

論
説

鎌倉幕府の裁判における和与について (二・完)

——和与の理解をめぐる——

西 村 安 博

はじめに

一、「和与」の理解について

(一) 「和与」の基本的理解

(二) 鎌倉幕府の裁判の基本原則と「和与」

二、法史研究および中世史研究における「和与」

(一) 中世国家論・社会論に見える「和与」(以上、第三三巻第二号)

(二) 鎌倉幕府法論・裁判論に見える「和与」
 おわりに（以上、本号）

二、法史研究および中世史研究における「和与」

承前

(二) 鎌倉幕府法論・裁判論に見える「和与」

ここでは、鎌倉幕府の基本法典とされる『御成敗式目』を中心とする一連の鎌倉幕府法と「和与」との関わり方について、これまでどのような理解がなされてきたのかを点検するとともに、鎌倉幕府の裁判について論じられる場合、その議論の中で「和与」がどのような位置づけを与えられてきたのか、などについて考えてみたいと思う。

(1) 佐藤進一氏の理解

まず第一に、鎌倉幕府の政治形態と司法制度に関する包括的理解とともに、「和与」に関する前提的理解を示された佐藤進一氏による見解を聞くことにしよう。

次に後期幕府の判決態度に見られる著しい傾向は、訴訟を速やかに終結せしめようとする意図である。幕府訴訟制の基調が権利保護の精神に置かれる限り、当事者をして充分その主張をつくさしめ、慎重なる審理の上には是非曲直の判断を下し、所謂淵底をつくして争訟の根本的解決を期することが理想であったはずである。ただその結果、ややもすれば訴訟係属が長年月に亘り、一般諸人に健訟の風を助長する等の弊も現れるけれども、然るに当代末期に入るや、理をつくして当事者の勝敗を根本的に裁決することなく、一の妥協によって、訴訟を速やかに終結に導こうとする傾向が顕著になる。先ず挙げられるのは和与の奨励である。この点については既に平山行三学士、石井先生等先人の研究があり、特に詳論するを要しない。^(註17) 一体訴訟制度

上の和与は形式上、両当事者の合意による和解を幕府が公認することによって成立し、その結果当事者の提出した和与状には担当奉行の裏封が加えられ、幕府からは和解公認の判決(所謂和与下知状)が下付されたのであるが、かかる和与の成立しない場合には、如何なる処置が採られたか。かかる場合の処理法の発達、これが第二に挙げられる点である。即ち石井先生によって明らかにされた如く、領家地頭の所務相論において、領家側の一方的申請に基づき、地頭の承諾なしに幕府が下地中分の判決を行うという規定が、従来新補地頭の場合にのみ認められていた。それが本補地頭にも認められるようになったのは実に永仁元年五月であった(「中世武家不動産訴訟法の研究」二五六ページ)。即ち幕府側の意思を強行して、論所を分割することによって訴訟を終結に導こうという規定の適用範囲が急に拡大されたわけである。(佐藤進一「鎌倉幕府訴訟制度の研究」岩波書店、一九九三年再刊、初刊は一九四三年、再刊本の五五―五六頁、「第三章 訴訟対象を基準とする訴訟制度の分化」の「第一節 所務沙汰機関(引付)」に拠る。傍線は筆者に拠る。以下、同じ)

戦前においては、鎌倉幕府の訴訟手続法を体系的に論じられた石井良助氏による『中世武家不動産訴訟法の研究』

が早くから世に問われるものとなっていたが、石井氏の重厚な業績とともに、戦後の法制史研究あるいは中世史研究に対して多大なる影響を与えることになった佐藤進一氏による『鎌倉幕府訴訟制度の研究』もまた、戦前において成し遂げられた極めて貴重な業績であることは改めて云うまでもなからう。佐藤氏によるこの業績においては、鎌倉幕府の政治史の変容過程と訴訟制度の展開過程とを連動的に捉えることが志向されており、その中では、鎌倉幕府の司法制度において「和与」をどのように位置付けるか、という一つの重要な課題が明示されるとともに、氏の「和与」に関する基本的な理解が詳細に示されているのである。

引用した部分に込められる佐藤氏の関心は、専ら鎌倉後期における幕府司法政策に現れた現象として考えられているところの、いわゆる職権主義への傾斜という状況に向けられており、司法政策上の具体的な方針として見い出されるものとして、訴訟の速やかなる解決および和与の奨励が強調されているわけである。氏のこの考え方は、次の論述によつて、より明確に打ち出されることになる。

以上のような新しい裁判理念とその実現に一期を画したのは、さきにも触れた文永三年の引付廃止であり、その先例を受けて再度引付廃止にふみ切ったのが永仁元年の改革であった。評定と引付の二重審理が著るしく裁判の迅速を損うとするのが、引付廃止の名分であつて、その裏には職権主義の導入による公権強化の狙いが潜んでいた。従つて、訴人に門戸が閉ざされ、或いは狭められるという非難に押されて引付を復活させたとしても、引付廃止の裏にこめられた狙いまでが撤回されるわけではない。訴訟を判決によつてではなく和与（和解）によつて解決することを奨励し、それも当事者同志だけの和与（私和与）ではなくて、法廷での和与を勧め、一旦和与が成立すれば、当事者の作成した和与状を承認する旨の判決（和与の裁許状）を

与えて、爾後の訴訟に際してこの裁許状に特別の法的保護を加えるといった和与政策の外、次のような訴訟手続立法が得宗貞時の治世及びそれに接した時期にあらわれる。

(佐藤「日本の中世国家」、岩波書店、一九八三年、一五九頁、「第二章 鎌倉幕府」の「第三節 得宗専制」に拠る)

つまり、先に述べたような司法政策上の変化が現れることになった大きな理由として佐藤氏は、鎌倉幕府の政治形態が得宗専制政治へと展開を遂げていたという政治状況の変化に求めておられるわけである。

このことを踏まえた上で、「和与」に関して佐藤氏によって指摘されている内容について若干の整理をしておくことにしたい。

佐藤氏の見解に拠れば、鎌倉後期の状況として、①幕府は、訴訟件数を減少させようとするのとあわせて、訴訟を速やかに解決させるための方針を採った、②その一貫として「和与」を奨励するとともに、訴訟関係文書に公信力を賦与することによって公信力のない証拠文書を裁判において採り上げないことにした、③とりわけ本所領家対地頭御家人間相論において「和与」の実現しない場合においては、幕府が領家方からの一方的申請に基づいて下地を強制的に中分するという原則の適用範囲をさらに拡大することにより対応していった、という。

以上、筆者の要約した佐藤氏による理解に誤りがないとすれば、氏の理解をもとに、次の二点については少しく注意を要するようと思われるのである。

第一には、「和与」と「中分」との関係についてである。氏に拠れば、幕府裁判所は裁判手続過程の中で訴訟当事者に対して常に「和与」を勧奨するように努めるけれども、もし「和与」に行き着かなかつた場合には、一方当

事者の意向を受けて下地中分の方法を採ることにより、いわば強制的に紛争を処理する、という訴訟処理技術を得るにいたったという理解がなされている。この理解の前提には、「和与」を奨励するという基本方針を幕府が打ち立てることを可能にした理由として、一つには、裁判所の訴訟当事者に対する働きかけが成功した結果としての「和与」があること、二つには、裁判所の訴訟当事者に対する働きかけが功を奏しなかった場合における最終的な結果として、強制的に「下地中分」が行われ得ること、大方このような認識を裁判所の側も、そして訴訟当事者の側も持つにいたっていた、ことなどが想定されているように思われるのである。

また、繰り返すまでもなく、この場合に云う下地中分（鎌倉幕府追加法二四八〇条、五七一条および六三七条、佐藤進一・池内義資編『中世法制史料集』第一巻・鎌倉幕府法、岩波書店、一九五五年に拠る）は、領家側から一方的に中分の申請を行える対象が新補地頭に限られていたというそれまでの状況から、さらにその対象が本補地頭にまで範囲の拡大されていくという経緯を想定することによりその性格が理解されているが（石井『前掲書』、二五六頁）、「和与」と下地中分との関係を考えるときに、やはり次の点には注意を要するのではあるまいか。すなわち、一つには、鎌倉時代における下地中分をみた場合、一方当事者（主に領家側）による中分の申請によって下地中分が実現したケース（強制下地中分）は、「和与」によって下地中分の実現したケース（和与中分）に比べてわずかな場合に止まること（島田次郎『前掲書』所収「六 下地分割法の形成」を参照のこと）、二つには、年貢未進に関するものなど、様々な訴訟原因を有する相論が展開される中で、最終的に「和与」の行われる際の具体的解決方法としては、研究史上、多くの場合においては下地中分がイメージされていること、である。

したがって、佐藤氏の見解をあらためてみるならば、そこでは下地中分に強い関心が寄せられるあまり、下地中

分の今ひとつのあり方ともいえる和与中分が広範に存在したという事実が採り上げられるに至らなかったのではな
いかとの恨みが残ることになる。また、こんにちにおいては、和与中分が相論における最終的かつ唯一の解決方法
であったことが理解されており、この理解はある意味で云えば、日本中世の莊園における紛争解決に関するイメー
ジを強力に支えてきたものとも云えようが、他方でこの理解の淵源を辿ってみるならば、佐藤氏の指摘された「和
与」と強制命令による下地中分との関係、すなわち、氏が相論の最終的な解決方法を下地中分(和与中分ではない)
に想定しておられたことに少し注意しておく必要がある。

第二には、和与の奨励についてである。佐藤氏に拠れば、鎌倉幕府が広く和与を奨励していたこと、そして、法
廷での「和与」を奨励していたことなどが指摘されている点には注意を要するものと思われる。広く和与が奨励さ
れたという対象は、幕府裁判所に提訴されている係属中の訴訟案件についてであることは言うまでもないことかも
しれないけれども、このとき、裁判所が訴訟当事者間に成立する和与(私和与)と法廷における「和与」とを敢え
て区別した上で、前者ではなく後者を奨励したという事実は想定可能なのであるか、想定可能ならばそれはどこ
に明らかなのであろうか。つまり、裁判所としては和与を勧奨するという姿勢にあったこと、しかしながら、あく
まで法廷における「和与」を奨励するという方針を採っていたという事実は、どのようにして確認できるのであ
うか。このことは重要な検討課題として残されていると云ってよからう。

(2) 工藤敬一氏の理解

佐藤氏によって指摘された鎌倉後期における政治形態および司法政策上の変化に関する理解は、得宗による専制

的政治体質が如実に具現されたものとしてさらに強調されていくことになる。すなわち、それは得宗専制政治の成立以前の政策において基調とされていた御家人保護の方針が大きく転換された状況として理解するものであり、具体的には「越訴(制)」の容認・抑圧あるいは「引付(制)」の廃止・復活などが注目されてきたことは言うまでもないことである。この点について、^①工藤敬一氏に拠れば、以下のように説かれている。

ところで、判決内容を早期に確定し執行するためには、判決についての異議申し立てを認める「越訴」の制度を否定しなければならぬ。鎌倉末期、若干の曲折をへつつも、越訴の制度は事実上廃止された。地頭御家人は、かりに本所有利の裁許がなされても、越訴が認められるかぎり、係争地の知行をつづけることができるから、越訴は一般御家人にとってはひとつの権利保持のよりどころとなるものであった。したがって、その廃止は幕府体制内における御家人保護の後退であり、和与の押しつけとともに、得宗権力の専制化の一面を示すものである。しかし得宗専制は、幕府への依存関係を強めざるをえなくなった本所・領家(公家・寺社)を満足させるものでもなかった。(工藤敬一「中世の法と裁判」、安田元久編「古文書の語る日本史」3・鎌倉、筑摩書房、一九九〇年、一九一頁、「得宗専制下の裁判の実態」に拠る)

これまで検討してきたところの多くの見解に拠れば、鎌倉後期の幕府裁判所の基本方針として「和与」の奨励が指摘されてきていることは明らかであるが、工藤氏の見解においては、「和与」の「奨励」ではなくより強い意味で「押しつけ」という表現が用いられており、これは氏が恐らく得宗専制という状況をとりわけ重視されることにより、幕府の強行な姿勢が司法政策の上に具体的に現われたものとして「和与」を評価し、さらにこのことから和与認可の裁許が急増するという状況を想定されたことに拠るのではないかと考えられる。「和与」の成立したケ

スの中には、裁判所によって事実上「和与」が強制されたものと考えられなくもない場合もまた、見出し得る可能性のあることは否定できない。しかしながら、このように当該期に見られる特有の状況を踏まえるにしても、「和与」が裁判所によって強要されていたということを一般的状況として理解しようとするためには、より有力な史料の根拠を示す必要があるように思われるのである。

(3) 瀬野精一郎氏の理解

以上の見解においても明らかのように、鎌倉後期の幕府裁判所の司法政策上の方針の変化について云々されるような場合には、得宗主導による政治形態への移行という特有な政治史的状況もさることながら、当該期において見られる和与の急増という、これまた特有な現象がみられることが有力な根拠として考えられてきたようにも思われる。

そこで、鎌倉幕府の裁判における「和与」の傾向について、鎌倉幕府が発給した判決文書（「裁許状」）を網羅的に蒐集され、この膨大な史料群について詳細な整理および分析を試みられた瀬野精一郎氏の見解を聞こう。氏は、幕府裁判の傾向について総合的に検討されたなかで、「和与」については次のように述べておられる。

和与が一〇五例（建久六年～元弘三年にかけて見られる全裁許五二六件の中で、筆者註）の多きを占めていることは、鎌倉幕府訴訟制度上における和与のもつ意義を再確認させるものである。⁹⁾ 調停者としての幕府が、裁許を行うことによつて、一方の当事者より恨みを買うことを避けるため、幕府自ら和与の奨励を行なったことは当然考えられるところである。¹⁰⁾

和与について考察すれば、前期において三例であったものが、中期には一一例、後期には九一例と飛躍的に増加している。このことは鎌倉幕府が自己の体制の諸矛盾の表面化によって、調停者としての自信を喪失し、和与による訴訟の解決を奨励したことを裏付けている数字といわねばならない。

このように総体的には鎌倉幕府が寺社莊園領主を擁護したことは否定できないが、時代的推移による鎌倉幕府の方針の変化という点では、初期において調停者の立場にあったものが、中期に動揺し、後期に古代勢力擁護に廻ったのではなく、むしろその逆であり、鎌倉幕府は初期において古代勢力と妥協して地頭・御家人の非法狼藉を停止していたが、中期以後は現実の在地における地頭・御家人層の要求を、具体的裁許の場において認める調停者の立場にあったと主張したい。寺社莊園領主と地頭・御家人との間の相論において、和与が急激に増大していることはかかる傾向の反映であった。(瀨野精一郎「鎌倉幕府裁許状の分析」、初出は『史学雑誌』第七七編第一号、一九六八年、のち『論集日本歴史4 鎌倉政権』有精堂出版、一九七六年、に所収、引用はそれぞれ後者の二八七―二八八頁、二八九頁、および二九〇頁に拠る)

瀨野氏によれば、鎌倉幕府が寺社莊園領主と地頭御家人との間に立つ調停者としての役割を担っており、鎌倉時代中期以降においては幕府がその役割を全うする過程において、幕府自らが「和与」を奨励するとともに、現実にも「和与」による紛争解決の事例の増加したことが指摘されている。

瀨野氏の理解においてもまた、鎌倉時代中期以降において「和与」が増加するという状況について、幕府による「和与」の奨励という理由が与えられていることは明らかである。

(4) 石母田正氏の理解

ところで、鎌倉後期における司法政策上の変化が具体的に現れたものとして、「和与」を認可した裁許が急増するという状況を理解することがとりあえずは可能であるとしても、鎌倉幕府の設定した法原則と「和与」とはどのような関係にあったのかについては、あらためて確認しておく必要があるように思われる。

佐藤進一氏をはじめとする論者によって示された鎌倉幕府論あるいは訴訟制度論などに関する多くの研究成果を踏まえた上で、中世法の原型を示すものとして『御成敗式目』を評価する一方、「式目」を前提とした一連の鎌倉幕府法の中に垣間見られる幕府の権力的性格あるいは法思想などについて包括的に論じることが試みた石母田正氏に拠れば、幕府法と「和与」との関係について次のように論じておられる。

式目の裁判規範において、注目すべき側面は、実体法よりもむしろ手続法の部分であろう。前者の立法精神は、前記のように御家人体制の維持という幕府の主要な利害関心につらぬかれているが、後者はそのような実体的内容ではなく、相論を解決するためのルールをつくることを目的としている。式目第六・七・十二・十四・二十九・三十・三十一・三十五・三十六・四十九・五十一條がそれにあたる。それはのちに引付の成立によって、訴状の提起から始まり、正式の判決文が引付頭人の手から勝訴人に渡されることで終わるまでの有名な引付訴訟手続によって完成された形をとる。²³⁾この手続法が公権力成立にとつてもつ優越的な意義を明らかにするのは、新しい裁判形式としての「和与」、とくに所務沙汰におけるそれであろう。それは、(一) 訴訟当事者相互の和解または協定の成立、(二) 一定の方式によって記載された和与状の交換、(三) 和与状の提出と下知状すなわち和与認可の裁許状の申請、(四) 幕府の裁判機関による和与状の形式・内容にわたる審査、(五) 訴訟人の両者に対する

下知状の下付の手続を経て完了し、それによって和与状の記載内容は既判力をあたえられ、和与契約当事者の相続人まで拘束する法的効力をもつにいたる。²⁴この場合、幕府は和与状を審査および認可する権限をもつけれども、注目すべきことは、認可

・不認可の基準が、手続上の瑕疵の有無に限定されていたらしいことで、ことに領家・地頭間の和与については、その内容が幕府法の規範から逸脱することがあっても、それを認可することが法によって認められていたことである。右のことは、法規範の具体的内容のもつ意味が背景に退き、または極小となり、手続法が規定的地位に立ったことをしめしている。ここでは幕府という公権力は、私的利害の衝突を法的に処理する形式としての裁判において、その機能を主として手続またはルールを設定することに限定していること、また、かかる媒介的機能を自律的な諸集団または諸勢力のあいだで持続的に果たすことによつて、幕府はそれらの私的権力を超えた公権力あるいは第三の権力として不断に再生産されていることに注意すべきである。公権力としての幕府をつくりあげること課題とした執権泰時が(泰時に対する中世人の高い評価は、かれの美德や「善政」よりも、公権力としての幕府をつくりあげたことに理由があろう)、同時に和与形式の裁判に深い関心をもった政治家であったことは偶然ではないだろう。(石母田正「解説」『中世政治社会思想』上・日本思想大系21、岩波書店、一九七二年、のち『石母田正著作集』第八巻・古代法と中世法、岩波書店、一九八九年に収録、引用は前者の五七八―五七九頁に拠る。)

石母田氏に拠れば、鎌倉幕府の法制度の骨格をなす「御成敗式目」においては、その裁判規範として手続法が重視されていたこと、そして、このことが前提となり、「和与」は鎌倉幕府の法制の要ともなる訴訟制度を現実を整えていくための重要な役割を果たしたことが指摘されるとともに、幕府は手続法的な規範を整備することを通じて地頭御家人をはじめとした、拮抗する紛争両当事者を媒介する「公権力」としての機能を担っていくにいたったこ

とが強調されている。

他方で、石母田氏の見解においては、三つの点について少しく注意を要するよう思われる。

一つには、幕府裁判所による「和与」の審査についてである。氏に拠れば、裁判所における審査が行われるとき、当該「和与」を認可するかしないかの判断基準とされるものは、偏に「手続上の瑕疵」の問題に限られることが指摘されるが、氏のいわれる「手続上の瑕疵」とは具体的にどのような状況を想定すれば良いのか、想定すべき状況が今ひとつはつきりしないのである。

裁判所による「審査」の問題については、すでに平山行三氏によって前掲「和与の研究」の「第二節 和与の手続及び効果」に収まる「第五項 和与状の審査」において、和与の認可裁許状の与えられない場合のあり得ることが指摘されるとともに、裁判所が和与を認可する際には厳格な審査の行われたことが論じられている。この点については、後に植田信廣氏によって詳細な検証が行われるとともに、有力な批判が加えられることとなったが、結論としては和与によって生じ得る御家人所領の移動などのような、幕府にとって重大な関心事となるケースに限って審査の行われ得たことが指摘されるにいたった(後掲「植田論文」)。

なるほど植田氏の指摘されるような意味において「審査」の行われた可能性は十分に考えられることになろうが、他方で、審査に関わる一連の手続を和与に関する裁判手続全体の中で具体的にどのような位置づけて考えるのかについては、なお検討を要する問題として残されているように思われるのである。それは、このようにそもそも審査がいかなる場合になされ得たのかといった問題に関する見解の相違はあるにしても、平山氏あるいは植田氏の所論などにおいては、訴訟両当事者間が和与状を作成・交換したのちに、両当事者が裁判所に対して和与状を同時に揃

えて提出するという状況が当然の前提として理解されているように思われるからである。この点については後に再び触れることになるが、幕府裁判の性格分析を志向された植田氏が強調されるところの「不論理非」の論理」の摘出作業によって明らかにされた判決類型においては、「和与による判決」もまたその一類型として位置づけられることになったものの、その前提には、和与状に関して、訴訟当事者間においてなされる文書の作成・交換手続から裁判所への提出にいたるといふ裁判手続過程（和与の認可申請手続過程）に関する先述のようなイメージが据えられているようにも考えられるのである。この点については、和与状両通は裁判所に対して必ずしも同時に提出されていたわけではないこと、さらには、訴訟両当事者間においては裁判所を介した和与の認可申請手続の行われ得た可能性のあること、すなわち、和与の認可申請手続は、これまで「審査」手続という一つの独立した裁判手続の段階としてのみ把握されてきたところの手続段階をも包含し得るものとして考えられることなどについて、筆者は旧稿において論じてみたことがあるが、和与に関する裁判手続の全体を見通すためには、訴訟当事者によって和与状の作成される手続過程や、和与の認可申請が行われたのちに、裁判所において行われる和与認可裁許状の作成手続過程などについても、さらに理解を深めていく必要があるように思われるのである。

二つには、石母田氏の指摘に拠れば、本所領家対地頭御家人間の相論において成立した和与について、その内容が幕府法の原則から逸脱することがあつても、当該和与を認可すべきことが幕府法によって規定されていたとあるが、これについては疑問なしとしないうところであらう。

氏はこの指摘にあたり典拠法令を必ずしも明示しておられないので、これはあくまで筆者の推測に止まらざるを得ないけれども、氏の想定しておられた幕府法の一つとしては例えば、新補地頭の得点を定めた著名な法令である

「鎌倉幕府追加法第二九条」(一) 諸國新補地頭沙汰事) などが該当するのではないかと思われる。この法令については、平山行三『前掲書』の「第三節 執権泰時時代における和与法の成立」に収まる「第三項 和与法成立の背景」において、当該法令をはじめ、「鎌倉幕府追加法第四十四条」、「同第一一二条」、「同第二五九条」などを有力な根拠とすることにより、「和与法」運用の政策が泰時の時代に打ち出されたことや、「嘉禎四年六月日付北条泰时起請文」(前掲『中世法制史料集』第一巻・鎌倉幕府法、五九一六〇頁) によって泰時が「互譲による解決」和解」を紛争解決の理想型として考えていたことなどが指摘されている。そして、平山氏は当該法令について、「新補地頭が、率法による知行を行ないながら、領家との和与によって本司跡を一部知行する事は敢えてその不法を問わない」との解釈を示されているのであるが(平山『前掲書』八四頁)、但書の部分は、氏の解釈よりはむしろ「本司之跡所々」における先例のある場合に、その先例に従うことで本所領家と地頭との間に和与をみたような場合には、その和与の通りで構わない(必ずしも新補率法に拠らなくても良い)との趣旨で解す方が適当であるように思われる。したがって、幕府法上の和与の取り扱いについては、石母田氏の指摘されたように、和与の内容が幕府法の原則に逸脱する場合であってもこれを認める」という趣旨においては理解することにはならないであろう。

三つには、石母田氏に拠れば、執権北条泰時が和与形式の裁判に深い関心を抱いていたとの推測を示しておられることについてである。氏の指摘に従えば、和与によって法的手続法的側面の発展が促されることにより、式目をはじめとする幕府法が整備される方向へと向かうこと、そして、このような契機を生み出すものとして和与について泰時が深い関心を抱いていたことが想定されている。泰時が和与に対して深い関心を抱いていたことは少なからぬ論者によって指摘されてきていることはあらためて云うまでもないことであり、式目の法思想的要素が和与によ

