708
60

0012674000

3

0012674-000

７０８－６０

日本固有法研究

細川亀市・著

南郊社

昭１１

ACC

この著作物は、著作権者不明のため、著作権法
第６７条の規定に基づき、平成１２年５月１５日
付けで文化庁長官の裁定を受け使用するものです。

T

日本固有法研究

細川亀市著

本書の題簽は著者の學問に對し不斷の援助を與へらるる法政大學學務理事佐竹巳之松先生の筆に成る。ここにその御厚意に對し至深の謝意を表す。

著者

南郊社版

708-60

はしがき

□ ルドルフ・イエーリングは、その一代の勞作『ローマ法の精神』の冒頭において、ローマは、武力と宗教と法律とに依つて三たび世界を支配した、と道破してゐる。もとより、その武力的な及び宗教的な世界支配なるものは比喩の言にしか過ぎないものがあるが、少くとも第十九世紀より今日に至るまでの世界の法律史は、その一面においては、正にイエーリングの道破せる如く、ローマ法の世界化の過程であつた。ローマ帝國が蠻族ゲルマン民族の馬蹄に蹂躙せられてから後も、ローマ法におけるその個人主義的な普遍化的な思想は脈々としてその生命を持ち續け、中世の蠻族法ですらも猶ほローマ法による思想的洗練を受けざるを得ないものがあつた。補充法の形におけるローマ法の繼受はその最も著しいものであるが、更に進んで近世に入ると、ローマ法は既に諸國の固有法を自己の中に融化して、再び世界法となつて現はれて來た。第十九世紀初頭に制定

されたナポレオン法典はその代表的なものである。

かかる國際的情勢の中において、わが國は猶ほ依然として鎖國の安夢をむさぼつてはゐたが、諸外國より押寄せ來る資本主義の波濤は、つひに幕府を驅つて開國するの餘儀なきに至らしめ、資本主義的生産方法の生誕と、從つて生ずる自由主義的な、利益的な法律制度の輸入に門戸を開く發端となつた。されば、德川幕府は間もなく倒壞したが、これに代れる明治政府は事を文明開化に托して歐米諸國の法制を攝取することに專念し、明治十五年一月からは、早くも刑法(舊刑法)がヨーロッパ的な思想に立脚して施行せられることとなり、その他もろもろの新法制が躍を接して現はれたのである。然らば、そのことは何を意味するかといふに、これ實にローマ法の輸入を物語るものであらねばならぬ。明治以降の法律におけるローマ法的精神の深刻なる影響があるからこそ、學者は、ローマ法、從つて歐米法に對し常に注意を怠らない所以であるのである。かくて、イエーリングの言つたやうに、ローマ法は確に世界を支配したのである。

□ しかしながら、如何にローマ法が世界法的な性質を具有してゐるにしても、それは抽象的な意味において肯定し得るに過ぎずして、個々の具體的な場合にも一樣に何等の留保もなくして總ての國に適用し得るものではない。何となれば、各國民はそれぞれその環境および傳統の異るに從つて所謂『民族精神』(Volksgeist)を異にし、從つて、この『民族精神』の具現たる法の精神・內容をも異にするものであるからである。——かやうに考へたサヴイニーは第十九世紀の初頭にチボーのドイツ法典編纂論をば、ドイツ固有法の尊重すべき立前からして大いに非難するに至り、かくて、フーゴーを先驅者とする歷史法學派はサヴイニーによつて更に大いに前進せしめられ、有力なる學者を輩出せしむることとなつたのである。

これに對し、わが國にあつては未だかくの如き有力なる歷史法學派の出現せるものあるを觀ないが、われわれは今、第二十世紀人として深く省みねばならないものがある。そもそも明治以降におけるローマ法の攝取は客觀的事情の然らしめたものであるとは言へ、維新前後の法律生活を根本的に革正したために多くの解決困難なる問題を生せざるを得なかつた。例へば、民法第二百七十八

條および民法施行法第四十七條の規定の如きは、わが固有法をローマ法的所有權觀念によつて定めたものであるが、間もなくその期間の滿了とともに甚だ困難な問題を起すに相違ないであらうし、また民法第七百七十五條の規定なども、明らかに人民の法律意識と異る結果を發生せしめることとなつてゐるのである。これ法律思想における固有法とローマ法との矛盾であると言ひ得よう。

日本の法律にも普遍的な、世界的な點がないではない。現に手形法の如きは既に世界的に統一されてゐる。しかし、それだからと言つて、われわれは日本固有法における顯著なる精神を寸時も忘却してはならぬのである。

□　日本固有法はその個人主義的ならずして團體的であるとともに、頗る道德主義的である點において、前者はドイツ固有法的な、後者は支那法的なものがあるのであるが、それはローマ法の個人主義的な、利益的な點とは正に對蹠的な意義を有してゐる。例へばその團體的なものとしては、庄園法における所職の知行權・入會權・永小作權・村の法人格等々を擧げ得るし、又その道德主義的なものとしては、肉親謀殺罪・平安朝における死刑の廢止・不孝罪・犯罪の親族相隱等々を

指摘することが出來よう。尤も、法律における道德的な思想は上代において支那の儒教思想を輸入したことによつて更に大いに强化したことは事實であり、且つ上代の律令における道德主義的精神は中世・近世に入るも依然として繼受せられてゐるが、しかし、それは日本において洗鍊せられ、日本化せられたものであることに注意せねばならぬ。從つて、支那法における『孝』の精神は日本において『忠孝』とせられることとなり、彼の『君主放伐』思想の如きは日本人の國民的確信からは絶對に受容され得ざるものとなつた。その他、尙ほ幾多の注目すべき問題があるが、それ等は今後大いに究明されねばならない。

□　かかる所見を有つ著者は、幸ひにも先輩諸家の鞭撻と學界の好意とによつて、ここ數年來に多くの論攷を重ねることが出來た。それで、發表後に至り新史料の入手および訂正すべき箇所を發見するに從つて訂正を加へて居た舊稿を集めて、本書一卷を編むこととなつた。本書に收むるものは昭和十一年に因んで十一篇となし、去る昭和八年以來『法學志林』『國學院雜誌』『警察新報』『思想』『歷史と地理』『社會經濟史學』『法曹會雜誌』『政治經濟研究』等の諸雜誌に一

度發表したるものの中より選んで能ふ限りの補訂を加へ、中には殆んど原形を止めざるまでに根本的に書き改めたるものも少くないし、且つ筐底に藏してゐた『日本古法における肉親謀殺罪の沿革』および『律令と固有法との相剋』の二篇を今回新たに世に出すこととした。

なほ、本書に收むる日本固有法は主として上代および中世のもののみに限り、近世のものは一つも收めることが出來なかつた。それは、著者の從來最も興味を以て研究し來つたのが上代、特に中世であつたからといふ理由ではなくて、專ら紙數の都合によるものであることを玆に明かにして置かねばならぬ。故に近世の固有法に關して著者の既に發表せる論稿も二三にして止まらぬが、それ等はすべて他日を期する豫定である。

□　今や文化の『危機』が叫ばれ、個人主義的・利益主義的法律の改正が熱心に唱導されつつある秋にあたり、わが國も亦夙に民法・商法および刑法の三大法典の改正事業が進行しつつあり、部分的單行法また多く制定せられて、彼の借地法・借家法を始めとし從來の第十九世紀的法律思想は年を逐ふて止揚されつつあ

る。吾人は、吾人の感謝すべき先輩が經驗したところの、彼のローマ法による固有法の無視乃至輕視の轍を繰り返すことなく、日本の法律をして眞にわれわれの國民的確信を具現せしめるがためには、外國法に對する理解と併せて日本固有法に對する深き洞察を加へねばならぬのである。さうして、われわれの團體主義的な、道德主義的な法律精神は、將來に向つて更に大いに强調される必要がある。

かく言へば、人或ひは言はん、それは前世紀における歷史法學派的思想ではないか、と。しかし、それと吾人の立場とは異るものがある。すなはち、彼等はただひたむきに自國固有法のみを高調することに依つて外國法の長所と雖もこれを採るに躊躇して居たが、われわれは日本固有法を基礎とし出發點としつつも、外國法の優れたる點あるものはこれを參考とするにためらうものではない。今日の如き國際的生活の下においては、極端なる排外主義はその實行は必ずしも容易ではないのである。

著者の見解かくの如し。もとより本書の如きは學界に何程の寄與を爲し得

るか疑問なきを得ないが、若し誤つて學界の眷顧を蒙る如きことあらば、著者望外の滿足である。

昭和十一年五月一日

著者

目次

第一　日本古法における肉親謀殺罪の沿革……一
一　はしがき……一
最近の大學生謀殺事件(一)……日本古刑法と東洋道德(二)
二　養老律の規定……三
唐律と東洋道德(三)……養老律の刑罰體系(三)……八虐(四)……尊屬に對する卑屬の罪(四)……惡虐(四)……不孝(五)……不義(五)……卑屬に對する尊屬の罪(五)
三　中世法……七
武家法の道德主義(七)……武家法と公家法(七)……寺院法の場合(八)
四　近世法……一〇
尊屬に對する卑屬の罪(一〇)……卑屬に對する尊屬の罪(一〇)……德川刑法の精神(一一)
五　近代法……一一
新律綱領の規定(一二)……改定律例の規定(一三)……舊刑法の規定(一三)

六　むすび……一四
肉親謀殺罪の進化史(一四)……日本古刑法の第二十世紀的攝取(一五)
第二　上代における贖罪法（財産刑の起源）……一六
一　はしがき……一六
法制史上の刑法(一九)……日本刑罰史上の贖罪(一七)……贖罪と財産刑(一七)
二　古代末期の贖罪法……一八
ツミの觀念(一八)……天津罪と國津罪(一八)……贖罪(二一)……祓具の提供(二二)……神の怒の解除(二三)……贖刑の財産刑化の先驅的思想(二四)……財産刑の盛行(二五)……古代末期の變化(二七)
三　律令における贖罪法……二八
大化時代のハラヒ(二九)……贖銅の恩典に浴し得る者(三一)……收贖の主管司(三四)……收贖物の處分(三七)……贖銅の期限(三六)……贖銅の代物納法(三七)……當代贖刑の意義(四〇)
四　財産刑の發達……四一
律令の刑罰體系中における財産刑(四二)……社會事情の變動と財産刑の增加(四三)……神秘的刑法より現世的刑法へ(四九)
第三　平安朝の死刑廢止に就て……五一
一　はしがき……五一
死刑廢止論(五二)……本問題の溫故知新的意義(五二)
二　死刑廢止の沿革……五二
學界の定說(五二)……佛法思想と殺生禁斷(五三)……死刑廢止の先驅(五三)……弘仁年間の死刑廢止法(五四)……保元亂における死刑復活(五五)
三　死刑の實行……五五
死刑廢止法と社會狀態との矛盾(五五)……死刑の敢行(五六)
四　公家法と武家法……五七
死刑廢止法の規範力(五八)……公家刑法と武家刑法との相違(五八)……武家刑法における死刑の實行(六〇)……公家法と行刑(六〇)
第四　律令と固有法との相剋……六一
一　法と社會生活……六一
法と社會生活との關係(六一)……法律解釋における近代的と古代的(六二)……中世と公家法(六二)
二　明家法との問答……六四
明法家への質問狀(六四)……明法家の答辯狀(六六)

三　知行權に關する律令的と固有法的……六八
問題の出發點(六八)……上方領主の主張(六八)……下方領主の主張(六九)……形式論理と社會生活との相剋(七〇)
四　律令註釋家としての法家……七三
明法家の見解(七三)……非實際的な法家(七四)……律令の死守(七五)
五　律令より固有法へ……七六
中世の權利思想(七六)……律令の矛盾の展開と固有法によるその止揚(七七)……法の發展過程としての例外の原則化(七八)

第五　中世法律生活の諸問題……七九

一　中世社會の特色……七九
本論の意圖(七九)……中世社會における特色の問題(八〇)……中世社會の二大特色(八一)……固有法の復活(八二)……諸法系の竝立(八三)……中世法における特色の問題(八三)
二　成文法と不文法……八四
法の生成(八四)……古代的固有法と中世法(八五)……固有法の自然存生性(八六)……固有法と不文法(八七)……御成敗式目(八七)……寺院法・庄園法と不文法(八八)……中世の法律生活と不文法(八八)

三　法の尊嚴……九〇
不文法の尊嚴性(九〇)……不文法の遵守(九〇)……社會的制裁(九一)……先例と道理(九二)……寺院法の神聖不可侵性(九三)
四　權利の觀念……九四
中世法と權利義務の觀念(九四)……所有權および用益權(九五)……知行權(占有權)(九六)……權利と義務(九七)……中世人の權利生活と土地(九五)
五　證書の效用……一〇〇
券文の重要(一〇〇)……假證(一〇一)……本券の紛失と新券(一〇二)……手繼文書(一〇三)……券文の保存(一〇三)……代書人(一〇四)
六　公法と私法……一〇四
現代法の觀念(一〇四)……現代法と中世法との基本的差異點(一〇五)……中世法的觀念(一〇七)……發見主義(一〇八)
七　餘　論……一〇八
村人等の土地賣却(一〇九)……親族團結(一一〇)……夫の同意を經ざる妻の財產處分能力(一一三)

第六　中世における法律思想……一一四

一　緒　言……一一四
市民法の基本的立場とその轉換(一一四)……法律思想の時代的變遷(一一五)……身分より契約へ(一一六)……中世法と宗教および道徳(一一六)
二　法と道徳……一一八
律令の道徳主義(一一九)……中世法の道徳主義(一二〇)……式目の規定(一二〇)……吾妻鏡の記述(一二一)
三　法と宗教……一二四
中世法と宗教との不可分(一二四)……式目の規定(一二四)……起請文の制度(一二五)……起請と裁判(一二六)……湯起請(一二六)……參籠起請(一二八)
四　所領を中心とする法律思想の開展……一三一
中世法と土地領有(一三一)……御恩と奉公(一三二)……職の知行(一三二)……訴訟制度における法律思想(一三六)……先例と道理(一三七)
五　結　び……一三九
中世法律思想の特徴的事實(一三九)……法律思想の歴史性(一四〇)……中世法の近代化過程(一四一)
第七　中世法における所領の知行（占有）……一四一
一　知行の概念……一四二

『しる』(一四二)……傳知・傳領・領掌(一四三)……職の知行(一四五)……權利の表示たる職(一四六)……職の源流(一四六)……各種の職(一四七)……職および知行の意義(一四八)
二　知行の種類……一五〇
四種の知行(一五〇)……所當知行(一五〇)……下地知行(一五一)……一圓知行(一五三)……部分知行(一五四)……當知行(一五五)……不知行(一五七)……永代知行(一六〇)……有期知行(一六〇)……一期知行(一六一)……二期知行(一六二)
三　知行權の取得……一六二
賣買による取得(一六二)……寄進による取得(一六三)……恩給による取得(一六四)……讓渡による取得(一六六)……開墾による取得(一六七)……押領・時效による取得(一七一)
四　年序法（知行權の效力）……一七一
年序法の意義(一七一)……固有法の復活期(一七一)……公券制より私券制へ(一七四)……年序法の源流(一七六)……中世的年序法の確立(一八〇)……式目の規定(一八一)……年序法の普遍化(一八三)……年序法不適用の特例(一八三)……券契の重要化(一八六)……紛失狀(一八七)……先祖相傳の思想(一八九)……年序法の精神(一九一)
五　知行權の效力……一九二
當知行の裁判上における地位(一九三)……權利推定的效力(一九五)……知行權不可侵の原則(一九八)……不知行の效力(一九九)

六　餘　論……
職の知行(二〇〇)……中世への過程(二〇〇)……近世の知行觀念(二〇一)　二〇〇

第八　中世法における土地の賣買……二〇三

一　賣買契約の成立……二〇三
和買(二〇四)……押買の禁(二〇五)……庄園生活と土地賣買(二〇五)……口入人の出現(二〇六)

二　券文の作製と效力の發生……二〇八
私券制の時代(二〇八)……券文の文言(二〇九)……連署者(二一〇)……代書人(二一〇)……在地人の證判(二一〇)……賣買行爲能力(二一一)……券文の交付(二一二)……紛失狀(二一四)……手繼文書を添附せざる場合(二一五)……ドイツ中世の土地賣買手續(二一六)……土地賣買の實質的要件(二一八)……代價の支拂(二一九)……手附の制度(二一〇)

三　土地賣買の形態……二三一
永代賣買(二三一)……年記賣買(二三三)……本物返(二三五)

四　追奪擔保……二三〇
擔保文言の種類(二三〇)……違亂擔保文言(二三三)……明沙汰文言(二三五)……辨償文言(二三五)……入立文言(二三六)……擔保責任者(二四〇)

五　謀書の禁……二四二
謀書罪(二四二)

六　土地賣買に關する幕府法……二四三
恩領の賣買禁止(二四四)……全御家人領の賣買禁止(二四四)……永仁五年の德政令(二四五)……室町時代の德政(二四六)……德政令と土地賣買の實際(二四七)……德政擔保文言(二四七)

第九　中世法における入會制度……二四九

一　緒　言……二四九
本問題研究の困難(二四九)……入會の範圍(二五一)……用益權(二五二)

二　前代入會制度の繼受……二五三
古代(二五三)……中古の民要地の觀念(二五四)……入會の制限(二五六)……寺社權門勢家の民要地占定(二五七)……民要地狹少化の諸原因(二六一)……住民等の『狼藉』(二六四)

三　入會の態樣……二六八
部落入會(二六八)……惣庄入會(二六九)……內山(二七〇)……數庄入會(二七一)……外山(二七二)……契約による入會(二七四)

四　入會權の紛爭……二七八

葛河庄と伊香立庄との相論(二七八)……葛河庄と木戸庄との相論(二八四)……結び(二八七)
五　入會權の性質……二八八
公私共利觀念の繼受(二八九)……領主權による入會權の制限(二九〇)……地頭補任地の場合(二九四)……立野林(二九八)……入會權の法的性格(三〇二)
六　河海の入會……三〇四
毛利家文書の所見(三〇四)……先例に基く河水入會の大法(三〇五)……契約に基く河水入會(三〇六)……輪中(三〇八)……海の入會(三〇八)……海法(三〇九)
七　餘　論……三一〇
イリアとなる文字(三一〇)……入會の初見(三一〇)……入會の意味(三一二)

第一〇　中世武家法における雜務訴訟法……三一三

一　裁判所……三一三
三種の訴訟法(三一三)……雜務沙汰の性質(三一三)……巡廻裁判(三一三)……裁判の管轄(三一四)
二　訴訟手續……三一六
訴狀の提出(三一六)……原被兩造(三一六)……寄沙汰の禁止(三一七)……民事と刑事との混同(三一八)……文書僞造罪(三一八)……覆問(三一九)……判決(三一九)……室町幕府の雜務沙汰(三二〇)

三　雜務に關する一法制……三二一
諸借物(三二一)……債權の時效(三二二)……土地の時效(三二三)……債權者の權利濫用(三二四)……利錢出擧(三二五)……高利出擧の禁止(三二五)
四　強制執行法……三二七
強制執行法の進化階梯……(三二七)……中世の進化段階(三二八)……公的執行(三二九)……租稅の強制執行(三二九)……債權の強制執行(三三一)……私的強制執行(三三四)……私的強制執行をなし得る時期(三三七)……國質・所質・鄕質(三三八)……連帶債務者(三四一)……要約(三四二)
五　餘　論……三四三
民事訴訟二分の理由(三四三)……所領の重要性(三四三)……雜務の第二次性(三四五)

第一一　中世武家法における刑事訴訟法……三四七

一　檢斷沙汰の意義……三四七
中世的裁判制度の出現(三四七)……中世の裁判管轄(三四八)……武家法の訴訟制度(三四八)……檢斷沙汰の內容(三四九)
二　中央裁判所……三五〇
侍所(三五〇)……侍所の構成(三五〇)……重罪裁判(三五一)……六波羅裁判所(三五二)……武家裁判權の伸張と

檢非違使の尫弱化(三五二)……北條殿之例(三五三)……武家刑事裁判權の確立(三五四)……六波羅の組織(三五四)……鎭西の組織(三五五)……室町時代の組織(三五六)
三　守護裁判所……三六〇
大犯三箇條(三六〇)……守護の刑事裁判權(三六一)……守護不入地(三六三)
四　地頭裁判所……三六四
地頭の警察權(三六四)……地頭斷罪權の擴張(三六七)
五　訴訟および裁判……三六八
刑事訴訟法の進化史(三六八)……律令の彈劾主義(三七〇)……中世の彈劾主義(三七二)……審理(三七六)……裁判(三七九)……判決(三七九)
六　神判……三八〇
神判の實例(三八〇)……武家法と宗教(三八一)
七　餘論……三八二
戰國時代の武斷裁判(三八三)……新時代の展開(三八四)

第一　日本古法における肉親謀殺罪の沿革

一　はしがき

最近、人人の耳目を聳動した事件として父・母および妹の三人による大學生謀殺事件があつた。官憲は初めそのかかることの行はれ得べきにあらざるを信じて居たと言はれ、又、世人もこのような事件の公表に接して自らの耳目を疑はねばならなかつたのであるが、しかも、それが嚴に行はれた事實なるものの如くである。われわれは、犯人達の個人的な性格のことは別として、本件に對し法律的に道德的に格別の關心なきを得ないのである。

事件は未だ豫審も終結して居らず、もとより判決も與へられて居らないので

あるから、ここでは内容に立入つたことは總て差控へねばならぬ。ところで、この驚くべき『空前』の事件が刑法によつて如何に處斷されるかはそれ自體すこぶる注目に値するものであるが、現行法においては、自己または配偶者の直系尊屬を殺したる場合のみを重視するにとどまり（第二〇〇條）、尊屬が卑屬を殺した場合に就いては何等の特別規定あることなく、普通の殺人罪を以て處斷するの外なき狀態である。もとより、裁判官は自己の裁量によつて情狀を考慮し第一九九條所定の刑を適當に按配し得るであらうが、そこに改正刑法は何等の考慮をも拂はなくてよいであらうか。この點、更に考察を加へらるべき問題が潛在して居るかに考へられる。

ところで、今これを日本古法の沿革について見るに、もともと、わが古刑法は東洋的道德と密接に結合してゐたから、同じく殺人罪に就いても卑屬が尊屬を殺した場合には極端な酷刑を科したけれども、反對に尊屬が卑屬を殺した場合には頗る寬刑を科し、或る場合には全くその罪を不問に附することもあつた。これ實に『孝道』がわが古刑法を一貫して流るる基本精神だつたからである。

その具體的内容を知るために、以下その沿革を辿りたいとおもふ。

一　本件檢擧の顚末に就ては『警察新報』第二十一卷第二號第五八頁以下・第三號第四九頁以下參照。

二　養老律の規定

いはゆる東洋道德なるものはその起源を古代支那に發したものであり、從つてそれがわが中古の養老律の母法となれる唐律に深刻な影響を與へて居るのは言ふまでもない。故文學博士桑原隲藏氏はその名篇『支那の孝道、殊に法律上より見たる支那の孝道』において、支那古刑法が如何に孝道を基本とせるものであるかを詳密に論究された。それで、今われわれが本邦中古の養老律に就いて見るならば、實に隔世の感これを久しうせしめられるものがあるのである。

先づ、理解に便宜のために律における刑罰の基本體系を一言するならば、五罪と言つて笞（チ）・杖（ヂヤウ）・徒（ズ）・流（ル）・死（シ）の五種があつた。この内で笞は十より五十まで五等、杖は

六十より一百まで五等、徒は一年より三年までの五等、流は近(コン)・中(チウ)・遠(ヲン)の三等、死には絞・斬の二等があり、以上合せて二十等に及んだ。

ところが、養老律は國法上または道德上許すべからざる重罪として八虐なるものを規定し、謀反・謀大逆・謀叛・惡虐・不道・大不敬・不孝(キヤウ)・不義の八種を掲げてゐるが、この中で卑屬が尊屬に對し殺傷不孝をなした場合の刑を定めて居るのである。試みにその大要を指摘すれば左の如し。

(一)『惡虐』の內、祖父母父母外祖父母・夫・夫の祖父母父母を殺さんとし、又は祖父母父母を毆打すれば、律の極刑たる斬に處せられる(賊盜律・鬪訟律)。

(二)『不道』の內、兄姉を毆打すれば徒一年半、伯叔父姑外祖父母を毆打すれば一等を加へて徒一年とする。また妻妾が夫の父母を毆打すると徒三年、伯叔父姑兄姉の犯罪を官へ告言すれば徒一年に處し、更に伯叔父姑兄姉を殺さんとすれば遠流に處せられる。妻を毆傷して死に至らしむるも普通の殺人罪を以て絞にとどまる(鬪訟律)。

(三)『不孝』に就いては、祖父母父母の犯罪を官に告言すれば絞に處せられる。これ子孫たる者は祖父母父母をして犯罪をなさしめないように努むべきであるにも拘らず、その事なくして却つてその罪を官に告言するが如きは實に人道上許すべからざる行爲であると考へられたからである。また祖父母父母を罵詈すれば徒三年、祖父母父母が在世中なるにも拘らず別籍異財すれば徒二年、父母の喪中に婚姻すれば徒二年に處し且つ離婚せしめられる。のみならず、父母の喪が未だ終らざるに服を釋きて吉に從ひ、若しくは哀を忘れて樂をなせば各徒一年半、父母の喪を聞くも匿して擧哀せざれば徒二年、父祖の妻を姦すれば徒三年、妾ならば一等を減じて徒二年半とする(鬪訟律・戶婚律・職制律・雜律)。

この外、『不義』には本主・本國守・夫に對する罪が規定されてゐるが、それは本稿に直接の關係が無いから省略することにしたい。ともかく、以上によつて事を考へるに、律において尊長に對する卑幼の罪が如何に極端化されて居たかに就き思ひ半ばに過ぐるものがあらう。

然るに、これに反し、卑幼に對する尊長の罪は甚だ輕視または無視せられ、普通

の殺人罪よりも遙に寛刑が行はれた。例へば、普通の故殺は斬(闘訟律)、人を殺さんとすれば徒二年、すでに殺せば斬(賊盜律)、闘つて人を毆殺すれば絞(闘訟律)であるに對し、祖父母父母がその教令に違反する子孫を毆殺するも纔に徒一年半に過ぎず、刃を以て殺せば徒二年、故意に殺すも一等を加へて徒二年半にとどめ、過失殺の如きは全然その罪を問はない(闘訟律)のである。すなはち、祖父母父母は子孫に對し或る意味の生殺與奪權を與へられて居たのであつた。故にこの點より觀れば、祖父母父母に對する關係において、子孫の生命身體は法律の保護を受くること頗る薄いものがあつたのである。これ蓋し、尊長に對する卑幼の絶對的な服從を要求した爲に外ならない。

