

# 近世藩法における贖刑の研究（二）

片 保 涼 介\*

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 熊本藩「刑法草書」
  - (一) 「刑法草書」の概要
  - (1) 「刑法草書」の編纂過程
  - (2) 贖刑に関する先行研究
  - (二) 宝暦五年施行本
  - (三) 諸 草 案
    - (1) 「律艸書」
    - (2) 第一次草案
    - (3) 第二次草案

---

\* かたほ・りようすけ 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

(四) 「御刑法草書附例」(宝暦十一年施行本)

(五) 贖刑適用の変則と代替

(一) 贖刑適用の変則

(2) 「力役」による代替

(六) 過料刑の不採用

(七) 小 括

(以上、本号)

三 会津藩「刑則」

四 弘前藩「寛政律」「文化律」

五 新発田藩「新律」

六 和歌山藩「国律」

七 おわりに

## 一 はじめに

刑罰の代わりに財産を徴収する贖刑、あるいは贖罪の制度は日本の刑法史上、古代の律令におけるものが有名であるが、明治初年の「仮刑律」・「新律綱領」・「改定律例」等の刑法典、そして、本稿で論じる近世の藩法の中にも贖刑の制度を有するものが存在することが知られている。贖刑は中国刑法に由来する制度であり、近世においては「公事方御定書」といった幕府法はこれを採用しなかったが、藩法においてはこれを導入したものが見られる。すなわち、「明律」(大明律)を中心とした中国刑法を継受した「明律系藩法」<sup>(2)</sup>と呼ばれる一群の藩刑法典の中には、贖刑の制度を有するものが見られるのである。<sup>(3)</sup>

今日、明律系藩法を制定した藩としては、熊本藩、会津藩、弘前藩、新発田藩、和歌山藩が知られており、その他、幕末期には土佐藩や久留米藩においても編纂がなされている。<sup>(4)</sup>これらの明律系藩法をめぐってはこれまで多く<sup>(5)</sup>の研究が公にされており、その中には贖刑規定に言及するものも少なくないのではあるが、<sup>(6)</sup>明律系藩法の贖刑制度について専ら論じた研究は未だ存在しない。本稿はこうした研究上の空隙を埋めるべく、基礎的研究として既存の研究や史料を整理し、明律系藩法ごとの贖刑制度の全体像を提示しようとするものである。

本稿においては、(1) 明代贖刑制度との比較、(2) 過料刑との関係、(3) 享保期「明律」研究の影響という三つの観点を踏まえて検討を進めたい。

### (1) 明代贖刑制度との比較

本稿において最も注意を払いたいのが、中国明代の贖刑制度との比較という観点である。「明律系藩法」はその名の通り、「明律」を参酌した刑法典である。したがって「明律」を中心とした明代刑法の制度との比較は、明律系藩法の贖刑制度を検討するにあたって、第一に行わなければならない作業である。本稿においては各藩法の贖刑規定を、詳細に「明律」等の贖刑規定と比較し、共通点ならびに相違点を浮かび上がらせたい。以下、本稿で比較の対象とする明代の贖刑制度について概観したい。

明代の贖刑制度には、律における收贖(律贖)と、条例における贖罪または納贖(例贖)の区別があった。<sup>(7)</sup>「律贖」の適用対象は「明律」に規定された、官吏の罪、存留養親の場合、天文生や婦人の罪、高齢者・幼年者・障害者の罪、過失殺傷罪、誣告の場合に限られ、<sup>(9)</sup>刑の緩和や特定の対象への恩恵という意味を有していた。<sup>(10)</sup>

一方の「例贖」は条例に規定された贖刑であり、「真犯死罪」を除いた刑罰一般に適用されたものである<sup>(11)</sup>。例贖は犯人の資力や労働力、物資の確保を目的とするものであり、その形態には労役によるものと、物資の納入や銀納によるものが存在した<sup>(13)</sup>。

筆者は以前、前述の近世日本の明律注釈書においても、以上述べたところの明代の贖刑制度についての記述が存在することを確認した<sup>(14)</sup>。したがって明律系藩法においても、こうした明代贖刑制度を大いに参酌していることが想定できるのである。ところが、従来の明律系藩法の研究においては、その贖刑規定が取り上げられる場合でも、こうした明代贖刑制度と比較した検討が行われることはなかったように思われる。近世日本の諸藩が贖刑制度を設けるにあたって、明代贖刑制度をどのように取捨選択したのか、あるいは変更を加えたのかについて検討することは、それぞれの明律系藩法の特徴を明らかにし、明律系藩法の「明律」継受の実態を解明する点においても重要であると思われるのである。

## (2) 過料刑との関係

近世日本の刑法における財産刑としては、「過料」刑もまた知られている。主刑として財産を徴収する過料刑は、平安時代から見られるものであり、江戸時代においても幕府や藩で幕初から用いられていたものである<sup>(15)</sup>。周知のように「公事方御定書」においてもこの過料刑は規定されており、本稿で検討の対象とする明律系藩法においても、この過料刑を採用するものは少なくない。贖刑も過料刑も財産刑には違いないのであるが、その淵源や、正刑か換刑かという点で性質の異なるものであり、区別されるべきものである。

「過料」のように主刑として財産を徴取することは律には見られない。中国の隋唐以降の「五刑」には罰金は含まれず、「唐律」を継受した日本律においても、換刑としての「贖銅」はあっても、「過料」と呼ばれる刑罰は存在しなかったのである。<sup>(17)</sup> すなわち「過料」という財産刑は日本固有の慣行とみられている。<sup>(18)</sup>

ここで注意すべきは、近世日本においては中国法に由来する贖刑（贖罪）のことを、「過料」あるいはこれに類する名称で呼ぶ場合が少なくないことである。<sup>(20)</sup> 本稿で検討の対象とするのは中国法、とりわけ明代刑法に由来する贖刑の制度であり、平安時代以来行われてきた日本法上の過料刑ではない。しかし、前述のように明律系藩法においても、贖刑のことを過料と呼ぶ例が見受けられる。したがって、明律系藩法の贖刑制度を分析するにあたっては、中国法上の贖刑との比較の上でその性質を見極める必要があると思われる。

### (3) 享保期「明律」研究の影響

これら諸藩における明律系藩法の編纂・制定には、享保期における八代將軍・徳川吉宗によって進められた「明律」研究が多大な影響を与えていることが指摘されている。<sup>(21)</sup>

この享保期の「明律」研究の展開の中で、贖刑の是非をめぐる議論が存在したとの研究が存在する。<sup>(22)</sup> 筆者はこうした先行研究を受けて、享保期前後に活躍した、榊原篁洲や高瀬字山、荻生徂徠・北溪らの学者の著作を用い、彼らの贖刑論について検討した。<sup>(23)</sup> その結果、明律系藩法での贖刑採用にあたり参照された明律注釈書の著者たちは、全般的に贖刑に対して好意的に評価しており、その評価は明代贖刑制度とその精確な理解を前提としたものであることが判明した。

この吉宗周辺の諸学者によって執筆された明律注釈書には、榊原篁洲『大明律例諺解』、高瀬字山『大明律例詠義』、荻生北溪『官准刊行明律』、荻生徂徠『明律国字解』がある。<sup>(24)</sup>本論で述べるように、明律系藩法を制定した諸藩においては、これらの明律注釈書のうち『官准刊行明律』、『明律国字解』、『大明律例詠義』が利用されたものと考えられている。<sup>(25)</sup>明律系藩法の贖刑制度を検討する際には、こうした著作における贖刑に関する記述を、どのように活用しているのかについて注意を払いたいと思う。

本稿では以上の三つの観点を踏まえつつ、(1)熊本藩、(2)会津藩、(3)弘前藩、(4)新発田藩、(5)和歌山藩の五藩の明律系藩法につき、その贖刑制度の内容を検討していきたい。

- (1) 「贖とは刑罰の重さに対応して所定の額の財貨を提供せしめることをもって、実刑の執行に代える制度」(滋賀秀三『唐律疏議訳註篇一』訳註日本律令五、東京堂出版、一九七九年、二九頁)。
- (2) 藩法の分類については、御定書系(御定書系統)、明律系(中国法系統、明律系統)の二分類とするか、またはこれらに折衷型(折衷系統)や独自型(独自系統)を加えるのが一般的である。服藤弘司『幕府法と藩法』幕藩体制国家の法と権力I(創文社、一九八〇年)第二章「藩法概説——金沢藩々法を中心に——」四二四頁、四二七頁(29)、浅古弘等編『日本法制史』(青林書院、二〇一〇年)一八〇頁参照。
- (3) 近世藩法に贖刑(贖罪)の制度が存在することについては、「贖罪の制は御定書にはないが、藩法には之を設けたのがある。老幼廢疾等で本刑を科せざる者に贖罪銭を出させたのである。」(牧健二『日本法制史概論 完成版』弘文堂書房、一九四八年、三八二頁)、「律令以降も近世藩法のうちのあるものは贖罪の制度をもっており、明治初期の新律綱領、改定律例にも同じ制度を規定している。」(牧英正『日本古代贖罪制度考』大阪市立大学『法学雑誌』第四卷第三・四号、

一九五八年、七五頁）等の指摘が見られる。

(4) 服藤「幕府法と藩法」四二四頁、高塩博「江戸時代享保期の明律研究とその影響」(高塩博「江戸幕府法の基礎的研究《論考篇》」汲古書院、二〇一七年、初出、池田温・劉俊文編『日中文化交流史叢書』第二卷 法律制度、大修館書店、一九九七年) 八一頁参照。

(5) 小早川欣吾「明律令の我近世法に及ぼせる影響」(『東亜人文学報』第四卷第二号、一九四五年) は本分野の基礎的研究であり、「国律」・「御刑法牒」(寛政律)・「新律」の成立過程および内容について検討がなされている(三九〇―五九頁)。以下、小早川論文。

(6) 複数の明律系藩法の贖刑規定について触れた研究を挙げるならば、古城正佳『米沢藩刑法』(専修大学出版局、二〇〇三年)では、刑罰(五七―九四頁)と責任能力(四〇〇―四〇八頁、四一八―四二七頁)とについて、それぞれ諸藩との比較が行われており、明律系藩法として「国律」・「刑則」(刑罰のみ)・「刑法草書」・「新律」・「寛政律」が挙げられている。このほか、大竹秀男「江戸時代の老人観と老後問題——老人扶養の問題を主として——」(利谷信義等編『老いの比較家族史』三省堂、一九九〇年)一八六―一八七頁、柴田純『日本幼児史 子どもへのまなざし』(吉川弘文館、二〇一三年)六三・六四頁は、明律系藩法の高齢者・幼年者の責任能力規定に着目する。本稿で述べるように明律系藩法は高齢者や幼年者の犯罪に贖刑を科す場合がある。

また、拙稿「近世日本の刑事法における高齢者——「明律」の影響——」(『立命館法政論集』第一三三号、二〇一五年)は、明律系藩法における高齢者の刑事責任規定について考察を加えたものであり、本稿の内容とも少なからず関連するので参照されたい。

(7) 明代の贖刑制度に関する文献としては、宮澤知之「明代贖法の変遷」(梅原郁編『前近代中国の刑罰』京都大学人文科学研究所、一九九六年)、陶安あんど「中国刑罰史における明代贖法——唐律的「贖刑」概念との比較——」(『東洋史研究』第五七卷第四号、一九九九年)、陶安あんど「律と例の間——明代贖法を通じてみた旧中国法の一斑——」(『東洋文化研究所紀要』第一三八冊、一九九九年)、野口鐵郎編訳『訳注明史刑法志』(風響社、二〇〇一年)九一―一三三頁、

- 滋賀秀三「中国法制史論集（法典と刑罰）」（創文社、二〇〇三年）二三二～二三五頁、梅原郁編『訳注中国近世刑法志』下（創文社、二〇〇三年）三五二～三六八頁、石岡浩・川村康・七野敏光・中村正人『史料からみる中国法史』（法律文化社、二〇一二年）六〇・六一頁、佐立治人「明朝の立法・刑罰・裁判」（『関西大学法学論集』第六七卷第六号、二〇一八年）二八五～二九三頁、谷井陽子「清律の基礎知識」（谷井俊仁・谷井陽子『大清律 刑律1——伝統中国の法的思考』平凡社、二〇一九年）六四～六六頁を参照。
- (8) 滋賀『中国法制史論集』二三二頁参照。
- (9) 宮澤「明代贖法の変遷」三五六・三五七、三九一頁、滋賀『論集』二三二頁参照。
- (10) 宮澤論文・三九一頁参照。
- (11) 宮澤論文・三九一頁、滋賀『論集』二三四頁、陶安「中国刑罰史における明代贖法」一三九頁以下参照。
- (12) 宮澤論文・三九二頁、滋賀『論集』二三三頁参照。
- (13) 宮澤論文・三九一・三九二頁、滋賀『論集』二三四・二三五頁参照。
- (14) 拙稿「近世日本の贖刑論の一考察」(一)(二)(三・完)（『立命館法学』第三七七号、第三八一・三八二号、第三八四号、二〇一八・二〇一九年）。
- (15) 義江彰夫「院政期の没官と過料——中世財産刑形成前史——」（土田直鎮先生還暦記念会編『奈良平安時代史論集 下巻』吉川弘文館、一九八四年）三九七頁以下参照。
- (16) 金田平一郎「徳川幕府『過料』刑小考」（『蠟山政道編』『国家学会五十周年記念 国家学論集』有斐閣、一九三七年）四、一〇～一二頁参照。また以上、牧英正「過料」（『国史大辞典』第三卷、吉川弘文館、一九八三年、六七六・六七七頁）参照。
- (17) 喜多三佳「清代の『罰金』と地方財政」（『法制史研究』第五六号、二〇〇六年）八八頁参照。
- (18) 義江「院政期の没官と過料」三九七頁参照。
- (19) 同・四〇九頁参照。



(20) この一例として、徂徠が贖刑を「過料」と呼んでいること、そして両者を区別していることについては、前掲拙稿「近世日本の贖刑論の一考察」(三・完) 七―一四頁参照。

(21) この分野の総合的研究としては、前掲の小早川論文と、高塩「江戸時代享保期の明律研究とその影響」、また、小林宏「徳川幕府法に及ぼせる中国法の影響——吉宗の明律受容をめぐって——」(小林宏「日本における立法と法解釈の史的研究」第二巻・近世、汲古書院、二〇〇九年、初出「國學院大學日本文化研究所紀要」第六四輯、一九八九年)がある。

