

# 江戸幕府における贖刑不採用についての一考察

片 保 涼 介\*

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 先行研究の概要
- 三 徳川吉宗による過料刑「創設」説の検討
- 四 諸学者の贖刑論と吉宗への影響
- 五 贖刑不採用の理由
  - (一) 先行研究における論点
  - (二) 刑罰体系
  - (三) 不平等性
  - (四) 営利忌避
  - (五) 古法墨守
- 六 おわりに

---

\* 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

近世日本においては「明律」等の中国法の影響を受けた一部の藩法には、贖刑制度を設けたものが存在した。<sup>(1)</sup>一方で江戸幕府の「公事方御定書」(御定書)には、こうした贖刑(贖罪)制度は見られなかったとされている。<sup>(2)</sup>しかしながら、幕府法の財産刑である過料刑について贖刑との関係を指摘する研究が存在する。すなわち、これらの研究は過料刑が江戸時代においては享保三年(一七一八)までは存在せず、同年に八代將軍の徳川吉宗によって初めて採用されたという説を採用する。吉宗は「明律」を中心とした中国法に関心を抱いていた將軍として知られ、贖刑についても周囲の学者に諮問していたことが明らかになっている。こうした点より先行研究は、幕府の過料刑は贖刑に示唆を受けて採用された刑罰であると論じるのである。

吉宗の中国法への関心については、従来多くの研究において指摘される<sup>(3)</sup>ところであり、疑いの余地はない。しかしながら、過料刑が近世法史上、吉宗によって初めて採用された刑罰であるという説については有力な反論が存在する。本稿では幕府の過料刑と贖刑との関係に関する先行研究を整理するとともに、これらの諸研究が前提とする吉宗によって過料刑が初めて採用されたとする説が誤りであり、吉宗以前から幕府や藩において過料刑が行われていたという事実を確認する。その上で吉宗が贖刑について関心を持ちながらも、これを採用せずに過料刑を存置した理由について考察を試みたいと思う。

(1) 近世藩法における贖刑については、拙稿「近世藩法における贖刑の研究」(二) (二一・二六完)、『立命館法学』第三九一号、

第三九六号、二〇二〇年、二〇二一年）参照。

(2) 牧健二『日本法制史概論』完成版（弘文堂書房、一九四八年）三八一頁参照。

## 二 先行研究の概要

幕府の過料刑と贖刑との関係について論じた研究としては、小早川欣吾氏の論文、および関連する史料を紹介された高塩博氏の論文、以上の成果と史料に基づき具体的な検討を加えられた小林宏氏の二論文が主要なものである。以下、これら諸研究について概観したい。

### (1) 小早川欣吾「明律令の我近世法に及ぼせる影響」<sup>(1)</sup>【小早川論文】

本論文は徳川吉宗や前田綱紀、高瀬学山や榊原篁洲、荻生徂徠、荻生北溪等の近世の諸学者の「明律」研究、そして幕府法や藩法に対する「明律」の影響について論じた研究である。同論文の第二「幕府法に対する明律の影響」イ「過料刑の採用について」(二九～三四頁)において、小早川氏は吉宗の「明律」研究と過料刑との関係について以下のように論じられている。

小早川氏は吉宗が享保三年に過料刑を「採用」したとの立場を採用される<sup>(2)</sup>。そして「明律」の贖銅制が吉宗の過料刑採用に示唆を与えたのではないかと論じられ、直接関係があったと断定し得る資料を発見できないとされつつも、以下の史料を傍証として示されている。一つは、和歌山藩「国律」の人命律中に、幕府の過料刑と「明律」と

江戸幕府における贖刑不採用についての一考察（片保）

の関係を示唆する文言が存在すること。<sup>(3)</sup> もう一つは、過料刑「採用」の翌享保四年に吉宗がその是非に関して、金沢藩主の前田綱紀に問い合わせたという史料上の記載(後掲)である。そこで「明律」を研究する綱紀が過料刑の採用に賛意を表したことによって、吉宗は反対意見を排して過料刑の存続を決意したのであるとされる。<sup>(4)</sup>

## (2) 高塩博「和歌山藩『大明律例諺解』の成立」<sup>(5)</sup>

本論文は和歌山藩の儒学者の榊原篁洲が著し、後に高瀬学山(喜朴)らによって修正が加えられていった明律注釈書の『大明律例諺解』の成立過程を明らかにされたものである。その中で高塩氏は幕府法の過料刑と贖刑との関係について、史料を挙げつつ重要な事実を示されている。同論文の「贖銅をめぐる参訂と高瀬喜朴」(三三三～三八八頁)においては、篁洲が『大明律例諺解』において贖刑を批判している点や、『諺解』の「参訂」(訂正)において学山がこれに反駁している点、享保五年に吉宗と学山との間で贖刑の是非に関する問答がなされた点(「喜朴考」などを新たに指摘されている。これらの指摘に基づき、幕府過料刑に対する贖刑の影響や、篁洲と学山の贖刑に関する見解を分析されたのが、以下の小林両論文である。

## (3) 小林宏「徳川幕府法に及ぼせる中国法の影響」【小林中国法論文】<sup>(6)</sup>

本論文「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って——」においては過料刑について、前掲の高塩論文で紹介された史料に依拠して、吉宗が榊原篁洲の贖刑批判論の是非について高瀬学山に諮問している点や、前田綱紀に対して金沢藩における過料刑の実態について諮問した点などに着目され、その検討の結果とし

て以下のような結論を示されている。

すなわち「篁洲は五刑すべてにわたって、その軽重を問わず贖法を適用するのは刑政上、誤っており、とくに三流の如き重罪に贖法を許すのは良法ではなく（贖法に懲戒的、懲戒的效果の薄いことをいうのであろう）、且つ贖法は受刑者の貧富の差によって平等に作用しないから不公平であり、従って、我が国が近来、贖法を設けていないのは「善政」であるとして、これを高く評価した」<sup>(7)</sup>。そして、過料刑について綱紀もまた篁洲と同一の見解を有していたとされる。<sup>(8)</sup>これに対して「喜朴は篁洲の説を批判して、贖法は国家財政を補う利点があり、又、民に仁恵を施すこととなる等の理由から、五刑すべてにわたって贖法を適用することが「仁政」の一端であるとし、明律に倣った贖法を採用すべきであると主張した」<sup>(9)</sup>。

以上の論より小林氏は吉宗の過料刑採用に対する中国法の影響を指摘される。しかし、幕府の過料刑は、唐明律の贖のように実刑の執行に換えて用いられるものではなく、「比較的軽微な犯罪や行政犯等に対して科される基本刑」<sup>(10)</sup>であった。この点に関して小林氏は、幕府法の過料刑が受刑者の資産の多少をも考慮している点に着目され、吉宗が贖法の欠点に関する篁洲や綱紀の説を参酌した可能性を指摘される。そして「このように吉宗は中国法から示唆を得て過料刑を創設したのであるが、その制は明清律の贖法とはその法的性質を異にするものであった。」<sup>(11)</sup>との結論を示され、過料刑の改善に関する吉宗の態度を評価される。

