂樹執筆)。
- (42) 文部省編・前掲注(38) 七五〇頁。
- (43) 末松・前掲注(36) 第六編中六一七頁。
- (44) 末松・前掲注(36) 第六編下二八六頁、下三四六頁。
- (45) 山口県編『山口県史 史料編 近代1』(山口県、二〇〇〇年) 一九八頁(『本間家文書 総記〇六二―二五―(七)』「県庁御役人付立 林勇三」(山口大学附属図書館蔵))。加藤高「明治初年、山口県聴訟課の民事裁判に関する一考察」『広島法学』二七巻二号三三頁。
- (46) 加藤・前掲注(45) 三〇〜三五頁。なお、明治六年(一八七三年)から明治九年(一八七六年)までに進が掛官として携わった民事裁判に

ついでに、加藤・前掲注(45)四七〜五一頁参照。

(47) 田村校注・前掲注(36)一四八頁、一五〇〜一五一頁(なお、校注者・田村貞雄は、「局長」とあるのは「課長」の誤りであろうと注記しているが、日記の原文通りに記述した。さらに、加藤・前掲注(45)三六〜三七頁参照。

(48) 田村校注・前掲注(36)一一八頁。

(49) 田村校注・前掲注(36)一五〇頁。

(50) 例えば、一八七四年一月一〇日付けの日記(強姦事件について進と相談)(田村校注・前掲注(36)一九〇頁)、同年一月二四日付けの日記(一八七〇年の脱隊騒動の首謀者の捜索について進と相談)(田村校注・前掲注(36)二〇四〜二〇五頁)、同年一月三二日付けの日記(地価取調に関する紛争について進と相談)(田村校注・前掲注(36)二二〇頁)等参照。

(51) 一八七四年二月七日付けの日記(佐賀の乱への対応を進ら官吏と協議)(田村校注・前掲注(36)二二七〜二二八頁)、二月一〇日、一四日、一六日付けの日記(進の広島鎮台への派遣に関する記述)(田村校注・前掲注(36)二二二〜二三三、二三七〜三二九、三三三〜三三三頁)等参照。

(52) 一八三四年生、一八七六年没。萩藩士。吉田松陰の松下村塾に学び、維新後は参議となったが新政府と意見が合わず、一八七〇年下野して帰郷し、萩の不平士族の中心となった。一八七六年一〇月、萩の乱を起こして敗れ、処刑された(田村校注・前掲注(36)三三四頁)。

(53) 一八三三年生、一八七七年没。萩藩士。吉田松陰の松下村塾に学び、維新の時期に活躍し、明治三年(一八七〇年)六月、参議となり、さらに岩倉具視の欧米巡回使節団には大久保利通と並んで全権副使として加わった。明治六年(一八七三年)七月帰国後は、文部卿、内務卿を兼務したが、台湾出兵策に反対して、明治七年(一八七四年)五月、参議及び兼官を辞任した。後に明治八年(一八七五年)三月、参議に復職するが、明治九年(一八七六年)三月、再び辞任して内閣顧問となった。西南戦争中に病没した(国史大辞典編集委員会編・前掲注(41)一七〇〜一七一頁(遠山茂樹執筆)。秦郁彦編『日本近現代人物履歴事典』(東京大学出版会、二〇〇二年)一八六頁)。

(54) 日本史籍協会編『木戸孝允日記三』(東京大学出版会、一九八五年覆刻、初版一九三三年)によれば、明治七年七月一六日の条に「十一字過より中野、伊勢、吉田等と杉助の別室に至る。前原、正木、進、勝間田等と會し時事を談し小酌せり」(注―句読点は筆者。以下同様)(日本史籍協会編・前掲『木戸孝允日記三』五七頁)とあり、同年八月一日の条には「雨。勝間田、進、都野來話。一字頃より木梨に至る。正木、馬木、井上、進等來會。十字歸寓」(同六三頁)、八月八日の条には「三字後杉山荘に至り十一字過歸寓。于時大雨暴風。今夕來會するもの、野村、木梨、吉田、正木、藤田、進等なり」(同六四〜六五頁)と記されているように、この頃の木戸孝允日記には、たびたび進が登

