

「新法典と旧慣」(上)

村 上 一 博(訳)

訳者はしがき

- I はじめに
- II 所有権
- III 登記、用益権、地上権
- IV 賃借権
- V 永小作権
- VI 地役権(以上本号)
- VII 財産取得の諸形態
- VIII 質・抵当権
- IX 寄託・時効・破産
- X 民事訴訟手続
- XI 商法
- XII 法典延期論に対する反駁(1)
- XIII 法典延期論に対する反駁(2)

訳者はしがき

明治二三(一八九〇)年四月および一〇月に公布された所謂旧民法は、明治二六(一八九三)年から施行される予定であった。ところが、その施行を延期すべしとする批判が生じ、結局は明治二五(一八九二)年六月一〇日に「民法商法施行延期法律案」が第三帝国議会で可決されて、旧民法の施行は明治二九(一八九六)年一二月三〇日まで延期されることとなった。旧民法施行の是非をめぐる一連の所謂民法典論争において、延期を主張した論者たちが、旧民法の施行に反対した主たる点の一つが、旧民法が日本の旧慣を考慮していないという認識にあったことは、既に周知のところであらう。⁽¹⁾延期論に先鞭をつけた明治二二(一八八九)年五月の法学士会の「法典編纂ニ関スル

(2)

意見」は、「専ラ欧洲ノ制度ヲ模範トスル者ナレバ、旧慣故法ヲ参酌スル事殆ド有名無実」と言い、有名な明治二四(一八九一)年八月の穂積八束の「民法出テ、忠孝亡フ」⁽³⁾は「我国ハ…祖先教ノ国風ニシテ公私ノ法制習慣之ニ依ルニアラザレバ解スベカラザル者比々皆然リ」と述べる。また、延期論を集大成したものとも言える、明治二五年五月の法学新報社説の「法典実施延期意見」⁽⁴⁾は、「民法ハ実ニ习俗慣例ノ啓発セルモノナリ…然ルニ今遽ニ古法旧制ヲ排棄シ氣候風土ヨリ以テ旧慣习俗ニ至ル迄悉ク相違スル所ノ泰西ノ法典ヲ全ク挙ゲテ之ヲ我国ニ充用セントス、豈倫常ヲ紊リ国風ヲ傷ケラントスルモ得ベケンヤ」と断じている。これらの延期論を、断行論と比較対照しながら、旧慣をめぐる認識を中心に詳細に検討する準備は今はないが、ここではさしあたって「古法旧制とか慣行とかを多少とも具体的に論ずるのは法典断行派であって、延期派、つまり法典反対派ではな」⁽⁵⁾く、彼らの主張のうち特に「掲ぐべき価値あるものは何もない」⁽⁵⁾ほどであったということに注目しておくたい。

さて、ボアソナード (G. E. Boissonade) はといえば、彼は右のような「旧民法の慣習無視」という批判に対して、どのように反駁したのであろうか。彼のいくつかの駁論⁽⁶⁾のなかで、とりわけ詳細に、旧民法と日本の慣習の關係に言及しているのは、

一八九三(明治二六)年五月にフランス学士院 (l'Institut de France) の精神・政治科学アカデミー (l'Académie des Sciences morales et politiques) に提出され、翌一八九四(明治二七)年一〜二月に日本の『仏文雑誌 (Revue française du Japon)』二四・二五・二六号に連載された論文「日本の旧慣と新民法典 (Les anciennes Coutumes du Japon et le nouveau Code civil)」である⁽⁷⁾。この論文の内容などについてこの検討は別稿に譲るが、この論文はその副題に「ウィグモアの二つの著作を契機として (à l'occasion d'une double Publication de M. John Henry Wigmore)」とあるように、ウィグモアの『日本における私法研究のための資料 (Materials for the Study of Private Law in Old Japan)』⁽⁸⁾(一八九二[明治二五]年)および、ジャパン・ウィークリー・メール紙 (Japan Weekly Mail)⁽⁹⁾に連載された「新法典と旧慣 (New Codes and Old Customs)」⁽⁹⁾(一八九二年一〇月二十九日、十一月一九・二六日、十二月一〇・二七日)を参照したものであり、とりわけ後者にその大部分を依拠したものである。したがって、ボアソナードの論文を検討するためには、その前提として、ジャパン・ウィークリー・メール論文の内容を明らかにしておくことが不可欠な作業であろう。

ボアソナードはジャパン・ウィークリー・メール論文の著者

をウィグモアであると記しているが、同論文は無署名の通信論文であるだけでなく、同論文第I章の後半の部分において、執筆当時ウィグモアの『旧日本における私法研究のための資料』のシリーズの第I部『序論 (Introduction)』が未刊行であるため、当該シリーズについての論評を差控えたなどと述べていることからみて、明らかにウィグモアとは別人の執筆になるものであると思われる。⁽¹¹⁾ いずれにせよこの論文は、右のウィグモアのシリーズのうち、執筆以前に既刊の、および執筆中に刊行された三巻、すなわち、第II部『契約・民事慣習 (Contract: Civil Customs)』(一八九二年六月刊)、第V部『所有・民事慣習 (Property: Civil Customs)』(同年七月刊) および、第II部『契約・先例 (Contract: Legal Precedents)』第一巻『金銭貸借・賃貸と賃借 (Money Loans; Letting and Hiring)』(同年一〇月刊)を資料として、日本の慣習が旧民法などと多くの事項で調和していることを論証しようとしたものである。⁽¹²⁾ したがって、人事編も含めて旧民法ほかのすべての規定にまでは及んでいないが、それにもかかわらず「今日に至るまで、これほど詳細に旧民法と日本旧慣との関係を検討した日本の論文は、残念ながらほとんどあらわれていない」。⁽¹³⁾

以上のようなジャン・ウィークリイ・メイル論文については、既に福島正夫氏が、「旧民法と慣習の問題」(注5) および

「法の継受と社会」『経済の近代化』(二)『比較法学』第四卷二号、一九六八年)の二論文において、若干の点(後者について見れば、不動産登記制度と商事制度なんかづく手形・船荷証券の部分)について紹介されているが、その全容に論及したものは未だ見られない。以下に全訳を試みる由縁である。⁽¹⁴⁾

(1) 民法典論争に関する研究は多いが、このような観点からのものとして、さしあたり、星野通『民法典論争史—明治家族制度論争史—』(東京河出書房、一九四九年)ほか星野氏の一連の論稿や大久保泰甫『ボワソナード』(岩波新書、一九七七年)一五八頁以下、など参照。

(2) 星野通『民法典論争資料集』(日本評論社、一九六九年)一四一—一五頁。

(3) 『法学新報』第五号、星野通『前掲書』八二—八五頁、穂積重威編『穂積八束博士論文集』(有斐閣、一九四三年)二二三—二七頁。

(4) 『法学新報』第一四号、星野通『前掲書』一七一—一八五頁。筆者は、江木衷・高橋健三・穂積八束・松野貞一郎・土方寧・伊藤悌治・朝倉外茂鉄・中橋徳五郎・奥田義人・山田喜之助・岡村輝彦、合計十一名で、多くは英法派に属した人々である。延期理由としては、新法典は(ア)「倫常ヲ壊乱ス」(イ)「憲法上ノ命令ヲ減縮ス」(ウ)「予算ノ原理ニ違フ」(エ)「国家思想ヲ欠ク」(オ)「社会ノ経済ヲ攪乱ス」(カ)「税法ノ根原ヲ變動ス」(キ)「威力ヲ以テ学理ヲ強行ス」という七項目が掲げられている。

これに対して、岸本辰雄・熊野敏三・磯部四郎・本野一郎・宮城浩蔵・杉村虎一・城数馬、合計七名の仏法派に属した人々は、

「新法典と旧慣」(上)

翌(六)月に、「法典実施断行ノ意見」を発表して反駁した(『法律雑誌』第八八三号)。

すなわち、法典の実施を延期することは(ア)「国家ノ秩序ヲ紊乱スルモノナリ」(イ)「倫理ノ破類ヲ来スモノナリ」(ウ)「国家ノ主權ヲ害シ独立国ノ実ヲ失ハシムルモノナリ」(エ)「憲法ノ実施ヲ害スルモノナリ」(オ)「立法權ヲ抛棄シ之ヲ裁判官ニ委スルモノナリ」(カ)「各人ノ權利ヲシテ全ク保護ヲ受クル能ハザラシムルモノナリ」(キ)「争訟紛乱ヲシテ叢起セシムルモノナリ」(ク)「各人ヲシテ安心立命ノ途ヲ失ハシムルモノナリ」(ケ)「国家經濟ヲ攪乱スルモノナリ」という九項目が主張されている。

(5) 福島正夫「旧民法と慣行の問題」(星野通博士退職記念論集『法史学及び法学の諸問題』、日本評論社、一九六七年) 二九六頁。

(6) 村上博・岡本友子訳「G・E・ボアソナード 日本の新法典」(『六甲台論集』第三四卷二号、一九八七年)の「訳者はしがき」二二三頁、参照。

訳者は右「はしがき」において、ボアソナードによる最も初期の法典擁護論として、森順正・本野一郎・城数馬宛の書簡を挙げたが、同書簡は、『日本之法律』第二卷六・七号のほか、『法律雑誌』第八一四〜八一六号(『法政大学史資料集』第一集、二二五〜二二二頁)にも掲載されており、また、明治二三年五月に富井政章の校閲で発刊された右の三氏による旧民法注釈書『日本民法義解』の巻頭に、書簡の原文とともに収載されていることを補足しておきたい。なお右書簡については、既に、向井健教授が「明治民法はどのような理念でつくられたか」(児玉幸多・大石嘉一郎編『日本歴史の視点』4、一九七三年)一二七頁で紹介されていることを知った。教授への非礼をお詫びするとともに、諸

同志社法学 四〇巻四号

九〇(五六四)

賢の御参照を願いたい。

ボアソナードについては、また、村上・岡本訳「ド・ラ・マズリエル侯爵 ギュスターヴ・ボアソナード氏、その生涯と日本における使命(一八七四〜一八九四)」(『六甲台論集』第三五卷一号、一九八八年)参照。

(7) 近く拙訳を発表する予定である。

(8) ウィグモアの日本社会および法認識については別稿を準備中であるのでそれに譲り、ここでは同資料集の出版の経緯について触れるにとどめたい。

J・H・ウィグモアは、一八八九(明治二二)年、福沢諭吉の招きにより、慶応義塾大学法学部創設への協力と日本固有法(私法)研究の目的で来朝した二六才のアメリカ人法学者であった。彼は、その研究成果を、日本アジア協会(Asiatic Society of Japan)の援助をえて『旧日本における私法研究のための資料』として刊行しようと企図した。全八巻の予定であったが、第二巻(明治二五年六月)、第五巻(七月)、第三巻の一(一〇月)、第一巻(一二月)の四冊が刊行されたにとどまり、ウィグモアは同年、ノースウェスタン大学法学部教授として招聘されて帰米した。その後、一九三五年に国際文化振興会の招きで日本に再遊した彼は、資料集の事業を練り直し再興しようとした(表題を「Law and Justice in Tokugawa Japan, being materials for History of Japanese Law and Justice under the Tokugawa Shogunate 1603-1867.と改題)が、第三巻(一九四一年)と第七巻(一九四三年)が刊行されたのみで未完成に終わった。一九四三年ウィグモアはシカゴで交通事故のために八〇才の生涯を終えたのである。時は移り、一九六五年に高柳賢三氏を中心に三度目の編纂が

開始され、野町二・三島すみえ両氏の約半世紀の労実って、一九八六年、ついに一〇巻（索引・語彙）を除いて、九巻全二〇冊が完成したのである。

(9) 西田長寿氏によれば、ジャパン・ウィークリー・メールの性格は、『當時在日の英字新聞』(他) Japan Herald, Japan Gazette) のうち、日本政府の補助金をうけて発行していただけに、もっとも与党的であった。他の2紙は居留民の意見と利害を代表し、条約改正問題でも反対態度をもったのである。しかし、メールの記事は一般に客観的というので信用がもたれた」と言われている(福島正夫・前掲「旧民法と慣行の問題」二九九頁)。

もっとも、西田氏は、その著書『明治時代の新聞と雑誌』(至文堂・日本歴史新書、一九六一年)などにおいても、日本における外字新聞雑誌に関しては殆んど語るところがない。これについては、蛭原八郎氏の研究『日本欧字新聞雑誌発達史』(一九三四年初版、一九八〇年名著普及会覆刻)が最も詳しいと思われるが、ジャパン・ウィークリー・メールについての言及は若干にとどまっている。ジャパン・ウィークリー・メール——副題には「政治・通商および文芸紙」とある——の創刊は、明治三(一八七〇)年一月二二日で、経営主はジャパン・メールと同一である。

西田・蛭原両氏も指摘しているが、明治六年一〇月一三日の大蔵省への達には、「ジャツパンメール新聞紙出版ノ毎次五百部宛買上欧米各国へ頒布為致候ニ付右代価一箇年金五千円外ニ郵便料トシテ一箇年金四百六十八円同社へ可払渡答ニ候条此旨相達候事」(『法規分類大全』21、文書門(1)四八四頁)とあり、同紙が日本政府の御用新聞的役割をはたしていたことが知られる(なお、右達は、明治八年三月一二日の太政官第三五号達「諸新聞紙官費

ヲ以テ買入候儀自今可廃止此旨相達候事」(『法令全書』第8巻一、明治八年、五四六頁)によって廃された)。参考として、右に関する内史本課伺(明治六年九月)をあげておく。

御国内ノ形勢事情西洋各新聞紙ニ記載伝播仕候処多クハ想像臆度ヲ以テ筆記致シ候ヨリ誤謬難免殊ニ経済制度上ニ涉リ候事件ニ至リ候テハ誤伝流布ノ為メ大ニ御国ノ品位体裁ニ関係致シ候ハ勿論利害得失ニ涉リ候事モ有之然ル処各国人民共東洋懸隔ノ御国故其形勢事情目撃観見難出来候間総テ新聞紙テ以テ憑拠ト致シ候処其説孟浪或ハ訛謬ニ涉リ候テハ外国人ノ信憑ヲ薄スルノミナラス御政体上多少支吾ヲ生シ候哉モ難計極極緊要ノ事件ニ有之候ニ付「ジャツパンメール」へ新聞紙御用達申付十五日毎ニ五百部ツツ御買上海外へ分遣為致候積ヲ以テ別紙ノ通り命令書ニ双方記名ノ上御附与相成居候様仕度右書面ノ儀ハ内閣議官ノ内御一人御記名相成候テ可然奉存儲又右新聞一切ノ事務内閣ノ附属トシテ内史本課ニテ精確取調候事ニ可仕依之別紙相添此段相伺候也

一日本帝国ノ形勢事情ヲ広く流布セシメ欧米各国ノ首府ニアル諸人ヲシテ之レヲ知ラシムルコトノ緊要ナルヲ以テ日本政府ト「ジャツパンメール」主人「ドブリウ、ヂー、ホウエル」トノ間ニ左ノ約定ヲ取結ヘリ

一日本政府ハジャツパンメール新聞紙出版ノ毎次五百部宛ヲ買取之カ為メ一箇年五千円ヲ払ヒ半年分宛前以テ相渡スコトヲ約定ス即チ千八百七十三年九月第一日ヨリ千八百七十四年三月第一日迄ヲ以テ一期トス

一ホウエルハ千八百七十三年五月二十三日以来ジャツパンメール新聞紙出版ノ毎次五百部宛前ニ述フル目的ヲ以テ欧米各国

「新法典と旧慣」(上)

へ送り遣ハシタルニ因リ日本政府此約定ノ割合ヲ以テ別紙甲号書面ノ通り金高ヲ払渡スコトヲ承諾ス

一右新聞紙ノ全数ヲ欧米各国へ布達スルコトハ同氏ノ見込ニ任スヘシ依テ右送達ノ入費郵便料トシテ概算四百六十八弗ノ高ヲ日本政府ヨリ相払フヘシ尤モ郵便料及ヒ送達ノ入費右ノ高ニ上ラサル時ハ其減シタル高ヲ払フヘシ

