

平成三十年十二月十日発行
皇學館論叢第五十一卷第六号 抜刷

飛鳥浄御原律の存否について

上
野
利
三

飛鳥浄御原律の存否について

上野利三

一 緒 言

飛鳥浄御原律令のうち令が存在した事はおおかたの認める所であるが、律については様々な意見があり、その存否については一致を見ない。浄御原律令の編纂を考える上で、①近江令、②浄御原律令、③大宝律令、④養老律令、の各律令の編纂と施行についての流れをどのように把握するか、が先ず考慮されなければならない。だが個別的具体的な学説は多様をきわめる。従前は、滝川政次郎氏が説いたものが通説とされ、^① ついで坂本太郎氏がほぼこれを襲ったように、^② 今述べた四度の律令の編纂があった点は、近時まで受け入れられてきた。^③ 但し、滝川氏は浄御原律の一部施行説。坂本氏はその全般的施行説という若干の違いがある。

この前提にたてば、浄御原律令は近江令を受けて大宝律令へ引き継ぐという役割のただ中にある。つまり、律令という中国法の継受から、我が国で独自に編纂された律令法典が完成に至るまでの諸段階において、中継ぎの位置に

あった。

ところがその通説的見解には、それ以前から佐藤誠実氏⁽⁴⁾や中田薫氏⁽⁵⁾らの異説があった。彼らは浄御原律令は存しなかったという。これによると、近江令は起草されるも原案の完成は天武持統朝のことであり、そこで完成したのは近江令である。律も存在しなかった、と説くのである。のちに井上光貞氏もほぼこれを容認したごとくである。⁽⁶⁾

また相前後して、青木和夫氏が近江令非存在説を主張するとともに、浄御原律令中、律の編纂も認めなかった。⁽⁷⁾さらに田中卓氏は律不施行説を⁽⁸⁾主唱し、長山泰孝氏は律非存在説⁽⁹⁾、榎本淳一氏は律未完成説を⁽¹⁰⁾それぞれ論じている。

浄御原律が編纂されなかった、あるいは編纂も施行もなかった、というこれらの学説は一つひとつが重要な論説なのだが、さらに、以上にもまして滝川・坂本説の基盤を揺がしかねないのは、浄御原令とともに、施行された律は、継受法である唐律であったという石尾芳久氏⁽¹¹⁾に始まる学説である。最近の趨勢は、このいわゆる唐律代用説が学界で過半を占める見解となっており、新たに通説的見解の座に位置することくである。⁽¹²⁾しかし、唐律代用という言葉にはいささか疑義がぬぐえないのであって、日本と唐とは白村江の戦い以来和平から遠のいていたため、唐律令が我が国に将来されるのは天武十三年、後に大宝律令の撰定事業に参画する土師宿禰甥と白猪史宝然ら遣唐留学生が永徽律令（および律注釈書である永徽律疏をとまない）を持ち帰ったとおぼしき時期から以降であるから、浄御原律令に唐律令の直接的影響はなかったはずである。影響を考慮するならば隋の大業律令あたりが穏当で、唐律代用ということは正確に言い換えれば隋律代用ということになろう。⁽¹³⁾ただ本稿では、隋律代用という新説がうけ入れられ、この語句が学界になじむまではあえて中国律代用という語句を使用する点を⁽¹⁴⁾ご了解いただきたい。

その代用説に従うと、浄御原律令のうち令だけは持統三年六月二十九日に完成・頒布（施行）されたのに対して、律は、天武持統両朝から大宝律令施行直前までの間を通じて、中国からの借り物を適用して実施したことになる。だ

が果たしてこの論は適切であろうか。もちろん、滝川・坂本説を肯定、またはこれに近い説を唱える研究者も健在である¹²。律の草案の編纂、あるいはその施行を説く森田悌氏の論があり、さらに第一次草案の編修を終えていたと踏み込む小林宏氏の議論¹³、そして草案はほぼ完成し、編纂・施行されていたとする長谷山彰氏の見解¹⁴、等が公表されている点も考慮に値する。なお筆者も近時、編纂施行に触れたことがある¹⁵。

どの学説も、限られた史料のもとで、各々の視点の相違によって、いろいろに論理が展開され、可能性の許さる範囲で諸説が主張されている。浄御原律の存否問題が、律令編纂史研究の中でもっとも難解な課題の一つであるといわれる所以である。

本稿では該律の存否について一つの試論を述べるものである。

二 浄御原律令の編纂

浄御原律令の編纂開始は、天武天皇十年二月二十五日に、朝堂の正殿である大極殿で、天皇と皇后が、親王・諸王および諸臣を前にして、今よりまた律令を定め、法式を改めたい、と詔したことに始まる。天皇にとってはある意味で勝算を秘めた一大決意であったから、居並ぶ者たちの間に、並々ならぬ緊張感が漲ったであろうことは想像するにたたくない。またこうした点¹⁶が、これから続く編纂事業の原動力になったと考えられる。この事業は、造法令殿という建物で行われていくのであるが、おそらくは天皇直属の役所であったと思う。天武十四年正月二十一日には、天智天皇三年制定の冠位を改訂し、浄御原令の中でそれまで仕上がっていた官位令を一部施行する形で新冠位制度が定められた。編纂を終えた令一部二十二巻の諸司への頒布は、持統紀三年六月二十九日条が伝えている。但し、律に関し

ては記載を欠き、編纂が完了したか否かは文献で確認ができず、定かではない。律は当時、編纂されなかったとも、前代に引き続き唐律の代用により実施されたともいわれるのは、その意味においてもつともなことである。¹⁹⁾

だが持統朝後半から文武朝初頭にかけて、我が国独自の律が存在したとおぼしきいくつかの史料があつて、その僅かな史料も決しておろそかにはできないと思うのである。

従つて筆者は、令の編纂、施行とほぼ同時期に、律のほうも、少なくとも本文部分はあらかじめ編纂が済んでいたのではないかと考えている。これら律令はおそらく隋大業律令を範典としていたであろう。日本書紀に律の頒布のことが明記されなかつたのは、律の内容にまだ課題を残しており（殊に注目すべきは、天武十三年に将来されたと思われる水徴律とともに、その注釈書である水徴律疏三十巻も持ち込まれ、これを注釈でありながら律本文注文に繰込もうとする作業に余程時間を要したことと考えられる）、編纂の終結を宣するには至らなかつたからか、あるいはあらかたできていた律のみは、刑罰の実施段階において事案に該当する律条が用いられたからではないかと推測する。

ところで、持統三年六月までの間は、律令は、おそらく令は現行法としての近江令が実施され、律は中国の律が適用されていたであろうと思う。内政と外交において、時代状況は緊迫していたから、いつまでも律令法典が存在しなままでは全国統治に支障を来す恐れがあつた。

イ 大宝律施行前後の「新律」及び「国法」、「浄御原朝廷制」等の意義

大宝律が編纂、施行された直後の続日本紀の記事に、「新律」という語が二度にわたつて出ている。²¹⁾この「新律」という言葉の用法は、「旧律」という語と対応する関係にあると考えるのが普通ではなからうか。つまり、元来は「旧律」の存在が前提になければ、「新律」という語は使われない用字法であろうと思う。

かたや大宝令は、この時期に「新令」と呼ばれ、この令のいっせい適用を指示する記事が続紀に見られる。²³この「新令」が「旧令」である浄御原令を念頭においた表現であることは、研究者の間で認識が一致していると思う。そうであれば「新律」についても、それと同様の視点で、「旧律」というものの存在を示唆しているのが妥当ではないか。

