

近世日本の贖刑論の一考察 (一)

片 保 涼 介*

目 次

- 一 はじめに
 - (一) 近世日本の「明律」研究とその影響
 - (二) 贖刑の影響
 - 二 贖刑をめぐる意見対立
 - 三 「明律」における贖刑
 - 四 榊原篁洲の贖刑論
 - (一) 榊原篁洲と『大明律例診解』の概略
 - (二) 榊原篁洲の贖刑理解
 - (三) 小 括
 - 五 高瀬学山の贖刑論
 - 六 荻生徂徠の贖刑論
 - 七 おわりに
- (以上、本号)

* かたほ・りようすけ 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

一 はじめに

(一) 近世日本の「明律」研究とその影響

十七世紀末から十八世紀前半にかけて、「明律」の研究が盛んに行われ、これが「公事方御定書」に代表される享保期の江戸幕府の立法や、後の「明律系藩法」と呼ばれる諸藩の刑法典に影響を与えたことは有名である⁽¹⁾。

幕府の「公事方御定書」の規定に対する、「明律」の影響として指摘されているものとしては、過料刑、幼年者の刑事責任、乱心者および酒狂者の刑事責任、盗犯の累犯加重、軽罪を犯した者が重罪を犯した者を告発した際の前者の免責、「旧悪免除」⁽²⁾、敲刑、入墨刑、刑の加重・減輕方法など⁽³⁾と、きわめて多岐にわたる。そしてまた、「公事方御定書」そのものの編纂方針においても、「明律」を参考とするところがあつたとされる⁽⁵⁾。

藩においては、熊本藩（刑法草書、宝暦五年（一七五五））、新発田藩（新律、天明四年（一七八四））、会津藩（刑則）、寛政二年（一七九〇）、弘前藩（寛政律、寛政九年（一七九七））、和歌山藩（国律、享和期以降（一八〇一））などが、より直接的に「明律」を参照した刑法典（明律系藩法、明律系藩刑事法典）を制定したことで知られている⁽⁶⁾。

このような幕府や諸藩の立法を支えた日本における「明律」研究は、和歌山藩に始まる。和歌山藩の儒学者、榊原篁洲（玄輔、一六五六—一七〇六）による「明律」の注釈書、『大明律例諺解』^{だいみんりつれいげんかい}は、日本における「明律」研究の嚆矢である。同じく儒学者として和歌山藩に仕えた高瀬学山（忠敦、喜朴・喜樸、一六六八—一七四九）もまた、明律注釈書である『大明律例訳義』を執筆し、さらには「明律」に関係する徳川吉宗の諮問に回答している。近世日本の「明律」研究として最も有名なものは、荻生徂徠（一六六六—一七二八）とその弟、荻生北溪（一六七三—一七五

四) によるものであろう。享保八年(一七二三)に幕府の許可のもと刊行された『官准刊行明律』(訓点本明律)は、北溪が兄の徂徠らと協力して訓点を施したものである。そして荻生兄弟らによる「明律」研究の成果が、徂徠による『明律国字解』である。⁽⁷⁾

こうした日本で編纂された明律注釈書が、享保期の幕府における立法に活用されたことは言うまでもないが、『大明律例訳義』や『明律国字解』は写本として流布し、前述の諸藩の刑法典の編纂や運用にあたって利用されたことが指摘されている。⁽⁸⁾ 以上のように、十七世紀末から十八世紀前半にかけての和歌山藩や幕府における「明律」の研究は、日本の「明律」継受に大きな役割を果たしたのである。

(二) 贖刑の影響

さて、近世日本の刑法に対する「明律」の影響の具体例として、しばしば指摘されるものが「贖刑」である。これは財貨を供することによって実刑を代替する刑罰である。こうした贖刑は唐代中国の刑法典である「唐律」において見られるほか、以降の王朝が制定した「明律」や「清律」といった刑法典もまた贖刑を設けていた。日本においては、「唐律」を継受した古代の「養老律」や、「明律」や「清律」を継受した明治初期の「新律綱領」といった刑法典が贖刑を設けていたことで知られる。

本稿で検討の対象とする近世日本においては、前述の明律系藩法の中には贖刑の制度を有するものが存在することが知られており、また先に「公事方御定書」⁽⁹⁾の規定に対する「明律」の影響例として言及した通り、幕府の過料刑についても贖刑との関係が指摘されている。⁽¹⁰⁾ しかしながら、近世日本における贖刑については、これまで積極的

に研究がなされてきたとは言い難い。

本稿はこうした研究の不足を補うべく、幕府や諸藩における贖刑受容の契機となったと考えられる、十七世紀末から十八世紀前半にかけての「明律」研究を精査し、榊原篁洲や高瀬学山、荻生徂徠といった近世日本の「明律学者」の、贖刑に対する理解と評価を説明するものである。

次章で述べるように、榊原篁洲や高瀬学山については、こうした観点からの先行研究がすでに存在している。他方、近年「明律」について研究が深められており、その贖刑をめぐることも多くが明らかとなっている。本稿においては、篁洲や学山の贖刑認識についての先行研究を手掛かりとしつつも、「明律」の贖刑に関する今日の研究成果を参照し、彼ら明律学者の贖刑認識をより具体的に描き出したいと思う。

- (1) この分野の総合的な研究としては古くは、小早川欣吾「明律令の我近世法に及ぼせる影響」〔『東亜人文学報』第四卷第二号、一九四五年〕があり、近年では、高塩博①「江戸時代享保期の明律研究とその影響」〔『江戸幕府法の基礎的研究 論考篇』汲古書院、二〇一七年〕《初出・池田温、劉俊文編『日中文化交流史叢書 第二卷 法律制度』大修館書店、一九九七年〕が代表的なものである。
- (2) 以上、小林宏①「徳川幕府法に及ぼせる中国法の影響——吉宗の明律受容をめぐる——」〔『日本における立法と法解釈の史的研究 第二卷 近世』汲古書院、二〇〇九年〕《初出・國學院大學日本文化研究所紀要』第六四輯、一九八九年》参照。
- (3) 以上、高塩博②「江戸幕府法における敵と入墨の刑罰」〔小林宏編『律令論纂』汲古書院、二〇〇三年〕参照。
- (4) 高塩前掲論文①・七三、七四頁参照。
- (5) 高塩博③「『公事方御定書』の法体系と律令法——徳川吉宗に焦点を当てつつ——」〔高塩前掲『江戸幕府法の基礎的』

研究』《初出・『国史学』第二一六号、二〇一五年》参照。

(6) このほか幕末には、久留米藩と土佐藩でも「明律」の影響を受けた刑法典が編纂された。以上、高塩前掲論文①・八一頁参照。

(7) 以上、高塩前掲論文①・五三―六七頁参照。

(8) 熊本藩における『明律国字解』や『大明律例訳義』の所載と利用については、高塩前掲論文①・七五―七九頁、小林宏②「熊本藩と『大明律例譯義』」(小林前掲「日本における立法と法解釈の史的研究」)参照。会津藩においては、高塩博④「会津藩における『大明律例訳義』の参酌」(池田温編『日中律令制の諸相』東方書店、二〇〇二年)参照。新発田藩もまた立法にあたり『明律国字解』を利用した(藤井重雄「唐明律と藩法との関係について——新発田藩に於ける——」『新潟大学教育学部紀要』第七卷第一号、一九六五年、六三頁参照)。

(9) 牧英正氏は、財貨を供することによって罪をあがなう「贖罪」制度が日本に存在した例として、律令法の継受以前・律令法・近世藩法・明治初年の刑法を挙げている。「律令の継受以前にも紀記や風土記に贖罪のことが見えており、律令以降も近世藩法のうちのあるものは贖罪の制度をもっており、明治初期の新律綱領、改定律例にも同じ制度を規定している。」(牧英正「日本古代贖罪制度考」『法学雑誌』第四卷第三・四号、一九五八年、七五頁)。

(10) 小林前掲論文①・四一、四二頁参照。

二 贖刑をめぐる意見対立

近世日本の贖刑論の中でも、先行研究で取り上げられてきたものが、榊原篁洲の贖刑批判論と、高瀬学山によるその反駁である。この両者による贖刑についての意見の対立は、日本における贖刑論の出発点であると言え、最初に検討しなくてはならない。

この贖刑をめぐる両意見の存在について、最初に言及した研究は、高塩博氏の「和歌山藩『大明律例諺解』の成立⁽¹¹⁾」である。同論文は榊原篁洲の『大明律例諺解』の成立過程について明らかにしたものであるが、「贖銅をめぐる参訂と高瀬喜朴⁽¹²⁾」という項目を設け、篁洲が「明律」の贖刑について否定的な見解を有していること、高瀬学山（喜朴）が篁洲のこの見解に対して反駁していることなどを見出した。

この篁洲と学山による贖刑をめぐる議論が、吉宗による過料刑の導入に影響を与えたことを指摘したが、小林宏氏の論考「徳川幕府法に及ぼせる中国法の影響——吉宗の明律受容をめぐる——」⁽¹³⁾である。同論文は、吉宗が篁洲の贖刑批判論を受けて、贖刑の是非について学山に諮問している点などから、過料刑に対する贖刑の影響を認めたものである。⁽¹⁴⁾同じく小林氏の「徳川吉宗と過料刑の成立——立法における経書の意義に寄せて——」⁽¹⁵⁾は、篁洲と学山の議論の内容に踏み込み、両者がともに儒教経典を用いて持論を展開していることを論証したものである。以下、本章においては両者の贖刑論について、これら先行研究の整理を兼ねて具体的に見ていくことにしたい。

