

松 山 大 学 論 集
第 20 卷 第 4 号 抜 刷
2 0 0 8 年 10 月 発 行

弁 護 士 の 誕 生 と そ の 背 景 (1)
— 江 戸 時 代 の 法 制 と 公 事 師 —

谷 正 之

弁護士誕生とその背景(1)

—— 江戸時代の法制と公事師 ——

谷 正 之

序

- 一 江戸時代の民事法制と民事裁判
 - 1 身分制度と家族制度
 - (1) 身分制度
 - (2) 家族制度
 - 2 民事法制と民事裁判
 - (1) 民事の法規範
 - (2) 民事裁判所
 - (3) 民事裁判
- 二 公事宿と公事師
 - 1 公事宿
 - 2 公事師
 - (1) 公事宿の主人・番頭（公事師）
 - (2) もぐり公事師
 - (3) 公事師作成の目安文例
 - 3 公事師と代言人との関係
 - 4 公事制限と裁判機関の未整備
 - (1) 公事制限－相対済令
 - (2) 裁判機関の未整備
 - 5 代理人制度の不存在
- 三 江戸時代の刑事法制と刑事裁判
 - 1 刑事法制
 - (1) 刑事の法規範
 - (2) 成文の刑事法典－公事方御定書
 - (3) 私的刑罰権
 - 2 刑事裁判
 - (1) 刑事裁判所
 - (2) 評定所
 - (3) 刑事裁判
 - (4) 弁護人制度の不存在

結び

序

日本において弁護士は、いつどのような事情のもとに誕生したのであるか。時代を遡って見ると、江戸時代には、訴訟の当事者が泊まる公事宿の主人や番頭（公事師）が訴訟書類を作成したり、白洲（法廷）での裁判の仕方を教えていた。この公事師は、いったいどのような事情のもとに生まれたのか。はたして、これが代言人ひいては弁護士の起源なのであるか。

明治時代の前期に入ると代言人が誕生した。この代言人は、どのようにして生まれたのだろうか。そして、どのような人が代言人になり、どのような活動をしたのか。さらに、日本が本格的に西洋法を導入して劇的に転換していくなかで、どのようにして行政と司法が分離されて司法機関が整備されていったのか。代言人規則の制定（明治9年）により法律事務を扱うことができるのは免許代言人だけとなったが、免許代言人はその時代にどのような活躍をしたのか。代言人が弁護士の起源なのか、それとも免許代言人が弁護士の起源なのであるか。

弁護士法の制定（明治26年）により免許代言人は姿を消し、これに代わって新しく登場した弁護士は、その後の日清・日露戦争を経験する激動の時代にどのような問題に取り組み活動を展開したのか。これらの活躍と発展の跡を辿ってみたい。

公事師・代言人・弁護士は、いずれもその時代の法制と裁判との係わりのなかで生まれたのであるから、それぞれの時代の法制と裁判がどのようなものであったかをみる必要がある。そのなかで、公事師、代言人、弁護士がどのような仕事をしていったか。これらのことを、史実や判例などを取り上げながら、弁護士の誕生、その背景、活躍及び苦闘の歴史を考察したいと思う。

まず本稿では、江戸時代の法制と公事師について取り上げ検討する。

一 江戸時代の民事法制と民事裁判

1 身分制度と家族制度

(1) 身分制度

徳川幕府の体制は、士農工商という世襲的な身分制度を基本としていた。武士階級・農民階級・工商の町人階級のそれぞれに主従関係があった。武士階級には、最高位の将軍がいて大名は将軍に誓紙を捧げて忠誠を誓い所領安堵を得て主従関係を結び、また将軍の下には直属の旗本・御家人がいて主従関係にあった。大名のもとには、藩士である侍や地侍（郷士）^{からちゅうげん}・徒・中間・同心・足軽がいて主従関係を結んでいた。農民階級には、家屋敷や田畑をもつ本百姓・小作人で地主に従属する水呑百姓・それ以下の名子^{なご}がいた。町人階級には、家屋敷を持つ家主や地主^{たなかり}がおり、店借人^{じがり}や地借人がいた。工職人は親方と徒弟の主従関係、商人は主人と番頭・手代・丁稚の主従関係で結ばれていたのである。

武士階級と農民階級との間には、奉行・郡代・代官と村方三役（名主（庄屋）・組頭・百姓代）・百姓という上下関係があり、武士階級と町人階級との間には、奉行・代官と町名主・町年寄・町人という上下関係があった。

(2) 家族制度

これら各階級には、それぞれ家族がいるのであるが、家族の中では家長が絶対的な権威をもち家長の言うことに家族は従わなければならなかった。次いで長男が優先し（長子相続^{やっかいもの}）、二男、三男らは厄介者とか穀潰し^{ごくつぶ}などといわれ肩身の狭い思いをした。他家に婿養子に入れる者は幸運であった。親を敬わずこれに逆らう者は親不孝者として勘当され親子の縁を切られた。また、男尊女卑のゆえに、女子は男子より更に地位が低く、幼くしては親に従い、嫁しては夫に従い、老いては子に従うという「女三従の教え」があった。妻は夫から一方的に去り状（離縁状・三下り半）を渡され、離婚されることが少なくなかった。

あくまで夫からの離婚で、妻から離婚することは認められず、妻は夫の横暴や乱行にじっと耐えるか、鎌倉の東慶寺や上州新田の満徳寺など「縁切り寺」に駆け込んで約3年間尼として奉公し離婚の成立を待つしか方法がなかったのである。

[三下り半]

去状之事

一 其許儀是迄我等女房ニ相違無御座候処

今般当人望ニ付暇遣シ申候然上ハ何方江縁付候共我等方ニ而故障無御座候為念如件

天保十二年二月六日

善衛門 印

おかね 殿

このように徳川幕府は、上は将軍を頂点として、下は女・子どもに至るまで階層的身分制度と家族制度を見事に組み合わせて、主従・上下関係のピラミッド型統治構造を作っていたのである。

これらの封建的な身分制度と家族制度が、江戸時代の法制度に如実に反映されているのを見ることができる。

2 民事法制と民事裁判

(1) 民事の法規範

江戸時代の民事の法規範は、先例（判例）や慣習であり、成文の民事法典は発達しなかった。なぜ成文の民事法典は発達しなかったのか。それは、専ら徳川家康の時代の「祖法墨守・新律停止」が行われていたからである。徳川幕府が確固たるものになるまで家康体制を動かすなということである。ただ、幕府は2代将軍秀忠のときから単発的に令・触書・高札などを出していた。相対済

令・年季奉公令・棄捐令・慶安の御触書・各種高札などである。

なお、幕府が制定した成文の法規範は、武家諸法度・禁中並公家諸法度・諸士法度・諸宗寺院法度などがあるが、これらはそれぞれ幕府と大名との関係・幕府と天皇公家との関係・幕府と旗本御家人との関係・幕府と寺院との関係を規律したもので公法に属する。いずれも幕府体制を強化しこれらを統制しようとしたものである。

(2) 民事裁判所

幕府は、寺社奉行・勘定奉行・町奉行の三つの奉行所を置き、最高裁定機関として評定所^{ひょうじょうしょ}を置いた。幕府が三奉行所を置いたのはなぜか。それは、関が原の戦いの後、幕府が支配体制を構築していく経緯のなかにその理由を見出すことができる。徳川家康は、慶長5(1600)年、天下分け目の関が原の戦いに勝利した後、江戸に幕府を開き、西軍大名や身内の大名を含めて大規模な改易(87大名の領地414万石の没収)・減封(3大名207万石の減封)を行った¹⁾。

幕府体制が確立した後も武家諸法度違反や嗣子のないことなどを理由に相次いで大名の改易²⁾・減封・転封を行い、5代将軍綱吉までに没収された所領は既に約2,000万石にも及んでいた。

関が原の戦いで敗れた西軍大名(石田三成・小西行長らは処刑)の領地をはじめこれら改易により没収した領地のうち関東・畿内・中部・中国・四国・九州の重要な地域は、幕府自らの直轄地とし、その他の要所には徳川一族を親藩

