九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

古判例研究 : 判例を中心とせる古法制雑考(その一)

金田, 平一郎
九州帝国大学法文学部助教授

https://doi.org/10.15017/14500

出版情報：法政研究. 3 (1), pp.57-116, 1932-12-25. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

古判例研究

――判例を中心とせる古法制雑考（その一）――

金田平一郎

目次—寺院の債務—出世證文—剃髪刑

寺院の債務

德川時代に於ても、寺院が法律上獨立の人格者であつたことは、夙に中田博士の指摘さるゝ通りであるが、[1]その法人たる構成が比較的整へられるに至るのは、德川中葉以降のことであつて、それ以前の法人格生成の道程に於ては、法人たることに適當せざる異分子を相當多く保有し、次第にそれが清算されて、德川中期以後、法律上の人格者として充分獨立し得る迄に、發育するに至つたものゝ樣に考へられる。

扨て今之を當時の寺院の法人性顯現の一部、例へば寺院の債務負擔能力の問題に就いて觀察するに、當時の寺院も法人として自己の債務を負擔する能力を有し、且つそれは明らかに住職個人の債務と區別されて居たのであるが、[2]此域に到達せるは德川中葉のことであり、且つその間相當の曲折を經た上でのことであつたと思はれる。以下には此ことを少し說明して、德川時代に於ける寺院の、法人格獲得の過程の一斑を窺つて見度いと思ふ。

（1）德川時代ニ於ケル寺社境內ノ私法的性質、國家學會雜誌三十卷十號九頁以下。　（2）仝上。

地方聞書の先住之借金濟方之事の條に『一先住借金有之段當住不存本寺觸頭より其段不申聞於致入院ハ後住不及返濟先住之弟子并證人より爲濟之古例一先住借金當住不存旨申之ニいふとも先住借金も有之ハ入院致間敷旨不

斷におゐてハ當住又ハ證人より爲濟之』(3)なる規定が見えるが、その所謂古例ニ覺ぼしき恰好な古判例を二つ、我々は今見るこゝが出來るのである。古判例集たる公事錄の所載に從つて、之をこゝに揭出して見よう。

先住借金後住不濟

貞享四卯年四月十四日

一麻布六本木源光寺先住檀立儀尾張町七左衞門山王町四郎兵衞方ゟ金子預リ候出入令穿鑿候處先住檀立去寅七月相果當住松岩ハ借金有之茂不存增上寺役者茂其旨不申聞候ニ付致入院候段無紛上者松岩不及返濟右金ハ先住弟子檀益幷正信寺久保町伊兵衞證人ニ立候上ハ三人方ゟ可相濟旨申付ル　（下略）

先住借金後住濟

土屋相摸守殿御出座式日跡立合

元祿元辰十二月廿二日

一淺草旅籠町八兵衞同所新寺町實相寺預リ金出入實相寺先住日眞方へ寺中學乘坊證人ニ而金拾五兩預ヶ置候處日眞相果當住不濟由八兵衞訴之ニ付遂穿鑿處先住日眞借置段當住不存旨雖申之寺中學乘坊證人ニ立其上觸頭承敬寺覺惺寺へ先住借金も有之ハ致入院間敷旨不相斷（に於ては當住並にと云ふ意味の文句脫漏せしならん）學乘坊可濟旨申付ル（下略）

（3）德川禁令考後聚弟二帙四六〇頁所出。尙ほ、享保年代迄の判決要旨集とも稱すべき、彼の律令要略の借金賣掛金銀の條の「一先住之借金當住不存旨申立といへども其段不承糺於致入院ハ當住又ハ証人ゟ爲濟之」、「廳政談借金家質の條」一先住借金在之段當住之弟子並請人ゟ濟之古例也」、地方落穗集卷九（寶曆十三年著、日本經濟大典二十四卷）一八〇頁前々御仕置筋之事の條下「先住之借金之事是は右借金銀有之段、後住不レ存入院致し候以後、先住の借金申出候得は、右之金證人へ申付、後住無レ構、先住之借金有候得は、右金銀後住可レ濟旨證文申付、勿論證人へも加判申付候」などは、その文辭に出入あれど、前掲地方聞書上の制規と同じ制度を示すもので、その足らざる所出入する所は、轉寫に當り或は脫漏し或は經換されて、此の如くなつたものであらう。

尙ほ前掲二個の判例及び地方聞書等の制規は、物的擔保を伴はない借金債務丈に關する制度であつたらしいのである。それは、次に揭げる樣な元祿五年の判例（公事錄所出）、即ち物的擔保を伴ふ（質物手形に依る）先住の債務は、後任住職當然に之を辨濟すべきであると云ふ意味の判決が、見えるからである。尤も地方聞書其他の諸書に、此判決要旨が見えない所からすると、前例として存置されなかつたものかも知れない。

先住借金後住濟

元祿五申五月廿五日

一本所（か）中之鄕先長勝寺家鋪質物ニ入金廿兩同町小梅村甚工門方ゟ預ヶ置候處長勝寺不行跡ニ付去未十月御仕置被　仰付候然所當住長勝寺方ゟ令難澁其上金子不預候入院之節町屋敷茂寺附ニ從公儀被下置由稻葉

庄右衞門申渡候由雖申之甚工門（ロの字脱漏か）質物手形指出長勝寺幷名主加判有之上者當住不濟段無謂間返濟候樣ニ申五月廿五日長勝寺ニ手形申付ル若金子相滯候ハヽ、右家屋鋪可相渡旨申渡ス　（下略）

扨て寺院の先任住職の債務（『先住借金』）は、誰が辨濟すべきであるかと云ふ問題に關する、幕府の處斷方針は、前掲の判決に依つて、既に早く貞享元祿時代に、一應右の如く決定せられ、それが前例として、地方聞書等に云ふ樣に、後々まで行はれたのであるが、此住職の債務とは、住職個人の債務の意味であるのか、或は寺院を主宰する住職が、寺院の代表者として負へる寺院の債務を指すものであるのか、右文面を以てしては、いづれとも遽かに之を決することは出來ない。

しかしながら一般債務相續法は既に成立して居るので、住職個人の債務の承繼は、その一般債務相續法に準據して處理されれば充分で、今更改めて右の如き判決をなし、制規を設ける必要はないものと考へられるから、之は住職として負へる寺院の債務は、何人が辨濟すべきであるかの事案に關する、判決であり規律であると解すべきではあるまいか。果して然りとせば、右は法人たる寺院の代表者として住職が、負擔せる即ち寺院の債務は、物的擔保を伴ふ場合を措いては、當然には次の代表者後任住職の預り知る所でなく、後住がその債務の存在を知ると知らざるとに依つて、又は債務の存否を進んで確かめざるや否やに依つて、住職の交替を機とし、寺院の債

務が或は消滅し（消滅すと云ふは、勿論寺院の債務として存在しなくなる意味で、前掲の如くその債務そのものは、先住の弟子又は證人之が辨濟の義務を負ふものであつて、只後住の預り知らざる所となり、寺院そのもの、債務と云ふ形がなくなると云ふのである）、或は存續するものであると云ふことを示すものである。まことに之は雜然たる概念であり、奇異なる事實と云ふべきであらう。しかし此見方は、當時の寺院を以て完全なる法人性を有するものとなし、現今の法人論の知識を前提とした上のことであつて、當時寺院は獨立の法人格を有したとは云ふもの、未だ完全なものではなく、その成育の途中にあつたものであり、又一般にも寺院を法人と觀念する所なかつたもの、如く、寧ろ當時に於ける寺院なるものは、堂宇佛具財產僧侶住職等の聚合體と云ふ位の存在と見るのが、その實情に幾いもの、如く、從つて寺務を主宰する住職即寺院と、觀念する程度を出でなかつたもの、如く見え、當時としては右の如き概念の混雜は、敢へて怪しむに足らないものであると考へられる。

以上を以て見る時は、少くとも貞享元祿時代前後には、寺院と住職との關係は渾然融合の狀態に置かれ、寺院即住職であつて、寺院の借財と云ふも住職の借財と云ふも、それが單なる形式上の問題でなく、實質に於ても同一事に過ぎないもので、住職個人の債務とか寺院それ自身の債務とかは、到底存在し得なかつたもの、如く考へられる。(4)

（4）寺院が完全なる法人であるならば、住職交替に際し、退職者個人の債務は當然に彼の責任に屬するが、寺院の債務は、よし彼がその借財行爲を自ら執掌したにせよ、云ふまでもなく寺院そのものが責任を有するもので、退職者に附隨して行くべきものでないと、我々は當然に考へるのであるが、當時にあつては、寺院の借財行爲の衝に當つた住職は、その任を離るゝ場合、その債務整理の義務があるものとの慣例すら、存在したことがあつたかに思はれる。果して然りとせば、之又寺院の債務と住職の債務との區別が、判然しなかつた結果であると云へよう。此想像は、次掲の二資料に基づくのである。雲萍雜誌（天保十四年五月刊、日本隨筆大成本七四三頁）に『比叡の山なる飯室谷の松禪院に、ひとりの老爺あり。……院主、三百貫の借財ありて、移轉することあたわざるを深き歎きければ、老爺わらひながらに、今こゝに二とせ辛抱したまへかし。われら働きて、その借財をつくのひすまして、移轉させ申べしと云ふ。』、寺社裁許問答に『總州住倉管内或寺雖レ逮 大破 常々不レ加二修理一剩寺什物等ヲ紛失且大分ノ借金等有レ之此度隱居セント申ス也檀方共云ハ責テ什物ヲ如元取返借金ヲモ返濟以後隱居可レ然云ヘトモ承引無レ之從 御地頭一御下知ナシ下サレト檀方並同末寺ヨリ願出ル時ハ如何（答）檀方同末寺ヨリ可レ達 本寺 旨可レ逮 挨拶』（日本宗教制度史料類聚考五一九頁所出）。

寺院の債務の問題に關する記述を姑く止め、こゝに少しく當時寺院と住職との關係が、一般にどう見られて居たかと云ふことを一應考察して、前記寺院即住職と云ふ考へがあつたと云ふ想像に、多少とも裏附けをなして見度いと思ふのである。

先づ寺院即住職と云ふ觀念は、之をその表現形式の上に於て見出し得る。即ち某寺と云ふもそれは住職僧侶を

意味した場合がある、一二の例を示せば、判決文に『元文四未年淺草萬隆寺儀遊所狂ひいたし……詮議之上無紛ニ付遠嶋』[5]、公事方御定書下卷變死のものを内證にて葬候寺院御仕置之事の條下に『一變死之ものを内證にて葬候寺院五十日遍塞』[6]、天明二寅年十月阿部備中守樣ゟ中川修理太夫ゟ御伺御附札に『一寺院吟味中入牢申付候節三衣取上候儀本寺ゟ不及懸合申付候而も不苦御座候哉』[7]、『天保二卯年五月大炊頭掛下谷西德寺院代唯心寺相手……』[8]等とある通りである。

之をその實際に就いて見るに、その債務負擔の問題は云ふまでもなく、その外之又中田博士の云はれる通り、當時に於ても、寺院の財産と住職の財産とは別の存在であるのであるが[9]、尙ほそこには淸算し得ざる混同を、少くとも享寛時代、法規の上にすら見出し得られる樣に思ふのである。それは、公事方御定書下卷御仕置成候者闕所之事の條下に『從前々之例一妻子之諸道具其外寺社附之品者構無之事』[10]とあるが、之は僧侶の人格と寺社の人格とに對する判然たる區別が、觀念せられない爲めに出でた規定で、若しその區別が判然たらば、僧侶の不法行爲に依つて、寺院の財物が沒收（闕所）さるべきでないことは、云ふまでもないことなるが故に、特別に此一條を設くる必要はなかつたであらうと、解せられるからである。尤も本規定は、特別の成文を待たずして明瞭なる事實を、より明確ならしむる爲めに規定したもので、換言すれば一の說明的規定なりとも解せられるが、それは

余りに穿ち過ぎた見方と考へるので、特別なる史料に接しない限り、今は前段の如く、説明的規定にあらずとの見解に從つて置く。

更に進んで觀察するに、當時の思想には、寺院そのものが權利義務の主體と云はんよりは、反へつて住職が寺院を所持するの觀念があつて、恰も寺院そのものが權利の客體たるかの觀を、呈する場合すら見受けられるのである。元來住職又の名住持の持は、所有とか所持とかの意味を有つものではないが、德川時代住職たることを、俗に『寺を持』『寺持』と呼び[11]のみならず公事方御定書下卷女犯之僧御仕置之事の條に『一寺持之僧遠島……一密夫之僧寺持所化僧之無差別獄門』[12]と見える樣に、法律語としても使用されたのである。此の如く寺を持つの思想よりして、寺を賣買するの思想ともなるもので、此ことは世事見聞錄三の卷寺社人の事の條などに詳記されて居る通り、一般の風潮であつたのである。されば幕府は寛文五巳年七月十一日諸宗寺院法度を以て、『一以金銀不可致後住之契約事』[13]との布令を出した程である。尙ほ此寺社賣買に就いて、後段掲出月堂風俗見聞集所出丸山安養寺に關する記事、及び諸出入裁許證文留の差上申一札之事なる標題の判文中に『圓福寺無住ニ罷成候付後住罷成度旨相願候處四拾兩余之借金引請可相濟候者住職可申付旨申渡候間則引請仕去亥十二月三日圓福寺ゟ入院仕候…』とある參看。寺院を賣買質入すると云ふことは、中世來の慣行であるが、今中世のそれは姑く措き、

