

## 漢書刑法志にあらわれた刑罰思想

内田 智雄

- 一 漢書刑法志の結構について
- 二 人間の本性と刑罰のもつ意義——緒論的なもの——
- 三 黄帝以來秦に到るまでの用兵（大刑としての）歴史的な記述
- 四 漢の高祖から成帝に到る刑法の概略
- 五 班固が古法に合し今に便するものと考えた漢代刑法の歴史的な記述——高祖から成帝まで——
- 六 班固の刑罰論——結論的なもの——
- 七 刑法志にあらわれた刑罰の主要問題

前漢一代の刑法思想を知るがためには、刑法志のみでは明らかに不十分であり、また班固自身の刑法の思想を知るがためには、廣く列傳や帝紀や志にその資料を求めるべきであつて、いづれにして刑法志のみによることは、まことに中途半端なきらいをまぬがれないけれども、とにかく漢書刑法志は、歴代正史における刑法志の先蹤をなすものであり、またこれはこれとして、前漢一代の刑法變遷の概要を知るには便宜なものであり、かつまた寡聞のおよぶ限りにおいては、漢書刑法志に關する研究のあるのを知らないので、わたくし自身には讀後の心覺えという意味において、また一般に法律、特に刑法を専攻される人々には、前漢における刑法變遷の紹介というほどの意味において、さらにまた中國の學問を専攻とされる人々には、わたくしの理解の不足や誤りを指摘していただくという意味において、こゝに漢書刑法志の概要を、時に若干の私見を補つて紹介することとした。

漢書刑法志は、大體五段から構成されているといふことができると思う。まず第一段は緒論ともいふべきもので、こゝではいろいろな問題がとりあげられているけれども、要するにいわんとするところは、兵と刑との關係であり、刑の「大なるものは」兵であり、兵の小なるものは刑であるといふこと、即ち政治における兵と刑との互用といふことにあると思う。第二段は、從つて黃帝以來秦に到るまでの用兵の歴史的な記述を試み、第三段に到つて、漢の高祖から成帝に到るまでの刑法の概略を記述し、第四段においては、班固が「古に合し、今に便するもの」と考へた漢代の刑法を、班固自身の意見を淆えながら記述し、第五段では班固自身の刑法論を開陳している。以下一應は上記の如く區分されると考えられる各段について、その要領を記してみたいと思う。

## 二

まず第一段劈頭には、「それ人は天地の貌に似て、五常の性をいだし、聰明精粹にして、有生の最も靈なるものなり」といつて、人間そのものの本性の規定をなし、次に人間と動物との差異は、人間が物を使役して自らを養ふことと、動物のように爪牙や趨走の體力によらずして、智力によつて生活するところにあるとなし、さらに人間の社會生活と君主との關係を次のように説いている。即ち人間の社會生活は、もともと人間が性として具有する仁・義・禮・智・信の五常、特に仁愛の心を基調するのであつて、もし人間が仁愛でなければ社會生活はなし得ないし、もし社會生活をしなければ、物を使役することができず、物を使役することができなければ、生存に要する物資は不足をきたすことになる。かくの如く人間が社會生活をして、その物資に不足をきたせば、必ず競つて物資を得んとする争心が起ることとなる。上聖といわれる人は、卓然としてまず敬讓博愛の徳を行ふものであつて、民衆は心から悦んでこの上聖に服從して、こゝに社會生活を營む。これが君である。また民衆が往くを争つてこれに歸するような人を、これを王とするのである。洪範に「天子は民の父母となり、天下の王となる」とあるが、これは君が民の父母の如きものであ

り、従つて仁愛德讓が根本であることをいうものである。そしてこの仁愛德讓の愛は、敬を伴つて不敗の原理となり、徳は威を伴つて恒久の原理となるものであるから、聖人は禮を制定して敬を崇び、刑を作つて威を明らかにするようにした。聖人は本來明哲の性をみずから有し、天地の心に通ずるものであるから、禮を制して教となし、法を立て、刑を設け、つねに民情に即應するようにして、天地自然の情に法り象するようにした。故に「先王の禮を立つるに、天の明に則り、地の性に因る」と古人もいうているが、まことに政治における刑罰威獄は、天が自然に對して震曜殺戮をもたらすに類するものであり、また溫慈惠和の政治は、天が自然を生殖長育するのにならうものである。書經に「天、有禮を秩し、天、有罪を討つ」とある如く、聖人は天秩によつて吉・凶・賓・軍・嘉の五禮を制し、天討によつて後に見るような五刑を作つたと。即ちこれによつて、民の父母であり、仁愛德讓をもつて政治の基本とする君や王や上聖によつて、刑法が制定せられるに到つた理由、換言すれば、仁政徳治と一見矛盾するが如き刑法の存在理由が説明されるのであるが、しかしこの部分における論述の過程には、論理的に必ずしも明晰でない點がすくなくからず見出される。まず人間が本來有するとせられる五常と仁愛との關係であるが、五常が師古の解するが如く、仁義禮智信であるとするならば、社會生活の基調とせられる仁愛の概念のうち、すくなくともその愛の概念は、五常の中から自然には導き出し得ないものであつて、おそらくは愛は仁に包攝せられ、あるいはその作用と見るべきものと考えられるが、とにかく愛が五常との關係において、無論證のまゝ導出せられた概念であることは否定し得ない。次に君と王との區別である。即ちその記述するところによれば、君と王とはその聖徳の次元においてか、あるいは民衆の説服する範圍の廣狹、またはその數的な多少によつてか、とにかくそこには何ほどの區別がされているように思われるが、しかし次句においては洪範のことばをひいて、君が民の父母であるというのは、仁愛德讓が王道の根本であることを明らかにするものであるからであるといつて、君と王とは元來同一であることを示している。もし然りとするならば、さきの「衆心悦びてこれに従ふ、これに従いて羣をなす、これを君となす。歸してこれに往く、これを王となす」とい

うことばは、單なる表現のあやとして理解せざるを得ないこととなる。さらにまた次句においては、君が民の父母であるということから、君をもつて直ちに仁愛徳讓を具現するものとしているのであるが、これはさきの五常との關係においては、明らかな論理的飛躍をなすものといわざるを得ない。即ち仁愛はともかくとして、徳と讓については然いわざるを得ず、すくなくともこれに若干の説明を要することは否定し難いと思う。なおまたこの愛と讓とは、それぞれ仁や徳に付隨し、またはそれから派生するものとも考えられるが、以下においては仁愛徳讓の四徳のうちから、愛と徳のみがとりあげられていて、仁と讓とはそのまま不問に付し去られてしまつてゐる。そしてこの愛と徳とは、それぞれさらに敬と威という別の徳目と結び合され、敬はさらに禮により、威はさらに刑によつて明らかにされるとなし、その禮も刑も聖人が天地の心に通ずるものであるところから、天地自然の法則に則つて制作されたものと説明する。そしてこれが説明の過程において、論理の飛躍や論證不足の推論の少なからざることは上記の如くであるが、とにかく禮教の目的としての敬を崇ぶこと、刑法の目的としての威を明らかにすることの意義とその根原とからは、五禮とともに五刑の政治的な比重も自ら肯定せられるわけであり、さらにまた大にしては兵戰武力といつたものも、個人に對する刑罰と同様な意味において、即ち威を明らかにする目的のもとに、積極的には認せられなければならないこととなる。故に班固はこれを、「大刑には甲兵を用い、その次には斧鉞を用い、中刑には刀鋸を用い、その次には鑽鑿を用い、薄刑には鞭朴を用い、大なるものはこれを原野に陳し、小なるものはこれを市朝に致す」として、廣義における刑法、即ち五刑の用い方の差異を述べてゐる。そして最後にかゝる意味での刑法は、太古から儼として存続してきたものとして、次に用兵の歴史的な記述を試みてゐるのであるが、以上第一段は、まず刑法志における緒論的な意味をもつものと理解してよいと思われる。