一ホウエルハ此約定ニ基キ送達スル新聞紙ノ数及ヒ之ヲ送ル場所ヲ日本政府へ毎月報告スヘシ

一ホウエルハ日本政府ノ世間ニ流布セシメンコトヲ緊要ナリトセラル諸件即チ國政上ノ諸務全国ノ統計表内国民ノ風俗形状及ヒ外国ト交際上ノ事ニ至ル迄最モ詳細正実ニ其新聞中ニ著述スルコトヲ約ス

一ホウエルハ各国ノ習慣ニシテ未タ書ニ上セスト雖トモ一般ニ新聞紙社中認メテ定規トスルノ法ニ拠リ日本政府ヨリ通達スル諸件其他何事ニ限ラス評論スヘキコトニ付テハ自分意見ヲ正実不偏ニ論述スルノ權ヲ有スルコト恰モ日本政府ト更ニ關係ナキ者ノ如クナルヘシ

一此約定ハ千八百七十三年九月第一日ヨリ一箇年ノ間執行フヘク其後ニ至リテハ日本政府ノ都合又ハ其望ニヨリ何時ニテ断ルコト勝手タルヘシ但シ其場合ニ至ル時ハ前以テホウエルヘ払入タル金高ノ中ヨリ此約定ニヨリ既ニ送達セシ員数丈ケノ価ヲ差引キ其余ヲ日本政府へ払戻スヘシ

一日本政府此約定ヲ差止ムルコトヲ望ム節ハ三箇月前之ヲホウエルへ通達スヘシ

一日本帝国ノ形勢事情ヲ広く流布セシメ欧米各国ノ首府ニアル

同志社法学 四〇巻四号

九二 (五六六)

諸人ヲシテ之ヲ知ラシムルコトノ緊要ナルヲ以テドブリウ、ヂー、ホウエル氏ニ左ノ条件ヲ下命ス

一ホウエル氏ノ出版セル新聞紙ヲ毎次五百部宛買取右代価一箇年分五千元ト定メ本年九月ヨリ前以六箇月毎ニ之ヲ払フヘシ
一右新聞紙ノ全数ヲ欧米各国へ布達スルコトハ同氏之ヲ取計フヘシ因テ右代価ノ外郵便料トシテ一箇年四百六十八円ヲ給与スヘシ

一右新聞紙ハ毎月某処へ某数ヲ送リタル旨ヲ我政府へ報知スヘシ

一右新聞紙ニ掲載ノ条件ニ於テハ余輩要用ト考ル我政府ノ事務及ヒ内地百般ノ事項ヲ採録スルコト尤モ明亮詳細ヲ得テ誤謬ナキヲ要スヘシ

一ホウエル氏我政府ノ政務施行上ヨリ起ル条件ニ付自己ノ処見ヲ以テ正実不偏ノ評論ヲナスノ權ヲ有スル恰モ我政府ノ命ヲ受ケサルモノノ如クナルヘシ但シ事務上妨害トナルコトハ我政府ニ於テ断然之ヲ差留ルノ權アルヘシ

一此事ハ我政府ノ都合ニヨリ何時ニテモ之ヲ断ルコトヲ得ヘシ但シ此場合ニ於テハ一箇年五千元ノ割ヲ以テ其月迄ノ全額ヲ差引余分ハ之ヲ我政府へ戻シ入ルヘシ

一若シ此事ヲ断リ及フ時ハ三箇月前ニ之ヲ報知スヘシ
甲号

別紙約定ノ趣意ニヨリ是迄欧米各国へ送り遣ハシタルジヤツパソメールへ新聞紙代トシテ日本政府ヨリ下名へ払フヘキ高左ノ通

千八百七十三年五月二十三日ヨリ同九月二十三日迄一箇月程度新聞紙五百部一箇年五千元ノ割合ヲ以テ四箇月分千六百六

十六円六十六銭外ニ郵便料百五十六円

総計千八百二十一円六十六銭也

横浜千八百七十三年九月二十三日

ドブリウ、ヂー、ホウエル

乙号

別紙約定ニ基キ千八百七十三年九月二十三日ヨリ千八百七十四年三月二十三日迄六箇月分前払ヲ以テ下名ヘ払フヘキ金高左ノ通り

一 一箇年五千円ノ割合ニテ六箇月分二千五百円

一 同郵便料四百六十八円六箇月分二百三十四円

総計二千七百三十四円

於横浜千八百七十三年九月二十三日

ドブリウ、ヂー、ホウエル

- (10) 福島正夫氏は、この論文のテーマを「新法典と日本の旧慣行 (New Codes and Old Customs of Japan)」と記しているが、「日本の (of Japan)」は誤記である。

- (11) Rex Coleman and John Owen Haley ed, An Index to Japanese Law (Law in Japan, An Annual Special Issue) 1975, p. 53. も著者名をウィグモアと誤認している。しかし、6 Supp. Northwestern University Law Review (Feb, 1981) のウィグモア特輯号では、著作目録に挙げられていない。

ちなみに、Japan Weekly Mail の一八九三(明治二六)年二月一日号一六九〇一七〇頁に、ウィグモアの『旧日本における私法研究のための資料』の書評が掲載されており、該書評者が右論文の著者なのかもしれない。

- (12) 以下、ウィグモアの著書の引用は、日本アジア協会から刊行さ

「新法典と旧慣」(上)

れたこれら三巻の初版本から行う。

- (13) 福島正夫・前掲「旧民法と慣習の問題」二九八頁。

- (14) 各章ごとの表題は、訳者が付したものである。注は全て訳注であり、訳文中の「」も訳者の挿入ないし訳注である。

新法典と旧慣⁽¹⁾ (通信communicated)

〔著者不詳〕

I はじめに

もし西洋のいかなる国もその法を一変させたことがなかったならば、もし各国民がその固有の慣習を特有でユニークな法典 (body of law) へと発展させてきたならば、もし国産の法 (home product) を体系化ないし取替えるために外国からいかなる輸入もなされなかったならば、日本が二〇年間携わってきた仕事のおりなす光景は、奇妙なものだと思われるかもしれない。敵意ある批評家であれば、気ままに不吉な予測をなすことも、また、外国の慣習を移植・再接木する理論上の過程について、あざけて露骨に皮肉することも可能であろう。しかし、あいにく、英米グループを除いて、このような批判を真先に投げつける立場にあり、あるいは始めようとする西洋の国は、ほとんど存在しない。これらの国自体が、こうした批判をあまりに被り

やすい。否それどころか、これらの国は、右の変容の過程に、いかなる誤謬をも見いださず、またそれを支持しているのである。イギリスは、八〇〇年間一度も、武力侵略者の足取りを感じなかったし、またその間、自国以外の「諸外国の」全ての法に対して一度も信頼を認めなかった。しかし、ヨーロッパおよびアメリカ大陸(合衆国を除く)の他のほとんどすべての国において、一般に認められた土地法は、固有のものではなく、ローマ市民法からの借り物であって、その慣習を多かれ少なかれローマ市民法に適應させることが必要であった人々に与えられたものである。この主張は、現在までのところ、ロシアおよびスカンジナビア諸国にはあてはまらない。しかし、ドイツ的な科学的考察を好む「傾向」は、これらの国において日増しに強くなりつつあり、特に大北イベリア半島において進行した。もしドイツ法学の唱導者が思いどおりにすれば——可能性はないわけではないが——我々は、日本が今日携っているよりも、はるかに大きくかつ重要な仕事が可能であるのを見るであろう。我々の主張は、ローマ法の母国であるイタリアにもあてはまらず——もっとも、イタリアにおいてさえ、オーストリア法は部分的にフランス法に譲歩したけれども——ヨーロッパにおいて、かつてトルコ「領」であった地域のいくつかについてもあてはまらない。

しかし、もし我々が他の地域を見れば、我々は、西洋世界の大部分が、今世紀のうちに端を発した立法の二大潮流——一方はフランスの源から、他方はドイツの源から——によってほとんど掩われているのを見るであろう。前者は「後者より」以前に生じ、遠方にまで広がった。後者は、今日でもなお、盛りの勢力を獲得しつつある。多くの国(country)はナポレオンによってフランス民法典を押し付けられたが、そのうちのいくつかは——ベルギー・バーデン・ライン地方・ポーランド(ロシア領)・ジュネーブおよび他の若干の地域——その時継受した制度を一度も放棄しなかった。ポーランドは実に、もう一つ別の法変更を被り、ロシアおよびオーストリア法典の影響下に入った。オーストリア自体は、ほぼ一世紀の間、ボローニア・ガリシア・ダルマチアおよびチロルのような、大変明確な個性をもった地方に普及していたローマ法(civil law)と多かれ少なかれ類似の法典を有した。ドイツは、ほぼ四〇〇年間、ゆっくりとローマ法の装いを身につけてきた。そして、ドイツは今では、日本の国会議事堂が島津公の屋敷(yashiki)に對するのと同様に、固有のドイツ法に類似した外観を装うまでに至っている。スペインのゴート族は、ずっと以前にローマ法のくびきを感じており、そして、ローマ法がその全体系を形成するまで、数世紀の間、それ「西ゴート人のローマ法典」を、アラリッ

ク (Alaric [370?~410]) 抄典 (Roman Breviary of Alaric) という別の名称で保持した。セルビアは、一八四四年に、オーストリア「法典」をモデルとした法典を制定した。ルーマニアは、一八六四年にその法を改正するに際して、フランス法典の様式 (order) を正確に模倣し、実質的にそれに一致した法典を編纂した。ギリシャは、フランスおよびイタリア「法典」をモデルとして、それらを基礎に、新しい法典の編纂を行いつつある。南アメリカには、その法典のうちに、部分的にフランス「法典」の影響をうけたものを有しない国は、ほとんど存在しない。とりわけ、ブラジルとボリビア「はフランス法典の影響をうけた」。東洋では、フランス・スペインおよびイギリス (Great Britain) の属国と保護国が、ヨーロッパ法の影響 (heaven) を日々混ぜこぜに受けている——「もっとも」今までのところでは、多かれ少なかれ独立して完全である。というのは、各国の状況は各国が統治される法によって殆んどつねに決定されるからである。しかし、遠からず、その輸入した法が統治した国に侵透することになる——。永河の動きに似て、ゆっくりそしてかすかではあるが、その進路にある全ての国を徐々に掩い包み込んでいく、法の世界的運動が実際に存在する。それは、弱くて形のないものを打ち負かせていく、不可避的で活発で収斂的なものの一例である。ある場合には固有の法は完

全に取って代わられ、他の場合には同化される。さらに別の場合には、固有の法がただ教義的な形式と内容を継受するにすぎないこともある。

さて、我々は、日本の仕事が海中の一滴、ハイウェイ中の一小道、数百発の砲撃中の一発にすぎないことを知っている。このことは、日本自体にとって、その仕事の重要性を減じるものではない。なぜならば、こうした仕事は、一国の生涯において一度より以上生じることにはめったになく、また各国にとって画期的なものと考えられるべき正当性を有するからである。しかし、全世界的運動が進行中であることを記憶することで、我々は、特定地域におけるその現われを極めて冷静に観察することができ、またそれをより聡明に判断することができる。

すべての国において、法の輸入を導く環境はいくらか変化した。またすべての国において、なかんづく同一の問題、すなわち国の状況に新法典を適合させること、が多かれ少なかれ緊急性をともなつて生じた。さらにすべての場合に、今一度同一の疑問、すなわち新法典はどの程度に既存の慣行 (Practice) と調和しているのかという問題に、新法の支持者は直面しなければならなかった。もちろん、右に述べたことが、決して問題のすべてではない。新ルールは、旧ルールと全く矛盾するかもしれない、そしてやがては「旧ルールより」決定的に望ましいもの

となるかもしれない。あるいは、新ルールは、増大していく商業の複雑さが旧「ルール」では触れられぬままになっていた裂目をうめるかもしれない。あるいは、慣習 (custom) の矛盾が存在するかもしれない。このことは、立法者が自ら最善だと考えるように慣習の矛盾に立ち入り・解決する際に、彼を正当化するであろう。確かに、商業の様式が変化した場合、あるいは道德の基準が向上した場合には、法もまた進歩しなければならぬ。問題となっているこの要素は、最も重要なものの一つであるとともに、最も困難なものの一つでもある。しかし、制度の大なり小なりの部分にとって、新法が人々によって理解され・支持されているような既存のルールと矛盾するであろうかという疑問は、依然として決定的なものであろう。以上のような「法」改正に関する全ての考察を除去した後存在するのは、単なる矛盾の事実のみが法典に反対する論拠とみなされるに違いないような、大部分の法であらう。このことが、こうした法なし法典の部分の運命を決定する必要はない。というのは、その他の契機が、法と慣習の矛盾よりも大きな影響力をもつかもしれないからである。しかし、少なくとも、それがどちらとも言えない限り、こうした考察は新法に反対する方に傾くであらう。

今日日本に居住している人々は次のことを知っているが、他

国の読者はほとんど信じられないであらう。すなわち、現在に至るまで、既存の慣習——限定的で法的拘束力を有する限り——と、同一のテーマに関する新法典の部分との間に、実質的な一致の如きものが存在するかどうかを注意深く決定する、たった一度の企図も、日本の法律家によってなされなかったことは、確かだということである。⁽²⁾ それらの法典は、約二年間だけ入手しやすかったのだが、しかしその当時、誰一人として、国民にとって——政府にとってではそうでなくとも——何が重要な論点であるべきかという観点から、法典問題を進んで考えようとし、あるいは考えることのできた人はいいだされなかった。我々は、このように言うとき全ゆる階層の法律家を含めている。しかし、もちろん、法典支持者は最近になっても未だに、法典のために特に努力をなそうという衝動を、ほとんどないし全く持っていない。我々は、次のことに非常に驚いているということとを告白する。すなわち、「法典に」反対の法律家は、新法典が国の慣習を侵害したと声高に宣言してはいるが、唯一正当かつ有効な仕方では彼らの命題の正当性を証明することに完全に失敗したということである。去る「(一八九二(明治二五)年)」六月に発表された彼らの声明文は、我々には、根拠薄弱なでっちあげの非難・不誠実なてこずり・見当違いの陳腐な主張であるように思われる。この具体性の殆んどない非難——inserted

like plums in sailors' pudding——は、ボアソナード氏の有能な論文⁽⁴⁾(これは我々には、庭の門のトレーニング・キャノン(Training canon on a garden gate)のように思われる)によって簡単に反駁された。彼らは、「我々は、現在日本における外国法の適用がどれほど誤解に基づいているかを指摘することはできない」と宣言することで自己満足している。彼らの側でこうした失敗は、「新法典と旧慣の」比較のための基礎を確保することが、彼らの側では何の努力も要しなかったであろうだけに、なおさら許されない。政府は既に、彼らのために資料を用意していた。一五年間、日本の慣習法集を要約した印刷本が存在しているようである。⁽⁵⁾この「印刷本の」元の要約されていない原稿が、ウィグモア氏の校訂の下で日本アジア協会から最近出版された二冊の拠である。⁽⁶⁾これらは、『旧日本における私法研究のための資料(Materials for the Study of Private Law in Old Japan)』と題されたシリーズの第二部と第五部を形成し、各々契約と所有の諸問題を取り扱っている。それらは慣習法の記録であり、一八七七年頃、民法典(the Civil Codes)の編纂に備えるために任命された政府の委員会によって編まれた。我々は、序論(第一部)が発表されるまで、これらの書冊についての我々の論評を差し控えることにしよう。しかし、我々は本紙において、新法典が日本の既存の慣習と矛盾

「新法典と旧慣」(上)

しているかどうかという問題に答えるために、それらを検討したい。そこに記録された慣習は、一五年あるいはそれより前のものであるが、しかし我々が、それらは実質的にずっと「以前から」存在してきたと仮定してもさしつかえないであろう。これらの書冊が及んでいる問題は、もちろん網羅的ではない。そのうえ、新法典は、慣習のありのままの記録には全く含まれていない、多くのなくてはならない項目にわたっている。しかし、少なくとも、法典および慣習において設定された権利義務が、人々との関わりという点で実質的に同じであるかどうかを発見することは可能であろう。

(1) ①民法典(財産編・財産取得編(一―二章)・債権担保編・証拠編[法律第二八号、明治二三年四月二日公布]、財産取得編(一三―一五章)・人事編[法律第九八号、明治二三年一〇月七日公布]、②商法典(法律第三二号、明治二三年四月二日公布)、および③民事訴訟法典(法律第二九号、明治二三年四月二日公布)の三法典のこと。