(4) 小林宏「徳川吉宗と過料刑の成立」<sup>(12)</sup>【小林過料刑論文】

前掲の小林中国法論文では、榊原篁洲と高瀬学山は贖刑あるいは過料刑について相反する意見を有していたとの

見解が示されていたが、本論文「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——」は、両者の意見において儒教の古典である経書の文が引用されていることに注目されたものである。<sup>(13)</sup>

一「贖刑をめぐる意見の対立」において、小林氏は篁洲の『大明律例諺解』の贖刑批判論や、学山によるその反駁(参訂)を紹介され、両者の記述に『尚書』(『書経』)の文や故事が引かれていた点に着目される。<sup>(14)</sup>二「贖刑に関する経書の注釈」および、三「経書の注釈と学説の形成」では、贖刑に関する経書の学説の整理が行われるとともに、中国南宋の学者の蔡沈による「蔡伝」(『書経集伝』)や、元の鄒季友の「音釈」等の『尚書』の注釈が篁洲や学山の意見に及ぼした影響について論じられており、篁洲の重罪や五刑すべてへの贖刑適用を批判し、不平等性を問題視する説は「蔡伝」や『宋史』刑法志を受けたものとされ、学山の贖刑を財政と仁政の観点から評価する説についても「蔡伝」とは無関係ではなく、これに加え『音釈』の影響があったとされている。<sup>(15)</sup>

四「吉宗による過料刑の採用」では、こうした篁洲や学山の論の吉宗に対する影響について考察が行われている。幕府の過料刑は基本刑として比較的軽微な犯罪や行政犯に対して科せられるものであったが、この点に関して「吉宗は結局、喜朴の意見を採用せず、むしろ篁洲や綱紀の意見に近いものを有したといつてよいであろう。」<sup>(16)</sup>とされ、『喜朴考』を素材に学山の意見が採用されなかった理由を説明されている。

この『喜朴考』において学山は、「中国律の如く疑罪や過失殺傷罪に対しては、死罪を含むすべての犯罪に対し過料刑を適用すべきことを主張した。しかし重罪に対しても過料刑を適用するとすれば、喜朴が嘗て「尤罪ノ軽重ニ因テ贖銅ノ多少同ジカラズ」(参訂)といったように、先ず中国律の如き精緻な刑罰体系を確立し、次にそれぞれの刑罰の重さに対応して財貨の額を細かく定めておかなければならない。まだ司法制度の改革を模索している

段階にあった幕府や吉宗にとって、それは到底不可能なことであった」<sup>(17)</sup>。

また『諺解』や綱紀の意見により吉宗は、実刑と異なり受刑者に対して平等に作用しない点など過料刑（贖刑）のもつ短所や限界をよく理解していた。それゆえ吉宗は比較的軽微な犯罪や行政犯に対してのみ過料刑を適用することにしたのであるとされる。<sup>(18)</sup>「御定書」の受刑者の資産に応じて徴収する応分過料は、こうした不平等性に留意したものとされ、また過料の納付困難者に対する手鎖による代替は、学山の答申に見える「明律」の「笞杖」や「做工」などの実刑による贖刑の代替執行の制の影響を示唆される。<sup>(19)</sup>

これに続いて、五「吉宗の立法と経書」では、吉宗の過料刑採用の理由について、経書との関係から再度検討がなされている。ここでは篁洲や学山がともに『尚書』や「蔡伝」を重視したことを指摘されるとともに、学山の意見が採用されなかった理由につき、学山が「蔡伝」を受けて周の穆王による五刑すべてにわたる贖刑の適用を「国家財政の窮乏を救う為の「権宜」の手段、即ち非常事態に対する一時の解決策」<sup>(20)</sup>として注目され、「喜朴がいかに贖刑の採用を為政者の「仁政」に適用ものとして力説したとしても、恒久的な刑罰制度の確立を志向する吉宗に対しては、やはり説得力に欠けることになるのではなからうか。」<sup>(21)</sup>と推測されている。

そして、吉宗が過料刑を軽罪にのみ適用する刑罰として採用した理由について、「過料刑のもつ執行の利便性と共に、その実際的な効果の不平等性にも配慮したこと、一方、当時幕府教学の尊重した「尚書蔡伝」の解釈が彼の考える過料刑の性質とほぼ一致するものであったこと、以上から吉宗は経書である『尚書』に過料刑の幕府公刑罰としての正当性の論拠を明確に見出すことができた……」<sup>(22)</sup>との結論を示されている。

以上、小早川論文と小林両論文を確認した限りでは、幕府法の過料刑に中国法の贖刑の制度が示唆を与えたとい

うことについては、かなり確からしく思われる。しかし私見によれば、吉宗による過料刑の「採用」という点に関しては重大な課題が残されていると思われる。すなわち、これらの諸論文では吉宗はそれまで幕藩の刑法には存在しなかった過料刑を新たに採用したとの見解をとっている。しかし、この点に関しては有力な批判が存在するのである。次章では以上の諸研究の立場を確認したうえで、吉宗による過料刑創設説の可否について検討を行いたい。

- (1) 『東亜人文学報』第四卷第二号 (一九四五年)。吉原丈司・竹内英治編『CD版 小早川欣吾先生東洋法制史論集 (増補版) 併載・小早川欣吾先生略年譜・著作目録 (八訂稿)』ローマ法・法制史学者著作目録選 (第十二輯) (常盤印書館、二〇一六年) に影印により再録されている。本稿における史料・文献の引用にあつては、旧字・異体字等は原則として現用の字体とした。
- (2) 小早川論文・三〇 (三三三頁参照)。
- (3) 同・三二頁参照。
- (4) 同・三二・三三頁参照。
- (5) 高塩博『日本律の基礎的研究』(汲古書院、一九八七年) 所収。
- (6) 小林宏『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) 所収。初出は『國學院大學日本文化研究所紀要』第六四輯 (一九八九年)。また、同書の神崎直美書評 (『法史学研究会会報』第一五号、二〇一〇年) 参照。
- (7) 小林中国法論文・四一頁。
- (8) 同・四二頁参照。
- (9) 同・四二頁。
- (10) 同・四二頁。
- (11) 同・四二頁。



- (12) 小林前掲書所収。初出は『法史学研究会会報』第九号(二〇〇四年)。
- (13) 小林過料刑論文・七一頁参照。
- (14) 同・七一～七三頁参照。
- (15) 同・七八～八一頁参照。
- (16) 同・八二頁。
- (17) 同・八四頁。
- (18) 以上、同・八四頁参照。
- (19) 同・八四・八五頁参照。
- (20) 同・八六頁。
- (21) 同・八七頁。
- (22) 同・八七頁。

