

Title	秦漢賊律攷
Sub Title	
Author	堀, 豊(Hori, Tsuyoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	1983
Jtitle	慶應義塾創立一二五周年記念論文集：慶應法学会政治学関係 (1983. 10) ,p.357- 383
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BN01735019-00000005-0357">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BN01735019-00000005-0357</a>

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.

# 秦漢賊律攷

堀

毅

## 一 はしがき

- 二 秦簡における閻傷の諸相
- 三 閻傷における“面目”的意義
- 四 秦漢律における同書刑的要素
- 五 あとがき

## 一 はしがき

『晉書』刑法志・『唐律疏議』序文に、前五世紀、魏の李悝が『法經』六篇を撰し、次いで商鞅がこれを秦にもたらし『秦法經』を完成させた、とある。

一九七五年、湖北省雲夢県睡虎地第一号秦墓から発見された秦の始皇帝時代の竹簡のうち「法律答問」と分類されている刑法史料こそ、この『秦法經』の実在を証明するなまの史料として近年学界の関心をあつめている。

さて『秦法經』とは、史書の伝えるとおり、盜・賊・囚・捕・雜・具律の六篇から成るが、その賊律に相当する部分を一覧してみると、"私闘の上、相手の鼻・耳・唇などを噛み切る"、"頭髪・髭・眉毛などを剪りとる"が如き、

極めて特異な鬪傷の態様に注意がひかれる。しかも、この様な加害行為に対しでは、いずれの場合も、耐(ほおひげの剃去)完(頭髪の剃去)など、いわゆる身体損傷の刑を以つて論ずべしと判示する。私はかねてより、(I)当時の鬪殴・傷において、何故に面・頭髪部への加害行為が顕著に現れているのか、そして(II)かかる行為に対し、何故にこの様な処断がなされているのか、という点についてその社会的・思想的背景を考え続けてきたが、ここに私見の一端を述べ、大方のご叱正を仰ぎたいと思う。

## 二 秦簡における鬪傷の諸相

『秦法經』(以下、秦律と称す)における賊律とは、唐律の賊盜律の“賊”的部分のほか鬪訟律の“鬪”に関する規定から成り立っている。さて、秦簡より、鬪殴・鬪傷に関する記事を、その性質により分類してみると、

(1) 律の正文とその解釈。

(2) 判決例と一般に発生が予見される諸事例に対する罪刑の基準提示。

(3) 法の適用の基準と辞句の定義。

のごとくに大別されるが、賊律部分の記事を右の要件を加味しつつ表に示すと、次表Iのとおりとなる。

表 I 秦簡上の賊律関連事項

		犯	罪	刑	罰	(A)		簡	数
3	2	1	謀遺乙盜殺人、受分十錢	磔		(B)			
			擅殺子	黥為城旦	○	○	(C)		
			棄市	○			(D)		
			殺弟子					七	六九～七〇

秦漢賊律攷（掘）

20		19	18	17	16	15	14	13	12	11	10	6	8	7	5	4			
鬪、決人唇		鬪以箴・鉢・錐。若箴・鉢・錐傷人	鉢・戟・矛有室者、拔以鬪	拔劍、伐斬人髮結	鬪、噬斷人鼻若耳若指若唇	拔人髮	與人鬪、縛而尽拔其須眉	鬪決人耳	（妻悍）夫殴治之、決其耳	殴大父母	臣妾牧殺主	鬪折背項骨	臣強與主奸	相与鬪、交傷	人奴擅殺子、子以冒死	人奴擅殺子	擅殺・刑・髡其後子	城旦黥之	(讞)
(比痕瘡)																			O
																			O
		O		O	O		O		O		O		O	O	O	O	O	O	O
O			O		O		O		O		O		O	O	O	O	O	O	O
八七	八六	八六	八五	八四	八三	八二	八一	八〇	七九	七八	七六	七五	七五	七四	七五	七四	七三	七二	

21	鬪、噉人須若顔、其大方一寸深半寸	(比痕瘡)		
22	鬪、為人殴也、無痕瘡。殴者顧折齒			
23	邦客与主人鬪、以兵刃、殳梃、拳指傷人	擊以布	○	八九
24	以梃賊傷人		○	八八

右件のうち、[14][16][17]の諸事例は、さきに述べた傷害例の典拠があるので、まず、これらの具体的な内容を詳述しておきたい。

### 《a》

釋文

或与人鬪、縛而尽拔其須眉。論何也。當完城旦。

訓読

或る人の人と鬪う。縛りて尽くその須眉を抜く。

〔問う〕

論ずるに何んせん。

〔答う〕

完城旦に当てん。

辞註 ①鬪とは賊の対立概念にある語で、"喧嘩"のこと。②須の解釈に關しては從来より(1) "面毛" とする説(『說文』大徐本、小徐本、『玉篇』等)と(2) 「顎下毛」(『漢書』高帝紀・師古注、『說文』段注本)とする両説があるが、「須眉」とあることから後者と解しておきたい。ただし、「須眉」をもつて面部の髪毛全般をさすとすべきであろう。③完城旦とは、頭髪を剃去した上、六年間の労役を科することを内容とする法定刑。ただし、「城旦」とは男徒を対象とした刑名で、女徒に對しては、「春」が科される。<sup>(1)</sup>

通釈

ある男が他人と喧嘩をなしたが、その際、相手を縛りあげてその面部の髪毛のすべてを抜き去った。〔問う〕 この加害者をどのように処断したらよいか。〔答う〕 完城旦をもつて論処すべきである。

解説

（以下本節において、加害者を甲、被害者を乙とする）

犯罪事実は①甲乙両者が私闘をなした際、甲が乙を縛り上げ、身体の自由を奪い、②面部の髪毛を抜き取る、という二つの行為からなっている。これを唐律に照らしてみると、①は「諸以威力制縛人者、各以鬪殴論。因而殴傷者、各加鬪殴傷二等」（鬪訟律八条）に合致するが、②は「其有拔鬚、亦準髮為坐」（鬪訟律一条・疏議）とある如く、疏議の解釈を俟たなければならぬ。