1) 豊臣秀頼は、関が原の戦いの後、摂津・河内・和泉65万石の一大名に落とされ、元和(1615)年、大坂夏の陣で滅びた。西軍に属した大名毛利輝元は、周防・長門二国37万石に減封され、同じく西軍の大名長曾我部盛親は、土佐一國24万石の所領を没収された。徳川の身内越後國45万石の大名松平忠輝(家康の6男)は、大坂夏の陣に遅参したことを理由に、元和2(1616)年、改易された。

2) 関が原の戦いで東軍に属して活躍した芸州広島50万石の大名福島正則は、元和5(1619)年、武家諸法度の定める城普請違反を理由に改易された。越前國北庄67万石の大名松平忠直(家康の孫)は、武家諸法度の参勤交代を怠るなど不遜な行状を咎められ、元和9(1623)年、改易された。関が原の戦いで西軍から東軍に寝返った小早川秀秋は、備前岡山50万石を領したが嗣子がなかったので断絶した。

として配置、関が原の戦い以前からの徳川の家臣でその戦いで功労をあげた者を取り立て新しく譜代大名として配置するとともに、外様大名は辺地に配置した。親藩・譜代大名の数は、全大名の過半数を占めるまでになった。

こうして幕府自らが支配することになった重要地域の統治の方策として、寺社奉行・勘定奉行・町奉行の三つの機関を置いたのである。その責任者である奉行は、譜代大名や旗本であり、幕府関係者で占められていた。

①寺社奉行には、譜代大名のなかから4名が任命され、当時勢力を持っている寺社や寺社領内の領民・僧侶・僧尼・神官・楽人・検校・連歌師・陰陽師などを統括させ、関八州³⁾外の他領の訴訟を取り扱わせた。

寺社奉行は、三奉行のなかで最も地位が高く、寛文2(1662)年、將軍直属になった。月番制で担当大名の私邸が奉行所となり家臣が役人となった。4名の奉行が月番の私邸に集まった。これを内寄合ないよりあひといった⁴⁾。大坂城代・京都所司代を経て老中になる出世コースでもあった。

②勘定奉行には、旗本から4名が任命され、幕府の直轄地(幕府御料・天領)の監督や年貢徴収など財政一般及び関八州の訴訟を担当させた。

奉行のうち、2名が勝手方(財政民政の管轄)を、他の2名が公事方くじ(訴訟)を担当した⁵⁾。勘定奉行は、老中の支配下にあった。奉行の配下には、勘定組頭・勘定・支配勘定などの構成員のほか、郡代・代官などがいた。

勘定奉行所は、米穀の出納や年貢徴収などを取り扱っており、郡代・代官等が私腹を肥やすことがあった⁶⁾ので、これを監督する若年寄支配下の目付を4～6人置いて、これらの者の不正や勤怠等にいたるまで内外の監察をしていた。

3) 関八州とは関東八州のことであり、安房・上総あわ かずさ・下総しもづみ・常陸ひたち・下野しもつけ・上野こうづけ・武蔵むさし・相模さがみをいう。現在でいえば、一都六県(東京都・千葉県・茨城県・栃木県・群馬県・埼玉県・神奈川県)に相当する。

4) 石井(1983)421頁

5) 石井(1983)422頁, 牧・藤原(2007)181頁

6) テレビに登場する「水戸黄門」は、これを材料にドラマ化したものが多い。

③町奉行は、旗本⁷⁾から2名が任命され、町人に関する行政、警察、消防、訴訟などを担当した。江戸には南町奉行所と北町奉行所があった⁸⁾が、テレビドラマのように南と北を分けて管轄していたのではなく、2名の奉行が月番制で全域を管轄していた⁹⁾月番でないときは休んでいるわけではなく、前月の取り扱った事項や受理した事件の処理をしたのである。

④評定所は、老中と寺社奉行・勘定奉行（公事方）・町奉行の三奉行、そして大目付・目付をもって組織された幕府の最高裁定機関である。江戸城の和田倉門外辰之口（現在の千代田区丸の内）にあった。評定所は、大名・旗本からの訴訟や、複数の奉行所に管轄が重なる訴訟、各奉行所から老中に伺い出た事項の諮問を受けて審議し裁定した。これら重要事件は、上記5名の者が合議して決めた¹⁰⁾が、これを五手掛といった。上席は寺社奉行であるが誰でも口を出してよく、町奉行が最も老練なためか、主に口をきいたのは町奉行であった¹⁰⁾

評定所は8代将軍吉宗の命を受けて「公事方御定書」の制定に尽力し、次いで「御定書ニ添候例書」やその後の「御仕置例類集・続類集」などの刑事先例集を編纂した¹¹⁾三奉行はそれぞれ自分固有の職務があり、評定所は兼務であった。三奉行の補佐役として評定所留役がいた¹²⁾がこれも三奉行所より出役させたもので、専属の役人としては評定所番、評定所留守居、評定所同心、書役がいたに過ぎなかった¹³⁾それでも評定所は、最高裁定機関としての任務を果たしながら、上記のとおり、刑事先例集を編纂するなど重要な役割を果たした。大坂城代、京都所司代、遠国奉行らは江戸出府中、見習いのために評定

7) 旗本は、将軍の直属の家臣で1万石未満であるが将軍に御目見（おめみ謁見）できる者である。将軍の直臣でも御目見以下の者は御家人である。

8) 北町奉行所は、現在の東京駅八重洲北口あたりに、南町奉行所は、有楽町駅中央口あたりにあった。遠山金四郎は北町奉行、鳥井耀蔵は南町奉行として有名であった。

9) 石井（1983）422頁、牧・藤原（2007）180頁

10) 旧事諮問会（1986）109頁、140頁

11) 大久保（2008）34頁、牧・藤原（2007）181頁

12) 評定所留役は、奉行のもとにあって、評定所で実質的な取調べを行っていた。旧事諮問会（1986）109頁

13) 石井（1983）424頁

の模様を傍聴した。

地方における裁判機関は、京都所司代・京都の東西町奉行・大坂城代・大坂の東西町奉行¹⁴⁾、駿府町奉行、奈良奉行、遠国奉行¹⁵⁾、甲府勤番支配・郡代・代官などであった。

(3) 民事裁判

① 出入筋の手続

江戸時代は、民事訴訟を「出入筋」といい、民事事件を「出入物」といった。

訴訟人（原告）は、目安（訴状）を奉行所に提出する。奉行所は、目安が必要な要件を具備しているかどうかを審査する（目安^{めやす}糺^{ただし}）。例えば、訴訟人に訴えを起こす適格があるかどうか、訴訟の内容を公事名として適切に表示しているか、奉行所に裁判管轄権があるかどうかなどである。子が親を訴えたり、手代が主人を訴えたりすることは、訴訟適格がなく認められなかった。出訴要件を欠いていれば、この段階で不受理となる。目安が必要な要件を具備し適法であれば、本日安（訴状正本）を提出することになる。提出された本日安には、奉行所が、相手方（被告）に対し、差日（開廷日）に出頭すべき旨を裏書し加印して訴訟人に渡した。奉行所は送達をせず、訴訟人は本日安を持参し村役人又は町役人立会いのもと相手方に渡した。相手方は、差日の前に答弁書を提出した¹⁶⁾。

訴訟人、相手方は指定された差日（開廷日）に白洲（法廷）に出頭すると、初対決は奉行が両者を審問する（一通吟味）。第二回以降の審理は奉行のもとにある留役が行った（追々吟味）。したがって、実質的な審理は、留役が行っ

14) 江戸の町奉行所は南北であったが、京・大坂の奉行所は東西であった。

15) 遠国奉行とは、特別の事情で設置されたもので、長崎奉行（外国貿易）・日光奉行（東照宮）・山田奉行（大神宮）・佐渡奉行（金山）・伏見奉行（西国監理）、箱館・松前奉行（蝦夷地）、堺奉行・下田奉行・浦賀奉行・新潟奉行・神奈川奉行・羽田奉行（いずれも重要港湾の管理）などである。それぞれ裁判権もっていた。平松（1960）436頁

