

日本律の運用と効力(その4)

吉田 一彦

(承前)

「日本律の運用と効力」

その1 名古屋市立女子短期大学研究紀要 第四五集 一九九〇年

○年

その2 同第四八集 一九九二年

その3 同第五〇集 一九九三年

(前稿にひき続いて、事例の研究をすすめていこう。)

〔事例⑩〕

次は天平宝字七年(七六三)十月乙亥条、^⑩板持鎌束の事例である。

左兵衛正七位下板振鎌束至_レ自_二渤海_一、以_レ擲_二人於海_一、勘当下_レ獄。八年之乱、獄囚充滿。因其居住移_二於近江_一。初王新福之婦_二本蕃_一也、駕船爛脆。送使判官平群虫麻呂等慮_二其不完

申_レ官求_レ留。於是、史生已上皆停_二其行_一、以修_二理船_一、使_下鎌束便為_二船師_一送_二新福等_一發遣上。事畢、我学生高内弓、其妻高氏、及男広成、緑兒一人、乳母一人、并入唐学問僧戒融、優婆塞一人、転_レ自_二渤海_一相隨帰朝。海中遭_レ風、所_レ向迷_レ方、梅師・水手為_レ波所_レ没。干_レ時鎌束議曰、異方婦女今在_二船上_一。又此優婆塞異_二於衆人_一、一食数粒、経_レ日不_レ飢。風漂之災、未_二必不_レ由_レ此也。乃使_下水手撮_二内弓妻并緑兒・乳母・優婆塞四人_一、拳而擲_上海。風勢猶猛、漂流十餘日、着_二隱岐国_一。この記事については井上薫の研究がある⁽¹⁾。それによれば、^(a)板振鎌束という名は、板持鎌束の誤りと考えられること、^(b)板振氏は他には見えないが、板持氏なら板持史内麻呂、板持連安麻呂、板持御依、板持真鈞など他にも見えること、^(c)板持氏の本貫地は現在の大阪府富田林市板持に比定しうること、^(d)記事は鎌束の官職と位階を「左兵衛正七位下」とするが、単なる左兵衛では正七位下という官位は高すぎるので、「左兵衛佐」の「佐」の誤脱と見るべきであること、^(e)海上で暴風雨にあつて優婆塞・女性らを海中に投げ入れてしまったという行為の背景にある思考は、『魏志』倭人伝に見える「持衰」を殺す民俗信仰と一部共通点をもつこと、などが指摘されている。これらの考察は妥当であつて従うべきと思われるので、ここでは、鎌束の名を「板持鎌束」、その官職を「左兵衛佐」として検討をすすめていきたい。なお、『日本古代人名辞典』⁽²⁾は、源博雅の『新撰采譜』(九六六年成立)に「高野天皇御宇時、板持鎌束、伝清瀬宮経」と見えることを指摘し、井上薫論文もこの指摘を引用している。新日本古典文学大系『続日本紀 三』⁽³⁾も、脚注でこれを引用して「あるいはこれと同一人物か」としている。ただ『新撰采譜』(『博

雅長竹譜」には「板時鎌束」と記されているらしい。同一人物の可能性は高いと思われる。

さて、板持鎌束は渤海から帰国する途中、海が荒れたため、それを鎮めようとして、女性・幼児・優婆塞の計四人を海に投げ入れたという。帰国後、鎌束はその罪を「勘当」されて獄に下った。鎌束の犯した行為は、律令法の上ではどうなるであろうか。荒れた海で生死の境をさまようという異常な状況はあったとしても、彼の行為は法的には殺人と見なさざるをえない。とすると、その行為は賊盜律第九（謀殺人）条、

凡謀殺_レ人者、徒二年。已傷者近流。已殺者斬。從而加_レ功者、加役流。不_レ加_レ功者、近流。造意者、雖_レ不_レ行、仍為_レ首。（後略）

の已殺に該当し、あるべき刑罰は斬となる。しかしながら、彼に下された実際の刑は「下獄」であった。これは律令の規定と合致しない処断と言わなくてはならない。

ここで考えねばならぬのが、「下獄」なる制裁についてである。というのは、日本律の定める刑罰は死・流・徒・杖・笞と没官であって、「下獄」という刑罰は設定されていないからである。もし死・流・徒・杖・笞・没官以外に下獄という制裁が実施されていたとするなら、それは律令外の刑罰ということになるであろう。ところで、この「下獄」は次の次の事例③にも見えるし、その他国史に散見する。そこで、この事例③において、下獄について、一通り検討しておくこととしたい。

まず考うべきは、鎌束に対する「下獄」が最終の処断なのか、それとも最終の処断を執行するまでの間の仮の拘留なのか、という問

題である。鎌束に対し、下獄の後に、適当な時期に律の定める刑罰のいずれかを科すのなら、右の設問は水解してしまうからである。だが、私は、この「下獄」は最終の科刑であったと考える。その理由は以下の二点である。一つは記事に「勘当」と記されていることである。「勘当」とは、罪名を定め刑罰を決定することを意味する語である。それ故、「勘当下獄」なる一句は、担当官司（刑部省か）で罪刑を定め、その結果下された処断が「下獄」であったと読解することとなろう。そう考えるなら、この「下獄」は鎌束に対して最終的な処断であったと理解することとなる。もう一つは、鎌束が獄に下されていた期間が決して短期間ではないという点である。

この記事は、天平宝字七年十月乙亥（六日）条に配列されているが、八年の乱（藤原仲麻呂の乱）で獄が囚人で満ちあふれたため鎌束を近江に移したという記述も含まれている。これについて井上薫は、編年体の書物である『続日本紀』の天平宝字七年十月六日の条に翌八年九月の乱後の措置が記されているのは異様に思われるが、しかしこの種の書き方は他にも例がある、と指摘している。七年十月六日というのは、井上も述べたように、鎌束を獄に下した日時と理解すべきであり、この日付の条にその後の展開についても付記したのであろう。翌年の九月まで獄にいたのであるから、鎌束は少なくとも十一ヶ月間は獄に下されていたこととなるし、近江に移っても獄中の生活は継続したと理解してよいと思う。井上は、この問題に関して、「獄囚充満のために鎌束が放免されて近江に移ったのか、放免されることなく近江の獄に移されたのか、右の文では明らかでない」（4）と疑問を投げかけている。確かに本条の記述からははっきりとはしないが、「赦」云々という記述もなく、また赦されてかつ近江