《b》

釈文

或鬪、噛断人鼻若耳若指若唇、論各何也。議皆當耐。

訓読

或るもの鬪いて、人の鼻若しくは耳若しくは指若しくは唇を噛断す。

〔問う〕

論ずるに各々何んせん。

〔答う〕

議するにみな耐に當てん。

辯註

①耐——“耏（ほおひげ）を剃去する”を本義とするが、ほお以外の口・あごの髭をも包括されると解すべきである。当時の男子は面に髭をたくわえるのが通常であり、面に髭なき者は、面目の全うならざる者として嘲弄されていた。それは一つには、当時の風俗がそうであったということによるが、一つには、宮刑により去勢された者と外貌を同じくするからであろう。<sup>(2)</sup>

通釈

ある男が喧嘩の上で、他人の鼻や耳や指や唇を噛み切った。〔問う〕 各々の場合、どのように処

断したらよいか。「答う」（右の場合に適合する条文はないが）耐刑によつて論処すべきである。

解説 犯罪事実を唐律に照らすと「諸鬪殴人、折齒・毀欠耳鼻・眇一目及折手足指、若破骨及湯火傷人者、徒一年」（鬪訟律二条）に相当する。

また、答文に「議」とあるが、この判示方式は秦簡上唯一のもので、極めて特殊な方式といえるものである。すなわち、科罪の対象とされる行為は、(1)法定の要件に規定あるもの（例）「殴大父母→驟城旦」（法律問答七八）(2)律の正文に規定がないが、判決例・条理・比附をもつて罪刑を量るもの。（例）「殴高大父母→比大父母（同右）」に大別される。そして、本例の場合は(2)に相当する。しかし、当時の法廷用語に見られる「比」とは、厳格な意味においてやや異なる性質を有していた。例をもつてその相違を示せば、一般の「比」（唐律の比附）とは、官舎に馬を入れることを得ずとの規定があるときに牛を入れるが如き行為に対しなされる場合であり、いわゆる“類推解釈”に相当するものである。しかし、本事例の場合は“他家の豕を殺さば貲二甲”との規定があるときに、羊を殺すが如き例であり（秦漢時代の算術書である『九章算術』によると、豕価は三百銭、羊価は五百銭もあるが、これに準じておいた）、もし他家の羊を殺した件において、豕の場合に準じて論断することは、被告言者にとって有利な要素こそあれ、不利な要素はないという点で前の例（牛と馬の例）と基本的に異なる。本事例においては、その文旨から推して「嗑断人鼻耳」などに対する条文は存していなかつたことは確かである。しかし、「律曰、鬪決人耳、耐」（法律問答八〇）とある如く“人の耳を裂き切る（裂断には至っていない）”ことに対する耐刑に當てよ」と規定する。そこで、（加害者に有利に過ぎるという点はあるが）本例の場合も右条文に準じて同等の刑に当てるべしとするのが答文の趣旨である。ここに、唐・名例律の「諸斷罪而無正條、其應出罪者、則

「舉重以明輕。其處人罪者、則舉輕以明重」の溯源を見ることができる。そして、秦律における「比」と「議」における微妙な用法上の相違を知る。

《c》

駁文

士伍甲、鬪抜劍伐斬人髮結。何論。當完為城旦。

訓説

士伍甲鬪いて、劍を抜きて人の髮結を伐斬す。

〔問う〕

何に論ぜん。

〔答う〕

完城旦に當てん。

辯註

①士伍—この語の解釈に関しては從来より諸説があつたが、秦簡の出現により、無爵の丁男といふことが明らかとなつた。②髮結—“もどどり”のこと。秦漢時代の髪型は近年発見の秦俑などによりかなり明瞭となつてきた。<sup>(4)</sup>

通釈

無爵の成年男子の甲が剣をもつて人のもどりを剪つた。〔問う〕どの様に処断すべきか。

〔答う〕

頭髪を剪り落した上で城旦の刑に当てるべきである。

解説

犯罪の事実は(1)剣を抜いて、(2)人の髪を剪り落とすことであるが、これを唐律に照らすと、(イ)「諸鬪以兵刃、斫射人不著者、杖一百。……若刃傷(刃、謂金鉄、無大小之限、堪以殺人者)……徒二年」(鬪訟律二条)、(ロ)「諸鬪殴人……及髡髮者、徒一年半」(鬪訟律二条)となる。秦簡「封診式」「賊死」の項によるところ、「男子丁壯、皙色、長七尺一寸、髮長二尺(=四六・二センチ)」とあり、髪結の実寸が知られる。これにより、一度髪を剪られると、原状回復するのに、四～五年要することとなり、面子の保全に大いに

支障をきたしたことが知られる。

右の三例は、いずれも面・髪部に対する加害行為である。このことは、唐律や現行刑法に親しんできた我々にとっては極めて奇異な現象としか映らない。しかし、一たび唐律や現行刑法の枠から出て、秦漢時代の法制史料に接するとき、敢えて相手を縛り上げてでも髪髭を剃り落したり、耳・鼻・唇などに“歯牙をたてる”ことは、当時の人々の風習において決して特殊でないことが認識される。とりわけ、重要なことは、『c』に見られる如く、頭髪に対する加害行為に対してもこれと同一内容の完刑をもつて報いていることである。古代社会の中に復讐の観念が存していたことは既に多くの先学によつて説かれてゐるが、一たび『c』における被害者の立場に身を置いてみると、長年生養してきた己の髪を剪り落されたとき、その応報として相手のそれを剪り落したいと思うのは感情のおもむく所であろう。しかし、秦律体制下では、私讐は厳しく禁ぜられ<sup>(6)</sup>、被害者が自らこれをなせば、その時点で却つて加害者として重い罪科に問われることとなる<sup>(6)</sup>。そこで、官は被害者になり代つて、一定の手続きに則り、その同害応報をなすのである<sup>(7)</sup>。

以上見てきたように、秦簡における鬪傷事例においては面頭部に対する侵害の例が際立つておる、しかも、その行為に対する刑罰は悉く面頭部に対する身体損傷の刑をもつて報いているという原則が導き出されよう。

