

Title	日本律成立過程における継受法と固有法
Sub Title	The Received Law and the Native Law in the Formative Period of "Nihon-Ritsu (日本律)"
Author	長谷山, 彰(Haseyama, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1991
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.64, No.1 (1991. 1) ,p.139- 164
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	利光三津夫教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19910128-0139">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19910128-0139</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 日本律成立過程における継受法と固有法

長谷山 彰

はじめに

- 一、大化期の刑罰記事の検討
- 二、天武朝初年における唐律継受
- 三、持統朝における唐律継受と日本律の編纂  
おわりに

はじめに

七世紀以降の日本古代国家形成史は法制史の上では国家統治の基本法としての中国律令継受の過程として捉えらるる。

天智朝を初めその後数次にわたって律令法典の編纂が行なわれたが、それぞれの法典の内容や編纂過程については未だに不明の部分も残されており、特に、日本律の成立過程に関しては、浄御原律の存否を中心さまざまな議論があつて決着をみるに至らない状況である。<sup>(1)</sup> そのため近年では議論を打開する為に個々の論点をひとまず離れ、『日本

書紀』等に見える刑罰記事を手がかりに日本における唐律継受の経過を全体像として復原しようとする方法が採られている。夙に井上光貞氏は律令の継受を、(一)中国律令の部分的、断片的な撰取の時代、(二)中国律令の全体的、体系的な撰取の時代、(三)日本律令の編纂以後、の三つの時期にわけ、律に関しては(一)を推古朝またはそれ以前から、(二)を天武朝の唐律の施行から、(三)を大宝律の編纂以後にあてられた。このような区分の仕方は基本的な枠組としてほぼ間違いないものと思われるが、それぞれの時期における個別史料の評価となると井上氏の所説にも疑問の点があり、また諸説の一致をみない部分も多く見受けられる。

そこで、本稿では先学の驥尾に付して大化以降、天武・持統朝に至るまでの時期について、個々の刑罰記事に検討を加えると共に、唐律の継受と日本律の編纂経過について一つの見通しを立て、ひいては浄御原律編纂の問題を考慮の一助としたいと思う。

- (1) 学説の推移を概観したものとしては、井上光貞「日本律令の成立とその注釈書」(『日本思想大系3律令』岩波書店、一九七六年)。それ以後については拙著『律令外古代法の研究』附篇「律令法典編纂の推移と問題点」(慶應通信、一九九〇年)。
- (2) 小林宏「日本律の成立に関する一考察」(『教健二博士 日本法制史論集』(思文閣出版、一九八〇年)。森田梯「浄御原律について——初期律令国家理解への一視角——」(『金沢大学教育学部教科教育研究』第二三号、一九八七年)。
- (3) 井上光貞「隋書倭国伝と古代刑罰」(『季刊日本思想史』創刊号、一九七六年)。

## 一、大化期の刑罰記事の検討

大化二年の東国々司詔には東国々司の在地における行動を規制する部分が見られるがその内容は唐律の影響によっていると考えられている。

『日本書紀』大化元年八月庚子条に

(前略) 国司等、(中略)、不得取<sub>レ</sub>他貨賂、令<sub>レ</sub>致<sub>レ</sub>民於貧苦。上<sub>レ</sub>京之時、不得<sub>レ</sub>多從<sub>レ</sub>百姓於己。唯得<sub>レ</sub>使<sub>レ</sub>從<sub>レ</sub>国造・郡領。但以<sub>レ</sub>公事<sub>レ</sub>往來之時、得<sub>レ</sub>騎<sub>レ</sub>部内之馬得<sub>レ</sub>食<sub>レ</sub>部内之飯。介以上、奉<sub>レ</sub>法必須褒賞。違法当降<sub>レ</sub>爵位。判官以下、取<sub>レ</sub>他貨賂、二倍徵之。遂以<sub>レ</sub>輕重<sub>レ</sub>科罪。

とあり、同大化二年三月辛巳条には、

以<sub>レ</sub>去年八月、朕親誨曰、莫<sub>レ</sub>因<sub>レ</sub>官勢、取<sub>レ</sub>公私物。可<sub>レ</sub>喫<sub>レ</sub>部内之食。可<sub>レ</sub>騎<sub>レ</sub>部内之馬。若違<sub>レ</sub>所誨、次官以上、降<sub>レ</sub>其爵位、主典以下、決<sub>レ</sub>其笞杖。入<sub>レ</sub>己物者、倍而徵之。

とみえる。前者は東国々司の派遣に際して、部内で財物を求索することを禁じ、違反者に対する処罰を定めたものであり、後者は翌年、東国々司等の功過を定めるに当たって冒頭に禁制の内容を再述したものである。

井上光貞氏<sup>(1)</sup>によれば、文中の「取<sub>レ</sub>他貨賂」は在地の豪族・人民から賄賂をも含めて財物を不当にとることを意味し、処罰態様としては、上級国司には「降<sub>レ</sub>爵位」の処分を以て臨み、下級国司には笞杖の実刑と共に「入<sub>レ</sub>己」財物の倍額の賠償を科したものとされる。

さらに同氏は、右の賠償の特徴、即ち、(一)広義でのヌスミの対象物―律の用語によれば「贓」―の二倍を犯人から徴すること、(二)賠償のみ加害者に科するのではなくて、加害者の行為を犯罪とみなし、国家的刑罰を加えることとの二点が唐律にみえる制裁と一致することを指摘された。唐名例律以贓入罪条に

諸以贓入罪、正贓見在者還官主、已費用者、死及配流勿徵、余皆徵之。

とあり、「余皆徵之」の注に、「盜者倍備」とする。これによれば広義のヌスミの一を犯した場合、犯人はヌスミの種

類・規模に応じてそれぞれ律に定める刑を科せられると共に、本条に従い、被害を受けた官又は私人に贓物を返すこと、盗犯の場合には本文注によって特にその倍額を徴することが知られる。井上氏は大化の東国々司詔にみえる賠償は右の唐名例律以贓入罪条の「盜者倍備」の制の影響を受けたものであり、このことは「唐律のこの部分が日本律の成立をまたずに、七世紀中葉には撰取されていたということに他ならない」と解されたのである。東国々司詔の内容をこのように理解することについては近時の学説も支持する如くである<sup>(2)</sup>。