一　桑原博士『支那法制史論叢』(昭和十年)。

二　支那法における謀殺は『人を殺さんと謀る』行爲そのものであつて、唐の賊盜律ではこれを徒三年の刑に處した(東川德治氏『支那法制史研究』第一八四頁以下參照)。わが養老の賊盜律も亦この精神を繼受したが、しかし、刑は遙に輕減した。それに依れば、人を殺さんと謀れば徒二年、すでに傷くれば近流、すでに殺せば斬、云々と規定されてゐる(日本古代法典本、第九三頁)。この謀殺は故殺、鬪毆殺、誤殺、戲殺、過失殺などに對する觀念である。

三　中　世　法

養老律における右の如き精神は中世法にも亦ほぼ繼受せられ、親の遺命に反すれば死骸敵對之罪をすら構成した。しかし、中世は成文法の規定甚だ簡略であつて、武家の御成敗式目第十條には殺害・刃傷の罪を規定してゐるにも拘らず、其處にはただ普通の殺傷罪を定めて居るに過ぎず、尊長＝卑幼間の場合は全く論及されて居らないし、また新篇追加第九十八條にも式目第十條の規定に隨ふべきことを明かにし、ただ犯人が庶民である場合には斬罪に處せらるべきことが定められて居るのみである。

しかし、武家法に規定または先例もなきときは公家の律が準用されたことがあるから、尊長＝卑幼間の殺傷事件の如きは恐らく前項に述べたる養老律の規定が行はれたに相違ない。何となれば、律令法における『教令』『教令違反』『不孝』といふ法意そのものは、明かに武家法に依つて繼受されて居るからである。

この點に關し中世の寺院法では甚だ興味ある事件が記錄に殘つてゐる。すなはち、興福寺大乘院の尋尊大僧正はその日記『大乘院寺社雜事記』延德二年三月二日及び五日の條において父が子を殺害した一件を記錄し、これに對する彼れの見解を表明してゐる。今それに依れば、長谷寺枳坊大輔房は不儀の子息を打ち殺した。仍つて寺院では直ちに役人を派遣して本件を檢斷せしめたところ、役人は加害者たる枳坊の陳述を大僧正に對し、『不孝之子爲父沙汰打殺事、常事也、不可及檢斷歟云々』と報告した。すなはち、不孝の子を父が殺すのは當り前のことであるから、父には何等の罪も無いといふ意味である。これは正に養老律の法意が中世末期に至るも尙ほ一般に行はれて居たことを雄辯に物語れるものである。

しかし、この報告に接した尋尊大僧正はこれを本件に限り承認しなかつた。と言ふのは、この場合には普通の父が子を殺したのと異り、殺された子息は寺院に奉仕せる『所司之一例』であり、すでに『公方人』であるから、たとえ父といへども子を『自專』（支配）する權利は無いし、從つて殺害する如きは全く不當である。故に父大輔房はその罪科を遁るべからざる上は、寺內に居住することを禁止すべし。――かように大僧正は役人に命じて居る。當時の寺院法における寺外への追放刑は刑罰として甚だ重かつたのであつて、右の場合を寺院法が如何に重視して居たかが知られる。

ところで、本件において父に重科を科したのは、被害者たる子が寺官たる所司の地位に在つたから、親子關係よりも寺院と被害者との主從關係を重視して寺院の權力を發動した、といふ特殊關係に置かれて居たからである。從つて、若しも被害者が寺院に奉公して居らなかつたならば、恐らく父は不儀の子を殺すも罪にはならなかつたであらう。

親權を重視する東洋道德は、かくて、わが中世刑法にも脈脈として繼受されて居つたのである。

一　大乘院寺社雜事記、第九卷、第四一七頁。

二　右揭書第四一八頁。

四　近世法

以上の如き法の精神は徳川時代になつて如何に變化したことであらうか。

そもそも徳川幕府の刑法における刑罰の基本體系は死刑のみに就いて觀るも、鋸挽・磔・獄門・火罪・斬罪・死罪・下手人の順序による七種があつた。そこで御定書百箇條の第七十一條を考察するに、ここでも亦尊長＝卑幼の別に依つてその刑罰を異にし、以て古來の東洋的道徳が根本的に攝取されて居ることを明かにして居る。すなはち、普通の殺人罪は最下等の死刑たる下手人にとどまるが、親を殺せば引廻の上にて磔に處し、親に傷害を加へ幷に毆打すれば磔に行ふ。舅伯父伯母兄姉を殺すも尚ほ引廻の上獄門に處し、傷害を加へるのみにても死罪を免れなかつた。同樣のことは主人師匠に對する場合にも見られる。

然るに、これに對し尊長が卑幼に殺傷を加へたならば如何であるかと言ふに、右の場合よりか刑は遙に減せられた。すなはち、不行跡もなき實子・養子を殺した親は遠島に處せられて死刑を免れる。尤も、この場合は短慮に風と殺し故意にあらざることを要件としたから、若し利得を以て殺せば死罪に行はれる。また短慮にて風と弟妹甥姪を殺すも右と同じく遠島であり、利得を以て殺せば死罪なること右と同樣であつた。

これに依つて觀れば、徳川幕府の刑法においては卑幼が尊長を殺傷すれば故意たると過失たるとを問はず磔・獄門または死罪の重刑に處せられるに對し、尊長が卑幼を殺すも故意にあらざれば纔に遠島にとどまつたのである。尤もこの點を、養老律が子に對する親の過失殺を不問に附したのに比較すれば、よほど子の生命・身體を法認されては居るが、しかし、尚ほ依然として古來の餘風はすこぶる強く影響して居ることが知られるのである。されば、わが古刑法はかかる道徳（むしろ親權）的方面を看過しては到底正當に理解し得ないのである。

五　近代法

明治維新となりヨーロッパ思想の影響を深刻に受けてから後は、上述の如き法の精神は次第にその影を薄くするに至つたが、しかし、尚ほ三年十二月の新律綱領には明律・清律・大寶養老律の精神を汲んで同じ傾向が窺ひ知られる。例へばその人命律を見るに、養老律とほぼ同じく、凡そ祖父母・父母及び伯叔父・姑・兄・姉若しくは外祖父母・夫・夫の祖父母を殺さんと謀れば斬刑、殺せば梟刑に處し、三等親以下の尊長を殺さんと謀れば流一等、傷害を加ふれば絞、殺せば斬に行ふと規定してゐる。これに對し、五等親以上の尊長が卑幼を殺さんと謀れば二等を減じ、すでに傷害を加ふれば一等を減じ、すでに殺せば普通の殺人罪によつて斬に處せられる。この外、尊長＝卑幼間の事項につき多くの規定が見られるが、要するに、卑幼に對する尊長の殺傷は大體において普通の場合より輕かつたのである。

けれども、法律進化の大勢は一般に子の生命の保護に向つて來た從來の沿革は、同時に明治刑法史の急流化したところであつて、右に述べたる如く、尊長といへども卑幼を殺せば普通の殺人罪によつて斬刑に處せられることとなつた(これを德川幕府法の遠島に比較せよ)し、それが『敎令違反』たると子孫の『不行跡』たるとを問はないこととなつた。

次いで明治六年六月に布告された改定律例は一般に新律綱領よりも刑を輕減してゐる。すなはち、第百六十八條を見るに、卑幼が尊長を殺した場合には斬刑であつたのを絞刑に改めて居り、第二百二十四條以下にも同樣の傾向が看取せられる。ただ、第二百三十條が、『凡子孫敎令ニ違反スト雖モ祖父母父母非理ニ毆殺スル者ハ懲役二年半』と規定してゐるのは、養老の鬪訟律の昔に逆轉した感がないでもない。

明治十五年一月一日より實施されたる所謂舊刑法はヨーロッパの立法・學說に影響を受けて成つたものであるから、尊屬に對する卑屬の殺傷罪を普通の罪より加重してはゐるが(第三六二條・第三六三條)しかし、そこには、もはや從前における如き卑屬に對する尊屬の殺傷を特に輕視することもなく、普通の殺傷罪を以て論ずることとなつた。これ尊屬に對する關係において卑屬の生命身體が法によつて普通の保護を受くるに至つたことを物語るものである。

六　むすび

以上の如くわが古刑法の沿革を辿り來つたわれわれは、そこに法律進化の重要なる側面のあることを看取せざるを得ない。何ぞや？曰く、尊屬に對する卑屬の生命身體が次第に法の保護を受くること重くなつたこと之れである。過失にて子孫を殺すも罪にならなかつた養老律時代より、たとえ過失にても遠流に處せられることとなつた德川幕府法は右の過程を十分に物語るものであり、明治の舊刑法に至つてその局を結んだ。人格權の發達が法律進化の一メルクマールであるならば、卑屬の生命身體が法の尊重するところとなつたことは、取りも直さず日本刑法進化史の甚だ注目すべき一面であると言はねばならぬ。

今や第二十世紀的新刑法の改正に寧日もなきわが國において、わたくしは、法律と道德との結合を大いに高調し居る者であり、日本固有法の第二十世紀的攝取復活を力說しつつあるが、それは、超歷史的なる日本固有法偏重論と同視されてはならぬ。一例を擧げんか、わが古法における親權は大いに尊重し重視すべし、しかし、それは子孫の人格を、從つて又子孫の生命身體を十分に保護するということを隨伴させねばならず、故にみだりに子孫の生命身體を害するも、その罪を輕減または不問に附する如き古代的なものであつてはならぬ。古法は歷史的なものであり、その各各の時代的產物であつたことを牢記すべく、第二十世紀の新らしい刑法には、第二十世紀的な『醇風美俗』を盛ることを心掛けねばならぬ。

第二　上代における贖罪法　財産刑の起源

一　はしがき

洋の東西を問はず、古代において法律の先づ發達する部面は刑法であつて、これを財産法に比較するならば多大の懸隔がある。何となれば、財産法は社會の經濟が進化し富の所有と蓄積とが或る程度にまで發達したる上にて始めて生成されるものであるに反し、たとひ、古代にありても社會の秩序を維持しその安穩を期するがためには、この古代的觀念にもとづく公序良俗を侵害する者に對して何等かの制裁を加へざるを得なかつたからであり、その刑罰が神裁的であると人裁的であるとは問ふところでない。

わが上代に於ける贖罪はもとより刑罰の一部にしか過ぎなかつたけれども、疑ふべくもなく我が固有法にその源を發しつつ、大化以後の唐制を繼受することによつて愈々ますますその内容を發展せしめたものであつて、日本刑罰史上に特殊の意義を有してゐる。[一]さうして、贖罪とは卽ち罪を贖ふことであつて、次節に述べるやうに神に對する汚れたる罪を贖ふために祓具を捧げて罪を解除することが根本觀念であつたのであるが、次第にこれが財産刑たるの性質を明瞭にするやうになり、律令法においても贖罪は財産刑の一種としてこれを重視した。本稿はこの贖罪が如何にして施行され發展せしめられて行つたかの沿革を敘述するを以つて目的とするものである。

一　古代ヨーロッパにおける罰金刑の起原に關し、木村敎授『罰金刑の諸問題』（刑政、第四十八卷第六號第五頁乃至第六頁）參照。別に、松平齋光學士『中世心理に關する一考察』（一）（國家學會雜誌、第四十九卷第十一號、第四一頁）にも、贖罪金（Wergeld）に論及された。

二　古代末期の贖罪法

一　大化以前にあつても既に死刑・流刑[二]・奴婢刑[三]・黥刑[四]・財産刑[五]などが行はれてゐたが、刑罰のもつとも古代的なものとしては實に贖罪を擧げねばならぬ。そもそも、わが古代人の罪に對する觀念は極めて神秘的なものであつて、總括的にこれを言へば神に對する神聖の冒瀆より生じたる汚れが卽ち罪であると觀念せられてゐた。かの大祓に讀まれた祝詞には罪を天津罪と國津罪との二者に分ち、前者は畔放・溝埋・樋放・頻蒔・串刺・生剝・逆剝・尿戸等々であり、後者は生膚斷・死膚斷・白人胡久美・己母犯罪・己子犯罪・母與子犯罪・母與母犯罪・畜犯罪・昆蟲乃災・高津神乃災高津鳥乃災・畜仆蠱物爲罪等々であつた。[六]これによれば、天津罪とは神威を冒瀆し社會秩序を紊亂する行爲であり、國津罪とは人體の汚れ・骨肉相姦・獸姦などを包含するところの、人道に反する行爲を指ざしたことが明かであり、しかも、これを全體的に見れば『汚れ』といふ思想が中心になつてゐるが、この『汚れ』

はとりも直さず神に對する『汚れ』だつたのである。清淨明朗を尙んだわが古代人がこのやうな思想を抱いてゐたのは不思議でない。元來ツミといふ語は、神靈の喜ばざる現象や事物や行爲などの一切を含み、ツツミの形においては疾患を意味し、穢の意味を以つて木屑をコツミと言ひ、災祟はマガツミと稱せられた。されば、不謹戒の行爲を爲すこともツミ(罪)であり、これに對する冥罰も亦ツミ(刑)であつて、時にはツミナヒとも言ふことがあつた。[七]しからば、かくの如き觀念を有する罪に對して如何なる刑罰が科せられたか。

一　死刑の事例として、例へば、允恭紀五年秋七月に玉田宿禰を誅し、雄略紀二年秋七月に天皇の召しに應ぜず他の男と通ぜる百濟の池津媛夫婦の四支を木に張らしめ火刑に處し、同紀九年春二月に采女を犯せる凡河内直香賜を斬し、その他かかる記事は多く見えてゐる。

二　安康紀二十四年夏六月、同母妹を奸せるために流刑に處したる記事がある。

三　例へば欽明紀廿三年夏六月の條(日本書紀、卷十九、國史大系六國史本、第四〇五頁)。

四　履中紀元年夏四月の條には、仲皇子とともに逆を謀れる阿曇連濱子の死を免じて墨(ひたきざむつみ)を科したとある(日本書紀、卷十二、國史大系六國史本、第二五七頁)し、雄略紀十一年冬十二月の條にも罪により面を黥みて鳥養部となしたことが見えてゐる(日本書紀、卷十四、第二九九頁)。

二　古代末期の贖罪法

五　雄略紀十三年春三月、采女を奸せる薗田根命の資財を没収してこれを物部目に賜ひ（日本書紀、巻十四、國史大系六國史本、第三〇〇―三〇一頁）、同紀十八年秋八月の條には物部莵代の怯弱を罪してその猪名部を奪つた（日本書紀巻十四、第三〇五頁）。

六　延喜式、第八、神祇八、祝詞（國史大系、第十三巻、第二六九頁）。

七　松岡靜雄氏『紀記論究』神代篇三、高天原第八七頁。なほ城戸幡太郎氏『古代日本人の世界觀』第一三七頁をも參照。

二　神祇に對する汚れたる罪の祓除を行ふのは恐らく一氏族の全員または代表員が當人を引率し、神前に至り、ノリトを奏してその解除を乞うたものであらうと考へられるが、その際には神前へ祓具を供した。しばらくこれを古說話に徵して見よう。

說話として最も早く見へるのは伊弉諾尊が、伊弉冉尊の黃泉に入られたのを追ひ行かれ、ひそかに湯津爪櫛を取りてその雄柱をひき折き、以つて秉炬として見られたところ、伊弉冉尊の御體には膿沸き虫が流つてゐたので、泉津平坂に還られたのち身の汚れを滌ひ去てるため筑紫の日向の小戸の橘の檍原に至つて祓除ひをされた、といふ紀の一書の所述である。[一] これは祓除の內容を詳しく說明してゐないが、ともかく死人を見るといふことは非常な穢であると考へた古代人の思想を表白したものに外ならない。

贖罪に關する最も典型的な說話は恐らく素盞嗚尊の場合であらう。紀の記るすところに據れば、天照大神に對する素盞嗚尊の所行が甚だ無暴であつたので、大神はつひに天岩窟に入られた。それがために六合の內常闇にして晝夜の區別なき狀態であつたので諸神が天岩窟の前で神樂を奏して漸く大神の出御を得、それと同時にもろもろの神たちは過を素盞嗚尊に歸して多數の財物を提供すべきことを命じ、その髮（または爪）を拔いて罪を贖はしめたと言ふのである。[二] 紀の一書に、『故れ諸神大に喜びたまひて、卽ち素盞嗚尊に千座置戶の解除を科せて、手の爪を以ては吉棄物と爲し、足の爪を以ては凶棄物と爲す。乃ち天兒屋命をしてその解除の太諄辭（ふとのりと）を掌りて宣らしむ。[三]』とあるより見れば、素盞嗚尊より祓具を徵しこれを神前に供して、以て天兒屋命をして尊の罪の解除のためにノリトを奏せしめたのが順序であつて、この場合のノリトは誠心誠意、神祇に誓つて素盞嗚尊が犯したる神祇冒瀆の罪の赦免を乞ふ內容を有した

ものに相違なく、また尊から徴したる祓具は財産刑といふ明白な觀念はなく、むしろ宗教的な意味において神に捧げたものであらう。――以上の贖罪はわが古代的觀念を最もよく現はしてゐるものであると言はねばならぬ。

かくの如き思想はこれを別の言葉で言へば、神の怒りを解除せんがために贖ひ、ハラヒを行ふものであるといふことが出來る。日本武尊が誅賊のために相模より上總へ渡られんとしたとき、暴風が忽ちに起り渡り得なかつたので、隨行の女(弟橘媛)は尊に申して、『今風起り浪泌(ヘヤ)くして王船沒(シヅ)みなんとす。是れ必ず海神の心ならむ。願はくは、妾の身を以て王の命を贖ひて海に入らむと、言ひ訖りて乃ち瀾を披(オシワ)けて入りぬ。暴風卽ち止みて、船岸に著くことを得たり。』と紀に見える[四]のは人身を犧牲に供して神の觸怒を解除(ハラヒ)せんとしたものであり、また履中天皇の五年冬十月に、去月崩御された皇后を葬りましたが、天皇は、神の祟を治めずして皇妃を亡ふを悔ひられ、神の祟を招きたる所由を探究された。然るに、或る者が車持君が筑紫國に行(マカ)りて悉く車持部を挍(カト)り、兼ねて充神者(カムベラノダミ)を取つた。必ずこの罪であらう、と上奏した。ここにおいてか天皇は卽ち車持君を召喚し

推問されたところ、果してそれは事實であつた。そこで、車持君は天子の百姓を撿挍(カト)りたる罪と、すでに神祇に分ち充てたる車持君を奪ひ取つた罪とにより、惡解除(善解除(素盞嗚尊の場合を想起すべし)を負せて、長渚崎(ナガスノサキ)に出でて祓禊(ハラヒミソ)がしめたのであつた。[五]これも亦車持君が神の怒りに觸れる行爲(卽ちツミ)をなしたから皇后が崩御せられ、仍つて當人に祓禊をなさしめたのであつて、ここにも古代的觀念の殘影響を認めることが出來る。法と道德および宗教の三位一體的結合は古代に遡るほど愈々ますます顯著であつたのである。

一　日本書紀、卷一、神代上國史大系六國史本、第一二頁以下)。
二　日本書紀卷一、神代上、第三〇頁乃至第三一頁。
三　日本書紀、卷一、神代上、第三五頁。
四　日本書紀、卷七、第一七三頁。
五　日本書紀、卷十二、第二五九頁乃至第二六〇頁。

三　以上の如く、もともと贖罪なるものは神に對するツミの解除を意味し、その提供する財物は神に對する一種の捧幣物だつたのであるが、かくの如き古代

的思想も富の蓄積と支那思想の影響とを受けて次第に別の新しき觀念に轉化しつつあつた。もとよりこの轉化は極めて徐々に行はれたものであつて明確に時代的限定をなすことは出來ないが、恐らく推古朝頃にはもう既に贖罪が一種の財產刑にまで發展しつつあつたであらうことは、ほぼ推測することが出來る。かの太諄辭の如きも六月と十二月の晦日に行はれる大祓にあたつてほんの形式的に讀まれる古代習慣の遺習にしか過ぎなくなつたことであらう。天武紀五年八月辛亥の條に、大祓をするために國別に國造は祓柱として馬一匹・布一常を、以外の郡司はおのおの刀一口・鹿皮一張・鑞一口・刀子一口・鎌一口・矢一具・稻一束を、且つ戸ごとに麻一條を、それぞれ獻納せしめてゐることが見えるが、これは祓具として如何なるものが古代において興味はあるが、しかし祓具の徵收と奉納それ自體が全く形式的な行事と化し去り、古代的觀念と甚だ遠いものあるに至つてゐることを物語るものであらねばならぬ。

さて前に戻つてわれわれは贖罪の財產刑化せる跡を辿らう。

仁德紀四十年春二月の條に、皇女の玉を盜んだ阿俄能胡は私地を獻じて死罪を免せられんことを請ふて許され、履中紀即位前紀には、皇軍に叛せる倭直吾子籠が自己の妹を獻りて死罪を許されて居り、雄略紀十年秋九月、身狹村主青は吳の獻れる鵝を將て筑紫に到りたるに、この鵝が水間君の犬のために嚙はれて死んだ。そこで水間君は大いに怖れ憂ひて自ら默すること能はず鴻十隻と養鳥人とを獻じて以つて罪を贖はんことを請ひ、天皇またこれを許された。また繼體紀二十二年十二月、皇軍に叛せる磐井の子筑紫君葛子は、父の罪に坐りて誅せられんことを怖れて、糟屋屯倉を獻りて死罪を贖はんことを求めたし、安閑天皇の元年夏四月、珠を獻ずべく命せられた伊甚國造稚子直はこれを遲滯して進めず、仍つて勅使大いに怒り國造を捕縛して推問せんとしたところ、彼は大いに恐懼し後宮の內寢に逃げ匿れたるに、春日皇后この由を知らずして驚き顚れたまひ、慚愧された。ここにおいてか、國造等は皇宮に闖入せる罪により大いに驚き、謹みて專ら皇后のために伊甚屯倉を獻りて闖入の罪を贖はんことを請ひ、仍つて伊甚屯倉を定められた。更に、同年秋七月、勅使を遣はして皇后のために屯倉

として天下の良田を簡擇(エラ)ばしめられたとき、大河内直味張に對しその雌雉(キジダ)田を奉進すべく命じたるに、彼は虚言を弄して王命を肯じなかつたので、閏十二月にいたり大連大伴金村は王・土・王臣の原則が天下の基本思想であることを切言したため、味張は自己の罪と不明とを謝し、今より郡ごとに鑊丁(クハヨボロ)を以つて春に五百丁・秋に五百丁を天皇に奉献せんことを申し出でて居り、かくて味張はこれによつてその罪を贖ふことが出來たのであつた。

さて然らば以上の事實は如何なる歴史的意義を有するものであるかといふに、實に財産刑の生成と發展とを物語るものであらねばならぬ。曾て神に對する罪を贖ふために供せられてゐた祓具はいまだ嚴格なる財産刑の性質を意識されて居らず、ただ偏えにこれによつて神の怒りを鎮めんとしたのであつたからして、多分に神秘的性質を有するものたることを否み得ない。然るに、すでに仁徳天皇の頃からは同じ罪を贖ふといふ思想は殘傳してはゐても、その主潮はあくまでも俗世間的――いはば地上的――犯罪を贖ふために、往昔の祓具とは似てもつかぬ土地や人身を供することになりつつあつた。もとより、これは單

なる一傾向であつたに過ぎないにしても、時代を降るとともに次第に一般化されて行つたことは疑ふの餘地がない。換言すれば、祓具が物的刑罰――すなはち財産刑にまで進んで來たのであつて、これは刑罰進化の大道を歩んだものに外ならない。しかして、このことは反面において土地所有制度が或る程度まで發達して、彼の屯倉制度や田莊制度が大いなる社會的意義を占むるに至つてゐたと同時に、大伴大連が味張に向つて王・土・王臣の思想を切言してゐるやうに、このごろ既に支那の儒教思想が少からずわが爲政者に影響を及ぼして居つたからである。古代における財産刑の生成と發展は實にこの經濟的及び思想的方面の影響に基礎を置くものであると言はねばならぬ。

一　日本書紀、卷廿九（國史大系六國史本、第六〇八頁）。
二　同卷十一、第二四六頁乃至第二四七頁。
三　同卷十二、第二五五頁。
四　同卷十四、第二九八頁乃至第二九九頁。
五　屯倉は皇室御領であつて、特に近畿地方を中心として各地に設けられた。『釋日本紀』には屯倉を説明して、『天子之米廩□』と言つてゐる（釋日本紀、卷十、（新訂增補國史大系、第八卷、第

一四一頁）。さうしてこの屯倉に對し諸豪族の領地を田莊（タトコロ）と言ひ、極めて廣大なる面積にわたつたが、これ等は大化改新において王土となり、また彼等が私有して田莊を耕作せしめてゐた人民――部民――も同時に王民となつて、いはゆる王土王民制度が布かれるに至つたのである。

六　日本書紀、卷十七（國史大系六國史本、第三五〇頁）。

七　同卷十八、第三五八頁。

八　同卷十八、第三五八頁乃至第三六〇頁。

三　律令における贖罪法

一　以上の如く古代末期より發展し來つた贖刑の財産刑化は王朝時代に入ると全く確定的のものとなつて來た。ここに王朝時代といふのは大化改新より平安末期に至る期間であつて、この前後五百有餘年の長い間には法制上にも幾多の重要なる變遷があるが、しかし財産刑の確立と發展に關する一點においては別の時代的範疇に屬するものではない。

