

## 飛鳥浄御原律施行前の隋律代用について

——大化の元号・即位式の背後に隋大業律の形跡を読み持続期に至る——

上野利三

はじめに

- 一 大化元号の意義
  - 二 大化の即位式
  - 三 大化以後の恩赦
  - 四 大化以降に代用された律
  - 五 大化元年から持統三年までの隋律代用の事例
- 結び

はじめに

かつて私は、これまでの通説であった飛鳥浄御原律令は

律は編纂されず、令のみが編纂・施行されたとするのに反して、持統三年ごろ飛鳥浄御原律は令とほぼ同時期に編纂され、施行されたと推測した<sup>(1)</sup>。さいわいこの拙論はいちぶの文科系の律令研究者たちには認められ、今に至った<sup>(2)</sup>。ここ数年の間の事であるが、この小論の説を前提とするならば、進んで次に考え得ることは、持統三年以前の律令制度にあっては、どのような刑事法により罰則が実施されていたのであるかという問題が浮上して来て、それが喫緊の課題となるのである。

持統三年の飛鳥浄御原律令の編纂施行から遡ること四十有余年の大化改新以降の日本書紀の記事を一覧すると、た

しかに刑罰関係の記録が少なからず散見するのであって、その刑罰関係の四十有余年にわたる諸記録は、注意してみると律令法の律によって裁かれた形跡が読み取れる。

現今の歴史研究者の大化以降の多くの論者においては、令の研究はよほど卓上をにぎわせているやに見えるが、これに比べると律方面の研究は多いとは言えない。<sup>(3)</sup>

それ故に、史実的にたしか大化以後に執行され始める謀反事件とその司法的処理、さらには急に増え出す恩赦など、律との係わりを抜きにしては理解できない事項にも、あまり深くは考慮されて来なかった傾向がある。本稿ではそうした部分に、些少なりとも切り込みを入れて、問題点を浮び上げらせ提議してみたいと考える。

その問題に取り組むには、近江令は存在したのか否かという問題<sup>(4)</sup>、さらには大化改新の実態つまり、そもそも大化改新は存在したのか、という課題が横たわっている。<sup>(5)</sup>だが本論では、これらの問題について正面から取り組むことは、それまでの学説整理などを含めて、時間と紙数の消耗を必要とするので他に委ねたい。ただし本論記述の後に、上記の難問は自ずと結果が導き出されてくる筈である。

本稿では、律関係史料を掲載する日本書紀を読み込んで刑事罰に関する史料を摘記し、持統三年以前の律の存在形

態に照準を合わせることに重きを置きたいと思う。

(1) 上野「飛鳥浄御原律の存否について」『皇学館論叢』第五一卷第六号・二〇一八年。

(2) 榎本淳一「書評「上野利三「飛鳥浄御原律の存否について」」『法制史研究』第七十号・二〇二一年、荊木美行「書評「上野利三「大宝律および養老律若干条の復元について、ほか10点」」『法制史研究』第七一号・二〇二二年。

(3) 主な研究をあげれば、石尾芳久「律令の編纂」『日本古代法の研究』法律文化社・一九五九年、井上光貞「日本律令の成立とその注釈書」『日本古代思想史の研究』岩波書店・一九八二年、吉田孝「名例律継受の諸段階」『続律令国家と古代の社会』岩波書店・二〇一八年、小林宏「日本律の成立に関する一考察」『牧健二博士米寿記念日本法制史論集』思文閣出版・一九八〇年、長谷山彰「日本古代における賠償法と固有法」『日本律成立の諸段階』『日本古代の法と裁判』創文社・二〇〇四年、榎本淳一「『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』名著刊行会・二〇一一年、同「中国の法・制度の受容——律令法典の編纂と継受——」古瀬奈津子編『古代文学と隣接諸学5 律令国家の理想と現実』竹林舎・二〇一八年、同「律令制における法と学術」大津透編『日本古代律令制と中国文明』山川出版社・二〇二〇年、などを掲示できよう。

- (4) 私は近江令は存在したという説に同調する。これに關しては井上光貞氏の研究(注(3))ほか、吉川真司「律令体制の形成」歴史学研究会・日本史研究会編『日本史講座1 東アジアにおける国家の形成』(東京大学出版会、二〇〇四年)を参照。
- (5) 次節以降の行論にある様に、大化改新は無かったという論点に立てば、本論の大半は成り立たないことになる。

## 一 大化元号の意義

大化改新における大化元号の制定の意義とは何であろうか。元号はもともと中国では漢(前漢)の武帝から始まる建元(紀元前一四〇年〜紀元前一三五年)が最初である。ついで元光(紀元前一三四年〜紀元前一二九年)、元朔(紀元前一二八年〜紀元前一二三三年)と間断なく続く。そして近代に至るまで延々と継続して、中華民国、中華人民共和国で止んだ。いっぽう日本では大化以降、一時的には止んだ時があるにせよ、以後は現代の令和に及ぶ迄止む所がない。

中国を發祥とする元号は元來、皇帝は領土とその上に住む人民等、空間を支配すると同時に、時間も支配するとい

う独特の思想に基づいている。<sup>(2)</sup> それゆえ皇帝は年をあらわす起点、すなわち元(年)を定め、それに名前をつけたのである。それが二千数百年にも及んだのだが、日本でも大化以來、千四百年以上も続いてきた。これは、今述べたように、我が国の天皇が支配する領土・国民と共に、時間に対しても支配権を有するという中国から發祥した思想を受け継いでいるからに外ならない。

すなわち、我が国最初の元号である大化は、中国發生の支配の原理と思想の移入があり、それを顕著に示すものである。そして天皇の時間の支配を具体的に現したのが、漏刻、つまり水時計の導入である。その製作は大化よりやや遅れて齊明天皇六年五月の書紀の記事に、皇太子中大兄皇子が製作したと伝承され、記録されているが、それは当代の天皇が中国の皇帝を模して、授時を職務としたからである。これは単なる中国における時間の支配に関する技術の輸入だけに止まるものではない。背後にある時間支配を官僚や国民に知らしめる天皇の具体的職権の導入なのであった。<sup>(3)</sup>

時の告知は短時においては漏刻であり、長期にあつては曆であつた。曆の作成も天皇の職権であり、大権であつた。曆を作るのに必要とされる玄象器物は私家にあつてはなら

ず、許されないものであって、唐職制律20玄象器物条に「諸玄象器物。天文。凶書。讖書。(中略)私家不得有。違者。徒二年。〔私習天文者。亦同。〕」という厳格な規定がある。<sup>4)</sup>

曆に定められた正朔、年号を奉じることは国民の義務であった。曆日の元は一月一日であり、この日は群臣が朝廷に参集して天皇の姿を拝して聖寿の万歳を寿ぐ、それは天皇の時の支配に服従すると同時に、その空間的支配にも服することを誓うことになる。

ただし曆は推古朝から我が国に導入されていて、大化年代の曆の使用の形跡は日本書紀からは窺えない。

それではこうした皇帝による空間(領土・領民)や時間の支配を人民に周知せしめる中国思想の移入は、ただそれだけを意味するものと考えてよいのであろうか。

私は中国の領土・領民と時間の支配原理を模範とした大化元号の導入に伴って、厳しい規範となる中国律令の摂取が同時に行われていたのではないかと考えている。このように考えると、図らずもそうした形跡が、大化とそれ以降の書紀の記述のうちに取り読み取ることができるのである。

(1) 元号についての研究は様々あるが、ここでは池田温

「中国と日本の元号制」池田・劉俊文編『法律制度』日中文化交流史叢書第2巻、大修館書店・一九九七年、を挙げておく。

(2) 栗原明信『秦漢史の研究』吉川弘文館・一九六二年。

(3) 滝川政次郎「御代始め諸儀式の法的意義」『律令と大嘗祭―御代始め諸儀式―』国書刊行会・一九八八年参照。

(4) 養老・大宝職制律玄象器物条もほぼ同文である。大宝律条文の復元は拙著『前近代日本の法と政治―邪馬台国及び律令制の研究―』北樹出版・二〇〇二年、を参照されたい。

## 二 大化の即位式

ここでは大化元年に行われた即位式について考えて見たい。

大化元年には、孝徳天皇の皇位継承の記事、つまりその即位式の具体的様子が書紀巻第二五の孝徳天皇即位前紀に見られる。

すなわち、天豊財重日足姫天皇(皇極天皇)四年六月庚戌(十四日)に、

天豊財重日足姫天皇。授璽綬禪位。

(天豊財重日足姫天皇、璽綬を授けたまひて位を禪りたまふ。)

とあり、また、

由是輕皇子不得固辭。升壇即祚。于時大伴長徳連帶金鞞。立於壇右。犬上健部君帶金鞞。立於壇左。百官臣連国造伴造百八十部羅列匡押。

(是に由りて、輕皇子、固辭ぶること得ずして、壇に昇りて即祚す。時に大伴長徳連、金の鞞を帯びて、壇の右に立つ。犬上健部君、金の鞞を帯びて、壇の左に立つ。百官の、臣・連・国造・伴造・百八十部、羅列りて匡りて押みたまつる。)

とある。このような儀式のもとで新天皇の厳肅な即位式が執り行われている。<sup>(1)</sup>この年天豊財重日足姫天皇四年は時をおかず大化元年と改められた。

上記の一連の書紀の即位式の記述は、前後に皇極天皇が、古人大兄皇子や中大兄皇子を候補とするが、結局、中臣鎌子連の助言を採るといった過程を経て輕皇子(孝徳天皇)に落着するも、輕皇子もまた再三固辭するが、ようやく聞

き入れられる。それらの様子が細かく描かれている。こうした具体的記述からして即位式に至る経過は史実に即して直写されたものと思われる。

即位式の様相がこのように詳しく記されている初の記録となった点は、意義あることとしなければならぬ。

なにゆえ一連の即位の詳細な過程が、初めて大化元年の書紀に収載されたのであろうか。

この時中国(隋唐)式に形容された璽綬は実際は鏡剣であった。<sup>(2)</sup>また即位の儀式は壇を築き、そこに新天皇が立つて行うという、隋唐風の作法に倣ったものであった。<sup>(3)</sup>

この行事が、大化改新時の最初に行われたことは、象徴的である。つまりそれは隋唐式諸制度の撰取の開始を告げると考えられるのである。

大化の、最初のこの即位式の在り方が、隋唐式の登壇の儀式によって始まったということを、なにゆえこのように強調したか、という理由について述べておきたい。

この後壇を築いて即位の儀式を執り行った天皇に天武天皇がいる。天武紀二年二月癸未条には、

天皇命有司。設壇場。即帝位於飛鳥浄御原宮。

とある。大化元年の孝徳天皇と天武天皇との間には斉明、天智両天皇が存在するが、その即位式について書紀は詳細を語らないが、両天皇もおそらくは壇を築き、そこに登壇して即位の儀を行ったのではないかと想像する。

また即位式に参列する天皇、諸王、諸臣の服装は、天皇は冕服<sup>べんぷく</sup>、諸王諸臣は礼服で全くの中国風のいでたちである。律令は臣下の守るべき法であって、天皇を拘束するものではないから、天皇の礼服の事は衣服令に規定は無く、それがどのようなものであったかは実際は不明である。

