

國學院大學學術情報リポジトリ

養老名例律贈位条について：その立法上の意義

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 国学院大学法学会 公開日: 2024-10-31 キーワード (Ja): 養老名例律, 唐名例律 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/10.57529/0002000980

養老名例律贈位条について

——その立法上の意義——

小林 宏

はしがき

一 唐律第一項相当規定の存在しない理由

二 職事の初位と非職事の初位

三 日本律立法の手法

——むすびに代えて——

はしがき

日本律の条文を唐律の相当条文と比較しながら読んで行くと、外見上はいかにも唐律に酷似しているが、その条文を構成する一字、一句の相違が実は日唐間における官制やその基底にある法意識、法思想等の重大な相違に繋がることがある。例えば養老名例律12婦人有官位条、戸婚律9立嫡違法条、賊盜律47売二等卑幼条等は、その典型的な事例である⁽¹⁾。従来から日本律の編纂については、唐律の「直写」「直輸入」などといわれて来たが、上記のような諸例についてみると、日本律撰者は様々な立法上の技術や技法を駆使して新しい律法典の撰述に努めたように

思われる。

本稿で取り上げた養老名例律15贈位条は、唐名例律15以理去官条を受容するに当って、その冒頭の第一項と末尾の第七項を省くと共に、その第二項には唐律にはない、新しい規定を挿入するなど、唐律に加除添削を施して全体を唐律の形式(条文の用語、文体、構成、配置等を含む法規定立の方式や類型)に倣いながらも、なお日本独自の内容をもつ条文に作り変えた例である。本稿では、とりわけ唐律同条の第一項と第二項に対する日本律撰者の加工に関する立法上の手法やその意義について若干の検討を加えることとしたい。

一 唐律第一項相当規定の存在しない理由

1

先ず唐律疏議によって唐名例律15以理去官条の前段を、次にそれに相当する養老名例律15贈位条を掲げることとする。Aが唐律、Bが養老律である。

A (1) 諸以理去官。与見任同。解雖非理。告身応留者亦同。

疏議曰。謂不因犯罪而解者。若致仕得替省員廢州県之類。応入議請減贖。及蔭親屬者。並与見任同。

注。解雖非理。告身応留者亦同。

疏議曰。解雖非理者。謂責情及下考解官者。或雖經当免。降所不至者。亦是告身応留者。並同見任官法。

(2) 贈官及視品官。与正官同。視六品以下。不在蔭親之例。

疏議曰。贈官者。死而加贈也。令云。養素丘園。徵聘不赴。子孫得以徵官為蔭。並同正官。視品官依官品

令。薩宝府薩宝祓正等。皆視流内品。若以視品官当罪減贖。皆与正官同。

一注。視六品以下不在蔭親之例。

疏議曰。視品稍異正官。故不許蔭其親屬。其薩宝既視五品。聽蔭親屬。

(3) 用蔭者。存亡同

疏議曰。応取議請減蔭親屬者。親雖死亡。皆同存日。故曰存亡同。

B (1) 凡贈位及外位。与正位同。職事初位与八位同。外六位以下。不在蔭親之例。外位稍異正位。故不許其蔭親屬。

(2) 用蔭者。存亡同。准蔭応議請減贖者。親雖亡。亦同存日。故云。存亡同。

右の唐律と養老律とを比較して大きく異なるのは、唐律本文「以理去官。与現任同」とその本注「解雖非理。告身応留者亦同」、及びそれに対する疏文、即ち前掲唐律の第一項 A (1) に相当する規定が養老律にはすべて存在しないことである。何故、養老律には右の唐律に相当する規定が存在しないのであろうか。その理由を明らかにする為には、予め唐律第一項の内容について一通り理解しておかなければならない。

先ず律文の「以理去官。与見任同」とは、犯罪や失誤によらずに現職を解任されたものは、職事官としての告身(官品)を追毀されることなく、従つて議請減贖の刑事上の特典を受ける資格や親族に及ぼす蔭の効果は現任の官と何ら変わらないということである。なお疏は「以理去官」の例として「致任」(七十歳以上の退官)、「得替」(依願退官)、「省員」(人員の整理・削減)、「廢州県」(州県等の官庁の廃合)等をあげている。

次に本注の「解雖非理。告身応留者亦同」とは、解任が犯罪や失誤によるものであったとしても、その告身が追毀されずに保持を許されたものに対しては、上記の特典を受ける資格や蔭の効果は現任の官と変わらないということである。疏は、その例として「責情」による解官(考第が殿に至らなくとも、その心情や行迹に咎むべきことがあ

る官人に対して尚書省が行う校定による臨時の解任。唐考課令。『唐令拾遺補』一一一六頁)、「下考」による解官(考解ともいう。考第が私罪下中以下、公罪下々による解任。当年の禄を奪い、一年後、本品によつて叙せられる。唐考課令。同上一一一七頁)、当免による「降所不至」(官当、免官、免所居官の処分後において再叙任の官品と同等、もしくはそれ以下の歴任の官を保持するもの)の三者をあげる。即ち「責情」「下考」による解官の場合、当該官人の保持する告身は追毀されず、また当免による処分を受けても、当該官人の保持する「降所不至」の告身は追毀されず、それらの告身はすべて現任の官と変らない法的效果を有するというのである。

以上を要するに唐名例律15の第一項は、「以理去官」、即ち犯罪や失誤によらず、正当な理由によつて解任されたものは、本人が罪を犯してその告身が追毀されることのない限り、解任後も在任中と同じく官品を保持し、その官品による特典を受けるという規定である。しかも、この規定の対象は、右に述べた処からも明らかのように職掌を有する職事官であることに注意しておく必要がある。