つて強調されてきた感のあることは否めない。しかしながら、他方で、石母田氏の指摘を額面通りに受けとめ、幕府法上、和与の内容が法の原則に逸脱することになる場合においても、その内容が必ずしも非法なものとして排除されなかつた理由を、単純に和与の有する特殊な性格に求めてしまうならば、和与そのものの性格は非法なことに ついてもこれを合法化することを可能とするための法的手段として捉えられてしまうことにもなるであろう。このように考ええるとすれば、和与の実質そのものは必然的に幕府法の原則と矛盾する性格をもち得るものとの印象も抱かれかねないけれども、この点については、氏の論述の中では必ずしも明言はなされていない。

これまでのところ、幕府法上における和与の位置づけに関しては必ずしも明らかにされてきているとは云えないように思われるが、それはやはり、例えば泰時自身が和与に強い関心を抱いていたことがこのように強調されるに止まっていることに拠るものであるようにも思われる。そして、このように泰時が紛争解決における和与に対して深い関心を寄せたり、その前提として『御成敗式目』にいう「道理」³を重視した点などが論じられるような場合には、次に見る【史料1—1】が根拠にされることにより、さらに強調されることがしばしばである。

【史料1—1】

下総の國のある地頭、領家の代官と相論の事ありて、鎌倉にて対決す。泰時の御代官の時なり。重々の訴陳の後、領家の方に肝心の道理を申立たる時、地頭手をはたと打ちて、泰時の方へ向ひて、あらまげやといふ時、座席の人どもはとわらひける時、泰時うちなづきて、いみじくまげ給ひぬるものかな。泰時御代官として、年久しく成敗仕るに、いまだかくのごとくの事承らず。あはれまけぬるときこゆる人も、かなはぬものゆえ、ひとことばも陳じ申す習なるに、我とまげ給へる事めづらし

く侍り。前の重々の訴陳は一往さもときこゆ。今領家の御代官の申さるところ、肝心と聞ゆるに従ひて、陳状なくまけ給へる事、返々いみじく聞え侍り。正直の人にて御坐しけりとて、うちなみだぐみて感じ申されれば、笑ひつる人々みなにがりてぞ見えける。さて領家の代官も、日來は事の子細聴きほどき給はざりけり。ことさらの僻事はなかりけるにこそとて、まげやうを感じて、六年の未進の物の、三年はゆるしけり。わりなきなさけなり。是こそ、まけたればこそかちたれの風情にて侍れ。されば人は道理をわきまへ、正直なるべきものなり。世間出世共に正直なるは徳あり。過を犯すものも道理を知り、正直にとがをのべておそれ、つつしむはゆるさる。是非を知らずひがみ、とがをかくしてかたましきは、いよいよしづむ事なり。心地観経に云はく、若覆罪者、罪即増長、發露懺悔、罪即消滅といへり。罪をかくすは、木の根に土をおほへば、いよいよ木さかゆ。懺悔するは、根をあらはせば、木のかるがごとしといへり。然れば罪業の木をからさんと思はば、覆藏の土をおほふべからず。(以下略) (筑土鈴寛校訂『沙石集』上、巻第三、「一 忠言感ある事」、岩波文庫、一九四三年、に拠る。なお、渡邊綱也校訂『沙石集』(日本古典文学大系85、岩波書店、一九六六年、一四一頁では「(二)問注ニ我ト劣タル人事」とある)

以上の引用部分は、多くの場合、鎌倉幕府の裁判に関する基本的なイメージが語られるときの有力な根拠とされるものの一つであるが、その中では、「道理」を理解し得る訴訟当事者が存在し、そして、「道理」の重んじられるものが実現されていたことなど、まさに泰時の想定していたところの理想的な裁判像が描かれているのである。

鎌倉幕府の法における「道理」のイメージについてはおおよそのように理解されてきてはいるが、鎌倉幕府法と和与との関係については今一つ明瞭な理解が与えられないままの状況を実感するのは筆者ばかりではあるまい。

しかしながら、次に示すところの古澤直人氏による論述に接するならば、そこにはある一定の理解が与えられよ

うとしてゐることは明らかであろう。

石母田正氏によれば、在地領主制が法の世界にあらわれる一形態は「和与」（当事者間の和解）であるという（前掲書、石母田正「解説」―筆者註）。文保元年（一一三二）の「一和与状に、「上裁に及ぶといえども、和与の儀をもって訴訟を止めおわんぬ。（中略）かくのごとく国において和与しながら、一方和与の儀に指し違ひ子細を申せしむる時は、別の罪科に申し行なわるべく候」（比志島文書）」とみえるように、和与は国における紛争の解決、すなわち在地法秩序を体现するものという性格がある。そして和与にはいくつか特徴的な性格があった。第一は「理非をさしおく」という点である。和与状に記された「理非をさしおく、永く訴訟を止めおわんぬ」（託摩文書）、「理非を顧みず和与すべし」（広峰神社文書）、「理非を番う」いへども、所詮和与の儀をもつて」（佐方文書）等々の文言には、和与状が式目の「理非の概念」からはずれたところに成立するものであるという性格がはっきり示されている。第二に、和与はたんに紛争解決の上で「理非」をさしおくのみではなく、「理非」弁別の前提になつていた、いわゆる職の体系といわれる莊園公領制下の重層的な権利体系そのものを清算する性格をもつていた。くりかえし争われた「理非」―訴訟人両者の権利のあり方も、いったん和与が成立し幕府の裁許（確認）を受けた後は、「和与以前たるの間、証文に足らず」（東大寺文書）、「和与以前の事は真偽を糺明すること能わず」（河野六郎氏所蔵文書）と判断されて、再び取り上げられることはなかつた。この意味で和与はそれまでの複雑に絡み合った権利関係一切を清算し、この契約を起点に新権利関係を構成しようとするものだった。そしてこの新たな権利関係の典型は、莊園公領制という土地制度の本質的特色であった「重層的な土地支配」を清算するものとして行われた、下地中分などによる「所領支配の一円化」であった。第三に、右の第二の「権利関係の清算と新確定」という法的効果は、当事者間で成立した和与に幕府から

和与裁許(和与の確認)を受けてはじめて生じるものであった。(中略)この史料(「柵寝文書」)に拠る、筆者註)は前にも触れた大隅国柵寝院南俣の田屋敷をめぐる一族相論の裁許状であるが、正和元年(一三二二)、訴陳状による理非の手続きによって裁許を行おうとしたが、和与が成立したので裁判を中断したところ、十年後になって、その和与については幕府の和与裁許を受けていないから、そんな私の和与によるわけにはいかない」と一方から和与破棄の訴えがあり、これに応じてただちに理非究明に入ることが決められた史料である。幕府の確認を受けない当事者同士の「私」の和与の場合はいつでも理非審理・変更の対象になることを示すものであり、こうした和与内容の確定を求めて多くの「私」の和与が幕府に持ち込まれた。(古澤直人「鎌倉幕府の法と権力」(笠松宏至編『中世を考える 法と訴訟』吉川弘文館、一九九二年、二八―三二頁、「和与の法的性格」に拠る)

ここで古澤氏によって示された「和与」の基本的理解は、おおよそ次のようにまとめることができるであろう。すなわち、第一に、「和与状」(和与)は「理非」の判断(「入理非」など)を裁判上の原則とする『御成敗式目』の理念から外れたところに成立するものであること、第二に、「和与」は紛争を解決するにあたって、荘園公領制下の「職」の秩序において現出していた重層的かつ複雑な権利関係の一切を清算する方法であり、これにより、新たな権利関係を創出することを可能にしたこと、第三に、新たな権利関係を定立した「和与」は、幕府裁判所によって認可されることよって法的効果が保証されるものとなり得たこと、第四に、幕府裁判所による認可を受けないうで、あくまで当事者間における和与の成立という状態に止まっているようなケースについて、後に紛争が再発し幕府裁判所において当該和与が争われることになった場合には、当該和与の法的効力は裁判所によって保証されて

いないがために、裁判手続上、和与の内容は尊重され得ないこと、以上のように解することができるように思われる。

古澤氏による論述の中でまず注目されるのは、「和与」と「御成敗式目」との関係について述べられている部分である。氏に拠れば、「和与状」と記しておられるが、これを「和与」と理解することも可能であろう。すなわち、「和与状」（「和与」）が式目の理非の概念から外れたものである、と。これまで述べてきたように、鎌倉幕府法と「和与」との関係については今ひとつ不明瞭な理解のままであった。この状況に対して、氏が具体的に一定の理解を示されたことについては、まず評価を与えなければならぬと思う。そしてまた、氏はこの理解を導かれるにあたり、「和与状」に記載されているところの文言、例えば「理非を聞く」などに着目されたこともまさしく有意義な理解につながるものと云えよう。

それはともかく、古澤氏の指摘される「理非を聞く」という文言には、どのような状況が想定されているのだろうか。ここに云う「理非を聞く」主体はあくまで訴訟両当事者であろうと考えられるから、訴訟両当事者が裁判所によってなされる理非の判断を仰ぐことによって紛争を解決しようとしていたそれまでの姿勢を止めるということ、すなわち、訴訟両当事者が裁判所による「理非の判断」を必要としない和与による解決を行う、という状況が理解されることになろう。このことはさらに言い換えるならば、理非の判断による紛争の解決を前提とする幕府裁判の原則がある中で、訴訟当事者自らが、理非の判断による紛争の解決を放棄したこと、すなわち、幕府裁判の原則とは矛盾する方法によって紛争が処理された、ということにもなる。例えば、このような論証が前提にされることにより、その中にみえる「理非を聞く」という性格が強調されることにもなった和与は、それが式目の理念か

ら外れたところにあるもの、という理解が導かれるにいたったのではないかと考えられるのである。

だとするならば、和与に深い関心を抱きつつ「式目」の中に理想的な裁判像を描こうとした泰時の考え方（あるいはまた、「式目」に云う法理念）と「理非を聞く」という考え方は、明らかに矛盾する傾向にあるものとして理解すべきものであろうか。必ずしも「理非を糺す」ことを行わない和与による理想的な裁判像を抱きながらも、他方で、現実には「理非を糺す」ことを原則とする裁判像を実現しようとしていたことを、泰時の考え方の中に見出するとするとともに、さらに、両者に対する厳格な区別が行われていたことを想定するならば、「理非を聞く」という紛争解決のための方法は確かに幕府法の原則から逸脱するものとして理解され得ることになるであろう。

この点について筆者には詳細に論じる用意はないけれども、中世の法秩序において、「式目」にいうところの「理非の判断」という原則と、「理非を聞く」という紛争解決方法とは、必ずしも相矛盾する関係にはなかつたのではないかと考えている。鎌倉時代の「和与」を検討の対象としたものではないが、筆者はかつて、南北朝期および室町期に見られる「国人一揆」⁴の紛争処理手続の実態を検証したさいに、「一揆契諾状」に明らかにされた「国人一揆」の法理念が現実の紛争処理においてどのようなかたちで発現しているのかに注目することにより、その発現形態についてささやかな論証を試みたことがある。その結果、「国人一揆」における紛争処理の実態に現れたものは、必ずしも「理非を糺さない」という紛争処理手続のスタイルであり、これは「国人一揆」の基本理念とされていた「理非を糺す」という基本方針とは必ずしも相矛盾する性格のものではなかつたのではないかと、この印象を抱いていた⁵。

このことが鎌倉幕府の裁判上の「和与」の意義を考えていく上で、どの程度有意義な視点を提供し得るものであ

るのかについては今後の検討課題として残されることになるが、幕府法の原則と現実のみられる「和与」との関係を一時的に理解していくための何らかの手掛かりを見出していくための契機ともなれば幸いと考えている。そして、同時に、幕府裁判の実態をより鮮明なものとして描き出していくためにも、古澤氏も当然の前提として議論しておられるところの、鎌倉後期における「和与」の急増という状況の背景事情については、「式目」に云うところの「理非の判断」という根本的な原則の現実的な運用実態との関連から、さらに明らかにしていくことが必要となろう。

このこととは別に、本論の内容からは少しくそれることになるが、若干の点について指摘しておきたいことがある。

一つには、古澤氏に拠れば、「和与」が権利関係の一切を清算するものとなり得たことが指摘されていることについてである。この趣旨をそのまま額面通りに受け取るならば、次のような点が聊か気になるところである。すなわち、一旦「和与」が成立しておりながら、その後幾度となく紛争が再発し、その都度「和与」の成立をみているようなケースが、いくつかの荘園において事実上見られるのであるが、このことをどのように評価するかが問題となろう。紛争が幾度となく再発していく中で成立した「和与」においては、紛争再発前に成立していた「和与」に関する文書そのものについては反古の対象となり得ること、そして「和与」に関する事実や法的効力は新たに成立した「和与」に関する文書によって保証され得ることは明らかである。しかしながら、このことを強調することは、少しく誤解を招いてしまうようにも思われる。すなわち、新たに成立した「和与」が紛争再発前に成立していた「和与」とある意味では全く無関係なものとして認識されるようになること、そして、新たな「和与」がそれまでの「和与」の内容を全面的に清算してしまうような趣旨のものとして認識されていたというようなかたちで、単純に理解

することは容易ではないように思われるのである。多くの場合に見られる状況としては、紛争再発前に成立していた「和与」に様々な意味において引き摺られた形で、再び「和与」の成立していることが読み取れるようにも思われるからである。

二つには、古澤氏が「和与内容の確定を求めて多くの「私」の和与が幕府に持ち込まれた」と指摘されている点についてである。この指摘からすれば、和与は裁判所によって認可されるまでの裁判手続段階においては、「私和与」として取り扱われるものであること、したがって、その法的効力を保証してもらうことを目的として、紛争当事者は幕府裁判所に対して当該和与の認可申請を行ったこと、などが前提にされているものと考えられよう。

その上で、古澤氏によって示されている「私」の和与が幕府に持ち込まれた」という状況を裁判手続の上でどのように解釈するかが問われることになる。「私」の和与に関する理解の可能性の一つとしては、次のように考えられる。そもそも裁判所には訴訟として提起されていない紛争において、紛争当事者間に和与が成立したような場合には、当該和与の法的性格はいわゆる和解契約のようなものとも云えようが、紛争当事者が当該和与についてさらに幕府による公的な保証を得ることを必要とした場合に限って、和与状を裁判所に提出する、という状況が想定されることになる。この場合における和与を評価するさいに、裁判手続外において紛争当事者間で成立したものであるということが強調されるときには、まさに「私」の和与ということになる。論理的には、以上のように考えられるわけであるが、このように、本来は裁判所が関知していない紛争において成立した和与が裁判所による認可の対象となり得ていたのかどうかについては、さらに究明していく必要がある。

今一つの理解の可能性としては、すなわち、裁判手続の進行中において、当事者間において和与が成立したのち、

裁判所に対して当該和与の認可申請が行われるという場合における和与をどのように評価するかが問われることになろう。この場合では、訴訟当事者間において成立したという状況が強調されるならば、裁判所によって認可されるまでの段階における和与という意味で、当該和与はすなわち、「私」の和与ということになろう。この場合に云う「私」の和与が、裁判所によって認可されることによって、訴訟法上有効とされる取り扱いを受けることになる和与、すなわち「裁判上の和与」となり得るものなのであり、おそらく古澤氏はこのことを想定しておられるのではないかと考えられる。

「私」の和与について以上のような理解の可能性を踏まえるにしても、古澤氏が在地において成立する和与を前提に考えておられるように思われる点については、少しく気になる点である。氏の理解においては、法廷において成立する和与と、在地において成立する和与とを截然と区別されているようにも考えられるが、筆者の勇み足を畏れずに云えば、後者における和与をある意味で「私」の和与の象徴として理解されているような印象を抱かざる得ない。一連の裁判手続においては、例えば、本所領家の沙汰雑掌および地頭正員が幕府裁判所の法廷で相論することは明らかであり、その前提として、在地においては例えば、所務雑掌と地頭代官とが紛争状態にあるということは容易に想定できることではある。しかしながら、在地における相論を法廷における相論から切り離して考えることにより、前者において成立した和与が「私」の和与であり、後者において成立した和与がすなわち、裁判所によって認可されることの正式な「和与」というような理解を与えようとすることは、ある意味で「和与」の理解を混乱させることにもならないであろうか。なるほど和与の実質の成立をみるのは、莊園の現地における訴訟両当事者の交渉に拠っていることは疑う余地もないことであろうけれども、在地における相論および交渉と法廷にお

ける相論とは、やはり一体の裁判手続過程として捉えることが前提であり、いわゆる法廷外において成立した和与を強調して「私」の和与」というように理解することは、和与に関する裁判手続過程の全体を理解するための重要な視点を失いかねないようにも思われるのである。古澤氏による「私」の和与に関わる論述から、筆者はこのようなことを考えさせられた次第である。氏による緻密な議論を誤解している点があれば、偏にご海容賜わりたいと思う。

以上、眺めてきたように、鎌倉幕府の裁判のイメージは、泰時が弟重時へ宛てた書状に記されるところの、「た」とうりのおすところを被記候」という文言などに示されるように、「道理」こそがその基調とされていたものであること、裁判においては「理非」に関する公正な判断が常に志向されていたこと、などとする理解が多くの場合になされていることはあらためて云うまでもないが、他方で、「道理」の法史的な意義に関する詳細な吟味については必ずしも意識的に追究されてきたとは云えないし、のみならず、幕府裁判の性格に関してもその具体性に富むような十分な分析を試みた業績についても、それほど多くのものには恵まれてきてはいないようである。

このような状況の中で、鎌倉幕府の裁判の具体的な側面について、その裁判規範に関する分析から鋭く追った業績として、植田信廣氏による研究が位置づけられることになる。氏による幕府裁判に関する理解の中では、「和与」がどのように考えられているかについて、若干検討してみたいと思う。

(5) 植田信廣氏の理解

これまでのところ、鎌倉幕府の裁判が「理非の判断」を原則として、これを重視したものとして理解されてきて

いるが、裁判の実態に即して見るならば、裁判の原則にある意味で相反するところの「不論理非」という裁判規範が優越しているという状況も見出し得ることが、植田氏によってあらためて示されることになった。すなわち、氏は次のように論じておられる。

実は幕府の制定法のなかには一定の場合に理非を論ぜず（＝道理の有無と無関係に＝当該紛争事案の内容自体に実体的な審理を加えることなく）、判決すべき旨の条規がいくつか存在し、また実際の裁判においてもこのような規範もしくは論理に基づいて、理非を論ぜず判決が下されている事例が非常に多いのである。⁽¹⁾（植田信廣「鎌倉幕府の裁判における「不論理非」の論理をめぐって」〔法制史学会編「法制史研究」二八号、一九七八年、七一頁に拠る。なお、本論文はのちに、日本古文学学会編「日本古文学論集」6・中世Ⅱ、吉川弘文館、一九八七年に収録）

そして、植田氏は、幕府裁判の実態を詳細に検討された上で、「不論理非」なる文言が裁許の根拠とされているケースの分類・整理を試みておられる。その類型の中では、裁判所によって和与の認可されたケースが一つの裁許パターンとして位置づけられることになっている。このとき、幕府裁判所の「和与」に対する裁許の方針について氏は、次のように説いておられる。

鎌倉幕府の裁判においては、訴訟の過程で和与が成立すれば訴訟はこれによって終結し、和与の内容どおりにせよとの判決が下されるのが通例であった。通常和与が成立すれば幕府はもはや当該紛争事案の実体審理を行なう必要がなくなるといふ点、及び幕府が特に鎌倉後期に和与による訴訟の解決を意識的に奨励したという点に着目すれば、和与による判決も理非を論じな

い判決の一つに含めることができる。

(前掲「植田論文」七六―七七頁に拠る)

そして、幕府裁判所が「和与」に対してとりわけ「審査」手続(「実体審理」)を行う場合のあり得たことも指摘されているが、その場合にいうところの「審査」手続の意義については、幕府による一段上位の「不論理非」の論理が強行されたものとして理解しておられるのである。

その場合(和与による判決など、筆者註)の実体審理は、あくまで個々の「不論理非」の論理以上に重大な幕府の基本原則を貫徹するためにこそ行われたのであって、いわば一段上位の「不論理非」の論理の強行ともいべきものだったからである。

(前掲「植田論文」に収まる「和与による判決」、八九頁に拠る)

植田氏に拠れば、和与が裁判所によって認可される際の根拠となる「不論理非」の論理の存在が以上のように説かれていた。

ここで注目すべき点としては、①訴訟当事者間で和与が成立しさえすれば、裁判所は改めてその内容について実体的審理を行う必要がないこと、②鎌倉後期において幕府が「和与」を意識的に奨励したこと、以上の二つを、「和与」による判決を「不論理非」の論理による裁許類型の範疇に含める際の主な理由として論じておられることである。

①については、例外的に幕府の体制を揺るがすことにつながるような和与(たとえば御家人の所領の移動など)に関する和解事項)については、「一段上位の「不論理非」の論理」を強行することにより、幕府裁判所は和与の内

容に関する実体的審査を行い得たことが指摘されている。しかしながら、他方で、②については、鎌倉幕府が「和与」を意識的に奨励したということが強調されるに止まり、その事実あるいはその根拠を何処に求めるのかについては、氏自身の見解においては明らかにされていない。あるいは、かりにこの事実が認められるにしても、「意識的に奨励した」ということから、このことを有力な理由の一つにすることに、**「和与」による判決を直ちに「不論理非」の論理の範疇に入れることが可能なかどうか**、これについても必ずしも疑問なしとしない。もちろん、植田氏によって示されているところの「和与が意識的に奨励された」という理解の前提には、佐藤進一氏によって強く説かれることになった、鎌倉時代後期における「和与」の奨励という幕府の司法政策に関する理解、あるいは裁判の職権主義化に関する理解などが踏まえられているものとも考えられる。だとするならば、やはり、佐藤氏の提示された見解にまで遡って「和与」に関する理解の孕む問題点について再度見直す必要があるように思われるのである。

他方では、あくまで「道理」が基調とされながら、裁許にあたっては「理非を論ずる」ことがいわば当然行われるはずのものとして理解されてきた鎌倉幕府の裁判の実態の中に、この裁判理念にある意味で対峙することにもなる「不論理非」による裁許の実態を見出そうとされた植田氏の幕府裁判に向けられた関心の核心部分には、鎌倉幕府が在地領主によって分有されていた「理非」判断権を独占・集中していく過程、すなわち、幕府が高権力へと成長していく過程を具体的に描いていくために必要とされる有力な論証素材を見出すという目標があったのではないかと考えられる。鎌倉幕府の裁判についてまさに法史的な関心から、植田氏によってこのような論証が試みられたこととの背景事情を察するならば、いち早く鎌倉後期の幕府裁判の性格について鋭い論証を展開された笠松宏至氏に

掘るところの、次にみる見解が学界に対して大きな影響を与えていたことと無関係ではないであろう。

しかし更にいま一步深く考えてみれば、越訴制が得宗独裁体制によって忌避されるより根本的な原因の存在にきづくはである。それは外でもない。引付頭人の指揮下に、合議によって判決案(当時実質的にこの引付勸録が評定合議の決定を拘束していた)を作製する引付制を廃止せしめたと同じ原因である。法曹官僚と豪族御家人とをその構成メンバーとする引付は、たとえそれが如何ほど微々たるものであり、且つ表面的なものに過ぎなかつたにせよ、伝統的な御家人社会の常識的法理(道理)を尊重するものでなければならなかつた。得宗権力がこの体制の破壊を試みたのは、彼自身の政治的判断からする要請に、裁判を一方的に従属せしめるためであつたとすれば、越訴は彼にとつて更に不都合極まる場といわなければならぬのである。

(中略)越訴の申状が原判決の論理的欠陥、あるいは傍例や既成法との齟齬矛盾をつくことを主要な論点とすることは理の当然である。従つていきおい越訴審理の場は、一般の判決より相対的には論理的乃至法理的たらざるを得ないであろう。ここに訴訟処理能力の貧困さや、判決確定までのスピード化などという非歴史的要因とは別に、霜月騒動による平頼綱滅亡直後の容易ならざる政局に対処しながら独裁制の確立を企画し、裁判を政治に従属せしめようとする得宗権力にとつて、越訴制が放置し得ざる障害として認識されなければならなかつた歴史的要因があつたと考えられるのである。(笠松宏至「永仁徳政と越訴」、笠松「日本中世法史論」東京大学出版会、一九七九年、一〇九―一一〇頁に拠る、初出は、一九七一年)

