

熊本大学学術リポジトリ

Kumamoto University Repository System

Title	貞永式目を論ず（承前）：論説
Author(s)	高木，敏雄
Citation	龍南會雜誌， 47： 1 - 12
Issue date	1896-06-08
Type	Departmental Bulletin Paper
URL	http://hdl.handle.net/2298/4926
Right	

龍南會雜誌第四拾七號

論 說

貞永式目を論ず

(承前)

高木 敏雄

第三章

法理的觀察

第一

緒 言

貞永式目は、日本歴史上の法律なり。故に其真相を明らかにせんと欲せば、歴史上並に法理上より、之を精く觀察せんことを要す。以上第二章に於て、歴史的觀察の大要を述べたれば、歴史上に於ける貞永式目の真相は、すでに明になれり。故にこゝには、單に法理上より之を論せんとす。

貞永式目とは何ぞやと問はゞ、何人たりとも容易に、北條氏の法律なり、と答ふるを得べし。然れども北條氏の法律とは、いかなる意なるか。北條氏の作れる法律なりといふ意なるか、將た北條氏の世に行はれたる日本國家の法律なりといふ意なるか。此問題に答ふるは甚困難なり、何となれば、貞永式目其れ自身すでに、甚だ漠然たる性質のものなれば也。前に式目の範圍の條下に於て述べたる如く、式目の範圍は、土地よりいへば庄園私領恩地なり、人よりいへば守護地頭其他の將軍御家人なり。故に普通の説明を以てすれば、貞永式目は、北條氏が幕府の御家人成敗の目的を以て、作りたる法律なりといふを以て足れりとす。此點より論すれば、貞永式目は、日本國家の法律に非ずして、鎌倉幕府の法律に過ぎざる也。然れども己に論せし如く、刑事は守護の職權より、日本全國に及びたれば、此點よ

り論ずれば、日本國家の法律といふも、敢て不可なるところなし。故に貞永式目は、日本國家の法律たる能はざる理由あると同時に、また日本國家の法律たるを失はず。

凡そ法律は、其法律たるを得る爲には、主權者の命令したるものならざるべからず。故に貞永式目が、日本國家の法律たるを得る爲めには、日本國家の主權者の、命令せたるものなるを要す。而して當時我國家の主權は、何れにありしやといへば、疑なく京都に在りし也。然れども京都より貞永式目を發布し給ひしこと、歴史上に見ゆ。又北條氏が京都に奏聞し、之を作りたりとも見へず。然らば北條氏は、如何なる資格を以て、之を制作せしか。北條氏は陪臣なり、陪臣は鎌倉將軍の臣下にして、鎌倉の主權者に非ず、固より日本の主權者に非ず。鎌倉幕府の最上位に立つものは、將軍にして、將軍は表面上、貞永式目を作りしものなり。然れども、鎌倉將軍はたゞ、朝廷より命せられたる一官職にして、もとより鎌倉の武人社會の、最上主權者に非ず。關東の武人は、京都より外官位を授かることを得ざりし也。これに由りて之を見れば、貞永式目は主權者の命令に非ず。主權者の命令に非ざるものは、法律といふことを得ずとすれば、貞永式目は法律といふことを得ざる也。

凡そ法律は、其効用を有し得る爲には、正當の手續を以て制定せられ、頒布せられざるべからず。貞永式目は、天下に頒布したるものに非ずして、評定衆裁判の目的を以て、制定したるものに過ぎず。此點より論するも、貞永式目は法律といふことを得ず。次に法律は、人の内部の意思を論せず、單に外部にあらはれたる、人の行爲のみを論するを以て原則とす。而して貞永式目は、單に外部に表はれたる行爲のみをいはず。内部の意思について、云々するもの少からず。加ふるに道德を論し、格言を引き、いましめたる條々あり。まゝ聖徳太子の十七憲法のものも、其中にあり。故にこの點より論すれば、貞