まずは榊原篁洲の贖刑批判論である。篁洲の贖刑に対する見解は、彼の著作で日本初の明律注釈書である『大明律例諺解』に記されている。本書の名例律「五刑」条「流刑三」の注釈には、以下のような贖刑を批判すると思われる文章が存在するのである。⁽¹⁶⁾

流罪ニモ 贖ヲ納ル法アリ。三流ノ罪已ニ重シ。而ルニ猶贖ヲ許スハ良法ニ非ス。尚書ニ金作^{ナス}レ贖^{フコトヲ}レ刑ト云。是納^レ贖^ヲノ始也。然レトモ過誤^{クハゴ}ノ犯罪、情軽キ者ヲ贖シム。後世五刑トモニ軽重ヲ不^レ論^セシテ皆贖フハ謬^{アヤマ}レリ。但、宋ノ世ニハ輕罪ニノミ贖法ヲ用。仁宗ノ時ニ贖法ヲ立ント欲ス。議者ノ曰、富人ハ贖ヲ以テ刑ニアタラズ、

貧人ハ免ルコトヲ不_レ得シテ、刑政不_レ平^{カラナ}ト云^フ。其事遂ニ寢ヌ。日本近世、贖法ヲ不_レ立。故ニ罪ヲ犯ス人ハ、貧富ヲ不_レ論シテ、皆法ニ依テ罪ニ坐シテ、刑罰正^{シクダ}中ル。誠ニ善政也。

流罪にも贖を納める法がある。三流の罪は重い。にもかかわらず贖を許すのは良法ではない。『尚書』に「金作贖刑」ということがあるが、これは納贖の起源である。しかしながら、過誤による犯罪や情状の軽い者にのみ贖を適用した。後世の刑法が五刑ともに、軽重を論じることなく贖を適用するのは誤りである。ただし、宋代には軽罪にのみ贖法を用いた。仁宗皇帝の時には贖法を立法しようとしたのであるが、論者から、「裕福な者は贖を支払うことができるので実刑を受けないが、貧者は実刑を免れることができず、これは刑政上の不公平である。」という批判を受けた。これにより贖法を立法することは行われなくなった。日本は近年、贖法を設けていない。ゆえに罪を犯した者は、⁽¹⁷⁾貧富を論じることなく、皆法に従い実刑に処されるため、刑罰は公正なものとなる。まことに善政である。

篁洲はこのように、贖刑が犯罪者の経済状態によって平等に作用しないことを批判し、五刑すべてに贖刑を適用することに反対する。そして、このような贖刑制度を設けていなかった当時の日本を「誠ニ善政」と称賛するのである。

続いて、このような篁洲の見解に対する高瀬学山による反駁の紹介に移りたい。篁洲の没後、『大明律例諺解』の内容を修正すべく、その訂正箇所をまとめた『訂正一卷』（『大明律例諺解訂正』）と題される書物が編纂された。

学山は篁洲の後継者として、正徳三年（一七一三）に行われたこの編纂作業に携わっていたのである。そしてこの中で学山は、前掲の篁洲による贖刑についての見解を削除し、代わりに以下の文章を、『大明律例諺解』の本文中に書き入れるべきであると主張している。⁽¹⁸⁾

夫贖ハ尚書ニ金作二贖刑一、此贖ノ始也。然レトモ其時ハ惟鞭・朴ノ二罪ヲ贖フコトヲナシテ、墨・劓・剕・宮・大辟等ノ如キニハ及ハズ。周礼ニモ未ダ其事ナシ。惟周穆王、権宜ニ因テ国用ヲ足シ、且又、万民ヲ全フセントメニ、五刑トモニ並ニ贖フコトヲ免ス。然レバ五刑トモニ贖フコトハ、周穆王ヨリ始レリ。漢文帝ニ至テハ既ニ肉刑ヲ除キ、更ニ複^ツ連^ヒニ減シテ徒・流・笞・杖トナシ、後世守^レ之。漢武帝ノ時ニ、穀ヲ入レ刃用ヲ足スヤウニセシカトモ、人ヲ殺シ盜ヲセシ者ハユルサズ。明律ハ唐律ニ本キ増損シテ贖ノ法較詳也。死罪ノ囚トイヘトモ、雜犯ノ死罪ヲハ贖ヲユルス。尤罪ノ輕重ニ因テ贖銅ノ多少同ジカラズ。独^リ国用ノ足ルノミニアラズ、民ヲ恵ムノ意深シ。

贖は『尚書』の「金作贖刑」が起源である。しかし、その時は鞭・朴の二つの刑罰に適用するのみで、墨・劓・剕・宮・大辟といった五刑には許さなかつた。『周礼』にも、そうしたことは見えない。ただ、周の穆王は臨機的手段として国費の足しにするため、かつ、万民のために五刑すべてに贖を許した。これによるならば、五刑にも贖を適用することは、周の穆王から始まる。漢の文帝の時に肉刑が除かれ、さらにほかの刑罰も段階的に減じて徒・流・笞・杖とし、後世の刑法もこれに従つた。漢の武帝の時代には穀物を入れさせ、辺境の費

用に充ててゐることを行つたが、殺人や盗みの罪にはこれを許さなかつた。「明律」は「唐律」に基づいて条文を増減しており、贖の法は「唐律」と比べて詳細である。死罪の囚人といえども、雑犯の死罪には贖を許す。もつとも、罪の軽重に応じて贖銅の額は同じではない。ただ国家財政を補うのみならず、民に仁恵を施すという意図のある刑罰なのである。⁽¹⁹⁾

篁洲とは対照的に、国家財政と仁恵の観点から、贖刑に高い評価を下す学山の見解が見て取れる。

この後においても学山は篁洲の見解を批判している。徳川吉宗の近辺の学者たちの研究成果を収録した、『名家叢書』と呼ばれる全七十八冊の叢書が存在するが、⁽²⁰⁾その中に吉宗の法律上の諮問と学山の回答とを収録した、『喜朴考』(『律考』、第三十六冊)が存在する。これに収録されている吉宗と学山との間に交わされた質疑応答によるならば、吉宗は篁洲の贖刑に対する認識に疑問を抱いたようである。享保五年(一七二〇)には、この点について学山に対して質問をしている。⁽²¹⁾『喜朴考』に載せられたその諮問と学山の回答を以下に引用する。⁽²²⁾

諺解云、宋ノ仁宗ノ時、贖法ヲ立テント欲ス。議者曰、富人ハ贖ヲ以テ刑ニアラズ、貧人ハ免ル、コトヲ不_レ得シテ刑政不_レ平ト云テ、其議遂ニ寢ヌ。⁽²³⁾日本近来、贖法ヲ不_レ立。誠善政トアリ。此諺解ノ文言ニテハ、宋キリニテ贖法ハヤミタルヤウニ見ヘタリ。イカ、トノ御事。

ナルホト少シ文句不_レ足ヤウニキコユレトモ、三流ノ罪已ニ重シ。然ルニ贖ヲユルスハ良法ニアラズト諺解ニイヘルハ、律ノ三流ノ贖法ニカ、リテ、明律ニ贖ノ法ヲ立タルコトヲ、ソシリタル者ニテ、アナガチ贖法

ハ宋キリニテヤムト云ヘルトモ見ヘズ。贖法ノ悪キコトライヘルハ、作者一分ノ見解ナリ。然レバ諺解ノ通リニテモ苦シカルマジキ歟。然トモ贖法ハ世々用ヒ来リ、明ニ至テ尤詳ナリ。清ニモ其法ヲ廢セズ。蓋シ、イカヤウニシテモ助クベキ筋アレバ、人ヲ助ケタク思ヒ、ユルスベキ道アレバ、何トゾユルシタク思フ故ト見ヘタリ。誠仁政ノ一端ナリ。罪ヲ犯セバ貧富ヲイワズ、ノコサズ刑ニ行ハントスルハ、忍人ノ所為ニテ、天下ノ民ヲ子トスル大人ノ量ニハ非ズ。夫故、代々贖法ヲハ用ユルト見ヘタリ。且又、講解云、終ニ宋之世一、贖法惟及ニ輕罪一而已トアレバ、宋朝ニテモ罪ノ輕キヲ贖フト見ヘタリ。諺解ニ書經ニハ輕罪ヲノミ贖フトアレトモ、書經ニ大辟疑肆、其罪千鈞トアレバ、死罪ヲモ疑キハ贖フト見ヘタリ。貧ナル者ノ贖フ力ナキ者ハ、笞・杖ハ打テスマシ、徒・流・雜犯ノ死罪、幾年ト年ヲキワメ做工サセ、又ハ擺站・哨瞭ナトサセテスマセバ、貧者モ刑ヲ免ズトハ云ヘカラズ。諺解ノ見ハ、代々ノ律意ニ合ハザルノミニ非ズ、忍人ノ說ニテ、人君ノ心ニハカナフベカラズ。

