

# 「殺人者死、傷人者刑」について

小倉芳彦

## (一) 荀子の法刑思想

『荀子』正論者に、刑罰の原則を論じた次の一節がある。

夫れ暴を征し悍を誅するは治の盛なり。「人を殺す者は死し、人を傷つくる者は刑す、」是れ百王の同じくする所なり。其の由りて来る所の者を未だ知るあらず。

重い罪に対して刑罰が軽すぎると、凡人には何が悪かがわからなくなるから、かえって大悪を犯すようになる。殺人者が死刑にならず、傷害者に刑罰が加えられぬのは、暴に恵み賊に寛大すぎて、悪をにくむ所以ではない。だから「殺人者死、傷人者刑」こそ「百王の同じくする所」の鉄則であって、いつ始まったとも知れぬほど淵源の古いものだと言うのである。

この荀子の論は、「治古には肉刑なく象刑あり」という「世俗の説をなす者」への反論として展開されている。『荀子』に見える象刑の説明には脱文が多く、そのままでは文意が通じないので、ふつうは楊倞注に引かれた「慎子」や『尚書大伝』の説、あるいは『白虎通』の記述で補って解釈されるが、要するに、

黥・劓・贖・宮・死の五刑を実際に施行する代わりに、それぞれを象徴する特徴ある服装をさせるのが「象刑」の趣旨である。元来「象刑」説は、『尚書』舜典の「象るに典刑を以てす」および益稷の「象刑を施すこと惟れ明らかなり」に発するもので、『孝経援神契』にも「三皇無文、五帝画象、三王肉刑」として象刑が説明されているように、今文家系統の説とされる。

或は有虞氏の誅と言い（『慎子』）、唐虞の象刑と言い（『尚書大伝』）、五帝の法と言って（『白虎通』孝経援神契）、時代は一定しないが、『荀子』に引かれる「治古には肉刑なくして象刑あり」の「世俗」の説は、この系統に属するものであることは言うまでもない。それに荀子は反対して、「殺人者死、傷人者刑」の実刑主義を貫くことを主張しているのである。

儒家に属するとされる荀子に、法家に近い主張があることは、多くの人によって指摘されている。荀子の門から韓非・李斯が出たことも、その一面を語るであろうが（『史記』老莊申韓列伝）、「賞重ければ強く、賞軽ければ弱し。刑に威あれば強く、刑侮らるれば弱し。」（議兵篇）のような賞刑論は、君主と

人民の利害が相反すると見る法家の立場につながるものである。孔子が魯の摂政となつて七日目に少正卯を誅したという説話（宥坐篇）も有名だが、少正卯は諸悪兼備の小人の桀雄であるから、誅する以外に方法がなかったと、荀子はこの孔子の処置の正しさを力説している。これは『論語』に見られるような孔子像から大きく距たつていることは言うまでもない。こういう点から見ると、荀子は殆ど法家に近い刑罰偏重論者であるように見えるが、果してそうだろうか。それを検討する上で手がかりとなるのが、次の議兵篇の一節である。

故に賞慶・刑罰・執詐の道たる、備徒・粥（＝鬻）売の道なり。以て大衆を合し国家を美とするに足らず。故に古の人は羞ぢて道はざるなり。故に（A）德音を厚くして以て之に先だて、礼儀を明らかにして以て之を道き、忠信を致して以て之を愛す。（B）賢を尚び能を使ひ以て之に次ぎ、爵服・慶賞以て之に申ぬ。（C）其の事を時にし、其の任を軽くし、以て之を調齊し之を長養すること、赤子を保つが如くす。（D）政令以て定まり、風俗以て一なり。（E）俗を離れ其の上に順はざるもの有らば、則ち百姓敦（＝懲）悪せざるなく、毒孽とせざるなく、不祥を祓ふがごとし。（F）然る後、刑是に於て起る。是れ大刑の加ふる所、辱孰ぞこれより大なる。將に以て利となすか、則ち大刑加はる。身苟も狂惑癡陋ならざれば、誰か是れを瞎て改めざ

