

△講演録▽ 広島修道大学五十周年記念・明治法曹文庫記念講演会

## 江戸から明治へ

——法の継受を考える——

山 口 繁

広島修道大学五十周年記念・明治法曹文庫記念講演会は、元最高裁判所長官の山口繁先生をお招きして開催しました。

山口先生は一九三二年兵庫県のお生まれで、一九五五年に京都大学法学部を卒業、五七年に裁判官となりました。九一年司法研修所の所長、九四年福岡高等裁判所の長官、九七年三月に最高裁判所判事、その年の十月に最高裁判所長官に就任され、二〇〇二年に退官されました。

退官後、江戸時代の裁判の研究書『新井白石と裁判』（二〇〇三年、西神田編集室）を公刊されました。現在、千葉県我孫子市にお住まいで、地域の歴史、手賀沼の入漁権をめぐる裁判などについて研究を進められ、月刊『MOKU』誌上で「大江戸裁判物語」を連載されています。

一 はじめに

ただ今ご紹介にあずかりました山口でございます。まずもって、広島修道大学がめでたく開学五十周年を迎えられたことにつきまして、心からお喜びを申し上げます。

広島修道大学がここまで発展されたことにつきましては、多くの方々の種々のご苦勞のあったことと存じますが、関係の方々のこれまでのご尽力に対しまして深甚なる敬意を表する次第であります。

そのおめでたい開学五十周年記念の講演会でお話しする機会を与えられましたことを大変光榮に存じております。

演題として、「江戸から明治へ―法の継受を考える―」ということにいたしました。お手元にレジユメを差し上げておりますので、そのレジユメに従って話してまいりますから、ご覧いただきながらお聞き取りいただきたいと思っております。

出席されておられる多くの方々が法律学科二次生と伺っておりますが、現在法律の勉強に格闘されていることでしょう。いま皆さん方が教わっている民法・商法・刑法というようないわゆる六法、これは古来の日本固有法ではなく、ご存じのように明治期に導入されました近代ヨーロッパ法をもとにしたものであります。この明治期における法の継受に關しまして、「従来の伝統からまったく断絶した内容のものを外国から学んで精密に周到に起案した」もので、「西ヨーロッパの先進資本主義国家ないし近代国家の法典にならって作られた明治の近代法典の壮大な体系と、現実の国民生活との間には、大きなずれがあった」ということを指摘する学者がおります。

また、この明治期の「司法改革は、権力的に近代的司法制度を導入するものだったから、江戸時代に形成されてきたわが国の司法制度を無視して行われ、江戸時代以来の司法の伝統との断絶が著しく、社会の中に定着しないという結果を生

むことになった」、こういう指摘をする学者もおります。江戸時代の司法制度と明治維新後の近代的司法制度との間に断絶があって、わが国の日本の司法制度はいわば竹に木を接いだもののように言われてきたし、われわれもそういうふうに思い込まされてきたけれども、本当にそうだったのだろうかということがまず最初の疑問であります。

レジュメに、明和二年、一七六五年「座頭共貸金催促之儀ニ付御書付」（注 資料①参照）と書いてありますけれど、これはどういうことを説明しましょう。江戸時代、検校とか座頭という目の見えない方ですね、目の見えない盲人について高利貸しが公に認められていたのです。江戸時代の高利貸しは現在の高利貸しと全く同じで、その催促は苛斂誅求を極めておりまして、金を借りているお侍の家に大勢で押しかけて「金返せ」と催促する。昼夜と詰め切って「金返せ」と言っておる。中にひどいのは、お駕籠で登城する、お城に行く途中とつつかまえて「金返せ」と言う。

徳川八代將軍吉宗がそんなことを聞きました、これは取り締まりましようと言われたときに、「それは金を借りて返さない方が悪いのだから、そんなのは放っておいてよろしい」と言ったそうですけども、その後の十代將軍家治の時代になつてあまりひどい取り立てなものだから「座頭共貸金催促之儀ニ付御書付」というのを出しまして、そんな道理に合わない催促は認められない、取り締まれと言つたわけです。そんなものですから、高利貸しのありようというのは江戸時代も現代も全然変わらなかつたわけです。

ところが、明治に入りまして、民法典編纂会議が行われます。ここでフランス語の大家の箕作麟祥がフランス語の *droit civil* 英語で言えますと *civil right* です、これを「民権」と訳した。民の権利、「民権」と訳したら、「民に権があるとは何事だ」という異論が起こつたくらいなんです。要するに支配階級しか権力を持っていないから、民が権を持つとは何事かという議論が起こるくらいで、確かに江戸時代には「権利」という術語はなかつたんです。それで日本には古来権利

義務の観念はなかったなどと間違ったことを言う人もいる。しかし、「権利」という術語はなかったけれども金を貸していたらやっぱり返還請求の裁判を求めることができる。時によりますと、借金公事は、それは相対づくでやったのだから裁判所では取り上げてやりませんよという勝手なことを言つて、時々裁判所のほうで受け付けなかったこともあるのですけれども、原則として訴え出て権利実現を求めることができた。

だから、実質的に江戸時代でも権利は認められていたということが出来るわけでありませぬ。

江戸時代には「権利」という術語はありませんでしたけれども、「利勘」という言葉で表現していました。利益の利と勘定の勘。こんなことで権利というようなものを表現していたわけです。

それで広島修道大学の図書館の「明治法曹文庫」がめでたく完成されたときでもありません、明治における法の継受について皆さん方、若い方々にもすっかり考えておいていただく必要があるのではないかと思ひまして、こういう演題にしたわけであります。

## 二 江戸時代の裁判

### 1 享保十（一七二五）年の頃

そこでレジュメの二、「江戸時代の裁判」に入つてまいります。

享保十年、一七二五年のころというのを取り上げました。広島修道大学は今年めでたく開学五十周年を迎えられておりますが、その淵源を訪ねますと、享保十年広島藩五代藩主浅野吉長公が創始された藩の学校「講学所」に至るのだそうです。そこで、享保十年ごろは一体どんな時代であつたかを一つ皆さんにも考えていただきたい。

これは先ほど申しました江戸幕府八代将軍徳川吉宗の治世の頃です。元禄のバブルがはじけた後のひどい時代だった。江戸幕府始まって以来の社会の姿が変わっていく転回期に当たります。貞享・元禄以後の幕府の財政は窮乏に窮乏を重ねた。消費経済がどんどん発達しまして、都市が勃興して商人階級は勃興してくるのですけれども、江戸幕府の財政は窮乏に窮乏を重ねます。

享保に至ってどうしようもない状況になりまして、享保七年には旗本への俸禄の支給に不足を来して、春支給の分が六月にやっと渡される状況であった。しかも六月に渡されたのは定額の三分の一。給料は遅配するわ、完全には支給されないわ、そういう状況だったのです。そんなものですから、狂歌がはやります。そこにありますように「千はやぶる 神代も聞かず 春かしの」給料が払えないから貸した勘定になりますね。「春かしの 夏まで取らで 只勤めとは」。これは小倉百人一首に「千はやぶる 神代も聞かず 竜田川 から紅に 水くぐるとは」というのがありますが、それをもじっているわけですね。もう一つ。「はた本に 今ぞ寂しさ まさりけり お金もとらで 暮らすと思へば」。

しかし、考えてみるとこういう狂歌が平気で歌われていた世の中というのはありがたいですね。現代中国だったらこんな批判をしていると、たちまち統制されますな。江戸時代は結構自由、言論統制はなかった。自由だったんですね。

そんな状況ですから吉宗は「御恥辱も顧みられず」、恥も顧みないで各藩主諸大名から一万石につき百石ずつのお米を出してくれといえます。上納です。それが上米です。それでお米を集めてようやく旗本に支給した。

そういうふうにも上米を命じておりますから代わりのことを考えてやらなきゃならない。参勤交代で一年江戸にいて一年は国元に帰ります。その江戸の在府期間を半年に短縮してやった。諸大名に対する統制政策として参勤交代という基本政策をとっていたのですけれども、財政が窮乏した揚げ句、それを揺るがせにするような事態に立ち至ったわけです。

さつきも申しましたけれども、幕府が窮乏する一方で、商品経済が発達して商人階級は勃興してまいります。町人の勢いが強くなります。大名は大も小も皆首を垂れて町人に無心をいつて金を借りて何とか暮らしておる。武士階級は農民からの年貢の取立てに苛斂誅求を極めるようになった。年貢率を上げて上納しろと言うわけです。

そういたしますと、農民は瀕死の瀬戸際にあえぐ。享保とそれに続く元文のころには、全国各地に百姓一揆が続発します。儒学者であります荻生徂徠とか太宰春台はそのうちに戦乱が起きるとか、あるいは盗賊の乱世になると危ぶんでいたのです。

