

Title	秦漢法治攷
Sub Title	A research on the legal policies in China during the Ch'in and the Han Dynasties
Author	堀, 毅(Hori, Tsuyoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1996
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.69, No.1 (1996. 1) ,p.339- 367
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	向井健教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19960128-0339

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

秦漢法治攷

堀

毅

まえがき

一 罪刑法定の原則

二 法定主義の諸相

(一) 「不当得為」(情理) について

(二) 「比附」 について

(三) 刑法の法源について

(四) 法の不溯及の原則

(五) 罪刑の均衡について

あとがき

まえがき

世界の法史上の個々の法典の質を問うとき、「罪刑法定主義」の存否は大きな基準となり得る。時間軸を現代に設定するとき、日本の刑法は「罪刑法定主義」を採用しており、一応、近代的刑法典と認定し得る。一方、中国刑法は、

この原則を採用していないため、一部の専門家により、旧時代的・専制的であるとの評価がなされている。その原因として、類推解釈の許容や刑法の効力の遡及的適用が法文の上で認められることなどが挙げられる。さらに、外国ではさしたる重罪とされていないような犯罪に対してまで死刑が科されるという酷刑主義も指摘されている。

一般に法律を含めた社会科学の分野では、個々の文化的現象は時代と共に進歩・発達するものと認識されている。日本における法の発達を概観しても、現行法は、江戸時代や明治初期におけるものより遙かに優れている。

さて、中国における法の歴史においても、航海術や印刷の歴史のように時代と共に進歩・発達してきたといえるであらうか。

中国における法の沿革をたどるとき、悠久な文化の歴史と二千年を超える帝政時代の存在に十分留意する必要がある。例えば、現在用いられている漢字の原形は二千年以前に完成され、儒家・道家・墨家などのいわゆる「諸子百家」と称される思想もほぼ完成されていた。法律をもって統治理論の中心に据える法家の思想も、秦漢時代には既にかなりの完成度に達していた。

戦国時代の諸国の王は、様々な学説を汲み取り、自国の状況に適した政策を打ち出した。その際、一つの思想に偏することなく、各々の思想の長所・短所を十分に斟酌し、総合的な政策を形成した。この時期、特別大きな意味を有していたのが、法家思想である。

歴史の典籍の上で、法家の思想家として著名なのは、齊の管仲・魏の李悝^か・秦の商鞅、韓の韓非子などであるが、法家の思想は彼等の専売特許ではない。儒家の祖といわれている孔子でも法の効用そのものを否定しているわけではない。ただ、儒家の思想家は彼等の描く世界の全体枠の中で法家的要素が少ないという点に過ぎない。（逆もまた真なりで、法家主義の統治者として知られている始皇帝も法家一辺倒というわけではなく、孝・悌・忠・信という儒家的徳目を尊重していた）

秦漢時代は、長らく四分五裂していた中国に統一国家を実現させたという画期的時代である。法家理論は、このような時代を背景に国家統治の指導理論として重要視された。

理想社会へのあくなき追求をなすのが人治主義であるならば、現実社会へのたゆまぬ対策をなすのが法治主義であると言える。従って法治主義の特性は、常に現実を直視する具体性、合理性を帯びているという点にある。

本稿では、戦国から秦漢に至る時代における法治主義の諸相につき考察を加えたい。

一 罪刑法定の原則

罪刑法定主義はれっきとした漢語でありながら、本来の意義の沿革を尋ねると、一二一五年のイングランドのジョン王が約定した『大憲章』(Magna Carta)に起源するものである。その後はイギリス本国からアメリカ大陸、さらにヨーロッパ大陸にわたり、一七八九年フランス革命の『人権ならびに市民権の宣言』の第八条に「法律は絶対に必要な刑罰のほかに定めることはできない。何人も犯罪の前に制定せられ、かつ公布せられおよび合法的に適用された法律によるものでなければ、処罰されることはない」と明示され、さらに、一八〇一年ドイツのフォイエルバッハが記した刑法教科書のなかに「法律無ければ刑罰なし」という原則が提示された。さらに、一八一〇年に制定された『フランス(旧)刑法』において、「違警罪・軽罪・重罪を問わず、犯罪前に法律で定められていない行為に対し、刑罰を科すことはできない」と規定された。

罪刑法定主義は欧米に起源し、発達したという点は、刑法学者の暗黙の了解事項となっている。かくて、罪刑法定主義は、日本はもちろん中国の法系とは殆ど無関係に発展してきたものであるとされる。このような情況から、古代中国法史のジャンルで、罪刑法定主義の概念を持ち出すことは不適切であるという誇りは免れないかもしれない。

かし、罪刑法定主義が「法律無ければ刑罰なし」という命題で定義づけられ、さらに、これと同趣旨の命題が中国法系の中に見出だすことができれば、伝統的中国法と罪刑法定主義の関係をあらためて検証することもあながち無意味なことではないであろう。

かつて瀧川政次郎氏は、本邦養老年間に制定された日本律令に

(a) 凡断罪、皆須具引律令格式正文、違者笞卅。(『律』「断獄律」佚文)

(b) 凡諸司断事、悉依律令正文。主典檢事、唯得檢出事状、不得輒言与奪。(『令』卷一〇「獄令」)

とある二条を論拠に「律の罪刑法定主義」なる原則の存在を示された。⁽¹⁾右二条によって、直ちに、現行法概念における「罪刑法定主義」が存在していたとは断定できないとはいえども、現行刑事訴訟法に定める「有罪の言い渡しをするには、罪となるべき事実、証拠の標目及び法令の適用を示さなければならぬ」(第三三五条)とする原則は、養老年間の律令に確立していた点は明白である。また、日本律令の母法である唐律令において、この原則が確立していたことも自明の理である。この原則につき、さらに中国法を遡源してみると

(c) 律法の断罪は皆常に法律令の正文を以てすべし。若し正文無くば、名例に依附して之を断ずべし。其の正文の名例の及ばざる所は、皆論ずること勿れ。(『晉書』卷三〇「刑法志」)

とあるごとく、晉律に遡ることができる。⁽²⁾晉律の母法たる諸法の律文は佚失しているため、右文(c)に準ずる規定を直接例示することはできない。しかし、以下の諸史料は、罪刑法定の原則が、晉法制定より前の時代に、つとに存在していた事実を認めるに十分な説得力を有するであろう。まず、戦国時代の史料には

(d) 名分すでに定まれば、貧盜も取らず。いま、法令明らかならずば、其の名は定まらず。天下の人は之を議するを得。其の議は人ごとに異にして定まることなし。人主の法を上を為り、下民これを下に議するは、是れ法令定まらず。下を以て上を為むるなり。これ所謂名分の定まざるなり。夫れ名分の定まざれば、堯舜も猶將に皆折きて之を姦せんとす。而るに況んや衆人をや。(『商君書』卷二六「定分篇」)

と、法律の条文は解釈において議論の余地のないほど十分に整備されるべきことを説き、また、

(e) 各々法令を主るの民、敢えて法令の謂う所の名を行うを忘るれば、各々その忘るる所の法令の名を以て之を罪す。(『商君書』卷二六「定分篇」)

と法律条文の正しい適用を役人に対する義務とし、もし、本来適用すべき条文を忘れるようなことがあれば、ただちに、「反坐」(本来適用すべき法をもって役人を罰すること)に及ぶとある。⁽³⁾ ついで、

