

國學院大學學術情報リポジトリ

「因循」について：
日本律令制定の正当化に関する考察

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2023-02-06 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 小林, 宏 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.57529/00001077

「因循」について

——日本律令制定の正当化に関する考察——

小林 宏

目次

はしがき

- 一 戸婚律9立嫡違法条の場合
 - 二 名例律12婦人有官位(品)条の場合
 - 三 日本律起草の原則
 - 四 日本律令における「因循」(その一)
 - 五 日本律令における「因循」(その二)
 - 六 日本律令における「因循」(その三)
- むすび

はしがき

1

我が国では、八世紀の初頭、最初の本格的な成文法典である大宝・養老の両律令が成立した。この律令法典を編

纂、起草するに当って、我が律令撰者は、自己の立法作業の正当性を理由づける課題とも同時に取り組まなければならなかったと思われる。即ち、この法典の個々の条規の起草をめぐって、立法にかかわる人達の間に見解の対立や意見の相違は当然、存在したのであろうし、又一方で彼等は、この法典の運用の任に当る中央、地方の実務官僚に対し、この法典の個々の条規がそれぞれに正当性をもつことを理由をあげて説明する必要もあったであろう。その場合、我が律令撰者は、どのような立法上の「理由づけ」を行なったであらうか。又その「理由づけ」の論拠は、どのようにして決められ、どのようにして作られたであらうか。

本稿では、律令法典の立法過程を通じて、古代法律家が日本律令制定の正当性をどのように理由づけたかに関して考察し、以って我が法思考における合理性の一端を窺いたいと思う。

一 戸婚律9立嫡違法条の場合

今、ここに唐と日本の二つの律の条文を提示しよう。

- (1) 諸立嫡違法者、徒一年、即嫡妻年五十以上無子者、得立嫡以長、不以長者亦如之、
- (2) (凡)立嫡違法者、徒一年、即嫡妻年五十以上無子者、得立嫡以長、不以長者亦如之、
- (1)は唐戸婚律9立嫡違法条であり、(2)は我が養老戸婚律同条である。両者を比べると、条文の冒頭におかれる「諸」字と「凡」字(意を以って補う)とが異なるのみで、両者は全く同一の文である。次に右の条文を解釈した疏に当る文をそれぞれ掲げよう。

- (3) 立嫡者、本擬承襲、嫡妻之長子為嫡子、不依此立、是名違法、
- (4) 立嫡者、本擬承家、嫡妻之長子為嫡子、不依此立、是名違法、

(3)は(1)に相応する唐の律疏の文であり、(4)は(2)に相応する養老律の疏に当る文である。ここにおいても、僅かに唐の律疏の「襲」字が我が養老律では「家」字になっている外は、両者全く同一の文である。(ただし、日本律の当該条文は亡失して逸文を残すのみであるから、疏に相当する文全体を比較することはできない。)

このように唐と日本の二つの律本文(1)と(2)、二つの律疏文(3)と(4)とは、一見したところ、ほぼ同一の内容を規定しているかのである。確かに右の二つの日唐律文の意味するところは、等しく次の通りである。「立嫡」、即ち相統予定者を選定するに際し、法定の順位に違反した人選をするときは徒一年の刑を以って処罰する。その法定の順位は令に見える通りであり、嫡妻の長子を以って、その第一順位とし、もし嫡妻が五十歳以上に達しても、なお男子なきときは、庶長子(妾腹の長子)を以って相統者とするが、その場合、長子を以って相統者としな⁽¹⁾いときは、やはり徒一年の刑を以って処罰すると。しかし、右律文の「立嫡」という相統予定者の選定手続では、一体何を相統するものであったかという点、唐と日本とでは、その対象が全く異なっていたのである。即ち、唐では右にあげた(3)に「立嫡者、本擬承襲」とあるように、封爵(皇族・功臣に与えられて世襲される、別段の政治権力を伴わない一種の栄典であって、一品から五品の間に格づけされるもの⁽¹⁾)。なお封爵を有するものは刑事上、財産上の特典が与えられる)の相統が右条文の「立嫡」の目的であったのに対し(3)の「襲」は「襲爵」の意。唐詐偽律10非正嫡詐承襲条参照)が日本では(4)に「立嫡者、本擬承家」とあるように、家の相統が「立嫡」の目的であった。このように右に掲げた唐と日本の両律文は、本文を見る限り全く同一の文章であるにも拘らず、両者の立法上の目的は全く異なるものであった。即ち、唐律本条は封爵の相統者選定をめぐる法定順位違反の処罰規定であり、養老律本条は家の相統者選定をめぐる法定順位違反の処罰規定であったのである。

それでは何故このような、条文の体裁はほぼ一致しながらも、その内容の異なる二つの条文が生まれたのであろう

か。その為には、封爵相統の順位を規定した唐の封爵令の条文と家相統の順位を規定した我が大宝・養老の継嗣令の条文とを更に比較してみなければならぬ。次にそれらの条文を掲げることにする。

(5) 諸王公侯伯子男、皆子孫承嫡者伝襲、若無嫡子及有罪疾、立嫡孫、無嫡孫、以次立嫡子同母弟、無母弟立庶子、無庶子立嫡孫同母弟、無母弟立庶孫、曾玄以下准此、無後者国除、

(6) 凡八位以上継嗣者、皆嫡相承、若無嫡子及有罪疾者、立嫡孫、無嫡孫、以次立嫡子同母弟、無母弟立庶子、無庶子立嫡孫同母弟、無母弟立庶孫、其氏上者聴勅、

(7) 凡三位以上継嗣者、皆嫡相承、若無嫡子及有罪疾者、立嫡孫、無嫡孫、以次立嫡子同母弟、無母弟立庶子、無庶子立嫡孫同母弟、無母弟立庶孫、四位以下、唯立嫡子、謂庶人以上、其八位以上嫡子、未叙身亡及有罪疾者、更聴立替、其氏宗者聴勅、

(5)は復原された唐の封爵令、(6)は復原された大宝継嗣令、(7)は養老継嗣令2継嗣条である。右の(6)(7)の我が継嗣令が(5)の唐の封爵令に倣って立法されたものであることは一見して明らかであろう(傍線部参照)。

さて、右の大宝・養老令にみえる「継嗣」とは具体的には何を意味するであろうか。石井良助氏は、右の大宝令と養老令との条文について、次のようにいわれる。大宝令の立法者は蔭位(父祖の位階に応じて子孫が一定の位階を授けられる制)の形式における位階の承継を以って継嗣の目的とした。即ち、大宝令の定める「継嗣」は、家の相統人なのであるが、しかし家の相統の名の下に、実質的に相統するのは蔭位の形における位階であった。処が養老令の立法者は、この大宝令に大改革を加え、大宝令では「継嗣」は有位者に限るという建前であったものを庶民に対しても「継嗣」を認めた。その結果、位階の相統法たる継嗣令の性格を改め、有位者にも庶民にも通ずる中国流の祭祀という觀念を導入した。かくして養老継嗣令は蔭位の形における位階の相統を主体とし、それに中国流の祭祀相統という粉飾

が加えられた。しかし当代では我が固有の祭祀や家名、家業の相続の觀念も全く失われたのではない。とくに位階を有しない庶民の間にあっては、實際は家業の相続の形において家の相続が行われたに違いないと。⁽⁴⁾

右の石井説によれば、大宝令で考えられた「継嗣」、即ち家の相続とは実は位階の相続であった。処で蔭位の制は、養老選叙令38五位以上子孫条によれば純然たる嫡子単独相続ではなく、それは五位以上は嫡子（嫡妻長子）のみならず、庶子（嫡子以外の男子）にも認められ、更に三位以上は孫、即ち嫡孫（嫡子の嫡妻長子）、庶孫（嫡孫以外の男孫）にも認められた。ただし嫡子・嫡孫が庶子・庶孫よりも高位を授けられて優遇されていたことは注意されねばならない。右の点は、選叙令集解、同条の古記によって大宝令も亦、養老令と同様であったと推測される。従つて蔭位の制は、大宝・養老令ともに嫡子・嫡孫の単独相続ではなく、庶子・庶孫をも加えた共同相続であったが、厳密に言えば嫡子・嫡孫の優越相続ともいふべきものであった。又、大宝戸令応分条においては、遺産相続は宅・家人・奴婢を嫡子の特別相続財産とし、財物は諸子の相続財産としたが、この場合においても嫡子は財物の半ばを得、庶子は財物の半ばを均分すべきものとした。処が養老令（戸令23同条）に至つては、遺産たる家人・奴婢・田宅・資材を総計して、これを一定の割合を以つて嫡子以下の者に分配したが、嫡子と庶子とに限って言えば、二対一の嫡庶異分主義をとり、大宝令の嫡子分を大いに削減した。⁽⁵⁾このように大宝令と養老令とは、嫡子の相続分は異なっていたけれども、両令には家産の相続に嫡子分が明確に定められているのであるから、前掲大宝・養老の継嗣令の「継嗣」、即ち家の相続の中には、嫡子による家産の相続も亦、当然含まれていたに違いない。