らんや、然る後、百姓晁然として皆上の法に脩（循）の誤）ふを知り、上の志に倣りて之に安樂す。

（A）……（F）は、内容によつて試みに設けた段落であるが、それを整理すると次のようになる。

（A）德音・礼儀・忠信を以て下に接する。（基本原則）

（B）尚賢使能を重んじ、爵服慶賞を与える。（主として官僚を対象）

（C）民を酷使せず、赤子の如くにいつくしむ。（主として民を対象）

（D）（A）から（C）までが備われれば政令は安定し、風俗は一となる。

（E）それなのに、しかもなお俗を離れ上に逆らう者が出る場合には、百姓自身がこれを憎み嫌うであらう。

（F）かくて後、始めて刑がこの者に加えられる。こうすれば刑は恥辱となり、誰もが過ちを改め、上の法に従うようになる。

徳治によつて政令・風俗が安定する（A—D）。にもかかわらずそれから逸脱する者が出た場合は、民の内部で嫌悪される。刑はその者に対してこそ加えられるべきだ（E—F）、という荀子の議論は、あくまでも礼が本で刑は末なりという立場を貫いたものであつて、これは、『孟子』にも見られる考え方である。国君たる者は、左右が「殺すべし」と言つても従わ

ず、諸大夫がみな「殺すべし」と言っても従わず、国人がみな「殺すべし」と言つてはじめて取調べ、その証跡があったらこれを殺す。こういう経過をふんだ死刑は、国君の執行したものであつても「国人之を殺す」ことになる、と孟子は言う（梁惠王下）。百姓ないし国人内部から悪人を嫌う声があがつてはじめて、君主は刑を行なうべし、と主張する点で、孟子と荀子は共通の地盤に立っていると言ふことができよう。彼らが族刑・連坐制に反対する理由も、それが上述のような手続きなしに、本来犯罪に無縁な家族をも連累させるからに他ならない。孟子は、古えの周の文王の治世を描写した中で、「人を罪するに拏せず」と述べているし（梁惠王下）、荀子は乱世を描写して、「族を以て罪を論じ、世を以て賢を挙ぐる」点を指弾し、「一人に罪があつて三族が皆夷たゞげられるとしたら、舜の如き徳があつても差別なしに刑せられてしまふではないか」と論じている（君子篇）。

荀子がしきりに「法」の字を用いることも、彼を法家的立場に近いように思わせる一因となつてはいるが、この点もやはり両者の差をはつきりさせる必要がある。もちろん、「百吏 法を畏れ繩に循ひ、然る後、国常に乱れず」（王霸篇）とか、「守法之吏、誦教之儒」（正名篇）というような場合の「法」は、いわゆる法令の意味に用いられており、吏たる者が服従遵守すべき規範を内容としている。「士より以上には則ち礼楽を以て

之を節し、衆庶百姓には則ち法・数・を以て之を制す。」（富国篇）という場合の「法数」も、「衆庶百姓」を対象にした法令の意味であろう。ところが「法度」とか「法式」と熟された場合の法は、法令そのものよりも、より高度な原理を表現することばとなつてゐる。「三王既已に法・度を定め礼・楽を制して之を伝ふ。」（大略篇）というように「礼楽」と並称されたり、葬礼を論じて「大いに其の生に象りて以て其の死を送り、死生終始をして称宜にして好善ならざることなからしむ。是れ礼義の法式にして、儒者は是れなり。」（礼論篇）というように「礼義之法式」と続けて用いられる。むろんこの場合には、礼義・礼楽と法度・法式との間に価値上の落差はない。しかもそれらはすべて、荀子の言う「聖人の偽」より生じたものである。「聖人は思慮を積み、偽故を習ひ、以て礼義を生じて法度を起す。然らば則ち礼義・法度なる者は、是れ聖人の偽より生ず。故人の性より生ずるに非ざるなり。」（性惡篇）の一文は、まさしくそのことを語っている。従つて荀子が「礼法」という語を用いるときは、それは「礼」と「法」ではなくて、むしろ「礼」なる「法」、或は「礼」イコール「法」の意味が含まれていると見るべきである。「百王の同じくする所にして礼法の大分なり。」（礼法の枢要なり。）（いずれも王霸篇）とある「礼法」とは、この意味である。「百王之法」「千歳之法」（王霸篇）、「三王之法」（大略篇）などの「法」は、「礼法」の省略と見るべ