ややのちの続紀の記事ではあるが、天平勝宝九歳五月二十日の勅に、「新律令」をすみやかに施行するように、と記されている。これは、それまで施行されてきた「旧律令」たる大宝律令を廃止して、新たに養老律令の施行を命じたものである。この点は既に周知の事柄であるが、念のためにこの用例を上げたのは、上述した大宝二年の「新律」という語も、その直前まで施行されていた「旧律」が実態のある法典の存在を前提にして用いられていたことを傍証するがためである。そしてその「旧律」は、「新律」である大宝律と相對する、纏まりをもって編纂された律、すなわち我が国独自に編纂された浄御原律以外には考えられないのである。

ところで、浄御原時代には、律は継受法たる唐律の代用により行われていた、とする学説が過半を占めている現況は、看過できない。

これまで唐律代用を説く多くの研究者は、この旧律を示唆する「新律」の記述にはほとんど触れることなく研究を進めてきた。例えば、井上光貞氏の論文は精緻な論理・論証をもって知られるが、唐律の全体的、体系的な撰取と適用は、天武朝初年を転機に始まり、持統四年から文武四年までの間に延長して行われてきた、と説く。²⁴そうだとすれば大宝律令の施行直前までの数多ある刑事裁判は、全て唐律に準拠していたことになる。

もしそうだとすると、先程述べた「旧律」は果たして唐律だったのか、というと、そうではあるまい。

なぜなら第①に、大宝律令が撰定なったその日、この律令をわざわざ、大略、浄御原朝廷を以て准正とす、²⁵といっ

ているのであるから、唐律ということは考えにくいのである。

第②に、大宝律施行前に行われていた法を、続紀は「国法」と記した例がある。続紀、文武元年八月十七日条の天皇即位の宣命の第二段に、百官人・国宰らが、「国法」により、明浄心をもつて仕奉すべきことを諭すくだりが注目される。²⁶ここにいう「国法」とは、律令すなわち我が国の律を含んだ法と見做される。²⁷ここでの国法遵守の要請が国宰以上であったのは評造以下は必ずしも国法の制限を受けないことを認めていたからという点が指摘されている。²⁸国造の末裔である評造が有する在地での刑罰権は、国家的刑罰権の外に置かれていたということになる。

③その後の続紀、文武二年三月十日条の詔によれば、朝廷はこの日国宰と評造の任用者を上京させて、国宰に対しては評造銚擬の公平を、任用された評造に対しては法を守るべきことを命じている。ここでいう法は、国家的刑罰である律のことを指しているとみられる。②と比べて、ここでは一転して評造の有する在地刑罰権を破棄させ、国家的刑罰権の遵守を迫ったものとみられる。違反したなら罰することを視野に入れた表現は、明らかに、背後に刑罰法規である律の存在を窺わせる。

これら浄御原律令時代に現れる「国法」はじめ、単に「法」ということに関して、律（ないしは律令）を指す場合がある点は、軽視できないのである。

さらにまた④、文武元年閏十二月二十八日の続紀の記事に、決罰の法を浄御原朝廷の制に違反した場合に基づき行くと記すものがある。「正月に往来して拝賀の礼を行うことを禁じる。もし違反する者あらば浄御原朝廷の制に依りて決罰する。但し祖・兄と氏上とある者とを拝むことをゆるす。」という内容であるが、³⁰ここにいう浄御原朝廷の制は、日本書紀、天武八年正月七日条の詔、すなわち「凡そ正月の節に当りて、諸王・諸臣及び百寮は、兄姉より以上の親及び己が氏長を除きて、以外は拝むこと莫。その諸王は、母と雖も、王の姓に非ずば拝むこと莫。凡そ諸臣は、

亦卑母を拝むこと莫。正月の節に非ずと雖も、復此に准へ。若し犯す者有らば、事に隨いて罪せむ」を指している⁽³¹⁾。これらの法規は、正月に天皇以外は拝賀することを禁じているが、尊属相当の親族、および氏長、氏上への拝賀は禁じる限りではないとする。だが法規違反をした者は浄御原朝廷の制によって決罰が実施される、という点が重要である。つまり礼的秩序違反を刑罰で統制することは固有法的な伝統に基づくと考えられるが、大隅清陽氏によると、それは儀制令23内外官人条の、内外の官人が官司内で自己の位階や蔭をたのんで「憲法」に違反した場合は、長官あるいは次官がこれに咎の実刑を科すことができるという、礼の秩序を定めた儀制令に刑罰条規を盛り込んだ点を指摘する⁽³²⁾。つまり礼的秩序に対して違反をした際は決罰によって統制する点は、儀制令23内外官人条が制定される前から一般に行われていたのである、と。その決罰の準拠法は断獄律30断罪決配条であるという令義解の説があるが、いずれにしても浄御原朝廷の制が当時の律条に基づく決罰を含むものであったと解釈することが可能であろう。

以上に掲げた続紀に載せる記事は、浄御原律令施行期の末年において、直接的に律を念頭においた文言と考えられ、それがたて続けに見られる。

ここでは、持統四年に令が頒布された頃から、五罪制度だけでなく律編目全般にわたり、我が国独自の律が存在していた形跡が読み取れることを強調した。

ただし、その律が果たして編纂を完了して存在していたのか、あるいはいまだ編纂途中であるが大部分は終了しており、編纂を終えた部分から裁判に適用し出したのか、等のことは詳しくは分からない。とはいえ、持統三年頃から我が国独自の浄御原律に準拠したとおぼしき裁判事例がいくつかあり、それを次節以下に掲げる。

令は完成、頒布されたが、律だけは我が国独自のものではなく、相変わらず唐の律に拠る、と代用説はいうが、そういう事が現実でありえたのだろうか。律と令は車の両輪のようではなければならず、たとえば令で示された行政命令

に違反した場合は、律の罰則に拠り処罰するという対応関係は、大宝・養老律令の条文規定を覗けば随所にみられることである。⁽³³⁾ また、そうでなければ律令は、社会規範として有効に機能しえなかったのである。

口 浄御原律編纂の時期

既述のとおり、天武十年二月二十五日に天皇は新たな律令の編纂を命じ、天武十四年正月二十一日には令の一部である爵位の号が実施された。その間も律令編纂の事業は精力的に造法令殿で進められた。中国律代用の時代から、我が国独自の法典編纂の時代へと切り替えられるひとつの節目であった。ところが令の一部施行直後から、王朝にとつて思いもよらぬ不幸が相次いだ。天武十四年の翌年、朱鳥元年五月二十四日に天武の発病が伝えられ、病氣平癒祈願が続けられたが、その年の九月九日に、天皇は崩御した。殯宮は朱鳥元年九月二十七日から持統二年十一月十一日までの二年二カ月間続けられた。そしてその間の十月二日に、予想だにしない大津皇子の謀反が発覚し、翌日死を賜う。大津は聴朝政の高位にあつたが、場合によっては、いずれ天皇へと期待がかかる逸材であつただけに、衝撃はよほど大きかつたであろう。その後天武の殯宮終了から五カ月が経つた持統三年四月十三日に、こんどは皇太子草壁が薨去した。この一連の皇室の不幸は、もちろん律令編纂事業に大きな支障となつた。早くから皇親政治の中核をになう二人は、編纂事業にも少なからず影響を与えたはずであつたからである。

持統三年六月二十九日の浄御原令の諸司への頒布の時に、令と律が出揃わなかつた理由の一つは、政権トップの三名を一時期に失い、編纂事業に空白期間を生じさせてしまつたことに起因すると思う。それともう一点は、天武十三年十二月に土師甥や白猪宝然らのちの大宝律令の編纂に携わつた者たちが、おそらくは永徽律・同律疏を持ち帰り、それ迄手本にした隋律を後れ馳せながらこれに切り替える方針に決したと思われること。それでも持統天皇は、先帝