德川初期の實例を一つ掲げると、東光國師日記中に『乍恐申上候慶長拾壹年十二月七日ニ、寺町の三福寺を、東寺の光明院より、判金四枚にかい申候所ニ、其後御公儀樣より寺賣買御法度ト被仰出付而、…』[14]とある是である。之を要するに、當時の一般情勢としては、尙ほ未だ必ずしも寺院を以て、住職とは別個獨立の人格者なりと、觀念するに至らなかつたと、云ふことが出來る樣に思はれる。

（5）德川禁令考後聚第三帙一五四頁所出判例。（6）仝上二一三頁。（7）東論語林卷四。（8）德川禁令考後聚第二帙四九九頁。（9）註（1）所引。（10）德川禁令考後聚第二帙一三四頁。（11）世事見聞錄三の卷寺社人の事の條。（12）德川禁令考後聚第三帙一五三頁。尙ほ寛政六寅年九月無檀無本寺ニ而無住之分ハ廢寺可致旨御觸書に『……無住ニ相成候節後住望之僧も無之時ハ永々村持ニいたし置……』（德川禁令考第五帙四五頁）參照。（13）德川禁令考第五帙三二頁。律令要略の寺社後住離且の條同文たり。（14）大日本史料十二編之九の二五二頁。

扨て再び寺院の債務の問題に戻つて、右に述べた樣に、寺院の債務と住職の債務の區別が、判然と樹てられて居なかつたにせよ、兎も角も所謂先住の借金辨濟問題に關する幕府の處理方針は、前記の如く、一應決定されて居たのであるが、一方特別法としての寺院法に於ては、特別な原則が認容さるゝに至つたのである。即ち『寺院借金銀先住死失又ハ御仕置跡引受方之儀宗體ニ寄夫々掟可有之候』[15]、『寺院借財之儀は俗家と違ひ子孫相續ニ無之故宗門ニ寄夫々爲取締規矩仕來も有之儀ニ候』[16]ものであり、例へば『先住之借金後住引受不申義眞言一派之

掟』[17]であり、『淨土宗之内増上寺末ニ限寺附之借財ハ本山ゟ申立候上借入候掟之由ニ而右申立無之金銀出入ハ假令寺附入用之旨證文ニ書載有之寺判を以借受候金子ニ候共弟子讓ニ無之候而ハ先住之借財を後住ゟ引受濟方いたし候儀ハ難成』[18]ものであつたのであり、又月堂風俗見聞集卷之二十五（從享保十七子五月至同年十一月）には『〇丸山安養寺六坊之内涼阿彌、當住幷後見之者不屆之儀有ゝ之候に付、右建物諸道具此度取上げ候、就ゝ夫右涼阿彌建物建具疊庭石樹木其儘差置、御拂入札申付候間、買得候者丸山寺僧致ニ相談一、借座敷其外之儀、一山一統之格可ニ相心得一候、勿論是迄之涼阿方へ買掛り借銀等は、今度新規に入候者不ニ引請一候、一山へ可ニ申付一候、且又右坊跡相續に付ては寺法務之義、丸山一老役者へ聞合可ゝ申候、若祝義に等之儀（マヽ）付、過分之金銀等入候はゞ、吟味之上輕可ニ申付一候、望之者共は右坊へ罷越見分之上、坊跡致ニ相續一候積り相考可ゝ致ニ入札一事、但道具は別段に入札可ゝ仕候、札披者來月五日晝時分申付候間、其節入札可ゝ致ニ持參一候、尤出家俗人指構無ゝ之候、町代右之趣、我等二十日町々寄々申聞候樣に被ニ仰出一候、已上』[19]の記事が見えるのである。

尙ほ此の如く寺院法上の特別規定が生じ、それが幕府から認容さるゝに至つた時代には、前記の如き地方聞書上の幕府法の原則は、既に廢滅に歸したものゝ如く、しかも之に代るべき幕府法上の規定は、存在しなかつた、即ち『寺院借金銀先住死失又ハ御仕置跡引受方之儀……元來奉行所ニ裁許之規則無之』[20]かつたのである。かく各

宗の特別規定が認められた結果は、寺院の債務辨濟に關する制度は區々に分れ、しかもその制規たるや、當局者が『俗人共ハ不辨筋ニ付』[21]と云ふ通り、一般に知れ渡らないものであつた、從つて特に債權者たる一般人などは、住職の交替後尙ほ當然に、之が請求をなし得るものと信じ、債權實現を圖らんとするも、寺院法の原則の認めらるゝ限り、住職の交替に依つて、遂にその目的を達し得られなくなり、當局も云ふ通り『願人○寺院の債權者 不存寄損失いたし候』[22]結果を、招來せざるを得なかつた。こうした事態は、勢ひ一般人をして、寺院との法律行爲に危險を感ずるに至らしめ、結局寺院の經濟界に於ける地位が、非常に不利なものとならざるを得なくなつたのである。此ことは既に當路者側に於ても、『金銀融通ニも拘品ニ寄寺院衰微之基ニモ可相成筋』[23]のものとして、大いに憂慮せる所であつた。かくして、金錢債務の裁判に關する制度の大改革が行はれた天保十四年、遂に此方面の制規をも、幕府法の下に統一確立せしむるに至つた。即ち『以來堂塔修覆又ハ寺務入用ニ借受候段證文面ニ書載有之寺判之分寺附借財と見居候ハヽ、假令宗派之仕來等申立候共後住之ものに濟方可申付候』[24]とあるもの是である。即ち寺判の寺附の債務は、後住に於ても當然にその辨濟責任を履行せねばならない、しかし一方然らざる場合即ち寺判に依らざる先住個人の債務に就いては、後住に何等の責任なしとの原則が、樹てられることになつた譯である。以上の如くして、寺院債務の裁判方針が、確立されることになつたのであるが、此制度は一面に於て

右に述べた通り、寺院の債務と住職個人の債務との區別を、截然と認めたものである　こゝに德川時代の寺院は、住職と離れて別個獨立に、債務の負擔能力者となるに至つたのである。尙ほ寺院自身の債務と云ふ思想は、之より早く既にその萠芽を見出し得ることは、前段に揭げた淨土宗法上の、『寺附之……寺判を以借受候金子……』の制度に就いて知り得られるが、それは形式上寺判寺附の債務の思想が生まれるに至つたに止まり、その實質に於ては、前段に引續いて『弟子讓ニ無之候而ハ先住之借財を後住に引受濟方いたし候儀ハ難成』[25]と見える通り、寺判寺附の債務と云ひ乍ら、只單に『弟子讓』の場合にのみ、寺院の債務が後住の責任に移され、其外一般の場合には、住職の交替に依り、寺院に對する債權はその實現を期し得なくなる制度で、未だ充分完全に寺院の債務と云ふ概念は、明確な姿として構成さるゝに至らなかつたのである。

（15）德川禁令考後聚第二帙三四二頁所出天保十三寅年十月朔日越前守殿に御直上ル金銀出入取捌之儀ニ付勘辨仕候趣申上候書付の別册取調書中。（16）德川禁令考第五帙一三三頁文政十二年寺院取締方達。（17）律令要鑑卷十四先住之借金後住に難引受旨申立之儀の條、寛政九年か。（18）註（15）所引。（19）近世風俗見聞集第二所收本、二五四頁。（20）仝上。（21）註（16）所引。（22）註（15）所引。（23）註（16）所引。（24）註（15）所引。天保十四年を以て初めて此制度は、原則的制規として確立されるに至つたのであるが、此種の類例は既に寛政年代に存在したのである。註（15）所引文中に『寺院之借金當人御仕置相成候後々住相手取濟方相願候節取計振之儀寛政三亥年八月先役共より寺社奉行に及掛合候處寺印相用候分ハ後住に濟

方申付自分印之分ハ証人に濟方申付候先例有之候ハヽ、寺附之借金ニ付後住可引受筋之旨其頃寺社奉行牧野備前守より挨拶有之旨書留相見申候』とあるはその例證である。尙ほ寺院債務裁判方針の改革は、天保十四年の金錢債務裁判法改革中の重大なる事項の一つであつたらしく、註（15）所引文別册に附せる鑑附中に、特に『寺院借金銀取捌方之儀以來宗掟ニ不拘事實次第裁許可申付旨諸觸頭共に申達置候樣寺社奉行に被仰渡候段奉承知候卯五月廿五日鳥居甲斐守』なる一文が記載されて居る。尙ほ寺院ではなく神社に就いてであるが、寶永正德頃の版と云はれる裁判物語集本朝藤陰比事卷三の借銀の正直を守る社の段は、神社そのものゝ借金と神主の借金とを概念上判然と區別して居ることを附記して置く。（25）註（18）所引。德川禁令考後聚第二帙四三七頁參照。

最後に、前記の如くして天保十四年寺院自身の債務と云ふ概念が確立され、而して寺院の債務たる爲めの法律上の要件として、その實質上には堂社修覆等の爲めにする債務であること、その形式としては、寺判の押捺と云ふことを要請せられることになり、之が以後德川時代を通じての原則であつたのであるが、維新後明治新政府は明治十年五月十六日太政官布告第四十三號を以て、『……寺院ニ於テ……寺ノ爲メ金穀ヲ借入ルルトキ……ハ必ズ……檀家ト協議シ總代二名以上ノ連署ヲ要スヘシ若シ此連署ナキトキハ總テ該……寺……僧侶ノ私債ト看做シ……此旨布告候事』と公達し、檀家總代二名以上の連署ある場合にのみ、之を寺院の債務として、僧侶の私債と分つ旨の制度を布くに至つた。而して此明治十年の制規は、その後その細目に就いては、大審院判例等に依つて大分趣きを變へて行くのであるが、その制度の骨子精神は、今に及んで居るのである。[26] 尙ほ此明治の新制は、實

に全く明治政府の新立法で、幕府法上の原則は、『旦那寺之借金旦方共强而可差構樣無之候』[27]であつたのである。

（26）此點に就いては、伊達光美氏日本寺院法論、我妻榮氏判例に現はれたる寺院の財產關係と宗教法案（法學協會雜誌四四卷八號）等參照。此明治十年の制度の成立過程として、既に明治七年九月廿五日京都裁判所の伺之に對する司法省指令（法例彙纂——訴訟法——八一九頁）などあり、一應明治九年十二月二十三日敎部省達第四十號を以て發令され、次いで十年の太政官布告を以てその原則が樹立確定されるに至つたのである。尙ほ德川幕府法上の寺院債務の要件に關する制規は、既に早く廢せられたか或は自然死法に歸したものゝ如く、右十年の太政官布告以前、僧侶一身の負債と寺の負債の區別等に關する伺が、屢々司法省に呈出されて居る、例へば法例彙纂（訴訟法商法）第二版九九一頁明治九年三月五日鳥取縣伺司法省指令、仝九九二頁九年三月二十八日宮城上等裁判所伺司法省指令、仝十頁九年四月二十二日愛知縣伺司法省指令等がそれである。（27）諸出入裁許證文留の差上申一札之事享保十七壬子年七月六日判決文。

出世證文

所謂出世證文とか或は出世拂とか云ふ法律關係は、云ふ迄もなく現行法上でも、出世なる約款附の契約關係として、而してそれは條件であるとか期限であるとかとして、現に問題とされて居る所であり、又實際にも尙ほ、此種の慣習が行はれて居るであらうが、此出世證文に關する大審院判決としては、その早期のものに屬する、明

治廿二年一月廿八日の判決例をこゝに紹介し、併せて本判決時代迄の出世證文に關し、法制史的考察を二三試みて見度いと思ふ。

宮崎万平對奥村彦次貸金請求件明治廿一年第三百號同廿二年一月廿八日言渡

人ノ資産ヲ增加セシ事ハ外見シ得ヘキモ家計上ノ難易ハ他人ノ容易ク知リ得ヘキモノニ非ルヲ以テ身代持直ヲ以テ時限トシ義務者ヨリ辨償ヲ受クヘキ貸金債權者ハ資産ノ增加ヲ知リタルヤ一應之カ返辨ヲ求ムルヲ得ヘシ

