

國學院大學学術情報リポジトリ

前近代法典編纂試論

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2024-02-29 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	https://doi.org/10.57529/0002000125

前近代法典編纂試論

小林 宏

はしがき

一 近世の法典編纂

- 1 熊本藩「刑法草書」
- 2 会津藩「刑則」
- 3 「公事方御定書」

二 中世の法典編纂

- 三 古代の法典編纂
- むすび

はしがき

筆者は今から六年程以前、即ち平成八年（一九九六）十月、『創文』第三八一号に「刑法草書と式目と律令と——前近代の法典編纂——」と題する短い一文を掲載した。この拙文は『熊本藩法制史料集』（小林宏・高塩博編、創文社刊）の出版を契機に著わされたものであるが、その冒頭には次のように記されている。

熊本藩の刑法草書は、中国法である明律を大幅に継受して、その巻頭に総則的規定を配する等、体系的に構成された最初の藩法典であり、その後、同藩において訓訳された「清律例彙纂」と共に、明治期に入って維新

政府の刑法典の編纂とその運用に大きく貢献した。又刑法草書には従来から弊害の多かった追放刑を原則として廃止し、代って徒刑制が設けられたが、この制度は改善主義に立脚した我が国近代的自由刑の濫觴といわれている。

このように刑法草書のもつ特色に注目すると、そこには近代の法典に直接繋がるような斬新な性質が顕著であるが、一方では、この法典は律令や式目等の古代、中世の法典と共通する一面をも有しているようである。そうであるとするならば、刑法草書、式目、律令等を一括して前近代の法典として捉え、明治以降の近代的法典と対比してみることも可能であり、その試みはまた、ほぼ完全なまでに現存する刑法草書編纂に関する草案類や意見類を検討することにより、謎の多い古代、中世の法典編纂の解明に或る程度の示唆を与えることになるであろう。

右にみる筆者の見解は、現在も、その大筋においては変わっていない。ただ『創文』に発表した際には、紙数の制約から論旨を述べるに止まり、その考証の多くを省かざるを得ず、またその後、調査の対象を聊か広げたこともあって、ここに再び前近代の法典編纂について考え、若干の問題提起を試みることにした。なお本稿では、前近代の法典編纂を熊本藩の「刑法草書」その他、「御成敗式目」、日本律令等について述べるに止まり、それ以外の法典、法書の類については殆ど言及していない。筆者の非力の為であるが、その点、今後は博雅の御教示を仰ぎたいと思う。

一 近世の法典編纂

1 熊本藩「刑法草書」

熊本藩の「刑法草書」は、周知の如く宝暦四年（一七五四）五月、大奉行堀平太左衛門勝名によって藩主細川重賢に捧呈され、翌五年四月から施行された。この宝暦四年制定・同五年施行の「刑法草書」は、今日流布している宝暦十一年に施行された、いわゆる宝暦十一年施行本と大差のないものと、長い間、考えられて来た。昭和十八年（一九四三）に刊行された京都帝国大学法学部日本法制史研究室編『近世藩法資料集成 第二卷』（京都帝国大学法学部発行）及び昭和五十五年（一九八〇）に刊行された京都大学日本法史研究会編『藩法史料集成』（創文社刊）に収録されている「御刑法草書附例」は、この宝暦十一年施行本をもとにして、それに追加法である「例」を付加して天保十年（一八三九）に編纂されたものである。即ち従来は右の京大本「刑法草書」と大差なきものが宝暦四年に制定されたと考えられていたのである。

右の通説に対し、近時高塩博氏は異議を唱え、宝暦四年制定・同五年施行の「刑法草書」は、前記京大本「刑法草書」とは全く別のものであつて、京大本「刑法草書」は宝暦五年以降に改めて編纂を開始し、宝暦十一年にその編纂を完了したものとされた。それでは宝暦四年制定・同五年施行の「刑法草書」とは一体どのようなものかといえば、それはかつて牧健二氏が堀の最初の試案とされた「刑法草書」（いわゆる堀草書）が即ちそれに当るというのである。^{（1）}右の高塩氏の新説は、その考証厳密にして疑いを入れる余地がない。

それでは前記京大本「刑法草書」に近似した「刑法草書」が宝暦四年に制定されたと従来誤認されて来たのは何

故であるか。今、宝暦四年から同十一年に至る「刑法草書」の成立過程の節目をあげるならば、それは次のようになろう。⁽²⁾

- ① 堀第一草書（宝暦四年捧呈本）、一冊
- ② 堀第二草書（宝暦五年施行本）、一冊
- ③ 「律艸書」（原題「刑法草書」、宝暦十一年施行本に向けての試案）、一冊
- ④ 清田新助起草の第一次草案、四冊
- ⑤ 志水才助起草の第二次草案、三冊
- ⑥ 宝暦十一年施行本、三冊

宝暦十一年施行本が宝暦四年捧呈本のように誤認されて来た理由の第一は、先ず次のことがあげられよう。即ち右の宝暦四年捧呈本①と宝暦十一年施行本⑥とを比較してみると、両者は共に「刑法草書」という同一の名称は有するものの、その起草者、条文数、全体の構成、規定の内容（刑罰体系等）にかなりの相違があり、両者はあたかも別個の法典のようにみえることである。今、両者を図式化して対比するならば、次のようになる。

	宝暦四年捧呈本	宝暦十一年施行本
起草者	堀平太左衛門	清田新助
条文数	本文五八個条、附録二個条	一四二個条
構成	本文と附録、一冊	八編九五条目、三冊
規定内容	〔刑罰体系〕	〔刑罰体系〕
	笞刑 十、百（十等）	笞刑 十、百（十等）

眉なしの刑 一年〜三年（五等） 追放の刑 三里〜七里（五等） 御境目追放 死刑 刎首・斬罪・磔・焚殺	徒刑 答六十 徒一年
答七十 徒一年半 答八十 徒二年 答九十 徒二年半 答百 徒三年	刺墨 答百 徒三年
頼刺墨 答百 徒三年 頼刺墨 答百 雜戸	死刑 刎首・斬・梟首・磔・焚
（例示）	〔盜賊篇第八條〕
〔第十六條〕 一牛馬を盜むものハ輕重を論せず、秋刎首すべき事	一牛馬を盜取候者、たとひ原野に放養せしむるものといへ共、守者之有無に不拘、斬罪、○船を盜者も右 同前
但、既に盜といへ共、早刻被取返候歟、又ハ盜之情緒に因てハ臨時判決 臨時判断之例	○玉名郡江田村伝助と申者、馬を盜、売可申と致候へ共、……

即ち右の表にみるような宝暦十一年施行本と甚だしく異なつた体裁や内容をもつ刑法草書が宝暦四年当時、制定される筈はないと考えられていたのである。

宝暦十一年施行本が宝暦四年捧呈本と誤認されて來た理由の第二は、宝暦十一年施行本の「刑法草書」には、

「宝暦四年甲戌夏五月」の日付をもつ堀勝名起草の「序」を掲載している伝本がいくつか存する⁽³⁾ことである。更に誤認されて来た理由の第三は、宝暦四年の「刑法草書」の制定に関しては、熊本藩の公的な記録に屢々認められるが、宝暦十一年施行本の編纂には多大の労力と足かけ七年の長い期間とが費されたにも拘らず、その編纂に関しては同藩の公的記録には一切みえないことである。

