

# 國學院大學學術情報リポジトリ

## 令義解の法解釈と令集解の成立

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	<a href="https://doi.org/10.57529/00001134">https://doi.org/10.57529/00001134</a>

# 令義解の法解釈と令集解の成立

小林 宏

はしがき

一 令義解の法解釈技法

二 令義解の法解釈の不備

三 総括と展望——令集解の成立と関連して——

はしがき

令義解は、天長三年（八二六）の明法博士額田今足の提言を受けて、律令の解釈を統一する目的の下に、国家的事業として編纂された養老令の公的注釈書である。それは天長十年（八三三）十二月に撰進され、翌承和元年十二月に施行された。

「令義解序」には、「爰使臣等集数家之雜說。舉一法之定準。……輒応明詔。辨論執議。陳家古壁之文。探而無遺。于氏高門之法。訪而必尽。其善者從之。不以人棄言。其迂者略諸。不以名取実。一加一減。悉依法曹之旧云。乃筆乃削。非是臣等之新情」とあつて、その令文解釈に当つては、八世紀前半から九世紀前半にかけて、それまで

行われていた多くの明法家の異なった解釈の中から正説とすべきは、これを取り、迂説とすべきは、これを捨てたとされる。従って、その令文解釈の一文の内容は、殆ど旧学説に依拠するものではあるが、その旧学説の取捨選択に関する判断と取捨選択された学説の修整とは、編纂者である右大臣清原夏野以下十二名の責任において為されたとしなければならぬ。

この本邦唯一の勅撰の令注釈書に関しては、江戸時代以降、多くの研究が積み上げられて来た。ただ近年の令義解に関する研究は、主としてその書誌学的研究と編纂過程の研究であって、それも亦、令義解研究の重要な分野を担うものではあるが、本書が日本の法学史や法思想史の上において、どのような位置を占め、どのような法的意義を有するのか、また日本の「学説彙纂」とも称される令注釈の集成書、令集解と、それは法運用上、どのような関係にあるのか、即ち令義解の法書としての基礎的な諸問題については、まだ殆ど検討されていないのが現状のように思われる。

本稿では令義解の法解釈作業の全体像を通じて、そこにどのような手法や思考が重要な働きを為しているか、また令義解の法解釈の技術・技法の水準や実態がどのようなものであるか等、それらを先ず明らかにすることによって、如上の諸問題について考える端緒を得たいと思う。

## 一 令義解の法解釈技法

令義解の注釈方法をみて行くと、従来の明法家の学説に認められるような煩瑣な訓詁学的注釈は、これを省き、引用の日本令は大体において、その篇目名を付するが、日本律はほぼその篇目名を削り、中国の故事を引く場合も

あるが、その典拠は示さず、唐代の令は「唐令」として引くが、その制定の年紀は除くなど、一定の準則の下に、総体として簡潔な注釈を目指したようである。

ここでは先ず現代の法解釈理論<sup>1)</sup>を参照しながら、令義解の法解釈技法について若干考察することとする。但し法解釈技法といっても、それには或る法文の意味を大枠において確定し、事案の処理方向を定める解釈技法や法規欠缺の際の補充技法を含む、より技術的な条文適用の際における解釈技法などがあり、またそれらの諸技法が複合的に使用される場合もある<sup>2)</sup>。本章では、そのような法解釈の構造からする分析は暫く置いて、従来の法解釈技法の一般的な分類や説明に従って、例示の為の令義解の本文を掲げながら、その解釈技法のそれぞれについて順次みて行くこととしたい。

#### (一) 文理解釈

文理解釈とは、法文の意味を常用の意味、即ち日常生活等において普通用いられる常識的な意味に従って確定する作業である。それはすべての法解釈の出発点であり、一般的に最も説得力のある論拠であるといわれる。但し「常用の意味」といっても、その意味が多義的に使用されたり、漠然としていたり、また曖昧であつたりする場合も多いから、文理解釈は、更に①文字通りの解釈と②宣言的解釈との二つに大別される<sup>3)</sup>。

##### ① 文字通りの解釈

常用の意味がとくに問題がないので、それを採用するという場合である。

賦役令 1 「凡調絹絶」下の義解「謂。細為絹也。麤為絶也」(国史大系『令集解』三八二頁・四行。以下、三八

一―四と略記する。)

本条は、調の品目を規定するが、義解は、令文の「絹」は細やかに織った絹織物、「絶」は粗く織った絹織物と解する。義解が「絹」「絶」を日常使用される意味に従って解釈した例である。

**儀制令 22** 「凡行路巷術」下の義解「謂。行路者。道路也。巷術者。里中小道也」(七二五―三)

本条は、道路通行の際の礼讓を規定するが、義解は令文の「行路」を普通の道路、「巷術」を村里内の小道と解する。これも「行路」「巷術」を通常用いられる意味に従って解釈した例といえよう。なお義解は令釈、跡記、古記と同説。

## ② 宣言的解釈

宣言的解釈とは、前述のように常用の意味が複数あったり、また曖昧であったりする場合、その一つの意味に限定する作業であつて、令義解の代表的な解釈技法である。そもそも令義解は、すでに本稿の冒頭にふれたように従来の明法家の異なつた多くの学説の中から正説と思われるもの一つを選んで編集したものであるから、見方によっては、その解釈すべてが宣言的解釈ということもできよう。

**賦役令 31** 「供給飲食」下の義解「謂。以官物資給也」(四三二―二)

本条「凡丁匠往来。如有重患不堪勝致者。留付隨便郡里。供給飲食。待差発遣。若無粮食。即給公粮」は、丁匠が往来の途中、重病に罹つた為、直ちに目的地へ赴くことが困難となつた場合の処置を規定するが、その場合、側近の郡里に、その身柄を預けて「供給飲食」せしめるとする。この令文「供給飲食」をめぐつて、古記が「謂。即給官物」(四三二―三)と解するのに対し、令釈は「以病者物給養。故云。若无粮食。即給公粮。雇役夫。皆程粮

私備」(四三一一三)と解する(跡記、穴記も令釈と同説)。即ち病者に支給する食糧は、古記が官物を以て支給すると解するのに対し、令釈等は病者の私糧を以て当て、私糧なき場合に始めて公糧を支給するとし、そのように解釈する理由として本条後段の令文「若無糧食。即給公糧」と丁匠の糧食私備の慣行とをあげている。

このように義解の編纂当時は、令文「供給飲食」の解釈をめぐって両説が存したが、義解は古記説を採って官物を支給するとした。従って、前掲令文「若無糧食。即給公糧」も、義解は令釈のいう如き病者救療の際の規定ではなく、「謂。病差発遣之時也」(四三一―一六)として、疾病が治癒して丁匠が当地を出発する際の規定であると解している。即ち前掲令文「若」以下を義解は、その直前の令文「待差発遣」にかけて解釈するのに対し、令釈等は更にその前にある令文「供給飲食」にかけて解釈するのである。本条の義解は、異なる二つの文理解釈を前提にした上で、その一方の解釈を是として採用したといえよう。

文理解釈には、法文を常用の意味に従って正しく理解する上から、法文の不備や誤謬を指摘して、それを修正するという作業が伴う。これも宣言的解釈の一種と思われるが、義解には若干例、それが認められる。

**公式令1** 「詔書如右」下の義解「謂。依下条。詔字是合闕字。而今平出。即是誤失也」(七七七―一九)

本条は、公文書としての詔書の書式を規定する。その書式には大臣、大納言等が中務省から送られて来た詔書の施行許可を天皇に求める文言がある。その文言の冒頭「詔書如右」の「詔(書)」について、義解は本条の令文では、それが「平出」(改行して行頭に書くこと)になっていると指摘し、公式令38では、「詔書」の文字は「闕字」(一字空闕にして書くこと)に定めているから、前掲令文の平出は闕字に改めるべきであるとす。

**公式令22** 「其官位姓」下の義解「謂。仮有。五位以上度関者。即其国与其官位姓。其間応是連行。不可平出也」(八四三―二二)

本条は、過所（関所の通行許可書）の書式を規定する。義解は、令文「其官位姓」は、その直前の「往其国」と連続して書くべきであり、令文がそれを平出にしていることは誤りであると指摘する。なお義解は令釈、跡記と同説。

**公式令 40** 「天子神璽」下の義解「謂。此条不称凡字者。依唐令。平闕之上。皆无諸字。故此令。亦不以凡字加平闕之上。但喪葬令云。凡天皇為本服二等以上親喪。服錫紵。又凡先皇陵置陵戸令守。是制作之紕繆。不可為別例也」(八五一―七・八)

本条は、公印の規格とその使用法を規定する。義解は、本条の冒頭に「凡」字を置かないのは、唐令が平出、闕字とすべき語のある条文の冒頭に「諸」字を置かない例に倣ったものであるとし、次に養老喪葬令 1（「天皇」の文字で始まる）と同 2（「先皇」の文字で始まる）とが、その冒頭に「凡」字を置いているのは、立法の際の誤謬であると指摘する。

## (二) 体系的解釈

体系的解釈とは、解釈の対象である法文と他の関係諸法規との体系的な関連を考慮しながら法文の意味を確定する作業である。令義解の主たる解釈技法は、この体系的解釈であるといつてよい程、義解には頻繁にこの技法が使用されている。具体的には律令等の他の関連条文を掲げることによって、適用すべき当該条文の意味内容を絞り込むという解釈が多い。

**職員令 1** 「檢出稽失」下の義解「謂。依律。同司犯公坐者。主典以上。節級連坐。故知。判官以上稽失。主典皆得檢出」(三七―四・五)

本条は、神祇官の職掌を規定する。その主典である大史の職掌の一つ「検出稽失」について、義解は、それが判官以上の「稽失」（公務遅滞や公文書作成上の過失）であることを名例律40をあげて説明する。なお義解は古記、新令私記、穴記と同説。

**職員令 58** 「彈奏内外非違」下の義解「謂。内者左右兩京。外者五畿七道也。依公式令。告言官人害政及有抑屈者。彈正受推。当理者奏聞。不当理者彈之。如此之類。是為彈奏也」（二三八一七）

本条は、彈正台の官人の職掌を規定する。その長官である尹の職掌の一つ「彈奏内外非違」の「彈奏」について、義解は公式令65を引いて、「害政」（官人による非法な租税の賦課）「抑屈」（官人による不当な判決）の告言があれば彈正がそれを受理して審査し、告言の内容が正当であれば天皇に奏聞し、不当であれば彈正が告人を誣告罪で摘発すると説明する。なお義解は穴記、跡記、古記とほぼ同説。

