

明治前半期の民事責任法

金田, 平一郎
九州大学法学部 : 教授

<https://doi.org/10.15017/1239>

出版情報 : 法政研究. 17 (1/4), pp.137-161, 1950-03-31. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

明治前半期の民事責任法

金田平一郎

一

徳川時代の法制は、明治維新と共に直ちに全部的改廢が行はれたのではなく、「可成儀者舊儀ニ基」くことを施政の方針として出發し、法制方面に於ては「徳川祖先之美事良法ハ其儘御變更無之」を旨とし、徳川時代の美事良法は尙ほ存續を許されたのである。しかし徳川の美事良法も時勢の進展につれて必ずしも美事たらず良法ならざることになり、次第に變改が行はれ、遂に近代法の出現を見るに至るのであり、正に明治前半期はその過渡期であつたのである。

その具体的過程は、先づ徳川時代末の法制に對し、立法的規則の必要とせられた事項に關しては、布告、布達を制定し、又太政官及び各省の指令を以てしたのであるが、聽て明治の新立法に「漏タルハ舊典ニ存シ舊幕府ノ法ニ存」すと云ふことになり、舊法は新法の補充的役割を持つと云ふことになり、近代法整備と共に、近世法の多くはその形影を没するに至るのである。

ここに明治前半期法の理解には、その隆盛期近世法の考究を果たさねば、全しと云へないのである。それは勿論、

近世民事責任法の考究に就いても同様である。

扱て、徳川時代の民事責任法は、近代法に比較するとき、多くの特調を有するのであるが、^(三)明治前半期はその特調の漸次喪失される過程にある譯であるので、本稿に於てはその過程の觀察と云ふことに重點を置いて考へて見度いと思ふ。

(一) 小早川欣吾「續明治法制叢考」四〇七頁以下。中川善之助、宮澤俊義「法律史」(『現代日本文明史叢書』所收)『私法史』四頁以下。牧健二「日本法制史概論完成版」三九九頁以下。

明治時代徳川幕府法が具体的に援用せられた類例少くないのであるが、例へば「民事要録」甲篇九二二頁以下所出「明治七年五月十四日指令同年四月四日新潟縣伺」は、地所三重書入に就き、「公事方御定書」の寛保二年の幕府法令を引用して何を提出せしものであるが、之に對する指令はその舊幕府法の解釋であつたのであつて、之その一例證と云ふべし。

尙ほ、徳川幕府法典「公事方御定書」の條項を、明治中期訴訟代理人が現行法なりとして引用せる實例あり、法律的には問題にならないが、参考の爲めに註記すべし。即ち「裁判粹誌」一〇卷三七三頁所出「窪田とよ對窪田ふし外一名債權確認證書書換(東京控訴院)件」明治廿七年第四百六十八號同廿八年六月二十〇言渡」。

(二) 拙稿「近世債權法」(『司法資料』第二九八號)第七章以下。

二

徳川時代に於ては、武士、寺社、能役者、御用達町人等には財産責任を問はれることがなかつたのであるが、明治

期に入ると、此の如き特別例の存在は、從來の階級制度の消滅と共に當然見られなくなる譯であるのに、その後身たる士族、社人、寺院或は華族等には、尙ほ或程度の特則が行はれたのである。即ち、「明治五年六月二日指令同年福岡縣伺」に

華士族卒並社人寺院等「相掛ル分ハ金高ノ多少ニ不拘三十日限り濟方申付不相濟候ハ、金高百兩ニ付十兩宛ノ割合ヲ以月々切金濟方申付尙不相濟候ハ、精々理解申聞若不取用呼出不參或ハ濟方等閑置候族ハ不埒ニ付身代限濟方申付候歟」但華士族卒ハ帶刀一腰ヲ除其他ハ平民同様賣掛代ヲ以濟方申付候處金子不足ノ節ハ家祿ニ應ジ季限濟方申付社人寺院ハ出職務ニ屬候品ハ相除其他所持品賣拂濟方申付不足金ハ其身ノ分限ニ應シ年賦濟方可申付候歟」指令ニ身代限方法被仰付候迄ハ先ツ伺之通(三)と見える通りである。

しかし、之は特權階級者に特別法を施行すると云うのではなく、原則としては一般的に財産責任を問うが、その階級の特性から、一般扱となし得ない點に就いて、特則を認めると云う程度の特則であつたのである。

(一) 一註 (二) 所引第七章第三節第一項第二款第一。(三) 「民事要録」一〇四三頁以下。次段「身代限規則」に於ても特則尙ほ存すること参照。

三

前示明治五年六月二日の伺指令面に就いて窺はれるように、明治期に入つても財産責任の範圍は、責任者の總財産即

ち「田畑家屋敷家財」であつたのである。しかし、右指令にも見えるように、差押禁止財産制が出現するに至り、明治年代に於ては既に早く、責任財産は文字通りの總財産ではなくなるのである。徳川時代の財産責任制は、債権者保護に急にして債務者を考慮する遑なかりし（或士は別であるが）に對し、明治期に入ると、債務者保護の思想が高まるに至るのである。

右指令に依つて知られる通り、その初め華士族、寺院、社人の爲めの差押禁止財産（帶刀一腰ハ其職務ニ屬シ候品）制が出現するのであるが、之が同五年六月二十三日の「身代限規則」以來、平民に對しても擴張せられ、又その制度一般の内容が漸次備はるのである。以下にその概略を窺うであらう。

明治五年六月二十三日太政官布告第百八十七號を以て、華士族及び平民に對する「身代限規則」が定められ、八月朔日より施行したのであるが、先づ「平民身代限抵償トシテ差押フ可ラサル品類」として擧ぐるものは次の通りである。

(一)「一時服着替共男女共各二通宛」、(二)「一夜具男女共各一通宛」、(三)「一本入ノ職業ヲ爲スニ必要ナル諸物品但學藝ヲ人ニ教エ又ハ農工商等職業ニ必要ナル書類器械品物等其金額五十兩ニ至ル迄最モ本人ノ擇ム所ニ任ス可シ其値段ハ貸主借主ヨリ監定ノ者道典屋類一宛差出シ外入札人ト共ニ入札致サセ町村役人ニ於テ總入札ヲ比較高札ヲ以テ其價ヲ定ム可キ事」、(四)「一食料」家族ノ人口ヲ量リ一ヶ月間用キル飯米ヲ殘シ置ク可キ事」但男丁ハ一日ニ五合麥ハ一升雜穀ハ一升五合婦女幼少ハ四合麥ハ八合雜穀ハ一升二合宛ノ事」、(五)「鍋釜及炊事各一通」。