(22) 小林前掲「徳川幕府法に及ぼせる中国法の影響」、小林宏「徳川吉宗と過料刑の成立——立法における経書の意義に寄せて——」(小林前掲書所収、初出「法史学研究会会報」第九号、二〇〇四年)。

(23) 前掲拙稿。

(24) 『大明律例詠解』の刊本は存在しないが、『大明律例詠義』については、小林宏・高塩博編「高瀬喜朴著 大明律例詠義」(創文社、一九八九年、以下「大明律例詠義」として翻刻されている)、『官准刊行明律』と『明律国字解』については、内田智雄・日原利国校訂『律例対照 定本明律国字解』(創文社、一九六六年)として翻刻されている。また『官准刊行明律』の影印は、大庭脩編著『享保時代の日中関係資料 三(荻生北溪集)——近世日中交渉史料集四——』(関西大学東西学術研究所資料集刊九―四(関西大学出版部、一九九五年、以下「荻生北溪集」)に収録されている。

本稿において「明律」および「問刑条例」の条文を引用する場合は、『官准刊行明律』を翻刻する『律例対照 定本明律国字解』(以下「明律国字解」)に従った。『官准刊行明律』は近世において全国的に普及しており、諸藩でも用いられていたと考えられている「明律」「問刑条例」の版本である(高塩「江戸時代享保期の明律研究とその影響」八二頁参照)。

(25) 高塩「江戸時代享保期の明律研究とその影響」八一・八二頁参照。

## 二 熊本藩「刑法草書」

### (一) 「刑法草書」の概要

熊本藩(肥後藩)六代藩主の細川重賢の「宝暦の改革」により制定された「刑法草書」は、明律系藩法の中でも特に有名なものであり、多くの研究がなされてきた。<sup>(1)</sup> 古くは、金田平一郎氏や牧健二氏による研究があり、近年においては、鎌田浩氏による熊本藩刑政の研究、<sup>(3)</sup> 高塩博氏による徒刑や笞刑に関する研究、<sup>(4)</sup> 小林宏氏による中国法との関係についての研究が公となっている。<sup>(5)</sup>

### (1) 「刑法草書」の編纂過程

『熊本藩法制史料集』所収の高塩博氏による解題によれば、「刑法草書」の編纂過程は以下のようなものである。<sup>(6)</sup> 宝暦三年(一七五三)に藩主・重賢は大奉行の堀平太左衛門に刑法の編纂を命じた。そして翌宝暦四年に重賢に提出されたものが「御刑法草書」と名付けられた刑法典である。これは『熊本藩法制史料集』に、(1)「宝暦四年捧呈、同五年施行の刑法草書(一)(二)」、(堀第一草書、堀第二草書)として二種収録されているものであり、<sup>(7)</sup> このうち堀第二草書が宝暦五年に施行に移されたものである。<sup>(8)</sup>

この宝暦五年施行「刑法草書」は応急的な刑法典であり、熊本藩では、より完成度の高い刑法典の編纂が目指されることになった。<sup>(9)</sup> この編纂作業によって生まれた草案が、『熊本藩法制史料集』に、(2)「律冊書」、(3)「第一次草案」、(4)「第二次草案」として収録されているものである。このうち第二次草案に若干の修正を施して、宝暦十一

年（一七六一）に施行されたものが、以降、明治初期まで効力を有した、(5)「宝暦十一年施行の刑法草書」である。<sup>(10)</sup>

また、天保一〇年（一八三九）には、この宝暦十一年施行「刑法草書」に、追加法である「例」、および参考とすべき判例等を附加した「御刑法草書附例」が制定された。<sup>(11)</sup>これには、『熊本藩法制史料集』所収の「御刑法草書附例」の底本である「松大本」と、翻刻に加えられた「東大本」、ならびに『近世藩法資料集成』第二卷<sup>(12)</sup>、および『藩法史料集成』<sup>(13)</sup>所収の「京大本」、そして最高裁判所図書館所蔵の「最高裁本」といった伝本が知られているが、このうち「京大本」と「最高裁本」が明治初年までの「例」や判例を載せている。<sup>(14)</sup>

以上、複数の「刑法草書」の種類を掲げたが、実際に施行されたものは、宝暦五年施行本と、宝暦十一年施行本（またその増補である「御刑法草書附例」ということになる。「刑法草書」における贖刑について明らかにするにあたっては、この両者を検討すれば十分であるように思われるが、草案類もまた実際の「刑法草書」の運用にあたって参照されたという指摘があり<sup>(15)</sup>、また立法過程における変遷を説明することも重要であると思われるので、本章においては「刑法草書」の諸草案をも含めた、(1)宝暦五年施行本、(2)「律艸書」、(3)第一次草案、(4)第二次草案、(5)「御刑法草書附例」（宝暦十一年施行本）<sup>(16)</sup>の五種を検討の対象としたい。<sup>(17)</sup>

ただし第二次草案は、宝暦十一年施行本がこれの修正版であることから、両者の贖刑規定の内容については、ほとんど差異が無い。したがって第二次草案の贖刑規定に関しては、「御刑法草書附例」（宝暦十一年施行本）の箇所併せて触れるものとする。

また、「刑法草書」の編纂や運用の過程で参照された明律注釈書との関係で、先行研究で指摘されている点について述べておきたい。「刑法草書」の編纂や運用には「明律」が用いられたのであるが、熊本藩では「明律」を理

解するにあたって、荻生北溪の『官准刊行明律』や、荻生徂徠の『明律国字解』、高瀬学山の『大明律例訳義』といった注釈書が参照されており、特に学山の『訳義』は思想面に関しても大きな影響を与えていたと考えられる。<sup>(18)</sup>したがって、本章においてもこれら注釈書との関係が必要に応じて指摘したいと思う。

## (2) 贖刑に関する先行研究

「刑法草案」における贖刑について取り上げて検討を行っている研究としては、八重津洋平「刑法草案」を中心とした熊本藩の刑罰体系について<sup>(19)</sup>（八重津論文）がある。同論文は「京大本」の「御刑法草案附例」を主な素材として、「刑法草案」の刑罰制度について検討を加えたものであるが、「換刑」として「贖」および「力役」を挙げて、その適用要件や帰属について論じ、中でも「老幼廢疾者」の贖刑について条文の検討を行っている（九三～九六頁）。また、山中至「熊本藩『刑法草案』における殺人罪・傷害罪の法的構成について」<sup>(20)</sup>（山中論文）では「京大本」に従い、内済や過失殺傷、狂疾による殺傷の場合における贖刑の適用について言及されている（二六五～二六八頁）。本章における「刑法草案」の贖刑制度の検討においては、これらの研究に多くを拠っており、とくに八重津論文の見解に従っている箇所も多いため併せて参照されたい。

もともと、これらの研究も「刑法草案」の贖刑制度のみを論じたものではなく、第一章で掲げた論点からの検討が十分になされているわけではない。したがって本章では以下、「刑法草案」の諸本について、条文を掲げて考察を加えていきたい。

(二) 宝暦五年施行本

先に述べたように宝暦五年施行「刑法草書」(御刑法草書)には、(1)堀第一草書、(2)堀第二草書という二種の伝本が存在する。両者はほぼ同一の規定内容を有するが、施行に移された堀第二草書は、その過程において増補・改訂が加えられており、頭注・脚注を有するなど差異が見られる<sup>(21)</sup>。

宝暦五年施行「刑法草書」における贖刑の存在については小林宏氏により、「又堀第一・第二草書の「過怠銭」も、もとより明律の贖銅銭に倣ったものであるが、更に遡れば、『尚書』の「金作二贖刑」及びその孔伝「誤而入罪、出金以贖之」という文に基づくものである。「律艸書」では、右の「過怠銭」を『尚書』と同様、「贖刑」と呼んでいることに注意すべきであろう。」<sup>(22)</sup>と指摘されている。このように、宝暦五年施行「刑法草書」における贖刑は、「過怠銭」という名称で呼ばれている。

「過怠銭」と正刑たる「笞」「眉なし」「追放」「死刑」との対応については、堀第一草書58条、または堀第二草書の66条に「過怠銭」(堀第二章書頭注には「例」とある。)という条文があり、これを整理すると、それぞれ以下のように贖の額が割り振られている。<sup>(23)</sup>

- ① 笞十(銭三百文)、二十(六百文)、三十(九百文)、四十(一貫二百文)、五十(一貫五百文)、六十(一貫八百文)、七十(二貫百文)、八十(二貫四百文)、九十(二貫七百文)、百(三貫文)
- ② 眉なし一年(銭十二貫文)、一年半(十五貫文)二年(十八貫文)、二年半(二十一貫文)、三年(二十四貫文)
- ③ 追放三里(銭十貫文)、四里(十三貫文)、五里(十六貫文)、六里(十九貫文)、七里(二十二貫文)、御境目追放

(三十貫文)

④ 死刑 (四十貫文)

宝曆五年施行「刑法草書」の条文の「明律」条文との関係については、高塩氏による堀第二草書との対応表があり、これによるならば、「明律」の① 刑律・人命・戲殺誤殺過失殺傷人条や、② 名例律・工樂戸及婦人犯罪条、③ 同・老小廢疾收贖条に相当する条文を検出することができる。<sup>(24)</sup>

#### ① 過失殺傷

「明律」の戲殺誤殺過失殺傷人条に相当する条文は、堀第一草書21条、また堀第二草書の24条にあり、「殺傷」という頭注がつけられている。堀第二草書より引用すると以下の通りであり、堀第一草書とほぼ同様である。

一 耳目の及ざる処、思慮の至らざる時、過つて人を殺し傷くる者ハ、喧嘩口論ニ依て人を殺傷するの罪に准し、律に依て過怠錢を出さしめ、殺し傷らる人の家に給し、<sup>(25)</sup> 葬埋医薬の料とすべき事、

「過失殺傷」の場合において、収贖して被害者の家に給付することは、「唐律」や「明律」に見える。<sup>(26)</sup> 「明律」刑律・人命・戲殺誤殺過失殺傷人条より、「過失殺傷」に関する部分を引用すると以下のとおりである。

○若過失殺傷人者、各准鬪殺傷罪、依律收贖、給付其家。(過失謂、耳目所不及、思慮所不到……皆准鬪殺傷人罪、依律收贖、給付被殺被傷之家、以為宮葬及医薬之資。)<sup>(27)</sup>

宝暦五年「刑法草書」の条文と戲殺誤殺過失殺傷人条とを比較するならば、両者の条文構成は、「喧嘩口論二依て人を殺傷するの罪」(鬪殺傷罪)に准じて、それぞれ相当する刑を換算し、被害者の家に給付するというものであつてほぼ同内容であり、実質的な相違点は、「耳目所不及、思慮所不到」という「過失」の定義を、後者が注として記載しているのに対し、前者はその内容を本文に組み込んでいる点のみであることが見て取れる。

「刑法草書」の過失(および後述の「狂疾」)による殺傷規定については、山中至氏が後に掲げる「御刑法草書附例」の同規定について考察を加えており、被害者側からの宥免願が必要とされていない点、律令的合理主義による刑事責任と民事責任の未分化という点に注目されている。<sup>(28)</sup>この点に関して宝暦五年施行本の本条は、後の宝暦十一年施行本の規定と同じ性質をすでに有している。

「公事方御定書」には「人に疵付候もの療治代、疵之不依多少 町人百姓ハ 銀壹枚」(下巻71条)<sup>(29)</sup>等の、傷害事件の場合に治療代を出させる規定は存在するが、一律に銀一枚とされ、傷害の程度に応じたものではない。<sup>(30)</sup>この宝暦五年施行本の条文は、「刑法草書」が「御定書」ではなく「明律」に倣ったことを示す好例と言えるであろう。<sup>(31)</sup>

## ② 女性の犯罪

工楽戸及婦人犯罪条のうち、女性の犯罪の收贖に関する条文については、堀第一草書42条、堀第二草書48条にあ

り、「例」という頭注がつけられている。これも両者は同様であり、堀第二草書から引用すると以下の通りである。

一 婦人姦罪を犯す者ハ、衣を去て刑を受け、余罪ハ単衣罰を決すべし、若し眉なし追放を犯す者ハ、笞百に決し、皆入墨を免すべし、余罪ハ過怠錢を出しむべき事、<sup>(32)</sup>

また「明律」名例律・工樂戸及婦人犯罪条より、該当部分を引用すると以下の通りである。

……其婦人犯罪必決杖者、姦罪去衣受刑、余罪単衣決罰。皆免刺字。若犯徒流者、決杖一百、余罪收贖。<sup>(33)</sup>

このように「明律」では女性が徒・流刑を犯した場合に、杖一百のみを執行し余罪を收贖としているが、こうした女性の犯罪の收贖は「唐律」にはなく、「明律」において初めて現れるのであり、熊本藩が「明律」の規定を参酌したことを明確に示す一例と言えるであろう。先の宝暦五年施行本の条文を見ると、「眉なし」(徒刑)と追放の場合には徒刑・追放を行わず笞百のみを執行し、残りを過怠錢に換える方法を採用している。ここでは宝暦五年施行本の刑罰体系に従って「流」が「追放」に、「杖百」が「笞百」に置き換わっていること以外は、「明律」と同様の規定となっている。<sup>(35)</sup>

なお、高塩氏の研究に従い、以降の「刑法草書」の女性に対する科刑の規定の変遷を確認したい。<sup>(36)</sup> 後述のように「律紳書」と第一次草案は、本条同様に女性の犯罪を收贖する規定を有している。ところが宝暦十一年施行「刑法



「草書」や「御刑法草書附例」の名例編「婦女犯事」条は、姦犯・殺傷・盜賊・死罪を犯す者のみを刑に処し、かつ刺青・徒刑・追放を科さないと定めるのみで收贖の規定を有さない<sup>(37)</sup>。この收贖規定が削除されたのは第二次草案からであるが、高塩氏は当該規定が削除された理由について不明としている<sup>(38)</sup>。また八重津論文では、たとえば徒刑に当たるとした場合に、どのような刑罰が科されたのかという疑問が呈されている<sup>(39)</sup>。

ともあれ、「刑法草書」が女性に対する科刑に関して、一定の優遇措置を設けていたということは一貫している。幕府法は女性の科刑に関して、敲刑や懐胎の場合を除いて特例を認めていないのであり、幕府法とは異なる「刑法草書」の特徴とされているところである<sup>(41)</sup>。

### ③ 老小廢疾者の犯罪

老小廢疾收贖条に相当する条文については、堀第一草書43条、堀第二草書49条にあり、同じく「例」という頭注がつけられている。これも両者は同様であり、堀第二草書から引用すると以下の通りである。

