

Title	飛鳥浄御原律の復元について：日本古代法制小考(二)
Sub Title	Restoration of some articles from the Asuka-Kiyomihara Era Penal Codes
Author	上野, 利三(Ueno, Toshizo)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2022
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.95, No.11 (2022. 11) ,p.19- 64
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	研究ノート
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20221128-0019

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

飛鳥浄御原律の復元について

——日本古代法制小考（二）——

上野利三

はじめに

- 一 浄御原律の研究前史
- 二 浄御原律存在の根拠
- 三 浄御原律の施行期間
- 四 浄御原律の復元
むすび

はじめに

日本古代において中央集権的な国家を構築して大陸国家

に伍する制度を整備するためには、天皇を頂点にいただいた律令法が施行されることが希求された。古代の為政者がこのことを悟ったのは推古朝にさかのぼると考えられる。象徴的なのが推古三十一（六二三）年の遣隋使に随行した留学生恵日が語った「唐は法式の備われる珍の国、常にかようべし」という発言に現れている。^{（下）}

その後我が国の律令制定が成るのは持統紀の浄御原令班賜の記事に顕れている。学界では、これを受けて令の施行のみが説かれてきたが、同時に律も編纂と施行が進んでいたと考えるのである。

本稿は飛鳥浄御原律（以下浄御原律）の条文復元をめぐって私見を述べるものである。これまで当該律の条文を逐条的に復元した論考はなかったが、その存在を論じた先の拙稿⁽²⁾での論証を前提に復元を行うものである。

(1) 中国からの律令の輸入は恵日を遣唐副使とする次回以降に実現されたと思う。唐の現行律令を日本にもたらすことはできなかったが、減じた隋の律令を持ち帰ることは可能であったと思う。隋の大業律令が第一次遣唐使（舒明四（六三二）年帰国）、あるいは第三次遣唐使（斉明元（六五五）年帰国）以後に導入されたと推測する。なお倉本一宏「大王の朝廷と推古朝」『岩波講座日本歴史第二巻古代2』岩波書店・二〇一四年・一頁以降、所収を参照のこと。

(2) 上野利三「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・二〇一八年十二月。これには榎本淳一氏の書評がある（『法制史研究』七〇・二〇二一年）。

一 浄御原律の研究前史

浄御原律の存在はすでに滝川政次郎氏や坂本太郎氏が昭

和前半に論じ⁽¹⁾、長く通説の地位を占めてきたが、その後、多岐多様の学説が出され、しかる後に浄御原律は存在せず、その時代の律は唐律の代用によって行われていたとする石尾芳久説が説得性をもち始め⁽²⁾、今日これを多くの研究者が支持し定説と見られるようになった⁽³⁾。石尾氏は、持統紀以降に現れる十悪の用語が唐律のものであるから、この時期は唐律を代用していたと判断したのである。

だが、坂本氏と滝川氏が近時刊行の律令研究会編（代表滝川）『譯註日本律令』に与えた影響は少なくはない。例えば、同書『律本文篇』下、賊盜律1謀反条の備考で、坂本氏が前掲書で論じた天武紀五年八月壬子条の記事を取り上げ、浄御原律に関係がある、と記し、また戸婚律40妻無七出条も万葉集一八、四一〇六番歌謠左注の「七出例云」云々を大宝律からの引用とする利光の説を『律本文篇』上（四一〇頁）は坂本氏が律ではなく「例」からの引用である、といい、利光説を否定する見解を載せている、などである。もちろんこれらは誤解であるが⁽⁴⁾、律令研究会で編者たちを指導した坂本氏に対する気配りが垣間見られる。

ところで、吉田孝氏の大宝律令以前の五罪（あるいは五刑）・八虐（あるいは十悪）・六議（あるいは八議）各条存在説に関する論文は、浄御原律の復旧に関して有効な素材

となる。⁽⁵⁾氏は現存する律の冒頭部には「律目録」という標題があり、ついで五罪・八虐・六議の計七条の条文を掲げ、次に名例律第一と題し第八条から第三十二条までを「凡式拾伍条」というように別立てで数えている点に不審をいだいた。また吉田氏は、現存の唐律疏議諸本が、日本律の五罪に相当する唐律の五刑について、例えば「笞刑五」ならば「笞一十」から「笞五十」までを本文として、笞一十の換刑である「贖銅一斤」あるいは笞五十の換刑である「贖銅五斤」を、それぞれの注としているのに対して（この様に書き分けると笞刑を正刑とし贖銅を換刑とする趣旨が明確になる）、日本律は「笞罪五」のみが本文で、「笞十贖銅一斤」または「笞五十贖銅五斤」は細字双行の注としている。これでは正刑と換刑の關係が曖昧になること。そして大宝律では八虐・六議の両方の条文に疏がなく、注だけであつたらしいこと。これらを勘案して、五罪・八虐・六議ないし五刑・十惡・八議の合計七条分は大宝律編纂以前に独自に条文化され、制定されていた可能性があると指摘した。

吉田氏によると、大宝律はこれに「名例律第一」以下の条文を永徽律疏を範典として作成・付加した。そして養老律では八虐・六議条も永徽律疏と同じ書式に統一したが、五

罪の条文には手を加えなかつた、ということになる。

ちなみに、東野治之氏の「那須国造碑」は碑文と律令制について論じたものであるが、碑文の検証から、律の内容にまで言及しておられる。⁽⁶⁾貴重な研究であるが、律は唐律と推定されている。しかし私はそれは浄御原律と考える。なおこれにかかわる律の復元については検討が必要であり、後稿において検証を行いたいと思う。

(1) 滝川氏の復元法は、続日本紀、大宝元年八月の大宝律令完成の記事に「大略以浄御原朝廷為准正」とあることから、浄御原律令は大宝・養老の律令と大差がなかつたと見なし、両者の差異を検討することによって浄御原律令の内容を理解しようとする。すなわち、その差異は大宝・養老の八虐が十惡であつたという一条。令にあつては篇名に後でない氏令をあげ、また養老の考課令が考仕令であつたという二条をあげる（「天武律令」「律令の研究」刀江書院・一九三一年、所収）。他方、坂本氏は滝川氏とは別に、日本書紀の文を検討して浄御原律令条文を推測する方法を示す。大宝律令は浄御原律令を基準として撰ばれたものであり、両律は密接な關係にあるという認識を前提として日本書紀の中から浄御原律令の条文を探そうとする。天武・持統紀の記事の信憑性が高いと認

めた上で、律の条文復元が推測できる用語を揭示する。

十悪（持統紀六年七月二日、文武紀三年十月十三日、文武四年八月二十二日。名例律）、没官（天武紀五年八月十七日。賊盜律）、三流（天武紀五年八月十七日。名例律）、指斥乘輿（天武紀六年四月十一日。職制律）、对捍詔使（天武紀四年四月十四日。職制律）、常赦所不免（持統紀三年三月二十四日。名例律）、不在赦例（天武五年八月十七日、持統三年三月二十四日。名例律）などをあげる。しかし坂本氏は、これらの用語によって直ちに律条の存在を推測するには余りにも薄弱であり、これらの用語は必ずしも律の専用と限ったものではなく、令文から出ているものも有るかもしれない。したがって、律文は令文ほどにはこれを推定する根拠がなく、その律の形は推定し難いとするのが穏当であろう、と自戒する方向へと舵を切る（坂本「飛鳥浄御原律令考」〔法制史研究〕四・一九五四年七月、後に『日本古代史の基礎的研究』下、制度篇・東京大学出版会・一九六四年、所収、後に『著作集』所収）。

(2) 石尾芳久『日本古代法の研究』法律文化社・一九五六年。

(3) 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。

(4) 天武紀五年八月壬子条の記事は決して浄御原律令の施

行期間とはいえない。また万葉集に掲載の「七出例云」として引かれた文言を調べると、明らかに律の罰則規定に即しており、「例」という書からの引用とはいえない。

虎尾俊哉氏の「例」の研究なる論文では（虎尾『古代典籍文書論考』吉川弘文館・一九八一年、所収）、この種の「例」なる書は上げられておらず、坂本氏の誤解だと思われる。やはり大宝律の逸文と考えるべきだと思う。

(5) 五罪・八虐・六議（あるいは五刑・十悪・八議）の存在が知られれば、八虐などは犯罪行為を示すものであるから、その行為に対する処罰規定が必ずあったわけであり、次には、その処罰規定に話を及ぼさなければなるまい。なお吉田氏が、大宝律以前に十悪の存在を可能性の一に入れられている点は、氏の見識を示すものである。

(6) 東野治之「那須国造碑」『日本古代金石文の研究』岩波書店・二〇一六年、所収。

二 浄御原律存在の根拠

飛鳥浄御原時代の律は、唐律代用という学説が今日の趨勢であるが、この傾向に疑問をもった私は法制史学会で「飛鳥浄御原律の存否に関する一試論」（於専修大学・二〇

一四年」という報告をし、後にそれを「飛鳥浄御原律の存否について」という小論にまとめ、浄御原律は持統天皇三年頃におおかたは編纂・施行されていた、と論じた。¹⁾

前掲の小論と重なる部分がある点を恐れずにその論拠を以下に概述する。

第①に、大宝律令制定前後に新令・新律の語が散見される点である。新令は旧令すなわち浄御原令をさすことはよく知られているが、それならば新律は旧律、すなわち浄御原律を指していると考えるのが穏当である。

また、②文武元年の続日本紀の宣命に「国法」という語が見られるが、これは律令ないしは律そのものをいう。国法という用語を唐律と解することはできない。我が国の律と解釈するのが自然である。ちなみに、この時点では国法遵守の要請を国宰以上に求め、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る。つまり、国造の末裔の評造には在地における刑罰権は国家的刑罰権の外に置かれていた事実を示している。

根拠の③は、文武紀二年三月十日の詔では国宰と評造の任用者を前にして、国宰には評造詮擬の公平を、任用された評造には「法」を守るべきことを命じている。前項②に比べて、一転評造の在地刑罰権を破棄させて国家的刑罰権

の遵守を迫っている。違反に対しては罰するという点を視野に入れたこの表現は、背後に刑罰法規である律の存在を強く暗示するのである。

さらに、④文武紀元年閏十二月庚申（二十八日）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点である。²⁾

ここにいう浄御原朝廷の制とは、天武紀八年正月戊子（七日）に記す詔、すなわち

凡当正月之節、諸王・諸臣及百寮者、除兄弟以上親及己氏長、以外莫拜焉。其諸王者、雖母、非王姓者莫拜。凡諸臣亦莫拜卑母。雖非正月節、復准此。若有犯者、隨事罪之。

（凡そ正月の節に当たりて、諸王・諸臣及び百寮は、兄弟より以上の親と己が氏長を除きて、以外は拜むこと莫れ。其の諸王は、母と雖も、王の姓にあらざば拜むこと莫れ。凡そ諸臣は、亦卑母を拜むこと莫れ。正月の節にあらざると雖も、復此に准へ。若し犯す者有らば、事に隨いて罪せむ。）

とあるのを指している。³⁾

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、尊属相当の親族及び氏長、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庭の制により決罰が実施される。このことこそが重要なのである。つまり礼的秩序違反を刑罰で統制すること、このことは固有法的な伝統に基づくと考えられるが、それは儀制令 23 内外官人条に見える、内外の官人が官司内で自己の位階や蔭を頼んで「憲法」(律令)に違反した場合、長官あるいは次官がこれに答の実刑を科すことができるという。大隅清陽氏は礼の秩序を定めた儀制令に刑罰条規を盛り込んだ点を鋭く指摘した。⁽⁴⁾すなわち、礼的秩序に対して違反をした場合は、決罰により統制することは、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。なお同条規は大宝令にも存在したことは、冒頭の「内外官人」「情を量りて決答すること」「長官無くば、次官の致敬すべき者決すること」を許せ、などが復元されている点から、⁽⁵⁾ほぼ確実である。その決罰の準拠法は、断獄律 30 断罪法決配条であると令義解は説くが、いずれにしても浄御原朝庭の制が、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る。上記した文武元年閏十二月の記事は、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