次に「華士族身代限抵償トシテ差押フ可ラサル品類」は、(一)「一家祿」但人口ヲ量リ年々飯米ヲ引殘シ其餘分無キ歟或ハ不足ノ者ハ其半高ヲ返金濟之迄金主へ渡サセ候事」、(二)「一大小類男一人ニ付各一腰宛」、(三)「一冠服男子一人

ニ付各一通宛」、(四)「一時服着共男女各一通宛」、(五)「一夜具男女共各一通宛」、(六)「本人職業ヲ爲スニ必要ナル諸物品」但學藝ヲ人ニ教ヘ又ハ農工商等ノ職業ニ必要ナル書類及諸器械品物等其金額五十兩ニ至ル迄「最モ本人ノ擇ム所ニ任スヘシ其値段ハ貸主借主ヨリ監定ノ者道具屋ノ類一人宛差出シ外入札人ト共ニ入札致サセ村町役人ニ於テ總入札ヲ比較シ高札ヲ以テ其價ヲ定ム可キ事」、(七)「一鍋釜及炊具類各一通」であつた。

僧侶に對しては、翌明治六年三月二十五日太政官布告第八十八號を以て「^(四)身代限規則」が公布せられ、「抵償トシテ差押フ可ラサル品類」を、(一)「一食料」寺内ノ人口ヲ量リ僧侶ハ一日ニ五合麥ハ八合雜穀ハ一升二合宛一ヶ月間用フル飯米ヲ殘シ置ク可キ事」、(二)「一建物法用ニ必要ナル箇所」但本堂等へ建添候トモ榮耀ニ屬スル箇所ハ此限ニアラス」、(三)「一寄附帳ニ記載スル部分」、(四)「一什物帳ニ區別シテ記載スル古來傳承ノ寶物」、(五)「一法衣」寺主所化及尼共各一通宛」、(六)「一時服着替共寺主所化及婦女共各一通宛」、(七)「一夜具」寺主並所化及婦女共各一通宛」、(八)「一鍋釜及炊具類各一通」、(九)「一人職業ヲ爲スニ必要ナル金額五十兩ニ至ル迄ノ物品ヲ差除ク等其他ノ方法ハ華士族平民ノ身代限ニ同シ」として居る。

以上が明治新立法上の財産責任の範圍に關する原則であり、近代法の成立するまで、責任財産制の原則として行はれたのである。只しかし、以上の制規は成立後の布告、指令などに依り多少の改廢が行はれたのであり、又その條項の解釋に就いても、種々の指令に依つてその意味するところが逐次明確になつて行くのであるが、それ等に就いては註記中に説述を譲り、こゝにはその原則の概要を示すに止める。

(一) 「民事要録」甲篇六三頁所出『明治五年壬申十月十三日指令同年七月十九日愛知縣伺』の條の指令中に「原告被告連印ニ

テ濟方ノ日延ヲ願フトキハ幾日ニテモ開屆可申原告人承諾セサルトキハ身代限り濟方申渡シ田畑家屋敷家財等入札拂ノ上負債高ヨリ不足ナルトキハ其當人ハ勿論相續人ニ至ル迄身代持直シ次第尙濟方可受旨申渡云々』。

(二) 次註(三)末段所引問合文參看。尙ほ債務者と云うも、自然人たる債務者を指すのであり、法人の如きは保護されない。
註(四)所引參看。

(三) 「法令全書」明治五年一二九頁以下。本布告には、本文掲出の條々に續いて、『前條ニ記スル所ノ引殘スヘキ必要物件ノ内未タ代價ヲ拂ハサル分ハ賣主ヨリ日限内訴出レハ現品ヲ取戻ス事ヲ得ヘシ』但現在者用ノ被服夜具ハ此限ニアラス』とある參看。本條華土族差押禁止品の中(一) 即ち家祿 條項は明治五年七月二九日太政官布告第三百二十七號「法令全書」明治五年二二〇頁)を以て取消される、又全上(二)ハ小類の條項は、明治九年第三十八號布告(「法令全書」明治九年三六頁)を以て帶刀禁止となるまで行はれ、その後は自然廢止となるのである。

本條平民差押禁止品の中(一)(二)及び華土族では(四)(五)、『男女共時服二通夜具一通宛トハ身代限受候本人並妻子等一家族各ノ分』と云う意味である(「民事要錄」甲篇一〇五三頁以下所出『明治六年二月十二日指令同年一月三十一日足柄裁判所伺』)。而して、時服とは『冬ハ綿入レ夏ハ帷子若クハ單物等當季ノ服』であり、『土族以上ハ袴羽織モ時服ニ添；但；一ト通』であり、平民は袴羽織の中一ト通を添え、又土族平民共に『帶、襦絆ハ；ニタ通』添えると言う意味に解すべきであつた(「民事要錄」甲篇一〇五五頁以下所出『明治六年二月十九日指令同月二日提權大解部伺』)。夜具に就いては『一人ニ上下二枚ヲ以一ト通ト』するのである(全上)。

本條平民差押禁止品の中(四)即ち一ヶ月間の家族の食料に關し、『飯米ノ儀貧民等ニ至ツテハ其食量日々ノ分ノ；漸買上クル如ク餘日ノ蓄藏等聊モ無之者ヘハ家族ノ人口ニ應シ一ヶ月間用ニル飯米ノ金員ヲ可爲殘』であるとの解釋が行はれた(