### (三) 歴史的解釈（立法者意思解釈）

歴史的解釈とは、立法者の見解や立法の目的など、法文成立の歴史的背景や歴史的事実を参考にして法文の意味内容を説明する作業である。この解釈技法は、令義解が前令である大宝令や母法である唐令、唐格との関係を視座に入れて条文解釈を行う場合に屢々認められる。先ず大宝令を引用する義解から見て行くこととする。

**賦役令 35** 「凡諸国貢献物者」下の義解「謂。案前令。云朝集使貢献物。今此令无朝集使三字。即知。不必附朝集使。亦当寄附使也」（四三三一一七）

本条は、諸国産出の貢献物について規定するが、大宝令では養老令の「諸国貢献物」が「朝集使貢献物」とされていた。義解はこの両令の相違から、次のように解釈する。即ち大宝令では諸国からの貢献物は朝集使に附託して



京に運送すべきとされていたが、養老令では大宝令にある「朝集使」の三字を削除したから、貢献物は必ずしも朝集使によらず、「便使」(専使ではなく便宜の使)に附託して運送すべきであると。なお義解は、令積、跡記、穴記と同説。

**公式令 1** 「若少輔不在。余官見在者。並准此」下の義解「謂。大少丞並在者。亦以次注宣奉行。為准少輔以上故也。前令云少輔不在者。丞見在者准此。今改云余官見在者。故知。録亦得也」(七八一―七・八)

養老令本条の後段は、次のように規定する。「中務卿若不在。即於大輔姓名下注宣。少輔姓名下注奉行。大輔亦不在。於少輔姓名下。併宣奉行。若少輔不在。余官見在者。並准此」(詔書の書式における中務省の官人の位署について、卿に欠員、もしくは支障があつて不在の場合は、大輔の姓名の下に「宣」と注し、少輔の姓名の下に「奉行」と注す。卿、大輔ともに不在の場合は、少輔の姓名の下に「宣奉行」と注す。卿、大輔、少輔すべて不在の場合は、「余官」が見在ならば卿以下不在の場合と同様、「余官」が位署を加え、「宣奉行」と注す。)義解は、大宝令の「丞」を養老令では「余官」に改めたことをあげ、それを根拠に大宝令では位署を加え得る官人は中務省の大丞、少丞のみに限つたが、養老令では、これを更に主典である大録、少録にまで拡張したと解する。なお義解は朱説と同説。

以上の二例は、義解が大宝と養老の令文の相違から養老令の立法者の意思を忖度し、その立法目的に従つて解釈を施したものである。次に唐令引用の義解の文をあげる。

**公式令 42** 「其馭鈴伝符。還到二日之内。送納」下の義解「謂。還到於京送納日限。案唐令。使事未畢之間。便納所在官司。今於此令。既除其文。故知。使人在國之間。仍合隨身也」(八五五―八)

本条は、公用の使節に賜わる馭鈴・伝符の規定であるが、その馭鈴・伝符は使節が京に帰還したならば、二日の

内に返納すべきことを規定する。義解は唐令相当文に「使事未畢之間。便納所在官司」とあることをあげ、唐では使者が目的地にあつて、まだその所用が終らないうちは、使者の所持する銅龍伝符は所在の官司に納めることになつていたが、日本令では、この文を削除しているから、使者が在国している期間、駅鈴・伝符は所在の国司に預ける必要はなく、その身に所持すべきであるとする。なお義解は令釈所引の「一云」と同説。

**学令 15** 「凡書学生。以写書上中以上者。聽貢」下の義解「謂。定書品第。待式処分。其書生。唯以筆迹巧秀為宗。不以習解字様為業。与唐法異也」(四五六―五)

本条は、書学生・算学生の成績判定の規定であるが、書学生は成績上中以上のものを書生として貢することができると定める。義解は書学生の成績の等級は式の処分を待つとするが、その成績は筆跡の巧妙なることのみを求め、唐令の如き文字の学問的知識は求めないとする。この義解の解釈は、日本令が唐令相当条に規定されている説文や字林の試問を課していないことを前提にした解釈である。なお義解は穴記と同説。

以上の二例は、共に義解が唐令と日本令との令文間の相違を根拠にして、日本令の立法目的や立法者の意思を付度し、それに従つて解釈したものである。

**選叙令 22** 「凡職事官。患経百廿日」下の義解「謂。併計仮日。満百廿日。即取考日之半。依唐令。百日為限。亦取考日半。……」(四九六―二)

本条は、職事官の解官すべき事由について規定するが、その事由の一つである病気による欠勤は、その日数を百二十日以上とする。義解は、この百二十日は「考日」(考課の対象となる為の必要出勤日数。考課令 59)である二百四十日の半分に当るとし、更に唐令において解官すべき欠勤日数は百日であるが、それもやはり「考日」の半分に当ると指摘する。即ち義解は、本条が上記日数を百二十日と規定したのは、立法者が解官すべき病気による欠勤

日数は「考日」の半分とする唐令の法理に倣った為であると、立法者の意思に従って、本条の「百廿日」を説明し、その立法を正当化しているといえよう。

**公式令 40** 「天子神靈」下の義解（前掲）

すでに述べたように、義解は本条冒頭に「凡」字を置かないのは、唐令では冒頭に平出、闕字とすべき語のある条文に「諸」字を置かない書式に従った為であるとす。

**厩牧令 19** 「在家非理死失」下の義解「謂。案唐令。因公事死失者。官為立替。在家死失。卅日内備替。則知。非公事者。皆為在家。……」（九三三一一・二）

本条は、軍団の官馬の飼育に当たっている兵士が正当な理由なくして官馬を死失せしめた場合の処置について規定する。義解は唐令の相当条を引いて、その中にある「因公事死失」と「在家死失」とは正反対の行為を表現する文であるから、本条令文の「在家」は「非公事」の場合、即ち公事以外に官馬を使用して、不当に死失せしめた場合であると解する。義解が唐令の構文に注目して、唐令を解釈し、更に日本令の解釈にそれを利用した事例である。

**營繕令 2** 「凡有所營造。及和雇造作之類」下の義解「謂。別勅臨時有所營造也。所以知者。唐令云。別勅有所營造。此令。雖不言別勅。而理亦不殊。其所司營造。下条別有文」（七五六―四）

本条は、造營について規定するが、義解は、本条の「有所營造」が唐令には「別勅有所營造」とあることから、その造營は、「別勅」による臨時の造營の場合の規定であると解し、通常の造營は「下条」、即ち營繕令 6 によるとする。なお義解は令釈と同説。

以上の四例は、何れも義解が、日本令が母法である唐令に倣って立法されたという歴史的な経緯や背景を踏まえた上で、唐令の法理、書式、構文等を根拠にして日本令の法文を説明し、その立法の正当化を図ったものである。<sup>(4)</sup>

## (四) 目的論的解釈

目的論的解釈とは、適用すべき当該法文の文言のみに拠ることなく、当該法文の趣旨や目的、または当該法文の適用対象の要請などを考慮しつつ、それらに適合するように法文の意味内容を合理的に確定する作業である。

**喪葬令 2** 「凡天皇。為本服二等以上親喪。服錫紵」下の義解「謂。……依儀制令。子為一等。故称二等以上。

即外祖父母亦同。依同令。皇帝不視事与二等親同故。……」(九五六一・二)

本条は、天皇の喪服用について規定する。即ち天皇は「本服二等以上」の親の喪の為には、「錫紵」(薄墨染色の麻の細布で作った衣)を着用する。右令文の「二等以上」は、儀制令25にそれに相当する親族の名称が列挙されているが、同条によれば外祖父母は四等親に属するから本条を文字通りに適用すれば、その喪に際して天皇が「錫紵」を着用することは許されない。しかし義解成立の頃には、天皇の外祖父母の地位は令制定当時比べて、はるかに上昇していたと思われるから、義解は本条を解釈するに当り、次のような論理を以て外祖父母の喪に際しても、これを二等親扱いとし、「錫紵」の着用が許されたとした。即ち儀制令7は、天皇の二等以上の親の喪と共に外祖父母、右大臣以上、散一位の喪に際しても、天皇は三日間、政務を廃すると規定している。義解は、そこから天皇にとって二等親と外祖父母とは等親を異にするが、その喪に際しては同一の扱いをするという一定の法命題を発見し、それを根拠にして本条に關しても、天皇の外祖父母の喪の場合は二等親の喪と同様、天皇は「錫紵」を着用することができるという解釈を導き出した。この解釈は比附(後述)の技法を用いた目的論的解釈であり、義解は当時の状況に応じた新しい法規範を創造したといえよう。なお義解は穴記と同説。

**儀制令 7** 「皇帝二等以上親」下の義解「謂。有服之親。其子婦者。雖是二等。非有服者。故不在此例。案喪葬

令。服紀者。兄弟子七日。又仮寧令。七日服三日。今偏執令文。為姪孫喪。皇帝不視事三日。即与職事官給仮三日。何以為別。君臣礼数。淆乱无差。一日万機。理豈合然。々則伯叔姑兄及姪孫。雖俱居二等。而服紀懸隔。尊卑自別。不可偏守等親以一概論。即称不視事三日者。唯為三月以上服故也。至於姪孫喪。皇帝不視事一日。理以為充也」(七〇九一・二・三)

本条の後段は、皇帝の二等以上の親、及び外祖父母、右大臣以上、散一位の喪に際して、皇帝は三日間、政務を執らないことを規定する。義解は、先ず子の婦は二等親であるが、有服親ではないから(儀制令25・喪葬令17)、本条の「二等以上親」の範囲からそれを除外するとした。妥当な解釈であろう。

次に義解は、以下の如く述べる。即ち兄弟の子(姪)は、やはり二等親であるが、その服忌は七日である。仮寧令3は職事官が親族の喪に遭った場合の休暇(喪葬仮)を規定するが、それによれば七日の喪に対しては、三日の休暇が与えられる。孫も二等親であるが、衆孫の為の服忌は七日であるから、やはり三日の休暇が与えられる(嫡孫の為の服忌は一月であり、それに対する喪葬仮は十日であるから、義解のいう「孫」は衆孫の場合を想定しているであろう)。もし皇帝が姪・孫の喪に際して、その廃務の期間を三日とすれば、皇帝と職事官とが同じ扱いとなり、君臣の礼節が乱れることになる。しかも伯叔父・姑・兄と姪・孫とは同じ二等親であっても、服喪の期間には大きな隔差がある(伯叔父・姑・兄の為の服忌は何れも三月、それに対する喪葬仮は二十日)。従って、本条令文の「皇帝二等以上親」は、二等以上の親族であつて、しかもその為の服忌が三月以上の親族に限るべきであり、姪・孫の喪における皇帝の廃務は一日とすべきである。