とともに宣誓した律令の令のほうを、まず発布した。次いで律のほうも、本文はあらかじめできてはいたであろうが律疏を繰り込むことは先に延ばし、令とほぼ同時期に、律の実施に踏み切った、と筆者は考える。

全体として、この時期を含めて、いまだなお律の劈頭にある十悪や五罪制度が、中国律をもとにして実施されていたと考えられる。⁽³⁴⁾

十悪は犯罪行為等に関係する条項を定めるが、その条規を上げただけで用をなすものではない。十悪を含む名例律は全般に通則的規定であるが、これ以下の関連する律の諸条規と必ず連動して存立するということが大前提となる。従ってそれら処罰規定を記す名例律以外の律諸条を念頭においておく必要があることはいうまでもない。

例えば、十悪の第一項に掲げる謀反は賊盜律1謀反条に照らして、事実誤認がなければ、その条項が適用されて罰せられる。従犯者の処罰に関しては賊盜律2縁坐条、同律3口陳欲反之言条、雜律62不応得為条等々の関連する条文に照らし量刑を考えることになる。⁽³⁵⁾ 裁判で律条文を適用する際には、これら諸条規の趣旨をくみ取らねばならない。書紀、朱鳥元年十月二十四日の天武天皇の殯宮での発哀最中に、大津皇子により引き起こされた謀反事件で、彼は極刑に処せられたが、その行刑が我が国の律によるものか、中国律を適用されたかはにわかには決めたいが、しいていえば筆者は犯罪行為を規定した十悪条謀反により、処罰規定を定めた浄御原の賊盜律条文での裁きが行われたと思う。また、「徒罪以下」(天武紀十三年閏四月五日条)、「死罪」(天武紀十三年閏四月五日条)等からは浄御原律の五罪制度の存在が知られる。

ところで①、「杖一百より以下、節級して決て」(天武紀十一年十一月十六日条)や「死罪と雖も、二等を減らさん」(天武紀十三年閏四月五日条)、「繫囚の極刑は本罪一等を減せ」(持統紀二年六月十一日条)といった記述から、当時、刑の加重減輕の法が運用されていたことが知られるが、これは前記した我が国の律による行刑の行われた節目の期間に含

まれており、我が国の律によるか、中国律の適用によるものかはもう少し究明が必要であろう。⁽³⁶⁾

② 持統紀二年六月十一日条の詔に「天下に令して、繫囚の極刑は、本罪を一等減せ。軽繫は皆赦し除めよ。それ天下に令して、皆今年の調賦を半入れしめよ」と見える。この赦詔は天武の殯の最後の年度に見られるものであり、それに関連して大赦が発せられたのであろう。注目したいのは、この記事中に「天下に令して」という語句があり、二度にわたりそれが見られる。これは「国中に命じて」の意味であるが、諸国では極刑や軽罪の行刑は既に行われていた。その準拠とする法は、果たして中国律であったといい切れるだろうか。いずれにしても、「天下に令して」という語句がここに登場したことは、大いに注目すべきである。

死罪やそれ以下の罪であっても、上記した刑の加重減軽の方法が成立していたと判断されるならば、その刑罰法規は体系性を維持する律以外には考えられない。そしてこの赦詔が、全国に伝えられ、実効性あるものとなすためには、その時点までに、諸国に判断の基準となる律条文のコピーが行き渡っていなければならぬ。そうでなければ、極刑の者を流罪に減じることができないし、軽囚を赦免することもできないのである。要するに、律はどのような形であれ、諸国の国庁にもたらされていることが前提条件となる。

③ また、ふたたび赦詔の例を上げて、上述したと同じく、律が諸国にわたっていたことを類推させるものがある。

持統紀三年三月二十四日条、および同紀四年正月十七日条（これは持統天皇即位に関連）に、「天下に大赦す。ただし常赦に免されぬ所のみは、赦例に在らず」という除外文書を附した赦書が見られようになる。文中の「常赦に免されぬ所」は、養老断獄律20赦前断罪不当条（逸文）に「常赦に免されぬ所のみは、常律に依れ」とあり、その疏に、赦に会つてもなお死・流・除名・免所居官・移郷等の制裁を加えることを定めた条項がある。その内容に該当する律の諸条は、断獄律21聞知恩赦故犯条（逸文）、賊盜律15造畜蠱毒条、名例律18八虐反逆縁坐条、賊盜律18殺人移郷条、

の多岐にわたる主要な律の条文に適用される。

そうだとすれば、赦令が出されるためには、それ以前に、全国の国庁ではこれらの律条項を手元においていないと、「常赦所不免」の具体的内容を理解することができず、刑事行政に支障をきたすであろう。

④ 持統紀五年から六年にかけての赦詔に、大赦から除かれる犯罪として「盜賊」が上げられるようになる。³⁷⁾「盜賊」を重視した赦詔は中国では見られず、我が国固有の赦詔の在り方とみてよい。それは中国の伝統的犯罪観と相いれぬものであり、我が国独特の思考様式にもとづくものと考へざるを得ない。「盜賊」はいうまでもなく、賊盜律該當の処罰規定で行刑が行われるのだが、その条文は我が国の律にあった公算がつよい。

⑤ そして次に、持統紀六年七月から、統紀の文武四年八月にかけて、「十惡」の語句が記された以下三件の大赦の記事が見られる。

(a) 天下に大赦す。但し十惡・盜賊は赦例に在らず。(持統紀六年七月二日条)

(b) 天下の罪有る者を赦す。但し十惡・強窃の二盜は、赦の限に在らず。(統紀、文武三年十月十三日条)

(c) 天下に赦す。但し十惡・盜人は赦の限に在らず。(統紀、文武四年八月二十二日条)

(a) の恩赦の契機は相模国赤鳥の出現による祥瑞であり、(c) の契機は巡察使報告による高年者への賜物等となっている。これらは恩赦の契機として日唐双方に共通して見られるので特に問題はなさそうである。ところが(b) の恩赦の契機は、越智・山科の二つの山陵を營造せんと欲するがため、とされている。このような山陵修造を契機にした赦文が出された例は、唐ではひとつもない。この赦文は唐文の直写等では決してなく、我が国固有の事情に基づくものといつてよい。速断はできないが、類推するに、ここに記された「十惡」の語は、中国律適用によるものではなく、我が国固有の律に存した語が使用されていたと考えられるのではないか。つまり「十惡」が「八虐」に

切り替わる大宝律の直前まで施行されていた浄御原律の用語であったと考えるのが穏当ではなからうかと思う。

ちなみに続紀・文武天皇の慶雲二年八月十一日条の詔に、「天下に大赦し…その八虐と常赦の免さぬとは赦の限りに在らず」とあり、詔の中に大宝律の八虐という語が見られる。詔に八虐なり十悪なりが出てくるのは、当時の現行法の用語を念頭においているから当然のことである、と実感する。繰り返すが、そうであるならば率直に考えて、先述した十悪はやはり浄御原律に存したと考えるのが妥当ではなからうか。⁽³⁸⁾

要するに、持統三年三月までの間に、仮に編纂がまだ完成に至っていないとしても、律の主要部分のコピーが諸国国庁に伝達されていたと、推測せざるを得ないのである。

二 浄御原律令の施行

律令は本来、中央政府各省庁と全国の国庁に伝達され、一斉に執行されるべき統一的法典であって、それにより中央集権的国家体制が整う。殊に律の施行によって、これまで各地の豪族が維持してきた刑罰権を国家に吸収、掌握して、国家の定めた刑罰権を国土の津々浦々にまで貫徹させることが可能になる。壬申の乱を奇跡的な勝利で乗り切り、専制君主を頂いた天武政権であればこそ、そうした条件は多分に満たしていたといっても過言ではない。