に移住させられるというのにも考えにくいから、近江にも獄が存在し、そこに移されたと理解する方がよいのではないかと私は推測している。いずれにせよ、鎌束が獄に下されていた期間は数日、あるいは数ヶ月にとどまるものではない。

ここで刑執行の時期に関する律令の規定を見ると、獄令第八（五位以上）条に、

凡決^二大辟罪^一、五位以上、在京者、刑部少輔以上監^レ決。在外者、次官以上監^レ決。余並少輔及次官以下監^レ決。從^二立春^一至^二秋分^一、不^レ得^レ奏^二決死刑^一。若犯^二惡逆以上^一、及家人奴婢殺^レ主者、不^レ拘^二此令^一。其大祀及齋日、朔、望、上下弦、廿四氣、假日、並不^レ得^レ奏^二決死刑^一。（後略）

とあって、死刑の執行に関する規定が見える。ここでは、死刑は立春から秋分までの間は執行してはならない⁽³⁾とされているが、この規定は必ずしも遵守されたわけではないらしく、また死刑以外の刑の執行にも混用されていたふしがある。というのは、『類聚三代格』卷二十、弘仁六年（八一五）十一月二十日太政官符に、

太政官符

応^レ改^下申^二死罪^一期限上事

右太政官去延曆十四年八月十四日下^二刑部省^一符僞。得^二省解^一僞、断^二決囚徒^一、令有^二正文^一。順^レ時肅殺不^レ可^二虧違^一。今檢^二承前行事^一、或過^二秋分節^一延入^二立春^一、或輕罪之徒禁經^二三歲月^一。是既乖^二法式^一、都無^二准的^一。望請^レ依^二令条^一、流罪者不^レ待^レ時以且断申。其死罪者悉待^二年終^一断申。謹請^二処分^一者。右大臣宣、奉^レ勅、依^レ請者。今被^二右大臣宣^一僞、奉^レ勅、於^レ行^二大辟^一秋冬無^レ妨。而頃年有司必至^二千年終^一乃奏^二刑書^一、

施行之後計^二其行程^一、令^下入^二春月^一以到^二遠国^上。宜^二自今以後、十月初断奏訖^一。但始^レ自^二十一月一日^一至^二十二月十日^一常行^二祭事^一、不^レ得^レ令^下京官^一此限内決^中戮刑^上。

弘仁六年十一月廿日

とあるからである。この官符の引用する延曆十四年（七九五）八月十四日の太政官符によれば、立春を過ぎても死刑が執行される場合があったり、流刑以下の刑罰の執行が誤解に基づいて遅延する場合があったりした様子がうかがえる。いずれにせよ、鎌束は十月に獄に下されたのであるから、もし別の最終的な刑を科すとしても日程的に十分なゆとりがあったとしなくてはならない。以上より、鎌束に対する「下獄」を刑執行までの間の仮の拘留と理解することはできないと私は考える。「下獄」は、鎌束に対する刑罰そのものと理解しなくてはならない。

次に考うべきは、下獄と徒が同一か否か、という問題である。もし同一であるなら、律令外の刑罰か否かという疑問は氷解してしまふであろう。律令法の定める徒は、罪人を獄に収監して強制労働を科すという刑罰で、徒一年、一年半、二年、二年半、三年、の五等が設定されていた。しかるに、この事例の記述をあらためて見てみると、「徒n年」という表現で刑罰が示されていないことはやはり問題で、「下獄」と徒とが同一であるなら、「徒」という表現で記すのが自然かつ正しい用語法であろう。またこの記事では、下獄の年限が示されていないことも大いに問題である。鎌束に対しての「下獄」とは、年限の定められていない、赦に会うまでのいわば無期限の制裁として科されているのではないかと読解しうるからである。さらに、鎌束に強制労働が科されたのかどうかも問題である。ただ

この点については、この記事からは明らかにすることができない。

ところで鎌束は正七位下の官位を有していた。こうした官位を有する者に対しては、流徒以下の実刑は科さず、例減によって減刑した上で、官当・贖の換刑によって罪を贖わせる、というのが律令法の規定である。七位を有する者の場合、名例律第十(減)条を適用して、例減して一等を減刑し、その上で名例律第十七(官当)条を適用して官位をもって実刑にかえ、さらに残余が生じたなら、名例律第十一(贖)条を適用して贖銅をもって贖うこととされていた。

もっとも別稿(6)で述べたように、八世紀から九世紀初めまで、日本では、律の規定にもかかわらず、実際には例減も当贖も実施されなかったから、鎌束にそれらが適用されなかったとしても意とすることは足りない。ここでは、ただ、徒の実刑が七位の位階を有する者に科されることが、律の規定と合致するものでないことを確認しておけばそれでよい。

次に、この問題をさらに検討するため、律令法において徒刑の実施がどのように規定されていたかを一瞥し、その上で、他の史料から当時の獄の実態について考察してみることとしたい。獄令を見ると、第十八(犯徒応配居役者)条に、

凡犯_レ徒_レ配_二居役_一者、畿内送_二京師_一、在外供_二当_レ処_レ官役_一。

其犯_レ流_レ配_二住_二居作_一者、亦准_レ此。婦人配_二縫_レ作及舂_一。

と、第十九(流徒罪)条に、

凡流徒罪居作者、皆着_二鉢若盤枷_一。有_レ病聴_レ脱。不_レ得_レ着_レ巾。每_レ旬給_二假_一一日。不_レ得_レ出_二所_レ役_レ之院_一。患假者陪_レ日。役滿通_二送_レ本属_一。

