

二年律令に見える法律用語 —— その(一)

富谷 至

本稿は、一九八〇年湖北省江陵張家山漢墓出土の漢律、所謂「二年律令」の譯注に對應して、そこに見える法律用語、表現の意味を解説するものである。漢律の語義を分析し、考證することを通して、漢の法思想、刑罰適用の概念を明らかにすることを第一の目的とする。

以下「譯注」と表記しているのは、本稿と共に發表した「江陵張家山漢墓出土漢律『二年律令』譯注稿」のことである。出土の竹簡の性格に關しては、これも同時に掲載する宮宅潔論文に詳しい。

引用している二年律令の日本語譯は、概ね「譯注稿」に従うことから、また原文の中でどのように語句が使われているのかを問題にするが故に、資料は、原文のままであり、雲夢睡虎地秦律および文獻史料もこれに従う。表題を「その(一)」としているのは、「譯注稿」が二年律令の1簡から150簡までをとりあげ、その後は次號に引き續き掲載する豫定であり、この用語解説もそれに呼應して續編を準備しているからに他ならぬ。

なお、答問とするのは、睡虎地秦律の「法律答問」、秦律〇律とは、睡虎地秦律の「秦律一八種」をそれぞれ指す。二年

律令の簡番號は「譯注稿」のそれ、つまり『張家山漢墓竹簡「二四七號墓」』（文物出版社）の簡番號であり、睡虎地秦簡の簡番號は『睡虎地秦墓竹簡』（一九九〇、文物出版社）に付けられた番號である。

I 與 ○ 同法

「與同罪」「與同法」という表現は、二年律令中に次のような條文の中で登場する。

諸食脯肉、脯肉毒殺、傷、病人者、亟盡孰燔其餘、其縣官脯肉也、亦燔之、當燔弗燔、及吏主者、皆坐脯肉臧、與盜同法、
20 (賊律)

謀賊殺、傷人、與賊同法、
26 (賊律)

賊殺傷人畜產、與盜同法、畜產爲人牧而殺傷、
49 (賊律)

謀遣人盜、若教人可盜所、人卽以其言、
57 (盜律)

盜出財物于邊關徼、及吏部主智而出者、皆與盜同法、弗智、罰金四兩、使者所以出、必有符致、毋符致、
74 (盜律)

吏智而出之、亦與盜同法、
75 (盜律)

財物私自假貸、假貸人罰金三兩、其錢金、布帛、粟米、馬牛毆、與盜同法、
77 (盜律)

告、告之不審、鞫之不直、故縱弗刑、若論而失之、及守將奴婢而亡之、篡遂縱之、及諸律令中曰同法、同罪、其所

107 (具律)

奴有罪、毋收其妻子爲奴婢者、有告劾未遷死、收之、匿收、與盜同法、

180 (收律)

諸馬牛到所、皆毋敢穿奔、穿奔及及置它機能害人、馬牛者、雖未有殺傷也、耐爲隸臣妾、殺傷馬牛、與盜同法、殺人

251 (田律)

吏主者弗得、罰金各二兩、諸詐給人以有取、及有販賣買賣而詐給人、皆坐臧與盜同法、罪耐以下

261 (市律)

「與○同法」の四字句は、二年律令のみならず、睡虎地秦簡をはじめとする出土法律資料、また文献史料にも散見し、法律の運用上の専門用語として定着していると言ってよからう。

【雲夢秦簡】

禾、芻粟積廩、有贏、不備而匿弗謁、及者移贏以賞不備、羣它物當負賞而僞出之以彼賞、皆與盜同法、大畜夫、丞智而弗罪、以平罪人律論之、有與主廬者共賞不備、至計而上廬籍內史、入禾、發扇倉、必令長吏相雜以見之、芻粟如禾

秦律效律174、176

積廩、有面不備、而匿弗謁、及者移贏以賞不備、羣它物當負賞而僞出之以彼賞、皆與盜同法、大畜夫、丞智而弗罪、以平罪人律論之、有與主廬者共賞不備、入禾及發扇倉、必令長吏相雜以見之、芻粟如禾

秦律效律34、37

律曰與盜同法、有曰與同罪、此二物其同居、典、伍當坐之、二云與同罪、云反其罪者、弗當坐、●人奴妾盜其主之父母、為盜主、且不為、同居者為盜主、不同居不為盜主

答問 20 (21

府中公金錢私費用之、與盜同法、●可謂府中、●唯縣少內為府中、其它不為

答問 32

【奏讞書】

律、謀賊人、殺人、與賊同法、●以此當信

16 19

之、皆曰、律死置後之次、妻次父母、妻死歸寧、與父母同法、以律置後之次人事計之、夫異尊于妻

21 6

【文獻】

詔曰、朕聞五帝不相復禮、三代不同法、所繇殊路而建德一也

「漢書」武帝紀

今白鶴館以四月乙未、時加於卯、日宿亢災、與前地震同法

「漢書」翼奉傳

臣聞、與覆車同軌者、未嘗安也、與死人同病者、未嘗生也、與亡國同法者、未嘗存也

「晉書」段灼傳

さて、二年律令にもとる。具律 107、108 簡は、件の表現をもつ條文に關する詳細な規定である。

告、告之不審、鞫之不直、故縱弗刑、若論而失之、及守將奴婢而亡之、篡遂縱之、及諸律令中曰同法、同罪、其所與同當刑復城旦舂、及曰黥之、若鬼薪白粲當刑為城旦舂、及刑界主之罪也、皆如耐罪然、其縱之而令亡城旦

107、108 (具律)

ここでは、律令の條文にみえる「同法」「同罪」という用語が示す科刑のことを言ったものだが、同法、同罪兩者の意味するところはどうか、その違いは那邊にあるのか。表現を異にする以上、そこに込められた意味に相異があるのは確實であろう。私は、そこに秦漢時代の基本的な法理念と法適用の原理が横たわっているとみる。

「法」という語は、出土文字資料、および文獻史料、そのどちらにおいても、狹義の「法律」「法則」「法令」「成文法規」を意味するのではなく、則るべき準則、さらには原理・道理という意味で使用される場合が一般だとみてよい。

「法」は本来「灋」と記され、『説文解字』十編上には、水のごとく水平にすることを意味すると解説されている。灋、刑なり。之を平すること、水の如し。廌とは、不直なる者に觸れて、之を去る。

『爾雅』釋法には、「法、常なり」、「禮記」曲禮に、「法、典則なり」、「管子」明法解「法者、天下の程式なり。萬事の儀式なり」「法とは、天下の至道」と、その意味解説はいっそう抽象的な方向に傾く。これは、則るべき準則には道理があり、原理を内包し、それ故に「常」であり、「至道」であり、「天下の程式」となるという展開の上から導き出されたと言つてよからう。

右にあげた文獻史料についても同じで、『漢書』武帝紀「五帝、相い禮を復さず、三代、法を同じくせず」とみえる「法」は、法令、法律といった狹義の限定された意味ではなく、「禮」(禮制度・禮秩序)に對する「法」(法制度・法秩序)といった意味であろう。また「前の地震と法を同じくす」(『漢書』翼奉傳)の「法」も、明らかに法律や規則という意味とはほど遠い、むしろ「攝理」に近い意味とせねばならない。