### 三

第二段は前記の如く、大刑としての甲兵の歴史的な記述であつて、それはまず黃帝の炎帝に對し、顓頊の共工に對する戦から始まり、唐虞は極治の世ではあつたが、なお共工を流し、驩兜を放ち、三苗を竄し、鯀を殛するなどのことがあつて天下が治まり、夏には啓が有扈と甘の野に戦つてこゝに「甘誓」が作られたわけであり、それにつづく殷も周もともに兵をもつて天下を定めたが、天下が定まつてからは、干戈をおさめて文徳を教えた。しかしなお軍旅を司る司馬の官を立て、六軍の兵を設け、井田の制をおいて、それによつて軍賦を徵收した次第を述べ、以下周禮や司馬法などによつて、井田を基調とする地方區劃と、それから出される税賦の額と、さらにその賦によつて賄われる軍備の多少を、地方區劃の大小や、卿大夫・諸侯・天子の位階に應ずるものとしてこれを説き、そして最後に「これ先王の國を治め、武を立て、兵を足すの大略」であると結んでいる。かくて先王の政治における兵武の備の不可缺であつたことを明らかにして、ついで春秋戰國の時代に及んでいる。即ち周道が衰え、その法度が亂れるに及んで、齊桓晉文の擡頭があつたが、二霸の後はようやく頽廢し、魯の成公も哀公もともに常制でない法を強行するに到つて、兵亂は絶えず、百姓は疲弊その極に達した。春秋につぐ戰國は、まさに弱肉強食の世の中で、先王の禮は淫樂のうちに没し、英雄豪傑は時勢に便乘して、競つて權詐を事として相互に滅ぼしあつたが、その中でも吳の孫武、齊の孫臏、魏の吳起、秦の商鞅などは最も代表的な人物であり、當時また合從連衡の説が行われて、相放伐してはその雌雄を争つた。中でも齊の愍公、魏の惠公、秦の昭王が最も有勢強大であつた。このようなわけで、世はまさに争つて功利に趨り、説をなすものは孫武や吳起をもつてその大宗とした。この時にあつてひとり孫卿（荀況）のみが、齊は亡國の兵であり、魏は危國の兵であり、秦は賞を求め利を踏むの兵であると喝破して、仁誼こそ天下をやすんする至上の原理であると説いたと、その説をかなり詳細に引用している。そしてこの戰國の中から崛起した秦は、四世相つぐ祖宗の功と、險阻な山河に恵まれたその地勢的な條件と、さらに白起や王翦のような豺狼の如き人物の任用によつて、ついに天下を併呑するに到つたけれども、それも半世記にみたずして滅亡の悲運に際會している。そして班固はこゝ

で上記に對する一應の結語として、「およそ兵は亡を存し絶を繼ぎ、亂を救い害を除く所以のもの」で、要するに政治においては消極的な意義をしか存しないことを主張し、その歴史的な實證としては、前記の孫武も吳起も商鞅や白起なども、自ら悉く誅戮されるに到つており、またこれらの人々によつて一時隆盛をもたらされた國々も、やはり滅亡の運命におちいつていることをあげて、「報應のいきおい、おのおの類をもつて至る、その道然るなり」と結んでいる。そして次には、漢の高祖・武帝・元帝などにおける内政の充實とともに、武備治兵をゆるがせにしなかつたことに言及して、軍備とともに刑罰の國家における重要性を、古傳や呂覽の語をひいて力説しているのであるが、しかしながら「これを用うるに本末あり、これを行うに順逆あるのみ」といつて、これが用行には極めて戒慎すべきもののあることを説いている。以下論語の「工はその事を善くせんと欲すれば、必ずまずその器を利にす」という孔子の言葉を素材として、「文徳なるものは帝王の利器なり、威武なるものは文徳の補助なり。それ文の加うるところのもの深ければ、武の服するところのもの大なり、大徳の施すところのもの博ければ、威の制するところのもの廣し」として、文徳に對する威武の意義と互用の關係、換言すれば政治における兵刑の意義と、政治技術としての徳と刑との用法を述べて、さらにこれとの關聯において、さきの「これを用うるに本末あり、これを行うに順逆ある」ことを、歴史的な事實に徴して記述している。即ち唐虞三代の極盛時においては、「刑は錯かれ兵は寢むに至」つていたこと、周初においては輕典・中典・重典の三典があつて、それがそれぞれ新邦・平邦・亂邦に區別して用いられたこと、及び五刑は平邦を刑する中典にあたること、またこの五刑に處せられたものさらに刑後における自由刑の種類などが、みな周禮を點綴して述べられており、また刑罰に對する男女の性による區別や、老幼に對する刑罰の酌量についても付記されている。然るに周初をやゝ降る穆王の時になると、上記五刑の屬は著しく増加されるようになった、これがいわゆる「呂刑」であるが、班固はこれを「蓋し平邦の中典より多きこと五百章、いわゆる亂邦を刑するには重典を用いるものなり」といつて、漸々に治世の衰微していくことと、それに伴つて刑罰體系の完備していくこ

とを指摘している。春秋の世になると、王道はますます壞れ、教化は行われないうこととなつて、こゝに鄭の子産が刑書を鼎に鑄るといふ事態が生じた（左傳昭公六年の記事）。これに對して晉の叔向が、かく明文として刑法を制定することは、歴史的には先王の徳治主義を抛棄するものであり、他方またそれは、制定法の不備を狙う多くの犯罪を發生せしめる因をなすものであつて、決して治國の恒久の策でないといふ反對したのに對して、子産は「吾子の言の如きは、僑（子産）、不材にして子孫に及ぼすこと能わず、われはもつて世を救ふのみ」と論駁した。即ち子産によれば、自分がかゝるに刑法を制定したのは、將來のためよりも何よりも、現實の犯罪を防止する止むを得ない措置であるといふにある。ついで戰國時代になると、韓には申子、秦には商鞅などが用いられて、三族が相連坐して誅されるの法が作られ、肉刑は増加せられ、極端に残酷な刑罰が頻りに行われるようになり、秦になると、専ら刑罰主義をもつて政治を行い、始皇自ら獄訟を司り、日に百二十斤の獄訟文書を裁決することを日課としたが、しかもなお「姦邪並び生じ、赭衣は路を塞ぎ、圜圜は市をなし、天下愁怨してこれに叛く」に到つたと記している。以上この段における敘述は、時代的には黃帝に始つて漢の元帝にまで到つてゐるが、孔子の言葉の引證を契機として、再び三代から始めて周・春秋戰國を経て秦にまでおよび、さらに次段において、秦につぐ漢の高祖からの記述を起す結構をとつてゐる。そしてこれはいうまでもなく、刑としての甲兵の歴史的な變遷を、遠く黃帝から始めて漢の元帝にまでおよび、さらに孔子の言葉を媒介として、兵の小なるものとしての刑の變遷を、再び三代から漢にさきだつ秦まで歴史的に記述したものであるが、これはまた同時に、以下本格的に漢の刑法を記述せんとするための先蹤的な意義を有するものと理解せられる。