(f) 吏は明らかに民の法令を知るを知るなり。故に吏は敢えて非法を以て民を遇せず。民は敢えて法を犯して以て法官を干さざるなり。民を遇するに法に循わざれば、則ち法官に問う。法官は即ち法の罪を以て之に告ぐ。民は即ち法官の言を以て、正しく之を吏に告ぐ。吏はその此の如くなるを知る。故に吏は敢えて非法なるを以て民を遇せず。民はまた敢えて法を犯さず。(『商君書』卷二六「定分篇」)

とあり、役人は人民が十分に法をわかまえて知っていることを知っているので、法に定めのない事実につき人民を弾劾することはしない。また、人民が法に従わないようなことがあれば、その事実を法官に問い、法官は法文に明記されている罪名を質問者に回答するというシステムが存在していた。ここに、「法律無ければ刑罰なし」という原則が窺い知れるであろう。

商鞅の法は、秦の孝公の時代に徹底された。孝公二四(紀元前三三八)年、孝公が死ぬと、公子が襲位し、恵文王となった。恵文王は商鞅の才能の余りあることを恐れ、これを誅罰したが、商鞅の法そのものは、廃絶されることはなく、その後の時代にも生き続けた。

当時、戦国時代を代表する論客に蘇秦という者がいた。彼は秦に赴き恵文王に接見した。その際の話が『戦国策』に記されている。蘇秦は合縦策の論客として知られているが、当初、連衡を策して秦王に献策した。秦王は

(g) 寡人之を聞くならく、「毛羽豊満ならずんば以て高く飛ぶべからず。文章成らざれば以て誅罰すべからず。道德厚からずんば以て民を使うべからず。政教順ならざれば以て大臣を煩わすべからず」と。いま、先生、儼然として千里を遠しとせずし

て庭す。之れを教うるに願わくば異日を以てせん。

と、献策に対する即答を避けた。上文で注意すべきは「文章成らざれば以て誅罰すべからず」とある一文である。右における「文章」とは、いうまでもなく成文法典をさす。改めて、この一文を口語訳すると「法律なければ刑罰なし」となる。ここに紀元前四世紀の中国の王の言葉のうちに、一九世紀のドイツの刑法学者フォイエルバッハが刑法教科書のなかに記した内容とまったく同趣旨の法原理が見出される。

両者の間には、二千年以上の隔たりがあり、しかも前者の資料的価値は後者に遠く及ばず、法史の上で全く同価値であることを論証する意図はない。しかし、秦の恵文王は若い時代には商鞅が実践した法治の効用を目の当たりにし、彼が残した法治理論をさらに進めて、中国統一の基礎固めを行ったという時代的背景を考慮すると、既に紹介した『商君書』や後出の『睡虎地秦簡』に見られる極端なまでの法律至上主義が、当時の秦の朝廷において定着していたと思われる。すなわち、王がかなりの純度にもまで高揚された法治主義に立っていなければ、秦の統一も実現しなかったのである。

秦の始皇帝時代の史料『睡虎地秦簡』には

(h) 有鞫 敢えて某県の主に告ぐ、男子某に鞫あり、辞して曰く、「士伍にして、某里に居す、名・事・里と坐する所の論は何

と云い、何罪が赦され、或いは、覆問の有無を定む可し、識者を遣して律を以て封守せば騰に当て、騰さば皆報となせ」と。

敢えて主に告ぐ。(『睡虎地秦簡』「封診式」六〇七、586～587)

とあり、被告人の取り調べにあたっては、まず、人定質問に相当する氏名、職業、現住所等に加えて、前科や恩赦の経歴をも併記するという方式が採られていた。⁽⁴⁾(g)の原文における「所坐論云何」とは、かつて言い渡された罪名を指す。その罪名とは、倫理上や慣習法の規範に触れたという性質ではなく、まさに、成分法に違反した事実である。また「為吏之道」に

(i) 凡そ吏たるの道は、必ず精潔にして正直、慎謹にして堅固、審悉にして無私、微密にして纖察、安静にして無苛、賞罰には密かに当たれ。⁽⁵⁾ 『睡虎地秦簡』「為吏之道」(一「二」)〜七「二」679〜685)

とあり、賞罰に当たっては、十分な審理を経たうえ、厳正な決定をなすべき旨が記されている。

さて、漢代における罪刑法定主義の原則は如何であつたであろうか。この問題に対し、次なる史料は、その解答に十分応しい価値がある。時代は文帝期、皇帝が橋に差しかつたその時、一人の男が思わず橋の下から駆け出したため、皇帝の乗車する御車の馬を驚かせてしまった。漢律に照らすと、男の罪は「犯蹕」その法定刑は「罰金」である。皇帝はこの男に対し、法定刑の枠を超えて重く罰する様に指令した。これに対し裁判を指揮した廷尉の張釈之は

(i) 法は天子の天下と公共する所なり。いま、法の是の如くにして、更に之を重くすれば、是れ法は民に信ぜざるなり。且つ方に其の時、上の使をして之を誅せしめれば則ち已む。いま已に廷尉に下さる。廷尉は天下の平なり。壹たび傾かば天下の法を用いる者は皆これの軽重を為す。民は安んぞ其の手足を錯く所あらんや。唯、陛下の之を察せらるることを。(『漢書』卷五〇「張釈之伝」)

と上申した。文帝は釈之の言を容れ、法の定めに従うことに同意した。⁽⁶⁾ 文帝期における事例として、皇帝による「罪刑の擅断」と廷尉による「罪刑の法定」との再度にわたる意見の対立があつたが、その際も右の事例(i)の場合と同様、罪刑法定の原則が貫かれたと『漢書』列伝には記されている。⁽⁷⁾

以上のごとく、秦漢時代の法の適用の原則に関しては『唐律』「断獄律」に比する直接規定こそ見出し得なかつたが、罪刑の法定が強く志向されていたのである。

以上、秦漢時代の法の適用の原則に関してはいわゆる『罪刑法定主義』の基本原則に類したものを見出し得た。

さて、罪刑法定主義の基本原則は「法律なければ刑罰なし」という命題につきる。ただし、一般に、罪刑法定主義を論じるとき、この原則から派生的に要請される事項の存否が問われる。

かつて、法哲学者のホセ・ヨンバルト氏は、罪刑法定主義の歴史的沿革は未知であり、内容に関しても、その簡潔な表現にもかかわらず、種々異なった意味（次元）⁸⁾がそこで理解されている、と指摘されている。刑法の中で罪刑法定主義を掲げる以上は、当然、客観性・統一性・具体性が要請されるであらう。しかし、不思議なことに、基本原則を除き、罪刑法定主義の定義づけは千差万別である。

この現象は一見矛盾しているようであるが、一概に、そうとも断定できない。すなわち、罪刑法定主義とは西欧の刑法の独占物でもなければ、現代刑法学の産物でもないからである。刑法の範囲は時代という縦軸と、地域という横軸により構成された面に存在する。極端な例示をすると、現代日本・一三世紀のイギリス、また、紀元前三世紀の中国におけるものもいずれも刑法の範疇にあるものであると言える。

したがって、主原則から派生的に要請される事項は、時代や地域により異なって当然である。因みに、現代の欧米や日本において提示されている主たる項目は以下のとおりである。

- ①「被告人に不利な」類推解釈の禁止
- ②慣習法の排除／成文法主義
- ③刑法の効力の不遡及
- ④絶対的不定期刑の排斥
- ⑤犯罪構成要件の明確性
- ⑥法の公開・周知
- ⑦犯罪・刑罰の均衡／刑罰の適正