2

名例律15の冒頭第一項の規定の存否をめぐる問題を検討するに当つて、日唐律令制における身分と職掌との関係について予め確認しておかなければならない。日唐間におけるその差異の諸相については、従来から様々な研究や見解が示されて来たが、日本では位そのものが官職との関係において唐の散官の制に類似しているという説が有力である。⁽²⁾即ち日本の律令制においては、官人となる為には先ず位を得ることに始まり、位が与えられた後に職掌を得ることが律令的官職の本質であるとされ、一方、唐制の散官も職事官への任用資格や榮典・榮譽を表示する機能を有しているから、この点においては日本の位と唐の散官とは相通する性質をもつとされる。⁽⁴⁾

さて、唐制における官職の任用について重要な指摘をされたのは滋賀秀三氏である。氏によれば唐制における官

職の任用には、次の二つの方式があったとされる。⁽⁵⁾

① 職事官を授ける方式。真正にその官職に叙任する告身、即ち職事官の告身を発給する方式であり、これによって、その官職が格付けられている官品と官職の職権とが同時に被叙任者に授けられる。

② 守・行せしめる方式。当該官職の格付けから、ひどく懸け離れていない程度の官品を散官という形で別途保有している者に対して、官品とはかわりなく、ただ官職の職権のみを賦与する。このとき、散官によって表示される官品(本品)に比べて、官職の方が高ければ「守」と称し、官職の方が低ければ「行」と称する。

滋賀氏が指摘された右の二方式の中、②の守・行せしめる方式は、散官を以前から保有しているものに対し、それにほほ見合う格付けの職事官を付与するのであるから、この散官とそれが守・行する職事官との関係は、先ず位が先に与えられた後、それにふさわしい官職を得るという前記日本における位と職との関係に類似する性質を有するといえよう。事実、日本の律令撰者は、律令条文を立法するに当って、この唐の散官の制を取り入れている。日本では官職の任用方式は一種のみであって、位記の保持者は官位相当官に任用されることもあり、また官位不相当官(官の相当位と本人のもつ位とが異なる官)に任用されることもあった。右の位記の保持者が官位不相当官に任用される場合は、唐制の散官の保持者が官品不相当官に任用される場合の守・行せしむる方式を採用し(選叙令6任内外官条)、また位記の保持者が職事官を守・行しているときの犯罪に対しては、散官の保持者が職事官を守・行しているときの犯罪に対する官当法の適用を受容している(名例律17官当条)。

次に唐の散官の制と日本の位階の制との類似性について、立法上、いかなる点において類似しているのか、日唐名例律17官当(以官当徒)条第五項の規定を通じて、やや詳しく見て行きたい。先ず唐律疏議によって唐律の当該規定を、次にそれに相当する養老律を掲げることとする。Aが唐律、Bが養老律である。

A 行守者。各以本品当。仍各解見任。

疏議曰。仮有從五品下行正六品。犯徒二年半私罪。例減一等。猶徒二年。以本階從五品官。当徒二年。仍解六品見任。其有六品散官守五品職事。亦犯私罪徒二年半者。亦用本品官。当徒一年。余徒收贖。解五品職事之類。

問曰。(或カ)先有正六品上散官。上守職事五品。或有從五品官。下行正六品官。犯徒当罪。若為追毀告身。

答曰。律云。行守者各以本品当。仍各解見任。其正六品上散官守五品者。五品所守別無告身。既用六品官当。即与守官俱奪。若五品行六品者。以五品当罪。直解六品職事。其应当罪告身同階者。悉合追毀。

B 行守者。各以本位当。仍各解見任。

贖。解五位
職事之類。 仮有從五位下行正六品。犯二年半私罪。例減一等。猶徒二年。以本階從五位。当二年。仍解六位見任。其有六位守五位職事。亦犯私罪二年半徒者。例減一等。亦用本位。当徒一年。余徒收

今、右の日唐兩律を比較すると、律文では唐律の「本品」を、養老律では「本位」とする以外、同文である。その疏文も唐律の「六品散官」、「本品官」（散官による官品の意）を養老律ではそれぞれ「六位」、「本位」に改め、それ以外にも若干、文の異同はあるが、文意自体は変っていない。但し唐律の問答に相当する文は、養老律では、すべて省かれている。

右の唐律の規定は、最高の官として散官を以て罪に代替する場合、散官の保持者が特定の職掌を守、もしくは行しているときは、散官の官品が追毀されると同時に、守・行する職掌をも解任するという規定であり、右の疏は、その散官を以て罪に代替する方法を例示して具体的に述べたものである。このように唐律の規定は、散官の保持者が特定の職掌を守・行しているときの官当法（官当とは官人が流徒に当る罪を犯したとき、その官人が保持する「官」を追毀することにより流徒の実刑に代替する制。名例律17）を述べたものであるが、それを日本では位記の

保持者が特定の職掌を守・行しているときの官当法に改めて受容したといえよう。

ここで注意すべきは前掲唐律の問答文である。この問答では特定の職掌を守・行している散官の保持者に対し官当法が適用される場合、その告身の追毀の方法について質問し、その解答として本品である散官の告身を以て罪に代替し、同時に守・行する現職を解任すると述べている。しかも解答のあげる例示の文には、「其正六品上散官守五品者。五品所守別無告身」とあって、守する官には、本来その告身は存在しないと明言している。また行を命ずる辞令も、それは広義において告身とは称されないものであったといわれている⁽⁶⁾。そうすると散官の保持者が守・行する官職に対しては、正規の告身は与えられず、その守・行する職事官は真正の職事官ではないというのが唐制の基本であったと考えられよう。⁽⁷⁾