## 四

第三段は、高祖から成帝に到るまで約二百年間の刑法の概略であつて、それによれば高祖は、關中の地に入ると

もに秦の苛法を除いて法三章を約して、「人を殺す者は死し、人を傷つくと盗むものとは罪に抵る」という極めて簡略な法を行つたのであるが、その後、四夷はいまだ付せず兵革は止まず、法三章のみでは姦を防ぐことができなかつたので、相國の蕭何は、前代の秦の法を收拾して、時勢に合致したものとつて律九章を作つた。次の惠帝や高后の時には、蕭何や曹參の無爲の法をもつて百姓を填安したので、民はその欲するがまゝにして擾亂しなかつた。それで民の衣食は滋食し、刑罰は殆んど用いるところがなかつた程である。文帝の時には張釋之を選んで廷尉となし、罪名の不確實なものは軽い方の罪に付するようにした。それで刑罰は餘り用いるところがないようになった。文帝即位の十三年に、齊の太倉の長の淳于公が、罪を犯して處刑されることとなり、警備して長安に傳送せられることとなつた。淳于公の娘の緹縈は、それを歎き悲しんで父について長安にまできたり、天子に上書してこの場合には、「妾の父は役人となり、齊の國中みな父の廉平を賞めたゝえています。ところが今や法に觸れて刑せられることとなりました。妾は、死者が再びこの世に生きかえらないのと同様に、ひとたび肉刑をうけたならば、その切斷せられた肢體はつきぎ合わすことができず、後に過ちを改め自ら更生しようとしても、その由るべき道のないのがいたましいと存じます。どうか妾を父の身替りとして官婢となし、それで父の刑罪を贖い、父が更生しようにしていたゞきたい」と。この上書が天子に奏せられたところ、天子はこの少女の衷情をいたく憐れんで、ついに令を下していわく。「御史のもよ、聞くとところによると、舜の時には衣冠に畫き章服を通常の人と違えて、それでもつて誅戮の刑に代えたが、しかも民は罪惡を犯さなかつたといわれる、なんと治まつた御代であつたであらうか。現在の法には肉刑は三、即ち黥・劓・剕の三つがあつて、しかもなお世に姦惡の斷えることがないが、その原因は何處にあるのであろうか。それはすなわち朕の徳が薄く、教えが明らかでないことによるのではなからうか。自分はそれを大變はずかしく思う。だからして君主が道を訓えることが純でない、愚民は罪におちいるものである。詩經に「憎弟の君子は民の父母なり」とあるが、いま人に過があると、教えることをせずになちどころに刑罰を加える。過つた行を改めて善行をしよう」と



思うても、もう致しかたがない。朕はこれを大變憐れだと思ふ。刑罰が加えられて肢體を切斷せられ、あるいは肌膚に刻みこまれたりすれば、終身それを取り返すことができない。なんと刑というものは痛ましくもまた不徳なものであろうか。それではどうして詩經にある「民の父母」たるの意にかなおうか。だから肉刑を除いて、これにかえる方法をとれ。また罪人はおのおの罪の輕重によつて、逃亡をせず一定の刑期をすましたならば、放免をするようにせよ。この意を體して條制とせよ」と。これに對して丞相の張蒼と御史大夫の馮敬とが奏言して、「肉刑というものは姦惡を禁ずるためのもので、太古から存しているものではあるが、いま陛下が明詔を下したもうて、萬民がひとつの犯罪で刑に處せられるや、終身とりかえしのつかない不具となること、また罪人が行爲を改めて善をしようとしても、それができないことをお憐みになる陛下の御聖徳は、わたくしたちの遠く及ばないところである。そこでわたくしたちは、御意を奉じて次のような律を定めたいと思ふ。もろもろの髡即ち髮を切り去る刑のものは、完即ち髮を切らずに、男は城旦即ち城を築く勞役刑となし、女もまた舂即ち臼をつく勞役刑に代え、黥（いれずみ）すべきものは、髡即ち髡し且つ鐵でもつて首を束ねて城旦や舂となし、劓（鼻を切り去る）すべきものは、笞つこと三百となし、左足を斬るべきものは笞つこと五百となし、右足を斬るべきものと、人を殺して自首するものと、官吏が賄賂をうけて法を曲げるものと、縣や官の財物を保管する役人が自らそれを盜むものと、また既にその罪が論じ命ぜられていて、再び笞刑に相當する罪を犯した者とは、棄市即ち公衆の集る市場で死刑に處することとする。罪人の判決が定まつて、完して城旦や舂とすれば、滿三年で鬼薪白粲となし、鬼薪白粲は一年で男は隸臣とし、女は隸妾となし、隸臣隸妾は一年で放免して庶人とする。隸臣隸妾は滿二年で司寇となし、司寇は一年で、作如司寇は二年で皆放免して庶人とする。しかし逃亡するものと、耐罪即ち頰の鬚を切り去る刑以上に處せられているものとは、この令を適用しないこととし、この令が作られる前の刑が城旦あるいは舂であるもの、刑が一年で禁錮でないもの、あるいは完して城旦や舂となつたものは、それぞれ刑期がみつれば放免することといたしたい。どうか是非このようにしていたゞ

きたい」と。そしてこれは文帝の裁可するところとなつたけれども、これから以後、「外には刑を軽くするの名ありて、内は實に人を殺す。右止を斬る者はまた死すべく、左止を斬るものは答つこと五百、まさに劓すべき者は答つこと三百にして、率ね多く死す」と班固は評している。このように文帝の時には、刑を軽くするの詔が出されたけれども、現實には答の數が多くて人を殺すの結果となり、文帝の意圖するところを徹底し得なかつたので、次の景帝はその元年に詔を下して、「答を加うると重罪と異なることなし。幸にして死せざるも人となるべからず。それ律を定め、答つこと五百ならば曰く三百、答つこと三百ならば曰く二百とせよ」と命じたけれども、なお景帝の主旨を實現し得なかつた。それで六年にまた詔を下して、「答を加うるもの、あるいは死に至るもしか答つこと未だ畢らず。朕甚だこれを憐む。それ答つことを減じて、三百のものは曰く二百、答つこと二百ならば曰く百とせよ」と。かくの如く景帝は答刑を軽くすることを命ずるとともに、また答刑そのものの本義を説いて、「答つはこれを教える所以なり」とし、こゝに箠令（即ち鞭つところの策の大小長短を定めるの令）を丞相の劉舍や御史大夫の衛綰に定めさせた。即ちそれによると、答つところの策の長さは五尺、その本の太さは一寸で、竹を用いることとし、末端の太さは五寸で、皆その節を平らかにして、打つところは臀部とし、刑の途中で答つものを交替せしめず、一罪が完全に終つてから人を更えることとした。これから後、答刑の者が、始めて死を免れ廢疾となることがないようになつたけれども、なお酷史は刑罰を名としてその威をふるい、死刑は依然として重いのに反して、答刑は徒らに輕減せられて刑の均衡を失し、却つて民は法を犯し易くなるの結果を生じたといわれている。武帝が即位してからは、外には外征を専らにし、内には驕奢を事としたので、いきおい徵發が激しくなつて百姓は貧耗することとなり、窮民が法を犯せば酷吏はこれを擊斷して、却つて法を犯し、亂をなす者が頻出するという結果を生じた。そこで武帝は張湯や趙禹を招進して、見知・故縱・監臨部主の法などを制定し、また役人が故らに人を罪におとしいるようなことをしても、これが處罰は緩やかにし、役人が罪人を釋放して、それが役人の勝手な處置らしいという疑があれば、たちどころに役人を誅すること