きで、たんなる「法令」とは次元を異にした「法」である。この次元の差をうまく利用して警句的に用いられているのが、慎到・田駢を評した「法を尚べども法なし」の表現（非十二子篇）である。初めの「法」はいわゆる「法令」に、後の「法」は「礼法」に当るもので、法家の先蹤をなす慎到らは「法令」を重んずることは知っていても、より本質的な「礼法」に暗いところが、荀子の批判的となつているのである。

ところで「礼義・法度は聖人の偽より生ず」ということばからも明らかのように、荀子においては、「法」は聖人ないし君子なくしては存立し得ないものとされる。君道篇の乱君ありて乱国なく、治人ありて治法なし。

という句はこの意味に解される。射の名人羿の射法は亡びなくとも、伝える人がなければ亡ぶし、聖王禹の治法は伝わっているのに、夏王朝の後裔は位を継ぎ得ない、と説明を続けているのに照らせば、この難解な表現は、国を乱すも法を治めるも、すべてその君、その人によるのであって、国自体、法自体にその働きがあるのではない、という意味である。それに続けて、故に法は独り立つこと能はず、類は自ら行はるること能はず。其の人を得れば則ち存し、其の人を失へば則ち亡ぶ。法は治の端なり、君子は法の原なり。故に君子あれば、則ち法省くと雖も以て偏くするに足る。君子なければ、則ち法具はると雖も先後の施を失し、事の變に応ずる能はず、

以て乱るに足る。

とあるのによつても明らかである。ここで「法は独り立つこと能はず、類は自ら行はるること能はず」と、「法」と対拵されている「類」とは何か。王制篇には「其の法ある者は法を以て行なひ、法なき者は類を以て挙ぐ」とあって（大略篇にも同句がある）、この意味は、法の規定のあるものはその法通りに行なうが、それがないものは法に準じて判断せよということである。金谷氏は、「類」とは広義での法のこと、法が成文法・基本法であるとすれば、類は慣習法・施行条例に該当する、と解説されるが、次のような修身篇の議論をどのように考えてよいかは問題であろう。

人に法なければ、則ち佞佷然たり。法あるも其の義を志（「知」）るなければ、則ち渠渠然たり、法に依り而も又其の類を深くすれば、然る後、温温然たり。

これは、「好んで法を行ふは士なり」に始まる一節であるが、「法なき人」を最低とし、「法あれども其の義を知るなき人」を次とし、「法に依りしかも又其の類を深くする人」を最高としていくわけで、「類を深くする」とは「法の義を知る」ことに他ならない。現存する法令（或は条文化された礼法でもよい）に通じるばかりでなく、その法の背後にある原理を把握することこそが「法の義を知る」ことであり、また「類を深くする」ことにもなるのである。金谷氏はこれを「法則に依り従い

しかもまたその周延の條例をも深くわきまえてこそ云々と訳されているが（傍点筆者）、「類」をそのように矮小化して考えることは如何であろうか。このことは非十二子篇（大略篇にも同文がある）の、

故に多言にして類あるは聖人なり。少言にして注あるは君子なり。多にも少にも法なくして流瀆するは、弁なりと雖も小人なり。

の「多言而類」を、「多く弁じながらそのすべてがこまかい規範にもかなっているのが聖人である。」（傍点筆者）と訳されているのにもつながる。荀子における「類」とは、基本法以外の細則に限定されるものではなく、むしろ法の規定に盛られてはいるが、その法の背後にあって法を法たらしめているもの、またそれを理解することを意味するのではないか。そのような「法の義」を知れば、周延の條例やこまかい規範はおのずと演繹されて来るはずである。「法ありとも議せざれば、則ち法の至らざる所の者には必ず廃す。」（王制篇）という「議」こそが、「法の義を知り」、「類を深める」ことを可能にする条件とされていたのである。<sup>(6)</sup>

荀子が「殺人者死、傷人者刑」の法をもって、「百王の同じくする所」にして「由来する所の者を未だ知るあらず」、と述べている背景には、およそ以上概観したような理論が前提されている。「由来する所を知らず」と言っているのは、荀子にお

いては「法の義を知り」「類を深める」ことによって、その不動の真理性が確信されておればこそ、「殺人者死、傷人者刑」が「百王の同じくする所」として主張されているのである。荀子のいわゆる後王思想もこれと関連する問題だが、今はそこまで触れない。

