

322.1
H718n2



3

0012797-000

322.1-H718n2

日本法の制度と精神

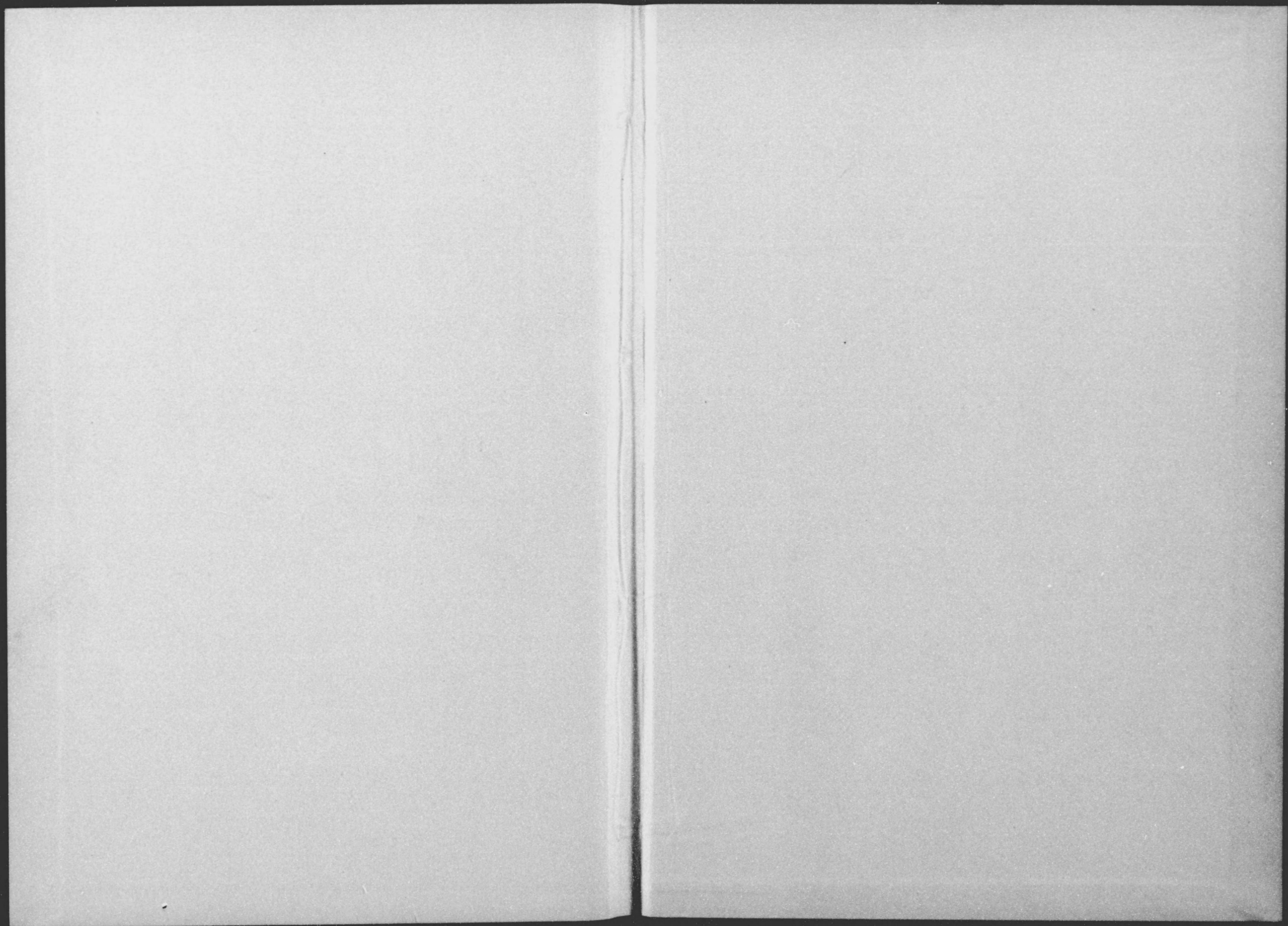
細川亀市・著

青葉書房

1944

ACC

この著作物は、著作権者不明のため、著作権法
第67条の規定に基づき、平成12年5月15日
付けで文化庁長官の裁定を受け使用するものです。



8A-76



史 的 研 究

日本法の制度と精神

細川龜市 著

法政大學教授

青葉書房

昭和十九年

322.1

H718n2

日本新の歴史と探検

藤川 登 著

東京大学出版



国会図書館

昭和十六年

696578

はしがき

ここに日本法の制度及び精神に關する法制史的論究の一書を世に送るに際し、本書の意圖するところ、及び著者の見解を披陳して置きたい。

先づ日本法の制度を歴史的に眺めるならば、その大きな流れは何と謂つても統制的であつたことを指摘せざるを得ない。と同時に、その精神は天皇親政が行はれ居る時代なるや否やによつて程度の差はあるが、根源的には、天壤無窮の皇運を扶翼し奉り、國家を隆昌ならしめ、民生の慶福を増進せむとするの點に在つた。

例へば、隣保制度は、いはば國民組織を遂行することに依り政治力を浸透すると共に、これに依り隣保共助の實を擧げしめむとするものであり、我國の土地所有權は國法に依つて強き統制をなし、所有者の恣意的處分を許さず、すべて農耕に精勵せしむることに依り公けに奉せしむると共に、百姓個人の生を安らかならしめむとしたのであつた。しかして、この國家的統制は同時に團體主義を生み、戰國時代には日本固有の鄉村組織を完成して、村は法人として大なる機能を營むこととなつた。そのことは戰國諸大名の作つた分國法に如實なる示現を見るのであるが、分國法はまた統制法としての色彩が頗る濃厚であつて、日常生活にして統制の圏外にあるもの甚だ乏

しかつたのである。

かくして、分國法はそのまま近世徳川時代法に進展したのであるが、そこでは、法思想においては支那法思想の影響を受くるものが少なく、且つ學者にかかる立場より法律論を展開するもの二三にして止らず、太宰奉臺の如きは正にその代表者であつた。がしかし、支那法思想にして既に日本化されたものがあり、また日本固有の法思想も大いなる前進をなして、徳川刑法における刑罰に見らるる如く、我が傳統的な改善主義が採用せられ、それが發展して遂に人足寄場制度の出現となるに至つた。人足寄場は初め保安處分の施設として設けられたものであつたが、次第に監獄としての機能をも大いに營むに至り、犯罪人の改過遷善のために渾身の努力が拂はれ、その行刑技術にも亦見るべきものがあつた。殊に、寄場において石門心學者を招いて毎月三回にわたり心學を講諭せしめ、以てその精神教化に努力したことは最も特筆に値する事柄である。更に又、徳川幕府法では始めて公訴の時効制度が採用せらるるところとなり、人足寄場制度と共に幕府の罪囚に對する仁愛精神を最もよゝ示して居るのである。日本仁愛精神は西洋流の單なる同情や博愛などは全くその選を異にし、根源的には天皇の宏大無邊なる御仁慈に胚胎するのである。日本法の本質は實にここに至つて萬邦に冠絶せるものなることを知らねばならぬ。

猶又、裁判所の判例にして日本固有の法制度を知るために有益なものが少くない。故に私はこ

れに關し若干の考究をなしたるもの七篇を收めることとした。

以上の如く、日本法は統制的であることと、我が國體に淵源する法精神が常に陰に陽に示現されて居り、近代的個人主義的自由主義的歐米法とはその性格を異にするものであるが、しかし、明治時代に入りては我國の法律文化を世界的水準に引上げるの必要——條約改正——に基いて、日本法も亦その舊時代的制度をかぎり捨てて歐米的な外衣をまといに至つた。刑法然り、民法・商法然り。それらはいづれも個人主義・自由主義思想に立脚するものであつたのである。がしかし、かかる法思想も常に日本の法精神に依つて根本的な制約を受けて居たことを忘れてはならぬ。況むや世が進むに隨つて個人主義的・自由主義的法思想は根本的な反省を要請せらるるに至るや、日本の法思想は日本の法精神に立脚すべきものなることが認識せらるるに至り、臣民は私を捨てて公けに奉ずるの臣道を履踐するために、ここに公的精神に基く遵法が改めて強調せられねばならなくなつたのである。

公けに奉ずるの精神なるものは西洋にも在つた。がしかし、それは謂はば社會的なものたるに止まり、公衆・公共の爲めに私利・私慾を制肘するに存する。これに對し、私の謂ふところの日本の奉公精神なるものは全くかかるものと選を異にし、畏くも天祖の神勅のまにまに天地と共に窮りなく榮ゆるすめらみくにを統べ知ります至高至貴にまします秋津御神に歸一し奉るところ

二

(2) 律令時代……………七〇

(3) 庄園時代……………七〇

(4) 徳川時代……………七〇

四 日本的土地所有權の本義……………七〇

第四 狂言に現はれたる中世後期の法律生活……………一〇五

一 狂言の成立……………一〇五

二 權利の主張……………一〇八

三 裁 判……………一一二

四 掣入りの慣習……………一二六

五 むす び……………一二九

第五 中世末期における村の人格……………一三二

一 緒 言……………一三二

二 近世的村の形成過程……………一三四

三 村の財産所有能力及び法律行為能力……………一三七

四 村の納稅責任能力……………一四〇

五 村の刑事責任能力及び訴訟能力……………一四四

六 法的人格者としての村……………一五〇

第六 戰國時代における伊達氏の法制……………一五九

——塵芥集を中心として——

一 分國法の發達……………一五九

二 塵芥集の成立……………一六六

三 塵芥集の編成……………一六九

四 塵芥集の内容……………一七九

(1) 社 寺 法……………一七九

(1) 神 社……………一七九

(口) 佛 寺……………一八二

(2) 刑 法……………一八三

(3) 租 稅 法……………一八四

(4) 用 水 權……………一八六

目次……………三

(5) 不動産法……………二六

(6) 財産相続法……………三〇

(7) 質權……………三四

(8) 賣買貸借法……………三九

(9) 下人……………四一

(10) 夫婦法……………四三

(11) その他……………四五

五 塵芥集の效力……………四九

第七 戦国時代における長曾我部氏の法制……………三五

一 緒言……………三五

二 社寺法……………三六

三 統制法……………三七

四 訴訟法……………三五

五 刑法……………三七

六 財産法……………四三

七 租税法……………四八

八 親族相續法……………四九

九 其他の法制……………五一

一〇 結言……………五二

第八 太宰春臺の法律思想……………五七

——徳川中期法律思想史の一齣——

一 緒言……………五七

二 法律總論……………六〇

三 家族制度に就て……………六六

四 司法制度の改善……………七一

五 刑法思想……………七四

六 春臺法律思想の性質……………八一

第九 徳川時代の藩法に就いて……………八五

目次	六
一 幕府法と藩法	二八五
二 藩法の公刊	二八六
三 龜山藩議定書	二九〇
四 盛岡藩律	二九六
五 餘論	三〇八

第一〇 徳川刑法における刑罰

一 徳川刑法の意義	三一一
二 刑罰の目的	三二六
三 刑罰の種類	三三三
(1) 死刑	三三四
(2) 名譽刑	三三九
(3) 流刑	三三九
(4) 追放刑	三三一
(5) 身體刑	三三三

(6) 自由刑	三三七
(7) 過料	三四〇
(8) 其他の刑罰	三四四
(9) 例外	三四六
四 結言	三五〇

第一一 心學と囚人教化

一 舊時代の監獄	三五三
二 囚人教化の先驅	三五七
三 人足寄場への石門心學の導入	三六四
四 人足寄場の心學講諭者	三六八
五 心學教諭の内容	三七六
六 心學教化の成果	三九五
七 心學教化の歴史的意義	四〇一

第一二 徳川幕府法における公訴の時効

目次	七
第一二 徳川幕府法における公訴の時効	四〇七

一 緒言.....四〇七

二 舊惡の性質.....四一一

三 時効を適用せざる犯罪.....四二六

四 時効を適用する犯罪.....四二六

五 結 論.....四三三

第一三 日本固有法に関する判例三件.....四三七

一 小作料の提供と永小作権の消滅.....四三七

二 小作料定免と期間.....四四九

三 鐵先權と土地の賃借.....四五八

第一四 民法施行前の法制四題.....四七一

一 民法施行前の養嗣子縁組.....四七一

二 民法施行前の遺贈.....四七六

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.....四八九

四 地券の法律上の性質.....五〇八

第一五 近代日本法制における個人主義.....五一九

まへがき.....五一九

本 論.....五二二

研究的
日本法の制度と精神

細川龜市著

第一 公けの精神と日本法

近代資本主義は第十九世紀的個人主義・自由主義を原理とし、私益追求を方針とせる物質文明を伴つた。先づ、そこには各人が國家社會の成員であることを考ふる前に、「我」といふもの存在を強烈に意識し、自己を考ふることなくしては國家社會を考ふことが出來ず、従つて、國家の隆昌と社會の康福を圖る以前に、先づ以て自己の富裕を企圖し念願するといふ行き方であつた。もとより國家社會のことを全然考へないわけではなかつたけれども、それも結局するところは個人が富裕になることに依つて初めて國家社會を富裕にすることが出來るといふ考へ方であつて、何よりも第一に個人を中心として出發點とする思考方法であつたのである。

しかし、これは大なる誤謬であつた。そのいはゆる個人なるものも實は國家社會を離れた個人ではなくて、國家の國民であり社會の成員であるが故こそ自己の生を完ふし得たのであつて、ロビンソン・クルソーの話の如き絶海の孤島で獸や鳥やを友として生活することは全く不可能である。この故にこそ、國內に或種の生産が減退すれば直ちにその影響を受けざるを得なかつた

所以であり、如何ほど財産（貨幣）を所有して居つても、自己の日常生活必需品をみづから生産しない限りは生活を持続することを得ず、従つて、常に他人の生産したる商品をば國家社會の販賣ルートを通じて手に入れざるを得ないのである。既に自己の生活必需品が他人の生産にかかるものであり、他人の勤勞の結果に依存して居る以上は、たとへ思想の原理において個人主義であるにせよ、事實上においては決して個人主義的生活を営み得るわけのものではないのである。

茲に於てか、個人主義は自由主義と結合して特殊の意義を有するに至つた。即ち、個人は自己の所有する貨幣を以て自己の欲する物を自己の欲するだけ購入し、これを自己の欲する方法で使用するの自由を有する、といふ考へ方である。これは、一應尤もなやうに見られ易い。他人の物を奪つたのでなく、正當な方法で合理的に入手し消費することは誰人の干渉をも受けないといふことは、封建時代の煩瑣な生活統制に堪へ切れなかつた人々としては、歓迎せざるを得ない理由があつたであらう。しかしながら、かくの如き思维方法においても亦重大なる缺陷がある。蓋し、國家社會の生産物にはおのづから一定の限度があるが故に、一部の個人が恣意的に入手し消費するならば、他の人々はこれを手に入ること困難になり、それだけ國家社會を毒する結果とならざるを得ないからである。

個人主義・自由主義は必然的に私益追求主義を伴つて居る。ただ己れのみ幸福を念として行

動するものである爲めに、要するに利益を獲得すればよい、といふ思想の下に自己の私益追求に専念するのである。尤も、これは或る程度まで生産の増進に寄與するところが無くはなかつた。人々はただ儲けたき一心にて生産費を低下し、廉價の商品を多量に生産することに大いに努力するから、ここに自由競争が起つて愈々益々良品の薄利多賣に拍車をかけることになつた事實を否定し得ない。そして、それは歐米流の考へ方においては最も歓迎されるべきものであつたのである。

けれども、我國においては思想の全く異なるものでなければならぬ。我國は生産の私益追求主義に非ずして公益奉仕主義であるべきである。否、それは嘗に生産のみに限らず、販賣も消費も皆悉く公益奉仕主義でなければならぬ。ここに公益奉仕主義といふのは、單なる公益優先主義たるに止まるものではない。單なる公益優先主義ならば嘗に我國のみの特有なる原理に非ずして、歐米諸國においても行ひ得ることであり、現に米英の如きも今やこれを行はむとし、又は既に行ひつつあるところに屬する。彼等は戦時下の態勢を整ふるが爲めに民需を抑制して之を國家的需要に廻さむとして、生産及び消費全分野に亘つて大規模の統制を行ふことに依り、すべてを公益優先的に編成替へをなしつつあるのである。しかし、彼等米英においては、公益と私益とはもとも

と互ひに相對立するの概念であつて、常に一方は他方を排除して頭角を伸ばさむとするの性格を有して居る。故に、戦時下なるの理由を以て國家は無條件に私益を抑制することに依り公益をこれに優先せしめて居るに過ぎないのであつて、この兩者を調和せしむるの何等の原理をも有せず、若しこれを調和せしめ得るものありとするならば、それはただ戦時といふ悠久なる歴史上の一齣的出來事を呈して居るに過ぎないのである。そこに歐米流の公益優先主義が果し得るところの機能の限界があり限度があることを知るべきである。

然るに、我が日本においては如何であるか。我國においても亦もとより公益優先といふ言葉が使用されては居る。しかし、我國における公益優先主義なるものは、本來的に歐米流のそれと全く異なる性格であることを、私は茲に特に強く指摘せざるを得ないのである。歐米のそれと語の同一なるの故を以てこれを同一視するが如きは到底私の賛同し得ざるところである。何となれば、我國にありては何よりも公益と私益とはしかく互ひに相對立するの概念にあらず、兩者は巧妙なる調和を保ちつつ相互に背離することなく、離れなくでない全一體を構成して居るからである。即ち、國民各個人は自己の私益追來行爲が公益の増進に寄與し得る限りに於いてのみ許さるる私益であり、反對にまた公益は國民全體の幸福と國家の隆昌とを内容とせる爲めに、國民の私益は極めてこれを助長することに依り、公益の内容を豊富にし鞏固ならしめむとするのである。故に

いはば私益は公益を前提とし、公益はまた私益を包含せるものなりと稱すべく、その間には兩者の緊密なる融合こそあれ、その概念においては決して兩者の反目は存在しないのである。

されば、我々が今ここに公益奉仕主義を唱ふることは、これ取りも直さず右の如き意味における日本の本然の姿に還れる途への努力を指すに外ならず、これを別の言葉で謂へば國民的努力主義であり、國家奉仕主義なりと謂ふべきであつて、そこには個人主義的・自由主義的・私益主義的觀念は内含して居らぬのである。しかして、かやうな日本の公益優先主義を國民的努力主義と呼ぶに就いては若干の説明を與へて置かねばならぬ。物質文明の支配する世界においては物事を經濟的側面から考察することに重點を置き、いはゆる唯物的經濟主義に墮して精神を輕視または無視するの弊風があるのを常とする。しかし私の考ふるところに依れば、利益とは實に有形のもののみに限らず無形のものをも當然に包含するばかりではなく、それが常に精神の力に依り左右されること頗る大なるものであるであり、そして問題はその精神の在り方如何になるのである。例へば發明の特許權に就いてみやう。特許權は無形の利益であり、發明者の一身に專屬して居る。利益であるから經濟的なものであると考へ得るけれども、それはまた精神の力の支配を受けること少くない。先づ第一に、發明をなすことそれ自身が既に精神の力の所産であり、第二に、ここが重要なのであるが、その發明の結果得たる特許權は、これを如何なる目的のために行

使すべきであるかといふ精神の置き方によつて、公益のために、又は歐米流の私益追求のために使用する事も出来る。即ち精神の問題である。この際においては特許権者は或ひはその發明を専ら國家社會を眼中に置くことなくして私益的儲けのために使用することが出来るし、また自己の私益は如何やうにもあれ、少しなりとも國家社會に貢献せむとする誠心を以て特許権を行使することもあり得る。この後者の場合にありては、公益奉仕主義に基くものなのであり、前者は私益追求主義に基くものであり、前者は私益追求主義に基くものであり、前者は私益追求主義に基くものであり、特許権といふ純粹に經濟的な内容を有つた無形の財産もその實は精神の力に依つて作られ、また精神の力に依つて使用せられるものなる所以がよく理解せられるであらう。

この故に、精神力を抽象したる經濟力なるものはあり得ない。如何に豊富なる資源・物資を有する國においても、國民が熱烈なる愛國心を有せざるが爲めにこれを全然捨てて顧みざるか、將又、これを大いに開發し利用するにしても唯ひたすらに己れの私益を追求せむ爲めに行ふが如き國においては、その反對の國家奉仕の精神が徹底して行はれる國と到底同日に談することは出来ぬのである。我國の如き天然資源の乏しき國にありては、この點を最も考ふべきであつて、資源・物資の不足は或る程度まで國民の精神力に依つてこれを補ひ得るのである。

精神力は物資力と如何なる關係に在るか、兩者のいづれが優にしていづれが劣なりや、といふ

ことを茲に私はこれ以上に互つて縷述しやうとは思はぬ。しかし、貯蓄は心掛からであり、物の生産はその生産に携はれる者が己れを捨てて國家に奉せむとの真心を以て生産に従事し、商人また御上より御預りせる品物を國民たる消費者へ公正・正直に配給せむことを期し、消費者は自由放任主義的消費をなすことなく、一物と雖もこれを押しただいて大切に消費する、等々のことは皆悉く國家に奉公せむとするの精神力より出でざるはない。精神力の媒介に依らざる資源・物資は死物であり、國家社會の用に役立ち得るものではないのである。

然るに幸なる哉、我國においては固有の原理として**滅私奉公**といふことがある。滅私奉公なる言葉は昭和十二年の春以來殊の外強調せらるるところであるが、しかし固よりこれは俄造りのものではなく、傳統的な原理である。我國體は上に天祖の神裔にまします萬世一系の天皇をいただし、天皇は至尊至貴に、國家統治の大權を保有したまひ、天照大神の御神勅のまにまに、國家の隆昌と民生の慶福とを念としたりたまひて、宏大無邊の御仁慈を垂れさせられるのであるが、臣民はかくも神聖なる秋津御神を奉戴し、勅命を拜すれば畏み謹みて拜受し遵行し奉ると共に、常に己れを捨てて公けに就き、以て天壤無窮の皇運を扶翼し奉るべきの本分がある。かくの如き國體は正に萬邦にその類を見ざるのみならず、實に世界史上空前のものであつて、すめらみくににおい

てのみ見らるるところのものである。されば、私を捨てて公けに就き天壤無窮の皇運を扶翼し奉るべきであるといふ國體の大本は、我々の日常生活において常に必ずこれを履踐すべきことを命ずる。由來、日本的哲理においては知は單に知のためにあるに非ずして行のために在るのであり、行は即ち知を必要とするところの知行合一を本義とし、知りてこれを行はざるは罪惡なりと考へるのである。故に我々は右に述べたる如き我が嚴として輝く國體の大本をただ知り居るのみにては臣子の本務を完ふしたるものと謂ふを得ず、必ずこれを實踐躬行することを必要とするのである。

私を捨てて公けに就くといふことは、これ取りも直さず滅私奉公に外ならぬのであるが、これを歐米流の個人主義的・自由主義的・私益追求主義と比較するならば、その間に如何に大なる懸隔の存するかは何人も容易に理解し得るところであらう。私を捨てるとは、自己中心の個人主義的・自由主義的・私益追求主義的思想及び行為を捨てることを指し、公けに就くといふのは、何事も國家のために奉仕するといふことである。元來、我國において公けとは朝廷を指し奉つたのであつたが、同時に國家といふ意味をも含むで居る。しかしながら、我國の國家奉仕主義なるものは、臣民の財産や身體を國家が取り上げるといふ如き素朴な觀念ではなくて、實にかくすることにより天壤無窮の皇運を扶翼し奉らむが爲めである。天皇は臣民の康福の爲めに御仁慈あふる

る政治をみそなはせたまひ、臣民は己れを捨てて公けに奉仕する——そこに我國特有の君民一體・君臣一如の國體が存するのであつて、臣民は滅私奉公に依りて大御心に副ひ奉り得ると共に、御仁慈の恩澤に浴し生を安らかならしめ得るのである。この意味において臣民は滅私奉公の誠を捧ぐるの責務があるばかりでなく、又その故にこそ康福の生を營み得るのであるから、滅私奉公は頗る積極的な進歩的な内容を有するものなりと謂はねばならぬ。

ところで、自己を捨てて公けに奉仕することは決してむづかしい事柄ではない。昭和十六年十二月八日畏くも煥發したまひし宣戰の詔書に、「朕カ眾庶ハ各々其ノ本分ヲ盡シ億兆一心國家ノ總力ヲ擧ケテ征戰ノ目的ヲ達成スルニ違算ナカラムコトヲ期セヨ」と仰せ出でたまひしが如く、臣民各々自己の職域において全力を擧げて努力することが、即ち國家に奉仕する所以のものであり、天壤無窮の皇運を扶翼し奉る所以であるのである。

かくて、日本法が如何なる精神に基くものなるかは明かであらう。即ち天壤無窮の皇運を扶翼し奉り、國家を隆昌ならしめ、民生を慶福ならしむるための強行規範が取りも直さず日本法であるのである。それは如何なる意味においても日本の獨自のものであり、我が國體に基けるものであつて歐米のそれとは根本的に異なるものである。今これを臣民の側からいふならば、私を捨てて

公けに就くの精神を履踐せしむるための法であつて、臣民の滅私奉公は同時に右の全部を實現し得るものである。既に聖徳太子は十七箇條憲法において私を捨てて公けに就くはこれ臣の道なりと仰せられた如く、公けの精神は古代の成文法中に既に嚴として定められ、爾來、今日に至るまで根本精神においてはこれに立脚せざるの法は存在しない。ただ時の状態に依つて、このことを認識するの度合に濃淡の差があるのみである。されば、外國法を母法としたる日本の法律は古く律令あり、新らしくは明治時代の諸法律が存在し、それらは支那的又は歐米的法律思想を藏するものがあるけれども、それは更に日本固有の公けの精神によつて根本的に制約を受け、以て日本的に運用せられ來つたのであつた。が、今後は更に公けの精神に對する自覺を新たににして、歐米法律制度の長はこれを探るに吝ならざるも、法律の日本の精神に至つては一層これを顯揚しなければならぬのである。そして私はその爲めに我が法制史研究を重視するものである。何となれば、我が法制史においては常に日本的法精神が連綿として一貫して居るからであつて、これを發見することが取りも直さず法制史學の大なる責務であると信するのである。

第二 隣保制度史

一 隣保制度

凡そ人類の生活様式が常にその時代における國家社會諸機構に依つて制約されて居ることは、今更ここに改めて詳論する必要をみない事柄である。何となれば、人類が國家乃至社會を離れて生存し得ないことが自明だからである。この故に、近代の如き個人主義的思想に基く社會の編成が行はれるに至れば、そこに於ける人々の生活がおのづから個人主義的なものたらざるを得なくなるのは理の當然であるとせねばならぬ。少くともそれに対する價值批判は別として、さういふ事實そのものは卒直にこれを承認することが必要である。

近代の個人主義的思想なるものはルネッサンスに於いて個人の存在そのものが自覺せられるに至つたのを端初として次第に展開し、第十六世紀に於ては個人主義的哲學も出來上つた。それは個人は自主獨往といふ考へ方が重要な働を爲して居るものといふべきである。換言すれば、個人は何等他人の厄介になることなく生活し得るし、また實に厄介になることなくして生活せねばな

らぬものと考へられ、かくて教育の如きも謂はば立身出世主義の教育が行はれたわけであつた。すべてが個人を中心として考へられて居るから、國家社會の機構の如きも出來得る限り個人の自由なる營利的行爲を助長し保護するといふ建前が採られて居り、従つて國家社會全體の立場から個人の行動を制限するとか統制するとかいふことは到底考へられないし、また固よりそのやうなことを許すべからざるものとされて居つたのである。

がしかながら、そういふことの結果は果して如何になつたかといふに、勿論、それに依つてその初期においては人々の活動を刺戟して非常なる富の増進に役立つたけれども、同時にまた次第に國家社會生活が奔放に流れ無統制なものになつたばかりでなく、實は個人の眼中に「我」の存在のみありて、國家社會の存在といふ高次の事實は十分に顧みられるところとならなかつたから、おのづから個人の行動は利己であるに止まつて國家社會の爲めには却つて有害の結果をすら齎らすことが珍らしくなかつたのである。そして、そこでは人々が全く無統制のばらばらの存在であるに過ぎなかつた爲めに、國民の結合的總力に依る國家社會への奉仕貢献などといふことは到底考へることが出來ず、ただ單に自己のみを中心とする生活であるに過ぎないかの如き觀を呈せしめたのであつた。

けれども靜に事を考ふるならば、かくの如き個人主義的時代においてすらも人々は決して眞に

完全なる個人主義的生活を遂行し得たものではなかつた。少くとも他人と何等の關係もなくして生活し得たものでは決してないのである。試みに一例を採つてみやう。東京市民はその食糧として居る米を農村の供給に仰いで居り、着用して居る洋服は何處かの洋服商人の作製にかかるものであり、家屋は他人の所有物であるか、然らずとも他の誰人かの大工に依頼して建築したに相違ない。かくの如く日常生活のすべてに互つて他人との交渉を保持することに依つてのみ生存し、國家社會との關係なくしては生活を営み得ない地位に置かれて居るのであつて、當人が如何に個人主義的生活を保持しやうとしても、決して右の如き意味においては社會的生活關係からは脱却することを得ない。これ蓋し、彼等がみづから自給自足の生活をなすことを得ず、原始人などと根本的に異なる文化的生活關係を保つて居るが爲めに外ならない。

かやうに考へ來れば、近代生活は一方において個人主義的であるが、他方において社會的であるといふ點で一種の奇形的なものを有つて居るわけであるが、しかし、それにも拘らず如何なる人と雖も國家社會を離れては生存し得ないものなることが明かであるのであるから、近代思潮は次第にその個人主義的性格が國家的な社會的な全體主義的性格に依つて止揚される方向に進まざるを得なくなつて來る。従つて、これまで個人の自由に放任して居た契約も國家社會全體の立場から統制が加へられるし、また個人のばらばらなる無組織の生活は大なる國家的目的を以て統制

的なものに組織化せられるに至るのであつて、世の進運の爲めには心然の行程であると謂はねばならぬ。況んや、我國においては金匱無缺の國體の下に獨自なる精神を無窮に傳へ、且つこれを永遠に展開すべきの國であるが故に、この皇國精神に依つて日本的な思想と制度とが強く要請せらるるに至るのは當然のことである。

されば、私はかくの如き意味において最近の隣保制度の全面的な展開に對し多大の興味を覺へるものであつて、各府縣を旅行して親しく調査して見ても、比較的によく本制度が發展しつつあるを喜ぶのである。尤も、嚴密に謂へば現状は未だ多分の沈思再検討を加へねばならぬもののあるのは勿論であるが、しかし、制度のかくの如き大變更は到底一朝一夕にしてよく完成し得ざるものなることを惟ふとき、我々は現状に對して不斷の向上進歩を漸徐に望まねばならぬのである。

