

## 宮部香織 「律令死刑覆奏制度について」

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 中村, 正人 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2297/17886">http://hdl.handle.net/2297/17886</a>

《書評》

宮部香織

「律令死刑覆奏制度について」(國學院法政論叢二〇)

中村 正人

一

死刑覆奏制度とは、死刑の判決が確定した囚人につき、執行の直前に皇帝に対してその可否を再度確認するための手続きである。この制度は唐の第二代皇帝太宗の時代に始まり、後に律令において条文化されるが、律令継受の過程を通じて日本にも導入された。ところがこの死刑覆奏制度に関しては、従来より、死刑執行の時期をめぐって律の規定と令の規定との間に矛盾が存在するとされ、それが本質的に解決されないまま現在に至っている。こうした状況の中、この問題に果敢に挑んだのが、本稿で取り上げる宮部香織氏の論文である。以下、宮部氏の論述の順序にしたがって、まず死刑覆奏制度に関する律と令との間に存在する矛盾とはいかなるものかについて説明した上で宮部氏の主張の内容を紹介し、然る後に評者の所見を述べることにしたい。なお、宮部氏の論文は、直接的には日本の制度を対象としているが、唐の制度も参照しつつ議論を進めており、かつまた問題の本質は日唐間において共通であるため、以下では主として唐における死刑覆奏制度に関する律令間の矛盾の問題について述べることにしたい。

まず初めに、死刑覆奏に関連する律の規定を見ていきたい。唐断獄律二九条は覆奏後の死刑執行の時期について定めているが、その内容は以下のようなものであった。

諸て死罪の囚、覆奏報下を待たずして決する者は、流二千里。即し奏報して応に決すべくんば、三日にして乃ち刑を行行を聴す。若し限未だ満たずして刑を行わば、徒一年。即し限を過ぐれば、一日を違わば杖一百。二日ごとにて一等を加う。

この条文は、皇帝に対する覆奏が終了し、その結果として死刑を執行すべしとの命令が到着してから三日目に刑を執り行うべきことを定めており、これに反して執行命令の到着を待たずに死刑を執行した場合には流二千里に、命令は到着したけれども、三日を置かずに執行した場合には徒一年に、また逆に三日を過ぎても死刑を執行しなかった場合には、一日遅れば杖一百に、以後二日遅れるごとに一等を加えて処罰するとしている。

この条文のみを見る限りにおいては、文意明瞭であり特に問題は存在しないように思われるが、次に引用する唐獄官令六条の規定の存在が、我々に疑問を抱かせることになるのである。

諸て大辟の罪を決するには、在京の者ならば、行決の司が五覆奏し、在外の者ならば、刑部が三覆奏せよ。(在京の者は、決前一日に二覆奏し、決日に三覆奏せよ。在外の者は、初日に一覆奏し、後日に再覆奏せよ。縦い臨時に勅ありて、覆奏するを許さざるも、亦た此れに准じて覆奏せよ)。若し惡逆以上を犯し、及び部曲・奴婢が主を殺さば、唯だ一覆奏せよ。其れ京城及び駕在所にて、囚を決するの日には、尚食は蔬食を進め、内教坊及び太常寺は、並びに音楽を停めよ。(傍点評者)

この条文は、在京の死刑囚については五回、在外の死刑囚については三回繰り返して皇帝に対して死刑の可否

を奏上（覆奏）することを規定しているが、問題の核心は、在京の死刑囚の執行がいつ行われるのかということにある。

令文が規定するところによれば、在京の囚のために行われる五度の覆奏は、傍点部分にあるように、「決前一日」に二度、「決日」に三度行われることになっている。ここで、「決日」が死刑執行当日を意味し、「決前一日」がその前日を意味することは、死刑や笞杖刑と関連して「決」字が使われれば、それらの刑を「執行する」という意味に用いられるのが通例であることから、そのように解して間違いないであろう。そうであるとすれば、律は所定回数（五度）の覆奏が終了してから三日後に死刑執行日を想定しているのに対して、令はその執行日の当日およびその前日に覆奏することを求めており、一見して両者の規定の間に矛盾が存在していることが分かる。ちなみに、この律と令との間の齟齬は在京の場合にのみ生ずるもので、在外についてはこのような問題は生じない。なぜならば、在外の覆奏に関しては、執行日を表す「決日」という言葉ではなく、「初日」「後日」という言葉を用いているため、「後日」に二度の覆奏を終えてから三日後に執行するとしても、何ら矛盾は生じないからである。

