

日本律令の刑罰と中国思想

市川 本太郎

目次

一序説

二裁判

1 裁判官

2 裁判の公正—五聽

三刑罰

1 刑罰の種類—五罪

2 犯罪の種類—八虐

3 減刑・贖罪

4 親屬容認と干名犯義

5 刑罰の執行

四結語

一序説

日本の律令が唐の律令に基礎をおいて作成せられたことは、言を俟たないことである。然し日本の律令が唐の律令そのままではなく、採

るべきは採り、捨つべきは捨てて、日本独自の律令としたのである。そこで日本律令が、中国の制度・思想を如何なる程度に採用しているかという点を知ることが興味ある点である。今回はその律令中の刑罰に関する点に限って、中国思想の影響を知ろうとするのが本小論の目的とするところである。

両国の律令文献の現存状態を見るに、大体において、日本律令は律令が大部分失われ、令が大部分が存しており、中国の唐律令は、反対に律令は完全に存し、令は殆んど失われている。日本律令では、大宝律令に既に注が書かれ、養老律令に至って疏が加えられた。然るにその中で律疏は律と共に、応仁乱に佚亡し、慶長十九年金沢文庫本として名例・賊盜の二律が現われ、江戸幕府の初めに、紅葉山文庫に収蔵せられた。その後、職制・衛禁(不全)の二律が世に出たので、文化年間に埒保己一が、以上の律疏殘卷四篇を、群書類從律令部に収録した。その後文政年間尾張の人、石原正明が古書に引用せる律の逸文を蒐集し、律逸八巻を編した。以上の律が現在国史大系の律に収録されている。律はこれによって或る程度補充された。

唐の律令に於ては、令は存在せず。律は長孫無忌等によって疏が勅撰せられ、今日唐律疏議として存在し、律はそれに依つて完全に残っている。唐の令は全く亡佚したので、仁井田陞氏によって、諸書より蒐集され「唐令拾遺」として、昭和八年三月出版された。本書は唐令七百十五條が復旧され、当時学士院賞を受けた名著である。唐六典によれば、唐令は千五百餘條存したあるから、未だ半数にも達していない。以上のように兩國の律令が欠損しているので完全なる参照は不可能であるが、存在部分を通じて或る程度知ることができる。それより更に逆究して儒教の經典に至り、その原典を究めることを目的とする。

二 裁 判

1 裁 判 事 務

律令制度において司法裁判の事務を行うのは刑部省であるが、地方には今日の如き裁判所は存在せず、行政事務と共に併せて裁判事務をも国守・郡領が掌り、輕罪は斷獄をも行うた。

凡犯_レ罪皆罪郡決_レ之。杖罪以上、郡斷定送_レ国。(令獄)

凡犯_レ罪皆於_二事発処_一、官司推断。在京諸司人、京及諸国人、在京諸司事発者、犯_二徒以上_一、送_二刑部省_一。杖罪以下当司決。(令獄)

杖罪以下の輕罪は地方長官において裁決するが、杖罪以上は刑部省に書類を送達する制である。このように律令制度においては刑事問題は訴訟をせずに直ちに斷獄せられ、今日の如き検事の行う檢察制度はなかつたらしい。然し民事においては告訴に基づいて斷獄したようであ

る。

凡訴訟起_二十月一日_一、至_二三月三十日_一檢校。以外不合、若交相侵奪者、不_レ在_二此例_一。(令雜)

この条文は訴訟の時期を示しているが、これより見ても民事は直ちに告訴するのでなく、十月一日から翌年三月三十日までを告訴し、それ以外の日には行わないということを示している。この点から民事には今日と同様に訴訟の存在が認められるのである。

唐大典にはこれに相当する条文は見られないが、宋刑統には類似の文がある。

〔宋刑統戸婚律卷十三〕 准_二雜令_一、田宅婚姻債負、起_二十月一日_一、至_二三月三十日_一、檢校。此者以外不_レ合。若先有_二文案_一、交相侵奪者、不_レ在_二此例_一。(唐令拾遺 八五三頁)

この文は田宅・婚姻・債負を挙げているから民事であることは明かである。その告訴時期は日本令と同一である。恐らく唐令にもこれに類似した条文が存在し、日本令の基になったものであろう。

2 裁判の公正—五聽

罪人の裁判は最も公正にして、その犯罪を明かにしその罪に適當する刑を加えねばならぬので、最も慎重を要する。而して犯罪の実状を知ることは最も困難なことである。故に律令においては五聽を以て獄訟の根拠としている。獄令に

察_レ獄之官、先備_二五聽_一。(令獄)

とあつて、五聽とは辭聽・色聽・氣聽・耳聽・目聽で、令義解は次の

如く説明している。

謂五聽者、一曰辭聽、觀其出言、不直則煩。二曰色聽、觀其顔色、不直則叔然。三曰氣聽、觀其氣息、不直則喘。四曰耳聽、觀其聽聆、不直則惑。五曰目聽、觀其眸子、不直則眊然也。(獄令)
言語・顔色・呼吸・聽覺・眸子の五点の状態を詳細に觀察して、それによって善悪眞偽の判断の標準としたことは、誠に當を得たものである。眸子を見ることは既に孟子の唱えた所である。

孟子曰、存乎人者、莫良於眸子。不能掩其惡。胸中正則眸子瞭焉。胸中不正、則眸子眊焉。聽其言也、觀其眸子、人焉廋哉。(孟子)
眸子が善悪を知る一標準であることを示し、一面の眞理を道破せるものといふべきである。唐六典にも五聽の語が見えている。

〔唐六典卷六刑部郎中員外郎条〕 凡察獄之官、先備五聽。一曰辭聽。二曰色聽。三曰氣聽。四曰耳聽。五曰目聽。

又唐六典には大理卿之職にも五聽三慮の語が見る。

〔唐六典卷 大理卿之職〕 掌邦国折獄評判之事、以五聽察其情。一曰氣聽、二曰色聽、三曰視聽、四曰声聽。五曰詞聽。以三

慮尽其理。一曰明慎以讞疑獄。二曰哀矜以雪冤獄。三曰公平以鞠庶獄。

六典中には先の五聽と後の五聽と二種存し、文字において順序において相違している。先の五種はその注文によって日本律令の義解の五聽と全く一致している。先の五聽は注文によってその名称が明かになっているが故に永徽令によって注し、後の五聽はその目名称が条文なる

が故に開元令を採用したものであろう。永徽令にも五聽の存在したことは、唐断獄律疏議の「依獄官令、察獄之官、先備五聽」によって明かである。又北魏の獄官令にも魏書刑罰志に「謹案獄官令、諸察獄先備五聽之理」とあることによって知られる。恐らく日本令の五聽は永徽令の五聽を採用したものと思われる。従って日本令には三慮は採用していない。

中国律令の五聽は何れに基づいたか。周礼秋官に五声なるものがある。

以五声聽獄訟。求民情。一曰辭聽。二曰色聽。三曰氣聽。四曰耳聽。五曰目聽。(周令小司寇之職)

鄭玄はこの文に注しているが、令義解の文と殆んど同じであるから、義解の文は鄭注によつたものである。この五聽は日本律令に存する五聽と全く同一である点より見て、律令の五聽と称するものは周礼の五声と称するものを採用したことが明かである。

また書経には五聽五声に類するものとして、洪範九疇の第二に五事がある。

五事。一曰貌、二曰言、三曰視、四曰聽、五曰思。貌曰恭、言曰從、視曰明、聽曰聰、思曰睿、恭作肅、從作乂、明作哲、聰作謀、睿作聖。(書經)