この文章については、前掲の『大明律例諺解』や『訂正一卷』の記述とも重複する部分があるため、要約しつつ解説を行いたい。吉宗は『諺解』の注釈に、贖刑が宋代限りで廃止されたとも読める記述が存在していることを疑問に思ったようである。学山はこれに答えて、『諺解』にそうあるのは、「明律」に贖法を設けたことを非難して述べたものであり、必ずしも贖法は宋代限りで廃止されたとは読めないとしている。そして、こうした贖刑批判論は、箕洲一身の見解であるとして、箕洲の贖刑反対論への論駁を開始する。

学山が第一に挙げるのは、贖刑が歴代の中国の王朝で用いられているという事実である。贖刑制度は明代に至っ

て最も詳細であり、清においてもこれを廃止していない。このように贖刑が歴代の王朝で用いられている理由は、「イカヤウニシテモ助クベキ筋アレバ、人ヲ助ケタク思ヒ、ユルスベキ道アレバ、何トゾユルシタク思フ故」であり、これこそが「仁政ノ一端」なのである。対して、罪を犯した者に貧富を問わず実刑を科すのは、「忍人」(学山は「ムゴキヒト」と訓読している。)の行いであり、天下の民を子とする君主の器量ではないとする。

また、宋においても軽い罪には贖刑を行っていたとする記述や、『書経』の死刑に対しても贖刑を行うとする記述を引用し、箕洲の贖刑理解の誤りを指摘するのである。続いて具体的に明代の贖刑制度に言及し、資力のない貧者でも実刑は免除されると述べる。以上を総括して、『諺解』の贖刑を否定する見解は、中国歴代の律の法意に合わないのみならず、「忍人」の説であり、君主たる者の心には適わないものであると論じている。⁽²³⁾

さて、箕洲と学山の贖刑論においては、ともに儒教の基本経典の一つである『書経』(尚書)に記された贖刑についての言及が存在する。このような儒教経典やその注釈書が、彼らの議論において重要な役割を果たしていることは、小林氏の論考「徳川吉宗と過料刑の成立」⁽²⁴⁾において指摘されているところである。以下この点について、両者の主張を理解するために概観しておきたい。『書経』には二つの贖刑が登場する。⁽²⁵⁾一つは、両者が贖刑の起源として挙げる「舜典」の「金作贖刑(金を贖刑と作す)」と呼ばれるものである。これは銅を納入することで、過失犯あるいは軽微な犯罪について、その罪を許すものとされる。もう一つが、「呂刑」における周の穆王の贖刑である。これは罪の疑わしい場合に、墨(入墨)、劓(鼻削ぎ)、剕(足切り)、宮(去勢)、大辟(死刑)からなる五刑を、銅を納入することで許すものである。

箕洲は、明代を含む後世の贖刑が「金作贖刑」とは異なり、五刑すべてに適用されることを批判する。その理由

として挙げるのが、贖刑が犯罪者の経済状態によって平等に作用しないという問題（富人ハ贖ヲ以テ刑ニアタラズ、貧人ハ免ルコトヲ不_レ得_レ）であるが、この箕洲の論理は、宋代の『書経』注釈書である『書経集伝』（蔡₂₆）や、『宋史』刑法志が、「呂刑」の贖刑を同様の理由で批判していることに影響を受けたものであるという。転じて学山が贖刑を評価し、民に仁恵を施す制度であると考える見解もまた、「呂刑」の贖刑を評価する元代の『書経集伝』の注釈に依拠しているというのである。⁽²⁸⁾ このように箕洲と学山は自身の贖刑論の正当化の根拠として、『書経』に代表される儒教經典やその注釈書を用いているのである。こうした点が彼らの儒教思想を読み解く上で、重要であることは言うまでもないであろう。⁽²⁹⁾

しかしながら先行研究においては、重要な点が未解明のまま残されていると思われる。すなわち、箕洲や学山が論じた「贖刑」の具体的内容についての検討が、不十分なままであると考えられる。「贖刑」は財貨などによって実刑を代替する換刑であるが、特定の身分の者に対する恩典として働く場合もあれば、幼年者や高齢者、心身障害者に対する減輕や、あるいは被害者への損害賠償として作用する場合もあり、一口に「贖刑」と言っても、その機能や適用のありかたはさまざまである。箕洲や学山が贖刑のいかなる面を否定し、あるいは肯定していたのかは、いまだ明確となっていないと言えない。

この問題を解決するにあたって示唆を与えられるのが、高瀬学山による『訂正一卷』の「明律ハ唐律二本キ増損シテ贖ノ法較詳也。」という記述や、『喜朴考』における「然トモ贖法ハ世々用ヒ来リ、明ニ至テ尤詳ナリ。」という主張である。これによるならば「明律」の贖刑は、歴代の律の中でも、きわめて詳細ということになる。したがって、近世日本の諸学者による贖刑論を検討するためには、「明律」における贖刑について理解する必要がある

と考えられる。

- (11) 高塩博⑤「和歌山藩『大明律例診解』の成立」(『日本律の基礎的研究』汲古書院、一九八七年)。
- (12) 高塩前掲論文⑤・三八三―三八六頁。
- (13) 小林前掲論文①。
- (14) 小林前掲論文①・四一、四二頁参照。
- (15) 小林宏②「徳川吉宗と過料刑の成立——立法における経書の意義に寄せて——」(小林前掲『日本における立法と法解 釈の史的研究』《初出・『法史学研究會會報』第九号、二〇〇四年》)。
- (16) 『大明律例診解』卷一、名例律「五刑」条「流刑三、十丁裏、十二丁表。
『大明律例診解』三〇卷目錄一卷(国立国会図書館所蔵、請求記号…み―6)
国立国会図書館デジタルコレクション
<http://dl.ndl.go.jp/info:ndjp/pid/2610145>
本稿における史料の引用にあたっては、句読点を適宜追加し、旧字・合字・異体字は原則として現用の字体とした。
現代語訳については、小林前掲論文②・七一、七二頁を参考とした。
- (17) 高塩前掲論文⑤・三八三、三八四頁より引用。引用にあたり句読点を変更した箇所がある。
- (19) 現代語訳については、小林前掲論文②・七三頁を参考とした。
- (20) 『名家叢書』(国立公文書館所蔵、請求番号…特063―0001)。国立公文書館デジタルアーカイブで閲覧可能であるとともに、影印本が刊行されている(『国立公文書館内閣文庫蔵 名家叢書』上中下、関西大学出版部、一九八一・一九八二年)。「喜朴考」は中巻に所収。詳しくは、大庭脩「『名家叢書』解題」(同書・下巻)参照。
- (21) 大庭前掲論文・五四三頁参照。
- (22) 国立公文書館デジタルアーカイブ

<https://www.digital.archives.go.jp/das/meta/M1000000000000075464>

なお原文では、ほとんどの漢字に片仮名で振り仮名が振られているが、本引用では一部を除いて省略した。また、送り仮名についても省略した箇所がある。

(23) 以上、小林前掲論文②・八三頁参照。

(24) 小林前掲論文②。

(25) 『書経』の贖刑については、小島祐馬「経済上より観たる『尚書』の贖刑」(『支那学』第一卷第六号、一九二二年)参照。

(26) 朱熹の弟子の蔡沈が著した『書経』の注釈書。「金作贖刑」の注釈として、「至呂刑乃有五等之罰、疑穆王始制之、非法之正也。蓋当刑而贖、則失之輕。疑赦而贖、則失之重。且使富者幸免、貧者受刑、又非所以為平也。」(朱傑人、嚴佐之、劉永翔・主編『朱子全書外編』華東師範大学出版社、二〇一〇年、一五頁)と述べて、穆王が五刑に対しても贖刑を適用したことを批判し、その理由として経済上の不公平を挙げている。

(27) 『宋史』刑法志もまた同様に、『書経集伝』の贖刑批判論を引用し、贖刑を五刑に適用することを批判する。そして宋代の贖刑制度の沿革を述べ、宋の終わりまで贖刑は軽微な犯罪にしか適用されなかつたとして結んでいる(梅原郁編『訳注中国近世刑法志』上 創文社、二〇〇二年、二二六―二三九頁参照)。

(28) 以上、小林前掲論文②・七四―八一頁参照。

(29) たとえば近年の、学山に対する思想史からの研究としては、李基原『徂徠学と朝鮮儒学』第五章「徂徠学の周辺の世界(二)——反春台論としての『聖学問答』批判書の公刊——」(ぺりかん社、二〇一一年)があり、学山が執筆した太宰春台の『聖学問答』批判書である『非聖学問答』を取り上げている。

三 「明律」における贖刑

「明律」³⁰⁾では、いかなる場合に贖刑が適用されるものなのであろうか。本章では「明律」における贖刑の実態について、今日の研究を参照しつつ概観しておきたい。³¹⁾

「明律」の贖刑には「收贖」(律贖)と呼ばれるものと、「納贖」(例贖、贖罪)と呼ばれるものが存在した。「收贖」は律に定められた贖刑であり、「唐律」を継承したものである。これが認められるのは、①文官・武官の犯罪、②天文生の犯罪、③女性の犯罪、④高齢者・幼年者・心身障害者の犯罪、⑤存留養親、⑥過失殺傷、⑦誣告などの場合である。³²⁾以下、順に説明していききたい。