この律令間の規定の齟齬について、日本においては律令継受の当初より認識されており、養老令の官撰注釈書たる『令義解』において既に、獄令五条（唐獄官令六条に相当する規定）と断獄律二九条は矛盾しており、その解決策として、刑罰を用いる目的は決して人を殺すことを好むからではないので、早く死刑にする方を捨てて遅く死刑にする方にしよう、すなわち獄令五条の規定ではなく、断獄律二九条の規定（覆奏終了の三日後に執行する）にしたがうべきとしている。しかしこれでは問題の本質的な解決にはなっていないため、二つの条文を矛盾なく解釈しようとする試みがこれまでに為されてきた。

岩波書店刊行の『律令』（日本思想大系三）は、獄令補注5bにおいて、律にある三日とは、最初の覆奏から再度の覆奏までの日限であり、死刑の執行そのものは最後の覆奏が終了した後、直ちに行われるものと解するこ

とによって、両者の矛盾を解消しようとしている。しかしながら、既に先学によって指摘されているように、この説は成り立ち難い。すなわち、『通典』卷一七〇、刑八、寛恕にある唐の覆奏制度に関する記述によれば、在京の五覆奏は二日間の内（執行前日と執行当日）に行われるものであり、また在外に關して言えは、京師との文書の往復に要する時間を考慮すれば、三日の内に三覆奏を行うのは困難であると思われるからである（もつとも、唐制においては、在外の囚に關する覆奏は刑部が行うことになっているため、三日の内に三覆奏を行うことも可能であるが、中央官庁による覆奏が明記されていない養老令においては、この点が問題となり得る）。

一方、岡野誠氏は、「唐代における死刑覆奏について」（『明治大学社会科学研究所年報』二一）という論稿において、両者の規定の不一致は、律令編纂上の錯誤であるとした上で、令にいう「決日」は実際に死刑が執行される日ではなく執行予定日と考え、実際の死刑は、律の規定にある如く、それから三日後に行われたと考えるのが合理的である、との見解を提示している。評者自身もかつて唐断獄律の訳註（律令研究会編『訳註日本律令八』東京堂出版）において、この断獄律二九条と獄官令六条との間の矛盾について言及した中で、岡野説に依拠して見解を提示したことがあるが、そこでも述べたように、また岡野氏も自ら認識しているように、果たして「決日」なる言葉を「執行予定日」あるいは「想定された執行日」という意味に解し得るのかという大きな疑問が残されたままであった。

### 三

以上のように、覆奏制度をめぐる律と令の規定間に存在する矛盾について、従来の学説は必ずしも説得的な解答を提示することができていなかった。こうした状況の中、宮部氏は、従来の学説とは全く異なった発想からこ

の問題に対して斬新な見解を提示している。すなわちそれは、覆奏が終了して三日後に死刑を執行するという律の規定は、在外の囚に対してのみ適用され、在京に対しては適用されない（覆奏終了後、三日の猶予を置かずに直ちに死刑を執行する）というものである。その論拠として氏は、唐断獄律二九条の疏文（条文に対する公式の注釈）の記述を挙げている。同条の疏文については、氏の論稿中にも全文が引用されているけれども、氏の行論の核心を為す部分でもあるので、煩を厭わずここに今一度書き下し文を引用しておく。

疏議して曰く、「死罪の囚」とは、奏画已に訖わり、応に刑を行ふべき者を謂う。皆な三たび覆奏し訖わりて、然して始めて決を下す。若し覆奏報下を待たずして輒りに行決せば、流二千里。「即し奏報して応に決すべくんば」とは、奏し訖わりて報下し、応に行決すべき者を謂う。三日にして乃ち刑を行ふを聴す。

「日」と称する者は、百刻を以てす。須く符到るを以て三日にして乃ち刑を行ふべし。若し限未だ三日に満たずして刑を行わば、徒一年。即し限を過ぐれば、一日を違わば杖一百。二日ごとに一等を加う。在外既に漏刻なければ、但そ日周晷時を取りて限と為す。