この五事は人君たる者の容貌・言語・目・耳・心が如何にあるべきかを説いたもので、この五者において能く事に当り、理を尽せば則ち身修まり道立ち、天下の法となることを示したものである。この五事を

罪人の容貌・言語・眼・耳・心に適用して、犯人の真偽を察するに適したものが五聴といふべきである。また論語には孔子が顔回に教えた語に、これに類した語がある。

顔淵問レ仁、子曰、克己復礼為レ仁。一日克己復礼、天下帰レ仁焉。

為レ仁由レ己、而由レ人乎哉。顔淵曰、請問レ其目。子曰、非レ礼勿レ視。

非レ礼勿レ聽、非レ礼勿レ言、非レ礼勿レ動。(論語 顔淵)

礼に非ざれば視・聽・言・動を用いてはならぬと教えている。この視聽言動は人間行動の中心のものであって、人物評価の標準ともなる。従つて洪範の五事が孔子の思想に影響し、これが周礼に及び、更に律令にまで影響して条文になるに至つたのであろう。

以上の如く公正なる裁判を行うためには、古来から伝えられた五聴の方法を以て、犯人の真偽を調査したものである。更に裁判を公正なるものにするために、裁判官と被告との關係に、親族關係または師弟關係が存する場合は、判事は交替することが許されている。

凡鞠レ獄官司、与レ被レ鞠人、有レ五等内親、及三等以上婚姻之家、並受レ業師、及有レ讐レ嫌者、皆聽レ換推、經レ為レ帳内資人、於レ本主亦同。(令)

さらに讎嫌の存在する場合も同様である。何れにせよ特殊の關係があれば、裁判官は公平を維持しようとしても困難であることは、人情の自然である。唐の制度にもこれに類するものが存した。

〔唐六典卷六刑部郎中員外郎条〕 凡鞠レ獄官与レ被鞠人、有レ親屬仇嫌、皆聽レ更レ之。(注 親五服内親、及大功已上婚姻之家、並授業經師、為レ

本都督刺史県令及府佐、於レ府主、皆同換推。〕

条文が余り簡単に判然としないが、注の文によって、親屬の範圍が定められ、日本令に近い内容となっている。

三 刑 罰

1 刑罰の種類

刑罰に関する事項はすべて律の中に規定されている。律の卷頭に刑罰の種類として五罪を挙げてある。五罪とは答罪・杖罪・徒罪・流罪・死罪であつて、各二等乃至五等の段階がある。

1 答罪五

答十贖銅一斤 答卅贖銅三斤 答五十贖銅五斤
答廿贖銅二斤 答贖四十銅四斤

答罪は五等に分け、答十の差を以て一段とし、贖罪となる場合は銅一斤の差となつてゐる。答と何か。答の意気を唐律疏義は次のように説明している。

〔唐名例律疏〕 答擊也。又訓為レ恥。言人有レ小愆、法須レ懲誡。故加レ捶撻、以レ恥レ之。漢時答則用レ竹、今時則用レ楚。(唐律疏義)

楚は荆であり、荆はニンジンボクと称する木の一種で、漢代には竹を以て、唐代は荆を以て、打撃してこれを恥づかしめたのが答罪の意であるとしている。

2 杖罪五

杖六十贖銅六斤 杖八十贖銅八斤 杖百贖銅十斤
杖七十贖銅七斤 杖九十贖銅九斤

杖罪は打撃の数が多くなり十の差を以て五等に分け、贖罪の額は数に相應して多くなり、銅一斤を以てその差としている。唐律疏義には杖を次の如く説明している。

〔唐名例律疏議〕 説文曰、杖者持也。而可_レ以擊_レ人者數。家語云、舜之事_レ父、小杖受大杖則走。國語云、薄刑用_二鞭朴_一。書云、鞭作_二官刑_一、猶_三今之杖刑_二者也。又蚩尤作_三五虐之刑_一、亦用_二鞭杖_一、源_三濫觴_二所_一從來_二遠矣_一。

杖もまた鞭を以て打撃するもので、その回数が杖より多く、それだけ重い罪である。日本律令では、答・杖を次の如く定めてある。

凡杖皆削去節目、長三尺五寸、迅_レ囚及常行杖、大頭徑四分、小頭三分、答杖大頭三分、小頭二分。(令_獄)

答は答杖と稱し、杖も竹を用い、節を削去し、答杖共に長さは同じく三尺五寸、太さが相違し、大杖は頭徑四分、小杖と大杖は同じで徑三分、小杖は二分となる。要するに答罪と杖罪の差は答杖の太さと、その打撃の数の相違によって區別し、形式は同一である。

3 徒罪五

徒一年贖銅廿斤 徒二年贖銅四十斤 徒三年贖銅六十斤
徒一年半贖銅卅斤 徒二年半贖銅五十斤

徒罪も五等に分け一年より三年を期間とし、半年を以て差をつけている。贖罪の場合はその額が更に多くなり最低銅二十斤、最高六十斤となっている。唐律疏議は次の如く説明している。

〔唐名例律疏議〕 徒者奴也。蓋奴_三辱之_一。周礼云、其奴男子入_三于罪隸_一任之、以事實_二圜土而牧_一教之。

徒罪は今日の有期懲役であって、これを奴隸として労働に服役せしめて、辱めるものであるとしている。

4 流罪三

近流贖銅一百斤 遠流贖銅百四十斤
中流贖銅一百廿斤

流罪は近・中・遠の三種の段階があつて愈々重罪となつて、贖罪の場

合にも銅の額が多くなり、近流でも百斤、以下廿斤の差となっている。三種の段階は流国の距離によるもので、金玉掌中抄に次の如く示している。

近流或云、三百里、越前三百一十里、安芸四百四十里。

中流或云、五百六十里、信濃五百六十里、伊予五百六十里、

遠流或云、千五百里、佐渡一千二百廿五里、伊豆七百七十里、隱岐九

百一十里、安房一千一百九十里、土佐一千二百廿五里、常陸千五百

七十五里。(金玉掌中抄)

この里程は三十六町一里でなく、中国の六町一里を採用したものらしい。流罪は古来多く用いられた刑であつて通称島流し、島送りと稱するものであるが、今日の刑には存在しない。中国の流罪はその距離が遙かに遠くなつている。

5 死罪二

死罪は絞罪と斬罪の二種で、絞罪が軽く斬罪が重いが、贖罪の場合には両者同一で二百斤となっている。金玉掌中抄は絞斬二罪について次の如く説明している。

以_二絞罪_一為_レ輕、以_二斬罪_一為_レ重。其故何者、絞罪待_レ時而殺、若待_レ時之間邂逅會_二恩詔_一者、則配_二徒流_一。故為_レ輕。斬罪者不_レ待_レ時而殺。

故為_レ重也。(金玉掌中抄)

絞罪は秋冬にかけて行ふために待つ時間があるから、その間に恩赦に会えば、罪が減せられる特典がある。

以上五罪中答・杖・徒の三罪は各五等、流罪は三等、死罪は二等合計二

十等となる。中には流罪と徒罪を併せた流徒或は加假流と称するものも行われた如くであつて、律中にはかかる語が見える。又五罪の他に軽罪として、今日の罪金刑に相当する物品又は銅を納める刑も存在した。

凡傷_三損於人、及誣告得_レ罪、其人_三合贖_二者、銅入_下被_二舌及傷損_二之家。即兩人相犯俱得_レ罪、及同居相犯者銅入_レ官。(令_職)
他人に損傷を与えた時には損害賠償をなし、互に相犯した時は官に罰金を納める制度である。

