

漢書の刑法志（五・完）（未定稿）

中国法制史研究会 訳ならびに注

高皇帝七年、制詔御史、獄之疑者、吏或不敢決、有罪者久而不論、無罪者久繫不決、自今以來、縣道官獄疑者、各讞所屬二千石官、二千石官、以其罪名當報之、所不能決者、皆移廷尉、廷尉亦當報之、廷尉所不能決、謹具爲奏、傳所當比律令以聞、上恩如此、吏猶不能奉宣、故孝景中五年、復下詔曰、諸獄疑、雖文致於法、而於人心不厭者、輒讞之、其後獄吏復避微文、遂其愚心、至後元年、又下詔曰、獄重事也、人有愚智、官有上下、獄疑者讞、有令讞者已報讞而後不當、讞者不爲失、自此之後、

△景祐本には「之」の字がない。

高祖の七年[※]に御史に対して次のように制詔した。「裁判が疑わしくてきめがたい場合には、役人はあえてそれを決定しようとしなことがあって、有罪のものがいつまでたっても判決があたえられず、無罪のものがいつまでも獄につながれたままで、無罪の決定をみずにいることがある。これからのち、地方の県や道[※]の官で裁判のきめがたいものは、それぞれ自分の所属する二千石の官[※]のもとに、断罪についての所見を具申して伺いをたてよ。二千石の官は、然るべき罪名をきめてこれに答報せよ。決定することのできぬものは、みな、廷尉のもとに移せ。廷尉もまた然るべき罪名をきめて答報せよ。廷尉の決定しかねるものは、謹んで資料をととのえて上奏し、準用してよいと思われる律令にその罪をあてはめて上聞に達せよ」と。天子のみめぐみはこれほどであったのに、役人はなおそのみめぐみを奉じ宣^のべることができなかった。そこで景帝の中五年[※]に、また詔を下して、「およそ裁判のきめがたいもので、たとえ法文のうえからいって、法にふれるとされるものでも、人心に納得^{なつとく}されない場合には、その都度、伺いをたてよ」といった。しかしその後も、裁判にあたる役人たちは、法に深い意のあるところをやはり付度^{そんたく}せずに、その愚かしい心のままに裁判を行った。そこで後元年[※]になると、また詔を下して、「裁判というものは大事なことである。人には賢愚の差異があり、官には上下の区別がある。それで、裁判のきめがたいものは、上に伺いをたてよ。たとえ伺いをたてたも

※高祖七年。高祖七年は 200B.C.

※道。後漢書の百官志によれば、蛮夷をつかさどっている県を道というところある。

※二千石の官。郡の太守などをさす。

※中五年。中五年は 145B.C.

※後元年。後元年は 143B.C.

のが、上司から答報をうけたのち、伺いをたてるべきでなかったということになつても、伺いをたてたものはおちどとはならない^①といったのである。これからのち裁判はだんだん慎重になつて、かの五聴三宥の精神に近いものとなつた。

注① このところは、漢書の景帝紀に次のようにある。「詔曰、獄重事也、人有智愚、官有上下、獄疑者讞有司、有司所不能決、移廷尉、有令讞而後不當、讞者不為失。」と。そして王先謙は刑法志の「有令」の下に注して、「さきにすでに令に著はすをいふ」といつており、従つて先謙によれば、「獄の疑はしきものは讞すること、令あり」と誑んでゐるように思われるが、ここでは「有令」の二字を、「たとえ」と訳することとした。

三年、復下詔曰、高年老長、人所尊敬也、鰥寡不屬逮者、人所哀憐也、其著令、年八十以上、八歳以下、及孕者未乳、師朱儒、當鞠繫者、頌繫之、至孝宜元康四年、又下詔曰、朕念夫耆老之人、髮齒墮落、血氣既衰、亦無暴逆[△]之心[△]、今或羅[△]于文法、執于囹圄、不得終其年命、朕甚憐之、自今以來、諸年八十、非誣告殺傷人、它皆勿坐、至成帝鴻嘉元年、定令、年未滿七歳、賊鬪殺人、及犯殊死者、上請、廷尉以聞、得減死、合於三赦幼弱老眊之人、此皆法令稍定[△]、近古而便民者也、

