

中世初期の明法道について

長 又 高 夫

はじめに

- 一 「和与物不悔還」の法理をめぐって
- 二 「異財物不悔還」の法理をめぐって（その一）
- 三 「異財物不悔還」の法理をめぐって（その二）
- 四 『法曹至要抄』の価値
むすびにかえて

はじめに

平成十二年に私は、『日本中世法書の研究』（汲古書院刊）を公にした。本書では、まず中世初期の代表的な法書である『法曹至要抄』と『裁判至要抄』の性格を明らかにした上で、これらの法書を主たる材料として当時の明法家（法曹）による法解釈を分析し、そ

中世初期の明法道について

の法解釈が中世法の法理形成に果たした役割を考察した。

その後、幸いなことに、新田一郎氏、梅田康夫氏、上杉和彦氏、瀬賀正博氏等が、拙著を御紹介くださり、さらに御批判を頂くことが出来た。

『法曹至要抄』と『裁判至要抄』の基本的な性格については、大方の御賛同を得られた様であるが、両法書を通じて明法家による法創造が確認できる事例として私が紹介した「和与」や「悔還」の法理については、異論も出された。これらの問題は両法書における法の引用方法とも密接に関わる問題であるので、この様な疑義に対しては、やはり明確にお答えしておく必要がある。

また、私の説明が不十分であった為に、『法曹至要抄』の著作目的について、私の真意が十分に読者に伝わらなかつた嫌いがある。そこで本稿では、『法曹至要抄』の著作目的に関しても更に説明を

加え、本書の価値を明らかにしておきたい。

一 「和与物不悔還」の法理をめぐって

私は、拙著『日本中世法書の研究』において、『法曹至要抄』と『裁判至要抄』との関係を次の様に論じた。即ち、白河・鳥羽院政期に活躍した明法博士坂上明基が、家学である明法道を子孫に伝えんが為に著したのが『法曹至要抄』であり、明基の孫の明基が、後鳥羽上皇の命を受けて、当時公家方の裁判機関であった記録所の職員の実務に資せんが為に、『法曹至要抄』を全面的に修正したものが『裁判至要抄』であつたと。

当時の明法博士は、法曹として、公卿からの諮問を受け、様々な法律問題に対する鑑定意見を述べなければならなかつた。その鑑定意見は、明法勘文として提出された。もし勘文に失錯があつた場合には、その責任が問われ、場合によつては明法博士の職を追われることもあつた。

院政期以降、数多くの明法博士を輩出し、博士家としての地位を固めつつあつた坂上氏であつたが、もし家業を継承した子孫達の中に、明法博士としての適性を疑われるような者が現れば、博士家としての地位も危うくなる。そのような事態が起こることのない様に、つまりは己の子孫達が不適切な鑑定を行なうことのない様に、明法勘文作成の虎の巻として『法曹至要抄』は著されたのである。このことは、本書の体裁が、明法勘文の内容ごとに分類整理されて

いることや、故実・旧例・典拠等を法源として引用し、そこに按文を付すといつた本書各条文の形式が、明法勘文の形式と一致していることから窺えよう。

また、坂上氏によつて著されたもう一つの法書『裁判至要抄』は、後鳥羽院の命を受けた時の明法博士坂上明基が、記録所寄人の為に著した記録所勘文の雛形集であつた。

記録所で訴訟の審理に当たつた寄人には、明法家ばかりではなく、明経・文章・算道らの各博士等が任せられていたが、彼等が記録所勘文（≡判決案）を作成する際には、必ず律令格式を典拠として引用することが求められたので、彼等には、その為の手引書が必要であつた。そこで寄人の一人であつた坂上明基に白羽の矢が立つたのである。

明基は、『法曹至要抄』の各条文の中から、記録所の管掌事項に関するものを抄出し、それに修正を加え、『裁判至要抄』を著した。その修正は按文の法解釈上の表現のみならず、法源の引用の仕方にも及ぶものであつた。法解釈上の表現の違いという点では、『裁判至要抄』の方が、実際の法適用のことを考えて、より丁寧で具体的、なおかつ簡潔な表現になつている。また、法源の引用方法の相違点としては、たとい両書が同一事案の事を論じ、同じ律令格式を引用するときでも、『裁判至要抄』の場合は、直接事案に関わる部分のみを抜粋して引用するという特徴が認められる。かくの如き両書の性格の違いは、その編纂目的の違いに起因するものであつ

た。

以上述べた所の『法曹至要抄』と『裁判至要抄』という二つの法書の編纂方法等については、おおむね諸賢の御賛同を得られた様である。

私は、右の結論を導く為、両書の対応条文を比較検討し、両書の法解釈の相違を明らかにしたのであるが、「和与物不悔還」の法理を説く両書の法解釈に関して、梅田氏から御批判を頂いたので、まずはこの点から考えてゆきたい。梅田氏は『法曹至要抄』における法源の引用方法の原則を示され、それに基づいて私見を批判されているので、本稿では両書が法源を引用する際の原則についても確認しておきたいと思う。

以下に梅田氏の所論を紹介しておこう。拙著第三章「和与概念成立の歴史的意義」において、私は、『法曹至要抄』中巻第四一（雑事条一）条と『裁判至要抄』第一三条がともに解釈立法を行っていることを明らかにした。具体的に述べれば、両条の法源の引用の仕方から、明法家が名例律32条の本注、子注を故意に訓み変え、律意とは異なる新しい法解釈を導き出していることを論じたのである。この私見に対し、梅田氏は次の様に批判を加えられた。いさかか長文の引用となるが、誤解を避ける為、そのまま引用する（①②ならびに波線は長又が付記した）。

著者（長又）は、本来「不応取財而取、与者無罪、皆是」とあ

中世初期の明法道について

る名例律32彼此俱罪条の疏文を、『法曹至要抄』の撰者が、「不
応取財、而取与者無罪、皆是」と誤読したことによって受領
者、授与者はともに無罪と理解され、そこから「和与物不悔
還」という法理が成立したと主張する。疏文の引用の微細な変
化に気づいたことはなかなか慧眼といえようが、しかしなが
らこの部分は、『裁判至要抄』にはなら引用されていないの
である。すなわち、そこにおいてはこの微細な変化は、「和与
物不悔還」という法理を導くのにとくに必要とは考えられてい
ないのである。この疏文の誤読を持ち出す前に、まず律文の引
用の仕方を問題とすべきであろう。疏文を除くと律文は本来
「取与不和、雖和、与者無罪、若乞索之贓、並還」となってお
り、傍線部分が本注部分であった。これらの場合はいずれも贓
物は主に返すのが、律の規定の趣旨である。ところが『法曹至
要抄』ではこの律文を次のような形で引用している。

名例律云、取与不和、若乞索之贓、並還主、上文注云、雖
和与者無罪（以下、疏文は省略）

すなわち、^①本注部分が律本文と別個に切り離されて表示され
ることによって、あたかもそれが本文の例外規定のような性格
を付与されているのである。もし『法曹至要抄』の通常の律文
引用法にしたがって、本注の位置を正確に表示するのであれ
ば、「取与不和」のすぐ後に「注云」「疏云」として本注と律疏
が引用され、その後で再び「又条云」として律文が引用されて

「乞索之贓」の場合と同じく、「並還主」という点では並列的に位置づけられる筈であつた「雖和、与者無罪」の場合が、それらの場合と対比的に理解されることになつたと言えよう。疏文の微細な変化はこうした律文引用の趣旨にあわせたものであり、それは意図的なものであつたと思われる。このように疏文の微細な変化よりも、まず律文の引用方法に問題があつたと評者（梅田氏）は考えるが、いずれにせよ「和与」は「取与不和」の部分からその反対概念として誘導されたとする平山行三氏の従来の方に対して「和与」の淵源を「雖和、与者無罪」の部分に求めた著者の業績を認めるのに吝かではない。²⁾

梅田氏が指摘される通り私は、名例律32彼此俱罪条の子注（疏文）の訓みかえに重要な意味を見出すのであるが、梅田氏は、そのような「微細」なことにはなく、ここでの「律本文等の引用の仕方」にこそ、問題があると指摘されたのである（ただし梅田氏も『法曹至要抄』の撰者が子注の訓み変えを行っていることは認めている）。

梅田氏は「本注部分が律本文と別個に切り離されて表示されることによつて、あたかもそれが本文の例外規定のような性格を付与されているのである」（波線部②）と論じられるが、果たしてそうであらうか。まずは問題となつている『法曹至要抄』中巻第四一（雑事条一）条の法解釈を見よう。³⁾