右のほか、学者によっては、残虐な刑罰の禁止なども加える場合がある。

本論文のテーマに戻り、秦漢時代の中国における法治主義と罪刑法定主義の関連を考えると、法と情理・慣習

法・類推解釈・法の効力の遡及などに注意が引かれる。

次節においては、これらの項目について考察を加えよう。

二 法定主義の諸相

(一) 「不当得為」(情理) について

秦は六国を制覇した後、度量衡・文字の統一などに加えて『秦法経』をもって法を一に由らしめた。しかし、風俗・習慣を異にする広大な領域における社会の行為のすべては一件の法により規制し得るものではない。人々の生活と成文法との間には少なからぬ空隙が生じるのは必定である。この空隙を埋めるには次のてだてがある。

①人情、道理の見地より人の行為を裁く。

②成文法典の条文に対して類推解釈を加える。

本項では、①につき検討をなす。

情理により行為を罰するという原則は、『唐律』における

(a) 諸不応得為而為之者笞四十。(謂律令無條、理不可為者) 事理重者杖八十。(雜律)

とある条文により、一般に「不応得為」の条としていられている。律文に規定なき行為を罰するということは、必ずしも、新法を際限なく作ることを意味しない。「不応得為」条の存在理由は、あくまでも、成文法のみでは対処し得ない軽微にして雑多な行為を罰するという点にある。本条適用によって科される刑は「笞四十」を原則とする。「笞四十」(重き場合は、「杖八十」という刑罰は、唐律の刑罰体系において比較的軽罰の範囲内である。換言すれば、情理によっては、「杖八十」を超える刑罰は科し得ないという制約が付されているのである。この制約は、罪刑の擅断

や法治の無視に対する大きな歯止めとなっていた。

さて、「不応得為」の由来について、沈家本は

(b) 首匿、見知縦、所不当得為之属、議する者或いは頗るその法闕除すべきを言う。いま此に因りて贖さしむれば、其の便の明かなること甚だしい。（『漢書』卷七八「蕭望之伝」）

(c) 事に非ずして之に事とし（鄭注）いまの「所不当得為」なり、出入に道義を以てせずして不祥の辞を誦さば、其の刑は墨なり。（『尚書大伝』卷四「甫刑」）

とある事例により「所不当得為」の五文字は漢律の原文であろうとしている。管見の及ぶ限りでは、先秦以来の文献において右の(b)(c)に相当する記事は見出し得ない。しかし、『韓非子』に

(d) 書、約なれば弟子辯ず。法、省たれば民萌訟う。是を以て聖人の書は、必ず論を著にし、明主の法は必ず事を詳にす。（『韓非子』卷一八「八説」）

とあるごとく、法文は省約すべきでないとい説いている。これが法家の原則であった。ただし、法の規定を詳細にすれば、情理の立ち入る余地は少なくなる。ところが、法の規定が詳細になれば、法文が繁多となり、法の周知は徹底し得なくなる。法は法官のみ操るところとなり、吏民は法から遠ざけられていく、という法治主義の原理に逆行する結果を招来する。従って、法家の立法家といえども、過度に詳細な法を作りえなかったのである。従って、法治を厳にすること、情理をもって微罪を罰するということは決して矛盾するではなかった。

(1) 「比附」について

罪刑法定主義の原則を制約する第二の素因として、いわゆる類推解釈の問題がある。『唐律』「名例律」に

(a) 諸断罪而无正条、其比出罪者则举重以明轻。其比入罪者则举轻以明重。

とあり、疏議の解説に「夜、故なく人家に入り、主人が直ちにその賊を殺しても無罪」と賊盜律に規定があるので、賊に傷害を加えても罰せられることはない、と。また、「期親の尊長を殺さんと謀るものは皆斬」と賊盜律に規定があり、「已に殺す」「已に傷つく」の文言はない。しかし、殺・傷の既遂は未遂より罪が重いので、いずれも斬を推しあてる、とある。仁井田陞氏によると、右の規定は隋の開皇律に創始され、「法律に規定なきことがらに対しては類推をなす」という思想は、先秦の時代に存在していたとされる¹⁰⁾。

先秦の法家は、類推解釈に対しどのように考えていたのであろうか。まず、『管子』に、

(b) 儀を置き、法を設け、度量を以て断ずるは上主なり。人を愛して、之を私に賞し、人を惡憎みて之を私に罰し、大臣に倍き左右を離れ、専ら其の心を以て断る者は中主なり。臣に愛する所ありて、為に之を私に賞し、惡む所ありて、為に之を私に罰し其の公法に倍き、其の正心を損し、専ら其の大臣に聴く者は危主なり。(『管子』卷一五「任法篇」)

と、法は主觀を排し、あたかも度量衡を用いるが如く厳正に適用すべきことを説き、次いで

(c) 是の故に、先王の国を治むるや、意を法の外に淫さず。惡を法の内に為さず。動きて法に非ざる者無きは、過ちを禁じて、私を外にする所以なり。(『管子』卷一六「明法篇」)

と、法文の解釈は厳正なることを説いている。また、『商君書』には、

(d) 公、公孫鞅に問いて曰く、「法令は當時、之を立つる者を以て、明旦、天下の吏民をして、みな明らかに知りて之を用いること一の如くにして私なからしめんと欲す。奈何」と。(卷二六「定分篇」)

と、孝公の言を伝えている。また、前掲一(d)に「下民これを下に議するは、是れ法令定まらず。」とある如く、ひとたび制定された法を吏民がほしいままに解釈することの弊害を説いている。法家の論を綜合すると、定まった要件を備える条文を私的に解釈するがごとき便宜主義に対し、厳しい警告を発している。また、法条解釈の例は秦代の法においても、以下のごとき事例がある。まず、

(e) 「問う」臣、強いて主と奸す。何に論ぜん。

〔答う〕「殴主」に比せん。（『睡虎地秦簡』「法律答問」七五、445）

とある。奴婢が主人を強姦すれば、どのように論処すべきか、という設問に対して「殴主」罪に比して処断せよ、と回答している。さて、強姦と殴打（暴行）の両罪の軽重を衡ると、当然、強姦が重罪である。したがって、強姦をはたらいたものが、殴打（暴行）に類推して処断されることは、被告人にとって決して不利益をもたらさない。

(f) 「問う」大父母を殴たば、黥為城旦舂。いま、高大父母を殴つ。何に論ぜん。

〔答う〕大父母に比せん。（『睡虎地秦簡』「法律答問」七八、448）

右は、法文に「大父母（祖父母）」に対する暴行罪が法定されていることを前提に、「高大父母（曾祖父母）」に対して暴行を加えたとき、如何に論処すべきか、という問いに対して「大父母」に対する場合に比して論処せよ、と回答している。曾祖父母は祖父母の父母であり、これに暴行を加える行為に対して同量の罪刑を認めることは、あながち不当ではない。因みに、『唐律』においては、「諸詈祖父母・父母者、絞」とか「諸祖父母・父母為人所毆擊、子孫理合救之……」（いずれも「鬪訟律」とあるごとく「祖父母・父母」は「子・孫」に対比して用いられており、法文上、主体であれ、客体であれ、「祖父母」と「父母」との間に差を設けていない。なお、『唐律』において、「曾祖父母」の辞句は用いられていないが、現実の生活の上で四世代隔たった者同志が法律行為に拘る事は極めて稀でしかなかったという理由によるものであろう。