永式目は純粹なる法律にあらざりして、法律と道德格言とを混合せるものなり。

かくの如く論ずるときは、貞永式目は何物なるや、明かならざるに至るべし。日本法律史の大法律は、無一物となりて、消滅せざるを得ず。これ本論の主意に非ず。貞永式目は飽まで、貞永式目たらしめざるべからず。貞永式目をして法律たらしめむには、北條氏を主權者となさざるべからず。否實際北條氏は、當時の主權者なりし也。將軍は北條氏の任意に廢立するところたり、京都の朝廷といへども、北條氏の實權に至りては、寸毫も犯し終ふことを得ざりし也。加之當時天下一人として、北條氏の實際の主權を、認めざるものなかりし也。故に貞永式目は、北條氏か實際上の主權者たる資格を以て、作りたるものにして、上は京都の朝廷より、下は諸國の人民に至るまで、其國家の法律たることを認定したるものなれば、其頒布の手續を略したりとて、實際上の効力に至りては、之が爲に影響を蒙ることはなかりしなり。たゞ京都の公卿及朝廷の領地は、式目の範圍中に入らずと雖、實際上北條氏は、日本の主權者にして、且其刑事は日本全國に及びたれば、之を日本國家の法律として論ずるも、敢て不可なることなかるべき也。

詳かに分拆すれば、貞永式目中には、次の三種の條々を含む。

真正の法律と稱すべきもの、

道德格言の如き性質を有するもの、

憲法の如き性質を有するもの、

第二 主權を論ず

北條氏は、國家の元首の必ず有すべき大權の中にて、行政司法兵馬の大權をば、朝廷より預り奉り、實

際上日本の主權者なりと云ふことは、當時の歴史上明白なることにして、既に前にいへるが如し。今や貞永式目の法理的觀察をなさんとするに當り、先づ其主權の性質を明かにせざるべからず、即ち其主權は、屬地的のものなるや、或は屬人的のものなるやを、定めざるべからず。凡そ國家進開の順序に於て、國家の主權は屬人的より、屬地的に變ずるものなり。古に於ては、多く屬人的たり、今日に於ては、多く屬地的たるを常とす。故に北條氏の主權は、此二者の中何れに屬するやと問はゞ、之に答ふるに、直ちにテリトリアリチーに非ずして、パインナリチーなりといふを以てすべし。然れども貞永式目を論ずるに當りては、今少しく精密なる觀察を要す。この事は當時の社會の事情と、密接なる關係を有するを以て、再び歴史上の觀察を繰返さざるべからず。蓋し貞永式目の源たる主權を以て、パインナリチーとする所以は、次に列擧することろの數箇の理由に基く。

① 鎌倉幕府の創設は、御家人の力によりて、成れること。鎌倉の平定も、京都の平定も、四國の平定も、九州の平定も、奥州の平定も、すべて鎌倉御家人の、兵器を取りて働きたる結果なり。

② 鎌倉の社會は、武人社會なり。上に將軍あり、下に御家人あり。(將軍は前は源氏、後は京都の公卿もしくは親王、實は北條氏)鎌倉將軍の權力は、或點よりいへば、古の氏の長者の權力に類似し、而も之より大なるものなり。徳川氏に至りても、源氏長者といへる、有名無實の稱號のみは残り。

③ 貞永式目は、幕府の御家成敗の目的を以て、制作したるものにして、其範圍は人よりいへば、守護地頭及び其他の將軍御家人なり。刑事は守護の職權よりして、日本全國に及びたれども。民事に至りては、御家人の領地にのみ限られたり。

④ 頼朝の守護地頭を置く、固より行政上の目的と、警察上の目的とに出でたること明かなり。然る

に之に任せられたる者は、單に其人の技倆にのみ由らずして、寧ろ御家人としての功勞に由る。而して守護地頭は、後には世襲の職となり、別に一階級をなすに至れり。故に土地を管し人民を治めんが爲めに、守護地頭を命したりといはんよりは、却て御家人の功勞あるものを賞せんが爲めに、土地を與へ人民を與へたるものと、いふべき姿を呈せるを見る也。

