

仁井田 陞著

中国法制史研究（刑法）

中谷 英 雄

先日岡山史学会で、石田寛氏の「条里制の研究」を聞いた。現実の地形の空中写真を利用して、それを古代の条里に復元してくれたが、千年も前の条里が現在の生活を規定していることがよく見られた。神社・道路まで条里制の行われた昔につながっている。人間の生活は変化するものであるが、人工衛星の飛ぶ現在の生活も、過去の生活とびつたり重ねあわせられることがよくわかる。歴史研究の現実的意義ともいえよう。

仁井田博士の大著「中国法制史研究（刑法）」を手にとつて特にその現実的な意義が考えられた。『朝日ジャーナル』（三四年一月一日号）に「死刑執行方法と法律」の解説に、死刑執行方法の「絞」について仁井田博士のこの研究を引用している。歴史の研究はもつと広く一般に読まらるべきで、この大著も大いに理解されるべきである。ただ「中国法制史」（岩波全書）に比べて専門家向であるので一般には無理であろう。

本書の構成を紹介すると

- 第一部 序 論
- 第一章 中国旧社会の構造と刑罰権——國家的非國家的とは何か
- 第二章 中国旧社会における法を動かす力について
- 第二部 中国古刑法の基本原則の展開
- 第三章 中国における刑罰体系の変遷——特に「自由刑」の発達——
- 第四章 凌遲処死について
- 第五章 唐律における通則的規定とその来源
- 第六章 宋代以後における刑法上の基本問題——法の類推解釈と適及処刑——
- 第三部 中国法と周辺諸民族の古刑法
- 第七章 東アジア古刑法の発達過程と賠償制（ブーセ）
- 第八章 東アジア諸民族の同害刑（タリオ）と実刑主義の諸相
- 第九章 中華思想と属人法主義および属地法主義
- 第十章 北方民族法と中国法との交渉（一）——金代刑法考
- 第十一章 北方民族法と中国法との交渉（二）——元代刑法考
- 第十二章 南方民族法と中国との交渉——黎朝刑法考
- 第四部 余 論
- 第十三章 敦煌発見十王経図巻に見えた刑法史料
- 第十四章 中国の戯曲小説の挿画と刑法史料
- 第十五章 民間信仰と神判

本書の成立については、著者の三十年の研究成果の分割刊行の第

一卷であり、ねらいは「中国刑法の発達自体と、中国法の民族史および世界史の過程における地位とについてである。私は歴史的に見て学ぶに値するものを視点からはなすことなく、追求していこうと思う。私のここで考えている歴史は、現代（に生きている自己）を支えるものとしての歴史である。」（序）にある通り、現在との関連を考えて行こうとしている。

唐律の価値の高さは「唐律でさえ、ヨーロッパ十九世紀の刑法典に比べて劣るものではなかった」（中田博士）の言葉を俟つまでもないが、唐律への讃辞は漢晉或はそれ以前の中国古刑法に対しても与えらるべき点を明かにしようとしている。

自由刑（勞役刑）罪刑法定主義（君主や役人の恣意を防ぎ支配に限界を与える）も世界でも比べるものなく古い。自由刑へ徳への教育のためではなく、権力把持者の必要にもとづいていた。即ち万里の長城の構築をはじめ、軍隊等へ投入する必要労働量の増大の結果からの無対価労働の収奪をねらっている。罪刑法定主義も厳格な意味のものではなかった。

中国では法は人民管理手段であり、天の大法にもとづいている。しかし永久不変のものではなく、民衆の現実的実力抵抗——無言の抵抗も含めて——支配者は変更を余儀なくされている。

中国周辺諸民族の法は中国程進歩していない。そこで中国に集る外国人の間、または中国領域内の異民族の間、あるいはそれらと中国人（漢族）との間に法の抵触は避けがたかつたので、これを解決するため属人法主義（その人がどこに行つてもその人の郷土の法を適用する）、属地法主義（わが境に入つてはわが法に従え）を使い