- 一 凡年七十歳以上十五歳以下及び廢疾のものハ、過怠錢を出しむべし、八十歳以上十歳以下及び篤疾の者、死罪を犯す事あらハ、尊聴に達すべし、盜ミ或人を傷る時は、過怠錢を出しむ、其余ハ論なし、九十歳以下、上七歳以下、死刑を犯すとも罰を加へず、若し人ありて教令する時ハ、其教令の者を布刑すべき事、<sup>(42)</sup>

「明律」の名例律・老小廢疾收贖条は以下の通りである。

凡年七十以上、十五以下及廢疾、犯流罪以下收贖。八十以上、十歳以下及篤疾、犯反逆殺人必死者、議擬奏聞、取自上裁。盜及傷人者亦收贖。余皆勿論。九十以上、七歳以下、雖有死罪、不加刑。其有人教令、坐其教令者。〔若有贓償、受贓者償之。〔注は省略〕〕<sup>(43)</sup>

これは年齢や心身障害の程度を、七十歳以上、十五歳以下および廢疾、八十歳以上、十歳以下および篤疾、九十歳以上、七歳以下の三段階に分けて刑事責任を減免するものである。<sup>(44)</sup> 宝曆五年施行「刑法草書」の条文もまた「明律」と同様に、高齢者・幼年者・心身障害者の犯罪について、年齢や障害の程度に応じて、過怠錢により実刑を免じる同様の方法をとっている。

幕府法においてこれらの者に贖刑を科さないことは言うまでもないが、特に高齢者については、幕府法には科刑に関する明確な法規制が存在しないのであり、<sup>(45)</sup> こうした観点より、「刑法草書」を含む明律系藩法が、高齢者や幼年者、障害者、とりわけ高齢者の刑罰を減免する規定を有していることは、つとに注目されてきた。<sup>(46)</sup>

また律では、犯行後や服役中に年齢や障害の条件に変動が生じた場合は、犯人にとつて有利な方の条件を適用するという条文があり、<sup>(47)</sup> 「明律」では以下のように名例律・犯罪時未老疾条に規定されている。

凡犯罪時雖未老疾而事發時老疾者、依老疾論。若在徒年限内老疾、亦如之。犯罪時幼小、事發時長大、依幼小論。〔注は省略〕<sup>(48)</sup>

これもまた同様の規定が、堀第一草書44条、堀第二草書50条に見える。両者は同様であり、堀第二草書から引用すると以下の通りである。

- 一 総て罪を犯す時老病あらず、事発る時老病ある者ハ、老病といふによつて論ずべし、若し眉なしの年限の内ニ老病となる者も、又是に准すべし、罪を犯す時幼少にして、事発る時長大なるハ、幼少といふによつて論ずべき事、<sup>(49)</sup>

以上のように「刑法草書」は宝暦五年施行本の段階において、後の宝暦十一年施行本につながる「明律」に准じた贖刑規定を有しているのである。

### (三) 諸草案

#### (1) 「律艸書」

「律艸書」では「過怠錢」の名称は、前掲の小林氏の指摘にもあるが、「贖刑」に改められている。贖額は「名例律」に当たる「例律」の18条「贖刑」条において、「銅錢」の額で定められている。<sup>(50)</sup>「追逐」(追放) 六里・七里の贖額が、それぞれ十八貫文・二十一貫文となっている以外は、宝暦五年施行本の「過怠錢」の額と同様である。<sup>(51)</sup>

この「贖刑」が適用されるのは、先の宝暦五年施行本と同じく、「例律」の編における女性の犯罪や、高齢者・幼年者・心身障害者の犯罪の場合と、「殺傷闘殴」の編における過失殺傷の場合である。以下、条文を掲げる。

「例律」 12条

○ 凡婦人ノ犯罪ハ、笞ヲ以決スベキ者、姦罪ナラハ衣ヲ去テ刑ヲ受、余罪ハ单衣罰ヲ受シム、皆刺墨ヲ免ス、若シ徒・追逐ヲ犯ス者ハ決スルニ笞一百、余罪收贖、<sup>(52)</sup>

「例律」 14条

○ 凡年七十已上十五已下及廢疾、徒刑罪已下收贖、八十已上十歳已下及篤疾、死刑ヲ犯ス者ハ奏聞シ上裁ヨリ取ル、盜及人ヲ傷ル者モ收贖、其余論無シ、<sup>(53)</sup>

〔九十歳以上、七歳以下の規定は同15条に、犯罪時未老疾条相当の規定は同16条に見える。〕

「殺傷鬪毆」 47条

○ 耳目ノ不及、思慮ノ不到、過失ニ因テ人ヲ殺傷スル者ハ、鬪殺罪ニ准シ、律ニ依テ贖ヲ收テ、殺シ傷ラル人ノ家ニ給シ營葬及医薬ノ資トス、<sup>(54)</sup>

以上のように「律艸書」は、宝曆五年施行「刑法草書」の贖刑規定を踏襲している。

(2) 第一次草案

第一次草案は他の「刑法草書」と比べて、特に複雑な贖刑制度を規定している。これが端的に現れるのが、第一

次草案の特徴とされている<sup>(55)</sup>、「御刑法例書」11条「無力の者、工役を做す事」条に附された「贖刑之例」という表である。これは答一十より刎首に至る正刑と、各種の贖罪方法との対応を示した表であり、中国で編纂された明律注釈書や『大明会典』所収の、在京・在外「納贖諸例図」等に類するものであると考えられる。『官准刊行明律』には在京・在外「納贖諸例図」が載せられており、『会典』もまた熊本藩で利用されていたから参照は容易であったと思われる<sup>(57)</sup>。

表の最上段の(1)「贖錢」の項目には、答一十から刎首に至る刑罰が列挙されており、それぞれの刑罰に対応した贖額が表記されている。これを整理すると以下のような対応関係となる<sup>(58)</sup>。

- ① 答一十（銅錢一貫文）、二十（同二貫文）、三十（同三貫文）、四十（同四貫文）、五十（同五貫文）、六十（同六貫文）、七十（同七貫文）、八十（同八貫文）、九十（同九貫文）、一百（同十貫文）
- ② 徒一年（同十五貫文）、徒一年半（同二十貫文）、徒二年（同二十五貫文）、徒二年半（同三十貫文）、三年（同三十五貫文）、墨徒三年（同四十貫文）、類墨三年（同四十五貫文）
- ③ 刎首（同五十五貫文）

また右端の縦列には、以上の「贖錢」のほかに、(2)「独礼並同列」、(3)「歩段並諸役人段」、(4)「足輕段」、(5)「沙門神職ハ罰錢、事故により逼塞有之節ハ左之通」、(6)「婦人 罰錢男子三分之二」、(7)「無力之者做工」、(8)「無力之者做役」の項があり、それぞれ答一十から刎首に至る正刑と対応した贖罪の内容が規定されている。その詳しい内

容は後の対応する箇所て説明したいと思うが、これらには必ずしも財産に依らない贖罪方法が規定されている。

第一次草案の贖刑の適用対象は、① 武士等の犯罪、② 女性の犯罪、③ 犯罪存留養親、④ 老幼廢疾者の犯罪、⑤ 過失殺傷、⑥ 誣告の場合である。これらに加えて、⑦「無力の者、工役を做す事」条もまた、第一次草案の贖刑制度において重要な位置を占めていると思われるので、取り上げて検討を行いたい。

#### ① 武士等の犯罪

第一次草案の贖刑制度の特色の一つは、武士や僧侶・神職等の身分のある者に、贖刑が認められる場合が多いことである。第一次草案の名例律にあたる「御刑法例書」には、武士等の犯罪について広範に贖を認めた条文が存在している。

「御刑法例書」 4条「独礼並ひに諸役人段の者、罪を犯事」

凡独礼並ひに諸役人段の者、罪を犯さは、賊盜姦犯ハ本罪に処し、へ姦罪によつて連累して罪を得る者ハ、論時斟酌有へし、余ハ贖刑の例に依て論定すへし、○若犯時、律に依てハ輕しといへとも、罪状により御家人に例しかたきものハ、律条に不抱(拘)奪棒奪刀臨時論決、○若罪殊に重ふして、たゞちに本罪に処せらるへき者も又如之、<sup>(59)</sup>

「独礼並ひに諸役人段の者」が、「賊盜姦犯」以外の罪を犯した場合は、「贖刑の例」に基づいて論決するこ

とになっている。

「例書」5条「足輕並ひに同列の者、罪を犯事」

凡足輕並に同列の者、罪を犯すハ、公罪ハ贖刑の例に論定すへし、(公罪とハ、越度過ちにて罪を得るを云)私罪を犯者は各本罪に依て科断す、(自から故らに工ミてするを私罪と云)若私罪を犯すと云共、直ちに刑に処し難きものと、(御家人といふを以、罪により庶人と同様に直ちに刑に処し難き類ひをいふ)罪に就てハ本罪に処すへけれ共、情におゐて贖ふべきものとハ、(たとへハ直すへきに直せされハ笞二十に処せらるへけれども、老父母俄に病ひ有て、外に看病のもの無く捨置に不忍、直を欠と云かこととき、情におゐて不得止事、私罪を犯たる類を云)並ひに贖刑の例に依て臨時論決、<sup>(60)</sup>

足輕以下の下級の武士を対象にした条文である。これによるならば、ともに「公罪」については贖刑が適用されることになっている。また「私罪」であっても、「直ちに刑に処し難きもの」の場合と、後述の犯罪存留養親の条文と関連すると思われるが、「情におゐて贖ふべきもの」の場合にも贖が許されるのである。「明律」の名例律・文武官犯公罪条と同・文武官犯私罪条<sup>(61)</sup>においては、文武官の公罪・私罪を収贖する場合があるから、これに倣つたものと思われる。

このほか足輕未滿の者についても、公罪の場合で「直に刑に処し難き者」についてはこれもまた贖刑が認められることになっている。

「例書」6条「御長柄之者已下無名之者、御給扶持被下置候者共、罪を犯事」

凡御長柄之者已下無名之者、御給扶持被下置候者共、罪を犯ハ、庶人に准して論す、其公罪を犯、直に刑に処し難き者ハ、足輕段贖刑の例に依て臨時論決、<sup>62)</sup>

また僧侶や神職の者にも贖刑が認められる。

「例書」7条「沙門並ひに神職之者、罪を犯す事（修験者・陰陽師の類准之、）」

凡沙門並ひに神職之者、罪を犯さは庶人に准して論す、若寺院の主並ひに法官有る者と、大社の神職及位階有てたゞちに刑に処し難き者にして、贖刑の例に依るへきハ臨時論決、（但座頭ハ檢校・勾当等の法官有之者と云共、庶人に准し篤疾を以論、被召抱候ハ、其段式に准し可申付事、）<sup>63)</sup>

このように一般の僧侶・神職は庶人と同一の扱いを受けるが、高位の僧侶・神職については贖刑の対象となっていない。

ここで4〜7条の条文中に散見する「贖刑の例」について確認しておきたい。これは先に言及した表の「贖刑の例」を指すと思われる。この「贖刑之例」には、これら4〜7条に対応すると思われる項が存在する。(2)「独礼並同列」、(3)「歩段並諸役人段」、(4)「足輕段」、(5)「沙門神職ハ罰錢、事故により逼塞有之節ハ左之通」の四項目がそれである。これらの項に規定された筈一十から刎首に至る贖罪の内容を確認すると、「贖錢」の金額ではなく、「逼



塞」「追込」等の期間や、「追逐」「奪刀」等の処分が列挙されているのである。<sup>(64)</sup> これによるならば第一次草案の「贖刑」は、必ずしも金銭による贖罪を想定していなかったようである。

## ② 女性の犯罪

第一次草案には宝暦五年施行の「刑法草書」や「律艸書」と同じく、女性を贖刑の対象とする条文も存在する。

「例書」18条「婦人罪を犯す節、申付やうの事」

凡婦人、罪を犯し笞刑に処せらるゝ者、姦罪ならハ衣を去て刑を受しめ、其余の罪ハ単衣にて笞を受しむへし、尤皆入墨を免す、若徒刑・追逐に当らは笞一百に処し、余罪は贖を収へし、……<sup>(65)</sup>

18条は宝暦五年施行「刑法草書」や「律艸書」と同様に、徒刑・追放の場合は笞一百のみを執行し、残りを贖に換えるという条文である。第一次草案にはこれとは別に、武士等の妻女を対象とした条文もまた存在している。

「例書」9条「婦人、罪を犯事」

凡婦人、罪を犯すハ、俸禄有る者の妻女並にたゞちに刑に処し難き者の妻女ハ、贖刑の例に因て論す、足輕段已下の妻女ハ、笞刑以下本罪に処し、徒刑追放ハ贖刑の例に因て罰錢すへし、<sup>(66)</sup>

前段部では、「俸禄有る者の妻女」等が罪を犯した場合、特に刑罰や犯罪を限定することもなく「贖刑の例に因て論ず」としている。後段部の「足軽段已下の妻女」については、笞刑はそのまま執行するが、徒刑・追放は「贖刑の例に因て罰銭すへし」とあり、18条に見られた笞一百は見えない。すなわち武士等の妻女については一般女性よりも優遇して贖刑を適用するのである。

こうした身分のある者の妻女に特別有利な条件で贖刑を適用することを認めた、本条と同様の条文は、「明律」の本文中には検出することはできない。ただ「問刑条例」の中に、命婦と軍職の正妻に納鈔を認めた「婦人有犯姦・盜・不孝并審無力与樂婦、各依律決罰。其余有犯笞・杖并徒・流・雜犯死罪、該決杖一百者、審有力与命婦・軍職正妻、俱令納鈔。」(工樂戸及婦人犯罪条附)<sup>(67)</sup>という条文が存在する。第一次草案の本条文はこの「問刑条例」中の条文を取り出して立法化したものと思われる。

なお、前述の「贖刑之例」を今一度確認すると、(1)「贖銭」のほかに(6)「婦人 罰銭男子三分之一」という項目が存在している。この「罰銭」の項目には、笞一十の三百五十文より笞首の三十貫文まで、それぞれ正刑と対応してその額が定められている。<sup>(68)</sup>これを先に掲げた「贖銭」の額と比較すると、いずれの刑においても「罰銭」のほうが低額となっていることが認められる。これが女性の犯罪全般に適用することを想定していたのか、あるいは9条に「罰銭」とあることから、武士等の妻女に限った項目であるのかは不明である。

