

# 國學院大學學術情報リポジトリ

## 律条拾藻

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2023-02-06 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 小林, 宏 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.57529/00001061">https://doi.org/10.57529/00001061</a>

# 律条拾藻

小林 宏

## 目次

はしがき

一 逸文の摺撫

二 条文の存否

三 刪定その他

はしがき

## 1 律条拾藻

私は『国学院法学』の最近号に、日本律の逸文に関する研究を連載して来た。本稿も亦、その続編であるが、今回は主として令集解から、先学によって拾い残された逸文を摺撫し、それに若干考証を加えて集録した。本稿の内容に關しては、前稿と同様、大方の御叱正を賜りたいと思う。

## 一 逸文の拮据

## (1) 名例律以贓入罪条

川北靖之氏は、名例律以贓入罪条を復原されるに当って、国史大系『律』所収の「律逸文」(九十頁、以下「律逸文」と略称する。)の配列を変更し、次の如き復原案を示された(「律逸補遺」『皇学館論叢』第五卷第二号)。

凡補以贓入罪。正贓見在者。還官主。○政事要略廿二 轉易得他物。及生産蕃息。皆為見在。○戸令集解 已費用者。死及配流勿

徵。○政事要略五九 (疏文略)

右の復原案は正鵠を得ていると思われるが、ただ本条を唐律によつてみるに、「已費用者。死及配流勿徵。」の下に、次の如き注文がある。

已費用者。死及配流勿徵。別犯流及身死者亦同。

ところで、廐牧令集解軍団官馬条(大系本『令集解』九三三頁)には、

朱云。(中略)依名例云。身死及配流不徵者。

とあって、右の「身死及配流不徵者。」は前掲唐律の取意文と思われるが、ここに「身死」とあることが注目されよう。前掲唐律注文の「身死」とは、同条の疏文によれば、次の如き意味である。

雖非身被刑戮。而别有死亡者。

即ち、死刑に処せられて死亡するのではなく、病死、事故死等の場合をいうのであって、律では「死」と「身死」とは区別して使用されている。又、廐牧令軍団官馬条にいう「身死」も、律の「身死」と同じ意味にとつてよい。従つて、右の朱説の「身死」から、養老名例律以贓入罪条にも前掲唐律に相当する注文が存在し、且つ「身死」は復原

可能であり、それに続く「者亦同」は意を以って補うことが出来よう。

左に復原案を示す。

凡（補）以贓入罪。正贓見在者。還官主。（政事要略廿二）（中略）已費用者。死及配流勿徵。（政事要略五九）別犯流及

（唐律）身死（觀牧令集解軍団官馬条）者亦同。（惣同上）以意補（以下略）

## （2）名例律同司犯公坐条

養老名例律同司犯公坐条の復原については、近時、利光三津夫博士『律の研究』一六二頁、「律五箇条について」『法学研究』第四五巻第八号）、嵐義人氏、及び筆者（『律条拾零』『国学院大学日本文化研究所紀要』第三〇輯、「律条拾塵」『国学院法学』第一〇巻第四号）等によって試みられている。しかし、次に掲げる唐名例律本条に相当する我が律文は、まだ復原されていない。

応奏之事。有失勘読。及省審之官。不駁正者。減下従一等。

疏議曰。尙書省応奏之事。須縁門下省。以狀牒門下省。準式依令。先門下録事勘。給事中読。黃門侍郎省。侍中審。有乖失者。依法駁正。卻牒省司。若実有乖失不駁正者。録事以上減省下従一等（以下略）。

ところで、仮寧令集解請仮条（大系本『令集解』九五三頁）には、次の如き文が見える。

古記云。並省申奏。謂衛府申兵部。文官申式部。並依納言申奏。何者。案名例律。須奏諸司事。須依納言故。

右の古記の文中にある「案名例律。須奏諸司事。須依納言故。」について、滝川政次郎博士は、『定令集解釈義』（八六〇頁）の標注において、

名例律の如何なる条文を按ぜるか審ならず。「凡年七十以上十六以下」の条の疏に「依上請之式。奏聽勅裁。」とあるに拠れる歟。

とされているが、恐らくそうではなく、右の名例律の文は、前掲唐名例律同職犯公坐条の疏文、即ち「尙書省応奏之事。須縁門下省。」に相当する大宝名例律同条の疏文、もしくはその取意文ではなからうかと思われる。即ち、前掲古記の文は、諸司が天皇に申奏する場合の手續をいったものであり、まず武官は兵部省に、文官は式部省に申請し、それをうけた式部・兵部の二省が納言を通じて天皇に申奏しなければならないというのである。従って、そこに引用された名例律、即ち「須奏諸司事。須依納言。」も、省が諸司のことを天皇に申奏する場合は、必ず納言を経なければならぬという意味であろう。唐律疏文では、前記の如く「尙書省応奏之事。須縁門下省。」とあって、右の大宝名例律疏文と語句がかなり異っているが、これは日唐官制の相異に拠るものである。唐では尙書、中書、門下の所謂三省が夫々独立して国政を総理したが、我が官制では、唐の尙書、門下の二省を併せて太政官としたから、前掲唐律疏文をそのまま我が律の疏文とすることは出来なかった。即ち我が国の少納言局は、実は唐の門下省に当るものであり、大納言は尙書左右丞・門下給事中、少納言は門下給事中、大少外記は門下録事に夫々当るものである。従って、「尙書省応奏之事。須縁門下省」なる唐律疏文は、これを日本律では、「須奏諸司事。須依納言。」に近い文に改めていたと思われる。

以上を要するに、大宝名例律には同司犯公坐条が存在し、且つその疏文に「須奏諸司事。須依納言。」に近似の文が推測され、且つ右の疏文をうける本文、即ち「応奏之事有失。勘読及省審之官。不駁正者。減下従一等。」なる唐名例律本条に相当する本文が存在したと思われる。養老律においては、前述の如くまだこの個所は復原されていないが、大宝律にそれが存在したとすれば、養老律においても、この個所は存在したと考えて先ず間違いないであろう。なお、国史大系『律』所収の「律逸文」及び万有文庫本『唐律疏議』は、右の唐律本文に「応奏之事。有失勘読。及省審之官。不駁正者。減下従一等。」の如く読点を附しているが、これは文意から「応奏之事有失。勘読及省審之官。

……」と読むべきではなからうか。従つて、「律逸文」の返点「有<sub>レ</sub>失<sub>ニ</sub>勘読<sub>二</sub>」も亦、誤りというべきであろう。

### (3) 名例律公事失錯条

「律逸文」(一〇二頁)によれば、養老名例律公事失錯条の疏文は、次の如く復原されている。

(前略) 其詔勅案成以後・限日。皆是有稽。稽而自举者。同官文書法。仍為公坐。亦作四等科断。各以所由為首。

若涉私曲故稽。亦同私坐之法。○唐本律所注  
政事要略八四

右の文中、「後」の下には、「此下恐有脱」として、大系本は脱文を想定している。この脱文の個所を唐律疏議によつてみるに、それは次に掲げる文中の「」の部分に相当する。

其制勅案成以後「頒下。各給抄写程。二百紙以下。限二日程。過此以外。每二百紙以下。加一日程。所加多者。不得過五日。注云。其赦書計紙雖多。不得過三日。此等抄写程。既云案成以後。抛令成制勅案。不別給程。即是当日成了。違令」限日。皆是有稽。