前掲明治六年二月十二日指令、二月十九日指令が、翌七年十二月二十三日「食料ハ抵償トシテ差押ヲ可ラサル品類ノ限ニ之アリ差押トハ即チ其品物ノ現存セシ者ニ對シタル言ニシテ現品ノ之ナキ若ク代金ニテ殘シ置ク可キ事ニハ相當セス既ニ時服夜具其他ノ不抵償品ハ其品存スレハ之ヲ殘シ其品無之トキハ別段代料ヲ以テ殘シ置カサルニ比准シテモ不都合ノ儀ニ付今後食料ノ儀モ外不抵償品處分同様若シ現米無之トキハ別段代金ヲ以テ殘ス事ハ之ナキ様相改メ」られたのである（「民事要錄」甲篇一一四九頁所出「明治七年十二月二十三日指令同月九日司法省裁判所伺」）。

本條不抵償品中平民の（三）、華士族の（六）に關しては、「宿屋ハ客人へ差出候夜具布團膳椀水茶屋ハ茶道具ノ類農業渡世ノ者ハ農具等ヲ以職業必要品トシ家屋茶小屋田畑等」は差押禁止品に入らないと云う解釋であつた（「民事要錄」甲篇一一〇二頁所出「明治六年十二月二日指令同年十一月十九日足柄裁判所伺」）。尙ほ、「神佛祭祀ノ具並ニ婦女ノ粧具等ヲ職業必要品ト合算シテ引殘ス規則ハ無之」かつたのである（「民事要錄」丁篇六五七頁以下所出「明治九年二月九日鳥取縣伺」）。

家屋は前段に云うように、職業必要品と認められなかつたのであるが、一方一般的に住家を不抵償品となすべきであらうとの意見が出たがそれは採擇されなかつたのである。長文乍次にその資料を出して参考に供しよう。「民事要錄」甲篇一〇八六頁所出「明治六年八月三十一日回答足柄裁判所問合年月不詳」に「去歲六月二十三日御布告相成候身代限り御規則中華士族平民身代限抵償トシ差押ヲ可ラサル品類ノ内居宅ハ不相見入札拂ノ揭示案ニ建家士藏ト有之上ハ勿論居宅モ入札拂致候儀トハ存候得共本人職業ヲ爲スニ必要ナル諸物品金額五十圓ニ至ル迄本人ノ撰ミ任セ差除候儀ニテ右必意身代限相成候トモ本人生計ノ目途ヲ不失再ヒ産業ニ復シ候様深ク保護ノ道ヲ被爲盡候御趣意ニ奉存候然ルニ今モ此一人身代限り申付家族モ老小多人數ニテ外ニ寄寓可致親類知音ノ者モ無之都下ト違ヒ僻邑遠陬ノ地ニテハ借屋等モ無之目下露店致シ候情實組合役人共歎出候ハ、事情取亂シ候上風雨ヲ可凌丈ケノ居處ハ差除キ其餘手廣ニテ榮耀ニ屬スル分ハ入札拂申付可然哉」回答」裁判官
明治前半期の民事實事法（金田）

ノ職務ハ嚴ニ法律ヲ守リ方正ノ處分ヲナスヘク假令如何ナル情實申立ルト雖モ其レカ爲ニ法律ヲ枉屈スルノ理アルヘカラス故ニ組合役人共ヨリ歎願ノ次第有之共聞届サル事』。

明治七年三月十日の指令に依ると、『華士族平民身代限ノ節抵償トシテ差押フ可ラサル品物ノ内ヲ以テ償却サセ』るとあり、不抵償品と雖も質入して居た場合は、抵償品となるのであつた（『民事要録』甲篇九〇六頁以下所出『明治七年三月十日指令 同年二月二十五日新沿裁判所伺』）。

(四) 「法令全書」明治六年七四頁以下。前註所引鳥取縣伺に續いて更に同縣三月五日伺を提出、それに對する三月二十九日の指令が存するが、それに『寺院寺號ノ証文ニシテ住職ノ私債ニ非サルハ寺院所有ノ物品ヲ贖賣シテ償却』すべきであるが、『寺院所有ノ物品贖賣ヲナスニ其差押フト差押フ可カラサルトノ區別をナシタル成文律ハ之レナ』いとあり、寺院には不抵償品制はなかつたこと明瞭である。

四

徳川時代に於ては、責任負擔者の範圍廣大であり、血縁團體・地縁團體に及ぶの法であつたが、明治期に入ると間もなく改められるのである。

その責任が地縁團體に及ぶの制は行はれなくなり、血縁團體に及ぶの制も限定的になるのである。

先づ家族の責任に對しては戸主無責任となるのである。即ち、明治五年正月廿五日福岡縣伺に對し司法省は次の如き指令を發しているのである。

「俾へ家督讓候後ノ借財ハ父ノ名前ノ商ヒ物並其身ニ付候品物ヲ以濟方可申付事」、
「家族ノ者亭主へ相知ラセス
商用其外私ニ借財致シ及出入候節其身ニ付候物丈ケ引揚可申付」、
「俾名前ノ借金ニ候ハ、其身ニ付候品物ヲ以テ
濟方申付」。

之に對し戸主の責任は同一戸籍内の者に及ぶに止まると云う制度になるのである。即ち明治六年三月廿日の指令に、
戸主身代限りノ處分ヲ受ル時ハ妻持參ノ衣類ハ勿論子弟ノ別稼ヲ以テ備置候品ト雖モ其戸籍内ニ編入ノ者ハ規則ノ
品ヲ除キ其餘ノ分ハ糶賣拂ニ致シ濟方可申付事」但戸籍ヲ異ニスル者ノ所有物ハ身代限ノ處分ニ不及事。

之が明治九年になると、同一戸籍内の者の所有に屬するとも、その所有の公證ある土地は、又同十年には公債證書、
建造物は、戸主の財産責任を負擔するの要なしと云うことになるのである。即ち、

「地券ヲ得タル隱居若クハ子弟ハ各自其他所ヲ所有スルノ權ヲ享受スル者ニシテ設令其戸主身代限ノ處分ニ至ルモ
之ニ及フ事ヲ得サル者トス……身代限トナル戸主ノ持主名前ニアラスシテ其同籍ノ隱居若シクハ子弟ノ持名前ナル
各種ノ公債證書ハ其戸主身代限ノ處分ニ至ルモ之ニ及ハサル……總テノ建造物戸主ノ所有ニアラスシテ其同籍ノ隱
居若シクハ子弟ノ持名前ノ證據アレハ其戸主身代限ノ處分ニ至ルモ之ニ及ハサル」なり。