大化とそれ以後に始められた天皇即位式が、なにゆえ中国風の儀式を模して行ったのかというと、大化改新が隋唐式の制度を移入して、中国皇帝がそうであったように、日本の天皇も自らを頂点においた堅固な、中央集権的統一国家体制を樹立せんと期待を込めた改革運動であったからである。

それまでの日本は、氏族連合からなる政治体制を敷いていたから、脆弱な制度が続かざるを得ず、それを天皇中心の国家へと大きく舵を取り、躍進させるには大改革が必要であった。<sup>(4)</sup> そうしたのちに、いつしか唐と対抗し得る堅固強大なる国家を構築させる、それが大化改新の根本的かつ最大の目標であった。

即位の儀式は単なる儀礼ではなかった。絶大な権力を振るうことのできる地位につく就任式であったから、壮嚴な儀式と祭祀を少しの瑕疵もなく嚴肅に執り行う必要があった。かかる行事進行上の過失怠慢を許さないようにするには、背後に強い物理的強制力をもった国家権力が作動する常態に保たなくてはならない。この作動の源泉は何かというと、それは整然と体系化された刑罰規定が制定されていて、瑕疵・過失には嚴罰をもつて臨むことが必要であった、と考える。体系化された刑罰規定というまでもなく律条項の整備である。

前述の天皇即位の儀式がそうであったように、大化改新がめざす隋唐式の制度を輸入し、模倣してそれを追究していくこと、それは換言すれば律令法の継受に外ならない。これ以降の我が国政府の基本的立場は、中国律令の輸入、模倣、学習、編纂、実施、等々であった。裁判などの司法的処置はまだ我が国の自前の律令によるものでは無理にしても、何とか中国律令を借用して行政を治める事を目指したのではなかっただろうか。

たとえば、即位式を執り行うに当たっては、神器の損壞、盜難など寸分の瑕疵もなく、滞りなく進める事が求められたが、万が一にも支障が出たならば、その原因を捜査し、

審議して律令条文に照らし、もっとも適した処罰を科さねばならない。以下、仮にそうした律の条文が存したとしてこれを例示しておこう。

即位式に用いる神器を盗む者は十悪の一つである大不敬の罪に坐し、その刑罰は賊盜律の条規が適用される。唐賊盜律23盜大祀神御之物条には、

諸盜大祀神御之物者。流二千五百里。(以下略)(養老律は上記「流二千五百里」を「中流」に替える。)

とある。恐らく隋律も同様であつたろう。また故意に大祀神御の物を毀す罪は以盜をもつて論ぜられる。唐の雜律に、

諸棄毀大祀神御之物。若御璽。乘輿服御物。及非服而御者。各以盜論。

と見える。その罪は賊盜律の

凡盜大祀神御之物者。流二千五百里。

によつて罪せられ、十悪の罪に入る。

神器の亡失や誤毀は過失によつて物を失い毀す事であるゆえ、雜律の前条に続けて

亡失及誤毀者。准盜論。減二等。

とあり准盜を以て論ぜられる<sup>(5)</sup>。

嚴格に刑法の裏付けを以て儀式が執行されねば、即位儀礼は嚴肅さを保ち得なかつたであろう。

そして、この小論にとつてより肝心な点は、上に例示として掲げた賊盜律や雜律などの条文が、実際には、果たして、隋か唐の何という律であつたのか、という点である。

近時の拙論<sup>(6)</sup>では持統三年六月頃に編纂、施行された浄御原律は、唐の永徽律を範典としていた、と考えた。その永徽律はおそらく天武天皇十四年に我が国にもたらされたのである。天武天皇が当初、新たに律令の編纂を打ち出した天武十年の時期においては、多分隋の大業律令を範典としていたのではないかと、拙論<sup>(7)</sup>では考えていた。

しかし成立した浄御原律が十悪という条項を含んでいた点を深慮し、藍本は永徽律であつたと考えを転換した。何故ならば大業律令を編纂した隋の煬帝は十悪中二悪を設けなかつたという史実に行き当たつたからである。そうだと



すれば、持統三年六月以前・大化以降の我が国で用いられた律は、永徽律令以前の律が我が国にもたらされていた筈である。それ以前の律ならばそれはすなわち大業律であったに違いない。

### 附 賀正礼

曆に定められている正朔、年号を奉じる事は臣下、国民の義務である。そして曆日の元は一月一日であるゆえ、この日は群臣が朝廷に参集して天皇の姿を拝して聖寿の万歳を寿ぐのが天皇の、時の支配に服すると共にその空間的支配権にも服する事を誓う事になる。

賀正礼は、まず

①大化二年正月甲子朔（一日）に「賀正礼畢、即宣改新之詔曰、其一日、」と見える。賀正礼は元旦の儀礼だが、この記事は賀正礼の初出であり、その点で重要な意味をもつ。その儀は群臣羅拜して新天皇の命に服従するべきことを誓う即位式と等しい。中国において元正の朝賀が重んぜられたかは、『冊府元龜』外臣部に、四夷の蕃国の君長は元日を賀するために特に使節を唐の朝廷に派遣していたことよって知られる。

②三年正月戊子朔壬寅（十五日）は、高麗・新羅共に我が国に朝貢の使者を派遣したことを載せ、蕃国の賀正礼に擬する儀式の存在を記する。

③四年正月壬午朔、④五年正月丙午朔、⑤白雉元年正月辛丑朔、⑥白雉三年正月己未朔元日礼（元日礼は賀正礼と同じ）、こうして斉明元年正月の即位へと続く。

もし仮に賀正礼を私的な場で行えば処罰されることが定められており、そのことは、文武天皇元年閏十二月二十八日条の続日本紀の記事に、「正月に往来して拜賀の礼を行うことを禁む。もし違反する者有らば、浄御原朝廷の制に依りて決罰す。」の例がある。

賀正礼は即位礼と同等の価値をもっていたのである。

① 孝徳天皇の即位式が唐の儀式になぞらえて行われたことについて、滝川氏は、天皇の即位式は、律令の法律体制の中で絶大の権力を振るい得る天皇なるポストに就く就任式であるから、厳かな儀礼が伴うのは当然のことと申さねばならない。広汎な権力が賦与される將軍、遣唐使の任命には、授權の証としての節刀が授けられる儀式があつて、その儀は貞観儀式に賜將軍節刀儀、賜遣唐使節刀儀として定められている。即位式に当たって、忌部が皇位の象徴で



ある神璽の鏡剣を天皇に奉呈するのは、將軍の任命に際し節刀が授けられるのと同様の意義を有する行のことであり、即位式をもつて天皇就任式と考えることは誤りではないと述べる（滝川「御代始め諸儀式の法的意義」『律令と大嘗祭―御代始め諸儀式―』国書刊行会・一九八八年、所収）。

(2) 中国の伝国の璽にあたる物は、日本では鏡剣である。我が国において令が制定された当時の持統朝においては即位式にあたって神璽の鏡剣が高御座におかれたのであつて持統紀四年正月の即位式の記事には「忌部宿禰色部知神璽の鏡剣を皇后に奉上す」とある。さかのぼると以前は雄略天皇即位前紀に「十一月壬子朔甲子。天皇命有司。設壇於泊瀬朝倉。即天皇位」とあり、清寧天皇紀に「元年春正月戊戌朔壬子。命有司設壇場於磐余薨栗。陟天皇位」とあり、武烈即位前紀に「於是太子命有司。設壇場於泊瀬列城。陟天皇位」とある。これらは書紀編者の漢様の書きざまと見て、これまでの研究者は文字通りに解釈しようとはしてこなかったのである。

(3) 隋唐皇帝即位時の壇と祠令との関係については中村裕一『唐令の基礎的研究』汲古書院・二〇一二年、の第二章唐初の「祠令」と大業「祠令」を参照されたい。

大化の即位儀礼とここに至る古代の即位儀礼の実態に關しては井上光貞氏の精緻な研究がある（井上「古代の王権

と即位儀礼」井上『著作集五』岩波書店・一九八六年）。井上説に触れたものとして溝口睦子「神祇令と即位儀礼」（『靈弘道編』古代王権と祭儀』吉川弘文館・一九九〇年）、加茂正典『神祇令』踐祚条私注』（『日本古代即位儀礼史の研究』思文閣出版・一九九九年）、蘆田東一「『壇』について」『日本書紀研究』第十五号・二〇〇二年、などがあつて、天壇の研究については、石橋丑雄『天壇』山本書店・一九五七年を参照。

(4) 井上光貞『著作集三 古代国家の形成』岩波書店・一九八五年第二部第四章「大化改新」、で述べられた氏説を参照されたい。

(5) 滝川「律と大嘗祭」前掲書所収。

(6) 上野「飛鳥浄御原律の復元について」『法学研究』第九五卷第一号・二〇一二年。

(7) 上野・前掲「飛鳥浄御原律の復元について」。

### 三 大化以後の恩赦

恩赦の例は大化二年三月に始まり、以後天武期には急増する。途中近江令の施行や壬申の乱などの画期があつて各々検討を要するが、いずれにしろ恩赦は皇帝の大権を表

す隋の制度の模倣であろう。<sup>(1)</sup>以下書紀から列挙する。

- ① 孝徳紀大化二年三月辛巳条。造営を契機とする「大赦天下、(中略)宜遣使者、諸国流人及獄中囚、一皆放捨。」という記事がある。
- ② 孝徳紀白雉元年二月甲申条。白雉の改元の契機となる祥瑞を愛でて「大赦天下」とある。
- ③ 天智紀十年正月甲辰条。東宮太皇弟奉宣、施行冠位法度之事を契機に「大赦天下」とある。<sup>(2)</sup>
- ④ 天武紀月八月甲申(二十五日)「命高市皇子、宣近江群臣犯状。…以余悉赦之」と見える。
- ⑤ 天武紀二年三月壬寅条。白雉の祥瑞が現れて「大赦天下」とある。
- ⑥ 天武紀五年八月壬子条。大解除・放生を契機として「死刑・没官・三流、並降一等、徒罪以下、已発覚・未発覚、悉赦之。唯既配流、不在赦例。」とある。<sup>(3)</sup>
- ⑦ 同天皇紀六年十一月己未条。赤烏出現の祥瑞により「大赦天下」とある。
- ⑧ 同七年九月条。祥瑞(瑞穂)の故に「徒罪以下、悉赦之。」とある。
- ⑨ 同八年十二月戊申条。祥瑞嘉木の出現で「大辟罪以下、皆赦之。」と見える。

- ⑩ 同九年十一月癸未条。皇后不豫により「赦罪」とある。
- ⑪ 同十一年八月己丑条。日高皇女の病を機縁に「大辟罪以下、男女并二百九十八人、皆赦之。」とある。
- ⑫ 同十二年正月丙午条。三足雀出現の故に祥瑞とされ「大辟罪以下、皆赦之。」とある。

- ⑬ 同年八月庚申条。雨を得て「大赦天下」とある。
  - ⑭ 同十三年四月丙辰条。「徒罪以下、皆免之。」と見える。
  - ⑮ 同十三年十二月庚寅条。「除死刑以下罪人、皆咸赦焉。」と見える。
  - ⑯ 同天皇、朱鳥元年五月条。天皇不豫につき「大赦天下、囚獄已空。」とある。
  - ⑰ 持統称制の朱鳥元年七月癸丑条。「大赦之」とある。
  - ⑱ 持統天皇即位後の元年六月庚申条。「赦罪人」とある。
  - ⑲ 同天皇二年六月戊戌条。「令天下繫囚極刑、減本罪一等、輕繫皆赦除之。」とある。
  - ⑳ 同天皇三年三月丙子条。「大赦天下、唯常赦所不免不在赦例。」とある。
- これらが浄御原律施行ごろまでの恩赦関係記事であり、二十例を数える。
- 以上を一瞥して、③冠位法度の施行、⑥の天武初期でひとつの画期が有ったかのように思われるが、おそらく中国