唐律では五罪を五刑と称し、笞刑・杖刑・徒刑・流刑・死刑とし各刑の段階も日本律と同様二十階であるが、流刑の距離が遠くなり、近流二千里贖罪八十斤、中流二千五百里九十斤、遠流三千里百斤となり、銅の量が日本より少く、死刑も贖罪百廿斤となつてゐる。北齊では死刑が輓・梟首・斬・絞の四種となつてゐたが、輓と梟首は残酷な刑であるために隋唐に於ては除かれた。

五刑の名は古くより存在し、尚書には度々出てくる語である。
象以_三典刑_二、流宥_三五刑_一。鞭作_二官刑_一、朴作_二教刑_一、金作_二贖刑_一、笞災肆赦、怙終賊刑。欽哉欽哉。惟刑之恤哉。(典_舜)
汝作_レ士、五刑有_レ服。五服三就、五流有_レ宅。五宅三居。惟明克允。

(典_舜) 天命_三有德_一、五服五章哉。天討_三有罪_一、五刑五用哉。(學_傳)
このように五刑の語は存するが、その種目は示してない。その種目の見えるのは尚書呂刑篇である。

五刑之疑有_レ赦。……………墨罰之屬千、劓罰之屬千、剕罰之屬五百、

宮罰之屬三百、大辟之罰其屬二百、五刑之屬三千(刑_臣)
また五刑の種目は周礼秋官にも見えている。

司刑掌_三五刑之法_一。以麗_三万民之罪_一。墨罪五百、劓罪五百、宮罪五百、剕罪五百、殺罪五百。(周_禮職_刑)

この両書に見える五刑の種目は順序とその数名称順序は多少異なるが、内容に於ては殆んど同一である。何れも周代の刑名であるが隋唐の五刑とはその内容は大分異なる。古の五刑は殆んど身体を傷害する刑であるが、唐律の五刑は死刑を除いては身体を直接害するものではない。それだけ刑罰が進歩したと云うべきである。

2 犯罪の種類

律令における犯罪は八虐を以て主なるものとして、五罪と共に律文の巻頭に記載されている。八虐とは謀反・謀大逆・謀叛・惡逆・不道・不敬・不孝・不義であつて、その内容は次の如きものである。

一曰謀反 謂謀_レ危_二國家_一。(律_八處_條)

この説明によると國家を危くすることを謀る犯罪である。共和國家にあらざる限り、君主が主權者であるが故に、國家とは一面君主を意味している。故にその注には

謂臣下將_レ圖_二逆節_一、而有_二無_レ君之心_一。不_三敢指_二斥尊号_一、故託_二云_二國家_一。(謀_反注)

要するに謀反は君主を危くすることを計画する罪であつて、「謀反大逆者皆斬」(律_賊盜)とあるが如く最も重罪で、この犯人の父子祖孫兄弟は縁坐し、家人財用田宅は没収せられる。この罪の反情を知りながら通

知しない者も縁坐する規定となっている。

二曰謀大逆 謂謀_レ毀_二山陵_一及宮闕_一。(律八)(處案)

山陵は天皇の御陵、宮闕は皇居であつて、これらを破壊することを計画する罪である。これも亦国家に関する犯罪であるから重罪である。従つて「謀大逆絞」(律財盜)とあるが如く死罪となるのみならず、犯人及同居の者の資財田宅凡てが没収せられ、同居者は流罪となる。

三曰謀叛 謂謀_二背_レ國從_レ偽_一。(律八)(處案)

謀叛は本朝の國家に背いて外國に投ぜんとし、或は城や大地を外國や逆徒に提供する犯罪である。この罪は賊盜律に「謀叛者絞」とあつて絞罪となり、また「謀反已上、道者、皆斬・子中流」(律賊盜)とあつて、追討の將吏に反抗し謀計した者は斬罪となり、その子は流罪となる。謀叛も亦國事犯で重罪である。

四曰惡逆 謂毆及謀_レ殺_二祖父母父母_一、殺_二伯叔父姑兄姊外祖父母夫

夫之父母_一。(律八)(處案)

惡逆は三種となり、一は祖父母父母を毆つた罪、二は祖父母父母を殺さんと計画した罪、三は伯叔父姑兄姊外祖父母夫之父母を殺した罪である。賊盜律に「毆_二祖父母父母_一者皆斬」とある如く、祖父母父母を毆れば斬罪となり、「謀_レ殺_二祖父母父母_一者皆斬」とある如く、殺さんと計画しただけで、未遂罪であるが斬罪となる。第三は伯叔父姑兄姊外祖父母夫之父母を殺す罪で、斬罪となり、未遂の場合は次の不道罪に當る。

五曰不道 謂殺_二一家非_二死罪_一三人_一、支_二解人_一、造_二畜蠱毒_一、厭魅。若

毆告及謀_レ殺_二伯叔父姑兄姊外祖父母姑_一。殺_二四等以上尊長及妻_一。(八處)(案)

不道罪は大別して五種となる。一は一家の中で死罪にならない三人を殺した罪、二は人を殺して死体を解体した罪、三は蠱毒を作つて畜え厭魅する罪、四は伯叔父姑兄姊外祖父母を毆打し又は罪を告発し、或は殺さんと計画した罪、五は四等親以上の尊長者及び妻を殺した罪である。賊盜律に「殺_二一家非_二死罪_一三人_一者皆斬」とあるは第一の罪で斬罪となり、「支_二解人_一者皆斬」は第二の罪であり、「造_二畜蠱毒_一者皆絞」は第三の罪で絞罪となる。これは家族を中心として更に社會にまで拡大された広範圍の犯罪である。従つて不道罪としても刑の適用には相違がある。例えば「謀_レ殺_二外祖父母夫之父母_一者皆斬」(律賊盜)と「謀_レ殺_二五等以上尊長_一者、徒三年」(律賊盜)とはその刑が非常な相違である。

六曰大不敬 謂毀_二大社_一、及盜_二大祀神御之物、乘輿服御物_一。盜_二及

偽_二造神璽内印_一。合_二和御藥_一、誤_レ不_レ如_二本方_一。及封題誤。若造_二御膳_一、誤犯_二食禁_一。御幸舟船誤_二不_二牢固_一。指_二斥乘輿_一、情理切害。反對_二捍詔使_一、而無_二人臣之礼_一。

大不敬の罪は多種多様であつて、これを類別すると次の八項となる。

- 1 大社(伊勢神宮住吉神宮等)を破壊する罪。
- 2 大祀の際の主上の服御乘輿を盗む罪。
- 3 神璽や内印を盗み又は偽造する罪。
- 4 御藥の処方方を誤り又は封題を誤る罪。
- 5 御膳を作るに食禁を犯す罪。

6 御幸の舟船を堅牢に造らぬ罪。

7 乘輿を斥け情理において害毒ある罪。

8 詔使に対捍し人臣として無礼の罪。

大不敬の罪は主として天皇・皇室・神社に対して臣下の犯す罪であつて、次の如き条文が適用せられる。

凡盗^三大祀神御物^一者中流。(律) (職盜)

凡盗^三神璽^一者絞。……盗^三乘輿御物^一者中流。(律) (同)

偽^三造神璽^一者斬。偽^三造内印^一者絞。(律) (詐偽) (中抄)

凡合^三和御薬^一誤、不^レ和^三本方^一及封題者^一医徒三年。(職制) (唐律) (作絞)

凡造^三御膳^一誤、犯^三食禁^一者典膳徒三年。(職制) (唐律) (徒二年)

凡御幸舟船誤不^三牢固^一者、上匠徒三年。(職制) (唐律) (作絞)