(g) 鉞・戟・矛の室あるものをば抜きて以て闘うも、未だ傷あらざるなり。論するに劍に比せん。（『睡虎地秦簡』「法律答問」

八五、455）

右において、「鉞・戟・矛」などの鞘のある武器を持って私闘をなし、相手を傷つけなかったとき、明文のある「劍」の規定に比して処断すべしとある。「鉞・戟・矛」などは戦闘用の武器で劍以上に殺傷力があり、この場合は理に適

った類推解釈であるといえる。(もし、法文で「鉞・戟・矛」などの鞘のある武器を使用することが規定されており、事実において剣を用いた場合は法文の域を出た類推解釈といえる。本件を現代社会に即して例えれば、「原爆を保有せず」との決議には当然「水爆」の保有も含まれる。という論理である。)

右文の史料(e)(f)(g)を通して分るごとく、秦代における法条解釈は、いずれも「拡張解釈」の域を出るものではなく。『唐律』「名例律」に掲げる「罪を断ずるに正条なければ、其れ罪を出すべきものは、則ち重きを挙げて以て、軽きを明らかにす。其れ罪を入るべきものは、則ち軽きを挙げて、以て重きを明らかにすべし」とある原則の範を示す。

右に見られる「比」については、漢代にも幾多の事例がある。前漢の武帝時代の社会的状況として、

(h) 酷吏は撃断するも姦軌は勝えず。是において張湯・趙禹の属を招進し、法令を条定し、見知故縦・監臨部主の法を作り、深故の罪を緩め、縦出の誅を急にす。その後、姦猾は法を巧みにし、転た相い比況す。禁罔は寝密となり、律令は凡て三百五十九章、大辟四百九条、千八百八十二事、死罪の決事比は万三千四百七十二事、文章は几閣に盈ち、典者は徧く睹ること能わず。(『漢書』二三「刑法志」)

とあり、類推解釈が盛行し、法網は細密化し、罪人は増加の一途を辿ったとある。

類推解釈には、両側面がある。一方は、ある事実が、法律上明文をもって規定されている事実に類似しているため、「被告人に不利な類推」をなすことであり、他方は、法文に対し「被告人に有利な類推」をなすことである。何時の時代においても、成文法が存する限り、類推解釈の是非の問題は生じる。すなわち、刑法である特定の行為を禁止した場合、その違法性は明確に線引きできないからである。違法と合法の境界にはいわゆるグレーゾーンという部分が存在する。この部分を「黒」と解釈するのが前者であり、「白」と解釈するのが後者である。

漢代における後者に属する事例として、次の故事がある。

前漢末、成帝の時代に二千石の官たる馮野王は病氣となり、三か月の後、天子から休暇を賜り、任地の郡を離れた。当時の法においては、令により与えられた休暇（「予告」）の場合は、任地を離れて帰郷することを得たが、病氣の場合に關しては明文が無かった。右、馮野王の件につき、大將軍の王鳳は、馮野王に対し免職の処分を行った。このとき、王鳳の部下の杜欽は、

(i) 伝に曰く「賞の疑わしきは予に従う、恩を広め功を勉む所以なり。罰の疑わしきは去に従う、刑を慎み知りがたきを闕くなり」と、（『漢書』卷七九「馮野王伝」）

と、古伝を引用して、馮野王を罰することの不当性を述べた。杜欽の辞により、漢代に既に「罰の疑わしきは去に従う」という法理があったことが認められる。

罪の疑わしい案件については様々な対処法があるが、周知のごとく、『唐律』「断獄律」においては、これを「疑罪」とし、実刑に代えて罰金を科していた。この「疑罪」という辞句は『唐律』より前の時代のほうに見出だすことはできないが、右の事例によっても知られるごとく、唐代以前にも「罪の疑わしき案件」について、刑の減免の措置がとられていた。また、『書経』に

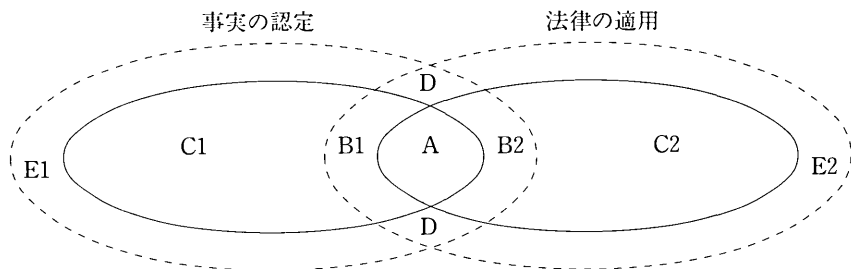
(j) 五刑の疑、赦あり。五罰の疑、赦あり。（『呂刑』）

とあり、この記事に続いて「墨」・「劓」・「剕」・「宮」・「大辟」の五種の刑罰に相当する犯罪事実⁽¹⁾に疑義がある場合は罰金刑を科すとの記事がみえる。

また、『書経』「大禹謨」には

(k) 過ちを宥すに大と無く、故を刑するに小とする無し。罪の疑わしきは惟れ軽くし、功の疑わしきは惟れ重くす。その不辜を殺すよりは、寧ろ不經に失せんとする。

と、「罪の疑わしい」という事実をもって情状の要件とされていた。既述の諸史料により、「罪の疑わしい」という案



件については、

① 処分しない。

② 刑を軽減する。(実刑に代えて罰金刑などを科すなど)

の二種類の減免措置がとられ得るものとされていた。

また、既述の諸史料を総合すると、「罪の疑わしい」という概念は、事実の認定に関する疑義と、法律の適用に関する疑義の両者を包摂していたと考えるのが妥当であろう。

秦漢時代においていわゆる「疑罪」についての明文規定が存在していたか否か明らかではないが、『唐律』には、

(1) 諸疑罪、各依諸犯以贖論。即疑獄、執見不同者、得為異議、議不得過三。(「断獄律」)

とあり、注には「謂虚実之証等、是非之理均、或事涉疑似。傍無証見、或傍有聞証、事非疑似之類」とあり、また疏議には「即疑獄、謂獄有所疑、法官執見不同者、議律論情、各申異見、得為異議」とあり、法官の「異見」には、適用すべき律文に関するもの(「律」と、事実関係に関するもの(「情」)の二つの要素からなることが明記されている。ただし、右の律文によっても「疑罪」の概念が十分に明確ではないので、適用範囲につき図解してみよう。

例として、「甲が乙の庭に侵入した」という事案を上図に投影してみよう。事実の認定および法律の適用について、「実」と「虚」および「疑」の要素に分類してみる。

A…甲が乙の庭に侵入した事実および法律の適用のいずれにおいても疑義無し。

B1…乙の庭に侵入した者は甲であるが、「住居侵入罪」の適用には疑義がある。

B2…「住居侵入罪」の適用には疑義がないが、乙の庭に侵入した者を甲と特定するには疑義がある。

C1…乙の庭に侵入した者は甲であるが、この行為を罰する条文が無いので無罪。

C2…「住居侵入罪」の適用には疑義がないが、乙の庭に侵入した者は甲以外の第三者である。

D…乙の庭に侵入した者を甲と特定するには疑義があり、また、「住居侵入罪」の適用には疑義がある。

E1…乙の庭に侵入した者を甲と特定するには疑義があり、また、「住居侵入罪」の適用はできない。

E2…「住居侵入罪」の適用には疑義があり、また、乙の庭に入った者は甲以外の第三者である。

F…乙の庭に入った者は甲以外の第三者であり、また、その行為は「住居侵入罪」に該当しない。

事実関係に関しては、確かに甲が乙の庭に侵入した、という黒の状況から、乙の庭に入った者は甲ではなく丙である、という白の状況及び甲が乙の庭に入った疑いがあるという灰色の状況がある。また視点を殊にすれば、甲が入ったのは乙の庭でなく空き地であったとか、確かに甲が乙の庭に侵入するつもりであったが、門に施錠されてあったので引き返した、などの状況がある。