しかし、該史料を子細に眺めるならば、単純に唐名例律との一致を認めることには疑問をもたざるを得ないのである。まず第一に、井上氏は「二倍徴之」は下級国司にのみ科せられるものとされたが、上級国司と下級国司に対する処分之差は「降爵位」と「決其笞杖」という区別のみにかかり、「入己物者倍而徴之」という処分は東国々司全体にかかると考えるべきものであろう。第一の詔には「判官以下、取<sub>二</sub>他貨賂<sub>一</sub>、二倍徴之」とあり、一見、倍贓徴収は下級国司にのみ科せられるかにみえるが、詔文の冒頭に「国司等、（中略）不<sub>レ</sub>得<sub>レ</sub>取<sub>二</sub>他貨賂<sub>一</sub>、令<sub>レ</sub>致<sub>二</sub>民於貧苦<sub>一</sub>」とあって禁止の対象が東国々司全員になっており、第二の詔においても同様である。また、第二の詔の前掲部分に続く下りに、

穂積臣昨所<sub>レ</sub>犯者、於百姓中、每<sub>レ</sub>戸求索。仍悔還物。而不<sub>レ</sub>盡与。

とあり、長官である穂積臣が部内に財物を求索した行為が問題とされているから、これをみても、倍贓徴収は主処分とは別に罪ある国司全体に科せられる処分であったことが知られる。

この点を踏まえた上で、第二の疑問点をあげると、井上氏の所説では東国々司詔という非法が具体的に律のどの条文に該当するのが必ずしも明らかではないと思われる。

名例律以贓入罪条によれば贓罪は正贓を返還せしめるのが原則で倍贓徴収は盗犯にのみ科せられる特例である。従

って、東国々司詔にみえる制裁が唐律と一致すると判断するためには詔文の予想する違法行為が名例律の規定する六贓中でも特に盗犯に該当することを証する必要がある。名例律該条疏議に

在律正贓、唯有六色、強盜、窃盜、枉法、不枉法、受所監臨、及坐贓也。

とあり、盗犯によるもの(強盜・窃盜)、官人の収賄にして法を曲げたるもの(枉法)、収賄したが法を曲げざるもの(不枉法)、官人の監臨内に財物收受せるもの(受所監臨)、及び枉法・不枉法・受所監臨に該当しない違法な財物收受(坐贓)を六贓とする。即ち、律は贓罪——井上氏のいう広義のヌスミ——を嚴格に区分した上で、特に盗犯についてのみ倍贓の徴収を科しているのである。

そこで東国々司詔にいう違法行為が律のどの条文に該当するかであるが、前に触れた如く、穂積臣が部内を戸毎に求索している点からみて、特定の事案に関して収賄する枉法・不枉法ではなく、特定の事案とは関係なく監臨内の人間から財物を收受したものと思われる。従って、唐律に該当条文を求めるならば、唐職制律受所監臨財物条の

諸監臨之官。受所監臨財物者。一尺笞四十、一疋加一等、八疋徒一年、八疋加一等、五十疋流二千里。与者減五等。罪止杖一百。乞取者。加一等。強乞取者。准枉法論。

に当たるとするのが妥当であろう。また、「因官勢、取公私物」、「取他貨賂、致民於貧苦」とあるから、財主の自発的意志によるものではなく、官人の側から財物を要求する「乞取」か、威力をもって強制的に收受する「強乞取」に該当し、後者の場合には特に唐職制律監主受財枉法条の

諸監臨主司。受財枉法者。一尺杖一百。一疋加一等。十五疋絞。(後略)

に準じて処罰されることになる。

東国々司詔の予想する違法行為の適用法条をこのように理解した上で、翻って、唐名例律以贓入罪条による贓物徴納の処分態様を考えると、国司等の行為は六贓中の受財監臨或いは枉法として扱われるから、同条本文によって正贓のみを徴収されることになろう。とすれば、倍贓徴収を規定する東国々司詔は唐律とは異なる処罰態様を示しているわけで、同詔をもって唐律の部分的継受を示す史料とすることは困難になるのではなからうか。

そこで改めて東国々司詔にみえる制裁の淵源について考えるならば、官人に対して一定の処分を科すると共に不法に得た財物を徴納するという処罰の骨子が百済の制に類似していることが注目を引く。『旧唐書』百済伝に

官人受財及盜者、三倍追贓、仍終身禁錮。

とあり、官人の受財を盜犯と同列に扱い、贓物の三倍を追徴すると共に、終身禁錮を科している。禁錮は官吏の身分を剝奪する閔刑で勞役刑を併加されることが多く、中国では漢代からすでに行なわれていたものである。従ってここにも中国刑法の影響は存在するが、唐律に限定すれば官爵を悉く剝奪される「除名」を科せられるのは監臨主守の姦・盜・略取及び受財枉法のみで、且つ除名は六載の後に再叙が許されており、それ以外の官人受財は除名を科せられることはない。従って百済の制は中国の古制の影響を受けながらも未だ唐律の直接継受に達していない段階の刑罰として捉えるのが適切であろう。この百済の制と類似する東国々司詔の内容も半島諸国及び間接的な中国法の影響によってはいえるが、未だ唐律の体系的撰取に至っていない時期の史料として評価すべきものと思われる。

右のような理解は大化改新直後の時期に属する他の史料についても可能である。大化二年三月甲申の詔はいわゆる旧俗廢止の詔として知られるが、それらの中には唐律の知識があれば当然一定の制裁を科すべき事項でありながら何らそれについて触れられていないものが見出される。『日本書紀』当該条に

(前略)復有百姓、臨向京日、恐所乘馬、疲瘦不行、以布二尋、麻二束、送參河・尾張、兩國之人、雇令養飼。乃入京。於還鄉日、送餼一口。而參河人等、不能養飼、翻令瘦死。若是細馬、即生貪愛、工作謾語、言被偷失。若是牝馬、孕於己家、便使祓除、遂奪其馬。飛聞若是。故今立制。凡養馬於路傍國者、將被雇人、審告村首、首長也。方授酬物。其還鄉日、不須更報。如致疲損、不合得物。(後略)

