

國學院大學學術情報リポジトリ

因准ノ文ヲ以ッテ折中ノ理ヲ案ズベシ：
明法家の法解釈理論

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/10.57529/00001078

因准ノ文ヲ以ツテ折中ノ理ヲ案ズベシ

——明法家の法解釈理論——

小林 宏

目次

はしがき

- 一 因准の機能(その一)
- 二 因准の機能(その二)
- 三 因准の構造(その一)
- 四 因准の構造(その二)
- 五 因准の構造(その三)
- 六 因准の推移
むすび

はしがき

西洋における法解釈学は、古代ギリシア・ローマ以来の長い伝統を有しており、その議論や論証の進め方について

は、独特の様式と技法とを築き上げて来た。我が国における法解釈学もまた西欧近代法を継受した明治期以降に初めて認められるものではなく、それは遙か古代に溯り、千数百年の伝統を有するものである。律令解釈学が即ちそれである。この律令解釈学に現われる推論、議論の様式や技術に対しても、我々は今日、学問的に正当な位置づけが為されて然るべき時期に到っているといつてもよいであろう。我が国の法文化や日本人の法思考の中に存する合理性を解明するに当って、それは重要な示唆を与えるように思われるからである。

周知の如く、我が国は八世紀の初頭、中国から律令法を継受して、大宝・養老律令を編纂した。その直後から律令条文のいわゆる文理解釈、論理解釈等が盛んに行なわれたことは、大宝律令の注釈書である古記、古答等の内容を検討することによって容易に推測することができる。

また日本律令成立から約一世紀余りを経た平安時代初期にあつては、すでに明法官人は様々な解釈技術を駆使して多くの学説を案出し、それらは、やがて明法博士惟宗直本によって律集解、令集解として集大成された。他方、王朝政府にあつても、先儒の旧説に取捨を加えた解釈の統一がはかられ、公定の令の注釈書である令義解が撰述された。

さらに平安初期以降は、社会の変動に伴ない、律令条文と現実生活との乖離は益々顕著となり、為に律令を修正補充せる格式が編纂されることになった。それと共に明法官による立法時の原意を超えた律令条文の解釈も行なわれ、その内容の実質的変更をみるに至るのである。

かくして我が律令は、公家法として変質しながらも、武家法と並んで中世末期に至るまで実定法としての効力を保ち、それは更に十九世紀後半、明治政府によって西欧近代法が継受されるまで形式的には廃止されることなく、千年余の間、国家公法として生き続けたのである。かかる長期にわたる律令法存続の蔭には、とりわけ法律専門家としての明法家たちの然るべき努力と労苦とが当然に存在した筈である。殊に時代や社会等の状況の変化に応じ得る条文解

積の展開とそれに伴なう新しい法理の創造は、明法家に要求された切実なる実践的課題であった。明法家もまた、それに応えて、その時々々の正義に適った法的紛争の解決の為に、独特の法解釈理論をつくり上げようと専念していたのである。然りとすれば、この明法家の法解釈理論は、我が法史の上において極めて重要な法事象の一つといわなければならぬであらう。それにも拘らず、この問題を正面から取り上げた論考は、従来必ずしも多くはなく、管見の及ぶ限りでは、佐藤進一氏の「公家法の特質とその背景」(『日本思想大系』22 中世政治社会思想 下)所収)、早川庄八氏の「寛元二年の石清水八幡宮神殿汚穢事件」、「応安四年の明法勅文」(『中世に生きる律令』所収)等がその先駆的な業績といえよう。これらの論考にあつては、明法家が表向き律令法遵守の姿勢を崩さず、解釈によって立法当時の原意を超えた新しい法理を生み出す為の有効な武器として機能した法技術に「因准」等があつたと指摘されている。

筆者は、前稿「『因循』について——日本律令制定の正当化に関する考察——」(『國學院法學』第二八巻第三号掲載)において、右の「因准」の来源を我が律令制定時にみられる「因循」に求め、律令撰者が律令条文を立法するに当って、それを正当化する為に、どのような理由づけを与えようとしたかについて若干の考察を試みた。

本稿では、前稿をうけて更に法適用の場合の正当化の理由づけを取り上げ、右の「因准」を、一方では現実社会からの要求に適合した紛争解決の基準を提示することに努めつつ、他方では様々な法規、理論、原理等から成る既存の法体系との整合性を維持して行く為の、明法家たちの開発した解釈技法として把え、その機能、その構造、その推移等について考察を試みることにしたい。以上の考察を通して、更に明法家によって我が古代・中世における法創造に、いかにして合理的コントロールが加えられようとしていたか、また当時の明法家がかかる解釈技法を用いて、今日の我々が直面せる状況とほぼ同様な法解釈上の問題状況に、いかにして立ち向かったか、それらの諸相の一端をも窺うことができれば幸いであると思う。

一 因准の機能(その一)

佐藤進一氏は、前掲論文の冒頭において、因准の事例を文永四年(一二六七)成立の明法条々勘録(以下、勘録と略称)から二つ提示されている。その一つは、妻帯した僧が死去した場合には、その遺財は妻子に与うべしとする令義解の解釈に「准」じて、更に僧の妻帯を本人還俗の場合にも認めようとする勘録15条所引の先行学説である。もう一つは、田宅の質入れに関し、債務者側に質地を留保すべきであるとする天平勝宝三年格と法曹至要抄の説とを否定し、雑令19条に「准的」して、債権者側への質地引渡しを妥当とする勘録16条の新説である。佐藤氏は、右の用例から平安・鎌倉時代の明法家の用いる「准」、「准的」なる概念は、今日の「准拠」などとは内容の異なるものであって、「准」の和訓は「ナズラフ」であり、その意は甲でない乙を、甲と対照して釣り合うもの、匹敵するもの、同格のものと同値づけることであって、バランスをとって安定を求めようとする均衡觀念にもとづく価値づけとされる。そして明法家は、これらの概念を駆使して、かなり自由な法解釈を試みる事が可能となり、律令と現実との間のギャップを埋める努力をしたとされるのである(前掲論文三九八頁)。

佐藤氏があげられた事例に見られる「准」、「准的」は、「因准」と同義語であらうと思われ、これに類する語として、他にも「准因」、「准拠」、「准由」、「循由」、「因循」、「因脩」、「率由」等が当時の法制史料に現われている。辞書によれば、「准」もまた「なぞらえる」と共に、「よる」、「のっとる」、「したがう」、「依拠する」等の意味があるから、この場合の「准」は「循」と同義と考えてよく、「因准」は、恐らく「因循」に来源する語のように思われる。「因准」が「因循」と同義語であるとすれば、「因准」の機能も「因循」のそれと同じ内容をもつと考えてよいであらう。「因循」については、前稿において考察せる如く、その原義は、「拠り所を求めること」であり、弁論において対立が生

じたとき、相手方を説得する為の自己の主張の拠り所を求めることである。前稿では、我が律令条文の立法作業の過程の中に、それを考察し、「因循」とは、主として立法上の正当性の根拠を權威ある既存の法規に求め、そこに合法性、適法性、法的安定性等を得ようとする律令撰者の手法であるとしたが、本稿では、とくに事案に適用すべき明文規定の存しない、いわゆる法律の欠缺の場合、もしくは社会生活の変動により実定法規をそのまま適用しては不都合な結果を生ずる恐れある場合、やはり法適用上の正当性の根拠を既存の法規に求め、そこに「因循」と同様の機能を生ずるとする明法家の解釈技法を便宜「因准」と呼ぶことにする。⁽¹⁾ その場合、明法家がこの「因准」なる技法を用いて、どのようにして既存の法体系との整合性を保ちつつ、現実からの要請に応え得る為の理由づけを行なったか、それが問題となろう。

さて、明法家の学説中には、右の「因准」、「准拠」等の語と並んで、「比附」なる語も多く認められ、また「比附・因准」と続けて使用されることがある。今、それらの語が同時に使用されている例を明法家の学説の中から二つ掲げることとする。

(一) 偏欲依式文、則可背令条、尚欲帰令条、又似破式文、是以廻准、拠之法、求比、附之文、(法曹類林・卷第二百・国史大系本二八頁)

(二) 断罪無□□之時、或立举重明輕之条、或設比、附、因、准之文、(政事要略・卷第六十九・国史大系本五七三頁)

右の(一)の文は、天承元年(一一三二)、明法博士坂上明兼の作る問答に見えるものであって、今の規定と式の規定とが矛盾する場合は、「准拠」や「比附」の方法によって、その解決をはかるべきであるとし、(二)の文は、十一世紀の初頭、明法博士惟宗允亮によるものであって、空欄には恐らく「正条」の二字が入ると思われ(後掲の名例律50条参照)、そうであるとすれば、この文の意は判決を下すに当って、その拠るべき規定が律に存しない場合は、「举重明輕」(二)挙

輕明重)や「比附・因准」の方法によって、妥当な判決を下すべきであるというのである。

拳重明輕・拳輕明重は、唐律及び日本律に現われる解釈技法の一つであって、名例律50条には、次の如く規定されている。

諸(凡)斷罪而無正条、其応出罪者、則拳重以明輕、其応入罪者、則拳輕以明重、

右の拳重明輕とは、「程度の重い犯行について刑を減免する規定があれば、同じ類型に属する程度の軽い犯行については、明文がなくても、同じ減免規定を適用する」というものであり、拳輕明重とは、「程度の軽い犯行については、明文がなくても、同じ処罰規定を適用する」というものである。⁽²⁾唐の律疏では、前者に関しては、賊盜律22条に夜間、正当な事由なくして人家に侵入した場合、その家の主人が侵入者を即座に殺しても罪は問わないと規定されている以上、その主人が侵入者を折傷しても、それは当然無罪である等の例があげられ、後者に関しては、賊盜律6条に期親の尊長を殺そうと謀った者は皆斬と規定されている以上、すでに殺した場合やすでに傷けた場合は、当然斬が科せられる等の例があげられている。比附もまた日唐律に現われる解釈技術の一つであって、唐賊盜律13条の疏には、次の如く見えている。

又問、主被人殺、部曲奴婢、私和受財、不告官府、合得何罪、

答曰、奴婢部曲、身繫於主、主被人殺、侵害極深、其有受財私和、知殺不告、金科雖無節制、亦須比附論刑、豈為在律無条、遂使独為僥倖、然奴婢部曲、法為主隱、其有私和不告、得罪並同子孫、

右の問答の大意は、次の如くである。即ち、主人が殺されたときに、その部曲・奴婢が加害者から財物を受け取って私的に和解し、官府にその事実を告言しなかった場合、律に明文がないが、その部曲・奴婢の罪は、どうなるのかと問うているのに対し、その場合には、祖父母父母が殺されたにも拘らず、その子孫が加害者と私的に和解し、告言し