法律の適用に関しては、「他人の庭園に侵入する罪」に該当するので犯罪を構成する、という黒の解釈から「他人の住居に侵入する罪」という規定はあるが「他人の庭園に侵入する罪」という条文は無いので、犯罪を構成しない、という白の解釈に別れるが、「庭園」を「住宅」の一部と解釈すればこの事実は黒となる可能性はある。

前頁の図において、B1・B2及びDが疑罪の範囲で、C1・C2・E1・E2・Fは疑罪の範囲外である。

本項の主題となっている「比附」は前頁の図におけるB1・C1に関わるものである。ただし、現実問題として、B1とC1の境界線は曖昧なものであり、絶対的な基準は存在しない。この境界線を決定付けるのは時には情理（条理）であり、また社会的要請である。

(三) 刑法の法源について

法は、文書で記され、一定の形式と手続きを経て公布される成文法のほか、上記の要件を備えない不文法に大別される。不文法はさらに、①慣習法——相当の期間存在した慣習が規範としての性質を有し、国がその法的効力を認めたもの。②判例法——特定のことがらにつき一定の傾向をもつ判決がくり返されれば、その判決は法的拘束力をもつ、に大別される。本項では、不文法に属する右文二点につき考察する。

〔慣習法〕

「五里風を異にし、十里俗を改む」

「郷に入りては俗に随い、境に入りては境に問え」

右の諺語によっても知られるごとく、中国社会においては、風俗、習慣が多様で根強い。¹²⁾ 歴代王朝においては、地方固有の慣習を法として認める場合も少なくなかったが、法家は、慣習を排除する原則をとった。すなわち、

(a) 知あらば則ち惑い、心あらば則ち峻し、目あらば則ち眩む。是を以て規矩は一にして易えず。秦楚の緩節を為さずして、胡越の改容を為さず。一にして邪たらず、方行して流れず。(『鄧析子』卷一「無厚篇」)

とあり、また、前項史料(f)に掲げたごとく、法源の一統にして、しかも公布することにより周知せしめる原則があった。また、秦簡においては、

(b) 古は、民に各々郷俗あり。その利する所および好悪は同じからず。或るものは民に便ならずして、邦に害たらしむ。是を以て聖王は法度を作為し、以て民心を矯端し、その邪僻を去らしめ、その悪俗を除く。(『語書』一〇二、54～55)

とあり、右文に「郷俗」「悪俗」なる語が見える。これらは、まさに慣習と言えるものである。秦は「郷俗」を慣習法として認知するという方針は取らなかった。

(c) いま法律令已に布さるも、吏民の法を犯し問私するもの止まらずと聞く。私好、郷俗の心は変らず。令、丞より以下の知り

て論を挙げざるは、是れ即ち、明らかに主の明法を避くるなり。（同右、五〇六、58〜59）

とあるごとく「法・律・令」の成文法を唯一の法源とする方針を打ち出したにも拘らず、その意図は地方の末端には十分滲透しなかったことが窺い知れる。

〔判例法〕

すべての犯罪を予見し、明文化することは不可能である。また、予見し得ても、一方では、法文は簡潔であることも要請されているため、前出の「高大父母」が客体となるような要件は敢えて明文化しない。ただし、法家は社会生活と成文法との間に生じた空隙に対し、容易に「情理」や「慣習法」をもって補填するという手段を選ばなかった。この問題に対しは、既述の「比」という手段と判例に法的拘束力を付すという方法により解決を図った。判例法は前述の「比」と相通ずる一面を有する。「比」が机上の解釈論であるという側面を有しているのに対し、判例法は現実の事案から出でた産物である。従って、判決例は「比」よりも強い法的拘束力を有している。ただし、公布という手続きを経っていないので、法源としては、第二次的なものに止まる。

判例法は秦代において「廷行事」と称される。秦簡に

(d) 求盜、罪人を追捕し、罪人、求盜を格殺す。

〔問う〕殺人者は「賊殺人」となすや、且つ「鬪殺」となすや。

〔答う〕「鬪殺人」なり。廷行事は「賊」となす。（法律答問「六六、436」）

(e) 「百姓、債あるとき、敢えて擅に強質すること勿れ。擅に強質し及び質を和受せば皆貨二甲」廷行事、強質人は論ぜられ、予う者は論ぜられず。質を和受する者は論ぜられること「勿し」。（法律答問「一四八、518」）

(f) 〔問う〕倉鼠の穴幾何ばかりにて、論及び評に当たるや。

〔答う〕廷行事、鼠穴三以上ならば貨一盾、二以下ならば評。鼠穴三は一鼠穴に当てる。（法律答問「一五二、522」）

とある。秦簡における「廷行事」には右の三例のほか九例、計十二例ある。その内訳は、次の三つの類型に分けられる。

① 律文に定める法定刑を変更するもの。(右(d)を含む三例)

② 律文のみでは判然としない点につき補足的解説を加えるもの。(右(e)を含む三例)

③ 律文に規定なき事がらに対し、同じ類型に属する律文の規定を適用する(右(f)を含む六例)

また、秦簡には

(g) 「敢えて錦履を履くこと無かれ」

「問う」「錦履を履く」の状は何の如きや。

「答う」律の謂う所は、絲を以て履を雜織し、履に文あらば乃ち「錦履」となす。錦の纓履はなさず。然れども行事は焉に比す。(「法律答問」一六二、532)

とある。右文の「行事は焉に比す」は前出の「廷行事」に他ならない。

さて、秦代の「廷行事」は、やや意味あいを異にしながらも、漢代においては「決事比」と称されるようになった。ただし、何時の時点をもって改められたかは詳らかではない。同義の法律用語が、例えば前出の「不当得為(漢代)」「不応得為(唐代)」のごとく、時代に伴って遷り変ることは稀ではない。その原因としては、①人為的に作られた語句がある時期を画して採用される。②慣用化された語句が元の語句にとって替る。の場合に大別されよう。筆者は秦から漢にかけて判例(法)を意味する語は、「廷行事」↓「行事比」↓「決事比」と変遷していったと推定する。(g)の「行事比焉」はまさに右例②に属する過度的な用例の一であろう。

（四）法の不溯及の原則

実行のとき犯罪とされていなかった行為は

①事後制定された法により犯罪とされることはない。

②事後の立法により従前の刑は加重されることはない。

これがいわゆる「刑法の効力の不溯及」の原則である。これと類似した思想は、

(a) 令未だ布かずして罰之に及べは、是れ、上、妄に誅するなり。上、妄に誅すれば、民、生を軽んず。民、生を軽んずれば暴人興り曹党起りて乱賊作る。（『管子』巻六「法法篇」）

とあるごとく、すでに春秋期に存在していた。漢代におけるものとしては、前掲二(i)に接続する箇所に

(b) いま令と故事を釋て、而して不敬の法に倣るは、疑わしきを闕きて従りて去らしむの意に違ふ。即し二千石を以て千里の地を守り、兵馬の重に任じらば、宜しく郡を去るべからず。將に刑を制するを以て後法と為さんも、則ち野王の罪は未だ令を制するの前に在るなり。刑賞は大信なり、愼まざるべからず。（『漢書』卷七九「馮野王伝」）