### 二 徳川吉宗による過料刑「創設」説の検討

先に挙げた諸研究の前提となつてゐる徳川吉宗が過料刑を創設したとする説には有力な反論が存在する。本章では先に掲げた諸論文における記述を確認し、この説が誤りであることを指摘したい。

過料という刑罰は平安時代には存在してゐたことが知られる。<sup>(1)</sup>小早川論文においても吉宗時代以前にも日本において過料刑にあたる財産刑が行われていた点は認められている。しかしながら、同論文は「中古以来、贖銅刑の系統を引く過怠、過錢刑は戦国時代の領国法、例へば新加制式、長曾我部元親百箇条等、二三の領国法の上に散見し

江戸幕府における贖刑不採用についての一考察(片保)

たるを最後として、一時其の影を我が刑罰制度上より、没したのであつた。然るに吉宗は過料刑を享保三年に到りて復活した。」との見解を示している。<sup>(2)</sup>このように過料刑に対する贖刑の影響を認める研究は近世法史上、吉宗が初めて過料刑を採用したという前提によつて議論を進めるのである。<sup>(3)</sup>

こうした吉宗が過料刑を創設したとする見解に対して反論を行った研究が、金田平一郎「徳川幕府『過料』刑小考」<sup>(4)</sup>【金田過料刑論文】である。同論文は江戸幕府において幕初以来、過料刑が行われていた根拠として、慶長十五年（一六一〇）より正徳元年（一七一）に至る幕府における過料刑の実施を示す多数の法令を提示する。<sup>(5)</sup>そして「幕府法上の過料刑は、開府草創以来、引き続き行はれたものであること、充分之を認識し得られるであらう。只しかし、幕府法上の過料刑制度も亦、他の諸制度と同様に、吉宗時代殊に「公事方御定書」に依つて整へられ、此時を以て、その体系と組織が出来上るに至つたのであり、徳川前半期のそれは、甚だ雑然たる制度であつたことは事実である。」<sup>(6)</sup>との見解を示されている。<sup>(7)</sup>同論文で提示された史料によれば、吉宗以前から幕府において過料刑が行われていたことは明白であるといえよう。

また、前掲の小早川論文の論述からは、藩法においても吉宗以前には過料刑は存在しなかつたと読み取ることができる。しかしながら、金田過料刑論文においても対馬藩において幕初から過料刑が活用されていた点が指摘されているが、<sup>(8)</sup>実際には多数の藩で享保期以前から過料刑は行われていた。<sup>(9)</sup>藩法において享保期以前から過料刑が行われていたことは、小早川論文の引用する金沢藩の「過銭」に関する史料の記述からも明らかであると思われる。小早川氏は吉宗が過料刑「採用」の翌年、享保四年に過料刑に関して前田綱紀に諮問し、回答を得ている点を重視され、以下に引用する史料を示されている。<sup>(10)</sup>

当該史料では金沢藩の「過銭」について、「是は其罪をあがない申ために過銭差出候儀は無御座候、軽き者末々には加様の儀おかし申者は、是程過銭出候様にとの儀は御座候、惣て御領国御刑法の儀は、御先代より有来り候を被用、新法は曾て無御座候」〔松雲公御夜話〕<sup>(11)</sup>、「成程過銭有之候、前代より右之通候、かろき者、町人、百姓には過銭有之、少にても重き者には過銭不申付候、人により申と申義は無之、兼て員数を定置申付候、其子細は罪によりて過銭多く申付、つくのひ候へば、富有成者ハ過銭次第、咎を遁候様に罷成候、又過銭は国中之道路・川除・橋等之義に用、自分之事には少も用不申」〔稽古紀聞〕<sup>(12)</sup>と述べられている。

問題は金沢藩において、いつからこの「過銭」が用いられていたかという点である。『松雲公御夜話』は、金沢藩の刑法は先代からあったものを用いており、新法は存在しないと述べており、『稽古紀聞』においてもまた前代より過銭があつたと述べられている（傍線部、筆者による）。こうした記述によれば金沢藩においては綱紀以前から過銭は用いられていたことになるであろう。小早川氏は当該史料を、綱紀が「明律の智識によりて」吉宗の諮問に答えたものと評価されるが、少なくとも過銭に関して綱紀は先代からの金沢藩の法に基づいて回答したのであり、幕府の過料刑と贖刑との関係を論証する史料としては不適当であると思われるのである<sup>(15)</sup>。

このように過料刑は吉宗以前から幕府や諸藩において用いられていた刑罰であつた。従来の諸研究においては、こうした事実は考慮されていなかったように思われる。このような事実に鑑みるならば、吉宗は贖刑に示唆を得た新規の刑罰として過料刑を創始したわけではなく、金田過料刑論文で述べられていたように、従来から行われていた過料刑を整備したものと考えるべきであろう。一方で吉宗が「明律」を研究していたことは事実であり、高塩論文や小林両論文で示された史料によれば、贖刑についても関心を抱いていたことは疑いが無い。次章では吉宗の周辺の学者

らの贖刑についての評価を検討し、吉宗が関心を抱いていた贖刑の具体的内容について確認したいと思う。

- (1) 義江彰夫「院政期の没官と過料——中世財産刑形成前史——」(土田直鎮先生還暦記念会編『奈良平安時代史論集 下巻』吉川弘文館、一九八四年) 三九七頁以下参照。
- (2) 以上、小早川論文・三〇頁。
- (3) 小林氏も「吉宗は享保三年(一七二八)四月、中世及び戦国期には存在したにも拘らず、その後、徳川期には断絶していた過料刑を復活した。」(小林中国法論文・五八頁)と同様の見解を取られているようである。
- (4) 蠟山政道編『国家学会五十周年記念 国家学論集』(有斐閣、一九三七年)所収。
- (5) 金田過料刑論文・一〇〇～一二頁参照。
- (6) 同・一二頁。
- (7) 牧英正氏もまた『国史大辞典』の「過料」の項目(第三卷、吉川弘文館、一九八三年、六七六・六七七頁)において同様の見解を示されている。平松義郎氏は「過料刑は吉宗以前からあったが、吉宗はこれを主に博奕、隠売女の刑として用い、その適用を漸次拡大したが、これは追放刑の制限の意味をもつものでもあった。」(平松義郎「刑罰の歴史——日本(近代的自由刑の成立)——」) 莊子邦雄・大塚仁・平松義郎編『刑罰の理論と現実』岩波書店、一九七二年、三三三頁)とされている。
- (8) 金田過料刑論文・四頁参照。
- (9) 吉田正志氏は「敲刑と入墨刑が明律に示唆を得て吉宗によって幕府法のなかに体系立てて導入されたにせよ、わが国に従来から類似した肉体刑があったことも忘れてはならない事実ではあるまいか。」(吉田正志書評「高塩博著『江戸時代の法とその周縁——吉宗と重賢と定信と』『法制史研究』第五五号、二〇〇五年、一八五頁)との見解を示され、これに注して「ちなみに、過料についても、たとえば仙台藩では、すでに元禄期に博奕犯に対してきわめてしばしば過料を科している」と述べられている(同・一八七頁(6))。