なかつた罪を部曲・奴婢に適用すると答えている。右の問答中には、「金科雖無節制、亦須比附論刑、豈為在律無条、遂使獨為僥倖」(律に明文がなくとも、比附によって、その刑を論ずべきである。律に規定がないからといって、どうして犯罪者に對し、思いがけない幸せを与えてよいことがあろうか)という文があつて、唐律では、比附、即ち当該事案甲について判断を下すに當つて、直接依拠し得る法規規定が見当たらない場合、当該事案甲と類似せる事案乙への適用が本来、予定されている法規規定を律条の中から選び出し、それを当該事案甲に援用して処断することが広く認められていたのである。何故、比附が唐律に許されているかといえ、中国律においては、加害行為に對應して、その刑罰が個別的、網羅的に規定され、その法規範は極めて具体化、細分化された構成要件を備える諸条から成立している為、法運用に當つては柔軟性や弾力性に乏しく、それを補う意味から比附は是非とも必要とされたのである。⁽³⁾

唐律において比附の技法が用いられる場合、先ず注目すべきは、そこに比附を用い得る法的な根拠が明示されているということである。例えば、前述の部曲・奴婢の罪が賊盜律13条の子孫の罪に比附される場合に示された「奴婢部曲、法為主隱」がそれである。即ち、この場合、何故部曲・奴婢の罪が子孫の罪に比附し得るかといえ、それは名例律46条により部曲・奴婢は主人の為に片面的ではあるが、「相容隱」(主人が犯罪者であつた場合、部曲・奴婢による藏匿等の罪が免責されること)とされる關係にあり、一方、子孫も祖父母父母の為に「相容隱」とされる關係に於て、この「相容隱」という点に関しては、部曲・奴婢は子孫と同じ性質を有するからであるというのである。唐律に見える比附が、このように比附を適用し得る法的な根拠をすべて明示している訳ではないが、屢々それが疏の文中に挙げられていることは、両事案の本質的特徴における共通性、類似性を明確にするという意味をもっていると思われる。即ち、両事案の間の共通性、類似性が明示されないと、いわゆる牽強附会な解釈に陥り易い傾向が生ずるからである。

次に注目すべきは、唐律における比附は、量刑の尺度として他の条項を借用する操作であり、それは量刑の妥当性をはかることを以って最大の関心事として⁽⁴⁾いることである。今、その一例をあげよう。唐賊盜律45条によれば、良人を略奪して自己の奴婢、部曲、或は妻妾子孫とした場合、その罪はそれぞれ絞、流三千里、徒三年と規定されている。処が唐律には、右の未遂罪（略人不得）に関する規定が存しない為、同条の疏は、その場合は強盜未遂（強盜不得財）の罪を以って論ずべしとする。それでは、何故その場合、強盜未遂の罪を以って論ずるのか、その理由について疏は次の如く述べている。

為奴婢者、即与強盜十匹相似、故略人不得、唯徒二年、為部曲者、本条減死一等、故略未得、徒一年半、為妻妾子孫者減二等、故亦減強盜不得財二等合徒一年

即ち、良人を略奪して奴婢となした者の罪は絞であるから、それは強盜によって財物十匹を得た罪（絞）と一致する。故に良人を略奪して奴婢となすことを得なかつた者の罪は、強盜を犯して財物を得なかつた罪を適用して徒二年とする。これを基準として良人を略奪して部曲、妻妾子孫とするを得なかつた罪も、本文の減輕規定を援用して徒二年から一等宛遙減し、それぞれ徒一年半、徒一年とする。ここでは、事犯甲（良人を略奪して奴婢とする行為）の既遂罪の規定は存するが、その未遂罪の規定が存しないとき、それを比附の手法によって既存の法規から導き出しているのである。即ち、その場合、事犯甲の既遂罪とその性質が類似し、しかもその量刑が一致する事犯乙（財物十匹を強盜する行為）の規定を探し出し、事犯乙の未遂罪（徒二年）を事犯甲に適用するのである。なお前掲疏文の前に、次の如き文が見えていることに注意しなければならない。

在律雖無正文、解者須尽犯状、消息輕重、以類断之、

右の文は、比附の操作についての一般的な準則を述べたものと思われ、律に明文なき場合の法の運用は、その犯状

を十分に調べて、当該事犯と刑罰の度合が均衡し、且つ当該事犯と性質の類似する他の条項に依拠して処断すべきであるとする。これを前記賊盜律の例でいえば、略人の罪と強盜の罪とは、その犯罪行為の対象は異なるが、行為の性質自体は、理に照らして類似するから（名例律43条疏に「略人為奴婢者、理与強盜義同」とある）、略人未遂の罪を強盜未遂の罪に比附することができるのである。これ即ち前掲文の「以類」ということである。又略人未遂の罪を徒二年としたのは、前述の如く強盜未遂の罪が徒二年とされたことと比較衡量した上で、そのように定めたのである。これ即ち前掲文の「消息輕重」ということである。このように唐律における比附は、その操作に当り、事犯の性質の類似性と量刑の妥当性が屢々法的根拠をあげて説明され、それらが操作の際の基準となつて注目される。

二 因准の機能(その二)

以上、唐律に現われる比附について、縷々述べて来たが、それでは我が明法家の用いる「比附」なる語の意味内容は如何であろうか。早川庄八氏が指摘する如く、明法家の用いる「比附」は、唐律に見える比附と異なつて、早くから前述の因准とほぼ同義に使用されて来たようである。早川氏は、その用例を二つあげられる（前掲書二二頁以下）。その一つは天平宝字四年（七六〇）以前の正倉院文書に見えるものであり、他の一つは九世紀前半の讚岐千繼・物部敏久の論案（法曹類林・卷百九十七所載）に見えるものである。前者は六人部荒角なる者が曹司の周辺で人に藁を焼かせた行為に対する罪名の勘申であるが、それには雜律41条（庫藏及び倉内で火を燃やした者は杖二百を科すという規定）と同42条（他人の舎宅・財物を延焼せしめた者は杖八十を科すという規定）とをあげ、この两条に「比附」すれば、前記の行為には罪名はないと答えている。右の「比附」は、「雜律两条に依拠して罪名を勘えるならば」という程の意味であつて、雜律两条をいわば反対解釈したものである。又、後者は外位の帳内・資人が内職事に任ずるときは改めて内位に

叙すという選叙令17条に「比附」して、内位の者を外職事に任ずるときは改めて外位に叙すべきことを述べたものである。ここでも、右の「比附」は、「選叙令17条に依拠して勘えるならば」という程の意味である。そうすると、この二つの「比附」は、相応の量刑を求めて性質の類似する他の条項を借用するという唐律の比附とは、その意味内容が異なっている。このように日本律令の編纂から余り隔っていない八・九世紀という早い時期に、しかも後者の例に見る如く、高名な明法家(物部敏久は令義解撰者の一人)によって、「比附」なる重要な法律用語が「因准」とほぼ同じ意味に使用されていることは注意すべきことであろう。

しからば、何故わが国では、「比附」なる語が因准と同義に使用されるに至ったのであろうか。その理由の一つとして、日本律編纂時における唐律の比附の理解の程度が問題となろう。前掲の唐賊盜律13条疏にある「金科雖無節制、亦須比附論刑」云々と全く同一の文が我が養老賊盜律同条にも存するから、律の運用に比附なる技法を認めていたことは、我が国においても唐と変りはない。しかし、比附の操作に当って、唐律が事犯の類似性や量刑の妥当性にかなり注意を払い、屢々法的根拠をあげて、それを説明するのに対し、日本律がどの程度、それに配慮していたのかということになると、やや疑問に思われる所がある。確かに養老賊盜律13条においてもまた、「奴婢家人、法為主隱」として、何故に家人・奴婢の罪が子孫の罪に比附し得るのかという法的な根拠が示されている。しかし、日本律は唐の律疏を藍本として編纂される際に、往々にして唐の律疏に現われる比附に関する重要な原則的な説明を削除していることが注目される。もとより日本律の大半は亡佚して、今日に遺されているのはその四分の一ほどに過ぎないけれども、その遺された律文を検しても、右の事実は或る程度、推測し得るように思われる。例えば前記賊盜律45条に見える比附の手法を用いた略人未遂罪の処断については、前述の如く唐律においては、それが疏文の中に記されているのであるが、養老律においては、略人未遂罪は「未得各減四等」として、律の本文中に規定されている。養老律がこ

のように唐の律疏の文を要約して、それを律の本文中に転載したのは、唐律では人を略して奴婢とする罪が絞であるのに対し、日本律では、それを改めて遠流とした為、その罪と賊盜律34条の強盜十五端を絞とする罪とのつり合いがとれず、従つて比附の手法を用いることができなかった為⁽⁵⁾であらう。しかし、それ故にまた略人未遂罪を強盜未遂罪に比附する手法、及び比附に関する基本原則ともいうべき前掲唐の律疏の文をも、日本律ではすべて削除してしまふ結果となつたのである。

また唐賊盜律30条の疏に見える問答には、左の如き文が見えている。

問曰、發冢者加役流、律既不言尊卑貴賤、未知發子孫冢、得罪同凡人否、

答曰、五刑之屬、条有三千、犯狀既多、故通比附、然尊卑貴賤等數不同、刑名輕重、粲然有別、尊長發卑幼之墳、不可重於殺罪、若發尊長之冢、拋法止同凡人、律云、發冢者加役流、在於凡人便減殺罪一等、若發卑幼之冢、須減本殺一等而科之、已開棺槨者絞、即同已殺之坐、發而未徹者徒三年、計凡人之罪、減死二等、卑幼之色、亦於本殺上減二等科、若盜屍柩者、依減三等之例、其於尊長並同凡人、

唐賊盜律30条は、死者を葬つた冢を發はらいた者の罪を規定するが、そこには尊卑貴賤の冢を發いた者の罪については規定するところがない。その為、右の問答は、尊長による卑幼の冢に対する罪を比附の手法によつて案出したものである⁽⁶⁾。即ち、その手法は、凡人の鬪殺罪を基準にして、それと本条の諸罪とを比較衡量した上で、その減等方法を定めてゐる。そうすると凡人の棺槨を開く罪(絞)は鬪殺罪に等しいから、冢を發く罪(加役流)は鬪殺罪より一等減、冢を發掘したが棺槨まで達しなかつた罪(徒三年)は二等減、屍柩を盗んだ罪(徒二年半)は三等減となる。次に右の減等方法を卑幼の冢に対する尊長の犯罪に適用して、各々の場合の量刑を案出する。即ち、尊長が卑幼の棺槨を開く罪は、尊長が卑幼を鬪殺した罪と同じくし、尊長が卑幼の冢を發いた罪は、それより一等減、尊長が卑幼の冢を發掘

したが、棺槨まで達しなかった罪は、それより二等減、尊長が卑幼の屍柩を盗んだ罪は、それより三等減とする。

さて、右の問答を養老律では、どのようにに修訂しているかといえ、問答体の文を平叙文に直し、尊長の罪を各々の場合に從つて唐律より更に何等か減輕しているが、その文章は、唐の律疏を殆どそのまま引き写したものである。

処が唐の問答の答の部分の冒頭にある「五刑之属、条有三千、犯状既多、故通比附、然尊卑貴賤等数不同、刑名轻重、繁然有別」という文は、養老律では全く省かれている。この文の意は、凡そ次の如くである。孝経に五刑の属、三千とあるように犯罪の態様は頗る多く、それを逐一、法律に明文化することは不可能である。従つて比附という操作が必要となる。尊卑貴賤の身分上の差は等しくないのであるから、それに対する罪名の軽重も、明確にその区別が存するのである。即ち唐律では何故、この場合、比附という操作が必要なのかという基本的な説明がここで為されているのである。しかるに、この文が日本律で省かれていることは、比附という技法を理解するのに、必ずしも十分ではないといわざるを得ない。何故なら日本律も唐律と同様、凡人の鬪殺罪を基準にして、比附なる操作を行なっているけれども、この文が省かれている為、それが「比附」という技法によるものであることがどこにも示されていないからである。

