

國學院大學學術情報リポジトリ

日唐除免官当法に関する若干の考察

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): 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/10.57529/0002000984

日唐除免官当法に関する若干の考察

小林 宏

はしがき

一 除免官当法適用後の再叙

二 日唐官制の相違

はしがき

前稿「養老名例律贈位条について——その立法上の意義——」（『國學院法學』第五六卷第三号）において、筆者は同条に見える日本独自の規定「職事初位与八位同」を取り上げ、日本律令撰者がこの規定を新しく設けた立法上の意図や意義について聊か考察を試みた。即ち我が律令撰者は、官位制の最下級の位である初位を職事の初位と非職事の初位との両種に別ち、とりわけ前者に対しては律の除免官当法を適用し、そのことによつて基本的には官人としての身分を認め、後者との区別を明確にしたとし、且つ同条に見る撰者の立法技術についても、若干ふれると

ころがあった。しかし初位を右の兩種に別ち、職事の初位を八位と見做して、これに刑事上の特典を与えたことは、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込むことになったのではないかと推測する。本稿では、その点に關して更に若干の検討を加えることとしたい。

一 除免官当法適用後の再叙

養老名例律21叙法条は、除名、免官、免所居官、官当の処分を受けたものの再叙について規定する。除名は官位、勳位のすべてを追毀して身分を庶人に落し、課役を負担せしめるが、その官位、勳位は六載の後、一定の叙法に従って再叙する。免官は官位、勳位の兩者、及びそれより二等低い歴任の位記を追毀するが、三載の後、官位、勳位は、それぞれ先位より二等を降して再叙する。免所居官は官位、勳位の中、その何れか一方、即ち官位を有すれば官位を、有しなければ勳位を追毀するが、一周年の後、先位より一等を降して再叙する。官当は免所居官と同じく一周年の後、先位より一等を降して再叙する。

前記名例律21の疏には、除名の罪を犯した官人が再叙される場合の叙法について具体的に記されているが、それは次に掲げる養老選叙令37除名応叙条を引用したものである。

凡犯除名限滿応叙者。三位以上。錄狀奏聞聽勅。其正四位。於從七位下叙。從四位。於正八位上叙。正五位。

於正八位下叙。從五位。於從八位上叙。六位七位。並於大初位上叙。八位初位。並於少初位下叙。若有出身位。高此法者。仍從高。免官。免所居官亦准此。出身。謂。藉蔭及秀才明經之類。即才優擢授者。並不拘常例。

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が（続紀、慶雲三年二月庚寅条参照）、そこ

には重要な問題が二つあるように思われる。まず八位と初位の官人が除名の罪を犯せば、六載の後、少初位下に叙せられるということである。除名という附加刑が官人に科せられるのは、位記によって流徒の実刑を代替する官当法が適用される八位以上であるから（名例律17官当条）、初位は律のいう「官位」の中には入らず、本来、除名が科せられることはない筈である。もし除名が初位に科せられるとすれば、この「初位」は八位と同じ法的な扱いを受ける職事の初位と解さなければならぬ。職事の初位に対し、除免官当法が適用されることについては、すでに前稿で述べたところであるが、これが第一の問題点である。

次に前掲養老選叙令37に見える再叙の官位の等級は、唐選擧令相当条における官品の等級とほぼ同じであるが、とくに唐令の「六品七品。並於從九品上叙。八品九品。並於從九品下叙」（『唐令拾遺補』一〇七〇頁）が日本令では、「六位七位。並於大初位上叙。八位初位。並於少初位下叙」とあることが注目される。即ち唐では六品以下の再叙の官品は從九品であるのに対し、日本では六位以下の再叙の官位は初位である。この日唐における除名後に再叙される最下級の官位、官品は、日唐官制上の大きな相違として認識しておく必要がある（後述）。これが第二の問題点である。

それでは、右の第二の問題点と関連して、免官、免所居官、官当の処分を受けたものが再叙される場合の最下級の官位についてはどうか。それを探る為に、次に養老名例律21の後段の律文(1)と疏文(2)とを掲げることとする。

(1) 若官尽未叙。更犯流以下罪者。聽以贖論。^a 謂。後叙合得八位以上者。叙限各從後犯計年。不在課役之限。

(2) 不在課役。謂。有叙限故。免其課役。依令。初位免徭役。其初位未叙之間。免役從課。上文官尽未叙。更犯流以下罪者。聽以贖論。注云。後叙合得八位以上者。彼文則守後叙。明此亦不異。