今、大宝継嗣令と養老継嗣令との詳細な比較は、これを一切省略して、ただ「継嗣」の目的・対象についてのみいえば、大宝令の「継嗣」には位階と家産との相続が、養老令の「継嗣」には更に祭祀の相続がそれに加わったことになる。又、律令継受以前の我が固有の継嗣は名の相続であつたとされるから、⁽⁶⁾祖名や家名の相続も、当時の「継嗣」

の対象となったであろう。庶民の間では更に家業も、その対象となったかも知れぬ。しかも大宝・養老の前掲継嗣令では、「継嗣」は常に男子である嫡一人が相承けるものであり、純然たる嫡子単独相続であったのである。そうであるとするれば、日本令の「継嗣」とは、父祖の位階による嫡子の蔭位と家産相続における嫡子分とに加えて、それらと共に家の祭祀、家名、家業等が不可分一体のものとして嫡子に継承されることを意味するものではなかったか。それが日本令でいう「継嗣」、日本律でいう「承家」の具体的な意味内容であったように思われる。

それならば我が継嗣令がその相続者の選定順位を定めるに当って、何故、唐の封爵令を模したのであろうか。中田薫氏によれば、律令法継受以前、即ち大化前代においては、一般の継嗣法は次のようなものであった。父祖は、その生前において自己の直系卑属、或は傍系親の中から祖名相続人である継嗣者を選択する自由を有し、しかもこの選出については何ら法定の順位はなく、父祖は嫡庶長幼の順序に拘らず、子孫の中から己の意に叶った一人を選ぶことができ、もし子が幼少であるか或いはその他の事由によって継嗣者となるに不適当と考える場合には、子を除外して弟、甥、その他の傍系親を選んで、これを相続人に定めることができた⁽⁷⁾。即ち、大化前代の継嗣法は祖名をその相続の主たる対象とするものであり、それは子孫中、一人による単独相続であったというのである。右の説が果して妥当かどうかは暫らく措くとしても、我が古代においては兄弟均分という社会通念は存在しなかったと想定され、首長や家長の地位を継承した特定の個人に遺産の大部分が相続された可能性はあった⁽⁸⁾。処が中国においては、古来、家を継ぐという觀念は存在せず、中国の家とは共同祖先から父系の血筋を引いて分れ出た子孫のすべて、即ち同族者の集団、ないしその財産以上のものではなく、従って家に複数の男子あるときは、彼等は平等な立場で共同して祖先を祭り、兄弟均分の原則によって家産を分割したのである⁽⁹⁾。

このような中国の家族制度を国情の異なる我が国にそのまま移すことができなかったのは当然であるが、さりとて

従来の我が固有の継嗣法を成文化して家の相続者一人の選定を父祖の自由意思に任せてしまうことも合理的ではない。そこで唐律令を継受するに当り、我が立法者は家相続における相続者たる特定個人優越の固有法は残しつつも、その選定の方法を法律によって規制しようとした。我が立法者が家の相続人を選定する方法をいかに規制するかを考えたとき、唐の封爵の相続は嫡子による単独相続であったから、その場合の相続者選定法を我が継嗣法にもちこむことに思い至ったのである。その結果、唐の嫡子の権能と日本の嫡子のそれとは異なることになり、又、その「立嫡」の目的は、唐では封爵の相続の為のものであって一般民戸とは関係しなかったのに対し、日本では大宝令では八位以上の官人の家の相続（推定）、養老令では庶人以上、及び有位者すべての家の相続に関係することとなり、ここに日唐令間の内容上の相違が生じたのであるが、それにも拘らず、「立嫡」なる相続者の選定法は、唐と日本とにおいて甚だ類似するものとなったのである。かくして、その相続法に違反する場合の処罰規定も、その意味する法的内容は全く異なるものであるが、日唐律の条文の体裁は、ほぼ同一のものとなったのである。

二 名例律12婦人有官位(品)条の場合

条文の文章や用語は類似するが、その法的内容は異なる例をもう一つあげよう。それは名例律12婦人有官位(品)条である。今、その本文を次に掲げることとする。

- (1) a 諸婦人有官品及邑号犯罪者、各依其品、從議請減贖当免之律、不得蔭親屬、
 b 若不因夫子、別加邑号者、同封爵之例、

- (2) 凡婦人有官位犯罪者、各依其位、從議請減贖当免之律、

- (1)は唐律であり、(2)は養老律である。唐律には別に疏文が存するが、養老律には疏文に相当するものは全くない。

唐律の第一項(1) aと養老律(2)とを比較すると、その文章、用語はよく似ており、一見、養老律は唐律の第一項に相應する規定であるかのようにである(傍線部参照)。即ち、養老律は唐律の「官品」を「官位」に改め、わが制にない「邑号」を省き、更に唐律の「不得蔭親屬」を削除したことだけが唐律と異なる点であるように見受けられる。右の兩者につき、これを詳しく検討された高塩博氏の研究によれば、養老律本条は、文章や用語の上からは唐律本条の第一項(1) aとよく類似するが、その規定内容からすれば、唐律とは相違するものであり、どちらかといえば、それは「若不因夫子」以下の唐律本条の第二項(1) bに類似し、しかも養老律本条は、唐律本条を十分に理解せずに不用意に修正継受した為に生じた重複規定であったとする⁽¹⁰⁾。

それでは、養老律本条が唐律本条の第一項とその内容を異にするとは一体どういうことであるのか。それは凡そ次の通りである。唐律第一項は、夫もしくは子の蔭によつて、婦人が官品を得ている場合、その婦人が罪を犯したとき、その婦人に対しては、官品(及び邑号)に応じて議請減贖当免の律(有品者等に対する特別処罰規定)を適用するというものであるが、養老律は、婦人が蔭によらず、独自に、官位を得ている場合、その婦人が罪を犯したとき、その婦人に対しては、官位に応じて議請減贖当免の律を適用するというものである。即ち、議請減贖当免の律が適用される対象は、等しく婦人の有品者・有位者ではあるけれども、その官品・官位取得の原因が唐と日本とは異なっていたのである。唐律第二項は、夫や子によらず独自に邑号なる榮典を得ている婦人の処罰規定であるから、独自に、榮典を得ている婦人の処罰規定という点では、養老律はむしろ右の唐律第二項の規定に類似するのである。

そもそも夫や子の官位に応じて、その妻や母に一定の官位を授けるといふ制度は我が国には存在しなかった。日本の婦人に与えられる官位は、すべてその婦人の一身上の功によつて独自に授けられるものであったのである。処が唐においては、婦人の有品者には夫や子の蔭によつて官品が授けられる場合と夫や子との関わりなしに独自に官品が授

けられる場合(妃・六儀・美人・才人等の内官)との両者があった。そして前者に対する処罰には、名例律本条が適用され、後者に対する処罰には、律の一般的规定、即ち名例律8〜11議請減贖の各条、及び同律17〜20官当・除名・免官・免所居官の各条が適用されたのである。いふなれば唐の名例律本条は、夫や子の蔭によって官品を得た婦人の犯罪という特別な場合を規定する条文であった。我が国においては、前述の如く婦人の有位者はすべて自己の一身上の功によって官位を授けられたものであり、夫や子の蔭によって官位を得た婦人は存在しなかったから、わざ／＼ここに一個条の独立した条文を立てる必要はなく、前記名例律の議請減贖当免の一般的规定を適用すれば、それで事たりた筈であった。高塩氏が養老律本条を唐律継受の際のミスであり、重複規定であるとされるのは、右のような意味においてである。