とある。京に上る人間が三河・尾張で馬を人に預ける場合、往路に財物を与えたにもかかわらず帰路にも報酬を要求されたり、中には預った人間がよく世話をせず馬を死なせたり、良馬と見れば盗まれたと詐って馬を奪ったりすることが行なわれている。そこで制を立てて、馬を預ける時は予め村首に告げて報酬を与え、帰路には再び報酬を贈る必要のないこと、また預り主が馬を疲損した場合には報酬を得べからざることを定めたのである。

ところで、唐律に目を向けると、唐雜律受寄財物費用条に

諸受寄財物。而輒費用者。坐贓論減一等。詐言死失者。以詐欺取財物論減一等。

とあり、受寄者が預かった財物を費用したり、詐って死・失を申し立てた場合の罰則が定められている。同条の疏議には

詐言死失者。謂六畜財物之類。私費用而詐言死及失者。

とあって、畜類の受寄も含まれるから、旧俗廃止令にみえる詐って預かった馬の偷失を告げる行為はまさに同条の対象とするところであろう。しかるに同詔は受寄者が受寄物を疲損した場合、報酬を得べからざることを定めるのみでそれ以上の処罰について何ら触れる所がないのである。この制を立てるに際して立法者の念頭に唐律を範とする意図が無かったと解釈せざるを得ないのであるが、前述の東国々司に対する制裁と関連させて考えると問題点はより明瞭



となる。即ち、東国々司詔の内容が従来説かれていたように唐律の影響によっているとするならば、大化二年三月申に出された関連する二つの詔において、一方はほぼ完全に唐律を継受し、他方は唐律を無視するという全く相反する措置がとられたことになり不可解だからである。

また、詔文全体の体裁についてみると今一つ気になる表現が見受けられる。それは大化二年三月甲申詔の前半、いわゆる薄葬令の末尾に、

縦有<sub>二</sub>違詔、犯<sub>レ</sub>所<sub>レ</sub>禁者、必罪<sub>二</sub>其族<sub>一</sub>。

とあることである。薄葬令に違反せる者の一族全体を罰する意であろうが、このような族誅的刑罰による威嚇表現はのちの天武・持統朝以降では全くみられず、むしろ『魏書』東夷伝倭人条の

其犯<sub>レ</sub>法輕者没<sub>二</sub>其妻子、重者滅<sub>二</sub>其門戶及宗族<sub>一</sub>。

という表現に類似するものである。

これらのことから想像するに大化当時の日本においては、成文法典たる唐律を検討し体系的に継受しようとする意図は未だ存在しなかったのではないだろうか。むしろ、前述の如く中国歴代王朝の刑法思想は朝鮮半島を経由して随時我が国に伝わっていたであろうが、国家統治の基本法として唐律を積極的に導入していく作業は未だ具体化していなかったと推測される。一般的に律令制に基づく中央集権国家建設の動きが本格化するのには天智朝におけ白村江の戦い以後と考えられるが、唐律の継受も同様に大化よりある程度下った時期に本格的に開始されたのであろう。その時期は天武朝以降とみて差し支えあるまいが、さらにその具体相について次節に検討を加えることにしたい。

(1) 井上光貞氏、前掲はじめに(3)論文。

(2) 小林宏氏、前掲はじめに(2)論文。

## 二、天武朝初年における唐律継受

天武朝において律令制の導入が本格的に行なわれたことは『日本書紀』天武十年二月甲子条の

天皇々后、共居于大極殿、以喚親王諸王及諸臣、詔之曰、朕今更欲定律令改法式。(後略)

という記事からも明らかである。天武・持統朝における浄御原律令の編纂については先行する近江令との関係や浄御原律の存否等さまざまな議論がなされているが、天武朝において中国律令を範とした体系的法典の編纂作業が行なわれていたことはほほまちがいあるまい。

唐律の継受も積極的に進められたと思われるが、天武朝初年の時期に関していえば、唐律と固有法の折衷の段階とみなされているようである。天武紀五年八月壬子条に

詔曰、死刑・没官・三流、並降二等。徒罪以下、已發寃、未發寃、悉赦之。唯既配流、不在赦例。

とあり、赦文の中に後世にはみられない『没官』が含まれているが、井上光貞氏はこれをもって、天武朝初年には死・流・徒以下という律の五刑が諸他の律の觀念とともにすでに導入されていることと、一方では五刑に該当しない『没官』なる刑罰が行なわれていたことを示すものとされた。<sup>(1)</sup> 同氏によれば、律における「没官」は賊盜律謀反条などからみて、「謀反」と「大逆」、即ち王権に対する反逆罪たる謀反の場合にのみ正刑としての死刑の附加刑として科せ

られる財産の没収であり、一定範囲の親族のいわば族誅的な縁坐と並んで科せられるのに対して、天武紀の『没官』は王権に対する重大犯罪者に対して財産の没収を行なうという固有法の中で発達してきた觀念に基づくものであり、詔が唐律の五刑をすでに全面的に受け入れながら、しかもなお死と流との間に『没官』をうたっていることは、固有法の伝統が根強くこれを無視できなかったのであろうと理解されるのである。

しかし、井上氏のこのような考え方に対しては近年異説が立てられている。養老賊盜律謀反条に

凡謀反及大逆者皆斬。父子。若家人資財田宅。並没官。（中略）祖孫兄弟。皆配遠流。（後略）

とあり、条文を子細に眺めると、(一)反逆者は皆斬、(二)反逆者の父子は没官、(三)反逆者の祖孫兄弟は遠流、と可罰者の身分に応じて死・没官・流を科し、一方で反逆者とその同居の縁坐人の所有する資財田宅を没官するという処罰の構造をもっていることが知られる。<sup>(2)</sup> 小林宏氏によれば、<sup>(3)</sup> このような処断は元來反逆に対しては一族を根絶しにする族誅を科していたのが、身分によって異なる縁坐刑を科すようになったものであって、その本質は人身に対する刑罰に他ならず、井上氏の如く附加刑としての「財産の没収」と解すべきものではなく、五刑に准ずる正刑の一つとみなすべきであるとされる。即ち、賊盜律の「没官」には反逆者の父子に対する主刑としての「没官」と反逆者及び同居共財の縁坐人の田宅資財の没収という附加刑としての「没官」の二種があり、天武紀五年条の「没官」は「死」「流」と共に正刑の範疇に属するものとされるのである。また、唐断獄律縁坐没官放之条に