さて①、令が施行される直前の持統紀三年二月二十六日条の記事によれば、律令裁判に関わる九名の判事の任命が行われた。浄広肆竹田王、⁽⁴⁰⁾直広肆土師宿禰根麻呂、⁽⁴¹⁾同じく大宅朝臣麻呂、⁽⁴²⁾同じく藤原朝臣史、⁽⁴³⁾務大肆当麻真人桜井、⁽⁴⁴⁾同じく穂積朝臣山守、⁽⁴⁵⁾同じく中臣朝臣麻呂、⁽⁴⁶⁾同じく巨勢朝臣多益須、⁽⁴⁷⁾同じく大三輪朝臣安麻呂らが、のちの令制と同じく訴訟の事実審理や律令の該当条文を引き判決を下す実務官人として任じられたと思う。いうまでもなく律令を

準拠法典とする裁判実施の基本骨格が固められたものと考えられる。こうした体制づくりには律令の全面的施行が意図されていたことが背景にある。判決の困難な事案が諸国から送られてきた場合には、それらを審理する必要がある。太政官の元で全国の裁判や行刑を指揮しかつ自判しなければならなかったのである。⁽⁴⁹⁾ もし判事や解部が配属されなければ、その法典の存在は空文と化すであろう。持統朝の当時において浄御原令で職員を充実したのは、本格的に律を裁判に援用し始めるためであつたろうと考えざるを得ない。⁽⁵⁰⁾ 特筆すべきは、上記した判事中、皇親の竹田王はともかく、中核となる三名の中判事該当者たちである。なかでも藤原不比等はこの組織内での重要人物であつた。不比等は近江令の編纂を領導した藤原鎌足の子息であり、政務の中核に位置した人物でもあつた。不比等は鎌足の下で裁判の実務と行刑の指揮の仕方などを学んだであろう。そうした政治的身分と実務上の仕法を身につけるのに適した環境にあつた。それもさることながら、注目されるのは彼が律令法の知識、および法の施行という諸課題に関する解決法に長けていたことである。⁽⁵¹⁾ 大宝律令施行下で撰令所の構成員として、また令官として選任令などの条文の解釈と運用について寄与している。律令裁判を執行する人選が持統三年二月に終えたということは、律令の編纂が最終し、その施行段階に入ったことを暗示している。

次いで持統四年正月二十日、刑官に百人の解部が補任された。⁽⁵²⁾ これは治部省からの転任であつた。

養老職員令30刑部省条では「大解部十人。争訟を問窮する事を掌る。中解部二十人。掌る事大解部に同じ。小解部三十人。掌る事中解部に同じ。」となつており、養老令の解部は六十人である。それに比べ浄御原令では百人もの解部が任じられている。この大幅な解部職員の増員の背景には、裁判と行刑の実施にあたり、全国的規模での審理を行う必要に迫られていた事実が伺われる。裁判及び行刑を担当する刑官にあつて解部は、罪人の決罰にあたり、拷問の実行役に任じていた。彼らは、律や令（とりわけ獄令）に準じた裁判や裁判手続きを担っていたはずである。

持統紀六年二月十九日条に「刑部省に詔して、輕繫を赦したまう。」と見える。養老職員令32囚獄司条によると、刑部省囚獄司の任は解部たる物部がそれに当たり、徒罪以上の罪人を管理することになっている。

要するに、持統三年四年度の判事任命や解部増員は、淨御原律令の施行に際して法曹関係職員の充実が図られたことを示し、正に律令による裁判とその手続きの本格的な実施・執行がその背景にあったと考えなくてはならない。それには、いうまでもなく準抛法として用いられる律の存在が大前提となろう。

以上に引き続き、高位高官及び大宰・国司の一斉遷任が見られる。

持統紀四年七月五日条に高市皇子を太政大臣に、丹比真人鳥（宣化天皇玄孫）に正広參を授けて右大臣に就任させた。それと同時に、「八省・百寮」等、高位高官の遷任を決めた。なお井上光貞氏は、前掲した論文において、「淨御原律令では高市皇子の太政大臣就任という日が律令の公布の日として選ばれた旨述べている。

さらにその翌日には「大宰・国司」の遷任を決めた。こうして高位高官および地方官の大異動の発令が立て続けに行われていることは、朝廷が、他に優先して全国的統一法典の一斉実施の態勢を整えたと考えられるのである。

要するに、律令法に準拠した裁判や訴訟手続きが、その法の施行とともに開始されたと考えざるをえないのである。以上の考え方が単なる憶測でないことをいうために、次ぎに律による裁判例に言及しておきたい。

三 淨御原律による裁判例

持統三年ごろに編纂がおおよそ終わっていたとおぼしき律により裁判が行われた例を拾いだし、示しておこう。紙幅の関係で二、三を上げるにとどめる。

飛鳥淨御原律の存否について（上野）

① 持統紀三年十二月八日条に「禁断双六」と博戯を処罰する記事が見られる。編纂施行説を唱える長谷山彰氏は、天武紀十四年九月十八日条に、天皇が大安殿で王卿等と博戯に興じたとあり、博戯が禁じられていないが、その後この記事があるのは律の施行と関係するもので、それは持統三年十二月頃のことであろうという推定を下された。⁽³⁶⁾これに該当する条項は養老雜律14博戯賭財物条に規定が見られ、大宝律においてもこの条文は復元されている。そして淨御原律でもこれが規定されていたであろうという。ところで、天武紀十四年九月一八日条に、天皇が王卿を召して博戯を行った記事がある点については、一般に博戯が違法行為とされていても、天皇が博戯をすることは処罰対象から外れるので問題はなく、殊更律条規違犯に関連して取り上げるまでもないことであると考ええる。天皇以外の双六等の博戯行為は、この頃行われていた中国律によれば違法行為であったに違いない。問題は、持統紀三年十二月八日条の「禁断双六」の準拠法が、果して中国律なのか日本律(淨御原律)なのか、という点である。長谷山氏はその論文で、「天武持統朝における唐律代用の可能性も一応考えなければならぬが」云々、と懸念の一面を見せるが、このときの雙六の禁断は、やはり中国律代用ではなく、淨御原律の条文によった可能性が十分ある。中国律の博戯禁止のことは唐雜律14博戯賭財物条にあり、その疏文「雜戲」については、唐職制律30匿父母喪条の疏に「雜戲トハ、樗蒲・双陸・彈碁・象博ノ属ヲ謂フ」とある。⁽³⁸⁾従って、中国律代用で博戯の禁止をいうならば、双六(双陸)だけではなく、樗蒲、彈碁(囲碁)、象博(将棋)も上げておかなければならないであろう。囲碁・将棋は双六と同様に当時の日本でも好んで行われたに違いない。中国律代用ならば禁止項目に上げられてもおかしくはない。ところで樗蒲と雙六はのちの養老律令でも嚴禁とされている。なお、捕亡令13博戯条義解で博戯に双六と樗蒲を例示している。持統三年以降、天平勝宝六年十月十四日勅で蔭贖論することなく双六と樗蒲をした者は決杖一百、四、五位の官人は封戸・職位田の没収という。(前掲・井上ほか『律令』補注・六八四頁) 持統三年十二月の雙六禁止はその源流を成すといって