以上が義解説の大意であるが、義解は君臣の礼節と天皇の政務の重大性に鑑みて、できるだけ天皇の廃務の期間を短くしようとし、その目的に沿うべく、本条の「二等以上親」を儀制令25の規定通りには適用せず、服忌の規定

（喪葬令17）と喪葬仮の規定（仮寧令3）とを用いて姪と孫とを「二等以上親」の範囲から除外し、その内容に制限を加えたのである。縮小解釈を混じえた目的論的解釈といえよう。なお義解は姪・孫の喪における皇帝の庶務を一日としているが、これは姪・孫の喪を本条後段に規定されている皇帝の「三等親」の喪に比附（後述）したものであるう。

##### （五） 拡張解釈

拡張解釈とは、法文の常用の意味を他の条文との関係、立法者の意図、立法の歴史的背景、その他の諸事項を参照して、拡大させて適用する作業である。

**戸令27** 「凡先姪後。娶為妻妾」下の義解「謂。不以礼交。為姪也。仮令。初不由主婚。和合姪通。後由祖父母等。已聽婚娶。其後姪通事発者。縦会非常赦。猶亦離之」（三〇三—一八）

本条「凡先姪後。娶為妻妾。雖会赦。猶離之」は、先に違法な情交を行った後に結婚した男女は、「赦」にあつても、なお離婚させるという規定である。義解は前掲令文の「赦」について、常赦のみならず、非常赦をも、それに含むと解釈している。唐律における「赦」は、恩赦、大赦、常赦ともいい、すべて同一の意味内容をもつ。唐断獄律20・21には、「赦」、即ち常赦が下されても、その常赦の適用を排除する犯罪の種類が明示されており、それを「常赦所不免」の犯罪という。従つて、「非常赦」とは、常赦に非ざる赦、即ち赦書に記載された、常赦では免されない犯罪をも赦免するという特別な赦のことである。

日本律も、その逸文から推測するに、唐断獄律「常赦所不免」の規定は、ほぼその規定通りに唐律を継受しているから、上記の常赦と非常赦との関係は、唐の場合と変らないと思われる。処で前掲戸令本条の「赦」であるが、

それは律との関係からいえば、常赦を指すとするのが一般的な考え方であろう。そうすると本条の令釈が「但常赦所不免。悉赦除者不離。唐答。猶離者非」(三〇三一九)といい、古記も「但常赦所不免。悉赦除者。不離耳」(三〇四一三・四)というように、「赦」の中には「非常赦」を含まないとするのが通常の解釈であり、それを含むとする義解説は礼教を重んじた一種の拡張解釈ということになる。なお義解は唐答、跡記、穴記と同説。

#### (六) 縮小解釈

縮小解釈とは、法文の常用の意味を他の条文との関係、立法者の意図、立法の歴史的背景、その他の諸事項を参照して、縮小させて適用する作業である。

**選叙令 23** 「及父祖子孫」下の義解「謂。此祖孫者。不及曾高曾玄也」(五〇〇一八)

本条は、その「父祖子孫」が死刑に処せられたものは、侍衛の官に選任しないと規定する。処で名例律 52 には、「称祖父母者。曾高同。称孫者。曾玄同」とあって、「祖父母」は曾祖父母、高祖父母を含み、「孫」は曾孫、玄孫を含むと定義する。これが律令の一般的定義とすれば、本条の義解が「不及曾高曾玄」としたのは、令文の「祖」「孫」を縮小解釈したものといえよう。

#### (七) 反対解釈

反対解釈とは、その内容の対比が或る程度可能な二つの事案のうち、一方についてだけ規定がある場合、他の一方について、規定のある事案と反対の法律効果を認める作業である。

**僧尼令 21** 「及妖言惑衆」下の義解「謂。以妖言而惑三人以上。即雖妖言。而不惑衆者。不可告言也」(二四八一



(三)

本条は、本寺の三綱らによつて還俗に処せられ、もしくは科罰を受けた僧尼は、三綱らを告言することができないという規定であるが、謀大逆、謀叛、妖言惑衆の罪の告言は、その例外とする。義解は、令文「妖言惑衆」の「衆」は「三人以上」とし、三綱らが妖言を造つて人を惑わした場合でも、その人数が三人に満たなければ、僧は告言してはならないとする。これは義解が「称衆者。三人以上」という名例律55の「衆」の定義規定を前掲令文に適用し、本条を反対解釈したものである。なお義解は穴記、讚説と同説。

**宮衛令25** 「凡諸門出物。无勝者。一事以上並不得出」下の義解「謂。一事猶一物。与上条義異也。防其盜詐。故更責勝也。文云出物。即知。除兵器之外。入物者。不可責勝也」(六九五―三・四)

本条は、諸門から物品を搬出する場合、勝(門勝。諸門から搬出すべき物品名とその数量を記載した文書で中務省から衛府に交付するもの)がなければ、「一事以上」を搬出してはならないと規定する。義解は「一事」を「一物」と解し、令文に「出物」とあるから、兵器以外の物品を搬入する場合は、勝を必要としないとする(因みに兵器「十事」以上の出入は勝を必要とする。宮衛令18)。やはり義解による反対解釈の例である。義解は令釈、古記、穴記書人の「師云」と同説。

## (ハ) もちろん解釈

もちろん解釈とは、その内容の対比が或る程度可能な二つの事案のうち、一方についてだけ規定のある場合、他の一方について、規定のある事案と同様の法律効果を認める作業である。名例律50に規定されている「挙重明軽」<sup>5)</sup>「挙軽明重」という法規欠缺の際の補充技法は、このもちろん解釈であり、義解にみえる以下の事例も、その応用



であろう。

**選叙令 23** 「凡経癡狂酗酒」下の義解「謂。酗酒者以酒為凶也。経者。言昔有此事。今則无之。若今見為者。灼然不可任用也」(五〇〇一一)

本条は、「癡狂」という篤疾、及び酒乱のものは、侍衛の官に任ずることができないと規定する。義解は、令文の「経」とは過去において経験したが、現在ではそれが存在しないことをいうとし、過去にそれがあつた事実を軽、現在それがあつた事実を重と解して、過去にその事実のあつたものが自衛の官に任ずることが禁止されるとすれば、現在その事実のあるものは当然、自衛の官に任ずることは禁止されるとする。

**宮衛令 28** 「責牒報宿衛及近侍之人本司本府。勿聽入内」下の義解「謂。依選叙令。父祖子孫被戮者。皆不得任侍衛之官。今案此条。伯叔兄弟。亦不可任侍衛之官。何者。二等親。犯死罪被推劾者。勿聽入内。以此言之。推劾之間。既不聽入内。殺戮之後。何得任侍衛也」(六九七一九。六九八一)

本条は、宿衛・近侍の人の二等以上の親族が死罪を犯して「推劾」(罪状の審理)を受けている間、その宿衛・近侍の人は、「内」(宮門内か)に入ることを許さないという規定である。

次に義解の文を、それに続く令釈の文を参照しながら、その論理の展開を説明することとする。義解は、先ず本条と関連する規定として選叙令 23「父祖子孫被戮者。皆不得任侍衛之官」(祖父・父・子・孫が死刑に処せられたものは、侍衛の官に任ずることはできない)をあげる。この選叙令 23の規定を反対解釈すれば、父・子(一等親)、祖父・孫(二等親)以外の親族が死刑に処せられても、侍衛の官に任ずることは許されることになる。

一方、宮衛令本条によれば、その二等親以上が死罪を犯して「推劾」を受けたものは、宿衛・近侍の人は参内することはできないとする。これは侍衛の官に任ずることはできないということである。そうすると、伯叔父・兄弟

は二等親であるから、伯叔父・兄弟が死罪を犯したものは、選叙令23では侍衛の官に任ずることは許されるが、宮衛令28では任ずることは許されないことになる。ここに両規定の矛盾をいかにして整合するかという問題が生ずる。右について、義解は宮衛令28において、宿衛・近侍の人の二等親が死罪を犯して「推劾」を受けている間、宿衛・近侍の人は参内できないとすれば、伯叔父・兄弟が死刑に処せられた場合は、当然、侍衛の官に任ずることはできないとする。この義解説は、死罪の「推劾」という、より危険度の小さい処分を受けた場合ですら、「内」に入ることが禁止されるのだから、それよりも危険度の大きい「殺戮」という処分を受けた場合は当然、侍衛の官に任ずることは禁止されるという、もちろん解釈の手法を用いたものである。

なお前掲選叙令23に相当する唐選挙令の条文は、永徽令には存在したが、開元令に至って削除されたという(選叙令集解の穴記、五〇一―四)<sup>6)</sup>。恐らく唐では両規定の矛盾に気付き、選挙令の規定を削除したのであろう。日本では母法の唐令に存した条文間の矛盾を選叙令23はそのままにして、宮衛令28の義解のもちろん解釈によって解決したといえよう。義解は令釈、跡記、穴記と同説。

### (九) 類 推

類推とは、或る事案について直接それを規定した法規がない場合、その事案と或る程度類似する事案について規定した法規を、その類似性を根拠にして前記事案に適用する作業である。

#### 職員令23 「諸国田租」下の義解「謂。左右京田租准此」(九八一―一)

本条は、主税頭の職掌を規定する。その職掌の一つに諸国の田租があるが、左右京の田租については規定がない。義解は、その徴収・賦課の基準や手続等が同じことから、左右京の田租を諸国の田租に類推して主税頭の職掌

と解した。

**喪葬令 17** 「夫之父母」下の義解「謂。養子之妻妾。於夫之養父母亦同」(九七二一六)

本条は、服紀(服喪の期間)について規定する。本条によれば夫の父母の為の服紀は三月とするが、夫の養父母については、その規定がない。そこで義解は養子の妻妾にとつて、夫の養父母の喪も夫の父母の喪に類推して、その服紀は三月とした。服紀については父母は一年、養父母は五月であるが(本条)、両者は同じく一等親であり(儀制令25)、更に律では養父母は原則として実父母と同じく扱うと規定するから(名例律52)、義解は両者の類似性に注目して上記の如く類推したのである。なお義解は令釈と同説。