しかしながら、我々は他方において制度が歴史的であると同時に一種の傳統的なものであることを考へざるを得ない。すなはち前述の如く我々の生活様式が常に國家社會諸關係に依つて制約されて居るが爲めに、各時代はそれぞれ自己に適應する生活様式を有ち、従つて隣保制度においても特定の具體的なものを作り出すに至るのである。同様のことは他の別の時代に就いても謂ひ得るのであつて、かかる意味において隣保制度も亦やはり歴史的なものであり、各々の隣保制度

は取りも直さずその特定の時代のみ妥當するものなる所以が理解されねばならぬ。例へば事を徳川時代の五人組制度に就いて見るに、これはその規模においても組織の力においても頗る重要な意義を有するものであつたが、しかし、それは徳川時代にとつてこそ妥當なるものであれ、決して近代的な内容として妥當なものではない。何となれば、それは先づ何よりも封建的なものなりしが故に、一君萬民・大政翼賛といふことが十分に積極的に念頭に置かれないうで組織されて居るし、また他方においては國民に對し權威的な思想の下に作り上げられて居るからである。我々は如何なる意味においても舊時代の五人組制度と現代の隣保制度とを混同して、以てその歴史的性格を曖昧化してはならないのである。

かくの如く制度は歴史的なものであるが、しかし同時にそれがまた傳統的な性格をも有するものなる所以が考へ合されねばならぬ。一見したところ、實は制度の歴史的であることと傳統的であることは恰も相反する事柄なるかの如く考へられ易いのであるが、しかし私がここに傳統的といふのは相傳的とでも稱せらるべきであつて、個々の點においてはこれを相傳し得ないけれども、大きな制度そのものは多分に傳統性を有することを指すのである。例へば再び例を五人組制度に採つてみるならば、五人組制度の封建的部分は固よりこれを止揚するけれども、隣保共助といふ例面は多分に傳統性を有して居るから、これは常に舊時代においてばかりでなく現代に對し

ても傳統性を有ち得て居るわけである。殊に注意すべきは、五人組制度は少くとも公法的には明治初年以來廢滅に歸せしめられて居り、且つ近代的個人主義時代の展開過程において慣習上の現實においても亦本制度の行はるること甚だ乏しく、多くの地方においては一旦消滅に歸して居たにも拘らず、その有する傳統的性格の故に再びこれが現代に生れ出でつつあるのである。若しも制度に傳統性が無いならばかくの如きことは到底見らるる能はずして、五人組制度は恐らく明治初年に消滅した儘に了つたことであらう。

かくして、我々は今や隣保制度の研究にあつては、それが歴史的なものであるといふことと傳統的なものである事と、並びに隣保制度は我々の國家社會生活における必然的なものであるといふこととの三點が十分に注意されねばならぬ所以が明白になつたことを理解しなければならぬ。従つて、我々が隣保制度の歴史的展開の跡を顧みるのは一にこれ等の諸點を闡明することに依り、現代の隣保制度をより高次のものたらしむる上に何程かの貢獻をなさむが爲めに外ならないのである。

さて私はこれまで屢々隣保制度といふ言葉を使用して來たが、ここに謂はゆる隣保制度とはもとより國家社會組織の一環としての隣保共助を目的とする制度のことであつて、かくの如き制度の行はるることは人間が社會的動物であることの當然の歸結であり、既に前述の如く個人主義的

時代においてすらもかかる制度が陰に陽に行はれ得る素地が存在するのである。しかしながら、我國は皇室を宗家と仰ぎ奉る一大家族國家であるが故に國民的結合は他國にその比を見ざるほど強固なものがあり、独自の隣保制度を結成したものであつた。そして、單に隣保制度とは謂ふも、その内容は時代によつて異なるものがあるばかりでなく、その種類の如きも同一時代においてすら一様單一ではなく各種のものが存在して居るのである。それ等の諸點に就いては追々明かにしたい豫定である。

二 上代の隣保制度

凡そ我々が時代を遡るに従つて人類の生活諸關係が層一層と共助的なものであつたことを痛感せしめられるのであつて、文化の幼稚な時代ほど人間の自然に對する抵抗力が微弱たるを免れないから、ここに協同の力に依つてこれに打ち勝たむとするに至るのである。そこで、その爲めに先づ血縁を同じふする者達が相集つて氏族を結成し、生活のすべての領域に互つて協同するに至つた。すなはち彼等は共同の祖神を祀り、共同に耕作に従事し、また狩獵・漁撈を共同にし、時には共同して外敵に當るといふことも見られたから、古代人からこのやうな協同生活諸關係を取

り除くことは全く不可能であつたと謂はねばならぬ。

然るに、かくの如き生活諸關係は始め血縁的なものであつたけれども、年月が経過し人口の増加するに従つて、最初は血縁者であつたけれども他の地方へ移住する者が出るとか、或ひは血縁的には何等のつながりも無い者が他の地方から移住して來るといふ如き事情に依つて、次第に地縁的な關係に變化するに至つた。従つて、そこでは遠方に住んで居る親類（血縁者）よりも近くに住んで居る隣保の人々の方が遙かに現實の生活上において深い關係を生ずることとなり、例へば農耕の共助の爲めにも、盜賊とか火事などのあつた場合にも、更にまた冠婚葬祭等々の際にも、眞に相互扶助をなし頼りになり得るのは隣保の人々に外ならぬことが強く感せられたのであつた。

ここにおいてか、彼等隣保の人々が互ひに相寄り相助くるの關係を保つことの緊密になるのは容易に理解し得るのであつて、ひとたびこの隣保關係から除外せられて組はずしにでも處せられなければ、それは當人にとつては正に死刑にも等しきものであり、爾後その地方においては殆むど生活することは不可能に近い地位に置かれざるを得なくなり、結局、止むなく他の地方へ轉出しなければならぬ破目に陥るのである。今日、蒙古地方ではかくの如きことが屢々行はれて居て、氏族から除名された者は永年住み馴れた故郷を捨ててさすらひの旅に出て、しかも喰ふに食

なく住むに家なく殆むど全く餓死に迫らるる如き窮乏に陥るのが普通であるとのことであるが、これは單に蒙古にのみ見られる現象ではなくて、古代世界においては正に洋の東西を問はないものであつたと謂ふべきである。現に、徳川時代においてすらも「村八分」に處せられると非常な苦痛を感せしめられたほどであるから、況むや古代においては一層甚だしかつたことが十分に想像し得るのである。

古代世界は後代社會への細胞的存在である。後代社會において細分して發達せる諸制度は實は古代社會においては未だ分化せずして、單なる萌芽形態として存在して居たるに過ぎなかつた。故に、例へば後代になつて幾つもの分化せる隣保制度の多くのものは古代には雜然と混淆されて居たのが普通であつて、彼のユヒの如きは明らかに古代に行はれたる耕作共助の部面が特殊の發達を遂げて以て今日に至つたものと観るべきである。

實に古代社會の隣保制度は自然發生的な、しかして日本の國土と民情風俗とに適應せる日本固有の制度として發生し發達した點に多大の特色あるを認めるのであつて、外國制度の單なる模倣に基くものとは大いにその性格を異にして居るのである。然るに、大化改新以降においては支那の隣保制度たる五保制の影響を受けてこれを我國にも實施されることになつたのは、隣保制度史上における一大事實として特記されねばならぬ。

そこで、先づ我國が模範としたる支那の五保に就いて一言するならば、支那では遠く周の時代から六郷六遂といふ制度が行はれ、それが次第に發達してわが中古の直接の母法となつたところの唐の五保に至つた。ところで、元來唐の五保制度は、四家を以て隣となし、五家を以て保となし、保には保長一人を置き、且つ保人には互ひに相禁約せしめ、同時に保は最下級の地方行政區劃をなしたのであるが、五保には大體次の如き義務が課せられて居つた。

(1) 自己の所屬する保内において犯罪あるを知れば、保人これを直ちに告言しなければならぬ義務がある。のみならず、その犯罪が死罪に相當することを知りつつもこれを告言せざれば徒一年に處せられ、若しそれが流罪に相當する場合には杖一百に、徒罪のときには杖七十に處せられる。

(2) 自己の保内に強盜が入つたり殺人犯人などの如き重大犯罪の發生したる場合には、直ちにこれを告言しなければならぬ。それと同時に、事件の發生したる隣保の者に對しても亦この義務を負はせ、何等か止むを得ざる事情のために保内の人が告言し得ざる時は、隣保の者が代つて告言しなければならぬ。かくの如く、告言することは法律上の義務であるが故に、若しこれを怠るならば當然に處罰されたのである。

(3) 自己の保内に強盜及び殺人犯のありたる時その旨の通告を受けたならば、時を移さず救援

に赴かねばならぬ。そして、この場合にたとえその旨の告知を直接に受けなくても、苟くもその聲を聞き乍ら救助に向はざる者は處罰され、若し自己の力を以てしては救助し得ざるが如きときは、その旨を隨近の官司に告言しなければならぬ。たとへ保人にあらざるも、隣保の者はすべてこの義務があるのである。

以上の外にも猶ほ諸種の事項があつたが、その内容は今日に十分に傳へられて居らないものがある。ので不明の部分があつたが、ともかく、以上に依つてみるも唐の五保は極めて濃厚に警察機能を持たされたことが知られるのであつて、かかる觀點から隣保共助といふことが頗る從屬的に考へられたに止まつたと謂はねばならぬ。従つて、それが我が古代に行はれたところの日本固有の隣保制度と比較するならば、多分に上から作られたものとしての色彩が濃厚であつて、自然發生的なものではないことが看取せしめられるのである。

さて、このやうな唐の五保制度を母法として、大化改新政治は我國にも亦これを採用することになつた。すなはち白雉三年四月には戸・里・保の制度を設け、五十戸を以て里となし、五戸を以て保となし、これを五保と稱したが、勿論かくの如き大改革が一朝一夕にして行はれ得たとは到底考へられず、相當の年月を要したことと思ふのであつて、それが一往大成されたのは文武朝の大寶律令においてであり、殊に法制としては元正朝の養老律令にはこの點に關し最もよく窺ひ

知り得るものがあるから、ここでは主として養老律令を中心に説明を進めて行きたい。

五保制度が既に大寶年間において廣く行はれて居たことは現存の戸籍に依つて十分に示されて居るところであるが、しかし、それは一般國民の間で行はれたに止まり、皇族及び上級の有位者の間では殆むどこれが行はれて居らず、漸く醍醐天皇の朝に至つて全面的に行はれることになつたのである。試みに律令時代の五保の特徴を示せば凡そ次の如くであつた。

- (1) 五戸を以て保を作る。
- (2) 五保の代表者として保長一人を置かれる。
- (3) 保長は保内を檢察して、保人をして非違を爲さしめないやうに努めねばならぬ。故に、若し制を下すの後、保長督察を努めず、又は保人が保長の指令に従はざるが如きことあらば、みな蔭贖を論せず違勅罪を科し、曾て寛容しないこととなつて居る。
- (4) 保には「結保帳」なる簿冊があつた。これは昌泰二年の太政官符の劈頭に見へて居るのであつて、結保帳に依つて奸猾を督察せしむべきことを謂ひ、制帳二卷のうち左京料・右京料各一卷を擧げてある。しかし結保帳の本質及び内容は現在なほ不明であつて、何とも斷定の下し得ないけれども、大體の推測を謂へば、徳川時代の五人組帳などは異り五保の組合員名簿とでも謂ふべきものではなかつたかと考へられる。

(5) 當時未だ國家權力を以て十分に治安を確保することが出来なかつたから、五保をして警察的機能を營ませて居る。すなはち自己の保内に犯罪のあることを知れば、原則として必らずこれを告言しなければならぬ。若しその義務を怠れば一定の刑罰に處せられる。殊に、保人單弱なるため告言し得ざる場合には隣保の者が代つて告言しなければならぬ義務を有した。

(6) 更に、保人の生活のあらゆる方面に互つて隣保共助が行はるべきものとされた。例へば、(イ)絶家者の遺産を分配し、(ロ)保内に強盜が入つたり殺人事件が発生したりせる場合に、その告知を受ければ速かに赴きて救援しなければならぬ。そして、若し自己の力を以て救助し得ざれば、即時犯罪の發生せしことを近隣の者に告知すべき義務を有する。(ハ)女囚が禁中(囚獄)に在つて産月に臨めば、保内の人五人を保證人に立てて一往出獄することを許し、若しその女囚が死罪を犯せる場合には産後二十日・流罪以下は産後三十日に、それぞれ元の如く禁獄すべく、そして死罪を犯せる女囚が子を産み、しかも家族が無ければ近親にさづけて收養せしめ、若し近親も無ければ四隣にさづけることとなつて居る。(ニ)道路橋梁の修營、(ホ)保人が新たに戸籍を附ける場合には逃亡・詐冒に依るに非ざる旨の保證を取り、また保人が負債をなす場合とか、田地の賣却等々の場合にも矢張り保人が保證人となつて居る。

(7) 保内の者が全戸逃亡した場合には、五保の者をしてこれを搜索せしめ、而もこの逃亡者の

田地をば五保及び逃亡者の三等以上の親族にして同里に居住する者に對し均分して耕作せしめ、且つ租税を代納せしめることとした。

五保制度の内容は大體以上の如くであるが、これに依つて考ふるに、五保制度は多分に上からの命令にて作られたといふ色彩が濃厚であつて、眞に國民の自然發生的な組織といふ點からは相當に遠かつて居ると謂はねばならぬ。例へば、その警察上の諸義務だとか、逃亡者の田地の代耕及び租税の代納といふ點などにおいて、それが相當に顯著に示現されて居るといふことが出来る。がしかし、その故を以て、五保制度が隣保制度でなかつたと謂ひ得ないのは勿論であつて、右の(6)に掲げたる諸點の如きはその隣保共助の性格をよく現はして居るといふべきである。ただ、それが國民生活の中からの眞の自然發生的なものでなかつたといふ點において、古代のそれとは顯著なる差異が見出される。故に、制度の歴史性と傳統性とを主張する私は、支那制度を模倣したる五保制と相竝むで矢張り舊來の、日本固有のもろもろの隣保制度が存在して居たであらうことは十分にこれを想像することが出来るのである。

五保制度が支那のそれを模倣したものなりとは謂へ、固よりそれは日本固有の精神によつて運用されたものなることは謂ふまでもない。すなはち、日本臣民をして各々その臣道を完ふせしめ、皇運を扶翼し奉らしめむがための五保制度に外ならず、その制度的内容は酷似して居たとは謂へ、支那のそれと全く異なる精神のものであつたことを忘れてはならぬ。そして、このことは全日本法に就いて妥當するのである。

以上の五保制度が一般に略々よく行はれたのは奈良時代であつて、それ以降においては次第に頽廢して行つた。少くとも平安時代はその頽廢期であるといふべきであるが、しかし乍ら、それは同時に新しい制度の擡頭の線に沿つて進行したのであるから、私は次にこれを説きたいと考へる。

三 日本的隣保制度の復興

唐制を模範としたる五保制度が平安期初葉を以て行はれなくなつたことは、當時の大きな法制の潮流を示現せるものであつて、あらゆる繼受的なものが固有の日本的なものによつて止揚される過程に外ならなかつたのである。従つて、五保制度が崩壞したことは平安初期における時代的趨勢に適當に順應したに外ならないとも謂ひ得るわけであるが、しかし、ここに注意すべきことは、あのやうな唐制繼受の時代においてすらも矢張り舊來の日本固有の制度は猶ほ依然として民

間の一角にその生存を續けて居たといふことであつて、大化改新に際して根底的に打ち破られたるかの如くに見えた氏族制度が、實は平安時代から鎌倉時代にかけても鞏固な傳統的性格を保持して居つたことが、同時に取りも直さず古代的隣保制度の傳統性をも暗示せるものである。

すなはち、五保制度が國家の法定したる制度として、あまねく日本全國にこれが實施を強行されて居つた反面において、國家の公けに認められたものではないけれども人々の國家社會生活を營み居る間におのづから發生したるもろもろの隣保制度が、その現實的な傳統的性格の故に依然として民間に強靱なる根を下ろして居つた爲めに、それ等が實に五保制度と相並むで事實上に行はれたのである。そのやうなことは外國制度を移植したる際によく見られる現象であつて、我々はこれを明治維新後においても見ることが出来る。否、明治の改革においては新らしい近代的な法制を編纂することに依り、その中で禁止され居る慣習すらが堂々と公然と現實的に民間に行はれて居るのを見ること一再に止まらない。我々はこれに依つて、國民生活のおのづからにして生みたる慣習なるものが如何に根強い潛勢力を有して居るかを考へざるを得ないわけであるが、それは取りも直さず律令制に基いて作られたる五保制度の猶ほ施行されて居る時期において、陰に陽に、日本固有の傳統的な隣保制度の行はれて居たであらうことを十分に推測せしむるに足るものである。

然らば、五保制度と併行して行はれたであらうところのものは何であつたかと言ふと、それには例へば冠婚葬祭の折に相互に助け合ふ組合とか、或ひはこれも亦古代から行はれて來たところの耕作共助とか、更にまた鎌倉時代以降に盛んに行はれたる頼母子類の經濟相互扶助制とか、その他、地方によつて色々の隣保團體が出来上つて居たであらうし、また、時には一個の隣保團體が、これ等各種の目的を統一的に包攝して居るが如き地方もあつたであらう。が、いづれにしても、かくの如き傳統的な隣保制度は外來の五保制度に比較して遙にピツタリと人々の日常生活の中に溶け込み得たことは察するに難からざるところである。現に、前に述べたる五保制度を見るも明かなるが如く、そこには餘りに官權的な色調が濃厚なるものがあつて、卒直に謂ふならば、隣保の人々が眞に心から打ち解け合つてお互ひに話し合ひ助け合ふといふ柔軟な味に乏しきものがあり、如何にも規則づくめで、二言目にはすぐ處罰の規定がいかめしく迫つて居るといふ感度を深くせしめられるのである。従つて、そこに官權的な制度と民衆の自然發生的なものとの間に顯著なる差異のあることを看取しなければならないのである。

然るに、平安期の延喜・天曆を境として律令制度一般が急速に崩壊過程を辿り、も早や殆んど行はれ得なくなるに連れて五保制度も亦同じ運命に陥つてしまつた。かくなれば、從來から民間に行はれありたる傳統的な日本固有の隣保制度が以前にも増して量的にも質的にも發展するに至

つたことは火を賭るよりも明かであつて、嘗に舊來の制度が擴張して行はれたるのみに止まらず、更に諸種の新しい制度が時代の進むと共に愈々益々擡頭することとなり、かくてここに従來の五保制度を中心としたる隣保制度とは甚だ異なる時代が展開するに至つたのであつて、それは平安時代初期から鎌倉時代にかけての時期に見られたる顯著なる現象であつたのである。

私はそれに關し先づ「ユヒ」に就いて述べやう。

さてユヒが平安時代に行はれて居たことに關しては、堀河天皇の康和年間に撰せられたる「堀河院百首」に、例の有名な

残り田は十代に過ぎじ明日はたゞ

ゆひもやとはで早苗とりでん

といふ歌が收められて居ることに依つて一點の疑ひも存しない。勿論、これだけではユヒが如何なる範圍に互つて行はれて居たかは明かでないけれども、ユヒの傳統的性格から考ふるならば、それが全國各地に行はれて居たであらうことを推察し得るのである。

然らば、ユヒとは何であるかといふに、これ即ち耕作共助の隣保制度に外ならない。ユヒは徳川時代から更に今日に至るも猶ほ地方によつてはこれが行はれて居るのを見る。しかしユヒの起源とか語源とかに關しては諸家の説が立てられて居るけれども、ここではそれ等を紹介するこ

とは省略して、ただ田村博士が東北地方の現制に就いて述べられるところを擧げて、以て舊時を推想するの一端に資したい。曰く、「ユイと五人組の關係につき驗するに、今日にあつては五人組と直接關係のものは少い。しかし血縁地縁團體として同じ發達過程を辿つたことは類推される。青森縣三戸郡猿邊村の山間僻遠地方の如き古代村落には五人組の制度がなく、四十餘の部落を一團とする共同耕作のユイは珍らしいが、ユイの起源の檢討には好個の資料である。ユイは五人組と共に上代に起源する古俗であることは明かであらう。ユイは共同作業を意味し、現在各地方では耕作を主として田植・除草・稻刈に行はれてゐるのが多い。其の外家普請等にも見る。婚葬の如き協力については『ユイ』と呼ばず、ユイは『勞力の貸借交換』を意味し、従て耕作の繁忙時期に勞力結合を必要とする協力をユイとするのが普通である。ユイは勞力の貸借を意味する經濟行爲の協力組織であるから、親和性の強い血族團體又は地域團體に多く行はれる。血縁・地縁を基礎とする協力組織は、上代の昔から現代に至るまで貴い習俗としてユイの呼稱の下に遺制され、五人組の助法となり、全國の各地方に實行されてゐることを再認識せねばならぬ。ユイの効果は能率を増進し勞力を節減し、作業の調節を圖る等、勞力の交換により農業經營の改良に資することが甚だ多く、隣保共助の涵養として著しい事實に鑑みても其の強化を提唱せねばならぬ」(田村浩氏「五人組制度の實證的研究」第一二三頁乃至第一二四頁)と。

右の文中には田村氏の意見が多分に織り込まれて居るが、其の點はしばらく別として、ともかくユヒが勞力の協助組織として現代に至るまでも猶ほ依然として行はれて居る地方の存することは右に依つて明かである。しかして、多くの學者が採り上げて居るところのユヒの語源が何であるにせよ、この制度が古代に行はれたる共同耕作制度の發展であることだけは毫も疑問の餘地が無いのである。すなはち、古代の氏族共同體において行はれて居たこの制度が大化改新後にあつても依然民間の慣行として此處・彼處に受け繼がれ、それが農耕上の隣保共助制度として自然發生的な、最も適切なものであつたが爲めに、公けに認められるところとはならなかつたけれども、現實的な必要に基いて慣行されたのであつた。私はこの意味において、ユヒ制度の有する長い傳統性と民衆性にと格別の注意を拂はざるを得ない。

ユヒを述べた序でに、頼母子に就いて一言して置かねばならない。元來、頼母子の起つた年代に關しては未だ明かではないが、大體において平安中期以降ではないかと考へて居る。しかしして、頼母子の語源に就いても古くから諸説があるけれども、私はこれは「タノム、モシ」が轉訛したものであらうと考へて居る（拙著「日本固有法の展開」第三四頁、第三五頁）。故に、それは近隣の者が生活難に陥つて救助を哀願されると、これを經濟的に救済するといふことがその眼目であつて、その眞の起因においては何としてもかくの如き意味における隣保共助の制度であ

つたと謂ふべきである。そして、頼母子制度が發展するに至ると、直接に貧民を救済するといふ目的の外に、隣保の者が例の如く一定の據金(米)をなし、その當籤者が伊勢詣りとか、京詣り、或ひは高野詣り金比羅詣り等々をなし得るところの宗教的な乃至修養的な方面にまでも擴大するに至つたが、しかし、これとても、それが隣保共助の制度であるといふの一點においては議論の餘地が無い。何となれば、人々はいづれも自己の經濟力のみを以てしては上記の如き參詣旅行をなし得ないが故に、隣保の人達が互ひに據金し合ふことに依つて初めてその目的を達し得るからである。この頼母子も鎌倉時代から徳川時代を経て以て今日に至るも頗る盛大に全国各地において行はれて居るのである。

さて筆を前に戻して、然らば前節に述べたる如き中古の五保制度は如何に變遷したかを述べねばならぬ。前陳の如く、五保制度の全盛時代においてすらも五保制度と相竝むで日本固有の隣保制度が行はれて居たのであつたが、前者は後者に依つて止揚せられつつも猶ほその殘存形態を諸所に留むるところがあつた。すなはち、平安時代から鎌倉時代にかけて行はれたる「保」なるものがそれであつて、平安時代の京都は既に桓武天皇の延暦御遷都後、これを左右の兩京に分つと共に、兩京を更にそれぞれ九條に分ち、更にまた各條を坊・保・町となし、市宅三十二戸を一町

と定め、四町を一保とし、四保を一坊、四坊を一條となし、坊には坊長を、條には條令を、更にまた保には刀禰を置いて事務を執らしめられた。

かくなれば、保は最早や往時の五保とはその編成を異にするに至り、五戸を以て保を構成するといふ如きことはなく、家數には制限なき市街の一小區劃となりたり、時には保を「マチ」とすら謂つて居るほどである。しかして「朝野群載」には次の如き平安末期における保の刀禰の辭令が收められて居る。

檢非違使廳下 九條二坊刀禰職事

常澄光方

右件光方者、已三代刀禰者、早補^(保)任條刀禰職、令^レ知行保内、故下、

應德二年四月十七日

左衛門大尉藤原朝臣

この辭令は或る重要なことを我々に示して居る。すなはち、このたびの刀禰に補任されたる常澄光方は先祖から三代この職に補任されて居るといふことは、これ蓋し彼れの家が檢非違使廳の補任を受くるにせよ、事實上において刀禰を世襲するが如き地位に在つたことを物語るものであり、従つてそれは選舉に依るものでないこと勿論である。もとより、これのみを以てしてはすべての刀禰が左様であつたと速断し得ないこと謂ふまでもないが、「保内を知行せしむ」といふ文

字のある點からも察せられるが如く、刀禰は保内のことに關し相當の實權を附與せられて居たと同時に、或種の得分徴收權をも有して居たことが明かである。

鎌倉時代においてもかくの如き意味の「保」は猶は行はれ、現に鎌倉市内に保があつて、保檢斷奉行などが任命されたりして居るのを見る。と同時に又、鎌倉時代の地方郷村においても矢張り保が行はれて居る地方があつた。尤も、地方においては奈良時代でさえも五保制度を全面的に行ふことに就き諸種の困難を伴つたわけであるが、鎌倉時代の保は庄園郷名などの間に交つて存在し、もとより家數には關係がなく、一定の地域を以て一區劃となしたから、極めて自然的な地縁團體としての性格を多分に有するに至つたことは當然である。従つて、これ等の郷村における保内の人々が互ひに相倚り相扶けて隣保的生活を完ふせむとするに至つたことは寧ろ當然であつて、今日ではその全貌が傳へられて居らぬから明瞭ではないけれども、經濟的・社會的及び精神的生活在隣保共助に依つて行はれたことは察するに難くないが、しかしここに注意すべきは、地方においては平安時代から中世にかけて全國的に庄園制度が大なる發達を遂げた爲めに、保は庄園の中に編入せられて庄に轉化し、或は保なる名稱を留むるも事實上は庄園化して居るといふ如きものが簇生した爲めに、地方における保は甚だしく減少し、そして、それに變つて在家なるものが大いに發達するに至つたのであつた。それに就いては間もなく後に述べることとしやう。

然らば、この保人の義務は如何なるものであつたかと言ふに、この點に關しては凡そ次の五點を擧げることが出来る（三浦周行博士著「法制史之研究」第七二二頁以下參照）。

(1) 夜間巡邏し及び篝火を燒く、建久二年三月、夜中の諸保が往々にして夜間の巡邏を怠る者があつたので、朝廷は責を隣保及び坊長に歸し、所部の官人等に命じて諸保にその義務を果さしめ、深更に及びて通行する者があればこれを誰何せしめられた。然るにその後に至るも、財を奪ひ人を殺す群盜が絶えなかつたので、寛喜三年十一月にまた令して、深更誰何の懈怠を咎め、且つ在京の御家人を諸保に分居せしめて保人を助けしめ、以て賊の逃げ去るを防ぎ、賞を懸けてこれを捕へしめられた。また保人は夜になると保内を巡行する義務があつた。

(2) 治安維持の目的を以て、他國から入り來る者があるときは、その者の宿泊せる家主から保の刀禰へ届け出でねばならぬといふことが公家法にて定められ、また鎌倉幕府法においても、保の奉行人に命じて浮浪の徒を歸農せしめて居る。

(3) 幕府法では保人は道路を作るべき義務があり、また宅擔を道に出し、町屋を作りて次第に路を狭め、小屋を溝の上に造り懸けることを禁じ、これを犯す者は、保奉行の使を立ち合はしめて破却せしむることとして居る。

(4) 當時の百姓は課役に堪え得ない爲めに脱税を目的として逃亡する者が少くなかつたので、

かくの如き場合には在所の者をして租税を代納せしめた。

(5) 保人は互ひに保内の者の爲めに保證人となるべき義務があつた。例へば土地の賣買の際にはその證文の末尾に與判したり、或ひは土地の紛失狀を立てる（拙著「日本固有法研究」第二一四頁）際などにも、保人の證判を受けたものが少からず今日に傳つて居るのを見る。更にまた子孫を義絶する場合とか、或ひは訴訟の際などにも矢張り保人が保證人となつて居る。

以上の外にも保人の義務として猶ほ諸種のものであつたであらうと考へられるのであるが、しかし、ここに注意すべきことは、かくの如き制度は右の五點に就いて見るも明かであるやうに、多分に官權的な性格を與へられて居るといふ點に特色があるのであつて、特に保をして治安維持の任務に就かせて居ることが眼に付かざるを得ない。これは保人の自治的治安維持の組織であるといへばそれまでであるが、必らずしも左様に簡單に謂ひ放ち得ないところに本制度の統制的色彩を存する所以であるかと考へられる。がそれにしても、結果的に觀れば保人が互ひに隣保共助の實を擧げることにより治安を維持し、或ひは道路橋梁の修築とか保證人になるとかいふことは、矢張り保が一種の隣保制度であつた所以を毫も妨ぐるものではない。ただ我々としては、これと相竝むで前述のユヒとか頼母子とか乃至は庄園における在所・在家の制度が行はれて居たことを忘れてはならぬ。

尤も、この在所・在家と謂はれたものは保に相對するものであつて、庄園郷名では小範圍の部落をかやうに在所とか在家とかいひ、その住人を在地人・在家人・地下人などと稱して、前掲の保人におけるが如き諸種の義務を負擔せしめて居た。しかしながら、鎌倉時代の中期以降になると次第に彼等は團結を強ふして自己の支配者たる庄官や本所に對抗し、その共同利益を擁護せむとするの風潮を生じ、しかもそれは年月の進むと共に益々甚だしくなり、遂に室町時代の空前の下剋上時代を現出するに至つたのである。殊にここに注意すべきことは、中世の庄園においては領主の實力を以てしては十分に庄園内の治安を維持することができず、その爲めに庄園内には強盜・群盜・惡黨・浪人などが横行すること少くなかつたので、止むを得ず彼等在家人等は隣保的に團結して治安維持の局に當らねばならなかつた事も屢々存したので、かかる意味においては眞に自衛的な隣保團體であつたと謂ふことが出来るのであり、しかも、それは益々時代の要求するところとなつて行つたことを注意すべきである。