もっとも、法が「刑」「律」「刑罰」といった具體的な形式をもつものという説明もいくつか認められ、「惟れ、五虐の刑を作して、法という」(『書』呂刑)、「法とは律なり」(『書』大傳)、「法とは刑なり」(『國語』魯語)という訓もある。それは、

刑や律が則るべき規範、準則の典型として擧げられたものであり、「程式」の表象に重心をおいた解釋、語義を解くのにその語が含む具體、部分をあげるといふ訓詁の一形式に過ぎない。「刑」「律」が「法とは象なり」(『老子』二十五章)といふ解釋もあることを付け加えておこう。

程式、原理といった抽象化した「法」の用語法は、後の時代にも引き繼がれていくのであって、人口に膾炙している「九品官人法」、「均田法」、「兩税法」の「法」も九品官人の法律、法規、つまり法律の條文名稱を意味するのではない。九品官人に關する實際の法規定は晉令では、「選吏令」に、均田法は、唐令にあっては「田令」に法條文があること改めて言うまでもなからう。九品官人の「法」とは、九品官人の便法制度といふ概念を表すのである。

「法」といふ語を、法令・規律・條文といった狹義の意味に止めず、法理・原理といふ抽象的な廣義の方向に位置づけて解釋せねばならないことは、二年律令の「與○同法」の「法」でも同じい。いま次の二例を擧げて詳しく論じてみよう。

(1) 謀賊殺、傷人、與賊同法

26 (賊律)

(2) 賊殺傷人畜產、與盜同法

49 (賊律)

「計畫性をもって殺人行爲におよび、他人を傷つけた場合には、賊と法を同じくす」(26簡)。いうところの「賊」とは、「賊律」といふ具體的な律名を指すのではない。それは、奏讞書の「與父母同法」といふ同様の表現において、「父母」とは、「父母律」もしくは「父母に關する法規程」などでないことが如實に物語らう。ここは、「賊」といふ範疇で括られる法理で處斷する」といふ意味にとらねばならない。

ところで、「謀賊殺」を規定した(1)の条文で何故に「與賊同法」といわねばならないのか。「賊殺」というかぎり、あらためて「賊と同法」などといわずともよいとの考えがあるかもしれない。「與賊同法」と言わねばならぬその意圖を、私は次のように考えている。

「賊」とは、別項で取り上げたように、「惡意をもって行った加害」である。(1)の行爲においては、惡意の向くところは直接には殺人行爲であり、それが完遂されずに結果としては傷害で終わった。加害者は惡意をもって人を殺害しようとはしたが、惡意をもって傷つけようとしたのではない。「傷人」はいわば加害者の惡意が直接に向いたところではなかった。ただ、漢律ではこのような「傷人」においても、「賊」の範疇において論斷する、結果として生じた傷害も惡意を持った加害行爲の法理を適用する、これをはっきりさせたのが(1)の條文と考へたい。従って私は、(1)についての別解「人を賊殺したり傷害を與えたりすることを謀った場合には、賊と法を同じくする」という解釋はとらない。

(1)は以上のようなことから「與賊同法」となるのだが、その逆、つまり「賊」以外の法理に屬するのが(2)である。(2)は、他人所有の畜産を殺したり危害を加えたりした場合、それは他人の所有物をそのあるべき状態から別の状態に變えたことと解釋される。つまり所有者の許可なく奪った「盜」という法理でもって處斷する、人間の場合には「賊」の範疇にはいるが、家畜の場合には、「盜」の範疇に入るのである。

なお、(1)(2)を並べて考えてみた場合に、

(1) 謀賊殺傷人

(2) 賊殺傷人畜産

との對置からすれば、また(2)を「人の畜産を賊殺傷」と讀む以上は、やはり(1)の場合も「人を賊殺傷する」との

讀みが拂拭しきれないのではないかと云われるかもしれない。

先に(1)の條文が何故に設定されているのか、その法存在の意味を述べたなかで、「賊殺を謀りて、人を傷つける」と讀まねばならない理由をすでに明らかにしたこと、十分だとは思いますが、一つ附加的説明を加えて念を押すことにしよう。二年律令22簡に次のような(1)と類似の規定がある。

謀賊殺傷人未殺驗爲城旦舂

この條文は、殺人を計畫して、傷つただけで殺害に至ってはいない場合をいうものであり、殺人と傷害の二つの行爲を計畫するという(人を賊殺傷するを謀る)ということは理解に苦しむ。企謀した事柄、達成を意圖した目的は一つであると見る方がよほど理にかなっている。「謀賊殺傷人」と「賊殺傷」は、「謀」の一字が付くことで解釋を異にするとせねばならないのである。

以上の考察から、「與盜同法」「與賊同法」とは、「盜、賊の範疇にあるものと法理を同じくする」という意味となる。したがって「同法」は、その行爲とそれが惹起した結果がどのような法理でもって裁かれるのか、つまり行爲事實の認識を意味するのであり、行爲に對應する處罰の量定をいうものではないのである。

II 與○同罪、與同罪

「與○同法」と類似の表現をもつ、論斷に際しての常套句に「與○同罪」がある。二年律令では次の條文に見られる。

弗告吏、皆與、劫人者同罪、劫人者去、未盈一日、能自頗捕、若偏告吏、皆除

73 (盜律)

告、告之不審、鞠之不直、故縱弗刑、若論而失之、及守將奴婢而亡之、篡遂縱之、及諸律令中曰同法、同罪、其所

107 (具律)

□、御史請諸出入津關者、詣入傳□□吏里□長物色□瑕見外者及馬職物關舍人占者、津關謹閱、出入之、縣官馬勿職物者、與出同罪、●制曰可。

498、499 (津關令)

二年律令のみならず、睡虎地秦簡にも「同罪」とあり、また後に詳しく述べるように「與同罪」という語が律條文の法律用語として使われ、同罪と處斷されたときの具體的適用に關する解説(法律答問)も見える。

夫盜三百錢、告妻、妻與共飲食之、可以論妻、非前謀毆、當爲收、其前謀、同罪、夫盜二百錢、妻所匿百一十、可以論妻、妻智夫盜、以百一十爲盜、弗智、爲守臧。削盜、臧直百一十、其妻、子智、與食肉、當同罪。 答問15、17

削盜、臧直百五十、告甲、甲與其妻、子智、共食肉、甲妻、子與甲同罪。 答問18

「與○同罪」もしくは「同罪」とは、具體的にはどの様なことを意味しているのだろうか。解明にあたっては、まず言うところの「罪」の語義をはっきりさせておかねばならない。

竊盜罪、殺人罪などといって、我々が日常的に使用している「罪」という語は、違法な行爲、處罰の対象となる行爲、

を意味する。秦律・漢律の條文に見える「罪」も、このような犯罪 crime といった意味で使われているものが確かに認められる。

罪人獄已決、自以罪不當欲气鞫者、許之、气鞫不審、駕罪一等、其欲復气鞫、當刑者、刑乃聽之、死罪不得自气

114 (具律)