とした。このように努めて人を罪するという酷法が盛んに行われたため、狡猾な者は巧みに法網をくぐるようになり、ために法網はだんだんと細密となつて、律令は大體三五九章、死刑に關するものが四〇九條、その事例は一八八二件、死罪の判例は實に一三四七二件にも達し、訴訟文書は倉庫に充滿して、一々讀んでいることができないようになつた。中央にしてなおかつこの状態であつたので、地方の郡國の役人などは、それぞれ法の本旨の理解を異にし、罪は同じでも刑罰に對する理論が異なり、悪い役人は法を弄んで賄賂をうけ、まるで商人のように振舞い、役人が生かそうと思うものには、裁判記録に死罪を免じ得るような意見を付し、また罪に陥らしめようと思うものには、死罪の判例を付するといつた状態をもたらした。宣帝は武帝におけるこの缺陷を知つて、廷史路溫舒の上疏に、「秦に十失ありてその一をなお存す。獄を治むるの吏これなり」とあるに徴して、從來の決獄が當を得ないのは、一に廷史の地位が低く、待遇もまた悪いためであるとして、改めて秩は六百石、定員四人の廷平という官を設け、「それ努めてこれを平にして、もつて朕が意にかなえ」と詔した。そこで于定國を廷尉とし、黃霸等を廷平となし、事件の裁決を仰ぐための上奏は、月は季秋の後になすことと定めた。かくて上奏された事件の裁決には、天子はその政教を布くの場所とされる宣室に自ら出て、齋戒してこれに當ることとしたので、そのため宣帝の獄刑は、一般に極めて公平であるとされたと記している。ところが涿郡の大守の鄭昌なるものが上疏して、この廷平を置くことに反對をしている。その要旨は次の通りである。聖王が諫争の臣をおくのは、それは聖王の徳を崇くするためのものではなく、聖王に逸豫の心の生ずるのを防ぐためである。それと同じように、法を設けて刑を明らかにするのは、それでもつて統治の績をあげ得るものではなく、衰亂の起ることを防ぐという消極的な意義をしか存しない。いま明主が自ら獄訟を裁かれる以上、廷平をおかずとも獄訟は自然に正しくなるはずである。もし廷平をおくことが將來のためであるとするならば、律令を定めるのに若くはない。律令が定まりさえすれば、愚民も如何なる行爲が刑罰にかゝるかを知り、姦吏も法を弄ぶことができなくなる。いまその根本を正すことをせずして廷平をおくのは、その末端をのみ理めるようなものであ

る。さらにまた政治が衰え、天子が自ら獄訟を聴くことを怠るようになれば、延平は却つて權力をまして亂のもととなるであろう。しかし宣帝はついにこれを改めることができなかつた。

元帝は即位すると詔を下して、「それ法令るものは、暴を抑え弱きを扶け、その犯すを難くして避くるの易からんことを欲する所以なり」として、まず法の本旨を明らかにして、法令をして簡略ならしめんとしている。即ちそのいわんとするところは、現在律令は煩多であつて簡約でないため、司直の役人自身でさえ分明でない實情にあるのに、民の意圖しない過失をも法網にかけようとしているが、これが果して呂刑にいう「刑中」の意に沿うものであるであろうか。決してそうではない。だからして律令の除くべきもの減すべきものは、個條書きにして上奏せよ。その目的とするところは、ひたすらに萬民をして便宜安易な生活をなさしめようとするにあるのみであると。

成帝もまたは河平年間(28-25 B.C.)に、元帝と同じく法令を省略するの詔を下している。その大意は次の通りである。呂刑に「五刑の屬は三千、大辟の罰はその屬二百」とあるが、いまは大辟の刑(死刑)は千有餘條もあり、律令もまた煩多で百有餘萬言もあり、その他に常文にはなくて罪の定められるものや、判例によつて罪の定められるものなどがあつて、それが日ごとに多くなつていく現情にある。だからして法令に習熟している者でも、何によつて罪を定めてよいか分らないありさまである。このような状態で、なお衆庶を教えさそうとするのは、そもそも無理というものではなからうか。かくして民を法網にかけ、罪のないものを死罪にしてしまふとは、なんと情ないことではなからうか。それで中二千石のものと、二千石の博士と、および律令を専門とする者とが相はかつて、死刑を減じ、また法令の除いたり省いたりすべきものは、はつきりと分りやすいように簡條書きにして上奏せよ。舜典に「これ刑これ恤えよ」とあるが、これをよく考えて、できるだけ古法に準ずるようにせよ。朕は心してそれを覽るであらうと。

かくて班固は、元帝や成帝における約法の詔にもかゝわらず、臣下にこれを實踐するものがなく、「ついに

今日に至る」と慨歎して、「有司に仲山父の將明の材なく、時によつて主恩を廣宣し、明制を建立して、一代の法となすこと能わず、徒らに微細に鈎據し、數事を毛舉して、もつて詔を塞ぐのみ。こゝをもつて大議立たず、遂にもつて今日に到る。議する者あるいは曰く、『法はしばしば變じがたし』と。これ、庸人は達せずして治道を疑塞すればなり。聖智の常に患うるところのものなり」と述べている。故に以下班固は、漢興以來法令がやゝ安定して、そしてそれが古法にも合致するし、また班固の當時の國家社會にとつても便宜であると思われるものを、再び高祖以下成帝に到るまでについて略敘している。

## 五

第四段は上記の如く、「法令やゝ定まつて、古に合し今に便するもの」という班固の批判的な立場からの記述であつて、その要旨は大體次のようなものである。

高祖においては法三章という簡略寛大なものであつたけれども、なお死罪のうちには三族が連坐して誅戮されるという苛酷な令があり、彭越や韓信のような名臣もまたこの刑に處されている。

高後の元年(187 B. C.)には、この三族を夷するの令と、祇言の令とが除かれている。

然るに文帝の二年(178 B. C.)に到つて、文帝が再び三族の連坐制禁止の詔を下してゐるところをみると、高后元年の詔にもかゝらず、現實にはなおこれが行われていたと見なければならぬ。即ち文帝が丞相・大尉・御史に下した詔によると、「法なるものは治の正にして、暴を禁じて善人をまもる所以のものなり。いま法を犯す者はすでに論じて、罪なきの父母妻子同産をして、これに坐して及ぼし收めしむ。朕甚だその議をとらず」と。この詔は要するに、犯罪者自身がすでに處斷されているのに、なおその上に罪のない家族の者をまで連坐して死刑に處するのは、殘虐の限りであるというにある。この詔に對して、左右丞相の周勃と陳平とが奏してゐるには、「父母妻子同産が相坐し及

ぼし收めるは、その心を累わして法を犯すを重からしむる所以なり。これを收むるの道は、由りて來たるところ久し。臣らの愚計すらく、そのもとの如くなすをもつて便なり」と。これに對して文帝はまた曰く。「朕これをきけり、法正しければ民は懲(まこと)、罪當れば民は従うと。かつそれ民を收して、これを導くに善をもつてするものは吏たり。すでに導くこと能わすして、また不正の法をもつてこれを罪す。これ法が反つて民を害して暴をなすものなり。朕いまだその便なるものを見ず。よろしく孰れかこれを計るべし」と。即ちこれは不正の法をもつて處罰を行えば、法が却つて民を害うものであり、三族連坐の法はまさにそれであるとの意であつて、これによつて周勃と陳平とは、「臣等謹んで詔を奉じて、盡く收律と相坐するの法を除かん」と答奏しているのであるが、その後新垣平は叛逆罪に問われ、また再び三族誅されるの刑に處せられている。故に班固はこれを、「それ孝文の仁、平勃の知をもつてして、なお過刑謬論あることかくの如く甚し。しかるを況んや庸材の末流に溺るゝものおや」と。