身代持直シトハ單ニ資産ヲ增加セシノ謂ニ非スシテ更ニ家計上餘裕ヲ生スルノ謂ナリトノ判示ヲ爲サントセハ併テ餘裕ノ範圍ヲ說明セサル可ラス

上告人ハ被上告人ニ貸與セシ金圓ノ辨償ニ付被上告人ノ身代持直ノ節之ヲ得ヘキ權利アルモノナル所被上告人カ從來ヨリ二反有餘ノ地所ヲ增加所有ヲナシタリトテ本訴ヲ起シタルニ長野始審裁判所上田支廳ハ其請求ヲ裁可セルニ對シ被上告人ハ控訴シタリ控訴代言人高橋捨六一定ノ申立ハ始審ノ裁判ハ全部不當ト思料スルニ付取消シ控訴人ハ一時返金ノ義務ナキ旨裁判アラン事ヲ請フト而シテ其事實ノ要領ハ明治八年二月中被控訴人ニ甲一號約定證書ヲ差入レタルニ相違ナシ然レトモ該契約ノ精神タル當時控訴人ノ家産衰頽ヲ極メ三百圓餘ノ負債返濟ノ目途ナキニ依リ親類共打寄リ被控訴人ニ示談ヲ遂ケ該證明文ノ如ク殘ル貳百圓ハ迫テ家産ヲ持直シタル上子々孫々ニ至ルマテ返金ノ義務ヲ盡スヘシトノ事ナルニ控訴人ハ依然貧困ニシテ貳百圓ノ金額ヲ一時返濟スルノ資力ナ

シ依テ甲一號ノ契約ヲ改メ更ニ相當返濟期限ヲ定メタル上返金ヲ催スハ格別本訴一時皆濟ノ要求ニ應シ難シト云ヒ被控訴人一定ノ申立ハ始審ノ裁判ハ相當ニ付認可アラン事ヲ乞フト而シテ其事實ノ要領ハ明治八年二月中控訴人ハ負債返償ニ充ツヘキ財產一品モ無之事ト信シ恩惠上甲一號ノ約定ヲ取結ヒタルニ其後被控訴人ハ質地ヲ受戻シ又ハ地所ヲ買入レタリ如斯地所ヲ增加所有スル上ハ目下其身代ヲ持直シタルモノナリ良シ被控訴人カ之等ノ地所ヲ甲一號ノ成立ツ已前ヨリ所有セシ者トスレハ該契約ハ原因ヲ錯誤シタル無效ノ契約ニ付取消シ本訴ノ金員皆濟ヲ要ムルハ至當ナリト答辨シタルニ東京控訴院民事第二局評定官北村泰一同芹澤政温同藤田隆三郎ハ甲一號ヲ閲スルニ殘金貳百圓ノ儀者直樣御返金可仕之處當節之處正ニ方法無之候ニ付組合親類並立會ヲ以テ亦々御無心申入私出情仕候迄之御年延被成下重々難有存候云々トアリ當時控訴人ハ家計困難ヲ極メ返金ノ資力ナキヨリ哀ヲ被控訴人ニ乞フテ斯ク寛裕ナル契約ヲ結ヒタル事文面上明瞭ナリ而シテ此私出情（情ハ精ノ誤カ）仕候迄ノ文意ハ控訴人ノ資產ニ餘裕ヲ生スル時迄ト解釋スヘキモノニテ控訴人ニシテ果シテ多少ノ財產ヲ增加スル事アルモ家計上餘裕ヲ生スル迄ハ該金返濟ノ義務ハ發生セサルモノナリ左スレハ被控訴人云フ如ク控訴人カ實際地所貳反歩餘ヲ增加所有セシモノトスルモ未タ以テ控訴人ノ財產ニ餘裕ヲ生シタルモノト認ルヲ得ス依テ今後控訴人カ所得稅ヲ納ムル迄ニ至ラサルモ財產ヲ持直シ其活計ニ餘裕ヲ生シタリト認知シタルトキハ格別現今ニアリテ甲一號ノ金員皆濟ヲ求ムルハ不當ナリ又被控訴人ハ甲一號ハ錯誤ノ契約ナル旨主張スルモ該契約ハ控訴人ニ財產一品無之トノ事ヲ原因トシテ取結ヒタルモノト認メ難キニ依リ此申立モ採用セス右ノ理由ニ依リ被控訴人ノ請求相立ス

上告代言人橋本好正曰契約證中ノ此私出精仕候迄ノ文意ハ被上告人ノ資財ヲ增加スル時即チ身代持直シノ時迄ト解釋スヘキモノニシテ決シテ原判文ノ如ク資產ニ餘裕ヲ生スル時迄ト解釋スヘキモノニ非サルナリ何者資產ノ增加スルト資產ニ餘裕ヲ生スルトハ似テ非ナルモノニシテ資產ノ增加スルハ他人ノ能ク之ヲ知リ得ヘキモノナレトモ資產ニ餘裕ヲ生スル即チ家計上ニ餘裕ヲ生スルト否

トニ至リテハ家計ヲ主ル本人獨リ能ク之レヲ判別シ得ルノミニシテ決シテ他人ノ能ク之レヲ識別シ得ヘキモノニ非サルナリ去レハ本件ノ「私出精」ノ文字ハ原判文ノ如ク果シテ被上告人ノ資産ニ餘裕ヲ生スル時迄ト解釋シ被上告人ニシテ果シテ多少ノ財産ヲ增加スル事アルモ家計上餘裕ヲ生スル迄ハ該金返濟ノ義務ハ發生セサルモノトセハ被上告人ハ假令幾何ノ財産ヲ增加スル事アルモ未タ以テ家計上ニ餘裕ヲ生セサルヲ口實トシ常ニ返濟ノ義務ヲ免カル、ヲ得ヘキカ故ニ該義務ヲ發生スルト否トハ全ク義務者即チ被上告人ノ意ニ關スル未必條件ニ依ル契約ノ義務トナリ遂ニ該證書成立當時ノ本旨ニ違反スルノミナラス隨テ該證モ亦無效ナル反古ノ一片紙ニ過キサルニ至ルヘシ是レ豈ニ契約ヲ解スルハ之ヲ無效ニ解センヨリ寧ロ有効(效の誤)ニ解セヨトノ法律格言ニ背反セサルヲ得ンヤ故ニ原裁判所カ「私出精」ノ文字ヲ財産ノ增加即チ身代持直シト解釋セスシテ財産ニ餘裕ヲ生スル即チ家計上ニ餘裕ヲ生スル時ト解釋セシハ違法ノ解釋ナリ本件被上告人カ返濟ノ義務ヲ生スルト否トハ全ク被上告人財産ノ增加即チ身代持直シヲ爲セシト否トニアリテ決シテ其家計上ニ餘裕ヲ生スルト否トニ在ラサルヲ以テ本件爭論ノ要旨ハ只タニ被上告人ノ身代持直シヲ爲セシト否トニアリテ毫モ其家計上ニ餘裕ヲ生スルト否トニ在ラサル事ハ上告人カ原裁判所ニ呈出セル控訴狀及ヒ被上告人ノ答辨書並ニ其他ノ書類ニ徵スルモ明瞭ナリ加之原裁判所ハ其判文中被上告人ノ財産增加ヲ認メシヲ以テ被上告人ハ返濟ノ義務ヲ發生セシモノト云ハサル可カラサルニ原裁判所ハ業ニ既ニ財産ノ增加ヲ認定セシニモ係ハラス尙ホ其家計上ニ餘裕ヲ生シタリト認メ得サルヲ以テ金員皆濟ヲ求ムルハ不當ナリト判定セラレタルハ其職權ノ範圍外ニ侵入シ爭ヒナキノ點ニ立入リ裁判セシモノニシテ越權ノ處分ナリ又原裁判所ハ被上告人ノ財産增加ヲ認ムルモ尙ホ其家計上ニ餘裕ヲ生シタルモノト認ムルヲ得サルヲ以テ上告人ハ金員皆濟ヲ求ムルハ不當ナリト判定セラレタルハ獨リ越權ノ處分ナルノミナラス亦事實理由ノ不備ナリ何トナレハ餘裕ナル文字ハ其文意廣漠トシテ其程度及ヒ範圍ヲ明示スルニ非サレハ決シテ之レヲ推知スル事能ハス然ルニ原裁判所ハ漫然餘裕ノ文字ヲ用ヒ其程度及ヒ範圍

ヲ明示セサルカ故ニ何レノ證左又何レノ表準ニ據リ斯ノ判定セラレシヤヲ知ル事能ハサルヲ以テ事實理由ノ不備ナル裁判ナリ被上告代言人高橋捨六ハ上告ノ不當ヲ論シ原裁判ノ不法ナラサル旨辯護セリ

民事第二局長代理評定官巖谷龍一評定官高木勤同增戸武平同小松弘隆同谷津春三曰上告趣旨ニ依リ原裁判文ヲ調査スルニ其一項契約證ヲ閲スルニ云々（中略）而シテ此私出精仕候迄ノ文意ハ被上告人ノ資產ニ餘裕ヲ生スル時迄ト解釋スヘキモノニテ被上告人ニシテ果シテ多少ノ財產ヲ生スル事アルモ家計上餘裕ヲ生スル迄ハ該金返濟ノ義務ハ發生セサルモノナリトアリ這ノ判旨ハ上告人カ原院ニ向テ被上告人ハ二反有餘ノ地所ヲ增加所有シ目下身代持直シタリトノ論訴ヲ排斥シタルモノニシテ即チ事實上ノ認定ニ屬スト雖トモ此認定ニ附帶セル餘裕ノ限度ニ至リテハ漠トシテ其理由ヲ知ルニ由ナシ是レ上告人ノ理由不備ノ裁判ナリト論告スル所ニシテ其理アルモノトス何者資產ノ增加ハ外見シ得ヘキモ家計上ノ難易ハ他人容易ク知リ得ヘキモノニ非ス左レハ原院於テ上告人カ見出シタル被上告人カ資產ノ增加ハ未タ以テ身代持直シノ場合ニ適當セス更ニ家計上餘裕ヲ生スル時ヲ俟ツ可キモノトセンニハ併セテ餘裕ノ範圍ヲ示サヽレハ上告人ハ權利發生ノ時期ヲ知ルニ由シナカルヘシ抑資產ノ增加スルト資產ニ餘裕ヲ生スルトハ前文辨明ノ如ク表面ト內部ノ差別アリテ而シテ其餘裕ノ程度ハ他人輙ク推知シ難キ事柄ナレハナリ是レ即チ餘裕ニ對スル事實理由ノ必要ナル所以ニシ

テ原裁判所カ此點ヲ缺キタルハ不法ノ責ヲ免レサル裁判ナリ依テ原裁判ヲ破毀シ名古屋控訴院ニ移ス[1]

右判決は、『身代持直○後段述ぶる通り出世の異名同義ヲ以テ時限トシ義務者ヨリ辨償ヲ受クヘキ貸金』契約、即ち『身代持直』（或は判文中に見える通り『出精○之又出世と同義』）なる停止條件附契約[2]に於て、此種の條件は何時成就するや、『出精』とは法律上如何なる意味のものであるか、と云ふことに關する判決であるが、右判決に依つて一應『身代持直シトハ單ニ資產ヲ增加』するの意味であつて、『更ニ家計餘裕ヲ生スルノ謂』ではないと決定されたものである。『出精』なる條件は、客觀的に資產增加の事實あれば、こゝに成立するの謂であつたのである。

（1）大審院判決例民事集第四卷——裁判粹誌——一二頁。　（2）此『出精』とか或は『身代持直』とかの約款は、法律行爲の效力の發生を、當事者の自由意思に繫らしむると云ふが如き意味のものではなく、飽くまで法律上一定の效果を生ずる附款であつたのである、即ち大審院判決明治廿一年第三百九十七號同廿二年四月廿九日言渡（大審院判決例民事集第四卷——裁判粹誌）判文中に『身代持直ヲ期シ返金セントノ契約ハ無期限契約ニ非ス』とある通りである。尙此種の附款は、法律行爲の效力の發生に繫らしめられるもので、その履行期を決定するものでないことは、現代法學上も云はれる所であるが、此時代に於ても正にそうであつたのである。それは前揭の判決文中に見える通り、『權利發生ノ時期ヲ知』らしむるものであつたのである。更に此種の約款は條件であるとして、本文の記述を試みて居るのであるが、かく解する根據に就いて少しく述べて見度い。此種の約款に就いての現代學說には、場合に依り之を條件とも見或は期限とも解し得らるべしとなすものあり（我妻榮氏民法總則五七一頁以下）、近代判例にも之を期限と解せるものがある（仝上）のであるが、少くとも前揭判決文時代には、之を條件と解したもの、如くに考へられ

