

也。其譯ハ、我十七歳の時に或大徳の和尚にまミえて申しましたハ、一代放心をせず、眞の學問を心安く御さとし玉ハれと願ひしかバ、和尚の申玉ひしハ、只かんにんいたさるべし、忍の徳たること、持戒苦行も不及と佛の玉ひぬ。又此爰を娑婆世界といふ。娑婆の翻譯ハかんにんといふことにて、兎角世界ハかんにん也。娑婆即淨土といふも、堪忍すればそれがすぐに、極樂也と申事也。堪忍とて腹のたつをのミ、かんにんする許りじやない。欲の貪り度も堪忍、色欲もつよく堪忍、酒食の過るも堪忍いたし、いかり・はら立・短氣・りん氣ハ元より堪忍。朝の寝む度も堪忍して起、疾治のすへとむなきも堪忍してすへ、家業にうとく遊び度も堪忍いたし、學びごとの怠り易く、うミつかるゝも堪忍して守るべし。かくの如く堪忍を主とするが、是放心をせぬ術にて、すぐ是が敬以て内を直くし、外不義にいたらぬ近捷也。又汝にあたふるの良藥あり、是を生涯吞ミ得バ、長命富貴子孫榮ふべし。其妙藥といふハ、外にもあらぬ堪忍丸也。此良藥ハ則かんにん大明神の神方なれば、日々夜々にかんにん大明神と唱へて、堪忍丸と息を吞込み、禮にあらざればかんにんして言す。禮にあらざれば堪忍して見すきかず。禮にあらずんば堪忍して動ず。己に克のかんにんをつよくして、生涯此良藥のかんにん丸を寸陰も不怠用るが、是眞實生て働く學問にて、放心を求るなりとさとし玉ひしことぞ。世にありがたき、此老年に至りても守り不怠の御影なりと語られしなん(註三)と。實に堪忍の意義と效用とを説いて餘蘊なきものと謂ひ得るであらう。そして、この種の講論が寄場人足たちの心を捉へたであらうことも亦想察するに難くない。

義堂は更に轉じて寄場人足たちの身の上に及び、彼等の果報なる境遇に置かれて居ることを反省し、仍つて以て速に善心に立ち還らねばならぬことを切言した。曰く『果報者なるはおのゝがたの今の身の上也。それをいかにと申にハ、此大勢の中にハ親にも捨られ、主人にも捨られ、一家一門にもすてられ、懸意朋友にも見捨られし人もあるべし。又世の人のいやがつて見向もやらぬ不實・氣まま・不正直・不孝・不忠の難病大病の、人をあざむき・短氣邪見・放逸酒食といふ難病大病の人もあるべきに、恐多も難有も勿體なくも、御慈悲廣大の御上ハ、民の父母たる御仁徳にてひろひとり、食事ハ勿論、時々御衣服を玉ハリ、手業の賃錢・日庸錢迄下し玉ハるのミ歟、孝悌忠信に其過をあらため、生涯の身をおさむべき道をきかせ、よき志に至らしめ、人の人たるよき男に成長いたさせんとの大慈大悲の御恩澤の乳ぶさをふくめ玉ハせ玉ふの御惠ミ、申も中々恐れ多し。又乍恐御奉行様始め、御役人様方ハ、おのゝがたをよくそだて、よき人に成長させんとの日夜撫育にかつて、たらしつ、すかしつ、おしへさとし玉ふの御苦勞御心配、おのゝがたの御存知の通りでござる。』そして世に『這へたて、立てバあゆめと老が身の我身に つのる年をわすれて』といふ歌があるが『此道歌の如く、御役所はをのゝがたの少しづゝにて

も志のよくなるるゝを樂ミ、何卒早くよき人がらに成長をいたさんと、日夜の御苦勞・千辛萬苦、我身につもる年も齡もわすれて、一日なりとも早く善心にして、故郷の父母主人妻子兄弟一門一屬の常になしミなげく地獄をバ、一子出家すれば九屬天に生すと、おのゝがたをよき人になし、極樂へやつてやり度との菩薩の御慈悲、所詮言にのべがたし。ありがたくもかゝる御役所へ拾れ來りし其果報、かぎりなき上運のおのゝなれども、惡しきに近より、惡しきあしきと知らずして其惡しきをさげざる故に、惡も不孤、だんゝあしき友や、あしきことのみ増長鄰して、貧乏神の末社となり、人にハきらわれ、世の中に捨てられ子となられしも、何んぞ先祖の積善か、祖父祖母歟・父母の陰徳かの餘慶にて、かゝる御役所といふ福神の御加護にあづかり玉ふハ、世にも果報な至極でござる。人ハ只一念の心得覺悟にて、西へ行も東へ行も、門口を出て西向か又東向かの一足一念なれば、過つて改むるにはぞかることなく、あらためて善にすゝ玉へ〔註四〕。されば、御上の御仁慈にも父母の恩にも酬ゆる所以であるといふのである。その言切々、よく囚人を鞭撻してその心に銘せしむるものがあつたであらう。

次に、義堂はまた足るを知つて天命に安むせよといふことを説いた。これも亦もとより人の罪に陥るを防ぐ上において大切な事柄である『むかし都に、ありがたし吉兵衛と異名せる親父ありたるが、常に足る事を知り天命に安んじ、唯何事もありがたし』とよろこび、世をのどかに

らしぬ。夏の日人來て、扱てゝけふハあつき日なりと申せば、吉兵衛答て、あつき時ハあつきがありがたし、寒き時ハ寒きがありがたしと申て、一人よろこびぬ。又貴さまは、貧乏人にて不自由ならんと申せば、美食や女食もせぬ故にかく長命なり。ありがたし』との三申されたる。或時外へまいりしが、其歸りさまにま口の柱にて、おもハす首頭をくハんと打しが、其まゝにありがたし』と申したれば、傍の人々肝をつぶし、吉兵衛どのありがたきも事による、いたしはせぬかと尋ねたれば、吉兵衛顔をしかめ、扱てゝいたや、ありがたや、いたありがたや』と申したるに、人々申したるハ、いたますバありがたかるべきに、其いたむが、ありがたしとはいかにと問ひしかバ、吉兵衛申しけるハ、さればのこと候、此いたむが誠にありがたき所也。其譯ハ、只今かしらを打し時に、あたまくだけ命なくバ、痛むことハあるまじきに、命もあたまくは無事なればこそいたむなれば、あゝありがたし』と申されたるを、此家の隱居學者なりしが、是を聞て感心いたし、扱も』ありがたや、今ぞさとりを開きたり、我とかく世の世話多く、うきこと、つらきことに度々あひて、心のいたまぬ間もなく、扱も』くるしきことと世をいとひしが、此心をいたむるも命があればこそとせば、ありがたし』と、此吉兵衛が徳ハ不孤、隣して大安樂にいたられしとかや。をの』がたも足ることを知り、かりにも』不足の心を生じられなよ』〔註五〕と結んで居る。この足るを知りて天命に安むするといふことも、結局は堪忍

と相通するものであつて、すべてに就き堪忍するならば不當な慾望を起さないばかりでなく、更に積極的にその日々の生活を感謝感激を以て送り、報本反始の誠を致し得るわけであるから、本心に立歸り善心に還らせるに最も効果ある論であつた。

さて、足るを知るの心が無ければ、不足の心が起り恩を忘れるに至ることも必定である。「誠に不足が出るならば、是ハ元來ありがた過るからなりと、我身のうへに立かへるべし。何角に付て人ハ三足、我身に立かへるのかんにんと、唯々足ることを知るが肝心肝要でござる。實に不足の起るは、偏にみなありがた過るからに違ハござらぬ。前方愚老が知りし男三人連にて江州へ參りしが、道路にて三人共に空腹になり、一同にかたりしが、懷中せし田螺たしの干したを出し、是をしどみよう」と一里斗り行きし所に、世にも荒たる藁屋に、一せんめしと書てあるを見てよろこび、大にちからを得、走り入り、老女に向ひ茶菜も何にもいらぬ、早く一膳出されよと急いで申したれば、老女の申たるハ、御飯ハ唯今たきかけてひまのいるなり、又ありあはずは昨日の冷飯なりと答へたるに三人とも口をそろへ、昨日のひやめしにても一昨日のにても又二か月三が月前の飯にてもくるしからず、早くも早くも玉るべし、すでに命もかたふきぬと、ぬるき茶にて冷飯一膳しよくせし、むまミ生涯に覺へすとなん。然るに人の心ハおかしきものにて、田螺をくらひし時にハ何の不足ハ出ねども、一ばいくふて、一ばいだけはらがふくるれば、早一ばいだ

けの不足が出て、これハ老女、餘りハ茶がぬるい、せめて豆腐にてもなきかと不足をいひ、又二盃くへば二盃だけの腹がふくれ、これ老女、爰ハ湖水に近いに、うなぎでもありそふなものじや、扱もくたしなミのわるいことじやとて不足を申し、又三杯くへば三盃だけの不足が出て江州米と申すのに何と此家の米ハわるいじやないか、これのう、まだめしはたけぬかと不足をいひ、四盃くへば四ばい目にハ、のう某殿、此めしはおかしい米じや、くふに順ひ腹がふくるよふなど不足を申し、五ばい目にハ、私が今一里半ゆけバ、よひ料理する茶屋があるに、埒もなひ、全體貴様が食急ぎいたさるゝからなりと不足をいひ、六盃目にハ、これ某氏、まう此椀や膳の元もと、むさくきたなきことはどふしたものでじや、神代からの所持かも知れぬ、などと悪口をいひ、七盃目にハ、その膳椀のむさよりハ、私ハあの老女の色の黒いと、しわの多い顔と、衣服の垢づけるを見れば、心もむさくして胸が一ばいになり、腹がふくれて、もう一と口も食がすまぬなどの不足。其筈じや、七ばいの八ばいのとくふことハ忘れての不足も、皆々腹がふくれ、難儀のなきから起り、ありがた過るからの事なれば、おのハがたも大病の捨子の譬をかりにもわすれ玉ふな』(註六)。實に巧妙なる講論である。

何人もこの世に生れては五つの恩がある。それは天地・神儒佛の御加護、御代の御仁惠、主君、先祖父母の餘光、であつて、これを重々ありがたく思ひ、寢ても覺めても片時も忘れず、毎

日三度／＼の食事の節、膳に向つて箸をとりあげる時に、食より先にこの五つの御恩を味ひて、身を慎しむの誠があれば、この徳孤ならずして必ず子孫繁昌するものである。仍つて、いつも講釋の終りに讀み奉る御高札の大略を謹むで拜聽せよとて、義堂は、

- 一 親子兄弟夫婦を始め諸親類にしたしく、下人等に至る迄是をあはれむべし、主人ある輩ハ銘々其奉公に精を出すべき事、
- 一 家業を專にし怠る事なく、萬事其分限にすぐべからざる事、
- 一 偽をなし無理をいひ、總而人の害になるべきことをすべからざる事、
- 一 博奕の類一切禁制の事、

を讀み上げ御仁慈廣大の徳化に浴し、『其過ちをあらため善にうつり、誠に至り玉へと願ふことにござる』(註七)、と強調して語を結んで居る。

次に、第二篇において説くところは『子曰、射有似乎君子、失諸正鵠、反求諸其身』を主題とせるものであつて、義堂はその劈頭にこれを註釋して『子曰とハ、毎々申上る孔子の仰せらるゝにハ、世の人たるものハ、何事も己が身に立かへり見ることを知らずして、皆外に求むる故に其身をあやまつ者なり。然るに、君子と申て、人の人たる聖人や賢者ハ、皆我身に立かへり見玉

ふて外にもとめ玉はぬ故に、自らよく身を治め玉ふことにござる。其君子の行ハ、てうど弓を射るによく似たもののござります。其正鵠とハ、的の真中黒星のことにて、譬へば弓を射る人が的の黒星をねらふて其矢を放ちました時に、其正鵠にあらず、ねらひをはずしましても、是ハ的がわるひの、むかふのあづちがわるいのおもふハなく、偏に是ハ皆我射前の未熟也、我身の弓術にうとき故也と、いよ／＼我身に立かへり、我射前を正しくせんことを願ひ、其身にもとむるが如く、世の子たるもの、親の心になはざるハ、親の的のそのよしあしを見ず、我孝行の射前のしからざる也と其身にもとめ、家來たる人ハ、御主人の御心的になはざるは主人のあしきにあらず、我忠義の射前の全からざる也と我身にもとめ、妻たる人、弟たる人、夫や兄の心にあらずる時は、夫や兄の的のよしあしを見ず、皆我つとむる道の射前のたらざる也と、君臣父子夫婦兄弟とも皆其身にもとめ、我身に立かへれば、我も安く人も和し、世にいはいゆる安樂世界でござります』(註八)から、かくの如く、みづから反省すべきことを寄場人足に對しては『おそれ多もありがたくも、廣大の御慈悲御恵にて各方へ衣食を玉ふのうへに、人の道をきかしめ玉ふ。さて元來放心心迷ひの心をさとし、誠に至るの射前を正し、故郷の父母への孝的、主人への忠的的をねらひはづさぬやうにして、身を治め家をたつべきの御憐愍 御高恩、所詮言の葉につきせぬことにござる』(註九)が故に、寄場人足たるもの、一日も早く改心して善人に化し、以て人の道

を踏み外さぬやうにせよと謂ふのである。

續いて義堂は、人は妙なものであつて、自分が人に與へたる恩は忘れないが、人から受けたる恩はすぐ忘れてしまふ。それではならぬ。人の人たる所以は恩を忘れぬことではなければならぬことを説いた。『只今も申上る如く有難き廣大の御仁惠を寢たまもわすれ玉ふなよ。くれぐれ御冥加をおもひ玉へよや。世の人すべておかしきものにて、わすれてもよき我人に恩を着せたることハ生涯わすれずに、我人に恩をきたる事ハ、忽にわするゝこととござる。是皆、元ハ我心の射前が大に狂から、其わするまじきの的を失し、其わすれてもよきことハわすれぬの矢があたる』ためである(註一〇)。しかしながら『我恩儀をわすれるバ、子孫從類皆又恩儀をわするゝ也。麥のたねハ麥より外ハ出來ず、茄子のつるにハ瓜も出來ず。故に我親の恩をわすれざれば、自ら子孫又孝也。我君の恩をわすれねば、又我家來自ら忠也。』(註一一)であるから、如何なることがあつても人から受けたる恩を忘るべきでない。まことに、

すてられしうきをわすれてわすれなよたのミしふかき君がめぐミを

である(註一二)。されば寄場人足たる者は、よろしく御上の廣大なる御恩を忘れず、惡念を捨て、『一念一步を善にふりむけ、本心の射前正しく、其廣大の御慈悲の正鵠を失はず、萬事皆々其身に立かへり求め玉へと申儀でござります』(註一三)と説くのであり、また『本心の射前が正しけれ

バ、事々物々己が身に求めかへるゆへに、本心の正鵠、天道の黒星を失さぬこととござりますから、各方も偏にありがたき廣大之御仁惠、廣大の御恩澤を尊ミ、又かゝるありがたき堯舜の時に生れ出しも、偏に天地神儒佛の御恩也と尊ミて、毎々申三度〳〵の食事の節に、膳にむかひ箸をとり玉ふ時に、まづ〳〵食物のあちはひよりも、此五ツの御恩を深くありがたく味ハひて、『箸とらバ天地御代の御惠、主君や父母の御恩あちはへ』と三度となへて、くれぐれ御恩を知る事とござります。恩を知るものハ榮へ、恩を知らざるものハほろぶるなれば、此御恩を知るの射前をうしなはざる時ハ、をの〳〵道の正鵠に失れぬ也と心得て、人間萬事只々其身にかへり見求め玉へよ』(註一四)とも強調するのであつた。要するに、恩を忘るべからずといふことが第二篇において最も強く説くところである。

最後の第三篇の主題は『子曰、里仁^ハ爲^ハ美^ニ、擇^ハ不^レ處^レ仁^ニ焉^ハ得^レ知^ル』となつて居り、元來、人の性は善であるけれども、我れと我が知をくらし、我れと我が身をよこしまに陥るのである。そのよこしま、人欲に陥る元は、その惡しき所に寄り、その惡しき友に身を任せ、仁者人をきらひ、よき邑里に處らず、よき仁に親しまざるより起ることである(註一五)。しかも世人は、善と惡とは明白に知つて居りながらも、その善を用ひ、惡を退くること能はずして、是は是と知り

てもこの是を行はず、また忠信孝悌隱德堪忍、身を慎むと養生等はこの上もなき善事であり身のためであると知りつつも、これを爲すの力を致さず、金言は身の良薬とは誰も知れども兎角耳に入らぬ。これに反し、酒色・名利・奢り・りんしよく・我慢・邪見・無慈悲・放埒・佞曲・遊興などは、これ皆わが身の滅亡と知らぬものはないけれども、ただこの道には流れ入り易く、貴きも賤しきも、賢きも愚かなるも、富家も貧家も、女子も男子も、智者も愚者も、博識も文盲も、世に恐ろしきは『りん氣、しつと、偏執、そねミ、ねたむ心の惡念ハ、忽ち我身も人もほろぼすのミカ、未來永々地獄に入りて、永劫うかミ出ることなしと、佛も深く此偏執しつと、りんきの惡念罪業をいましめ玉ふ御教ハ誰も知りて、よろしからず、あしき事とハよく知れど、かなしきかな、世の男女貴賤貧富老若智愚ともに、唯人のよきことあるハ、腹の底におかしくねたミ、又人のあしきことあるときハ、心の底におもしろき氣味ありて、表向の口と心の違ふこと、いかなる不仁不實にてかゝる世にかなしく人の恥べき最第一』である。で、かくの如きは要するに『皆是我本知のくらきよりなす所なれば、偏に里の仁なるに身を居り、よき人のをしへに順ひ、君子賢友の芝蘭しらんの室に入れば、我もしらすかうばしき知をミがき得て明らかなれば、君を君として父を父とし、子ハ子たり臣は臣たる位に素し、飛鳥飛んで至り、魚ハ淵におどり、柳はみどり花ハくれなゐ、天然自然、我作意も私知もいらす、生死・禍福・貧富の境にとどまらず、安樂安心に

仁の廣居に至りまするも、學ばずしてハいたられぬことなれば、只々學問し玉ふべし』であるが、しかしながら『其學問の肝要ハ、里ハ仁なるをよしとす。擇不處仁、焉得知と孔子夫の仰玉ふ御事』であるのである(註一六)。

ところで、仁に至るには人は常に修養を怠つてはならぬ。換言すれば學問をする必要があるが、その爲めには光陰を惜しむ心掛が大切であり、徒らにこれを空費するならば、後になつて後誨するとも及ばない。義堂はこれを詳説して言ふには、人は何事も我が身に立かへり見ることが心學の肝要であつて、三教の道も亦ここに止まる。しかし、その我が身にかへりみることは出來難く、皆人のよしあしのみ眼をつけて、無益に光陰を今日も學ばずしては過ごし、老ひに至り悔むのは、これ果して誰の過ちであらうか。昔、支那の禹王は寸陰を惜しみ、また晋の陶侃は禹王すら寸陰を惜しむのであるから我輩は、分陰を惜しむといつて、寢食の間も我が勤めを怠らず勵み忠精であつたといふことである。況んや世の人は今日を空しく過ごしてはならぬ。自分の友人某は常に人に語りて、世の中に金子を心なく遣ひつる程の無益なることはないけれども、しかしながら、この金銀は我が遣へば人が得る、人が遣へば誰が得ると、必竟世界のものが世界にありて持主の出入、盛衰のみに止まるけれども、まことに眞實の無益、世の中の費えといふことの第一は、たゞうか／＼と空しく光陰時日に移すことである、この光陰は我が空しく過ごした

からとて人に利益を齎らすものでもなく、また人が空しく過ごせばとて我が爲めの益にもならず、まことの無益にすぎず光陰が世界にまわり通用してよきにもあらず、われ一と時むなしく過ごせば、一と時だけわが年がより、われ一日空しく過ごす間には一日だけの壽命が減り、壯士たちまち白頭に至ること矢の如くである、然れば世の中に無益なる費えの第一はといへば、ただうか／＼と光陰をすごすことである。又この光陰を大切に寸の間も分の間も油断なく本分をはげみ怠らねば、一生涯その望むほどの願ひを成就せざるといふことなく、高名にも富貴にも博學にも、篤行にも悟道發明にも、忠信孝悌みづからを脩め家を齊へ、子孫を起し榮ふるも、ただ光陰の用ひやうと用ひざるに依るのである。光陰を以て我が身を立てるも、また生涯ろく／＼として犬馬と同じく、老に至るもたゞ一念の毫理の違ひが千里の過ちとなるも、人はたゞよき人の教えを聞き、よき人の里は仁なるに居らすんば、いづくんぞ我が知恵くらくして世に貴き光陰を怠り、後悔するもその甲斐なかるべしである(註一七)。

最後に、義堂は君に忠・父母に孝なるべきことを繰り返して強調して、しかして本書の語を結び、この有難き御代に生れた者は御上の御恩恵を仰ぎ尊み、三教の道を學び、三度々々の食事ごとに膳に向ひ箸をとり上げるときには報本反始の誠を致せよと説き、例に依つて高札の文を讀み上げて居る(註一八)。

私は以上によつて脇坂義堂が寄場人足たちに對してなしたる心學道話の概要を紹述し來つたのであるが、その所説を一言の下に要約するならば、人足たちはすべからず己れを知り、慾を張らず、堪忍の生活を送ると共に、御上の御仁恵を常に念頭に置き、父母の恩を忘れず、交友を撰び、仍つて以て一日も早く本心に立ち還つて善人となり、國恩に奉謝すべく心掛けよ、といふことに歸着するのである。これを石田梅巖の所説などに比較すると、いささか心學が低俗化されたるの感なきを得ないけれども、しかも他方において頗る大なる社會教化の運動と化し、罪囚の改過遷善に資することの少くなかつたことはその顯著なる特徴であると謂はねばならぬ。

寄場役所が終始一貫、その創設當時より解消に至るまで石門心學者をして荒らくれたる寄場人足たちの教化を擔任せしめ來りたるは、まことにその教化力が多大であつた爲めに外ならぬのであつて、私は次にその教化が人足たちに對し如何なる影響を與へたかに就き一瞥しなければならぬ。

(註一) 心學教諭錄(天保十二年板)、初篇、上、第一丁乃至第二丁。

(註二) 心學教諭錄、初篇、上、第七丁乃至第八丁。

(註三) 心學教諭錄、初篇、上、第八丁乃至第一〇丁。

- (註四) 心學教諭錄、初篇、上、第二三丁以下。
- (註五) 心學教諭錄、初篇、中、第一丁乃至第二丁。
- (註六) 心學教諭錄、初篇、中、第五丁乃至第七丁。
- (註七) 心學教諭錄、初篇、下、第一四丁以下。
- (註八) 心學教諭錄、二篇、上、第二丁乃至第三丁。
- (註九) 心學教諭錄、二篇、上、第二六丁。
- (註一〇) 心學教諭錄、二篇、中、第二丁。
- (註一一) 心學教諭錄、二篇、中、第三丁。
- (註一二) 心學教諭錄、二篇、中、第二六丁。
- (註一三) 心學教諭錄、二篇、中、第三〇丁。
- (註一四) 心學教諭錄、二篇、下、第二一丁乃至第二二丁。
- (註一五) 心學教諭錄、三篇、上、第二丁乃至第三丁。
- (註一六) 心學教諭錄、三篇、上、第二七丁以下。
- (註一七) 心學教諭錄、三篇、中、第二丁乃至第四丁。
- (註一八) 心學教諭錄、三篇、下、第二三丁乃至第二四丁。

六 心學教化の成果

上述の如き道話をなしたる心學講論は、寄場人足達に對して多大の精神的影響を與へ、彼等の改心を促す上に少からぬ貢献をなした。既にして寛政十二年七月十五日、京都滞留中の道二がその代講を勤めて居た關口保宜に與へたる書狀の中に、人足達が外出先にて克く堪忍につとめたる一件を讀へて、『寄場人足、用事に付他行政候處、及ニ口論にニ面體にニケ所の疵を付られ、堪忍よく致歸り候處、けんくわの相手、嶋(人足寄場の在る個島のこと)えわびことに參り、夫上御吟味被_レ成候處、人足堪忍の徳顯れ、御上より鳥目貳貫文被_レ爲_レ下候事、野村氏より御知らせ被_レ下、是全御上の仁徳、各々様の信力御徳と難_レ有奉_レ存候』(註一)と言つて居るのを見る。堪忍せよとは脇坂義堂が最も力説したること前記の『心學教諭錄』に繰り返し返し強調せるところであつたが、道二の如きも既に『道二翁道話』の中で大いにこれを切言して居り、固より保宜も亦同様であつたであらうから、ここにその効果が現はれるに至つたのである。

文政六年二月、大嶋有隣に關し寄場奉行須田與左衛門が田沼玄蕃頭へ致したる文書において、『右有隣儀、脇坂義堂病死後、同人代於_ニ寄場_一心學道話爲_レ仕、人足共江爲_レ承、尤、毎歲寄場御

入用金の内を以銀五枚宛差遣、其外諸事先年義堂儀ニ付奉_レ伺候節被_レ仰渡_レ候通手限取計、一兩年茂相試ミ、改心之者も御座候ハ、永續之儀申上候様可_レ致段、原田寛藏寄場奉行勤役中文政卯年八月伺濟、當末年迄引續毎月三度ツ、無_レ懈怠罷出打はまり、道話仕候處、人足共一同ニ感伏仕、有隣門弟ニ相成候者も御座候間、自然與人氣穩ニ相成、舊來の志を相改、職業働方等出精仕候者多分出來仕、教導之一助ニ相成、追々改心之者相増候、云々(註二)とあり、以てその精神的教化の著るしきものあつたことを示して居る。しかして右文中に、有隣の門弟になつた人足達もあると見へるが、事實、左の如き入門者があつたのである(註三)。

寄場人足初入

- | | | |
|-----------|------|------|
| 文政四年 六月發悟 | 下總京村 | 理左衛門 |
| 同年七月廿三日初入 | 攝州 | 善藏 |
| 同年八月廿三日 | 上州藤岡 | 清次郎 |
| 同年九月十三日 | 上州 | 徳次郎 |
| 同年十二月三日 | 吉原 | 原子之松 |
| | 龜島丁 | 清吉 |
| | 武州 | 安右衛門 |

備後國 村次郎

文政五年九月三日

右の入門者はいづれも文政四年のものだけであり、この前にも——有隣は事實上、文政二年から道話を聽かせて居る——又この後にも入門者があつたと推察される。ともかく文政四年のみにても寄場人足の中から八名の入門者があつたといふことは、心學道話が如何に彼等の心を捉へたかを推して知るに十分であらう。

寄場人足たちが道話に傾倒すること大なりしことは他の諸種の文書においても亦同様に知り得るところであつて、文政五年閏正月、大島有隣が重ねて蝦夷御役所の靈岸島御用屋敷を拜借して心學教諭所をつくりたいとの拜借願をなしたる文書において、『御當地も四十ヶ年來彌増執心の者多く、既に寄場人足江教諭可_レ仕旨被_レ仰付、あらく敷人足共感伏仕、門入相願候者有_レ之、云々(註四)とあるのも矢張り前と同様である。