そこで、次節以下においては右原則の要因となつてゐる社会的・思想的背景につき考察を加えてみたい。

- (1) 秦代の刑名に関しては、拙稿「秦漢刑名考—主として雲夢出土秦簡による—」(早稲田大学大学院文学研究科要別冊第四集、一九七八年)を参照されたい。
- (2) 宦官の外貌に関しては、瀧川政次郎氏の見聞録「宦官書きがき」(同氏著『法律から見た支那国民性』大同印書館、一九四一年)に興味ある記事がある。
- (3) 士伍を刑罰と関連して理解する考え方には、①董説『七國考』卷一二「秦刑法」、②沈家本「歴代刑法考」刑政總考一秦(『沈寄簃先生遺

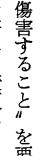
書甲編』所収) ③片倉穰「漢代の土伍」(『東方学』三六輯、一九六八年) があり、秦簡により旧説を改めたものには、劉海年「秦漢・士伍の身分与階級地位」(『文物』一九七八—一) がある。

(4) 髮型に関する参考史料としては、

①清・陳元龍『格致鏡原』(清・雍正二三年刊、一九七一年、台湾新興書局より影印再刊) 卷十一 身體類、影印本三七〇頁以下。②原田淑人『漢六朝の服飾』(東洋文庫、『東洋文庫論叢』三三、一九三七年、同『增補漢六朝の服飾』、東洋文庫、一九六七年) ③尚秉和『歷代社會風俗事物考』(長沙商務印書館、一九三八年) 卷四二『髮笄之歷史』④張末元編著『漢代服飾參攷資料』(人民美術出版社、一九五九年・北京) ⑤林巳奈夫『漢代男子のかぶりもの』(『史林』四六一五、一九六三年) ⑥黃展岳『記涼台東漢画像石上の『髮簪圖』』(『文物』一九八一—十) の如くあるが、画像石等については、林氏⑤論考の註を参照。

(5) 秦律では、「相与鬪、交傷、皆論不也。交論」とある如く、たとえ鬭争の場においてでも応報をなすことは禁じられていた。従って現行法におけるが如き、『正当防衛』は認められることははない。

(6) 例を(6)にとると、甲に対する処断は「完城旦」となっているが、これは既述の如く身体損傷刑たる「完」と労役刑たる「城旦」の二要素から成っている。従つて甲は乙に対する応報をなさない以上罰を受けることとなり、結果的には最大の『被害者』ということになる。次いで、乙は官が己に代つて甲に対する応報をなすので、精神上の屈辱感は一まず和らぐこととなり、この件を官に告えたことによる褒賞金(リ二両)も懲にすることができる。しかし、一度剪られた頭髪が原状を回復するには四五年要し、面子の点ではやはり大きなダメージがのこされたままである。他方、官は、裁判費用や告言者に対する償金の支払いという一時的な出費はあるにせよ、甲を六年間無償で酷使しうるという実益を享けることとなる。

(7) 現行刑法における傷害罪(二〇四条)は、"人の身体を傷害すること"を要件としており、通説・判例は生理的機能に障害を生じさせることであるとする。よつて、髪やひげを剃り取つて人の外貌を著しく変更しても、傷害にならず、暴行罪となる。大判・明治四五・六・一〇、録一八・八九六)しかし、秦漢時代においては、における罪罰からみても髪やひげを剃り取ることは、耳を切り裂くことと同等或はそれ以上の行為とされていたことが知られ、当然 傷害に分類されるものであった。

### 三 開傷における“面目”的意義

前節で採り上げた三例は、いづれも私鬭による侵害行為であるが、周知の如く、現行刑法では、この様な“喧嘩の上での傷害沙汰”が正当防衛と認められるか否かについて学説・判例の分かれるところとなつてゐる。それは、

多くの場合、その行為が反射的に出でた防禦の意思によりなされるからである。

しかし、秦簡上の諸事例を見ると、その行為の多くは、既に防禦の域を越えた侵害行為の性質をおびてていることが知られる。もし、鬪傷が一時的な憤怒によるか、防禦の範囲に留まるものであれば、殴打や刺傷などの結果を致すのが通常であろうが、秦簡上の諸例をみると、彼らの行為は、何らかの意図に基づいていたと判断せざるを得ない。

そこで、次に、彼らをしてかかる行動に馳せしめた要因につき考察を進めてみたい。

前近代の中国では、世界を王・皇帝の徳化の及ぶ“華”と化外の“夷”に区分していた。そして「東方は夷」と曰う。被髪文身一食を火かざる者あり。」(『礼記』王制)「越王勾践は、剪髪文身す。」(『墨子』公孟篇)とある如く、周辺諸族のごく日常的な風俗も中華の民から見れば、奇異な風習としか映らなかつた。そして、礼をもつて華・夷を分けるという彼ら固有の観念から(イ)断(被・剪)髪、(ロ)黥面・文身、(ハ)不火食などの風俗に対し、格別な関心を払つていた。

さて、時代はやゝ降るが、『三国志』「魏書」倭人の条に、邪馬台国の風俗を記して、

男子は大小となく、みな黥面文身す。……女子は被髪屈紗し、衣を作ること單被の如し。……倭の地は温暖にして、冬夏、生菜を食らい、みな徒跣なり。

とある如く、三世紀頃の我が国では、黥面・文身し、生菜を常食とし、また、断髪の面まで窺わしめる記事がある。

元来、中国においては「身體髮膚、これを父母より受く、敢えて毀傷せざるは孝の始めなり。」(『孝經』開宗明義章)という考え方があり、もし、断髪・黥面などがなされれば、その者は不孝者としての烙印が押され、社会から排除されるべき運命にあつた。そして、彼らの意識は“面目・面子”の維持という面に最も端的に現わされた。すなわ

ち、彼らの意識においては、面目の全うならざる者は、夷狄の属か、さもなくば、不孝者の類にしか過ぎない存在となる。

さて、秦漢律では、宮・斬趾のほか、劓（はなぎり）・鰐・完・耐など面頭部に対する刑罰が見られるが、これらは、公権力が彼等の内にあるかくなる意識に巧みに乘じた結果に他ならないものである。そして、私闘の場においても、一たび面目を損わされた者は夷狄や刑徒と同類なものとして蔑まれ、もはや、一個の男子としての尊嚴を保つことはできなかつた。