次に班固は周禮の五聽・八議(以上「小司寇」と)、三刺・三宥・三赦(以上「司刺」)の法と、及び上中下の犯罪の差等と、及び身分の上下に應ずる桎梏の差異とを、同じく周禮の「掌囚」によつて記しているのであるが、五聽とは辭・色・氣・耳・目の五であつて、訴訟を聽くに際しては、この五聽によつて罪の有無を看破するわけで、その五要素をあげているわけである。八議とは議親・議故・議賢・議能・議功・議貴・議勤・議賢の八辟であつて、これは宗室・舊知・德行ある者・道藝ある者・大勳功ある者・縣令以上の官吏・國事に憔悴した者・臣ならざる賓客、これら八項の者に罪があつたならば、天子に奏請して然る後に刑罰に付するようにするものである。三刺の刺は殺の義であつて、従つて三刺とは庶民の獄訟において死罪を宣告するのには、一には羣臣に訊き、二には羣吏に訊き、三には萬民に訊いて、即ち三訊して罪ありとすればこれを死罪に付することであつて、かくすれば庶民の獄訟はその中正を得るとするのである。次の三宥の宥は寬の義であつて、不識と過失と遺忘との三つはゆるすということで、鄭注によればこの三つは、殺人罪もなおこれを寬恕することと解している。最後の三赦とは、幼弱と老旄と蠢愚とは、あえて刑罰の對象

としないというのであつて、鄭注によれば蠢愚とは「生れて癡騃童昏のもの」とし、鄭司農はこの「幼弱老旄」と解して、今の律で年八歳未満、八十歳以上であつて、手ずから人を殺したのでなければ、他は皆罪に問われないのと同じであるといつている。さらにまた班固は「掌囚」によつて、盗罪以外の囚人については、上罪と中罪と下罪とに分ち、即ち罪の大小によつて桎梏（師古はかせ手にあるを梏といふ、兩手が同じかせにかゝるのを拳といふ、かせが足にかけられるのを桎といふ）としているが、これには異説がある。の仕方に差異あること、また王の同族は上罪であつても拳するにとゞめ、有爵のものの上罪もまた桎するにとゞめて、天子の斷罪あるまでまつべきことを記している。そして班固のこの場所における上記の如き周禮の引證は、前文との關係において、一見唐突にして遊離した部分であるかの如き印象を與えられるが、實はこれは、以後の刑法志の記述に對して、全面的に重要な典據を提供するものといふべきである。かくして班固はこゝに周禮を引證した後、筆を再び高祖にかへしているのである。

高祖は即位七年に詔を下して、役人が一般に、罪の疑わしいものはそのまゝにして罪を決しないし、明らかに有罪なものでもまた判決を下さないし、無罪なものもまた久しく拘留せられて判決しないなどの弊があるのに對して、そのうした事件はそれぞれの上司に速やかに報告し、上司がなお決定し得ないときには、その罪に相當する律令を付して上奏するようにと命じたが、班固はそれを、「上恩かくの如きも、吏なお奉宣すること能わず」と記している。

このような事情にあつたので、景帝はその中五年（145 B.C.）にまた詔を下して、罪のはつきりしないものは、判決文が法令に合致していても、民心がそれに納得しないようであれば、その獄訟は上級の裁判官に申告せよと命令した。しかしながら獄訟を掌るものは、依然としてこの詔を奉戴することをしなかつたので、後元年になつて再び詔を下して、訴訟は國家の重大事である。人に賢愚があるように官には上下があるからして、疑わしくて決定し得ない獄訟は上役の裁判官に申告せよ。その申告したところが申告すべき獄訟でなかつたとしても、それを決して罪過とはしないとした。この詔があつて後、獄刑はますます詳密に審議されることとなつたので、これを班固はさきにひいた

周禮によつて、「五聽三宥の意に近し」といつて讚稱している。そしてまた三年には、老幼妊婦不具廢疾者に對する投獄・禁錮・拘留などを免除する法令を作れという詔を下している。即ち「高年老長は人の尊敬するところなり。鰥寡屬逮せざるものは人の哀憐するところなり。それ令を著し、年八十以上八歳以下、及び孕るもの未だ乳せざると、師と朱儒とのまさに鞠繫すべきものとは、これを繫ぐことをゆるせ」というのがそれである。

宣帝は元康四年（62 B.C.）の詔において、景帝の前記の詔を徹底せしめんとしてゐる。即ちその詔に曰く。「朕念うに、かの耆老の人は、髮齒墮落して血氣既に衰え、また暴逆の心なし。いまあるものは文法にかゝり、囹圄に執えられて、その年命を終えることを得ず、朕甚だこれを憐む。今より以來、もろもろの年八十のものは、誣告と人を殺傷するに非ざれば、他はみな坐することなかれ」と。これによれば八十歳以上の者に對しては、誣告罪と殺傷罪以外のあらゆる犯罪に對して、その刑罰を科せないということになる。

さらに成帝は鴻嘉元年（20 B.C.）に、こんどは七歳未滿のものと、喧嘩いさかひをして人を殺すものと、斬刑に處せらるべきものとは、廷尉に上請して奏聞せよ、死罪を減ずることができらるやうという詔を下している。班固はこれをさきの周禮によつて、「幼弱老眊の人を三赦するに合す」と述べ、さらに第三段末尾の「これみな法令やゝ定まつて、古に合し今に便するもの」ということばを再びこゝにひいて、もつてこの段を結ぶことばとしている。

## 六

第五段においては班固は、論語・書經・詩經及び荀子その他の古書を、實に適切に援用してきたつて、時に刑法の歴史的な批判を試みるとともに、また彼自身の刑罰論を具體的に開陳しているわけであるが、彼の述ぶるところとわれわれの今日の社會とは、實に二千年に近い時間的なへだたりをもつにもかゝらず、そこにはなお、われわれの現實の社會や政治、特に法そのものや、また司法や警察の制度的缺陷に對して、さらにまた法を運用し、犯罪を檢舉する



ことをもつて職とする人々に對して、極めて傾聽すべき多くの意見を陳べている。以下やゝ詳細にその所論を紹介することとしよう。

彼はまず最初に、「もし王者があれば、必ず三十年にして仁政は成り、善人が國を治めたならば、百年にして殘暴に勝つて刑殺を用いることがなくなるであろう」という論語の孔子の言葉をひいて、これは國を治める上での程式であるとして——この語は後に再び引證せられて、彼の結論の重要な一部をなしているのであるが——以下前漢の世と班固自身の生きた時代、即ち前漢末期から後漢初期の時代とを比較している。いまそれによると、前漢二百餘年のうち後の方の六代、即ち昭・宣・元・成・哀・平の六帝の間に、斬刑の判決をうけたものが毎年大體千餘人に一人の割合で、耐罪以上右足を切られるに到つたものが大體その三倍餘りの割合であるが、前漢末から後漢初にかけては如何というに、「いまや郡國の刑を被つて死する者は、歳ごとに萬をもつて數え、天下の獄は二千餘所、その寃死するもの多少相覆い、獄は一人を減ぜず」という實情にあつた。そしてこのように獄刑の多い基本的な理由は、禮教が立たず、刑法が明らかでなく、民衆の貧苦に苦しむものが多く、豪傑の士が威勢をかつて私行をなし、姦惡なことをしても必ずしも囚われず、判決が公平でないことなどにあるわけである。孔子は「古の法を知るものが、できるだけ刑を省くようにしたのはその根本的な措置であつて、今の法を知るものが、罪のあるものを一人でも逃がさないようにするのは、その末梢的な措置にすぎない」といふ、孔子はまた「今の訴訟を司るものは、如何にしたらその人を死刑に處し得るかを考えるが、古の訴訟を司るものは、どうしたらその人を生かしてやれるかを考えたものである。無實なものを死罪に處するよりは、寧ろ有罪なものを見逃がした方がましだ」ともいつている。まことにいまの役人は上級なものも下級なものも、相競つて刻薄であることが明裁判官であると考え、深刻な刑を科するものが功績ありとせられ、公平なものは後患が多いといつた實情にある。諺に「棺を賣る者は、世の中に疫病が流行することを望む」とあるが、これは何も人を憎んでこれを殺そうと思ふからではなく、その商賣が人の死ぬことによつて利益を得るからで