(2) 民法典論争に際して、後述[注(5)参照]の慣例集を引用して旧民法の規定を根拠づけようとした日本民法学者が皆無であったわけではない。例えば、和田守菊次郎「法典ノ修正実施先後論」(星野通・前掲『民法典論争資料集』九一―九六頁)、今村和郎『解難』明治法律学校講法会「法典実施断行意見」(磯野誠一「法律政治講義録号外『法典実施断行意見』『法社会学』第二〇号、一九六八年)などがある。

(3) 法学新報社説の前掲「法典実施延期意見」を意味すると思われる

「新法典と旧慣」(上)

る。同意見は正確には、明治二五年五月二五日の発兌である。なお、「訳者はしがき」の前注(4)を参照。

- (4) Bossinade, *Les nouveaux Codes japonais, Réponse au Manifeste des légistes et aux objections de la Diète*, 8 LA REVUE FRANÇAISE DU JAPON (août 1892). 拙訳「G・ボアソナード日本の新法典—法律家の意見書および議会の反対論に対する反駁—」(『同志社法学』第二〇三号、一九八八年) 参照。

- (5) 司法省は、明治九年から一三年にかけて、民法典編纂の資料として全国的な地方慣例調査を行い、明治一〇年五月に『民事慣例類集』(以下「一〇年版」と略称する)、明治一三年七月に『全国民事慣例類集』(以下「一三年版」と略称する)を刊行した。一三年版は、一〇年版に洩れた地方の調査を追加したのみならず、体裁・内容に全面的改訂を加えたもので、全くの別本といってよいものである。両書成立の由来、編纂者の経歴などについては、手塚豊・利光三津夫編著『民事慣例類集 附畿道巡回日記(抄)』(慶応通信、一九六九年)が詳細である。

両書は、発行部数そのものも僅少であり、その後数年にして稀観の書となったようであるが、戦前から数度にわたり覆刻されており、次のような諸本を我々は見ることができ。

- ① 風早八十二編『全国民事慣例類集』(明治文化全集第八巻法律編、日本評論社、一九二九年、所収)(以下、『文化全集版』として引用する)
- ② 同編『全国民事慣例類集』(法学叢書第一四巻、日本評論社、一九四四年)
- ③ 滝本誠一編『全国民事慣例類集』(経済大典第五〇巻、啓明社、一九三〇年)

同志社法学 四〇巻四号

九八(五七二)

- ④ 同編『日本民事慣例類集』(白東社、一九三二年)
- ⑤ 手塚豊・利光三津夫編著『民事慣例類集』(慶応塾大学法学研究会叢書第二四巻、慶応通信、一九六九年)(以下、『一〇年版』として引用する)

- ⑥ 青史社発行『全国民事慣例類集』(合同出版、一九七六年)(以下、『一三年版』として引用する)

①は一三年版に一〇年版を加味した合成版で両版の通覧に便利であるが、一〇年版の部分について校訂の必要がある。②は右を一部削除した改編である。③は一三年版の覆刻であり、④はその再版である。⑤は一〇年版の覆刻、⑥は一三年版の覆刻である。

以下において、両版のいずれかに言及する場合には、①を基本として、一〇年版は⑤、一三年版は⑥を参照することとする。

- (6) ウィグモアは、一八九〇〜九一年当時司法省に所蔵されていた千頁余の草稿類を一〇年版の草稿であると推定しているが(Wigmore, *op. cit.*, Part I, pp. 10-11)、これは一三年版の草稿の誤りである(手塚豊・利光三津夫編著『前掲書』六七〜六八頁)。したがって、ウィグモアが依拠したのは、一〇年版成本と一三年版草稿本である。もっとも、一三年版草稿本は今日では殆んどが亡佚しているため、一三年版成本から推測する他にない。
- なお、詳細については、山田好司「ウィグモアと旧司法省編纂近世法制史料」『法の支配』第五六号、一九八三年) 参照。

II 所有権

論を進めるにあたっては、重要な諸点についての記録が別の巻にみられないかを注意しながら、日本の民法典の「規定の」

順序にそって比較することから始めよう。もちろん、今我々の面前にもたらされた慣習の記録は、全ゆる点に關する全ゆる地域の慣行を列挙してはいないから、完全に有効な比較をなすことは不可能であろう。我々は、多くの場合に、ある慣行が一般的なものであると断言せずに、ただ単に、それがあつた地方で守られていたと言ふことができるにすぎない。たとえ我々の当面の目的にとつて不充分であるとしても、このことは、少なくとも、非常に長期にわたり封建制によつて分断され・苦しめられてきた地方を、法的ルールの次元で接合するために、ある画一的な法が必要であることを明確に示唆している。

第二編『所有權⁽¹⁾』(Property)の総則規定について、比較がなしえないことは言うまでもない。もし日本の學者がもっと紳士(gentleman)ではなく世間なみの人(man of the people)であつたならば、もし日本の學者が中国の年代記編者の無味乾燥な教養によつて彼らの精神の成長を妨げられず、また、眞の科学にとつて彼らを不適合にした學者的な氣どりを身につけなかつたならば、彼らが、ヨーロッパがそうしたように、法學文献を生み出したであろうことは疑いない。彼らは、一般的な法的諸概念を定式化し、權利と義務を區別したであろう。しかし、事實はといへば、(もし我々が一千年前の古代法典についての長たらしい注釈を除けば——これらの注釈は、長たらしい

(long-drawn-out) 銜學やいふ、ヨーロッパ中世の用語解(Glossary)に匹敵する——)法學教科書は見いだされないのであり、そして法的定義は、路傍の石の下の一ポンド金貨(a sovereign)のように極めて偶然によつてしか姿を現わさないかのようなものである。法の取り扱いに、科学的なものとはかつてなく、學問的なものさえ殆んどなかつた。したがつて、我々が新「民」法典の総則規定と比較しうるものは何もないのである。しかし、少なくとも一つの事柄には注目する価値がある。第二編第三〇条⁽³⁾は、所有權を、法律の制限内で、物を使用・收益・処分する自然的權利(a natural right)であると宣言している。さて、かかる所有權は、旧日本では一度も定義を与えられなかつたと言つてさしつかえないが、しかし少なくとも所有權は存在してゐたのである。このことは強調しておく価値がある。というのは、旧日本は、一般民衆のいかなる權利も認めず・尊重しなかつた封建制であつたというのが、外國人の間では珍しくない考へであるからである。これは眞實ではない——チューダー王朝(Tudors)下のイギリスについて眞實であつたよりも眞實ではない。當時のイギリスの農民で、キツネを追つた貴族のハンターによつてトウモロコシが無残にも台無しにされたのを見て、そして見ながらも力無い怒りでそれを耐え忍んだものは多い。スクロッグ⁽⁴⁾(Scroggs)やジェフリー⁽⁵⁾(Jeff-

freys) の如き裁判官の、恣意的な振舞や悪名高い裁判の下で苦悩した、かわいそうな人 (poor wretch) は多い。富裕なユダヤ人で、彼の金が国王の手中に永遠に失なわれたのを見たものは多い。国王は気ままに選んだものを求め、貸付を命じたのである。立腹させてしまった抑圧的な貴族による偽訴で、ニューゲット監獄 (Newgate dens) の小部屋で数年を費したものは多い。しかし、農民はそれでもなお土地所有者であり、イギリスの裁判はやはり国家的事実であり、借金訴訟はやはり民事訴訟手続の礎石であった。日本において、あれやこれやの代官 (daikwan) のつまかしゃ、酔っ払った侍 (samurai) の横柄さがあったとしても、徳川將軍 (Tokugawa Shoguns) の下で、法は支配し、権利は存在していた。商人は思うときに侍を訴えることが可能であったし、また訴えた——この特権は、例えばスウェーデンでは、前世紀のストルーエンセ (Struensee) の改革まで存在しなかった。⁽⁶⁾ 封建領主は思いのままに農民の土地を取り上げることが不可能であったし、また取り上げなかった。もし我々が思い違いをしていなければ、東洋の国々において、慣習は、いわゆる専制君主 (despot) 自体よりはるかに暴君 (tyrant) だと言ったのは、ラミユサト (Rémusat) である。封建日本では、中世イギリスにおけると同様に、憲法 (constitution) が慣習の強固な基礎に根深くすえられており、そして伝統と世

論の力が所有権を十分に是認するもの (sanction) であったということを、人々は見落している。その証拠に、農民からその土地を奪う領主のかかる力に関する慣例集 (the Collection of Customs) の叙述を取り上げる。仙台 (陸前国 (kuni)) ほど、行政が厳格で税負担の重い領地 (fief) はなかった。しかし、我々はそこに次のように記録されているのを見いだす——「不動産所有者は随意に不動産を処置することができるが、但し無期限にそれを売ってはならない。不動産が犯罪のために没収されるか、あるいは公共目的のために収用されなければ、彼の所有権 (ownership) は、不可侵である」——両方ともにイギリス法で認められていた手続である。さらに「曰く」「後者〔収用〕は、封建役人が特定の目的のために当該土地を必要とする場合、あるいは公共使用のための貯水池ないし倉庫が当該土地に建てられなければならない場合に生じる、収用のために命令が発せられ、別の土地が償い (recompense) として与えられる。しかし、もしくは与えられうる別の土地がなければ、収用された土地 (plot) の所有者は損失を蒙らなければならず、また価格を請求することすらできない」。⁽⁷⁾ したがって、このような補償〔請求〕権は、この領地〔陸前国〕では不完全なものであった。しかし、今日でさえ、合衆国の少なくとも三つの〔州〕憲法は、補償なしに公共目的のために土地を収用することを認め

ており、またこれは少なくとも一つの州の立法によってなされてきたということを想起するのは価値があるかもしれない。さらに、羽前国では「(土地台帳 (register) 「見図帳」に) 所有者として登録された者は完全な権利 (title) を有し、そして所有物を売買・質入れあるいは別の仕方で処分することができる。彼の所有者は、封建領主の命令によって、犯罪のために没収される場合を除いて不可侵である。⁽⁸⁾……硝石 (saltpetre) が多くの屋敷地 (residence-land) で発見されれば、封建領主はそれを採掘する排他的な権利を有する。しかし、それによって被った損害については、所有者に補償が支払われるであろう⁽⁹⁾」。出雲国では次のように述べられている。「もし租税「納入」に遅滞がなければ、(土地は) 随意に売買・質入れあるいは別の仕方で処分されうる。いかなる条件の下においても、誰れも自己の意思に反して所有権を奪われ⁽¹⁰⁾ない」。以上のような叙述は、ヨーロッパの国々で行われえたと同様である。もしこれらの抜粋が土地所有権 (land-proprietorship) の一般的概念を示すのに不十分であるとしても、土地登録 (land-registry) 制度が殆んど国全体に普及していたことは、所有者の権利の均斉性 (equality) と安全性 (security) を紛れもなく指摘しているであろうし、また地主 (ji-nushi, land-owner) と家主 (iye-nushi, house-owner) という用語は、民衆の概念の本質を示すであらう。

う。

地主 (land-owners) および氏主 (uji-nushi, house-owners) として知られる人に、属性として付与された所有権の妥当性について、疑問が出されるとすれば、唯一つの点があるのみである。すなわち、ほとんどの国で、無期限の権利の譲渡は禁じられたか、あるいは封建領主の同意によってしか許されなかったということである。もし我々が本稿において、徳川の諸制度についての一般的な擁護をなそうと試みるならば、右のことは詳細に検討すべき問題であろう。しかし、我々の目的は単に、日本の民衆が全体として既存の所有権の觀念に完全に慣れ親しんでいたことを論証するだけにすぎず、また無期限売買の特権は、かかる觀念に不可欠な部分であるとは我々には思われないのである。もしそう「無期限売買の特権が所有権の觀念に不可欠な部分である」ならば、限嗣不動産 (entailed estates) の所有権を享受した何千ものイギリス人は、土地における所有権の恵みを一度も知らなかったことになる。しかし、いずれにせよ、「次のような」三つの点が注意されなければならない。まず第一に、先の規定「無期限の権利の譲渡は禁じられたか、あるいは封建領主の同意によってしか許されなかったということ」は、決して民衆の権利の制限だけに向けられた、領主の意思の恣意的な行使ではなく、たった一人の手に大量の土地が蓄

積されるのを避ける努力でもあった。また、禁止されたのは、ただ無期限の売買についてのみであった。それでもなお所有者は、一定の期間売買することができ、あるいは買戻(ドイツの *vorkaufsrecht*)までも選択した。あるいは抵当に入れることも、またとりわけ土地を無償で譲与することもできた。最後に、これら許容されうる「土地」移転様式は、いたるところで右の制限をのがれたのが常であり、また後者「無期限の売買の禁止」は実際には死文になっていた。このことは慣習の記録のなかで十分に認められる。七カ国では、無制限であったと言われている。一五「カ国」では、売買がほめかされているが、しかし制限方法については何も言及されていない。三二「カ国」では、制限について言及されているが、しかし「そのうちの」二六「カ国」では、「制限は」単に名目的なものにすぎなかったと言われている。例えば、志摩国では、「法は名目上無期限の売買〔永代売〕を禁止しているが、しかしもし『売渡申地所ノ事(sale of land)』と題された証書に買戻のための明確な約定がなければ、この売買は事実上無期限の売買となる。また、買主と売主〔双方〕の口頭の願出に基づいて、庄屋(headman)が土地台帳〔水帳〕の持主名を変更して、売買は完了する⁽¹¹⁾」。また、出雲〔国〕では「売買は、それゆえ、一〇箇年切売渡(Sale for 10 years)をなす⁽¹²⁾」ことで完成される。記載された価

格は格別に高いので、受戻(redemption)は当時においては不可能である。庄屋は、受戻が不可能であろうことを想定して、売買が完了するやいなや、売券控帳(register of sales)の持主名を変更する⁽¹²⁾。要するに、売買に関する章を通読する者は、どの頁にも現実の・実質的な・独立した所有権の息吹を感じざるを得ないのである。

以上のような証拠は、注目する価値がある。なぜならば、ガビンス⁽¹³⁾(Gubins)氏は、一八八三年に作成した「日本における租税(Taxation in Japan)」についての有能で明晰な報告書の付録のなかで、「名義上は地主(land-lord)であるが、民衆はそれゆえに、正確には借地人(tenant)とみなされてもさしつかえない。……民衆は、真の所有者(すなわち大名(daimyo)など)に対して、限定された借地権を有していたにすぎなかった」という叙述に、彼の名の権威を添えていたからである。「ガビンス氏の」誤りが根本的に、国の主権を分担している封建領主と単なる地主とを混同したことに基づいていたことは疑いない。しかし、それにもかかわらず、これは法的(我々は、経済的と言っていない)諸関係を調べる際に誤解をまねくものである。博学な著者は、結局のところ、彼の意味とは反対に「このことを」確信していたように思われる。というのは、彼は後になって「我々は、土地保有者(the holders of land)

が、資格 (footing) に関するいくつかの点で、我々自身の国「イギリス」における非限嗣相続財産 (an estate in fee-simple) のそれと近似していたことに気づいて驚いた」ということを認めざるを得ないと感じているからである。もしこの叙述が「資格に関するいくつかの点で、我々自身の国におけるそれ以上 (above)」と読めたならば、それは真実により近かったであろう。というのは、日本のいくつかの地域では、アメリカの自作農法⁽¹⁴⁾ (The American homestead law) —— 人は、債権者に対してさえ、彼の家族のために、我が家について権利を有する —— の先駆が見いだされたからである (見よ、慣例集第二部、三五・一二三・一二五・一二六頁)。

我々は、この「所有権という」テーマを解明するために若干の紙面を当てたが、その理由は、新法に日本が適合している「かどうか」という問題全体をこのテーマが切開くと我々は考えるからである。問題は、我々が新しい酒を古い・使い古した瓶に注ぐとしているか、あるいは、新しい酒を受け容れるに充分に適した瓶に注ぐとしているかどうかということである。日本の民衆の基本的な法的諸観念は、モデルとしてとらえた大陸の諸原理と異質なもののか、あるいは同質のものであろうか。我々は、我々の面前の証拠によって、出発点であるこの場では、所有権観念は日本にとって新しいものではないということを確