わけ、無理をしない態度をとつた。

本書は中国古刑法の基本原則を中核として、周辺諸民族の古刑法及び中国法との関連を明らかにしている。十五章中、一・二・四・六・七・八・十二の各章は新稿である。

二

第一章 中国旧社会の構造と刑罰権については、先ず中国社会構造論にふれている。従来中国社会構造は国家的権力支配の及ぶ範疇、即ち国家と、その及ばない範疇、即ち社会があり、この両者がはつきり分離して、深い交渉をもたずに独立の発達をとげたとの見方が有力であつた。これに対して批判的な松本善海氏の説をとりあげている。国家も農民が納税さえするならば、村落自治に手をつけようという政治的欲望を起さないと佐野学氏がいうが、事實は徴税のために政治的干渉が村落の中まで入りこみ、国家にとつて便宜的な方向に再組織され、それが出来ると国家権力はある位置まで後退しているのだという説である。

この説を前提として、刑罰は国家と社会の単純な二元的対立ではなく、刑罰権の国家的独占を指向しながら、国家権力は社会内部の共同体を媒介として、十全に刑罰権を及ぼしたことはなかつたか。

即ち無媒介に刑罰権を及ぼしたであろうか。一方共同体内の権力は国家権力と結びつき、二つの権力の間に分ち得ない一貫性をもつことがなかつたか。或は国家の刑罰権を阻外して、共同体内に自ら独立の刑罰権をもつことを可能ならしめていたのではなからうか。

国家的刑法典は周末までに成立していたと思われるが、法の淵源

について二つの立場があつた。法を定めないので、その場その場で裁判していかうとする儒家の思想によるものであり「心治」とよばれ、罪刑擅断主義につらなる立場である。一方「何が犯罪であり、これに對してどんな制裁を科するか」即ち「法治」の立場であつて、罪刑法定主義的なものである。この兩者のうちで、漢とか宋という儒学隆盛時代にも後者の立場が考慮されていた。

中国の国家刑罰権は実刑主義をとつてきたが、同族と他の同族、家族と他の家族との間にひきつづき復讐が行われ、私刑主義もつづいている。

私刑主義の一例をあげると家父長による家刑罰権は認められていて、政治的権力自身が家父長権力と一貫した權威秩序を構成し、兩者が共通の基礎に立つていた。国家の法の制定者、国家の刑罰権の把持者たる君主もまた「民の父母」であり、最高の家父長權威であつた。法と道德の基軸は父子間の孝であり、その關係は君主と人民の間にもちこまれ、国家と家とは一貫した支配体系のうちにあつた。

村落内は郷紳等のボスに支配され、国家権力から離れて刑罰権を自己の手中に収めていた豪族もあつた。この集団の内部に国家勢力は滲透していなかつたわけではない。集団の中の民衆は国家とボスという二重支配をうけているし、国家権力は集団内のボスと不即不離の面があるし、一方利害が相反する場合、ボスは民衆と共に反抗した。換言すれば強力な国家権力でも権力の貫徹に限界があり、国家は諸集団と複雑なつながり方をしていたのであるから、刑罰権もそれに対応した方法でとらえなくてはならないのである。

三

第二章 中国旧社会における法を動かすものについては、法の歴史を成立せしめた由来を述べている。法の変動を民衆の現実的實力抵抗或いは時には無言の抵抗という力の抵抗を通してとらえているのである。

中国の支配者は実効性のない理想の法をつくつていただけではなく、人民管理支配のため有効な法を次々につくつていった。法は支配者によつて決定されるが、支配者は法の変更をよぎなくさせられ、支配の手段をかえていかななくてはならなくなる。法の強圧も手加減も、みな力の對抗の間から生じる。これこそ法の歴史をおしすすめたのだ。被支配者の力をふさぐ考へてはならない。この一例を十世紀からの地主と農奴の關係にとらえ、地主の農奴に対する法上の優位はやがて転形期が来て「主僕の分」は失われ、明代法・清代法に顯著にあらわれてくる。これは十六・七世紀の中国では農奴・雇農・雇工の力の上昇が進んだもので、現実の力の前に變動してきているのである。