捕盜賊罪人、及以告劾逮捕人、所捕格鬪而殺傷之、及窮之而自殺也、殺傷者除、其當購賞者、半購賞之、殺傷

152 (捕律)

公士、公士妻及□□行年七十以上、若年不盈十七歲、有罪當刑者、皆完之

83 (具律)

有罪當收、獄未決而以賞除罪者、收之

178 (收律)

右の條文に見える「罪人」「有罪當刑」「有罪當收」の「罪」は、「罪があつて刑(この場合には肉刑)に當たる」、「罪があつて身柄の沒收に當たる」、そして「罪のある人」といった意味で解釋され、今日我々が日常で使っている「有罪」「罪人」に近い語義をそれらは有しているといつてもよからう。

しかし次の條文に見られる「罪耐以上」「贖罪以下」「罪隸臣以上」さらには「死罪」という語は「耐刑にあたる罪」「隸臣に當たる罪」という意味を超えて、耐刑、死刑、隸臣妾刑といった刑罰そのものを指した語であると見る方がよい。

爲城旦舂。城旦舂有罪耐以上、黥之、其有贖罪以下、及老小不當刑、刑盡者、皆笞百、城旦刑盡而盜臧百二十錢以上、若賊傷人及殺人、而先

91 (具律)

□鬼薪白粲及府罪耐爲隸臣妾、耐爲隸臣妾罪

128 (告律)

女子已坐亡贖耐、後復亡當贖耐者、耐以爲隸妾、司寇、隱官坐亡罪隸臣以上、輸作所官

158 (亡律)

吏主者弗得、罰金各二兩、諸詐給人以有取、及有販賣買賣而詐給人、皆坐臧與盜同法、罪耐以下

261 (市律)

誣告人以死罪、黥爲城旦舂、它各反其罪

126 (告律)

また、最後の126簡は誣告反坐の規定である。

——人を死罪として誣告すれば、黥城旦舂、他はそれぞれその罪を反す。

つまり、誣告を犯せば、陥れようとした刑罰がそのまま誣告者にはね返り適用される。ただし、死刑だといって誣告した場合に限っては、一等下の黥城旦舂となる。126簡の意味は、こういった内容であり、「他は各の其の罪を反す」という「其の罪」とは、死罪→黥城旦、「その他の罪」→「そのままの罪」という事からして、明らかに crime ではなく、punishment と解さねばならない。

さらに「駕(加)罪一等」「減罪一等」という表現がある。

罪人獄已決、自以罪不當欲气鞫者、許之、气鞫不審、駕罪一等、其欲復气鞫、當刑者、刑乃聽之、死罪不得自气

114 (具律)

告不審及有罪先自告、各減其罪一等、死罪黥爲城旦舂、城旦舂罪完爲城旦舂、完爲城旦舂罪

127 (告律)

127では、死罪↓黥城旦、(刑)城旦舂↓完城旦舂、と一ランク下の刑罰に減刑することを「減一等」と言っている。以上の用例から「罪」が punishment 刑罰という意味で使われていること明白だと言わねばならない。

秦漢の律に見える「罪」の語義は、crimeの意味をその中に含みつつ、crimeに對して科せられる罰punishmentそのものとして使われているのである。何故に「罪」の語義が、かかる性格を有するのか。考えられる第一の理由は、秦漢時代の犯罪と刑罰確定の手續きに起因するといえる。

「命」という語がある。たとえば124簡に「以其罪命之」といい、133簡に「有罪當命不命」とみえるその「命」である。これは、「譯注稿」にも「命とは名」と解説するように、罪に名を付けることであり、罪名の確定に他ならない。しかし、付けられる罪名は殺人罪、竊盜罪といった犯罪行爲の名稱を与えることではない。名稱はその犯罪行爲に對應して科せられる刑罰の名であり、耐罪、隸臣妾罪(罪隸臣)といった刑罰名なのである。そこには、耐刑に相當する罪、といった意味が命名の原初であったのだろうが、やがて耐刑そのものに語義が限りなく近づいていき、刑罰自體をさして「罪」となったと考えられる。かかる合體を容易にさせたのは、秦漢時代、そしてそれ以降の中國社會の罪と罰の概念に他ならない。

刑罰とは、犯罪が成立したとき、それに對して科せられる措置である。つまり、犯罪と刑罰は本來、原因と結果の關係に置かれるものであるが、犯罪抑止を主たる存在意義に置く中國法にあっては、刑罰の目的は犯罪防止のための手段である。畢竟そこから、犯罪と刑罰の關係において、政策遂行のうえで、より比重がかかるのは、犯罪ではなくして刑罰となることは必然であろう。Aという犯罪行爲には、aという刑罰が適用される、aはAを防止するためのもの、Aのためのaといった展開から、罪と罰との間には明確な意味の區別がなくなり、罪といえば罰という含意の語として使われ、定着

していく。罪は crime の意を根底にすえながら、punishment の語義を外延にまとうといってもよからう。

なお、「罰」という語も「罰金」をはじめとして、漢律、秦律に登場する。しかし、死刑、勞役刑を「罰」ということはなく、次に挙げたいずれの「罰」をとってみても、主としては役人の職務遂行に對する譴責、懲戒、行政處分といった意味で使われており、犯罪に對する科刑とは異なる。「罰は辜の小なるもの」(『說文解字』四編下)とあることも、齟齬をきたさない。

粟米它物、出其半、以半負船人、舳艫負二、徒負一、其可紐轂而亡之、盡負之、舳艫亦負二、徒負一、罰船舂

7 (賊律)

鬪毆變人、耐爲隸臣妾、孺子而敢與人爭鬪、人雖毆變之、罰爲人變者金四兩

31 (賊律)

留畏與弗敢就、奪其將爵一綵、免之、毋爵者戍邊二歲、而罰其所將吏徒以卒戍邊各一歲、興吏徒追盜賊、已受令而逋、以畏與論之

143 (捕律)

吏部主者、除令、丞、尉罰、一歲中盜賊發而令、丞、尉所不覺智三發以上、皆爲不勝任、免之

145 (捕律)

入頃芻粟、頃入芻三石、上郡地惡、頃入二石、粟皆二石、令各人其歲所有、毋入陳、不從令者罰黃金四兩、收

240 (田律)

馬、牛、羊、獬豸、彘食人稼穡、罰主金馬、牛各一兩、四獬豸若十羊、彘當一牛、而令橋稼償主、縣官馬牛、羊、罰

吏徒主者、貧弗能賞者、令居縣官、□□城旦舂、鬼薪白粲也、笞百、縣官皆爲賞主、禁毋牧彘 253、254 (田律)

有罰、贖、責、當入金、欲以平賈入錢、及當受贖、償而毋金、及當出金、錢縣官而欲以除其罰、贖、責、及爲人除者、皆許之、各以其二千石 427 (金布律)

以四月、七月、十月、正月、膚田牛、卒歲、以正月大課之、最、賜田嗇夫壺酒束脯、爲灸皂者除一更、賜牛長日三旬、殿者、誅田嗇夫、罰冗皂者二月、其以牛田、牛減絜、笞主者寸十、又里課之、最者、賜田典日旬殿、笞卅、廩苑律