凡指^三斥乘輿^一情理切害者^一斬、……对^三捍詔使^一而無^三人之礼^一者絞。(服制)

七不孝 謂告^三言祖父母父母^一、及祖父母父母別^レ籍異^レ財。居^三父母喪^一、

喪^一身自嫁娶、若作樂、積^レ服從^レ言、聞^三祖父母父母喪^一、
匿^レ不^レ舉^レ喪、詐^三稱祖父母父母死^一、姦^三父祖之妾^一。(八處) (之八條)

不孝の罪は次の六種に分けることができる。

1 祖父母父母を誣告し告発した罪。

2 祖父母父母と籍を別にし財を異にする罪。

3 父母の喪中に嫁娶したり、音楽を行い、喪服を脱いで吉服を着るなどの罪。

4 祖父母父母の喪を匿し、哀を挙げぬ罪。

5 祖父母の死を詐り称した罪。

6 父祖父の妻妾を姦する罪。

以上は専ら祖父母父母に対する子孫としての犯す罪であつて、家庭道徳に深い関係を持ち、次の条文が適用せられる。

告祖父母父母者絞。(鬪訟) (金玉掌) (律) (中抄)

祖父母父母在、子孫別^レ籍者、徒二年、異^レ財者徒三年。(戶婚) (律)

居^三父母喪^一而嫁娶者徒二年、離之。(戶婚) (金玉掌) (中抄)

凡聞^三父母若夫之喪^一、匿^レ不^レ舉^レ哀者、徒二年。喪制未^レ終、解^レ服從^レ吉、若忘^レ喪作^レ樂、徒一年半。(職制) (律)

若詐^三稱祖父母父母死^一、以求^レ假、及有^レ所^レ避者、徒一年半。(詐譎) (金玉掌) (中抄)

姦^三父祖妻^一者、徒三年、妾滅^三二年^一。(雜) (金玉掌) (中抄)

八日不義 謂殺^三本主本國守見受^レ業師^一、更卒殺^三本部五位以上官長^一、

及聞^三夫喪^一、匿^レ不^レ舉^レ哀、若作^レ樂、積^レ服從^レ吉、及改嫁。(八處) (之八條)

不義の罪は次の四種に區別される。

1 事えている主人國守、現に業を受けている師を殺す罪。

2 吏卒にして五位以上の官長を殺す罪。

3 妻妾が夫の喪を匿し哀を挙げぬ罪。

4 夫の喪中に音楽を為し、喪服を去り、吉服に改め、及び改めて他に嫁する罪。

不義の罪は帳内資人(親王及五位以上の從人)・学生・吏卒・妻における犯罪で、左の

条文が適用される。

凡謀^レ殺^三詔使若本主本國守^一、及吏卒謀^レ殺^三本部五位以上官長^一者、徒

凡謀^レ殺^三詔使若本主本國守^一、及吏卒謀^レ殺^三本部五位以上官長^一者、徒

凡謀^レ殺^三詔使若本主本國守^一、及吏卒謀^レ殺^三本部五位以上官長^一者、徒

三年、己傷者遠流、殺者皆斬。(賊盜)

居三夫喪二改嫁走徒二年、妾滅二等、各離レ之。(戸婚)金玉華(律)中抄)

以上八虐の内容を見るに「一謀反」より「三謀叛」に至る三罪と「六大不敬」の四罪は皇室国家に対する犯罪である。これに対して悪逆・不道・不孝・不義等は家族を中心として、社会人に対する犯罪であるが、特に親族の重視されている点は注意すべきである。日本律の八虐は唐律の十悪に基づいていることは、その内容を比較すれば知ることができる。十悪はその名の如く十項となつて「不睦」と「内乱」が多くなつてゐるが、その他は名称も内容も同様である。

八曰不睦 (注)謂謀殺及總麻以上親、毆告夫及大功以上尊長、小功尊屬。

十曰内乱 (注)謂姦小功以上親父祖妾及与和者。(唐律疏議)名例律)

不睦の内容は日本律では不道の中にも含み、内乱の内容は日本律では不孝の中にも含んでいるから、多少の相違はあるも殆んど一致している。

隋律にも十悪の罪名が存し、隋書刑法志に次の如く見えてゐる。

又置三十惡之條、多採二後齊之制、而頗有二損益、一曰謀反、二曰謀大逆、三曰謀叛、四曰惡逆、五曰不道、六曰大不敬、七曰不孝、八曰不睦、九曰不義、十曰内乱。(隋書)刑法志)

この罪名は唐律の罪名と全く一致し、順序もそのままである。この点から唐律の罪名は隋律をそのまま踏襲したことが知られ、また隋律は後齊の制によつて損益したことが知られる。後齊は北朝の北齊で、重罪十条がある。

一日反逆、二曰大逆、三曰叛、四曰降、五曰惡逆、六曰不道、七曰不敬、八曰不孝、九曰不義、十曰内乱、犯三此十一者、不レ在三八議論贖之限。(隋書)刑法志)

隋唐律の十悪と比較すれば多少の名称と順序とを異にしているが、關係深いことが知られる。

日本律の八虐の虐の字を制度に用いたものが、尚書の呂刑に見えてゐる。

苗民弗用レ靈制以レ刑、惟作三五虐之虐二曰法。殺三戮無辜二、爰始淫為三劓刑一。(尚書)呂刑)

この文は呂侯と周穆公との問答において、蚩尤の五虐之刑を述べたものである。日本律の八虐の虐はこの五虐の虐を採用したものであろうか。また八虐の八を以て数えるものに周礼の「郷の八刑」がある。周礼大司徒之職に

以三郷八刑一、糾三万民一。一曰不孝之刑、二曰不睦之刑、三曰不嫺之刑、四曰不弟之刑、五曰不任之刑、六曰不恤之刑、七曰造言之刑、八曰乱民之刑。(周礼)大司徒之職)

とある。この八刑には君主に対する大不敬罪の如きものが欠けているが、不孝・不睦・不嫺・不弟の如き家庭道德に関するものが最初に挙げられ、或はその割合の多いことは注意すべきである。これに対し國家に関するものとしては造言・乱民を挙げているが、最後におかれて輕視せられている。これによつて中国古代に於ては家庭が中心をなしておつたことが知られる。周礼の八刑は「郷の八刑」であるから家族

間の秩序維持を主とし、家族中心主義を表現したものである。日本律の八の数を採って八虐としたのは、周礼の郷八刑に従ったものではあるまいか。

周礼の郷八刑の第一に不孝を挙げてゐる点より見て、家庭道徳を尊重したことが知られる。孝は元来中国古来道徳の根元として考えられ、特に儒教に於て強調する所で、孝は百行之本である思想が横溢していた。論語には孝に関する章が多く見える。孔子の弟子有若の言に

君子務_レ本、本立而_レ生、孝悌也者、其為_レ仁之本_一歟。(而_レ孝)

とあるが、この文も孝を以て仁の本となしてゐる。

子曰、父在觀_レ其志、父没觀_レ其行、三年無_レ改_レ於父之道、可_レ謂_レ孝矣。(而_レ孝)

子游問_レ孝。子曰、今之孝者、是謂_レ能養、至_レ於犬馬、皆能有_レ養。不_レ敬何以別乎。(政_レ為)

子曰、父母在不_レ遊_レ遠、遊必有_レ方。(仁_レ里)

孟武伯問孝。子曰、父母唯其疾之憂。(政_レ為)

孝経なる書が古く中国に存し、その中に

五刑之屬三千、而罪莫_レ大_レ於不孝。(孝_レ経 五刑_レ章)