『法曹至要抄』中巻第四一（雑事条一）条
一、和与物不悔還事

職制律云。因官狹勢。及豪強之人乞索者。坐贓論減一等。將送者為從。注云。親故相与者勿論。疏云。親謂内外五等以上親。若三等以上婚姻之家。故謂索是通家、或欽風若旧。車馬不悛。稿紵相貽之類。名例律云。取与不和。若乞索之贓。並還主。上文注云。雖和与人無罪。疏云。不取財。而取与者无罪。皆是。

案之。旧病馬牛之類。雖有變易之期。不限親疎。和与之財。全無悔還之法。只以一与之状。可為万代之驗矣。

* II 「財」は陽明文庫本・旧林崎文庫本に無いが、群書類従本によつて補うべきであらう。

右の『法曹至要抄』中巻第四一条では、典拠としてまず職制律58挾勢乞索条の本文と、その本注（「注云」・子注（「疏云」）が引用され、続いて名例律32彼此俱罪条の本文とその本注（「上文注云」・子注（「疏云」）が引かれている。梅田氏は、本来、名例律32彼此俱罪条の本文「取与不和」の下にある本注、子注を独立させることで「和与物不悔還」の法理を導いているといっているのであるが、これは正直な所、意味不明である。仮に梅田氏の指摘される通り、『法曹至要抄』の撰者が意図的に、律本文、律本注、律子注の順に並べ変えた

としても、そのことによつて、なぜ「和与物不悔還」の法理が説明されるのか解らない。梅田氏の主張は、「取与不和」「雖和与者無罪」「乞索」の賊は、いずれも原主に還すのが名例律32彼此俱罪条の原則であつたのだけれども、本注である「雖和与者無罪」を本文から切り離すことによつて、「雖和与者無罪」場合は賊物を原主に返還する必要がないという法解釈（Ⅱ和与物不悔還の法理）を導いているというものであつた。しかし、律本注と律子注を独立させたからといつて、この律本注と律子注そのものから「和与物不悔還」の法理を説明することは出来ない。「雖和与者無罪」の賊を原主に返還しなくともよいという根拠は、どこにも記されていないのである。律子注を意図的に訓みかえること、即ち、本来は授与者無罪（受領者有罪）とある律子注を受領者・授与者ともに罪なしと訓みかえることによつて、はじめ「和与物不悔還」の法理の根拠が示されたことになるのである。

梅田説は、『法曹至要抄』中巻第四一条の法源の配列が例外的なものであつたという事を前提とするが、律文を引用する際に本注と子注を本文から切り離して独立させるといふ当該条の如き法源の引用法が、特別な事例であつたと言えるのであろうか。

梅田氏によると、日本律の通りに順次、本文、本注、子注を引用するのが『法曹至要抄』の「通常の引用法」であつたというが、果たしてそうであらうか。律令の文を法源として引用する際に、本文をまず示した後に、その本注や子注を、「注云」或いは「疏云」と

して独立させて引用する方法は随所で確認出来るのであり、『法曹至要抄』中巻第四一条に限り、法源の配列を問題にする必要があるのだろうか。

本文の後に、その本注、子注を別個に引用するときには、ただ単に、「注云」や「疏云」として引用する場合と、『法曹至要抄』中巻第四一条の如く、「上文注云」、「上文疏云」として引用する場合があつた。『法曹至要抄』の撰者が、律令の文を法源として引用する際には法解釈を導くのに都合のよい部分のみを取捨選択しているのであり、意をもつて文を補つたり、その取意文を記すこともあつた。つまり、撰者は、それがたとい基本法たる律令の文であつても、それを一言一句、正確に引用しようとしていたわけではなかつたのである。したがつて梅田氏の如く、中巻第四一条の法源の配列から、撰者の法解釈の在り方を論ずることは、やはり難しいといえよう（ただし、立法解釈を行なつた上で、さらに、その違いを明確にする為に本注を後置したと考えることはできない）。

さらに梅田氏は、次に示す『裁判至要抄』第一三条に名例律32彼此俱罪条の子注が引用されていないことをもつて、「和与物不悔還」の法理が、子注から導き出されたものではない事の根拠とされたのであるが（波線部①）、果たしてそう簡単に論じられるのであろうか。

『裁判至要抄』第一三条

一、和与乞索物事

名例律云、取与不和。若乞索之贓、并還主。注云、和与者無罪。

戸婚律云、放家人為良。已經本属。而還庄為賤者、徒二年。

案之。和与之物不可悔還。而不在志之所之。強乞取之物。

可還其主。又於庄状者。不可備証文。

梅田氏の如き主張を行なう為には、『裁判至要抄』の「通常の律文引用法」をまず確認する必要がある。『裁判至要抄』の各条文の中に子注が法源として引用されているのは、実は、次の二十九条ただ一例のみであった。

『裁判至要抄』第二十九条

一、処分外孫財。不悔還事

闕訟律云、告外祖父母父母。徒二年。疏云、或侵奪財物。或毆打其身之類。得自理訴。

案之。外祖父母侵奪財物之時。既聽理訴。仍讓女子之子之財。輒不悔還。但未異財畢者。可悔還之。

右の条文は、外孫（女子の子）に讓与した財は、外祖父母と雖も輒く悔還す事が出来ないと論じている。したがってここで典拠となるのは、外祖父母と雖も、外孫の財物を奪つたならば、それを提訴

し得るといふ、子注（「疏云」）の方であり、その直前に引かれている闕訟律45条の本文（「告外祖父母、徒二年」）は、直接の典拠とはなっていない（つまり如何なる条文の子注であるかということを示す為に引用されている）。ここで子注が引用されたのは、律本文だけを引用したのでは、法源としての意味をなさないからであった。

また、子注のみならず本注の場合も、法解釈を導く為にどうしても必要な場合にだけ、『裁判至要抄』に引用されている。『裁判至要抄』に律本文のみならず、その本注までも引かれているのは、今問題となっている第一三条と、第一三条とまったく同じ法源が引用されている第三三条（第一三条と同様「和与物不悔還」の法理を示す他に引用されている）、さらに第一四条の計三例だけである。第一三条（第三三条も同様）でなぜ本注が引用されているのかという点については後述するので、まずは第一四条を見ておこう。

『裁判至要抄』第十四条

一、借物預物被強盜被燒亡。不弁償事

雜律云、火水有所損敗。誤失者。不償。又条云、棄毀官私器物者。各備償。注云、被強盜者。不償。

案之。借人宅為失火燒亡。渡海間。遭風波入水。又被強盜。如此顯然之類。損失不可弁償。

右の『裁判至要抄』第十四条は、本主から借りたり預かったりし

た物を、強盗によつて奪われてしまつたり、火事で焼失させてしまつたときには（つまり故意でない場合）、借主・預主に賠償責任が生じないことを論じたものである。按文の後半部分の法解釈「又被強盜」は雜律57条の本注をその典拠とせねば、導き出せないものである（つまり本文からは導き出せない解釈である）。したがつて『裁判至要抄』の「通常の律文引用法」は本文のみを引用することを原則としていたが、本文だけを引用したのでは法源として、意味をなさないときにだけ、本注さらには子注までもが引用されたと考えられる。

前述せる如く、『裁判至要抄』は、記録所寄人達の法実務の手引き書として著された法書であつたから、本書に法源として引かれる律令格式は、法解釈を導く為に必要不可欠な部分だけが摘出され、そこから導かれる法解釈（＝按文）も、実際の法適用のことを考えて、具体的かつ現実的なものとなつていた。

それではなぜ、『裁判至要抄』第一三条では、「和与物不悔還」の法理を導く為の直接の法源となる子注「不応取財而取与者无罪。皆是」を引用せずに、この法理を説明し得たのであろうか。それは拙著で既に説明した様に、『裁判至要抄』の撰者が、本注までも訓み変えることによつて、その法理を説明している所に答えがある。即ち、「和すると雖も、与へる者罪なし」という本注を引用する際に、文頭の「雖」を削り、「和与の者罪なし」と文章を訓み変えることによつて、まったくその意味を変えてしまつてゐるのである。

これは『法曹至要抄』の撰者が、名例律32彼此俱罪条の子注「不応取財而取。与者无罪」を「不応取財。而取与者无罪」と訓み変えたこと（つまり授与者無罪を授与者・受領者双方無罪と訓みかえたこと）と、軌を一つにするものである。「和与の者」、つまり当事者双方に罪がないということさえ確認出来れば、わざわざ子注を引用する必要はなかつたのであろう。