ところで、法律生活は徐々に變遷し發達するものであつて、事を贖刑について見ても、古代末期よりこれが純然たる財産刑化する傾向を辿りつつあつたとは言へ、そのことは必らずしもかかる傾向が社會の支配的體制となりつつあつたことを意味するものではない。惣じて傳統を重んじ保守的に傾きやすい法律制度にあつては、舊制度と新制度との交替を一定の時期を限つて確然と定めることの不可能なる所以は今ここに事々しく述ぶるまでもない。かの古代的傳統を持つ贖刑の如きも古代末期から王朝時代に入つても尚ほ民間では陰に行はれてゐたに相違ない。この點に關し孝德天皇大化二年の紀に次の如くあるのを注意すべきであらう。すなはち、今それに據れば、賦役に徵せられた人民が事を終へて鄕に還るの日にはかに病みて路頭に死んでゐると、ここに路頭の家主は『何故に人をして余が路（アタリ）に死せしむるに祓除（ハラヘ）しめたり、或ひは百姓の河中に溺死せるに遇はしむ』と言ひて死者の友伴（トモガキ）を留め强（アナガ）ち兄が死ぬるも溺れるもこれを救はざる弟が多い。また賦役に從事する民あり

て路の頭(ホトリ)で炊(カシ)ぎ飯(イ)んでゐると、路頭の家主すなはち『何が故に情(コヽロ)の任(マヽ)に余が路に炊(カシ)ぐ』と言ひて強ちに祓除しめ、或は百姓が他から飯(コシキ)を借りて飯を炊き、その飯が物に觸れて覆つたりすると、飯の主は卽ち祓除を要求したりする。されば、かくの如きたぐひは愚俗の染(ナラ)へる所であるから今これを悉く禁止するといふのである。これに據つて見れば、自己の家邊にて死者があつたり、飯を炊かれ居て、飯を覆されたりすることは一種の觸穢であり、しかも、これ取りも直さず神に對する汚れであるから神の怒りに觸れて神罰を蒙ること必定であると考へ、かくして祓除せしめたのであるが、その祓具として相手から何程かの財を徵したことであらう。しかして、この徵したる財物が果して純粹の古代的意味における祓具であつたか、それとも一種の私的財産刑と考へられてゐたかは明確でないが、右の如き祓除の行爲それ自體は未だ多分に古代的傳統を有するものであることを承認せざるを得ない。もとより政府は今これを禁止するに至つたが、その禁止が廣く行はれるがためには尙ほ相當の年月を經過しなければならなかつたことと考へられる。すなはち、この一事によつて見ても贖刑の財産刑化

は古代末期より一つの傾向として生成し來つたものではあるけれども、未だ必らずしも支配的體制であつたといふことは出來ない。

けれども、當代における法律進化の大道は古代的贖刑の存在を許さなかつた。唐の法制の移植が卽ちその大なる拍車となつたのである。唐法の移植については今ここに事新らしく述べる必要を見ないから省略するが、贖銅の制は正に典型的な財產刑であつたのである。さて、贖銅といふのは銅(後述)を以つて刑に代へる方法であつて、養老の名例律に據れば、凡そ議請減の特典を有する者、八位および勳十二等の者、竝びに減を得べき者の父母妻子が流罪以下を犯した場合には、銅を納めて刑に代へることが出來た。[二] その割合は次の如くであつた。[三]

笞罪五	笞十、贖銅一斤	笞二十、贖銅二斤	笞卅、贖銅三斤
	笞四十、贖銅四斤	笞五十、贖銅五斤	
杖罪五	杖六十、贖銅六斤	杖七十、贖銅七斤	杖八十、贖銅八斤
	杖九十、贖銅九斤	杖一百、贖銅十斤	
徒罪五	徒一年、贖銅廿斤	徒一年半、贖銅卅斤	徒二年、贖銅四十斤
	徒二年半、贖銅五十斤	徒三年、贖銅六十斤	
流罪三	近流、贖銅一百斤	中流、贖銅一百廿斤	
	遠流、贖銅一百四十斤		
死罪二	絞斬二死、贖銅各二百斤		

すなはち右の特典を有する者は、たとへ死罪を犯すも贖銅二百斤を納めることによつて死を免せられるのであつて、財産刑の偉大なる進出に一驚を喫せざるを得ないものがある。なほ、右の者以外に贖を許される場合は多々あるのであつて、鬪訟律では、戯殺傷囚は鬪殺傷より二等を減じ、无官は贖すべく、過失殺人また各々その狀により贖を以つて論じ、[四]斷獄律では、疑罪はおのおの犯すところにより贖を以つて論ずるし、[五]また名例律では、官位ある婦人が罪を犯した場合、各々その位により議請減贖當免の律に從ふとともに、五位以上の者の妾も八虐を犯すにあらざれば流罪以下は贖を以つて論ずるを許したのみならず、[六]官を以つて徒罪に充てた場合、もし罪が輕くて官が無くならなければ、官を留めて贖を收め、もし官が低くしてその罪に代へ得ない場合には、殘りの罪のために贖を收めしめることとした。[七]かやうに律の刑は有位者にとつて極めて有利に作製されて居たものである。なほ一般庶民にあつても、特にその年齡により體刑に代へるに贖を以つて許されることがあつた。名例律に據れば、[八]年七十以上・十六以下および廢疾者が流罪以下を犯せば收贖し（但し加役流・反逆緣坐流・會赦猶流には

この律を用ひず）八十以上・十歲以下および傷人は贖を收することとなり、以つて老者・幼者・廢篤者にのみ特別の財產刑を科したのであつた。ただ、議請減有位・有官者の內、加役流・反逆緣坐流・子孫犯過失流・不孝流および會赦猶流の五流はおのおの減贖の法を用ひず除名配流を行ひ、更に、二等以上の尊長および外祖父母・夫・夫の父母は過失殺傷を犯して徒に當る者、若しくは故意に人を毆打して廢疾に至らしめ流にあたる者、男夫は盜を犯したる者（徒以上の場合）、及び妻妾は姦通罪を犯したる者、――これ等はまた減贖され得ないこととなつてゐる。[九]

一　日本書紀、卷廿五（國史大系六國史本、第五二六頁）。
二　日本古代法典本、第二四頁。
三　日本古代法典本、第一七頁。
四　日本古代法典本、第一八七頁。
五　日本古代法典本、第二一八頁。
六　日本古代法典本、第二六頁。
七　日本古代法典本、第三七頁。

八　日本古代法典本、第四六頁乃至第四八頁。
九　日本古代法典本、第二四頁乃至第二五頁。

二　收贖のことは刑部省の被官たる贓贖司においてこれを掌つたから、[一]贖銅を徵するには先づ太政官符を刑部省に下され、[二]刑部省はこれに基づいて贓贖司に命じて執行せしめたのであつた。その後、平安時代に入り檢非違使が巨大なる進出を遂げるとともに、收贖のこともまた檢非違使の手に移つて行つた。すなはち、弘仁十一年十一月二十五日の太政官符を以つてこのことを命じたが、檢非違使の事務は繁多にして到底この任に堪へ得ないといふので天長九年七月九日一旦中止したが、[三]天曆四年十月十三日の太政官符に據れば、[四]囚獄司の官舍が顚倒してその實なきこと久しく、四面形を顯はし殆んど宿直の居なく、漸くにして孤兎の棲となつた。これによつて年來、徵するところの贖物を便宜上宿納してゐたが數々盜失するといふ有樣である。[五]然るに獄囚はいま檢非違使の管するところとなつてゐるから贖銅も亦檢非違使をして徵せしめることとなり、ここに令制の刑部省は後退して令外之官たる檢非違使の掌るところとなつたのである。然るに、檢非違使は初めのうちは贖銅を徵してゐたけれども、使廳において發達し來つたいはゆる廳例の刑法はここにも亦重要なる變革を現じ、右大臣藤原宗忠をしてその日記『中右記』永久二年六月三十日の條において、

但於贖銅刑部省法也、使廳之習贖銅之科、只令候散禁計也、

と言はしむるに至り、[五]かくて贖銅法は少くとも平安中期以降には散禁といふ自由刑に代替せしめられるに至つたのである。[六]

一　令義解、卷一、職員令(國史大系、第十二卷、第四四頁)。
二　政事要略、第八十二(日本經濟大典、第二卷、第七二一頁)。
三　類聚三代格、卷二十、斷罪贖銅事(國史大系、第十二卷、第一〇五一頁乃至第一〇五二頁)。
四　政事要略、第八十二、第七一四頁乃至第七一五頁。
五　中右記(史料大成本、第四卷、第三二二頁)。
六　散禁に就いては、拙稿『上代における囚獄制度』(法學志林、第三十七卷、第十號第四八頁)參照。

三　養老の獄令の規定によれば、人を傷害し及び誣告して罪を得た者が贖する場合には、その銅は誣告せられ及び傷損せられたる者の家に納め、もし兩人相犯して罪を得た場合および同居者の相犯せる場合は、その銅を官に入れること

となつてゐるが、右の始めの例の如く被害者へ贖銅を入れることは例外とも言ふべきであつて、原則として官に納めるべきであつた。されば延喜式には諸國より申送せる流移人および家口の未だ發遣せざる間はこれを獄中に禁錮するが、その粮は贓贖物を以つて充て（人別白米一升・鹽一夕）、また、獄囚に給すべき衣粮・薦蓆・醫藥および獄舍修理の料は同じく贓贖物を用ふることとなつてゐるのである。[二]

贖を納むるには期限が定められてゐた。いま獄令を檢するに、[三]死刑を贖ふには八十日限り、流は六十日、徒は五十日、杖は四十日、笞は三十日とし、若し故なく限を過ぎて納めなければ恩赦に會ふも免せず、といふことになつて居り、斷獄律には更にこれに對する刑を規定して、一日過ぐれば笞十、五日は一等を加へ、杖一百にとどめる[四]としてゐる。しかし、刑部省が次第に無力化しつつあつた平安初期からは諸人懈怠して贖銅を納めず、日限を過ぐる者甚だ多きに至つた。弘仁十一年十一月二十五日の太政官符は卽ちこの狀を指摘して、『今犯罪之輩相續不絕、贓贖未納逐年彌多、追徵之吏徒疲催勘、負贖之人无心進納、既狎前斷不畏後科、』云々[五]と叱呼し、以つてその徵收權を刑部省より檢非違使に移さんとしたのであつた。律令制度の弛解は實にこの點からも看取されるのである。

一　令義解、卷十、獄令（國史大系、第十二卷、第三〇五頁）。
二　延喜式、卷二十九、刑部省（國史大系、第十三卷、第八六一頁）。
三　令義解、卷十、獄令、第三〇二頁。
四　日本古代法典本、第二一七頁。
五　類聚三代格、卷二十、斷罪贖銅事（國史大系、第十二卷、第一〇四七頁）。

四　贖銅はその字の如く銅を徵するものであるが、[一]しかし、これが全般的に行はれたと速斷してはならない。何となれば、養老の獄令に、凡そ國内に銅鐵を出せる處ありて官いまだこれを採らざれば百姓の私に採ることを許してはある[二]が、しかし、銅は必らずしも一般的に人々の手に在つたものでもなし、況んや贖のために銅を納めることは不可能の場合が多かつた。されば、延喜式には『凡贖罪無銅准價徵錢、』[三]と規定せざるを得ず、また政事要略にも『又贖銅代錢、刑部省代、』[四]と見えてゐる所以である。これ卽ち銅に代ふるに錢を納めたものに外な

らない。しかしながら、わが王朝時代において錢貨はしかく支配的な貨幣でなかつたのみならず、むしろ稲布などは錢貨や銅などとともに贖として上納したのであつた。次に掲ぐる大館高門所藏文書はこの點を證する貴重の史料である。曰く、

今五刑贖法定　明法師飛鳥造水長、笞五、笞十、贖銅一斤布充二丈六尺、稲充十束也。笞廿、贖銅二斤、布充二段、稲充廿束。笞卅、贖銅三斤、布充三段、稲充卅束。笞卌、贖銅四斤、布充四段、稲充卅束。笞五十、贖銅五斤、（此下當レ補下布充二五段一、稲充二五十束一、九字上（中略））杖五、杖六十、贖銅六斤、布充六段、稲充六十束。杖七十、贖銅七斤、布充七段、稲充七十束。杖八十、贖銅八斤、布充八段、稲充八十束。杖九十、贖銅九斤、布充九段、稲充九十束。杖一百、贖銅十斤、布充十段、稲充百束。（中略）徒五、徒半年、贖銅十斤、布充十段、稲充百束。徒一年、贖銅廿斤、布充卅六段、（當レ作二卅六段一、）稲充三百六十束。徒一年半、贖銅卅斤、布充五十四段、稲充五百三束。徒二（年）、贖銅卌斤、布充七十段、（當レ作二七十二段一、）稲充七百廿束。徒二年半、贖銅五十斤、布充九十段、稲充九百束。徒三年、贖銅六十斤、布充百八段、稲充千八十束。（中略）五流、近流、罪限一千里、贖銅佰斤、布充百八十段、稲充千八百束。中流、罪限二千里、贖銅佰廿斤、布充二百十六段、稲充二千百六十束。遠流、罪三千里限、贖銅百卌斤、布充二百五十六段、稲充二千五百六十束。（中略）死二絞、斬、贖銅二百斤、布充二百五十六段、稲充二千五百六十束。

今これに據つて考ふれば、事實上において布および稲が銅の代りとして贖せられたことの甚だ少くなかつたことを知り得るのであつて、例へば死罪にあたる者も銅二百斤に代ふるに布二百五十六段または稲二千五百六十束を贖へばその死は免せられるのであつた。これが主として有位者に適用された恩典であることは既に前述せる通りであつて、律令が有位者中心であつた反面を物語れるものである。

一　採銅狀態に關しては拙著『上代貨幣經濟史』（昭和九年）第五〇頁以下に詳し。
二　令義解、卷十、雜令（國史大系、第十二卷、第三〇七頁）。
三　延喜式、卷二十九、刑部省（國史大系、第十三卷、第八六一頁）。
四　政事要略、第八十二（日本經濟大典、第二卷、第七二一頁）。
五　拙著『上代貨幣經濟史』第二二七頁以下。
六　拙著『上代貨幣經濟史』第二四三頁以下。

七　古事類苑、法律部一、第二七一頁。なほ瀧川政次郎博士はその著『法史瑣談』において次の如く述べてゐられる。『養老の賜綿令に據れば、當時丁男一人一日の法定勞賃は、布二丈六尺（幅二尺二寸）であつたことが知られるから、銅一斤に代へられる布二丈六尺は丁男十日分の法定勞賃に當るものである。故に右の文書に言へる如く徒一年を布三十六段で贖へば、丁庸三百六十日分の法定賃銀を官に入れて、一年の徒役を免ぜられる勘定になるのである。』（第四二頁）と。

五　さて、わたくしは以上によつて王朝時代の贖罪法を主として成文法に基いて述べたのであるが、すでに屢々述べるやうに、世は擧げて古代的祓具を財産刑化してゐたから、當代に行はれた贖銅刑が財産刑の一種であつたのは言ふまでもない。そこには太諄辭が奏せられることもなければ、贖物を神前に供することも行はれず、況んや神に對する穢を祓はんがために行はれたものでは更々ない。それは飽くまでも財産刑として銅・錢・布・稻などが唐制の影響を多分に受けつつも、しかも古代祓具の遺制を繼受しながら或る程度まで一般的に行はれた點に意義があるのである。

四　財産刑の發達

一　總じて、律令法における刑罰は財産刑が極めて稀薄であつた。廣く知られてゐるやうに、律の規定する刑罰は、笞・杖・徒・流・死の五刑であつて、これが刑罰の基本體系をなして居り、その主流は言ふまでもなく自由刑・肉體刑であつた。しかして、律令に據れば、贖刑とともに財産刑に數へらるべきものは、わづかに次の場合あるに過ぎなかつた。すなはち、家人奴が主および主の五等以上の親族を姦して生むところの子は各々沒官（但し、強姦せらるれば所生の男女は卽ち良に從はしめ、また、その主および奴が相互に元々相知らず、姦して後ち始めて知らば、律に依り犯時不知之法に准じて良に從はしめる）し、また、謀反および大逆犯人の父子・家人（奴婢は言ふまでもなし）・田宅資財（同居親の田宅資財をも含む）、官司いまだ交易せざるの前に私に諸蕃と交易し、これを告發された場合には、その物を二分して一分を告者に賞し、一分は沒官するが、もし官司がその所部において捉へ

たならば、その物全部、[二]僧尼が私に園宅財物を蓄へ及び輿販出擧したる物ならびに齋會にあたり奴婢牛馬および兵器を以つて布施となしたる場合、[四]賭財、[五]行濫短狹物（但し、短狹物は後ち主に還す）[六]、さうして名例律に據れば、彼此俱罪の贓・犯禁の物・取與不和および乞索の贓、等々は皆それぞれ沒官し、ただ取與不和の贓および乞索の贓は後に原所有者が明かな場合に限り返附するが、ともかく一應は沒官するのである。[七]尤も、養老の律令以前にも既に和銅六年三月十九日の詔の如く、土地の賣買にあたつて錢貨を以つて價となさず他物を用ふれば、田ならびにその物を共に沒官し、糺告者あらばこれを告人に給ふといふやうなことも令せられたが、[八]それにしても財產刑はわづかに以上の如きものであり、それも多くは附帶刑たるに過ぎない有樣であつたのである。

一　令義解卷二、戶令（國史大系、第十二卷、第九六頁乃至第九七頁）。いふまでもなく、當代の奴婢は一つの財物であり、これを沒官することは取りも直さず一つの財產刑である。

二　賊盜律（日本古代法典本、第八八頁）。

三　令義解、卷九、關市令（國史大系、第十二卷、第二七六頁）。

四　令義解、卷二、僧尼令、第七九頁、第八一頁。

五　令義解、卷九、捕亡令、第二八三頁乃至第二八四頁。

六　法曹至要抄、中、負債（新校群書類從、第四卷、第一八九頁）。

七　日本古代法典本、第四九頁乃至第五〇頁。

八　續日本紀、卷六（國史大系六國史本、第七四頁）。

二　以上の如き律令の刑罰法は、しかしながら、格において次第に財產刑を增加することに依つて漸次的なる變化を遂げて行つた。ここに財產刑といふのは沒收刑であつて、中世に見られた寺社修理料や近代法に見られる罰金・科料などよりも漠然たる內容を有してゐるが、ともかく、その變移は上代刑罰史上において一つの進化たるを失はぬ。さて、沒收刑が次第に廣く行はれるに至つたについては固より若干の原因はあるが、特に、人民日常の取引關係や不法行爲などに對しては、體刑を加ふるよりも沒收刑の方が適當であつたことと、奈良朝末期より巨大なる進出を遂げつつあつた寺社權門勢家に對する刑罰としても沒收刑以外に事實上採るべき適切なる刑罰を見出し得なかつたのである。

ところで、人民の日常取引關係についての沒收刑適用のことに關しては改め

て說くまでもなく自明なことであるから、ここでは寺社權門勢家に關する沒收刑を述べ、これが次第に律令の刑罰體系中に注意すべきものとなつた動向の一班を闡明したいとおもふ。さて、養老五年三月九日の詔に據れば、王公卿士および豪富の民が多く健馬を畜し、競ひ求むること限りなく、ただに家財を損失するのみでなく、遂に相爭ひ鬪亂を致す、そもそも畜馬の數は官位によつて定められてあり、親王および大臣は二十疋を過ぐるを得ず、諸王諸臣三位以下の者は十二疋・四位六疋・五位四疋・六位以下庶人までは二疋である、若しこの數を過ぐれば皆沒官する。[二] また天平勝寶六年十月十四日の太政官謹奏は雙六を禁斷せんことを奏し、官人百姓憲法を畏れず、私に徒衆を集め意に任せて雙六をなし、淫迷に至つて子は父に順ふなく、つひに家業を亡し又孝道を損ず、望み請ふらくは、ひとへに京四畿內七道諸國に仰せて固く禁斷し、その六位以下は男女の論なく杖一百に決し、五位は卽ち見任を解却し位祿位田を奪ひ、四位以上は封戶を停廢し、職國の郡司阿容して禁せざれば亦皆見任を解却し、もし顯申二十人以上あらば無位は位三階を叙し、有位は物を賜ふこと絁十疋・布十端、その賭くるところの資財は

皆ことごとく沒官せん、臣等商量することを前の如し、伏して天裁を聽かん、[三]と言つて居る。これによつて、われわれは、六位以下の者には體刑を加ふると同時に賭物を沒收するが、五位以上の貴族に對してはその財產たる位祿・位田または封戶を沒收停廢すると同時に賭物を沒官するところの、五位以上の者に對する財產刑の進出に十分の注意が拂はしめられるのである。次いで、延曆六年正月二十一日の太政官符は、王臣百姓が夷俘と交換せる財物を沒官することを宣し、[四]同十四年四月二十七日の太政官符は、百姓が田園地を寺に賣與することを禁じ、今より以後、もしこの類あらば皆沒官して將來を懲す[五]と言ひ、降つて寬平七年三月二十三日の太政官符は天平九年九月二十一日の格の旨を繰り返し、王臣家が私物を出擧して民の農業を妨げ、これにより租稅收め難く調庸未進す、民を蠹し政を害すること甚しく、しかも國司は阿容して糺正せず、吏たるの道何ぞそれ然らんやといふわけで、王臣家の私出擧を沒官することを切言してゐる。[六]次いで、醍醐天皇はその有名なる延喜二年三月十三日の庄園停廢令において、諸院諸宮王臣家が民の私宅を借りて稻穀等の物を積聚し、號して庄家と稱し好んで官物を妨

げ、國吏の力あえて制止するを得ず、出擧收納自由なる能はず、公事の濟し難きこと職としてこれに因るが故に、(天平九年九月二十一日および天平勝寶三年九月四日の格を繰り返しつつ)臣家の物を諸國に貯蓄することを禁じ、違犯者には違勅罪を科すると共に物は皆沒官すると宣せられた。[七] 養老の職制律に據れば違勅罪は徒二年に處し禁獄することとなつてゐるが、[八] しかし、すでに延喜年間の寺社權門勢家に對して違勅罪を科するといふのはただ名のみであつて、實際これを科し得やう筈がなかつたから、事實上意義を有したのは積聚物の沒官であるが、勢家に眉托して私利をむさぼるに汲々たる當時の地方官界の狀勢から推察すると、それも實行甚だ困難であつたと言はねばならぬ。それは、爾後歷代相亞いで庄園禁遏を令してゐる[九]に依つて明白にされてゐるのである。

最後に今一例を擧げねばならぬ。延喜三年八月一日の太政官符を見るに、唐の商船が來着のとき、諸院諸宮諸王臣家等は官吏の未だ到らざるの前に使を遣はして唐物を爭ひ買ひ、また墩內の富豪の輩は遠物を愛し値を高くして貿易する、これによつて唐物の價格平ならず、これ卽ち關司が勘過を慥めず、府吏が檢察を簡略するの致すところであるから、爾後は制を犯す者の物を沒收すると言つてゐるが、[一〇] これは前に引ける關市令に立脚するものであるとは言へ、また沒收刑の活用を示す好例であらねばならぬ。

これ以外に沒收刑の進出は尙多く見られたが、延喜十七年九月二十三日の太政官符の如きは、畿外の吏民多く錢を貯蓄し、京畿の士庶は却つて資用に乏しく、既に利を均しふするの義にもとるから爾後は一切これを禁じ、所有する錢は皆官に納めしめることとし、若し藏して官に進めず他人に告發される如きことあらば違勅罪を科するとともにその物の五分之一を告者に給ひ、五分之四を沒官すると定めて居り、[一一] 貞觀九年五月十日の格も亦ほぼこれと同じ內容を有してゐる。[一二] しかして、延喜刑部式によれば、『凡私鑄錢、其作具竝錢銅等物皆沒官』と見え、[一三] また『西宮記』には檢非違使式を引いて、『私鑄錢之輩、停送鑄錢司者、着鉗、與盜人同令沒入資財田宅』とあるが、[一四] かやうに私鑄錢犯人[一五]の作具や錢・銅などを沒收するとともに、犯人の田宅資財をも沒收する時代になつて來たのである。それは體刑を加ふるよりも一層便利であり有效適切であつたからに外ならぬが、し

かも、そのことは知らず知らずの間に律令の規定を改廢しつつあつたのである。

一　牧博士『日本法制史論』朝廷法時代、上卷、第五二八頁。
二　續日本紀、卷八（國史大系六國史本、第一二四頁乃至第一二五頁）。
三　類聚三代格、卷十九、禁制事（國史大系、第十二卷、第一〇一六頁）。
四　類聚三代格、卷十九、禁制事、第一〇一三頁乃至第一〇〇四頁。
五　類聚三代格、卷十九、禁制事、第一〇〇三頁乃至第一〇〇四頁。
六　類聚三代格、卷十四、出擧事、第七七九頁。
七　類聚三代格、卷十九、禁制事、第一〇〇六頁。
八　法曹至要抄、上（日本古代法典本、第二七四頁乃至第二七五頁）。
九　拙著『日本寺領庄園經濟史』第四二八頁以下には庄園禁遏の史的過程を詳細に述つた。
一〇　類聚三代格、卷十九、禁制事、第一〇一四頁。
一一　類聚三代格、卷十九、禁制事、第一〇〇〇頁乃至第一〇〇一頁。
一二　類聚三代格、卷十九、禁制事、第一〇〇一頁乃至第一〇〇二頁。
一三　延喜式、卷二十九、刑部省（國史大系、第十三卷、第八五九頁）。
一四　西宮記、卷二十三、臨時十一（改定史籍集覽本、第五七二頁）。
一五　私鑄錢に關する法制については拙著『上代貨幣經濟史』第一八六頁以下。

三　わたくしは、贖罪法進化の跡を辿りつつ、つひに財産刑が次第に增加する傾向を呈する時代にまで到達した。それは刑法進化の當然の途であると言へばそれまでであるが、かうして事物を具體的に眺めて來るとその『當然の途』なるものが愈々ありありと腦裡に刻せられざるを得ない。さうして、右の歷史を一面より觀れば神秘的刑法より現世的刑法への進化を物語り、更に他の一面より見れば財産が刑罰の目的物として次第に重要性を加へて來たことを物語つて居る。人間は自己の身體を大切にすると同時に富をも大いに愛する。律令法における五刑はもとより犯人を苦しめるに大いに役立つたであらうとともに財産の沒收は亦少からず面喰はせたに相違ない。殊に五刑のうち徒を除く他の四刑はいたづらに犯人に害を加へるのみにて國家は直接的に何等の利益をも得ないのであつたが、財産刑の增加の結果は必然的に國家財政への直接的寄與を齎らし、同時にその反面において犯人に對し或る程度の苦痛を與へた點から考へて、財産刑は五刑よりも遙に進歩せるものであつたと言はねばならぬ。

