

江戸幕府の裁判制度と「相談書」

——「裁判官による法創造」——

目 次

- 第一節 はじめに
- 第二節 刑罰についての裁判基準に関する「相談書」
- 第三節 民事的事件の裁判基準に関する「相談書」
- 第四節 「相談書」と法曹官僚
- 第五節 「申合」（「申合書」）
- 第六節 結びにかえて

大 平 祐

一 *

* おおひら・ゆういち 立命館大学名誉教授

江戸幕府の裁判制度と「相談書」（大平）

第一節 はじめに

一 江戸幕府の八代將軍徳川吉宗の命により編纂された『公事方御定書』（以下、『御定書』と略称）は、上巻は書付、高札、触書等からなる通達・法令集とでもいふべきものであり、下巻は、その大部分は刑法ないし刑事訴訟規定であった。⁽¹⁾『御定書』下巻を「刑法典」と見る見解があるのも、こうしたことによるものであろう。『御定書』下巻の条文は評定所や三奉行所の判例で引用されており、江戸幕府の刑事裁判は「一応法に則って行われた」といわれている。⁽³⁾『御定書』下巻は裁判のさいに奉行たちが準拠すべき法典として編纂されたものであり、やがて金科玉條として遵守されることになる。⁽⁴⁾しかし、『御定書』下巻の条文数は限られており、民事的事件の裁判については準拠すべき条文がきわめて少なかった。『御定書』下巻を「民刑両事件を取捌く徳川幕府の総合的裁判法典」⁽⁵⁾とする説もあるが、民事的規定が刑事的規定に比べて圧倒的に少なかったことは否定しえない。

ここで注目すべきは、近年、高塩博氏により紹介された『公事訴訟取捌』である。氏によれば、『公事訴訟取捌』は御定書掛により編纂された、数多くの民事的規定を含む全四二一条におよぶ『法典』であり、評定所留役などの実務役人のみならず、遠国奉行や代官などの実務役人の準拠法として編纂された幕府制定法であった。⁽⁶⁾『公事訴訟取捌』を幕府制定法、『法典』と見ることには疑問を呈する見解もあるが、仮に、『公事訴訟取捌』が幕府制定法たる『法典』であるとして、そこに記された大量の民事的規定が裁判の基準として用いられていたとすると、江戸幕府の裁判のイメージは大きく変わる可能性もあるように思われる。⁽⁸⁾

二 とはいえ、この『公事訴訟取捌』も条文数に限りがあり、限りなく多様な世の中の事件に対してどこまで対

応しうるのかという問題は、『御定書』下巻についてと同様に、——そして、他の制定法源と同様に——、起こりうる。そこで注目されるのが判例法である。多様な事案を、判例法を用いることで、上記した『法典』等で対応できなかった事案を処理するということは十分考えられる。しかし、神保文夫氏によれば、判例法の発達は刑事裁判たる吟味筋についていえることであり、「民事訴訟にはば相当する出入筋の裁判にあつては、判例法の発達という現象はほとんど見られなかった」⁽⁹⁾。出入筋の裁判では、「法令や判例に基づいて事案を論理的・画一的に裁断するよりも、もっぱら個別的・具体的に妥当と思われる結論を導く、あるいは当事者間の権利関係を明らかにすることよりも、当面の紛争状態を解消するということが裁判の主たる目的であつて、これらのことは実体私法が未発達であつたことと相互に原因・結果の關係にもなつており、また吟味筋の裁判におけるような精緻な判例法の発達も出入筋では見られなかったのである」⁽¹⁰⁾。

三 では、吟味筋の裁判は、『御定書』下巻、書付等の既存の『法典』・制定法や判例法、あるいは数利和氏の指摘される奉行の「自由裁量」⁽¹¹⁾で間に合つていたのだろうか。出入筋の裁判は、『御定書』下巻、書付等の既存の『法典』・制定法の限られた民事的規定の利用と、個別具体的妥当性の追求でことは足りていたのだろうか。何かはかに裁判の基準となるようなものは必要とされていなかったのであろうか。この問題は、和仁かや氏の指摘される、裁判において「認定した事実を如何なる根拠付けを以て法的に評価するか」⁽¹²⁾という裁判の基本的問題と密接にかかわるように思われる。本稿ではこのような素朴な疑問を説明するために、江戸幕府の評定所一座の構成員でもある三奉行（寺社奉行、町奉行、勘定奉行）の「相談書」に焦点をあて、彼らによる江戸幕府裁判の基準づくりについて考察する。

四 「相談書」とは、江戸幕府の三奉行が、同役の奉行あるいは三奉行のなかの同役以外の奉行、あるいは評定所一座に対し、裁判や行政に関するさまざまな事柄について「相談」する書面のことである。冒頭に「相談書」というタイトルが記され、文面の末尾が「及御相談候」という文言で締めくくられているのがその特徴である。この種の書面は、江戸幕府の残した判例集や各種文書・記録、あるいは法曹官僚が作成した各種文書・手控等のなかに多数見られる。本稿ではそのなから裁判に関する「相談書」を抽出し、奉行たちが各種事件を裁くために、その基準についてどのような「相談」を行い、どのような合意形成が行われたのかを明らかにする。そのことにより、これまであまり注目されなかった近世日本における裁判のあり方の一側面を浮かびあがらせることができるのではなからうかと思われる。

第二節 刑罰についての裁判基準に関する「相談書」

第一項 鶴殺生等の刑罰に関する「相談書」

一 三奉行の「相談書」のなかには、犯罪・可罰的行為の裁判に関する「相談書」が種々見られる。なかには、ある犯罪に対する従来の刑罰規定に疑問を抱き、新しい刑罰規定を提案する「相談書」も見られる。『評定所新張紙留』坤、分冊ノ一、百四十九「御留場外二而殺生いたし候一件御仕置当相談」⁽¹³⁾に次のようにある。

〔史料1〕

御相談書

佐橋長門守

今般、拙者懸ニ而御留場外おゐて鶴殺生いたし候もの有之一件御仕置御咎之儀、去ル巳年鶴殺生人并引合之もの共、御仕置当之儀、御定懸ニ而再応取調申上候書面ケ條ニ、

一 鶴殺生いたし候もの

中 追 放

一 御留場内ニ而殺生いたし候

江戸十里四方追放

一 鶴と乍存買取候もの

但、買取候鶴并売払代金所持いたし居候ハ、夫々取上、

一 御留場内ニ而殺生いたし候

買取候鶴取上
過料錢拾貫文

一 鶴と不存買取候もの

一 御留場内ニ而殺生いたし候

同 拾 貫 文

一 鶴と不存、売払之世話いたし候もの

名主

同 拾 貫 文

一 鶴殺生いたし候村方并居村

組頭

同 五 貫 文

一 鶴殺生いたし候村方

村 過 料

如斯有之、其御鳥殺生之儀ニ付被仰出候御触書之趣ニ而も、関八州内之儀ニ候処、御留場外おゐて右犯科之ものも、前ヶ条ニ見合、同様ニ而者相当いたす間敷、既ニ御定書ニ、隠鉄炮有之村方御咎ヶ条之内、本人并名主、

組頭等、御留場内并関八州内外之差別を以、段階有之上者、都而一等軽く、

一 鶴殺生いたし候もの

江戸十里四方追放

御留場外ニ而殺生いたし候

所 払

一 鶴と乍存買取候もの

但、買取候鶴并売払代金所持いたし居候ハ、夫々取上、

一 御留場外ニ而殺生いたし候

買取候鶴取上
過料 三貫文

一 鶴と不存買取候もの

御留場外ニ而殺生いたし候鶴と不存

同 三貫文

一 売払之世話いたし候もの

一 鶴殺生いたし候村方并居村

一 鶴殺生いたし候村方

名主 同 三貫文
組頭 急度 叱り
叱り

右之通、段取を以御仕置相伺候方、可然哉と存候、然ル処、去ル申年大草安房守御勘定奉行勤役之節、同人懸
野州大宮村新右衛門鉄炮を以鶴打留、又者博奕いたし候一件御仕置御咎之儀、前書巳年之評議濟ニ見合、都而
御留場内同様、夫々伺之上申付、右鉢伺済先例有之候而も、相当とも難申哉二付、いつれニも前書之通、御留
場内外之差別を以取調、可相伺と存候、此段御相談および候、以上、

丑十二月

〔（朱書）丑十二月二日評決〕

二 「史料1」は天保一二年（一八四一）一二月の勘定奉行佐橋長門守（佳豊）の「相談書」である。^{（14）}その内容はおよそ次の通りである。

(1) 勘定奉行佐橋長門守が掛りとして担当する御留場（禁猟区）外での鶴殺生事件の刑罰について、「去ル巳年」（天保四年）（正しくは天保五年（一八三四）——大平註）に、鶴殺生人等の刑罰につき、御定書掛りが老中の指示にもとづき再度取調べて老中に答申した六ヶ条からなる書面^{（15）}を調べたところ、犯行現場が御留場内か外かでの区別にもとづく刑の差が明記されていなかった。

(2) そこで佐橋長門守は、御留場内か外かで区別をして、御留場外での犯行にはすべて、御留場内での犯行より一等軽く刑を申し付けるべきとして具体案を示し、「右之通、段取を以御仕置相伺候方、可然哉と存候」と提案している。

(3) しかし、実はすでに「去ル申年」（天保七年（一八三六））、大草安房守（高好）が勘定奉行の節、野州大宮村新右衛門が鉄砲で鶴を打ちとめる等を行った事案の刑罰につき、前記「巳年」の書面にもとづき、すべて御留場内犯行と同様に扱って老中に伺った。

(4) 佐橋長門守は、「こうした先例もあるが相当とは申し難いので、前書の通り、御留場内外の区別をつけて取調べ、刑を老中に伺うべきである」と主張し「相談」に及んでいる。

三 以上が勘定奉行佐橋長門守の「相談書」の内容である。本件は「相談」の結果、天保一二年（一八四一）一

二月二日、評定所一座で承認されている。佐橋長門守の「相談書」は、鶴殺生等に関する天保五年の刑罰規定の欠陥・不備を補う新規定を提示し、この新規定にもとづき彼が担当する事件の刑罰を老中に伺うべきであると主張し、同時に、天保五年の欠陥・不備のある規定にもとづき御留場外での鶴打留事件を、御留場内事件と同様に扱った先例を批判している。

彼の「相談書」が評定所一座により承認されたことは、鶴殺生等の刑罰に関する新規定が評定所一座により承認されたことを意味しよう。新規定にもとづく佐橋長門守の判決案は、老中に伺ったのち評定所に下付され評定所一座の評議に委ねられる。評定所一座は、上述のように、新規定をすでに承認しているので、評議にもとづく老中への答申も、佐橋長門守の伺いを認めるものとなったであろうことは容易に想像される。老中の裁断結果については不明であるが、佐橋長門守の提示した新規定が、隠鉄砲があった村方の御咎に関する『御定書』下巻の箇條に、御留場内外、関八州内外で区別して差を設けている規定があることを根拠に⁽¹⁶⁾しており、老中も、『御定書』下巻の条文を根拠にしたこの新規定にもとづく佐橋長門守の伺いを承認したのではなからうかと思われる。このように考えることが許されるならば、この新規定が同種の事件の裁判において用いられたであろうことは想像に難くない。奉行の「相談書」にもとづく「相談」により、新たな裁判の基準が作り上げられたといってもよいであろう。中田薫氏は、出入筋の裁判における訴状の受理不受理に関する評定所一座の「相談」による評議決定を、「共同の準則」と呼んでいる⁽¹⁷⁾。佐橋長門守の「相談書」にもとづき承認された新規定も、「相談」による刑罰についての「共同の準則」といえよう。

第二項 過料の取立て方に関する「相談書」

一 次の「史料2」は、享和二年（一八〇二）五月の、財産刑の一種である「過料」についての「相談書」である。『幕末御仕置例書』八、三百四十二「百姓之身分ニ応し過料取立方之事」⁽¹⁸⁾に次のようにある。

〔史料2〕

御相談書

石川左近将監

菅沼下野守

過料取立方之儀、去ル末年六月、一座より申上ケ被御聞置候旨、伊豆守殿被仰聞候書面之内、身上ニ応過料取計之儀、地主、家持之分者、壹ヶ年之地代并家賃上り高、家内人別之割合を以、其分限四分一余之積り申付可然、右者家持之儀ニ而、延享二丑年嶋長門守、能勢肥後守江、店借之身上ニ応過料之儀御尋有之節、家内人別之暮方を積り立、身上宜もの者貳拾貫文、中分者拾貫文、輕きもの者三貫文、過料申付可然趣申上候書留有之候間、店借之もの者右之趣を以過料申付候積りと有之候、百姓之儀右書面ニ無之、近例も相見不申決兼候、依之、百姓之身上ニ応し過料之儀者、壹ヶ年作徳高、家内人別之割〔合〕を以、其分限四分一余之積り、田畑無之百姓者、家内人別之暮方を積立、身上宜もの者貳拾貫文、中分者拾貫文、輕きもの者三貫文と極置可申哉、及御相談候、

戊五月

右之通、寛政^{（享和九）}二戌年五月廿一日、相談之上書面之通相決、但、欠座無之、

二 「史料2」は百姓に対する過料申渡しに関する勘定奉行石川左近將監（忠房）、菅沼下野守（定喜）の「相談書」である。その内容に触れる前に「史料2」の年号について述べておきたい。「史料2」の末尾には、「右之通、寛政二戌年五月廿一日、相談之上……」とあるが、石川左近將監と菅沼下野守がともに勘定奉行であったのは、寛政九年（一七九七）十月一二日から享和二年（一八〇二）五月二七日までであり、この期間内で「戌」年であったのは享和二年だけである。したがって、「史料2」の末尾の「寛政二戌年」は「享和二戌年」の誤まりであるといえよう。このことを前提にして「史料2」の「相談書」の内容を紹介すると次の通りである。

(1) 過料の取り立てにつき、「去ル末年」（寛政十一年（一七九九）六月に評定所一座より老中松平伊豆守（信明）に上申し了承された書面^{（19）}のうち、身上（財産状況）に応じた過料の取り計らいは、地主、家持の分は、一カ年の地代ならびに家賃収入高、家内人別（家内構成員）の割合をもって、その分限の四分の一余りの積りで申し付けて然るべきである。