諸縁坐応没官而放之。及非応没官而没之者。各以流罪故失論。

とあって、裁判官が縁坐で没官すべき者を無罪とした場合、または逆に没官すべきでない者を没官とした場合は、それぞれ没官を流罪に比して裁判官の罪を論じるものとし、さらに疏議に

反逆縁坐流三千里。没官罪重。須用三千里流法。

とみえ、反逆縁坐の流三千里よりも反逆縁坐の没官の方が罪が重い故に没官は流三千里に比することなどから、小林氏は没官から一等を減ずるとはそれを流刑に比定して流刑から一等を減じ、徒三年を科する意であると考へ、結局、天武五年紀にみえる「没官」は井上氏の説かれるような固有法の伝統に基づく財産刑ではなくして、唐律の刑罰体系の中に正しく位置づけることのできる刑であると結論された。

該詔文については森田<sup>(4)</sup>氏も基本的に同様の評価を下しており、筆者も両氏の説に賛同したい。井上氏の如く詔文中の「没官」のみが固有法に基づく財産刑であると解するならば、同詔が「並降一等」とする場合「没官」については具体的にどのような処断が行なわれるのか不明となるからである。

ところで、天武五年詔が唐律の直接的継受を示す記事であるとするならば、天武朝初年における他の刑罰関連記事についても従来とは異なる解釈が可能になると思われる。

天武四年の漁獵に関する禁制は、唐律と日本固有の刑法思想の折衷段階を示す史料として先学の挙げるものの一つである。即ち、天武紀四年四月庚寅条に

詔<sub>三</sub>諸國<sub>一</sub>曰、自<sub>三</sub>今以後、制<sub>三</sub>諸漁獵者、莫<sub>三</sub>造檻狝、及施<sub>三</sub>機槍等之類。亦四月朔以後、莫<sub>三</sub>置<sub>三</sub>比弥沙伎理・梁。且莫<sub>三</sub>食<sub>三</sub>牛馬大獐鷄之肉。以外不<sub>三</sub>在<sub>三</sub>禁例。若有<sub>三</sub>犯者罪之。

とみえる記事がそれである。詔文の前半については唐雜律施機槍作坑狝条の

諸施機槍。作坑狝者。杖一百。

を範としてつくられたとみられるが、後半の「亦四月」以下は日本の固有刑法思想を伝えるものと考えられている。石尾芳久氏<sup>(5)</sup>によれば右の一文は後の大宝・養老職制律在散齋弔喪条の

凡大祀。在散齋而弔喪問疾。判署刑殺文書。及決罰。食宐者。笞五十。奏聞者。杖七十。致齋者。各加二等。

という条文の原型になったものとみなしうるが、同条の母法である唐職制律同条には

諸大祀。在散齋而弔喪。問疾。判署刑殺文書。及決罰者。笞五十。奏聞者。杖六十。致齋者。各加一等。

とあって「食宐」を欠如しており、且つ、量刑を比較すると日本律が唐律よりも重いが、これは一般に日本律の量刑は唐律よりも軽いという原則を破るもので、そこには宗教的違反を重視する固有刑法思想の存在が窺えるとされる。

日唐律条文の相異が単なる偶然ではなく日本律編纂者の明確な意志に基づいていることは石尾氏の説かれる通りであらう。しかし、これをもって日本の固有刑法思想の表われと限定する必要もないのではなからうか。確かに唐職制律本文には肉食の禁止に関する語が見られないが、これをもって直ちに唐の刑法思想に齋日その他における肉食の禁止が存在せず、日本固有の刑法思想にもとづいていることは適切ではあるまい。

かつて利光三津夫氏<sup>(6)</sup>は天武四年詔に唐における屠釣の禁の影響を考えられたが、改めて唐制を参看するとその感は益々深められる。『唐会要』卷四十一断屠釣にみえる武徳二年正月二十四日詔に

自今以後。毎年正月九日及毎月十齋日。並不得行刑所在公私。宜断屠釣。

とあり、齋日における行刑と屠釣が禁じられている。これによれば唐においては、律本条には屠殺の禁止規定がみえなくとも格によって禁断を行なっていたことが明らかである。

また天武四年詔に再度目を向けると、同詔後段では梁<sup>リ</sup>やなを仕掛けて魚を獲ることを禁じているが、この点についても唐制に類似のものを見出すことが可能である。時代は下るが、『唐会要』卷四十一断屠釣に載せる開元十八年三月二十八日勅に

諸州有広造塞滬取魚並宜禁断。

とみえる。勅文にいう「塞」は『集韻』に

塞、一曰、編竹木断水取魚也。

とあって「やな」を指し、「滬」も「簷」に通じて同じく魚を取る竹あみである。右の勅から推測するならば、唐の古法においても器具を用いて大量に魚を取ることを忌む考えが刑法思想として存在していたと思われる。従って、天武四年詔の後段が中国刑法の影響を受けていると解することも不可能ではあるまい。

右のような解釈が許されるとすれば、天武四年詔を検討するにあたって、前半を唐律の継受、後半を固有刑法思想の産物と截然と分かつことはやや厳格にすぎるといえるのではないだろうか。抑も我が国における中国律継受の過程を辿るにあたって、唐律本文のみを基準として比較を行ない、唐律に範を求めうるものを継受法とし、それ以外のものを固有法と判断することは基本的には有効であっても方法論としてそれに固執することは危険であろう。むしろ石尾氏の場合も唐律における対応条文の有無のみから固有法の問題を考えているわけではないが、一般論として、唐律との比較に比重をかけすぎると唐律以前の中国の伝統的な刑法思想が日本律の形成過程に影響を与えていく契機を見逃す恐れがあると考えられる。日本における刑罰記事を検討する場合、唐律本文に対応する規定がみられないとしても唐格に類似の規定が存在する可能性もありうるし、さらには、成文法典に規定がない場合でも中国の伝統社会にお