更に唐鬪訟律56条の疏には、次の如き文が見えている。

教人部曲奴婢告主期親以下、雖無別理、亦合有罪、教告主期親及外祖父母者、科不应为重、教告主大功以下總麻以上、科不应为轻、雖無正文、比例為允、

唐鬪訟律56条の本文には、他人の部曲・奴婢を教唆して主を告言せしめた罪(告言者の罪より一等減)は規定されているが、他人の部曲・奴婢を教唆して、主の期親以下の親族を告言せしめた罪は規定されていない。右に關して、前掲疏文は、主の期親及び外祖父母を告言せしめた者に対しては不应為罪の重(杖八十・雜律62条)を、主の大功以下、

總麻以上の親を告言せしめた者に対しては不応為罪の輕(答四十・同条)をそれぞれ科すとする。処で、右の疏には、末尾に「雖無正文、比例為允」(正文ナシト雖モ、比例スルニ允リト為ス)という文が見えているが、その意は、それらの罪に関しては、律に明文がないけれども、「比例」(比較衡量)した上で、そのように科断するのが妥当であるというのである。それでは、疏は一体何と「比例」して、そのようにいつているのであろうか。疏がここで他人の部曲・奴婢を教唆して主の期親及び外祖父母を告言せしめた者に対し不応為罪の重を、又主の大功以下、總麻以上の親を告言せしめた者に対し不応為罪の輕を科すといっているのは、本条に「教令人、告總麻以上親、及部曲奴婢告主者、各減告者罪一等」とあるように、他人を教唆して總麻以上の親族を告言せしめる罪、及び他人の部曲・奴婢を教唆して主を告言せしめる罪が各々告言者の罪から一等を減ずるといふことと比較衡量した上で、そのように科断するのが至当であるといっているのである。それが「雖無正文、比例為允」という文の具体的な意味内容である。そうすると、この文は簡短ながらも、法規欠缺の際における量刑案出の理由づけを述べているのであって、まことに重要な文であるといわねばならない。しかるに養老律においては、本条は逸文として、ほぼその全文が伝えられているにも拘らず、この唐の律疏の末尾に相当する文のみは見えていない。恐らく法文を簡潔なものとす為に削除されたのであろう。

以上、僅か三例ではあるが、唐の律疏に現われている比附や不応為罪を適用する上での原則、基準、又は理由づけともいふべき文が日本律には存在しないことを指摘した。これらは刑の減輕からする律文修訂の結果、削除されたり、又律文の簡素化という面から省略されたりしたものであろうが、その為比附に関する配慮、とくにそれに伴う量刑の妥当性や事案の類似性に対する関心が唐律の場合よりも稀薄になるといふ結果を招くことは否定し難いであろう。右から推測するに、我が国では律令編纂当初から比附という唐の法解釈技術をどの程度まで正確に理解してい

たのか、やや疑問にさえ思われるのである。

ここに何故「比附」なる語が我が明法家によって、「因准」と同義に用いられたのか、その理由を尋ねて、日本律編纂時における「比附」の理解の程度が必ずしも十分ではなかったのではないかと推測して来たのであるが、それに加えて、我が明法家が「比附」を「因准」と同義に用いたのは、そもそも「比附」と「因准」との間には、技法上、類似する性質があったことにもよるのではないかと思われる。前述の如く、「因准」(「因循」)とは、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自己の主張の拠り所を求めることであった。唐律の「比附」もまた、その手法は多様であるが、事犯に直接適用すべき条文が見当たらないとき、類似の条文にその拠り所を求めて、量刑の妥当性をはかろうとするものであった。自己の主張の拠り所を既存の法規に求める点においては、「比附」もまた「因循」(「因准」)と同じ性質を有するといつてよい。ただし「比附」は、同じ律法典の枠内において量刑の妥当性に配慮しながら行なわれる操作であるのに対して、「因循」は、法適用に当り、当該事案と関連性のある既存の律令条文等に依拠して、そこから妥当な法的規準を導き出す操作であり、「比附」よりも更に幅広い概念を有するものであった。そうすると「比附」もまた「因循」の一種であり、律法典運用における法規欠缺の際に行なわれる「因循」が即ち「比附」というものではなかったかと思われる。我が平安・鎌倉時代の明法家が「比附」と「因循」(「因准」)とを屢々同義に用いている理由の一半は、両者が何れも法適用の正当性の根拠を既存の法規に求めるところから生じたものではなからうか。

三 因准の構造(その一)

前述せる如く因准の原義は、弁論における対立が生じたとき、相手方を説得する為の自己の主張の拠り所を求める

ことであった。それを更に敷衍すれば、新しく立法作業を行なう場合、又は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に求め、そこに合法性、適法性、法的安定性を得ようとする技法ということができよう。

それでは因准なる操作が行なわれる場合、いかなる論拠に基づいて、いかなる議論の組み立て方が為され、いかにして結論の正当化が行なわれるのであろうか。即ち、因准の論理構造は如何という問題である。しかし、因准の論理構造を抽象的に析出することは、決して容易ではない。何故ならば因准の態様は一様ではなく、その内部構造も複雑であり、しかも明法家は何よりも、それを明確に理論的に対象化していないからである。

ここではとりあえず、因准の三つの類型をあげて、明法家の議論の進め方を推測しながら述べてみたいと思う。まず第一の類型であるが、佐藤氏があげられた明法条々勘録15条の例(前掲論文三九六頁)を見よう。

一 以僧為夫可聽否事

准令義解文可聽之由、先達或判之、可依用否云々

右戸令心分条義解云、僧尼嫁娶、及私畜財物、並是破戒律、犯憲章、

.....

僧尼嫁娶、犯法違教、典憲不容、雖設還俗、離之、科更無可用夫之理乎、

ここには僧尼の婚姻は破戒違法の行為としながらも、僧尼が死亡した場合、その婚姻の事実を法的にこれを認めるとする令義解の説が先ず挙げられ、次にそれに「准」じて、僧が還俗した場合も、その婚姻の事実を認めようとする「先達の判」(先行の学説)が示されている。この場合の明法家の論理は、推測すれば恐らく次のようなものである。妻帯せる僧甲の死亡を事実関係Aとし、妻帯せる僧乙の還俗を事実関係Bとする。次に事実関係Aから、「僧甲が死

亡すれば)もはや僧としての甲は、この世に存在しない」、事実関係Bから「僧乙が還俗すれば)もはや僧としての乙は、この世に存在しない」という命題を夫々抽出する。更に令義解が死亡した僧甲にその婚姻の事実を法的に認めているのは、「もはや僧としての甲は、この世に存在しない」という理由によるものであるとし、そうであるとすれば、妻帯せる乙が還俗した場合も、「もはや僧としての乙は、この世に存在しない」のであるから、その婚姻の事実、法的に認められなければならないとする。即ち、この場合の明法家の論理は、A、B、二つの異なった事実関係の中から共通の要素を抽出し、それを根拠として、両者に同一の法的効果を認めようとするものである。

さて、ここで僧が還俗した場合、その婚姻を法的に認めようとする勸録所載の右の解釈が、その因准の根拠とした令義解の説についても暫く考えてみたい。この令義解の説とは、前述の如く僧尼の婚姻は違法の行為としながらも、僧尼が死亡した場合に限って、これを法的に認め、その遺産は妻子に相続せしめるというものであって、当時としては極めて斬新な律令解釈であった。今、義解の全文を左に掲げよう。

又問、僧尼嫁娶生子、亦既私有財物、既僧尼身死、若為処分、答、僧尼嫁娶、及私蓄財物、並破戒律、犯憲章、其若在生日、即国有恒典、然而僧尼其身既死、雖是違法、亦有妻子、即所有財物、当与其妻子、

右の問答の意は、凡そ次の如きものである。問、僧尼が嫁娶して子があり、しかも財物を私有していた場合、その僧尼が死亡したならば、その財物はどのように処分するか。答、僧尼が嫁娶し、又財物を私有することは戒律を破り、律令を犯したことになる。しかし国法は生存中にこそ適用されるべきものである。従って僧尼がすでに死亡しているならば、たとえその僧尼が生前に違法な行為をしていたとしても、その所有せる財物は妻子に与えるべきである。僧尼の婚姻は内典により、又その財物の私有は僧尼令18条によって禁止されている。従って律令法の趣旨からするならば、僧尼の死亡後といえども、その婚姻は無効とされ、その所有せる財物は官によって没収されるのが至当

であろう。しかし当時は、すでに私度僧や妻帯せる僧が少なくなく、律令法をそのまま適用するならば、その妻子の多くは衣食の途を絶たれ、路頭に迷うことになる。この社会の現実に対し、明法家は「其若在生日、即国有恒典」(其レ若シ在生ノ日ナラバ、即チ国ニ恒典アリ)、即ち当事者の生存中にこそ国法は適用されるべきものであるが、当事者が死亡した場合には適用されるべきではないという理由づけを行なつて、律令法を事実上、改変し、それを社会の要請に適合させようとしたのである。

処で問題は、明法家が義解において提示した「其若在生日、即国有恒典」という右の法理である。義解の文には、この法理の根拠は何も示されていない。しかし、それは明法家によって何の根拠もなく、全く自由につくり出されたものではなく、これまた律令法から導き出された法理ではなからうか。今、律令条文を探ってみると、或る特定の条文もしくは条項は、当事者が死亡した場合には、それを適用しないという条件を付しているものが認められる。例えば、次に掲げる養老厩牧令19条である。

凡軍団官馬、本主欲於郷里側近十里内調習聽、在家非理死失者、六十日内備替、即身死、家貧不堪備者、不用此令、

右の条文の意は、次の通りである。即ち軍団の官馬は、その官馬の飼育に当る兵士が自分の郷里十里内において調教したいと願ひ出たならば、これを許すが、その場合、正当な事由なく、その官馬を死失せしめたならば、兵士は替りの馬を賠償しなければならぬ。ただし、その兵士が死亡するか、又はその兵士の家が貧しくして賠償の能力のない場合には、この令条は適用しないと。

又、養老名例律33条は、次の如く規定している。

(凡)以贓入罪、正贓見在者、還官主、……………已費用者、死及配流勿徵、別犯流及身死者亦同、余皆徵之、……………

(傍線部は唐律により補う)

右の条文の意は、次の通りである。即ち賊を伴なう犯罪については、正賊(有体物の授受・奪取があった場合、その有体物の現物、又はその評価額)は、これを徴収して原所有者たる官もしくは主に返還すべきである。しかし正賊がすでに費用されて犯人のもとに現存しないならば、犯人が死刑又は流刑に処断された場合、及び他罪によって流刑に処断された場合、もしくは原因の如何を問わず犯人が死亡した場合に限り、その追徴は一切免除すると。