### ③ 犯罪存留養親

第一次草案で注目すべきなのは、「明律」の犯罪存留養親条に倣った規定が存在する点である。

「例書」15条「罪を犯す者を存留せしめて親を養ハしむる事」

凡人を殺し、上にかゝる物を盗ミ、及び強盜竊盜付火詐りこと偽せこと姦事徒党、且讒言して人を殺、故らに人を罪に出入せしめ、若しくハ罪人を隠し、或に逃したる者の外、死罪を犯して、祖父母父母老（七十歳已上）疾（廢疾のもの已上）なるに、外に養待すへき十五歳以上の男子（子孫姪）無きものハ、犯したる罪状具さに書付、上裁を受へし、若徒罪を犯さハ答二百に処し、余罪は贖を取、（たとへハ徒一年の罪を犯す者、贖錢十五貫文なるに、答二百に処すれハ、答一百の贖錢十貫文を引て残る五貫文の贖を取むるをいふ、余も皆如比、）還して親を養ハしむ、○死罪の者、若し上裁にて死を被宥候ハ、是又答二百に処し、余罪贖を取むへき事、<sup>(69)</sup>

律には古くから犯人の父母等が高齢な場合に、科刑上優遇する規定が存在したが、「明律」ではこれが收贖の対象となつた。<sup>(70)</sup>これを規定した「明律」名例律・犯罪存留養親条を掲げると以下の通りである。

凡犯死罪非常赦所不原者而祖父母・父母老疾応侍、家無以次成丁者、開具所犯罪名奏聞、取自上裁。若犯徒流者、止杖一百、余罪收贖、存留養親。<sup>(71)</sup>

先の第一次草案の条文を見れば、特に重大な犯罪を除いて、死罪は「上裁」を受け、徒刑は答一百の上、收贖するという「明律」のもと類似した規定となっている。<sup>(72)</sup>

また以下のように、④老幼廢疾者の犯罪や、⑤過失殺傷の場合の收贖規定も備えており、その内容は「明律」

や宝暦五年施行本、「律艸書」と同様である。

④ 老幼廢疾者の犯罪

〔例書〕 16条「老（七十歳以上）幼（十五歳以下）廢疾之者、罪を犯したる節、申付やうの事」

凡年七十以上十五以下及び廢疾之者、徒刑以下の罪を犯さは贖を収む、八十以上十歳以下及び篤疾の者、死罪を犯さは、上裁を受へし、盜ミ若しくハ人を傷る者、贖を収む、其余ハ論なし、<sup>(73)</sup>

〔例書〕 17条「罪を犯したる節、未老疾者之事」〔条文略〕

⑤ 過失殺傷

人命・9条「戲殺誤殺過失殺傷」

……○若過失に人を殺傷する者ハ、各闘毆殺傷の罪に准し、收贖して其家に給す、（過失とハ、耳目の及ハさる所、思慮の不到所を云、……凡初より人を害するの意無くして、偶に人を殺傷することを致す者ハ、闘毆殺傷の罪によつて論し、例に依て贖を収め、殺され傷らるゝ人の家に給し、<sup>(74)</sup> 營葬医薬の資とす、

⑥ 誣告

〔明律〕では誣告反坐の場合の收贖が新たに導入されているが、<sup>(75)</sup> 第一次草案はこれもまた取り入れている。

訴訟・3条「誣告（誣ハ云かけ也）」

……○若二事以上を告んに軽事は実を告げ、重事ハ虚を告げ、或ハ一事を告るに軽を誣して重とする者ハ余る所の罪に反坐す（收贖）、若誣する所の人已に刑に処せられハ、余る所の罪を以本罪に処す、未論決せざるハ、答罪ハ贖を収め、徒罪ハ答一百、余罪ハ贖を収む、（二事を告んに、一事ハ答一百に当りて是虚、一事ハ答六十に当りて是実なるときハ、即ち実を告るの答六十の外、虚を告るの答四十を余罪として贖錢四貫文を収む、一事を告げて虚数加るも余罪を科すること又かくのことし、）<sup>(76)</sup>

これは「明律」の刑律・誣告条に「○若告二事以上、軽事告実、重事招虚、或告一事誣輕為重者、皆反坐所剩。若已論決、全抵剩罪。未論決、答・杖收贖、徒・流止杖一百余罪亦聽收贖。」<sup>(77)</sup>〔注は省略〕とあるものに由来している。

### ⑦「無力の者、工役を做す事」条

第一次草案の贖刑規定の中において最も特徴的なのは、以下の「無力の者、工役を做す事」条である。

「例書」11条「無力の者、工役を做す事（家資乏しきを無力の者といふ）」

凡公罪を犯し若くハ過誤にして罪を得る類ひ、情におゐて直ちに刑に行ハれ難き者ハ、贖刑の例に因て罪を贖ハしむ、然るに無力にして贖錢を収め難き者ハ、贖刑無力の例に因て罪を贖しむべき事、<sup>(78)</sup>

贖刑の対象となる者のうち、「無力」すなわち資力のない者には、「工役」を命じることが定めた条文である。この条のもとになったと考えられる条文は、「問刑条例」の五刑条附の第一条に見える。

凡軍民諸色人役及舍余・総小旗、審有力者与文武官吏・举人・監生・生員・冠帯官・知印・承差・陰陽生・医生・老人・舍人、不分筭・杖・徒・流・雜犯死罪、俱令運炭・運灰・運磚・納米・納料等項贖罪。若官吏人等例該革去職役与舍余・総小旗・軍民人等審無力者、笞・杖罪的決。徒・流・雜犯死罪、各做工・擺站・哨瞭。情重者、煎塩・炒鉄。死罪五年、流罪四年、徒罪照徒年限。其在京軍丁人等、無差占者与例難的決之人、笞・杖亦令做工。<sup>(79)</sup>

これによれば資力のある「有力」の者等は物資の納入により贖罪させ、資力のない「無力」の者等は、「做工」以下の労役によって贖罪させるとしている。こうした贖罪の方法と刑罰との対応は、明律注釈書や『会典』に収められた一覧表によって示されており、<sup>(80)</sup>『官准刊行明律』に載せられた「在京納贖諸例図」や「在外納贖諸例図」には、「做工」の期間や、米等の物資の量が表記されている。<sup>(81)</sup>

先に述べたように「例書」11条には、「贖刑之例」という表が付されている。「贖刑之例」には(7)「無力之者做工」、(8)「無力之者做役」という項目があり、11条はこの両項目に対応していると思われる。(7)「無力之者做工」には「諸職人之類、手職有之者、徒刑之者、同前二下行遣錢可被下事」として、笞一十の十日より、刎首の五年まで、それぞれ正刑と対応した期間が定められている。<sup>(82)</sup>また(8)「無力之者做役」には、「竹木石土芝之類 一里一往

還を一荷とす、道路遠近付て増減有へし」として、笞一十の二十荷より、刎首の「三年を限とす 千荷」まで「荷」数が定められている。<sup>(83)</sup>

これらによるならば、第一次草案は、貧困により贖が収められない者については、労役や荷物の運搬により贖罪させることを想定していたと考えられる。もともと第一次草案が明代の「例贖」のように、「律贖」に相当する①から⑥の場合以外にも、贖刑の適用を想定していたかは断言できない。しかしながら、「問刑条例」の条文と「納贖諸例図」に基づく、「做工」等の制度を取り入れている点から、「例贖」の継受を見て取ることができるのである。

以上の複雑な第一次草案における贖刑制度を整理したい。第一次草案は武士等に贖刑を認める規定が多く、そしてそれは金銭や労役ではなく「逼塞」や「奪刀」等による執行を想定していたであろうことが確認された。このほか宝暦五年施行「刑法草書」や「律艸書」と同様に、女性・老幼廢疾者・過失殺傷の収贖が存在する。新たに加わったのは、犯罪存留養親と誣告の場合の贖刑である。そして、第一次草案において最も特徴的なのは、「無力の者、工役を做す事」条と「贖刑之例」が見られることであり、明代の「例贖」の制度を継受していることがうかがわれるのである。

### (3) 第二次草案

第二次草案の贖刑規定は、前述の通り、次で検討する宝暦十一年施行本とほとんど同内容であるため、ここでは要点だけを言及したい。第二次草案には、宝暦五年施行「刑法草書」や、「律艸書」、第一次草案で見られた正刑と贖刑との対応表が存在しない。<sup>(84)</sup> 女性の徒刑・追放を収贖する規定が削除されたことについては、先に述べたとおり

である。犯罪存留養親については規定そのものが削除されており、誣告（云懸）の場合の収贖も確認することはできない。このように第二次草案に至って、贖刑を適用する規定は縮小している。そしてこれは宝暦十一年施行「刑法草書」にも継承されている。

（四）「御刑法草書附例」（宝暦十一年施行本）

宝暦十一年施行「刑法草書」は正刑と贖刑との対応表を欠いている。「御刑法草書附例」では徒刑と死刑に限って贖刑との対応が復活しているが、答刑については贖の額が、なお明記されていない。「御刑法草書附例」名例の「徒刑」条と「死刑」条における正刑と贖銅銭の対応は以下の通りである。

徒刑

- |          |                      |
|----------|----------------------|
| 答六十徒一年   | 〈不論刺墨有無贖拾五貫文 除答贖九貫文〉 |
| 答七十徒一年半  | 〈右同贖貳拾貫文 除答贖拾三貫文〉    |
| 答八十徒二年   | 〈右同贖貳拾五貫文 除答贖拾七貫文〉   |
| 答九十徒二年半  | 〈右同贖三拾貫文 除答贖貳拾壹貫文〉   |
| 答百徒三年    | 〈右同贖三拾五貫文 除答贖貳拾五貫文〉  |
| 刺墨答百徒三年  |                      |
| 類刺墨答百徒三年 |                      |



答刑を贖刑に換算する方法に関して小林氏は、鑑札を受けずに商売を行う罪に関する文政十年（二八二七）の「例」（本章第六節参照）に、「臨時御沙汰之旨背条ニ就、三貫文之贖」とあることから、「御定法ニ背」条（本節⑦参照）の定める答三十を、第一次草案（清田案）の「贖刑之例」に基づいて換算したものと指摘されている。<sup>(86)</sup>

「徒刑」条の答六十徒一年の贖の額を確認すると、前半部には「不論刺墨有無贖拾五貫文」とあるが、これは第一次草案「贖刑之例」における徒一年の贖銭額十五貫文と一致している。残る答七十徒一年半から答百徒三年の贖額についても、「贖刑之例」のものと同様であるため、徒刑の贖額もまた「贖刑之例」に依拠していたと考えてよいだろう。後半部に「除答贖九貫文」とあることから、逆算して答六十のみの贖額は六貫文であり、これもまた「贖刑之例」と一致する。ただし死刑の贖額の四拾貫文は、第一次草案「贖刑之例」のものとは一致せず、以前の宝暦五年施行「刑法草書」の過怠銭の額と同じである。

「京大本」の「御刑法草書附例」を分析した八重津論文によるならば、贖刑が適用されるのは以下の場合である。

1. 閨刑として無官の僧侶・社人・陪臣・歩若党等の犯罪
2. 老幼廢疾者の徒刑以後の犯罪

3. 過失による殺人罪
4. 闘毆後相手方と内済が成立し、相手方より願出のあつた場合
5. 云懸の罪、特定の地域に於ける無往來越境の罪、及び臨時の御沙汰之旨に違背する罪のうち、越訴、無札馬口  
勞、無札商売等の罪で、格別の造意もなく情緒軽き場合<sup>(87)</sup>

『熊本藩法制史料集』所収の「宝曆十一年施行の刑法草書」等を確認するならば、このうち2と3は宝曆十一年施行「刑法草書」の当初からの規定であるが、1は起草後に増補された規定、4と5は後年の「例」等による規定である。1は①名例編「扶持人犯事」条、2は②名例編「老人幼少之者犯事」条、3は③人命編「誤殺傷戯殺傷過殺傷」条、4は④闘毆編「闘毆」条、5は、⑤雜犯編「云懸」条、⑥奔亡編「往來」条、⑦雜犯編「御定法ニ背」条にその規定が存在する。これらに加えて、⑧名例編「自ら罪状を訴出」条や、⑨雜犯編「獄囚逃出」条の「例」にも贖刑を適用する規定が見られる。以下、順に検討を加えたい。

#### ①「扶持人犯事」条

八重津論文では「閏刑」として、無官の僧侶・社人・陪臣・歩若党等の犯罪に対して贖刑や「役」が科されることが述べられている<sup>(88)</sup>。これは名例編「扶持人犯事」条の第一項および第三項に以下のように見える。

- 一 独礼以下之扶持人犯事有之は、刑条ニ不拘、遠慮・逼塞・減俸・奪俸・追放等、追々之見合を以判断、犯

姦・出奔・盜賊且死罪を犯候者ハ、刑条ニ依判決、

附

有官之僧侶・社人、或ハ有由緒浪人、或ハ陪臣・中小姓以上准之、無官之僧侶・社人・陪臣・歩若党等之犯事ハ、刑条依て贖刑に処し、姦犯・盜賊・死罪を犯候者ハ不贖、

一〔略〕

一 贖刑之者、至貧にて贖錢出得ざるハ、役を以錢に當、<sup>(89)</sup>

〔後略〕

第一項では、換刑として遠慮・逼塞・減俸・奪俸・追放等が列挙されているが、これは第一次草案の「贖刑之例」において明記されていた処分であり、ある種の贖刑であると言える。第三項は第一次草案の「工役」の条文を受けたものと思われるが、貧困により「贖錢」が出せない場合に「役」を命じるものである。

本条の制定過程を遡ると、第二次草案の「御刑法例書」4条「御家人犯事有之節、被仰付様之事」条や、宝暦十一年施行「刑法草書」の同条には、「贖錢」が出せない場合の「役」(第二次草案では「贖役」)についての規定は見えるが、いかなる身分の者に「贖錢」を科すかという文言は見当たらない。ところが、本文とは別筆の付札によって、本条の「附」の規定が増補されている。<sup>(92)</sup>これにより新たに「無官之僧侶」以下が、贖刑の対象に加わったのである。宝暦十一年施行の「刑法草書」には起草後も増補・修正が施されたのであるが、<sup>(93)</sup>これもまた起草後の修正の一つである。<sup>(94)</sup>「京大本」に見えるように、この規定は「御刑法草書附例」の諸本に継承されている。