16) 石井（1963）211頁

ていたのである¹⁷⁾

白洲の着席場所については身分的差別があった。格式ある武士・僧侶・お目見えの資格をもつ町人は縁類、由緒ある浪人やご用達町人は板縁、百姓・町人・浪人などは最下段の白洲であった。のちに法廷を一般に「白洲」と称した¹⁸⁾。白洲における審理は非公開であった。なぜ非公開であったのか。それは、下々の者がお上に訴え出ること自体けしからぬことであって、お上がお情けをもって取り上げ裁きをするもので見世物ではないと考えられていたのである。

なお、事件審理中は、当事者はいつでも内済ないさい(和解)することができ、奉行所も内済を勧めて根気よく期日の延期に応じていた。

次の事件は、「裁許留」¹⁹⁾に掲載されている下草刈採出入であるが、審理中に話し合いで解決できることになったものである。

(事件)

伊豫の守懸

田安領地で下総国埴生郡南羽鳥村百姓持山の下草を、稲葉丹後守領分同郡長沼村嘉兵衛外四人が無断で刈り取ったということで、南羽鳥村の彦兵衛外1名がこの4名を相手に訴えを起こした。訴訟人(原告)は、奉行所の裏判のある目安を相手方(被告)に持参し奉行所に呼び出して審理中、相手方が心得違いをしていた、申し訳ないと詫びたので、双方が内済で解決することを明らかにした。そこで、奉行所は済口証文を差し出す間、目安と返答書を継ぎ合わせて裏判消しに遺すと記している。

内済ができない事件で、白洲での審理が進み判決に熟すると裁許(判決)が作成され、奉行が訴訟人、相手方双方に言い渡した。その際、当事者双方は、連署の裁許請証文を奉行所に提出した。お上の裁許は絶対で、これを敬い従うべきものであるとする権威主義的な訴訟観が支配していたので、奉行所の裁許

17) 旧事諮問会(1986)108-109頁

18) 大木(1983)207頁、石井(1983)472頁注4

19) 司法省秘書課(1986)192頁

を承諾しない者、裁許を承諾してもこれを破った者がいる場合は、その者は中追放に処せられた²⁰⁾

出入筋は一審制であり、不服であっても上訴の道はなかった。奉行所の裁きは絶対のものであり、再度裁判をやり直すなどということは、お上の面子にかかわることで、ありえなかったのである。そればかりでなく、奉行所は行政機関でありその関連で司法をも扱うという消極的なものであったから、それ以上に司法機関を整備しようとはしなかったのである。

② 本人訴訟

江戸時代は、出入筋（民事訴訟）は本人が訴訟に出るのを原則としており、老人・子ども・病人などに限り例外的に代人が認められたに過ぎなかった。代人は、親族・使用人（番頭・手代）・地域関係人（名主・五人組）など本人と特別の関係にある者で、介添・差添人などと呼ばれた。差添人は奉行所で弁論するのではなく、本人が出席できない事情を陳情したりする単なる扶助者に過ぎず、当事者を代理する機能はまったくなかった²¹⁾

なぜ代理人が認められなかったのかについては、「江戸時代には、人民の権利は薄く、そのために代理人という法理も発達しなかった」という有力な見解がある²²⁾

確かに江戸時代には、権利や義務という言葉はなかったが、動産・不動産の売買や賃貸借、人的・物的担保、手形などの取引法分野における権利関係は発達し保護されていた²³⁾ し、「濫訴健訟の弊」と言わしめるほど、庶民は今日の権利に相当することを強烈に主張し、相手方に義務に当たる行為の履行を求める意識は強かった²⁴⁾ 享保3年に江戸の町奉行が扱った訴訟件数は4万7,731件、公事件数は3万5,750件、そのうち金公事は3万3,037件、その他の公事2,753件であった²⁵⁾ 近世後期ともなれば、公事は、元禄享保の頃より十倍とい

20) 石井（1983）478頁

21) 日本弁護士連合会（1959）3頁

22) 森永（1982）13頁

23) 牧・藤原（2007）245頁以下

われるほど、全国各地で膨大な件数の訴訟があったと考えてよい²⁶⁾

したがって、人民の権利が薄かったということが、権利としては認められ難しく、保護されなかったという意味であれば、必ずしも当たらないし、権利意識が低かったということの意味しているのであれば、むしろ権利意識は強かったのであるから、いずれの意味においても、代理人という法理が発達しなかった理由にはならないと言わざるを得ない。これについては後で触れる。

二 公事宿と公事師

1 公事宿

争いごとを抱えた者が諸国から続々と公事のために江戸表にやってきた。公事は長引くのでそれぞれ宿屋に長逗留した。これらの宿屋がいつの間にか「公事宿」になった。南・北町奉行所に近い馬喰町・小伝馬町・神田明神下・神田日本橋周辺を中心に公事宿は200軒ほどあった²⁷⁾ そのほかにも公事とは関係のない一般宿があった。

「諸国から草履踏み込む馬喰町」, 「馬喰町人の喧嘩で蔵を立て」, 「国々の理屈を泊める馬喰町」, 「馬喰町向ふの宿は目出度がり」など古川柳に読まれるほど公事宿は繁盛していた²⁸⁾ 大坂の郷宿すなわち公事宿は、東・西町奉行所から程遠くない船場・天満あたりにあった。大坂の公事宿は、江戸に比べて宿賃や飯料が高値であったので、これとは別の安い「下宿」に泊まる者も少なくなかった。京都には東・西町奉行所に近い三坊大宮や神泉苑町あたりに公事宿があった²⁹⁾

24) 大木(1983)197頁は、「百姓にせよ町人にせよ、江戸時代の民衆が強烈な権利意識を持っていたことは、とうてい否定できない」, 「衆をたのめばそもそも実力のある百姓が、財産的権利はおろか人権の意識にも目覚めて立ち上がり、次第に財貨の蓄積過程に入った町人が債権を執拗に主張したとしても、そこにはなんらの不思議もない。」と指摘している。

25) 辻(1967)217頁

26) 大木(1983)194頁

27) 瀧川(1984)148頁-149頁

28) 瀧川(1984)134頁以下

29) 瀧川(1984)153頁, 265頁

奉行所の近辺には、公事関係者の待合所である「腰掛」や「腰掛茶屋」、「水茶屋」もあって差日には朝から座るところもないほどの盛況であったという。

2 公事師

(1) 公事宿の主人・番頭（公事師）

幕府は公事宿に本株（営業許可証）を下付して公認し、その主人及び番頭などが訴訟書類（目安、諸願書、諸届書など）を作成することを認めた。その代り公事宿の主人は営業税を納め、出入物の審理においても「宿預^{やどあづけ}」や「白洲留^{しらすどめ}」が強制されることがあり、それを命じられた者の身柄を預かり、呼び出しがあったときは主人自ら奉行所に連れていかなければならなかった。また、奉行所より「所預」を命じられた在方の者を賄い、在方より公事関係人を呼び出す場合はその差紙（呼出状）を届け、奉行所や牢屋敷が火災の際は重要書類の持ち出しその他の協力義務を科せられていた。そして、これらのために、公事宿組合から毎日一人を総代の名で奉行所に詰めるよう命じられていた³⁰⁾

公事宿は、公事宿仲間を組織してその営業権を守るとともに、こうして幕府の用も務めたのである。

江戸時代の出入筋は、本人訴訟である。自分では奉行所の白洲に出てもうまく話せないし要領を得ない。そこで、公事宿の主人や番頭が次第に公事のやり方を覚えて、本人にこうしたらうまくいくと教えたり、目安（訴状、お上を煩わせることになるので「乍^{おそれながら}恐」と書いた）を作成したり、目安^{めやす}糺^{ただし}を受けた後の本目安を作成するなど世話をしてお礼を得ていたことから「公事師」と呼ばれる者が自然発生的にうまれた。