尙ほ此時代、家族の財産責任が他の家族に及ぶと云う制度の精神は、家族であるからと言う團體責任の精神ではな
かつたもの如く、それは「所有權ノ區別……殊明」であるかないかから來るもので、即ち所有權の歸屬が判然して
居るか居ないかに由來するものであり、その關係不明瞭な家族は、責任を負擔し合ふべきであると言う精神であつた
ように思はれる。

- (一) 拙稿「徳川時代の他人の行爲に對する責任制一斑」(「國家學會雜誌」四十七卷十一號) 參照。
- (二) 「法令彙纂」訴訟法八二四頁以下。此指令は、明治四年の福岡縣何に對してなされたものであるが、此の如き何を提出することは、其時代まで家族責任制が行はれていたものと言ふことにもなる。尙ほ福岡縣は、明治五年四月に「其身一分ノ出入(の時の宿賃、飯料、雜用等)ハ當人ヨリ可差出管ニ候得共若當人難差出身上ニ候ハ、親類へ割合濟方可申付哉」なる何を出して居るが、此事實又血縁者責任負擔の思想の殘存を物語るものであらう。勿論之に對する指令はその責任「其身一分ニ止リ候事」であつた(全上六七〇頁以下)。
- (三) 「民事要録」甲篇一〇六二頁以下所出「明治六年三月廿日指令同年二月廿日滋賀縣何」。
- (四) 「民事要録」丁篇六七七頁以下所出「明治九年九月一日新潟裁判所何」。
- (五) 前註所引文面參看。

五

徳川時代には身的責任(債務違反に原因する、一定人の身体その他の人格法益に對する拘束)制が一般的原則として行はれたのであるが、明治に入ると間もなくその影を沒するのである。しかし、その初期に於ては或程度の遺存が見られるのである。

明治五年八月十日の司法省達第六號に

聽訟之儀ハ人民ノ權利ヲ伸シムル爲メニ其曲直ヲ斷スルノ設ニ候得者最懇説篤諭シテ能ク其情ヲ盡サシムヘキノ處
右事務ヲ斷獄ト混同シ訴訟原告人へ答杖ヲ加ヘ候向モ有之哉ニ相聞ヘ甚以無謂次第ニ付自今右様之儀無之様厚注

意可致事^(三) とあるが如き、徳川時代の身的責任の遺風の残存を思はしむるものであろう。

明治五年十月廿二日司法省は、『身代限申渡候節被告人印形ハ三十日ノ間所役人封印ヲ以テ原告人預リ置』くべしと指令して居る^(三)。身的責任の一つと言うべきであらう。

明治六年七月十七年の太政官布告第二百五十二號は、

貸金穀又ハ義務ヲ得可キ者定約期限未滿内ニハ訴出ル事ヲ許サ、ル規則ナレトモ負債者又ハ義務ヲ行フヘキモノ右期限未滿内ニ身代限ニ遇フ時ハ訴出ル事ヲ得ヘシ^(四)

との原則を定め、身代限を受けた者は、債務關係に於ける期間の利益を失うこととしたのである。

明治九年一月九日の司法省達第二號に

従前民事呼出ノ上拘留致候儀モ有之哉ニ候處右ハ不都合ノ儀ニ有之自今不相成候條此旨相達候事^(五)とあつて、此時までは民事に拘留の行はれたことが知られるが、之又身的責任の一つであらう。

明治九年四月十五日第四十九號太政官布告に

諸坑業稼ノ者身代限り處分ヲ受ケ候節ハ右處分相濟候ニテ稼業不相成候條此旨布告候事^(六)と、又身的責任の一例と云えるであらう。

(一) 一註(二)所引第七章第一節第三項。

(二) 「法令全書」明治五年一三三三頁。

(三) 「民事要録」甲篇一〇四九頁以下所出『明治五年壬申十月廿二日回答同月十日山梨裁判所問合』。

明治前半期の民事責任法(金田)

(四) 「法令全書」明治六年三六三頁。

(五) 「法令全書」明治九年一三六六頁。「民事成文律類纂」下卷一〇七一以下所出『明治八年九月二十二日東京裁判所何大木司法郷回答』に『勸解裁判……若原告被告ノ中情實判然聊差支無之者ニシテ徒ニ弛慢不屈自今勝手而已申募リ候儀有之萬々不得止節ハ敢テ押留等ノ義ニハ無之候得共便宜ヲ以テ勸解席中暫ク留置勘考爲致候様ノ取計致度右ハ業ヨリ勸解中ノ方便ニテ……相伺……伺之通云々』とある参照。

(六) 「法令彙纂」訴訟法商法九七五頁。

六

徳川時代に於ては、刑事責任を負擔することに依つて、その債務履行責任が解消すると云う制度、即ち民事責任と刑事責任との混同が一般的に見られるのであるが、^(一)明治時代に入つても民刑責任混同は尙ほ存続するのである。只その道程は必ずしも坦々たるものではなかつた。

「公事方御定書」に依れば盗品を盗人より買取つた者は（善意でも）、他日所有主より追奪された場合、盗人に辨償を求むることが出来なかつたのであるが、^(二)之は盗人の刑事責任負擔に依つて賠償責任が阻却せられる譯で、民刑責任混同例であるが、明治七年五月三十日の

改定律例第五十三條盜贓タル事ヲ知ラスト雖トモ買取シテ公商公買ニ由ラサル者ハ直ニ追徴スル事ヲ得ト若シ盜犯

資力アレハ買取者へハ盜犯ヨリ賠償セシム可キ哉

なる島根縣伺に對し、同年六月二十四日「伺ノ通」^(三)と指令して居る様に、民刑責任が分化して來るのである。

さればとて、之を以て一般的に民刑責任分離と言うことは云えないのである。尤も、右伺指令の前年明治六年の左の如き、民刑責任混同思想より出でたる伺の存する情勢からしても、當然の事であつたであらう。即ち、「明治六年二月三日指令同五年壬申十一月日不詳新潟縣伺」^(四)に