秦律 13 ~ 14

一方、秦律および二年律令にみえる「刑」という語は、二年律令 82、90 ~ 92 の「不當刑、刑盡」、「刑城旦」(122) の語が端的に示すように、「肉刑」の意味であり、刑罰という廣義の使用は確認できない。

以上、罪、罰、刑の語義を長々と辨じてきたが、つまるところ「同罪」とは、罪名を同じくするのではなく、犯した罪に對して科せられる刑罰が同じということであり、盜律 73 簡の「與劫人者同罪」とは、「人を誘拐した場合と同じ刑罰が科せられる」といった意味に他ならない。

「某と罪を同じくす(與某同罪)」の某には、普通は犯罪行爲もしくは犯罪者が記されるのだが、それが省略されたのが「與同罪」という表現であり、秦律、二年律令さらには文獻史料にも頻出する。

盜五人以上相與攻盜、爲群盜、……智人爲群盜而通飲食餽饋之、與同罪、弗智、黥爲城旦舂、其能自捕若斬之、除其罪、有賞如捕斬 62、63 (盜律)

智人略賣人而與賈、與同罪、不當賣而私為人賣、賣者皆黥爲城旦舂、買者智其請、與同罪、

智人盜鑄錢、爲買銅、炭、及爲行其新錢、若爲通之、與同罪、

諸謀盜鑄錢、頗有其器具未鑄者、皆黥以爲城旦舂、智爲及買鑄錢具者、與同罪、

律曰與盜同法、有曰與同罪、此二物其同居、典、伍當坐之、二云與同罪、二云反其罪者、弗當坐、●人奴妾盜其主之父母、爲盜主、且不爲、同居者爲盜主、不同居不爲盜主、

非博士官所職、天下敢有藏詩書百家語者、悉詣守尉雜燒之、有敢偶語詩書者棄市、以古非今者族、吏見知不舉者與同罪、令下三十日不燒、黥爲城旦、

三年春正月、詔曰、農、天下之本也、……吏發民若取庸采黃金珠玉者、坐臧爲盜、二千石聽者、與同罪、

私鑄作泉布者、與妻子沒入爲官奴婢、吏及比伍、知而不舉告、與同罪、

いま、62、63簡を取りあげて考えてみよう。

盜五人以上相與攻盜、爲群盜、……智人爲群盜而通飲食餽饋之、與同罪、弗智、黥爲城旦舂、其能自捕若斬之、除其罪、有賞如捕斬、

62、63 (盜律)

ここでいう「與同罪」とは、「與(群盜)同罪」、つまり、「人が群盜をはたらいたことを承知の上で飲食を通じた場合には群盜と同じ處罰を受ける」という意味であることは言うまでもない。また、睡虎地秦簡法律答問のなかで「與同罪」があり、その場合の刑執行の様態を論じていることは、とりもなおさずこの語がすでに刑執行の用語として定着していたことを如實に語る。

與同罪は、唐律においても定式化した用語として頻出する。『唐律疏議』名例律53は、與同罪の科刑の定義について述べたものである。

諸稱反坐及罪之、坐之、與同罪者、止坐其罪、【疏議、謂從反坐以下、竝止坐其罪、不同眞犯】

秦律には、與同罪には連坐が適用されないというのは、法律答問20に規定がみえ、それは、「竝止坐其罪、不同眞犯」という唐律の規定と類似するが、ここではこれ以上論を進めない。

Ⅲ 以某論之、坐某爲某

Ⅰ「與某同法」、Ⅱ「與某同罪」の他に、類似の表現として「以某論之」「坐A爲B」という論斷、罪狀認定を表す成句がある。前者「以某論之」は次のような條文があがる。

諸有段於縣道官、事已、段當歸、弗歸、盈二十日、以私自段律論、其段別在它所、有物故毋道歸段者、自言在

78 (盜律)

☐殺傷其夫、不得以夫爵論

84 (具律)

治獄者、各以其告劾治之、敢放訊杜雅、求其它罪、及人毋告劾而擅覆治之、皆以鞠獄故不直論

113 (具律)

以私屬爲庶人、刑者以爲隱官、所免不善、身免者得復入奴婢之、其亡、有它罪、以奴婢律論之

163 (亡律)

取人妻及亡人以爲妻、及爲亡人妻、取及所取、爲謀者、智其請、皆黥以爲城旦舂、其眞罪重、以匿罪人律論、弗智

168 (亡律)

取亡罪人爲庸、不智其亡、以舍亡人律論之、所舍取未去、若已去後、智其請而捕告、及詔告吏捕得之、皆除其罪、勿

購

172 (亡律)

將吏爲吏卒出入者名籍、伍人閱具、上籍副縣廷、事已、得道出入、所出人盈五日不反、伍人弗言將吏、將吏弗劾、皆以越塞令論之

495 (津關令)

ここには、擧げてはいない「罪重於盜者、以重者論之——刑罰が竊盜より重い場合には、重い方をもって論斷する」(盜律60)といった表現もあるが、右の多くの例が示すように、「以某論之」の「某」には、「私自假律」(78)、「奴婢律」(163)、「以匿罪人律」(168)「舍亡人律」(172)、「越塞令」(495)といった律もしくは令名がある。ただ律名といってもそれは、「盜

律「賊律」といった律の篇名ではなく、78簡の「私自假律」を例にとれば、77簡に規定が見える「……私自假貸、假貸人、罰金二兩」という盜律の條文を指し、その條文の規定でもって論斷するという意味に他ならない。他の成句においても、「匿罪人律」(168)は、亡律167條に見える「匿罪人、死罪、黥城旦舂、他各與同罪」の規定、「舍人律」(172)とは、亡律170條の「諸舍亡人……」の法規定をそれぞれ意味する。

具律113は、「以鞫獄故不直論」とあり、「某律」という表現はとてはいいないが、意味するところは、具律93で規定する「鞫獄故縱不直……死罪、斬左止爲城旦、它各以其罪論之」の規定に他ならず、「以鞫獄故不直律論」と言っても同じである。その方向から、84「不得以夫爵論」は、「夫の爵に従って」という意味ではなく、より正確に言えば「置後律372條にいう「女子比其夫爵」の規定に従って論斷することは、できない」という意味にとらねばならない。

「以某律論之」もしくは「以某論之」とは、某という規定、條文に準據して論斷するという意味なのである。なお、唐律がもつ「準某論」、「依某論」といった成句は漢律、すくなくとも「二年律令」からは確認できない。

「坐A爲B」という罪狀認定に關する類似の成句があるが、これは、意味するところがいささか異なる。

□諸詐增減券書、及爲書故詐弗副、其以避負債、若受賞賜財物、皆坐臧爲盜、其以避論、及所不當 14 (賊律)

受賂以枉法、及行賂者、皆坐其臧爲盜、罪重於盜者、以重者論之 60 (盜律)

非群盜也、皆勿購賞、捕罪人弗當、以得購賞而移豫它人、及詐僞、皆以取購賞者坐臧爲盜 155 (捕律)