すなはち戰國時代に至ると、諸大名の領地内に住める住人達は互ひに自己防衛の爲めに近隣の者が團結し、共同利益を擁護するの必要に迫られた爲めに、その隣保團結は頗る促進せられたのである。これは、この時代において村落團體が新らしく結成せられて、例の總村觀念までも生れ出でたことと密接不可分の關係に在るものと謂はねばならぬ（拙著「日本法制史上より觀たる團

體法」第四六頁以下参照）。しかし、民間の隣保團結の風潮が盛んになるに至ると、炯眼なる大名は既にこの點に着目して、かかる隣保團體をば政治上に利用せむとするに至つた爲めに、次第にそれが一般化せられることとなつたのである。

かくして、例へば郷村内に犯罪人ありたる場合には郷村民をして之を追捕するの義務を負はしめ、若しこれを怠るにおいては郷村民全體を處罰するとか、租税は郷村全體に對してその總額を割り當てるにとどまり、各個人に對する割り當ては當該郷村をしてこれをなさしめ、若し各個人の内で怠納する者があつてもそれは大名の關知したことでなく、従つて郷村民全體をしてこれを代納するの責任を負はしめ、更にまた逃亡する者があつたならば、残りの郷村民をしてその土地を代耕せしめる等のが行はれた。故に、その限りにおいては隣保團體としての性格が稀薄であるが、しかし、これ等の隣保團體は實は大名より課せられたる如上の義務の外に眞に自發的な協力の組織を作り上げて居つて、隣保共助を實行して居り、しかもそれは甚だ廣汎な範圍にまで及んで居つたから、それは眞の意味の自衛的自治的隣保團體であつたと謂ふことが出来る。一般に、制度の中でも生活の中から自然的に何時とはなしに發生し發達したものは、おのづからにして根強いものはないのである。

かくして、我々は今や日本的隣保制度の最高潮に到達することとなつた。願れば、その昔、唐制を模倣して採用したる五保制度は形式的には甚だ整へるものがあつたにも拘らず、その内容が餘りにも「作り上げ」られたるものとしての色調が濃厚であつて、「生れたる」ものではなかつた點において、その實行性に重要な制約が始めから與へられて居たのであつた。故に、それは固より隣保團體ではあるけれども、眞の意味の隣保共助はこれを別の團體に求めねばならなかつたのである。恰も日本固有の隣保制度は猶ほ依然として民間に行はれて居つたから、律令の死法化と同時に頽廢したる五保制度はかくて眞に日本的な隣保制度に依つて止揚されねばならなくなり、かくて平安時代より中世にかけて諸種の日本的なそれが復活し擡頭するに至つた所以を、我々は以上の所述に依つて把握しなければならぬ。

四 近世隣保制度の展開

日本的隣保制度の復興は、同時に近世的隣保制度の展開を齎らした。元來、近世期の諸制度は頗る多くの點において前代すなはち戰國時代のそれを直接の源流とするものであるが故に、鎌倉時代から戰國時代にかけて日本の國土において日本人の性格と思想とに合致するものとして固有

の隣保制度が起つた爲めに、それが近世に受け繼がれるに至つたのである。勿論、かくの如き固有的制度の近世的展開といふことは決して隣保的制度の側面においてのみ看取し得られるものではなくて、他のあらゆる部面においても亦同様に觀ることが出来るのである。いはば、それは歴史の大いなる流れを指示せるものに外ならないのであるから、すべてがこのやうな方向に進むだけである。

然らば、隣保制度は近世において具體的には如何に展開し來つたかといふに、その最も特徴的な事實は五人組制度の全面的展開であつた。我國における五人組制度は既に中世末からその名が見へて居るが、しかし、それは未だ極く限られた大名の領地内で見られたる現象に過ぎずして、それが決して日本全國一圓に行はれたものでもないし、且つ又、それが如何なる程度まで強行性を有つて居たかといふことも、實は未だ明かにされねばならぬ問題が存すると共に、その具體的内容の點に就いても詳かならざるものが少くないのである。然るに近世の五人組制度にあつては、その範圍においても強行性においても頗る徹底せるものだったのであつて、その行はれたのは日本全國であり、また國民は欲すると否とを問はず必らず五人組員たらねばならなかつたのである。されば、既に寛文五年の金崎村五人組帳の第四十八條には、「五人組一札にはづれ候もの郷に無御座候、若老人成共隱置申候はゞ、名主曲事に可被仰付候事」(註)と見へて居る

如く、勝手に組外れになつて居ることは許されなかつたのである。かかる點で五人組制度は自然發生的な他の隣保制度、例へばユヒとか講中とかと異なるものあるに至れることを注意すべきである。

(註) 穂積博士「五人組法規集」(昭和五年再版本)第三一頁。以下に時々引用する五人組帳は専らこの書に據るのであるが、煩雜ゆえに一つ／＼その頁数を擧げないこととした。

さて寛保二年陸奥國伊達郡下保原村五人組持高帳の第六條には、「五人組之儀、町場は家並、在郷は向寄を以、家五軒宛、無田・名子・寺社門前之者に至迄、不洩様に組合を極、子供井店借、地借之者迄、惡事不仕様、組中相互に無油斷可令詮議、若徒もの有之歟、庄屋・年寄・組頭之申付、五人組之意見をも不用ものあらば、早速可訴出_二事_一」と定められてある。今これに依つて事を考ふるに、そこには五人組の構成に關し甚だ要領よき記述を見出すのである。すなはち五人組は都市と郷村とによつてその構成の次第を異にして居り、都市では家並(時にはこれを家次と書いた五人組帳も他の地方に見へて居る)に五家づつ編成するが、地方郷村にあつては都市のやうに人家が竝むで居らないから、便宜上これを最寄り次第に組み合せることとした。もとより、この場合にも矢張り五家を以て一組合とするといふことの大體の方針は定まつて居たのであるが、しかし必らずしもこれを固執したのではなく、場合によつては四家・三家或ひは六家乃至七八家を以て一組合を構成する如き場合も見られて甚だ區々である。

かくの如く凡そ五家を以て一組合を作るのであるが、それに就いては小作人も貧農も乃至は寺社門前の者に至るまで一人も残らず参加しなければならぬところの強行性を有つた組合であつて、本人の意思如何に拘らず必らず加入することを要するとせられたのであつた。但し、ここで問題になるのは、鎌倉時代以來の賤民として特殊の取扱ひを受けて居つた一群の人々は如何になつたかといふに、もちろん彼等は普通一般の五人組に混合して参加することを許されず、従つて五人組を作るにしても彼等のみが別個の五人組を作つたか、然らざれば各地方地方における彼等に對する頭の支配を受くるのみにて、別に五人組を作るが如きことをなさなかつたものの如くである。いふまでもなく、かかることは例外的現象であつて、一般的に五人組の結成が強行されたのは前述の如くである。

次に、右の文にもあるやうに、子供を始め借家人・借地人に至るまで惡事を爲さしめざるやう組中の者が互ひに油斷なく詮議し、若しいたづらなる者があるか、又は村役人(庄屋・年寄・組頭)の命する事柄や五人組合員の意見をも用ひざる者があつた場合には、速にこれをお上に訴へ出なければならぬのである。かかる點においては五人組制度は中古の五保制度におけると同じく隣保共助に依る治安維持及び風教確保といふ目的のあつたことが知られるのであるが、しかし

今私のここに注意したいことはこの點の外に、五人組の組合員そのものに就いてである。さて組合員の地位は一家の戸主たる者がこれに就いた。故に、その限りにおいては戸主以外の全家族は組合員でないことが明かである。従つて、既に彼等が組合員でない以上は組合に對して何等かの責任を負担すべき地位に在るといふことは、普通の論理を以てしては些か考へ得ないところであるが、實は彼等も亦責任を負はねばならなかつた點において五人組制度の特色があるのである。蓋し戸主が組合員たるといふことは一家の代表者たるの資格において然るのであるから、戸主に依つて代表さるる家族全員が五人組制度の機構の中に入り込むでその目的達成に協力するのでなければ、その圓滑なる運用を期待し得ないからである。されば、五人組制度の精神に反する者のある場合には、戸主の外にその家族員が處罰されたのは正にかかる理由からであつたのである。

五人組には五人組帳なるものが作られた。これは普通に前書・請文及び連判の三部より構成せられ、前書の部では組合員の守るべき數々の條項を列擧されており、その多きは百數十箇條に垂れるものもある。従つて、五人組制度が抑々何を目的として作られたものであるかは、この前書すなはち法令の部を読むことに依り知り得るのである。その内容に就いては後に概説することとしやう。

しかしながら、數十箇條乃至百數十箇條にも垂れる法令をただ單に書いてあるのみにては何の

役にも立たず、これを現實に組合員をして遵守實踐せしめなければならぬこと謂ふまでもないが、それにしても左様に多くの條項を覚えさせることそれ自體が既に容易のことではない。そこで考へ出されたのが、この法令を常に組合員の前で朗讀して記憶を新たならしめる方法である。その爲めには勿論地方によつては諸種の同じからざる方法が採られて居るが、多くは一年に一・二回乃至十二三回、盆とか正月とか鎮守の祭とかのときを利用して一村の組合員全體を村役人の宅や寺などへ集合せしめ、例の法令の部分を読み聞かせるといふ方法を採つた。法令の劈頭は「一前々從_二公儀_一被_二仰出_一候御法度之趣、彌以堅相守、常々不相背_二之様、村中大小之百姓、并水吞下々迄、急度可_二申付_一事」といふ文句を以て始まるのが普通である。

かくの如くして法令の部分の列擧に亞いで證文すなはち請文の部分が直ぐに續いて書かれてある。その文句も細かい點においては各地とも一樣だとは謂ひ得ないが、大體は同じ傾向のものである。例へば文政元年武州多摩郡下川口村御仕置五人組帳に、「右御法度惣御ケ條之趣、村中に寫置、毎月壹度宛、惣百姓共名主所江寄合爲_二讀聞_一、被_二仰付_一候通相守可_レ申候、若違背仕候もの有_レ之候はば、何様之曲事にも可_レ被_二仰付_一候、依_レ之村中連判、差上申候處仍如_レ件」とある如きである。そしてこれに引續いて各五人組の者を一組としつつ、一箇村全體の組合員及び組頭の連判がなされるのである。しかして右に引用せる證文に依れば、この村では毎月一度づつ組合

員を村役人の宅へ集めて五人組法令を読み聞かせて居つたことが解るのであつて、これだけ頻繁に読み聞かせれば、よほど頭の悪い者でない限りは之を記憶し得たことと思はれる。

かくして出来上りたる五人組帳は二通作製せられて、その内の一通を正本として村役人の手許よりお上へ提出するのであるが、残りの一通は控えとして村役人の手許に保存して置いて、一定の日に組合員を集合せしめて読み聞かせる用に供するのである。

然らば、五人組帳には如何なることが書いてあり、また一般に五人組制度は如何なることを目的としたものであるかといふに、もとより百姓の日常生活のあらゆる方面に互つた事柄が記されてあるから、ここに一々それらの悉くを列挙することは到底不可能である故に、極く概要のみを述べるに止めて置きたい。尤も、その内容においても近世初期と後期とでは多少の變遷があるが、私は享保十年正月の「當時村方五人組帳」に據つて述べたい。何となれば、これは五人組帳の最も典型的な標本だからである。

ところで、これは全文七十箇條より成り、先づ劈頭においては例によつて組中に悪事をなす徒なる者があれば早速に訴へ出るといふことから始まり、次に

(1) 年貢に關する規定がある。すなはち「御年貢之儀一件者不_レ及_レ申、惣て金銀米錢手形なしに取引仕間敷事」や、年貢を納める以前に米を他所へ賣らないこと、年貢は三斗七升入りにする

こと、また年貢の割付をなすに際しては惣百姓が會合して割付狀をよく檢し、その年々の損毛の控除などを明白になして割付を致し、そして割付狀の表に惣百姓が納得した證據として判形をしなければならぬ。然らざれば、割付が不公正に陥る虞があるからである。従つて、名主が自分でほしいままに割付をなしたるが如き場合には、お上へ訴へ出づべきである。

(2) 百姓に年貢を完納せしむる爲めには、百姓をして常々勤勉に田畑を耕し且つ出来得る限り節儉ならしめる必要がある。そこで先づ勤勉に就いてみるに、田畑は一步の所と雖も荒してはならぬ。若し作り面の所が餘つたならば毎年正月中にお上へ上申しなければならぬ。但し獨り身の百姓が病氣の爲めに耕作し得ないときは、五人組は申すに及ばず、一村の者ども寄合ひ田畑を耕作してやる義務がある。また古畑に煙草を作つてはならない。これは年貢徴收に妨げとなるからである。また耕作も商賣もしないで、遠方へ出歩いたり博奕その外の賭勝負を好み、不似合の衣類を着し、不審多き者があれば早速報告すべきである。若しもかかる者を隠し置きて脇より露顯する如きことがあるならば、その者並びに親類は勿論のこと、名主・五人組に至るまでも糺明の上、科の輕重に隨つて處罰されるのである。のみならず「耕作常々精出し、作之間は男女ともに相應之稼ぎいたし可_レ申候、若作り無精にて徒に暮候者於_レ有_レ之者、五人組之内にて互に致_レ吟味、異見可_レ申候、不_レ用もの有_レ之候はば名主へ早々相斷、彌名主爲_レ申聞、其上にても承引不_レ致候は

ゞ、御役所へ可_レ申上、若_レ隱置候はゞ、名主・年寄・五人組共に曲事可_レ被_レ仰付候事」といふことも定められた。

(3) 百姓の節儉に關しても亦諸種の定めが見られる。例へば、遊女の類を堅く禁じ、祭禮法事等は愈々軽く執行せしめ、百姓町人の衣服は、絹紬木綿麻布の内から分限に應じて妻子ともに着用すべく、この外の布地を用ひることは禁せられ、また從來から存在するものの外に新らしく小さなはこら或ひは佛像を建立することも許されず、更にまた善良の風俗を紊るものとして「在々にて婚禮祝儀等之節、石打致し、又者酒をねだり呑み、其外狼藉成儀有_レ之由被_レ及_レ御聞、不届に候、右體之儀、急度相慎可_レ申候、若_レ左様之儀有_レ之に於ては被_レ掛_レ御詮議、曲事に可_レ被_レ仰付旨、奉_レ畏候事」及び「捨子有_レ之候はゞ致_レ養育置、早速御役所江訴上可_レ申候、養育之内相煩候はゞ、是又早速訴上可_レ申候、……」といふことも見えて居る。

(4) 五人組の者達をして隣保共助に依り治安を維持せしめむとすることも亦重要な目的の一つであつて、この點は年貢の完納に關する事項と同様にすべての五人組帳に現はれて居るといつてもよいほどである。されば「在々所々、惡黨もの有_レ之時分は鳴を立可_レ申候、其時は先々之村々よりも出合、召擲候者、御褒美可_レ被_レ下候由得_レ其意、奉_レ畏候、若_レ郷中にて不_レ出合ものは曲事に可_レ被_レ仰付候、尤郷中不審成もの參候歟、惡黨之者、堂社山林にかくまり居候を見出し候

はゞ名主並郷中之もの相談之上、からめ取候て、御注進可_レ申上候、然る上者、品により江戸へ召連候刻、旅費入用 御奉行所へ罷出候迄、諸事入用百姓不_レ致_レ迷惑候様に……」といひ、また「在々所々名主・百姓之所へ盗人入候はゞ、雜物委細に書付、早速注進可_レ申上候、縦雜物不_レ被_レ盗取候共、其品申上、御帳に付可_レ申候、勿論無_レ心元もの有_レ之候はゞ、親類・縁者・好身之ものに候共、無_レ遠慮可_レ申上候事」とあり、更に「盗人之届、又者盗まれ候雜物見出し、其届有_レ之候はゞ、名主・五人組立會、詮議仕可_レ申上候、縦何様の輕もの申來候共、疎略に仕間敷候、若_レ致_レ油斷、其盗人欠落爲_レ致候歟、雜物紛失致候はゞ、其者は不_レ及_レ申、名主・五人組曲事可_レ被_レ仰付候事」とあつて、治安維持に關して五人組合員が連帶責任を負はされて居つたことを證して居る。

以上の外に質地・用水・河川の堤防修築等、奉公人・人身賣買・切支丹・火事、その他の諸事に關して五人組の任務を細かく定むるところがあるが、更に他の法令乃至五人組帳においては婚姻・養子・後見人の選定・相續、その他の場合において五人組合員が隣保者として一定の法律上の權利義務が與へられて居る。されば、要するに五人組制度は庶民のあらゆる日常生活關係を隣保共助といふ觀點から規律し處理せしめむとするものであつて、その範圍はすこぶる廣汎に互つて居る。彼の享和元年米澤藩伍什組合掟書の中で、「五人組は常にむつましく交りて苦樂を

共にする事家族の如くなるべし」と謂つて居るのは、真によく五人組制度の有つ隣保共助的觀念を表現せるものであると謂ふべきである。

尙、序ながら、家庭の妻女達が子安講と唱へ大勢集りて酒食をなし勝手我儘の行爲あるを禁じたものがある。すなはち嘉永六年下總國船橋村御仕置帳略記がそれであつて、「一村々に於て年若の女房ども子安講と唱、婦人の身分として大勢寄集、米錢を差出し、酒食いたし候上、中には惡事に携り、女の道にふれ候儀も有之哉之旨、一體婦人と申者は、歳若の身にては宮寺へ參り候事可恐程之儀を不顧、夫をないがしろに致、講を取結び、勝手我儘に酒食致、子安講に事寄、不_レ宜_ニ身持、不_レ埒之儀に付、以來右様講ケ間敷事決して不_ニ相成_一候事」とある。そこに風俗の肅正が考されて居る。

さて以上に依つて五人組制度のことを略々述べたつもりであるが、もとより説明を省略した部分が甚だ多い。しかし五人組制度は根本において隣保共助を目的としたものであつて、近所に居住して居り乍らも相互に顔も知らなければ、また顔を知り居るも路上下面を外らして會釋をしないといふが如き近代の個人主義的なものとは全く相異なることが知られる。そして、それは舊に隣保共助制度といふことの外に、實に全國民を本制度に依つて組織し編成したものだと言はねばならぬ。それではなければ決してあのやうな大規模な展開は見られなかつたとも考へられる。

しかしながら、かくの如き五人組制度は明治維新以降においては次第に廢絶にむかひ、殊に二十年代以降になつてからヨーロッパの法制を参考にして作られたる町村制が實施せられるに至ると、舊時代の五人組制度とは全く性格を異にするところの近代的なものに傾倒することとなり、ここに従來の隣保共助的五人組制度は捨てられて個人主義的・自由主義的考へ方に依つて人々の生活が律せられるに至つた。すなはち各個人は自己の欲する事柄に就き、自己の欲する儘に自己の責任において行動するのであるから、他人との、連鎖を保つて居ることは、彼等のいはゆる自主獨往の障害となること甚しと考へられた。かくして人々は獨居主義・割據主義を採つて部落や町内の共同事項を隣保共助の精神を以て處理する代りに、個人主義を以てせむとした。もとより地方によつては舊時代の五人組制度は依然として——若干の形を變へてではあるけれども——猶ほ今日に至るも連綿として行ひ來れる處もあるが、しかし世の大勢としては個人主義的な方向にむかつて進むだことであつた。

然るに、最近になつてその然るべからざる所以が反省されるに至り、各地に五人組制度に多少なりとも影響を受けたる隣保制度が起りつつある。殊に全國一齊に隣組の組織化が行はれ、常會を開いて共同の事項を議すると共に、日常の生活においても従來の如き自主獨往的な精神と態度とを捨てて、公けに奉ずるの精神に基き眞の意味の隣保共助の實を擧げむとして居ることは、こ

れ舊時代の五人組制度の單なる復活ではなくて、實にその新らしい時代に相應しいところの復興である。我々が昔の五人組制度を見てその餘りにも權威主義的にして民意の暢達に頗る缺くるものありしことを感ずるのであつて、例へば前にも述べたる如く組内から悪黨人が出たならば五人組を處罰するといふ風な舊時代の刑事連帶責任制度だとか、或ひは組内に租税滞納者があつた場合に、その者の分をば他の同一組合員が連帶して辨納すべしだとか、等々はその尤なるものである。これ等の事柄は、かくすることに依り各組合員をば互ひに相戒しめて犯罪に陥つたり、租税を滞納したりすることなからしめむとするものなることは謂ふまでもないのであるけれども、しかし、それに就いてはその本人のみに責任を問ふにとどめ、別にかかるとの發生を防止するにつき今少しく文化的な方法を考へ出さねばならぬわけである。個人主義・自由主義といふ一個の近代的思想は今その歴史的任務を終へて居ること勿論であるが、問題は要するに、隣保制度は歴史的なものであり、各時代々々に即應したものが作り上げられねばならぬことを理解しなければならぬのである。

我國の國民組織は國民の總力を結集して大政を翼賛し奉ることを目的とする。これは日本的獨自の精神に立脚して居るのであるが、しかも、その爲めには同時に隣保共助と民意の暢達とを不可缺のものとして居る。舊時代の隣保制度は右の根本目的を未だ十分に意識的に實現するに至ら

ず、思想においても技術においても缺くるものあつたことは之を否定するを得ない。今日、我々は隣保制度の歴史的探究をなすことに依り新らしい現代的なものを創造するに資するところがなければならぬのである。

第三 日本的土地所有權の精神

一 所有權の歴史的 성격

我々の私的生活を規律する基本的普通法たる民法は、その第十九世紀的原理において「契約の自由」「所有權の自由」及び「遺言の自由」を掲げ、これを以ていはゆる財産法上の三大原則となし來つた。この原則の具體化されたものとして、日本民法はその第九十條において「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行爲ハ無効トス」と定め、然らざる限りは如何なる契約をなすともすべて當事者の自由であることが宣明せられ、また第二百六條においては所有權に關し「所有者ハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其所有物ノ使用、收益及ヒ處分ヲ爲ス權利ヲ有ス」といひ、殊にこの點に就き大日本帝國憲法第二十七條は嚴かに「日本臣民ハ其ノ所有權ヲ侵サルコトナシ」とされ、續いて「公益ノ爲必要ナル處分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」と、所有權の最も尊重さるべき所以が明らかにせられたのであつた。若しそれ遺言の自由に至ては、滿十五年に達したる者はすべて原則として遺言を爲すことを得ると定められて居るのである（民法第千

六十一條)。

さて私のここに論究せむとするのは所有權、殊に土地所有權に就いてであるが、元來、近代的土地所有權はその土地に對する所有權者の全面的支配權を内容とするものであり、土地を法令の制限内において如何やうにでも利用し得る渾一なる内容を有する。地上權や永小作權などに依つて制限せられるときは、所有權の内容は空虚に近きものとなることもあり得るけれども、これ等の制限は悉く有限であるから、所有權は觀念上一定の時期において圓滿な状態に復歸する。すなはち所有權は全面的支配に復する弾力性を有し、且つ時効に依つても消滅しない恒久性を有するのである(註一)。

しかしながら、かくの如き強力なる内容を有する土地所有權なるものも、詮ずるところ一個の歴史的な範疇たるに過ぎずして、近代的、換言すれば個人主義的・自由主義的思想の行はるる世界において初めて完全に妥當するものではあり得ても、決してすべての時代に適用し得るものではない。ギールケの有名な言葉に、「所有權は歴史的範疇にして、論理的範疇にあらず」とあるのは、無限の眞理を包藏するものなりと言はざるを得ない。尤も、これは所有權の思想及び制度に就いて妥當するに止まり、少くとも日本固有法精神そのものは三千年以來連綿として無窮の生命を有して居り、従つて所有權の法理の如きも決して時代と共に變轉するものではない。これは

正に日本國體に淵源するものであつて、絶えて他國にその比を見ざるものであるから(註二)、右のギールケの言葉を讀む者は特にこの點に對する注意を必要とする。

さて、ここに最も注意すべきは日本民法において「所有權ハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其所有物ノ使用、收益及ヒ處分ヲ爲ス權利ヲ有ス」(第二百六條)、及び「土地ノ所有權ハ法令ノ制限内ニ於テ其土地ノ上下ニ及フ」(第二百七條)とある點である。蓋し、土地所有權は法令の制限内においてのみその權利たるの機能を完ふし得るものであるから、社會思潮の變革に依つて從來のものとは全く別個の理念に立脚する法令に依り極度の制限を加へらるるに至ることがあるやも圖られない。そうなれば、從來の觀念におけるところの圓滿・完全にして排他的な所有權なるものは、その内容をそれに相應して變化しなければならなくなるのである。現にこれを歴史の經過に就いてみるに、第十九世紀においては所有權は能ふる限りこれに制限を加へず、所有權者の自由なる意思に基いて恣にその使用・收益及び處分を許すばかりでなく、若しもそれを妨礙する者があるならば國家はみづからこれを排除してやり、以て所有權の本來的性格を完全ならしめむことに努め、且つまた國家においても能ふる限り所有權を制限するが如き法令を制定せざることを建前として來たのであつた。

然るにその後の經過においては如何であらうか。所有權者はほしうままに土地を進退し、欲す

るままに使用し収益し處分することができらうか。決して左様ではない。土地所有権者はその土地への作物に對する制限を受け、小作料の受領に就いても國家の指示の下に立ち、又その土地を處分するに就いても不當な高價による賣買は堅く許されないこととなつて居る。人或ひはこれを以て戦時下の一時的現象に過ぎず、平和克復後においては又元の如くすべてが自由になるに至るものと思ふるならば、これ過てるの甚しきものと謂はねばならぬ。何となれば、第十九世の個人主義・自由主義の法律思想は成る程、中世期の極端なる制限に比較するならば隨に生産の増進に寄與し得たけれども、その経過の中におのづから利己主義を中心となし、眼中には國家も社會も無きかの如く、自己の利益の爲めに全體の福祉を犠牲とするも憚らざるものあるに至つたが爲めに、ここに明確に、意識的に國家公共の利益を第一義的に考へて、かかる國家的・公共的立場から所有権を統制し按配することが、取りも直さず國家を隆昌ならしめ全體的福祉を増進し得る所以が理解されるに至つたのであつて、かくの如きは固より法律原理における一次程の前進であり、従つてこれが第十九世紀的なものに復することは取りも直さず退歩であるからである。かくの如く考ふるならば、從來の民法原理における個人主義的・自由主義的土地所有権なるものは飽くまでも一個の歴史的なものたるに外ならぬ所以が明かであつて、所有権のかやうな意味における歴史性はいつれの國においても進展して居るといふべく、いはば普遍的な事柄である。

のである。されば、我國の土地所有権も亦もとよりその例外たることが出來ず、新しい思想に基いてその性格が作り上げられねばならない。がしかし、それは何處までも日本的に構成されることを必要とする。すなはち、その新らしい原理とは、日本臣民の土地所有権は天壤無窮の皇運を扶翼し奉り、國家の公益に寄與し得る限りにおいてのみ「權利」として國家の保護を受け得るにとどまり、ひとたび國家のために有害であるか、若くは公益に何等の寄與をも爲し得ざるが如き所有権はこれを許容され得ない、といふことにならねばならぬのである。そこに所有権の制度及び思想における重要な轉換に直面して居ることが看取されるのである。

(註一) 我妻教授「民法」1(岩波全書本)、第一九二頁乃至第一九三頁。

(註二) 日本法精神に關する卑見は、拙著「日本固有法の精神」(昭和十八年、大日本雄辯會講談社發行)殊にその第六章参照。

二 土地所有権の國民性

次に、私は從來甚だ看過され來れるところの所有権の國民性といふことに就いて述べねばならぬ。元來、所有権なるものも所詮は一國文化の集約された一面に外ならず、その國を構成せる

國民の一般的性格を抽象しては具體的なものとして理解し得ないのである。例へばローマ人に就いて觀やう。ローマ人はその國民性において頗る規則づくめの喧ましい權利とか義務とかを個人主義の立場から主張するのを常として居たから、周知の如くローマ法は個人主義的權利義務の大法律體系となつて現はれたのであつて、この見地を離れてはローマ法の性格を理解すること困難であると謂はねばならぬ。

同様にして、支那法にありても亦それ自身顯著なる特色を有つて居る。すなはち、支那人は甚だしく形式の美を尙び雄大を誇るといふ國民性を有して居るが爲めに、例をその根本法たる律令にとつてみるも、形式は頗る莊大であり、堂々たる文字を以て書き連らねてあるけれども、そこに示されたる凡百の規則が果して現實的によく行はれ得るや否やといふことは、むしろ第二義的にしか考へられて居らなかつた。もとより立法者としてはその全規定が一も剩さず遵守されるべきことを希望したであらうことは明かであるけれども、雄大なる構成を有つところの成文法典を制定することそれ自體がまた一つの目的でもあつたのである。

然るに、我國の法制史は如何であらうか。これをローマ法や支那法に比較するならば大いにその趣を異にするものあるを發見する。例へば、我が舊時代の法制はローマ法の如き個人主義的なものではなく、いはば團體主義的なものであつた。それは固より國家社會組織が左様ならしめた

ものではあるが、個人は氏族又は鄉村といふ團體から孤立したところの個人として生存し得るものではなく、團體の一員としてのみ初めてその生存を完ふし得たるに外ならなかつたから、村役人と總百姓とが打つて一丸となつて一個の「村」といふ有機的團體を作り上げ、個人は村民であるが故に個人たることが出来、ひとたび村民たるの資格を失ふならば最早や個人としても何等の法律上の地位を占むることを許されぬ状態に置かれねばならなかつた。故に、土地の賣買をなすにも、また訴訟をなすにも、必らず村役人の奥印を必要として居た徳川時代の法制において、若し人が村民たるの資格を失ふならば村役人の奥印を受けるの途がなくなり、従つて當然に土地の賣買も訴訟もなすことを得ないといふ結果に陥らざるを得るのである。のみならず、村は一個の法人格を有して居たから、自ら村の名を以て訴訟をなし、財産を所有し、租税を納め、刑罰を受ける、といふことが行はれ、しかも村は村役人と總百姓とを離れては實在し得ざるものであつた爲めに、かくの如き村の有する法律上の能力は、取りも直さず自然人たる村役人、總百姓の全體において負載するものに外ならない（註一）。されば、我が固有法が甚だ濃厚な團體法的性格を有し、ローマ法の如き個人主義を基調とするものではなかつたことを容易に理解し得るのである。しかして、かくの如き團體主義的性格を有して居たが故に、個人を中心としたる權利とか義務とかよりも、先づ以て團體全體の福祉増進を基幹として法制が考へられたことは當然であ

