

わが戦国期の「公儀」についての一試論（一）

砂 川 和 義

第一章 前 論

第一節 序 本稿の目的ならびに研究史をかえりみて

わが国の歴史の中に、多義的で分かりにくい「公儀」という言葉がある。⁽¹⁾一四世紀の『太平記』（巻第十二他）に早い使用例があるが、この言葉の示す概念たるや、ただ、おおよげごと、ないし何等かの公的存在或いは朝廷の意味しかもたなかつた時代を経て、室町後期戦国時代には、漸く領域一円を支配する超越的且つ公権的な権力或いは権力者を意味するようになり、織豊を経て徳川時代に入って、更に一層の変化を遂げ、法的組織的な公儀ひいては將軍権力ないし幕府そのものの意味になる、という具合に、変遷を辿って来ていることが一般の理解になつて来ているようである。歴史用語の常として、ただ「公儀」といっても、その概念は非常に広い意味を包み込むことになる。試みに、定評のある『国史大辞典』5（昭和六〇年、吉川弘文館）で「公儀」を引いてみると、

見出し項目としては記載がなく、「同」15上補遺（平成八年、同）で始めて見出し項目として「公儀」が採録されている。このことは、わが国に於ける中・近世の支配権力に関する研究の深化につれて、「公儀」というものの意味内容が、こしばらくの間に漸く定まって来たことを物語るものであろう。後述の如く、近年かなりの数の研究業績が中世・近世の両側の研究者によって蓄積されて来てはいるが、まだまだ研究の余地が残されており、従来の研究とはまた異なったアプローチも考えられるのではなからうか。「公儀」の意味内容を一層詳しく多面的に検討するのは今後の課題であらう。そこでひとまず、広く「公儀」というものを考察した後、超越的公権力の成立という意味で、画期的といえる戦国期の「公儀」に的を絞り、それが、どのようにして生まれ、又どのような法的内容を持つているかということの一端でも明らかに出来ないかと思ひ、戦国期における「公儀」に対して、法制史的考察を些か加えることにより、戦国期の公権力の成り立ちにおける「公儀」のいわば法的性質を探ることが本稿全体の目的であり、本稿（一）はその準備となるものである。⁽²⁾

それではさしあたり、研究史とあらたまる程のものでもないが、戦国期のみならず、広く戦国期に関係する近世に亘つても「公儀」に力点を置いて触れた研究者を管見の範囲で挙げてみると、石母田正、永原慶二、藤木久志、勝俣鎮夫、及び久保健一郎の各氏が、中世の側から思ひ浮かび、近世の側からは、朝尾直弘、深谷克己、佐々木潤之介、高木昭作、藤井讓治の各氏は動かさないと云うか。ただ、各氏の研究業績について細かく、紹介・論評出来る準備も紙数もないので、きわめて大雑把な方方を、許して戴くとして、それらを概観したところいずれの業績においても、まことに精緻に、中世側は戦国期の「公儀」の生成されて来る領国の政治経済的、社会的背景に深く分け入って、その本質に迫るものであることは確かだし、近世側は、織豊を経て徳川期にはいり、「公儀」が変質・確立する過程及びその内容の吟味を可能な限り行っていることは、よく理解し得るところであ

る。しかしながら、「公儀」というものには、やはり法制史的な面からの考察も十分に加えることが肝要ではなかるうか。そして、このような考察こそ、前述した多面的な「公儀」検討の中核になり得る筈であると考へ、その試みを行ってみようと思うのである。先ず、「公儀」権力の生成について考察するにあたっては、一般に権力というものが私力から公権力として確立して行く過程から、考察を始めるのが筋道であろうから、その参考として、次節以降、有名な一冊の古典を見てみることに始めたい。