ける法慣習がのちの日本の制度と類似している場合には、一応、法の継受の関係を考える必要があるのではないだろうか。

ところで、天武四年紀には漁獵の禁制に関する詔のほかに、一步進んで唐律の直接的継受を示すと考えられる記事が存在する。天武紀四年四月丁亥条に

小錦下久努臣摩呂、坐对捍詔使、官位尽追。

とみえる。同史料については実際の律の適用記事とはみなしがたいとする説もあるが、これに先立つ同四月辛巳条の

勅、小錦上当摩公広麻呂・小錦下久努臣麻呂二人、勿使朝参。

という記事と関連させて考えれば律適用の史料と解することが可能であると思われる。両詔の関係については、久努臣摩呂は九日（辛巳）の朝参を止めた勅に従わなかったので十四日（丁亥）に詔使对捍として処断を受けたとする見方もできようが、むしろ詔使对捍の罪に問われたが故に朝参を禁じられたと考えたい。詔使对捍は名例律八虐の一つ大不敬に相当し、職制律指斥乘輿条の

（前略）对捍詔使。而無人臣之礼者絞。

という規定により死刑を科せられ、さらに、名例律除名条の

凡犯八虐。故殺人。反逆縁坐。獄成者。雖會赦。猶除名。

により赦に会うといえどもなお除名とされ官位勲位を悉く剝奪される。ところで、獄令除免官当条には

凡犯罪心<sub>レ</sub>除免官<sub>レ</sub>当<sub>レ</sub>者。不<sub>レ</sub>得<sub>レ</sub>釐<sub>レ</sub>事及朝会。其被<sub>レ</sub>勅推<sub>レ</sub>。雖非<sub>レ</sub>官<sub>レ</sub>当<sub>レ</sub>除名。徒以上不<sub>レ</sub>得<sub>レ</sub>入<sub>レ</sub>内。(後略)

とあり、犯罪により除名・免官・免所居官及び官当に処すべき者は執務・朝会を禁じられること、また勅旨により徒以上に断ぜられた者は除名官当に非ずといえども参内を禁じられることが知られる。四月辛巳条において久努麻呂が朝参の停止を命じられたのも八唐大不敬詔使对捍の罪に推断され、右の獄令除免官当条による処分を受けた結果ではなからうか。

また敢えて推測を加えるならば、久努麻呂らの処罰の背景としてこの時期朝廷に何らかの政治的動揺の存在したことも考えられる。天武紀同年二月癸巳条に

詔曰、群臣百寮及天下人民、莫<sub>レ</sub>作<sub>レ</sub>諸惡。若有<sub>レ</sub>犯者、随<sub>レ</sub>事罪之。

とあり、事件の二カ月前に臣僚に対して戒飭を加える詔が出されており、朝廷の中に処罰者の出現を予想させる状況が存在していたことが知られる。同じく四月辛卯には三位麻績王が罪を得て因幡に流されているが、これも右の詔に関連するものであり、久努麻呂らの処罰と並ぶ一連の処分とみなすことも可能である。政治的動揺の原因については知るすべがないが、直前の二月己丑条に

詔曰、甲子年諸氏被<sub>レ</sub>給部曲者、自<sub>レ</sub>今以後、皆除之。又親王諸王及諸臣、并諸寺等所<sub>レ</sub>賜、山澤嶋浦、林野陂池、前後並除焉。

とあり、いわゆる部曲廃止の詔が出され、あわせて諸王諸臣及び諸寺のもつ山沢等の占有を禁じるなど朝廷豪族の既得権に大幅な変更の加えられていることは注目に値する。

いずれにしても久努麻呂に対する処罰が名例律及び獄令の規定を念頭において行なわれたものであるとすれば、この頃すでに律令中の複数の篇目を連関させて運用していたことになり、この点からも天武朝初年に唐律の継受が直接



的体系的な摂取の段階に達していたことが確かめられよう。

(1) 井上光貞氏、前掲はじめに(3)論文。また、石尾芳久氏も「井上光貞氏『隋書倭国伝と古代刑罰』について」(同氏『古代の法と大王と神話』木鐸社、一九七七年)において正刑たる没官を想定された。

(2) 唐賊盗律謀反条に

諸謀反及大逆者皆斬。父子年十六以上皆絞。十五以下及母女妻妾(本注略)祖孫兄弟姊妹。若部曲資財田宅。並没官。  
(中略)伯叔父兄弟之子。皆流三千里。

とあり、ここでは斬、絞、没官、流三千里とするが、基本構造は養老律と変わらない。

(3) 小林宏氏、前掲はじめに(2)論文。

(4) 森田悌「日本古代の刑罰」(『金沢大学教育学部紀要』第二八号、一九八〇年。のち同氏『日本古代の政治と地方』高科書店、一九八八年所収)。

(5) 石尾芳久『日本古代法の研究』第三章「律令の編纂」(法律文化社、一九五九年)。

(6) 利光三津夫『律の研究』第四部第一章「最近における律研究の動向」(明治書院、一九六一年)。

(7) 諸橋轍次『大漢和辞典』巻八—二六四三〇、同二六六一一。

(8) 小林宏氏、前掲はじめに(2)論文。

(9) 『日本古典文学大系日本書紀下』天武四年四月丁亥条頭注。

### 三、持統朝における唐律継受と日本律の編纂

持統朝においても天武朝以来の事業を引き継ぎ唐律の継受が進められていたことは明らかであるが、この時期に關して避けて通ることのできない問題は浄御原律の編纂である。

浄御原律については持統紀六年七月乙未条の

大赦天下。但十惡・盜賊、不在<sub>レ</sub>赦例。

とする記事から律の十惡の適用を認め、或いは持統紀七年四月辛巳条の中に

但贓者依<sub>レ</sub>律徵納。

という一句のみえることから淨御原律の編纂施行を認めるのが戦前以来の通説であった。しかし、青木和夫氏<sup>(3)</sup>が弘仁刑部式に

其大宝二年制律以後云々

とみえることをもとに淨御原律の存在を否定してから見直しが進み、近時では淨御原律不存在・唐律代用説が有力となりつつある<sup>(4)</sup>。別稿で指摘した如く、最近の学説の出発点となった青木氏の見解には猶検討の余地があると思われるが、積極的に淨御原律の編纂完成・施行を証明することも現状では困難である。

しかしながら唐律代用説もまた、未だ確固たる地位を占めていないようである。唐律代用説を最初に主張した石尾芳久氏<sup>(6)</sup>は『淨御原律』の編纂を否認せざるを得ないような固有刑法の鞏固な伝統が存在した<sup>(7)</sup>が故に「唐律をそのまま適用していたのではないか」とされたが、この点については早くから批判がなされていた。利光三津夫氏<sup>(7)</sup>は大宝律に至って初めて律が編纂されたとするならば天武朝から文武朝に至る間に固有法の抵抗が弱まり、外国法との調整が可能になった事情を証明する必要があるとされ、林紀昭氏<sup>(8)</sup>も、淨御原律の編纂を否認する程の固有法の抵抗が存在したとする場合、より我が国の固有刑法とは隔絶した唐律をそのまま適用することが何故可能であったのかの説明を要するとされた。