る。私はこの點において日本固有法の頗る注目すべき點があるし、且つ又、それが日本の土地所有權の精神を究明する上に甚だ重要な事柄であると考ふるものである。

更に又、我々は日本固有法が支那法の如き形式主義的なものに非ずして、現實主義的なものであつたことを強調しなければならぬ（註二）。いはゆる現實主義とは、現實の生活に即して事を考へ、現實生活に即して事を處理することに依り、徒らなる架空の理論や現實から遊離せる制度などを好まないことを指せるものであつて、これは日本法制史を一貫せる顯著なる特徴であるといふことが出来る。私は先づその第一として法哲學を擧げやう。元來、我が國には西洋學者のいはゆる法哲學（Rechtsphilosophie）なるものは發達しなかつた。もとより後に述べる如く我が國體に基く法理は嚴存したけれども（註三）、具體的に法とは何ぞや、或ひは法は如何なるものであるべきか、等々の點に就いての哲學は大成されず、従つて日本法哲學史なるものは西洋のそれに對比して頗る變つたものになつて居る。そしてその反對に、法學者はただ専ら現實の法——成文法および慣習法——を實用に役立つ限りに於いて説明し註釋するに力を注いだ。かくの如きは一見して奇異に感ぜられるけれども、本居宣長が道破せる如く日本人は言擧げせざる不言實行の國民であるから、法理の如きは如何やうにもあれ、兎に角、法は我々の現實生活を適切に規律するものであり、法學はかかる法をただ現實生活に役立たしむる爲めに説明し註釋すればそれで十分であ

ると考へて居た爲めに外ならないのである。されば、我が舊時代においては法哲學者は稀有であるけれども、法註釋學者は多數に存在して居た所以である。王朝時代に作られたる官撰の「令義解」を始めとし、私撰の法律書、例へば「令集解」「律集解」「法曹至要抄」等、いづれも律令に對する實用的な註釋書の域を出づるものではない（註四）。また中世の「沙汰未練書」「武政規範」等の如きも矢張り武家法に對する註釋書であるし（註五）、徳川時代の法律書なども同様の部類に屬するものが多い。要するに、これ等はいづれも架空な理論よりも現實を尙べる國民性をよく示現せるものである。

かくの如き現實主義は同時にまた法の形式に拘泥せず、徒らにその外面的構造の雄大を誇りとするが如きことをしない。それは支那法と比較すれば一見して了解し得るところである。すなはち、我が中古における國家の根本法は律令であり、しかもこの律令たるや支那の律令を模範としたものであつた。勿論、徹頭徹尾模倣に終始したといふのではなく、我が國體を基本としつつ時には民情風俗等を適當に考慮して、以て支那法を改めて居る部分も存在するけれども、その形式に就いて謂へば支那法を土臺としたものであることは議論の餘地がない。然るに、この律令はその編目を一瞥したのみにても如何に雄大な體系を有するものであるかが知られるのであつて、この堂々たる一大成文法の體系は、維新以前の舊時代においては他に並ぶものなく、しかもその基

礎に支那法が在つたのである。

然るに、今これを我が固有法に比較してみるならば正に思ひ半ばに過ぐるものがある。蓋し、我が固有法にあつては前に述べたる現實主義の然らしむるところとして不文の慣習法を基礎とし、成文法の如きは頗る乏しい。しかのみならず、かかる不文主義は幕末に至るも持續されて改められず、時に重要な成文法が作られることはあつても、それはただそれ自體が重要な成文法であるといふだけのことであつて、決して成文主義が從來の不文主義に取つて代つたわけではないのである。その最も典型的な例として御成敗式目と公事方御定書とを挙げ得る(註六)。

以上の如く考察して来るならば、我々は日本人が徒らなる形式の美や架空なる議論などを排して、ひたすらに現實を尙ぶところの國民性を有するものなることが明かになつて來た。しかし我が法制史上において國民性がかくの如く具現されて居るならば、それが當然に土地所有權に對しても何等かの顯著なるものが具體化されて居るべきは當然のことであつて、そこに我々として解明すべき重要な論點のあることを考へざるを得ないのである。蓋し、法律制度一般が國民性を重要な要素として攝取して居る以上は、その全法律制度の一環を構成する土地所有權がそれぞれ國民性を與へらるべきは固より當然のことだからである。

然らば、我國の土地所有權は如何であつたであらうか。私はこれを一言の下に現實主義的であ

つたと答ふるに躊躇しない。そして、その現實主義なるものが土地所有權の側面において具體的に如何に現はれ、如何に觀念せられて居たかを、次に沿革的に明かにして行きたい。

(註一) 拙著「日本法制史より觀たる團體法」(昭和十七年、日本法理叢書)第六九頁以下。

(註二) 拙著「日本固有法の精神」(昭和十八年)第五章參照。

(註三) 日本法理に就いては右拙著の第六章參照。

(註四) これ等の諸書に關する事項は、拙著「日本法制史大綱」(昭和十八年全訂)第七〇頁參照。

(註五) 拙著「日本法制史大綱」第一七四頁乃至第一七五頁。

(註六) 拙著「日本法制史大綱」第一六八頁、第二六六頁。

三 日本土地所有權史の性格

(1) 古代法

私は先づ日本土地所有權の歴史的叙述から筆を始めねばならぬ。さて我國においては大化改新以前の古代に既に土地所有權の制度が存在したことは明かであるが、しかし第一節に述べたる如

く所有権は常に歴史的範疇であつて論理的範疇ではないのであるから、如何に古代に土地所有権制度が存在して居たとは謂ふも、それはどのやうな意味においても近代的第十九世紀的思想に基づく所有権を内容とするものに非ざることは明白であり、従つて、近代法的——換言すれば個人主義的、自由主義的、利益主義的——ならざる古代的なものであつたことを、ここに切に強調して置かねばならぬ。學者往々にして、近代法的意味の所有権の概念に該當せざるものをば總てこれが所有権たることを否定せるものも見受けられるけれども、かくの如きは所有権の歴史性を没却せるものであつて、謬れるも亦甚だしと謂はざるを得ない。近代法的所有権の概念は歴史上存在し得る唯一の形態ではなく、それ自體が既に歴史的発展を遂げて到達し得たところの所有権の一型態に外ならず、この外にも各時代それぞれ自己に適する所有権制度を持ち得たのであるし、また實に持たねばならなかつたのである。

されば、我が古代における土地所有権も亦もとより古代期特有のものであつたのは當然であるが、ここに注目すべきは氏族制度の存在である。氏族制度にはそれぞれの族長たる氏ノ上があり、これに氏人及び奴その他が附屬して居た爲めに、氏ノ上が土地に對して有する所有権なるものは多分に半公半私の性質を帯び、恰も徳川時代の領主に近似せるものがあつたから、土地を私法的に支配すると同時に公法的にも支配して、その領民に對しては裁判を行ひ刑罰を科するが如

きことも屢々これを行つたのである。一般に、法は時代を遡るに従つて公私が混淆してその區別明確ならず、むしろ私法が公法の中に攝取吸収されるのを普通として居たが爲めに、氏ノ上の土地所有権がむしろ公法的なものに近かつたことは毫も怪しむに足りないところである。現に大化元年の詔において、豪族が土地を兼併して争ひ戦ふこと已まず、調賦を進むる時に及むでは先づみづから收斂めて然る後に分ち進め、宮殿を修築し園陵を築造するに際しては各々己が民を率ゐて事に隨ひて作る、と仰せられたまひしところに依つて、彼等が土地人民を私有し、仍つて以てその土地及び人民に對し公法的な、換言すれば政治的な支配權を行使して居たことが示されて居る。かかる點において、彼等の土地所有権は私權を伴へる公的權力を内容とするものであつたと謂ひ得るのである。

もとより、古代に氏族による土地の總有制が行はれ、土地は氏族員全體の未分割なる團體有も屢々見られ、これを彼等が共同利益する如きことも珍らしくなかつたと推察せしめられる點があるが、しかし、そのことは決して氏ノ上の權力の強化に依る土地人民私有化への趨勢を毫も抑止し得るものではなかつた。

しかして、他面において氏ノ上における氏人の如きも勿論自己の爲めに土地を私有し得たことは謂ふまでもなく、そしてその私有權は氏ノ上のそれに較べると遙かに公的色彩の稀薄な内

容を有し、みづからこれを耕作するの権能は固よりのこと、これを他人に賃貸して小作せしむることも亦行はれて居た。しかしながら、ここに最も注意すべきことは、他人に賃貸することを當時は土地を「賣る」と云つて居たことである。例へば、奈良時代に制定せられたる養老の田令には、諸國の公田は皆國司をして郷土の估價に従つて賃租せしむる旨を規定してあるが、「令義解」にはこの規定に註して、「謂公田者、乘田也。賃租者、凡乘田限三年賣。春時取直者爲賃也。與人令佃、至秋輸稻者、爲租。即今所謂地子者是」(註一)と謂つて居る。ここに謂ふところの公田とは乘田であるが(註二)、更にこれを説明すれば、規定の如く土地を百姓に班給したるも猶ほ餘剰となれる土地が取りも直さず乘田であるわけであつて、これ等の乘田を地方長官たる國司がそれぞれその地方の公正妥當なる價格を以て百姓に小作せしむるのが賃租であり、且つ賃租とは乘田を一箇年を限つて「賣る」ものに外ならない。

然らば、この乘田を一箇年を限つて「賣る」といふのは現行民法に謂はゆる土地の賣却、すなはち土地所有權を賣却するの意であるかといふに、決して左様ではなくて、土地を耕作する權利、換言すれば用益權そのものを「賣る」だけであつて、我々が今日いふが如き意味における土地を賣るものではない。しかして、私はそこに頗る注目すべき點があると思ふものであり、當時の觀念においては土地に對する所有權そのものよりも、むしろ土地を現實的に占有しこれを用

益することに重點を置かれて居たことを如實に證明するものであると解する。すなはち、表面的な所有權よりも實質的な耕作權を重視するの觀念が表現されたものといふべきである。そして、この點にこそ實に我が固有法における土地所有權の觀念が潜むで居るのであつて、かくの如きは猶ほ後代に至つても隨所に顯著に看取し得るところである。

ところで、右の文は養老令に對して註釋せるものであるから、支那法系の思想にあらずやとの疑問を抱かる向があるやも知れぬけれども、豈圖らむや、これを實に我が古代から存在せる固有の思想に外ならぬのである。その最もよい例として、未だ律令の制定され居らざる大化元年の詔は前に引けるところに續いて、勢ある者は水陸を分割きて私地となし、百姓に賣り與へて年其價を索ふ、と仰せられてあるのを擧げることが出来る。この場合も亦全く「令義解」の註釋と同じ意味の「賣田」であるのであつて、これは明かにかくの如き觀念及び制度が大化改新以前の古代から存在して居たことを雄辯に立證するものであらぬばならぬ。従つて、「令義解」における「賣田」は一つに古代法的觀念を表現せるものと斷じて憚らないのである。土地を形式的に所有する權利そのものよりも、土地を占有し耕作する權能を重視して居たことは今や全く明かであり、そして又、そこに近代法的所有權とは全く異なるもののあることを知らねばならぬのである。

(註一) 令義解、卷三、田令(國史大系、第十二卷、第一〇〇頁)。

(註二) 公田に就いては拙著「日本法制史大綱」(全訂版)第二二頁。

(2) 律令時代

前に述べた如く律令は支那よりの繼受法である。元來支那においては早くから律令が制定せられ、王朝の交替ある毎にその内容に改正を加へられはしたが、いづれも堂々たる一大成文法典であり、それが後代に至ると頗る整備せるものとなつた。我が王朝時代の律令は最古の近江令が隨唐令を模範としたる外は、總て唐の律令を原としてこれに必要なる改廢を加へたものである。しかして、王朝の律令は前後數次に互つて制定せられ、(1)近江令(天智天皇の七年)、(2)天武律令(天武天皇の十年乃至十四年)、(3)大寶律令(文武天皇の大寶元年)、(4)養老律令(元正天皇の養老二年)の四令三律が作られた。けれども悉く舊令若くは舊律令を改正せるものであり、且つ養老律令以外は今日殆むど傳つて居らない状態である(尤も養老律令と雖も今猶ほ欠缺せる部分が少くない)が、いづれにしても律令は基本的には支那法系のものであり、日本固有法ではないこと勿論である。

そこで、今この養老律令に現はれて居るところに依つて土地所有權が如何に制度化せられ、また如何に觀念せられて居たかに就いてみるに、既に大化改新において豪族が土地人民を私有する

ことを禁止せられて公地公民とされ(大化二年正月)、この收公地をば班田收授制に依つて百姓に班給したのであつた。しかも、この土地は賃租すなはち小作に付することは許されて居るけれども、代價を受取つて他人へ賣却してしまふことは禁せられ、且つ百姓が死亡すればその者に對して嘗て班給せられたる土地を收公する定めになつて居た。養老の田令では宅地や園地の賣買を明かに許して居るけれども、田地に就いてはただ單に賃租と交換とを認めて居るに過ぎないのである。従つて、この種の土地は使用・收益をなし得るのみで、處分する權能を百姓に與へられて居らないから、これは少くとも近代法的觀念を以てする限りは土地所有權の名に値しないものであるし、その爲めに從來我が學界の通説として當時國有主義が行はれて百姓に土地所有權が無かつた、と説かれて來たのであつた。

併し乍ら、靜かに考ふるに、かくの如きは所有權の歴史性を忘却せるものであつて、近代法における個人主義的・自由主義的觀念が缺如せるの故を以て、直ちに律令時代に土地所有權無かりしもの如く説くは大いに考慮を要する。律令時代には矢張り律令的な土地所有權が存在したること掩ふべくもない。然らばそれは如何なる意味においてであるかといふに、乞ふ次にこれを説かむ。

乘田のことを公田・寺院の所有地を寺田・神社の所有地を神田・と謂つたのに對し、百姓に班

給されたる口分田を始めとし位田・賜田・墾田・等を特に私田と謂つた。例へば養老の田令に、公私の田が荒廢して三年以上になれば、能く借りて佃る人がある限りは、官へ届け出でその許可を受けて借地せよ、隔越せりと雖も亦聽せ、私田は三年にて主に還せ、公田は六年にして官に還せ、限り滿たむの日、借らむところの人、口分未だ足らざれば、公田は即ち口分に充ることを聽せ、私田は合すべからず云々と見え（註一）、そして「令義解」にはこの「公私田」に註して、「謂位田・賜田及口分田・墾田等類、是爲私田、自餘者皆爲公田也」と謂つて居る。

若し總ての土地が國有であつて人民には寸毫も所有權が許されて居らかつたならば、かくの如き公田・私田の區別を設けることそれ自體が自家撞着でなければならぬ。しかも敢てこれを設けたる所以のものは、公田と私田とが法律上顯著なる本質的差異を有するが爲めに外ならない。すなはち、全國の土地は總體的に天皇の統治大權を及ぼしたまふ王土であり、古代的族長より收公されたる土地はこの意味の王土になつたのであつて、國家が人民に代つて土地所有權を獲得したものでなく、故に主權の及ぶ領域内の土地たる王土を口分田として百姓に班給し、その殘餘をば公田（官有地）となし、仍つて以てこの公田を百姓に賃租（小作）せしめたる價をば太政官に送りて雜費に充てしめたのである。そして、この意味の公田に對して私田の範疇に屬せしめたる位田・賜田・口分田・墾田等に就いてみるに、位田は位階の帶有者の一生を限り給與される土地

であり、賜田は別勅を以て賜はる土地ではあるが、これに永代賜田といふ無期永代の所有權を發生するものと、有期の賜田との二種があるけれども、いづれもこれが律令的所有權であることは變らない。この外、有期所有權の客體としては、一定の官職にある者に給與される職分田、國家に勳功ある者に賜はる功田（これに大功田・上功田・中功田・下功田の四種あり、大功田は永代無期の所有權を認められ、上功田は三世に傳へ、下功田は子に傳へる）、それから私人が官の許可を受け、墾開せる私墾田等があるがこれらも亦いづれも永代無期なるか有期なるかの差異はあるけれども、共に以て所有權の客體たるの土地である。若し人ありて、期限付の所有權の如きは眞の所有權にあらずといふならば、私は言下に反問せむ。——然らば永代無期の所有權が眞の所有權であるならば、左様な眞の所有權地たる大功田や永代賜田などと何等の區別をもなすことなくして有期所有權地たる位田・賜田・功田・口分田等を一樣に「私田」の範疇に屬せしめてあるのは何故であるか、と。一般に舊時代的觀念においては期限の有無の如きは、所有權を觀念する上において何等本質的な問題ではなかつたのである。その最もよい證據として、中世鎌倉室町時代において隱居分・化粧田等の如き有期所有權を發生せるに過ぎざる、且つ又、背後に期待的所有權者ありて處分の自由を制限されたる所の、いはゆる一期分の土地が存在して居たが、誰人もこの一期分の土地を以て隱居人とか嫁入娘とかの所有地に非ずと説ける學說あるを見ない。それ

は實に説き得ないからである。然らば當然の事理より言ふも、律令の私田が有期たるは無期たるとを問はず、本質的には律令的私有権地であつたことを承認せざるを得ないであらう。政治的意味を有つ「王土」の概念と、法律的意味における「公田」「私田」の概念とは斷じて混同するを許されないのである。

更にまた養老の田令には、園地は地の多少に随つて均しく給し、若し絶戸とならば之を公けに還すべき旨を規定してあるが、ここに謂ふ園地は菜園地であり、その賃租も賣買も許され居て、ただ家族が全部死亡または逃亡して絶戸となりたる場合に初めて官に還收する土地である。ところが「令義解」はこれに註して、「謂依下條聽賣園地、即地主存日賣訖者、不可更還、」と云ひ（註二）、園地の給受者を明かに「地主」と稱して居るのである。然るに天平二十年八月二十六日の山城宇治郡加美郷家地賣買券には、賣地人が「地主加美郷戸主宇治宿彌大國」と見へて居るのであるから（註三）、宅地の如き「私田」も亦官より給授されたる地と同じ私有地であつたことが明かである（註四）。

ところで、私は前に「令義解」を引いて位田・賜田・口分田・墾田等が「私田」であるとの解釋を擧げたが、ここに見える墾田の如きは實に典型的な私有地であつて、その起源は養老七年四月の三世一身之令に發する。曰く、「太政官奏、頃者、百姓漸多、田地窄狹、望請、勸課天下、

開闢田疇、其有新造溝池營開墾者、不限多少給傳三世、若遂舊溝池給其一身、奏可之、」（註五）と。すなはち班田制度の例外として（註六）、新しく田地を開墾したる場合にはその者の三世に亘つて私有せしめ、また灌漑をなした者にはその一世だけ私有地たらしむべしといふのであるから、これは口分田に比較するならば一段と明確なる私有地であることが知られる。しかのみならず、間もなく天平十五年五月二十七日の格においては更に一步を進めて、墾田は三世一身を論することなく所有者の永代所有地たらしむべしとして、「墾田據養老七年格、限滿之後依例收獲、由是農夫怠倦開地後荒、自今以後任爲私財、無論三世一身、悉咸永年莫取、」云々と改めるに至つた（註七）。この墾田が既にその初期においてすら後代的觀念を以てするも私地的色彩を濃厚に有つて居たことは明かであるが、口分田がかかる墾田と同じく「私田」の範疇に屬せしめられて居るといふことは、取りも直さずそれが給受者の私有地であつたことを證するものである。勿論、口分田は墾田に比較すると有期であり且つ處分が禁止されて居るが、しかしそれは政治的理由に基づくところの權利の内容に對する制限に外ならず、そのことを以て毫も口分田が給受者の私有地たることを妨ぐるものではないのである。私有地に對する賣買の禁止の如きは後に述べるやうに徳川時代にも見られたところであつた。

かくして、口分田が百姓の私有地であることは明白になつた。そして、私は實にそこに矢張り

我が傳統的な土地所有權の觀念が潜むで居るものと解するのである。すなはち、土地に對する圓滿完全にして排他的な支配權などといふが如きローマ法的・近代法的觀念を知らずして、實はそのやうなことも現實に土地を占有し耕作するところの觀念を中心として構成されたる所有權の觀念が、やはり又、律令的土地所有權の内容を成して居たが爲めに外ならず、謂はば耕作權を中心とする所有權であつたと謂ひ得るのである。現に古代法の所でも述べた如く、土地を賣るといふことは即ち土地の利益權を賣るものであると考へられた點からもこのことを立證し得る。支那法系の律令においても凡そかくの如く我が固有法の傳統的思想が受け繼がれて居たことを留意すべきである。

(註一) 令義解、卷三、田令(國史大系、第十二卷、第一〇三頁乃至第一〇四頁)。

(註二) 右掲書、第一〇一頁。

(註三) 大日本古文書、第三卷、第一二二頁。

(註四) 中田博士「法制史論集」(第二卷)第六頁乃至第七頁。

(註五) 續日本紀、卷九(國史大系、第二卷、第一四三頁)。

(註六) そこに「例外の原則化」があることを注意すべきである。この點に就き拙著「日本固有法研究」(昭和十一年)第七八頁。

(註七) 類聚三代格、卷十五(國史大系、第十二卷、第八二二頁)。

(3) 庄園時代

律令制度は平安時代に入ると次第に行はれなくなり、從て口分田制度も亦おのづから庄園制度に轉化せざるを得なくなつた(註一)。元來、庄園は一般に不輸不入の土地であつて、庄園領主は國衙へ租税を輸さず、また官使・國使は庄園内へ入部せざる不入地であつたから、庄土に對する領主の權利は私人化さたる公權力であり、自己のために年貢雜物を取り、みづから庄民を支配した。そして領主の下には庄務を執行する庄官を置くと共に、庄土恰も自己の領地たるかの如き地位に置いたのであるけれども、土地私有權なるものは庄園内に居住する僧侶・武士・百姓等の手に在るのが普通であつた。蓋し、庄園領主は庄土及び庄民を一種の公法的に支配する色彩が顯著であり、土地に對する私法的權利は主として庄民にこれを與へて居たからである。勿論、公法的といひ私法的といふも近代法的な意味において嚴密に謂ひ得るものではなく、公私法混淆のいささか漠然たる形態において左様にいふに過ぎないのであるが(註二)、ともかく庄民をして現實的に土地を「知行」せしめたのであつた。

然らば、庄民の知行權は如何なる内容のものであつたかといふに、そもそも庄園法系において

は一般に不動産物権のことを「職」といひ、占有權のことを「知行」と稱し、常に土地所有權のみならず、すべて廣く土地に關する支配權を念頭に置かれて居た。故に、庄園領主が庄民より年貢を徴收し庄園を支配する權利を領主職と呼び、庄官が領主の土地そのもの又は土地から受ける權利を庄官職と唱へ、地主の所有權を地主職(新開田たる名田みやうでんの主の所有權を名主職みやうしゆしき)、小作權を作人職などと謂つたのである。故にこれ等はいづれも土地を中心とする權利である點においては共通であるが、しかしその内容は皆同じくない點に注意すべきである。しかしてここに最も注意すべきは、庄官職も地主職も共に領主の「御恩」を以て充行はれる、すなはち恩補されるのを普通としたから、領主の意思によつてこれを與奪され得るの状態に置かれて居たことである。かかる點においても矢張り近代法的な所有權と甚だしく性格を異にして居ると謂はねばならぬ。

ところで、地主職すなはち地主の土地に對する權利は近代法の如くしかく「自由」ではなかつた。殊に土地を他人へ賣却する場合には領主へ届け出でてその許可を受くることが普通とされ、許可なくして賣買すればその土地を沒收するが如きことも行はれたのであるし、また必ずしも永代無期の所有地とも限らなかつた。例へば前にも觸れたる如く、隱居人が隱居分を留保し、夫が妻に後家分を與へ、親が嫁入する娘に化粧田を持參財産として給與し、或ひは二男三男などへ分地せるものの如きは多く一期分、すなはち一代のみの所有を許し、その死後は當然本家の總領に

歸屬するといふ如き土地であつたから、かくの如きは口分田と全く同じく有期の所有權に外ならぬのである。

我が中世人は一般に土地に對する權利の自覺に相當の顯著なるものがあつた。當時の訴訟文書の如きを繙くならば言を盡して相手方の主張を反駁し、以て自己の權利を強調せるもの頗る多きに居るのであるが、しかし、その主張せる權利の内容に就いては猶ほ考察を進めねばならぬものがあるのである。蓋し、前にも述べたやうに、中世法における土地の知行なるものは概して占有を意味するものであり、そして訴訟において争つて居るのは正にこの知行權を中心として居るからである。中世の知行には當知行と不知行との二種があり、當知行とは現實に土地に對する占有權を行使して居るものを指すに對し、不知行は權利を有するも知行の中斷せるものであつて、後者は所定の訴訟手續を経るに非ざればその占有を回復し得ざるものである(註三)。

されば、普通に知行といへば固よりこの當知行を指すものであるが、かくの如き當知行は慣習法上すこぶる強力にして裁判上有利なるものであつた。例へば、當知行者は他人に依る妨害を防禦し第三者に對抗することができ、また權利推定的效力を有し、更に不可侵のものであつた(註四)。従つて、訴訟において主張されたのは實にこの當知行權を中心としてなされたのであるから、中世人の土地に對する權利なるものの考へ方は、表面的・形式的な土地所有權に在つたものではな

くて、現實に一定の土地を占有しこれを耕作するところの權利に在つたのであり、彼等の目ざめて居たところの權利意識なるものも實にこれに外ならなかつたのである。

されば、我々は茲においても亦中世の土地所有權が矢張り我が固本法における土地を中心として觀念するところの權利であつて、ローマ法的乃至近代法的な所有權でなかつたことを看取し得るのである。それは、いはば厚生の權利であり、現實に土地を占有し耕作するが故にこそ土地に對する支配權を行使し得たのであつた。

(註一) 庄園制度の展開に就き、拙著「日本法制史大綱」(全訂版) 第五七頁以下。

(註二) 我が固本法における公法・私法の觀點に就きては、拙著「日本固本法の精神」(昭和十八年) 第二章第五節参照。

(註三) 拙著「日本法制史大綱」(全訂版) 第二二九頁。

(註四) 拙著「日本固本法研究」第一九三頁以下。

(4) 徳川時代

庄園制度は中世末期を以て崩壊し、それが近世的大名領地制に轉化したのであつた。鎌倉時代の末期から漸次に擡頭し來れる大名は室町時代に至ると次第に巨大なるものとなり了り(註一)、い

はゆる戰國時代を現出せしめつつ、遂に近世徳川時代に至つたのである。

徳川時代にあつては總て基本的な法制は幕府法を土臺として居たけれども、原則として領内のことはそれぞれの大名に自治を許して居たから、必らずしも一律に論ずるわけにはゆかない。しかして今、問題を當面の土地所有權に就いてみるならば、百姓は天領乃至大名領内において土地を所有するか、又は小作するかのいづれかに依つて生活を営まねばならぬ農民である。故に土地に對して一定の法律上の關係を生ずることは當然でなければならぬ。

先づ、地主はいふまでもなく土地の所有者であり、この時代には法に依つて特に有期(期限附)の所有地たらしめたものは存在せず、且つ「地主」なるものの性格を律令のそれと較ぶれば遙かに明瞭になつて來た。すなはち、地主とは土地を所有してその負擔にかかる公課を納むる義務ありと同時に、みづからこの土地を使用し、收益し・處分する(但し、後述の如く永代賣は禁止)の權能を有するものであつた。かくいへば恰も近代法的な所有權と同様であるかの如く考へられ易いが、しかし勿論、それは近代法的なものではなかつた。蓋し、地主が所有地を使用し、收益するにしても、耕作物に對しては嚴重なる制限を附せられ、また近代法における個人主義的・自由主義的所有權の觀念を以てしては到底想像され得ざる如き耕作の強制及び耕作物の制限も行はれて居る。寛永十九年八月十日の郷村諸法度はその第八條において、「耕作不着にいたし、年貢

不沙汰に仕、いたづらなる百姓有之におゐてハ、田地取上ケ所を拂可申事、と定め（註二）、耕作を怠る者の土地を没收して所拂の刑に處すると謂つて居るほどである。自己の所有地なるが故に耕作するも荒して置くも自由に屬するなどといふ自由主義的・個人主義的思想を以てすれば、人或ひは徳川時代には土地所有權無かりしものの如く考ふるかも知れぬ。が、もとより、かくの如きが實は徳川時代的土地所有權に外ならないのである。

のみならず、幕府は寛永二十年三月に至り全面的に田畑の永代賣買を禁止するの法令を發した。すなはち次の如くである（註三）。

田畑永代賣御仕置

一賣主牢舍之上追放、本人死候時ハ子同罪

一買主過怠牢、本人死候時ハ子同罪

但、買候田畑ハ賣主之御代官又ハ地頭江取上之、

一證人過怠牢、本人死候時ハ子に構なし、

一質ニ取候者作り取りにして、質に置候ものより年貢相勤候得ハ、永代賣同前之御仕置、但頼納買といふ、

右之通、田畑永代賣買停止之旨被仰出候、

これに依れば、田畑を無期永代に賣買するならば賣買兩者及びその死亡の場合には子にまで刑罰を科し、證人に對しても刑事責任を問ひ、頼納買（註四）も亦同斷であるとの嚴重なる制裁を科したのであつた。尤も、これは後に至り刑を輕減し、御定百箇條第三十條に改正規定を設けられるに至つたけれども（註五）、永代賣買の禁止に至つては従前と何等異るところがないのである。しかし、この禁止は天領（幕府領）は勿論のこと、頗る多くの大名領においてもこれを行ひ、ただ水戸藩とか日向の延岡藩などで行はれなかつたなどが例外である（註六）。

そこで學者説をなしていふには、徳川時代の土地所有權なるものは處分の自由が奪はれて居たのであるから（その實は永代賣買の禁止たるに過ぎないのであるが）、眞の意味の所有權にあらず、むしろ所有權は大名に在つたのである、と。しかしながら、かかる説の到底採用すべからざるものなることは、既に上來述べ來りたるが如く律令の口分田が賣買を禁止されて居たにも拘らず、それが取りも直さず律令の意味における所有權であつたと同様に、徳川時代においても亦やはり處分の自由を制限されて居たところの所有權であつたに外ならぬのである。この點に關し嘗て中田博士が、「讓渡の自由は所有權概念の常素なれども、之に缺く可らざるの要素にあらざることを知るべし。已に讓渡の自由は所有權概念の要素にあらずとすれば、單に讓渡の一形式に過ぎざる永代賣買が禁止さるるとするも、之が爲めに所有權が所有權たる性質を失ふことなかるべ

きは多言を要せず。徳川時代に土地は永代賣買を禁止されたるが故に、其上に私有権の存立を認むる能はずと論ずる者は、永代賣買なる権利讓渡の一形式、一方法を以て、所有權概念の要素なりと論ずる者にして、法理を解せざること亦甚しと云ふべし」(註七)と謂つて居られることは、同時に私の謂はむと欲するところでもあるのである。