しかし、この財産刑なるものも、主として犯罪に供したる物財を沒收するといふ點に中心思想が置かれて居り、いまだ罰金・科料といふ如き觀念にまでは到達してゐなかつた。それが盛んに行はれるに至つたのは中世を俟たねばならないのである。[一]

一　この點に就いては、拙稿『中世における武家刑法の基本主義』（刑政、第四十七卷第十二號、第三一頁乃至第三三頁）參照。

第三　平安朝の死刑廢止に就て

一　はしがき

死刑廢止の論議はヨーロッパにおいても早くから繰り返され、特にベッカリアの『犯罪と刑罰』（一七六四年）が公けにされてからは世の大いに注目するところとなり、わが國でも最近瀧川幸辰氏の如きは死刑廢止の必要を大いに主張されるに至つてゐる。さうしてそのことは、改善不能と目されてゐた確信犯人や累犯人や或は兇惡犯人に對する新らしい行刑によつて次第に改善され得ると確信せられるに至つて一層痛感されるに至りつつある。

死刑廢止に失敗した第十九世紀の後を受けたる第二十世紀が果してこれを

實行し得るや否やは姑く別問題として、その效果を奏するまで人々の努力は依然として續けられるであらうし、また續けられねばならぬ。かかる秋にあたり、死刑の廢止が行はれたわが平安時代についてその刑法史の一齣を物語るのもあながち徒事ではないのみならず、現代の死刑廢止論に何等かの寄與を爲し得るものがあらう。死刑廢止の論議に參加することは今わたくしの力の及ばざるところであるから、わたくしは法制史家らしく矢張り古法を顧みるより仕方がない。

二　死刑廢止の沿革

今日わが學界において、平安時代に死刑が廢止されたといふことは一の定說であるかの如くに見へる。そこで、わたくしは先づ死刑の廢止が如何にして行はれたかの法規の沿革から明かにして行きたい。

さて、養老律に據れば死刑には絞と斬とがあり、斬を以て重しとした。その理由については今ここに詳述する限りでないから省略するが、皇室を始め貴族その他において佛法を信仰すること非常に篤く、聖武天皇は『三寶の奴』と自稱せられた程であつたから、佛法思想は政治上に至大なる影響を齎らした。さうして、その結果、或は恩赦令の頻發となり、或は殺生禁斷の頻令となつて生類の命を斷つを避けんと努められたが、禽獸の殺生を禁斷した位であるから人類の殺生を禁じ、從つて死刑廢止の機運に向つて行つたことは敢て異とするに足らぬ。

ところで、死刑の廢止は一擧にして達せられたのではなくて、初めの間は死囚を減刑し以て死刑を免れしめることであつた。されば奈良時代にはすでに神龜二年(西紀七二五年)十二月二十一日に『死者は生くべからず、刑者は息ふべからず、これ先典の重んずるところなり、豈、恒刑の禁なからんや』との趣旨に據り、死囚を赦して流罪とし、以下それぞれ減免せられたのであつた。これわが國における死刑廢止の思想的前驅であると言はねばならぬ。この事實に依つても知られるように、佛法思想は深く爲政者を支配してゐたのである。天平勝寶八年(七五六年)六月八日より翌年五月三十日まで天下の殺生を禁ぜられたのも同

様の思想に基くものであらう。

かようにして生成されたる死刑廢止の思想は、遂に平安初期に至り定制化された。平安初期の弘仁十三年(八二二年)二月七日の太政官符が卽ちそれであつて、檢非違使の解狀に基いて發せられたるこの符旨によれば、絕者は更に續き難く、死者は再生せざるが故に死刑を廢止し、たとへ律の規定に據つて死刑に該當する犯人に對しても、特に別勅を以て死を免じ、十五年以下の懲役に處することとなつたのである。さうして、これと同時に、他の諸刑をも輕減して著しく寬刑を行ふに至つた。されば、本法に基き死を免せられた犯人は甚だ多く、例へば、天長五年閏三月二十七日、萩原王を射殺した大中臣朝臣春繼は死刑に處せられずして伊豆に流されたに過ぎず、承和十五年十二月四日、大不敬の重罪を犯し絞刑に處せらるべき刑部少輔を、勅して一等を減じて伊豆に配流し、齊衡元年十月二十三日に部下の百姓數人を毆殺せる伊豆前守の死一等を減じて遠流に處し、天安二年十二月八日、部内の百姓首從十七人を率ひて國守および從者等を殺害せる郡司があり、彼れは正に斬刑に當るのであるが、特に死を免じて遠流に處した。

この外、これに關する事實は枚擧に遑なく現はれて來るが、それ等を一々擧げることは煩雜でもあり、無用でもあるから省略する。特にこれを知らんと欲せられる士は、試みに『三代實錄』を披見せられるのみで十分であらう。されば『保元物語』の筆者が『正しく弘仁元年に紀三百四十七年、絕えたる死刑(下略)』と言つてゐるのは故なきことではない。しかして、これに據れば、弘仁十三年に發せられた死刑廢止法は、すでに弘仁元年より以來行はれなかつた制度を單に公的に承認したに過ぎないものの如くである。公家法はかくして死刑廢止を法令化した。

三　死刑の實行

以上の如くして公家法は思想的にも、又多くの實例においても死刑を廢止したが、しかし、それは完全に勵行されなかつた。當時の社會狀態より觀れば、浮浪、乞食は都邑に滿ち、强盜・群盜・惡黨が白晝公然と横行濶歩して抄掠や殺傷やをほ

しいままにしてゐたのであるから、死刑は廢止せられ刑罰が一般に寛刑に向つてゐたとして見ると、社會の治安を維持する規範としての刑法の威力は頓みに減殺され、社會秩序の紊亂はいやが上にも嵩じて行つた。されば、このような社會狀勢の下において死刑廢止を斷行するが如きことは實際問題として容易なことではなく、特に京師の治安維持に任じてゐた檢非違使の如きは屢々死刑を敢行したのみならず、特に武士が檢非違使に任ぜられるようになつてからは、死刑を斷行せざることを寧ろ例外と言ふべく、强盜の右腕を斬つてこれを獄門に掛ける方法が盛んに行はれたのであつた。

されば、すでに延喜六年九月二十日には伊勢鈴鹿山の群盜十六人を誅殺して居り、寛和元年五月二十日には、山陽・南海・西府の海賊を討伐すべき官命に接し乍らひそかに關東に身を隱してゐた官人の首を獄門に掛けたし、正曆三年十二月二日には阿波國の海賊を斬首しこれを獄門に掛けてゐる。その他同樣の事實は甚だ多くして煩に堪へないが、治承三年五月十九日、檢非違使別當時忠の如きは、强盜十二人の右手を切つて獄門に掛け、『百錬抄』の筆者をして『希代事也』と叫ばしむるに至つてゐる。

かくして、死刑の廢止は公家の成法化するところであつたけれども、その實行は決して完全なものではなくして屢々死刑が行はれて居り、又そうしなければ治安維持の責任者たる檢非違使の任務を遂行し得なかつたのであつて、特にこの傾向は、前述の如く武士が檢非違使に任ぜられるに至つてから一層顯著になつた。ここに法と社會生活の實際との間に間隙が存するのである。社會生活にしつくり適合しそれを具體的に反映せる法のみその生命を持續することを得、長く規範たる地位を保持し得るけれども、その反對の法は『惡法』に轉化して機能を喪失するに至るのであり、さうして、われわれはその一例として平安朝の死刑廢止法を擧げ得るのである。

四　公家法と武家法

以上の如く、公家法の死刑廢止法は、少くとも形式的には保元亂に際して、義朝

をして、父爲義を斬らしめることによつて復活されるまで持續されたのである が、それは飽くまでも表面的なものであつて、これが嚴に勵行されたと言ふを得ないこと前述の如くである。されば、平安朝に死刑が廢止されたことを說かれる多くの學者論客は、ただ皮相的に法の形式のみに捉はれて如何にもこの時代に死刑が嚴として廢止されたかの如く說かるる前に、先づ、この法が嚴に行はれたるや否やを反省せらるべきであり、さうして、然る後ち事を論せられねばならぬのである。言ふまでもなく、法の法たる所以はその規範力に在るのであつて、決してそれがただ單に法規であるが故ではない。

かやうに死刑の廢止は嚴行されなかつたが、しかし、それでも兎に角、公家法ではそれが定制となつてゐた。然るにこれに反し、武家の間において發達し來つた不文の慣例法では、公家法の制令如何に拘らずきびしく死刑が行はれた。ここに武家法獨特の片鱗が現はれてゐる。『古事談』に述ぶるところに據れば、白河法皇が天下に殺生禁斷の命を下されたとき加藤大夫成家なる武士が嚴制にも拘らず鷹を捕つてゐたので檢非違使のために逮捕せられ、殺生禁斷の嚴制なるに何故に鷹を捕へるのであるかと糺問せられた。そこで成家の答ふには、自分は刑部卿殿の相傳の家人であり、女御殿(祇園女御)の食料に充てるために毎日新鮮なる鳥を捕獲することを主人より命せられて居り、若しこの主命を怠れば重科に處せられる身分である。ところで、源平の習ひでは、重科といふのは頸を斬られることであり、從つて自分は命が惜しいから、たとへ公家の勅勘を蒙つて禁獄流罪に處せられても、源平の重科よりは輕い故に、悅び乍ら馳せ參ずるところである、と答へた。この答辯は當時に於ける公家法の威力が如何に衰微してゐたかを最も雄辯に物語るものであつて、畢竟、武士の眼中には公家法の存在なく、ただ在るものは『源氏平氏之習』すなはち武家法のみであるとも考へられてゐたのである。もつとも、右の答辯は、公家法の死刑が依然として廢止せられてゐたことを物語つてゐるが、しかし、それは絕對的に解すべきではなく、檢非違使によつて屢々嚴に行はれてゐた死刑の斷行をいささかなりとも抹消し得るものではない。

平安朝における死刑の廢止は、刑事政策として明らかに失敗した。それは當

に嚴行されなかつたのみならず、社會の秩序をして愈々益々紊亂せしめた。當代の社會秩序が如何に紊亂してゐたかに就いては、わたくしは曾て屢々述べるところがあつた。さうして、その失敗の原因は種々であらうが、要するに社會秩序の維持のための十分なる制度が完備してゐなかつた時にあたり、囚人に對し眞の改過遷善を施すことなくして唯その一日も早き釋放のみに腐心し、かくて行刑が單なる形式にしか過ぎなかつたが爲めである。現代の死刑廢止論者は徒らにその名の美なるに眩惑されることなく、先づ行刑の根本的向上に着眼せねばなるまい。わが古法は正にこのことを敎へてゐるのである。

參考書　續日本紀。日本後紀。續日本後紀。文德實錄。三代實錄。類聚三代格。日本紀略。日本逸史。百錬抄。十訓抄。保元物語。中右記。長秋記。瀧川幸辰氏著『刑法史の或る斷層面』。

第四　律令と固有法との相剋

一　法と社會生活

凡そ法律が法律としてよくその生命を維持して行き、社會的規範として人々によつて遵守されて行くが爲めには、その內容が社會生活の現實に卽して大なる齟齬の無いことが必要である。新たに法律を制定せる場合には、その時代・その社會において現に普遍化されて居る人々の生活意識および樣式を十分に考慮に入れて取りかからなければ、その運用上において各種の困難に逢着せざるを得ない所以は、學者のよく說かれて來たところである。しかして、同樣のことは制定後年久しきにわたる法律に就いても亦言ひ得る事柄であつて、たとへ、そ

の制定當時にはよく社會生活を規律し得た法律であつても、年月の經過とともに社會生活は大なる變化をなして居るにも拘らず法律は昔のままであるならば、ここに法律の現實的規範力が甚だ重大なる障壁に逢着し、むしろ或る場合には社會生活に有害なる結果をすらも來すことがないではない。もとより、プランス民法の如く第十九世紀初頭に制定せられてより、今日に至るまですでに百三十餘年を經過して居り乍らも、巧妙なる法律解釋によりその內容を時代に卽せるものたらしめて居る例はあるけれども、それは法律學の異常に進歩せる近代の產物であつて、法律の解釋を萬古不易のものたるかの如く思惟し來つた古代人・中世人には、到底これを望み得る事柄ではないのである。さうして、その結果は當然に法律と社會生活との相剋となつて現はれるのであるが、ここにその最もよい例の一つとして吾人はわが中世における律令を擧げ得やうと思ふ。

わが中世は固有法（特に武家法）が甚だ力強い基礎に立つて進出し來つた時代であるが、しかし、少くとも中期頃までは律令が依然として社會の一角にその潛勢力を保持して居り、特に公家にあつては現行法として傳承されて居た。され

ば律令が眞の規範力を發揮して支配的に行はれたのは延喜・天曆頃までではあるけれども、形式的意味における中世の國法は矢張り律令であつた。

しかしながら、律令が制定されたのは極めて特色ある班田制度の下においてであつて、律令は班田制度に立脚する社會生活を規律するには適當して居たにしても、平安時代より出現し來り且つ中世に入つて更に大いに發展したる庄園制度を規律することは、律令の到底なし得ない事柄であつた。何となれば、その一例として、班田制度の下では人民の土地的權利は非常に稀薄なるものであり、むしろ近代法的觀念を以てすれば恰も土地私有權なるものは存在しないかの如くにすらも見られ得たほどであつた。これに對し中世法では全くその思想を異にし、人民の土地的權利意識は日本古法制上において最も旺盛なるものあるを觀、開墾・占有・所有權といふものが頗る強く意識され、主張されたのである。

かくの如く、中世においては、社會組織の基礎をなす土地制度が律令制定時代とは根本的に對蹠的なものに變化するに至つたものであるから、そこには、かかる土地制度を規律するに最も適應したる法律の生れ出づるのは當然のことで

あつて、その要求に應じたのは取りも直さず一聯の固有法であつたし、同時に、律令が社會生活と眞によく併進し得なくなつたのである。さうして、中世の律令が如何に社會生活、從つて固有法と相剋するに至つて居たかの一班を明かにするために、次に貞永年間の問答を檢討して行きたい。

一　この問答は近江の『粟嶋神社文書』に收むるものであり、『大日本史料』第五編之九、第四六七頁乃至第四七〇頁に掲ぐるものに據る。

二　明法家との問答

先づ說明の便宜上、左に質問狀の全文を掲げて置く。曰く、

謹問

假令一庄之內有二人之領主一、相二分上下一知行之、於二其課役一者、兩人之領主均等勤之、所謂祠官之封戶米幷恒例臨時之神用等也、因レ玆上方領主之先祖神主成房、下方領主之先祖禰宜友永書二起請文一云、起請、日吉御領愛智御庄領分配事、右件

御庄之中、奉神田・御油田・御塔御佛供之外、於二御封田一者、每年兩方檢田以後、互可レ進二一退半分一、至二于在家一者、便宜之輩幷住人及浪人同可レ領二一知半分一、且爲レ停二後代相論一、且爲レ斷二下司非法一所レ定也、若於レ背二此旨一之輩者、可レ蒙二本社大明神之罰一也、仍起請如レ件、已上、同人又契狀云、日吉定二愛智御庄兩方田地一事、合肆佰捌拾町貳段陸拾步、神主成房方貳百拾玖町陵段、禰宜友永方貳百陸拾町、□（在坪）、右件御庄沙汰、兩方依二相分一爲レ停二止向後之相論一所定置一也、抑有レ久（下方領主友永之假名）之方依二本田增一、於二濱際荒廢者一所レ令二免募一也、雖レ然於二草苅菅菰漁捕之條一者、互不レ可二制止一者、將來守二此旨一可レ令二沙汰一狀如レ件、已上、其後漸經二數十年一矣、爰下方年々開二發荒野之間、所レ增之田數殆及二若干一云々、仍上方領主申云、任二起請一遂二實檢一可レ被レ等二一分田數一也、下方領主申云、雖レ有二起請一、又以契狀定二其坪々畢一、仍不レ可レ用二起請文一、況已及二百餘年一、無二實檢之沙汰一、何今可レ訴二訟哉一、上方領主申云、神領也、祠官也、爭以二契狀一可レ破二誓狀一乎、於二無道之契狀一者、不レ可二必叙用一、而上下庄乍レ勤二等分之課役一、至二于田數一有二增減一之條、尤無二其謂一、有二道理一有二起請一、何可レ拘二契狀一乎、次至レ于經二年歲一之條上者、下庄領主以二上庄領主之子孫一爲レ聟結レ好之間、自然無二其沙汰一、凡不レ訴レ可レ訴者、財主不レ失レ財、但可レ依二訴訟之理非一、不レ可レ

依二年紀之久近一抑定二坪々之契狀一云、依二下庄本田數增一於二濱際荒廢一者所レ免也云々、如レ此者、下庄本田貳百陸拾町之外、荒野者立二入田數不足之代一可レ爲二上庄領一之由必然歟、以上兩方存知如レ此、抑當庄者、康和年中建立、永久年中請二官符一本是爲二一庄一、便補二祠官之御封一畢、而私分上下所二知行一事也、未レ請二上下分別之官符一、非二領主私之領地一、國庫御封之庄也、然則不レ可レ用二私之與奪一、更賜二官使一欲レ被レ定二上下之堺一、其間理非如何、爲レ承二法意一謹獻二愚問一而已、

貞永二年四月　日

答、弘仁二年二月三日格云、應レ占二田地一依二町段數一事、右云々、頃年占請之輩、偏限二四至一不レ論二町段一、是以檢二四至一則涉二于官舍人宅一、勘二町段一則不レ漏二四至之內一、求之政途理不レ合、然自レ今以後、占請之地一定二町段一不レ依二四至一、戶令應令條末文云、亡人存日處分證據灼然、不レ用二此令一、名例律云、稱二等親及稱祖父母者曾高同一、稱孫者曾玄同、鬪訟律云、子孫違二犯教令一者徒二年、說者云、死生亦同、戶婚律云、部內有二旱澇霜雹蟲蝗爲一害之處一、所司應レ言而不レ言及二妄言一者杖七十、覆檢以二不實一者與同レ罪、又條云、妄二認公私田一者、一段以下笞五十、二段加二一等一、過杖一百、五段加二一等一、罪止二徒二年半一者、今就二問狀一案二注意一、上下之領主契約之證文者、章條之所謂亡人存日之處分證據分明之署記也、子孫更難二違犯一歟、抑雖レ爲二相一分本田之文一、契又互非レ無レ可二進止一、荒地之證據部內之荒蕪、律有二實驗之文一、當庄之增田何無二入勘之謂一乎、且又占二領田地一之法可レ依二町段之由一、格制有レ限、本主貽詞歟、然則以二實檢勘等一分領地一、令レ勤二神役一、自叶二理致一而已、

大判事兼明法博士左衞門少尉中原朝臣(花押)
右衞門權少尉中原(花押)
左衞門大志中原(花押)
右衞門大志清原(花押)
右衞門少志中原(花押)
防鴨河權(使)少丞右衞門少志中原(花押)

三　知行權に關する律令的と固有法的

先づ質問の趣旨に依れば、一庄に二人の領主があり、上下を相分ちてこれを知行し、課役は兩人の領主が均等に勤仕してゐた。ところで、上方領主の先祖たる神主成房と下方領主の先祖たる禰宜友永とが協議して、この日吉神社領愛智庄の神田御油田等々の外、御封田においては毎年兩方の田を檢注して互ひに半分を進退すべく、在家・便宜の輩・住人・浪人等をも同じく半分を領知し、且つ後々の相論非法を斷つために之を定める云々といふ起請をなした。しかして、それと同時に同人は又契狀を作り、この合計四百八十町二段六十步の內、二百十九町六段は神主成房分、二百六十町は禰宜友永の領知するところと定め、しかも兩者互ひに入會權を行使することと契約したのであつた。

その後漸く數十年を經たるに、下方の領主は年々に荒野を開發したために田數が次第に增加して行つたので、上方の領主は內心穩かならず、起請の旨に任せて實檢を遂げ田數を等分することに要求するに至つた。

然るに下方領主はこれに對し、起請はあるけれども別に契狀を以て兩者の領知すべき坪數を明定してあるのであるから、起請の文にいふ如き實檢を遂げて田數を等分することは出來ぬ。殊にすでに百餘年に及んで實檢をなしたことが無いのに、何故に今になつて訴訟するのであるか、と反駁するところがあつた。

しかし、上方の領主は飽くまでも起請を楯に取つて強硬に要求し、この地は神領であるが故にいかでか契狀を以て誓狀（起請）を破るべきや、無道の契狀は叙用すべからざるものであり、しかも上・下庄ともに等分の課役を勤め乍ら田數に增減があるのは甚だ謂れなきことである。自分の方にこそ道理あり起請あり、契狀などには拘るべきではない。又、起請を作製してから年歲を經て居るとは言ふが、それは、下庄領主が上庄領主の子孫を聟となし好みを結び來つたから自然に長い間實檢を遂げなかつたに過ぎない。更に契狀に依れば、下庄の本田數が增加せるにより濱際の荒廢地は免ずる云々とあり、從つてこれは當然に上庄領たるべきである、と言ふのである。

さて、以上に展開されたる兩者の論點を考究して見るに、これ正に形式論理と社會生活の實際とが相剋せる縮圖である。兩者の先祖がそれぞれ協議の上にて起請文および契約狀を作つた以上、その後代の領主たる子孫は當然にこれを遵守する義務を有すること論を俟たぬ。殊に養老の鬪訟律が、『凡子孫違二犯教令一及供養有レ闕者徒二年』と規定して居るところに依れば、件の起請文および契狀に遵はないことは取りも直さず教令違犯の罪に處せられて徒二年の刑を免れ得ないことは明かである。從つて、この點において上方領主の主張は確に形式論理的に言へば律令の保護を受け得ること十分である。

しかしながら、その形式論理なるものが現實的に生命を保持するがためには、それが社會生活の實際によく卽したものであらねばならぬ。具體的に言へば、律令の解釋をして社會生活の變動によく卽したものたらしめることが絶對的に必要である。從つて、この點に見るべきものなき上方領主の主張は如何にも論理的形態を裝つては居るが、矢張り下方領主の現實的なるものに遠く及ばないものがある。すなはち、下方領主が苦心經營して荒野空地を開墾したためにその領地が增加したのはこれ當然のことであつて、開墾といふ最も原始的な方法により庄領を擴張したのは當然の權利の行使であり、如何なる方面から見ても不法行爲や上方領主に對する權利侵害をいささかも伴つて居ない。當時の庄園的法律觀念に隨へば、下方領主のかかる行爲は何等の非難をも加へらるべきものではないのである。殊に契狀において兩者の領知すべき面積をそれぞれ明白に確定して居るのであるから、この確定せる面積の內で一方が他方を侵領すれば其處に當然に知行回復の訴訟を提起し得るのであるが、本件の場合にありては事情全くこれと異り、下方領主は段步といへども上方領主を侵したものではない。

然るに、これに對し上方領主は、領知面積を明定せる契狀の方は自己に都合惡しきを以て故らにこれを無用視するの言辭を挾み、ただひたすらに起請を遵守すべきことを强要し、しかも、それは起請文の中に田地は每年檢田し互ひに半分宛を領知すべしとある文を援用せんがためである。蓋し、この文に據れば、下方領主がその後に開發したる新田は當然に兩者によつて等分することとなるか

らである。けれども起請文にかかる文を設けた眞の精神は土砂の崩壊や川成などの自然的災害によつて兩者の田數に不均等を生じてはよろしくないから、毎年檢田して領知を等分しやうとすること以外の何物でもないこと明かであつて、開墾により相手の田數が增加したからと言つて直ちにこの文を援用し以てその增加部分の均等なる分配を要求するが如きは、人民の敎化を目的とする道德法たる律令の基本精神そのものの許さないところであると言はねばならぬ。況んや、下方領主の主張せるが如く、起請文における毎年檢田云々の規定はすでに百餘年にわたつて實行されて居ない謂はば死文に化したものであるとも抗辯され得るものであつて、今に至り突如としてこの文を援用することは心底の見えすいた擧措である。もとより、これに對し上方領主はその實行されなかつた理由として、兩者が姻戚關係を結んだことを擧げてゐるけれども、左樣なことはいささかも理由になるものではない。若し、姻族なるの故に檢田しなかつたのであるならば、何故に、更に甚だ非道德なる開發田の等分を要求するのであるか。かやうに、上方領主の得意とする形式論理の立場から言つても、その主張は全く成り立たないのみならず、更に律令の生きた解釋——社會生活の實際に卽したる律令解釋の立場から言つても、矛盾すること甚だしいものであるが、われわれは、ここに至つて律令と社會生活との相剋を明瞭に看取することが出來る。所詮、律令は班田收授時代のものであり、況して庄園時代のものたり得なかつたのである。

さあれ、われわれは、尙ほ進んで右に對する明法家の所見を叩かねばならぬ。

一　日本古代法典本、第一九一頁。

四　律令註釋家としての法家

以上の質問に對する明法家の答辯に據れば、先づ弘仁二年二月の格を引き、田地は町段の數に依つて占むべく四至によるべからざるを切言してゐる。しかし、上記の契狀は兩者それぞれ町段の數を明示してゐるから、この格の引用は意義をなさない。また戶令應分條の末文を引き、『亡人存日處分證據灼然、不用』此

令』と示して居る。元來、戸令應分條は財主が財産を處分せずして死亡した場合の配分法を規定せるものであり、ただ財主が生存中にその財産を處分せる場合にはその處分狀に隨ふべきであるから本法を適用しない、といふまでである。從つて、上件の場合においては兩者の先代が作製せる起請文、契狀に隨ふが當然であるといふ爲めに、右の末文を引用したのであらう。さればこそ闕訟律に見える子孫の『敎令違犯』の罪を擧げてゐる所以である。また戸婚律に依り、部內に天災があるにも拘らず報告しないか或ひは虛僞の報告をなす官吏に對する處罰規定、及び公私田を妄認せる官吏への處罰を引用してゐるが、かくの如きは如何にも時勢とかけ離れた迂遠の感を深うせしめられるものがある。何となれば、平安時代以降の地方官の多くはひたすらに自己の私腹を肥すことに專念して贓職をこれ事として居たのであるから、部內の天災を忠實に報告せしめんとするが如きは數世紀前の昔噺に外ならない。更に公私田の妄認にあつても亦同樣にして、すでに平安初期から地方官は權門勢家と結托してその私田の妄認に狂奔し、それがためにあのやうな勢ひを以て庄園の制度化を結果せしむるの一方法となつたのである。されば、本件(貞永二年)の如き時代において律令を如何に多く引用し且つ如何にこれが勵行を切言しても到底行ひ得べきことではなかつたのである。