だが一見無縁にみえる両法(永仁五年の立法における徳政・越訴廃止両令、筆者註)が、同時に立法されるという、鎌倉幕府法にあつてはかなり異例の立法措置の背景には、政治制度全般、その中の裁判制度、そしてその一局部に過ぎぬ越訴制、こ

の一制度の存立・改廃にまで影響をおよぼさずにはおかなかつた鋭い政治的緊張が隠されていたと考えるのである。

（前掲「笠松論文」一一六頁に拠る）

以上は、鎌倉後期における「専制体制の強化をめざし、本来的な鎌倉裁判制度の克服を企画する得宗権力」をめぐる動向を描こうとされた笠松氏による指摘の一部分である。この笠松氏による論述の前提には云うまでもなく、佐藤進一氏によって既に提示されているところの次のような鎌倉後期における政治史的特徴が発展的に論証すべき関心として横たわっている。

すなわち、その特徴を断片的に捉えるならば、さしあたり、弘安年間以降に見られる得宗専制政治への傾斜、これに伴う司法政策上の変化、職権主義の台頭、貞時において頂点に達する専制政治、などということになるが、このような政治史的理解への強い関心をもとにしながら笠松氏は、得宗による専制化が進行する過程の中に、幾度となく廃止・復活を遂げた引付制の有した裁判制度上の意義、徳政令と越訴に関する諸法令が同時に立法されたことの意味、安堵の取り扱いと御内人で構成されることになる越訴方との関係、などという法史的にも重要な検討課題を見出され、これらについて主として鎌倉幕府法に関する詳細な分析から究明が試みられている。その中で氏は、得宗専制政治を発展維持させるための現実的な対応がなされていく中で、御家人保護のための政策と政権維持のための政策とが相互に濃淡を変えながら具体的に打ち出されていった経緯について、とりわけ永仁五年および同六年前後の越訴制の変遷に関する政治史的理解に拠りながら明らかにされたのである。

他方で、このように理解されているところの、鎌倉後期における幕府権力の変質にいたるプロセスについて、石

井紫郎氏に拠れば、

鎌倉期の国制は基本的に在地領主の自生的権力によって規定されながら、「私領」の「恩領」化に象徴される中央集権化への契機が内包されていたのであり、この期の法も具体的諸制度や意識の上で右の如き国制に対応する現象を見せていた。鎌倉幕府とくに後半期には「得宗専制」という形をとりながら――は右の集権化の契機を過度に強行することによって自ら墓穴を掘った。しかしながら南北朝の内乱の中から生れた室町幕府の法制度は、種々の点で「得宗専制」のその延長線上にある。

〔石井「中世の法と国制に関する覚書」『日本人の国家生活』日本国制史研究Ⅱ、東京大学出版会、一九八六年、九二頁に拠る。初出は一九七一年〕

と論じられ、「私領」が幕府によってなされる「安堵」によって国制的秩序の中に組み入れられていくこと、すなわち、その事態について、

〔前略〕わが中世においては「安堵」という、本来「理非」の訴訟とは無関係な、いわば政治的行為が所有法体系の中に割り込んで来るといふ形でこれがはじめて実現されたわけである。(後略) 〔前掲「石井論文」九二頁に拠る〕

のように強調されている。石井氏による鎌倉期の国制に関する理解にあつては、法や裁判が「理非」を明らかにするものとの期待を抱く在地領主による法意識と「理非」判断権が分有される状況)、幕府が政策的判断により制定した不易法などを根拠に「理非」を論じないで裁決を下すことを志向する傾向(「理非」判断権の独占化)とが相克する過程として捉えられているのであって、これについては、さらに次のように論じられるのである。

(鎌倉期における、筆者註)「所務沙汰」の構造と検断体制のかかりについて、両者の限界ないし相対性にあてた形で述べてきた。しかし反面、それらが近代的な訴訟制度や軍事・警察制度を理念型とするかぎり―前代に比べて一歩を進めたものであることも忘れてはならない。自力救済に向かつての一步、すなわち紛争解決を公的裁判に一元化していく動きとその背景にある全国的・恒常的検断体制の成立という新たな展開は否定しがたいのである。(中略)「越訴」や抗弁によって「改沙汰」を求める手段を敗訴者がいぜんとしてもっており、判決の相対性が払拭されていなかったとはいえ、判決に対する不服従の意思の正当な表明は、ほかならぬ「越訴」や訴訟上の防御としての抗弁という、裁判内のものに限定され、それ以外は少なくとも制度的には不法なものとみなされるにいたったと見てよいであろう。

(石井「合戦と追捕」『前掲書』所収の「六 おわりに」に拠る。初出は一九七八年であるが、当該節は書き下ろしである)

石井氏に拠れば、鎌倉幕府の高権力への成長過程が裁判権力としての「理非」判断権の独占化、すなわち、「紛争解決を公的裁判に一元化していく」ことへの傾向として捉えられ、それは全国的検断体制の成立へ進行する過程として強調されていることになろう。

石井氏によって展開されたこれらの議論は、本稿で既に述べてきたところの、鎌倉後期における幕府権力の変質を中世法史の流れの中で具体的に捉えようとするためには、頗る刺激的かつ有意義なものであるが、本稿で触れおとすべき関心に引きつけて云えば、同時にまた、次の検討課題が示唆されているようにも思われるのである。

すなわち、一連の「徳政令」および「越訴」制に関する笠松氏の評価に拠れば、「裁判を政治に従属せしめようとする」政策として強調されているが、この評価が鎌倉後期の幕府権力の変質傾向の実質部分を明らかにしたものと

として、どの程度まで固定的に理解することが許されるのであろうか、という問いが発せられることになる。これについては、徳政令に関する笠松氏の理解を再吟味する必要がある。氏に拠れば、「徳政令」が越訴制廃止の打ち出されるのと同時に立法されたのは、越訴制廃止による御家人の反発を緩和させることを意図したことによるものとされている。ここに徳政令は御家人保護政策が具体化したものとして示されたことになるが、後に笠松氏が徳政令に関して「御家人所領への統制強化という一面」を「逆の側面」として指摘されたことに注目された石井紫郎氏に拠れば、「裁判を政治に従属せしめようとする」政策は結果的に挫折することになるにせよ、「徳政令」に込められた御家人「所領」の統制に関する法原理が高権力の側の法原理として、室町幕府にいたり発展的に継承されていくことになるという見通しを示されている。⁸⁾このことからすれば、「徳政令」に関しては、これまでの多くの議論が前提にしてきたところの、「越訴」制の廃止および復活の経緯を幕府裁判制度の帰趨を左右するものであること、あるいは、当時の政治形態を得宗専制政治としてのみ単純に理解することにより、その政治的体質が表出したものであること、などの視点でのみ単純に捉えるのではなく、折しも高権力に成長を遂げつつあったと理解される鎌倉幕府が土地所有秩序に対して重大な関心を抱いていたことの一面として捉え直す要請が生じていることになる。

他方で、鎌倉後期における得宗専制政治とこれに対応する裁判形態の本身についてもおのずと問い直さなければならぬであろう。鎌倉後期の裁判の特徴を『沙汰未練書』に云う「入門」^{いりかど}に求め、これについて鋭い視点から論じられた笠松氏に拠れば次のようである。

(前略)「入門」と「入理非」の差は単なる手続上の前後でもなく、一本のライン上の首尾でもない。それは中世の「裁判」

に対する二つの立脚点を異にした理念の差であった。「入理非」は、単なる観念上の正邪の弁別ではなく、実質的な制度と手続きに裏づけられた裁断を意味した。いいかえれば中世的理非とは、証文と証言の究明によって立証される「事実の世界」であった。これとは逆に「入門」はむしろ「観念」の場における正邪の裁断である。一方の目安の「肝要」をいかほど勤じてみても、「事実」に到達することはできない。沙汰未練書のいう「肝要」は「入門」の場における肝要であり、「理非」における肝要を意味しない。

（笠松「入門」『日本中世法史論』東京大学出版会、一九七九年、三一七―三一八頁に拠る）

次にも触れる箇所とあわせて注目を集めて来た笠松氏による以上の指摘は、鎌倉後期の幕府の裁判の特徴を左右するものとして理解されてきたことは云うまでもない。すなわち、後期の幕府裁判においては、それまで追究されるべき理想的な裁判像の実質を支える裁判手続であった「入理非」とは異質な裁判手続、すなわち、観念の場における正邪の判断を行う「入門」という手続が採用されるにいたったことが強調されたわけである。ここでは、「入門」の自身について詳細に論じることがはしないが、笠松氏の強調されている点は、鎌倉後期の幕府裁判ではその手続方針として、古代律令裁判以来の伝統的な裁判手続理念（「入門」的な方法を前提とするもの）を脱することにあり、あらたに鎌倉幕府の打ち出すことになった裁判手続理念（「入理非」とは異質な考え方（「入門」）が優位に立とうとしていたこと、そして、この時期以降、近世にいたるまでのわが国の裁判手続に関する基本的な方針として、「入門」型が「入理非」型を圧倒していったということにある。すなわち、

我国中世の裁判の歴史は、この二つの理念の相克の歴史であった。ごく大まかに展望すれば、古代律令裁判以来の伝統をも

つ「入門」裁判の圧倒的な優勢の中に生れた鎌倉幕府の裁判は、当事者主義の徹底的追究と、それを裏づける手続法の充実によって、政治的利害や、空虚な法解釈に基づく「肝要」を排除し、「理非の淵底を究める」ための「入理非」の裁判として育った日本近代法史の鬼子であった。しかし中世において「入理非」は安易に定着への道を歩んだのではなく、また遂に勝利することはなかった。それは「式目」の世界として、わが国中世社会に大きな痕跡を残しはしたが、遂に法と裁判の主流となることはできなかったのである。

(前掲「笠松論文」、三一八頁に拠る)

と論じられているように、氏の関心が向けられるのは、「道理」を基調として理想的な裁判像を描いた『御成敗式目』を背景に、鎌倉幕府の裁判において芽生えることになった「入理非」型の裁判への志向性が、その後の法史的展開の中では、その發展的継承が途絶えることになった点にある。

この点について、石井紫郎氏は、「鬼子」に対する過大評価については、むしろその強健性に疑問を示された上で、

「証文と証言の究明によって立証される『事実』の世界」に内在する「理非」に即してでなく、高権力の裁量的恩恵によって問題を解決する、という考え方が一般的なものであったとすれば、何故「鬼子」に終わったのか、でなく、逆に、何故この「鬼子」が出現したのか、という問題の立て方さえ必要になってこよう。

(石井「書評 笠松宏至『日本中世法史論』」「前掲書」三五四頁に拠る、初出は一九七九年)

のように論じられる中で、「入理非」を原則とする裁判手続理念(「鬼子」)の生まれてくる法史的な意味におけ

る必然的理由を探る必要があることを指摘されているが、これはその意を汲み取るならば、古代から中世への変遷過程についての法史的な理解を踏まえた上で、中世成立期および中世前期社会を法史的に定義することの必要性を説いておられるように思われるのである。

笠松氏に云う「鬼子」説をめぐっては、氏の「入門」に関する理解に批判を加えることにより、鎌倉後期の裁判を理解するための新たな理論的枠組を与えようとされたのが新田一郎氏による所論である。

新田氏によれば、十三世紀末には、規範意識構造の変化が生じることにより、例えば、裁判の場面において、訴訟両当事者および裁判所によって共有されることになる一般性を持った規範が成立したことが指摘されている。すなわち、この一般性を持った規範（「切り札」すなわち「肝要」と認められ得るもの）には、「ことがらの実体的な内容に即した判断基準ではなくより、形式的な規範類型が、そのかなりの部分を占めている」のであり、これらが人々によって「裁判」の手續を一般的に律する規範」として認識されるようになったことが、当該期の裁判において「入門」手續の成立を可能にしたのである、という（新田一郎「中世の「裁判」の「理念」をめぐって」、新田『日本中世の社会と法―国制史的変容―』東京大学出版会、一九九五年、三五―三六頁に拠る）。

そして、氏は「入門」手續を次のように定義される。

「入門」手續とは、一方ないし双方から提示された論点のうち「切り札」となりうる「肝要」と認められる論点について、一般性をもった規範の存在を前提としてその規範の適用の可否を審理し、それによって直ちに判断を十分に根拠づけることができる場合には即座に判決を下し、しからざる場合には新たな論点を求めて「入理非」ることを決する、そうした判断と分別

の手続であった。

(前掲「新田論文」三五頁に拠る)

したがって、「入門」手続によって「理非の究明」という裁判手続理念が否定されたことにはならないことについて、次のように述べておられる。

「入門」手続は従って、「理非の究明」のための短絡的な道筋であり、それ自体「理不尽」の沙汰ではなく、予め或る程度の一般性をもって認識される「切り札」の規範をめぐってなされる「肝要」の沙汰だったというわけである。

(前掲「新田論文」四〇頁に拠る)

さらに、笠松氏の云われた「入理非」と「入門」という裁判手続理念の対立という理解を次のように否定される。

「入門」と「入理非」を二つの「裁判理念」として対比する笠松氏の見解は妥当でない。対比しうるとすれば、「切り札」の適用という「肝要」の判断形式を含む(従って「肝要之沙汰」が可能である一方、「入理非」による論点拡張の可能性も含みうる)一連の沙汰の体系全体と、そうした或る程度の一般的な有効性を期待される「切り札」がそもそも存在せずいはば判断規準の手探りによって進行しなければならない沙汰の体系全体とであり、つまりは「切り札」の存在の有無であろう。

(前掲「新田論文」四一頁に拠る)

笠松氏によって鎌倉後期の幕府裁判手続の特徴を示すものとして注目されてきた「入門」について、新田氏は以上のような批判を展開された上で、さらに次のように論じられるのである。

鎌倉後期における「手続法制整備による理非究明の志向」は、「理非究明」の指標となる「切り札」の形成という形をとって結実したのであった。(中略) (こうした状況を称して、筆者註) 「法的な世界の成立」と一口に云っても、「何が法なのか」「どのような性格の法なのか」という問題が直ちに提起されるであろうし、「鎌倉末期」という時期の国制史上上の位置をどのように規定したとしても、そのことが従来云われてきた「鎌倉幕府政治の専制化」の傾向や鎌倉幕府の倒壊に至る歴史過程などの政治的な問題とどのように関係するののか、という点は当然に問題とされねばならない。しかしさしあたりのところ、「入門」手続において「切り札」の運用によってなされる「肝要」の沙汰という形式は、それ自体必然的には「恣意的な専制」に向かうものでも「法と理の支配」に向かうものでもなく、場合によってはいずれでもありうると見るのが妥当である。――「入門」手続の成立は、「専制」か「法の支配」か、という対比とは異なる次元に属することがらであり、社会的に有効性を期待される「切り札」が存在する、という条件のもとに、どのような法が形成され、どのような「政治」が展開されるか、という問題は、次なる問題なのである。

(前掲「新田論文」六二―六三頁に拠る)

こんにちの鎌倉幕府の裁判法史に関する理解の多くは、鋭い分析視点を提供され続けて来られた笠松氏に拠るところが大きいことは言うまでもないが、氏の理解の根底にはやはり佐藤進一氏によって示された幕府論あるいは訴訟制度論が濃厚な形で大前提にされているという印象は拭いきれないように思われる。笠松氏の強調された「入門」についても、佐藤氏におけるのと同様、理解の前提とされている考え方に大きな変化はなく、明言こそなされていないものの、佐藤氏の云う「三段階論」の帰結としての「得宗専制」の具体的イメージとして語られているように思われるのである。だとするならば、鎌倉幕府の政治史的理解の通説的理解を直ちに否定しようとするのではなく、

あるいはまた、笠松説をそのまま鵜呑みにしてしまうのでもなく、これまでの通説的理解からそれなりの距離をもつことよって、鎌倉後期の幕府の法や裁判の姿を冷静に眺め直そうとするための方法を見出し、これを実際に試みてみることは極めて重要な学問的営為だと考えられることになるであろう。この点、新田氏の論じておられる趣旨をもとに筆者なりの纏め方をするならば、第一に要請され続けている研究課題としては、まず「三段階論」ではなくて、法や裁判の実態を多角的かつ実証的に理解しようとするのではないかと思われるのである。

以上述べるにいたったことは、本稿の趣旨が専ら和与に関する様々な理解を点検・確認しようとするものであったことからすれば、その趣旨から大幅にそれるものとなってしまう。しかしながら、今日において鎌倉幕府の訴訟制度・裁判手続などが論じられる場合には、多くの論者の関心の対象が鎌倉後期のそれに集中的に向けられることにより、当該期にいたる幕府の権力的性格の変容状況や、あわせて、そこに見出されるところの得宗専制政治の性格が検討の対象として注目されるに止まってしまうという傾向が否めないなどの現状を認識するとき、鎌倉幕府の裁判において見られた和与に関して、これまでに示されて来た様々な理解をフォローしていく途上では、鎌倉後期に寄せられている多様な関心をとりあえず押さえておいた上で、当該期において多く見られたとされる和与に対して、どのような理解が示されているかの分析をさらに試みていく必要があるように思われるのである。

いま、以上の関心のもとに進めて来た作業の中から本稿の見出しつつあるものは次のようなことである。すなわち、鎌倉後期における幕府権力の変質を捉えようとする視点は多くの論者によって共有されているとともに、鎌倉後期の法秩序構造を理解するための理論的枠組を論証しようとするにもまた強い関心が寄せられており、したがって、このこと自体は評価すべき研究の進展状況であるとは云えるものの、翻って、幕府裁判の全般にわたって

その実態を知ろうとするならば、その実態的理解を得ようと試みられている実証的研究は意外にも多くなく、あるいはとりわけ本稿が関心を抱くところの幕府裁判における和与について云えば、和与に関する紛争処理手続上（あるいは裁判手続上）における意義、あるいは中世法における意義などについて専論としてこれを積極的に取り扱おうとした研究にはあまり恵まれていないという現状、まさにこのことが理解されるとともに、再確認されることにもなるのである。

そして、次に検討を試みようとするのは、以上のような研究状況の中で、近時公けにされた斬新かつ貴重な業績の一部についてである。これらの研究は、鎌倉幕府あるいは中世法全般についてこれを多角的に論じようとしたものである。その中では、鎌倉後期の幕府権力の変質過程や同時期における中世社会の変容過程が多角的に分析され、法と裁判についても積極的な論証が試みられることにより、後の裁判法史研究に多大な影響を与えているものと評価され得るものである。なかでも、幕府裁判と「和与」との関わり方についても有益な示唆を与えているものであり、次に各々の論者の理解を聞くことにしたい。

(6) 古澤直人氏の理解

さらに古澤氏は、鎌倉幕府の権力の推移に関わるこれまでの通説的理解を踏まえた上で、幕府権力の変質過程と裁判の傾向とを総合的に分析されることにより、「和与」に関する極めて詳細かつ包括的な所論を展開しておられる。

すなわち、古澤氏は、「式目三十五条」にいう「召文違背之咎」の適用されたケースの時代的比較を試みられた

のであり、この中では、弘安七年以前において「召文違背之咎」の適用された所見例がわずか一例であるのに対して、弘安八年以降においては幕府法廷への不出頭に対しては敗訴の処断を下すというケースが増加する傾向にあること、したがって、弘安八年以降は「召文違背之咎」の厳格な適用がなされる傾向にあることを指摘された(次掲「古澤論文」一〇〇頁)。そしてこのことから、次のように論じておられる。

執権政治と定式化される承久以降弘安頃までは、判決の強制執行力が期待できない以前に判決そのものの法制的側面が非常に希薄なのであり、一方得宗専制政治といわれる時期においては、逆に文字通り法令(式目三五条に云う「召文違背之咎」、筆者註)の逡巡なき適用がなされているのである。これは従来「職権主義の台頭」と称されていることの内実となろうが、この点これまで「和与の奨励」³⁸⁾という事実以外この期の裁判の特質には言及されていないので注意を要する。(古澤直人「幕府権力の変質と領主制―備後国大田庄を中心にして―」(日本歴史学会編「日本歴史」四一六、吉川弘文館、一九八三年、一〇一頁に拠る)

鎌倉後期の幕府権力の性格は得宗専制と理解されており、この政治形態における裁判の傾向については「職権主義」として評価されてきていることは云うまでもないことであるが、古澤氏に拠れば、その具体的特徴の一つとして理解されて来た「和与の奨励」(古澤氏においても佐藤進一氏の理解に依拠して考えられている)という点の他に、この時期においては、「式目三十五条」に云うところの「召文違背之咎」⁹⁾の適用方針が厳格なる運用に転換することをも考慮に入れるべきことが強調されているのである。

さらに古澤氏は、このような鎌倉後期の幕府裁判の特質を示す今ひとつの特徴として、「下知違背之咎」制に着

目された。氏に抛れば、「幕府判決の質的変化」を得宗専制期に求めるならば、それは「まず第一に判決の法治的側面が強化され、次いで判決自体の執行力が下知違背之咎という形で観念されるようになった」ことであるという。そして、「下知違背之咎」制は、その体制的成立を弘安から正応年間頃に求めることができるという。さらに「下知違背之咎」の適用実態については、年貢未進相論に関する判決において適用されるケースが顕著であること、あるいは「下知違背之咎」の適用云々に関する文言は和与下知状においてその所見の多いことが指摘されているのである。

和与下知状（和与認可裁許状）に見える「下知違背之咎」について、古澤氏は次のような理解を示しておられる。例えば、年貢未進に関する訴訟において和与が成立した場合、成立した和与の趣旨に違背して年貢が「不法対捍」されるような事態が後に生じ得る可能性として想定されることにより、そのような場合には直ちに「御下知違背之重科」によって処断されることになる、という趣旨の誓約文言が和与下知状においてなされている例が、鎌倉後期にいたり多く見られるようになるという。この趣旨の文言について古澤氏は、「この和与履行を担保する幕府権力のあり方は下知違背之咎の用意であることを示している（表5⑤）」ことを指摘されるとともに、「このことは諸他の和与下知状の文言にも共通し、鎌倉最末期の大田庄における一連の和与はより典型的にこの関係を表していた。これら諸事実を併せ考えれば、御下知違背之咎定立と和与増大の間の緊密な連関はほぼ疑いのないものであろう」（前掲「古澤論文」と結論されるのである）。

つまり古澤氏の所論においては、鎌倉時代後期における「下知違背之咎」制の確立と「和与」の増大との間に、強い因果関係を見出されているのである。¹⁰ 氏によってなされた丹念な史料蒐集の作業およびこれに対する精確な統

計的分析から導かれることになったこの指摘は、頗る説得力のあるものであり、鎌倉後期の幕府裁判と「和与」との関係を理解する上でも、十分に貴重な指針となり得ていることは云うまでもないことである。

このことを前提にして、ここでは、古澤氏が結論にいたる重要な根拠の一つとされている点、すなわち、「下知違背之咎」の適用例として「和与下知状」に關しての所見が多い(前掲「古澤論文」一〇二頁)との指摘について若干触れておきたいと思う。

古澤氏がこの指摘をされた際に引用された訴訟事例としては、美濃国茜部庄における年貢未進相論をめぐって、東大寺雑掌と地頭長井氏との間に成立した「和与」を認可する趣旨で発給されることになった六波羅探題による和与認可裁許状(「仲村雅真氏所蔵文書」正和二年十二月二日付六波羅探題下知状)であるが、この文書を瀬野精一郎編『増訂鎌倉幕府裁許状集』下(六波羅・鎮西裁許状篇、増訂版第二刷、吉川弘文館、一九九四年)所収の六波羅裁許状五六号文書(以下、「六裁一五六」)のように記す、関東裁許状篇から引用する場合も同じ。括弧や傍線は筆者に拠る、以下同じ)より引用し、左に掲げよう。

【史料1—1】

(端裏書)