十二世紀に登場した「和与物不悔還」の法理であるが、『裁判至要抄』が著された十三世紀初頭には、すでに人口に膾炙する法理となつていた。『吾妻鏡』元久元年（二〇四）十一月二十日条の「和与芳心物者。不可改変之由。今日披定」という記事なども、その事を裏付けるものである。「和与」という言葉も法律用語として既に定着していた為に、法曹が「和与者」という表現をすれば、当時の人々は、もはや何の違和感も感じずに、和与の当事者双方を表現したものと理解出来たのであろう。

二、「異財物不悔還」の法理をめぐつて（その一）

明法家が、法的鑑定を行なう場合には、必ずその故実・旧例・典拠等を示すことが求められた。それは勿論、鑑定を行なつた明法家の法解釈、法適用の是非が問題となるからである。

後鳥羽上皇が、坂上明基に『裁判至要抄』の著作を命じたのも、実は、判決文のみが記され、依拠すべき律令格式が引用されていない記録所勘文の形式を改めるさせる意味があつた。

記録所は、公家社会の民事訴訟を管掌する役所として文治三年（一一八七）に閑院内裏中に開設された。判決案は記録所の寄人達によつて作成されたが、諸道輩が寄人に任せられたので、判決案に律令格式が引かれることは当初殆どなかつた様である。その為に、判決の妥当性に疑念を抱く訴訟当事者が、あとを絶たず、この事態に対処せんと、典拠を明示した記録所勘文の雛形集（『裁判至要抄』）の編纂を坂上明基に命じたのである。訴訟当事者を納得させるには、判決と共にその法的論拠を示すことが必要であつた。

『法曹至要抄』や『裁判至要抄』が著された頃の明法家は、律令格式等の章句の断片的な意味に依拠して法解釈を導いていたので、明法家が勘申の際に、律令条文中のどの部分（章句）を法源として取捨選択したのか、その事が確認出来れば、自ずから、その明法家の法解釈の立場（つまり如何なる明法学説を支持しているのか）は明らかとなつたのである。

『法曹至要抄』と『裁判至要抄』両書の法源と按文との関係について論じられた田中稔氏、棚橋光男氏、森田悌氏等¹¹は、ともに按文に見る法解釈こそが現実の法として大事であつたと主張され、その前文に引用されている律令格式等の意味を軽んぜられた。たとえば、田中稔氏は、『裁判至要抄』に関して、そこに引かれる律令格式は「現実要求されている法意に一応の権威付をするためのもの」に過ぎないと評価され、「それがそのまま後の按文を拘束しているものとする事はできない。むしろその按文こそが現実を律す

る法であつたと考えるべきものである」と主張する。¹²

三氏が主張される通り、按文に記されている法的結論が大切であることは言うまでもないが、その法的結論を導く為に取捨選択された法源にも重要な意味があつたのである。これらの法源なくして法解釈の正当性は主張しえないし、取捨選択された法源は、按文以上に撰者の法解釈の立場を物語る事があるのである。

したがつて『法曹至要抄』や『裁判至要抄』の各条文で如何なる法解釈が展開されているのか、これを明らかにする為には、按文と法源との関係をまず明らかにせねばならない。

そこで、ここでは『法曹至要抄』下巻第一二条を取り上げ、法源と按文との関係を検討してみたい。拙著第四章「中世法書における悔還の法理について」において、私は「悔還権」（子孫に生前贈与したものを取り戻す権利）をめぐる、『法曹至要抄』と『裁判至要抄』とで、どのような法解釈が為されているのか、比較検討した。その結果、「相続に関しては、親の最終的意思を尊重すべきであるが、その反面、親の恣意的な悔還については制限を加えるべきである」というのが、坂上氏の家説であつた」と結論づけた。その論証の過程で、法源と按文との対応関係を逐一明らかにしたつもりであつたが、『法曹至要抄』下巻第一二条の法解釈をめぐる諸賢から御批判を頂いた。

それについては説明が不十分であつたことによる誤解もあると思われるので、ご批判頂いた点を中心に、法源と按文の関係をもう一

度整理して説明しておきたい。

まずは『法曹至要抄』第十二条の法解釈を見よう。

『法曹至要抄』下巻第一二(処分条12)条

一、処分子孫之物。子孫死後不返領事。

ア戸婚律云。祖父母父母在而。子孫別籍異財者。徒二年。若祖父母父母令別籍者。徒一年。子孫不坐。

イ疏云。但云別籍。不云令異財者。明其無罪也。

ウ説者云。已異後。不可悔還者。

案之。A於父母之令異財者。受領之子孫無有其罪。又已異

後不可悔還。B況子孫亡有妻子者。妻子可伝領。父母更不

返領之。

まず按文の文脈についてであるが、A(a)の父母が子孫に異財したときは、受領の子孫には罪がないこと、A(b)の父母が異財した後は、その財を悔還することが出来ないという二つの理由から、いわんや子孫が死去して妻子があつた場合は、その財は妻子が相続すべきであつて、父母が悔還することは出来ないというBの文を導き出している。A(a)とA(b)とは並列な関係であるが、実はA(b)はA(a)を前提としている。なぜならば、A(a)は、イの戸婚律6条子注を説明した文であり(アの戸婚律6条本文は、イの子注を導く為に引用されているだけであり、按文の法解釈とは直接関係しない)、A(b)はウの戸

婚律6条子注の解釈学説を説明した文であつたからである。イとウの関係は、イを解釈したものがウであつたから、ウはイから導き出されたものであつた。したがつて、ウと対応関係にあるA(b)は、イと対応関係にあるA(a)から導かれていると考えられる。

しかし、A(a)からA(b)が導かれるという論理、即ち、「異財された子孫の側に罪がない」のならば「父祖はこれを悔還することが出来ない」という論理は、順接的に導き出されるものではなく、我々は、明法家が示したこの論理の筋道を推測せねばならないのである。

まずA(a)の法解釈についてであるが、これがイから導かれたものであることは疑いない。だが、イの子注(イ疏云。但云別籍。不云令異財者。明其無罪也)から直接的にA(a)の法解釈(於父母之令異財者。受領之子孫。無有其罪)が導かれているわけではない。A(a)の子注は、次のような意味であつた。即ち、律本文(ア)に「祖父母父母が子孫を別籍にしたならば、その祖父母は徒一年に処せられる」とあるが、これは祖父母父母が「別籍」にした場合を言うのであり、祖父母父母が子孫に命じて異財せしめた場合は、祖父母父母に罪はない、というものであつた。つまりイの「明其無罪也」の「其罪」とは、祖父母の罪のことであり、子孫の罪については、イの子注は何も語っていないのである。『法曹至要抄』の撰者が、イの「其罪」を子孫の罪に訓みかえてA(a)の法解釈を導いている印象を受けるが、如何なるものであろうか。

あるいは、アの律本文が引用されていることを生かして、祖父母父母が「別籍」の罪を問われる場合でも、子孫は無罪であったのだから、祖父母父母が罪を問われない「異財」の場合は、当然のことながら子孫に罪はない、といった勿論解釈によって、A(a)の法解釈が導かれたと考えることも出来るかもしれない。しかし、どちらにしても、『法曹至要抄』の撰者が、子孫の罪の有無にこだわっていただくことは間違いない。

新田氏は、ア・イの原意からは、父祖が子孫に生前贈与を行なった、まさにその時に受領者である子孫に罪がなかったことだけしか導き出せないとして私見を批判されたが、『法曹至要抄』の撰者が、イの子注の原意通りに法解釈を行なっていたとは、思えないのである。

新田氏の如く解すると、A(a)の一文は、生前贈与が行われた際に、受領者たる子孫に相続人としての資格要件が備わっていたことを確認するものであったということになる。つまり、もし、新田氏の如く子孫の罪を限定的に解釈するならば、結果として、生前贈与が適切に行われた以上、父祖は異財後に悔還権を行使することは出来ない、という結論になるのではないだろうか（これは結果として、田中稔氏の解釈と近いものになるのではないか）。

前条第一一条の「父母処分後状事」は、親の「教令」を重視し、親の悔還を容認するものであったから、もし、本条において、父祖の悔還権が全面的に否定されていたとすると、そこには矛盾が

生じてしまう。両条の関係を矛盾なく理解する為には、悔還権の行使に何かしらの制限を加えたのが第一二条であったと考えるのがやはり穏当ではないだろうか。

中世初期の公家社会において、親が悔還権を行使する事例を多数確認出来る以上、やはり有力な明法學説が、親の悔還権を全面的に否定していたとは、思えないのである。

そこで撰者が子孫の罪の有無にこだわっていたことを思いおこせば、「子孫に罪がないこと」、それこそが親の悔還権を制限する条件として、もつとも相応しい様に思われるのである。