信している。「民」法典は、日本社会にしっかりと根ざした観念 (notion) をただ単に展開して言葉で表現しているにすぎないのである。日本人は、他の基本的諸点についてと同様に、「民」法典がただ単に日本人全体にとって慣れ親しんだ法的諸観念を採用し・展開し・そして実行しているのにすぎないということを示すことのできる、まさにその限りにおいて、日本人は、諸法典は人為的産物であるとか、また諸法典は民衆の習慣 (habit) に適合しておらず、理性的な適用を受けることもできないといった反対論に対して、十分な答えをなしたのである。次に我々が比較をなす諸点は、こうしたテーマに関係するであろう。

(1) 「所有権」規定は、旧民法・「財産編」・総則「財産及物ノ區別」・第一部「物権」の第一章に位置する。

(2) ウィグモアによると、外国人による日本古代法研究としては、タリング (Tarring, C. J.) による大宝令の土地規定の英訳 *Land Provisions in the Taihō Rō, 8 TRANSACTIONS OF THE ASIATIC SOCIETY OF JAPAN* (pt. 2) 145-55 (1880). ロングフォード (Joseph H. Longford) による古刑法典 (新政府によって明治四〇五年に改訂されたもの「明治三年一二月の新律綱領および明治六年六月の改定律例をさすと思われる」) の英訳 *A Summary of the Japanese Penal Codes, 5 TASJ* (pt. 2) 1-129 (1888). ミカエリス (Michaelis, G.) による日本刑法 (主に古代法) についての論文 *Beitrag zur Geschichte des Japanischen Strafrechts*

rechts, 4 MITTHEILUNGEN DER DEUTSCHEN GESELLSCHAFT FÜR NATUR-UND VÖLKERKUNDE OSTASIENS (Yokohama) 351-77 (1888). 346頁 (Wigmore, op. cit., p. 2)° 少く時代が後にならば Appert, G., *Un Code Japonais au VIII^e Siècle*, 16 NOUVELLE REVUE HISTORIQUE DE DROIT FRANÇAIS ET ÉTRANGER (Paris) 212-28, 17/302-20 (1892-93). *Essai sur les Institutions Japonaises de l'An 710 à l'An 950 de Notre Ère*, 20 NOUVELLE REVUE HISTORIQUE DE DROIT FRANÇAIS ET ÉTRANGER (Paris) 18-46, 202-42 (1896). が発表されている (拙訳「G・アペール 日本におけるフランス法の影響について」『同志社法学』第二〇一号、一九八八年、参照)。

(3) 財産編第三〇条

① 所有權トハ自由ニ物ノ使用、収益及ヒ処分ヲ為ス權利ヲ謂フ
② 此權利ハ法律又ハ合意又ハ遺言ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ制限スルコトヲ得ス

(4) Scroggs sir William (1623?-83).

Civil War の際国王のために闘い、王政復古のときナイト爵に叙された。一六七八年には首席裁判官 (Lord Chief Justice) となり、旧教徒陰謀事件 (the Popish Plot) を裁いた。これにより彼は非難を受け、ついに一六八一年弾劾されることとなった。チャールズ二世は彼を解任し、年一五〇〇ポンドの年金を与えた。

(C. P. Hill ed., *Who's who in History*, vol. III, England 1603 to 1714, p. 296.)

(5) Jeffreys, George, 1st Baron Jeffereys of Wem (1648-89).
ジェルズ二世の下で最も残酷な人物。一六六八年裁判官となり、旧教徒陰謀事件やモンマス公反乱 (Monmouth's rebellion) など

で過酷な判決を下した。一六八三年に首席裁判官、一六八五年には大法官 (Lord Chancellor) となる。名譽革命の後、逃亡しようとしたが失敗し、獄死した。(C. P. Hill ed., op. cit., p. 313-315)

(6) Struensee, Johan Frederick Court (1737-72).

快活で聡明な啓蒙君主であったフレデリック五世 (一七四六～六六年) の王位を継承したクリスチャン七世 (一七六六～一八〇八年) は、イギリスのジョージ三世の妹キャロリン・マチルダを后に迎え、外国旅行に出たが、その途中、ドイツ人医師ストルーエンセと知り合い、彼を伴ってデンマークへ帰国した。マチルダはストルーエンセを没我的に愛し、彼は宰相に任じられた伯爵に叙せられた (一七七一年)。彼は、フリードリヒ大王の政策やルソーの啓蒙思想にならい、行政改革、司法権の独立、言論の自由、死刑廃止、ギルドの特権の削減等々の諸改革を断行した。しかし、彼の諸改革に対しては猛烈な反対を惹起し、彼は斬首に処せられた (一七七二年)。(角田文衛編『北欧史』山川出版社、一九五五年、九二～九四頁、百瀬宏『北欧現代史』山川出版社、一九八〇年、五七～五九頁、*Encyclopedia Britannica*, vol. 21, p. 480)。

したがって、本文中にスウェーデンとあるのは、デンマークの誤りであろう。

(7) 陸前国遠田郡 (一〇・一三年版)

古来ヨリ持伝タル田畑家屋ハ別段証券ナク肝煎役場ニ備置ク高帳ニ記載シアルノミ其他ハ証書ヲ以テ所有シ永代売ヲ除クノ外質入譲渡等持主ノ随意ナリ関所及ヒ倒目〔官ノ屋敷地或ハ用水溜池等ニ入用ノ地ハ召上ラレ替地ヲ賜フ替地ナケレハ召上ラレタル儘代

価等賜ラス（原文二段組……村上注、以下同じ）ノ外ハ他ヨリ奪ハルムヲナシ（以下略）

『文化全集版』二八六頁、『一〇年版』二〇〇～二〇一頁、『一三年版』三六八頁。

(8) 羽前国置賜郡（一〇・一三年版）

市中屋敷地ハ一筆限リ見図帳ニ記載シ「検断之ヲ掌ル」右記載ノ姓名ヲ以テ当人所有ノ証トシ之ヲ売買質入ニナスヲ自由ナリ罪科アリテ闕所ノ処置ニ至ラサレハ人ヨリ奪ハルムヲナシトス

『文化全集版』二八六頁、『一〇年版』二〇〇頁、『一三年版』三六九頁。

(9) 羽前国置賜郡（一〇・一三年版）

屋敷地内ニ硝石生スルハ所有主ノ自由ニナス官ヨリ堀取ル例ナリ但其場所埋立費用及ヒ建家破損料ハ給与スルヲトス

『文化全集版』二八六頁、『一〇年版』二〇三頁、『一三年版』三七〇頁。

(10) 出雲国島根郡（一〇・一三年版）

土地附家屋ニハ売券状アリ以テ所有ノ公証トス其他ノ物品ニハ公証ナケレハ売買質入トモ已レノ自由ニシテ仮令如何様ノアルトモ自ラ手離シスルノ外人ニ奪ハルムヲナシ

田畑山林ハ坪附人別名寄帳ヲ庄屋手前ニ備ヘ置キ以テ所有ノ証トス租税不納等ナキ者ハ売買譲渡質入トモ我カ自由ナリ家屋其他一般ノ動産ハ其証ナケレハ亦同シキヲナリ

『文化全集版』二八八頁、『一〇年版』二〇一～二〇二頁、『一三年版』三七六頁。

(11) 志摩国答志郡（一三年版）

田畑山林ハ皆古証文アリ之ヲ手形ト唱ヘ水火盜難ニテ紛失スレハ

「新法典と旧慣」(上)

役場へ届ケ水帳ノ写ヲ得レハ即チ古証文トナリ売買ノキハ必ス之ヲ交付スルヲ例トス地所売買ハ永代ノ称ハ許サレハ売渡申地所ノ事ト題スル証書ニテ買戻ノ明文ナキ者ハ其実永代売ニナルヲナリ買主売主雙方ヨリ口上ニテ庄屋へ願出レハ庄屋ニ於テ水帳ノ持主ヲ書改ルノミ売渡証書ニハ親類組合連印スルヲ常トス（以下略）

『文化全集版』三三八頁、『一三年版』五一一～五一二頁。

(12) 出雲国島根郡（一〇・一三年版）

田畑山林ハ表向キ売買ハ禁スル規則ナリ依テ十箇年切売渡ノ約定ナレハ格別高利ニシテ受戻スヲナサル様ニ売券ヲ記スルヲナリ都テ十箇年売トアル分ハ永代売ニテ既ニ庄屋迄モ永代売ト看做シ最初庄屋へ申出テ証書ニ庄屋年寄ノ奥書調印ヲ請ケ買主ニ渡シ庄屋ニテ名前ヲ書改メ買主ノ名ニ替ル此名前書替ハ毎年八月ヲ限リ前年九月ヨリ一箇年分庄屋売券扣帳ヲ以テ坪附名寄帳ヲ改ムル例ナリ（以下略）

『文化全集版』三四二頁、『一〇年版』一三七頁、『一三年版』五三七頁。

(13) Gubbins, John Harrington (1852-1929).

駐日イギリス大使館日本語書記官。一八八六～七年、条約改正にあたりイギリス代表。一八九四年、関税委員会のイギリス代表に就任。一九〇〇年五月～一九〇一年一月、京城総領事。帰国後、一九〇九～一〇年に、オックスフォード大学で六回連続の、日本に関する特別講義を行い、それを基礎に The Progress of Japan (1853-1871), 1911. を出版した（武内博編著『来日西洋人名事典』日外アソシエーツ、一九八三年、八三頁）。 Cf. Who's who, vol. 3, pub. by Adam & Charles Black London, 1941,

同志社法学 四〇巻四号 一〇五（五七九）

p. 564. ガベンスには他に、*The Making of Modern Japan*, 1922. *The Feudal System of Japan under the Tokugawa Shoguns*, 15 TAsJ (pt. 2) 131-42 (1887). *Laws of the Tokugawa Period*, 26 TAsJ 154-62 (1897) などの著作がある。なお、M. フレイザー著、H. コータツツアイ編、横山俊夫訳『英国公使夫人の見た明治日本』(淡交社、一九八八年) 参照。

(14) 一八六二年五月二〇日の Homestead Act は、アメリカ市民および市民になる希望を有する入植者に対して、公有地を一戸あたり一六〇エーカー付与した。そしてこの自作農場および住居は、以前の債務に充てるために債権者によって差し押えから免除された (homestead exemption law)。Cf. *Encyclopedia Britannica*, vol. 11, p. 645.

(15) Wigmore, op. cit., part II.

III 登記・用益権・地上権

所有権の問題は我々を当然に (法典の順序からはずれるけれども) 権利の登記 (title-registration) の問題へと導く。我々は、とりわけヨーロッパ大陸において不動産 (realty) の所有権および抵当権 (proprietary and hypothecary titles) の登記に関して今世紀になされた進歩が、我々西洋のいくつかの国では満足いくものだ (complacently) (不幸なことに、イギリスはこの点で、決して満足いくものとは指摘しえない) と考える。おそらく、日本が登記制度の確立において、全ヨーロッパ

に先行したと、確実には言えないであろう。というのは、家康 (IYEFASU) の時代 (一六〇〇年) 以前に、日本の登記制度が十分に組織されていたかどうかについて、我々はまだ知らないからである。しかし、すべての土地取引において、この制度が徹底的に実施されたことについて、文明国のなかで日本におけるほど長期間行われた国がないということは確かである。イギリスでは、サクソン人のシャイア・レジスター (The Saxon shire-register) はノルマン統治の下で消滅し、ドゥームスデイ・ブック (The Domesday Book) は公示のための過渡的な努力であったが長続きしなかった。ドイツは、中世初期以来、一七八三年のプロイセン抵当登記法 (The Prussian hypothecary-registration law) まで登記制度を有しなかった (但し、ハンブルグ・リューベックおよびブレーメンのような若干の商業都市を除く)。一般的な土地に関する権利の登記は今世紀になってからのことである。フランスでは、所有権の移転は (中世封建制以来) 革命まで登記されなかった。ローマ法の間で土地についての権利の一要素となるほどに深く浸透するに至った国は他に存在しない。登記の欠缺は、普通の日本人にとっては、まさに想像もつかないことであり、彼がすべての土地の

移転にとって登記が固有の随伴物であると考えられるのは、あたかも敬虔なカトリック信者がその宗教の聖域に立入る際に聖水入れ (the holy-water font) に向うように自然であった。日本の学生は、イギリスには登記制度がないと聞いても微笑している「だけ」であり、登記制度の欠缺のために、英米法の下で生じている多くの紛糾について彼に真剣に考えさせることは、事実上不可能である。彼らにとって、こうしたことは、全く空想上の事柄であり、非現実的な事柄についての推論なのである。

現在我々の面前にある諸巻は、すべての土地取引について、封建日本の至る所で殆んど普遍的に登記が使用されていることを我々に証明している。登記を規定している法典の条項(第二編、第三四八条)は、旧日本の慣行を非常に適切に要約したものである。――

「左ニ掲クル諸件ハ財産所在地ノ区裁判所ニ備ヘタル登記簿ニ之ヲ登記ス

第一 不動産所有権其他ノ不動産物権ノ譲渡

第二 右ノ権利ノ変更又ハ抛棄

第三 差押ヘタル不動産ノ競落

第四 「不動産の」公用徴収ヲ宣言スタル判決又ハ行政上ノ

命令

〔新法典と旧慣〕(上)

(Registration is required in the following cases at the tribunal of the district where the property is situated:

- 1 Every transfer of realty and of every other right relating to realty:
- 2 Every modification or abandonment of such rights:
- 3 Every execution against realty:
- 4 Every judgment or administrative decree appropriating (realty) for public purposes.)」

もちろん、右の明確で詳細な列举に該当されない、夥だしい数の例外と変則があった。しかし、新法典の存在理由 (raison d'être) を論証しているのは、まさにこれらの変則と無数の小さな変種(上述の諸巻が十分に示すように)に他ならない。封建制度の下で徳川の統制をうけない領地は各々、その内政において独自の手段を有しており、また慣習の相違は、当然かつ不可避に、無数で矛盾していた。ある領地ではある形式の帳面が用いられていたが、別の処では違う形式であった。殆んどどの地方において、登記は権利についての唯一の証拠であった。若干の「地方」では、明治時代初期の二〇年の地券状 (chi-ken-jō) ないし土地証明書 (land certificate) のような公的な正札 (手札 (tefuda)・下札 (sagefuda)) が、通常は登記簿との関連で、不動産権利書 (muniment) として信頼されていた。い

くつかの地方では、抵当物は登記されたが、他の処ではそうではなかった。仙台およびその他若干の処では、馬や牛さえ登記

され、また付札を付け (tag) られた⁽¹⁾。国のいたるところで、慣習の変種は法律用語 (legal nomenclature) を打ち壊し、そ

して登記簿の名称は多数であった。水帳 (misu-cho)、高帳 (toka-cho)、高付帳 (taka-tsuke-cho)、高寄帳 (taka-yose-cho)、名寄帳 (na-yose-cho)、絵図帳 (yezu-cho)、家帳 (iye-cho)、家並帳 (iye-nami-cho)、估券帳 (ko-ken-cho) ——これらは、『所有と権利 (Ownership and Title)』に

いての章の前半だけに見られる名称である。こうした変種は、登記簿の使用がおそらくは根深い国民的本性から生じたものであろうこと、またそれが徳川幕府 (TOKUGAWA Shogunate) に先行する中央政府による命令ないし一連の命令の結果ではなかったことを示すものとして、なるほど興味深い。というのは、一〇世紀以来一度も、この種の行政制度を一般的に実施しうる中央権力は存在しなかったからである。しかし、もし「登記簿の変種が多数存在することが」このような重要性を有するとしても、そのことは確かに、行政的に統一された今日においては、国民にとっておよそ有益なものではない。また、これらの種々の慣習を単一の制度に整合すること、および登録簿に新しく画期的な登記簿 (Toki-bo) という名称を適用することについて