「本寺聖供地頭和与状」

東大寺學侶等雜掌朝拜与美濃國茜部庄地頭長井出羽法印靜瑜代禪性相論年貢事、

右、就訴陳狀、擬有其沙汰之處、帶寺務并靜瑜狀、兩方出和与狀畢、如今年十月廿日朝拜・禪性等連署狀者、^(A)和与東

大寺領美濃國茜部庄請所年貢絹綿事、合絹百壹疋・綿千拾兩^{絹綿文別可爲綿兩參分、但除註絹、藏人所斤定錄拾貳文、}此外延絹拾玖疋四丈

代伍拾貫柒百文（請期）右、當庄者、起自本願水觀律師之素意、爲學侶之衣服、被寄置之間、濟絹綿來之處、近曾以降地頭請所之後、或僞品之絹、或色代之錢、連々不法年々相積之間、學侶就訴訟、重々被經御沙汰、去弘安三年見絹禁絰絹、定分兩御下知之處、其後僞品之所濟、尙以不改善惡之相論、弥又有煩、就之更及沙汰之刻、專存潤色儀、永仁五年改見物、被成色代畢、此上者、專守御下知、不可違失之處、動違期遲濟、越年未進連々相積之間、學侶又企訴訟、被經御沙汰之刻、年來之不法悉以可令露顯之間、忽依可被行重科、悔先非、就歎申、所詮、見絹、見綿任弘安御下知、以美麗之分、可調進之由、就申請、以潤色之儀、所被成見絹・見綿也、然者、任弘安御下知、以美麗爲本、永不可有僞品之儀、爲足分兩、努々不可稱奸謀、若分兩以下濟期等事、背弘安御下知之旨、致不法之時者、更立還色代伍佰伍十五貫五百文并延絹代伍拾貫柒百文、守永仁御下知、無懈怠可致其沙汰、此上若雖一事、背御下知、致對捍不法者、不日可被申行御下知違背之重科者也、其時更不可申子細（云云）、一如同月日禪性狀者、（請申茜部庄、自延慶二年、至正和元年未進間事、^(B)合九百四十四貫七百文者、右、當庄年貢者、有限之員數年內可令究濟之由、關東・六波度々御下知分明之間、雖存其儀、依不慮之懈怠、可被申行御下知違背罪科之由、及御沙汰之間、於大未進者、參ヶ年之内可令究濟之由、雖爲式目之所定、以別儀、五ヶ年之内可令究濟之旨、就歎申、蒙御有免之條、尤所令喜悅也、然上者、自明年五ヶ年之間、年々隨勳得、可致其弁、極少不可減于百結之内、若五ヶ年內未進究納之分、不滿百貫之時者、雖爲五ヶ年以前、如載狀、右可被申行罪科、以第五年、無一塵之未進、可致其弁者也、雖爲少分、過五ヶ年、猶致懈怠者、及御沙汰、被召改地頭職、雖被申行別罪科、更以不可申子細（云云）者、兩方和与之上者、不異儀歎、然則、任彼狀、相互可致沙汰之狀、下知如件

正和二年十二月二日

古澤氏は【史料1—2】に施した二箇所の傍線部分について、

この和与履行を担保する幕府権力のあり方は下知違背之咎の用意であることを示している(表5—37)。このことは諸他の和与下知状の文言にも共通し、鎌倉最末期の大田庄における一連の和与はより典型的にこの関係を表していた。(後略)

(前掲「古澤論文」一〇二頁に拠る)

と論じられているわけであるが、この主旨を額面通り受け止めるならば、「下知違背之咎」を適用することを予告する文言が和与下知状に現れるケースが多いということ、すなわち、当該文言は和与を認可する趣旨で発給される和与認可裁許状において、裁判所によってなされる最終的な判断が記載される部分に多く見い出される傾向にある、というよう理解が得られることになる。古澤氏は、「六裁—五六」がその一事例であることを指摘されたわけである。

ここで【史料1—2】を見るならば、次のように理解され得よう。すなわち、前半部分(A)では、雑掌朝拜および地頭代禪性による連署和与状の内容がほぼそのまま引用されており、後半部分(B)からすれば、地頭代禪性が当該和与を確実に履行し、未進年貢を所定の方法によって弁済することを誓約する趣旨で作成した文書であり、おそらくは当該和与状とは別に雑掌側に提出したものと考えられるところの請文であることが見て取れることになる。そし

(北條時政)
越後守平朝臣(花押)

(金澤貞顯)
武藏守平朝臣(花押)

て、古澤氏によって指摘されている文言が記載されている文書は、前半部分(A)に引用されている連署和与状に該当するのであり、その和与状の末尾に当該文言が記されていることがわかる。したがって、このことからすれば、氏の着目された「下知違背之咎」の適用を予告する趣旨の文言は、裁判所による判断が記載された部分において記載されているわけではなくて、訴訟両当事者が和与状（この場合で云えば連署和与状）を作成する時に、当事者自らが当該和与状の本文末尾に記載したものであるということが、さしあたり云えそうである。

鎌倉時代の後期において、裁判所に対して「和与」の認可申請の行われる場合には、訴訟両当事者によって提出された和与状の内容が和与認可裁許状の中に詳細に引用されるようになっていたことが佐藤進一氏などによってすでに指摘されているが、このような傾向をとまなう和与認可裁許状における和与状の引用形式を見るならば、裁許状の本文において和与状が詳細に引用された後、本文の末尾において当該和与を認可する趣旨の文言、すなわち裁判所による判断が記されていることが理解される。この点に関して云えば、「和与」を認可する趣旨以外の場合に発給される裁許状においては、その本文において訴陳状の内容あるいはそれらを要約したものが記載された後、裁許状の末尾部分において判決内容が記載されるという形式が採られているのと、実質的に大きな相違は生じていない。以上の点を踏まえることにより、和与を認可する趣旨で発給されたものの一つである【史料一―二】を見れば、「両方和与之上者、不異儀歟、然則、任彼状、相互可致沙汰之状、下知如件」という文言が判決の趣旨として記載されていることが理解されることになる。

このことからすれば、「下知違背之咎」の適用を予告する文言が記載されるようになることについては、あくまで「和与」の成立した場合に限って云うならば、和与下知状（和与認可裁許状）に関する特有の現象として理解す

るのではなく、むしろ、訴訟当事者自らが作成した和与状に関して観察されることが確認されることになる。

その上で、さらに次の課題、すなわち鎌倉後期にいたって、訴訟当事者が和与状の中に「下知違背之咎」に関する文言を記す場合が多く見られるようになったことの理由を考えていく必要があるように思われる。古澤氏によって示されたように、「和与」と「下知違背之咎」とが密接な関係にあったという点は非常に重要であり、これをまず前提にして考えなければならぬであろう。だとするならば、訴訟当事者の側は、当該和与に対して裁判所による認可を得ることを前提に和与の成立を考えていたこと、さらに、裁判所による認可の下知を得た「和与」に対して違背の生じた場合のことを予め想定することにより、不本意にも違背の生じた時には「下知違背之咎」により処断され得ることを当事者間で誓約していたこと、などが考えられよう。したがってこのことは、人々の「和与」に関する「下知」への期待度が増して来たことを示すものとして理解され得ることになるのである。そうであるならば、次に与えられる課題とは正に、鎌倉前期～中期において見られた「和与」と、鎌倉後期において見られた「和与」との間になにがしかの相違が生じていたのかどうかについて、これを検証することに他ならないのであるまいか。

「和与」に関する一般的な定義に従うならば、幕府裁判所によって認可された「和与」は、裁許（判決）と同等の法的効力を付与されることになり、ある意味で云えば訴訟手続法に云う既判力が生じ得ることになる。したがって、かりに「和与」に対して違背の生じたような場合には、「和与」の内容を最終的に認可保証したところの和与認可裁許状、すなわち、下知（裁許）に違背したことに他ならず、従ってこのことを主な理由として裁判所に訴えが提起されることになる、という理解がなされ得ることになる。しかしながら、このような理解により注意深く

接しようとするならば、「和与」に関する唯一基本的な理解が導かれることになった『沙汰未練書』に云う「私和与」の定義を再び吟味することが要求されることになろう。結論を先に云うならば、ここでなされた定義から直接的に引き出され得るものとは必ずしも云えないように思われるのである。むしろ、鎌倉後期における裁判手続上の、「和与」の性格あるいは「和与」に対する違背をめぐる取り扱いの特徴は、古澤氏によって指摘されたところの、「下知違背之咎」制と「和与」とがリンクされることによって強調されてきたとの印象が抱かれるのである。古澤氏によって提示された前述のような議論がより可能になるのは、訴訟当事者によって「下知違背之咎」が一般的に説得力をもって理解され得るような状況がまず前提にされ得ること、しかも、訴訟当事者がこのような意味での「和与」を意識的に志向していた傾向が明らかにされるとき、あるいはまた、和与状の中に「下知違背之咎」の適用可能性に関する文言を記載するという傾向が、当該期にいたって一般化したことがより明らかにされるとき、などである。もちろん、これらの点について古澤氏は既に詳細な分析を試みておられるわけであり、多くを学ぶべきであることは云うまでもないが、筆者の抱いた感想として、次の点をあげておきたい。すなわち、当該「和与」の不履行が生じた状況において、裁判手続上、主な争点として「下知違背之咎」適用云々が採り上げられ、これが強硬に主張され得るような法的環境における「和与」、あるいはこれとは反対に、「下知違背之咎」適用云々が必ずしも重大な争点として主張され得ないような法的環境における「和与」、などのように、性格の相違する「和与」の存在を想定すべきであるのかどうかという問題が残されているように思われるのである。例えば、前者を鎌倉後期の「和与」として理解する一方、後者を鎌倉前期の「和与」として想定することがおおよそ可能なのであるか。筆者がここであらためて云うまでもなく、「和与」の違背あるいは「下知」の違背に対する人々の意識の時代的変化

を古澤氏は既に念頭において論じられていることと思われるが、ここでは筆者の抱いた印象を述べるに止めたい。このように、古澤氏は鎌倉時代後期における「下知違背之咎」などの適用実態に関する所論を通じて、幕府裁判における「下知」の効力についてさらに示唆に富む議論を展開されていったのである。

他方で、古澤氏によって示された「下知違背之咎」に関する理解などを踏まえながら、鎌倉後期における人々の規範意識構造の変化についてあらたな論証を試みられた新田一郎氏による見解を聞くことにしよう。次には、氏の示された主に「和与」と「下知」との関係に関する理解について検討することにした。

(7) 新田一郎氏の理解

新田氏は、鎌倉時代後期における規範意識構造上の変化の具体的様相を捉えようと試みられたわけであるが、氏に拠れば、規範意識構造の変化を如実に示す現象として、鎌倉後期の幕府裁判において「肝要」の論理が成立し、それが有効に機能するようになっていたこと、すなわち、幕府による「下知」の法的効力が人々の共通了解となっていたこと、したがって、幕府による「下知」に対して違背した場合には、「下知違背之咎」の適用は当然の司法的処断であるという意識が人々の間で共有されるようになっていたこと、さらに云えば、「下知」を得ていない和与(いわゆる「私和与」)について後に裁判所において争われることになった場合には、当該和与の履行を担保するために当事者同士が設定しておいた私的特約には法的効力が認められず、「一般的な法なり」「下知」なりに則つて処理され」得たこと、などが指摘されている。これは氏の広大な論証部分の中から本稿の関心の及ぶ範囲に限って抽出した要点であり、筆者の理解が正確に及び得ていない点の生じ得ていることを畏れるものである。

新田氏の云う十三世紀後半から末期にかけて生じた法史上の変化の輪郭は、すなわち、「抗・事・実・的・な」「べし」、即ち個々の具体的な事実における有効性の如何によって左右されない一般的な規範的効力を主張されうる法」が人々の間で了解されることとなり、また同時に、これが人々の規範意識として定着していき、この意識が幕府の裁判をはじめ社会全体において有効に機能していくことになったというものであり、この変化の生じ得た背景には、いわゆる「徳政令」の社会に与えた多大なる影響が想定されている。¹¹⁾

さて、本稿が関心の対象とする「和与」と「下知」との関わり如何の議論についても、新田氏においては規範意識構造の変容という観点からこのように論じられていることをとりあえず確認するに止め、以下、氏によって展開された見解の一部を垣間見ておくことにしたい。

新田氏は、著書『日本中世の社会と法―国制史的変容―』（東京大学出版会、一九九五年、収録論文の初出は、一九九三―九四年）所収の「第一章 中世の「裁判」の「理念」をめぐって」において、規範意識の変容について次のように論じておられる。次に示す氏の理解の一部については、本稿が既に触れたところのものであるが、再び言及することにしたい。

幕府の（に限られるかどうかは、なお後の検討対象とすべきことだが）法なり「下知」なりに対する人々一般の規範意識がこの時期に変容を遂げていたとするならば、そのことは、幕府の法なり「下知」なりが、客観的に参照可能な「規範」を示すものとして、従って幕府「裁判」において利用可能な「切り札」として成立したことを意味する。―それが法であるから、という理由づけが、具体的な事案の内容や細かな論点に優先して幕府「裁判」の帰趨を決する「切り札」としての機能を獲得し

たことを示す。そしてそのことは結果として、紛争処理の方法・手続と、そこで参照されるべき規範が、実質的に法によって示される「公的」なものにキャナライズされてゆく方向を規定したものと解せよう。そのことは鎌倉末期の私的契約と「公的」な手続との関係、例えば「和与」と「下知」との関係や、⁽⁷⁶⁾或いは「徳政令」と「買地安堵」の関係などにおいて、典型的に現れている。法に示された手続を経由したこと、或いは法に示された規範に依拠したことが、結論を正当化する根拠として認識されることになるのである。

(新田「前掲書」六〇頁に拠る)

新田氏に拠れば、一三世紀末頃に裁判手続の上で「入門」手続が成立した背景には、同時期に「沙汰を決する」^(いひか)「切り札」が「一般的に通用すると期待される「肝要」の規範として成立したという状況が理解されるのであり、右に引用した部分からもわかるように、「切り札」(「肝要」の規範)が「法によって示される「公的」なもの」として意識されるようになった、という。そして、このように、一般性をもった「切り札」が規範として成立したことによって否定されることになったのは、紛争処理のために必要な有効な「切り札」の存在しないという状況なのであり、幕府裁判の根本原則となっていた「入理非」という沙汰の形式ではない、とされる。この「切り札」が人々によって具体的に認識されたものが、例えば幕府による「下知」や「法」であったわけである。

このことを踏まえながら、新田氏による「和与」の基本的理解を聞こう。

新田氏に拠れば、第一に、これまで多くの論者によって共有されてきた「和与」に関する理解に即して、次のように論じられている。

「沙汰未練書」の述べるところによれば、「和与」は認可の「下知」を得ることによって法的な効力を付与されるのであり、「下知」を得ない「私和与」は「上裁之時被棄置之」つまり幕府法廷においてその効力を主張できない。実際に「私和与」たるものが「和与」を一方的に破棄する根拠づけに用いられた例として、正安四年六月日肥後多良木村地頭代申状案（相良家文書、「鎌倉遺文」二二一一三号文書）に「先年頼包等企濫訴之間、聊雖番訴陳、入人於中可和与之由、依令望申、相互存知和談儀之処、就和与状号、不給御下知状、弥云押領、云濫妨、云对捍、並之令張行之状、且背上蓮之讓、且輕其素意、既以告言也」（傍点引用者）云々とある。勿論「私和与」といへども当事者の合意が維持されている限りは有効な私的契約であり、「沙汰未練書」にも続けて「任和与状被成御下知者不及子細」とするように、追認の「下知」によって「公的」な効力を与えられる可能性はあり、また互いに契状を取り交わして成立した契約である以上「私和与」であつてもたやすく違背してはならないとする主張もなされた（例えば延慶三年十二月日付仁和寺歆喜寿院寺官等申状（東寺百合文書二、「鎌倉遺文」二四一六六号文書）に「若雖為私和与、相互書与契状、争轍可違約哉」とある）のではあるが、一方当事者ないし第三者の異議申し立てを退ける幕府法上の「切り札」としての効力は、「下知」によつてはじめて与えられるのである。認可の「下知」を得た「和与」に対する違背が「下知違背之咎」として処断されうるものであつたことはいうまでもあるまい（注（55）所引古澤論文二三五―二三八頁）。また、鎌倉後期に認可の「下知」を得た「和与」の事例が急増していることにつき注（7）所引平山「和与の研究」一五一頁以下参照。（新田『前掲書』六六―六七頁に拠る）

すなわち、和与は幕府裁判所の認可を得ることによつて法的効力を付与されること、したがつて、認可を得ていない和与は「私和与」であり、当事者間のレベルにおいては有効であるが、裁判上、もし争われることになつた

場合には、その法的効力を主張することができないこと、鎌倉時代後期になると認可の「下知」を得た「和与」が急増するが、「和与」に対する違背の生じた場合には、「切り札」となる「下知」に対する違背となり、「下知違背之咎」が適用されることになる、という。

第二に、「和与」と「私和与」に関して「下知」の意義を問い直すことにより、次のように論じておられる。

幕府の発する法や、個別具体的な裁許ないし命令である「下知」の効力について、この時期の最も重要な画期は、古澤直人氏が指摘した「下知違背之咎」の「体制的成立」⁽⁹⁾であろう。幕府の裁許を叙用しない者に対しては階層の如何を問わずこれを「下知違背之咎」にあたる不当な行為として罪科(所領没収)に処するとするこの制は、古澤氏によればおよそ弘安末年頃に「体制的に成立した」ものであり、幕府の裁許によって権利関係を即決的に固定する効果を有したという。この制によって、幕府の発する命令は他の個別特殊な事情の如何に関わらず実現されるべし、とする切り札として構成されることになり、それが個別「使節」の派遣による「執行」体制によって保証されることになったのである。古澤氏は他にも、裁許の「下知」の存在を前提としてその内容を確認する「和与」を締結し、この「和与」への一方当事者の違背または「越訴」があれば「下知違背」として訴える、とした和与状の事例を示し、これを「下知違背之咎」制によって「越訴制は重要な制約を受けていた」とを示すものとして評価しているのである。だがなお若干の注意を要するのは、この制においては、当事者間の合意による「下知」からの逸脱(広義の「私和与」)の効果について、一般的には語られていない点である。「私和与」の法制上の効力については、例えば『沙汰未練書』に載せる「私和与事 雖書載何様契約誠詞、於私和与者、上裁之時被棄置之」とする制規から、これが幕府訴訟の場での効力をもたなかったことが知られているが、その一方「私和与」といっても「上裁」の場に持ち込ま

れるまではとりあえず有効であることを窺わせる史料も存することに注意しなければならぬ。さきに述べた、裁許の「下知」の内容が「和与」によって再確認された例などと併せ考えるならば、当事者間の局所的な次元で機能する「和与」と、幕府の存在を意識した非局所的な次元で機能する「下知」と、両者の関係は相補的なものとして理解されることにならう。即ち、「和与」にせよ「下知」にせよ、当事者間の合意と周辺の第三者群の認知を媒介する一種の「メディア」として捉えることが可能だろうが、右にいうような状況においては、局所的な視点を取る限りは「下知」は依然として「従たるメディア」の地位に止まるのであって、「下知」が「主たるメディア」として機能するのは問題が「上裁」の場に提出された場合に限られることとなる。「下知」が社会における「主たるメディア」の地位を確立するためには、「下知」が参照されるべき状況の日常化が必要とされる。即ち、「私和与」の形をとった当事者の合意に基づく「下知」からの逸脱でさえ「下知」に基づいて常に阻却されるという可能性が、社会的に認識されていることが重要な条件となる。そして、そのような「下知」が常に社会秩序のあるべき状態を表現しており、そのあるべき状態からの逸脱は常に矯正されるべきである、とする理屈づけは、「下文」「下知」の示す状況からの逸脱を阻却する口実を日常的に与えた「徳政令」を構成する論理と共通するものであった。逆に、「徳政令」が現実機能するためには、「下知」の現実的な効力を外的に担保しようとする「下知違背之咎」制との接続が重要なポイントであった、とすることもできよう。「下知」が階層を問わず一般的に適用され、かつ現実に履行されるべきであるとする制度的構成の上にならば、社会における「下知」の「重み」が、現実的なものとして意識される可能性が成立すると考えることができる。「下知違背之咎」制と「徳政令」と、ふたつながらに「下知」を基軸とした秩序構造の論理的な基盤を形づくることになったのである。そしてそのことが「永仁徳政令」をして、幕府の本来の意図とは関わりなく広汎な人々によって認識され

利用される非局所的な「法」たらしめる、重要な要因となつたのではなからうか。

(新田「前掲書」一三六―一三八頁に拠る)

「私和与」は『沙汰未練書』に云うごとく、「下知を受けていない和与」であることに相違ないけれども、新田氏に拠れば、下知の効力を前提とするところに成立した「下知違背之咎」制においては「当事者間の合意による下知から逸脱(広義の「私和与」)については一般的には語られていない」ことが指摘されている。つまり、当該和与(「私和与」)について裁判の上で争われるまでは、当事者間のレヴェルにおいては有効であり続けたのであるが、このような状況において成立していた「私和与」は、「下知」が日常的に参照され得るような状況へと規範意識構造が変容を遂げていった場合、「下知」によって阻却されるという可能性が絶えず発生してくることになる、という理解を示されるのである。すなわち、一三世紀末頃にはこのような規範意識構造上の変化がみられたことが論証されているわけである。

新田氏による議論の大枠については、今の時点で詳論する余裕はない。ここでは、氏の提示された議論に触発されることよって、あらためて筆者の抱いた若干の感想を以下に記しておきたいと思う。

第一に、「私和与」という文言が現実で使用されるのはどのような状況においてのことなのであるか。訴訟一方当事者が他方当事者を論駁するような場合に、当該和与のことを「私和与」であると云っているような状況におけるものなのか、あるいは、裁判所が和与をめぐる訴訟において判決を下すにあたり、当該和与について「私和与」であると判断・裁許しているというような状況におけるものなのか、例えば、以上のいずれの場合であるのかを解明していく必要がある。このことは、ひとり新田氏の議論のみに限られることなく、「和与」に関して言及すると

ころの多くの議論が依拠している『沙汰未練書』に云う「私和与」についての具体的な理解を問ひ直すことでもある。第二に、「和与」に対して違背の生じたときには、訴訟当事者はどのような趣旨で違背した側を訴えていたのだろうか。すなわち、このような場合、鎌倉後期においては、「下知違背之咎」が論拠にされ得たことは十分に考えられるところであるが、鎌倉前期～中期においては、いかなる趣旨の主張を行うことよって違背した側を訴えていたのかについて改めて点検し直してみる必要があるように思われる。このことはまた、鎌倉後期において、現実に「和与」の違背の生じたときに、どの程度の割合で「下知違背之咎」を論拠にした訴訟が提起されていたのかについて再度検討することが要求されることにもなる。

第三に、新田氏の云われる趣旨について筆者なりの読み込みを行うならば、鎌倉後期において「下知」を得た「和与」が急増しているという状況の生じた理由については、当事者間の合意のレベルでは有効であり続ける和与(私和与)も、「下知」が正に「切り札」とされているような状況では、裁判の上では直ちに無効の取り扱いを受ける、という意識が人々の間に強まってきたからである、という。

おおよそこのように理解するならば、訴訟当事者間に和与が成立した場合であっても、裁判所に対して認可の申請を行わないままであること(新田氏の表現に拠れば「当事者の合意に基づく「下知」からの逸脱」としても考えられる)についていえば、これはまさに当事者間のレベルで合意が取り付けられているに過ぎない和解ということになるが、訴訟当事者双方はこの状況をいわば自覚的に(法的な意味での解釈を試みた上で)、「この和解は単に「私和与」であるに過ぎない」などと認識していたことを果たして想定し得るのであろうか。

これらの点について考えるにあたっては、次のようなことを点検しておく必要があるように思われる。

第一に、既に若干触れたことであるが、「私和与」という表現が訴陳状あるいは裁許状の中のどのレヴェルで用いられていたのかについて、その実態を把握することが必要であり、やはりこの点について史料上の裏付を得ていくことが要請されるであろう。

第二に、裁判所による認可の対象になったと考えられている「和与」の中には、①訴訟が裁判所に提起された後の裁判手続過程において和与が成立し、その上で裁判所に対して認可の申請手続の行われた結果として認可されたもの、のほかに、②そもそも裁判所には訴訟として提起されておらず、紛争当事者間における紛争処理手続の過程において和与が成立し、この和与に法的効力を付与してもらうことを目的にして、紛争当事者が裁判所に対して認可の申請を行った結果において認可されたもの、などが含まれているのであろうか。

つまり、①において、裁判手続の上で「私和与」の生じ得る可能性としては、和与が成立したにもかかわらず、訴訟当事者が当該和与の認可申請手続を行わないで、当事者間のレヴェルの和与のまままで止めてしまうような場合、すなわち、これはある意味で云えば、沙汰止みの状態における和与ということになろう。したがって、このような場合について考えるべきことは、裁判手続の進行過程において、裁判手続が事実上遅滞していくなかで、訴訟当事者がともにそろって訴陳状の交換などの裁判手続を放棄してしまうような事態が生じた場合に、裁判所としては訴訟当事者に対してどの程度積極的な姿勢をもってこの状況に臨んでいたのかということ(例えば、このかた裁判手続が遅滞しているが、既に和与でもしているのか、などという問い合わせなどが行われていたのかどうか)、さらには、このような状況が生じ得たとするならば、訴訟当事者はいかなる理由により和与の認可申請を行おうとしなかったのか、などということであろう。