⑤御家人は何くに行くも、御家人にして鎌倉の司配をうけ、公卿は何くに行くも公卿にして、京都の司配をうく、即京都と鎌倉とは、互に治外法權を有せしなり。殊に民事上の訴訟に至りては、兩者全く其管轄を別にしたり。幕府管轄の土地たりとも、結婚の關係によりて、公卿の手に入るときは、其租税は京都の歳入に歸したるが如きは、殆んど土地を以て一個の物品と見做すものなり。このことは式目第二十五條に

一 關東御家人以月卿雲客爲賀君依讓所領、公事足減少事

右於所領者、讓彼女子、雖令各別、至公事者隨其分限、可被省宛也親父存日縱成優恕之儀雖不宛課、逝去後者、尤可令催勤也、

以上五箇條、説明を要するものなきに非ざれ共、煩を厭ふて之を省く。要するに、土地の問題の重大なりしは、其權力の源なりしが爲にして、主權のパーソナリチーたると、關係せるものに非ず、

第三 刑罰を論ず

貞永式目を讀みて深く感ずるは、當時の法律思想の發達の、極めて微弱なることなり。極言すれば、殆んど法理學上の思想は皆無といふも、不可なきが如し。王朝の盛なりし頃には、大寶律行はれて、後には之を家業とする明法博士などありて、法理學上の思想も、稍見るべきものありしも、保元平治以後

平氏權を恣にし、天下大に亂るゝに及んで、京都に於ても法律上の學問は、幾分衰微したるを免れず。況や鎌倉武人は、武を以て家業とすれば、かゝる學問めきたることに疎かりしは、更に怪しむに足らず。貞永式目を通觀するに、民事に關する規定は、稍精密なるものあるも、刑法上のことに至りては、甚だ不完全なるを見る也。試に之を擧ぐれば、

○刑罰は法律に於て、明かに規定し恣ならざるやうせざるべからず。之を今日刑法上の原則とす。然るに貞永式目に於ては、甚曖昧なるものあり。

一 謀叛人事(九)

右式目之趣、兼日難定歟、且任先例、且依時儀、可被行之、

其外單に可被處罪科矣といひ、或難遁罪科といひ、明かに罪名を規定せざるもの少からず。

○刑罰は國家が犯人に蒙らしむるものなるが故に、何人に對するも平等なるを要す。卽刑事の法律は、國の種族階級其他の差等に因て、輕重をなすべからざる也。然るに貞永式目に於ては、階級により貧富により、其罪を異にせり。

一 歐人咎事(十三)

右被打擲輩、爲雪其耻、定露害心歟、歐人之科甚以不輕、仍於侍者、可被沒收所領、無所領者可被處流罪、至于郎從以下者、可令召禁其身也、

一 謀書罪科事付以論文所帶証文稱謀書事(十五)

右於侍者、可被沒收所領、若無所帶者、可被處遠流也、至凡下輩者、可被捺火印於其面也、執筆者又同罪、次以敵人所帶之証文、爲謀書之由、多以稱之、披見之處若爲謀書者、尤任先條可有其科、又無

文書之訛謬者、仰謀略之輩、可被付神社佛寺之修理、但至無力之輩者、可被追放其身也

③ 刑罰は、犯人の一身に止まるを要す。即直接に之を科するは、犯人に止まらざるべからず。蓋し各人皆自己の行爲の責に任ず。而して、刑事上の責任は單獨ならざるべからず、之が結果たる刑罰も、亦た他に及ばすべきに非ざる也。

一 殺害及傷罪科事付父子咎互被懸否事(十)

右或依當座之諍論、或依遊宴之醉狂、不慮之外若犯殺害者、其身被行死罪、并被處流刑、雖被沒收所帶、其父其子不相交者、互不可懸之、次傷科事、同可准之、次或子或孫於殺害父祖之敵、父祖縱雖不相知、可被處其罪科、爲散父祖之憤、忽遂宿意之故也、次其子若欲奪人之所職、若爲取人之財寶、雖企殺害、其父不知之由、在狀分明者、不可處緣坐、