た文言であると考えられる。

我が国独自の律が、持統紀三年六月二十九日の浄御原令の諸司への頒布の際に、律と令とが合わせて出揃わなかった理由は、種々考えられる。律の出来具合が不完全であったため、あるいはそれ以上の理由として、天武十年からはじめてきた隋の大業律を手本にした編纂作業が、天武十三年末にもたらされた唐の永徽律疏へと範典を転換させたゆえ、完成まで時間を費やしたためかと思われる。

しかし、律と令が車の両輪として社会に有効に機能するためには、律は粗方でも令と併せ施行する必要がある、思い切つて律令の実施に踏み切つたのであろう。令だけが我が国の編纂物で、片方の律が前代以来相変わらず中国の律によるという、いわゆる唐律代用説論者の主張のごとくであれば、現実性をともなつた社会規範として、効果的に実施しえなかつたのではなからうか。⁽⁶⁾

律は五罪制度のみならず、律篇目全般にわたつて、浄御原時代に我が国独自の律条規が存在していたと思う。その形跡が当代に残るわずかな史料からも読み取れるがゆえに、律の復元に踏み切つたのである。

日本書紀、天武天皇十三年十二月条に、土師甥や白猪宝然ら後に大宝律令の編纂に携わる者たちが、おそらくは永

徴律令及び永徴律疏を将来し、それを我が国の浄御原律の編纂事業に寄与せしめたと思われる。

なお、我が国独自の律ができるまでの間は、従来の説では単に「唐律」代用といわれてきたが、我が国にもたらされたその「唐律」の具体的名称が判明せず、伝来時期も詳らかではなかった。ゆえに私は、無条件には唐律代用説は採らなかつたのである。天武朝とそれ以前の時代は、いまだ唐律は我が国にもたらされてはおらず、それゆえに隋律、それも大業律を基にした代用を行つて来たのではないだろうか。その時点では、すでに恵日らが遣唐使として唐に赴き、大業律を入手し、天武朝前後には、当該律令の十分な検討、研鑽を積んでいたはずである。

重ねていうが、推古紀三十一（六二三）年七月、唐から帰朝した恵日らが隋で見た「法式」（律令）は大業律令であつたはずである。やがて隋は滅び唐が興る。唐も律令を編纂するが、遣唐使には現行法は見ることもすらできない。それならば、滅びた隋の律令の条文の要点を関係者から多少は聞き書きすることもありえたかもしれない。その後、平安朝の寛平三（八九一）年ころ、宇多天皇の命による藤原佐世の著作『日本国見在書目録』に、「隋大業令 三十卷」と記録され、また律も「大律」などと不明確で、明記

されてはいないが併せて我が使節が持ち帰つたという痕跡が残されている。

その大業律令が将来された時期はいつか。舒明紀二（六三〇）年八月（遣唐大使は犬上御田歙）の第一次遣唐使、あるいは白雉五（六五四）年二月（遣唐使押使は高向玄理）の第三次遣唐使、のいずれかであろう。どちらも恵日が副使として再渡航している。「常にかようべし」と奏上したとおりに実行されている。律がもたらされた可能性は第三次の時の方が高い。第一次は一悶着を生じ、律の輸入は難しかったであつたろう。第三次は多くの留學生が派遣され、唐の文物移入に関心が高く、殊に律令に関する疑義の究明、あるいは関係資料の収集に力点が置かれていた形跡が窺われる。

令に限つていうと、中村裕一氏によれば、大業令は唐令の正本となつていたことにその意義があるとされる¹⁰。また、榎本淳一氏は、一歩進んで、浄御原令の篇目構成に隋令の参照の可能性があるとされる¹¹。

さて、律令裁判に関わる九名の判事の任命が行われたのは、持統紀三年二月二十六日条に記すとおりである。彼らは訴訟の事実審理や、律令の該当条文を引用して判決を下す実務官人として任用されたと考えられる。律令を準拠法

典とする裁判実施の基本骨子が、ここに固められたと思惟される。

こうした人事と態勢づくりの背景には、律令の全面的施行が企図されていたであろうことが容易に想像される。判決の困難な事案が諸国から送られて来た場合には、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からである。もし判事や解部が配属されない場合、法典は空文と化すはずである。九名の判事中、藤原史（不比等）の存在は特筆される。不比等は判事の組織内で重要な位置を占めていた。近江令の編纂を指導した藤原鎌足の後継者であり、政務の中核にいる枢要の人物である。かつては鎌足の元で裁判の実務と行刑の指揮の仕方など数々の難事への対処法を学んだことであろう。彼は律令法の知識や法の施行という諸課題の解決法に長けていたということが、早川庄八氏の研究で明らかにされている。¹²⁾

この点からも藤原不比等は浄御原律令編纂の主導者として、粟田朝臣真人、調伊美伎老人、下毛野古麻呂、伊余部連馬養、そして後に加わる土師甥や白猪宝然らを傘下に置き、¹³⁾その任に当たった可能性は高い。いずれも大宝律令編纂関係者であるが詳しくは今は述べない。

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、律令の編纂がそのころ最終段階に入り、次なる施行の段階に駒を進めたことを示唆する。だがその時期と重なる形で、持統三年四月十三日に持統天皇が信を置く草壁皇太子が薨去し、慶賀すべき律令の公布は、延期され、結局その式典は、天武天皇の最年長の高市皇子の太政大臣就任の日、持統紀四年七月五日が選ばれる。¹⁴⁾持統三年十二月頃から浄御原律に準拠したと思われる裁判事例が日本書紀に出てくる。それらが準拠した律条規については次節で論じる。

持統四年正月二十日には、刑官に百人の解部が補任されている。治部省からの転任であった。利光三津夫氏は刑部解部が流人を配所に移送する部領使に差せられたことを『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。¹⁵⁾この時百人の解部が補任されるが、養老令の解部は六十人である（養老職員令30刑部省条）。持統朝における大幅な解部職員の増員は、まさに裁判と行刑を実施するに当たり全国規模での審理を行う必要に迫られていた事実が窺われる。罪人の決罰に当たり、拷問の実行役に任じた解部は、行刑を担当し、律と令に準拠した裁判と訴訟手続を担っていたのである。

以上の判事任命や解部の増員は、浄御原律令の施行に際しての法曹関係職員の充実が図られたことを示し、律令による裁判とその手続法の本格的実施が背景に存したと考えられる。それには準抛法としての律の存在が大前提となろう。なお判事、解部は我が国独特の職員であり、接取した唐律を日本風に修正した上で裁判と行刑の執行を行っていたことをうかがわせよう。

さらに、持統紀四年七月五日には前記した高市皇子を太政大臣、丹比真人島を右大臣に任命し、次いで「八省・百寮」を整備し、それとともに、律の実施に踏み切ったのではなからうか。

それゆえにこそ、大宝律令が撰定なった大宝元年八月癸卯（三日）の記事に「大略浄御原朝廷を以て准正とす」という文が見られるのである。この記事の浄御原朝廷とは浄御原朝廷に成った律令を指している点はずと知られてゐる。

(1) 上野・前掲論文。なお、榎本淳一氏の書評（前掲）、を参照されたい。

(2) 「禁正月往来行拜賀之礼。如有違反者、依浄御原朝廷制決罰之。但聽拜祖・兄及氏上者。（正月に往来して拜賀

のの礼を行うことを「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。ただし、祖・兄と氏上とある者とを拜むことを聽す。」という内容である。青木和夫ほか校注『続日本紀一 新日本古典文学大系12』（岩波書店・一九八五年）はこれを、(一) 諸王・諸臣・百寮は兄・姉以上親及び氏長以外の者への拜賀を禁じる、(二) 諸王・諸臣は卑姓の母への拜賀を禁じる、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拜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。

(3) 訳注は、坂本太郎ほか校注『日本書紀 日本古典文学大系68』下・岩波書店・一九六五年。

(4) 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る―」笹山晴生先生還暦記念会編『日本律令制論集』上巻・吉川弘文館・一九九三年、後に同氏『律令官制と礼秩序の研究』吉川弘文館・二〇一一年、所収。

(5) 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。

(6) 当該律の編纂・施行説は滝川・坂本以降、長谷山彰『日本古代の法と裁判』（創文社・二〇〇四年）と前掲・拙論であるが、長谷山氏は天武十四年九月の博戯と持續三年十二月の双六禁止を編纂施行の境目と見ている。前

- 者については、天皇の賭博遊戯は律の禁令には含まれないと考える。また後者の双六禁止は浄御原律の条文によるものと思う。なお小林宏「日本律の成立に関する一考察」『牧健二博士米寿記念論集 日本法制史論集』（思文閣出版・一九八〇年）は当該律の第一次草案は編纂されたという。川北靖之『日唐律令法の基礎的研究』（国書刊行会・二〇一五年）はこれに賛意を表している。しかし、小林説は第一次草案とは何かという説明を欠いている。
- (7) 倉本一宏「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・吉川弘文館・一九九三年、後に『日本古代国家成立期の政權構造』吉川弘文館・一九九七年、所収。なお永徽律令の将来については坂上康俊氏等の説がある。
- (8) 井上光貞「日本律令の成立とその注釈書」井上・関晃・土田直鎮・青木和夫校注『律令 日本思想大系3』岩波書店・一九七六年・七四二頁以下。後に『日本古代思想史の研究』岩波書店・一九八二年、所収、及び『著作集2』。
- (9) 森公章『日本の対外関係2』吉川弘文館・二〇一二年。
- (10) 中村裕一「唐令の基礎的研究」汲古書院・二〇一三年。氏は唐令が大業令を継受していた可能性に言及する。
- (11) 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、所収。
- (12) 早川庄八「奈良時代前期の大学と律令学」『日本古代官僚制の研究』岩波書店・一九八六年。早川氏は大宝律令施行のもとで、藤原不比等が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解釈と運用について大きく貢献していたと論じている。
- (13) 坂上康俊「律令制の形成」『岩波講座日本歴史 第3巻古代3』岩波書店・二〇一四年・二五頁。
- (14) 井上・前掲論文。
- (15) 利光三津夫「解部考」『律令制とその周辺』慶應通信・一九六七年、所収。なお滝川政次郎氏は『裁判史話』で令制下の解部という司法事務担当官吏に言及している。また告井幸男「解部攷—令前官職の—様相—」栄原永遠男ほか編『律令国家史論集』塙書院・二〇一〇年、所収、を参照のこと。
- (16) 浄御原令では、八省は六官ないし八官、寮は官または職と称した。

三 浄御原律の施行期間

前掲した拙論において、浄御原律の施行は、令とほぼ同じころであったと考えた。つまり浄御原令の施行は持統紀

三年六月庚戌（二十九日）、律もそのころに実施されたと思う。そして次の大宝律が施行されるまでの間を浄御原律の実施期間と考える。簡略に関係史料を時系列で示すと次のごとくである。

A 文武四年三月 大宝令の完成

B 文武四年六月甲午 勅刑部親王

……撰定律令 賜禄各有差。

（大宝律令の編纂者褒賞）

C 大宝元年三月 大宝令の官名位号の実施

D 大宝元年八月 大宝律の完成

E 大宝二年二月戊戌朔 始頒新律於天下

（大宝律の京・畿内実施）

F 大宝二年十月戊申 頒下律令于天下諸国。

（大宝律令の全国の実施）

Aは大宝令の完成を示し、Cは大宝令一部、先行実施、Dは大宝律の完成、Eは令に続き律の京・畿内施行開始を示し、Fは大宝律令の全国の実施を示す記事であると考え¹⁾る。京・畿内実施と全国の実施に八カ月のズレがある。二月から十月までの期間中は京・畿内以外の地ではまだ浄御原律が施行されていた。

これによると・大宝二年七月乙未条の続日本紀の「始講

律是日、赦天下罪人」、及び同じく九月丁亥条の「大赦天下」とある記事は浄御原律施行期間の刑事的措置となる。赦に関しては以下の断獄律20・21の条文復元の節で言及する。