右はただ私の手にしたる記録に見ゆるもののみを擧げたるに過ぎず、此外に陰に陽に改心して善人に立ち還り、釋放せられた者も甚だ多かつたことであらう。惟ふに、人足たちに對する心學道話は彼等の『本心』に訴へることに依つて還善せしめむとするものであるから、この方法に基く改善こそ眞の改善である。抑々手業を授け生活の途を開いてやることか、悪心を斷ち犯罪に陷

るを防ぐ上において基礎的事項であることは勿論であるけれども、如何に生活上の不安が無くなつて居ても、人としての修養が缺け悪心の起るが儘にこれを制止し得ずして行動することの習性ある者ならば、何時かは罪を犯すことのある危険分子である。故に、無宿浮浪の徒に對して生活の途を講じてやることは先決的に必要であると共に、これと併行して彼等の道義心を鍛練し、眞底から精神的改善を圖つてやることが必要であるわけである。

恰もよし、石門心學者はこの任務を擔當するに最も適當の資格を供へて出現した。その基礎において深奥なる哲理を藏するに拘らず、聽衆に向つて説くところは常に平明簡易を旨とし、古今和漢の教説や實例を引用して聽く者の耳朵を打ち、男女老幼賢愚の別なく、何人といへども容易に諒解納得し得る底のものであつた。しかのみならず、その所説は今日唯今からでも直ちに實行し得るものであり、道話の旨に従つて心の置き所さへ正しくすれば、その履踐に何等の手數も苦勞も要するものでなかつた點に、道話の大なる魅力があるのである。中澤道二はその道話においても例の高札を讀み上げた後、『何と有難い無雜作な御示でないか、どうぞ此通りを銘々どもに勤めさしたいばかりの神道の教・儒道佛道の教へぞや。皆是法の御聲なりけり。直に天の御言葉じや。此通りを勤めさへすりや家内安全・商賣繁昌・子孫長久の御祈禱じや。又家内安全・子孫長久すれば誰が爲になる事ぞ。皆銘々其身の徳に成る事じやないか。爰を能う御合

點なさりませ。(中略) 錢、銀も入らぬ、たゞ出来る仕よい事の天上じや。又腹立てて喧嘩するほど仕憎い事はなければども、夫が常くせに成つてある故、和合で暮すを何ぞかわつた事のやうに思ふて、どうしても是が勤まるものでと、勤めても見ずに天窓から退屈してかゝる。其やうな御方々はマア一日勤めて見たがよい。初なる御方、餘慶は御無用。どうぞたつた一日勤めて御らうじませ。今夜から工面して、あすの朝とうから起きて手水をつかひ、先づ御高札を禮拜し、親孝行の今日が初日、一家親類中和狂言の始り、何とぞ今日一日首尾能う勤めさして下さりませと、けふ一日の願をかける。』そして先づ親にやさしい態度で接することから始めやうといふのである(註五)。これは何も別にむづかしい事ではない、誰にも出来ることである。いや子供にすら出来る。それが證據に、『去年も江戸で十一歳になる子が、前訓を聞いて、此立歸る事を知つた子がある。其子が何心なう遊んで居たれば、駕かきがいゝゝいうて駕かいて来る。其子何んにも知らずにゐたれば、駕擔が息杖で子の背中をしたゝかたゝいた。其子大きに腹を立つたれど、イヤイヤイヤ爰が前訓で聞いた堪忍の所じやと、じつと忍らへ、身に立歸つて見たれば、何んの事はな、腹立が止だ。夫から内へ戻りて、親御様に其立歸つた事を御はなし有たれば、親御様は大きに悦んで、全く前訓の御陰で、かやうゝと、人々にも風聽して悦んでござつた』(註六)。まことに平明簡易の教へであると謂はねばならぬ。そして、そこに石門心學が儒教や佛教などと異なる點

があるのである。蓋し、儒教の所説はいはば架空にして、ただ徒らに高邁のことのみを説き、凡人には容易に及びもつかぬ教へをなして居るし、また佛教はひたすらに未來・來世を目標として事を説けるに反し、石門心學にあつては未來のことではなくて人々の眼前現實の生活に即する心構へを説くばかりでなく、何人にも直ちに實行し得る事柄を講論して居るからであつて、ここに石門心學が偉大なる普及力を有して居る根源があるのである。

されば、その道義心において一般世人よりも低次に在りたる寄場人足たちに對しても、心學道話が彼等の發奮努力を促し、その『本心』に立ち還つて容易に改心し得しめたことは賭易き道理であつて、彼等の間から心學の門に入りたる者の出で來りたるは毫も不思議とするに足らない。そして又、寄場當局が永年に亘つてこれを採用したのも當然のこととして首肯し得るのである。

(註一) 石川博士「石門心學史の研究」第一一六六頁。

(註二) 大島有隣覺書。

(註三) 大島有隣覺書。

(註四) 大島有隣覺書。

(註五) 道二翁道話(岩波文庫本)、第一三七頁乃至第一三八頁。

(註六) 道二翁道話、第五六頁。

七 心學教化の歴史的意義

我國には古くから犯罪人に對する改善思想があつた。既にして聖德太子は十七箇條憲法において、『人鮮_ニ尤惡、能教從_レ之』(第二條)とされ、また『懲_レ惡勸_レ善、古之良典、是以无_レ匪_ニ人善、見_レ惡必匡』(第六條)と謂はれた。前者は即ち性善説であり、後者は取りも直さず勸善懲惡を説かせられたものに外ならない。然るに、人の性を善なりと見ることは罪囚教化の前提である。若しこれに反して性惡説を採るならば、性來惡なる人間を教化改善せむとするは徒勞であり無意味であるであらう。されば、聖德太子が性善説に基いて勸善懲惡を説かせられたことは頗る意味あることたると共に、これが推古朝の古において成文化されたことは最も注目し得るところである。しかして、歴代の天皇におかせられては常に御仁慈の大御心に依りて罪囚の上に聖慮を馳せたまひ、或ひは恩赦を發せられ、或ひはその速なる改善を促がしたまふたのであつた。故に日本の罪人教化は根源的には、西洋のいはゆる人道主義とは異りたる、天皇の御仁慈が基本となる改善主義であり、それが時代と共に技術的な改善進歩を繰り擴げ來りたるところに重點が在るのである。

しかしながら、罪囚教化の行刑技術的側面の未だ幼稚だつた舊時代の監獄においては、彼等の改過遷善を促すの施設に甚だ缺くるものあつたことは止むを得ない。徳川幕府の牢屋において囚人を單に拘禁するに止まつて何等の作業を課するでもなければ、また何等の精神教化の施策をも爲さなかつたのは、蓋しそのよき例である。けれども、本來的に改善思想を有する我國行刑のことであるから、それが何時かは技術的に施策せられるであらうことは當然であつて、果して寛政二年に至り人足寄場制度が創始せられ、其處において彼等に對し職業上の修練を積ましむると共に、心學による精神的教化に大いに努力するに至り、その效果また頗る見るべきものがあるに至つたのである。

聖徳太子が性善説に基き改過遷善を説かせられたと同じやうに、石門心學も亦人間の性を善なりと觀じ、以て上に述ぶるが如く罪囚の善心に立還るべきことを強調したのであつた。道二はその道話において、『性は善也。惡いといふ事は誰も知つてゐるけれども、互に立歸る事が出来ぬのじや。夫ゆへ腹の中に日々塵埃が積り／＼して、このハアスウ／＼。』(註一)と説き、また『性は善也。天は善がお好じやによつて、少しでも善事は天地が御悦びなされる。小人といふものは、其附わけがない故に、ちつとでも善事すれば損の行くやうに思つて、己が身勝手ばかりを謀りてゐる』(註二)から、すべからず善人に化するが爲めには、おれがおれがのかゝり人に、早

う暇遣つて御仕廻ひなされて、どうぞ我なしの本心を御明らめなされると、誠に天道次第あなた任せで、助かりぬいてゐる此身、天の與ふる楽しみは、實に面白き有さまかな。生涯を有難い／＼で御暮しなされる事でござります。此やうな果報ものがどこにあるものだ。能う算用してみる必要があるといふのである(註三)。また脇坂義堂も屢々『心學教諭録』において性の善なるを説き、この善性を生れつき與へられ居る人足たちは速かに善人に立ち還れと叫んで居るが、これほど明確に且つ無學文盲の輩にも理解し得る如く平明に改善を説いたことは未だ曾て見ざるところだつたといふも過言ではないであらう。

石門心學は實に我が罪囚教化史の第一頁を飾るの地位を占めて居る。それは儒教でもなければ佛教でもなく、日本の國體に基き人間性を洞察し、以て人の人たる所以の道を説くものであるから、儒者の訓話や僧侶の説法などは全くその選を異にしたのは特筆せらるべきである。儒者が支那の古聖人を引合ひに出して、囚人たちも聖人の眞似をしろと言つたところで、それが果して現實的に彼等の改善をどの程度まで促し得たかは頗る疑問としなければならぬのであるし、また僧侶が地獄・極樂の説法を爲しても唯それは一種の感動を興へ得たにしても、それ自體を以てしては眞の日本人としての道を歩み、君に忠に、父母に孝に、善事を行ひ惡事を止め、以て善人に化せしむることが如何なる程度まで可能であつたであらうか。いささか疑ひなきを得ないものが

あるのである。されば、智識乏しく教養低き彼等を改善する爲めには、手業を授けることと相並むで、卑近の事柄に託して講諭し、今日からでも明日からでも直ちに着手實行し得る「人の道」を懇々と説く外はないのである。然るに、これをその練達せる道話に依つて着々と押し進めて行つた石門心學者は、たしかに我が囚人教化史上に特筆大書さるべき殊勳者であると謂はねばならぬ。況んや、儒者も宗教家も未だ全く手を染めたることなきこの方面に鍬を下したことは、正に荒野を開拓せる先驅者たるの地位をほしいままにし得るにおいてをや。

今日、刑務所には教誨師が居つて、主として佛教僧侶に依り囚人に對する教誨がなされて居る。従つて、その教誨の内容は主として宗教的なものであり、これに加味するに社會教化的な匂ひもあるけれども、本制度は今や改革さるべき點が多いのみならず、教誨師による社會教化は石門心學者のそれに較べて及ばざること遠きものあるを虞れねばならぬ。故に我々としては今日、行刑の再認識が唱へられつつあるを機縁として(註四)、囚人の教化に就いても更に大いに検討を新たにすべき必要切なるものあるを痛感すると共に、以上述べ來りたる石門心學者の先驅的教化の事實が、今後の行刑の爲めに何程かの寄與をなし得むことを切に希望せざるを得ない。いふまでもなく、我々の學問は唯單に過去の史實を知るのみではなく、更に進むで、その精神を把握し、制度の長を現代に生かし、仍つて以て歴史を新たにせむが爲めである。この意味において、本編

の論述が石門心學史研究の爲めに役立ち得ると共に、新らしい日本の監獄學のためにも一片の參考となり得るならば私の本懐に堪へぬ次第である。

(註一) 道二翁道話(岩波文庫本)、第六七頁。

(註二) 右掲書、第一六二頁。

(註三) 右掲書、第五二頁。

(註四) 行刑の新らしい角度からの再検討を唱へられたる文献としては、法學博士正木亮氏「新體制と行刑の再認識」(刑政、第五十四卷(昭和十六年)第一號乃至第三號)、正木博士「植民政策と囚人」(刑政、第五十五卷第三號)、中尾文策氏「新流刑への展望」(刑政第五十六卷第一號)等々。また單行の著作としては、正木博士「新監獄學」(昭和十六年)、同博士「刑事政策汎論」(昭和十八年増訂改版)、牧野博士「刑法研究」第六卷(昭和十一年)等々。

第二二 徳川幕府法における公訴の時効

一 緒 言

徳川幕府法は日本固有法に特有なる形式的素雑性にも拘らず、その思想および制度的構成は相當に進歩せるものがあり、近代刑法の觀點よりするも注目し得るものが尠くないのであつて、かくの如きは形式の雄大・整備を重視せざるどころの日本の現實主義が現はれたに外ならないのである。今、事を公事方御定書のみに見ても、その上巻八十一ヶ條・下巻百三ヶ條、合せて百八十四ヶ條の編成は如何にも雜漠であり、彼の養老律令が堂々たる、整然とせる一大組織體系を作り上げて居たのとは、少くとも形式的には到底同日に談ずることを得ざるものであつて、いはゞ單に思ひ付きたる事柄を無難作に書き連ねたるに過ぎざるかの如き感をすら與へられるものがあるのである。

しかしながら、それは飽くまでも外形上のことであつて、法條の内部に立ち入つて見るならば矢張りそれ相應の法的發展の跡が窺はれるのであり、律令の知らざりし新らしい思想に基く法條

も決して少くないのである。そしてそれは民事法において最も著るしきものあるを見るのであるが、同時に刑事法においても亦注目すべきものあるに接する(註一)。殊にその規定の仕方が一般に甚だ具體的であると同時に、裁判役人に對し類推解釋の權限を廣汎に與へて居る如き(註二)、更に又以下に詳述せむとする公訴の時効制度の如き等々は、今日、新しい刑事法の進展を期する上においても少からず参考とせらるべき事項ではないかと考へる。されば、近世徳川時代の刑事法は世に往々にして考へられ易き如きたゞ一片の暗黒なる刑事法として片付け得るものではなく、近代日本刑法の成立史に重要な頁を占むるものなることを知らねばならぬのである。

徳川幕府法においては刑の時効制度は未だ存在せず(註三)、一たび刑の宣告を受けたる者は原則として所定の刑の執行を受けざるを得なかつた。それは執行猶豫とか假出獄などの制度が確立して居らなかつたからでもある。また固より宣告猶豫なども行はれて居らぬ。これに反し、刑事訴訟上の公訴の時効には大いに見るべきものがあり、御定書の中にもこれに關する法條を設けて居るのである。しからば何故にかゝる制度を設けたのであらうか。私は本制度の内容を詳述するに先ち、一言これに論及して置く必要を感ずる。

さて周知の如く現行刑事訴訟法第二百八十一條以下には公訴の時効に關する諸種の規定が見えて居り、そして學者はこの公訴の時効を定めたる理由として、主として、長期間の経過に依りて

最早や治安維持上、處罰の必要なきに至りたるがためであると論じて居る。例へば小山松吉博士曰く「要スルニ時効ヲ設ケタル理由ハ、時ノ経過ニ依リテ、犯人ノ爲ニ害セラレタル安寧秩序ハ既ニ恢復セラレタルヲ以テ、之ヲ罰スル必要ナキノミナラス、之ヲ罰スルハ反テ平靜ト爲リタル秩序ヲ攪亂スル虞アリ、故ニ之ヲ訴追セサルハ、寧ろ實際上秩序維持ノ目的ニ適合スルモノナリト謂フヲ妥當トスヘシ」(註四)と。蓋し頗る傾聽さるべき所論である。

しかしながら、徳川幕府法において公訴の時効を認めたのは、社會の安寧秩序を維持するといふ見地からよりも、むしろ相當期間にわたり再び犯罪に陥ることなく改心せる者を、後日に至りその所犯が發覺したりとて改めて罪に問ふことは、當人を改過遷善するの所以にあらず、と考へたるに依るものゝ如くである。固より安寧秩序の維持といふことを不問に附して居るわけではないけれども、それと同時に、又はそれ以上に當人の改善を重視して居ることを看過し得ない。つまり、道徳上乃至公安上到底許すべからざる若干の犯罪を除いては、苟くも改心せる者を處罰することは有害であると考へたのであつた。されば「公裁秘録」には「舊惡之儀、御法度を背候事候間、御仕置ニ可成候得ども、重き盜致、或人を殺候品など、假令相止候と申候而も、さかひも無之事ニ候、渡世の爲に、一旦惡事致候へども、其後不宣事と存、相止候段、分明ニ付ては、其品を被立、過料又相當ニ答可有之事」と見え(註五)、全く刑を免除するものではないけれども

大いに減刑することが行はれ、しかもそれは當人の改心の様子に依つて決せられたのであつた。現行刑事訴訟法が本人の改心状態如何を問ふことなく、たゞ一定の年數を経過せる者に對し公訴權の時効を定めて居るのは大いに異なるものありといふべきであつて、かゝる點において徳川幕府の刑事法が改善主義であつたといふも過言ではないのである。

(註一) こゝに民事法・刑事法といふも、徳川時代においてはその以前と同じく民事と刑事とが多分に混同せられ、債務不履行者を處罰したり、不法行為者に刑罰を科したりして居たことを注意せらるべきである。故にこゝにいふところの民事法・刑事法は極く言葉の軽い意味におけるものであることを一言して置く。

(註二) 徳川刑法に於ては裁判役人に廣汎な類推解釋の自由が與へられて居たが、固よりそれは罪刑法定主義の發展としてのそれではなく、罪刑法定主義以前のものである。しかし、最近、刑法における類推解釋を肯定し主張する有力なる學者の出現せることは興味深きものがある。例へば木村龜二教授がその著「刑法解釋の諸問題」第一卷に收むる「刑法に於ける類推解釋」において展開せらるゝものゝ如し。徳川刑法における類推解釋に就いては他日稿を新たに於て詳論する豫定である。

(註三) 徳川幕府は頻繁に赦を發して罪人を宥免し、また赦律においても赦の特典に浴し得る者の範圍を明定するところがあつたので、刑の時効制度が無かつたことは赦によつて或る程度まで緩和され得たのは事實であるが、しかし、それは刑の時効と混同すべからざるものなることいふまでもない。

(註四) 小山博士「刑事訴訟法提要」上卷(昭和十三年改訂本)第三三七頁乃至第三三八頁。

(註五) 古事類苑、法律部二、第六六頁。

二 舊惡の性質

幕府法においては舊惡といふ言葉がある。これは舊い惡事といふ意味を略稱したものに相違ないが、しかし單に舊い惡事といふことのみ止まつて居るのではなく、それが刑事訴訟上において特別の意義を有するのである。しかして、犯罪後どの程度の年數を経たるものを以て「舊惡」となすのであるかといふに、この點に就いては一定したる定めはなく、極端にいへば一日前の犯罪をも舊惡となし得たほどである。その例として、享保十一年正月、江戸の日本橋へ建てられたる博奕に關する高札に、

一、三笠附點者金元並致_レ宿候もの句拾ひ等、
一、博奕打頭取並博奕宿致候もの、

右之族當正月より相止候ものハ可_ニ差免_一候間、彌此以後急度相慎可_レ申候、若不_ニ相止_一もの、當人ハ流罪、或ハ其品ニより死罪可_ニ申付_一候、句拾ひ等ハ身體取上、非人手下江可_ニ差遣_一候

事、

一、右之通候間、當正月以前之舊惡者、可差免候間、正月以後迄も不_レ相止_二族於_レ有_レ之ハ、何者ニ而も町奉行所江密々可_レ訴出_一候、急度御褒美金可_レ被_レ下候事、

と見えて居る。今これに依れば、改心して博奕等をなさざるに至れる者に對しては、その正月以前の舊惡を問はないのであるから、十二月三十日に博奕をなしたる者も苟くもその改心の徴すべきものがある以上は、これを舊惡として處罰しないことが考へられるのである。尤も、後に述べらる如く御定書の規定においては十二月以前のものでなければ「舊惡」として取扱はれないこととなつて居るから、右の場合にあつても何等かこの點に對する考慮が拂はれて居たかも知れないが、兎に角、右の高札においては改心者に對する訴追を差免することを明かにし、仍つて以て犯罪人の改善に意を用ひて居ることに注意すべきである。

そこで我々は今一度顧みて「舊惡」を考察する必要がある。右の高札に「舊惡者可_レ差免候」とあるが、これを字義通りに解釋するならば、舊い犯罪を免除するといふわけであり、それが果して刑法上の時効を指すのか、乃至は刑事訴訟上の時効をいふのか明確でないものがあるのである。刑法上の時効を指すのであれば、それは取りも直さず刑罰の消滅であり、刑が裁判上言渡されたのち、一定の原因に因つてその執行權が消滅する場合であつて、犯人の死亡・假出獄期間の

満了及び執行猶豫期間の満了といふが如き場合にこれを見るのであるが、刑事訴訟法上の時効ならば公訴權の消滅をいふのであるから(註二)、この兩者は最も明確に區別されなければならないのである。

然らば「舊惡者可_レ差免候」とあるのは果して兩者のいづれに屬するのであらうかといふに、先づ寶曆十三年九月二十七日の評定所一座へ下したる「舊惡ニ不_レ立質屋之事」に依れば、「芝山小兵衛盜賊改勤役之節相伺候、上總國刑部村百姓七平咎之儀、一座評議之上、舊惡ニ付咎及間敷旨先達而申聞候得共、七平質物取方之不念ハ舊惡ニ候得共、其品、其砌賣拂候歟、形殘シ不申候ハ、舊惡ニ可_レ相立候得共、今以所持致シ罷在候上ハ、不念之筋不消方ニ付、舊惡ニ不_レ相立質物取上過料錢三貫文申付候間、可_レ被_レ得_レ其意候(註三)、とあり、元來、七平の所行は「舊惡」であるから咎に及ばざるものであるけれども、質物を處分せず現に所持せるを以て「舊惡」として取扱はず、仍つてその質物を沒收し且つ過料錢三貫文に處せられる、といふのである。これに依つてみれば、自由刑・科料刑等の「刑罰」を科せられるところの犯罪は「舊惡」としての範疇に屬せず、従つて舊惡といふ以上は刑罰を科せられざるものであることが明らかである。

それでは、この刑罰を科せられざるところの「舊惡」なるものは刑罰を科しないところの、刑罰の消滅を本質とするものであらうか、若し然りとするならば一度刑の宣告を受けて居らなければ

ばならぬ。何となれば、有罪の判決により刑の宣告を受けた者でない以上は、刑の消滅といふことが在り得ないからである。今これに答へるのが次に掲ぐる數通の判決である。

1 無宿政之助宅にて博奕をなしたる新右衛門外三名の行爲は不届につき、それぞれ重敵に處すべき筈の處、舊惡の儀につき差許す(註四)。

2 質屋佐五右衛門は、質商賣をして居る以上、品物の出所を篤と相糺したる上にて質物を取るべき處、その儀なくして、一人兩判の質物を取りたることは不行届。不埒につき、流れになりたる質物を賣拂ひたる部分、並びに仁兵衛へ請け戻させた代錢ともに取上げ、答は舊惡の儀に付き差し免ずる(註五)。

3 仁兵衛なる者「右之もの儀、要藏無宿ニ相成、盜賊仕候儀不存とハ乍申、要藏頼候ニ任せ、品物出所も篤と不相糺、衣類等八品質入いたし遣、其後右之内、要藏より貰之請出候段、旁以不行届。不念ニ付、請戻候質物代錢並善左衛門江賣拂遣し候分とも取上ケ、舊惡之儀ニ付答者差免」(註六)。

4 次郎左衛門なる者、「右之もの儀、去々子年四月、背御法度、自分宅ニ而、無宿清助、其外之ものどもと廻り筒塞博奕壹度いたし候段、不届ニ付、重敵可ニ申付處、舊惡之儀ニ付、答之不_レ及_ニ沙汰」(註七)。

以上に依ると、所犯者はいづれも一定の刑を申付けらるべき者であるけれども、特に舊惡なるが故に差免ずるといふのであるから、それは要するに1刑を申付けない、但し宣告猶豫ではなく本件犯罪に關しては將來においても刑を申付けないのであるから、取りも直さず公訴を免除するものである。しかし、2それは犯罪の内容が公訴を免すべきものなるが故に然るのではなくて、實に舊惡であるが故に然るのである。従つて、若しそれが舊惡になつて居らないならば當然に御定書所定の刑罰を受けねばならないといふまでもない。

こゝに至つて、我々は舊惡なる觀念が如何なる性質のものであるかを容易に理解することができる。即ちそれは刑を消滅せしむるところの刑法上の時効でもなければ、また宣告猶豫でもなく實に公訴の時効なる觀念を内容とするものである所以を把握し得るのである。されば舊惡は單に舊い犯罪といふことに止まれるものではなく、更に進むで刑事訴訟上における公訴の時効といふ觀念において理解することに依り初めて完きを得るものであるのである。

(註一) 徳川禁令考、後聚第一帙(司法資料本、以下凡て同じ)、第二二二頁。

(註二) 牧野博士「刑法總論」第四六一頁乃至第四六二頁。

(註三) 徳川禁令考、後聚第二帙、第一四頁。

(註四) 徳川禁令考、後聚第二帙、第一五頁。

第一二 徳川幕府法における公訴の時効

(註五) 徳川禁令考、後聚第二帙、第一九頁乃至第二〇頁。

(註六) 徳川禁令考、後聚第二帙、第二〇頁乃至二二頁。

(註七) 古事類苑、法律部二、第七五頁。

三 時効を適用せざる犯罪

公訴の時効は一定の年數を経て居る限りすべての犯罪に對して適用されるものではなくて、之を適用するや否やは犯罪の性質によつて決定せられた。故に道義上非難せらるべきもの、又は社會の安寧を保持する上に害ありと一般的に思料せられて居たところの犯罪などにおいて之を適用せず、犯罪後の年數如何を問はず凡て訴追し處罰することを原則としたものであつた。今これを御定書百ヶ條の第十八條に規定せらるるところに就いてみるに次の如くである(註一)。

- 一 逆罪之もの
- 一 邪曲にて人を殺候もの
- 一 火附
- 一 致ニ徒黨ニ人家江押込候もの

一 追剝並人家江忍入盗人

一 都而公儀之御法度を背き死罪以上之科ニ可被行もの

但役儀ニ付而私欲押領いたし候ものハ輕ク候共相應之咎メ可有之事

一 惡事有之永尋申付置候もの

右ハ舊惡ニ候共、御仕置伺可申候、此外之科、一旦惡事いたし候共、其後相止候由申之、尤外之沙汰も無之におゐてハ、十二ヶ月以上之舊惡ハ不及答事、

但十二ヶ月内より吟味取掛り十二ヶ月以後吟味濟候共、舊惡ニハ不立事、

これが公訴の時効に關する御定書の基本的規定であるが、本節では時効を適用されざる部分に就いての考察を試みたい。さて第一項に見える『逆罪之もの』は、いふまでもなく當時の道義觀念において許容され得ざるところの犯罪であるが故に、先づこれを劈頭に掲げて重視したわけである。然らば逆罪とは何であるかといふに、『律令要略』には、

1 當主・古主を殺害、或は疵負セ候もの、

但、疵平癒之差別なし、

2 古主・師匠之家を忍入殺、或は疵負セ候もの、

但、右同斷、

3 親を殺害或は疵負セ打擲候もの、
但、右同斷、

4 師匠を殺害候もの、

5 舅姑を殺害或は疵負セ候もの、

6 主人之妻の母を殺害、或は密通之上之由雖申、無證據ニ付、

を擧げて居る如く(註二)、主人・師匠・親などに對する殺傷を指すのであり、當時の道徳においては最も非難さるべき行爲であつたから、かくの如き犯罪はその犯罪行爲ありたるときより幾十年後に發覺せるものであつても公訴權は消滅しないのである。否、御定書百ヶ條第八十七條を見るに、主殺・親殺の如きは實にその死骸を鹽詰にして刑罰を行つて居るほどである(註三)。逆罪犯人が飽くまでも追訴せられたのは餘りにも當然であつたのである。

第二項の『邪曲にて人を殺候もの』とは如何といふに、御定書百ヶ條第四十八條第七項に、『密夫殺し、實之夫を殺候女、引廻之上磔。但、實之夫を殺候様に勸候歟、又ハ致_三手傳_一候男、獄門』(註四)とある如きであり、固よりかくの如きは人倫上許すべからざる行爲だからである。