こうしたことから、近時では唐律をそのまま代用したとするのではなく、持統朝においては固有法と唐律の折衷を  
行ないながら唐律を範とする日本律の編纂を試みていたとみる主張がなされている。<sup>(9)</sup>

ここでは紙幅の都合上、浄御原律の編纂について全面的に論じることができないが、諸先学が一樣に論点の史料と  
して用いている持統紀七年四月辛巳条の解釈について独自に検討を加えてみたい。持統紀当該条に

詔、内藏寮允大伴男人坐職。降<sub>二</sub>位<sub>一</sub>二階、解見任官。典論置始多久與<sub>二</sub>冤野大伴<sub>一</sub>、亦坐職。降<sub>二</sub>位<sub>一</sub>一階、解見任官。監物巨勢邑  
治、雖物不<sub>二</sub>入<sub>一</sub>於<sub>二</sub>已<sub>一</sub>、知<sub>二</sub>情令<sub>一</sub>盜之。故降<sub>二</sub>位<sub>一</sub>二階、解見任官。然置始多久、有<sub>二</sub>勤<sub>一</sub>勞於壬申年役之。故赦之。但職者依<sub>二</sub>律徵  
納。

とみえる。前述の如く、坂本太郎氏は右の詔文に「依<sub>二</sub>律<sub>一</sub>」とあることよって浄御原律施行の根拠とされたが、青  
木和夫氏は詔文中の「律」は広義の法規の意であって狭義の律法典の施行記事とはみなしえないとし、石尾芳久氏<sup>(1)</sup>も  
律の体系が未だ確立しておらず唐律をそのまま適用したにすぎないとされたのである。

これに対して、律の行用という視点から詔文に詳細な検討を加えた林紀昭氏<sup>(2)</sup>は該事件を窃盜事件と考え、赦に会っ  
た置始多久が正職のみの徴収で許されたのは、名例律以職入罪条の「会赦及降者。盜詐枉法。猶徵正職。」によるもの  
で、「従つて持統紀七年の『律』とは赦に会った場合、名例律以職入罪条疏『盜者免倍職』の規定によつて正職を徴  
納することを命じた部分を指すと考えられる。そして窃盜で賊盜律に基づき罰せられる官人達は、名例律官当条に依  
拠して位階を以て徒にあてると共に、名例律免官条で見任を解かれた」という解釈を施された。これによつて林氏は  
「一部不可解な点も残ることは残るが、この律は狭義の編纂法典の律であり、広義の意味ではあり得ない」とされた  
が、進んで浄御原律の存在を肯定することはせず、むしろ唐律代用説との折衷を図つて、天武持統朝に「律」制定の  
意欲が強く存在していたことの証左であるとの結論に導かれた。

しかしながら、同事件は林氏のいわれるような単純窃盗ではなく、夙に利光三津夫氏<sup>(13)</sup>が指摘された如く監臨主守盜であると思われる。林氏は異なる二司の官人が関与しているが故に監臨主守盜には非ずとされたのであるが、監物、内蔵寮允、典鑰は本来中務省の官人として蔵物の保守出納にあたる監臨主守の官とみるべきであろう。天皇供御物の出納を掌る内蔵寮允はもちろん、監物式によれば大蔵省の正倉の出納に際しては典鑰に鑰を持たせた監物が関与することになっている。

ところで、該事件を監臨主守盜とすると、犯人たる官人に対しては名例律除名条に

(前略) 即監臨主守。於所監守。犯奸盜。略人。若受財而枉法者。亦除名。(後略)

とあるによって除名を科せられることになる筈であるが、該詔には「降<sub>二</sub>位<sub>一</sub>二階、解<sub>三</sub>見任官<sub>二</sub>」とするのみで一致しない。そこでこの点に關しての説明が必要となるが、近時、小林<sup>(14)</sup>、森田<sup>(15)</sup>の両氏は該事件を監臨主守盜とみた上で、持統紀七年の詔にみえる「降位二階」「降位一階」は免官、免所居官、官当という律の附加刑、換刑の如き科刑方法によつたものではなく、単に位階を二ないし一階降して見任の官を解くという史料に表われた文字通りの形で行なわれたものであるという見解を示された。小林氏によれば、大伴男人以下の罪は律法典の適用によらない伝統的な科刑法によつたものであり、結局、同詔文に見える科刑は「但贓者依律徵納」の部分の名例律以贓入罪条によつて、「降位二」「一階」は我が国の固有法によつて夫々行なわれているから、該史料に唐律と固有法の併行を示す過渡的形態の史料として評価しうるとされる。

しかし、前節に述べた如く、天武朝においてすでに固有法から中国律への移行がかなりの程度進行していたとみる筆者の立場からすれば、時代の下つた持統朝において同一事件の処断について唐律と固有法が併用されたとみることにはやや不自然さを感じるのである。結論からいえば、該事件は監臨主守盜事件と解した上で、尚且律の体系に沿つ

て全体を理解することが可能であると思われる。既に明らかにされているように、日本律においては名例律除名条に監臨主守盗に関する規定が存在するにもかかわらず、賊盜律には唐賊盜律監臨主守自盜条の

諸監臨主守自盜。及盜所監臨財物者。加凡盜二等。三十疋絞。

に相当する条文が存在せず、故意に削除したとされている。<sup>(16)</sup>そこで、日本律の体系に則って監臨主守盜事件の処断を行なうとすれば、正刑としては賊盜律窃盜条により凡盜として所定の刑を科すと共に、附加刑として名例律除名条により除名を科すというのが律条に忠実な解釈であるといえよう。実際、延暦以降の史料では監臨主守盜事件の犯人たる官人に除名を科した例が見受けられる。<sup>(17)</sup>しかし、一方で、監臨主守盜事件に関して、附加刑についても除名という蔽罰を避けたのではないかと疑わせる史料が存在するのである。