(2) これは家持についてのことであり、延享二年（一七四五）、町奉行島長門守（祥正）、能勢肥後守（頼一）へ、店借の身上に応じた過料につき老中よりお尋ねがあったとき、家内人別の暮し方を見積り、身上宜しき者は二十貫文、中位いの者は十貫文、軽い者（劣位の者）は三貫文、過料を申し付けて然るべきと申し上げた書面^{（20）}があるので、店借の者はこの書面を以て過料を申し付ける積りである。

(3) しかし、百姓についてはこの書面に記されていないので決めかねている。そこで、

百姓の身上に応じた過料については、一カ年の作徳、家内人別の割合を勘案して、分限四分の一余りの積り、田畑のない百姓は、家内人別の暮し方を見積り、身上宜しき者は二十貫文、中位いの者は十貫文、軽い者は三貫文と決めておくべきか。相談したい。

三 以上が〔史料2〕の「相談書」の内容であり、この「相談書」は享和二年（一八〇二）五月二十一日、「相談」のうえ評定所一座により承認された。

財産刑は財産的利益を剥奪するものであり、その取り立て基準は刑の実質的内容を左右する重要な問題であった。この財産刑の一種である過料について、従来、家持、店借については明文で取り立て基準が定められていたが、百姓についてはその定めがなかった。法の欠缺とでもいうべきものであろうか。〔史料2〕は、従来の基準に欠けていた部分についての新しい基準を、勘定奉行の「相談書」にもとづき評定所一座で「相談」し、承認していたことを示している。相談者の勘定奉行が百姓の過料の件で「決めかねている」と言っていた事件（上記(3)参照）について、この基準が適用されたであろうことは想像に難くない。そして、この基準がその後の裁判においても用いられていたであろうことも想像に難くない。奉行の「相談書」にもとづき「相談」により新たな裁判の基準が作り上げられたということができよう。

なお、上記「相談書」に見られた寛政一一年の過料の基準に関する書付は、老中松平伊豆守に上申し了承を得ているので、今回の「相談書」にもとづく新しい百姓の過料の基準についても、老中に上申し了承を得たものと思われる。

第三項 追放ものの御構場所に關する「相談書」

一 次の「史料3」は、追放刑を言い渡された者の「御構場所」（立入禁止区域）についての「相談書」である。⁽²⁾
この天保一五年（弘化元年）（一八四四）二月の「相談書」には、「相談」された寺社奉行、勘定奉行の返答書が付されている。

〔史料3〕

「天保一五辰年二月

追放ものの御構場所之儀ニ付相談并挨拶書

鳥居甲斐守

鍋島内匠頭

重中輕追放御構場所之儀ハ、武士雜人之無差別、住居之國、惡事仕候國共構之、江戸拾里四方追放、江戸払ハ、在方之ものハ居村共構候御定ニ有之候処、拙者共御役所ニ而ハ、重中輕追放生國、江戸拾里四方追放、江戸払ハ出生之土地を構候仕来ニ而、寺社奉行衆、御勘定奉行衆取計と区々ニ有之、依之、致勘弁候処、評定所張紙ニ、江戸拾里四方追放、江戸払ハ惡事之村を構可申と之儀者無之候得共、重中輕追放ニ准し、右村をも構可申と有之、江戸拾里四方「追放」、江戸払等之刑者、御城廓を被遠候而已ニ無之、口論疵付等之類、都而惡事仕出候土地を立廻り候而ハ、再ひ害を生し可申哉、右ハ至当之儀ニ付、御定ニハ無之候共、其俣居置、以来、武

士雜人之無差別、一般ニ惡事仕出し候村国、住居之村国ハ構之、出生之村国ハ構不申積、仕来可相改と存候、然ル処、追放ものヶ所書認振之儀ニ付、寛政十一未年書留ニ、出生之国を構候趣ニ評定所仕来之旨、別紙之通書留も有之候間、旁及御相談候事、

別紙（省略）

御書面、追放もの御構場所之儀、寛政十二申年迄者、評定所おゐても出生之地を構候処、右者御定ニ振候趣を以、同年十一月中、出生之地ハ構不申積取極、其以来、住居并惡事之国而已相構、尤、無宿ハ住居之国無之故、惡事之国計構之、且拾里四方追放、江戸払之儀も、御定書ニ惡事之町村を構候儀者無之候得共、重中輕之追放ニ准し、右町村を構、出生之地を構不申仕来ニ付、御仕置筋之儀区相成候ハ不可然候間、其役所仕来御改有之候方と存候、以上

辰二月

寺社奉行

御勘定奉行

二 「史料3」は、町奉行鳥居甲斐守（忠耀）、鍋島内匠頭（直孝）から寺社奉行、勘定奉行に宛てられた「相談書」およびそれに対する寺社奉行、勘定奉行の返答書である。

江戸幕府の追放刑には重追放、中追放、輕追放、江戸十里四方追放、江戸払、所払があり、それぞれ御構場所が

定められていた。⁽²²⁾ そのうち、所払以外の追放刑の御構場所が奉行所間で異っていたので、町奉行がその改正につき寺社奉行、勘定奉行に「相談」したのである。「相談書」の内容は以下の通りである。

(1) 重追放、中追放、軽追放の御構場所は、武士、雑人の区別なく、住居の国、悪事を行った国を立入禁止とし、江戸十里四方追放、江戸払の場合は、在方（町方以外の地域）の者は居村も立入禁止すると『御定書』に書いてある。しかし、町奉行所では、重追放、中追放、軽追放の場合は生まれた国を、江戸十里四方追放、江戸払の場合は出生の土地を立入禁止とする仕来りであって、寺社奉行衆、勘定奉行衆の取り計らいとは異なる。

(2) そこで検討したところ、評定所張紙に、江戸十里四方追放、江戸払の場合は悪事をはたらいた村を立入禁止とすべきとは書いてないが、重追放、中追放、軽追放に準じて右村を立入禁止とすべしとある。江戸十里四方追放、江戸払等の刑は江戸城から犯罪者を遠ざけるだけではない。口論、疵付等の類は、いずれも犯罪者が悪事をはたらいた土地を徘徊することになっては、再び害を生じさせるのではないか。これは至当なことなので、『御定書』には書いてないが、「この悪事をはたらいた村への立入を禁止するという記述は」そのまま据え置く。

(3) 今後は武士、雑人の区別なく、一般に悪事を行った村のある国、住居の村のある国は立入禁止とし、出生の国は立入禁止としないよう〔町奉行所の〕仕来りを改めるべきと思う。しかるところ、追放ものの箇所については、寛政一一年（一七九九）の書留に、出生の国を立入禁止とするのが評定所の仕来りである旨、別紙の通り書留もあるので、「相談」に及んだ次第である。

三 以上が町奉行の「相談書」の内容である。これに対する寺社奉行、勘定奉行の返答書の内容は以下の通りで

ある。

(1) 追放ものの立入禁止区域については、寛政一二年までは評定所においても出生の地を立入禁止としていたが、これは『御定書』に抵触するということで、同年一月中旬に、出生の地は立入禁止とはしないと取り決め⁽²³⁾、それ以来、住居地ならびに悪事を行った国のみを立入禁止とした。

(2) もっとも、無宿は住居の国がないので悪事を行った国ばかりを立入禁止とし、かつ、江戸十里四方追放、江戸払についても、『御定書』に悪事をはたらいだ町村を立入禁止とする規定はないが、重追放、中追放、軽追放に準じて右町村を立入禁止とし、出生の地を立入禁止としない仕来りであるので、御仕置がバラつくのは宜しくないので町奉行所の仕来りを改めるのがよいと思われる。

四 以上が町奉行の「相談書」に対する寺社奉行、勘定奉行の返答書の内容である。以上から、町奉行みずからが町奉行所の仕来りを改めるべきと思うと寺社奉行、勘定奉行に「相談」に及び、寺社奉行、勘定奉行がそれに賛意を表わしていたことが分かる。この「相談書」は、御構場所という追放刑の実質的内容を決定づける重要事項について、一部奉行所の従来の方針を改め、刑の内容を統一するための「相談書」であった。「相談」の結果、三奉行の意見が一致し、統一した基準が確認された。今後、三奉行所において、この統一基準にもとづいて追放刑が裁判において申し渡されたであろうことは想像に難くない。この統一基準は、三奉行のすべてにとって新しい基準とはいえないが、一部の奉行にとっては、新たな裁判基準であった。その意味でこの「相談書」にもとづき新しい裁判の基準が作りあげられたといってもよいであろう。

なお、この基準については、老中の承認を求めたという史料はこれまでのところ見つかっていない。

第三節 民事的事件の裁判基準に関する「相談書」

第一項 債務者の弁済証文の名義書替に関する「相談書」

一 奉行による「相談書」は、犯罪・可罰的行為の裁判についてのみならず、民事的事件の裁判についても数多く見られる。次の「史料4」は、「欠落」⁽²⁴⁾した債務者の弁済証文の名義を債務者の妻子の名義に書き替えることに関する「相談書」である。『古張紙』寛政六寅年八月四日「書入金出入相手方欠落いたし妻子江日限証文書替之儀願出候評議之事」⁽²⁵⁾に次のようにある。

〔史料4〕

「御相談書

池田筑後守

願人

伊勢町喜右衛門店
清 八

一書入金出入

相手

萱沼安十郎御代官所
下総国葛飾郡八幡町
百姓
藤 七

右藤七儀、欠落いたし候二付、過料之上永尋申付候間、去月廿五日及演説候、然ル処、願人清八願出候ハ、藤

七儀致欠落候処、外々借用金有之、貸方之もの江、右藤七妻子より済方いたし候二付、拙者掛り度掛り之分も、右之もの共引受、致済方候様申付相願候旨願出候得共、欠落もの妻子江日限証文書替等申付候例も無御座、いづれ欠落もの之儀二付、書替ハ不申付、日限証文ハ取上為相納可申と存候、右者、訴訟方相手方之無差別、書替願出候共、難取上旨申渡候様可致候哉、以来之取極し置度、此段及御相談候、

寅八月四日

右、寛政六寅八月四日、一座評議極ル

」

二 「史料4」は寛政六年（二七九四）の町奉行池田筑後守（長恵）の「相談書」である。その内容は以下の通りである。

(1) 債務者藤七が欠落したので、過料のうえ永尋（長期探索）を申し付けたことを先月二五日にお知らせした。しかるところ、債権者清八より次のような願いが出された。すなわち、債務者藤七が欠落したところ、他の者からの借金もあり、藤七の妻子より弁済しているので、現在拙者（町奉行池田筑後守）が担当している「度掛り」公事（債務の分割弁済公事）の分も妻子が引き受けて弁済するように、奉行のほうから申し付けてほしいと願い出た。

(2) しかし、欠落もので妻子へ日限証文の名義書替を申し付けた例はない。いづれにしても、欠落ものであるのでも名義書替は申し付けず、日限証文は取り上げて「奉行所に」収めさせるべきと思う。

(3) 右のことは訴訟方、相手方の差別なく、名義書替を願い出ても認めない旨、申し渡すようにすべきか。今後

の取り決めをしておきたいので、この段、相談に及んだ次第である。

三 以上が〔史料4〕の町奉行の「相談書」の内容であり、この「相談書」は寛政六年（二七九四）八月四日、評定所一座の評議で承認されている。この「相談書」は、逃亡した債務者の日限証文の名義を債務者から債務者の妻子に変更してほしいと願い出ても、その願いは認めないということを今後の方針として提起し、評定所一座の評議でそれが認められている。

ここで注目すべきは、町奉行の「相談書」に、「訴訟方、相手方の差別なく」名義書替願は認めないとあり、訴訟方（債権者）のみならず、相手方（債務者）の側からの日限証文の名義書替を願い出ても認めないとしている点である。本件では、欠落した債務者藤七の妻子が、訴訟方清八以外の債権者からの借金に対し弁済をしており、訴訟方清八はこの点に目をつけて、自分への弁済をも確実に行わせるため、日限証文の名義を藤七から藤七の妻子に書き替えるという願いを出したものとえよう。そもそも、上記訴訟方清八以外の債権者への弁済は、妻子が責任を感じてみずから行ったというよりは、債権者からの執拗な催促により弁済した可能性も少なからずあったのではあるまいか。町奉行は、本件での名義書替を認めると、今後、訴訟方の強要に近い執拗な催促により、妻子が自主的に名義書替を願い出るといふ体裁をとった名義書替願をする事例が多発する可能性を考えたのではあるまいか。そのことを危惧して町奉行は、訴訟方（債権者）のみならず、相手方（債務者）からの名義書替願も裁判上認めないという方針を「相談書」で示したものと思われる。

近世日本の社会において欠落は頻繁に見られる現象であり、債務の弁済ができずに欠落する者も少なくなかった。⁽²⁷⁾ 評定所一座は、欠落した債務者の妻子に債務者の金銭債務の分割弁済義務は負わせないということを、今後の裁判

の方針として決めたのである。⁽²⁸⁾ 町奉行の「相談書」に、「以来之取極致し置度^{とりきま}」とあることから理解されるように、「相談書」によるこの合意が今後の裁判の基準として用いられたであろうことは容易に想像がつこう。奉行の「相談書」にもとづく「相談」により、新たな裁判の基準が作り上げられたといってもよいであろう。

第二項 金公事本公事の差別に関する「相談書」

一 一次の「史料5」は、金銭債権の裁判上の取り扱いに関する勘定奉行の「相談書」である。文化十二年（一八一五）、勘定奉行永田備後守（正道）は、『御定書』に記載のない金銭債権の出入について、出訴があつた場合の「差日」（出廷日）について一通の「相談書」を評定所一座の面々に差し出した。『古張紙』文化十二亥年「金公事本公事之差別評議⁽²⁹⁾」に次のようにある。

〔史料5〕

「相談書

永田備後守

御定書借金銀取捌ヶ條ニ有之候名目之外、金銀之出入出訴いたし候節差日之儀、是迄耽と取極無之候間、左之通極置可申哉、

一 普請金

是ハ、普請受負いたし候処、材木其外諸色代相滞候旨之出訴ニ而、則売掛又ハ立替并手間賃等合し候出入ニ付、金公事差日之積り、

一 雑用金

是ハ、可差贈答之雑用を相滞候儀ニ而、利分附候品無之、対談違変之趣意ニ付、先ツ本公事差日之初判差出し、吟味之上借金ニ准し候分ハ、其節金公事之取捌ニいたし候積り、

但、雑用之名目ニ而も飯料之類ハ、公事銘為相直、金公事差日之積り、

一 讓金

是ハ、右同断、

一 預金

是ハ、利分等無之、全之預金ニ候ハ、前々之通本公事差日之初判、

但、預金之名目ニ而も、利分附候分ハ、貸金と公事銘為直、金公事差日之初判可差出事、

一 為替金

是ハ、家質金同然之取捌ニ可相成品ニ付、本公事差日之初判、

但、利分附候ハ、右但書同断、

一 仕送金

是ハ、全く貸金之趣意ニ付、前々之通金公事差日之初判、

一 家藏等壳渡金

是ハ、年曆不相知評定所書留之内、髮結床并廻場所、舟床書入、家藏壳渡証文、槌成質物、右四ヶ條家質ニ准し候事、日限迄不相濟ニおゐてハ、其品為渡候事と有之候間、本公事差日之積り、