大宝二年二月以降における京・畿内施行、及び同年十月以降の全国的律施行を念頭に、浄御原律の痕跡を抽出して条文復旧を試みたい。

（1）大宝律令の施行時期に関しては井上・前掲論文を参照。

また、石上英一「大宝律令」『日本大百科全書』小学館・一九九四年参照。

四 浄御原律の復元

「イ」 篇目と篇立——大業律から永徽律へ——

浄御原律の存在が明らかになれば、次なる問題は、浄御原律の原型の復旧についての考察に進まねばならない。天武天皇と皇后による天武十年の律令更改宣言は、すでにそれ以前に相応の準備期間があつたことだったろう。

同年以降、律令編纂作業は造法令殿で始められ一定の進

抄を見せたに違いない。だが、天武十三年末に唐より帰国した遣唐留学生土師宿禰男と白猪史宝然ら、ともにのち大宝律令編纂官となる者たちが、永徽律令及び永徽律疏をもたらしたことにより（推定）、律編纂の方向性は、冒頭の十悪の取扱いや、律疏の導入をめぐり、ここに思考転換を余儀なくされた。大業律に準拠して粗方できていた浄御原律の素案ではあったが、最新の唐の律を見て、編纂の全編見直しが行われたはずである。大業律では省かれていた十悪中の二悪は、永徽律疏を手本にして結局十悪とし⁽¹⁾、篇目・篇立も永徽の律に倣うことにしたのではなからうか。それまでの大業律に代わって、新たに永徽律疏を範典とする方向に舵を切ったはずである。施行早々の持続四年の恩赦記事に十悪が見られるが、大業律名例には十悪とはなっていない⁽²⁾。

しかし、ここに来て律だけが永徽律疏を範典とする訳にはいかない。浄御原令はどうであったか。中村裕一氏の報告では、篇目は不詳だが条文内容は大業令に近似しているという。だが当時の隋と唐の律令にどれ程の相違があったか詳しくは分かっていない。

判明する大業律の篇目は、

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、十四廢牧、十五関市、十六雜、十七詐偽、十八斷獄の十八篇⁽³⁾。いつぼう、永徽律の篇目は、

一名例、二衛禁、三職制、四戸婚、五廢庫、六擅興、七賊盜、八鬪訟、九詐偽、十雜、十一捕亡、十二斷獄の十二篇である。これは大宝・養老律の篇目・篇立と一致する。それゆえ大宝律令が完成した大宝元年八月の記事に「大略以浄御原朝廷為准正」と記されたのは浄御原律の篇目が永徽律を範とし、上記列挙のごとくであったことを物語っている。大宝律は十悪から八虐へと二項を除いたという点を除けばの話だが。

大業律の前の開皇律名例は十悪であり、篇立も上記永徽律に等しい。二悪を除いたのは二代皇帝煬帝の個人的事情によるものと思う⁽⁴⁾。隋は初め南北朝時代の北朝の北斉から十悪の制を受け継ぎ、二代煬帝の時、これを除いた。隋書刑法志に「煬帝即位……勅修律令、除十惡之條」とあり、唐名例律十惡の疏議に「大業有造、復更刊除、十條之内、

唯存其八」と見えるのはその証拠である。煬帝は父文帝を殺害して（悪逆）帝位につき、父の妾宣華夫人を奪った（内乱）ことは資治通鑑卷百八十隋文帝仁寿四年七月甲辰条に見える。悪逆と内乱が除外されたかと思われるが、詳しい点は明らかではない。

律令の運用方法はともかく、条文の上ではさほどの相違はなかったという見解もある⁵⁾。材料不足でそれを見極められないのが残念だが、ここでは行論の便宜上形式・内容は最小限の修正を加えたもので、基本的に永徽律疏を導入する方向で編纂が進んだと認識して論じたい。

なお留意すべき点は、①浄御原時代を遠くさかのぼる履中天皇紀元年四月辛巳朔条に、阿曇連浜子を召して仲皇子と「謀逆、将傾国家」を企てた十悪中の謀反の容疑を追及されていること。②また允恭天皇紀二十四年六月に木梨軽太子の近親相姦事件が、十悪の内乱に相当する重罪として描かれていること。③そして推古天皇紀三十二年四月戊申条に「有一僧、執斧毆祖父、時天皇聞之召大臣、詔之曰、夫出家者頓帰三宝、具懐戒法、何無憊忌、輒犯惡逆」と十悪悪逆に該当する罪について記していること、などである。最後の悪逆に関して井上光貞氏は律用語が存したことは疑問であるとする⁶⁾。これら十悪の項目は日本書紀の天武朝を

はるかさかのぼる時代の出来事であるから、十悪の適用は、にわかには信を置けないことはいうまでもないことではあるが、日本書紀編述のことは天武・持統朝に行われている。したがって、両朝での同紀編纂の途次に、当時実施されていた十悪が前代の故事・伝承に照らして述作されたのかも、しれない。つまり、殊に内乱は、後の八虐にないものだが、浄御原律には存したのであると、そのように思考する方向に、私は傾いている。

(1) 曾我部静雄『日中律令論』吉川弘文館・一九六三年・九〇頁以下。『旧唐書』経籍志、『新唐書』芸文志にも十八卷とあり、『玉海』は十八篇と記す。

(2) 曾我部は大業律では八虐だったという。「十悪と八虐」『日本歴史』一九七六年十一月号通号三四二号。だが八虐という根拠は史料の明記がなく不確かである。

(3) 隋書刑法誌。

(4) 曾我部・前掲論文。

(5) 中村裕一・前掲書。

(6) 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』岩波書店・一九八二年。

〔口〕 淨御原律の条文復元

淨御原律の条文を復元するに際してあらかじめ言及しておかねばならないことは、かつて吉田孝氏がその論文「名例律継受の諸段階」^①において、五罪の各条の存在を書誌学的考察のうえ推測し指摘されている点である。したがって、それらの条文の存したことを自明のこととして認める研究者がいるかもしれない。しかし本稿では、淨御原律令施行期の日本書紀や続日本紀の記事の中から五罪が実施されていた形跡を見出し、その存在を明らかにしたいと考え、改めて条項を設けて論じる次第である。

また持統朝に、淨御原律がほぼ完成し、文武朝初頭までの間に施行されていた点を前提にすれば、持統・文武両天皇の下で行われる天皇即位の儀式や、祭祀の遂行は細かなミスも許されない厳肅なものであったから、行事進行上の瑕疵、過失に対する罰則も、唐律に見るように、厳しく行われたに違いない。背後に強力な物理的強制力がはたらいて取り締まりが行われていたと考えるのが自然であろう。したがって大祀、大嘗祭をめぐる手続上の誤りや式場への闖入事件、神饌の盗み、誤毀などに対する処罰規定が、詳細に規定されていたはずである。これらは唐律においては詳密な罰則があるゆえに、大宝・養老律もおおたそれら

を継受している。淨御原律においても同ように、直接「律云」「依律」という引用句がなくとも、類推復元が可能と考え、以下に復元条文を掲示する。このような類推復元はほかの条項にも用いる場合がある。読者にはこの点を諒とされ、またご教示をいただければ幸甚である。

(1) 吉田孝・前掲「名例律継受の諸段階」。

(2) 持統五年十一月戊辰(二日)大嘗す、とある。持統の即位は四年正月一日なのでその年の十一月の新嘗祭に行われるべきだが一年遅れている。理由は種々推測可能である。即位大嘗祭は天皇即位後初めて行う贊新穀の祭。神祇伯中臣朝臣大嶋が天神寿詞を読む。この点は養老神祇令に「凡踐祚之日、中臣奏天神之寿詞」と見える。

1 名例律1答罪条

① 続日本紀、文武二年七月乙丑(七日)条に「作答法」とあるから、淨御原律施行中に答罪が行われたことが判明する。^①また② 同紀、文武三年三月甲子条において、「赦畿内徒罪以下」とあり、徒罪以下の杖罪と並んで、答罪の囚人が赦の対象となることが知られる。

なお、吉田孝氏は、前述したとおり、その論文「名例律継受の諸段階」（前掲）において、笞罪以下の各条規が存したことを書誌学的考察のうえで推測し指摘されている。しかし本稿では、前述したように、浄御原律施行期の日本書紀、及び続日本紀の記事の中から本条規以下の五罪が実施されていた形跡から、その存在を明らかにしたいと考える。

（一）文武二年七月まで笞罪が用いられて来なかった点に關しては、笞と杖は罪人の背を叩く物が太いか細いかの違いであつて、もともと同系統の刑であつた。したがつて笞杖は一つにまとめられて杖の刑が用いられてきたのであろう。文武二年に笞刑が分けられて用いられるようになるのは、中国律の影響の浸透、及び大宝律令を仕上げ最終段階に際して、五罪を明確にしておく必要があつたものと考えられる。とすれば、それ以前の浄御原律は五罪ではなく四罪であつたことになる。なお、井上光貞「隋書倭国伝と古代刑罰」「日本古代思想史の研究」岩波書店・一九八二年、所収。を参照。

2 名例律2杖罪条

続日本紀、文武三年三月甲子（九日）条において、畿内

の徒罪以下を赦す、とあつて、徒罪以下の中に杖罪が含まれているゆえ、浄御原律に名例律2杖罪条が存在したことが知られる。

3 名例律3徒罪条

浄御原律に徒罪条が存したことについては、以下の日本書紀、続日本紀の記事が例示できる。

①日本書紀、持統六年二月乙卯（十九日）条に「詔刑部省、赦輕繫」とある。徒罪以上の罪人は、刑部省囚獄司が管理するゆえ、浄御原律に徒罪という罪名が存在したことが判明する。

②同じく持統六年四月庚申（二十五日）条に「詔曰、凡繫囚・見徒、一皆原散」とある。これは現在服役している徒罪の囚人を大赦で放免するという意味であり、徒罪の存在を証明する。

③また同じく持統七年九月丙申（十日）の日本書紀の記事に、「為清御原天皇、設無遮大会於内裏。繫囚、悉原遣。」とあり、徒罪の囚人を放免することが見えている。

④持統九年九月乙巳朔戊申（四日）の日本書紀に、「原放行獄徒繫」とある。集解は「按、行獄、原放徒繫」といふ説を述べるが、いずれにしても徒罪囚の赦が確認できる。

⑤ 同紀十一年七月乙未朔辛丑(七日)条に、「赦常鑿盜賊一百九人。」(鑿は金屬製の縛る紐。)とあり、徒罪の盜賊百人あまりの赦の記事がある。

⑥ 続日本紀、文武三年三月甲子(九日)条に、畿内の徒罪以下を赦すと記されている。

以上六 points の史料により、淨御原律に徒罪条が存在したことが証せられる。

4 名例律 4 流罪条

文武三年五月丁丑(二十四日)の続日本紀の記事に、役君小角、伊豆嶋に流すとあるから、流罪条の存したことが知られる。記事によれば、初め小角は、葛木山に住み呪術を以って称められる。彼は外従五位下韓国連広足の師であって、後にその能を害し、讒づるに妖惑を以てした。ゆえに、遠き処に流される、とある。日本靈異記にも同様の記載が見られる。

この記事により流罪条文の存在、そして伊豆大嶋が遠流の地であったことが分かる。

伊豆国は養老六年正月壬戌、天平勝宝八歳七月葵酉、ともに「配遠処」とある。神龜元年三月条では遠流国と記されている。大宝・養老律においても遠流の地であり、淨御

原律でも遠流国であった。これにより、ほかに近流、中流が存在したことが推測可能となる。

5 名例律 5 死罪条

日本書紀、持統八年十一月丙午(二十六日)条に、「殊死より以下赦し賜う」と見える。殊死は斬刑のことである。⁽¹⁾

日本書紀には、殊死より以下とあるから、斬罪の次の死罪である絞罪の存在も、ともに赦を賜ったものと思われる。

ゆえに、淨御原律に死罪条が存在し、かつ「絞斬二死」が存したことが知られる。

(1) 顔師古注に殊は絶也とある。

6 名例律 6 十悪条

① 日本書紀、持統六年七月甲午朔乙未(二日)条に、

大赦天下、但十悪・盜賊、不在赦例、

とあり、② 続日本紀、文武三年十月甲午条に、

一赦天下有罪者、但十悪強窃二盜、不在赦限、為欲营造

越智山科二陵也、

とあり、③同紀、文武四年八月丁卯（二十二日）条に、

赦天下、但十悪盗人、不在赦限、

とある。これら十悪の語が三たび見られる。したがって、十悪条の存在したことが知られる。

①と③の大赦は祥瑞に拠るものであるが、③では大赦の理由は唐でも例のない陵墓造営のためであると記す。ゆえに、我が国特有の大赦の事由がここに認められ、十悪がこの時期の我が律に存したことが示唆される。