しかし考えてみるに、日本律撰者は、我が養老律の「婦人有官位犯罪者」の「官位」が夫や子との関わりなしに独自に与えられたものであり、一方、唐律の「婦人有官品犯罪者」の「官品」が独自に与えられたものではなく、夫や子の蔭によるものであることは十分承知していた筈である。さればこそ養老律撰者は、唐律の「不得蔭親屬」(夫や子の蔭によって得た婦人の官品は、更にその親屬を蔭することはできない)という文を削除し、我が婦人のもつ官位がその親屬を蔭することを認めたのであった。それにも拘らず、日本律撰者は我が婦人有位者の犯罪に議請減贖当免の律を適用するという規定を、わざわざ特別に立法するという失策を犯した。それは何故かというに、唐にも亦、夫や子の蔭によらずして独自に官品を得る婦人の存することに思いが及ばず、且つ独自に官品を得た婦人には、議請減贖当免の一般的规定を適用するということを失念したからである。即ち、日本律撰者がここに前記条文をおいたのは、その取得原因の相違は十分認識していたにも拘らず、それよりも同じく官品・官位を取得した婦人の犯罪という日唐共通の性質に幻惑されて、唐律に倣った婦人有位者の処罰規定を作ろうといそいだ為であろう。立案された養老律本条には、

ただ「婦人有官位犯罪者」とのみ記されて、夫や子の蔭によらずして独自に官位を得た婦人の犯罪ということは、律文には全く見えていない。それは当然であって、我が国には唐の如き蔭による婦人の有位者はいなかったから、それをわざわざ断る必要もなかったのである。一方、唐律の「婦人有官品及邑号犯罪者」については、疏文に右の有品者は夫や子の蔭によるものであることが明記されており、第二項にも「若不因夫子、别加邑号者」とあって、それから推測して第一項の官品・邑号を有する婦人が蔭によるものであることが明らかであるから、そのことを律文に記す必要はなかったであろう。その結果、日唐両律の本文には、共に婦人の官位・官品の取得原因は記されないこととなり、ただ「婦人有官位」、「婦人有官品」とのみ記されることとなった。かくして、その規定内容の相異なる二つの条文があたかも同一の規定内容を有するかの如く見えることとなったのである。

三 日本律起草の原則

さて、ここで注意しなければならないのは、日本律令の撰者がどのようにして唐の律令から日本律令の条文を起草したかということである。日本の養老令は、ほぼその全体が伝存しているが、唐令は全文亡佚しており、ただその逸文を遺すのみである。処が唐律は疏文をも含めて、『唐律疏議』という形で今日、その全文が伝存しており、我が養老律も幸にして、その四分の一ほどがほぼ完全に遺されている。ここにおいて、唐律からどのようにして日本律がつくられたかを考察する為には、唐律疏議と伝存養老律とを比較すればよいことになる。もとより唐律疏議は開元の律疏を今日に伝えているものであって、日本律がその藍本とした永徽の律疏ではない。しかし開元の律疏と永徽の律疏とは、それほど内容を異にするものではないから、右の考察にとって、この事実は殆ど支障にはならない。

唐律から、正確に言えば唐の律疏から、どのようにして日本律がつくり出されたか、それに関し、とくに条文の体

裁の上から詳細な考察を加えられたのは高塩博氏である。高塩氏は、唐の律疏から日本律をつくる際に、唐の律疏はそれが公定のものであるとはいえ、一種の注釈書であり、日本律は純然たる法典であるから、唐の律疏の注釈書性格を薄める為に日本律撰者は種々の創意工夫をこらしたとされる⁽¹¹⁾。日本律撰者が考えたその創意工夫とは、例えば次のようなものである。

①養老律撰者は一連の唐の律疏の文を屢々分割し、それを律本文や律本注の間に小刻みに挿入した。そのことにより唐の疏文中に存する本文・本注の章句を削除し、結果的には疏文の量を大幅に減少せしめた。②養老律撰者は疏文を削除しても、律文の内容を理解するに、さして妨げにならないと判断したとき、その疏文を思い切って削除した。又、唐の律疏が中国の古典や故事を引用して注釈を施している個所も、これを殆どすべて削除した。③養老律撰者は、唐の律疏に屢々現われる問答形式の疏文を悉く平叙文の文体に改めた。その際も場合によっては、その全文又は一部を削除したり、或いは要約することがあった。

高塩氏は、これらの日本律撰者による疏文の削減方法は、律疏という注釈書から律という法典をつくり上げる為の、いわば注釈書としての色彩を払拭する為の工夫であったと強調されるが、私は、それよりもむしろ唐の律疏の複雑な注釈の仕方を改めて、一目してその内容が理解できる簡便な律法典をつくり出す為の工夫ではなかったかと思うのである。①の養老律で唐の律疏に当る文を、それに相応する律文の語句の下に小刻みに挿入するという方法は、その典型的なものであろう。すでに十四世紀末に唐の律疏を藍本にしてつくられたと思われる明律がそのような体裁をとっているのである。②の中国の古典を引用している唐の疏文の削除も、日本律が中国の古典であるからという理由で、その引用をことさらに軽視した為では決してない。すでに養老学令において、大学寮で教授すべき科目に儒教の古典が多く見えていることから、それは肯首されよう。それでは何故、その引用個所を養老律で削除したかといえ

ば、唐の律疏での引用箇所は、いわばその条文の立法上の理由づけを古典によって縷々述べている部分であるから、日本律ではその理由づけよりも、その結論のみを直ちに律法典に求めたということであろう。③の律疏の問答体の文を養老律で平叙文に改めたのは、律法典には問答体の文がふさわしくないというよりも、長文の問答体の文を簡潔な平叙文に要約して提示する為のものではなかったか。日本律では、それに相応する唐の律疏の問の部分の部分が全くなく、その答の部分のみを要約したものも亦、存する。⁽¹²⁾ ここにおいても、結論のみを重視する日本律の編纂態度が窺われるのである。

このように見てくると、日本律に現われる疏文の削減・縮小は一にその機能面を重視する為のものであり、日本律起草の原則の一つは、できるだけ法文を簡潔にし、直ちにその文意を把握できるような律文をつくり出すということであったといえよう。従って、日本律起草の方針や原則が疏文の削減・縮小にあったというのは必ずしも正確ではない。それはあくまで律文の簡素化、簡便化にあったのであり、疏文の削減・縮小は、その簡素化、簡便化の一つの方法であったのである。

日本律起草に際しては、右の機能主義と共にもう一つ重要な原則があった。それは唐の律疏の文を削減、又は要約して日本律をつくる時、養老律は本文、本注、疏文の何れも藍本である永徽律疏の文章・用語を可能な限り変更を加えず、そのまま用いるという態度である。⁽¹³⁾ 右のことは日唐律の何れの条文においても、これを任意にとり上げて比較すれば一目して瞭然であるが、今、高塩氏の引用を借りて、職制律38乗駅馬枉道条の問答相当箇所を比較すれば、次の通りである。

- (1) 問曰、仮有使人乘駅馬、枉道五里、經過反覆、往來便經十里、如此犯者、從何科斷、

答曰、律注枉道、本慮馬勞、又恐行遲於事稽廢、既有往來之理、亦計十里科論、

(2) 若有使乗駅、枉道五里、經過反覆、往來便經十里、如此犯者、計十里科、律注枉道、本慮馬勞、又恐行遲於事稽廢故、

(1)は唐律、(2)は養老律である。養老律は唐律の問答を平叙文に直すに当って、不必要な語を省き、「若」「故」の二字を加え、「計十里科」の位置を移動させてはいるが、その外は唐律の語句を一字たりとも変更していない（傍線部参照）。このように日本律は機能主義の上に立って、唐の律疏の体裁に変更を加える場合においても、できるだけ唐の律疏の文章を踏襲しようとするのである。ここにおいて、日本律起草の方針には、法典運用の便宜を重んずる為の機能主義と可能な限り唐律の文章に倣わんとする踏襲主義との二大原則の存することが明らかとなった。

右の唐律文の踏襲は日本律が機能主義の上に立って、唐律の内容は殆どそのまま変えずに、その文を削減もしくは要約して継受する場合の方法であるが、かかる唐律文の踏襲主義は、日本律が我が国情に合わせて唐律の内容を変更して継受する場合においても認められた。養老賊盜律24盜神璽条は、唐律の内容を一部変更して、いわゆる日本独自の内容をもつ条文として新しく立法した例であるが、今、その日唐律同条の冒頭部分を次に掲げよう。