やはり、異財時のみならず、異財後においても、子孫に罪がないのならば、父祖は悔還することは出来ないというのが、『法曹至要抄』の撰者の解釈であったのではなからうか。

坂上明基の子、明政が、『裁判至要抄』二十六条を雛形として作成した明法勘文が残っている。この勘文は、『法曹至要抄』下巻第一二条の趣旨を考える上でも参考となるので、次に示しておこう。

「細々要記」第四、親応四年四月一八日条（統史籍集覽）第一冊

祖父母父母用後状事

闕訟律云。子孫違犯教令徒二年。

又条云。告祖父母々々者絞。

説者云、死生同。

案之。祖父母々々教令死生不異。然則數度雖改易。以最後

状可受領。依無告言理訴之道也。以之可依後狀之旨。先達所勸來也。凡子息雖蓄私財。可任祖父母之意。若得他人之讓有財者。隨狀行之。不令知行父母。雖有其科。得財之由緒。又不可失之故也。

明政は言う、父祖が何度も悔還し、讓状を作り直したとしても、子孫はこれを告言することは出来ないのであるから、相続人たる子孫等は一番最後に作成された讓状に従わねばならない。また「子孫が私に蓄えた財」（相続財産から生まれた果実であろう）までもが、悔還の対象となるが、もし子孫の財の中に他人から讓られたものがあれば、それは「子孫が私に蓄えた財」ではないのだから、悔還の対象から除外される。たとい、子孫等に「科」（罪）があろうとも、子孫のみに由緒のある当人取得財産は、悔還の対象とはならないからである、というものであった。

右の明政の勸文は、父祖の悔還権がおよぶ範圍を考える上で非常に興味深いものであるが、ここで注目したいのは、生前贈与された子孫が、何らかの罪を犯したことによつて、父祖に悔還権を行使される、という状況が想定されているところである。この明政の法解釈は『法曹至要抄』下巻第一二条、それと同趣旨の『裁判至要抄』第二七条の法解釈と密接に関わっていると言えるのではないだろうか。

『法曹至要抄』、『裁判至要抄』ともに、不孝を犯した子孫、即ち

父祖に対し罪を犯した子孫は、遺産配分に預かれないことを規定しているが（『法曹至要抄』下巻第一四（処分条14）条「不孝子不預財物」、『裁判至要抄』第二二条「不孝子不預父母遺財事」、親権を重んずるこの法解釈から逆に『法曹至要抄』下巻第一二条、『裁判至要抄』第二七条の如き法解釈が導き出されたのではないだろうか。

即ち、以下のような法的思考の筋道を私は、考えてみたのである。右の法解釈を発展させると、たとい生前贈与後でも、相続人である子孫が、不孝を犯したならば、やはり相続人としての資格を失う、という法解釈を導き出すことが可能であろう。親権を絶対視するならば、親の悔還は無条件に認められるはずであるから、律令法の立法趣旨に照らして考えても、この法解釈は難なく導かれるものといえよう。しかしこの法解釈は、見方を変えれば、生前贈与後の悔還権の行使に「子孫が不孝を犯した場合」という制約を施したものととも評価出来よう。こう考えることによつて子孫が不孝を犯していないならば、生前贈与後に悔還権を行使することは出来ないという『法曹至要抄』下巻第一二条、『裁判至要抄』第二七条の如き法解釈も導くことが出来るのである。

『法曹至要抄』下巻第一二条、『裁判至要抄』第二七条に見る法解釈が、法源ウの「説者云」（已異後不可悔還）から導かれていることから考えても、親の悔還権を制限し、相続人の権利を保護しようとするものであったことは明らかである。

家業の円滑なる継承と安定を重んずる公家社会の風潮から生まれた法理が、右の「異財物不悔還」の法理だつたと見えよう（院政期に祖父母父母が実際に悔還を行った事例を追うと、子孫が父祖等に対して、当然為すべき孝養を怠つた場合、あるいは、相続した子孫が異財を管理せず、相続人としての責務を果たさなかつた場合に悔還が行われていゝる）。

ところで、森田悌氏は、右と同趣旨の旧稿を批判されて次の様に述べられた。

長又説は子孫の罪の有無に注目して矛盾を解消しようとする頗る巧妙な所見であるが、『法曹至要抄』『裁判至要抄』の先引文章（法下二六条・裁二七条のこと）を読む限り罪の有無というような条件を付して読まなければならない必然性はなく、不当に制約を施した解釈で、従い難い所見である。¹⁶

私の解釈が不当に制約を施した解釈かどうかは、諸賢の判断を仰がねばならないが、森田氏の両法書の内容を考えるにあつてのアプローチの仕方には多分に問題を残す。

森田氏は、『法曹至要抄』下巻第一一条と同第一二条とが同義であつたとして、『法曹至要抄』下巻第二二条を父母の悔還権を全面的に認めたものと評価された。しかし森田氏の結論は、法源として引用されている、ウの解釈学説（説者云）と真つ向から対立する

ものであり、この点をどう解決するのかというのが、まず私の抱いた疑問であつた。森田氏の結論は、法源と按文との関係をまったく考慮せずに按文のみを考察することで導かれたものであつた。

くだい様であるが、法源は、撰者が按文を導くために取捨選択したものであり、法源と按文との関係を明らかにすることによつて、われわれは初めて、明法家の法解釈の過程を知りうるのである。森田氏の如く、法源と按文との関係を無視し、現実の法である按文だけを価値あるものとして取り上げるといふ研究方法では、明法道の実態を説明する事は難しくなると思われる。

三 「異財物不悔還」の法理をめくつて（その二）

前章で論じた様に、相続人たる子孫の「罪」の有無で、悔還の可否を論ずるのが、坂上氏の家説であつたと私は理解するのであるが、この私見に対し、梅田氏は、子孫の「罪」の有無ではなく、異財の前か後かで悔還の可否を論ずるのが、坂上氏の家説であつたと主張された。

そこで、次に梅田説の当否を検討してみたい。この梅田説は、左に示す『明法条々勘録』第二条の明法学説によつたものであり、この学説こそ、坂上氏の家説と相通するものであつたという理解の上に成り立っている。

しかし、その前提となる、『明法条々勘録』第二条に対する梅田氏の解釈自体に既に問題がある様に思われるので、以下にその点を

明らかにしておこう。

『明法条々勘録』第二条

一、和与他人財。未渡文書者。称不讓畢財。聽悔還事

此会釈。依何文。自何此出来哉。此説先叶和与文意否。就之有兩様之難。若聽悔還者。財主終焉蒙昧之剋。乞索髣髴之讓狀。誘取文書。有欲破前狀輩者。恐有背財主本意歟。又不聽悔返者。得一与之状之後。忘和与本意。有違背財主之輩者。為狼戾之基歟。此兩難以何可為重哉云々。

右。名例律云。取与不和。若乞索之賊。並還主。疏云。強乞索。和乞索。得罪雖殊。賊。合還主。称並者。從。取与不和以下。並徵還主。

政事要略云。問。与人財物。若可悔還哉。答。至于財物之類。惣任財主之意。但志与他人之後。專無返領之理。已上問答。其理如此。皆是通規。敢非新案者。

就之言之。和与物不可悔還之条者。勿論。而就未渡文書。称不讓畢之財。可悔還事。不存知者也。所領田園之類。或割分讓之。或財主一期之間。依可被所務。無左右不渡本券事。問有之。然而以一与之状。可為永代之驗。輒不可有變改之理。但与者違約諾之詞。受者有違犯之儀者。尋財主之本意。可被糺定哉。

まずは、梅田氏が、右の史料（後半部の按文「就之言之」以下）をどのような解釈しているのか、見てみよう。

便宜的に（イ）以下および（ロ）以下、の二つの部分に大別することができる。以下（イ）以下の部分では、「本券」を渡す前は讓与が終了していないということで、「悔還」があり得るが、一旦渡してしまえばこれは「永代之驗」として変更が認められないことが述べられている。（ロ）以下の部分では、「本券」が渡された後でも受領者が授与者の「約諾之詞」に違反した場合は、「糺定」されることが述べられている。異財の前と後を何を基準に判別するかは難しい問題であるが、（イ）の部分の記述を参考にすれば、おそらくそれは、「本券」を既に渡してしまったか否かという問題であろう。この第二条の前書きにおいては、異財前の「悔還」を認めることについて、財主の臨終の席で、讓状を不当に手に入れようとする輩が出て来るといふ弊害が、また異財後に「悔還」を認めないと、「本意」を忘れて財主に「違背」する輩が出てくるといふ弊害が指摘されている。したがって、たしかに異財前の「悔還」を制限し、逆に異財後においても「悔還」を場合によつては認めようという傾向が窺われるのであるが、しかしながらそれはあくまでも異財前の「悔還」は可能であるのに対し、異財後の「悔還」は認められないという、大原則を前提にしての話である。『明法条々勘