動物不動産引宛貸金ノ訴訟タリトモ丁卯十二月晦日以前ノ分ハ裁判ニ不及條理ニ可存之候得共貸金ニ於テ約定ノ如ク其引宛物ヲ受取ントシ借主ト鬪毆ニ及ヒ、捕縛ニ就クトキハ鬪毆ノ原因ヲ問ハサレハ罰ヲ斷シ難ク原由ヲ問ヒ曲直ヲ折ムルトキハ借主ヲシテ其約ヲ遂ケシムヘキ筋ニ可有之乍去鬪毆スルノ弊害ヲ生スヘク右様ノ儀ハ如何致處分可然哉」鬪毆ノ爲メニ金穀貸借ノ裁判ヲ爲スニ不及事

扱て、明治前半期に於ても、民刑兩責任混同思想は損害賠償制の上に最もよくあらはれているので、以下明治期の損害賠償制の概要を窺つて、その面から、民刑責任分化の足跡をたどつて見ようと思ふ。

明治初期に於ても、個人の損害填補に關する規定は、刑事法の中に多く見受けられる。此事自身、當時の損失填補責任の本質をあらはして居るのであるが、兎も角こゝに明治の近代刑法成立までの刑事法を調査せねばならない。以下に引用する當時の刑事法は、特記せざる限り、司法省編纂「日本近代刑事法全集」(上・中・下)所出に據る。引用各條に註記の頁數はその頁數である。

明治初頭の「假刑律」「鬪毆」の條に

明治前半期の民事責任法(金田)

鬪毆……傷を成すものは傷の輕重によつて贖を收罪を宥因て傷を請るもの醫藥の資に給す(上、二六七頁)

「戲誤過失殺傷」の條に

若、過失によつて人を殺傷いたすは鬪毆條之罪に準して贖を收、死傷之家に給す(上、二八〇頁)

右の如きがその損害填補に關する制規であつた。明治三年の「新律綱領」になると、その關係條項増加して來る。

「盜ニ賣田宅」の條に

凡他人ノ田宅ヲ。盜賣。……田産。及ヒ典賣スル用價。並ニ遞年得ル所ノ花利ハ。各官ニ還シ。主ニ給ス。

(上、四九四頁)

「過失殺ニ傷人」の條に

凡過失ニテ。人ヲ殺傷スル者ハ。各鬪殺傷ニ準シ。法ニ依リ。收贖シテ。其家ニ給付ス。(上、五三七頁)

「威逼致レ死」の條に

凡……若シ官公使人等。公務ニ因ルニ非スシテ。平民ヲ威逼シ。因テ自死ニ致ス者モ。罪同。并ニ埋葬金二十五兩

ヲ追給(トリアゲワタス)ス。(上、五四〇頁)

「鬪毆」の條に

兩目ヲ瞎シ。兩肢ヲ折り。及舊患アルヲ毆チ。因テ篤疾ニ至ラシム。若クハ舌ヲ斷チ。陰陽ヲ毀敗スル者ハ。流三

等。仍ホ金二十兩ヲ追給シテ。養贍セシム。

若シ鬪ニ因テ。……篤疾ニ至ラシムル者ハ。仍ホ金二十兩ヲ追給シテ。養贍セシム。死ニ至ル者ハ。流三等。埋葬

金二十五兩ヲ追給ス。(上、五四四頁)

『過失殺傷人』の條に

凡過失ニテ。人ヲ殺傷スル者ハ。各鬪毆條ニ準シ。法ニ依リ。收贖シテ。其家ニ給付ス。(上、五三七頁)

『軍馬殺ニ傷人』の條に

若シ馬驚逸シ。或ハ公務ノ急速ニ因リ馳驟シテ。人ヲ殺傷スル者ハ。過失ヲ以テ論シ。法ニ依リ收贖シテ。其家ニ給ス。(上、五三九頁)

『笞杖不レ如法』の條に

凡官吏。笞杖ヲ用ルニ。故ラニ法ノ如クセサル者ハ。笞三十。因テ死ニ致ス者ハ。杖一百。埋葬金二十五兩ヲ追徴ス。(上、六一七頁)

明治五年の「東京違式註違條例」第五條に

違式註違ノ罪ヲ蒙ラシムル時ハ先ツ其損失ニ當ル償金ヲ出サシメ後ニ贖金ヲ命ス可シ(上、六二四頁)

明治六年「改定律例」『過失殺傷人條例』に

第百八十一條凡過失殺傷收贖ハ官吏華士族平民ヲ分タス一體ニ本圖ニ照シ追シテ其家ニ給ス

第百八十二條凡一人ニ人ヲ過失殺スル者ハ例ニ照シ金八十圓ヲ收贖シテ均シク二人ニ分給シ二人一人ヲ過失殺スル

者ハ金四十圓ヲ二人ニ分追シテ一人ニ給付ス一人二人ヲ傷シ二人一人ヲ傷スル者モ亦此例ニ依ル(中、一八九頁)

『軍馬殺傷人條例』に

明治前半期の民事責任法(金田)

第九十條凡深山曠野猛獸ノ往來スル處ニ於テ阮弄ヲ穿作シ及ヒ窩弓ヲ安置シテ望竿及抹眉索ヲ立サル者ハ懲役四
十日ヲ以テ人ヲ傷スル者ハ鬪毆傷ニ四等ヲ減ス減シテ本罪ヨリ輕キ者ハ本罪ニ依テ論シ死ニ致ス者ハ懲役三年仍ホ
埋葬金二十五圓ヲ追シテ死者ノ家ニ給付云々

第九十一條凡窩弓人ヲ殺ス者例ニ依リ罪ヲ科スト雖モ貧困ニシテ埋葬金ヲ追スルコト能ハサレハ其雇工錢ノ金數
ヲ領置シ食費ヲ除キ餘ル所ノ雇錢金二十五圓ニ滿レハ死者ノ家ニ給シ仍ホ役限ハ本法ヲ盡ス(中、一九〇頁)

「鬪毆條例」に

第二百十條凡二人共二人ヲ毆テ各一目ヲ瞎シ盲ニ至ラシムルニ先キニ毆ツ者ハ癡疾律ニ依リ懲役三年後ニ毆ツ者ハ
篤疾律ニ依リ懲役十年仍ホ養贍金ヲ二人ニ分追ス云々(中、一九四頁)