(1) 諸盜御宝者絞、乘輿服御物者、流二千五百里、

(2) 凡盜神璽者絞、謂、踐詐之目、閑契、内印、駅鈴者、遠流、謂、貪利之而非行用者、乘輿服御物者、中流、

(1)は唐律、(2)は養老律である。右の唐律本文「御宝」に相当するものとして、養老律は「御璽」「閑契」「内印」「駅鈴」の四つをあげているが、その下の本注「謂、貪利之而非行用者」(それらを盗んだた自己の財物とする行為をいい、行用、即ち偽造や行使を含まないの意。行用した場合は詐偽律を適用する)⁽¹⁴⁾は、「閑契」以下を盗む行為の目的を述べたものであって、いわばこの場合の犯罪構成要件に当るものである。処がこの本注は、(1)の唐律には見えず、(2)の日本律にのみ存するものである。それでは、この本注の文は日本律で新しく創造したものかといえは、そうではなく、実は

唐賊盜律25盜官文書印条の本注をそのまま、ここに借用したものである。次に日唐律の同条を掲げよう。

- (3) 諸盜官文書印者、徒二年、余印、杖一百、謂、貪利之而非行用者。余印、謂、印物及畜產者、
- (4) 凡盜外印及伝符者、徒二年、余印者、杖一百、畜產印、杖八十、亦謂、貪利之而非行用者、余印、謂、諸司諸國之印、
- (3)は唐律、(4)は養老律である。即ち前掲(2)の養老律の本注は、(3)の唐律の本注を踏襲したものである。さて次に(4)の養老律の本注の冒頭に新しく「亦」字が冠せられているが、これは、すでに前掲(2)の養老律に「貪利之而非行用者」という本注のあることを受けて、ここに「亦」字を挿入したのである。処が(4)の養老律の本注に冠せられたこの「亦」字も、日本律で新しく創造したものではなく、実は唐律に倣って、ここにおいたものである。即ち、唐賊盜律26盜制書条には次の如く見えている。

- (5) 諸盜制書者、徒二年、官文書、杖一百、重害文書、加一等、紙券、又加一等、亦謂、貪利之無所施用者、
- (5)の唐律の本注「謂、貪利之無所施用者」も、(3)の唐律の本注と同じ意味であるから、それを受けて(5)の本注は、その冒頭に「亦」字をおいたのであり、前述の(4)の養老賊盜律25条の「亦」字も、実はこれに倣ったものである。
- 以上みる如く日本律は、国情により唐律の一部を変更して新しい内容をもつ規定に改める際にも、その新しい規定にふさわしい章句や用語を唐律の他の条文の中から探し出して来ているのである。

四 日本律令における「因循」(その一)

このように日本律は唐律を継受するに当り、その内容を変えずに、その体裁や表現を簡便化する場合においても、できるだけ唐律の文に倣い、又国情に合わせて、その内容の一部を変更する場合においても、その変更した内容に相應する規定をできるだけ唐律の中から探し出して、それに抛ろうとするのである。而してかかる律法典起草の原則

は、令法典起草の場合においても、程度の差こそあれ、同様であつたであらう。律と令とで起草の原則が大きく変わるとは思われないからである。

さて、その場合、やはり問題となるのは、国情に合わせて日本律令が唐律令の内容を変更する場合である。前章で指摘した養老賊盜律24条の「関契」「内印」「駅鈴」に対する本注が唐賊盜律25条の「官文書印」等に対する本注をそのまま借用したものであることは、考えてみれば至極当然なことであつて、唐の「官文書印」と同じく、それらが実際に行用されるものであつたからである。確かに「関契」は固関使・発兵使がその任務の証として携行した割符であり、「内印」は五位以上の位記と諸国に下す公文とに用いる天皇の印章であり、「駅鈴」は公使・官人が官道を旅行する際に携行する駅馬使用許可証としての鈴⁽¹⁵⁾であつて、その行用の目的は官庁で作成される通常の文書に押捺する唐の「官文書印」とは全く異なるものである。しかし、それらは我が神璽や唐の伝国神宝等の天子のレガリアの如くただ秘蔵されているものではなく、実際に行用されるものであり、実際に行用されるという性質においては、我が「関契」「内印」「駅鈴」と唐の「官文書印」とは共通するのである。従つて、我が養老律撰者は、ここに唐律の本注を借用し得たのである。

第二章で述べた名例律12条の場合も同様である。即ち、この規定の対象となつているのは、唐律では夫・子の蔭によつて官品を得た婦人であり、日本律では夫・子の蔭によらず、独自に官品を得た婦人であつて、両者の立法目的は異なっているにも拘らず、日本律は、その犯罪に対する処罰の方法には、唐律に倣つて議請減贖当免の律を適用することとした。ここにおいても唐律継受に際して、日本律の独自の内容はそのままくずさず、しかも同じく官品・官位を取得した婦人の犯罪という唐律との共通項を発見して、その限りで唐律に依拠しながら条文を立案して行く日本律撰者の態度が窺われる。しかも、その場合、不必要な唐律の章句や用語は削除しつつ、一方、必要な唐律の章句や

用語はできるだけ踏襲しようとするのである。本条の本文を見る限り、養老律の「婦人有官位犯罪者」の「官位」が唐律の「婦人有官品犯罪者」の「官品」とその取得原因を異にするものであることは、殆どこれを窺い知ることができない。ただ僅かに唐律の「不得蔭親屬」が養老律では削除されていることから、それを推測し得るに過ぎない。かくして、内容の相違する二つの条文が恰も同一内容を規定する条文であるかの如く見えることとなった。右の事実が長い間、看過されて今日に至ったのは、唐律継受の際における我が立法者による唐律文踏襲主義の巧妙なる技法の然らしめるところであったと思われる。

このように我が賊盜律や名例律において、その内容が日本独自のものであるにも拘らず、唐の律文を容易に踏襲し、それを借用し得たのは、日本律と唐律との共通するところが一目して明瞭であったからであり、従って、この場合は日本律が何故、唐律に依拠し得たのか、その理由をあえて説明する必要はなかったであろう。ところが第一章において述べた我が継嗣令の、唐封爵令への依拠の場合はどうであったであろうか。我が律令の撰者は、継嗣令起草するに際し、全く自由に当該規定を作るのではなくして、唐の封爵令の条文に依拠しながら、家の嫡子単独相続法を作り上げた。即ち我が首長制に見る固有の継嗣法は特定個人をして優越せしめる相続法であったから、それに見合うものとして唐の封爵の相続法を持ちこんだのであるが、家の相続と封爵の相続とは、その相続の対象が全く異なるから、立法者はその場合、何故わが継嗣令が唐の封爵令に依拠し得るのか、その理由を合理的に説明する必要もあったに違いない。しかればその理由づけの根拠とは何であろうか。

養老継嗣令3定嫡子条は、五位以上の選定された嫡子の届け出の手續と届け出た嫡子に罪疾ある場合の立替の手續の規定であるが、それには次の如く見えている。

凡定五位以上嫡子者、陳牒治部、驗実申官、其嫡子有罪疾、(本注略)不任承重者、申牒所司、驗実聽更立、

右の条文の意は、五位以上の嫡子を選定する場合は、選定者たる嫡子の父が治部省にそれを申告し、治部省はその事実を確かめた上で、更に太政官に申告せよ、もし嫡子に罪疾があつて、「承重」にたえない場合は、選定者はその旨を所司に申告し、所司はその事実を確かめた上で、法定の順序に従つて、その嫡子を立替えよということである。右の「不任承重」とは「家を継ぐ能力のない場合には」という程の意味であつて、この「承重」は、ここでは「継嗣」「承家」と同義に用いられていると思われる。処で、ここに注意すべきは右の「承重」に対する令集解の文である。それには、次の如く見えている。

謂、繼父承祭、々事尤重、故云承重、⁽¹⁶⁾ 積云、繼父承祭者、祭事尤重、故云承重、古記云、承重、謂說祖父之蔭承繼也、

「承重」については、滋賀秀三氏に詳細な研究があつて、それによれば、その原義は、宗廟の主となるべき重き任務を伝え受けるという中国における祭祀相統を意味するものであり、しかもその宗祀の重を相伝うべきものは嫡長系の子孫であつた。右の集解に見える義解や令積が「繼父承祭、祭事尤重、故云承重」といっているのは、中国における「承重」の古義を伝えたものである。⁽¹⁷⁾ 処が六朝時代には「承重」の原義が失われて、「承重」は「嫡孫承重」、即ち父が祖父母に先立つて死亡した場合、嫡孫が祖父母の為に父に代つて重き喪をつとめるという意味に転訛することがあり、それをめぐつて論争も行われたようであるが、ただ祖父から封爵を相統した嫡孫が祖父の為に「承重」の喪をつとめることについては、かつて疑いがもたれたことはなかったとされる。そうすると、「承重」をさして前掲集解中の古記が「説祖、父之蔭承繼也」と解するのは、これを中国の事例に即していえば、封爵の相統において嫡子死亡の場合、嫡孫が嫡子の兄弟に先立つて祖父の爵を受け継ぐことを意味するであろう。しかし古記は大宝令の注釈であるから、右の文は日本令の「承重」を解釈したものにとらねばならない。そうなれば、この「祖父之蔭承繼」は、石井