第三項の『火附』は、いふまでもなく放火であつて、御定書百ヶ條第七十條に依れば、火を附けた者は火罪、人に頼まれて火を附けた者は死罪、但し頼みたる者は火罪、云々の罪を定め、こ

の犯罪が幾年後に至り發覺した場合でも猶ほ死罪を免れなかつたのである(註五)。それは要するに安寧秩序を害すること頗る大なるものがあつたからである。

第四項の『致_三徒黨_一人家江押込候もの』は、百姓や町人が多數人群集して黨を結び、或ひは強訴・逃散・騒動をなし、或は商家や村役人宅などへ亂入して暴行を働くことが珍らしくなかつたので、かかる行動も亦やはり公安を害するものなりとて特に重視し、敢て訴追することとした所以である。現に御定書百ヶ條第二十八條には、地頭へ對し強訴・その上徒黨致し逃散の百姓に對しては、頭取死罪・名主重き追放・組頭田畑取上所拂・總百姓村高に應じ過料、と定められて(註六)、重刑を以て臨むで居ることに見ても、それが公訴の時効を適用されなかつた所以を理解するに難くないのである。

第五項の『追剝并人家江忍入盗人』は讀むで字の如く明かであるが、試みに御定書百ヶ條第五十六條の盗犯に關する罪を見るに、その第六項には、

一 家内忍入、或土藏杯破り候類

死 罪 (金高雜物之不依多少)

但、晝夜ニ不_レ限戸明ヶ有_レ之所、又ハ家内ニ人無之故、手元ニ有_レ之輕キ品を盜取候類、入墨之上重敲

とあり、また第九項には、

一、追剝いたし候もの

獄門 四二〇

と見えて居る(註七)。すなはち第六項では、人家へ忍び入る場合を殊に重視し、かくの如き者には死罪の刑を科すると共に、公訴の時効を適用しないのである。これに反し、晝夜に限らず戸の開き居るか、又は屋内に家人の居らざる家へ忍び入つて軽き品を盗取したる者は數等刑を軽くし、従つてかかる者は犯罪の時より一定の日を経過して居れば舊惡として取扱はれるわけである。また追剝をなしたる犯人は獄門に處せられる重犯人であるから、固より舊惡にはならないのである。されば右第五項における追剝并びに人家へ忍び入れる盗人とはかくの如き重き罪を犯せる者であるが故に、當然に公訴が消滅しないものとされた次第である。

第六項の『都而公儀之御法度を背き、死罪以上之科ニ可被行もの、但、役儀ニ付而私欲押傾いたし候ものハ、輕ク候共相應之咎メ可有之事』は、これを三點に分ちて理解しなければならぬ。すなはち、次の如し。

1 すべて公儀の御法度を背きたるものなること——公儀とは幕府であり、御法度とは法令であるから、一般に幕府の法令に違反したる者といふ意味であつて、甚だ廣汎な範圍に及びて居る。されば、明和八年に勘定奉行が評定所に對して、『然ル處、舊惡御仕置之ケ條ニ、舊惡ニ候共、御仕置相伺可申内、都而公儀之御法度を背、死罪以上之科ニ可被行ものと有之、夫有之

女之密通ハ死罪ニ御座候間、舊惡ニ候共、不_レ差免_二内ニ可_レ有_三御座_一候處、舊惡御仕置之御定ハ度々御尋有之、舊惡ニ不_レ相立_二分、ケ條多申上候處、右ケ條之内ニ、密通之科ハ相見不申候、左候得_レバ密夫逃去候ハ、妻ハ夫之心次第ニ可_レ申付_二旨之御定故、公儀之御法度を背候ケ條江ハ、入不申儀にも可_レ有_三御座_一候哉、然ル上ハ、前書今般之一件(吟味事之内、密通之舊惡有之趣相關候もの)ニ不_レ限、都而出訴外ニ密通之儀を申出候而も相糺候ニ不_レ及、吟味之引合ニ而、難_レ捨置_二吟味詰候而も、舊惡ニ相立候筋ニ可_レ有_三御座_一候哉、又ハ御仕置相伺候筋ニ可_レ有_三御座_一候哉、決定難_レ仕御座候間、評定所ニおいて、評議有_レ之候様仕度旨申上候』と伺つたので、評定所一座においては審議の結果、次の如く決定するところがあつた。曰く『此儀御定書、舊惡ニ候共、御仕置相伺可_レ申ケ條之内、一都而公儀之御法度を背キ死罪以上之科ニ可_レ被_レ行もの、右之通有_レ之、都而御仕置ニ相成候科ハ、公儀之御法度を背キ候ニ而可_レ有_三御座_一處、夫有_レ之女之密通ハ、死罪之御定ニ御座候間、舊惡ニ相立申間敷候處、御定書之内、惣而吟味事之内ハ外ニも惡事有_レ之趣相關候共、舊惡をも不_レ被_二差免_一品々ハ格別、其餘之惡事ハ不_レ及_三相糺_一、最前ハ取懸_レり候吟味を詰、相應之御仕置可_レ申付_二と有_レ之、延享二丑年御内意之御趣意も御座候得共、夫無_レ之女之密通之儀ニ而も可_レ有_三御座_一候哉と評議仕候處、都而御仕置ニ相成候科公儀之御法度を背候趣意ニ御座候ハ、前書舊惡ニ不_レ相立_二ケ條も、死罪以上之科と計可_レ有_レ之處、公儀之御法度を背候と有_レ之

候間、死罪御仕置之内ニも、差別可有御座候哉、然處、夫有之女密通之科、舊惡ニ相立候ニ極リ候而ハ、御仕置ゆるみに相成、如何ニ御座候間、延享二丑年、御内意之通ニ相心得可申旨被仰渡一度、可然哉ニ奉存候』(註八)と。密通の如きも亦法度に違背せること明かであり(註九)、その他あらゆる違反行爲がこれに屬することとなつて居るのである。

(2) しかしながら、幕府の法令に違背せるすべての行爲が悉く舊惡として取扱はれないといふのではなく、凡そ犯罪にして死罪以上の刑に處せらるべきもののみが舊惡の法を適用されないのである。故に、死罪以下のもの／＼の刑に處せらるべき犯罪にありてはこれが適用を見るのである。この點に就き、享和元年六月の菅沼下野守伺書において、『然ル處、此度菅沼安十郎御代官所村々爲取締手代差遣候節、武州橋樹郡小杉村百姓儀右衛門伴清八郎、先年致盜候もの之段相聞、召捕候處、安十郎申聞候に付、爲差出吟味仕候處、去ル亥年、河原に積有之蠶桑盜取、其後去ル丑年、村内百姓平藏軒下に積有之炭盜取賣拂、殘積置候を平藏見付、所持之品に付可訴出旨申聞候故、兼て知人同村由兵衛相頼、賣拂候代錢内證にて被盜主江差戻候段、白狀仕候に付、右は手先に有之品を、與風盜候類に見合、入墨之上敲相成り候處、其後致盜候義決て無之旨申之候に付、村役人・近邊のもの共をも呼出相糺候處、近年農業出精いたし、怪敷風聞等會て無之、旨申之、一體之様子無相違相聞候ものは、假令相止候由申之候共、當人申口

計にて、舊惡には難ニ相立候得共、此度之清八郎義は、怪敷風聞も無之、惡事之年數も相立候義故、舊惡に相立候方に可有御座旨評議仕候處、去ル亥年和泉守殿御尋有之候後、右體之例も無御座候間、此段奉伺候』といひ、これに對し例の通りにせよとの指令が與へられて居る如きは(註一〇)、すなはち入墨の上敲の如き死罪以下の犯罪ならば、たとえ幕府の法令に違背したるものであつても公訴の時効にかかつたことを、最もよく證示せるものである。

(3) 以上に依つて第六項の意義は明かになつたが、しかし同項には猶ほ但書が附いて居ることを忘れてはならぬ。すなはち、『但、役儀ニ付而私欲押領いたし候ものハ、輕ク候共、相應之咎可有之事』といふのである。ここで問題になるのは役儀に付ての私欲押領とは何であるかといふことであるが、例へば、村役人が村の總有財産を押領するとか、或ひは上納すべき年貢を押領するが如きがこれに屬し、この種の犯罪は假令輕微なものであつても舊惡とはならず、相當の刑に處せられるのである。

第七項の『惡事有之、永尋申付置候もの』とは、犯罪後失踪したため、これが搜索を親族および五人組合員に命じてあり、未だ失踪人としての處分をなすに至り居らざる者を指すのであつて、かかる者も亦その失踪人たることが確定するまでは舊惡とならぬのである。固よりその居所が判明すれば逮捕の上、訴追せられることはいふまでもない。しかして、幕府法の失踪制度に依れば

(註一)、脱落人ありたるときは家族・親類および村役人から地頭代官に對し何某が脱落したる旨を届出ると、三十日づつ六回まで日延べをして合計百八十日の間搜索せしめる。そしてこの期限が経過すると、今度は永尋に附し置き、そのうち村役人等から「帳外」すなはち失踪宣告あらむことを申請するに及むでこれを許すこととなつて居た。尤も、寛政四年二月からはこれを改正して、爾後は日限尋六切百八十日を経過すれば永尋に附することも無く直ちに失踪宣告をなすことに改正されるところがあつた。

かくて以上の七ヶ項目は、たとえ「舊惡ニ候共、御仕置伺可申候」であり、約言すれば次の諸項、すなはち

- 1 逆罪の者
- 2 邪曲にて人を殺した者
- 3 放火犯人
- 4 徒黨して人家へ押し寄せたる者
- 5 追剝並びに人家へ忍び入りたる盗犯人
- 6 すべて幕府の法令に違背したるに依り死罪以上の刑に處せらるべき者

7 公職に在る者がその地位を利用して私欲押領をなしたる場合には、特にその所犯の輕重を問はず處罰せられる。

8 犯罪ありて永尋を命じ置ける者
といふことになるのであるが、猶この外に今一つ

9 一般に舊惡になり得べき犯罪ではあるけれども、それが犯行の時より十二ヶ月以内から審理に着手しありて、十二ヶ月以後に審理を終了したるものは、如何なる犯罪といへども舊惡とはならぬ。

を擧げて置かねばならぬ。このやうに九個の場合に限り公訴の時効が適用せられず、いづれも公訴を免れ得ないのである。

(註一) 徳川禁令考、後聚第二帙、第一頁乃至第二頁。

(註二) 近世法制史料叢書、第二、第三五五頁。

(註三) 徳川禁令考、後聚第四帙、第二六五頁以下。

(註四) 徳川禁令考、後聚第三帙、第八六頁。

(註五) 徳川禁令考、後聚第三帙、第六六八頁乃至第六六九頁。

(註六) 徳川禁令考、後聚第二帙、第一六三頁。

(註七) 徳川禁令考、後聚第三帙、第三三〇頁・第三三一頁。

(註八) 古事類苑、法律部二、第六八頁。

(註九) 御定書百箇條第四十八條の規定に依れば、(1)密通致し候妻、死罪(2)、密通の男死罪、とあり(徳川禁令考、後聚第三帙第八五頁)従つて姦通ありたる男女は共に以て舊悪とはされ得なかつたのである。

(註一〇) 古事類苑、法律部二、第七〇頁乃至第七一頁。

(註一一) 拙著「日本固有法の展開」第一九一頁乃至第一九三頁参照。

四 時効を適用する犯罪

舊悪になるもの、即ち前節に引用せる法條の最後に見えるところの、「此外之科、一旦惡事いたし候共、其後相止候由申之、尤、外之沙汰も無之におゐてハ、十二ヶ月以上之舊悪ハ不及答事」であつて、この規定は次の如き意義を有して居る。

(1) 一度罪を犯したるも、その後は改心して重ねて罪を犯し居らざること——「改心」云々といふことは法條に見えて居らないけれども、事實上改心して居らなければ何時再び罪に陥るやも圖

られざるを以て、當時の判決理由においてもこの點が強調せられて居るのを見るのである。例へば文化元年、被告人新右衛門が差許された理由として、「此儀、博奕いたし候者、去々亥年之儀ニ付、舊悪之故を以、御仕置差免可申旨相伺候間、取調候處、御勘定書舊悪御仕置ケ條之内、逆罪・人殺・火附・押込・追剝并忍入之盗人、又ハ御法度を背、死罪以上之科ニ可被行もの・惡事有之永尋申付置候もの之外者、一旦惡事いたし候とも、其後相止候由申之、尤、外之沙汰も無之におゐてハ、十二ヶ月以上之舊悪ハ不及答事と有之、此もの共一件之内、政之助宅ニ而五六拾錢之廻り筒賽博奕兩度いたし候者、去々亥年六月七月兩月之儀ニ而、其後相慎、博奕いたし候儀者無之段、吟味詰ニ申上候儀ニ付、前書之御定書ニ見合、伺之通、重敵可申付處、舊悪之儀ニ付差免」といふことが指摘せられ(註一)、また寛政三年十一月、死罪以下になるべき盜賊に對する舊悪の儀につき評定所一座にてなしたる評議に依れば「此儀、死罪以下ニ可相成盜賊、十二ヶ月以前之盜之分、都而舊悪ニ相立相伺候儀ニハ無御座、御定書ニも、一旦惡事致し候共其後相止候由申之、尤、外之沙汰も無之におゐてハ、十二ヶ月以上之舊悪ハ不及答事と有之候間、一旦盜致候得共、右盜、死罪以下ニ可相成一品ニ而、其後相止メ候由申之、御書取之通、當時之商賣體・暮シ之様子等、怪敷儀も相聞不申、或ハ村役人・町役人杯、其外近邊之もの共、決而怪敷儀無之段申立、吟味之上、其後相止メ候儀分明ニ而、十二ヶ月以上之惡事ニ候得ハ、舊

悪ニ可ニ相立ニ哉ニ御座候得共、盗いたし候もの、た。と。ひ。相。止。候。と。申。候。也。も。多。分。ハ。其。境。も。無。レ。之。儀。ニ。付。、分。明。ニ。無。ニ。御。座。候。得。ハ、舊。惡。ニ。ハ。不。ニ。相。立。ニ。儀。と。奉。存。候。』と。示。さ。れ。て。居。る。〔註。二〕。前者は即ち犯行以來、相愼み居ることを擧げたものであり、また後者は犯行以降犯罪に陥らす云々ならば舊惡とするも、犯罪を止めた——即ち改心したといつてもそれは明確な分界もないことなるが故に、それが證明されざる限りは舊惡とはならぬ、といふのであるから、當人の改心が頗る重視されて居ることが明かであり、既に前陳の如くそこに顯著なる改善主義思想の存することを看取せしめられるのである。

(2) 他に犯罪が無いことを要する——右の(1)に説明したる犯罪があつてはならぬこといふまでもない。

(3) 犯罪後、十二ヶ月以上を經過して居ること——この場合における犯罪後とは元來何時を指すものであらうか。御定書にはただ「十二ヶ月以上之舊惡ハ不レ及レ咎事」とあるのみであつて、この時効が果して何時進行し始めるものであるかが明確でないのである。しかし、これを諸種の點より考ふるに、犯罪に着手のときを謂へるものではなく、犯罪の終了したるときを以て起點とすべきものと解すべきである。尤も、然らば如何なる状態を以て犯罪終了となすべきかに就いても亦新たな疑問が起らざるを得ないけれども、わが近世法においてはそのやうな點にまで立ち入

つて思考する如きことはなさず、ただ裁判役人の見て以て犯罪終了したりと解するときより起算して、十二ヶ月以上を經過して居ればよいのである。

(4) 故に、十二ヶ月内より吟味に取掛りたる事件が十二ヶ月以後に至り吟味済みになつても、これは舊惡として取扱はれず、當然に公訴を提起されねばならぬのである。

前節に述べたところの舊惡になり得ざる犯罪にあらずして、上述の如き要件を備へて居るならば、その犯罪は舊惡となつて訴追され得ざるものであり、従つて、取調中に他の犯罪が發覺しても、苟くもそれが前節所述の如き舊惡を免せられざる犯罪にあらざる限りはこれを問はないこととされた。御定書百ヶ條第百一條には即ちこれに關する規定を設けて、『惣而吟味事之内より外ニも惡事有レ之趣相聞候共、舊惡をも不レ被レ免品々ハ格別、其餘之惡事ハ不レ及ニ相糺、最前より取掛り候吟味を詰、相應之御仕置可ニ申付事』〔註三〕といつて居るのである。これは御定書百ヶ條に對して延享二年に追加された法條であるが、相糺ぬるに及ばずとは、法廷において裁判する必要なし、といふ意味である。故に、一度裁判の結果、有罪の判決を受けた者に對してなす執行猶豫とは全々異なるのである。この點に關し、伯父を毆打し、母を突倒し刃物を振廻し惡口せる者を審問中に、本件犯罪人が更に他人の妻と密通ありたる犯罪事實が發覺したので、この密通の部

分をば舊惡として御定書百ヶ條第一百一條の適用をなすべきや否やにつき、明和八年に勘定奉行が評定所一座に對して次の如き伺ひを提出して居る。曰く、『小林孫四郎御代官所、野州那須郡東杵掛村百姓三左衛門甥次兵衛儀不行跡ものニ而、品々不埒有之、其上伯父三左衛門を致し打擲、母を突倒、刃物を振廻し惡口致し候段、三左衛門並五人組一同、孫四郎方江訴出候由ニ而差出候ニ付、一件吟味仕候處、訴之趣無相違ニ相聞申候、親を致し打擲候もの磔・同切懸り候もの死罪・伯父を致し打擲候もの之御定ハ無之候得共、遠島にも相當可申哉、孰にも死罪ハ難遁ものニ御座候、然ル處、寶曆十辰年(十一年前)二月、同郡遲澤村百姓定右衛門女房つるを次兵衛密通之上、誘引出候處、……此儀御定書に、惣而吟味事之内より外ニも惡事有之趣ニ相聞候共、舊惡をも不レ被ニ差免ニ品々ハ格別、其餘之惡事ハ不レ及ニ相糺、最前より取懸り候吟味を詰、相應之御處置ニ可ニ申付ト有之、右御定之最初ハ全密通之儀ニ御座候、然ル處、舊惡御仕置之ヶ條ニ、舊惡ニ候共、御仕置相伺可申内、都而公儀之御法度を背、死罪以上之科ニ可レ被レ行ものト有之、夫有之、女之密通ハ死罪ニ御座候間、舊惡ニ候共、不ニ差免ニ内ニ可レ有ニ御座候處、舊惡御仕置之御定ハ度々御尋有之舊惡ニ不ニ相立ニ分、ヶ條多申上候儀ニ御座候處、右ヶ條之内ニ密通之科ハ相見不申候、左候得ハ、密夫逃去候ハ、妻は夫之心次第ニ可ニ申付旨之御定故、公儀之御法定を背御ヶ條江ハ入不申儀にも可レ有ニ御座候哉、然ル上ハ、前書今般之一件ニ不レ限、都而出訴外ニ密

通之儀を申出候而も相糺候ニ不レ及、吟味之引合ニ而難ニ捨置、吟味詰候而も舊惡ニ相立候筋ニ可レ有ニ御座候哉、又ハ御仕置伺候筋ニ可レ有ニ御座候哉決定難レ仕御座候間、評定所一座ニおゐて評議有之候様仕度旨申上候(註四)。

これに對し評定所の評議においては、『此儀御定書、舊惡ニ候共御仕置相伺可申ヶ條之内、一都而公儀之御法度を背キ死罪以上之科ニ可レ被レ行もの、右之通有之、都而御仕置ニ相成候科ハ公儀之御法度を背キ候ニ而可レ有ニ御座候處、夫有之、女之密通ハ死罪之御定ニ御座候間、舊惡ニ相立申間敷候處、御定書之内、惣而吟味事之内より、外ニも惡事有之趣相聞候共、舊惡をも不レ被ニ差免ニ品々ハ格別、其餘之惡事は不レ及ニ相糺、最前より取懸り候吟味を詰、相應之御仕置可ニ申付ト有之、延享二丑年御内意(註五)之御趣意も御座候得共、夫無之、女之密通之儀ニ而も可レ有ニ御座候哉と評議仕候處、都而御仕置ニ相成候科、公儀之御法度を背候趣意ニ御座候ハ、前書舊惡ニ不ニ相立ニヶ條も、死罪以上之科と計可レ有之處、公儀之御法度を背候と有之候間、死罪御仕置之内ニも差別可レ有ニ御座候哉、然處、夫有之、女之密通之科、舊惡ニ相立候ニ極り候而ハ御仕置ゆるみニ相成、如何ニ御座候間、延享二丑年御内意之通ニ相心得可レ申旨』を決議するところがあつた。これは固より當然のことであり、御定書百ヶ條第十八條第六項及び同第一百一條の規定に基き、死罪に處せらるべき密通の犯罪が發覺した以上は、たとえそれが本件の場合の如く犯罪後

十一ヶ年を経過せるものであつても當然に訴追せらるべきであり、舊惡として遇せられざるは一點の疑ひを容るる餘地を存しないのである。

(註一) 徳川禁令考、後聚第二帙、第一五頁。

(註二) 徳川禁令考、後聚第二帙、第一三頁乃至第一四頁。

(註三) 徳川禁令考、後聚第四帙、第三六三頁。

(註四) 徳川禁令考、後聚第四帙、第三六五頁乃至第三六六頁。

(註五) ここにいふ「御内意」とは、「延享二丑年八月被_レ仰聞_一候御内意覺書」であつて、その内容は、「吟味事之内ニ密通之事顯_レ、夫ニ付吟味之手掛ニも可_レ成候得共、先ハ密通筋ハ不_レ承心得ニ而、其儀を尋る事ニハ無_レ之と申_ニ取扱_ニ可_レ然哉、此段ハ上より被_ニ仰出_一候儀も難_レ被_レ成、下よりも書付杯ニ而御答も難_ニ申上_一儀被_ニ思召_一候、右之趣ニ心得罷在候様にも思召候事」(徳川禁令考、後聚第四帙、第三六四頁)、といふのである。

五 結 論

公訴を提起するや否やは被告人の運命に關すること多大であり、若しその結果有罪の判決を受

けて所當の罪科に處せらるることになれば、それに依つて當人の前途が左右される場合少しとしない。故に糾彈の役人が起訴をなすに就ては固より慎重なる用意を以てなさるべきは謂ふまでもないのである。然るに、極めて武斷的な刑事訴訟のなされたものの如く考へられ來れる我が近世徳川幕府法においても、この點は頗る周到なる態度を以てなされたのは注目せらるべき事柄である。

しかして、かくの如き思想が發展すると當然にそれは公訴の時效制度となつて現はるるに至り、逆罪の者・邪曲にて人を殺せる者・火附・徒黨いたし人家へ押込みたる者・追剝并に人家へ忍び入りたる盗人・幕府法に違背して死罪以上の刑に處せらるべき者(但し、役儀に付て私慾押領したる者は、輕き行爲と雖も免れぬ)・犯罪後失踪し永尋中の者・すべて犯罪後十二ヶ月を経過せざる者・を除きては、犯罪後十二ヶ月を経過せる者に對し、これを舊惡として公訴の時效法を適用し、仍つて以て訴追より免れしむることとなつたのである。

惟ふに、公訴の時效制度が出現したことは刑事訴訟法の一大進歩である。十二ヶ月を経過して、當人が改善せることの看取せらるる以上は敢てその罪を問ふ必要なしと考ふるに至つた點において、それは正に舊時代的なもの以上のものであり、改善主義が技術的にも芽を出しつつある事を看取せしめられるのである。もとより、かかる制度を採用したる原由に就いては更に公安の維持

といふ觀點を考慮しなければならぬが、同時に時効の開始する始點が確に十二ヶ月となつて居ること一考を要する問題である。幕府法が果して如何なる根據にもとづいて十二ヶ月を採用したのであるかは不幸にしてこれを詳かにすることが出来ないが、このやうな短期制を採用した所に矢張り舊時代のものより一步前進せるもののあることを知り得るのである。

ところで、前に述べたる如き舊惡に該當せざる各種の犯罪は、いづれも道義的に最も非難さるべきものであると共に、公安の保持といふ觀點から見ると頗る批難さるべき惡性の犯罪たる部類に屬して居る。尤も道徳的觀念なるものも詮ずるところ一個の歴史的なものであるから、右の中には當代の封建的道義觀も多分に包含せられて居ること勿論であるけれども、少くとも當時の法律思想においてはいづれも重科に處せらるべき犯罪が多いのである。若しそれ十二ヶ月未滿の輕犯といへども處罰せらるることとなつて居る點の如きは、更に當人が累犯に陥り一層の重科を犯すやも圖られざるものがあるが故に、いはばそれは懲戒刑的意義において行はれたとも見得るのである。しかし、十二ヶ月を以て犯罪人が累犯に陥ることなきに至るべきものなりと一般的に思考することが果して妥當なりや否やについては固より大いに疑問なきを得ないのである。刑事學の發達して居らない時代にあつては蓋し止むを得ざるところとしなければならぬ。

徳川幕府法における舊惡の制度はいふまでもなく不完全なものである。御定書百ヶ條に規定さ

れたところの外に、なほ糺彈役人の判斷による自由裁量の餘地が残されて居たとは謂へ、少くとも形式的には法條として頗る備はらざるものなることは明かであるが、さりながら、私は飽くまでもこれを歴史的な姿において眺むるとき、そこに多大の文化的な意義の存することを看取せざるを得ないのであつて、現行刑事訴訟法第二百八十一條以下の規定が如何にヨーロッパ法制の影響によつて出來上つたものであるにしても、その歴史的・現實的な先驅は正にわが固有法たる徳川幕府の舊惡法の中において見出されるものであることを強く唱へざるを得ない。かかる意味よりするも、舊惡法は多分に近代法的な姿態を示せるものとして把握されねばならぬと信ずるのである。

ところが、かかる公訴の時効制度が行はるるに至つたのは、直接的には法律思想の進歩開明に依り、刑事政策的思想が微かにではあるが、擡頭した爲めである。がしかし、根源的には日本固有法精神たるところの、天皇の御仁慈なる大御心に基き、刑餘の者にも幕府の仁愛を施さむとした爲めである。天皇の御委任に基いて國政料理の局に當れる徳川氏としては、大御心を己が心として國家の隆昌と民生の康福とに努むべきであつたのである。

第一三 日本固有法に關する判例

一 小作料の提供と永小作權の消滅

1 永小作權の沿革

廣く知られて居るやうに、現行民法はヨーロッパ、特にドイツ民法を繼受せるものであり、しかも、その思想たるや、實に契約の自由と所有權の絶對不可侵視とを樞軸とせるものである。人は自己の欲するままに如何なる内容の契約たるを問はず、いやしくもそれが公の秩序、善良の風俗に反しない限り(民法第九十條)自由にこれを締結することが出来る。また所有權は圓滿完全にして排他的な支配權たることをその本質とし、いやしくもこの所有權に對立する如き強力なる物權が同一物上に存在することは、所有權の絶對性に對する侵害の危険ありとして、法の認めざるところである。われわれは、その最も重要な事實として永小作權を指摘することが出来る。そもそも現行の永小作制度はその直接的源流を徳川時代に發したものであつて、その最も重要