と、第二十(徒流囚)条に、

凡徒流囚在_レ役者、囚一人兩人防援。在京者、取_二物部及衛士_一充。一分物部、三分衛士。在外者、取_二当_レ処_レ兵士_一、分番防守。

と、第五十七(在京繫囚)条に、

凡在京繫囚、及徒役之処、恒令_二弹正月別巡行_一。有_二安置役使不如法_一者、随_レ事_レ礼_レ彈。

とある。徒や流とされた者には強制労働が科されることとされていたが、それは居作、居役、また役と呼ばれた。徒刑の場合、畿内は罪人を京師に集め、畿外は当該地域において役を科し、流刑の場合も当該地域(配所)で役を科すと規定されていた。名例律第二十四(犯流配)条では、流刑の役は三流(遠・中・近)ともに一年間と規定されていた。流・徒とされた罪人には、鉢(鉄のくびかせ)もしくは盤枷(木のくびかせ)がつけられた。役の休暇は十日に一日と規定されていた。役につく囚人に対しては、一人につき二人の防援(警備)が配置されたが、それには京では物部(囚獄司所属、後述)と衛士が、地方では地域の兵士があてられることとされていた。在京の服役囚に対しては、弾正が月ごとに巡行して、不正がないかどうか監視する規定となっていた。

こうした律令の規定がそのまま実施されていたかどうかは、一つ一つ確認する必要がある。たとえば、流刑者に対して強制労働が科されていたかどうかは疑問があり、批判的な検討が必要であろう。ただ、獄につながれた囚人にくびかせがつけられて、強制労働が科されていたことは、後述するように、別の史料から実施が確認できるので、実際に行われていたと見てよい。

延喜囚獄司式には、

凡罪人者、随_二罪_レ輕重_一、著_二鉢若盤枷_一。故_レ流、公私倉倉_一、監、私_レ鑿_レ強_レ強_レ之_一類、居作者、即著_レ鉢、徒_レ犯_レ罪_レ之

類考^一 其鉢或四人或三人為^レ連。至^レ暮著^レ柵。明旦脱而役之。
類考^一 一條や、

凡徒役人者、令^下作^二路橋^一及役^中雜事^上。又司每^二六日^一將^二囚人^一
等^一、使^下掃^二除宮城四面^一。其雨後且亦掃^中清宮内穢汚并廁
溝等^上。

という一条(?)が見える。罪人には、鉢もしくは盤枷がつけられ、また役として路や橋を造営するといった土木作業などが科されることとされていた。この延喜式の規定は、実態を述べたものと理解してよいと思う。

獄や囚人を官轄したのは、囚獄司であつた。職員令には。

囚獄司

正一人。^{禁^二囚罪人^一、徒役^{功程}及配決^事、佑一人。大令史一人。少令史一人。物部卅人。^{禁^二主^一、当罪人決罰^事、物部丁廿人。}}

とその職掌と人員とが規定されているが、物部が配属されており、令制官司成立以前からの伝統を継ぐ部分が少なくなかつたと思われる。先に見た、囚人の防援を務める物部は、この囚獄司所屬の物部であらう。

ところで、律令の規定によるなら、獄にはこれ以外に、刑の執行を待つ者も拘置されることとされていた。すなわち、獄令第三十九(禁囚)条に、

凡禁^レ囚、死罪枷柵、婦女及流罪以下、去^レ柵。其杖罪散禁。年八十、十歳、及癡疾懷孕、侏儒之類、雖^レ犯^二死罪^一、亦散禁。

とあるのがそれである。獄には、死刑と決定された者や、流刑、杖刑と決定された者も、刑の執行まで拘置されることとされていた。

以上を念頭に置いた上で、この時代の獄の実態を見ていきたい。

平城京の獄については、『統日本紀』にいくつか記述が見える。たとえば、事例⑭で検討した小野東人の場合を見ると、天平十三年(七四一)三月八日に東人を「平城獄」に下し、翌九日に東西両市において杖五十ずつを執行し、その上で同日伊豆国に配流としている。また事例⑯で検討した塩焼王及び五人の女孺の場合を見ると、天平十四年(七四二)十月十二日に彼等をやはり「平城獄」に下し、十七日にそれぞれ遠流を執行している。以上より、「平城獄」と呼ばれた獄が存在していたことが知られる。事例⑭や⑯の場合、獄は刑執行までの期間、犯罪者たちを拘置する施設として用いられている。しかしその日数は一日〜五日であつて、そう長い期間ではないことには注意しておく必要がある。

また事例⑰で検討した橋奈良麻呂の変の場合を見ると、天平宝字元年(七五七)七月二日に小野東人、答本忠節らをとらえて左衛士府に禁着し、翌三日に左衛士府にて東人らを尋問している。四日に東人が自白に及ぶと、安宿王・黄文王・橋奈良麻呂・大伴古麻呂・多治比續養・佐伯古比奈らをやはり「禁着」して(左衛士府である)尋問し、自白が出そろつた段階で、「二皆下獄」したという。獄に下された者たちは、獄中で死んでしまつた者もいたが、そうでない者はのちに流などの刑罰を科されたのであるから、ここでも獄は最終の科刑までの期間、犯罪者たちを拘置する施設として用いられている。ただし、この場合もその日数は長期にわたるものではない。

一方、『統日本紀』天平三年(七三一)十一月辛酉条には、

先^レ是、車駕巡幸京中^一。道經^二獄辺^一、聞^二囚等悲吟叫呼之声^一。天皇憐愍、遣^レ使覆^二審犯状輕重^一。於^レ是、降^レ恩、咸免^二死罪

已^下一、并賜^二衣服^一、令^二其自新^一。

とあって、獄中の囚人たちの声が道まであふれるありさまであったことが知られる。京中を巡幸した折に彼等の悲しい叫びを聞いた聖武天皇は、憐愍して恩降を行ったというが、その文言を見ると、「死罪以下」を免ずとある。どうやら、獄令の規定通り、死刑囚も刑執行までの期間、実際に獄に拘留されていたと見てよいであろう。また、「以下」の文言や、先の事例⑩⑪⑫を勘案するなら、流刑や杖刑の者も、同様に刑執行までの期間、実際に獄に拘留されていたと見てよい。