唐の場合は、真正の職事官の任用に際しては告身が必ず付与されるから、職事官を守・行する散官の保持者に官当法を適用するに当たっても、守・行する官の告身の付与が問題となり、告身の追毀の方法をめぐって上記の如き疑問が生ずるが、日本においては、職事官を守・行する位記の保持者に官当法を適用する場合、その守・行する職事官の相当位の位記は付与されないであろうから、位記の追毀をめぐる疑問は生じなかったと思われる。従って前掲唐律の問答は、日本律の撰述に当って、これを受容する必要はなかったであろう。兎に角、ここで重要なのは、唐において職事官を守・行する散官の保持者に対し官当法を適用する場合は、散官の告身である「本品」を以て罪に代替し、一方、日本においても職事官を守・行する位記の保持者に対し官当法を適用する場合は、本人の元來保持する位記を意味する「本位」を以て罪に代替するということである。即ち守・行する職事官の告身や守・行する職事官の相当位を以て罪に代替するのではないのである。ここにおいて唐の散官と日本の位階とは共通する性質を有し、その守・行する官職との関係においては、唐の散官も日本の位階も、それとは分離した別立ての制というこ

とができよう。但し日本においては、本人の所持する位記を以て罪に代替するのは、本人が官位相当官に任用されている場合もそうであつて、職事官を守・行する場合に限らないこと、また位階と官職とは守・行する場合に限らず、一般に分離していたことに留意する必要がある⁽⁸⁾。

以上、前掲唐制における官職の任用方式②の場合と我が位階制との共通性について、日唐名例律17第五項を通じて縷々述べて来たが、結局、日本の位階と官職、唐の散官とその守・行する官職とは各々別立てであつて、両者は分離しているから官人が官職を退任・離職したとしても、官職に伴う職権は失うが、位階、及び散官の官品は、そのまま退任・離職者の許に残されることとなる。しかし唐制における官職の任用には、②の場合の他に①の場合があつて、そのときは職事官としての職務上の権限とその職掌に伴う官品とが同一の告身によつて同時に被叙任者に付与されるから、職事官としての職掌と官品とは一体であつて、両者は分離していない。従つて官人が職事官を退任・離職して官職に伴う職権を失つたとき、その告身を返納せしめるか、そのまま本人の許に留保せしめるか、その扱いが問題となる。この問題に対処する為に立法された規定が唐名例律15の冒頭第一項であり、一方、我が律令制が官職の任用に当つて、唐制の①の方式を採用せずに、②に類似する方式を採用したところに唐名例律15の前掲規定に相当する規定が養老名例律15に存在しない理由があつたと考えられよう。

3

それでは、次に唐名例律15の前掲規定が唐律にとつて必要である理由、及び養老名例律15に、それに相当する規定が存在しない理由について、議請減贖に関する日唐両律を比較することにより更に具体的に見て行きたいと思ふ。

先ず唐名例律7ないし11に規定された議請減贖の特典を受ける本人の資格要件についてみると、議の特典は八議

の中の「議貴」、即ち「職事官三品以上。散官二品以上。及爵一品者」(名例律7八議条。同8八議者条)、請の特典は「官爵五品以上」、即ち「文武職事四品以下。散官三品以下。勳官及爵二品以下。五品以上」(同9皇太子妃条。疏)、減の特典は「七品以上之官」、即ち「六品七品文武職事。散官。衛官。勳官等身」(同10七品以上之官条。疏)、贖の特典は「応議請減及九品以上之官」、即ち「議請減三章内人」及び「身有八品九品之官」(同11応議請減条。疏)である。上記の資格要件を官爵の種類別に整理すると次のようになる。職事官については、議は一品ないし三品、請は四品、五品、減は六品、七品、贖は九品以上、散官については、議は一品、二品、請は三品ないし五品、減以下は職事官に同じ。勳官については、請は二品ないし五品、減は六品、七品、贖は七品以上、爵については、議は一品、請は二品ないし五品、贖は五品以上である。

このように職事官、散官、勳官、爵のそれぞれによつて議請減贖の特典を受ける品の等級は異なるが、これらの特典を受ける対象者として先ず最初に九品以上の現職の職事官が挙げられていることが注目されよう。前述のように唐制の官職の任用においては、前記②の場合の他に職掌と官品とが分離していない①の場合があり、前掲九品以上の職事官はそれに相当するから、それらが正当な理由により現職を離れて退任したとき、以前保持していた官品のもつ議請減贖の特典や蔭の効果については別途、それを考慮する必要があった。唐名例律15の第一項は、それを規定したものであったといえよう。但し散官は前述のように、その守・行する官職とは別立てであり、勳官(武功の褒賞として授けられるもの)、爵(皇族・功臣に与えられ、世襲される一種の栄典)は共に職掌とは関わりを持たないとされるから、何れも名例律15冒頭の前掲規定とは直接、関係しないと思われる。

一方、養老名例律7ないし11に規定された議請減贖の特典を受ける本人の資格要件についてみると、議の特典は六議の中の「議貴」、即ち「三位以上」(名例律7六議条。同8議条)、請の特典は「五位及勳四等以上」、即ち「四

位以下。及勲四等以上」(同9請条。疏)、減の特典は「七位勲六等以上」、即ち「七位以上。謂六位七位。勲六等以上。謂五等六等」(同10減条。疏)、贖の特典は「応議請減及八位勲十二等以上」(同11贖条)である。上記の資格要件を整理すると、官位については、議は一位ないし三位、請は四位、五位、減は六位、七位、贖は八位以上であり、勲位については、請は一等ないし四等、減は五等、六等、贖は十二等以上である。

右に挙げた養老名例律の律文及び疏文には、前掲唐律に見える「職事官」「文武職事」「之官」などの文字はなく、ただ官位、勲位の等級のみが記されているに過ぎない。しかし、この養老律に官位、勲位の等級のみが記されているのは、実は意味のあることであった。前述のように日本の律令制にあつては、位と職とは分離しているから、当該の位記(八位以上)、勲記(十二等以上)を保持するものは、現任の官人であろうと退任した官人であろうと、すべて上記の刑事上の特典を受けることができる。前掲養老律の律文や疏文にただ官位、勲位の等級のみが記されて、「職事」や「官」などの語が見えないのは、それを示すものである。従つて離職・退任後の位記を保持するものに対する特典に関しては、とくにそれを立法する必要はなく、上記の名例律8ないし11の規定さえあれば、それで事足りたのである。養老名例律15に唐律同条の「以理去官」云々に相当する規定が存せず、また養老名例律17官当条においても、唐律同条の本注「若去官未叙亦準此」、その疏文「若去官未叙者」以下、及びそれに続く問答に相当する文がすべて削除されているのは、上記の如き理由によるものであらう。