この様に、私闘の場における一見異常とも思える行為は、彼らの内における“面目”の本質を抜きにしては到底理解することはできないといえよう。<sup>(2)</sup>

しかし、右の結論に対しても、特殊な事例をもつて、一般を論じているのではないか？ という疑惑も呈されるであろう。ところが、次なる記事は、右の論証が単なる文飾ではないことを明証する。すなわち、『漢書』薛宣伝によれば前漢末期（成帝～哀帝）の時代、東海郡（山東省）に、薛宣一況という父子がいた。ところが、同郷の博士の申咸なる者が、その父を「宣は供養を欠き、喪服すら行わず、骨肉に薄い。前に忠孝でない科により職を免ぜられたほどの者である。この様な輩は、復び封侯に列ねて朝廷におらしめるべきでない。」と譏つた。その当時、子の況は右曹侍郎の位にあつたが、咸による父に対する譏りが度重なるに及び、

客の楊明に賄し、咸の面目を創つけ、位に居らざらしめんと欲す。会々司隸に欠あり、況は咸が之になることを恐れ、遂に「楊」明をして咸を宮門の外に遮歛し、鼻脣を断ち、身に八創をなす。

この行為に及んだ。ここにおいて、子の況の意図は、咸の面目を傷つけることにより司隸への昇進を妨げることにおかれていたことは瞭然としている。この様に、当時においては、面目の存否がそのまま全人格にまで及んでいた

とするも決して過言でないと言えよう。

この“面目・面子”なる語は、現代中国においても「愧無面目見人（云わす顔がない）」「没有面子（面子がない）」のことく用いられるが、これらは専ら比喩的用法であるという点で、秦漢時代の用法と異なる。そして、本節における諸事例をとおして見てきたように、当時における“面目”はその辞句の上に行行為が投影されていることが更めて確認される。しかし、『史記』の伝える項羽の辞世の句に

我れ何の面目ありてか、之〔江東の父兄〕に見えん。

とあり、また『漢書』蘇武伝に、

武謂わく「節を屈し命を辱しめらるれば、生くると雖も何の面目ありてか漢に帰らん」と、佩刀を引きて自ら刺す。

とある如く、比喩的用法の例も見られるが、右における面目の失態は、生命と同等もしくはそれ以上の重みを有するという点で、現代的意味とは一線を画するものであると言えよう。

以上、秦漢社会の風潮として、面目をことさら尊ぶことを述べたが、視点を近世の中国社会に向けてみると、魯迅の隨筆や老舗の小説に見られる如く、罵詈雜言の行使が際立つてくる。そして、後藤朝太郎氏が、「幾ら激して來ても殴合に及ぶ様な事は決してなく、唯口角泡を飛ばして叫び猛るだけの事だ。」<sup>(3)</sup>と報告している様に、言語を闘争の手段に用いている。

しかし、右の態様と小論で得た結論との間には、大きな隔りが感じられよう。それでは、二千年の間にかくも大きな変化をなさしめた要因はどこに求められるであろうか。律の抑止力も、その一に挙げられよう。しかし、それ以上に、文明の進歩が果した役割りは大きいと言えよう。即ち、耳鼻を噛み切るが如き行為こそ、彼らが蔑んでい

た禽獸の行為に近似するかひどい。これに替へて、體面が闘争の手段の主流におかれた。中国は文字の国である。彼らは、相手の「面子をつぶす」ためならば、あらゆる修辭を用いた。解放前の中国における體面の数々こそ、彼らが嘗々と築き上げた“文化”の所産と言えないだろうか。

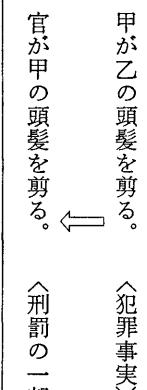
(1) 嘘譖と正当防衛に関する專論としては、①木村亀一「喧譖と正当防衛」(『小野博士還暦記念・刑事法の理論と現実』(『刑法』、有斐閣、一九五一年) ②名和鉄郎「喧譖と正当防衛」(『別冊ジャーナリスト』第五七号、刑法判例百選I 総論、一九七八年) 等があり、関連學説・判例も數多く紹介されべし。

(2) 面目・面子の觀念は中國人の體質の中に浸透しきつてゐる故か、いわゆる“灯台下暗し”〔丈八灯台、照遠不照近の漢語由来〕の如く、管見の及ぶ限りでは、中國人自らいれど論及しているものは下記の限りである。反面、面目にいたわる中國人の意識は、歐米人にとって極めて奇異に映つたものであら。而曰く、面目に關する諱衆・記事を挙げるべく次のとおりとなる。

- ① Arthur H. Smith, Chinese Characteristics, 1st ed. 1894, pp. 16-18 ただし、同書は田神徵訳『支那的性格』(中央公論社、一九四〇年) に全文載り。また、Kennkat Press(Dallas, Texas, U.S.A.) にて再刊されべし。(一九七〇年) ② Max Weber, Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie 3 Bde. 1920-21 ③ R. Wilhelm, Chinesische Wirtschaftspsychologie, (Leipzig) 1930, p. 13. ④ 鶴田「且介亭雜文」(『魯迅全集』第六卷三版、魯迅全集出版社、一九四八年) ⑤ Lin Yutang, (本題訳) The Little Critic. Essays, Satires and Sketches on China, First Series, (1930-1933) ⑥ 瀧川政次郎、前掲書、一一頁。⑦ Hsien Chin Hu, The Chinese Concept of "Face," "American Anthropologist" XXXXVII No. 1 part I (1944) pp. 45-64 ⑧ 齢半惠『漢民族の研究』(中交総社、實業叢書・實業叢書文化部、一九四九年) 二九三頁。⑨ 井田謙「面子」(『アシア歴史事典』平凡社、一九六一年) 同「面子」(『世界大百科事典』平凡社、一九六一年) 同「東洋的社會倫理の性格」(『東洋文化講座』第三卷所収、一九四八年、同氏著『中國法制史研究』「法と慣習・法と道徳」東京大学出版会、一九四年、「法と道徳」第二章に「旧中國の規範意識の性格と構造」として増訂再録) 同「旧中國人の言語表現に見る倫理的性格」(『新中国』一八号、一九四七年、同氏前掲著書「再録」、同「浮生大記」(東京大学中國文學研究部編『中國の名著』所収、一九六一年、同氏前掲著書に「旧中國社会の義理と人情」として改題再録) ⑩ 田井治「中國人かたき今昔」(『新』、中國、朝日新聞社、一九五三年、所収) ⑪ 藤江在史『且介から見た中國一不風同』(『自治日報社』、一九七一年) 三一八頁。