後に明律系の藩法を制定した藩を例にすると、熊本藩では延宝期以降になって過怠の適用例が多くなるとされ（鎌田浩『熊本藩の法と政治』創文社、一九九八年、二九三頁参照）、会津藩では正保三年には過料刑に関する規定が定められている（守屋浩光「江戸時代初期における「寛刑化」と藩政の確立（一）——相馬・会津・盛岡藩を題材に——」『法学論叢』第一三四巻第一号、一九九三年、三〇頁参照）。

(10) 小早川論文・三三二・三三三頁参照。また、高塩「和歌山藩『大明律例諺解』の成立」三八四頁参照。

(11) 近藤磐雄編『加賀松雲公』（一九〇九年）中巻・七〇四頁。句点は筆者、以下同じ。

(12) 『加賀松雲公』中巻・七〇七頁。

(13) 『加賀松雲公』中巻は、「過料は松雲公以前。間々之を用いたることあり。公親政の初め。大に其法を修正し。爾來常に之を用ひられしこと。其將軍に答へらるゝ所の如し。而して將軍享保五年以來。盛んに過料の法を採用し。後終に幕府の定制となれり。蓋し將軍公の説に拠て。其意を決定せられしものなるへし。」（七〇九頁）と評する。

(14) 小早川論文・三三三頁参照。

(15) また小早川論文では贖刑と過料刑との関係を示す傍証として、和歌山藩「国律」の記述もまた示されているが（三二二頁参照）、この記述が過料刑に関するものとは言えない点について、前掲拙稿「近世藩法における贖刑の研究（二・完）六「和歌山藩「国律」」（三）「幕府の過料刑との関係」参照。

#### 四 諸学者の贖刑論と吉宗への影響

本章では吉宗の周辺で活躍した諸学者の贖刑評価と、彼らおよび吉宗が理解していたと考えられる贖刑の内容について前稿<sup>(1)</sup>の内容を踏まえて確認しておきたい。

小林両論文においては過料刑（贖刑）について、榊原篁洲の「反対もしくは消極的意見」と高瀬学山の「賛成もしくは積極的意見」という対立軸を前提として議論が進められていた。<sup>(2)</sup>しかしながら、その贖刑の具体的な内容に關しては、小林過料刑論文においては「做工」等については触れられていたものの、<sup>(3)</sup>参訂や『喜朴考』等において学山が詳細であると述べていたような明代中国の贖刑制度には必ずしも十分に言及されていなかった。前記拙稿においては、篁洲や学山の論に現れる「納贖」「雜犯死罪」等の語について、そして彼らが反対あるいは賛成しようとしていた贖刑の本身についてより明確化するために、明代中国の贖刑制度に關する研究を参照した。

滋賀秀三氏によれば明の贖刑には、「律贖」ともいう「收贖」と、「例贖」ともいう「贖罪」また「納贖」の区別があった。<sup>(4)</sup>後者には勞役による「工役」また「輪作」「做工」と、物資を調達し運んで納入する「運納」があった。<sup>(5)</sup>律贖は特定の対象に対して大きな恩典を与えるものであり、財政上の期待は全く無かつたとされるが、例贖は「真犯死罪」を除く刑罰一般に適用され、勞働力と物資の確保に重点が置かれていた。<sup>(6)</sup>

こうした知見に基づいて榊原篁洲の贖刑論を、小林両論文の用いる『大明律例診解』の名例律・五刑条の注釈に加え、他の贖刑に關連する個々の条文の注釈をも参照し検討を行った結果、篁洲が贖刑について必ずしも否定的な見解のみを有しているわけではないことが判明した。すなわち『大明律例診解』の注釈において篁洲は律贖（収贖）に關しては批判を行っておらず、むしろ肯定的な見解を示していた。こうした点と小林両論文で参照された五刑条の注釈から、篁洲は流罪の「納贖」（例贖）を批判していたにすぎないかと結論付けた。

高瀬学山についても篁洲と同様にこうした例贖を中心とする明代中国の制度を踏まえて贖刑を肯定している点を指摘した。小林両論文においても学山が「仁政」の点から贖刑に肯定的であった点は指摘されていたが、この点を

再確認するとともに、その著作の『大明律例訳義』においても一貫してこうした見解が述べられている点を確認した。そして小林過料刑論文においては、こうした贖刑に関する学山の見解は「蔡伝」や「音釈」等の『尚書』の注釈を踏まえているものとされていたが、より直接的には中国で編纂された「明律」の注釈書である『大明律附例』（「律例箋釈」）の論に影響されたものであろう点を指摘した。

また、拙稿においては获生徂徠の贖刑論についても新たに検討の対象とした。徂徠が『政談』において過料刑を批判していることは、金田過料刑論文や小早川論文においても指摘されていたが、その過料刑批判論が同時に贖刑導入論となっている点を指摘した。すなわち、徂徠は財産を徴収することのみを目的とする過料刑には反対するのであるが、五刑に基づく贖刑については、日本律や「唐律」、明代の制度を挙げてこれを肯定していた。

以上のように篁州、学山、徂徠といった吉宗がその意見に接した学者は皆、贖刑につき基本的に肯定的であった。そして吉宗もその内容を深く理解していたと考えられる。しかしながら、彼が制定した「公事方御定書」はこれらの贖刑制度を一切採用しなかったのである。贖刑に肯定的な多数の学者の意見に接し、自ら研究を重ねながら、吉宗はなぜその贖刑を採用せず過料刑を存置したのであろうか。また、こうした諸学者による「明律」研究の成果を参照した熊本藩の「刑法草書」のような明律系藩法の多くは、贖刑制度やそれに類似した刑罰制度を設けていた。吉宗はなぜ、明律系藩法のように中国法にならった贖刑制度を、幕府法にそのまま導入することがなかったのであろうか。<sup>(7)</sup>

小林過料刑論文においても吉宗が贖刑に示唆を得ながらも、そのまま導入することなく、軽微な犯罪等に対する基本刑として過料刑を導入した理由が述べられていたが、過料刑が吉宗以前から行われていた刑罰であることを考慮するならば、これはむしろ吉宗が贖刑の採用を退けた理由として理解する必要があるであろう。次章ではこの問