四

第三章 中国における刑罰体系の変遷の項に於ては古代の五刑に於ける身体刑から、漸次自由刑重視へ移り、それが唐の笞杖徒流死の形をとるに至る変遷を明快に記述されている。特にこの章に於ては自由刑を中心としている。自由刑とは受刑者の自由を剝奪するもので、今日の刑罰制度で支配的な位置を占めているものである。中

国では自由刑の起源は古く、これにより名誉を奪い、自由を拘束し、作業に従事させて教化しようとしている。目的として応報威嚇以外に道義性を持ち、受刑者の改善にも着眼している所に特性がある。

刑罰体系の変遷については、周・秦・漢初、次に漢・魏・晉南北朝、次に隋・唐・宋・元・明・清、最後に清末以降と区分し、古代に於ける生命刑と身体刑より自由刑への変化を鮮かに示している。

自由刑は生命刑(死刑)と身体刑(肉刑・鞭答刑)の支配的であった戦国時代に既に現われている。秦の自由刑(勞役刑)として重いものからあげれば(一)髡鉗城旦舂刑 (二)完城旦舂刑 (三)鬼薪・白粲刑 (四)司寇・作如司寇刑 (五)戍罰作・復作刑があつた。いずれも有期徒刑であり、男女に課せられたものである。

紀元前三世紀にすでに有期的勞役刑が組織されたことは世界でも稀な例であり、漢でもこれを踏襲している。勞役刑の発生は前三世紀より以前と考えられる。

漢の刑罰は文帝十三年に一転機を示している。死刑と共に主要であつた肉刑は全面的に後退して、身体刑の中の笞刑と自由刑が進出している。これは少女緦繫が自ら官婢となつて父の罪をつぐなおうとしたによると考えられる。笞刑を特に重用したのは文帝で、後の五刑の中に笞刑が加えられる原因をつくつた。

肉刑は文帝時代に廃せられたが、絶えるに至らず、若干は命脈を保っている。自由刑のうち流刑は徒・或は謫徒の名であらわされ、死一等を減じて北の方朔方五原の辺県や、西の方敦煌その他辺県に徙して屯戍に充てている。權力把持者にとつて、刑囚の勞働能力は重要であつた。

魏晉南北朝時代にては漢の刑罰を踏襲しつつ變形し、笞刑は漢の文帝の時には死刑につぐ重刑であつたのに、この時代に輕刑として扱われ、唐の笞杖徒流死の五刑の笞杖となつて行つた。

肉刑は復活されず、勞役刑は進展した。流刑は律の刑罰中で要位を占めたのは北朝系の律以来で、流と徒を分つたのは北魏律である。次いで唐の五刑が定まり、宋代には死刑に絞斬の外に凌遲が加わり、その外配、刺も加えられている。清末に至つて生命刑、自由刑及び財産刑を基幹とする近代刑法に推移している。

五

第五章 唐律における通則的規定とその来源は貴重な研究で、アジア諸国に影響を及ぼした唐律の研究としてこの上もない立派なものである。現在中国の律の研究は盛んとなり、漢・晉・唐・元等の研究グループがあり、漢書刑法志の和訳・唐律・唐律索引・元典章索引等發表されているが、筆者も唐律疏議の索引を志し、既に廢庫律まで及び、そのうち名例(一・六卷)迄の原稿を完成している。

名例は通則的なものであり、一番難解で厄介であるので、この部分の索引に多大の困難を感じたが、本稿は非常に助けとなつたことを心から感謝している。この章は名例律を根本としているが、それ以外からのも含んでいる。

ここに三節にわたり総括的な点を述べているが、この部分は第一・二章と重複する所がある。第四節以下は犯罪の成立、犯罪の態様、特別の重罪、刑罰の種類、刑罰の減免、法律の適用・恩赦の各項に分れ、具体的に記述している。