しかのみならず、ここに禁止されたのは永代賣買だけであつて、有期の賣買や質入れは何等禁止されるところでなく、相續も亦自由であり、且つ永代賣買を停止されたる田畑は年貢を納むる百姓の持地のみに限られ、町人や浪人所持の田畑の如きは全くその圏外に置いて自由賣買を許したのであつた。されば、如何なる意味においても徳川時代の土地所有權は地主に在つたこと疑問の餘地が無いのである。

ここまで明かにして來た私は、しかし更に進むで論究しなければならぬ。さて地主がみづから土地を耕作せる場合には問題でないが、これを他人に耕作せしめて小作料を取る場合には大いに問題があるのである。抑々徳川時代の小作形態は普通小作・永小作及び質地小作の三種に大別することが出来る(註八)。このうちで普通小作は現合のいはゆる債權的小作であつて、小作人は地主に對してのみその小作權を主張することができ、第三者に對しては何等の對抗力を有しないのみならず、往々にして地主の欲するときには何時にても小作地を取り上げらるるものもあるか

ら、小作人の地位は微弱なること論を俟たぬ。尤も、この中でも無年季の普通小作にあつては永小作に近似せるものが少くない。また質小作は特殊の小作形態に屬し、土地を質入れしたる者がそのまま引續いて耕作し、仍つて以て小作料を質權者に納付するものであつて、これ等は固より一般的なものではない。

然るに永小作にあつては事情大いにこれと異り、その多くのものは土地所有權と頗る近似せるものすらあるのである。先づ永小作は、

- (1) 文字通り永代無期である。
- (2) 小作料は歳の豊凶に拘らず一定して居り、且つ普通小作よりも低廉であるのが一般である。
- (3) 地主は永小作人において小作料の滯納やその他契約事項の違反なき限りは小作地を取り上げ得ざること。
- (4) 永小作人は常に地主に對してのみならず、第三者に對抗することが出来、従つて地主の

異動はいささかも永小作人の地位に影響を與へない。

等々の特色を有するのである。

然らば、永小作權は如何なる事由に依つて發生せるものであるかといふに、勿論それは各場合

場合によつて一樣に律することはできぬけれども、小野武夫博士はこれを次の如く分類して居られる(註九)。

- (イ) 開墾による場合——開墾永小作
- (ロ) 土地改良による場合——土地改良永小作
- (ハ) 永小作地を贈與されたる場合——分與永小作
- (ニ) 新たに永小作地を買受けたる場合——買受永小作
- (ホ) 土地を譲渡し永小作権を留保せる場合——留保永小作
- (ヘ) 幕府法又は地方慣習により永小作と認められたる場合——認定永小作

永小作権と土地所有権との關係が如何にあつたかを究明することは、我が固有法における土地所有権の觀念を把握する上に極めて重要である。それは土地を單に形式的に所有して小作料を受取るに止まる地主と、他人の土地を耕作するのではあるけれども、現實に土地を占有し物を生産する小作人との、いづれを當時の法律制度および思想が重視して居たかを知ることによつて、所有権の觀念を明かにし得るからである。そこで、私は先づ永小作紛争に關する若干の事項を検討したいと考へる。

第一に、大阪府北河内郡四條村の深野新田の永小作に就いてみるに(註一〇)、この土地は寶永年

間に幕府の許可を得て本願寺が企業者となり、近郷の百姓を募集して開墾せしめたるに起因する永小作地であるが、この許可を受けるに際し本願寺は特許料として金一萬三千六兩を上納することとなり、開墾従事者二十四名からは先納銀なる入地料を徴收し、上納金の六割は寺が負擔したるも、その四割は開墾者たる百姓が負擔し、開墾後はその百姓達が永小作人として耕作したのであつた。従つて、開墾者の權利は地主の權利よりも一層強きものがあり、小作人みづから「地主」と名乗り、本願寺また之を拒まずして小作人を地主と認め、自己は單にこの小作人の納入する作徳米の收得者を以て甘むじたる事實に徴するときは、この小作人たちは到底普通の小作人と同様に律するを許されざる強力なる權利を有するものなることが十分に推察せられるのである。これを以て觀るも、永小作地における形式上の地主と永小作人との關係が如何に特異なものであつたかが明かであらう。

第二に、阿波國吉野川沿岸の永小作地に就いて考察するに(註一一)、この地は始め藩主が荒蕪地開拓政策の爲め資産家又は士格者に開墾を許した際に、御藏所はその下札において開墾特許の地域を大繩積りにして、東は某地點より西は某地點まで、南は某地點より北は某地點まで何百何十町ほどとして概略の段別を定め、この地に對し或ひは有償或ひは無償にて開墾を許可するにあたり、その下札の文面において開墾特許者に「其方名負に指遣し」云々と明記し、その大繩田に對

する所有の名を負はしめたるの事實が嚴存するに拘らず、この廣大なる新田の惣領主たる名負の子孫又は繼承者が、後年その新田の一部を分地して自己の意中の作人に耕作せしむるの證文面において亦「名負申渡」の文言を用ひて居る。名負といふのは一定地區の持主たるの名を負ふといふ意味であるのに、この新田地方においては同一の土地に二名の名負（地主）が存在せる如き觀を呈して居るのである。蓋し、地床の持主たる名負に對しては、土地の總領主たるの權利の外に、猶ほ名主として一種の公權を認められたものであるから、名負の對立とはいふものの、双方に與へられたる社會的地位の高下は固より同日の談ではないけれども、單に事態の表面よりこれを觀るならば、土地の惣領者たる名主もその下の耕作者たる百姓も共に名負であるから、いづれが眞の名負なるかに就き疑問が生ずるのである。それは、要するに、名負なる文字は蜂須賀氏の入國當初には嚴重に土地持の意義を有して居たけれども、後年にはその意義を擴大して永小作人に對しても適用せられ、小作人に耕作者の名を負はしむる爲めにも亦名負の文字を使用せられるに至つたのである。故に、本件永小作地においては道理上、同一の土地に二人の名負が對立すべき筈はなく、いづれか一方が持主であり、他方はこの持主の權利より分生したる權利の把持者と見るのが至當といふべきである。

右の永小作人はその有する永小作權をば他人に賣却・讓渡・質入・その他の處分を爲すことを

得、また第三者に對抗することも勿論出来たばかりでなく、その永小作權の賣買價格の如きは實に土地そのものの賣買價格よりも遙に高價なるものあつたことは、一面において永小作權が土地所有權以上のものであり得たことを物語るものでなければならぬ。

第三に、舊新發田藩の行ひたる新田政策の下において、紫雲寺瀉を享保二十年に至り開墾を了し、檢地竿入を行ひ、翌元文元年には檢地帳の下附となつたのであるが、間もなく開墾出願人たる「地主」と作人たる「名子」との間に爭論を生じて居る。これは甚だ注目すべきものであるから先づその爭論の原因に就いてみるに、元文元年に幕府より下附されたる檢地帳に依れば、開墾地は出願人の所有地の如く記してあり、作人は却つて出願人の家來の如く看做されて居る。實を云へば、作人等は出願人に對して一町歩一兩宛の地代金を支拂ひ、永久に自己の持地と心得て入村したといふのである。更に作人は語を續けて、新田百姓は九百餘戸の者が銘々一兩宛の地代金を取られたばかりでなく、中には二兩・三兩も徴收せられて居る者もある。然るに檢地帳には我作人を持主とせずして出願人を持主としてあるのは不都合であるから、御上の正當なる裁判にあづかりたい、といふ訴訟を奉行所へ提出したのであつた。これに對し出願人を代表する庄屋は、これと全く反對の答辯書を提出して居る。すなはち、出願人は作人たる名子達から米一粒・錢一錢も受取りたることなきのみならず、作人に對しては家屋・夫食などを供給して生活の方途

を得せしめたるに、重慾無智文盲なる作人等は地代金を納付したりと偽るのみならず、自分等作人の實數七百四十戸を九百餘戸と偽り居るほどであつて、恩知らずの甚しきものであるから、早速この村を立ち退くやうに裁判を乞ふ、といふのであつた。上司においては願人側を代表する庄屋の勝訴を判決すると共に、作人等を非違となし追放刑に處したのである(註一二)。

しかし、この判決に對しては多大の疑問があるのであるが、それはそれとして、これ等の永小作人達は如何なる權利を有して居たかといふに、永小作權を讓渡・質入れするの權能を有して居たから(註一三)、それだけ地主に對して物權的對抗力を有して居たことは當然である。

永小作權の設定されて居る土地においては、一般に地主權が恰も永小作權と折半して土地所有權を有するかの觀を呈し、その爲めに「一地兩主」の如き場合が甚だ少くない。従つて、形式的には地主が年貢を上納して居るから彼れが眞の土地所有權者である如くに見えても、それはただ納税の便宜上に基づくだけで、永小作人と雖も矢張り土地の一部に對し或る程度の所有權らしきものを有して居たことは、地主を底地持といひ永小作人を上地持と稱せる地方の存在せることに依つても明かである。されば、徵稅政策上かくの如き「一地兩主」を認め得ざるに至つた明治政府は、いづれか一方の者に對して土地所有の證たる地券を交付しなければならなくなつたので(註一四)、永小作權に對する十分の認識を有たずして、ただ舊幕時代以來、年貢を上納し來れる「地主」

に地券を交付したのであつた。それは最も安易にして無難な方法であつたには相違ないが、しかし、その爲めに思はざる大紛擾が全国各地に持ち上つたのであつた。蓋し、永小作權者中には自己が眞實の土地所有權者にして、地主はただ小作料を徵收するの權能を有するに過ぎざるものなりと考へて居たものが少くなかつたからである。そして、この問題の根本的解決には大正年代まで持ち越されたのであつた。

そこで我々はここでも亦我が固有法における所有權の觀念が保持されて居ることに興味を覺ゆるものである。地主は單に小作料の徵收權を有するのみであつて、いささかも土地を占有してこれを耕作せるものではないから所有權の一部しか有せず、永小作人こそ土地を占有して居るばかりでなく、長いあひだ土地に親しみ穀物を生産して居るものなるが故に、眞實に土地に對する支配權を有するものであると考へて居たことは、これ取りも直さず形式的な所有よりも現實的占有により耕作することに重點を置いて居た思想の現はれであると言はねばならぬ。ローマ法的乃至は歐米の第十九世紀的圓滿・完全なる排他的支配權といふが如き形式的・概念的な・利益主義的觀念は明確に存在せず、土地を用益することを中心として考へられたる權利であると觀念されて居たものに外ならない。

我々は更に眼を轉じて地割制度に就き一言しなければならぬ。抑々地割制度の起源に關しては

諸種の學説が行はれ、また實際的にも種々の事情に依つて起れるものであり、すべての場合に一律的に共通せる起源を論ずることが出来ないものであるけれども、しかしその起源が如何やうにもあれ、苟くも地割制度全體に共通する觀念は實に收益の公平といふ點に在つたと謂はねばならぬ。

さて舊宇和島藩においては寛文年間に、各村毎に百姓の持地を集積し、土地をその村の戸數に割付ける制度を採つた。これ即ち闡持制度であつて(註一五)、その要旨とするところは、當時村々の百姓の有せし土地を藩有として取り上げこれを各戸平等に配當したものでなく、庄屋その他の村役人を始め村内の百姓が當時既に所有したる戸毎の土地面積を標準とし、なほ家族の事情等をも多少參酌して、或ひは本百姓・半百姓・四半百姓等に分ち、この本百姓中にはまた一本半闡本百姓・二本闡本百姓もあり、更に四半闡にも及ばない百姓は無縁者の部類として取扱はれた。かくして各戸の百姓が村の土地に對する持分を定めるには舊所有面積に依つてその資格を決定し、何某は一本闡・何某は半闡・何某は四半闡と定める。これ等の資格者は所定の抽籤期日に庄屋の宅に至りて抽籤し、その結果として一本闡の百姓の何某には彼處に一段歩・此處に五畝歩と、その當籤の年より向ふ幾年間かの耕作すべき土地が決定される。しかし、この闡地はただ一定の割換年間に保有することを許されたる土地であつて、それが本來の性質上、決して自己の

所有地ではなく、謂はば一村の總持地を或る期間のみ耕作するの權利を有するに過ぎない。かくの如く村中の百姓をしてその耕地を數年又は十數年ごとに割換せしめ、一箇所を永く保有せしめないことが本制度の眼目であつて、この制度の繼續に依りその肥瘦を異にせる土地を交互に耕作せしめて各戸の収益を平分し、以て擔稅力を均等ならしめむとするところに本制度の眼目があるのである。従つて、我々はそこに矢張り土地を用益するの權能を中心として考へられ、近代法的な意味における「所有權」は十分に顧慮せられるに至つて居らない事實に接するのであつて、かくの如きは又、日本的土地所有權の觀念の一斑を示せるものといふべきである。

また福島縣の舊二本松領における地割制度にありては(註一六)、二十年ごとに土地の割換を行つて村の總耕地たる土地を村民に割當てて耕作せしめ、以て收穫の公平を期した。更に、越後地方においても廣汎に地割制度が行はれて居り(註一七)、加賀藩においても亦これを見るのみならず(註一八)、これが行はれたる形跡の存するもの全國各地に發見せられるのである。しかも、地割制度といへば、いづれも近代法的意味の土地所有權の觀念に據つては斷じて行はれ得るものではなく、「所有」よりも「用益」を基本觀念として初めて實施せられ得るものであるが故に、かかる制度が各地に行はれたといふことは頗る注目さるべき事柄である。

これを要するに、徳川時代においても土地所有權の觀念は前代と同じく土地を用益することに

重點を置き、單に表面的に、帳簿上のみ土地を「所有」する地主に對し、現實に土地を用益する者の耕作權にこそ所有權に近似せる權能があるかの如くに考へ、少くともその一部を有するものと觀念せられることが多かつたのであつて、これは古代及び中古において小作のことを「賣田」といつたのと一脈相通する思想を包藏せるものであるし、また形式上は如何やうにもあれ、現實的に土地を占有しこれを耕作するの權能を有すれば即ちそれで足りると考へたる傳統的思想が永小作制度や地割制度ばかりでなく、普通小作者の間にも影響を與ふるものがあつたのである。我は明治に入つて近代的土地所有權が確立せられる前に、かくの如き我が固有の觀念のあつたことを十分に認識して置かねばならぬのである。

(註一) 拙著「日本法制史大綱」(全訂版)第一六〇頁以下。

(註二) 徳川禁令考、第五帙(司法資料本)第二六三頁。これに類したことは五人組帳においても屢々見らるるところである。五人組帳に就いては故穂積陳重博士編著「五人組法規集」參照。

(註三) 徳川禁令考、第五帙(司法資料本)第二六八頁。

(註四) 頼納の外に半頼納といふものがあつた。その性質に就き拙著「日本法制史大綱」(全訂版)第三三〇頁乃至第三三一頁。

(註五) 徳川禁令考、後聚第二帙(司法資料本)第二〇七頁。

(註六) 佐藤信淵「經濟要録」卷之二附録、諸國風説記(岩波文庫本)第二八頁に曰く、「日州延岡領は土地頗廣く、飢肥領に倍す、然れども此國は、田畑を始め森林、山澤、原野迄も、古來皆百姓に委ねて賣買せしむるが故に、山林の諸材木に至るまでも、領主の自由ならざること多く、國君唯其年貢を取るのみなる様子なり」云々、と。

(註七) 中田博士「法制史論集」第二卷(昭和十三年)第五三一頁。

(註八) 小野博士「農村社會史論講」(昭和七年増訂第三版)第一六三頁以下。

(註九) 右掲書、第一六七頁。

(註一〇) 小野博士「農民經濟史研究」(大正十三年)第二三三頁以下。

(註一一) 右掲書、第三〇九頁以下。

(註一二) 小野博士「土地經濟史考證」(昭和六年)第三二四頁以下。

(註一三) 右掲書、第三四四頁。

(註一四) 拙著「日本法制史要講」(昭和十六年)、第六三頁以下。

(註一五) 小野博士「土地經濟史考證」第一四七頁以下。

(註一六) 右掲書、第二二六頁以下。

(註一七) 中田博士「法制史論集」第二卷、第六一二頁以下。牧野信之助氏「武家時代社會の研究」(昭和三年)第二三二頁以下。

(註一八) 柄内禮次氏「舊加賀藩田地割制度」(昭和十一年再刊本)。

四 日本的土地所有權の本義

我が固有法における土地所有權が以上の如く歴史と國民性とに基いて特殊の發達を遂げ、以て近代法における如き個人主義的・自由主義的・利益主義的のものではなく、現實の國家社會生活に根を下しつつ、素朴ではあるが徒らに概念的・形式的にあらず、専ら土地の現實的支配に基づく利益といふ觀念を中心として構成せられ、現實の占有・耕作に重點を置けるものであつたといふことは、明治以來ヨーロッパの近代法的思想の影響を受けて土地の形式的所有權のみを重視するに至れる考へ方とは異つて居る。歴史は我々に耕作權が恰も所有權に近きものであるかの如く觀念せられさせしめたことを教へた。勿論、それに就いてはその各時代における特殊の舊時代的制約を受けたるもののあることはこれを認めねばならぬけれども、しかも我々の胸奥に存したる國民性なるものは斷じて形式主義的・自由放任主義的にあらずして、實質的の權利を素直に認めむとせし國民性は到底これを看過し得ざるものである。一般に、法は普遍性を有する反面において國民性を有する。否、國民性の上に立ちたる普遍性であると謂ひ得る。國民性を抽象して如何に普

遍性のみを強調するも、左様な法はその國の民情・風俗・習慣と相容れざるのみならず、殊に國家の隆昌に影響なきを得ないものである。

我が國體は上に至高至仁なる萬世一系の天皇が天祖の御神勅のまにまに統べ知りまし、臣民は盡忠報國の至誠を以て皇運を扶翼し奉るのであつて、かくの如きは全く他國にその例を見ざる最も顯著な日本的性格である。この點に就き水戸の學者會澤安は嘗て次の如く論じたことであつた。曰く、「實祚の隆なること天地とともに窮りなく、天照大神の勅のまにまに永世までうけ傳へ給ひ、日神六合に照臨しましたして、靈明の徳著しく、宇内に雙びなきこと、賤しき臣民の喙を容れんも憚るべき事なれども、古書に見えし大意を取りて其の萬一を稱揚し奉るべし。日神高天原にましまして最も民命を重んじ給ひ、五穀の種を求め得て宣ひけるは、此の物は顯見蒼生食ひて生くべしとて、これを御田に種えさせ給ふ。この後、天位を皇孫に傳へ給ひしに及びて、御手づから齋庭の穂を授け給ふ。かくの如く嘉穀を貴び給ふことも、神州は瑞穂の國にして、萬民の食ひて生くべきものも五穀なり、戎狄などの如く鳥獸蟲魚を以て食とすべき風土に非れば、萬民の飢に阻まん事を憂ひ給ひし深仁と申し奉るべきなり。又、日神初めて藪を含ませ給ひしより、蠶を養ふのみちあり。またこのときよりして布木綿などもありて、萬民身の寒えを免れし事とはなりし也。されば、今日にいたるまで日神の神靈天にましまして、蒼生を覆育したまひ、天孫永く天

胤を傳へ、萬民に君臨せさせ給ふ。天孫は本より、日神と同一氣にましませば、千百世迄も其の本を忘れさせ給はず。踐祚大嘗會とて天皇即位の御時、御代御代に一度の大祭ありて、新穀を天神地祇に薦め給ひ、また繪服・荒服とて幣帛をも薦めたまふ。又、年中新嘗のまつりとして、新穀を大神宮及び天下の諸神にも薦め給ひ、神衣・神嘗の祭ありて、別に神衣と新穀とを大神宮に進め給ふ。これみな萬民のために本に報いたまはんとの深意なるべし。また祈年祭ありて、時令其の序に順はん事を天下の諸社に祈り給ひ、月次祭ありて幣帛を諸社に奉げ、國家の安穩ならん事を祈り給ふ。大忌祭は水澤を祈り、風神祭は冷風を禳ひ、鎮華祭は疫神を鎮め、鎮火祭は火患を防ぎ給ふ。かくの如きの類尚多し、みな本に報い福を祈り、災を禳ひ給ふ事、みな萬民を安からしめんとの深仁也。されば萬民のために本に報ゆる事も、福を祈る事も、災を禳ふ事も、みな朝廷にて民を率ゐて行はせ給ふなれば、萬民は何も祈らずしても、唯心を專にして朝廷を仰ぎ奉らば、自ら神意に叶ひ、天人の間和合して諸神も守り給ふべき也。今日萬民の食ふ所の米穀は、即ち日神種えさせ給ひし嘉穀の繁衍せし也。衣る所の服は、即ち神代に始まりし絁織の業の廣まりしなり。其の他の室屋器財百物ありて萬民の日用となるもの、みな神代よりして歷朝の拮据經營によりて生ずるものに非るはなし。今この民、日神より賜はりし穀を食ひ、天祖天神の天業を弘め給ひし仁澤によりて、日用に事關く事なくして世にありながら、其の大徳に報い奉らざるべし

んや。これによりて、古より萬民新穀を献り、布帛を供し、雜用の料を納めて祭祀を助け奉るは、みな天神に報い奉らんとて至誠の心より出でたるを、天孫萬民の爲に神と天とを典り、萬民の誠心を天神に達し給ふ也。これ萬民は己が誠を天神に達せんとて至尊に頼み奉る。至尊は萬民の心志を玉體に負せ給ひて、天神に敬事し給ふ。聖恩の大なる事、海よりも深く山よりも高しと申し奉らんも、猶おろかなるべし、」(註二)と。堂々の論旨、雄渾の筆、真によく我が國經濟の本義を説いて餘蘊なしといふべきである。

されば、我々臣民はただ一途に各々自己の業に勵み、以て天壤無窮の皇運を扶翼し奉るべきであるが、それに就いては先づ第一に、己れを空しふして公けに奉ずるの精神が必要である。既に聖德太子は十七箇條憲法において、私を捨てて公けに就くはこれ臣の道なりと諭したまふたのであつた(註三)。この御言葉の精神は古今に通じて謬らず、これを萬世に施して悖らざるものである。故に、臣民に對して土地所有權を與へられたのは、これ決して西洋流の個人主義的・私益主義的觀念に基けるものに非ずして、取りも直さずこれに依り公けに奉せしめ、皇運を扶翼し奉らしめむが爲めに外ならぬのである。しかして、かくの如き報國の誠を竭す臣民は、同時に、その爲めに土地所有權者として自己の生を完ふし得る所以のものであるが故に、苟くもかかる精神に反する方法を以て行使さるる土地所有權なるものは到底國家の保護を受け得ないのは當然であ

然らば、土地所有権は具體的には如何にして行使さるべきであるかといふに、それは國家奉仕主義——公益優先主義の一語を以て盡きる。固よりかくの如きは管に土地所有権のみに限つたことではなく、あらゆる權利に對して謂はるべきであるが、しかし問題を我々の當面の範圍にのみ限定して謂ふならば、權利者は一粒と雖も多く生産し若くは生産せしめて、以て國富の増進に努め、自己の所有地なるが故に、これを放置するや否やは自由であるとか、或ひはこれを小作に附しある場合においては、小作人をして到底耕作・増産をなし得ざるが如き苛酷なる小作條件を以てする如きは、明かに權利を附與されたる根本精神に反し、權利の濫用であるが故に、かやうな權利の行使は國家の保護を受け得ることなきを保し難い。そうして又、自己の爲めにたとえ相對的に不利益な作物であつても國家がその生産を要請して居る以上は、公益のために自己を捨てて公けに就かねばならぬ。第十九世紀の所有権原理たりし使用・收益・處分の自由といふが如きものは、我が國においては日本の公益主義の前に根本的な制約を受けねばならないのであつて、個人主義・自由主義を以て日本の所有権の原理となすを得ない。もとより、我國の政治は萬民をして各々その處を得しめむとするものである以上は、ひとり土地所有権者に對してのみ苛酷の犠牲を強ひむとするものでは斷じてなく、否、むしろ彼等がかくして國恩に奉ずるが故にこそ、その

幸福が齎らされるのである。要するに、土地所有権はその權利をば國家全體の利益を増進する方法においてこれを行使すべきところの臣民としての責務があり、この意味の義務を伴はざる權利はあり得ないのである。

この故に、我國の土地所有地史が土地の用益といふことを中心として考へられて來たことは頗る意義深きものがある。土地を用益し嘉穀を生産する者が顯著に公けに奉じ衣食の途に寄與することが簡明に看取し得るが故に、地主は小作料を徴收し得るの權利を有するに過ぎずと考へ、また自作農の如きもいはゆる地主といふよりも寧ろ耕作權者としての意義の方が、實に土地所有権の重點たり來つたと謂ふべきである。

されば、我々の新らしい時代の土地所有権は固より個人を中心とする自由放任主義的なものであつてはならないばかりでなく、權利者をして國體の本義に徹し臣民の道を新たに反省せしめ、仍つて以て皇運を扶翼し奉らむが爲めにその權利を行使すべきものたらしめねばならぬ。それは同時に、權利者自身をして宏大無邊なる皇恩に浴せしむるの所以でもあるのである。第十九世紀的な個人主義的觀念は固よりこれを容るるの餘地が無い。古來、我國には「王土王民」の觀念があり、全國の土地は擧げてこれ王土であつて臣民はこれを御預りして居るに過ぎず、故にただ専心にこれを耕作して天恩に奉謝しなければならぬと考へられ來り、更にまた天皇は百姓を大御財

としてその農耕の労苦をしのびたまひ、限りなき御仁慈を垂れさせたまふたのである。謹みて明治天皇の御製を拜するに（註三）、

園のうちを畑になしてもみつるかなしづが營むさまをしらむと
と仰せられ、また

をさな子をはぐくみながら田に畑にいそしむしづの暇なげなる
と農民の精勵に御心を注がせたまひ、また

にひはりの田にも畑にもみゆるかな廣くなりゆくしづがなりはひ
と耕地がひらけ百姓の業が廣くなり行くをよませられ、また秋を祝ひたまひでは、

すめ神にはつほさゝげて國民と共に年ある秋を祝はむ

と仰せられたのであつた。聖慮のほど畏しとも畏き極みである。かくの如き忝なき國土において歐米的土地所有權の精神と全く選を異にせるものの形成さるべきことは、多言を須ひずして明らかである。

この故に、我々の土地所有權は萬邦無比なる國體に基き、我が固有の觀念を擴充して構成されねばならぬ。勿論、それが苛重に土地所有權を制壓するものであつてはならぬこと謂ふまでもないが、しかも同時に、個人主義的・私益追求主義的・自由放任主義的内容のものたるべからざる

ことは固よりである。私の以上の論明はただその爲めの一素材を提出したるに過ぎないけれども、問題の重點は一往これを明かにし得たりと信ずる。

（註一） 會澤安「迪彝篇」（岩波文庫本）第二五七頁以下。

（註二） 新校群書類從、第二十卷、第六七四頁。別に本書第一編「公けの精神と日本法」参照。

（註三） この御製はすべて岩波文庫本「明治天皇御製集」に據れるものである。

□本論文は東照宮三百年祭記念會の研究補助に依り研究したるものである。ここに同會の御厚意に對し厚く謝意を表する次第である。

第四 狂言に現れたる中世後期の法律生活

一 狂言の成立

狂言の成立に關する詳細な文學史的検討は、今、ここで私の任務とするところではない。ただ、私としては、狂言は凡そいつごろ成立したかといふこと、さうして、又、狂言は如何なる性質のものであるかといふことにつき、簡單に一言することを以て足りる。若しそれ、その詳密なる事項については國文學者の述作において見らるべきである。

さて、中古以來行はれ來りたる猿樂が滑稽なる所作を事としたる事實は、日記や物語の類にもしばしば散見するところであるが、中世後半期——室町時代——に至つて能樂が大いに發達するとともに、本來の猿樂は却つて狂言の名の下にその特質を發揮し、莊重にして嚴肅なる能は、諧謔縱横なる狂言と相俟つて演せられるに至つた。能の材料は、多く古代の神話・傳説・史蹟などを主とせるに反し、狂言の資料は、大抵、日常における俗間の事件に據つた。前者は古歌・古文の趣味を根柢とし、後者は俗語俚諺を有體に傳へて、當時の思想を赤裸々に示したものである。

(註一)。

されば、この狂言の形態を成立させたものは、笑ひの純化して行く傾向が、當時流布してゐた説話を媒材としたためであつたらう。藝術的能力の全く缺乏してゐた時代では、もとより、文學的或ひは技巧的の表現方法を以て脚本を供給する作者は無かつた。ただ、漸く趣向を構へて演じてゐた演者が、その笑劇の作者と言はば言はれる者で、そのうちに民衆に喜ばれた説話に對して關心を有つやうになつたのであらう。殊に、このやうな演劇が多量の關心を有つて消長してゐた寺社は(註二)、實に説話流布の原動力であつた。それ等は共に寺社の布教の方便となつて發達し、流布した。狂言が説話を趣向とする契機は當然に在つたのである。しかしながら、狂言は流動し、進展しつつ、早くも現實の生活に關する事象から題材を取るやうになつたから、室町時代の初頭に能樂が興つたときには、狂言は室町時代の社會から詩材を取つて趣向を展開させ、實在の人物を登場人物とし、新鮮な潑刺とした生命を以つて能樂と並び行はれたのである。それは、個人主義が地歩を占めて階級を混亂し、いはゆる下剋上となつた社會相を反映し、人間が特殊なる存在として意義を有するに至れる時代精神を表現したものであつて、宗教的なものから總て民衆的なものとなり、民衆社會の娛樂として盛んに行はれたのである(註三)。もとより、狂言の作者たちは、喜劇としての必要以上の誇張と顛倒とを以つて觀衆に距離を與へた。換言すれば、當

代的眞實の再現に、甚しき誇張・顛倒を施したのは事實であるが(註四)、しかし、それが如何に誇張・顛倒の産物であるにしても、その中に盛られたる思想は、これ中世的封建社會の所産であることは絶対に認めねばならぬ。すなはち、狂言はその基礎において中世的封建諸關係に立脚しつつ、作者の自由なる意圖を表現して居るものであり、従つて、その個々の場面における誇張・顛倒は十分に考慮に入れる必要があるが、しかも、われわれは、そこに幾多の中世的封建諸思想および諸制度を攝取することが出来るのである。