7 名例律6十悪条大不敬

以下は十悪条の条項に含まれるが、多義にわたるので、大不敬だけをここに取り上げて記す。

①持統四年正月朔条に「神祇伯中臣大嶋朝臣、天神寿詞讀む。おわりて忌部宿禰色夫知、神璽の劍・鏡を皇后に奉上。皇后、即天皇位、公卿百寮、拜す」とある。これは養老神祇令に「凡踐祚之日中臣奏天神之寿詞」「忌部上神璽の劍・鏡」とあるのに相応する。

ここにいう神璽を盗むことは大不敬に相当する。
養老名例律八虐条大不敬には、

六曰。大不敬。謂毀大社及盜大祀神御乃物。乘輿服御物。盜及偽造神璽内印。合和御藥。誤不如本方。及封題誤。若造御膳。誤犯食禁。御幸舟船。誤不牢固。指斥乘輿。情理切害。及对捍詔使。而無人臣之礼。

とあり、その注「謂毀大社」以下の末尾に「对捍詔使。而無人臣之礼」と見える。

また、大宝律当該条にも同様の規定があったことは拙論「大宝名例律八虐・六議条の復元について」で触れた。

条文中に「盜及偽造神璽内印」とあり、神璽を盗むことは賊盜律24神璽条の処罰規定により職制律32指斥乘輿条が適用され絞罪となる（後述）。

②持統天皇紀の大嘗祭において、「盜大祀神御乃物」も罪は大不敬に当たり、また賊盜律23盜大社神御之物条によつて中流に罰せられる。また大社を毀す罪も大不敬に当たり、これに対する罰則は、賊盜律1謀叛条に「謀毀大社者。徒一年。毀者遠流。」とある。大社は伊勢神宮のこと。

③文武紀四年六月庚辰（三日）条には、

薩末比売・久売・波豆、衣評督衣君県、助督衣君弓自美、又肝衝難波、従肥人等、持兵剽却覓国使刑部真木等。於是勅竺志惣領、准犯決罰。

(薩末比売・久売・波豆、衣評督衣君県、助督衣君弓自美、また肝衝難波、肥人等を従へて兵を持ちて覓国使刑部真木らを剽却(おびやか)す。是に竺志惣領に勅して、犯に准へて決罰せしめたまふ。)

とあり、薩摩・大隅の隼人の土豪らが覓国使即ち詔使に對捍したことの事後処理として、それらの隼人の処罰を竺志惣領に命じた記事を載せている。

養老律では詔使に對捍することは、八虐の大不敬に当たる。したがって、この時期は浄御原律が施行されていたので、同律の名例律六十悪条大不敬に当たる犯罪とされた。

(1) 上野・前掲「大宝名例律八虐・六議条の復元について」『皇学館論叢』第四十七巻第二号・二〇一四年。

(2) 利光三津夫「律令における「大社」の研究」『律令制とその周辺』慶應義塾大学法学研究会・一九六七年、所収。

8 名例律18除名(十悪反逆縁坐) 条

名例律18除名条疏文に、「非常の斷、人主專之」という、法を超越した天皇の大権が特記されている。⁽¹⁾大宝律施行期に「非常の沢」(養老二年十二月丙寅条)、あるいは「非常の恩」(天平十六年九月丙戌条)という文言で赦令に出てきており、死罪までもが赦されている。

浄御原律の施行期にあつては、次のような史料が本条の存在を推測させる。

続日本紀、大宝元年十一月乙酉(十七日)条に、「太政官処分すらく、承前に恩有りて罪を赦す日には、例として罪人等を率いて朝廷に集めたり。今より以後は、更に然ること得ざれ。赦の令已に降らば、所司をして放たしめよ、という」と見える。この太政官処分は次のようなことを指示したものであるという。従来は恩赦があつて罪人を宥す場合は、その当日に担当の官司は罪人等を引率して朝廷すなわち朝堂院内の大極殿前庭に整列させ、口頭で赦の旨を宣告して釈放していたが、今後はそのような儀式を止め、赦令が下つたならば所司はただちに釈放するようにせよ。

これは素朴な口頭伝達方式から、文書による伝達方式に改めたことを意味するもののように見受けられるが、佐竹昭氏の研究によれば、⁽²⁾そうではないらしい。ここにいう

「承前」の方式は唐で行われていた行事に一致し、我国でも浄御原律令制度下でこれを継受して同様の儀式が行われていたことが、本記事により知られるゆえである。すなわち、唐の獄官令復旧第四十三条として貞観令の

諸有赦之日、武庫令設金雞及鼓於宮城門外之右、勅集囚徒於闕前、搗鼓千声。訖宣詔而釈之。

が復元されて⁽³⁾おり、開元七・二十五年令ともに同文の条文があったとしている。だが、養老獄令にはこれに相応する条文がみられず、それは大宝獄令でそうした条文を設けなかったことによると推定されている。本条の太政官処分は、このような事情から出されたと考えられる。

飛鳥浄御原時代にさかのほれば、それと同様の赦文は持統紀六年四月、同七年九月、同八年十一月、同九年九月、同十一年六月などに頻出し、死罪以下すべての罪が許されている。これは天皇大権が実行されていた証しと見られる。その背景には、名例律18条と同様の律条が浄御原律に規定されていたことが窺われる。

本項での十悪から八虐への変化という議論にしては少し推論がいきすぎたという思いはある。天武・持統の時代か

らその直系子孫へと時代が移り変わる背景には、律冒頭において日本の独自色を打ち出すという点に、政権の目的があり、そこに大きな意義を見出すという、我が国為政者の矜持に拘わる問題があったのではないだろうか。それは丸々唐律を引き写したのではない、という誇りである。しかし律全体として見た時には、その実態はほとんど直輸入の様相を呈していたことはいままでもない⁽⁴⁾。

さらにまた、養老名例律18除名条に相応する条文の存在したことが推測されよう。本文を示すと、

犯八虐。故殺人。反逆縁坐。獄成者。雖会赦猶除名。即監臨主守。於所監守内犯姦盜略人。若受財而枉法者。亦除名。獄成会赦者。免所居官。其雜犯死罪。即在禁身死。若免死別配。及背死逃亡者。並除名。会降者。聽從当贖法。

すなわち、赦によって本刑（流罪）が赦されても、附加刑としての除名・免所居官は赦されない。除名は官人の身分を剝奪することである。免所居官は位階ないし勲等を剝奪することをいう。

(1) これら「非常の恩」などの文言が、名例律の「非常の断、人主これを専らにす」という、天皇の、律令を超えた専権を表すことについて、私はこれを赦の法源に由来するものと見做すのである。「非常の断、人主これを専らにす」については、利光三津夫氏の専論がある（『非常之断、人主専之』に関する一試論「律令研究統紹」慶應義塾大学出版会・一九九四年、所収。）

(2) 佐竹昭「日本古代における赦について」『史学研究』一四三号・一九七九年、後に『古代王権と恩赦』雄山閣・一九九八年、所収。

(3) 仁井田陞著・池田温編集代表・前掲『唐令拾遺補』。

(4) 浄御原律施行以前の天武天皇六年六月条に「是月に東漢直等に詔して曰く、汝等、七つのあしき事犯せり、故に大きな恩を降して許し賜う」とあり、聖恩によって罪が許されている。これ等は本条の非常の断君主これを専らにする赦によって許されたものと思うが、浄御原律施行以前の赦に関してはいずれ述べたい。

9 名例律55称日条

持統天皇三年閏八月辛亥朔庚申（十日）条に、詔が諸国司に出され、戸籍⁽¹⁾を造ること、また九月を限りて浮浪を糺し捉えるべし、兵士は一国ごとに四つに分かちてその一つを点（さだ）めて武事を習わしめよ、とある。いわゆる庚

寅年籍の実施を諸国に命じたものである。

戸籍の作製に当たっては人名とその年齢が非常に重要になってくる。

大宝・養老の名例律55称日条条文は、日・年・衆・謀の定義を厳密に規定している。そのうち、「年」は三百六十日、すなわち満一年。徒罪の徒幾年という時には、すべて曆年に依る。ただし、人の「年（年齢）」は戸籍に基づき数え年で行う。これは戸令19造戸籍条に、戸籍の作成手続きについて規定があり拘束力があるのである。戸籍は戸ごとと戸口の生命・続柄・年齢などを記した基本文書である。身分、年齢などに関する律令の諸規定はすべて戸籍の記載による。

庚寅年籍の実施は、名例律55称日条における年齢の基準を定めることを前提に行われていたと見做すことができよう。

(1) 大宝・養老の戸令では十一月上旬に造籍を開始する。

(2) 本籍地を離れた者は、正業に従事しても課役を免れ易いので、浮浪・逃亡として取締の対象となる。

10 衛禁律20行宮諸門条

日本書紀、持統四年七月壬午（七日）条に、

詔令公卿百寮、凡有位者自今以後於家内着朝服、而參上未開門以前。蓋昔者到宮門而着朝服乎。

（詔して、「公卿・百寮に命じて、およそ有位の者は、今後、家で朝服を着用して、まだ宮門の開かないうちに参加させよ。」とおおせられた。おもうに昔は宮門に到着してから朝服を着用したのであるうか）

という記述が見える。官人が出入りする諸門に関しては、衛禁律20行宮諸門条に厳格な規定がある。当該条文は、宮諸門を宮城諸門に比当することについて規定を設けている。とすれば、浄御原律においても同よう、厳しく規則が定められていたはずである。

なお、前記した持統紀に「昔者」とあるが、さかのぼってこれに関する記述を求めると、類似の史料は見当たらないが、関連史料としては、孝徳紀、大化三年是歳条に、官人は寅の刻（午前四時）に宮の南門の外に羅列して日の出を待たと定められているのがある。

11 衛禁律32縁辺城戍条

持統紀三年九月庚辰朔己丑（十日）条に、直広參石上朝臣麻呂らを筑紫に遣わして、新しい城を監（み）しめたまう、とあり、また持統紀三年十月庚戌朔庚申（十一日）条に、天皇、高安城（ト）に幸す、とある。

城郭の設置とその維持については、律令に敢然とした規律が定められていた。したがって、これらの記事の背景には、浄御原律の存在があったと見做さなければならない。養老衛禁律32縁辺城戍条には

凡縁辺之城戍。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。（謂出入之路、関於候望者）。（国境縁辺皆有城戍。式遏寇盜。備預不虞。其有外姦内人。謂蕃人為姦。或作間諜之類。注云。謂衆不滿百人者。此謂小々姦寇抄掠者。若滿百人。自依擅興律。連接寇賊。被遣斥候。不覺賊來。徒二年。内姦外出者。謂国内人為姦。兩出向化外。或荒海之畔。幽險之中。候望之人。不覺有姦出入。合徒一年半。（後略）

（一）内は注文、（二）内は疏文

とある。当該律条文は、辺境防備のために取り締まり相手とする賊徒の人数は、百人未満といった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)。拙論「大宝律および養老律若干条の復元について」⁽²⁾で論じたように、本条は大宝律にも存在したことが、同律施行期の続日本紀、靈龜二年五月辛卯(十六日)の