律代用を継続することに変わりはなかったと思う。

⑳ 「常赦所不免、不在赦例」に關しては後述する。

恩赦という臣下臣民の刑罰を赦すやり方は、一体どのような法律的根拠によつてなされたのか。天皇のもつ、法律を超越した刑罰大権を執行する法源の存在、それを解く鍵は、律の条文の中の、名例律18除名条に求められると考える。すなわちその疏文に、「非常の断、人主之を専らにす。(非常の際は律令に拘わらず裁断し得る)」とある。律令の規定を超えた恩赦の大権は、この律の条文を根拠に、天皇に備えられていた、と考<sup>(4)</sup>える。そうであるならば、上述したように大化以降に頻出、急増する恩赦の記事の背後には、律令法の存在を窺わざるを得ない。その律令法は恐らくは隋律に基づくものであつたに違いない。

(1) 恩赦については、佐竹昭著『古代王権と恩赦』雄山閣出版・一九九八年、を参酌し、一部補填した。

(2) この下に「法度(冠位之名、具載於新律令也)」とある。近江令の公布を指すと思われる。この令の公布に太皇弟即ち大海人皇子が関わつていたとすれば、壬申の乱後においても近江令は廃止されず、現行法としての効力を保ち続けた可能性がある<sup>(4)</sup>と推測する。本稿で論じる当時の刑法が大

業律代用で実施されていたならば、近江令は概ね大業令を典範として編纂されていた可能性があると推測するが、未だ実証に至つた訳ではない。

(3) 天武初期の律の在り方をうかがう好個の史料である。あらためて後述する。

(4) 利光三津夫『律令研究統貂』慶應通信・一九九四年、大町健「天皇大権と律令法はどちらが上位か」吉村武彦・吉岡真之『新視点日本の歴史第三卷古代編Ⅱ』一九九三年。

#### 四 大化以降に代用された律

浄御原律が成立する持統三年以前の記事には、律に準拠すると思われる刑罰記事が多数見られる。これらが浄御原律とは異なる律による裁判であつたことは確かである。

これまで、三節にわたり各個の問題の背景に大業律が作用していた点を見ることができた。

我が国においては、浄御原律以前に日本律は制定されていなかったから、それらの裁判はずでに移入されていた大業律を準拠法とするものであつたと推定される。つまり大業律が施行されていたと想定せざるを得ない。中国律の代用の考え方である。

だが、中国律全般の代用と考えるか、それとも部分的な借用であったかという問題はあるであろう。当時の日本人には、中国律を理解することは大変困難であり、とても律全体の導入は出来なかつたと推察される。上に例示したように、律劈頭の十恶等重要犯罪のごく一部分が実際に代用されたことは事実としても、全般的な律の篇目・条文は用いられなかつたのではないか。それは中国律の部分代行説ともいふべきものであつたのだろうか。

しかし、よくよく考えるに、律は篇目と条文が相互に複雑に絡み合つて実施されているものであり、十恶等の重要犯罪規定はそれだけを用いて実施されるものではなかつた。たとえば、十恶第一の謀反の「謀危国家」の罪は賊盜律一条により斬罪に処せられ、十恶第二の謀大逆の「謀毀山陵・宮闕」の罪は同じく賊盜律一条により絞罪に処せられた。そして十恶第三の謀叛の「謀背国従偽」は賊盜律四条により絞罪に処せられた。十恶第四の恶逆とされる「殴祖父母父母」の罪は鬪訟律28条により斬罪に処せられ、十恶第五の不道とされる「殴兄姉」の罪は鬪訟律27条により徒一年半が相当とされた。また十恶第六の大不敬の「偽造神璽」の罪は詐偽律一条により斬罪が妥当とされ、同じく「合和御薬、誤不如本方・封題誤」の罪は職制律第12条に

より徒三年の処罰が妥当とされた。また十恶第七の不孝の「居父母喪、身自嫁娶」の罪は戸婚律第30条により徒二年の処罰が適用された。上記は重要犯罪とされる名例律の十恶劈頭のごく一部を取り上げたにすぎないが、それだけでも賊盜律、鬪訟律、詐偽律、職制律、戸婚律等六つの篇目と各篇目の諸条文を用いなければ、裁きができない。養老律や大宝律が藍本とした唐永徽律の刑量は大室・養老律よりは重刑が科されたものの、<sup>(1)</sup>準拠とする所は同じであつた。したがつて、律の諸条は、劈頭の名例律に載せる通則的技術的諸規定のみで成り立っている訳ではなく、以下の各篇目に記された処罰規定と合わせた上で完結するのである。ゆえに律による裁判は、これら条文相互に複雑に絡み合つていたことを、総合的に理解し、時の社会的道徳価値と照合して、的確な判断を下されねばならなかつたのである。

隋唐律は、理解困難なものではあるが、天武・持統期とそれ以前において、長年研鑽を積んできた当代の為政者、研究者にとつては、ある程度理解が深められていたのではないかと考えたい。

日本人が、中国の律令を学び、摂取して、当時の我が国における中央集権国家体制を構築する上で、最も有効であ

ると目覚めたのはいつ頃であるかといえ、それは、かなり古い時代にまで遡るのである(例えば漢・晋の頃にできた律令)。そして我が国の政治制度の成熟度と考え合わせながら、これを実行に移そうという機運が醸成し始めたのは、推古朝の頃ではないだろうか。遣隋使により中国からの文物の大量輸入が行われ出した時代が、まず考えられよう。

ちなみにいうが、私は以後の本論で隋唐文化及び律令導入の契機が第一次遣隋使にあった点を強調するが、全体から見ればそれは第二波であって、第一波は推古朝の第一回遣隋使にあつたと見ている。なぜならば、推古朝頃の刑罰について、隋書倭国伝の「其俗殺人強盜及姦皆死、盜者計贓酬物、無財物没身為奴、自余輕重、或流或杖、<sup>(2)</sup>」という刑罰記事を示して、その時代の倭国の在り方に踏み込んだのは井上光貞氏であるが、氏は大化以前に死刑、流刑、杖刑などが行われていたという。すなわち倭国では、(イ)殺人・強盜・姦などには死刑、(ロ)盜には贓を計つて物を酬い、財物無きときには身を没して奴となす、(ハ)その他の罪にはその輕重によって流または杖を科す、ということを指摘された。要するに国家的刑罰に則していること、死、流、杖の三刑と、計贓酬物及び没身為奴の二系統に区

分される、と論じた。前者は内部的刑罰、後者は賠償制にほかならない。こうして井上氏は、前者の三つと、中国律の五刑との対応関係を分析する。推古朝頃に我が国が中国律の影響を強く受け、倭国伝の死・流・杖なる刑罰は、隋の正刑を受け継いだものと明言された。

思うに、第二次遣隋使で妹子が隋からの書を失する罪で「坐流刑」を言い渡され、後に赦され不坐となる(推古紀十六年六月条)。五刑のうち流刑が当時用いられていたのは第一次遣隋使の時(推古八年・開皇二十年、六〇〇年)にすでに日本に移植されていたからではないか(推古紀では流罪ではなく隋風に流刑となつている)。さらに言うと、隋の書を失う罪は恐らくは職制律に準拠して裁判が行われたのではないか。推古紀九年九月戊子(八日)条にも新羅の間諜を「上野国に流す」とある。裁判過程は不明だが、流刑先の上野国は遠流の地である。遠流という流刑は開皇律では流三千里とされていたものだが、ここは我が国の流儀で近・中・遠に区分されていたのかもしれない。開皇律令(五八一年制定)の五刑条を聞き知ってこれを受け入れたが、流刑の三流は日本式に改変を加えたのであろうか。

ともかくも開皇律令の影響が見られる。使節の帰国後、冠位十二階(推古十一年(六〇三))、とそれに続く十七条

憲法（推古十二年（六〇四）の制定など、法と組織の整備を徐々に進めた事に表れている。これ以前にも使節が中国に送られた事はあったが（例えば倭の五王時代。さらに古くは遣魏使の時代）、そのような法令が形となって整備された事はなかった。

しかしながら、この朝廷の熱気と心意気はその後、蘇我氏を始めとする氏族制度の壁に突き当たりながらも推古二十四年（六一六）の遣隋使に至る。そこで彼らが見たのは煬帝の大業律令に基づく律令体制であった。この大業律令は開皇律令を継承するものであった。

遣隋使が目撃した法と政治制度、それに使節に随行し長く当地に滞在した留学僧・留学生らにより撰取された文化文物と法の運用の在り方などがさまざまに移入され、その後の我が国法制の発展に役立てられた。

そしてよく引き合いに出されるのが、推古二十四年の遣隋使に随行した薬師恵日等が、推古三十一年（六二三）に帰朝した時、中国は法の整備が行き届き目覚ましい発展を遂げている、常にかよい学ぶべし、と奏上の内容が書紀に記されている。恵日等が隋とそれに続く唐で体験したのは、皇帝が即位することに制定される律令法であった。隋は六一八年に滅び、唐の初代皇帝の即位は六二〇年、彼が武徳

律令を制定したのは六二四年のことである。最近の中村裕一氏の研究では、武徳令は大業令を模範としたと論じている。<sup>(4)</sup>

この時が、第二波として押し寄せた法制的な画期と見なされる。当時の日本では、天皇を頂点にいただいた国家体制の整備が急務とされていた。恵日等のいう中国の律令体制はこのシステムの構築に合致していたと考えられたのである。

恵日等が見てきた中国の律令体制は、律令という法が緻密にできており、皇帝が国のいただきに君臨して国家が集権化された統治を強力かつ厳格に行うものであった。日本も、すぐには難しいけれども、そうした中央集権的国家の体制を希求していた。

ではこの時、遣隋使たちが見聞してきた律と令は、具体的には果たして大業律令であったといえるであろうか。

そして、こうした我が国にとって有用な中国の律と令をいかなる手段、方法により導入しようとしたのであろうか。一つの着眼点は、奏上した代表の恵日のその後における動向である。

恵日は律令法の撰取にひとかたならぬ熱意を抱いており、朝廷もそれをくみ取っていたから、朝廷は恵日に特別な任



務を与えたことが推測される。唐への渡航は、律令法が入手できるか否か、それに関する唐王朝への打診、許されるものならば律令法典を一度に持ち帰る、そうしたことを志していたであろう。だが現行法の持ち帰りは禁じられていた筈である。

ところが、すでに滅びた前王朝の、隋の律令ならば旧法であるゆえ、これを書写するかその写本を持ち帰ることは可能であったと推察する。

当時の日本には、皇帝を国家の頂点におく支配組織がきめ細かく定められた律令法が手本とされ、それを熱心に輸入せんとする気風があふれていたであろう。いまだ我が国独自の法典の編纂には程遠いゆえに、そこに至るまでの支配の法式、すなわち中国律令を範典とし、学びながらそれを代用して、律令法を執行するというやり方である。ことは言うほどに簡単ではないが、理解できる範囲から逐次準用していく、大胆な仕方である。