よい。なお雙六は万葉集(二八二七)にも歌われており、他方で禁止がなされている。(続紀、天平勝宝六年十月条、延喜式彈正式)。遊具一式が正倉院に残されているところから見て、禁断後も特権をもつ者により宮中で行われ続けたと思われる。競技を行うだけで賭博罪が成立したが、囲碁や弓射は財物を賭けても賭博罪に問われることはなかった。⁽⁵⁹⁾これが中国律とは異なる点であり、伝統的に我が国では囲碁を禁止することはなかったのである。だがここで、もし中国律代用が行われていたとするならば、囲碁は雙六とともに嚴禁とされていたはずである。それゆえ持統三年十二月の雙六のみの禁断は、中国律よりも日本的な処断の色が濃いと思われるのである。

②持統紀七年四月辛巳条に「詔。内藏寮允大伴男人坐贓。降位二階、解見任官。典鑰置始多久。与菟野大伴、亦坐贓。降位一階解見任官。監物巨勢邑治雖物不入於己。知情令盜之故。降位二階解任官。然置始多久、有勤勞於壬申年役之。故赦之。但贓者依律徵納」と見え、中務省官人による監臨主守盜事件が発生した。藏物の保守出納にあたる役人が結託して盗みを働いた事件である。林紀昭氏はこれを単純な窃盜事件と考えるが、監臨主守を犯した事件であることはあきらかであろう。文末に、「但し贓(ぬすみもの)は律に依り徵し納れよ」とある。「依律」の一句が坂本太郎氏によると淨御原律の存在した証しの一つに上げられる。⁽⁶⁰⁾反対に、青木和夫氏はこの律を広義の法の意であるとして坂本説を退け、また石尾氏は唐律の適用であるという。だが筆者は、この「依律」の律は唐律であると見ることに賛成できないし、広義の法規の意味であることに同意もしない。狭義の編纂された法典としての律であろう。裁判結果に関しては、ほば長谷山氏の行論を是としたい。ただ氏が触れられた養老六年四月庚寅条に載せる続紀の山田御方の監臨主守盜事件で、周防国守であった山田が特赦に至った経緯を律の条規に照らし考える。山田の正稅欠が発覺するとそれに対する刑事罰と付加刑としての除名、加えて正贓および倍贓の徵収が決められる。これが持統七年の監臨主守事件に追記された「贓者依律徵納」に相応するところの淨御原律による行刑であったろう。

ところで山田事件の方は、その後恩赦が出されて刑事罰は免除となり正贓の徴収だけとなった。正税欠分を補填さえすればよかったのである。ところが補填期限があり、その納入期限は正税帳の提出時までであったと思われるが、それでも納められなかった彼は、その日特別に免除されることになった。まさに山田は朝廷から格別の計らいをもってお構いなしと同様の処分を受けるに至り、表向きは彼の履歴にきずはつかなかったのである。ただ問題が発覚、表面化して正史に載るといふ気まずい結果を来してしまった。山田への特赦の裏には、彼が才覚あふれた人物であるからという評価以外に、既述した日本書紀の、天武紀の心くばりある記述が影響していると思う。

③ 統紀、文武三年五月二十四日条に、役君小角が妖惑の罪で伊豆嶋に流罪に処せられた。伊豆は遠処の地である。中国律がそのまま適用されたならば、小角は唐賊盗律21造妖書妖言条により絞刑となる。だが彼は伊豆島に遠流となった。養老律21同条では同罪は遠流を科すことになっている。小角の裁判の準拠法は唐律ではなく、浄御原律だとすれば、準拠した条規は概ねこの養老賊盗律の条規のごときものであったろうと思う。

④ 統紀、文武四年六月三日条の勅に、竺志惣領が「准犯決罰」されたことが記されている。詔使に対捍することは大不敬にあたり、唐律および養老律の名例律6八虐条大不敬に相当条文が存在する。両律によればともに、その刑は職制律32により絞である。上記の決罰の内容はどのようなものであったかは詳記されていないが、これまでの裁判の流れから見ても、浄御原律に定められた名例律十悪条大不敬に該当し、職制律の処罰規定により決罰せられたのではないかと推測される。

結 語

以上、残存する関係資料が少ない中で、筆者なりに浄御原律令の編纂と施行について考えてみた。この律は、令が完成を伝えているのに反して、完成をいう明らかな史料がなく、従って学者の多くは、不存在をいい、あるいは継受法の唐律の適用に止まったのであろうという見解に、大きく流れが傾いている。だが、あえて筆者はそれに反対する見解を述べてきた次第である。

なお、紙幅の関係で、論究できなかつたが、浄御原律令の編纂を考える上で、壬申の乱の法史上の意義を考えることも重要である。律令制下の天皇による刑罰的支配が、諸臣ばかりでなく、皇親と諸王にも及ぼされたからである。天武十四年正月に浄御原令新即位制が実施され、親王・諸王・諸臣及び庶民に至る迄冠位によって序列化する事で、天皇を頂点にした支配体制が完結した。それ迄冠位が与えられず諸臣から超越した所に置かれていた親王・諸王を、一般の臣下と隔てなしに臣下化する事になったのである。彼らは、刑罰体系の下では、例外なく処罰の対象となる事を意味する。それは中国流の律の精神に適っている。天皇を頂点に置いた支配の体系が整序され、そのスタートラインに漸くこぎつけたという事である。乱の勝利は天武政権の法体制のあり方を一変させた。就中、律という刑罰法の性格を規整した。かつて各地の国造として行政・司法の権限（いわゆる国家外的刑罰権）を大幅に認められていた豪族たちは、乱以降、政権から処罰を受ける立場から逃れられなくなった。ちょうど明治維新期の藩主たちが有した絶大な行政・司法の権限を放棄した明治四年以降に、朝廷の一地方官に下り、国家的刑罰権の中に吸収されていったのに似ている。

石尾氏が提言し、井上氏が具体的に論じたように、天武以来、持統期から文武期（大宝律令施行まで）に至る間、

唐律が適用・施行されていたという説は、魅力があり多くの碩学に伝えられたが、この説は少なからず問題をはらんでいると思う。完成度の高い唐律をそのまま代用するとなれば、却ってそれは日本の国情との相違がありすぎる。我が為政者は唐の刑罰体系、あるいは刑罰思想を十分に理解できず、法の執行という事が難しくなる。唐律代用という言葉は安易に使用されるが、唐律に込められた中国思想は日本人にとっては難解だった筈である。唐律の理解は中央ばかりか地方国庁で難解で混乱が起きた筈で、その様な状況下で法の執行は可能であっただろうか、疑問である。

その唐律代用は実際は隋律適用であったのではないかとこの事にも触れた（本稿緒言参照）。それは天武から持統三年ごろ迄という点はいえるにしても、持統三年以降、大宝律令施行の直前までは、我が国で積極的に編纂がなされた律令が施行されたと考える方がよいのではなからうか。その背景には、天武十年二月の天武・皇后（持統）がともに大極殿に出御し、親王・諸王および諸臣らを前に律令撰定の強い決意を宣した事実があった点を、見逃してはならないだろう。

律は大宝度から出揃ったという説が厳然として存在するが、それらにも理はある。だが確かに浄御原律はその完成度に問題はあるにしても存在し、実施されたであろう。しかし養老律に見られるような律疏に整うまでには至らず、発布されることはなかった。おそらく当代の法学者たちには律疏の理解は格別難解な問題ではなかったか。ただし、前述したように倉本一宏氏が示した天武十三年十二月に我が国に将来された唐の永徽律令・永徽律疏は、天武十年から始まった隋大業律令を範典とする浄御原律令の編纂方針に少なからず影響を与えた。おそらくは天武十四年正月の新令による冠位制以下の令制は手を加えず、律の方は律疏との整合性をつける事になお時間を割くことに天武以下朝廷首脳は決したと思われる。⁽⁶³⁾