は、誰も立法府と争うことはできない。

法典の項目の順序を再びとりあげて、我々は次に『用益権 (Usufruct)』、そしてその亜種である『使用権 (Usu)』および『居住権 (Habitation)』に移る⁽³⁾。用益権 (あるいは、イギリス法の最も近い用語では、生活財産権 (life estate)) の觀念は、日本では全く慣れ親しまれていた。おそらく最も普通の例は、隠退した家長の所有地——隠居地 (inkyō-chi) であつた。隠居の慣行——我々はそこに中世を想い浮かべるし、誰も必要だとは殆んど言えないが——は、日本では殆んど一般的である。日本では、特定の区画 (not) が隠居した「家」長の使用と樂しみのために取りのけておかれることがしばしば生じている。こうした区画は、多くの土地登記簿で、隠居地という付箋をつけられているのが見い出されるであらう。大陸の用益権やイギリスの生活財産権におけるように、「隠居地の」持主は、その土地と無条件に処分する権能を有しないが、しかしながら、その所有地を賃貸して収入に当てることはできる。これは、日本で最も普通の仕方である。この地主には、もし我々が町の寺社地——この正確な状態は、今日難かしい問題であり、決定されるべくそのままになっている——に対する僧侶の権利を除くならば、一定の形態をもったいかなる用益権も存在していたとは思われない。しかし、現代日本の状況は、この形態の所有権を

実施するための多くの機会を供給する。この関係から生じる権利・義務についての法典の詳細な諸規定は、この主題「用益権」についての慣習の不明確さ——我々の面前の諸巻のうち『慣習 (the Customs)⁽⁴⁾』の編者によって述べられた事実の状態——に鑑みて、とりわけ不可欠なものである。使用権と居住権は、占有者の側の権利はより制限されており、用益権のあまり重要でない形態にすぎないが、もし我々が誤っていないければ、扶養家族および親類による一部の土地の占有を無償で認めるという日本の家族生活の慣行に非常にうまく適していると分かるであらう。

地上権 (superficie) (暫時、他の二項目「賃借権と永借権」を除く)、すなわち自己の所有する建物 (building) ないし樹木 (plantation) で別の人の土地の表面を占有する権利は、日本人の生活で最も普通の慣例 (usage) の一つに相当するだけでなく、いかに多くの満足が、イギリスでなくフランスの着想に頼られてきたかということをも示す、一つの財産権 (estate) である。イギリスの法制度において、建物は所有権について慣習上、土地から分離しえない。区分所有 (separate ownership) は、法的には可能であるが稀である。かかる財産権「地上権」についての明確な法的概念が存在せず、それに適った慣習的特権を定義するための、それについての裁判経験をあまり

にわずかしかなかった。大陸法においては逆に、所有権の特別な一形態がまさにこの目的「建物を土地から分離すること」のために存在する——superficie はラテン語である。土地所有者と異なった人であるべき家屋所有者に代わって、誰もこの日本で（少なくとも都市で）どれほどそれが普及しているかを語る必要はない。例えば、東京では、一人ないし二人が町cho ないし machi 全体を所有しうるが、しかしその区域の家屋の所有者はやはり別の人々であらう。各人が、一・二ないしおそらくそれ以上「の家屋」を所有している。我々は任意に一人の若者を考えてみよう。彼は、華族 (nobleman) の屋敷 (yashiki) 内にあった家屋を五〇〇円 (yen) で購入するつもりであるが、その土地を一カ月あたり一坪 (tsubo) 一・二銭 (sen) で賃借りするであらう。土佐では、地上権の筆頭の部類にはいるような、占有の一形態があるように思われる。⁽⁵⁾しかし、慣習法の記録は、不幸にも、こうした表面建造 (surface-construction) の権利に関連して一般に行われているルールについて、他には何も言及していない。したがって詳細な比較は不可能である。しかし、法典のこの制度「地上権」が、国のならわし (way) と優れて調和していることは、疑いなく認められる。

(1) 陸前国宮城郡 (一〇年版)

「新法典と旧慣」(上)

従前馬売買ハ馬ニ附キタル判鑑「郡奉行ヨリ出ス」無レハ売買スルヲ得ス

『文化全集版』三四四頁、『一〇年版』二二九頁。

陸前国遠田郡(一〇・一三年版)

牛馬ハ一疋毎ニ判紙ヲ以テ売買ス「此判紙牛馬改メ判紙ト異ナリ駒口判紙ト唱ヘ一枚百文ノ税アリ例ヘハ甲ヨリ馬ヲ乙ヘ売レハ甲ヨリ判紙抜方ヲ願ヒ乙名前ニ書換渡シ乙ハ其判紙ヲ居村ノ肝煎ヘ差出セハ肝煎ニテ厩本帳ヘ書加フ」若シ右ノ判紙ナク売買スレハ密売買ノ廉ヲ以テ奴ノ罪ニ処セラル(以下略)

『文化全集版』三四四～三四五頁、『一〇年版』二四〇頁、

『一三年版』五二三頁。

- (2) Wigmore, op cit., part V, chapter 1.
- (3) 財産編第一章第二章「用益権、使用権及ヒ住居権」
- (4) Wigmore, op. cit., part II & V.
- (5) 土佐国土佐郡(一〇・一三年版)

本田ハ売買禁止ナレハ小作人ニ貸付ルニ十九作ト唱ヘ滿二十年ノ期限ニテ戻リ証文ヲ以テスルナリ地主ヘハ加地子ヲ年々差出シ貢租諸掛ハ小作人ヨリ勤ム故ニ小作人ヨリコノ田畑ヲ他人ヘ貸与ヘ幾分ノ利益ヲ收納スル地主ニ於テ異議アルコナク数人ヘ転貸スル者アレハ地主ハ与リ知ラサルコナリ「地主ヲ底地持ト称シ小作人ヲ上地持ト称ス」。

『文化全集版』三六一頁、『一〇年版』二五三頁、『一三年版』五八六～五八七頁。

例えば、熊谷開作「耕作権の消滅——土佐上土権を主な例として——」(『日本土地私有制の展開』法律文化社、一九七六年、『日本の近代化と土地法』日本評論社、一九八八年)参照。

IV 賃借権

我々は次に、法典で約五〇条⁽¹⁾をしめ、『旧日本における私法』の第二部で約三〇項をしめている、二つの重要な権利をとりあげる。すなわち、通常賃借権(Ordinary Leases, Bail)および永借権(Perpetual Leases, Emphytéose)である。賃貸人(land lord)に関する最も重要なテーマのいくつかは、慣習法の記録で多かれ少なかれ十分に取扱われており、若干の比較が可能である。まず第一に、旧「慣」(部分的には今なお行われている慣習である)によれば、賃借人(tenant)は保証人をたてることを要求された。法典によっても、これを賃貸人はやはり要求することができる。しかし、賃貸人が保証人を約定の条件として要求し(stipulate)なければ、賃借人は保証人をたてる義務なしに「対象物に」立入り、そして占有してもよい。旧来の保障制度は複雑なものであり、社会全体を相互責任という厳格な絆で結びつけていた。賃貸人はその賃借人に対して責任があり、五人組(5-men company)は相互に、町内(chonai)(あるいは各区域の構成員)は全ての家主(house holder)に対して、町(cho)役人は住人に対して責任があり、上に至るまでそうであった。これが政府の施策の一つであった。

また、それは一貫して効果的に実施されたが、にもかかわらず、封建制の没落を生き残れなかった封建的生活の一片であった。

賃借人に対する保証人についてのかつての一般的要求が、賃借料の支払を確保しようとした賃貸人の意図によって動機づけられたと考えるのは誤りである。主たる目的は、賃貸人が賃借人の不行跡を責められたときに、賃貸人が信頼しうる人を得ることであった。もし賃借人が非行によって奉行所 (Court) に訴えられたならば、賃貸人もまた奉行所の戸口まで賃借人と同行しなければならぬ。ある時賃貸人は、賃借人に対して第三者による訴えが提起されるとすぐに、賃借人を立ちのかせることで自己の困難をのがれる悪賢い方法を発見した。しかし、奉行所はまもなくこれを見抜き、そして、先の訴訟が終る後まで、かかる立ちのき訴訟を提起することを禁止した。我々がこのような問題を長々と論じたのは、それが、封建制の消滅によって生じたすべての変化、考えられる複雑なすべての状況、および西洋のルールが日本の今日の修正された状況にしばしば適していることの、同様によい例であるからである。

もちろん、賃貸人は賃借人による賃借料の支払の不履行を理由として、賃借権 (tenancy) の終了を宣言することができる。⁽²⁾ これは、法典のルールであり、また旧慣のルールでもある。法典は、賃借料について、もし金銭でならば月毎に支払うべきこ

と、もし現物「果実」(in kind) でならば少なくとも穀物が熟した後に支払うべきことを要求する。しかし、前者のルールは、これと逆の地方慣例がない場合に限り適用される (第一三八条⁽³⁾) のであり、かくして、右の点に関する慣習の広汎な多様さは、非常に適切にも、手つかずでそのままにされている。穀物の潰滅によって賃借人が賃借料を支払う手段がなくなった場合について、法典は、損害が全穀物の三分の一に達するならば、それ相応に賃借料の減免を認めるべきことを賃貸人に義務づけている。⁽⁴⁾ 慣習の記録では、この種のルールを認めたものは二三しか存在しない。しかし、日本の制度に慣れ親しんだ者にとっては、この慣習が普遍的であり、「その地方の」民衆の気性に応じて賃借人に対する、大なり小なりの程度の情け深さをもったものであったことは疑いない。いくつかの地方では、損害の最小限の程度が定っており、新法典は旧慣を具体化するに際して、賢明にも、「賃借料の減免を要求する」賃借人の権利の初めを明示するのに、最小限の比率を確立した。それより少ない損害については、賃借人は賃貸人の慈悲に頼らなければならない。さらに日本にとって幸運であったのは、フランス法が新法典に影響したことである。というのは、アイルランドの賃借人が懲々である (know to their cost) ように、イギリス法は賃借人のことをあまり寛大に考えないからである。ヘンリー

八世 (Henry VIII) の三十五年のタベルナー (Taverner) 事件 (ある男が土地と一群の羊を賃借した事例で、羊が自然災害によって全滅してしまったとき、彼は使用料 (hire) を支払いつづけなければならなかった) 以来ずっと、苛酷なルールは、災難はそれがいかに不可避的なものであっても賃借人が賃借料を支払うことを免除しないというものであった。農業上の賃借契約 (lease) では、賃借料は事実上生産物の分け前にすぎないということを考慮すれば、自然災害によって穀物が潰滅した場合に賃借料の減免を認めないことは、裁判の明確な失敗であるように思われる。大陸法は、常にこれと逆の見解をとってきたのであり、この点では日本の慣行と安全に一致する。新法典の下では、賃借人は、畳 (mat)、壁紙 (paper)、建具 (fixture, tegu) および塗彩 (paint) を除く、すべての修繕を行い、また井戸 (well)、用水「および汚物」溜 (ditch) および水道管 (aqueduct) を清潔に保たなければならない。しかし、すべての場合、地方慣例がこれらのルールに優越する (第一二八条⁽⁵⁾)。もっとも、地方慣例が、それらと大きく矛盾することはありそうにないことである。例えば陸前国では、「家屋の借主が通常、畳と木製定着物 (wooden fixture 建具) を修繕し、貸主が屋根その他を修繕する⁽⁶⁾」。通常の言い回しでは「家主は屋根・外囲の壁 (wall) および家外の建造物を修繕し、他方借

主が家内の建具と畳を修繕する⁽⁷⁾」。井戸等の清掃の点については、二つの記録しかなく、そしてそれらは正反対のルールを述べているが、慣習がない場合、二つのうちの孰れを一般的ルールとして選択しても害はないように思われるほどのものである——もう一つもまた「他方」より自然で正当であるように思われるのである。

賃借人あるいは賃貸人の孰れかが、法典の下では、契約の条件にしたがって、税を支払う⁽⁹⁾。しかし、約定がない場合には、その義務は賃貸人が負う。旧日本でもこのルールは同じであり、当事者が賃借人に義務を負わせるという、右と反対のあるいは特別な形態の貸借に同意した場合を除いて、賃貸人が支払うのが一般的慣習である。いくつかの場合 (例えば、抵当債権者 (mortgagee) が抵当権設定者 (mortgagor) に土地を戻して貸しつけて、利息の代わりに賃借料をとる場合)、賃借人が税を支払うことは厳格に禁止されていた。というのは、そうでなければ、賃借人は二重の義務を負うことになったし、また彼は一般的に異議を申立てる立場になかったからである。徳川「時代」の奉行所は、金貸しによる右のようなやり方ならった抑圧を避けようとずっと奮闘してきた。伝統的な国の政策が、この法典に永続されたのを見て「我々は」満足である。というのは、第四編(債権担保 (Suretyship)) 第一二五条は「質取債権

者ハ租税其他毎年ノ公課ヲ負担ス (the mortgagee is liable for all taxes and other annual charges)」と規定してゐるからである。

賃借人が土地に設定する使用権の問題は、とくに農業上の賃借契約において重要なものの一つである。「民」法典〔財産編第一三三条〕は「賃借人ハ〔賃貸人ノ明許ヲ要セスシテ〕賃借地ニ適宜ニ建物ヲ築造シ又ハ樹木ヲ栽植スルコトヲ得但現在ノ建物又ハ樹木ニ何等ノ変更ヲモ加フルコトヲ得ス (the lessee may make erections and plantations at his discretion, unless they involve changes in the existing erections or plantations)」としている。この点については記録された慣習には多くないが、実質的に右のルールに一致するものが存在する。羽後国では「もし借主が新しい戸・窓あるいは庇 (roof-projection) を設けたいと思つたならば、貸主の同意が必要である⁽¹⁰⁾」と言われている。越中国では「土地の用途を変更するため、あるいは山林 (forests) を切倒すために、借主は貸主の同意を得なければならぬ⁽¹¹⁾」。法典によれば、土地の誤用の結果は、賃貸人が賃借契約を終了させる特権を有することとなる⁽¹²⁾。これはまた旧日本のルールでもあった。「田畑 (cultivated land) の場合、もし借主が土地を毀損し、あるいは土地に糞料を施 (manure) さなければ、貸主は占有を取戻してもよい⁽¹³⁾」。もし借主が小作

料を支払わず、あるいは土地を毀損すれば、貸主は占有を取戻してもよい⁽¹⁴⁾」。これが右のルールの通常の言い表わし方である。同一の権権「土地の取戻権」は、法典の下では、物納で小作料を支払っていた田畑の賃借人が賃貸人の同意なしに、第三者に「田畑を」譲渡 (assign) ないし転貸 (sub-let) する場合に、賃貸人に発生する⁽¹⁵⁾ (契約ないし慣例で右と逆のことが要請されていない) ければ、譲渡ないし転貸は許されない。慣習の記録において、慣行が種々であったことは明らかである。いくつかの地方では同意が必要であるが、他の地方ではそうではない。その数は、ほぼ同じで分かれている。しかしながら、譲渡が「賃貸人の」同意なしに許されたところでさえ、元の賃借人は一般的に、賃借料に関して第一にか、あるいは保証人としてか、依然として義務を負うとみなされたと思われる。このルールは、法典で永続されている。しかしながら、後者「法典」は、慣習記録ではもたらされなかった一つの例外を明らかにしている。すなわち、元の賃借人の義務は、もし「賃貸人の」同意のみならず、新しい賃借人と賃借契約の更新もあったならば、終わりにかくして新しい賃借人が代替人 (substitute) として承認されるのである⁽¹⁶⁾。

賃借契約の終了に関して、法典は、期間が約定されなかった場合に必要な告知時期について、いくつかの合理的なルールを

定めている(第一四五と第一五一条)。その一般的な原則によれば、期間は、それに基づいて賃借料が計算されるもの、そして、与えられた告知が原期間の三分の一ないしそれ以下と等しくなければならぬというものとして解されるべきである⁽¹⁷⁾。これらのルールは、おそらくいかなるルールにも劣らず、今日の公正の観念に近い。しかし、法典は特に、これらのルールはこの点についての地方慣例が存在しない場合にのみ適用されうると規定している⁽¹⁸⁾。「第一五二条」のみならず、かかる告知に基づくにせよ、賃貸人がその特権を留保した再分離(rescission)によるにせよ、穀物が成長しており、それが収獲される前であれば、賃借人は穀物を収獲する権利を有する⁽¹⁹⁾。「第一五三条」。豊前および壱岐国の記録はいう。「種が播かれた後は、賃借人は収獲以前に追い立てられえない⁽²⁰⁾⁽²¹⁾」。この人情味ある(humane)ルールは、小作人(cultivator)「の地位」が他の処より、共同体内において低かった、南西「地方」で一般的に行われていたのであるから、かなり一般的なものであったと解されうる。以上のように、新法典と旧慣は、この問題「賃借権」についてもまた軌を一にする(come in line)のである。