今私は、かくの如き觀點に立つて法律生活の側面より少しく狂言の内容を検討して行きたいとおもふ。

(註一) 狂言記、上(有明堂文庫本)、緒言、第一頁。

(註二) 寺社において猿樂が盛んに行はれたことは當代の諸日録にしばしば出てゐるが、特に興福寺大乘院の尋尊大僧正の日記なる「大乘院寺社雜事記」参照。

(註三) 笹野堅氏「狂言能研究」(新潮社版)「日本文學講座」第七卷第三四九頁第三五〇頁。

(註四) 笹野氏、右掲論文、第三七六頁以下参照。

二 権利の主張

わが中世の財産法における権利の觀念の問題については、私は、曾ていささか述べたことであつた（註一）。土地を所領と言ひ、土地に對する一定の権利を職と言ひ、この権利の行使状態を職の知行と稱したが、狂言には、この土地の知行を基本として派生する果實の所有權に關して起れる紛争を主題とせるものが見出される。すなはち今それに據つて見れば（註二）、Aは畑を數多所有してゐるが、當年は自分の畑へ隣家所有の藪から根が延びて筍が來たといふので、「今日は參り、ちと竹の子を取つて參らうと存する。まことに世の中に、蒔いた物の生ゆるは尤でござる。蒔かぬ物の生えると云ふ事は、調法なことぢや。參る程にこれぢや。扱も〜見事な竹の子が出來た。まづ之は折りませう」と言つて、筍を折り取つたのであつた。そこへ隣地所有者たる者が罷り出で、自分も藪を數多持つてゐるが、當年は筍が大分出來てゐるから今日は藪へ行つて垣などを結ばせ、人の取らぬやうにしやうと思ふ、總じて、何時もながら筍時分には人が取りたがるものである、とつぶやきながら藪へ行つたところが、すでにAは筍をぼんぼん折つてゐた。そこで直ちに問答が初まる。——B「これ〜、なせにその竹の子を取らします。」A「あや、お出や

つたよ。何と、この竹の子をなせに取る。」B「なか〜。」A「これは身共が畑へ生えたとよつて取る。」B「尤も畑はそちのものなれども竹の根のさいたは、こちらの藪からぢやによつて、取らざる事はならぬ。」A「わごりよは無理な事を云ふ。どうでも身共が畑に生えたとゆゑ、取らねばならぬ。構やるな」と言つて散々に喧嘩してゐるところへ、第三者たるCが登場して仲裁を試みるのである。先づCは喧嘩の原因を聞いた後、Aに向つてその所存を訊ねると、A「それは無理な事をいふ。尤も根をさす所は隣からなれども、畑は身共が畑ぢや。取らねばならぬ。それならば、今から根のさゝぬやうにせい、と云ふてたもれ」と返答したので、Bはこれに對し、それならば自分も亦Aの方から取るものがある。すなはち「いつぞや、あれが牛が身共が厩で子を生んだ。なれども身共は律義に親牛も子も皆ひかせてやつた。それならば、その時の牛の子はこちへおこせ、と云ふてたもれ」とCに頼んだ。これに對し、Aは「そも〜、云へば云はるゝものかな。さりながらおぬしも思うて見やれ。牛の子と筍とは、一口には云はれまい」と言つて、議論は容易に盡きそうもないので、最後に相撲によつて勝負を決することになるのである。

この問答を検討すると、われわれは、そこに権利を主張する觀念がさぶる旺盛に織り込まれてゐることに想到せざるを得ない。もともと筍はBが自己の所有する畑に植へたものであり、従つて、その藪内に存する限りBは何人にも憚るところなくしてこれを採取し得たこと言ふまでも

ないが、ひとたびそれがAの所有畑内へ根を延ばして生長を始めるや、ここにその筈の所有権に關し紛争疑義の起るのは、權利に目覺めた者である以上、當然の成行きでなければならなかつた。しかも、中世法においては、かかる場合に關する成文法の何物も存在しなかつたのみならず、恐らく慣例法としても十分に成立してゐなかつたであらうから、法の不備に乗じてここに紛争が起つたわけである。さうして、更に、Bの主張する積の所有權歸屬問題の如きは、法律的關係においては問題にならぬとしても、かくの如き主張をなすことそれ自體は、中世人の權利意識が次第に呼び覺されつつあつたことを暗示するものであらう（註三）。もとより、以上の如き問答が具體的に存在したるや否やは今ここに問ふところでなく、ただ、かくの如き思想を生んだことそれ自體が問題なのである。

（註一）拙著「日本固有法研究」第九四頁以下。

（註二）續狂言記、卷之三、竹子争（有朋堂文庫本、狂言記、上卷、第三六四頁以下）。

（註三）中世の所務沙汰において原被兩造が互ひに自己の權利を主張するために甲論乙駁、大いに努めたことをこの際特に想起されねばならぬ。この點から言へば、總じてわが中世人の權利意識はすこぶる旺盛なものであつたと言ひ得る。

三 裁 判

狂言には、訴訟を題材にしたものが少くないが、特に民事裁判にあつては、訴訟の提起より判決までに少からぬ年月を要した場合が珍らしくなかつた。殊に、祕計や請托が公然と行はれたこの時代のことであるから（註一）、それはむしろ當然のことであつたかも知れない。すなはち、これを狂言に就いて見るに、「墨塗女」に、「遠國に隠れもない大名。長々在京するところに、訴訟思ひのまゝに相叶ひ、新地を過分に拜領した。これほど嬉しい事はござらぬ」と言ひ（註二）、「土産の鏡」に、「これは越後の國、松の山家の者でござる。某訴訟の事あつて、長々在京致してござる。この度訴訟相叶ひ、満足仕つた。急いで國へ罷下り、女子どもに喜ばせうと存する。まことに國許を出づる時は、都へさへ上りたらば別義はあるまい五日か十日の内には、埒もあかうやうにも存してござるが、思ひの外逗留致してござる。さりながら、内々私の何とぞと存したる事も首尾致し、この様な嬉しい事はない」とあり（註三）、これ等は當代において訴訟が長引いた事實を反影せるものであらう。さうして、封建的裁判が長引いたことは獨りわが中世のみに限つたことではなく、イギリス中世においても親子何代かの間に亘つて同一事件の裁判が續けられ

たといふことに依つても推測させる事柄である。狂言の作者は、この世間のありふれた現象を拉つし來つて觀衆を爆笑せしめたのであつた。

更に、裁判に對する思想が相當に進んで居たことを推察せしめるに足る面白い場面がある。それは夫が訴人となり、妻が裁判官と假りになつて、裁判の場合に如何に陳述すべきであるかを稽古するのである。

その狂言の筋は次の如くである（註四）。——右近といふ者、その妻を呼んで、「うへのの田をば、左近が牛が食うたと思ひやれ。したによつて、腹は立ち、牛を引き取りにせうと云うた。されば、よこそまいといふ。したによつて、己が公事に爲ようと云うた。したれば、さこ（左近）めが、公事になりとも、沙汰になりとも、せいと云ふほどに、おれは地頭殿へ行くほどに、よう留守をしやす」と言つたのである。ところが、女房は、腹は立つけれども先づお待ち、あの左近は能辯であり、こなたは口不調法であるから、御前裁判ではこなたが負けやう、理が非になるのは訴訟の常でござる、云々と言つて夫を制止したが、右近はこれに聽従しやうとしないのでそれならば先づ内沙汰（註五）にして見てはと提議すると、「まことに、これもかうでおぢやる。誰を頼うで聞いて貰はうの」と亭主は早速同意したから、「いや、妻が聞きませうわいの」と女房が裁判官とならうと言つたのである。右近これを聞いて、そなたは自分の女房なのであるから、物

が心やすうて役に立つまいと一笑に附したが、女房が「あの、おしやることわいの。地頭殿のやりに、様を變へて、聞きませうわいの」と言つたのに、亭主も同意せざるを得なかつた。そこで、いよいよ内沙汰が始まるのである。

△女房さ、したらば、云うて見さつしやれい。△夫 依怙最負のないやうに、よう聞きやれ。△女房 随分理分になるやうに、云はつしやれい。聞きませうぞ。△夫 心得ておぢやる。まづ地頭殿へ行くやうにして見たがよい。まづ此處が門よとこれからが番所。はあ、歴々の御番でござりまする。訴訟の者でござりまする。△女房 訴訟は如何やうなるものぢや。△夫 いやそのおこつでござりまする。當所におこと申す者が御座りまする。かれが田をば、ちと身どもが牛が食へてござれば牛を取らうと申します。何とも迷惑にござりまする。仰せつけられて下されませい。△女房 ふん、今度の公事日に、兩人ともに参りませい。その折に分けて取らせう。△夫 はあ、辱うござりまする。なう／＼、して今のはお聞きやつたか。△女房 なかなか、聞きませう。こなたは、物言はずかと思へば、なう、よい物言ひでござる。これでは理分になりませうほどに、又、今度はこなたの言分を、随分云うて見さつしやれい。△夫 いや、人の事さへもつて今のほどに云うたものをば、おれがことは、何とやうにあらうと思やるぞ、まづ急いで地頭殿のやうにして居させませ。△女房 心得てござる。△夫 扱も／＼、利發な女房を持つは、よいものでござる。公事とさま（註六）の埒が明きさうにござる。又これも御門よと、はあ、訴訟の者でござりまする。通りませる。許さつしやれませう。まづ番所は過ぎた。はあ、訴訟の者でござりまする。△女房 訴訟は何者ぢや。△夫 は、いえ、當所に往居仕る、は

あ、おこ(右近)と申す者でござりまする。△女房 おこは、して、何の爲に來てあるぞ。△夫 その御事でござりまする。大事の御年貢、はかりまする牛をば、さこが田が來て、食べましてござりまする。△女房 いや、おのれが言分では、埒が明かぬ。あの、うるたへ者奴が。△夫 はあ、許さつしやれませい。△女房 縛れ。△夫 はあ、悲しや。△女房 なう、おこ殿、これや何とさつしやれたぞいの。△夫 そなたは此處へは又何として、をれやつたぞ。△女房 なう、何事を仰しやるの。内でござるわいなう。△夫 して、今の地頭殿はわが身か。△女房 なう、その様に目をまはすなりで、公事はなりますまいぞや。おかつしやれい。(下略)

われわれは、この狂言に依つて凡そ三つのことを學び得た。すなはち、第一に、中世の慣例法において、農作物を荒された田主が加害者の家畜を留置することを得、そのことが戰國諸家の分國法において明定されるに至つたが(註七)、右の狂言はかかる法律關係をいみじくも暗示してゐる。しかして、メロヴィンガー朝時代におけるフランク人の法律たる *Lex Salica* によれば、所有主の不注意によりその家畜が他人の耕地内に走り込めば、耕作主へ賠償金を支拂はねばならなかつたのであるが(註八)、これも亦わが中世法と同じ觀念に基くものと言ふべきである。第二に能辯な者はたとえ非分であらうとも最も多くの場合において勝訴し得た。第三に、「依古最負のないやうに、よう聞きやれ」と言つてゐるやうに、裁判官の本領たるべき「公平」といふことが

當時しばしば犯されてゐたであらうこと。さうして、かやうに狂言の題材に取られたほどであるから、訴訟の如きも頗る民衆によつて行はれてゐたであらうことが推察せしめられるのである。中世には未だ辯護士なる制度は存在してゐなかつたから、訥辯なるの故を以つて、理分であるにもかかわらず敗訴した者の甚だ少くなかつたことは、中世的裁判としてはむしろ止むを得ないことであつたかも知れない。また、前述の如く秘計や請托が盛んに行はれてゐたから、裁判官の眼が暗んだことは疑ふの餘地が無い。この三つの一般的事實をこの狂言は面白可笑しく描寫してゐるのである。さうして、これを事實として肯定しつつ出發してゐる點にわれわれは、そこに中世的裁判思想および制度の一端を看取することが出来るのである。

(註一) 特に室町時代に秘計・請託の盛んに行はれたことは廣く知られてゐる事實であるが、東寺百合文書に收むる寛正二年八月四日の播磨國矢野庄内東寺領田所家盛申狀案をここに舉示して置きたい。曰く、「右子細者、七八歳時分より女子あちやと申をひろい候て、此十年ふたい(譜代)物ニめしつかい候を、先御代官之少物かたらいをなし候處ニ、去年十月十三日ニ御代官かはり上洛候間、彼少物此下女ニいとまをいたしすて候て罷上候間、我々かふたいにて候間、めしつかい候處ニ、其後十一月十五日ニ、此下女うせ候て、他所ニ廿日あまり候を、めしかへしつかい候とて、國方よりくせ事とおほせ候て、十二月廿五日ニ、村岡方内藤殿兩使使節入部候て、同大晦日まで御せつかん候

間、そのいはれ申ひらき候へ共、公方として承候へハ無力、御禮錢村岡五貫・内藤殿五貫・雜事以下いたつて十五貫余せめふせめされ候て、はや公事を御禮錢にて御もちや候之間、重而せひの子細ハ一言も承候ましく候處ニ、(下略)(東寺文書、第二卷、第六〇九頁乃至第六二二頁)と。

(註二) 續狂言記、卷之一、墨塗女(有朋堂文庫本、狂言記、上卷、第三〇二頁)。

(註三) 續狂言記、卷之二、土産の鏡(右掲書、第三三八頁)。

(註四) 狂言記、卷之二、内沙汰(右掲書、第七九頁)。

(註五) ここに「内沙汰」といふのは、内々裁判をして見るといふ意味の、一種の摸擬裁判とも言ふべきものである。

(註六) 「公事とさま」とは、訴訟の表沙汰を意味する。

(註七) 瀧川博士「法律史話」第九四頁乃至第九六頁。別に、牧博士「日本法制史」(國史講座本)第二九一頁参照。

(註八) H. Cunow, Allgemeine Wirtschaftsgeschichte, Bd. II, 1927, Ss. 360, 361.

四 掣入りの慣習

親族關係については、掣の募集と、掣入りと、婚姻および離婚に關する事項が見へてゐるが、

ここでは掣入りの點について窺ひたいとおもふ。それには種々なる理由があるが、掣入りの場合を除く外はすべて笑倒を目的としてなされたる「作り話」的色彩が濃厚であるから、ここに取扱ふことを躊躇したのである。

さて、古代より鎌倉時代までは、婚姻式を女家において營んでゐたが、室町時代からはこれを男家において營む慣例が生れて來た。従つて、新郎は妻の實家へ初めての挨拶に向ふべきであつて、これを掣入りと言つたことは今日と異るところが無い。ところで、この掣入りは婚姻後直ちに行はれたとは限らず、或る者は數年後になせることもあつたが、しかし、それが幾年後であつてもこの掣入りをなさない以上は、男は妻の實家へ參向することが出来なかつたのである。さうして、このことが今當時の狂言によつて知り得るのである。

先づ、掣入りを濟さねば妻の實家へ行き得ない——少くとも具合の悪かつた——ことに就いて見るに(註一)、妻が大酒家の夫と口論の末、つひに實家へ歸つた。酔がさめて妻の居ないことに氣付き、定めし實家へ歸つたものであらうと思ひ、「尋ねにまゐりたうござれども、つひに未だ掣入をいたさぬによつて、何とも參り悪うござる。と申しても、參らざるはなりませんまい」と、漸く尋ねて行つた。それで、掣が親に向ひ、「いや、ちよつと兩人諍をめされました、お出やりましてござる。恥かしながら尋ねて參りました」と言ふと、親は、「ふん、扱は、此方は掣殿でござ

るか」と始めて聳を知つたのであつた。すなはち、われわれは、これに依つて、聳入りをしなれば聳は妻の實家へ行き得ないこと、並びに兩者が全く不知の間柄に置かれてゐた所以を知ることが出来る。しかして特に右の場合には、この夫婦の間に既に「子をなしたる中」であつて、幾歳かになる子供も生れてゐたことを注意すべきである。

この「聳入といふは晴なもので、人が見たがると申す。定めて、垣からも窓からも、目ばかりでござらう」(註二)といふ有様であつたが、これは一つの儀式であつたから聳も親も威儀を正し、普通はかみしもを着用したやうである。この場合かみしもが無いために、媒介人と供用した場面が描かれてゐるが(註三)、それは恐らく當時におけるかみしも着用の慣例を暗示するものであらうと考へられるのである。

(註一) 狂言記、卷之一、貫聳(有朋堂文庫本、狂言記、上卷、第二二頁以下)。

(註二) 續狂言記、卷之三、岡大夫(右掲書、第三六〇頁)。

(註三) 狂言記、卷之四、相合袴(右掲書、第一四七頁以下)。

五 五 五 五 五

凡そ法制史料には法律的史料と非法律的史料とがある。法律的史料といふのは、法典・法令・法律書・判決集・諸證文類の如く直接に法源を知り得る史料であり、また非法律的史料といふのは、記録・古文書・文學・古器物・遺跡等の如く間接に法源を知り得べきすべての史料を指す(註一)。ところで、法律生活史を知る上において法律的史料の必要であることは改めて述べるまでもないが、しかも、各時代の法律生活をして眞に活ける姿においてわれわれに把握せしむるものは非法律的史料の中に甚だ多く含まれてゐる。われわれの當面の問題たる文學に就いて見んか、上代法律生活を把握するために「萬葉集」が如何に重要であるかは、こゝに贅言するの必要を見ないことであるし、また近世の文學書を涉獵して中田博士がその甚だ尊重すべき述作(註二)をなされたことは、文學が法制史料としてどのやうな地位を占めるものであるかを雄辯に物語るものであらねばならぬ。

閑話休題、われわれが以上解明し來つた中世後期における法律生活の一端は、實にナンセンスの集成にしか過ぎないかの如くに見える「狂言」の中に盛られたものの片鱗である。これによつ

て、われわれの知り得るところは文字通りの一端にしか過ぎないが、しかし、その権利の主張と言ひ、裁判の場合と言ひ、また掣入りの慣例と言ひ、そこに多分の思想的・制度的現實性を有することを看過することが出来ないのである。假令そこに誇張があつても、それが中世的時代相を背景としてゐることに注意すべきである。文學が法制史の研究に役立ち得ることはこの點からも説明される。

(註一) 瀧川博士「法律より觀たる上代文學」第二二五頁。

(註二) 中田博士「徳川時代の文學に見えたる私法」(大正十四年)。尙、瀧川博士も亦萬葉集の法制史的研究に關して多くの業績を挙げられた。

第五 中世末期における村の人格

一 緒 言

我が舊時代における固有の郷村制度は維新以後次第に變革を遂げ、殊にドイツ人の起草にかかるとる町村制が明治二十一年四月法律第一號として公布されると共に、最早や村は完全に中央集權的組織に立脚する行政機構中に吸収されてしまひ、その面目を一新するに至つた。しかしながら、從來よりの傳統的な村の本來的性格は一個の法律を以てして容易に變革し得るものではなく、否むしろ、これを適當に攝取按排することに依つて新時代に妥當なものたらしめ得るのである。されば、井上毅は夙に町村制の立案の當時に一つの意見を提示し、「各村ハ各村共同ノ事ノ爲ニ共同ノ財産ヲ有セリ、此ノ共同財産ハ政府ノ干渉ニヨルニ非ズシテ各村自ラ之ヲ處分スル者ナリ。現ニ今各村ニ於テ共有貯蓄金・共有山林ヲ有スル者多シ。刈草場ノ如キハ一個人ノ草場アルコトナクシテ、皆一村ノ草場ナリ」と言ひ、更に進むで、「各村ニ於テ其居住人タル者村ノ公害ヲナシ、村ノ名譽ヲ傷ル等ノ事アルトキハ、一村共同シテ之ヲ驅逐スルコトアリ。之ヲ村勘當ト云

フ。上野沼田領ノ柵下ト云ヘル村ハ村ノ上ニ廣野アリ、村ニ失火アリタルトキハ、火元ノ過失アル人ヲ其廣場ニ數日間放チ置クノ舊ナリシ。此類一々枚擧スルニ暇アラズ、」と説き、また、「其外、政府モ亦一村ヲ擧ゲテ之ヲ一個人ノ如クニ看做シ、義務ヲ以テ一村ニ負擔セシメタルコト多シ。即チ一家退轉シテ持地荒田トナリタルトキハ、一村ヲシテ其缺所ヲ受負ヒ耕作シ及納税セシムルノ類是ナリ。」といふ状態でありたるが故に、「以上叙列セシ所ニ據テ之ヲ觀レバ、舊來村ノ制ハ自治ノ性質ヲ有スルコト明瞭ナリ。舊來已ニ自治ノ性質ヲ有スルトキハ、新制ニ於テ之ニ自治ノ制ヲ與フルノ適當タルコトハ言フヲ待タザルベシ。故ニ前ノ問題ニ答テ曰、村ハ地方自治ノ制度ヲ設クルニ適當シタリト、」(註一)と論ずるに至つた。その所論は概ね正鵠を得たものと謂ふことができるのである。

しかし、明治二十一年の町村制は、その法思想及び制度においてプロシヤ流のものであつたが爲めに、その内容が近代的なものであり得ても、果して適當に我が固有の郷村制を斟酌するところありしや否やは大いに考慮せねばならぬ問題である。否、郷村の有し來りたるその團體主義的協同主義的性格は多分に個人主義的・自由主義化されて居ることは争ひなき事實である。が、今やこの點が強く反省されるに至りつつある。最近における隣保制度の發達の如きはその顯著なるものであつて、長年月に亘つて培養され來つた郷村制度及び隣保共助の思想は矢張り我々日本人

にとつては傳統的なものであつたことが示されて居るのである。

さて、我々が舊時代の郷村制度を理解することに依つてこれを現代に生かしむるが爲めには、先づ徳川時代の郷村制を明かにしなければならぬ。何となれば、それは現代村制の直接的前身をなして居るからである。今日の村制にして徳川時代のものをそのまま繼受せるものも多々あるであらう。しかして、徳川時代の村制といふも、その論及すべき範圍は甚だ廣汎であるのであるが、特にその團體的性格及び法律上の地位を明かにすることが必要である。換言すれば、徳川時代の村は如何にして住民の編成及び生活が行はれたか、村は如何なる方法を以てみづから法律行為をなし、財産を所有し、訴訟をなし、刑事責任能力を有して居たか、等々を明かにせねばならぬのである。

ところで、徳川時代及び明治初年における本問題に就いては既に他の學者に依つて研究が試みられて居るが(註二)、しかし、明治初年のものにしても徳川時代のものにしても、やはり歴史的な過程を経て出現し來つたものであつて、村の機構は徳川時代に忽然として出現したものではなく、その直接的淵源を中世末期に發するものであるが故に、ここに私は庄園が變じて村となり、郷村制度史上の一大變革期たる中世末期を中心として、村の法律上の地位に就き若干の考察を試みたいと考へる。この時代の郷村制度をよく理解して置かねば、徳川時代のそれは到底十分に知

り得ないのである。(註三)。

(註一) 井上毅「地方自治ハ村ニ適シテ郡ニ適セザルノ意見」(秘書類纂法制關係資料、下卷、第三〇三頁乃至第三〇四頁)。

(註二) 中田博士「法制史論集」第二卷に收むる「徳川時代に於ける村の人格」「明治初年に於ける村の人格」「明治初年の入會權」等を擧げて置きたい。

(註三) 中世末期における郷村の性格に就き、牧博士「中世末期における總村觀念の成立」(經濟史研究、第十六卷第一號)及び「我國近世の村落團體の起源」(法學論、第三十四卷第六號)、故牧野信之助氏著「武家時代社會の研究」に收むる「中世末期に於ける村落結合」等參照。
尙、別に、拙著「日本法制史上より觀たる團體法」がある。これは古代より近世に至る郷村制度の概要を説いたものである。

二 近世的郷村の形成過程

既に述べたる如く、徳川時代における村の性質は中世末期に形成されたものの直接的發展形態に外ならぬのであるから、本節では中世の庄園がその末期に至つて如何に新しい郷村を生み出して行つたかといふ過程を明にしたい。

先づ、中世の庄園内では庄官と庄民とがあり、地主として名主みょうしゅが居つた。しかして、庄官は領主(本所)の補任に依り、本所のために庄務を執行することを任務とせる私設の役人であり、年貢の徴收や治安の維持などを掌つた。名主は新田の地主又はその後裔であつて地主に外ならず、更に庄民は、廣義では名主をも含めた一般農民を指したが、名主・自作農以外の庄民は作人、すなはち庄士の小作人となつて居り、もとより農耕に精勵して本所への年貢を滞納しないことを要した。

これに依つて觀ると、ここに甚だ重要なことには、庄官は領主のための役人であつて、決して庄民のための役人ではないのであるから、従つて庄官と庄民との間には一般的に言つて格別に一體的结合は存在しないのである。否、或る場合には寧ろ對蹠的な立場にすらも置かれて居たのであつた。それは庄官の性質上より觀て當然のことであつたと謂はねばならぬ。そして、この點は實に中世末期の郷村の場合と根本的に異なるものがあるから殊に重要である。もとより、庄官と雖も後世の村役人の如き職務を行つたことが無いではない。例へば、本所より庄民への布令を傳達したり、訴訟を和解せしむることを努めた如きはそれである。しかし、それは偶然にかかる方面で同じかつたと言ふに過ぎずして、庄民の爲めの庄官でなかつたといふことを些も妨ぐ

るものではないのである。

然るにこれに反して名主は一方において本所に依つて補任せられ且つ本所の爲めに庄民よりの年貢を取り纏めて進納するといふ點があると共に、また他方においては庄民のためによりき相談相手となり、自己の名内に住む庄民のためにその直接的利益の代表者となつて、或ひは庄官と折衝し、或ひは本所に歎願した。康永四年卯月の東寺領伊勢國大國庄の「名主百姓等謹言上」狀が、損亡に就き檢見を遂げて安堵の御成敗にあづかりたいと陳申し居るのはその一例である(註一)。故に、名主は後代の村役人に近き點が存したものであつたと謂はねばならぬ。そして、この故にこそ彼等は後に村役人に發展することが出来たのである。

次に庄民であるが、由來、日本固有法は頗る團體主義的なものがあるのであつて(註二)、庄民の如きその生活關係が諸種の點において團體的なものがあつた。例へば、その共同利益を護るために一致結束して地頭や庄官を糺彈し、入會林野を共同利益する等においてこれを見ることのできた。

かくの如く、既に庄園内においても名主と百姓との間には一種の結合關係の片鱗が見られたのであつたが、しかし、それは未だ後世の村役人と百姓等との關係と同一物ではなかつた。抑々後世の村は、村自身が財産を所有し、刑事責任能力を有し、法律行爲を爲し得たのであるけれども、

庄園内にあつては未だそこまで至つて居らない。元來、庄園内の所有關係は甚だ複雑であり、地頭・庄官・名主たちが下地(下級所有權)を有して居る場合があれば、また本所或ひは預所が有して居ることがあるし、作人の永小作權の如きも存在したのであるが、しかし、名主・百姓等を打つて一丸としたる一種の團體の財産なるものは存在しなかつた。彼の入會制度においても(註三)、名主・百姓等はその入會林野に對して團體的な利益權を行使することが出来たけれども、その入會林野が名主・百姓等の團體的な所有に屬するものなりとは明確に意識されて居たといふを得ない。否、むしろそれは領主のものであると考へられて居たであらう。元來、庄園はその初期において寺社權門勢家等が自己の土地領有に最も適當した形態として採用したものであり、村は右の庄園制度の崩壞の後を享けて百姓等の自治に甚だ格好なものとして生誕したものである故に前者が統制的であるに對し、後者はすこぶる自治的色彩に富むで居たのであつた。かやうに、庄園の名主・百姓等がその團體としての財産を所有して居らなかつたのみならず、また法律行爲をも爲さざりしものである以上(註四)、これを後の鄉村と同一視し得ないことは明かである。ただ庄園制度は吉野時代頃から次第に崩壞の過程を辿つたから、既にこの頃から庄園内には次の時代の萌芽形態の在つたことは注意すべきである(註五)。

庄園制度の崩壊過程はここに述べず、直ちに庄園制度の崩壊の結果、如何に新しい村の構成が爲されるに至つたかを明かにしたい。

先づ新しい村役人の制度が出現した。廣く知られて居る如く、徳川時代の村役人としては關西地方では庄屋があり、關東地方では名主ななしがあり、所によつては肝煎なども言つて居たが、これは實に中世末期に出現せる村役人そのままの繼承に外ならない。

然らば、同じ村役人であるにも拘らず、何故に關西と關東とではその稱呼が異つて居るのであるかといふに、それには深い歴史的事情があるのである。すなはち、關西地方は古くから開けて居たから庄園となつて後は本所の補任したる庄官が庄務を執つて居た。それで、中世末期に至り庄園制度が崩壊すると、この庄官の一部又は大部分の者はそのまま村役人となつて庄屋と言はれることとなつた。それは極めて自然なる成行であらねばならない。

庄屋なる名稱が何時頃から初めて出現したものであるかは更に大いに考究されねばならぬ問題であるが、試みに管見に觸れたる若干のものに就いて觀るに、「大乘院寺社雜事記」應仁二年十一月二日の條には、「庄屋沙汰人、事、不法無沙汰仁體也、剩、他領中ニ止住、爲門跡ニ難義也、發志院之内ニ器用體可被仰付之事、此條尤也、早々可ニ申付云々、」と見へ(註六)、この頃の庄屋は未だ本所に依つて自由に任免される地位に置かれ、村民の選舉などは未だ行はれて居らなかつたことを物語つて居る(註七)。

その後に至れば、庄屋の名は次第に多く現はれて來ることとなり、「春 御神供米吐田庄納帳」

天文十一年十一月十七日の部分に、

字キトノキタトラ

一石五斗

庄屋 與七郎

と見へ(註八)、「多聞院日記」永祿十一年八月二十五日の條には、「三昧田ヨリ人夫科錢二人分廿疋、竝地下ヨリ三人・樽一荷・兩種持上了、庄屋子助九郎ツレテ上了、」(註九)、同年九月二日の條に、「合場八石米付、庄屋二人ヲ竹田マコ四郎同道、」云々(註一〇)、永祿十二年十月十五日の條に、「マコ四郎小林へ供田毛見ニ下了、成身院ノ狀ヲ乞請テ庄屋へ遣之、」(註一一)、天正二年七月八日の條に、「三昧田寺門庄屋衆上了」(註一二)、天正二年閏十一月五日の條に、「番條ワカツキ御米ノ庄屋善三郎サン用ニ上了」(註一三)、天正四年正月七日の條に、「若菜祝儀始例神官庄屋ヨリ上物持來、スキ物ニテ酒呑セ、餅一膳給之了、昨日持來了」(註一四)、天正四年十月二十七日の條に、「樽一(カキ)大根新木庄屋宗二郎持來」(註一五)、天正十九年十二月十六日の條に、「米ノ庄屋歳暮ニ牛房二ツ持上了」(註一六)と見え、また「三津屋共有文書」に收むる天正十九年三月十五日の契約狀に依れば、西破村の庄屋・肝煎及び惣中が草場のことに関し隣の三屋村惣中へ文書を發して居ることが知られる(註一七)。更に、「行福寺文書」に收むる慶長十一年

十二月の田地永代賣證文には、「庄屋 伴右衛門」が連署して黒印を押捺して居り(註一八)、また開墾に就き肝煎と百姓との契約状を作製して居るものもある(註一九)、元和年間には「組頭」の名も見へるに至つて居るが(註二〇)、これも恐らく中世末期から出現しつゝあつたものに相違ない。