しかし以上のような理由があるにせよ、宝暦十一年施行本に近い内容をもつ「刑法草書」が宝暦四年に制定されたのではなかった。それは何故であるか、更にその理由が問われなければならない。ところで誤認の理由の第三にあげた事実に関して、高塩氏は次のように述べている。⁽⁴⁾

この事は、おそらく次の事を意味するであろう。宝暦十一年施行本の編纂・制定は、新規の刑法典を編纂・制定する仕事ではなく、宝暦五年施行の「刑法草書」(堀第二草書)を増補改訂する作業であつたのである。それが証拠に法典の名称に変更はない。中国の明律例をおおいに参酌し、また幕府における徳川吉宗の刑政改革にも学びつつ、笞刑や徒刑を採用して従来の追放刑を廃止するなど、刑法刷新の基本方針は宝暦五年施行の「刑法草書」によって既に決定していた。それ故、宝暦十一年施行本の編纂は、法典をより整備して様々な態様の犯罪に対応できるようにし、刑政の改革をより木目細く実現することを目的とした作業であつたと理解されるのである。

右の高塩氏の言を補足すれば、更に次のようにいうことができよう。堀を含めて宝暦五年以後の「刑法草書」の編纂に携わった人々は、堀による当初の、即ち宝暦四年の法典編纂の意義を高く評価し、次期の法典編纂の事業がいかに大規模なものであらうと、それはあくまで堀草書①の修訂として捉え、それ以上の意識をもたなかったということであらう。堀草書①と宝暦十一年施行本⑥とは、体裁、内容ともに異なる部分が大きいけれども、当時の

人々にとって両者を貫く藩法典制定の理念や立法の精神は聊かも変わっていないとされていたのである。このように考えれば、誤認の理由としてあげた前記三つの事実も、それほど不自然なことではなく、むしろ当然のこととして理解が行くであろう。

また堀草書やその後の草案類は、宝暦十一年施行の「刑法草書」に明文規定の存しない場合、その補充法としての機能を果し、「刑法草書」の規定の解釈やその追加法である「例」の立法の法的根拠ともなっている。前記「序」も、その後の草案類の起草、「刑法草書」の規定の改正、「例」の立法、判例の変更等を正当化する為の論拠やその理由づけとなり、「刑法草書」の運用に指針を与えて、それを合理的にコントロールするという機能を有した。⁽⁵⁾ このように堀草書や草案類及び「序」等がその後の熊本藩において高い権威を有し、事ある毎にそれらが為政者によって参照されたという事実も、宝暦五年以降の「刑法草書」改正に従事した人々の意識を上記のように捉えれば、よく理解されるであろう。

2 会津藩「刑則」

次に熊本藩の「刑法草書」に関連して、会津藩の「刑則」の編纂についてみて行くこととする。会津藩の藩政改革は、熊本藩の宝暦の改革をモデルとして遂行され、その成果の一つとして藩法典「刑則」が制定された。今の「刑則」の体裁を現存の写本⁽⁶⁾についてみると、その巻頭には「寛政二年庚戌春三月」の日付を有する序文がおかれ、次に「刑則」の本文が「士人」、「庶人」、「士庶通条」に分けて記され、末尾には「寛政八年丙辰」の日付を有する跋文が存する。また会津藩の正史である『家政実紀』の寛政二年三月五日条⁽⁷⁾には、「諸士及歩雑人之刑法被相定」として、その内容が詳しく説明されているが、その中に「此刑則、初ハ大綱計を以相伺候処、不足之廉在之、

追々評議之上相同、数条を加へ、寛政八年ニ至り成就ニ相成候」という二行割の注記があり、前記「刑則」写本の跋文にも、「右刑則成於寛政庚戌之春、雖大綱既舉、有細目未盡者、臨時議之、追定之、庚戌之後、於是執政奉教命、再録数條補其闕略、而憲諸有司焉、後人見其與庚戌之後相涉者莫嫌之、寛政八年丙辰」とあるから、「刑則」なる藩法典は、寛政二年（一七九〇）三月に制定されたが、その後、若干の条文が増補され、寛政八年に至って完成したことが明らかである。しかし、ここで注意すべき点がいくつか存するのである。

第一に現存の「刑則」写本は、前掲の跋文からして寛政八年に成立した「刑則」を写したものであることには誤りないが、その序文の日付は「寛政二年庚戌春三月」と記されている。従つて、もし右の跋文や「家世実紀」の前掲記事がなければ、この写本は寛政二年三月に制定された「刑則」を写したものと一般には思われるであらう。

第二に寛政二年三月から同八年までに増補された「数条」（跋文・「家世実紀」に拠る）が「刑則」の条文中のどれに当るか、右の写本からは特定することはできない。

第三に現存する「刑則」写本にみえる庶人に対する刑罰は、笞刑五等、杖刑五等、徒刑五等であるが、肉刑は四等、死刑は三等となっており、合計二十二等である。しかるに『家世実紀』享和二年（一八〇二）十一月五日条の記事によると、寛政二年制定の「刑則」は、庶人に対する刑罰を笞杖徒肉死の五刑とし、更にその夫々を五等に分け、合計二十五等としていた可能性が大である。⁽⁸⁾もし『家世実紀』の前掲記事が事実であるとすれば、寛政二年制定の「刑則」と同八年増補の「刑則」とでは、その刑罰体系が若干異なっていたことになる。また原「刑則」序の注解（後述）には、その序の文「可宥者宥之」を解釈して、「可_レ宥者宥_レ之トハ跋（バツ・シリエ）ニ見ユル通り、老少・廢疾・不識・過失・遺忘ノルイ、宥ムルノ仕形本文ニアリ」と記しており、寛政二年制定の「刑則」には跋文が存在した可能性があるが、右に相当する跋文は現存の「刑則」写本にはみえていない。

第四に『家世実紀』には、「刑則」が制定された寛政二年三月五日条に、その制定の記事がみえるが、「刑則」の増補修訂の完了した寛政八年には、それに関する記事はなく、増補修訂の記事は、前述の如く寛政二年三月五日条の「刑則」制定の記事の中に割注としてみえるに過ぎない。以上述べたところから明らかなように、寛政二年制定の「刑則」と同八年修正増補の「刑則」との関係は、前記熊本藩宝暦四年制定の「刑法草書」と同十一年施行の「刑法草書」との関係にはば等しいということができよう。