氏の説く如く祖父のお蔭を以って位階を承継するということになる。⁽¹⁸⁾即ち、嫡子が父に先立って死亡した場合、嫡孫が父たる嫡子に代って祖父の蔭を受けることを意味するものであろう。通説によれば、古記の撰者は大和長岡であつて、長岡は又養老令撰者の一人でもあつたから、右の古記の解釈は、即ち大宝令の立法者の意思でもあつたと考へることができよう。

唐代における祭祀や家産の相続は、すでに嫡子による単独相続ではなかったが、ただ封爵の相続に関しては、それと祭祀相続とが一体のものとして嫡長系子孫によって単独相続されていた。我が固有の家の相続法も特定子孫による単独相続に近いものであったから、大宝令の撰者は、家の相続の中に位階の相続を取り入れ、且つ位階の相続に嫡子優越の原理を定めることにより、唐の封爵令を我が継嗣令に移し変えようとした。⁽¹⁹⁾即ち、大宝令の撰者が唐の封爵の相続法を我が家の相続法に作り変えるに當つて、その媒介として着目したのが蔭位、つまり位階の相続であつた。唐の封爵も我が位階も、共に国家から授与される世襲的性格をもつ栄典であつたからである。かくして位階の相続をその主たる目的とする大宝令の家の相続法が唐の封爵令の文を殆どそのまま踏襲し得ることになったのである。大宝継嗣令がこのようにして制定されるならば、それに「承重」の原義である祭祀相続の意味を加えて、庶人の継嗣をも対象とした養老継嗣令がつくられるのは容易なことである。又、日本律において、大宝・養老継嗣令の嫡子選定法違反の処罰規定を立法するに際しても、唐封爵令の嫡子選定法違反の処罰規定である前掲唐戸婚律9条にそのまま依拠すればよいこととなる。

以上述べたところを要約して整理すれば、次の如くなる。①中国では、封爵の相続に関し、とくに嫡子が父に先立って死亡した場合、嫡孫が嫡子に代って祖父の封爵を相続することを「承重」という場合があつた。②我が大宝令撰者は、家の相続の中で最も主要なるものが嫡子による位階の相続であるとし、また嫡子が父に先立って死亡した場

合、嫡孫が嫡子に代って祖父の蔭位をうけることを「承重」と解した。③このように嫡子による優越相続及び封爵の代襲相続制と蔭位の代襲相続制との共通性を理由にして、我が家の相続法は唐の封爵相続法に依拠し得るとした。かくして大宝継嗣令が定められた。④「承重」には、元来嫡長系子孫による祭祀の単独相続という觀念が存するから、我が「承重」も、養老令に至って位階の相続に加えて家の祭祀の相続をも意味することとなり、それが更に庶人をも含めた一般的な家の相続という觀念に拡大された。⑤右の結果、唐の封爵令と我が継嗣令とは、一は封爵の相続という特殊の規定であり、他は家の跡継という一般的规定であって、相続人である嫡子選定の目的・内容が全く異なるに拘らず、その嫡子選定の方法はほぼ同一のものとなり、条文の体裁としても両者は甚だ類似するものとなった。

さて、唐の律令を変更して、日本律令の内容を国情に合わせて新しくつくり出そうとする場合のあることは、外にも認めることができる。例えば我が遺産相続法である戸令23応分条に見える嫡庶異分主義である。前述の如く我が大宝戸令応分条は、唐令が相続さるべき家産について諸子均分主義をその骨子としているのに反して、嫡庶異分主義を以って、その根本原則とし、しかも遺産の大半をあげて、これを嫡子の有に帰属せしめているが、養老令に至って、右の大宝令を大幅に修正し、嫡庶の相続分についてのみいえば、嫡子分を減少して庶子分を増加し、嫡子二、庶子一の割合とした。このように大宝令の大幅な嫡子優越主義は養老令に至って修正されたのであるが、しかも養老令においても依然として嫡庶異分主義をとり、唐令の如き諸子均分主義をとっていないことは注目すべきことである。処が、この養老令の特色ともいふべき遺産相続法における嫡庶異分主義も亦、実は唐の食封の制に依拠してつくられたものであった。⁽²⁰⁾唐の食封は封爵を有するものに与えられる経済的特権であって、封主に特定数の公民の戸を賜い、その戸に属する課口の負担する調・庸・租の一部もしくは全部を取得せしめる制であり、封爵は嫡子によって単独相続されるが、

食封は「食封人身没以後、所封物、隨其男數為分、承嫡者加与一分」(唐六典、卷三)とあるように、封主の没後、その男子の数によって均分相続され、ただ嫡子のみは他の男子、即ち庶子の二倍の額を得たのである。養老令において嫡子の相続分を庶子のその二倍としたのも、右の唐制によったものである。この養老遺産相続法における嫡庶の相続分の割合が唐の食封相続法におけるそれに依拠し得た理由づけの根拠は明確ではないが、やはり前述のわが継嗣令の唐封爵令への依拠と無関係ではないであろう。

五 日本律令における「因循」(その二)

我が律令法典の撰者が、その内容、体裁ともに概ね唐の律令に倣って、その条文を立案起草したことは周知の事実であるが、とくに日本令撰定の場合には、唐令のみならず、更に唐の格式、或は唐の礼等にも、それが及んだことが注目される。我が大宝・養老の僧尼令一篇が唐の道僧格に基づいて編纂されたことは夙に著名であるが、その他にも、例えば唐格に拠ったものとして養老儀制令23内外官人条、唐式に拠ったものとして養老宮衛令24分街条や同軍防令67峰昼夜条、唐礼に拠ったものとして養老儀制令7太陽虧条や同喪葬令17服紀条等が指摘されている。⁽²¹⁾ただこの場合も、我が律令撰者は法典編纂に当って、単に唐の律令格式、もしくは礼を参照したとか、或はそれらに示唆を受けて条文を起草したとかというに止まらず、我が国情から新しい内容をもつ条規を立法するに際し、それに見合った類似の規定を広く唐の律令格式や礼という如き法典の中から積極的に探し出す作業を行っていたのではないかと思われる。即ち、我が律令の撰者は、新しい条文の立案に際し、その合法性の根拠を積極的に唐の法典の中に求めたと推測されるのであり、しかも、そのことは唐の法制のみならず、更に唐以前の隋や六朝の法制にも及んだのである。⁽²²⁾

例えば、日本律の篇目十二篇の名称やその篇目の配列の順序は、唐律と全く同一であるが、日本令の篇目三十篇の

名称やその篇目の配列の順序は必ずしも唐令のそれとは一致しない。しかし、この場合も唐令には一致しなくとも、唐以前の隋や六朝の制に、その類似のものが認められることは、やはり注目されねばならない。坂本太郎氏は、令の篇目の配列の順序やその名称、内容等について日唐を比較して詳しく論じられたが、⁽²³⁾その結論として日本令の編者は、唐令に抛りながら日本に適しないと認めた条文は、これを削除修正したように、篇次と篇目についても批判を加えて合理的なものとしたこと、とくに国情の相違を考えて、かれの尨大なものは簡素にし、業々しい篇目はわざと省いたことなどが認められるとされている。日本令撰者が唐令の篇目の順序やその名称等を我が国情に合わせて合理的なものに改変した場合、やはりその改変の根拠を唐以前の中国歴代の制に積極的に求めたことがあったのではなからうか。このような目で右の坂本氏の研究を見て行くと、そこには興味深い事実が窺われる。

坂本氏は、日本令の三十篇という篇目の数やその篇次には、隋の開皇令を参考にした跡が見られるとされるが、「参考にした」と同時に、そこに日本令の構成の根拠づけを求めたといえるかも知れない。又、隋唐の令の篇次と著しい相違を示すのが日本令の戸令、田令、賦役令の位置である。即ち、日本令では戸、田、賦役の三篇は、第八、第九、第十として神祇令、僧尼令の次に位し、比較的上位にあるのに対し、隋唐の令では、戸令は祠令に次いで上位にあるが、田令、賦役令は、はるかに下に降ろされている。何故、日本令がこのように隋唐の令の篇次と異なっているのかあるか。それに対し、坂本氏は次の二つの理由をあげられている。その第一は、晋の泰始令の篇次が八祠、九戸調、十佃、十一復除とあり、梁の天監令が七祠、八戸調、九公田公用儀迎、十医薬疾病、十一復除と、戸、田、賦役の順に近いということ、その第二は、戸令では戸籍、計帳のことを規定しており、それにもとづく田の班給、調庸の賦課の規定が戸令と離れて遠い所におかれるのは不便であるから、これをまとめて上位におくことは適切であり、隋唐令に比べて極めて合理的であるということである。