これを要するに、庄園が早くから開けて居た關西地方では庄官が庄屋に變質して、初めはなほ本所のための庄屋であつたものが、次第に村の庄屋になつて行つたものであり、室町初期頃から徐々に出現して居たのであらう。

なほ、庄屋には處により一定の報酬が給與されたものの如くである。豊後國における天文十三年閏十一月の讓狀に、「同庄屋給事、讓狀有之、以彼兩通、代々無相違相拘之通申候、上意之趣旨、庄屋給事、從諸給□、於立除地者、」云々と見へて居るのはその一例である(註二一)。然らば、その額は如何程であつたかといふに、もとより時と處とに依つて同じではなかつたであらうが、「多聞院日記」文明六年十一月二十二日の條に、「此二石之内、一石ハ庄屋得分ニ取之云々、則渡之畢」(註二二)とあるのは、庄屋の得分が一石であつたことを示して居る。以てその一斑を知ることが出來やうと思はれる。

(註一) 東寺文書、第二卷、第五三九頁。

(註二) 拙著「日本法制史上より觀たる團體法」。

(註三) 我が中世の入會制度に就きては、拙著「日本固有法研究」第二四九頁以下。

(註四) 拙著「日本固有法研究」第三〇六頁乃至第三〇七頁に引く河水入會の契約は、庄園と庄園との間に於ける法律行爲といふ形式を採つては居るが、しかし、これは一方の契約當事者が法印權大僧都及び庄園の預所である點に注意すべく、從つて名主・百姓等の團體自體の法律行爲ではないのである。

(註五) 入會權に關して、相隣接せる庄民間には古くから紛争が繰り返された(拙著「日本固有法研究」第二七八頁以下)。そして、そこには、その入會林野に對する庄民等自身の所有觀念は明確に意識されては居らなかつたけれども、これが發展して中世末期に至ると遂に村の總有財産といふ觀念にまで辿り着くこととなるのである。

(註六) 大乘院寺社雜事記、第四卷、第二四五頁。

(註七) 天文年間のものと思しき新次郎なる者の書狀に、「將又庄屋職上表可申由言上付而此方へ承候、」云々と見へ(春日神社文書、第一卷、第六一頁)、庄屋職と言つて恰もこれを庄官職と同じ表現をなして居る。これは、庄屋の前身が庄官であつたといふこと、及び初期の庄屋は未だ庄官と甚しく距離るものでなかつたことを示すものである。

(註八) 大日本史料、第十一編之五、第五四九頁。

第五 中世末期における村の人格

- (註九) 多門院日記、第二卷、第八六頁。
- (註一〇) 多門院日記、第二卷、第八七頁。
- (註一一) 多門院日記、第二卷、第一五一頁。
- (註一二) 多門院日記、第二卷、第三三〇頁。
- (註一三) 多門院日記、第二卷、第三四〇頁。
- (註一四) 多門院日記、第二卷、第三九五頁。
- (註一五) 多門院日記、第二卷、第三三〇頁。
- (註一六) 多門院日記、第四卷、第三二五頁。
- (註一七) 滋賀縣史、第五卷、第三七一頁。
- (註一八) 大日本史料、第十二編之四、第五七七頁。
- (註一九) 「鴻保文書」(大日本史料、第十二編之五、第三一六頁乃至第三二七頁)より次の契約狀を擧げて置きたい。
 - 一 正月御禮に參候時、被_レ爲_二仰聞_一候ことく、百姓衆御かいはうの御書出之事、
 - 一 壹年あれハ、一年やすみに可被成事、
 - 一 貳年あれハ、二年やすみに可被成事、
 右之通やすみ、あきまで人足役せん御ゆるし有_レへき事、

- 一 島之儀も可_レ爲_二同前_一事、
 - 一 三百刈よせ御ゆるしある_レへき事、
 - 一 野ての儀、前々のことく、其外ハ御ゆるしある_レへき事、
- かやうに被仰出候上ハ、をき地ハ不_レ及_二申_一に、田畠共に無_二油斷_一ひらき可_レ申者也、
- 慶長拾貳年三月一日

きのかみきもいり分

鴻保 百姓 中

これに依つて見れば、肝煎は矢張りその地の祐富者又は土地の有力者であつたし、且つ百姓等はその支配下に立つて居たことが推察されるのである。

- (註二〇) 牧野信之助氏選輯「越前若狭古文書選」第三八九頁。
- (註二一) 小野精一氏編「萩原文書」第五四頁。
- (註二二) 多聞院日記、第一卷、第一一九頁。

次は名主であるが、前述の如く關西地方では早くから庄園が開かれて居たに對し、關東地方では未開の地が甚だ多く、これを開墾して新田となすことが平安末期から中世にかけて盛んに行は

中世末期における村の人格

れた。ところで、この新開田のことを中世では一般に名田みやうでんと言ひ、開墾者の名をこれに冠して何々名（例へば太郎助名）と稱し（註一）、その所有者を名主みやうしゅと言つた。庄園内の未墾地を開かむとする者は先づ本所に申請してその許可を受け、開墾後は一定の年貢を納めねばならなかつたこと言ふまでもないが、名主は作人をしてその名田を耕作せしめて小作料を徴收し、その生活にも直接關與するところがあつたから、庄官に比するとその村役人的性質はすこぶる濃厚であつたのである。

然るに、中世後半期に至り庄園制度が急速に崩壊過程を辿り、從來の庄園村落が分解をなすに至ると共に、關西地方の庄官が村役人たる庄屋になつたと同じやうに、關東地方の名主みやうしゅは村役人たる名主ななぢに轉化してしまつたのである。徳川時代において關東地方では村役人を名主ななぢといつた歴史の根據は、正にこの點に在るのである（註二）。

庄園内で庄民と言はれて居た一般の百姓は、中世末期になるとその團體的性格を頗る顯著に發現するに至つたこと後節において述べる如くであるが、それに關連して五人組制度類似の隣保團體が擡頭するに至つたことを注意すべきである。

抑々五人組制度は、間接的にはその端を遠く王朝の五保制度に發すること言ふまでもないが、それが頼れて後も郷村庄保においては依然として一種の組合的な團體が存在して居り、殊に中世

末期に至り世が戦亂の巷と化して郷村團結の必要が大いに痛感されると共に、各地に寄合が興され（註三）、村民の自治的機關であると同時にまた大名の一政治機構として利用せられ、後に述べらる如き納税・治安維持等の連帶責任を負せしめらるることとなつた。既に天文五年には「庄屋五人組」なるものが編成されて居り（註四）、爾來、徐々にではあるが歳を逐ふてこの組織は次第に整備されて行き、遂に徳川時代に至つてこれが大成されることとなつたのである。

かくの如くして、徳川時代における村の機構は中世末期を以てほぼその前身的形態が結成されつつあつた。そこで私は、然らばこの中世末期の村は法律上如何なる性格のものであつたかに就き、以下順を追ふて具體的に明かにして行きたいと思ふ。

（註一） 徳川時代でも新開田にはその開墾者の名を冠して何々新田（例へば太郎兵衛新田）と言つたことは人の皆よく知れるところである。

（註二） ミヤウシユがナヌシと言はれるに至つたとほぼ同じ頃から、中世のミヤウデン（名田）はその名稱を失ひ、次第にこれに代つてシンデン（新田）と言はれるに至つたのではないかと考へる。勿論、それは急速に進むたものでない。

（註三） 三浦博士「法制史之研究」第七三二頁以下。

（註四） 穂積博士「五人組制度論」第四一頁以下。

三 村の財産所有能力及び法律行為能力

先づ私は、中世末期において村の財産が如何にして形成されたかを明かにせねばならぬ。さて、村の財産として最も典型的なものは入會地であるが、元來、庄園内では各所に相當廣範圍に亘つて入會地があつたのであるけれども、その入會地は基本的には本所又は地頭の支配權下に在つて、庄民等——換言すれば、一つの無形の人格者たる庄民團體の所有にかかるものではなかつたのである。前節の註四に述べたる東寺領丹波國大山庄の河水入會權に關する文書は、その契約當事者が庄園の支配者たる法印大僧都と同庄の預所となつて居て、庄民等とはなつて居らない。これは、入會地の所有者が庄民等ではなくて本所であつたことの當然の歸結であるのである。しかして、これは纔に一例を擧げたに過ぎないが、中世末期以降における村の「總有財産」なるものは、中世の庄園制度下では未だ十分に確立されて居らなかつたのであつた。

然らば、かかる入會地は何故に中世末期に至つて村の總有地に變化したかといふに、この頃の庄園制度の崩壊は、先づ從來における土地の上級支配者たりし庄園の本所を放逐して、その或る者をば全然没落せしむるか、又はその或る者をば新らしく實力者となりたる大名より新たに一定

の知行地を給與することに依つて一種の大名又は地頭の地位に轉化せしめた。高野山や興福寺その他の諸寺院が庄園の本所たることを止めると同時に、豊臣秀吉から新らしく朱印狀を貰つて一種の大名となつた如きは、蓋しその最もよい事例である。かやうに變質した從來の庄園本所たりし者は、もはや從來庄園に對して有して居た私的支配權を喪失して、自己の知行地に對し一種の公的支配權を有するにしか過ぎないこととなつたのである。

更に又、地頭を併呑し・庄園を蠶喰して飽くなき押領をつづけて居た守護は、これまた近世的大名に發展すると共に、その所領に對する私權を喪失して矢張り一種の公的（政治的）支配權をその掌中に握るに至つた。故に、彼れが庄民（村民）より徵收するところの物は、曾て彼等が守護や地頭たりしときに行ひたる如き職の得分などは全然その性質を異にし、完全に租稅たるの性質を具有するに至つたのである。

他方において、庄官・名主・庄民等はどうであつたかといふに、庄官は庄屋となり、又その或る部分の者は武士に登庸されたが、庄屋となりたる者は庄官職に附帶せる給田・給名を自己の所有地となすと共に、各種の方法でその私有地を擴張したに相違ない。又、名主は自己の名田を完全にしてその私有地として領知したこと疑ひなく、更に、庄民はこれまで耕作して居た庄園内の小作地をばこれを各々自己の私有地に轉化したのであつた。この故にこそ、我が近世より今日に至る

まで小地主が群立するに至つたのである。

ところで、庄園内の入會地は如何になつたか。これは前述の如く本所の支配權下に在つたのであるが、本所の或る者が新大名となり、或ひは本所の没落したる跡に新大名が占居するに至ると、これ等の大名は自己の支配地に對して政治的支配權のみしか有して居らないこととなつたのであるから、ここに入會地の所有權の歸屬が問題になるのであるが、時恰も村の團體的性格が大いに結成せられつつあるときであり、また従つて村の新らしい法人格も形成されて居たから、廣く住民の用益に供することを目的とせる入會地が一個人の私有又は共有ではなくて、村民等の總體すなはち、その有機的結合體たる村の總有にかかる村の財産となつたことは、極めて自然の成行であつたのである。かくして、入會地が村の總有財産となるや、もはや從來に見られた如き、入會地に關する他郷村との契約締結の當事者は本所ではなくて村それ自身がその局に當ることとなつたのである。

徳川時代における入會地の郷村總有關係は、かくして形成されたのである。

村の法律行爲として徳川時代の資料には、村が或ひは債權者となり或ひは債務者となれる事實が甚だ多いが、中世末期においても既にこれが見られ（註一）、村が他人から米・錢などの借用を

なして居るのである。

しかして、庄民等相互間に契約の締結されたことは既に早くから見られるが（註二）、中世末期の村と村との契約に關しては、ここに二個の例を指摘して置きたい。

先づ、近江國「坂上文書」に收むる天正十一年の、牛飼村と山上中村との草刈場相論に關する契約狀には次の如く見えて居る（註三）。

就_下今度山上中村と被_レ仰構_二候草刈場之儀、雙方御一書具_ニ令_レ披見_一、無_レ最負偏頗_一存分順路と存知異見申條々

- 一 そふくよりうは谷へのほり、將監方山之林はつれ傍（勝）示塚よりつゝみかとうへ見とをし、つゝみかとうよりたうけの地藏へ之道通り、たうけの地藏より石橋までの間を古道を限り、それより信樂道を上り、城谷口まで道限ニ、北西者牛飼より草木を可_レ被_レ刈候又南東は山上中村より草木を可_レ被_レ刈候、此旨彼方へも申付候間、向後御競望有間敷事、
- 一 堀開田畠之儀者、右傍示より北西ニ雖_レ在_レ之、又南北ニ雖_レ在_レ之、雙方互に開主之可_レ有_二御知行_一事、

一 自今以後之儀者、雙方新開御沙汰有間敷候事、

右條々旨、私曲偽於_レ在_レ之者、此靈社起請文之御罰深原可_レ罷蒙_二者_一也、

天正拾壹癸未十二月十六日

多喜彌九郎

資忠(花押)

(以下連署略す)

牛飼村御名主中

若黨中

百姓中參

これに起請文を添へて居るのである。しかして、更に近江國の「三津屋共有文書」に收むる天正十九年の草蒞場に關する契約書も亦ほこれと同様のものであつて、

一 三屋・西破兩村立分之草場、加茂野御檢地ニ付而、兩村同前ニ他領と境目之方(勝)示を指、於此野ニ者、兩村互に異亂無之候、若此草場に付而、從他領妨出來仕候は、如先例兩村可爲一身者也、仍爲後日證文狀如件、

天正十九年三月十五日

西破村庄屋 喜左衛門(花押)

肝 煎 市左衛門(花押)

惣中

三屋村惣中參

と言つて居る(註四)。

さて、以上二通の契約狀は抑々何を物語つて居るであらうか。先づ第一に、村は「庄屋」「肝煎」と稱せられる村役人と、「惣中」と言はるる惣村民とに依つて構成されたる一つの有機的團體であり、團體としての村の意思は、村役人及び惣中の統合せるものに依つて外部に表現される。この表現されたる意思は村自身を拘束すると同時に、「村役人・惣中」をも拘束し支配する。されば、契約に依つて發生する權利義務は、或ひは村役人・或ひは惣中、又は惣中の内の一部の村民のみの負載するものではなくて、その權利義務は取りも直さず有機的團體たる村、すなはち村役人と惣中との全體に歸屬するのである。

第二に、村はかやうに契約をなすところの能力、すなはち法律行爲能力を有して居り、従つて無形の團體ではあるが、有機的團體として法律上の人格を有して居た。その人格なるものは、村役人と惣中との全體の人格が統合融化して、而もその單なる合計にあらざる一種の高次なる且つ獨立せる人格であつたのである。

かくの如くして、村の財産所有能力及び法律行爲能力が中世末期に至つて顯著に形成されることとなつたのである。

(註一) 拙著「日本法制史上より觀たる團體法」第四八頁乃至第四九頁。

(註二) もとより、中世の庄園内においても、庄民等相互間に契約の締結されることは珍らしくなかつた。

殊に入會權に關する紛争の場合において屢々これが見られたのである。拙著「日本固有法研究」第二七八頁以下参照。しかして、これは中世末期のもの爲めに一つの先進的形態であつたのである。

(註三) 大日本史料、第十一編之五、第五六七頁乃至第五六九頁。

(註四) 滋賀縣史、第五卷、第三七一頁。

四 村の納稅責任能力

中世の庄園内においては、本所へ納むべき年貢を先づ庄民より名主へ納め、名主よりこれを本所へ進納して居たのであつたが、しかし、地頭の補任されて居る庄園では、地頭が徵收の局にあたるのが原則であつた(註一)。

けれども、納稅に就いては個々の庄民が責任を有し、一庄内の或る者が滯納・脱稅するが如きことあるも、これを同一庄内の庄民全體に負擔せしむるが如きことは、一般普通には行はれて居

らなかつたのである。然るに、中世末期に至り村が一つの有機的團體となり、且つこれを利用して租稅を徵收すること完たからしめむとする領主の政策によつて、村自身が納稅の責任を有することとなつた。

尤も、かやうな状態は中世末期になつて忽然と出現したものに非ずして、中世の中葉にも既にその先驅的形態が見へて居る。建武二年三月三日の賢秀・清長執達年貢免除狀に、若狹國汲部・多烏兩村の年貢貳貫文を免除することに就き、「右可對治當國惡黨之由、爲勅使下向處依落付、當所土民百姓等致隨分之忠間、當村年貢内二貫文、毎年永代令配分兩村、所有御免也、存此旨、可相觸百姓等之候也、仍執達如件」と言ひ、これを「多烏沙汰人百姓等中」に宛てて居るのは、その一例となすことが出来るであらう(註二)。すなはち、この場合は村全體の納稅額中より貳貫文を免除するといふのであるから、そこには村全體として或る程度の納稅責任が存在したことが反面的に想像せしめられる節があるのであるが、しかし、中世末期以降における如きものと全く同一であるや否やは、更に考究を要する問題であらねばならぬ。

ところが、中世の末期に向ふに従つて庄民等の團體的納稅責任が次第に自覺されるやうになつて來た。興福寺大乘院の尋尊大僧正の日記たる「大乘院寺社雜事記」を繙けば、庄民等が一團となつて本所に向ひ、しきりに減租を要求せる記事が無數に現はれて來る。例へば文明十二年九月

二十四日の條に、「楊本庄百姓等種々歎申間、二十石分免可給之由仰了、且畏入之由退出云々」とあるが(註三)、かくの如きは庄民等が自己の所屬する庄内の年貢を或る程度まで連帶して納めて居つたであらうことを一往推測せしむるものである。何となれば、この場合に免除したる二十石は個々の庄民に對して爲したるにあらずして、庄民等の全體に對して爲されたものである。更に又、「當所名主沙汰人等中」に宛たる延徳元年十月二日の執達狀に、「北野宮寺領加賀國豊田保事、爲嚴重神領之處、百姓等任雅意、年貢等不致沙汰云々、言語道斷次第也、因茲、神事及退轉候條、且神慮難測者歟、所詮、松梅院禪豫代入部之上者、年貢諸公事如先々可沙汰渡之由、被仰出也、」とあるもの(註四)、また「當所名主百姓中」に宛たる永正六年八月十五日の執達狀に、矢張りこれとほぼ同じ内容のことを言つて居るもの(註五)、この頃になれば既に名主百姓等の連帶納稅責任が発生し、しかも、それは彼等の一種の團體の責任として意識されつつあつたものと考へられるのである。

尤も、かかる意識化及びその制度化は處によつて遲速のあるのは免れ得ないことであつて、天正九年八月六日の大井村百姓中に宛たる前田利家の黒印狀の如きは、「大井村當年年貢米之事、爲二十人者、堅令催促可相濟候、但小百姓等兎角申者候者、留守者ニ相談可申付候、自然留守居者如在候者、此方へ直ニ可申越者也、」と言ひ(註六)、滯納者の部分を他の村民一同を

して代納せしめず、ただ滯納者を直接申告せよとあるのみである。文祿元年十二月六日の吉武安福の判物が大井村・村山村・其外御代官所・惣百姓に宛てて、「於難澁者、以譴責急度可申付候、」(註七)と言つて居るのも、やはり滯納者に對して領主より直接に譴責の使者を差遣して徴收することを明かにせるものである。

しかしながら、世の大勢は納稅に對する村の責任といふ方向に進むで行つた。慶長二年三月に制定したる長曾我部掟書は、その隨所にかかる思想が窺はれ、また慶長以降の年貢割付狀は、この點が最も明瞭に現はれるに至つて居る(註八)。そして、元和五年三月十九日の熊川村肝煎百姓中に宛たる多賀・赤尾連署判物に、「其村當年土免ニ可相究旨被仰出候、高以貳百拾貳石六斗三升五合物成當暮ニつる懸升を以、七ツ五分ニ御納所可_レ在候、此上ハ田畠も不荒様ニ念を入耕作可_レ仕候、自然百姓など走申候ハ、相殘百姓手前ハ辨_レ御納所可_レ申候」と言ふに至つて(註九)、村の納稅責任は凡そ完全なものになるに至つたのである。しかして、かくの如きは既に中世末期の諸地方において出現しつつありたるもの發展、並びにその全國的な普遍化傾向を物語るものであらねばならぬ。

村が租稅納付の責任を有して居たことは、これ取りも直さず、村が實在的な總合人として法律上の人格を有するに至つたことを立證するものであるが、かかる責任は實に村役人及び總百姓の

納税責任が、村といふ高次な團體の中に融合された結果に外ならないのである。しかし、村は村役人及び總百姓から全く分離してこの責任を有するのではなくて、この責任は村役人と總百姓との總合體たる村に屬するものであり、従つて村役人及び總百姓と隔離されてしまつた村の責任なるものは在り得ないのである。

(註一)

但し、庄園によつては、庄民より直接に本所へ一纏めに納めることもあつた。文保二年六月十四日の東寺領丹波國大山庄一井谷百姓等起請文案に依れば、毎年十一月中に寺庫へ運上すべきことを誓つて居る(東寺文書、第一卷、第八七三頁、別に第八七五頁参照)。かやうな場合に滞納者があれば、庄民等は恐らく自治的にその納税策を講じたに相違ないが、しかし、この程度では未だ庄民等の一種の聚合を目して、納税の責任能力を有する團體であつたと言ふことが出来ない。

(註二)

牧野信之助氏選輯「越前若狭古文書選」第七九一頁乃至第七九二頁。

(註三)

大乘院寺社雜事記、第七卷、第一九九頁。

(註四)

石川縣史、第一卷、第一一五〇頁。

(註五)

石川縣史、第一卷、第一一五一頁。

(註六)

牧野氏、前掲書、第三八二頁。

(註七)

右掲書、第三八四頁。

(註八)

播磨國「芥田文書」二(大日本史料、第十二編之六、第八九八頁乃至第八九九頁)より、次の割付狀を引いて参考に供したい。

定饒東郡野里村免相之事

一 高八百九拾五百貳斗六升

壹石貳斗 五郎右衛門屋敷引

内 三百五石五斗九升四合 虫 指

捨壹石六斗五升壹合 堤代川成ニ引

残 五百七拾六石八斗壹升五合 毛 付

物成三百七拾四石九斗三升 六つ五分

此内五石七斗七升 島方追損ニ遺候

右無^三甲^乙令^{割符}、可^レ致^{納所}者也、

慶長十九年九月十五日

大 膳

庄屋百姓

(註九) 牧野氏、前掲書、第六五二頁。

五 村の刑事責任能力及び訴訟能力

中世末期の村が法律上の人格を有するに至つたことは、更にこれを別の方面からも論究しなければならぬ。刑事責任能力及び訴訟能力が即ちそれである。これは徳川時代の村において最も顯著に現はれて居るものであるが、しかし、その起源は直接的には矢張り中世末期に求めねばならぬ。

既に明應六年四月、修理職領山城國御袖内助武名主職たる井戸中務がみだりに御袖の木を盗伐せること發覺して在所を逐電したので、地下、すなはち一郷を罪科に處し、その家を焼き田畠を沒收して居る（註一）。かかる事實は時代を降ると共に愈々廣く行はれ、領主の統制政策と結合して盛むに利用せられたのであるが、その最も典型的なものは天正十九年に發したる豊臣秀吉の法度であらう。その文は次の如くである。曰く（註二）、

豊臣秀吉法度 天正十九年八月廿一日

一 奉公人・侍・中間・小者・あらしこに至る迄、去（天正十八年）七月奥州へ御出勢より以後、新儀ニ町人百姓に成候者於有之ハ、其町中地下人として相改、一切をくへから

す、若かくし置に付ては、其一町一在所可被加御成敗事、

一 在々百姓等、田畠を打捨、或あきなひ、或賃仕事ニ罷出輩有之者、其ものの事ハ不及申、地下中可爲御成敗、并奉公をも不仕、田もつくらさるもの、代官給人としてかたく相改、をくへからず、若於無其沙汰者、給人過怠にハ、其在所めしあけらるへし、爲町人百姓於隱置者、其一郷同一町可爲曲事、

元來、秀吉は居住・移轉・職業・等の自由を極度に制限したものであり、他の身分の者が百姓になり、或ひは百姓が町人や武士になつたりすることは頗るきびしく禁止したところであるが、右の法度は正にかかる方面の禁制であり、これに違背するならば一町一郷が刑罰を受けることになつて居るのである。かくの如きことは他の大名の下においてもほぼ同様の形態を採つて進行したに相違ないと考へられる。

されば、既にこれより先、伊達氏はその分國法たる塵芥集において郷村の刑事連帶責任制を規定し（註三）、降つて慶長二年三月に制定されたる土佐の長曾我部元親百箇條には、年貢米を完納以前に他國へ出せば、庄屋及び百姓を堅く罪科に處すべしと定め（註四）、また殺人して逃走せる者を故意に追捕しない場合には在所に科を懸け（註五）、山賊・海賊を糺明せざる場合にも同様に在所に科を懸ける旨を規定して居る（註六）。そして、徳川時代に入つてはこれが更に強化される

こととなつたのである（註七）。

かくの如く、村が刑事責任能力を有したのは、それはローマ法的觀念の如き擬制人としてではなく、實に、村が實在的な總合人としてであつた。故に、村の刑事責任は飽くまでも村自身の負ふものではあるが、しかし、それは村役人及び總百姓とから全く獨立して負ふものではなく、村の刑事責任は同時に村役人及び總百姓の有機的全體に歸屬して居たのである。

（註一） 三浦博士「法制史之研究」第七三四頁。

（註二） 毛利家文書、第三卷、第二一六頁乃至第二一七頁。これと同じものが、小早川家文書、第一卷、第四八二頁にも收められて居るのを見る。

（註三） この點に就いては、本書第一八五頁乃至第一八六頁。

（註四） 長曾我部百箇條の第五十四條（群書類從、第十六輯、第一三二頁）。

（註五） 右第二十九條（第一二八頁）。

（註六） 右第三十一條（第一二八頁）。

（註七） その一例として、元和元年十一月の京都所司代板倉勝重の觸狀（徵古文書、集、第二五頁）を左に擧げて置きたい。すなはち曰く、

急度申遣候、其元にて鐵砲打候由申來候、鐵砲御法度事候旨、堅改鐵砲一押此於へ可持來候、

於油斷者、其村可爲曲事候也、

元和元年十一月十日

法金剛院門前百姓中

板伊賀（黒印）

次に村の訴訟能力であるが、このことは既に庄園の農民等相互間においてもその傾向が見られた（註一）けれども、それは一つの前史的形態であつて、後代における村の訴訟と同一視し得ないとは言ふまでもない。何となれば、庄民等の訴訟はその訴訟主體が村における如き確然たる團體となつて居らないからである。とは言へ、それが中世末期における村の訴訟の爲めに重要な源流となつて居ることは論ずるまでもない。従つて、中世後期になれば、名は依然として庄を號し村になつて居なくとも、その庄民相互間の訴訟はほぼ村の訴訟に近似せる性質のものとなりつつある場合が少くない。彼の建武以來追加第二百五條及び第二百六條に見ゆるものの如きはその一例である（註二）。今それに依れば、近江國の田上柚庄と牧庄との間に堺相論があり、永享十一年五月二十日に兩庄をして湯起請せしめ、以ていはゆる神判にかけやうとした。しかして同年六月八日に至り、兩者とも湯起請の「失」（註三）があつたので、その繫争地を汲收するとの判決を下されて居る。かくの如きは訴訟の兩當事者が庄園であつたこと、そしてこの庄園に對し自然人に對

して行ふと同じ方法を以て裁判して居るのであつて、この兩庄が微かにではあるが法律上の人格者らしきものになつて居ることが看取される。もとより、この場合に手を下して湯起請をなしたのは當事者たる庄園の代表者がこれを行つたこと言ふまでもないが、我々はここに至つて、郷村化しつつある庄園の訴訟能力を知り得るのであり、兩庄は「庄」を號しては居るけれども、その實質は正しく後の「村」に近きものとなつて居るのである。

かくて、村の訴訟能力は中世末期に近づくに従つて愈々益々明瞭になり、發展せしめられることとなつた。文安六年三月の執達狀に、

丹生浦奥山事、馬背・竹浪相論之條、兩方支證御披見候處、丹生浦爲_二理運_一之申狀候間、馬背・竹浪輩山代を令_二沙汰_一、用木柴等事可_レ切之旨、下_レ被_二仰出_一候也、仍執達如_レ件、
文安六

三月十二日

丹生浦百姓中

長 行 (花押)

と言つて居るのに依れば (註四)、若狹國の丹生浦と竹浪とが山野を相論したこと、そしてその判決を丹生浦の「百姓中」に通達して居るものとして注目すべく、また同じ頃の貞運・基雄連署狀に、「若州丹生浦興行浪相論事、尋承候、於_二公驗_一者、雖_二無_レ之候_一、至_二海上獵場_一者、守護證跡

度々丹生理運之_レ見_レ之候、」(註五) とある如きは、海上の獵場すらも村の財産となり、そしてこの財産の所有權の歸屬に關して、村と村とが訴訟をなしたことを知り得るのである。

かくして、徳川時代における村の訴訟能力も亦、所詮、中世末期に形成されたものの繼承に外ならない所以が諒解せられるのである。

(註一) 例へば拙著「日本固有法研究」第二七八頁以下における近江國葛河庄と伊香立庄との相論を参照。

これは主として入會に關するものである。

(註二) 日本古代法典、第七四八頁。

(註三) 神判及び起請之失に就いては、拙著「日本法制史大綱」(昭和十八年全訂版)第二二二頁以下参照。別に、拙著「日本固有法研究」第一二六頁以下・第三八〇頁以下。

(註四) 牧野信之助氏選輯「越前若狹古文書選」第六一六頁。

(註五) 右掲書、第六一八頁。

六 法的人格者としての村

以上述べたるところを要約して、ここに中世末期における村の人格を結論して置きたい。

さて、村は、村役人及び總百姓によつて合成された一つの有機的團體である。しかも、それは村役人及び總百姓の個々の人格の單なる合計に依つて成れるものではなくて、その組織的に融合統合されたものであつた。故に、村は法律上、村役人及び總百姓から一種の獨立をなせる形態を備へては居るが、しかし、彼等から全然分立して存在し得ないものである。恣意的な例を引くことを許さるるならば、人間の身體における各部分は、それ自身特殊の存在を占めては居るが、しかも、他の部分と有機的關係に在ることに依つてのみその存在を保持し得る點と似たるものがあると言ひ得るであらう。

かくの如く、村は法律上の人格を有して居た。この故に、村はみづから財産を所有し、法律行為をなし、刑事責任能力を負擔し、また訴訟をなす能力をも負擔したのであつた。しかしながら、これ等の法律上の能力は、村が假りに自然人に擬制されて以てその結果かくなつたのではなく、とりも直さず、村役人及び總百姓の有機的組成に依る實在的な總合人として然るのである。この點において、我が固有法における法人なるものは、ローマ法の觀念と全く趣を異にし、ゲルマン法におけるゲノツセンシャフト (Genossenschaft) と頗る近似せるものがあるのである。