(5) 比 附

比附とは、或る事案について、直接それを規定した法規がない場合、その事案と或る程度関係する事案について規定する法規から一般的な法命題を抽出し、それを前記事案の処理に使用する作業である。<sup>(1)</sup>

**僧尼令 25** 「凡僧尼有犯百日苦使。經三度。改配外国寺」下の義解「謂。已發更犯。是即与上条再犯義同。其第三度百日苦使者。為其外配。不更苦使也。若前犯二百日苦使。其役未畢者。便於配所而役之。其三犯百日苦使。止教赦降之後為坐。与律三盜徒流義同也。……」(二五三一七・八)

本条は、僧尼が百日苦使の罪を三度犯したときは、外国の寺に配することを規定する。義解は、令文の「三度」とは名例律29の「已發更犯」の意味とする。即ち犯罪発覺の後に更に罪を犯したり、配役されている間に更に罪を犯したりして合計三度、百日苦使の罪を犯した場合をいうとする。しかし恩赦があった場合、その恩赦の対象となつた百日苦使の罪が「三度」の中に含まれるかどうかについて令に明文規定はない。そこで義解は賊盜律52の本注

「三盜。止數赦後為坐」を根拠に、恩赦の対象となった百日苦使は、「三度」の数には含まれないとした。

右の賊盜律52は、盜罪を犯して斷罪された後、更に盜罪を犯した場合、前後三度徒罪を犯したものは近流に、前後三度流罪を犯したものは絞に処するという規定である。僧尼令本条と賊盜律52とは、犯罪の主体、犯罪の種類、犯罪に対する量刑などは異なるが、三犯加重という法原理は両者に共通する。義解はその点に注目して、赦前の罪は刑の加重される回数「三度」の中には入れないとする賊盜律52の法理を本条の処理に使用したのである。なお義解は令釈、古記、跡記と同説。

**捕亡令8** 「凡捉獲逃亡奴婢。限五日內。送隨近官司」下の義解「謂。過五日不送者。科違令。若未發而送者。

法无罪名。与自首同。其私放過者。以過致資給。及棄毀官私器物等論。但不合備償也」(国史大系『令義解』三〇六一四・五)

本条は、逃亡中の奴婢を捕捉したときは、五日以内に側近の官司に、その身柄を送致すべきことを規定する。

右に關し、五日の期限が過ぎてても、その事実の発覺しないうちに捕捉者が官司に届け出た場合、令に明文規定はないが、義解はその行為を自首扱いとし、捕捉者を無罪とする。これは、罪を犯したものが、罪の発覺以前に自首したならば、原則としてその罪をゆるすという名例律37の自首免刑の規定を適用したものである。即ち義解は逃亡奴婢を捕捉して所定の期限が過ぎてから、その事実を發覺以前に官司に届け出た行為は、名例律37の罪の發覺以前に、その罪を悔いて官司に届け出た場合の行為に類似するとし、この両者の本質的類似性を根拠にして名例律37の法律効果を本条に適用したのである。以上は義解による類推適用の例である。

次に義解は捕捉者が自己の意思によって勝手に奴婢を釈放した場合、やはり律令に明文規定がないので、捕捉者に対し、「過致資給」、または「棄毀官私器物」等の罪を以て論ずるとする。

右の「過致資給」とは、捕亡律 18 に規定されているが、それは犯人である事情を知らながら、その道案内や物品の供給をして逃亡を幫助した場合は、犯人の罪から一等を減ずるといふものである。義解の問題とする事案は、逃亡奴婢の捕捉者が勝手にその奴婢を釈放した行為であり、一方、捕亡律 18 は犯罪者の逃亡幫助の行為に関する処罰規定であつて、両者の犯罪構成要件は異なるが、逃亡奴婢も犯罪者の一種であり（捕亡律 13）、犯罪者の逃走を幫助したという法命題は両者に共通する。義解は、それを根拠にして捕捉者に対し、捕亡律 18 を適用して、逃亡奴婢の罪より一等を減じた「過致資給」の罪を科すことにしたのである。

また「棄毀官私器物」とは、雜律 54 に規定されているが、それは官私所有の器物を棄毀した場合、その損害額を贓として「准盜論」によつて処罰するというものである。本事案にいう逃亡奴婢の釈放の罪と雜律 54 にいう官私所有の器物の損壞の罪とは、その構成要件は全く異なるが、一方、奴婢は官私によつて所有される財物と見做される（名例律 32 疏、賊盜律 1 疏等）、賣買や贈与の対象となり、金銭による評価も為されるから、一旦捕捉した官私所有の奴婢を再び逃走させた行為は、他者に物的な損害を与えたという点では官私所有の器物を損壞した行為と共通の法原理を有する。従つて義解は、それを根拠にして捕捉者に対し雜律 54 を適用し、奴婢の価格を贓として「准盜論」によつて処罰することにしたのである。但し一般に官私所有の器物を棄毀した場合は、雜律 57 によつて損害賠償の責任を負うが、義解は逃亡奴婢を釈放しても、その責任はないとした。義解は一旦捕捉した逃亡奴婢を釈放する罪は、官私所有の器物を棄毀する罪よりも若干軽いと考へたのであろう。

以上は、その内容を規定した法規のある事案と、その内容を規定した法規のない事案との間に、本質的類似性がないから類推適用ではなく、比附による手法を以て法規の欠缺を補充した例といえよう。なお義解が奴婢の捕捉者に対し、「過致資給」と「棄毀官私器物」との両者の罪を掲げた理由は判然としないが、それは恐らく捕捉者が奴

婢を釈放した事情やその後の状況等によって、その何れの罪を適用するのが妥当であるが、その判断を裁判官に任じた為であろう（例えば、釈放された逃亡奴婢が存命の場合は前者を、事故等によって死亡した場合は後者を適用するなど）。

## 二 令義解の法解釈の不備

以上、令義解の法解釈技法の内容について、現行の法解釈の分類や説明に従って概観して来たが、令義解の法解釈の中には、令文の解釈としては明らかに誤謬と思われるものやまた説明不足と思われるものも認められる。

すでに岩橋小彌太氏は、『増補上代史籍の研究 下巻』（吉川弘文館、昭和三十三年刊）所収の「令義解」において、「令は義解と相俟つて始めて理会することが出来る」としながらも、「義解は万事令の精神を汲んでゐると思へないこともある」、「どうかすると随分幼稚な誤解もしてゐたやうに思はれる」（八六頁）と述べ、計二十七箇所にわたつて、その事例を指摘されている。ただその中には、義解が当時の行事によって解釈を施し、令の原意とは異なるものが若干あげられているが（田令21、軍防令3等）、時代や社会等の状況の変動によって令文を様々に解釈し、その時々々の正義に適つた法的紛争の解決の為に、令文の意味内容を新しく創り出して行くことも、当時の明法家に課された重要な職務と考えれば、令の原意を超えた義解の解釈も、一概にこれを否定することはできない。

しかし、岩橋氏のあげられた義解の解釈には、明らかに令文の解釈としては誤謬、もしくは説明不足と思われるものも多く存するから、氏の指摘は義解の法解釈の水準やその実態を知る上において注目に値する貴重な研究である。以下、氏の研究の驥尾に付して、義解の解釈の中、不備と思われる個所について、気のついた例を若干紹介し

ておきたい。

**僧尼令 1** 「並依法律付官司科罪」下の義解「謂。不論罪之輕重。皆先還俗。何者案道僧格。犯詐稱得聖道等罪。獄成者。雖會赦。猶還俗。故必先還俗。其僧尼還俗。猶俗人除名。依律犯除名者。罪雖輕從例除名。罪若重。仍依當贖法。准此言之。僧尼詐稱得聖道等者。罪雖輕。猶還俗。不可更論本罪。々若重者。仍依以告牒當之法也」(一一一・二)

本条は、僧尼にとつて最も重い罪の種類を述べ、それに対する処罰の方法を規定する。義解は、①僧尼が本条記載の罪を犯した場合は、罪の軽重を問わず、先ず還俗せしめるとし、その理由として母法である唐の道僧格をあげる。この義解の解釈は、前述の歴史的解釈の手法に相当するといえよう。

次に義解は、②僧尼の還俗を俗人の除名に比定した上で、名例律 22 を引用し、この規定に準じて本罪の軽重に拘らず、僧尼を還俗せしめた後、俗律に照らして本罪が杖一百以下の場合には、毀棄される告牒(徒一年に代当)によつて、その本罪は免除されるが、もし本罪が徒一年よりも重い場合は、僧尼令 21 によつて、告牒を以て徒一年に當て余罪は律によつて実刑を科すとする。

義解が右の①において、僧尼が本条記載の罪を犯した場合は、罪の軽重を問うことなく還俗せしめるとしたのは妥当な解釈であるが、②に述べた解釈には疑義が存するといわなければならない。以下、若干煩瑣にわたるが、その理由について述べよう。

義解は僧尼令 21 において、「告牒者。僧尼得度公驗也」(二四一一)といっているから、義解のいう「告牒」とは、僧尼が得度した際に授与される公驗であり、それは通常一通の筈である。告牒が一通しかないとする、本条記載の罪を犯して、それが徒一年以上の場合には、僧尼令 21 「凡僧尼有犯。准格律。合徒年以上者還俗。許以告牒當



徒一年。若有余罪。自依律科断。如犯百杖以下。每杖十。令苦使十日」の俗法上の罪、徒一年以上を犯した場合と同じ処罰となり、本条を特別に設けた意味はないことになる。

それでは、本条記載の犯罪に対する俗法上の量刑はどうか。その犯罪とは、(a)上觀玄象仮説災祥、語及国家、妖惑百姓、(b)習読兵書、(c)殺人、(d)姦、(e)盜、(f)詐称得聖道の六種である。右に相当する養老律の刑罰は、次の通りである。

(a)は僧尼が天文現象を觀察して偽つて吉凶を予言し、その言辞が「国家」の政治の批判に及んで人民を惑乱せしめる行為をいう。令文の「国家」について、義解は「不敢指斥尊号。故託曰国家也」(二〇七—三)と述べて天皇を意味するとし、名例律6の八虐条の冒頭「謀反」の疏に当る文を引用しているから、その行為は重ければ謀反罪の皆斬(賊盜律1)、軽くとも「指斥乘輿」の罪(天皇を誹謗する罪、職制律32)の斬(「情理切害」の場合)か、徒二年(「情理非切害」の場合)に相当するであろう。