また編纂関係者を推測する点も大切な作業である。だがもはや紙幅が尽きたので別稿に譲りたい。

註

- (1) 滝川政次郎「天武律令」(同『律令の研究』一九三二年)。
- (2) 坂本太郎「飛鳥浄御原律令考」『法制史研究四』一九五四、後に『日本古代史の基礎的研究』下制度篇・一九六四年)。
- (3) 例えば林陸郎氏「近江令と浄御原律令」『国史学』六三号・一九五五年)等がある。
- (4) 佐藤誠実「律令考」『国学院雜誌』第五卷第一号・第三号、第六卷第三号・一八九九年
- (5) 中田薫「唐令と日本令との比較研究」同『法制史論集』第一卷・一九二六年、同「古法雜観」『法制史論集』第四卷・一九六四年。こうした中田・佐藤氏の優れた業績にも拘わらず、筆者は、天武天皇が大海人皇子として吉野に下野した時代に、壬申の乱で近江朝に叛旗を翻し、政權を奪取した彼が、果たして前王朝の近江令の完成に全力を注いだという考え方が成り立つかどうか、再検討の必要を感じる(拙稿「律令編纂史研究に関する二、三の疑問」『三重法経』三重短期大学・一四四号・二〇一四年)。
- (6) 井上光貞「日本律令の成立とその注釈書」井上ほか校注『日本思想大系3律令』一九七六年、後に同『日本思想史の研究』及び『井上光貞著作集』第二卷・一九八六年。
- (7) 青木和夫「浄御原令と古代官僚制」一九五四年、同「律令論」一九六五年(ともに同『日本律令国家論攷』一九九二年)。
- (8) 田中卓「天智天皇と近江令」(『田中卓著作集六 律令制の諸問題』一九八六年)。
- (9) 長山泰孝「浄御原律の存否についての一史料」(『続日本紀研究』一五一・一九九〇年)。
- (10) 榎本淳一「養老律令試論」(笹山晴生先生還暦記念会編『日本律令制論集』上巻・一九九三年)、同「東アジア世界」における日本律令制」(『大津透編『律令制研究入門』・二〇一一年)。
- (11) 石尾芳久「律令の編纂」『法学論集』第六卷第二号一九五六年、後に同『日本古代法の研究』一九五九年。ところで石尾芳久氏により提言された唐律代用説は、持統紀の恩赦記事に見られる「十惡」が、中国から直輸入された唐律の用語であるという点だけを根拠としているが、その提言は学界に大きな波紋を起こし、急速に受け入れられて今日に至った。だが氏の論文には、代用の意味について細かく説明したものは見られないが、我が国独自の律の編纂を一刀両断これを否定したのである。そ

飛鳥浄御原律の存否について(上野)

して青木氏も敕文の十悪は体系的律法典の存在を前提としない。律本文とは別個に律の劈頭に記され、量刑を伴っていない。明らかに異質である。従つて十悪は令の一条として規定され、律にはなかつた、と主張した(後掲論文)。同じころ利光三津夫は編纂・不施行説を説きつつも、持統・文武紀の大赦に見られる「十悪」の語は唐書から不用意に直写したものである。しかも「悪」という語は中国では「にくい」「わるい」というように解釈されるが、古代日本では「猛々しい」「気力ある」というように解して不善・不道徳を意味しない、むしろ人に誇るに足る猛烈さを意味する、と述べ、それ故後の大宝律は唐律の「十悪」を「八虐」に変えたのであると説明した(利光三津夫「最近における律研究の動向」一九五七年、同『律の研究』一九六一年、同「名例律八虐六議条について」『律令制の研究』一九八一年)。利光氏は唐律代用を説いた訳ではないが、「十悪」は唐律の語であるとすると十悪論は代用説を根拠づける結果を招いた。既に青木和夫氏は日本律の編纂を否定しており、これと石尾説とが相俟つて浄御原律の編纂否定説・唐律代用説の機縁をつくつた。このように見えてくると、果たして(A)「十悪」は唐律の用語なのかどうか。(B)悪字に不善の意味はあつたのだろうか。(C)「十悪」の語が見られる敕文は本当に唐書からの直写か否かといった問題等が浮上する。(B)の疑点については、記・紀をはじめ靈異記、風土記、万葉集等の当代史料に見える「悪」字は、不善を意味する以外は見られず、律令本文でさえ不善の意味で使われている。抑、悪という語に「猛々しい」という様な意味があるのであれば、十悪条の中に「悪逆」という条項があること自体が説明できない。また大宝・養老の律と令の諸条文には、悪という字が多数使われており、いずれも「わるい」「にくい」と理解することができる。謀大逆の項の疏文にも「遂起悪心」とある。賊盜律17に「憎悪」、神祇令11に「穢悪之事」、僧尼令集解古記に「災謂惡事也」、宮衛令11に「不得燒具惡物」、戸令7に「悪疾」が見える。「悪」の字は全て不善を意味している。利光氏が不善を意味しない例にあげた「悪左府、悪宰相、あし法眼」等は、どの時代のいかなる典拠によるのかが示されていない(利光・霞信彦「八虐六議をめぐる諸問題」『手塚豊教授退職記念論文集 明治法制史政治史の諸問題』一九七七年)。(C)の問題については、浄御原時代の敕令には律令語が頻出するが、これらはそれぞれの時期の政治情勢に応じて発せられていることは、佐竹昭氏が日唐の恩赦記事を悉皆調査し、唐律の直写ではない点を明らかにしている。そして肝心な(A)の疑問について、「十悪」の語が見られる持統・文武期の三件の大

赦の記事中、文武三年の詔赦は唐では出されることのない山陵修造を契機としている。唐で根拠のない契機を用いた赦令は唐文からの直写とは言えず、我が国固有の事情に基づく赦文といつてよい。よって詔赦の十悪は浄御原律の用語と判断されよう（本稿第二・口に再述）。唐律の全編が代用して行われたならば、中国思想や法技術等は当代日本人にどの程度の理解が可能であったのか、疑義が残る。

(12) 林紀昭「浄御原律令に関する諸問題」『史林』第五三卷第一号・一九七〇年、後に『論集日本歴史2律令国家』一九七三年。なお林論文の書評で所功氏は「唐令の直訳的継受とか唐律がそのまま代用されていたという主張には具体的検証が必要である」と述べる（『法制史研究』20・一九七〇年）。以下代用説を列記する。