なお、こうした「扶持人犯事」条における贖刑の適用については、運用上の変則がみられるので後述する。

## ②「老人幼少之者犯事」条

名例編「老人幼少之者犯事」条については、八重津論文で詳しく触れられているほか、老幼年者の刑事責任に関する文脈でいくらかの言及が存在する。<sup>(95)</sup>

- 一 七十歳以上十五歳以下之者、徒刑以下を犯候ハ、贖刑を以宥之、死刑を犯候ハ、当罪を以論す、
- 一 八十歳以上十歳已下之者、徒刑已下を犯候ハ、不加刑、死罪を犯候ハ、臨時上裁を仰く、  
但人を傷け且致盜候ハ、父兄子孫より傷け候もの江医薬之料を給せしむ、盜之品は財主江還附せしむ、
- 一 九十歳以上七歳已下之者ハ、死刑を犯といへ共、不加刑、若教て犯さしめ候ハ、教候者死罪を以論決、<sup>(96)</sup>

本条も宝暦五年施行本以来の規定を継承している。贖刑の対象年齢については、寛政六年の「例」や、天保九年の「例」<sup>(97)</sup>によって変更され、七十歳未満の者でも体調や状況によっては、収贖するように定められている。

ところで八重津論文でも指摘されているが、本条文には「明律」や、宝暦五年施行本、「律艸書」、第一次草案に存した「廢疾」「篤疾」等の障害の程度を指す文言が存在せず、これらの者の扱いが不明である。これは第二次草案の「例書」6条「老人幼少之者犯事有之節、被仰付様之事」<sup>(98)</sup>条においても同様である。八重津論文では、「老人幼少之者犯事」条に見える盲人の笞徒刑の収贖や、「窃盜」<sup>(99)</sup>条に見える廢疾・癩疾者の笞刑の収贖、徒刑の笞の分

を最高四年の徒刑に換算する等の規定を挙げて、「明律」のような篤疾と廢疾の概念の明確な区別はないが、普通人とは異なる取扱を受けている点が指摘されている。<sup>(10)</sup>

最後の廢疾者等の笞の徒刑への換算とは、天保十三年（一八四二）の判例によるものであり、「廢疾并癩疾等にて笞刑難被仰付者、本罪徒二入候得ハ、笞数を徒之日数ニ直し、本罪之徒ニ右日数を加、徒刑被仰付候、……右之通之徒刑日数四ヶ年ニ踰候者、惣徒四年ニ止ル之例を以、四年ニ可被限段僉議相決候例……」<sup>(10)</sup>と、笞刑に耐えられない者には徒刑に併科される笞は行わず、その笞数を徒の日数に換算して、四年を上限とする徒刑としてまとめて執行するように命じているものである。換言すれば廢疾者等に対して笞刑を執行することは避けられたが、徒刑は科しても構わなかったようである。<sup>(10)</sup>

この笞の徒刑への換算方法については、『熊本藩法制史料集』所収「松本本」付札2に「笞を徒ニ直スノ目安」という規定が見える。これによれば笞六十徒一年の贖十五貫文のうち、六貫文が笞六十の分で、九貫文が徒一年の分であるから、笞六十の贖六貫文は徒の日数に直すと二四〇日となり、よって「十笞之日数ハ四十日」としている。第一次草案「贖刑之例」では、笞十につき十日の「無力之者做工」であつたのと比べるとかなりの長期となる。総じて廢疾者等には笞刑は科されないが、笞刑より重いはずの徒刑を、通常の刑期よりも延長して科しているのである。

また、犯罪時未老疾条に相当する条文も存在しない（第二次草案も同様）。もつとも、寛政七年（一七九五）の「例」により、徒刑の刑期中に七十歳や廢疾となつた場合に関しては、残りの刑期を収贖することになった。<sup>(10)</sup>

なお、「廢疾」「篤疾」者のうち精神障害者に関しては、次に述べる「誤殺傷戲殺傷過殺傷」条の但書が関連する

と思われる。

③「誤殺傷戲殺傷過殺傷」条

人命編「誤殺傷戲殺傷過殺傷」条の規定は以下の通りである。

……過失によつて人を殺候ハ、鬪毆条二よつて罪を定、贖を収め、死者之家に給す、(過失とハ耳目之不及、思慮之不到を云、……初より人を害する意なく、偶に人を殺傷する類、)

但狂疾に因て人を殺傷する類、准之、

宝暦五年施行本以来の「明律」と同様の構成であるが、但書に、「狂疾」に関する規定がある点が、宝暦五年施行本、「律艸書」、第一次草案等とは異なっている。これは第二次草案の人命・11条「誤殺戲殺過失殺傷」条より加わったものである。このような精神病者による殺傷を、過失殺傷に準じて処理するという規定は、「明律」の同条には確認することはできない。

ただ清代においては精神病者の犯罪を、「清律」の戲殺誤殺過失殺傷人条に附された条例で扱っていたようである。<sup>(107)</sup> 後年、天保八年(一八三七)に熊本藩で訓訳が行われた『清律例彙纂』の同条には、「瘋病殺人者。依犯人名下。追取埋葬銀十二両四錢二分。給付死者之家。」<sup>(108)</sup> という条例が存在する。「刑法草書」の編纂時に「明律」のほか「清律」もまた用いられたという指摘が存在するが、この規定は「刑法草書」編纂時における「清律」の利

用を示すものと言えるであろう。

加害者あるいは被害者が複数の場合は、八重津論文でも指摘があるが、安政三年の「例」によって、「二人にて一人を過失殺いたし候節之贖刑、先例区々ニ相見候処、清律層註之説に依り、死者一人前之埋葬料兩人ニ割合、且一人にて数人を過失殺いたし候節ハ、死者之数ニ応、埋葬料御取立ニ相成」ことになった。こうした方法は清代における事例と一致しているようである。また支払いが困難な場合は同「例」では、「至貧之者ハ家財限り御取立ニも相成可申哉」と、家財限りの取り立てを想定している。

#### ④「鬪毆」条

傷害・致傷事件で宥免願が出されると「收贖」とされ、その金銭が医薬料・養生銀として被害者に渡される制度については、山中氏による考察がすでにある。

この宥免願による收贖の制度は、鬪毆編「鬪毆」条の寛政元年（二七八九）八月「例」により、「鬪毆致和睦、内済願出候得ハ、贖刑可被仰付旨、荒仕子次作僉議に相究候事、」として定められたものである。その後も寛政八年「例」により、吟味中に和睦したとしても、相応の贖を医薬料として給付すべきとされ、疵が癒えた場合に被害者に給付された贖金を官没することがあったため、文化九年「例」によって、すべて被害者に渡されることとなった。山中氏はこれらの規定について、「吟味中に和睦・内済して御吟味御免を願ひ出ることによって免刑となるのは容易ならざることなのであり、裁判役所が傷害の程度を認定して贖刑を量定するのである。」と評している。

前述の通り「公事方御定書」には、傷害の場合に銀一枚を被害者へ支払わせる規定はあるものの、それは傷害の

程度に応じたものではなく、内済においても、その弁償額は当事者間で任意に決められた。<sup>(18)</sup>「明律」・「清律」の闘毆条あるいは、その条例を確認してもこのような規定は存在しない。闘毆の内済の場合に収贖し、治療費として被害者側に給付する制度は「刑法草書」独自の贖刑制度の応用と考えられる。

### ⑤ 云懸一条

誣告の収贖は第一次草案には存在したが、宝暦十一年施行「刑法草書」には、雜犯編「云懸」条は存するものの、その収贖規定は削除されている。<sup>(19)</sup>しかしながら、安政五年（一八五八）の上欄の判例によるならば、「云懸ニて情緒軽、贖刑被仰付候もの、其贖錢を云懸ニ逢、一旦牢舎いたし候者江為御心付被渡下候例、安政五年三月……」<sup>(20)</sup>として、情緒の軽い場合には贖刑の適用が認められている。「云懸」条の本条の規定は、「明律」や第一次草案の誣告条のような複雑なものではない。したがって「情緒軽」というのが、「明律」または第一次草案に見られたような場合を指すのかは不明であるが、こうした云懸の収贖の背景には、「明律」や第一次草案の誣告の収贖規定があったと思われる。

### ⑥ 「往来」条

奔亡編「往来」条の往来免許の期限切れの罪について、贖刑に換えているものが見られる。同条上欄の判例に、「往来日限外無願ニ相滞、三百日余之日切ニ相成候者、拾貫文贖刑被仰付例、寛政六年十二月……」とあり、以降も「三十日余之日切ニ付壹貫文贖刑之例」や、三十日未滿であったため叱となった例があり、安政七年の僉議で三



十日未満の場合は、叱や追込、三十日以上は贖刑と定められた。<sup>(12)</sup>「往来」条の本条には往来免許の期限切れについて、「往来免許之日限外願継無之、無事故致滞留候者、三十日ニ答十、三十日毎二一等を加へ、三百日以上ハ……答百、<sup>(12)</sup>」と定めているため、答十につき一貫文の換算で贖刑に換えたことが見て取れる。

また同編「出奔人を送り境を出す」条の上欄の、文久元年判例に引かれた判例にも、「潜出条遂得候得ハ答五十、不遂得ハ右答数相当、五貫文贖刑被仰付候儀、追々之見合候処、地廻之儀ハ旅出トハ様子違候付、遂得たると不遂得トニ無係、五貫文贖刑被仰付方と先例を照、……<sup>(13)</sup>」という未遂の場合や、地廻の場合の減輕に贖刑が用いられた事例が見え、これも答十につき一貫文の換算である。

#### ⑦「御定法ニ背」条

雑犯編「御定法ニ背」条は以下の通り、刑罰として答刑のみを想定している。

- 一 都て御定法ニ違背致シ候者答五十、臨時御沙汰之旨ニ違背いたし候者答三十、<sup>(14)</sup>

これが「刑法草書」施行後の「例」や先例により変更され、贖刑による処罰が追加されたのである。同条に記載されている「例」としては、八重津論文でも指摘のある、越訴の処罰に関する寛政七年（二七九五）のものが最も古い。<sup>(15)</sup>「刑法草書」には、越訴を処罰する規定が存在しないため、こうした場合に「御定法ニ背」条によつて答五十を科していたが、重すぎるといふ論が出たのである。その僉議の過程で「……其身之愁訴迄にて誣告之筋無之類

ハ、二十咎との罪被定置、其情之輕重ニ応、收贖をも可被仰付哉と、……僉議ニおよひ候処、臨時御沙汰背と申刑条之通、三十咎と被究置可然、尤造意輕者ハ、様子次第收贖被仰付候儀、存寄無之、勿論告訐讒訴之意味有之類は別段之儀……」という情状の軽い場合は收贖してはどうかという意見が出された。<sup>(126)</sup>

このほか「御定法ニ背」一条の罪で贖刑を科した事例としては、八重津論文で列挙されているものを含め、無札商売(後述)、牛馬売買、他那との商売における紛争、無願での質取、年貢の受負払などを見出すことができる。<sup>(127)</sup>

本条における贖刑適用の目的は、史料に見えるように情状の軽い場合における酌量減輕にあつたと思われる。<sup>(128)</sup> このような場合において、減輕の手段として贖刑が選択されたことは注目に値する。

#### ⑧「自ら罪状を訴出」条

名例編「自ら罪状を訴出」条の第六項、第七項の但書には、贖刑を適用するものが見られる。

〔第一〜五項は略〕

- 一 相牢之者牢を破る巧有之を申出、且既に牢を破り踰候者を押へ、又は牢中挙て脱出候に、重疾病無之に残居候者、俱ニ皆其罪を免、不加刑、
- 一 徒刑之者同然、

但人を殺害し、相手有之双方可処刑罪状之者、本条之仕形有之ハ有て贖刑ニ入、徒刑之者ハ既に入刑之者なるゆへ、年限長短に不拘贖に不入、直ニ其罪を免す。<sup>(129)</sup>

第六項は、同じ牢の者による脱獄の計画を密告したり、あるいは脱獄しようとする者を取り押さえたり、また、集団脱獄の場合に、重病ではないにも関わらず残った者の刑を免除する条文である。但書の「人を殺害」の文言は、「京大本」以外の他の宝暦十一年施行本では、「人を殺傷」となっている。<sup>(130)</sup> 但書の意味は分かりづらいが、本人および牢を同じくする者が、共に殺人罪や傷害罪で処刑される場合に、第六項の要件に該当した際は、死刑を贖刑に換えるという意味であると思われる。

これと同じ規定は、第二次草案の「例書」7条「自ラ罪状を訴へ出候者、被仰付様之事」条にも確認することができるが、他の草案や宝暦五年施行本には見られない。本条の元となった「明律」や「清律」の名例律・犯罪自首条やその条例には、このような規定は見られないから、「刑法草書」独自のものと思われる。

#### ⑨「獄囚逃出」条

雑犯編「獄囚逃出」条は、町在牢の囚人を過失により逃した番人を笞二十とするが、天保十一年の「例」には、これに「二十笞之相当式貫文贖刑」を科すものが見える。<sup>(131)</sup> これもまた軽い笞刑を換えたものであるため、「御定法二背」条の贖刑適用例に類するものと思われる。

#### (五) 贖刑適用の変則と代替

「御刑法草書附例」の附加された「例」や判例等を確認することによって、宝暦十一年施行本の制定後に、贖刑適用に関して変則的な運用が行われたことが確認できる。先に挙げた、④「闘殴」条、⑤「云懸」条、⑥「往来」

条、⑦「御定法ニ背」条、⑨「獄囚逃出」条等における贖刑適用の拡張もその一例であるが、本節では、贖刑が規定通りに適用されず、他の処罰が科せられた事例と、「力役」による贖刑の代替について確認しておきたい。

### (1) 贖刑適用の変則

「刑法草書」において必ずしも規定通りに贖刑が適用されなかった事例は、「老人幼少之者犯事」条と、「扶持人犯事」条に附された「例」によって確認することができる。

「老人幼少之者犯事」条について、八重津論文では「十五才以下の未成年者は徒刑以下を科す場合は贖刑に換えられるのが原則であつたが、贖金を親から出してやつては懲戒にならぬという理由から、天保十三年、例を立てて窃盗に限り「御刑法場搦出見せしめ叱」と定めている。<sup>(134)</sup>と、贖刑が「叱」へと変更される場合の存在することが指摘されている。この天保十三年（一八四二）の「例」を掲げる。