(b)は僧尼が「兵書」(太公六韜、黄石公三略の類)を習読する行為をいうが、これは兵書を所持、もしくは私習する罪の徒一年(職制律20)に相当する。

(c)は義解に「謂。若殺及姦家人奴婢。并姦盜未得者。並依下条」(二〇九—四)とあるから、義解は家人奴婢に對する殺人ではなく、凡人以上を対象とする殺人と解している(d)の姦も同じ)。凡人に對する一般的な殺人には、故殺、鬪殺、謀殺の既遂があるが、故殺は斬(鬪訟律5)、鬪殺は絞(同上)、謀殺の既遂は斬(賊盜律9)である。

(d)は無夫の婦に對する和姦は徒一年、強姦は徒一年半、有夫の婦に對する和姦は徒二年、強姦は徒二年半である(雜律22)。なお和姦の婦女の罪は男子に同じとされるから(雜律27)、尼の和姦は徒一年となる。



(f)は「聖道」(僧が現世において自力で悟を開くこと)を得ていないにも拘らず、偽って、それを得たと称する行為であり、俗律では「造妖書及妖言」の罪、即ち遠流に相当するであろう(賊盜律21)。

以上の五種の行為は、養老律においては、何れも徒、流、死の刑罰に相当する犯罪といえることができる。最後に(c)の盜であるが、義解には前掲の如く「姦盜未得者。並依下条」(「下条」は僧尼令21か)とあるから、義解の解釈では、この「盜」には、強盜・竊盜の未遂罪は含まれない。一尺以上の強盜は、徒二年以上、死刑以下の罪である(賊盜律34)。竊盜については、律に「二尺杖六十。一端加一等。五端徒一年。五端加一等。五十端加役流」(同上35)とあって、五端以上を盗んだ場合は徒刑以上、加役流以下の罪となるが、一尺以上、五端未満までの竊盜は杖刑が科される。

前述の義解の解釈に立ち戻って考えると、義解は「罪雖輕。猶還俗。不可更論本罪」といって、本罪が還俗よりも軽い杖一百以下の場合には、毀棄される告牒によって、その本罪は免除されるとする。これは徒一年に代当する告牒が毀棄される為、杖一百以下の罪は、いわば帳消しになるということである。前掲僧尼令21によれば、僧尼の犯罪は格律に照らして徒年以上の場合には還俗せしめ、告牒を以て徒一年に当て、余罪があれば律によって実刑を科すとし、百杖以下の罪を犯した場合は、杖十毎に苦使十日を科すと定めている。従って、通常の犯罪であれば、僧尼は杖一百以下の罪は告牒を毀棄されることなく、苦使によって、その罪を贖うことが許される。しかし、僧尼が杖一百以下の竊盜罪を犯した場合は、本条によりその杖刑は免れるが、告牒は毀棄され、僧尼の身分は剝奪されることになる。このように義解の解釈によれば、一尺以上、五端未満の竊盜に関してのみは、本条は僧尼令21に比べて厳しく、特別な規定といえようが、他の五種の罪、及び竊盜五端以上の罪に関しては、すべて律に照して徒一年以上の刑に処せられるから、その場合は前述の如く、僧尼令21の規定と同じ処罰方法となり、本条を特別に設けた意

味はないことになる。本条が僧尼令の冒頭に掲げられた、僧尼にとつて最も重大な犯罪に関する規定であることからすれば、やはり義解の解釈は不当であるといわざるを得ない。従つて、本条の解釈は、令集解所載の穴記問答の第二説(二二一一八)や讚説(二二二一七)の如く、告牒を以て徒一年に代当する制を適用せずに還俗せしめ、俗人同様に処罰を行うとするのが令本来の意味であつたと思われる。<sup>(8)</sup>

**僧尼令 5 「及毆擊長宿」**下の義解「謂。拋上条。長宿三綱。尊卑既異。今此条。唯拳尊者。故毆卑者。不可還俗。自須准毆傷輕重依格律条論。但不可輕於罵辱之罪。其凡僧相毆者。亦依下条也」(二一九一四・五)

本条は、僧尼が寺院ではない道場を立てて民衆を教化し、また妄りに罪福を説き、また長宿を毆撃すれば、みな還俗せしめると規定する。義解は僧尼令4の「罵辱三綱。陵突長宿者。百日苦使」について、「其罵辱者重。陵突者輕。長宿既尊。三綱稍卑。即明。陵突三綱者。不合苦使之」(二一八一三)と解釈している。即ち義解は、長宿は尊者、三綱は卑者、罵辱は重罪、陵突は輕罪と解釈した上で、三綱を陵突すれば苦使百日には当たらないとしているから、三綱を罵辱する罪と長宿を陵突する罪とは均衡し、同じく百日苦使に当たるのである。

以上の解釈を踏まえて、義解は本条では尊者である長宿を毆撃すれば「皆還俗」とあるから、卑者である三綱を毆撃した場合は、還俗には当たらないとした。但し義解は上記の文に続けて、三綱を毆撃した僧尼は、その毆傷の輕重の程度に従つて「格律条」(僧尼令21)によつて論ずべきであるが、その罪は三綱を罵辱する罪よりも軽くしてはならないとした。この義解の解釈は不可解である。即ち三綱を罵辱する罪は、僧尼令4によつて百日苦使とされ、それは俗法の杖一百に相当する(僧尼令21)。従つて、罵辱の罪より軽くしてはならないとすれば、それは杖一百より軽くしてはならないということであり、つまり徒一年以上ということになる。すでに義解は、前述の如く三綱を毆撃した僧尼は還俗させるべきではないとした。格律条には、「合徒年以上者。還俗」とあるから、格律条

を適用すれば、徒一年以上のものは還俗させられることになる。義解の解釈には矛盾があるといわざるを得ない。

やはり前条の「罵辱」と「陵突」とは、「文異義同」(「或云」二二八一五)、「同意。下条。毆三綱亦還俗也」(穴記所引の一説。二二八一六)と解し、本条の「毆擊長宿」も、令釈や古記の如く「毆三綱僧綱亦同」(二二九一五、二一九一七)と解するのが令文の正しい解釈であろう。<sup>(9)</sup>

**田令 8** 「凡応給職田位田人」下の義解「謂。案職田位田者。抛先既給訖。不可更称応。或是衍文乎。……」(三三二二)

本条は、官人が解免や除名された場合の職田や位田等の給田の処置について規定する。義解は令文「応給職田位田人」の「応」字を推量もしくは期待の意にとつて衍字としているが、「応」は当然の状態を表す語でもあるから衍字ではない。母法である唐田令にも、「諸応給永業人。若官爵之内。有解免者。従所解者追。……」(天一閣藏、明鈔本天聖令)とある。なお本条の朱説には、「此文応給職田位田人者。未知。未得人歟。若下文称従所解免追之故。為已得了乎何。先云。為已得了者」(三五三三・四)とあるから、私記の中には、「応」字を推量もしくは期待の意にとる説があり、義解はそれを受けたものであろう。<sup>(10)</sup>

**田令 8** 「若官位之内有解免者。従所解免追」下の義解「謂。解。解官也。免。免官也。仮有。正三位位田卅町。犯免官者。三載之後。降先位二等。叙正四位上。即依正四位。給廿四町之類也。若解官者。追亦如之」(三五三三・五)

義解は、令文「解免」の「免」を免官と解し、免官の場合の事例をあげて説明するが、この「免」は免所居官、官当をも含むであろう。本条の穴記にも、「免官。免所居官亦同也。此称免者。免官以下総名也」(三五三一九)、跡記にも、「免者。官当皆同也」(同上)とある。<sup>(11)</sup> 因みに選叙令 8 「及解免者」の義解には、「謂。此云解免。猶云

解去。即喪解病解之類。皆忽為解免。其因犯解免者、断罪言上。仍待符報。乃合解官。不可更言上。凡解免者。或為一事。或為二事。隨事成義。不必一例也(四六九一八・九)とあって、ここでは義解は「解免」を「解官」の意にとつて、「免」は「解」と同意とし、「解免」は「一事」としているようである。しかし、同条の古記、跡記、穴記のいうように、「免。謂官当以上」(四七〇一一)とし、「解免」を田令8と同じく「二事」(解官と免官・免所居官・官当)と解する方が穩当であろう。

**考課令3** 「徳義有聞」下の義解「謂。徳者。得也。性得高行。義者。宜也。裁制合宜。二者相須。乃得称善。以下三善亦合相須。仮如。黄霸守尹。瑞鳳集国。劉昆作宰。猛虎渡河之類。是徳也。鮑永引車。哭於旧君。廉范下馬。周於窮使之類。是義也」(五五七一・二)

本条以下、第六条までは、官人の考課に係る重要な項目、四つの善について規定する。前掲義解が「徳」と「義」について、「二者相須。乃得称善」といい、また「以下三善亦合相須」といつていることからすれば、義解は四つの善、即ち「徳義」「清慎」「公平」「恪勤」は、何れもそれぞれ二つの行為から成立し、その二つの行為が共に備わることによって、「一善」の要件が満たされると考えていたと思われる。

前掲の如く、義解は「徳義」については、「徳」と「義」の双方に関する中国の故事を引き、また「清慎」についても、「仮如。楊震闇夜辞金。胡威婦路問絹之類。是清也。孔光典機。不語温樹。樊宏詣闕。无謬鐘漏之類。是慎也」(五五八一七)というように、「清」と「慎」の双方に関する故事を引いている。しかし、義解は「公平」については、「仮如。趙武拳以私讎。祁奚薦以己子之類。公平也」(五五九一五)、「恪勤」については、「仮如。馮豹奏事。通宵伏閣。巫馬從政。戴星居官之類。恪勤也」(五六〇一一)として、「公平」と「恪勤」に関する故事を引き、「公」と「平」、「恪」と「勤」のそれぞれについての故事を引いてはいない。そのことは義解が「公平」と

「恪勤」の二つの徳目を「一事」（二つの行為）として捉えていたことを示すものである。義解が「公平」と「恪勤」とを「二事」とはせず、「一事」と考えたとすれば、前掲義解の「以下三善亦合相須」の文は、少なくとも上記の二項目には妥当しないことになる。