る、それは、先づ大審院判決明治十一年九月六日上告同十一年十一月廿一日申渡貸金催足一件上告判文中「（某）ハ當時身代限ヲ做シ其身代ヲ持直スカ如キ預シメ期スヘカラサルモノニシテ則チ無期ノ契約ナレハ……」（大審院民事判決錄明治十二年十月印行六三一頁）と見えるが、之は『身代持直』を期限と解するものではなく、之を條件と解するものと云ひ得べく、次に之は後述する所であるが、此種の約款を附けることは、少くとも前掲判決時代迄の概況としては、債權者たるべき者の恩惠に出でた行爲で、此種の契約をなす場合は、初めから必ずしもその契約內容の實現を期待するものではなく、簡單に云へば出來たら拂つて貰はふの程度であつたのであるから、その『身代持直』不可能と云ふことが確定した場合は、又その法律行爲の效力が發生するものとの解釋を下し得る場合があるとなし、之を期限なりと解することもある近代判例學說の見解は、少くとも明治二十年代迄の實情としては、原則的見解として之を容認することは出來ないと思はれることなどからして、こゝに之を條件なりと解した譯なのである。

扨て此種『身代持直』とか『出精』『出世』とかの條件を、契約に附帶せしめることは、何時頃から行はれたものであつたか、今その沿革を尋ねるならば、既に德川時代に此種の慣行が存在したことを知り得られる。

先づ目安祕書（東京帝國大學法學部所藏本）三金銀出入の部身上持立次第濟方可致對談後借主致病死悴之代ニ成身上持立候を見受願出候ハ、取上の條に『寬政十一未年奉行三浦伊勢守より町奉行に問合書面一座評義之上伊勢守に挨拶書面之內伊勢守問合一借金銀出入之內困窮ニ而身上及滅却濟方難出來候ニ付追而出世身上持候ハ、其節濟方可致與申證文遣置候當人ハ死失悴之代ニ相成身上を持召仕も有之相應ニ相暮候趣銀主見屆願出候節右體身上持候ハ、濟方可致旨ハ證文通ニ而難申付筋ニ可有御座哉乂ハ悴代ニ而モ難逃有之候哉一座評義之上町奉行より挨拶下ケ札御書面及

困窮身上致沽却候もの追而身上持候ハ、濟方可致旨之證文相渡當人ハ死失いたし悴代ニ相成身上を持召仕等も有之段銀主見屆願出候節ハ吟味之上證文無相違候得ハ悴身分ニ而親代之義引受間敷與は難申筋故右悴に濟方可申付事與存候然共證文紛敷義も有之濟方難申付趣ハ致吟味候上之儀ニ付兼而治定も難致候』ニ見える通り、德川時代に於ても此種の約款附契約は、法律上有效に認められて居た。尙ほ此『出世身上持』は、以下諸文に就いて見るも判る如く、『出精』『身代持直』の同意語であり、寧ろ此『出世』なる語が、最も普通に行はれた樣である。

扨て右目安秘書に載せたる挨拶書に依つて、既に寛政年代此種の約款が行はれたことが知られるのであるが、更に之以前に於ても以後に於ても、その實例を見出すことが出來る。今その實例證書數個を掲げて、此種慣行が、少くとも德川初期より明治に至る迄、一般慣例として行はれたものであることを實證しよう。

（一）三貨圖彙に[3]

覺

一私身體つぶれ申候に付、貴殿〻之預り銀拾壹貫目御座候處に、御損かけ申候段、千萬無念に奉存候、併し此度首尾能埒明候ハヽ、一門を賴み身體に取付申候ハヽ、其許へは少しも損かけ申間敷候、銀子相渡申候節、手代共當利を申候共、相違仕間敷候、萬一此段僞候ハヽ、蒙ニ神佛御罰一、私同女房子供迄、一生無ニ立身一、

來世に而は浮世御座有間敷候、扨々其許へ此度御損かけ申候段、時節こは申ながら、斯樣に成り申事に候ハ、分別も可レ有レ之所に、行つまり如レ此、無二是非一次第に奉レ存候、乍レ去右之通私一念は、相違仕間敷候爲レ其如レ件

寛永十六己卯年十一月四日　　和倉屋

木屋伊兵衛　　六右衞門花押

こ見えるが、此『身體に取付申候ハ、、其許へは少しも損かけ申間敷候』こは、『出世身上持』候はゞ辨濟すべしの意味こ解せられるから、之を以て見る時は、德川初期既に早く、此種の慣行があつたこゝを知り得られよう。

（二）嘉永五年の筆寫本であり、河州若江郡地方の證文雛形集たる見馴艸なるものに

出世證文之事

一私儀其元殿ニ而別紙證文之通何年銀子何程借用有之度々催促被下候得共當時拂底ニ而以中々返濟難相成候ニ付右證文年限ニは不拘私シ立身仕候迄相待被下度御賴申入候處御承知被下忝存候然ル上者何時ニ而茂私立身仕次第別紙證文之通御取立可被成下候爲後年出世證文差入依而如件

なる文案が見える。尙ほ右の文例上は、『立身』を『出世』と同意義に使用して居るのである。

（三）遠藤佐々喜氏所藏慶應四年の出世證文（本例は遠藤氏並に大阪村井和本店の好意に依り揭げ得たのである）

出世證文之事

一金六拾三兩三歩貳朱也

永五匁貳分五厘

右者昨卯年十二月限リ買物代金借用申候處實正也限月皆濟可致筈之所手元不如意ニ付暫時延引之儀御賴申上候所格別之御勘辨を以御承知被成下難有奉存候右返濟之儀者向後丹誠を以致出世手元融通等茂相附ヰ候節者無相違皆濟可致候爲後日一札如件

慶應四辰年

八　月

借用主　丹後屋金兵衞㊞

油小路通二條上ル

請　人　笹屋嘉兵衞㊞

大黑屋德兵衞樣

（四）大審院判決明治十一年六月廿九日上告明治十一年十一月三十日申渡貸金催促一件上告ノ判文[4]中

拜借申金子證文之事

一金三萬三千貳百廿三兩三分三朱銀壹匁八分

右ハ御拂米代金其外代金之分取揃皆濟可仕之處手元差支急速皆納仕兼候儀ニ付前書之金拜借仕候處實正ニ御座候然ル上ハ返濟之儀ハ諸向貸金與夫々取立返濟爲仕殘金ノ義ハ出精相稼決而御迷惑御難澁相掛ケ不申皆濟可仕候此金子ニ於テハ不容易御難澁相掛候次第之末御恩借之義故寸時モ不弛出精皆納可仕候義ハ勿論之義ニ御座候爲後日親類連印御恩借證文仍而如件

明治三年年四月　（以下略）

（五）當法制史研究室所藏にして、大阪地方のものと考へられる、次の如き實例文書を見ることが出來る。

借用申金子之事

一金三拾兩也

右之金子借用仕候處實正也然ル處私義御主人樣之厚御世話樣ニ預リ御陰ヲ以千萬難有仕合ニ奉存候右金子慥ニ借用仕候且又返濟之儀は何れ私出世之上元利共急度返納可仕候爲後日借用申諸（證の誤り）文依而如件

明治四年

未八月　　堺屋幸七㊞

岸澤屋御主人様

（六）大審院判決明治十一年九月六日上告明治十一年十一月廿一日申渡貸金催促一件上告ノ判文中[5]

借用金ノ證

一金千七百八圓五拾錢　明治六年一月借用元金千貳百圓ノ元利

内

金千三百五拾貳圓七拾六錢　書入ノ田畑居宅質棚代金相渡

金拾四圓三拾七錢壹厘九毛總割賦金同斷（中略）

殘金三百四拾壹圓三拾六錢八厘壹毛

右ノ通身代限ヲ以返濟方取計候殘金員也借用申處實正ニ御座候然ル上ハ拙者身代多少ニ寄ス持直シ次第實意ヲ以返濟可致候依テ借用金ノ證如件

明治八年十二月廿六日　　（以下略）

（七）大審院判決明治十一年九月廿四日上告明治十二年三月十一日申渡證書相殺幷殘金取戻一件上告ノ判文中[6]

借用金證券

一金千六百貳拾五圓也　（中略）

右者其許殿ニテ昨九年六月中確實金借候處是度返濟ニ差支候ヨリ色々御依賴申上候處一大非常ノ御憐恕ヲ以我等身代持直シ候迄御延期被下實以難有奉存候然ル上ハ爾後身代持直シ次第何時ニテモ右金額御取立被下度尤其際返金皆濟難仕節者左ニ連署セル受人ノ者ニテ引請其許ヘ御損毛相掛ケ不申飽迄返辨ノ義務相盡シ候依テ保證人相立借用證券如件

明治十年二月廿一日　（以下略）

尙ほ先に揭出せる明治廿二年一月廿六日の判決文、及び註（2）中に引用せる同廿二年四月廿九日の判決中にも、此種契約文書の一部を記載して居る。後者の文言は、『追テ自分身代行立次第濟方可致』と書かれて居る。

更に尙ほ全國民事慣例類集の傳ふる所に依つて知らるゝ、三河國渥美郡地方の『出世辨金』、越前國敦賀郡地方の『仕合證文』、但馬國出石郡地方の『出世證文』等の慣行、[7]皆右と同種のものであつたのである。又中田博士の云はれる通り、西鶴の日本永代藏に云ふ『仕合次第』辨濟は、又大阪地方の同じ慣行を指すものである。[8]

之を要するに、德川初期より明治にかけて、所謂『出世』なる約款附契約が、相當廣く一般的慣習として、行はれたものであると云ふことが出來るのである。

（3）昭和七年版一〇二六頁。（4）大審院民事判決錄明治十二年十月印行六三二頁。（5）註（2）中所引。（6）大審院民事判決錄明治十三年十二月印行五四頁。（7）明治文化全集法律篇所收本、三三八頁、三三二頁。（8）增訂德川時代の文學に見えたる私法一一四頁。

次に此種の約款附契約は、如何なる場合にも即ち一般的にも行はれたか、或は特殊の場合にのみ行はれたかと云ふ點を考へて見るに、管見の及ぶ限りに於ては、必ずしも一般的に行はれるものではなく、寧ろ特殊な場合に用ひられる附款であつたのである。即ち普通は分散（多數債權者に對する債務者の總財產委付）身代限（對財產强制執行）[9]等の行はれたる直後に、その未濟の殘餘債務に就いて、此種の契約を締結するのが常であつたらしい。前出の目安祕書の文中に、『困窮ニ而身上及滅却』と云ふ『滅却』は、此身代限或は分散の結果を目當てに使用せる言葉であらう。分散の場合此種の契約が締結されたことに就いては、中田博士增訂德川時代の文學に見えたる私法一一四頁に詳細であり、身代限直後に於ける適例としては、前揭實例（六）が擧げられる。又前揭類例（一）は、『身體つぶれ』た場合になされた契約であるが、此『つぶれ』も亦、身代限又は分散を意味するもの

であつたのではなからうか。しかしさればと云つて、勿論それは必ずしも身代限とか分散とかの後のみとは限らない、即ち前記第(二)例の出世證文之事は、『當時拂底ニ而以中々返濟難相成候ニ付』此契約を結んだものであるが、此『拂底』は先づ身代限でも分散でもなかつたと解し得られよう。第(三)第(四)例も亦同樣の場合であり、第(五)例は證文面丈では判然しないが、少くとも身代限分散などの場合ではなく、奉公人が主人より商賣資本でも借り入れた場合の出世證文であるかの如く見え、又第(七)例も『是度返濟ニ差支』へた爲めに契約したものであつたのであり、又前に揭出せる通り大審院判文にも、之は『控訴人ノ家產衰頽ヲ極メ……負債返濟ノ目途ナキニ依リ』契約せるものであると見え、更に又明治廿一年三百九十七號大審院判決文中(10)にも、『上告人ハ……被上告人ニ貸附タル金ノ返戻ヲ求メタレモ被上告人ノ無資力ナルヨリ無餘儀身代持直ヲ期シ返戻ヲ受クルノ更約ヲナシ……』とあるなど、身代限又は分散を直接の機緣とせざる場合にも、此種約款附の契約が、締結されたことを知り得るのである。

更に、さればと云つて、以上の身代限又は分散の直後以外の場合のものも、殆んど全て何等の前提事情なく、初めから此種の契約を取結んだものではなく、從來の債務關係上の債務者の辨濟能力缺如と云ふ事情の爲めに、債務者の辨濟能力の恢復發生を見る迄、その辨濟を猶豫する意味に出でた債權者側の好意が、此約款附契約をな

さしむるに至つたものであるが、此點から見る時は、身代限分散直後のものゝ然らざる之等のものゝは、その前行事情が債務者の辨濟力欠乏ゝ云ふことであつた點に於て、全くその契約締結の機緣を同ふするものゝ云つて、差支へないのである。只前記第（五）例が前述の如く、奉公人がその主人に商業資金を仰いだ場合ゝ解し得るゝすれば、多少その趣を異にするものゝ一應考へられるのであるが、主人即ち債權者が、債務者即ち無資力の奉公人の借入資本返濟能力が發生する迄、その好意に依つて辨濟期を猶豫する意思に出でたものであるこゝ、その證書面に依つて充分窺ひ知られるが故に、その約款が債權者の好意に依つて附せられたものであるゝ云ふ事由に至つては、之又前者ゝ全く同じものであつたのである。