#### 四 秦漢律における同害刑的要素

前掲(c)における罪刑の関係を図に示すと、



の如くとなる。ここにおいて、甲はこと身体損傷の面では、加害行為と同一内容の刑罰を受けることとなる。

既述のことく、右における犯罪と刑罰はいずれも“面目の失態”に重大に係ることであるが、ここに、犯罪と刑罰の内容が一致しているのは、果たして単なる暗合にすぎないと看過してよいものであろうか。ここで想起されるのが、

若し人が他人の眼を潰せば、彼の眼を潰すべし。（ハムラビ法典一九六）

人を殺す者はかならず誅さるべき……人もしその鄰人に傷損をつけなばそのなせし如く自己もせらるべき、即ち挫は挫、目は目、歯は歯をもて償うべし。（『舊約聖書』レビ記、二四章二〇<sup>(1)</sup>）  
とある。いわゆるタリオ（同害刑）の原則である。<sup>(2)(3)</sup>

かつて、仁井田陞氏は、

- (a) 人を殺したものは死、人を傷けたものは刑せらる。これ百王の同じきところ。（『荀子』正論篇）
- (b) 人を殺したものは死、人を傷けおよび盜は罪にいたさん。（『史記』高祖本紀・『漢書』高帝紀・同・刊法志）

(c) むかし、人を傷けたものは刑せられ、盗んだものは罰せられ、人を殺したものは殺さる。

(『塩鐵論』刑德)

と、中国法上における同害刑的側面を論じられた。(以上(a)～(c)は氏の著書からの引用、また、氏は右のはか「三国志」「宋史」「孟子」等における同趣旨の史料を挙げられる)しかし、氏の説は律の箇条や判決例などといった有力な証拠によって裏づけされていなかつたため、その後においても定説にまでは発展しなかつた。<sup>(4)</sup>しかし、秦簡の出土は中国法における同害刑的要素の有無を再び論ずる機運をもたらした。そこで、私はまず、在来史料により先学の研究を補遺し、次いで、秦簡により同害刑的要素を提示しておきたい。

(+) 『史記』『漢書』における同害刑的思想

『史記』范睢列伝によれば、応侯が秦の昭王に鄭安平を將軍に推薦し、趙を攻めさせた。ところが鄭安平は「秦王の意図に反し」敵軍に投降してしまつた。そこで応侯は「秦王に対し」自らの処断を請うた件があつたが、ここで、司馬遷は

(d) 秦の法“人に任じて任ずる所善からざれば、各々その罪を以つて之を罪す”ここにおいて、応侯の罪は三族を取むるに当る。  
と、秦律を引用しつつ叙述をすすめている。

右は、いわゆる保舉の法であり、律とはなじまないようであるが、「収三族」という重罰から判断してもその実は刑法的規定と変るところはない<sup>(5)</sup>。そして、右文における「以其罪罪之」は以後、中国律の慣用術語となり、主として「反坐」の規定に用いられていることにも留意しておきたい。

次いで『漢書』薛宣伝の前掲記事に後続する部分に、父の宣を譏った申威に傷害を加えた子と客の明に対する処分をめぐつて、御史中丞の衆等は奏して、

(e) 春秋の義、意悪ければ功遂ぐるも誅を免れず。上浸の源、長ぜしめるべからず。況は首たりて惡をなし、明は手ずから傷つける。功意俱に惡し。みな大不敬なり。明はまさに重きを以つて論すべくして、況と及みな棄市すべし。

と兩者に対する極刑を主張した。そのとき、廷尉の真は、<sup>(6)</sup>

(f) 律に曰く「鬪するに刃を以つて人を傷つれば完城旦とし、その賊ならば罪一等を加う。謀に与るもの  
は罪を同じくす」と。

と、まず漢の賊律を引用し、ついで

(g) 本より私変を争うにして、掖門の外と雖も、咸を道中に傷つけるは、凡民の争鬭と異なることなし。

「人を殺せし者は死され、人を傷つくる者は刑せられる」とは、古今の通道にして、三代易らざる所なり。孔子曰く「必ずや名を正さんか」と。名正しからざれば、即ち刑罰中らざるに至る。刑罰中らざれば、民、手足を錯く所なし。

と、傷害行為に対し、極刑を用いることの条理に合わざることを説いた。<sup>(8)</sup>ここに、「殺人→死。傷害→刑」との法原則が示されるが、これは、かつて仁井田氏が示された、『荀子』『史記』『漢書』等に見られる法理と軌を一にするものである。(参照、前載(a)～(c))

この様に、『荀子』以来の諸文献に散見されていた“殺人者死、傷人者刑”とある法原則は“百王之所同”<sup>(9)</sup>“古今之通道”<sup>(10)</sup>“三代所不易”とある如く、戦国・秦漢時代の刑罰思想を支える一大原則として機能していたことが知ら

れる。そして、「傷人者」刑とは、広義における刑罰一般を示すのではなく、狭義における身体損傷刑を表すものであることも知れる。

## (1) 秦律における同害刑的要素

“秦の社会は無道にして、その法は苛酷である”との観念は、秦滅亡以後二千有余年、東洋社会に深く根付いていた。秦朝に対する歴史的評価はさておき、秦法が苛酷であったことは、一体どのような論拠によりてなされているのであろうか。たしかに『史記』に