そうすると唐名例律8ないし11とそれに相当する養老名例律8ないし11とは、一見すると、ほぼ同じ内容をもつ規定のように思われるが、その立法趣旨や立法目的からすれば、両者には微妙に相違するところがあつたといわなければならない。即ち官人についてのみいえば、唐律は散官、勲官、爵の保持者の他に、真正の職事官の告身を保持する現職の官人(その告身によつて職権と官品とが同時に授与されるもの)を主たる対象者とするのに対し、一

方、日本律は現職、離職を問わず、単に位記、勲記を保持する官人を対象者とする規定であるといえよう。なお養老名例律15において、唐律同条の第一項に相当する規定を削除した結果、養老名例律同条の第一項を解釈するに当たって、立法上、やや問題が生ずることになる。それに關しては、後述することとする（三参照）。

二 職事の初位と非職事の初位

1

次に唐名例律15と養老律同条とを比較して大きく異なるのは、養老律では「職事初位与八位同」という、唐律には、それに相当する法文のない新しい規定を第一項に設けていることである。何故、養老律において職事の初位を非職事の初位と區別して、それを八位と同じとしたのか。それは律令官制に関わる重要な問題であるが、その考察は暫く措くとして、ここでは日本律撰者が、この規定を新しく設けた立法上の意義について若干検討することとしたい。

検討するに先立って、すでに周知の事実であるが、予め律令官制における初位について確認しておきたい。唐の官制では律の定める刑事上の特典が与えられるのは、職事官（流内官）としては正一品から従九品下に至る三十階の官品（告身）を保持する官人であり、右の特典が与えられない下級職である流外官及び雜任とはその身分を異にした。我が律令官制において唐の職事官に相当するものは、親王としては一品より四品に至る四階、諸王、諸臣としては正一位から従八位下に至る二十六階の官位（位記）を有する官人であって、その下位にある大初位上から少初位下に至る四階は、基本的には官人としての特典は与えられず、唐の流外官に相当する。

これを律の規定について具体的にみれば、凡そ次の通りである。前述のように八位以上の官人に与えられる刑事上の特典として、先ず議請減贖という本人自身に与えられる特典とその一定範囲の親族に及ぼす蔭の効果があるが、初位はこの特典に与らない。官当法(名例律17)においても、私罪を犯せば一品以下、三位以上は一官を以て徒三年に、五位以上は一官を以て徒二年に、八位以上は一官を以て徒一年に代替し、公罪を犯せば更に各々徒一年がそれに加算される。しかし、この官当法は初位には適用されず、初位の官人が罪を犯せば律に定められた笞杖徒流の実刑が科せられることになる。

また養老名例律23比徒条には、「凡除名者。比徒三年。免官者。比徒二年。免所居官者。比徒一年。初位不用此律」とあつて、この規定は、官人に対して科せられる除名、免官、免所居官の附加刑を正刑の尺度によって計る場合の換算法を定めたものである。その換算が必要になる場合とは、官人が誣告反坐、官司出入人罪等の罪を犯したときであるが、前掲名例律には「初位不用此律」とあるから初位の官人に対しては、この比徒の法は適用されない。従つて、例えば初位の官人甲が五位以上の官人乙の監守内における布三端の窃盜を誣告すれば、甲には除名を換算した徒三年(官当法を適用)は科せられず、主刑の杖八十のみが実刑として科せられることになる(名例律53称反坐罪之条)。

また前記官当法においては、「官」によつて流徒の実刑に代替する場合、「官」に官位と勳位との二官があれば、先ず官位を追毀し、なお不足があれば次に勳位を追毀する。そのことを養老名例律17では、「其有二官。謂。官位為一官、勳位為一官。先以官位當。次以勳位當」と記すが、上記の「官位」「官」とは八位以上の官位を意味するから、初位は律の「官位」「官」の中には入らないことになる。右のことは養老名例律16無官犯罪条の冒頭の規定において、なお一層明瞭に示されている。この規定は、「官」のないときに犯した罪が「官」を得た後に発覚した場合

合は、流以下の罪であれば贖することが許されるというものである。同条を唐律と比較すると、律文「無官犯罪。有官事発。流罪以下。聽以贖論」は同文（但し唐律に「聽」字なし）であるが、それに対する唐律の本注「謂。從流外及庶人。而任流内者」は、養老律では「謂。從初位及庶人。而得八位以上位記者」に改めている。右の本注によれば、唐では流外官及び庶人が「無官」、流内官が「有官」とされるが、日本では初位及び庶人が「無官」、八位以上の位記の保持者が「有官」とされる。ここでも「初位」は、律に規定される「官」の中には入らないのである。

そうすると日本律に見える初位は、八位以上とはその身分を異にし、律に規定された特典が適用される官人の中に初位は含まれないとするのが日本律撰者の立法の原則であったと考えられる。日本令においても、初位が八位以上と区別され、両者間に著しい待遇上の差を設けた規定がいくつかある。例えば内八位・外七位以上は勅授、もしくは奏授であるのに対し、外八位と内外初位とは、天皇の裁可を必要としない太政官の判授であった（選叙令2内外五位条）。大学生の入学資格も、五位以上の子孫及び八位以上の子などに限られ、初位の子孫にそれは認められていない（学令2大学生条）。また八位以上を不課口、即ち課役免除とするのに対し（戸令5戸主条）、初位は徭役のみが免除とされている（賦役令19舍人史生条）。以上、日本では律令共に八位以上と初位との間に著しい待遇上の差を設けることを基本としているが、これは我が律令撰者が唐の流外官に相当するものとして初位という位階を設けたことによるものであろう。⁽⁹⁾