第二節 穂積陳重『復讐と法律』について

私力から公権力の確立への過程、即ち権力というものの生成・発展・確立の進化を考察するに当たって、逸することが出来ないものに、法制史的業績の古典といつてもよい、明治から大正一杯活躍した穂積陳重博士の『復讐と法律』という一冊の著作がある(大正一五年の没後、子息重遠博士等が、この表題のもとに陳重博士の「法律進化論」としてまとめ得ると推測し、各題目もまた推測によって付した四点の遺稿、即ち本著作名にも採用した、同名の「復讐と法律」という題目の主要な(序による)第二論文の他に三点の論文がこの著作には収められている。第一論文は講演の掌控えと聴講者の筆記、第二から付録の第四迄は著作の草稿であつて、いずれも基本的には同趣旨のものであり、これらが整理・編集され、穂積陳重著『法律進化論叢第四冊 復讐と法律』の表題で昭和六年三月穂積将学財団出版・発行所岩波書店、と一本にまとめられたのである。後、一九八二年四月に『復讐と法律』という同じ表題で、元本から内容目次だけは省かれたが、表記が新しく改められた岩波文庫(三三一―四七―三)が発行された。なお、本書の整理・編集の経緯等詳細は、重遠博士による序に詳しい。文庫版には、杉山晴康博士の行き届いた注・解説が付く。本文の仮名ルビは文庫版から、他の傍点は元本から付いてい

たものである。本文引用は文庫版による。未定稿なので、必ずしも熟成の成果とはいえないが、それでもこの古典は、本稿のテーマを究める上で、極めて示唆に富むように思われるのである。それゆえに、博士の考察の跡を可能な限り忠実にフォローしたいため、本書からの引用が長くなるが、ご寛恕を請う。さて、『復讐と法律』のうち、同名の第二論文の前に「法の起原に関する私力公権化の作用」という第一論文が収められていて、この方は、講演用のメモとして要点を簡潔に記したものであり、第二論文には、予定されていた第三節復讐禁止時代というのが欠けているし、第一論文には僅かに触れられていたに過ぎない民事法の起原は「差押は民事法の起原なり」の題目で、第三論文として独立している。遺稿はこのような状況であるから、引用は大綱を述べたらしく、一応揃った第一論文を主としながらも、必要と思われるときに限り未完成ながら、より詳しい第二、三の各論文から行うことにする。次節の通り第一論文第一章「緒論」において、まず本論文の目的を述べた後、法の起原というものについて、説明を始めている。

第三節 同『復讐と法律』第一論文——法の起原——

「私が多年研究致している法律進化論の一節たる、法の起原に関する私力公権化の作用即ち個体力の集中転化して法律となる径路を、復讐なる事実によって説明して見ようと思うのである。(中略)『法の起原に関する私力公権化の作用』というのが、講演会の題目である。——筆者注) およそ人類の進歩、文化の発展、広く言えば万有の存在、進化は、個体と総体との調和即ち有機的合化である。これを人についていうならば、個人と社会との調和一致であり、これを力よりいうならば、個体力と社会力と——私力と公権力と——の調和一致であり、これを哲学的にいうときは自我と大我との一致が人類の進歩またはその文化の発展となるのである。多衆相^{あつま}聚つ

て互助共存するは人類の本性である。（中略）相助け、相合し、社会と調和しつつあるによりて始めて生存し、発達し、進歩し得るのである。（中略）

人類文化の上進は合同にある。両性相合して夫婦あり、夫婦あつて親子あり、夫婦親子あつて一家あり、同一血統者相集つて一族あり、多数族相結び相合して一国家を成す。斯の如くにして、人類は団結により、分業協力によって、その精神的及び物質的文化を成しているものである。立憲政体の如きも、個人化合の一現象というべきである。国際法の如きも、従来国家単位なりしものが、世界戦争の結果として、今後はかえつて国家聯合が単位をなすに至るであろうと考へる。畢竟文明とは個性と合同性との同化であり、個体の社会化である。

法の起原及び法の実質も畢竟この個体と総体との調和に外ならぬのである。他言を以ていへば、法は個人の力が社会力に同化したものであり、個体力の社会化したものである。私力の公権化したものである。私は、多年法律進化の理法に照してこの原則を確めようと研究しているものであるが、これに関する事例はすこぶる多い。民法における差押の如き、刑事法における復讐の如きは、その最も顕著なる例証である。⁽⁵⁾