△景祐本では「暴逆之心」が「逆乱之心」になつてゐる。

△慶元本・嘉定本・南監本では「羅」が「羅」になつてゐる。

△景祐本には「定」の字がない。

して、八十才以上、八才以下のもの、およびみごもっていてまだお産の終らないもの、めくらの音楽師・朱儒たちなどで、とり調べのため牢につながなければならぬものは、手枷や足枷をかけないで置いてやれといった。宣帝の元康四年になると、また詔を下して、「朕がおもうのに、年老いた人というものは、髪も齒もぬけおち、血気もすでおとろえて、また暴虐の心などないものである。ところが、いま老人のなかには、法律にふれて牢獄にとらえられ、その天寿をまっとうすることのできないものもいる。朕は、いたくこれを憐れとおもう。これからのち、年八十以上のものは、人を誣告したり、人を殺傷したりした場合以外は、みな、罪に坐せしめてはならない」といった。成帝の鴻嘉元年になって令を定め、年が七才未満で賊闘して人を殺したものの、および殊死に該当する罪を犯したものは、上請させ、廷尉がそれを上聞に達して、死罪を減ずることができるようにし、幼弱や老耄を三赦するの意にかなわせた。以上は、法令が次第に安定し、いにしえのおきてに近く、民にも都合のよいものというにあたるものである。

諫として侍し、その頑弄物となつていた。異種の民族であるとの説もある。

※宣帝。宣帝(74—49B.C.)は前漢第九代の天子。

※元康四年。元康四年は62B.C.

※誣告。誣告は事実をまげて人を告訴すること。

※成帝。成帝(33—7B.C.)は前漢第十一代の天子。

※鴻嘉元年。鴻嘉元年は20B.C.

※賊闘。賊とは理由がないのに人を斬撃すること、闘とはたがいにいい分があつて争いきづづけること。

※殊死。「殊」は絶の意で、首や身体を断ち切る刑。

※幼弱や老耄を三赦するの意になわせた。周礼の三赦は幼弱と老耄のほかに憊愚をあげている。漢書の刑法志四一七六頁参照。

※法令が次第に安定し、……民にも都合のよいものというにあたるものである。漢書の刑法志四一六九頁参照。

孔子曰、如有王者、必世而後仁、善人爲國百年、可以勝殘去殺矣、言聖王承衰撥亂而起、被民以德教、變而化之、必世然後仁道成焉、至於善人、不入於室、然猶百年勝殘去殺矣、此爲國者之程式也、今漢道至盛、歷世二百餘載、考自昭宣元成哀平、六世之間、斷獄殊死、率歲千餘口而一人、耐罪上至右止、三倍有餘、古人有言、滿堂而飲酒、有一人鄉隅而

△景祐本には言の下に「曰」の字

其冤死者、多少相覆、獄不減一人、此和氣所以未洽者也、原獄刑所以蕃若此者、禮教不立、刑法不明、民多貧窮、豪桀務私、姦不輒得、獄犴不平之所致也、

孔子は「もし王者あらば、必ず世にしてのち仁ならん、善人、国ををさむること百年ならば、もって残に勝ち殺を去るべし」といっている。その意味は、聖王は世のおとろえたあとをうけ、世の乱れをおさめておこり、民に徳教を施し、民の風俗を変化させて、必ず三十年ののちには、仁の道が成就するようにする。善人の場合には、聖王の域にまでは達しないが、それでもなお百年すれば、残暴の人のうち勝ち、殺戮をなくしてしまうことができるということである。これが国をおさめる場合の規準である。いま漢の政道は極めて盛んで、御代をふること二百余年である。昭帝から宣・元・成・哀・平帝までの六代の間を考えてみるに、裁判の結果、殊死となったものは、毎年、人口千余人につき一人の割合で、耐罪以上、斬右趾までの刑になったものは、その三倍あまりであった。だが、昔の人のことばにも、「広間にいっばいの人が酒を飲んでゐる時に、たったひとりでも隅の方に向って泣き悲しんでいるものがあれば、広間中の人は、そのために心が楽しまなくなる」とある。

漢書の刑法志（五・完）

※「もし王者あらば、……もって残に勝ち殺を去るべし」。論語子路篇の文。

※宣は宣帝、漢の第九代目の天子、74—49B.C.

※元は元帝、漢の第十代目の天子、49—33B.C.