さて、ここに更に瞠目すべきことがある。それは現存の「刑則」写本にみえる序文とは異なる「刑則」の序文とその注解が近時、高塩博氏によつて発見されたことである（『刑則制定調査書』第一冊、福島大学附属図書館蔵）。この序文は、発見された関連史料の考察から寛政二年三月の「刑則」制定時のものと見做して先ず間違いないであろう。⁽⁹⁾ そうすると現存写本の「刑則序」は、「寛政二年庚戌春三月」の日付を有するにも拘らず、その時点において作られたものではなく、恐らく寛政八年に「刑則」の増補修訂が完了した際に新しく作り変えられた、いわば修正された序文ということになろう。今、両者を区別して、寛政二年撰の序を原「刑則」序、寛政八年撰の序を単に「刑則」序と呼んでおこう。次に両者の原文を夫々対照して掲げることとする。

寛政二年撰の「刑則」の序文	寛政八年撰の「刑則」の序文
刑則 A 夫刑者政之柄也、不得其中正、則民不堪、鷗義姦宄泯泯起焉、奪攘矯虔禁禁至焉、故先王制五刑之法、以糾正其當否、不可不慎也、	刑則序 A 夫刑者所以弼教也、不得其中正、則民無所錯手足、其究至於鷗義姦宄、奪攘矯虔莫不為焉、昔者舜命皋陶、象以典刑、流宥五刑、鞭作官刑、朴作教刑、金作贖刑、晝災肆赦、怙終賊刑、淑問之道至矣盡矣、然猶戒之曰、欽哉

B 故繼

先公之余意、因

前代之制、參考唐明之律、從宜損益之、定五刑之法、雖然刑豈所以刑人也、用之為不用之也、故曰刑期無刑、亦可不慎乎、今其罪不當死者、遷降於他邦矣、大抵被罰往於四方者、無由餬口、復潛婦國、再三犯法、遂至取死、豈不悲、且驅姦賊、移患於四方、亦所不忍也、是非前代之非、時勢皆然、故革其弊、因旧法可宥者宥之、

C 自今當遷降者、萌黃服章以上及淺黃服章者、幽閑宅、或終身實之、或二三年、或責付父兄保管、皆以講習文学、

憤發勤學、志存義烈者、不待期而赦之、農商之類、亦皆實之圈園中、而役煩辱之事、又教之、有悔非改過、能勤役事者、及期婦家、与米穀幾許、令無失產、

D 或笞或杖或徒或肉或死、輕重各有科、詳書以示之執事

B 伏惟

欽哉、惟刑之恤哉、記曰、刑者側也、側者成也、一成而不可變、故君子盡心焉、可不慎哉、

先神君之麗刑也、克得其意而協中正矣、爾來悉隨故轍、而不變改百有余年、于茲今古時勢不同、則可於古而不可於今者、往々之有、蓋幽家幽獄之日限、罰贖之多寡、輕重參差至今難辨畫一、而罰目煩多、非三千之罪属五刑之謂也、又罪不至刑殺者、有放他邦遷鄉貫、禁城下徘徊類、乃古之流也、然被罰離散者、無由餬口、復潛婦鄉里、再三犯法、或至取死、亦所不忍也、於是今、公命執政承

先神君之遺意、參三代之制、考唐明之律、從宜損益、

C 新設笞杖、多代幽家幽獄及罰贖、放他邦遷鄉貫、禁城下徘徊者、改為徒人、常實之園土、而施設事、期滿則赦還鄉里、孤独乏生業者、与口糧養贍、以無失產、園土之中、有悔過改行者、先期赦之、又以磔罪為誅罰、降誅罰為劓首、且再興則劓、以勿代劓、而大罪則一因旧貫、以定五刑矣、士人犯罪、多隨故轍而定輕重、若夫放他邦遷鄉貫、禁城下徘徊者、新設閑宅幽之、或責附父兄保管焉、各有年限、皆令講習文学、其能改悔嚮學勵行義者、亦先期赦之、

D 凡建法如左方、名曰刑則、以憲諸有司、雖然刑豈刑人之

者、速断獄訟、閱実其罪勿失中正矣、

寛政二庚戌年三月

謂平、所以期于無刑也、故曰辟以止辟乃辟、又曰罪徵非死、人極于病、有司能体此意、得其情議其罪、而勿違中正矣、

寛政二年庚戌春三月

右に掲げた両者の内容を検討すると、一応、次のように四つの段落に分けることができる。

Aは中国の経書の文を引用して刑罰の一般的な目的を述べる。

Bは「刑則」の制定を宣言し、その制定の理由を、とくに追放刑の弊害との関連において述べる。

Cは「刑則」に規定する刑罰の特色、とくにその教化改善主義について庶人と士人とに分けて述べる。

Dは結語として司法実務に携わる官吏に対し、「刑則」の運用を適正ならしめる為の要望を述べる。

さて原「刑則」序と「刑則」序とを比べるならば、その文章にはかなりの径庭があるけれども、その構成及び内容は、右にみるようにA刑罰の一般的目的、B「刑則」制定の理由、C「刑則」の特色、D結語となっており、両者の間に相違はない。高塩氏は原「刑則」序を威嚇主義、「刑則」序を教化主義として捉え、これは寛政八年に至って「刑則」制定の趣旨が大きく転換したことを意味するとされるが、筆者は「刑則」序は原「刑則」序を丁寧⁽¹⁰⁾に詳しく説明したに過ぎないと考える。

ここで注目すべき点は、「刑則」序が寛政八年増補修訂の際に、原「刑則」序を改めて新しく撰述されたと思われるにも拘らず、なお依然として「寛政二年庚戌春三月」という年紀は改められていないことである。何故、寛政八年撰の「刑則」序に「寛政二年三月」という原「刑則」序の年紀がそのまま記されているかといえ、それこそ「刑則」の序文の趣旨、即ち「刑則」そのものの立法趣旨が寛政二年と寛政八年とで何ら変っていないと当時考え

られていたからに他ならない。

以上、熊本藩の「刑法草書」と会津藩の「刑則」との編纂について述べて来たが、その問題点を整理すると、次のように結論することができよう。

一、現存する法典の伝本に、その制定の年紀が記されていても、それは原法典の制定された年紀を示すものであって、その伝本の内容がその年紀の時点につくられたものであるとは必ずしもいえない。

二、原法典と修正を経た法典とは、その条文の数、条文の配列、条文の内容、更には条文の文体、法典の構成（巻立て、章立て等）、起草者に至るまで異なる場合があるが、修正法典には原法典制定の年紀がそのまま記される可能性が大である。

三、原法典に「序」「跋」等が付加されているとき、修正法典にも、それだけが原法典から切り離されて別個に付加される場合がある。その際、原法典の「序」「跋」等の文章も修正される場合があり得るが、「序」「跋」等の撰述された年紀は依然として原法典のままである。

四、原法典の編纂については、その編纂者の公的な記録に概ね記載されるが、修正法典の編纂事業は、それがいいかに大規模なものであろうと、その公的な記録には記載されない可能性が大である。また記載されたとしても、その記録は原法典に比べて極く簡単である。

3 「公事方御定書」

今までは熊本藩及び会津藩の藩法典の編纂を通じて前近代の法典編纂の方式やその特質ともいえるべきものを探ってきたのであるが、それでは江戸幕府の代表的な法典とされる「公事方御定書」の編纂についてはどうであろう