以上、要するに法の起源・実質は私力の公権力化したものに他ならないのであつて、公権力化する径路の顕著な例として、復讐ならびに差押なるものを挙げ、先ず径路の全体を俯瞰している。続いて、第二章「復讐の基礎観念」では、いよいよその復讐なるものについて、次節に示すようにその基礎観念・本質から考察を始めています。

第四節 同『復讐と法律』第一、二論文——復讐の基礎観念・本質——

「およそ生物にはその種族的存在を害する攻撃に対する反撃をなすの性質がある。これは生物の自保性に出ずるものである。蜂がその巣を毀つ者を螫し、猛獸毒蛇が己を攻撃するものを反噬するが如きは即ちこれであつて、

いわゆる復讐である。(中略) この性質があるから、人類の如きもその生存を維持し、向上し、発展し得るものである。

斯の如く、復讐は種族的存在を害する他の攻撃に対する反撃であるが、単に本能的に急迫せる危害を撃退するに止らず、過去の迫害に対してもこれを反撃し、己に苦痛を与えたる者に同種の苦痛を与えて、自己の憤怨を慰藉し、また他の鑑戒ともなって、種族相助け、相合し、相戒めて、自保自衛するの方便となったものである。

(中略) もしこの防衛作用がなかったならば、原始社会において該種族は遂に滅亡するの結果を来したのである。実に復讐はこの反撃性より発生したる種族保存の基本的美德であるから、(以下——内筆者略記)——蘆東山・丘濬・胡寅・ヘーゲル・カントなどの先哲後賢も所論揆を一にして、復讐に理のあることを認めている。

此の如く、復讐は人類の種族保存性に基くものであるから、この現象は人類の一般的現象である。故に、国家の組織が整備し、団体の公力を以て団体組成員の存在及び発達を保障し得るに至るまでは、いずれの社会においてもこの復讐なる現象は存在するものであって、(中略) 社会的進化の径路において現れる現象である。⁽⁶⁾

以上その一部を引用した第一論文は講演の手控えをもとに、後人がまとめたものであるが、この講演以後に博士が成稿したと推測し得る第二論文は、未定稿とはいえ、もともと論稿であったか第一論文より一層詳しく緻密な表現であり、まとまっていて分かりやすいので、こちらの方も内容的には重複するが、次に引用しおきたい。対応個所である第二論文の第二章では、復讐の本質という主題のもとに、次のように云っている。

「復讐は人類の自保性に起因する反撥作用にして、人類が文化高級の域に達し、その国家的生活の組織整備するに至るまでは、実にその存在発展の一要件たりしなり。復讐は存在を害する刺戟に対する反撃にして、高等生物通有の稟性に起因する自衛作用なり。(中略) 原始社会において、己の生命を保ち、己の身体を全うし、己の

衣食住を得るは、独り、自助の法あるのみ。社会力によりて各人の生存を防護すること能わざる場合において、生命・身体・名誉・自由・財産を保有するは、自力によらざるべからざるは自明の理なり。而して、自助の法則は、現行の侵害に対しては実力反撥によるの他に途無く、将来における侵害に対しては、他人の心裏に恐怖警戒の念を生ぜしむるに如くは無し。（中略）復讐は既発の侵害に対しては報復たりといえども、未発の侵害に対しては予防となり、原始的生存競争場裏においては、個体及び団体の存続発達に最も必要な作用に属するものとす。