- (1) 財産編第一部第三章「賃借権、永借権及ヒ地上権」
- (2) 財産編第一四五条

①賃借権ハ左ノ諸件ニ因リテ当然消滅ス

- 第一 賃借物ノ全部ノ滅失
- 第二 賃借物ノ全部ノ公用徴収
- 第三 賃貸人ニ対スル追奪又ハ賃貸物ニ存スル賃貸人ノ権利ノ取消但其追奪及ヒ取消ハ賃貸借契約以前ノ原因ニ由リ裁判所ニ於テ之ヲ宣告セントキニ限ル
- 第四 明示若クハ黙示ニテ定メタル期間ノ満了又ハ要約シタル解除条件ノ成就
- 第五 初ヨリ期間ヲ定メサルトキハ解約申入ノ告知ノ後法律上ノ期間ノ満了
- ②右ノ外賃貸借ハ条件ノ不履行其他法律ニ定メタル原因ノ為メ当事者ノ一方ノ請求ニ因リ裁判所ニテ宣告シタル取消ニ因リテ終了ス

(3) 財産編第一三八条

- ①金銭ヲ以テ借貸ト為シタルトキハ賃借人ハ合意シタル時期ニ之ヲ払ヒ合意ナキトキハ毎月末ニ之ヲ払フコトヲ要ス但地方ノ慣習之ニ異ナルトキハ此限ニ在ラス

(4) 財産編第一三一条

- ①妨害力戦争、旱魃、洪水、暴風、火災ノ如キ不可抗力又ハ官ノ処分ヨリ生シ此力為メ毎年ノ収益ノ三分一以上損失ヲ致シタルトキハ賃借人ハ其割合ニ応シテ借賃ノ減少ヲ要求スルコトヲ得但地方ノ慣習之ニ異ナルトキハ其慣習ニ従フコトヲ妨ケス

(5) 財産編第一二八条

- ①賃借人ハ物ノ引渡前ニ其用方ニ從ヒテ一切ノ修繕ヲ整フルコトヲ賃貸人ニ要求スルコトヲ得
- ②此他賃貸人ハ賃貸借ノ期間大小修繕ヲ為ス責ニ任ス但左ノ二項ニ掲ケタル修繕及ヒ賃借人又ハ其雇人ノ過失若クハ懈怠ニ因リテ

必要ト為リタル修繕ハ賃借人之ヲ負担ス

③賃貸人ハ賃貸借ノ期間、建具、塗彩及ヒ壁紙ノ保持ヲ負担セ
ス

④又井戸、用水溜、汚物溜又ハ水道管ノ疏浚及ヒ普通ニ賃借人ノ
為ス可キ修繕ヲ負担セス

⑤本条ノ規定ニ反対ノ慣習アルトキハ其慣習ニ従フコトヲ妨ケス
(6) 陸前国宮城郡(一〇・一三年版)

(前略) 貸家ハ疊建具附ニテ貸渡スモアリ造作ノミニテ貸渡スモ
アリト雖モ住居中疊建具ノ修繕ハ借主ニテ為シ其他家作ノ修繕ハ
貸主ヨリ為スヲトス

『文化全集版』三五四頁、『一〇年版』二四八頁、『一三年版』
五六三頁。

(7) 相模国足柄郡(一三年版)

屋根外圍ノ壁ハ家主ニテ修繕シ建具疊ノ類ハ借主ニテ修繕スルヲ
ナリ(以下略)

『文化全集版』三五二頁、『一三年版』五五八頁。

(8) 羽後国秋田郡(一〇・一三年版)

(前略) 地所ヲ貸シ年限中堰〔下水〕并ニ井戸ノ修繕ハ借主ニテ
ナシ又貸主何分借主何分ト割合出金スルノ約定モアリ(以下略)

『文化全集版』三五五頁、『一〇年版』二五一頁、『一三年版』
五六七頁。

(9) 財産編第一四〇条

①賃借人ハ賃借物ニ直接ニ賦課セラルル通常及ヒ非常ノ租税其他
ノ公課ヲ負担セス若シ租税法ニ依リテ賃借人ヨリ徴収スルコト有
ルトキハ其借賃ヨリ之ヲ扣除シ又ハ賃貸人ヨリ賃借人ニ之ヲ償還
ス但反対ノ合意アルトキハ此限ニ在ラス

「新法典と旧慣」(上)

(10) 羽後国秋田郡(一〇・一三年版)

(前略) 家屋ハ造作并ニ疊建具共附属スルヲ例トシ爾後疊ノ表替
等八年限中借主ニテナシ家根及ヒ天井土台等ノ管轄ハ貸主ニテナ
ス若シ借主便利ノ為メ入口ヲ替ヘ或ハ新ニ窓ヲ穿チ又ハ庇ヲ設ル
等ハ貸主ヘ協議シ貸主承諾ノ上自費ヲ以テ造営スル例ナリ

『文化全集版』三五五頁、『一〇年版』二五一、二五二頁、
『一三年版』五六七、五六八頁。

(11) 越中国射水郡(一〇・一三年版)

人ノ所有地ヲ保有スル約定年限中ハ其權ヲ他人ヘ転貸シ其利益ヲ
得ルノ權利アリ但其土地及ヒ山林ノ形ヲ変セサルヲ得サルハ所
有主ノ許可ヲ得ルヲ要ス(以下略)

『文化全集版』三五七頁、『一〇年版』二五〇頁、『一三年版』
五七三頁。

(12) 財産編第一四五条二項。

(13) 羽後国秋田郡(一〇・一三年版)

田畑所有主ハ小作人其田地ヘ糞料ヲ与ヘス或ハ怠リテ荒蕪ニ至ラ
シムル等ノキハ之ヲ取返スノ權アリ(以下略)

『文化全集版』三五六頁、『一〇年版』二五二頁、『一三年版』
五六八頁。

(14) 越後国蒲原郡(一〇・一三年版)

一季小作ハ(中略)小作人若シ作徳米不納或ハ荒蕪ニ至ラシメ又
ハ地主ノ許可ヲ得スシテ地所ヲ転貸スルハ地主ニ於テ之ヲ取返
スヲ得ルヲナリ(以下略)

『文化全集版』三五八頁、『一〇年版』二五三頁、『一三年版』
五七六、五七七頁。

(15) 財産編第一三四条

同志社法学 四〇卷四号 一一五 (五八九)

④果実又ハ產出物ノ一分ヲ以テ借貸ト為シ金錢ヲ以テ之ニ代フルコトヲ許ササルトキハ賃借權ノ讓渡又ハ転貸ハ賃貸人ノ承諾アルニ非サレハ之ヲ為スコトヲ得ス

(16) 財産編第一三四条

①賃借人ハ賃貸借ノ期間ヲ超エサルニ於テハ其賃借權ヲ無償若クハ有償ニテ讓渡シ又ハ其賃借物ヲ転貸スルコトヲ得但反對ノ慣習又ハ合意アルトキハ此限ニ在ラス

②賃借人ハ讓渡ノ場合ニ於テハ贈与者又ハ売主ノ權利ヲ有シ転貸ノ場合ニ於テハ賃貸人ノ權利ヲ有ス

③右孰レノ場合ニ於テモ賃借人ハ賃貸人ニ對シテ其義務ヲ免カルルコトヲ得ス但賃貸人カ転借人ト更改ヲ為シタルトキハ此限ニ在ラス

(17) 財産編第一五〇条

①家具ノ附キタル建物ノ賃貸借ニ付キ默示ノ更新アリタルトキハ解約申入ヨリ返却マテノ時間ハ左ノ如シ

第一 前賃貸借ノ期間ヲ三个月又ハ其以上ニ定メタルトキハ一个月

第二 三个月未満ノ賃貸借ニ付テハ原期間ノ三分一

第三 日日ノ賃貸借ニ付テハ二十四時

(18) 財産編第一五二条

解約申入及ヒ返却ノ時期ニ関スル前数条ノ規定ハ其時期ニ付キ地方ノ慣習ナキトキニ非サレハ之ヲ適用セス

(19) 財産編第一五三条

①如何ナル場合ニ於テモ賃借人ノ權利ノ存スル一切ノ收穫物ヲ収去スル前ニ賃貸借ノ終了セシトキハ賃貸人又ハ新賃借人ハ前賃借人ノ之ヲ収去スルニ委ヌルコトヲ要ス

②又賃借人ハ土地ノ收穫物ヲ収去シタル部分ニ於テ賃貸借ノ終了前ニ急要ノ作業ヲ為スコトヲ賃貸人又ハ新賃借人ニ許スコトヲ要ス但賃借人此カ為メ妨害ヲ受ク可キトキハ此限ニ在ラス

(20) 豊前国企救郡(一三年版)

小作ニ証書ナク一年ヲ限トス何十年統耕スルトモ地主ノ都合ニテ何時ニテモ之ヲ取戻スノ權アリ然レモ種ヲ卸セシ後ハ翌年ノ季節迄ハ取戻スヲ得ス永小作ト云名義ナシ

『文化全集版』三六二頁、『一三年版』五八七〜五八八頁。

(21) 老岐國石田郡(一三年版)

下作人ニ証書ナク年限ナシ雙方ノ都合ニテ何十年ニテモ統耕セシムルヲアリ又何時ニテモ之ヲ取戻スノ權アリ然レモ播種セシ後ハ翌年季迄ハ取戻スヲ能ハサル習慣ナリ

『文化全集版』三六二頁、『一三年版』五八九頁。

V 永小作權

我々は今しがた、おそらく所有權の分野で最も重要なもの、すなわち賃貸人と賃借人の關係を支配する諸規定について、問題点を比較的に検討した。我々は次に、重要性はより小さいが、おそらくはその特殊性の故に、さらに興味深いと思われる、占有の一形態について見よう。ローマ法では *Emphyteusis* とつて、オランダ・ベルギー・ルクセンブルク地方 (*Low Countries*) では *Beklem-regt* とつて、ポルトガルでは *Aforamentos* とつて、そして日本では永小作 (*yei-kosaku* or *naga-ko-*

saku)として知られる、多様な賃借である。他方、英語では、その制度はあるが、用語は欠落している。そこで我々は、日本語(右の四つのうちで最も自然なもの)を直訳するのが最善であらうと思い、これを perpetual tenancy と呼ぶことにする。この賃借形態の付帯的事物 (incident)——全ゆる国で、これに特有である——は、賃借料の固定、賃借料が支払われる限り占有が永続的であること、そして(通常は)地主の同意なしに譲渡 (alienation) する権限を伴い、通常の借地人よりも自由に土地を使用する特権である。これが当該国にとって経済的に有益な土地保有形態を意味するかどうかは問題であり、経済学者はおそらく同意しないであろうが、各々の国が独自にそれを決定しなければならない。しかし、いずれにせよ、永小作は一つの制度としては、現代文明の諸事情によって、生活から締め出されている。永小作は、ローマでも日本でも同様に、一部は、公有地を開墾した人々にそれを貸すことによって始まったが、賃借期間の永続性は必要とされた労働消費を促進するために必要であった。また一部は、土地所有者が金銭をくめんする必要があつて土地を手離し、その代わりに永久的な賃借でこれを受戻した場合か、あるいは、土地所有者が土地からの定期的な収入を期待し、土地をこのような形で賃借に付した場合か、いずれかの場合に、私人間の取引によって始まった。十分に奇妙な

ことに、ポルトガルでも日本でも同様に、寺院がこの制度を特に利用していたように思われる。しかし、この制度は今日ではヨーロッパの若干のかたすみで生き永らえているにすぎない。イギリスの土地贍本保有権 (copy-hold) (永小作に最も近いイギリスの類似物) のように、永小作は殆んど死に絶えた。日本の新法典は、時代の必要性を考慮して、そして次のように規定している⁽¹⁾「第一五五条」。第一に、いかなる永借 (emphyteusis, yei-shaku, perpetual lease) も五〇年を超える長期間では設定されない。第二に、法典の施行以前に五〇年以上の長期間の賃貸借が存在していた場合には、それは有効なままである。第三に、既存の永借ないし無期限の賃貸借 (indefinite lease) は、最終的に定められるべき適当な方法で(おそらくは、賃借人による買受け (purchase of the reversion) および賃借人の賃貸借を完全な所有権に転換することによって) 消滅するであろう。第一の規定は現代に調和しており、第二「の規定」は共通正義の命令 (dictate of common justice) である。第三「の規定」は経済政策の問題であり、我々がここで関心をむける必要はない。しかしながら、この趣旨の慣習が、伯耆国に存在しており、そこでは小作人は「賃貸人が」土地を他人「へ売却するとき」⁽²⁾呈示された価格の一〇分の四で買受けることができたということとは注目されるべきである。

法典による、これらの賃貸借についての規制は、大いに必要な、慣習の画一性と調和に一致している。『旧日本における私法』の『賃貸と賃借 (Letting and Hiring)』の章を参照すれば、この賃貸借の種々の形態が極めて多数存在することが分かるであろうし、また主たる困難は、個々の賃借人の地位を實際に決定することであろう。完全な形態が、次のような諸国に存在していたようである。すなわち、摂津、伊賀、三河、遠江、上総、下野、陸中、羽前、越前、越中、越後、佐渡、丹波、伯耆、播磨、肥後、豊前および日向〔の国々〕である。他方、永続性に好意的な、多かれ少なかれ無期限な慣習は、右の他の処でも見いだされる。一定の一般的な諸特徴が見分けられうる。第一に、賃借人が税を支払う。このことを法典は第一六六条で規定している。⁽³⁾次に、地主は、賃借料が支払われ土地が毀損されない限り、〔賃貸借〕関係を終了させることはできない。このことは法典でも見いだされるが、賃借料の不納は継続して三年間生じなければならぬという寛大な規定を伴っている〔第一六九条〕。法典は、賃借料が物納で支払われている場合に、地主の同意なしに賃借人がかかる賃貸借を譲渡することを認めていないようである。⁽⁵⁾——この規定は表面的には合理的である(というのは、当事者間の関係では賃借人の人柄が重要であるからである)が、しかし、慣習の優位と対立している。二つの

国では同意が必要であると言われているが、四つ〔の国〕では不要である。⁽⁷⁾他方、その他〔の国〕では同意は要求されないが、しかし(これを折衷して)元の賃借人が、いかなる場合でも、賃借料〔の支払い〕について責任がある。⁽⁸⁾右のような事情の下で、立法者は相當に、自ら選択する権限を与えられていたように思われる。「これと」同一の言は、永借を構成するのに必要な期間についてもあてはまる。年数は種々な地方で異なっており、二年から五〇年に及び、最も普通の年数は一〇年ないし二〇年である。法典は三〇年と定めている〔第一五五条①〕——⁽⁹⁾裁量の行使は、慣習の矛盾が存在している場合、法的理由よりむしろ経済的理由に基づいて判断されなければならない。〔日本の〕殆んどどの国では、永借権の一部は荒地の開墾によって生じたが、永借権についてのこの点の規制は、既に実施されている官有地法 (the public land laws) による。⁽¹⁰⁾

ヨーロッパにおける *emphyteusis* の一般的特徴は、賃借料の固定性にある。このことは、日本の慣習の記録では殆んど触れられておらず、たった一つのくだりで言及されているだけである。⁽¹¹⁾しかし、この特徴がなければ、この賃貸借形態は、その利点の殆んどを失うこととなり、したがって、それが国中で一般的に行なわれていたことは疑いない。法典は、もちろん、このことを是認している。永借によって得られた特殊な使用権は、

明確に、一般的な言回しで、法典に宣言されている。しかし、慣習の記録は、この問題「特殊な使用権」について、殆んどあるいは全く、我々に光をなげかけてくれない。法典の諸規定では、賃貸借の一般的性格と矛盾するものは何も存在せず、当事者相互の関係についての叙述が存在すべきことは明らかである。しかしながら、当事者間に特別な合意がない場合にだけこれらのルールが適用されることを要求する（第一五七条⁽¹²⁾）ことによって、安全装置（safeguard）が確立されている。もちろん、かかる合意は、地方（locality）の慣習にしたがって、構成されてもよい。