奉行所では、目安の事前審査（目安糺）があるなど、訴訟書類はかなり複雑で専門的な書き方を要求され、素人が作ることは困難なので公事師に頼んで書類を作ってもらった。白洲における手続の指導など、事情の分からない庶民に

30) 瀧川（1984）149頁-150頁

とって公事師は頼りになる存在であり³¹⁾、その働きについては評価されるものがあった。

なお、近時、歴史の分野からも、世直し諸運動が農村公事師らによって組織された事例が報告されるようになったという³²⁾ 公事師活動の新しい解明が望まれる。

(2) もぐり公事師

これとは別に、公事宿とは関係のないもぐりの公事師がいた。このような者は本人になりすまして白洲に出たり、争いのある貸金事件を安く譲り受けて裁判を起こし利益を得る者などあくどい者もいて世の顰蹙を買った。幕府はこれらの弊害に気づき、元禄 15 (1702) 年、このもぐり公事師を取り締まる触書を出した³³⁾

御触書寛保集成四十四

一 公事訴訟をすすめ、目安を認、たくみ成儀を教、諸事出入之儀を取持、礼金を取、いとなみに仕候者、常々遂吟味、町々に不差置候様に可被申付候事。

公事宿組合は、その営業権を守るため、もぐりの公事師の検挙に協力することに熱心であったようである³⁴⁾

(3) 公事師作成の目安文例

次のものは、瀧川政次郎『公事師・公事宿の研究』³⁵⁾ に紹介されている大坂

31) 荃田 (1982) 178 頁

32) 荃田 (1982) 9 頁

33) 瀧川 (1984) 112 頁

34) 瀧川 (1984) 127 頁

35) 瀧川 (1984) 504 頁

の公事宿の主人が編集した目安（訴状）の一文例である。小作料を滞納している者を相手方とし、本人及び庄屋が連名で支払いを求めて奉行所に訴えを起こす場合のものであるが、このほかにも売掛銀支払請求・木綿蒲団貸物返還請求・貸家の賃料不払による明渡請求などさまざまな文例があげられていて興味深い。

目安の文例

乍恐御訴訟

何守殿預所

何州何郡何村

願人 何右衛門

何守様御領分

何州何郡何村

相手 何兵衛

一 右相手何兵衛へ私所持之畑作為致候処、去何年分宛米何石何斗、此代何程、相滞、度々催促仕候得共、埒明不申、下ニ而可仕様無御座候ニ付、乍恐奉願上候。何卒相手何兵衛早々被為御召出、右銀子相渡候様、被為付被下候ハ、広太之御慈悲難有奉存候、以上。

年号月日

何右衛門 印

庄屋 何左衛門 印

公事師といっても公事宿の公的義務を負ったもの（公認といってよいであろう）と、そうでないもぐりのものがあつた³⁶⁾

公事師に対する悪いイメージは、このもぐり公事師によるものが多い。しかし、これをもって十把一絡げにして公事師すべてを否定的に解するのは妥当で

36) 瀧川（1984）110頁

はない³⁷⁾

次の問答は、明治24年に、旧幕の評定所留役御目付であった奈良奉行小俣景徳が司法の事について体験談を語ったものである。公事師、公事買³⁸⁾について述べているので抜粋する。

旧事諮問会編『旧事諮問録』³⁹⁾

問 徳川の時分の訴訟事については、口書^{くちがき}などを書いて遣るものがおりましたか。

答 さよう、あれは宿屋でありました。上野の埼玉屋などであります。それが書いて遣るのであります。

問 それでは相談^{あいて}相手でありますな。その中には、公事に明るい者もおりましたらうな。

答 さよう、公事師というのがありました。書付を書いてくれたのであります。これは、宿屋の下代、手代であります。書付^{いくばく}1本幾許とか決めて差出すのであります。

問 公事師と公事買というものがおりましたか。

答 さよう、おりました。公正のものではありませぬが公事買は公事を買って己^{おいら}に幾許で売ってくれろと言って、実際は千金の訴訟を三百両で買って、公事をして取ってしまうというものであります。これは、官に知れるとなかなかやかましいので、公事師が一体やかましいのであります。知れますと刑罪になるのでありますが、当今

37) 公事師が庶民に目安の書き方、白洲の模様、応答の仕方等法的知識や訴訟技術、更に訴訟戦略まで教えた事実に目を向けることなく、荃田(1982)8頁に指摘されているとおり、「弁護士とは無関係な」、「悪魔的形相」の公事師と悪しざまにいう古い時代の弁護士や「先行する悪しき先例としての公事師の存在」というような類似の論調の学者の見解があるが、もう少し冷静な分析と評価が必要である。

38) 公事買とは、他人の債権を安く買い取り、訴えを起こして回収する、もぐり公事師の手法である。

39) 旧事諮問会(1986)156頁

の代言人は立派なものでありますな。

この問答にあるように、宿屋の手代などが公事師で目安などを作成していたこと、公事師が非難するにもかかわらず、公事買をするようなもぐり公事師がいたことを示している。

3 公事師と代言人との関係

江戸時代の公事師と明治時代の代言人は、同じなのか、それとも違うのであろうか。

明治前期に導入された西洋法系の代言人と江戸の公事師とは全く関係がなく断絶しているというのが、弁護士界の大方の見方である。

確かに法体系は異なるし、公事師には代理権はなく、幕府から課せられている賦役も独特のもので、近代的な弁護士観から見るとこれは異質のものといわざるを得ない。しかし、本人訴訟が原則という制約のあるなかで、公事師は複雑な訴訟書類を作成し、公事のやり方を教え、あるときは内済（和解）による解決の斡旋をするなど代言人に類似した機能を果たしていた面があったことは否定できない。

明治5年に「司法職務定制」が制定され代言人の制度ができたが、江戸時代の幕府公認の公事宿の主人や番頭はおおむね代言人となる者が多かった⁴⁰⁾のは、このような類似の機能を持っていたからであるといえる。

明治前期までは公事師が引き続き代言人として活動していたが、明治9年の免許代言人制度への移行に伴って徐々に姿を消し、免許を得た代言人だけが活動することになった。

弁護士制度の始まりについては諸説ある。第二東京弁護士会や名古屋弁護士会（現愛知県弁護士会）は、フランス法を導入した明治5年の「司法職務定制」

40) 瀧川（1984）112頁

による代言人をもって弁護士制度の始まりであるとし、日本弁護士連合会は、明治9年の免許代言人をもってその始まりであるという見解であり、明治26年の弁護士法が制定された時からであるという説もある⁴¹⁾ 法曹資格を得たものだけが弁護士になることができるという観点から見ると、弁護士の原型は、明治9年の免許代言人であると考えるのが妥当である。

4 公事制限と裁判機関の未整備

(1) 公事制限－相対済令

江戸幕府の体制下における訴訟手続や裁判機関は、増加する公事に対応しきれなかった。公事には、本公事ほんくじと金公事かねくじ、仲間事なかまことがあった。本公事は預金（無利息）・家督・地所・地境・用水・新田等の事件であり、金公事は利息付借金銀関係の事件である。仲間事は、数人が連判して営利事業を計画実行しその利益を分配すること、無尽の掛金払込み及び当り金請求、芝居見物の木戸銭（入場料）の分配である。本公事の保護が厚かったのに対し、金公事の保護は薄く、仲間事は保護されなかった。本公事は、どうしても放置できない争いであるが、利息付借金銀関係は一段と次元の低い争いであり、仲間事は限られた関係者だけの争いであるから自分たちで解決すべきで幕府は取り上げないことにしたのである⁴²⁾（御定書下巻三十三借金銀取扱之事）。

公事のなかで特に多かったのは、前述のとおり、金公事であった。

当時は行政と司法の区別が判然とせず、奉行所は裁判だけでなく警察事務や行政事務をしなければならなかった。幕府は煩雑な公事を抑制し、そのときの裁判機関に見合う数に制限しようとした。例えば、将軍吉宗時代の享保4（1719）年に出された「相対済令」がこれである⁴³⁾