場し、木戸と会っている様子が描かれている。

- (55) 日本史籍協会編『司法省日誌十九』（東京大学出版会、一九八五年）二八二頁（司法省日誌明治九年第三十九号）。加藤高「明治前期、司法官任用制の二断面―明治十年、広島裁判所の場合―」修道法学三三卷二号二四五頁。

- (56) 寺岡寿一編『明治初期の官員録・職員録第三卷』（寺岡書洞、一九七七年）二二八頁、三七六頁。
(57) 加藤・前掲注（45）三三頁。

- (58) 国際日本文化研究センター（<http://www.nichibun.ac.jp>）の民事判決原本データベースを用い、「進十六」のキーワード検索をした結果による。簿冊番号20000025、簿冊内番号0025、事件番号一八七九年第〇〇四四六号、裁判年月日…一八七九年一月（日不明）、判決裁判所…大阪上等級裁判所。なお、このデータベースは現在データの蓄積・更新作業が継続中であり、本稿で用いた検索結果は二〇〇四年五月一八日現在のものであることをお断りしておく。以下いちいち断り書きをしないが、本稿で参照した国際日本文化研究センターの民事判決原本データベースの検索結果については全て同様である。

- (59) 加藤・前掲注（45）三三頁。

- (60) 寺岡寿一編『明治初期の官員録・職員録第四卷』（寺岡書洞、一九七九年）三七〇頁。

- (61) 加藤・前掲注（45）三三頁によれば、明治十五年九月二〇日に判事に転じたこととされ、国際日本文化研究センター（<http://www.nichibun.ac.jp>）の民事判決原本データベースを用い、「進十六」のキーワード検索をすると、明治十五年一月（判決日不明）から明治十六年一月一日までに大坂控訴裁判所判事として進が関与した判決を検索することができる。

- (62) 最高裁判所事務総局編・前掲注（12）二三頁。司法省編『司法沿革誌』（原書房、一九七九年復刻、原本一九三九年）五七―六八頁。
(63) <http://www.nichibun.ac.jp>

- (64) 福岡始審裁判所長の在任期間は、明治十六年一月一八日～明治二〇年一月二五日である（司法省編・前掲注（62）七五八頁）。

- (65) 国際日本文化研究センター（<http://www.nichibun.ac.jp>）・民事判決原本データベースで「進十六」のキーワード検索を行った結果による。これによって進十六が関与した裁判の年月日を検索することができるのであるが、その年月日は明治二〇年（一八八七年）九月一七日から明治二十二年（一八八八年）一〇月二〇日までの範囲に及んでおり、少なくともその期間は、東京控訴院評定官の地位にあったと推定できる。しかし、そうだとすると、前掲注（64）に掲げた福岡始審裁判所長の在任期間と一部重複することになる。併任がありえたのか、あるいはいずれかの記述が間違っているのかは不明である。