以上を以て見る時、現在知り得る關係史料の範圍内にては、此種約款は普通一般に、債務者の辨濟能力缺乏の場合、債權者の好意に依つて附せられるものであつたゝ云ふも、大過なきものゝ云ふこゝが出來るのである。

されば前揭各例に見える通り、債務者が『御無心申入』『御賴申入』『哀……ヲ乞』ふて、債權者之に『一大非常ノ御憐恕』『特別之御勘辨』を與へた或は『恩惠上』の『恩借』であり、出世證文又一に『御恩借證文』であつた譯である。而して更にそれは『更約』せるものであり、その證書は『更約證』[11]であるこゝが、普通であつたのである。

（9）中田博士增訂德川時代の文學に見えたる私法の分散の條。（10）註（2）所引。（11）註（2）所引明治廿二年四月廿九日大審院判決文中に見ゆ。

扨て此種の條件（先に註（2）に於て、德川時代から明治少くともその二十年代初頭迄は、『出世』なる約款を一律に、現今法學上云ふ條件と解して居たと云つて差支へない樣に考へられるとの推論を試みて置いたのである、而して明治二十二年の判決に就いては、此點に就き多少の說明を試みると上の如くであるが、德川時代のそれに就いては、必ずしも充分なる資料に接し得ない次第であるが、先の推論に從つて一應之又條件なりと解して置くのである）の成就は如何にして判定さるべきであるか、此點に就いては、明治二十年代の判例は、冒頭に述べた通り、明らかに客觀的に資產增加の認められる時に、成就すると云ふ標準に從つて居たことを知り得るが、德川法制上は如何と云ふに、未だその適當な材料を發見し得ない。しかし恐らくは裁判官の自由認定に委せられて居たものであらうと考へる。只前揭目安祕書の文に『身上を持召仕も有之相應ニ相暮候』場合は、條件成就として債務者その責任履行の義務ありとなして居るが、右の文辭を普通に讀むならば、德川法制上は明治のそれと異なり、前揭大審院判決文中上告人の主張に謂ふ所の『家計上』餘裕を生ずることを、要件として居たかの如くにも見えるが、此文句はしかく嚴格に解すべきものではあるまい。

尙ほ德川時代の『出世』なる約款は、法律行爲の效力の發生に繫るものであるか、只單に發生して居る債務の履行に繫るものであるかと云ふ點であるが、明治二十年代のそれに就いては、效力の發生に繫るものと一應考へて置いたのであるが、德川時代のそれに就いては、今全く之を考へ得ない。或は恐らく當時としては、此種の緻密な法理論は、存在し得なかつたのではなからうか。

剃髮刑

（矢吹村）　仁兵衞
（久米石村）　彦次
（同村）　彦太
（成田村）　武八

申渡之趣

其方共儀舊冬十一月廿九日、久米石村鎭守於二拜殿一致二博奕一候趣相聞候。稠敷御制禁被二仰付一候處、相犯し

不埒千萬に候、依レ之爲レ懲剃髪坊主申付過料五百文宛申付候。以來相慎農業相勵候趣於二相聞一は、還俗申付候儀も可有之候。此旨可二相心得一者也。

（以下略）

（矢吹村）　庄屋　組頭

申渡之趣

一去十一月廿九日、久米石村鎭守於二拜殿一、須加川東町安之右衞門矢吹村仁兵衞久米石村彦太彦次成田村武八寄合致二博奕一候之趣、相聞嚴敷御制禁被二仰付一候處、相犯候付剃髪坊主に申付候間、以來月に兩度其村庄屋宅え呼出、組合立合月代剃可遣候。村中寄合之章（節か）末座に差置仁兵衞坊主と唱可レ申候。此旨可二相心得一者也。

（以下略）

右は松浦靜山侯がその名著甲子夜話に、『寛政の頃曾く博奕を禁ぜられし時、執政白川侯（越中守定信）の領内にて其禁を犯す者ありし。裁許して筆錄して予におくる人あり今舊匣に獲てしるす。』この前書を付して收載せる、(1) 博奕犯に對する松平定信領法上の刑事判決例である。

賭博者に剃髪なる刑を科すると云ふことは、德川幕府法の原則には先づ見えない所で、(2) 右の判決は幕府法と異

れる藩法の原則を示すものである。しかし此の如き原則は、勘要記一の廿五牧野越中守領分ノ右(者か)博奕致候者半髪剃申候領法之處他領之者茂有之候付問合なる條下に『越中守領分常州茨城郡上市毛村畑山之内ニおゐて當月四日博奕體之儀有之……(領分之者と他領之者吉十郎なる者とが博奕を行ひ)……是迄右體之者領法之仕置は半髪剃落候右吉十郎儀友三郎樣御知行所之者ニ候得共領分之者同樣半髪剃申付候而茂苦し間敷哉在所役人共〻申越候ニ付此段御問合申上候以上五月十七日牧野越中守家來下ケ札書面博奕致候者仕置は半髪剃落候儀御領法之由ニ候得共公儀御仕置ニは無之儀殊ニ他領之者を右之通仕置ニ御申付不苦與は難申述候本文之通博奕致候者奉行所ニ而は百程ニ當候元祿年中に被仰出候ニも江戸之御仕置ニ准し自分仕置與有之上は旁御領法仕來候迚半髪剃落候儀可然與は難及御挨拶候間御勘辨候而御取計候樣存候以上五月』(3)と見える如く、白川侯の領法のみに存する制度ではないのであるが、しかも尚ほ極めて稀なる類例ではあつたらしいのである。

扨て右の如く、賭博者に剃髪なる刑を科すると云ふことは、德川法制一般に通じて見ても特例であり、就中幕府法には先づ見ることの出來ない制度ではあつたにしても、剃髪と云ふ刑罰そのものは、必ずしも極めて稀有な存在であると云ふ程ではなく、勿論一般的に施行された原則的な刑種ではないが、特殊な犯罪に對して行はれたことは、幕府法に於ても領法にあつても尚ほ、その類例を見出すこと乏しくはないのである。今こゝに現在知り

得た資料に基づき、德川刑法上の剃髮刑に就いて、若干の考究を試みて見度い。

（1）上卷五三五頁（日本隨筆大成本）。（2）公事方御定書上卷六六、六七、六八條（德川禁令考後聚第一帙三四頁以下）等參照。尙ほ次段掲出の如く、勘要記の文中に『半髮剃落候儀御領法之由ニ候得共公儀御仕置ニは無之云々』とある參照。（3）勘要記は本條に就いて年號を載せてないが、牧野越中守は享保十六年生、延享二年十月十八日越中守に叙任せられ、遺領――常陸の茨城眞壁の二郡――を繼げる貞長（寛政重修諸家譜第二輯一〇六七頁）ではないか。

剃髮刑なるものは、我國に於ては德川時代獨特のものであるかと云ふに、そうではなく、武人制覇抑々の時代からの制度であり、近世のものはその後身であつたと云ひ得るのである。即ち貞永式目第三十四條一密懷他人妻罪科事の條第二項に『次於二道路辻一捕レ女事。於二御家人一者。百箇日之間可レ止二出仕一。至二郎從以下一者。任二右大將家御時之例一。可レ剃二除片方之鬢髮一也。』(4)とあることに依つて、充分之を窺ひ得られよう。殊に後述の人足寄場內の片鬢落の如き、或は前示牧野越中守領法上の博奕犯に對する片鬢剃刑の如き、或は後述の尾張藩宇和島藩に於ける半髮剃除の刑の如き、その剃髮形式の點に就いては、全く貞永式目の流れを汲むものと云ひ得よう。

しかし此鎌倉幕府法上の片方之鬢髮剃除制が、實際に行はれたかどうかは、今遽かに之を斷じ得ないが、天文三年清原宣賢撰式目抄の本條に關する『此法モ如レ此定メラレタルハカリニテカヤウニ行ハレタル事ハミヘス關東ノ記ニモ不レ見也』(5)なる記述を、そのまゝ信ずるとするならば、中世に於ては、此剃髮刑は空文に屬し、實施

されなかつたものと云はねばならない。若し果して然りとせば、一般的に見て、中世の羅切指切劓刖火印等と同じ範疇に屬する身體刑にして、大いに中世的色彩の濃い刑種であると考へられる此剃髪刑が、反へつて中世行はれずして、以下述べる樣に近世に至り屢々實際に行はれたと云ふことは、刑罰發達の通則に照して見る時は、特異な現象であると云はねばならない樣に思はれる。

（4）經濟雜誌社本羣書類從第拾輯四本。（5）續史籍集覽第二册二九頁。御成敗式目注（續々羣書類從第七法制部）二二四頁に、『髭髪何モ髪也』なる、本條に關する注記見ゆ、尙ほ比較法制史的には中田博士法制史論集第一卷附錄第三馬端臨の四裔考に見えたる比較法制史料刑法の條、太宰春臺の經濟錄刑罰の條、三浦周行博士續法制史の研究九五一頁等參照。

幕府法の根本たる公事方御定書に見える剃髪刑は、その下卷密通御仕置之事の條に『從前々之例一離別狀を不取他に嫁候女髪を剃親元に相歸ス』(6)、及び同上緣談極候娘と不義いたし候もの之事の條に『追加寛保三年極一緣談極候娘と不義致候男輕追放但女者髪を剃親元え相渡』(7)とある所の、重婚及び重婚に准ずべき特殊な姦淫罪に關する二條のみである。

右重婚の場合に就いては、『從前々之例』とある所よりするも明らかであるが、既に早く本規定制定前に、即ち享保六年七月廿五日の判決は重婚婦に剃髪刑を科して居る、(8)しかも此判決の主旨が直接採錄されて、右御定書

の法文となつたものである。[9] 更にその制度の精神の源流を尋ぬるならば、律令要略跡式養子緣組後家の條下に『一夫を嫌、髮を切候て成共暇取度由申或は夫に申懸於致は、比丘尼に成緣絶』なる規定が見え、しかも元祿五年五月廿五日の評定所判決として、本規定の主旨に全く相當する判決が下されて居ることは、既に中田博士の紹介されし所なれど、[10] その判文中『畢竟夫を嫌ひ候段不屆ニ付、剃髮比丘尼に可致旨申渡候……』[11] と見えるものは、御定書上の重婚女剃髮と同一思想に出でたものであり、のみならず御定書の規定及び前記享保六年の判決の前例であつたと、解して差支へないであらう。

尙ほ別に律令要略前掲條の次條に、『夫を嫌致家出比丘尼寺に欠入比丘尼寺三年勤之暇出候旨於訴之は親元へ爲引取之』なる規定が見えるが、之は有名なる緣切寺制度の原則である。當時の一般的原則に依れば、前記の如く『夫を嫌ひ候段不屆』であつて、かゝる場合の妻は剃髮比丘尼に處せられるのであつたが、右緣切寺制度に關する特則に依ると、此場合比丘尼寺へ駈込んで『比丘尼三年勤之』る時は、何等その上刑罰を科せられることはないのである。そこで此『比丘尼寺三年勤之』とは何を意味するかと云ふに、比丘尼寺に入つて尼僧と同樣の事務に當ることは勿論であるが、それに止まらず尼僧と同樣剃髮をなさねばならなかつたのである、このことは、東慶寺文書の中に見える樣に、駈込女が寺に差出す誓書の中に『髮切候事』を誓約して居ること、[12] 及び德川滿德

寺法書に依れば、『欠入女三箇年入寺禁足相慎候上髪を切夫方に遣し雛縁請取候儀ハ開山より之寺法』[13]であつたことなどに依つて明らかであるが、然らば之又全く右剃髪比丘尼刑と同一結果になるもので、只その徑路に於て、少しくその趣きを異にするものと云ふ丈のことである。即ち此場合は表面から剃髪刑を科すると云ふのではなく、元來剃髪刑に處せらるべき犯行であるが、犯罪者が縁切寺駈込即ち寺入と云ふ特別な行爲をなす時は、本來の刑の適用を免除する、しかし此寺入は本來の刑と同樣剃髪と云ふ義務が伴ふものであると云ふ、立て前であると云ふべきであらう。尙ほ此縁切寺駈込に就いては、後段又論ずる所があるであらう。

更に尙ほ遡つて此姦淫者剃髪の類例を求めて見るに、今法律上の例證は見出し得ないが、既に早く姦通女並に姦夫を本夫が剃髪する私刑が、公認されて居たかの如き證據に接することが出來る。即ち御仕置裁許帳十二卷密通之出入ニ而、家主店被ニ追拂一候以後、番所門前に參、自害仕候者の條に『延寶八年申十月十八日壹人市郎兵衞坊主歳廿九歳是ハ本皮屋町、忠左衞門店縫薄屋七左衞門出店居衆、此者七左衞門女房と致ニ密通一罷在候を、今月九日之夜、七左衞門見付候得共、双方命を介、兩人共ニ則致ニ坊主一御當地立廻り申間敷之由、手形いたさせ追拂候へば、同十一日之夜、番所之前ニ而、小刀を持候而、腹少宛五ヶ所自害仕候得共、相果不レ申候間、當分之宿本銀町貳丁目次郎右衞門店傳右衞門ニ預ケ、今日女房之親湯島天神門前半右衞門、其外一卷之者召出、穿鑿之上、