一両替金

是ハ、預金又ハ為替金之類ニ付、本公事差日之初判差出、吟味之上、始末次第借金ニ准し候分ハ、金公事之取捌ニいたし候積り、

右之通及御相談候、尤、此外品々名目之金銀出入可有之候得共、大概前書之趣意を以、差日相定、容易ニ難決分ハ、其時々尚及御相談候積りニ有之候、以上、

亥三月

右之通、文化十二亥年三月廿五日、一座評議極ル、

「

二 「史料5」の勘定奉行永田備後守の「相談書」は、『御定書』に規定がない金銭債権の裁判上の取り扱いについて、差日（出廷日）を金公事差日とするか本公事差日とするか、すなわち、金公事として扱うのか本公事として扱うのか、ということについての「相談書」である。

江戸幕府法によれば、私人間の紛争をめぐる裁判には金公事と本公事があり、金公事は主として利息付無担保の金銭債権に関する給付訴訟、本公事はそれ以外の訴訟と言われている。⁽³⁰⁾ 金公事には切金弁済という長期分割払いを債務者に認める制度があったり、⁽³¹⁾ 相対済令により訴権が否定されたりするという、訴訟上の取り扱いが本公事と大きく異なる側面があった。⁽³²⁾ 金公事の取扱日（金日）が月に二回しかなかったこともその一つである。金銭債権が訴訟上、本公事、金公事のどちらに属するかにより、訴訟上の取り扱いがこのように大きく異なったため、その区分けがはっきりしない金銭債権については、その区分けをする必要があった。「史料5」の「相談書」の冒頭に、

『御定書』の借金銀取捌の箇条に記されている名目以外、金銀出入で出訴した際の差日については、これまではつきりとした取り決めがなかった」とあるのは、こうした区分けの必要性を述べたものであった。

区分けは、当該金銀出入で出訴した際の差日の違いに現われる。〔史料5〕の勘定奉行永田備後守の「相談書」は、従来区分けがはつきりしなかった普請金以下の各種金銭債権につき、それが「金公事差日の初判」か「本公事差日の初判」かを提示し、「このように極めておくべきではないか」と提案している。この提案は、文化十二年（一八一五）三月二五日、評定所一座の評議により承認された。「金公事差日の初判」とは、月二回の金公事取扱日のうちの一日を差日と指定し、その日の出廷を命じる奉行の裏判（目安裏判）を出すということ、「本公事差日の初判」とは、本公事取扱日のうちの一日を差日と指定し、その日の出廷を命じる奉行の裏判を出すということである。金公事差日の初判、本公事差日の初判とは、単に出廷日の違いという問題にとどまらず、上記したように、当該金銭債権が訴訟上どのように取り扱われるのか、換言すれば、訴訟上どのような保護を受けられるのかという、訴訟当事者にとっては極めて重要な問題であった。⁽³³⁾評定所一座の奉行たちはこのような問題について、それぞれの金銭債権の内容をふまえて、普請金、仕送金は金公事差日の初判、雑用金、讓金、預金、為替金、家藏等売渡金、両替金は本公事差日の初判、ただし、預金、為替金は「利付」（利子付き）の場合は金公事差日の初判、雑用金、讓金、両替金は、借金に準じるものである場合は金公事の取り扱い、という基準を定めたのであり、これが今後の裁判の基準として用いられたであろうことは想像に難くない。新しい裁判の基準が作り上げられたといってもよいであろう。

第三項 出訴最低額等に関する「相談書」

一 次の「史料6」は、出訴最低額等に関する「相談書」である。文政五年（一八二二）正月、「近來出訴之儀猥^{みだり}ニ相成、奉行之裏判を輕々敷相心得候段、不埒之事ニ候」と、輕率な出訴、惡質な出訴、巧妙な出訴などの濫訴の風をいましめる触書³⁴が出されたのをうけて、勘定奉行石川主水正（忠房）、松浦伊勢守（忠）は、同年閏年正月、出訴最低額の引上げ、廻り目安による出訴の不受理、水主雇前金の出訴期間制限等に関する次のような「相談書」³⁵を評定所一座に差し出した。

〔史料6〕

〔^{朱書}文政五年閏正月十一日、一座江相談之上、書面之通極ル〕

御相談書

石川主水正

松浦伊勢守

貸金銀売掛等之出入出訴之儀、近來猥ニ相成、今般御触も有之候ニ付て者、是まで貸銀錢五匁又者五百文より取上来候を、以来者金壹分又者銀拾五匁、錢壹貫五百文より取上、夫より以下之滯者目安ニ為相除、并廻り目安ニハ訴訟人同支配同領分之ものも書載来候処、右者其支配領主手限ニ而相済候支ニ付、是亦不取上、且又水主雇前金之儀、年数相立候を訴出候も有之候得共、雇前金者給金同様之趣意を以、本公事差日之裏判差出候儀ニ付、右鉢年数相立可訴出筋ニ無之候間、以来者出訴之年迄三ヶ年を限取上候方、取締可然哉、尤、右之通取

極候とも融通差支文二も相成申間敷哉と存候、依之、及御相談候、以上、

午 閏正月

「

二 「史料6」の勘定奉行の「相談書」の内容は以下の通りである。

(1) 貸金銀、売掛等の出入は近年乱れてきており、「そのため」今般御触も出されたことでもあるので、これまでに貸金銀については〔銀〕五匁、又は〔錢〕五百文以上〔を請求する訴え〕を受理してきたが、今後は金壹匁、銀一五匁、錢一貫文以上〔を請求する訴え〕は受理するが、それ以下の返済滞りについて〔の訴え〕は訴状から除かせる。

(2) 「廻り目安」⁽³⁶⁾には、訴訟人と同じ支配地、同じ領分の者も〔これまで〕書き載せてきたが、これはその地の支配人（代官、奉行等）や領主が自己の権限で処理できることであるので、これも〔今後〕受理しない。

(3) 水主雇前金については、年数が経ってから訴え出るものもあるが、雇前金は給金同様の趣旨であるところから本公事差日の裏判（目安裏判）を差し出している——つまり、本公事として扱っている——のであり、このように年数が経ってから訴え出るようなものではないから、今後は出訴期間を三年と区切って訴えを受理するよう、取り締るべきではないか。

(4) このように取決めても金銀の融通に支障をきたすことはないと思うので、〔ここに〕相談する次第である。

三 以上が、勘定奉行石川主水正、松浦伊勢守の「相談書」の内容である。この「相談書」には冒頭に、「文政五午年閏正月十一日、一座江相談之上、書面之通極ル」と朱書があり、⁽³⁷⁾両名の提案は、文政五年（一八二二）閏正

月一日に評定所一座で「相談」のうえ承認されたことが分かる。

〔史料6〕の「相談書」は、濫訴防止という政策的判断にもとづき提出されたものであった。この「相談書」の承認により、出訴が認められる最低額が、銀の場合は従来の三倍、銭の場合は従来の二倍に増額され、それ以下の額を請求する訴えは認められなくなるとともに、廻り目安も認められなくなり、水主雇前金についても出訴期限が三年と制限されることになった。「このように取決めても金銀の融通に支障をきたすようなことはない」と「相談書」では樂觀的な見通しが述べられているが、債権者にとっては心穏やかならぬ裁判基準の変更であつたと思われる。しかし、この新たな裁判基準は、その後の実際の裁判のなかで用いられたものと思われる。

これらの新基準のうち、出訴最低額に関する部分は、翌文政六年八月の兩名の「相談書」⁽³⁹⁾により補強提案がなされている。それによれば、文政五年の「相談書」(史料6)では、請求額が金一分以上の場合には訴えを受理するところがあるが、たとえば、金と銭を合計して金一分以上の請求額になった場合、その訴えを認めるとすると、その時々々の銭相場に左右され、「合計額の算定が」まぎらわしくなるので、出訴最低額は、異種貨幣を合わせた合計額で金一分になる場合は訴えを受理しないことにすべきとの提案がなされ、同年同月二日、評定所一座により評決された。⁽⁴⁰⁾この改訂された新基準もその後の裁判の基準として用いられたものと思われる。

これに対し、水主雇前金については、文政一三年(天保元年)(一八三〇)三月、勘定奉行曾我豊後守(助弼)、内藤隼人正(短佳)の「相談書」⁽⁴¹⁾により大きな変更が見られた。そこでは、水主雇前金が「普通之奉公人給金」とは性格を異にすることをふまえた次のような提案がなされている。すなわち、水主雇前金は、漁業渡世の者が村内または近村の百姓を、漁業の節のみ雇うため、前貸金としてまとまった金額を渡しておくものであり、それは給金か

ら返済することになっているが、返済がままならず古い前貸金の返済が滞ってしまう。この返済の滞った前貸金（水主雇前金）の返済を求めて出訴する期限を三年に限ってしまうと漁業渡世の者が難渋し、「漁業之衰微にも拘り可申哉にも相聞」えるので、水主雇前金は、「以前之取計に復し、以来ハ前書水主雇前金ハ三年ニ不限、其事実次第にて、年数相立候分も取上候方、可然哉と存候」という提案が両名からなされている。「相談書」によるこの提案は、同年同月一日、評定所で承認された。ここでは、水主雇前金については出訴は三年に限って受理するという文政五年閏正月一日に評定所一座により承認された新たな裁判基準が、三年に限らず事情によつては年数がたつても受理するという具合に、かなり柔軟な運用に方針転換しているように見えるが、「以前之取計に復し」とあるので、実質的には水主雇前金出入の出訴期限に関する新基準は撤廃され元に戻ったといつてもよいであろう。政策的判断により導入された水主雇前金に関する裁判の基準が必ずしも現実に適合的でなかったため、そのままの形では厳格な適用を維持することはできず、八年後には事実上廃止されてしまったのである。現実社会の実情の分析が必ずしも十分なされないまま、濫訴防止という政策目標に引きずられて作り上げられた裁判の基準は、短期間でその役目を終えることになった。

第四項 証人の代償義務に関する「相談書」

一 次の「史料7」は、貸金の借主が刑罰を科せられた場合の証人（保証人）の代償義務についての「相談書」と、それに対する返答書（下ヶ札）である。⁽⁴³⁾ 文政一〇年（一八二七）六月、証人を相手取り弁済を求める貸金出入の取り扱いに関する町奉行榊原主計頭（忠之）の「相談書」に対し、寺社奉行（四名）および相役の町奉行（一名）、

そして勘定奉行（二名）は「下ヶ札」で返答した。

〔史料7〕

「文政十亥年六月廿一日 評決

土井大炊頭殿

松平伊豆守殿

太田撰津守殿

堀 大和守殿

筒井伊賀守殿

御相談書

石川主水正

曾我豊後守

榊原主計頭

浅草寺地中遍照院地借
家主

訴訟人 伝 兵衛

一貸金滞出入

横山町老丁目
五人組持店
相手 新 兵衛

右伝兵衛儀、浅草御蔵前天王寺町清五郎店登龍江、去ル辰年十二月、右新兵衛を証人に取、金貳拾兩貸遣し、尤、壹ヶ月三拾兩ニ付壹分之利足を加へ可相済旨之証文取、金子貸遣候処、其後借主登龍儀旅行致し立帰不申

処、去ル午年正月中不屈之儀有之、拙者於御役所に吟味之上、遠島御仕置に相成候故、其俣打捨置候処、期月相立候て滞候ハ、証人立替可相済旨之文段有之候ニ付、新兵衛より元利不殘相済候様、同人相手取願出候間、右鉢借主御仕置に相成候後、証人江濟方申付候先例相糺候処、去ル寅年、先役永田備後守掛預ケ金出入、追々吟味之上、御一座相談済にて申渡候赤坂表伝馬町壱町目家持弥太夫煩ニ付代十兵衛、相手曹洞宗駒込吉祥寺末天徳院智堂外ニケ寺儀、貸方においてハ、寺号江寺印形居候証文故、寺附と心得罷在候段申立候得共、寺附之訳証文に無之、其上、寺判に無之旨本寺より申立候上ハ、我物に無相違、我物ハ金牛御仕置に相成候節、不殘欠所に成、天徳院も一旦上ケ寺に相成、法系相続無之上ハ、証人養国寺先住恵旭一旦一寺住職致し候節可相掛ハ格別、天徳院智堂、養国寺万孝、田中寺逸龍等江濟方可申付筋に無之間、出訴之趣不及沙汰候段、其段右一件之もの共江申渡候例有之候得共、相当とも不被存、猶例相糺候処、宝曆九卯年依田豊前守町方勤役中、同年八月七月初て公事之内、松屋町忠七店伊兵衛より芝中門前町清八店庄吉江貸金有之候処、同人儀先達て当御役所にて追放に相成故、証人芝浜松町三丁目市右エ門店藤吉を相手取願出候節、当人御仕置に相成候故、証人江可申付ものに可有之哉、糺之上可申付間、翌八日双方罷出候様申渡、翌日罷出候ニ付、当人欠落又ハ病死等に候ハ、証人江可申付候得共、本人御仕置に相成候上ハ、右貸金証人掛り之儀ハ不及沙汰段申渡、尤、以後共右之通可取計事と当御役所に書留有之、尤、右ハ其節評定所一座相談之上取極候事に候哉、其訳認無之故一般にハ難取計、然ル処、去ル辰年、深川永代寺門前町たよ儀、本小田原町清藏并証人本石町新兵衛を相手取、貸金出入拙者御役所江願出、吟味中、右清藏儀、其節之町奉行荒尾但馬守方にて吟味筋有之候者ニ付、右出入同人力江引渡候処、清藏儀ハ獄門御仕置に相成、貸主ハ一件落着之節、無構旨申渡、右金子濟方之儀ハ沙汰無之由、