右の二例の中、前者では官馬を死失せしめた兵士が死亡した場合は、損害賠償の義務を規定した令条は適用せずとし、後者では犯人が死亡した場合は、費用せる正賊の原所有者への返還を規定した律条は適用しないというのである。前述の如く義解が、律令法は当事者の生存中にこそ適用すべきであって、死亡した場合には適用すべきではないと述べて、事実上、僧尼の婚姻に関する律令法を改変するが如き大胆な説を展開し得たのも、恐らく律令法典に右の二例に示される如き条文や条項のあることに示唆をうけ、それを踏まえた上でのことであって、前記義解の法理は、それを一般化して作られたものではなかったかと思われる。もし、そうであるとするならば、これ又、明法家の用いる因准の一種といえることができる。

佐藤氏があげられたもう一つの因准の例(前掲論文三九六頁以下)、勘録16条も右とほぼ同じ類型に属するものである。

一質券田地事

物主者、依格制不預之、借人者、返償遲怠者、物主無所憑歟、負物返償之程、物主暫知行之、返償之時、計入所取之士貢如何云々、

右天平勝宝三年九月四日格云、禁断出举財物以宅地園圃為質事、右云々、自今以後、皆悉禁断、若有先日約契者、

雖至償期、猶任住居、稍令酬償者、

就之案之、本主猶領彼田地、稍可令酬償其借錢歟、然而雜令云、家資尽者、役身折酬云々、准的此令、物主暫知行之、返償之時、計入所取之土貢条、自叶三典之義、須絶兩人之愁歟、

右の条文は、質に入れた田地は、引き続き債務者の許に留め置くべきか、それとも債務弁済まで債権者に引き渡すべきかについて論じたものである。右文の意は、凡そ次の通りである。天平勝宝三年(七五二)の格によれば、宅地園圃の質入れは、これを禁するが、この格の發布以前に質入契約が為された場合には、質入れた宅地園圃はなお債務者の許に留めて債務を弁済せしめよとある。この格の趣旨からすれば、債務者がそのまま質入れた田地を所有して債務を弁済するのが妥当であろう。しかし雜令19条によれば、出挙(利息付の消費貸借)による財物の貸借に關し、債務者による債務不履行の場合には、債権者は先ず債務者の家宅と資財とを以って債務の弁済に当てしめ、それらの弁済を以つてもなお債務の全額に不足するときは、「役身折酬」、即ち債務者をして労役につかしめ、その時価による労賃を以つて債務の全額を銷却せしめよとする。従つて、この雜令に「准的」すれば、前記質入れた田地も債権者がこれを占有し、債務者による債務の弁済が為される際に、その田地の収益を以つて弁済の一部に充当する方が法の趣旨に叶い、債権者、債務者双方にとつても納得するものとならう。以上が勘録の著者、中原章澄の説である。

このように章澄が田地の質入れに關し、債務者留置説を駁して、「物主の知行」、即ち債権者留置説をとるに至つた論拠は、前記雜令の「役身折酬」にあつた。何故「役身折酬」が当該事案解決の論拠となり得るのか、その理由を章澄は詳しくは述べていないけれども、それを推測すれば恐らく次の如きものであらう。当該事案において債務の弁済が遅延した場合、質入れた田地が債権者の許に引き渡されていなければ、債権者にとつては債務の弁済を確実にする手段は何も存しないことになる。尨が雜令には、出挙に關する債務不履行の場合、「役身折酬」なる制度、即ち国家權力を背景とした債権者による人的強制執行が認められている。この「役身折酬」の制によつて債権者の許に抑留さ

れた債務者の人身は、いわば債務の弁済を確実にする為の人的担保といえよう。雑令にかかる人的担保を認めているとすれば、当該事案においても、債務の弁済を確実にする為の物的担保という意味で、債権者に対し、質入れされた田地の占有を認めてもよいのではないかというのが章澄の論法であろう。即ち、この場合の明法家による「准的」の論理は、雑令に規定された「役身折酬」の制を当該事案にそのまま適用するのではなく、雑令の「役身折酬」の制から債務弁済の為の担保という性質を引き出し、それを論拠にして債権者に対し、質入れされた田地の占有を認めようとするのである。

以上あげた二、三の例は、因准の用例の中でも、最も多い類型であって、拡張解釈を一定程度まじえた類推の方法に近いものであろう。

次に因准の第二の類型であるが、これも佐藤氏があげられた法曹至要抄(中)33条の例(前掲論文三九七頁)に見られるものである。

一 以田宅不可為質事

天平勝宝三年九月四日格云、出挙財物以宅地園圃為質、皆悉禁断、若有先日約契者、雖至償期、猶任住居、稍令酬償、

案之、以田宅之類不可為質之旨、格制嚴重、是則為令百姓安堵也、若無妨民業者、至于償期可令稍補、

右の条文は、田宅の質入れに関し、これを禁止すべきか、容認すべきかについて論じたものである。質入れを禁じた前述の天平勝宝三年の格に対し、法曹至要抄の著者は次のようにいう。田宅の質入れを禁じた格の趣旨は、そもそも百姓の生活を安堵させる為のものである。従って質入れしても、民の生活に何ら支障がないとすれば、田宅の質入れを認め、弁済期まで田宅を債務者の許に留め置いて、債務を弁済させるべきであると。ここに見られる明法家の議

論の進め方は、次の通りである。先ずこの格の立法上の理由づけを探究して、「百姓安堵」を発見する。次にその理由づけを特に必要としない場合、即ち「無妨民業」の場合を想定して、この場合に限って、この法の効力を否定するというものである。

この格の立法上の理由づけである「百姓安堵」とは、民の苦しみをすくい、民をいつくしむという儒教の済民主義、撫民主義の思想に由来するものであり、律令法によって立つ理念、原理であった。明法家の論理は、この済民主義、撫民主義という理念、原理が現実の生活に維持されている限り、この法は適用しないというものである。ここでは一定の要件が満たされている場合には、その場合に限って実定法規の効力を否定しているのであり、その為に律令法の理念や原理がその論拠として用いられているのである。これ即ち、田宅質入禁止の理由づけをいわば逆手にとつて、質入禁止の例外的措置を作り出し、事実上、質入禁止の規定を骨抜きにしかねない技法である。

右の因准の類型に属するもう一つの例をあげよう。佐藤氏は、明法家の法解釈の中で、「明法家みずから、明らかに律令法を超える法理と意識し、かつ公然とそれを揚言するものが一つあった。それは、家業のためならば律令を破ることも許されるとする学説である」(前掲論文四〇〇頁)として、その実例を三つあげられている。ここでは紙幅の都合から、右の三例の中、最も明確に律令法を否定したと見られる次の勘録3条について検討したい。

一 雖違法養子、無子者可聽否事

正条雖制之、先達或聽之、以何可謂叶時宜哉云々、

右戸婚律云、養子所養父母無子而捨去、徒一年、其遺棄小兒年三歳以下、雖異姓聽収養、即從其姓、

戸令云、無子者、聽養四等以上親於昭穆合者、即經本属除附者、

違法養子事、設制之条、令典已明、雖須改正、性命將絶故、為令繼家業、令収養之条、雖異姓有何事哉、然而

許否可在時宜歟、執憲履繩、務從折中之故也、

すでに佐藤氏が述べている如く、律令養子法では、男子なき場合、養子は四等以上の親族の中から昭穆にかなう者(養子が養父にとって子の世代に属する者)を選ぶ必要があったが、ただ三歳以下の小児の遺棄された者は、異姓と雖も養子とすることが許されている。勸録の著者中原章澄は、これらの律令条文を明示した上で、家業を継がせる為に迎えた養子は、たとえ律令禁ずるところの異姓の者であっても、違法なりとして養親子関係を解消させる必要はないとするのである。

さて、ここで章澄は、先ず違法養子についての律令の規定が明白であり、それが発覚した場合には、原状回復が義務づけられていることを述べ、それにも拘らず、律令養子法否定の論拠として、次に「性命將絶故」と「為令継家業」との二つをあげているように思われる。右の論拠の中、「性命將絶故」とは、実は前掲勸録所引の戸婚律8条「遺棄小兒年三歳以下、雖異姓聽収養、即從其姓」の疏文に当る文から引用されたものである(唐律疏議参照)。そうであるとすれば、律文の上からは右の「性命」は遺棄された小児の「性命」を指すことになり、章澄は遺棄された三歳以下の小児の生命がまさに危険に瀕している場合は、異姓であっても、それを養子として迎えることは、律令も亦これを許していることを述べたことになる。即ち明法家は異姓ではあっても、律令が養子を許している例をここで指摘しているのであって、これを根拠にして、更に律令の禁ずる異姓養子を一定の要件が満たされている場合には容認する説を導き出そうとしているのである。

次に章澄が律令養子法否定のもう一つの論拠とした「為令継家業」であるが、これは佐藤氏のいわれる家業優先の法理である。この明法家の家業優先の法理も亦、我が律令法の中から導き出されたものではなかったか。そもそも家を継ぐという観念は、日本固有のものであり、中国には存在しなかった。そのことは、我が国が唐の律令を継受する

に當つて、封爵の相続を規定する唐の封爵令を家の相続を規定する繼嗣令につくり変えていることに最もよく現われている。⁽⁸⁾ わが律令でいう「繼嗣」(養老繼嗣令2条)、「承家」(同戸婚律9条)とは共に家を継ぐことであり、その具体的意味内容は、家産、家名、家の祭祀等と共に有位者にあつては父祖の官位を、庶民にあつては父祖の家業を継ぐことであつた。⁽⁹⁾ このように我が律令において、特に家を継ぐということが重視されていることから見れば、佐藤氏のいわゆる家業を継ぐ為ならば律令を破ることも許されるとする学説もまた我が律令法の法理の中に、その論拠を有するものであり、律令法を超える論拠によるものとはいえないのではなからうか。もとより明法家が家業優先の法理を説いたこと自体は佐藤氏の指摘された通りであり、また明法家自身も、その学説が律令法を超える法理であることを或は意識していたのかも知れないのであるが、明法家が公然と律令法を否定した上で、右の家業優先の法理を説いたものではないであらう。ここに見られる章澄の解釈技法は必ずしも優れているとはいえないが、しかし、それはあくまでも律令法の枠組の中において為された操作であることを建前とするものであり、明法家が律令法の枠組の外に出て、その解釈の正しさの根拠を律令法以外に求めることはなかったと思われる。なお、ここで注意すべきは、この場合も、明法家は律令養子法を全面的に否定しているのではなく、その法規がそのまま適用されると不都合な結果を招来する恐れあるとき、その法規の効力を一定の場合(ここでは養子にならうとする者の生命に危険があり、且つ家業を継ぐべき実子がいなるとき)に限つて制限するという建前をとつてゐることである。しかも、その場合でさえ、章澄は「許否可(在時宜歟)」として異姓養子の許されるのは、その時々々の事情によるべきことを述べているのである。この点からも、明法家による家業優先の法理が律令法を公然と否定するものではなかつたことは明らかであらう。

以上述べた法曹至要抄と勘録との二例に見られる明法家の解釈技法は、従来の実定法規については、その一般的効力を原則という形で、あくまでも保持しながら、しかし、それをそのまま適用すると不都合な結果を生ずる恐れある