故毀銷行錢以爲銅、它物者、坐臧爲盜 199 (錢律)

而以平賈責錢、非當發傳所也、賈敢發傳食焉、爲傳過員、及私使人而敢爲食傳者、皆坐食臧爲盜、
230 (傳食律)

市販匿不自占租、坐所匿租臧爲盜、沒入其所販賣及賈錢縣官、奪之列、列長、伍人弗告、罰金各二斤、嗇夫

260 (市律)

把其段以亡、得及自出、當爲盜不當、自出、以亡論、其得、坐臧爲盜、盜罪輕於亡、以亡論
答問131

吏有故當止食、弗止、盡粟出之、論可毆、當坐所贏出爲盜
答問154

「坐」という字は「土」と一つの「人」から構成され、土主の前で二人の人間が互いに是非を争うことを象っており、『左傳』僖公二八年「鍼莊子、爲坐」の杜預注は「坐して曲直を訟う」と注する。「坐」はそもそも法律用語として成立したもののなのである。

「坐A爲B」とは、「Aという行爲・事實でもって訴訟が行われ、その結果Bと認定される」という意味であり、「Aの咎で、Bの罪を犯したと見なす」と譯すことができよう。右例に散見する「坐臧爲盜」の「臧(贓)」とは、『晉書』刑法志所引の張斐律注にもあるごとく、財物の不正な授受によって利益を得ること、もしくは得られた利益を意味する。

取非其物、謂之盜、貨財之利、謂之臧 『晉書』刑法志

従って、「坐臧爲盜」とは、「貨財を不正に收得したという咎で竊盜と見なす」、「坐所贏出爲盜」とは、「過剩に穀物を支

出したという咎で竊盜とみなす」という意味となるのである。

IV 盜・賊・鬪・戲・故・過失・失

張斐晉律注には、「盜」「賊」「鬪」「戲」「故」「過失」「故」につき、その法律用語のうえでの定義がなされている。「譯注稿」にも張斐のこの説明を隨所で引用する。

其知而犯之、謂之故、意以爲然、謂之失、違忠欺上、謂之謾、背信藏巧、謂之詐、虧禮廢節、謂之不敬、兩訟相趣、謂之鬪、兩和相害、謂之戲、無變斬擊、謂之賊、不意誤犯、謂之過失、逆節絕理、謂之不道、陵上僭貴、謂之惡逆、將害未發、謂之戕、唱首先言、謂之造意、二人對議、謂之謀、制衆建計、謂之率、不和、謂之強、攻惡、謂之略、三人、謂之群、取非其物、謂之盜、貨財之利、謂之贓、凡二十者、律義之較名也

夫律者、當慎其變、審其理、若不承用詔書、無故失之刑、當從贖、謀反之同伍、實不知情、當從刑、此故失之變也、卑與尊鬪、皆爲賊、鬪之加兵刃水火中、不得爲戲、戲之重也、向人室廬道徑射、不得爲過、失之禁也、都城人衆中走馬殺人、當爲賊、賊之似也、過失似賊、戲似鬪、鬪而殺傷傍人、又似誤、盜傷縛守似強盜、呵人取財似受賂、囚辭所連似告劾、諸勿聽理似故縱、持質似恐獨、如此之比、皆爲無常之格也

これはあくまで3世紀の晉泰始律における定義であるが、それぞれの語は、二年律令においても登場し、基本的には晉律の定義と變わらないように思える。

ここで、注意しておきたいのは、秦漢律をも含めて個別の法律用語は、それ自體單獨に存在しているのではなく、複数の語と對應關係をもち、相對的な語義を有する用語だということである。これは、張斐の用語解説において、はっきりと表われている。つまり、Aという語の裏には、BもしくはCという語が想定されており、Aは、B・CではないAという意味で理解せねばならない。さらに、【A、B、C】がある行為の異なった様態を示す語彙のグループであるとともに、Aはまた別のグループ【A、D、E】のなかで相對的語義を有する。ここにあげる【賊・鬪・戲・過失】【賊・盜】【失・過失】【不直・失】などはまさしくそうである。

漢律においては、「賊殺」「賊傷」など「賊○」という語が頻出し、また始めに論じたように「賊」は「與賊同法」とあるごとく、法理の一つを形成する行為である。普通には賊という語は、『說文解字』十二編下に「賊、敗也、(段注、毀也)」といい、「やぶる」「損なう」という意味であるが、律の條文のなかで「賊」が使われたとき、特別な限定された意味をもち、「鬪」「戲」といった語との相關關係のうえで解釋せねばならない。事實、以下に例を擧げよう。賊、鬪、戲は二年律令、睡虎地秦簡、そして文獻史料に見える漢律には並列關係をもって登場する。そしてそれは張斐晉律注の解説においても同様である。

賊殺人、鬪而殺人、棄市、其過失及戲而殺人、贖死、傷人、除

21 (賊律)

鬪以刃傷人、完爲城旦、其賊、加罪一等、爲謀者同罪、

『漢書』薛宣傳引律

鬪以箴、鉞、錐、若箴、鉞、錐傷人、各可論、鬪、當貨二甲、賊、當黥爲城旦

答問86

完城旦、以黥城旦誣人、可論、當黥、甲賊傷人、吏論以爲鬪傷人、吏當論不當、當辭

答問119

兩訟相趣、謂之鬪、兩和相害、謂之戲、無變斬擊、謂之賊

—— 互いに主張するところがあって、立ち向かうのを「鬪」、合意・納得のうえから競い合うのを「戲」、何もして
いないのに、斬ったり撃ったりする、これを「賊」という（『晉書』刑法志）

「賊」「鬪」「戲」を右のように説く張斐の解釋は、そのまま二年律令、睡虎地秦律に適用して問題はなからう。

つまり「賊」とは惡意による一方的加害であり、いわば加害者と被害者が存在し、被害者には原則的に落度がない状態を意味する。これとは違い、相互に敵意をもって暴力をはたらきその結果、傷害・殺害がおこった。それは「鬪」に分類される。睡虎地秦簡、『漢書』薛宣傳に引用された漢律は、この「賊傷」と「鬪傷」をあげ、量刑の違いを規定したのであるが、「賊」と「鬪」が對峙して規定され、兩者は共通した概念のうえに、區別が設けられている。

「戲」とは、一般的は「遊び」「戯れ」^{たむ}などを意味するであろうが、律の條文ではより限定された意味内容をもって使用されている。それは、惡意によって相手に加えた暴力行爲ではなく、兩者の合意に基づく格闘競技、遊戯と解釋せねばならない。

法律條文にみえる「賊」「鬪」「戲」は以上の如き異なった法制的意味があるが、それは一つの基準のうえから意味づけがなされている。すなわち、惡意による一方的加害か、それとも相互的加害か、もしくは惡意のない合意の上での結果的加害かであり、行爲者の意識が那邊にあったかで區別、分類されていると考えてよいだろう。

賊燔城、官府及縣官積取、棄市、賊燔寺舍、民室屋廬舍、積取、黥爲城旦舂、其失火延燔之、罰金四兩、責

4 (賊律)