ところで、前述の如く村は一つの有機的團體であり、しかも、それは村役人及び總百姓に依つて組成されて居たものであるから、兩者は密接にして絶對に離すべからざる關係に置かれて居

た。故に、村の財産は即ち同時に村役人及び總百姓の財産であり、村の納税は取りも直さず村役人及び總百姓の納税であり、村の受くる刑罰は即ち村役人及び總百姓の受くる刑罰であり、村の訴訟は同時に村役人及び總百姓の訴訟であつたのである。されば、當時の布令に屢々「庄屋百姓中」或ひは「總百姓中」に宛たる文字の見えるのは正しくこのために外ならない(註一)(註二)(註三)。それは、村に屬するこれ等の權利義務が、とりも直さず村役人及び總百姓に分屬して居たからである。従つて、それは村役人及び總百姓の共有には非ずして、全く分割し得ざるところの總有に屬するものである。

かくして、村は法律上獨得の存在を占め、權利を有し義務を負ふて居た。そして、徳川時代及び明治初年の村は、これが更に展開されたものに外ならないのである。然るに、明治中期以降に至れば村のかくの如き團體主義的固有の性格は次第に個人主義的法律思想によつて排除せられ、ヨーロッパ的なものに接近するに至つたのであるが、同時に、その間に幾多の問題を生むに至つた。我が固有の郷村制とヨーロッパ的新制との撞着が即ちそれである。

(註一) 井水の普請に關し、近江國「南部文書」には次の如きものが見へて居る(滋賀縣史、第五卷、第三五八頁)。すなはち曰く、

青名八日市與中村與井水出入之儀ニ付て、如先規可レ有レ之申候て、御檢地衆より雙方へ被レ成ニ

御肝煎候、去々年迄古川通ほり候て、井溝普請可仕旨、各被仰出候間、尙以被得貴意、普請被申付、尤候、恐々謹言

天正十九

卯月十三日

青名八日市

庄屋百姓中

長東内 黒川久左衛門 (花押)

増田内 高田小左衛門 (花押)

(註二)

天正十二年の村田内膳等判物(牧野信之助氏選輯「越前若狭古文書選」第三五三頁)に曰く、

(前缺)

外、武拾五貫文

並錢 山手錢

但、別印村ヨリ相立共ニ、

右立相令檢地ニ相渡上者、於後日不可有相違者也、

天正十貳

七月十二日

村田内膳 (花押)

○以下五名略

月尾村下郷

惣百姓中

(註三)

領主が檢注を行ふ場合にも、矢張り同様のことが見られた。その一例として、慶長三年木村惣左衛門檢地定書を指摘して置きたい(牧野信之助氏選輯「越前若狭古文書選」第五六六頁)。曰く、

右今度御檢地相定條々

- 一 六尺三寸之棹を以、五間六拾間、三百步壹反ニ相極候事、
- 一 田畠井在所之上中下見届、斗代相定事、
- 一 口米壹石ニ付而貳升宛、其外役夫一切不可出事、
- 一 京升を以年貢可致納所候、賣買も可爲同前事、
- 一 年貢米五里、爲百姓可持届、其外ハ代官爲給人可持届事、

木村宗左衛門尉 (花押)

はら(原)村

次郎右衛門方

惣百姓中

第六 戦國時代における伊達氏の法制

——塵芥集を中心として——

一 分國法の發達

一 世にはゆるる戦國時代は中世より近世への過渡期、或ひは謂ひ得べくむば架橋期を成すものであつて（註一）、中世期において形成されたる封建的諸關係が近世的型態に止揚乃至継受せられる中間期に外ならなかつた。故にこれを中世末期といふも將また近世初期といふも差支へないであらう。

抑々中世時代はその初期にありては鎌倉殿——ここでは源頼朝を指す——を中心として比較的良好秩序が保持され得た。勿論、これは鎌倉末期以降に比較しての相對的意味において左様であつたといふに外ならぬのであるが、ともかく武家の頭首たる將軍が名實共にその實權を振ひたるが故に、貪婪飽くことなくして非法をこれ事とせる守護・地頭の如きも、その職權の不當なる伸張過程にあつたとは言へ、未だその本來的姿を十分に保持して居たのである。廣く知られて居る

如く、守護も地頭も共に鎌倉殿の御家人を以てこれに補任せられたものであつて、守護は謀叛人、殺害人の検断及び大番役の催促を以てその基本的な職務となし、世にこれを大犯三箇條と言つた。また地頭はその職務必ずしも一つではないが、一般に庄民より徴集したる年貢を領主へ取持ち、治安維持と共に輕微な犯罪人をば自ら處断することが出来た。すなはち徴税權と警察權と輕微な裁判權とを與へられて居たのである（註二）。しかして、この職權たるや兩者とも實質的に頗る強力なものであると言ふべきであつて、それが爲めに既に鎌倉初期においてすらも彼等の非法が絶へず見られたことは、鎌倉幕府の記録たる「吾妻鑑」を一瞥するのみにて十分に知ることが出来るのである。

然るに、時代が進み狀勢が次第に變化して來るに至ると、彼等の飛躍的進出が決定的なものとなつて行つた。その劃期となつたのが實に吉野時代の戰亂流離の場裡においてであつたが、その兆は固より既に早くより見へて居る。今、かかる一聯の過程を大觀するに、先づ地頭はその有する徴税權を惡用して自己の財力を養ふことに専念した。即ち庄民より徴集したる年貢をば正確に領主へ進納せずして犯用（私收）することに努め、それが幾年分になつて領主として堪え切れず地頭の非法を幕府へ訴へると、幕府では公正の裁判に努めはしたが、何分にも多年に亙る滞納額を一舉に地頭より徴集することが出来ず、ここに止むなく過去の幾年分かを免除する。しか

も、この訴訟には長き日數を要したのみならず、訴訟費用も巨額に上ることが少くなかつたので、訴人——原告——たる領主は多大の打撃を蒙つた（註三）に加へ、地頭は猶も更に非法を續ける爲めに庄園を分割してその一部を地頭の進止とし、他の一部を領主の知行地となすもの續出するに至り、これを中分とか所務和與とか言ひ、且つ地頭の所領となれる部分をば地頭進止地、領主の進止地をば直務地と稱して、直務地には領主の補任せる庄官をして直接に庄務を執行せしめたのである。しかして、地頭の中には領主へ毎年一定額の年貢進納を請負へるところの、いはゆる請所となれるものも少くないが、この種の地頭も亦その定額の請負年貢をば滞納すること甚だしきものがあり（註四）、かくて地頭は諸種の方面より庄園を侵喰し、これを轉倒せしめたのであつた。また吉野時代に入ると半濟といつて（註五）、戰爭の軍資金を調達する爲めに庄園收入の半分をば地頭が徴集することとなつたから、庄園領主たる寺社權門勢家にとつては實に容易ならぬ打撃であつたのである。

かくの如く、地頭はあらゆる方法を以て庄園の侵領に専念したのであつたが、地頭に比較して更に數段と武力的背景の強かつた守護はその武威を擁して庄領を奪つたのみならず（註六）、彼等の多くは地頭を兼務して居るから、前に述べたるところはその儘彼等に當てはまるのであるし、たとえ地頭を兼務して居らない場合においても守護は地頭を併吞して行つたから、吉野時代が終

り室町時代になると、往年の守護は一定の地域に占據して室町將軍の命に服せず、いはゆる分國を設けて他人との攻防をこれ事とするに至つた。勿論、かくの如き守護にあらすして全くの成り上り者で大名になつた者も少くないが、それが取りも直さず下剋上の時代的特色に外ならない。——戦國時代の大名はかくして守護の發展的形態として出現したのである。

(註一) 故三浦文學博士は曾て次の如く説かれたことであつた。曰く、「戦國時代は武家時代の變態なり、故に鎌倉幕府以來、武家の法制が如何に變遷を來し、かは、此時代の法制に就きて徴せざるべからず、戦國時代は又武家時代との過渡の時代なりし故に江戸時代の法制の由來するところも、亦此時代の法制を以て卜知することを得べし」(三浦博士「法制史之研究」大正十三年第四刷、第一五八頁)と。ほゞ至當な見解であると謂ひ得るであらう。

(註二) 守護及び地頭の有したる裁判權に就いては、拙著「日本固有法研究」(昭和十一年)第三六〇頁以下参照。

(註三) 鎌倉時代の訴訟費用は一體どれほどであつたといふことは甚だ興味ある問題であるが、これに關しては平山行三氏「鎌倉時代の訴訟費用に就て」(歴史學研究、第六卷第十一號、第九三頁以下)参照。

(註四) 請所に就いては諸家の研究がある。就中、故八代文學博士「國史叢説」(大正十五年再版本)第一七

九頁以下、また最近のものとしては舟越康壽氏「請所の研究」(社會經濟史學、第五卷第十一號、昭和十一年二月)があるし、別に故牧野信之助氏も「庄園に於ける請負」(史學雜誌、第四十八編第一號、第二號、昭和十二年一月、二月)と題する包括的な、しかし頗る示唆に富む論文を發表せられた。

(註五) 尤も、この半濟の制度は禁裡仙洞の御領、寺社一圓佛神領及び殿下渡領の如きは特別の由緒あるに より全く免除せられたること應安元年(正平二十三年)六月十七日の制に見へて居るが、しかし、これがよく遵守されずして屢々武士に依り半濟を行はれて居ることは「花營三代記」に收むる同じ日の文中によく見えて居る(新校群書類從、第二十卷、第一八二頁乃至第一八三頁)。

(註六) かくして戦國時代の貴族や寺社の領する庄園は有名無實たること甚だしき状態に立ち到つた。その實狀は諸種の記録・古文書などに依つて遺憾なく示されて居るが、試みに一條兼良の「桃花葉葉」(群書類從、第十七輯、第二三頁以下)参照。

二 戦國時代の諸大名が文字通りの群雄割據の狀を呈するや、彼等はいづれも思ひ／＼に自己の領國——分國——を統制するの必要上よりして法を制定するに至つた。もとより戦國時代といへども國家の根本法としては律令が存在して居たが殆んど行はれず、従つて國家社會生活を規律して居たのは大體において慣習法であり、従つてそれは頗る自然發生的であつたこと言ふまでも

ないが、しかし社會状態が極度に分立割據の相を呈して居たから、諸大名はおのづから自己の分國を社會状態に適應する如く統制する必要に迫られて居たため、かかる目的に促されて各々何等かの法を制定するところがあつたのである。例へば、山陽道西部において威勢を振ひたる大内氏がその時々が必要に応じて制定せる個々の法令を集めたる大内氏壁書、肥後の守護たりし相良氏の相良家壁書、駿・遠・三を治めたる今川氏の今川家假名目録、甲斐の守護武田信玄の制定せる信玄家法(又は甲州法度)、下總結城の城主たりし結城氏法度、阿・讃・淡の三國で一時勢を得たる三好氏の新加制式、更に少しく降つて土佐の長曾我部元親が制定したる長曾我部元親百箇條、伊豆の北條早靈寺殿二十一箇條、越前の朝倉敏景十七箇條、近江の六角義治の義治式目(註二)等々がある。そして、本編において究明せむとする伊達氏の塵芥集の如きも亦その内で最も注目すべきものであつたのである。

かくの如く、諸大名がそれぞれ自己の分國內で施行すべき法令を各々自己に適當したる如くに制定したるものなるが故に、これ等の分國法がそれ自體何等の統一されたものでなき孤立的な、ばらばらのものであることは言ふまでもないし、又その個々の内容においても相衝突する如き規定がないではない。それは一つには制定者が異つて居ること、分國內の状态が同じからざること等に依つて當然に生れ出たものである。

しかしながら個々の點は別として、少くともこれを大觀する限り分國法全體には或る統一された思想乃至傾向が看取される。それは、個々の分國であるとは言へ、大體において同じ社會組織に基礎を有しつつ、同じ日本人が同じ地理的條件の下に生活して居つたのであるから、同じ近代民法といつてもフランス民法と日本民法とが同じくない程では決してないのである。

そこで、牧健二博士はいづれの分國法も大體相似た法律であること理由として五個の共通點を擧げて居られるが(註二)、要するに、一般に分國法は、(1)すこぶる封鎖的にして、隣國を視ること正に敵國を觀るの態度を採り、(2)戰國時代のことであるから極めて軍事的・戒嚴令的性質を濃厚に帯びて居り、(3)社會秩序の維持が當面の急務でありたるの故を以て、刑法を殊に重視し、(4)しかも、その刑法たるや極端に武斷的な害惡的なものであり、(5)また郷村の團體的性格が法化せられた。更に、(6)領民の轉居・轉職が禁止乃至制限せられてその自由を甚だしく奪ひ、(7)また武士の婚姻の如きも許可主義を採用するやうになり、(8)かくて一般に法が統制主義的なものとなつたのである。勿論、分國法中の或るものにはこれ等の内の若干のものしか現はれて居らないものもあり、また或る分國法に現はれて居て他の分國法に現はれて居らぬ如き部分もあるが、全體的に見れば、ほぼ以上の如く言ふことが出来るであらう(註三)。事實、この時代の如く諸大名が分立割據して常に自己を守ることに吸々たると共に相手の隙を窺へる時代では、自然にかくの如き

傾向を帯びざるを得なかつたのであつて、それは要するに社會狀勢の如實なる反影に外ならぬのである。

さて、かかる狀勢は既に吉野時代に徐々と顯現されつつあつたのであるが、就中、應仁・文明の大亂以降になつて甚だ一般化せられて行つた。蓋し、この大亂を契機として足利幕府の威力は地に墜ちて諸大名はそれぞれ獨立割據の形態を採り、かくて分國が生じ分國法が發達したからである。

しかして、分國法は猶ほ中世法的色彩を残して居るにも拘らず、實は多分に新時代の近世的武家法的なものを藏して居るの點において、近世法の直接的な前身であると謂はねばならぬ。事實近世法が分國法を繼受して居るもの決して鮮少ではないのである。

(註一) 義治式目は牧博士によつて發見せられたものである。牧博士「義治式目の發見と其價值」(法學論叢、第三十七卷第五號)。

(註二) 牧博士「日本法制史概論」(昭和十年)第二三三頁以下には次の如く説かれて居る。曰く、「大名領地の法律は、領地成立の事情と地方慣習の存在とに依り、同じことに關してでも規定を一にしな。其上領主に依つて立法の目的と精神とを異にするものがあつた。が勿論相似た法律であつて一に依つて他方を押すことが出来る。其れは彼等に次の如き五個の共通性があつたからだ。第一は

分國法としての性質で、大名の大部分は守護であつたから、貞永式目と其の追加とが分國法の手本となつた。大内家壁書の如きは幕府法を本法として居る。第二は家法としての特色で、大名が領地を家産視したことの當然の結果であつた。之が最もよく現はれた方面は階級制度であり、武士も庶民も家族的擬制を以て統一されて居た。第三は戰時法としての色彩である。領地を守るが爲に他國人との交通を警戒し、財政經濟は自給自足を以て主義とした。第四に武家法として武斷的なる性質は極度に發揮された、之は殊に刑法に於て見らるる特色である。第五は武家の領地法の完成で大名が庄園を占領した結果、茲に始めて民事に關しても立法の見るべきものを生じた。分國法は實に主として武士や庶民の民事法であつた。かやうに主として民事法が法典に上つたのは、先に其例がないのみならず、後の徳川氏の定書の如きも此様に特に民事的なのではない。これ最も注意すべき點である」と、そこに一種の見解が見られる。

(註三) 別に三浦周行博士がその「戰國時代法制の發達」(法制史之研究)所收)の第三章「國法の傾向」(第一六六頁以下)において説かるると、並びに拙著「日本法制史大綱」(昭和十八年全訂版)第三編第九章「分國法」をも併せて参照のこと。

二 塵芥集の成立

一 かかる一般的状態の下に伊達氏の法制が生誕したのであるが、元來、伊達氏は徳川時代では外様大名中の雄藩にして六十二萬五千石を領して居たほどであつた。しかし「大日本古文書」の伊達家文書に就いてその起源を検討するも、これを系統的に明らかにすることが出来ないが、元弘三年五月、伊達道西（貞綱）の軍忠狀に依れば、彼れは既にこの頃但馬國小佐郷一方の地頭職を帯有して居たるものの如くであり、しかも官軍に屬して鎌倉幕府軍と大いに戦つて居る（註一）。されば、もともと伊達氏は鎌倉殿の御家人であつたこと——何故なれば、地頭職を恩給されて居るのであるから——が知られる。但し、伊達氏の帯有したる地頭職は右のみに止まらず上野國においてもこれを有して居るのであり（註二）、猶その他でも地頭職を有して居たかも知れない。

然るに、機を見るに敏なる伊達氏は、いはゆる吉野時代において足利尊氏の許に馳せ參じ、その無節操を暴露することとなつた。足利氏が伊達氏に與へたる數多き威狀が最もよくこれを證明して居る（註三）。しかしてその後、伊達氏が如何にして東北の地に雄飛するに至つたかに就いて

は資料が中斷して明かならぬものがあるが、いづれにしても他の諸大名と近似せる手段を以て膨脹したに相違なく、大永年間に至れば奥州守護職の重任に補せられて居るほどであるから（註四）、その威勢は推して知るべきである。況むや應仁大亂以降、幕府の威力が地に墜ちて群雄割據するに至ると、同氏がこれを機會に一層自己の分國を擴張し整備するに至つたことは自然の成行であつたと謂はねばならぬ。

（註一）すなはち、元弘三年五月十三日、伊達道西が奉行所へ提出したる軍忠狀には、「但馬國少佐郷一方地頭伊達孫三郎入道道西申、大將軍頭中將家（千種忠顯）自伯州御越當國之時、最前馳參、路次賜_二綸旨_一屬_二御手_一、去月八日兄弟三人、道西・宗幸・宗重等、押_二寄_一二條大宮、燒_二拂丹_一後前司之役所、即打_二入敵陣中_一、數刻合戰、舍弟宗幸被_レ射_二左肩_一、家人和田次郎・中間十郎太郎打死畢、於_二大將軍御前_一抽_二無_一二軍忠_一之條、御見知之上、阿彌彦三郎・安原彦五郎・枚田彦太郎・楯彦太郎等、相共致_二合戰_一畢、道西雖_レ爲_二不肖之身_一、携_二弓箭_一□□勇士之藝之上者、早預_二御感_一、彌可_レ成_二向後之勇_一由存候、以此旨可_レ有_二御披露_一候」といひ、これに千種忠顯の承認したる證として花押がある（大日本古文書、家わけ第三、伊達家文書之一、第二頁乃至第三頁）。

（註二）元弘三年十月、伊達道西は、自分が官軍に屬して軍忠を致したのであるから、その領する上野國公田郷一分地頭職を安堵の國宣を賜はらむことを言上し、これは同年十二月に新田義貞の名を以て國

宣を與へられて居る(伊達家文書之一、第一頁乃至第二頁)。

(註三) 例へば建武三年九月二十六日、足利尊氏御判御教書には、「伊達孫三郎入道西重忠神妙、可_レ有_二恩賞_一之狀如_レ件」(伊達家文書之一、第三頁)、と見え正平九年八月十一日の足利直冬感狀には、「於_二但馬國_一致_二忠節_一之條、尤以神妙、彌可_レ抽_二軍功_一之狀如_レ件」(伊達家文書之一、第六頁)、とあり、その他かかるものが猶ほ少からず見へて居る。

(註四) 大永二年十二月七日、新開宗源(隆實)奉書に依れば、このとき伊達植宗が陸奥國守護に補任せられたことが知られる。その奉書に曰く、「就_二御代始_一之儀、御禮御申立旨、寺町(通隆)致_二披露_一候之處、則被_レ達_二上聞_一、被_レ成_二下_一、御内書_二候、殊色々御給候、目出候、從_二屋形_一(高國)委細被_レ申候、仍當國守護職之事可_レ被_二仰付_一候、御面目之至珍重候」云々(伊達家文書之一、第一二頁)、と。

二 かくして伊達植宗は自己の分國統制法として二個の成文法を作つたのであつた。その一つは天文二年三月十三日の制定にかかる藏方之掟であり、その二は三年後の天文五年孟夏(四月)十四日の塵芥集である。

さて藏方の掟は、當時、土倉といふ質屋を營める高利貸業者があり、土民は諸種の財物を入質して借金して居た爲めに、本法は實にこの種の利息附消費貸借に關する法制である。本法の全文

は十三箇條より成り(註)、その規定に違反する輩をば堅く罪科に處すると宣言して居る。しかし本法は塵芥集とは別個の法律であるが、兩者を分離して考へることは當を得ないものがあるが故に、次節において一括して考究したい。

(註) 本法は「大日本古文書」家わけ第三、伊達家文書之一第一五四頁以下に收むるところのものに據つて説明する。

三 次に、塵芥集は當時分國法の中では最も備はれる大法典であつて、全文一百七十一箇條より成り、平假名を主として使用せる法律である(註)。否、實に分國法の内のみと言はむや、實に成文法としては中世法中の白眉とも稱することが出来るであらう。

さて、本法には鎌倉幕府の制定せる御成敗式目を以て根本法と爲す旨の文句は一言も見へないが、しかし本法の制定にあつては御成敗式目を深く參考として居ることが外形的にも明らかに示されて居る。即ちまづ冒頭には法律不遑及の原則を宣言して、「せん」のさいはひ(成敗)におゐてハ、りひをたすにおよハす、いまによりのちハ、この狀をあひまもり、他事にましハるへからず、」と言つて居るが、これは御成敗式目の劈頭に、「於_二先々成敗_一者、不_レ論_二理非_一、不_レ及_二改沙汰_一、至_二自今以後_一者、可_レ守_二此狀_一也、」とあるのに頗る近似して居る。また式目の末尾には、法を嚴正公平に運用する旨の起請文が附いて居るが(註)、塵芥集にも亦殆むど同じ文言

の起請文があり、且つ奉行人が連署して居るのである（註三）。そのみならず、式目が先づその第一條及び第二條で社寺のことを規定して居るに倣つて、塵芥集はその第一條乃至第七條にて神社のことを、第八條乃至第十五條で寺院のことを詳細に定めて居るのである。

されば、塵芥集の模範になつたのは御成敗式目であること疑ひないが、しかし、内容的には後者に比して前者が遙に整つて居る。のみならず、貞永時代と天文時代とは政治・社會・經濟・思想の狀勢に大きな變化が見られるのであるから、前者が後者の單なる模倣にあらざること多言を費すまでもない。換言すれば、形式的には式目を手本にしては居るが、法の具體的内容に至つては全く獨得のものが少くないのである。

更に、塵芥集は數多き分國法の中でも頗る早き時期に屬して居る。すなはち、大内氏の壁書には遠く及ばないとしても、相良家の壁書が明應二年と天文十八年と同二十四年との三回に亘つて漸く四十一箇條たること、また今川氏の假名目録が大永六年に二十三箇條を定めて居るが、それも天文二十二年には二十一箇條を追加して居るに過ぎないのに比較すれば、塵芥集は年代こそ少しく遅れては居るが、天文五年に百數十箇條に達する法律を一舉にして作り上げて居る點は大いに注意されねばならない事柄であらう。

（註一） 今日、塵芥集は「改定史籍集覽」第七冊（第四二六頁以下）と、「大日本古文書」家わけ第三、伊

達家文書之一（第一七一頁以下）に收められたものとの二種がある。仍つて今兩者を比較して見るに、法文必らずしも同一ではなく、前者の平假名で書ける部分をば後者は漢字で書いてあるもの往々にしてあり、殊に前者の第二十六條「一たりやうにて、どかにんをうつとも、そのところの者、いらんにおよぶ事あるべからざる也」の如きは、全く後者に缺けて居るのである。しかし、前者の法文は後者と併せ讀むことに依つて推測し得る部分もなきにしもあらずであるから、ここでは前者すなはち改定史籍集覽本を基礎とし、傍ら後者すなはち伊達家文書本を参照しつつ考察を進めるとして置きたい。

（註二）

御成敗式目の末尾における起請文は次の如くである。

起請

御評定間理非決斷事

右愚身之身、依了見之不_レ及、若旨趣相違事、更非_レ心之所_レ曲、其外或爲_レ人之方人、乍_レ知_レ道理之旨、稱_レ申_レ無理之由、又爲_レ非據_レ事、號_レ有_レ證據、爲_レ不_レ顯_レ人之短、乍_レ知_レ子細、付_レ善惡_レ不_レ申之者、事與_レ意相違、後日之糺繆出來敷、凡御評定之間、於_レ理非_レ者、不_レ可_レ有_レ親疎、不_レ可_レ有_レ好惡、只道理之所_レ推、心中之存知、不_レ憚_レ傍輩、不_レ恐_レ權門、可_レ出_レ詞也、御成敗事切之條々、縱雖_レ不_レ違_レ道理、一同之憲法也、設雖_レ被_レ行_レ非據、一同之越度也、自今以後、相_レ向_レ訴人并其緣者、自身者雖_レ存_レ道理、傍輩之中以_レ其人之說、致_レ聊違亂_レ之由有_レ其聞、已非_レ一味之義、殆貽_レ諸人之

嘲者歟、兼又依無道理、評定之庭被弃置之輩、越訴之時、評定衆之中、被書與一行者、自餘之計皆無道之由、獨似被存之歟、條々子細如此、若雖爲一事、存曲折令違犯者、焚天帝釋、四大天王、惣日本國中六十餘州、大小神祇、別伊豆宮根兩所權現、三島大明神、八幡大菩薩、天滿大自在天神、部類眷屬、神罰冥罰、各可罷蒙也、仍起請如件、
貞永元年七月十日

かくして沙彈淨圓外十二名の者が連署して居るのである。

塵芥集の末尾に見ゆる起請文も亦ほ右と同じである。次の如し。――
敬白起請文 評定之間理非決斷事

(註三)

右もうまいの者、りひの分別およはさるによつて、旨趣あひちかひの事、さらに心のまかるところにあらず、そのほか、あるひハ人のかたんとて、たうりのむねをしりながら、ひふんのよしを申かすめ、あるひハ、ひふんの事せうせきありとかうし、あるひハ人のおろかなる心をあらはさざらんがために、しさいをしりながら、せんあくにつきこれを申さすハ、事と心とさういし、後日にみたれいてきたらんか、およそひやうちやうのあひた、理ひにおけるては、うときも、したしきも有へからず、よし、あしも有へからず、たうりのおすところ心のそんふん、はうはいをはからず、けんもんをおそれず、ことはをいたすへきなり、せいはいの事たしかにでうくたひ、たうりにちかハすといふとも、一同のけんはう也、あやまつてひきよをおこなふといふとも、一同の越度也、い

まよりのち、そせうの人ならひにえんしやにあひむかひ、其身はたうりを存すといへとも、はうはいのうち其人のいふことをもつて、いさゝかいらんのよし申きこえハ、すでに一味のきにあらず、ほんんと諸人のあさけりをのこさんか、兼又道理なきによつて、ひやうちやうのにはにすておかるゝともがら、をつそのとき、ひやうちやうしゆのなかに一筆をかきあたへは、自餘のノのはかる事、みなもつて無道のよし、ひとりこれを存するにたるか、但、ちきそうのとき、ひやうちやうしゆかた、ひいきをなし、ふせうのともから申ところおほひかくすに付てハ、このはうれいをやふるかことし、この時は一人たりとも存知のむねを申、同心いたすへからず、又、人のさいかくにより、むてにんを申しつめんとし、又ハ、もうまいのやから、たうりをもちなから、ことはにのふる事をえす、さかしきの人のひふんと、おろかなる人のりうんと、これをれうけんいたさすハ、かつらハ、ふひんのいたり、かつらハ、けんはうのりをまぐるにたり、でうくしさいかくのことく、此うちに一事たりといふとも、心のまかり、心に存、違犯せしめは、ほんてんたいしやく、四大天わう、そうして日本國中の大小神祇、別てしほかまの大明神、たうしや八幡大舟、まりしそん天、天滿自在天神、ふるいけんそく、しんはつ、みやうはつ、各まかりかうふるへき也、仍きしやうもんかくのことし、

天文五年 丙 孟夏十四日

として、上總介宗朝外十一名が連署して居るのであるが、これが殆むど御成敗式目よりの敷寫の如

三 塵芥集の編成

塵芥集における法律規定が如何に編成せられて居るかといふ問題は、本法の有つ法律意識を知る上において甚だ重要である。廣く知られて居る如く、近代市民法では一般に法を公法と私法とに二大別し、憲法・行政法・刑法・訴訟法等々を以て公法となし、民法・商法・手形法等々を以て私法となして、以て公法は私法に先んずることの原則を立てて居る。しかして、私法の内では民法が基本的なものとなつて、日本民法の如きはこれを總則・物權・債權・親族・相續の順序を以て編成して居るのであるが、以上の事實は何を物語るかといふと、近代市民法においては少くとも公法を私法の先順位に置いて居ることと、民法が私法の普通法となつて、その編別は財産法を先んじ家族法を最後に据へて居るといふ點に在るであらう。尤も、最近では社會法・經濟法が巨大なる進出を遂げつつあつて、第十九世紀的市民法の體系をば止揚するの勢ひに向つて居るが（註一）、それはそれとして、ともかく市民法の體系は近代的市民社會に適應して出來上つたものであつた。

然るに、もともと法律意識なるものは一個の歴史的なものであつて、當該國家社會諸關係の如何に依つて同じからざるものである。市民社會には市民的法律意識・法律體系があるやうに、中世社會では中世社會相應の法律意識・法律體系が存在したのである。この故に、中世以降の法が公法と私法とを一體化し（註二）、また戰國諸大名がその私人化されたる公權力を以て領内を統制して居たことも何等の疑問でもなくなつて來る。更に、分國法が一般に刑法を重んじたのは、取りも直さず不安な社會状態を反影して居るし、また財産法に見るべきものがあるのは、中世の庄園内において生産諸力の發展して來たことの影響に外ならない。

このことは塵芥集と雖も例外たるを得ない。それは伊達氏の分國內に行はれたる一個の家法に過ぎないとは言へ、廣く庄園制度が崩壊して近世的な大名領地が生誕し、群雄は四隣に割據して對立して居り、社會秩序が甚だ不安に置かれて居たところの戰國時代そのものの所産である。しかして、塵芥集の法意識は鎌倉幕府の御成敗式目に見えたものと異るところなく、道理を基礎とし道理に基いて生れ出でたる強行規範であつた（註三）。故に裁判の如きも常に道理すなはち「理非を辨別したる正しい道」とでもいふべきものを實現せむとした。前節の註三に引ける起請文はよくこれを物語つて居るのである。

中世より近世への過渡期の產物たる塵芥集の編成は、當然に御成敗式目とも同じからざるもの