

文學博士 桑原隲藏著

支那法制史論叢

本書は故桑原博士の支那法制史に關係した諸研究を編纂したものであつて、曩の東西交通・支那文明の二論叢と姉妹篇をなすものである。輯むところは、支那の孝道殊に法律上より見たる支那の孝道・唐明律の比較・支那の古代法律及び王朝の律令と唐の律令の四論文である。これらは何れも博士晩年の研究にかゝり、中に就いて支那の古代法律は昭和四年京大夏期講習會の講演筆記であつて、未發表のものであるが、他は記念論叢や雑誌に掲載し、其の眞價を已に世に問うたものである。改めて其の内容をこゝに記す必要を認めないとも考へるのであるが、紹介するに當り、聊か敢て蛇足を加へることゝした。

「支那の孝道殊に法律上より見たる支那の孝道」は孝道が支那の國本であり、その國粹であると云ふ見地から、題目の示す様に主として法律上から考察した名編で、先づ西洋人の孝道に關する研究を紹介し、次に孝道が如何

なることに根底を置くかを述べて居る。即ち孝道は家族制度に依存するのであり、家族制度は親子の關係と祖先崇拜とを骨子とする。勿論後者は二事ではあるが、精神は一であつて、子が親に孝養すると云ふことが根本である。祖先の祭祀を中心として家族が結ばれ宗家が其の上に立つ。この觀念が發展し、支那に於ける政治組織の形成を特色付ける。その政治組織は一種の家長政治(Patriarchy)であつて、その天下國家は大なる家族であり、從つて君主(天子)はその家長であり、臣民(赤子)はその家族である。だから歴代如何に暗愚な天子と雖も孝道の獎勵を以て政治の要諦とすることを忘れなかつた。一面に於てかゝる政治的社會的事情と結合して成立したのが儒教である。儒教の根本精神は孝悌と仁と忠恕であるから家族主義の維持や孝道の獎勵に寄與したことは云ふまでもない。偕て、法律上から考察するならば、支那の法律は徳治主義の法律で、その精神は家族主義と孝道とを尤も鮮明に發揮して居る。故に不孝に對しては最重の刑罰を課す。不孝には十惡その他のことがあるが、親殺しの罪最も重く唐律にはこれに就いて條項を缺いて居る。その理由とするところは、かゝる大罪を條項に載せること

は風教上思はしくなく、又これに適用すべき刑罰がないと云ふ實際上の困難に由るのであらう。上述の様に支那の法律は理想として徳治主義に基くのであるから、孝道を徹底させる爲には「容隱」の如き親屬間に於ける犯罪の隱蔽を許容し、國家の存立に直接關係しない様な犯罪は、寧ろ其の隱蔽を獎勵して居る。更に又孝行から出發した行爲ならば行爲そのものが不都合であつてもこれが諒とされるのであつて、不俱戴天の讐打の如き、或は親の疾を治療せんとして、割股するが如きことは陰に陽に獎勵さへして居る。孝道は法律上に止まらず、社會の各方面に行き渡つて居る故、外來思想に接觸する場合の如き當然このことが問題となる。例へば佛教の僧尼がその親を禮拜すると否とのことの如き、或は摩尼教が支那に於て甚だ振はなかつた理由の如き、或はキリスト教が支那人の祖先祭祀を排斥した爲、前後百年間も葛藤を續けたことの如き皆それである。要するに、時代の變遷や新思想の輸入により、支那の家族制度も弛緩し、從つて孝道も勢力を失ひつゝあるが、儒教興隆のことゝ共に孝道の振起が切望される。

「唐明律の比較」は現存支那最古の法典であり、且その

影響の最も廣範に亘つて居る唐律と、完全に傳はる點でこれに繼ぐものであつて、又唐律の影響の下に立ちながら、形式内容に於て可なり獨立して居る明律とを比較考察したもので、特に夜行とか、陵墓の發掘、兄弟別籍、内亂、閹割火者等の支那社會に於て特色ある諸行爲を擧げて、これに對する唐明擬律の比較を試みたものである。これを大別すると、双方の條文の字句精神の同一なるもの、可なり相違して居るもの、唐律にはあるも明律には削除されたるもの、及び唐律になくて明律に新に増補されたものゝ四種になる。この内第一に屬する場合が最も多い。即ち夜行の禁止の如きは兩律に於て同じ程度に禁止されて居る。これに對し陵墓の發掘に就いては明律は取締りを一層嚴格にして居る。兄弟の別籍に就いては親の許可を要する點では兩律不變であるが、唐の律令では或は別籍を嚴禁し、同居を獎勵して居るのに對し、明律では其の要求束縛が寛大となつて居る。内亂とは親屬間の男女の姦淫のことで、これに關しては明律は一層嚴重な刑罰を規定して居る。閹割火者とは自宮者(私白)を指し、火者とは Hindustani (溫都語) の Kholah (宮廷奉仕の宦官) の音譯であつて、元代南支那に輸入され