※成は成帝、漢の第十一代目の天子、33—7B.C.

※哀は哀帝、漢の第十二代目の天子、7—1B.C.

※平は平帝、漢の第十三代目の天子、1B.C.—5A.D.

王者の天下に対する関係は、いわば、この広間の上のようなものである。だから、ひとりでも公平な裁きを得られないならば、そのためにひどく心をいためるものがある。ところが今では、郡や国で刑をうけて死ぬものが、毎年、万という数にもおよぶほどである。天下の獄は二千有余ヶ所もあって、無実の罪で死ぬものが、いく分の増減はあつても、総体としてはかわりがなく、獄につながるものは一人も減らない。このようなことのために、和気があまねくいきわたらないのである。裁判や刑罰がこんな多いわけをたづねてみるのに、それは礼教が確立しておらず、刑罰法律が明らかでなく、民が多くは貧窮で、勢力家は私利を追い、わるものはすぐにはつかまらず、裁判が公平を欠いているところに、その原因があるのである。

書云、伯夷降典、愆民惟刑、言制禮以止刑、猶隄之防溢水也、今隄防
陵遲、[△]禮制未立、死刑過制、生刑易犯、饑寒並至、窮斯濫溢、豪桀擅
私、爲之囊橐、姦有所隱、則狃而寢廣、此刑之所以蕃也、孔子曰、古之
知法者、能省刑、本也、今之知法者、不失有罪、末矣、又曰、今之聽獄
者、求所以殺之、古之聽獄者、求所以生之、與其殺不辜、寧失有罪、今
之獄吏、上下相驅、以刻爲明、深者獲功名、平者多後患、[△]諺曰、鬻棺者

※殊死。前出、「漢書の刑法志」

(四)一一八頁の脚注参照。

※耐罪。「漢書の刑法志」(三)一五

〇頁の注(13)参照。

※獄。獄は罪人の拘置をはじめ、裁判や刑の執行なども行うところ。

△汲古閣本では「陵遲」が「凌遲」になっている。

△景祐本では「後患」が「患害」になっている。

矣、凡此五疾、獄刑所以尤多者也。自夏商周、民亦無幾、其刑之重、有樂生之慮、與高惠之間同、而政在抑彊扶弱、朝無威福之臣、邑無豪桀之俠、以口率計、斷獄少於成哀之間什八、可謂清矣、然而未能稱意比隆於古者、以其疾未盡除而刑本不正、

△景祐本には「意」の字がない。

書經に「伯夷、典を降し、民に愆しめてこれ刑す」とあるが、これは、礼を制定して刑を行わないようにすることをいうもので、礼はあだかも堤が溢れる水を防ぎとめるような役をするものである。ところがいま、堤防はくずれて低くなり、礼のさだめはいまだ確立しておらず、死刑は度をこえて重く、生刑は軽くて罪を犯しやすく、餓えと寒さがともにきて、生活に窮すれば民はおきてをのりこえ、勢力家はほしいままにふるまい、悪いことをしたもののかくればとなり、悪いことをしたもののかくまわれるところがあれば、民はそのため悪事になれて、犯罪がますます広く行われる、これが刑罰の多くなつていく理由である。孔子がいうのに、「むかし法を知っていたものは、刑罰をできるだけ行わないようにした、これが根本である。いま法を知っているものは、有罪者を見のがさないようにする、これは末節である」と。また孔子は、「いまの裁判をするものは、どうすれば死刑にすることができるかを考えるが、むかし裁判をしたものは、いかにすれば生かすことができるか

※「伯夷、典を降し、民に愆しめてこれ刑す」。呂刑の文。典は典、愆は諸本みな折に作り、刑法志のみ愆に作る。折は孔伝によれば断ずるの意と解し、顔師古は「愆は知なり」と注している。