なものは開墾にもとづく永小作である。すなはち、豪農または富商が一定の荒蕪地に對する開墾の許可を領主より受け、それと同時に百姓を召集してこれを開墾せしめ、しかも、開墾完成の曉にはその土地に對する永代無期の小作權を賦與するとともに、小作料額の如きも普通一般の場合よりも遙かに低廉にする代りに、歳の豊凶に拘らず、定額小作料を納付せしめることとするのが通常である。この場合を近代法的思想を以てすれば地主は土地所有權者、百姓は單なる小作人にしか過ぎないかの如くに見えるけれども、當時の法律觀念によれば事實大いに異り、地主は單に小作料を徵收するの權利を有するにとどまり、永小作人こそ實に土地に對する實質的支配權者であるかの如く考へられた場合もあつたほどである。換言すれば、地主は土地の上級支配權者であり、永小作人は土地の下級所有權者であると信せられてゐたから、今日でもこの慣行を持續する地方においては、永小作權の賣買價格は土地所有權の賣買價格よりも數倍の高額に達せるものが珍らしくないのである。若し永小作人にしてその開墾の後に對して地主の意のままにその小作權を左右さるる微弱な權利しか與へられないものであるならば、最初の開墾時に際して、地主の召集に應じなかつたであらう。——これ開墾にもとづく永小作地には『一地兩主』がある所以であるのである。

この外、永小作には各種のものがあり(註一)、その權利の内容も亦必らずしも同じからざるも

のがあるが、いやしくも永小作たる以上はその權利の内容はすこぶる強力にして、地主の自由意思に依つて永小作權を消滅し得ざることは勿論、地主の承諾を得ることなくして永小作權を賣買・讓渡・質入することが出來た。かくの如きは所有權の絶對不可侵を信條とする近代法の到底容認し得ざるところであるのは、時代思潮として又止むを得ないものがある。

されば、明治に入つてヨーロッパ的法律思想の影響を受けるに及ぶと、地主達はかかる永小作權を消滅せしむべくあらゆる手段を講じ、すでに明治初年より此種の訴訟紛議を頻發せしむることとなつた(註二)。これは所有權に對する思想が近代的なものとなる當然の產物であると言はねばならぬ。蓋し、徳川時代にあつては、地主はただ定額小作料さへ完全に收受すれば即ち足り、土地所有權が何人に歸屬せるかといふ如きは寧ろ實際的には第二義的なことであるのみならず、殊に租税公課の負擔が加重されたやうな場合には、金錢酒肴を添へて他人へその土地を無償贈與する——といふよりも寧ろ土地を引取つてもらふ——ことすらも間々行はれたほどである。かくの如き法律思想の時代において、ただ單に小作料を收受せるが故に地主であると軽く片付けてしまふことは、甚だしい危険を冒すことなくしては斷定し得ないのである。徳川時代では小作料のことを加地子とも言つたが、地主を指して『加地子喰ひ』と別稱してゐることは、或る意味でこの間の消息をよく物語れるものである。

以上の如き長き歴史的傳統を有する永小作權に對し、民法は特に慣習を重んじつつも（第二七七條）、しかも、永小作權は出來得る限りこれを消滅するの手段を採り、以て所有權に對する侵害を排除せむとした。すなはち、これまで永代無年期の永小作權だつたものも、その存續期間を二十年以上・五十年以下たるべきものとし、若し五十年より長き期間を以て永小作權を設定したるときは、その期間は之を五十年に短縮し（第二百七十八條第一項）、且つ、永小作權の設定はこれを更新することが出來るけれども、その期間は更新のときより五十年を超ゆることを得ない（同條第二項）。さうして、永小作權の存續期間を能ふる限り短縮せむとする民法は、更に、設定行為を以て永小作權の存續期間を定めざりしときは、その期間は別段の慣習ある場合を除くの外これを三十年とする（同條第三項）とした。

しかしながら、この規定は所有權を保護するために徒らに且つ不當に永小作權を壓迫することとならざるを得なかつたから、民法施行法は、民法施行前に永久存續すべきものとして設定したる永小作權は、民法施行の日より五十年を経過したる後一年以内に、所有者に於て相當の償金を拂ひてその消滅を請求することを得、若し所有者がこの權利を拋棄し又は一年内にこの權利を行使せざるときは、爾後一年内に永小作人において相當の代價を拂ひて所有權を買取することを要するとした（民法施行法第四十七條第三項）。しかし、この規定は、實質的になら永小作權を保護し

たものでないことは學者の夙に説ける通りである（註三）。

所詮、所有權と永小作權とは近代的法律制度を以てする限り互ひに相對せざれば止まざるもの如く、われわれが法廷に持ち出される紛争事件に接するもののみにも頗る多きに達してゐる。これ、ローマ法思想と日本固有法思想との矛盾であると言ひ得やうか。われわれは、現行法を適當に解釋することに依つて、この矛盾を止揚せねばならないことを痛感する。さうして以下において昭和十一年四月九日大審院民事部第一部判決になる昭和十年（オ）第二五四一號小作米及土地返還請求事件（註四）を評釋しつつ論述を進めて行きたいとおもふ。

（註一） 徳川時代における永小作の種類に就いては、小野博士「農村社會史論講」第一三五頁以下参照。

（註二） この點に關し阿波國吉野川沿岸の永小作地紛擾は、われわれに貴重な教訓を與へる。小野博士「農民經濟史研究」第三五二頁以下参照。

（註三） 小野博士「永小作論」第四〇頁乃至第八〇頁には、明治政府の永小作權に對する態度が詳細に論評されてゐる。

（註四） 大審院民事判例集、第十五卷第九號第七二五頁以下所收。

2 或る判例

先づ大審院の判決要旨を見るに「永小作權ニ關シ不作ノ年ニハ小作米ノ減額ヲ許ス慣習アル場

合ニ永小作人ニ於テ三割減ヲ相當トスル不作ナリト思惟シ其ノ割合ノ小作米ヲ提供シタル限り裁判所カ二割五分減ヲ相當ト判定シタルトキト雖民法第二百七十六條ニ所謂小作料ノ支拂ヲ怠リタルモノト云フニ該當セサルモノトス』と言つた。

しかして、今その事實に依れば、上告人(控訴人・被告)の先々代は被上告人(被控訴人・原告)の所有にかかる本件土地の上に永小作権を取得し、その後、該権利は家督相續により上告人の先代を経て上告人に移轉した。しかして、本件土地の存する地方においては、不作の歲には小作米を減額して納入することを許す慣習があるのであるが、たまたま昭和三年度は風水害等のために不作であつたから、當時永小作人たりし上告人の先代は昭和四年五月七日に、約定小作米より三割を減じたる額を被上告人方に持參したるも、同人は全額ならば兎も角、三割減の小作米は受取り兼ねる旨を以てその受領を拒絶した。また昭和四年度の小作米は、上告人が昭和六年四月に至り昭和五年度の小作米とともに納入したのであつた。ここにおいてか、被上告人は、この納入までにおいて上告人が既に昭和三年および同四年の二年間引つづき小作米の支拂を怠りたるものとなし、四日市區裁判所に對し、小作権の消滅および玄米四斗七升三合九勺の支拂を爲すべき旨の判決あらむことを求めた。これに對し第一審では、被告は原告に對し玄米三斗三升四合一勺を支拂ひ、且つ永小作地を返還すべしとの判決を與へ、第二審安濃津地方裁判所また第一審の判決を

支持した。その根據は、不作による小作米の減額を二割とすべしと判定し、上告人が三割減の小作米を被上告人宅に持參し、その受領を拒絶せられ、従つて昭和三年度の小作米を納付し居らざるところへ、翌四年度分をば五年度分とともに昭和六年四月に至り漸く支拂ひたるため、この間に二箇年の小作米不拂あり、仍つて民法第二百七十六條に従ひ上告人の有する永小作権は當然に消滅すべきものである、と考へたのである。

ところで、この第二審判決に對する上告人の論旨に曰く――

原審判決は次の三點において法律の解釋を誤つて居る。第一に、昭和三年度の小作米を上告人が持參したるも、被上告人は全額にあらざればこれを受領せずとて受領を拒絶したるものであるからして、上告人に債務不履行の事實は存在しない。そのみではなく、これを他面より言へば、地主と小作人との間に小作料の減額割合に就き協定の調はない場合は、裁判所の判決を以てこれを決すべきものであるから、地主は訴訟の繫屬中に小作料の滞納を主張することを得ず、その確定に依つて初めて小作料の滞納ありと主張し得る。第二に、原審判決は昭和三年度の小作料の支拂に就き、債権者なる被上告人において受領遲怠の事實あることを認定しつつ、しかも民法第四百十三條を適用せず、却つて上告人の側に債務不履行ありとして永小作権消滅請求を容認したる擬律の錯誤がある。第三に、被上告人は第一審口頭辯論において永小作権の消滅請求を爲したと

主張するも、同調書には「原告代理人ハ假リニ被告主張ノ如ク本件小作ハ賃貸借ニシテ永小作ナリトナスモ、二ケ年小作料ノ支拂ヲ怠リタルヲ以テ永小作ハ消滅シ居ルナリト述ヘタリ」と記載せらるるのみにして、これを以て永小作權消滅請求權の行使と解することを得ない。蓋し、その請求は地主より小作人に對する請求の意思表示を以てこれを爲すべく、訴訟行爲を以てこれを爲すべきものではないからである。――

右の上告論旨に對し、大審院は次の如き判決を與へた。曰く「如上ノ事實ニ依レハ利助ノ爲シタル昭和三年度ノ小作米ノ支拂提供ハ其ノ額ニ於テ五分ノ不足アルコト明ナルモ元來不作ニ因ル減米ハ程度ヲ幾何ニ見積ルヘキヤハ正確ナル鑑定若ハ裁判ニ據ルニ非サレハ容易ニ決定シ得サルトコロナルカ故ニ前記ノ如ク二割五分減ヲ相當トスル場合小作人ニ於テ僅々五分ノ相違ニ過キサレ三割減ヲ相當ト思料シ之ヲ地主ニ提供シタル事實ノ如キハ特別ノ事情ノ認ムヘキモノナキ限リ猝カニ之ヲ以テ履行ヲ怠リタルモノト云ヒ難キモノアリ少クトモ民法第二百七十六條ニ所謂永小作人カ小作料ノ支拂ヲ怠リタルモノトシテ權利消滅請求ノ事由ト爲スニ足ラサルモノト解スルヲ相當トス果シテ然ラハ原審カ特別ノ事情ヲ示スコトナク單ニ利助ノ提供額ニ五分ノ不足アルコトノミヲ理由トシテ同年度ノ小作米ノ支拂ニ懈怠アリト爲シ翌四年度ノ不拂ト併セテ引續キ二年以上小作米ノ支拂ヲ怠リタルモノト判示シ本件永小作權ノ消滅請求ノ效力ヲ肯定シタルハ審理不

盡理由不備ノ不法アルモノト謂フノ外ナク論旨ハ此ノ點ニ於テ理由アリ原判決中返地請求ヲ認容シタル部分ハ破棄ヲ免レサルモノトス然レトモ其ノ餘ノ部分ニ付テハ何等不法ノ點ヲ發見スル能ハサルヲ以テ民事訴訟法第四百七條第一項第三百九十六條第三百八十四條ニ則リ主文ノ如ク判決ス」と。

3 若干の批評

さて、これからが私の仕事である。元來、被上告人は本件土地を以つて永小作地にあらすと主張してゐるが、第二審の判決理由に依れば、これが永小作地であることは寸毫の疑問もない。すなはち、同地方は以前は木曾川の三角洲であつたのを舊幕時代に右三角洲の拂下を受けて所有者となりたる者達が、みづから出捐して堤防を築き他の者達を使役して該地所の葭生ひ又は葦生ひを取除きてこれが開拓に従事せしめ、初めて現在の田となしたものであつて、右の所有者が地主となり、開拓の勞役に従事したる人達が小作人となり、しかも小作人は子々孫々相承けて右田を耕作し、その耕作權を他に譲渡するに際しても豫め地主の承諾を受けることなく自分にこれを處分し、地主に對しては權利讓渡後これを通告するに止まれるのみならず、この方法に依り、當時より今日に至るまで右耕作權の賣買價入などが盛んに行はれ來り、しかも、耕作權の賣買價格は

土地の賣買價格よりも高價なること等々に依り、上告人の有する小作權が永小作權であることは容易に認定することが出来る。

そもそも、既に述べたやうに、わが國の永小作權は小作人が地主の需めに應じて土地を開墾することに依り發生せるものが頗る多きに居るのであつて、本件土地の如きも亦その一つに外ならない。殊に、小作人がその小作權をあらかじめ地主の許諾を得ることなくして賣買質入し得たるの事實は、その永小作權たるの事實を一層特徴的に物語れるものと言はねばならぬ。

かくの如く本件土地が永小作地であることは、それが物權なるが故に被上告人(地主)の所有權を制限するの結果を招來するから、被上告人としてはこれを債權たるに止まるところの普通小作たらしめんと考ふることは賭易き道理であり、また所有權の絶對的にして且つ不可侵なることを信條とせるわが民法も亦、永小作權をすこぶる繼子扱ひにしてゐるほどである。されば、被上告人は能ふる限り本件土地の永小作權を消滅せしむることを所期して、民法第二百七十六條を利用せむとしたのであるが、この點に對する原審判決は不幸にして法條の解釋を根本的に誤り、被上告人の主張があたかも論理の遊戯に墮してゐることを看破し得なかつたは、返す返すも遺憾である。

さて、元來、永小作地においては、年の豊凶にかかはらず永小作人は定めたる通りの小作米を地主に納付すべく、従つて、たとへ凶歲なるも豊作時の餘剩を以てこれをつぐなひ、そのために小

作料額も普通小作の場合に比すれば遙に低廉になつてゐるといふのが一般の慣習であり、民法またこれを原則化した(第二百七十四條)が、これに異りたる別段の慣習あるときはその慣習に従ふ(第二百七十六條)との例外規定を設けたのであつた。しかして、本件土地の存する木曾岬村地方における永小作慣習は實に右の例外規定を適用さるべきものであつて、不作の際は小作米を減額して納付するの慣習が從來より行はれ來つたところであり、原審判決も亦これを認定してゐるのである。

そこで問題が起る——一體、かやうに小作米を減額して納付する場合には、地主と永小作人とが協定したる上にてその減額率を決定するの慣習なりや。將又、永小作人の一方的意思に依り自己の適當と信ずる額を減じて地主に納付するも差支なき慣習ありや。不幸にして、この點に就いては原審判決理由には何等明かにするところが無いのであるが、ともかく、昭和三年度が風水害。鹽害および蟲害のために不作であつたことは争ひなき事實であつて、上告人がこのために約定小作料より三割を減じたる額を被上告人方へ持參したことは、それ自體、右の如き減額納付の慣習に基いたものであること言ふまでもあるまい。然るに被上告人が約定小作料の全額にあらざれば受領せずとてこれを拒絶したのは明らかに上記の慣習を蹂躪せるものであつて、これを以て上告人が小作米を納付せざりしといふ如きは單なる詭辯にしか過ぎない。

しかし、それにしても、裁判所の認定に依れば、昭和三年度において減すべき小作料は二割五分を相当とするにも拘らず、三割を減じたるものを持参したる以上は、これが受領を拒絶されたる上告人として、そこに小作米滞納の責を負はねばならぬではないか、との主張が発生してゐる。しかしながら、三割減と二割五分減とのいづれを以て正當となすかに就き、當事者間に協定成らざる以上はこれを裁判所の決定に俟たざるを得ないのであるが、それより先に、被上告人は全然減額を認めず且つそれが慣習を無視せるものなること前述の如くである以上、被上告人に對しその小作料を滞納せりとて責めるを得ざるのみならず、事實において小作料の減額率を裁判所が決定したる後、なほもその減額されたる小作料を納入せざる場合において、ここに初めて小作料の滞納ありたりと言ふべきである。蓋し、本件の如き特殊の慣習ある地方においては、當事者間の協定の成立または裁判所の決定なき間は小作料額不定なりといふの外なく、従つてそこには被上告人の主張し且つ原審の判決理由にある如き小作料滞納の問題は未だ發生することが不可能であるからである。

右の法理に對する正當の判断を缺きたる原審は、更に進んで『昭和四年ノ小作米ニ付テハ控訴人(上告人)ハ昭和六年四月ニ至リ昭和五年度ノ小作米ト共ニ納入シタル旨主張シ其ノ納入迄ハ支拂ヲ爲ササリシコトハ控訴人ノ認ムル所ナルカ故ニ此ノ納入迄ニ於テ控訴人ハ既ニ昭和三年度及

同四年へ二年引續キ小作米ノ支拂ヲ怠リタルモノ』と斷じ、ここに民法第二百七十六條に依つて本件土地の永小作權は既に消滅に歸したるものと判じたのである。しかしながら、昭和三年度の小作米はその滞納にあらざること前陳の如くである以上、民法第二百七十六條を活用する原判決が到底支持され得ないものであることは多言を費すまでもなからう。されば、大審院がかかる内容を有つ原審判決を破棄したことは當然のことであつて、茲に事新らしく取上げる必要はないほどであるが、しかし翻つて考へると、本件の如きは社會的に頗る重視せらるべきものである。

さて今日の農村における諸問題は色々な方面から解決を迫られてゐるが、その中でも土地所有權と永小作權との關係は複雑にして且つ解決困難なる幾多の問題を藏してゐる。それは前に述べたローマ法と固有法との相尅として把握せらるべきものと信するが、要するに圓滿完全にして且つ排他的支配權であるとせらるる所有權は、自己に對し強力なる制肘を加ふる永小作權をば、機會だにあらば消滅せしめむことにこれ努め、以て本件の如き紛争にその機會を與へてゐるのである。私は幸ひにして、本件に對する大審院の判決は法理的にも社會的にも法の生ける運用として衷心賛成し得ることを喜ぶものである。

二 小作料定免と期間

昭和十年(オ)第一七二〇號小作料支拂請求事件(昭一・二・二一六民五集一五)
卷三號四六頁(通卷二三八頁)
破棄差戻

(判決要旨)

期間ヲ定メテ小作料定免ノ協定ヲ爲シタル場合ニハ定免ノ效力持續ニ付テノ地方慣習又ハ當事者間ノ特約ナキ限り該協定ノ效力ハ其ノ期間ノ經過ニ因リテ消滅スルモノトス

(事實)

原告(控訴人・上告人)は被告(被控訴人・被上告人)Y外一名に對し、大正十一年度以前より原告所有の土地を賃貸して小作せしめてゐた所、大正十二年に至り賃料の減免を目的とする争議を生じ、大正十四年十月新潟地方裁判所新發田支部において小作調停成立し、この調停により大正十一年度および十二年度の小作料を減額すると同時に、大正十三年度より同十五年度に至る小作料を定免となした。これに次いで昭和二年度より同四年度までの小作料額は昭和三年五月同裁判所の小作料調停により賃料協定成立し、更に昭和五年九月同裁判所における小作調停により昭和五年度より同七年度までの小作料を定免小作契約に変更することの合意が成立し、昭和七年度を以て最後の調停に依る減免期間が満了した。然るに昭和八年度における右の減免に関する調停は成立せず、しかも被告人等は本件土地の耕作を繼續してゐた。それで原告は、右小作調停の趣旨

は、本契約小作料、すなはち賃料の一部免除を定めたるものにして、期間經過後は免除前の賃料に復歸すべきことを主張せるに對し、被告等は右定免小作料の調停が成立したのは、順次舊來の小作料額を改定したるものであるから、原告主張の小作料額は變更せられたるものである、と主張した。

本件の第一審新發田區裁判所においても、第二審新潟地方裁判所においても、共に原告(控訴人)の敗訴に歸した。その理由は兩審とも同じであるから、ここでは第二審の判決理由を擧げて置きたい。今それによれば、從來の契約小作料は著しく高額であつたから、年の豊凶の如何によりその都度地主の現場立見に依り實納小作料の取極めを爲す慣行が行はれ、いはゆる立見減免の要求が爲されて紛議を生じ、到底煩瑣に堪えないために、地主の利益をも考慮して平均小作料額を協定し、いはゆる定免小作料として、一定の數額により協定を爲すときは、その協定期間内はその小作地につき特に不可抗力による作柄不良減收の生じない限りはこれを變更しないことを目的として、前記の調停による小作料額の協定が成立したのである。しかして、この調停の趣旨は單に舊來の契約小作料の一部減免額を協定するにあるよりは、むしろ賃料据置期間を定めてその間の賃料を減額せざることを協定せるものと言ふべく、従つて新協定は舊來の賃料約定を改廢し、新賃料を定むるにありと斷定すべきである。故に控訴人(原告)主張の小作料額の契約は既に消滅に歸

いたものとする。しかして、右昭和七年度の耕作終了後、本訴提起の爲されたる昭和九年四月二日に至るまで、控訴人(原告)より格段の異議を挟みたることを認め難く、また反対の事情ありたりとも解し難いから、右昭和七年度に定められたる最後の賃料を定むべきものと認む、といふのである。この結果、原告(控訴人)の主張は斥けられたので、ここに上告された。

(判決理由)

右第二審の判決に對し大審院は次の如き理由により之を破棄した。曰く、「按スルニ小作料定免ノ慣行ハ獨リ新潟縣ノミナラス多數ノ府縣ニモコレアリ其ノ目的タルヤ水害其ノ他ノ被害頻繁ニシテ其ノ都度小作料減免ニ關スル折衝ヲ爲スノ要アル場合ニ其ノ煩ヲ避クルニ在ルヲ以テ將來其ノ小作料ヲ定免小作料以上ニ増加スルカ如キコトハ通常之ヲ爲ササルヘキ性質ノモノナリト雖特ニ一定ノ期間ヲ限リテ定免ヲ爲シタル場合ニ於テハ常ニ必シモ然リト云フコト能ハス蓋シ斯ル定免ノ協定ヲ爲シタル場合ニ於テハ其ノ期間ノ經過ニ因リテ該協定ノ效力消滅スヘキハ理ノ當然ニシテ特ニ期限後モ定免ノ效力持續スル旨ノ地方慣習又ハ當事者ノ特約存スル場合ノ外ハ右期間後尙定免ノ協定ニ當事者カ羈束セラルルコトナケレハナリ今本件ニ付之ヲ觀ルニ原審ノ確定シタル事實ニ依レハ本件賃借契約ニ於テ其ノ賃料ハ大正十四年十月六日成立ノ小作調停ニ依リ大正十三年度以降大正十五年度ニ至ル間定免セラレ次テ昭和三年五月三日成立ノ小作調停ニ依リ昭和二

年以降同四年迄ノ賃料ヲ協定セラレ更ニ昭和五年九月二十九日同年度ヨリ同七年度迄定免小作契約變更ノ合意アリ昭和七年度ヲ以テ最後ノ調停ニヨル減免期間終了シ昭和八年度ニ於テハ右減免ニ關スル調停未タ試ミラレサルモノナリ。この故に、右述の如き理由に依り定免期間の満了とともに舊來の賃料約定に依つて小作料の支拂を爲すべく、従つて原審の判決はこれを破棄すべきである。

(研究)

判旨に反對する。

本件を正當に判斷するがためには、先づ定免小作料制度の本質に對する理解を基礎的前提とする。そもそも本制度は全国各地に慣行されて居り、個々の姿態においては地方により必らずしも同一であるとは言ひ得ないが、しかも、その本質的特徴は揆を一つにして居り、言ふまでもなく、その起源を徳川時代に發してゐるものなるが故に、われわれとしては、その歴史的な考察を忽緒に附してはならぬのである。

さて、徳川時代の定免小作料制度は租税の定免制度に關聯して發達したものであつた。凡そ封建的政治形態の下に在つては、人の注意を惹くこと前者よりも後者の方が遙に決定的たらざるを得ない。蓋し、わが近世封建社會では農民の納むる租税が武家の政治の財政的基礎をなし、地主

の如きは單に一般百姓と同じ取扱ひを受くるにとどまり、小作料なるものの存在は觀念的に甚だ輕視され易かつたのみならず、一般に自作農を中心とする小農が決定的であつたから租税と小作料とは同日の談ではなかつたのである。されば徳川時代の諸學者にして土地制度を論じたる者すこぶる多きにも拘らず、その大部分は租税の收納法を説くにとどまり、小作制度における定免法に就いては論及するところ甚だ乏しい状態であつた。

しかしながら、前述の如く定免小作料制度は租税定免制と關聯して發達せるものであるから、前者の性質は後者を明らかにすることによつて自ら説明され得るわけである。

元來、徳川時代の租税制度では檢見(註二)と定免との二種があつた。檢見とは豊凶の度を檢し坪刈にして租税を定めるものであり(註二)、定免とは過去數年または十數年間の租税額を平均して租率を定め、その期間は年の豊凶に拘らず定めたる通りの租税を徵收し、ただ凶歲には破免といつて檢見の上にて定免租額より幾分かの減額を爲す方法である。これは享保六年に初めて行はれ同十九年には三分以上の損毛の場合に破免を行ふことを定め、その期間は、五年・七年・十年・十五年等が廣く行はれた。(註三)しかして、當時の學者の述べるところを檢討すると、『地方落穂集』には『昔は定免と云ふ事なし、三拾五六ヶ年以前享保年中より定免始るなり、其節の免、古の五分摺を以被_二仰付_一なり、尤五ヶ年三ヶ年の年季を限り、三分の上損毛の節は破免引方被_レ下等の極なり、

然れども田畑甲乙有て、不同の場所は定免不_レ請、今に檢見取の村も多し、定免と云は、免を極め年季の内は、三分以上の損毛無_レ頓着一定物成を納るなり、年季明、又は年季を切替なり、切替の度々吟味の上、定免にて難儀成時は檢見取るなり、』と言ひ(註四)、また大石久敬の『地方凡例録』には更にこれを説いて曰く、『年季ハ先ツ爲_レ試三ヶ年季程ニ究ル方然ルベケレドモ、體ニヨリ五ヶ年ニモ可_レ究 最初ヨリ長年季ニハ不_レ極、切替ノセツ五ヶ年ニモ七ヶ年ニモ致スベシ、村方ヨリハ長年季相願トモ、七年位ヨリ長クハ不_レ致、尤十ヶ年季位ニハイタス事モアリ、勿論無年季永定免ハ、一統不_レ成事ノ由也、且又切カヘ、セツハ、先定免右三平キ、ンニ少々モ相増ス様ニ吟味スベシ』、と(註五)。

(註一) 檢見の制度は中世の庄園内においてその起源的形態を見る。拙著『日本經濟史の諸問題』第七三頁以下。

(註二) 徳川時代の檢見制度については、本庄博士『日本社會經濟史』第四八一頁以下。土屋教授『近世日本農村經濟史論』第四二頁以下。

(註三) 土屋教授『近世日本農村經濟史論』第四四頁。

(註四) 地方落穂集、卷四(日本經濟叢書、第九卷、第六九頁)。

(註五) 地方凡例録、卷三(日本經濟叢書、第三十一卷、第一七六頁以下、特に第一七八頁)。

右に擧げたる二資料に依つて見ると、徳川時代における租税定免制は次の如き性質のものであることが理解される。

A 定免は必ず一定の期間を有する。故に何等の期間の定めなきものは許されない。

B 定免は過去数年または十數年間における租額を平均して定めるものであるが、その額は過去の租額より必ず低廉なること。

C 右の定免額はAに述べたる期間の到来に依つて更新されねばならぬが、その際もし更新することがなくても定免成立以前の租額に復活すること絶えてなし。何となれば、以前の租税では不都合なるが故にここに定免制を採用したのであるから、その採用とともに従來の租額は消滅したものであるからである。

D 期間が到来せる定免額はこれをそのまま受け継いでもよいし、また一兩年検見取りにしてその上にて定免にすることもよい。

E 期間到来するも當事者において異りたる意思表示なき限り、その直前の定免額に依つて期間が更新されたものと考へられる。

以上の如き性質を有する租税定免制は、これを直ちに移して以て小作料の定免制度に適用することが出来る。何となれば、兩者ともその慣行の目的を一つにしてゐるからである。さうして、