一 依夫罪科妻女所領被沒收否事(十一)

右於謀叛殺害并山賊海賊夜討強盜等重科者、可懸夫咎也、但依當座之口論、若及及傷殺害者、不可懸之、

式目中緣坐に關する條々は、右二條の外になし。

④ 刑法に於ては、明かに罪名を定め、法律上に明文なきものは、國家が之を罪科と認めざりし、どの隱制により、之を罰せざるを通則とす。而して貞永式目は之に反し、罪名甚漠然として、如何なる罪をなすや、明かならざるものあり。之れ貞永式目は、裁判官の參考に供せん爲め、刑罰の大要を示したるものなるを以て也。例へば重科といへる罪名あるも、いかなるものを重科といへるか、其種類甚だ多く、精密にしるべからず。謀叛人といひ、惡黨といひ、惡口といふも、いかなるものを惡黨と

いひ、謀叛人といひ、如何なる所爲を惡口といふか、精密なる解釋を與へず。

⑤ 刑事上に於ける罪科は、もとより國家に對する犯罪なり。然れども刑法が之を罰するときは、犯罪人の行爲其者を、罰するを通則とす。誹譏は他人の名譽權を侵害するものなり、歐打は他人の身体の權也權を侵害するものなり。故に國家は之を罰するなり。貞永式目の此點に關する見解、甚注意を有するものあり。

一 惡口咎事(十二)

右鬪殺之基、起自惡口、其重者被處流罪、輕者被可召籠也、云々

一 歐人咎事(十三)

右被打擲之輩、爲雪其耻、定露害心歟、歐人之科、甚以不輕、云々

刑罰の名目に關しては、己に式目の制裁の條下に、之を述べたり。今種類によりて、之を類別すれば、凡そ次に擧ぐるところの如し。

一 肉刑には次の三つあり。

死罪 燎甲 剃半髮

二 自由を褫奪する刑には次の四つあり。

禁獄 流罪 召籠 召禁

三 自由を制限する刑には次の三つあり。

召怠 救勸 退放

四 權利を褫奪する刑には次の四つあり

解官 除籍 改易所職 永不召仕

五財産刑には次の二つあり。

過怠 召放所領

式目五十一條中、濫訴に關する罪科を規定するもの數條あり。之れ大に注意を要するものにして、貞永式目の特色の一として、數ふべきものなり。

一 構虚言致讒訴事(二十八)

右和面巧言、掠君損人之属、文籍所載、其罪甚重、爲世爲人不可不誠、爲望所領企讒訴者、以讒者之所領、可宛給他人、無所帶者、可處遠流、云々

一 依無道理、不蒙御裁許之輩、爲奉行人偏頗之由、訴申事(三十一)

右依無道理、不關裁許之輩、爲奉行人偏頗之由、構申之條、太以濫吹也、自今以後、構不實企濫訴者、可被收公所領三分一、無所帶者、可被追却、下略

一 改舊境致相論事(三十六)

前にいづ、依而略之。

又訴訟上に關する罪科を規定するものは、

一 雖給度々召文、不參上科事(三十五)

右就訴狀遣召文事、及三箇度不參決者、訴人有理者、直可被裁許、訴人無理者、又可給他人也、但至所從馬牛並雜物等者、任員數被糺返之上、可被付寺社修理也、

一 帶問狀、被下問狀者定例也、而以問狀致狼籍事、竊濫之企難遁罪科、云々(五十二)

式目第四十五條に曰く、

一 罪科之由披露時、不被糾決、改替所職事(四十五)