彌不屆者故牢舍、右之者、延寶九年酉三月十一日、日本橋ヨリ五里四方追放』[14]とあるもの是である。

扨て姦淫婦剃髪の規定は、先にも一言せる如く御定書上にては、前記の重婚及び重婚に准ずべき犯行に關する所の二條に止まるのであるが、廣く幕府法としては更にも一つ、少くとも文化年代、武家の娘に對する閨刑としての姦淫婦剃髪刑が存在したことを、次に掲ぐる判決例に依つて、知ることが出來るのである。即ち『文化元子年十一月根岸肥前守掛土井大炊頭殿御差圖伯父と密通いたし候一件有馬中務大輔家來伊藤源吾娘もよ右之者儀、佐吉ハ伯父ニ候處、度々不義申掛候迚、其意ニ隨ひ、密通之上懐姙致し、身分難レ立可ニ相果一と存候得共、佐吉申勸候迚、家出致し、同人妻ニ成、所々ニ而店持罷在、親源吾入牢之儀を承り、自分と駈込願致し候とハ乍レ申、右始末不屆ニ付、髪を剃、江戸拾里四方追放、右御仕置附右御定書ニ、姉、妹、伯母、姪と密通致し候もの、男女共、遠國非人手下と有レ之候得共、武家之娘ニ御座候間、非人手下ニ申付候儀も相當仕間敷、先例相糺候處、右ニ可ニ見合一例無ニ御座一候、……離別狀を不レ取他ニ嫁候女、髪を剃、親元ニ相返候御定之箇條も有レ之候間、右をも見合、髪を剃、江戸拾里四方追放』[15]と、少くとも親屬相姦の場合の姦婦剃髪刑が、武士の娘に適用されたことは、之で充分明らかであらう。尚ほその『御仕置附』に明記する如く、本判決は御定書上の姦淫婦剃髪刑の類推に出でたものであり、その精神の擴張されたものであつたのである。

最後に古い裁判物語の上に見えたる剃髪刑を掲げて置かう。元祿二年刊の西鶴の本朝櫻陰比事卷三、一利發女の口まねの段に、或る浪人が或る後家に戀慕しその許に無斷忍入つたので、『女の寢間といひ金銀の有所をしりて夜中の忍び入。主人は各別此家の手代ども一分立難し。此儀は我〳〵勘忍ならずといづれも嘆ひを聞入ずして既に御前に申あがれば。兩方めされて子細をたづねあそばされけるに。浪人すこしもさわぐ樣子もなく。此儀はあの者亭主相果申後私も妻子なき身にて御座候へば。たがひに申かはし內證にて念比申候うちに。後家外に又男を拵へ申候と相見え候は。日比よしみの私にかゝる惡事をたくみ迷惑いたさせ候は。流石女こゝろの淺まし』さからであると申立てたが、結局浪人の虛構であることが判明し、『さりとは曲もの也然れども盜人の沙汰にあらず。夫なき女を戀しのぶよりの惡事なれば命は助て本國駿河におくるべし。然れば人の難儀を申かけたるくわたいに片小鬢剃て追拂ふべし。』と申付けられたと云ふ話が見えて居るのである。之は勿論法的淵源ではないし、又法的淵源に之に該當するものを見出し得ないので、果して此種の刑が行はれたか否かは、頗る疑問に屬するのである。右の話の內容が、前記貞永式目第三十四條の內容に殆んど合致する所から見ると、或は恐らくは此裁判物語は、右貞永式目の規定を織込んだ、單なる作り話に過ぎないものであつたかも知れない（又仝上書卷二の四の段參照）。

（6）德川禁令考後聚第三帙八三頁。（7）仝上一三九頁。（8）仝上一〇八頁。（9）仝上八六頁。（10）法制史論集

第一卷六二〇頁。（11）仝上。尙ほ拙稿古判例集數種（法政研究第二卷第二號）參照。（12）穗積重遠博士離婚制度の研究一二二頁。（13）德川禁令考第五帙一一八頁所出文化五辰年書出上州德川滿德寺法之儀ニ付書付。（14）古事類苑法律部第二、九五八頁。（15）德川禁令考後聚第三帙一二六頁。尙ほ評議書に『寛政元年九月五日……（入水心中者の中の生存女を）……尼に可ㇾ致旨申渡、髮を剃、親元に引渡遣可ㇾ申哉之旨相伺申候』なる伺に對し、然らずとの回答が、上司より發せられた旨の記事が見えるが（古事類苑法律部第二、四六八頁）、此場合には生存者非人手下と云ふ御定書の原則が、適用される譯であつたのである、（公事方御定書下卷男女申合相果候者之事――德川禁令考後聚第三帙一四一頁以下參照）。

扨て此姦淫婦剃髮制は、先にも一言した所であるが、姦淫男子剃髮刑を設けた、彼の前揭の貞永式目第三十四條に倣つたものであるとなすことは、よし德川のそれと鎌倉時代のそれとが、その內容細目に就いては必ずしも同一ではないにしても、之を廣く姦淫者剃髮と云ふ側から見る時は、全く同一であるが故に、又鎌倉武家の先例古格繼承と云ふことには、家康以來その意を用ゐる所が厚かつたと云ふことを考へ併せて見る時、さまで大なる過誤を犯すものではないと信ずる。果して然りとすれば、德川幕府の根本法公事方御定書が、只一定の姦淫罪に就いてのみ剃髮刑を設けて居ることは、まことに貞永式目に倣ふこと、甚だ忠實なるものがあると云はねばならない。しかし此貞永式目墨守の態度は、公事方御定書に就いてのみ云はれる所で、德川法制一般としては、姦淫罪以外の犯罪に對しても尙ほ、剃髮なる刑を科する場合が、相當に存在するのである。このことは前に一言して

置いた所であるが、今その概要を幕府法藩法に分けて述べて見よう。

先づ幕府法に就いて云ふならば、その一は公事錄狂言役者の條に次の如き判決が見えることに依つて、少くとも貞享時代、判廷に於て不眞正なる答辯をなせし者に、剃髪を申付けたことを知り得る。即ち『貞享四卯八月十四日一南大坂町半助忰長吉を露月町八郎兵衞方へ養子ニ遣候處八郎兵衞病死以後八郎兵衞弟喜三郎跡式致支配……長吉儀……喜三郎非儀之段を圍僉儀之節有體ニ不申段幼少之者と乍申不屆ニ候於評定所早速剃髪申付所へ預ケ遣候（下略）』。

その二は人足寄場内の換言すれば或種の監獄内の特別刑法上、一定の犯行者に對し、剃髪刑が科せられたことである。即ち寛政年代の寄場人足御仕置并心得書中の寄場御仕置之事の條々中に『一片鬢剃落、年限之定有レ之もの、遣方之儀者、年限中ハ、平日片鬢剃落置、赦免之日數、五ヶ月以前より鬢爲レ立可レ申候』[16]の制度である。

次は一定の犯罪人に剃髪刑を科するのではないが、或場合に一定の犯行に對する本刑が、『出家』（その形式は勿論剃髪である）することに依つて、免除さるゝと云ふ制度が存在するのである。而してそれは剃髪刑と同一思想に出でたもので、本來の刑罰に代ふるに出家即ち剃髪を以てしたものと、解し得られる樣に思はれると云ふことである。その出家剃髪を以て、尙ほ刑罰なりとなすのは、赦律草案に『御免〇恩赦之節出家ニハ不被仰出直ニ

御免相成候事ニ有之候』[17]とあるは、出家を仰付けることは尚ほ、御免ではないと云ふことを表明するものであり、又寶暦四年の書付に『遠島御免出家○犯人の幼年の子の願只今迄御遠忌御法事之赦ニ難成……』[18]などある所からする推論であるが、若し果して然りとせば、德川幕府法上の剃髪刑の一例となし得よう。依つて今此制度の大體を、次に略説して置き度い。

公事方御定書下卷御仕置ニ成候もの悴親類に預ケ置候内出家願いたし候もの之事の條に『從前々之例一御仕置ニ成候もの之悴遠島追放等ニ申付候もの幼少故拾五歳迄親類に預ケ置候處出家にいたし度旨寺院より相願候ハヽ伺之上出家に可申付事』[19]とあるものが、先づその一つである。經濟錄卷八刑罰の段に『父死刑ニ當レバ、其子流サル、若幼稚ナレバ、十五歳ニナルヲ待ツテ流ス、其間ニ僧家ヨリ請ヘバ、剃髪シテ僧トナルコトヲ許サル、』[20]とは、此制度を述べたものであるが、之は元文三年年九月に行はれた判例に、基づいた制度であつたのである。[21]

右と同樣の制規が、幕府の恩赦法の上にも、或時代存在したのである。德川時代の最も備れる文久二年の赦律[22]には既に見えないのであるが、その前の文政度の大赦律に依ると、父の科に座して遠島に處せられた者、又は同じ場合緣座者が拾五才以下で親類に預けられて居る場合は、此幼年者は一定の恩赦施行の節に、出家たるべく申付けられたのである。即ち大赦律の容易難レ成ニ赦免ニ罪狀之事の條下に『一父之科ニ而遠島ニ成候もの、是ハ年

數之不レ依ニ多少一、例ニ見合御免之儀計申上、御下知之節ハ、御祝儀之赦ニ而も、遠島赦免出家可ニ申付一ニ被ニ仰出一候事』、又仝じく『同科ニ而遠島追放ニ相成、又ハ拾五歳以下ニ付、親類に預ヶ置候もの、大赦ニ書上候後、出家願出候節、右出願ハ不レ被レ及ニ御沙汰一、其もの計取分ヶ、御免之儀申上候節、先例ニ見合、遠島之ものハ、出家可レ被ニ仰付一哉之段申上、追放之ものハ、出家之儀不ニ申上一事』[23]とある是である。尤も此遠島者及び父の科に座して遠島申付けられし十五才未滿の者を、恩赦に當り、遠島を免除し出家を申付けると云ふ制度は、文久度の赦律の成る以前即ち大赦律制定後間もない天保三年に、既に早く廢止されて了つたものであることを、赦律の草案は傳へて居る。[24]

次には幼年犯罪者に關して、同種の類例を見ることが出來るのである。幕府法に依ると一定の幼年犯罪者は之を出家になし、その犯行に該當する本來の刑罰を免除する制度が、少くとも寶暦十三年代より寛政四年代に亙つて行はれたのである。而してそれは、先の父の科に座した幼年者を出家とする制度の精神を、そのまゝ採つた制度であつたらしいが、所謂幼年者自らの犯行に基づく場合と、父の科に座する場合とは、その本質に於て全然相異る所が存する爲めに、幼年犯罪者出家制度は之を廢止すべきであるとなし、遂に間もなくその廢止を見るに至たつのであつた。このことは、評定所格例所載『幼年に而附火いたし遠島申付候もの出家願之事寛政四子年十二

月、幼年にて附火いたし候もの遠島御免出家爲レ仕度段願出候義に付、寺社奉行板倉周防守伺兩國藥研堀埋立地義八店清七召仕粂藏子十四歳上右粂藏義附火いたし候依レ科、當三月中遠島申付、十五歳迄請人藤藏に預置候段、池田筑後守方に而申渡候處、此節深川七軒寺町陽岳寺義、粂藏遠島御免、出家爲レ仕度段願出候に付、相紛候處、寶曆十三年之頃より、願之通御免有レ之趣に候得共、父之科によつて、御仕置相成候類とは品も違、全く其身之科に御座候間、願之趣難レ成段申渡候方可レ然哉に奉レ存候、乍レ然近來追々御免之例も御座候に付、右願書并例書相添、此段相伺申候、十二月御差圖伺之通難レ成段可二申渡一、尤以來共此度御差圖之趣を以不レ及レ伺取計可レ申旨

戸田妥女正殿被二仰渡一[25]』なる文に依つて明らかである。尚ほ之は法的淵源ではないが、歌俳百人撰なる書の吉原西田屋九重の條に『さる屋敷に、乳母奉公せし女なりしが、主人のをさな子、他人の子に怪我させて、さきの子相果たりしを、みづから深くかたらう男ありて、かゝる事をも知らでありし故、大岡公の捌にて、乳母ハ五ヶ年の間、吉原町に身をしづめさせ、をさな子は出家させて、乳母が身のしろ金にて見繼せしとなり、』[26]とある參照。