『続日本紀』養老六年四月庚寅条に

詔曰、周防国前守従五位上山田史御方。監臨犯盜。理合<sub>ニ</sub>除免。先経<sub>ニ</sub>恩降。赦罪已訖。然依<sub>レ</sub>法備<sub>レ</sub>贓。家無<sub>ニ</sub>尺布。朕念。御方負<sub>ニ</sub>笈遠方。遊<sub>ニ</sub>学蕃国。帰朝之後。伝<sub>ニ</sub>授生徒。而文館学士。頗解<sub>ニ</sub>属文。誠以<sub>ニ</sub>不<sub>レ</sub>矜<sub>ニ</sub>若人。盖墮<sub>ニ</sub>斯道。歟。宜<sub>ニ</sub>特加<sub>ニ</sub>恩寵。勿<sub>レ</sub>使<sub>レ</sub>微<sub>レ</sub>贓焉。

とあり、監臨盗を犯した山田史御方に対して除名を科すべきところ、特に罪を赦し贓の徴取も免じたことが知られる。山田史御方は養老五年正月詔によって退朝の後東宮に侍せしめられた程の人物で、文章の道に優れたるを以て特に恩寵を蒙り罪を赦されたものであるから、この一例をもって直ちに監臨主守盜事件の処断法として一般化することは適切ではあるまい。しかし注目すべきは同じく養老四年にみえる別件の監臨主守盜事件の場合である。

『続日本紀』養老四年六月己酉条に

漆部司令史從八位上丈部路忌寸石勝。直丁秦大麻呂坐盜司漆。並斷流罪。於是石勝男祖父麻呂年十二。安頭麻呂年九。乙麻呂年七。同言曰。父石勝為養已等。盜用司漆。緣其所犯。配役遠方。祖父麻呂等為慰父情。冒死上陳。請兄弟三人沒為官奴。贖父重罪。詔曰。人粟五常。仁義斯重。士有百行。孝敬為先。今祖父麻呂等。沒身為奴。贖父犯罪。欲存骨肉。理在矜愍。宜依所請為官奴。即免父石勝罪。但大麻呂依刑部斷。發遣配處。

とあり、漆部司の漆を窃取した同司の官人丈部石勝と秦大麻呂を処罰すべき処、石勝の子らの願いによって特に詔を降し彼らの身を没官して父石勝の罪を贖はしめ、大麻呂にのみ実刑を科したことが知られる。ここでは「除名」について何ら記載がなく、また処断刑が「流」とされていることが注目を引く。詔文中に「配役遠方」とあるから流刑のうちでも特に加役流を科したと思われるが、その処断は養老賊盜律窃盜条が

凡窃盜不得財。笞五十。一尺杖六十。一端加一等。五端徒一年。五端加一等。五十端加役流。

と、凡盜の最高刑を加役流とすることと奇しくも符合する。一方、唐賊盜律監臨主守自盜条によれば、

諸監臨主守自盜。及盜所監臨財物者。(本注略) 加凡盜二等。三十疋絞。

とあり、最高刑は死刑であるから、当該事件の場合、石勝らは單純窃盜として処断されたと考えられよう。加えて、文中に除名の処分に関する記述がないところからすれば、附加刑についても別個に名例律除名条を適用することなく、正刑・附加刑の双方にわたって單純窃盜の扱いとしたと思われる。しかも詔文の末尾に「依刑部斷」とあるから、その処断は刑部省段階での通常裁判手続の結果であって、特に除名を免ずる等の勅断を経たものとも考えられない。従って、監臨主守盜事件について除名の附加も免じるといふ処断法が司法官の一般認識に近いものとして存在していたことも推測されるのである。

日本賊盜律が監臨主守自盜条をおかなかつたことは我が国における豪族官僚の勢力が強大で官人に対して重罰を科しえなかつたという事情に由来しているとされるが、名例律除名条の適用を排除することも同様の趣旨に基づいていのではないだろうか。抑も、律本文に忠実であれば、官人の監臨主守盜に対しては賊盜律窃盜条による凡盜の科刑と名例律による除名を科すことになるが、現実に即して考えるならば、一般に犯人が官人（有位者）である場合、主刑に關しては名例律官当条により実刑に代えて位階を以て当てるから、仮に凡盜として刑の減輕を行なつたとしても附加刑として除名が科せられ官位勲位の全てを剝奪するならば、それほど恩典にはならないと思われる。そうしたことから賊盜律において監臨主守自盜条を削除した精神を敷衍して、除名についてもその適用を避ける処断法が採られたのであらう。

ところで、右の漆部司官人らの監臨主守盜事件については特に凡盜の正刑のみを科したわけであるが、官人が本来の單純窃盜を犯した場合には名例律が明文規定をおいていることを見逃しえない。名例律免官条に

凡犯奸。（本注略）盜略人。受財而不枉法。若犯流徒。獄成逃走。祖父々母々犯死罪。被囚禁而作樂。及婚娶者。免官。

とあり、また同条の疏文は

奸盜略人。並謂監臨外犯罪。

として、官人が監臨外、即ち單純窃盜を犯した場合には免官を科すべきことが規定されている。ここからは推測の域に入るが、監臨主守盜事件の処断に際しては、附加刑として名例律除名条を嚴格に適用する場合と、情状によっては正刑における扱いと同様單純窃盜とみなして免官を科する場合との両様がありえたと思われる。前掲の山田史御方に対する処断を示す詔文中に「監臨犯盜、理合除免」とあり、「除名」に限定せず「除免」という除名・免官・免所居

官を含む広義の表現を用いているのも、必ずしも誤記・誤写によるものではなく、この間の機微を物語っていると考  
えられよう。

そこで、仮に右の様な推測が許されるならば、遡って持統七年の事件の場合にも、既に唐律における監臨主守盜の  
知識がもたらされていたにせよ勅断によって單純竊盜と同様の扱いをなし、附加刑として免官を科すに止めたことも  
十分にあり得るのではないだろうか。そのように解すれば、詔文にみえる「降位二（一）階。解見任官」は官人の單  
純竊盜事件として名例律官当条及び名例律免官条を適用した結果であると考えても不自然ではなくなると思われる。  
むしろこれは推論にすぎないが、従来の説の如く持統七年詔の「降位二（一）階」が唐律に合わざるをもって固有法  
の伝統に基づく勅断とみる一つの可能性としてなり立つとすれば、同様に律の体系の範囲内で我が国のおかれ  
た状況に即した勅断を行なったとみることもまた十分に可能であろう。即ち、唐律とは異なる特別の勅断が行なわれ  
たとしても、そこに一足飛びに固有法による科刑を想定するのではなく、律の体系の枠内で臨時の勅断が行なわれた  
可能性を考えたのである。