当然のこと世も乱れ、モラルも低下します。吉宗は、孝行者を表彰しまして、褒美をやって表彰する。逆に不孝者はお侍であったって磔にしましてみせしめにした。これは何を意味するかというと親孝行が地に落ちていくということです。現在と同じ状況ですね。そんな状況ですから、またいろいろなことが言われます。

「すたり切った物 武士の道と太夫格子」。武士道はすたり切った、地に落ちた。太夫格子というのは高級遊女のことを言うのです。吉原の花魁なんかね。第一位が太夫、第二位が格子です。元禄のころは高級遊女はもてはやされたのです。享保になりますと経済が低下しますから、もう高級遊女ももてはやされなくなつて地に落ちた。そこで武士道と高級遊女は地に落ちたと云っているわけです。それから「手前勝手計い物 誣義坊主と町人」。

今度は吉宗批判も出てまいります。「上の御数奇な物 御鷹野と下の難儀」。吉宗は鷹狩りが好きでした。鷹狩りをやりますと、その準備とか何かで下々、農民は結構苦勞します。難儀します。將軍は下の難儀はちつとも構わない。お好きなものは鷹狩りと下の難儀。こういうふうにして批判するのです。「なげきかなしむ物 諸人万人」。こんなことは『享保世話』という資料に出ています。本当に自由闊達に議論していますな。

そういう状況のところ、吉宗が登場しまして、為政者として末が危ぶまれる幕府を支えて成り立たせていく。幕府中興の英主と言われるわけですけれども、彼は、まず財政再建と教育振興と司法改革に取り組みます。今申しましたモラルの低下している状況ですから、モラルの確立、倫理の確立こそ社会秩序、基本維持のもとだと考えます。国政の手段として教育振興に取り組みます。幕府の学校である昌平黌というような学校教育の充実に熱心に取組みますし、それから寺子屋。江戸には八百人、八百八町と言いますが、八百人の手習い師匠がいたそうです。一町に一軒ぐらいずつ寺子屋があつたのですね。その寺子屋の充実にも意を注ぎます。そういう気風がありましたから、各藩にもやはり教育に取り組み動きが出てまいりまして、広島藩の「講学所」の設立もこうした動きに相応したものだろうと思います。隣の備前岡山藩も教育熱心な藩でしたけれども、広島藩も教育熱心であつたようでありまして、その後寺子屋とか私塾の経営に資金援助をしております。

## 2 江戸時代までの日本法

さて、そういう時代でありましたが、江戸時代までの日本法というのはどういうものであつたか。法制史である程度勉強しておられるだろうと思いますが、それをひとわたり見てまいりたいと思います。

「人集まるるところ法あり」と言われますから、日本法も、どこの民族とも同様に、固有のルールがあつたわけでありまして、縄文時代、弥生時代にも固有法があつたと思われまます。どんな固有法か。それぞれが財産を持っていますからその財産をどのように処置するか、財産の取り決めルールを決めなければいけません。その財産制。それから社会を構成しておりますから、社会が成り立つためのルールを決めなければならない。ルール違反に対しては *sanction* 制裁が必要です。だから

刑罰制を決めなければならない。大体そういうふうな財産制と刑罰制が主要な固有法だっただろうと思います。

邪馬台国の卑弥呼のころになりますと、王様が出ておりますから王様の権力を規定するフォーマルな法、公式法ですね。これは魏志倭人伝などで見ますといろいろ刑罰とか何かが出てまいりますから、そういうものも含めて公式法ができています。それから王様の権力に蘇我氏とか物部氏とか各氏族が服しますが、その氏族内部にもそれぞれ氏族内部の取り決めがありますね。そういう各氏族の内部を規律するインフォーマルな氏族法。そういうものができてくるわけで、公式法と非公式法の二元的な法律体制というものが既に邪馬台国時代にもあったということが言えようかと思えます。

それから、朝鮮との交渉を経まして、聖徳太子の「憲法十七条」を始めとする立法がなされます。唐の律令制を導入しましてシナ法の移植がなされます。大宝律令・養老律令などの国家法が公式法として確定するようになります。ただ、この大宝律令・養老律令と申ししても、シナ法、唐の法律の直訳ではありません。わが国で氏族社会から発展させてまいりました日本固有の天皇制・家族制・身分制というようなものをもとにしまして、モディファイされているわけです。神道というものも奉じておりますから、神祇官という特別の機関を作ったりしておりますから、そういうふうにもディファイしています。固有法を軸にして移植法を利用して公式制度としたものである。そういうふうを考える必要があります。律というのは刑事法令です。令というのは行政法令です。ですから律令制度というのは刑事法令と行政法令が主体であつて、しかもこれが漢文で書かれておりましたのであまり庶民には浸透しなかつた。

これが十世紀前後になりますと、公家階級とかあるいは荘園というものが出てまいりまして、公家の中での慣習法、公家法というものが成立してまいります。荘園の中での慣習法、荘園法というものが成立してまいります。それが従来の国家法に取って代わる。そういうふうになるわけです。



ところが、武家政権が樹立されまして、武家階級がヘゲモニーを握ってまいりますと、貞永元年、一二三二年、今からもう八百年近く前です。そのときの鎌倉幕府の執権の北条泰時が、仮名しか読めない者、このころはもう平仮名・片仮名ができておりますから、仮名しか読めない者でも読めるような法律を作りたということで、わが国固有の武家や民間の慣習法をまとめた御成敗式目（貞永式目）を制定するようになります。五十一カ条。簡単な法律です。これがもともとは漢文で書かれておりますけれども、漢字仮名まじりで書けるものですから、その漢字仮名まじりの文が寺子屋の教材になります。手習い師匠の教材になる。そんな形で庶民に浸透してまいります。これは江戸時代も手習いの教材に使われていたくらいですから。

有名な俳聖の松尾芭蕉が「明月の 出づるや 五十一ヶ条」という句を詠みましたけれども、この「五十一ヶ条」というのは御成敗式目のことなのです。御成敗式目が出て世の中が明るくなった、いろいろなもめごとの裁きの基準が出て明るくなった、そういうことを歌ったわけです。それほど庶民に親しまれていくわけです。

こういうふうにして武家法が国家法の地位を占めますけれども、農民や町人の慣習法も裁判の基準として役立つ。それから、旧来の律令法、公家法、こういうものも形式的には国家の基本法の地位を占めておる。移植されましたシナ法というのも、詩経・書経・易経・春秋・礼記・楽経という六経、孫子・孟子の諸子百家の意見、これなんかやはり裁判の基準として役立つものは役立つせられた。そういうふう理解されております。

レジュメに御成敗式目第五一条の「一、問状の御教書を帯び、狼藉を致す事 右、訴状に就きて問状を下さるるは定例なり（以下略）」というのを取り上げておりますが、問状というのは訴状を提出したときに幕府のほうからこの訴状に対して答弁書を提出しると被告に命令する指示書です。それが問状で御教書とも言われるわけです。その問状・御教書を原

告のほうが幕府から頂いて、被告のところへ持って行って送達する。そういうことが定例であるということをごとうたっているわけです。

裁判というものは訴えを起こしたものの主張だけで裁判するのではなくて今と同じように被告の主張にも耳を傾けた上で裁こうということをごとうたっているわけです。

いわゆるアドバリーシステムで、現在と全く同じ。当事者双方が裁判官の面前で向かい合って主張し合い、争点について証拠調べした上で裁判をくだすシステム、当事者対抗主義とも言われますが、それが実に今から八百年も前からわが国で行われていたということ、このことは非常に注目し値することです。中国とか朝鮮ではこんなことは行われていなかった。これはひとつ大いに注意しておいていただきたい。

### 3 江戸時代の裁判

そういうふうな日本法、裁判の基準としての日本法をもとに江戸時代では一体どんな裁判が行われていたのか。それが三です。

江戸幕府の行政組織は一六三二年、寛永九年から六か年ぐらいの間に逐次整備されてまいります。皆さんよくご存じの老中とか大目付とか若年寄とか、寺社奉行・勘定奉行・町奉行、そういう職制が定められてまいります。寛永十二年、一六三五年、そのころには幕府の最高裁判所であります評定所の審議期日、式日とか寄合とかいうのがありますが、その審議期日が決められたり、細かいルールが決められたりしております。

江戸時代の裁判の基準には、これまで説明してまいりましたものがそっくりそのまま受け継がれてまいります。従いま

して、訴状が出た場合に訴状に裏書きをしまして、いつ出頭しろというふうには被告に命じ、その裏書きされた訴状を今度は原告が被告のところへ届ける。現在は訴状は職権で裁判所が送達しますけれども、江戸時代は鎌倉時代以降と同じように当事者送達主義だったので。そういう仕組みがなされます。