か。

「公事方御定書」（以下、「御定書」と略称）については、その原本に近いといわれるものが近時紹介されてはいるが、⁽¹¹⁾ 原本そのものはまだ発見されるに至っていない。「御定書」の成立過程については、従来、平松義郎氏によって次のように説明されて来た。即ち平松氏は、その形成・施行を三段階に区分し、その第一は寛保二年（一七四二）三月二十七日の奥書日付で、形式的完成を意味し、その第二は実質的完成で、寛保三年八月、本文の文章が一応決定した「追加」以前の最終段階を意味し、その第三は「御定書」の裁判準拠法としての優先的効力確定のときで、宝暦十年（一七六〇）十二月であると考えた。⁽¹²⁾

右の見解に対し薮利和氏は、平松説の主たる根拠、即ち寛保二年三月成立の「御定書」原テキストが法典・法規集として適用されたことがないという点について検討を加え、平松氏のいう寛保二年三月から同三年八月までの間に「御定書」が適用された事例をあげ、その現実の機能を実証して「御定書」の実質的完成は寛保二年三月二十七日にあるとされた。⁽¹³⁾ 薮氏のあげた「御定書」適用の事例の存する限り、薮氏の見解を是とすべきであろう。

「御定書」の制定は、これを寛保三年ではなく、寛保二年とすることは幕府関係の諸記録によっても、すべて一致するところである。即ち明和四年（一七六七）五月の土井大炊頭、依田豊前守、安藤弾正少弼の三奉行による「科条類典」の奥書には、「右科条類典者、寛保二年、仰三奉行、被定置律令之節」云々とあり、⁽¹⁴⁾ 明和九年、評定所留役頭を勤めた江坂孫三郎の「私記」にも、「御定書は……寛保二戌年、上巻下巻共出来」云々とあり、⁽¹⁵⁾ その他「有徳院殿御実紀」等、幕府関係の記録は何れも、その制定を「寛保二年」としている。右の事実は当時の幕府関係者の間に、「寛保二年」が「御定書」制定の年紀として公認されていたことを意味し、薮氏によるその現実的機能の指摘と相俟って、それは動かし難いものであろう。

ところで平松氏が「御定書」の形式的完成とされ、また薮氏がその実質的完成とされる「寛保二年三月二十七日」という年紀であるが、それは次に掲げる「御定書」の奥書によるものである。

右御定書之条々、^(一七四〇)元文五庚申年五月、松平左近将監を以被仰出之、前々被仰出之趣、并先例、其外評議之上、追々伺之、今般相定之者也、

寛保二壬戌年三月廿七日

牧野越中守

石河土佐守

水野对馬守

右の奥書は、「科条類典」によれば、寛保二年四月、牧野、石河、水野の御定書掛三奉行が連名で「御定書帳面之案」として上裁を仰ぎ、四月十二日に承認されたものである。⁽¹⁶⁾確かに「御定書」の本文が一応決定したのは、右の奥書によれば寛保二年三月二十七日のことであるが、「科条類典」には右の奥書の後に、更に次のように記されている。

右之趣、達

上聞、相極候、奉行中之外、不可有他見者也、

寛保二壬戌年四月

松平左近将監

なお「科条類典」には、「御定書末書案」として、右と同文のものがその後にも掲げられているが、そこには「(前略)帳面奥書認差上候節、此御本紙相添可差上旨被仰渡候」とあるから、右の末書は前掲奥書と一体のものとして「御定書」原本の末尾に記されたことが明らかである。しかも、この末書に「達上聞、相極候」とあることは、当時幕府の最高意思決定者である将軍吉宗による「御定書」本文の承認が寛保二年四月の時点で公式に表明さ

れたことを意味するから、「御定書」制定の年紀は、寛保二年三月二十七日ではなく、寛保二年四月と解するのが正しいのではなからうか。⁽¹⁷⁾ そうすると「御定書」のいわゆる「組入」(本文への追加)、「組直」(本文の修正)も寛保二年四月以降の「御定書」の加除変更と捉えなければならない。

さて現存する「御定書」の諸本は、宝暦四年(一七五三)までの追加を含むのが普通であるとされるが、「御定書」は秘密法典として公布されなかったから、幕府の三奉行配下の吏員らによって私的に筆写されて、その写本が流布するようになり、伝写本の系統も複雑であって、筆者にはその成立過程を直ちに明らかにする余裕がない。従って、ここでは「御定書」の准公的な定本として天保十二年(一八四一)、公事方勘定奉行主導の下に作成された「棠蔭秘鑑」についてみることにしたい。⁽¹⁸⁾

「棠蔭秘鑑」所収の「御定書」原本は、寛保二年四月以降、宝暦四年までの「組入」「組直」が為された宝暦四年段階のテキストであって、寛保二年四月制定当時の原本とは、その条文数、条項数、法文の内容等がかなり異なっている。今、『徳川禁令考 別巻』(石井良助校訂、創文社刊)所収の「棠蔭秘鑑」についてみると、「御定書下巻」の末尾には、前掲「寛保二壬戌年三月二十七日」付の牧野、石河、水野の奥書があるが、この奥書には前記三奉行の各々の後に続けて文政年間に至るまでの歴代御定書掛三奉行の名とその就任年月が記されている。更にその後には前掲「寛保二壬戌年四月」の松平左近将監の末書が存する。ここに歴代の御定書掛三奉行の名とその就任年月とが掲げられていることは、「御定書」の編纂及びその後の修正増補に関する実務上の責任者を明確にしていることを意味し、⁽¹⁹⁾ その点でこの記載は頗る重要なものである。しかし「棠蔭秘鑑」所収の「御定書」の内容がその条文数、条項数を初めとして、制定当初の原本にかなりの変更が加えられているにも拘らず、そこには制定当初の原本にある前掲寛保二年の奥書や末書が依然掲げられていること、また何時の時点でも誰によって、その内容がどのよう

に変更されたかということは、この「棠蔭秘鑑」所収の「御定書」をみる限り明瞭ではないこと、また「御定書」の編纂は別として、その追加、修正の事業に関しては、幕府の正史である『徳川実紀』等の記事に殆ど現われていないこと等は、前述の熊本藩の「刑法草書」や会津藩の「刑則」の場合と同様であり、従ってその法典編纂に関する基本的認識やその手法は、やはり前二者と大筋においては殆ど変りはないといわざるを得ないのである。