題について検討を行いたい。

- (1) 拙稿「近世日本の贖刑論の一考察」(一)(二)(三・完)、『立命館法学』第三七七号、第三八一・三八二号、第三八四号、二〇一八年、二〇一九年。
- (2) 小林過料刑論文・七〇頁参照。
- (3) 同・八三、八五頁参照。
- (4) 滋賀秀三『中国法制史論集(法典と刑罰)』(創文社、二〇〇三年) 二二二頁参照。
- (5) 同・二三四・二三五頁参照。
- (6) 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) 三九一・三九二頁参照。
- (7) 第三章注(9) 吉田書評においても、「吉宗はかくも熱心に明律を勉強したにもかかわらず、のちの熊本藩がしたように、なぜその明律をまるごと幕府法に導入しなかったのか」(一八三頁) という疑問が呈されている。

## 五 贖刑不採用の理由

### (一) 先行研究における論点

小林中国法論文においては、吉宗が中国法の導入に慎重であったことについて、以下の三つの理由が掲げられている。

第一の理由は、日中の国情の相違である。明清の中央集権的な国家体制を規律する中国法は、そのまま導入でき



ないものであった。小林氏はその具体例として、幕府法の刑罰体系を合理化して徒刑制や流刑制を採用するには、追放刑の廃止と戸籍制度の完備が必要であること、官吏の刑罰の合理化には官僚機構の整備が必要であること、明清律のように七歳以下の幼児を免責するには、客観主義的な刑法観の払拭が必要であること等の問題を列挙されている。<sup>(1)</sup>

第二の理由は、明清律の難解性である。同論文では荻生北溪等の当時の中国法研究者が律の難解性に言及し、安易な国政への適用を警戒している点が指摘される。こうした中国法を「よく消化して大規模に我が国政に取り入れ、且つ運用する」というところまで、当時法曹の学問的水準はまだ到達していなかったのである。<sup>(2)</sup>

第三の理由は、吉宗の伝統法尊重の態度である。吉宗は家康を尊崇しており、その權威を背景に將軍のもつ政治力を高めて行こうとしたとされる。それゆえ、安易に家康以来の伝統法を改めて中国法を全面的に採用することは慎重にならざるを得なかったと推測されている。<sup>(3)</sup> また、こうした吉宗の伝統法尊重の態度には、前田綱紀からの影響もあつたとされる。<sup>(4)</sup> 以上は、吉宗が中国法を全面的に採用しなかつた理由に関する総論的な説明と云うことができる。<sup>(5)</sup>

過料刑を贖刑のような換刑とせず、軽微な犯罪等への基本刑とした理由、すなわち贖刑の不採用の理由に関して今一度、小林過料刑論文で述べられていた理由をまとめるとすれば、①中国律のような刑罰体系を確立し、それに対応した財貨の額を定めることが困難であつたため、②不平等性（以上、小林過料刑論文・四）、③贖刑が国家財政の窮乏を救う為の「権宜」の手段とみなされたため、④贖刑についての「蔡伝」の解釈が吉宗の考える過料刑の性質と一致したため（以上、同・五）、と整理できようであろう。

小林過料刑論文の主な問題関心は、吉宗や幕府に対する経書の影響の解明にあり、吉宗の贖刑の不採用に関して

も④の「蔡伝」の影響に重点が置かれていた。もつとも筆者の関心からすると、それ以外の理由、すなわち小林過料刑論文の①～③および小林中国法論文で提示された理由こそが、より直接的に贖刑不採用について説明し、幕府法、近世法の性質を鋭く指摘するものであると思われる。以下、本章においては小林氏の所説を参考としつつ、幕府の贖刑不採用について以下の四つの論点から説明を試みたいと思う。第一は、小林過料刑論文①の理由および小林中国法論文で述べられていた日中の国情の相違と関わる刑罰体系の問題。第二は、②の不平等性の問題。第三は、③の理由と関連する贖刑を国家の財源とすることに否定的な営利忌避の思想。第四は、小林中国法論文において述べられていた伝統法尊重、すなわち古法墨守の思想である。

## (二) 刑罰体系

小林氏は中国律のような刑罰体系を設けることの困難性を強調されるが、本節ではその具体例として、吉宗が制定した「公事方御定書」の刑罰体系が贖刑制度と相性の悪いものであったことを指摘したい。

律には笞・杖・徒・流・死の「五刑」の刑罰体系が存在する。贖刑はこうした五刑をあがなうものであり、贖刑には五刑との対応関係が存在する。<sup>(6)</sup>このように贖刑を行うに当たっては、刑罰と対応する贖の額を定めなければならぬのである。小林過料刑論文では前述の通り「尤罪ノ軽重ニ因テ贖銅ノ多少同ジカラズ」という高瀬学山の見解を紹介されていたが、荻生徂徠もまた『政談』で「古の贖法は五刑の法を立置、夫に贖の多少をわりつけ置」と、贖刑が五刑と対応した贖の額を有する制度であることを述べていた。しかしながら、幕府法の刑罰体系はこうした贖刑が対応すべき五刑の体系とは異なるものであったのである。

「唐律」において刑罰の根幹をなすのは「五刑二十等」であり、「明律」においても五刑は規定されていた。<sup>(8)</sup>そしてこの律の五刑は名例律の規定により幾等加・減できるものであった。<sup>(9)</sup>以上のように律には軽重関係が明確な刑罰体系が存在したのである。<sup>(10)</sup>

転じて江戸幕府法の刑罰体系は平松義郎氏によるならば、普通刑罰体系である「通例之御仕置」の段取と、特別刑罰体系である「盜賊御仕置段取」の二種からなっていた。<sup>(11)</sup>このうち普通刑罰体系は「科されるべき犯罪が特定していない基本的な体系」<sup>(12)</sup>であり、磔―獄門―死罪―遠島―重追放―中追放―軽追放―江戸十里四方追放―江戸払―所払―手鎖―急度叱・叱からなる。特別刑罰体系は主として盜犯等に対するもので、敲刑と入墨刑からなり、初犯・敲、再犯入墨、三犯死罪という累犯処罰の体系である。そしてこれらの刑罰は「等」を單位に上下し、加重・減輕が可能なものであった。

これによれば幕府刑法にも五刑のような刑罰の体系性がある程度は存在したことになる。「公事方御定書」の立法技術や法体系に関しては律令法の影響が指摘されているのであり、<sup>(13)</sup>こうした「御定書」の刑の加重減輕方法は「明律」の名例律・加減罪例条の規定に学んだものとされ、<sup>(14)</sup>そして個々の刑罰においても、特別刑罰体系を構成する敲刑や入墨刑は「明律」の笞杖刑や、盜犯に対する附加刑である「刺字」に示唆を受けたものとされている。<sup>(15)</sup>