## （二）「殺人者死、傷人者刑」の基盤

ところで「殺人者死、傷人者刑」は、荀子によって百王の法にまで高められはしたが、実際には、由来がわからぬ程悠遠の昔からの原則ではなく、むしろ戦国期以降成長した家父長的諸集団内部を規律する法ではなかったかと思う。戦国秦漢時代における集団秩序を支えるものとしての「約」ないし「約束」の性格については、すでに増淵竜夫氏のすぐれた論考があり、「殺人者死、傷人者刑」の「約」も、その一部として扱われている。それを伝える説話の中で最も印象的なのは、『呂氏春秋』去私篇に見える「墨者之法」（あるいは「墨子之法」）であろう。秦に住む墨者の鉅子腹皜のひとり息子が、ある時人を殺した。秦の恵王は特旨を以て吏に命じて赦免しようとしたが、腹皜は、

墨者之法に曰く、「人を殺す者は死し、人を傷つくる者は刑す」と。此れ、人を殺傷するを禁ずる所以なり。夫れ人

を殺傷するを禁ずるは天下の大義なり。王之が爲めに賜ひて吏をして誅せざらしむるとも、腹誼は墨子之法を行はざるべからず。

と答えて、自分の子を誅してしまつた、というのがその骨子である。墨者集団は、墨翟の死後は孟勝や腹誼のような鉅子とよばれる指導者に統率されて、依頼に応じて城邑守禦のための工作に従事したと言われ、その任務の性質上、孔子一門のような学団とは異なるきびしい内部規律を必要とした。『墨子』が兼愛・非攻を説く反面、尚同・天志の如き上下の統属關係を強調する説をなしている原因も、それに關連すると思われる。ここにいう「殺人者死、傷人者刑」も、墨者集団を規律する法の一つであつて、たとえ秦王から特赦を与えられても、集団の秩序維持のためには曲げることのできない鉄則であつた。『呂氏春秋』はこの説話を「去私」篇に入れて、腹誼が父子の私を無視して公（ないし大義）に就いたことを称揚しているが、腹誼にそのような公の意識があつたかどうかは疑わしい。秦王の立場から見れば、腹誼はむしろ墨者の私法に執着したと言ふことさえできるだろう。

墨者の法に類似したもので、さらに有名なものは、いうまでもなく劉邦が秦の父老蒙傑との間に約した「法三章」である。「人を殺す者は死し、人を傷つけ、及び盗むものは罪に抵る」とあるように、殺人・傷人・盗にそれぞれ対応した刑の原則が公布

され、秦の苛法はすべて除かれたので、秦人は大いに喜んだと『史記』高祖本紀に記されている。「法三章」は墨者の法よりも「盗」の規定が多いが、内容的には同類と見てよい。ただし「法三章」は、劉邦と秦の「父老蒙傑」たちとの間に約されたもので、劉邦集団内部の約ではない。元來秦の土地には何の縁故も基盤も持たぬ劉邦集団が、降服した秦王（三世皇帝）に代つて関中の土地で支配権力を握るためには、秦の諸県の蒙傑父老層の協力支持を得ることが不可欠であつた。ただしこの約の行なわれた漢元年十一月からまもなく二月には、西楚霸王の項羽を中心とする封建が行なわれ、劉邦は漢中に移封されるのであるから、劉邦がこの約によって関中の地に扶植し得た支配力は、ごく限られたものと見なければならぬ。それにしても、秦の父老との間に約された「法三章」は、秦王朝の苛法から秦人を解放するはたらきをもつ反面、新支配者劉邦が父老を媒介として被支配者秦人を拘束する強制力となつたことは否定できない。劉邦集団内部を律する法については、客として従つた張蒼が「法に坐して」斬られそうになつた例（『史記』張丞相列傳）以外にはっきりした史料がないが、「殺人者死、傷人者刑」に該当するような約法が存在したことは、十分推測できる。秦の父老との間の約法三章は、この内部規律を新附の民にまで拡大したものと言えるのではないか。