ところで、公式令集解受事条(大系本『令集解』八八二頁)には、次の如き文が見える。

義云。(中略) 其内記造詔書。依律。当日成了。不可給程。(A) (中略) 義云。内記造詔書。依律。当日成了。不可給程。(B)

者。(中略) 或云。名例<sup>(釈カ)</sup><sub>覚</sub>拳条附称。既云。案成以後。抛令成制勅案。不別給程。即是当日成了者。(C) 案此文。内記奉宣造詔勅案者。当日出了耳者何。(D)

5 律 条 拾 藻

右の「名例<sub>覚</sub>拳条附称」に引ける傍線(C)の部分は、「制勅」とあるから、唐律疏文であろう。しかし、傍線(A)(B)(D)の部分は、「詔書」とあるから、日本律の取意文と考えてよい。しかりとすれば、(A)(B)の「律」は、養老名例律公事失錯条の疏文を指すものであり、前掲政事要略所引の疏文の脱落せる個所の一部分といえよう。今、唐律疏文を参照して、(A)(B)(D)から当該疏文を想定するならば、次の通りである。

扱令成詔勅案。不別給程。即是当日成了。

即ち、右の文と近似せる疏文が養老名例律公事失錯条に存在したと思われ、特に「成詔勅案。不別給程。即是当日成了。」は意を以って補うことが出来よう。

#### (4) 名例律官戸家人条

利光三津夫博士は、賊盜律非死罪条疏文、政事要略所引の名例律犯罪共亡条疏文、及び同じく断獄律入人罪条疏文等から、養老名例律官戸家人有犯条を復原された（「律五箇条について」『法学研究』第四五卷第八号、「大宝・養老律八条」同第四五卷第六号）。その後、筆者は利光博士の示された史料から、更に次に掲げる養老名例律同条の疏文を意を以って補うことが可能であることを指摘した（「律条拾穂」『国学院法学』第一〇卷第三号）。

犯徒者。准無兼丁例加杖。徒一年加杖一百二十。一等加二十。徒三年加杖二百。准犯三流。亦止杖二百。決訖。付官主不居作。

ところで、考課令集解兵衛条（大系本「令集解」五八九頁）には、次の如き文が見える。

問。徒罪以上解官。未知。无兼丁加杖免役。并有蔭可贖之色。皆同哉。（中略）問。衛士仕丁等。亦皆犯徒以上者可解却哉。或云。可然。或云。准无兼丁之例。可加杖。

右の集解の文は、衛士、仕丁等が徒罪以上を犯した場合のことを問題としているのであって、官戸、家人、官私奴婢の場合をいっているのではないが、ここに「准无兼丁之例。可加杖。」とあることは、やはり前掲名例律官戸家人条の疏文が根拠となつて、ここに引用されたものであろう。従つて、前掲拙稿において、意を以って補った「犯徒者。准無兼丁例加杖。」は、律の逸文として確定出来よう。

左に復原案を示す。

犯徒者。准無兼丁例加杖。〔考課令集解兵衛条〕徒一年加杖二百二十。一等加二十。徒三年加杖二百。准犯三流。亦止杖二百。〔捩政事要略八四所引名例律犯罪共亡条疏文、以意補〕決訖。付官主不居作。〔唐律〕

(5) 名例律断罪無正条条

唐名例律断罪無正条条は、次に掲げる通りである。

諸断罪而無正条。其応出罪者。則举重以明轻。其応入罪者。則举轻以明重。

養老名例律同条は、先学によって、すでにその全文が復原されているが、それは右の唐律と同文である。大宝名例律同条の復原に關しては、最近川北靖之氏によって、「举重明轻」の四字が拾われている〔律逸補遺〕『皇学館論叢』第五卷第二号。

ところで、令集解には、次の如き文が見える。

古記云。〔中略〕公給熟田。尚須六年之後收授。況加私功。未得実哉。举轻明重義〔田令集解荒墾条。大系本三七二頁〕。

古記云。〔中略〕問。長上官者若為。答。一種无増減。举轻明重義。〔選叙令集解散位条。大系本四八一頁〕

古記云。〔中略〕一云。見受業亦同。举轻明重之義也。〔仮寧令集解師經受業条。大系本九四九頁〕

古記云。〔中略〕親王有品无品並入。何者。下文。及皇親。即无位諸王也。举轻明重。〔喪葬令集解葬奏条。大系本九七〇頁〕

藻拾律条

右に列挙した古記所引の文から、更に「举轻明重」の四字を復原することが可能であろう。「举重明轻」と「举轻明重」とが復原されるとすれば、大宝名例律断罪無正条条は、唐律及び養老律とはほぼ同じ内容を有していたことが推測されよう。

7

(6) 名例律僧尼犯罪条



「律逸文」(一〇六頁)によれば、名例律僧尼犯罪条は、次の如く復原されている。

〔凡〕僧尼若於其師。与伯叔父同。○裁判至要抄、法曹至要抄、僧尼令御抄(師。謂。於○政事要略)寺内。親受姦教。合為師主者。○僧尼令集解。(若)有所犯。同伯叔父之罪。依關訟律。鬻伯叔父者。杖九十。若習師主。亦杖九十。余条犯師主悉同伯叔父。○政事要略) (以下略)

右の復原文中の「ハ」内の語句は、滝川政次郎博士によって、政事要略(卷八二)から拾われた逸文である(『律令の研究』五七七頁以下)。

ところで、僧尼令集解僧尼自還俗条(大系本『令集解』二一六頁)には、次の如き文が見える。

古記云。師主謂依止師也。一云。名例律。於寺内。親承姦教。合為師主者。

前掲「律逸文」の復原文にみえる僧尼令集解からの引用文は、『律逸』の拾ったものであるが、この逸文は恐らく右に掲げた文であろうと思われる。しかし、右の文中の「名例律」は「二云」の引く所であり、この「一云」は、古記の引く「一云」であろうから、結局、右の「名例律」は大宝名例律であるといえよう。しかりとすれば、大宝名例律には、養老名例律僧尼犯罪条相当の条文があり、「於寺内。親承姦教。合為師主者。」なる養老律疏文と同一の疏文が存在したと推測されよう。なお、養老名例律本条の右の疏文は、政事要略によって復原すべきであり、前掲「律逸文」による復原文中の「○僧尼令集解」は、これを削るべきである。

#### (7) 衛禁律宿衛条

近時、養老衛禁律宿衛条の復原については、川北靖之氏(『律逸補遺』『皇学館論叢』第五卷第二号)、及び嵐義人氏(『律条拾零』『国学院大学日本文化研究所紀要』第三〇輯)によって試みられている。

今、本条の疏文を省略して、両氏によって、復原された本文を掲げるならば、次の通りである。

凡(補)宿衛(考課令集解)者。以非応宿衛人。冒名自代。及代之者。入宮内。流三千里。殿内絞。若以応宿衛人。

謂。已下直者。自代。及代之者。各以闕入論。主司不知冒情。(宮衛令集解)減二等。知而聽行。与同罪。主司。謂。應判遣及親監當之官。余条主司準此。(唐律)