※「むかし法を知っていたものは……これは末節である」。孔叢子刑論篇にこれと相似た記事がある。

を考えたものだ。無実のものを死刑にするよりは、むしろ有罪のものを見のがした方がよい」と。いま裁判をする役人たちは、上下相きこつて、奇酷であれば明察だとし、不当にきびしい刑を課するものは功名をたてることができ、公平な裁判をするものは、あとでひどい目にあうことが多い。諺に、棺桶を売るものは、流行病のやる年になることを希望するが、それはなにも、人を憎んで殺そうと思うわけではなく、人の死ぬことによつてもうけがあるからである。いま、裁判をする役人たちが、人を罪におとしいれようとするのも、またこれと同じ道理である。およそこの五つの弊害が、刑罰を非常に多くしている理由である。建武・永平の頃から、民はまたようやく戦乱のわざわいをまぬがれて、人々に生活をたのしむ気もちが生ずるようになったが、それは高祖や恵帝の頃と同じであった。そして政治は、強いものをおさえて弱いものを助けることを方針とし、朝廷には権勢をほしいままにする臣下がなく、民間には勢力をふるう顔役がなくなつた。人口に対する割合をもつて計算すると、裁判で刑に処せられたものは、成帝や哀帝の頃より十分の八も減少している。まよらかな時代といふことができる。しかしなお満足すべきものではなく、またりっぱさを古と比べることができないのは、さきの五つの弊害が、まだことごとくは除かれていず、刑の根本が正しくないからである。

注② 五つの弊害。

漢書評林にひく許応元の説によれば、礼教がたたず、堤防が陵遅していること、死刑が制を過ぎていふこと、生刑が犯しやすいくこと、民が窮してここに蓋れること、豪傑

※「いまの裁判をするものは……むしろ有罪のものを見のがした方がよい」。やはり孔叢子の刑論篇に同じような記事がある。

※建武。建武は後漢初代の天子の光武帝の年号、25—55A.D.

※永平。永平は後漢第二代の天子の明帝の年号、58—75A.D.

※高祖。前出、前漢初代の天子、202B.C.に即位した。

※恵帝。前出、前漢第二代の天子、194—188B.C.

※成帝。前出、前漢第十一代の天子、33—7B.C.

※哀帝。前出、前漢第十二代の天子、7—1B.C.

※満足すべきものではなく。原文の「称意」の二字は明らかでない。

がほしいままなるまいをして、悪いことをしたものをかくまうこと、の五つをあげているが、王先謙は礼教がたたないこと、刑法が明らかでないこと、民が多く貧窮であること、榮傑がほしいままなるまいをして、悪いことをしたものがかなかつかさらないこと、[△]こしていまひとつ、裁判が正しくないことをあげているが、この最後のひとつは、本文の「孔子の曰く、古の道を知るものは」以下、「その不辜を殺すよりは、むしろ有罪を失せよ」まで、すなわち孔子の、むかしの裁判といまの裁判との比較と批判とをうけていったものであると考えられる。

[△]刑の根本が正しくないからである。これはさきの「むかし法を知っていたものは、刑罰をきくだけ行わないようにした、これが根本である」という孔子のことばをうけていったものである。

善乎孫卿之論刑也、曰、世俗之爲説者、[△]以爲治古者無肉刑、有象刑、墨黥之屬、菲履、赭衣而不純、是不然矣、以爲治古則人莫觸罪邪、豈獨無肉刑哉、亦不待象刑矣、以爲人或觸罪矣、而直輕其刑、是殺人者不死、而傷人者不刑也、罪至重而刑至輕、民無所畏、亂莫大焉、凡制刑之本、將以禁暴惡、且懲其末也、殺人者不死、傷人者不刑、是惠暴而寬惡也、故象刑非生於治古、方起於亂今也、凡爵列官職、賞慶刑罰、皆以類相從者也、一物失稱、亂之端也、德不稱位、能不稱官、賞不當功、刑不當罪、不祥莫大矣焉、[△]夫征暴誅悖、治之威也、殺人者死、傷人者刑、是百王之所同也、未有知其所由來者也、故治則刑重、亂則刑輕、犯治之罪固