これいづれの社会においても、国権の機関備わり、その作用によりて個人の自衛的制裁を吸収するに至るまでは、復讐を以て美德とし、君主・父母・兄弟・朋友に対する至大の義務なりとしたる所以なり。ヘルマン・ポストも復讐を存在競争の一現象と観たるもの如し。彼は復讐観念の基礎を論じて曰く、『（中略）復讐の念は、独り人類に限りこれを有するものに非ずして、劣等動物もまたこれを有するを以て観れば、蓋し復讐は宇宙の一般法則が世界的・有機的に発現したるものにして、人類が宇宙において個体として存するがためにこの法則に支配せらるるものなり。すべて宇宙における個体は、その個性を維持せんとする性質を具うるものなるを以て、復讐行為の本質は一の宇宙的個体が他の個体に対して完全にその個性を維持せんとするの作用に外ならず』と。（中略）復讐は法治以前もしくは法治の初期における普遍現象にして、文明諸国においてはその過去において、半開以下の諸民族においてはその現在において存在し、人類共同生活の発達史上の初期において必ず一たびは経過せざるべからざる社会進化の径路に当るものなり」⁽⁷⁾

以上の引用は些か長きに過ぎたが、それだけに、博士の緻密な考察により、復讐というものについて、ほぼ全面的な理解を為し得たのではなからうか。続く第二論文の第三章「復讐の沿革」では、復讐という社会現象について私力が公権化して行く径路を解説しようとするのであれば、復讐の沿革を述べて、私力が転化する方向を指

示し、竟に公権という社会力に合化して法律を生ずる所以を論述しなければならぬ、とする。それでは、次節でその沿革についての論述を聞いてみよう。

第五節 同『復讐と法律』第一、二論文——復讐の沿革——

復讐の沿革を説くに当たっては、それが個体保存の私力として完全に行われた時より始め、漸次社会力に転化して、竟に公権力を生ずるに至るまでの径路を明らかにしなければならぬとし、この過程を三期に分かつて解説しようとする。第一期復讐義務時代・第二期復讐制限時代・第三期復讐禁止時代を設定し、(第一論文では、第二論文の復讐義務時代を復讐公許時代と表現しているが、公許という表現は制限時代にも使用されていて紛らわしいので、復讐義務時代という表現の方に従う。以下の要約或は引用も先ずは、より完成した第二論文から行う。ただ、第二期復讐制限時代の後続部分とこの第三章のはじめに予定はされていたが、書かれることのなかった第三期復讐禁止時代とは第一論文から引用する。)第一期は法律発現以前の時代に当たり、第二期は法律発生の初期に当たり、第三期は法律完成の時代に当たる、とした上で次のように説くのである。

第一期復讐義務時代というのは、上記の復讐の基礎・本質の考察から分かるように、復讐の基礎は生物競争の自然法則にあつて、個体の存在を全うする必要条件でもあるから、この自然法則は義務の観念を生むのであつて、復讐を被害者の親戚・同族人の重大な義務とする時代をいい、人類の社会生活が法治に達する前の時代である。復讐は法律の前駆である。復讐義務時代は、社会状態が、公権の未存・発生・確立と変遷するに伴つて漸次法治時代に推移するものである。復讐が殺人律と並び行われるような法権と自力救済とが相互補充の作用をなす時代があつて、法権が発生するが未だ確立に至る前の段階である。私力公権化過程からみれば、過渡の時代である。

第二期復讐制限時代というのは、「社会の統治者は或いは復讐義務者の範囲を局限し、或いは復讐の方法を限定し、或いは復讐調停の機関を設置する等の方法により、苟も復讐のために社会の凝聚力を弛べず、その治安を害せざる程度においてのみこれを公許し、その範囲を超え、その方法によらざるものは、これを私闘となしてこれを禁じ、これを擅殺となしてこれを罰するに至る。これ私力制裁に公権の加わるの端緒なり」というように、復讐に種々の制限を加えて、漸次報復・私闘の弊害を除こうとするに至った時代をいう。