一 十五歳以下之者、以前之例ニ笞刑ニ被仰付候儀有之、或ハ贖また叱等区々相見候処、以来ハ都て御刑典ニ依、贖ニ被究、贖錢親共方出シ遣候ては御懲戒ニ不相成と云を以、追々之例ニ拠、御刑法場搦出、見せしめ叱と云ニ可被定置段、此節坂下手永鍋村岩吉（135）斂議ニ相究候事、

但此刑場叱ハ、窃盜之類ニ限り候方と相見候事、

この「例」の趣旨は、これまでは十五歳以下の者であっても、「刑法草書」の規定とは異なり、笞刑に処せられ

ることがあり、あるいは贖、また叱等と実際の処分がまちまちであったので、以降はすべて「刑法草書」の規定通りに贖刑に統一し、例外的に窃盜の場合に限り叱に換えるという意味であると思われる。この「例」のもとになった事例は、「松本本」の同条、付札7に見え、

天保十三年十月、坂下手永鍋村岩吉、竊之状二罪十五歳七十笞之詮議ニ究ル、

十五歳以下之者、是迄笞刑ニ為被処も有之、又ハ贖或ハ叱等例区ニ有之候付、已来ハ十五歳以下七十歳以上ハ、徒刑以下を犯候ハ、贖刑を以有之、死刑を犯候ハ、当罪を以論すと云ふ御刑条ニ拠、贖ニ被究、其贖を親親共方出し遣し候ては御懲戒ニ不相成と云を以、刑場擲出し叱と云ニ被定置候てハ如何程ニ可有由候哉、(136)

として、より明確に「老人幼少之者犯事」条を引用して、以降はこれに従うべき旨を述べている。(137)

幼年の盜犯に「叱」を科すことは、「追々之例」とあるように、この天保十三年の事例以前にも見られ、「松本本」付札6には、十四歳の者が窃盜を行ったが、十五歳未満であったため、「御刑法場へ擲出し、始末見せしめ之上叱」となった天保七年の事例を載せている。(138)あるいは叱以外にも、「老人幼少之者犯事」条の上欄には、明和七年（一七七〇）の「十五歳以下ニて致盜候者、親方願之趣を以贓数之笞刑被仰付候例」という、親の要望により笞刑に処せられた事例が引用されている。

このほか「刑法草書」の注釈書である『熊本藩刑律和解及御裁例』(14)においても、幼年者の窃盜に笞刑や叱、また徒刑を科した事例（天明七年〜文政四年）が引かれている。(14)あるいは高齢者についても、七十八歳の船頭が破損した

船に多人数を乗せ、数人を溺死させた事件について、極老のため「御刑法場にて呵」（天保三年）となった事例が載せられている<sup>(14)</sup>。また、盗犯の判例で笞十、二十の軽い事例を収録した「小盜笞刑」<sup>(15)</sup>においても、十五歳以下で十笞が執行されたもの（安永八年）が見受けられる<sup>(16)</sup>。この天保十三年の「例」は、こうした「刑法草書」の運用上の変則を是正するものであったと考えられる。

本来は贖刑の適用対象である者に贖を適用しなかったところ、「刑法草書」の条文通りに贖を科すようになった事例は「扶持人犯事」条においても指摘できる。「扶持人犯事」条の文化三年（一八〇六）の「例」には以下のようにある。

一 無官之僧侶・社人・倍（陪）臣・歩若党等、突犯之者被仰付様、以前より区に有之、笞刑或ハ贖刑、其節々僉議之様子も委數相分不申、然処御刑書之趣ニは致相違候ニ付、以来は無官僧侶・社人・山伏・歩若党等、其外都て有苗字者ハ、姦犯・盜賊・出奔・死罪を犯候外ハ、刑条ニ依収贖可被仰付旨、文化三年十月二日西園寺桂助僉議之節相究候事、<sup>(15)</sup>

この「例」によるならば、本来は贖刑により刑罰が執行されるべき無官之僧侶等に、笞刑が科される場合が存在していたようである。こうした運用は「刑法草書」の趣旨に反するので以降は、これらの者は条文に従い収贖すべきであるとしている。先にみたように「扶持人犯事」条は、これらの者を贖刑の対象としているのであるが、文化三年までの間に必ずしも贖刑を適用しない期間が存在したようである。もっとも、この文化三年の「例」も、雜犯

編「博奕」条の文化十年の「例」により、贖刑は博奕の罰としては軽すぎるとして、博奕に関しては適用されなくなった。<sup>(146)</sup>

ところで、「扶持人犯事」条には「有由緒浪人」についての規定はあるが、その他の浪人についての規定は存在しない。同条上欄の文化十三年（一八一六）の「以前ハ軽浪人等鬪殴よつて笞刑被仰付候例も有之候得共、文化三年相究候趣ニ因、收贖之僉議被仰付候例、文化十三年七月……」<sup>(147)</sup>という判例によれば、先の文化三年の「例」に従い、軽い浪人等も収贖されるようになったようである。もともと天保六年（一八三五）には、こうした者の鬪殴を収贖したのでは、「無頼之者畏るゝ処少、在中杯所柄之害を成候体増長可致候……」<sup>(148)</sup>という犯罪予防効果の不足という理由から、鬪殴への贖刑適用は制限された。

## (2) 「力役」による代替

「扶持人犯事」条において、贖銭を出せない者については「役」に換えることは先に確認した。八重津論文では、盗賊編「窃盜」条の「例」に、廢疾者が盗賊の罪を犯した場合に、贖刑に代わって「力役」を命じるものがあることを指摘している。<sup>(149)</sup>「力役」の性質を明らかにするうえで意味のある「例」だと思われるので、当該史料を引用して解説を加えたい。以下は天保十一年（一八四〇）の「例」である。

- 一 犯事有之、笞刑相当之者、廢疾等ニて笞刑難被仰付者ハ、笞数相当之贖刑被仰付候儀、是迄之御見合候処、盜賊之儀ハ迎も其身方出錢ハ相整申間敷、親類等方出シ遣候ては御懲戒之詮無之、因て新規之儀ニは候得

共、贖を徒刑二被代、相当之日数眉無之刑可被仰付哉之処、自然徒刑小屋を脱出候歟、其外不埒之儀も致出来候節ハ、徒刑之者同様、重科二不被処候てハ難成、左候てハ廢疾を被恕、却て重科之経路を被開候筋二成行候付、右体盜賊二限り、答数相当之日数力役可被仰付段、此節種山手永吉本村勇助僉議之節、相究候事、

但本行之通候処、勇助儀、力役之申渡不相済内、致欠落候段、御郡代方達有之候事、<sup>(15)</sup>

廢疾者の答刑は贖刑に換えるのが原則である。しかしながら盜賊の場合、本人から贖金を徴収することは困難であり、親類等から支払わせることになるが、これでは懲戒の効果がない。そこで贖刑相当の日数の徒刑(眉無)を命じる案が出た。しかし、廢疾の受刑者が徒刑小屋を脱走するような事態となつたならば、重罪に問われることになる。これでは廢疾による減輕措置によつて、かえつて重刑を科すことになつてしまう。そこで盜賊に限り、答数相当の日数の「力役」を命じることになつた。

これによるならば「力役」は徒刑とは異なる刑罰のようである。また答数と対応した「力役」の日数が存在することがうかがえる。この「力役」については、鎌田浩氏の研究を参照したい。鎌田氏は「刑法草書」に基づく刑方の処罰に対して、郡方の処罰について記録した「罰例」という史料を示されている。これによれば郡代の科す刑罰には、労役刑として「摺繩絢方」「力役・過役」「植松杉」が存在する。<sup>(16)</sup>

このうち「力役」については、「普請などに使役するのであるが、……言い渡し直後に常に使役するとは限らず、後日御用が生じたときに使役される場合も多かったと思われる。通常は数日ないし一〇日位が多い。しかしまれに



は、摺縄絢方や多額の過料の代替刑として三〇日以上に及ぶ例もある。」と述べられており、「答一〇〇〇〇過料一貫文  
〓縄絢一日〓力役一〇日〓質屋締五日」という代替換算率が示されている。<sup>(153)</sup>

ここで思い出されるのが、先に挙げた第一次草案の「贖刑之例」である。これには「無力者做工」として答一十の十日から、答一百の一百日まで、答数と対応した日数が定められている。この答一〇が力役一〇日となるのは、「無力者做工」の換算と一致しているため、第一次草案からの影響を想定することができる。

「力役」も科すことが困難な場合は「叱」によって換えたようである。同じく「窃盜」条の上欄の天保十四年（一八四三）の判例に以下のように見える。

一 癡疾之者、下地至て之虚弱ニて力役難被仰付者、盜再犯之節、首枷等之刑、或ハ刺墨を可被加哉と評議ニ相成候へ共、首枷之儀ハ壮健不敵之者も堪兼候程之刑ニ有之、且本罪刺墨ニ不至もの、他国者之外、是迄見合無之を以、右等之御取扱ニ不及、御刑法場ニおいて、以後心得方之儀申渡被指免候例、天保十四年五月正法院支配栄次、<sup>(154)</sup>

疾病により極度に虚弱であり、「力役」を科しがたい者の再犯の場合の処罰について、首枷や刺墨が検討されたが、首枷は壮健な者にとつても過酷であり、また刺墨も前例が無く不適當であるとされ、「御刑法場ニおいて、以後心得方之儀申渡」という叱に相当すると思われる刑罰が科されることになった。

こうした熊本藩における「力役」制度の淵源について考察してみたい。贖刑を労役で代替する制度は、唐代にお

いても、古代日本においても存在した。<sup>(156)</sup> 古代日本の制度については「獄令」にその規定が見えるのであり、<sup>(157)</sup>『令義解』は同時代にも刊行されていたから、<sup>(158)</sup>熊本藩は古代日本の制度を参考にしたとも考えることができる。<sup>(159)</sup>幕府において過料の納入が困難な者に手鎖を科す制度<sup>(160)</sup>が存したことの影響も、財産刑の代わりの実刑という点で指摘できよう。

さらには、熊本藩においては「刑法草書」の制定以前にも、開墾のための人夫として使役する「開所遣」や、女子を役宅などにおいて使役した「上り者」といった労役刑が存在したとされる。<sup>(161)</sup>このように熊本藩においては以前より、犯罪者の労働力を目的とした刑罰が存在したことも忘れてはならない。

しかしながら、先に述べたように「刑法草書」の第一次草案にはすでに、「無力の者、工役を做す事」条や、「贖刑之例」の「無力者做工」「無力之者做役」があるなど、明代の「例贖」の明確な参照が見受けられた。また、天保九十年頃の成立とされている「刑法草書」の注釈書である『熊本藩刑律和解及御裁例』には、「刑法草書」の条文ごとに『大明律例訳義』の訳文が引用されているのであるが、<sup>(162)</sup>「名例〈五刑〉」条の箇所においても、軍民人等が「運炭」や「做工」等により贖罪するという、五刑条例の第一条の訳文がまるごと引用されている。<sup>(163)</sup>こうした点より、天保十一年「例」に現れる「力役」の制度もまた、直接的には明代の例贖の影響を受けた制度であると考えるのが妥当であると思われる。

続いて、贖刑が適用されずに力役や叱などの実刑が科される理由についてであるが、これまでに掲げた史料では幼少や廢疾、盜犯である等の理由により資力が無く、贖金を納入できないためという理由が掲げられている。注目すべきは、前項の天保十三年「例」や、前掲の天保十一年「例」において、贖金を親や親族が代納したのでは、懲

戒の効果が無いと述べられていることである。贖刑は減軽の措置ではあるが、あくまで本人に出させるべきであるとされており、贖刑においてもなお特別予防効果を重視する方針をうかがうことができる。

この老幼廢疾の場合に、犯罪者本人が贖金を負担できないという点について、贖金の金額面から指摘しておきたい。前述のように「御刑法草書附例」は、笞刑を贖刑に換えるにあたっては、笞十につき一貫文という換算を用いたと考えられる。転じて「明律」名例律・五刑条の「贖銅錢」の額を確認すると、笞十につき六百文である<sup>(164)</sup>。熊本藩領内の経済状態を考慮したのであるから、一概には言えないが「御刑法草書附例」の贖金の額は「明律」のそれよりも高額である。

さらに言うとも代では、老幼廢疾の場合は、律の贖銅錢額よりも極めて低い額で徴収していた<sup>(165)</sup>。この「老疾折錢」の額は『官准刊行明律』所収の「在京納贖諸例図」<sup>(166)</sup>では、笞三十まで俱一文、杖六十まで俱二文、杖一百まで俱三文、徒一年は六文、徒二年は九文、徒三年は十二文となっている。この「老疾折錢」は『大明律例訳義』末卷「贖法」<sup>(167)</sup>にも見える。加えて清代においても、老幼廢疾者の「收贖」は、「納贖」や「贖罪」よりも低額であり、これもまた熊本藩訓訳の『清律例彙纂』第一冊の「納贖諸例図」に老幼廢疾の「收贖」が見える<sup>(168)</sup>。

こうした老幼廢疾の場合に低額での贖罪を許す制度は、会津藩「刑則」には存在し、老幼廢疾者の贖額を減額している（本稿第三章）。「御刑法草書附例」においては老幼廢疾者の收贖について、このような減額措置はとられていない。したがって、刑の減軽としては過度に高額であり、減軽措置として働かなかつたおそれがあるのである。

## (六) 過料刑の不採用

「御刑法草書附例」の財産刑全体を確認すると、そこに日本固有の財産刑である過料刑が存在しないことに気づかされる。「御刑法草書附例」には財産刑として、贖刑のほかには付加刑として、盗品等の没収や、親殺しの場合における家宅焼却を規定するが、例えば「公事方御定書」に見られるような「過料」を科するという規定は、本条や「例」には確認できないのである。

もともと熊本藩において過料刑が一切存在しなかったわけではない。「刑法草書」以前の熊本藩においては、「過怠」として金銭を徴収したり、植林を命じたりしていたとされる。<sup>(17)</sup> また、鎌田氏は「刑法草書」の制定以降も、熊本藩においては中央の刑法方が科す「刑法草書」に規定された刑種のほかに、町方や郡方においては、いわば行政罰として、別種の刑罰体系に基づいて処罰が下されていたことを指摘された。<sup>(18)</sup> この町方・郡方の処罰を確認すると、「過料」という刑罰を確認することができる。<sup>(19)</sup> 転じて「御刑法草書附例」の本条や「例」においては、財産を徴収する刑罰を一貫して「贖」と称しており、あくまで正条に規定された正刑と対応する贖刑を科している。

贖刑と過料刑が区別されていた点については、先にも触れた「御定法二背」条の文政十年（一八二七）の「例」において、以下のように述べられている点から明らかであると考えられる。