坂本氏の指摘されるように、日本令の撰者は唐令の篇目の順序では、令法典の運用に当って不便であると感じたに違いない。そこで戸令、田令、賦役令の位置を変えたいと考えた。その場合、唐令を模範として日本令を編纂する方針からすれば、この篇次の変更は頗る重大な問題である。変更には変更の論拠が求められ、その理由づけを必要とする。そういうことから日本令の編纂には、隋唐の令を溯って更に晋令や梁令の篇次が参考にされたものであろう。坂本氏は、日本律令の編纂に当って、隋唐の令だけでなく、それ以前の令も入手できる限りは参照したであろうことは、大化改新の詔の戸別の調が魏晋の制に、官馬の貢賦が北魏の制に拠ったと思われることから類推できないこともないといわれている。隋唐以前の令が日本で参考にされたというのは、新制度を定めるに際して、それから示唆を受けると同時に、また新制度成立の根拠をそこに求めるといふ意味があったのであろう。このように考えて行くと、日本令の重要な特色の一つである神祇令や僧尼令も、単に唐の祠令や道僧格を参照したというに止まらず、そこに立法上の根拠を求めたという意味もあったと思われる。「神祇」の名称も祠令にある「天神地祇」に拠ったものであり、僧尼令を神祇令の次においたのも、当時の知識人間における仏教信仰の状況によると同時に、仏教も祠部の職掌下においた唐制を参照したのではないかといわれている。そうであるとすれば、ここにも当時の国情に合わせた制度づくりが、その根拠を唐の官制に求めたことが窺われるのである。

日本律令がその編纂に当って、唐のみならず、それ以前の中国の制にその根拠を求めようとしたことは、他にも例をあげることができる。日本戸令が課口の範囲を正丁だけでなく、正丁・老丁(次丁)・少丁の三者としたのは隋唐の丁中制よりも、むしろ晋の戸調式に近いといわれている。しかも晋代法の次丁は、六十一以上、六十五以下であって、この制は日本令と符合するのである。⁽²⁴⁾これには朝鮮を媒介とした南朝の制の影響が以前からあったとしても、前述の篇目の場合と同様、日本令起草の段階で意識して晋の制を参酌し、それに我が立法上の理由づけを求めようとし

たことも考えられないであろうか。又、日本令の特色とされる太上天皇制は、讓位した前天皇に対して現天皇に準じた法的な扱いをしようとするものであるが（養老儀制令1・3条、公式令33条）、これとても、すでに北魏の献文帝、北斉の武成帝等に皇帝在位中と変りなく政務をとった「太上天帝」の例が認められること（²⁵）からすれば、我が律令に新しく唐令にない「太上、天皇」を規定するに当っては、その名称や内容と共に、その立法上の理由づけをも、やはり中国歴代の制に求めたといえないであろうか。

さて、ここで日本令の篇目と共に、我が法典の独自性を最もよく示したものとされる日本律冒頭の八虐、六議の制についても、考えてみなければならぬ。日本律の八虐、六議の制は、唐律の十惡（特別の法律的效果を伴う、名教に違反した十種の犯罪）、八議（律の適用に際し、「議」なる特典をうける八種の資格要件）から、それぞれ二つを減じてつくられたものである。唐律の八議は、周礼の八辟に由来するものであるが、日本律の六議は、唐の「八曰議賓」を削除し、且つ「七曰議勤」を「五曰議功」に合併したものである。日本律で「議賓」を削除した理由は、我が国には当時、前王朝の一族を国賓として処遇する制がなかったからであるが、それでは何故、「議勤」を「議功」に合併したのであるうか。それは「議勤」と「議功」とが唐律本注に夫々「謂有大勤勞」、「謂有大功勲」とある如く、内容的にあまり違わないから、これを一つにしたと考えられるけれども、⁽²⁶⁾両者を合併した本来の理由は恐らくそこにはなく、やはり「六」という数字に日本律撰者が先ず拘束されていたからではなからうか。唐の八議が周礼に由来することは、唐の律疏の八議の条に、

周礼云八辟麗邦法、今之八議、周之八辟也、（唐律疏議、卷一）

とあり、しかも右の文は、日本律撰者がこれを十分熟知していたものである。何故ならば日本律は唐の永徽律疏を藍本として起草されたからである。そうすると、日本律撰者が唐の八議を国情に照らして修訂するに当たっても、やはり

周礼に深い関係のある「六」という数が参酌されたものではなからうか。⁽²⁷⁾ いうまでもなく周礼には「六官」「六卿」「六典」「六芸」等が見え、唐代においても「六」という数字が重んじられたことは、百官を総領する尚書省に「六部」が置かれ、又玄宗の代に「唐六典」が編纂されたことから容易に推測することができる。日本律で「議賢」を削ったままにしておけば、「八議」は七議となってしまう、それでは数として落ち着きが悪く、やはり周礼の「六」という数に拠って、内容の類似した「議勤」と「議功」とを合して「六議」としたものであろう。

このように見て行くと、日本律の八虐の制の成立も一考を要する。養老律の八虐は唐律の十惡の中から、その「不睦」、「内乱」の両者を整理して作られたものである。即ち、唐の「不睦」の大半に相当する部分を「不道」に追加し、唐の「内乱」の一部に相当する部分を「不孝」に追加して、名目としての「不睦」、「内乱」を削除して八虐とした。右のような作業の結果、養老律は十惡に内在した論理構成をゆがめたとされる。⁽²⁸⁾ 確かに非人道的な犯罪である「不道」に、家族道德に反する犯罪である「不睦」を追加したことは、まさに木に竹をついたような違和感を起さしめるのであって、中国本来の「不道」という概念を混乱せしめるものである。従って、右の日本律の作業は、決して機能面を重視して、唐律の十惡を整理したというのではない。それでは日本律は、何故そのような作業をあえてしたのであろうか。そこで、今、養老律の八虐を唐律の十惡に倣って、「八曰不睦」の項を立てて、「不道」中の「毆告及謀殺伯叔父姑、兄姉、外祖父母、夫、夫之父母、殺四等以上尊長及妻」をそこに移し、「十曰内乱」の項を立てて、「不孝」中の「姪父祖妾」をそこに移してみると、「不睦」はまだよいとしても、「内乱」は、十惡の一項目としては甚だ短かいものとなり、その法的内容も、独立の項目として立てるのに必ずしもふさわしくないことが明らかとならう。そもそも我が国では、禁婚親の範囲は唐に比べて狭く、「内乱」(親族内の性道德に反する犯罪)という觀念そのものが甚だ稀薄であった。従って、この「内乱」を削除して、「姪父祖妾」を内容的に類似する「不孝」の末尾に追加した

のではなからうか。しかし、「内乱」を削除すると、「十惡」は九惡になってしまう。ここにおいて唐の律疏の十惡の条に、次のようにあることが想起されるのである。

開皇創制、始備此科、酌於旧章、数存於十、大業有造、復更刊除、十条之内、唯存其八、自武德以来、仍遵開皇、無所損益、（唐律疏議、卷二）

右の文意は、唐律の十惡は隋の開皇律に拠ったものであり、又、隋の大業律は、その開皇律の十惡から二つを除いて、「八」としたものである。右の律疏の文も亦、日本律撰者が十分これを精読していたものであった。そうであるとするならば、日本律撰者は、唐の十惡を我が国情に合わせて改訂するに当り、唐の十惡が隋の開皇律に拠ったのに倣って、やはり隋の大業律にその根拠づけを求めたとしても、それは極めて理由のあることではなからうか。もとより日本律が大業律の内容に拠ったかどうかは定かではないが、少なくとも大業律の「八」という数に拠ったことだけは、先ず誤りないであろう。日本律撰者は、あの精緻にして高い完成度を有する唐の律疏に手を加えて、兎も角、日本律をつくり上げたのである。それだけの技量をもつ日本律撰者が唐律十惡の構成を無視して、理由なく「不睦」の大半を「不道」に合併したとは考えられない。恐らく日本律撰者は、右の事実は十分に承知しながらも、あえて「八」という数にこだわったのではなからうか。