獄を管轄した囚獄司は刑部省に所属したが、宮外に所在していたらしく、獄も、囚獄司内に（もしくは隣接して）設置されていたと思われる。平城京ではなく、平安京の例となるが、右の聖武天皇の恩降と類似の事例が、桓武天皇及び仁明天皇の時代にも見える。すなわち、『日本後紀』延暦十八年（七九九）六月丙申条に、

（前略）而近巡^二京中^一、過^二堀川処^一、鉗^レ鎖囚徒、暴^レ体苦作。

興^二言於茲^一、愀^二然干懷^一、雖^三生民之愚、自招^二罪惡^一、而為^二彼父母^一、寧不^二哀愍^一。其在役見徒、及天下見禁囚等、罪無^二輕重^一、並宜^二赦除令^レ得^二自新^一。但私鑄錢、謀殺故殺、及被^二問民苦使推訪^一諸国郡官吏百姓等、不^レ在^二赦限^一。其謀殺故殺配役者、停^レ役配流。普告^二遐邇^一、令^レ知^二朕意^一。

とあり、『続日本後紀』嘉祥二年（八四九）閏十二月己未条に、
乘輿巡^二省京城^一、以^二錢米^一賑^二給窮者^一。比^レ至^二囚獄司前^一、
天皇問曰、是為^二誰家^一。右大臣藤原良房朝臣奏言、囚獄司、
於^レ是殊降^二恩詔^一、皆免^二獄中罪人^一。群臣欣悅、俱呼^二二万歲^一。
とあるのがそれである。聖武天皇も桓武天皇も仁明天皇も、「京中」「京城」を巡って、獄ないし囚人に出会ったという。特に『続日本

後紀』の記事からは、囚獄司が宮外に所在していたこと、そこに獄があつて囚人が収監されていたことが知られる。一方、『日本後紀』の記事を見ると、囚人には鉗（くびかせ）と鎖（鎖と同義、くさり）がつけられ、堀川のあたりで強制労働させられていたことが知られる。服役囚にくびかせをつけるとした獄令や延喜囚獄司式の規定、役として路や橋の造営といった土木作業を科すとした延喜囚獄司式の規定は、実際に実施されていたと考えてよいであろう。

ただし、獄に下された者全員に役が科されたかどうかは問題で、検討が必要である。右の『日本後紀』延暦十八年（七九九）六月丙申条を再び見ると、囚徒には、「在役見徒」と「天下見禁囚」の二者があつたと記されている。これが単なる文飾でなく、^⑬、実際に基づいているとするなら、囚徒には、労役刑を科された者（今日の懲役に当たる）と、労役刑を科されずに獄に入れられていた者（今日の禁錮に当たる）の二者があつたこととなる。私は、この史料を重視して、囚徒には役を科された者と科されなかった者の二者がいたと考える。

ところで、右の記事の後半部分は難解で、特に「其謀殺故殺配役者、停^レ役配流」の一句は理解が容易でない。謀殺・故殺の刑罰は、法的には基本的に死刑であつて、減刑されたとしても流刑であろう。しかしながら、そうした者が獄に下され、役を科されていたらしい。桓武天皇は彼等をあわれんで、役を停止して配流としたという。この記述に対する一つの解釈は、「役」を律令法の徒刑に当たると理解するものであろうが、そう考えると、徒刑者を解放して流刑に変更したことになる。これは律令法の刑罰体系から言えば、減刑ではなく加刑となつてしまい、この記事全体の文脈と矛盾してし

まうように思われるが、しかし、役があまりに苦しいので、流とされることにかえって苦役から解放され、刑が軽減されたと見ることのできるのかもしれない。もっとも前述のように、律令法の規定では、流刑者には配流先で役を科すことと規定されていたから、役を停止して配流とするというのは、律令法の規定とは合致しないこととなる。だが日本では、中国とは異なり、流は島にすてざる制裁として実施されていたと考えられるので、⁹⁾ 実態として、配流先で役を科されることはなかったであろう。この解釈をとると、法的には死刑とすべき者に対して実際には徒刑に当たる勞役刑（ただし期限は設定されていないか）を科し、その上でそれを減刑して流刑とし、しかも流刑者に対して役を科さないということとなり、律令法とは全く異なる実態があったということとなる。もう一つの解釈は、謀殺・故殺を犯して死刑と決定された者が、刑執行までの期間、獄に拘留されて役を科されていたと理解するものである。この時、謀殺・故殺を犯した者は赦の対象外とされたが、全くの赦免は認められないものの、減刑ならばよしと判断されて、死刑が流刑に軽減された、と見ることとなる。こちらの解釈をとるなら、刑の執行を待つ拘留者に対しても役が科されていたこととなる。律令法の規定から言えば、刑の執行を待つ拘留者に対して役を科すのは不適法な措置であるが、しかしそうした不適法はあるものの、こちらの解釈は、全体として前の解釈よりずっと適法的と言えるであろう。ただ、記事の「配役者」「停役」という表現からすると、この解釈が成り立つ余地は少なく、前者の解釈をとるべきだと思われる。私は、「其謀殺故殺配役者、停役配流」の一句は、前者の解釈で読解すべきだと考へる。獄の実態は、律令法の規定とは異なる部分が少なくなく、法

とは別の実施がなされていたと考えられる。

ここで、獄の実態に関するこれまでの考察をまとめておこう。平城京にも平安京にも獄は存在し、囚獄司がこれを管轄していた。獄に入れられた者の中には、刑の執行を待つ者も含まれていた。獄に入れられた者に対しては役が科されることがあったが、しかしそれは全員というわけではなく、役を科される者と科されない者との二者があった。どういふ囚人に対して役が科されたのかは残された史料からは明らかでなく、律令の規定通り、徒刑とされた者のみに役が科されていたのかどうかは不明としなくてはならない。ただ、法的には本来死刑となるはずの重罪人が死刑とされずに獄に収監されることがあり、役が科されることがあった。