復讐を義務とするのは原始的な社会状態の遺習であって、社会の組織が漸く整備し、社会力を以て個人を統制することが出来るようになると、自衛法の必要が漸次減少し、同時に私闘が公安を害することが分かってきて、種々の方法を設けて報復・私闘の弊害を除こうとするようになるのである。しかし、復讐の必要がなくなっても、それを美德とする観念は深く永く人心に浸潤し、その習俗は遺存し、一朝にして廃止するのは困難であるから、復讐の制限に至るわけである。ところで、第二論文のこの後に続く当該叙述は、詳しく、まとめにくいので、こちらは参考止め、簡略な第一論文によって、その対応箇所から要約すると、制限の第一は、復讐義務者の範囲の制限であり、第二は、復讐責任者の範囲の制限であり、第三は賠償を以て復讐に代えるに至ったことであり、第四は避難場の設置を見るに至ったことであり、第五は公許可を必要としたことであり、第六はその他の制限である。

第一の制限というのは、ある種族の一人が殺されると、全族人は悉くこの復讐を為すべき義務者と考えられたが、この観念は次第に変化して、義務者の範囲を縮小し、一家親族に限り、更に進んでは最近親者である子孫兄弟だけを義務者と為すに至ったものである。この縮小は、社会力の発展を示すものである。要するに、社会の進歩に従って国家の権力が加わって、公権によって認められた範囲内においてのみ自力制裁を行うに至り、義務者

の範囲が狭くなったのである。

第二の制限というのは、復讐とその防衛とは共に、族を挙げて全員が戦った（対族復讐なる語、第二論文にあり——筆者注）時代から、社会が進歩するに従って、次第にその範囲が狭められ、復讐の対象となるのは加害者一人だけで、その父子親族には及ばない、となったものである（第二論文では「復讐義務者の順位」という項目の所で一層詳しくふれられている——筆者注）。

第三の制限というのは、財物を以て賠償する風習が生じ、始めは財産上の損害に限って賠償を許したが、次に盗、ついで傷害の罪にもそれが及び、ついに殺害に対してもなお賠償を選択することを許すに至ったものである。

第四の制限というのは、復讐を避難する場所（Asylum）を設置（遁入避難なる語第二論文にあり——筆者注）したり、移郷の制（逃出避難なる語第二論文にあり——筆者注）を設けたりして、復讐血報の乱端を塞ぎ、治安の維持を図るものである。これは、私力制裁を収めて公権力に移す一方法である（第二論文では、復讐避難の詳述あり——筆者注）。

第五の制限というのは、復讐を行うのに、届出が必要となる、或いは許可申請を提出して公許を得なければならぬとするものである。公権力の発展の段階という点では、先ず発展の端緒として、届出が必要となり、さらに発展すると、公許が必要とされる、というわけである。

第六の制限というのは、復讐を行うのに、時の制限（法の制裁に先立つ自力制裁の禁止）、人の制限（対象範囲を尊長の最近親のみに限る）及び場所の制限（例えば、禁裏、江戸城、神社仏閣等での禁止）などを行ったものである。

以上、種々の制限について、詳述の後、次のようにまとめている。

「斯の如く、国家組織の整備するに従い、自力救済に公権力が次第に加わることとなって、復讐は漸次制限せられ、次いで制限時代より更に禁止時代に進むものであるが、しかしながら総べて社会の現象は決して突然にその面目を改めるものではなくして、進化は必ず漸を追うて行われるものである。復讐の歴史においてもまたこの過渡期が存在したので、制限時代より禁止時代に移る間には、半ば公権が加わり半ば自力救済を許したる、公権力と私権力と混同して復讐をなした時代があったのである。（中略）私力制裁を収めて、これを公権力の制裁に移さんとすることは、勿論至難の事であるから、なるべく国家が、被害者に代わるの事実を民衆に明らかに知らしめ、人民をして公権力に依頼するの念を起さしむるは、その一方法たるのみならず、またその自然なる径路でもあったのである。」⁽⁹⁾