ところで、養老衛禁律私度者有他罪条(大系本『律』三二頁)の本文、及び疏文は、次の通りである。

凡私度者有他罪重。主司知情。以重者論。不知情者。依常律。(本文)

謂。无過所。從闕門私度。止徒一年。或有避死罪逃亡。別犯徒以上罪。是名有他罪重。闕司知情者。以故縱罪

論。各得所度之人重罪。若不知罪人別犯之情者。依常律不覺故縱之法。(疏文)

右の条文の大意は、闕所を過所なく通過(私度)せる者が、私度の罪(徒一年)よりも重い罪を他に犯しており、闕司がその別犯の事情を知っておりながら、その者の私度を許した場合、その闕司は、私度せる者の犯した他の重罪を以って処罰され、もし闕司がその私度せる者の別犯の事情を知らなかった場合は、「常律不覺故縱之法」によるというものである。

又、養老衛禁律領人兵度闕条(大系本『律』三三頁)の本文、及び疏文は、次の通りである。

凡領人兵度闕。而別人妄隨度者。將領主司。以闕司論。(本文)(以下略)

謂。有別人。妄隨度者。罪在領兵官司。故云將領主司以闕司論。知情与同罪。不覺減二等。若知別有重罪。亦依

重罪科之。(疏文)(以下略)

さて、前掲私度者有他罪条の疏文にある「常律不覺故縱之法」とは何かというに、右の領人兵度闕条の疏文に、

9 律 条 拾 藻  
「故云將領主司以闕司論。知情与同罪。不覺減二等。」とあるように、闕司が私度の情を知りながら、それを許した場合は、私度せる者と同罪(即ち、徒一年)であり、もし私度の情を知らなかった場合は、闕司は私度せる者の罪より二等を減ぜられる(即ち、杖九十)というものである。従って、右の「常律不覺故縱之法」、及び「知情与同罪。不覺減

二等。」から、次のことが推測されよう。即ち関司（主司）がその犯罪者の行為を不覚せる場合は、その犯罪者の罪より二等を減じ、その犯行の事情を知らながら、それを許した場合は、その犯罪者と同罪とするという一般的な規定が他にあって、それが前掲二ヶ条の疏文に引用されたとしなければならぬ。しかりとすれば、その規定は唐律との対比によって、前掲衛禁律宿衛条の後段の部分であろうと思われる。嵐氏は宮衛令集解から、「主司不知冒情」を復原されたが、この部分は唐律では、「主司不覚」となっている。「不知冒情」も「不覚」も同義であるが、右に掲げた養老律疏と共に「常律不覚故縱之法」、「不覚減二等」とあるから、律文としては、「不覚」をとつてもよいのではないかと思われる。又、未復原部分の「減二等」は上記「不覚減二等」から復原されよう。同じく「知而聽行。与同罪。」は、前掲疏文に「知情与同罪」とあることから復原されようが、「知而聽行」も「知情」も「故縱」も、みな同義語である。従つて、その何れをとるべきか問題であるが、これも唐律に倣つて、ここでは一応「知而聽行」を意を以つて補つておく。又、唐律注文の「余条主司準此」に相当する日本律注文も、以上述べた理由から存在したことが推測される。左に復原案を示す。

凡（補）宿衛（考課令集解）者。（中略）主司（宮衛令集解）不覚（衛禁律私度者有他罪条疏及額人兵度闕条疏）減二等。（衛禁律額人兵度闕条疏）知而聽行。与同罪。（拋同上、以意補）主司。謂。応判遣及親監当之官。（唐律）余条主司準此。（拋衛禁律前掲二条、以意補）

(8) 戸婚律差科賦役違法条

養老戸婚律差科賦役違法条の復原に關しては、従来利光三津夫博士の研究が一篇あるのみである（『律の研究』一七七頁）。即ち、利光博士の復原は、次に掲げる通りである。

凡補差科賦役違法、及不均平、杖六十、若非法而（唐戸婚律断簡）擅賦斂（考課令集解）、及以法賦斂、而擅加益、賊重

入官者計所擅坐贓論（唐戶婚律斷簡）、入私者以枉法論（考課令集解）

ところで、戸令集解國遣行条（大系本『令集解』三一九頁）には、次の如き文が見える。

謂。政。々教也。刑。々罰也。仮如。差科賦役。違法之類。是政失也。

右の「差科賦役違法」は、律文と明記していないが、前掲唐律と比較して、律文からの引用と考えてよいであろう。左に復原案を示す。

凡（補）差科賦役違法。（戸令集解國遣行条）及不均平。杖六十。若非法而（唐律）擅賦斂。（考課令集解）（以下略）

### 9) 詐偽律詐為官捕人条

「律逸文」（二五一頁）によれば、詐偽律詐為官捕人条は、次の如く復原されている。

凡捕詐為官。及称官所遣而捕人者。徒二年。○法曹要抄為人所犯害。犯其身及家人親屬財物等。而詐称官捕。及詐追攝人者。

徒一年。（以下略）○唐律

右の文中、「為人」、「犯害」は、その後、利光三津夫博士によって、戸令集解から復原されている（『律の研究』一八八頁）。

ところで、「令集解逸文」の雜令訴訟条（大系本『令集解』所収二六頁）には、次の如き文が見える。

朱云。問。侵奪一畝。二畝。答。二耳。令釈同也。私而依名例戸婚詐偽律一可云。但犯其身亦可同耳歟何。○義解紅本裏書

藻 拾 条 律 11

右の朱説の問答は、訴訟条の「侵奪」が意味上、「侵奪」で一語を成すのか、それとも「侵」と「奪」とで二語を成すのかということを問い、これに対して、本条の「侵奪」は二語を成し、名例律、戸婚律、詐偽律という「侵奪」は一語を成していると答えているのである。右の名例律の「侵奪」は不詳であるが、戸婚律の「侵奪」は、これを唐律によってみるに、盜耕種公私田条の疏文の「侵奪私田」、在官奪私園圃条の本文の「侵奪私田」、及び同条疏文の「侵

奪百姓私田、「侵奪地及園圃」、「侵奪貿易」の五ヶ所に現れており、その何れとも決定し難い。ただ詐偽律の「侵奪」は、これを唐律によってみるに、詐為官捕人条の疏文にのみ見えるものである。今、唐詐偽律同条を掲げるならば、次の通りである。

諸詐為官及称官所遣。而捕人者。流二千里。為人所犯害。犯其身及家人親屬財物等。而詐称官捕。及詐追撰人者徒一年。未執縛者。各減三等。

疏議曰。(中略)若為人侵犯其身。或犯家人親屬。或侵奪身及家人親屬財物等。(以下略)

前掲朱説の「詐偽律」を唐詐偽律詐為官捕人条相当の養老律とするならば、養老詐偽律同条の疏文に、「侵奪」の二字が存在したことになろう。又、この「侵奪」の語は、前掲唐律によって窺うに、注文「犯其身及家人親屬財物等」に対する疏文の中に存すること、及び前掲朱説に「但犯其身亦可同耳歟何」とあって、唐律注文の「犯其身」と同じ語句が見えること等から推して、この唐律注文に相当する注文が養老律本条にも存在したと考えてもよいのではなからうか。