以上、なお不明な点も残るが、私は、「下獄」はやはり律令法の規定する「徒」とは別の刑罰と理解すべきだと考へる。この二者は、罪人を獄に収監するという点は共通するが、その期間や役の実施に関して、看過できない差異があると思われる。獄（ひとや）は、律令法受容以前から我国に存在し、使用されていたと考へてよい。おそらく、「下獄」には、日本律令成立以前からの刑罰の伝統を引く部分があるように思われる。私は、下獄は律令法の規定する徒刑とは区別すべきものだと考へる。

この事件で「下獄」とされた鎌束に対して役が科されたのかどうかは史料に記されておらず不明とせざるをえないが、年限は特に定められておらず、赦に会うまでの無期限の拘禁であったと理解すべきだと思う。鎌束に対する刑罰は、律令法に従うなら斬となる。しかし実際に科された刑罰は「下獄」であった。この事例もまた、律令に基づかない刑罰が科された一例と言わなくてはならない。考へ

てみれば、荒れた海を鎮めるために人を海中に投げ入れるという行為は、井上薫も述べたように、『魏志』倭人伝の「持衰」にも通じる原始的な思惟に基づく行為と言わなくてはならない。しかしながら、そうした思惟は、仏教・儒教・律令などの文明を中国から受容した後の八世紀になっても、なお日本社会に存在していた。天平宝字七年（七六三）の政府は、だが、もはやこうした行為を是認するわけにはいかず、これを罪と断ぜざるをえなかった。しかし、政府はこうした行為に対するに、律令法を厳格に適用して刑罰を科するという段階にはいまだ至っておらず、「下獄」なる非律令的な刑罰を科すにとどまった。人を殺した者に対して、死刑や追放刑を科すのではなく、「下獄」とするというのは、おそらく恩情あふれる処断であったのだろうと思われる⁽¹⁰⁾。これは、渤海との外交に活躍し、苦勞して滄海を渡った官人に対しての配慮であつたろうと思う。この事例は、この時代の罪や刑を考える上で、貴重な一例となつていと考えられる。

〔事例⑩〕

次は天平宝字七年（七六三）十月丙戌条、^⑩藤原弟貞の事例である。

参議礼部卿従三位藤原朝臣弟貞薨。弟貞者、平城朝左大臣正二位長屋王子也。天平元年、長屋王有罪自尽。其男従四位下膳夫王、无位桑田王・葛木王・鉤取王、亦皆自経。時安宿王・黄文王・山背王、并女教勝、復合^レ従^レ坐、以^二藤原太政大臣之女所^レ生、特賜^二不死^一。勝宝八歳、安宿・黄文謀反、山背王陰^二其変^一。高野天皇嘉^レ之、賜^二姓藤原^一、名曰^二弟貞^一。

藤原弟貞は長屋王の子の山背王のことで、この薨伝には、長屋王の変及びその後の処分についての記述が見える。長屋王の変については、すでに事例⑨として検討済みであるが、ここで改めて若干の考察を付加しておきたい。弟貞の伝には、変で長屋王は自尽し、子の膳夫王・桑田王・葛木王・鉤取王は自経したとある。この事実関係は、『続日本紀』天平元年（七二九）二月癸酉条（事例⑨）の記述と一致し、矛盾するところはない。ただ天平元年二月癸酉条には、四人の子の母である吉備内親王も自経したとの記述がある。すでに触れたように、長屋王の謀反は事実ではなく誣告であったが、その罪は法条に従うなら次のようになる。国家を傾げんとする行為は、名例律第六（八虐）条の規定する「謀反」に該当する。その刑罰は、賊盜律第一（謀反）条に従い斬となる。すなわち、長屋王のあるべき刑罰は斬となる。では「自尽」とは何か。獄令第七（法大辟）条によるなら、自尽とは、死刑と決せられた五位以上者及び皇親に与えられた特権で、殺されるのではなく、自宅で自ら死ぬことを指している。しかしながら、本条には、「犯せること悪逆以上に非ざれば」という除外規定が付されている。謀反は八虐の第一位で第四位の悪逆より上位であるから、法に従うなら、長屋王には自尽は認められず、そのまま斬の実刑に処されねばならない。それ故、長屋王の「自尽」は律令の規定とは合致していないと理解しなくてはならない。

次に四人の王たちの「自経」であるが、これは自殺であつて刑罰ではない。本稿の考察の対象外ということになるであろう。吉備内親王の死も自経であつて、四人と王たちと同様である。では、それ以外の妻子が赦されたことはどう理解すべきであろうか。

長屋王に関する研究は、長屋王邸宅跡の発見・発掘調査によって飛躍的に進展した⁽¹⁾。一九八六年にはじまる発掘調査では、多数の木簡が出土し、その記述からその地が長屋王と妻の吉備内親王の邸宅跡であったこと、この王家の経済活動や家政機関の実態、生活文化の諸相、など様々のことが明らかとなった。

長屋王及び彼と吉備内親王との間に生まれた四人の男子は、皇位継承に関して重要な位置にあった。吉備内親王は、草壁皇子と元明天皇との間に生まれた女子で、文武天皇や氷高内親王（元正天皇）とは同母の兄弟であった。抜群の血筋といつてよい。皇位継承にとっては、父の血筋とあわせて母の血筋が重要であった⁽²⁾が、この時代、草壁・元明の娘を妻に持ったのは、唯一長屋王のみであった。

『統日本紀』靈龜元年（七一五）二月丁丑条に、「勅。以三品吉備内親王男女一、皆入皇孫之例一焉。」とあるように、長屋王の妻のうち吉備所生の男女が皇孫の扱いをうけることとなったことを考え合わせるなら、長屋王のみならず、吉備内親王との間の子たちも、皇位継承という点で重要な位置にあったと見ることができであろう。

であるから、この事件を企図した者たちからすれば、長屋王・吉備内親王・それに二人の間の男子が抹殺できれば、当面の目的は達成されることとなる。こうして長屋王の他の妻子は排除されず、命をとどめることとなったと推測される。特に藤原不比等の女子である長蛾子を母とする長屋王の子たちは、変を企図した藤原武智麻呂など藤原氏陣営から見ても、血縁浅からぬ関係であるから、あえて抹殺するには及ばないと判断されたのであろう。こうして前述の六名以外の者は赦されるところとなったが、その処断について、『統日本紀』天平元年二月己卯条には、「遣左大弁正四位上石川朝臣石