さらに、依頼の念を起させる方法の三類型を次のように変遷順にいう。

「第一次に現われたものは、国家が殺人者を逮捕し、これを被害者の親族に引き渡し、思う存分に制裁を加えて、その噴怨をはらさしむるの法である。（中略）

第二次に現われたものは、裁判所は謀殺の宣告のみを行い、刑の執行は何人がこれを行うも随意となし、通常被害者の遺族をして制裁を實行せしむるの法である。（中略）

第三次は、国家が殺人者を捕え、被害者の親族を以てその行刑者となすのである。（中略）

第四次は、復讐が一の儀式として行われたことである。（中略）（以下——罪人行刑の節に太刀取を許した明治維新当時の例を挙げている。——筆者注）（後略）⁽¹⁰⁾

以上過渡期の具体的な様相を述べた後、禁止の時代に叙述は移行する。

第三期復讐禁止時代というのは、復讐を擅殺となして、罰する時代である。ただ、原始時代の長い期間に亘つ

た復讐を禁止するには、法権確立の初期には、依然として大きな抵抗があったことを、中国及び日本の例を引き力説している。ついに我が国がこの時代に入った時点のように叙述している。法権統一は復讐禁絶の必須前提条件であつて、この旨の制度局の意見書におそらく基づいて、初代司法卿に就任するや、真つ先に法権の統一に着手した江藤新平は、「その懐抱せる法権統一の経緯論を実現するや、百尺竿頭一步を進めて断然復讐なる私刑を禁止するの令を発した」¹¹⁾のである。具体的経過としては、復讐禁止令（明治六年二月七日太政官布告第三十七号）を發し、同日布告第三十九号を以て、『新律綱領』父祖被毆条を改めている。『改定律例』になつて漸く、復讐は「謀殺ヲ以テ論ス」（『改定律例』第二百三十二条）と規定されて、ここに漸く復讐禁止が達成されたのである。このあたりの紆余曲折ぶりをみると、「数百年來復讐を臣子の大義として尊重したる思想は、なお立法者の脳裏に遺存して、知らず識らずこれに制裁を加うるに吝なる傾^{かたむき}を現し、（後略）¹²⁾」というのも、首肯し得るところである。最後に、結論を次節のように述べる。

第六節 同『復讐と法律』第一論文——結論——

「右に述べたる復讐の沿革は私法公権化の最好適例であつて、人民が既に高級文化の域に達したる後といえども、法制未だ整わずまたは法権分立する場合においては、生物自保の稟性^{ひんせい}に基因したる加害反撥作用が延長して同種族または同団族に対する加害を防禦報復する如き団体的自衛作用の存在するのは、人類存続の必要条件の遺存するものに外ならぬものである。故にこれを禁圧せんとするのは、自然の理に背反するものといわなければならぬ。故に、法治未だ完^{まっ}からざるの時代においては、復讐を美俗なりとし、これを以て臣子の義務なりとするの觀念が深く人心に浸潤して、容易に抜くことの出来なかつたのは、固^{もと}より当然のことである。

而して、国家の組織が漸く整備し、国権漸く確立するに随って、次第に団体の強力を以て個人間の鬭争、殺傷を禁止し、これに違う者に制裁を加えて、その団体内の治安を維持することを得るに至るものであるから、必然仇人を強制するに足るべき公権力は、豫め必成を期し難き私力制裁に代わり、忠臣孝子の義憤もこれによって慰めらるるに至るものである。斯の如くして、個体力の自衛作用は団体力の自衛作用に吸収せられ、人を殺すを以て個人に対する犯行なりとする觀念は、転じて社会もしくは国家に対する犯行なりと看做さるるに至り、私力は転化して公権力となるものである。

以上申し陳べたる所は左の諸点を論証せんとするにある。

- 一、法の実質は社会力なる事。法は社会力の顕現なる行為の規範であつて、公権力によつて制裁せらるるものである。命令なりとは形式に付て言うのみ。
- 二、社会力は個体力の有機的集中転化に因りて生ずる事。
- 三、社会力の集中転化作用中、私力公権化して法を生ずる事。
- 四、復讐禁止法はこの私力公権化作用中顯著なる一事例なる事。
(中略)〔大正五年十一月十八日、東京弁護士会館において講演〕⁽¹³⁾