集団内部の規律として著名なもう一つの例は、赤眉集団の場

合である。王莽の末年、樊崇が挙兵したのに続き、逢安・徐宣らもこれに加わって、反乱集団は数万人に達した。元来困窮の民の寄り集まりであった彼らには、明確な作戦計画もなかったが、部衆がこれまでに増えるとともに、相ともに「人を殺す者は死し、人を傷つくる者は創を償ふ」という約をつくった、と『後漢書』劉盆子伝にある。彼らは言辭をもって約束とし、文書・旌旗・部曲・号令もなく、三老・從事・卒史などの官号を設け、やがて眉を赤く染めて他と識別できるようにしたという。「殺人者死、傷人者刑」は、「殺人者死、傷人者刑」の墨者の法と表現がやや異なるが、内容は同質である。それが文書では記されず、言辭によって軍中に布告されたというが、それは赤眉の場合だけでなく、墨者集団や劉邦集団においても同様に一種の不文律として通用していたものと思われる。赤眉はのちに強大化して一營一万人ずつで三十營を構成し、漢室の末裔劉盆子を帝に推戴して、丞相・御史大夫以下の官職を整備するまでになるが、そこまでに至らぬ反乱の初期において、無秩序な烏合の衆の行動を規律する法として、「殺人者死、傷人者償創」が約束されたわけである。この場合、「相与に約を爲つた」という「相与」とは、樊崇とそれぞれ手勢をひきいる逢安・徐宣ら部将との間であるのか、彼らを含む樊崇を代表とする赤眉指導層と附従者との間の約であるのか明確でないが、いずれにしても終極的には赤眉集団全員を「約束」する法としての

性格をもったことは疑いない。

「殺人者死、傷人者刑」、「殺人者死、傷人及盜、抵罪」、「殺人者死、傷人者償創」、この三者は、表現こそ少しずつ異なるが、殺人者には死刑、傷人者には適宜な刑罰を施せ、と言っている点で、内容にはほとんど差はない。しかもこの三者は、いづれも結束力を強く要求される戦闘集団において「約束」されたものであることにおいて、共通した面をそなえている。墨者集団は築城と守禦に長じた工人であったし、劉邦集団・赤眉集団は言うまでもなく現存王朝に反抗する農民集団である。血縁的な絆を超えて、一定の目的のもとに組織がつけられて行く場合、血縁以外の秩序原理が必要となる。組織が組織として自分の生命力を維持するために、それは不可欠だからである。「殺人者死、傷人者刑」という同害刑に類似の法が定められるのはそのためであって、この「約束」はむしろん集団の指導者の命令的・性格をもつと同時に、指導される一般集団構成員にとっても、自己の生存を託する集団の法として自発的に支持される性格のものである。鉅子腹皞がわが子を誅したのも、墨者の法を集団の原理とし、それに拘束される点では集団の長たりとも例外でなかったことを語っている。上からの一方的命令だけでは、「約束」は集団を結集する力とはなり得なかつたのである。

しかしそれだけに、「殺人者死、傷人者刑」の法は、特定の目的をもつ集団内部を規律する法としては有効であつても、そ

れよりも大きく且つ複雑な組織を必要とする政治の原理としては、あまりに簡素にすぎることはいふまでもない。現に劉邦は秦の父老との間に「法三章」を約しはしたものの、やがて漢中から関中に再出撃し、項羽との間に死闘を展開する過程で、蕭何に命じ秦律を参照にして律を整備させている。さらには謀反者韓信・彭越らに対して、秦以来の苛法である「夷三族」刑を加えるに至ったことも有名な事実である。複雑に変転する現実の政局に対処するためには、いつまでも「法三章」にこだわってはいられない。蕭何の律九章に次いで、叔孫通が傍章十八篇、張湯が越宮律二十七篇、趙禹が朝律六篇を定めるといふように、歴代律令が増加して行った（『晋書』刑法志）のも、漢王朝による支配の長期化・安定化に伴なう必然的な結果であった。と同時にそれは、武帝時代の内治外攻の緊張期に対処して、「法令を条定し、見知故縱・監臨部主の法を作り、深故の罪を緩くし、縦出の誅を急にす」（『漢書』刑法志）といわれるような状況が、律令の繁苛をいっそう促進したことも言うまでもない。そのような武帝時代の内外政策の可否をめぐる討論を整理編集した『塩鉄論』の中には、刑法問題も当然とりあげられている。高祖の時には「三章之法」ですんでいたが、時代が変れば法網は密とならざるを得ないので、という御史の見解もそこには見られるが（詔聖篇）、ここでは刑の本質についての討論の一節を刑德篇からとりあげよう。