以上、持統七年詔の解釈を巡ってさまざまな憶説を連ねてきたわけであるが、要するに天武朝以降本格化した唐律  
継受の作業は持統朝に入っても着実に進展し、唐律を体系的に理解した上で独自の日本律の編纂を指向する段階に達  
していたのであって、大化前代からの固有法の伝統は残存しているにしてもその行用の範囲は著しく狭められていた  
というのが当該期の実態であろう。

尚、淨御原律の編纂に関していえば、<sup>20)</sup>別稿にも指摘した如く、唐律を一括して無批判に継受し、日本律の名称を付  
して施行する場合と、日本律として完成していなくとも独自の法典編纂の意欲をもって母法に検討を加え、取捨選択  
の後に一部を施行している場合とを比較するならば、後者がより法典編纂の実をもっているといつて差支えあるまい。  
持統七年詔にみられる「律」が青木和夫氏のいわれたような広義の法規の意ではなく狭義の律法典であり、同詔に定



める処断が全体として唐律の単なる代用にあらずしてのちの養老賊盜律における監臨主守自盜条の削除が示すような独自の発想に基づく操作を経たものであるとすれば、持統朝において仮に日本律の名を冠した法典を公布するに至らなかつたとしても、かなり精度の高い律法典ないしその全体的草案が完成していたことは想像できよう。

- (1) 瀧川政次郎「天武律令」、『律令の研究』刀江書院、一九六九年。
- (2) 坂本太郎「飛鳥浄御原律令考」、『日本古代史の基礎的研究』下、東京大学出版会、一九六四年。
- (3) 青木和夫「浄御原令と古代官僚制」、『古代学』第三卷第二号、一九五四年。
- (4) 石尾芳久氏、前掲、第二節(5)書。井上光貞氏、前掲はじめに(3)論文。
- (5) 拙著、前掲はじめに(1)書。
- (6) 石尾芳久氏、前掲、第二節(5)書。
- (7) 利光三津夫氏、前掲、第二節(6)書。
- (8) 林紀昭「飛鳥浄御原律令に関する諸問題」、『史林』第五三卷第一号、一九七〇年。のち、『論集日本歴史2律令国家』有精堂、一九七三年所収。
- (9) 小林宏氏、前掲はじめに(2)論文。森田悌氏前掲はじめに(2)論文。
- (10) 青木和夫氏、本節(3)論文。
- (11) 石尾芳久氏、前掲、第二節(5)書。
- (12) 林紀昭氏、本節(8)書。
- (13) 利光三津夫氏、前掲、第二節(6)書。
- (14) 小林宏氏、前掲はじめに(2)論文。
- (15) 森田悌氏、前掲はじめに(2)論文。
- (16) 利光三津夫氏、「わが律に削除せられた唐律」、『律令及び令制の研究』明治書院、一九五九年。
- (17) 『類聚国史』刑法部、延暦十二年三月己酉条。『日本後紀』大同四年三月丁未条。
- (18) 梅村恵子「六国史にみえたる官人の犯罪」、『御茶の水史学』第二十号、一九七六年。
- (19) 利光三津夫氏、本節(16)書。
- (20) 拙著、前掲はじめに(1)書。

おわりに

本稿では大化以降、天武持統朝までの時期について、唐律の継受から日本律編纂に至る経過を辿ってきた。その結論を要約すると以下の如くである。

(一)大化の東国々司詔及び旧俗廃止の詔を検討した結果、この時期において個別的事件の処断にあたって唐律を参照した形跡はなく、むしろ百済の制や半島を経由して受け入れたと思われる中国古制の影響が明らかとなった。従って、大化期においては未だ唐律継受の作業は国家事業として開始されていなかったと思われる。

(二)天武五年八月詔にみえる「没官」は固有法による刑罰とみるべきではなく、その他の史料によっても天武朝の初年にはすでに唐律の継受が本格的に開始されていたとみられる。

(三)持統七年四月詔にみえる処断については、近年唐律と固有法の折衷とみる見解が出されているが、律の体系に従って解釈することが可能である。またその処断は唐律を体系的に理解した上で、日本側の事情に即して独自の法適用を行なったものである。従って、この時期には唐律の個別的代用から進んで日本律の編纂作業が本格的に進められ、律法典ないしはその草案がほぼ完成の域に達していたと思われる。

尚、唐律と固有法の問題について付言すると、七世紀以降の日本古代国家の形成が唐制の継受と不可分の関係をもっていたためにややもすると唐律に対応するものを継受法とし、それ以外の法現象の中には固有法の存在を発見しようとする傾向が生まれがちである。むしろ本論にも触れた如く、先学の説が唐律における対応条文の有無のみから固有法の問題を論じているわけではなく、日本の背景を想定した上でのことではあるが、一般論として、日本古代における継受法と固有法の問題を考える場合、その基準として唐制を重視しすぎることとは適切ではあるまい。

抑もある民族や国家の中でその文化を背景に独自の生成発展を遂げたものを固有法とするならば、中国の広範な政

治的文化的影響の下で国家形成の歩を進めてきた古代日本が法制の分野においてどれほどの固有の発想をもちえたのか疑問である。

中国法の継受という場合、唐律令本条はもちろん格式といった成文法及び慣習法をも含めた総体的中国法系の導入を考えなくてはならないし、中国の古制が半島諸国を経由して日本に伝わった場合も、迺れば中国法に淵源をもつ継受法であるということができよう。しかし、それだからといって日本における固有法の存在が全く否定されるわけではない。仮に外形的に外国法の模倣と思われるものであっても、現実の行用にあたって主体的に変容を加え自国の社会状況に合う新たな法慣習を形成していくならば、それはむしろ実質的に固有法の範疇に属するものと認めて差し支えあるまい。継受法と固有法の問題は法の運用における主体性を基準に論ずるべきものであって、それによってはじめて日本法系の発達の歴史を正確に把握することが可能になろう。