第七節 同『復讐と法律』第三論文——「差押は民事法の起原なり」——及び本稿（二）の終わりに

また、所謂民事である差押についても、刑事である復讐と同じような趣旨の論述を、第三論文「差押は民事法の起原である」において展開している、つまり博士は、第一・二と第三の各論文あわせて、法の生成というものを、民・刑事両方の例から説明しようとするわけで、何とも周到という他ないので、煩を厭わず次に引用してお

きたいのである。

「法の起源は自力制裁の公力制裁に転化するにあり、転化は個体力の聯合集中によるものなることは、独り刑事法についてこれを解説し得べきのみならず、民事法についてもまた平行的論証をなすことを得べきなり。原始的現象においては、民刑両法なお未だ分化せざるを以て、民事制裁の原状と刑事制裁の原状とは、独りその性質を同じゅうするのみならず、その作用においてもまた殆ど異なる所なきなり。民事制裁の起源は、刑法の復讐における如く、被害者の自力報復にあり。民事における被害者の自力報復にして刑事の復讐に相当するものは差押なり。原始的社会において、他人より損害を受け、また他人が己に対して義務を怠ることあるときは、受害者は報復的にその為害者もしくは怠務者を殺傷し、またはその妻子もしくは財物を強奪して憤怒を洩し、またはこれを以て損害の填補に充つることあり。これ私力制裁の始期にして、自力報復の時代なり。共同生活の觀念や発展するときは、受害者は直ちに為害者を反害しまたはその妻子財物を強奪押領することなく、単にこれを差押えて原義務履行の質となし、もし為害者が原義務を履行するときはこれを還付し、もしこれを履行せざるときは始めてこれを押領するに至る。これ私力制裁の第二紀にして、強制担保の時代なり。社会の秩序や定まるに及んでは、妻子を人質とすることを禁じ、或は差押の目的物を定めて家畜その他種の財産に限るものとし、或は差押の方法を定めて、予告または立会を要するものとするに至るは、私力制裁の第三紀にして公力干渉の時代なり。社会の秩序いよいよ整い、尊卑の分・長幼の序明らかなるに及んでは、もし為害者がその差押を不当としてこれを争わんとし、またはその差押品を抛棄するを欲せずしてその還付を請求することあるときは、長老・首長らにその仲裁を請い、または強奪の不正を訴えてこれを取戻さんとするに至る。これ私力制裁の終紀にして私力公権化の時代なり。

第一紀における報復的反害または強奪は純然たる自力制裁にして、刑事法における復讐紀に相当するものなるを以て、その制裁は単独個体力の作用に属す。第二紀における担保押収・賠償強要は、刑事法における賠償紀に相当するものにして、受害者の単独行為に属するものなりといえども、他方において為害者の義務履行を待つものなるを以て、質物差押は単独孤立の行為に非ずして、他人の対立行為を目的とするものなり。故に本紀においては、一の個体力と他の個体力との聯合を生ずるに至るものなり。第三紀における強拿押収の制限は、刑事法における復讐制限に相当するものにして、二個の個体力聯合の上に社会力の一部を代表する首長・僧侶・予言者の命令または社会力の成形成なる慣習が加わり、個体力の社会力化するの端緒を啓くものなり。第四紀における公裁要求は、刑事法における刑罰紀に相当し、首長・僧侶らが既に久しく公衆の尊敬を受けて服従の中心となり、社会力の機関たるに至りたるときは、当事者はこれに訴えてその仲裁または裁断を請い、私力より公力に控訴するものなるを以て、私力は竟に公権力化するに至るものなり。故に差押の目的は、第一紀において一面を有し、第二紀において二面を有し、第三紀、第四紀において三面を有するものにして、第一紀は個体力単位の時代なり、第二紀は個体力聯合の時代なり、第三紀は個体力の聯合集中による社会力化の時代なり、第四紀は社会力の機関整備による公権力化の時代なり。¹⁴⁾