事案については、一定の要件つきで例外を設けるといふものであって、ここには「因准」等の語は用いられてはいないが、やはり律令法の原理や理念に因准して、右の作業を行なっているのである。この論法は既存の法体系との整合性を保ちつつ、新しい法創造を行なう上で頗る重要な技法であるといえよう。

四 因准の構造(その二)

次に因准の第三の類型に属するものとして三つの例をあげようと思う。先ず一条兼良の源語秘訣に引かれる延喜七年(九〇七)の明法博士惟宗善経、同惟宗直本の勘文であり、史料には因准なる語は見えないが、これも因准の手法によって法規の欠缺を補ったものである。

勘申、東宮聞食姨喪、雖未成人可有御服以否、又仮令無御服者、例行神事不停止否事

右蒙上宣僭、上件兩事臨時有疑、宜勘申者、喪葬令云、姨服一月、仮寧令云、職事官遭一月喪給仮十日、又条云、無服之殤、一月服給仮二日者、今案件文、七歳以下服親死日給仮也、七歳以下不可着親服、令条無之、名例律云、七歳以下雖有死罪不加刑、又職制律云、可着服人聞喪、匿不孥哀者、共徒罪以下也、由是案之、死罪之重不可加刑、何況徒罪以下、無可更論、既無罪者不可有御服、……仍勘申、

延喜七年二月廿八日

大判事兼明法博士 惟宗朝臣善経

主計頭兼明法博士 惟宗朝臣直本

右の勘文は、当時五歳であった東宮の保明太子が姨(母の姉妹)の喪にあった際、太子はその喪に服すべきか否かを朝廷が法家に勘申せしめた際に進められたものである。仮寧令によれば、官人の親族が死亡した際、その官人は親族

の種類によって、それぞれ異なった日数の服飯を賜わるが、生後三月より七歳までの幼児が死亡した場合、その親族たる官人は「無服之殤」として喪服を着けずに心喪すべきであるとする。処が逆に七歳以下の幼児は、その親族が死亡した場合、いかなる喪に服すべきやについては律令に規定がない。右の勘文は、それについて答えたものである。今、勘文の内容について順を逐って説明を加えて行こう。

喪葬令17条によれば、舅(母の兄弟)、姨(母の姉妹)が死亡した場合の服喪の期間は一月と規定される。仮寧令3条によれば、服喪期間一月の親族が死亡した場合、職事官(現に職掌を有する官人)は十日の飯を給うとされる。又、同4条によれば、無服の殤、即ち生後三月から七歳までの幼児が死亡した場合、その者に対して一月の喪に服すべき立場にある職事官は、二日の飯を給うとされる。(明法博士等がこの仮寧令4条をここに引用したのは、死亡せる幼児がその官人にとって、姨に当たる場合を想定したからであろう。)今これらの条文を案するならば、七歳以下の幼児が死亡した場合、その幼児に対して喪に服すべき親族に賜わる飯の日数については令条に規定されているが、逆に七歳以下の幼児に対して、その親族が死亡した際、喪に服すべきかどうかについては、令条に規定がない。このように明法博士等は、律令における法規の欠缺を指摘した上で、次の如き論理^{ロジクス}を展開するのである。

- (一) 名例律30条によれば、七歳以下の幼児は、完全なる責任無能力者として如何なる罪を犯そうとも科刑されない。
- (二) 職制律30条によれば、喪に服すべき人が親族の喪を知りながら、それを匿して拳哀(大声で泣き歎くこと)をしなかつた場合、それぞれその親族の種類によって異なつた処罰がなされるが、その罪は何れも徒罪以下である。
- (三) 七歳以下の幼児に対しては、死罪という重罪さえもゆるされるのであるから、当然、徒罪以下の軽罪はゆるされる。従つて七歳以下の幼児が喪に服すべき親族に対し、喪に服さなかつたとしても無罪である。

四) すでに喪に服さずとも無罪である以上は、七歳以下の者に対しては服喪の義務がないといってもよい。

ここでは、明法家は事案に関連する律令条文をいくつか提示し、それらを組み合わせることにより、事案解決の新しい法理を導き出しているといつてよい。

次に示す法曹至要抄(下)17条にみる明法家の因准の論理も、右に述べた明法博士の勘文の場合と同じ類型に属する。

一 僧尼遺物弟子可伝領事

名例律云、僧尼若於其師与伯叔父同、於其弟子与兄弟之子同、戸令云、無子者、聽養四等以上親於昭穆合者、說者云、四等以上者、謂兄弟之子、儀制令五等親条義解云、兄弟之子猶子、引而進之、

案之、遺財処分、為俗人雖儲法、為僧尼不立制、只以因准之文、可案折中之理、假令僧尼身亡、有遺物有弟子、聖教經論之類、相承諸法之者便可伝得、自余仏具衣鉢之類、各随状可均分、是則准俗人之法、兄弟之子者猶子、至収養之時為得分之親、今僧尼於其弟子可比俗人之養子歟、但准養子之条、随事可案得歟、

右の文は、その案文にあるように俗人の遺産相続については、すでに律令に明文があるが(戸令23条を指すものである)、僧尼のそれについては、明文を欠いている為、因准の文によって妥当な法理(折中)を案出しなければならぬとして、その因准の手法を述べたものである。この案文に述べられた結論は、僧尼の遺産相続法は俗人のそれにならざるべきであるというのであって、被相続人の所有せる聖教經論の類は、護法を伝承する者が一人が相続し、それ以外の仏具衣鉢の類は、護法伝承者を含む弟子達による均分相続とすべきであるとする。⁽¹⁰⁾これは恐らく戸令23条において、相続分は嫡子が二分、庶子が一分とされたことに准じて、護法伝承の弟子のみを嫡子に做って特別に遇し、他の弟子は庶子に做って均等に扱ったものであろう。

それでは何故、僧尼の遺産の相続について、それを俗人の場合に准ずることが可能なのであろうか。右に關して法曹至要抄のいうところは必ずしも明瞭ではないが、事書の次に示された名例律57条、戸令12条及びその「説者」(有力学説)、儀制令25条の義解等と案文の「兄弟之子者猶子」以下とを合わせ考えると、明法家による困准の筋道は、凡そ次の如きものとならう。

(一) 僧尼における師と弟子との関係は、名例律57条により、俗人における伯叔父と兄弟の子との関係に擬することができる。

(二) 兄弟の子は、四等以上の親であつて、しかも昭穆に合する者であるから、戸令12条及びその「説者」により、伯叔父の養子となることができる。しかも兄弟の子は儀制令25条の義解により「猶子」(礼記・檀弓)とされ、養子として最適の者である。

(三) 養子となるときは、被相続人たる養親の遺産を相続することが認められる。

(四) 故に僧尼とその弟子との関係は、俗人の養親と養子との関係に准ずることが可能となり、僧尼の遺産の相続に關しては、俗人の法を適用することができる。

この場合も、前記勅文の場合と同様、明法家は事案に關係する律令条文、もしくは条項、令の公定の注釈書たる令義解、その有力な注釈・学説である「説者」等を提示し、それらの論拠を組み合わせ、相互に關連させることにより法規欠缺の際の新しい法創造を行なうのである。尤も右の例からいえば、明法家が引用した名例律57条は、本来、寺院内における身分關係の刑法上の扱いについて規定したものであり、そこに見られる師と弟子との關係を伯叔父と兄弟の子との關係に比定するという法理は、罵詈・傷害・殺人等の律適用の対象となる可罰的行為に限られるものであつた。従つて、その關係を更に養親と養子との關係に移し変える明法家の論法には、多分に牽強附会の感を否めない

が、実はそれがみ、そなのであって、そこに明法家の法解釈における理由づけの苦勞があったとみるべきであろう。

右にあげた二例と同じ類型に属する因准の技法をもう一つ紹介することにする。即ち寛弘二年(一〇〇五)頃、明法博士惟宗允亮によって設定されたと思われる法家問答である。

問、十七之人犯盜者、猶徒役哉、將可聽收贖乎、答、名例律云、年十六已下犯流罪以下收贖云々、為其老小特被哀矜、並許收贖、戸令云、男女十六以下為少、廿以下為中、弘仁民部格云、以十八為中男者、令以十六為少、格加一年為中、便知十七既是小男也、夫拳輕明重、金玉通例、課役此輕、尚增年配役、罪科惟重、須加年科罪、依律准格、可聽收贖、(政事要略・卷八十二・國史大系本六六八頁)

右の問答は、十七歳の者が盜罪を犯した場合、徒役に服せしめるか、又贖を収めて実刑を免除せしめるかの問題に關し、律令と格とを援用することによって、従来の十六歳以下を改め、十七歳以下の犯罪は実刑を科さず、收贖を聽すという新法を案出したものであって、これ又、因准の手法によるものである。明法家は、右の結論を得るに當つて、どのような論理を展開しているか、次に具体的にそれを見よう。

(一) 名例律30条によれば、年十六以下の者は、流罪以下を犯せば收贖が聽される。(従つて、十七歳からは完全なる責任能力者として実刑が科される。)

(二) 戸令6条によれば、年十六以下を少とし、二十以下を中とする。(なお戸令5条によれば、男子の年十六以下は不課戸とし、課役がすべて免除される。)しかし弘仁民部格においては、右の戸令の規定は改められ、年十八から中男とされた。即ち、令は十六以下を少とし、十七以上を中としたが、格では一年を加えて十八を中男とし、十七以下を少男とした。

(三) 課役は罪科としての徒役よりも勞働の程度が軽い。それにも拘らず、格では律令よりも年齢を一年増して十八

から課役を科すこととしている。従つて、課役よりも重い労働が科される徒役は当然、年齢を一年引き上げて十
八からとすべきである。

四 故に十七歳で盗罪を犯した者に対しては、收贖がゆるさるべきである。

ここでは、律、令、格の条文を論拠とし、それに拳經明重と因准（依律准格）との二つの法解釈の技術が用いられ
て、右の如き結論が理由づけられ、律条を改正する手続をとることなく、法解釈によって事実上、律条の内容が変更
されているのである。

以上、第三の類型に属する因准の技法は、前述の如く事案に係る既存の律令格式の条文、公定注釈書たる令義
解、有力学説、儒教古典の一節等の諸法源を複數、論拠として提示し、それら相互の体系的連関を考慮しながら事案
解決の爲の法規準を創造しようとするものであつて、いわば今日の論理解釈、体系的解釈に近いものといふことがで
きよう。しかも、この法創造活動においては、殊に第二の法曹至要抄の例によく示されている如く、既存の法規の本
来的な意味内容の単なる認識に過ぎないかのような装いをまとうことが重要なのであつて、明法家は一見、形式論理
を操るかに見せて、その実、新しい法創造を行ない、現実の要請に応えようとしたのである。

五 因准の構造（その三）

以上から明らかのように明法家による因准の技法の態様は決して一様ではなく、理論構成も複雑であつて、その技
法の内部構造を抽象的に析出することは容易ではないが、これら三種の因准の類型を通じて、なお因准なる操作につ
つて重要な原則があつた。それは僧尼の遺産相続に関する前掲法曹至要抄（下）17条の案文の中に、遺産の処分につ
いては俗人の爲に法が設けられて居りながら、僧尼の爲にはその明文規定がないと述べた後に、「只以因准之文、可