とあって、不孝の罪を最も重罪としている。孝経の書は孝謙天皇の勅命によつて各戸に一本を備えしめた。

古者治_レ民安_レ國、必以_レ孝理。百_レ行之本、莫_レ先_レ於率。宜_レ令_レ天下家藏_レ孝経一本、精_レ勤誦習、倍加_レ教授。(統日本紀天 平宝字元年 政_レ為)

唐に於ても玄宗が孝経を重んじ

天宝三載十二月詔_レ天下_一、家藏_レ孝経。(唐書_レ宗紀)

とある如く、各戸に孝経を蔵せしめた。不孝なる犯罪が唐律の十惡の一に加えられたのも中国古来の伝統によるもので、日本律令中の八虐の不孝もこれによるものである。

周礼の八刑の不孝の他の不睦・不婣・不弟の刑も家族親族姻族に対する犯罪であつて、十惡・八虐においては惡逆・不道の獨立罪として挙げられている。尚書には堯の徳として、親族と親しくしたことを挙げてゐる。

克明_レ俊徳、以_レ親_レ九族、九族既睦、百姓平章、百姓昭明、協_レ和万邦。(典_レ興)

九族と睦ぶことが万邦を協和する根本として頌えられてゐる。九族には二説の解があつて、一は高祖より曾孫に至る直系と、他は父の族、母の族、妻の族を指すとするものであるが、後説が妥当であろう。かく九族が親しむ事は重要であるから、これに背く罪は重罪と認め、周礼には自然郷八刑中に加えられたであろう。

次に周礼の造言・乱民の犯罪は直接国家の秩序を乱すが故に、十惡八虐においては謀反・謀大逆・謀叛として最初に採用せられたものである。封建時代は君主が国家であるが故に、君主に対する忠誠は重要な道徳であつた。儒教に於ては君臣の関係を尊重し三綱の一とし、易の需の象伝には天子を最高なるものとし「位_レ於天位、以_レ中正」と述べ、天子を天位としている。孔子は「君君臣臣」(論語)と述べ君臣の関係を重んじ、孟子は五倫の一として「君臣有_レ義」と称してゐる。

中国は古来易世革命の国であるから君主を危くすることは最も恐れていた。故に謀反を以て十惡の最初においたものである。

日本における律令制定時代は大和朝廷が漸く確立した時代であるから、君主を尊重することは当然であった。聖徳太子の憲法三条に

君・則・天・之、臣・則・地・之。天覆地載、四時順行、万物得道(日本書紀卷二十二)とある如く、天皇が重んぜられ、唐律の謀反罪が直ちに採用せられて、八唐の第一におかれたものであろう。

3 減刑贖罪

律令における減刑の方法は、その主なるものを六議とする。六議とは議親・議故・議賢・議能・議功・議貴の六をいう。律疏には六議を次の如く説明している。

一曰議親 (注) 謂皇親及皇帝五等以上親、及太皇太后皇太后四等以上親、皇后三等以上親。

二曰議故 (注) 謂故旧。(謂宿侍見、特蒙接遇、歷久者)

三曰議賢 (注) 謂有三大德行。(謂賢人君子言、行可為法則者)

四曰議能 (注) 謂有三大才芸。(謂能整軍旅、位政事、攝帝道、師範人倫者)

五曰議功 (注) 謂有三大勲功。(謂能斬將、擧旗、摧鋒、方里、或率衆、掃化、寧清、一時匡救艱難、若遣使絕域、經涉險難者)

六曰議貴 (注) 謂三位以上。(疏律)

六議は身分・功勞・才能を基礎として議し、減刑を行うものである。この六議も唐律の八議に拠ったことが明かである。

一曰議親 (注) 皇帝祖免以上親、及太皇太后、皇太后、總麻以上親、皇后小功以上親。

二曰議故 (注) 謂故万。(疏議曰、謂宿侍見、特蒙接遇、歷久者)

三曰議賢 (注) 謂有三大德行。(疏議曰、謂賢人君子言、行為法則者)

四曰議能 (注) 謂有三大才業。(疏議曰、謂能整軍旅、位政事、攝帝道、師範人倫者)

五曰議功 (注) 謂有三大勲功。(疏議曰、謂能斬將、擧旗、摧鋒、方里、或率衆、掃化、寧清、一時、匡救艱難、銘功、太常者)

六曰議貴 (注) 職事官三品以上、散官二品以上、及爵一品者。(疏議曰、依令掌二者為職事官、無執掌者為散官、爵謂二品以上)

七曰議勤 (注) 謂有三大勲勞。(疏議曰、謂大將吏、倍官次、夙夜在公、若遣使絕域、經涉險難者)

八曰議賓 (注) 謂承先代之後、為國賓二者。

唐律の八議は議勤・議賓の二議を多くしている。議勤は大勲勞あるものと注しているので、議功と殆んど同様であって、疏の文において見るに、日本律では議功の中に議勤を含ましめてある。議賓は先代の國の後を承ける國賓である故、万世一系の日本では必要ないので除いたことは明かである。

八議の思想は唐が創作したものではなく、隋より南朝北朝の各国の時代より、晋・魏にまで遡ることができる。それが更に周礼にまで至るのである。周礼には「八辟」の名を以て八議と同様な語を用いている。秋官小司寇の職に、

以八辟之麗邦礼。附刑罰。一曰議親之辟、二曰議故之辟、三曰議賢之辟、四曰議能之辟、五曰議功之辟、六曰議貴之辟、七曰議勤之辟、八曰議賓之辟。

とある。文字において配列順序において唐律八議と全く同一で、各項に「之辟」が附加されているのが異なるのみである。賈公彦の疏によれば、

「親」とは王の五属及外親、「故」とは王の旧知同学、「賢」とは徳行者、「能」とは道芸ある者、「功」とは功勞者、「貴」とは丈夫以上、「勤」とは大勤勞者、「賓」とは前朝の王の子孫で国賓である者として、その内容は八議と同一である。周礼の大宰之職には八辟に類似の八統がある。

以三八統詔王馭三万民。一曰親親、二曰敬故、三曰進賢、四曰使能、五曰保庸、六曰尊貴、七曰達吏、八曰礼賓、(周礼大宰之職)

八辟と異なる点は五の功が庸となり、七の勤が吏になっているが、内容は殆んど等しいものである。八統は直接万民を馭する為めに用いる政治的・根本的・積極的なるものに対して八辟は刑罰に適用する消極的なもので、両者は国家統治の表裏をなすものである。従つて八辟の根本は八統であつたであろう。尊者を敬い、賢者を貴ぶは儒教本来の精神であつて、礼記の「刑は大丈夫に及ばず」の意が刑律にまで影響し、伝統的に伝わり、遂に日本律に達し六議として採用されたものである。

六議に該当する者が犯罪者となつた時は、奏議によつて次の如く減刑される。

凡六議者、犯三死罪、皆条所_レ坐、及応議之状、先奏請議。議定奏裁、流罪以下、減二等、其犯八虐者、不_レ用_二此律。(名例律)

〔唐名例律〕 諸八議者、犯三死罪、此条所_レ坐及応議之状、先奏請議、議定奏裁。流罪以下、減二等、其犯三十惡者、不_レ用_二此律。(唐律疏議卷二)

日本律は唐律をそのまま採用したと見え、全く同一である。八虐・十惡の大罪を除いて凡ての犯罪は六議八議に依つて、流罪以下は一等を

減ぜられるのである。故にこの律文を議章といふ。

減刑の方法には六議のほかは請章と減章の条文がある。「請」とは上請によるもの、「減」とは上請し得る者の近親者の減刑である。

凡_レ應_レ議者、祖父母父母、伯叔父姑、兄弟姊妹、妻子姪孫、若五位及勳四等以上、犯三死罪者上請、流罪以下減二等、其犯八虐、殺人監守、姦他妻妾、盜、略人、受_レ財枉_レ法者、不_レ用_二此律。(名例律)