しかしながら幕府法の刑罰体系は律の五刑のように完全に軽重関係によって体系化された制度ではなかったのである。これについて平松氏は「重軽の体系は「御定書」以降も完全に整うまでには至らなかった。」として、火罪、下手人、非人手下といった特定の犯罪だけに科される刑罰や、奴、剃髮等の適用される場合が比較的稀な刑罰の存在を挙げられる。<sup>(16)</sup>この特定の犯罪にだけ科される刑罰という性格は、「明律」の笞杖刑から示唆を受けて導入され

たとされる敲刑においても指摘することができる。敲刑は前述の通り特別刑罰体系を構成する刑罰で、「御定書」においては盗犯のみ科される刑罰である。<sup>(18)</sup>これは律の笞杖刑が盗犯以外にも多くの犯罪に適用される刑罰である点とは異なる。<sup>(19)</sup>

以上のように「御定書」の刑罰制度には、基本的な体系である普通刑罰体系に属する刑罰のほかに、特定の犯罪だけに科される刑罰が複数存在するのである。このような全体の軽重関係が不明確な幕府刑法の刑罰制度に従う限り、刑罰の重さに対応した財貨の額を定めることは困難であったと思われるのである。

名古屋藩の国学者の河村秀頼はその著作『通俗徒刑解』(天明三年(一七八三))<sup>(20)</sup>において、贖刑導入について以下のように論じている。

贖罪とて罪の代りに金銭を出させて罪をあかなふ事、和漢ともに古来よりある事なり、当時に行れず、金銭を罪の代りに出さずする事、何とやらん上の貪利のやうにもひくゆへ如何なれとも、元聖人のなせる法にて古来より和漢ともある事なれハ、今当用に行ふに何の憚事あらんや、笞杖徒流等の刑、直に行ひかたき老人・小兒・病人又ハ人品重き人などハ、此贖刑を用ひて随分よかるへき事也、但し只今にてハ古来と違ひ、人情甚姦曲に成り、種々謀計を構、賄賂を用ひて罪を遁、人とはかる事なれハ、贖銅行るゝ事初りなは金銀模通ある人ハ賄賂を以て其罪を遁、贖にて済さんと色々計るへき故に却て姦謀を導の端ともなるへき故、兼て其法を嚴重に究め、是々の人品是々の罪科ハ贖をゆるす、是々の人品是々の罪科ハ贖ハならず、直ニ刑を決するといふ事を其規矩をたしかに極め、人にも知ししめたるうへに贖罪行ハれずハ、成ル間敷事なるへし、<sup>(21)</sup>

秀穎は和漢ともに古来より存在した贖罪が現在には行われていないと述べる。贖罪は「上の貪利」のようであるが、元は聖人のなせる法であり、和漢ともに古来よりある制度であるとして、笞杖徒流の刑を直接行い難い者に贖刑を適用すべきことを主張している。秀穎もまた贖刑の適用対象として、「笞杖徒流」という五刑の刑罰を掲げているのである。「老人・小兒・病人又ハ人品重き人」は、「唐律」や「明律」における収贖の対象である。こうした官吏や幼年者の処罰に関して小林中国法論文では官僚制の整備や客観主義的な刑法観の払拭が必須であるとされていたが、贖刑導入にあたってもしようとした問題が避けられないことは秀穎の意見からもうかがうことができよう。ここではさらに裕福な者の賄賂による贖罪を避けるために、その適用基準を定めて、それを人に知らしめることが要請されているが、<sup>(22)</sup> 刑罰体系の問題を含めようとしたことは容易ではなかったと思われるのである。

### (三) 不平等性

榊原篁洲が『大明律例諺解』で贖刑批判の理由として、「蔡伝」等を受けて贖刑の不平等性を挙げていることや、前田綱紀が金沢藩の「過銭」に関して同様の見解を述べていることは、すでに小林両論文で指摘されていた。先に引用した河村秀穎の『通俗徒刑解』においても、裕福な者の賄賂による贖罪が危惧されていたが、これもまた贖刑の不平等性への警戒と考えてよいであろう。

寺島良安の『和漢三才図会』（正徳二年（一七二二）自序）には贖刑について、「金を納めて罪を免ぜらるるを贖（音熟阿加奈布）と曰ふ。舜典に曰く、金を以つて刑罪を贖ふことは、舜より始まる。△按ずるに、贖は（俗に云ふ、頸銭）近世絶へて之れを用ゐず。富人の如きは、贖ひ易く罪を犯すことを恐れざるなり。往古贖銅を定む。……」

(卷第二十二「刑罰」)<sup>(23)</sup> という説明が存在する。ここでは近年、贖刑が用いられていないのは、贖うことの容易な裕福な者が罪を犯すことを恐れなくなるからだと言われている。同時代における贖刑不存在の理由として、その平等性に着目した意見である。このように贖刑の不平等性を問題視する説は、近世において広く見られた見解であったと思われるのである。

こうした贖刑の不平等性を解消するにあたっては高瀬学山が述べていたように、明代の贖刑制度に倣って、財力の無い者に対する「做工」等の労役の制度を整えなくてはならないが、これには小林中国法論文で提示されていたような徒刑制度の導入と同様の問題が生じることになると思われるのである。<sup>(24)</sup>

#### (四) 営利忌避

小林過料刑論文においては学山の意見が採用されなかった理由として、贖刑が国家財政のための「権宜」の手段とみなされた点を挙げられていたが、贖刑が財政目的の制度とみなされたこと自体にも不採用の原因があるのではないかと思われる。先に掲げた『通俗徒刑解』は贖刑を「上の貪利」と否定的にみなす見解の存在に触れていたが、海保青陵は『稽古談』(文化十年(一八一三))において、同時代における贖刑不存在の理由について「利」との関係で以下のように述べている。

扱一体、吾国家ニハ利ヲケガラワシトシテステル風也。ユヘニ贖刑ト云コトナシ。キレイナルコトナレドモ、  
下ノ金ヲ上ヘマキ上ルニハ、勝手甚アシ、。……唯、マキ上ルニ法アリ。贖刑ハ其処也。吾国家ニハ贖刑ナク、

売爵ナク、其上ニ一々御買上ゲト云法ニテ、金ノ上ヨリ下ヘサガルバカリナリ。唯、過料一箇条アリ。サレドモコレハ甚サ、イナルコトニテ、中々上ヘマキアゲルト云フ万二分ノ一モ用ニ立ヌコト也。大名家ニテモ国家ノ制ニナラワネバナラヌコトユヘニ、外ニマキアゲル法ヲ立ルコトナラズ、唯過料バカリ也。此過料ノイロくニシテ用ヒバ、贖刑ノヨウナルベキ也。<sup>(25)</sup>