(h) 「始皇三十四年(前二一三)」丞相、李斯曰「……天下の敢えて『詩』『書』百家の語を藏する者あらば、悉く守に詣せ。尉は之を雜焼せよ。敢て『詩』『書』を偶語する者あらば、棄市されん。古を以つて今を非る者は族されん。吏の見知して挙げざる者は罪を同じくせん。令下りて三十日にして焼かざれば、黥して城旦となす。(卷六「秦始皇本紀」)

とあり、また、

(i) 「一世元年(前二〇九)」趙高曰く「法を嚴にして刑を刻にし、有罪の者をして相い誅に坐し族を収するに至ら命め、大臣を減して骨肉を遠ざけ、貧者は之を富ませ、賤者は之を貴くし、尽く先帝の故臣を除去し、更めて陛下の親信する所の者を置いて之を近づけよ。……」と。二世、高の言を然りとす。乃ち更めて法律を為る。是に於いて羣臣・諸公子、罪あらば、輒<sup>たゞ</sup>ち高に下して之を鞠治せしむ。大臣の蒙毅等を殺し、公子十二人は咸陽の市に僇死し、十公主は杜に醢死す。……法令・誅罰は日に益々刻深たり。

(『史記』卷八七・李斯列伝)

と伝えられる如く、その法の峻酷なる一面は窺うことはできる。しかし、右叙述はかなり伝聞的要素が強く、私はこれらを漢高祖による「法三章」を殊更に引き立たせるためになした附会の色が強いと推断するが、一步を譲つても、法が酷くなつたのは始皇三十四年以降のことだ。『秦法經』の本質にかかるものではなく、いわゆる王朝の末期的態様の一端と考えるべきであろう。それでは、秦律においては、どの様な刑罰思想があつたのであらうか。ここでは一まず始皇三十四年以降の改定部分を除いて論じることとする。

さて、秦代の刑罰思想を考察する前段階として、当時の法典が、成文法としてどの程度の完成の域にあつたかについて述べておきたい。

法典としての『秦法經』が、どの程度の編纂技術をもつて作られ、司法面で機能していたかを量るには、中国律の集大成とされる『唐律』との比較が適宜な方法と言えよう。

そこで、右の方法により、(1)犯罪と刑罰の対応がきちんと法定されているか。(2)律の中に法の適用に対する監視機能が備わっているか。(3)律に明文なき事案に対しては、どの様な手続きが講じられていたのであらうか。の三点につき検討を加えておきたい。

まず(1)の点に関し、かねてより唐律のうちに“罪刑法定主義”が存すか否かにつき論議がなされているが、本稿でその存否を問うるのは論旨より外れるので、ここでは、単に、唐律で規定する罪科が秦簡の中でどの程度法定されているかにつき論じるに止めたい。そこで、闕歿・傷に例をとり、両者の比較をなすと、次表Ⅱのとおりとなる。

表II 秦律・唐律における鬪殴傷例

ヨ	カ	ワ	ヲ	ル	ヌ	リ	チ	ト	ハ	ホ	ニ	ハ	口	イ	殴	傷	提 (拔髮知)	殴	傷	提 (拔髮知)	殴	傷	傷及以他物殴人	殴	傷	唐	秦	行為・事項		事例	行為・事項	条文	律
相鬪傷	縛		肓	賊	傷				折支	以兵刃傷	劍		断髮結・髡				12 13 21 22	14 15	20	11													
	⑦ 17	14		6	19				9 19 23 24	18	17	16																					
両相殴傷	威力制縛人	同謀共殴傷人	保辜	不因鬭、故殴傷人	損二事以上					折跌人支体 (四級折傷)	刃傷及折人肋 (三級折傷)	兵刃斫射人	髡髮				折齒、毀決耳鼻 (二級折傷)		21	21	21	21	21	21	21	21	21	21	21	21	21		
九	八	七	六	五一	四一二							三一一																					

註 (i) 秦律における□は前掲表Iに対応している。

(ii) 唐律における条文は戴炎輝氏の分類(『唐律各論』)による。( )も同氏の分類に従う。

表IIによるとおり、唐律で規定する鬪故殴傷の殆どの事項は、既に秦簡の上に現れていることが知られる。しかも、秦簡に見られる諸条は秦律そのものでなく、あくまでもその部分であることから、秦律の完成度は我々の推測を越える域に達していたことも認められよう。また、前節(b)に関連して考察したことから、唐律における比附に相当する法の解釈と適用も見られ、明文なき行為に対しても、慎重な配慮がなされていたことが知られる。この様に、唐律を溯ること八八〇年以上に及ぶ秦律において、かなりの程度まで罪刑が法定されていたことは注目に値しよう。次いで(i)の事項につき検討をなすが、唐律では、故意・過失を問わず刑の処断に適正を欠いた官司に対して「出入人罪」の規定をもつて厳罰に処していた。(『断獄律』一九条)

一方、秦律では、

(j) 土伍甲、盜をなす。得わるる時を以つて贓を<sup>たら</sup>値るに、贓値は六百六十を過ぐ。吏、値らず。その獄鞠に「および」て乃ち贓を値るに、贓は百一十なり。以つて耐を論ず。

問う、甲及び吏は何に論ぜられる。

〔答う〕 甲は鷹城旦に当り、吏は失刑罪と為す。或し、端なれば不直となす。(「法律答問」三三~三四)  
(k) 土伍甲、盜をなす。得わるる時を以つて贓を値るに、贓値は百一十なり。吏、値らず。その獄鞠に「および」て乃ち贓を値るに、贓は六百六十を過ぎて、甲を驟して城旦となすとす。

問う、甲及び吏は何に論ぜられる。

〔答う〕 甲は耐為隸臣に当り、吏は失刑罪となす。(同、三五~三六)

(1) 甲に罪あり。吏知りて端に之を重くし、若しくは軽くす。

〔問う〕 論んずるに何にせん。

〔答う〕 不直となす。(同、三六)

(2) 論獄

〔問う〕 何をか不直と謂うや。何をか縦囚と謂うや。

〔答う〕 罪ありて、當に重くすべきに端に之を軽くし、當に軽くすべきに端に之を重くせば、之を不直と謂う。當に論すべくして端に論せず。及び、その獄を傷りて端に致さず、之を出すを縦囚と謂う。

(同、九三)