右の本注の傍線部 a 「謂。後叙合得八位以上者」と疏文の傍線部 b 「依令」以下は、何れも唐名例律21除名者条

には、それに相当する法文はなく、日本律において新しく設けたものである（傍線部 a b 以外は唐律と同文）。何故、日本律では傍線部 a の注文を付加したのか。律文(1)は当免、即ち免官、免所居官、官当によって、すべての「官」（位記の意）を失い、まだ再叙されていないものが更に流以下の罪を犯したときは贖することが許され、また課役をも負担しないという規定である。何故、課役を負担しないかといえば、当免法によって「官」がすべて尽きてしまっても、後に再叙されることになるのだから、それを考慮して再叙される迄の期間も課役を免除するというのである（疏文(2)の「謂。有叙限故。免其課役」）。唐制においては、当免により、すべての官品を失って再叙される最下級の官品は從九品下であって、從九品下以上の流内の官品を有するものは、課役はすべて免除される（唐戸令。『唐令拾遺補』一〇一四頁）。しかし日本律において、当免により、すべての官位を失って再叙される最下級の官位が初位（大初位上以下、少初位下以上）であるとすると、初位は賦役令 19 舍人史生条により徭役は免除されるが、課（調）は徴収されることになる。その為、日本律撰者は新しく注文 a を付加し、再叙される位を課役がすべて免除される八位以上（戸令 5 戸主条）に限定して律文「不在課役之限」との整合性を図ったのである。

今、律文(1)だけを読むと、日本律撰者は当免によって再叙される最下級の位を八位（從八位下）に限定したかのように見える。しかし日本律撰者の立法の意図がそうではないことは、前掲疏文(2)の傍線部 b を読むことによって明らかとなる。この b の文意はやや難解であるが、一応、次のように解しておきたい。即ち賦役令 19 によれば、初位は役は免除されるが、課は徴収されるから、再叙が初位となる場合の未叙の期間は、やはり役を免除し、課は徴収することとする。前掲律文「官尽未叙。更犯流以下罪者。聽以贖論」の本注「謂。後叙合得八位以上者」も、再叙を考慮して八位以上に再叙されるものは未叙の間も課役を免除するとしたが、再叙を考慮したという点においては、初位の未叙の場合も前掲本注と異なるところはない。即ち疏文の傍線部 b は、再叙が初位となる場合を想定

し、その未叙の間の租税負担に関して、「免役従課」という新しい法的基準を定立すると共に、日本律に本注 a を付加した理由（「彼文則守、後叙」）をあげて、その理由を根拠に前記初位に関する疏の立法の正当性を主張しているといえよう。

以上から前掲名例律 21 の後段の規定 (1) (2) に関する日本律撰者の立法の意図は、当免によって再叙される最下級の位は八位ではなく、初位であったと考えられる。そうすると、本注 a は律文「不在課役之限」との整合性を図る為に唐律本注にそれを新しく付加したのであって、当免によって再叙される最下級の位を八位に限定するものではなかったといわざるを得ない。

さて、前掲選叙令 37 には、「八位初位。並於少初位下叙」とあって、少初位下の官人が除名の罪を犯しても、六載の後は少初位下に再叙されるから最下級の少初位下だけは保障されていたことになる。それでは免官、免所居官、官当の場合はどうか。今、養老軍防令 35 犯除名条をあげれば、それは次の通りである。

凡勲位犯除名。限滿応叙者。一等於九等叙。二等於十等叙。三等於十一等叙。四等以下於十二等叙。其官当及免官。免所居官。計降卑於此法者。聽從高叙。

本条は勲位を保持するものが除名の罪を犯し、等級を降して再叙される場合の規定であって、その最下級の勲位は勲十二等である。しかも、そこには「計降卑於此法者。聽從高叙」とあって、官当、免官、免所居官によって、先位より一等ないし二等を降す場合に勲十二等よりも低くなってしまうときは、勲十二等に再叙するというのである。この養老軍防令 35 の規定は、唐名例律 21 除名者条の本注「即降品卑於武騎尉者。聽從武騎尉叙」を継受したものであって、要するに勲位に当免法を適用した後の再叙に当っては、最下級の勲十二等は保障するという規定である。⁽¹⁾