左に復原案を示す。

凡(補)詐為官。及称官所遣而捕人者。徒二年。(法曹至要抄)為人(台令集解)所(唐律)犯害(台令集解)。犯其身及家人親屬財物等。(以下略)(唐律)(前略)若為人侵犯其身。或犯家人親屬。或(唐律)侵奪(補)台令集解訴訟条逸文)身及家人親屬財物等。(唐律)(以下略)

## 二 条文の存否

### (1) 名例律請条

養老名例律請条(大系本『律』六頁)は、次に掲げる通りである。

凡応議者祖父母。父母。伯叔姑。兄弟。姉妹。妻子。姪孫。若五位及四等以上。犯死罪者上請。(以下略)  
 ところで、喪葬令集解京官三位条(大系本『令集解』九五八頁)には、次の如き文が見える。

古記云。(中略)一云。依名例律。勳四等以上入五位例。以外并散官不合。

瀧川政次郎博士は、『疑令集解釈義』(八六五頁)の標注において、右とほぼ同文の釈説をあげて、  
 名例律、心議条に、「若五位及勳四等以上。犯死罪者上請。」とあるに抛れるなり。

と述べられているが、大宝律については触れられていない。しかし、前掲古記の文から、大宝名例律においても、養老名例律請条に相当する条文が存在し、「若五位及勳四等以上。犯死罪者上請。」と大差ない律文が推測されよう。

## (2) 名例律贖条

養老名例律贖条(大系本『律』七頁)は、次に掲げる通りである。

凡心議請減。及八位勳十二等以上。若官位勳位得減者之父母。妻子。犯流罪以下。聽贖。若心以官当者。自從官当法。其加役流。反逆縁坐流。子孫犯過失流。不孝流。及会赦猶流者。各不得減贖。除名配流如法。(以下略)

ところで、田令集解功田条(大系本『令集解』三五二頁)には、次の如き文が見える。

古記云。以外。謂中功。下功謂之以下也。非八虐之除名。謂縦五流而非八虐。并雜犯除名者並不収。

右の古記の文は、八虐の罪を犯して除名された場合の外は、功田は収公しないことをいっただけのものであり、右の「八虐之除名」以外の例として、五流の罪の中、その罪が八虐に当たらないものの除名、及び雑犯のもの除名をあげているのである。従って、右の古記の文から、大宝律においては、五流の罪を犯した官人が除名という附加刑を科されたことが知られる。又、「五流」という刑法上、特別な性質を有する流罪が規定されていたことも推測し得る。しかるとすれば、大宝律においても、前掲養老名例律贖条に相当する条文が存在し、且つ養老律と同様、加役流、反逆縁坐

流、子孫犯過失流、不孝流、会赦猶流が「五流」とされ、この五流を犯したものは、減贖という官人の刑法上の特典に浴せず、除名処分をうけ、法の規定通りに流罪の実刑が科された可能性が大であろう。即ち、前掲養老名例律の「其加役流」より「除名配流如法」までとほぼ同じ内容の文が大宝律においても存在したことが考えられる。

又、前掲養老名例律贖条の前提、即ち「応議請減」より「聽贖」までに相当する文が、大宝律においても存在したであろうことは、次に掲げる学令集解先読経文条（大系本『令集解』四五二頁）の古記の文により推測し得るであろう。

古記云。（中略）問。蔭子、真決。若令贖哉。答。抛律、令贖。但寮例決罰耳。

### (3) 名例律除名条

田令集解功田条（大系本『令集解』三五二頁）には、次の如き文が見えている。

古記云。以外。謂中功。下功謂之以下也。非八虐之除名。謂縱五流而非八虐。并雜犯除名者並不収。問。文云。

非八虐之除名。未知。无位若為処断。答。案名例律云。八虐故殺人反逆縁坐獄成者。雖会赦。猶除名。即知。八虐獄成。雖会赦。猶除名者合収。无位獄成者。雖会赦。猶合収。若未獄成会赦免罪者。並不収。

右の古記所引の文中に存する名例律、即ち「八虐故殺人反逆縁坐。獄成者。雖会赦。猶除名。」は、すでに利光三津夫博士によって、唐及び養老名例律除名条に相応する大宝律逸文として指摘されている（『律の研究』四〇頁以下）。

ところで、右の古記の文から、なお一、二の大宝律逸文を拾うことができよう。先ず、「雜犯除名」とあることは、養老名例律除名条（大系本『律』一二、一三頁）の次の文に相当する律文が大宝律にも存在したことを示唆する。

其雜犯、死罪。即在禁身死。若免死別配。及背死逃亡者。並除名。

即ち、前掲古記の「雜犯」は、「雜犯死罪」を省略したものであり、かかる「雜犯死罪」を犯した官人が除名に処せられるという規定は、恐らく大宝名例律除名条にも存在したのであろう。

次に、前掲古記の文に「若未獄成。会赦免罪。」とあることが問題となる。即ち、養老名例律除名条の疏文（大系本『律』二二頁）には、

犯上八虐等罪。獄成之後。雖会大赦。猶合除名。獄若未成。即從赦免。

とあるが、右の文の「獄若未成。即從赦免。」は、前掲古記の文と同義であって、用語も近似している。従って、右の養老名例律疏文に相当する疏文が大系名例律にも存在した可能性が指摘できよう。

#### (4) 名例律共犯罪条

「律逸文」(一〇二頁)によれば、養老名例律共犯罪条は、次の如く復原されている。

凡補共犯罪者。以造意為首。隨從者減一等。○政事要略(六七、六九)類聚三代格斷罪贖篇(廿) 若家人共犯。只坐尊長。○戸令(以下略)集解

ところで、先ず儀制令集解内外官人条(大系本『令集解』七二七頁)には、次の如き文が見える。

古記云。量情決答。謂不得聽贖。唯得從減也。

右の古記の文中に存する「從減」とは、恐らく「從坐減」と同義であろう。しかりとすれば、「從坐減」は、養老名例律一人兼有議請減条の「從坐減」の疏文に、

謂。共犯罪。造意者為首。從者減一等。

とあるから、大宝律においても、前掲養老名例律共犯罪条の「共犯罪者。以造意為首。隨從者減一等。」と同様な規定が存在したことが推測されよう。

又、僧尼令集解教化条(大系本『令集解』二五二頁)には、次の如き文が見える。

古記云。(中略)一云。從不応為。若俗人造意者從重。隨從者從輕也。一云。俗人減僧一等。合杖九十。

右の古記所引の「一云」に、「造意者從重。隨從者從輕也。」とあるのは共犯の場合、造意者を首とし、隨從者は造



意者の罪から一等を減ずることを意味するものであろう。何故ならば、古記の前にある釈説に、

釈云。(中略)一云。従不應為。若俗人造意者従重。随従者従軽。一云。俗人従者。減僧一等。合杖九十。若俗人首。杖一百。僧亦百日苦使。

とあって、前掲古記の「一云。俗人減僧一等。合杖九十。」が釈説では、「一云。俗人従者。減僧一等。合杖九十。」となっており、両者は同義の文と考えられるからである。以上から、大宝律においても、前掲養老名例律共犯罪条の前段に相当する文は、存在したとしなければならぬ。