とある如く、唐律の「官司出入人罪」に相当する要件を明文化してある。右条(j)～(m)より断罪の不適正の要件を整理すると、次表IIIのとおりとなる。

表III 秦律上の出入人罪

入罪		出罪		故意	過失
部	全罪	部	全罪		
不直	不直	不直	縦囚	失刑罪	
失刑罪		失刑罪			失

註 本来、秦律では端(故意)、失(過失)である。

右表にて「縦囚」「不直」「失刑罪」等の諸要件が一覧できるが、これらに対してもどの様な刑罰が科されていた

のであろうか。

周知の如く、唐「断獄律」では官司の“出入人罪”に対しても、いわゆる“同罪”的原則が存していたが、秦律においても、これと同様の原則が確立していたであらうか。そこで、次に、関連記事を挙げると、

(n) 貲盾に不直あり。

〔問う〕 何に論ぜん。

〔答う〕 貲盾「に当てん」(「法律答問」四七)

(o) 賠罪に不直あり。史、齋夫と和せず。

〔問う〕 何に論ぜん。

〔答う〕 貲一盾に当たる。(「法律答問」九四)

〔註〕 齋夫——この場合、県・道の長官。齋夫に関しては多くの専論があり解説が分かれている。<sup>(12)</sup>

(a) おのの法令を主どるの民、敢えて法令の謂う所の名を行うを忘れれば、おののその志す所の法令

にては、贖罪規定の程に合致するよう両者において相互確認すべき手続を示す。

とある如く、法官による法適用の不適正に対する反坐の原則を推定することができる。さらに『商君書』によれば、

（b） おのの法令を主どるの民、敢えて法令の謂う所の名を行うを忘れれば、おののその志す所の法令の名を以つてこれを罪す。(第二六「定分篇」)

とあることく、戦国～秦におけるかくなる反坐規定に対する傍証を得ることができよう。又、右記事より、唐「断獄律」の「断罪引律令格式」の原則も、戦国～秦代に既に胚胎していたことが窺い知れよう。

(c) については、前節(b)における法の解釈と適用が一つの解答となるであらう。(b項解説参照) これは、唐律の「其

「應入罪者、則擧輕以明重」に比らえることで、ここに一種の法の擅断の抑止の機能を認めることができよう。ただし、

(q) 求盜、罪人を追捕するに、罪人、求盜を格殺す。

問う、人を殺せし者は、賊殺人となすや、且つ鬪殺となすや。

〔答う〕 鬪殺人となす。「ただし」廷行事においては、賊「殺人」となす。(「法律答問」六六)

とある如く、「廷行事」をもって量刑の基準を示すこともあつた。これは、秦律が李悝の『法經』(前四〇〇年頃成立)を母法としているため、社会の変化に対応せしめるべくなされた一種の調整と見ることができよう。以上の三項目をとおして、秦律の本質の一端に触れておいたが、秦簡に遺される諸条は秦律そのものでなく、あくまでもその部分であることから、秦律の体系は我々の推測の域を越えるまでに完成されていたことが認められよう。

次に、問題をさらに掘り進めて、明文に現われない秦律上的一大原則の究明に及んでみたい。

さて、周知の如く、江戸時代の『御定書百箇条』では、出来心から生じた盗みの類でも十両以上であれば死罪とされていた。また、唐律においても後述の如く、贓の多寡により死刑に及ぶ原則を有していた。しかし、この様に「盜罪」に対して直ちに極刑をもって臨むことは、罪刑の均衡という面から見て問題はないであろうか。確かに、贓の多寡により刑罰の軽重を設けることは刑法の理論上当然のことと言えよう。しかし、前節で論じた“同害刑”的理論からは、“盜に対して死を当てる”的關係は決して導き出されることはない。

そこで、本論に立ち戻り、秦簡における盜罪に対する刑罰規定を見ると、

(r) 告盜、微を別ちて盜をなさば、之に加罪す。

表IV 秦律における盗罪と刑罰

要件 贓	凡人ノ盜	害盜求盜ノ盜	凡人ノ五人盜	害盜求盜ノ五人盜
660 錢以上	黥 城 旦	黥 刑 城 旦		
220 錢以上	完 城 旦	黥 城 旦	斬左趾城旦	
110 錢以上	耐 隸 臣			
(66錢以上)	耐 司 寇			
	賈 二 甲			
(22錢以上)	耐 候	遷		
	賈 一 甲			
1 錢 以 上	賈 二 盾		刑城旦 (刑・黥・完)	
1 錢 未 満	賈 一 盾	(不 詳)	(不 詳)	(不 詳)

表V 唐律における盗罪と刑罰

要件 贓	凡人盜	監守盜	凡人強盜	監守強盜
一 尺	杖 60	杖 80		
一 歙 一 尺	" 70	" 90	徒 3年	流 2500
二 歙 一 尺	" 80	" 100		
三 歙 一 尺	" 90	徒 1年	流 2000	流 3000
四 歙 一 尺	" 100	" 1.5年	流 2500	加役流
五 歙	徒 1年	" 2年	6 歙 3000 8 歙 加役流	絞
十 歙	" 1.5年	" 2.5年	絞	
十五 歙	" 2年	" 3年		
二十 歙	" 2.5年	流 2000		
二十五 歙	" 3年	" 2500		
三十 歙	流 2000	" 3000		
三十五 歙	" 2500	絞		
四十 歙	" 3000			
五十 歙	加役流			

〔問う〕 何をか加罪と謂うや。

〔答う〕 五人の盜、贓一錢以上ならば、斬左止、又、黥して以つて城旦となす。五人に盈たざるは、盜をなすこと六百六十錢を過ぐれば、黥劓して以つて城旦となし、六百六十錢に盈たざること二百廿錢に到るは、黥して城旦となし、二百廿錢に盈たざること一錢に到るは、之を遷す。求盜は此れに比らう。

(「法律答問」一一)