同役伊賀守御役所に書留有之、証人江濟方申付候儀、借主出奔又ハ病死等とハ訳も違、本人御仕置に相成上ハ、於事実証人江濟方申付候てハ相当致間敷、殊に前文之両例も有之候二付、旁以右例に見合、伝兵衛出訴之趣ハ、不及沙汰段申渡、尤、以来之儀ハ右之通極置候方可然哉、右ハ一旦御相談済も有之候儀二付、此段及御相談候、下ケ札

御書面、借主登龍遠島御仕置に相成候儀にて、右ハ欠落又ハ病死等致し跡相続人無之類とハ訳違、証人江濟方申付候儀、事実相当とも難申、先例も区にハ候得共、証人江濟方不申付例多分に候間、旁御見込之通、伝兵衛出訴之趣、不及沙汰段、御申渡可然、依之、以来借主儀家財取上以上之欠所附候御仕置に相成候分ハ、証人江濟方不申付積り、取極置候方可然哉と存候、以上

寅六月⁽⁴⁴⁾

寺社奉行

筒井伊賀守

御勘定奉行

二 「史料7」の「相談書」で町奉行榊原主計頭はおよそ次のように述べている。

(1) 訴訟人伝兵衛は、登龍に対し金二十両を、一ヵ月三十両につき一分の利足を加えて返済する旨の証文をとって貸した。しかし、登龍が遠島の刑に処せられたので、伝兵衛は、弁済期限が過ぎて弁済が滞った場合は、証人（保証人）がたて替えて弁済する旨証文に記されていたことから、証人新兵衛を相手取って出訴した。

(2) そこで、借主が御仕置になった場合、証人への弁済を命じた先例を調べたところ、文政元年（一八一八）、先

役の永田備後守（正道）が預金出入につき評定所一座へ「相談」のうえ申し渡した例があるが、本件にふさわしい例とも思えず、なお先例を調べたところ、宝暦九年（一七五二）、町奉行依田豊前守（政次）が取り扱った事例——借主が追放となったため証人を相手取って出訴した事例——では、借主が欠落または病死等の場合は証人へ返済を申付けるが、借主が御仕置になった場合は、証人に請求することは認めないと判決を申し渡している。今後ともこの通りに取計らうべきことと、当奉行所の書留がある。もつとも、これは、その節評定所一座へ「相談」のうえ取決めたことなのか、その点について認めたものがないので、一般的なものとして取り計らうわけにはいかない。

(3) 文政三年（一八二〇）、深川永代寺門前町の「たよ」が、本小田原町の清藏ならびに証人で本石町の新兵衛を相手どって貸金出入で出訴してきた。その吟味中に清藏が獄門の御仕置になり、金子の弁済については特に沙汰はなかった由、同役の伊賀守の奉行所に書留がある。

(4) 借主が、出奔または病死等とは異なり御仕置になったのだから、事実において証人に弁済を申付けるのは相当ではない。右の例もあるので、それに見合わせ、伝兵衛出訴の趣旨は認められないと申し渡し、もつとも、今後については右の通り決め置いた方がしかるべきではないか。右は、いったん「相談」も済んだものであるので、この段「改めて」「相談」に及ぶ次第である。

三 以上が町奉行榊原主計頭の「相談書」の内容である。これに対し、寺社奉行らの「下ヶ札」の内容は次の通りである。

(1) 登龍は遠島の御仕置になったわけで、これは欠落または病死等で跡相続人がいないのとは訳が違い、証人へ

弁済を申付けるのは事実相当とも申しがたい。先例もまちまちであるが、証人へ弁済を申付けない例が多いので、見込みの通り、伝兵衛出訴の趣旨は認められぬと申し渡すのがよろしい。

- (2) これにより、今後は借主が家財取上以上の欠所(財産没収)が付加された御仕置を申し付けられた場合は、証人へ弁済は申付けない積りに取決めて置くのがよろしいのではないかと思う。

以上が寺社奉行らの「下ヶ札」の内容である。「史料7」の冒頭部分の記述から、この「相談書」に対する「下ヶ札」の原案は、勘定奉行石川主水正(忠房)、曾我豊後守(助弼)両名が作成して、寺社奉行土井大炊頭(利位)、松平伊豆守(信順)、太田摂津守(資始)、堀山和守(親壽)および町奉行筒井伊賀守(政憲)に示していたこと、そして、それが文政一〇年(一八二七)六月二一日、評定所において承認されていたことが分かる。そこでは、本件借主登龍が遠島に処せられたので、証人新兵衛に登龍の債務の弁済を求める訴訟人伝兵衛の請求は認められないことが承認されたのみならず、「今後は、借主が家財取上以上の欠所が付加された御仕置を申し付けられた場合は、証人へ弁済は申付けない」という点が承認されたことが注目される。従来、裁判の基準として評定所一座により承認されていたかどうか定かでない点を、今後の裁判基準として明確に承認したといってもよいであろう。この新たに承認された基準がその後の裁判において用いられたものと思われる。

四 金田平一郎氏は『近世民事責任法の研究』において、債務者が「刑事責任を負担することによって、その債務履行責任が解消するという制度が、徳川時代、相当一般に行われていた」と述べ、これを、「債務履行責任が刑事責任を以て代えられる」と表現している。⁽⁴⁵⁾ここでは債務者の債務履行責任の消滅が焦点となっている。これに対し本件では、証人(保証人)の弁済義務(保証債務)の免除が焦点となっていた。評定所一座は本件において、債務

者（借主）の受刑による「主たる債務の消滅」が保証債務の消滅を来たすことを明確に確認したものといえよう。

第五項 家質金の弁済期限に関する「相談書」

一 以上、奉行の「相談書」が評定所一座で承認された場合について考察した。このように、評定所一座の間で裁判上の基準——実体法上、手続法上の基準——が作られる場合のほかに、同役奉行の間で「相談書」により裁判上の一定の基準が作られることもあった。次の「史料8」は、嘉永二年（一八四九）四月の家質金の弁済期限に関する町奉行牧野駿河守（成綱）の「相談書」とそれに対する町奉行遠山左衛門尉（景元）の返答書である。『諸事留』嘉永二酉年四月「家質金百両有余済方日限極取候儀ニ付相談之事」に次のようにある。

〔史料8〕

「左衛門尉殿

牧野駿河守

家質金済方申付候儀、百両迄之日数而已ニ而、百両有余ハ見合日限可申付と有之御定ニ付、右之廉一座申合も可有之哉と取調候処、相見不申、綴込帳之内ニ別紙日割書有之候得共、元済等不相分候間、留役江申渡、評定所留記為取調候処、是迄右相談済ハ無之趣ニ付、両役所限之申合ニも可有之哉、貴様御役所ニ而相分候ハ、承知致し度、若御留記等も無之候ハ、別紙日割書不相当ニも相当ニも不相見候間、右江基、取極置申度、御問合旁別紙相添、御相談および候、

酉四月

家質金割合

一金三十兩以下	四十日限
一金三十兩ヨリ五十兩位迄	六十日限
一金五十兩ヨリ百兩位迄	八十日限
一金百兩ヨリ百五十兩位迄	百五十日限
一金百五十兩ヨリ二百兩位迄	百六十日限
一金二百兩ヨリ三百兩位迄	百八十日限
一金三百兩ヨリ四百兩位迄	二百日限
一金四百兩ヨリ五百兩位迄	二百廿日限
一金五百兩ヨリ六百兩位迄	二百四十日限
一金六百兩ヨリ七百兩位迄	二百六十日限
一金七八百兩ヨリ九百兩位迄	二百八十日限
一金九百兩位ヨリ千兩位迄	三百日限
一金千兩以上	十二ヶ月

右之通候得共、猶見合有之、

下ヶ札

御書面、家質金百兩有余濟方申付候割合、御差越有之候別紙之趣、拙者方ニも留記有之候二付、再応取調

候処、相談済之年月等難相分候得共、両御役所限之申合と相聞、明和安永度、右割合を以、濟方申付候例も多相見、不相当之儀も無之候間、右江基、御同様取極置可申候、依之、別紙返却及御挨拶候、

酉四月

遠山左衛門尉」

二 「史料8」の町奉行牧野駿河守の「相談書」は次のように述べている。

(1) 家質金の「済方」（弁済）を申付ける場合に、『御定書』には百両までの「日数」（弁済期限の日数）しか書かれていず、百両以上はそれに見合わせて「日限」（弁済期限）を申付けるべきであるとのことで、この件については評定所一座に申合わせがあるかと調べたが、何も見当らない。

(2) 綴込帳の中に別紙日割帳があったけれども、元済などが分からなかったため、評定所留役に話して評定所の記録（留記）を調べさせたところ、これまでこのような相談済はなかったとのことであり、両役所限りの申合わせではないのだろうか。そちらの役所で分かるのなら知りたいと思う。

(3) もし、記録等も無いということであるならば、別紙の日割書が不相当とも相当とも思えないので、これにもとづき「弁済期限を」取決めておきたく、御問合わせかたがた別紙を添えて相談に及ぶ次第である。

三 以上が町奉行牧野駿河守の「相談書」の内容である。牧野の「相談書」は、現在審理を担当している具体的事件の裁判のために「相談」に及んだものではなく、今後に備えての「相談」と見てよいであろう。牧野のこの「相談書」に対する遠山左衛門尉の返答書（下ヶ札）の内容は以下の通りである。

(1) 家質金百両以上の弁済を申し付ける場合の割合については、お届けの別紙の件は当方にも記録（留記）が

あるので調べてみたところ、「相談」済みとなった年月は分らないが、「南北」両奉行所かぎりの申し合わせと思われる。

(2) 明和、安永(一七六四―一七八〇)のときにこの割合で弁済を申し付けた例も多く見られ、不相当ということもないので、右の割合にもとづき同様の取り決めをすべきである。

四 以上が遠山左衛門尉の返答書の内容である。ここで注目すべきは、牧野駿河守が、綴込帳の中にあつた家賃金百両以上弁済日割書が、評定所一座での「相談」済みであるという記録がないことから、「南北両役所限りの申し合わせではないのだろうか」と思いをめぐらせていたのに対し、遠山左衛門尉は、牧野が示した弁済日割書は、「南北両役所限りの申し合わせと思われる」と、より強く断定的に述べていることである。遠山の言葉は町奉行所限りでの裁判基準の設定ということもありうることを示している。そして、そのうえで遠山は、牧野が示した日割書に対し、「不相当ということもないので、右の割合にもとづき同様の取り決めをすべきである」と賛同の意を示している。『御定書』に規定が欠けていた部分について、両奉行の「相談」により弁済期限(日限)に関する基準が明確にされたのであり、制定法の欠缺をうめるために、「相談書」による「相談」により新たな基準が設定されたものといえよう。この基準にもとづき両奉行は、その後の裁判において、百両以上の家賃金の弁済日限(期限)を申し渡したものと思われる。同役奉行間における新たな裁判基準の創造といってもよいであろう。

五 以上、第三節では民事的事件における奉行たちによる裁判基準の創造について述べてきた。これらの裁判基準について老中に上仰し了承を求めたことを示す史料は、今のところ見つからない。裁判の基準については、一定の範囲で老中に何わず奉行たちの手で創造・決定することも認められていたのではなかろうかと思われる。

第四節 「相談書」と法曹官僚

一 以上、奉行たちによる「相談書」について見てきた。奉行たちが「相談書」による「相談」により評定所一座や同役奉行と合意を形成し、新しい裁判基準を作り上げてきたことが理解されよう。ただ、その背景には評定所留役をはじめとする法曹官僚たちが大きな役割を果たしていたことも忘れてはならない。〔史料9〕は、債務者が処罰された場合の証人（保証人）の代償義務に関し、評定所の留役組頭が町奉行より意見を求められたことに対する返答書である。『新張留鈔』文政九戌年十二月「借主御仕置に相成候節、証人江濟方申付候儀之事」に次のようにある。なお、叙述の便宜上、四つの文書からなる史料の各文書に、それぞれ「文書1」、「文書2」、「文書3」、「文書4」と肩書を付けた。

〔史料9〕

「文政九戌年十二月

「文書1」

浅草寺地中遍照院地借

家主

訴訟方

伝 兵 衛

横山町壹丁目五人組持店
相手方 新 兵 衛

右伝兵衛儀、去ル辰年、新兵衛を証人に取、浅草天王町登龍江金子貸遣し、若滞候ハ、証人立替可済旨之証文取置候処、同午年正月中、登龍遠島被仰付候ニ付、右新兵衛を相手取済方願出候処、借主御仕置に相成候上ハ、証人江済方御申付相当とも難申哉ニ付、存寄之趣御承知被成度由に御座候、

「文書2」

此儀、別紙式冊一覽仕候処、先例区々に候得共、借主欠落等ハ見当次第可掛と之儀も有之候得共、追放以上之御仕置に相成候ものハ、可掛期も無之候迎、証人江済方被仰付候儀、無謂儀にも無之、既明和六丑年、借主病死又ハ跡株無之、証人を相手取貸金滞出訴いたし候節、証人より弁済可致旨之文段無之節、済方之儀其節之町奉行牧野大隅守殿江、御勘定奉行安藤彈正少弼殿より御掛合御座候処、弁済可致文言無之証文に候とも、証人に相立候儀分明においてハ、済方御申付候積御挨拶有之、尚、去ル卯年、貸金銀出入之内、借主滞候ハ、之文言ハ、本人存在にて済方差支候節之儀に可有之、本人出奔いたし相続人等無之御申立候分ハ、本人住所相知次第可掛期も有之、猶更之儀ニ付、以来本人故障有之候ハ、証人より弁済可致旨之文言有之証人ハ、本人出奔いたし証人江相掛訴出候とも取上、済方申付、右文言無之証文を、借主病死又ハ跡株無之候として証人相手取訴出候分ハ、都て御取上に不及哉之段、御一座江御相談御座候処、一体証人掛之儀、金銀貸出候もの共、右返金滞候節如何様とも取計可申為之証人に可有之、引受之文言無之候として済方不被仰付候てハ、証人取置候詮無之、尤、証人ハ其身一代限、借主ハ病死、出奔等いたし候とも、家株有之候得ハ、其子孫迄も相懸ク、相続人無之分証人引受可申との文言無之候とも、証人に相立候と之趣意相糺、可引受筋に候ハ、済方被仰付候方可然哉、且、家蔵書入金之儀、貸金銀同様之御裁許に可被仰付候旨、先年町触有之、