「賊」は、賊傷、賊殺と人間に對する殺害、傷害にかんする用語として、用いられる場合が多いが、賊律4や『晉書』刑法志〔注釋〕一一七頁注①のように、對象が建物の場合にも「賊」の概念が適用される。惡意からの火付けを「賊燔城」というように。

惡意による火付けは、「放火」と譯せるが、「賊燔」ではない火災を考えた場合、「戲」「鬪」による火災といったものは、想定できず。不注意、もしくは過失から生じた火災が、惡意のない火付けとなる。二年律令「賊律」は、「其失火延燔之——不注意から生じた火事で延焼した」と表現し、ここに「賊」と「失」が對應關係に置かれている。

「失」という語は、二年律令および睡虎地秦律にも見え、それは廣義の過失を意味すると考えられる。

□□□□兩、購、沒入、負債、各以其直數負之、其受賂者、駕其罪二等、所豫臧罪重、以重者論之、亦駕二等、其非故也、而失不

95 (具律)

告、告之不審、鞠之不直、故縱弗刑、若論而失之、及守將奴婢而亡之、篡遂縱之、及諸律令中曰同法、同罪、其所

107 (具律)

劾人不審、爲失、其輕罪也而故以重罪劾之、爲不直

112 (具律)

いま「失」を廣義の過失だと述べたが、ただ、賊律21、興律396などに「過失」という語が確と存在しており、「失」をそのまま過失と譯すと不都合が生ずることになる。

賊殺人、鬪而殺人、棄市、其過失及戲而殺人、贖死、傷人、除

21 (賊律)

縣道官所治死罪及過失、戲而殺人、獄已具、勿庸論、上獄屬所二千石官、二千石官令毋害都吏復案、問二千石官、二千石官

396 (興律)

「過失」と「失」にどのような意味の違いがあるのか、西田太一郎氏は、唐律では官吏の公務上の過失を「失」、故意によらず、人を殺傷した場合を「過失」というと考え、加えて張斐律注に定義されている「失」と「過失」のうち、「失」は張斐の獨創の語であり、そこで定義されている「失」は、張斐以前にも以後にも存在しないと述べる(西田太一郎『中國刑法史研究』岩波書店 一九七四)。

唐律における「失」と「過失」が西田氏の説どおりなのかどうかは、ここでは検討の外に置く。ただし、張斐の律注をめぐる氏の理解に限ってみれば、二年律令の條文を得た段階にあって、再検討せねばならないだろう。

張斐は、「失」と「過失」、さらには「故」にかんして次のように定義づけている。

其知而犯、謂之故、意以爲然、謂之失、……不意誤犯、謂之過失

すなわち、これを解釋すれば、

故 …… 認識していて違反行爲をする。

失 …… 意識のうえでは、かくあるべき、正しいと思っていたが、(思っていることは異なる結果となった)

過失……意識しないで過誤からおこった犯罪行爲

結論を先に言えば、この張斐の定義は、そのまま二年律令に見える「故」「失」「過失」に當てはまると私は考えている。

「失」は、一方では「不直」と對峙して意味づけがなされ、たとえばすでに列擧している具律112には、

人を告して不正確であつた時 ↓ 失

故意に重罪をきせて効した時 ↓ 不直

といった區別がなされ、同じ具律91にも「其非故也、而失不□□」と見える。この簡は「失」の下が斷簡になっているのだが、「故に非ざるや、而して失にして不……」と、「非故」がつかるところ「失」と置き換えられていると解釋でき、「失」とは、認識したうえで違反行爲である「故」に對峙する法律用語といえ、漢律の中ではすでにそれは定着していたものと言つて間違ひなからう。

故意(故)の對語としては、普通一般には、「過失」であろう。しかしながら二年律令では、先に擧げた「失」という語の他に賊律21に「其過失及戲而殺人」と「過失」なる語が見られ、張斐も「失」と「過失」を區別しているところからして、失 \parallel 過失と短絡することはやはり躊躇せざるを得ない。

具律124には、「故」「不直」、そして「失」が併置される條文である。

論命之、庶人以上、司寇、隸臣妾無城旦舂、鬼薪白粲罪以上、而吏故爲不直及失刑之、皆以爲隱官、女子庶人、毋筭事其身、令自尙

124 (具律)

「吏故爲不直及失刑之——吏、故不直、もしくは失刑」という表現は、雲夢秦簡法律答問にも見える。

士五甲盜、以得時直臧、臧直百一十、吏弗直、獄鞫乃直臧、臧直過六百六十、黥甲爲城旦、問甲及吏可論、甲當耐爲

隸臣、吏爲失刑罪、甲有罪、吏智而端重若輕之、論可毆、爲不直

答問35、答問36

この場合も、「吏爲失刑罪」は、「吏知而端重若輕之」と對になっている。

「失刑罪」「失刑」とは、故意に量刑に輕重をつけた（吏智而端重若輕之、故不直）ではなく、自己の判斷では正しい、理に合っていると思つて量定した刑が、結果として量刑不當であつたことを意味しているのである。確かに、それは過失とも言えるが、無意識、無認識によつて生じた誤りではない。意識した行動の過誤である。すなわち「意以爲然、謂之失」という定義が正しく當てはまる行爲といわねばならぬ。

意識のうえで正しいと思つた行爲、それは言葉をかえれば、結果を自分なりに想定することであるが、それとは異なり、行爲の過程とそれによつて生ずる結果など意識のうえにのぼらなかつた情況が別にある。それは豫想が外れるのではなく初めから豫想しなかつたものであり、「不意誤犯——意識しないで違法行爲をおこなう」と定義するのがよからう。これは「失」ではなく「過失」という用語で律文に規定される。まさしく「殺そうとは思つてもいなかつたのに、殺人をおかしてしまふ——」、21（賊律）に言う「過失及戲而殺人」に他ならない。

付言しておくならば、個別の行爲、事象については、「過失」が想定されず、「失」にすべてが歸せられるもの、もしくはその逆の、「失」が想定されないものがある。例をあげれば、「告」「刑罪」の場合には、犯罪の告發、刑罰の量定といった行爲は行爲の認識が前提となっている。すべてこうだといふ意識に基づく過誤であり、「意識しない告發、刑の量定、そこから生じる過誤」といった情況はあり得ない。一方、殺人にあつては、あるべき情況は、惡意による殺人、鬪争による殺人、競技の上の殺人、そして過失殺人（過誤による殺人）であり、失による殺人（意識の上では、かくあるべきと思つてなした行爲がはずれて殺人となつた）といふことはおよそ想定できず、賊殺・鬪殺・戲殺以外には、「殺そう」といふ意識がなくて殺人と

いう結果となった」ということ、それはとりもなおさず「過失殺人」に他ならない。「告」、「刑罪」に關しては「失告」「失刑罪」となり、殺人については「失殺人」ではなく「過失殺人」となるそれが理由である。

「失」「過失」は、故意によらない過誤ということで共通する。「故」の反對語として「誤」があり、それは所謂「間違ひ」であろう。

法令有故、誤、章傳命之謬、於事爲誤、誤其文則輕

『後漢書』郭躬傳

諸上書及有言也而謾、完爲城旦舂、其誤不審、罰金四兩

12 (賊律)