この疏文の内、宮部氏が注目しているのは、①「皆な三たび覆奏し訖わりて」という記述と、②「在外既に漏刻なければ、但そ日周晷時を取りて限と為す」という記述の二点である。すなわち、①については、令の規定によれば三覆奏は在外の場合の覆奏回数であり、在京の五覆奏に関しては全く言及していないこと、また②については、これは漏刻（水時計）がない場合に、太陽の運行を基準とする略式の日数計算方法を用いてもよいことを述べた部分であるが、ここには在外に言及されていても在京についての記述がないことから、この断獄律二九条はもともと在外の場合のみ適用される規定だったのでないかと説くのである。

断獄律二九条が在外の場合のみ適用されるとすれば、令文にある「決日」なる言葉と、律文にある「三日にして刑を行ふを聴す」という規定との間の矛盾は解決されることにはなるけれども、それでは在京の場合の手續

き違反に対しての処罰はどうなるのかという新たな問題が生じることになる。この点に関して宮部氏は、在京の場合でも、万一覆奏手続きが終了する前に執行したり、また終了しても執行しない場合等には、断獄律二九条の準用という形で処罰されたのではないかと述べ、更にまた、そもそも在京での死刑執行は多くの官司が共に立ち会った上で、衆人環視のもとでおこなわれるのであるから、不正は起り難く、そのため罰則規定はそれほど必要ではないために設けられなかったのではないかと推測している。そして最後に氏は、律にある三日という日数に関して、これは覆奏回数が増した後の赦および冤枉による執行取消しの勅が出される可能性を考慮してのことと言われているが、そのような際に、在京の場合であればその日のうちに伝達されて執行までに間に合う可能性は十分にあるが、在外の場合には伝達に時間がかかり、また伝達の途中に不慮による災害が起こったりして執行までに間に合わないことも考えられるため、律に規定された「三日」という日数は、やはり在外の場合を考慮して、そのために設けられた執行猶予期間であったと思われる、と結んでいる。

#### 四

以上、死刑覆奏制度をめぐる律令間の規定の矛盾とはいかなるものであったのか、およびそれに対する宮部氏の見解を紹介してきたが、次に宮部説の検討に移りたい。氏の論稿を読んで真先に感じるのは、断獄律二九条が在外にのみ適用される条文であったとする根拠が、同条の疏文中の二箇所の記述のみと、いささか弱いことである。しかも、疏文が三覆奏にのみ言及しているとすると点についてはともかく、漏刻に関して、それが在外の場合だけ言及していることを自説の論拠としている点については疑問がある。なぜならば、律が漏刻を以て厳密に日数を計算する方法を採っている以上（名例律五五条参照）、京師に漏刻が存在しないという事態はあり得ないが、

在外については漏刻が存在しないという事態も十分あり得るため、疏文はそのような場合に、特に太陽の運行を基準とした日数計算を容認する旨を述べたまでのことで、断獄律二九条が在京の囚に対しても適用されようがされまいが、漏刻不存在の事態に関して在京の場合が言及されるはずはなく、したがって、そのことを以て直ちに同条が在外の場合のみに適用されたとするこの根拠とはならないからである。漏刻の件が立論の根拠とはなり得ないとすると、宮部説を裏付ける論拠は、疏文の三覆奏の件ただ一つということになり、これだけではいかにも説得力に欠けるように思われる。

それでは評者は宮部説に反対なのかと言えば、決してそうではない。むしろ、宮部説は律と令との間に存在するとされてきた矛盾を、これまでのいずれの学説と比べても、最も洗練された形で解消している、非常に優れた説であると評者は確信している。評者がそのように確信するのは、宮部氏の論稿には言及されておらず、また評者自身も訳註執筆時には気付いていなかったが、宮部論文に接することにより、実は極めて重要な意味を持っており、かつそれによって氏の説を補強することができる史料が二つばかり存在する事実に至ったからである。それらについて、以下に述べてみたい。