案折中之理」(只、因准ノ文ヲ以ッテ、折中ノ理ヲ案ズベシ)とあることである。この文は因准の仕組みを探る上で、一つの示唆を与えているように思われる。それでは、右の「以因准之文、可案折中之理」とは、一体どのようなことを意味するのであろうか。

「折中」⁽¹⁾の語が見えるのは、唐賊盜律1条の疏の間答中であり、養老律も、そのままそれを受け継いでいる。その文とは、次の如きものである。

刑法慎於開塞、一律不可兩科、執憲履繩、務從折中、

右文の意は、刑法を司る官吏は、類似の事案に対し、或る場合には法を適用したり、或る場合には法を適用しなかったりするというようなことがあってはならず、又、同一の律文を解釈することにより、それから異なった二つの科刑が導き出されるようなことがあってはならない、法の運用は衡平に為されなければならないというものである。

「折中ニ從フ」とは、ほど良い判断をする、人情にかなった判断をする、人々をしてなるほど尤もだと思わせる判断をするというようなことを指し、結局、法を司る官吏は、法規の解釈、適用に際して、人々をして納得せしめるに足る中正な判断を下すことに努めなければならないことをいったものであろう。即ち、「折中」とは衡平、実質的正義、具体的妥当性等に近似する律令法の理念である。

そうすると前掲法曹至要抄の案文の言葉は、明法家が律令の条文を解釈、適用する場合(当該事案では法規欠缺の場合をいう)、因准という技法によって、人々をして納得せしめるような中正な法理を案出しなければならないということであろう。さて、因准のそもそもの原義は、屢々述べる如く弁論における対立が生じたとき、相手方を説得する為の自己の主張の拠り所を求め、ということであった。そうすると、自己の主張の正当性の根拠を様々な諸法規、理論、原理等から成る既存の法体系に何らかの仕方で関連づけ、それとの整合性を維持して行くということが、先ず第一に

果さるべき明法家の職務であるということが出来る。しかし何故、明法家にとって因准なる技法が必要とされたかといえ、それは現実社会からの実質的要求に適合した紛争解決の基準を合法的につくり出すことが明法家に要請されていたからに他ならない。そうなると、明法家は因准の手法によって、自分ではいかに巧妙な理由づけを以って既存の法体系から妥当な結論を導き出したと確信していても、その結論を含めて、その導き出し方が多くの人々によって支持されるものでなければ、その結論は現実には十分に機能しないことになる。即ち、明法家は多くの人々の満足の行くような法的決定を行わなければならないのである。しかし一方、人々の満足の行くような法的決定とは決して唯一無二のものではなく、また永遠不変の真理でもない。それは極めて莫然としたものであり、場合によっては、人々の満足の行くような法的決定とは何であるか不明のことさえある。その際に、これこそが正しい法的決定であると、して多くの人々をして納得せしめる為の根拠や理由づけが必要となってくる。ここにおいて、明法家は一方では「折中」にならなかつた妥当な結論を導き出すことを視野に入れながら、他方では既存の法体系との整合性をはかるといふ操作を進めて行かなければならない。この二つの異なつた要請のそれぞれにバランスよく応えて行くことを端的に表現したものが即ち掲掲「因准ノ文ヲ以ッテ折中ノ理ヲ案ズベシ」といふ法曹至要抄の文ではなからうか。

それでは折中と因准との関係は如何。それは次の如く言い得るであらう。折中とは因准なる操作に対して方向づけを与えるものであり、因准とはその法的決定が折中になつてゐることを証明する為の理由づけの操作である。即ち、折中は因准を方向づけ、因准は折中を正当化するものといえよう。明法家はその勘答類において因准の論理を展開した後、屢々その文の末尾に「理得適中」(理、適中ヲ得)、「自叶三典之義」(自ラ三典ノ義ニ叶フ)等と結んで、その因准なる操作の結果、得た結論が折中の理になつてゐることを自ら述べてゐるのも、そのことを示すものであらう。かくして因准は折中という理念によって導かれると同時に、この理念が暴走するの歯止めをかけるという重要な機

能を担うものとなった。法の運用に当り、因准の要素が濃厚となつて、折中の要素が稀薄になると、実生活から遊離した、法律家によるいわゆる机上の空論が横行し、折中の要素が濃厚となつて、因准の要素が稀薄になると、法創造が恣意的に行なわれて、強者の支配する実力の世界となる。

しかし因准という論理と折中という理念とが互に他をチェックし、その関係が適切に維持される限り、既存の法体系との整合性を保ちながら新たな法創造が円滑に行なわれるということになるのである。この因准と折中との均衡のとれた関係とは、別言すれば立法作業や法適用の操作における法的決定の形式的理由づけと実質的理由づけとが、ほど良く調和している関係ともいえよう。立法作業におけるその一例として、前稿で指摘した日本律の六議の制の創出がある。日本律は唐律の八議の中から「議賓」を削除し、且つ「議勤」を「議功」に合して、これをも削除した。

「議賓」を削除したのは、王朝交代制のない我が国としては当然であるが、「議賓」を削除して、そのままにしておけば、八議は七議となつてしまつて、それでは数として落ち着きが悪い。そこで我が律令撰者は、この制の淵源である周礼と関係の深い「六」という数に依つて、「議勤」を「議功」に合したのである。しかし、「議勤」と「議功」とは、前者が国家に「大勤勞」ある者、後者が国家に「大功勲」ある者に夫々刑事上の特典を与えて優遇する制であつて、両者は内容的に極めて類似するものであつたから、これを合しても法文の上からみて少しも不自然ではない。むしろその方が合理的であり、現実に適しているともいえよう。かくして我が六議の制は、当時の国情にかなうと同時に、周礼という律令法体系の原理にも沿うこととなり、ここでいう折中と因准とのバランスがよくとれている例といふことができる。(その点、我が八虐の制は、その創出に當つて、唐の十惡から「内乱」を削除すると共に、家族道徳に対する犯罪である「不睦」を非人道的な犯罪である「不道」に合して、これをも削除した為、隋の大業律への因准は適切といえるが、折中の点からいえば、不十分な結果を生じたことを免れない。)

折中と困准との均衡がよくとれている例として、もう一つ法適用の場合から、それをあげるならば、延喜七年の惟宗善経、同直本の前掲勘文を指摘することができよう。前述の如く七歳以下の幼児が死亡した場合、その親族たる官人の服喪については律令にその規定があるけれども、逆に七歳以下の幼児は、その親族が死亡した場合、いかなる喪に服すべきか律令には明文がない。この勘文は、それに応えて、律令の条文に困准することにより七歳以下の者に対しては、服喪の義務のないことを導き出したものである。この勘文の解釈は、法曹至要抄(下)40条に「七歳以下人不着服事」として、殆どその結論のみが引かれ(後述)、更に室町時代の末に一条兼良によって前記勘文が引用された後、「是によりて今の世に及まで、七歳以下の人は父母の喪にも着服の事はなき也」(源語秘訣)と述べられている。なお江戸時代に至って、貞享元年(一六八四)の服忌令に「七歳未満の小児、自他共に無服」⁽¹³⁾、元禄六年(一六九三)十二月の触書にも、「七歳未満之小児之方⁽¹⁴⁾も服忌無之」とあるのは、恐らく前代の法曹至要抄、源語秘訣の影響にやると思われるが、そうであるとすれば、十世紀初めの勘文に発する明法家の学説が十七世紀末に至るまで法源として、その生命を保ち続けていることとなり、これ又、前記勘文に見られる惟宗善経等の困准の技法が甚だ巧妙であった、且つその結論が人情によくかなうものであったことに起因するのではなからうか。

さて、ここに明法家による困准の議論の過程を整理するならば、それは凡そ次の三段階から成るといえるであろう。

- (一) 提起された個別、具体的問題に即して、この問題を適正に解決する為の論拠を広く律令法体系の中から見つけ出すこと。
- (二) かくして見つけ出された法的論拠により、又は複数の法的諸論拠の組合せにより、当該個別、具体的問題を正しく解決する為の法的規準を創り出すこと。

(三) かくして創り出された法的規準の適否は、もっぱら「折中」の視点から、これを検査、確認すること。

今、仮に(一)を發見、(二)を証明、(三)を結論と呼んで、部門分けをしてもよいであろう。(一)でいう論拠も、すでに述べた所から明らかなように、それは我が律令格式の条文、公定注釈書たる令義解を始めとして、「説者」なる不特定の有力学説、古記、令釈、穴記、讀記、朱記等の明法家の注釈、儀式、宣旨、太政官符、別当宣、更には唐の律令格式、及びその注釈から礼記、左伝、論語等の中国古典に至るまで、まことに多彩である。又、これらの諸論拠から、いかにして問題解決の為の新しい法的基準を創り出して来るか、(二)の方法も前述の如く決して一樣ではない。即ち論拠の見つけ方も、証明の仕方、提起された問題状況によって様々に異なるのである。

このように因准は、「折中」という実質的正義にかなった具体的妥当性を得る為の論理的プロセス、即ち理由づけを重視する法的思考様式であった。明法家は、律令政府首脳、その官僚の意向、更には時代の趨勢、民心の動向までも見据えながら、衡平感覚を働かせて、それらに適合した妥当な法的決定を当時の実定法的規準である律令法体系全体の中から理由づけようとしたのである。令集解や政事要略等に現われる八世紀から十一世紀初頭に至る明法家の私記や勘答類を一見するとき、我々は当代の明法家が法規と現実とのはざまにあって、かかる法的結論を得る為の法思想を苦悩しながら行なっていたと推測してよいであろう。さて、前掲政事要略所引の惟宗允亮が考案せる法家問答の後には、次の如き注記が認められる。

寛弘二年三月廿七日政、強盜類多治大丸承伏、進過状已畢、問注年之処、称十七、仍為視後学、作此問答、

右の注記によれば、前掲法家問答は、実は寛弘二年(一〇〇五)の強盜の事案を利用して、允亮自らによって後学の為のサンプルとして作成されたものであった。ここに当時の明法家による法解釈技術の習練が実証されるのであり、その修得が家学としての明法道の基礎を支えていたのである。かくして因准の技法により、いかに説得力のある折中

の法理を生み出して行くかが明法家としての腕の見せ所となつたのであり、古来、大法律家と呼ばれ、名裁判官と謳われた人々は、いわば因准の名手であつたともいえよう。明法家は、その腕前を磨く為、日夜研鑽に努めたのである、政事要略や法曹類林等の法律書は、その為の格好の教材としての性格をも併せ有するものであつたといわねばならない。

六 因准の推移

しかし平安時代の後期、十二世紀半ば頃から明法家による因准の技術も次第に生氣を失つて来たようである。何故、生氣を失つて来たのか、その理由を一言にして説明するのは難しいけれども、社会構造の急激なる変化に伴つて、律令法と現実生活との距離が法解釈・法適用の手法だけでは、もはや埋め難いものとなつて来たこと、又律令国家の変質に伴ない、特定氏族の世襲による官庁業務の請負的運営が進行し、明法家もその例から免れるものではなかつたこと、更に明法家の勸文が私人である訴訟当事者によつても求められて訴訟裁定の場に持ち出されること⁽¹⁵⁾から、明法家と権門との間に利権的な結びつきが生じて来たと思像されること等と無関係ではないであろう。それが明法家の学問意欲の上に暗い影を投じることになり、その解釈理論の急速な衰えをもたらすことになる。そもそも因准なる操作を行なう為には、何よりも先ず律令法体系の原理に関する豊かな教養と律令全条にわたる正確な知識とを不可欠とする。それなくして明法家が因准を行なわんとすれば、それはいきおい牽強附会な解釈に陥らざるを得ず、その結論も説得力を欠くことになる。それがまた明法道の權威を失墜せしめ、一般から疎んじられる原因をつくることにも繋がるのである。