先ず大夫が次のように主張する。——民が法を犯すのは罰が軽いので、逆に、灰を道に棄てるような軽罪に対しても商鞅が刑を加えると、秦民は治まったものだ。馬や牛を盗んだだけでも重く罰するのは、根本を重んじて軽疾を絶たんだだけで、盗・傷罪を殺人罪と同じに扱うのも、「其の心を累らはして其の意を責め」んがためであり、この法の微意は衆人にはわからぬものだ——という。文學側の反駁に入る前に、大夫の説にある「灰を道に棄てた者を刑す」ということに説明を補足しておく。ここではこの法は商鞅の定めたものとされているが、『韓非子』内儲説上の「必罰」の条では、「灰を街に棄つる者を刑す」（一曰「手を断つ」は股の法となっている。そして、この法が重すぎはしないかという子貢の問に対して、灰を街に棄てれば人にかかり、人にかかれれば人は怒り、怒れば闘い、闘えば私闘の罪で三族誅滅に至るから、灰を街に棄てる軽罪を重く罰するのが治道であると孔子が答えている。これはむろん、愛と法とは並び立たず、刑の嚴格こそ治道の至要なりとする韓非の理論を、孔子の口を通じて語らせたものに他ならないが、『韓非子』で股の法とされているものが『塩鉄論』でなぜ商鞅の法となっているか明らかでない。<sup>13)</sup>「慈母に敗子あり、蔽家に格虜なし」という『韓非子』の句を引用している秦の宰相李斯の上書の中にも、「灰を道に棄つる者を刑す」が商君の法とな<sup>14)</sup>っている。灰を道に棄てるなどという掟は、おそらくは「道、遺

ちたるを拾はず」などと同じように、一種の村落共同体の内部の禁令に起源し、殷の法とも商鞅の法とも断定しかねる性格のものであるが、<sup>(14)</sup> そのような微罪を嚴重に罰することに、韓非—李斯—「塩鉄論」大夫という法家の系列は重大な関心を寄せているわけである。

そういう立場に立つ刑罰論に対して、文学は種々に反駁しているが、その中で、

古者、人を傷つけて創あらば刑し、盗に威あらば罰し、人を殺す者は死す。今、人の兵刃を取りて以て人を傷つくるも、罪 殺人と同じきは、其の至意に非ざるなきを得んや。

と言っている。すなわち軽罪をも重く罰することによって犯罪を未然に絶滅しようとする大夫の立場に対して、文学は、殺・傷・盗にはそれぞれに応じた罰を加うべきで、一律に殺人と同罪にするのは古の至意ではない、と主張するのである。文学がここで「傷人有創者刑、盗有威者罰、殺人者死」と言っているのは、劉邦の約した「法三章」すなわち「殺人者死、傷人及盗、抵罪」と対応するものである。元來、「塩鉄論」における大夫と文学は、族刑縁坐の可否をめぐるも意見が対立しており、とくに文学は一定の親族範囲内での犯罪隠匿を認めようとしておさえている。ここで文学は、傷・盗・殺にはそれぞれに同じた罰を加えようと主張するのであるから、当然他人の罪に連坐

させられることはなくなる筈である。文学としては、大夫に代弁される威嚇主義的な法家的刑罰論に、思想として反対すると同時に、族刑縁坐が当然のこととして行なわれている当時の状況を、政策的に批判して、「法三章」的な法を古の刑の至意であると強調するのである。このように「法三章」を普遍原理にまで高めようとする文学の立場が、漢代にしばしば見られる民間の私的復讐の慣行を容認する立場につながるかどうかはわからない。しかしここで漢の族刑縁坐の苛法に對置されている「傷人有創者刑、盗有威者罰、殺人者死」の原則は、民間における自律的秩序に關連するものと見てよいのではなからうか。

最後に、荀子より二百年余も後の班固が、『漢書』刑法志で肉刑復活論を展開するに當って、『荀子』正論篇の象刑否定論に依拠しつつ、「殺人者死、傷人者刑」を基本原理に据えている問題について触れておこう。<sup>17</sup> 班固が肉刑復活を主張する根拠となる現状認識は、次の如くである。後漢の再建後、民は兵禍より免れ、人々は生活を樂しみ、朝野に横暴な人物もなく、前漢末に較べると斷獄数が大幅に減った。しかし今や郡國で刑死する者は万を以て数えられ、天下の獄も二千余にのほり、冤死者も少くない。その原因は次の五つにある。