① 文官・武官の犯罪

「唐律」では特権身分の者に対する收贖を広く認めていたが、「明律」では收贖の認められるのは、文官・武官の公罪および武官の私罪で、答罪にあたるものに限定され、残りは人事上の処分による処罰方法となっている(名例律「文武官犯公罪」条、同「文武官犯私罪」条)。³³⁾

② 天文生の犯罪

特定の職業の者に対する收贖としては、欽天監(天文台)の学生である天文生に対するものがある。天文生が、徒罪・流罪を犯した場合は、杖一百のみを執行して余罪を收贖するとしている(名例律「工薬戸及婦人犯罪」条)。

③ 女性の犯罪

「唐律」では女性であっても徒刑を執行したのであったが、「明律」では女性の犯罪に対する收贖が存在する。名

例律「工樂戸及婦人犯罪」条によるならば、徒罪・流罪を犯した女性は杖一百のみを執行して余罪を收贖するとしている。⁽³⁴⁾この規定が設けられた理由としては、後述の高齢者や幼年者、心身障害者の場合と同様に、あわれむべき対象として考えられていたということが挙げられるが、「明律」にこの規定が初めて出現した理由は、必ずしも明らかではない。⁽³⁵⁾

④ 高齢者・幼年者・心身障害者の犯罪

高齢者や幼年者、心身障害者の犯罪に対する收贖は、「唐律」にも存在するものであり、「明律」においても、名例律「老小廢疾收贖」条に以下のように定められている。⁽³⁶⁾十五歳以下・七十歳以上の者と廢疾者が、流罪以下の罪を犯した場合は、縁坐や一部の凶悪な犯罪などの場合を除いて收贖する。十歳以下・八十歳以上の者と篤疾者は、殺人で死刑となり皇帝の裁定に委ねられる場合のほか、盗犯や傷害の場合は收贖し、その他は刑罰を免除する。そして七歳以下・九十歳以上の者は、謀反・大逆の場合を除いて、死罪を含めて免除されるとしている。

本規定の立法理由としては、高齢者や幼年者、心身障害者をあわれむという儒教的精神に加え、より直接的な理由としては、これらの者が一般人並みの刑罰を受ける体力を有さないという、受刑能力の問題にあつたとされる。もつとも今日的な責任能力の要素が存在しないわけではない。本規定は受刑能力と責任能力という、二つの概念が混在したものであろうとされている。⁽³⁷⁾

⑤ 存留養親

存留養親とは、「犯人の祖父母・父母……が七十歳以上の老人であるか、または心身障害者であり、且つ犯人の他には、父母等を養うべき十六歳以上の成人が家にいない場合、犯した罪が死罪ならば皇帝の裁定を仰ぎ、軍・

流・徒罪ならば杖一百を執行した上で、余罪を收贖で代替し、犯人を父母等のもとに留めて彼らを養わせるとする⁽³⁸⁾ (以上は「清律」についての説明) 制度であり、「明律」においてもこれとほぼ同じ規定が、名例律「犯罪存留養親」条に定められている。こうした規定自体は、「唐律」にも存在するのであるが、流罪・徒罪の場合に、收贖によって実刑を免除するのは「明律」の変更点である。⁽³⁹⁾

⑥ 過失殺傷

「過失殺傷」⁽⁴⁰⁾ の場合に損害賠償として收贖したものであり、したがってこの場合は被害者の家に給付される(刑律・人命「戲殺誤殺過失殺傷人」条)。

⑦ 誣告

「明律」では「誣告反坐」の場合にも、部分的に收贖を認めている(刑律・訴訟「誣告」条)。⁽⁴¹⁾

なお、「唐律」に存在した疑罪の收贖は、疑罪についての条文そのものが「明律」には存在しない。⁽⁴²⁾

名例律「五刑」条は收贖の額について、笞一十に対する贖銅錢六百文から、死刑に対する贖銅錢四十二貫まで、銅錢の額(貫文)によって定めている。しかし実際には銅錢ではなく紙幣である「鈔」で納入するものとされ、⁽⁴³⁾ 中には鈔の乱発による価値の下落に伴い、最終的にすべて銀に換算(折銀)して納入するものとされた。⁽⁴³⁾

次に説明する「納贖」(例贖、贖罪)は、律の規定とは別に、追加法である条例によって整備された贖刑である。「收贖」が適用にあたって対象を限定していたのに対して、これは真犯死罪を除くすべての犯罪と刑罰に適用されるものである。すなわち、死刑にあたる犯罪を真犯死罪と雑犯死罪とに分け、雑犯死罪および流罪・徒罪・杖罪・笞罪はすべて「納贖」により執行したのである。

この納贖の形態には、労役に服させる「做工」と、物資の納入を行う「運納」とが存在した。運納には運炭・運灰・運磚・納米など、さまざまな物資の納入が用いられたが、明代中期以降には、銀に換算して納入するものとされた。犯罪者は資力に応じて「無力」・「稍有力」・「有力」という類型に分けられ、資力の無い「無力」の者ならば、笞罪・杖罪はそのまま執行（的決）され、徒罪は徒刑の年限（二年から三年）の、流罪は四年、雜犯死罪は五年の做工とされた。そして資力のある「有力」の者は、運納の方式により銀に換算して納入した。それに次ぐ「稍有力」の者の場合は做工を建前として、実際には「有力」者より軽減された形で銀納となった。⁽⁴⁴⁾

以上によるならば明代の贖刑は、「收贖」に加えて「納贖」を設けるなど、きわめて広範に用いられるもので、まさに高瀬学山の述べるように詳細なものであった。次章以降において諸学者の贖刑論を読み解いていくにあたっては、このような「明律」の贖刑の実態を念頭に置いて検討を行わなければならない。

(30) 「明律」を含めた明代中国の諸法典については、瀧川政次郎「明代刑法典概説（一）（二）」（『法学協会雑誌』第六〇巻第六・七号、一九四二年）、佐藤邦憲「明律・明令と大誥および問刑条例」（『滋賀秀三編『中国法制史——基本資料の研究——』東京大学出版会、一九九三年）、滋賀秀三『法典編纂の歴史』（『中国法制史論集（法典と刑罰）』創文社、二〇〇三年）二〇九—二八〇頁参照。

洪武元年（一三六八）に最初の「明律」が頒布された後、何度か律の改正が行われ、洪武三十年（一三九七）に完成したものの「洪武三十年律」が今日伝わる「明律」であり、明の滅亡まで改正されることはなかった。副次法典としては単行指令である条例を整理した「問刑条例」が存在する。弘治十三年（一五〇〇）、嘉靖二十九年（一五五〇）、万曆十三年（一五八五）に制定が行われ、「明律」とともに用いられた。

「明律」については、懷効鋒点校『中華伝世法典 大明律』（法律出版社、一九九九年）所収のものを参照した。

- (31) 明代の贖刑に関する文献としては、宮澤知之「明代贖法の変遷」(梅原郁編『前近代中国の刑罰』京都大学人文科学研究所、一九九六年)、陶安あんど①「中国刑罰史における明代贖法——唐律的『贖刑』概念との比較——」(『東洋史研究』第五七卷第四号、一九九九年)、陶安あんど②「律と例の間——明代贖法を通じてみた旧中国法の一斑——」(『東洋文化研究所紀要』第一三八冊、一九九九年)、滋賀前掲論文・二三三—二三五頁などのほか、「明史」刑法志の贖刑に関する記事の訳注である、野口鐵郎編訳『訳注明史刑法志』(風響社、二〇〇一年) 九一—一三三頁、梅原郁編『訳注中国近世刑法志 下』(創文社、二〇〇三年) 三五—三六八頁を参考とした。
- (32) 滋賀前掲論文・二三二頁参照。
- (33) 滋賀前掲論文・二七〇頁、陶安前掲論文①・一一一—一二四頁参照。
- (34) 女性の刑事責任については、中村茂夫①「清代に於ける婦人の刑事責任——贖刑を主として——」(『愛大史学』第四号、一九九五年) 参照。
- (35) 中村茂夫前掲論文①・二四—二六頁参照。
- (36) 高齢者や幼年者、心身障害者の刑事責任については、中村茂夫②「精神病者の刑事責任」(『清代刑法研究』東京大学出版会、一九七三年)、中村茂夫③「清代における老幼年者並びに身体障害者の刑事責任」(『法政理論』第一三三号第三卷、一九八一年) を参照。
- (37) 中村茂夫前掲論文③・三三—三七頁参照。
- (38) 中村正人「清律『犯罪存留養親』条考(一)」(『金沢法学』第四二卷第二号、二〇〇〇年) 一八八頁。
- (39) 中村正人前掲論文・一九一、二〇四頁参照。
- (40) 「過失殺傷」については、中村茂夫④「過失の構造」(中村前掲『清代刑法研究』) 参照。「過失殺傷」とは、「加害者にはもともと暴行殺傷の故意は何らなくして、加害者の自らする正常な行為から、たまたま物理的因果関係が被害者に及び、その結果被害者が死傷するに至る」(同九六頁) ことを言う。
- (41) 滋賀前掲論文・二三二頁参照。