石母田正『日本の古代国家』一九七一年、青木和夫（司会）『シンポジウム日本歴史4律令国家論』一九七二年（報告者は吉田孝氏）、井上光貞前掲「日本律令の成立にとその注釈書」井上ほか校注『日本思想大系3 律令』一九七六年、林屋辰三郎編（代表）『史料大系日本の歴史』第一巻原始古代・一九七七年、吉田孝「名例律継受の諸段階」弥永貞三先生還暦記念会編『日本古代の社会と経済』上・一九七八年、後に同『続律令国家と古代の社会』二〇一八年。同『古代国家の歩み 大系日本の歴史第3』一九八八年、青木和夫ほか校注『新日本古典文学大系 続日本紀』12・一九八九年（但し唐律参考説）、佐竹昭「恩赦制度受容期の諸様相」同『古代王権と恩赦』二〇〇二年、初稿は一九九八年、大津透「律令制研究の成果と展望」『法制史研究』48（法制史学会年報）一九九八年、後に同編『律令制研究入門』二〇一一年）、歴史学研究会編『日本史料1 古代』二〇〇五年（石上英一責任編集）、佐藤信「律令国家と天平文化」佐藤信編『日本の時代史4 律令国家と天平文化』二〇〇二年、同「律令国家」宮地正人ほか編『新体系日本史1 国家史』二〇〇六年、東野治之「律令と孝子伝」同『日本古代史料学』二〇〇五年、虎尾達哉「日本律における科刑の軽減をめぐる」『地域政策科学研究5』鹿児島大学・二〇〇八年、石井正敏「律令国家と東アジア」荒野泰典・石井正敏・村井章介編『日本の対外関係2 律令国家と東アジア』二〇一一。以上、個別研究のみならず正史の注釈でも唐律代用（唐律借用、唐律準用）説を採用している。尚青木・前掲『続日本紀1』は「持統五年から「常赦不免」にかわり「十悪」や「盜賊」の除外がみられる。浄御原令の施行に対応して唐律の一部を取り出して実施に移した」

飛鳥浄御原律の存否について（上野）

と述べる。とりわけ戦後律令学の料を集めた律令の校注書『日本思想大系3 律令』の解説を成しそれ迄の諸説を周到に、かつ集約的にまとめた井上の前掲論文が代用説を採用したことの影響は大きい。

(13) それについては注(19)を参照のこと。

(14) 森田悌「浄御原律について」(金沢大学教育学部教科教育研究) 第二三号・一九八七年)。

(15) 小林宏「日本律の成立に関する一考察」牧健二米寿記念会編『日本法制史論集』一九八〇年。後に同『日本における立法と法解釈の史的研究』第一巻古代・中世・二〇〇九年)。

(16) 長谷山彰「律令法典編纂の推移と問題点」同『律令外古代法の研究』一九九〇年、同「日本律成立過程における継受法と固本法」『法学研究』第六四巻一第一号・一九九一年、同「日本律成立の諸段階」同『日本古代の法と裁判』二〇〇四年、同『日本古代史 法と政治と人と』二〇一六年)。

(17) 上野利三「大宝名例律八虐・六議条の復元について」『皇学館論叢第四七巻第二号・二〇一四)。

(18) 造法令殿という建物と、大宝令の編纂が行われていた撰令所との違いについては、近藤毅大「撰国史所・撰令所と撰善言司」『続日本紀研究』三二〇号・一九九七年、を参照のこと。

(19) いつの時代に唐の律がだれによって日本にもたらされたかについては諸説がある。一般には六五一年に制定された唐の永徽律令が、白雉四(六五三)年から天智天皇八(六六九)年にわたる第二次から第六次の遣唐使が我が国に将来しそれを範としたといわれている。だがこの時期はいまだ我が国と唐は交戦状態にあったはずであり、そのような状況下で唐が我が国に機密性重要度の高い律令の持ち出しを許したとは到底考えられない。倉本一宏氏はその論文「律令制成立期の「皇親政治」」(笹山晴生先生還暦記念会編・『日本律令制論集』上巻・一九九三年)の中で、天武十三(六八四)年に留学生の土師宿禰甥と白猪史一宝然が帰国しており、しかも二人はのちに大宝律令の撰定に参画していることを上げて、永徽律令はこの時もたらされたと考えておられる。そうだとすれば、天武天皇が大極殿において律令の編纂開始を宣言した天武十年二月には間に合わない。永徽律令の継受は、それまで唐律の適用が漠然といわれてきた天武初年から以降でもなく、浄御原令に影響を与えたものでもなく、

大宝律令の編纂にようやく間に合い、直接的に影響したということになる。では従前、いわれ続けた唐律の適用という、その実態は何であつたろうか。この疑義を解くカギは、隋の時代の律令の存在にあるのではないか。なぜなら、推古三十一(六三三)年七月に、唐から帰国した惠日等が奏上して、大唐国は法式備り定れる珍の国なり、常にかようべし、といっている。この時惠日らが見た法式とは、大業律令であつたはずであり、推古三十二年制定の武徳律令ではなかつたろう。日本国見在書目録には『隋大業令 三十卷』と見え、日本に将来されていたことが推知される。それでは大業律はどうか、といえば、その目録の大業令の近くに『大律』とあるのが大業律の略称、あるいは業字の欠落、とも受け取れる。そもそも大律では書名として成り立ち難い。さらに慎重な検討が必要であるが、もしそうであるならば大業律令はそろつて我が国に将来されていたことになる。これらの将来はいつかという、惠日はこれが機縁となり舒明天皇二(六三〇)年八月犬上御田歊とともに第一次遣唐使、白雉五(六五四)年二月第三次遣唐使高向玄理の副使として再び渡唐。念願の大業律令はこの間に将来されたのかも知れない。大業令の意義は、唐令の手本となつていたことにあるとする中村裕一氏の近業があり(同『唐令の基礎的研究』二〇一三年)、しかも浄御原令の篇目構成に際し、隋令の参照の可能性を想定する榎本淳一氏の重要な指摘がある(同『東アジア世界』における日本律令制―大津透編『律令制研究入門』二〇一一年)。なお、律令法を含めた中国法の原理である中国の礼制の受容は、推古朝から開始されていたとする西本昌弘氏の『中国古代儀礼成立史の研究』(一九九七)が出されている。ちなみに、遣唐使の研究は森克己『遣唐使』一九五五年、東野治之『遣唐使』二〇〇七年、等々数多あるが、天武十三年帰国の遣唐留学生の意義について触れたものはあまりない。

(20) 白村江の戦い以来、半島では唐と新羅が戦争し、国際関係は激動をきわめたために、行政の主眼は対外的な軍事力強化に取り組むとともに、早急に天皇を頂点においた律令国家体制を築き、壬申の乱後の不安定な地方行政を、強力な軍制を敷くことで支配の強化を図り、引き締める点等にあつた。

(21) 文武紀、大宝二年二月一日条、同年七月十日条。但し後者には新令と記されているが、『類従国史』律令格式、と『日本紀略』により新律と訂正するのが妥当である。

飛鳥浄御原律の存否について(上野)

- (22) 旧律なる呼称は明記されていないので、レを付す。
- (23) 大宝元年三月二十一日条、同年六月八日条。
- (24) 井上・前掲「日本律令の成立とその注釈書」前掲『律令』
- (25) 統紀、大宝元年八月三日条。
- (26) 「是を以て、天皇が朝廷の敷き賜い行い賜える百官人等、四方の食国を治め奉れと任せ賜える国々の宰等に至るまでに、レ法を過ち犯す事なく、明き淨き直き誠の心を以て、御弥々りて緩び怠る事なく、務め結りて仕え奉れと詔りたまふ大命を、諸聞きたまへと詔る。」とある。
- (27) ちなみに統紀、天平宝字元年七月二日条の第十六詔中「国法」は大宝律を指す。
- (28) 坂上康俊「古代の法と慣習」『岩波講座日本通史 第三卷古代2』一九九四年。
- (29) 原文に国司・郡司とあるが、これは後の文飾であるので、国宰と評造とそれぞれ直した。
- (30) 青木ほか・前掲『統日本紀』一は、(一) 諸王・諸臣・百寮は兄弟以上親及び氏長以外の者への拝賀を禁じる、(二) 諸王・諸臣は卑姓の母への拝賀を禁じる、という二つの禁止事項を設け、さらに(三) この二つの禁制は正月節以外の拝にも適用されること、(四) 犯した場合の処罰を付則として上げている、と分析する。
- (31) 坂本太郎ほか校注『日本古典文学大系68 日本書紀』下・一九六五年。
- (32) 大隅清陽「儀制令における礼と法―律令法系の構造的特質をめぐって―」笹山晴生先生還暦記念会編『日本律令制論集』上巻・一九九三年、後に同『律令官制と礼秩序の研究』二〇一一年。
- (33) 神祇令の定める各種神事違反に対する罰則が、職制律にみられる点などはその例である。井上ほか・前掲『日本思想大系3 律令』を参照。
- (34) 吉田孝・前掲「名例律継受の諸段階」(前掲『統律令国家と古代の社会』)は、十悪が浄御原時代の律に存在した可能性に触れている。大宝律冒頭部の五罪・八虐・六議の部分が条文数に入っておらず、また疏文がなく、書式が異なるという特異性を