以上、法の起源についての論述を必要と思われる範囲とはいえ、長々と引用を行ったり、要旨をまとめたりしてきたのであるが、未定稿ながら、これは内外のまことに豊富な法制史的資料を駆使して私力、いいかえれば、私権たる自力救済から公権たる公力制裁即ち刑罰権に基づく制裁に転化するところに法の起源がある、と力説するものである。そして法律の生成に至る過程を、復讐と差押の沿革を好例として、民・刑事両面から論証し尽くしたものであって、博士の畢生の研究テーマであった「法律進化論」の中核とも云うべき考えが、ここに示され

ていると云っても誤りではなからう。このような博士の考えを基礎的な手がかりとして、研究を続けるならば、本稿のテーマである戦国期の「公儀」といわれるものの基本的な属性である公権の生成過程を法制史的に把握できようになるのではなからうか。そうなれば、「公儀」というものの、いわば法的性質をより一層原理的に的確に捉えることが可能となり、戦国期の「公儀」の核心に一層迫ることもできるのではないか、またそれによって、戦国大名の「国法」の起源等についてもより明確にすることが可能になって来るのではないか、との見通しのもとに、研究を進めようとしている。何等かの結論がまとまり次第、本誌後号に於て述べる所存である。

(1) 牧英正・藤原明久編『青林法学双書 日本法制史』青林書院'93年 上記の第四章「分国法」執筆時以来、戦国期「公儀」の検討は、筆者の懸案の一つであった。

(2) 辻本弘明『中世武家法の史的構造——法と正義の発展史論——』岩田書院'99 上記の、とりわけ第七章「戦国法の形成過程——近江国六角氏式目を中心に——」からは、本稿作成上、教えを受けること多大であった。

(3) 中世側の各氏の業績を、著書・論文集、初出重視、ほぼ発表順、一点限定例示を原則として挙げるなら、おおよそ次の通りである。

- 石母田正「解説」(『日本思想大系21中世政治社会思想 上』岩波書店'72年 所収)
 - 永原慶二「戦国大名における『公儀』観念の形成」(『日本思想大系16中世禅家の思想』月報27岩波書店'72年 所収)
 - 藤木久志「大名領国制論」(峰岸純夫編『大系日本国家史2中世』東京大学出版会'75年 所収)
 - 勝保鎮夫「戦国法」(岩波講座『日本歴史8 中世4』岩波書店'76年 所収)
 - 久保健一郎「戦国大名と公儀」校倉書房'01年
- 「公儀」の研究史について、右(久保書)の序章から多くの教示を受けた。

- (4) 近世側の各氏の業績を、右の(3)と同様にすると、次の通りである。
- 朝尾直弘『將軍権力』の創出(1・2)～(4) (『歴史評論』二四一・二六六・二九三・'70・'72・'74年、のち同『將軍権力の創出』岩波書店'94年 所収)
 - 深谷克己「公儀と身分制」(佐々木潤之介編『大系日本国家史3 近世』東京大学出版会'75年 所収)
 - 佐々木潤之介「幕藩制の成立——公儀論を中心に——」(永原慶二他編『戦国時代』吉川弘文館'78年所収)
 - 高木昭作『「公儀」権力の確立』深谷克己・加藤栄一編『幕藩制国家の成立 講座日本近世史1』有斐閣'81年 所収)
 - 藤井讓治「一七世紀の日本——武家の国家の形成」(岩波講座『日本通史12 近世2』岩波書店'94年 所収)
- (5) 穂積陳重『復讐と法律』岩波文庫(三三二—一四七一三) 岩波書店'82年 p.23～6
- (6) 前掲 p.27～29
- (7) 前掲 p.83, 85～7, 90
- (8) 前掲 p.117
- (9) 前掲 p.51～2
- (10) 前掲 p.52～4
- (11) 前掲 p.67
- (12) 前掲 p.70
- (13) 前掲 p.74～5
- (14) 前掲 p.245～7