□□□而誤多少其實、及誤脫字、罰金二兩、誤、其事可行者、勿論

17 (賊律)

馬牛誤職耳、及物之不能相易者、貲官嗇夫一盾

效44

計脫實及出實多於律程、及不當出而出之、直其實、不盈廿二錢、除、廿二錢以到六百六十錢、貲官嗇夫一盾、過六十錢以上、貲官嗇夫二甲、而復責其出毆、人戸、馬牛一以上爲大誤、誤自重毆、減罪一等

效58、效60

可如爲大誤、人戸、馬牛及者貨材直過六百六十錢爲大誤、其它爲小

答問209

「故」(故意)の對語としては「誤」(過誤)がまずあり、認識の上での「誤」が「失」、無意識の「誤」が「過失」と言うことになろう。

以上、「賊」の語義を「戲」「鬪」との比較の上から始め、「戲」「鬪」とは別の次元で「賊」と對置する「失」に、さらに「失」と「過失」の對置へと考察をすすめてきた。

【A、B、C】がある行爲の異なった様態を示す語彙のグループであるとともに、Aはまた別のグループ【A、D、E】のなかで相對的語義を有する、と先に述べた。そのことは、「賊・鬪・戲」、「賊・失」、「失・過失・故」と、一つの語はそれぞれ異なった基準の上で、別の用語と對應關係をもち、グループ化がなされていることで確認できるであろう。さらに、「賊」は、「盜」とも對應關係をもつが、ここで「盜」について考えておこう。

すでに先に挙げた資料であるが、賊律26と49には、同じ賊殺傷に關して「賊」の法理で處斷する場合と、「盜」の法理で處斷する二つが確認された。

謀賊殺、傷人、與賊同法

26 (賊律)

賊殺傷人畜產、與盜同法

49 (賊律)

「賊」とは、「無變斬擊」、すなわち惡意による一方的加害であった。對して「盜」とは、張斐の律注によれば、「取非其物、謂之盜」というごとく、「所有權がないものを取得する」行爲が「盜」である。言うまでもなく、今日の我々のいう「竊盜」「他人の所有物を盜む」という犯罪行爲は、漢律においても「盜」とされるのであるが、「盜」の定義は、竊盜に限定されない廣がりを有しているようである。

次の各條文に見えるように、錢律201、206に、「盜鑄錢」、盜律74、76には「盜出」という語がある。これは、「盜んで錢を鑄造する」、「盜んで境界から出す」ということではない。そこには、「盜む」という具體的な意味はなく、「不正に鑄錢を

おこなう」「不正に財物を出す」という意味であり、そこから「盗」には、より抽象的な意味が込められていると考えられる。

錢財、盜殺傷人、盜發冢、略賣人若已略未賣、橋相以爲吏、自以爲吏以盜、皆磔

66 (盜律)

故毀銷行錢以爲銅、它物者、坐臧爲盜

199 (錢律)

盜鑄錢及佐者、棄市、同居不告、贖耐、正典、田典、伍人不告、罰金四兩、或頗告、皆相除、尉、尉史、鄉部、官

201 (錢律)

盜鑄錢及佐者、智人盜鑄錢、爲買銅、炭、及爲行其新錢、若爲通之、而能頗相捕、若先自告、告其與、吏捕

206 (錢律)

盜出財物于邊關徼、及吏部主智而出者、皆與盜同法、弗智、罰金四兩、使者所以出、必有符致、毋符致

74 (盜律)

盜出黃金邊關徼、吏、卒徒部主者智而出及弗索、與同罪、弗智、索弗得、戍邊二歲

76 (盜律)

いま假に「盗」を「不正に」と譯したが、「賊」の語にもまた「不正」「不法」といった意味は内包されているわけであり、「盗」と「賊」の不正さにはどのような相異があるかが問題になってくる。その違いが同じ「賊殺傷」でも「賊」の法理に屬すのと、「盗」のそれとの區別に繋がるのであろう。

張斐は「取非其物、謂之盜——その物に非ざるを取る、之を盜という」と「盜」を定義づける。言葉を補って譯すと、「本來そこに歸屬すべきところからの非合法的な變更、奪取」ということであり、「盜鑄錢」とは、「本來、錢を鑄造し保有すべきところから、勝手に錢を鑄しその益を奪う」ということにあり、「盜出錢」とは「本來その財物が歸屬するところから非合法に持ち出した」こと、それはあるべき所からの奪取に他ならず、單に「盜む」という具體的意味を超えた抽象的「盜」へと廣がっている。

ただ、そこに所有權の奪取を竊盜とみなす論理があったのかといえ、私は懷疑的である。所有權、人權などの權利とそれに伴う利益、つまり權益といった近代法の考え方が當時存在していたとは考えられないのである。「盜」とはあくまで財物の歸屬という枠の外には及ばなかったことは言い添えておかねばならないだろう。

「賊」と「盜」は賊律、盜律といったそれぞれ獨立した律の篇名を持っている。そこには、賊に屬する法理と盜に屬する法理の區別があったからで、26、49簡に見られるように同じ賊殺、賊傷についても、「與賊同法」というものと「與盜同法」とされるものに分けられたのである。それは加害によって本來歸屬すべきところか財物の缺損（賊殺傷人畜産、49）と一方的加害によって生じた傷害（傷人、26）との違いである。

北齊律以降、そして唐律がそうであるが、二つの律は「賊盜律」として一本化へと向かう。惡意による加害と、歸屬されるべき所からの不正な奪取が同一の法理の下に處斷されることになる。そこには財物に限られた「盜」の概念が、身體、生命の缺損、傷害をもふくむようになり、賊と盜の定義のあいだの境界がなくなつたからなのであるううか。

V 謀・欲・牧

秦律・漢律には、「謀」と定義づけられる行為に對する處罰規定が少なくなく、二年律令にも次に列擧することく「謀反」
「謀賊殺」等々についての條文がある。

以城邑亭障反降諸侯、及守乘城亭鄣、諸侯人來攻盜、不堅守而棄去之若降之、及謀反者、皆

1 (賊律)

要斬、其父母、妻子、同產、無少長皆棄市、其坐謀反者、能偏捕、若先告吏、皆除坐者罪

2 (賊律)

謀賊殺、傷人、未殺、黥爲城旦舂

22 (賊律)

賊殺人、及與謀者、皆棄市、未殺、黥爲城旦舂

23 (賊律)

謀賊殺、傷人、與賊同法

26 (賊律)

謀遣人盜、若教人可盜所、人卽以其言□□□□及智人盜與分、皆與盜同法

57 (盜律)

謀偕盜而各有取也、并直其臧以論之

58 (盜律)

劫人、謀劫人求錢財、雖未得若未劫、皆磔之、罪其妻子、以爲城旦舂、其妻子當坐者偏捕、若告吏、吏

68 (盜律)

相與謀劫人、劫人、而能頗捕其與、若告吏、吏捕頗得之、除告者罪、有贖錢人五萬、所捕告得者多、以人數購之

71 (盜律)