他方、②について云えば、『沙汰未練書』において「私和与」について詳細に解説されることになったのは、そもそも幕府裁判所に対して提訴されていなかった紛争事案において、ただ単に紛争当事者間に和与が成立したからという理由をもって、それに法的効力の付与されることを狙って和与の認可申請が行われたりするような場合を、幕府としては或いは想定していたからなのかどうか、ということは何らかの方法で点検される必要のあることであろう。

さて、「下知」の重要性が高まってくる時期とされる鎌倉後期においては、「下知」を得る「和与」のケースが現実には急増するという状況を捉え、これに対して、まさに「下知」が「切り札」とされるようになっていた、という理由を与えることも十分可能であると思われるが、他方で、鎌倉後期において全社会的に和与がどの程度志向されていたのか、あるいはまた、鎌倉後期の幕府裁判において、最終的に裁判所によって認可された場合の「和与」と、裁判手続上和与が成立したにもかかわらず、認可申請の行われなかった場合にみられる和与との相対的比率を把握することがもしかりに可能になるならば、幕府裁判において和与に「下知」を得ることの意義について、新田氏をはじめとする諸学説をさらに補強的に理解することが可能となるように思われるのである。このことはまた、云うまでもなく「私和与」に関する理解をもさらに精確なものにすることにもつながってゆくであろう。

【註】

- (1) 例えば、「3 訴訟手続と地頭の検断権」（佐藤進一・網野善彦・笠松宏至『日本中世史を見直す』悠思社、一九九四年、「I 日本中世史を見直す」に拠る。本書はのちに、平凡社ライブラリーにより、一九九九年再刊）などをも参照。

(2) 西村安博「鎌倉幕府の裁判における和与の認可申請手続について」(『法政理論』第三二巻第三・四号、二〇〇〇年)を参照。

(3) ここでは、「道理」に関してこれまでなされて来たところのおおよその理解とその周辺における和与の理解について若干の確認をしておきたいと思う。

ここに採り上げるいくつかの見解は、道理や和与に関して論じられているものの中のごく一部のものにしか過ぎないが、わが国の前近代法史研究の上でその基本的理解を与えてきたと思われるものの一部を垣間見ることにはしたいと思う。まず第一に、「道理」に関するこれまでの伝統的理解について点検しておきたい。「道理」という言葉がはじめて現れたのは中世の時代においてのことであるとされるが、それはわが国の中世における基本的思考様式を成り立たしめているものとして考えられるとともに、とりわけ、武家社会においては、「道理」が武家の「法」(武家社会の慣習を成文化したものと理解されることの多い「御成敗式目」がその代表的なものであろうが)の根本原則とされていたことが強調されてきたことは言うまでもないことである。このような理解は、一般に、鎌倉幕府の執権北条泰時が弟の六波羅探題北条重時へ宛てたと解される「北条泰時書状」や、あるいは重時自身による「北条重時家訓」などがその重要な素材とされることよって導かれてきたものであったと云えよう。

そして、このように導き出されてきた「道理」に関する理解の多くは、「徳治主義的イデオロギー」として受容されてきたものと考えられる(後掲「山本幸司論文」)。

第二に、「道理」が具体的にはどのような形で理解されてきたのかについて点検しておきたいと思う。本文においても指摘したように、これまでの研究の中では、『沙石集』の中で述べられる本所領家対地頭御家人間の相論における訴

訟両当事者の応酬の中に、「道理」の実質が見出されるとともに、そこから正に理想的な裁判像が得られようとしてきたように思われるのである。例えば、上横手雅敬氏に拠れば、そのような理想的な裁判像が描かれ得る前提には、すなわち、「道理」を理解する訴訟当事者および裁判官が存在していることが重要な条件であり、と同時に、この状況が可能となるのは、幕府が政治的に安定した状況にあることが不可欠の前提であったことから、泰時による北条善政が讃えられることにもなったわけである。すなわち、

(前略) 下総の国の或る地頭が領家と相論した。領家の言い分を聞いた地頭は、はたと手をうって泰時に向い「敗けました」と言った。泰時は「見事な負けっぷりだ。明らかに敗訴と分つても、一言でも弁解するのが普通なのに、自分で敗訴を承認された貴殿は立派な正直な人だ。執権として長い間裁判をやつて来たが、こんな嬉しいことははじめてだ」と涙ぐんで感心した。領家の方でも六年間の年貢未進を三年分に軽減した。この話は『沙石集』に記され、「是コソ負けタレバコソ勝ちタレノ風情ニテ侍シ。サレバ人ハ道理ヲ弁ヘ、正直ナルベキ者也」としている。確かに美しい話である。しかし「敗けるが勝」という結論が生まれるのは、裁判官・領家・地頭いずれもがすぐれた道徳家であるという奇蹟的な場合に限られるのである。『沙石集』の話が実話であったか否かは分らない。しかし幕府の秩序の安定した泰時の時代ならば、或いはそのようなこともあつたかも知れぬ。私は泰時のすぐれた人格を疑わないが、やはり彼は恵まれた時代の人だという感じの方がもつと強い。彼の時代が一刻でも過ぎて行くと、彼の政治路線を一步でも動かこうとする時、恐らく彼とても非難を免れ得なかつたであらう。

(上横手雅敬『北条泰時』人物叢書・吉川弘文館、一九八八年、一三九―一四一頁に拠る、初版は一九五八年)

そして、ここで論じられている『沙石集』の中の一場面の中で、泰時が地頭の讓歩した姿勢に感服した理由について、

幕府は実際に訴訟当事者相互に和与(和談)が成立することを歓迎しており、和与に幕府が裁許を与えることは泰時時代にはじまっている。相互に相手の道理を認めあうことが泰時の精神に合致していたのであろう。泰時は京都側と協調は保つがあくまで関東御家人の側に立ち、その利益を守るという態度を貫いた。それは「貞永式目」の内容からもうかがうことができる。(河合正治「武家道徳と道理思想」(河合「中世武家社会の研究」(吉川弘文館、一九七三年、九三―九四頁)の「第二章 鎌倉武士団とその精神生活」)に所収、初出は「鎌倉武士団の構造」(岩波講座「日本歴史」5・中世1、一九六二年)および前掲河合論文であり、これらを基に書かれたものが本稿である。)

と論じられており、泰時の時代には既に、和与が奨励されていたことを想定する見解として受け取られるのである。

他方で、歴史的な関心から見てこのように評価されてきた泰時による善政は、史的現実において見るならば、鎌倉末期から南北朝期にいたる時期において、武家政治の理想的形態として懐古されていたことが指摘されている(河合正治「中世武家社会の道徳」・伊藤多三郎編「国民生活史研究」第五集・生活と道徳習俗、吉川弘文館、一九六二年、一八七―一八八頁)。

第三に、このような意味で理想とされる裁判において実現されていたものと考えられたのは「道理」に他ならないが、次に進む議論の中では、この「道理」の内容そのものが徐々に問われていくことになる。すなわち、まず発せられた問いとしては、「道理」は為政者による倫理的教訓なのか、あるいは武家社会において自生的に育まれたものであるのかというものであった。

羽下徳彦氏に拠れば、式目が制定された背景事情が考察される中で、

指導者である泰時は、裁判上の理念たる「右大将家の例」がすでに不十分なものとなったことを知ったとき、御家人の生活に根ざした「道理」を基礎として、法典をつくることを思いついた。「道理」というのは、武士社会の常識的な正義感である。これを具体化して裁判の基準とし、幕府の秩序を守ろうとしたのである。(中略) 幕府への忠誠を要求し、その代わりに御家人の所領を保護し、領主としての地位を安定させてやるが、御家人の家の内部には干渉しないという関係が、鎌倉殿と御家人をむすぶ絆であり、式目の精神であって、それこそがこの時代の「道理」であった。(羽下徳彦「御成敗式目―武家政治の根本法典―」(羽下「点景の中世―武家の法と社会」吉川弘文館、一九九七年、三〇―三二頁および三七頁に拠る、初出は一九六九年)

と論じておられ、すなわち、「道理」は武士社会の常識的な正義感であることが強調されているのである。この見解は、先の二つの問いからすれば、ニュートラルな見解であると云えよう。

他方で、河合正治氏の見解を見るならば、そこには「道理」が中世社会に新たに生まれた普遍的な意味における思考原理として捉えられており、それはすなわち、次のように論じられているのである。

鎌倉時代中期になると、心を静め道理に従って正直に生きることが理想とする静観的・理性的な道徳が表面に出てくる。これは現世を合理的に生きようとする思想でもあった。平安時代末期から鎌倉時代初期の武士は、感情的実践的道徳を身につけるとともに宗教的情熱にも深い関心を示し、宗教的反省の上におのずから戦闘・狩猟など殺生生活に明け暮れなければならぬ自己を罪深き悪人と感じ、武者の世界にとどまるべきか、罪の救済を求めて宗教の世界に飛び込むべきかとその相克に悩んだ武士は、熊谷直実はじめ多数みられるところであり、源頼朝もその雰囲気中の人であった。しかるに北条泰時の段階になる

と、道理に従って現世を生きぬこうとする意志が強く現われ、承久の変直後の処置に当たっていた泰時は明慶上人に対し「聊
 ち私シ無く、理ノマ、二行候ハバ、罪ニハナルマジキニテ候ヤラン」即ち私心なく道理のままに成敗を行ったならば宗教上の
 罪悪は蒙らないのではないかと質しているのである（明恵上人伝記上）。北条重時も現世では道理を心得、心気を正し、君をま
 もり、民を育み、身を修めるよう子孫に教え（極楽寺殿御消息第四四条）、北条実時もくわしく道理をただし「其心私ナクテ、
 人ノ為世ノ為メヲ思テ行候ハンニハ、人ウラミヲ不致ス、天ソノ徳ニクミシ候ベキ也」と子に教えている（金沢文庫古文書武
 将書状篇一号、拙稿「中世武家社会に於ける現世的合理思想の展開」史学研究三十周年記念論叢）。当時の道理は武士の大いな
 る良識であって、その背景には御成敗式目などからもうかがわれるように、地方武士の地主としての長い生活の中から生まれ
 た権利と責任を重んずる非常に発達した法意識があつたことが考えられる。しかしこれはまた神祇・儒教・禪宗などの思想と
 も深く関連しているが、それは上部からかぶせられた思想としてではなく、広く地方御家人層に支持される基盤をもっていた
 ことも知られるのである（河合正治「中世武家社会の道德」、伊藤多三郎編『国民生活史研究』第五集・生活と道德習俗、吉川
 弘文館、一九六二年、一八〇―一八一頁）。

すなわち、平安時代から鎌倉初期にかけて武士による宗教的反省の傾向が見られるようになってくるとともに、これが例え
 ば泰時にいたると、道理に基づく裁判の実行・宗教上の罪悪からの回避、さらには合理的思考の芽生えという状況にま
 で高まったことが指摘される一方、このことにより、道理＝武士の良識、すなわち道德として理解されているようであ
 る。そして、泰時善政の時期にあつては、例えば先の『沙石集』に見たような「和与」の勸奨というある意味で幕府の
 徳治政策とも云えるものが首尾良く機能していたことが理解されていることになるが、この状況は、幕府が上から作為

しようとする道徳と、折しも在地領主としての武士が成長を遂げる途上で理解を深めつつあった道理との均衡の基に実現したものであったと云う。とりわけ後者については、武士のエートスが盛り上がりつつある状況として強調されていることになる。すなわち、次のようである。

武士道徳における儒教的要素は、上級武士が意識として身につけた古典的教養の一つとして受け入れられた。当時武家社会の中堅層である地頭御家人たちは、文盲のものも多く古典的教養を身につけるまでに至っていなかったけれども、かれらは在地領主として地方の開発経営の手腕を身につけ、法意識も高まり、正直の道理もわかまえて、儒教思想を理解できるだけの素地ができていたとみられる。(中略) 先述のように庄園の押領をくりかえすが、在地を経営し領主への向上を自覚しつつあった当時の地頭御家人層は、まだ古典的教養はなかつたけれども、法意識は高まり、正直の道理も身につけ、儒教的思想も受容しうる素地ができていた。そこに武士階層として独自の精神的雰囲気(エートス)を盛りあがらせつつあり、これが為政者として上から作為しようとする道徳と均衡を保った一時期があった。これが北条善政の実体ではなからうか。泰時は「有難き賢人にて、万人の父母たりし人なり、道理程に面白き物なしとて人の道理を申すことあれば、涙を流し感じ申されるとかや」とか(同上)、また当時の公家からも「性稟廉直、以道理為先、可謂唐堯虞舜之再誕歟」ともたたえられる思まれた境涯にあった(経光卿記抄)。(河合正治「中世武家社会の道徳」(伊藤多三郎編『国民生活史研究』第五集・生活と道徳習俗、吉川弘文館、一九六二年、一八七―一八八頁)

ここでは、道理をわかまえることのできる主体として武士が論じられているとともに、武士が道理をわかまえることを可能にする状況として、武士のエートスの盛り上がり強調されているわけである。そもそも武士のエートスが自生

的なものであることを強調する見解としては、次のようである。

(前略) 一般に式目には法の手続き感覚が発達している。社会的紛争は良い悪いにかかわらず存在するという実存性の意識があり、紛争はケシカランものだという意識はない。したがって、それをいかに解決するかということから手続き感覚が発達する。前にもふれたように、それは上からの倫理的教訓とは性質を異にする。これが式目に具体的に現れた「道理」の感覚である。(中略) 道理はまさに武家政権を今日まで盛り立ててきたエネルギーであり、執権勢力の主體的な担い手である御家人の現実生活に内在するコモンセンスなのであり、「先例」尊重の実質は大部分、御家人の所領安堵つまり実力または戦功で獲得した所領ないし所職の占有保護の精神に出ているからである。その事実上の占有たるや、不断に侵害の危険にさらされ、あるいは逆に不法に他の御家人所領または本所・領家の特権を冒してゆくという、いずれにしてもきわめてダイナミックな性格をもっており、そこから起こる訴訟を前提として、具体的に公平な解決を下してゆく原則が道理なのであった。(中略) 要するに式目は、在地領主としての武士の「権利のための闘争」のエネルギーを前提として、そこから生ずる紛争の合理的解決を図ったものであった。(その点、徳川幕藩体制の法体系が社会の固定化を図ったのと根本的にちがう。こう見てくると、一見矛盾するかに見える道理の精神と事実主義あるいは伝統主義が、それほど相容れぬものではないことが分かるであろう。御成敗式目における道理は、全くの抽象的理念ではなく、武士の闘争エネルギーをそもその前提として、武士のエートスを法的に合理化したものであったといえよう。)(後略) (丸山眞男「武士のエートスとその展開」(丸山「丸山眞男講義録」第五冊・日本政治思想史一九六五、東京大学出版会、一九九九年、一三〇～一三三頁に拠る)

ここでは、式目における「道理」は、上からの倫理的教訓とは異なるものであって、武士のエートスを法的に合理化

したものであることが強調されるとともに、道理は現実_ニに生じる紛争を具体的かつ公平に解決していくための原則であること、などが論じられているのである。

第四に、鎌倉後期に見られる状況として、「道理」が本来の正当性を失っていく傾向にあることが論じられている。すなわち、『沙汰未練書』に云うところの、「理運」という言葉の中に、それまでは「道理」に支えられることによって公正さを原則としていた裁判が変質していった状況を読みとり、「秘計」の必要とされる不公正な裁判が一般化することを強調するものなどである。

しかし安定期は長く続かず、泰時没後まもないころから北条氏内部には骨肉相克の続く暗い影がさし、北条顕時もこれに座して上総国に配流されたこともあった。(中略)このころになると道理がすなおに道理として通用しなくなってくる。そこで道理にかわって右の貞顕書状にもみられるように言葉が使われてくる。沙汰未練書の奥書にも「縦雖存理運至極之由、敵方有寛宥之儀者闇是非可和談」(弘安元年閏一〇月の日付があるが、実際は元応元年から元亨二年の間になったという)とあるように、理運は道理と同様に使われていながら、「道理ではあるけれども」という意味が含まれている。公平であるべき裁判にも賄路が必要となり、当時訴訟に際し「秘計をめぐらす」とは賄路をつかうことであった。北条時頼・同貞時が地方を廻つて法にもれた不運な人々を救ったという廻国伝説が生まれてくるのも、鎌倉にいながら善政を行えなくなっていることを示すものであろう(増鏡第一一、太平記巻五)。(後略)(河合正治「中世武家社会の道德」(伊藤多三郎編『国民生活史研究』第五集・生活と道德習俗、吉川弘文館、一九六二年、一八七―一八八頁)

ここに云う不公正な裁判は、得宗専制政治の体質の一面を具現するものとして評価され、かつての御家人による「道

理」への共感が失われた状況へと推移することが論じられる。

(前略) 北条氏の独裁秘密政治が強化される時宗・貞時の時代には、一般の地頭御家人はまったく沈黙させられてしまう。独裁政治の常として政治に暗い影が付きまとい、公平であるべき裁判にも賄賂が必要となり、当時、訴訟に際し「秘計をめぐらす」とは賄賂をつかうことであつた。正直の徳が通用する状態ではなくなり、上からいくら道義精神が強調されても、かつて地頭御家人の共感が得られた道理の思想は姿を消してしまうのである。(河合正治「鎌倉武士団とその精神生活」(河合「中世武家社会の研究」吉川弘文館、一九七三年、九四頁)の「第二章 鎌倉武士団とその精神生活」に所収、初出は前掲河合論文「鎌倉武士団の構造」であり、これが改稿されたものが本稿である)

以上見てきたように、わずかながらもこれまでに触れた諸見解に拠れば、①「道理」はわが国中世において生まれて来た観念であること、②「道理」の観念・思想は「御成敗式目」の中に具現されていること、などの点が大方の了解とされてきていることが確認されたことになるが、ここからさらに、次のような理解へと展開してきていることも見とおきたい。

ここでは、順序が前後してしまいが、まず、②においては、「式目」が幕府法の大原則として理解される中で、「道理」そのものはそれを支える不変的かつ固定的な意味をもつものとして捉えられてきた感のあることは否めない。すなわち、これまでの伝統的理解に拠れば、「道理」について、それが実体を伴うものとして捉えられるとともに、それには道徳的あるいは倫理的な意味が込められているとされてきたが、この理解を全面的に批判することにより、「道理」に関して新たな解釈を与えたのが、ほかならぬ笠松宏至氏による中世法の理解であつた。氏に拠れば次のような理解が示され

ているのである。

権力の意志に左右されない超権力的な「道理・武家のならい民間の法」の集合体として式目を考えることができるだろうか。(中略)幕府法の根幹にかかわる規範は、何れもそのこと自身が立法されたわけではなく、新しく定立される規範の前提として示されていることは、式目の性格を考えるうえできわめて大事な点である。(中略)「悪口」「殴人」条のように新しい規範を定立するにせよ、「所領売買条」のように「例」の選択であるにせよ、武士社会に共通の理念として存在した「道理」の法文化などとみることには到底できない。仮にそうした「道理」が実在したとしても、それらは何れも武士の族制内もしくは所領支配の法理であり、御家人と御家人、あるいは御家人と本所間の紛争の裁判規範として立法された式目だが、それらの「道理」をそのまま受容することによっては成立し得ないことはむしろ当然である。式目は立法者にとっても、受容者にとってもまさしく「新しき法」以外の何者でもなかった。(笠松宏至「三 非理法権天」(法と言葉の中世史)平凡社選書、一九八四年、一九五頁以下に拠る、本書は後に平凡社ライブラリーにより、一九九三年に再刊)

即ち個々に存在する「理」や「事実」に追随することなく、それから離れた視点から高次の「理」や「真実」に迫ろうとする思考方法が「景迹の法」であったといえよう。泰時「道理」は、「量時立規」の伝統の中に育ってきた「景迹の法」の発展的形式であった。

(笠松「四 景迹の法」『前掲書』二〇三―二〇四頁に拠る)

笠松氏に拠れば、「式目」に云う「道理」は武士社会における共通の理念を成文化したものでなく、また、実体として固定化された意味を有するものでもないという。すなわち、「道理」は「景迹の法」が示すように、流動的な意味

において理解されるべきものであるというのである。

また、相良亨氏に拠れば、「鎌倉時代には、「大方の道理」ともいうべき客観的な秩序がはつきりと意識されており、個々の場面において求められる「道理」は、「大方の道理」をふまえ、状況に即して主体的に判断定立されるべきものであり、判断主体が無私に徹する時に道理にふれることが可能になるという（後掲「相良論文」一九五頁）。そして、鎌倉期の法は「常に立法されつづけて行く流動的なもの」であること、その法を支える「道理」とは、「慣習的な道理をふまえて今に処する道理を追求する営為」の中にあることなどが論じられる。すなわち、

式目は貞永年間の時点における訴訟裁定の規準を成文化したものであり、成文化したという限りに一応固定化したといえようが、一般的にいえば、一方に歴史的に形成された慣習の規準があり、他方同時にそれが状況に即して常に修正されて行つたといえよう。式目についても、笠松氏が「追加法」について「現に当面しつつかある訴訟を解決する手段として、（中略）立法されたことが知らるべきである」（同上第一章）といわれるように、鎌倉の法は、「貞永式目」をふくめて、本質的に慣習をふまえつつ常に立法されつづけて行く流動的なものであったといえよう。このようにみてくると、道理なるものも、元来固定的でなく、右に言った意味において常に流動的なものであったということにならう。なお、このように理解してみると「貞永式目」をめぐる一、二の文書にある「道理のおすところ」という言葉の解釈も規定されてくる。泰時は重時にあてて、式目は「ただ道理のおすところを被記候者也」というが、この道理はまず原理的なものではない。したがって道理をおすも、原理原則を演繹してという意味ではない。さらにまたこの道理は歴史的慣習的に存在する習・例・定そのものでもない。「道理のおすところ」とは、慣習的な道理をふまえて今に処する道理を追求する営為のおすところという意味とならう。起請文の「ただ

道理の推すところ、心中の存知、云々」もこの道理追求の嘗為において到達した思うところをという意味になる。しからは「道理の推すところ」は、同じ起請文にある言葉をもってすれば「了見の及」ぶところに近いものとなる。(相良亭「日本人の道理観」(講座「日本思想」3・秩序、東京大学出版会、一九八三年、一七六―一七七頁に拠る。また、「愚管抄」に云う「道理」については、次のように論じられている。すなわち、「歴史の理法ともいうべき道理があり、下降する時代時代のあるあり方が道理として捉えられて」おり、すなわち、「因果ノ道理」(巻第五)、「劫初劫末ノ道理」(巻第七)あるいは「冥ノ道理」がそれである、と。この点については、加藤周一「日本文学史序説」上(筑摩書房、一九七五年)などにも明解に説かれている)

他方で、式目の中心的理念には「道理」が据えられているということを前提にして、笠松氏の云う「道理」の特質を承認した上で、「式目」そのものに内在する限界のあったことを想定することにより、これがために、現実の問題に対応するために次々に制定されていった一連の追加法群の中に、「式目」の理念から乖離していくという事実的状况を見出し、これを「式目」に云う本来の「道理」が通用しなくなっていくという状況、つまり、幕府が元来意図するところの「道理」と、在地領主の側で意識される「道理」とを同時に満足させる形で「式目」の中に入ったわたれたはずの「道理」が、鎌倉後期にいたって両方の要素を満たし続けることが困難になっていくという状況について、これを「道理」が本来的に有していた不確定性の現れとして理解しようとする見解も見られるのである。すなわち、石井紫郎氏に拠れば、次のように述べられている。

鎌倉期の「道理」という言葉が、常に在地領主の意識や慣習法に根ざす規範を意味していたかどうかは別に究明さるべき間

題である(これについて学界は、この間笠松宏至「法と言葉の中世史」、一九八四年という好著を得た)。御成敗式目に関する泰時消息が、式目を「道理」の推すところにしたがって書き記したものとする場合も、必ずしも右のような「道理」を指しているわけではなく、全体の文脈からみてもむしろもつと一般的に「ものごとの筋道」といった意味に解した方がよさそうである。だが泰時の考えがどうであれ、在地領主の側で式目の中に、自分たちの意識や慣習に一致する条項を見出すならば、その限りで式目はかれらの「道理」に支えられたものとして受けとったはずである。もちろん、これに反する条項も式目のなかに含まれることは、学界で指摘されておりであり、在地領主がどれだけ式目にアイデンティティを見出したかは式目の実質的内容にかかわってくる問題であって、本稿の目的の範囲を超える。いずれにせよここで大事なのは「道理」がアンピギユイティをもちつつ、式目という制定法の指導原理となっていたことである。これに反して追加法では、在地領主の「道理」との乖離が著しくなっていく、右のアンピギユイティの余地がなくなっていくことによって、制定法の指導原理たりえなくなつたと考えられる。