[△]景祐本には「者」の字がない。

[△]景祐本には「至」の字がない。

[△]汲古閣本には「於」の字がない。

[△]慶元本・嘉定本・南監本には「矣」の字がない。

重、犯亂之罪固輕也、書云、刑罰世重世輕、此之謂也、所謂象刑惟明者、言象天道而作刑、安有菲履赭衣者哉、

まこと、孫卿[※]は刑罰に関して当を得た議論をしているではないか。彼は次のようにいっている。[※]「世俗の説によると、上古の治まった世には、肉刑がなくして象刑[※]があった、その象刑は、墨黥のたぐいや、[※]草で作ったはきものはかせたり、^た裁ちきりのままの赭^{あか}い着物をきさせたりすることであつたとされている。しかしそれは正しくない。もし治まった上古の世には、人が罪にふれるおこないをしなかつたすれば、どうしてただ肉刑がないだけであろうか、^し象刑^{しょうけい}もまた必要でなかつたはずである。人がもし罪にふれるおこないをしたのに、ただその刑を軽くするのみですますとすれば、これでは人を殺したものが死刑にならず、人を傷つけたものが刑罰に処せられないこととなる。罪は非常に重いのに、刑罰は非常に軽いということになり、民はおそればかるところがなくなつて、世の中の乱れは、これより大きいものはない。およそ刑罰を制定する根本は、凶暴姦悪なおこないを禁止することにも、またそのようなおこないを未然に懲^{こち}し止めようとすることにある。人を殺したものが死刑にならず、人を傷つけたものが刑罰に処せられないならば、凶暴なものに恩恵をたれ、姦悪なものに寛大にすることになる。だからして象刑は、治ま

※孫卿。前出、荀子のこと。漢書の刑法志(一七頁参照)。

※以下は荀子の正論篇にもとづく。

※象刑。象刑は肉刑を施さずに、刑罰を表示する象徴をもつてすること。以下に荀子の述べるところがそれである。

※墨黥のたぐいや。荀子によれば、墨黥は象刑の一種と考えられている。黥は文字どおりにはいれずみの刑で肉刑であるが、ここでは墨でえがいて黥刑にかえたものと理解すべきであろう。

般に、爵位や官職や賞賜や刑罰は、みなそれぞれの行為に相応して与えられるものである。そのひとつでもつりあいがとれなければ、乱れるもとなる。徳行がその爵位にふさわしくなく、能力がその官職にふさわしくなく、賞賜がその功績に相当せず、刑罰がその犯罪に相当しなければ、世の中にこれほど大きな不都合はない。かの凶暴なものを征伐し、道にもとったおこないをするものを誅殺するのは、治まった御代の威光のあらわれであり、人を殺したものが死刑になり、人を傷つけたものが刑罰せられるのは、昔からどの王の時にも同じであって、いつからそのようになつたかわからないほど古いことである。だから治まった世には刑罰が重くなり、乱れた世には刑罰は軽くなるが、それは、治まった世の犯罪はもとより重く、乱れた世の犯罪はもとより軽いからである。書経に「刑罰は世、重くし、世、軽くす」とあるが、これは、そのことをいったものである。「またいわゆる「象刑、これ明らかなり」とは、天道に象^{かた}どつて刑罰をさだめたことをいったものであり、どうして草で作つたはきものはかせたり、^{あか}赭い着物をきせたりなどすることがあつたであろうか。

孫卿之言既然、又因俗説而論之曰、禹承堯舜之後、自以德衰而制肉刑、湯武順而行之者、以俗薄於唐虞故也、今漢承衰周暴秦極敝之流、俗已薄

※治まった世の犯罪はもとより重く、乱れた世の犯罪はもとより軽い。これは治世と乱世との社会的条件の差異に応じて、犯罪としての比重に軽重の差が生ずることをいっただけである。

※「刑罰は世、重くし、世、軽くす」。呂刑の文。ただし呂刑では「刑罰は世軽くし、世重くす」となっている。

※書経益稷のことば。

※天道に象^{かた}どつて刑罰をさだめたことをいっただけである。漢書の刑法志(一)六頁参照。

於三代、而行堯舜之刑、是猶以鞶而御駢突、違救時之宜矣、且除肉刑者、本欲以全民也、今去髡鉗一等、轉而入於大辟、以死罔民、失本惠[△]矣、故死者歲以萬數、刑重之所致也、至乎穿窬之盜、忿怒傷人、男女淫佚、吏爲姦臧、若此之惡、髡鉗之罰、又不足以懲也、故刑者歲十萬數、民既不畏、又曾不恥、刑輕之所生也、