太宰府言、豊後、伊豫二国之界、従来置戍、不許往還、から類推できる。

持統天皇時代は、唐や新羅などの大陸との軍事的緊張関係がまだなお高く、堅固な城の構築と守備態勢が求められていた。城柵の守備態勢の制度化は必須であった。

ところで、擅興律 10 主将守城条、および衛禁律 32 縁辺城戍条が大宝律に存在したことが推測される。

人兵を率領する主将の任にあるものが、賊の攻撃を受けながら固守するを放棄する行為、あるいは日夜の警備が不十分のために賊の攻撃を被り、損害を受けるにいたった行為を罪の成立要件とする。右文中の疏文の一句に、

若満百人。自依擅興律。連接寇賊。被遣斥候。不覺賊來。徒二年。

と見える。文中の擅興律は賊徒が百人に満ちる多人数の場合に対応する罰則を設けたものである。これについては別の項目で論じる。

(1) 大和と河内の国境にある標高四八八mの高安山頂上付近に築かれた山城。天智・天武朝の遺跡は未発見である。

(2) 『皇学館論叢』第五十三卷第一号・二〇二〇年・四頁以下。

12 職制律 8 大祀不預申期条

養老職制律 8 当該条には、

凡大祀不預中期。及頒告所司者。笞五十。以故廢事者。徒一年。幣帛之属不如法。杖六十。闕数者。杖八十。全闕者。杖一百。(全闕謂一座) 中小祀通減二等。(余条中小祀准此。)

とある。

養老律当該条（及びそれ以下の9・10条）に關しては、滝川政次郎氏の「律と大嘗祭」という論文に詳しい。

祭祀を執り行う手続きや準備を間違えたり手落があった場合の罰則を定めている。神祇令15祭祀にいう祭祀は、所司が予め太政官に申し、太政官は散齋の日の平旦に關係所司預告についての規定であるが、祭祀の違反で大祀の場合には笞五十の処罰、神祇令16は幣帛などの監督についての規定であるが、その違反で、大祀の場合、杖百ないし杖六十の処罰規定を設けている。また職制律8条には祭祀の理由なき不履行（大祀の場合、徒一年）、職制律10条には祭祀の行事失錯（笞五十ないし四十）について刑罰を定めている。これらは刑量を改めた以外は、まったく唐律に準拠したものである。

養老神祇令1・9には、まず一条に「凡天神地祇者、神祇官皆依常典祭之」とあり、文中の「常典」とは神祇令に規定がある恒例を意味する。これを守らず違反があった場合は、職制律に見えている罰則で処罰される。

以下、二「仲春 祈年祭」、三「季春 鎮花祭」、四「孟夏 季春 神衣祭 大忌祭 三枝祭 風神祭」、五「季夏 月次祭 鎮火祭 道饗祭」、六「孟秋 大忌祭 風神祭」、七「季秋 神

衣祭 神嘗祭」、八「仲冬 上卯相嘗祭 寅日鎮魂祭 下卯大嘗祭」、九「季冬 月次祭 鎮火祭 道饗祭」とあげて、末尾に「前件諸祭。供神調度及礼儀。齋日皆依別式。其祈年月次祭者。百官集神祇官。中臣宣祝詞。忌部班幣帛。」と記し、一条から九条の全体のうち結語、補説を載せる。この文中「忌部班幣帛」の幣帛は、神意を慰めるために神に供える物品をいうが、令条の違反について職制律8は「幣帛之屬不如法。杖六十」という罰則を定めている。朝廷より諸社に賜う幣帛を重視しているのである。浄御原律の刑量は不明である。

持統紀四年四月己酉（三日）条に、「遣使祭広瀬大忌神与龍田風神」（持統期の広瀬大忌神と龍田風神とを祭る行事の記述第一回目）、同紀四年七月癸巳十八日条、同紀五年四月辛亥十一日条、同紀五年七月甲申十五日条、同紀五年八月辛酉二十三日条に、「遣使者祭龍田風神、信濃須波・水内等神」、持統紀六年四月甲寅（十九日）条に、「広瀬大忌神と竜田風神とを祀らしむ」、などと見え、大忌祭風神祭が四月、九月の二度行われている。大津透氏は「天皇の神祇祭祀は、広瀬竜田祭や大嘗祭（新嘗祭）の整備に見られるように、七世紀後半の天武・持統朝に整備されたと考えられ、神祇令が作られる。その祭祀は、毎年の祈年

祭と天皇即位時には、神祇官で全国の官社に幣帛を分かち、十一月の新嘗祭や六月と十二月の月次祭において畿内の官社に神祇官で幣帛を分かつという、班幣祭祀を特色とする。そこでは神祇官という機構を通して行われ、直接天皇の参加がないことが特色でもある。しかし神祇令には明文がないものの、新嘗祭と月次祭には、その前後に天皇自身の祭祀儀礼が行われる。³⁾と述べ、天武・持統朝に神祇令が作られ、天皇の神祇祭祀は、田祭や大嘗祭(新嘗祭)の整備に見られたと説明する。

なお当該条文が大宝律にも存在したことは、すでに拙論⁴⁾せ論じた。

(1) 滝川政次郎『律と大嘗祭』『律令と大嘗祭―御代始め諸儀式―』国書刊行会・一九八八年。初出は『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、所収。

(2) 以上は、前掲『律令』岩波書店・五三〇頁。

(3) 大津透『律令と天皇』刈部直ほか『日本思想史講座1 古代』ベリカン社・二〇一二年・一二三頁以下。

(4) 上野利三「飛鳥・奈良時代法律の新たな復元試案」『三重法経』第一四二号・二〇一三年。

13 職制律 9 大祀在散齋中喪条

養老職制律当該条には、

凡大祀。在散齋而弔喪問疾。判署刑殺文書。及決罰。食宍者。答五十。奏聞者。杖七十。致齋者。各加二等。

とある。

前項で述べたように、持統天皇の時代に多くの祭祀が認められる。散齋・致齋の期間に、齋戒のタブーを犯した場合は右条規のごとく厳しい罰則が設けられていたであろう。神祇令11条の齋の禁忌の規定の違反に対する刑罰は大祀・散齋の場合、杖七十ないし答五十の処罰を規定している。ただし、浄御原律での刑量は不明である。

なお養老律当該条には、唐律にない「食宍」の語がある。これは井上ほか校注『律令』で述べられたように、¹⁾天武紀四年四月条に「莫食牛馬犬猿鶏之宍」なる禁制の系譜を引くもので、浄御原律当該条にも書き加えられていた可能性が高いと思う。

(1) 前掲『律令』岩波書店・四九六頁。

14 職制律10祭祀朝会侍衛条

持統天皇の代に行われた多くの祭祀の行事に失錯があり、儀式に違反した場合の罰則は、当然厳しく定められていたはずであり、それらに関しては職制律10祭祀朝会侍衛条の規定で対処されたであろう。

15 職制律32指斥乘輿条

上記の名例律十悪条大不敬の項目において、文武紀四年六月庚辰（三日）条に記す「对捍詔使。而無人臣之礼」の犯罪行为が名例律に規定されていることに言及した。そうであるならば本事件は罰則規定を載せる職制律32指斥乘輿条が適用され、処罰されることになるろう。

養老職制律32の当該条には、

凡指斥乘輿。情理切害者斬。非切害者。徒二年。对捍詔使。而無人臣之礼者絞

とある。薩摩・大隅の隼人らが詔使に対捍し、彼ら隼人の処罰を竺志惣領に命じたのだが、その処罰は、養老職制律32に対応する浄御原職制律32指斥乘輿条により裁かれたという推測が成り立つ。

ちなみに、天武紀四年四月丁亥条には、

小錦下久努臣摩呂。坐对捍詔使。官位盡追。

とあり、大不敬に該当する罪に対する処罰事案が見られる。坂本太郎氏はその論文・前掲「飛鳥浄御原律考」において、この記事は飛鳥浄御原律に関係があると推論している。¹⁾

しかし、この時期は天武十年の律令編纂が命じられる以前であるゆえ、まだ浄御原律は編纂も施行もされていないのであるから、浄御原律に関係があるというのは誤りである。この天武四年の処罰事案は前述したように、中国律（おそらくは隋の大業律）代用によって裁かれたものと私は考える。ただしこの準拠法となった職制律の条文が浄御原律に引き継がれて行く素地があつた点は十分に考えられる。

(1) 坂本太郎・前掲「飛鳥浄御原律考」前掲書所収。

16 戸婚律21部内田疇荒蕪条

続日本紀、文武天皇二年五月乙亥（十六日）条に「田疇を巡監する」と見える。これは一見すると、律の条文と直

接関わると思えない、と考えられるかもしれないが、養老戸婚律21部内田疇荒蕪条には、

凡部内田疇荒蕪者。以十分論。一分答三十。一分加一等。罪止徒一年。(国郡各以長官為首。佐職為徒。)

とあり、文中の「田疇」は戸令集解国遺行条に引く古記の

田疇。謂田之疇類。或云。疇。地畔

という解釈から、大宝戸婚律当該条文に存したことが知られている。⁽¹⁾

「田疇」の語は、戸令国守巡行条にもあり、これは大宝令に存在したことが知られている。⁽²⁾

また、その律条の疏文に、

称疇者。言田之類。或云疇地畔也。

とあり、これも上記した古記により大宝律当該条文に存在したことが推測できる。

前記の文武紀の記事から、戸婚律21部内田疇荒蕪条を復

元することは躊躇されるかもしれないが、条文の存在を示唆するものがあると考ええる。

古代の田疇は法により維持・管理され、守られねばならないものであつて、これが法制度化されていたことは至極当然である。それゆえ、文武紀二年に見える史料は、ただ田疇の語が見られるというに止まらず、制度化されていたがゆえに巡監の記事が載せられたのであると考える。

(1) 律令講究会・小林宏編「律条拾遺」国学院大学日本文化研究所編『日本律復原の研究』国書刊行会・一九八四年、所収。

(2) 仁井田陞著・池田温編集代表・前掲書。

17 擅興律10主将守城条

擅興律10主将守城条の条規によれば、人民を率領する主将の任にあるものが、賊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の攻撃をこうむり、損害を受けるにいたった行為を罪の成立要件とするのである。

前述した衛禁律32縁辺城戍条が、百人未満の場合の処罰規定であるのに対して、擅興律10当該条規は、賊徒が百人

に満ちる多人数の場合に対応する処罰の規定である。

当該律条文のように、「連接寇賊。被遣斥候。不覚賊来」つたならば徒二年の罰を受ける。

衛禁律32縁辺城戍条の場合、百人未満の賊徒の接近であるので、その見落としにかかる罪は「徒一年半」であつて、百人以上の賊徒の到来の見落としを規定した擅興律10主将守城条よりは軽い罰則となつている。

百人未満であるか、百人に満ちるかは、時と場合により、また正確に百人以上・以下と分かるのが襲来の前か後であるかは即断できない場合があり、浄御原律にあつては、両様に即応する罰則規定が設けられていたもの⁽¹⁾と考える。

(1) 拙論・前掲「大宝律および養老律若干条の復元について」において、当該条文は大宝律において存在はしたであらう、しかし裏付ける史料がないので、ただ百人未満(小人数)である場合の罰則規定を設けて、百人に満つる(多人数)場合の罰則規定を設けないはずはないという論理性に基づいて、この条文の存在を類推復元しておいた。

18 賊盜律1謀反条

唐律謀反及大逆条に、

諸謀反及大逆者、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、男夫年八十及篤疾、婦人年六十及廢疾者並免、
(下略)

と見える。これは養老賊盜律1謀反及大逆条に、

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、(下略)

とあり、唐律と養老律を見比べると、少し異なるが、それは大まかにいえば、唐律を継受する際の為政者の意図によるものである。

そして養老律の旧律である大宝律の賊盜律1当該条においては唐律に近似していた同条文を、養老律編纂時に改めたのである。⁽¹⁾

ところで、上記した養老賊盜律条文中、「年八十」という年齢区分が見られる。

戸令38官奴婢条に、

凡官奴婢、年六十六以上、及廢疾、若被配没、令為戶者、並為官戶、至年七十六以上、並放為良、(任所樂処附貫、反逆縁坐、八十以上、亦聽從良、)