とあり、刑の不溯及が説かれている。さらに

(c) 令、法を犯せし者は各々法時の律令を以て之を論ず。（『漢書』卷八一「孔光伝」）

とあるが、右文は漢代律令の佚文であると推定される。

戦国から秦に関する史料において、右(c)に相当するものは見出だされていない。しかし、いわゆる「刑法の時に關する効力」について

(d) 甲、牛を盜めり。牛を盜みしの高は六尺、繫ぐこと一歲、復び丈るに高は六尺七寸なり。

〔問う〕 甲は何に論ぜられん

〔答う〕 完城旦に當てん（『法律答問』六、376）

と、犯罪時、未成年であった甲に対し、「盜牛罪」の「黥城旦」より罪一等を減じた上、刑を言い渡すべしとしてい

る。¹³⁾ 右は、直接、本項のテーマにかかわる問題ではないが、秦律においては、既に、法の時に関する効力に対しても配慮が十分に払われていたことは認識されよう。

(五) 罪刑の均衡について

戦国末の『荀子』に

(a) 刑罰は罪に怒ぎず、爵賞は徳を驗えず。分然として各々その誠を以て通ず。是を以て善をなす者は勸み、不善をなす者は沮み、刑罰褻めて省きて、威行わるること流るるが如く、政令は致明にして化易は神の如し。(卷一七「君子篇」)

と、法の威厳を保つには、刑罰が犯罪に適合していることの必要性を説いている。また、『春秋左氏伝』には

(b) 司城子罕曰く「罪を同じくして罰を異にするは、刑に非ざるなり。……」と。(襄公六年)

と、同一程度の犯罪に対しては同一程度の刑罰を科すべきことを説いている。

中国古代法における罪刑均衡の原則の基礎には、いわゆる「同害刑」の原則がある。すなわち『荀子』に

(c) 人を殺す者は死し、人を傷つくる者は刑せられる。是れ百王の同じうする所なり、未だその由来する所を知る者あらざるなり。刑の罪に稱わば則ち治まり、罪に稱わざれば則ち乱る。(卷一一「正論篇」)

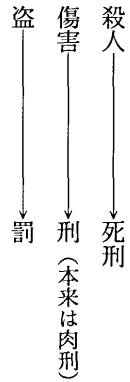
とあり、また、

(d) 墨者の法に「人を殺す者は死し、人を傷つくる者は刑せられる。」と。(『呂氏春秋』「去私篇」)

とあり、さらに、『史記』には、

(e) 人を殺す者は死し、人を傷け及び盗をなさば罪に抵たる。(『史記』卷八「高祖本紀」)

とある。右(c)(d)(e)における罪刑論を簡約化すると、



となり、いわゆる「同害刑」的対応が見られる。右に示したところに従えば、傷害や強盗など殺人に至らない罪に対しては死刑は科されることはない。果して、この様な原則が司法の實際に反映されることがあったであろうか。筆者はかつて秦簡を通じて、この問題につき考察した¹⁴⁾。その結論はまさしく(c)(d)(e)に記されている原則に沿うものであった。すなわち、傷害に対しては、同程度の身体損傷刑（肉刑）をもって報い、強盗については、あくまで財産犯として扱い、これらに対し死刑を科すことはなかった、という原則があった。

罪刑の均衡の原則は時代とともに崩れ、法は新しい原則の本に再構成されていく。漢以後、中国法のたどった道は、いわゆる「法の儒教化」である¹⁵⁾。「法の儒教化」とは外粹として法治の形態をのこしながら、その内に礼治的秩序をうち建てることである。儒教化により面目が一新された法は、いわば封建的家族主義を支える柱となった。

法家は一元的法のもとに、人間の一律平等を原則としていたのに反し、儒家は、人間に尊卑・貴賤などの差異が存在することを前提に罪刑を定めた。ちなみに、毆罪を例にとり儒家主義の法への滲透の度合いを見ることとしよう、唐律には

(f) 諸曾祖父母父母者、絞。毆者斬。……(卷二二「鬪訟律」)

とあり、子孫が祖父母、父母を毆つはもちろん罵るだけでも、極刑が科されていたのに反し、

(g) 若子孫違犯教令、而祖父母父母毆殺者、徒一年……過失殺者、各勿論。(同右)

と、尊長が過失によって子を致死せしめても、その罪は問われないものとなっていた。

一方、秦簡により家族間の毆罪の例を見ると、前掲(i)におけるがごとく「大父母(祖父母)」を毆たば、その罪は

「黥城旦舂」とされている。その「黥城旦舂」は盜罪に換算すると「六六〇錢以上の盜」に相当する。⁽¹⁶⁾ 輕罰とは言えないが、死刑との間には明確に一線が画されている。

右のごとく、秦律においては、嚴密な意味での人間の一律平等は認められないにしろ、唐律におけるが如き家族倫理の法文化という現象は顯著に現れていない。いづれにしても、秦以後、唐に至るまでの間に、尊長を殴つ罪は重罰化されていたのは事実である。法の儒教化は幾多の段階を経て進められた。魏の明帝時の刑制改革を伝える史料に

(h) 兄弟を殴たば、加え五歲刑に至らしむ。以て教化を明らかにするなり。(『晋書』卷三〇「刑法志」)

とあるごとく、尊長を殴つ罪に対し刑を重くするという改正がなされた。この時点をもって一つの節目と認めることができる。

あとがき

刑法の發達を世界法史の上で概観するとき、「罪刑法定主義」の提唱・採用はエポック・メイキングな事柄である。今日、多くの国が「罪刑法定主義」を刑法原理の柱として採用しているが、この原則の確立により、市民は、刑法典に直接抵触することさえなければ、国家の刑罰権からは自由である。

この原則の沿革をたどるとき、一三世紀のイギリスのマグナカルタおよび一八世紀以降の歐米で盛り上がった市民活動が特記される。「罪刑法定主義」の思想は、人權思想の広まりと共に世界の各国に採用され、今日に至っている。翻つて、東方世界に眼を転じ刑法の沿革を訪ねると、唐・宋・明・清と繼承された律令という法系に注目される。八世紀の時点で既にかんりの段階に整備された法典が完成されていたことは、同時代における西洋の法に決して遜

色するものでは無かったが、以後、一千年余りの間大きな変質を遂げること無く、二十世紀に至り、この法系は断絶した。この間、法はあくまでも統治の具であり、欧米におけるがごとく、人權の拡張に寄与するものではなかった。

さて、「罪刑法定主義」の歴史をたどるとき、一八〇一年にドイツのフォイエルバッハによって記された「法律無ければ刑罰なし」という標語が燦然と輝いている。まさに、彼により提示されたこの命題が「罪刑法定主義」の原理として現代にまで伝えられている。

従来、東方の法史において、右に匹敵するインパクトをもつ辞句は指摘されていなかったが、秦漢帝国出現前後の戦国期の秦の恵文王が、「毛羽豊満ならずんば以て高く飛ぶべからず。文章成らざれば以て誅罰すべからず」と述べている。

右における「文章」とは、いうまでもなく成文法典をさす。そして意味するところは「法律なければ刑罰なし」と、ドイツの刑法学者フォイエルバッハが刑法教科書のなかに記した内容と趣旨の法原理が見出だされる。両者の間には、二千年以上の隔たりがあり、単純に比較することはできないが、戦国秦の時代的背景を総合すると、商鞅が明文化した法治主義がかなりの純度にもまで高められ、実効性を備えていたことが確認される。