かくて一聯の明法家はその結論として、上下兩庄の領主が存日に處分せる契狀に隨つてこれを行ふべく、子孫として更に違犯するを得ないと先づ言ふ。然らば、契狀の旨に任せて上方の領主は二百十九町六段を領知してそれ以上には及び得ないこと明かであり(何となれば何等の開墾をも行つてゐないのであるから)、また下方の領主は二百六十町及びその後に開墾したる部分を合せて領知し得ることとならざるを得ないのであるが、明法家は左はいはずして驚くべき論理の飛躍を試みて憚らない。すなはち、部內の荒蕪地を實檢すべきことは律に規定せられて居るところであるから、當庄の增田に就いても官吏は入勘を遂げて兩者にこれを等分に配知し、以て神役を勤仕せしむべしと言ふのである。この結論と契狀を遵守せよといふ主張との間には何等の論理的脈絡も存することなく、むしろ契狀を遵守せよと言へば下方領主の主張を認める結果とならん

ざるを得ないのである。殊に起請文に規定せる毎年實檢云々も死文に等しきものなるにも拘らず、明法家たちは猶ほ依然としてこれを支持せるものなるかの如くに窺へるのは、恰も死人に法律上の權利能力を認めんとするのと同じ結果に陷らざるを得ないものがあるのである。

五　律令より固有法へ

されば、以上の問答は、要するに、支那よりの繼受法たる律令とわが固有法との相剋であるといふことが出來る。開墾といふ原始的原因によつて領主權が取得されたことは『沙汰未練書』に『開發領主トハ根本私領也、又本領トモ云ヘリ』とあるやうに、領主權發生の最も重要な部面であり、且つかかる權利思想が王朝後半期から中世にかけて最も支配的に行はれたのであつた。しかも、ここに特に注意を要するのは、かかる權利思想はわが固有法の產物であつて繼受法たる律令とは全く相容れない思想である。さればこそ律令およびその解釋を事とする明法學者は盛んに右の如き固有法を否定しようとしたのであるが、それはむしろ社會生活の實際に反する結果とならざるを得ず、從つて、固有法によつて止揚されたのである。

そもそも律令は王朝前半期を通じてわが中古國家の大いに勵行しやうとしたところであり、中世に入つても猶ほ公家の根本法とされたものであるけれども、その盛時は遠く延喜・天曆の昔を以て最後としたのである。故に、王朝前半期においてこそ律令は社會生活を規律し得たけれども、王朝後半期以降は次第に死法化して行き、社會生活を規律し得なくなり、律令を固守しようとすればするほど現實との隔離が愈々益々甚だしくならざるを得なくなつたのである。もとより、律令死法化したりといへども、その敎化的精神は中世法にも近世法にも大いに攝取するところのあつたことは事實であるけれども、それは多く親族法・刑法などの部面に於いてであつて、少くとも財產法に關しては殆んど全く固有法にその席を讓らねばならなかつたのである。律令と固有法との相剋は、實にかかる過程に於ける一種の矛盾の展開とその止揚――固有法による統一化――

!の過程に外ならなかつたと言ふことが出來よう。

王朝前半期に於ける固有法は、律令に對する一種の例外法であつた。律令に規定なき事項または律令の特に認めた固有法のみが例外的に容認されたのである。然るにこの例外法たる固有法は王朝後半期になると律令の上に出ることとなり、つひに中世では律令を壓して一般法となるに至つた。この意味において、曾て石田博士が『法の發展過程に關する一公式』として『例外の原則化』を說かれたのは、われわれ法制史家として大いに傾聽すべきものがあるのである。

一　續群書類從、第二十五輯、上、第六頁。

二　石田博士所論の一節に曰く、『契約自由の原則も、所有權絕對の原則と同樣、現代市民法の根柢を爲す原則であつて、各人は法而上に於て契約の自由を有してゐる。唯、法律は公の秩序善良の風俗に反する契約を無效として、例外的に制限を加へてゐるにすぎないと解されてゐた。然るに最近の法學は共同思想の發達と共に民法第九十條を私法の最高原則にまで高揚せしめ、民法第九十條は契約の自由を制限する規定ではなく、逆に契約の自由が法律上認めらるべき範圍を限定する法規であり、契約の自由は公の秩序善良の風俗と合致する範圍に於て初めて法律上承認せらるゝと說くに至つた、』（法學論叢、第三十三卷第一號第一九頁）と。

第五　中世法律生活の諸問題

一　中世社會の特色

一　ここに取扱ふ中世は、主として鎌倉室町時代であるが、わたくしは、兼ねてから當代の法律生活についてその樣相を概說しようと考へてゐた。それは中世法制史總說といふのとは異つた意味で、謂はば、中世においては如何なる中世的生活が法律の部面において行はれてゐたか、換言すれば、中世には如何なる特色ある法律生活が行はれてゐたかといふ問題の把握である。從つて、それは成文法典――例へば御成敗式目およびその追加法、など――の法律學的解剖ではない勿論なく、況や法律の靜的（むしろ死的）取扱ひを事となす舊派法學式の解釋では

更にない。わたくしは、法制史の研究に當つては、常に時の社會生活に關聯せしめつつ動的に理解する立場を採るものであるから、時代の法律的生活が論述の中に躍動せしめられなければならないと考へてゐる。

しかしながら、われわれが中世日本の法律生活を全面的に統一的に論述しようとするならば、優に尨然たる一書を成すに足りるであらう。そこで、本篇においては、この問題に關して若干特色ありと考へられる二三の論點について、卑見の一端を開陳して行きたいと思ふ。所論の足らざる諸點は、他日補足する機會を有つであらう。

二　我が中世社會は如何なる特色を有してゐたかと聞かれるならば、これを簡單に答へることは必しも容易ではない。蓋し、その取扱ふ主題の異るに從つて、答への方法も亦おのづから異らざるを得ないからである。例へば、美術史を主題とする場合と、宗教史を主題とする場合とでは當代社會の特色を述ぶるにあたつては、それぞれ美術史なり宗教史なりに直接關係を有する特色のみについて論述する必要があるといふ如きである。從つて、この論稿の如きも、法律生活に直接的關係を有する部面における中世社會の特色を述ぶるに過ぎないのである。

三　わが中世は、庄園制度の崩壞期にのぞめる封建社會であつたに加へ、武士が支配者の一群として出現せる時代であつて、この二つの事項が中世社會の特色を規定してゐる。前の平安時代は庄園制度に立脚する社會であつたけれども、武士が支配者として權力を掌握するまでには至つてゐなかつた。また後の德川時代は武士が稀に見る强力なる支配階級とはなつたけれども、庄園制度に立脚してはゐなかつた。すなはち、庄園と武士支配との二點が、實に中世社會の最も根本的事項であつたのである。

庄園制度は、これを法律上より見れば、地方分權的存在であるとともに律令制度の頽廢による固有法の出現復活期であつた。さて、庄園は、原則として、それ自體がその本質において一種の治外法權的地であつたが、しかも、それは地方に分散して存在してゐたから、中央權力は大なる微弱化を蒙つた。何故ならば、庄園が治外法權の地となつたことは、中央の法律が庄園内であまねく行はれ得なく

なつたことを意味するとともに、地方に散在せる國領の如きも中央政府の命に服さず、または寺社權門勢家の庄園として蠶食される運命下に置かれてゐたからである。されば、中央集權制の下においてのみ行はれ得る律令制度が崩壞し頽廢して行くのは、火を睹るよりも明らかであつて、律令の基礎を成す班田收授法の如きも、ほぼ醍醐天皇の延喜年間を以つて終りを告げ、天慶の亂以降は、律令の權威が全く地に墜ちてしまつたのである。

ここにおいてか、庄園生活を中心として固有法が復活した。わたくしはこれを庄園法と名づける。唐制より移植し模倣し來れる我が律令は、平安時代の固有法によつて止揚せられたのである。我が固有法の特質は、それが、人々の日常の社會生活の過程において自然的に培養せられて發達し來り、從つて、社會生活に最もよく適合してゐた點であらう。しかして、平安時代の我が固有法は、何等の成文法をも有たず、もつぱら先例と道理とに立脚する不文の慣例法だつたのであるが、鎌倉幕府が成立しその基礎が鞏固となるとともに若干の成文法が出現したけれども、しかも、廣大な部面に亘つて慣習法に席を譲つてゐることは、な

ほ次節に至つて述ぶるところである。

四　中世の優勢なる支配階級となつた武士は、曾ては奴僕の如く賤視せられてゐたが、平安中期から次第にその頭を擡げ、保元・平治の亂を經るとともに社會の支配權を掌握し、特に源頼朝が鎌倉に幕府を開いてからは、その基礎いよいよますます鞏固を加へた。しかしながら、武士階級の支配は原則としてその直轄地内のみに限られて居り、それ以外の地域、例へば朝廷および公卿領・本所領等々には、それぞれ公家法または本所法が行はれてゐたのであつた。從つて、中世には諸種の法系が相竝んで行はれ、それぞれ獨立性を擁してゐたのであるが、ただ、これ等の内で最も優勢であつたのが武家法であつたに外ならない。

五　以上の如き社會において如何なる法律生活がなされてゐたかと言ふに、庄園制度に立脚する地方分權化の結果として、律令が滅んで不文法が一世を掩ひ、わづかに武家法がその不文法の一部を成文化したに過ぎなかつた。しかも、武家支配の宗教的神秘的なるとによつて、法が全く犯すべからざる尊嚴性を具有するに至り、法の神聖視が一世の思想となつた。し

かして、庄園生活の中において培養せられたる法として權利を表はすに職なる觀念が發達し、これが總ての土地を中心とする財産權として觀念せられたことは、當代における權利觀念の著しい特色であり、庄園法にその起源を有するものであるが、しかも、この職なるものは券契によつてその存在および正當性が確認されたから、證書は非常なる効用を有したのであつた。なほ、わたくしは、法制史の解明にあたつて現代法學における公法および私法の觀念が中世法に如何に妥當するかに付いて、少しく究明の歩を進めて行きたい。それは、或る意味で、中世法の本質の一端に觸れ得る問題であると思はれる。

二　成文法と不文法

一　凡そ、人類が集まつて一つの集團を構成し、社會生活を營むに至ると、そこには、これ等の成員を統制し集團の安寧秩序を維持し、且つ集團そのものを發展せしめるために、何等かの規律が生れて來る。それが、社會生活の過程において知らず知らずの間に、且つ自然的に形成せられて、しかも、各人を拘束する權威を有する場合には、われわれは、これを不文法または慣例法と言ひ、政治的權力の掌握者が制定せるものは、これを成文法と言ふ。かやうに、法律には成文法と不文法との區別があるが、しかも、兩者ともにそれぞれ社會生活上の規律を維持して行く上においては、全く同じ機能を營んで來た。しかして、成文法は主として不文法をその基礎として成長したことは、ここに多言を費すまでもない。

二　前節に述べたるやうに、庄園制度が勃興し律令が死法に化して行くとともに、世は擧げて不文法時代を現出し、特に、庄園制度の內部において培はれたる固有法が隆々として發展し、同時に大化以前の固有法を復活せしめて行つた。わたくしは、ここに相續法に付いてその一例を求めたいと思ふ。すなはち、律令法が有名無實のものと化しつつありたる平安時代の中葉以降における家督相續法は、次の如くであつた。第一、嫡妻長子は法定嫡子の身分を有する。第二、嫡妻長子が無く、または早世した場合には、被相續人は、他子の中より任意に一人を選定して嫡子となすことが出來る。第三、早世せる嫡妻長子に子あるときには、

祖父はこれを養子となし、第四、嫡子とすべき直系卑屬が無い場合には、自己の弟甥その他の傍系親を養子となし、これを嫡子に定むることが出來た。第五、生得嫡子または選定嫡子を廢嫡して他子を以て立替ふることも、被相續人の任意であつた。第六、子の幼少なる場合には父が、父の死後は親族會が、子の成長するまで母を選定して、家名を相續することも出來た。然るに、これ等の諸原則はすべて中世以降の家督相續法において見出し得るものであるが、右のうち第二・第五および第六は、すでに大化以前の相續法において行はれたるものの復活に外ならないのである。[一]

更に、庄園内にて培養されたる固有法は全くの自然存生性 (Spontaneität) を有するものであつたから、人々の法律生活に最もよく應適してゐた。われわれは、これに關して數多くのものを擧げることが出來る。例へば第四節に至つて述ぶるところの知行および職の觀念・土地の賣買に際して一つの法律行爲を演ずる口入人(クチニフニン)・父母に孝を盡さず命に背くものに對する勘當・遺言贈與による處分帳の作製・所領保護契約・等々、平安時代の庄園内で發生した固有法は、實に枚擧に遑なき次第である。

然るに、以上の如くして復活または出現せる固有法は、そのまま中世に傳承せられた。しかも、これ等の悉くは、皆、不文の慣例法であつたのである。諸庄園内に行はれたる庄園法(いはゆる本所法)も、寺社の間に行はれた寺院法も、武家の間に行はれたる武家法も、すべて不文法が全部或ひは大部分を占めてゐた。まことに、中世は、不文の慣例が天下の大法となれる時代であつたのである。その法律は何等成文法化されてゐなくとも、人人にとつては先例と道理――社會の通念による信義正實の原則――とが、法律生活の基調であつた。われわれは、しばしば當代の古文書において『任先例傍例』とか『任道理』とかの文言に接するのであるが、それは中世における法律生活の原則を遺憾なく表明せるものと言はねばならない。

一　中田博士『法制史論集』第一卷、第八四頁以下(同書第四論文『養老律令前後の繼嗣法』)參照。

三　右のやうに、中世の法律生活を規律したものは不文の慣例法であるが、貞永元年に至つて鎌倉幕府により武家の成文法典が作られた。武家法における

成文法は、これを以て嚆矢となすのである。それは御成敗式目と言はれたが、人は作製の年號を冠して貞永式目とも呼んでゐる。しかしながら、御成敗式目は全文わづかに五十一箇條より成り、しかも、特殊の立法目的に制約せられて規定する範圍少く、その内容も右大將家（源頼朝）以來の武家の慣例の一部を成文化したに過ぎず、更に廣大なる部分に亘つて慣例法に席を譲つてゐるのである。更に、その後にいたりて、鎌倉・室町の兩幕府は、御成敗式目に對する若干の追加法を施行したが、それとても、もとより既存の慣例法の一部または判決例の成文化以外の何ものでもなかつた。

武家法はこのやうであつたが、寺院法に至つては全くの不文法であつて成文法典の何ものをも有することなく、また庄園法は一層の不文法であり、公家法は若干の宣旨を除き纔に死法化せる律令格式を有してゐたに過ぎなかつた。

事態すでに斯くの如くであつたから、中世人の法律生活の大部分は、不文法によつて規律せられてゐた。彼等は先祖代代より繼受せる先例傍例と、彼等の住める時代の道理とに立脚し、支配せられて、財産・權利・義務を得喪し、遺言・相續・勘當等等をなしてゐたのである。市民社會における成文法主義の法律生活に比して、何といふ大なる變異であらうか。

一　御成敗式目の立法目的につき、故三浦博士は次の如く言はれてゐる。

すなはち、第一因としては、御家人は不文なるが故に、平易なる文章を以て武家の根本法を汎く知らしめんがため。第二因、頼朝以來の先例を編纂し、永くこれを施行せしめ、以て武家の間に永く行はしめんがため。第三因、承久の戰役以來、所領に關する爭ひ頓に多く、從つてその訴訟が激增したから、これが裁判の基準たらしめんがため。第四因、當時幕府にありては、法律の設け備はらずして、裁判官が一定の規矩準繩を有しないために、往々にして裁判の不公平を結果したから、これを矯正する目的であつた。（『續法制史の研究』第九一三頁乃至第九一六頁參照）。

二　御成敗式目の追加法としては、御成敗式目追加、御成敗式目新篇追加、新御式目、建武以來追加などのあつたことは、人のよく知るところである（日本經濟大典、第一卷所收）。

三　拙著『日本中世寺院法總論』（昭和八年）參照。

三　法の尊厳

一　前に述べたやうに、中世は、不文の慣例が天下の大法となれる時代であつた。然るに、不文法はその字の如く、いささかも文字を以て編成表現せられたものではなく、人人が社會生活の間に自分達を拘束する規範として暗默の裡に遵行せるものであるから、不文法の行はれる社會においては、人人が絶對的に又は或る程度までこれに對し神聖侵すべからざるものと考へ、その尊嚴性が十分に確保せられることを必要とする。若し一部または大部の人達の我意が募つて慣例法を遵行しなかつたならば、社會秩序は忽ちにして紊亂するであらう。

しかしながら、人間は、法が刑罰を伴はないからと言つて、ただそれだけの理由により慣例を侵犯し得るものではない。むしろ、慣例によつて不文の法となれる多くの事項は、人人の社會生活に最もよく適應したるものであるから、これに背反すれば不利損失を受取ることが多く、却つて遵行するに如くはなかつた。

それのみではなく、成文法には不文法におけるやうな刑罰が明記されては居ないけれども、反慣例法的行爲があつた場合には、社會はそれに對する制裁――刑罰――を忘れもしなければ、また怠りもしなかつたのである。これに關する事項は枚擧に遑なき次第であるが、わたくしは、ここに讀者の參考のためにその一例を擧げて置きたい。曰く、

充行　處分事

合

一坪田半長洲前半本庄佐賀畠壹段

右先師阿闍梨覺文房相傳所領也、而守長帳之旨、林京房山籠所充行也、若有沽却者、可放一門之中、狀如件、

元久元年九月　日　　阿闍梨　（花押）

すなはち、先師覺文房の遺言狀により林京房に所領を充行ふが、もしこの所領を他人に賣却すれば一門の中より放つといふのであつて、林京房はこの制裁を

絶對的に遵守するを要し、もし一門の中より放たれたならば彼れが社會生活をなす上において非常なる苦難を嘗めねばならないのである。しかも、右の充行狀の如きは何等の成文法にも立脚するものにあらずして、全くの不文の慣例に外ならぬのであつた。

不文法が尊重されたのは、その積極的方面において、それが先例であり、道理であつたからである。刑法や訴訟法などにおいては相當に急進的な變化をもなし得ないことはないが、財產法・親族法・相續法などにあつては、先づその基礎を成すものが道理に立脚せる先例であるから、財產や家族關係の事項は決して急激なる變改が許されず、慣例が尊重されたのであつた。されば、かかる先例と道理が中世人の法律生活にとつて最も合理的であつたの故を以て、慣例法としての尊嚴が維持せられ且つ支持せられて行つたのである。

一　大日本史料、第四編之八、第三八七頁。

二　われわれは、更に問題を開展して、寺院法に眼を向けなければならない。寺院法における刑罰は世俗法のそれと異つて寬刑であつたが、しかも寺院法の威力は大いに伸張してゐた。われわれは、その最大原因を、實に寺院法そのものの神聖不可侵視において見るのである。そのことは、庄官庄民等が寺家へ捧げたる起請文によつて最もよく表明せられてゐる。すなはち、これ等の起請文には、若しこの起請文の旨に背かば神罰冥罰を受け恐るべき災難にかかるであらうことが記されてある。例へば、寬正三年十一月の東寺領山城國上久世庄の名主沙汰人百姓等が、土一揆に同心して亂暴狼藉を致さない起請文を寺家へ提出して、

再拜々々立申起請文事

右旨趣者、今度つち一き二同心張本仕り、らんはうらうせき更二いたさす候、此旨若偽申候者、奉レ始二伊勢天照大神一、八幡大菩薩、日本國中大小神祇、殊當庄藏王權現御罰ヲ各々の身に可レ蒙レ罷者也、仍起請文如レ件、

寬正三年十一月　日　　上久世庄名主沙汰人百姓等

と言つてゐるのは、すなはちその一例であつて、ひとたび寺院法に觸れるならば、如何に寬刑なりとは言へ應分の刑罰を免れなかつたに加へ、なほ且つその生命

存在を永劫に保持すべき未來來世において無間地獄へ墜ち、幾千萬年も苦しみ續けねばならないと觀念せしめられてゐたのである。中世人のかやうな觀念が如何に神祕的性質を具有せるものなるかは、ここに改めて論ずるまでもないが、しかも、そのことは、賢明なる寺院當局がかくの如き人心を捉えて寺院法運用の具に供したに外ならないのである。[三] 法の尊嚴はここに至つて、その極に達してゐるものと言はねばならぬ。

一　拙稿『日本中世寺院法における刑法』（法學志林、第三十五卷第四、五號）。
二　東寺百合文書、白河本、第百二十二。
三　拙稿右揭、志林第三十五卷第五號、第七五頁以下。

四　權利の觀念

一　財産に關する限り、その法律生活は權利義務の關係に沒入せしめられてゐる。ローマ法的財産觀念を有つてゐなかつた我が中世法は、原則として、權利を有する者に對しても一定の義務を負載せしめた。すなはち、權利者は社會のために有用なる方法を以てその權利を行使することを要し、權利の上に眠れる者の如きは、法の保護せざるところであつた。その具體的表現は、實に、かの年序法によつて明瞭に示されてゐるのである。[一] しかして、我が中世法における權利の觀念は、すでに王朝時代の庄園内において生成したるものであるから、わたくしは、特に、土地を中心とする財産權における權利の觀念について數言を費して置きたいと思ふ。

一　本書に收むる第七篇第四節『年序法』參照。

二　わが中世法にありては、土地に對する所有權および用益權が最も重要な財産權であつた。土地はこれを所領（但し、入會地のみは別）と言ひ、土地に對する權利そのものを職と言ひ、土地の占有を職の知行と言つた。職は土地を客體とするものであるから、そこから發生したものには、本家職・領家（領主）職・預所職・地主職・庄官職・名主職・作人職等々と、土地に對する所有＝用益權が出現した。これ等の職の觀念の中心は土地を用益する權能そのものであり、從つて、すべての土地

を中心とする財産權は土地を用益する權能を實質とせる權利であるから、職といふ觀念の中に包容せられるに至つた。ただ、室町時代に入ると、土地とは全く關係なくして大工職・問職・左官職・壁塗職といふ如き種類のものが出現したが、これ等は他日を期したい。

一　中田博士「王朝時代ノ庄園ニ關スル研究」（國家學會雜誌、第二十卷第十一號第六六頁以下）參照。

二　鍛冶大工職補任の執達狀を次に掲げて置く（石清水文書、第四卷、第四二〇―四二一頁）。

鍛冶御大工職事、所レ被レ仰二付六郎大夫藤原友繼一也、可レ存二知一之旨、可レ被二下知一之狀、依二長吏仰一執達如レ件、

應永九年十二月廿七日　　尙宗

讃岐入道殿

三　土地に對する權利の行使を知行と言ひ、また領知・領掌などとも稱したが、共に、土地の上の事實的權利の行使狀態を表現する最も適當な言葉であつた。例へば『高野山文書』に收むる弘安五年十月の處分狀に、

充行　處分事、

合壹段者

右、任二先師定月房阿闍梨之意趣一、生願房限二永代一、可レ令レ知二行一給之狀如レ件、

弘安五年十月廿五日　　大法師禪意

と言へるのは、大法師禪意が、先師たる定月房の遺言に從つて、私領一段を生願房に充行ふにつき、永く土地に對する權利を行使せらるべしと言ふのであつて、知行の觀念がその中心をなしてゐるのである。

かかる土地の知行は、職の知行なる思想と全く同じ內容を有してゐた。蓋し、職なるものは土地に對する一定の支配權を考へてゐるものに外ならないから、本家職領家職の得分徵收權も、根本領主の庄園領知權も、共に土地に對する權利であつたからである。應永元年十一月二十四日の足利義滿御敎書に、『播磨國室鹽屋・丹波國由良庄本家職事、知行不レ可レ有二相違一之狀如レ件』、とあるなどは、その一例に過ぎない。

しかしながら、職は義務と不可離の關係に置かれて居り、從つて、もし職の帶有者が義務に缺くるところがあれば、職を喪失せざるを得なかつた。本家・領家が

微弱なる領主に對する保護を怠る場合、庄官・作人等にしてその本所に對し至誠奉公を盡さざる場合、保護を受くる根本領主が本家・領家に對して保護料を支拂はざる場合等々には、それぞれ義務を完うしないものであるから職の喪失を結果した。[三] これ、中世法における權利の觀念が、その半面において必らず義務を伴つてゐる所以である。

一　高野山文書、第五卷、第四一一頁。

二　賀茂別雷神社文書、一。

三　わたくしは、ここに代官職が如何にその義務と不可離のものであつたかの實證史料として、次にその一例を擧げて置きたい。（東文寺書、第二卷、第九九頁乃至第一〇〇頁）。

請申

東寺御領丹波國大山庄御代官職條々事

一　毎年有限御年貢幷恒例臨時之御公事物等、堅守先例、可致其沙汰事、

一　御代官得分事、五分壹之外、雖爲一塵、不可自專仕事、

一　守護役人夫以下事、爲御代官廻內外之祕計、可致御領安全之忠節事、

一　於庄家田畠地子等致興行、別而可備寺用事、

一　雖爲一事、背寺命、就庄家、不可存自由之儀事、

右條々、雖爲一事、背請文之旨、且又御年貢等令無沙汰者、可被召放不日御代官職者也、不可申其時一言子細、但御年貢以下於無不法者、不可有御改替之御沙汰者也、仍爲後請文狀如件、

應永卅一年六月十八日　法橋賢眞判

四　以上の如き權利の觀念は、平安時代の庄園內において相當の發達をなしつつ中世法に繼受せられた。第一節に述べたやうに、中世社會は前代より引續いて庄園制度に立脚してゐたから、土地財產權を中心とする上述の權利の觀念は、これ中世における最も一般的な、且つ支配的な思想であり規律であつたことが知られる。中世人の權利生活は先づ以て土地が中心として考へられてゐたのである。なほ知行の觀念がドイツ固有法のGewereと極めてよく相通ずるものであつたことは、われわれにとつて甚だ興味多い點であるが、[一] それに就いては別の機會を期したいと思ふ。

一　中田博士『王朝時代ノ庄園ニ關スル研究』（國家學會雜誌、第二十卷第十號）には既にこの點に關し貴重なる論述がある。

五　證書の效用

一　土地のみが唯一の不動産物權的財産權の客體であり、土地を離れてはかかる權利が成立し得なかつた中世において、このやうな財産權の平穩且つ公法たる取得權原を證明する證書が重要な意義を有したのは當然である。