録』の注釈を見る限り、この段階においてもこの大原則はまだ消滅したとはいえないのではなからうか。このように考えてくると、(口)以下の部分は、要するに本来ならば「悔還」が認められる場合について述べていることになる。ただこの場合、

正確には「糺定」されるのであって、授与者の一方的な意志によつて授与行為を取り消す、本来の「悔還」の概念とは少しずれている。(後略)⁵⁾

右の第二条は、「悔還」の法理を問題にするのであれば、まず最初に参照すべき条文であると梅田氏が評価したものである。本条は、事書にある様に、他人に和与した際に、もし「文書」(本券)を譲渡していなかったならば、悔還が可能か否かを論じたものである。悔還を認めるにしても、認めないにしても、どちらにも弊害があることを前段でまず示している。もし、「文書」を譲渡していないという理由から、他人に和与した物の悔還を認めれば、財主が臨終で意識が朦朧としている様なときに、その子孫等が曖昧な譲状を財主に書かせ、「文書」(本券)をうまく手に入れ、それを根拠として、その子孫等が、父祖等が他人に譲渡する事を記した「前状」(和与状)を破棄する様なことが起こりうるであろう。しかしそれは財主の本意に背く行為である。また、悔還をまったく認めなければ、「一与之状」(和与状)を獲得した他人が、それをよいことに「和与」の契約が為された経緯を忘れて、財主を蔑ろにする様な行

為に及ぶことが考えられるのであり、これもまた問題であると言うのである。この前段を受けて、『明法条々勘録』の撰者中原章澄は、法源を示した後、次の様に自説を開陳する。

和与した物を悔還することが出来ないのは、当然である。いまだ「文書」(本券)が渡されていない事をもって、譲渡が完了していない証とし、和与した物を悔還することは、納得の出来ないことである。所領田圃の類は、分割して譲与されたり、財主の死後に譲渡を約束する場合があります、その本券を、財主のもとに留め、和与した相手に渡されないことはよくある事である。しかれども、財主から渡されている和与状(一与之状)をもつて、永久支配の根拠とすべきであり、この和与状を無効とすることは許されない。ただし、和与の際に、相手に対して何からの条件を付与していたにもかかわらず、相手がこれに違約した場合には、財主の真意をよく考え、この譲渡が有効であるか否かを判断すべきである。

中原章澄の法解釈を右に記したことにより、梅田氏の解釈の誤りは明らかになったと思うが、念のため梅田氏の解釈の問題点を示しておこう。

まず肝腎な按文から見えてゆこう。梅田氏は(イ)の部分で、本券を渡す前は悔還することが可能であるが、本券譲渡後は、悔還することが出来ないことを示していると解している。しかし本券を譲渡する前は悔還が可能であるなどは、本条のどこにも記されていない。

これは恐らく梅田氏が「存知せざるものなり」という一文の意味を誤読したことによるものと思われる。また、本券を「一旦譲渡してしまえば、これは『永代之験』として変更が認められないことが述べられている」とか、或いは「(口) 以下の部分では、『本券』が渡された後でも受領者が授与者の『約諾之詞』に違反した場合は『糺定』される」と述べられている」という氏の言から判断すると、梅田氏は「文書」と「与之状」とを明確に区別していない様に思われる。「文書」は本券を、「与之状」は和与状を指すことは言うまでもない。この事案は、「与之状」(和与状)だけが相手方にあり、本券(「文書」)が財主(もしくはその子孫)のもとに留められている場合を想定して、論じられているのである。

前段の文章に関しても、梅田氏は、後段の按文と整合性を持たせる為に、「異財前の『悔還』を認めることについて、財主の臨終の席で、讓状を不当に手に入れようとする輩がでて来るといふ弊害が、また異財後に『悔還』を認めないと、『本意』を忘れて財主に『違背』する輩が出てくるという弊害が指摘されている」と述べるが、この前段は、前述した通り、他人に和与したけれども「文書」(本券)を譲渡していないときに、悔還を認めた場合に生ずる弊害と、それとは逆に、悔還を認めなかった場合に生ずる弊害とを比較検討しているに過ぎない。

以上、梅田説の可否を論じてきたが、第二条は「和与物不悔還」の法理を再確認したものであり、梅田氏が指摘されるように、異財

の前か後かという事を基準に悔還の可否を論じているわけではなかったのである。

これによつて、異財の前か後かで悔還の可否を論ずる有力な明法學説が存したという梅田説の論拠は失われたと思うが、いかがであろうか。

四、『法曹至要抄』の価値

既存の明法勘文や勘答類を集めて、その内容ごとに分類編纂した明法勘文の雛形集が『法曹至要抄』であつたといふことが出来る。

しかしその素材は撰者によつて取捨選択されたものであり、如何なる明法學説に従うか、といふことが「家学」でもあつた。取捨選択された明法學説の中には、令集解所載の九世紀の明法家の諸學説にまで、遡り得る様なものまでも認められるのであり、棚橋氏の如く、十二世紀に『法曹至要抄』が編纂されたことをもつて、十一・十二世紀に公家社会において形成された新たな「慣習的法体系」を明文化したものが『法曹至要抄』である。など簡単に結論付けられないことを拙著では強調した。

『法曹至要抄』に見る法解釈が、たとい立法時の原意を越えたものであつたとしても、それが『法曹至要抄』成立時の新たな法解釈であるとは即断することは出来ない。

たとえば、拙著第一章『法曹至要抄』の基礎的研究』において、中巻第三三条(質物条1)「以田宅不可為質物事」や下巻第四

○条（服仮条18）「七歳以下人無服仮事」に見る法解釈が十世紀の明法学説に相通するものであることを指摘しておいたが、棚橋氏によつて十二世紀における法創造の一例として紹介されている『法曹至要抄』中巻雜事条第四十四（雜事条4）「競田事」の法解釈も、実は、令集解所載の明法学説にまで遡り得るものであつた。

『法曹至要抄』中巻第四十四（雜事条4）条

一、競田事

田令云。競田。判得已耕種者。後雖改判。苗入種人。耕而未種者。酬其功力。未經斷決。強耕種者。苗從地判。

案之。仮令。相論田畠。甲有領知之理。耕作之間。乙尚致訴詔。又有其理。被改判。而甲自本耕作之者。於其毛者甲。苽収之。可與地子於乙者也。若未被裁斷之間。甲強耕種者。不可領毛。可與乙也。所謂從地判是也。

右の文は、訴訟により勝訴した甲が訴訟の目的物となつた田地を耕作・殖付した後に、敗訴者乙の上訴により、その所有権を否定された場合、果実（収穫物）の権利がどうなるのかを論じたものである。『法曹至要抄』に法源として引用されている田令30競田条の趣旨は次のようなものである。すなはち、甲が耕作だけを行ない、改判に逢つた場合と、耕作のみならず殖種までも終えた後に改判に逢つた場合とを區別し、前者の場合は、収穫物である稲の取得権を乙

に認めるものの、甲の耕作労力に対する報償を乙に支払うよう規定している。そして後者の場合は、収穫物である稲の取得権を甲に認めている。また訴訟繫属中であることを承知で一方の当事者が、耕作、殖種を強行した場合は、勝訴者に収穫物の取得権があることも規定している。

『法曹至要抄』撰者の解釈は、田令30競田条を法源として引用しながら、前者の事例を割愛し、後者の事例を想定し（按文には「耕作」とあるが、棚橋氏も指摘する様に、これは甲が耕作のみならず殖付まで完了した場合を想定しているといえよう。その後の文から甲が田を管理していることがわかるからである）、たとい乙が勝訴しようとも、収穫物は甲の所有に帰するとしている。ここまでは、田令30競田条から導き出される所の当然の解釈と言えるのだが、『法曹至要抄』にはこの後に「可與地子於乙者也」という法解釈がつけ加えられている。つまり田令30競田条に規定せる様に、甲が敗訴した場合でも甲が既に殖種まで終わらせていたならば、収穫物の取得権を甲に認めるけれども、その場合、甲には、乙に対する「地子」の支払い義務があるというのが、『法曹至要抄』に見られる法解釈であつた。