- (66) 最高裁判所事務総局編・前掲注(12)二四頁。司法省編・前掲注(62)九九〜一〇〇頁。
- (67) 国際日本文化研究センター (<http://www.nichibun.ac.jp>)・民事判決原本データベースで「進十六」のキーワード検索を行った結果による。
- (68) 大久保泰甫・高橋良彰『ボワソナード民法典の編纂』(雄松堂出版、一九九九年)一五三〜一五四頁参照。
- (69) 大久保・高橋・前掲注(68)一四四〜一六五頁、二五九〜二六二頁参照。
- (70) 司法省編・前掲注(62)六九頁。
- (71) 国際日本文化研究センター (<http://www.nichibun.ac.jp>)・民事判決原本データベースで「進十六」のキーワード検索を行うと、進が行政裁判所評定官として関与した判決の年月日は明治二四年二月二七日から明治二四年二月二八日に至っている。
- (72) 美濃部達吉『行政裁判法』(千倉書房、一九二九年)三九頁。最高裁判所事務総局編・前掲注(12)八四頁。
- (73) 内閣官報局編『法令全書 明治二十三年ノ2』(原書房、復刻版、一九七八年)二五二頁。
- (74) 一八三四年生まれ、一八九六年没。長州藩士。京都府知事、元老院議員、貴族院議員等を歴任した(臼井勝美・高村直助・鳥海靖・由井正臣編『日本近現代人名辞典』(吉川弘文館、二〇〇一年)九五九〜九六〇頁(石塚裕道執筆)参照)。行政裁判所長官の在職中に死去した(『行政裁判所編』『行政裁判所五十年史』(一九四一年初版、一九九二年復刻版)二二頁)。
- (75) 行政裁判所編・前掲注(74)二二頁による。
- (76) 一八四六年生まれ、一八九七年没。本稿の冒頭で紹介したように、フランスの諸法律を多数翻訳紹介し、また諸法典の編纂委員を務めた。元老院議員、貴族院議員、和仏法律学校校長等を歴任した(臼井・高村・鳥海・由井編・前掲注(74)一〇一七頁(田崎哲郎執筆)参照)。
- (77) 横村正直の後を継いで行政裁判所長官となったが、就任一年半後、長官在職中に死去した(『行政裁判所編』前掲注(74)二二頁)。
- (78) 一八四九年生まれ、一九二五年没。明治三九年(一九〇六年)一月から大正二年(一九一三年)六月まで行政裁判所長官を務めた(『行政裁判所編』前掲注(74)二二頁。法制局部長、貴族院議員等を歴任した(上田・西澤・平山・三浦監修・前掲注(36)二〇〇二頁)。
- 一八四五年生まれ、一九三三年没。土佐藩士。熊本裁判所長(明治九年(一八七六年)〜明治十一年(一八七八年))。司法省編・前掲注(62)七六頁、神戸裁判所長(明治十二年(一八七九年)〜明治十四年(一八八一年))。司法省編・前掲注(62)六五六頁、司法省民事局長(明治十九年(一八八六年)〜明治二〇年(一八八七年))。司法省編・前掲注(62)五六九頁、大審院民事第一局長(明治二〇年(一八八七年)〜明治二十四年(二八九一年))。司法省編・前掲注(62)五七六頁、東京控訴院長(明治二十四年(二八九一年)〜明治二十九年(二八九六年))。司法省編・前掲注(62)五八七頁、大審

- 院長（明治二九年（一八九六年）～明治三九年（一九〇六年）。司法省編・前掲注（62）五七七頁）等を歴任した（上田・西澤・平山・三浦監修・前掲注（36）一四二―四頁参照）。
- （79） 一八四三年生まれ、一九二二年没。鹿児島県令、同知事、滋賀県知事、北海道庁長官、貴族院議員、京都府知事、枢密顧問官等を歴任し、明治四三年（一九一〇年）四月～大正三年（一九一四年）四月、宮内大臣を務めた（臼井・高村・鳥海・由井編・前掲注（74）一一七八頁（佐々木隆執筆）参照）。
- （80） 国際日本文化研究センター（<http://www.nichibun.ac.jp>）・民事判決原本データベースで「進十六」のキーワード検索を行うと、進が関与した裁判の合議体をなす他の裁判官の中に以上のような人名が見出される。
- 大久保・高橋・前掲注（68）一四四～一四七頁、一五八～一六二頁。
- （81） 一八六二年生まれ、一九一九年没。最初動物学を学ぶが、近視のため歴史学に転じた。高等師範学校教授、第一高等中学校教授、東京帝国大学教授を歴任し、主にフランス革命史、ナポレオン時代史を専攻した。主著…『西洋史講話』（一九一〇年）、『フランス大革命史（前・後篇）』（一九一九年、一九二〇年）。（臼井・高村・鳥海・由井編・前掲注（74）一〇一―一〇六頁（成瀬治執筆）、上田・西澤・平山・三浦監修・前掲注（36）一八二―八頁、木村岩治『洋学者箕作阮甫とその一族』（日本文教出版、一九九四年）一五三～一五九頁参照）。
- （82） 木村・前掲注（82）一〇五頁、一五六頁。『大正人名辞典Ⅱ下巻』（日本図書センター、一九八九年、底本…猪野三郎編『大衆人事録 昭和三年版』（帝国秘密探偵社、一九二七年）八六頁（進経太）の項）。
- 美濃部・前掲注（72）四四頁。
- （83） 吉田・前掲注（36）一三一頁。
- （84） 寺岡・前掲注（56）六一頁参照。
- （85） 寺岡寿一編『明治初期の官員録・職員録第二卷』（寺岡書洞、一九七七年、一九八〇年改訂）二五八頁。
- （86） 寺岡・前掲注（87）三五九頁。
- （87） 寺岡・前掲注（87）三五九頁。
- （88） 寺岡・前掲注（56）六一頁。
- （89） 寺岡・前掲注（56）二二二頁。
- （90） 寺岡・前掲注（60）三二二頁。
- （91） 寺岡・前掲注（60）五〇五頁。
- （92）