これが明治時代を経て今日にまで猶ほ嚴に行はるるに至つてゐるのである。

すでに定免小作料の性質が斯の如きものである以上、本件に對する大審院の判断の不當である所以は多言を要せずして明かである。判旨が「一定ノ期間を限りテ定免ノ協定ヲ爲シタル場合ニ於テハ其ノ期間ニ因リテ該協定ノ效力消滅スヘキハ理ノ當然」となせるその理なるものを如何なる法律上の根據によつて展開せるかを自ら明かにすることなくして、現行定免小作料制度の歴史的本質の前に眼を掩ふて居るものである。すなはち、判旨は前掲Cの性質を看過せるものであり、同時にEの場合をも考慮せざるものであり、かくては本件に對し正當な判断を下し得やう筈がない。本件において當初に定免小作料制度を採用する協定をなせる兩當事者は、これによつてその以前の小作料制度を破棄するの意思を有してゐたこと周囲の事情上當然に信せられるところであるから、被告(被上告人)は民法第九十二條によつて保護を受くべき當然の權利を有する。

この點において第二審の判旨が「新協定ハ舊來ノ賃料約定ヲ改廢シ新賃料ヲ定ムルニアリト断定」し、その前提として定免小作料の本質を説いてゐたあたりは、最も意を盡して居り、それに基づいて定免期間の満了より本訴提起までの間に原告(上告人)が格段の異議を挟みたることを認め難く、また反對の事情があつたとも解し難いとの理由により、直前の定免小作料額に依る支拂を被告に命じてゐるのは、理論的にすこぶる當を得てゐる。然るに、大審院が右に對し、「須ラク右

調停ノ效力存續ニ關スル慣習又ハ特約ノ有無ニ付釋明シ之レカ審理ヲ爲ササルヘカラサルニ拘ラス」云々と論じてゐるのは、第二審の判旨が定免の性質を明らかにしてゐる事實を全く無視せるものであると言はねばならぬ。

かやうに本件に對する大審院の判断は歴史的にも理論的にも、不幸にして誤謬であると言はざるを得ないのであるが、更に社會に與ふる影響は更に大いに考へねばならぬ。何となれば、かくの如きは實際的に小作調停法の眞精神と一種の調和し得ざるものがあり、地主・小作人關係の協調的趨向を何の用もなきにその反對物に轉化せしめ、小作爭議を醸成するかの結果を招來する危険が多分に在るからである(註一)。法の一目的は社會階級を調和するに在り、決してその對立を激成するものであつてはならぬのである。

(註一) 本件判旨の實際的にも不當なる所以につき法學協會雜誌第五十四卷第七號第一七八頁參照。

三 歛先權と土地の貸借

昭和十年(オ)第二四九七號損害賠償請求事件(昭和一一・四・二四、大民二判、)
民集一五卷一〇號七九〇頁、)

(判決要旨)

歛先權ノ名稱其ノ權利ノ讓渡性ノ有無等ハ土地ノ賃借權ト永小作權トヲ區別スルノ絶對的標準ヲ爲スモノニ非ス

(事實)

被上告人(控訴人・原告)の主張するところに依れば、被上告人Aの前主は、上告人Cより訴外Xの所有地に在る小作權を買取りたるところ、訴外Yの債權者は右の小作權がYに屬するものとしてこれを差押へ終に競落したため、Bは賣買の目的たる權利を取得することが出來ず、該契約はCの責に歸すべき事由に依つて履行不能となつたのであるから、Bはこれを解除し、Aに對し損害賠償請求權を讓渡し、その旨を上告人Cに通知した。しかしてBとCとの間の賣買契約においては、小作權につき後日故障生じたるときはCにおいてこれを解決し、Bに損害を蒙らしめざる特約がある。この特約に依つてもCは責任を免れ得ないこと明らかであり、しかも本件小作權は物權たる永小作權であるといふのである。

これに對しC(上告人・被控訴人・被告)は、本件小作權は賃借權にして、訴外YよりCに、更にCよりBに賣渡したる際にはそれぞれ地主たる訴外Xの承諾を得たる次第であり、しかも本件土地の存する三重縣度會郡二見町地方の慣習に依れば、この承諾については確定日附ある證書を有しない場合にも第三者に對抗することを得るからCは既に完全に賣買契約を履行したもので

あつて、何等損害賠償の義務を有しない。また右小作權が永小作權であるとするも、その取得に就ては登記を爲すことなくして第三者に對抗し得べき地方慣習があるのであるから、Bは元の權利者たる訴外Yの債權者に對し本件小作權の取得を對抗し得る。従つて該債權者がこの權利を競落するもその競落は無効であつて、Bは小作權を喪失すること無きが故に、Aの請求は失當である、といふのである。

以上に對し第一審裁判所はAの請求を棄却し、第二審では原判決を破棄して、CはAに對し金三千三百五十圓(本件小作權賣買代金)及びこれに對する利子の支拂ひを命じたのであつた。

(判決理由)

後に述べる如く、原審は本件小作權を以て永小作權なりと斷定し、ただ登記するにあらざれば永小作權と雖も第三者に對抗し得ざるものであるが故に、その權利の賣買は訴外Yの債權者に依る競落に對抗し得ない、といふのであつたが、これに對する大審院の判決要旨に曰く、「鐵先權ト云フハ畢竟坊間ノ一用語ニ過キス當然或種ノ物權ヲ指スト斷定スヘキ所以ハ則チ一モ存スルコト無ク又永小作權若クハ地上權ニモアレ將タ賃借權ニアレ苟モ當該權利ノ存スル限り地主ト雖恣ニ土地ヲ使用スルヲ得サルハ固ヨリ擇フトコロヲ觀ス然リ而シテ永小作權ナルモノ必然固有ノ移轉性ヲ具ヘサルト共ニ(民法第二百七十二條但書)賃借借ニアリテモ契約ノ當初ヨリ賃借權ノ移轉

ヲ許諾シ置クヲ妨ケサルニ於テ原審カ依ツテ以テ當該小作權ノ永小作權タルコトヲ認メタル根據ナルモノ未タ必スシモ爾ク決定的ナリト云フ可カラス却ツテ「小作期間ニ付テハ別段ノ定メナク」ト云フコトコソ寧ロ着眼ノ要處ナラスンハアラス他無シ賃借ノ期間ハ二十年ヲ以テ最長トスルニ反シ永小作權ハコレヲ以テ其ノ最短期トスル點ニ於テ截然タル區別ノ存スルアリ左レハコソ存續期間ノ定メ無キ場合ニ於テ永小作權ニハ民法第二百七十八條第三項ノ適用アルニ對シ賃借ハ即チ同法第六百十七條ノ支配ヲ受ク期間ニ付キ別段ノ定メ無キ以上當該小作權ハ此ノ點ニ關シ如何ナル取扱ヲ受クルヤト云フコトハ其ノ永小作權タルト將タ賃借權タルトヲ甄別スルニ於テ原審トシテ宜ク考一考スヘキ問題ナラストセス土地賃借權ヲ地上權ト唱フルカ如キハ坊間慣用ノ一俗語甚タ拘ルノ要ナシ(中略)加之原判決ニハ「土地ノ慣習上地主ニ對シ右對抗條件具備ノ爲之カ協力ヲ請求スル權利ナキモノトスルモ」之ヲ以テ直チニ本件小作權ノ移轉ハ其ノ旨ノ登記ヲ要セスシテ之ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ト速斷スヘカラスト說示シアリ對抗條件具備ノ爲地主ニ於テ之カ協力ヲ爲スト云フハ取りモ直サス小作權設定登記ノ申請ニ連署スルノ義ナルハ論ヲ俟タス而モ先ツ設定登記ヲ經ルニ非サレハ移轉登記ハ始メヨリ之ヲ爲スノ術ナキニ於テ原審カ當該小作權設定登記ハ地主ニ對シ之ヲ強要スルノ途無シトスルモ當該權利ノ移轉ハ即チ其ノ旨ノ登記ヲ了スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルヲ得スト判示セルハ殆ント不能ヲ責ムルノ觀無クンハ

アラス」云々と。かくて原判決を破棄し、本件を名古屋控訴院に差戻したのである。

(研究)

一 本件の内容は多岐に分れてゐるから、先づいはゆる鍛先権なるものは永小作権なりや賃借権なりやといふことから初めて行きたい。

さて、原審は本件小作権を以て永小作権なりと解したのであるが、今その判旨を要約して觀ると、いはゆる小作権とは他人の所有地を耕作使用収益し、その對價として小作料の支拂義務を負擔する場合を言ひ、その小作権の譲渡とは、右權利義務の包括移轉を指稱するものであることは古來わが國に踏襲されたる用例であつて、その耕作使用収益の權利と小作料の支拂義務が物權の作用として生じたるものなるときは、これが移轉はその本體たる永小作権を譲渡したる結果に外ならない。然るに若し賃借契約に基いて發生したるものであるときは相續の場合を除きこれが移轉は債權たる賃借權の譲渡と共に賃料支拂義務の承繼をも伴ふものであるから、この義務の承繼が適法に爲されるためには地主の承諾がその必須要件を爲すものである。しかして本件小作権の所在地方においては、土地の小作権を鍛先権・小作料を鍛先料と稱し、特に様式を定めて特約する場合の外は小作期間については別段の定めなく、また地主といへども該鍛先権を買收しない以上は自らこれを耕作し得ない。のみならず、これが賣買譲渡についても地主の承諾を要せず、

ただ小作料支拂人に交替ある關係上これを地主に通知するにとどまり、地主は新小作料支拂資力につき疑を抱く場合にあつても移轉を拒否することなく、讓渡人または適當なる者をして保證の責に任せしむるを以て足るとする慣習がある。さうして、この慣習に基く小作人の權利は耕地開墾の際の勞力提供、又は鍛先権買收・地主との特殊契約などに基いて發生し、遠く徳川時代より慣行されたものであることは多く論ずる要を見ない。

二 されば、原審が「本件小作権ハ之カ賣買讓渡ニ付地主ノ承諾ヲ必須條件トスル賃貸借契約ニ基ク賃借權ニアラスシテ寧ロ永小作権ニ該ルモノト解」したのは正當の見解であると言はねばならぬ。すなはち、本件小作権すなはち鍛先権は(イ)小作期間に別段の定めなく、(ロ)地主と雖ども鍛先権を買收せざれば自ら耕作し得ず、(ハ)鍛先権の賣買讓渡に就いても地主の承諾を必要としない、との三點において、すこぶる特徴的である。

そもそも永小作権の原始的取得としては、地主の所有する荒蕪地その他を開墾することに因るものが最も多いのであるが、本件小作権の如く鍛先権なる名稱を使用せる事實は、正にこの權利が他の一般における如く小作人が鍛先による開墾にもとづいて發生せるものなることを、いみじくも暗示せるものであると言はねばならない。事實において永小作権を指す名稱は全国各地必ずしも一様ではなく、永小作株・上土權・小作権・作株・上毛田地・上毛地・開株・地株・開拓

代價・上砂代・砂代・開墾小作株・間徳權・盛株權・盛權・鍬先料・株米・草切などと呼ばれて居り(註一)、鍬先權なるものも亦その一つである。

わが固有法における永小作權は、小作人の權利強大にして或る場合にはその權利が地主の所有權と相伯仲し、又は却つてそれを凌駕するの實力を有する用益物權である(註二)が、今これを本件土地に就いて見るに、その面積わづかに二畝二十七歩の小作權を實に三千三百五十圓を以て賣買して居るのであつて、かくの如きは所有權の價格より數倍の高きに居るものであり、従つてその權利の内容は所有權を凌駕せるものであると推定せねばならぬのである。原審判旨がこの點を活用しなかつたのは遺憾であるが、大審院がこの事實を看過してゐるのは何としても甚だしい粗漏である。

次に(イ)の小作期間に別段の定めなきことは永小作地において屢々行はれ來つた所であつて、明治初年に編纂せられた『全國民事慣例類集』にはこの點に關する幾多の重要な記載が見える(註三)のみならず、最近に至るまで永小作の一般的性質の一つとして數えられ來つたところである(註四)。然るに大審院は、鍬先權を以て『畢竟坊間ノ一用語ニ過キス』と言ひつつ、小作期間の有無に關する歴史的性質の差異をみづから抹殺し、しかも原審に對してこの點を『宜シク考一考スヘキノ問題』であると示してゐるのであるが、かくの如きは正に、顧みて他を言ふもの以外の何

物でもない。民法第二百七十八條が永小作權の存續期間を限定したのは、舊幕時代より一般に行はれ來つたところの無年季永小作權を所有權に對する侵害的存在なりとして規定したまでであつて、この規定の有無にかかわらず、無年季永小作權がその永小作權たるの性質を寸毫も變じ得るものではないのである。大審院こそ先づ本件土地の無年季なることに留意すべきであつた。何となれば、開墾の如き原始的取得による永小作權は、通常、永小作人として子々孫々に至るまで永代無季にその土地を小作し得るにあらざれば、初めより地主の需めに應じて開墾する如き徒勞は爲さなかつたであらうからである。

(ロ)に就いても亦本作土地が永小作地であることを示してゐる。これも矢張り明治初年の『全國民事慣例類集』に多くの事實が記載せられてゐるから(註五)、徳川時代より慣行されたものであること疑ふの餘地がない。債權たる賃借小作權にかくの如く所有權を制限する如き權利の存在し得ないことを原則とする所以は、多言を要せずして明らかであらう。然るに不幸にして大審院はこの點に就いては寧ろ論理の遊戲に耽るが如き態度を示し、永小作權が必然固有の移轉性を具へざるとともに、賃借借にあつても契約の當初より賃借權の移轉を許諾し置くを妨げないとなし、以て民法第二百七十二條但書を引用するのである。しかしながら、この但書は『設定行爲を以て之を禁じたるときは此限に在らず』といふ例外的な任意規定であるが、然らば大審院は本件土地

を以てこの但書に該當する具體的事實を把握したのであるかといふと、もとより十分の證據がないのであつて、畢竟するに單なる憶測的前提にもとづく論述であると評せざるを得ない。

(ハ) の鐵先權の賣買讓渡について地主の承諾を必要としない、といふことも亦これが永小作權たることの有力なる一證據であつて、賃借權には原則としてかくの如き事實を見ない。これ鐵先權が物權たる所以を物語るものであつて、幕末の慣習でなからることが廣く行はれてゐる。その一例として三河國額田郡地方における『新田の地には永小作と稱する者あり、地主の許可を得ずして、隨意に小作株を賣買する事あり』といふ慣習を指摘することが出来る(註六)。

かやうに考察して觀ると、本件小作權が永小作權であることに就いては少しの疑問もない。さうして、これを斷定したる原審の判決は甚だ用意周到なるものがあるにも拘らず、大審院はこれに對しむしろ正當に理解せざるところの誤解をなし、以て原審判決を破棄したのは返すくも惜しみて餘りある。若しこの鐵先權を永小作權にあらずとするならば、今日全國に行はれてゐる永小作慣行はその大半を減ずることとなるであらう。判旨に反對する所以である。

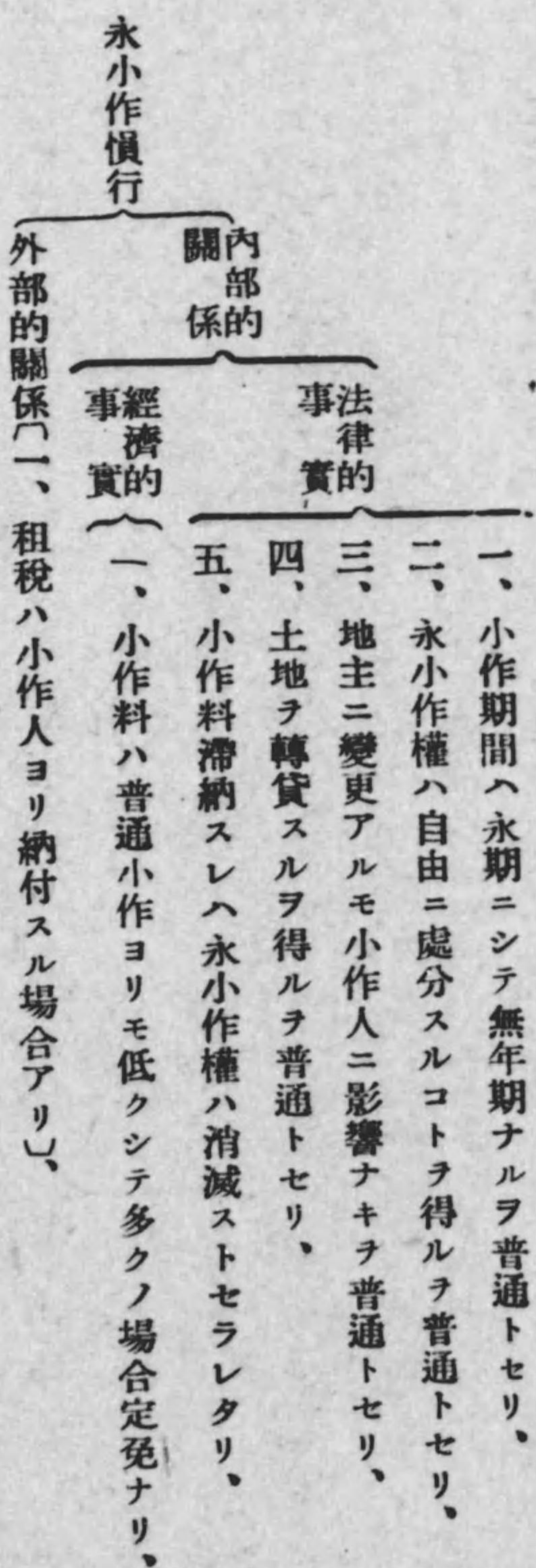
(註一) 小野博士「永小作論」第二〇頁。

(註二) 小野博士、右掲書第一八頁。

(註三) その例は甚だ多いが、試みに二三のものを拾つて見れば、三河國渥美郡・同額田郡・上總國望陀郡

等々。尤も普通の賃借小作にしても無期限のものもあつた。陸中國岩手郡における小作には必ず證書ありて年限の定なし(中略)永小作といふことなし」とある如きはそれである。されば、無年季なることは永小作權の常案であるが、賃借小作權の要素ではなかつたと言はねばならぬ。

(註四) 例へば、小野博士は永小作權の一般的性質として次の如く表示して居られる(「永小作論」第一六二頁)。



(註五) 幕末の地方慣習によれば、駿河國志太郡益頭郡では「二十年以上續て小作するときは永小作と稱し地主に於て容易に其地を取戻す能はざる事なり」と見え、三河國渥美郡では「荒地開墾せし小作人は永小作人と號し、小作權賣渡自由にして、地主に於て進退するの權なし」と言つてゐる。他の地方のことについては一々擧ぐるまでもならぬ。

(註六) 例へば右註における三河國渥美郡の場合をも參看。また陸中國膽澤郡においても、「荒地開墾をなせし小作人は永小作人となりて、地主の都合に因て其地を取戻す事を得ず」、越後國古志郡では「五十年前に至れば永小作と稱し、地主の都合を以て其地を取返す事を得ず」等々。

三 以上述ぶるやうに本件土地が永小作地なりや否やといふ點に就いての大審院の判断は不當であり、原審の判旨を正當とするものであるが、それでは、永小作權は登記を爲すにあらざれば第三者に對抗し得ざるものであるかといふに、私はこれを肯定する原審の判旨には未だ十分に賛意を表し得ざるものあり、むしろ大審院が右を以て『不能ヲ責ムルノ觀』ありとしたことに賛成せざるを得ない。尤も大審院は、民法施行以前より存する永小作權とは登記を爲さざるも第三者に對抗し得るとの積極的見解を表示したものでは更々ないのであるが、そこに問題が潜んで居るのである。すなはち民法施行法第三十七條の規定によれば、民法又は不動産登記法の規定により登記すべき權利は、從來登記なくして第三者に對抗することを得べかりしものも、民法施行の日より一年内にこれを登記するにあらざれば之を以て第三者に對抗することを得ず、と見えてゐる。しかし、それでは入會權と本條との關係はどうなるのであるか。民法施行以前より存在したる入會權は登記なくして第三者に對抗し得るけれども、同様の永小作權は然らずとしたのでは、永小作權者はその長き歴史的傳統を有するにも拘らず不當の損害を受けざるを得ない。しかも、事實

上、慣習においては登記を爲すことむしろ稀れであり、却つて登記なくとも第三者に對抗し得るといふのが一般的に不文の慣習になつてゐるのであるから、苟くも永小作權の慣習的效力を認めると以上は、第三者に對抗する場合に就いても亦その慣習を尊重し、民法施行法第三十七條を適當に解釋せねばならぬと信ずる。

第一四 民法施行前の法制四題

一 民法施行則の養嗣子縁組

昭和十二年(オ)第一二四〇號隠居無効確認請求事件(昭和一二、一一、一二大民五、法律新報社「大審院判決全集」第四輯第二二號第一六頁乃至第一八頁)
——上告棄却

(事實)

ここにA家とB家とあり、しかも家には訴外兄Cと弟Dとの二人があつたが、Dは明治十五年に徴兵逃れの爲めにB家(單獨女戸主)の養子となるも、當時Cには實子が無かつたので、若しDに實子出生せばA家の相続を爲さしむることに議が定まつてゐた。そこでA家ではE(被上告人)を相続人となしたのであるが、他方においてB家でも養子F(上告人)を相続人に定むるところがあつた。ところが、EはB家の嫡子であり、FはEの出生前に養子縁組の届出を爲したるも、それは單純養子であつて養嗣子ではないから、FはB家の家督相続権を有しないといふことから問題が起り、遂に本訴に及んだのであるが、一・二審ともFの敗訴に歸した故に、事件は上告され

たのであつた。

(上告論旨)

上告理由は前後三點より成つて居る。先づ第一點に依れば『民法施行前の慣習は實男子なき際に爲したる養子が推定家督相続人となるや否やは、一に被相続人の意思に存し、必しも養子を家督相続人に指定し、其の旨當該官廳に届出で之を戸籍に記載せざれば、推定家督相続人となり得ざるものにあらざるなり』といふにあり、第二點は『如斯にして原審は被相続人横瀬武三郎が上告人を法定推定家督相続人と爲す意思を以て養子と爲したるものなる事實を遺脱し、之の事實に對し毫も判断の資料と爲すことなく、卒然上告人の法定推定家督相続人たる地位を排斥したる判決を爲したるは違法にして、破毀を免れざるものと思料す』といふにあり、また第三點は原判決は法令に違背して判決を爲したる違法がある。何となれば、『假りに百歩を譲り、横瀬武三郎が明治二十五年十一月十六日上告人を養子と爲す際に、單純養子と爲す意思なりしとするも、民法施行法第六十八條によれば、右養子縁組は民法施行の日より民法に定めたる效力を生ずるものにして、而して民法第八百六十條によりて養子は縁組の日より養親の嫡出子たる身分を取得するものなるにより、上告人は右規定の結果、養子の當時即ち明治二十五年十一月十六日横瀬武三郎の嫡出子たる身分を取得するものなるにより、上告人は右規定の結果、養子の當時即ち明治二十五年十一

月十六日横瀬武三郎の嫡出子たる身分を取得し、且取得の時期は被上告人の出生たる明治二十九年四月六日に先んずるを以て依然上告人が横瀬武三郎の法定の推定家督相続人たるを妨げざることとなるなり』といふにある。

(判決理由)

上告論旨第一點に對する判決理由に曰く、『民法施行前の慣習に依れば、養嗣子縁組は養子を家督相続人に指定し其の者を當該官廳に届出で之を戸籍に記載するに因りて法律上の效力を生ずるものなること當院の判例とする所にして(昭和九年(オ)第二七一八號同年四月二十六日言渡判決)、之と同趣旨に出でたる論旨前記の原判示は正當なり。』また第二點に對しては、『被相続人横瀬武三郎は同人の實子なる被上告人の出生(明治二十九年四月六日)以前明治二十五年中に上告人を養子となして横瀬家に入籍せしめたる所、戸籍には上告人を右武三郎の單純養子として記載しあるに過ぎざること原審の確定したる事實なるが故に、假に被相続人横瀬武三郎は上告人を養嗣子と爲す意思を以て右縁組を爲したるものなりとするも、養嗣子縁組としての法律上の效力を生ぜざること前論旨に付説明したるが如し。』更に第三點に對しては、『民法施行法第六十八條は、民法施行前に爲したる婚姻又は養子縁組は、民法施行の日以後にあらざれば民法所定の效力を生ぜざること規定したるものにして、民法施行の日以後にありては其の婚姻又は養子縁組を

爲したる日に遡りて民法に定めたる效力を生せしむる法意に非ざること當院の常に判例とする所」である、とするのである。

(研究)

一 本判決は従來の判例を適用したるものであるが故に判例とされたものではないが、本判決の出現を機縁として些か事を論ずるのも今後の爲めに徒爾ならざるを信するが故に、若干の研究を重ねて置きたい。

さて第一點の判旨は、昭和九年(オ)第二七一八號、同十年四月二十六日言渡の判例(民集第一四卷)に立脚するものであるが、今それによれば、『民法施行前の慣習に依れば、養嗣子縁組は養子を家督相續人に指定し、其の旨を當該官廳に届出で、之を戸籍に記載するに因り法律上の效力を生ずるものとす』と言ふのである。尤もこの判例も夙に明治三十七年四月五日(録一〇頁)、大正八年七月十一日(録二五頁)、大正十五年二月二十七日(東洋、法律新報、八三號一八頁)等々の判旨に基くものであるが、筆者は判旨の正當性に就き尠からぬ疑問を抱けるものである。

ところで、判旨のいはゆる『民法施行前』とは抑々果して何時頃を指稱せるものであるかが明らかでない。或ひは民法施行から餘り遠く遡らざる時期を指すのであるか、或ひは明治初年頃をも包含するのであるか、更に進んで徳川時代をもこの内に含ませて居るのであるか、どうも一向に

はつきりしないのである。慣習といへども時代的變遷に伴つてその内容を變ずるものであつて、明治初年以前における純粹に固有の慣習と、それ以後におけるヨーロッパの近代的法制の多かれ少かれ影響を受けたる慣習とを、單に『民法施行前』といふ時代色を無視した包括的漠然たる表現を爲すことの正否自體がすでに問題であるが、しかし、ここでは、それはそれとして、主として明治十年前後の慣習を中心として論述を進めて行きたい。

今、『全國民事慣例類集』に據つて觀るに、事の實相はいづれも判旨第一點を否定するものの如くである。例へば羽後國秋田郡では『養子を爲せし後は養父實子を擧る事あるとも、其實子をば次男とし、養子を離縁する事なし』といふこと行はれ、また時には實子に對し資産の四分の一或は三分の一を分ちて分家せしむる慣習である。加賀國にあつては『養子は相續の權實子に異なるなしと雖も、養父若し實子を擧るときは、たとひ自分の子あるとも之を措き、養父の子を以て順養子とするの慣習』がある。すなはち養子縁組後に生れた養父の實子をば養子となすことに依つて實子に優先せしむるのである。越中國礪波郡では『養子に定まりし後、養父に實子出生すると、實子は次男に爲す慣習』があり、更に出雲國島根郡では加賀國と同じく『養父若し實子を擧れば年輩に依り順養子と唱へ、其實子を養子の子とし、相續人になすなり、又は實子を分家せしむるもある』が、長門國豊浦郡にありては『父實子を擧れば、實子は多く別家し、或は養子等に遣し、