41) 日本弁護士連合会（1975）37頁

42) 辻（1967）220頁

43) 大久保・茂野（2008）124頁以下

相対済令

一 近年金銀出入段々多成、評定所寄合之節は此儀を専取扱、公事訴訟ハ末ニ罷成、評定之本旨を失候。借金銀、買懸り等之儀ハ、人々相対之上之事ニ候得は、自今ハ三奉行所ニ而済口之取扱致間敷候。併欲心を以事を巧候出入ハ、不届ヲ糾明いたし、御仕置可申付候事。

但し、不届と有之候ハ、身体限り申付候類之儀候事。

一 只今迄奉行所に而取上、日切等申付、段々済寄候金銀出入も、向後罷出間敷由可申付候事。以上。

その後も9代将軍家重時代の延享3(1746)年、11代将軍家斉時代の寛政9(1797)年、12代将軍家慶時代の天保14(1843)年にもそれぞれ相対済令が発令されている。

(2) 裁判機関の未整備

内済は、金公事だけでなく、本公事についても奨励されることになった。激増する庶民の公事に対応できないからという幕府の都合だけで制限したことは、その後の司法制度の発達を阻害する大きな要因となった。

吉宗は、寛保2(1742)年、明律・新律等中国法の影響を受けた「公事方御定書」を編纂し、奉行諸役のための裁判の基準を示した。この公事方御定書は、徳川幕府としては最もまとまった立法であったが、行政と司法を分離し司法機関を整備するものではなかった。

5 代理人制度の不存在

江戸時代の庶民は強い権利意識を持っていたが、公事訴訟を扱うのはお上のお情けによるという観念と裁判機関の不備により、多くの金公事・本公事に対応できなくなったので、幕府は内済勸奨をして大幅に提訴を制限した。このよ

うな状況であるから、本人を代理して権利主張する代理人制度などは認める余地がなかったのである。

公事師は自然発生的なもので、公事の手続を知らない庶民のために訴訟書類を作成し、白洲の様子や応答の仕方を教えるなど積極的に評価できる働きをしたものの、幕府が公事の受理を制限しめぐり公事師取締政策などをとったため、公事師の法的地位を確立させるにはいたらなかったのである。

江戸時代の動産及び不動産の売買や賃貸借、人的及び物的担保、手形その他取引法の分野における権利関係は発達し保護されており、また、庶民の権利意識もきわめて強かったが、行政と司法が分離しておらず、裁判機関や訴訟手続が未整備のまま、これを整備発展させる立法もなされず、法学教育もなかったことが、代理人制度が育たなかった理由である。それは、明治5(1872)年の「司法職務定制」の制定を待たなければならなかったのである。

三 江戸時代の刑事法制と刑事裁判

1 刑事法制

(1) 刑事の法規範

江戸幕府は、刑事についても一般的な刑事法典を制定することなく、長年にわたり先例や慣習、単発的に発布する単行令によって裁判していた。

(2) 成文の刑事法典—公事方御定書

将軍吉宗は、評定所の協力を得て寛保2(1742)年に、「公事方御定書」を制定した。その後これが刑事裁判(吟味筋)の基準とされることになった。上巻は書付、触書、高札等幕府の重要法令81通を登載した法令集であり、下巻は主として刑法・刑事訴訟法等に関する規定を収め、若干の民事規定も含まれている。この下巻は、「御定書百箇条」と呼ばれている。御定書下巻103条(御定書百箇条)は、「御仕置仕方之事」と題し細かく犯罪と刑罰を定めている。当時、犯罪のことを「悪事」といった。

① 火附御仕置之事

次のものは、御定書百箇条の「火附御仕置之事」という放火罪の規定である⁴⁴⁾

第七十火附御仕置之事

従前々之例

一 火を附候もの 火罪

寛保二年極

一 人に被頼，火を附候もの 死罪

従前々之例

但，頼候もの，火罪

享保八極

一 物取にて火を附候もの，引廻之儀

日本橋，両国橋，四谷御門外，赤坂御門外，昌平橋外

右之分，引廻通候節，人数不依多少，科書之捨札建置申候，尤火を

附候所居所町中引廻之上，火罪申附事

但，捨札は，三十日建置可申候

火罪は火焙りの刑である。この刑は放火犯に限られている。放火したから火焙りの刑というのは、「目には目を，齒には齒を」という同害報復の思想（タリオの法）の現れである。

他人に教唆されて火を付けた者（実行犯）は死罪であるが，教唆した者（教唆犯）は火罪である。教唆犯の方が，実行犯より重く処罰されることになっている。火罪は，火で焼き煙で窒息死させる刑であまりにも残酷であるから，長さ二間の柱と輪竹に身体を縛り首繩をかけるときに絞殺したとか，短刀で首を刺して苦痛を減らすようにしたともいわれている⁴⁵⁾

44) 石井 (1961) 108 頁

45) 大久保 (2008) 117 頁，笹間 (2004) 240 頁

② 人殺並疵付等御仕置之事

次のものは、御定書百箇条の「人殺並疵附等御仕置之事」という殺人罪・傷害罪等の規定である⁴⁶⁾

第七十一人殺並疵附等御仕置之事			
従前々之例			
一	主殺	二日晒, 一日引廻, 鋸挽之上	磔
	同		
一	主人ニ為手負候もの	晒之上	磔
	同		
一	同切かゝり打かゝり候もの		死罪
	同		
一	古主を殺候もの	晒之上	磔
	同		
一	同為手負候もの	引廻之上	磔
	同		
一	同切かゝり打かゝり候もの		死罪
寛保二年極			
一	地主を殺候家守	引廻之上	獄門
	同		
一	同可殺所存にて手疵負せ候家守		死罪
	同		
一	元地主を殺候家守	引廻之上	死罪
	同		
一	同殺所存にて手疵負せ候家守		遠嶋

46) 石井 (1961) 108 頁

寛保元年極

一 主人之親類を殺候もの 引廻之上 獄門

従前々之例

一 同為手負候もの 引廻之上 死罪

寛保元年極

一 同切かかり打かかり候もの 兼而巧候事ニ候ハ、 死罪
但、当座之儀ニ候ハ、遠島、品により重キ追放

従前々之例

一 親殺 引廻之上 磔

同

一 同為手負候もの並打擲いたし候もの 磔

寛保元年極

一 同切かゝり打かゝり候もの 死罪

延享元年極

一 舅伯父母兄弟姉を殺候もの 引廻之上 獄門

従前々之例

一 同為手負候もの 死罪

寛保二年極

一 非分も無之實子養子を殺候親 短慮ニて興風殺候は、 遠嶋

但、親方之もの、利得を以殺候ハ、 死罪

同

一 弟妹甥姪を殺候もの 遠嶋

但、右同断

従前々之例

一 師匠を殺候もの 磔

同

一 同為手負候もの

遠嶋

殺人事件と傷害事件については、このように詳細な「悪事」例を設け、刑罰も被害者が誰であるかにより、磔・獄門・死罪・下手人・遠嶋などに区別されている。

(7) 刑罰の特徴

(a) 生命刑

封建的身分制度により、主従関係・師弟関係・親子関係が重視され、主殺しの刑罰は最も重く二日晒し一日引廻し鋸挽のこぎりひきのうえ磔、主人の親類殺しは引廻しのうえ獄門、切りかかり、打ちかかれば死罪、師匠殺しは磔、傷を負わせただけで死罪、親殺しは引廻しのうえ磔で、傷を負わせ叩けば磔、普通殺人は下手人である。

鋸挽は、鎌倉・信長の時代には最も残虐な刑罰として鋸で首を挽いたが、江戸時代には罪人を土中に埋めて望む者に竹鋸でその首を挽かせるとしたもののこれをする者はなく、泰平の世になじまないものとなり、実際には鋸で首を挽き切った例はなく、晒しにしたあと磔にしたという⁴⁷⁾