なお義解の解釈は令釈の説を踏襲したものであるが、令釈の後に続く「案」では、「恪勤。公平。檢其行事。各一事。相須者非」（五五七―四）とあり、穴記も、「公平。為一事也。不被謂相須也」（五五九―六）と述べている。また令釈も、戸令 33 集解では「公」を解釈して、「公。平也」（三二九―一）といて「公」と「平」とを同義に解し、別義に解してはいないのである。

**考課令 7 「最条」** 下の義解「義解（訓）云。最惣有卅二条。凡最者八字相須。乃得成最。仮如。玄蕃寮。雖蕃客不来。猶得僧尼合道。蕃客得所乃最。挙一以言。余准須知。其方術之最。以四字成。仮如。陰陽師最。占効驗多之類也」（五六〇―一五）

本条は、以下四十二個条にわたる各官人の職務上の考第に關係する最の標題を掲げる。

義解の「凡最者八字相須。乃得成最」とは、各四字から成る職務上の二事（二つの行為）が共に備わることによって最の要件が満たされるということである。次の「仮如」以下の文意は、玄蕃寮の官人は「僧尼合道」と「蕃客得所」の二事が備わることによって最を得ることができるが、もし蕃客が来なかつた場合でも、「僧尼合道」の一事さえ備わつておれば、やはり最を得ることができるというのである。この義解の解釈は、令釈所引の師説を踏襲したものであるが、それは「釈云。師説云。相須八字。乃得成最。依无可行之事不行者。猶可得最。余皆放此。仮有。玄蕃。々客全无。僧尼合道。如此之類。亦備八字。以為最名。挙一而言之。余皆放此」（五六〇―一六）というものである。

このように令釈所引の師説には、「依无可行之事不行者。猶可得最」（最を得る要件として規定されている事項が合理的な事由により遂行できない場合は、それを遂行しなくとも、なお最は与えられる）という文があつて、次に玄蕃寮の例があげられているから理解し易いが、義解には上掲の如き一般的な説明文がなく、直ちに玄蕃寮の特別な例があげられているから、全体として頗る分りにくい。やはり撰文の不備というべきであろう。

**考課令 33** 「職事修理。昇降必当」下の義解「謂。諸司次官以上。皆得此最也」（五七一―一五）

本条は、次官以上の最を得る為の要件を規定する。本条の集解諸説をみると、令釈に「此条。為无最名諸司立耳」（五七一―一五）、跡記に「此条。為不称最諸司而立条」（五七一―一五・六）とあるように、本条は最の規定のない諸司一般の次官以上の為の規定とする説と穴記所引の「一云」に「承前諸司。又得此最以下」（五七一―一八・九）とあるように、最の規定のある諸司の次官以上も、本条の最を得ることができるとする説とがある。両者は正反対の内容をもつ説であるが、前掲義解の文を読んでも、その何れであるか、即ち義解のいう「諸司」とは「承前諸司」を含むか否かは全く不明である。処が考課令50の「一最以上」下の義解の文には、「謂。神祇少副以上。得神祇祭祀。不違常典。及職事修理。昇降必当最之類。故云以上也」（五七七―一九）とあるから、考課令33の解釈では、義解は令釈や跡記の説をとらず、穴記所引の「一云」と同説のことが分かる。最の規定のある承前の諸司の次官以上も、本条の最を得ることができるか否かは、本条の解釈にとって重要なポイントであるが、本条の義解の文のみでは、それは不明であつて、考課令50の義解を読むことによつて始めて了解されるといえるのである。やはり義解の撰文の不備といわざるを得ない。

**儀制令 16** 「凡祖父々母々患重。及在囹圄」下の義解「謂。患重者。不離枕席也。囹圄者。繫囚之所。其依律散禁者非也」（七二〇―一三）

本条は、祖父母父母が重病、または獄舎にあるとき、その子孫の婚嫁を禁ずる規定である。前掲義解の文「其依律散禁者非也」の意味は理解し難い。「散禁」とは、枷や杻の刑具をつけることなく獄舎に拘禁することであつて、杖罪を犯したものは散禁し、また年八十以上、十歳以下、痲疾等の類は死罪を犯した場合でも散禁する（獄令 39）。そうすると義解の前掲文は、律を適用して祖父母父母が杖罪相当の場合は「非也」、即ち、「在圜圍」として扱わなということであつて、その子孫は婚嫁が許されるということになる。

今、本条の古記の説をみると、それには、「古記」云。……問。文称在圜圍者。未知。罪輕重有不。答。案戸婚律。祖父母々々被禁。而嫁婚者。死罪徒一年。流罪減一等。徒罪又減一等。杖罪以下无罪名。律雖无罪名。令有禁制。則知。散禁已上皆是也」（七二〇―五・六）とあり、令釈、穴記、跡記も古記と同説であつて、圜圍に在るといふのは、祖父母父母が散禁（杖罪）以上の罪を犯して拘禁された場合と解している。従つて、これらの私記にあつては、祖父母父母が杖罪を犯して拘禁された場合も、前掲義解の文とは異なり、その子孫は婚嫁することが許されないことになる。たとい刑具をつけずに拘禁されたとしても、それは圜圍に在ることに変わりはないから、やはり義解よりも古記等の説が令の原意に適つた妥当な解釈といえよう。義解の前掲文は簡単に過ぎて、果して前述の如く解してよいかどうか、なお疑問の残るところであるが、少なくとも義解の説明は不十分であるといわざるを得ない。

**儀制令 23** 「六位以下。及勲七等以下。宜聽量情決答」下の義解「謂。杖罪以下。量其情狀多少決答。若徒以上者。依律科斷。既云量情決答。即知。或全決其罪。或量減其科。若其減決者。亦不須依從減例減之法。唯止量減其一二等。若依減法者。即為涉用位蔭故也」（七二六―九、七二七―一）

本条は、六位以下及び勲七等以下の官人が自分の帯する官位や父祖の蔭をたのんで、その所属の官庁において、



故意に法に違反する行為を犯した場合、長官もしくは次官が決笞の実刑を科し得ることを規定する。義解は、右の「決笞」の権限を杖罪以下の犯罪とし、それは情状によって、その犯罪相当の刑をそのまま執行してもよいし、またその犯罪相当の刑より一、二等減軽してもよいとする。但し減刑する場合は、「從減」「例減」によるべきではないとし、その理由として「從減」「例減」によるときは、位・蔭を用いることになるからであると述べている。

右の義解の解釈は、本条の古記、令釈、跡記等の諸説とは異なるところがある。即ち令釈、跡記は上記官人に對し、「例減」(名例律10)は与えないが、「從減」(名例律42)は与えるとする(七二七一一・二・六・七)。古記も「從減」は与えるとするが、「例減」については明記していない。但し「謂不得聽贖」とするから(七二七一一・二)、「例減」は当然与えないとするのであろう。

このように前記諸私記がすべて「例減」を与えないとしたのは、「例減」とは七位・勳六等以上のもの、及び官位・勳位の請を得るものの祖父母・父母・妻・子孫が流罪以下の罪を犯した場合は一等を減軽される特典のことであつて、本条が予め位・蔭をたのんで犯した官人の罪を処罰する規定であるから位・蔭は用いないとしたのである。また諸私記がすべて「從減」を与えたとしたのは、「從減」とは從犯は首犯より一等を減軽することを意味し、それは位・蔭とは関係しないからである。義解は前述のように「從減」「例減」をともに与えないとし、それは「位蔭」を用いることになるからであるとした。この理由づけは「例減」には妥当するが、「從減」には妥当しない。やはり義解の失考というべきであろう。

**喪葬令5** 「其無位皇親。准從五位。三分給二」下の義解「謂。准散位從五位。仮。散從五位給絶五疋。而无位皇親。三分給二。即給三疋之類。下文云。減數不等。從多給故」(九六二一七・八)

本条は、官人・皇親に対する贈物(死者へのおくりもの)支給の額を規定する。義解は無位の皇親に給う贈物の



額は散位の從五位に給う緇五疋の三分の二であるとして、その額を「三疋」とする。この義解の「三疋」という数が四疋の誤であることは、すでに集解伝存本（田中忠三郎所蔵本等）の本条の書入れに「此義解失錯。更無疑也」（九六二一八）として指摘されている。

**獄令 22** 「二等親七日。並不給程」下の義解「謂。不聽出禁所。其雖父母喪。亦不得從喪。即余条称不給程者。皆准此例」（国史大系『令義解』三一八一〇、三一九一一）

本条は、服役中の流徒囚の父母、及びその二等親が死亡した場合、それぞれ仮五十日、仮七日を支給することを規定する。義解は令文「不給程」について、これを服役囚は獄舎を出ることを許さず、また父母の喪葬に立ち会うことも許さないと解する。しかし、後述するように、本条の法意は服役囚に対して仮五十日、仮七日を支給するのみで、特に往還に必要な日数は与えないと解すべきであろう。<sup>(12)</sup> そうであるとすると本条の法意が親族の服喪の場合、服役囚を一定期間、獄舎から出して拘禁を解くのに対し、義解は、その場合も依然拘禁するとするから、両者はその点に関して全く正反對の法的処置をとることになる。義解の解釈は、天長年間当時の慣行を取り入れたものかも知れないが、令文「不給程」を義解の如く解することは、その常用の意味から考えても無理であるから、もし義解の如き解釈を当時必要とするならば、それは格ないしは式によって規定すべきであろう。

また義解は、「余条称不給程者。皆准此例」といって、この解釈は、他条の「不給程」にも準用するように命じている。恐らくそれは獄令 48（禁獄中の死刑囚、及び流徒囚に対する父母の喪による給仮の規定）の末尾にある「悉不給程」を想定したものであろうが、獄令 23「凡婦人在禁。臨産月者。責保聽出。死罪。産後満廿日。流罪以下。産後満卅日。並即追禁。不給程」の「不給程」には、義解の前記解釈は妥当しない。即ち獄令 23 は収監中の女囚が出産する場合、一時仮釈放を許す規定であるが、死刑囚は産後二十日間、流罪以下の囚は産後三十日間、獄舎

より出し、その後は再び収監すると定めている。その令文には「責保聽出」とあるから、義解の前記解釈は、この場合、明らかに令文と矛盾する。やはり獄令22の「不給程」は、すでに紅葉山本の令義解の書入れに、「給脱カ積云。謂不往還行程」とある如く往還に必要な日数は支給しないと解すべきであろう。