- 一 無礼商売之御咎筋、宝曆以来之例区ニ相見、近例ハ大概叱ニテ被差免候、然処御郡代ニハ却て過料・叱と、
- 軽重ニ随ひ咎筋相替、御刑法方ニテは軽重之論判無之、叱之一等迄にてハ不对ニ付、以来ハ事柄且情緒之
- 軽重ニ随ひ、臨時御沙汰之旨背条ニ就、三貫文之贖と叱との二等ニ被究置度段、相窺候処、犯事之軽重、

「造意二応、強て二等ニも限不申、御定法ニ背条、臨時御沙汰之旨違戻と申ニ就候も可有之、兎角情緒二応、時勢をも考、法方昔過不申、又不弛様、御刑書を本とし、法死物ニ不相成様有之度事ニ付、先予贖刑・叱之二等ニ被究置可然段、……相決候趣、委參談帳ニ記録有之候事、<sup>(174)</sup>

無札商売の処罰について、従来、刑法方では「叱」の一等であったが、郡代では罪の軽重に依じて「過料」と「叱」の二等であるから、刑法方においても「贖刑」と「叱」の二等とすべき旨を定めた「例」である。郡代の「過料」に対して、刑法方は「贖刑」と両者が区別されていることが見て取れよう。この議論では、過料に相当する刑罰を刑法方で行う場合においては、「御定法ニ背」条（前掲）の「臨時御沙汰之旨ニ違背いたし候者答三十」を適用し、これを贖刑に換え「三貫文之贖」とすることを提案しているのである。<sup>(175)</sup> 新たに財産を徴収する処罰を加えるにあたっては、「御刑書を本」として、正刑と対応した贖刑制度を維持しようとする傾向を読み取ることができる。これは「御定法ニ背」条の他の事例や、「往来」条の事例等もそうである。

小林氏によれば、「刑法草書」の編纂に当たっては、儒教經典に由来する五刑制が重んじられていたとされる。氏の見解では、「刑法草書」の刑罰は經書の五刑に基づくものであるとされ、贖刑<sup>(176)</sup>に關しても經書からの影響を指摘される。<sup>(177)</sup> こうした点から考えるならば、「刑法草書」が五刑の換刑である贖刑を採用したことは、極めて当然のことであったと思われるのである。

荻生徂徠は『政談』において、野放図に科される過料刑を批判して、五刑と対応した贖刑を肯定していた。<sup>(178)</sup> 熊本藩において『政談』が参照されていたかは不明であるが、過料刑の廃止と贖刑の導入を「刑法草書」は達成してい

るのである。

### (七) 小 括

本章では「刑法草書」とその諸草案における贖刑制度について検討を行ったが、いずれの「刑法草書」においても、贖刑は法典の上で重要な位置を占めていた。

すなわち宝暦五年施行「刑法草書」においてすでに「明律」の贖刑に倣った「過怠錢」の制度があり、「律艸書」ではこれを「贖刑」として継承し、そして第一次草案では大幅に拡張した形で贖刑を採用していた。第二次草案においては、贖刑は縮小され、宝暦十一年「刑法草書」もこれを継承したのであったが、幼年者・高齢者の犯罪、過失殺傷の場合の収贖規定については、宝暦十一年施行本に至るまで一貫してこれを有していた。もともと、贖刑適用が制限される時期も見られたのであるが、最終的に条文通りに贖刑を適用する方向に復した。

また、「刑法草書」の贖刑制度は、宝暦十一年施行本の制定後も「例」により改変がなされていた。「鬪毆」条、「云懸」条、「往来」条、「御定法二背」条、「獄囚逃出」条等は新たに適用対象を増やしたものであるが、制定当初から贖刑を規定する条文においても「例」によって修正を施した事例は少なくない。このように贖刑制度を時代に応じて改善しようとする傾向が見出せる。

「刑法草書」の贖刑制度において注目すべきは、贖を納入できない場合に労役で代替するという、明代の「例贖」を参照したと思われる制度を取り入れている点である。それは、最初は第一次草案に「做工」や「做役」等として採用されたのであり、第二次草案以降も武士に「役」を科す規定が見え、「御刑法草書附例」においては「例」に

よつて贖刑を「力役」に換える場合が見られた。

このように「刑法草書」の贖刑制度は、明代の贖刑制度を参酌するところが大きかったのであるが、必ずしもすべてを模倣したわけではない。『大明律例訳義』の首卷には「律大意」という、学山が、王樵、王肯堂『大明律附例』（律例箋釈）等の中国の明律注釈書や古典等から刑政上の要点を抜粋し、三九箇条にまとめた項目が存在する。小林宏氏によれば、熊本藩の刑政においては、徒刑制度、死刑日限の制度、藩札偽造をめぐる死刑宥免論等に、この「律大意」からの思想的影響が見られるという。<sup>(18)</sup> この「律大意」には、以下のように贖刑の広範な適用を奨励した二箇条が存在するのである。

……国々処々の役人の手前にも、死罪に行ふべきと、軍に充つると、擺站する者と、官へ入れ、官へ還す賊物ある者の、牢へ入ねばならぬ者ハ各別、其外は徒罪といへども、有レ力罪を贖ふべき者と、及び杖一百より以下、贖をいべき囚犯人ハ、請合を立て、其処に預け置て、其身家に居りて、贖料を才覚し、日限の通りに出して、すますやうにすべし。律例箋釈<sup>(19)</sup>

これによれば、死罪や充軍、擺站、また賊物のある場合を除いて、徒罪以下は贖を取つて済ますべきであると述べられている。「真犯死罪」以外を贖罪（納贖）の対象としていた明代の「例贖」の制度に関しての記述である。ところが熊本藩においては、このような贖刑制度は取られていないのであり、徒刑以下の刑罰を一律に贖罪することはない。贖刑制度の採用という点では、「律大意」が何らかの影響を与えたであろうことが想像できるのではあ

るが、「刑法草書」は「律大意」の意見を全面的に採用したわけではないのである。「刑法草書」は明代の贖刑制度を参照したとはいえ、取捨選択して導入しているのである。

- (1) 「刑法草書」の研究史については、小林宏・高塩博編『熊本藩法制史料集』（創文社、一九九六年）所収の、高塩博「熊本藩「刑法草書」の成立過程」三—一〇頁を参照。
- (2) 金田平一郎「熊本藩「刑法草書」考」（『法政研究』第一二巻第二号、一九四二年）。牧健二「肥後藩刑法草書の成立——殊に其の明律參酌に就て——」（『法学論叢』第四八巻第五号、一九四三年、以下、牧論文）。
- (3) 鎌田浩「熊本藩の法と政治——近代的統治への胎動——」（創文社、一九九八年）、同「肥後藩の庶民事件録 日本近代自由刑の誕生」（熊本日日新聞社、二〇〇〇年）。
- (4) 高塩博「熊本藩刑法の一斑——笞刑について——」（『國學院大學日本文化研究所紀要』第七二輯、一九九三年）、同「熊本藩徒刑と幕府人足寄場の創始」（『熊本藩法制史料集』所収）、同「熊本藩刑法の一斑——徒刑制度の中断と再開——」（『梧陰文庫研究会編「井上毅とその周辺」木鐸社、二〇〇〇年）、同「江戸時代の法とその周縁——吉宗と重賢と定信と——」（汲古書院、二〇〇四年）。
- (5) 小林宏「熊本藩と『清律例彙纂』」（島田正郎博士頌寿記念論集刊行委員会編『東洋法史の探究 島田正郎博士頌寿記念論集』汲古書院、一九八七年）、同「熊本藩における中国法の機能——法的決定の「理由づけ」に寄せて——」（『國學院法學』第二六巻第一号、一九八八年）、同「熊本藩と『大明律例訳義』」（小林宏・高塩博編『高瀬喜朴著 大明律例訳義』創文社、一九八九年）、同「熊本藩「刑法草書」私考」（『國學院大學日本文化研究所紀要』第七三輯、一九九四年）、同「熊本藩法制史料集』所収）、同「古典ヲ斟酌シテ時勢ノ宜シキニカナフ——熊本藩と法的思考——」（『京都大学日本法史研究会編「法と国制の史的考察」信山社、一九九五年）。以上の論考は、小林宏「日本における立法と法解釈の史的研究」第二巻 近世（汲古書院、二〇〇九年）に再録されている。以下、これらの論考を参照する際の頁番号は同書再録のものを示す。



- (6) 高塩博「熊本藩「刑法草書」の成立過程」(『熊本藩法制史料集』三〇九三頁)、同「史料解題」(同・九五〇二六頁)。以下併せて、高塩解題。
- (7) 以上、高塩解題・一〇〇三〇、八五・八六、九五・九六頁参照。
- (8) 高塩解題・二四頁参照。
- (9) 高塩解題・八六頁参照。
- (10) 以上、高塩解題・三三〇六八、八六・八七、九六〇一〇〇頁参照。
- (11) 高塩解題・六九〇七六、八七、一〇〇一〇一頁参照。
- (12) 京都帝国大学法学部日本法制史研究室編『近世藩法資料集成』第二卷(京都帝国大学法学部、一九四三年)、牧健二氏解題。
- (13) 中澤巷一監修、京都大学日本法制史研究会編『藩法史料集成』(創文社、一九八〇年)、谷口昭氏解題。
- (14) 高塩解題・七七〇八二頁、高塩博「熊本藩「御刑法草書附例」の伝本について——最高裁判所図書館所蔵本の紹介——」(『熊本史学』一〇〇号、二〇一九年)五九〇六三頁参照。
- (15) 小林「熊本藩「刑法草書」私考」二五三頁以下参照。
- (16) 「御刑法草書附例」に関しては『藩法史料集成』所収の「京大本」を参照した。ただし内容に相違がある箇所については、施行時の「刑法草書」である「熊本藩法制史料集」所収の「宝暦十一年施行の刑法草書」や、「京大本」には存在しない付札等を有する同所収の「松本本」「東大本」もまた参照している。
- (17) 熊本藩の刑事史料としては、「刑法草書」そのもの以外にも多くの史料が残存している(安高啓明「熊本藩法制史料の基礎構造——「刑法草書」との相関性の分析を通じて——」藩法研究会編『幕藩法の諸相——規範・訴訟・家族——』汲古書院、二〇一九年参照)。贖刑制度の実態について解明するためには、こうした史料もまた用いるべきであるが今後の課題としたい。同書所収、山中至「熊本藩「結果責任主義」克服の歩み」、安高啓明「刑法草書の運用と罪状認定過程——盗賊・倉庫堅完を事例に」(『熊本史学』一〇〇号、二〇一九年)は、こうした史料を用いた研究である。

- (18) 小林「熊本藩と『大明律例訳義』」、同「熊本藩における中国法の機能」一七四頁、同「熊本藩「刑法草書」私考」二六六・二六七頁、同「熊本藩と『清律例彙纂』」三三九頁、高塩博「江戸時代享保期の明律研究とその影響」第一章注(4) 七五～七九頁、高塩解題・八〇頁参照。
- (19) 八重津洋平「刑法草書」を中心とした熊本藩の刑罰体系について」(『法と政治』第八卷第三・四号、一九五七年)。
- (20) 山中至「熊本藩『刑法草書』における殺人罪・傷害罪の法的構成について」(山崎広道編著、熊本大学法学会編『法と政策をめぐる現代的変容——熊本大学法学部創立三〇周年記念——』成文堂、二〇一〇年)。
- (21) 高塩解題・二五～二七頁参照。
- (22) 小林「熊本藩と法的思考」二八八頁。
- (23) 『熊本藩法制史料集』一四二・一四三、一五八・一五九頁参照。各「刑法草書」の条文番号は、『熊本藩法制史料集』に従う。本稿における史料の引用にあたっては、旧字・異体字等は原則として現用の字体とした。また、必要に応じて句読点を追加した。
- (24) 高塩解題・二九頁参照。
- (25) 『熊本藩法制史料集』一五三頁。宝暦五年施行「刑法草書」では戲殺誤殺過失殺傷人条の規定を分割しており、戲殺・誤殺については前条にその規定が存在する。
- (26) 中国律における「過失」の取贖に関しては、中村茂夫「清代刑法研究」(東京大学出版会、一九七三年)第一章「過失の構造」、西田太一郎「中国刑法史研究」(岩波書店、一九七四年)第六章「過失・錯誤について」、中村正人「清代初期における過失殺事例の紹介と若干の検討」(『金沢法学』第五五卷第二号、二〇一三年)、谷井「大清律」第一章注(7) 二四五・二四六頁参照。
- (27) 『明律国字解』四〇〇・四〇一頁。
- (28) 山中論文・二六七頁参照。また、鎌田前掲「肥後藩の庶民事件録」一七三頁参照。
- (29) 石井良助校訂『徳川禁令考 別巻』(創文社、一九六一年) 一一二頁。

- (30) 金田平一郎「公事方御定書の損害賠償法規に就いて」(『法政研究』第五卷第一号、一九三四年)三〇一八、三九頁参照。
- (31) 高塩氏は宝暦五年三月の堀第二章書の施行を示す史料として、「口書」より本条の適用例を挙げている(高塩解題・三二頁(22)参照)。
- (32) 『熊本藩法制史料集』一五六頁。
- (33) 『明律国字解』七四頁。
- (34) 中村茂夫「清代に於ける婦人の刑事責任——贖刑を主として——」(『愛大史学』第四号、一九九五年)二〇五、二一・二二頁参照。
- (35) 同条が「明律」の工楽戸及婦人犯罪条と同様であることについて、高塩前掲「熊本藩刑法の一斑——答刑について——」八七頁参照。
- (36) 以下、高塩「答刑について」八四〇八八頁参照。
- (37) 『藩法史料集成』三六九頁。また八重津論文・九六・九七頁参照。
- (38) 高塩「答刑について」八六頁参照。
- (39) 八重津論文・九七頁参照。
- (40) 平松義郎『近世刑事訴訟法の研究』(創文社、一九六〇年)九七三〇九七五頁参照。
- (41) 八重津論文・九七頁、高塩「答刑について」八八頁参照。
- (42) 『熊本藩法制史料集』一五六頁。
- (43) 『明律国字解』七七・七八頁。
- (44) 滋賀「唐律疏議訳註篇一」第一章注(1)一八〇・一八一頁、中村茂夫「清代における老幼年者並びに身体障害者の刑事責任」(『法政理論』第一三卷第三号、一九八一年)一五、一七〇一九頁参照。
- (45) 平松『近世刑事訴訟法の研究』九七六〇九七八頁参照。