律の中で故意と過失が問題となる。中国法では、古くから罪を犯す意思のない行為は罰しないのが原則であつた。しかし法律で定められている場合については過失も罰し、また縁坐や連坐の規定があり、責任条件がなくても罰することがあつた。唐律では犯罪の成立には故意または過失のあることが必要であつた。この法概念は既に漢晉の頃からあり、故殺は過失殺との対比において、行為者が犯罪事実を知つている点が、過失殺傷は行為者が犯罪事実を知らない点が特質となつている。唐律や唐の後の法律でも過失行為が責任を問われるのは殆ど法律に規定ある場合だけであつた。

今はない縁坐については、犯罪の成立には故意または過失が必要であつたから、刑事責任は行為者の一身に止まるべきであつたが、唐律には特別の場合(謀反、謀叛、殺一家非死罪三人、造畜蠱毒等)には、責任条件がなくても刑罰を加えるべきだとされていた。法諺にある「家人法を犯すときは、罪、家長に及ぶ」ことになつた。

反坐とは他人の罪を誣告したときは、誣告された相手が受ける同一の刑罰を反つて加うべしとの規定で、同害刑主義(タリオ)の一つの適用である。明清律にもこの規定がある。

共犯、累犯、併合罪、十惡、公刑と私刑、正刑と閏刑、附加刑、換刑、議、請、減、贖、自首等について詳細に論じていられる。この一章のみならず全篇を通じて感じられることは論文集であると共に、体系的中国法律辞典であると感じられることで、難解であり、単純な字句の間にニュアンスを含む各種の律を読みとるに便利の上もないものと申したい。

六

第六章 宋代以後における刑法上の基本問題—法の類推解釈と過及処罰において、宋代法でも犯罪の構成要件を法律できめながら、他方では犯罪の構成要件についての類推解釈を許す旨の規定をおき、場合によつては裁判官の認定次第で犯罪とすることを認めていることは唐代法と同様であつた。これは罪刑法定主義およびその否定である。

唐名例律に「罪を断ずるに正条がなく、その罪を出すべきときは、重きをあげて軽きを明らかにし、その罪に入るべきときは軽きを挙げて重きを明らかにする」という類推解釈の基本規定とした。この意味は第一、法律に犯罪とはならぬと規定されている行為より軽い行為は罪とはならないが、第二、犯罪となると規定されている行為より重い行為は犯罪となるということである。唐律のこの類推解釈の規定の具体例をその後の律について比較している。

刑法不遑及については「犯罪を犯して未だ発せず、およびすでに発していても未だ断決しないうちに、格によつて法が改まるるときは、もし格が重いときは犯時の法により、格が軽いときはその軽法に従うことをゆるす」とある。唐律では刑罰不遑及主義は原則であるが、犯罪時法と裁判時法との間に刑罰の軽重があるときには、その軽い方を適用し、この場合に限つて遑及効を認めている。宋代法もこれをついでいる。

明律では裁判時法主義が行われて、犯罪時の法の軽重如何をとわず、裁判時の法を適用した。不遑及原則が立てられ、清律はこれを

引きついた。

七

第七章 東アジア古刑法の発達過程と賠償制（ブーセ）においては刑法および損害賠償制度の史的発展は大体各民族同様で、その起源は復讐のうちにあるとする見方があるのについて論じている。

復讐は加害によつて惹き起された怒りを和げ、心理的満足のための反動であり、原始的な自衛と自力救済の手段である。社会に公権威が十分に確立するに至らず、社会の統制力が未発達段階において、また権威的機関があつても統制力が及び得ない社会段階において、秩序回復維持の方法としての役割を果してきた。このような意味をもつ復讐を刑罰（刑法）の歴史的起点であると同時に、賠償（民法）の歴史的淵源とする見方がある。

東アジアの諸民族についてこの実例を見て、やがて利害の対立する諸集団を超えて統制力が発達し、公的権威が高まり、やがて個々の集団が自衛のために行つていた復讐は必要なくなり、賠償即ち経済的財貨の授受によつて解決する方途を見出して、賠償制が成立する。これが定額賠償制となつて行く。