我々は、今や、慣習の記録が我々に比較の諸点を与えてくれる次のテーマ——地役権（Servitudes in Land）のテーマ——に移る。

（1）財産編第二節第一款「永借権」第一五五條

- ① 永賃借トハ期間三十个年ヲ超ユル不動産ノ賃賃借ヲ謂フ
- ② 永賃借ハ五十个年ヲ超ユルコトヲ得ス此期間ヲ超ユル賃借ハ之ヲ五十个年ニ短縮ス
- ③ 永賃借ハ常ニ之ヲ更新スルコトヲ得然レトモ其更新ノ時ヨリ五十个年ヲ超ユルコトヲ得ス
- ④ 当事者カ永賃借契約ナルコトヲ明示シ其期間ヲ定メサルトキハ其賃借ハ四十个年ニシテ終了ス
- ⑤ 本法実施以前ニ期間ヲ定メテ為シタル不動産ノ賃賃借ハ五十个

「新法典と旧慣」(上)

年ヲ超ユルモノト雖モ其全期間有効ナリ

⑥ 本法実施以前ニ期間ヲ定メスシテ為シタル荒蕪地又ハ未耕地ノ賃賃借及ヒ永小作ト称スル賃賃借ノ終了ノ時期及ヒ条件ハ日後特別法ヲ以テ之ヲ規定ス

（2）伯耆国会見郡（一三年版）

小作ニ証書ナク年限ナシ当口米不納セサレハ何十年ニテモ統耕セシムルコナリ地主ノ承諾ヲ得スシテ他ノ数人へ転賃スル例ナリ若シ当口米滞ルハ初ノ小作人ヨリ弁償スル義務アリ其地ハ地主ノ都合ニテ何時ニテモ取戻スノ権アレハ芝開ト唱ヘ沙地ヲ良田ト為シ三代モ統耕スル者ハ容易ニ取戻スヲ得ス他へ売却スル定価ヨリ四分ヲ減シテ其小作人買受ルノ権アル例ナリ

『文化全集版』三五九頁、『一三年版』五八〇～五八一頁。

（3）財産編第一六六條

永賃人ニ対シ永借物ニ賦課セラルル通常又ハ非常ノ租税其他ノ公課ハ永賃人之ヲ永賃人ニ弁済ス

（4）財産編第一六九條

永賃人ハ意外ノ事又ハ不可抗力ニ因リテ三ヶ年間引続キ全ク不動産ノ収益ヲ得ル能ハス又ハ其一分ノ毀損ニ因リテ将来ノ収益カ借賃ノ年額ヲ超ユ可キ見込ナキトキハ永賃借ノ解除ヲ請求スルコトヲ得

（5）財産編第一三四條、IV章注(15)参照。

（6）越前国足羽郡（一三年版）

（前略）但小作株ヲ他人ニ譲渡スハ必ス地主ノ承諾ヲ得ルヲ要ス（以下略）

『文化全集版』三五六頁、『一三年版』五六九頁。

越後国蒲原郡（一〇・一三年版）

「新法典と旧慣」(上)

(前略) 小作人若シ作徳米不納或ハ荒蕪ニ至ラシメ又ハ地主ノ許可ヲ得スシテ地所ヲ転貸スルハ地主ニ於テ之ヲ取返スヲ得ルナリ(以下略)

『文化全集版』三五八頁、『一〇年版』二五三頁、『一三年版』五七六～五七七頁。

(7) 摂津国八部郡(一三年版)

(前略) 又荒地開墾セシ者ヲモ永小作ト唱ヘ地主ノ承諾ヲ待ス随意ニ其株ヲ他人ニ譲渡スヲ得ルナリ(以下略)

『文化全集版』三五〇～三五二頁、『一三年版』五五三頁。

(前略) 荒地開墾セシ小作人ハ永小作ト号シ小作株売渡自由ニシテ地主ニ於テ進退スルノ權ナシ(以下略)

三河国額田郡(一三年版)

(前略) 新田ノ地ニハ永小作ト称スル者アリ地主ノ許可ヲ得スシテ随意ニ小作株ヲ売買スルヲアリ

『文化全集版』三五二頁、『一三年版』五五五～五五六頁。

播磨国飾東郡(一三年版)

(前略) 之ヲ永小作ト称シ貢租諸費トモ直ニ其小作人ヨリ納ム故ニ其者ノ權ニテ小作株ヲ他人ニ譲渡スヲ得ルナリ

『文化全集版』三六〇頁、『一三年版』五八二頁。

紀伊国名草郡・海部郡(一三年版)

(前略) 徳銀ト唱ヘ下作人ヨリ他の者ヘ多少ノ金ヲ以テ其株ヲ譲渡スヲ随意ニテ地主ノ承諾ヲ得ルニ及サルヲナリ(以下略)

『文化全集版』三六一頁、『一三年版』五八四～五八五頁。

(8) 例え、伊賀国阿拝郡(一三年版)

(前略) 永小作ニハ証書アリテ地主ノ承諾ナクシテ他人ヘ小作セ

同志社法学 四〇巻四号 一二〇(五九四)

シムルヲ随意ナリ但不納アルハ地主ヨリ現小作スル者ヲ問ハス元契約ノ小作人ヲ賣ル例ナリ(以下略)

『文化全集版』三五二頁、『一三年版』五五三頁。

(9) 前注(1)。

(10) 明治二三年四月三日の勅令第六九号「官有森林原野及産物特別処分規則」ないし、同年七月二日の勅令第一三五号「官有地特別処分規則」参照。

(11) 摂津国八部郡(一三年版)

小作人ニ証書ナシ一年ヲ期限トス豊凶ニ限ラス年貢定額アリテ永年小作セシムルヲ永小作ト唱ヘ証書アル者トス(以下略)(前注(7))

(12) 財産編第一五七条

① 当事者相互ノ權利及ヒ義務ハ永貸借ノ設定契約ヲ以テ之ヲ定ム
② 特別ノ合意ナキトキハ下ノ規定ニ從フ外通常貸借ノ規定ニ從フ

VI 地役權

フランスの用語にもあると同様な Real Servitudes あるいは旧き良き法律英語 (Law English) の Easements および Profits というテーマ「地役權」は、『旧日本における私法』第五部の「土地に関する下位の權利 (Lesser Rights connected with Land)」という項目の下で取り扱われている。この章は、種々雑多なテーマのとりあわせを含んでいる。これらのテーマ

が表わされている本来の見出し（土地に属する義務 (tochi ni zokusuru gimu, obligations pertaining to land)）は、実体は存在するが、servitude あるいは easement といった包括科学的な概念が存在しなかったことを暗示している、まさに遠まわりの表現 (periphrase) にすぎないことは明らかである。法典の新造語は、地役 (chi-yeki, land-uses) である。慣例集の〔当該章の〕諸款⁽¹⁾には、「境界 (Boundaries)」、「近隣 (Vicinity)」、「種々の地役 (Sundry Servitudes)」、「用益権 (Usufruct)」、「寺院寄付地 (Temple Endowments)」、「森林 (Forests)」、「秣場 (Pastures)」、「池沼 (Ponds and Swamps)」、「下水 (Drains)」、「道路 (Ways)」、「用水 (Irrigation)」および「河川 (Rivers)」⁽²⁾と項目がある。そして、これらの見出しの中から、法典でもっと秩序正しく列挙されて述べられた地役権を跡づけることは、必ずしも容易であるとは限らない。

法律によって設定された地役権の第一は、立入りおよび通行 (Access and Passage) 権である。これには二種類がある。すなわち、ある人が自己のために建築ないし修繕することを目的として、隣地 (neighbouring premises) を利用する権利⁽³⁾〔第二二五条〕および、ある人自身の土地が、「隣地を通行するより」他のすべての形態の外への出 (egress) 方から閉め出されている場合に、隣地を通行して公路 (highway) に出る権利⁽³⁾

「新法典と旧慣」(上)

〔第二一八条①〕である。前者は、記録された慣習では、承認されていたことが全く見い出されない。しかし、日本の習慣についての我々の一般的知識によれば、かかる特権を認めることを特に嫌う (disinclination) ことはないということが分かるであろう。後者は、慣習上認められたものとして何度も書留められており、かかる飛び地 (enclave) のために用いられた用語は、袋地 (pouch-land, fukuro-chi) である。例えば、和泉国では「袋地の地面 (plot) がある場合、その占有者が表通り (main street) へ出られるような通路 (passage) が作られなければならない。かかる出口を閉鎖することは、何世代にもわたって禁止の対象であったし、またこのルールは現在でも厳格に、すべての人々によって遵守されている⁽⁴⁾」。しかし、また我々は、フランス法が国「日本」の特徴と「他の国々」より一致することを示していたことについて述べずにはいられない。というのは、周知のように、イギリス法の冷たく堅い (unbending) ルールは、飛び地に気づいた所有者に対して、飛び地について彼がなしうる最善をつくすことを要求し、そして隣人には彼を助けることを求めず、隣人を責任の外 (out of the fix) におく。唯一の例外は、一筆 (one parcel) の土地の譲渡 (grant) によって当該土地が飛び地に取り残された場合に、購入者は、もし可能であれば、譲渡人の残りの土地を通行して公路に出る権利

を有するということである。このことも、法典で規定されている(第二二三条⁽⁶⁾)。法典(第二二〇条⁽⁶⁾)は、所有する土地をこのように「通行に」使用された隣人が、第一に樹木などもし何らかのものを破壊されたならば賠償金(indemnity)を、第二に土地が使用される代わりに毎年の使用料(rental)を与えられることを要求する。第一のことについては、それ自体は正当であるが、我々は慣習の記録にいかなる表現も見いだせない。しかし、第二のことは、適用の形態は異っているが、一般原則としてかなり(well)認められていた。時には、袋地所有者(shut-in owner)は通路を手入れが行届いた状態(in repair)に保っておきさえすればよかった。時には、賃借料(rent)が支払われねばならなかった。あるいは、おそらく別の区画の土地が代償として引渡されたかもしれない。これらの代わりに、法典は、使用料が支払われねばならないという画一的なルールを設定している。しかし、法典のこの款「隣地ノ立入又ハ通行ノ権利」中に、日本の民衆にとって本質的に新しいものが何も存在しないということは、十分に明らかである。

次の地役権は、水の使用(Use of Water)に関するそれである。これは、とりわけ、農業が灌漑によってなりたち、慣習は非常に多様でしかも非常に強力な日本のような国においては、規制するのが最も困難かつ微妙なテーマの一つである。立法者

は、明らかに、沿岸者(riparian)の権利を取り扱う第二三〇条を起草する際に、このことを心に留めていた。先行する重要な規定に言及した後、同条は裁判所に次のことを許している⁽⁷⁾。すなわち、沿岸者の側から「右規定と」相反する請求がある場合、「地方ノ慣習ト衛生ノ需用ト農工業ノ利益トヲ斟酌シテ之ヲ決ス(to decide the controversy by taking into consideration the local usage and by harmonizing the requirements of household hygiene with the interests of agriculture and industry)」ることである。この安全装置は、最も厳しい批判を満足させねばならない。「この批判とは」この安全装置が沿岸所有者の権利に関してのみ与えられるにすぎない「ということである」。しかし、この款「水ノ疏通、使用及ヒ引入」の右の他の事項が、既存の觀念と目に見えるほどの軋轢を何ら生じさせないほど注意深く定められたということを見るのは容易である。例えば、第二二八条は「泉源ノ水カ一町村又ハ一部落ノ住民ノ家用ニ必要ナルトキハ所有者ハ……不用ノ部分ヲ流下セシムル責ニ任ス……此町村ハ水ノ使用ノ為メ償金ヲ払フコトヲ要ス但三十个年間無償ニテ使用ヲ為シタルトキハ此限ニ在ラス(if the waters of a spring are necessary to the domestic uses of a cho, son, or hamlet, the proprietor of it is bound to allow the outgo of the portion not needed

.....The *cho* or *son* must pay a compensation for the use of the water, unless it has already had the use gratuitously for 30 years.)」と規定している。今、大和国の記録されたものと比較してみよう。「この村は、川の近傍にある (lying directly along the river) 村々が用水を必要としない時、つまり春と秋に、川から村の貯水池を満たすことによって、灌漑のために用水 (river-water) を利用し、かくして年の残りの期間〔六ヶ月〕にとつて十分な水を貯える。その代償として彼ら〔この村〕は上流の村々へ、水の使用について税を支払い、また水路 (aqueduct) の修繕および清掃の費用の幾分かを負担する」⁽⁸⁾。〔この慣習と第二二八条との〕緊密な類似性は殆んど見いだされえない。そしてここに記録されている慣習は、他の諸地方においても同様であることをほめかしていた。次に、第二二六条「所有者ハ雨水ノ直チニ隣地ニ落ツル如キ屋根其他ノ工作物ヲ設クルコトヲ得ス (Owners may not so dispose their roofs or platforms in such a way that rain-water falls directly upon the adjacent premises)」を取り上げよう。これは、日本において実際に一般的な慣習と一致している。二ヶ所で「もし雨が隣地 (adjacent land) に落ちても、いかなる異議を申し立てられない」と記録されているが、しかし、二〇ヶ所では、家は隣地 (neighbours' land) に落ちないよう

に位置されなければならないと明確に述べられており、さらに他の所では、家々の間隔が右と同一の効果をもつように定められている。陸前国では「建家 (dwelling) および土蔵 (store-house) は通常、隣家から一尺五寸 (1½ feet) 隔てられているが、しかし、もし屋根から雨が落ちることで隣人に迷惑をおよぼすような場合には、もっと「隔てられなければならない」。というのは、人はすべて、このような迷惑をひきおこすことを避ける義務を負っているからである」。他の方角「南」へと遠くへ「目を転じて」、豊前国では「境界の間隣は、隔地に雨を落とさないほどでなければならない」が、「境界の紛争については、軒端 (the extremity of the eaves) から鉛の重り (a leaden plummet) を落とす」ことによつて決定されたという旧例 (an instance in old times) がある」⁽¹¹⁾と報じられている。

第二二四条「低地ノ所有者ハ人工ニ由ラスシテ自然ニ高地ヨリ流下スル雨水及ヒ泉水ヲ承クル義務アリ (The proprietors of lower estates must receive the rain or spring water which flows down from above naturally and without the aid of man)」についても「第二二六条と」同様のことが生じる。信濃国では「Aが高地の所有者で、Bが低地所有者であり、そして継続的な雨で洪水となりBの土地に流れ下った場合、高地の所有者は水をこのように通し流さず権利を有するから、B

はこれを妨害することはできない⁽¹²⁾。同一の地役権は、他の諸地方についても記録されている。第二三四条では、同様な義務が、農業の水路に余分の水を排水するために、通路を与えるよう課せられている⁽¹³⁾。対応する慣習は越中国で示されているように思われる。そこでは「低地の所有者は、高地の所有者の土地から流れてくる水を受けなければならず、また、高地に水を押戻すために土堤 (embankment) を築くこともできない⁽¹⁴⁾」。他の国でも同様の記録がある。

この「民法典財産編第五章第一節第二」款における、もう一つの「条文と慣習の」類似は、十分であるにちがいない。第二三三条では次のように規定されている。「自己ノ土地外ニ在ル天然又ハ人工ノ水ヲ用ユル権利ヲ有スル所有者ハ家用又ハ農業用ノ為メ償金ヲ払ヒ其水ノ通過ヲ中間ノ土地ニ要求スルコトヲ得 (every proprietor having the right to use natural or artificial waters situated without his premises may require, on paying compensation, passage across intervening tenements, estates etc)」¹⁵。この規定は、井戸および他の水源に関する慣習の記録のなかで確実に認められていることが見い出される。信濃国(およびその他)では「Aの土地に、Bが慣例上の (prescriptive) 使用权を有する井戸が存在する場合、Aは井戸に到達するためにAの土地を通行することができる。し

かし、Bは、道に損害を引起こせばそれを修繕し、また、井戸の道具を紛争ないし破損すればそれを取替えなければならぬ⁽¹⁵⁾」。また、加賀国では「B村が灌漑用に使用していた河の水源がA村にある場合、A村は、税および諸賦役 (sundry charges) を支払って、河が通っているA村の土地を借受ける。しかし、時には、A村が土地をB村に差し出し、その代わりにB村がA村に別の土地を与えることもある⁽¹⁶⁾」。法典および慣習における基本的な観念は、同一である。