(石井紫郎「合戦と追捕」(石井「日本人の国家生活」東京大学出版会、一九八六年、五―六頁の註(5)に拠る)

他方で、①について見るならば、鎌倉時代(中世前期)において「道理」の觀念が生まれ出てくるということが暗黙の前提とされることによって、例えば「式目」における法思想として「道理」が論じられるに止まり、法史研究においては、「道理」の成立する背景事情について意識的には追究されて来なかつたように思われるのである。ここでは、さしあたり、「式目」の成立した背景事情に関わる中世前期社会に現れた法意識の変化について、法史的に具体的な説明を与えることが課題となるが、これについて有意義な視点を提供しているものと思われる見解について触れておきたい。

龍福義友氏に抛れば、十二世紀後半頃には、貴族層の内部において、思考方法の大きな変化が生じていたことが指摘されるとともに、それは、単純に「例」から「理」への転回に止まらない一般的な思考方法の転回であることが、次のように論じられるのである。

(前略) 平安時代最末期から鎌倉時代初頭にかけての、十二世紀後半頃を中心とする時期に、すくなくとも貴族層の内部で、人々のものの考え方に、根本的で全面的な転回が起こった事実でした。その転回は、先例・故実などの「例」を支配的基準とする思考が、理・道理などと表現される「理」を支配的基準とする思考に取って代わられる点に代表されるもので、その限り「例」から「理」への転回ということが出来るものですが、それは「例」・「理」との関連の場にとどまらない、一般的な思考方法の転回でした。先行する平安中期の思考は、個別的・具体的で外面的客観性を持たせた基準による現状容認的なもので、思考結果の社会的受容を最優先の目標とし、事実間の総体的連関に無関心な、煩瑣で多元的で世俗的な思考であることが知られましたが、それに対してこの時期の思考は、普遍的・抽象的で内面的主観的な基準による、しばしば現状否認に傾くもので、内面的原理への忠誠を重視し、事実総体の統合を求める、簡素で一元的宗教的色合の濃い思考として捉えられたのです。

(龍福義友「日記の思考―日本中世思考史への序章―」平凡社選書、一九九五年、三〇二―三〇三頁、「あとがき」に拠る)

そして、このような「転回」を前提にして「式目」における法思想を見るならば、人間を本質的に等質なものとする人間観、そして、人間が均しくしたがわなければならぬ普遍的原理として「理」を尊重するという考え方のあったことが論じられるのである。

鎌倉時代の半ば、安定期の幕府を指導した北条泰時の意識では、法の内容的な正当性は〈理〉として捉えられ、その普遍妥当性が信じられていましたし、法適用の手続きでは、そのことと不可分な形で、対象となる人々なんぞく「武家の人」の権力との位置関係の如何に原則として左右されぬ公平・平等な適用が強く要請されていたのでした。そこにはあきらかに、一方に、人間を本質的に等質なものとする人間観があり、他方に、そのような人間が均しくしたるがわなければならぬ普遍的原理として〈理〉を考えこれをあくまで尊重しようとする規範意識があつて、この二つに規定されるところに泰時の法意識は成立していたのです。この泰時の場合に代表される鎌倉中期の武家の法意識が、武家社会を母胎とするともに、公家文化の伝統に深く根ざすことによつてはじめて生まれることができたものである。(後略)

(龍福「平安中期の理」『前掲書』二六七―二六八頁に拠る)

龍福氏の想定される「転回」の事実は、歴史学の立場からのみ論じられてはいるわけではないようである。国文学研究の立場から、古代から中世への「転回」について論じておられる安良岡康作氏の見解を見よう。氏に拠れば、「日本文学史において、「古代」から「中世」への転換・発展がいかにして行われたか」について、その「中古」から「中世」への転換の時期としては、西行と長明の作家活動の現れた、院政末期から鎌倉初期を考えることができる」(後掲「安良岡論文」一頁)一方、「中古的文学から中世的文学への発展は、この「情」から「理」への変遷として、転換として推移として理解できるように思われる。」(同論文「一八頁」という。そして、「道理」とは、単に抽象的なものではなく、具体的な事象にむすびつけられることにより理解されるものであるという。すなわち、

中世的文学が表現している「理」「道理」は、今の言葉で言えば、人間としての信条とか、生活の原理とか、実践の理法とか称すべきものであつて、宗教的教理や、哲学的論理や、芸術的理論というようなものとは違つて、中世的作家の体験した、自他の現実から、信念として、軌範として発見し、帰納したそれであると考えられる。したがつて、それは、何らかの具体的事実・事件と結びついて叙述されている場合が多く、それ自体独立して表現されている場合は少ないことが注意される。（安良岡康作「中世的文学の特質を求めて」〔國語と國文學〕昭和四十七年二月号、東京大学国語国文学会、至文堂、一七頁に拠る）

さらに、中世的文学に見える思考様式の変化については、日本人の精神位相の変化の観点から分析を試みた高橋正治氏による研究がある。発想形式の典型として六つの形式（第一項から第六項）を想定された高橋氏に拠れば、平安時代の後期から鎌倉時代にかけては、「第三項 SはQではなくてPである」から「第四項 SはPではなくてQである」への変化が見られたことを想定されており、この変化のことを「転成」と称されている。すなわち、この時期にこのような論理的な認識枠組の大転換が可能となつたことの理由として、人々が「転成」を理解し得るだけの精神位相に達したと、すなわち、高橋氏に拠れば人間の自然な成長が見られたことが強調されているのである。すなわち、次のように論じておられる。

（「転成」を説く親鸞や道元のように、筆者註）寺院内の特別な環境で、濃縮された経験によつて高められ悟つた高僧たちの仏教史とは別に、長い時間を費やして徐々に辿つて来た大衆社会の精神史があつて、この時代に大衆が転成ということを理解し、受け入れることができる精神位相に達したのである。（中略）「転成」の論理は形式論理では説明することができない。こ

これは経験に密着して飛躍を許さず、一つの段階の経験が満ちあふれて、その段階がおのずから脱落して新しい段階へと上昇して行くものであるからである。経験を基本として考えなければならぬということは、観念的思考によって進展するということよりも、さらに根本的に、肉体的・感覚的要素がその契機となっていることを意味する。(高橋正治「生成の論理―日本の古代中世文学史における精神史的展望―」(清泉女子大学「人文科学研究所紀要」Ⅰ、一九七九年、一二六―一二七頁に拠る。ほかに、高橋「絶対無への省察―「生成の論理」統稿」『同』Ⅱ、一九八〇年、高橋「生成の論理」補遺―P・Q逆対応の問題についての素描的試論―」『同』Ⅻ、一九九〇年、高橋「清少納言の感性―「あはれ」論の内―」『同』ⅩⅤ、一九九三年、高橋「日常性の論理―大和物語における精神位相の問題―」『文学』第四十二巻第十一号、岩波書店、一九七四年などを参照)

以上からすれば、中世法における「道理」の性格云々をはじめとして、古代から中世への時代的推移の中で、日本人の思考様式が変化したことに關するおおよその状況を「道理」に引きつけて理解し得ることになるが、たとえば、「道理」そのものにはいかなる意味が込められていたのか、などのような、より実質的な意味を追究しようとする問いに対しては、なかなか容易には応えられていないようである。

したがって、例えば、鎌倉後期において「道理」が通用しなくなっていくことなどが論じられるような場合、「道理」に代わって通用するものが具体的にはどのようなものなのかについては、なお未解明なままであることが明らかになる。そして、さしあたりのところ、「道理」そのものに関するこのようなおおよそのイメージを前提にしておくことによつて、鎌倉後期における裁判の実態をはじめとして、近世法にいたる中世法の変容の実質が観察されることが一般的である。しかしながら、そこに生じているとされる大きな変化が論じられるときには、「道理」に對置するものとして裁判

規範の問題が採り上げられることによつて処理されることが多く、そこでは、あくまでも、理想とされた公正な裁判（理非を糺す）の原則として「道理」のイメージが比較の対象にされているに過ぎないのである。他方で、大きな変化もたらされた背景事情については、例えば、政治史的な関心から得宗専制政治の体質に引きつけて論じられてきたのであるが、当初からの課題としてあり続けているところの、「道理」の実質的自身についてはもちろんのこと、「道理」に代わつて新たに生まれ出て来たと言われる規範の実質的自身までについては、法史研究の中で期待されているような意味での、ストレートな形での議論は未だになされてはいないようにも思われるのである。

このように考えるならば、以上の点とも密接に関わるところの、「理非」の判断（道理に基づく裁判の大原則とされるもの）と訴訟当事者双方が譲歩するということ（裁判所が和与を歓迎するという基本姿勢）との関係については、それが中世法の原理の上では両立し得ていたことを、どのような形で整合的に理解することになるのであろうか。すなわち、「道理」は主に「理非」の判断の行われる際に依拠される法理であり、他方、和与は「理非」の判断に拠らないもの、すなわち、「道理」を原則とする裁判とは別の意味のレヴェルにおける紛争解決の方法である、という伝統的理解（例えば平山行三氏の見解などが代表的なものであり、これについては、西村安博「鎌倉幕府の裁判における和与について―和与の理解をめぐって―」（一）（『法政理論』第三三卷第二号、二〇〇〇年、九六頁以下で言及）は、今日においても少なからず共有されているものと思われるが、この理解のように、ある意味で言えば、「和与」が「道理」の論理枠組から外れたものとして捉えることがどの程度、状況を正確に把握していると云えるのであろうか。この点については、裁判による紛争解決を公式な解決方法とし、和解を非公式な解決方法とする伝統的な見方が多分に影響しているものとも考えられるが、このような見方は法史的には必ずしも適切な理解を与えるものとは云えないようにも思われ、し

たがって様々な観点から、幕府法あるいは裁判における「和与」の取り扱いについて、なお詳細に検討し直していく必要があるように思われるのである。

この意味で云えば、本文(「おわりに」)においても触れるように、幕府の裁判方針の前提には、「相論は自ずから治まるのが理想で、訴訟に持ち込むのはできるだけ避けるべき手段」であるとする考え方(「中世の感覚」が据えられていたらしいという指摘(山本幸司「中世の法と裁判」岩波講座「日本通史」第八巻・中世2、一九九四年、七四頁を参照)などについて、具体的に検証していくことにもつながっていくものであることは容易に想定されるところであろう。もつとも、この見解においては、幕府裁判所において相論として取り扱われる以前には、地縁・血縁という「小社会」で解決することになっていたという、「小社会」の自律的紛争処理機能が前提にされ、解決不能の紛争が法廷に持ち込まれていたことが想定されているが、やはり、人々の意識として、争うこと自体を嫌悪していたのか、あるいは、法廷において争うことを嫌悪していたのかについては、より明確にしておく必要があるように思われる。このことはもちろん、多くの研究で依拠されることになる、『沙汰未練書』に云う見解が、当時の社会においてどの程度一般的に共有され得るものであったのかを探ることもなるであろう。

(※) 水林彪氏にあっては、中世法から近世法への転換が法史的に意味した状況について、紛争解決における理非「判定」的解決方法から「管理」的裁判へという変化、つまり、「道理」による世界から「法」による支配の世界への変容という趣旨で、「道理」の変質について、次のような理解を示されている。

中世の人々にとっては、すでにのべたように、当事者主義的裁判における判定的秩序こそが「道理」の秩序であったのであ

るから、「道理」の内容は、中世から近世への時代の変化とともに一八〇度の転換をとげているのである。そして、かかる中世的「道理」から近世的「道理」への転回の過程において成立した規範意識が、別稿⁽³⁸⁾でのべた、「道理」をこえる「法」という専制的性格の法観念であった。それは、「道理」の秩序として観念されていたところの、諸々の自律的権力主体が構成する中世の分権的社会構造を、一切の拘束から自由な、デスポティックな性格を有する「法度」によって、上から再編し統合しようとした中世末の地域的統一権力(戦国大名)、近世初頭の全国的統一権力(豊臣、徳川の権力)がつくり出した法観念であり、かかる近世国家の支配が中世社会を克服して安定してくるにしたがって、今度は、近世国家の命令そのものが「道理」として観念されるにいたるのである。(水林「近世的秩序と規範意識」一二六―一二七頁に拠る。なお、水林氏によってなされた近世法を眺める視点から、中世法を相対化するための重要な論点については、水林「近世の法と国制研究序説―紀州を素材として―」(一)―(六)完(『国家学会雑誌』九〇巻一・二号―九五巻一・二号、一九七七―一九八一年)、水林「日本の法意識」の歴史的基礎(『日本法社会学会編「法意識の研究」、一九八三年)、水林「近世の法と裁判」(『中世史講座』4・中世の法と権力、一九八五年)などを参照。また、水林氏の見解を踏まえながら、日本的な法意識とよばれてきたものの法史的前提についてこれを前近代日本法史に求める中で、中世法と近世法との異質性を具体的に示すことを試みたものとして、植田信廣「前近代的日本法」(『中外法学』北京大学、一九九一年第三期)、植田「日本伝統法律文化及其歴史背景」(『中外法学』北京大学、一九九六年第四期)がある。植田教授の展開される議論の背景には、石井紫郎「中世と近世のあいだ」(石井「日本人の国家生活」日本国制史研究Ⅱ、東京大学出版会、一九八六年)で鋭い分析がなされている点、すなわち、中世から近世への移行期の国制にみえる「国人一揆」の法と紛争処理に関する法史的な問題、および戦国大名によって全面的に打ち出されていく傾向にある「喧

嘩両成敗」法に関する法史的な問題に対する強い関心を窺うことができるが、前者を中心とする問題について、筆者はかつてTAとして、教授担当の講義において補論として講義する機会に恵まれ、その問題点について若干の概説を試みたことがある(九州大学大学院法学研究科「大学院総合特講」、一九九四年六月八日、なお、その趣旨の一部は後掲註(5)所引「西村論文」の論旨に込めている。また、古代法から近世法に至る法史の変遷過程を論じる中で中世の法と道理に関して簡潔に論じているものとしては、村上淳「『法』の歴史」(東京大学出版会、一九九七年所収の「i 日本の伝統的法秩序」)が見え、また中世法の性格を多角的な視点から眺めたものとして、牧英正・藤原明久編「日本法制史」青林法学双書、一九九三年、における「第三章 鎌倉・室町期の法」に収まる「第四節 中世法の基本的性格」(植田信廣氏執筆)が有意義である。ただし、まことに残念ながら、両者ともに、「和与」に関する詳細な論述は施されていない。

(4) 「国人一揆」(牧英正・藤原明久編「日本法制史」青林法学双書、一九九三年、一二〇～一二二頁)などを参照のこと。

(5) 西村安博「中世後期の在地法秩序に関する再検討―肥前松浦党一揆を素材として―」(法制史学会編「法制史研究」第四四号、創文社、一九九五年)を参照のこと。

(6) 例えば、「雑掌(ざっしょう)」(「國史大辭典」第六卷、吉川弘文館、一九八五年、安田元久氏執筆)、あるいは「国雑掌(くにのざっしょう)」(「同」第四卷、吉川弘文館、一九八四年、泉谷康夫氏執筆)などを参照。沙汰雑掌や所務雑掌などの区別については必ずしも明確にできない面もあるが、具体的なケースとして見えるのは、「島津伊作家文書」文保元年六月十七日付薩摩伊作莊日置北郷領家雑掌信宗地頭代道慶和與状(「鎌倉遺文」三四―二六二三五)に見える和与が成立したのちに行われた一連の認可申請手続においてである。関連史料を挙げるならば、「同文書」文保元年六

月十九日付薩摩國伊作庄・日置北郷領家年貢等請取状（『鎌倉遺文』三四—二六二三七）、「同文書」同年同月同日付行壹書状（『鎌倉遺文』三四—二六三三八）、「同文書」七月廿三日付（文保元年と推定）薩摩伊作庄・日置郷領家方行壹書状（『鎌倉遺文』三四—二六二八三）、「島津家文書」文保元年九月二日付鎮西裁許状（『鎮裁』一〇二） および「島津家文書」同年同月廿四日付鎮西裁許状（『鎮裁』一〇四）などが見える。なお、七月廿三日付の書状について平山氏は、和与の成立後、雑掌側が本所の挙状を申請する趣旨の文書として理解しておられる（平山『前掲書』一〇七頁および一三二—一三三頁）。

(7) 石井紫郎「明治以前」〔『法社会学講座』第九巻・歴史・文化と法1、岩波書店、一九七三年、所収「伝統社会とその近代化」〕に拠る。

(8) 石井紫郎「書評 笠松宏至『日本中世法史論』」（石井『日本人の国家生活』所収、初出は一九七九年）に拠る。

(9) 古澤氏に拠れば、次のようにも論じておられる。

「幕府の保障による土地支配」というのは、《自分の物は自分で守る》という前章でみた基本的な強制力の構造からいうと大きな変化である。上記の和与内容履行の保障として多くの場合に記されているのは、違反に対しては「げちいはいのとが下知違背之咎」という罰則を課すという点であるが、これは弘安年間頃に幕府の裁判制度に導入されたらしく、公武を含め大きな波紋を呼んだものである。この法的措置は幕府下知の不履行行為を容認せず、使節による所領の段階的な没収という厳罰を担保に命令の実現を図るものであり、越訴制抑圧という政策と不可分に結びつきながら、鎌倉末期における権利関係を即決的に固定し強制する効果を発揮した。権利の付与と幕府権力によるその執行が不可分のものであるという、いわゆる下地遵行手続に法的効果を与えたものであった。そしてこの措置の適用は、それまで中央の法廷闘争と現地の実力的支配を一応別個に考えた在地領主にとつ

て大きな圧力となり、実質的な対応を強要するものであった。

(古澤「鎌倉幕府の法と権力」笠松編「中世を考える 法と訴訟」吉川弘文館、一九九二年、三一頁に拠る)

(10)

古澤氏は、このように鎌倉後期における「和与」の急増という現象と「下知違背之咎」制との密接な関係を強調される一方で、さらに「越訴」との関わりについて論じておられる。以下では、「下知違背之咎」に関して既に触れたことと重複する部分も生じることになるが、古澤氏の見解を紹介しておくたい。

古澤氏は、「Ⅲ 鎌倉幕府法の効力」に収まる「(一) その実施と影響―和与・越訴との関係―」(鎌倉幕府と中世国「家」二三五―二四〇頁)において、薩摩国伊作庄において正中二年の地下中分にいたる過程の中で成立した三度の和与について検討されている。この事例を挙げられた理由について、「この三回に及ぶ和与のなかに、下知違背措置の適用と幕府下知を介在させる和与急増とのかかわりが集中的に表現されている」ことに求めておられる。すなわち、鎌倉時代後期における和与の急増と「下知違背之咎」とのかかわりについて、「第一は、〈下知違背の咎〉適用を求めた訴えを収めるために和与が結ばれ、成立した和与内容履行の担保文言としても、この罪科の適用が明記されている」こと、すなわち、「かかる性格の和与が急激に増大する理由の一つが〈下知違背の咎〉を根拠とした本所側提訴と、幕府によるこの法的措置適用にあつたこと」、「第二は、第一の点にかかわるが、訴えを和与で解決する代償に地頭の越訴を否定ないし制限し、その担保としてまた本措置の適用を盛込んでいること」、すなわち、「下知違背措置は前述のごとく未進相論裁許に対する強制力として和与成立を促す効果を有すると同時に、地頭の越訴放棄・和与内容履行にも強制力として働き、権利関係をいわば即決的に固定・強制するという効果を有した」ことを指摘されている。

(11)

以上は、新田「日本中世の社会と法―国制史的変容―」(東京大学出版会、一九九五年、収録論文の初出は、一九九

三（九四年）に拠る。なお、新田氏の著書に関する理解の概要については、西村安博「書評 新田一郎『日本中世の社会と法―国制史的変容―』（法制史学会編『法制史研究』四六号、創文社、一九九七年）を参照のこと。また、新田氏による中世の法と裁判に関する理解については、新田「日本中世の紛争処理の構図」（シリーズ歴史学の現在2）『紛争と訴訟の文化史』青木書店、二〇〇〇年）においても、氏が著書においてすでに示された見解とはほぼ同様の趣旨が展開されている。ただし、和与については触れられていない。他方で、新田氏は、和与に関する専論として次のように述べられている。

さて、中世における和与には、贈与と並んで和解を意味する用法が存在した。殊に鎌倉時代後期、幕府は訴訟当事者間の和解による紛争解決を奨励し、この裁判上の和解手続を和与と称した。和与をなすべしとの合意が当事者間で成立すると、その旨の申状の提出を受けた幕府は和与を認可する旨の下知状を發してその効力を保証したのである。幕府による認可を得た和与は「下知違背之咎」制による保護の対象となり、一方当事者がこれに違背した場合には所領没収等の刑罰が科される他、越訴を企てた場合でもこれを根拠とした判決が下された。もちろん、これは形式的には和与の効力ではなく下知の効力であり、認可の下知を得ない和与は「私和与」と呼ばれ、制度的な保護の対象とはならず、幕府法廷で権利主張を根拠づける効力も認められなかった。訴訟進行中に当事者間で和与の合意が成立し、認可申請が出された場合、幕府は和与の内容の如何を問うことなく認可の下知を下し、訴訟はこれをもって終結するのが原則であった。こうした裁判上の和与が鎌倉後期に極めて頻繁に用いられたことの背景には、およそ次のような事情を想定することができる。中期以前の鎌倉幕府の裁判においては、判決を構成する切り札となる一般性をもった規範が明確には存在せず、またいったん判決が下されても一方当事者がこれに従わない場合、判決履行を強制する手段がそもそも構想されてすらいなかった。つまり、裁判の結果判決が下されたとしても、敗訴者

がそれを受け入れない限りは実際には効力を持ち得ず、紛争が実際に解決に至るためには両当事者の合意が必要なのであった。裁判所(幕府)の役割は、対立する当事者の間に入って紛争に裁断を下し、その結果をもって当事者を拘束するという能動的なものではなく、両当事者の自発的な合意を導きだすために交渉の場を提供し影響力を行使するにとどまるものだったのである。要するに、鎌倉幕府の裁判は、いわば広義の和与によることなく紛争を解決することができないという構造的な限界を負っていた、とすることができる。幕府自身、中期以前には、そうした構造的な限界からあえて踏み出す動機を有してはいなかったのである。鎌倉後期に至っても、そうした構造的な特質に根本的な変化はない。にもかかわらず、領家―地頭間相論の頻発に代表されるように、幕府が一個の権門としての私的な立場を脱却し、朝廷との連携のもとに諸権門を統べる公権力を主宰する立場に立つことによって、紛争の解決を求めてそこに提起される訴訟の数自体が著しく増加した。加えて、二度にわたる蒙古襲来以降、三度目の来寇の可能性が囁かれる中で、幕府は武士たちの私的な争いをとどめ防衛体制へと一揆せしめる必要にも迫られていた。紛争の機能的な処理が求められるそうした状況下で幕府がとった方策が、一方では手続規則に代表される一般的規範の設定による訴訟処理技術の整備であり、いま一方では当事者の和与による訴訟終結の奨励だったわけである。この時期幕府は、裁判所の召喚に応じない召文違背をはじめ、手続規則違反を理由とした判決を多く下すようになるが、これが前者の方策に対応し、幕府裁判手続を人々が当然に従うべき公的な紛争解決手段として制度的に確立しようとする意図の表れと理解される。一方の鎌倉後期の幕府裁判における和与奨励は、そうした裁判の制度的な枠内で幕府権力の構造的な限界との妥協を図るため、認可の下知を必須の条件とした上で、和与に制度的な追認を与え裁判の機能を補完することを意図したものであり、鎌倉後期の和与の盛行という現象は要するに、幕府裁判に対する期待・要求と幕府権力の構造的な限界との間で、妥協の産物であったと評価することができるのである。妥協の産物とはいえ、和与と私和与との法的な効力の差異が明確に示