すでに養老の律令においては、田宅・奴婢の賣買には公驗（クゲン）（公券）を立つることを必要としてゐたが、律令が頽廢するとともに公券は私券に變化して了つたけれども、土地の知行權を表示する意義においては異るところが無かつた。すなはち、證書――以下わたくしは券文または券契と呼ぶ――を所持する者のみが正當なる知行者であり、これを所持せざる者は原則として土地を知行することを許されなかつたのである。

土地的財産權の移轉の際には、必らず券契が作成せられた。これは中世人の法律生活における不易の慣例であつた。故に、われわれは、次の如き奇妙なる場

合にも接してゐるのである。[二]

賣渡　能田壹段事

在紀伊國（布志原字門田）

右件田地者、祐辨之師資相傳之私領也、而依レ有二直用一、限二永代一、賣渡于勢算之嫡男一畢、唯今其主不二來向一之間、姓名不二分明一、仍且爲二證鏡一、放二與此狀一之處也、後日必主與主相向、四至幷本券之子細、可二書改一之狀如レ件、

承久元年己卯十月廿八日　　入　寺（花押）

今これによれば、入寺祐辨はその師資相傳の私領一段を勢算の嫡男に賣却するのであるが、買主は來向しないからその姓名が明らかでない故に、取敢へず賣買の證としてこの證書を書く次第である、後日に至りて必ず賣主と買主と相向ひ諸事項を明記して書き改める、と言ふのである。賣主をしてこのやうに早急の假證を書かしめたのは決して買主ではなく、證券を重視する當代の法律生活そのものなのである。

一　土地の賣買については本書に收むる第八篇參照。

二　高野山文書、第三巻、第六二五頁。

二　かやうに、證券は土地知行の權原を證するものとして根本的なものであつたから、私領の賣買に當り賣主は買主に對し土地とともに本券文を添付して引渡すことを要し、若し何等かの事情のために本券文を添へ得ざる場合には、證券にその旨を明記して後日の紛爭を斷つことを必要としたのである。例へば、嘉元三年の播摩行光の沽券に、『右件田畠、元者播摩行光先祖相傳之私領地也、而今依レ有二直要用一、爲二勝尾寺常善御房一、限二永代一、所二賣渡一實也、敢以雖レ爲二後々將來一、不レ可レ有二他人妨一者也、（中略）於二本證文一、燒失畢、若有二此證文在云人一者、可レ爲二盜人一者也、仍爲二後日沙汰一、向後龜鏡、放二新立券文一之狀如レ件、』とあるのはその一例であつて、本證文は燒失したから添へ渡し得ないが、新たに券文を立てて渡すから、若し本證文ありと言ふ者があつて自己の權利を主張するが如きことあらば、その者は盜人であると言ふのである。この文言によつて、新券文は本券文と同じ效力を有するに至る。かくの如く、土地の賣買には本券文が必ず添附せられたから、知行權の移轉のある度ごとに券文を增添することとなり、同一の土地に對して夥しい券數になつた。これを手繼文書と言ひ、『東寺百合文書』には、その最適例としての延喜年間以降のものが見えてゐる。[三]

一　この點を最もよく說明するのは次の解狀であらう（根岸文書、一）。

謹解　申請刀禰證署家地事

合地弐段（下略）

右件地、故夫春黑人先祖地矣、然則無レ有二本券一、今欲二沽却一依レ無二券文一、都無二買人一、仍請二刀禰明證一立二新券文一、仍錄二事狀一、謹解、

嘉祥二年十一月廿一日　　上件鯛女所レ申有レ實、仍加二署名一、

秦忌寸鯛女
戸主　秦忌寸冬守
刀禰秦忌寸廣氏（以下略）

二　勝尾寺文書、第一巻、第三五六頁。

三　東寺文書、第二巻、第六三三頁以下。

三　券文の重要なること以上の如くであるから、中世人は大切にこれを保存した。今日多くの券文が傳へられ、以てわれわれの貴重なる研究資料となつて

ゐるのは、かくの如き理由に基づくものである。しかして、中世にありては、文字を解する者はなはだ少く、多くは無學文盲の輩であつたから、證文の作製を業とする右筆とか筆取などといふものが出現して、特殊の職業をなしてゐた。また僧侶などがこの點で珍重されたのは言ふまでもない。

不文法時代における土地所有權は、かくして確保せられてゐたのである。それが、社會の秩序と安穩を維持する一基礎となつたことを思ふとき、券文の重要性は更に高い。

六　公法と私法

一　現代の法學觀念においては、法律を大別して公法と私法との二種に分類してゐる。言ふところの公法とは、直接的に國家の機構および社會の秩序を維持することを内容とせるものであつて、刑法・行政法・裁判所構成法などはその著しいものである。また、私法は、主として人民の私的權利生活に關する事項を規律すべき目的を有するものであつて、民法・商法その他多數の法律がこの中に包含せられてゐる。從來の市民法學において、かかる分類は、少くとも一見したところ、極めて妥當であるかの如くに見える。蓋し、公法は國家の公權力に結び付いて居り、私法は人民の私權を中心内容とせるものであるからである。

二　しかしながら、今これを中世法に採用して妥當であると云ひ得るであらうか。言ふまでもなく、すべての思想がさやうであるやうに、法律觀念もまた時代によつて異り、その社會形態の相同じからざるによつて全く別の内容を具有して來た。

先づ、結論的部分の卑見を述ぶるならば、若干の場合を除き、我が中世法には公法・私法の區別が明白に存在しなかつたし、強ひてこの區別を立てんとするのは或る場合には中世法の特質を沒却する結果に陷る危險がある、とわたくしは考へてゐる。惟ふに、市民法と中世法との間に朱線を劃する根本的事實は、次の諸點に歸せねばならないであらう。

第一、公權力の私權力との融合——上代の中央集權制が崩壊し庄園制度が起

るとともに、庄園領主たる寺社權門勢家たちは自己の私人的權力を以つて庄園内への統制權を行使し、ここに庄園は一種の治外法權の地となつたのであるが、[一]その結果として從來の公權力の或るものは庄園領主の手中に移り行き、かくて、公權力は私權力と融化せられて行つた。[二]すなはち、庄園領主の掌握する權力は公權力と私權力との包合せられたものであつて、公權力も私權力もそれぞれその純粹性において行使せられたのでなく、兩者の融合によつて構成せられた一つの權力であつた。庄園裁判しかり、本所法の刑罰も亦しかり。されば、かくの如き權力を仰ぐ中世法において、强ひて公法と私法との觀念を明確ならしめんとするのは、甚だしい混亂を招き易く且つ無理である。

第二、民事と刑事の混合――中世的法律形態を市民的法律形態によつて定式化することの混亂は、また別の方面からも看取せしめられる。それは、中世法における民事と刑事との混合である。市民法における公法と私法との區劃は前に述べた如くであるが、中世法にはかかる觀念が未だ明瞭化してゐない。例へば鎌倉幕府の根本法たる御成敗式目を採つて見よう。この式目は、行政法であり、刑法であり、裁判法であり、財産法であり、親族法であり、同時に相續法であるといふ風に、凡そ市民法のいはゆる公法をも私法をも混然として融合してゐるのである。また財産上の不法行爲者に對して刑罰を科することもあつた。從つて、市民法の觀念に基づいて御成敗式目を公法とか私法とかと斷定することは絶對に不可能である。このことは、啻にこの式目のみに止らず、多くの式目追加法についても同樣に言ひ得ることであつて、畢竟するに、中世法には公法・私法の觀念が十分に分化してゐなかつたと言はねばならない。[三]

一　『潤背』には『今按、日本風俗不レ從二國衙一不レ輸二官物一云レ庄、故名レ之曰二別庄一、又曰二山庄一、又曰二別業一、』云々と言つてゐる（改定史籍集覽、第廿七册、第三六二頁）。同樣の意味のことは王朝後半期の太政官符にすこぶる頻繁に見え、且つこれを禁止してゐるところである。

二　中田博士は曾て庄園の領主に關して次の如く說かれたことであつた。曰く、『庄園ノ領主領家ハ庄土ノ所有者トシテ、庄土ノ私法的支配、卽チ知行ヲナスト同時ニ、庄民ノ支配權者トシテ、庄民ニ對シ公法上ノ支配權、卽チ進止（進退）權ヲ行使スルモノナリ、領主領家ハ此進止權ニ基ヅキ、庄民ニ對シテ命令ヲ發シ、裁判ヲナシ、刑罰ヲ行フ事ヲ得ベシ、』（國家學會雜誌、第二十卷第三號第二二頁）（最後の傍點は細川）と。これ今日わが學界の定說である。

三　これは、ひとり、わが中世のみに限つたことに非ざるは勿論、ヨーロツパ中世法においても

亦同樣に見られた現象である。但し、ブルンナーの如きは、そのドイツ法制史の講述に方つて內容を公法と私法とに大別して論述してゐる。H. Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, Siebente Auflage, 1921.

三　かやうに考究して來ると、われわれが中世法の理解にあたり市民法の理論的觀點に從ひ、それによる當てはめ主義は如何に中世人の法律生活の理解に缺くる結果を招來するものなるかが知られる。中世法の研究の際には、われわれ自身が中世的法律生活の氣分になることが先決的問題である。市民的社會には市民的法律があるやうに、中世には中世的法がそれ獨自の性質を具有してゐたことを忘れてはならない。

一　同樣の問題に關して、京都大學の牧健二博士は『舊日本の私法制度に固有なる法律體系に就て』と題する雄篇を『法學論叢』第三十三卷第二號誌上に發表せられ、編入主義——わたくしの玆に言ふ當てはめ主義——を排して發見主義の必要なる所以を力說せられた。

七　餘　論

一　中世の法律生活に關しては、かかる一小論文を以てしてよくその全姿態を盡し得るものではなく、ここではただ若干の事項を無系統に叙說し來つたに過ぎないが、これを以て中世法の理解のために何程か役立ち得れば幸ひである。

さて、『高野山文書』には次の如き田地賣券が收められてゐる。[二]

奉賣渡　田地事

合一所者在小河內鄉孝良寺村字若宮谷南

四至本券面在之

右件田地者、孝良寺藥師堂雖爲御領、村人等依有要用、直錢參貫五百文仁、四宮大夫殿奉賣渡事實也、向後更無他妨可被進退領掌候、仍爲後日證文、本券二通相具、放新券文狀如件、

觀應三年十二月十九日　　村人等

この沽券の最後にある『村人等』の裏書には、菊彌・藤與・善京・力大・菊松および成仙の六名が連署して居り、後の四名には略押がある。ところで、この田地は孝良寺藥師堂の御領だと言ふから、賣人たる右六名は小作權(作職)を賣却したことが明らかである。然るに、沽券に小作權と明記せずして恰も自己が地主たるか

の如く單に『田地』と書くのは、中世において屢〻見られるところであつて、中世的財産法の研究にあたり忘るべからざる點である。しかして、六名の者が同一土地に對し共同の耕作權を行使してゐたことも、市民的社會においては珍らしい事柄である。

一　わが中世法は、特に團體法的色彩が濃厚であつたことにつき、われわれはギールケ教授を想起せざるを得ない。そのことは他日機會を得て明らかにしたいとおもふ。別に石田博士『オットー・ギールケ』(昭和十年)參照。

二　高野山文書、第三卷、第四五二頁乃至第四五三頁。

二　中世社會においては、一族・一門の團結が非常に重んぜられ、家族・門族制度の重要性が力強く意識せられてゐた。特に武家の間においては一族協力して外敵にあたる必要があつたから、彼等はしばしば契狀を作製して團結の鞏固を圖つた。現代においては、われわれの見られないところであつて、中世的親族法の片鱗を知ることが出來る。わたくしは、次に、吉野朝時代に屬する正平三年の相良前賴と同氏賴との連署契狀を示したいと思ふ。

契狀

右、おやにて候ものゝ時も、一そ(後)くたちにむけたてまつり候て、そ(疏義)きを存せられす候し程ニ、めん〳〵御しよそんもとうへんに付き、前賴又そのむねを存へく候あいた、けい狀まてもあるましく候へとも、いまの世上のてい、昨日にけふハかはるさほうに候、庄内においても、ふりよのくミをなす仁もあるへく候あいた、如此かたく申さため候なり、しよせん一そくのはつ(頌)らひになり候ハんするともからにおいては親兄弟をいハす、なかをたかふへく候、

一　一そくのなかに、ふりよのく(日說)はうせついてきたり候時ハ、しんしやくの儀なく、あひたかひに申ひらくへく候、

一　庄内において、所務以下のさ(相論)うろんにおよふ事候時ハ、一そくおの〳〵申たんし候て、り(理運)うんにまかせてさいそく申へく候、かやうにて(條々)う〳〵申さため候うへハ、き(向後)やうこういよ〳〵一味同心のおもひをなすへく候、もしこのてふ〳〵僞申候はゝ、

八まん大ほさつの御は(頌)つをまかりかうふるへく候、仍契狀如件、

正平三年八月五日　藤原氏（頼（花押））
近江守前（頼（花押））

なかとミとの

この文句は甚だ平易であるから特に解説はしないが、親族團結の思想は文面に躍如としてゐる。個人主義的親族制度とは雲泥の相違であらう。そこに團體的な或るものが見出される。しかして、これと同種類のものは多數に存在してゐるが、ここでは煩雑にわたるから省略して置きたい。

一　相良家文書、第一卷、第二〇四頁乃至第二〇六頁。

二　小早川家文書、第二卷、第二九〇頁乃至第二九一頁。毛利家文書、第一卷、第七七頁乃至第七八頁にも、嘉吉二年十一月または寶德四年六月のものが收められてゐる。

三　現行民法においては、妻が、夫の同意を得ることなくして夫名儀の土地を無斷に賣却することに關しては何等の規定がない。また實際問題としても、夫の名義になれる土地を勝手に賣却したならば證書の效力についても問題が起るであらう。然るに、わたくしは鎌倉時代なる貞永元年のものと思しき次の沽券を披見した。曰く、『右件畠地、元者僧龍財相傳領掌私領也、而今龍財他行之間、俄依有要用、於妻藤原姉子幷女子等宇土用宇龜之沙汰限直米參斛伍斗相副本公驗、藤井二子爲永代地主賣渡既畢、仍爲備後代龜鏡、放新券勒署名之狀如件、』と。女子の土地所有權は御成敗式目においても庄園法においても認められてゐるが、夫の署判なき田地賣買證文が有效であつたといふことは、中世の固有法においてのみ見られるところであつて、女子の權利が社會的に相當認められ、夫の同意なくしても重要なる法律行爲をなし得たことが、右揭の沽券によつて知られるのである。公序良俗の名の下に夫の同意なくしては重要なる法律行爲をなし得ない市民社會の民法と比照して、われわれは、ここにも亦中世的法律生活の特色を眺めしめられるのである。

一　法隆寺文書、一〇。

第六　中世における法律思想

一　緒　言

市民的な法律における契約の自由と權利の觀念とは、言ふまでもなく、近代の市民的社會における觀念以外の何物でもあり得なかつた。いやしくも、それが公けの秩序・善良の風俗に反しない限りは、ひとびとは、如何なる内容の契約をも自由に、且つすべてのひとが對等の自由人たる地位において取り結ぶことが出來たし、また法律によつて認められたる權利である限り、權利者は飽くまでも行使することが當然のこととして認容されてゐた。もとより、かかる觀念は最近に至つて重大なる轉換にのぞみつつあるが、それは市民法より社會法への發展

を示しつつあるものであつて、國家が個人の自由契約の内容に干渉したり、權利の行使に重要なる制限を加へたりするのは、少くとも在りし日の市民法の觀念に屬するものではない。わづかに過去半世紀のわが法律思想でさへも凡そかくの如き大きな轉換を遂げて居り、しかも、それは社會的經濟的諸關係の新たなる展開とともに、その勢ひを一層助長せねばならないであらう。

しかしながら、近代の市民的な法律における契約の自由、個人主義的權利觀念、さうして罪刑法定主義等々は、畢竟するに、フランス革命以降の産物であつて、決して古代的な或ひは中世的な觀念そのものではない。否、古代的・中世的法律思想は、實に近代に入つてその根本的な轉換を遂げたものに外ならない。故に、古代には古代的法律思想が流れて居り、中世にはまた中世社會相應の法律思想が存在したのであつて、これ等のものを近代的な觀念を以て如何に分類しても概念化しても到底正當に把握し得るものではない。何となれば、古法には近代法の觀念を以てしては如何にするも解決し得ない重大問題が幾つも横つてゐるからである。この意味において牧博士が最近その述作において編入主義を排

して發見主義の緊要なる所以を切言されたのは、正にわたくしも亦言はんと欲するところであつたのである。

學者は、よく彼のサー・ヘンリー・サムナー・メーンの諸著作を引用し、特に彼が法律發達の跡を『身分より契約へ』[四]といふ言葉を以て結んだことに多大の同感を示して來た。わたくしは、その同感には重要なる根據のあることを知つてゐるものであり、また、わたくし自身もこれに贊同しない如何なる理由も發見されない。蓋し、わが古法について見ても亦この言は多くの眞理を含んでゐるからである。けれども、ヨーロッパにおいても中世は宗教が支配した時代であるといふ言葉が存するやうに、凡そ中世から宗教を滅却して事を考へることが出來ず、もとより、それが法律思想に大きなる影響を與へ來つたものであるのみならず、特にわが中世においては、同時に、儒教の影響を受けたる東洋的道德が日本化せられて、それが中世の法律思想に閑却すべからざる影響を與へてゐるのであつて、道德と宗教の二者は實にわが中世法の中に溶解し緊密に結合してゐるのであり、この二者を切り離して論考することは絶對不可能事に屬する。

かやうな中世法を或る意味において支配し來つた道德と宗教とは、明治十年代以降の法律によつて分解せしめられ近代化せしめられたのであるから、少くとも法律進化の跡は曾に『身分より契約へ』(from status to contract)のみではなく、その思想の一根柢において道德的な宗教的な法律より個人主義的な法律に進化したものと言はねばならぬ。さうして、中世[五]のかかる法律思想の一端を明かにせんとするのが、今わたくしの所期するところである。

一　いはゆる善良の風俗に關しては、牧野博士『法律における意識的と無意識的』(大正十四年)第三九頁以下參照。

二　穗本博士『社會法と市民法』は特に重要なる文獻である。別に牧野博士『法律における倫理と技術』第三一四頁以下參照。

三　牧博士『舊日本の私法的諸制度に固有なる法律體系に就て』(法學論叢、第三十二卷第二號第二四四頁乃至第二四五頁)。牧博士は其處で次の如く述べてゐられる。曰く、『一言にして云へば舊日本の私法的諸制度は之に固有なる體系の中に配置さるべきものであり、法制史家はかやうな體系を發見することを努むべきである。現代法的な所謂法學體系の中に編入さるべきものではない。發見と編入とは大變な相違である。發見主義は舊日本の法

律の體系的整理を古法の本質に從ふ樣に行はんとするもので、全體の考察と微細なる内部的研究の結果とを綜合して、一個の纏つた體系を發見することを窮極の目的とする。之に反して編入主義は最初から法學の體系が一定し、其の分類の中に編入しうるやうな事實を以て之に配置するのであつて、假令個々の制度については古法の本質を考へるとしても、其昔古法の全體系が有つてゐた全體的な關聯の固有なる姿といふが如きものは之を顧みないのである。だから編入主義は昔の法律固有の體系と云ふことは之を考へてゐないものである。』（傍點は原文のまま）

四　Sir Henry Sumner Maine, Ancient Law, London, 1924, p. 174.

五　わたくしの玆に中世といふのは、專ら鎌倉室町時代を指すものである。

二　法と道徳

隣邦支那において生成した儒教は古くからわが日本に傳へられ、年月を經るとともにこの東洋道徳は日本化せられて、それが法律思想の中に多分に取り入れられ、至大なる影響を與へた。これは上代の律令法において始めて組織化せられたのであるが、それは驚て中世に繼受せられたのであつた。わたくしは、その一聯の過程を親子關係において眺めたいと思ふ。

先づ、養老律は八虐の一つとして不孝（フキャウ）罪を擧げ、謀反・大逆の如き重罪とともに列擧してこれを重視した。例へば、祖父母・父母を常に犯罪に陷らざらしむべきであるにも拘らず、その訟律）、子孫は祖父母・父母を官に告言すれば絞罪に處し（鬪ことなくしてこれを官に告するが如きは、實に子孫の道に反するものだと考へられた。然らば、不孝の具體的内容はどうであるかといふに、律の規定するところに據れば、（一）祖父母・父母を詛詈し告言し、（二）祖父母・父母が健在なるにもかかはらず別籍異財し、（三）父母の喪中なるにもかかはらず婚姻し、（四）祖父母・父母の喪を聞きながらも匿して擧哀せず、または詐りて祖父母・父母の死と稱したり、更に（五）父祖の妾を姦する場合の五つの内、いづれかに該當すれば玆に不孝罪が成立するのであつて、鬪訟律には、子孫が祖父母・父母の敎令に違犯し、及び供養に闕くるところあれば徒二年の刑に處し、且つこれ等の不孝者は義絶（勘當）せられ、父母の遺財の分配にあづかることが出來ないこととなつてゐる。律令法が

道徳と如何に結合されてゐるかは、以上の所述を以てしても十分に知り得られるが、その根據は、實に『類聚三代格』の序に『律以懲肅爲宗、令以勸誡爲本、』とあるやうに、令は人民の敎化を最高目的とする法であり、律はこの令に違背せる者を處罰するところの敎化的刑法である點に在つたのである。

一　養老律、八虐（新校群書類從、第四卷、第一〇八頁）。
二　戶令（令義解、卷二（國史大系、第十二卷、第九二頁））。
三　法曹至要抄、下、處分（新校群書類從、第四卷、第二〇一頁）。
四　類聚三代格、卷一、序事（國史大系、第十二卷、第三二九頁）。

以上の如き律令法と道徳との關係は中世に入つてから如何になつたかと言ふに、武家法においても亦これが繼受を見たのであつた。例へば武家の根本法たる御成敗式目はその第十八條において次の如く規定してゐる。卽ち曰く、五

一　讓與所領於女子後、依有不和儀、其親悔返否事、右男女之號雖異、父母之思惟同、爰法家之倫雖有申旨、女子則憑不悔返之文、不可憚不孝之罪業、父母亦察及敵對之論、不可讓所領於女子歟、親子義絶之起也、既敎令違犯之基也、女子若有向背之儀者、父母宜任進退之意、依之女子者爲全讓狀、竭忠孝之節、父母者爲施撫育、均慈愛之思者歟、

今この條文を見るに、律令法では、ひとたび女子に讓與したる私領は父母これを悔返し得ないこととなつてゐるために、女子は不孝の罪を憚らず行ひ、また父母は女子が敵對に及んでもこれを悔返し得ない場合あるを懼れて、所領を女子に讓與しない傾向があり易い、しかし、これは實に『親子義絶之起』であり、『敎令違犯之基』であるから、ひとたび女子に讓與した所領であつても、父母がその自由意思を以てこれを悔返すことを許す云々といふのであつて、武家法は悔返し一件に關する限り律令法を訂正してゐるけれども、律令法における『不孝』『義絶』『敎令違犯』の根本觀念は、脈々として繼受されてゐるのである。

更に、鎌倉幕府の記錄たる『吾妻鏡』仁治元年五月四日の條には、父母に敵對して相論することを禁止して居り、六また同書寬元元年十一月一日の條によれば、親の死後においても、親の行爲を非難するが如き訴訟をなすことは『死骸敵對』の罪に處することになつてゐる。七親子の間さへかくの如き狀態にあつたから、

親子一世・夫婦二世・主従三世といつて特に主従關係を重視した中世においては、主従の敵對を不當としたのは言ふまでもない。從つて、幕府法では主従の敵對（訴訟）は、理非を論せず一切取り上げないことを繰返して宣言してゐる。[八] これ卽ち主従間は一心同體として結合してゐるべきものであり、その敵對の如きは當代の道德觀念を以てしては到底許さるべきことでなかつたからである。しかして、われわれが更に『吾妻鏡』を檢討するならば、その建長二年六月二十四日の條には、今日のわれわれとして如何にも考へ得ない事が記されてゐる。[九] すなはち自分の息子が旅行不在中に、父はその隙を窺つて息子の妻女に艶言を通じたが、妻女は殊に周章して容易に承諾しさうもない、ところが當代の思想によれば、櫛を投げてこれを取らしむれば、骨肉みな變じて他人になると考へられてゐたから、父はひそかに妻女の居室に至り屏風の上から櫛を投げ入れ、妻女は何の考へもなくこれを取つた、仍つて、父は今や妻女を他人に準じて志を遂げんとせるところへ、圖らずも息子が歸つて來たので父は大いに慙に堪へず、その場で自殺した、然るにこれを見た息子は大いに仰天し、悲歎の餘り忽ちに妻女を離別した、しかも、その理由は、『依不隨彼命、此珍事出來、不孝之所致也、不能施芳契』と言ふのである。父の姦通の要求に隨はなかつた妻を『貞婦』とこそすれ、これを『不孝』なりとして離婚するが如きことは今日われわれの意表の外に出てゐるが、當時の人々も亦これを怪しまなかつたものであらうか。わたくしは、不幸にして、このやうな離婚理由が當代人の當然に容認するところであつたか否かを未だ明かにすることは出來ないが、しかし、少くともそれが必ずしも中世人の離婚觀念から甚しく懸け離れたものでないことだけは、ここに推測して差支へないとおもふ。

われわれは以上によつてわが中世においては、親孝行＝不孝といふ道德律が同時に法律化され、しかも、この觀念を離れて中世法を正しく知ることが出來なくなることを明かにし得た。畢竟するに、中世は法律と道德とが未分化の狀態に置かれてゐたのである。[一〇]