(42) 滋賀前掲論文・二二三頁参照。

(43) 宮沢前掲論文・三九〇、三九二頁、滋賀前掲論文・二二三頁参照。

(44) 以上、宮沢前掲論文・三九一、三九二頁、滋賀前掲論文・二三四、一三五頁参照。

四 榊原篁洲の贖刑論

(一) 榊原篁洲と『大明律例諺解』の概略

最初に取り上げる榊原篁洲は、前述の通り和歌山藩に仕えた儒学者である。篁洲については、湯浅常山の『文会雜記』(天明二年(一七八二))に、太宰春台(一六八〇—一七四七)の発言として「法律ノコト紀州ニハヤリタリ。榊原玄輔ナドモ法律家ナリ。」⁽⁴⁵⁾とあり、また東条琴台の『先哲叢談後編』(文政十二年(一八二九))に、

篁洲は、歳不惑を過ぎ、好んで文献通考・六典・通典等の書を読み、専ら歴朝の沿革制度を研討す、故に明律の如きは、尤も其精究する所なり、嘗て侯の命を奉じて、明律訳解三十六卷を撰ぶ、是よりして後、高瀬学山・物徂徠の輩の如き、明律を講ずる者、往々にしてあり、其律学・政書を講明するは、篁洲より起ると云ふ、⁽⁴⁶⁾
という記述があるように、古くから「明律」研究家、そして日本における同研究の創始者としてみなされていた。⁽⁴⁷⁾
儒学者としては同じく『先哲叢談後編』に、「近時の所謂折衷学は、此に胚胎せり」と述べられており、折衷学派の開祖とされている。

続いて『大明律例診解』の成立過程について述べておきたい。⁽⁴⁸⁾ 元禄三年(一六九〇)に和歌山藩二代藩主・徳川光貞(徳川吉宗の実父)より、明律注釈書編纂の命令を受けた篁洲は、四年後の元禄七年(一六九四)に『大明律例診解』を完成させた。⁽⁴⁹⁾ これは後述の諸本と区別して「原撰本」と仮称されている。篁洲本人による業績は以上なのであるが、先にも述べたように篁洲の没後の正徳三年(一七二三)には、和歌山藩五代藩主・吉宗の命により、『大明律例診解』の修正を目的とした「参訂」と呼ばれる作業が、高瀬学山や鳥井春沢、篁洲の息子である榊原霞洲らによって行われた。⁽⁵⁰⁾ この成果として編纂されたのが「参訂本」と称されるものであるが、この段階では『大明律例診解』の本文を改変することはなく、別途作成された『訂正一卷』(『大明律例診解訂正』)と呼ばれる巻にこの修正結果がまとめられた。⁽⁵¹⁾ 次いで二年後の正徳五年(一七一五)には、吉宗はさらに『訂正一卷』の内容を再検討し、『大明律例診解』の本文中に取り入れる「考正」と呼ばれる作業を命じた。⁽⁵²⁾ そしてこの作業により編纂された「考正本」の完成をもって、『大明律例診解』は完成したとされる。

以上が『大明律例診解』の成立過程であるが、これによるならば本書には、「原撰本」や「参訂本」の本文といった篁洲以外の手が加わっていないものと、学山らの見解が盛り込まれた「考正本」とが存在することになる。篁洲自筆の「原撰本」は今日では失われてしまっており、その写本も見出せないのであるが、先に述べたように「参訂本」の本文は「原撰本」と同一のものである。⁽⁵⁴⁾ 今回参照する国立国会図書館所蔵の『大明律例診解』⁽⁵⁵⁾ は、尊経閣文庫所蔵のものと並んで「参訂本」に属するものであり、⁽⁵⁶⁾ 篁洲本人の見解を知るために適したものであると云えよう。⁽⁵⁷⁾

続いて『大明律例診解』の構成と形式について説明する。本書は目録一卷、本文三十巻の計三十一巻から成る。

「明律」の条文に訓点を施したものを載せ、続いて条文中の語句を抽出し四角の枠で囲み、これに漢字片仮名交じり文で語釈を加え、⁽⁵⁸⁾最後に条文全体の通釈を載せ、必要に応じて条文の趣旨にまで言及する。「問刑条例」(万曆十三年)は関連する「明律」条文の後に配置されており、これも同様の形式で注釈されている。⁽⁵⁹⁾

本書は参考文献として「大明令」や『大明会典』といった明代中国の法律・法典のほか、『律条疏議』、『読律瑣言』、『大明律附例』のような中国で編纂された明律注釈書を用いており、注釈中にもこれらの文献からの引用を多数見て取ることができる。

『大明律例諺解』は写本としてのみ伝わり、かつ高瀬学山の『大明律例訳義』や荻生徂徠の『明律国字解』のような諸藩への影響なども不明瞭である。しかしながら、本書の贖刑に関する記述について徳川吉宗が関心を示しており、吉宗の贖刑理解に影響を与えたと考えられること。学山や徂徠の「明律」の研究に影響を与え、⁽⁶¹⁾篁洲が同研究における先駆者とされていること。また、体裁・内容ともに『明律国字解』よりも優秀であるとの見解が存在すること。⁽⁶²⁾以上の点より、『大明律例諺解』の内容について検討することは重要であると考えられるのである。⁽⁶³⁾

(二) 榊原篁洲の贖刑理解

篁洲の贖刑理解について詳細な検討を行うために、本稿の第二章で引用した『大明律例諺解』の贖刑批判論を再掲したい。⁽⁶⁴⁾

流罪ニモ贖ヲ納ル法アリ。三流ノ罪已ニ重シ。而ルニ猶贖ヲ許スハ良法ニ非ス。尚書ニ金作^メ贖^レ刑ト云。

是^レ納^レ贖^ヲノ始也。然^レトモ過^{クハゴ}誤^ノ犯罪、情^レ輕^キ者^ヲ贖^シム。後^世五^刑トモ^ニ輕^重ヲ不^レ論^セシテ皆^レ贖^フハ謬^{アヤマ}レリ。但、宋^ノ世^ニハ輕^罪ニ^ノミ贖^法ヲ用。仁^宗ノ時^ニ贖^法ヲ立^{ント}欲^ス。議^者ノ曰、富^人ハ贖^ヲ以^テ刑^ニアタラズ、貧^人ハ免^ルコトヲ不^レ得^{シテ}、刑^政不^レ平^{カラナ}ト云^フ。其^事遂^ニ寢^{ヤミ}ヌ。日^本近^世、贖^法ヲ不^レ立[。]故^ニ罪^ヲ犯^ス人^ハ、貧^富ヲ不^レ論^{シテ}、皆^法ニ依^テ罪^ニ坐^{シテ}、刑^罰正^中ル。誠^ニ善^政也。

ここで箕洲の贖刑批判の論理を一旦整理してみよう。まず箕洲はあらゆる贖刑を批判しているのではないことが理解できる。箕洲の認めるところの贖刑とはすなわち、『尚書』の「金作贖刑」である。これと対比して批判の対象となつているのが、「後世」の贖刑である。両者にはいかなる違いがあるのだろうか。「金作贖刑」は「過誤ノ犯罪」や「情^レ輕^キ者」に適用したものであった。この正しい贖刑に連なるものとして、箕洲は宋代の贖刑を挙げているが、これもまた「輕^罪ニ^ノミ」適用したと述べる。転じて後世の「謬」つた贖刑は重罪である流罪に適用するなど、「五^刑トモ^ニ輕^重ヲ不^レ論」して行^ウものである。以上のことから考えると箕洲は、過誤による犯罪や、情^状の軽い場合などの、斟酌すべき理由がある場合や、流罪未^滿の刑罰に対しては、贖刑を用いることを容認しているであろうことが推定されるのである。

ところで、明律の贖刑に言及するにあたって箕洲が、「贖^ヲ納^ル法^{アリ}」あるいは、「是^レ納^レ贖^ノ始也」と、一貫して「納贖」の用語を用いていることに注目すべきである。前述のとおり明代の納贖(例贖、贖罪)は、笞罪から雑犯死罪に至る五刑すべての犯罪に対して適用されるものであった。これはまさに箕洲の批判する、正しからざる贖刑そのものと思われる。

転じて收贖（律贖）は、本人の身分や年齢といった一定の要件に基づいて適用されるものである。つまり篁洲は、納贖と收贖とを区別して、前者のみを批判の対象としていたと考えられるのである。この点を明確にするために、まず前章で示した「明律」の收贖規定のそれぞれについて、篁洲がいかなる評価をしているのか『諺解』の記述を見ていきたいと思う。

①文官・武官の答罪に対する收贖を、篁洲はどのように考えるのであろうか。『諺解』の名例律「文武官犯公罪」条と、同「文武官犯私罪」条⁽⁶⁷⁾には、両条文の注釈として篁洲の考えるところの立法理由が記されている。

公事ニ因テ罪ヲ得テ私曲ナケレハ、其情已ニ輕シ。答スヘキ罪ハ、罪モ最モ輕シ。故ニ官ハ贖ヲ納メ……

文武官員、私罪ヲ犯ストキ、其人平生奉公ノ勤勞アツテ、其罪若小キナラハ、^{ニハカ}遠ニ遠ケ棄ガタシ。猶其功過ヲ參論スベキ理也。故ニ答四十以下ニアタル罪ハ^{アカナヒ}贖ヲ納レシメ……