されたことの意味は小さくない。私和与には幕府法上の効力を認めないということが、私和与に対する一方当事者の違背に口実を与え、そのことが和与認可の下知の有効性を人々に認識せしめることになり、人々の間の合意形成の媒体としての幕府権力の機能を支える要因ともなりえたからである。かくして幕府権力は、その新たな基盤として、和与認可の制度化を通じて人々の自主的な合意形成の回路を制度的に取り込むという途を見出したのである。

- （新田「和与」における「Ⅲ（和解としての和与）」、川北稔編『歴史学事典』第一巻・交換と消費、弘文堂、一九九四年、に拠る）
- 新田氏に拠れば、鎌倉幕府は「和与」を奨励したこと、和与に制度的な追認を与え裁判の機能を補完させたこと、というこれまでの大方の理解を踏まえながら、鎌倉後期において「和与」が増加することの理由として、判決の執行力の欠如などという致命的な状況を呈した幕府権力の構造的な限界と幕府裁判に対する期待要求とがかみ合った結果によるものと理解しておられるが、このことの帰結として人々の自主的な合意形成の回路を制度的に取り込むという、幕府の姿勢を強調しておられる。だとするならば、このことは、「和与」を奨励したことの延長線上に訴訟当事者間の合意形成過程に幕府は積極的に干渉していったという状況を想定しておられるのであろうか。このように考えるためには、恐らく鎌倉後期の状況に限定する必要があるかと思われるが、幕府の裁判はいかなる場合においても「和与」に落とすことを前提にするという傾向にあったのかどうかは非常に重要な点であり、さらに吟味していくことが必要となる。
- （12） 新田氏は、古澤氏の採り上げられた「島津家文書」正応二年十一月十七日付薩摩伊作莊権掌地頭和興状（鎌倉遺文）二十二―一七二〇七）について次のように論じておられる（新田「前掲書」、一三六頁以下）。そこで当該史料を見るならば、次のようである。

〔雜掌与地頭和与狀〕

(伊作部)

嶋津庄薩摩方内伊作庄就領家与地頭所務相論、雜掌預去弘安貳年二月十五日御下知處、地頭依不敍用彼御下知、可被行違背罪科由訴申問、任彼御下知、令和与々々、^(A)

(中略)

右、件条々、於所務者、任弘安御下知旨、可致其沙汰者也、^(B)次於令抑留之色々御年貢御米・下司名得分身代等者、於宰府御使前遂結解、於半分者、明年五月中仁可致其弁、若雖爲一塵、過約月者、可被申行御下知違背之罪科、今殘半分者、相當于彼御米御年貢并下司名分色々得分等之程者、雖爲何箇年、可令立用地頭加徴米并色々得分等、兼又越訴事、彼抑留物等致半分弁而、取雜掌請取之後、雜掌与地頭代、諸共仁可令參上者也、不取雜掌請取之程者、可闕越訴若出雜掌請取之後、至于四ヶ月不令參上者、以訴陳可被經御沙汰、此等之次第、雖爲一事於令變改者、可被召地頭職之由、被訴申之時、不可及一論、仍和与之狀如件、

正應貳年十一月十七日

下司平正純 (花押)

雜掌僧勝道 (花押)

地頭代等

僧祐範 (花押)

沙彌了意 (花押)

すなわち、傍線部(A)について「裁許の下知を前提としてその内容を確認する「和与」と理解された上で、傍線部(B)

に関する解釈により、「当事者間の局所的な次元で機能する「和与」と、幕府の存在を意識した非局所的な次元で機能する「下知」と、両者の関係は相補的なものとして理解される」としておられる。新田氏に拠れば、「下知」が有効に機能するものと期待されている状況として、このケースに即して説いておられるわけであるが、ここでは、非局所的次元で機能する「下知」⇨右掲和与状の内容が依拠している弘安二年二月十五日付裁許状（現存せず）、局所的な次元において機能する「和与」⇨右掲和与状という理解を示しておられるものと思われる。この場合において、非局所的次元において機能するものとして、氏は以前になされた下知を指示しておられるが、あくまで当該和与との関わりにおいて下知一般との相補関係を云々するのであれば、当該和与について実質的に非局所的次元で効力を發揮し得たものとしては、当該和与状を認可したところの、「島津家文書」正応三年二月十二日付鎮西探題裁許状（「鎮裁」一八〇）がこれに該当するのではないかと思われるのである。つまり、筆者の誤解を畏れずに云えば、当該和与の成立に対して影響を与えたのは前裁許であることは相違ないけれども、下知と和与との相補関係を論じるのであれば、当該和与において相補的關係にあるものとして直接の対象となり得るのは、和与認可裁許状の方ではないかと考えられるのではあるまいか。

おわりに

本稿では、「和与」に関してこれまでになされて来た様々な理解について点検・整理を試みたが、^①その中で示されることになったものは、こんにちの日本法史研究や中世史研究の領域においてはあまりにも自明の「和与」理解

にしか過ぎず、必ずしも和与に関する研究史学的なレヴェルでの十分な検討を果たし得るまでにはいたっていない、などの恨みを残しているように思われる。しかしながら、こんにちに至るまでの諸々の研究において「和与」に関する伝統的かつ基本的理解として共有されてきた考え方や、あるいはまた、それらの理解が孕んでいるいくつかの問題点などについてはあらためて確認することができたようにも思われるのである。

まず第一に、本稿で確認され得る「和与」に関する伝統的かつ基本的理解について云えば、戦前の研究において夙に示されることになった「和与」に関する理解や議論の枠組が、こんにちにおいてもほぼそのまま継承されているものと考えられることである。

例えば、「和与」の成立するための重要な契機として扱えられる訴訟当事者の意識について云えば、江頭氏をはじめとする研究によって示された理解がその後の「和与」理解に少なからぬ影響を与え続けているように考えられる。ここでは、訴訟遂行に要する費用や日数上の問題(訴訟コストの心配)から生じる不利益の可能性が勘案されたこと、あるいは判決に頼った場合の、のちに生じ得る可能性のある越訴に応じるための煩わしさが回避されたこと、などが論じられたのであるが、このような理解がその後の研究においてはある意味で無批判的に継承されて来ているように思われるのである。また、このことと同時に、「和与」が日本の中世社会にもたらした影響に関する法史的意義が論じられることになるが、この場合には、本所領家対地頭御家人間の紛争においてその法的かつ具体的解決策として採用された「和与」による「下地中分」などが注目されることにより、「下地中分」を重要な契機として在地領主制が展開していくという状況が強調されることになり、すなわち、「和与」による「下地中分」が「莊園制」秩序を崩壊させていくものとして位置づけられたことも見逃せない点であろう。

さらにまた、以上のことと関連してここで注意しておくべきことは、こんにちにおける「和与」理解を導くにいたったものと考えられる前提の素材が、主に本所領家対地頭御家人間の相論において成立した「和与」に求められていることであろう。この点については、「和与」に関してその理解の体系化を志向された平山氏による研究において、本所領家対地頭御家人間の相論とあわせて、地頭御家人同士の相論についても検討の対象とされることにより、広く「和与」が鎌倉幕府の裁判において取り扱われる場合の大方の状況について明らかにされているが、こんにちの研究において「和与」の基本的理解が示されるような場合には、前記の二つのタイプの相論が敢えて区別されることもないまま、前者のタイプにおいて見られる「和与」のイメージが前提にされることが多いように思われるのである。このことからすれば、「和与」の実質的理解を深めていくためにも、両タイプの紛争において見られる「和与」に何らかの相違があるのか、あるいは全く同様の性格のものであるのか、などの点について、あらためて実証的に明らかにしていく余地が残されているように思われる。

「和与」の成立する契機については、訴訟当事者の意識について論じられる傍ら、他方では、裁判所によって「和与」が奨励されていたこと^②を想定する理解もが、こんにちにいたっても共有されているようである。この点については、明言こそなされていないものの、平山氏による研究からそのニュアンスを受け取ることが可能であり、そこからは、幕府裁判所による「和与」の奨励と、訴訟当事者の自発的意思とが相まって「和与」が成立し得る傾向にあったことが理解されることになる。平山氏がこのように論じられるに至ったのは、氏の所論の前提において、平安期に運用されていた「去状」^{さうじょう}（「避文」^{まがひぶん}）の法慣行が鎌倉幕府の司法制度の中で「和与」という形式に結実していたこと、そして、幕府の掲げた法理念や司法政策の中に「和与」が積極的に取り込まれていった、という理解が

なされているからである。^③このように平山氏によって示された「和与」の理解とともに、「和与」の理解を形成していくことになったものとしては、佐藤進一氏による研究があることは言うまでもなからう。鎌倉幕府の訴訟制度を実証的に明らかにされようとした佐藤氏の所論によって、幕府が「和与」を奨励していたという理解が明確に打ち出され、このことが鎌倉後期の幕府の政治的特質として称される得宗専制政治^④における司法政策の方針が具現化した特徴の一つとして強調されることになったのである。すなわち、鎌倉後期の得宗専制政治による職権主義的司法政策の展開され得る状況について、ある意味では「和与」の奨励され得る必然的状況として読み込んでおられるように思われるのである。そして、佐藤氏によってこのような理解が示されたことは、日本法史における「和与」の理解を決定的なものにしたと云っても決して強調し過ぎるものではなく、後に続く様々な研究において前提とされる「和与」の理解に対して多大なる影響をもたらしたものとすることができよう。

以上述べ来たところの「和与」に関する理解の大枠については、幕府裁判所によって「和与」が奨励されたということ、同時にまた、訴訟当事者の側も「和与」を好む傾向にあったという理解などととも、こんにちに至るまでほぼ無批判的に継承されて来ているように考えられるのである。

では、こんにちの法史研究あるいは中世史研究に対して多大なる影響を与えることになったところの、佐藤氏によって示されたいわゆる「三段階論」^⑤に対しては、いまの時点ではどのような批判・検討が行われているのであるか。筆者の抱いたごく単純な印象としては、次のようである。すなわち、これまでの多くの議論の中では、その検討対象が鎌倉後期の状況に偏って来ていたという議論状況を踏まえて、鎌倉前期あるいは中期における幕府の政治や司法についてより詳細に検討し直すことにより「三段階論」の再解釈を試みようとする議論^⑥や、あるいは、鎌

倉後期に生じたとされる全社会的な変化を捉える場合に、その変化を当該期の政治制度あるいは司法制度に関する伝統的理解に直ちに結びつけて考えるのではなく、当該期において見られた「規範意識構造」の変容に関する理論的把握を通じて明らかにしようとする議論⁷⁾などが新たな発展可能性をもった議論として提供されているものと考えられる。とりわけ後者の議論においては、佐藤氏に云う「三段階論」を鋭い視点から批判的に論証することが試みられることになるが、それは、前近代日本の裁判法史に関する理解に対してこれまた多大なる影響を与えることになった笠松氏による理解、すなわち、鎌倉後期において、裁判の政治への従属化が進行していく傾向にあること、あるいは、当該期における「入門」手続の出現により、幕府が理想として掲げていた「入理非」型の裁判が「鬼子」となってしまうこと、などとする理解への批判そのものが重要なモチーフとされているものと考えられる。そして、この批判の前提には、執権政治期の幕府の「裁判を「法と理」の理念の開花（それが「鬼子」として挫折するとしても）として高く評価する見方（ひとつの「神話」といべきか）にしても、多分に検討の要ありとせねばなるまい」という考え方が据えられているのである。⁸⁾

だとするならば、そこには何らかの形で克服すべき、ある意味で云えば深刻な問題が依然として横たわっていることはあらためて想起しなければならないであろう。このことについては、既に学界においては様々な形で論じられて来ているところであり、筆者がいまあらためて詳述するまでもないことであるが、佐藤氏に云う、いわゆる「三段階論」に対する再解釈の、あるいは批判の対象について、少しく触れておきたい。すなわち、鎌倉幕府および室町幕府の性格を理解するために提示されたところの、武家政権による「主従制的支配」および「統治権的支配」という二元論的な支配の側面、あるいは、室町幕府前史としての鎌倉幕府の政治形態の変質過程に関する図式（將軍

独裁Ⅱ「専制」↓執権政治Ⅱ「合議」↓得宗専制Ⅱ「専制」、とする「三段階論」などがそれであった。したがってそこに見出されるのは、「三段階論」の実質そのものは、鎌倉前期および後期の「専制」的形態と中期の「合議」的形態とを単純に対比させてしまうことにより、「幕府の「政治史」」を記述しようとする方法として採用された考へ方に過ぎないこと、なのである。「専制」の質的相違、あるいは「合議」の実質が必ずしも有意義に究明されていないのであり、したがって、このような限界性を有するところの「三段階論」を暗黙の前提にしながら議論を続ける限りにおいては、中世の「国制」全体の中で幕府の政治的特質や裁判の性格を総合的に論じる方向へと進展することは容易ではないこと、は十分に自覚しておかなければならないことになろう。

他方で、こんにちにおいては、鎌倉後期の幕府権力の特質に対する関心が高まり、「和与」に関しては、主に「下知違背之咎」制との関わりの中で次のような議論が展開されて来ているのであった。すなわち、当該期においては、「下知違背之咎」に関する文言が訴訟当事者によって作成される和与状の中に記載されることが多く見られるようになることから、一つには、当該期には「下知」の効力、すなわち、裁判手続における判決の効力(既判力)が相当地度強く意識されていたこと、二つには、「和与」に違背したような場合には、すなわち、当該和与を認可した「下知」に違背することになる(「下知違背之咎」が適用され得る)という人々の規範意識が、全社会的なレヴェルにおいて一般的に共有されるようになっていたことが論じられているのである。前者の捉え方については、鎌倉後期の得宗専制政治下における裁判の傾向を論じようとするこれまでの議論の延長線上にあるものであり、とりわけ、当該期においては下知の執行が使節⁹遵行手続の上でより確実に行われたことが強調されているのである。後者の考え方は前者の理解をさらに発展させようとするものであり、「和与」に関して云えば、何ら不都合が生じない

限り紛争当事者の間でのみ有効であり得た「私和与」も、人々の「下知」に対する規範意識が変容することによって、「下知」を得ていない「私和与」は法的レヴェルにおいては不安定なものとして意識されるようになったこと、総じて、「私和与」は直ちに「無効」とされ得る状況に変化したということ指摘するものである。

以上、こんにちの研究状況に即して云う限りでは、「和与」に関心が抱かれる場合としては、鎌倉後期の幕府権力の性格、あるいは鎌倉後期の法秩序や人々の法意識などが論じられるような場合に移行して来ており、多くの議論の中では、幕府裁判における「下知」との関わりにおいて強い関心が向けられているのである。

しかしながら、次の二点については、ここであらためて確認しておく必要があるように思われる。すなわち、一つには、鎌倉後期においては、幕府裁判所によって「和与」の認可されたケース（和与認可裁判状の発給されている場合）が急増していること、二つには、「和与」が幕府裁判所によって奨励されていること（半ば強制され得る場合もあったこと）である。前者については、関係史料の統計的把握などにより、裁判の傾向として確認され得よう。後者については、幕府の司法政策の一貫として行われたことであるという、漠然とした理解のまま共有されてきたように考えられるが、それは、とりわけ佐藤進一氏によって、和与の奨励が得宗専制政治下における司法政策上の特色として、ある意味では職権主義的裁判へと傾斜していく動向が論じられる中において強調された点であることには注意を要するものである。すなわち、この点については、既に本稿において諸説を検討したところからわかるように、幕府として和与を奨励するという司法政策上の意思表明を行った事実を端的に示すような史料には、必ずしも恵まれていないということを、この辺りであらためて認識し直すべきであると考えられるからである。この点は、これまで本稿がややもすれば冗長な叙述に陥りながらも、諸説を洗い浚いにする形で検討を試みるという

作業を通じて筆者の得るに至った唯一の所感であることを強調しておきたい。

しかしながら、これまたあまりにも有名な次に掲げる史料に云う趣旨も忘れてはならないものであろう。すなわち、『沙汰未練書』の「奥書」部分である。

【史料2—1】⁽¹⁾

一 以前條々、關東六波羅御沙汰之次第、就レ令「見聞」、私記レ之、自他調練人者、皆以所レ知也、一向未練若輩者、以レ是可「心得」歟、凡於「法則」者、以「貞永御式目」可「明鏡」、至「故實」者、以「古御下知并訴陳狀等案」、可「稽古」也、能沙汰人者、勸「合根本之理非」、可「思」惟始緒之落居、或耽「一旦之利潤」、或耽依「當時之確論」、無「左右」不「可」出「沙汰」、不「謂」親疎、不「論」貴賤、就「根本理非」、可「仰」憲法上裁、縱雖「存」理運至極之由、敵方有「寬宥之儀」者、閣「是非」可「和談」、何況於「非據之沙汰」哉、能々可「思」案之、恐「權門」扶「貧賤」、負「親類」憚「他人」、就「諸事」不「可」好「諍論」、偏存「穩便之儀」、可「專」正理、如「此輩者」、預「神明加護」、叶「佛陀冥慮」、就「諸事」不「可」好「非道之沙汰」、所詮故實沙汰人者、以「和與」爲「本」、非據沙汰人者、以「裁斷」爲「先」、沙汰人才學者、法則多知也、法者雖「破」御下知、御下知者不「破」法則、本文云、爲「一人」不「枉」其法^{云々}、是寔哉、沙汰者、法則爲「眼目」、沙汰者守益之理也、不「可」致「無益相論」、以「一人」才學、不「可」評「大事」、就「多聞之儀」、可「定」是非也、沙汰者、依「二人」之運否、有「得失之儀」、大小事沙汰落居時者、相構而可「祈」誓「申佛神」、努々不「可」有「等閑之儀」、仍條々以「私愚案」注レ之、不「可」有「外見之儀」之狀如レ件、

弘安元年閏十月 日

法光寺殿事也
相模守平朝臣時宗

【史料2—1】の解釈にあたつては、様々な見解が生まれ出て来るものと思われるが、筆者の稚拙な理解の一部を示せば次のようである。すなわち、傍線部分そのものは、幕府裁判所の理想とする訴訟当事者のあり方を示し、他方、傍線部分の前後においては、理想とされる奉行人のあり方が説かれており、総じて幕府の抱いた理想的な裁判像が描かれているものと理解される。

そして、『沙汰未練書』に云う理想的な訴訟当事者のあり方の一つとして、自分の側に道理があり、したがって当然に有利であると判断され得るような場合であっても、相手方の姿勢に譲歩するところが見られれば、敢えて白黒の決着をつけようとはせずに、和談によって解決しようとする姿勢をもつものであることなどが見え、他方で、理想的な奉行人のあり方の一つとして、ただ判決を下そうとすることに執着するのではなくて、和与による解決を行うことを紛争解決の上での本来のあり方として理解する姿勢をもつものである、ことなどが指摘されているとともに、「沙汰」においては「法」が最善の手段とされることによって争いに解決が与えられるものであり、そして「沙汰」の意味するものは「守益之理¹²⁾」であるという。

このようにみれば、これまでの「和与」の理解は、その基本的な部分においてこの『沙汰未練書』に云うところの理想的な奉行人像について語られた部分から得られて来ているのではないかと考えられる。北条時宗に仮託して書かれたものとして考えられていることからしても、鎌倉後期の裁判方針を窺い知る上で非常に都合な史料として利用されてきたのではないだろうか。すなわち、奉行人としての心得が記される中で「和与」について述べられ

ている部分に関心が寄せられ、良き奉行人とは「和与」に落とすことの出来る者である、という趣旨で理解され得るこの部分がとりわけ注目されることによって、こんにちに至るまで幕府裁判の方針を云々する際の有力な根拠とされ続けてきたのではないかと考えられる。「和与」の奨励に関する前提的理解を提供された平山氏もおそらくは、『沙汰未練書』のこの文言に着目された上でのことだったのでなからうか。平山氏がまた、「和与」の成立過程において「奉行人による斡旋」の行われ得ることを想定されたのも、『沙汰未練書』を念頭におかれていたからなのかもしれない。

ところで、『沙汰未練書』に云う、理想として期待される訴訟当事者のあり方は、現実の場面においても訴訟そのものに対する考え方として現れているようである。すなわち、

【史料2—12】⁽¹⁾

和与 伊福貴山弥高寺与大平寺本末相論并「伊福貴社一切經會所作人々數以下事

一、本寺末寺事、於向後者、停訴訟令和与上者、不可」有本末諍矣、

(中略)

右、以前條々如斯、抑依不和之儀、自先年至于「今、大平寺与弥高寺於武家相論雖及多年、」兩社祝氏人被諷諫者、相論者逆徳也、争」者事之末也、早止近年之鬱陶、勵和同之」思、如元興行當社役者、且佛法之所推也、」且格式之所定也云々、(後略)

徳治三年帳四月十日

長尾寺一和尙

阿闍梨聖禪

(後略)

のようにである。傍線部をみれば、訴訟を行うことを積極的に肯定しているようには考えられないのである。そして、「和与」についての訴訟当事者の認識は、例えば、次の史料に垣間みることができる。

【史料2—三】⁽¹⁵⁾

(複製書)

【歡喜壽院寺官申状案】

(山城仁和寺)

歡喜壽院寺官等謹言上

欲早去正安三年任被定置旨、一石別八升九合宛可支配由、嚴密被仰下(若狹遠郡)太良庄寺用米事、

(中略)

以之勘合之、僅五分之一也、若雖私和与、相互書与契狀、爭輒可違約哉、況爲上裁被仰定之處、忽違背上裁、任雅意令支配之條、罪科難遁者歟、犯用已露顯之上者、早正安年(來所カ)以所米積未進遂結解、被糺返之、(後略)

【史料2—四】⁽¹⁶⁾

大田庄文書正文等今月十日慥關東到來、仍請取之狀進之候、路次無爲(當部)持下候、付公私悅存候、抑信連濫訴事、沙汰之趣先度大概注申候了、如故實仁等意見者、山中四郷所務事、守弘安七年關東御下知、致所務候之處、横坂地頭(當部)有網任惣領地頭康冬拜領徳治三年關東御下知、可預裁許之由、訴申之處、無是非背弘安御下知、被付下地。有網了、而間以之爲本、信連任惣領地頭康冬拜領御下知、可返給下地之由、企越訴候之間、聊非無其謂候、仍能々無内秘計之義者、不慮之御沙汰可出來之條、勿論候之由申候之間、仰天無極候、隨又信連對雜掌申云、此沙汰爲理訴之上、引付衆中皆爲傍輩之

上者、如信連之所存、被經御沙汰、可預裁許之條、不及子細、然而可有下地和与者、可令承諾也と、放詞令申候之間、雜掌返答云、於下地和与者、御邊先年懇望之時、寺家無御許容候て、地頭職を被召闕所了、今も又一切不可道行、所詮、先年十ヶ條和与狀を被進寺家畢、其一ヶ條二、於下地者、守弘安御下知、永不可申越訴之由書載之處、今更何下地和与事、承諾之旨可令申哉、其上背彼和与狀、令下地越訴之條、兩部諸尊三地大聖之冥慮、押而可測者歟、能々可有思案之由、令返答候之處、彼先年和与事、爲私和与之間、徒事也、就中彼和与狀者、爲所務之間、向後猶年貢結解之煩不可斷絶、然者非下地和与者、一切不可叶、若下地和与事可道行者、承御返事可令存知、無其義者、對面之條も無其全之由令申候之間、其後者、當方よりも不及返答候、此上者、入理非可番訴陳之條勿論候、而於信連者、如（命）。自稱候、頭人・奉行以下衆中并評定衆皆以信連引汲之條勿論候、問注所執事信濃伴司入道一向我有と令秘計候、伊賀入道以下信連一門數輩公人にて候之間、内外秘計可爲拔群候、至雜掌者、如信連、眞實二可憑存強持一人も未尋得候、可廻内秘計候之處、其分不預御計候之程二、只仰天之外失爲方候、此條且可有御察候歟、無御秘計者、於山中下地者、可被付信連之條不可有疑候、更以不可有御憑候、（後略）

【史料2—3】では、「私和与」であっても履行すべく守らなければならないものであるのに、ましてや「和与」である場合にはなおのことそうである、という認識が見えるし、また他方、【史料2—4】における傍線部(B)では、半ば推測を交えることになるが、認可する趣旨の裁許を得ていない和与は「私和与」であり、撤回可能な「徒事」である、などというような訴訟当事者による主張も見られるのである。