今度右之通、引受之文言無之候得ハ御取上に不及方に相成候ハ、金銀貸出候もの之心得も可有之候間、先年之振合を以、町触にても無之ハ、金銀貸出候もの共難儀可致、併右之通相成候ハ、世上貸金銀融通差支候様成行可申も難計、不穩儀候間、是迄從來取扱候通、本人故障有之候ハ、之文言に無差別、仮令証人引受之文言無之候とも、御吟味之上済方被仰付候方可然哉之段、御挨拶有之、右之通相極并安永三年、曲渕甲斐守殿町奉行御勤役之節、南本所番場町清右衛門より武州荏宿村源太左衛門外拾人を相手取、先納金出入出訴および候節、一体ハ相手方地頭松田伊織借用金に候得共、同人ハ其以前出奔いたし断絶および候処、証文ハ村方借二付、御一座御裏判に相成、御吟味之上御裁許被仰渡候先例有之候得共、今般之伝兵衛江引当相当とも難申、依之、勘弁仕候処、一体貸借之儀ハ、素々相對にて実意之取引に候間、欠落又ハ病死等にて欠所に相成候とは訳違ひ、追放以上之御仕置に成候得ハ、前書当人滞候節并済可致旨之文言に泥、証人江掛り候筋ハ有之間敷候間、証人江済方不被仰付方、事実相当可仕哉に奉存候、右ハ一同評議仕申上候、以上、

戌十二月

町田茂七郎

山田周藏

青山九八郎

市川文助

鈴木栄助

土屋鉄四郎

三輪満蔵

中川又右衛門

「文書3」

書面、借主御仕置に相成候節、証人江濟方申付有之候儀ニ付、町奉行衆両組与力見込書一覽仕候処、私儀、留役八人連名存寄書と同意に御座候、尤、右之通相成候てハ金主之もの危路ミ、往々貸金差支、不融通にも可相成と之儀、尤にハ候得共、御仕置相成候もの証人江濟方被仰付候儀、追々下々にて相心得候ハ、容易に証人に相立候もの無之様可相成との論も有之、右ハいつれにいたせ、強く之差響にも相成申間敷哉ニ付、以来、御仕置に相成候もの、借金、証人江濟方ハ不被仰付積、御一座御相談之上御取究御座候方、可然哉に奉存候、(本文之別紙式冊ハ欠ク)

中野又兵衛

浅井金八郎

川路弥吉

「文書4」

別紙書付類一覽仕候処、いつれ共御多評次第之儀に付、強て之存寄無御座候得共、一体証人之儀ハ、譬ハ借主左迄慥成もの等に無之候とも、証人有之候ハ、証人を目当にいたし貸遣し候儀にて、其上、証人に相成候もの、身分に取候ても、其身を目当にいたし貸呉候儀に候を、借主違変有之候逆、更に差構不申候てハ、如何にも貸主江対し不実之儀に有之、殊に借主家跡退転いたし候分ハ、一般に濟方被仰付候事故、御仕置に

相成候ものに候迎、更に差別ハ有之間敷候間、主計頭殿与力存寄之方相当と奉存、尤、御仕置に相成候もの欠落もの等差別無之段候ハ、御定書に、御仕置もの又ハ欠落もの欠所之節、当人貸置候金子并売掛金手形帳面等有之候とも、借主より不及上納と有之候事、

（氏名欠ク）

二 「史料9」を一読すると、事件の訴訟当事者（訴訟方伝兵衛、相手方新兵衛）、事件の関係者（借主登龍）および事件の内容（証人に対する弁済請求を認めるかどうかの件）が「史料7」と同一であることから、「史料9」が、「史料7」の「相談書」が問題にした事件と同一事件に関する文書であることが知られる。「史料7」の事件は、借金の借主登龍が遠島に処せられたので、貸主伝兵衛が証人新兵衛を相手取って、弁済を求める訴えをおこした事件であった。事件の担当奉行である町奉行榊原主計頭（忠之）はこの事件の処理につき、文政一〇年（一八二七）六月、「相談書」を作成している（史料7）。その前年の一二月、榊原はこの事件の扱いについて評定所留役の意見を求めたものと思われる。榊原の意を受けた与力は、事件の概要と両町奉行所与力の意見書（見込書）を記したと思われる二冊の帳簿を添えて、評定所留役組頭の中野又兵衛に書状を送った。それが「文書1」であると思われる。書状と二冊の帳簿を受け取った中野は、町奉行の意向を評定所留役たちに伝え、二冊の帳簿を彼らに示して意見を求めたものと思われる（「文書2」）。

それに対し評定所留役八名は、証人の代償義務に関する先例を検討し、それらは本件に適切な先例ではないとして、次のような結論を一同評議の結果として組頭中野に答申した。すなわち、「金銭貸借はもともと当事者間の実

意にもとづく取引であり、借主が欠落または病氣等で欠所になったのとは訳が違い、追放以上の御仕置になったのであるから、証文の弁済文言に拘泥して、弁済を求めて証人を訴えるという筋合のものではないので、証人に弁済は仰せつけられないのが相当であると存じます」と(文書2)。そこで組頭中野は、答申に示された右の留役八名の意見と両町奉行与力の意見書(見込書)を比較検討し、「私は留役八名の意見に同意できます」と述べ、その線で評定所一座と御相談のうえ取り決めるのがよろしいでしょうと、他の上級留役と思われる二名の者と連名で返答している(文書3)。これをうけて榊原は、二つの先例を引き合いに出しつつ、評定所留役の意見と同旨の考え方にもとづき、翌年の「相談書」を作成していた(史料7)参照)。

三 組頭中野は返答書(文書3)で、上記のように、町奉行所与力の意見は採用しなかった。返答書には、証人への弁済請求を認めないと貸主が貸金回収を危ぶみ、金融が不融通になると与力が主張していたことが記されていた。こうした与力の主張は、作者不詳の文書(文書4)からもうかがわれる。そこには、「貸主は証人を目当てにして(信用して)金を貸すのであり、借主に違変があつたからといって弁済させないのは不実である。ことに、借主の家が退転した場合は、一般に弁済を申し付けるゆえ、御仕置になった者だからといって差別するというのはあたらないので、町奉行主計頭与力の意見が相当と思う」と、貸主の立場に配慮した与力の意見があつたことが記されている。ここには、債務者(借主)が御仕置になったからといって証人の弁済義務(代償義務)は消滅しない、という考え方がうかがわれる。証人の代償義務は債務者の主たる債務の存在が前提となっていることを考えると、この考え方は、御仕置により債務者自身の債務は消滅しない、という見地に立っているのかも知れない。もしそうであるとすると、この考え方は、刑事責任と民事責任は別個のものであるという注目すべき考え方をとっていたの

かも知れない。⁽⁵⁰⁾

しかし、この意見が評定所留役や組頭たちに採用されることはなく、町奉行榊原の「相談書」にも採用されなかった。榊原は配下の与力の意見は採用せず、評定所留役、組頭等、評定所の法曹官僚の意見をふまえて「相談書」を作成し、それにもとづき評定所一座の合意を形成していたことが〔史料7〕、〔史料9〕から分かる。

こうしてみると、奉行たちによる裁判の基準の作成にさいし、評定所留役たちの果たした役割は大変大きかったといえよう。奉行たちの「相談書」およびそれにもとづく評定所一座の「相談」の背景には、こうした評定所留役たちの意見提供によるサポートがあったのである。⁽⁵¹⁾

なお、本件では町奉行所与力の意見は取り入れられなかったようであるが、裁判の基準の形成に与力が果たした役割も決して小さくないように思われる。⁽⁵²⁾

第五節 「申合」「申合書」

一 評定所一座あるいは同役奉行間の協議により裁判の基準が作り上げられるものとして、「相談書」によるもののほかに、「申合」「申合書」によるものがあつた。〔史料10〕は、寺社奉行松平右京亮（輝延）からの問題提起にもとづく預け金の裁判上の取り扱いに関する奉行間の「申合書」である。『同役一座申合』四、八「申合書」⁽⁵³⁾に次のようにある。

〔史料10〕

申合書

松平右京亮

拙者共方ニ而前々より預ケ金出入、本公事又者金公事差日遣し候も有之、町奉行、御勘定奉行ニ而も区々ニ相見候得共、預ケ金者本公事差日之初判差遣候方相当ニ付、右両奉行江も懸合候処、天明度以来之処ニも金公事差日遣し候も有之、当時扣訴状等も無之、不相分候得共、預ケ金者本公事差日之初判差出候心得ニ罷在候段、申聞候間、以来、公事銘預ケ金出入といたし差出候とも、訴状文段ニ而貸金之訳相分候分者、公事銘も貸金出入と為相直、金公事差日ニいたし、全ク之預ケ金ニ候ハ、本公事差日之初判差遣候積、

右之通、文化十四年五月九日、於

御城申合候事、

二 「史料10」の「申合書」の内容は次の通りである。

- (1) 寺社奉行たちは預ケ金出入を、本公事または金公事取扱日出廷⁽⁵⁴⁾（「本公事又者金公事差日」）の扱いにした——すなわち、本公事または金公事扱いにした——こともあり、町奉行、勘定奉行でも扱いにバラつきがあるように見えるが、本公事取扱日出廷を命じる初判（目安裏判）を出すのが相当であるので、両奉行に懸け合ったところ、天明以来のところでも、金公事取扱日出廷を命じる初判を出したこともあった。

- (2) 現在、扣の訴状などもなく分らないが、預ケ金は本公事取扱日出廷を命じる初判を出す心得であるということであるので、今後は公事銘を預ケ金出入として訴状を提出しても、訴状の文言から貸金と分かるものは、

公事銘を貸金出入と改めさせ、金公事取扱日出廷とし、全くの預け金の場合は本公事取扱日出廷を命じる初判を出すつもりである。

三 以上が寺社奉行松平右京亮からの問題提起にもとづく「申合書」の内容である。この「申合書」は文化一〇年（一八二三）五月九日、江戸城内で評定所一座により承認されていることが〔史料10〕から知られる。

ここで承認された「申合」は、一定の金銭債権の裁判上での取り扱い区別に関するものであり、その区別如何により、第三節第二項で述べたように、債権の法的保護が大きく異なる結果になる。この「申合」は、従来、取り扱いにバラツきのあった金銭債権について、その取り扱いに関する裁判上の新しい基準を導入したものと云ってよく、その意味で新たな裁判基準の創造ということができよう。⁽⁵⁵⁾

四 各種の江戸幕府裁判関係史料、法曹官僚の手控等には、裁判の基準を定めた奉行の「申合」が数多く見られる。この点では「申合」は「相談書」にもとづく合意と類似しているところがあるといえよう。とすると、両者の違いは何かという問題が湧いてこよう。

「申合」には裁判の基準に関する「申合」のみならず、行政に関する各種の「申合」も見られた。⁽⁵⁶⁾ 奉行所が裁判所であると同時に行政庁でもあり、奉行が裁判官であると同時に行政官でもあったことからすると、このことは当然のことともいえよう。⁽⁵⁷⁾ そして、行政に関する「申合」が数多く見られたのと同様、行政に関する「相談書」も数多く見られた。⁽⁵⁸⁾ このように見てくると、「申合」、「申合書」と「相談書」、「相談」とは大きな差はないように思われてくる。

さらに注目すべきは、「相談」、「申合」という語が同一史料の中で以下のように使われていることである。

(1) 享保一四年(一七二九) 一二月「借金銀裁許申合之事」は、借金銀、買掛金等の裁判上の取り扱いに関する四ヶ条からなる書付であるが、その末尾に、「右之通、一座相談之上、相極候事」とある。⁽⁵⁹⁾

(2) 元文三年(一七三八) 四月「質地之儀二付一座申合書付」は、質地の裁判上の取り扱いに関する四ヶ条からなる書付であるが、その末尾に、「右之趣、一座相談之上相極之」とある。⁽⁶⁰⁾

(3) 寛保元年(一七四一) 七月「御代官所并私領寺社領之もの欠所取計方之儀二付評定所一座申合書付」は、欠所の取り計らいについての一ヶ条からなる書付であるが、その末尾に、「右之通、寛保元酉年七月、評定所一座相談之上、相極ル」とある。⁽⁶¹⁾

上記(1)(2)(3)の史料の表題にはいずれも、「申合之事」、「申合書付」とあり、末尾にはすべて、「一座相談之上相極」とある。このように見えてくると、「相談」と「申合」とは実質的に同じ事柄に関する表現であり、プロセスとして「相談」が先にあり、その結果として「申合」ということがあったというようにも思われる。元禄九年(一六九六) 五月一四日の預り金等に関する出訴最低額を定めた「覚」⁽⁶²⁾の末尾に、「右之通、評定所一座相談之上申合之事」とあることから、そのことがうかがわれる。本稿では奉行たちによる裁判基準の創造について考察してきたが、そのためには「申合」も考察の対象に含めるべきという考え方もあり得よう。しかし、「申合」からは合意された裁判の基準は知り得るが、何が問題で、どのような理由からこの基準が作られたのかは知ることができない。そこで本稿では、そのことを知りうる「相談書」に焦点を当てて考察した。

第六節 結びにかえて

一 以上述べたところから知られるように、江戸幕府の三奉行たちは「相談書」により裁判に関するさまざまな問題について「相談」し、裁判における判断の根拠となる基準を決めていた。それらは以下のように、多様な形で行われていた。

- (1) 従来の規定に欠陥・不備があり、先例も不適切であったので、新たに裁判の基準となるものを作り上げた（「史料1」の事例）。
- (2) 従来、百姓について基準を定めたものが存在しなかったため、新たに裁判の基準となるものを作り上げた。法の欠陥を補填するものということもできよう（「史料2」の事例）。
- (3) 過去の判例の不統一を問題視し、今後の裁判における統一した判断を確保するため、あらかじめ裁判の基準を統一した（「史料3」の事例）。
- (4) 前例のない事案の裁判にさいし、今後の裁判のことを視野に入れて一般的な判断基準を作った（「史料4」の事例）。
- (5) 『御定書』の規定に明確な基準が記載されていない事柄について、裁判上の判断基準を明確にした。法の欠陥を補填するものということもできようが、時代の変化に伴う法の補充ともいえそうである（「史料5」、「史料8」の事例）。
- (6) 政策的判断から、今後のために従来とは異なる判断基準を導入した（「史料6」の事例）。