足等一、就長屋王弟從四位上鈴鹿王宅一。宣勅曰、長屋王昆弟姉妹子孫及妾等合縁坐二者、不問男女一、咸皆赦除。」とあり、同丁亥条には、「長屋王弟姉妹并男女等見存者、預給禄之例一。」と見える。彼等を赦す処断は「勅」として宣せられた。本来は謀反に「縁坐」して刑を科さるべきところ、天皇による刑の変更によって特に赦すというのである。また、この弟貞の薨伝にも、「特賜不死」とあって、それが天皇から「賜」われた恩降であることが記述されている。賊盗律第一（謀反）条には、謀反者の「父子」を没官とし、「祖孫兄弟」を遠流とするという縁坐規定がある。しかしこの事件では、天皇の恩降によって刑をすべて免除した。こうした天皇の恩降による刑の変更は、第二節で述べたように、律令の規定に準拠した処断であって、法と矛盾するものではない。

さて、新日本古典文学大系『統日本紀 三』は、この処断については、脚注で「長屋王の罪は八虐のうちの謀反にあたり、賊盗律1では謀反を犯した本人の父子は没官としている。したがってここで『特賜不死』とするのは日本律には適合せず、男子三人については『父子年十六以上皆絞』という唐律を念頭においている可能性がある。また教勝については、日本律ではいはずれにしても追坐の対象とならないが、唐律では出家していれば追坐されない（賊盗律2）ものの、出家していなければ没官となる（同1）」と説明している⁽¹³⁾。しかしこの説明には賛成できない。

確かに、「特賜不死」の「不死」は死刑を前提にした表現のように思われるから、日本律の規定とは適合しない。安宿王・黄文王・山背王のあるべき刑罰は没官であって、斬でも絞でもない。死刑とすべきところ特に赦すと言うのは法の規定と適合しないと言わざるを

えない。また日本律は唐律の文言に手を入れて、婦人（女性）を縁坐の対象としないよう改変して条文を作成した¹⁴⁾。また出家者も縁坐の対象から除外されている（こちらは唐律と同一）。それ故、教勝が変の時点ですでに出家していれば、出家かつ女性という二点から、変の時点で未だ出家していなくとも女性であるという一点から、縁坐の対象とはならないのである。しかるに、この弟貞の薨伝では、あたかも本来縁坐すべきところ特に赦された、不死を賜われた、と記述されているので、日本律の規定と適合しないことが気になるのであろう。

しかし、こうした不適合を不審に思っではいけない。本稿でこれまで述べてきたように、日本古代においては、大宝律令施行後も、律に準拠せず、法とは別の制裁を科すことが多く、むしろそれが一般的であった。このことは養老律令施行後も同様で、律の規定とは別の制裁が科されることが一般的であった。『統日本紀 三』の脚注は、「不死」の文言や教勝の扱いが日本律の規定と適合しないことを不審に思っ、唐律の規定が準用されていたのではないかと考えた。しかしこの見解に私は賛成できない。日本律施行以後、日本で唐律が適用された事例は管見では一例もない。そもそも、日本律の規定と適合しないからといって、唐律が適用されたのではないかと推測するのは根拠のない推測であって、根本の発想から疑問と言わざるをえない。小論でこれまで述べてきたように、実際の処断と日本律の規定とが合致しない事例は数多い。しかし、だからと言って、唐律でこれを考えれば、律の規定と適合するというわけでもない。どちらで考えても、律の規定とは適合しないのである。

この長屋王の変における処断でも、事例⑨で述べたように、長屋

王の「自尽」が律の規定と適合せず、上毛野宿奈麻呂等七人を流に処したことも律の規定と合致しない。またこの事例⑩の記事から明らかになったように、長屋王の男子に対する縁坐刑として死刑を念頭に置いていたり、女子（あるいは出家者）を縁坐の対象者と理解している点も、日本律の規定とは合致しない。以上、長屋王の変における処断は、勅断で縁坐すべき者を赦した処分は律の規定と合致するものの、他の処分は律の規定と合致するものとは言えないのである。

〔事例⑩〕

次は天平宝字七年（七六三）十月丁酉条、^⑩高田毗登足人の事例である。

前監物主典從七位上高田毗登足人之祖父、嘗任^二美濃国主^一。属^二壬申兵乱^一、以^二私馬^一奉^二皇駕美濃・尾張国^一。天武天皇嘉^レ之、賜^二封廿戸^一伝^二千子^一。至^レ是、坐^レ殺^二高田寺僧^一、下^レ獄奪^レ封。

殺人事件である。高田毗登足人なる人物が高田寺の僧を殺した。そこで足人は「下獄」とされ、また祖父の代から伝わった封が剝奪されたという。高田足人は他に見えない人物であるが、この記事に見える彼の祖父——壬申の乱の時に活躍して天武天皇から封を賜われたという——については研究があり、該当する人物が考証されている。すなわち、直木孝次郎によれば¹⁵⁾、『日本書紀』天武元年（六七二）六月甲申条に、「越^二大山^一、至^二伊勢鈴鹿^一。爰国司守三宅連石床・介三輪君子首、及湯沐令田中臣足麻呂・高田首新家等、参^二遇千鈴鹿郡^一。」と見える高田首新家が足人の祖父に該当するとい

う。新家は、『続日本紀』大宝三年（七〇三）七月壬子条にも、「贈_二從五位下民忌寸大火正五位上、正六位上高田首新家從五位上_一。並遣_レ使吊賻。以_二壬申年功_一也。」とあって、壬申年の功によって、死後、從五位上を贈位されたことが知られる。また、『続日本紀』慶雲元年（七〇四）七月乙巳条には、「_一前略_二贈從五位上高田新家首功封卅戸、四分之一、伝_二子无位首名_一。」とあって、新家が功封四十戸を賜っており、その四分の一（十戸）が子の首名に伝えられたことが知られる。この高田首新家を足人の祖父とみなす説は妥当と思われる。すると、首名が足人の父ということになり、功封は新家から首名へ、そして首名から足人へと相続されたということとなる。