裁判の基準には今までのものが受け継がれていきますけれども、江戸時代前半には、「人に任じて法に任ぜず」。三代將軍の家光などがそれをしきりに強調しまして、あまり先例にこだわってはいかん、奉行の裁量に従って自由に判決しろというようなことを言ったものですから、それを拳拳服膺しまして、先例によらず奉行の裁量に委ねた。そんなものですから、幕府の法令集や判例集は編纂されなかった。

幕府の最高裁判所の評定所では、老中や寺社・町・勘定の三奉行などが大目付・目付立ち会いの下で重要な裁判や評議を行いました。後に老中は裁判には関与しなくなります。ただ出席するだけになってしまった。三奉行からなる評定所一座が裁判に当たるようになります。ところが、だんだん慣れていきますと、また、奉行になる連中というのはかなり上の連中で、鷹揚な連中が多いですから、あまり一生懸命やらない。それで先例の調査なんかを怠ってかなり恣意的な判断をするようになります。奉行の裁量に任せられたものだからということ、得手勝手な判断をするようになります。さらには、評定所に評定所留役というのがあります。これはいわば今の裁判所書記官のようなもので、訴状審査とか当事者の取調べもする下役人ですけれども、この下役人のほうに裁判実務を任せようになつてくる。下役任せになる。そういう弊害が現れてきました。

#### (1) 正徳の司法改革

それで次の(1)正徳の司法改革に移ってまいります。

新井白石というわれわれは、子どものころ、非常によく勉強して、昼勉強して夜も勉強する。それで眠くなると目を覚ますために手桶に水を汲んでおいてそれを頭からかぶって勉強した。小学校の国語の教科書にそういうふうに出ていましたから、すごい人がおるもんやなあと言つて覚えていたのですが、六代將軍家宣に儒学を教えていた先生であると共に、いわばブレンメンバーになりまして、政治の事柄とか裁判の事柄についてもいろいろ意見具申をするようになります。

その新井白石が今申しました評定所での裁判の実情を知るようになります、こんなことではいかんということで、六代將軍家宣に評定所の改革について進言をいたします。その結果出ましたのが、正徳二年九月、「評定所之面々江被仰渡候御書付」という、これはいわば裁判官に対する通達みたいなものです。

この中身は、出勤と欠勤つまり勤務状態、それから事実認定、評議の充実、訴訟の迅速処理、裁判の公正、司法の重要性などについて定めております。お手元に資料をお配りしていただきますが、その資料の②をご覧いただきながらお聞き取りいただきたい。時間がありませんので詳しい説明は省略し、大体の意味を説明いたします。

「寛永以後御代々仰出候評定所法式」、寛永以来の評定所の決まりでは、卯半刻、これは午前七時です。卯半刻から会合して申刻、午後四時まで評議して退出する。そういう決まりであった。午前七時と云つたら随分早いなと思つけれども、電気がない時代ですから夜が明けるとともにみんな仕事をしていたのです。ちよつと先のほうへまいりまして二行目当たり、「評定所之面々、事に慣れ巧を積み」だんだん慣れてきてうまくなつてきたのか、裁断の次第がとどこおるところもないのだろうか、会合してまもなく退出するように聞いておる。もし事ごとその大法に任せ、法律任せにし道理を尽くすに及ばず判決に至るのであれば最も相当でない。法令任せにしたのでは駄目で、道理をよく考えろということをご言つてゐるわけです。

それからその次、これは事実認定のことを言っているわけで、評定所、諸奉行において、沙汰の次第、審議ですね、もっぱらその「証状」を拠り所として、「証状」というのは証人の証言を記載した書面のことを言います。これを根拠にして、「道理のあるところをば推尋す」。「推尋す」となっていますが、これは原本の間違いで「推尋せず」が正しいのです。ほかの資料によりますと、「道理を問わず」となっておりますから。道理のあるところを推尋しないで本来の趣旨を捨てて枝葉のことばかりを詮索していると聞いておる。

それからもうちょっと先のほうへ飛んで、終わりから三行目あたり。「必ずその証をも拠り所とし難く」証状を証拠にできない場合もあるし、枝葉のことを追うこともできない場合がある。だから証状ばかり頼りにしてはいけない、枝葉のことを追いかけてもいけない。何よりも道理。合理性を尊ばなければならぬ。そういうことをうたっているわけです。

それからその次に続くところの終わりから二行目、「なかんずく論地等のこと」となっていますけれども、論地というのは境界争いのことです。境界争いは「古来、多くは評定所にて詮議」、評定所で審議して決するところ、近年はこれを代官所に申し付けておる。代官任せにして裁断しているから相当でないことが多いと聞いておる。こういうことはよくないのでもっと注意してやれということをやっているわけです。

それからその次の「附」、付け足りですけれども、「近年以来、罪悪極重の輩を助けおいて、目明かし、口問などと名付け候て」。目明かしとよく言いますね。これは本来は犯罪人だった者を助けて、犯罪人ですから仲間連中でよく知っています。犯罪人を捜索するのにこれを使うと便利なわけなので、それを使ってやっているけれども、こんなことはよくないからやめろというのが、この付け足りのくだりです。

それからその次、合議では、「評定所の法」。評定所の決まりでは「公事訴訟のことは一座の面々存じおりも候へば、そ

の存じおり候ところ残さず申し出づべきである」。評定所一座それぞれ意見があるだろうから、それを全部述べなければならぬ。ところが、このごろは最初に述べた者の意見で決められるようである。そんなことであつては合議の実に合わない。だからそんなことをやめろということをやうわけであります。現代の裁判でも、合議の充実・強化ということをやうたわれているのですけども、江戸時代にこのことをうたつていたわけでは

その次。これは「評定所の法、遠国より訴え来たり候輩」、遠国のほうから江戸へ訴え出てきた連中、「その滞留の日久しからず候ように」と、これは遠国から江戸へ来て訴えている者の滞在日数が長くないように処理しろというのが評定所の決まりだと。ところがこのごろは随分長くかかつてみんなが迷惑している。それは気の毒だからもつと早くやれということをやうているのがこのくだりです。

「附」を飛ばしましてその次。「およそ公事訴訟の事、あるいは権勢の所縁これある輩、あるいは賄賂を用い行い候輩の類」、要するに権勢のある者とのつながりあるいは賄賂によって勝つものがあるとやうに言われているけれども、それでは御政事、政が破れる所以である。だから奉行の家来や配下の者に至るまで厳に戒める。それからこの付け足りは牢屋の役人といえども種々の決まり、私法を立てて、要するに牢屋の役人が勝手なルールを自分で決めて、それで囚人から賄賂を取っていると、そんな悪いことがあつたらしいのでそれは絶対やめろということをやうているわけでは

おしまいのくだり、「右条々よろしく承知せしむべく候」、これらのことを全部よく通達しろと言っているわけでは。諸奉行所の事においては天下御政事の出る所に候上は、要するに天下の政はここで行われるのだ。法令は奉行所から出るのだから、そのことによく思いをいたし、万事の理非もここで定まるのだから、その裁決が正しく行われなければ、御政事が明らかならず、人民は安心して暮らせないから、各々心して裁判せよということをやうこの結びでうたつてはいるわけでは

これは非常に立派な通達、裁判官に対する裁判規範として非常に立派なものだと思います。

ところがこれが出来まして間なしに六代將軍家宣はひと月ぐらいて亡くなります。だんだん老中の連中は言うことを聞かなくなる。それで四年ぐらいたちまして、評定所の審理の欠点が容易に是正されないものですから、白石はもう一度、訴訟促進の建議をいたします。それでできましたのがこの正徳六年四月「評定所一座可相心得旨之儀ニ付御書付」というものです。これは資料③のところに掲げてあります。

この最初の段落、「公事訴訟人、遠国より罷り越し候者は申すに及ばず」、遠国から出て来る者は申すに及ばず、当地の者、江戸の者でも裁判が遅滞すると迷惑を被る、物入りが多くて困るのだということを言っているわけです。そのためにいろいろ計略をめぐらせてその計略を取り持つ者まで現れて、費用に耐えない者は訴訟もできず泣き寝入りになる。訴訟の拒否となるわけです。訴訟の遅延は訴訟の拒否に通ずる。こういうことであつては法の本旨に背く。一のくだりの終わりから二行目のところ、「公事訴訟等百日に過ぎ候て事決し難く候をば」、百日過ぎてても事を決したい事件については、事の顛末を明確に書き記して、各自の意見も書いて提出しろということを言っています。長期未済事件については報告を命じているのです。現在におきましても、今は六か月以上でしたか、あるいは一年以上の長期未済事件については裁判官に報告書の提出を求めます。現在どこまで進んできたか、今後どういう審理予定かということを書かせて訴訟の促進を促すわけですが、何と正徳六年にちゃんと長期未済事件の報告を通達しているのです。あるいはもつとさかのぼると鎌倉時代にもあつたのかもしれませんが、実に立派なものです。