棚橋氏は、「11・12世紀の在地社会において」、「押殖・押作・作毛刈取をめぐる相論」が多発した結果、新たな法慣行が生まれ、それが『法曹至要抄』当該条の様な法創造に繋がつたと論じられるのだが、この説には同意出来ない。なぜならば、『法曹至要抄』の「可與地子於乙者也」という法解釈は、決して新しいものではない

く、田令30競田条集解所引の九世紀の解釈学説と一致するものであったからである。たとえば公権的解釈を示した令義解（八三三年成立）に「当年田直者入改判」（改判）とはこのこと、以下同じとあるのをはじめとして、九世紀の明法家説を伝えるとされる穴記や朱記にも「其年直者。入改判之人」（穴記）「苗入種人者。但田直可送田主也」（朱記）と見えている。「田直」「年直」が『法曹至要抄』の「地子」と同義である事はいうまでもない（「地子」と表現されている点に時代背景を感じるが）。『法曹至要抄』中巻第四四條の法解釈をもつて棚橋氏は、十二世紀における法創造の一例と評価されたが、実はこれも、九世紀以降の有力な解釈学説を示したものに過ぎなかったのである。

家説へのこだわりや、過去の有力な明法学説が取捨選択されているという『法曹至要抄』の性格から私は、「法解釈を取捨選択する際の基準が、必ずしも現実社会に妥当する法解釈であるのか否かということにあつたわけではない」と説いたのである。

本書の著作目的は、坂上流の明法道を後世に伝えることであり、十二世紀に生じた新たな解釈学説や他流の明法家が唱える有力な明法学説を羅列することを目的としていたわけではなかつたのである。しかしこの事を強調し過ぎた為に、新田氏、上杉氏、瀬賀氏等から、現実社会からの要請に応えるべく本書が編纂されたわけではない、と私が主張しているかの如く、御批判を受けたが、それはまったく私の本意ではない。私の右の見解は、『法曹至要抄』を編纂

する際の素材の選定方法について論じたものであることに注意して頂きたい。

『法曹至要抄』の編纂手法に重きをおき、編纂目的を丁寧に論じなかつたことが、このような誤解を生んだのかもしれないが、明兼の子孫達が勘申活動を通じて明法家としての名声を得、博士家としての地位を揺るぎないものとする為に本書は編纂されたのである。現実社会からの要請に応えて新しい法的基準を提示していくことが、やはり明法家の使命であつたのだから、明法勘文作成の為の虎の巻であつた『法曹至要抄』にも、新たな法律問題に対処しうる法解釈の手法が何かしら説かれていたはずである。下巻第十七（処分条17）条按文に「因准の法を以て折中の理を案ずべし」（因准の文によつて妥当な法理（「折中」）を案出せよ」と記されている法解釈技法こそがまさにそれであつた。社会の変動の現実に直面し、律令法の実質的変更を図らねばならなくなつたとき、明法家が行つた法解釈の手法が「因准」であつた。

明法家が、断罪量刑の勘申を行う際に、法規（律文）に欠缺があれば、「比附」（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）、「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われる操作」^①、「挙重明軽」・「挙軽明重」（名例律50条に規定せる所の類推解釈、前者は、「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とも同じ減免規定を適用する」という原

理で、後者は「程度の軽い犯行について処罰が規定されているならば、同じ類型に属する程度の重い犯行については、明文がなくとも、同じ処罰規定を適用するという原理」である」といつた解釈技法を用いることで、或いは「不応為罪」(雜律62条に規定。道德・社会規範や人間の自然的感情から判断して容認されない行為を処罰の対象とする)を適用させることで、これに対処していったが、既存の法規範の解釈から、社会構造の著しい変化に応じた、新たな法理(社会の新たなルール)を創出することは容易ではなく、より巧妙で、高度な解釈技法が必要であった。その際に用いられたのが「因准」という解釈技法であったのである。

明法家の「因准」の手法については小林宏氏による詳細な研究があり、既にその実態が明らかとなっているので、まずは「因准」の手法の手順を確認しておこう。¹⁸⁾

①提起された個別、具体的な問題に対して、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(小林氏はこれを「発見」とする。この論拠は、律令格式の条文だけではなく、公定注釈書たる令義解、明法家の学説、儀式、宣旨、太政官符、檢非違使別当宣、唐の律令格式およびその注釈、經書にまで及んだ)。

②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わせにより、当該個別、具体的な問題を正しく解決する為の法的基準を創りだす(小林氏はこれを「証明」とする)。

③かくして創り出された法的基準の適否は、もつぱら「折中」の視点から、これを検査、確認する(小林氏はこれを「結論」とする)。

それでは『法曹至要抄』の法解釈に因准の手法が用いられている事例をいくつか示そう。まずは「因准の法を以て折中の理を案ずべし」と明兼が記した『法曹至要抄』下巻一七(処分条17)条の法解釈を見よう。

『法曹至要抄』下巻第一七(処分条17)条

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。

戶令云。無子者。聽養四等以上親於昭穆合者。說者云。四等

以上者。兄弟之口。¹⁹⁾

儀制令五等親義解云。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。只以因循之

父。可案折中之理。仮令。僧尼身亡有遺物。有弟子。聖教

經論之類。相承護法之者。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。且

准養子之条。随事可案得歟

俗人の遺産相続については律令に明文（戸令23条）があるが、僧尼のそれについては明文を欠いているので、因准の文によつて妥当な法理（折中）を案出するというのである。小林氏が明らかにされた右の法的思考の筋道は以下の通りである。²¹

a、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。

b、兄弟の子は、四等以上の親であつて、しかも昭穆にかなう者であるから、戸令12条およびその解釈学説である「説者」により、伯叔父の養子とすることができる。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。

c、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。

d、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関しては、俗人の法を適用することが出来る。

そしてdを受けて、僧尼の遺産相続法も嫡子二分、庶子一分という「俗人の法」（戸令23条）に准じて、護法伝承の弟子のみを嫡子に做つて特別に遇し（聖教経論の類をすべて相続する）、他の弟子は庶子に

に做つて均等に扱ふべしという解釈を行っている。

この因准の手法は、事案に関係する律令条文もしくは条項、令の公定注釈書たる令義解、有力学説たる「説者云」を提示し、それらの論拠を組み合わせ、相互に関連させることにより法創造を行なう、というものであつた。²²

次に示す、『法曹至要抄』中巻第三三（質物一）条の法解釈も、やはり因准の手法を用いている。

『法曹至要抄』中巻第三三（質物一）条

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。以宅地圖圖為質。皆悉禁斷。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。

田宅の質入を禁ずる天平勝宝三年格を引用しながら、百姓を安堵せしめるのがこの格の立法趣旨であつたのだから、債務者である百姓の民業に妨げがないのであれば、田宅の質入を認め、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ある、というのが右の解釈である（『債務者留置説』）。

ここでの因准の手法は、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、そのま

まで適用すると不都合な結果を生ずる恐れが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た。

しかし、他の明法学説の中には、同じ天平勝宝三年格を引用し、同じことを論じながらも、因准の手法を用いて右とは異なる結論を導き出しているものもある。十三世紀半ばに中原章澄によつて著された『明法条々勘録』の第一六条に見る法解釈がそれである。

『明法条々勘録』第一六条

一、質券田地事

物主者。依格制不預之。借人者。返債遲怠者。物主無所憑歟。負物返債之程。物主暫知行之。返債之時。計入所取之土貢如何云々。

右。天平勝宝三年九月四日格云。禁断出挙財物。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。雖至債期。猶任住居。稍令酬債者。

就之案之。本主猶領彼田地。稍可令酬債其借錢歟。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。返債之時。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、質入れた田地は、引き続き債務者の許に留めおくべきか、あるいは債務弁済まで債権者に引き渡すべきかを論じたも

のである。『明法条々勘録』の撰者中原章澄は、天平勝宝三年格から『法曹至要抄』中卷三三条の如き「債務者留置説」が導かれることを認めながらも、次のような異説を唱えている。即ち、雜令19公私以財物条において、出挙による財物の貸借に関し、債務者による債務不履行の場合は、債権者は先ず債務者の家宅と資財とをもつて債務の弁済に宛てしめ、それでもなお債務の全額に不足するときには、債務者をして労役につかしめ債務を完済させよ、と規定されていることを指摘した上で、この雜令に「准的」すれば、質入れた田地を債権者が占有し、債務者が債務の弁済を行なう際に、債権者管理下の当該田地からの収益をもつて弁済の一分に充てる「債権者留置説」（＝物の担保容認説）を導き出すことができる。そして質入物（田地）を債権者の管理下に置くことの方が、法の趣旨に叶い、債権者、債務物双方の愁いを絶つことになる、と章澄は結論づけている。