篁洲は「公罪」とは、「其情已ニ輕」いもので、かつ答刑に相当する犯罪というのは、「罪モ最モ輕」いものであるため、贖刑を適用するのであると述べている。そして「私罪」の場合は文官・武官の「平生奉公ノ勤勞」に加え、罪の「小キ」ゆえに贖刑を適用するとしている。これらは一定の斟酌すべき事情に加え、答罪という罪の小ささゆえに收贖を容認していると考えられる。

では流罪も收贖の適用対象となる、②天文生の犯罪や、③女性の犯罪の場合についてはどうであろうか。名例律

「工樂戸及婦人犯罪」条の条文名に付された注釈を見てみよう。⁽⁶⁸⁾

天文生ハ、日月星辰ノ推歩^{スイホ}ヲ掌^{ツカサト}ル。民ニ時ヲ授^{サツク}ルノ本也。其業^{ニハ}遽^{ニハ}カニ習ヒ難キヲ以テ棄ルコトヲ惜^{ヲシ}ム。且、外ニ居テ天文ニ依テ福禍ヲ説^{トキハ}トキハ、人心ヲ揺動^{ヨウドウ}シヤスシ。故ニ贖ヲ収^{アハ}ム。婦人ハ無知ナルヲ矜^{アハ}ム。故ニ又贖ヲ収^{アハ}ム。

ここでもまた箕洲は、同条の立法理由について考察している。すなわち、天文生が流や徒に相当する罪を犯した場合に収贖するのは、高度な天文学を習得する優秀な者を免職することを惜しむからであり、かつ、配所で天文学の知識を用いて人心を動揺させることを危険視したためであるとする。女性の犯罪の収贖については、女性の無知を「矜ム」ためであると述べる。箕洲は流罪をも適用対象とするこれらの収贖に対して、何ら批判を行わないばかりか、合理的な理由まで提示している。これより箕洲は、相当の斟酌すべき理由があるならば流罪の収贖をも認めていることが理解できよう。

続いて、④高齢者や幼年者、心身障害者の収贖についてはどうかであろうか。名例律「老小廢疾収贖」条の条文名に付された注釈は以下の通りである。⁽⁶⁹⁾

老人、小兒、并ニ疾ニ因テ廢^スレテ人ト成^ナザル者ヲ、アハレミテ刑ヲ身ニ加ルコトヲ宥免シテ、贖^{アハ}ヲ収^メ取^ル也。

篁洲はここでも、高齢者や幼年者、心身障害者の収贖の理由を、先の女性の場合と同様に「アハレミ」に求めている。以下の条本文の注釈ではさらに、その理由に言及している。⁽⁷⁰⁾

七十^ヲレ^ト老、故ニ凡人年七十以上、十五以下、及廢疾^{ヒクイ}ノ者トハ三赦^{シヤ}ノ輩^ヲニ係^カレリ。流罪以下、徒・杖・笞ノ罪ヲ犯シタルハ皆、贖ヲ収ム。……

「七十曰老」とは、『礼記』曲礼に、「七十を老と曰ふ。而して伝ふ。八十九十を耄と曰ふ。七年を悼と曰ふ。悼と耄とは罪有りと雖も、刑を加へず。」⁽⁷¹⁾とあるものであり、「三赦」というのもまた、『周礼』秋官・司刺に、「耄赦に曰く幼弱。再赦に曰く老旄。三赦に曰く蠢愚。」⁽⁷²⁾とあるもので、ともに高齢者や幼年者の犯罪に対する刑事免責についての記述である。「五刑」条の「問刑条例」の注釈においても、⁽⁷³⁾

老幼^レ老ハ七十歳以上ヲ老ト云。十五歳以下ヲ幼ト云。老幼ヲ奴トセサルハ、周礼ノ法也。今、七十以上、十五以下、流罪以下ヲ犯スハ贖ヲ収ム、八十以上、十歳以下ノ人、盗シ人ヲ傷ルヲモ亦贖ヲ収ム。其^レ余ノ罪ヲ犯スハ皆勿論也。

とまた『周礼』秋官・司厲に、「凡そ爵有る者と七十なる者と未だ配せざる者とは、皆奴と為さず。」⁽⁷⁴⁾とあるものを引用している。以上を見るに篁洲は、高齢者や幼年者、心身障害者の収贖について、儒学思想的なあわれみの精

神から、全面的に肯定していると考えられる。以上の高齢者・幼年者・心身障害者、女性、天文生の収贖について、まとめてこう述べている。⁽⁷⁵⁾

此節ハ、老幼廢疾ハ皆、憐愍スヘキ者也。故二的決セズシテ贖ヲ収ム。婦人ハ徒役スベカラス。天文生ハ術業惜ムヘシ。故二杖一百ヲ決シテ、余罪ヲ贖ヲ収ム。是皆、贖ヲ収ル者也。

箕洲はこういった者の犯罪に対する収贖について、好意的と言ってもよいであろう。

では犯人自身の状態とは無関係に適用される、⑤存留養親についてはどうかであろうか。名例律「犯罪存留養親」条の条文名の注釈では、「死・流・徒罪ヲ犯ス者、其父祖ヲ憫ムカ為ニ郷里ニ存シ留メ置テ、親ヲ養ハシムルナリ。」⁽⁷⁶⁾と、⁽⁷⁶⁾ここでも箕洲はなお、「あわれみ」を重視する。条文本文の注釈ではさらに、以下のように述べる。⁽⁷⁷⁾

若、徒罪・流罪ハ止夕決杖一百シテ、其余罪ハ贖ヲ納セテ發遣ヲ免シ、郷里ニ其マ、存留シテ、老疾ノ親ヲ養シムヘシ。……是、老ヲ尊ヒ、孝ヲ教ヘテ、仁ヲ以テ天下ヲ治ムルノ律意ナリ。

存留養親とは、高齢者を尊び、犯罪者や人民に「孝」を教える制度なのである。そして「仁ヲ以テ天下ヲ治ムル」と、最大限の評価を行っている。四書の『大学』には、「上老を老として民孝に興り」という、君主自らが高齢者を尊重したならば、人民はそれに感化されて進んで「孝」を行うようになる」と述べる一節が存在するが、箕洲

の論がこうしたことを踏まえていることは、容易に想像できるであろう。

⑥ 過失殺傷および、⑦ 誣告の箇所については、一般的な条文の説明のみであり、立法趣旨の説明や、その是非をめぐる評価などはなされていない。

以上、箕洲の收贖に対する評価を見てきたが、收贖の制度に関しては、おおむね高い評価を下していることが理解できた。箕洲がこのように「明律」の收贖規定を称賛する理由としてこれらが、高齢者や幼年者、心身障害者に対するものであったり、存留養親であったりと、儒学者として否定しがたい事由を要件としていることが指摘できるであろう。

続いて、箕洲が批判的の的としていると考えられる納贖の制度について、彼の見解を検討していきたいと思う。納贖の適用範囲について箕洲は、名例律「五刑」条「死刑二」の注釈⁽⁸¹⁾において、

死罪ニ真犯・雑犯ノ別アリ。真犯ハ死刑ニ決ス。雑犯ノ死罪ハ贖^{アガテヒ}ヲ納ルコトヲ許ス也。

と、納贖が雑犯死罪にも適用されることを述べている。この真犯死罪と雑犯死罪とを区別して後者に納贖を適用する制度が、日本には存在しないということについては、卷三十の卷末の「死罪」⁽⁸²⁾という項目の注釈において、以下のように解説している。

死罪ニ真犯・雑犯ノ別アリ。雑犯ノ死罪ト云ハ、錢ヲ納テ命ヲ贖^{アガテ}フコトヲ許ス也。真犯ノ死罪ニ、凌遲^{シテ}処^ル

死ト、斬、絞ト三等アリ。断決不_レ待_レ時ト、秋後ニ至テ決スルトノ別アリ。雑犯死罪ニハ斬・絞ニ止テ、凌遲_{スル}死_ニ刑ナシ。秋後ヲ待テ処決ス。大明会典ニ各別ニ分テ備ニ載ス。我カ国ニハ死罪ヲ処決スルト皆時ヲ不_レ待。死刑、斬_{サン}アツテ絞_{カウ}ナシ。前代、烹殺_ニノ刑アリ。今時、磔_{ハリツケ}アリ。髒_{ヒアフリ}アリ。鋸_{ノコギリ}アリ。並ニ是、凌遲_{スル}死_ニ刑ナリ。此_レ一等也。斬_{サン}ニ腰斬_{ドウヂ}アリ。袈裟_{ケサ}斬_ギアリ。梟首_{ウバシ}アリ。鑿_{ウシテタス}シテスヤ_{ナイ}バ_ヲアリ。此_レ一等也。是ヲ斬罪ニ比スヘシ。只頸_{ウヅ}ヲ斬_キルニ止ル者アリ。此_レ一等也。是ヲ絞罪ニ比スベシ。今時ノ死刑、自ら三等アリ。故ニ凌遲・斬・絞ヲ分テ左ニ載ス。但、我国_カノ刑、死罪皆、真犯トナシテ決ス。雑犯・准徒ノ差別ナシ。故ニ真犯・雑犯ヲ併_アセ載セテ分別セス。