その次のくだり。これは「評定所へ召し出す借金公事人、年々その数多く候ゆえに」と、これは借金訴訟、さつき申しましたように商品経済がどんどん発達しますから、借金訴訟もどんどん増えてくるのです。あんまり増えるもの

ですから、享保四年には相対済し令というものを出し、大体相対づくで金の貸し借りをやっているのだからそんなのは相対でけりをつけなさい、和解で始末しなさいということで裁判所では受け付けてやりませんということを一時やるのです。これは確か十年ぐらいやって、そうすると経済が停滞しますから、享保十四年でしたか、それを取り消すのです。けれどもそれより前に白石は、まず借金訴訟と普通の訴訟を区別して、評定所の期日、式日、これは老中が立ち会う重要な事件をやる期日ですけども、これが月に三日ある。それから老中の立ち会わない普通の立合という期日がやっぱり月に三日ある。それぞれの一日ずつを都合して月に二日を借金訴訟ばかりの期日にして、そのほかの期日は全部普通の公事訴訟をやるようにして、普通の公事訴訟、こつちのほうが重要ですから、それをさっちりやれということをこつこつやっているのです。けれどもこんなことでは間尺に合いませんから正徳から享保になりました、享保四年にさつき言った相対済し令で借金訴訟は受け付けませんよということを一時やったわけです。

その次の段落は刑事事件の訴訟促進です。「諸奉行所より牢に入れおき候者の事」。ただ今まではそんなに難しい事件でもないのに五年も十年もたつて事を決しない。そのために牢の中で死んでしまふ。あるいは火事にあつて逃げ出して、本来の罪より重い罪を受けている。あるいは相手や仲間の者も死んでしまつて調査が不能になつて証拠もなくなつてしまふ。そういう例が少なくない。だから、入牢百日を過ぎててもことを決しがたい事件については、事の顛末を明確に書き記して、各自の意見を述べて提出せよ。やはり刑事の長期未済事件の報告を求めたわけです。付け足りのところはちよつと時間がありませんので省略します。

「右条々、評定所・奉行所の事は天下の理非の相定め候ところにて、その上また世の人の安堵候も迷惑候も」、世の人が安心するのも迷惑するのも公事訴訟の判決にかかっている。だから注意して訴訟をやれ、裁断しろということをやつた



わけです。

これが正徳の司法改革。この二つの書付、裁判規範は立派なもので現在でも優に通用するものであろうかと思えます。だから大岡忠相は名裁判官として評価されますけれども、江戸の司法に与えた影響からすると大岡越前守よりも新井白石のほうがもっと上だと評価する学者もいるわけです。

## (2) 享保の司法改革

ところが正徳の司法改革だけではまだ不十分なので、(2)享保の司法改革があるわけです。

白石の時代には、さつき申しましたように法令の整備が行われていませんでした。白石は吉宗が將軍職に就きますと職を辞して野に下ります。そうしますとせっかく書付が発出されたのに、先に出された書付はもう守らなくてもいいんだという老中がいたりしまして、白石は切齒扼腕するのです。

しかし、吉宗は、非常に功利主義者であり、かつプラグマチストです。それで彼は詩歌・管弦なんていうなまっちらい学問はあまり好みませんで、理学系の学問を好みます。天文学に興味を持つたり、農業全書に興味を持つたり。法律書にまた興味を持って勉強したのです。それで、隣に明国があつて明の法律、明律について和歌山におられたころから勉強していたそうですけれども、自分も勉強し、学者にも研究を命じまして、その研究書とか明の法律書をわざわざ公刊するのです。そんなことをする位ですから、非常に法律には関心を持っていて、彼がこの二つの書付の重要性を認識したことは当然です。

まず最初に彼は享保五年に、刑事裁判上ある罪はどのような刑に当たるかを簡単に記したものを座右に備え置こうとしました。これは事件について老中、將軍の決裁を仰がなければならぬ場合がありますから將軍も心得ておかなければな

らないので、自分の座右にそういうものを備え置きたい。それで評定所一座にその編纂を命じます。その結果できましたのが、享保九年、全文十四項からなります簡単な刑罰法規集。「享保度法律類寄」と呼ばれますが、これがまずできます。さらにもっと詳細な法令集を整備しようと考えられまして、享保に続きます元文二年、一七三七年、今から二七〇年くらい前ですか、詳しい法令集の整備を命じます。それが六年ほどかかりまして一七四二年、寛保二年に一度できあがりません。その結果できあがりませんでしたのが「公事方御定書」というものです。「御定書」ともいいますが、これはその後追加があつたりしまして宝暦四年、一七五四年に最終的に確定するようになります。

これは上下二巻からなっております、上巻は公事訴訟・刑罰執行あるいは火付け・博打・捨て子などの禁止条項、それから治水・火消組合などの行政事務。それらに関する書付とか触書とか高札などに書かれました法律を集めたもので、幕府の重要な法令集。八一通あります。それが上巻です。下巻のほうは、一部民法や民事訴訟法の規定もありますが、その大部分が刑法ないし刑事訴訟法に関する規定からなります刑事法典といつていいものです。大体これが一〇三条あります。「御定書百箇条」という呼び方もされます。

この公事方御定書上巻壹之帳の第三条の冒頭に、先ほどの「評定所之面々江被仰渡候御書付」が掲げられます。第四条の冒頭に「評定一座可相心得旨之儀ニ付御書付」が掲げられました。基本的な裁判規範であることがここに確立されたわけです。これが、その後の裁判規範でも繰り返し引用されます。それで明治に至ります。そういう趣旨が受け継がれて明治維新に至るまで、江戸時代の裁判官によって拳拳服膺されてきたわけです。こういう日本の固有法あるいは裁判規範に従って裁判がなされてきたということです。

それから法教育。これも掲げておきましたが、吉宗の偉大な改革の一つだと思えます。吉宗は法令の整備のみならず、

その周知徹底に意を用いました。公事方御定書は、実は一番おしまいに奉行以外見るべからずということを書いています。ですから秘密の法典などと一般に言われていましたけれども、実はさにあらず。公事宿という訴訟のために出てきた当事者を泊める宿がありますけども、その公事宿にはちゃんとこの公事方御定書のコピーが備えられていたのです。だからもう一般に流布されるようになるのです。

吉宗もちろん法令の整備だけじゃなくて、その周知徹底に意を用います。鷹狩りが好きなものですから、享保七年十月に江戸に近い葛西で鷹狩りをいたします。そのときに百姓ながら医者をやっております吉田順庵という人の家に寄る。吉田順庵は寺子屋もやっていたのです。ひょいと見ると机の上に御条目、法律ですね。法律を集めたのが教材として置かれていたのです。吉田順庵は今まで使われていた寺子屋の教材、例えば日常の手紙の文例などですけれど、そんなものよりは法律を手習いの教材にしたほうが読んで習うにも手習いをするにも役に立つだろうということで、教材にしていたのです。さつきも言いましたように貞永式目も手習いの教材になっていましたから、そういうことが行われていたわけです。

それを見て吉宗は非常に感心して、お城に帰ってほかの村々の代官を寄せ集め、代官の総元締めの間東郡代の伊奈半左衛門を召されて、吉田順庵に褒美をやれと、褒めたたえた上で、どうかほかの村々もこういうふうにしたいのだ、大体法度、法律というのは当座覚えてもしばらくすると忘れてしまうから、手習いの教材にして常に覚えさせるようにしたほうがいいとみんなに言うわけです。

それだけにとどまらず、享保七年十一月、「御法度書之趣百姓共得と覚候者無之故度々科人も出候に付御書付」(注 資料④参照)、御法度書を知らないから、知らないでそれに違反する者はあるから、それをみんなに周知徹底されるように手習いの教材に使えと、全国に向けて通達するわけです。全国のご領地に向けてのものです。ほかの大名などもこのこ

とは参考にしただろうと思います。こういう通達を出したのは吉宗が初めてです。

#### 4 江戸時代の裁判についての外国人の評価

##### (1) ウイグモア博士の見解

そういう江戸時代の法律あるいは裁判について、一体外国人はどう見ていたか。アメリカのジョン・ヘンリー・ウイグモア博士は、明治二二年に来日しまして明治二五年まで慶応義塾で英米法を教えておられました。彼は英米法の授業をするだけじゃなくてご自分でも日本法、日本の固有法の勉強をされて、当時司法省に立法作業のために全国の民事の慣習を調査して集めた資料、それから江戸の評定所などの判例集があったのを見まして、それを広く世界に紹介してくれました。世界の学者が日本の固有法の知識を得ましたのはジョン・ヘンリー・ウイグモア博士のおかげです。