(7) 従来の基準が明確に確認されたものであったかどうか定かでなく、先例もまちまちであるので、明確な判断基準を設けた（『史料7』の事例）。

このうち(1)の事例は、老中の指示により御定書掛りが作成し、老中に承認されて出来上がった規定の欠陥・不備を改める新たな基準の提案であったため、評定所一座の承認を経たのち、担当奉行より判決原案とともに新しい基準を老中に伺うことが予定されていたが、本文で述べたように、老中の承認により新しい基準が発効することになったと見て大過ないであろう。(2)の事例についても、老中の承認のもと新しい基準が発効することになったと思われる。(3)～(8)の事例については、新しく作り上げた基準について老中の承認を求めたことを示す史料は見つかっていない。奉行たちは「相談書」にもとづき評定所一座で、ときには相役同士で「相談」・合意のうえ、彼らの権限で新たな裁判基準を作ること、裁判基準を確認・統一することも一定の範囲で可能であったと見てよいのではあるまいか。これを本文では奉行による裁判基準の創造と呼んできたが、「裁判官による法創造」と呼ぶことも可能であろう。江戸幕府の評定所、三奉行所の裁判では、『法典』、書付、触等の制定法や判例法（先例）のみならず、奉行たちが今後の裁判のために作り上げたこうした判断基準も重要な役割を果たしていたように思われる。「裁判官による法創造」にもとづき奉行たちは、同種の事案には同種の判断を下すべく努めたものと思われる。こうした「裁判官による法創造」にさいし、評定所留役等の法曹官僚が大きな役割を果たしていたことは忘れてはならないであろう。

なお、町奉行については、同役の町奉行との「相談書」による「相談」の結果、新たな判断基準について合意している事例が見られたが、それを三奉行、評定所一座まで広げて合意した形跡は見られない。差し当たり町奉行所

間での裁判基準の統一で間に合っていたのかも知れない。⁽⁶³⁾ 幕府法秩序の複合性ともいえるべき。⁽⁶⁴⁾

二 ここで注目すべきは、ロン・L・フラアの判例法と制定法に関する次のような記述である。「判例法は現実の紛争に対する判決から生まれる。それは前もって事件を解決するためのルールを定めるのではなく、紛争が裁判所に提起されて判決が求められるのを待つ。これに反して、制定法は未発生の事件を見越して一般的ルールを定める⁽⁶⁵⁾」。これによれば、たとえば、「史料6」の出訴最低額に関する「相談書」により今後の民事紛争に備えて作り出された裁判基準は、判例法ではなく、「前もって事件を解決するためのルールを定め」たもの、「未発生的事件を見越して一般的ルールを定め」たもの、すなわち制定法であったということになる。「史料5」の金公事本公事の区別に関する「相談書」や、「史料8」の家質金弁済期限に関する「相談書」にもとづき合意された裁判における判断基準も、現実の具体的事件に対する判決のなから新しく生まれてきたのではなく、今後の事件の裁判のために、具体的事件とはかわりなく、事前に判断基準を定めておくというものであった。フラアによれば、これらはいずれも制定法ということになる。ただ、彼は現代の法を念頭に置いて述べているので、近世日本社会に置きかえろと、マックス・ウェーバーのいう「行政規則」と呼ぶのがよりふさわしいのかも知れない。⁽⁶⁶⁾

これに対し、同じ「裁判官による法創造」とはいっても少し趣を異にするものもあった。それは、たとえば、「史料1」の鶴殺生等の刑に関する「相談書」や「史料4」の債務者の日限証文（弁済証文）の名義書替に関する「相談書」に見られるように、具体的事件の裁判とのかかわりで、裁判の判断基準を裁判官一同で「相談」のうえ決めることもあったということである。⁽⁶⁷⁾ これは、現代の最高裁判所大法廷で新しい判例が作り出される場合の、裁判官一同の事前合議による合意形成を思い起こさせるものがある。これらの事例で評定所一座により承認された新

たな裁判基準は、「制定法」と呼ぶよりは「判例法」と呼ぶ方がふさわしいであろう。近世日本の「裁判官による法創造」には、「制定法創造」的側面と「判例法創造」的側面があったのである。近世日本の奉行が裁判官であると同時に行政官でもあったことが、こうした法創造の二面性を生み出したものといえよう。⁽⁶⁸⁾

三 近世日本の複合国家を構成する領主制国家は「家父長制的家産制国家」と呼ばれている。⁽⁶⁹⁾この家父長制的家産制国家の君主の法創造についてマックス・ウェーバーは興味深い叙述をしている。⁽⁷⁰⁾それによれば、家父長制的家産君主の法創造とは、君主や君主の裁判を拘束する請求権を他の人々に与えることなく、自由裁量による命令を発したり、官吏に対する一般的指令を内容とする行政規則を発することにほかならなかった。行政官であり、かつ裁判官であった官吏は、この行政規則にもとづき被支配者の紛争を裁判により解決することが求められた。そこでは客観的法や主観的権利の概念は存在しないので、被支配者が裁判において自分の利益にかなう一定の判定を受けるということは、客観的な法によって保障された彼の主観的権利にもとづくものではなく、行政規則の事実上の反射効にすぎなかった。

近世日本についていえば、江戸幕府の『御定書』や他の制定法は、こうした家父長制的家産君主による法創造の産物といえよう。⁽⁷¹⁾ただ、近世日本においては、君主の命令としての法、君主の行政規則としての法や先例だけでは裁判が十分機能しないと判断される場合は、官吏たる裁判官は新たな裁判基準を独自に創造して現場の必要性に対応していたといえよう。近世日本においては、君主による法創造や先例のみならず、それを補う「裁判官による法創造」が裁判において重要な役割を果たしていたということができよう。それは新たな判例法の創造であるのみならず、ときには「制定法の創造」⁽⁷²⁾ともいえる性格のものであった。近世日本の裁判官はこうした二種類の法創造を担

う裁判官であった。近代以降の司法制度の確立過程のなかでこうした「裁判官による法創造」はどのような歩みをたどるのだろうか。興味のあるところである。

四 最後に今後の課題について若干触れておきたい。それは、まず、制定法規が少なく判例法の発達もほとんど見られなかったといわれる出入筋の分野において、「裁判官による法創造」にもとづき作り上げられた裁判基準が、実際の裁判のなかでどのように用いられていたのかを明らかにすることである。本文では、「裁判官による法創造」により作り上げられた裁判基準が、「その後の裁判において用いられたものと思われる」、あるいは「今後の裁判の基準として用いられたであろうことは想像に難くない」と、くり返し述べてきた。しかし、これはあくまでも推定にすぎず、実際の裁判においてこれらの基準が現実に応用されていたのかどうかは、史料を丹念に渉猟して実証していくほかに道はない。

たとえば、第三節第四項で明らかにした文政一〇年（一八二七）の証人（保証人）の代償義務に関する裁判基準、すなわち、「今後、借主が家財取上以上の欠所が付加された御仕置を申し付けられた場合は、証人へ弁済は申し付けられない」という裁判基準は、その後の実際の裁判においてどのように用いられていたのだろうか。これについては『目安秘書』に、天保八年（一八三七）、借主が中追放の御仕置を申し付けられたため、貸主が証人を相手取って貸金の弁済を求める訴えを提起した貸金出入の裁判で、上記した文政一〇年の裁判基準にもとづき、証人には弁済を申し付けぬ旨の判決が申し渡されることになったことが記されている。⁷³⁾

実際の裁判において、こうした過去に評定所一座が「相談書」により合意をした裁判基準にもとづき判決が申し渡されるというのは、極めて例外的なことなのだろうか。それとも広く見られたことなのだろうか。このことを明

らかにすることにより、「裁判官による法創造」により作り上げられた裁判基準が江戸幕府の裁判のなかで現実にとのよう位置を占めていたのが明らかになるであろう。こうした今後の課題を追求することにより、橋本誠一氏や神保文夫氏、高塩博氏が提起した問題について改めて考えていきたい。

橋本氏は、前近代日本では民法典など体系化された法典はまだ整備されていなかったもので、民事訴訟（裁判）では、大前提たる法規に小前提たる事実をあてはめて結論を導き出すという判決三段論法はとりえず、事実から結論を導くという二段論法がとられたとされる⁽⁷⁴⁾。神保文夫氏は、幕府の出入筋の裁判は一般的・抽象的規範によってではなく、個別的事案に即して判断された具体的規範——氏によれば、「不文法」——を当該事案に当てはめて結論を導く⁽⁷⁵⁾というものであり、そこでは「もっぱら結果の個別的・具体的妥当性のみが追求された⁽⁷⁶⁾」とされる。氏によれば、出入筋においては内済が奨励され、⁽⁷⁷⁾当事者間の権利関係を明らかにすることは裁判の目的ではなかった。高塩博氏は、従来の研究状況について強い疑問を抱き、次のように述べている。すなわち、従来の研究によれば、出入筋については内済が奨励され、裁判においては判断基準が未発達なので、事案ごとの具体的妥当性を判断するという場当たり式判決を出しており、それゆえ、江戸時代において人々の権利意識が低く「法」觀念の発達が妨げられたと解釈されてきた、と。このような従来の見解に対する批判的理解に立って氏は、「民事実体法を含む『公事訴訟取捌』という幕府制定法の存在を知った今、出入筋をめぐるこのような見解は再検討されるべきであろう⁽⁷⁹⁾」と述べている。

上に述べた今後の検討課題を遂行することにより、——そして、『御定書』の民事規定の運用に関する従来の研究成果をも踏まえつつ——、この三氏の見解との対話を深め、近世日本の法と裁判について改めて考えることがで

さればと思っている。⁽⁸⁰⁾

註

- (1) 平松義郎『近世刑事訴訟法の研究』創文社、一九六〇年、五三八頁。なお、平松「徳川禁令考後集解題」(『徳川禁令考』後集第一)、三浦周行『法制史の研究』岩波書店、一九一九年第一刷、一九七三年第七刷、一二四頁、同『続法制史の研究』岩波書店、一九二五年第一刷、一九七三年第三刷、三一七頁、中田薫『法制史論集』第三卷下、岩波書店、一九四三年初版、一九七一年、一一五八頁、小出義雄「御定書百箇條編纂の事情について」(『史潮』第四年第三号、一九三四年、一二九頁)、高柳真三「享保の改革と御定書」(『日本歴史』五三号、一九五三年、二三頁)、石井良助「公事方御定書の制定のこと」(石井『第五江戸時代漫筆』自治日報社、一九六七年、一六三、一六四頁)、服藤弘司「公事方御定書の性格——主としてその編纂事由に着目して——」(『社会科学の方法』第一〇巻九号、一九七一年、七頁)、武藤和夫「公事方御定書について」(『三重史学』第五号、一九六二年、三三三頁)、安高啓明『新釈犯科帳』(二)長崎奉行判例集、長崎文献社、二〇一一年、一四、一五頁等参照。
- (2) 牧英正・藤原明久編『日本法制史』青林書院、一九九三年、二二四頁(牧英正氏執筆)。
- (3) 平松・註(1)『近世刑事訴訟法の研究』五六八頁。
- (4) 平松・同上、服藤弘司『刑事法と民事法』創文社、一九八三年、七四、七七、八二、八五、一〇六頁、浅古弘・伊藤孝夫・植田信廣・神保文夫編『日本法制史』青林書院、二〇一〇年、一七九頁(神保文夫氏執筆)等参照。なお、薮利和氏は『御定書』下巻がさまざまな形で「改廃」されていたことを実証的に明らかにした(数)〔『公事方御定書下巻』の改廃について〕(二)～(四)完〔法学〕第四三卷第二号、第三号、第四号、第四五卷第二号、一九七九年、一九八一年)。これをうけて服藤弘司氏は、「公事方御定書」が幕末まで金科玉条性を確保し続けたとは称し得ない」と述べており(服藤・『公事方御定書』研究序説——『寛政刑典』と『棠陰秘鑑』収録『公事方御定書』——創文社、二〇一

〇年、一三五頁）、神保文夫氏も、「『公事方御定書』は金科玉条視されたというようにいわれますけれども、実は判例その他によって実質的にかなり修正を加えつつ、法が発展していったといえるように思われます」と述べている（神保『近世法実務の研究』下、汲古書院、二〇二二年、六七四頁）。

- (5) 服藤・註(1)「公事方御定書の性格——主としてその編纂事由に着目して——」九頁、服藤・註(4)『刑事法と民事法』五五、九六頁、石井良助・服藤弘司編『御触書集成目録』解題、岩波書店、二〇〇二年、四四頁（服藤弘司氏執筆）。なお、この説に対する批判的見解としては、高塩博『江戸幕府法の基礎的研究』論考篇、汲古書院、二〇一七年、一二七頁がある。

- (6) 高塩・註(5)『江戸幕府法の基礎的研究』論考篇、序言、一〇〇—一〇一七頁、特に一〇五、一〇六、一一六頁、高塩「『公事訴訟取捌』の成立過程について・補考」（『法史学研究会会報』第二五号、二〇二一年、五九頁）、高塩「勘定奉行杉岡佐渡守と幕府法の編纂」（『国学院雑誌』第二二四卷第一〇号、二〇二三年、二二頁）。

- (7) 吉田正志氏は、この「公事訴訟取捌」は幕府制定法、『法典』ではなく、「評定所留役などの裁判実務役人の手で私的に編纂・増補された幕府法律書」であるとする（吉田「高塩博著『江戸幕府法の基礎的研究』《論考篇》《史料編》」（『法制史研究』六八号、二〇一八年、一八〇頁）。

- (8) この点については、高塩・註(5)『江戸幕府法の基礎的研究』論考篇、序言を参照。

- (9) 神保文夫『近世法実務の研究』上、汲古書院、二〇二一年、三二三頁。なお、この点については、平松義郎『江戸の罪と罰』平凡社、一九八八年、二五、五九頁、同「裁許留（解題）」（『近世法制史料集』第一卷、二五頁）をも参照。

- (10) 神保・註(9)『近世法実務の研究』上、四五頁。出入筋の裁判において個別具体的妥当性が追求されたこと、判例法も発達しなかったことについては、平松・註(9)「裁許留（解題）」二五頁をも参照。

もつとも、神保文夫氏は、「出入筋の裁判の性格に対するこのような評価は、おおむね妥当なものであろうと考えるが、ただこれは出入筋の裁判でも主として本公事についていえることであって、金公事の場合は、担保物の処分等を伴わない単純な給付訴訟が多かったと思われるから、法規と証拠に基づく画一的裁断という処理には比較的なじみやすいもの