五　日本古代法典本、第四〇八頁。

六　吾妻鏡、第卅三（新訂增補國史大系、第三十三卷、第二六〇頁）。

七　吾妻鏡、第卅五(新訂增補國史大系、第三十三卷、第三〇七頁)。

八　例へば、吾妻鏡、第卅八・第卅九・第四十八(新訂增補國史大系、第三十三卷、第三九八頁、第四〇九頁、第七一〇頁)等々參照。

九　吾妻鏡、第四十(新訂增補國史大系、第三十三卷、第四四七頁)。

一〇　ヨーロッパにおける法と道徳との分化に關する一般的問題については、中島教授『法と道徳の分化と自由主義』(法學志林、第三十五卷、第四・六七號)參照。

一一　日本古法における法と道徳との關係については、拙著『日本法制史大綱』第三七七頁參照。

三　法と宗教

中世においては法と道徳とが結合してゐたに加へ、更に宗教も亦これ等のものと相融合した。寺院法においては言ふ迄もなく、武家法においては寺院法および前代の法律觀念と互ひに影響し合つて、法と宗教との分離して考ふべからざる場面を廣汎に展開してゐるのである。事を御成敗式目について見んか、その第一條には先づ、神社を修理し祭祀を專らにすべしと述べて、『右神者依レ人之敬增レ威、人者依二神之德一添レ運、然則恒例之祭祀不レ致二陵夷一、如在之禮奠莫レ令二怠慢一、因レ玆、於二關東御分國々幷庄園者一、地頭神主等、各存二其趣一可レ致二精誠一也、兼又至二有レ封社一者、任二代々符一、小破之時且加二修理一、若及二大破一令レ言二上子細一者、隨二其左右一可レ有二其沙汰一矣、』と言ひ、次いでその第二條は寺塔を修造し佛事等を勤行すべきことを規定して、以て御成敗式目と神佛との關係を想起せしめてゐるが、これよりも一層重要にして且つ具體的なものは、同式目の卷末に附せられたる起請である。そこには兩執權以下、式目運用の局に當る評定衆等が、傍輩を憚らず權門を恐れず、誠心誠意、道理に基いて嚴正公平なる裁判を行ふべきことを天地神明に誓ひ、若し一事たりともこの旨に違犯すれば、われ等は神罰冥罰を蒙るものなりと明記してゐる。これを起請文と言ふが、起請文の根本的性質は、實に、行爲・不行爲を神に誓言して作製せる法的拘束力を有するものであつて、しかも、その拘束力たるや、ただに現世のみならず未來永劫に及ぶものであると考へられてゐたから、その法律的價値は到底他に比を見ないものである。『吾妻鏡』文曆元年七月六日の條には、幕府

の家司奉行人等に起請をなさしめたが、その理由を説明して、『是奉行事、不謂親疎、不論貴賤、各存正義、可致沙汰之趣也』、と言つてゐる。[三] この起請文の制度は寺院法においても亦一般的に行はれたものであつて、この側面よりすれば、法と宗教とを分離して中世法を考へることは不可能だと言はねばならぬ。

更に、この起請の制度は民事・刑事の裁判にも應用された。[四] すなはち、民事裁判にありては原被兩告をして神前で起請文を書かしめ、次いで諸種の方法で裁判を行ひ、また刑事裁判では被疑者に對して同樣の方法を行つた。その方法には湯起請や參籠起請その他のものが見られたが、ここではこの二方法に就いて述べたい。

凡そ起請文を書くには、俗人は京都では北野神社に限つたが、その他の地方では場所に制限なくいづれの神社においてなすも差支へなかつたが、諸社の神官ならびに神人は他社において書くことを許されず、ただ京都では北野のみに限られてゐた。[五] そこで湯起請について見るに、これは關係人に神前で起請文——民事では自己の主張が正當であることや、刑事では自己の犯罪を犯さざることを神前に誓ふ——を書かしめて、場合によつてはこれを燒き灰にして水で飲ませしめ、然る後熱湯を入れた桶その他の容器の中に在る小石とか器物とかを取らしめ、その結果、手のただれた者を敗訴または有罪人とし、手のただれず何等の損傷もなき者を勝訴または無罪とする『神誓裁判』であつて、その具體的事例は枚擧に遑がない。例へば、『建武以來追加』第二〇五條には、永享十一年五月二十日附にて、江州田上杣庄と同國牧庄山とが堺相論をなしたにつき湯起請をなしたし、[六] 同追加第二〇六條(永享十一年六月八日)にはその結果を記し、兩者とも『湯起請之失』[七] があつたから、然る上は件の係爭地を闕所になすと裁判してゐる。[八]

また東寺の廿一口評定引付・永享十年十二月二十六日の條によれば、去る十四日の夜、寺の土藏を破り代物首尾五十貫ほどを盜み取つた者があるので評議を催し、仍つて二十六日に寺僧を參集せしめその內で嫌疑者三名に湯起請を行はしめたが、更に失はなかつたといふことが見へるし、更に『大乘院寺社雜事記』文正元年六月七日の條では、殺人被疑者を湯起請に附せんとしたるに當人は逐電してしまつたから、犯人は彼に相違ないといふ記事が見える。[九] かやうに、武家

法においても、前記の東寺や興福寺の寺院法においても、湯起請は裁判方法として盛んに用ひられたのであつた。それは、事の眞僞を神の裁斷に俟たんとするものに外ならない。

次に參籠起請に就いて述べたい。これは神前にて起請文を書き、大低一週間參籠せしめ、その間に『失』あれば敗訴または有罪となし、失なければ勝訴または無罪とする。前述の湯起請の失は手の燒損することであつたが、參籠の『失』は次の場合であつた（嘉禎元年閏六月二十八日定）。

起請失條々

一　鼻血出事
一　書二起請文一後病事、但限二本病一者、
一　鴟烏矢懸事
一　爲レ鼠被レ喰二衣裳一事
一　自二身中一令レ下レ血事、但除二用一楊枝一時並月水女及痔病者一、
一　重輕服事
一　父子罪科出來事
一　飮食時咽事（但被レ打レ背之程可レ定レ失者、）
一　乘用馬斃事

右書二起請文一之間、七箇日中無二其失一者、今延二七箇日一可レ令レ參二籠社頭一、若二七箇日猶無レ失者、就二惣道之理一可レ有二御成敗一之狀、依レ仰所レ定如レ件、

すなはち、この九箇條の内一つでも參籠中に該當事項が出來ると『失』ありたるものとなり、若し七日間に失が見えなければ更に七日間これを續けることが出來る定めになつてゐるのである。參籠起請の事例として、わたくしは二つばかり擧げて置きたい。（一）寛喜二年五月六日、鎌倉幕府に去夜盜人があり、その夜幕府に參候した連中を集めて糺問したるに、そのうち格勤一人・美女一人が嫌疑者として擧げられ、事の眞僞を明かにするために鶴岡八幡宮に參籠して起請文を書かしめた。ところが同月十四日に至つて起請文の失が露はれ、遂に御所中より追放した。（二）市河掃部助入道見西なる者、その妻（藤原氏）との婚姻にあたり、若し離別せば信濃國船山内青沼村・伊勢國光吉名および甲斐國市河屋敷を

與へるといふ契約狀を與へた。然るに、彼は不圖したことから妻を離別したが、最初の契約通り件の所領を與へることを惜しみ、妻が落合藏人泰宗と密通したから離別するといふ虛僞の事實を述べたので妻に訴へられ、果して密通の事實ありたるや否やについて參籠起請が行はれたのである。それは寬元二年七月二十日のことであつた。すなはち泰宗と藤原氏（見西の妻）の兩人は荏柄社檀に參籠し、鎌倉幕府の役人が『失』ありや否やを檢したのであつたが、もとより兩人は密通せざる旨の起請文を書いてゐた。ところが八月三日に至り、七日七夜その『失』なきことが明かとなり、見西はかくてその初の契狀に任せて件の所領を妻に讓與すべしとの判決を與へられたのである。[二]

以上述べたる湯起請にしても纔かにその數例を擧げたに過ぎないが、事の眞僞を神明の裁斷に俟つといふその裁判方法の根柢を流れる思想、並びに起請文の制度そのものは飽くまでも宗教的法律觀念であつて、これを近代法的觀念においては到底想像も及び得ざるところ、法と宗教はかくして中世法の最も重要な紐帶の一つを成してゐたのである。[三]

一　寺院法がその本來の性質よりして宗教的であつたのは多く論ずる要を見ない。中世寺院法については、わたくしは『法學志林』誌上に多くの論稿を發表し來つた。別に拙著『日本中世寺院法總論』（昭和八年）參照。

二　日本古代法典本、第三九九頁。

三　吾妻鏡、第廿九（新訂增補國史大系、第三十三卷、第一三五頁）。

四　拙稿『日本中世寺院法における司法制度』第七章『神誓裁判』（法學志林、第三十七卷、第三及び第五號）參照。

五　吾妻鏡、第卅三（新訂增補國史大系、第三十三卷、第二六九頁）。

六　日本古代法典本、第七四八頁。

七　日本古代法典本、第七四九頁。

八　東寺百合文書、白河本、百十。

九　拙著『日本中世寺院法總論』第二三〇頁。

一〇　日本經濟大典、第一卷、第四三六頁。同時に吾妻鏡、第廿九（新訂增補國史大系、第三十三卷、第一四一頁）參照。

一一　吾妻鏡、第廿七（新訂增補國史大系、第三十三卷、第九五頁）。

一二　吾妻鏡、第卅六（新訂增補國史大系、第三十三卷、第三二九頁）。

一三　中世の裁判が悉く神誓裁判によつてのみ行はれたといふのではない。誤解するなかれ。特に民事裁判においてはその發達大いに見るべきものがあり、かの三問三答の制の如き愼重な方法が行はれた。ただ、神誓裁判が中世の法律思想上において大きな思想的意義を有したことを忘れてはならぬ。

四　所領を中心とする法律思想の開展

近代社會を支配するものは金融資本であり、土地ではない。從つて、これが法律上の形態においては債權の優越的地位が承認せられ、物權はその背後に押しやられるに至つた。しかし、それは漸く第十九世紀末葉以降のことであつて、これを中世に就いて見んか、封建社會の物質的基礎は土地であり、この土地の領有形態が社會の形態を、從つて又、法の形態を規定してゐたのであつた。すなはち、中世の法律的形態と觀念とは實にこの土地領有が中心になつてゐたのである。試みに御成敗式目に就いてこれを見るならば、その全文五十一箇條のうち大半は擧げて所領に關する規定であり、刑事・親族相續に關する部分は極めて鮮少であるが、それは、その半面において土地の領有關係に關する法的規制が如何に鎌倉幕府にとつて重要な事柄であつたかを暗に物語れるものであらねばならぬ。さうして、同樣のことは新篇追加・建武以來追加などに就いても言ふことが出來る。

武家政府の依據する基礎が土地であり、寺院の基礎もまた同樣であつたが、封建的支配者たる武家はその養へる家子郎等に對してそれぞれ所領を恩給し、以て臣下の奉公に對する御恩となした。この御恩と奉公との關係は必ずしもヨーロッパ中世の如き雙務契約をその內容とするものではない。しかし、主人と臣下との封建的結成は實に土地が中心であつたと言ふべきであつて、奉公あるも御恩が無ければ臣下の離散することを恐れて主人も大いに意を用ひてゐる。建久五年十月十七日、賴朝が齒痛だといふことを聞き及べる賴基は直ちに良藥を獻じたので『關東御恩』として參河國羽隅庄を與へられたし、同六年二月五日には內藤左近將監盛家が『新恩』に浴してゐる。その新恩の內容は明かで

ないが、いづれ何處かの所領を給與されたに相違ない。

かやうに、主人から積極的に御恩を與へるのが普通であるけれども、若し奉公あるも御恩なき場合には、これを要望することも必ずしも不當だとは考へられてゐなかつた。嘉禎元年九月十日、長尾三郎兵衞尉光景は、その昔、建暦三年に和田義盛が叛逆を企てた際は十三歳の小童の身を以て北御門の搦手に向つて防戰大いに勵み、また承久亂においては宇治橋で軍忠を竭した、それにもかかはらず今以て御恩にあづからないといふので頻りにこれを幕府へ要望した。そこで幕府の評定衆においても理由あるものと認め、鎭西の强盜人の所領を召し放てばこれを給與することとした。[四] また寶治二年六月二十一日、佐々木次郎兵衞尉實秀は款狀をささげて恩澤に浴さんことを要求したが、これは彼の祖父兄弟四人が賴朝の擧兵以來專ら軍忠をはげみ、數度の勳功によつて度々恩賞を蒙つたけれども、亡父太郎信實のとき或は相論により或は自然に召し放たれたから、今改めて御恩に浴したいといふのであつた。[五] しかして、奉公は主人の命に隨つて忠勤を抽んでることであるが、御恩は卽ち土地を中心とする得分徵收權を付與することであつた。この故に幕府が文治元年十一月に庄公を問はず地頭を設置したのは、實に御家人をして地頭としての得分を收益せしめんために外ならなかつたのである。されば地頭のこの得分徵收權を地頭職と言ひ、それは今や一種の不動產物權とでも言ふべきものになつて行つた。故に中世人が土地を中心とする收益權の獲得に狂奔し、特に武士がその全力をここに傾注したのは怪しむに足らない。

かやうに土地の領有が根本的なものであつたから、ここに中世獨特の法律思想が發生し發達した。職の知行なる觀念が卽ちそれである。[六] 凡そ中世においては同一の土地に對して幾つもの支配權が重疊して附帶して居り、その權利關係は極めて複雜なものであつた。例へば本家職・領家職・領主職・預所職・地頭職代官職・庄官職・作人職などが卽ちそれであつて、一つの土地に對しても凡そこれだけの權利が發生し得たのである。故に職なるものは土地に對して一定の支配をなし得る權利そのものといふ性質のものであり、知行とは、この權利の占有を指ざすものであつた。かくの如き土地支配の制度は實に中世社會の根幹を成

したものであるが、しかも、それは中世獨自の法律觀念に基づくものであつて、とへ論理透徹たりといへども近代法の觀念を以てしては絶對に解明し理解し得ないものである。故にこれ等の諸職がそれぞれ土地に對する支配權をその內容とせるものであるといふの意味を以て、これを不動產物權の概念中に編入され得るかも知れないし、又わたくし自身も左樣に說いたことが曾てあるが、しかし、凡そ中世の法律觀念としては近代法の意味における物權法なるものは存在しなかつたのである。故に職の知行といふ觀念は中世的法律觀念にもとづいて理解せねばならぬ。

土地を中心とする法律思想が獨自の發達を遂げた結果、それは必然的に訴訟制度に反映して特色ある民事裁判の發達を促した。中世の裁判制度は檢斷沙汰所務沙汰および雜務沙汰の三種に分たれ、檢斷沙汰は刑事訴訟を掌り、所務沙汰は所領の裁判を、さうして雜務沙汰は利錢・出擧・賣買等の所領以外の民事事件の訴訟を指稱するのであるが、この內で最も重んぜられたのは所務沙汰である。これ所務が中世社會の土臺であり、幕府存立の基礎だつたからである。その三問三答の手續の如きは幕府が如何に民事裁判の愼重を期したかを窮はしむるに十分である。しかして、民事裁判においては根本法たる御成敗式目に依據したのは言ふまでもないが、式目に規定なき場合には先例に據り、先例も亦不明なるときには『道理』に立脚して裁判した。この道理なるものは近代法のいはゆる社會の通念に相當するものであるが、中世の裁判思想は或る意味において道理の法化であるといふことが出來よう。先例と道理とを重んずること、これ實に武家法・寺院法に共通した一大思想であると言はねばならぬ。寶治元年十一月十一日、鎌倉幕府は『地頭一圓之地、名主百姓訴訟事』の法を定め、『開發領主無過失者、任道理可有御成敗』と言つて居るのみならず、貞永元年九月十一日執權北條泰時が御成敗式目を京都の六波羅探題へ送るについて添へたる書狀に、御成敗式目が道理に基づいて作られたものなることを明記して『さて、この式目をつくられ候ことは、なにを本說として被注載之由、人さだめて謗難を加事候歟、まことに、させる本文にすがりたる事は候はねども、だうりのをすところを被記候者也、』と言ひ、更に引續いて裁判の嚴正公平なるべきことを切言して『か

やうに兼日にさだめ候はずして、或はことの理非をつぎにして、其人のつよきよわきにより、或は御裁可ふりたる事をわすらかしておこしたて候、かくの如くに候ゆへに、かねて御成敗の體をさだめて、人の高下を論せず、偏頗なく裁定せられ候はむために、子細記錄しをかれ候也、』と述べてゐる。

近代法は罪刑法定主義を採つて居る。これがその基礎的態度であるが、しかし、中世法では刑事たると民事たるとを問はず、その根本觀念は實に道理に據るべきものと考へられてゐたのであつて、この思想は正に近代法とその立場を大いに異にするものと言はねばならぬ。しかして、土地に立脚する中世社會がその爲に獨自の法律思想と裁判思想とを展開したことは、中世人の心意に卽してのみ初めて理解し得るところ、これを近代的法律概念に基いて把握しようとするのは大なる見當違ひであると言はねばならない。

一　中世における御恩と奉公に關しては、牧博士『日本封建制度成立史』（昭和十年）第四章『主從關係の性質』參看。

二　吾妻鏡、第十四（新訂增補國史大系、第三十二卷、第五一五頁）。

三　吾妻鏡、第十五（新訂增補國史大系、第三十二卷、第五二四頁）。

四　吾妻鏡、第三十（新訂增補國史大系、第三十三卷、第一六四頁）。

五　吾妻鏡、第卅九（新訂增補國史大系、第三十三卷、第四一〇頁）。

六　本書第七篇『中世法における所領の知行』參照。

七　吾妻鏡、第卅八（新訂增補國史大系、第三十三卷、第三九六頁）。

八　日本經濟大典、第一卷、第四二四頁。

五　結　び

わたくしは、わが中世の法律思想を窺ふべき特徴的事實として上に三つを擧げて來たが、細密に論ずるならば猶これ以上に多くのものを擧げ得るに相違ない。しかし、就中、法と道德と宗教との結合は、これ實に中世のみならず大化以前においても王朝時代においても特に明かに見られ得るところではあるけれども、それが中世において特殊の發達を遂げたことを看過し得ない。蓋し、前期に

おいては法と結合したる道徳は支那流の儒教思想であつたに反し、中世のそれは日本において洗錬されて夥しく日本化し彼の武士道の如きものを生せしめた。また法と宗教との關係について見ても、前代では中世と明かにその結合内容を異にせるものがある。例へば、かの神誓裁判は古代（大化以前）の宇氣比（ウケビ）および盟神探湯（クガダチ）の復活し發展したものであるが、參籠起請の如きを新たに發生せしめてゐるのみならず、王朝の律令法や公家法にはこの神誓裁判は絶えて行はれなかつたのであつて、まことに中世はわが固有法の復活と發展の時代であつたのである。しかして、このやうな中世的法律思想は徳川時代を經、明治になつて始めて近代的市民法思想に席をゆづることとなつた。

中世の法律思想は或る意味において確かに幼稚であつた。近代的觀念を以てすれば、法も道徳も宗教もそれぞれその本質を異にせるものであり、これが結合し融合して一つの全體的法を形成するが如きは、これ混迷の甚だしきものである。しかしながら、時代を超越した法律思想はあり得ない。近代法が個人主義的・自由主義思想と産業の發展との産物であるやうに、中世法も亦思想的に社會に臨める宗教・道徳と封建的土地領有關係の所産以外の何物でもなかつたのであつた。これを評するに時代と文化を超越し無視するにおいては、決して正鵠を得たものとはなり得ない。

われわれは以上によつて中世的法律思想を特徴づけて來た。然らば中世法は如何にして思想的に近代化したか。その轉換は如何にしてなされたか。わたくしは、この問ひに對し簡潔に次の一言を以てしたい。曰く、——法と道徳と宗教との分化。

第七　中世法における所領の知行

一　知行の概念

一　平安時代の作にかかる『伊勢物語』には、しばしば諸處に、次の如き『しる』といふ記述が見へてゐる。

昔、男、初冠して、奈良の京、春日の里にしるよしして狩にいにけり。一

昔男、津の國に知る所ありけるに、兄弟友達ひきゐて、難波のかたにいきけり。二

昔男、津の國菟原郡蘆屋の里にしるよしして、いきて住みけり。三

ここに『しる』と言へる言葉は、とりもなほさず『知行』を意味する古語である。さうして、『知る所』はすなはち知行所であり、『しるよし』も亦同義であつて、支配權を行使し得る土地、または現に支配權を行使しつつある土地であることが明らかである。しかして『伊勢物語』は王朝時代後半期の作に成るものであるから、この時代にはすでに右の如き言葉が相當に廣く使用せられ、一般に土地占有權の存在を指稱して居つたものと推察せしめられるのである。

一　伊勢物語（改造文庫本）、第一一頁。

二　伊勢物語、第四四頁。

三　伊勢物語、第五七頁。

二　右に言へる『しる』は、啻に知行といふ言葉のみならず、平安時代の中葉以降に在りては廣く傳知領知などにも轉化し、更にそれが領掌・傳領などにも適用せられるようになつた。今われわれは次に若干の根本史料に依つてその二三の例を擧げて置きたい。すなはち、寛和二年十一月二十日の送勘學院仰書には、『件庄、代々氏之長者傳知、以其應輸充用大原野二季祭饗、興福寺長講法華兩會料』とあり、長治二年九月十四日の東大寺領伊賀國黒田庄大屋戸村徴使今犬丸の解狀に、『右謹檢案内、元者、雖居住御庄之内、更以一分之田畠を不領知』とある

如き、[三]また王朝末期に屬する肥後國鹿子木庄に關する傳領文書の一齣に、『一、壽妙之末流高方之時、爲レ借二權威一、以二實政卿一仰二領家一、以二年貢四百石一割分之、高方者、爲二庄家領掌進退之預所職一、』とあり、[四]更に長寛二年十二月二十七日の右揭鹿子木庄に關する中原親貞が領家政所の裁を乞へる解狀に、『仍於二地頭預所職一者、以二本領主高方之子々孫々一、永可レ爲二重代傳領之職一之由賜二彼家下文一、代々所二相傳來一也』とある[五]等は、上記の事實を明らかに證するものである。

一　この點は、すでに中田博士も論述せられた。同博士『王朝時代ノ庄園ニ關スル研究』（國家學會雜誌、第二十卷第十一號、第六一頁）參照。

二　朝野群載、卷七（改定史籍集覽、第十八册、第一五一頁）。

三　東大寺文書、三ノ十一。

四　東寺百合文書（白河本）、一六八。

五　東寺百合文書（白河本）、二。

三　知行は、その初めにありては、その客體が單に土地のみに限定せられて居らず、廣く一定の事項を主管することを意味してゐた。永延三年五月二十八日の太政官符に、『應レ令二權大僧都法眼和尚位眞喜一共知二行法務一事、右、左大臣宣、奉レ勅、僧綱庶務觸レ事繁多、宜レ令二件人一相共知二行之一者、省宜二承知一、依レ宣行レ之、符到奉行、』とある如きは、[一]すなはちその一例である。

しかしながら、一般的に言ふならば、土地以外の場合に知行と言ふことは極めて稀であつて、少くとも王朝末期以降にありては、土地に對する占有を知行と稱することが、當代一般の通念となるに至つた。

わが中古後半期および中世における土地の知行は、自己のためにする意思を以て土地の上に支配權を行使することであつて、その內容は土地を支配するの權利であり、とりもなほさず、一種の『不動產物權』に外ならない。然らば、この土地を支配するの權利とは如何なるものであるかといふに、本家職・領主職・領家職・庄官職・地頭職・名主職・作人職などがその代表的なものであつた。わたくしは、これ等のもろもろの『職』の內容を說明するに先ち、いささか『職』そのものの本質に關して若干の論述を試みねばならぬ。

そもそも『職』は『シキ』と訓じ、平安時代の中葉以降から出現したものと

思はれる。『東大寺文書』に收むる長治二年(西暦一一〇四年)九月の日附ある次の解狀には、明らかに『徵使職』なるものが見えてゐる。曰く、『右謹檢案內、元者、雖レ居二住御庄之內一、更以一分之田畠を不レ領知一、然而天依レ可レ勤二仕在家門並之所役一、上件徵使之職全仁成下、以後既及二年來一天、』云々と。この解狀は、今犬丸なる者がその所帶の職たる徵使職を沒收せられて、本家たる東大寺がこれを充行ひたるが故に、再び元の如く給與せられんことを申請せるものであるが、彼をしてかくの如く申請せしめたのは何故であるかと言ふに、それはこの徵使職に一定の得分が附帶して居り、しかも、この得分の徵收權が實に職の內容を構成して居たからである。職と得分の徵收權とは密接にして離すべからざるものであり、この權利を伴はざる——換言すれば、この權利を根本的內容とせざる——職なるものは存在し得なかつた。

然らば、かくの如き意味における職なるものの觀念は果して如何なる理由により、また如何なる經過を以て行はれるに至つたか。そもそも如何なる種類たるとを問はず、いやしくも一定の職務には必らず何等かの程度において報酬が

附帶してゐた。職務の從事者は、この報酬を目當てとして、精神的または肉體的勞働に從事して居たのである。しかしながら、すべてのものが職にまで發展し得るものではない。何となれば、職は土地を中心とする財產權たることを、その本質的內容とするからである。これを事實に就いて徵するならば、職に發展し得た職務は、それに附帶する報酬が、その職務擔當者みづから直接に土地より徵收し得る場合のみが職の根源的形態であつた。一層これを正確に言へば、職務に特殊の土地用益權が附帶せる場合に限られて居たのである。然るに時代の進むとともに、職務と報酬との關係は次第に轉倒せられ、土地を用益するの權能に職務が附隨するに至り、かくて職の觀念の中心は最早やこの職務にあるにあらずして、土地を用益する權能そのものが基礎となり根幹となるに至つた。かやうに、その觀念の骨子が土地を用益する權能である以上、職は必らずしも職務的用益權のみに限りて觀念する必要なく、すべての土地的財產權はとりもなほさず土地を用益する權利であるから、これを職の觀念の中に包攝することを妨げないといふ思想を生み、かくて、本家職・領主職(領家職)・庄官職・

地頭職・名主職・作人職といふが如きものを出現せしめ、職はつひに職務といふ固有の意義より全く轉じて、純然たる土地的財産權の觀念に變化するに至つたのである。[三]

一　朝野群載、卷十六（改定史籍集覽、第十八冊、第三三三頁）。
二　東大寺文書、三ノ十一。
三　中田博士『王朝時代ノ庄園ニ關スル研究』（國家學會雜誌、第二十卷第七號、第一〇五頁乃至第一〇六頁）參照。