養子に相續せしむる事なり』との慣習が原則化せられて居たのである。(註一)。

(註一) 阿波國名東郡では「看抱養子」なる特種の養子制度があつたから、この機會において一言して置きたい。すなはち「全國民事慣例類集」(白東社本、第一九六頁)に曰く、「看抱養子と稱する者あり、戸主老病等にて退隱を欲すれども、相續すべき男子幼冲なるとき、雙方承諾の上養子を爲し家督せしめ右嫡男成長の上養子隱居して、家督を嫡男に譲る事なり、この看抱養子は決して嫡妻を置かず、妾を蓄るを例とす、蓋し子女を擧るも其家を繼ぐべき權利を與へざるの意を表する事なり」と。これは阿波國のみの特殊制度であらうか。

以上の事實に依つて、われわれは民法施行前(明治十年代前後)における養子制度の一斑を知ることが出来る。すなはち、びとたび家督を相續せしむる意思を以て爲したる養子は、その旨の届出の有様に拘らず當然に法定の推定家督相續人となつた。さうして、その後に至り養父(被相續人)に實子の生まれることがあつてもその實子は何等の實督相續權をも與へられざるか、又たとえ與へらるる場合にあつてもそれは養子を排除してではなくて、養子の順養子といふ特殊の關係を結ぶことに依り養子の相續人といふ立場に置かれて居たのである。勿論これと反對の慣習が絶無ではない。例へば信濃國水内郡における「養子は實子なきに付貰受る主意なれども、養父母後に實子を擧げ成長すれば、養子を疎じて別家或は離縁するもあり」といふ如きはその例であるが、

しかし、かくの如きは頗る鮮少の例に屬し寧ろ例外的なものであつて、決して一般的な慣習ではなかつたと斷言し得るのである。

されば、既往の判例および本件判決は明らかに史的事實を誤解せるものであつて、事の真相は實に判旨と正反對なのである。そもそも大審院は以上の如き歴史的事實を如何に理解せられるのであらうか。これ茲に私の最も知らむと欲するところである。——かくて、私は右の上告理由第一點が、民法施行前の慣習を擧げて、實男子なき際になしたる養子が推定家督相續人となるや否やは一に被相續人の意思に存し、必らずしも養子を家督相續人に指定しその旨を當該官廳に届出でてこれを戸籍に記載せざれば推定家督相續人となり得ざるものでない、といへるを以て、ほぼ正鵠を得たるものとして支持せざるを得ない。尤も、これが絶對的に正しいといふのではない。一層正確に言はむと欲するならば「被相續人はひとたび家督相續せしむる目的を以て爲せる養子をば、然る旨を戸籍吏に届け出であると否とを問はず、その後自己の實子出生したるの故を以て恣意的に養子を排除して實子に家督を相續せしめ得ない、といふのが民法施行前の慣習であつた」とせざるを得ない。この意味において判旨第一點を支持することは困難である。

二 事情すでに斯の如くなるが故に、既往の判旨に立脚する判旨第二點がわれわれをして賛同を躊躇せしむることは多言を要しないから、ここでは論評を省略する。

三 最後に判旨第三點であるが、これは専ら民法施行法第六十八條の解釋如何にかかつて居る。しかして、今、同法を繙いてみるに、『民法施行前に爲したる婚姻又は養子縁組と雖も其施行の日より民法に定めたる效力を生ず』とあるから、婚姻または養子縁組のときに遡つてではなくて、民法施行のその日より效力を生ずるものなることが明らかであり、従つて少くともこの點に關する限りは判旨を以て正當とする。それは夙に判例とされて居る(明治三十二年第八十三號)。しかし、本件にありては民法施行法第六十八條の解釋如何の如きは故らに取り上ぐるの必要な事柄であつて、同條に對する判旨の正當であるといふことは決して本判決を支持すべき根本的理由とはならないのである。要するに本件の中樞點は判旨第一點に在るのであつて、それが全體の基礎を爲して居ることを考へねばならぬ。

二 民法施行前の遺贈

昭和十三年(オ)第七五八號所有物返還請求事件(昭和一三・九・一四・大四民判、法律新聞第四三二五號第一三頁)——棄却

明治二十二年頃ノ法律ニ於テモ死後ノ財産ヲ他人ニ遺贈スル旨ノ自筆ノ遺言證書ヲ作成シタル

トキハ有效ナル遺言ノ成立アリタルモノトス

(事實)

本件訴訟においては、(1)被上告人Xは明治二十二年九月二十六日にY地に分家手續をなし、同時に上告人Aの先代BがXの後見人に就任したのであるが、(2)訴外Zは明治二十年、同人所有の財産すなはち貸付金・預ケ金・家財および同人の愛玩せる諸器物の利殖・運用・保護等を目的としてF社なる團體を組織し、同人の甥たるC・B・養子D・同業Eを該社の社員となし、彼等に對して右財産の利殖・運用・保護等の事務を委託したのであつた。但し、F社成立後も本訴物件はBにおいてZのために保管して居たのである。(3)然るに、Zは明治二十二年春ごろ、自己の死後の財産は擧げて(本訴物件その他一切の遺産)被上告人Xに遺贈する旨の遺言證言を作製したる後、明治二十三年九月二十二日死亡し、Xは右遺贈に依り本訴物件の所有權を取得したのである。しかして、上告人の主張に依れば本件訴訟の内容はこれを簡單にいふと、民法施行前における遺贈法の内容はいかなるものであつたか。さうして、當時の遺贈法に依つても本件遺贈は有効に成立したりしものなりや否やを論ずるの點に歸着する。

われわれにとつては、これはまことに興味深い問題であつて、本件上告理由全八點のうちその中心的論點を成す上告論旨第八點および判決理由のみを左に掲げて研究を進めることとし、上告

論旨第一點乃至第七點はこれを省略することにしておきたい。

(上告論旨)

すなはち、上告論旨第八點に就いて觀るに、遺言者たる乙が死亡したのは明治二十三年九月二十二日であるから、現行民法の實施以前に屬すること勿論である。而して、いはゆる舊法時代における遺言の方式ならびに成立に關する一般の定めは必らずしも現行法規と同一でない。そも法の不知を以てその責を免るることを得ずとの原則は、現行法の效力に關し國家が國民に對し強制するところであるが、舊法は國民これを知らねばならぬといふ義務がない。しかのみならず、本件の如く遺言證書の現存せざる場合においては、殊にいかなる内容の遺言ありてこれが如何なる法規に該當するやを判示する必要がある。従つて、舊法に依りて遺言が有効に成立したりとなすがためには、遺言を爲したる當時及びその遺言が效力を發生する當時の法規が如何なる規定なりしやを説明するか、又は舊法が規定する法規に該當する方式、又は行爲の内容に關する事實につき判示するにあらざれば到底その判決理由の正當なることを理解するを得ない。然るに原審判決はこの點に關し何等の説明をなすところがない。殊に上告人は原審において、假りに遺言ありたりとするもその遺言は明治二十二年春なるを以て、その後の作製にかかる甲第五號證に依り前記遺言は變更取消されたる旨主張したるに、原審判決はこの點に關しても何等の説明をなさ

ず、殊に明治二十二年當時における遺言の變更取消に關しては原審判決の理由を閱するに、如何なる法規が存在したりとの見解を保持したりやは毫もこれを知り得ない。のみならず、遺言の變更取消の事實ありたりや否や、その事實あるも法律上無効のものなりや否や、等につき少しも知ることが出来ない。故に原審判決は審理を盡さざるか、又は理由不備の違法あるものである、といふのである。

(判決理由)

大審院は次の如き理由を以て上告を棄却した。

(1) 民法施行法第九十四條に依れば、遺言の成立および取消に就いては其の當時の法律を適用し、その效力に就いては遺言者死亡のときの法律を適用す、とある。ところで、本件遺言の成立したのは明治二十二年春ごろであり、また遺言者の死亡したのは明治二十三年九月二十二日であることは原審の確定したるところであるから、本件遺言の成立および效力については、いづれもその當時の法律に準據すべきことは上告論旨の通りであるが、しかし、その當時の法律において、死後の財産を他人に遺贈する旨の自筆の遺言證書を作製したるときは有効なる遺言の成立ありたるものといふべく、また右遺言者死亡したるときは、死亡のときより遺言の效力を生じ、目的たる財産権は直接受遺者に移轉すべきものなること明であるから、同一見解のもとに原審が本

件遺言の成立および效力を肯認したのは正當である。

(2) また上告人は本件遺言が、甲第五號證(明治二十三年十二月十二日作製の書面)に依つて變更取消されたるものなりと謂ふけれども、遺言者の死亡後において遺言の變更取消を許さざるは當時の法律においても當然の事理といふべきであるから、この點に關する所論も亦理由なきものである。

(研究)

一 先づ、民法施行以前に於ては遺言相續の制度が原則的に行はれ、法定相續は武士階級の間のみに行はれたる例外法であつたと言ひ得る。さて慶安四年七月に定めたる『町中跡式之定』を觀るに(註一)、先づ、『町中跡式之儀、先年申付候ことく存生之内遺言狀致、諸親類・名主・五人組立合、早速町年寄三人之帳に付可申事』とあり、町家では何人も自己の財産に對する遺言狀を作製して置き、親類や名主や五人組の人たちが立合つて町年寄三人の帳に登載せねばならぬこととなつて居た。従つて、遺贈の證文を作製して置くことは一種の義務であつたとも言ひ得るのである。而して、本法は更に第二條において、『存命及煩候もの、書置可仕覺悟無之候ハ、諸親類・組之者立會、煩候者申合、急度書置爲致可申事』と見え、未だ財産處分の遺言狀を書き居らざる者が病氣になつたならば、親類や組合の者たちから病人によく言ひきかせ、必らず遺言を書

かせるべきである、といふのであつて、當時いかに遺言による遺贈を一般的原則として居たかを知るに十分である。しかして、前述の如く書置には親類・名主・五人組の人たちが立合つて町年寄の帳に登載するか、或ひは町役人の加判を受くるか、或ひはまた御定書百箇條第三條に、『加判人有之儘成讓狀、並加判人無之候共、當人自筆ニ而印形無ニ相違、書面怪敷儀も無之に於てハ、讓狀之通跡式可申付、尤、格別筋違ニ候ハ、吟味之上筋目之者江可申付、事』とあるように(註三)、自筆の遺言狀に慥なる印形を押捺せるものも有效であつたのであるし、更にまた口頭の遺言(註四)も矢張り法律上有效に成立したのであつた(註五)。

(註一) 徳川禁令考、第五帙(昭和八年司法省本)第四九二頁。

(註二) この『町中跡式之定』の附則に曰く、『附、前方に遺言狀仕候輩ハ死去以後うたかひ有間敷候、諸親類組之者、聊最良成儀不仕、有躰之可及沙汰、末期におよび筋目なき遺言は御立不被成候間、町中之もの随分吟味可仕候、遺言致候を油斷仕、町年寄帳に付不申、公事仕者於有之ハ途ニ穿鑿、諸親類名主組中之者過料可申付候、頓死之者ハ親類町之者立合、筋目に跡式相立可申事』と。これに依れば、遺言狀は當人の死後その内容を改替することが出来ないこと、及び遺狀を町年寄帳に登載すること、これらが甚だ大切であつたことを知り得るのである。

(註三) 徳川禁令考、後集第一帙(昭和四年司法省本)第四六三頁

(註四) 曲亭馬琴の母が病床において口頭による遺言をなし、馬琴の長兄がこれを筆記したことに就き、中田博士(法制史論集)第一卷(大正十五年)第六一〇頁以下参照。

(註五) なほ、中田博士は「徳川時代の文學ニ見エタル私法」(大正十四年)第二四四頁において、「讓狀ハ遺言者自身ニ判封ヲ施シテ之ヲ町内ニ寄托シ、其死後町役人等立會ノ上開封スル習ナル事、竝ニ養父ガ其遺産ヲ婿養子ト娘ト兩人ニ對シテ、共同ニ讓渡スルノ慣例」があつたことを語かれて居る。もちろん、私もこの説に賛同する。

二 以上の論究によれば、徳川時代の書置(遺言證書)は、(1)書置をば親類・名主・五人組などが立合つて町年寄の帳に登載したるもの、(2)紛れなき印形を押捺したる自筆の書置、(3)遺言者自身が書置に判封を施して町内に寄託したるもの、——大體これらの形式の内のいづれかに依つたものが有效なる遺言の成立を招來したわけである。

然るに、このことは昔に徳川時代のみに行はれたものではなくて、實に明治前半期、すなはち民法施行前においては一般的に慣行されたのであつた。凡そ公法的方面を外國法を母法として急激に改正することは必らずしも至難ではないが、私法、殊に親族・相續法の方面においては自然的な極めて徐々たる變遷がなされて行くものであつて、二十年や三十年くらゐの間に長き傳統を以て發達し來つた固有法があからさまに變革を遂げてしまふといふようなことは在り得ないのであ

る。それは、上から強權力を以て改正しようとしてもその改正法を嚴密に實行し得るものではないのである。この故に、わが固有の遺言法が民法施行前においても猶ほ舊時代のものが傳統的に保持されて居たのは決して怪しむに足りない事柄であると言はねばならぬのであつて、事實、明治政府は幾多の法令を陸續として發布して居りながらも、遺言法に關しては特に見るべきものが無いのは故なしとしないのである。

要するに、われわれは徳川時代の遺言法がほぼ民法施行前にも行はれ居たと爲し得るのであるが、之に依つて今や判決理由を考へねばならぬ事となつた。先づ、民法施行法第九十四條に依れば、遺言の成立及び取消についてはその當時の法律を適用し、その效力については遺言者の死亡のときの法律を適用することとなつて居るから、本件遺言が成立したのは明治二十二年頃であり、また遺言者が死亡したのは明治二十三年九月であるが故に、本件遺言は當時の遺言法に立脚してその效力が附與せらるべきである。これを換言するならば、遺言者死亡のときを以て遺言の效力が発生し、その遺産は直接受遺者に移轉すべきものなること疑ふの餘地がない。この意味において判旨は正當である。ただ、しかし、判旨が何故かくの如き結論に到達したか、換言すれば民法施行前の遺贈法に關しその内容をなんら具體的に明らかにして居らないのは些か不親切の譏を免れざるべく、又、單に民法施行前の遺贈法はかくの如きものなりしなるべしとの推測のもとに斷案

を下したものであるとするならば、結論は奇蹟的に正當ではあつても、甚だ危険なことであると思はれてならない。別言すれば、このような判決をなすに至れる當時の遺言に關する成文法または慣習法が斯くくのものであつたといふことを明確にせらるるのが最も親切な態度であり、また實にそれが必要なことであると信ずる。殊に、上告論旨第八點が、『加之、本件の如く遺言證書の現存せざる場合に於ては、殊に如何なる内容の遺言ありて之が如何なる法規に該當するやを判示する要あり、從て舊法に依り遺言が有效なりと爲すに付ては、遺言を爲したる當時の法規が如何なる規定なりしやを説明するか、又は舊法が規定する法規に該當する方式又は行爲の内容に關する事實に付き判示するに非ざれば吾人は到底其の判決理由の正當なることを理解するを得ず、然るに原審判決は此の點に關し何等の説明を爲す處なし、』と言へるにおいては、更に一層その感を深くせざるを得ないのである。

三 次に判決理由の後段に就いて考へたいのであるが、この部分は、本件遺言が後に至りて變更取消されたか否かといふ點に問題があるのである。それで、われわれは先づそのことを明らかにするために明治二十三年十二月十二日に作成されたと言はれる甲第五號證なるものから手をつけねばならない。

さて上告論旨第六點中に述べるところに依れば、甲第五號證は、Zの死後、明治二十三年十二

月十二日開かれたるF社々員の會合に於て前記の遺言證書現出し、社員が右遺言證書の效力に付き意見一致せず、妥協の結果、右遺言の效力を認めず、當分F社においてZの遺産の主要部分たる貸金・預ケ金を分擔支配することに變更し、被上告人Xの實父及び同Xの後見人たる上告人先代もこれに同意したること明らかである、といふのである。

故に上告人としては、假りに本件遺言が被上告人主張の如く明治二十二年春になされたものであるにしても、翌二十三年十二月十二日作製にかかる甲第五號證に依りて前記遺言は變更取消されたものである、と主張するのであるが、大審院はこれを認めず、以て、『遺言者死亡後に於て遺言の變更取消を許さざるは、當時の法律に於ても當然の事理と謂ふべきを以て、此の點に關する所論も亦理由なく』、云々と論じた。實は、それが果して大審院の言ふ如くしかく『當然の事理』であつたかどうかを明らかにすることが、今われわれに課せられたる問題であると信ずるか、次にいささかこれを論究したい。

さて、私は前に第一項の註二において徳川時代の『町中跡式之定』の附則を挙げ、以て『前方に遺言仕候輩者、死去以後うたかひ有間敷候、諸親類組之者、聊最風成儀不仕、有躰之可及ニ沙汰』云々の文を引用して置いたが、この法令はここに重要な意義を有つのである。先づこれを左に解釋を加へてみよう。

(1) 前方^{アカ}すなはち生前に作製されたる遺言證書は、作製者の死亡後は確定的なものとなつて、その内容を變更取消すを得ない。

2 親類・組合の者たちは遺言狀の執行に關しては少しも最厲・偏頗のことを爲してはならず、遺言狀に記せる通りにこれを執行せねばならぬ。

本法は右二點の如き内容を有つて居るのであるからして、しかして又われわれは、本法と同じものが民法施行前においても大體に行はれて居たと考へるから、上告論旨における甲第五號證に基く本件遺言の變更取消を認むることが出来ない。この點において判旨は正當であると言はねばならぬが、しかし、判旨はその結果に對し如何なる程度の確信を以てなされたのであらうか。大審院は本判決をなすにあたり現行法の建前よりして本件遺言當時の法律を推測せられたのであらう、と私は考へるのであるが、これは甚だしい危険である。なるほど、幸ひにして結果的には判旨は誤らなかつたが、しかし、民法施行前の遺言法はわが固有法であるに反し、現行法のそれはローマ法の繼受法であるのであるから、この間に架橋が中斷されて居るのである。後者と前者との間には何等の因果則法も存在しない點に注意すべきである。

されば、われわれは方法を顛倒して大審院とは反對に、舊幕時代の遺言法を土臺としつつ、その必然的延長たる民法施行前のそれを論ずるの態度を採るべきである。もちろん、この間におい

ては相當の年月を經過して居るのは事實であるが、しかし遺言法制および思想の根本的變革は全然見られなかつたのであるから、かかる研究方法を以て最も正當であると信ずる。

四 これを要するに、本件上告論旨はそのいづれを觀ても正當なものとして容認することは出来ない。従つて、判旨に賛成するものであるが、ただその判旨たるや、筆者と結果的に論を同じくするにとどまり、その論究方法乃至民法施行前における遺言法制の認識に關し猶ほ遺憾の點あるを惟はざるを得ないものである。

三 民法施行前における土地の總括的支配權と土地所有權

昭和八年(オ)第一九五九號所有權確認等請求事件^(昭和二年五月一日大民判決)民集第一六卷第一〇號第五八五頁。

(判決要旨)

徳川幕府時代乃至明治四年當時以來土地ニ對シテ總括的支配權ヲ有シテ民法施行ノ日ニ及ヒタル者ハ其ノ土地ニ對シテ民法ニ所謂所有權ヲ有スルモノトス

(事實)

被上告人(被控訴人・原告)A寺はその寺有財産として次の如き境内地を有して居た。(1)はA寺

の本堂の西方に併行し長さ五間の道路を距てて存在し、同寺を管理する住職の居宅兼同寺の事務室に充ててある附屬物にして、いはゆる庫裡と稱せられる建物、(2)及び(3)はこの建物の敷地、(4)は山林にして同寺の庭園を構成する、(5)は同寺の佛飯米耕作地、(6)同寺の墓地。この内で(5)は純然たる境内地と言ひ得ないが、しかし、これ等はいづれも全部接續し本堂を中心として一聯のA寺寺有財産を構成せるものである。

ところで明治初年の住職Bは、當時盛行されたる社寺領の土地處分に依つて本寺有財産が沒收されることを免るるために、原告A寺の本堂のみを寺名義とするに止め、本堂敷地および前記(2)乃至(6)の土地は右B個人の所有名義を假裝し、その後B死亡したるに就きその養子たるCにおいて明治二十六年相續に依り(A寺は眞宗寺なり)所有權取得の登記を経、後ち大正元年に右本堂敷地のみを寺有名義に所有權移轉登記を了し、また同寺在來の庫裡はB時代に門徒等が増築し以て(1)の建物となつてCの代に移つたのである。

しかして、被告Xの先代は數年前にCに對し勸業債券額面二百圓を貸付け居りたる所、大正十五年老衰且つ心神耗弱せるCを説きて、右(1)の建物を同人名義に保存登記を爲さしめたる上、貸付債權元利合計金七百五十圓とし、かくて寺有財産たるC名義の(1)乃至(5)の物件を同年その擔保の爲め抵當權設定登記を了せしめ、支拂期日を俟ちその抵當權の實行として昭和二年自ら競落人

となり、該代金を以て自己の債權辨濟に充當したる上、同時に所有權取得の登記を了した。しかし、右抵當權の設定は寺有財産なるに拘らず法令を無視して檀家總代の同意を得ず、また豫め行政官廳の認可をも得ずに爲したるものであつて、全くC個人の私債の爲め不法に寺有財産に抵當權を設定し競賣したるものなるが故にその抵當權の無効なるは勿論、これに基く競賣により競落人たるYへ所有權の移轉すべきものではない。然るに、右(1)の建物が登記簿上依然Yの名義たるを奇貨とし、昭和六年これを同人の長男なる被告へ賣買名義によりて所有權移轉の形式を採りその旨の告記を了した。他方において、Cは昭和四年死亡し、その三男たる被告Dにおいて家督相續をなしたる所、前記(6)がA名義なるを以て被告Dが相續により所有權を取得したりと主張し、以て原告A寺の寺有財産たることを否認し、またXは昭和七年に隱居し被告Yにおいて家督相續をなしたから、原告C寺は、被告Yの先代Xが昭和二年に(1)乃至(5)の物件につき爲したる競落による所有權取得登記およびYが昭和六年に(1)の物件に就き爲したる賣買による所有權取得登記の各抹消、並びに被告Dはその先代Cが大正十五年に(1)の物件に就き爲したる所有權保存登記および(2)乃至(5)の物件につき明治二十六年に爲したる所有權取得登記の各抹消を請求するの訴訟を提起した。それで、第一審・第二審の各判決とも原告の請求を容れたのであつた。

〔上告論旨〕

上告論旨は前後八點を擧げてあるが、その内で最も重要なのは第一點であると考へる。その所論に依れば、控訴裁判所は『原審檢證ノ結果ニ徴スレハ云々右ハ孰レモ被控訴人寺ノ境内タルコト而シテ云々孰レモ接續シ居ル事實ヲ認メ得ヘキヲ以テ(中略)彼此對照考覈スルトキハ本件(1)乃至(6)ノ土地ハ孰レモ舊幕時代ヨリ被控訴人寺ノ「所有」ニシテ爾來同寺カ總括的ニ之ヲ支配シ來リタル事實云々ヲ認メ得ヘキヲ以テ云々控訴人等ノ主張ハ採用セス』と判示し、また第一審判決は『舊幕時代ヨリ原告寺カ之ヲ總括的支配ヲ爲シ來リ遂ニ原告ノ所有ニ屬シ』と判示し、以て舊幕時代における被上告寺A寺と係争地との關係を説明するに當り主として『總括的支配』なる文字を用ひ、その結果遂に被上告寺A寺の所有に屬したる旨を示して居るが、しかし『未タ所謂總括的支配カ如何ニシテ何日所有ノ名ニ進化シ且該所有カ即當然民法所定ノ所有權ニシテ今日突然之ヲ上告人等ニ對抗シテ其ノ確認ヲ求メ得ヘキモノトナリタルヤノ肝要ノ點ニ付テハ茫漠トシテ些ノ說明ナカリキ。』元來、『徳川時代ニ於ケル寺社ト其ノ支配地トノ關係ハ領ニシテ所有ニアラス』と言ふべく、殊に『明治政府ハ明治八年頃一般ニ土地ノ「所有」ヲ定メントシツツアリタルコト極メテ明カナルカ故ニ其ノ以前殊ニ舊幕時代ニ於テ既ニ被上告寺カ係争土地ヲ「所有」シタリトノ事實ノ如キハ之ヲ容認セントシテ到底能ハサル所ナリ』と言ふべきである。換言すれば、被上告寺A寺は舊幕時代において(2)乃至(6)の土地に對し私所有權を有して居なかつたといふのである。

上告論旨の第二點は、Bが係争土地を自己の所有名義に假裝したりや否や、換言すれば、寺がその以前より有したる所有權を依然喪はざるや否やに就き、右の所有名義假裝によりA寺の所有權を喪失せりと主張し、第三點は、C以前すなはち明治二十三年以前には其の前主として表示せられあるBが地租を負擔せるものと觀るを正當とすべく、從つてBは國法上係争地所最初の權利者として容認せられ、地券の交付を受けたる者と解せねばならぬ。故にA寺は『明治政府カ職權ヲ以テナシタル地所持主ノ取調ニ當リ其ノ詮議ニ洩レタルカ又ハ境内地ノ査定確認ニ際シ排除セラレタルカ或ハ權利ノ上ニ眠リタルモノカ然ラストセハ禁ヲ犯シテ隱田ヲナシタルモノト見ルノ外ナク何レニスルモ決シテ國法上正當ナル土地ノ權利者ニハアラサルナリ』と主張するのである。第四點は、原審判決は單に檢證の結果のみによりてA寺の境内地を確定せるも、寺院境内地の範圍は單にその現在の地形用法等を一見し、或は本堂・庫裡の前地たり又は山林庭園なりとの事實のみに徴して然く簡單に認定し得べきものでないといふ點において、法の解釋を誤り審理不盡理由不備の違法があるとする。第五點は、原審判決は虛無の證據を判斷の資料に供したる違法ありと言ふにあり、また第六點は、原審判決は上告人Dの提出したる取得時効完成の抗辯を排斥するに方り證據の趣旨を誤解して居る。すなはち、Dは原審においてその先代Cが係争不動産に就き民法第一六二條所定の取得時効の完成により大正七年にその所有權を取得し、Dがその家督相續

を爲したる旨抗辯するも不當にこれを採用しない。第七點は、原審は上告人Dに對し判示の登記抹消を命じたる裁判をなすに當り理由齟齬の違法を敢てして居る。最後に第八點は、原判決は上告人の提出したる不法原因給付の抗辯を排斥したる點において理由不備の違法がある。——YおよびDはかくの如き理由を以て上告に及んだ。