八虐、六議の制は、日本律の冒頭に置かれた最も重要な規定であるから、この制の立法上の理由づけは、日本令の篇目と共に十分留意されたに違いない。日本律が六議を定めるに当って「議勤」を「議功」に合し、八虐を作るに当って「不睦」の大半を「不道」に併せたのは、決して日本律が機能の面のみを重んじた為ではない。かくすることによって、日本律は国情に合わせて唐律を修訂すると共に、周礼や隋律に依拠することができたのであり、それは日本律が適法性、合法性を得る為の不可欠の作業であったと思われるのである。

六 日本律令における「因循」(その三)

我が律令の撰者は、大宝・養老の律令を新しく編纂、起草するに当って、その構成、内容、文章、用語等に至るまで、可能な限り隋唐の律令は勿論のこと、それ以前の中国歴代の制にまで溯って、そこに範を求め、立法上の根拠を見出そうとした。即ち我が律令の撰者は、その立法を正当化する為に、国情からする実質的な理由づけと共に、当時の律令法体系からする形式的な理由づけをも積極的に行なったのである。もとよりすべての我が法制度の根拠が隋唐や中国歴代の制に求められたかどうかは疑わしく、また律と令とは、その程度に異なる面があったとしても、少なくとも我が律令法典の重要な部分においては、そのことは認められるのではなからうか。今後、中国歴代の制がさらに明らかにされるならば、それらと我が律令制との関係も、より一層緊密なものであることが実証されるのではなからうか。ここにおいて想起されるのは、延長五年(九二七)十二月二十六日、藤原忠平等によって醍醐天皇に奉呈された上延喜格式表である。その一節には、次の如く見えている。

於是搜古典於周室、採旧儀於漢家、取捨弘仁貞觀之弛張、因脩永徽開元之沿革、勅成二部、名曰延喜格式、

即ち、忠平等は延喜格と延喜式という二つの法典を編纂するに当って、先行法典であるわが弘仁・貞觀の格式を踏襲するに止まらず、唐の永徽・開元の法典や更に周漢の法制にも依拠したと述べているのである。右の記述が文章上の粉飾ではなく、日本の格式を編纂するに当って唐の令、格、式、礼等が実際に参酌されたであろうことは、例えば開元令から我が式部式がつくられている事実からも推測される。即ち、政事要略、卷六十九所収の私記(國史大系本五八四頁)には、次の如く見えている。

或云、……開元令云、前官被召見、及預朝參、致仕者在本品見任上、以理解者在同品下者、移此令文所裁製式也、

又、類聚三代格、卷十（国史大系本三五五頁）所載の貞観二年（八六〇）十二月八日の太政官符には、我が大学寮の积奠式が唐の開元礼に拠ってつくられたとして、次の如く述べられている。

右得播磨国解俚、謹案大唐開元礼、国子大学州県各有积奠式、今此間、唯有大学式、無諸国式、所謂大学式則因循、開元礼、国子大学式、具載奠祭之儀、明定進退之度、

右の史料に見える「今此間、唯有大学式」の「大学式」は、恐らく弘仁の大学式であり、「因循開元礼国子大学式」の「因循」は、前掲上延喜格式表中の「因脩永徽開元之沿革」の「因脩」と同義語であろう。弘仁の大学式は殆どそのまま貞観・延喜の大学式に受け継がれたであろうから、開元礼と延喜式とを比較することにより、右の「因循」の意味を具体的に把握することができよう。延喜大学式の积奠の次第と開元礼のそれとを詳細に比較された弥永貞三氏の研究によれば、延喜式に定められた講学の儀式は、開元礼とかなり離れた日本独自の様相を呈しているが、积奠の中核をなす饋享の儀礼の如きは、延喜式は唐の官名を日本の官名に入れ替え、建築物の構造や配置の相違からする唐の儀式の次第を改め、唐の楽舞に関する記述を省略又は簡略化し、犠牲を割いてその毛血を捧げる毛血豆の儀式は完全にこれを削除する等の改変以外は、字句の末まで開元礼を下敷きにし、殆どそれを丸うつしにしたものといわれている。⁽²⁹⁾ここに我々は「因循」の具体的な意味内容を窺うことができる。

このような「因循」は、新しく立法作業を行なう場合のみならず、法適用上の新しい決定を下す場合にも求められた。菅家文章の卷七所収の元慶三年（八七九）三月二十五日の議には、次の如く見えている。⁽³⁰⁾

皇帝為族曾祖姑太皇太后製服并令天下素服議、

檢開元礼曰、皇帝本服、大功以上親喪、皇帝不視事三日、又曰、總麻三月、成人正服、為族曾祖姑在室者報、曾祖之姉妹、皇帝所絶、傍親無服者、^(第カ)皇帝皇子、為之降一等、又案本朝令曰、皇帝二等以上親、若散一位喪、皇帝不

視事三日、三等以上親、百官三位以上喪、皇帝皆不視事一日、義解曰、不視事三日者、唯為三月以上服故也、然則太皇太后者、皇帝之族曾祖姑、天子之宜無服制者也、故本朝不列五等之親、親遠也、唐制猶絕三月之服、々輕也、明知皇帝廢事、証拠無文、天下素服、因循不例、唯太皇太后之尊名、内親王之貴種、礼制雖無正文、同家宜有別議、

右は淳和天皇の皇后、即ち当代の太皇太后が崩じた際、陽成天皇がその喪に服すべきか、又天下素服すべきかの諮問に対して、菅原道真が答えたものである。右の奏議によれば、太皇太后は天皇の族曾祖姑(曾祖父の姉妹)であるから、本朝の養老令、義解、及び唐の開元礼に照らして、それには当らないとしている。ここに「皇帝廢事、証拠無文、天下素服、因循不例」としていることが注目されるのであって、かかる場合に皇帝廢事(天皇が政務を執らぬこと)や天下素服(天下の万民をして喪に服せしめること)を新しく行なう為には、その「証拠」となるべき明文や「因循」すべき先例がなければならなかったのである。即ち、本朝令、義解、開元礼の文がここに引かれているのは、それを検証する為のものであった。

それでは、右の「因循」とは、本来どのような意味をもつ言葉であったのであろうか。政事要略の卷五十九所載、延喜十三年(九三二)二月二十五日の太政官符(国史大系本四七四頁)は、勘解由使に発せられた文書であるが、そこには国司が在任中、欠損した官物に対する賠償と恩赦との関係をめぐって論じられている。即ち、恩赦に浴した任中の官吏が赦前に欠損した官物を賠償すべきかどうかについては、天長以前は免除とし、承和以降寛平以前は免除か賠償か勘判は一定せず、寛平より近年までは、これを賠償せしめている。しかるに最近は、任期を終えてから勘判が下されるまでの期間に出された赦だけが、その官吏に適用されるということになっている。そうすると、赦が出される以前に遷任した国司甲は、在任中の欠損は、遷任後出された赦によって免除されるにも拘らず、任期が少しずれてい

た為に、国司甲の遷任後も暫く在任している国司乙は、国司甲が遷任後に会った赦に在任中に会うことになってしまい、その為に、この赦の適用をうけられないという不合理が生じているというのである。⁽³¹⁾ 処で、この官符には、次のような文が見えている。

凡恩詔之旨是一、拘放之間何異、遂使赦後在任吏更糾累代之怠、往古欠損独負一人之身、稽之法条、事無所拠、方今欲勘免之、則近年之例、不令会赦、将因循之、則勘判之旨、既涉苛酷、

右文の意は、凡そ次の通りであろう。即ち、恩赦の趣旨は同一であるから、二人の国司に対し、一は欠損を賠償せしめ、他はそれを免除せしめるというようなことがあってはならない。赦後在任の国司一人に累代の欠損を負担せしめることは、これを法条に照らしめても、そのようなことは何も規定されていない。そこで在任の国司に対し、これを免除すれば、恩赦に浴せしめないという近年の例に反することとなる。さればといって近年の例によれば、勘判の趣旨は在任の国司に対し、頗る苛酷な処置となると。この文中にある「将因循之」の「因循」は、近年の例をよりどころとして判断するならばという程の意味である。そのことは、すぐその前にある「稽之法条、事無所拠」という文から推測し得るであろう。又、前掲文の後には、「勘判所決、必有准的」という文が見えるが、この「准的」も、「因循」と同義であろう。即ち勘解由使の下す判決には、必ずその拠り所となる法条や先例がなければならなかったのである。