() 内は注文

とあり、末段の注に「反逆縁坐、八十以上、亦聽從良」とある。ここに見える「反逆縁坐」はもちろん前記した賊盜律¹謀反条を指していることは間違いない。戸令集解に引く穴記注解に「官戸奴婢、篤疾即放為良人、案律意語也」とあり、「律意」という語が、賊盜律¹謀反条の「八十及篤疾者並免」を指し示していることは間違いない。

戸令の注文には「八十以上」とのみあって「篤疾」の語がないので穴記は、律の本意は「八十及び篤疾」というのであると解釈したのであろう。

さてそこで、持続四年三月丁丑朔丙申(二十日)条に、

賜京与畿内人、年八十以上者、嶋宮稻人二十束、其有位者、加賜布二端。

とある。ここに養老戸令で年八十以上及び篤疾(悪疾、癩

狂、二支廢、兩目盲の類)に特に侍を給るとあることは法制度化されていた点と軌を一にする。

ここでは「年八十以上の者」を優待することが記されている。この養老令の趣旨は上記養老律の規定に矛盾しないことが知られる。

持続九年六月壬辰条に、

賞賜諸臣年八十以上及痼疾各有差

(諸臣の、年八十以上とながきやまい(長患いの者)に、各々に応じた賞物を賜う。)

とあり、持続六年三月甲申条に、

賜所過志摩百姓男女年八十以上、稻人五十束。

とあり、持続七年正月癸卯条に、

賜京師及畿内有位年八十以上人衾一領・純二匹・綿二屯・布四端。

とあり、持続七年正月丙午条に、

賜京師男女年八十以上及困乏弱者布各有差。

とある。

右により、「八十以上」優遇の法源は上記律令にあつたと見做す。

したがって、浄御原律の賊盜律1の条文に「八十以上」なる文言が付されていたことが考えられる。

さて、持統紀四年四月癸丑（七日）に、

賜京与畿内耆老耆女（おきなおみな）五千三十一人、
稲人二十束。

（京と畿内との耆老、耆女（六十六歳以上の男女）五千三十一人に稲、ひとごとと二〇束賜る。）

と見える。⁽²⁾

ところで、戸令6三歳以下条に、

凡男女、三歳以下為黄、十六以下為小、二十以下为中、
其男二十一為丁、六十一為老、六十耆、無夫者、為寡
妻妾。

とある。前掲・持統紀の「老、耆女」はおそらく浄御原令において制度化されていたのであろう。こうした年齢の区分は中国では早くから兵役・賦役の負担者を定めることを目的として年齢を区分する制度が発達したが、日本もこれを継受したはずである。

戸令38官奴婢条には、

凡官奴婢、年六十六以上及廢疾、若被配没令為戸者並
官戸、至年七十六以上、並放為良。〔任所樂処附貫。〕
反逆縁坐、八十以上、亦聽從良〕

と記す。⁽³⁾

(1) 拙論「大宝律復元考―養老律より唐律に近似する条項、及び未復元条項を含む律条―」慶應義塾大学法学研究会編『法学研究』第九三巻第一〇号・二〇二〇年・二六頁以下、を参照のこと。

(2) 養老戸令では「六十六為耆」六十六歳以上の男女のことと見える。

(3) 榎本淳一「律令賤民制の構造と特質」池田温編『中国

礼法と日本律令制』東方書店・一九九二年・二九〇頁以下、を参照のこと。

19 賊盜律15造畜蠱毒条

斷獄律20赦前斷罪不当条で述べるが、その逸文に「常赦に免されぬところのみは、常律に依れ」とあり、その疏文に、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。該当する条文のなかに賊盜律15造畜蠱毒条がある。

持統紀六年三月壬午（十七日）条には、

復免供奉騎士・諸司荷丁・造行宮丁今年調役、大赦天下。但盜賊不在赦例。

とあり、除外文書を付した赦書が見られる。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項が存在し、それら四ヶ条の条規の中に賊盜律造畜蠱毒条が存在する。それゆえ淨御原律に、次のような養老賊盜律15造畜蠱毒条に相応する条文の存在したことが推測される。

凡造畜蠱毒。及教令者絞。造畜者同居家口。雖不知情者。遠流。若里長。知而不糾者。徒三年。造畜者雖會赦。并同居家口及教令人。亦遠流。〔造畜蠱毒之人。雖會大赦。并同居家〕即以蠱毒毒同居者。被毒之人父母妻妾子孫。不知造畜情者。不坐。

（一）内は疏文

造畜者と教令人は本刑（絞罪）を減ずるが遠流とする。同居家人は本刑のまま遠流である。

20 賊盜律18殺人移郷条

さらに前に続いて、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が、それにより、養老賊盜律18殺人移郷条に相応する条文が淨御原律に存在したことが推測される。

凡殺人应死。會赦免者移郷。若群党共殺。止移下手者及頭首之人。若死家無父子。祖孫。伯叔。兄弟。或先他国。雜戸及陵戸。官戸。家人。奴婢。若婦人有犯。或殺他主家人奴婢。不在移限。違者徒一年。

21 賊盜律21造妖書条

文武紀三年五月丁丑（二十四日）条に、

役君小角流于伊豆嶋。初小角住葛木山、以呪術稱。外從五位下韓國連広足師。後害其能、讒以妖惑。故配遠處。世相伝云、小角能役使鬼神、汲水採薪。若不用命、即以呪縛之。

（役君小角、伊豆嶋に流さる。初め小角、葛木山に住みて、呪術を以て称めらる。外從五位下韓國連広足師なりき。後にその能を害ひて、讒づるに妖惑を以てせり。故、遠き處に配さる。世相伝へて云はく、「小角能く鬼神を役使して、水を汲み薪を採らしむ。若し命を用いずは、即ち呪を以て縛る」といふ。）

と見える。役君小角が讒によつて遠流に処せられたことを載せ、また世評を載せている。¹⁾つまり小角は誰かの讒言によつて、百姓を妖惑したとされたのである。²⁾

妖惑の罪に対する処罰であるが、僧尼令1観玄象条には僧尼のもつとも重罪とされるものに、「妖惑百姓」³⁾が上がつていて、それに対する罰則を記している。僧尼は賊盜律21造妖書条の大罪で還俗のうえ俗法、すなわち、律令の

定める刑が科される。養老当該律条には、

凡造妖書及妖言、遠流。造、謂自造休咎及鬼神之言、妄說吉凶、涉於不順者。伝用以惑衆者、亦如之。（下略）

とあり、最高刑は遠流である。当該律条文が大宝律にも存したことについては拙論で述べた。⁴⁾ただし、『日本靈異記』では「謀將傾天皇」とあり、また『本朝神仙伝』では「將謀反」、『三宝絵詞』は「ハカリゴトヲナシテ國王ヲカタブケタテマツラムトス」としていて、謀反の罪で流罪に処せられたとする説を載せる。だが、上に記した続日本紀の世評のように、小角が「能く鬼神を役使して、水を汲み薪を採らしむ。若し命を用いずは、すなわち呪を以て縛る」という言説を採るならば、やはり謀反というよりは妖惑を採るべきであろう。

小角の刑罰は、浄御原賊盜律21造妖書及妖言条に準拠したと考えるほかないと思われる。したがつて僧尼令1観玄象条が浄御原令に存したことが想定できるとともに、浄御原賊盜律21造妖書条の存在が推測できる。浄御原律の流罪には遠・中・近の三流が規定されていて、当該律の罰則も

養老律と同様、遠流であったこと、上記、名例律流罪条に記したとおりである。

(1) 小角が遠流となった伊豆嶋は伊豆大島のことである。

流罪の場合に伊豆嶋という例は、養老六年正月壬戌条や天平勝宝八歳七月癸酉条にも見られる。ここが遠流の地であることは神亀元年三月条にも例がある。

(2) 『日本靈異記』では、葛木一言主大神の託宣による讒言とする。

(3) 井上光貞・前掲「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。

(4) 上野利三『前近代日本の法と政治』北樹出版・二〇〇二年。

(5) 本稿四章「口」名例律4流罪条を参照。

22 賊盜律23大祀条

当該律条は、大祀（大嘗祭）に使用する供神の物を盗んだ場合の処罰規定を載せる。次のとおりである。

凡盜大祀神御之物者。中流。（謂。供神御者。大社神宝亦同。）（供神御者。謂。大幣）（後略）

大祀は散齋一月を要する最も重要な祭祀である。大嘗祭の外に臨時の大祀がある。唐律には、

大祀、謂天地・宗廟・神州等

と見える。

持統天皇の四年には大嘗祭が厳肅かつ盛大に行われたから、神御之物を盗む行為は中流の嚴罰に処せられたと思う。滝川氏によれば我が大嘗祭に用いられる「大祀神御之物」は御神饌そのものであり、天皇は、悠紀、主基の齋田で採れた稲を炊いたご飯とそれを醸した酒を神に供えることにより神性を身につける。それを盗み取った者は十悪に処せられるのである。それゆえに、

供神御者。謂。大幣

という疏文を置き、「大祀神御之物」が大幣、すなわち神饌である点を知らしめている。⁽¹⁾ 神祇令天皇即位条に、

凡天皇即位。惣祭天神地祇。散齋一月。致齋三日。其大幣者。三月之内。令修理訖

とあることで分かる。

また注に「大社神宝亦同」とあって、御神宝とは、すなわち、神様の使用する調度品のことである。

ここに出てくる大社とは、伊勢神宮を指すが、当該律条文に、果して大社の語が存在したかどうか、重要な問題である。私は存在したと考える。それは、続日本紀、大宝二年七月癸酉（八日）の記事に、

伊勢大神宮封物者是神御之物、宜准傍神事、勿令濫穢、

とあり、「伊勢大神宮」「神御之物」という文言が見えるからである。大宝二年七月は本稿第三章で述べたごとく浄御原律施行期に属す。

(1) 滝川政次郎・前掲「律と大嘗祭」。

23 賊盜律24神璽条

名例律十惡条大不敬に、神璽を盗むことは大不敬に当たり、その処罰規定は養老賊盜律当該条に、

凡盜神璽者絞。(謂。踐祚之日壽璽。)(後略)

とある。

持統天皇の踐祚は嚴肅を極め、ゆえに浄御原律にあっても必ずや当該条規のように嚴しい罰則が設けられていたものと考えられる。

24 賊盜律34強盜条

続日本紀、文武三年十月甲午（十三日）条には、

詔、赦天下有罪者。但十惡・強盜二盜、不在赦限。為欲營造越智・山科二山陵也。

(詔したまわく、「天下の罪有る者を赦す。但し十惡・強盜の二盜は、赦の限りに在らず」とのたまう。越智・山科の二の山陵を造營せむと欲るが為なり。)

と見える。これは山陵修造にあたっての赦詔である。山陵修造のための大赦は、唐では皆無であり、これは我が国特有の詔赦であると見なすことができよう。

文中の「強盜二盜」のうち、強盜については、養老賊盜律34強盜条に、

凡強盜、(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。二端加一等。十五端及傷人者絞。殺人者斬。(後略)

(一) は注文

とあるように、威嚇によって財物を取った場合、または盗んで後に威嚇した場合も同じく強盗とする。あるいは、酒や薬の入った飲食物を与え狂乱させた上で財物を取ること、強盗条が適用される。強盗賊は六賊の一つ。盜賊は倍額を徴する。正賊が見在すれば官主に還す(名例律33)。強盗罪には首従の別を立てない(唐名例律43)⁽¹⁾。文中の「闕遺之物」は、闕は飼主のもとから逸脱した家畜、遺は遺失物という(鹿牧令24)(雑律60逸文参照)。「非強盜」は闕法(闕訟律1以下の諸条)、あるいは拒捕法(闕訟律18)を適用する(疏)。