これは全くの私の想像なのだが、前述した推古朝における遣隋使随行の留学生生恵日等の言上に端を発した、その後の幾重もの遣唐使の渡航は、唐の文化・文物の輸入の思いの発現に外ならないであろう。

初期の遣唐使の年表をかいま見ると、第一次から第四次

遣唐使の年度、使節の人名を略記すれば以下の通りである。

① 舒明二年（六三〇）、帰国（六三二）。犬上御田鋤（大使） 薬師恵日（副使）。帰国の際唐の送使高表仁が来日。犬上御田鋤は遣隋使の経歴あり。

② 白雉四年（六五三）、帰国（六五四）。吉士長丹（第一船大使） 吉士駒（副使）。皇帝に拜謁。道観（帰国後還俗し粟田真人） 大宝律令編纂に参画。第二船大使・副使往途遭難死亡。

③ 白雉五年（六五四）、帰国（六五五）。高向玄理（押使） 河辺麻呂（大使） 薬師恵日（副使）。高向玄理は六〇八年の遣隋使で留学、当地で病没。

④ 齐明五年（六五九）、帰国（六六一）。坂合部磐楯（大使） 津守吉祥（副使）。随員伊吉博徳大宝律令編纂参画。

以上のように推古三十一年以後、恵日は遣唐副使として第一次・第三次の二度にわたり唐に渡航し、朝廷に赴いている。第一次で副使恵日の冠位は大使と同等の大仁を授けられ卑姓の彼にとっては破格の優遇であった。<sup>(5)</sup> 恵日が中国律令を入手したのは、果たして舒明天皇二（六三〇）年二



月の第一次遣唐使節副使として渡航した時代のことか、あるいは白雉五(六五四)年二月に、特に押使として高向玄理が出向いた第三次遣唐使の副使として加わった時代のことであつたのか。両度において恵日が副使に抜擢されている理由は、前記した推古朝での熱意ある奏上にあつたと考えられる。繰り返すが、彼は推古三十一年(六二三)七月中国は法式が備わった珍の国であるから常に通うべし、と奏上し、あたかも奏上したごとくに命懸けの渡航を繰り返している。彼の言上は朝廷を動かし、その考え方は推古朝から舒明朝に移っても重視されていたことがうかがえる。中国王朝も時代は隋から唐に移っている。私はこの二度の遣唐副使に朝廷が薬師恵日を抜擢し渡航せしめた時こそ、中国律令は我が国に将来された可能性が高いと見ている。前の拙論「飛鳥浄御原律の復元について」において、遣唐使は現行法である唐律令は見ることも持ち帰ることも不可能ではあつたが、滅び去つた隋の律令は持ち帰ることができたと思う、と述べた。<sup>6)</sup>ただし、その時期は恵日が遣唐副使に任じられた第一次の時か、それとも第三次の時であつたか、という命題において私は律令がもたらされた可能性は第三次の時のほうが高かつたと述べた。<sup>7)</sup>今改めて可能性という観点から想像すると、それは未だ推測の域に止まっ

ているが、第二次遣唐使・白雉四年(六五三)や第三次遣唐使・白雉五年(六五四)では、大化元年(六四五)の元号の始用や孝徳帝の中国風即位式とは矛盾をきたす。前章までの私論の想定では、それらに間に合わすことができるのは、唯一、舒明二年(六三〇) 出発で翌々年(六三二)帰国の第一次遣唐使だけである。

なお遣唐使の第二次と第四次には、のちに大宝律令の編纂に加わる粟田真人や伊吉博徳の名前が見られる。先の結論を優先するならば第二次・第四次の遣唐使では、律令関係注釈書の購入始め多くの書籍の買入れとか律令条文の中身に関する不明確な点の質疑を、唐の法律家に問いただす役割があつたのではなからうか。

また、第三次遣唐使では、より多くの留学生が同船して、渡海後に多数の文物を買いあさるという記録が残っている。法律関係資料の収集にも力が注がれたのではないか。隋の律令と注解書、及び現行法たる唐の法解釈書の探索と収集が、この使節団により精力的に実行されたであろう。

繰り返すが、大化元年(六四五)時点において、すでに隋律令の影響が見られるという事は、その将来が六四五年以前と見るほかなく、しかも大化元年の儀式執行に、時間的に余裕を持って臨み得る点を算段すると、隋の律令が我

が国にもたらされた時期は舒明二年（六三〇）の遣唐使と  
いうことに落着せざるを得ない。今後はこの説を用いて、  
かつよりいっそう確かめながら、論を進めたいと思う。

『日本国見在書目録』<sup>(8)</sup>には「大業令三十卷」と記され、  
おそらくは大業律とともに我が国にもたらされた形跡が残  
されている。さらに中村裕一氏は、唐律令には大業律令の  
影響が大きいと述べている点も傍証となろう。<sup>(9)</sup>

それゆえ、実際は隋の大業律代用であったと思うが、そ  
れが実施された時期は、いつからいつまでであろうか。い  
つまで、という問いには、持統三年頃の飛鳥浄御原律令の  
施行開始までと設定するが、いつからという問いについて  
は次のように考える。

恵日らが、おそらく舒明四年（六三二）に大業律令を持  
ち帰り、以後法としてこれの運用に朝廷が取り組んだ。そ  
の間蘇我氏らの抵抗があったかも知れない。浄御原律以前  
は大業律代用として律が用いられていたと考えて進めたい  
と思う。

中国律のある部分が日本の刑律としては適用が難しいと  
考えられる箇所は日本の風土・土壤に合うように改変され  
たであろう。たとえば、隋律の五刑制度では、死刑から笞  
刑までの呼称は「刑」を付すが、大化改新以降の書紀の記

述では、ほとんどが五刑ではなく「五罪」の字に変換して  
いる。

いうまでもない事だが「刑」は罰を与える事である。こ  
れに対して「罪」は、社会の規範や道徳に反する不法行為  
をいう。単なる字句を転換したのではなく、大化前代以来  
の日本人的思考が込められていたのかもしれない。

また流罪も隋律のように都から二千里等という里数を使  
わず、都から遠・中・近の表示方法に書き換えていた。そ  
うしなければ小国で島国の日本では適用が困難であったか  
らである

こうして大業律代用という形で大化から施行、運用が始  
められたのである。

(1) 利光三津夫「大宝律考」『律の研究』明治書院・一九  
六一年。

(2) 井上光貞『日本古代思想史の研究』岩波書店・一九八  
二年。初出は季刊『日本思想史』1・一九七六年。なお榎  
本純一氏はこの考え方には否定的である（前掲『東アジア  
ア世界』における日本律令制など）。

(3) 魏志倭人伝に見える「目上と逢えば草むらに入り礼  
す」の例は中国律の影響とも考えられる。

(4) 中村裕一『唐令の基礎的研究』汲古書院・二〇一二年。

(5) 恵日の帯した冠位については第一次遣唐使以降、新制への改訂に際して大仁から降位したという点で論争がある。詳しくは虎尾達哉『日本古代の参議制』吉川弘文館・一九九八年。

(6)(7) 本論二注(6)に同じ。

(8) 藤原佐世著。寛平三(八九一)年ごろ、宇多天皇の命による著作。

(9) 中村・前掲『唐令の基礎的研究』。

## 五 大化元年から持統三年までの隋律代用の

### 事例

イ

大化元年から持統三年六月庚戌(二十九日)までの飛鳥浄御原律令が施行されたと思しき間は、おそらく大業律令が準用されたと考えられる<sup>1)</sup>。だがここで問題とする大業律令の内容(条文)を知る術がない。そこで便宜上の策であるが、大業律とは篇目は異なるが、条文の内容はあまり異ならなかったと思われる唐の永徽律の篇目・条文を仮に取り上げて、以後の論述に用いておきたい。読者はこれを諒とされたい。ちなみにA大業律とB永徽律(開皇律と同じ)

の篇目は次のとおりである。

A 一名例、二衛、三違制、四請求、五戸、六婚、七擅興、八告劾、九賊、十盜、十一鬪、十二捕亡、十三倉庫、十四廩牧、十五関市、十六雜、十七詐偽、十八断獄

B 一名例、二衛禁、三職制、四戸婚、五廩庫、六擅興、七賊盜、八鬪訟、九詐偽、十雜、十一捕亡、十二断獄

なお、大化改新の存在を肯定するか否定するかについては、現在も学界で論議がなされている。その論点を見ると、多くは改新期の詔が後世の大宝令からの引き写しではないかとの疑念から発している<sup>2)</sup>。

これまで、改新詔と大宝令条文との関係について議論が集中されているのに比べて、改新と律に関してはほとんど議論がなされてこなかった。この点に関して注意を喚起しておきたい。

(1) 井上光貞氏は隋律代用は言わず、唐律代用を一貫して述べている(井上前掲「日本律令の成立とその注釈書」前

掲書六四頁など)。

- (2) 河野通明『大化の改新は身近にあった』和泉書院・二〇一五年、北康宏『改新詔文飾論と改新否定論の課題』『日本史研究』日本史研究会・二〇一七年、吉村武彦『大化改新を考える』岩波書店・二〇一八年、木下正史『藤原京 よみがえる日本最初の都城』中央公論新社・二〇〇三年、関晃『著作集』大化改新の研究上下・吉川弘文館・一九九六年、など参照。

□

大化元年から以後、持統三年までの間、隋大業律に擬される五刑以下諸律条文に関する記事は、以下の諸例を示すことができる。なお、五刑及び流刑先の条文は前述したとおり、日本風に改められていた。

### 名例律1 笞罪条

- (a) 大化元年八月五日条に「笞罪杖罪」と見える。  
(b) 大化二年三月辛巳(十九日)条に「決其笞杖」と見える。  
ゆえに大化元年と二年に大業律代用の笞罪条が用いられた事が知られる。

(c) 天武紀五年八月条に「徒罪以下已発覚・未発覚」

とあるが、「徒罪以下」は笞罪を含む。

(d) 天武紀七年九月条に「徒罪以下悉に赦す」とあるが、「徒罪以下」は笞罪を含む。

### 名例律2 杖罪条

- (a) 大化元年八月五日条に「笞罪杖罪」とあり、杖罪が見える。  
(b) 大化二年三月辛巳(十九日)条に「決其笞杖」とあり、杖罪が見える。  
(c) 天武紀五年八月条に「徒罪以下已発覚・未発覚」とあるが、「徒罪以下」は杖罪を含む。  
(d) 天武紀七年九月条に「徒罪以下悉に赦す」とあるが、「徒罪以下」は杖罪を含む。  
(e) 天武紀十一年十一月十六日条に「当杖色、乃杖一百以下、節級決之、杖罪は上申せず当所で決す」と見える。  
ゆえに天武期に大業律を代用した杖罪条が存し、少なくとも「一百」とそれ以下(杖九十)の条文が存在したことが推定される。

名例律 3 徒罪条

- (a) 天武紀五年八月条に「徒罪以下已發覺・未發覺」とある。
- (b) 天武紀七年九月条に「徒罪以下悉に赦す」とある。ゆえに天武期に大業律代用の徒罪条が用いられたことが知られる。