但し「棠蔭秘鑑」所収の「御定書」の奥書にみえる歴代御定書掛三奉行の連名は、前にふれたように「御定書」制定以後の修正増補に関する実務上の責任者を明記したものととして注目しなければならない。「御定書」の奥書にこのような書式が採られるようになったのは、前掲「科条類典」の奥書によれば、実は寛保三年六月に溯るのである。即ち寛保二年六月に牧野越中守に代って大岡越前守が御定書掛寺社奉行となり、「御定書」の修正に従事していた為、同三年五月に至って奥書の記名につき石河、水野両奉行から伺が提出され、五月二十九日、伺の通りその奥書の記名は大岡を加えて四名とし、大岡には交替の年紀を示す肩書を付記することが裁可された。ついで六月に入り、前掲寛保二年三月二十七日付の奥書の記名の書式について、牧野越中守、石河土佐守、水野対馬守の三名の案と右案の「牧野越中守」の次に「越中守御役替二付、寛保二戌年六月代り被仰付」という肩書を付した「大岡越前守」の名を追加した四名の案との両方が大岡、石河、水野三奉行の連名で提出され、六月晦日に至って後者の案を採択することが正式に裁可された。前記「棠蔭秘鑑」や一部の「御定書」写本の奥書に牧野、石河、水野の外に歴代御定書掛三奉行の連名がみえるのは、この寛保三年六月に決定した大岡追加の書式が踏襲されたものである。それにしても寛保三年六月、三奉行から提出された奥書記名案の中、幕府が前者を採らず後者を採ったことは、法典の修正増補の事業を重視したものであって、新しい意識の芽生えとして注目に値しよう。

二 中世の法典編纂

中世の代表的な武家の法典「御成敗式目」について考える前に、戦国大名の分国法について一言しておかなければならない。

筆者は以前、伊達植宗の制定した法典「塵芥集」のテキストについて論じたことがあった。⁽²¹⁾ その概略は以下の通りである。現存する「塵芥集」の伝本の中、最も条文数の多いものは村田本といわれる写本であり、その条文数は一七一一条を数える。ところで村田本の末尾には、「天文五年^孟夏十四日」の日付を有する起請文が存するが、この天文五年（一五三六）四月十四日という時点で村田本に存する一七一一条のすべてが制定された訳ではない。筆者の考証したところによれば、「塵芥集」は少なくとも、その全条文が一六三一条、一六九一条、一七一一条という三段階を経て成立したと思われる。即ち天文五年四月十四日には、現存する条文の大部分が制定されたが、その後に至って逐次、条文の増補改訂が行われたのである。しかし末尾の起請文の日付は増補改訂された日付を入れず、依然として制定当時の「天文五年^孟夏十四日」のままとしている。このことは前章で述べた近世の法典編纂の方式やその手法と何ら矛盾しないのである。

さて次に「御成敗式目」の編纂であるが、「式目」の編纂については、現在のところ、佐藤進一氏の「御成敗式目の原形について」⁽²²⁾が最も有力な学説であると思われる。佐藤説のあらましを述べれば、以下の通りである。即ち「式目」の原形は現存の諸写本にみられるものとは相当に違っており、現存「式目」の第三六条から第五一条までは、後日（延応元年（一二三九）以降）編入された追加法であり、それを「式目」に編入する際に、もとあった

「式目」五一個条を三五個条に統合整理して、その後一六個条の追加法を付加したものである。

この佐藤氏の原「式目」論、もしくは「式目」編纂の段階論ともいべき学説には異論もあるが、⁽²³⁾今、佐藤説に立脚して更に推論するならば、次のようにいうことが出来よう。即ち現存する諸写本にみえる「式目」は、貞永元年(一二三二)に原「式目」ともいべき法典が制定された後、その追加法を取り込んで新しくつくり変えられた、いわば改訂版であり、従って原「式目」とは、随分その内容や構成の異なったものである。しかし、それにも拘らず法典の名称は、もし『吾妻鏡』貞永元年八月十日条の「御成敗式目」が正式の名称であるとすれば、そのままであり、「貞永元年七月十日」の日付をもつ起請文も、そのまま付加されている。⁽²⁴⁾それは何故かといえば、「式目」の内容や構成等が大幅に変更されても、「式目」制定の理念や立法の精神に変更がなければ、それは依然として同一の法典であるという意識が「式目」の編纂者を始めとして当時の人々の間に強かった為である。また伝本の数種には有名な北条泰時の消息二通が付けられているが、それが付加された理由は、泰時の消息には「式目」制定の理念や立法の精神がよく述べられているからに他ならない。これも恐らく原「式目」と一緒に伝えられたものが、「式目」改訂の際か、もしくはそれ以降に、原「式目」から切り離されて新しい「式目」に付加されたものであろう。更に『吾妻鏡』貞永元年八月十日条には、「式目」制定の記事が伝えられているが、「式目」改訂の事実やその時期を示す記事は、『吾妻鏡』にはみえていない。

以上、佐藤説によって「式目」の編纂について考えてみたが、その場合でも、近世の法典編纂から得た前記結論と符合するところが多いのである。

三 古代の法典編纂

それでは、我が古代の律令法典の編纂についてはどうであろうか。すでに坂本太郎氏は、大宝律令編纂の後、更に養老律令が編纂されたことについて、その主たる理由を藤原不比等がその功を自家藤原氏に帰するという私的な意図に求められた。それは新律令の編纂を積極的に要請するような要素が当時認められないということ、不比等以外の養老律令刪定者はみな六位以下の学者であつて、大宝律令の編纂者とは、その構成が異なるということから推論されたものであつた。⁽²⁵⁾この坂本説は、その後、学界に大きな影響を及ぼしたが、撰修者にその賞として功田が賜与されているという事実からすれば、養老律令の編纂を不比等の私的事業とみなすことには無理があるとする批判も、近時加えられつつある。⁽²⁶⁾

養老律令が不比等の没後、長期間にわたつて施行されなかつたという事実からして、同律令の編纂に不比等の私的な意図が一定程度認められるとしても、筆者は養老律令が編纂された根本的な理由は、その施行を命じた『續日本紀』天平宝字元年（七五七）五月丁卯条の勅に「去養老年中、朕外祖故太政大臣、奉勅刊・脩律令、宣告所司、早使施行」とあるように、勅による大宝律令の「刊脩」にあつたのではないかと考えている。すでに瀧川政次郎氏は、大宝律令と養老律令との関係について、次のように述べている。⁽²⁷⁾

従来の史家は、近江令も飛鳥浄御原令も大宝律令も養老律令も、同一の権威をもつ法典であるように考えているようであるが、それは大きな間違いである。大化以後における我が国の法典編纂事業は、文武天皇の御代に至つて完成したのであるから、大宝律令は他の法典とは異なつた効力を認められていたのであつて、弘仁、

貞觀、延喜三代の格式は、いずれも大宝律令以後の格式を編集している。……大宝律令の施行によって飛鳥淨御原令が効力を失ったのみならず、大宝令施行以前に発せられた法令は、すべて効力を失った。……弘仁格式序には

去養老年中、朕外祖故太政大臣奉勅刊脩律令、

とあって、養老律令の編纂には、「刊脩」なる語が使用されている。「刊」は、広雅に「刊、削也」とあるから、刊脩はけずり修めることであって、修正・修補の意である。故に養老令は、国家の常典である大宝令を修補しただけのものであって、養老の編纂は意味が軽い。養老令が施行されても、養老以前、大宝元年以後に発せられた格式は、その効力を失わない。類聚三代格には、養老以前に発せられた格も収められている。そこが養老令と大宝令とが大いに異っている所以である。