右の軍防令35と対を為す規定が前掲選叙令37であった。但し、そこには「若有出身位高此法者。仍從高。免官。免所居官亦准此」とあるが、前掲軍防令35の如き免官、免所居官、官当を犯したものに對し、最下級の官位に再叙することを保障するという明文は見えない。しかし勲位の場合に最下級の勲十二等の再叙が保障されている以上、文位(官位)の場合も最下級の少初位下の再叙は保障されていたと考えてよいであろう。また官人に対して科せられる附加刑の中、最も重い除名の罪において少初位下の再叙が保障されているとすれば、除名よりも軽い免官、免所居官、官当の場合は当然、少初位下の再叙は保障されていたであろう。更に選叙令17本主亡条の義解には、「即須毀先位。猶當免之人。後叙之位。与先位同階者。仍毀先位也」(国史大系本『令集解』四九二頁、五行、右列)とあって、当免によって再叙される位が先位と同階となる場合は、先位の位記を毀棄して新しい位記を授与している。ここに再叙の位が先位と同階となる場合というのは、少初位下のものが当免の罪を犯したときでも、少初位下に留まることを指すと考えてよいであろう。

以上述べたところから、日本では除名、免官、免所居官、官当の処分後に再叙される最下級の官位は、何れも初位であること、しかも当免の再叙に当って、官位の等級を一等ないし二等を降して少初位下よりも低くなることがあつても、除名の場合と同様、少初位下に留まることが確認されたと思われる。

二 日唐官制の相違

ここで職事の初位の再叙についても確認しておきたいことがある。除名の場合の再叙は、前掲選叙令37に初位(職事)は六載の後、少初位下に叙せられることが明記されている。免官、免所居官、官当の場合の再叙は、先位

より二等ないし一等を降されるが、前述のように、その降限が、たとい少初位下よりも低くなくても、なお少初位下に留まることが許されるから、何れにしても職事の初位の再叙は初位に叙せられることとなる。以上から職事の初位に対し、除免官当法を適用して再叙される位は初位であった。しかし、この初位は文字通りの初位であつて、もはや職事の初位ではなかつたのである。そのことは、免官、免所居官、官当の場合は、前掲名例律21の疏に、「其初位未叙之間。免役從課」とあつて、再叙される初位に非職事の初位を想定していることによつて明らかである。また除名の場合は、前掲選叙令に、「八位初位。並於少初位下叙」とあつて、八位と初位とは六載の後、共に少初位下に再叙されるが、もし職事の初位の官人が職事の少初位下に再叙されるとすれば、八位の官人の再叙（非職事の少初位下）よりも優遇されることになつて不合理である。従つて職事の初位に除免官当法を適用した後に再叙される初位は、何れも職事官としての初位ではなく、位記の保持者としての初位であつたと考えられよう。

日本の律令制にあつては、一般に位と職とは分離しているから除免官当によつて追毀されるのは位記であつて、唐の告身の如き任官辞令ではない。従つて再叙されるものも位であつて職ではないのである。唐制では職事官の官品と官職とは分離せず、両者は一体であつて、單一の告身によつて両者は同時に被叙任者に授与されるから、前記再叙の場合も同様であつて、そこが日本の官制とは異なる処である。職事の初位を八位と見做して、それに除免官当法を適用することに関してのみいへば、それは職事官の官品と官職とが一体を成す唐制に類似するが、職事の初位の再叙に當つては、やはり唐制とは異なり、位と職とは分離しているといえよう。

以上を要するに、養老律においては八位以上、及び職事の初位の官人に対し除免官当法を適用して、その保持する位記を追毀し、法定の期間後に再叙する場合の位には八位以上の他に初位があつた。即ち再叙についていへば、除名は正六位以下、免官は從八位上以下、免所居官、官当は從八位下以下がそれぞれ、すべて初位となる。しか

し、この日本の制は唐制とは大きく異なるものであった。唐制において除免官当によって再叙される職事官、散官の最下級の官品は従九品下であるが、当免の再叙に際して官品の等級を一等ないし二等を降して従九品下よりも低くなることであっても、従九品下に留まることは日本の場合と同様であったと思われる。しかし唐制の従九品下以上は流内官であって、流内の官品を有する職事官、散官、勲官は除免官当の処分を受けても、最下級の従九品下（勲官は従七品）の再叙は保障され、死刑と五流に当る罪を犯さない限り実刑は科せられず、基本的に官人としての身分を奪われることはない。⁽³⁾日本の律令制においても八位以上に再叙された場合は、やはり唐制と同様、律に定められた刑事上の特典や令に定められた租税負担上の特典等が認められ、基本的には官人として身分に変更はない。しかし初位に再叙された場合は、初位は唐制の流外官に相当するものとして、律の「官位」の中には入らず、官人の特典に関する律の適用からは除外され、令においても位記授与の手續、租税の負担、大学生の入学資格等、初位に対しては八位以上と著しい待遇上の差が設けられている。⁽⁴⁾