彼は後に、『パノラマ・オブ・ザ・ワールド・リーガル・システム(世界法律体系概観)』という大きな本を出します。そこで彼は、世界の法律体系を十六―エジプト・メソポタミア・ヘブライ・シナ・ヒンズー・ギリシャ・ローマ・日本・モハメッド・ケルト・スラブ・ゲルマン・海軍・教会・ロマネスク(大陸法)・アングリカン(英米法)―に分類して概説します。シナの法律体系とは別に日本の法律体系というのも十六の一つに取り上げる。だから、日本の法律体系の独自性、アイデンティティーというのをよく認めてくれているわけです。

そして、十六の法律体系の中でユダヤ・モハメットすなわちイスラム法。それからローマ・イギリス・日本の五つの法体系だけが最初判例法によって発達したもので、しかも、そのうちイギリスと日本のみが判例法が裁判官によって展開されたとなりました。ローマの場合は学者が判例法を展開してまいります。それからイスラム、ユダヤの場合は法官、牧師さ

んですね、ラビ。それがやるものですから裁判官とちよつと違う。日本の場合は徳川時代の將軍の裁判官により、イギリスの場合は王の裁判官によつて判例法が展開された、そういう説明をする。しかも、そのパノラマには書いてありませんけれども、ほかの文献によりますと、ウイグモアは徳川の評定所の一座の連中の知的レベルというのはその当時のイギリスの裁判官のそれと変わるところがないと高く評価していたようです。

(2) ヘイリー教授の見解

これは昔の人ですから、現代の先生方はどう見ているか。

アメリカのワシントン大学のジョン・オーウェン・ヘイリーという先生は、「歴史的に見れば、日本人はかなり訴訟好きだった。裁判は、日本において、最も古く、最も発達した社会統制の方法である。十八世紀の末には日本法の主要なルールは、行政上の命令」これは幕府が出す通達です。「そのほかに明瞭な表現と執行力を備えた十分に発達した判例によつて、生み出されてきた。日本の訴訟手続法は欧州のいかなる制度にも比肩できる合理性と精緻さを備えていた。裁判は、徳川の第一線のサムライの役職である代官の重要な役目となった。法律実務家」リーガルプロフェッションです、今の弁護士さん、「この前身も現れていた」。さつき言いました公事宿。公事宿の主人とか手代ですね。これのことを言っているんだろうと思いますけれども、「そういう者も現れてきた。十八世紀の商業の発展に伴い、『金公事』として認められるごく狭く限定された範囲の請求権については、判決に基づき執行手続が作られ、発展した」。破産手続きなども決められておりますから、そういうことを評価しているわけです。

## 三 明治における西欧近代法の継受

### 1 西欧近代法継受の必要性

そういうふうには非常に高く評価されている江戸時代の裁判、法律であったわけですが、明治において近代ヨーロッパの西欧近代法を継受しなければならなかった。江戸幕府が倒れて王政復古になりました、新政府が発足いたします。明治新政府の目標は、近代化によって国力を充実するとともに、いわゆる不平等条約の改正を図ることであり、なぜそうなったのか。

さつき言いましたように結構江戸時代の裁判、法律は立派なものでした。ところが、現実と建前とが喰い違っている。まず一八五四年に日米和親条約が締結されますけれども、アメリカに言わせると、日本の司法制度は整っていない、ウイグモアとかヘイリーは高く評価してくれるけれども、ペリーを始め当時のアメリカの政府はそう見なかった。基本的人権の保障は十分でない。確かに言われてみますと西欧近代法は人権と国家という二つの基礎概念によって成り立っております。フランスの人権宣言に見られますように人権の保障というのが国家法で保障されるわけです。

ところが日本の場合、裁判を求める権利というのが成文法の形では決められていません。判例法、慣習法で認められるかといいますと、時々金銭訴訟は受け付けてやらんよと勝手なことを言うわけですから、必ずしも制度的に保障されているとは言い難い面があります。おまけに先ほどの公事方御定書を見ますと、拷問についての規定すらあるのです。だからそんなことを根拠にして、お前のところの制度が備わっていない、だから在日アメリカ人が関与する事件については日本の裁判所で裁判することは認めない。アメリカ人の人権を保障するためにアメリカの領事がアメリカ法に基づいて裁判を

する。この条項を飲まなきや駄目だと言つて開国をせまるわけです。武力を背景にしていますから、それで、實質的には立派な裁判があつたのに、泣く泣く飲まざるを得なかつた。イギリス、ロシアなんかもこれに右へ倣えて不平等な和親条約を締結されるわけです。

そんなものですから不平等条約の改正、治外法権、領事裁判権の撤廃が明治政府の悲願となり、そのためにはまず西欧近代法を導入して司法制度を改革しなければならない。こういうことになつたわけです。

## 2 法継受の方法論

### (1) 江藤新平等の方法論

この法継受の方法論について二つの方法論が対立します。一つは江藤新平等の方法論。これは明治五年に司法卿、今の法務大臣ですけれども、司法卿になつた江藤新平は、「西洋と日本とで、風俗も違い、慣習も違うけれども、日本に民法というものが、あるのがいいか、ないのがいいかといつたら、それはあるのがいいのに決まつている」。それで、フランス民法と書いてあるのを日本民法と書き直して、直ちに頒布すればよいと、こんなドラスチックな意見を述べたわけです。井上馨も「我帝国を化して欧州の帝国とせよ。我国人と化して欧州の人民とせよ。欧州の新帝国を東洋の表に造出せよ」などと言つた。似たようなことをやつた例は現実にあるのです。例えば今トルコも問題になっていますが、トルコがケマルバシヤで明治維新と同じような革命をします。オスマントルコから近代トルコに変わるわけですけれども、昭和元年でしたか、トルコが民法を導入します。そのときにスイス民法をそのまま、ほとんどそのまま引き移してトルコ民法にします。江藤新平の方法論に従っているわけです。

(2) ブスケ・ボアソナード等の方法論

ところが、これに對しましてブスケ・ボアソナード等の方法論というのがあります。明治五年二月に來日しまして、法律の面で最初に働いたお雇い外国人、ジョルジュ・イレール・ブスケはフランス人の弁護士で、まだ三十歳前の若い弁護士。彼は何を言ったかといいますと、まず第一に現在の状況を知ることだ。日本は不文法の国である。慣習法、判例法の国です。不文法である日本の民法、刑法の現状を点検して改正すべき点と存置すべき点の見込みを立てる。第二に最善の方法としての西欧の法律を順序立てて詳しく研究して、その方向を見定める。第三に、法律を運用する担当者力量というものをよく検討して、新法施行についての国民の受け止め方を知らなければならぬ。立派なことを言ってくれます。これがわずか三十歳前の若い弁護士です。彼は「すべて法律はそれが適用される国民の承諾がなければよい法律とはいえないことに注意すべきである。フランス民法典がしかりであった」。ナポレオン民法典ですね。「だから、日本政府もこの難点を克服することを希望する」とそんなことを言つて、江藤新平にはもろに反対するわけです。

その翌年十一月、明治六年十一月來日しましたギユスターヴ・ボアソナード。パリ大学の教授でしたけれど、彼も同じように言つております。彼はその翌年、明治七年四月九日司法省の法学校で初めて日本の生徒に法学教育をいたします。その講義が「性法講義」という名で後に刊行されますが、その講義で彼は次のように言います。「制定されるべき新法は、安易にフランス法を引き移して編纂されるようなものであつてはならない。日本政府が、フランス法典編成より七〇余年の間に實際経験したところについて、可とするものを採用し、不可とするものを捨て去つて、折衷斟酌そのよろしきを得るように切望する」と、こういうふうな講義の冒頭で述べてくれたわけです。だから、彼も江藤新平などの方法論に反対です。



幸いなことに江藤新平は明治六年に野に下りました。その後を襲つて司法卿になつた大木喬任は慎重論を唱えまして、「国法といい、民法といい、外国の書を翻訳し、直ちにわが国民に施行するなど決してやるべからざること」と言いまして、彼は全国各地の民事の慣行調査をいたします。それをまとめたのをウイグモアも見たわけなのです。それを立法に反映させる。井上毅もそういうふうには慎重論を唱えた一人です。結局この慎重論にのつとりまして法典編纂がなされます。そのおかげでポアソナードが日本の慣行などを取り入れていろいろ苦心して作りました民法典、これは明治二三年、一八九〇年にいったん公布されるんですけども、これはフランス法系で、フランス法に従つた条文なども結構あるものだから、片方にあるイギリス法を学んできてイギリス法を教えている連中が反対を唱える。施行を延期しろ、要するに旧慣、旧来の慣習を無視して西洋主義を取り入れている。そこで、「民法出でて忠孝亡ぶ」などといううたい文句で反対を唱えるものですから、ポアソナードの民法は施行されることなく、明治三年に廃止されて、ドイツ法系を取り入れた明治民法が三一年に施行されるにいたります。しかし、人事編などの中身はポアソナードの民法典とほとんど変わらない、ポアソナード民法典の人事編はポアソナードではなく日本人が作っていますから、家制度などを温存したかなり封建的色彩の濃厚なものです。だから、かなり政治的な思惑によつて葬り去られたというのがよく分かります。