2

このような初位に関する官制上の位置づけからすれば、養老名例律15に「職事初位与八位同」として「職事初位」、即ち職掌のある初位の官人に対して、これを八位と同じく扱うとする規定を新しく設けたことは、律令の一

般原則を変更する重大な法的決定といわざるを得ない。即ち養老律の前掲規定は、初位という位記をもつ官人の中から職掌のあるものに限定して、これを適用するというのであるから、初位の官人一般に適用する前述の律令の規定を一般法とするならば、右の規定はそれに優先する特別法といってもよいであろう。

それでは日本律撰者が、この特別法的规定を新しく設けた立法上の意図とは何であろうか。律に規定されている、位記を保持する官人の刑事上の特典の主たるものは、屢々言及する議請減贖の特典とその親族に及ぼす蔭の効果である。八位の官人に対する右の特典についてみると、養老名例律11贖条には、「凡応議請減。及八位勲十二等以上。若官位勲位得減者之父母。妻子。犯流罪以下聽贖。若応以官当者。自從官当法」とあるから、八位の官人は流以下の罪を犯せば贖が許されるが、親族に及ぼす蔭の効果は認められていない。また八位の官人は流以下の罪に贖が許されるといっても、前掲律文には、「若応以官当者。自從官当法」とあり、その疏にも、「議請以下人。身有官者。自從官当除免。不合留官取蔭取贖」とあって、この贖の特典は、官当法と競合する場合は官当法の適用を優先するから、八位に対する刑事上の特典としては、この官当法の適用ということになる。

そうすると名例律15に前掲規定を新しく設けた日本律撰者の立法上の意図とは、職事の初位に対しては、八位の官人と同じく官当法の適用を認めることにあったとしない。同条は前述のように比徒の法を定めたものであるが、その律文には「初位不用此律」とあって、初位の官人に対しては、この規定は適用しないとされた。但し、その疏文には、「初位非職事者。品秩卑微。誣告反坐。与白丁無異。故不用比徒之律」とあって、律文の「初位」を「非職事者」と注記している。従って、この疏文を反対解釈すれば、職事の初位に対しては八位と同じく比徒の法が適用されることになる。比徒の法が適用されるということは官当法が適用されることに他ならない。

以上を要するに、日本律撰者は初位を唐制の流外官に相当するものとして「官位」とは認めず、官人の特典に関する律の適用においても、それを除外することを原則とした。しかし職事の初位に対しては、これを八位と見做して八位と同一の刑事上の特典を認めることにした。その主たる特典とは職事の初位に対しては、罪を犯しても律に定められた一定の犯罪（死刑・五流に相当する犯罪）以外は実刑を科さず、八位と同じく官当法を適用することにあつたといえよう。そうすると、職事の初位は「初位」という位階と「職事」という官職（後述）とを同時に保有することにより八位と見做されるのであるから、それは職掌と官品とが分離していない唐の官品制（前記唐制における官職任用方式の①）に類似することになる。従つて職事の初位が官当法の適用を受ける場合は、位記だけではなく、任官辞令がなければならぬ。日本には元来、唐の告身に当る官記、任官記はないとされるから、果してそのようなものが存在したかどうかは疑問であるが、もし職事の初位に対して現に官当法が適用されたとすれば、職掌と初位とが共に記された位記、もしくは辞令が法理上は必要となるであろう。

また職事の初位が八位と見做されるとすれば、八位の官位を有するものの特典である官当法が認められると同時に、もし職事の初位が律に記された一定の罪を犯した場合、官人としての責任を問うて、その名誉を剝奪する除名、免官、免所居官の附加刑が科せられることになることにも留意しておかなければならない。贖の特典が許される八位の官人に対し、官当と共に除名以下の刑が科せられることは、前掲名例律11の疏に、「議請以下人。身有官者。自從官、当除免」とあることによつて明らかであり、また前述の名例律23の比律法が職事の初位をも、その適用の対象者としていふことからすれば、結局、「職事初位与八位同」の規定の立法目的は、職事の初位に対し除免官当法を適用することにあつたといえよう。

それでは職事の初位は八位と同じとする、この特別法的な規定は、令に対しても適用するという目的の下に立法されたものであろうか。それについては判然としないが、この規定は主として律の適用を前提として立法されたものであって、令の規定に対する直接の適用は考慮していないといってもよいようである。^(補) その理由の一つとして養老名例律15の「外位」の規定を挙げることができよう。即ち同条には、「職事初位与八位同」の直前に「贈位及外位与正位同」とあるが、外位(外正五位上より外少初位下に至る二十階。唐の視品官に相当)は正位と同じとする、この規定の立法目的は、やはり名例律9ないし11に定められた請減贖の特典と親族に及ぼす蔭の効果について外位は正位と同じく扱うことにあつたと思われる(但し外六位以下には親族に及ぼす蔭の効果はない)。ところが令の規定をみると、内八位が奏授であるのに対し、外八位は判授であり(選叙令2内外五位条)、考課の方法・規準も外位は内位とは異なり(考課令67考郡司条ないし同69考帳内条)、成選の年限も、内位が六考であるのに対し、外位は十考、十二考と定められている(選叙令15叙郡司軍団条)。従つて「外位与正位同」は、律の適用を前提にして立法された規定であつて、令の適用を考慮して立法されたものではないといわざるを得ない。そうであるとすれば、この規定に続く「職事初位与八位同」の立法目的も、外位の場合と同様であつたと考えてよいであろう。なお現存の令集解諸説の中には、「職事初位与八位同」の引用が二個所見えているが、その何れもが令条の「初位」に対して前掲規定を直接、適用して解釈したものではない。⁽¹⁰⁾