青陵は贖刑を金を「マキ上ル」手段としてとらえている。<sup>(26)</sup>そして、幕藩にこうした贖刑制度が存在せず、些細な過料刑しか存在しないことを批判しているのである。<sup>(27)</sup>ここで注目すべきは、利を忌避する思想があるゆえに贖刑が存在しないのだと述べている点である。近世において収利的行為が軽視・蔑視されていたことは、「金公事」債権の保護の弱さとの関連で指摘されているところである。<sup>(28)</sup>このように司法において営利が忌避されたことは、贖刑に対する抵抗を生じさせたとしても不思議ではない。

江戸時代の裁判については「司法の財源化」現象の不在が指摘されている。<sup>(29)</sup>幕府は民事裁判においては訴訟手数料を徴収することはなかった。<sup>(30)</sup>「為政者は、たとえ訴訟手数料という貴重な収入源を犠牲にしても、また出訴数の増加が招来されるかもしれない危険を犯してまでも、恩恵による裁判というイデオロギーを堅持するため、訴訟手数料を徴収しなかった」<sup>(31)</sup>。こうした司法を財源としない觀念の存在から考えるならば、幕府があえて財政目的とも評価され得る贖刑を導入しなかったのは当然といえるであろう。このような贖刑のような制度は営利に否定的な幕府にとって好ましいものではなかったと考えられるのである。<sup>(32)</sup>

## (五) 古法墨守

小林中国法論文においては、吉宗が家康を尊崇しており、それゆえに伝統法を改めるのに消極的であったと述べられていた。前述の通り、同論文を含め江戸幕府の過料刑と贖刑との関係を指摘する研究は、過料刑を江戸幕府史上、吉宗の時代に初めて創設された刑罰であると認識していた。しかしながら実際には、過料刑は幕初以来の「古法」であった。したがって従来論じられていた以上に、この吉宗の伝統法尊重の態度は贖刑の不採用に大きな影響を与えていると考えられるのである。

近世法において、こうした古法墨守の思想が存在したことは、服藤弘司氏によって指摘されているところである<sup>(33)</sup>。吉宗は「公事方御定書」の編纂によって戦国以来の刑法たる古法の改廃に取り組んだとされるが、その吉宗においてすら「古法こそ正法という考えを捨て切れなかった」<sup>(34)</sup>。「御定書」も古法の抜本的改革ではなく、「近世幕藩体制国家の施政の根本たる古法墨守の思想がなお重く押しかかり、不合理性・非効果性を十分承知しながら、容易にこれが克服までにはいたらなかった」<sup>(35)</sup>。

このような吉宗と「御定書」の限界から考えるならば、伝統的な幕府刑法の刑罰体系や営利忌避の思想を改め、贖刑制度を導入することの困難さがより理解できるであろう。古法墨守の思想を捨て切れなかった吉宗が、新たに財産刑を拡張するにあたって外国法由来の新制度である贖刑よりも、幕初以来行われてきた過料刑を選択したことは想像に難くないのである<sup>(36)</sup>。

なお、近世において実際に贖刑制度を有していた明律系の藩法を確認するならば、その多くは贖刑と対応する五刑に倣った刑罰体系を備えており、労役により贖刑を代替する制度をも設けていた<sup>(37)</sup>。このように明律系藩法を制定



した諸藩の多くは、本章で指摘した刑罰体系や不平等性の問題を解決していたのである。こうした中国刑法を模倣した諸藩は、幕府や「公事方御定書」に範を求めた諸藩に対し大幅に古法を改廃したと評価されている。<sup>(38)</sup> こうした点より考えるならば、幕府における贖刑の不採用の要因は、究極的には古法墨守の思想に収斂するものとしてとらえるべきであろう。

- (1) 小林中国法論文・三五・三六頁参照。
  - (2) 同・三七頁。
  - (3) 同・三七頁参照。
  - (4) 同・三七・三八頁参照。
  - (5) このほか、國學院大學日本文化研究所編『法文化のなかの創造性——江戸時代を探る——』（創文社、二〇〇五年）所収、小林宏「徳川吉宗と法の創造」一三〇―一五頁、および、第二部シンポジウム・一九三―一九七頁参照。前者は、小林前掲『日本における立法と法解釈の史的研究』第二卷に再録されている。
  - (6) 八重津洋平「魏晋南北朝の贖刑制度」〔法と政治〕第一四卷第四号、一九六四年）二八・二九頁参照。
  - (7) 平石直昭校注『政談——服部本』東洋文庫（平凡社、二〇一一年）二九九頁。
  - (8) 滋賀秀三『唐律疏議訳註篇一』訳註日本律令五（東京堂出版、一九七九年）三〇頁、奥村郁三『日本史上の中国金印・那須国造碑・飛鳥・新律綱領・令集解』（阿吽社、二〇一五年）所収「新律綱領と明律」一九〇―一九二頁参照。
- 「明律」の五刑と贖との関係については、陶安あんど「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）、同「贖罪（旧中国の）」（『歴史学事典』第九巻 法と秩序、弘文堂、二〇〇二年、三四九・三五〇頁）、石岡浩・川村康・七野敏光・中村正人『史料から見る中国法史』（法律文化社、二〇一二年）六〇・六一頁参照。

- (9) 滋賀前掲『唐律疏議訳註篇一』三三〇、三三三三・三三三四頁参照。
- (10) 牧英正「鎌倉幕府の国家的権力と幕府法の刑罰体系」(法制史学会編『刑罰と国家権力』創文社、一九六〇年)は、こうした律の五刑の性格を指摘し、鎌倉幕府法の刑罰に律のような整然とした体系が存在しなかった点を論証している(七六～八六頁参照)。
- (11) 以下、平松義郎『近世刑事訴訟法の研究』(創文社、一九六〇年)九二二～九一九頁、同『江戸の罪と罰』(平凡社、二〇一〇年)所収「人足寄場の成立と変遷」一八八～一九〇頁参照。
- (12) 平松「人足寄場の成立と変遷」一八九頁。
- (13) 小林前掲『日本における立法と法解釈の史的研究』第二卷所収「徳川吉宗の立法技術——律令的レトリックの導入に寄せて——」一〇八頁以下、高塩博『江戸幕府法の基礎的研究』(汲古書院、二〇一七年)所収「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——」三八七頁以下参照。
- (14) 高塩『江戸幕府法の基礎的研究』(論考篇)所収「江戸時代享保期の明律研究とその影響」七三・七四頁参照。
- (15) 小早川論文・三四～三七頁、小林中国法論文・五一～五三頁、高塩博『江戸幕府の「敲」と人足寄場——社会復帰をめざす刑事政策——』(汲古書院、二〇一九年)所収「江戸幕府法における「敲」と「入墨」の刑罰」参照。
- (16) 平松「人足寄場の成立と変遷」一八八・一八九頁。
- (17) 平松氏によれば文化三年(二八〇六)に、入墨重敲→入墨敲→入墨→重敲→敲という体系が確立した。敲は所払、重敲は江戸払と同等と見られたが、入墨以上は普通刑罰体系との関連はなかった(平松『近世刑事訴訟法の研究』九一四・九一五頁参照)。
- (18) 「御定書」において敲刑が盗犯以外の犯罪に適用されるのは「悪賽」についての規定が唯一とされる(高塩「江戸幕府法における「敲」と「入墨」の刑罰」四二頁(14)参照)。のち寛政六年(一七九四)には敲刑は博奕犯にも科されるようになった(同・三〇・三一頁参照)。
- (19) 後述の『通俗徒刑解』において河村秀頼は幕府と名古屋藩の敲刑に言及して、「しかれとも盜賊計に行れて外の犯科に