かくして明法家によつて因准が安易に用いられるに至つた結果、同一の事案に対しても、様々な法的規準が創り出

されることとなり、かかる因准の濫用を抑制する為の工夫として、律令に因准することは認められるが、格式には許されないとする説⁽¹⁷⁾、我が国とその状況を余りにも異にする問題については、中国の制に因准することは認められないとする説⁽¹⁸⁾、僧尼に関する事案は俗人に関する規定に、又俗人に関する事案は僧尼に関する規定に夫々互に因准することはできないとする説等⁽¹⁹⁾が生じた。しかし、これらの説は因准なる技法の使用可能なケースの種類を限定する為の工夫であって、明法家の行なう因准の論理的プロセスにメスを入れて、その矛盾、撞着を律令法全体系からする理論によって批判し、その濫用を防ごうとするものではなかった。そこには、すでに明法家としての職業倫理の弛緩、頹廢の芽が生じていることは明らかであった。

ここに従来の明法家が苦心して展開した因准の技法、即ち当該事案が何故その律令条文等に因准し得るかという苛酷な緊張の強いられる思索の行程は一切省略され、その理由づけの労苦は忘却されて、ただ結論のみが次代の明法家に伝えられることになる。例えば、次に掲げる法曹至要抄(下)40条の文に見る如くである。

一七歳以下人不着服事

仮寧令云、無服之殤、注云、生三月至七歳者、義解云、謂未成人死曰殤也、

案之、七歳以下者、無服之殤也、仍父母以下有服之等親、雖令死去、不可有服仮矣、

右の文は、七歳以下の者は、父母以下の服親の喪に服さないことを述べたものであるが、そこには僅かに仮寧令4条の「無服之殤」なる語とその本注、及び義解の文のみが引かれ、そこから直ちに結論が示されている(前章、因准の論理的過程における(□)の証明の部分脱落)。この法曹至要抄の文は、恐らく延喜七年の惟宗善経・同直本の前掲勘文によったものであろうが、両者を比較するとき、右の文には何故、七歳以下の者には服喪の義務がないのか、それを理由づける為に善経・直本が苦心して律令条文から案出した因准の論理は、その片鱗だに見ることができない。

明法家の因准の技術が生彩を欠いて来ていることは、因准による法創造の場合にも現れている。例えば、明法家が新しく因准なる技法を用いる場合にも、それは律令条文中の章句の断片を律令法全体の理論構成と切り離して抽出し、その章句の断片的な意味のみに依拠して結論を引き出しているのであり、その場合、当該事案と既存の法規が本来その適用を予定している事案との間の、事柄の本質的特徴における共通性や類似性等は殆ど問題にされないのである。かかる事例は枚挙に遑がなく、従来からも多く指摘されているが、ここでは、その一例として法曹至要抄(下) 30条を掲げることとする。

一不孝子死去、父母并服親着服、又父母并服親死去、不孝子可着服事

名例律云、其婦人犯夫及義絶者得以子蔭、疏云、為母子無絶道故、

案之、夫婦雖有義絶之法、父子可無義絶之道、仍不孝之子死去之時、父母并服親最可有服假之、又父母并服親死去之時、不孝之子同着服之条、不可有其疑矣、

右の事書の大意は、「不孝」の子が死去した場合、父母及びその服親(喪に服すべき親族)は共に喪に服すべきであり、又、逆に父母及び服親が死去した場合にも、「不孝」の子は喪に服すべきであるというのである。律令法には、当時でいう「不孝」(親が自分の気持ちに沿わない子に対し、親子関係を断絶する行為、勸当ともいう)の制がなかった為、右の如き場合、喪に服すべきかどうかの問題が生じたのであろう。これに対し、明法家は前掲名例律15条を引いて、右記の結論を出したのであるが、その名例律とは、婦人(妻妾)が夫に対して非行を加えたとき、又は義絶に当る行為を犯したとき、自己の生んだ子の蔭の利益は、これを受けることができるというものである。何故かかる場合においても婦人は子の蔭を受けることができるのか、前掲疏文はそれを理由づけて、母と子との間には義絶の道がないから(「為母子無絶道故」)であると説明したのである。処が法曹至要抄は、右疏文の「母子無絶道」から案文にある「父子

「可無義絶之道」を導き出し、更にそれによって父母と「不孝」の子との間には互に服喪の義務があるとした。これ一種の因准によるものではあるが、その技法は決して巧みであるとはいえない。何故ならば前掲名例律に規定されている婦人がその子の蔭を受けることができるということと父母と「不孝」の子とは互に服喪の義務があるということとの間に、事柄の共通性や類似性の存することが理由づけられておらず、その結論は律文全体の法理を踏まえて案出されたものではないからである。明法家は、ただ案文にある「父子可無義絶之道」という結論を得たいが為に、律文の中から「母子無絶道」という言葉を採り出し、当該律文全体の法意とは無関係に、それを摘出したに過ぎない。当時の明法家は、果して名例律15条を正しく理解し得る学力を有していたのであろうか。

平安後期、鎌倉期の明法勅文には、かなり長文のものが多いが、そこに引用される律令条文も、勅文にみえる法的判断に直接関係しないものが多い。例えば寛喜三年(一一三二)五月十一日の中原章行勅文は頗る長文にわたるものであるが、その内容の大部分が訴訟当事者に対する問注の際の申詞(陳述)や原被両造が証拠として提出した文書の引用に終っている。全文の十分の一程度の最後の部分が章行の勅注であり、それには戸令、名例律、戸婚律、鬪訟律等が多く引用されているが、それらの律令条文と結論との論理的な繋がりは稀薄であり、律令全体の法理の中から、この問題の解決を導き出してはいない。

ここに因准の論理を維持し、それを発展せしめんとする明法道の学風は失われ、明法家が因准によって妥当な法的規準を創造しようとする場合においても、その因准は極めて安易に行なわれ、因准と折中との均衡のとれた関係は崩れて、折中を正当化する為の因准の厳格な思考は後退し、折中のみが前面に押し出されて、やがてそれが独り歩きし、法創造に対する合理的なコントロールという因准の機能が正常に果されない事態を招来することになる。かくして折中の名の下に、次々と新法が生まれ、折中の為ならば、いかなる法の定立もゆるされるといふ実力の支配する中世法

の世界が現出するのである。⁽²¹⁾しかし、困准の技法がこのように安易に使用されて、次々に新法が生み出された当代においてさえも、明法家は明法家たることを断念しない限り、律令法そのものを全く否定し去ることはできなかった。

困准の技法は衰えたりとはいえ、それでもなお明法家は古法たる律令法から困准の技法によって、実質上、新法を創り出しているのだという安堵感だけは手放すことができなかったのである。そして明法家にそのような意識のある限り、明法道も何とか辛うじて生きながらえたのである。法曹至要抄等の法書に掲げられている律令条文や学説等は、単なる権威づけやこけ威しの為のみにのみ、そこに引用されているのではない。困准の手法によって、そこから折中の理が創り出される為の法的根拠として、それは極めて重要な意味を有していたのである。明法家による困准の技法が衰えた平安時代後期から鎌倉時代にかけて、それはもはや形骸化した存在に過ぎなかったけれども、それでもなお明法家は、それにすがって、それをば自己の生命の拠り所としていたのである。

しかし、鎌倉時代、十三世紀の初めに明法博士中原明基によって撰進された裁判至要抄には、新しい時代の到来を予告する次の如き型の法解釈が明瞭に現われている。

一 祖父母父母讓可用後状事

鬮訟律云、子孫違犯教令徒二年、又条云、告祖父母父母者絞、説者云、死生亦同、

案之、祖父母父母教命死生不変、然則数度雖改易、以最後之状可受領、依無告言理訴之道也、凡子孫雖私蓄財、偏可任祖父母父母意也、

右の文が法曹至要抄(下) 11条を受けて書かれたものであることは、すでに先学によって指摘されている。⁽²²⁾即ち、祖父母父母の讓状が複数あるときは、その最後に書かれた讓状を以って有効とすべきであり、その理由づけの根拠は鬮訟律44・47条であって、子孫が祖父母父母の教令に違犯したり、又子孫が祖父母父母を告言することは違法な行為

であるからだといふのである。ここでの明法家の論理は、父祖の意思は絶対なものであって、子孫はその教令に違反できないばかりか、己に對する父祖の非行をも告言できないとすれば、その讓状は最終の父祖の意思を尊重して後状を用いるべきであるといふことであろうが、ここまでは法曹至要抄が前掲鬪訟律等の条文に因准して創り出した新しい法解釈であつた。処が裁判至要抄は、この法曹至要抄の右の解釈に止まらず、更に「凡子孫雖私蓄財、偏可任祖父母父意也」(子孫が祖父母父母から讓られたものばかりではなく、自力で蓄えた財物に対しても、祖父母父母はその意思に任せて、子孫の財産権に干渉することができる)といふ新解釈をも打ち出したのである。これは親権の強化を期待する当時の社会の要請を受けて、裁判至要抄が独自に附加したものであるが、前述の法曹至要抄が鬪訟律から導き出した父祖の讓状は後状を用うべきであるとする解釈に比べると、そこには論拠となるべき新しい律令条文等は何ら引かれておらず、それは唯、子孫には「告言理訴之道」が無いとする法曹至要抄の解釈に便乗して書き加えられているに過ぎない。しかし、裁判至要抄が独自に附加したこの立言は、極めて重大なる法的効果を伴なうものであつた。それにも拘らず、この新法定立の根拠が何ら新しく提示されていないといふことは、この頃、明法家による法の解釈技術はまさに危殆に瀕していたといわざるを得ず、すでに明法道が氣息奄々たる状態にあつたことを窺わせるに足るものである。明法道の死は、目前に迫っていたといえよう。

む す び

以上述べたところから明らかなように、明法家は新しい法理を創造する場合、決してそれを恣意的、無制約的に案出するのではなく、その為には比附、因准、或いは拳輕明重(拳重明輕)等の解釈技法によつて、その法創造の正当性を理由づけるべく、あらん限りの努力をしつつ、現実の要請に応えたのであつた。この明法家達の法解釈の技術が巧

妙であるか、稚拙であるかは、明法家その人の学識や力量によって異なり、時代によっても差があったであろうが、明法家として生きて行く限り、かかる技術を操作し続けたのであり、又そのことによって明法家は法に忠実であるという外観を保つことができたのである。

明法家が一方では現実社会からの要請に応えて新しい法的規準を提示しつつ、他方では既存の法体系との整合性を維持して行くというとき、その「既存の法体系」とは、法律要件と法律効果とが明確に定められている当時の実定法規、即ち律令格式の諸条文を主たる対象とするものではあるが、しかしそのみに止まるものではなく、それらの諸条文を立法上、權威的に理由づけている唐の律令格式、更には律令法の基本的原理や理念としての儒教の經典にまで及ぶものであった。