以上、述べたように職事の初位に関する名例律15の前掲規定は、主として律の除免官当法の適用を目的として立法されたものと思われるが、それでは、この規定は令の規定と全く無関係に立法されたかといえ、そうではなく、令の規定と関連性のあることは、これを指摘しておかなければならない。例えば内外文武官の勤務評定の方法

や手続(考課令1内外官条)、長上官の成選年限やその進階の方法(選叙令9遷代条等)などは、何れも初位以上の職事官がその対象者となっている。また前述のように八位以上は課役が免除されるのに対し、初位は徭役のみが免除されるが、一方、「内外初位長上」、即ち内外の初位といえども、長上官は八位以上と同様、課役が免除されている(賦役令19舍人史生条)。更に在京の文武職事官や大宰府の官人等に対する季禄も、本人が任官している官に相当する位によって、その額が支給されるから、職事の「大初位」「少初位」にも、それが支給される(禄令1給季禄条)。以上の規定は、何れも名例律15の前掲規定とその立法趣旨を同じくするものであろう。このように令の規定にあつても、職事の初位を非職事の初位と区別して、これを優遇する場合は、すでにそれが令文中に規定されていることが多い。

右に見るように名例律15の前掲規定は、令の規定とも関連性を有するが、就中、留意すべきは官位令の大初位・少初位条である。律の官当法等において初位が「官」、もしくは「官位」の中には入らず、それから除かれていたことは前述の通りであるが、官位令においては、初位は「官位」として明らかに、その中に含まれている。それは何故であろうか。我が官位令は、いわば位に相当する官の一覧表である。従つて官位令の大初位・少初位条にも、それに相当する官職が列記されている。そうすると、官位令の中の「初位」は、「官」を前提とした初位ということになるであらう。

それでは名例律15の「職事初位与八位同」の「職事」とは具体的に何を指すか。養老公式令52内外諸司条には、「凡内外諸司。有執掌者。為職事官。无執掌者。為散官」とあつて、職事官と散官との相違を「執掌」の有無に置いている。令集解同条には、「有執掌」の官、即ち「職事官」の定義について跡記、穴記、朱説の三説が見えている(国史大系本『令集解』八六七頁七行以下)。跡記は「有執掌。謂官位令有文。是以外雖有執掌。為散官」とい

つて、官位令に記載のある官のみが職事官であるとす。穴記の「内外諸司。有執掌。謂官位令有文。職員令有職掌也。何者。職事三位家令。補家令職事者。則在官位令是也」という文の意味は、やや明確さを欠くが、恐らく從七位の官である職事三位の家令の如く、官位令に記載があつて職員令に職掌のある官を職事官とするというのであろう。しかし穴記所引の問答には、「問。郡司不載官位令者何。答亦須同。何者。職員令有職掌之故也」とあつて、この問答が、その直前にある「師云。於此条家令亦同」に続く問答であるとすれば、穴記所引の師説は、官位令に記載のない郡司も職員令に職掌がある故に、これを職事官とするとしてゐる。また朱説も、「執掌者。未知何。答。私如言職掌耳。郡司可為職事官者。額同。又家司等同者」といつて、郡司や家司を職事官とする。このように本条の「職事官」の解釈には諸説あるが、大別すれば官位令に記載のある官をいうとする説（跡記、穴記）と官位令に記載がなくとも、職員令に記載があれば、それをもいうとする説（穴記所引の師説、朱説、朱説所引の額記）との二種があるということになるであらう。

日本の官位令における位は、唐の官品制と同じく官の等級を定めるものではあるが、その本質は榮典であるといわれている⁽¹¹⁾。官位令に定められた位の本質が榮典であるとすれば、その位に相当する官もまた下級の職といえども、官位令に規定されていない官に比べて卑微なものではなく、それなりに重視された官といえよう。官位令の初位に相当する官職が主として被管諸司の主典類やそれに准ずるもの、また親王家や高位家の主典類であつて、それらが隋唐の流内官である主典類に相当することは、すでに指摘されているところである⁽¹²⁾。跡記が官位令記載以外の官に対して、たとい職掌があつたとしても、それは職事官ではなく、「散官」とすべきであると厳しく言い切つてゐるのは、如上の伝統を受け継いだ法解釈であらう。従つて公式令 52 の「職事官」の定義は、やはり官位令を基準として考えるのが原則であらう。

日本の官位令（養老）には、正三位の下に勲一等、従三位の下に勲二等というように、それぞれ文位と勲位とが対応して記載されている。この官位令に見える文位と勲位との対応の主たる目的の一つは、名例律17の官当法の適用にあったのではないかと筆者は推測する。則ち勲位を以て罪に代替する場合、この文位と勲位との相当関係の記載がなければ官当法の適用は不可能であるからである。右の勲位の例からも明らかのように、官位令は官当法の適用と密接な関係を有する規定なのである。勲位の保持者に官当法を適用する場合、官位令の規定がその適用の基本であったとすれば、職事の初位に官当法を適用する場合、やはり官位令の規定がその適用の基本であったとすべし。そうすると、名例律15の「職事」の初位とは、官位令記載の職事官であって、且つ初位のものという意味し、一方、名例律23の疏に見える「非職事」の初位とは、散位の初位をいうと共に官位令記載以外の雑任（史生、省掌、舍人、兵衛、資人等）に与えられる初位をも、それを含むことになるであろう。なお令集解諸説においても、令文に見える「職事」「職事官」について、それを官位相当官、もしくは長上官とする解釈が多い⁽¹³⁾。