したがって続日本紀の記事から、浄御原律に賊盜律34強盜条に該当する条文が存在したことが指摘できよう。

(1) 青木ほか校注・前掲『日本古典文学大系』・二三四頁。

25 賊盜律35窃盜条

前項と同ように、続日本紀、文武三年十月甲午(十三日)条の記事によって、浄御原賊盜律35窃盜条に、

凡窃盜不得財咎五十。一尺杖六十。一端加一等。五端徒一年。五端加一等。五十端加役流。

という条文があり、当該律に窃盜罪の刑が定められていることが推測されよう。

窃盜賊は六賊の一つ。盜賊は倍額を徴する。正賊が見在すれば官主に還す(名例律33)。一家のものを数度にわたって盗み、あるいは数家のものを同時に盗んだ場合は、それらの賊(盜品)を総計した額の半分の額によって罪を科す。もし一処の賊が総計の半分より多い時はその一処の賊による。但し倍賊は総計した額に基づいて徴収する(疏)。

26 賊盜律36監臨主守自盜条

日本書紀、持統七年四月辛巳（二十二日）条に、朝廷で盜難事件が発生した。天皇は次のような詔を出した。

内藏寮允大伴男人賊に坐す。位二階を降して、見任官を解け。典鑰置始多久と菟野大伴と、亦賊に坐す。位一階を降して見任官を解け。監物巨勢邑治は、物を己がにいれずと雖も、情を知りてぬすましめたり。故、位二階を降して、見任官を解け。然れども置始多久は、壬申の年の役に勤勞しきことあり、故、赦し賜う。ただし賊は律に依りて徴し納れよと宣う。⁽¹⁾

内藏寮は養老職員令で中務省に属し、金・銀・珠玉など天皇の高価・珍貴な財産を管理する。允はその四等官のうち第三等、飛鳥浄御原令制では「政人」と称したと思われる。「寮・允」は書紀編者の潤色か、と思われる。

賊は不正な手段で物品を取得すること。その罪に坐した場合の処罰は養老雜律に、

凡坐賊致罪者、一尺笞十。一端加一等。十二端徒一年。十二端加一等、罪止徒三年。与者減五等。（謂、非監

臨主司、因事受財者）

とあり、雜律にその定義と量刑が見える。ただし、律は官人に対し贖・減・免官・官当等刑法上の特権を与えており、有位の官人は、官位を下して体罰を免ぜられる特権があった。ここではやはりそれらの適用で実刑を免れ、官位を解かれることで処分が済まされたのであろう。

養老職員令では中務省に大典鑰二人・少典鑰二人がいて、管鑰の出納をつかさどる。大宝・養老令制では、中務省に大監物⁽²⁾二人、中小監物各四人がいて物品の出納と管鑰の管理を監察した。監物の巨勢邑治と典鑰の置始多久らは、中務省の（中官）で以上の職掌に預かり、内藏寮大伴男人の坐賊罪の共犯者として、または監督不行き届のために罪を科せられたものであろう。名例律逸文に

凡以賊入罪、正賊見在者、還官主。已費用者死及配流勿徴。余皆徴之。（盜者倍備）

とある。

持統紀七年四月辛巳条に「坐賊」（ぬすみものにつみす）とあって、「依律」と書かれている。これは唐律による裁

断である、とか、単行法令によるものといわれる。しかし、実際に事件が起きたのは浄御原時代の日本国内の「監臨守盜」事件であるから、その事実経過に即して準拠法が適用され、裁きが行われたはずである。また「依唐律」とはな
 い点も一証となろう。その際に準拠とした法は、唐律ではなく日本の刑律でなければならなかったことは間違いない。すなわち、浄御原律に準拠した裁判によると考えるのがもつとも自然である。唐律賊盜36監臨主守自盜条には物品の管理責任者が自ら管理するものを盗んだ場合は、一般の窃盜よりも厳しく処罰されているが、養老律ではこの条項が脱落している。それは、利光三津夫氏によれば、天皇権力よりも群臣の力が勝っており、監臨主守自盜は凡盜とは異ならず、条文を置く必要がなかったからであるとい⁽³⁾、これがほぼ定説となっている。しかしこの説は、養老律においては有効であるが、大宝律においてはどうか。その施行期間である養老四年六月に漆部司令史丈部路石勝、及び同六年四月に山田御方の監臨主守自盜事件が続発している。その後出された敕令(養老六年七月丙子条、神龜五年八月甲申条、天平四年七月丙午条、天平四年十一月丙寅条、天平六年七月辛未条、天平七年五月戊寅条、天平九年五月壬辰条、天平十二年六月庚午条、天平宝字二

年八月庚子条(元年以前の罪に關しての令)、等々)には、すべて「監臨主守自盜、盜所監臨」とあり、賊盜律監臨主守自盜条の条文が引かれているが、それらは大宝律条項の文言であることを示している。利光氏の説は養老律においては確かにいわれる通りで、説得性をもっているが、それ以前の大宝律においてこの条文が脱落していたという考えは当たらないと思う。なぜなら、君主権の強弱という点では、天武・持統政權から始まる天武一族の専制政治の性格は、大宝律令時代を通して、下降線はたどるものの、本能的には存続していた。持統七年の上記事件裁判は、制定から間もない浄御原律の存在を窺う好個の史料であると考えてよい。

(1) 坂本太郎ほか編『日本書紀』岩波書店・一九六五年。

(2) 続日本紀、大宝元年二月四日条に「始めて下物職(おろしものつかさ)を任ず」大宝令制以前では下物職が監物の前身の官職名と考えられる。それが飛鳥浄御原令制下の職名で大宝元年二月に組織を改めて「始めて任ず」とした。

(3) 利光三津夫「わが律に削除せられた唐律」『律令及び令制の研究』明治書院・一九四五年。利光氏は上記論文

27

雑律3私鑄錢条

唐雜律3私鑄錢条に、

諸私鑄錢者。流三千里。作具已備未鑄者。徒二年。作具未備者。杖一百。若磨錯成錢令薄小。取銅以求利者。徒一年。

とあり、養老律同条（逸文）に、

私鑄錢者、徒三年

とある。⁽¹⁾ 大宝律同条に関しては、和銅四年十月甲子条に、

勅、有進位階、家存畜錢之心、人成逐縊之趣、恐望利百姓或多盜鑄、於律私鑄猶輕罪法、故權立重刑、禁斷未然、凡私鑄錢者斬、從者没官、家口皆流、五保知而不告者与同罪、不知情者減五等罪之、其錢雖用、悔過自首、減罪一等、或未用自首免罪、雖容隱人、知之不告者与同罪、或告者同前首法、

とあり、この文中に「於律私鑄猶輕罪法、故權立重刑、禁斷未然、」とあって、この時代の律に私鑄の罪があったこと⁽²⁾にふれている。

ところで、持統八年三月乙酉（二日）の日本書紀の記事に、大宅朝臣麻呂・臺忌寸八嶋・黄書連本実などをもって、「鑄錢司に拜す」⁽³⁾とある。すでに天武天皇の十二（六八三）年を始めとし、持統天皇の時代においても富本錢という錢貨が鑄造されていたことは知られている。本錢の流通に関しては余りよくは知られていない。しかし、唐律の撰取以

来、私鑄銭のことは予想されたことなので、我が律においても私鑄銭の対策を怠らせずに、罰則規定が存したことが考えられる。

(1) 竹内理三「律逸五条」『歴史地理』第七三巻第四号。

(2) 利光三津夫・前掲「大宝律考」『律の研究』九四頁以下。

(3) 近江、長門、周防などの銅山付近に鑄銭司の地名が見られる。鑄銭司の下級役人が常駐したことに由来するか。

28 雑律 14 博戲賭財物条

養老雑律 14 当該条 (逸文) には、

凡博戲賭財物者。各杖一百。(注略) 賊重者。各依已分准盜論。停止主人。及出九。

とあって、賭博罪のことを記す。

ところで、続日本紀、文武天皇二年七月乙丑(七日)条には、

博戲遊手之徒、居停主人亦与居同罪

という記事が見られる。文中の「与居同罪」とは同じ罪と見なす、という律の用語である。この記事は、大宝律令施行前であるが、前掲・『律本文篇』下巻において、大宝律条項と見做している⁽¹⁾。しかし、文武天皇二年七月はいまだ大宝律令施行前であるから、この記事はその前の浄御原律の雑律 14 博戲賭財物条に関するものと見られよう。

さて、持統紀三年十二月八日条に、「禁断双六」とある。博戲を処罰する禁令である。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たちと博戲に興じた記事があるのは、このころ博戲は禁じられていないが、その後⁽²⁾にこの記事があつて博戲が禁じられているのは、律の施行と関係するものであると推定した。その律条とは、具体的には浄御原律の雑律 14 博戲賭財物条の規定によるものである⁽²⁾、という。

しかし私は、天武紀の天武天皇と王卿等との双六については、別段、禁じられていなかったと考えるが、それは天皇が博戲をすることは処罰対象から外れるがゆえである。

問題は、持統紀三年十二月八日条に記す「禁断双六」の準抛法が、中国律なのか浄御原律なのかということである。前記した拙著で述べたように、このころは浄御原律の編纂

は行われていて、その施行期に入っていたと思うので、中国律代用ではなかったはずである。

仮にそれが中国律の代用であったとしてこれを見ても、唐雑律14博戲賭財物条に博戲を処罰する禁令があり、その疏議「雑戲」に関しては唐職制律30匿父母喪条の疏に、

雑戲トハ、樗蒲・双陸・彈碁・象博ノ属ヲ謂フ、

とある。⁽³⁾したがって、中国律代用で博戲の禁断をいうのであれば、双六（双陸）だけではなく、樗蒲・彈碁（圍碁）・象博（将棋）も上げておかねばならないだろう。圍碁、将棋は双六と同じく、当代の日本では好んで行われていたはずで、仮に、持統天皇紀三年十二月八日条において中国律代用であったならば、これらを禁止事項に上げて、

禁断双六、樗蒲、彈碁（圍碁）、象博（将棋）、

と規定していたのではなからうか。

なお、双六、樗蒲は養老律令でも嚴禁とされている。また捕亡令13博戲条義解では、博戲に双六、樗蒲を例示している。持統天皇三年以後、天平勝宝六年十月十四日勅で薩

贖論することなく双六と樗蒲をした者は、決杖一百、四位、五位の官人は封戸職位田の没収というのである。持統天皇三年十二月の双六禁止はその源流をなすといっても過言ではない。

伝統的に我が国では、圍碁を禁止することはなかった。それが仮に、ここで中国律代用が行われていたとすれば、圍碁は双六とともに、嚴禁とされていたであろう、ゆえに、持統三年十二月の双六のみの禁止は、中国律よりも日本律的な処断の色が濃いと思われるのである。

したがって、持統三年十二月八日条の日本書紀の双六禁止は、浄御原律、雑律14博戲賭財物条の条規の存在を推断させるものといえる。

次に、前述したように続日本紀、文武二年七月条に、

禁博戲遊手之徒。其居停主人亦与居同罪。

（博戲遊手の徒を禁む。その居停めたる主人も亦与居同罪。）

とあって、博戲禁止令が出されている。捕亡令13令義解に「博戲者、双六樗蒲之属」と見える。双六・樗蒲（ちよぼ）はともに賽をふって勝負を決めるもの。律令では財物を賭

ける博戯は禁じられている。雑律と捕亡令に条文を定める。

律の用語「与同罪」は与(とも)に同罪の意味で、同じ罪とみなすこと。「居停主人」は捕亡令13「容止主人」と同じ、賭博などの目的のために賭博場を提供した者。唐律14においては、博戯に財物を賭けた者は杖百、ただし、飲食物を賭けることは罪にはならないとする。養老律に前半の規定の存在したことは確認されているが、「賭飲食者不坐」の分が存在したかどうかは詳かではない。ついで、捕亡令13では財物を賭けた博戯を糺告した者には「在席所有之物」(その場に賭け物として存在する物)と、「句合出九得物」(句合は賭博の媒介をなす者、出九は賭博場の金貸)の全てを与える、「出九句合容止主人」(容止主人は賭博場を提供する者)が自首した場合も同よう、としている。