結局明治の初めからそういう作業が行われながら三十年ぐらい、民事訴訟法の場合は二十年ぐらいかかってようやく施行されるに至りましたけど、それだけ時間をかけて法典編纂がなされたというのは日本にとって大変幸いなことだつたと思ひます。

### (3) 西欧近代法継受の評価

西欧近代法継受の評価ですが、ウイグモア博士は、要するに新しい法律制度を導入したのではなくて古い法律制度を改

造、再制作、リメイクしたことを意味したのだ。日本はそれを自発的に行った最初の国であると高く評価しました。彼は面白いたとえ話をしたようで、アメリカでスピーチするときに宮本武蔵の二刀流の話をよくしまして、宮本武蔵は二刀流で多くの相手をなぎ倒した、そういう話をしました上で、日本伝統の精神的・道徳的遺産は、これは小太刀流である。新しい西欧の学問とか技術、これは大太刀流である。日本が真に偉大になるためには、小太刀流だけでは駄目、大太刀流だけでも駄目、宮本武蔵と同じように二刀流をこなさなければ駄目である。こういうふうにはスピーチしてくれたそうです。非常にうまい表現ですね。

#### 4 法継受とリーガル・プルラリズム（多元的法体制）

それで終わりにまいりまして、日本司法の法継受とリーガル・プルラリズム、多元的法体制としておりますが、先に申しましたように人権と国家という二つの基礎概念によって成り立ちます。西欧近代法というものは、十九世紀以降、ヨーロッパ諸国によって植民地、インドとかインドネシア、インドシナの植民地には強制的、日本とかシナ・タイ・イラン・トルコのような独立をなんとか維持している国については任意に導入されるかして、全世界に普及したのです。そして、西欧法をモデルに制定された国家法に未成熟とみられた固有法を一元的に統一することが国家目標とされた。

ところが、西欧近代法の導入移植があまりしても、それぞれの国の固有法には抜きがたい力強さがあって、移植法と固有法との共存すなわち法の二元制を認めざるを得なくなりました。西欧法の普遍性の神話は崩壊したと、近頃では考えられております。ウイグモア博士の二刀流の話というのはこれと平仄が合います。小太刀流、大太刀流、両方を生かさなきゃならない。これはリーガル・プルラリズムを言っているんだなという感じがいたします。

明治維新を契機に、日本は固有法を捨てて移植法の時代に入ったと言われますが、明治法体制というのは、移植法（西  
欧近代法）によって触発されましたけれども、日本古来の固有法の力に推進されて特有の法秩序を作り上げます。天皇  
制・家制度がそうです。だから、学者によりますと市民革命は不徹底であったということを言うわけですが、それ  
はちよつとおかしいなと思います。

第二次大戦後に、主としてアメリカ法からの移植法によって大改革がなされましたけれども、やはり独特の法秩序は維  
持され続けてきました。天皇制は厳に存続してありますし、家督相続あるいは婿養子なんかの家制度の旧慣も新民法でも  
運用が可能ですし、それから林野とか漁場、温泉の入会慣行、こういうのも残っておりますし、頼母子講とか連とか中、  
こういう古来からの組織のルールというのも現存しておりますし、お寺、お宮さん、家元制度、これらもそのまま残って  
おります。したがって、現在においてはリーガル・プラリズム、多元的法体制ということで理解するほうがいいんじや  
ないかなと私は思っております。

こういう前提で考えますと、法の継受というのは、導入された近代法に全部を統一するというのは無理がありました、  
やはり国のアイデンティティに則して多元的な法体制の一部を形づくるものとして受容し、理解するのが相当じゃないだ  
ろうかなと思います。

#### 四 終わりに——日本司法の近代化の成功の原因

西欧近代法の制度と理論は、さつき申しましたように全世界に普及したのですけれども、それが定着して西洋基準によ  
る司法の近代化が成功したのは、日本に限られるように思います。トルコはさつき、スイス民法を導入したと申しました。

これによつて政教分離あるいは女性解放ということがうたわれたわけなんです、八十年たった現在、宗教政党が内閣を組織しています。世俗性をどうするかというのが大きな問題になっております。女性解放と言われましたけども、今、トルコの女性はやはりブルカとかニカブを着用するようになっていきます。

ほかの国々においても十分じゃない。外国の学者も、近代化の過程は日本では完結したと言っておりますが、ほかの国についてはそう言いません。Modernization process has been completedと言われているのは日本だけです。

なぜそうなのか。さつき冒頭である学者は定着しなかつたと言つておりましたけれども、定着しなかつたとすれば、日本の現在の今の姿はないと思います。近代化が定着したからこそ今日の日本があると思います。なぜ定着したか。それは封建制の時代から西欧と日本は知らず知らずのうちに平行進化を遂げてきた。これは梅棹忠夫先生が言われたことですけれど、確かに鎌倉時代以降のアドバースリーシステムによる民事裁判が行われてきたこと一つを取り上げてみても、外來法の影響を受けないで日本独自の進行をしてきたわけです。

従いまして、そういう基盤があるからこそ西欧近代のアドバースリーシステムによる民事裁判手続法というのも容易に継受することができたわけです、近代以前の準備が日本の近代化の成功とその速さに決定的な役割を果たした。司法以外の場面でそういうことが言われてこのごろ江戸時代の見直しがされておりますけれども、同じことがやはり司法の場でも言えるわけがあります。

既に江戸時代において西欧近代法を受け入れる素地が醸成されつつあったればこそ、西欧近代法の日本への導入が成功したのだらうと思います。連続、非連続という問題がありますけれども、連続性の問題があったからこそ日本の司法の近代化が成功したのだらうと思います。

ちよつと時間を超過いたしました、この程度で私の話を終わらせていただきます。ご清聴ありがとうございます。（拍手）

【司会】（矢野達雄法学部教授）

山口先生、どうもありがとうございました。

江戸から明治への法の連続性あるいは固有法と移植法の二元性といったような非常に興味深いお話でした。せっかくです、質問をお受けしたいと思います。質問がある方がいらっしゃれば手を上げていただきたいと思えますけども、いかがでしょうか。

【質問者】

よろしく願います。

日本において独自に発達した法の仕組み、ここでアドバースリーシステムと言われるようなものが、西欧と共通項が随分あったという話ですが、日本と西欧は随分距離的にも離れていますし、なぜそのような一致が偶然にもあったのかというのがちよつとよく分からないのですが。

【山口元長官】

実に不思議ですね。本当になぜそうなのかというのは非常に不思議ですけれども。

一つ注意していただきたいし、これからの若い方々に大いに研究していただきたいのですが、西欧の場合は絶対王政の

前に、現在もそうなんですけど、非常に階級社会だったわけです。フランス革命、ロシア革命、その他によって市民革命がなされてそれで市民平等になったと言われていますけれども、けど未だに実質的にはかなり階級社会です。

ところが日本の特色は、実は無階級社会、階級という言葉は使いませんが、無階級社会であったというのが日本の特色ではないかと思えます。亡くなった宮沢総理大臣、彼が日本は無階級社会だと言いました。よくご存じのように下剋上という言葉がありますね。豊臣秀吉をお考えになったってお分かりになる。徳川家康だってそうです。昔から下剋上で下の者が上の者を押さえてひっくり返す。だから下剋上という言葉、大槻文彦さんが『大言海』という初めて現代の国語辞典を作りましたが、その「下剋上」を引いてご覧になると面白い。英語では *democracy* と言うと書いている。下剋上、古の *democracy*。確かに歴史学者の三浦周行先生なんかは、戦国時代の国民議会ということで戦国時代に国民議会があったのだということをおられる。

確かにそういう面がございまして、江戸時代には士農工商という身分社会であった。しかし、徳川吉宗のブレンメンバーであった室鳩巢が面白いことを言っています。「元来人は生まれて五体皆同じ。知覚も異ならない。生まれながらにして貴賤はない。ただ、人の中で徳があつて聡明で仁愛、それから知恵がある者、これが人望によって仰がれて尊い者になる。尊い者とされる」。尊い者があれば反対に卑しい者もできてくる。そういう差別がありますね。貴賤、君臣の別はこういうふうによつて生ずる。要するに有徳の人、徳のある者が衆望を担つて主君になるんだとそういうことを平気でとなえていました。

それと似たようなことを山鹿素行も言いますし、他の儒学者は言っています。(注 資料⑤⑥参照) そういう市民平等のイデオロギー的基盤というのは江戸時代に既にあった。だからわれわれは教科書で市民平等、士農工商がなくなったの