### 三 総括と展望——令集解の成立と関連して——

以上、令義解にみえる法解釈技法について、事例をあげながら概観して来た。令義解の前記法解釈技法による法創造に関して、時代的、社会的要請との関係から、それを考察することは、そのこと自体、一個の重要な研究テーマである。しかし、それは暫く措くこととし、ここでは令義解の法解釈のもつ一般的な意義について総括し、且つその後の展望、とりわけ令集解成立の背景や令義解と令集解との関係について若干の憶測を述べておくに止めたい。

本稿第一章における考察の結果、そこにみられる令義解の法解釈技法の種類、構造、思考方法等は、現代の実定法の運用における法解釈技法と基本的には殆ど変わらないこと、即ち現代の法解釈技法の祖型がすでに八・九世紀の我が国において認められることが明らかとなった。また現代の諸々の法解釈技法においては、何れかの技法を唯一絶対のものとしてではなく、それぞれに独自の存在理由を認めて、個々の具体的な法解釈ごとに、それらの技法を適切に選択し、組み合わせ、その都度、整合的な最も説得力ある正当化をめざすべきであるとされるが、これまた令義解の法解釈の指針や目標にも通ずるものがある。

令義解の法解釈には、唐令を参考にして養老令の立法上の不備（公式令1・22、喪葬令1・2等）を指摘する作

業と共に、養老律令や唐令、唐格等の諸法規をあげて、それらとの体系的な関連を考慮しながら適用すべき当該条文の意味内容を絞り込む作業が多く認められ、それが令義解の法解釈の特色の一つとなっているが、これらのいわゆる体系的解釈技法の事例は、義解が恣意的な解釈を避けて体系的な思考方法を重んじていることを示すものではない。また前述の目的論的解釈の項にあげた、儀制令 7 を根拠に比附の技法を用いて喪葬令 2 を新しく解釈し直し、天皇の外祖父父母の地位の向上という当時の状況に見合った新しい法規範を創造した事例、また同じ項にあげた、喪葬令 17、仮寧令 3、及び礼の觀念等を援用して儀制令 7 の意味内容に制限を加え、縮小解釈の技法をも併用して天皇の政務の重大性を強調した事例、更にはもちろん解釈の項にあげた、宮衛令 28 を参照して選叙令 23 を新しく解釈し直し、その法解釈によって唐の永徽、開元両令間に存した矛盾を解決した事例等は、義解の巧妙な法解釈技術として注目に値するであろう。

しかし、上記の事例を以て、直ちに令義解の法解釈の全体像を推定し、そこから一定の評価を下すことには、やはり慎重でなければならない。令義解の法解釈に大きな役割を演じた体系的解釈技法も、元をただせば義解の撰者が当時の明法家がすでに身につけていた思考方法を受容した結果であった。また前記比附の技法による目的論的解釈の事例も、義解は穴記と同説であり、もちろん解釈の事例も、義解は令釈等の説を踏襲したものであった。縮小解釈を併用した目的論的解釈の事例も、その典拠をあげることはできないが、義解の説は先行学説に拠ったものであるから、これらはすべて令義解そのものの法解釈の水準をはかる尺度とは為し難い。義解の法解釈にすぎた点があるとするれば、その多くは先行学説に負う所が大であったと思われる。すでに本稿第二章において指摘したように、義解の解釈には、令文の解釈としては明らかに誤謬と思われるものやまた説明不十分のものなどが認められ、しかも、その誤謬の性質や程度には、「随分幼稚な誤解」と評されるような杜撰なものもあったのである。

筆者は前稿「古記と令釈」<sup>(15)</sup>において、戸令7と厩牧令7の両条を例として、古記の法解釈の手法が個別具体的事情にも配慮した実務的、合理的な性質を有する場合が多いのに対し、令釈のそれは或る程度、現実から遊離した機械的、画一的、思弁的な性質を免れ難い場合のあることを指摘した。そうであるとすると、義解は令釈の説を踏襲することが多いから(前掲戸令7、厩牧令7の両条の場合も然り)、この令釈の有する性質は、義解の法解釈の評価にも、そのまま妥当する場合があることになる。本稿第二章で指摘した考課令3の義解の解釈も、令釈の説を踏襲したものであって、それはやはり機械的、画一的な性質を免れ難いものであったのである。

また義解の編纂方針の一つには、すでに述べたように簡潔な訳文の起草ということがあったと思われる。もとより令注釈書の撰述に当って、簡潔な訳文の作成に志すこと自体は決して批難すべきことではない。しかし義解には、簡潔な訳文の作成を急ぐあまり、全体として文意が取りにくくなったり、曖昧になったりして、法文の注釈としては甚だ蕪雑な文章となった事例がまま認められる。第二章にあげた考課令3、同7、同33、儀制令16などは、その典型であろう。たとい義解の文に誤りはなくとも、義解の文とその典拠になった先行の私記の文とを比較してみると、義解の文よりも先行の私記の文の方が理解し易いことも屢々ある。

更に義解には、その内容のみならず、その形式にも問題があった。令義解の注釈の形式は、養老令の条文のすべてを引用した上で、適宜令文を分断し、その語句と語句との間に、「謂。……」「……」として義解の文を細字双行で挿入したものである。問題は義解の文を令文中に挿入する場合の、その位置である。例えば職員令21の民部卿の職掌の一つである「家人奴婢」の下にある義解には、「謂。既非平民。故別頭。其道橋以下菽沢以上。唯抛地図知其形界。至於檢勘。不更関涉」(九五―三)とあって、「其道橋」以下の文は、令文の「家人奴婢」とは関係がなく、民部卿の他の職掌である「橋道」以下に関係するから、令文の「橋道」の下か、もしくは「菽沢」の下にあつ

た方が合理的である。また考課令 2 の令文「及隠其功過」の下にある義解には、「謂。主典也。言若長官昇降不当者。降長官考。若主典実録不明者。降主典考。故云。各准所失轻重。降所由官人考。仮如……」(五四八一―二五)とあるが、この義解の文は、その内容から考えて、令文「以致昇降者。各准所失轻重。降所由官人考」の下にある方が令文を理解するのに遙かに都合が良い。このように令文と義解の文とが正しく対応せず、その間に齟齬が生じている例は、探せば多く見つけることができよう。義解は先行学説を義解の文として採択、文飾して、それを令文の語句と語句との間に挿入する場合においても、その配慮や推敲が十分に為されたかどうかは疑わしい。以上述べた所からすると、義解本来の法解釈の技術・技法は、勅撰の令注釈書とは申しながら、全体としてみれば、その水準は必ずしも高いものではなかったといわざるを得ないのである。<sup>(16)</sup>

さて貞観・延喜の頃、即ち九世紀後半から十世紀初頭にかけての頃には、令義解の法的効力は漸く世上に浸透し、その権威もそれなりに高まったことと思われる。貞観及び延喜の律令講書の具体的内容については必ずしも明らかではないが、遺されたその講書私記の僅かな逸文からみても、義解を中心にした令の講釈が進められたことは、ほぼ誤りないであろう。<sup>(17)</sup> 義解中心の令の講釈とは何かといえ、それは義解による令解釈の正当化ということである。しかし、義解の法解釈の中には、すでに指摘したように明白な誤謬や不備が存し、その解釈は全体として様々な問題を抱えていたのである。従って義解中心の講書は、講師による義解に基づく令の講釈が為されると共に、それに対する聴講者の質疑を通じて義解の内容に再検討が加えられる機会でもあったと思われる。その結果、この講書を通じて、義解の文を更に文理解釈して、その意味を確定する作業や義解の文を令文と同じ法的効力をもつ規範として、それを根拠に更に他の令文を解釈する作業などと共に、義解の解釈に対して新しく疑義を提示し、その問題を指摘する作業もまた同時に行われることになったであろう。義解の解釈に疑義や問題点のあることが

明らかになれば、それは必然的にその義解の文の基づく明法家の諸私記に立ち帰って再考しなければならない。かくして令義解を修正補充するという諸家の私記のもつ学説法としての意義が再認識され、ここに令条毎に、それを類聚する令集解の如き編纂物の必要性が生じて来たのではなからうか。

以上、令義解の法解釈との関連から令集解成立に至る背景を探ってみたのであるが、なお令義解と令集解との関係について、法運用上の視点から若干考えてみたい。養老令の勅撰の注釈書である令義解には、表や序、施行の詔などが伝来して、その成立・施行の年代、その編纂の事情や目的などを具に知ることができるのに対し、令集解は、その編者は一応、惟宗直本に比定されるにしても（本朝書籍目録）、その成立年代やその編纂の事情・目的などを直接うかがうに足る史料は、なにごと遺されていない。従って、この書は直本個人の私的な養老令の注釈書というのが今日の一般的な考え方であるが、それでは全く純粹に私的な編纂物として考えてよいかといえ、そのように断定することにも若干のためらいを感じる。

令義解の注釈の形式は、伝存本によれば、前述したように養老令の条文をすべて引用した上で令文を分断し、その語句と語句との間に、義解の文を細字双行で挿入して行くというものである。令集解は義解のない令文は適宜それを分断して、そこに諸家の私記をやはり細字双行で挿入するが、義解のある箇所は、義解の施した段落はそのまま踏襲して、義解を全文引用した後各私記を義解の意味内容に倣って抜粋し、列記している（今、令義解と令集解の両者の伝本の存する部分について、義解が挿入される令の本文の箇所を対比してみると、両者はほぼ同じである。ただ賦役令36、衣服令3、公式令1その他に若干の異同が認められるが、それは恐らく両者何れかの伝本の誤写であろう）。従って、令集解という法書は、令義解をいわば土台として、それに諸家の私記を逐次付記して行くという体裁を取っており、その土台に当る義解の体裁は殆ど壊していないといつてよい。このことは形式上、集解



は義解を重んじていることを意味し、令文に挿入された義解の位置を動かしたり、或は義解の文を分断したりして、その後に各私記を「或云」として列記する異質令集解卷廿などとは決定的に異なる所である。

次に令義解の注釈の内容であるが、それは繰り返し述べるように、その法解釈には誤解や不備と思われる個所が少なからず存在した。しかし令集解は、義解と異なる説やそれに反する説を掲げることがあっても、義解の名をあげて義解説を正面から批判することはしていない（集解の伝存本にみえる集解成立以後の書入れは別として）。令義解が勅撰の令注釈書であり、また詔によって施行されている以上、それは蓋し当然のことであろう。このように法解釈をめぐる令義解と令集解との関係は頗る微妙なものであって、令集解という法書は、表向きはあくまでも令義解を尊重し、また義解の文を令文と同一の法的効力をもつ法源として扱う伴記や朱説<sup>(18)</sup>なども収録して、義解の理解を深めるという態度を取りながらも、一方ではその足らざるを補い、また間接的ではあるが、その誤りを正すという機能をも果しているのである。