「一」 「礼教不立」……隄防によって洪水を防ぐように、先ず礼を制して然る後刑を止めるべきなのに、現在未だに礼

教が整備されていない。<sup>(18)</sup>

[2] 「刑法不明」……死刑はきびしすぎる反面、生刑（死刑に至らぬ肉刑）は手ぬるくて、罪を犯しがちになる。

[3] 「民多貧窮」……饑寒しきりに至り、民は生活に窮して道を踏み外しやすくなっている。

[4] 「豪傑務私、姦不輒得」……豪傑がひそかに姦邪の人を匿まい、一般の風潮になってしまっている。

[5] 「獄犴不平」……古の聴獄は人を生かす道を求めたのに、今の獄吏は刻薄を明察と考え違っている。

これらの諸原因の中で、班固が刑法志でもっとも重点的に論じているのが、「2」の「刑法不明」の問題である。彼は次のように考える。——生刑が手ぬるくなって来たのは、前漢の文帝が「有虞氏の時、衣冠を画し章服を異にして以て黷となすに、民犯さず。何ぞ治の至れるや」と象刑を理想として肉刑を廃して以来のことである。むしろそれは、民に「改過自新」の余地を与えようとの配慮に出たことではあった。しかし実際には、髡刑が完城且春に、黥刑が髡鉗城旦春に、劓刑が笞三百、斬左止刑が笞五百に代えられはしたもの、斬右止刑が直ちに棄市刑となるばかりか、笞数が多すぎて罪人が死んでしまう例もあり、「民を全からしめん」とした肉刑廃止の本意に矛盾する結果となっている。原理的に言っても、堯・舜時代より徳衰え俗薄き夏・殷・周において、すでに肉刑が制せられたのだから、ましてや「俗已に三代より薄き」現代において肉刑を廃することは不可能である。「尚書」益稷篇の「象刑を施すこと惟れ明らかなになり」の「象刑」は、「天道に象かたって刑を作る」意味であって、これをいわゆる象刑説の根拠とするのは誤解である。——このような見解の上に立って、班固は肉刑を適宜加えることによって、犯罪の程度に対応した刑罰体系をつくれと主張するのであり、その意味で荀子の象刑否定論に深く賛意を表するのである。

それに伴って、班固は「荀子」正論篇の象刑否定の一節をそのまま引用する。ところでその引用部分の中には、例の「殺人者死、傷人者刑」の法が含まれていた。荀子にあっては、この法は「法の義を知る」者によって認識された法であり、それ故に「百王の同じくする所」であると断言されていた。この原理の中に、荀子はおそらく、族刑縁坐のような行きすぎた刑や、象刑説のような軽すぎて無内容な刑のいずれにも偏しない、いわば刑の義を見出していたと考えてよい。ところが同じ原理を班固が『荀子』を媒介として引用するときには、それはむしろ、殺人罪には死刑を、傷害罪には適宜な刑罰を課するという、段階的な刑罰体系の原理として引用されているのである。言いかえれば、荀子が法そのものを超えた法の本質を問題としているのに対して、班固は具体的な制度としての法の整備に関心を向けている。むしろ班固も、荀子が礼法を定める聖人を重視したの

と同様に、「古に合し今に便なる」「一代之法」を定めることは、周の宣王を輔けた仲山甫ほどの才がなければむずかしいことを述べ、自らをそのような「変法」の適格者に擬してはいるが、主要な関心が制度の改定にあることは否定できない。それは後漢朝の官僚たる彼の意識としては、当然予想されることである。その意味では、「殺人者死、傷人者刑」に元來備わっていた集團内部の緊張した規範性も、ここでは犯罪の軽重に対応した刑罰制度整備の原理に移行している。

元來、特定の集團倫理であった「殺人者死、傷人者刑」という具体的な法が、思想や制度の次元でどのような評価を受けたかという問題の一端も、上述の検討を通じてほぼ明らかとなったであろう。