つづいて殺人・傷害・姦淫・盗犯の実例に則して賠償を記述し、賠償を次第に罰金化して刑法体系の中に組み入れ、やがて刑罰と損害賠償とを分解して行く過程を明らかにしている。

中国では古来実刑を優位においた。中国では政治的権威が早くから確立に向つていて、刑罰権は公的権威の手に掌握され、公的権威が自己にとつてもつとも利害関係の深い法益に向つて刑罰権を主張

していたのはもとより、当事者間の私的制裁についても早くからこれを否認し、犯罪も被害者の立場に重きを置いた賠償制度は中国刑法には乏しく、北方民族が賠償制を中国にもつてきたときに対立抗争したのである。しかし中国での実情では裁判への不信頼も手伝つて賠償は被害者と加害者との協定によつて、或は公正と思われている第三者の介入によつて行われてきた。

八

第八章 東アジア諸民族の同害刑（タリオ）と実刑主義の諸相において、タリオ即ち復讐意識を露骨に示しながら、しかも無制限な報復を法を以て抑制する意味をもつており、復讐を被害と同じ限度に止めて、犯罪と刑罰の関係をあらわすことをいう点を明らかにし、中国には例が少ないので周辺の諸民族の例をあげている。具体的には管杖刑、肉刑、射殺刑、火刑、獸刑、公衆刑等に記述が及んでいる。

九

第九章 中華思想と属人法主義および属地法主義において中華思想と夷狄についての意義を明らかにし、中国に集つたり、中国領内に居住している外国人、異民族相互間、或いは中国人との間の法律的交渉を処理解決するために基準をたてたのは属人法主義または属地法主義であると説く。

例を蒙古人にとれば、いずれの所に於ても蒙古法を以て裁判されるのが属人法で、きまつた地域内にあるどんな人にも適用する法が

屬地法である。この両法が唐律に初めて見える。化外人同志であつて法律を同じくする場合は、中国の国内にあつてもその共通の法律で裁判する。(屬人法主義) 当事者が法を異にする場合は中国法を適用した。(屬地法主義)

この唐律の規定は遼金元の各時代ごとにそのときどきの条件をいれて変化し、明律ではまた変化し、清律は明律を踏襲している。これ等の変化を唐・宋・遼・金・元・明・清・高麗・安南・真臘等に分けて詳述している。

十

第十章 北方民族法と中国法の交渉(一)―金代刑法考、第十一章は(二)―元代刑法考、第十二章は南方民族法と中国法との交渉―黎朝刑法考と並べている。

北方民族の法律の特色は血讐とそれに由来をもつ賠償制で、金の太宗時代に上の特色をもつ女真固有の法律と罪刑法定主義の中国風の法律の二重体系が存在していたが、やがて中国法に譲歩を示し、女真固有法は退場したが、これは一応外見的退場であつた。

金の法律の中心は泰和律であり、これと唐律と比較して詳細に述べ、その間に金律の特色を明かにしている。金律は唐律の上に出る

ことが出来なかつたが、各則的規定即ち、犯罪構成要件と、これに対する科刑の限度を定めた各条にみられる特色をあげている。

元代の刑法についても黎朝の刑法についても唐律と比較すると共に、既に第七章・第八章の東アジア諸民族の間のブーセ及びタリオについて記述したものを詳細に論じているもので、併読することによつて全くよく理解しうる。

十一

既に最初に記述した通り、尚多くの章の論文を含んでいるのであるが、紙幅の関係でこれ以上紹介することは出来ない。此の大著を手にして数カ月読みつづけた後、中国の刑法研究上にこの上ない有益な著書であり、広く読まらるべきものと思つている。

各論文には序節として論文内容の概要がかかげられており、史料援用の詳細な記述がつづいているので、先ず要旨がつかめる点がありがたいことである。補注は又詳細にわたり、引用の頁の摘記だけでないのは研究者にとつてこの上もないものである。装幀・活字・章節間の空白は読むに快感を与える程度に考慮されていることもこの上ないといふべきであろう。(本文七〇二頁、索引一一頁、一九五九年八月 東京大学出版会刊行、一、五〇〇円)