なお、同じく僧尼令前掲条(大系本『令集解』二五一、二五二頁)には、次の如き文が見える。

古記云。(中略)一云。(中略)若僧令童子直遣教化。仍乞余物者。童子以詐欺論。僧以苦使科。不乞余物者。童子无科。雖有造意。猶以家長共犯論也。

右の古記所引の「一云」の文の後段は、僧と童子との共犯の場合を規定するが、童子が余物を乞取しなかった場合は、僧のみを罰し、童子は無罪とするものである。その場合、童子に造意があっても、それは家長共犯を以って論ずるといっているのである。右の「以家長共犯論。」とは、文意から恐らく前掲養老名例律の「若家人共犯。只坐尊長。」と同義であろう。しかりとすれば、右の律文は、大宝律においても存在したといえよう。

#### (5) 名例律相隠条

「律逸文」(一〇三頁)によれば、養老名例律相隠条は、次の如く復原されている。

凡補同居。若三等以上親。及外祖父母。(原年七)外孫若孫之婦。夫之兄弟。及兄弟妻。有罪。相為隠。(以下略)

右の「外孫若」は、原典、即ち政事要略(八四)では、「子」とあるものであるが、「律逸文」が唐律に従って改めたものである。しかし、法曹至要抄、政事要略(八一)等所引の養老断獄律議請減不合拷訊条の疏文には、

其於律得相容隱。謂同居。若三等以上親。及外祖父母。外孫。若孫之婦。夫之兄弟。及兄弟妻。及家人奴婢。得為主隱。

とあるから、前掲の「子」は、唐律によらず、右の諸史料によつて「外孫若」に訂正さるべきであろう。

さて、選叙令集解同司主典条（大系本『令集解』四六九頁）には、次の如き文が見える。

古記云。三等以上親。案儀制令。父子為一等。祖孫伯叔兄弟為二等。曾祖從父兄弟弟子曾孫為三等。以外雖相  
 隱親。不在避限。

右の古記の文に「相隱親」とあるからには、大宝律にも、前掲養老名例律相隱条に相当する規定が存在していたに違いない。又、その内容を案ずるに、前掲古記の文に、「……為三等。以外雖相隱親。不在避限。」とあるから、三等以上の親は、当然相隱親に含まれ、且つ相隱親には三等親以外の親族も含まれていたことが推測される。以上から推察するに、大宝名例律相隱条の内容は、養老名例律同条と大差のないものであったと思われる。

(6) 名例律称日条

「律逸文」(一〇五頁)によれば、養老名例律称日条は、次の如く復原されている。

凡称日者。以百刻。計功庸者。從朝至暮。律○唐〔称年者。以三百六十日。称人年者。以籍為定。保記○文〕(以下略)

ところで、選叙令集解以理解条（大系本『令集解』四九四頁）には、次の如き文が見える。

古記云。停私過一年以上。謂以三百六十日為一年也。

右の「謂以三百六十日為一年也」という古記の文から、大宝律においても、前掲養老名例律と同様、「称年者。以三百六十日。」という律文が推測されよう。

## (7) 職制律上書奏事而誤条

養老職制律上書奏事而誤条（大系本『律』四一頁）は、次に掲げる通りである。

凡上書若奏事而誤。答五十。口誤。減二等。口誤不失事者勿論。上太政官而誤。答卅。余文書誤。答廿。誤。謂。脫乖文字。及錯失者。即誤有害者。各加二等。有害。謂。當言勿原。而言原之。當言千端。而言十端之類。若誤可行。非上書奏事勿論。可行。謂。案省可知。不容有異議。當言甲中。而申甲之類。

ところで、考課令集解最条（大系本『令集解』五七三頁）には、次の如き文が見える。

古記云（中略）問。今有主典。公文有誤一字。得最以不。答。自非至聖。誰人无過。先日恭勤既成庶事。後時有怠。乃致小過。以誤一字。決斷罪名。不足成殿。不可除最也。

右の文中に、「以誤一字。決斷罪名。」とあることにより、主典が公文書を作成する場合、誤字があれば、刑罰が科せられたことを知り得る。しかりとすれば、右の問答は古記の引く処であるから、大宝律においても、前掲養老職制律上書奏事而誤条に相当する条文が存在したことが推測されよう。

## (8) 職制律聞父母夫喪匿条

養老職制律聞父母夫喪匿条（大系本『律』四三頁）は、次に掲げる通りである。

凡聞父母。若夫之喪。匿不孝哀者。徒二年。（以下略）

ところで、仮寧令集解給喪假条（大系本『令集解』九五〇頁）には、次の如き文が見える。

古記云。（中略）一云。以死日為始。何者。扱日待時發喪者。依律科罪故也。

右の古記の文中にある「依律科罪」の「律」は、前掲養老職制律聞父母夫喪匿条に相当する大宝職制律の条文であろう。何故ならば、前掲養老職制律の疏文には、

聞喪即須哭泣。豈得<sup>ハ、</sup><sup>ハ、</sup>日待時。若匿而不即<sup>ハ、</sup><sup>ハ、</sup>拳哀者。徒二年。

とあって、古記の文と類似の語が現れているからである。以上から、養老職制律聞父母夫喪匿条に相当する大宝律が存在したと思われ、その疏文にも、「日待時」等、養老律疏と類似せる語句の存在が推測されよう。

(9) 戸婚律義絶条

「律逸文」(一一九頁)によれば、養老戸婚律義絶条は、次の如く復原されている。

凡補犯義絶者。離之。違者杖一百。○法曹至要  
抄戸令御抄(以下略)

ところで、戸令集解七出条(文系本『令集解』三〇四頁)には、次の如き文が見える。

古記云。問。妻有六出之状不棄。其夫科罪不。答。不科。聽不離也。但義絶不離者科罪。亦令離也。

右の古記の文中にある「但義絶不棄者科罪。亦令離也。」については、すでに滝川政次郎博士が『<sup>本定</sup>令集解釈義』(二六九頁)の標注において、

戸婚律に「凡犯義絶者離之。違者杖一百。」云々とあり。

と述べられているが、大宝律については触れられていない。大宝律においても、前掲養老戸婚律義絶条に相当する条文が存在したことは、右から明かであろう。

(10) 擅興律丁夫雑匠稽留不赴条

次に掲げる唐擅興律丁夫雑匠稽留不赴条に相当する日本律は、まだその断片すら発見されていない。

諸被差充丁夫雑匠。而稽留不赴者。一日笞三十。三日加一等。罪止杖一百。将領主司。加一等。防人稽留者。各加三等。即由将領者。将領者独坐。余条将領稽留者準此。

ところで、養老賦役令有事故条をみると、その本文は次に掲げる通りである(大系本『令集解』四二六頁以下)。

凡丁匠赴役。有事故不到闕功者。与後番人。同送陪功。若故作稽違。及逃走者。所司即追捕決罪。仍專使送役処陪功。即給雇直。

右の条文の大意は、丁夫雑匠が役に赴くべき場合、自己又は父母の病等のやむを得ざる事故により赴くことが出来ない時は、後番の人と共に役処に送って労役につかしめるが、もし故意に出発の期限におくれたり、又は差遣の途中から逃亡した場合には、所司が追捕して処罰し、処罰後、專使をつけて役処まで送り、労役につかしむべきであるといふのである。ここに、「若故作稽違。及逃走者。所司即追捕決罪。」とあるからには、丁匠による稽違の罪、及び逃走の罪が養老律に規定されていたとしなければならぬ。丁匠が逃走した罪の規定は、捕亡律丁夫雑匠在役亡条に存し、それに関する逸文は、すでに先学によって拾われ（「律逸文」一六九頁）、同条が養老律に存在したことが確認されている。一方、丁匠が役に赴くべき期限に稽違した罪の規定については、まだ指摘されていないが、恐らく前掲唐擅興律丁夫雑匠稽留不赴条に相当する条文が存在したか否かの問題であるが、賦役令集解有事故条（大系本『令集解』四二七頁）に、次の如き文が見える。