直木はまた、湯沐令の田中臣足麻呂と高田首新家は、伊勢の湯沐の令とは考えられず、美濃国安八磨郡にあった湯沐の令であって、この天武元年（六七二）六月二十五日、二人は美濃国から大海人のために鈴鹿郡にかけつけてきたとした。そして天平宝字七年十一月丁酉紀（この事例）に見える「美濃国主稻」の「主稻」とは、「播磨国正税帳」（年月未詳、天平初年頃か）などを参看するに、湯沐を管理する職名と考えられるとし、新家は、美濃国の湯沐の主稻で、多臣品治を長とする安八磨郡の湯沐の管理職の一人であったと結論づけた。これも妥当な見解と思われる¹⁶。

さて、新家には、いつ功封が賜与されたのであろうか。『続日本紀』大宝元年（七〇一）七月壬辰条には、封戸を賜与された壬申の功臣十五名の名が見える。佐藤信によれば¹⁷、この十五名には、壬申の乱（六七二）以後、天武十年（六八一）十二月以前に、封戸が賜与されたと考えてよいという。しかしながら、新家の名はこの十五名の中に見えない。この条にはまた、「又壬申年功臣、随_二功第_一

亦賜_二食封_一、並各有_レ差。」という一文があって、「先朝」の代に封戸が賜与された十五名とは別に、この時（大宝元年七月）、新たな賜与が行われた旨が記されている。新日本古典文学大系『続日本紀一』補注は、この一文に注目して、新家には大宝元年七月に功封が賜与されたのではないかと説いている¹⁸。

ところで、壬申の功臣に賜与された功封は、右の十五名も、新家も、そろって四分の一を子に伝えることが許されたが、佐藤信によれば¹⁹、これは大宝録令第十三（功封）条の規定する「中功」に該当するという。彼等に賜与された封戸は、子に（四分の一を）伝えることはできても、孫（二世）に伝えることは、法的には認められない性格のものであった。しかしながら、実際には、足人は祖父新家の封戸を相続していた²⁰。佐藤は、これについて、「大宝・養老令功封制度の実効性について疑問の余地が存する」と述べているが、私も、法とは異なる実態があったのだろうと考える。

さて、以上の先行研究を念頭に置いて、この事例を検討していこう。殺人に対する刑罰は、法的には、賊盜律第九（謀殺人）条（事例⑩前掲）に従って斬、もしくは、鬪訟律第五（鬪殺殺人）条（逸文）「凡鬪殺殺人者絞、以_レ刃及故殺人者斬」に従って斬または絞である。つまり死刑である。しかしながら、足人に科された實際の刑罰は、「下獄」及び封の剝奪であった。これは、法とは異なる処断と言わなくてはならない。

この「下獄」は、事例⑩で検討したように、獄に下す刑罰で、徒とは区別すべき、律令外の刑罰と考えられる。ただし、そこでも述べたが、「下獄」には、最終の処断としてではなく、最終の刑罰を執行するまでの仮の拘置として実施される場合もあった。この足人

の場合はいかがであらうか。私は、足人の場合も事例⑩の板持鎌束の場合と同様、最終の処断であったと理解してよいと思う。足人に對してその後何らかの別の刑罰が科されたとは史料に見えないし、また、この記事に「坐殺高田寺僧、下獄奪封」とあるからである。「坐」は「つみす」と訓むべき動詞で、刑罰を科すことを意味する語にはかならない。また、ここには「奪封」と「下獄」とが並記されているが、「奪封」は足人に對しての刑罰そのものと理解すべきであるから、「下獄」も足人に對しての刑罰そのものと読解するのが文脈にかなう。足人に對しては、「下獄」と「奪封」の二つが最終の処断として科されたと考えてよいと思う。

最後に高田寺について付言しておきたい。『大日本地名辞書』⁽²¹⁾は、高田足人が相続した封戸は旧海津郡今尾村の高田の地(現在の岐阜県海津郡平田町高田)に所在したと推測し、高田寺もこの地にかつて存在したのではないかとしている。ただ、同書は、古代の安八郡に高田郷という郷が存したという見解をとって、『吾妻鑑』建久元年(一一九〇)四月十八日条に見える「高田郷」もここであるとしている。これに對し、『日本歴史地名大系 21岐阜県の地名』⁽²²⁾は、『吾妻鑑』に見える「高田郷」は多芸庄内の地名であつて、現在の岐阜県養老郡養老町高田の一带に当たるとしてゐる。一方、福山敏男は、『大和上代寺院志』『七大寺巡礼私記』を参照して、「江戸時代の十市郡、今の磯城郡安倍村の大字高田字寺谷にある寺址」が高田寺に当たり、高田寺衰頽後、その仏像は唐招提寺に移されたと述べている⁽²³⁾。この説に立つなら、高田寺は、現在の奈良県桜井市大字高田小字寺谷の高田寺跡であるということとなる。『日本歴史地名大系 30奈良県の地名』⁽²⁴⁾も、この説に立つて解説を記

すが、「高田の地名は各地にみられるので、寺跡の比定には一考を要する」とも述べている。また、愛知県西春日井郡師勝町大字高田寺に所在する高田寺こうでんじ——本堂の薬師堂と本尊の薬師如来坐像は重要文化財に指定、現在は天台宗——は、当寺が『続日本紀』に見える高田寺であると述べている⁽²⁵⁾。

私は、七世紀末から八世紀に各地に建立された地方寺院は、多く、地域の地方豪族によつて造立されたものだと考えている⁽²⁶⁾。とするなら、高田寺も高田首氏(高田毗登氏)に關係する寺院で、その本拠地近くに建立されていたとするのがよいと思う。高田寺は、海津郡平田町高田、もしくは養老郡養老町高田、のどちらかにかつて存在した寺院であつたらうと推測している。今後、寺址等が発見されることを期待したい。