右は、明治初期、近代刑法たる明治十三年の所謂舊刑法の成立するまでの間の、主要刑法典の上に見える、被害者
に對する損害填補規定であるが、之を徳川時代の損害賠償法と比較して見るに、損害填補は損害あれば常に填補され
ると云ふのではなく、列擧したように特別の場合にのみ填補の方法が講ぜられると云う制度であつたと云うことに於
て、填補賠償額が法定されて居ると云う點に於て、徳川時代の傳統を遺存するものであり、尙ほ民事責任刑事責任混
同時代であつたと云はれるのである。只右法條に見えるように、刑事責任と賠償責任へそれは官に依つてなされるも
のであり、罰金の一つと言ふ性格があるにしてもとの重疊的存在を認める場合の出て來たことは一の進歩と云える。

しかし間もなく、民刑責任分離の思想が現はれるのである。「校正律例稿」の「改正過失殺傷收贖例圖」の條に
凡人ヲ過失殺スルハ四十圓兩目ヲ瞎シ兩肢ヲ折ルハ三十圓肢体ヲ析跌シ一目ヲ瞎スルハ三十圓ニテ收贖セシムルハ

一定ノ金圓ヲ以テスルナリ然レハ贖ヲ受ルニ或ハ埋葬醫藥ノ爲ニ充分ナルアリ或ハ埋葬醫藥ノ一部分ニ足ラサルアリ又贖ヲ出スニモ家財ヲ傾クルアリ或ハ家財ノ萬分一ヲ出スニ過キサルアリ其貧富ニ依テ損益難易甚タ不公平アリ恐クハ法如此ナリト雖モ實事ニ於行ハレ難カラン故ニ貧賤ニシテ贖フ能ハサルハ其半ヲ贖ハシムルノ例ヲ立ルニ至ル如シ富人ノ犯スニ至テハ法四十圓ト雖モ竊ニ百圓二百圓ヲ更ニ附與スル者アラン是一定ノ金圓ヲ以テ一般ノ人民ニ施ス可ラサル所以ナリ宜ク金圓ヲ定メスシテ幾許圓以上ト改定スヘシ(中、三〇一頁)

との意見が述べられて居るが、之は損害填補額一律法定を否定せる意見であり、實害填補にはまだ遠いにしても、賠償の意義をより深めようとするものであり、民事責任としての賠償責任の姿が判然として來ることは確かである。

續いて

凡殺傷セラル、者埋葬醫藥ノ資ヲ受ルト雖モ如シ有心故造ニ出ル時ハ罪犯本刑ニ處セラル、ニ止リテ殺傷セラル、者其償ヲ受ル事能ハス然レハ則殺傷有心故造ニ出ル時ハ殺傷セラル、者及ヒ家屬其埋葬醫藥ノ爲ニ却テ家産ヲ傾クルニ至ル事アラン豈不公平甚シカラスヤ宜ク殺傷有心故造ニ出ル者モ亦本刑外ニ償金ヲ出サシムヘシ英國ノ律ニテモ人ニ損傷シ及ヒ誹謗スル等ハ刑先ツ之ヲ罰シ更ニ贖金ヲ傷謗セラル、者ニ附與セシム云々(全上)

之に至つては、民事責任と刑事責任を完全に分離すべしとの意見であり、近代法思想であるのである。

之が明治十年の「日本刑法草案」第一編總則第二章刑例第四節「徵償處分」の條では、第五十八條犯人ヲ刑ニ處シ又ハ放免スト雖モ被害者ヨリ犯人及ヒ民事擔當人ニ對シ贓物ノ還給損害ノ賠償ヲ請求スルノ障礙ト爲ル事ナシ

還給賠償ノ請求ハ刑事裁判事ニ於テ民法ニ從ヒ之ヲ審判スル事ヲ得

第五十九條同一ノ犯罪ニ因リ宣告シタル裁判費用贓物ノ還給損害ノ賠償ハ犯人及ヒ民事擔當人互ニ連帶シテ之ヲ償フヘシ(中、三九〇頁)

即ち、民刑責任分離が法案の上に採り上げられたのである。

續いて明治十二年の「刑法審査修正案」でも、その第一編總則第二章刑例第四節「徵償處分」の條に

第四十六條犯人刑に處セラレ又ハ放免セラル、ト雖モ被害者ノ請求ニ對シ贓物ノ還給損害ノ賠償ヲ免カル、事ヲ得ス

第四十八條裁判費用贓物ノ還給損害ノ賠償ハ被害者ノ請求ニ因リ刑事裁判所ニ於テ之ヲ審判スル事ヲ得云々(下、

〔二頁〕

而して、明治十三年の刑法所謂舊刑法に於て、右に掲げた修正案の法文がそのまま採用せられ(下、一五七頁)、こゝに民事責任刑事責任の分離が法典の上に實現するに至るのである。^(五)

(一) 一註(二)所引第三章第二節第二項。

(二) 拙稿「公事方御定書の損害賠償法規に就いて」(「法政研究」五卷一號五)。

(三) 「刑事類纂」甲編六五三頁以下。

(四) 「民事要録」甲編四二三頁以下。

(五) 「日本近代刑事法全集」下所收明治十四年十二月十九日の「刑事附則」參照。

本文に述べたる所は、明治初年の民刑責任分離の大要であつて、今繁に過るを避けて、その詳細に亘らなかつたが、註記に於て、少しく補足して見ようと思ふ。

明治初頭の「出版條例」(己巳六月廿三日達、「法令彙纂」懲罰則五一六頁)に「重版ノ圖書ハ版本製本盡ク官ニ没入シ且罰金ヲ出サシム是ヲ賣弘ムルモノ亦同シ罰金ノ多少ハ著述者出版人ノ損害ノ多少ニ準ス」但シ罰金ハ即チ著述出版ノ本人ニ附與スル償金トス」とあり、罰金を償金となすことに於ては舊態であるが、損害の多少に依つて罰金を決定するとは、實害填補であり、新制であつた。明治八年九月三日の「出版條例」では、版權侵害の場合「罰金二十圓以上三百圓以下ヲ科シ其刻版印本及賣得金ハ沒收シテ版主ニ給付ス」(「法令全書」明治八年一六五頁)となる。明治七年十月十八日三重縣伺に對する八年四月十三日の指令面に、「姦夫強姦ノ罪ニ處刑セラル、ノ以上ハ被姦ノ女醫藥料等ノ入費アリト雖モ償ハスニ及ハス」(「刑事類纂」丙篇一四一頁)とあるが、援害填補特例制からは當然であつたのである。