(1) 徒罪の語が天武五年八月に初めて出てくることに關しては、井上・前掲「隋書倭国伝と古代刑罰」を参照されたい。

名例律 4 流罪条

- (a) 大化二年三月辛巳(十九日)条に「諸国流人及獄中囚、一皆放捨」とある。
- (b) 大化五年三月庚午(二十六日)条。蘇我倉山田大臣反(謀反の実行)事件で「流罪に処せられた者十五人」とある。
- (c) 斉明紀四年十一月庚寅(五日)条。有間皇子謀反事件で大石守君と坂合部葉はそれぞれ上毛野国と尾張国に流罪、とある。
- (d) 天武紀元年八月甲申(二十五)条に「左大臣蘇我

臣赤兄・大納言巨勢臣比等及子孫、并中臣金之子、蘇我臣果安之子、悉配流」したことが見える。したがって大業律代用の流罪条が用いられたことが知られる。

(e) 天武紀四年四月十八日条に「麻統王(三位)有罪因幡流、一子伊豆嶋流、一子血鹿嶋流」とある。

(f) 天武紀五年八月十七日条に「死刑・没官・三流並降一等」とあり三流が見える。これによって流罪条に「流罪三。近流。中流。遠流。」という条文があったと推定される。恐らく大業律に「流刑三。一千里。一千五百里。二千里。」とあったのを我が国流に変更したのであろう。

(g) 天武紀五年九月十二条に「屋垣王(筑紫大宰三位)土佐国」と見える。

(h) 天武紀六年四月壬寅(十一日)条に「杵田史名倉乘輿を指斥りまつれりといふに坐りて、伊豆嶋に流す。」とある。

(i) 朱鳥元年九月丙午(九日)条に大津皇子の謀反事件發覺。礪杵道作は伊豆へ流罪(朱鳥元年十月二十九日執行)

上掲(c)(e)(g)(h)(i)により流刑先の名称(上毛野国、尾張国、因幡国、伊豆嶋、血鹿嶋、土佐国)が判明するが、これらの内、後の律令制下での流刑先と一

致するのは伊豆と土佐だけで、いずれも遠流の地である。その他血鹿嶋が島でこれ以外は島ではなく遠隔地である。流刑が島流しであったという考え方には該当しない。それと、尾張国は中流該当国であったろうと思われる、それ故流刑に遠・中・近の区別が存在したであろう事が知られる。<sup>1)</sup>これら遠・中・近は日本式であつて、隋では、遠流に当たるものは二千里、中流は千五百里、近流は千里、唐では三千里・二千五百里・二千里の三段階に整理されていた(一里は五六〇m)。日本式の遠・中・近で区別していた点は浄御原律以降大宝・養老律でも同じである。つまり隋律令を輸入した時点で、適宜我が国の地理的な条件に合致するように、内容に変更が加えられたことが分かる。隋律令代用ではあつたが、変更すべき点は変更を施したことを示している。こうした改変は大化以降、大宝・養老律令まで一貫していたと思われるが、流刑先が一定していたかはこれからの検討課題である。大業律代用の本条は「流罪三。近流。中流。遠流。」となつていたと思われる。

(1) なお、流罪の継受法と固有法の考察については、利光『流罪考』『律令制の研究』慶應義塾大学出版会・一九八一年、所収を参照されたい。

#### 名例律5死罪条

(a) 大化元年九月戊辰(三日)条。古人皇子の謀反事件で、首謀の皇子は斬罪。また或本にはその子も斬罪とある。当該裁判経過の詳細は不明である。

(b) 大化五年三月庚午(二十六日)条。蘇我倉山田大田反(謀反の実行)事件で大臣は斬罪、連坐した者十四人が斬罪、九人が絞罪とある。<sup>1)</sup>これによつて代用された大業律の死罪条に「死罪二 絞斬」という条文が存在したと推定される。

(c) 斉明紀四年十一月庚寅(五日)条。有間皇子謀反事件で絞罪(斬罪でないのは皇子が未成年(十九歳)であつたため)、従犯の塩屋連鯛魚と新田部連米麻呂は十一月十一日に斬罪。

(d) 天武紀元年八月甲申(二十五日)条。「重罪八人坐極刑。仍斬右大臣中臣連金」とある。

(e) 天武紀五年八月壬子(十七日)条に「死刑・没官・三流並降一等徒罪以下已発覺未発覺悉赦唯既配流不在赦例」(死刑・没官・三流は並に一等降せ。徒罪より以下は已発覺、未発覺、悉に赦せ。唯し既に配流されたるのみは、赦す例に在らず)とある。

(f) 天武紀八年十二月丁未朔戊申(二日)条に「大辟

罪より以下悉赦す」とある。大辟罪は死罪の意。

(g) 天武紀十一年八月己丑(二十八日)条に「大辟罪より以下男女合せて一九八人皆赦す」とある。

(h) 天武紀十二年正月丙午(十八日)条に「大辟罪より以下皆赦す」とある。

(i) 天武紀十三年十二月庚寅(十三日)、「死刑を除き以下の罪人を、皆咸に赦す。」とある。

(j) 朱鳥元年九月丙午(九日)、天武天皇崩御後の辛酉(二十四日)、南庭での殯時に、大津皇子の皇太子への謀反が発覚。十月戊辰朔己巳(二日)大津を逮捕、従犯の直廣肆八口朝臣音糧ら五名と外帳内礪杵道作等三十余人も逮捕したが、大津に自害を許しただけで死刑人は出なかった。

以上、大化以降持統三年迄の間に五罪が存在した事が裏付けられる。そしてそれらはほとんどが中国式の五刑の刑という語では無く、五罪の罪となっていることが確認できた。

(1) 小島憲之・直木孝二郎・西宮一民・藏中進・毛利正守

校注・訳『日本書紀③』新編日本古典文学全集 4・小学館・一九九八年、はこの箇所(の頭注)において、「死刑に

「斬」と「絞」の区別があったか。」とし随書倭国伝では斬

と絞を区別せず、「皆死」とある例を掲示している(二七七頁)。

### 八悪第一、謀反

隋朝の第二代皇帝煬帝(西暦五六九―六一八)は、開皇律に存在した十悪から二悪を除いたとされるゆえ、本論では八悪という用語を使う事にした。曾我部静雄氏は八悪だったというが、八悪は大宝律に使われた用語だが、煬帝がこの語を用いた形跡はなく、我が大宝律の八悪が仮に大業律の八悪を手本にしたならば、そうした事蹟が日本書紀や我が律令のいずこかに書き残されていてもよい筈だが、そうした史料は見当たらない。それゆえ便宜八悪としておきたい。

(a) 書紀、大化元年九月戊辰(三日)の古人皇子の謀反事件で、首謀の皇子とその子は斬罪、妃・妾は自縊。これに加わった蘇我田口臣川堀・物部朴井連稚子・吉備笠臣垂・倭漢文直麻呂・朴市秦造田来津らのうち蘇我田口臣は恐らく斬罪、他は免罪、そして吉備笠臣垂は十二日に自首して古人皇子の反(謀反の実行)を告発した功により罪はゆるされ、この後その功績で功田二十町を賜る(続日本紀天平宝字元年十二月条)。以後その記述が具体性を帯びて



いる点から考えて、律による裁判が行われたとの推測を抱かせる。ただし斬罪の川堀と垂以外の従犯者三名はその後罪を問われた形跡がないゆえ、事件は中大兄皇子が古人皇子と川堀ら蘇我氏系の者を罪に陥れた、いわば政治的的工作であった公算が強い。

自首に関しては、下の名例律14人有議請減条、及び名例律37犯罪未発自首条を、告密は鬪訟律39密告謀反大逆条を参照のこと。

(b) 大化五年三月二十四日の蘇我倉山田田大臣反(謀反の実行)事件では、同大臣の事件が「反」であると三度の表現がなされている。書紀同条の「伺皇太子遊於海浜、而将害之。将反」「問反之虚実」「審其反状」等である。倉山田大臣の斬罪(実際は自経後の斬。妻と三男子、一女隨身者も自経)、三十日に田口臣筑紫、耳梨道德、高田醜雄、額田部湯坐連、秦吾寺等十四人は連坐で処刑され、うち絞罪は九人。流罪は十五人。大臣の資財は没官となる。

唐賊盜律謀反大逆条の「謀反及大逆者、皆斬。父子年十六以上、皆絞。十五以下及母女妻妾、祖孫兄弟姉妹、若部曲資財田宅、並没官。」という条文に沿って行刑が行われており、大化五年当時唐律当該条文と同ようの大業律条文が存したかに思われる。倉山田大臣のちに誣告罪で無実

と分かった。<sup>(1)</sup> 讒言した日向臣は隠流で筑紫大宰へ左遷。

(c) 壬申の乱時の天武紀元年六月条に、「其筑紫太宰栗隈王与吉備国守当摩公広嶋二人、元有隸大皇弟。疑有反歟。若有不服殺之」(筑紫太宰栗隈王と吉備国守当摩公広嶋は元より大皇弟に隸きまつること有り。反(謀反)する疑いが有るかもしれない。そのような表情が見えたら殺せ。)とある。広嶋は朝廷から遣わされた樟使主磐手により大海人皇子に与したと判断され殺害された。

(d) 斉明紀四年十一月五日条。有間皇子は謀反の罪で、絞罪(斬罪でないのは皇子が未成年十九歳であったため)、従犯は十一月十一日に刑を執行。塩屋連鯛魚と舍人新田部連米麻呂は斬罪、大石守君と坂合部葉はそれぞれ上毛野国と尾張国に流罪、とある。蘇我赤兄は首謀であるが自首して密告したため許される。

(e) 朱鳥元年九月丙午(九日)、天武天皇が崩御したにも拘わらず、わずか後の辛酉(二十四日)、南庭での殯における発哀の時に、大津皇子の皇太子への謀反が発覚したとする。<sup>(2)</sup> 翌十月戊辰の朔己巳(二日)、皇子大津を逮捕、従犯の直廣肆八口朝臣音櫃、小山下壹伎連博徳、大舍人中臣朝臣麻呂、巨勢朝臣多益須、新羅沙門行心、及び帳内礪杵道作等三十余人も逮捕。「懐風藻」河島皇子伝によれば

密告人は河島皇子であつたとする。同月庚午(三日)皇子大津は詔語田の舎にて賜死。年二十四。妃皇女山辺は殉死。だが従犯はほとんど赦された。但し礪杵道作のみ伊豆へ流罪(朱鳥元年十月二十九日)。新羅の沙門行心は飛驒国の伽藍に移された。謀反の処罰は大業律の賊盜律1謀反条が根拠法と考えられるであろう。先帝皇子の理由で皇子は斬刑を免れ、自害をゆるされた。

ちなみに、唐名例律十惡条謀反に「一曰謀反(謂謀危社稷)」、養老名例律八虐条の本注文に「一曰、謀反、(謂謀危国家)」とある。この内「謀反」とその構成要件を示す注の「国家」は大宝律にも存在(僧尼令集解、觀玄象条所引古記の「名例謀反条国家」から復元<sup>3)</sup>)。

処罰規定は、養老賊盜律謀反条(本文)に、「凡謀反及大逆者。皆斬。父子。若家人資財田宅。並没官。年八十。及篤疾者。並免。祖孫兄弟。皆配遠流。不限籍之同異。(後略)」とある。大業律にもこのようにあつたと見られる。