ここでは日本の死刑と「明律」の死刑との比較を試みている。日本の磔や火罪、鋸引は凌遲死に相当するものであり、胴切、袈裟切、獄門、試物は斬、「只頸ヲ斬ルニ止ル者」(下手人)を絞に例えている。そしてこれら日本の死罪は、すべて「明律」で言うところの真犯死罪なのであり、実刑が科されると述べている。彼の贖刑批判論を思い出すならば、これもまた「良法」であり、「誠ニ善政」となるのであろうか。納贖の制度について詳しく解説している、名例律「五刑」条の「問刑条例」の注釈を読んでいきたい。

まずは「有力」の者や文武官吏などに適用される「運納」についての説明である。篁洲は本条文に現れる運炭・運灰・運輓・納米・納料といった用語を抽出して、以下のように解説を加える。⁽⁸³⁾

運炭運灰運輓ハ、罪囚ヲシテ工役ヲ做_オシメテ、罪ヲ贖_アハスル也。官用ノ炭、或石灰、或ハ_{シキカハラ}輓_{ニテ}ヲ担_ハヒ運ス

ル也。必スシモ犯人ノ本身ヲ拘役スルニ非ス。此工ヲ雇フ賃銀ヲ出サシムル也。答一十ヲ贖フ運炭ニ銀四錢、答一十ヲ贖フ運灰ニ銀十二錢六分、答一十ヲ贖フ運磚九錢一分ト云ノ類也。同ク答一十ノ罪ニテモ所レ犯ノ情ニ輕重アルヲ以テ、贖ヲ納ルニモ差別アリ。答罪ヨリ雜犯死罪ニ至ルマテ贖フノ則例ハ、納贖諸例ノ凶ニ詳見ヘタリ。

納米納料 米ヲ納テ罪ヲ贖ヒ、或ハ物料ヲ辨ル銀ヲ納テ罪ヲ贖フヲ云。是亦、納贖諸例ノ凶ニ見ヘタリ。大明會典、五刑贖罪ニ云、按贖法有レ二。有二律得レ收レ贖者一、有二例得レ納レ贖者一、律贖無レ二敢損益一、而納レ贖之例則因レ時權宜、先後互異、嘉靖中、重修二條例一、奏定。在レ京、則、做工・納米・運灰・運輒・運炭・運石、六等。在レ外、則、有レ力、稍有レ力、二等。輕重適中。

運炭・運灰・運輒を、官用の物資を運搬させる刑罰としている。もつとも、必ずしも犯罪者本人を拘束して服役させるものではなく、その労働者を雇う賃銀を出させるものと述べている。また同一の刑罰でも情状の輕重により贖額に違いがあるとし、その額については「答一十ヲ贖フ運炭ニ銀四錢……」と、『大明會典』や明律注釈書に収録されている「納贖諸例凶」を引用して説明している（『諺解』には収録されていない）⁽⁸⁴⁾。納米・納料については、米または銀を納入するものとしている。そして（万曆）『大明會典』（卷一七六）の「五刑贖罪」の項目を参照文献として引用している。

ではこの「運納」はいかなる場合に適用されるのであろうか。これらの記述に続いて以下のようにこの趣旨を説

明⁽⁸⁵⁾している。

此一節ノ意ハ、凡ソ軍人・民人・工匠・諸色ノ人役、又ハ舍余・総旗・小旗ノ輩ノ罪ヲ犯シタルヲ^{ツビテ}審カニギンミスレハ、財力アリテ贖ヲ納ルコトノナル者ト、在京ノ文武ノ官吏、并ニ举人ヨリ舍人マテノ者トモノ所レ犯アルハ、笞・杖・徒・流・雜犯死罪ノ差別ヲ不^レ分、共ニ的決ヲ行フコトナク、各^々罪ノ輕重ヲハカリテ、運炭・運灰・納米等ノ項ヲ以テ、其罪ヲ贖ハシムルナリ。

これによると、「財力アリテ贖ヲ納ルコトノナル者」すなわち「有力」の者と、在京の文武官吏などは、笞罪から雜犯死罪まで区別なく実刑を執行されず、罪の輕重に応じて運炭・運灰・納米等、「運納」によって贖罪できるとしている。

続いて「做工」およびその労役である擺站・哨瞭・煎塩・炒鉄については、以下のように解説を行っている。⁽⁸⁶⁾

做工 做ハ作スト義同シ。囚人ヲ工部ノ官司ヘワタシ置テ、造作アル処ヘ発シツカハシテ、年限満ルマテ工役セシム。大明会典云……

擺站 擺撥也。発シ遣スナリ。站船馬車ヲツギカユル駅通ナリ。……擺站ハ罪囚ヲ発シテ、往来ノ公文ヲ馳セ伝ヘ、官使ヲ迎送シ、官物ヲ^{ケイソク}転送シテ、^{テソツク}昼夜奔走スル役ヲサセ、駅夫トナスヲ云。……

哨瞭^{セウボウ}要害ノ処ニ高ク土台ヲ築キアゲテ、其上ニ屋ヲ構ヘテ遠視ノ者ヲ置キ、敵地ノ動靜ヲ窺^{ウカヒ}テ、若^シ変事アレハ、急ニ烽燧^{スイ}ヲ挙^{アゲ}テ告ケ知ラスル処ヲ哨堡^{セウボウ}ト云。其哨堡ノ上ニ居テ風雨寒暑^{シノキ}ヲ凌^シテ遠視スルハ、甚^カク苦難ナル役ナル故ニ、罪囚ヲ以テ此役ニ充ルヲ哨瞭^{セウレウ}ト云。……

煎塩^{アサヒ} ハ、塩ヲ煎ル場ヘ発シ遣テ、シホマキノ夫ニアテ役スル也。

炒鉄^{アサヒ} ハ、山ヨリ出ル鉄ノアラカネヲフカセ、鍛冶ノ場ニ於テ苦使スル也。

こうした労役が科せられる場合について、これもまた以下のように続けている。⁽⁸⁷⁾

此一節ノ意ハ、若^シ官人・吏人等所^レ犯^スノ罪、例ニ於テ官職・吏役ヲ革^{アウタ}メ去ルベキ者ト、舍余・総旗・小旗・軍人・民人等ノ罪ヲ犯シテ、贖フニ財力ナキニ究リタル者トハ、笞罪・杖罪ヲハ数ノ如ク的決ス。徒罪・流罪・雜犯^レ死罪タル者ハ、各々工役ヲ做^{オサ}シメ、駅^{エキ}站^{シヤウ}ニ擺シ、哨瞭^{セウボウ}ノ役ヲナサシム。其情、最モ重キ者ハ煎塩・炒鉄ノ役ヲナサシムルコト、死罪ノ囚ハ五年、流罪ノ囚ハ四年、徒罪ハ徒役一年ヨリ三年マテ、五等ノ年限ヲ照シテ拘役スル也。

職役を罷免される罪を犯した官吏と、「贖フニ財力ナキニ究リタル者」すなわち「無力」の者で、笞罪・杖罪の

あたる者は「数ノ如ク」執行する。徒罪・流罪・雜犯死罪の者は、做工・擺站・哨瞭に処せられ、情状の重い者は煎塩・炒鉄となるとし、その年限は、死罪は五年、流罪は四年、徒罪は一年から三年であると述べる。⁽⁸⁸⁾

以上の『諺解』における理解を見るならば、笞・杖刑が執行される場合のほか、徒罪・流罪・雜犯死罪に至るまで、「運納」や「做工」で贖罪することができると明代の納贖の制度を、篁洲は正確に理解している。では、篁洲は結局のところ、死罪にも適用される納贖をどのように考えているのであろうか。同条で「雜犯」を説明してこのように述べる。⁽⁸⁹⁾

〔雜犯〕死罪ニ真犯・雜犯ノニツアリ。真犯ハ人命、強盜等ノ罪情共ニ重シテ、必ス殺スヘキ者ヲ云。雜犯ハ罪ヲ云ヘハ甚重ケレトモ、本過失ヨリ出其情宥ムヘキ者、車駕行処軍民衝ニ入儀仗内ノ類ヲ云。雜犯ノ死罪ハ、贖ヲ納テ死ヲ免スコトヲ得ル也。

死罪に真犯死罪と雜犯死罪とが存在するのは、これまでも篁洲が述べている通りであるが、ここでは両者の性質の違いについて論じている。真犯死罪とは、殺人や強盜等の罪状が重いもので「必ス殺スヘキ」犯罪である。一方の雜犯死罪については、「本過失ヨリ出其情宥ムヘキ者」と、過失犯と捉えて、減輕の対象と考えているようである。⁽⁹⁰⁾ 篁洲が認めるところの「金作贖刑」もまた、「過誤ノ犯罪、情軽キ者」に適用したのであった。これより考えるならば、雜犯死罪に対する納贖を篁洲は容認していると思われる。

(三) 小 括

以上の検討によって、篁洲が贖刑を全面的に批判していないことが明らかとなった。まず①文官・武官の犯罪、②天文生の犯罪、③女性の犯罪、④高齢者・幼年者・障害者の犯罪、⑤存留養親、⑥過失殺傷、⑦誣告などの場合に適用される贖刑、すなわち「収贖」については肯定していると言ってもよい。とくに③④⑤の場合については、儒教的な理由から高い評価を与えるなど、きわめて好意的であった。