〔判決理由〕

本上告において最も重視すべきは蓋しその第一點であるから、この部分の判決理由のみを掲げて置きたい。曰く、『然レトモ、徳川幕府即チ舊幕時代乃至明治四年正月五日太政官布告第四號ノ布告セラレタル當時ニ於テモ、民法施行以來ノ土地所有者カ其ノ土地ニ對シテ有スルト同様ノ總括的支配權ヲ土地ニ對シテ有シタル者アルコトハ疑ナキ所ニシテ、民法施行法第三十六條ノ規定ニ依レハ、斯ル支配權ヲ有シテ民法施行ノ日ニ及ヒタル者ハ、即其ノ土地ニ對シテ民法ニ所謂所有權ヲ有スルニ至リタルモノト解スルヲ相當トス、而シテ原審ハ被上告寺ハ本件(二)乃至(六)ノ土地ニ對シテ舊幕時代ヨリ斯ル總括的支配權ヲ有シタル所、同寺住職桑田瀧洞ハ其ノ官沒セラレンコトヲ恐レ、之ヲ自己名義ニ假裝シタルモ、同寺ハ右ノ支配權ヲ失フコトナクシテ民法施行ノ日ニ及ヒ、民法上ノ所有權ヲ有スルニ至リタルコトヲ認定シタルモノニシテ、原判示ニ(二)乃至(六)ノ土地ハ孰レモ舊幕時代ヨリ被控訴寺ノ所有ニシテト云ヘルハ、即被上告寺カ舊幕

時代ヨリ右ノ總括的支配權ヲ有シタルモノナリトコトヲ意味スルモノナルコト判文上自ラ明白ナルカ故ニ、原判決ニハ所論ノ如キ違法アルモノト云フヲ得ス、論旨採用シ難シ』。

(研究)

一 本稿において特に取扱はむとするのは上告理由第一點およびこれに對する判旨を考究するに在り、爾餘の問題は紙數にもおのづから制限があるから論及するの餘裕が無いし、また實にこれが吾人をして本判決に格別の重要性を與へしめた點に外ならぬのである。

さて判決要旨は、徳川幕府時代乃至明治四年當時以來土地に對して『總括的支配權』を有して民法施行の日に及びたる者は、その土地に對して民法にはゆる『所有權』を有するものである、とされた。すなはち今これに依れば、舊幕時代以來の土地に對する『總括的支配權』なる觀念は、恰も現行民法における近代的、所有權の觀念と同等もしくは少くとも類似せる觀念であることとなるのであつて、それは實に法制史上の一大問題たるに止まらず、また實に現行民法の重要問題であると言はねばならぬ。さうして、この問題を正當に理解し適切に解釋することは單なる學問上の事柄であるばかりでなく、正にわれわれの現實的法律生活上の密接なる課題に屬するのである。

二 そもそも茲にいはいゆる『總括的支配權』とは何であるか。換言すれば、それは如何なる内容を有つた支配權を指稱するものであるかといふ點に就いては、不幸にして判決には何等の具體的

説明が見出されないが、幸ひにも『民法理由』にはこの點に就き、『物ノ總轄的支配トハ、他人カ物ニ關シ惹起セントスル關係ヲ除外シ、且ツ積極的ニ種々ナル關係ヲ造リ、自己ノ意思ニヨリテ處分スルコトヲウルヲイフ。如斯、所有權ハ使用收益權・地上權ニ於ケル如ク、物ニ對スル支配關係ノ一部分ニハ非スシテ、全部ノ支配關係ヲ惹起スル完全ナルモノナリ』(註一)と説いて居るのに依れば、いはゆる『總括的支配權』なるものは近代的所有權と全く異るところなきところの、目的物に對する圓滿・完全なる・排他的・支配權を指稱するものに外ならないのである。言ふまでもなく、かくの如きが近代的な自由主義的・個人主義的・利益主義的所有權の本質を爲すものであり、歴史的には産業革命後に於ける資本主義と共に成立し、その發展と共に第十九世紀において確立されたのであつた。

これだけ説いて來たのみでも爛眼なる讀者は直ちに『所有權』の歴史性といふことを感得されるであらう。實にオットー・フォン・ギールケが道破せる如く、『所有權も亦歴史的範疇であつて論理的範疇ではない』(註二)のである。前述の如き近代的所有權なるものは正に近代的資本主義社會に特有のものであつて、それ以前の時代例へば封建社會にも亦存在したるものではない。別言すれば、近代社會にはその社會機構に適應せる特有の所有權が生れると同様に、封建社會には亦その社會に特有なる封建的所有權の觀念が生成するのであり、社會形態を超越したる超歴史

的所有權なるものは在り得ない。それは實に所有權のみに限られたるものではなくて、債權や犯罪的所有權その他の凡ての法律制度に就いても皆一樣に言ひ得る事柄であるのである。

廣く知られて居るように、わが現行民法における近代的所有權の觀念はヨーロッパのそれを繼承せるものであつて、舊時代的日本固有の所有權の觀念とは沿革的に絶縁せるものがある。前者がその源流を遠くローマ法に發するに對し、後者は直接的には徳川時代に確立されたる封建的な併し固有の法觀念である。しかして、封建的所有權なるものは常に經濟外的強制によつて幾多の制約を加へられて居たから、近代的所有權とは似てもつかぬものになつて居た(註三)。従つて、何等の沿革的脈絡なき所有權におけるこの二種のもものは共に『歴史的範疇』であることを切に理解してかからねばならぬのである。

(註一) 『民法理由』中卷、第二五條第一三五頁。

(註二) Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, (Bd. II, 1905, S. 348, Anm. 2.) その二曰へく、"Auch das Eigenkum ist eine historische, keine logische Kategorie." 云々

(註三) ローマ法における所有權の觀念も亦當時のローマにおける一種の資本主義的機構を基盤として構成せられた。ローマの資本主義制度に就いては幸ひにもヨゼフ・サルファイオリイの勞作がある。Joseph Salvioli, Der Kapitalismus im Altertum, 1922, S. 171, ff. Vgl.

、三 かくて、われわれは、今や舊幕時代における土地所有権の觀念を論明せねばならぬこととなつた。

さて舊幕時代にあつては土地を所有することを『所持』と言ひ、土地の所有者を『地主』と呼んだのであるが(註一)、その所有権の本質を明らかにするが爲めには(1)自作地主・(2)小作地主、(3)小作人との三つの方面から考究を加へねばならぬ。何となれば、これ等の三種のものはそれぞれ一定の範圍において土地を『所持』するの權能を有して居たからである。

先づ第一の自作地主に就いて觀るに、これは土地の『所持』者みづからその土地を耕作せるものであつて、法令の制限内においてその土地に對する支配權を自己に專有する。然るにこの支配權たるや、近代的所有權が法令の制限内において自由にその所有物の使用・收益および處分を爲す權利である(民第二〇六條)のとは趣を異にし、使用および收益の權利は認められて居たけれども、處分權は頗る制限を加へられて或る場合には全然それが許されない状態のもとに置かれて居た。既にして徳川幕府は寛永二十年に、高請ある百姓所持の田畑を永代賣買することを禁止し、これに違反する者およびその子孫を處罰することとした(註二)。本法は御定書百箇條の中にも亦採用せられ(註三)、以て幕府土地法の鐵則となつたものであり、しかも本法は若干の藩を除いては他の多くの藩にも行はれたのである。しかして本法に對する脱法行爲を防止するために名を質地に藉りてそ

の實は賣買を爲すものを禁止するに至つたから、一般に土地の處分權は殆んど認められなかつたと言つてもよい程に達したのである。爾來、この土地の永代賣買禁止法は幕府の『祖法』として遵守せられ、漸く明治五年に太政官布告第五十號を以て『地所永代賣買ノ儀、從來禁制ノ處、自今四民共賣買致所持候儀、被差許候事』と宣言し、以て本法を廢止するに至つたのである。かやうな讓渡し得ざるところの所有權なるものは、改めて論ずるまでもなく近代の自由主義的・個人主義的所有權とは甚だしくその外形を異にせるものであるが故に、近代的な觀念を以てすれば舊幕時代には恰も所有權の制度が存在しなかつたかの如くに考へられ易いが、しかし、かかるものこそ實に舊封建的、所有權であつたのである。それは、人人が如何に近代法的色眼鏡を以てその所有權的性格を否認しようとも、正に歴史的に制約されたる舊幕時代の所有權そのものに外ならなかつたのである。故に、自作地主の有する所有權なるものも元よりかくの如きものとして理解されねばならぬ。

(註一) 中田博士「徳川時代の物權法雜考」(同博士著「法制史論集」第二卷第八〇八頁)。

(註二) 「徳川禁令考」第五帙第二六八頁には即ち寛永二十年三月に發布されたる幕府の「田畑永代賣御仕置」の法文が收められて居る。

(註三) 徳川禁令考、後聚第二帙第二〇七頁。

第二の小作地主、すなはち自己の所持地を他人に小作せしめてある地主の土地に對する権利はすこぶる問題である。そもそも舊幕時代の小作關係は近代法的概念を以てしては容易に解決することの出来ない甚だ複雑な問題であつて、曾てより學者はこれを詳細に分類して來た(註一)が、先づ大體において普通小作と永小作との二つに大別することを得ようか。ところで、この普通小作はほぼ現行の賃借小作に近きものもあるも、永小作權に至つては大いに然らず、或る場合には土地所有權と同等の權利内容を有するものもあつたのである。

この點に就き、明治初年に司法省が全國に亘つて調査せる成果たる『全國民事慣習類集』第三篇第四章に記録するところは示唆に富むで居る(註二)。ここにその若干のものを擧げて置きたい。例へば攝津八部郡では永小作人は地主の承諾を得ることなくして隨意にその永小作權を他人に譲渡するの權能を有する。伊賀國阿拜郡またこれと同じく、三河國渥美郡では『小作には年限の定なし、荒地開墾せし小作人は永小作と號し、小作株賣渡自由にして、地主に於て進退するの權なし』といふことが行はれ、しかも、これと同様のことは同國額田郡・遠江國佐野郡その他の諸地方に數多く見られ、駿河の志太郡、益頭郡の如きは、『小作には證書なし、毎年正月十一日に約定を改替て、又一年の約を爲すを例とす、二十年以上續て小作するときは永小作と稱し、地主に於て容易に其地を取戻す能はざる事』であつた。されば、この場合の所有權は近代法の觀念たる

圓滿・完全なる・排他的・支配權とは到底容れざるところの、所有權が永小作權によつて重大なる制限を蒙つて居るのであるが、しかし、それにも拘らず、これが舊幕時代に於ける土地所有權たることを寸毫も妨ぐるものではなかつたのである。これと同じことは下野國河内郡にも亦『荒地起復・新田開墾等、自費にて爲せし者を永小作と稱し、何等の緣故あるとも地主の權にて進退する事を得ず』といふことが行はれ、羽前國村山郡の慣行また全くこれと同じく、更に越前國敦賀郡では人の荒地を借受け宅地耕地に爲す者は、永卸證文と唱る證書を地主へ差出し、年限を定めず徳米を納る事あり、永卸小作は地主の都合を以て其地を取戻す事を得ざる例』が行はれ、また越前國刈羽郡では『定受小作』といふ一種の永小作制度が行はれて、地主の一方的意思を以てこの永小作權を消滅せしむることは許されなかつた。

これと同様のことは全國的に枚擧に遑なき次第であるが、就中ここに特に注目すべきは土佐國土佐郡の慣行である。すなはち、『本田は賣買禁止なれば、小作人に貸付るに十九作と唱へ、滿二十年の期限にて戻り證文を以てするなり、地主へは加地子を年々差出し、貢租諸掛は小作人より勤む、故に小作人よりこの田畑を他人へ貸與へ、幾分の利益を收納するとも地主に於て異議ある事なく、數人へ轉貸する者あれども、地主は知らざる事』であるのみならず、『地主を底地持と稱し、小作人を上地持と稱す』るのである。これに依れば、土地に對する所有權を二分して、その

底地を地主が、また上地を小作人がそれぞれ『所持』するものであるが故に、かりそめにも例の『總括的支配権』などの影も形も存在しないと云はなければならぬのである。しかして、地方によつては地主のことを『加地子喰ひ』とも稱して居るものもあるから、これなどは地主を以て單なる小作料徴收権者であると考へるに止まり、そこに『總括的支配権』などはいささかも想定されて居らない。

かやうに永小作権の設定されたる土地の所有権は、(2)の地主の場合から見れば何等の『圓滿・完全なる・排他的・支配権』にあらず、同時にまた(3)の永小作権者の立場から見れば、その永小作権の内容たるや單なる現行法における用益権たるのではなくて、或る場合には一種の所有權的内容を有するものがあり、さうして、少くとも一般的には地主の所有権をば多分に制約するものを有して居たのである。のみならず、都市に居住せる資産家が幕府または藩の許可を得て荒野空地を開發せる場合には、彼れは單に開發の費用を支出するのみに止まり、事實上開墾の事業は百姓達によつて遂行せられ、開發後にかかる百姓が永小作人となりたる事例は甚だ多いのであるが、このやうな場合の土地所有権は事實において開發者たる小作人の手中にあり、表見上地主たるかの如くに見える出資者は實は單純な小作料收納権者として位置し土地に對する所有権を有しないものなるかの如くに考へられて居た場合は決して鮮少でない。その最もよい例は大阪の深野新田

において典型的に接せられるであらう(註三)。

(註一) 小野博士「農村社會史論講」(増訂第三版)第五篇参照。

(註二) こゝに利用する「全國民事慣例類集」は明治十三年に印行せられたものを、更に昭和七年に白東社より刊行せられたる版本に據るのであるが、煩雜に亘るから引用の頁數を一々擧げないこととする。

(註三) 深野新田の永小作問題に就いては小野博士の詳細なる研究がある。同博士著「農民經濟史研究」(大正十三年)第二三三頁以下、特に第二六二頁以下参照。

四 舊幕時代の土地所有権に關する以上の具體的事實はそもそも何を物語つて居るであらうか。それは、いづれにしても所有権の形態の一種であることには違ひないが、しかし、飽くまでも舊時代の封建的な所有権であつて、斷じて近代的な・市民的なそれではない。それは管に地主の處分權が制限せられて居つたのみではなく、特に『地主』といふ言葉を使つても眞の意味における土地の圓滿・完全なる・排他的・支配権者とは考へられずして、土地の一部に對する支配権者たるに過ぎないとすら考へられて居た場合があつたのである。近代的所有権の色眼鏡を以て觀るならば、かくの如きは一種の不可解に屬するかも知れないけれども、しかも、これが舊幕時代の所有権の眞の姿であつたのである。事の真相かくの如くであつた以上、これをしも土地に對する『總括的支配権』を有するものと做し得るであらうか。換言すれば、前に引ける『民法理由』に説く

この意味における、近代的な所有権そのものを指稱する『總括的支配権』なるものが、舊幕時代に果して在つたであらうか。——上來、所有権の歴史性と舊幕時代の『所有権』の具體的解明をなし來つたところに依つて、讀者は容易にこれに答へ得られるであらう。私は不幸にして、裁判所が餘りにも固有法に對する理解を惜しまれることを屢々遺憾に思つたことであるが、この判例も亦惜しむらくは吾人の賛同を躊躇せしめて居るのである。

なほ、翻つて、判例にはゆる『總括的支配権』なるものが前記せる『民法理由』の説ける如き嚴密なものでなくて、單に常識的な意味における一般的な支配といふ程の意味であると故らに解釋すればどうであるかといふに、これは地主の自作せる土地または地主の自居せる宅地などには妥當するけれども、『上地持』や『底地持』や並びに一般の永小作權の設定されたる土地の所有權をよく説明することが出來ないのであつて、所詮包括的支配權なるものを以て舊幕時代の土地所有權を理解せむとする態度そのものに根本的な無理が潜むで居ると評さざるを得ない。要するに近代法的な觀念を以てわが固有法に當てはめむとすることそれ自體が間違ひの根因を爲して居ることを、ここに重ねて切言して置きたい。

五　かくて問題の基本的論點は明らかになつたが、猶ほ一つ残された大きな問題がある。それは、以上述ぶる百姓地の原則はそのまま寺領地に妥當するものであるか否かといふことである。

元來、舊幕時代の寺領地には二種があつた。第一は寺院が一種の大名的性格において有する領地であつて、そこでは寺院の公法的支配權のみが専ら行はれた。故に寺院が領内の百姓(領民)から徵收する米穀は小作料にあらずして租税であり、また領民は領主たる寺院に向つて訴訟や一揆などを起したのである。例へば紀州高野山では年預坊ネンヨウといふ集會所があつて、ここで裁判その他を行ひ、またみづから刑罰權を有して居たし(註一)、更に同寺領内では他の大名領におけると同じく百姓一揆がしばしば繰り返されて居る(註二)。かくの如きは他の諸藩と本質上少しも異ならないところの、寺院が領主であつたからであり、しかも、かかる領地は徳川將軍より『御朱印狀』を以てその領有を確認されたる『御朱印地』に外ならない。されば、明治四年正月五日太政官布告第四號に、『諸國社寺由緒ノ有無ニ不拘、朱印地・除地等、從前之通被_レ下置候處、各藩版籍奉還之末、社寺ノミ土地人民私有ノ姿ニ相成、不相當ノ事』であると言つて居るのは、事の真相をよく會得せるものである。これに依つて、この時以前の寺院(神社も同じ)が諸大名と同じく土地人民を私有して居たことが説かれて居るが、しかも、それは寺院の領主的性格の部面においてである。諸大名が版籍を奉還した以上、寺院がこれを『上地』せしめらるるに至つたのは當然であらう。

第二は、寺院が一個の地主として有する性格であつて、これには諸種のものがあるが(註三)、い

づれも各種の煩雜なる封建的制限下に置かれて居た。例へば事を寺院境内に限つて觀るに、寺院が私財を以てみづから買得せる求地、寺院が他人に申し入れて無償にて貰ひ受けた貰地、寺院が他人より寄附を受けた寄附地(寄進地)、幕府より特に給與されたる拜領地、などがある(註四)。寺院はこれ等の土地を私有するものであり、従つてそこに舊幕時代的所有權が発生するが、その所有權の内容に就いては大體において前述せるところが地主が自作せる土地の所有權又は宅地と異らぬものと言つてよいのである。従つて、われわれが今問題とする判例においては専ら後の意味における寺領地を中心とするものである。

(註一) 神龜法壽氏「百姓中心に見たる近世の高野寺領」(社會經濟史學、第二卷第十號第七一頁、第七四頁)参照。

(註二) 黒正博士「封建社會の統制と鬭争」(昭和三年)第二編第六章「高野山領農民騒動」参照。

(註三) 中田博士「徳川時代ニ於ケル寺社境内ノ私法的性質」(中田博士著「法制史論集」第二卷所收)。別に三上博士・辻博士・芝學士共著「社寺領性質の研究」(東京帝國大學文科大學紀要、第一編)参照。

(註四) この點に就いては中田博士前掲書第四六〇頁以下参照。而して筆者も少しく論ずるところがあつた。拙著「日本經濟史の諸問題」(昭和十年)第二六〇頁以下参照。

六 わが固本法には判例のいはゆる『包括的支配權』なる觀念の存在しなかつたこと以上の如

くであるが、しかし、本法の如く寺院の私有地たりしものを住職がその『上地』を免るる一方便としてこれを自己所有名義に変更したる場合には、上告理由第三點に言へる如き地券なきの故を以て境内地に對する寺院の所有權を否定するを許されない。何となれば、(1)元來この境内地は明治四年正月五日太政官布告第四號に依つて『上地』せらるべきものでなかつたのであるし、(2)従つて、地券は單に所有權の存在を表示するものたるに過ぎざること、恰も株券と株式との關係におけると異るところなきが故に、その他の諸點と同じく上告理由第三點は理由なきものである。

かく觀て來ると、判例はその結論において奇蹟的に正當であるけれども、その理由に至つては固有の土地所有權に對する理解に缺くところ多大なるものあるを遺憾とする。しかしそれと同時に、上告理由第一點が本件土地を以て寺院の領地にしてその所有地に非すと論ぜらるることも亦すこぶる事の實相を歪曲せるものであつて、取るに足らぬ議論である。それは、私が前に、何が寺院の領地であり、又、何が寺院の所有地であるかを論明せる點を一見すれば直ちに領得さるるであらう。

〔追記〕

本判例は果然、諸家の注目するところとなつた。すなはち平野義太郎氏は「民商法雜誌」第六卷第五號において、また岩田博士は「法律論叢」第十七卷第四號において、それぞれ大いに論ぜられて居る。さうして、吉田(久)博士も亦これを取上げられた(「法學新報」第四十七卷第十一號)が、岩

田、吉田兩氏の所説は私として賛成すること困難な點が少くない。

四 地券の法律上の性質

土地所有權確認事件(昭和十二年(オ)第七八二號、昭和一九號第一四頁乃至第一五頁)——法律新報社「大審院判決全集」第四輯第

(事實)

明治初年に政府が人民に對する土地私有權確認の證として地券を下付するの制度を設けたところ、上告人AおよびBの先代たるCとDとは係争地とG地とに對する地券の下付を受けた。然るに本件係争地はもと被告人Xの先代Yが所有するものであり、従つて當時Yが政府に對し地券の下付を申請したるも何かの手違ひのために下付を受け得なかつた。茲に於てか、土地所有權確認の訴訟が提起されたわけであるが、第一審、第二審ともにA・Bの主張を認めなかつた。

(上告論旨)

上告論旨は二點より成る。第一點は、原判決は、Yが地券の下付を受けざりしは地券下付の手續を爲したるも下付洩れとなりたるが爲めなりと認定せるも、かくの如きは全然證據に基かざる

違法であるのみならず、寧ろ本件記録に徴すればYにおいて下付の手續を爲さず、従つて地券を下付せられざりしものと認むべき理由がある。

次に上告論旨の第二點は、元來、地券は當該土地につき所有權を有する私人に對して交付せられしものであつて、その交付に至る前において篤と實情を吟味し、その交付せらるべき權利ある者に對してのみ交付せられたるものに外ならぬ。従つて、この地券授與の行爲が判示の如く權利設定の行爲を意味せざるにせよ、少くとも右權利確認の行爲を含みたることは疑ひない。故に、右地券に表示せられたる土地が何人かの所有なりとして表示せられ、地券の交付ありたる以上、右土地は一應その名義人の所有と認むべく、これに反する主張は賣買・贈與等の如き他の原因による權利の主張の外は許されざるものと解すべきである。何となれば、既に何人かの所有權の目的たるものに對して更に他に所有權の存すべき筈がないからである。かくて、少くとも明治十四年十二月二十日以前には本件係争地域は上告人等(AとB)の所有なりと調査の結果その權限ある官において確定せられたるものと言ふべきである。しかも、當時より一筆の土地に付き一通以上の地券の發行せられざること、定まり居りたること明かであるから、右地域が上告人等の土地として認定せられたる以上、被告人の先代に對して地券の交付せられざりしは當然といふべく、而もそれは實にYが本件係争地の所有權を有せざりし當然の結果である。然るに原判決は何等の

確證なくしてYが地券下付の申請を爲したることを容認し、且つその所有權の存在を認めたるは審理不盡・違法のものである、といふ點にある。

(判決要旨)

『地券ハ單ニ土地所有權ヲ證明スル文書ニ過キスシテ設權證券ニ非サルカ故ニ、地券ノ下付ニ因リ土地所有權ヲ創設シ、若クハ既存ノ所有權關係ヲ變更スル效力ヲ有セサルコト言フ俟タス』
(判決理由)

『然レトモ原判決擧示ノ各證據、殊ニ原審證人佐藤靜ノ證言中、本件係争地カ公簿上ニ記載セラレサリシハ、手續ヲ爲シタルモ地券ノ交付カ洩レタル爲ナリト聞知セル旨ノ陳述ニ依レハ、原判決ノ如ク被上告人先々代(Y)ニ於テ本件係争地ノ地券下付ノ手續ヲ爲シタルモ、下付洩レト爲リタルモノナルコトヲ推認シ得ラレサルニ非サルヲ以テ原審ニハ何等所論ノ如ク證據ニ依ラスシテ事實ヲ認定シタル違法ナク、論旨(一)ハ其ノ理由ナク、又地券ハ單ニ土地所有權ヲ證明スル文書ニ過キスシテ設權證券ニ非サルカ故ニ、地券ノ下付ニ因リ土地所有權ヲ創設シ、若クハ既存ノ所有權關係ヲ變更スル效力ヲ有セサルコト言フ俟タサルヲ以テ、所論ノ如ク上告人兩名先代カ地券ノ下付ヲ受ケテ居リ、被上告人先々代ニ於テ本件係争地ノ地券ノ下付ヲ受ケ居ラサリシトスルモ、右一事ハ必スシモ同人ノ本件係争地ニ對スル所有權ノ存在ヲ否定スルノ資料ト爲スニ足ラス』

左レバ之ト同趣旨ノ原判決ハ相當ニシテ、之ニ反スル見地ニ基ク論旨(二)ハ採用シ難ク、又原審ハ上告人等先代ニ下付セラレタル地券表示ノ土地ハ本件係争地(一)(二)ヲ除外シタル部分ナル旨認定セルコトハ原判文上明白ニシテ、前叙被上告人先々代ニ對スル本件係争地ノ地券下付洩レノ理由ノ如キハ、必スシモ之ヲ判示スルノ要ナキヲ以テ、此ノ點ヲ云爲スル所論モ亦其ノ理由ナシ』

(主文) 『本件上告ハ之ヲ棄却ス、上告費用ハ上告人ノ負擔トス』

(研究)

一 本判決に對する研究を進めて行くがためには、先づ何よりもその前提條件として、そも／＼地券とは何ぞやといふことから始められねばならぬ(註一)。

さて、徳川幕府は寛永二十年に田畑の永代賣買禁止を令し、爾來これがいはゆる祖法として墨守せられ、以て幕末に至つたのである。しかして、維新回天の大業が成就せられ新政府の出現とはなつたが、この禁止令は土地制度の基本的問題と密接に關係して居るが故に直ちに撤廢するこゝとが出来ず、漸く明治五年二月に至り四民とも土地の永代賣買を解禁したのであつた(太政官布告第五〇號)。しかしながら、その結果は當然に土地の賣買が自由に行はれることゝなるから所有權の所在を分明ならしむる爲めに何等かの制度を設ける必要に迫られたのである。そこで政府は同年

同月に地券渡方規則なるものを發布することとした(大藏省達第二五號)。この規則は相當に長文のものであるが、先づ第一條において地券と元帳(土地臺帳)とに關し、『地所賣買讓渡ノ節地券相渡候ニ付テハ、於ニ府縣ニ元帳ヲ製シ、地券申受ノ儀願出候節ハ、別紙雛形ノ通、地券本紙並控共ニ枚ヲ書シ、押切印ノ上、本紙ハ地主へ與へ、控ハ右元帳へ綴込置可申事』と定めた。すなはち府縣廳に土地臺帳を備へ置き、土地の所有權者に移動ありたる場合に申請により地券面と土地臺帳とを訂正したのであつて、別にこれを地券臺帳とも謂はれた。この地券臺帳に關しては明治十五年二月、時の參議兼大藏卿松方正義より太政大臣三條實美に提出したる『地租改正報告書』に次の如く記されてある。曰く『地券臺帳ハ人民へ下付スル地券ノ原簿ニシテ、即チ地種・地目・字・番號・反別・地價・地租及所有者貫籍・姓名等ヲ詳記シ、民有ノ土地一般ノ事由ハ舉テ之ヲ該帳ニ網羅シ、以テ收税ノ根據トシ、爾後變換等アル毎ニ之ヲ加除訂正スヘキモノトス』(註二)と。これに據つて地券臺帳のことは明らかになつたが、それでは地券の方はどうなつたかといふに、前掲の地券渡方規則の第六條には『右地券ハ地所持主タル確認ニ付、大切ニ可致ニ所持ノ旨、兼テ相諭置可申候、萬一水火盜難ニテ地券ヲ失ヒ候節ハ二人以上ノ證人ヲ立、村役人連印ヲ以、書替ノ儀爲ニ願出可申事』と見える。さうして、それと同時に前記の『地租改正報告書』にも、『地券ハ土地所有ノ公證ニシテ、併セテ納租ノ標目タリ。蓋、舊時ノ慣行ニ於ル人民名受地ト稱スル