もつ点を指摘し、この部分が大宝以前に独自に制定・施行された可能性が高い点に言及された。この論文では「五罪・八虐・六議（あるいは五刑・十惡・八議）」と述べており、十惡を可能性の範疇に入れておられる。

(35) 大宝賊盜律謀反大逆条以下に關しては、拙著『前近代日本の法と政治―邪馬台国及び律令制の研究』に復元案を示し論じた。

(36) 淨御原律による可能性はある、と小林宏氏は述べる（前掲「日本律の成立に關する一考察」）。

(37) 「天下に大赦す。但し盜賊のみは、赦例に在らず」という一文が、持統紀五年六月二十日条（災異が契機）、持統紀六年三月十七日条（行幸、伊賀・伊勢・志摩）、持統六年七月二日条（祥瑞、赤鳥）等に発せられている。「天下に大赦す」は律条に「常赦所不免」とある以外は全てを許す恩赦をいうが、ここで盜賊は例外という赦詔で、突如持統五年六月から出されている。そうした例は、繰り返すが唐の赦詔には見られない点であり、留意しておく必要がある。

(38) 翻つて思うに、淨御原律令以前の時代、日本書紀に見られる十惡中の「内乱」（履中紀）や「惡逆」（推古紀）、「謀反」（大化期ほか）等の用語は、まだ律令の存在しない時代の語句なのでこれを、ただ単に述作であるとしてあまり重要視しないでよいのであろうか。しかし帝紀・旧辞を基にした書紀の編纂は天武期から始まっているので、この時代の事柄を反映した律語の記述はあったと見てもおかしくはないのではないか。森博達氏はその著「日本書紀の成立」（『東アジアの古代文化』一〇六号・二〇〇一年）や「日本語と中国語の交流」（『岸俊男編』『日本の古代第14巻』ことばと文字）等において、書紀の漢語の仕訳から、その編述には α 群（雄略紀）用明・崇峻、皇極・孝徳・斉明・天智紀は続守言と薩弘恪の編集、正意）、 β 群（神代上・下）允恭・安康、推古・舒明、天武上・下は山田史御方の編集。文武朝から述作）、最終の持統紀は紀清人の選述、と三つに区分されている。その上で三宅藤麻呂が諸卷の潤色と加筆に加わったとする。これが当たっているとすれば「十惡」の中の内乱・惡逆の語が見られる履中紀や推古紀は山田の述作となる。彼は字僧として新羅に留学、その能力を買われて淨御原時代に沙門から還俗し、文武朝に文章博士となった人である。ちなみに森説全般に対しては谷川清隆の対論がある（『日本書紀』成立に関する一試案）『日本書紀研究第三十冊』二〇一四）。森説を是とするならば、壬申の乱で前政権を転覆・掌握した天武政権の正当性を、山田は書紀にしたためたという由来があることになる。ちなみにいうと、その後たまたま養老年間に山田御方が監臨犯

盜罪に問われた際に、赦に会い、ついには軽微な罪に終わっている。それは書紀の壬申の乱関係の記述において、天武の行為を謀反とは記さずに、正当化した功績によると筆者は考えるがどうであろうか。それはさておき、履中紀の内乱関係の記事は、天武期に存在した律の十悪条に「内乱」の項目が存したからであると筆者は憶測する。

(39) 後の刑部省所轄。

(40) 和銅元年三月刑部卿、靈龜元年三月散位。

(41) 文武三年十月越智山陵修造使。

(42) 持統八年三月条に鑄錢司任命。

(43) 不比等とも。鎌足の第二子。齊明天皇五年生まれ。懷風藻・扶桑略記に同四年生まれ。持統三年ころから官界進出、後に大宝律令編纂に当たり撰定副總裁の地位にあり、また令官として条文解釈の治定にあたった。大納言・右大臣に進み、養老四年八月没。時に正一位。

(44) 伊勢守・武蔵守歴任。靈龜元年二月没。時に従四位下。

(45) 物部氏系の氏族。和銅五年に正五位下。

(46) 持統称制前紀、大津皇子謀反時に縁坐、赦される。中臣系図所引延喜本系では国足の子とあり、不比等の再従兄弟にあたる。和銅四年閏六月没。時に正四位上、中納言、神祇伯。

(47) 撰善言司・式部卿を歴任、和銅三年六月没。時に従四位上、太宰大貳。

(48) 慶雲四年に氏長となり、撰津大夫を経て兵部卿、従四位上、和銅七年正月没。懷風藻に詩を収める。

(49) 井上光貞ほか校注・前掲『律令』日本思想大系3・五三三頁。

(50) 同右『律令』の職員令の注解の執筆者青木和夫氏はこうした職員の充実は唐律を裁判に援用しはじめるためではないかという。

(51) 大宝律令の編纂と施行に関連して、不比等の法知識と令官としての役割を論じた早川庄八氏の論究が参酌される。早川「奈良時代前期の大学と律令学」『日本古代官僚制の研究』一九八六。

- (52) 『法曹類林』巻一九七公務五「成選輩奏授判授事」を参照。
- (53) 利光氏は刑部解部が流人を配所に護送する部領使に差せられた点を『大日本古文書』巻二、天平十年周防国正税帳から導き出している（利光「解部考」同『律令制とその周辺』一九六七年）。令制下の解部という司法事務担当官吏に関しては滝川「裁判史話」、利光「解部考」『律令制とその周辺』一九六七年、告井幸男「解部攷―令前官職の一樣相―」栄原永遠男ほか編『律令国家史論集』二〇一〇年、等を参照。
- (54) 浄御原令で八省は六官ないし八官、寮は官また職と呼称する。
- (55) 大宰は筑紫総領、周防総領、吉備総領等をいうか。国司は当時は国宰ないし宰と称した。
- (56) 長谷山彰・前掲『日本古代の法と裁判』二〇〇四年・二七二頁以下。前掲『日本古代史』二〇一六年・一一八頁以下
- (57) 律令研究会編『譯註日本律令八 唐律疏議譯註篇四』川村康譯註・一九九五年・一二〇頁以下。
- (58) 律令研究会編『譯註日本律令六 唐律疏議譯註篇二 八重津洋平譯註・一九八四年・一五六頁以下。
- (59) 高塩博「養老律令の博戯規定について」『日本律の基礎的研究』一九八七年。
- (60) 林・前掲論文。
- (61) 坂本・前掲論文。
- (62) 慶雲四年・威奈真人大村墓誌銘「以大宝元年初定律令」や天長七年十月・藤原三守奏言「大宝元年、甫制律令、施行天下」（類聚国史）等。
- (63) 日本律と永徵律疏との関係については、高塩博「日本律編纂考序説」『日本律の基礎的研究』一九八七年、小林宏・高塩博「律疏考」國學院大學日本文化研究所編『日本律復原の研究』一九八四年、等に詳しい。

（うえの）としぞう・三重中京大学名誉教授