△王念孫は「本意」の字の誤りであるといっている。

孫卿の説は上記のとおりであるが、さらにまた、俗説にもとづいて自分の説を述べれば次の如くである。夏の禹王は、堯や舜のあとをうけついでだが、みづからその徳が堯や舜の時よりも衰えたとして肉刑をさだめたのであり、殷の湯王や周の武王が、それに従って肉刑を行ったのも、世俗の風俗が、堯や舜の時よりも軽薄になつていたからである。ところがいま漢は、衰微した周や暴虐な秦のみだれにみだれたあとをうけつぎ、世の風俗はすでに夏・殷・周の三代よりも軽薄になつてに、堯や舜の時のような刑を行なっている。これはあだかも、鞶^{たづな}だけであれば馬を御しようとするようなもので、当今の弊害を救いただすのに適した方法ではない。

※ところが今は、……一転して死刑の中にはいつてしまふ。漢書の刑法志(三)一四九頁の本文参照。

かつまた文帝が肉刑を廃止したのは、本来それによつて民の生命をまったくさせたかと思つたからである。ところが今は、髡鉗から刑が一等すすむと、一転して死刑の中にはいつてしまふ。このように、死刑の網をはつて民をひっかけるのは、文帝の肉刑廃止の本旨[※]にそむくことである。そこで、死刑となるものが、毎年万をもつ

※本旨。王念孫に従つて「本意」の字の誤りとして取しておく。

て数えるほど多いが、これは刑罰が重すぎることによるものである。一方また、人の家に忍びこむ盗人や、腹たちまぎれに人を傷つけるものや、男女のみだらなふるまいをするものや、役人の不正な利得をするものなどにいたっては、このような悪事は、髡鉗の刑ぐらいではとても懲らすことはできない。そこで、刑をうけるものが、毎年十万をもって数えるほど多いが、民はそれを恐れないばかりか、一向に恥ともしない。これは刑罰が軽すぎるるところから生ずるものである。

故俗之能吏、公以殺盜爲威、專殺者勝任、奉法者不治、亂名傷制、不可勝條、是以罔密而姦不塞、刑蕃而民愈慢、必世而未仁、百年而不勝殘、誠以禮樂闕、而刑不正也、豈宜惟思所以清原正本之論、刪定律令、饗二百章、以應大辟、其餘罪次、於古當生、今觸死者、皆可募行肉刑、及傷人與盜、吏受賕枉法、男女淫亂、皆復古刑、爲三千章、詆欺文致、微細之法、悉蠲除、如此則刑可畏、而禁易避、吏不專殺、法無二門、輕重當罪、民命得全、合刑罰之中、殷天人之和、順稽古之制、成時雍之化、成康刑錯、雖未可致、孝文斷獄、庶幾可及、詩云、宜民宜人、受祿于天、書曰、立功立事、可以永年、言爲政而宜於民者、功成事立、則受天祿而永年命、所謂一人有慶、萬民賴之者也、

それ故、世間のやり手といわれる役人たちは、なんらはばかりとくもなく、盗みをしたぐらいいでもこれを殺して民へのおどしとしており、ほしのままに罪人を殺すものは役目にかない、法律を規定どおりに行なうものは、民をおさめ得ないことになる。このように、罪名の認定をみだりにし、刑罰の制度をくずす行為は、一々ならべあげることができないほどである。それだから、法網がこまかくなっても、悪事はふさぎとめることができず、刑罰が多くなっても、民はいよいよこれをあなどるようになり、三十年たっても仁政は成就せず、百年たっても残虐の人に打勝つことができないのである。[※]これはまことに、礼樂の教化がかけていて、刑罰が正しく行われていないことによるものである。この際どうすれば、刑罰の根本を是正することができるかを、とくと考えてみるべきではあるまいか。すなわちこれまでの律令を整理し、法文二百条をえらびさだめて、これを死刑に該当するものとし、その他の罪で、その程度が、昔は死刑に相当しなかったのに、今は死刑にかかるものは、みな罪人の希望をきいて、死刑の代りに肉刑を行うことができるようにすべきである。また、人を傷つけたり盗みをしたり、役人で賄賂をとって法を曲げたり、男や女でみだらなふるまいをしたりするものには、みな昔の肉刑を復活することにし、法文三千条をさだめて、無実の罪の捏造ねつぞうや法の無理な適用を招くようなことま

※三十年たっても仁政は成就せず、百年たっても残虐の人に打勝つことができないのである。論語子路篇の孔子のことばにもとづく。漢書の刑法志(四)一一九頁参照。