(1) 坂本太郎・家永三郎・井上光貞・大野晋校注『日本書

記下 日本古典文学大系68』岩波書店・一九六五年(三三)

○頁) 頭注に「山田麻呂の刑が律条規と似るのは、同様の刑法があつたか、」と記している。大変重要な指摘である。

私はこれを隋律代用と見るのである。

(2) 『懷風藻』大津皇子伝に「時に新羅僧行天文筮を解す、因て逆謀を進む」。皇子の裁判、そして処刑が執行された。朱鳥元年十月丙申(二十九日)条に、「詔して曰はく、「皇子大津、謀反けむとす。註誤かれたる吏民・帳内は已む事得ず。今皇子大津、已に滅びぬ。従者、当に皇子大津に坐れらば、皆赦せ。但し礪杵道作は伊豆に流せとのたまふ。」とある。

(3) 利光・前掲「大宝律考」。

## 八惡第二、謀叛

(a) 天武元年、大海人皇子の起こした壬申の乱の際に近江朝から「皇子の叛に對抗」を窺わせる言動が見られる<sup>(1)</sup>。

唐名例律八虐条の第二謀叛の条項には、

三日謀叛、(謂謀背国從偽) (謂有人謀背本朝、將投蕃国、或欲翻城從偽、或欲次地外奔)

( ) 内は注文、( ) 内は疏文

とある。この時代用されたと思しき隋大業律に当該条が存在したと考えられる。大宝律の謀叛の語は復元済みであるが、それ以下の注文は未復元である。

さて本注に見える「背国」の国とは、疏文で背本朝と言  
い換えられているように、正統な現王朝を意味する。そこ  
から離脱して偽の政権に寝返ることが叛である。謀反の反  
が朝廷に面を向けて攻撃するのは対象的に、叛は背を向  
けて離脱するという意味がある。叛はむしろ賊盜律4謀叛  
条後段に「亡命山沢、不従追喚者、以謀叛論」とある中の  
亡の意に近い。

(1) 前掲・坂本ほか校注『日本書紀下』三九三頁。

### 八悪第六、大不敬

(a) 本論二「大化の即位式」で述べたように、この儀  
式で用いる神器を盗む者は、大不敬の罪に坐す。すなわち  
唐律大不敬の項に「六日。大不敬。謂盜大祀神御之物。乘  
輿服御物。盜及偽造御宝（下略）」とある。謂以下の註文  
の趣旨はもつとも嚴格を要する即位式においては守られな  
ければならない重要事項であった。右は大業律に存したと  
思われる。

(b) 天武紀四年四月丁亥（十四日）条に、

小錦下久努臣麻呂、坐对捍詔使、官位盡追。

（久努臣麻呂、詔使を対捍めるに坐りて、官位尽に追  
らる。）

とある。詔命を伝える使者に対して、反抗的態度を示す  
ことは、唐律の十悪中（六）大不敬に相当し、重大な犯罪  
行為として規定される。大業律では八悪中に存したと推考  
される。

職制律32指斥乘輿条においては、日唐律ともに絞である。  
当該律には、

凡指斥乘輿。（中略）对捍詔使。而無人臣之礼者絞。

と見える。だが判決の結果は、官と位を剝奪したことに  
なっている。

唐名例律21除名者条には、

諸除名者官爵悉除。課役従本色。

とあり、養老律当該条には、

凡除名者官位勳位悉除。課役従本色。

とある（大宝律は「除名」が復元されている）。

久努臣麻呂の名籍削除は大業律代用のこの条文によっており、職制律32が準拋法とはなっていない。除名すべき罪の最たるものは十悪であり、それは唐名例律18十悪反逆縁坐条に、

諸犯十惡。故殺人。反逆縁坐。

と見える（養老・大宝律では「凡犯八虐」）。大業律では「諸犯八惡」とあったか。

(c) 天武紀六年四月壬寅（十一日）条に「杵田史名倉、乘輿を指斥りまつれりといふに坐りて、伊豆嶋に流す。」とある。天皇を誹謗する罪は唐律では十惡中（六）大不敬に相当する。そして杵田史名倉は裁判により流罪となっている。準拋法をなす職制律32指斥乘輿条においては、日唐律ともに斬であるが、それは非難・情状が過激に及んだ場合である。過激に及ばなければ徒二年と規定されている。大業律代用により流罪が執行された事情は詳らかではない。上掲した大不敬の二例は、八惡の規定の存在を証することはできるが、裁判経過は不分明である。唯犯罪行為を明

らかにした後、処罰規定の適用に關してどのような条文操作が行われ、判決に導いていったのか、今一つ分らない。<sup>(1)</sup>

大化改新後、持統三年の淨御原律施行までの八惡相当の事犯については、以上、謀反、謀叛、大不敬の三つが掲示できる。

なお謀反（惡逆）の例ではあるが、天智二年六月、福信が百濟の地にあつて謀反の罪により豊璋王（百濟）より斬罪に処せられた。それは、執行者が百濟王であり、行刑地が百濟という点であるゆえここでは取り上げない。他に蝦夷の謀叛の例もあるが同ように措置する。

ただし八惡関連の罪が行刑されたということは、同時に關連する罰則規定が存在したのであるから、ただ八惡規定があつただけに止まるものではない。同時に、名例律以下の諸篇目が無ければ判決が下せないのであつて、八惡条が制定されていた意味がない。律全体として刑罰体系が作用して、機能しなければならぬ。やはり中国律代用というものを考慮しなくてはならない。

(1) 小林宏・前掲「日本律成立に關する一考察」。

### 名例律7八議条

天武紀十一年十一月十六日条に「其有犯重者、応請則請。当捕則捉」五位以上死罪を犯者上請し勅裁を受ける特典があつた事が知られる。

### 名例律14人有議請減条

#### 名例律37犯罪未発自首条

自首については唐名例律14人有議請減条に、

諸一人兼有議請減。各応得減者。唯得以一高者減之。不得累減。若從坐減。自首減。故失減。公坐相承減。又以議請減之類。得累減。

(一人兼ねて議請有りて、各減得べくば、各応得べくば、唯一の高き者を以て減すること得む。累ねて減すること得じ。若し從坐減・自首減・故失減・公坐相承減は、又、議請減の類を以て、累ねて減すること得む。)

とあり、唐名例律37犯罪未発自首条冒頭に、

諸犯罪未発而自首者。原其罪。

とあり(養老律自首条も同じ条文) 処罰規定が定められている。これが大業律代用のもつて処罰に至った準抛法と思われる。

### 名例律18除名条

(a) 白雉元年二月九日条。「天下に大赦す」白雉出現による。

(b) 天智紀十年正月六日条。「天下に大赦す」とある。

(c) 天武紀六年六月是月条。東漢直に多きなる恩を降して原す、とある。

唐律当該条の疏に「非常の断人主専之」と見える。これは天皇の律令外の大権をあらわしたもので、大業律にも同様の恩赦の法源となる規定が存在したと考えられる。

### 名例律21除名者条

すでに大不敬の箇所でも論じたように、天武紀四年四月丁亥(十四)の書紀の記事に、小錦下久努臣麻呂が「对捍詔使」に坐して「官位盡追」という事件が起きた。判決によると彼は官と位をことごとく剝奪された。これを定めた唐律の条規は、名例律21除名者条であり、当該条には、

諸除名者官爵悉除。課役徒本色。(後略)

とある。久努臣の名籍削除はこの条文と同ようの大業律を  
拠としたものであつたらう。<sup>(1)</sup>

(1) 長谷山彰「日本律成立の諸段階」前掲『日本古代の法  
と裁判』所収。

### 衛禁律 32 緣辺城戍条

天智紀九年二月条に高安城<sup>(1)</sup>・長門城・筑紫城を造るとあ  
る。城郭の設置とその維持に関しては律に厳格な規律が定  
められている。こうした築城の背景には中国律の存在が  
あつたとみなければなるまい。当該律条による辺境防備の  
取り締まり相手とする賊徒の人数は百人未満という小人数  
の場合に適用される。見張りの目の届く範囲内を賊徒が出  
入りするのを見落とした時は、見張りの者が処罰され(徒  
一年半)、同時に司主も監督責任を問われて処罰を受ける  
(徒一年)。この条文が浄御原律にも存在したことは拙論  
「飛鳥浄御原律の復元について」で述べた。その条文は次  
の通り。

凡緣辺之城戍。有外姦内人。(謂衆不滿百人者)。内姦  
外出。而候望者不覺。徒一年半。司主。徒一年。(後  
略)

浄御原律以前の大業律代用下における条文もこれと同様  
の内容であつたと思われる。

(1) 高安城については持統紀三年九月庚辰朔己丑(十日)  
条、同十月庚戌朔庚申(十一日)条参照。

### 職制律 10 祭祀朝会侍衛条

大化以降、即位礼ほかさまざまな儀式が行われてきたが、  
唐職制律当該条によれば、儀式の違失が律によって罰せら  
れる定めがあつて、儀式が法であることを示している。

諸祭祀及有事於園陵。若朝会侍衛。行事失錯。及違失  
儀式者。笞四十。(謂。言辭諠囂。坐立怠慢。乖衆者  
乃坐。) 応集而主司不告。及告而不至者。各笞五十。

〈 〉は疏文

これによれば、祭祀などの行事に失錯があり、儀式の規定に違反する官人は笞四十の刑に処せられ、贖銅四斤を徴せられことになっている。その違反に対して法的制裁が加えられるものは法であつて単なる礼法上の規範ではない。

また唐雜律には、

凡違令者。笞五十。〔謂。令有禁制。律無罪名〕別式減一等。

とあり、違式の罪の笞四十と符合することが知られる。ゆえに雜律の別式は、式の文と儀式の文とを含んだものと解さなければならぬと思う。大業律にあつてもこの様な罰則が行われていたに違いない。

### 職制律20 玄象器物条

唐律当該条には、

諸玄象器物、天文、凶書、讖書、兵書、七陽曆、太乙雷公式、私家不得有。違者、徒二年。〔私習天文者、亦同。〕〔後略〕

とある。曆の作成は皇帝の職權、大權であつた。本稿第二節で論じた通りであるが、曆を作るのに必要とされる玄象器物は私家に有つてはならず、許されないもので違犯するものは処罰の対象となつた。右と同様の大業律が我が国で代用されていたと思われる。

### 職制律32 指斥乘輿条

本稿八惡条第六大不敬の項で述べたように、天武紀四年四月丁亥（十四日）条に小錦下久努臣麻呂が詔命を伝える使者に対し反抗的態度を示し罰せられた事が記されている。これの準拠法となつたのは、職制律32指斥乘輿条の規定であつた。唐律当該条には、

諸指斥乘輿〔中略〕、对捍制使。而無人之礼者絞。

という処罰規定が見られる。我が国においても大業律当該条規が代用されていたろう。ところで久努臣は官と位を剝奪されたとあるゆえ、眞の準拠法は名例律21除名者条による事になつた由である。