ある。いまの訴訟を司る役人が、人を罪におとしいれようとするのも、まことにこれと同じ心理からである。世の中に訴訟や刑罰が多く行われるのは、五疾、即ち前記の禮教が立たないこと、刑法が明らかでないこと、民の多くが貧窮であること、豪傑が私行を行うこと、及び訴訟や刑罰が公正でないことなどによるものである。後漢の初めは戦争もなく民生は安定して、ほゞ前漢の初期に等しく、前漢末期の成帝哀帝の頃に較べると、獄訟はすつと寡くなり、大體五分の四を減じているといつてよいのであるが、なおかつ上古の世に比肩することができないのは、いわゆる五疾が盡くは除かれず、刑法の根本が正しくないからであるとして、以下荀子の正論篇をひいて、刑罰の輕重がその時代によるものであることを論じて次のように述べている。

世俗に、上古には肉刑がなくて象刑や墨・黥の類のみがあつたといわれるが、上古たりとも人が罪にふれることがある以上、肉刑がなかつたという道理はない。人を殺した者が死罪にならず、人を傷害した者に刑罰が科せられず、罪が極めて重いのに刑が極めて軽いならば、民に畏れるところがなくなつてしまつて、こゝに亂が生ずることとなる。およそ刑法を制定する根本は、暴惡を禁じ、かつ將來生ずるであろう暴惡を懲らすためのものである。然るに人を殺した者が死罪にならず、人を傷害したものが處刑せられないならば、それは暴惡な者に特制な寬惠を與えることとなる。故に上古に象刑があつたとの説は、よく治まつた上古に生じたものではなく、近世になつて刑の重いのを惡んで、上古の聖君に托していつたものである。およそ爵列官職や賞慶刑罰というものは、それぞれ相應したものに與えらるべきものであつて、徳がその地位にふさわしくなく、能力がその官職にふさわしくなく、賞譽がその功績にふさわしくなく、刑罰がその罪情にふさわしくなくならば、それ程政治に不祥なものはない。暴惡を征討し亂逆を誅滅するのは、政治に必須な威力であるからして、人を殺した者が死罪に付され、人を傷害したものが刑に處せられるのは、太古から一貫した政治の原則であつて、その理由とするところは問題とする餘地がない。だから治世ならば刑が必ず行われるからして、民は罪を犯さないこととなるし、亂世には刑が行われないからして、民は却つて罪を犯し易

いという結果になる。書經に「刑罰は世に重くし、世に軽くす」とあるが、これは刑罰の輕重が時代によつて異なるべきことをいつたもので、まことにその通りであつて、従つて書經に「象刑これ明なり」とあるのは、天道に象つて刑を作つたという意味で、それは非衣赭衣などの象刑があつたわけでは決してない。

以上がその大意であるが、これについて班固は「孫卿の言すでに然り。また俗説によつてこれを論じて曰く」として、以下彼自身の刑罰論を展開している。禹は堯舜の後を承けたが、自分の徳が堯舜に及ばないのを知つて、こゝに肉刑を制定するに到つた。その後において、殷の湯王や周の武王が等しく肉刑を行つたのは、時代の風俗が堯舜のそれには比肩し得なかつたからである。いま漢は周の衰世、秦の暴政の餘弊をうけて立ち、その風俗道德は遠く三代に及ばないのにかゝわらず、堯舜の時代の如く肉刑を廢止しようとしたが、それは丁度羈をもつて驛馬を御しようとするようなもので、無謀もまた甚だしく、時代錯誤の處置といわなければならぬ。かつまた肉刑を除くのは、元來それによつて人を不具廢疾たらしめないためであるのに、いま髡鉗の刑一等を去る減刑を行いたがら、他方で死罪を盛んに行うのは、これは民に網をかけて死罪にするようなもので、肉刑を除く本意を失つたものである——これはさきに景帝の條下において、「死刑すでに重くして生刑また軽く、民これを犯し易し」と評したところのものである——故に死罪になるものが、毎年萬をもつて數えられるというのは、實に刑が重いことによるものである。他方また他家に押入つて物を盗む者や、怒つて人を傷害するものや、姦通不倫な行爲をする男女や、官吏が公物を隱匿したりするこれらの罪は、髡鉗といつた軽い刑では懲らすことのできないものであつて、そのためこの髡鉗の刑に處せられるものは、毎年十萬人にも達するといつた實情にある。民はこのような軽い刑を畏れないのみならず、またそれに處せられても恥辱とはしない。これはその刑が軽いからして生ずるのである。故に一般の賢い役人は、公けには盜人を殺すことをもつて威勢をはり、また人を殺すことにかゝつていゝものは職務にたえるが、法を實直に奉ずるものは治まらぬこととなり、従つて刑の正しい名が亂され、法制が破られるのは、ほとんど枚擧にいとまがないという現状であ

る。だからして法網がいかにかまくなつても姦惡を止めることができず、刑罰が多くなればなるほどますます法を侮るといふ結果をきたしている。孔子は前記の如く、王者は三十年にして政をなし、善人は百年にして殘暴な者に惡をなさしめないといつてゐるが、それが漢初以來二百餘年を経た今日においてなほ實現できないのは、禮樂が缺けて刑罰が正しくないからであると評して、以下班固は彼自身の刑罰論を、極めて具體的に呈示している。

それによると、從來の律令を刪定して二百章となし、それを死罪に適用することとし、その他の罪で死罪に次ぐもので、昔ならば生刑であつて、今では死刑となるものは、みな肉刑を行うこととし、また人を傷害するものと盜をなすものと、役人が賂をうけて法を曲げるものと、男女の淫亂であるのとは、みな昔の刑を適用することとし、それを三千章となし、その他の空文化したものや、やゝこしい法律は全部やめてしまふことにする。かくて班固は「かくの如くならば、刑罰は畏るべくして法禁は避けやすく、吏は殺を専らにせず、法に二門なく、輕重は罪にあたり、民の命は全きを得、刑罰の中に合し、天人の和にあたり、稽古の制に順い、時雍の化をなさん」といふ、さらにこのようであれば、周の成王や康王の時代には、刑罰が錯かれて用いられなかつたといわれているが、たとえそれ程までには到らないとしても、漢の文帝の斷獄には、おそらくは及ぶことができるであらうと述べている。そして最後に詩經に、「民に宜しく人に宜しければ、祿を天にうくる」とあるのと、書經に「功を立て事を立つ、もつて永年すべし」とあるのとをひいて、これは政治を行つて民に宜しき者は、功成り事立ち、天祿をうけて年命を永くするという意で、これはまた呂刑に「一人に慶があれば、萬民これによる」とあるのと同じで、意味するところは、天子の刑を行うことが詳審であり、福慶の惠みをたれば、萬民は皆これによることをいつたもので、換言すれば政治の良否は、一に天子の刑法の用い方如何にあることを述べたものであつて、彼はこれをもつて刑法志一篇の結びとしている。

## 七

以上が刑法志にあらわれた刑罰思想の大要であるが、いまこの刑法志の中から、刑罰思想それ自體として、あるいはまたそれとの關聯において、主要なテーマと目されるもの若干を摘記すれば、大體次の數項をあげることができると思う。即ち連坐制、文帝の減刑、老幼不具廢疾者に對する刑罰の酌量、笞刑の輕減、廷平設置の問題などである。いま上記の數項について、その要約を示せば次の如くである。