であったと考えられる」とも述べている(神保・註(9)『近世法実務の研究』上、四五頁)。

- (11) 藪・註(4)『公事方御定書下巻』の改廃について(一)、三八頁。

- (12) 和仁かや「近世前期の評定所裁判——『公法纂例』にみる判断のあり方——」(藤田覚編『幕藩制国家の政治構造』吉川弘文館、二〇一六年、四三頁)。

- (13) 国立国会図書館所蔵。なお、本史料および以下の史料では、須、連、与、与、茂は、それぞれ「す」、「れ」、「より」、「と」、「も」とした。なお、『徳川禁令考』後集第二、五二〜五四頁「御留場外二而殺生いたし候者御仕置当相談書」も同じ史料であるが、次註で述べるように、年代表記に誤りがあるので『評定所新張紙留』の史料を引用した。『張紙留』文政八年(嘉永四年七月(国立公文書館所蔵)百四十九「御留場外二而鶴殺生いたし候一件御仕置当り」をも参照。

- (14) 服藤弘司氏は、『史料1』に見られる佐橋長門守を京都町奉行と解しているが(服藤・註(4)『公事方御定書』研究序説——『寛政刑典』と『棠陰秘鑑』収録「公事方御定書」——三四二、三四三頁)、賛成できない。佐橋長門守は勘定奉行と解すべきであり、したがって、『史料1』は勘定奉行の「相談書」と解すべきであろう。その理由は以下の通りである。

- (イ) 服藤氏は、『徳川禁令考』後集第二所収の史料を引用しており、その史料の冒頭に「天保十丑年」とあるところから、『史料1』を天保一〇年(一八三九)のものとして解されたようである。しかし、天保一〇年は「亥」年であり、『徳川禁令考』所収史料の「天保十丑年」は「天保十二丑年」の誤りであると思われる。本文および前註に引用した『評定所新張紙留』および『張紙留』所収の史料のいずれにも「丑年」と記されている。松橋長門守は天保一一年四月に京都町奉行から勘定奉行に転出している。したがって、天保一二年一二月付の『史料1』は勘定奉行佐橋長門守の「相談書」ということになる。

- (ロ) 『御定書』は三奉行以外の奉行は公式に見ることは許されず、『御仕置例類集』、『選述格例』といった判例集も、『御定書』、科条類典などからの引用が含まれているため、御定書に準じて取扱われ、原則として、評定所、三奉行以外には出さない(平松・註(1)『近世刑事訴訟法の研究』五四九頁)ことになっていた。それゆえ、『史料1』が

京都町奉行の「相談書」であるとする、そこに、「史料1」に見られるように、『御定書』を引用したり、「御定懸ニ而再応取調申上候書面」を判例から引用していたり、大草安房守が勘定奉行を勤めていた際に、老中に伺って申し付けた判決（先例）を引用したりしているのは、極めて不自然である。佐橋長門守を勘定奉行と見るならば、これらの点はすべて理解できる。

以上から、「史料1」は勘定奉行佐橋長門守の「相談書」であることが理解されよう。

- (15) 「史料1」は、鶴殺生人等の刑罰について御定書掛りが再度取り調べて老中に答申した書面を「去ル巳年（天保四年（一八三三））の書面とするが、これは天保五年の誤まりである。鶴殺生人等の刑罰について御定書掛りは老中の指示にもとづき検討し、その結果を天保四年に答申したが、老中より再考を求められて、翌天保五年に再度答申している（石井良助編『御仕置例類集』第十一冊、天保類集、三六号、六三〇六八頁「小普請組中山信濃守支配富安九八郎鶴買取候一件御仕置当、評議」）。「史料1」が「去ル巳年」（天保四年）のものとして引用している条文は、いずれも天保五年に再度取り調べて答申した書面に記されているものである。天保四年の答申の条文（前掲『御仕置例類集』第十一冊、三六号、六四頁）とは大きく異なる。この点については、服藤・註（4）『「公事方御定書」研究序説——『寛政刑典』と『棠陰秘鑑』収録『公事方御定書』——』三四〇頁史料（九九）をも参照。

- (16) 本文「史料1」を参照。

- (17) 中田薫「古法雑観」（『法制史研究』一号、一九五一年、四〇頁）。なお、同論文はのちに、中田『法制史論集』第四巻、岩波書店、一九六四年初版、一九七一年、に収録される。

- (18) 東京大学史料編纂所所蔵（一）内は大平が補った。以下、同様。『評定所張紙留』（国立国会図書館所蔵）三百四十二「相談書」も同じ史料である。なお、『徳川禁令考』後集第四、二九五、二九六頁、享和二戊午五月「百姓之身上ニ応し過料取立方相談書」をも参照。

- (19) 『徳川禁令考』後集第四、二九三―二九五頁、寛政十一未年六月五日上ル「過料取立方之儀ニ付申上候書付」。

- (20) この書面については、註（19）引用の「書付」第三条を参照。

(21) 『徳川禁令考』後集第四、二八四―二八六頁。この史料については、すでに高柳真三氏がとり上げている(高柳「江戸時代の罪と刑罰抄説」有斐閣、一九八八年、一一四頁)。なお、坂本忠久氏も、「町奉行鳥居と鍋島が、寺社奉行と勘定奉行に追放刑の「御構場所」の範囲について相談をしている」と簡潔に触れている(坂本『天保改革の法と政策』創文社、一九七七年、一二五頁)。なお、和仁かや「追放刑にみる公儀御仕置の変質と国制——天保期の追放刑改正論議を手がかりとして——」(『国家学会雑誌』第一二巻第五・六号、一九九九年、一五六頁)をも参照。

(22) 「相談書」、「返答書」の中で論じられている「住居之国」、「悪事仕候国」等、御構場所の詳細については、三浦・註(1)『法制史の研究』九九三、九九四頁、高柳・註(21)『江戸時代の罪と刑罰抄説』一〇八―一一一頁、平松・註(1)『江戸の罪と罰』一〇八―一一〇頁を参照。

(23) この取り決めとは、寛政一二年(一八〇〇)十一月の「百姓町人共御構場所之儀心得之事」(『徳川禁令考』後集第四、二八三頁)をさす。

(24) 「欠落」とは、「従来の住所を無断で去った者の、行方不明である場合を総称する語」であった(高柳・註(21)『江戸時代の罪と刑罰抄説』一二五、一二六頁)。

(25) 『徳川禁令考』後集第二、二六八、二六九頁。なお、『張紙留』明和八年十月・享和元年三月、式百十五「書入金出入相手方欠落いたし、妻子江日限証文書替之儀願出候評儀之事」、「目秘」坤(江戸東京博物館所蔵)十六の十二「度掛り公事訴答之内欠落跡日限証文不書替」、「評定所張紙留」式百十五「相談書」、「目安秘書」(東北大学附属図書館所蔵)百十八「書入金出入相手方欠落いたし、妻子日限証文書替之儀願出候儀評儀」はいずれも同じ史料である。

(26) 本件書入金出入は金公事の訴訟である。金公事訴訟では、奉行が相手方(債務者)に法定の三十日以内の弁済を命じる(「三十日限可済」)判決を申し渡すと、相手方に、その申し渡しに服する旨を記した証文に書名・押印させ、これを訴訟人(債権者)にもたせる。この証文を「日限証文」という。三十日以内に全額弁済がなされない場合は分割弁済(「切金弁済」)の手続に移る(この分割弁済を求める公事を、本文に言う「度掛り」公事という)。その場合、分割弁済金(「切金」)を持参のたびごとに奉行所は、日限証文の末に白紙を継いで、そこに弁済した金額および残金を日限どお

り弁済すべき旨を記し、相手方に書名押印させて、訴訟人に再びこれを持参させる（神保・註（9）『近世法実務の研究』上、七三、八一、八二、九二、一一二頁、『同』下、六六三頁、石井良助『近世民事訴訟法史』創文社、一九八四年、一七七、一七八頁、小早川欣吾『増補近世民事訴訟制度の研究』名著普及会、一九八八年、五四四、五四五頁、小早川欣吾『近世に於ける身代限り及分散統考（二）』（法学論叢）第四四卷第一号、一九四一年、一五三、一五四頁）等参照。
（27）たとえば、都市江戸において欠落債務者が少なからず見られたことについては、坂本忠久『近世江戸の行政と法の世界』塙書房、二〇二二年、三四～五九頁を参照。農村の欠落債務者については、五藤敏芳『百姓成立と欠落——近世後期五郎兵衛新田村の一事例を中心に——』（歴史学研究）七八八号、一九九九年、一～一九頁）を参照。

（28）町奉行が「相談書」のなかで、日限証文を訴訟人からとり上げ、奉行所に収めさせると記したのも、そのことと関連がある。

（29）『徳川禁令考』後集第二、二二二、二二三頁。『徳川民事慣例集』第五卷、橘書院、一九八六年、八一～八三頁「金公事本公事差別之事」、『評定所張紙留』四百七十七「金公事本公事差別評議」、『評定所類』一（国立国会図書館所蔵）、百二十二「貸金銀出入之外公事出入初判差日取計之儀二付相談書」、『同役一座申合』四（国立公文書館所蔵）、七十七「御相談書」、ウェブサイト二三四～一三六頁も同じ史料である。『同役一座申合』は複数の原本から転写（あるいは合本？）して作成されたためか、収録されている個々の史料の番号が一種類の通し番号で整理されていず、同じ番号が複数回出てくる場合があるので、検索の便を考えて、インターネット上で公開されているウェブサイトの頁を併記することにした。なお、『目秘』坤、十六の三十五「金銀出入本公事金公事差日之相談」、『目安秘書』五十八「貸金銀出入之内本公事金公事差別評議」をも参照。

（30）このことは、多くの著書、論文、概説書、辞書等で指摘されているので、ここでは最も新しい書物の一つだけ掲げることにする。神保・註（9）『近世法実務の研究』上、八頁。なお、このような金公事概念にあてはまらないものもあることについては、神保・同、一七～二三頁参照。

（31）神保・註（9）『近世法実務の研究』上、三〇～三六頁、平松・註（9）『江戸の罪と罰』四九～五一頁、小早川・註

(26) 『増補近世民事訴訟制度の研究』 五三六～五四三頁、石井良助『近世取引法史』 創文社、一九八二年、三～四九頁、三四三～三五六頁、金田平一郎『徳川時代の特別民事訴訟法——金公事の研究——』(一)(二)(『国家学会雑誌』 第四三卷第二号、第七号、一九二九年、大平祐一「近世における『金公事』債権の保護について——学説整理を中心にして——」(大竹英男・服藤弘司編『幕藩国家の法と支配』 有斐閣、一九八四年。本文はのちに、大平「近世日本の訴訟と法」創文社、二〇一三年、に収録される) 等参照。

(32) 小早川・註(26)『増補近世民事訴訟制度の研究』 一四七頁、五三七頁、神保・註(9)『近世法実務の研究』 上、三〇頁。金公事の取り扱い日は、寛保二年(一七四二)に従来の月二日から年二日に制限されたが、延享三年(一七四六)に月二日に戻された。その経緯については、本間修平「延享三年の相对済令について」(見城幸雄先生頌寿記念事業会編『法制と文化』 愛知大学文学会、一九九九年)を参照。また、石井・服藤編・註(5)『御触書集成目録』 解題、一九四～二〇〇頁(服藤弘司氏執筆)をも参照。なお、神保文夫氏は、佐久間長敬『江戸町奉行事蹟問答』の記述から、幕末には、金公事だけを扱う金日の制が月二日から三日にされていたらしいとされる(神保・註(9)『近世法実務の研究』 上、四九六頁)。

(33) この点については、大平・註(31)「近世における『金公事』債権の保護について——学説整理を中心にして——」を参照。

(34) 『御触書天保集成』 下、六四八四号、八三四頁、『江戸町触集成』 第二二卷、一二〇三六号、九一、九二頁。

(35) 『三奉行取計』 二(国立国会図書館所蔵)、十八「貸金銀出入、金銭とも毫分以下八目安二為除、訴答同支配同領分ハ手限ニ而相済候儀ニ付、不取上積、并水主雇前金出入不取上之義ニ付、御勘定奉行より相談書。」「同役一座申合」五、三十九「御相談書」、ウェブサイト九一、九二頁、『日本財政経済史料』 第六卷、八八六頁「御相談書」も同じ史料である。なお、『目秘』 坤、十五の十一「文政五午年 相談書」をも参照。

(36) 「廻り目安」とは、相手方が複数人の目安(訴状)を、一人ずつ順番に廻って村役人立会のもと裏書を拝見させ、拝見書を取るという場合の目安のことである(中田・註(一))『法制史論集』 第三卷下、七九一頁参照。案件を伝達すべき複

数の相手に、一人ずつ順番に廻って伝達する場合に「廻り」という表現を用いるように思われる（石井良助『続近世民事訴訟法史』創文社、一九八五年、二五二頁の「廻り差紙」の説明をも参照）。

- (37) 『同役一座申合』五、三十九「御相談書」、ウェブサイト九一頁にも、「午（文政五年）閏正月十一日於内座相談相済」とある。

- (38) この出訴の最低額に関する部分は、「相談書」には銀、銭については最低額の変化は書かれているが、金については従来の出訴可能な最低額が記されていないので、どのように変化したのか定かでないが、元禄九年（一六九六）の評定所一座申合では、「金子は壹分以上」が出訴可能な最低額であり、正徳三年（一七一三）の改正でもこの額は変わらなかった（石井・註(31)『近世取引法史』三〇三、三〇四頁）。この最低額が仮にその後も維持されていたとするならば、この「相談書」でも変化はなかったということになる。

- (39) 『徳川禁令考』後集第二、二八二頁。なお、『日本財政経済史料』第六卷、八八六、八八七頁「御相談書」、『同役一座申合』五、十四「御相談書」、ウェブサイト一〇七頁も同じ史料である。

- (40) 同上。なお、この点については、石井・註(26)『近世民事訴訟法史』四三、四四頁をも参照。

- (41) 『徳川民事慣例集』第五卷、三〇頁「水主雇前金以来三年を不限、事実次第年数立候分も可取上儀相談書」、『目秘』坤十五の十一「水主雇前金三ヶ年二不限、其事実次第年数相立候分も取上、本公事差日」。

- (42) この点については、小早川・註(26)『増補近世民事訴訟制度の研究』五九四～五九六頁、神保・註(9)『近世法実務の研究』上、二二九、一三〇頁をも参照。