用られず、又女に用ひられぬ也、笞杖の罪ハ盜賊にかきらす、都て輕罪にハ用ひ度事也」(小林宏・高塩博編『熊本藩法制史料集』創文社、一九九六年、一二〇六頁)と述べて、敲刑が盜犯にしか科されないことを批判し、律の笞杖刑のように広く輕罪に適用すべきことを主張している。名古屋藩の「敲」については、高塩前掲『江戸幕府の「敲」と人足寄場』所収「敲」の刑具について——「敲帚」と「箒尻」——九四〜九六頁参照。

(20) 前掲『熊本藩法制史料集』高塩博「史料解題」一一八・一一九頁参照。

(21) 『熊本藩法制史料集』二〇六・二〇七頁。

(22) たとえば、贖刑の適用要件を人に知らしめるといふ点については、近世において法が秘密とされていた点と抵触すると思われる。三浦周行『法制史の研究』(岩波書店、一九一九年)所収「歴代法制の公布と其公布式」一二四頁以下、平松前掲『江戸の罪と罰』所収「近世法」三二頁、大平祐一「近世の訴訟、裁判制度について」(『法制史研究』第四一号、一九九一年)一六七頁参照。

(23) 『日本庶民生活史料集成』第二十八卷 和漢三才図会(一)(三一書房、一九八〇年)三九六頁。また、島田勇雄・竹島淳夫・樋口元巳訳注『和漢三才図会』四(東洋文庫、平凡社、一九八六年)三七五頁参照。

(24) 徒刑制度の不採用の理由については、小林中国法論文・六五頁(5)もまた参照。

(25) 『日本思想大系』44(岩波書店、一九七〇年)藏並省目校注『稽古談』三〇三・三〇四頁。

(26) また、同書・三一九頁参照。こうした海保青陵の思想について、竹林庄太郎「海保青陵の商業思想(一)」「(同志社商学)第二七巻第五号、一九七六年)八九頁参照。

(27) 前述のように同時期においては明律系の一部の藩法が贖刑制度を有していたのであり、大名家にも過料刑しか存在しないとする説は誤りである。

(28) 大平祐一『近世日本の訴訟と法』(創文社、二〇一三年)所収「金公事」債権の保護」一五五頁以下参照。

(29) 陶山宗幸「江戸幕府の刑事内済——傷害罪の検討を中心として——」(『法制史研究』第四一号、一九九一年)一〇三頁参照。「司法の財源化」現象とは、西欧中世の裁判にみられる犯罪者からの財産没収や裁判手数料等が裁判権者の収

益となる現象をいう。」(同・一〇四頁(12))。

- (30) 近世においてはいくつかの藩と奉行所では「公事銭」を徴収していたが、その多くが近世初期に消滅した。吉田正志「近世公事銭に関する一試論——二本松藩の事例を中心にして——」(『法学』第五一卷第五号、一九八七年)五七・五八、八五～八七頁、同「賭けと裁判——湯起請・鉄火・起請文・公事銭——」(前掲『法文化のなかの創造性』所収)八三～八六頁参照。

- (31) 吉田「近世公事銭に関する一試論」九二頁。

- (32) なお過料刑について金田過料刑論文は、「その科刑の目的に、財政目的は存しなかつた」としている(一四四頁)。

- (33) 服藤弘司『幕府法と藩法』(創文社、一九八〇年)第一章第三節「古法の墨守」、同『刑事法と民事法』(創文社、一九八三年)第一編第三章「公事方御定書の制定とその意義」、同第五章「古法墨守の実態」参照。

- (34) 服藤『刑事法と民事法』六〇頁。

- (35) 同書・二四五頁。同箇所では特に追放刑の未克服という理由で主張されている。

- (36) 小林中国法論文においては、「吉宗による中国法導入の方法は、最初から律の体系に基づいて伝統法をそれに当てはめ、全面的に幕府法を作り変えようとするものではなかつたのである。」(六〇頁)と結論付けられている。

- (37) 以上、前掲拙稿「近世藩法における贖刑の研究(二・完)」七「おわりに」参照。

- (38) 服藤『刑事法と民事法』二四五頁参照。

## 六 おわりに

本稿では小早川論文以下、江戸幕府の過料刑と中国法の贖刑との関連を認める諸研究を整理し、こうした諸研究

がいずれも徳川吉宗が享保期に新たに幕府法の刑罰として過料刑を導入したという前提に立っていることを指摘した。しかしこの前提は誤りであり、過料刑が吉宗以前から幕藩において用いられていた刑罰であることを確認した。そして吉宗が贖刑を導入しなかった理由として、贖刑制度と相性の悪い幕府刑法の刑罰体系、贖刑の不平等性、営利を忌避する思想、そして、新法を導入することに積極的ではない幕府の古法墨守の思想を挙げた。

従来の研究は徳川吉宗による過料刑の「創設」を前提とし、その「創設」に贖刑からの示唆を認められていたのであるが、吉宗は過料刑を創設したわけではなかった。中国法とその贖刑制度について卓越した知識を有していた吉宗が、あえて旧来の古法である過料刑を存置し、贖刑の採用を退けたという事実こそ、本稿で贖刑不採用の理由として挙げたような幕府法を特徴付ける重要な点が隠されていると思われるのである。

もつとも、過料刑は贖刑に直接由来する刑罰とはいえないにせよ、金田過料刑論文によれば、吉宗時代に「公事方御定書」によって過料刑制度は整えられ、以降、増加したとされる。<sup>1)</sup> また、小林過料刑論文によれば、過料刑を比較的軽微な犯罪や行政犯に対してのみ適用したことや、「応分過料」や納付困難者に対する手鎖による代替等の制度に関して、篁洲や学山、綱紀等の意見が取り入れられたとされていた。吉宗が中国法からいかなる示唆を得て過料刑の改善を図ったのかについては、さらに詳細な検討が望まれるであろう。

(1) 金田過料刑論文・一二、二一―二四頁参照。