ここにおいて注目すべきは、早川氏が前掲論文において紹介された平戸記所載、寛元三年(一二四五)の陣定に見える公卿達の言である。彼等の殆どが日本のいわゆる「宗廟」を解するに唐の律令の宗廟を以ってしたが、とくに式部大輔菅原為長は、文章道の出身ということもあって、漢書や礼記正義の文を引用して、明法博士中原章久・章行等の律の解釈を批判し、次の如くいっている。「本条ニ正文ナクモ、礼經ニ深誠アリ」(前掲書一三三頁)、「我が朝ノ律令ノ集解、疏義ノ釈ハ、ミナ經史ヨリ出ヅルコト、法家ノ先賢ハサダメテ了知セルカ」(同一三三頁)と。ここでは「礼經」や「經史」が一種の法原理として、我が律令条文よりも更に權威あるものに位置づけられている。即ち、当該事案に適用すべき法規が律令条文中に存しないとき、又律令の特定条文をそのまま適用しては、その妥当性に疑いが生ずるとき、唐の律令のみならず、これらの「礼經」や「經史」に現われる原理や理念の援用によって、当該律令条文を補充修正すべきことが当時の公卿達によって明確に主張されているのである。⁽²³⁾

しかし、元をただせば、実はかかる技術こそ、かつての明法家のお家芸なのであった。律集解や令集解に集成され

た諸家の学説、或は政事要略所載の法家の私記や勘答類等に引用されている夥しい儒家の經典や唐律令等を一見する
 とき、それは自ら了解されよう。明法家による唐律令や經書の研究の怠慢は、即ち明法家による因准の技法の衰頹を
 も招いたのであって、前記平戸記所載の明法家による「宗廟」の解釈に、それが如実に現われている。即ち、当時の
 明法家の解釈は、日本律令制定当時の理解としては正しいものであったにせよ、現実社会からの要請には何ら応え得
 るものではなかった。しかも、明法家が「宗廟」の解釈において、それを頑なに守ったことは、明法家の因准の技術
 が衰えたことと、いわば表裏一体の關係にあった。法解釈における堅固性、安定性の視点と対をなすべき、もう一方
 の柱である柔軟性、弾力性の視点は、当時の明法家の頭脳からは、すでに消え失せていたのである。このことは、明
 法道の衰頹を如実に物語っているといわざるを得ないであろう。かかる衰頹を招来させた重大なる遠因の一つで特に
 今日の法学教育との関連において興味深いものに、明法家養成における或る変化をあげ得るのではないかと思われ
 る。即ち、官吏養成機関である律令制下の大学の教科カリキュラムの変化である。

八世紀の初頭、我が国が律令法を唐から継受して、官吏養成機関である大学を設けたとき、そこには律令を専門に
 教授すべき教官やそれを専門に学習すべき学生から成る組織は存在しなかったといわれる。⁽²⁴⁾ 教授、学生を含めて、明
 經道のみならず、明法道、文章道をも修得し、いわば諸道を兼学することが律令の定める大学の制の原則であった。
 従って、明法試の受験に志す学生は、単に律令のみに止まらず、更に經学をも併せて勉強しなければならなかったの
 である。しかるに、この制はやがて神龜、天平に至って解体し、明經科、文章科、明法科がそれぞれ独立することに
 なる。律学(明法)博士は、もはや經学を担当する義務はなく、明法生もまた孝經、論語は別として、礼記以下七
 經の学習は必要なく、専ら律、令を修めれば事足りることとなった。

しかし、律令の解釈、適用に際しては、經学の知識は必要欠くべからざるものであり、とくに明法家が法規と現実

とのはざまにあつて、法的安定性と具体的妥当性とを兼ね備えた法的結論を得る為の思考を苦悩しながら行わんとするとき、律令法の原点である経書に立ち帰つて、そこに打開の道を探ることは、最も有効な手段、方法であつたはずである。このように考えるならば、我が律令制定者が当初意図した大学制度は、その目的に最もよく適うものであつたといわねばならない。我が律令制定者は、優れた明法家たる為に求められる学識及び教養が極めて広く且つ深いものであることを早くから十分に承知していたのである。明法科の独立は、いわゆる法律専門家集団の速成には一応の成功を取めたであらうが、それはやがて来たるべき明法道の衰頹を招く素地をつくることにも繋がつたのである。

- (1) もとより法適用の場合にも、史料には「因准」や「准的」等と並んで、「因循」という語も現われる。
- (2) 律令研究会編『譯註日本律令五唐律疏議』(滋賀秀三執筆)三〇二頁。
- (3) 中国法における比附については、中村茂夫『清代刑法研究』第二章「比附の機能」、仁井田陞『中国法制史研究 刑法』第二章「宋代以後における刑法上の基本問題——法の類推解釈と適及処罰——」、戴炎輝『唐律通論』第二章「唐律の特質」等参照。
- (4) 律令研究会編、前掲書三〇四頁。中村前掲書一七六頁以下参照。
- (5) この賊盜律45条の日唐律間の相違について、仁井田陞氏は開元度における永徽律修正の可能性を予測されるが、高塩博氏は、その可能性を明確に否定される。詳細は同氏の『日本律の基礎的研究』一七六頁以下参照。但し、高塩氏は略人未遂に関する唐の律疏の文を要約して、養老律がそれを本文に転載した理由について、「養老律は疏文を大幅に削除し、併せて同条を簡潔明解な条文に衣替させた」とされるが、日本律における上記の修訂の理由は、そのみではなからうと思われる。
- (6) この条文の解釈に際しては、律令研究会編『譯註日本律令七唐律疏議』(中村茂夫執筆)一七九頁以下を参照した。
- (7) 唐の律疏によれば、当該個所は、「其小兒年三歳以下、本生父母遺棄、若不聽收養、即性命將絶、故雖異姓、仍聽收養、即從其姓云々」とある。なお、右に相当する文は、前掲勘録3条により、わが養老律にも存在したと思われる。
- (8) 中国の家と日本の家との相違については、滋賀秀三『中国家族法の原理』五八頁以下参照。
- (9) 石井良助『日本相統法史』(法制史論集第五卷)二五頁以下、及び前掲拙稿参照。

- (10) 法曹至要抄の文を、このように解すべきことは、裁判至要抄に次の如くあることよって了解されよう。
 一僧尼遺財弟子可伝領事、
 案之、僧尼未分之遺財、弟子等可均分領知、縦有布十端者、十人弟子各可得一端之類、但聖教経論之類、相承護法之者、便
 可伝領、不可入財物之内歟、
- (11) 折中については、拙稿「折中の法について」『国学院雑誌』第八六卷第一号参照。
- (12) 例えば、政事要略・卷八十一所載の讃岐永直の勘文に、「准此為牒、理得、適中」(国史大系本六三三五頁)、法曹類林・卷百九十七所載の同永直の勘文にも、「准見主亡亡文、聽留有及從還、理得、本適中」(国史大系本二二頁)、明法条々勘録16条にも、「返償之時、計入所取之土貢条、自叶三典之義、須絶兩人之愁歎」等とある。その他、明法家が自己の法解釈を正当化する為に用いた慣用語に「於義無難」(義ニオイテ難ナシ)、「以允義」(以テ義ニカナフ)等があるが、類似の用語は唐律疏議にも見えているから、これらの語は、すべて唐の法律家が用いた文言であろう。
- (13) 石井良助編『御当家令条・律令要略』(近世法制史料叢書2)二七一頁。
- (14) 高柳真三編『御触書寛保集成』五一頁。
- (15) 石井良助編『御触書寛保集成』五一頁。
- (16) 佐藤前掲論文四〇四頁以下参照。
- (17) 上杉和彦「撰関院政期の明法家と王朝国家——中世公家訴訟制度成立史の一視角——」『史学雑誌』第九五編第一一四七頁以下参照。
- (18) 政事要略・卷五十四所載の私記に、「何者格式無比附因准故」(国史大系本三四八頁)、法曹類林・卷二百所載の中原明兼の法家問答に、「至于式文者、無可比附法之故也」(国史大系本二八頁)等と見える。
- (19) 徳大寺実基の政道奏状10条(前掲『中世政治社会思想 下』所収一四五頁)に、「雖有古賢之説、和漢異事、偏難因准之上、……」等と見える。
- (20) 拾芥抄(下)第二十所載の中原範政の勘答に、「内外道分、因准義別」(内外ノ道ハ分レ、因准ノ義ハ別ナリ、故実叢書本四八頁)等と見える。なお範政の勘答と同様の文は、法曹至要抄(下)58条にも存する。
- (21) 竹内理三編『鎌倉遺文』古文書編 第六卷二六二頁以下所載。
- (22) 中世の折中については、笠松宏至「折中の法」『法と言葉の中世史』所収参照。
- (23) 坂本太郎「法曹至要抄とその著者」『律令制度』(坂本太郎著作集第七卷)所収一八六頁、田中絵「裁判至要抄に見える悔還

権について」赤松俊秀教授退官記念事業会編『赤松俊秀教授国史論集』所収四九七頁。

(23) 葉黄記等によれば、寛元四年十一月の文章得業生菅原在匡と同菅原公長との座次相論をめぐって、諸道勅文の徴せられたことが伝えられている。その際の主な論点の一つに違法養子とその場合における養父の蔭の問題があった。(詳細は利光三津夫「公家法における法と例」『日本歴史』四八七号所載参照。) 右の点に関して、明法博士中原章行、同中原章久は、律、令、格、令義解等を引用し、「雖有以法捨例之義、可無以例破法之理歟」として、違法養子を無効とする立場を主張した(中原章行・章久勅文、竹内理三編『鎌倉遺文 古文書編 第九卷』三四三頁以下)。一方、参議左大弁藤原經光は、史記、漢書等を引用して、違法養子については、その咎なきことを述べ、「偏称法令之明文、可棄經史之本說乎」と論じている(藤原經光勅文、前掲書三四二頁以下)。このように当該事案においても、明法博士の法解釈が律令、格の枠内に止まっているのに対し、公卿の法解釈は、中国の經史を我が律令の「本説」とし、それを論拠にして従来の律令解釈を修正しようとする。寛元二年の石清水八幡宮事件と同じ構図を示している。

(24) 律令の大学の制に関しては、早川庄八「奈良時代前期の大学と律令学」『日本古代官僚制の研究』所収による。なお神亀・天平の学制改革により、狭い意味での法律専門家の養成は不要であるとする我が律令制定者たちの有した理念が放棄されて、一部の専門学者の業と化した律令学がやがて、その学問上の地位を低下させてしまったことについても、早川論文に的確に指摘されている。西洋中世の大学においても、専門の法学の学習にとって、自由学芸が重視されたことについては、久保正幡「大学とは何か——ポローニアの歴史を顧みて思う——」『國學院大學日本文化研究所紀要』第四二輯参照。

〔付記〕 本稿作成に当っては、植松秀雄、服部高宏、律令研究会々員等の諸氏から貴重な御助言を賜わった。ここに銘記して深謝の意を表するものである。