六議に該当する者、近親者、五位及勳四等以上の者は、上請によつて減刑を願ひ出ることが出来る。これが請章である。唐律にもこれと大同小異の条文が見える。

〔唐名例律〕 諸皇太子妃、大功以上親、應_レ議者期以上親、及孫、若官爵、五品以上、犯三死罪者、上請。流罪以下、減二等。其犯三十惡、反逆、縁坐、殺人、監守内姦、盜、略人、受_レ財枉_レ法者、不_レ用_二此律。(唐律疏議名例律)

二律大体似ているが、唐律は上請除外の範圍が広く、それだけ烈しくなっている。

凡七位勳六等以上、及官位勳位、得_レ請者之祖父母父母、妻、子孫、犯_二流罪以下、從_二減_一等之例。(名例律)

これは有位有勳者及び得請者の近親者の減刑を規定した条文で、これを減章といふ。唐律は殆んど日本律と同一である。六議に該当する者は請章減章と延長すれば、三重の恩典に浴することとなる。

以上は減刑について見て来たが、犯罪の種類に依つては金錢物品を以て、刑を贖うことができる。これが贖罪である。贖罪の額は五罪の

所に併記してある如く、罪の軽重に依つて異なる。贖罪となるものとならぬものとの区別は次の如くである。

凡_レ応_ニ議請減_一及八位勲十二等以上、若_レ官位勲位得_レ減者之父母。妻子、犯_ニ流罪以下_一、聽_レ贖。若_レ応_ニ以_レ官当_ニ者、自從_ニ官当_一。其加役流、反逆縁坐流。子犯_ニ過失流_一。不孝流。及会赦猶流者、各不_レ得_ニ減贖_一。除名配流如_レ法。其於_ニ二等以上尊長、及外祖父母父母、夫、夫之父母、犯_ニ過失殺傷_一、應_レ徒。若_レ故毆_レ人至_ニ廢疾_一、應_レ流。男夫犯_ニ盜、及妻妾犯_レ姦者、亦不_レ得_ニ減贖_一。(名例律)

〔唐名例律〕 諸_レ應_ニ議請減_一、及九品以上之官、若_レ官品得_レ減者之祖父母父母、妻子孫、犯_ニ流罪以下_一、聽_レ贖。若_レ応_ニ以_レ官当_ニ者、自從_ニ官当_一。其加役流、反逆縁坐流、子孫犯_ニ過失流_一。不孝流、及会赦猶流者、各不_レ得_ニ減贖_一。除名配流如_レ法。其於_レ期次長、尊長及外祖父母、夫、夫之祖父母、犯_ニ過失殺傷_一、應_レ徒。若_レ故毆_レ人至_ニ廢疾_一、應_レ流。男夫犯_ニ盜、及婦人犯_レ姦者、亦不_レ得_ニ減贖_一。(唐律疏議卷三)

日唐兩律大体において同一であるが、特に注意すべきは官位勲等ある貴族の取扱である。五位及勲四等以上の貴族が死罪を犯すも上請することができ、七位勲等以上の者が流罪以下を犯すも一等を減刑し、八位勲十二等以上の者が流罪以下を犯すも贖罪が許される。

婦人も官位があれば、罪を犯しても減刑贖罪の恩典のあることが次の条文に見える。

凡_レ婦人有_ニ官位_一、犯_レ罪者、各依_ニ其位_一、從_ニ議請減贖当免之律_一。(名例律)
凡_レ五位以上妾、犯_ニ非_ニ八虐_一者、流罪以下聽_ニ以_レ贖論_一。(名例律)

又令の中にも次の条文がある。

凡_レ決_ニ大辟罪_一、皆於_レ市、五位以上及皇親、犯_ニ非_ニ惡虐以上_一、聽_レ自_ニ尽於家_一。(獄令)

七位以上及婦人犯_ニ非_レ斬者、絞_ニ於隱處_一。(獄令)

大辟の重罪は一般は市場で死刑が執行されるが、五位以上の貴族と皇族とは、悪逆でなければ自宅で自尽することが許され、又七位以上の貴族と婦人は絞罪なれば隠所に於て行ふことが許される。唐令は散逸して見ることができないが、これと同文があったと思われる。唐六典に類似した条文が見られる。

凡_レ決_ニ大辟罪_一、皆於_レ市。五品以上、犯_ニ非_ニ惡虐以上_一、聽_レ自_ニ尽於家_一。七品以上及皇族若婦人、犯_ニ非_レ斬者、皆絞_ニ於隱處_一。(獄文卷六)

この文は日本令文と文字の相違はあるも内容は殆んど等しい。以上の如く貴族に特典を与えることは、古来より中国に存した思想である。礼記には次のような文がある。

公族其有_ニ死罪_一、磔_ニ于甸人_一、其刑罰則織劓。亦告_ニ甸人_一、公族無_ニ官刑_一。(礼記文王世子)

公族之罪、雖_レ親不_ニ以_レ犯_ニ有司_一、正術也。所以体_ニ百姓_一也。刑_ニ于隱_一者、不_レ与_ニ國人_一、慮_ニ兄弟_一也。(礼記文王世子)

かかる貴族尊重の思想は礼刑に影響し、「礼不_レ下_ニ庶民_一、刑不_レ上_ニ大夫_一」(礼記曲礼)とある如く、礼は庶民に下らず、刑は大夫に上らざることを通例の如く考えられた。

以上のほかに減刑贖罪は老幼者にも適用せられ、その程度は年齢に

よって異なる。

凡年七十以上、十六以下及廢疾、犯_二流罪以下_一收贖。八十以上、十歲以下及篤疾、犯_二反逆殺人_一死者、上請。盜及傷_レ人亦收_レ贖。余皆勿論。九十以上、七歲以下、雖_レ有_二死罪_一、不_レ加_レ刑。即有人教令、

坐_二其教令_一者、若有_レ賊_レ心_レ備、受_レ賊_レ備_レ之。(名例律)

年齢が高くなるか、若くなるかに従つて贖罪の範囲は拡大し、九十歳以上と七歳以下は、死罪を犯しても、刑を受けない。唐律にも

〔唐名例律〕 九十歳以上七歳以下雖_二死罪_一、不_レ加_レ刑。

とあつて日本律と同文である。八十歳以上の老人十歳以下の兒童には、反逆罪と殺人罪以外には、刑事責任を負わず、唐律も同様である。更に七十歳以上の老人十六歳以下の少年は、流罪以下の罪は贖罪が許され、実刑免除となる。唐律では十五歳以下とし、十六歳からは大人と同様に扱われている。老人がこのように刑事上優遇されたのは、単に老人が心身の耗弱者であるということだけではなく、敬老の思想からも影響したのである。また幼者に特典を与えたのは、未だ心身共に未成熟であるばかりでなく、慈愛すべきものであるとする思想に依るものとも思われる。敬老思想と慈愛思想は儒教の重んずるところであつて、これが律令にまで影響したものであろう。現行法に於ては、老人に対し何等の特典なく、年少者には刑を課さないこととなつてゐる。壮年の頃に犯した罪が老疾になつてから発覚した場合は、老人の条件で論じ、又幼少の時に犯した罪が、壮年時代に発覚した場合は、幼少の例によつて裁定される条文がある。