(1) 金谷治『訳注 荀子』下巻三五八ページ参照。詳しくは沈家本「刑制総考」一の象刑条を参照（『沈寄彩先生遺書』甲編）。

(2) 『周礼』秋官司圜「凡害人者、弗使冠飾、而加明刑焉」の注に「冠飾せしめずとは、墨幪を著くこと古の象刑の若きか」とあり、その疏に「『孝経緯』に云ふ」としてこの文が引かれている。

(3) 『漢書』武帝紀 元光元年五月、「詔賢良曰、朕聞昔在唐虞、画像而民不犯、日月所燭、莫不率俟。……」条の王先

謙『補注』参照。ただし沈家本は、象刑を乱今に起るとの荀子説には必ずしも従えずとし、囚人の無冠や赭衣に古の遺制を見ている（註1参照）。

(4) 渡辺卓「少正卯——孔子説話の思想史的研究 四」（東方学七）参照。

(5) 金谷治『訳注 荀子』上巻三四〇ページ、三六七ページ参照。重沢俊郎「荀況研究」（同氏著『周漢思想研究』）に収めるは「法律思想」の項で荀子の刑法思想を述べ、「類」を法の比類適用、拡張解釈と解している。

(6) 「法令は治の具にして、清濁を制治する源にはあらず」（『史記』酷吏列伝序）、「法勢は治の具なり、賢人を得て化す」（『塩鉄論』刑徳篇）というように、法そのものの合理化を徹底せずに法を支配の手段として合理化する傾向が、中国古代の法思想の特徴をなしている。マックス・ウェーバーに従えば、これは「実質的合理的」な法思想であり、法的命令と道德的命令とが交錯した家産的法の特色とされる。（石尾芳久訳『法社会学』）。なお荀子の法刑思想については、内田智雄「荀子の礼と法の思想」（同志社法学二九）、「荀子の刑罰論」（同三一）参照。

(7) 増淵龍夫「戦国秦漢時代における集團の『約』について」（東方学論集第三。同氏著『中国古代の社会と国家』に収録）。

(8) 渡辺卓「墨家の集団とその思想」(史学雑誌七〇—一〇、一一)、「墨子」諸篇の著作年代——十論二十三篇について——(東洋学報四五—三、四)「墨家の守禦した城邑について」(東方学二七)参照。

(9) 増淵龍夫「墨侠」(一橋論叢三二—四。前掲同氏著に収録)。

(10) 『史記』には「諸侯の父老豪傑を召す」とあるが、『漢書』高帝紀には「父老」の二字がない。なお『漢書』はこれを咸陽に攻め入った十月の翌十一月のこととしている。

(11) 仁井田陞『中国法制史研究 刑法』第八章 参照。  
仁井田氏は「殺人者死」の法は、生命で生命を償うモーゼ法などと「幾分吻合もする」と言われるが、全般的には中国古法には同害刑(Talion)的制裁が明確には見られない点を指摘される。それは氏が、同害刑は私的復讐から公刑罰制度へ移る過渡的なもので、実刑主義が古くから発達した中国では必然的に同害刑が現れない筈だ、という刑法理論上の前提に立たれるからであろう。そのことの当否は当面の問題ではない。

(12) 小川茂樹「漢律略考」(『桑原博士還暦記念 東洋史論叢』所収)、増淵龍夫「戦国秦漢時代における集団の『約』について」参照。

(13) 『漢書』五行志(中之下)には「秦、相坐之法を連ね、灰を道に乗つる者を黥す」とある。

(14) 「刑棄灰於道者」は、灰の神聖視(肥料重視思想の表現であるという見解を述べているものに、橋川時雄「秦法から見た離騷美——灰を棄つるものを刑す」について)(人文研究七—六)がある。

(15) 拙稿「族刑をめぐる二、三の問題」(学習院大学文学部研究年報一一)でこの問題にふれた。

(16) 牧野巽「漢代に於ける復讐」(同氏著『支那家族研究』に収録)、増淵龍夫「漢代郡県制の地域別的考察 その一——太原・上党二郡を中心として——」(中国古代史研究会『中国古代史研究』所収)参照。

(17) 内田智雄「漢書刑法志にあらわれた刑罰思想」(同志社法学一五)、重沢俊郎「漢魏に於ける肉刑論」(東洋の文化と社会 第二輯)参照。

(18) 刑法志も、礼と刑はともに必要ではあるが、「文徳は帝王の利器、威武は文徳の補助」という関係において、両者をとらえている。