之を要するに、幕府法上、少くとも放火傷害盜犯等に就いて、幼年犯行者出家の制度が、行はれた時代があつた譯である。

尚ほ此外に、尤も右の幼年者出家の如く一般的原則と云ふ樣なものではなかつたらしいが、或特別な場合には

犯罪人を出家せしめ、その本來の刑罰を免除することがあつたのである。現在にては未だその制を詳らかになし得ないが、次に二三の例證を掲げて、その一斑を紹介して置こう。一は寶曆十三年著の地方落穗集卷十二、二六二頁に『內濟致し候て能事惡敷事有ゝ之事一都て公事出入等扱之上、双方和談致し內濟致候事、至極宜敷事也、然るに人を殺し候者を不ゝ及ゝ訴、內々にて弔金等差免し、双方內々にて相濟候事、以の外不ゝ宜儀也、たゝへ年を經て顯れ候とも、其一列のものは無ゝ殘遠島被ニ仰付一、當人は下手人被ニ仰付一儀也、斯樣の危ふき事を內濟いたし候よりは、双方より訴の上被ゝ殺候ものの親妻子親類納得に候へば、相果候者の親妻子親類の願にて、切殺候ものを出家に致し、菩提爲ゝ弔度候間、下手人の儀者御免被ゝ下候樣、菩提寺相ともに願上候はば、御免可ゝ被ゝ下事に候、然る上は御法度相立、跡の謂も不ゝ殘、其元筋も命も助かるべき事也、役人などは右願ひの儀は、內意等決して同心いたす間敷也、身を亡す基也』[27]とあるもの、その二は公政祕錄補遺下一惡黨もの剃髮致し出入內濟相願候節之事の條『是は水戶道中松戶宿七兵衞と申惡黨もの所ニ而理不盡之儀有之難捨置宿役人ゟ申立御奉行所吟味に相成候節寺院兩人罷出取扱之上內々七兵衞剃髮爲致候積ニ而宿役人ゟ利解申聞得心爲致願下致し候處御聞濟無之候に付七兵衞剃髮爲致候段表向願書ゟ書加再應被下ケ致候處願之通御聞濟被成候得共剃髮致し候儀は相對次第之事ニ付右文言可相濟旨被仰渡一通之書物ニ而願下ニ相成候然ル上は重々ケ樣之類有之候共剃髮被致候儀

は内々之取極ニ而表立候而は容易ニ不相成趣ニ相聞候乍然其品ニも寄剃髪いたし相濟候類も有之候哉難計候得ども既ニ右七兵衞儀は剃髪ニ申文言は除キ候樣被仰渡候間以後其趣相含取計可然事』とあるもの、その三は西鶴の作ニ云はれる本朝櫻陰比事卷五、三白浪のうつ脈取坊の段に『此者（○主人の金を窃取せる者）は弟子の中にも先妻甥にて外ニは替り忰子同前に仕り置。すゑ〳〵は覺悟によつて私の名跡をも繼し申程にそんじたてまつり候。おのれが物を盗申候同前に御座候へば。御慈悲に此科を御しやめんなしくたされ候は。其まゝ出家に仕度御願言上申せば。願ひの通り命の儀は御免くだされ。あまたの者に難義かけたる惡人なれば。いよ〳〵坊主になしおのれが手細工の傘一本にて宿を追拂へニ仰せつけられけるニ也。』とあるものである。

最後に、幕府法上失火罪に就いて、入寺なる制度が設けられて居たことを、述べて置かねばならない。尤此入寺制は、先に述べた緣切寺駈込の場合の入寺ニは、大分趣を異にし同じ入寺であつても、何等剃髪ニ云ふ樣な結果を伴ふものではないのであるが、刑法上の出家剃髪制ニ相通ずる原則の上に立つものニ、假定し得られるニ思ふので、こゝにその大體を說明して置く次第である。新選憲法祕錄壹に『正德元年辛卯五月……在方出火之部一出火之間數等に寄、御咎め差別之事小間拾間以上（貳拾間之内）拾日小間貳拾間以上（六拾間之内）貳拾日小間壹丁より（三丁之内）三拾日拾間以下は御咎無之但三町内ニて入寺又は慎罷在、夫々之押込め日數相過候分は、日數を相立候儀に付、此上御咎に不レ被レ及御沙汰旨、

御下知有レ之事に候三町以上類燒は火元五拾日、五人組共は廿日手鎖、村役人共は急度叱り之御下知有レ之候例と相聞、店借に候はゞ地主家主も御咎之御沙汰有レ之候』[28]と、既に御定書以前に於て、出火の場合に入寺制が施行されて居たことを知り得るが、此制度は右の文に『在方』云々と云ふ通り、又公事方御定書下卷出火に付而之咎之事の條文には、『一平日出火之節小間拾間より以上燒失ニ候ハヽ、享保六年極火元類燒之多少ニより三十日廿日十日押込寛保三年極但小間拾間以上之燒失ニ候ハヽ、不及咎……一御成日朝より還後迄之間并小管御殿御成還御之日并御逗留中小間拾間以上燒失且平日三町より以上燒失之節享保四年極火元五十日手鎖…』[29]と見える丈であり、且つ東論語林卷之九或御方々天明元丑年閏五月江坂孫三郎樣に御伺并御書付の條下に『……在ニ而出火火元之者旦那寺に入慎居候を日數相立差免候事在之是は能仕來ニ御座候……』[30]とある通り、元來在方のみに行はれた制度で、少くとも江戸には行はれなかつたのである。扨て此在方の出火責任者入寺と云ふことは、出火者に對し官が強制するものではなく、失火者自身が自ら進んで寺に入つたものである。即ち前掲正德元年の文に『入寺又は慎罷在、夫々押込日數相過候分は、日數を相立候儀に付、此上御咎に不レ被レ及』と見え、又類例祕錄卷壹土屋紀伊守掛川崎平右衞門出文化十四丑年二月上州池村吟味伺に『書面金藏義火元之儀……多分之家數類燒……不埒ニ付急度も可申付處其節々入寺相慎罷在候日數罷在候上は不及咎之沙汰……』と見え、更に又文政六未年出火之儀ニ

付取計方御達之事在府御代官ゟ石川主水正松浦伊勢守より達の條中に『一出火之節火元相紛自火ニ無紛怪敷儀も不相聞候ハヽ火元入寺之儀……類燒無之并小間拾間以下之燒失ニ候ハヽ早速入寺差免小間拾間以上燒失ニ候ハヽ類燒多少ニ寄三十日廿日又ハ十日程之内を限不及伺入寺差免追而相屆可被申候尤入寺不致ものハ右日數押込可被申付候三町より以上之燒失ニ候ハヽ火元之者手鎖申付……』[31]と見える通り、此種入寺は强制されるものでなく、若し入寺せざる一定の即ち類燒三町以下の失火者は、上掲文に云ふ通り、在方にても御定書の原則同樣、押込刑に處せられたのである。しかし若し入寺をなし愼めるものは、[32]その本來の刑罰たる押込日數經過と共に、入寺を差免される制度であること、又押込日數經過後は入寺者に刑罰を科さない定めであること、共に前掲文中に明らかである。換言すれば出火犯に對する押込は、之に代ふるに入寺を以てすることも出來たのであつた。之此種入寺が、一の刑罰的な性質を帶ぶるものであるとなす所以であり、又出家類似のものとも考へられると思ふ所から、剃髮刑と併せ考察した譯なのである。

更に最後に附記し度いのは、此出火者入寺の制（延いては前述出家願の制も）は先に述べた緣切寺入寺の制と共に、彼の史上有名なアジール Asyl 制を想起せしめ、之とそれとの關聯如何と云ふことに、思ひ至らしめるであらうと云ふことである。しかし先年平泉澄博士はその著中世に於ける社寺と社會との關係の中に於て、東西アジ

ール制度の比較研究を試み、我國に於ても中世專ら此制度が社寺に於て行はれたが、戰國以來廢滅するに至り、元來アジールとしての寺入が一變して、近世に於ける寺入は、一の刑罰となり若しくは謝罪の一形式となつたことを指摘されたのであるが、[33] まことに適切な意見と云はねばならない。右に述べた樣に、德川時代の出火罪に關聯せる入寺は、出火罪の本刑に對する換刑と見らるべきものであつて、この所平泉博士の說を、法理的に裏附けるものと云ふことが出來よう。尙ほ同博士は前揭書に於て、只松屋筆記の『今武藏相模の俗、自火を出し、燒込あれば、寺入とて寺に入事有』なる記事を引いて、出火と入寺とに就て一言して居るに過ぎないが、[34] 我々の見る所を以てすると、幕府が法律上の入寺に關して一般原則を定めたのは、此種の入寺の場合を第一とし、他に緣切寺入寺のそれが存するのみであると云ふことを、述べて置き度い。出火入寺の場合以外の入寺制一般に就いては、姑く平泉博士の所說に之を讓るが、最後に緣切寺入寺に就いて、一寸述べて置き度いことがある。平泉博士は一般的に近世アジール制なしと述べ、しかし近世に於ける特異な例として、尙ほアジールの權利を有する寺院がある、即ち有名なる緣切寺相州鎌倉東慶寺上州德川滿德寺の二つがそれであると說かれて居るが、[35] 勿論少くとも緣切寺制度をアジールの名殘りと見ることには、不贊成を唱へるものではないが、此入寺が結果に於て剃髮せしむるものであること、而して此强制的な剃髮と云ふことが、當時刑罰の一種として行はれたこと、之等の點か

ら見て此緣切寺入寺は、入寺一般の場合と同樣、刑罰たるの色合が相當濃厚に出て居ると云ふことを、注意せねばならぬと思ふのである。

（16）古事類苑法律部第二、四二三頁。（17）德川禁令考後聚第四帙六四三頁。（18）仝上三二七頁。（19）仝上三二三頁。（20）日本經濟大典九卷六一八頁。（21）德川禁令考後聚第四帙三二四頁參照。尙ほ二三の實例仝上三二八頁以下參照。（22）仝上五九五頁以下。（23）古事類苑法律部第三、三三九頁所出に就いて引用、德川禁令考後聚第四帙六五一頁も參照。（24）德川禁令考後聚第四帙六四三頁。（25）古事類苑法律部第二、二八頁。尙ほ寶曆年代の此種の實證は今持合はせてないが少くとも安永度此制度が實施されたことは、德川禁令考後聚第四帙一一〇頁所出安永四未年御渡の評議文に依つて知り得られる。而して寬政四年以降は、此制度は全く行はれなかつたことは、前揭文政度の大赦律及び文化度の赦律に就いても、之を窺ふことが出來る。最後に三奉行所問答卷二、百十二、一寬政五癸丑年六月寺社御奉行松平右京亮樣ゟ御問合の條に依ると、寬政五年尙ほ此種の出家を許容したらしいが、今は前揭評定所格例文に從つて寬政四年廢止となして置く。（26）古事類苑法律部第二、一〇〇六頁。（27）日本經濟大典二十四卷二六二頁。（28）日本財政經濟史料二卷一〇八〇頁。（29）德川禁令考後聚第三帙五八八頁。（30）三奉行所問答壹、五天明元年の問合同文。（31）德川禁令考後聚第三帙六〇五頁。尙ほ出火入寺ではないが、所謂黑田騷動物語である寬永箱崎文庫の黑田右衞門佐殿麻布長谷寺へ寺入仰付らるゝ事の條參照。（32）入寺をなした場合は、寺から之を屆出るものであつたが、今その實例を求め得たのでこゝに揭げると、『乍恐書付を以御屆奉申上候一上出狩村惣ヶ原新田百姓仙助義昨十八日夜五つ時頃出火仕恐入即刻拙寺ゟ入寺仕候御用之節者早速差出し可申候右之段書付を以御屆申上候以上一色村本淨寺印沼津御役所』（諸手控七ノ壹）。尙ほ出火責任一般に就いては、德川禁令考後聚第三帙五八八頁以下、檢法秘鑑四十九項以

下、類例秘錄卷之壹、諸手控等參照。（33）五四頁頁乃至一五八。（34）一四七頁（35）一四七頁以下。

次に藩法上の剃髪刑の一斑を窺ふに、先づ日向延岡藩法上にその例を見ることが出來る、即ち日向國史に『是歳○延享五年宮崎郡富吉村百姓、庄屋を怨みて騒擾し、由を巡見使に直訴す。是ニ於て廿四日、……百姓十兵衛、彌七、忠右衛門等を悍忤の罪に處して延岡に入牢を命じ、親類五人組をして牢扶持番たらしむ。四月、富吉村毘沙門寺等、屢々赦免を出訴するを以て、……五月四日、延岡在牢の百姓三人を免じ、其の髪を剃り、終生髪を貯へざらしめ、居村に謹慎を命じ、……事收まる。』、又『寛延二年冬、宮崎郡内大塚……の五ヶ村百姓合議して、檢見米制作、物成上納年賦返濟等に關して出願し、若し許容せられざれば薩領に退くべきを以てす。……百姓等尚未だ全く鎮靜に至らず、……尋いで、……大塚村庄屋久右衛門、大瀬村太左衛門等を罪して剃髪村禁足に處せしが、忿に他村に往來して徒黨を企つるを以て遂に斬に處し、……』[6]と見ゆるもので、一は入牢に代ゆるに剃髪を以てし、一は剃髪そのものを本來の刑罰として科して居るのである。