は明治維新後だと教わってききましたけど、実はよくよく調べてみるともつと前からある、あるいはもつとさかのぼるかも  
しれません。

というのは、これは一つはやっぱり天皇制。これがやはり大きな力を持つと思います。あらゆるものに超越する天皇と  
いう存在があるでしょう。これはある意味ではずっと歴史的に見ても象徴的存在です。その前では市民は平等なはずなの  
です。だからそういう下地がやはりアドバンスリーシステムなんかを生み出したんじゃないかなと、これは今勉強してい  
る最中ですけど、もつとこれをフォーローしていききたいと思います。

モンテスキューの『ペルシア人の手紙』の中にトログロデイト族の話（注 資料⑦参照）というのがありますが、そこ  
で、社会契約説みたいなものですけれど、その話が出ています。おしまいのところのくだりは室鳩巢や山鹿素行が言っ  
ているのと同じようなくだりです。確かにもつとという調べてみて、これまでの歴史は、西洋中心主義の進歩発展史観  
と申しますか、バイアスがかかった形で解釈されているところがありますから、もつとフランクにゆがみのない形で客観的  
に事実を見て本当の姿を追っていきたいと思います。大いにあなたも勉強していただきたいと思います。

最後に、ちよつと抜かしておりました肝心なことを申し上げます。

広島修道大学図書館の明治法曹文庫がめでたく完成いたしました。そこに収録されております図書資料。これは明治に  
おける西欧近代法継受の様相を跡づける貴重なものです。六法や司法研修所などのない明治前期に、当時の判・検事、あ  
るいは代言人、裁判所書記、あるいは当事者本人もそうです。そういう人たちはこれらの資料と悪戦苦闘しながら自学自  
習して、西欧近代法を受け入れていったわけです。その勉強量というのは相当なものです。それに限らず、江戸時代のわ  
れわれのご先祖も随分勉強に励んでおりました。今日のわれわれは、ご先祖様と比較しますと随分勉強量が足りないよう

に思います。

どうか皆さん方も、折りを見て、展示していただいている法曹文庫の図書資料をひもとかれて、先輩のご労苦をしのびながら、今後の勉強の刺激に、発奮の材料にしていただけると大変ありがたいと思います。一番重要なことを落としておりました。これを申し上げます。

### 【司会】

どうもありがとうございました。「明治法曹文庫」の宣伝までしていただきました。さらに質問をお受けしたところですが、もう時間が押しておりますので、このあたりにさせていたただきたいと思えます。

あらためて山口先生にお礼の拍手をお送りしたいと思います。（拍手）

### 資料

①『徳川禁令考前集第五』創文社（一九五九年）二二二頁以下（原則として常用漢字で表記した。以下同じ。）

明和二年九月廿七日

座頭共貸金催促之儀ニ付御書付 松平撰津守殿御渡

檢校勾當、其外座頭共官金之由申立、高利ニ而世上江貸出、返済滞候節ハ、座頭共大勢差遣シ、武家方ハ玄関等江相詰罷在、高声ニ而雜言申、或ハ昼夜詰切罷在、彼是我儘成体ニ而挨拶も有之由相聞候、勿論借金催促之儀、其時宜ニより、何れ共勝手次第之事ニ候得共、右之致方借主江耻辱をあたへ候而、返金を致候様仕事ニ候得ハ、催促之筋ニ而ハ無之候、右之通過分之高利ニ而取引仕候故、外々よりも座



頭共江金子預置、為貸出候者多く有之趣相聞候、過分之高利又ハ法外之督促致候儀ニ付、奉行所吟味相成、咎申付候儀も有之候得共、兎角相止不申、其上借主得心之上之事トハ乍申、返金相滞候節ハ、法外之催促可致旨証文為認取置、且又利金之儀、証文ニハ通例之利金ニ認させ、実ハ高利ニ取引仕、其外礼金と名付用立候金子之内、引取候儀も有之旨、不埒之至ニ候、以来過分ニ貸出候儀致間敷候、勿論借金催促候儀ハ勝手次第之事ニ候得共、玄関等其外催促之者罷越間敷場所江相詰、雜言等申、法外之儀致候間敷候、右相背候ハ、吟味之上、急度可申付候、(以下略)

② 『徳川禁令考後集第一』 創文社 (一九五九年) 三五頁以下

評定所之面々江被仰渡候御書付

一 寛永以後、御代々被仰出候評定所法式、評定衆、卯半刻より会合候而申刻退出し、其日決難き事候ハ、翌日再会候而、猶又決断及難き事ハ、老中に申言上すへき由ニ候、近年公事訴訟其数多成来候処、評定所之面々、事ニ馴、巧を積み、裁断之次第滞所もなく候歟、会合之間もなく退出候様ニ相聞候、若每事其大法に任せて其道理を尽に及はずして裁断に至り候ハ、尤以不可然事に被思召候事、一 評定所并諸奉行におゐて沙汰之次第、專其証状を抛として、道理之有所をは推尋す、其本旨を捨て、枝葉之事をは穿鑿し候由風聞候、証状之ときハ、其抛とすへき事勿論候と云へ共、すへて公儀之証にも引用すへき物に大法に背候事ハしるさしむへからず、又事之末成所につきて、其本旨を知へき事勿論候と云へとも、枝葉之事を論して多事にわたらは、其本旨を失ふ事有へし、然は必ず其証をも抛としかたく、末を逐ひ難し、就中論地等之事、古来多者評定所にて詮議之上を以事決候処に、近年之例御代官所ニ申付、檢使を以裁断し候故に、不可然事共有之由相聞候、すへて此等之類、諸事に付て其心得可有之事に被思召候事、

附

近年以来罪惡極重之輩をたすけ置、目明し口問なると名附候而、若罪之疑敷もの出来候時者、奉行中彼輩に申付、或ハ捜求糾明せしめ、事之実否罪之有無を決断有之由候、縦彼輩之申所其事をあやまらず候とも、力をかり用候而、天下之御政事を取沙汰候ハん事、甚以不可然候、況又彼輩之申所、或ハ遺恨により或ハ賄賂によつて事之躰引ちかへ、理を非と成之類、種々有之由風聞候、よろしく

早く彼輩之本罪を糺し、自今以後、此等不可然事共停廢有へき事に被思召候事、

一 評定所之法、公事訴訟之事、其筋之役人問難有之候而、一座之面々存寄も候得者、其存寄候所を残さず申出へき由ニ候処、近年以来大かたハ詮議にも及はず、最初申出し候輩之沙汰に任せて事を決候様ニ相聞候、若其事実に有之候ハ、評定之面々、其人數多と云へ共、壹人之沙汰に事決候うへハ、古より詮議と申、評定と申事は、其本儀を相失ひ候、自今以後者、各其心力を尽し、詮議之上評定し候様ニ可仕由被思召候事、

一 評定所之法、遠国より訴来候輩、其滞留之日久しからず候様ニと有之由ニ候、然ニ近年以来ハ、評定所并諸奉行所ニおゐて公事訴訟相決かたく、年月を経候て滞留之輩有之由相聞候、輕賤之もの共、其業を抛て在所を離れ、滞留之日久しく候而ハ、縦其本意のことく事済候とも、其費用之失脚すくなかるへからず、況又申所叶ひ難きものにおゐてハ、猶々迷惑に及ふへき事、尤以不便之事ニ候、自今以後ハ、奉行之面々此等之所を思ひめぐらし、沙汰之次第可有之由、被思召候事、

附

老中ニ申達言上候事にハ、再三思慮をも用ひ候故歟、毎事遲滞之事も有之、御尋之旨有之時節、申所其義わかれざる事も有之候、すへての事無滞申所明らかなる心得可有之事に被思召候事、

一 凡公事訴訟之事、或ハ權勢之所縁有之輩、或ハ賄賂を用ひ行ひ候輩之類者、其志を得候而、其望を達し候もの共有之由、世上に沙汰し候所、すてに年久く候を以、御代初之時、御条目にしるし出され候と云へとも、其旧弊今ニ相改さる由、猶々其聞候、若風聞のことくに候ニおゐてハ、御政事によりてやふれ候所ニ候得者、此上ハ其沙汰に及はるへき御事ニ候、奉行之面々其家中之輩ハいふに及はず、支配之もの共ニ至るまで、よろしく其戒め可有事に被思召候事、

附

牢屋之役人と云へとも、種々の私法をたて、牢舎之輩之賄賂をむさほり候次第等相聞候、此等之事共奉行中者いまた承も伝す候故、制禁ニは不及候か、尤以不可然事に候、すへて如斯之事等、急度嚴禁可有事、

右条々、よろしく承知せしむへく候、諸奉行所之事におゐてハ、天下御政事之出る所に候上者、万事之理非者此所に相定事共ニ候、然るに唯今之ことくに有之候てハ、其奉行之越度と申はかりにてハ無之、すなハち御政事之明らかならずして、人民之安からざる所に