次に「納贖」については、雑犯死罪の納贖についてはこれを容認している。そして「流罪ニモ贖ヲ納ムル法アリ。三流ノ罪已ニ重シ。而ルニ猶贖ヲ許スハ良法ニ非ス。」と述べる「贖刑批判論」⁽⁹¹⁾と合わせて考えるならば、篁洲の批判の対象は、重い流刑という刑罰に処せられ、かつ、「過誤ノ犯罪、情軽キ者」とも言い難い、きわめて多くの犯罪が含まれる流罪に対する納贖であったと考えられる。

以上のように篁洲の「贖刑批判論」は、決して贖刑の全面的な否定論ではなかったのである。しかしながら、吉宗が『諺解』の記述に疑問を持ち、また学山が批判したように、この論旨は彼らには理解しがたいものであったと思われる。ただ、『喜朴考』における学山の文章を再度確認すると、⁽⁹²⁾

貧ナル者ノ贖フ力ナキ者ハ、笞・杖ハ打テスマシ、徒・流・雜犯ノ死罪、幾年ト年ヲキワメ做工サセ、又ハ擺
站・哨瞭ナトサセテスマセバ、貧者モ刑ヲ免ズトハ云ヘカラズ。

といったように、『諺解』の記述を参考としていられると思われるものが存在する。学山の贖刑理解に影響を与えた点

で、榊原篁洲の贖刑論は意味を持つものであったと言えよう。

- (45) 日本随筆大成編輯部『日本随筆大成』(第一期) 14 (吉川弘文館、一九七五年) 三一五頁。
- (46) 堀田璋左右、川上多助編『日本偉人言行資料 先哲叢談後編一』(国史研究会、一九一六年) 六一頁。原書は漢文。本記述に『明律訳解三十六卷』とあるのが、『大明律例診解三十一卷』の誤りであることは、後述の松下論文①を参照。
- (47) 前掲『先哲叢談後編一』五九頁。
- (48) 『大明律例診解』の内容や成立過程について言及した主要な研究としては、高塩前掲論文⑤「和歌山藩『大明律例診解』の成立」のほか、高塩博⑥「東京大学法学部所蔵の明律註釈書——『大明律例診解』『大明律例訳義』『大明律例詳解』——」(高塩前掲『日本律の基礎的研究』)《初出『國學院雜誌』第八七卷第九号、一九八六年》、松下忠①「榊原篁洲著『大明律例診解』と『明律訳解』について旧説を是正する」(『漢文学会々報』第十三号、一九五一年)、松下忠②「大明律研究——榊原篁洲と高瀬学山——」(『紀州の藩学』鳳出版、一九七四年)、平沢啓「語彙史資料として見た『大明律例診解』——動詞を中心に——」(『紀州経済史文化史研究所紀要』第二十号、二〇〇〇年) などがある。
- (49) 高塩前掲論文⑤・三七〇頁参照。
- (50) 高塩前掲論文⑤・三七〇、三七五頁参照。
- (51) 今日では尊経閣文庫所蔵の『大明律例診解』に附属するのみである。高塩前掲論文⑤・三七七頁参照。
- (52) 高塩前掲論文⑤・三八八—三九〇頁参照。
- (53) 高塩前掲論文⑤・三七一—三七三頁参照。
- (54) 高塩前掲論文⑤・三九四頁参照。
- (55) 前掲注(16)参照。
- (56) 松下前掲論文①②では「上野図書館本」(「上野本」)、高塩前掲論文⑤では「国会図書館本」と称されている。「国会図書館本」には『訂正一卷』が附属しないが、本来は存在したとされる(高塩前掲論文⑤・三七七頁参照)。

(57) もっとも松下氏は、付箋による校勘箇所が多から「よい系統のものとは思われない」(松下前掲論文②・一三〇頁)と述べているため留意は必要である。

(58) 文体については、平易な語を多用しているとされる(平沢前掲論文・二五頁参照)。

(59) 以上の説明については、松下前掲論文②・一五〇頁、高塩前掲論文⑤・三六九頁、同⑥・三三三頁を参考とした。

(60) 大庭脩『江戸時代における中国文化受容の研究』(同朋舎出版、一九八四年)二二七頁参照。

(61) 松下前掲論文②・一四七、一四八頁参照。

(62) 松下前掲論文②・一四九—一五一頁参照。

松下氏は『諺解』が、①語釈・通釈の区別を設けている点、②「問刑条例」を「明律」本文と同一の位置に載せている点、③博引旁証・詳細綿密である点、④律文の精神面までも明らかにしている点などから、『諺解』の『国字解』に対する優位性を主張する(松下前掲論文②・一五〇頁参照)。

(63) 高塩氏もまた「榊原篁洲『大明律例諺解』三十一巻は、わが国明律研究の出発点をなすわけで、江戸時代の中国法受容を考察するには第一に究明されるべき文献である。」(高塩前掲論文⑤・三六九頁)と述べている。

(64) 前掲注(16)参照。

(65) 「過誤」といった過失犯をあらわす表現について述べておきたい。「唐律」においては同じ過失犯を示す用語であつても、「失」・「過失」・「誤」が使い分けられていたことが知られる。すなわち、「失」は官吏の公務上の過失、「過失」は人を殺傷した場合の過失、「誤」はこれら以外の過失を意味した(西田太郎「過失・錯誤について」『中国刑法史研究』岩波書店、一九七四年、一四一頁参照)。もっとも古文獻においては、こうした用語も一般用語の「あやまり」、「あやまち」を意味するに過ぎなかつたとされる(同一四六頁参照)。

篁洲は『諺解』の注釈において、「過誤」や「過失」といった言葉を用いているが、「唐律」などと同様に区別して用いているのか、あるいは一般的な用法で用いているのかという疑問が生じる。これについては後述の「雑犯死罪」の説明で、殺傷以外の犯罪においても「過失」という言葉を使っていることから、これらの言葉も厳密に区別することなく、

広義の過失犯を示すものとして用いていると考えられる。

- (66) 『諺解』 卷一、名例律「文武官犯公罪」条、廿八丁裏、廿九丁表。
(67) 『諺解』 卷一、名例律「文武官犯私罪」条、三十丁裏。
(68) 『諺解』 卷三、名例律「工楽戸及婦人犯罪」条、廿四丁裏。
(69) 『諺解』 卷三、名例律「老小痲疾収贖」条、五十一丁裏。
(70) 『諺解』 卷三、名例律「老小痲疾収贖」条、五十三丁表。
(71) 竹内照夫『新釈漢文大系 第二十七卷 礼記(上)』(明治書院、一九七一年)一六、一七頁。
(72) 本田二郎『周礼通釈 下』(秀英出版、一九七九年)二九〇頁。
(73) 『諺解』 卷一、名例律「五刑」条、廿五丁表。
(74) 本田前掲書・二九九頁。
(75) 『諺解』 卷一、名例律「五刑」条、廿五丁裏、廿六丁表。
(76) 『諺解』 卷三、名例律「犯罪存留養親」条、廿二丁表。
(77) 『諺解』 卷三、名例律「犯罪存留養親」条、廿三丁裏。
(78) 赤塚忠『新釈漢文大系 第二卷 大学・中庸』(明治書院、一九六七年)八三頁。
(79) 『諺解』 卷二十二、刑律人命「戲殺誤殺過失殺傷人」条。
(80) 『諺解』 卷二十四、刑律訴訟「誣告」条。
(81) 『諺解』 卷一、名例律「五刑」条「死刑二」、十二丁裏。
(82) 『諺解』 卷三十、「死罪」、四十七丁。
(83) 『諺解』 卷一、名例律「五刑」条、十七丁。
- 中国で作られた明律注釈書に附載されている、真犯死罪と雜犯死罪の一覽表である「真犯雜犯死罪」(弘治十年奏定)を基にした項目である。

(84) 「納贖諸例図」については、黄彰健『明代律例彙編 上冊』(中央研究院歷史語言研究所、一九七九年)に収められているものを参照。

(85) 『諺解』卷一、名例律「五刑」条、十七丁裏、十八丁表。

(86) 『諺解』卷一、名例律「五刑」条、十八丁表—二十丁表。

(87) 『諺解』卷一、名例律「五刑」条、二十丁表。

(88) この箇所については前述の『訂正一卷』において、内容が修正されているようである。

二十張、炒鉄ノ諺解云、徒罪流罪雜犯死罪タル者ハ、各各工役ヲ做シメ、駅站ニ擺シ、哨瞭ノ役ヲナサシム、

各々ヨリナサシムト云マテヲ削リ除テ、京ニ在テハ工役ヲナサシメ、外ニ在テハ民ハ駅站ニ擺シ、軍人舍余人等ハ哨瞭ヲナサシム、此語ヲ書キ入ル、

(高塩前掲論文⑤・三八〇頁)

以上のように、在京・在外、民人・軍人の区別が付け加えられた。

(89) 『諺解』卷一、名例律「五刑」条、十六丁裏・十七丁表。

(90) ここで例として挙げている「車駕行処軍民衝入儀仗内」とは、「天子行幸ノ行列ヲツキワリテ出ルヲ云也」(『諺解』卷十五、兵律宮衛「衝突儀仗」条、四十一丁表)とあるように、皇帝の行列に侵入する犯罪のことであり、絞に処せられるが、『諺解』の「死罪」の項目や「真犯雜犯死罪」においては雜犯死罪となっている。

(91) 前掲注(16)参照。

(92) 前掲注(22)参照。