以上、この事例も、律令の規定とは別の刑罰が科された一例に数えることができる。人を殺した者に対して、死刑や追放刑を科すのではなく、「下獄」と「奪封」ですませるとするのは軽い刑罰であると言わねばならない。これは、足人の祖父の壬申の乱における功績が考慮されてこうなつてゐるのではないかと私は考える。封の剝奪は、刑の軽さの代償とも見なしらうと思う。『続日本紀』のこの記事の書き方は、記述の順序が前後した書き方になつてゐるよう思われるが、これは、足人の祖父の功績を重視した記述法となつてゐるのであらう。

(未完)

注

① 井上薫「兵衛の位階について」(『続日本紀研究』六一八、一九五九年)。

同「統日本紀と東大寺献物帳」(『統日本紀研究』二三〇、一九八三年)。

② 竹内理三・山田英雄・平野邦雄『日本古代人名辞典 第一卷』(吉川弘文館、一九五八年)。

③ 新日本古典文学大系『統日本紀 三』(岩波書店、一九九二年)。四三九頁。

④ 井上薫前掲注①「兵衛の位階について」。

⑤ これは唐の獄官令の規定を継受したものである。仁井田陞『唐令拾遺』(東京大学出版会、一九三三年)七六五頁参照。なお、中国における刑執行の季節については、西田太一郎『中国刑法史研究』(岩波書店、一九七四年)の第九章「刑罰と陰陽・季節」が有益である。西田は、『左伝』の「賞は春夏を以てし、刑は秋冬を以てす」を引用し、また『周礼』『呂氏春秋』『淮南子』『大輶礼』『礼記』などを参照して、「春夏は刑を行わず、秋冬に至って刑を行うことが大體の原則になっている」と指摘している。

⑥ 拙稿「官当の研究」(『ヒストリア』一一七、一九八七年)。なお、中国の官当制度に関する近年の研究に、佐立治人「北魏の官当制度——唐律の官当規定の淵源をたずねて——」(京都大学人文科学研究所『前近代中国の刑罰』所収、一九九六年)がある。

⑦ この条によれば、囚獄司は、六日ごとに囚人たちをひきいて宮城四面の掃除を行い、また雨後の日には、宮内の穢汚物や廁溝などの清掃を行うとされていた。のち、十一世紀頃から、こうした清掃に関わる仕事が検非違使に吸収されることとなり、検非違使が罪とあわせてけがれの管理にもあたるようになったことについては、丹生谷哲一『検非違使——中世のけがれと権力——』(平凡社選書、一九八六年)参照。

⑧ 『統日本紀』には、赦を告げる詔勅がいくつか見えるが、そこには「繫囚」「見徒」の語がしばしば見える。しかしこれは慣用語と見るべきであ

らう。一方、同天平宝字二年八月朔日条には「天下見禁囚徒」、同八年十月甲申条には「在京見禁囚徒」の語が見える。これらは、本条の「天下見禁囚」と同一の概念と見るべきであろう。

⑨ 利光三津夫「流罪考」(同『律令制の研究』所収、慶應通信、一九八一年)。

⑩ 『隋書』倭国伝には、「其俗殺人強盜及姦皆死、盜者計贓酬物、無財者没身為奴。自余輕重、或流或杖。」とあって、律令法導入以前の倭国の刑罰慣行においても、殺人に対する基本的制裁が死刑であったことが知られる。

⑪ 大山誠一「所謂『長屋王家木簡』の再検討」(『木簡研究』一一、一九八九年)、同『長屋王家木簡と奈良朝政治史』(吉川弘文館、一九九三年)、奈良国立文化財研究所編『長屋王邸宅と木簡』(吉川弘文館、一九九一年)、森田悌『古代国家と万葉集』(新人物往来社、一九九一年)、同『長屋王の謎』(河出書房新社、一九九四年)、早川庄八『古典講読シリーズ 統日本紀』(岩波書店、一九九三年)、鬼頭清明『古代木簡の基礎的研究』(塙書房、一九九三年)、東野治之『長屋王家木簡の研究』(塙書房、一九九六年)など。

⑫ 河内祥輔『古代政治史における天皇制の論理』(吉川弘文館、一九八六年)。

⑬ 注③前掲『統日本紀 三』四四一頁。

⑭ この問題については、松田恵美子「縁坐を通じてみた日本・中国の法比較」(『法学論叢』第二二七巻第二号、第六号、一九九〇年)がある。

⑮ 直木孝次郎「主稻考」(同『奈良時代史の諸問題』所収、塙書房、一九八八年)、同『壬申の乱』(塙書房、増補版一九九二年)。なお、福山敏男『奈良朝寺院の研究』(高桐書院、一九四八年)も同説。新家を足人の祖父とみ

る説は、すでに伴信友『長等の山風』の「附録一 壬申紀證註」(『伴信友全集』第四所収、図書刊行会、一九〇七年)に見える。

16 直木孝次郎注『前掲「主稻考」』。なお、二条大路木簡のいわゆる「桜園山水之図」にはいくつかの習書が書かれているが、その中の一つに「主稻」の語が見える。注『前掲「長屋王邸宅と木簡」』参照。

17 佐藤信『壬申功封』と大宝令功封制の成立(同『日本古代の宮都と木簡』所収、吉川弘文館、一九九七年)。

18 新日本古典文学大系『続日本紀 一』(岩波書店、一九八九年)。

19 注『』に同じ。

20 この記事が、賜った封の戸数を「廿戸」としているのは問題で、「卅戸」もしくは「十戸」であるなら理解は容易となる。しかし、この部分はテキストの問題があるらしく、新訂増補国史大系本が底本とした谷森本や、新日本古典文学大系本が底本とした蓬左文庫本には、「廿」の一字がなく、他本から補ったものである。封の戸数について、今は未詳としておきたい。

21 吉田東伍『大日本地名辞書』(富山房、増補版一九七一年)。

22 『日本歴史地名大系 21 岐阜県の地名』(平凡社、一九八九年)。

23 福山敏男『奈良朝寺院の研究』(高桐書院、一九四八年)。

24 『日本歴史地名大系 30 奈良県の地名』(平凡社、一九八一年)。

25 同寺発行拝観パンフレット。

26 吉田一彦『日本古代社会と仏教』(吉川弘文館、一九九五年)。

(つづく)