候間、各其心得を以、沙汰之次第可有之由被仰出者也、

正徳二年辰九月五日

評定所一座

奉行 中

③ 『徳川禁令考後集第二』創文社（一九五九年）四〇頁以下

正徳六年甲申

評定一座可相心得旨之儀ニ付御書付

一 公事訴訟人、遠国より罷越候もの者不及申、当地之ものも裁断遅滞ニ及候而ハ、本人共之外、其所之輩迄も、内外之物入も日を逐ひ候てハ、多く是ニ付てハ、内縁秘計を廻らし、其事を取持候ものなとも出来、種々不宜取沙汰も有之候、又ハ此等之物入をいとひ候者共ハ、おのつから公事訴訟も成かたく、道理有之ものも非道之事におしかすめられ、迷惑し候者も可有之候、すへて如斯之事ハ、御仕置之為に甚不可然候、しかれ共、其事によりて理非疑敷、又ハ一座之評議もまちまちにて、事決かたく、裁断延引し候事も可有之候、自今以後者、公事訴訟等百日に過候て、事決難く候をハ、其事之始末分明ニ書記、何も存寄之所をハ、二筋にも三筋にも附札ニ記し可被差出候事、

一 評定所江召出借金公事人、年々に其数多候故ニ、此外之公事訴訟を詮議せられ候ためニ、事之妨ニ成来候、自今以後者、式日三日之内ニ而一日、立合三日之内ニて一日、凡一月に二日宛、借金公事人計召出候日を相定、其余者、此外の公事訴訟等召出、其理非分明に僉議之上、裁断に及はるへく候事、

一 諸奉行所より牢に入れ置候もの之事、唯今までハさして事むつかしからず候事ニ、五年も十年も事を不決候故に、牢内にて死し候もの年々ニ多く、又ハ火事等之時ニ逃失候者も有之、本罪は輕候も、大犯之罪ニ入候ものも出来り、又ハ相手も有之、同類も有之候事ニ、其相手同類等死し失候而、或者僉議の手懸もなくして事決し難く、或者存生之もの計相当之刑罪ニ行ハれ候ては、片落なる事ニ似寄候事も出来り、すへて此等之類者、御仕置之ために甚不可然事に候、自今以後者、牢ニ入置、百日に過候ても決難く候事者、是又其事之

始末分明ニ書記し、何も存寄之所をは、二筋にも三筋にも附札に記し可被差出候事、

附

古来より牢舎又ハ過意杯と申、其罪科を決断し、牢江入候事者、御仕置之一筋に成候所ニ、近來者其罪科もいまた不決候ニ、僉議之間、先牢江入れ置候もの共多く成來候歟、是又不可然事ニ候、人をも殺害盜賊等之罪犯有之もの、又ハ其身を預置へき所も無之者、又ハ本主人に預置候而者、不可然候、子細も有之もの之類者、僉議之間、牢江も入置候事も可有之候、此等之外ニ預置へき所も有之候ものを、其罪科いまた不決候内ニ、先牢江入置候事者、よろしく思慮可有事

右条々、評定所奉行所之事者、天下の理非之相定候所にて、其上又世の人之安堵し候も迷惑し候も、公事訴訟之裁断に相懸り候、縦一旦ハ其時之奉行之沙汰に候故ニ、理を以非とせられ、非を以理とせられ候とも、違背ニハ及はず候と云へとも、年月を経候後に至て、其事破れ候而ハ、最初裁断之時、一座之衆中之ために不可然事ニ候、すへて此等之道理者不及申候得共、御仕置之ため大切之御事ニ候を以、相違候間、能々可被存其旨候以上、

四月

④ 『徳川禁令考前集第四』 創文社（一九五九年）一四三頁以下

享保七寅年

御法度書之趣百姓共得と覚候者無之故度々科人も出候ニ付御書付

前々被仰出候御法度書之趣相守候様ニとハ、兼々百姓共江申聞候由ニハ候得共、末々之者ハ一通り申渡候計ニ而ハ、心に留覚候者ハ稀成事ニ而、御法度違、罪科ニ被行候者、度々之事ニ候処、剩身之誤をも不存族も有之候、就夫在々ニ手跡之師などハ可有之候得ハ、俗人寺社之輩に不限、左様之者とくと申合、手習之間々ニ、重立候御法度書を始、五人組帳或ハ人之教に可成事、手本ニも書せ又ハ誑覚させ候ハ、可然候、近キ比伊奈半左衛門御代官所武州足立郡淵江領島根村医師順庵と申者、御褒美有之たるにて上意ニも相叶候儀、推察可被致候、件之品々面々勘弁致し、其所風俗ニ応し候様取計可被申事（以下略）

⑤ 室鳩巢『不亡鈔・卷之三・主君之事』『日本經濟大典第六卷』鳳文書館（一九九二年）六五頁以下

一 もと人に貴賤なし、唯人望に依て貴を生ず、その子細は、人天地の内に生じて五体同知覚不異、皆天地に取り、皆天地に行、皆天地に居し、皆天地に食す、誰をか貴とし誰をか賤とせん、是に人あり、其徳天地のごとく、其明日月の如くに、仁群生をおほひ、智万物を照らし、当るものは化し、従ふものは樂み、是に求れば利あり、是に訴ふれば益有、是を以て人の望は甘露のごとく、人の仰こと天の如くなり、人望によつて貴きを生ずるにあらずや、貴あれば賤あり、貴賤君臣なり、君臣の生ずるもと如此、（以下略）

一 君たる人尊を挾て民を軽じ、人に勞して為功、人を奉て為恩こと大なる僻事なり、主君もと不貴、民位に依て貴なり、君尊を挾て民をあなどるは、只人に利劍を得て、則其人に向て劍をとりひしいで、汝我に敵すること不能といふに等し、其不義罪しても余りあり、民と我ともと独夫なり、民来て我に勞を求む、我勞せん事を約す、是を以て民拜して我を君とす、我君となつて民のために勞するは、約を行ふなり、（以下略）

⑥ 山鹿素行『山鹿語類卷第五 民政上』『山鹿素行全集思想篇第四卷』岩波書店（一九四一年）二九〇頁以下

三民（注 農・工・商）ともに起るといへども、己れが欲を専らにして、農は業に怠りて養を全くせんことを欲し、或は弱をしのぎ少を侮り、百工は器を疎にして利の高からんことを欲し、商賈は利をほしいままにして奸曲をかまふ。これ皆己れが欲をほしいままにしてその節を不知、盜賊争論やむことなく、其の氣質のままにして人倫の大札を失するがゆゑ、人君を立てて其の命を受くる所とし、教化風俗ノ所因とす。然れば人君は天下万民のために立其極たるゆゑんにして、人君己が私する所に非ざる也。（中略）されば民聚まりて君立ち、君立て国成るのゆゑんなれば、民は国の本と可謂也。（以下略）

⑦ モンテスキュー『ベルシヤ人への手紙・第一一ないし第一四』『世界の名著28』中央公論社（一九七二年）八七頁以下

モンテスキューは、ここで、昔アラビアにあつたトログロディト族の話をする。彼らは人間よりも獸に近く、彼らの間には公正・正義の原理はなく、各人は専ら自己の利益を図り、他人の利益を斟酌することなく、正に弱肉強食の社会であつた。彼らは、自分の邪惡によつて滅び、自分自身の不正の犠牲になつてしまつた。しかし、あまたの家族の中で、国民の不幸を免れた二家族がいた。彼らは、人情を持

ち、正義を弁え、徳行を愛し、国中で一番辺鄙な土地で、彼らとして交わるに値しない同胞と絶縁して、幸福で平穩な生活を送っていた。その有徳な家族から人口が増加していき、共同利益を囿り、相互扶助、神への信仰によつて幸福な社会を構成することが出来た。「人口が日に日に増大していったので、トログロデイト族は自分たちの国王を選ぶのが適當だと考えた。彼らは、王冠はいちばん正しい人間に授けねばならぬということで見解が一致し、その年齢好からいっても、長いあいだの徳行からいっても尊敬すべきひとりの老人に、いっせいに着目した。(中略) 老人のもとへ代表が送られて彼が選ばれたことを告げた(以下略)。」老人は結局承諾するが、涙を流して、厳しい声で言う。「(前略) あなたがたの徳行があなたには重荷になりはじめたのだ。いまのあなたがたの状態では、首長をもたないの、あなたがたはいやおうなしに有徳でなければならぬ。そうでなければ、あなたがたは生きることができまいし、あなたがたの最初の父祖たちの不幸におちいってしまうだろうから。だがこの軛はあなたがたにはきつすぎるように思われるのだ。あなたがたは、ひとりの君主に服従して、あなたがたの習俗ほどには厳しくないその法律に従うほうがましだと考えている。そうなたあかつきには、あなたがたは野心を満たすことができ、富を獲得することも、ふしだらな享樂にふけつていすることもできるし、大きな罪におちいるのを避けさえすれば、徳行を必要としないだろうということを、あなたがたは知っているのだ。」