ただし、漢代に入ると、儒教が国教化され、以後、法治主義は二次的なものへと後退していった。以後、唐・宋・明・清と律令は法典としての形式は充実していったが、内容的には大きな変質を遂げることは無かった。その間、欧米において、法は時代とともに近代化し、市民法の意識のうちに「罪刑法定主義」も形成されていったのである。

注

(1) 律（含む日本律）における「罪刑法定主義」に関しては次の論考がある。

① 小野清一郎「唐律における刑法総則的規定」、『国家学会雑誌』第五一卷 四号・一九三八年）

② 仁井田陞『中国法制史研究』・刑法（東京大学出版社、一九五九年）一七二頁以下。

- ③ 山田英雄「奈良時代における律の適用」(山田忠雄編『山田孝雄追憶史学 語学論集』宝文館出版、一九六三年)。
- ④ 瀧川政次郎「律の罪刑法定主義」(『日本歴史』第一八五号、一九六三年)。
- ⑤ 戴炎輝「中国古代法上之罪刑法定主義」(『社会科学論叢』第15輯、一九六五年)。
- ⑥ 竹内正「律および大赦についての一考察」(『刑法雜誌』第十四卷一号、一九六五年)。
- ⑦ 奥村郁三「旧中国の罪刑法定主義の性質」(『関西大学法学論叢』第二一巻五号、一九七二年)。
- ⑧ 岡野誠「中国古代法の基本的性格——いわゆる「罪刑法定主義の制度」をめぐって——」(『唐代史研究会編『中国律令制とその展開——周辺諸国へ』の影響を含めて——)。
- ② 晉代において既に罪刑法定主義に近い規定が存在していたことは、張晉藩「論中国古代法律的伝統」(『一九九三年中国法律史国際學術研究会論文』四頁に「晉律」中の上述規定以及為之辯護的劉頌的法律思想產生於公元三世紀、這表明了中国封建法制文明的先進」とある。
- ③ 『商君書』の篇目の内には、商鞅死後の叙述も含まれている。高亨『商君書注訳』(中華書局一九七四年)によれば、定分篇も商鞅の作でないかとされている。しかし、先秦の法家思想の一端がこの篇に伝えられていると判断し、敢えて引用した。
- ④ 秦簡引用文において「」と漢数字は、『睡虎地秦墓竹簡整理小組編「線装本」』『睡虎地秦墓竹簡』(文物出版社、一九七七年)におけるものを示し、算用数字は『雲夢睡虎地秦墓』編写組『雲夢睡虎地秦墓』(文物出版社一九八一年)におけるものを示す。
- ⑤ 原文には「審当」とある。秦簡「為吏之道」に「吏有五善…一日忠信敬上、二日清廉毋諂、三日挙事審当…」とあるが、この「挙事審当」に相当するであろう。
- ⑥ 欧米における罪刑法定主義を歴史を考察する上で、「君主は何人の下にも立たないが、神と法の下に立つ」という概念、すなわち「法の支配」という論理が大きな意味をもつ。イギリスにおいて、王権と法律のいづれを優先させるべきかということが議論され始めるのが、ようやく二三世紀に入ってからである。一方、中国においては、紀元前の漢の時代において、既に史料(1)によるごとく、皇帝の意思が、法律によって制約されている。これにより、いわゆる「法の支配」の側面が紀元前の中国において認められると言えよう。
- ⑦ 『漢書』同伝には、高廟の座前の玉環を盗んだ者に対して、あくまで法定刑で処断すべき上申がなされた件の記事が録されている。
- ⑧ ホセ・ヨンパルト「罪刑法定主義 その歴史性と哲学的根拠付け」(『上智法学論集』第二〇巻第一号、一九七六年)

- 同『刑法の七不思議』（成文堂、一九八七年）
- (9) 『漢律摭遺』卷八「雜律」
- (10) 仁井田陞『前掲書』一八八頁。なお、仁井田氏所掲の史料以前のものとして「其有法者以法行、無法者以類舉、聽之書也」（『荀子』卷五「王制篇」）がある。
- (11) 唐律における「疑罪」については、瀧川政次郎「中国における疑罪の観念」（『福井博士頌壽記念東洋思想論集』福井博士頌壽記念論文集刊行会、一九六〇年）
- (12) 中国の法諺に關しては、瀧川政次郎『非理法權天』（青蛙房、一九六四年）仁井田陞「法諺——中国社会の場合——」（『法学セミナー』一八号、一九五七年）がある。
- (13) 「盗牛」罪が「黥城旦舂」に当たることについては、拙稿「秦漢物価攷」（『中央学院大学総合科学研究所紀要』第四卷一號、一九八六年）、同「秦漢盜律攷」（『東洋法史の探求』島田正郎博士頌壽記念論集』汲古書院、一九八七年）を参照されたい。
- (14) 拙稿「秦漢賊律攷」（『慶應義塾創立一二五年記念論文集、慶應法学会政治学関係』慶應通信、一九八三年）
- (15) 中国律の儒教文化を論じたものは少なくないが、代表的な論文として、瞿同祖「中国法律の儒教化」（『国立北京大学五十年紀念論文集』文学院第四種、一九四八年）があり、幅広く儒家と法家とを論じたものに、同氏著『中国法律与中国社会』（上海、一九四七年）がある。
- (16) 拙稿、前掲論文「秦漢賊律攷」

史料

- 一
- (a) 凡斷罪、皆須具引律令格式正文、違者笞卅。（『律』「斷獄律」佚文）
- (b) 凡諸司斷事、悉依律令正文。主典檢事、唯得檢出事狀、不得輒言与奪。（『令』卷一〇「獄令」）
- (c) 律法斷罪、皆當以法律令正文、若無正文、依附名例斷之。其正文名例所不及、皆勿論。（『晉書』卷三〇「刑法志」）
- (d) 名分已定、貧盜不取。今法令不明、其名不定。天下之人得議之。其議人異而無定。人主為法於上、下民議之於下、是法令不定。以下為上也。此所謂名分之不定也。夫名分不定、堯舜猶將皆折姦之。而況衆人乎。（『商君書』卷二六「定分篇」）
- (e) 各主法令之民、敢忘行（主）法令之所謂之名、各以其所忘之法令名罪之。（『商君書』卷二六「定分篇」）