また、裁判手続過程において、理想とされていた奉行人の現実の姿は、果たしてどのようなものであろうか。

すなわち、例えば、次の史料を見たい。

【史料2—5】⁽¹⁷⁾

〔編纂書〕
〔案〕

東大寺學侶等申

欲早就和与狀、任傍例、成賜重御下知狀、寺領美濃國西部庄年貢絹四丈別兩分事、

副進

地頭代沙彌迎運和与狀案
（伴兼房）

一件絹者、往古四丈別五兩二分之美絹也、而前御下知之面、可爲見絹之由、雖被載之、無兩分所見之間、地頭代任雅意、

以三兩二分之龜絹、可令濟之旨申之、仍寺家以五兩二分之證文、經沙汰之處、所詮、自今以後、就折中之法、以四丈別四兩三分絹、

被檢納者、可令和与之由、爲長井因幡守之口入、（願重）地頭代就望申之、去年十二月十五雜掌与地頭。令和與了、子細見于所

進具書、依之、爲令停止向後之非論、欲成賜重御下知矣、仍言上如件、

弘安四年二月 日

すなわち、裁判手続が進行する途上において、論人の地頭代が六波羅の担当奉行人へ和与の申し出を行う際に、奉行人が仲人的役割を果たすことよって訴人本所領家側と論人地頭代側との中をとりもっていることが理解されるのである。あるいは、先の【史料2—4】の傍線部(A)・(C)に見えるように、裁判においてより有利な取り計らいを得るためには奉行人に対して「秘計用途」などとして一種の賄賂を与える必要があつた場合も想定されることに

なるが、このような状況がどの程度一般的であったのかなどの点については、裁判手続過程において、奉行人が具体的にはどのような態度をとっていたのかについて、史料に即してより具体的に検討していく必要があるように思われる。従って、やはり奉行人が理想として期待されていたところの役割をどのようなかたちで遂行していたのかを十分に観察してみる余地がありそうである。

以上に見て来たことからすれば、「和与」について今後さらに検討していく際の方針として、一つには、鎌倉幕府によって司法政策上、積極的に「和与」が奨励されていたと云えるのかどうかを冷静に究明していく必要があると従って幕府の「和与」をめぐる司法政策の一端を窺うことのできる史料の根拠を見出していくことが重要であるとともに、二つには、紛争当事者が紛争解決手段として「和与」を選択する場合は一般的であったと云えるのかどうか、つまり、「和与」という方法が人々によって好まれる傾向にあったのかどうかについて、史料に即してより注意深く観察していく必要があるであろう。三つには、これまでのところでは、鎌倉後期の「和与」に関心が集中してきており、その限りでは後期の幕府裁判における「和与」の理解をより豊かなものにさせてきているとも云えようが、他方で、このことを以てして鎌倉の全時代的に「和与」を一義的に定義することが可能なのかどうかについては、無自覚のまま取り扱われてきたとも云えるのではあるまいか。だとすれば、例えば鎌倉前期・中期における「和与」と後期のそれとに関して、多角的な分析による比較検証が行われていくべきであろう。

以上述べたところの検討課題に依えていくためには、具体的には次に示すような検討対象にアプローチしていくことが要請されることになるであろう。

第一には、鎌倉幕府の裁判において、「和与」に関わる一連の裁判手続の実態について明らかにすることである。

すなわち、①訴訟当事者間において合意が成立し、さらに和与状が作成されるに至るまでの手続を実証的に理解することである。そして、②和与状が作成されるとともに、訴訟当事者間で和与状が交換された後に、裁判所に対して当該和与の認可申請が訴訟両当事者によって行われることになるが、この時、訴訟両当事者および裁判所の間には、どのような裁判手続が展開されることになるのかを実証的に理解することである。また、①と②については、裁判手続の上では必ずしも厳密に区別してなされ得る性格のものではなく、むしろ裁判手続上、連続して捉えられべき場合の多いことを想定しておくべきであろう。したがって、①と②については、広い意味で和与の認可申請手続として理解し得るように思われる。③さらには、訴訟両当事者によって和与状が裁判所に提出された後、いかなる手続を経ることによって和与認可裁判状が作成されることになるのかについて、その一連の裁判手続を探ることである。筆者は、当該裁判手続過程について、さしあたり、和与認可手続として理解しておきたい。これについては、引付および評定の機能している場合においては、基本的に所務沙汰に関する裁判状の作成手続とはほぼ同様の状況が考えられるが、和与について関心が専ら寄せられることになるのは、提出された和与状の内容がどのような形で和与認可裁判状の中に反映されるのかということである。このことは同時にまた、提出された和与状が裁判所によってどのように取り扱われていたのかということ、つまり、当該和与の内容は裁判所においてどのような形で記録・保存されることになっていったのかという問題をも提起することになる。このことについては、やはり、「和与」以外に見られる通常の裁判手続との比較の中で改めて眺め直してみる必要がある。そして、④和与認可裁判状が訴訟当事者に対して発給されるときに、それがどのような手続過程を経て訴訟当事者の許へ伝えられることになるのかについて、和与認可裁判状、和与状あるいは御教書や施行状などの一連の関連文書の分析・検討を試みる

ことよって明らかにする必要がある。以上の③あるいは④については、当該裁判手続の実態を把握するためには、云うまでもなく古文書論的な視座による分析が要求されてくることになる。

第二に、訴訟当事者あるいは裁判所による「和与」に対する認識を理解するためには、次の点が重要な検討対象となるであろう。すなわち、①訴訟当事者の「和与」に対する認識については、裁判所によって和与認可裁許状の発給された後（裁判上の「和与」が成立した後）、当該訴訟当事者によって再び当該「和与」に関する訴訟が提起された時、すなわち「和与」に関する蒸し返しの紛争が生じた時に展開される訴陳において、「和与」をめぐってどのような応酬が見られたのかについて、訴陳状や、これに対して最終的な判断が示されることになる裁許状に引用された訴陳の内容を分析することが重要である。②そして、このようなケースをはじめとする「和与」をめぐって提起された訴訟全般に関する裁判所の判断は、裁許状の中に記載されており、この中には裁判所の「和与」に対する認識の一端が示されていることになるから、「和与」に関して言及のなされた裁許状を詳細に検討することが重要である。③さらには、「私和与」について、どのような場合に「私和与」とされているのかについて、その実態に即した理解を、訴訟両当事者間に展開される訴陳あるいは裁判所によってなされる判断の中から見出すことが要請されるとともに、他方で、裁判手続の上では観念的に「私和与」として取り扱われることが想定され得るような和与であっても、訴訟当事者あるいは裁判所のいずれの立場からも「私和与」とは明言されず、また「私和与」の取り扱いを実際には受けることのなかった和与について、具体的にはどのようなケースが見られるのかを把握するとともに、いかなる理由によって「私和与」として取り扱われるにいたらなかったのか、などという点について論証を試みる必要があるであろう。

第三に、以上掲げた大きく二つの検討課題の前提には、「和与」が幕府裁判所によって認可されることにより、訴訟法上有効な取り扱いを受けることになること、そしてこのことが云えるのは、訴訟両当事者間において作成された和与状とは別に、幕府裁判所によって下付されるところの和与認可裁許状によって当該和与が保証されることになるからであるという、こんにちにおいては揺るがしがたい基本的な理解があることは云うまでもない。然らば、和与状の他に、和与認可裁許状は何故必要とされたのであろうか。和与状に奉行人による裏書などが施されることで、和与の法的効力を確保するためには十分な用が足せたことにはならなかつたのであろうか。この点、笠松宏至氏によってなされた「和与」に関する指摘は間接的ながらも示唆的である。氏の見解を聞こう。

中世の紛争解決手段としては裁判、自力救済、権力による一方的強制などのほかに、当事者間の和解が大きな部分を占めており、これを和与と称した。和解の条件もしくは結果として、自発的な無償譲与が含まれていたために、この言葉が用いられるようになったとされている。公権力の行う裁判と無関係に行われる和与は、中人などと呼ばれた第三者の調停によって成立するものが多く、この場合和与の効力は中人を含む地域社会の強制力によって保証されていたと考えられる。なお、いったん裁判所に提訴された紛争で、判決以前の段階で和与が成立するものも多かった。とくに鎌倉幕府の裁判では積極的に和与が奨励され、裁判手続上のどの段階でも和与することが可能であった。この場合、和与条件を列挙し、その遵守を誓約する旨を記した和与状を交換し、さらに和与に公的な効力を付与するための下知状が下付されるのが普通であった。地頭と領家の間に成立した和与の結果、いわゆる下地中分したじちゅうぶんなどが行われた例が多い。

（笠松宏至「和与」『世界大百科事典』第三〇巻、平凡社、一九八八年）

笠松氏に拠れば、①公権力による裁判に拠らないで和与の成立した場合には、この和与の効力は中人(中人)を含む地域社会の強制力が保証していたこと、②鎌倉幕府の裁判においては「和与」が積極的に奨励されていたことが指摘されている。

ここでは、①について少しく触れておくことにしたい。

すなわち、①に関して云えばつぎのようなことも今後検討すべきこととなるであろう。例えば、南北朝～室町期において多く見られた、在地領主の連合体である「国人一揆」(以下、単に一揆と記す)における紛争処理の実態²⁰⁾などを見るならば、次のような状況が理解されることになる。一揆内部において紛争の処理が行われるような場合には、一揆全体としてこれに対応していくことが一揆を支える「法」の理念の上では大前提とされているのであるが(「一揆契諾状」の趣旨)、個別の紛争処理の実態を見ようとすると、次に掲げる【史料2—六】(「青方文書」正平廿一年八月廿二日付宇久・有河住人等連署置文案)「青方文書」第二・改訂増補版、続群書類従完成会、一九八六年、所収、三二七号文書)が示唆的である。

【史料2—六】²⁰⁾

就青方覺性活券狀才、直・進与重・能阿相論赤濱網代事、聊及(高徳)論之間、宇久・有河爲左博令談合、兩方理非於以和(船河)、(青方)能阿相論赤濱網代事、聊及(神應)論之間、宇久・有河爲左博令談合、兩方理非於以和

談之儀、直・進方七件赤濱參番網代并那摩内波解崎之崎網代・救家之前倉網代等一円七沙汰付早、但赤濱者、又六番(取旨方)可

爲直・進方、此上者、於向後可被成一味同心之思也、若以非分之儀、重及(背)吳論、一揆之治定之旨、有違篇之儀者、任

請文事書旨、違犯人々於宇久・有河中於永可擴出之狀如件、

正平廿一年八月廿二日 本丸第

ここではその詳細について説明することはしないが、【史料2-16】に拠ればおおよそ次のようなことが云えるのである。

第一に、一揆としての意思を決定する「寄合」の場に参加する構成員の組み合わせは、一揆構成員の地域的な属性も手伝って、様々なヴァリエーションを伴っていること、第二に、「寄合」における意思決定のためには「多分之儀」が原則とされるが、実際には「和談之儀」による和与が志向されていたらしいこと、が理解されるのである。そして第三に、「寄合」では最終的に紛争両当事者(通常のケースでは双方が一揆構成員である)を和与で落とすことになるが、その際、作成されることになる和解文書について云えば、紛争当事者間において当該和与の内容を記載する通常の和与形式の文書が作成された上で、これを認可・保証する趣旨の裁許状が一揆によって別途作成されるのではなくて、紛争の経過および和与の具体的内容が本文に記載されるとともに、当該紛争当事者および当

授(花押影)

(有河)

全(花押影)

高(花押影)

答(花押影)

(字久)

覺(花押影)

常阿(花押影)

實(花押影)

該紛争の処理にあつた「寄合」参加者(「うらのうち」||小一揆の構成員)が連署するという形式の一通の文書が作成されていることが特徴的である。このような趣旨による文書は「押書状」^{おしじょう}、「置文」^{おきぶみ}あるいは「裁決状」などと称されている場合も見られるが、その実質的意義からすれば、「寄合」において「和与」が成立したことを承けて、これを「寄合」参加者全員が保証するというものである。この点に注目するならば、鎌倉幕府のいわゆる和与認可裁許状に代わる性格のものとも考えられよう。つまり、文書の内容を見れば、紛争当事者の作成する和与状とこれを認可する趣旨で作成された和与認可裁許状の、両通における内容が記載されるとともに、他方で、当該文書の作成主体としては、和与状の作成者である紛争当事者、および和与を認可する側の裁く側(鎌倉幕府で云えば執権・連署)が共に署名しているというものである。この状況についてはある意味で云えば、紛争当事者とともにいわゆる「仲人」^{ちゆうにん}が「和与」を保証しているという理解を得ることも可能ではあるまいか。このことは、鎌倉幕府の裁判における和与認可裁許状の内容や形式、さらには、和与状のほかに和与を認可する趣旨の裁許状が必要とされた理由を考えていくためにも、何某かの示唆を与えることにはならないだろうか。

本稿では、遺憾ながら、「和与」に関する古文書論的な理解について検討することを果たせなかった。この課題についてあらためて取り組むに際してはもちろんのこと、「和与」に関して今後さらに追究していくためにも、紛争処理あるいは裁判手続過程の実態が文書の内容あるいは形式の上に具体的にはどのような形で反映されているのかなどについて、さしあたり以上述べきった視点からあらためてアプローチすることが重要であろうと考えるのである。このことを通じて、「和与」の法史的意義についても新たな理解を得る契機が導かれるように思われるからである。

本稿は、「和与」の理解に関する整理としてはまことに要領を得ないまま、冗長な叙述に終始することになり、いたって不十分なものとなってしまったが、鎌倉幕府の裁判あるいは「和与」に関する今後の法史研究の深化のためのささやかな捨石ともなれば幸いである。

【註】

- (1) 本稿では中世法史研究における基本的理解の多くを、古澤直人『鎌倉幕府と中世国家』（校倉書房、一九九一年、所収の「序章」、新田一郎『日本中世の社会と法―国制史の変容―』（東京大学出版会、一九九五年、所収の「序章」および「中世の「裁判」の「理念」をめぐる―「入門」手続と「入理非」―）、永原慶二『歴史意識と歴史の視点―日本史学史における中世観の展開―』（『思想』六一五、岩波書店、一九七五年、のち、永原『歴史学叙説』東京大学出版会、一九七八年、に所収）などに拠っている。

- (2) 山本幸司「裁判状・問状から見た鎌倉幕府初期訴訟制度」〔『史学雑誌』九四編四号、一九八五年、三〇―三一頁〕に拠れば、訴訟制度の整備に限界を感じた幕府が、これに対する解決策として政策的判断のもとに「和与」を奨励していたという趣旨の理解が示されている。

時代の進展につれて、幕府当局が訴訟解決の経験を積み重ね、実質的な支配地域も拡大する中で、裁決相互のうちにある種の整合性を求める力が、幕府の内外から働くようになる。御成敗式目の制定を初めとする準則の成文化は、そうした方向の一環であろうし、それを可能にしてゆくのは、機構の整備、法曹吏僚の専門化、あるいは文書類の整理・保存などの努力であったろうが、それは一面では、在地その他の慣習に根差した個別的解決とは背馳する可能性を本来内包している。従って当事

者の納得する解決に至るまでの時間的・労力的な負担は増大する一方であった。だがこれは、幕府側の無能力に原因するわけではない。先に説明したように、当事者主義が本質的には時代と社会によって規定されている以上、中央権力による法制的整備には自ら限界があったのである。こうした中で一つの妥協策・打開策として採用されるに至ったのが、あるいは「和与」だったのではなからうか。鎌倉中・後期における和与の盛行は、既に指摘されているが、和与ではあくまで当事者同士の合意が前提とされ、合意内容を貫く思想・観念について幕府が関与しない一方で、合意したという事実それ自体については幕府が承認を与えることで、幕府としては面倒な事実調査や法理の問題に足を踏み入れることなく、裁決を下したという体面も保てる経済的な方法だったと考えられるのである。

一方、Prof. Jeffrey Paul Mass (Department of History, Yamato Ichihashi Professor, Stanford University) による論稿「VI PERSPECTIVES ON KAMAKURA RULE」(THE DEVELOPMENT OF KAMAKURA RULE 1180-1250, Stanford University Press, 1979, pp.156-158) に拠れば、「和与」は一二五〇年頃(建長年間)まづには、幕府によって奨励されていたこと、あるいは幕府による認可を得ていない「私和与」は訴訟一方当事者から無効主張の攻撃の対象となり得たことなど、の指摘がなされている。そして、マス氏に拠れば、のちの裁判において支配的となっていくところの、日本人の和解的精神性へと導かれていく最初の契機を「和与」が与えたものと理解しておられる。すなわち、氏にあっては、「和与」と近世に見られる「内済」とが法史的に連続したものとして捉えられているように思われる。この時、マス氏がヘンダーソン氏による「内済」の理解を参照されていることには注意を要するところである。

ところで、マス氏は鎌倉幕府の裁判における「和与」について reconciliation と表現されていることからわかるように、どちらかといえば「調停」という意味で理解されているようである。この点、近世の「内済」について、didactic

mediation (教論的調停) (D.F.Henderson, Conciliation and Japanese Law, Tokugawa and Modern, Tokyo U.P., 1965) と表現されることは対照的であり、このニュアンスの相違を深く掘り下げていくことが今後の課題でもあろう。なお、ヘンダーソン教授の「内済」理解に孕む問題点については、石井良助氏による「書評 ダン・フェンノ・ヘンダーソン「調停と日本法」徳川と近代」(『法学協会雑誌』第八三巻第六号、一九六六年、なおこの書評はLAW IN JAPAN Vol. 2, 1968, Japanese American Society for Legal Studiesにも掲載されている)が有意義である。

(3) 平山行三「和与の研究―鎌倉幕府司法制度の一節―」(吉川弘文館、一九六四年)所収「第一章 和与法の源流」および「第二章 和与法の成立」を参照。

(4) 古澤直人「幕府主従制の変質と矛盾の先鋭化」(前掲古澤「鎌倉幕府と中世国家」)などを参照。近時では、細川重男「鎌倉政権得宗専制論」(吉川弘文館、二〇〇〇年)が見られる。なお、「得宗」の意味するものについては、寛雅傳「得宗・与奪・得宗方」(網野善彦・笠松宏至・勝俣鎮夫・佐藤進一編『ことばの文化史』中世1(平凡社、一九八八年)などを参照。

(5) 佐藤進一「鎌倉幕府政治の専制化について」(佐藤『日本中世史論集』岩波書店、一九九〇年、初出は、一九五五年)などに拠る。

(6) 上横手雅敬「鎌倉幕府と公家政権」(岩波講座「日本歴史」5・中世1、一九七五年、のち、上横手「鎌倉時代政治史研究」(吉川弘文館、一九九一年)に所収)、村井章介「執権政治の変質」(『日本史研究』二六一、一九八四年)、五味文彦「鎌倉前期の幕府法廷」、同「執事・執権・得宗―安堵と理非―」(五味『吾妻鏡の方法』増補版、吉川弘文館、二〇〇〇年、初出は、一九九〇年)などを参照。

- (7) 古澤直人「鎌倉幕府と中世国家」(前掲古澤「鎌倉幕府と中世国家」)、新田一郎「中世の「裁判」の「理念」をめぐる――「入門」手続と「入理非」――」(前掲「日本中世の社会と法」)などを参照。
- (8) 新田一郎「書評 佐藤進一『日本中世史論集』」(『史学雑誌』第一〇一編第七号、一九九二年、九四頁)に拠る。
- (9) 古澤直人「鎌倉幕府法効力の変質」(前掲古澤「鎌倉幕府と中世国家」)、新田一郎「検断沙汰の成立と検断システムの再編成」(西川洋一・新田一郎・水林彪編『罪と罰の法文化史』東京大学出版会、一九九五年)などに拠る。
- (10) この点については、平山氏あるいは瀬野氏による分析が行われているほか、筆者も和与認可裁判状と和与状との関係を調査する中で触れる機会があった。西村安博「鎌倉幕府の裁判における和与状と和与認可裁判状について――対象史料の整理を中心に――」(『法政理論』第三二巻第一号、一九九九年)を参照。
- (11) 【史料2―1】は、佐藤進一・池内義資編『中世法制史料集』第二巻・室町幕府法(岩波書店、一九五七年)所収の「沙汰未練書」に拠る。
- (12) 笠松宏至「中世の法意識」(笠松「法と言葉の中世史」平凡社、一九八四年)に拠る。
- (13) 石井良助「中世の訴訟法史料二種について」(石井「大化の改新と鎌倉幕府の成立」増補版、創文社、一九七二年、初出は一九三二年)、後藤紀彦「沙汰未練書の奥書とその伝来」(『年報中世史研究』第二号、一九七七年)などを参照。なお、「沙汰未練書」が当時においてどの程度一般的に流布していたものなのかという点については、やはり慎重に見極めていく必要がある。
- (14) 【史料2―2】「大原観音寺文書」(徳治三年四月十日付伊富貴山四箇寺和興状(『近江大原観音寺文書』第一、続群書類従完成会編、二〇〇〇年、所収の三八号文書(鎌倉遺文)三十一―三三二五)に拠る。ほかに、三九号文書「伊吹

山四箇寺和與状写」（『鎌倉遺文』一三三二六号文書）および「伊福貴山四箇寺和與状写」四〇号文書（『鎌倉遺文』に未所収のようである）にも同様の文言が見られる。

(15) 【史料2—3】「東寺百合文書」延慶三年二月日付仁和寺歡喜寿院寺官等申状案（『鎌倉遺文』三十一—二四一六六）。

(16) 【史料2—4】「高野山文書宝簡集九」嘉暦四年三月一三日付雜掌久代了信書状（瀬野精一郎編『備後國大田庄史料』）

一、吉川弘文館、一九八六年所収、一八七号文書、『鎌倉遺文』三九—三〇五三三。この【史料】は、高野山領備後國大田莊山中郷に関する年貢未進の相論において、訴人雜掌（了信）と論人地頭（富部信連）との間で展開された訴訟手続の進行過程の中で雜掌によって作成された文書であるが、その内容は当該訴訟を地頭側の積極的な秘計工作に優位して進めるためには、「秘計用途」が早急に必要であることを京都の領家に訴えたものである。この年貢未進相論の解決策として、地頭側は「下地和与」を強く望んだが、この要求を領家雜掌側は受け入れず、結局、雜掌側は「所務和与」で妥協しようとしたことが窺えるのである。このとき、「所務和与」について地頭側の作成した文書は、「高野山御影堂文書」正和三年十月二三日付富部信連和與状写（『備後國大田莊史料』一の一七一号文書、『鎌倉遺文』三十三—二五二六〇）として残っているが、この和与状に対応する和与認可裁許状は現存していない。和与認可裁許状は発給されたのか否かに関する議論は取りあえずおいておくとして、かりに、地頭側の主張に云う、当該和与が「私和与」であるということを実事として認めるならば、当該和与そのものは確かに裁判手続過程において成立したものであることには相違ないけれども、しかしながら、裁判所に対しては和与の認可申請が行われなかった和与、すなわち、結果的に云えば、和与認可裁許状の発給されていないところの「私和与」として説明されることになるであろう。

(17) 【史料2—5】「東京大学文学部所蔵文書」弘安四年二月日付東大寺學侶等申状土台（『鎌倉遺文』一九—一四二六〇）。

- (18) 西村安博「鎌倉幕府の裁判における和与の認可申請手続について」〔法政理論〕第三二巻三・四号、二〇〇〇年）などを参照。
- (19) 和与認可裁許状を下付しないで、単に、担当奉行人が和与状に裏封をなすことにより、裁判所として和与を認可したことの徴証にしようとする和与の認可手続、すなわち簡易手続の行われていたことが指摘されているが（日本歴史学会編『概説 古文書学』古代・中世編、吉川弘文館、一九八三年所収、「第七 証書類」の「三 和与状」に拠る。勝俣鎮夫氏執筆）、これについては、裏封のなされた和与状およびこれに対応する和与認可裁許状も少なからず存在することから、裁判所における和与の認可手続が全面的に簡易手続へと移行し、簡易手続が和与認可手続において基調となったことを断定することは早急といわなければならない。
- (20) 牧英正・藤原明久編『日本法制史』（青林法学双書、一九九三年）所収の「国人一揆」を参照。
- (21) さしあたり、西村安博「中世後期の在地法秩序に関する再検討―肥前松浦党一揆を素材として―」〔法制史研究〕第四四号、創文社、一九九五年）に拠る。
- (22) 「青方文書」における訴訟関係文書の集積過程について、その実態を詳細かつ丹念に追究した貴重な労作として吉原弘道「中世における青方文書」（吉原『青方文書の研究』地域資料叢書3、九州大学大学院比較社会文化研究院服部英雄研究室、一九九九年）を得ている。

(二〇〇一年二月廿二日稿)