坂上氏の明法家説を論破し、章親流中原氏の名を高らしめる為に著されたのが『明法条々勘録』であつたから、²⁶⁾右の様に『法曹至要抄』と相反する結論が導かれていることは当然であるが、両者の法解釈を比較検討してみればわかる様に、「因准」の手法を用いれば、法源の取捨選択（つまり小林氏の指摘せる因准の①段階「発見」）により、結論を異にする様々な法解釈を導くことが出来たのである。

だが『法曹至要抄』の按文に「因准の法を以て折中の理を案すべし」とある様に、その法解釈が、当時の人々をして、なるほど尤も

だと思わせるもの（「折中の理」でなければ、まったく意味のないものとなる。「明法家は一方では『折中』になかった妥当な結論を導き出すことを視野にいれながら、他方では既存の法体系との整合性をはかるという操作を進めて行かなければならぬ」だったのである。「この二つの異なった要請のそれぞれにバランスよく応えて行」くことが、良き明法家の務めであった。小林氏が述べる様に、「折中は因准を方向づけ、因准は折中を正当化するもの」であったといえよう。⁸⁴

直系卑属に譲与した物の悔還の可否をめぐって、「戸（婚）律之説」（戸婚律6子孫別籍異財条）に依拠する学説は処分後の悔還を認めず、「鬪律之文」（鬪訟律47子孫教令違犯条）に依拠する学説は無条件に悔還を容認していると、十二世紀の明法家が語る様に、明法家が勘申を行う際に、如何なる規範のどの部分を法源として提示するかということで、法解釈の立場は、自ずから明らかとなったのである（『法曹至要抄』、『裁判至要抄』が、戸婚律6子孫別籍異財条およびその解釈学説を法源として、親の悔還に制限を加えるべしと主張したことは、前節で既に触れた）。

たとえば、前掲の『法曹至要抄』下巻第一七条に見る法解釈を例とすれば、法源として名例律57僧尼犯罪条、戸令12睦養条ならびにその解釈学説、儀制令25五等条が提示されているという事だけでなく、因准の筋道はおおむね、理解されるのである。

つまり明法家が勘申すべき内容を、分類整理し、各条項ごとに、

法源を提示しておけば法解釈の立場（「家説」は、ほぼ明らかとなるのである。『法曹至要抄』が明法勘文を作成する際の虎の巻となるということ）は、そういう意味なのである。

九世紀から十二世紀にかけての明法家達（勿論明兼自身も含む）によつて示されてきた多様な「因准」の手法が、『法曹至要抄』に紹介されているのは、明兼の子孫達にこの「因准」の技法を学びとらせる意図があったのではなからうか。

『法曹至要抄』を利用することによつて、たとい法源の発見は容易であつても、「因准」の手法とは、自ら提示した法源一つ一つの意味内容を明らかにした上で、それらの法源を互いに関係づけて、新たな法理を創出するものであつたから、事は容易ではなかつた。しかも、結論は勿論のこと、その論理も当時の人々を納得せしめるものでなくてはならなかつたから、「因准」という法解釈技法を用いるには、かなりの学識を必要とした。

しかし坂上明兼の期待とは裏腹に、その子孫達が、「因准」の手法を用い、積極的に法創造を行なつた形跡は認められない。

明兼の子孫達が明法勘文を作成する際の方法とは、『法曹至要抄』から法源を探し出して、それをそのまま引用し、法的思考の筋道を示すことなく、結論だけを導き出す、というものであつた。彼等はそれで自らの職責を塞いだのである。

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埋めきれなくなつてしまつたということがその主たる要因であろうが、

明法博士と雖も律令条文さえ正確に解釈し得なくなっていた当時の明法家達の学識の欠乏が、かくの如き状況を生んだのである。法解釈の柔軟性など、当時の明法家にはもはや望むべくもなかったのである。

むすびにかえて

以上、拙著に対する御批判にお答えする形で論を進めてきたが、最後に、中世初期の明法道の実態について簡単に触れておきたい。

『法曹至要抄』・『裁判至要抄』は、坂上流の明法道を後世に伝えるものであるが、これらの法書を利用しながら、父祖伝来の明法学説を墨守してゆくことと、現実社会で新たに生じた法律問題を解決してゆくことは、果たして両立できたのであろうか。

この問題を考える為には、明法勘申の意味を考えてみる必要がある。明法博士としての家説の開陳は明法勘文によつて為されたが、その明法勘文は、あくまでも法律専門家による鑑定意見に過ぎなかった。太政官に繫属せる法律問題解決の為に、太政官（弁官宣旨による）から二人の明法博士に対して公式に明法勘文の提出（＝判決案の勘申）が命ぜられる場合でも、それは公卿會議（陣定）を行なう際の参考資料として徴されたのである。

提出された明法勘文の可否は、公卿等が審議し、公卿等によつて勘申内容に問題ありと判断された場合には、再度明法勘文の提出が命ぜられた。それでも公卿等の求める勘申が為されない場合には、

明法博士以外の明法家に対しても、勘文の提出が命ぜられることもあった。

つまり裁判権者はあくまでも公卿達であり、その判断材料を提出するのが、法曹官僚たる明法家の役割であった。瀬賀氏が指摘される様に、明法家の役割は「公卿の判断の法的根拠を発見することにあつた」のである。公卿達は陣定の席上で、法の解釈・適用の問題にまで踏み込んで議論したのであり、明法家は、彼等を納得せしめる勘申を行なう必要があつた。

複数の明法家に勘申を行わせたのは、裁判権者が法解釈の多様性を求めたからであろう。公卿會議では、政治的判断に基づいて意見が調整されたのであり、最終的な結論を正当化する為の法的根拠をあらかじめ用意しておく必要があつた。

公卿達が、家説にこだわつた明法勘申を許容したのも、おそらくその為であり、彼等は、その時々状況に依じて、いずれの明法勘申を是とするか決定したのである。

提出した勘申内容に明らかに誤りがあつた明法家は（公卿等の政治的判断に従えない明法家もこれに含まれる）、その責任を追及され「陳状」（陳弁書）・「過状」（始末書）の提出を命ぜられたので、彼等は、大過のないように、家説を基準として、著名な明法学説に従つて明法勘申を行なつた。

公卿達は社会状況の変化から生まれた新たな法律問題に対処すべく、時には柔軟な法解釈、すなわち大胆な因准の手法を用いた法解

釈を明法家に求めたが、法（律令法）と現実との乖離が進めば進むほど、明法家達は、逆に論理解釈を拒んで、姑息な法解釈に終止する様になる。明法家達は、自らの法解釈が、律令格式の正文から導かれる所の正当なものであるとか、或いは家説を遵守したものであると主張することで、その責任を回避したのである。³¹⁾

『法曹至要抄』の撰者である明兼でさえ、鑑定として提出した明法勘文中の法解釈に問題があることを、陣定の席上で公卿達に指摘され、辱めを受けた経験を持っている。明法道の頹廢は、既に十二世紀には、如何ともし難い状況となっていた。明兼は、この勘申失錯の汚名を返上せんと法家問答を作成したのであるが、明兼は、この法家問答の中で、自説を擁護せんが為に、律令に因准することは認められるが、格式に因准することは認められない、という苦し紛れの理論を展開させている。³²⁾

我が国の明法家が、因准の手法を用いる際に、我が国の律令格式のみならず、明法学説や官符類、唐の律令格式や中国古典までも、その論拠として示してきたことは明白である。因准の事例を集めて『法曹至要抄』を編纂した明兼がそのことを認識していなかったはずはない。右の明兼の主張を小林氏は「因准なる技法の使用可能なケースの種類を限定するための工夫」であったのではないかと評されたが、まさにその通りであろう。明法道の衰頹したことを自覚した明兼が、一つの手段として提唱したのが右の主張であったのではないだろうか。

(1) 新田一郎氏による書評『史学雑誌』第110編第8号、二〇〇二、梅田康夫氏による書評『古文書研究』第54号、二〇〇二、上杉和彦氏執筆「法曹至要抄」「裁判至要抄」の項（『歴史学事典9 法と秩序』弘文堂、二〇〇二）、瀬賀正博氏による書評『法史学研究会 会報』第10号、二〇〇五。

(2) 梅田康夫氏書評『前掲誌』九四頁。

(3) 以下に引用する、『法曹至要抄』『裁判至要抄』『明法条々勘録』の各条文は、佐藤進一氏等編『中世法制史料集 第六卷公家法・公家家法・寺社法』（岩波書店、二〇〇五）に依った。