#### (一) 連坐制

高祖の三族を夷するの令によると、「まさに三族すべきものは、みなまず黥し、劓し、左右の趾を斬り、これを笞殺し、その首を梟し、その骨肉を市に蒞す」といつた殘虐を極めた刑であつたために、一刑にして「五刑を具す」と稱されるわけであるが、この刑は高后の元年に到つて、法文上は祇言の令とともに除かれたことになつてゐる。然るに文帝二年の詔によると、いま法を犯したものは、その罪に應じて處刑してゐるのに、その上、罪のない父母妻子や同産の者をも連坐せしめておるが、自分はこれに反對であるといつてゐるところからすると、文帝の當時において、なおこの刑が存在していたことが知られる。そして文帝のこの詔に對して、周勃と陳平とがこの連坐制をもつて、家族をして相連帶して犯罪を防止せしめる方法であるとともに、それはまた古來繼承されてきた刑罰であるからして、これを遵守するのが政治上便宜であると主張したのであるが、文帝はこれに對して、法が正しければ民は法を犯さないであろうし、よしまた犯罪が行われたとしても、その處罰が適當であれば、民は法に威服するものであり、他方、民を善導するのが官吏の本來の使命であるのに、それをすることができず、惡法をもつて民を處罰すれば、法が却つて民生を害することとなる。故に連坐制が政治に益するとは考えられないと反駁してゐる。しかして文帝のこの論駁は、連坐制をもつて犯罪防止の法であるとする周勃等の反對理由に對して、單に殘虐に失する刑であるとする立場からのものであつて、なんら論理的に反駁したものではないとともに、犯罪の豫防策としての家族の連帶性の問題に對しては、なんら回答を與えていないわけであるが、結局において周勃等は、收律とともにこの連坐の法を除くこと

を答申している。しかし実際にはこれは空文化されて、陳垣平の謀反に對しては、やはり三族を誅するの刑が行われている。

## (二) 文帝の減刑

文帝の減刑の詔は、太倉の令淳于公の娘の緹縈の上書を契機として出されたものである。即ち緹縈の上書は、刑罰の目的は犯罪人の改善教化にあるもので、即ち刑は教育刑であるべきだとする彼女の见解を前提として、父の刑罰を自らが贖わんとする、娘ではあるが第三者による一種の贖罪乃至身替り刑（それは自由刑を内容とするものであるが）を上請するものである。文帝は緹縈のこの上書によつて、大意次のような詔を下している。

太古舜の時代には死刑を象刑に代えたけれども、なお犯罪は生じなかつたという。然るに現在は黥・劓・刑の三つの刑が存在していて、しかもなお世に姦惡な行爲の絶えることがない。その原因は天子たる自らの不徳、即ち政治の貧困にあるといわなければならない。かつまた現在の刑罰は、少しも教育的な効果を期さないで、肉刑による處罰主義をとつているため、刑餘の人は一生不具廢疾として、その醜形を世人にさらさなければならぬ。故に肉刑を除く方法を考るとともに、犯罪の輕重に應じて處罰はしても、一定年限の拘禁をすませば、普通人たりうるようにしなければならぬ。この詔に對して張蒼等は、肉刑の目的とするところは姦惡を禁ずることにあり、そのよつてきたるところは、極めて久しいが、陛下の民をあわれみたまう盛徳は、到底自分たちの及ぶところではないとして、かなり大巾な減刑案を上奏している。即ち重罪に對しては依然として死刑を適用したけれども、犯罪の輕重に應じて、肉刑の者を自由刑特に勞役や笞刑に減することとした。もつともこれには若干の除外例が存してはいたが。また現在、新令發布前の舊令が適用せられている犯罪者に對しては、その刑罰の種類や刑期に應じて、これを放免する方途も獻策せられており、これはやがて文帝の裁可を得て令とせられたわけである。そして文帝におけるこの減刑の令は、まさしく少女緹縈の父をおもひ至孝の情を契機として出されたものであつて、當初緹縈が上請した刑罰の教育刑的意義

は、これによつておゝいに顯揚せられることとなつたが、しかしいまひとつかの女が、身をもつて父の刑罰に代らんとしたその切なる願ひは、ついに不問に付されているといわなければならぬ。

かくて文帝のいわゆる「盛徳」は、減刑令として發布されるに到つたけれども、班固はこれを、「これより後、外には刑を軽くするの名があつて、内は實に人を殺す」と評し、なお具體的には、「右止を斬る者はまた死に當る。左止を斬る者は答つこと五百、まさに剔すべき者は答つこと三百にして、おうむね多く死す」とその實情を述べている。そしてこのような現實的な缺陷は、果して何に由來するかというに、それは張蒼等の答奏の中にも自ら見られる如く、彼等が文帝の意見に對して、積極的には賛意を表していないこと、さらに基本的には、減刑に對する政治的な社會政策的な見地からの検討や、またその裏付けをもつことなくして、單に文帝のいわゆる「盛徳」にこたえて、消極的に獻策せられたものであること、換言すれば單に表面的な糊塗がなされたにすぎないことにあると考えられる。

### (三) 答刑の輕減

文帝の時に剔や斬左足の肉刑を、それぞれ答三百と五百とをもつて代えることとしたが、實際には答の數が多いため、死亡する結果となつたことは前記の如くである。故に景帝はその弊を改めんとして、元年には詔を下して、答刑五百のものは三百に、三百のものは二百に減ずるように法令を定めたけれども、それでもなお所期の目的を達し得なかつたので、さらに中六年に再び詔を下して、答刑は三百をもつて最高となし、三百のものは二百に、二百のものは百に減ずるようにさせ、答刑は本來教育刑であることを改めて説くとともに、箠令を定めて策の大きさを一定し、また一罪に對する答刑には、途中で答つ者を交替せしめないことによつて、答數を減ずるの本旨を、十分徹底せしめ得るように具體的な方策を講ずることとした。これによつて爾後、答刑によつて死亡したり不具廢疾となるものがなくなつたといわれている。

### (四) 老幼不具廢疾者に對する刑罰の酌量

刑法志に周禮司刺の職の三赦がひかれているが、それは形式的には儒家の典據主義に倣うものであり、思想的にはその理想的刑法の典型を示さんとするものに他ならない。しかして三赦とは幼弱と老耄と蠢愚の三であつて、鄭注によれば、蠢愚を「生れて癡騃童昏なるもの」とし、幼弱と老耄とは鄭司農によれば、「今の律令で、年八歳未滿と八十歳以上のものは、手ずから人を殺すものでなければ、他はみな罪とはならないとあるのに相當する」と注している。景帝はその三年の詔において、八十歳以上と八歳以下のもの、姪婦、盲目、短軀で走れない不具者などで、逮捕投獄しなければならぬものであつても、これに手かせ足かせをしないようにせよと命じ、さらに宣帝はその四年の詔において、老人は氣力體力ともに衰えて、再び暴虐な行爲をする危険性がない。故に法にかゝつて圜に囚えられ、天命を完うすることができないのは可愛相であるから、今後八十歳以上のもので、誣告罪と殺傷罪以外のものは、その罪を問わないこととせよと令した。さらに成帝の鴻嘉元年には、七歳未滿のものと、及び喧嘩をして殺す意志なしに人を殺したものと、また斬刑にあたる罪を犯したものは、廷尉(今の最高裁判所の長官の如きもの)を通して上奏すれば、死罪を減する一種の恩赦を行うであらうと述べている。

##### (五) 廷平設置の問題

これは宣帝が従來の司法制度上の缺陷を補う目的をもつて、新しく比較的地位の高い廷平の官を設けようとの詔に對して、鄭昌がこれに反對している問題である。即ち廷史の路溫舒の上疏の一節に、現在もなお秦と同様な失政がひとつある。それは獄訟を掌る役人の問題であるといつたことによつて、宣帝は詔を下して、司法官吏が法を弄んで、訴訟もまた當を得ない傾向のあることを指摘し、かつ従來は廷史をして、郡國の役人とともに獄訟を掌らせていたが、廷史の地位も低く待遇もまた悪いので、法の公正な運営ができない弊があつた。故にこゝに秩は六百石、定員四人の廷平の官を置いて、自分の理想とする公平な獄訟を行うようにさせたいのである。これに對して涿郡の太守であつた鄭昌は、大要次のような反對意見を述べている。それによると、法を設けて刑罰を行うのは、たゞ姦惡を禁じ