戸婚律 26 許嫁女報婚書条

大化二年三月詔の第二部第三段に、「妻妾有りて、夫の爲に放<sup>す</sup>てらるる日に、年を経て後に、他に適<sup>ち</sup>くは恒の理なり。而るを此の前夫、三四年の後に、後夫の財物を貪り求め、己が利とする者、甚だ衆<sup>おほ</sup>し。」とある。前夫を去った女が後夫に嫁いだ後、前夫が後夫に財物を強要しわが物とすること、と日本書紀の頭注にある。<sup>1)</sup>ただし「為夫被放」(夫の爲にすてらるる(日に))という嫁入婚時代の追出し離婚を思わせる表現は当時の実情にふさわしくない。この一節は、妻間をやめた男が、女に他の男が通うようになつたので、後の男に祓除させた、との意に解すべきであると言<sup>つ</sup>て書もある。「前夫」「後夫」は明らかに律令用語で、唐戸婚律 26 当該条に「若更許他人者、杖二百。已成者、徒一年半。後娶者知情、減一等。女追帰前夫。前夫不娶、還娉財。後夫婚如法。」と見える。

(1) 小島憲之・直木孝次郎・西宮一民・蔵中進・毛利正守  
校注、訳『日本書紀③』新編日本古典文学全集 4・小学館・一九九八年。

擅興律 10 主将守城条

(a) 天智紀九年二月条に高安・長門筑紫諸城を造るこ<sup>と</sup>が記されている。城郭の設置とその維持に関しては律に厳格な規律が定められている。こうした築城の背景に中国律の存在があつたとみなければなるまい。辺境防備の取り締まり相手とする賊徒の人数が少人数の場合は前掲した衛禁律 32 に規定するが、百人に満ちる多人数の場合に対応する処罰は本条に規定がある。人民を率領する主将の任にある者が、賊徒の攻撃を受けながら固守するのを放棄する行為、あるいは日夜の警備が不十分のために賊徒の攻撃を被り、損害を受けるに至つた行為を罪の成立要件とする。当該律条文のように「連接寇賊、被遣斥候。不覺賊来」つたならば徒二年の罰を受ける。代用の大業律による規定によつたものであろう。

(b) 天武紀元年六月条に、壬申の乱時に筑紫大宰栗隈王が大海南皇子に与することを疑われて言うには、

筑紫国者元成辺賊之難也。其峻城深隍、臨海守者、豈為内賊耶。今畏命而発軍、則国空矣。

(筑紫国はもとより辺賊の難を成る。それ、城<sup>き</sup>を峻<sup>たか</sup>くし隍<sup>み</sup>を深くして、海に臨みて守らするは、あに内賊の

ためならむや。いまし命をかしこみて軍を發さば、国空しけむ)

似すると思われる養老令条文に代える。

と説いている。ここに「峻城深隍」の語句が見られる。

海に向かつて守りを固めるのは、国内の賊に対するためではなく、国家の危急存亡の時のためである、と主張する。軍防令53城隍条には、

凡城隍崩頽者。役兵士修理。若兵士少者。聽役隨近人夫。逐閑月修理。(後略)

(凡そ城隍崩れ頽ちたらば、兵士を役して修理せよ。若し兵士少くは、随近の人夫を役することを聽せ。閑の月に逐へて修理せよ。(後略))

とあって、城の修理に関する規定があり、賊からの防備の必要性が記されている。<sup>(1)</sup>

上記の擅興律10当該条文は、この軍防令条文と相応するもので、大業律条項に設けられていたと推知されるのである。

(1) 唐の軍防令は復元が未完成なため、ここではそれに近

#### 賊盜律1謀反大逆条

(a) 大化元年十一月甲午(三十日)の書紀の或本に謀反の首謀古人皇子と並んでその子も斬とある。唐律によれば「子年十六以上」「皆絞」とあり「子年十五以下」「没官」とある。前者ならば絞罪でなければならぬが、或本が斬としたのは何故か。大業律で斬となっていたと考えるべきか。否、そうではなく或本の誤記か。今はこれ以上考究しない。

(b) 大化元年の古人皇子、及び大化五年の蘇我倉山田大臣の謀反における従犯者の斬罪は、唐律賊盜律1の当該条に規定がある。大業律にもそのように定められており、当時の裁判において代用されていたものと考えられる。斉明四年有間皇子事件も同様。

#### 賊盜律15造畜蠱毒条

持統紀三年三月二十四日条に「大赦天下、唯常赦所不免、不在赦例」なる除外文書を付した赦書が見られる。文中の「常赦不免」とは、唐断獄律20赦前断罪不当条に「常赦所不免、依常律」とあり、その疏議に、赦に会つてもなお

死・流・除名・免所居官・移郷などの制裁を加えることを定めた文が存する。

これに該当する条文に賊盜律15造畜蠱毒条がある。

ゆえに唐の賊盜律15造畜蠱毒条に擬する大業律当該条が当時の我が国において、代用されていた可能性があるのではなからうかと思ふ。

**賊盜律18殺人移郷条**

前項に引き続き、赦に会つてもなお死・流・除名・免所居官・移郷などの制裁を加えることを定めた条文が存するが、それにより、唐賊盜律18殺人移郷条に照応する条項が大業律にも存在し、我が国において代用されていた可能性があるのではなからうか。その条文は以下のとおり。

諸殺人応死。会赦免者移郷千里外。其工樂雜戸。及官戸奴。并太常音声人。雖移郷。各従本色。若群党共殺。止移下手者及頭首之人。若死家無期以上親。或先相去千里外。即習天文業已成。若婦人有犯。及殺他人部曲奴婢。並不在移限。違者徒二年。

**賊盜律21造妖書及妖言条**

天智紀九年正月乙亥朔辛巳(七日)には「禁斷誣妄・妖偽」とある。「禁斷誣妄」については、關訟律51条の項で述べた。

「禁斷妖偽」に関しては、僧尼令1觀玄象条に「妖惑百姓」は僧尼のもつとも重罪とされるものとしてあげられており、それに対する罰則を記述している。僧尼は賊盜律21造妖書及妖言条の大罪で還俗のうえ俗法、つまり律令の定める刑が科される。すなわち、唐賊盜律当該条文には、

諸造妖書及妖言者絞。(造、謂自造咎及鬼神之言。妄說吉凶。涉於不順者。)伝用以惑衆者。亦如之。(後略)

(諸そ妖書及び妖言を造りたる者は絞。(造ると謂うは、自ら休咎及び鬼神の言を造りて、妄りに吉凶を説き、不順に涉りたる者をいう。)伝用して以て衆を惑はしたる者も、亦之の如し。)(後略)

とあつて、最高刑は絞罪となっている。この条文が淨御原律にも存在したことについては拙論を参照されたい。<sup>2)</sup>ただし最高刑は唐律のように絞なのか、養老律のように遠流で

あつたのかは不明である。

天智期に大業律当該条文の代用が行われていたのであろう。

- (1) 井上光貞「仏教と律令―僧尼令の刑罰体系―」『日本古代思想史の研究』三〇二頁以下。なお菅原征子「奈良時代の巫覡の活動」『日本古代の民間宗教』吉川弘文館・二〇〇三年所収、を参照のこと。
- (2) 上野・前掲「飛鳥浄御原律の復元について」。

### 賊盜律23盜大祀神御物条

国家において最も重要な祭祀である大祀において、神が使用する祭器等神御の物あるいは酒食・王幣等饗薦の具を盗んだりする犯罪は、当該条の規定で処罰される。

唐賊盜律23当該条には、

諸盜大祀神御之物者、流二千五百里。其擬供神御。及供而廢闕。若饗薦之具已饌呈者、徒二年。未饌呈者、徒一年半。已闕者、杖一百。(後略)

とある。大業律においても、このような条文がおかれてい

て、我が国で代用されていたと推測される。

### 賊盜律34強盜条

天智紀九年二月条には、「造戸籍。斷盜賊與浮浪」と見える。我が国初の全国的戸籍となる庚午年籍の造籍開始に際して、浮浪と盜賊を禁じたものである。いまこの盜賊を強盜に置き換えて律の条文に当たると、唐賊盜律34当該条に、

諸強盜、(謂。以威若力而取其財。先強後盜。先盜後強等。若与人藥酒及食。使狂乱取財。亦是。即得闕遺之物。毆擊財主而不還。及窃盜發覺。棄財逃走。財主追捕。因相拒捍。如此之類。事有因縁者。非強盜。) 不得財。徒二年。一尺徒三年。二疋加一等。十疋及傷人者絞。殺人者斬。(後略)「

(諸ぞ強盜の、(謂はく威若しくは力を以て、其の財を取れるをいう。先ず強いて後に盜める、先ず盜みて後に強いたる、等し。若し人に藥酒及び食を与えて。狂乱せしめて財を取る、亦是ぞ。即し闕遺の物を得て、財主を毆ち撃ちて還さず。及び窃盜發覺して、財を棄てて逃走せむ。財主追捕せむ。因りて相い拒捍せむ。

此の如き類は、事因縁有らば、強盜に非ず。財を得ざらむは、徒二年。一尺に徒三年。二正に一等加えよ。十疋、及び人を傷れらば、絞。人を殺せらば、斬。  
 (後略)

とあって、威嚇によって財物を奪った場合、または盗んで後に威嚇した場合も同様に強盜とする。または、酒や薬の混入した飲食物を与えて狂乱させた上で財物を奪取することも当該律の強盜条が適用される。

ゆえに天智紀九年二月条の記事から、唐の強盜条、延いては隋の大業律強盜条が当時我が国の刑法として代用されていたと推測する。

### 關訟律 39 密告謀反大逆条

唐關訟律 39 密告謀反大逆条には、

諸知謀反及大逆者。密告隨近官司。不告者絞。知謀大逆謀叛不告者。流二千里。知指斥乘輿及妖言  
 不告者。各減本罪五等。官司承告。不即掩捕。經半日不告。各與不告同罪。若事須經略而違時限者。不坐。

とあり、謀反あるいは大逆に関して、それを知った場合は速やかに密告をしなければならない。速やかに密告をせず<sup>(1)</sup>に半日を経ればその者は不告と同罪と見做されて絞刑に処せられるとある。我が養老律本文も殆どこれと同じ条文が復元されている。

また養老獄令 33 告密条には、

凡告密人。皆經当处长官司。長官有事。經次官司。若長官次官俱有密者。任經比界論告。受告官司。准法示語。(中略) 事当謀叛以上。雖檢校。仍馳駢奏聞。(後略)

(凡そ告密さむ人は、皆当处长官に経れて告せよ。長官事有らば。次官に経れて告せよ。若し長官次官俱に密なること有らば、任に比界に経れて論告せよ。告受けむ官司、法に准えて示し語るに、(中略) 事謀叛以上に当れらば、檢校すと雖も、仍し馳駢して奏聞せよ。  
 (後略))

とあり、謀叛以上の犯罪の発生を知った場合は、告密義務があることを規定している。密告に関して獄令と關訟律の規定は表裏一体である。それらが互いに連関して皇室と王

朝社会の秩序を守る関係にあったことは明白である。

大化元年九月条の古人皇子の謀反を密告した吉備等臣垂の自首・密告、あるいは斉明紀四年十一月条の有間皇子の謀反を密告した蘇我赤兄は、大業律令により代用された当該条文ののつとり即座に行動に移したであろうことが想像される。