磔というのは、両手を開いて縛るため、上方に横木が一本あり高さ二間の木で下三尺を土中に埋めて建て、罪人を磔にして二人が槍で突き刺すものである。

獄門は死罪より重く斬首された後その首を三日間刑場に晒すという恥辱刑が加わったものである。

磔・獄門の場合は、様者ためしものにされ闕所けっしょ(財産没収)の付加刑が科せられた。

死罪は普通殺人に科せられる斬首の刑であるが、獄門より軽く下手人より重い刑である。死罪は斬首して死骸を取捨て様者にされ、闕所の付加刑が科せられた。

下手人は普通殺人に科せられる斬首刑であるが、様者にはされず、闕所の付

47) 笹間 (2004) 243 頁

加刑もなく、屍は引取人に下げ渡され埋葬することができた。この意味で当時の死刑の中では下手人は一番軽い刑とされた。以上の刑罰は、いずれも主刑である生命刑である。これらの残虐な刑罰は明治前期まで行われていたが、その後は一切許されなくなった。

(b) 身体刑

御定書第五十六条「盗人御仕置之事」において、盗犯には主刑として身体刑であるたたき敲があり、付加刑として入墨いれずみがあった。これも明治3年に廃止されるまで行われた。

(c) 自由刑

主刑である自由刑として、押込おしこめ・遠嶋・追放があった。

押込は、他出してはならず、戸を閉め自宅謹慎することである。

遠嶋は、流罪にあたるもので、江戸からは伊豆七島に、京・大坂・西国・中国からは隠岐・壱岐・天草・薩摩五島などに島送りすることであった。

追放には、重追放・中追放・軽追放があった。御定書百箇条によれば、重追放は、武蔵・相模・上野・下野・安房・上総・下総・常陸・山城・摂津・和泉・大和・肥前・東海道筋・木曾路筋・甲斐・駿河（これらを御構地という）より外へ、中追放は、武蔵・山城・摂津・和泉・大和・肥前・東海道筋・木曾路筋・下野・日光道中・甲斐・駿河より外へ、軽追放は、江戸十里四方・京・大坂・東海道筋・日光・日光道中の外へ出され、帰ることができなかった。

(d) 縁座，連座，刑事責任の承継

その他、主殺・親殺・格別に重い罪を犯した犯人の親族に刑事上の連帯責任を負わせる縁座，出火により三町以上焼失した場合の火元・火元の地主・家主・月行事などに刑事上の連帯責任を負わせた連座，田畑永代売買禁止令⁴⁸⁾に違反して田畑を売買した親が死亡したときはその子が親の罪を承継す

48) 田畑永代売買禁止令（寛永20（1643）年）御触書寛保集成

「身上（資産のこと）能き百姓は田地を買取り、弥々宜しく成り、身体（身上に同じ）成ならざる者は田畑枯却（売却）せしめ、猶々身上成るべからざるの間、向後田畑売買停止たるべき事。」

る刑事責任承継制度（田畑永代売御仕置，「売主牢舎のうえ追放。本人死候時は子同罪。買主過怠牢。本人死候時は子同罪」）があった。縁座は主従関係，親子関係を重視したもので，連座は大火になることが多かったことに対する一般予防主義的な考え，刑事責任承継制度は農民を田畑に固定し年貢を確保しようとする政策によるものであるが，これらは異例ともいべき責任を課すものであった。

(e) 閏刑

士族・僧侶・婦人などの特定身分の者に科す閏刑（代わりの刑）として，御定書によれば，士族には逼塞（門を閉める。夜中潜り戸より目立たぬように出るのはよい）・閉門（門を閉じ窓を塞ぎ竹柵を構えて一切の出入りを禁止する。釘締めにする必要はない）・遠慮（門を閉めておく。夜中目立たぬよう出入りするのよい）・押込（他出してはならず戸を閉め自宅謹慎する）・改易（主人との主従関係の断絶・知行地の没収・武士身分の除籍）・御預（大名預け，町預け，村預け，宿預け，親類預けなど）があり，僧侶には，逼塞・閉門・遠慮・晒，僧尼には追院（宣告後直ちに追放する）・退院（宣告後一旦寺に帰り退去する）・構（宗門より又は宗派よりの追放），婦人には剃髪（頭髪を剃り落とす）・奴（希望者があれば人別帳から除いたうえで奴女として引渡し使役させる。罪人であるから人物の保障はしない。希望者がなければ終身入牢）などが行われた。

江戸時代の刑罰は，戦国時代の影響を受けていたから残酷なものが多く，見懲により犯罪の発生を防止しようとする威嚇的な「一般予防主義」によるものであった。

江戸時代の人々は，厳しい掟と封建的道德の中で生きていたのである。これを破った者は処罰を受けこれが巷間に伝えられ様々なドラマとして脚色され浮世草子や浄瑠璃本となり⁴⁹⁾また，歌舞伎で演じられた。

(f) 佐渡金山送り（水替人足）

ところで，安永7（1778）年，追放刑に処せられた無宿者が江戸の近在に多

く徘徊し害をなしたので、懲らしめのためにこれを捕えて佐渡の金山に送り、坑道の地下水汲み上げをする水替人足として使った⁵⁰⁾

(イ) 追放刑の換刑一人足寄場

寛政2(1790)年には、火附盗賊改兼人足寄場役の長谷川平蔵が老中松平定信に建議したことから、幕府は江戸佃島に人足寄場を設け無宿人を人足として送った⁵¹⁾。これは追放刑を懲役刑に換刑するものである。天保期には500~600人も収容されていた。労働を通じて改悛させ正業を与えるための更生施設で儒学者の講話を聞かせ、働いて得た工賃は貯蓄させ、釈放された後は正業に付くよう指導した。正業に付く者は毎年200名以上もあった。人足寄場は、「特別予防主義」、「教育刑主義」の考え方を採用したもので、近代的自由刑の萌芽として注目される。

(3) 私的刑罰権

幕府は奉行所(公権力)が犯人を捕えて裁判し刑を執行するよう刑罰権の集中に努め「公刑主義」を採っていたが、例外的に私的刑罰権の行使を認めていた。それが、敵討、武士の無礼討、夫の姦夫姦婦成敗または妻敵討である⁵²⁾

① 敵討

敵討(「仇討」ともいう)は、かたきうち 祖父母・父母・兄弟など目上の者が殺された場合、その子孫らが敵を討つものである⁵³⁾。鎌倉・室町時代から行われており、江戸時代に入ると、主君のために家臣が敵討をすることもあった。

敵討は、封建的道德と武士道の精神から当然の行為として社会的に承認され

49) 例えば、浮世草子では井原西鶴(1642~93)『好色一代女』、『好色五人女』、浄瑠璃本としては近松門左衛門(1653~1724)『心中天の網島』、『曾根崎心中』、『冥土の飛脚』などが有名である。

50) 大久保(2008)134頁、笹間(2004)229頁

51) 佃島と石川島の間にあった砂洲を埋め立てて人足寄場を作ったので、佃島の人足寄場とも石川島の人足寄場ともいわれた。笹間(2004)178頁

52) 平松(1960)569頁は、更に親・主人の子・奉公人に対する懲戒、被害者の有怨も私的刑罰権の中に加えている。

53) 石井(1954)95頁、平松(1960)574頁

ていたのである。有名なのは、建久4（1193）年の曾我兄弟の敵討⁵⁴⁾、寛永11（1634）年11月の鍵屋の辻の敵討⁵⁵⁾、元禄15（1702）年12月の赤穂浪士の討入り事件⁵⁶⁾である。いずれも美談とされた。

敵討については、御定書も直接触れておらず、その後も敵討は慣習的に行われていた。江戸時代後期には、百姓・町人による敵討もあった⁵⁷⁾

② 武士の無礼討

無礼討は、切捨御免ともいう。これについては、御定書百箇条に定めがある。

第七十一人殺並疵附等御仕置之事

追加・従前々之例

足軽躰二候共、軽町人百姓之身として法外之雑言等、不届之仕形、不得止事切殺候もの

吟味之上無紛におゐてハ 無構

54) 鎌倉初期の武士河津祐泰が一族の工藤祐経に殺害された。子である曾我十郎祐成と曾我五郎時致が、建久4（1193）年富士の巻狩りの際、父の敵祐経を討ち取った事件である。