- (43) 『徳川民事慣例集』第二卷、橘書院、一九八六年、六六～六九頁。

- (44) この「寅」は誤りであろう。なぜなら、「下ヶ札」で返答をした寺社奉行土井大炊頭、松平伊豆守、太田摂津守、堀大和守、町奉行筒井伊賀守、勘定奉行石川主水正、曾我豊後守および、「相談書」を書いた町奉行榊原主計頭がともに在職していた共通の時期は、文政九年（一八二六、戌年）六月から文政十一年（一八二八、子年）一〇月までであり、この期間に「寅」年は存在しないからである。榊原主計頭の「相談書」について評定所で評決がなされたのが文政一〇年

〔亥年〕六月であることからすると、この「下ケ札」の「六月」という日付は、おそらく同年の文政一〇年六月あるいは前年の文政九年六月ではなからうかと思われる。したがって、「寅」は「亥」または「戌」ではなからうかと思われる。

ただ、第四節で詳述するように、「史料9」を見ると、「史料7」と同じ事件について、文政九年十二月、町奉行榊原主計頭は、「借主が御仕置になったからには、証人へ弁済を申し付けるのは相当とも申し難いのだろうか」という点について、評定所留役の意見を、与力を介して尋ねている。これに対し評定所留役たちの意見は、「借主が……御仕置になったのであるから、……証人に弁済を仰せ付けられないのが相当である」、「その線で評定所一座と相談のうえ取り決めるのがよい」ということであった。この評定所留役たちの意見にあと押しされたかのように、榊原主計頭は、「史料7」の「相談書」で、借主が御仕置になった場合の貸主の証人に対する弁済請求権を強く否定する姿勢を見せている。

このように見てくると、「史料7」の「相談書」は、文政九年十二月に評定所留役らの意見を尋ねたあとに書かれたものと見るのが自然のように思われる。ということは、「史料7」の「相談書」は文政九年十二月以降のもとなり、それに対する「下ケ札」もそれ以降ということになる。そうであるとすると、「史料7」末尾の「寅六月」は文政九年（戌）六月ではなく文政一〇年（亥）六月ということになり、「寅」は「亥」が正しいということになる。このように考えるのが史料の流れから見て自然のように思われる。

- (45) 金田平一郎著・和仁かや監修『近世民事責任法の研究』九州大学出版会、二〇一八年、一八九、一九〇頁。なお、金田・註(31)「徳川時代の特別民事訴訟法——金公事の研究——」(一)、一四二、一四三頁、金田「公事方御定書の損害賠償法規に就いて」(『法政研究』第五卷第一号、一九三四年、五頁以下)、金田『近世債権法』(『司法資料』第二九八号、一九四八年、六三、六四頁)、奥野彦六『日本法制史における不法行為法』創文社、一九六〇年、三二六、三四三頁等をも参照。

- (46) 『徳川禁令考』後集第二、三六五、三六六頁、『徳川民事慣例集』第三卷、七一―七三頁。なお、本史料については、小早川・註(26)『増補近世民事訴訟制度の研究』五六三頁、藪・註(4)「『公事方御定書下巻』の改廃について」(二)、一二二―一二四頁をも参照。

(47) 『徳川民事慣例集』第二巻、二〇二―二〇六頁。

(48) 「証人より弁済可致旨之文言有之証人」とある文章の最後の「証人」は「証文」の誤まりであろう。『徳川禁令考』後集二、二七五頁の文政二年の「相談書」では、「証人より弁済可致旨之文言有之証文」とある。

(49) 二名の身分は定かでないが、当時、評定所留役の定員は組頭一名、御勘定一〇名、同断助二名、支配勘定助三名であり『向山誠齋雜記』天保弘化編、第十二巻、四六八、四六九頁、神保・註(4)『近世法実務の研究』下、二六、二七頁、組頭の中野に答申した留役八名は、この御勘定一〇名中の者であると思われるので、残る二名が浅井金八郎、川路弥吉であり、彼らは御勘定一〇名中の上位者(勘定組頭格)であつたのではなからうかと思われる。ちなみに、川路弥吉は天保六年(一八三五)に勘定組頭格寺社奉行吟味物調役から勘定吟味役に昇進している(『柳宮補任』二、六四頁)。

(50) 当時の刑事責任と民事責任が必ずしも別個のものとは考えられていなかったことについては、第三節第四項四および註(45)引用諸文献を参照。もっとも、「文書4」の作者は、債務者が御仕置になることにより債務者自身の弁済義務は消滅するが、証人の代償義務は消滅しないと考えていたのかも知れない。このあたりは現在の法的な考え方では割り切れないものがあるのかも知れない。

(51) 本件のように、奉行の「相談書」作成前に意見を求められる場合のほか、作成後の「相談書」について意見を述べる場合もあつたようである(神保・註(4)『近世法実務の研究』下、三八―四〇頁)。

(52) たとえば、文政二年(一八一九)の借金出入において、借主が病死または跡株がない場合の証人の代償義務が問題となつた案件で、証人の弁済引受文言が証文に明記されているかどうかで、証人を相手取つた貸主の訴えを受理するかどうかを判断してはどうかと提案する勘定奉行の「相談書」に対し、町奉行は、そのような引受文言がないため証人に弁済を申し付けしないとすると、証人を確保した意味がないので、今後は弁済引受文言がなくても借主の弁済が滞つたならば、吟味のうえ弁済を申し付けるのがよろしいと思うとの意見書(『存寄書』)を作成し、この町奉行の意見書の通り評定所一座の評議が決まっている(『徳川禁令考』後集第二、二七五、二七六頁、文政二卯年十一月「借金出入借主病死或ハ跡株無之証人を相手取出訴之節取扱相談書」。なお、これについては、中田薫『法制史論集』第三巻上、岩波書店、一

九四三年初判、一九七一年、一五二、一五三頁、石井良助「古法制雑考」(二六)(二二 近世の請人と証人)、『国家学会雑誌』第六二卷第三・四号、一九四八年、三九、四〇頁、岩村等「明治初年の保証人の代償義務——金穀貸借請人証人弁償規則の成立をめぐる——」(『阪大法学』第一〇四号、一九七七年、一〇八、一〇九頁)をも参照。このときは恐らく町奉行所与力の意見を取り入れて町奉行は「相談書」に対する意見書を作成したのではなからうかと思われる。

(53) 『同役一座申合』四、八「申合書」、ウェブサイト九一頁。

(54) この点については第三節第二項二を参照。

(55) 預ケ金に関するこの基準は、二年後の文化一二年(一八一五)の「相談書」(史料5)にもとづき、多数の金銭債権の裁判上の取り扱い基準について合意がなされるなかで、改めて確認されることになる(第三節第二項二参照)。

(56) たとえば、二、三例示すると、増上寺御霊屋別当町役取締の件に関する申合(『同役一座申合』四、十六「申合書」、ウェブサイト五五、五六頁)、將軍の御子誕生の際の評定所業務の運営に関する申合(『同』四、三十六「一座申合」、ウェブサイト一〇八頁)、奉行の日光出張につき留守中の業務引継に関する申合(『同』四、四十二「申合」、ウェブサイト一一一頁)等がある。

(57) 小宮山敏和氏は、江戸時代の「申合」の分析から、「江戸幕府の部局が一定程度自律的な組織体として存在していたこと、その運営や部局間での連携した業務を行う場合には、『申合』といったような根拠となる規定等の存在が必要であったことなどが推察されよう。幕府組織の中で『申合』という機能が様々な部署で一般的に活用され行政運営がなされていた可能性が示唆される」と述べている(小宮山「江戸幕府の行政運営における『申合』の機能」(幕藩研究会(代表松尾美恵子)編『論集近世国家と幕府・藩』岩田書院、二〇一九年、三三三頁)。
(58) 傾聴すべき見解である。

たとえば、沽券状の紛失の場合の手続に関する「相談書」(坂本忠久『近世都市社会の「訴訟」と行政』創文社、二〇〇七年、四三頁参照)、小高の知行所で盗賊等を召捕えた場合の取り扱いに関する「相談書」(『評定所張紙留』全、式百五拾卷「相談書」、評定所書役出役の者への手当支給に関する「相談書」(『評定所留役其外書上留』36—1(『東京大学史料編纂所研究成果報告』二〇一九—二、変動期の政治社会と海洋知、(36頁)等参照。

(59) 『徳川禁令考』後集第二、二一〇五、二一〇六頁。

(60) 同、一六一、一六二頁。

(61) 『百箇條調書』第七卷、二三三二頁。

(62) 『評定所 一座江御渡被成候書付、一座相談之上相極候書付并当用大概書拔』（京都府立京都学歴彩館所蔵）所収。本史料に収録されている元禄七年（一六九四）閏五月一四日付店立地立出入の取り扱い等に関する三カ条の「覚」や、同年七月二三日付召付又者欠落等の場合の措置に関する「覚」の末尾にも、それぞれ、「右之通、評定所一座相談之上申合之」とある。なお、石井・註(31)『近世取引法史』三〇三頁をも参照。

(63) 平松氏によれば、「三奉行中、寺社奉行、勘定奉行両役所は、役人が共通しているから、比較的统一が保たれたが、町奉行所では、独自の法があり」、しかも、「南と北で取扱が異なることさえあった」とのことである（平松・註(1)『近世刑事訴訟法の研究』五五五頁。石井良助氏も、「江戸の三つの奉行所における民事訴訟法も同じではない」と述べている（石井・註(26)『近世民事訴訟法史』一頁）。

(64) 江戸幕府の裁判では、江戸の三奉行間で取り扱いが異なる場合があっただけではなく、遠国奉行についても、その地の事情を考慮して、『御定書』とは異なる取り扱いを認めていた（大平・註(31)『近世日本の訴訟と法』二四―二九頁）。大坂法はその代表的なものであろう（石井・註(26)『近世民事訴訟法史』一頁参照）。

(65) ロン・L・フラ、藤倉皓一郎訳『法と人間生活』現代人の教養10、エンサイクロブリタニカ社発行、一九六八年、一九三頁。

(66) 水林彪『国制と法の歴史理論』創文社、二〇一〇年、七八頁参照。

(67) 『史料2』の百姓に対する過料申渡基準に関する「相談書」にも、百姓の過料申し渡しには「決めかねている」とあるので、具体的事件をかかえていて、その裁判の判断基準を明確にするために、裁判官一同で「相談」のうえ基準を決めたのではなからうかと思われる。

(68) 牧英正氏が、「評定所は……自発的に法の制定・改廃・解釈について評議し、立法機関の役割を果たした」（牧・藤原

編・註(2)『日本法制史』一八一頁)と述べているのは、主としてこの裁判官の「制定法創造」的側面に留意してのことであろう。

- (69) 水林彪「『日本の法意識』の歴史的基礎」(法社会学会編『法意識の研究』(『法社会学』第三五号)有斐閣、一九八三年、四〇頁)。なお、水林氏は日本の近世国家については、「専制的家父長制的家産官僚制国家」という表現もされている(水林「近世の法と国制研究序説——紀州を素材として——」(三) (六・完) (『国家学会雑誌』第九〇巻第五・六号、第九一卷第五・六号、第九二巻第十一・十二号、第九五巻第一・二号、一九七七～一九八二年))。

- (70) マックス・ウェーバー、世良晃士郎訳『法社会学』創文社、一九七三年、四四二、四四三頁。

- (71) D・F・ヘンダーソンは、このような『御定書』を、近代的な意味での法典ではなく、行政上のマニュアル (administrative manual) 、役所の内規集 (internal bureaucratic rules) と呼んでいる (Dan Fieno Henderson, "INTRODUCTION TO THE KUJIKATA OSADAMEGAKI (1742)" (平松義郎博士追悼論文編集委員会編『法と刑罰の歴史的考察』名古屋大学出版会、一九八七年、五四二、五四三頁)。平松義郎氏も、「御定書は上・下巻一体として本来秘密たるべき行政(裁判をも含む)の内規集と解したい」、「御定書は、法規、先例、判例、通達・訓令等、渾然一体となった法曹法であり、いわば行政内規集と見るほかはない」と述べている(平松『徳川禁令考』・『公事方御定書』小考) (一) (『創文』一八六号、一九七九年、一九頁)。

- (72) もっとも、この場合の「制定法の創造」は「法」の創造ではあるが、その実は奉行たちによる「行政規則」の創造にほかならず、必要に応じて奉行たちの判断により変更されうる「法」にほかならなかった。そのことは「史料6」の水主雇前金の取り扱いの変更からも知られよう。

- (73) 『目安秘書』一(東京大学法学部法制度史料室所蔵、四の番外「借主重中軽追放之欠所附候御仕置ニ成候ハ、証人懸り不相成、其余江戸払所払等二ても欠所附候得者、是又取上無之」参照。

- (74) 橋本誠一「前近代法型民事訴訟(裁判)イメージ析出の試み」(『法史学研究会会報』第二六号、二〇二二年、三八、三九頁)。

(75) 神保・註(4)『近世法実務の研究』下、六七八頁。

(76) 神保・註(9)『近世法実務の研究』上、三二三頁。もともと、既に述べたように(註(10)参照)、これは主として本公事についていえることであり、金公事は法規と証拠に基づく画一的裁断になじみやすい、と氏は述べている(『同』上、四五頁)。

(77) 神保・註(9)『近世法実務の研究』上、三二三頁。

(78) 同、四五頁。

(79) 高塩・註(5)『江戸幕府法の基礎的研究』論考篇、序言。

(80) この課題の検討に際しては、マックス・ウェーバーの次の指摘、すなわち、「家父長制的裁判が、確定した諸原則を遵守するという意味で合理的であるということは、事実上十分ありうることである。しかし、それがこの意味での合理性をもっている場合にも、このことは、その法的な思考手段が論理的な合理性をもっているという意味ではなく、むしろ社会秩序の実質的な諸原理——それが政治的なものであれ、福祉功利的または倫理的内容のものであれ——が追求されているということの意味しているにすぎない」(マックス・ウェーバー、世良訳・註(70)『法社会学』四四四頁)という指摘は有益な示唆を与えてくれるかも知れない。

〔付記1〕 本論文の執筆に際し貴重な史料を利用させていただいた関係機関の皆様、心からの謝意を表します。

〔付記2〕 本論文は、日本学術振興会科学研究費(基盤研究(C)課題番号二〇K〇一二四九)にもとづく研究成果の一部である。