以上から、「因循」の原義は、弁論において対立が生じたとき、相手方を説得する為の拠り所を得るということになろう。これ即ち、法的決定の際の「理由づけ」を求めることに他ならない。

むすび

以上述べたところを要約すれば、凡そ次の如くなるであろう。日本の律令格式の撰者は、それらの法典を編纂、起草するに際し、その構成、体裁、内容、文章、用語等に至るまで可能な限り唐代法典のそれに倣おうとし、その修正は必要最小限度に止めようとした。このことは唐代法典が当時の我が国においても、疑うべからざる法的正当性の權威を有していたことを示し、我が立法者がかかる意識に強く拘束されていたことを証するものである。従って我が国情により唐代法典の当該条文に変更を加えて、これを継受する場合においても、その変更した新しい内容に適合する法規を唐代法典の他の条文中から探し出して、可能な限りそれに拠ろうとした。即ち我が律令撰者は、その拠るべき法規を唐の律令格式、或は唐の礼等の当時の法源の中から広く探索し、それらにも見当たらないときは、更に唐以前の中国歴代の制や周礼等の古典にも求めた。なおその際、当該中国法規や儒教的原理が我が律令法規を正当化する根拠となり得るのかということの理由づけ、即ち弁証を行なう場合もあった。例えば、唐の封爵令に拠って我が継嗣令の条文を定める為に、家の相続の中に位階の相続を持ちこみ、又、隋律や周礼の制に拠って我が八虐、六議の制をつくる為に、唐の十惡、八議の中の特定の項目を削除、合併した如くである。かくして我が律令撰者は、国情からする理由づけと權威ある既存の法体系からする理由づけとの整合を果すことができたのであり、ここに当時の情況に見合った新しい法的規準を創造し、且つそれを正当化することができたのである。

その際に用いられる注目すべき手法が「因循（因准）」とか「因脩」、「准的」、「准由」、「准拠」とか呼ばれるものであり、立法者は、この手法によって当時の情況に応じて新しい法的内容を盛りこんだ立法を行なう場合にも、その正当性の根拠を權威ある既存の法規や法典に求めて、新法の定立が恣意的に涉らぬように制禦し、且つ新法に説得力を

つけようとしたものであろう。右の手法は単に立法作業にのみ認められるものではなく、法適用の場合にも屢々用いられた。かくして我が古代法律家は、立法及び法適用における法創造に、かかる手法による合理的コントロールを加えんと努めていたと思われる。

最後に「因循」をもう一度、要約して定義するならば、その原義は、弁論における対立が生じたとき、相手方を説得する為の抛り所を求めることであるが、それを更に敷衍すれば、新しく立法作業を行なう場合、又、事実関係に法規範を適用する場合、その立法や法適用の正当性の根拠を権威ある既存の法規や法典に求め、そこに相手方を説得しうるに足る抛り所を求めようとする手法ということができよう。しかし、かかる「因循」の手法自体も、実は多年、すでに中国において行なわれていたのであって、例えば、唐大詔令集、卷四の「改元載初赦」には、「高祖草創百度、因循隋氏」(唐の高祖は法律制度を始めて定めたが、それは隋王朝のものを踏襲した)と見えている。それ故、我が国における律令法継受にあつては、法典の内容はいうまでもなく、立法、或は法適用の際の正当化の技法、即ち法的思考様式さえも併せて中国から学んだと推測し得るのではないかと思われる。

我が国における法適用の場合の正当化に関しては、更に別稿に期することとしたい。

- (1) 律令研究会編(滋賀秀三執筆)『訳註日本律令五唐律疏議』六六頁。
- (2) 仁井田陞『唐令拾遺』三〇五頁以下。
- (3) 中田薫「養老律令前後の継嗣法」『法制史論集』第一卷九一頁。なお石井良助氏の復原文は、中田氏の復原文から「八位以上」を除くとする。石井良助「長子相続制」『日本相統法史』(法制史論集第五卷)二四頁。
- (4) 石井前掲論文二五頁以下。
- (5) 中田薫「養老戸令応分条の研究」前掲書五七頁以下。石井前掲論文三九頁。
- (6) 中田薫「古法制三題考」前掲書一五頁以下。但し、右に對し吉田孝「祖名について」土田直鎮先生還暦記念会編『奈良平安

時代史論集』下巻所収に批判がある。

(7) 中田薫「養老律令前後の継嗣法」前掲書八八頁。

(8) 井上光貞他編『律令』(日本思想大系3) 五五九頁。

(9) 滋賀秀三『中国家族法の原理』五三・六一・一二三頁。中国の家と日本の家との法的性質の相違については同書五八頁以下参照。日唐戸婚律本条疏の「承家」「承襲」の一字の相違の中に彼私の家族制度の基本的な性格の相違が反映していることについて同書九二頁の注(59)に指摘がある。なお吉田孝『律令国家と古代の社会』九一・一六七頁参照。

(10) 高塩博「名例律婦人有官位条について」『日本律の基礎的研究』二四四頁以下。

(11) 同「日本律編纂考序説」前掲書一五〇頁以下、一六二頁以下。

(12) 例えば、唐名例律18条「問曰、上文云、十惡、故殺人、反逆緣坐、……」、唐賊盜律16条「問曰、毒藥藥人合絞、……」に始まる問答の部分とそれに相應する養老律文とを比較せよ。

(13) 高塩博「日本律編纂考序説」前掲書一八〇頁以下。

(14) 律令研究会編(中村茂夫執筆)『訳註日本律令七』唐律疏議 訳註篇三一六四頁。

(15) 井上光貞他編『律令』一〇二頁。

(16) 滋賀秀三『承重』について『国家学会雑誌』第七一卷第八号。

(17) 同、八五頁。

(18) 石井前掲論文二五頁。

(19) 唐の蔭位の制には、嫡庶の区別がない故(仁井田陞『唐令拾遺』三〇〇頁)、唐の蔭位の制から我が家の相続法をつくり出すことはできない。なお日本律令における嫡子制導入の意図やその実態については、吉田前掲書一六七頁以下参照。

(20) 中田薫「養老戸令応分条の研究」前掲書五八頁。

(21) 瀧川政次郎「唐礼と日本令」『律令の研究』三二〇頁、同「唐兵部式と日本軍防令」法制史学会編『法制史研究2』七三頁以下。仁井田陞氏は唐礼と一致する唐令の文の存すること、又唐令は基本原則、唐式は補足的細目であって、同種の規定が令と式にあった可能性のあること等から、右の瀧川説を批判される(『唐令拾遺』七一頁以下、「唐軍防令と烽燧制度——瀧川博士の批評に答えて——」『法制史研究4』一九七頁以下)。しかし、養老喪葬令17服紀条が唐礼に拠り、同軍防令67烽昼夜条、同宮衛令24分衛条が唐式に拠った可能性は高いから、我が今の撰定に際しては、唐の礼や格式に拠る場合のあったことは否定できない。

いであろう。なお吉田前掲書六一頁、注(55)参照。

(22) 平安時代前期に成立した「日本国現在書目録」に六朝や隋の律令、又江都集礼等の法制の書目が記載されていることも、そのことを推測せしめるであろう。

(23) 坂本太郎「日唐令の篇目の異同について」『律令制度』（坂本太郎著作集第七巻）所収。

(24) 井上光貞他編『律令』五五一頁、曾我部静雄「仕丁と采女と女丁の源流」法制史学会編『法制史研究1』一〇五頁以下。

(25) 岸俊男「元明太上天皇の崩御―八世紀における皇権の所在」『日本古代政治史研究』一九一頁以下、春名宏昭「太政天皇制の成立」『史学雑誌』第九九編第二号六頁以下。

(26) 井上光貞他編前掲書四九〇頁。

(27) 日本の編戸制・班田制も中国律令だけでなく、周礼をも参照して構想された可能性のあることは、吉田前掲書二二〇頁以下に、その指摘がある。

(28) 井上光貞他編前掲書四八八頁。

(29) 弥永貞三「古代の積糞について」坂本太郎博士古稀記念会編『続日本古代史論集』下巻四四二頁以下。

(30) 川口久雄校注『菅家文草 菅家後集』（日本古典文学大系72）五四四頁。

(31) この太政官符の解釈については、佐竹昭「勘解由使勘判の構造と解由制の変質について」『広島大学総合科学部紀要 地域文化研究』第六号四四頁以下を参照した。