右無糾決之儀、有御成敗者、不論犯否、定貽鬱憤歎、者早究淵底、可被禁斷焉、

此一條は裁判を経ずして、刑事の處分をなすを、いましめたるものにして、公平の主義に出づるもの也。

第四 處分法

北條氏時代の處分法は、王朝時代の分配法より、徳川時代の惣領法に移る中間に在り。上古の慣例は依然として存じ、財主の愛憎によりて理に背く分配は、稍制限せられたり。未處分の遺財は、主治者適宜分配せしめ、下文を與ふるを常とす。而して分配に預る權なきもの左の如し。

① 改嫁の妻妾

一 讓得夫所領後家令改嫁事(二十四)

右爲後家之輩、讓得夫所領者、須拋他事訪亡夫之後世之處、背式條事、非無其咎歎、忽忘真心、令改嫁者、以所讓得之領地、可宛給亡夫之子息、若又無子者、可有別御計矣、

② 不孝の子孫

一 父母所領配分時、雖非義絶、不讓與成人子息事(二十二)

右云々、雖不義絶、忽漏彼處分、佗際之條非據之至也、仍割今所立之嫡子分、以五分一可宛給無足之兄也、但雖爲少分於計宛者、不論嫡庶、宜依証跡、抑雖爲嫡子、無指奉公、又於不孝之輩者、非沙汰之限矣、

無子孫者の遺財の處分は第二十條に見へたり。

一得讓狀後、其子先于父母令死去跡事

右其子雖令見存、至令悔返者、有何妨哉、況子孫死去之後者、只可任父祖之意也、

女子の財産に關しては第十八條に、

一讓與所領於女子後、依有不和儀、其親悔返否事

右云々、女子則憑不悔返之文、不可憚不孝之罪業、父母亦察及敵對之論、不可讓所領於女子歟、親子

義絶之起也、既教令違犯之基也、女子若有向背之儀者、父母宜任進退之意云々、

とあり。完全の所有權を有せざりしかば、何時にも父母は之を悔返すを得たり。又妻妾離別後の處分

に就ては、第二十一條に見へたり。

一妻妾得夫讓、被離別後、領知彼所領否事

右其妻依有重科、於被弄捐者、縱雖有往日之契狀、難知行前夫之所領、若又彼妻有功無過、賞新弄舊

者、所讓之所領、不能悔還矣、

更に二十三條には、女人の養子をなして、所領を讓るを許せり。

一女人養子事

右如法意者、雖不許之、右大將家御時以來、至于當世、無其子之女人等、讓與所領於養子事、不易之

法、不可勝計、加之都鄙之例、先蹤惟多、評議之處、尤足信用歟、

存日の處分は父母の意に任し、安堵の下文ありたる後といへども、尙父母の之を悔返すを許す、式目

第二十六條に、

一讓所領於子息、給安堵御下文之後、悔還其領、讓與他子息事

右可任父母之意之由、具以載先條畢、仍就先判之讓、雖給安堵御下文、其親悔返之、於讓與他子息者、任後判之讓、可有御成敗矣、

然れども、財主の意にのみ任するときは、弊害從て生ずるを以て、之を制限したるは、前にいへるところの如し。即二十二條(前にいう)中に、

其親以成人之子、令吹擧之間、勵勤厚之思、積勞功之處、或就繼母之讒言、或依庶子之鐘愛、其子雖不被義絶、忽漏彼處分、佗際之條、非據之至也、仍割今所立之嫡子分、以五分一可宛給無足之兄也、但雖爲少分、於計究者不論嫡庶、宜依証跡、

とある之なり。以上を式目にあらはれたる、處分法の全体とす。但し精細なることは、今日より之をしるべからず。

(未完)

社會の良心を論ず

湯淺孫三郎

小序——箇人の良心——社會の良心——社會の良心と道德法律との關係——結論

小 序

社會は一種の生物なる乎、予之を知らず、然れども其必ず然らんことを信ず。社會は一種の精神を有せる乎、予之を知らず、然れども其必ず然らんことを信ず。試に山林に移すの歩を轉じて、之を市街に移し、課書に晒すの眼を轉じて、之を新聞紙上に晒し、若くは靜坐冥目して想を古今の歴史に馳せ、一起