た言葉が明代一般的に使用される様になつたものである。自宮に就いての禁令は唐律にはないが明律では養子を鬻割する場合に限つて禁條を載せて居る。その他唐律にはなく、明律に増加せるものに偽造寶鈔・舶商匿貨・僧道拜父母等々の條項があり、全然削除されたものに賣區分田・府號官稱の如きがある。猶又科刑の場合輕重の存することも認められる。要するに兩律の條文の同一或は同一に近いものは前後七百年間の長期に亘つて格別の變化を要しなかつたと云ふ事實から、支那の國家社會に對して深い關係を持つ所謂國本とか國粹とかに近いものであると斷定され、その條文の可なり變更され或は増補削除されたものはこの間、社會狀態が變遷した反映と認められるのである。

「支那の古代法律」は、先づ支那法律の淵源に溯り、成文律として最古のものは李悝の法經であると述べ、降つて唐明律のことに及び、その形式内容に觸れ、次いで支那法律の特色を説いて居る。即ち支那法律の一貫した精神は家族主義の維持、徳本法末（徳治主義）の發揮と、社會上或は家族内に於ける位置に依つて科刑上差別主義を取つて居ることである。この三特色中最も根本的なもの

のは家族主義である。偕て刑罰の種類であるが古來五刑が行はれ、古くは墨・劓・剕・宮・殺などゝ稱する方法が用ひられ、隋代以後笞・杖・徒・流・死が用ひられるに至つた。これらの科刑が行はるべき犯罪中、謀反以下内亂に至るまでの十惡と稱する道徳上名教上最も忌むべき犯罪がある。これ等十惡の悉くに必ずしも重い科刑が行はれる譯ではないが、これを犯したものは種々の特典を剝奪されるのである。又内容に立ち入つて述べてみると家族主義の維持と獎勵とが主要であつて、孝道の遂行と云ふことが最も強調されて居る。されば婚姻の如きも男女の結合即ち一個人の爲と云ふことが直接目的ではなく家族（親）の爲、祖先の祭祀の爲が主要な目的である。だから同姓間の結婚を禁止し、納米・問名・納吉・納徵・請期等の諸儀式に於ても、畢竟後者の目的が濃厚に現はれて居るのである。かゝる事情にあるので支那では、女は如也とか、婦は服（伏）也などゝ稱して、婦人の位置頗る低く、七去とか義絶とか云ふ離縁の條件に於てその權利義務を全然他に掌握されて居る。此の外三不去と云ひ法律上離縁の絕對許容されぬ場合もあるが、要するに家族制度が婚姻の根底を支配して居ることが窺はれるので

ある。以上により、支那の古代法律に於て如何に家族主義が重要視されて居るか明瞭であらう。

「王朝の律令と唐の律令」は王朝の文化が唐の影響を受くこと甚大であり、律令に於てもその例を洩れぬのであるが、受容の際深く我が國情を參酌し、取捨して居ることを論じたものである。唐の官制は兩漢以來殆ど有名無實となつた舊官制と魏晉以來の新官制を併用したので、官制が複雑で而も冗官が多いのに對し、我が大寶令の官制はその蔽を除き、組織が簡にして要を得てゐる。例へば太政官と神祇官と對立せしめたる如き、國情にてらして祭祀を治國の要諦と認めた所以である。又律に於てもその採用に際し、道德主義家族主義に基いた唐律の精神は繼承して居るが、十惡を八虐と改め、或は刑罰執行の輕重に於けるが如き、更に又國諱家諱に關する條項及び同姓通婚の條項を削除した如き、その態度を窺ふことが出来る。要するに我が國では單に律令のみならず、唐文化に對し徒に心酔し取捨に迷ふの愚をしなかつた。彼の道士派遣を拒絶し、又官官制度を輸入しなかつたなど適例として注意される。

以上その内容の概略を紹介した。通觀すれば、こゝに

論及されて居るところは、勿論支那法制、殊に唐明律を中心として居るのであるが、觸るゝところ多岐に亘り、一般の風俗習慣にまで及んで居る。而して考究に於ける態度は所謂法制史家のそれとは自ら相違して居ることが注意される。即ち法律制度の取扱ひに際して、常にその背後に存して居る政治・文化就中社會的事象の究明が意圖され、衝き進んで謂ふことが許されるならば、法制事象の究明は由つて來る所以を知るべき手段にしか過ぎないのである。だから若し本書に冠せられた法制史論叢を社會史論叢と改めたとしても別に不都合とは思はれぬ觀がある。

東西兩洋の文化の特質を比較論評するとき、屢々一口に一は精神的であり、他は物質的であると云はれて居る。これに就いては嚴密な立場からは恐らく異論も挿入されよう。然しその大體に就ては承認されて不可あるまいと思ふ。このことと並んで、社會的特質を考へて見るならば、矢張り同様な意味で一は家族主義的であり、他は個人主義的であると云ふことが出来る。本書を通じて最も力說せられてゐると考へられる點は即ち支那社會の家族制度とその精神の究明に存する。