以上の検討の結果、官位令の初位には二つの性質が認められることになる。官位令の「官位」に初位を入れていることは、官位令には、その相当官が記載されており、その「初位」が職事の初位を前提にしているからである。ここに職事の初位は八位と同じとする律との関連性が窺われる。しかし初位が官位令中に含まれているとはいふものの、それを数字を用いて「九位」とはせず、伝統的な冠位の最下級の名称である「初位」⁽¹⁴⁾としたところに、初位は本来、八位以上とはその法的性質を異にし、唐の流外官に相当する位階であることが示唆されているように思われる。

三 日本律立法の手法

——むすびに代えて——

最後に名例律 15 贈位条を通じて、日本律撰者の立法の技術や手法についてふれることとし、以て本稿のむすびに代えたいと思う。

再び唐名例律 15 の第二項とそれに相当する養老名例律 15 の第一項を次に掲げることとする。A が唐律、B が養老律である。

A 贈官及視品官。与正官同。視六品以下。不在蔭親之例。

B 贈位及外位。与正位同。職事初位与八位同。外六位以下。不在蔭親之例。

A の唐律第二項は、贈官（死後に贈られる官）及び視品官（内属して、或る程度の自治制を許された機構に勤務する外国人に与えられる官）は正規の官と同じとする規定であるが、何が同じとされるかについては、その第一項「以理去官。与見任同」の疏に、「応入議請減贖。及蔭親属者。并与見任同」とあることよって知ることができ。則ち唐律第一項は、前述のように職事官のもつ刑事上の特典として(1)本人自身の官人としてもつ議請減贖の特典と(2)親族に及ぼす蔭の特典との両者は、正当な理由により退官・離職した後も、現任同様に許されるという規定である。この唐律第一項の疏よって第二項 A を解釈すれば、贈官の場合は、本人はすでに死亡しているのだから前記特典の中の(2)が、視品官の場合は、(1)の請減贖の特典、及び(2)が（但し視六品以下を除く）正官と同様に許されることになる。

それでは養老律第一項Bの場合はどうか。右に述べた唐律第一項の疏を参照して解釈すれば、贈位の場合(2)が、外位の場合は(1)の請減贖の特典、及び(2)が(但し外六位以下を除く)正位と同様に許されることになる。次の「職事初位与八位同」は、日本独自に追加した規定であるが、職事の初位と八位とは何が同じとされるかといえ、それはやはり八位に与えられる刑事上の特典が職事の初位にも同様に与えられるということであろう。そうすると、前章で述べたように八位には(2)の親族に及ぼす蔭の効果については許されず、(1)の贖の特典のみが許されるから、職事の初位も八位と同様、(1)の贖の特典のみが許されることになるであろう。但し贖の特典は除免官当法と競合する場合は、除免官当法が優先するから、結局、職事の初位には八位と同様、除免官当法が適用されるということになる。もし職事の初位に贖の特典のみが許されて除免官当法が適用されないとすれば、職事の初位が罪を犯しても、八位よりは優遇されることになって不合理である。

以上の解釈は、唐律第一項の疏によつて養老律第一項を解釈したのであるが、日本律には、そもそも唐律第一項及びその疏に当る文は存在しないのであるから、養老律本条のみによつて、直ちに右のように理解することができるといえば、それは難しいといわざるを得ない。即ち養老律本条冒頭の「贈位」とは生前の功勞によつて死後に贈られる位階のことであるから、それが正位と同じというのは、贈位のもつ親族に及ぼす蔭の効果は正位と変らないことを意味し、また外位についても、律文「外位与正位同」に対する本注には、「外六位以下。不在蔭親之例」、その疏には、「外位稍異正位。故不許其蔭親屬」とあつて、そこには外位の親族に対する蔭の問題のみが取り上げられている。更に前掲第一項Bに続く養老律本条の後段は、「用蔭者。存亡同」、「若藉尊長蔭。而犯所蔭尊長。及藉所親蔭。犯所親祖父父母者。並不得為蔭」云々とあるように、蔭による効果や蔭による援用の制約など、すべて蔭に関する規定から成り立っている。従つて養老律本条は、それを一見すると、位記による親族に及ぼす蔭につ

いてのみの規定の如き外觀を呈することとなった。しかし本条の立法目的には、前述したところからも明らかのように位記による蔭の効果だけではなく、位記保持者自身に対する刑事上の特典の付与があったのである。

繰り返し述べるように、「外位与正位同」とは、外位は親族に及ぼす蔭の効果は正位と変らない(但し外六位以下は除く)というだけではなく、外位の位記保持者自身が請減贖の特典を受ける資格も正位の位記保持者と何ら変らないことを意味する。しかし養老律本条のみを一見して、そこから直ちに上記の法意を汲み取ることができるであろうか。ただ「職事初位与八位同」の「八位」には、親族に及ぼす蔭の効果はなく、贖の特典のみがその保持者に許されることから、外位に關しても上記の如き解釈が成立することを推測するより他はないであろう。従って、そのことを明示する為にも養老律においては、唐律同条の律文「視品官与正官同」に対する疏文「若以視品官当罪減贖。皆与正官同」に倣って、律文「外位与正位同」の直下に「若以外位当罪減贖。皆与正位同」という疏文を置くべきではなかったかと思われる。

恐らく日本律撰者は、位記保持者の位記に蔭の効果があれば当然、位記保持者自身に対する特典も認められるであろうこと、及び名例律8ないし同11が議請減贖とその資格要件に関する規定であり、同12が官位を有する婦人の犯罪に議請減贖当免法を適用する規定であり、更に同14が議請減の資格の競合に関する規定であって、本条の直前には議請減贖の特典に関する規定が多く存在することなどによって、外位の位記保持者自身の特典を明示する前掲疏文の如きは必要ないと考えたのであろう。しかし養老律本条のみを取り上げてみると、日本律撰者の立法技術としては誤解を招き易く、やや配慮に欠けるところがあったといわなければならない。

本稿で取り上げた養老名例律15及びそれが関連する諸条文によって、唐律から日本律を作り出す立法の手法について見ると、それは凡そ次のようにいえるのではなからうか。日本律撰者は日本律の条文を立法するに当って、先