我が国における最初の本格的な律令法典である大宝律令を施行した場合、用語の曖昧さ、不適切さ、更には文章上の矛盾や不備等が発見されて、それを修正しようという動きの生ずるのは、新法典の施行という面から考えれば極く自然の成り行きである。⁽²⁸⁾ しかも養老律令は、大宝律令条文の内容上の改正、或は削除は僅か数条に過ぎず、その他は殆ど単なる字句や名称の変更・修正であるといわれている。⁽²⁹⁾ 従って前掲天平宝字元年の勅にある「刊脩」は、瀧川氏のいわれるように、これを修正・修補の意にとつて誤りないであろう。そうであるとすれば、養老度の律令の編纂は、あくまで大宝律令の修正であって、新法典の編纂とは考えられていなかったことになり、少なくとも養老度の編纂者たちの間には、新法典の編纂という意識は乏しかったであろう。「養老令が施行されても、養老以前、大宝元年以後に発せられた格式は、その効力を失わない」という瀧川氏の指摘は、養老度の律令編纂が新規の法典編纂ではなかったことを積極的に証するものであろう。

そうすると、大和長岡以下五人の功田の品等を定めた『續日本紀』天平宝字元年十二月壬子条の太政官奏にみえる「五人並執持刀筆、刪定科条」という記事も、養老律令編纂者が刀筆をふるって、大宝律令の科条を「刪定」（余分の字句を削り去って文章を整えること）したことを文字通り具体的に表現しているものではなからうか。坂本氏の指摘された大宝律令の編纂者が刑部親王、不比等の外、当時すでに四位、五位であった有力官人を含んでいたのに対し、養老律令の編纂者が不比等の外はすべて六位以下の明法学者に過ぎないという事実も、養老律令の編纂を大宝律令の修訂事業と考えれば、むしろ実務家こそが、その作業に従事するにふさわしいことになるのではなからうか。また大宝律令編纂の記事が『續日本紀』に詳細にみえているにも拘らず、養老律令編纂の記事がその当年の条に全くみえていない理由も再考を要しよう。もとより『續紀』の史料価値については十分に留意する必要があるけれども、それは『續紀』編者の「大なる失体」⁽³⁰⁾や「不用意の脱漏」⁽³¹⁾とばかりいえないであらう。たとい養老度の編纂事業がかなり大規模なものであって、その編纂者の構成やその巻数の編成等が大宝律令の場合と異なっていたとしても、当時、それが大宝律令とは別個の新法典の編纂とは考えられておらず、むしろ大宝律令編纂の理念やその立法の精神を継承する事業であったとすれば、前章まで述べたところから推測するに、その事実は為政者の公的な記録には掲載されない可能性も十分にあり得たのである。

尤も当時の官人達は養老律令の編纂を新律令の制定とは考えていなかったとしても、大宝律令を「前令」「古令」「古律」等と呼び、養老律令を「今令」「新令」「新撰」等と呼んで両者を区別する場合がある。しかし官人達がそのように呼ぶのは、両者を取り扱い上、区別しなければならぬ特別な場合に限られるのであって、通常は両律令ともに、ただ「律」「令」と呼ぶのが原則であった。そもそも「大宝律令」「養老律令」という呼称は本来のもではなく、「弘仁格式序」や「本朝法家文書目録」には単に「律」「令」としか呼ばれていない。平安時代前期に編纂

された『令集解』は、その注解のテキストとして養老令を用いているにも拘らず、養老令の諸注釈書と共に大宝令の注釈書である「古記」をも収録し、且つそれを權威あるものとして重んじている風がある。それは何故かといえば、第一に養老令は大宝令を修正したに過ぎず、養老令の法文は大部分、大宝令のそれと重なるから、大宝令の注釈は養老令の注釈としてもそのまま妥当する為であり、第二に養老令の法文が大宝令のそれと異なっている場合でも、大宝令制定の理念やその立法の精神は、養老令に受け継がれて、その中に生きているから、大宝令の注釈を学習することは養老令を解釈するに当っても多くの示唆を受け、その法文を問題状況に応じて柔軟に解釈することが可能となり、それは養老令の運用に資するところ大きいと考えられた為であろう。「令集解」という書物の名称が示すように、古令の解釈も新令の解釈も、共に「令」の解釈であつて、その点において違いはなかったのである。我々は古令も新令も、当時の明法家にとっては一体のものであつたことを忘れてはならない。

以上、養老律令の編纂が大宝律令の「刊脩」「刪定」、即ち修訂であつて、新規の法典の制定ではなかったことを縷々述べて来たが、これについては江戸時代、荷田在満が「令三辨」の中の第二辨「辨養老止刪定律令非更制之」において、すでに指摘しているところである。即ち以下の通りである。⁽³²⁾

右に論ぜるが如くなれば、今の令は猶大寶の令なり。然らば養老の令は世に傳はらざると云ん。然らず。養老の令とて別には有べからず。夫法令は國家に亘る大事なれば、臨時に一二條を制せられしさへ、必國史に載す。況や新令を制するをや。故に大寶の如きは、先文武天皇四年六月甲午に、刑部親王、不比等以下に律令を撰せしむる事を擧て、又大寶元年八月癸卯に、其律令の成れる事を擧げ、其間大寶元年三月甲午、四月甲戌、六月己酉、八月丁未、戊申、甲寅等の文にも、此時新令を制せられたる事、灼然として見えたり。然るに養老の如きは、養老元より神龜元までの間に、終に新令を制せられたりと見ゆる文なし。唯天平寶字元年五月に至

りて、去る養老年中朕外祖故太政大臣奉^レ勅刊^二修律令^一と云る勅あり。又同年（但天平寶字元年なり）十二月壬午に、大和宿禰長岡等五人、養老二年修^三律令^一功田とある官奏あり。此等の文を以、初めて養老にも修せる事を知。其五月の勅に刊修といひ、十二月の奏にも修と云て、其文の末に五人並持^三刀筆^一、刪^二定科條^一とあれば、養老には止刪定して新撰せざると見えたり。故に天長二年十月五日の太政官符にも、大寶には令を制すといひ、養老には令を刊修すと云ひ別てり。

「令三辨」は、その説くところ多くは謬説として江戸時代以来、厳しい批判を受け、今日、これを評価する人は少ないが、右の文を在滿が令と格との関係を誤解して、現存の令は養老度に改易しない大宝令のままであるとしていること等の、他の部分と切り離して、それだけを取り上げれば、その大筋は正鵠を射ているのではないかと思われる。

さて従来、「現存する日本律令は、養老律令であつて大宝律令ではない」という言い方が屢々為されて来たが、右の表現法は必ずしも正しくない。このような表現法をとるときは、現存する日本律令のテキストが養老度に編纂された律令であるという意味においては正しいが、現存する日本律令の大部分がすでに大宝度に編纂されたものであることが見失われてしまうからである。この場合、現存する日本律令を大宝律令であるか、それとも養老律令であるかというように両者を並列して二者択一的に捉えては、ことの真相を見誤ることになるのである。大宝律令と養老律令とは、本来、連続性、一体性を有するものであり、むしろその点を軽視してはならないであろう。やはり現存する日本律令は、大宝元年（七〇二）に制定された律令に対し、養老度に修正を施したものとするのが正しい表現である。³³ 右のことは、『唐律疏議』という形で今に伝えられている唐の律疏を論ずる場合も同様ではないかと思われる。『唐律疏議』は長い間、永徽の律疏、即ち永徽四年（六五三）、長孫無忌等が高宗の勅を奉じて撰した