凡犯_レ罪時、雖_レ未_二老疾_一、而事發時、老疾者依_二老疾_一論。若在_二徒限内_一、老疾亦如_レ之。犯罪時幼少、事發時長大、依_二幼少_一論。(名例律)
これも一の老幼の人に対する特典であるが、現刑法に於ては、時効にかつた刑と見るべきである。

4 親屬容認と干名犯義

日本律中には親屬の者が犯罪を互に隠し合うことが一の道德として規程せられ、若しこれを犯せば却つて罪人となるという条文がある。前者を容認と称し、後者を干名犯義という。日本律は大部分失われてゐるが「政事要略」卷八十四に引かれてゐる名例律の逸文に次の条文がある。

同居若三等以上親、及外祖父母子孫之婦、夫之兄弟及兄弟妻、有罪容認。(逸文名例律)

律令の三等親以上とは父母祖父母曾祖父母母子孫曾孫兄弟の子、伯叔父であつて、これに外祖父子祖の婦・夫の兄弟及び兄弟の妻を含む広範囲である。この大親族間における犯罪は容認となる。唐律の容認も大体日本律と一致してゐる。容認の認められる犯罪は凡てではなく次の犯罪の除かれたものである。

謀反・謀大逆・謀叛・繼母嫡母が父を殺す罪・養父母が実父母を殺す罪、二等親以下五等親が財物の侵奪或は殴打する罪。

右以外の犯罪において、以上の親族の犯罪を告発すれば、その親等に應じて刑罰が加えられる。その例を挙げると次の如きものがある。

告_二祖父母父母_一者絞。(律逸名例律)

祖父母の犯罪を告発すれば絞罪(死罪)となる。唐律にもこれと同文がある。唐律疏議はこれを説明して次のように述べている。

父為子天、有隱無犯。如有遺失、理須諫諍、起敬起孝、無令陷罪。若有忘情棄禮、而告者絞。(唐律疏議)

父は子の天であるから、若し過失があつたならば、子は父を諫諍して孝養を尽し、罪に陥らしめないようにするのが孝であるとする。然るにこれを告発する者は不孝と云うべきものであるから、八虐の罪となるので絞罪に処せられる。この容認の思想は經書に多く見え、礼記には「事親有隱而無犯。」(檀弓)と記されている。又孟子の書にも弟子の桃応との問答に於て次の如く述べている。

桃応問曰、舜為天子。臯陶為士。瞽瞍殺人、則如之何。孟子曰、執之而已矣。然則舜不禁止。曰夫舜惡得而禁之、夫有所受也。

然則舜如之何。曰舜視棄天下猶棄敝屣也。竊負而逃、遵海濱而處、終身訢然、樂而忘天下。(孟子)

この問答は舜の父瞽瞍が人を殺したと仮定しての問答である。若し舜の父が人を殺した際は、舜は天子の位を棄てても父を護り、父を負うて海濱にまで逃れるとするのが孟子の意見である。又論語には孔子の意見が見える。

葉公語孔子曰、吾党有直躬者、其父攘羊、子証之。孔子曰、吾党之直者異於是。父為子隱、子為父隱、直在其中矣。(論語)

この文に見える孔子の言は父子の間における容認である。刑長はこの文を次の如く説明している。

今律大功以上、得相容認。告之父祖者、入三十惡。則典礼亦爾。

(論語注疏)

ここに孔子の容認と律中の容認との關係を明かにしている。今日の法律では容認は罪惡視され親屬間の親情を無視せんとする傾向がある。然るに朱子は、

父子相隱、天理人情之至也。故不求為直、而直在其中。(論語集注)
と述べ父子相隱すは天理人情の至りであるとしている。

5 刑罰の執行

答罪や杖罪の輕罪は簡単に執行せられるが、死刑は一命を失う所の生命刑なるが故に、慎重に取扱わねばならぬ。故に曰く

凡決大辟罪、在京者、行決之司、三覆奏。決前一日、一覆奏。決日再覆奏。在外者符下、曰三覆奏、初日一覆奏、後日再覆奏。(令疏)

と。令義解はこれを次の如く解説している。
謂依律奏報決者、聽三日乃行刑。是三覆奏、說更經三日乃聽行刑。(令義解)

これによれば大辟の重罪と雖も三回の覆奏が許されて、慎重が期せられてゐる。

刑の執行は一年中絶えず行われるのではなく、秋から冬にかけて行われ、殊に死刑は立春より秋分までは奏することさえ許されない。況んや死刑の執行においておやである。

從立立秋一至秋分、不得奏決死刑。若犯惡逆以上及家人奴婢殺生者、不拘此令。其大祀及齊日朔望晦上下弦二十四氣假日並

不_レ得_レ奏_三決死刑。(令_獄)

秋分以後においても大祀の日・齊日・朔望・晦の日・上下弦の日は死の奏決は許されず、禁止されていた。

〔旧唐書卷五十刑法志〕 太宗又制、在京見_三禁囚_一、刑部毎月一奏。

從_三立春_一至_三秋分_一、不_レ得_レ奏決。其大祭祀及致齊朔望、上下弦二十四氣、雨未_レ晴、斷屠日月及假日、並不_レ得_レ奏_三決死刑。(唐_令拾遺_{七六五頁})

この文の内容は日本律令と類似したものであるが、恐らく唐令の中にも同様の文が存在したかと思われる。唐六典・通典にも、これと同意義の文が見えている。更に唐律においては以上の期間を犯せば、却つて刑に処せられる条文がある。

〔唐斷獄律〕 諸立春以後、秋分以前、決_三死刑_一、徒一年、其所_レ犯

不_レ待_レ時。若於_三斷屠日及禁殺日_一、而決者、各杖六十、待_レ時而違者、加_三二等。(唐_疏律)

日本律令には、この条文に該当するものは見当たらないが、唐においてはその時期を如何に尊重したかを察することができる。中国に於ては古來刑の執行は、秋より冬にかけて行うべきであつて、春から秋までの間に行うべきでないことが諸書に見えている。礼記に

是月(仲春之月)也、安萌芽養_三幼少_一、存_三諸孤_一。扱_三元日_一、命_三民社_一、命_三有司_一、省_三圜圍_一、去_三桎梏_一、毋_三肆掠_一、止_三獄訟_一。(月_命)

仲春二月は物の發生する季節であるから、輕罪者は出獄せしめ、罪人の桎梏を去り、訴訟は行われぬとしている。

是月(孟夏之月)也、聚_三畜百菓_一、靡_三草花_一、麦秋至。斷_三薄刑_一、決_三小罪_一

出輕繫。(礼_記月_令)

孟夏四月は植物生長の季節であり、百菓を聚め、麦秋の季節であるから、輕罪・小罪を斷決し、輕罪囚を放出するとしてある。

是月(孟秋之月)也、命_三有司_一脩_三法制_一、繕_三圜圍_一、具_三桎梏_一、禁_三止姦_一、慎_三罪邪_一、務_三捕執_一、命_レ理贖傷、察_レ創視_レ折、審_三斷決獄訟_一、必端平、戮_三有罪_一、嚴_三斷刑_一、天地始肅、不_レ可_三以贏_一。(令_月)

孟秋七月に至つて、いよいよ刑執行の時期が近づいたので、その準備として、斷訟を公平にし、刑具や獄舎等を修理して、いよいよ刑の執行にかかる用意をする。

是月(仲秋之月)……乃命_三有司_一、申_レ嚴_三百刑_一、斬_レ殺_三必當_一、毋_レ或_三枉撓_一、枉撓_三不_レ當_一、反_レ受_三其殃_一。(令_月)