四　職は土地に對する權利そのものであり、この權利にもとづく占有を知行と言つた。應安三年十一月七日、東寺領攝津國垂水庄に關する兵庫助範顯請文に、『當庄領家職十四町八段云々、仍寺家當知行候、下司・公文職以下者、爲下司開發之地、帶關東御下知・六波羅御教書當御代御下文當知行之由欲申候』とあるのは、すなはち領家・下司・公文の職といふ權利の現實的行使を說明せるものである。

職の知行なる觀念は、その初めにありては全く不文の慣例に立脚せるものであつて、庄園制度の中において培養せられて來た。後節に至つて述べるように、當代における土地的財産權の移轉行爲は要式行爲たることが慣例であつたから、職の知行者は、その知行の正當なることを立證するに足る券契を所持することを以て足り、公的權力に依る保證は特別に必要としなかつた。蓋し職および知行權は、時代の慣例法によつて十分に保護せられて居たからである。然るに鎌倉・室町時代にいたり武家の權力がいよいよ增進するとともに、曾ての慣例法たる職の知行權は、幕府の公的權力の保護を受くることが一層その內容を充實せしむることとなつた。[二]但しこのことは、嚴密には、室町時代について一層妥當するものの如くである。[三]

一　東寺百合文書、（白河本）ヘ、一。
二　ここに一例として北條泰時の下文（阿蘇文書、第一卷、第七六頁）を擧げて置きたい。曰く、

下　宇治龜熊丸

可早領二知所職所領等一事、

阿蘇大宮司職中村　下田　上久木野
下久木野　荒木　大野　柏村　草部

右人、任二親父宇治惟義今年八月廿五日譲狀一、可二安堵一知行一之狀如レ件、以下、

一　知行の概念

文暦二年八月廿七日

三　もとより鎌倉時代においても、これを安堵狀と稱し、この安堵狀を所持する者のみが幕府の保護を受け得ることとなつてゐた。

二　知行の種類

一　知行の種類は、これを各種の觀點からいろいろに説明することが出來るが、ここでは所當知行と下地知行・一圓知行と部分知行・當知行と不知行・永代知行と有期知行との四種に大別して論述を進めて行きたいとおもふ。蓋し、王朝末期以降より中世全體を通じて最も多く、且つ最も一般的に行はれたるものは、大體において以上の種別に盡きるからである。

二　われわれが知行の客體たる所領を對象として事を考へると、所當知行と下地知行との區別が存在したことが知られる。

所當知行といふのは、本家職・保護領主職におけるが如く、根本領主よりその保護料として一定の所當を徴收し得る權利の行使であつて、土地そのものに對しては原則として何等の直接的支配をも行使し得ないのが普通であつた。從つて若し彼等にしてこの權利の域を逸脱して土地に對する直接の支配をなすが如きことあらば、彼等はその『職』を失ふのが慣例である。[一] 何となれば、それは所領保護契約を蹂躙（シタヂ）するものであるからである。

これに對し下地知行といふのは、土地そのものに對して一定の支配權を直接に行使し得るものであつて、領主職・庄官職・地頭職・名主職・作人職などはその最も著るしいものである。應永十二年二月の足利義滿の御判御教書に、『安藝國沼田庄領家職事、於二本所年貢百伍拾貫文一者、無二懈怠一可レ致二其沙汰一、至二下地一者、早小早河美作守則平可二領知一之狀如レ件、』とあるが如きは、[二] 小早河則平が沼田庄の下地を知行して居たことを證するものである。

しかしながら、ここに一つの注意を要するのは、領主職についてである。もとより、これは根本領主職を指すことは言ふまでもないが、この根本領主職は、庄官職・名主職・作人職などが純經濟的内容を有するにとどまつたのとは異り、經濟的

と同時に政治的内容を有してゐた。すなはち、領主は庄官・名主・作人などに對して、その所職の與奪を行ふことが出來たとともに、自己の意思を以て任意にこれ等の者の日常生活に對しても絶對的な支配權を行使することが出來た。故に、下地に對して有する領主の權力は、とりもなほさず私人化されたる公權力であつたと言はねばならぬ。次に庄官職は、領主より給與されたる給田・給名に對して排他的な支配をなすことが出來、これを庄官名と言つた。[三] この下地に對する知行權がすなはち庄官職たる所以である。この外、自作百姓、小作百姓たちが、それぞれ土地そのものに對し一定の知行權を有してゐたことは、名主職・地主職・作人職の知行云々の史料に接することによつて、多くの說明を俟つまでもない。[四] なほ、地頭職はやや性質を異にし、地頭は將軍の臣下にして公領や庄園内に補任されたものであり、將軍とは主從關係に在るも領主とはかくの如き關係にない。[五] しかし、地頭職と言はれたのは、すなはち地頭なる官職には當然に得分が附帶してゐたからであり、その得分の内容は往古地頭・本補地頭・新補地頭等によつて各各同じくはないが、いづれも原則として下地知行なることを特色とする。

一　拙著『日本經濟史の諸問題』（昭和十年）第一一頁に收むる文治二年十一月の八條院廳下文は、この際一讀されねばならぬ。

二　小早川家文書、第一卷、第八頁。

三　庄官の給田・給名に就いては、わたくしはすでに詳細に論じたことであつた。拙著『日本寺領庄園經濟史』（昭和七年）第一一〇頁以下參照。

四　王朝時代における庄園の作人に就いては、拙著『日本寺院經濟史論』第八章を參看せらるべし。それに就いては拙著『日本寺領庄園經濟史』第七章を、また中世の

五　地頭御家人と鎌倉殿との關係に關しては、最近牧博士によつて有力なる論究が試みられた。同博士『日本封建制度成立史』（昭和十年十月刊）參照。

三　知行をその廣狹の範圍より眺めると、一圓知行と部分知行とに分つことが出來る。

さて一圓知行といふのは、下地と所當とを一圓に併せて知行せるものであつて、本家職または保護領主職を設定せざる、或ひは地頭職の存在せざる領主職の場合がその最も典型的な形態である。何故なれば、本家や保護領主または地頭などが介在して居れば、根本領主の知行範圍はそれだけ狹少となり、完全に一圓

の知行者たり得ないからである。この點に關し中世では特に地頭が重要な機能を營んでゐたから、地頭を排除または撤去したために、それが一圓知行地となつた場合が甚だ尠くない。例へば元弘三年十月の後醍醐天皇綸旨に、『高野山金剛峯寺大塔料所備後國太田庄地頭職、所被寄附當山也、一圓可令知行之由、可令下知寺家給者、』云々とあるが如きは、寺領内における地頭職を寺家へ寄進することに依り、備後國太田庄をして高野山の一圓知行地たらしめたものである。

これに反し、部分知行といふものは、一定の所當または下地に對して各人がその一部分のみを知行する場合であつて、本家職・保護領主職およびこれ等の所職を設定せる根本領主職などはその最も顯著な例である。この點に關する最もよい例は肥後國鹿子木庄の場合であらう。[二]更に、領主と地頭とが所務和與によつて下地を中分したる場合などは、鎌倉時代以降もつとも頻繁に繰り返され、以て分割知行者となつた如き、また地頭職に何分之一地頭職なる名稱が出現したなどは、[三]部分知行の進行せる有樣を物語れるものである。[四]

一　高野山文書、第一卷、第三二頁。

二　拙著『日本寺領庄園經濟史』第一二四頁。

三　寛正二年五月の足利義政安堵御判御敎書によれば、『伊豫國越智郡内大嶋四分壹地頭職事、任二去永享十二年六月廿七日御判・並同年七月六日施行之旨一、所レ返二付小早河備後守濱平一也、』（小早川家文書、第一卷、第二七頁）、四分之一地頭職なるものが見えてゐるのである。

四　元久元年三月、法勝寺領美濃國船木庄領守寺能申狀（紛失狀案）には、『當庄者、故肥後入道寂法先祖相傳之私領也、而去嘉應年中寄二進當寺一、割二分一庄一附二屬七人子族一之内、』云々と言ひ（大日本史料、第四編之八、第三八九頁乃至第三九〇頁）、一庄を七人の子族に分割知行せしめてゐたことを傳へて居る。さうして、かかる事實は鎌倉時代の地頭職において甚しかつたのであるが、吉野朝時代からは次第に總領の單獨相續制に變化し、室町時代ではもうそれが一代の鐵則となるに至つた。そのことに就ては別に機會を得て論議を新たにせねばならぬ。

四　現實に所領に對して知行權を行使してゐるものを『當知行』と言つた。

第四節に至つて述べるやうに、庄園法にあつてはその當知行が一定の年數をさえ經過して居れば、その取得原因が正當なると否とを問はない慣例法が發達してゐた。故に當知行は、先づその知行權が合法適正なるものと推定される優先

權が附與されてゐたのである。しかして、室町時代に至ると、將軍の安堵御教書において當知行なるが故に所領を安堵するといふ觀念さえも生れるに至つた。例へば、永享五年八月の足利義教の安堵御教書に、『安藝國生口嶋地頭職事、小早河刑部丞守平當知行云々、領掌不レ可レ有二相違一之狀如レ件、』とあるが如き、また永享元年十月の同人の安堵狀に、『安藝國都宇・竹原兩庄地頭職、同國梨子羽鄉南方地頭職付吉名村、同國三津三浦地頭職、幷四條油小路屋地等事、早任二代々御判幷當知行之旨一、小早河竹原安藝大郎四郎盛景領掌不レ可レ有二相違一之狀如レ件、』と見え、更に長祿四年三月の足利義政の安堵狀に『東寺領山城國植松東庄內田地參町餘事、最福寺雜掌捧二延文貳年六月九日御下知・康應元年四月廿五日御判以下證文一、雖二數申一之、於二東寺一者、帶二觀應御寄進狀・永和御判之御敎書・幷應永八年十月廿八日御下知已下代代御判一、于レ今知行無二相違一之上者、不レ能二對論一、至二最福寺訴訟一者、所レ令二棄捐一也、早任二當知行之旨一、寺家禰可レ全二領知一之狀如レ件』とある[三]等は、それぞれ當知行の旨に任せてその領掌進止を安堵し確認するといふのである。されば、わが中世法においては土地に對する中斷なき權利の行使が最も大切であつたことが知られるのである。

一　小早川家文書、第一卷、第九頁。

二　小早川家文書、第一卷、第六〇頁乃至第六一頁。

三　東寺文書、第一卷、第三五頁乃至第三六頁。

當知行に對する對蹠的觀念は不知行であつた。不知行といふのは、知行する權利はあるけれども、現實にその權利を行使して居らないものであつて、この觀念は恐らく王朝末期から行はれて居たものに相違ない。嘉慶二年十二月二十七日、上杉道合の讓狀に、『右諸職所帶者、所レ讓二與顯房一也、雖レ有二數輩子一、於二家督者一、可レ立二壹人一、若顯房無レ子者、房方子孫可二知行一之、自餘兄弟等事者、爲二惣領計一可レ致二扶持一、至レ于二不知行所領等者一、依二時分一致二訴訟一、同可二知行一之、』とあるもの、及び永享二年二月十日の毛利淨濟の讓狀に、『右彼在所等者、淨濟重代相傳之私領也、而嫡子少輔太郎憲房仁相二副支證等一、所二讓渡一也、入江保事、今者雖レ爲二不知行一、本所之補任爲二明鏡一之上者、此旨數申、可レ致二知行一、』と言へるものは、不知行の法律的性質を遺憾なく物語れるものである。すなはち前者にありては、所領のうち現に不知行の部分は訴訟をなして知行を回復し、しかる上にて當知行となすべしと言ふのであり、後者の場合は、今

は不知行の所領であるけれども、本所から恩給を受けたことは明白であるから、この旨を歎願して知行を回復せよといふのである。これに據れば、不知行は、曾ては當知行であつたが何等かの事情のために知行が中斷して居るけれども、しかも、それが時效にかかつて居らない所領を客體とする觀念であることが明らかである。されば、不知行はその知行を回收することが可能なる狀態に置かれて居るものであり、從つて、これを不知行の所領と考へられて居たのである。[三]『大乘院寺社雜事記』文明十二年三月二十三日の條に、『新木御米内三石、此數年小南押領、下司今市與同心而知行處、如何存哉、去出申之由、去正月廿四日書狀今日光秀持參申、先以神妙、此兩三年ハ當庄事一圓不知行也、令本復者、可知行者也、故筒井律師成敗題目也、兩人共以不承引、無念之事也、時剋到來歟、』とある記事も、[四]この際一讀する必要がある。

かように、不知行の所領は權利の行使が中斷されて居るものであるから、訴訟を經て當人に本復せざる限りはこれを自由に處分することを得なかつた。故に、御成敗式目の第四十七條は、不知行の所領の文書を以て他人に寄附した者はその身を追却し、請取人は寺社修理料として罰金を徵收せられることとなつて居る[五]し、又、この根本精神が建武中興の際に受け繼がれて、若し段歩といへども不知行の地を以て事を安堵に寄せて掠領せしむれば、支證の出來に隨つて本領を沒收すべく、若し所帶が無ければその身を斷罪せらるべし[六]と言はるるに至つた。これは要するに、知行權の安固を確保することに依つて社會秩序の保全を完ふせんがためであつたのである。

一　上杉家文書、第一卷、第三一頁。

二　毛利家文書、第一卷、第五八頁乃至第五九頁。

三　不知行地であり乍ら、しかも、これを所領と稱せるものの一例として、次の讓狀（朽木文書、坤）を參照せらるべきである。

讓二與所領一事

一所　近江國朽木庄事

一所　同國針畑　不知行

一所　同國後一條　不知行

一所　同國安主名　不知行

二　知行の種類

一所　丹後國倉橋郷内與保呂村　不知行

右所領者、相二副代々御判相傳之讓狀等一、朽木五郎左衛門尉仁讓與處實也、（下略）

永享三年二月　日

四　大乘院寺社雜事記、第七卷、第一二五頁。

五　日本古代法典本、第四二一頁乃至第四二二頁。

六　建武年間記（群書類從、第十六輯、第五〇六頁）。

五　すべての所領は、原則として永代知行地であつた。王朝後半期より鎌倉室町時代における諸種の史料には、『先祖相傳之私領、』『永代無二相違一領掌之地、』『永代知行之地』等等の文言に接するのであるが、これは、いふまでもなく、永代無期限の知行地であつて、當知行である以上は、時の經過によつて知行權に何等の影響をも及ぼさざるものであつた。

然るに、これに對し、しばしば有期知行なるものがある。有期知行は、知行者一代または數代のみの知行であつて、その背後には期待的知行權者が控えてゐる。故に、當人の死亡後または數代の後には他の者に知行せしめることが普通であり、しかも、最も多くの場合において處分狀に依つて定められて居る。例へば貞治二年六月二十九日、小早川重景の讓狀に、『右所領等、相二副代々御下文以下證文等一、所レ讓二與息男彌四郎重宗一實也、但重宗不レ生二一子一、若自然事出來者、以二益壽丸一（重宗爲二舅一）養子一、可レ令二傳領一也、將又、猶後新女子（領主）分（期）者、不レ可レ致二違亂煩一、』とあるが如き、また明徳二年十月八日の香取社大禰宜兼大宮司大中臣長房の讓狀において、『右所々はかうづるいちごちぎやうして、其後は、そうりやうまんじゆ丸が方へかへすべし、いますこしもそへてゆづるべく候へども、にし殿あとをもつぐべく候ほどに、此分をゆづる所なり、にし殿あとさほひする事候はゞ、せうぶんたりといへども、いまゆづる所を、永代ちぎやうすべく候、にし殿あとをもち候はゞ、いちごぶんたるべし、仍ゆづり狀如レ件、』と言へるなどは、一期知行（有期知行）および永代知行を說明せるものである。すなはち、有期知行は、隱居せる祖父母父母を初め長男以外の諸子または妻妾の生活扶養をなすために、當人の一代または數代に限つて知行せしめたに因るものである。

ところで有期知行としては一期知行が最も多かつたが、往々にしてそれ以上の場合もあつた。例へば、永祿九年十一月の彌三郎讓狀に、『右金丸東町一段、に

しのつまのはたけ一まい、大案主(の)ゆづりにまかせて、右衛門四郎・其子ひぢりと、二期之間は、相違あるまじく候、ひぢりより以後、さういなく、かへされべく候、』と あるのは、二期知行に關するものである。

一　小早川家文書、第二卷、第一七六頁乃至第一七七頁。
二　香取文書纂、卷四、第二七丁乃至第二八丁。
三　香取文書纂、卷十二、第一九丁乃至第二〇丁。

三　知行權の取得

一　知行權は、その職の性能の異るに從つて、その取得原由を一にしない。先づ賣買によつて取得したものとしては、名主職・百姓職などが最も多かつた。例へば、『東寺百合文書』に、

奉レ賣二渡　名主職一事、
合貳段者（在所略す）

右件名主職者、（智藏定性）相傳也、於二本所一者、東寺八幡宮御領異二于他一地也、而依レ有二要々一、相二副本文書六通一、以二彼名主職一限二永代一東寺西院御影堂常燈料所一、直錢拾貫文所レ奉二賣渡一之實正也、云二親類一云二他人一、更不レ可レ至二未來際一更不レ可レ有二其煩一者也、仍爲二後日一賣券之狀如レ件、

應永卅一年甲辰五月廿八日　　賣人　定性（花押）
　　請人　道淨（花押）

とあり、また『勝尾寺文書』に、

謹辭　賣一渡一進永作手田一新立二券文一事、（中略）

右件田、元者、小松名相傳私領也、而今依レ有二直要用一、能米參斛陸斗、限二永年一熊丸名ヱ賣渡進處也、但本券一通相副進候畢、不レ可レ有二後日沙汰他人妨者也、仍爲二向後公驗一、新立二券文一之狀、以解、如レ件、

嘉祿三年歲次丁亥二月十四日　　賣人　比丘尼惟宗（花押）

とあり、これ等はいづれも名主職・作人職を賣買によつてその知行權を取得した實例であるのである。

これ等の職の買得者は、賣主の曾て有したる知行權を取得すると同時に、その義務をも承繼することを要した。本所への一定の年貢納付義務はその代表的なものであらう。[三] なほ、所領の賣買に關しては、わたくしは曾て論述を試みたことであつた。[四]

一　東寺百合文書、（白河本）第一七四。

二　勝尾寺文書、第一卷、第一七七頁。

三　證文にこの義務を承繼すべき旨明記せるものは寧ろ例外と言ふべきものであるが、それは自明のことと考へられたからであらうと思はれる。

四　本書第八編『中世における土地賣買法』參照。

二　寄進によつて取得されたるものとしては、本家職・領家職・地頭職などがあつた。前の二者は所領保護契約に依つて、弱勢なる者が『御勢を募る』ために自己よりも一層有勢なる者へ、その私地を『寄進』することに依つて發生する知行權であつて、その知行權は先に述べたる所當知行權に限られて居る。しかも、これが最も廣く行はれたことは、寄文の樣式なるものが行はれた一事に依つても察せられる。その樣式に曰く、[三]

寄二進　私領田畠一事

合壹所者　在某國某郡某庄之内、但於二田代荒熟員數幷四至阡陌等一者、

見二于本公驗一、依レ不レ能レ注之、

右件田畠者、某先祖相傳之私領也、然爲レ募二御勢一、相二副本公驗一寄二進于某人一畢、但於二下司職一者、某子孫相承可二知行一之、不レ可レ有二他妨一、仍爲二向後之證文一、寄進之狀如レ件、

年號某月某日

このやうにして寄進を受けたる本家職・領家職は、その保護料として一定の所當を知行することが出來た。この點については、すでに第二節第二項において述べたる通りである。

次に地頭職は下地知行であるが、往々にしてこれを寺社へ寄進し、以て神佛の加護を乞ふ者があつた。『高野山文書』寶簡集三ノ三十三、延文二年十二月二十四日の三善資連の寄進狀[四]は、その最もよき例證の一つであらう。但し、かやうに地頭職を寺社へ寄進した場合には寺社が地頭職の知行者となるといふよりも、

むしろ地頭職そのものが消滅してしまつて當該寺社領が一圓知行地となつたと見るのが實際的である。

一　所領保護契約に關しては、拙著『日本經濟史の諸問題』に收むる『庄園における所領保護契約』を參看せらるべきである。

二　この場合の領家職は保護領家職のみに限り、根本領家職にあらざること論なし。保護領家(保護領主)・根本領家(根本領主)のことに就ては、拙著『日本寺領庄園經濟史』第一二五頁參照。

三　雜筆要集(丹鶴叢書本、第三三八頁乃至第三三九頁)。

四　これは左衞門尉三善資連がその知行にかかる備後國太田庄山中鄕地頭屋敷並田地六町等を高野山大塔へ寄進したものである。高野山文書、第一卷第三三頁乃至第三四頁參照。

三　中世社會は御恩と奉公との關係によつて結成されてゐた。もとより、その御恩と奉公との關係が片務的であるか雙務的であるかは、ここでは問題外である。從つて、幕府はその臣下たる御家人に對して地頭職を充行ひ、庄園領主はまた庄官や庄土の耕作者たる作人などに庄官職・作人職などを充行つた。この充行ひを恩給(Beneficium)と言ふ。御恩を以て所職を給與せられるといふ意味である。例へば、源賴朝は文治三年十二月に小山七郎朝光の母に地頭職を充行ひ、また延德二年九月、東寺領播磨國矢野庄例名方供僧學衆代官職充文の第一條に『一、爲寺恩、代官事被仰付之上者、每事不可違背寺命事、』とある如き、更に正安四年四月の東寺領若狹國太良庄內助國名百姓職充文に、『右以件國友、所令補任彼名百姓職之、仍有限御年貢以下恒例臨時公事等、任先例無未進懈怠可致其勤矣』と言つてゐるのは、それぞれ地頭職・代官職・百姓職の恩給によつて知行權が取得されたことを證せるものである。このやうに御恩によつて給與せられた所職は、當人がそれに對し奉公を缺きたる『不忠』の所爲があるならば、直ちにこれを沒收せられることが常であつた。『大乘院寺社雜事記』長祿三年閏正月二十六日の條に、『宇多郡角柄庄事、此間古世森爲御恩雖令知行、一向無奉公上者、被召放者也、』とある如きは、すなはちその一例に外ならない。

一　地頭職の補任を封建制度成立史の立場から論究されたものに、特に牧博士の述作を擧げねばならぬ。同博士著『日本封建制度成立史』(昭和十年)參照。

二　職の恩給に就いては、すでに中田博士の有益なる研究がある。同博士『王朝時代ノ庄園ニ關スル研究』(國家學會雜誌、第二十卷第八號)參看。

三　大日本史料、第四編之二、第一八〇頁には、これに關する源頼朝下文が收められてゐる。

四　東寺百合文書(白河本)、一五八。

五　東寺百合文書(白河本)、一四八。

六　大乘院寺社雜事記、第一卷、第三四四頁。

四　他人よりの譲渡によつても亦、知行權は取得せられた。この譲渡の中には遺言による一切のものを含ましめるのであるが、知行權は、土地または所當を客體とする土地的財產權の行使權であるから、それが譲渡相續されたのは多言を要しない。王朝末期に屬する肥後國鹿子木庄の關係文書に、『當時相承者、開發領主沙彌壽妙嫡々相傳之次第也』とあり、當庄が先祖より嫡男が相次いで領掌せられ來つたことを述べてゐる。庄官職も亦しばしばこの例に洩れなかつたことは、正嘉三年二月の天臺領葛河庄預所の公文職補任狀に、『右依爲重代之所職、令定補畢、』とある一事によつても知られる。次に名主職に就いて見るに、貞治元年十月の性戒の名田譲狀に、『右名田者、先妣淨心相傳私領也、然任彼遺言之旨、所渡尼衆敬如房也、尤可奉訪彼菩提、』とあるやうに、遺言によつて名主職の譲渡を受け、以てこれを知行するに至つて居るのである。しかして、かくの如きは啻に以上のもののみに限らず、地頭職・作人職等等、いづれもその選に洩れなかつた。蓋し、これ等のものは各各知行の客體だつたからである。

一　拙著『日本寺領庄園經濟史』第一二四頁。

二　その補任狀は次の如し(葛川文書、一)。

下　葛河住人等

定補公文職事

藤井守澄

右依爲重代之所職、令定補畢、有限恒例課役臨時公事、無懈怠可致其沙汰、且溫井名田並則友私領如元令領掌之者、所仰如件、住人等宜承知、勿違失之、故下、

正嘉三年二月七日

預所阿闍梨大法師

三　東寺百合文書、メ、一之十。

四　地頭職の譲狀次の如し(大日本史料、第八編之六、第三一四頁乃至第三一五頁)。

ゆづりわたす香宗我部地頭しきの事

三　知行權の取得

合　二　町

右件之所領は、西山大藏秀俊ちうたいのそうてんの所領也、たゞし惣領御公事等きしん候へき者也、男子孫太郎田畠のこさす永代を限り、ゆつりわたすところしちなり、他人さまたけあるましく候、仍爲後日ゆつり狀如件、

文明四年十一月十五日　　秀俊（花押）

五　百姓職譲狀の一例として次のものを掲げて置きたい（東寺百合文書、白河本、一八〇）。

譲二渡百姓職一之事

合貳段者（中略）

右件田地之百姓職者、數十年知行之田地也、然承圓房譲渡所也、更不レ可レ有二他妨一者也、仍譲狀如レ件、

延文二年二月十五日　　證　岐（花押）

五　更に、開墾に依る根本領主があつた。『沙汰未練書』には『開發領主トハ、根本私領也、』と説明してゐるが、開墾といふ原始的取得原因に依る、かかる領主職こそ、眞の意味における根本的な知行權の取得者であつた。

一　續群書類從、第二十五輯、上、第六頁。

六　最後に、押領または時效による取得がある。この點に就いては便宜上、次節において改めて論ずることとしたい。

四　年序法（知行權の時效）

一　年序法とは何であるかといふに、大體にこれを論ずれば、單に年紀多積の故を以つて、土地の知行權が現占有者の正當なるものとして確認せられる法であつて、鎌倉幕府の御成敗式目に至つて成文法化せられたが、それ以前においては不文の慣例法であつた。かかる慣例法は王朝時代の庄園内において培はれ、中世に至つてますます大なる發達を遂げたのであるが、わたくしは年序法の内容を剖析するに先立ち、かくの如き法を生むに至つた當代法制史の潮流について若干の考察を進めて行きたいと思ふ。

二　平安時代は、我が固有法の復活期であつた。唐の法制を模倣して移植したる律令は、必らずしも社會の切實に要求するところとならず、奈良時代においい