ものと信じられていた。ところが仁井田陞・牧野巽両氏の研究⁽³⁴⁾によって、それが永徽の律疏に非ずして開元二十五年（七三七）の律疏であるとされて以来、学界でも『唐律疏議』の伝える唐の律疏は永徽律疏ではなく開元律疏であると認められて来た。しかるに近時、楊廷福氏は唐代において永徽律疏の撰定の他に律疏の撰定はないとし、「撰定」と「刊定」との語義の相違等から律疏の「撰定」は、永徽四年に長孫無忌等によって行われ、開元二十五年には李林甫によって、その「刊定」（手なおし）が行われたに過ぎないとした。⁽³⁵⁾この楊論文は再び学界に大きな影響を与えて、今日では「唐代において律疏の編纂が行なわれたのは永徽に一度だけであり、開元にその手なおしが行なわれて、それが後の唐律疏議の主要な材料となった」と考えられている。⁽³⁶⁾このような見解が正しいとすれば、開元に律疏の「刊定」に従事した人々は、これを永徽に「撰定」された律疏と全く別個の新しい律疏を編纂したとは思わなかったであろう。開元律疏のテキストを今に伝える『唐律疏議』の冒頭に、何故、永徽四年十一月十九日の長孫無忌の「進律疏表」が付加されているのか、その理由もよく考える必要があるであろう。そうすると現存『唐律疏議』をもって、これを永徽律疏であるか、それとも開元律疏であるかとする発想そのものが、やはりすぐれて近代的な思考様式に拠るものといわざるを得ないのである。

むすび

我が国近代における法律の制定・改正の公布については、明治十九年（一八八六）の公文式を経て同四十年（一九〇七）の公式令に至って、帝国憲法・皇室典範の改正の公布、及び法律・勅令等の制定・改正の公布に関する方式が定められ、戦後における公式令廃止以後も、法律の制定・改正の公布に関する方式は概ね戦前のそれによって

いるものと思われる。現在の法律の改正は、全部改正の場合と一部改正の場合とに分けられるが、その何れにしても、その改正自体が法律によって為され、官報や公報で公布される。また改正の基本的形式は、制定文（公布文）、法律番号、題名、本則（改正文）、附則、署名・連署というような編成となっている。これによって改正の対象である従来の法律のどの部分が、いつどのように改められたか、その施行日、経過措置、公布・施行の責任者に至るまで改正の内容が国民に的確に理解できるようになっている。しかしながら近代以前の法典の改正については、その公布の方式や手続きが右のように明文をもって定められることはなかった。後世に至って、その現存するテキストに関し種々の疑義が生じたのはその為である。即ち近代とそれ以前とは、法典編纂に関する基本的な考え方が異なっていたといえよう。

すでに本稿において述べたように、長い間、宝暦十一年施行の「刑法草書」が宝暦四年に、現存の「御成敗式目」が貞永元年に、現存の日本律令が大宝元年に、また『唐律疏議』によって今に伝えられる唐の律疏が永徽四年に、夫々編纂されたと信じられて来た。しかし近代の学者の努力によって事實はそうでないことが証明され、真実が発見された。まさに実証を重んずる近現代歴史学の成果といえよう。但し、ここで見落してはならないのは、それでは何故、長い間、多くの人々によって右のように信じられて来たのかというその理由である。即ち従来、多くの人々によって、そのように信じられて来たこともまた十分に意味のあることであつて、それは決して人々の無知蒙昧に帰せられるべき問題ではないと思うからである。

最後に近代以前の法典編纂について、以上述べたところを整理して結びとする。即ち当初、新しい理念や目的をもって編纂された法典については、後の改訂者は原法典の編纂者の意思を重く受けとめ、その理念や目的を損なわない限り、原法典に対し、いかに大規模な改正を施しても（たとい改正された法典の編成、条文数、規定の内容、

起草者等が原法典のそれと大きく異なる場合があつても)、なお改正を経た法典を新規、別個の法典とは考えず、依然として原法典の修正・修補という意識をもつて対処した。従つて改正された法典には、原法典制定の年紀がそのまま記され、また原法典に関する附属資料(表、序、起請文、制定者の消息等)がそのまま付加される場合がある。更に原法典に比べて、その改訂がいかに大規模なものであらうと、その事業の意味は原法典の編纂に比べて軽く考えられたから、その改訂の事業は公的な記録に遺されることは少なく、また遺されたとしても、その記事は簡略である場合が多い。

- (1) 小林宏・高塩博編『熊本藩法制史料集』解題、高塩博「熊本藩『刑法草書』の成立過程」一〇頁以下。
- (2) 詳細は高塩前掲解題参照。
- (3) 堀勝名の「序」は「銀台遺事」古城貞吉編『肥後文献叢書 第一巻』七頁以下に収録。「序」を掲載する「刑法草書」の伝本については、前掲書解説、小林宏「熊本藩『刑法草書』私考」一二三―一頁参照。
- (4) 高塩前掲解題五九頁。
- (5) 小林前掲解説二四三頁以下参照。
- (6) 高塩博「会津藩『刑則』——解題と翻刻——」『日本律の基礎的研究』所収四三二頁以下参照。
- (7) 家世実紀刊本編纂委員会編『会津藩家世実紀 第一三巻』四〇七頁。
- (8) 前掲『会津藩家世実紀 第一五巻』二五四頁、高塩博「会津藩『刑則』の制定をめぐる」『國學院大学日本文化研究所紀要』第七一輯、一二八頁参照。
- (9) 高塩前掲論文一三八頁以下。
- (10) 高塩氏は前掲論文一四四頁において、寛政二年序の「刑者政之柄也」と寛政八年序の「刑者所以弼教也」に注目して、前者を威嚇主義、後者を教化主義とし、「刑則」制定の趣旨が両者で大きく転換したとされるが、そのように捉える必要はないであらう。両文とも刑罰は威力によって教化政治を補助する手段であるという意味であり、唐名例律篇目疏に「徳礼為政教之本、刑罰為政教之用」というのも右と同義であらう。