取人妻及亡人以爲妻、及爲亡人妻、取及所取、爲謀者、智其請、皆黥以爲城旦舂、其眞罪重、以匿罪人律論、弗智

168 (亡律)

諸謀盜鑄錢、頗有其器具未鑄者、皆黥以爲城旦舂、智爲及買鑄錢具者、與同罪

208 (錢律)

法律用語として扱われる「謀」の語義は、「譯注」でも引用し、またいくつかの論攷でしばしば引かれる張斐の律注と、それをふまえた『唐律疏議』名例律の解説が知られている。

二人對議、謂之謀、制衆建計、謂之率……三人謂之羣、

『晉書』刑法志、張斐 晉律注

稱衆者、三人以上、稱謀者、二人以上、謀狀彰明、雖一人同二人法

『唐律疏議』名例律

すなわち、二人、もしくは二人以上の者が謀って行った犯罪が「謀」だと言い、三人以上では「羣」(唐律では「衆」という規定と相俟って、そこには人数が定義における重要な根拠となっているとの印象が強い。

果たして、「謀」の定義に二人という人数が本當に条件となっているのであろうか。唐律に「謀狀彰明ならば、一人と雖も二人の法と同じ」とあり、一人でも「謀」の要件は構成されることがからすれば、二人もしくは二人以上ということが必ずしも条件付けられないようにも思える。そも唐律がいう「謀狀」とはいったい何なのであろう。

二年律令の「謀」についての條文をいまいちど仔細に見てみよう。

謀賊殺、傷人、未殺、黥爲城旦舂、

22 (賊律)

賊殺人、及與謀者、皆棄市、未殺、黥爲城旦舂

23 (賊律)

右條文の「謀」の意味するところ、つまり「賊殺を謀りて人に傷害を與えただけで殺害にいたっていない」「人を賊殺する、および謀に與る者は、棄市」という條文は、二人を想定していると言えるのだろうか。「與謀者——謀に與る」の「謀」を「二人の對議に參畫する」と譯さねばならないのか。盜律58の「謀偕盜而各有取也」も、「謀りて偕に盜む……」¹¹二人の對議をしてともに竊盜をおこなう」とこれも譯さなければならぬのかという同じ疑問も生ずるのである。

謀は秦律の條文にも頻出する。たとえば、

甲謀遣乙盜、一日、乙且往盜、未到、得、皆贖黥

答問4

人臣甲謀遣人妾乙盜主牛、買、把錢借邦亡、出徼、得、論各可毆、當城旦黥之、各界主

答問5

いずれの場合も、甲が乙に盜みをさせることを謀ることを言ったもの、「謀」の主體は甲である。

もとより、一般普通用語の「謀」には「二人以上」という意味などないことは明らかであるが、法律用語として使われ、條文の中に出てくる「謀」が何故に人數を絶対の條件とせねばならないのか、理解に苦しむと言わざるをえない。

私は、法律用語としての「謀」を「二人以上の謀議」と意味づけるのは、必ずしも「謀」の語義の正確な定義ではなく、人數は意味の第一義的條件にはならないとみたい。

一般用語としての「謀」は、『詩經』小雅・皇皇者華の毛傳に「事の難易を咨^{はか}るを謀と爲す」とあるごとくに「計畫する」「咨る」という意味である。計畫そのものは、議論、相談という行爲を伴うことが多く、相談は「二人の談議」があり得べき状態であることから、晉律注の「二人對議」といった説明が引伸されるにすぎない。法律用語として用いられる「謀」も「計畫する」という語義から決して乖離したものであるのではないのである。『唐律疏議』名例律・十惡の疏議には、「毆謂毆擊、謀謂謀計」と説明するのも、謀計が連文であることからして、十分に納得できよう。

「謀殺」とは、計畫殺人、殺人を計畫すること、「謀」の有無を問題にするのは、加害行爲が計畫性を持ったものだったのか否かを問うことなのである。計畫そのものは、いまだ實行しない前に行われることから、計畫段階、つまり未遂にお

ける犯罪が導き出される。『唐律疏議』名例律・十惡の謀反には未然段階の誅殺をいう『春秋公羊傳』の有名な條文「君親無將、將而必誅」を引用して解説するのは、かかる經緯からであろう。

目的の遂行に向けての行爲、状態もしくは動靜を表す「謀」と、同類の語として「欲」「牧」が秦漢律には見える。

「從心所欲、不踰矩」（『論語』爲政）とあるごとく、「欲」とは精神、氣持ちがある目的に向かうこと、精神の志向、要するに願望・志望・欲望といった意味であり、法律條文にみられる「欲」もこれと同じと見てよい。

諸欲告罪人、及有罪先自告而遠其縣廷者……

101（具律）

罪人獄已決、自罪不當欲氣鞫者、許之、氣鞫不審、駕罪一等、其欲復氣鞫、當刑者、刑乃聽之、死罪、不復自氣

114（具律）

右、二年律令「具律」の「欲」は、罪人を告することを志向する（欲告罪人）、再審を要求する（欲復乞鞫）というように、意志の積極的指向、願望を表すのである。

「欲」のように意志の能動性ではなく、行爲の進行、途中を客觀的にしめす表現、これが「牧」である。

子牧殺父母、毆詈泰父母、父母毆大母、主母、後母、及父母告子不孝、皆棄市、其子有罪當城旦舂、鬼薪白粲以上

35（賊律）

賊殺傷父母、牧殺父母、毆詈父母、父母告子不孝、其妻子爲收者、皆錮、令母得以爵償、免除及贖

38（賊律）

この「牧」については、雲夢秦簡・法律答問に、次のような解説がある。

臣妾牧殺主、●可謂牧、●欲賊殺主、未殺而得、爲牧

答問76

『睡虎地秦墓竹簡』(一九七八 文物出版社)は、「牧、讀爲謀」と注を施し、「奴婢謀殺主人」と譯をしているが、これは正しくない。「謀」とは、何度も述べたように、計畫すること、それに對して「牧」とは、「主を賊殺することを志向(欲)して未だ完遂しないで捕獲されたのをが牧」というこの法律答問の説明からすれば、そして明らかにそれと同じ表現である「子牧殺父母」(35)、「賊殺傷父母、牧殺父母」(38)をみれば、「牧」とは、動作・行動がまだ終了していない未然の過程、つまり進行状態を客觀的に言い表した語と考えられるのである。ただ、35(賊律)の「譯注」で述べているように、「牧」がなぜ動作の進行を意味する語となるのか、それを示す訓詁が見つからない。正しくは、「將」とすべきかとも憶測されるが、残念ながら二年律令、睡虎地秦簡、どちらも「牧」と釋讀せねばならない字である。また、別に張斐の律注に「戕」という語があり、「將害未發、謂之戕」という。「戕」も他に用例を見ない語であり、「戕」「牧」「將」ともに何かそこには、共通性があるとも思えるが、わからない。

以上、「謀」「欲」「牧」、それらはいずれも目的を遂行する過程を表す語であるが、意味するところはそれぞれ異なるのである。

謀 …… 計畫すること

欲 …… 精神の志向、要求、願望

牧 …… 動作、行爲の進行形

(未完)