次に、本条が大宝律にも存在したか否かの問題であるが、賦役令集解有事故条（大系本『令集解』四二七頁）に、次の如き文が見える。

古記云。問。所司即追捕決罪。仍專使送役処。未知。所司誰官。

右の古記の文中に、「所司即追捕決罪」とあることからすれば、大宝律においても、前掲唐擅興律丁夫雑匠稽留不赴条に相当する条文が存在したと推測してよいであろう。

#### (11) 賊盜律造妖書条

養老賊盜律造妖書条（大系本『律』六五頁）は、次に掲げる通りである。

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。伝。謂。伝言。用。謂。

用書。其不滿衆者。減一等。言理無害者。杖六十。(以下略)

ところで、僧尼令集解僧尼觀玄象条(大系本『令集解』二一〇頁)には、次の如き文が見える。

古記云。(中略)問。詐稱得聖道。坐出口。乃坐不。答。依律妖言条。合勘也。

右の古記の文中にある「律妖言条」から、大宝律においても、養老賊盜律造妖書条に相当する条文が存在したものとと思われる。

(12) 鬪訟律毆傷妻条

「律逸文」(一三八頁)によれば、養老鬪訟律毆傷妻条は、次の如く復原されている。

凡補毆傷妻者。減凡人二等。死者以凡人論。○掌中抄、至要抄、毆妾折傷以上。減妻二等。○唐律(以下略)

ところで、戸令集解毆妻祖父母条(大系本『令集解』三一〇頁)には、次の如き文が見える。

古記云。(中略)其夫毆妻者。不在論限。唯依律科罪耳。

右の古記の文意は、夫が妻を毆つた場合は義絶にはならぬが、律によって処罰されるということであるから、毆傷妻罪は大宝律においても、規定されていたとしなければならぬ。従つて、大宝律においても、養老鬪訟律毆妻条に相当する条文が存在したことが推測されよう。

(13) 鬪訟律過失殺傷人条

「律逸文」(一四一頁)によれば、養老鬪訟律過失殺傷人条は、次の如く復原されている。

凡補過失殺傷人者。各依其状。以贖論。○政事要略(八二)、至要抄、掌中抄、(以下略)

ところで、令集解には、次の如き文が見える。

古記云。及余罪戾者。謂官人除名。免官。免所居官。官当等是。白丁八虐及徒罪以上是。過失及疑罪者非也。

(繼嗣令集解定嫡子条。大系本五二四頁)

古記云。疑罪及過失者合贖。以贖物合充功德。若於人侵損。過失贖財。合入侵損之家也。(僧尼令集解准格律条。大系本二四四頁)

古記云。問犯杖罪以上。若贖杖若為。答。雖贖亦是也。過失并疑罪亦同。(戸令集解結婚条。大系本三〇三頁)

右に列挙した古記の諸文から、大宝律においても、前掲養老鬪訟律過失殺傷人条と同様な規定が存在したことが推測されよう。

#### (14) 鬪訟律誣告人条

「律逸文」(一四一頁)によれば、養老鬪訟律誣告人条は、次の如く復原されている。

凡補誣告人者。各反坐。○政事要略、至要抄、掌中抄 (以下略)

ところで、僧尼令集解准格律条(大系本『令集解』二四一頁)には、次の如き文が見える。

古記云。(中略)其条制无文。罪至徒。謂誣告得反坐之類是。

右の古記の文に、「誣告得反坐」とあることからみれば、大宝律においても、前掲養老鬪訟律誣告人条と同様な規定が存在したことが推測されよう。

#### (15) 鬪訟律告二等尊長条

「律逸文」(一四三頁)によれば、養老鬪訟律告二等尊長条は、次の如く復原されている。

凡補告二等尊長。外祖父母。夫。夫之祖父母。雖得実。徒一年。○政事要略、至要抄、掌中抄 (疏文略) 其告事重者。減所告罪一等。

(以下略) ○政事要略(八四)

ところで、戸令集解殿妻祖父母条(大系本『令集解』三一〇頁)には、次の如き文が見える。

謂。若欲陷罪及害身。並是。但毆夫者。輕於陷罪。故不入義絶。(中略) 積云。或欲陷罪。或欲害身是。但毆夫者。輕於告罪故。不入義絶也。(中略) 古記云。及欲害夫。謂或欲陷罪。或欲害身。皆是。於夫有止者。但自理訴者非。夫妻相毆者。若為処分。答。依闕律。妻毆夫者徒一年。今欲害夫此輕。尙義絶。况已毆此重。何更生疑。其夫毆妻者。不在論限。唯依律科罪耳。(中略) 穴云。害。謂謀殺及告言也。毆夫杖一百。不為害。但先律毆夫徒一年。故古記亦為義絶。与今異也。

右の文は、戸令毆妻祖父母条の本文、「及欲害夫者」に対する集解の文である。先ず義解によれば、「欲害夫」という行為は、「欲陷罪」という行為と「欲害身」という行為の兩者であるとされる。積説も義解と同じ説をとっている。又、義解は続けて、「但毆夫者。輕於陷罪。故不入義絶。」とっており、積説も続けて、「但毆夫者。輕於告罪。故不入義絶也。」といているが、義解も積説も説く処は同一と思われる。しかりとすれば、義解のいう「陷罪」は、積説のいう「告罪」と同義である。又、穴説を窺うに、「害」とは「謀殺」及び「告言」をいうとしている。以上の諸説を総合して考えるならば、「欲害夫」という罪には、「欲陷罪」の罪と「欲害身」の罪との兩者があり、前者が夫を告言する罪、後者が夫を謀殺する罪ということになる。

さて、古記も亦、「欲害夫」の罪は、「欲陷罪」の罪と「欲害身」の罪とがあるとするが、更に古記は、「依闕律。妻毆夫者徒一年。今欲害夫此輕。尙義絶。况已毆此重。何更生疑。」といている。右の古記の文中にある「欲害夫」の罪の内容を考えるに、一応これを前に考察した如く、夫を謀殺する罪と夫を告言する罪とすることが出来よう。しかし、これを夫を謀殺する罪と考えた場合、古記の「今欲害夫此輕。」即ち夫を謀殺する罪が夫を毆る罪よりも軽いというのは不合理である。何故ならば、夫を謀殺する罪が大宝律で如何に規定されていたかは不詳であるが、養老律では斬が科されているから、恐らく大宝律においても、それに近い極刑が科されていたと推測できるからである。従