同法典の同章の第三款「経界」は、境界の決定 (definition or fixing) の権利を定める。アジア協会の出版物には、これに対応する慣習の記録は存在しない。しかし、我々は偶然に境界争論 (contests over boundaries) が裁判による解決の最もよくあるテーマの一つであったこと、および境界の決定と永久的確立については非常に詳細な手続が存在していたことを知った。これらのすべて——文書・通知・公的報告などの諸様式の長たらしい羅列——は、有名な論文 (treatise) 落穂集⁽¹⁷⁾ (Ochiboshu) (「諸地方からのメモ (Jottings)」) を調べれば見つかるであろう。

次に、囲障 (fencing) ・建物の位置などに関する最終「第四」款においては、若干の規定が注意されねばならない。

一般的ルールは、第二四五条「凡ソ所有者ハ適宜ノ材料ヲ用

牛適宜ノ高サニ於テ自己ノ不動産ニ囲障ヲ設クルコトヲ得
(every proprietor may enclose his premises to such a height
and with such materials as he sees fit)で定められている。
しかし、第二六二条は、次のように要求することによって右の
自由を制限する⁽¹⁸⁾。すなわち、高さ三間 (ken) (一八フィート)
以上の竹木は、境界から六フィート以内に植えてはならず、も
し高さが一間 (六フィート) 以上であれば、二フィート離れて
「いなければならない」というものである。実際にこの制限は、
すべての農地に影響を及ぼすであろう。というのは、農地では、
木と竹の棒が、供給されうる唯一の囲障の材料であるからであ
る。この制限の目的は、我々が慣習を調べるまで明確にできな
いが、そこに我々が見るのは、日本における農業の道義 (ethics)
の最も顕著かつ一般的特徴は、隣人はその樹木あるいは囲障
の影によって、隣りの穀物から必要な太陽光線を奪ってはなら
ないということである。この観念は、多種多様であるが目的は
一つである慣例のなかに、その表現が見い出される。家屋・囲
障・樹木——この原則はすべてに適用される (どこでもではな
いけれども)。隣接の住居 (dwelling) から太陽光線を遮るこ
とは、一般的に非難されるべきことであった。他方、田畑に関
していえば、この原則は例外が殆んどなかった。樹木について
認められた「境界からの」最小限の距離は非常に種々であった。

「新法典と旧慣」(上)

時には、それは三フィートであり、時には七二フィートであ
った——三、六、一二および一八「フィート」が大方普通であ
った。樹木 (事実上、殆んどの場合には囲障を意味する) の高さ
「の制限について」も同様に種々であり、ある場合には三フィ
ート、他の場合には一五フィートであった。時には、特別な制
限が、隣接地所 (estate) の南側について定められるが、他方
において北「側について」は「制限は」殆んどないし全くない
ままである。いくつかの地方では、立木 (timber tree) が特に
制限されており、他の地方では桑の木 (mulberry bush) が特
に大事に扱われていた。土地の傾斜もまた、許容されうる高さ
に影響を及ぼすであろう。法典は上述した一般的ルールを定め
ているが、しかし、先のいくつかの場合におけるように、我々
は、立法者が注意深く予見して、この点についてのルールは異
なった慣例のあるところでは義務として負わされない (第二六
三条)⁽¹⁹⁾と宣言することによって、民衆の習慣に一般的ルールを
適合させているのを見る。家屋に関していえば、日の当たる場
所 (sun-space) がなければならぬという一般的原则は、旧
日本では、各住居と境界との間に残されるべきフィート数につ
いての恣意的なルールに具体化された。この日の当たる場所は、
六インチから六フィートまで種々であり、詳細に列挙すればう
んざりするであろう。法典はこれらの多様な種類を「所有者ハ

石造・煉瓦造ニ非サル建物ヲ築造スルトキハ其建物ト土地ノ分界線トノ間ニハ其地方ノ慣習ニテ定マリタル尺度ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス (every proprietor wishing to construct a building with materials other than brick or stone must leave between the building and the boundary line a space determined by local usage) 〔第二五七条^①〕と規定することによって整理している。煉瓦と石の建物についての「事柄が」例外「とされていること」は、その対照物と正当化を、慣習法上全ゆる種類の土蔵に与えられた「右と」同様な特別の好意に見い出す。

注目すべくして唯一残っている法典の原則は、窓などが境界から少なくとも三フィート離れていなければ、あるいは目隠しがたてられていなければ、窓・縁側あるいはバルコニーから隣地を直接に観望する (outlook) ことを禁じたものである (第二五八・二五九条^②)。この地役権は、日本においてかなり一般的に承認されていたことが既にみとめられている。このテーマに触れているくだりの四分の三において、慣習は、観望する窓が取り去られるか、あるいはかかる窓が目隠されるかの孰れかである。この制限が欠けているいくつかの地方では、家屋間の間隔の必要条件は、もし「隣人が」望むならば、目隠しをたて、さらに日の当たる場所を維持する機会を隣人に与えることで隣

人を十分に保護することとみなされていたように思われる。法典は中間のコースをとった。上述したように、観望する窓に目隠しは必要である。しかし、境界から三フィート離れて家屋が建っている場合には、この制約は除かれている。この目的は、明らかに、諸慣習を調和させ、また便宜を獲保することであるが、確かに、国のすべての地方が同様に満足されない状態にある。もちろん、既存の慣習が法典のルールと矛盾する慣行を認めた限り、この規定の原則がすべての個人のためにかくして得られた特権を維持しているということは明らかである。ところで、この観念は、山城国についてのくだりで、慣習法に示されている。すなわち「窓が昔から存在していた場合、隣人はたとえその窓が彼の土地を見渡す (overlook) としても、それを塞がせるよう要求することはできない。しかし、見渡す窓は、⁽²²⁾「窓明料などを」支払うことなくして、新しく作られえない」等、である。この点で我々は、日本の最も古い地域において、「我々の」慣れ親しんでいるイギリスの「エンシェン・ライト (ancient lights)」のいこと (first cousin) をもつのである。紙面は、我々が、地役権についての本章で法典と慣習の比較を誘われる、その他の事項について、さらに詳しく述べることを許さない。同章は、おそらくは農工業というより大きな感心事にとって主たる重要性をもたないが (灌漑権に関するような

ものを除いて)、にもかかわらず、所有権についての編のなかの他のいかなる章よりも、民衆の日常生活に密接に関わっている。法典のこの部分には、他の殆んどすべての部分におけるよりも、外国のルールを、既存の慣習を固定したところに押しつける機会がより多く存在した。しかし我々は、法典と慣習の觀念が実質的に同一であること、自由範圍 (latitude) が与えられた場合には地方慣例の多様性が最も自由な役割を許されたこと、および、新奇なものないし確固たるルールが決定された場合には立法裁量の行使を正当化するに十分な程度の状態であったということ、を見てきた。

(1) 『一〇年版』第二編「財産」の第三章「土地義務ノ事」には、第一款「地ノ位置」・第二款「分界ノ墻垣」・第三款「隣地距離」・第四款「下水」・第五款「道路」・第六款「用水」・第七款「池沼」・第八款「秣場」・第九款「林木」・第十款「寄附地」・第十一款「河川」の11款を含む。『一三年版』第二編「財産」の第三章「土地ノ事」は、第一款「土地ニ属スル義務」のみである。したがって、以下の款名は、一三年版の草稿のそれであると推測される。

(2) 財産編第二一五条

凡ソ所有者ハ土地ノ分界ニ於テ又ハ自己ノ土地ニ工事ヲ為シ得ル余地ナキ距離ニ於テ牆壁若クハ建物ヲ築造シ又ハ修繕スル為メ隣地ニ立入ルヲ求ムルコトヲ得

(3) 財産編第二一八条

「新法典と旧慣」(上)

④ 或ル土地カ他ノ土地ニ囲繞セラレテ袋地ト為リ公路ニ通スル能ハサルトキハ囲繞地ハ公路ニ至ル通路ヲ其袋地ニ供スルコトヲ要ス但下ニ記載シタル如ク二様ノ償金ヲ払ハシムルコトヲ得

(4) 和泉国大鳥郡(一〇・一三年版)

市中袋地ノ如キハ必ス表通ヘノ通路アルヲ要ス故ニ該地譲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コト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例ナリ

『文化全集版』三〇四頁、『一〇年版』二一四頁、『一三年版』四三一頁。

(5) 財産編第二二三条

土地ノ一分ノ譲渡又ハ共有者間ノ分割ニ因リテ袋地ノ生シタルトキハ譲渡人又ハ分割者ハ償金ヲ受クルコト無クシテ通路ヲ供スルノ義務ヲ負担ス此義務ハ公路ノ創設ニ因リテ袋地タルコトノ止ミシトキハ消滅ス

(6) 財産編第二二〇条

① 通路ノ開設及ヒ保持ノ工事ハ袋地ノ負担ニ属ス
② 承役地ノ建物又ハ樹木ヲ取除キ又ハ変更セシムルノ必要アルトキハ一回限ノ償金ヲ其所有者ニ弁償ス
③ 此他承役地ノ使用又ハ耕作ヲ減シ及ヒ永ク其地ノ価格ヲ減スルニ付テノ償金ハ毎年之ヲ弁償ス

(7) 財産編第二三〇条

前条ニ定メタル二箇ノ場合ニ於テ其水ヲ利用ス可キ沿岸者又ハ低地ノ所有者ヨリ争ヲ起シタルトキハ裁判所ハ地方ノ慣習ト衛生ノ需用ト農工業ノ利益トヲ斟酌シテ之ヲ決ス

(8) 大和国葛下郡(一〇年版)

「新法典と旧慣」(上)

西条川ノ上流ヨリ三四里ヲ隔テ此ノ水ヲ引用スルノ村アリ其方法タル水源近傍村々ノ用水不用ノ時「太陰曆秋分ヨリ翌年春分迄ナリ」ヲ期シ闔村ノ田地ニ十一二分モ懸ル可キ水量ヲ積リ又其水坪ヲ測リ入ル可キ池アリテ右六ヶ月間十分ニ其水ヲ引入ルムナリ水源ノ村ヘハ幾分ノ税ヲ出シ水路營繕ノ入費モ担任スル事ナリ

『文化全集版』三一七頁、『一〇年版』二二四～二二五頁。

(9) 伊賀国阿拝郡(一三年版)

隣地ノ界ニ家屋ヲ建ル片雨落ヲ隣地ヘ流スモ雙方ノ義務トシテ相容ルムヲナリ(以下略)

『文化全集版』三〇四頁、『一三年版』四三二頁。

伊豆国田方郡(一三年版)

地ノ位置ニ因テ損害ヲ受ルコアリモ古来ヨリ習慣ナレハ之ヲ義務トシテ苦情ヲ述ルコ能ハス(以下略)

『文化全集版』三〇四頁、『一三年版』四三五頁。

(10) 陸前国遠田郡(一〇・一三年版)

建家土蔵等ハ境ヨリ一尺五寸ヲ隔ツト雖モ軒端ノ雨落ヲ地境ヘ落スヲ以テ定規ト為スニ付若シ新築ノ軒端三尺アレハ三尺ヲ隔テ造築スル例ナリ

陸前国宮城郡(一〇年版)

建家土蔵等ハ軒端ト唱ヘ大抵境ヨリ一尺五寸位ヲ隔ツト雖トモ多クハ隣家ト示談ノ上ニテ距離定則ナシ

『文化全集版』三一～三二二頁、『一〇年版』二一七頁、『一三年版』四四四頁。

(11) 豊前国宇佐郡(一三年版)

家屋ヲ建築スルニハ雨垂ヲ隣地ニ落サムルヲ度トス境界爭論アル片ハ軒鼻ヨリ垂鉛シテ其権ヲ定メシ旧例アリ樹木生長シテ耕地ノ

妨害ヲ為ス片ハ竿立ヲ為シテ枝葉ヲ伐除スル例ナリ

『文化全集版』三一〇頁、『一三年版』四六九頁。

(12) 信濃国高井郡(一〇・一三年版)

土地ニ付テハ互ニ義務ナカルヘカラス仮令ハ甲地ハ高阜ニシテ乙地低地ナレハ甲地ヨリ惡水等ノ流下スルヲ乙地ニ於テ之カ妨害ヲナスコヲ得サルノ類ナリ

『文化全集版』三〇五頁、『一〇年版』二二一頁、『一三年版』四四一～四四二頁。

(13) 財産編第二三四条

① 低地ノ所有者ハ浸水地ヲ乾カスニ因リ出水ノ疏通ノ為メ及ヒ家用又ハ農業工業用ノ余水ノ排泄ノ為メ公路、公流又ハ下水道ニ至ルマテ其通路ヲ供スル責ニ任ス

(14) 越中国射水郡(一〇・一三年版)

低地ハ高地ヨリ自然ニ流下スル水ヲ受クヘキノ義務アルヲ以テ其水流ヲ澱マス為メニ土堤等ヲ築ク可カラス又高地ニ於テハ故ラニ低地ノ害ヲナスヘキ溝渠ヲ鑿ツ可カラサルモ義務アリ

『文化全集版』三〇六頁、『一〇年版』二二二～二二三頁、『一三年版』四五一頁。

(15)

信濃国の記録にこのような慣習は確認できなかった。次の甲斐国の誤りかあるいは、一三年版草稿にはあったのかもしれない。

甲斐国山梨郡(一〇・一三年版)

甲家ニ井アリ乙家ヨリ之ヲ汲ム片ハ其地ヲ通行セサルヲ得ス故ニ道路破損及ヒ井瓶毀損アレハ乙家之ヲ償フノ義務アリ

『文化全集版』三〇四頁、『一〇年版』二二一頁、『一三年版』四三五頁。

(16) 加賀国河北郡(一〇・一三年版)

甲乙二村アリ乙村田地用水ノ為メ水源ヲ甲村地内ニ有スルキハ其経過スル所ノ地ヲ借受ケ諸賦役ヲ勤ムルヲアリ或ハ其水路ノ歩數ヲ計リ乙村地内ニ於テ換地ヲ渡シ其水路ヲ乙村ニ於テ所有スルヲアリ(以下略)

『文化全集版』三〇五頁、『一〇年版』二二二頁、『一三年版』四四九頁。

- (17) 『地方落穂集』のこと。正編は宝暦一三(一七六三)年刊で一四卷、以下は刊行年不詳であるが、追加七卷、続編一六卷、続々編(『聞伝叢書』という)一巻から成っている。農村支配に関する法令・慣習・心得などを述べた大部の地方書で裁判事例なども多く収載されている。

- (18) 財産編第二六二条

① 高サ三間ニ踰ユル竹本ハ分界線ヨリ六尺ニ満タサル距離内ニ之ヲ栽植シ又ハ保持スルコトヲ得ス

② 高サ三間ニ満タス一間ニ踰ユル竹木ニ付テハ二尺ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス(③④⑤略)

- (19) 財産編第二六三条

右ニ異ナリタル慣習アルトキハ前二条ノ規定ニ依ラスシテ其慣習ヲ遵守ス

- (20) 財産編第二五八条

① 二箇ノ土地ノ分界線ヨリ少ナクトモ三尺ノ距離アルニ非サレハ建物ニ窓又ハ縁側ヲ設ケテ他人ノ所有地ヲ直線ニ眺望スルコトヲ得ス(②略)

- (21) 財産編第二五九条

① 右距離ノ制限ヲ遵守スルニ不便ナルトキハ目隠ヲ以テ窓ヲ蔽フコトヲ要ス但其目隠ハ分界線上ニ突出スルコトヲ得ス(②③略)

「新法典と旧慣」(上)

- (22) 山城国愛宕郡・葛野郡(一三年版)

(前略) 古来有来ノ窓ハタトヒ隣地ヲ望下スルモ隣人ヨリ之ヲ塞カシムルヲ得ス新ニ窓ヲ開クハ窓明料ト唱ヘ多少ノ金額ヲ隣人ヘ与ルヲナリ(以下略)

『文化全集版』三〇四頁、『一三年版』四三〇頁。

(未完)