55) 寛永11（1634）年11月、渡辺数馬（主）、荒木又衛門・岩本孫衛門ら（助太刀）が河合又五郎（相手）、河合甚左衛門・桜井半兵衛ら（助太刀）を伊賀上野の鍵屋の辻で討ち取った事件である。敵討後、伊賀上野城代藤堂家のお預けとなり、数年後に咎めなしとして因州鳥取藩池田家に引き取られた。

56) 大石内蔵助ら赤穂四十七士が吉良邸に討ち入った後、大石ほか浪士は江戸の肥後熊本藩細川越中守屋敷、伊予松山藩松平隠岐守屋敷、長府藩毛利甲斐守屋敷、三州岡崎藩水野監物屋敷にそれぞれお預けとなった後、諸藩から忠義の士を召抱えたいとの申し出があったが、幕府はお膝元を騒がせた咎で全員を切腹とした。切腹は、武士の名誉と体面を保ちながら自裁することで、通常は小刀の切先を左脇腹に突き立て右の方に引き回したところを介錯人が首を刎ねるものである。右に引き回した後、一旦引き抜いた小刀を縦に鳩尾から臍下まで切り下げる十文字切もあった。

57) 文久3（1863）年、陸奥国磐井郡東山中川村の百姓弥太夫が、地所争いがもとで同村の長太夫を水田で殺殺し逃走した。長太夫の長男幸治と次男幸七が、5年後の明治3年に弥太夫の居所を突き止め、長太夫殺害現場の水田で決着をつけることになり、兄弟が弥太夫を討ち取った。胆沢県（現在の岩手県の一部）から太政官に敵討の経緯と2人の行為は奇特之至りであり、相応の褒美を与えたく御指示願いたい旨伺書を出した。太政官は、伺書に賛意を示し、兄弟を精々世話するようにと回答した。武士だけでなく百姓・町人の敵討にも好意的であった江戸時代の風潮が、明治になっても引き継がれていたのである。吉村（2001）194頁、橋本博（1966）196頁

武士は足軽のような最下級の武士であっても、軽輩の町人や百姓が法外な雑言など、不届きな行為をしたときは、やむを得ず切り殺してもお構いなしとされたのである。武士優位の身分思想が表れている。

③ 夫の姦夫姦婦成敗または妻敵討

江戸時代は、夫が姦通した妻（妾）と密通の男（密夫・間男）を現場で成敗してもお構いなしとされ、罪とならなかった。御定書百箇条に定めがある。

第八十四密通御仕置之事

寛保三年極

密通之男女共ニ夫殺候ハ、無紛におゐてハ、無構

追加

同

密夫を殺、妻存命ニ候ハ、其妻 死罪

但、若密夫逃去候ハ、妻ハ夫之心次第ニ可申付

夫が密通した男だけを成敗したときは、妻は公刑として死罪となった。密通した男が逃亡したときは、妻の処分は、夫の心次第ということであった。夫の姦夫姦婦成敗は、明治時代になっても、なんと明治41年に新刑法が施行されるまで存続したのである⁵⁸⁾。このような成敗をしないで、内済で密通した男が夫に対し賠償し、妻を離婚することもできた。賠償額は、7両2分が相場だった⁵⁹⁾。

妻敵討とは、夫が逃亡した密通男を搜索して成敗するものである。これもお構いなしであった。姦通男と姦婦が共に逃げた場合も同様である。

敵討や夫の姦夫姦婦成敗は、明治になっても行われていたが、無礼討は明治

58) 石井 (1954) 111 頁。明治3年の新律綱領も、同6年の改定律例も夫の姦夫姦婦成敗を認めていた。

59) 平野 (1960) 581 頁

4年の廃藩置県により武士階級が消滅してなくなった。妻敵討は、夫の恥を公に晒すようなものであったから減多に行われず、いつの間にか姿を消していった。

2 刑事裁判

(1) 刑事裁判所

幕府の裁判機関は、寺社奉行・勘定奉行・町奉行の三奉行である⁶⁰⁾。享保3(1718)年、町奉行から、「火附盗賊改」が独立し、放火・盗賊・賭博などの刑事事件を専門に取り扱うことになった。これは、江戸やその周辺で、放火犯・盗賊犯・賭博犯が多くなり、町奉行だけでは対応できなくなったからである。享保3～9年にかけて大岡越前守・中山出雲守ら連名による「火事之節之儀ニ付相極ル品之部」書付が毎年出され、火事の際の消火体制について詳しく定めている。享保8年の放火犯は76件もあり、享保9年の書付には放火が度々あるので町々警戒を厳重にし胡乱^{うらん}な者がいるときは、召捕え月番の番所に連行すること⁶¹⁾としている。享保5年には手下70人以上という火附盗賊の頭目さざ波伝兵衛を逮捕した。当時は賭博犯も多かったのである。

町奉行は、行政・警察・消防・司法を扱った。吟味筋の事件は、奉行所が職権で捜査を行い、刑事裁判をし、刑の執行をする。現在のように警察・検察・裁判所・刑務所という役割分担はまったくなかった。

町奉行のもとには、与力と同心がいた。いずれも武士で役人である。与力は、奉行配下にあってこれを補佐し、同心は与力のもとで各種の庶務を扱った。また、同心は岡っ引(目明し・御用聞き)を用い、岡っ引の部下に手先(手下)、手先のもとで下っ引が働いていた。

奉行は、独自に犯罪を捜査し裁判できる手限^{てきり}吟味権と、独自に刑罰を決定し

60) 寺社奉行は関八州外、勘定奉行は関八州内、町奉行は町方の受持ちと判然たる区別があった。旧事諮問会(1986)142頁

61) 辻(1971)206-254頁

執行できる手限仕置権をもっていたが、奉行が言い渡せる手限仕置権の範囲は制限があり⁶²⁾、これを越えた場合は老中に仕置伺をする必要があった。したがって、テレビドラマのように白洲で審理した後、直ちにその場で「引き回しの上獄門を言い渡す」ということはなかったのである。老中は奉行から仕置伺が出ると評定所に諮問のうえ、その評議採決を得て差図し、奉行はこれにより刑を言い渡したのである。

(2) 評定所

次の二つの例は、町奉行と火附盗賊改が老中に出した仕置伺に対する評定所の判断である。

① 大坂町奉行所伺一備中国吉村紋八、離縁之の女房をメ殺候一件⁶³⁾

(事実と伺)

百姓紋八は女房ぬいと離婚したが、婚姻中話をしてぬいの衣類を質入れし、後で質受けして返すと断言したが、返さないで、仲人らより催促があっても引き延ばした。ぬいは直に催促に行ったが、紋八は女との応対はできないと仲人弥衛門方へぬいを同道して親元へ話して引き渡した。翌晩又ぬいが紋八のところへ来て雨戸が閉めてあったので縁の上に上がり戸を叩いたので、紋八は腹を立て突き落として同人を締め殺し死骸を持ち出して捨てた。平蔵へも嘘を言って口止めし、御代官による吟味の際、事の一端を申し述べたのは、重々不届きであり、存命であるので、下手人を相当と判断する。

(評定所の判断)

ぬいが猶又夜中に直に行って催促に及んだのは、元夫に対するぬいの仕向もよろしくないが、御定書に、すべて催促にあい、或いは、預り物等届けに来た人を傷つけ又は殴った者は、中追放、但し、刃物で傷つけたときは死罪とある。催促した者を殺したのは、刃物で殺したのでなくとも、死罪より重いとい

62) 奉行所により違いはあるが、中追放ないし重追放までの刑が単独で宣告できた。

63) 御仕置例類集 続類集 拾六之帳 人殺疵附狼藉等之部 人殺之類 604

うべきで、去る松平兵庫頭勘定奉行の伺の節、蘭代金の催促を受けた際に、催促された者が荷棒で打ち殺し川の中に投げ込み水死の体を取り繕い同人所持の錢を盗み隠していた件は、獄門と差図した例に照らし合わせて、紋八の一件も獄門を申し渡すべきである。