仲秋の八月はいよいよ刑の執行季節として、役人に命じて、申ねて百刑を嚴肅に行い、斬罪は必ず執行し、決して法を枉げてはならぬとしている。

是月(季秋之月)也、……乃趣_三獄刑_一、毋_レ留_三有罪_一。収_三録秩之不当_一、供養_三不_レ宜_一。(令_月)

季秋九月は刑の執行の最後の締めくくりとして、有罪は一人も残すことなく処刑し、これと共に秩禄の不当者と、行為の宜しくない者を是正すると記している。以上が礼記月令篇に見える刑罰記事の抜き書きである。このように古代に於ては刑執行の時期が定められており、これが律令に影響したものであろう。

死刑を執行するに際しては囚人は枷を着け、嚴重な警戒をして戒所

に伴う。その人員は

決三大辟罪、皆防禦著_レ枷、至_三刑所。囚四人、防援二十人、一囚加_二五人。(令獄)

とある。囚人一人に対して五人が警戒に当る。囚人の親族故旧は死刑執行の時、訣別のために面会することができる。この死刑執行の日は雅楽寮に於ても音楽を停止して、死者に対する哀悼の意を表わすことが規定されている。

其京国決_レ囚日、雅楽寮停_三音楽。(令獄)

死刑執行の場所は普通は市場に於て行うが、五位以上の貴族と皇族の悪虐以下の死刑は、その自宅に於て自尽せしめ、七位以上の貴族と婦人は他人の居らない隠所に於て行う。死刑を市場に於て行うことは中国古代より行われるものと見え、論語憲問篇・礼記檀弓篇に「肆_三諸市朝_二」という語が見える。肆とは罪人をさらすことである。論語の皇侃の疏においては、市に殺すのは殷の法であるとも云っている。周礼秋官掌戮の職にも次の文がある。

凡殺_レ人者、陪_三諸市、肆_三之三日、刑_二盜于市。(周礼秋官常戮之職)
市に於て執行するのは犯罪防止のため、衆人に見せしめて、刑罰の恐ろしさを感じせしめるためである。陪は「たふす」意である。

結 語

以上は日本律令の一部分である刑罰に関する部分を考察して、中国の思想・中国の文化を如何に取り入れたかを見て来たのである。元

来律令は法律文書であるが故に、原則としては法家思想の影響を多分に受けねばならぬ筈である。然るに以上考察した如く、僅か律令の刑罰に関する一部分であっても、儒教の経書の影響を多分に受けていることが知られる。それは如何なるところに原因しているであろうか。その直接の原因は、日本律令の藍本となった唐の律令が多くの儒教的色彩を有していたこととなる。唐の律令と雖も、唐代においてこれを創作したものでなく、唐以前の律令に多くの影響を受けたのである。律令全体を考察すれば、儒教的影響の大きいのに驚くのである。その原因は如何なる点に存するのであるか。次の如き点に存するのではないかと考えられる。

一、儒教の道德思想・政治思想が普遍的妥当性を有し、道德と政治を一体と見ること。

二、中国に於ては代々の国家が儒教を以て政治・教育の根本方針としたこと。

三、律令の編纂者が常に儒者が多かったこと。

この三原因が直接間接に儒教が影響を及ぼしたものと考えられる。この三点について解説を加えておく。

先づ第一の儒教の道德思想と政治思想について見ることにする。元来道德と政治とは全然孤立した別種のものでなく、相通する部分有するものである。国家が政治を行う規準は実に法律である。法律と道德とは元来共通のものであり、国家が法律を施行することは道德を實行することであって、これが同時に政治である。特に儒教に於ては

道徳と政治はこれを一体と見、孔子は道徳を以て政治とし、政治を以て道徳とする思想を有していた。

或人謂孔子曰、子奚不為政。子曰、書云、孝乎惟孝、反乎兄弟、施於有政。亦為政、奚其為為政。(論語)

これ道徳を行うことは即ち政治を行うことであることを、道破している。政を行うに徳を以てすることは、孔子の語として論語の各所に見える所であつて、為政篇中にも「為政以德」「道之以徳」「齊之以礼」などの語がある。礼記には人道は政を以て大となすとして次の如く述べている。

孔子曰……人道政為大。哀公曰、何謂政。孔子對曰、政者正也。君為正則百姓從政矣。君之所為、百姓所從也。君所不為何從。(礼記)

政は即ち正であつて、正は即ち道徳である。これも政治は道徳であることを述べた至言であつて、論語の中にもこれに等しい孔子の言がある。儒教の目的は実に修己治人である。修己と治人を強いて分ければ修己は道徳的であつて、治人は政治的であるが、この二者は一体的關連のものがある。修己があつて治人があり、治人がありて修己が偉大な意義を有する。治人の先行か修己であり、修己の後行か治人であつて、一の連続的過程である。これを具体的に明確に示したのが大学の書の三綱領八条目である。「明明徳」は修己であり「親民」は治人であり、八条目では格物・致知・誠意・正心・修身の五条が修己で、齊家・治國・平天下の三条が治人である。修己の理想は聖人であり君子

であり哲人であり、政治の理想は聖人の行う徳治主義・王道政治による治國平天下である。修己の理想たる聖人は最高善の実現者であり、最高の有徳者であり、円満完全なる人格的存在である。ここに儒教道徳に普遍的妥当性が存在する所以がある。治人の理想的政治は、最高の有徳者である聖人の行う徳治主義・人道主義による天下泰平である。ここに儒教政治の普遍的妥当性が存する所以である。

第二の原因に於て、中国は各時代殆んど儒教を以て政治・教育の根本方針とし、官吏を養成するにも儒教を以てした、中国は易姓革命の國であつたから、秦の如き例外はあるが、漢の時代を始めとして、後世に至るまで儒教が採用せられ、大学に於ては儒教の經書が教科書に用いられた。特に漢民族にあらざる他民族が漢土を領有して國家を建設した時代に於てもなお儒教を以て政治・教育を実施したのである。このように各時代に於て儒教が採用されたということは、要するに儒教に普遍妥当性が存し、如何なる時代にも適合したことを示すものである。

第三の原因を見るに、中国は各時代儒教を以て政治理想とした為に、官吏の養成所たる大学に於て、儒教的教育を行った。従つて官吏には儒者或は儒教的教養の高い者が大部分を占めていた。従つて國家統治の法律を制定するに當つてはかかる儒教的人物が多かつたに相違ない。その著しい例としては馬融鄭玄の如き大儒學者が律令の改訂を行い、杜預の如き儒者が晋令を制定し、唐代に於ては長孫無忌が貞觀律令永徽律令の制定者である。殊に日本律令の藍本をなつた永徽律令の制定

主任が長孫無忌であることは注意すべきことである。無忌は儒教の大
学者とは云い得ないとしても、当時五経正義編纂の委員筆頭に挙げら
れているのを見れば、儒学に対して相当な素養あるものと認められて、
委員となったものと思われる。律令は本質として法律であり、然も法
家より出発したものであるが、故に、法家的色彩が強かるべきである。
然るに実際は儒教的色彩が濃厚である。その原因は中国各時代儒教を
尊重した為に、官吏が儒教的であつて、これらの官吏が律令制改訂に
従事したためであらう。

日本律令はこのように儒教的傾向を濃厚に有する永徽律令を藍本と
したために自然とその影響によつて儒教的となつたであらう。当時日
本には儒教思想が伝来し、その研究が行われ、官吏の間にも儒教が行
われていたであらう。その表現として著しいものは聖徳太子の憲法で
ある。憲法は法律であるが、その内容は大部分が儒教道徳である。こ
れらの影響により何の抵抗もなく儒教思想が律令中に採用せられたも
のであらう。

(本学教授・文博・漢学)