つて、右の文で、古記が「欲害夫」といつているのは、夫を謀殺する罪をいうのではなく、夫を告言する罪をいつたものであろう。しかりとすれば、大宝律において妻が夫を殴る罪は徒一年であり、古記のいうように、夫を告言する罪がそれよりも軽いとするならば、それは杖一百以下ということになる。養老律では、夫を告言する罪は徒一年であるから、大宝律では杖一百ではなかったかとも思われる。兎に角、養老律では殴夫罪が杖一百であり、告言夫罪が徒一年であるのに対し、大宝律では逆に殴夫罪が徒一年、告言夫罪が杖一百以下ということになる。利光三律夫博士によれば、一般に養老律は寛刑主義に則って、大宝律所定の刑を更に軽減せんとしたとされているが、『律の研究』一二九頁以下)、もし大宝律において、夫を告言する罪が杖一百以下であるとすれば、養老律では徒一年であるから、この罪は大宝律よりも刑を重くしたという数少ない例に入ることになる。

以上を要するに、大宝律においては、前掲養老鬪訟律告二等尊長条に相当する条文が存在し、夫を告言する罪は杖一百以下に規定されており、その法定刑は養老律の場合よりも軽減されていた可能性が大であるということである。

#### (16) 鬪訟律監臨知有犯法条

「律逸文」(一四七頁)によれば、養老鬪訟律監臨知有犯法条は、次の如く復原されている。

〔凡〕監臨主司。

知所部有犯法。不举劾者。

減罪人罪三等。

○賊盜律疏祖父母為人所殺条造審  
蠱毒条疏、職員令集解、至要抄

糾彈之官。減二等。○唐律

同伍保内。在家有犯。知而不糾者。死罪徒一年。流罪杖一百。徒罪杖七十。其一家唯有婦女及男年十六以下者。

皆勿論。○至要抄、  
以下略

右の養老鬪訟律監臨知有犯法条に相当する大宝律については、すでに三浦周行博士(「大宝養老二律の比較研究」『法学論叢』第二〇巻第五号)、及び利光三津夫博士(『律の研究』八九頁)によって指摘されている。即ち、それは次に掲げる職員令集解彈正台条の古記の文によるものである。

古記云。(中略)鬪訟律云。監臨主司条云。即同伍保内。在家有犯。知而不糺者。死罪徒一年。流罪杖一百。徒罪杖七十。注云。犯百杖以下。保人不糺無罪。

ところで、僧尼令集解非寺院条(大系本『令集解』二二〇頁)には、次の如き文が見える。

六云。問。国郡官司知而不禁止者。依律科罪者。未知何罪。答。古答云。科違令并不奉勅等罪。

右の「不奉勅等罪」とは、大宝鬪訟律本条に規定された罪であろう。前掲三浦、利光両博士の指摘による職員令集解の古記の文は、いわば本条の後段に当る部分であるが、右の「不奉勅」の罪は、本条の前段に当る規定であり、大宝鬪訟律監臨知有犯法条は、養老律と大差ない内容を有していたと推測される。

(17) 詐偽律詐欺取財物条

「律逸文」(一五二頁)によれば、養老詐偽律詐欺取財物条は、次の如く復原されている。

凡補詐欺官私。以取財物者。準盜論。(以下略) ○賦役令集解 (以下略)

ところで、僧尼令集解教化条(大系本『令集解』二五一頁)には、次の如き文が見える。

古記云。(中略)一云。一身独教化亦同。因此乞財物過多者。以詐欺取財物論。

右の古記所引の「一云」に、「以詐欺取財物論」とあることから見れば、詐欺行為によって財物を取得する罪が大宝律において規定されていたとしなければならぬ。しかりとすれば、前掲養老詐欺律詐欺取財物条に相当する条文が大宝律においても存在したと推測されよう。なお、瀧川政次郎博士は、右の「因此乞財物過多者。以詐欺取財物論。」について、これを大宝僧尼令の文であると推測されている(『定令集解釈義』二三四頁標注)。

(18) 雜律違令条

「律逸文」(一六五頁)によれば、養老雜律違令条は、次の如く復原されている。

凡違令者。答五十。謂。令有禁制。律無罪名者。○戸令御抄、法曹至要抄、金玉掌中抄、政事要略（以下略）

ところで、令集解には、次の如き文が見える。

古答云。科違令并不拳効等罪。（僧尼令集解非寺院条、大系本二二〇頁）

古記云。其俗人者。依律論。謂除童子以外他人。以違令科。（僧尼令集解教化条、大系本二五二頁）

右の古記、古答の文から、大宝律においても、前掲養老雜律違令条に相当する条文が存在したことが推測されよう。

### (19) 雜律不應得為条

「律逸文」（二六六頁）によれば、養老雜律不應得為条は、次の如く復原されている。

凡補不應得為而為之者。答四十。○金玉謂。律令無条。理不可為者。唐事理重者。杖八十。金玉掌中抄

ところで、僧尼令集解教化条（大系本『令集解』二五二頁）には、次の如き文が見える。

古記云。（中略）一云。從不應為。若俗人造意者從重。隨從者從輕也。

右の古記所引の「一云」に「從不應為」とあることから、大宝律においても、前掲養老雜律不應得為条に相当する条文が存在したことが推測されよう。

### (20) 斷獄律疑罪条

「律逸文」（一七九頁）によれば、養老斷獄律疑罪条は、次の如く復原されている。

凡補疑罪各依所犯以贖論。（中略）○法曹至要抄、金玉掌中抄、政事要略（以下略）

ところで、前記(19)闕訟律過失殺傷人条の項に列挙した令集解所引の古記の文から、大宝斷獄律においても、疑罪は贖銅を以って実刑に換えられたことが明かである。従って、大宝律においても、前掲養老斷獄律疑罪条と同様な内容

をもつ条文の存在が推測されよう。

### 三 刪定その他

#### (1) 名例律笞杖徒流死条

大宝名例律に、唐律の五刑条、養老律の五罪条に相当する条文があったことは、大宝律の注釈書である古答に、五刑の注釈がみえていることから、利光三律夫博士によって、すでに指摘されている処である〔律の研究〕二八頁以下）。

なお、大宝律に規定された五刑が、唐律及び養老律と同様、笞十から始まったことは、次に掲げる学令集解先説經文条（大系本『令集解』四五二頁）の文から明かであろう。

古記云。斟量決罰。謂察判官以上問決也。決數隨狀自笞十始耳。

#### (2) 名例律官当条・免官条

繼嗣令集解定嫡子条（大系本『令集解』五二四頁）には、次の如き文が見える。

古記云。及余罪戻者。謂官人除名。免官。免所居官。官当等是。白丁八虐徒罪以上是。過失及疑罪者非也。

藻 右の古記の文に、除名、免官、免所居官という官人に科せられる附加刑、及び官当という官人に科せられる換刑の拾 名称が見えることは、大宝律に、それらの内容を規定した条文が存在したことを窺わしめる。なお、大宝名例律に除 名条、免所居官条が存在したことは、すでに利光三律夫博士によって田令集解、及び選叙令集解から、その内容の一 部が指摘されている〔律の研究〕四〇頁以下）。