モノモ、永代賣買ノ禁止・植物ノ制限・其他種々ノ檢束法ニ抑掣セラレ、其所有ノ權明確ナラス。且從來地籍錯亂・名實齟齬枚擧ニ遑アラス。於是乎、先ツ地種ノ區別ヲ明晰ニシ、人民ノ所有權ヲ確定センカ爲メ地券ヲ付與スヘキノ議ヲ決シ、五年一月始メテ東京府下ニ地券ヲ發行シ、次テ京阪二府其他從來無税ノ市街ニ及フ。同年二月田畑永代賣買ノ禁ヲ解キ、其賣買毎ニ地券ヲ付與スルノ規則ヲ頒布シ、同年七月全國民有ノ土地一般地券ヲ發行スヘキ旨ヲ令セリ。此時ニ當テヤ、猶舊税法履行中ナルヲ以テ、只其地目・步積及其地方ノ賣買價ヲ登記スルノミ』(註三)と云つて居る。

(註一) 地券に關する一般的論述としては、拙稿「地券の史的觀察と法律的性質」(拙著「日本法制史要請」昭和十六年所收)。

(註二) 大内・土屋兩氏校訂「明治前期財政經濟資料集成」第七卷、第一三六頁。

(註三) 右掲書、第二一九頁。

右二個の資料に基いて考ふるに、元來、地券は土地所有の『公證』であり『確證』たるものであるが故に、『私證』例へば土地賣買證文などに比較すれば遙かに強い證明力を有する。換言すれば、地券を所持する者は一應その土地に對する正當なる所有權者として推定せられるし、又、それは同時に、當に相手方に對してのみならず第三者に向つても亦當然に對抗力を附與せられることゝ

なるのである。何となれば、この時代には未だ不動産登記の制度が存在しなかつたが故に、地券の制度によつたのであるし、従つて又、それは現行の登記制度とは同一效力を有するものだからである。しかし、そのことは自ら地券の法律上の性質を極めて制限的なものたらしめざるを得ないのであつて、たとえ現實に自己名義の地券を所有する者であつても、その土地所有権原が不法行為に基けるものであるならば、當該所有権は正當なるものとして法の保護を受けることが出来ない。故に、誤つて地券を下付され居らざる者といへども正當に所有権を有する以上は、如何に他人名義になり且つその地券が他人に占有されて居つても、所定の手續を経さへすれば地券面を訂正し、且つその占有を回復することが出来るのである。されば、所詮、地券なるものは土地所有の『公證』たるに止まり、地券に對する所有権と土地そのものに對する所有権とは概念上全然別個の範疇に屬するのみならず、また實に現實的にも兩者が必らず同一人に歸屬して居るとは限らないのである。この點はわが中世の固用法における不知行なる觀念と併せ考ふれば甚だ興味深きものがあるのである(註四)。

(註四) わが中世法における不知行に就いては、拙著「日本固用法研究」第一五七頁以下参照。

二 地券の性質がかくの如きものである以上、本件上告理由および判旨の當否はおのづから明らかになる。すなはち、上告理由第二點において、『然レトモ上告人等トシテモ、地券下付ニ依リ

テ本來權利ナキ土地ニ付キテモ權利生スト主張スルニ非ス』と言ひ、更に語を繼いで『右地券ナルモノハ、前示明治五年太政官布告第五十號ニ依リテ地所永代賣買差許サレタル當時、同年大藏省達第二十五號達及同第八十三號達ニ基キテ當該土地ニ付所有權アルモノ私人ニ對シテ交付ニ至ル前ニ於テ篤ト情實吟味ノ上、其ノ交付スヘキ權利アルモノニ對シテノミ交付セラレタルモノニシテ、其ノ交付スヘキ權利ナキモノニ對シテハ、之ヲ交付セラレサリシモノトス』と言へるは、まことに原則論としてはその通りである。しかしながら、判旨に言へる如く『原判決擧示ノ各證據殊ニ原審證人佐藤靜ノ證言中、本件係争地カ公簿上ニ記載サレサリシハ、手續ヲ爲シタルモ地券ノ交付カ洩レタル爲ナリト聞知セル旨ノ陳述』を採用する以上は、上告人等(A・B)は地券を有するも正眞の土地所有権者と認むるを得ない。官吏の職務上における手落のために被上告人(X)の權利が侵害されてよいといふわけには行かないのである。

次いで上告理由の第二點の中段において『右地券ニ、右検査ノ上之ヲ授與スト表示シ、其ノ裏書文句(權利移轉ノ爲メノ)ニモ、裏書ノ地所自今右記名者ノ所有ナルコトヲ確認スト記載シ、現行ノ登記制度ト異リ、確認ナル文句検査ナル文句ヲ用ヒ、權利ノ實質的審査及其ノ結果トシテ權利ノ確認ナル行爲ヲモ包含ズル事ヲ明カニセリ、當時法制未タ完備セス、公私法ノ區別ノ完カラサル當時ニ於テハ、右地券授與ノ行爲カ判示ノ如ク權利設定ノ行爲ヲ意味セサルニセヨ、少クト

モ右権利確認ノ行爲ヲ含ミタルコトハ疑ナシ』と言へるも亦大體において有益な所論であるが、しかし、その検査の場合に官吏が誤つて甲の所有地を乙名義に爲す如きことが勿論例外的な事柄であるが本件訴訟には當然に考へ合され得るであらう。若し左様な場合には假りに乙が自己名義の地券を所有して居ても、そして又官吏が検査に際し當然にそれを正當なものと認定しても、乙に正眞な所有権を認めることは困難であらう。

更に、右に引續いて『從テ右地券ニ表示セラレタル土地カ何人カノ所有ナリトシテ表示セラレ、地券ノ交付アリタル以上、右土地ハ一應其ノ名義人ノ所有ト認ムヘク、之ニ反スル主張ハ賣買・贈與等他ノ原因ニ因ル權利ノ主張ノ外、許サレサルモノト解セサル可カラス、何トナレハ、既ニ何人カノ所有権ノ目的タルモノニ對シテ、更ニ他ニ所有権ノ存スヘキ筈ナケレハナリ』との上告理由は一應正しいものといふことが出來よう。しかし、それには現實の所有権者が完全に正當な権利者であることを不可缺的條件とする。如何に現に土地有権者として地券面に表示せられたる者といへども、その者が正當な権原を有して居らなければ他の眞正な権利者によつて排除されるべきことは當然であらねばならぬ。若し所論を以て如何なる場合にも貫徹されるべきものとするならば、法が正當ならざる者を保護するといふ結果に陥らざるを得ないのであり、さうして、しかも本件訴訟においては實にこの點が甚だ大切なのである。しかして、前に述べた如くXが地券下付

の申請を爲したるも官の手違ひのために之を下付されざりしものである以上、本件訴訟の場合では右の論旨を採用することは不可能であると言はざるを得ない。

三 されば、沿革的に考ふるも、また理論的に考察するも、明治政府の下付したる地券は單に土地所有権を證明する文書に過ぎずして、設權證券にあらざることはいふまでもない。たとへ地券を亡失するも権利者の有する権利は嚴然として存在し、從つて又地券を誘取するも土地所有権がその誘取者に歸屬するものではない。故に地券の下付により土地所有権を創設し、若しくは既存の所有關係を變更する效力を有しないこと勿論であつて、この根本原則を宣言せる判旨は簡にして甚だ我意を得たものである。

唯しかし、本件訴訟の重點は或る意味において、被上告人の先々代Yが當時地券下付の申請を爲したるや否や、そして又事實において下付洩れになりたるや否や、の點に在ると考へられるのであるが、判旨は簡單にこれを肯定し且つ『本件係争地ノ地券下付洩レノ理由ノ如キハ必スシモ之ヲ判示スルノ要ナキ』ものであると片付けて居る。筆者は不幸にして原審判決に擧示されたる原審證人のこの點に關する證言の内容を今こゝに知り得ないのであるが、判旨は右の事實を肯定する根據を今少しく具體的に示さるべきであつたと思ふ。それは上告人等の運命の岐路であるとも言ひ得る點だからである。

第一五 近代日本法制における個人主義

まへがき

私は去る昭和十五年十二月二十七日に「近代日本法制における個人主義」といふ題の下にラジオ放送したのであるが、かくの如き問題は總ての國民にとつて一往常識として要請せられて居るばかりでなく、實はその『個人主義』の問題に就いて大いに論議があるのである。すなはち、或る種の人々は日本の企業家が恰も極端なる個人主義者であり、自己の利益のためには眼中に國家も社會も無かりしもの如く批評し來り、他方では主として實業界の人々の意見では全くこれと反對に、我國從來の企業は寧ろ採算を度外視して營まれて來たからこそ、今日の如き我が經濟的實力を培養することが出來たのであると言ひ、以て、そこに旺盛なる奉公的意識が存在することを強調するに接するのである。

それで今、私としては我國の企業家が英米流のユダヤ的な個人主義的營利主義の精神に基いて企業を經營され來たものでないことは十分にこれを承認するばかりでなく、むしろ國家の興隆

に懸命の努力を捧げて來られたことに對し敬意を表するのであるが、しかし我々が今、法律制度を問題として取り上げるに際しては、我が近代法が個人主義的・自由主義的・利益主義的思潮が世界を掩ふて居た時代において、歐米のこのやうな思想に基く法制を重要な參考として制定されたものであるが故に、我が近代法も亦おのづから左様な方面からの制約を免れ得るものではなかつた、といふことを考へて置かねばならぬ。換言すれば、明治時代に一往出來上つた日本の近代法も亦實に法律思潮としての個人主義的・自由主義的・利益主義的のものから超脱し得なかつたといふべきである。従つて、例へば民法にせよ商法にせよ矢張りそのやうな思想を以て解釋することに依り最も妥當な結果を得られるものと考へられたのは毫も不思議でない。

しかしして、今、我々にとつて問題なのは、かかる法律思想をば新しい日本の思想に依つて止揚するといふことである。それは謂ふまでもなく國家主義的・統制主義的、すなはち我が國體に基く公益主義的見地を以て新しい法を作り、また從來より存する法を新らしく解釋し直すこととでなければならぬ。この點に就いては後に述べる機會がある筈であるから茲では省略するが、しかし我々はその爲めに先づ吾人の考察の對象となれる日本の近代法が果して如何なるものであるかの理解から始めることを必要とする。相手を親切に理解することなくして遮二無二排撃し去るが如き態度は如何なる方面においても許容され得ないと同じく、法律制度の問題にありても亦

しかるのである。

私は右の如く考ふるが故に、ここに特に前記放送の原稿を活字に移して讀者の參考に資せむとするものである。

本論

私は茲に近代日本の法律制度において個人主義的思想が實際的にどのやうに實現せられるに至つたかといふこと、及び、それが今いかに批判せられねばならなくなつて居るかといふ問題に就いて、極くその概要をお話したいと思ふのであります。さて、ヨーロッパにおきましては彼のルネッサンス以來、次第に個人といふものの存在が自覺せられて參りまして、これまでは團體の中に吸収せられてしまつて全くその存在が意識せられなかつたところの個人が、實は國家に對しても、また個人相互間においても、自由であり且つ自主にして獨立なる人格者であるといふことが認識せられて來たのであります。その結果、國家社會の諸制度は次第に個人主義的傾向にすすみ、あらゆる方面において個人に對する束縛を解放し個人を中心として物事を考へるといふことに相成りましたが、殊に第十八世紀末のフランス革命後の『人權宣言』におきまして個人の財

産所有権が神聖にしてす犯べからざるものであるといふこと、及び、法律に何等の規定が無い以上は如何なる行爲に對しても處罰することを得ないといふ罪刑法定主義の原則が高らかに宣言せられ、爾來、これが歐米諸國の法制に深刻なる影響を與へまして、個人の生命・身體・名譽及び財産を尊重することが總ての法律組織の根本であると考へられるに至つたのであります。言葉を換へて申しますれば、法律上の主體は部落とか村とか町とかいふ團體ではなくて、自由——領主や主人に隷屬して居らぬところの——にして自主・獨立なる人格を有する個人が法律上の主體になつて來たのであります。

しかも茲に注意すべきは、この個人主義は同時に自由主義と緊密に結合して居るといふことでありまして、この二點が法制上に實現せられまして私權と法律行爲自由の原則とが生れ、また罪刑法定主義と犯罪の個人的責任の原則とが発生して來たのであります。すなはち、個人が法律上の權利の主體であると同時に、その個人が私權の得喪變更をなすに就いては完全に自由であると同時に、刑事法上では國家の權力行使が制限せられて、個人の『人權』が保障せられるといふ原則が確立致した次第であります。

従つて、個人主義と自由主義とは一にして二なきものであり、この二つを引離して考へることは事實上困難であるわけでありますが、かくの如き個人主義的自由主義の原理が成文法典の中

にいとも鮮かに示されましたのが、實に一八〇四年にナポレオンが制定しましたるコード・シヴイル、すなはちフランス民法であり、また同じくナポレオンの制定にかかる一八一〇年のフランス刑法であるのであります。當時は近代資本主義的な諸制度が隆々として發展いたして居りましたから、かくの如き傾向が實に世界的な思潮となつて傳播いたしましたことは少しも不思議ではありませぬ。

そこで、眼を轉じて我が日本の法制は如何であつたかを見まするに、抑々明治維新以前における我が舊時代の法律制度はすこぶる團體主義的色彩が濃厚であつたのでありまして、村とか部落とか家族とかいふ團體が法律制度の表面に浮び出て來て、個人の權利とか自由とかいふことが中心的に考へられて居らない點に特徴がありました。もとより、かくの如きことはローマ法などを除けば諸外國の古法制においても屢々見られた現象ではありますけれども、村とか家族とかがいば法律上の單位になつて居たことは最も注目すべき點であらうと存するのであります。例へば、租税は代官所から村に對してその總額を割當てまして、決して個人に宛てて納税命令書を發しませぬから、個人はその内の或る部分を村から割當てられたる限度において村に對しては責任を負ひますけれども、それは唯單に村の内部における問題たるに止まり、外部すなはちお上に對しての問題ではありませぬ。

従つて、村自身といたしましては、一人々々の村民が自分に割當てられた分を納めない場合には、當然にお上に對してその滞納の部分をも併せて納めるべき義務があり、たとえ納めない個人がありましても、それは少しもお上の關知するところでないであります。また個人が裁判所へ訴訟するに際しましても必らず村役人の奥判を貰はなければならぬとか、土地の譲渡に際しても矢張り同様に村役人および五人組の連判を請けねばならぬとかいふ風に、村といふ團體を離れた個人なるものは法律上これを考へられなかつた次第でありまして、そこに我が舊時代の法律制度がすこぶる團體主義的なものであつたことが示されて居る所以であります。

更に又、村と相竝むで家が甚だ尊重せられました爲めに、個人は家族すなはち家の一員でありますからこそ法律上一定の地位が與へられたのでありまして、家から完全に離れてしまつた個人なるものは法律上甚だ影の薄いものであつたのであります。そこで、家族は家長の統率の下に置かれ、家長を通ずることに依つてその法律上の行爲をなし得たのでありますから、婚姻は家のために行はれ、相続は家名・家産および祖先祭祀を相続するといふ目的を以て行はれましたし、又、これは村に對しても共通するのでありますが、或種の犯罪があつた場合にはその犯罪人の家族はその犯罪に何等の關係が無くても連帶して刑事責任を問はれ、同時に村民全體が處罰せられることが行はれて居るばかりでなく、親の受けるべき刑罰や親の債務などは子供がこれを相続

すべきであるといふことすら行はれたのでありまして、このやうな點から考へますると、日本固有の法制は村および家を中心とせる團體主義に立脚せるものであり、近代法のいはゆる自由にして自主・獨立なる人格者たる個人といふものは、法律上の主體として明確に意識されて居らなかつたのであります。

然るに、かくの如き團體主義的法制は明治維新以來急激にヨーロッパ的な個人主義的・自由主義的法律制度によつて取つて代られ、いはゆる近代的な法制が作り上げられました。尤も、この事業は到底一朝一夕にして實現されたものではなくて、相當に迂餘曲折を経て居るのであります。ここでは大層限られた時間内のことでありますから詳しいことは一切省略すると致しまして、大體において明治三十一年に現行民法が全部出來あがつたときを以て日本法制の近代化・個人主義化が一往成就したと見てよいと考へまして(註)、ここでは主として國民の日常生活に最も深い關係を有し、且つ私法の一般普通法たる地位を占むる民法を中心としてお話ししたいと思いますのであります。

(註) 日本民法は始めフランス人ボアソナードに依拠して作られ、正に施行せられむとする直前になつて、

それが餘りにもフランス民法の燒直しの色彩が濃厚で、日本國民の民情・風俗・習慣・傳統などに對し盲目であるとの理由に基き、帝國議會において之が施行を延期すべきであるとの大論戰を生じ、遂

にこれとは全く別個に新らしく委員を任命して、政府は日本的な民法を作り上げることにした。そこで、起草委員として穂積陳重・梅謙次郎・富井政章の三博士が選ばれ、三博士は固より日本的な民法を作り上げることに意を用ひられたけれども、そのとき最も参考にせられたのが當時のドイツ民法草案であつた。かくして起草委員が鋭意努力せられた結果、民法第一編總則・第二編物権・第三編債権の三編は明治二十九年法律第八十九號を以て、また第四編親族・第五編相續の二編は明治三十一年法律第九號を以てそれぞれ公布せられ、共に明治三十一年七月十六日から施行せられた。これ即ち我が現に遵行して居る日本民法典であるのである。

さて、現行日本民法の特徴は何處に在るかと申しますれば、それは自由にして自主・獨立なる個人を想定し、この個人に對して所有權及び契約自由の權利を與へ、以て各個人をしてその欲する儘に自己の利益を追求することを得せしめるといふ點に重點が置かれて來たのであります。即ち舊時代における日本固有の法制とは異つて、個人が法律上の權利義務の主體となりまして、民法は開卷劈頭において、『私權の享有は出生に始まる』と定め、以て、人は生れながらにして自由に且つ平等に私法上の權利の主體であることが明かにせられました。かくの如きことは我が舊時代人の到底夢想だになし得なかつたところでありまして、明治初年に參議として、また司法卿として敏腕を振ひましたる江藤新平の如きすら、『民權』の意義を理解するに苦しむだほどでありま

するから、他の一般人の頭腦の程度は推して知るべしであります。

ともかく、民法に右の如く定められました結果、誰人といへども自由に所有權を取得することが出来るばかりでなく、又その所有權は常に國家の手に依つて注意深い保護を受けることが出來、苟くもこれを侵害するが如き者ある場合には國家はその公權力を以て侵害者を排除するのであります。而もそのみではなく、所有權は圓滿・完全にして排他的な支配權であるとせられしむる爲めに、所有權者は欲する儘にその與へられたる權利を行使して、以て利益を獲得することが完全に自由になつたのであります。

ところで、個人が利益を獲得するに就いては自分のみの獨り相撲では不可能であつて、どうしても他人と賣買・讓渡・貸借・質入・雇傭などの契約を結ばなければなりません。そこで、個人をしてこの目的を達成せしむる爲めには、民法は、所有權と相並んで契約自由の原則といふものを確立いたしました。個人は自分の利益を追求する爲めに自由に他人と契約を結んでよろしい、少くともその契約の内容が公けの秩序や善良なる風俗に反しない限りは、總てその契約の履行に就き國家の保護を受け得ることとせられました。

かくして、所有權及び契約自由の原則が確立せられたのでありますが、それは實に個人をしてその私益を追求し得しめむことを主として定められたものであり、個人が利益を得ることは同時

に取りも直さず國家社會全體が利益を得ることに外ならぬと考へた爲めでありませぬ。が、いづれに致しまして、これは個人は先づ公益を念頭に置いて行動すべき建前を最も熾烈且つ明確に意識せるものではなく、實に個人主義的な思想に立脚するものであります。勿論、これは經濟制度における個人主義・自由主義の現はれに外なりませぬが、しかし民法の建前がこのやうになつて居りますると、原理的には、個人は苟くも國法に牴觸さへしなければ如何なる手段を講じて私益を追求するも差支へなしといふこととなり、以て『免れて恥なきの徒』が横行いたしましたも、國家はただそれが違法なる行爲でないといふの故を以て之を傍觀するの外なし、といふ態度を採らざるを得ないのであります。

しかしながら、かくの如き個人主義的・自由主義的法律思想が如何に批判されねばならぬかは固より明かでありまして、我國でも夙に『權利濫用』の理論が唱へられて居りますが、しかし我々は更に百尺竿頭一步を進めて、個人が權利を行使するに方つては唯單に第三者の權利・利益を侵害してはならぬといふ消極的な見方を捨てて、更に積極的に、すべて權利は國家公共の爲めに役立つべき目的及び方法においてのみ行使するべきであつて、國家社會全體の利益を損するが如き結果を招くところの權利の行使は到底許されてはならぬと考ふるのであります。従つて、これは要するに、個人主義的・利益主義的權利に代ふるに、國家主義的・公益主義的な權利の觀念を

以てせむとするものであります。これに就いて極く卑近な例を擧げて申し上げますれば、今私の手に持つて居ります時計は、これは謂ふまでもなく私の所有權に屬するものでありますから、私はこの時計に對する權利者として圓滿・完全にして排他的な支配權を有する關係上、この時計を如何なる方法で支配しやうと完全に自由なる權利を有して居ります。でありますから、これを懷さうと、捨てやうと、他人へ贈與しやうと、賣却乃至質入しやうと、誰人の干涉をも受けないといふのが、實に從來の個人主義的・自由主義的權利の考へ方であつたのであります。しかし我々としては、その國家から與へられたる權利を能ふる限り公けに奉ずるの精神を以て行使すべきことに轉廻せる以上は、これを自己の所有權下に在るといつて捨ててしまふことは、結局國富を減少せしむることとなるのでありますから、そのやうな行爲は決していはゆる權利の行使として認容するべきではないと謂はねばなりません。

更に一例を擧げることを許されるならば、私は土地所有權に就いて申し述べてみたいと存じます。個人主義的土地所有權の觀念におきましては、土地所有權者はその土地を耕作しやうと荒地の儘に放任して置かうと、或ひは堤防を決潰して甘土を水中に流し去るとを問はず、完全に『自由』であつたわけでありませぬが、しかし今日我々の考へ方を以て致しますれば、國家が臣民に土地所有權を與へられたのは、要するにそれに依つて國富を増進し公益に寄與せしめむが爲めに

外ならぬのであつて、國富を増進せず公益を損するが如き方法において行使される権利なるものは、これはもう認めるわけには参り兼ねるのでありまして、少くとも國家はそのやうな行爲をば正當なる権利の行使なりとして保護することは出来ないであります。それは、所有權は私法上の權利ではありますけれども、極めて濃厚に公益的性格を具有して居るが爲めに外なりませぬ。

されば、日本民法におきましてはその制定當時の社會的制約に依り、個人主義的原理が攝取せられて居ること以上の如くでありますけれども、社會狀勢のおのづからなる變轉の結果、その個人主義的な規定は學者及び司法官の「解釋」に依つて次第に公益主義的見地に基いて運用せられるに至りつつあることは最も注意すべきでありまして、それは事實上において法律の改正と同じ結果を招來するのであります。「法の解釋は無限なり」と謂はれて居りますが、實際、同一の法條であつても之を個人主義的見地から解釋するのと公益主義的見地から解釋するのでは大變な差異ある結果を生むことになるのであります。

他方において、所有權及び契約自由の原則は、その後の立法を以て事實上止揚せられるの傾向に進みつつあるのであります。既に大正十年の借地法・借家法は地主並びに家主の權利を制限する重要な規定を設け、また昭和八年の身元保證に關する法律や勞働者保護立法の發達に依つ

て、契約自由の原則は次第に新らしいものに取つて代られて居るのであります。試みに「身元保證ニ關スル法律」を藉いて見ますと、その第一條には「引受、保證其の他の如何を問はず、期間を定めずして被用者の行爲に因り使用者の受けたる損害を賠償することを約する身元保證契約は、其の成立の日より三年間其の效力を有す、但し商工業の見習者の身元保證契約に付ては之を五年とす」とあります。又その第二條には、「身元保證契約の期間は五年を超過することを得ず、若し之より長き期間を定めたるときは其の期間は之を五年に短縮す」とあります。我々は、ここに契約自由の原則に對する國家的統制が頗る顯著に前進して居ることを看取せしめられるのであります。

かくの如く世の趨勢が國家的統制の方向に進みつつありましたから、昭和十二年に支那事變が勃發いたしましたからは愈々それが急步調を以て前進することとなり、統制主義的・公益主義的
法律思想は巨大なる勢を以て展開して参つたのであります。その最も代表的ものが國家總動員法であることは謂ふまでもありませんが、ここに注意を要することは、本法は戰時又は事變に際してのみ適用されるものの如く理解されて居たのでありますけれども、實は本法は甚だよくわが國法律制度の將來への動向を示唆せるものでありまして、支那事變が解決いたしましたも、大東亞の建設と高度國防國家の完成の爲めには、國家總動員法とは同じ思想を有つ個々の單行法

が制定さるるであらうことは容易に想像し得るところであります。従つて、現在においても國家總動員法と併行して同じ線上を走る單行法がすこぶる多いのであります。これを第七十四議會において協賛されたものの中から拾つて見ましても、輕金屬製造事業法・造船事業法・米穀配給統制法・映畫法等々があり、遡つて第七十三議會では、石油資源開發法・重要礦物増産法・工作機械製造事業法・航空機製造事業法・國家總動員法・硫酸アンモニア増産及配給統制法・電力管理法等々がありますが、そのいづれを採つてみましても、個人主義的・自由主義的・私益主義的な思想は片鱗だも存在しないのであります。そこには旺盛なる統制主義的・公益主義的思想が躍動して居るのであります。しかも、かかる思想は唯單にこれ等の單行法に偶然に示現されたのではなくて、一種の歴史的必然性を以て現はれて居ることを忘れてはなりません。従つて、これは實に今後における日本法制的動向を端的に指示せるものであり、明治時代に作られた日本民法はその解釋と運用とに依つて一層高次の發展を遂げしめられねばならぬのであります。

昭和十九年二月十五日印刷
昭和十九年二月二十日發行
出版會承認一六〇一三三號

(二〇〇〇部)



著者略歴
昭和三年法政大學卒業
昭和八年法政大學講師(法制史講座擔任)
昭和十一年法政大學教授現在に至る

研文社印刷・藤澤製本

史的研究

日本法の制度と精神

定價 六圓

特別行爲 三十錢

税相當額 三十錢

合計六圓三十錢

著者 細川 龜市

發行者 東京都神田區猿樂町二ノ四 前原 久夫

印刷者 東京都芝區南佐久間町一ノ七 岩本 菊雄

(東京一―二二〇)

發行所 青葉書房

東京都神田區猿樂町二丁目四番地
電話 會員部 一〇一〇七七
電話 神田部 二六二三番
振替 東京 一五八番

配給元 日本出版配給株式會社

主要著書

日本法制史大綱 (昭和十八年全訂) 時潮社
日本固有法の精神 大日本雄辯會講談社
日本固有法の展開 (昭和十八年全訂) 巖松堂
日本中世寺院法 (近刊) 同
日本固有法研究 南郊社
日本政治史 (昭和十六年増訂) 同