(4) 「取与不和」「雖和与者無罪」「乞索」の場合は、いずれも受領者有罪、授与者無罪であったから、原主に贓物が返還された。「雖和与者無罪」と他の二者との違いは、二者よりも受領者に積極的意思がなかったという違いがあったに過ぎない。

(5) たとえば、上巻第二九（罪科条29）条「劫囚事」、上巻第三二（罪科条31）条「殺人奪財事」、中巻第四七（雜事条7）「殺馬牛等事」等がその例である。

(6) たとえば、上巻第八（罪科条8）条「比準事」、上巻第二二（罪科条23）条「準事」等がその例である。

(7) たとえば、上巻第三八（罪科条38）条「監臨之官柱法等事」がその例である。

(8) たとえば、中巻第三七（預物条1）条「預物費用事」、下巻第一三

(8) 父分条13) 条「養子承分事」等がその例である。

(9) 『裁判至要抄』第三三条においては、僧尼の子弟間での悔還の可否が論じられているが、律令法にその典拠を見出せなかつた為、撰者である坂上明基は「和与物不悔還」の法理を示しておいたものと思われる。

ここで見る法解釈は「俗人の養親と養子との関係においても、異財後に理由なく悔還権を行使することは許されないということ」を前提として、僧尼が弟子に処分したものを理由なく悔還することは出来ない」というものであった。梅田氏は、私のこの解釈を批判され、「僧尼の師と弟子との関係は俗人の養親と養子との関係に比せられるとするのは明らかに誤りである」と述べられた(梅田氏書評『前掲誌』九六頁。第三三条の按文において「僧尼之弟子。比兄弟之子」とあるのは、直前の第三二条(もしくは『法曹至要抄』下巻第一七条)を見ればわかる様に、名例律57条から導かれた論理(僧尼における師と弟子との関係は、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出来るという論理)を示したものである。そこから更に戸令12条およびその解釈学説、儀制令25条義解等の論拠を組み合わせ、僧尼と弟子との関係を、俗人の養親と養子との関係に准ずるものと考えるのが坂上氏の家説であった(本稿五〇頁の『法曹至要抄』下巻第一七条における法解釈を参照)。「明らかに誤りである」とおっしゃるのならば、せめて、梅田氏にはその根拠を示して頂きたかった。

(10) 『裁判至要抄』第一八条「養子分法事」においては、令(戸令28条分条)の本文が省略され、その本注のみが引用されている。しかしこの場合

も当該本注から養子の得分が直接導かれている。

(11) 田中稔氏「裁判至要抄に見える悔還権について」(鎌倉幕府御家人制度の研究)吉川弘文館、一九九一)、棚橋光男氏「法書『法曹至要抄』(中世成立期の法と国家)塙書房、一九八三)、森田佛氏「古代の悔還」(『続日本紀研究』第311・312合併号、一九九八)。

(12) 田中稔氏「裁判至要抄に見える悔還権について」(『前掲書』三六九頁)。

(13) 新田一郎氏書評(『前掲誌』一一七頁)。

(14) 森田佛氏「古代の悔還」(『前掲誌』五八頁)。

(15) 梅田康夫氏書評(『前掲誌』九五頁)。

(16) 棚橋光男氏「法書『法曹至要抄』」(『前掲書』)。

(17) 小林宏氏「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(『國學院法学』第二八巻第四号、一四頁)。

(18) 滋賀秀三氏執筆、律令研究会編『訳註日本律令五唐律疏議訳註篇一』

(東京堂出版、一九七九、三〇二頁)。

(19) 川村康氏執筆、律令研究会編『訳註日本律令八唐律疏議訳註篇四』

(東京堂出版、一九九六、二〇九頁)。

(20) 小林宏氏「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(『前掲誌』三三三頁)。

(21) 小林宏氏「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(『前掲誌』二七頁)。

(22) しかし、ここで引用されている名例律57条は、小林氏が指摘される様

に、「本来寺院内における身分関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関係を伯叔父と兄弟の子との関係に比定するという法理は、罵詈・障害・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った」（つまり量刑のために、両者の関係を俗人の尊卑関係に比定したに過ぎない）。「従って、その関係を更に養親と養子との関係に移し変える明法家の論法には」いささか無理がある。

(23) 『明法条々勘録』の性格については、利光三津夫氏「内閣文庫本『明法条々勘録』(同氏『律令制とその周辺』所収、慶應義塾大学法学研究会、昭和42年)および同氏『明法条々勘録』成立の背景」(初出昭和61年。のち同氏『統律令制の研究』所収、慶応通信株式会社、昭和63年)を参照されたい。

(24) 小林宏氏「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—」(『前掲誌』三一頁)。

(25) 大治五年「大江仲子解文案」所載「永久三年(一一一五)九月二日付明法勘文案」(『平安遺文』第五卷、二二七七号)。

(26) 拙著第五章「越訴」の語義をめぐる「考察」についても、梅田氏から御意見を頂いたので、これに対しても簡単にお答えしておこう。本章は、「越訴」という訴訟制度上の用語の意義を通して公家法と武家法との関係を考察したものである。明法家の法解釈が、武家を含め後世に影響を与えた一事例として紹介した。概略を述べると次のようになる。律令法の上訴制度は、所定の手続きを経て下級裁判所から上級裁判所へ提訴すべきものとされ(公式令63訴訟条)、所轄裁判所の判決を経ずして上

級裁判所へ提訴する行為は「越訴」として禁止されていた。しかし、特別な場合に限って上級裁判所に直ちに提訴することが許されていた。明法家は、その適法な手続きをも「越訴」と称していたのである。一方、武家においては、御成敗式目の用例を見ても明らかな様に、当初は「次第を越えた違法な訴え」という意味で「越訴」が用いられていたが、十三世紀後半に幕府の判決過誤救済機関として「越訴方」が設置される頃になると、「越訴」とは、再審請求が棄却されたことを理由に、この「越訴方」に提訴する適法な行為を意味する法律用語として用いられる様になる。武家法で用いられる様になったこの新たな「越訴」の意味は、前述せる明法家の法解釈に通ずるものであり、決して武家独自の「越訴」の用例ではなかったのである。このことを、私は明法家の法解釈が後世に影響を与えた一例と理解したのである。それに対し、梅田氏から、公家法と武家法の共通性が強調され、その差異が等閑視されているという御批判を受けた。しかし、従来の研究では、私の立場とは逆に公家法と武家法の差異ばかりが強調され、十三世紀に武家法の中で生まれた「越訴」の用例も武家法の法律用語の独自性を説く際の一つの根拠として示されてきた感があり、その批判の意味で本稿を著したのである。梅田氏が、おっしゃる様に「越訴」という言葉が、どちらの意味でも多く用いられたのか「その比重」や用例の「変化の範囲」を明確にすることも、勿論必要であるが(その点については既に稲葉伸道氏の研究がある)、明法家が適法な「越訴」を強調し、それが武家にも受容されたという一事が確認出来れば、拙稿の目的は達しているのである。

論―(『前掲誌』三六頁)。

【キーワード】

中世法 解釈立法 家学 法書 明法勘文

(27) 瀬賀正博氏は、拙著に対する書評の中で、「家学を墨守することによって発生する弊害、わけても社会現実的な問題の解決が不可能という状況が出現した場合、家学の存在意義はどのように変動するのか」問題であると指摘されている(瀬賀氏書評『前掲誌』一三四頁)。

(28) 瀬賀正博氏「明法勘文機能論」(『法制史研究』49、一九九九、一〇四頁)。

(29) 太政官裁判において判例法が形成されることがなかったのも、おそらくその事に起因するであろう。当該期に判例法が形成されなかったことについては瀬賀正博氏も「明法道における判例および学説法」(小林宏編『律令論纂』汲古書院、二〇〇三)の中で言及されている。瀬賀氏は「明法家の中では、やはり制定法のみが法源として相応しいという観念が強いのであり、学説や制定法以外の慣行に基づいて判断を下すことは慎重であったと考えられる」とまとめられている。

(30) 公卿等の法解釈と明法家の法解釈とが対立した事例を紹介したものとして、早川庄八氏「寛元二年の石清水八幡宮神殿汚穢事件」(『中世に生きる律令―言葉と事件をめぐって』平凡社、一九八六)、拙著『院政期明法学説の形成』(『國學院大學日本文化研究所紀要』第九十一輯)がある。

(31) その経緯については、拙稿「院政期明法学説の形成」(前掲)をご覧頂きたい。

(32) 小林宏氏「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