明治八年九月二十四日の滋賀縣伺に「……賠償セシムルハ事主ノ損失ヲ償ハシカ爲ニシテ之ヲ償フト償ハサルトニ依テ罪ノ輕重アルニアラス故ニ自今官物ヲ除クノ外ハ事主ニ於テ右賠償ヲ求ムルト求メサルトヲ聞糺シ賠償ヲ求メサル者ハ別段賠償ノ言渡ヲナサスシテ如何候哉」、十二月廿八日の指令に「事主請求セスト雖トモ賠償セシメサルヘカラス故ニ賠償スル者ト看做ス事ヲ得ス」(全上甲篇七四六頁)とあるが、此伺は新思想、指令は舊弊と云うべきであらう。

明治八年二月五日の斷刑課判事上申中に、「過失殺傷ノ收贖ニ至テハ償金一般ニシテ埋葬醫藥ノ資ナレハ他ノ犯ノ罪ト同ク酌減スヘキモ如何云々」(全上甲篇一六頁)とあるは、償金と贖金とを區別する考である。

次第に近代法思想が高揚せられて行くのであるが、一方明治九年代に於ても次の如き舊思想を見ることが出来る。「大審院民事判決録」自明治九年一月至同九年十二月所出明治九年十月十六日申渡『續編賣買違約償金上告ノ判文』中、原告惣代

明治前半期の民事責任法(金田)

太田三郎平上告ノ要領第二條に『張出賣買所ノ賣買ニ關係シタル者ハ空商ノ罪ヲ受テ既ニ贖罪金ヲ出シタルニ今又價金ヲ命セラル、ハ再度ノ罰ニ涉ルノ道理ニテ益了解シ難シ』。是なり、之に對シ『右贖罪金ハ犯罪ノ爲メニ縣廳へ納メタルモノナリ今般ノ價金ハ違約ノ爲メニ出ス所ノ商事ノ金圓ナリ焉ソ之ヲ再度ノ罰金ト謂フ事ヲ得シヤ』。

明治九年六月十七日の「寫眞條例」では『第七條……罰金ヲ科シ仍ホ原主ノ損害ヲ償ハシム但原主ヨリ訴出ルニアラサレハ受理セス』（「法例彙纂」懲罰則五三二頁）とあつて、全くの近代法組織となつて居るが、一般的には未だしであつて、尙ほ舊刑法を待たねばならなかつたのである。

七

徳川時代の法制に於ても、責任と債務とは同一概念ではなく、責任なき債務、債務なき責任あり、債務主体と責任主体と異なる場合あり、責任と債務内容、責任限度と債務限度の異なる場合ありて、少くとも概念的には充分その區別が認識せられること、既に論證した通りであるが、それは明治期に入つては如何。

徳川時代債務關係無訴權と云ふことは、當該法律關係の無効と云う意味ではなく、原則として債務關係そのもの、存立には影響なきものであるから、こゝに法律上責任なき債務の存在が見られる譯である。明治初年の責任なき債務、即ち訴權を有しない債務關係に就いて、先づ考えて見よう。

徳川時代所謂相對濟令なるものが行はれたが、一定期間經過後の債務關係には訴權を認めない、當事者の間で事を處理すべしとの命令であり、無訴權債務關係を作り出すものであり、責任なき債務の二適例である。此相對濟令は、

明治期に入つてもその類例を見出すのである。^(三)

しかし、明治六年頃からは之を見ることが出来なくなるのである。

一方明治六年十一月五日には「出訴期限制」が確立され、夫々の債権につき一定期限空過後はその訴訟を受理しないと云ふことになり、しかもそれは「出訴期限過去り出訴セサル者ハ自分條約ヲ取消シタ者ト看借シ受取ルヘキ者ハ受取ルヘキ權利ヲ失ヒ引渡スヘキ者ハ引渡スヘキ義務ヲ免レ^(四)」ると云う削度、即ち出訴期限經過後は債権そのものも消滅すると云う原則が行はれることとなり、こゝに明治六年以降は、期限經過により發生する無訴權債務關係は存在しないと云ふこととなるのである。徳川時代に比して、責任なき債務の事例が減少するのである。

尙ほこゝに序に考えて見渡いののは、明治初期にけ不受理の意味である。前記の如く、明治初期に於ても徳川時代末の相對濟令が行はれたのであり、それに於ては一定債務の出訴は受理しないと云うのであり、而してそれは債務の消滅を意味するものではなかつた譯であるが、その裁判所不受理と云うに、又徳川時代同様に「取揚裁判不申付」、「不取上」、或は「裁判ニ不及」などの表現を採つたので^(五)あるが、扱て當時「不取上」は一般的にも徳川時代末の用例に従い、且受理しないと云ふこと丈を意味したかどうかと云うことである。

明治八年司法省編の「民事要録」に於ては、所謂相對濟令を出訴期限の條に纂集して居るのであるが、^(六)此事實は、相對濟令即ち一定期前の債権は受理しないと云う制規を、出訴期限制の一つと考へた譯である。尤も徳川時代末相對濟令は出訴期限不備の補充として施行せられたものと考へられるのであると^(七)ころからすると當然と云うべきであろう。

一方、前記の如く明治六年十二月となると、一般的出訴期限制が確立し、出訴期限空過後は受理せざるは勿論、債

權そのものも消滅すると云うことになるのであるが、それは以後少くとも出訴期限に關する限り、裁判所不受理の意味が變改されることになるのであつて、出訴期限の一つと考へられた相對濟令も以後存在しなくなる譯である。

出訴期限上の不受理なる概念はかく變つたのであるが、之はその他の場合に就いても同様に云えるかどうか、今詳論の遑を有しないが、此新しき不受理の概念は、一般的概念でもあつたのではあるまいか。