このように日本律における除免官当法は、八位以上及び八位と見做される職事の初位に対して適用されるが、それらが一定期間後に再叙される場合は、八位以上と初位という身分を異にする両種の官人を生む結果となったのである。但し勲位については、その保持者に対する除免官当法適用後に再叙される勲位は勲十二等以上であって（前掲軍防令 35）、勲十二等以上は八位以上と同じく官当法の適用が許されるから（官位令、名例律 11・17）、基本的には官人としての身分は保証され、文位（官位）の如き問題は生じない。これに対し文位の場合は、その保持者に対する除免官当法適用後、除名、免官、免所居官・官当の三者によって降される先位の等級は異なるものの、初位に再叙されることがあり得たのである。⁽⁵⁾

以上を総括すれば、以下の通りである。即ち唐制にあつては、流内官である職事官、散官が除免官当によって再

叙される最下級の官品は從九品下であり、同じく流内官である勲官が再叙される最下級の官品は從七品であるから、流内官が除免官当の罪を犯しても、基本的には官人としての身分が奪われることはない。しかし日本の律令制にあつては、八位以上と職事の初位に対する除免官当法適用後に再叙される官位には、唐の流内官の官品に相当する八位以上と流外官の官品に相当する初位との兩種が存在した。従つて、そこには唐制の如き除免官当法における官人の身分に関する、制度としての論理の一貫性は認められない。日本の律令制においても、前掲名例律21の本注に「謂。後叙合得八位以上」とあるように、除免官当法適用後に再叙される官位を八位以上に限定すれば、唐制と同様、その論理に首尾一貫性が見られたであろうが、事實はそうではなかつたのである。

それでは日本律令において、何故、再叙の最下級の位を初位としたのであろうか。それは難問であつて、その理由については別途、日本の律令官制における「初位」のもつ特異性やその意義等に関して総合的に考察し、判断する必要があるが、当面考えられるのは、たとい八位以上の官人、もしくは職事の初位の官人が除免官当の処分を受けて初位に再叙されたとしても、その初位の位記を得たものが再び職事官に任命されるならば、それは職事の初位として八位と見做されるという道が残されていたからではなからうか。そうであるとすれば、やはり「職事初位与八位同」という名例律15贈位条の規定が働いて除免官当法適用後における再叙の位に八位以上と初位という二種の性質をもつ位を生み、唐の除免官当法の導入において、唐制とは異質のものをそこに持ち込むことに繋がつたのではないかと推測される。しかし再叙後の初位の保持者が再び職事官に任命されることになれば、それは八位の官人と見做されるのであるから、前述の我が除免官当法に見る、制度としての論理の首尾一貫性の欠如も、実質的には解消されることになる。ここに法理よりも運用を、思弁よりも実践を重んずる日本律令制定者の意向が反映されていると見ることもできよう。

- (1) 高塩博「大宝・養老二律の異同について」『日本律の基礎的研究』(汲古書院、昭和六十二年)二二三・四頁参照。
- (2) 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)一〇三頁参照。
- (3) 但し免官、免所居官、官当の処分を受け、且つすべての官品を失ったものが再叙される迄の期間中に、更に流以下の罪を犯したときは贖が許されるが(唐名例律21)、除名の処分を受けたものは、その官爵すべてが剥奪されて庶人の身分に落されるから(但し歳役は庸を以て代納、雜徭・点防は免除。同上疏)、前記期間中に更に流以下の罪を犯した場合は、恐らく実刑が科せられたであろう。
- (4) 八位以上と初位とにおける律令条文上の待遇の差については、拙稿「養老名例律贈位条について——その立法上の意義——」『國學院法學』第五六卷第三号、一一頁以下、曾我部靜雄「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、野村忠夫「律令勲位制の基本問題——その性格と機能とを中心に——」『律令官人制の研究 増訂版』(吉川弘文館、昭和四十二年)三六一頁以下等参照。
- (5) 勲位(勲十二等以上)に対して除免官当法が適用されたことは、勲位の性質を考える上で重要であろう。確かに勲位の特典は、文位の特典に比して一般に低かったと思われるが、除免官当法適用後においても、なお勲十二等が保障されたということは、勲位の保持者は罪を犯しても一定の犯罪以外は流徒の実刑が科せられず、基本的には官人としての身分を生涯奪われまいということとであって、この点に関しては文位に比して大きな特典であるといえよう。