- (11) 莚田佳寿子「秘宝政用集 巻下」『江戸幕府法の研究』所収五七一頁以下。
- (12) 平松義郎「徳川禁令考」・「公事方御定書」小考(三)『創文』第一八八号二四頁。
- (13) 数利和「公事方御定書下巻」の原テキストについて 大竹秀男・服藤弘司編『高柳眞三先生頌寿記念 幕藩国家の法と支配』所収八二頁以下。
- (14) 石井良助校訂『徳川禁令考 後集第四』創文社版二七四頁。
- (15) 小出義雄「御定書百箇条編纂の事情に就いて」『史潮』第三号一二八頁に引用。
- (16) 前掲『徳川禁令考 後集第四』二七一頁。
- (17) 石井良助氏も「御定書」の制定を寛保二年四月とする。『第五江戸時代漫筆 將軍の生活』一六四頁以下。
- (18) 「棠蔭秘鑑」については、平松義郎「徳川禁令考別巻 解題」石井良助校訂『徳川禁令考 別巻』創文社版七頁以下、同「徳川禁令考」・「公事方御定書」小考(四完)『創文』第一九〇号一五頁以下参照。
- (19) 御定書掛三奉行の職務については、三浦周行「失はれたる近世法制史料」『續法制史の研究』所収一三九四頁以下参照。
- (20) 「御定書」写本の一つには、「棠蔭秘鑑」の外、その奥書に歴代三奉行の連名のみえるものがある。即ち寺社奉行牧野越中守、大岡越前守、町奉行石河土佐守、島長門守、勘定奉行水野対馬守、木下伊賀守、神谷志摩守の七名連記の写本である。この写本は恐らく大岡、島、神谷の当時三奉行の在任期間からして、「御定書」二添候例書の編纂が一先ず完成する延享三年(一七四六)四月に成立した「御定書」原本からの伝写本であろう。
- (21) 拙稿「塵芥集の原本について」『伊達家塵芥集の研究』所収二二九頁以下参照。
- (22) 佐藤進一「中世史論集」所収三〇五頁以下。
- (23) 佐藤説に対する異論としては、河内祥輔「御成敗式目の法形式」『歴史学研究』第五〇九号、杉橋隆夫「御成敗式目成立の経緯・試論」岸俊男教授退官記念会編『日本政治社会史研究 下』所収等がある。また佐藤説に立脚して更に「式目」再編の意義を論じたものとしては、羽賀徳彦「領主支配と法」『岩波講座 日本歴史 中世1』所収がある。
- (24) 佐藤進一・池内義資編『中世法制史料集 第一巻 鎌倉幕府法』所収の「校本御成敗式目」によれば、「式目」起請文の日付は対校諸本二十一伝本のうち、概ね底本鶴岡本と同じく「貞永元年七月十日」とするが、鳳来寺本には「貞永元年八月十日」、群書類従本には「貞永元年七月日」とある。しかしこの写本による日付の異同は、「式目」改正の時期とは関係がない。
- (25) 坂本太郎「養老律令の施行について」『律令制度 坂本太郎著作集 第七巻』所収七七頁。

(26) 青木和夫他校注『新日本古典文学大系 13 續日本紀 二』補注四九一頁。また養老律令編纂の理由を政治的動機に求めず、大宝律令の有した不備・欠陥の整備・修正に求める論考として、榎本淳一「養老律令試論」笹山晴生先生還暦記念会編『日本律令制論集 上巻』所収がある。

(27) 瀧川政次郎「羅城・羅城門を中心とした我が国都城制の研究」『京制並に都城制の研究』所収一〇二頁。

(28) 大宝律令施行後、令官・令師が諸司・官人の疑義に答えて律令条文の解釈の治定やその刪定に関わったことについては、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』所収四一八頁参照。

(29) 瀧川政次郎「新古律令の比較研究」『律令の研究』所収三五三頁以下参照。但し坂本太郎氏は「大宝令と養老令」(前掲「律令制度」六二頁)において、両令の実質的相違の例をいくつかあげて次のようにいわれる。即ち、「以上の諸例をみると、養老令の撰修者は時勢に即応した土地制度の改革を令文中にもりこむことに熱意を示したといえることができる。養老の修正は、大体に形式的な字句の問題であって、実質には関係がないという概括は、この点から見て、正しくないと言わねばならぬ。とくに戸令や田令のように、国民の生活に密着した部分に、この修正の行なわれたことに、その意味の大きいことを認めねばならぬ。このような実質的修正の場合にも、さきに形式的な字句修正の際に見た、大宝令の独自性尊重主義を唐風順応にきりかえるという精神の貫徹していることが注意せられる」と。このように坂本氏によれば、大宝令編纂の基本的立場は我が国の独自性尊重主義であって、養老令のそれは唐風順応主義ということになる。しかし、この「きりかえ」も、やはり我が律令法典編纂の意図や目的の枠内での修正といえるのではなからうか。当時の明法家(大宝令の注釈書「古記」の編者等)は、唐令をさして「本令」と呼んでいる。このような意識からすれば、唐風に順応することは、必ずしも大宝律令編纂の理念やその立法の精神を否定するものではないであろう。

(30) 瀧川政次郎「養老律令」前掲「律令の研究」所収一九五頁。

(31) 坂本太郎「續日本紀」『六国史 坂本太郎著作集 第三巻』所収一三六頁。なお坂本氏によれば、『續日本紀』の編纂について、凡そ次のように述べられる。即ち、その編纂には前半の二十巻と後半の二十巻とが別々に撰ばれたという特殊事情が存する。前半の二十巻は文武天皇から天平宝字元年までの六十一年間を記した曹案三十巻が早くから存在し、恐らくそれは淳仁朝に書かれたものであるが、その稿本を光仁朝に石川名足等が修正し、更にそれを桓武朝に菅野真道等が再修正を施して二十巻に編成し直した。なお前記曹案三十巻には瑣事が述べられたり、重要なことが漏れたりして史書として満足すべきものではなかったようである。また坂本氏は養老律令撰修の論功行賞として矢集虫麻呂五人に功田を賜った『續紀』養老六年二月戊戌条の記事を指摘して、「その撰修下命の時、完成奏上の時などは、大宝律令の例からいっても、当然記されなければならぬ。」(前掲書一三六頁)と

される。『續紀』のもつ史料的价值については、十分留意する必要があるが、大宝律令の編纂と養老律令の編纂とを同一の次元で論ずることは、ここでは問題が残ろうかと思う。

(32) 荷田在満「令三辨」官幣大社稻荷神社編纂『荷田全集 第七卷』四一八頁。

(33) 瀧川政次郎氏も最晩年の論考「中国の礼制と日本の儀式(一)」『儀礼文化』第三一号の五六頁において、「奈良、平安の人々は、大宝律令の制定によつて律令編纂の事業は一応完成したと考えていたようである。現存の律令は、養老二年から六年にかけて編纂されたものであるから、これを養老令と呼ぶべきものであるが、その修正は字句の修正が主であつて、規定の改正に及ぶものは極めて少いから、現存の令を養老・刪定・大宝令と呼んでも大過はないと思う。」(傍点、小林)と述べられている。

(34) 仁井田陞・牧野巽「故唐律疏議製作年代考 上下」『東方学報 東京』第一冊、第二冊。律令研究会編『譯註日本律令一 首卷』に再録。

(35) 楊廷福著・岡野誠訳「唐律疏議の製作年代について」『法律論叢』第五二巻第四号。

(36) 楊前掲論文一七八頁以下における岡野誠「訳者附記」、八重津洋平「故唐律疏議」滋賀秀三編『中国法制史 基本資料の研究』所収一九九頁以下。