一つ目の史料は、宮部氏自身も注目している、断獄律二九条の疏文の中に見出すことができる。先に述べたように、宮部氏は疏文の冒頭にある三覆奏の部分と、最後の漏刻の部分の二箇所と言及している。そしてこれらの内、後者に関してはそれが氏の主張を裏付ける根拠となり得ないことは、これもまた先に述べたところであるが、これとは別に、疏文の中程にある、「須く符到るを以て三日にして乃ち刑を行ふべし」という記述が、まさに宮部氏の主張を裏付ける根拠となり得るものと思われる。その理由を以下に述べる。まずここに「符」という言葉が使われている点に注目してほしい。この「符」とは、『大唐六典』卷一尚書都省、左右司郎中員外郎職掌条に、「凡そ上の下に達ぼす所以は、其の制に六あり、曰く、制・勅・冊・令・教・符」とあることから明らかかなよ

うに、行政上の下行文書の一つである。そしてその註に、「尚書省が州に下し、州が県に下し、県が郷に下す、皆な符と曰う」とあることから、尚書省・州・県を発信者とし、州・県・郷を受信者とする公文書を指す言葉であることが分かる。さて話を疏文に戻すと、死刑の執行に関して県や郷が関与することは制度上考えられないので、ここにいう「符到るを以て云々」とは、皇帝から出て尚書省を経由して発せられた、覆奏に対する回答文書（すなわち「符」）が州に到着してから三日後に死刑を執行しなければならないという意味になるであろう。宮部氏が指摘した三覆奏の件と同様に、ここでも疏文は専ら在外の場合についてのみ言及し、在京に関しては全く触れていないことになる。

宮部説を補強するもう一つの史料が、『唐会要』に存在する。岡野氏も上述の論稿中に引用している、同書巻四〇、君上慎恤に収められている貞観五年十一月九日の勅がそれである。その内容は以下のとおりである。

前勅に、「在京は死囚を決するの日に、蔬食を進めよ」とあり。自今已後、外州の囚を決するの第三日も、亦た蔬食を進めよ、と云々。

この勅は、従来、京師における死刑執行日に、皇帝に対して蔬食（『通典』等によれば、具体的には酒肉を抜いた食事）を供していたものを、今後外州の死刑執行日においても同様にすることを命じている。さてここで、「外州の囚を決するの第三日（決外州囚第三日）」という記述に注目したい。これは、「決」字がやはり死刑の執行を意味するとすれば、「在外の死刑囚の執行を行ってから三日後（すなわち、最後の覆奏が終了し、三日の猶予期間が過ぎてから死刑を執行した日のさらに三日後）」という意味に解釈できないこともないであろうが、しかしながら、死刑執行当日ならばいざ知らず、執行してから三日後に蔬食を供するというのは、いかにも不自然な話である。更に言えば、この勅文は、決して「外州の囚を決するの第三日」とは言っておらず、単に「外州の囚を決するの第三日」と言っているのみである。そのことから考えれば、「外州の囚を決するの第三日」とは、

「外州の囚を決することになる、(最後の覆奏に対する回答が到着した日から数えて)第三日」、すなわち死刑執行当日を意味すると解するのが妥当であろう。

そのような解釈が正しいとして、ここで注目すべき点は、在京の場合には、単に「死囚を決するの日」に疏食を進めよとしか述べていないのに、在外の場合には敢えて「外州の囚を決するの第三日」と述べていることである。先に指摘した如く、この「第三日」が律にいう「三日」の執行猶予期間に対応するものであることは、ほぼ間違いないものと思われるが、そうであればこの史料は、覆奏の終了から実際の執行までに三日の猶予期間を設けていたのは、在外の場合に限られていたことを示すものと言えるのではなからうか。

## 五

右に掲げた二つの史料は、決定的な直接証拠とはなり得ないかもしれないが、宮部氏が指摘した点(但し、漏刻の件は除く)とも併せて総合的に勘案すれば、宮部氏の主張は概ね妥当であると評価できるのではなからうか。正直なところ確かに、条文に何等規定するところがないにもかかわらず、適用範囲から京師だけを勝手に除外してよいものかという危惧を完全に払拭することはできない。しかしながら、日本が唐から律令だけを勝手に除外し千年余りも存在し続けた矛盾・疑問を、従来どの説よりも明快に解き明かした宮部氏の論稿は、多少荒削りな部分も見られるが、その発想の柔軟さ・斬新さ故に、高く評価されるべきものと思われる。