(1) 養老律39当該条(逸文)では一日となっている。

#### 闕訟律41誣告反坐条

大化元年八月の鐘匱の制の詔には、「この日鐘・匱を朝に設け詔して曰く「若し憂え訴うる人、伴造有らばその伴造まず勘当<sup>かむが</sup>へて奏せ。尊長有らば、その尊長まず勘当へて奏せ。若しその伴造・尊長、訴ふるところを審かにせずして牒を収め匱に納れば、その罪(審議・奏上を怠つた罪)をもちて罪せん」とある。すなわち訴人の訴えが正当なものであるか否かを伴造や尊長があらかじめ審査した上で訴状を匱に入れるべきことが命じられた。仮に不当な訴状を投じた場合は、伴造・尊長に対しその罪を以て罪せんとされる<sup>(1)</sup>ことが記されている。この科刑のやり方は唐闕訟律41当該条に規定の誣告反坐の制度と同一である。

したがって、この唐律に相応する大業律条規が存在し、大化元年八月の詔に影響を与えたと考えられよう。

(1) 小林・前掲「日本律の成立に関する一考察」二七頁。

#### 闕訟律51囚不得告举他事条

天智紀九年正月乙亥朔辛巳(七日)条には、「禁斷誣妄・妖偽」とある。このなかの誣妄については、唐闕訟律51囚不得告举他事条に、

諸被囚禁。不得告举他事。其為獄官酷已者聽之。(後略)

(語て囚禁さるに、他事を告挙するを得ず。其れ、獄官、己に酷を為すものはこれを聽す。(後略))

とある。囚人が禁にあつて、その人を告するを許したならば奸徒は誣妄をほしのままにするであろう。罪を軽くするために誣陥しやすいゆえにこの条文を設けている。大業律においてはいつそう告言義務の重要さを示していたと思う。

雑律 6 施機槍作坑穿条

天武紀四年四月十七日条の詔に「莫造檻穿施機槍等之類」とある。唐雜令逸文には「諸有猛獸之処聽作檻穿・射篙等。得即送官。每一頭賞絹四疋。(後略)」とあるが、唐雜令の復元は不完全である。<sup>1)</sup> この条文が唐令にも存したとして、これに違反した場合、唐雜律 6 当該条の

諸施機槍。作坑穿者。杖一百。以故殺傷人者。減闕殺傷一等。若有標幟者。又減一等。(後略)

(諸て機槍を施し、坑穿を作りたる者は、杖一百。故を以て人を殺傷したる者は、闕殺傷より一等を減ず。若し標幟ありたる者は、又一等を減ず。)

なる罰則で処罰される。

おそらく天武四年四月の上記の詔から、このような律条文が大業律にも存在し、我が国の裁判に代用されていたのではなからうか。

(1) 仁井田陞著・池田温編集代表『唐令拾遺補』東京大学出版会・一九九七年・一四八二頁。

雑律 9 寄寄財物費用条

大化二年三月甲申(二十二日)条の薄葬の詔に始まる詔のうち、第二部の十二段には、「また百姓有りて、京に向かう日に臨みて、乗る所の馬の、疲れ瘦せて行かざらむことを恐れて、布二尋・麻二束を以て、参河・尾張、両の国の人に送りて、雇いて養飼はしむ。乃ち京に入りぬ。郷に還る日に、餼一口を送る。而るを参河人等、養飼うこと能はずして、翻りて瘦せ死なしむ。若し是細馬ならば、貪り愛むことを生して、工に謾語を作して偷失まれたりと言う。若し是牝馬、己が家に孕めば、便ち、祓除せしめて、遂にその馬を奪う。飛聞くこと是のごとし。故に今、制を立てむ。『凡そ路傍の国に馬を養はば、雇はるる人を將て、審に村首(首は長なり)に告げて、方に訓物を授けよ。その郷に還る日に、更に報を須いず。如し疲れ損へることを致さば。物得べからざれ。縦し斯の詔に遣へらば、將に重き罪科せむ。』<sup>1)</sup>とある。後半の『内が制の内容である。つまり三河と尾張の両国を経て上京する人から財を貰って馬を預かり(尾張からは海路で伊勢に渡るため馬を預ける)、帰路に馬を返さず、あるいはさらに財を強要することがあるのを聞き、新たに制を立てる。その制によれば、馬を預ける際は予め村首に申告して報酬を与えて帰路に馬



を引きとる際はさらに報酬の必要性はなきこと。及び預り主が馬を疲損した際は全く報酬の必要はなきこと。これに相応する律は次のごとし。

唐雜律9受寄財物費用条には、

諸受寄財物。而輒費用者。坐賊論減一等。詐言死失者。以詐欺取財物論減一等。

(諸て財物を寄したるを受けて、輒く費用したる者は、坐賊もて論じ、一等を減ず。詐りて死・失を言ひたる者は、詐欺して財物を取りたるを以て論じ、一等を減ず。)

と見える。受寄者が偽つて受寄の畜類・財物の死・失を申した時、唐律に従い詐欺の刑に一等を減じて科した条文を設けている。大化二年当時、上記唐雜律に該当する大業律が代用されていたと推定される。

(1) 坂本太郎・家永三郎・井上光貞・大野晋『日本書紀下  
日本古典文学大系68』岩波書店・一九六五年。

捕亡律11丁夫雜匠在役亡条

捕亡律12非亡浮浪他所条

天智九年二月条に「造戸籍。断盜賊與浮浪。」とある。

全国的な戸籍の始めとなる庚午年籍の造籍に際し浮浪を断つことが命じられている。浮浪して課役を納めない者を逃亡と言ひ、建前上浮浪と逃亡とは区別するが事実上混用されていた。彼らを捕縛し、処罰する律の条文は、唐捕亡律11及び12に定められていた。唐捕亡律11の条には、

諸丁夫雜匠在役。及工樂雜戸亡者。一日笞三十。十日加一等。罪止徒三年。(後略)

(諸て丁夫・雜匠の在役、及び工樂・雜戸亡げたるときは、一日ニテ笞三十、十日ごとに一等を加へ、罪は徒三年に止まる。(後略))

また捕亡律12の条には、

諸非亡而浮浪他所者。十日笞十。二十日加一等。罪止杖一百。即有官事在他所。事了留住不還者亦加之。(後略)

(諸て亡げるに非ずして他所に浮浪したるときは、十

日にて笞十。二十日ごとに一等を加へ、罪は杖一百に止まる。もし官事他所にありて、事アリたるに留住しに還らざるときも、またかくの如し。)

天智九年当時は大業律に同様の規定があり代用されていたと思われる。

**断獄律 20 赦前断罪不当条**

持統紀三年三月丙子(二十四日)<sup>(1)</sup> 条に、

大赦天下。唯常赦所不免。不在赦例。

とある。除外文書を付した赦書が見られるのであるが、このような文書は、それまでも見られることはなく、持統紀にあつては、もちろん初出である。

上記文中の「常赦所不免」とは、唐断獄律 20 赦前断罪不当条に、

常赦所不免。依常律

とあり、その疏議に、赦に会つてもなお死・流・除名・免所居官・移郷などの制裁を加えることを定めた規定が存在する。

したがって隋大業律に断獄律 20 赦前断罪不当条が存し、我が国で代用されたことがうかがえる。

(1) すでに本論第三節で揭示しておいたが、この時期はいまだ浄御原律が実施されていないと思われる。ゆえに大業律代用の時期に該当すると見なされる。上野・前掲「飛鳥浄御原律の復元について」を参照のこと。

**断獄律 21 聞知恩赦故犯条**

前項で示したとおり、唐断獄律 20 赦前断罪不当条に、

常赦所不免者。依常律。へ常赦所不免者。謂雖会赦。猶処死及流。若除名免所居官。及移郷者。へ

とあり(本文)、その疏議に、赦に会つてもなお死・流・除名・免所居官・移郷などの制裁を加えることを定めた条文が存在する。これらの内容に該当する律の諸条文をあげれば、当該条のほかに、名例律 18 十惡反逆縁坐条、賊盜律

15造畜蠱毒条、賊盜律18殺人移郷条、断獄律20赦前断罪不当条（以上四ヶ条は既出）などがあげられ、主要な律条文に適用される。そうであれば、赦令が出されるためには、出される以前において、全国の国庁ではこれらの条文を手元に置いておかなければ「常赦所不免」の具体的内容を知ることができないゆえに、刑事行政に支障を来すことになるであろう。それがために、恩赦のあったことを聞知して故らに犯したり、悪逆を犯したり、家人奴婢が主人を殴り、謀殺した場合には、赦とはならない。したがって次に挙げる唐断獄律21聞知恩赦故犯条に擬する隋の大業律条文が準用されていたのではないかと思われる。

諸聞知有恩赦而故犯。及犯恶逆。若部曲奴婢殴及謀殺若強姦主者。皆不得以赦原。即殺小功尊属従父兄姉。及謀反大逆者。身雖会赦。猶流三千里。

（諸で恩赦あるを聞知して故らに犯し、及び悪逆を犯し、若しくは部曲・奴婢、主を殴り及び殺さんと謀り若しくは強姦する者は、皆以て赦原するを得ず。もし小功の尊属・従父兄姉を殺し、及び謀反・大逆せば、身は赦に会うと雖も、猶亦流三千里。）

つまり「皆不得以赦原」においては、本刑（斬）を減じられるけれども流三千里とするのである（大業律は二千里）。

## 結 び

大化改新は、皇帝を頂点にいたいた隋唐帝国の国家体制を軌範として、中央集権国家を確立するための政治的法制度改革であった。本稿では、大化の元号や即位式の由来、恩赦の法源など、これらの背景には物理的強制力をもった刑法の存在が認められることをはじめに論じた。

当時の刑法、すなわち律はいかにして我が国に将来されたのであろうか。この問いには遣隋使、遣唐使の尽力が必須であった。かくして改新後に刑法を隋の大業律代用で実施し始めたことを証するべく、日本書紀の記録に則して律条文を逐条的に検討し、当時の社会的背後にそれらしき律条が存したのではないかという推測材料の検出に努めた。その結果三十四個条の大業律とおぼしき条文を掲示しえた。篇目は名例から捕亡迄の十篇を数える。ただし、この篇目には実際の大業律の篇目とは異なるゆえ、あくまで便宜上の仮のものである。

そもそも大化改新・天智天皇以降、天武・持統紀迄の期間において律令関係史料が見出せることに關して、どのような解釈が可能であるのか。長く先学の課題でもあった。

こうして隋の王朝で編纂された大業律令が我が国にもたらされ、それ以降はこれを代用して、日本国内の裁判など法の運用に用いられて来たと推測した。

律令国家とは何かという学界希求の長年の課題に対してのささやかな答えでもある。

(1) 孝徳天皇即位の日に、中大兄皇子が皇太子にいたが(孝徳即位前紀)、これは隋唐式の伝統にのっとり、皇太子が国政に關与する事が制度的に認められた事を示すものである。これについての考察を深める材料を更を集めたいと思う。

(2) 前掲『日本国見在書目録』を参照のこと。

(3) あえて本稿では、大化前代以来の固有法と、随唐の継受法との關係に触れることはしなかった。だが、近時のこれに係わる研究は榎本淳一氏や長谷山彰氏の論著に記述されている。例えば榎本「中国の法・制度の受容」(前掲)、長谷山「日本古代における賠償制と固有法」(前掲『日本古代の法と裁判』)などである。しかし本稿では大業律代用という従来にない考え方で大化と持統の間の刑罰記事を

検討することに注力した点をご理解頂きたい。

(4) 司会者青木和夫(ほか池田温、吉田孝、早川庄八)『シンポジウム日本歴史4 律令国家論』学生社・一九七二年。