- (93) 寺岡寿一編『明治初期の官員録・職員録第六卷』（寺岡書洞、一九八一年）一五六頁。
- (94) 寺岡・前掲注(93)三九五頁。
- (95) 国際日本文化研究センター (<http://www.nichibun.ac.jp>) の民事判決原本データベースを用いて「水村遜」のキーワード検索をした結果による。
- (96) 楠精一郎『明治立憲制と司法官』（慶応通信、一九八九年）二五九頁（明治三年一月一日付官報四六六号）。同書によれば、水村遜に対する退職命令は老朽司法官淘汰処分によるものとされる（楠・前掲書二五三～二六一頁参照）。
- (97) 寺岡・前掲注(56)二三三頁。『第十二版人事興信録下巻』（人事興信所、一九三九年）ナ一八七頁（「南條壽」の項）。
- (98) 寺岡・前掲注(56)二三三頁。
- (99) 寺岡・前掲注(56)五二八頁。
- (100) 寺岡・前掲注(60)五二二頁。
- (101) 寺岡寿一編『明治初期の官員録・職員録第五卷』（寺岡書洞、一九八〇年）一四二頁。
- (102) 寺岡・前掲注(93)一六四頁。
- (103) 寺岡・前掲注(93)四〇四頁。
- (104) 楠・前掲注(96)二六〇頁。同書によれば、南條持一に対するこの退職命令も老朽司法官淘汰処分によるものとされる（楠・前掲書二五三～二六一頁参照）。
- (105) 伊藤孝夫「裁判文書の史料学のために」林屋礼一・石井紫郎・青山善充編『明治前期の法と裁判』（信山社、二〇〇三年）一一七～一二五頁（特に二一九～二三三頁）。
- (106) 寺岡・前掲注(60)一四四頁。『第十二版人事興信録下巻』（人事興信所、一九三九年）ト七七頁（鳥居百三二の項）。
- (107) 新潟県立文書館 (<http://www.lanet.gr.jp/npa/index.html>) 所蔵の旧佐渡支庁文書による。同文書には鳥居断三が差出人又は宛て名となっている文書が複数含まれており、そのうち最も日付の古いものはNo.386の「管下人民海漁渡世之義につき御報せ」（明治五年一〇月二七日付）で差出人は鈴木重嶺、宛て名は「柏崎県参事鳥居断三」となっており、最も日付の新しいものはNo.386の「管内海漁渡世之義につき同書」（明治六年一〇月一七日付）で差出人は「柏崎県参事鳥居断三」、宛て名は「相川県令参事」となっている。従って、本文に示した期間を超えて柏崎県参事に在任した可能性も当然ある。