て國家の衰亂を防ぐという消極的な意義をしかもたず、それによつて立派な政治を行うという積極的な効果を期待することは決してできない。また天子が現在のようにならば獄訟の裁決をせられる以上、廷平の官などを新に設けなくとも、獄訟は正しく行われるはずである。もしまた後世のために廷平の官を置くといふのであれば、やはり法律を刪定することが肝要である。法律が明確に定まりさえすれば、民は法が何を禁止しているかを知り得るとともに、悪い役人によつて法が弄ばれる餘地がなくなる。かゝる法律の刪定という基本的な問題を等閑に付して、獄訟を掌る役人の地位を高めるといつたことは、まさに抹梢的な處置たるにすぎない。もしも政治が衰えて、天子が自ら獄訟の裁決をしなくなつたならば、地位の高められた廷平は、却つて權力をまして亂の基となることは必然であると。即ちこれは廷平の無用論である。

以上漢書刑法志にあらわれた刑罰思想のうち、主要な問題と思われる五項について、その要約を示したわけであるが、(一)の連坐制の問題は、犯罪に對する責任範圍の問題であつて、それは當時の社會制度、特に家族制度を色濃く反映するものといふべきであらう。(二)の文帝の減刑の詔は、刑罰が本來教育的なものであるべしという立場にたつものであるが、しかもなお死刑が是認せられている事實は、今日の刑法學上における教育刑主義自體のもつ矛盾を、そのままに露呈しているものといわなければならない。(三)の笞刑の輕減は、笞刑が諸他の刑罰よりも、特に教育的なものであるとする見地から、換言すれば現實の苛酷な笞刑による死から犯罪人を救助して、その本來の教育刑に復歸せしめんとするものである。(四)の老幼不具廢疾者に對する刑罰の酌量は、その内容上、犯罪に對する責任能力の問題と犯罪能力の問題であるといふ得ると思われるが、但し誣告罪と殺傷罪については責任能力ありと認めて、これを刑罰酌量の對象外としていることが知られる。(五)の廷平を設置するといふ詔は、訴訟制度、特に裁判所構成法上の問題であり、行政的にも司法的にも、裁判官の地位を向上せしめんとするものであるが、これに反對する廷平無用論は、

一種の罪刑法定主義の主張であることができると思う。

以上が刑法志にみられる刑罰思想の主要テーマであると考えられるが、上に記するところを通して看取される一、二の感想を付記するならば、刑法特に歴代の天子によつて改訂せられた刑法が、國家の上部構造だけだから、まわりして、現實の施策として實行に移される力に乏しいということであつて、その典型的な事例は、文帝における連坐制の廢棄や減刑の詔においてみることができ、即ちこれは一方において官僚機構の惰性と、他方その惰性を打破つていくに要する政治力の脆弱性にあると考えられるが、さらに基本的には、犯罪發生に對する社會的な要因、即ちその社會的經濟的政治的な條件の改善に對する反省と、またそれに對する具體的な施策の缺如にあると考えられる。このために英邁な天子であればある程、その詔勅やその施策は、非現實的な性格をもち、現實から遊離する傾向を多分にもつということができると思う。いまひとつ留意せられることは、歴代天子の詔勅が概ね寛仁を示した、いわゆる善政を真正面から表榜するものであるのに對して、現實的な施策の面から異見を開陳するものが、多くの場合、丞相や御史大夫などといった政治の最高責任者であるということである。問題はこれら寛仁と慈愛とに充ちた歴代天子の詔勅が、果して天子自らの意志を中心として制作せられたものであるか、それとも天子の側近——そしてそれは當然に儒家的な文人乃至そのグループと考えざるを得ないのであるが——によつて制作せられたものであるかということであるが、これはわれわれが如何に坦懐にみるとしても、やはり後者の如きものの存在を想定しなければ、仁愛と徳惠とにみちた歴代天子の詔勅をたゞしくは理解し得ないように思われる。もし果して然りとするならば、これら文人乃至そのグループは、不斷天子の背後にあり、詔勅の蔭にあつて、時には政治の最高指導者たちとも對立し、時にはまたそれらよりもより高い權威をもつて、政治の指導者たちに君臨することもあつたと考えざるを得ない。そして漢書は、また歴代の史書も、ともにこうした人々、特に天子の詔勅にもられた政策や法令の背後や裏面にあつて、時に天子の名において、政治を實際に動かしている人々に對する記述を、故意にか不用意にか不問に付していることの多い

事實を、簡略な刑法志の記述をおして、すくなくともわたくしは想到せざるを得ないのであるが、このことは、表面的なまた形式的な政治の理解を離れて、實際の政治の動きやあり方を知るためには、留意すべきことではないかと思われる。さらにいまひとつ刑法志において留意されることは、その刑罰が生命刑と身體刑と自由刑とのみに限られていて、財産刑については全然記するところがないわけであるが、財産刑が前漢時代に行われなかつたわけではないことを考慮にいれておく必要がある。

最後の第五段における班固自身の刑罰論は、彼の生きた時代とわれわれの時代との時間的なへだたりにもかゝらず、それはあだかも、われわれの時代の司法制度や、廣く政治のあり方一般を批判し、その缺陷を指摘し、そのあるべきあり方を指示しているかの如き感をさえいだかされるのであつて、一方においてわたくしは、彼の犀利な批判と高邁な見識とに敬服するとともに、他方においては、多年の積習陋弊というものが、國を異にし時を隔て、存在し、かつそれが如何に牢固として抜き去りがたいものであるかを、いまさらの如く痛感させられるわけである。しかしながら、班固の刑罰思想を見ることは本稿の主題外の問題であり、かつ彼の刑罰思想を見るがためには、本稿の冒頭にも記した如く、漢書の列傳・帝紀・志などに互つて、普ねくその資料を求めるべきであるが故に、これは他日の稿にゆずりたいと思うのであるが、たゞ一言、彼の刑罰に對する基本的な立場について言及するとするならば、彼が明瞭に儒家的な立場に立つてゐることは、彼が刑法志の末尾において自己の見解を述べるに際し、その引用する典籍が、書經・詩經・論語及び荀子といつたものであることによつても知られると思うが、しかしながら彼は、決して抽象的觀念的な尙古主義者ではなくして、現實的な社會の適確な認識の上に立つて、刑法の必然性と、そのまさにあるべきあり方とを主張してゐるのであつて、彼のその現實的な立場は、彼が刑法の歴史的な記述に際して、時に加へてゐる批判の片鱗をとおしてみても、また彼が最後に自己の見解を述べるに當つて、自説の根據と權威とを、荀子に求めてゐる事實によつても知ることができると思う。要するに彼が漢書全卷の特徴を、たとへ「立經を穿貫する」こ

とにあると自認しているとしても、それは單純な經學家としての立場にあるのではなくして、かなりな程度にまで適確な現實的社會や政治の認識の上に立つて、彼の理想とする儒家的な國家社會の實現を期しているのであつて、その意味では彼は、今日の歴史學的な見地からしても、歴史家としての立場と面目とを堅く持したものであるといふことができると思う。

この拙稿は、昭和廿七年度文部省科學研究費による綜合研究、「支那哲學の問題史的研究」において、わたくしがたまたまその「法思想」の部分を擔當することとなり、研究分擔者がひとしく前漢時代を對象とすることとなつたので、こゝに漢書刑法志を選ぶに到つたものである。きわめて匆遽のうちにとめたもので、誤りもまた多かるうと思われるが、同學の叱正を得れば幸である。