然りとすれば、責任なき債務の範圍は益々狭少となるのである。

徳川法制上には「仲ケ間事」なる制度があり、一定の債務關係は當然に訴權を認められないとするのであるが、此仲ケ間事制も、明治に入つても尙ほ行はれたのである。^(九)しかし明治五年十一月廿八日には廢止されるのであつて、徳川時代に比して、責任なき債務例が亦一つ少くなるのである。

次に、徳川時代に於ては、親その他尊屬親及び忌掛る妻又は親類を訴ふことは、原則として訴るされなかつた。又奉公人或は家來等がその主人を訴うることも受理されなかつたのである。^(一〇)之が明治に入ると、次の伺指令に見える様に、親族訴訟も受理されるのである。即ち「(司法省指令)明治六年六月十五日濱松縣伺」に

親族相互ノ貸借又ハ預ケ金滯訴訟ハ人民一般ノ詞訟ト同シク准理スヘキ哉……身代限抵償可申付哉……七月五日付
指令伺之通^(一一)

又家來、奉公人の主人に對する訴訟も明治六年七月九日施行の「訴答文例」の第十二條奉公人又ハ弟子奉公ノ者等其主人師匠ヨリ受取ル可キ給米金淹滯ノ訴狀モ又本條ニ照ス可シ^(一二)を以て、受理されることになつたのである。

此種當事者條件より來る無訴權關係も、明治時代に入ると消滅するのである。

徳川時代の責任法上には、債務主体と責任主体とが異なる場合があり、それは不動産質關係に就いても見られはしまいかと云うことを先に考えたのであるが、詳しく云えば、徳川時代の不動産質は物質質、歸屬質の本質を有するものであるが、既に中世の如き質入不動産の滅失は最早之に依つて擔保さるゝ債權の消滅を伴うことがなくなつたので、質入不動産は純物的責任物たる本質を失うに至つたのである。即ち、徳川時代の不動産質關係には責任主体、債務主体異例の現象を見ることが出来なくなつた。しかし徳川時代の不動産質の本質には質物の解除條件付讓渡の要素が存するので、當時の不動産質關係には、責任主体、債務主体異別の觀念を汲み取ることが出来は(一四)しまいかと云うのである。

扱で、明治に入つて、不動産擔保法は明治六年一月十七日の「地所質入書入規則」を以て先づ整備せられるのであるが、その第十二條に、質物滅失に依り債權消滅の原則が規定され、純物的代當責任制を採用して居るのである。(一五)正に中世法の復活なのである。此點に於ては明治法は徳川法に比して、債務責任區別がより判然たるものがある譯である。しかし、それは間もなく翌七年五月十二日には改制せられ、(一六)而して一方價格質の本質を備えること(一七)になるのであつて、全般的に見て、徳川時代に比し、責任主体、債務主体異別の概念はより不明瞭になるのである。

以上取り上げた問題を通して見る限り、債務責任區別概念は、徳川時代の方が、より判然と看取することが出来ると云うことになるのである。

(一) 一註 (二) 所引第七章第三節。

明治前半期の民事責任法 (金田)

(二) 全上第一項。

(三) 金澤理康『明治初期に於ける消費貸借法の變遷』(『早稻田法學』十卷)一六頁以下。

中川善之助、宮澤俊義「法律史」(『現代日本文明史』所收)『私法史』二三五頁以下。

明治期に入つても、相對濟の思想があつたこと、徳川時代の相對濟令にして尙ほ行はれたものゝあつたこと、次掲の布告、指令に依つても窺はれるであらう。「法例彙纂」訴訟法三七頁所出『明治六年三月三日第八十一號布告附録ノ内』に『明治己巳六月己未舊知藩事手許金ヲ以テ貸付ノ金穀……右貸借ハ雙方相對ヲ以テ返辨可致云々』。「民事要録」甲篇二七五頁所出『明治四年辛未十二月二十日指令同年九月十八日尼ヶ崎縣伺』に『年賦約定ノ外十ヶ年以上約定ニテ貸借シ或ハ返濟約定期月後十ヶ年モ相立候出訴ハ舊制取上不成候處御一新之際右處置方如何心得候テ宣御坐候哉』指令「舊法二十ヶ年以上不取上下ノ儀ハ賣掛ノ訴訟ノミニ有之貸金銀ノ類ハ天保十四卯年十一月以後ノ分ハ追テ一定法則被仰出候迄取上裁判可申付儀下可相心得事』。

(四) 「民事要録」甲篇二六四頁以下。

(五) 全上、二五六頁以下。

(六) 全上。

(七) 一註(二)所引第七章第三節第一項第二款第四。

(八) 「民事要録」甲篇二五九頁所出『明治五年壬申十一月本省二日東京府三日往復』の東京府意見書に『右ハ根元年季奉公人解放ニ付貸借訴訟一切不取上之御趣意ニ候上ハ從前年季證文等ハ悉皆取消ニ致可然儀ニ候云々』とあるは、出訴期限限制以前既に早く一般的に『不取上』の用法の變つた一證據か。

(九) 拙稿「我近世法上の『仲ヶ間事』」(「國家學會雜誌」四十六卷四・五號)。

(一〇) 全上、二

(一一) 一註(二) 所引第七章第三節第三項第二款。

(一二) 「法例彙纂」訴訟法九六五頁。「民事要錄」甲篇四七四頁以下所出『明治七年三月八日指令同年二月五日足柄裁判所伺』の指令中に『干名犯義ノ律ハ尊長ノ罪ヲ申告スル者ノ刑ニシテ民法ノ訴ノ如キハ此律ヲ以テ論スヘキ者ニアラス依テ訴狀探
上身代限迄處分ニ及フヘシ云々』。

(一三) 全上、一一一頁以下。

(一四) 一註(二) 所引第七章第三節第三項第一款。

(一五) 註(三) 前段所引五九頁以下。

(一六) 全上、六〇頁。「民事要錄」甲篇九一九頁以下所出『明治七年五月十四日御指令同六年七月十二日本省伺』參看。

(一七) 全上、六一頁以下。「法例彙纂」訴訟法六四〇頁以下所出『(司法省指令) 明治八年二月二十三日滋賀縣伺』參照。