とある如く、いわゆる監守側の立場にある者(右文では「書盜」「求盜」)が威力(右文では「五人の盜」)をもって盜をなしだときでも「斬左止黥以城旦」に止まり、もし、「五人の盜」の要件を備えない場合であれば、贓が如何に多くとも「黥劓以城旦」に止まつてゐる。この様に、秦律の下では盜賊の額や手段に拘らず、盜(強盜も含む)によつて死刑となる罪刑のあり方は見られない。そこで、この原則を一層明瞭にするため、盜罪に対する刑罰を唐律との比較の上で表IV・Vに整理しておきたい。<sup>(13)</sup>

右表IV・Vで一覧される如く、秦律では、たとえ書盜・求盜(唐律では監守に相当)による五人ノ盜(唐律では強盜)の盜賊の額に拘らず肉刑+労役刑に止まり、死刑には至らないことが知られる。

ここに“人を殺す者は死され、人を傷つける者は刑せらる”という一大原則が、秦代刑罰思想のバックボーンとされていたことが確認されよう。そして、当時の闘陽例における一見奇妙とも思える犯罪と刑罰の関係も、この原則と無縁でなかつたことも知られよう。

- (1) 引用文は、日本聖書協会発行『旧新約聖書、引照附』一九七九年版に準拠した。
- (2) タリオは、從来、反坐と訳されていた。〈例〉鄭氏教編『増訂重印法律大辞書』(上海商務印書館、一九三六年)一八二頁。しかし、中田 薫氏はこれを同害刑と翻訳された。
- (3) 古代法における同害刑の原則は、本稿事例のほか、ハムラビ法典における隨所の規定、『旧約聖書』中の「出エジプト記」「申命記」、"生

命には生命を、歯には歯を、傷には傷を』で知られる『コーラン』四・四九)、『もし一肢を損ない妥協を遂げないものはタリオ(同書応報)に処すべし』とするローマの『十二表法』、中田薫氏の論考「アッソニア法書及びヒッタイト法典」(『法制史論集』第三巻)に詳しい。

(4) 滋賀秀三氏は「中國古代の肉刑がタリオ(同書刑)の思想に基づくものではないことは明らかであり、また反映刑の要素も少くも顯著でない」とされ、かつて仁井田氏が提示された「同書刑」的要素を否定された。同「中國上代の刑罰についての一考察—誓と盟を手がかりとして」(滋賀秀三・平松義郎編『石井良助先生還暦祝賀・法制史論集』創文社、一九七九年)

(5) 唐律においては、「諸貢拳非其人、及庶貢拳而不貢拳者、一人徒一年、二人加一等、罪止徒三年」(『職制律』1)にある。

(6) 当時の廷尉の職にあつたのは、龐真であった。原文では誤って「直」を作る。

(7) 『論語』子路篇。

(8) 哀帝は、況等の処分を臣下に議した結果、廷尉の意見をいれ、況を徙罪とした。

(9) 前掲史料(a)参照。

(10) 前掲史料(b)参照。

(11) 律と罪刑法定主義の関連に言及した論考は次の二とくである。

①小野清一郎「唐律に於ける刑法總則的规定」(『國家學會雑誌』五二一四、一九三八年) ②仁井田陞「唐律に於ける通則的规定の来源」(『東方學報・東京』一一二、一九四〇年、同氏著『中國法制史研究(刑法)』東京大學出版会、一九五九年、再録) ③山田英雄「奈良時代における律の適用」(『山田孝雄追憶史学語学論集』宝文館、一九六三年、所収) ④瀧川政次郎「律の罪刑法定主義」山田英雄氏の「奈良時代における律の適用」を読んでー」(『日本歴史』一八五、一九六三年) ⑤利光三津夫「裁判の歴史」(至文堂、一九六四年)一〇九頁、一三三頁。

⑥竹内正「律および大赦についての一考察」(『刑法雜誌』一四一、一九六五年) ⑦奥村郁三「旧中国的罪刑法定主義の性質」(『關西大學法学論集』二二一五、一九七二年) ⑧岡野誠「中國古代法の基本的性格—いわゆる『罪刑法定主義的制度』をめぐって」(唐代史研究会編『中國律令制とその展開—周辺諸国への影響を含めて—刀水書房、一九七九年、所収)

(12) 番夫に関する諸論については、拙稿「秦漢時代の番夫について—『漢書』『百官表』と靈夢秦簡による一考察」(『史滴』二号、一九八一年)の註参照。

(13) ①表IV・Vは一九八一年九月二八日、日唐律比較研究会例会(於・明治大学)にて提出した資料に基づく。  
②表IV・Vは「法律答問」一~二、七、三三~三五、一二六、一三六~一三七である。

## 五 あとがき

以上を要約すると、

(一)まず秦簡に見られる鬪殴傷の諸例を挙げ、当時における鬪殴傷の特徴として、面・頭髪部への傷害という事が  
らが顯著に現れていることに注目される。

(二)第二節においては、秦漢社会における“面目”的もつ意義を可能な限りの史料により考察してみたが、それ  
は、現在我々が用いる比喩的用法とは大きく異り、一たび鬪殴に現れるときは、その辞句の中に行行為が直接投影さ  
れることを知り得た。即ち、当時の価値概念をもつてすれば、面目を毀傷することは背に刃を突き立てる以上の  
の“キズ”を与えることを意味するのである。勿論、当時においても、人間としての名譽・尊嚴という比喩的語法  
に用いられる例もあるが、その場合においても、現代におけるが如く軽々と用いられることはなく、あくまでも、  
生命と同等と言つてよい程の深甚な意味を帶していった。

(三)秦律は『史記』『漢書』等の史書により伝えられていたほど苛酷なものではなく、罪刑の法定という面では唐律  
に比肩せられるほど整備されていて、根本思想の中には“人を殺す者は死され、人を傷つけ  
ける者は刑せらる”という『荀子』等に見られた同害刑思想が存して、いたことを明示しておいた。勿論、右の原則  
が秦律の全条文を貫く通則ではなく、種々な例外も存していたことも留意しておく必要はある。例えれば、秦簡に  
は“同母異父〔の兄妹〕が私通をなせば、その罪は棄市（死刑の一種）に當る”とある如く、さきの理論に合致し  
ない罪刑もみられるからである。（秦代における姦罪の意義については、前掲拙稿註13参照）そして、国家に対する謀反  
などに対しても、極刑が当てられていたであろう。