27 律 条

免官条、官当条も、その内容は不詳であるが、共に大宝名例律に存在したことは、前掲集解所引の古記の文から明

かであろう。

### (3) 名例律彼此俱罪条

養老名例律彼此俱罪条（大系本『律』二四、二五頁）は、次に掲げる通りである。

凡彼此俱罪之贓。謂。計贓為罪者。及犯禁之物。則没官。若盜人所盜之物。倍贓亦没官。取与不和。雖和。与者無罪。若乞索之贓。並還主。（以下略）

ところで、僧尼令集解教化条（大系本『令集解』二五一頁）には、次の如き文が見える。

古記云。一云。一身独教化亦同。因此乞財物過多者。以詐欺取財物論。過多。謂計贓百杖以上。物徴合還主也。

右の古記所引の「一云」に、「以詐欺取財物論。……物徴合還主」とあることからみれば、大宝律においても、詐欺行為によって財物を取得した場合、前掲養老名例律と同様に、その贓物を本主に返還すべき規定があったのではないかと思われる。即ち、前掲養老名例律彼此俱罪条の「取与不和」の疏文には、

謂。恐喝詐欺。強市有乘利。強率斂之類。

とあって、ここに「詐欺」の語が見えている。前掲古記の文から直ちに大宝名例律彼此俱罪条の存在、及び「取与不和」、「還主」等の律文を確定することは、性急に過ぎようが、同条の存在の可能性は指摘できよう。

### (4) 名例律平贓条

考課令集解内外初位条（大系本『令集解』六一〇頁）には、次の如き文が見える。

穴云。便差使者。便。即之義。律疏云。理使適中。是中也。

右の「律疏云。理使適中。」の「律疏」とは具体的に如何なる律文の疏をいうのか明かではない。今、唐律に引き当てる、右の集解穴説の文に近きものを求むるならば、唐名例律平贓条の疏文を挙げ得るであろう。即ち、次の通り

である。

問曰。賊若見在犯処。可以將贓對平。如其先已費損。懸平若為準定。又有獲贓之所。与犯処不同。或遠或近。並合送平以否。

答曰。懸平之贓。依令準中估。其獲贓去犯処遠者。止合懸平。若運向犯処。準估其物。即須脚価。生産之類。恐加瘦損。非但姦偽斯起。人糧所出。無從同遣懸平。理便適中。

右の問答の末尾にある「理便適中」は、前掲穴説の「理使適中」と近似している。「便」と「使」とは、字体が類似しているが故に、集解穴説の「使」は「便」の誤りではなからうか。何故ならば、穴説は「便。即之義。」といつて、「便」を説明し、その例として「律疏」を挙げているが、穴説の掲げる律疏には、「便」の字が見えないからである。もし穴説掲げる処の律疏が「理便適中」であるとすれば、前掲唐名例律平贓条の疏文にみえる問答の部分に相当する養老律疏文は存在しなくてはならない。ここでは結論を急がず、上記の疑点を指摘するに止めておきたい。

#### (5) 雜律博戲賭財物条

唐雜律博戲賭財物条は、次に掲げる通りである。

諸博戲賭財物者。各杖一百。拳博為例。余戲皆是。(以下略)

右の文中、「博戲賭財物者。各杖一百。」に相当する養老律は、すでに法曹至要抄から唐律と同文のものが『律逸』によって拾われている。しかし、その注文である「拳博為例。余戲皆是。」は、まだ復原されていない。

ところで、学令集解不得作案条(大系中『令集』四五八頁)には、次の如き文が見える。

朱云。(中略)又雜戲者作雜律科博戲罪何。

右の朱説の文は、学生が在学中に雑戲を行なった場合、雑律に規定されている博戲罪を科すべきかどうかを問うているのである。今、前掲唐律の注文に対する疏文をみるならば、

注云。拳博為例。余戲皆是。謂拳博為名。総為雜戲之例。

とあって、「雑戲」も亦、博戲罪に問われたことが見えている。前掲集解朱説の文から、直ちに養老雜律博戲賭財物条に唐雜律同条の前掲注文及び疏文に相当する律文が存在したということは出来ないが、その存在の可能性を指摘することは出来よう。

### (6) 雜律犯夜条

「律逸文」(一五八頁)によれば、養老雜律犯夜条は、次の如く復原されている。

凡〔犯夜者。答廿。○宮衛  
令集解〕有故者不坐。(注文略)其律○唐直宿坊街。若(唐律)應聽行而不聽○宮衛  
令集解〕及不應聽行而聽者。答

三十。即所直時有賊盜。經過而不覺者。答五十。

ところで、宮衛令分街条の本文(大系本『令集解』六九四頁以下)は、次に掲げる通りである。

凡京路。分街立鋪。衛府持時行夜。夜鼓声絶禁行。晚鼓声動聽行。若公使。及有婚嫁喪病。須相告赴。求訪医薬者。勘問明知有実放過。非此色人犯夜者。衛府当日決放。應贖。及余犯者送所司。

又、集解同条には、次の如き文が見える。

釈云。依律犯夜者。答廿是。当日明日。古記云。当日決放。謂夜不合決明白也。

前掲「律逸文」に引かれた「犯夜者。答廿。」は、瀧川政次郎博士が右の集解釈の文から拾われたものである(『律令の研究』六六〇頁)。この釈説の文と並んで、右の集解の文には古記の「当日決放」という語句が見えるが、このことは、大宝宮衛令に於いても、「衛府当日決放」の語句のあったことが推測される。大宝令に犯夜者が衛府によって決

罰されることが規定されていたとすれば、大宝律においても、犯夜者の罪とそれに対する刑が規定されていたことと  
思われる。以上から、大宝律においても、前掲養老雜律犯夜条に相当する条文が存在した可能性が指摘できよう。

(7) 断獄律囚応請給衣食条

「律逸文」(一七三頁)によれば、断獄律囚応請給衣食条は、次の如く復原されている。

凡補囚応請給衣食医藥。而不請給。及応聽家人入視而不聽。応脱去枷杻等而不脱者。笞五十。以故致死者。杖一  
百。即減窃囚食。笞四十。以故致死者加役流。○考課  
令集解

右の復原は『律逸』に拠ったものであるが、その考拠文となった考課令集解は、国郡司条(大系本『令集解』五九三  
頁)所引の断獄律であると思われる。ところで、大系本によれば、右の「応聽家人入視」の「視」が「看」となってい  
る。「視」と「看」と何れが正しいかということであるが、唐律諸本ではすべて「視」となっており、大系本におい  
ても、欄外に集解諸本の異同が記されていない。又、前掲逸文はかなり正確に律文を引用しており、取意文ではない  
ようである。「視」と「看」と何れを是とすべきかは後考をまつとして、ここでは「大系本」の集解に従って、「視」  
を「看」の字に訂正しておきたいと思う。

次に、「即減窃囚食。笞四十。」の「四十」であるが、これも大系本の集解では「卅」となっている。これは「卅」  
を是とすべきであろう。

(附記) 本稿は昭和四十八年度文部省科学研究費補助金の交付をうけた総合研究(A)「日本律令の研究」の一部を成すものである。