- (f) 吏明知民知法令也。故吏不敢以非法遇民。民不敢犯法以干法官也。遇民不「循」法，則問法官。法官即以法之罪告之。民即以法官之言正告之吏。吏知其如此。故吏不敢以非法遇民。民又不敢犯法。（『商君書』卷二六「定分篇」）
- (g) 寡人聞之「毛羽不豐滿者不可以高飛。文章不成者不可以誅罰。道德不厚者不可以使民。政教不順者不可以煩大臣」今、先生儼然不遠千里而庭教之願以異日。（『戰國策』卷三「秦策」）
- (h) 有鞫 敢告某臬主、男子某有鞫、辟曰「士伍、居某里」可定名事里、所坐論云何、何罪赦、或覆問無有、遣識者以律封守、當騰、騰皆為報、敢告主。（『睡虎地秦簡』「封診式」）
- (i) 凡為吏之道、必精潔正直、慎謹堅固、審悉無私、微密纖察、安靜無苛、審當賞罰。（『睡虎地秦簡』「為吏之道」（一）（二）（三）（四）（五）（六）（七）（八）（九）（十）（十一）（十二）（十三）（十四）（十五）（十六）（十七）（十八）（十九）（二十）（二十一）（二十二）（二十三）（二十四）（二十五）（二十六）（二十七）（二十八）（二十九）（三十）（三十一）（三十二）（三十三）（三十四）（三十五）（三十六）（三十七）（三十八）（三十九）（四十）（四十一）（四十二）（四十三）（四十四）（四十五）（四十六）（四十七）（四十八）（四十九）（五十）（五十一）（五十二）（五十三）（五十四）（五十五）（五十六）（五十七）（五十八）（五十九）（六十）（六十一）（六十二）（六十三）（六十四）（六十五）（六十六）（六十七）（六十八）（六十九）（七十）（七十一）（七十二）（七十三）（七十四）（七十五）（七十六）（七十七）（七十八）（七十九）（八十）（八十一）（八十二）（八十三）（八十四）（八十五）（八十六）（八十七）（八十八）（八十九）（九十）（九十一）（九十二）（九十三）（九十四）（九十五）（九十六）（九十七）（九十八）（九十九）（一百））
- (j) 法者天子所與天下公共也。今法如是、更重之、是法不信於民也。且方其時、上使使誅之則已。今已下廷尉、廷尉、天下之平也、壹傾、天下用法皆為之輕重、民安所錯其手足、唯陛下察之。（『漢書』卷五〇「張敖之傳」）
- 二
- (一)
- (a) 諸不應得為而為之者咎四十。（謂律令無條、理不可為者）事理重者杖八十。（『雜律』）
- (b) 首匿、見知縱、所不當得為之屬、議者或頗言其法可蠲除、今因此令贖、其便明甚。（『漢書』卷七八「蕭望之傳」）
- (c) 非事而事之（鄭注「今、所不當得為也」）、出入不以道義而誦不祥之辭者其刑墨。（『尚書大傳』卷四「甫刑」）
- (d) 書約而弟子辯、法省而民萌訟。是以聖人之書必著論、明主之法必詳事。（『韓非子』卷一八「八說」）
- (二)
- (a) 諸斷罪而無正條、其心出罪者則舉重以明輕。其心入罪者則舉輕以明重。（『唐律』卷六「名例律」）
- (b) 置儀設法、以度量斷者、上主也。愛人而私賞之、惡人而私罰之、倍大臣。離左右、專以其心斷者、中主也。臣有所愛、而為私賞之、有所惡、而為私罰之。倍其公法。損其正心、專聽其大臣者、危主也。（『管子』卷一五「任法篇」）
- (c) 是故先王之治國也、不淫意於法之外、不為惠於法之內也。動無非法者、所以禁過而外私也。（『管子』卷一六「明法篇」）
- (d) 公問於公孫鞅曰、「法令以當時立之者、明目欲使天下之吏民、皆明知而用之、如一而無私。奈何。」（『商君書』卷二六「定分篇」）
- (e) 「問」臣強与主奸、何論。

- (f) [答] 比毆主。〔睡虎地秦簡〕「法律答問」七五、445)
 [問] 毆大父母、黥為城旦舂。今毆高大父母、何論。
 [答] 比大父母。〔睡虎地秦簡〕「法律答問」七八、448)
- (g) 鉞、戟、矛有室者、拔以闔、未有傷也、論比劍。〔睡虎地秦簡〕「法律答問」八五、455)
- (h) 酷吏擊斷、發軌不勝。於是招進張湯、趙禹之屬、條定法令、作見知故縱監臨部主之法、緩深故之罪、急縱出之誅。其後姦猾巧法、軋相比況、禁罔寢密。律令凡三百五十九章、大辟四百九條、千八百八十二事、死罪決事比、萬三千四百七十二事、文書盈於几閣、典者不能徧睹。〔漢書〕卷二二「刑法志」)
- (i) 傳曰「賞疑從予、所以広恩勸功也、罰疑從去、所以慎刑、闕難知也。」〔漢書〕卷七九「馮野王傳」)
- (j) 五刑之疑有赦。五罰之疑有赦。〔書經〕「呂刑」)
- (k) 宥過無大、刑故無小。罪疑惟輕、功疑惟重。与其殺不辜、寧失不經。〔書經〕「大禹謨」)
- (a) 有知則惑、有心則嶮、有目則眩。是以規矩一而不易。不為秦楚緩節、不為胡越改容。一而不邪方行而不流。〔鄧析子〕卷一「無厚篇」)
- (b) 古者、民各有鄉俗。其所利及好惡不同、或不便于民、害于邦。是以聖王作為法度、以矯端民心、去其邪僻、除其惡俗。〔語書〕一〇二、54、55)
- (c) 今法律令已布、聞吏民犯法為間私者不止。私好、鄉俗之心不變、自從令、丞以下知而弗舉論、是即明避主之明法也。〔同右、五〇六、58、59〕)
- (d) 求盜追捕罪人、罪人格殺求盜。
 [問] 殺人者為賊殺人、且闔殺。
 [答] 闔殺人、廷行事為賊。〔法律答問〕六六、436)
- (e) 「百姓有債、勿敢擅強質、擅強質及和受質者、皆質二甲。」廷行事強質人者論、予者不論、和受質者、予者口論。〔法律答問〕一四八、518)
- (f) [問] 倉鼠穴幾何而當論及詐。
 [答] 廷行事鼠穴三以上質一盾、二以下詐。鼠穴三當一鼠穴。〔法律答問〕一五二、522)
- (g) 「毋敢履錦履。」

〔問〕「履錦履」之狀何如。

〔答〕律所謂者，以絲雜織履，履有文，乃為「錦履」、以錦縵履不為，然而行事比焉。（「法律答問」一六一、532）

（四）

- (a) 令未布而罰及之，則是上妄誅也。上妄誅，則民輕生。民輕生，則暴人興、曹党起而、乱賊作矣。（『管子』卷六「法法篇」）
- (b) 今釋令與故事而假不敬之法，甚違闕疑從去之意。即以二千石守千里之地，任兵馬之重，不宜去郡，將以制刑為後法者，則野王之罪，在未制令前也。刑賞大信，不可不慎。（『漢書』卷七九「馮野王傳」）
- (c) 令，犯法者各以法時律令論之。（『漢書』卷八一「孔光傳」）
- (d) 甲盜牛，盜牛時高六尺，繫一歲，復丈，高六尺七寸。

〔問〕甲何論。

〔答〕当完城旦。（「法律答問」六、376）

（五）

- (a) 刑罰不怒罪，爵賞不踰德，分然各以其誠通。是以為善者勸、為不善者沮、刑罰暴省而威行如流、政令致明而化易如神。（『荀子』卷一七「君子篇」）
- (b) 司城子罕曰「同罪異罰，非刑也。……」（『春秋左氏傳』「襄公六年」）
- (c) 殺人者死，傷人者刑。是百王之所同也。未有知其所由来者也。刑稱罪則治，不稱罪則乱。（『荀子』卷二二「正論篇」）
- (d) 墨者之法「殺人者死，傷人者刑」（『呂氏春秋』「去私篇」）
- (e) 殺人者死，傷人及盜抵罪。（『史記』卷八「高祖本紀」）
- (f) 諸置祖父母父母者，絞。毆者斬。……。（『唐律』卷二二「鬪訟律」）
- (g) 若子孫違犯教令，而祖父母父母毆殺者，徒一年……過失殺者，各勿論。（『唐律』卷二二「鬪訟律」）
- (h) 毆兄姉加至五歲刑，以明教化也。（『晉書』卷三〇「刑法志」）