思ふに支那に於て久しきに亘り儒教及び儒教的精神が維持され勢力を持ち続けることの出来たのは、其の教理が支配階級に對して常に指導的原理となり、且又支配階級存続の立場を所有の意味に於て擁護しつゝあつた結果に外ならない。果して然らば儒教が被支配階級たる一般民衆と如何なる程度まで結び付いて居たかは問題で、猶歴史研究者にとつて研討を要する事柄であるけれども、この儒教が支那社會の實踐道德、換言するならば支那固有の家族制度の裡に培はれた理想に基いて形成された宗教であると云ふ點を閑却すべきではない。このことに就いては本書が直接間接説明を與へて居ると云ふことが出来る。然らば猶一問題が提出される。即ち家族主義精神は家族制度に基いたものであるが、果して然らば一體何がこの制度を可能ならしめたのであらうか？ 換言するならば、如何なる條件によつてこの特色ある制度が支那社會に維持され來つたのであるか？ 此の點に就いても或る程度の説明を與へてゐるとも云ひ得るが、然し猶一步衝き進んだ根本的説明は今後當然要求されるべきであらう。

故博士の學風と業績とに關しては三論叢に各序文を寄

せられた狩野・矢野・羽田の諸博士が簡適に記して居れるところである。中に就いて羽田博士はその學風を評せられ、

「その特徴は、精到無比の考證を基にした堅固な論斷であつて、洞察は史料の示す論理的歸趨を落ち着かせる爲に、比較的僅かの場合に施されるに過ぎなかつた。」と述べて居られる。蓋し最も適切な評言と言ふ可きであらう。然し故博士の長し歴史生活（Das historierende Leben）を回顧するとき、此處に亦自らなる發展の跡が觀取されるのである。若しこれを大略三期に分つことが許されるならば、それは又明治大正昭和の時代區分と並行する。その初期は舊來の支那風の歴史を排して、西洋の研究法を採用し、一路東洋史學建設に邁進した、謂はゞ理想主義的とも稱す可き時代で、この期の代表作としては勿論中等東洋史二卷を推すことが出来よう。大正時代はその該博な知識と堅實な論斷とを以つて内外の斯學に斷然重きをなした所謂實證主義的な時代である。この期の主要な業績としては、大正四、五年を中心とする貴山城問題の研究・張騫の遠征・蒲壽庚の事蹟、及び同十四、五年に於ける歷史上より見たる南北支那・隋唐時代

に來往した西域人に就いて等の諸名篇を擧げることが出来る。最後に晩年に於けるその傾向は本書に輯められた孝道論を初めとする諸篇を通じて窺はれる。勿論かゝる傾向は博士が生前編纂せられた東洋史說苑の内にも已に觀取せられるのであつて、必ずしも昭和に入つて突然醸成されたものではない。本書に扱はれて居るものは塞外や東西交通に關したのではなく、支那固有の問題である。而も亦その態度は表面的な事實に對するのではなくて、寧ろその背後に存するものを究めんとしてゐる。而して又卒直に謂ふならば、こゝでは歴史の爲の歴史研究と云ふよりも、寧ろ人生の爲の歴史研究と云ふ傾向が濃厚に認められる。「唐明律の比較」の夜禁の條に左の様な言葉を見出すことが出来る。即ち、

「私は茲に夜禁のことを述べたのは、單に支那に於ける過去の制度を紹介するのみが目的ではない。この夜禁を廣く今日の社會に實行したらばとの將來の希望を繋げてゐる。」

この引用文を通じて亦諸般の消息を知ることが出来るであらう。だから、Lebendig であるが、一面主觀的な色彩を加ふるに到つた。要するに、博士の晩年の傾向

は種々な意味で古典主義的となつたと考へられる。然しそれは單なる Zurückkehren ではなくて、Aufheben による到達であると思ふ。(菊版、定價三圓、弘文堂發行)

(小野勝年)

追記

本書通讀中一二誤植が目についた。僅かものゝ存するの止むを得ぬことで、取上げる程ではないが氣付いたまゝに左に掲げることとする。

- | | | |
|---------|---------------|---------------|
| 二十五頁十一行 | 弟孝 | 孝弟 |
| 四十頁 十四行 | 清罪 | 流罪 |
| 一〇六頁 四行 | 青いた | 背いた |
| 一二七頁十三行 | 受けねばならぬ『唐律』云々 | 受けねばならぬ『唐律』云々 |
| 一三九頁 三行 | 夜士 | 夜士 |
| 二五三頁 九行 | 對捍制使 | 對捍制使 |
| 二七三頁 八行 | 自作遺人等 | 自作遺人等 |
| 三四四頁 三行 | 夫と共に | 夫と共に |
| 索引 8 頁 | 百孝圖說 | 百孝圖說 |