- (46) 第一章注(3)(6)参照。また、八重津論文・九四・九五頁参照。
- (47) 滋賀『唐律疏議訳註篇一』一八三頁、中村前掲注(44)一五、一九・二〇頁参照。
- (48) 『明律国字解』八〇・八一頁。
- (49) 『熊本藩法制史料集』一五六頁。
- (50) 牧論文・二七、三五頁、八重津論文・七五頁では、「例律」に「贖刑表」のある旨が述べられている。
- (51) 『熊本藩法制史料集』一六八・一六九頁。
- (52) 『熊本藩法制史料集』一六七頁。
- (53) 『熊本藩法制史料集』一六七・一六八頁。なお、14条・16条には『大明律例訳義』からの引用を含む付箋が見られる(小林「熊本藩と『大明律例訳義』」二二〇～二二二頁参照)。
- (54) 『熊本藩法制史料集』一七二頁。  
高塩解題・四一頁参照。
- (55) 『熊本藩法制史料集』一八三頁。
- (56) 『熊本藩法制史料集』一八三頁。
- (57) 「刑法草書」制定と同時期の宝暦期に設立された藩校・時習館の規則である「時習館学規」の諸規則が、『大明会典』の条文を参考に作られたことが指摘されている(田海秀穂「熊本藩校「時習館学規」に関する一考察」北海道大学文学研究科『研究論集』第一六号、二〇一六年)。また「参談書拔」に記された文政十一年(一八二八)の事件においては、参照すべき法源として『大明会典』が掲げられており、その原文が引用されている(『熊本藩法制史料集』八八九頁、小林「熊本藩における中国法の機能」一七四頁参照)。このように熊本藩では宝暦期以来、『会典』が参照されていたと思われるのである。
- (58) 以下、『熊本藩法制史料集』一八四・一八五頁参照。
- (59) 『熊本藩法制史料集』一八一・一八二頁。
- (60) 『熊本藩法制史料集』一八二頁。

- (61) 『明律国字解』四一～四五頁。
- (62) 『熊本藩法制史料集』一八二頁。
- (63) 『熊本藩法制史料集』一八二頁。
- (64) 『熊本藩法制史料集』一八四・一八五頁。
- (65) 『熊本藩法制史料集』一八六頁。
- (66) 『熊本藩法制史料集』一八二頁。
- (67) 『明律国字解』六一九頁。また、中村前掲「清代に於ける婦人の刑事責任」四～六頁参照。
- (68) 『熊本藩法制史料集』一八四・一八五頁参照。
- (69) 『熊本藩法制史料集』一八三、一八六頁。
- (70) 滋賀『中国法制史論集』第一章注(7)二三三頁、中村正人「清律『犯罪存留養親』条考(一)」「〔金沢法学〕第四二卷第二号、二〇〇〇年」一九一頁参照。
- (71) 『明律国字解』七二頁。
- (72) 「明律」のものとはほぼ同じ構成である。「清律」の同条について、中村「清律『犯罪存留養親』条考(一)」「一八八頁参照。
- (73) 『熊本藩法制史料集』一八六頁。
- (74) 『熊本藩法制史料集』二〇三頁。
- (75) 第一章注(7)、滋賀『論集』二三三頁、谷井『大清律』四〇六～四二二頁参照。
- (76) 『熊本藩法制史料集』二〇八・二〇九頁。
- (77) 『明律国字解』四三九頁。
- (78) 『熊本藩法制史料集』一八三頁。
- (79) 『明律国字解』五五五・五五六頁。

- (80) 第一章注(7)、滋賀『論集』二三三・四・二三三五頁、宮澤「明代贖法の變遷」三八五・三八六頁、佐立「明朝の立法・刑罰・裁判」二八七～二九三頁参照。
- (81) 『明律国字解』算用数字8～13頁、『荻生北溪集』一八九～一九二頁、六～九丁。
- (82) 『熊本藩法制史料集』一八四・一八五頁。
- (83) 同右。
- (84) 牧論文もこの贖刑表の削除について触れる(三五頁)。
- (85) 『藩法史料集成』三三〇頁。「死刑」以下には、刎首・斬罪・斬梟・磔・焚と続く。
- (86) 小林「熊本藩『刑法草書』私考」二五八・二五九頁参照。
- (87) 以上、八重津論文・九三頁。
- (88) 八重津論文・八五頁参照。
- (89) 『藩法史料集成』三六四・三六五頁。
- (90) 『熊本藩法制史料集』二四一・二四二頁。
- (91) 『熊本藩法制史料集』三五八・三五九頁。
- (92) 『熊本藩法制史料集』三五九頁参照。
- (93) 高塩解題・六三頁参照。
- (94) 高塩解題・六五頁参照。この修正の時期は寛政二年(一七九〇)六月以前とされる(同・六八頁註(4)参照)。
- (95) 第一章注(6)参照。井上和夫『諸藩の刑罰』(人物往来社、一九六五年)二八四・二八五頁にも指摘が見られる。また同書は、後述の過失殺傷や闘毆の内済の場合の贖刑についても言及する(九八～一〇一頁)。
- (96) 『藩法史料集成』三七〇頁。
- (97) 『藩法史料集成』三七一・三七二頁。また、八重津論文・九五頁、大竹「江戸時代の老人観と老後問題」第一章注(6)一八六頁参照。

- (98) 『熊本藩法制史料集』二四二頁。
- (99) 『藩法史料集成』四二九頁。
- (100) 八重津論文・九四頁。
- (101) 『藩法史料集成』三七〇頁。
- (102) もっとも、「死刑」条の慶応三年（一八六七）の「例」には、「……老幼且殘疾廢疾又は過誤殺傷等、於情法矜恤を被加、難的決者ハ笞徒相当之贖刑被仰付儀ニテ……」（『藩法史料集成』三六四頁）という、幕末期には廢疾者の「徒」もまた収贖されていたであろうことをうかがわせる記述が見える。また、井上前掲『諸藩の刑罰』二九〇頁参照。
- (103) 『熊本藩法制史料集』四一五頁。
- (104) 『藩法史料集成』三七一頁。八重津論文・九四・九五頁参照。
- (105) 『藩法史料集成』四九〇頁。
- (106) 『熊本藩法制史料集』三三〇頁。
- (107) 中村『清代刑法研究』第三章「精神病者の刑事責任」一八九～一九一頁参照。
- (108) 島田正郎編『熊本藩訓訳本 清律例彙纂』第四卷（律令研究会、汲古書院、一九八二年）七四頁。
- (109) 金田「熊本藩「刑法草書」考」一五七・一五八頁参照。
- (110) 八重津論文・九三頁参照。
- (111) 『藩法史料集成』四九〇頁。
- (112) 中村『清代刑法研究』一一・一二・一三頁参照。
- (113) 『藩法史料集成』四九〇頁。
- (114) 『藩法史料集成』四七七頁。
- (115) 同右。
- (116) 『藩法史料集成』四七七・四七八頁。

- (117) 山中論文・二六五頁。
- (118) 陶山宗幸「江戸幕府の刑事内済——傷害罪の検討を中心として——」〔法制史研究〕第四一号、一九九一年) 一二四頁参照。
- (119) 「刑法草案」における誣告の規定については、牧論文・七四三頁参照。
- (120) 『藩法史料集成』五〇三頁。また、八重津論文・九三頁参照。
- (121) 以上、『藩法史料集成』四六〇頁。
- (122) 同右。
- (123) 『藩法史料集成』四六一頁。
- (124) 『藩法史料集成』五〇七頁。
- (125) 『参談書抜』十四には寛政三年付で「御法之通、證文不取替、馬を買取候者は、贖刑被仰付候近例も有之候……」(熊本藩法制史料集) 八三七頁) と記されており、「御定法二背」条に依るものかは不明だが、不正売買についてはより古い時代から贖刑としていたようである。
- (126) 『藩法史料集成』五〇八頁。また、一九八七年度熊本大学・九州大学合同ゼミナル報告「熊本藩刑政の史的考察——刑法草書を中心に——」(熊本大学文学部国史研究室『史燈』第七号、一九八八年) 七三・七四頁参照。
- (127) 『藩法史料集成』五〇八～五一頁参照。
- (128) 「御刑法草書附例」には多くの寛刑化を示す判例が見られるが、この寛刑化の要因としては、犯罪時の背景や、犯罪者の事情を考慮するようになったからとする見解が存在する(前掲、ゼミナル報告「熊本藩刑政の史的考察」八三頁参照)。
- (129) 『藩法史料集成』三七三頁。
- (130) 『熊本藩法制史料集』三六一、四二七頁。
- (131) 『熊本藩法制史料集』二四三頁。



- (132) 『藩法史料集成』四九四頁。
- (133) 『藩法史料集成』四九五・四九六頁。
- (134) 八重津論文・九〇頁。
- (135) 『藩法史料集成』三七二頁。
- (136) 『熊本藩法制史料集』四二四頁。
- (137) 安高前掲「熊本藩法制史料の基礎構造」によれば、「刑法草書」の判例集である「例」にも、この天保十三年の事例は引用されており、幼年者に笞刑を科した判例を用いないように付記されているという(二六八頁)。なお同論文では、「小盜笞刑」の見える安永八年の「ちよ」(十五歳)の事例が、「小盜笞刑」のほかに「口書」「例」「盜賊」等の史料に基づいて紹介されている。それによると「ちよ」に十笞の判決が下された理由については、無宿の女であり贖刑や力役を下すことが難しいためとされている(二六九～一七二頁参照)。
- (138) 『熊本藩法制史料集』四二三・四二四頁。
- (139) 『藩法史料集成』三七〇頁。
- (140) 高塩解題・一〇二～一〇四頁参照。
- (141) 『熊本藩法制史料集』七八八頁。
- (142) 『熊本藩法制史料集』七二五・七二六頁。
- (143) 高塩解題・一一一・一一三頁参照。
- (144) 『熊本藩法制史料集』一五三頁。
- (145) 『藩法史料集成』三六六頁。この「例」のもとになった僉議は、『参談書抜』廿七(『熊本藩法制史料集』八四七・八四八頁)に見える。また、この文化三年の「例」と、後述の文化十三年の判例については、ゼミナル報告「熊本藩刑政の史的考察」七八、八三頁に、刑を減等した判例として言及されている。
- (146) 『藩法史料集成』四九九頁。また『参談書抜』三十二(『熊本藩法制史料集』八五四・八五五頁)。

- (147) 『藩法史料集成』三六六頁。
- (148) 同右。
- (149) 八重津論文・九六頁参照。
- (150) 『藩法史料集成』四二九頁。
- (151) 「御刑法草書附例」雜犯編「獄囚逃出」条によれば、徒刑小屋からの脱走者は刎首に処される(『藩法史料集成』四九三頁)。
- (152) 鎌田前掲『熊本藩の法と政治』第二部第二章「刑罰と行政罰の分離」三三二・三三三頁、同『肥後藩の庶民事件録』一八八・一八九頁参照。
- (153) 以上、鎌田『熊本藩の法と政治』三三四頁。なお「摺縄絢方」は交通量の多いところで縄を纏わせるものである(同・三三三頁)。「植杉松」は原則として立木御用木盗伐の場合に科せられるもので、過料が払えない場合の代替刑としても科せられた(同・三三四頁)。「質屋締(方)」は一種の拘留刑である(同・三三四・三三五頁)。
- (154) 『藩法史料集成』四一九頁。
- (155) 滋賀「唐律疏議訳註篇一」二九頁参照。
- (156) 布施弥平治「贖銅考」(『日本法學』第四二卷第一号、一九七六年)四二・四三頁参照。
- (157) 黒板勝美「律令義解」新訂増補国史大系第二十二卷、吉川弘文館、二〇〇四年、『令義解』三二八・三二九頁。
- (158) 瀧川政次郎、小林宏、利光三津夫「律令研究史」(『法制史研究』第一五号、一九六五年)一四七―一四九頁参照。
- (159) 『参談書拔』七十五に記載の天保八年(一八三七)の牛馬殺事件においては、「和律」の引用が見られることを指摘しておきたい(『熊本藩法制史料集』九四九頁、小林「熊本藩における中国法の機能」一八〇―一八五頁参照)。
- (160) 平松「近世刑事訴訟法の研究」九六八・九六九頁参照。
- (161) 鎌田『熊本藩の法と政治』第二部第一章「熊本藩刑政の変遷」二九一頁、同『肥後藩の庶民事件録』六六―七〇頁参照。

- (162) 高塩解題・一〇二～一〇四頁参照。
- (163) 『熊本藩法制史料集』七八五・七八六頁。
- (164) 『明律国字解』七頁参照。
- (165) 宮澤前掲「明代贖法の変遷」三九九頁(95)参照。
- (166) 前掲注(81)参照。
- (167) 『大明律例訳義』六八四・六八五頁。
- (168) 喜多「清代の「罰金」と地方財政」第一章注(17)八九頁、一〇二頁(18)参照。
- (169) 前掲『清律例彙纂』第一卷(一九八一年)一一一頁以下。
- (170) 八重津論文・九二・九三頁参照。
- (171) 鎌田「熊本藩の法と政治」第二部第一章「熊本藩刑政の変遷」二九三、二九七頁、同『肥後藩の庶民事件録』七二・七三、一二五～一二八頁参照。
- (172) 鎌田「熊本藩の法と政治」第二部第二章「刑罰と行政罰の分離」三一九～三四三頁、同『肥後藩の庶民事件録』一八六～一九二頁参照。
- (173) 鎌田「熊本藩の法と政治」三三四頁以下参照。また、町方にも財産刑として「贖」が見られる(同・三三九・三四〇頁)。
- (174) 『藩法史料集成』五一〇・五一一頁。また、鎌田「熊本藩の法と政治」三三四・三三五頁参照。
- (175) 小林「熊本藩「刑法草書」私考」二五八・二五九頁参照。
- (176) 小林「熊本藩と法的思考」二八一～二九〇頁参照。
- (177) 本章第二節冒頭の引用文、前掲注(22)参照。
- (178) 前掲拙稿「近世日本の贖刑論の一考察(三・完)」参照。
- (179) 高塩博「『大明律例訳義』について」(『大明律例訳義』所収)七二〇・七二二頁参照。

立命館法學 二〇二〇年三号 (三九一号)

六八

- (180) 小林「熊本藩と『大明律例訳義』」二二〇頁以下参照。  
(181) 『大明律例訳義』一七頁〔33〕。