次は紀州藩に於ても、姦淫罪を犯せる者に此刑罰を科したことを知り得られる。紀州政事鏡下に『一領内密夫之女有レ之、實之夫を切害毒害ニ而も致候ハヽ、詮義之上、相違無之候ハヾ、右密通の男女、其村方、馬ニ乗セ引廻シ、晒シ候上、其村方ニ而磔ニ上ゲ可レ申候、城下の者勿論、城下町中引廻晒可レ申候、右密夫之者、家主ニ

候ハヾ、田地取上、家屋敷家財、妻子ニ吳可ㇾ申候、又實の夫、平日由斷ニ家の掟惡敷候〻出候事故、是は追放に可ニ申付一候、田地家財、妻子ニ相償可ㇾ爲ㇾ致候、夫及ニ死命一、程無ㇾ之候はゞ追放、田地闕所ニ可ニ申付一候、女ハ坊主ニいたし追放可ㇾ致候』[37]とあるはその例證である。

又尾張藩宇和島藩に於ても、頭髮の半を剃落し、或はその上追放する刑の行はれた事實を知り得るのである。高遠藩にあつても亦、同樣の刑が行はれたらしい。[38]それから冒頭に引用せる、白川侯の藩法並に牧野越中守領法上の賭博犯に對する剃髮刑なぞ、藩法上の剃髮刑は、その例必ずしも乏しくないのである。

以上は近來接し得た數例であるが、尙ほ各藩法に就いて廣く搜索するならば、剃髮刑の類例必ずしも以上に止まるものではあるまい。

先に述べた樣に、剃髮刑と同種の概念と考へらるべきものとして、幕府法にては幼年犯罪者が出家することに依つて、その本來の刑罰を免除さるゝ制度があつたのであるが、同種の制度を我々は尾張藩の刑法上に見ることが出來るのである。即ち享保七年寅十一月六日、中條伊豆守殿御渡書付四通の條々中に『一……死罪に當り候者に而も、十五歲に成候迄は、親類に御預、十五歲に至、右之通追放可ㇾ被ニ仰付一候、彌其節々遂ニ吟味一可ニ相伺一候（付札）十五歲迄御預之者に而も、出家之願申上候はゞ、依ㇾ品追放御免可ㇾ被ㇾ遊候』[39]とあるもの是である。

更に入寺制に就いて見るに、寛文十一年の伊達宗勝所罰人數書寫なるものが、斬罪切腹以下各種の刑名を掲げその下に刑に處せられたる者を列記して居り、その中に逼塞入寺之者共と云ふ種別を見ることが出來るが、之を以てする時仙臺藩法上にも、入寺なる刑罰が存したことを知り得るのである。(40)

尙ほ金澤藩法上の次の制度は、前述幕府法上の入寺慎或は仙臺藩の逼塞入寺制と類似の制度であり、同じ思想に基づくものと云はれはしまいか。今參考に紹介するならば、金澤藩刑法拔書に『……能州所口淸水屋與三右衛門せがれ小三郎右之者、寛永貳拾年、……下代相勤、銀子引負候段、山崎屋與右衛門〻及〻斷、小三郎禁牢申付置候處、父與三右衛門おぢ三郎右衛門申談遂二決算一相渡し、小三郎命御助被二成下一候はゞ爲二過銀一二貫目可二指出一旨與三右衛門三郎右衛門訴出、則致二言上一候處、小三郎死罪ニ可〻被二仰付一候得共、台德院樣御年忌ニ付、命御助、以來之見せしめに可二罷成一樣可二取計一旨被二仰出一、依小三郎如來寺に引渡、其後鼻をそぎ、在所へ遣右之通首代銀爲二指出一候事』(41)。又薩藩には、輕罪ある士を寺に入れ修養せしむる制度があつたと云ふこと參照(42)。

(36) 下卷二〇二頁。 (37) 古事類苑法律部第二、九六一頁。 (38) 名古屋市史政治編第二、四三頁、北宇和郡誌七九二頁、上伊奈郡史六三四頁以下。 (39) 名古屋市史政治編第二、三八五頁。 (40) 伊達家文書之四、四八二頁。尙ほ同書之九、二〇九頁所出の安政四年春北方御郡日記の條下一中新田家中鈴木長太郎立入中宰ノケ條アリの條參照。 (41) 古事類苑法律部第二、

一五八頁。

（42）西村天囚氏日本宗學史に見ゆる――平泉博士前揭書一四七頁參照。

扨て以上は、德川時代に於ける法律上の剃髮刑の概要であるが、此の如く一定の不法行爲者に剃髮なる侵害を加へることは、公刑としてのみ見らるゝ現象ではなくして、一般民衆間の私刑としても、行はれて居たのである。安永三年著の幽遠隨筆に『○今世に、こと男したる女をこらへて髮切事あり。さる事も、いにしへより有けることにこそ。新續古今○永享十一年撰に、あひしれりける女のおとこに髮切られぬとき、てつかはしける大藏卿胤村ちはやふるかみもなしとかいふなるをゆふ計たに殘らすや君とあり。』(43)なる記事を載せて居るが、此髮切又剃髮と同種の思想と見て差支へなからうから、少くとも中世室町時代から、私刑としての剃髮も亦行はれたと云ひ得られようか。近世この慣習ありしことは、右幽遠隨筆にも云ふ通りであり、又前揭御仕置裁許帳所出の判決文にも、姦婦姦夫を本夫が坊主にすることを載せて居る所であり、又內地及び北海道地方などに、此種の慣行が後々迄存在したこと、外骨氏の私刑類纂などに見え、(44)又右の幽遠隨筆前揭文に續いて『ゑぞが島といふ所には、女のふた心有ものは、こらへて髮を燒つくすとかや。』なる記述がある所などから、充分明らかに之を窺ひ知られるのである。尙ほ全國民事慣例類集の傳ふる所に依ると、但馬國出石郡地方にては、『……村方ニテハ分散人一代ハ羽織着用ヲ許サス天保時代前ハ元結ヲ用ヒテ結髮セシメサル習慣』(45)であつたが、分散者に對する此種の infamia

も亦、剃髪刑と思想的に何等か共通する所ある慣習ではあるまいか。更に西鶴の世間胸算用巻五、三平太郎殿の段に『……旦那のひとり子金銀をつかひすごし首尾さんゞ〳〵にて所を立のくを母親の才覺にて御坊主さまへ正月四日まで預けにつかはしける』とある參看。

(43) 日本隨筆大成本、五八二頁。 (44) 一二頁、三八頁、四五頁、四六頁參照。 (45) 明治文化全集本、三三二頁。

以上を以て、公刑としての又私刑としての剃髪なる行爲が存在したことを見たが、此種の身體刑の刑罰としての存在理由は、何處に之を求むべきであるか、刑罰としての效果を擧げ得たのは何故であつたか、此點に就いて少しく愚見を開陳して見ることにし度い。

一般的に見て、中世の貞永式目以來此種の刑罰は、式目抄に『鬢髪剃除ハ懲惡ノ方也』[46]と見え、德川時代に於ても前掲の如く、『爲ㇾ懲剃髪坊主申付』るものであり、又『見せしめに……妙來寺ゟ引渡』すものであり、『其犯せる罪ある事を人に知れ易からしむるの戒』[47]とするものであると見える通り、懲しめ見せしめの爲めに科せられたものである。しかしながら果して此剃髪刑は、一般的に見て、懲しめ見せしめと云ふ所期の目的を、滿足せしめ得る本質を有つものであつたらうか。太宰春臺の如きその著經濟錄に於て、『或ハ髡首セラル計リノ輕キ罪ニテ、其身ニ癩ノ着カヌ刑ナレバ、懲ル、心起ラズ他ノ小人是ヲ見テモ、只常ノコトト思ヒテ、身ノ戒ト

スル意ナシ、』[48]と述べて、剃髪刑に全然期待を懸けて居ないのであるが、我々の見る所を以てしても、結局春臺の所説に同じなければならないのである。剃髪と云ふことは、形式的には積極的な人格法益の侵害ではあるが、何等苦痛を伴ふものでないが故に、直接效果的な役割を演ずることは出來ない。此點から見る時は、體刑の中では黥に稍々近い性質のものと云ふことが出來よう。しかし黥は一般には刑罰としてのみ存在したもので、一目直ちに刑に處せられたる者たることが分明し、懲しめ見せしめの目的を、相當に果し得られたであらう。然らば剃髪に就いては（只半鬢剃半髪剃は、その形狀から、黥と同樣の機能を有したであらうが）如何。剃髪刑は『坊主』にすることであり、『僧尼』になすことでもあつた。而して此僧尼は勿論刑に處せられた者のみではない、而も彼僧尼は、一應俗界の權利能力行爲能力に於て、普通人より劣る所あるにせよ、彼等は當時の社會上法律上一般庶民の上位に居り、一の特權階級を形成して居たのであるから、今剃髪刑に處せられた者があつたにしても、彼等は外見上、特權階級に屬する一般僧尼と異る所がなく、又實質的にも前揭の如く、或る場合には彼等刑に處せられた者と雖も、住職とすらなり得るものであつて、此點から見る時は、剃髪刑の刑罰としての存在價値、果して何處に存するかと云はざるを得なくなるのである。尤も剃髪され坊主になることに依つて、刑に處せられた者の俗界に於ける權利能力行爲能力は、右にも述べた樣に制限さるゝに至るが、敎界の生活內容は一般的に見て、

必ずしも俗界のそれに劣るものではないのであるが故に、俗界に於ける權利能力行爲能力の制限と云ふことは、懲しめ見せしめの目的に、必ずしも添ひ得る本質のものではないのである。之を要するに、剃髪と云ふことそれ自體は、刑罰としての實效を擧げ得る本質を、具ふるものではなかつたと云はねばならない。

扨て太宰春臺がそして又我々が、剃髪と云ふことを前述の如く、その性質から或は當時の社會事情との關聯に於て、刑罰たる資格なきものと觀察したにしても尙ほ、剃髪刑そのものは事實嚴然として、德川時代を通じ實施せられたこと、上來縷說の通りであるのである。こゝに於て我々は、剃髪刑をして立派に刑罰として存在せしめたのは、剃髪と云ふ事實それ自身が直接にそうさしたものではなく、當時『人を嘲りいやめて法師といひ、又坊發意ともいふ』[49]、或は『其古へは髪を剃ること僧尼の外はきはめて忌々しき事にせしとかや』[50]なる思想が、存在した爲めであつたと考へねばならない。一言之を蓋へば、德川時代の剃髪刑の存在理由は、當時剃髪することを卑しみ嫌ふ思想に、繫つて存すると云ふべきであらう。

かく考へて來る時思ひ起すのは、中世に於ける寺院そのものは、神社と共に當時の社會の中心をなすものであり、社會經濟思想上その勢力の及ばざる所なく、之を風俗に就いて見るも、僧侶と俗人との間に明確なる境界を劃することは困難で、概して國民を擧げて僧侶的であつたと云ふことで[51]、彼の貞永式目の剃髪刑が、實際に行は

れなかつたらしいと云ふことは、而して中世にはその類例の存するものが少ないと云ふことは、實は右の樣な社會の現實相から、即ち剃髮刑が刑罰として充分その效果を收め得ないと云ふ事情から、當然に招來せらるゝ歸結ではなかつたらうか。今その詳說は姑く措くも、中世剃髮刑に關する一の考へ方として、こゝに一言書き記るして置く。

（46）前揭、二九頁。　（47）前揭私刑類纂三八頁。　（48）日本經濟大典九卷六一八頁。　（49）用捨箱（日本隨筆大成本）一五三頁。　（50）嬉遊笑覽（日本隨筆大成本）上卷九九頁。尤も德川家康以來儒者は祝髮して僧形僧官たるの制を布いたのであるが、既に早く元和式目を改正するに當り、尾張の敬公子儒醫の名を難じ、當今の儒、髮を削りて僧に似たり、眞儒と曰ひ難し、宜しく醫隱と稱すべしと言ひ、又山崎闇齋も慶安四年世儒剃髮辨を作りて之を非難して『然則世儒剃髮、是其靈之俗、而非天下之俗也、以此言之、其不惟背孝經之訓、亦書所謂亂俗者也』と云つて居るのである（西村天囚氏日本宋學史三一六頁參照。尙ほ世儒剃髮辨は續々群書類從第十三所收垂加文集卷二に收めたり）。　（51）平泉博士中世に於ける社寺と社會との關係五二頁五三頁等。

尙ほ最後に、東春日井郡誌一三〇八頁所出明治五年の井闕名古屋縣權令の禁令中に、『……徒刑人の儀は、半髮して罪を犯すの證とす、猶斷髮と雖も徒刑中は必半髮に中剃を明くべし、……』とあること、又横瀨夜雨の明治初年の世相一〇九頁に、『埼玉縣で管下の者の懲役は片眉毛又は片鬢を落さし……管内を廻らせ……賃錢を貰ふ……』の新聞記事拔萃が見えることを書き付けて置く。