そもそも令義解は、従来の明法家の諸説の中から正説とすべきものを採って編纂したといわれる。しかし、義解の施行後、やはり義解のみを以て当代の法的紛争や法的諸問題を解決・処理する為の法解釈の基準とするには、質的にも量的にも十分ではないと感じられ、更なる法的論拠の発見や創出が実務上必要とされたのであろう。従って令集解の編纂は、建前上は令義解の理解や補充を目的とするものであったにせよ、実際はそれに止まらず、義解以外の各学説を当時の明法家や政府関係者の評価と批判に曝して、彼等をして当該の問題状況に依じて最も妥当とする法解釈の論拠を選定せしめることにより、政府、官庁、権門その他から法律上の諮問を受けて、それに解答を与える際の実務上の参考に供し、更には広く法解釈・法適用の際の技術・技法をも修得せしめる為に作成されたものではなからうか。しかも貞觀・延喜の講書がその編纂の契機となったことは、前述した所からも十分考えられよ

う。

次に令集解収載の諸説が義解と並んで法的効力を付与され、法解釈上の根拠となったことを示唆する早期の一例をあげておきたい。それは令集解の成立時期を示す史料として、すでに指摘されている政事要略・卷六十九の記事である<sup>(19)</sup>(国史大系本五八六頁)。そこには延喜二年(九〇二)八月、左大臣藤原時平が左大弁紀長谷雄を通じて、官定考の日の「下座・動座」について質問し、当時勘解由次官であった惟宗直本がそれに答えたことが割注の形で記されている。この割注は、その直前の文「穴云。或云。……格依坐床子。立起居磬折之文」を受けて記されたものである。即ち直本は時平の質問に対し、儀制令12の義解、穴記所引の「或云」、「朱云」、「説者云」の三者の私記、弘仁式部格、式部式の文をあげて答えており、しかも上記の三私記は何れも現存令集解・卷廿八(国史大系本七一八頁)に、それとほぼ同一の文が見えているのである(但し「説者」は古記・令釈の文)。以上の理解に誤りなければ、令集解の編者直本自身が集解の如き編纂物所載の諸私記によつて左大臣に対する解答の文を作成していることになる。そのことは、とりもなおさず集解所載の諸私記に当時、問題状況に応じて義解や格式に準ずる法的効力が付与されていたこと、また令集解の編纂が惟宗家の勘答類の作成と深く関わっていたことを物語るものにならない。

政事要略や法曹類林等の法書に掲げられた後の法家の勘答類には、令義解の文と共に屢々令集解所載の諸家の私記が、或は各私記固有の名称を以て、或は「説者云」「旧説云」として令文解釈の根拠に引用されているが、上記延喜二年の直本の勘答は、その先蹤を為すものといえよう。以上の如き事実と直本が晩年、宣旨によつて、その里亭で延喜の律令講書を行った事実とを併せ考えると、令集解という法書は私的な令の注釈書とは申しながらも、その性格には半ば公的なものが感じられ、直本は、諸私記のもつ学説法としての価値が再認識されるに伴い、当初は



惟宗家の勘答類の作成に資する為という意図を以てその編纂に当たったが、やがて王朝政府は、それを令義解に準ずる編纂物として追認するに至ったのではなからうか。直本の曾孫、惟宗允亮の頃（十世紀後半から十一世紀初頭）になると、義解のみが絶対的な權威を有する時代ではなくなり、明らかに義解を相対化する傾向が生じている。<sup>20</sup>しかし、その萌芽は集解編纂時に、すでに胚胎していたものであろう。

本稿では、令義解の法解釈作業の実態やその法解釈の技術・技法の水準等を論じて令集解成立の背景を探り、令義解と令集解との関係についても、法運用上の視点から若干の憶測を述べた。令義解は勅撰の書であり、しかもその注釈は簡潔に記されているから、実務家にとって令義解は、それなりに利用価値のあるものであった。また令集解は時宜に応じて、そこから妥当な解釈を引き出すことのできる法源の宝庫であった。いふなれば令義解と令集解とは法創造の巧妙なる装置であり、両者相須つて、一方では状況に見合った適切な法創造が行われると共に、他方ではその法創造が恣意的にならないように合理的な抑制が図られたのである。なお残された問題として、同じ直本撰とされる律集解の編纂の目的や意義についても述べる必要があるが、これについては別稿を期することとした。<sup>21</sup>

(1) 本稿における法解釈理論については、主として笹倉秀夫『法解釈講義』（東京大学出版会、二〇〇九年）、田中成明『現代法理學』（有斐閣、二〇一一年）、青井秀夫『法理學概説』（有斐閣、二〇〇七年）等を参照した。

(2) 笹倉前掲書五頁以下。

(3) 笹倉前掲書一二頁以下。

(4) この四例は、宮部香織『令集解』所引の唐令の機能「小林宏編『律令論纂』（汲古書院、平成十五年）所収三一頁以下においても取り上げられている。

- (5) 律令研究会編『譯註日本律令 五』(滋賀秀三執筆、東京堂出版、昭和五十四年)三〇二頁以下参照。
- (6) 井上光貞他『日本思想大系 3 律令』(岩波書店、一九七六年)六一九頁参照。
- (7) 律令法適用の際、法書に屢々現れる比附は、今日でいう類推やもちろん解釈も含まれるが、本稿の比附の定義は笹倉前掲書一四頁以下の記述による。
- (8) 井上他前掲書五四二頁の補注も、「右条(僧尼令21)に関係なく、律に定むるままの刑罰を科するとする説」が「令の本意」であるとする。但し、その理由は記されていない。
- (9) 岩橋氏も、「罵辱三綱。陵突長宿」は「三綱或は長宿を罵辱或は陵突せばといふ意味であつて、罵辱は必ずしも重からず、陵突必ずしも軽くはない。……長宿のみ特り尊く、三綱必ずしも稍卑しといふわけではない」とする。前掲書八八頁。
- (10) 井上他前掲書の補注五七二頁。岩橋前掲書九二頁参照。
- (11) 井上他前掲書の補注五七三頁参照。
- (12) 井上他前掲書の頭注四六一・四六二頁参照。
- (13) 宮部香織「令義解」の注釈方法とその特色」(『國學院大學日本文化研究所紀要』第九四輯、平成十六年)では、令義解が先行説によらずに独自に解釈を施している場合、天長年間当時の慣例を取り入れた可能性を指摘している。一一七頁参照。
- (14) 田中前掲書四七一頁。
- (15) 拙著『日本における立法と法解釈の史的研究 第一卷』(汲古書院、平成二十一年)所収一四五頁以下。
- (16) 令義解の撰者には、左少史・明法博士・勅解由判官である讚岐永直の名が見えるが、恐らく永直は令義解の法解釈の撰定に当たって、主導的な役割を果たした一人と考えてよいであろう。永直は晩年、文徳天皇から「明法博士。是律令之宗師也」との勅語を賜わり、勅命により里第において律令を講じたという(貞觀四年八月是月の卒伝。三代実録)。しかし、令義解撰定の数十年後、即ち承和十二年(八四五)から同十三年にかけて起きた法隆寺僧善愷の提訴に発した弁官罷免事件の公卿の覆問に対する解答に見える、名例律17疏「私曲相須」の永直の解釈は全くの誤解であつて、大判事たる永直としては、いかにも稚拙の譏りを免れない。令義解の法解釈としての不備は、或は永直のかかる学殖と関係するかもしれない。
- (17) 貞觀・延喜の講書が義解を中心に進められたことは、紅葉山本・広橋本・藤波本の令義解の書入にある「貞觀講書私記」「延喜講書私記」等の記事から推測されると共に、貞觀講書の講師が義解撰者の一人、讚岐永直であつたことから推測されよう。な

お両度の講書については、早川庄八「貞観講書と延喜講書」『日本古代の文書と典籍』（吉川弘文館、一九九七年）所収五五二頁以下参照。

(18) 令集解中の伴記、朱説所引の「私」、穴記書入の「或云」等には、義解の文を更に文理解釈したり、また義解の文を根拠にして更に他の令文を解釈したりする場合がある。

(19) 水本浩典「律令講書と律令註釈書」『律令註釈書の系統的研究』（塙書房、一九九一年）所収四五四頁以下。

(20) 政事要略・卷六十（国史大系本五〇五・五〇六頁）には、田令 16 とその義解が引載され、次に惟宗允亮の著と思われる文が続く。即ち田令 16 の義解には、戸の等級は戸の口（丁）数を基準とすべきであり、次に「其余条称上々戸中々戸等。亦准此例也」とあるから、義解に従えば賦役令 6 も、口の多少を基準として戸の等級を定めるべきである。しかるに賦役令 6 は資財の量によって戸の等級を定めている（「然而彼条計資財定之」。両者の相違に整合性をもたせることは難しいと思われるから、それぞれの文に従うべきである（「難可会尺。依文習耳」。以上が允亮の文の大意である。

右文の賦役令 6 が資財の量によって戸の等級を定めているというのは、恐らく允亮は賦役令 6 の古記に拠ったのであろう。何故なら政事要略の前掲記事の前に賦役令 6 が引載され、次に「釈云。……古記云。定九等。計資財定耳」とあるからである。なお古記の解釈は、和銅六年格、同八年格などに拠るものであろう（賦役令 6 集解、国史大系本三九四頁）。ここで注意すべきは、戸の等級は何を基準として定めるかということではなく、允亮が賦役令 6 の戸の等級を定める基準に田令 16 の義解をあげず、古記もしくは格を根拠にしていることである。

また政事要略の前掲記事の後には、厩牧令 16 が引載され、その次に、「説者云。……中々戸課。不論丁多少」とある。この「説者」の文につき、やはり允亮の文と思われる「私案」は、それを説明して「不論丁多少者。若如義倉条。計資財定賦。凡厥中々。可依彼条乎」として、厩牧令 16 の「中々戸」も丁の人数を基準とする義解説を採らず、「説者」の説に拠り、賦役令 6 に倣って資財の量を基準とすべきであるとする。以上は允亮が義解説を排して古記や「説者」の解釈を是とする事例である。