本件では、町奉行の判断は下手人であったが、評定所は先例に照らし合わせて獄門が相当と判断した。

② 火附盜賊改松下河内守伺一武州日出安村平蔵初筆衛又は盗みいたし候一件⁶⁴⁾
(事実と伺)

百姓平蔵は、安五郎が甚兵衛方と穀物取引しているのを見受けて、騙し取ろうとふと悪心を生じ、偽手紙を書き所持の印鑑を押し、甚兵衛方へ持参し、金二両を騙し取り残らず使ってしまったのは、不届きにつき、死罪に相当と判断する。

(評定所の判断)

御定書に騙りの事について、贓物金一両以上は死罪とある⁶⁵⁾安五郎の件、先例を調べたところ、去る池田筑前守火附盜賊改の伺の節、武州一ト市村無宿忠太が知人の家に行ったとき、留守を頼まれ、ふと出来心で手元にある鍵で櫃の錠を開け、中にある金銀錢、手元にある衣類や具又引き風呂敷を盗み取り、また新蔵の名前で手紙を書き、衣類袴を騙し取り、その品々は売り払い、代金銀錢盗み取り残らず酒食に使い捨てたのは、不届きにつき、入墨・敲、云々とある。騙り事の始末兼ねて計画したと言うほどの所業とは申し難く、当座の騙りの御定に引き当て、右例をも見合せ入墨の上敲を申し渡すべきである。

本件では、火附盜賊改の判断は死罪であったが、評定所の判断は入墨のうえ敲という軽い刑で処断すべきであるというものであった。

64) 御仕置例類集 続類集 八之帳 巧事取衛之部ねたりかたり押借いたし又は右之内配分受或は疵附候類 228

65) 御定書百箇条六十四巧事かたり事重キねたり事候もの御仕置之事として、「かたり事之品、對公儀江事一欺又は兼而巧事欺、或は人を誘引申合候もの 贓物金壹両以上ハ 死罪」とある。

このように評定所は、先例を調査しこれを参照したうえで仕置伺に対し慎重に判断しているのである。今日一般的に江戸時代は雑な裁判をしていたのではないかという印象を持つが、そうではなく驚くほど仔細に先例を検討し慎重に判断していた。

江戸時代の裁判所は、正に判例法主義を採っていたのである。評定所は老中の諮問に対し評議採決して上申し、老中はこれに基づき町奉行、火附盗賊改に対し差図をした。町奉行、火附盗賊改は、その差図にしたがって判決を言い渡した。

(3) 刑事裁判

江戸時代は、刑事訴訟を「吟味筋」といい、刑事事件を「吟味物」といった。

刑事裁判は、奉行所が職権で被疑者を捕えて自ら裁き処刑まで行うというものであった。奉行と被告人との二面構造の「糾問主義」がとられており⁶⁶⁾ 検察官も弁護人もいなかった。

吟味筋の手続きは、非公開であった。吟味筋は、道德・法に反した罪人に対するお上の裁きであり、庶民の窺い知るべき筋合いのものではないという権威主義的訴訟観が支配していたからである。

① 自白偏重主義と拷問

奉行が有罪判決をするには、被疑者本人の自白が必要とされた。自白は悪事をした証拠の最たるものと考えられ、自白がなければ有罪にできなかった。

そのため他に証拠があっても自白しない場合、例えば、他の共犯者は白状しているのに被疑者が否認している場合、被疑者は白状しないが他の悪事により死罪となる場合などには取調べの段階で、奉行所の与力が牢屋に来て立ち会い、御目付も陪席して牢屋内で拷問が行われた。

66) 旧事諮問会(1986) 107頁によれば、「当今の吟味と違って、叱り付けるのであります。ちと圧制の気味があったので、しかしそれでなければ、盗賊や肝太い奴になっては、生やさしい事ではいけません」と厳しい取調べであったことを認めている。

拷問には笞打・石抱・海老責など牢問と呼ばれるものと、牢屋内の拷問蔵で両手を縛って天井よりつるす釣責があった。人殺・火附・盗賊など死刑以上の犯罪については、牢問は勝手次第であったが、釣責は縛り縄が皮膚に食い込み血が流れ出す苦痛極まりない拷問であったから評定所の評議を必要とした。拷問をする場合は、軽い笞打から始め次第に重いものになるようにしていた。

拷問は、以上のような場合に行うことができるとされたが、実際にはあまり行われなかったという。なぜなら、拷問を行うには他に十分な証拠が揃っていることが必要であったし、拷問をしなければ自白させることができないというのでは、吟味役人としては恥と考えられていたからである。

② 一審制

江戸時代には、刑事裁判の判決に不服があっても上訴する制度はなかった。罪人は世間を騒がせる不屈者であり、神妙にお上のお裁きに従え、不服を申すことは許さないという権威主義的訴訟観が支配していたからである。

もっとも、前記のとおり、重罪の場合は、奉行や火附盗賊改が老中に仕置伺を立て、老中は評定所に諮問し、評定所は先例を詳しく調査して判断し、老中はそれに基づいて奉行らに差図していたから、審理は相当慎重に行われていた。

(4) 弁護人制度の不存在

前述のように、江戸時代は奉行と被告人との対決という二面構造のなかで、被告人を弁護する弁護人制度はなかった。江戸期の封建的道德と法は未分離で、犯罪は道德・法に反する非道であり、道德的にも法的にも裁かれて当然という「因果応報の思想」が支配し、被告人を弁護する者の存在を考える余地はなく、法制度としても認められなかった。

封建的道德は、主従関係（主人は恩を与え従者は奉公をもって応じる支配服従）を頂点とし、師弟関係（師匠は弟子に教え弟子は師匠を敬い服する）・親子関係（子は親に従う）・夫婦関係（妻は夫に従う）など上下関係をきわめて

重視するもので、これを破る者は厳しい非難にさらされたのである。

結 び

1868年、日本は明治維新を迎えて近代国家へと転換していく。明治時代前期には、相次いで士族の叛乱が起き、政府要人に対する暗殺などが横行した激動の時代であった。そのようななか、しばらくは江戸時代の法制が引き続き行われていたが、次第に新しい法制度へと入れ代わっていくのである。

今回は、世の中がめまぐるしく動いていくなかで、江戸時代の法制度から明治時代の法制度へと、どのように転換していったのか、西洋法の導入はどのようにして行われ、代言人はどのようにして誕生したのかなどについて検討することにする。

参 考 文 献

- 石井良助『江戸時代漫筆』井上図書（1954）
石井良助（編）『徳川禁令考別巻』創文社（1961）
石井良助（編）『法制史』山川出版社（1964）
石井良助『日本法制史概説』創文社（1983 改版）
大木雅夫『日本人の法観念』東京大学出版会（1983）
大久保治男『江戸の刑罰拷問大全』講談社（2008）
大久保治男・茂野隆晴（編著）『日本法制史史料60選』芦書房（1998）
旧事諮問会（編）・進士慶幹（校注）『旧事諮問録－江戸幕府役人の証言－（上）』岩波書店（1986）
荻田佳寿子『幕末日本の法意識』巖南堂書店（1982）
笹間良彦『図説・江戸町奉行所事典』柏書房（2004）
司法省秘書課（編）『裁許留』橘書院（1986）
瀧川政次郎『公事師・公事宿の研究』赤坂書院（1984）
辻達也校訂『撰要類集第一』続群書類従完成会（1967）
辻達也校訂『撰要類集第二』続群書類従完成会（1971）
日本弁護士連合会『日本弁護士沿革史』日本弁護士連合会（1959）
日本弁護士連合会「弁護士制度百年の歩み そのⅠ 現行弁護士法制定まで」『自由と正義』1975年8月号（1975）
平松義郎『近世刑事訴訟法の研究』創文社（1960）

- 橋本博（編）『改訂 維新日誌』（第三卷）名著刊行会（1966）
牧英正・藤原明久（編）『日本法制史』青林書院（2007）
吉村昭『敵討』新潮社（2001）