双六の禁止令は早くに、持統紀三年十二月条に見えるが、博戯の禁令はこれ以後、延暦三年十月にも出されている。

ゆえに、浄御原捕亡令13博戯条の「博戯」「容止主人」の語の存在が推測される、とともに浄御原雑律博戯条の「博戯」の語の存在が指摘できる。

そこから徐々に時代をさかのぼることで、中国律令の受容は新しい時代の構造改革に向けた取り組みの柱、それが大化改新から始まる政権首脳的目標であったことが明らか

となろう。

- (1) 前掲・『律本文篇』下巻・七四〇頁以下。
- (2) 長谷山彰『日本古代史―法と政治と人―』慶應義塾大学出版会・二〇一五年。
- (3) 律令研究会編・前掲『唐律疏議譯註篇』。

29 雑律47棄毀大祀神御之物条

養老雑律47当該条の逸文に、

〔凡〕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。亡失及誤毀者。准盜論。減二等。

とある。嚴肅を極める大嘗祭に使用する神饌の物を、故意に毀したり、過失によつて物を亡失したり毀すことの罪の処罰規定である。故意に毀す罪は以盜をもつて論ぜられ、前記した賊盜律の「盜大祀神御之物者中流」に準拠して処罰される。つまり中流であり十悪に入る。⁽¹⁾

(1) 唐律疏議には「中祀以下。不入十惡。」と見え、これに対応する養老律当該条の疏に「中祀以下。不入八虐。」

（書陵部所蔵『後愚昧記』応安四年五月十九日条）とある。ゆえに浄御原律に当該条文が存在したならば、八虐ではなく十悪ということになる。

30 雑律57棄毀官私器物備償条

養老雜律当該条には、

凡棄毀官私器物。毀伐樹木稼穡者。准盜論。

とある。つまり官有私有を問わず他人所有の器物を勝手に損壊し、あるいは樹木を伐採する行為を窃盜に准ずる者と論ず、とする。長谷山彰氏⁽¹⁾が見出した江戸期の狩谷掖斎著『古京遺文』所収の采女氏瑩域碑に、

飛鳥浄御原大朝廷大弁
官道大式采女竹良卿所
請造墓所、形浦山地四千
代、他人莫上毀木犯穢
傍地也

己丑年十二月二十五日

（筆者注、己丑年は持統三年に相当）

に見える。「毀木」は、上記養老律の「毀伐樹木」を基にした浄御原律施行の形跡を読み取っている。

(1) 長谷山・前掲『日本古代史―法と政治と人と』。

31 捕亡律11丁夫雜匠亡条

持統三年閏八月庚申条の日本書紀の記事に、

詔諸国司曰、今冬、戸籍可造。宜限九月、糺捉浮浪、其兵士者、每於一国四分而点其一、令習武事、

とあり、庚寅年籍の造籍に際して、浮浪の糺捉を命じている。戸令に浮浪とは本籍地を離れて他所に流浪または在在する行為とあり、見つければ本籍地に連れ戻された。

浮浪して課役を納めない者を逃亡と称し、建前上、浮浪と逃亡を区別したが、実際は、両者は一連一体のもので混用する場合が多くあった。捕亡律11丁夫雜匠亡条はこの逃亡に対する処罰を定めている。持統天皇の時代に逃亡を罰する条文が置かれていたことが推測される。⁽¹⁾

(1) 大宝律に捕亡律当該条が存在したことについては、拙論「大宝捕亡律二箇条の復元」『史料』皇学館大学史料編纂所報第一八六号・二〇〇三年、に論じた。

非亡而浮浪他所、(中略) 闕賦役者、依亡法

とあり、他所に浮浪するものは、

32 捕亡律12 浮浪他所条

十日笞十、二十日加一等、罪止杖一百

前項で述べたように、持統三年閏八月庚申条の日本書紀の記事に、

という処罰を受けた。

詔諸国司曰、今冬、戸籍可造。宜限九月、糺捉浮浪、其兵士者、每於一国四分而点其一、令習武事、

令集解古記によれば、大宝律にも当該条は存した⁽¹⁾。後には浮浪した地での居住を認めて課役を徴収した。浮浪して課役を納めない者を逃亡と称して、浮浪と逃亡を区別するが実際は両者を混用する例多い。浄御原律に本条が存在した可能性は高い。

とある。浄御原令施行にともなう造籍のことが記されており、浮浪を糺捉せよと命じている。持統紀四年九月条の戸令により戸籍を造ることになるが、浮浪を捉えることが最優先の課題であった。これを庚寅年(持統四年)に当たるので庚寅年籍といい、造戸籍に浮浪の糺捉は必須であった。

(1) 大宝捕亡律当該条の存在については、前項注(1)参照。

戸籍に基づいて兵士徴発する制度がこの時成立した。

33 断獄律20 赦前断罪不当条

浮浪とは本籍地を離れて他所に流浪または在住する行為である。律令制ではこれを禁じ、発見すれば本籍地に連れ戻した。養老捕亡律12 逸文に、

持統紀三年三月二十四日条、及び同紀四年正月十七日条に、

大赦天下。但常赦所不免、不在赦例、

という、除外文書を付した赦書が見られる。このような文書は持統紀にあつては、初出となる。文中の「常赦所不免」とは、養老断獄律20赦前断罪不当条(逸文)に「常赦所不免、依常律」とあり、その疏に、赦にあつてもなお死・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項が存在する。

ゆえに、浄御原律に「凡赦前断罪。……常赦所不免者(謂雖会大赦。猶死及流。)」という条文が存在したことが推知される。

34 断獄律21聞知恩赦故犯条

前項のとおり、養老断獄律20赦前断罪不当条(逸文)に「常赦に免されぬところのみは、常律に依れ」とあり、その疏に、赦にあつてもなお死・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存在する。これらの内容に該当する律の諸条規は、断獄律21聞知恩赦故犯条、賊盜律15造畜蠱毒条、名例律18除名条(唐律条名は十惡反逆縁坐条)、賊盜律18殺人移郷条など、多岐にわたり、主要な律の条項に適用される。⁽¹⁾ そうであるならば、赦令が出されるためには、それ以前において、全国の国庁ではこれ

らの律条項を手元に置いていなければ「常赦所不免」の具体的内容を知ることできないゆえに、刑事行政に支障をきた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、次のような養老断獄律21聞知恩赦故犯条に該当する浄御原律条文の存在が推測される。

凡聞知有恩赦而故犯。及犯惡逆。若家人奴婢毆及謀殺若強姦主者。皆不得以赦原。殺四等尊屬從父兄姉。及反逆者。身雖会赦。猶近流。

すなわち、「皆不得以赦原」においては、本刑(斬罪)を一切免除しない。また「身雖会赦」においては本刑(斬刑)を減ずるけれども近流とするのである。

(1) 拙稿・前掲「飛鳥・奈良時代法律の新たな復元試案」一六九頁。

35 断獄律30断罪決配条

儀制令23内外官人条には、

凡内外官人。有恃其位蔭。故違憲法者。六位以下及勲七等以下。宜聽量情決答。若長官無。聽次官応致敬者決。其諸司判官以上。及判事。彈正巡察。内舍人。大學諸博士。文學等。不在決答之限。

とある。この条規には、内外の官人が官司内で自己の位階や蔭をたのんで「憲法」(律令)に違反した場合は、長官あるいは次官がこれに答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刑罰条規を盛り込んだ点が指摘されている。¹⁾大隅清陽氏によると、礼的秩序に対して違反をした場合は決罰によって統制するという点は儀制令23内外官人条が制定される以前から一般に行われていたという。すなわち、文武天皇紀元年閏十二月二十八日条には、「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。」とあって、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しているのである。すでに知られているように、ここにいう浄御原朝廷の制とは、天武紀八年正月七日条の詔に述べる、「凡て正月の節に当たりにて、諸王・諸臣及び百寮は、兄弟

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、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。」を指すのである。

この系譜を引く儀制令23内外官人条の規定に違反した場合の決罰の準拠法は、義解の説によれば

杖罪以下、量其情状、多少決答、若徒以上者、依律科断。既云量情決答、即知、或全決其罪、或量減其科、若其減決者、亦不須依從減例減之法。唯止量減其一二等。若依減法者、即為涉用位蔭故也。

とある文中の「依律」、すなわち断獄律30断罪決配条であるという。

さらに、川北靖之氏は、儀制令当該条集解所引の穴記に、
謂依律。勲七等以下。於本司及監臨犯答罪者。依決罰之例情是。

とあり、同条集解所引朱記に、

任諸司雜色。於本司及監臨犯答罪。依決罰例意。

とある文言を本条文の復元に用いられている。⁽²⁾『律逸文』及び川北説により、本条はこれまで、次のように復元されてきた。

凡（補）断罪。応決配之而聴取贖。応取贖而決配之。
（典拠は名例律一人兼有議請減疏）（中略）任諸司雜色。
於本司及監臨犯答罪。依決罰例。（典拠は儀制令24帳
内資人条集解所引朱記）

また、儀制令24帳内資人条集解所引の古記には、

諸司雜任。於本司及監臨犯杖罪以下者。為決罰例故。

という説を載せている。川北氏の推定では、これは大宝断獄律当該条文の逸文という。

以上の論が穩当ならば、浄御原律には断獄律30断罪決配条が規定されていたことが推知されよう。

(1) 大隈清陽「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・吉川弘文館・一九九三年、後に大隅『律令官制と礼秩序の研究』吉川弘文館・二〇一一年、所収。

(2) 川北「律条補遺」国学院大学日本文化研究所編『日本律復原の研究』国書刊行会・一九八六年、所収。

保留史料

(一) 持統五年三月癸巳条に、

詔若有百姓弟為兄見売者、従良、若子為父母見売者、
従賤。若准貸倍没賤者、従良。其子雖配奴婢所生、亦
皆従良。

と見える。

この詔では、①良民の兄が弟を売って賤とすることを禁じるが、父母が子を売って賤とすることは認める。②負債によって債務者を賤とすることは禁じる。③賤とされた債務者と奴婢との間に生まれた子は良とする、と定めている。この詔は、庚寅戸籍の作製と関連して出されたのであろう。『延喜式』刑部には父母が子を売って賤とすることは己丑

年(持統三年)以前は認めるが、庚寅年(持統四年)以後は良とし、大宝二年以後は大宝律によるとある。

つまり、持統紀四年を境に、それ以降は、父母が子を売って賤とすることは禁じられている。これはおそらく持統四年には浄御原律で罰せられたということの意味していると思うが、そのことは「大宝二年以後は大宝律によるとある」。すなわち、大宝律で処罰されるということの連続性を示唆している点によって、理解される。詳しくはなお検討を要する。ただ、大宝二年以後は大宝律による、という文言によって、大宝律の復元史料として有効であると思う。

(二)持統三年七月辛未条に、

流偽兵衛河内国洪川群人柏原広山干土左国。以追広参、授促偽兵衛広山兵衛部連虎。

とある。兵衛府の武宮を偽称した柏原広山なる者が罪に与われ流罪に処せられている事案である。詳しくは後考に委ねたい。

むすび

以上に示したように、史料の徴証を基に復旧しえた律の篇目は名例律から断獄律にいたる八篇、条文数にして三十五条となる。ここに未発見の篇目は十二篇中四篇である。手本にしたとおぼしき永徽律の条文構成とほぼ対応していたと考えられる。なお、本来あるべき篇目は各々が独立して成り立っている訳ではなく、相互に関連性を有しながら社会的な機能を果たしている。ここに示した八篇の律条文はごく一部でしかないが、持統三年以前にさかのぼり、持論である隋律代用時代の律のありようを検討して、一体どのような条文が存在していたと予想されるかを見てみる必要がある。持統三年以前の律令の存在形態については、次なる課題としたい。

律は結局、持統年間に公布はされなかったが、施行はされた。施行はされたが、不完全であったがために、完成に向けての努力は続けられた、と考えねばならない。その努力はやがて大宝律令の完成というかたちで実を結ぶこととなるのである。