ず日本の官制の中にある唐の官制との共通項を見出し、それを唐律に規定されている方式や類型に当てはめて処理しようとする。その際、立法にとつて不必要な唐の律文や疏文は容赦なく捨去すると共に、必要あらば唐律にはない日本独自の法文を付加して、しかも可能な限り簡潔な内容をもつ律条に仕立てることに努める。しかし、その作業の過程においては、律法典全体の精緻な法体系の下に、その一個条の内容がほぼ完結している唐の律条に対し、様々な加工を施して日本の律条を定立することになるから、出来上った条文を見ると、その立法趣旨や立法目的が不明確になったり、また法規としての論理の一貫性に欠けるところがあったり、更にはその内容が他の律令諸条文と矛盾・齟齬することさえも生ずる。従つて日本律をより深く理解する為には、唐の律疏との比較対照が必要となり、唐の律疏がなければ日本律を的確に解釈することは不可能であるといつても過言ではない。その意味において、唐の律疏は日本律を補充する機能を有するといえよう。

なお本稿で取り上げた「職事初位与八位同」という名例律15の日本独自の規定も、この規定を新しく設けた為、唐の除免官当法を導入するに当って、唐制のそれとは異質のものを、そこに持ちこむことになったのではないかと憶測する。この点に関しては、別稿を期すこととしたい。

(1) 拙稿「日本の律法典における形式性と実用性」『日本における立法と法解釈の史的研究 第一巻』（汲古書院、平成二十一年）所収参照。

(2) その一方で日本の散位は、唐の散官の制を継受しているという一面がある。十川陽一「日唐における「散位」と「散官」」『東方学』第百二十一輯（平成二十三年）所収参照。

(3) 竹内理三「律令官位制に於ける階級性」『律令制と貴族』（角川書店、一九九七年）一八〇頁。

(4) 時野谷滋「唐の散官及び封爵とわが文位」『律令封祿制度史の研究』（吉川弘文館、昭和五十二年）二八頁以下。

(5) 律令研究会編「譯註日本律令五」唐律疏議（滋賀秀三執筆、東京堂出版、昭和五十四年）一〇三頁以下。滋賀秀三「律令官制

における官職の「行」と「守」】『中国法制史論集 法典と刑罰』（創文社、二〇〇三年）六二二頁以下。

(6) 前掲律令研究会編『譯註日本律令五』一〇四頁。

(7) 但し散官の保持者が散官の官品に相当する職事官に任命されたときは、前記①の方式をとり、その職事官としての告身が授けられ、官品と職權とが同時に付与されたと思われる。貞観令に「諸以職事高者為守。職事卑者為行。其欠一階為兼。与当階者皆解散官」とあるから、その時は散官は解任されるのであろう。

(8) 但し日本において官当により位が追毀される場合は、官職も同時に罷免されたことと思われる。従って、日本の律令制において位と官とが分離し、各々別立てであるとすれば、名例律17官当条に右のことを明記すべきであった。その規定のないのは、当時の日本においては官よりも位が重んじられ、位が剝奪されれば、当然、官も罷免されるという意識があったこと、また名例律同条に「行守者。各以本位当。仍各解見任」とあって、職事官を行・守するものが位記を以て、その罪に代替するときは、現職を解任することがすでに規定されていたことなどによるものであろう。

(9) 曾我部静雄「中国の品階制度と我が位階制度」『律令を中心とした日中関係史の研究』（吉川弘文館、昭和四十三年）一八五頁以下参照。なお野村忠夫『律令官人制の研究 増訂版』（吉川弘文館、昭和四十二年）三六一頁以下には、我が文位の六位ないし八位に対する初位の特殊性として六点があげられている。

(10) 「職事初位与八位同」が令集解中に見える二箇所とは、官位令第一の師説（国史大系本、八頁・七行）及び喪葬令第廿六、職事官条の令釈（同上、九六一頁・七行・右列）の文中である。前者は「官位令」なる篇目の名称に関する或説に師説が反駁するという文脈の中で現われるが、「官」が高貴、「位」が卑賤という自説の根拠の一つとして名例律15の前掲規定が引用されている。後者は、職事官死去の際に支給される贈物の額に関して、「皆依本位給」という規定の解釈の中に現われる。令釈は右の規定を無位の長上官には贈物を支給しないと解し、その根拠として、「禄法」（禄令4行守条）、即ちその行・守する官の相当位によって支給すれば、有位の人が無位の人よりも卑賤な存在になると述べ、次に「名例云。職事初位与八位同。此亦无位長上。不可同初位長上故」という。この令釈の主張は、職事の初位とは初位の長上官のことであるから、名例律15の規定は無位の長上官よりも初位の長上官を優遇していると解し、無位の長上官には贈物を支給しないとする自説の根拠の一つにしたのであろう。この令釈の説は、名例律前掲規定の立法趣旨とは異なった解釈であり、また喪葬令5本条の「初位」に前掲規定を直接、適用したのではない。

(11) 時野谷滋「唐の官品令とわが官位令」前掲書一八頁。

(12) 曾我部静雄前掲論文一八七頁以下。

(13) 山田英雄「散位の研究」坂本太郎博士還暦記念会編『日本古代史論集 下巻』(吉川弘文館、昭和三十七年)一〇二頁以下参照。

(14) 「初位」は大化三年(六四七)、同五年の冠位制における最下級の位階、「建武」、「立身」の別称である。

(補1) 但し選叙令37除名応叙条(除名の罪を犯した官人が再叙される場合の叙法の規定)に見える「八位初位。並於少初位下叙」の「初位」は、八位と同じ法的な扱いを受ける職事の初位の意であろう。なお右の条文は大宝令には存せず、養老令に至って補われた規定であることに注意する必要がある(統紀、慶雲三年二月庚寅条)。