- (108) 明治前期大審院民事判決録刊行会編『明治前期大審院民事判決録1』（三和書房、一九五七年）の判決索引四〇五頁によれば、この時期に鳥居断三が大審院判事として関与した裁判の中で最も日付けの古いものは、明治九年一〇月一六日付の判決で、最も日付けの新しいものは明治十年一月二六日付の判決である。従って、本文に示した期間を超えて大審院判事に在任した可能性も当然ある。
- (109) 大判明治九年一〇月一六日明治前期大審院民事判決録刊行会編『明治前期大審院民事判決録1』五一頁。
- (110) 明治前期大審院民事判決録刊行会編『明治前期大審院民事判決録1』五三頁。
- (111) なお、この判決について、大河純夫「民法四二〇条前史―過怠約款に関する明治前期大審院裁判例の推移―」立命館法学二八六号四四一―四四二頁参照。
- (112) 司法省編・前掲注(62)七二〇頁。
- (113) 国際日本文化研究センター (<http://www.nichibun.ac.jp>) の民事判決原本データベースを用いて「鳥居断三」のキーワード検索をした結果によれば、熊本裁判所管内山鹿区裁判所の一八八一年（明治一四年）五月二七日付け「判文」（簿冊番号50560007、簿冊内番号0133）に鳥居断三は判事として署名している。
- (114) 国際日本文化研究センター (<http://www.nichibun.ac.jp>) の民事判決原本データベースを用いて「鳥居断三」のキーワード検索をした結果によれば、大審院の一八八一年（明治一四年）六月八日付け「判文」（簿冊番号50560007、簿冊内番号0142）に鳥居断三は判事として署名している。さらに、寺岡・前掲注(60)三〇七頁、四九七頁。寺岡・前掲注(101)一二五頁、三三二頁。
- (115) 司法省編・前掲注(62)五九一頁。
- (116) 国際日本文化研究センター (<http://www.nichibun.ac.jp>) の民事判決原本データベースを用いて「鳥居断三」のキーワード検索をした結果による。
- (117) 寺岡・前掲注(87)三五八頁。
- (118) 寺岡寿一編『明治初期の官員録・職員録第一巻』（寺岡書洞、一九七六年、一九七九年改訂第二刷）四二七頁。
- (119) 寺岡・前掲注(87)二五五頁。
- (120) 寺岡・前掲注(87)三五八頁。
- (121) 寺岡・前掲注(87)四八〇頁。
- (122) 国際日本文化研究センター (<http://www.nichibun.ac.jp>) の民事判決原本データベースを用いて「山本昌行」のキーワード検索をした結果に

よる。なお、寺岡・前掲注(56) 一三三頁参照。

(123) 寺岡・前掲注(56) 二二八頁。

(124) 寺岡・前掲注(56) 五二五頁。

(125) 寺岡・前掲注(60) 一三八頁。

(126) 寺岡・前掲注(60) 三二一頁。

(127) 国際日本文化研究センター(<http://www.richibun.ac.jp>)の民事判決原本データベースを用いて「山本昌行」のキーワード検索をした結果による。

(128) 国際日本文化研究センター(<http://www.richibun.ac.jp>)の民事判決原本データベースを用いて「山本昌行」のキーワード検索をした結果による。

(129) 明治前期大審院民事判決録刊行会編『明治前期大審院民事判決録9』判決索引三二二五頁、明治前期大審院民事判決録刊行会編『明治前期大審院民事判決録10』判決索引三頁参照。

(130) 司法省編・前掲注(62) 六五四頁。

(131) 司法省編・前掲注(62) 六五二頁。

(132) 司法省編・前掲注(62) 八一五頁。

(133) 楠・前掲注(96) 一七七頁。同書によれば、山本昌行に対するこの退職命令も老朽司法官淘汰処分によるものとされる(楠・前掲書一六七―一八一頁参照)。

(134) 手塚豊『明治法学教育史の研究』(慶応通信、一九八八年)には司法省明法寮、司法省法学校の生徒の名簿が掲載されているが、その名簿には本文で紹介した広島裁判所の裁判官は含まれていない。

〔付記〕 本稿は、文部科学省科学研究費補助金の交付を受けた共同研究(基盤研究(C)(2))「中国地方における明治前半期の裁判諸制度の形成過程と裁判官任免制度の整備過程の研究」(研究代表者：紺谷浩司・西南学院大学教授)の成果の一部をなすものである。

明治前期の広島裁判所における条理裁判とフランス民法
— 圏外地通行権に関する裁判例を素材として —

本稿の執筆のため、国際日本文化研究センター・民事判決原本データベースを利用した。