

近世日本の贖刑論の一考察（三・完）

片 保 涼 介\*

目 次

- 一 はじめに
- （一）近世日本の「明律」研究とその影響
- （二）贖刑の影響
- 二 贖刑をめぐる意見対立
- 三 「明律」における贖刑
- 四 榊原篁洲の贖刑論
- （一）榊原篁洲と『大明律例診解』の概略
- （二）榊原篁洲の贖刑理解
- （三）小 括
- 五 高瀬学山の贖刑論
- （一）先行研究における評価

（以上、第三七七号）

\* かたは・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

(二) 高瀬学山の「明律」関係著作

(三) 高瀬学山の贖刑理解

1. 『大明律例診解』参訂の記述

2. 『喜朴考』

3. 『大明律例訳義』

4. 『大明律例詳解』

(四) 小 括

(以上、第三八一・三八二号)

六 荻生徂徠の贖刑論

(一) 荻生徂徠・北溪の「明律」研究

(二) 徂徠『政談』の贖刑論

(三) 徂徠の贖刑理解

(四) 徂徠の過料刑批判

(五) 箕洲・学山の贖刑論との比較

(六) 小 括

七 おわりに

(以上、本号)

## 六 荻生徂徠の贖刑論

(一) 荻生徂徠・北溪の「明律」研究

荻生徂徠(一六六六—一七二八)<sup>(1)</sup> および、弟の荻生北溪(一六六九—一七五四)<sup>(2)</sup> は、近世日本における「明律」を中

心とした中国法研究に大きな貢献をした学者である。とりわけ徂徠が、榊原篁洲や高瀬学山らと並んで、代表的な律の研究家とみなされていたこと、特に学山と「明律」の研究に関して交流があったことは、すでに確認したところである。徂徠が『政談』の提出等、徳川吉宗の諮問に応じていたことは広く知られており、吉宗への影響という点においても、篁洲や学山とともに、注目されるべき学者であることは言うまでもない。

しかしながら、吉宗の贖刑受容をめぐる諸研究においては、徂徠の贖刑についての見解は取り上げられていないか、あるいは後に確認するように、贖刑に関する意見としては認識されていない。したがって本章においては、従来注目されることのなかった徂徠の贖刑論について検討を加えたいと思う。

徂徠および北溪の「明律」に関係する著作としては、北溪の『官准刊行明律』と『明律訳』、徂徠『明律国字解』の三部を挙げる<sup>(4)</sup>ことができる。以下、これらの著作について確認していききたい。

### 1. 『官准刊行明律』

『官准刊行明律』（享保刊行明律）また『物観本明律』『訓点本明律』などは、「明律」および「万曆問刑条例」に、徳川吉宗の命を受けた北溪が訓点を加えたものである（『明律』三〇巻六冊、「問刑条例」三冊）。享保七年（一七三二）十月跋の本書は、翌年の享保八年に、江戸および京都の書肆より刊行された<sup>(5)</sup>。

北溪による跋に、「不佞取<sup>テ</sup>「明律」<sup>ヲ</sup>与<sup>ニ</sup>二三兄弟<sup>ノ</sup>一訳<sup>シテ</sup>以<sup>レ</sup>刊<sup>シ</sup>焉<sup>、</sup>令<sup>ニ</sup>海内<sup>ヲ</sup>知<sup>ニ</sup>其故<sup>ヲ</sup>一耳<sup>（6）</sup>」とあるように、『官准刊行明律』の刊行目的は「明律」を全国に広く流布させることにあり、そしてそれは吉宗の意図だったとされる<sup>(7)</sup>。本書は江戸時代を通して幾度も複数の書店から刊行され、明治三年（一八七〇）にも復刊がなされている<sup>(8)</sup>。『官准刊行明

『律』は『明律国字解』とともに、内田智雄・日原利國校訂『律例対照 定本明律国字解』に翻刻されており、また影印が大庭脩『荻生北溪集』<sup>(9)</sup>に収められているので、これらを参照した。

この「明律」への加点点に先行して、北溪が「明律」の研究を主宰していたことが知られている。<sup>(10)</sup>この研究会には、服部南郭といった徂徠の高弟や、松平乗邑のような大名らも参加しており、徂徠もまたこの研究会に加わっていたとされる。<sup>(11)</sup>以上のような「明律」研究の産物として生み出されたものが、北溪の『明律訳』と徂徠の『明律国字解』である。

## 2. 『明律訳』

『明律訳』は北溪の手による、享保九年(一七二四)成立の「明律」の通釈(三〇卷五冊)であり、国立公文書館「内閣文庫」所蔵の写本が唯一知られている。<sup>(12)</sup>なお本書には「問刑条例」は含まれていない。<sup>(13)</sup>本書もまた『荻生北溪集』に翻刻されている。<sup>(14)</sup>

## 3. 『明律国字解』

徂徠の『明律国字解』は、漢字片仮名混じり文による「明律」および「問刑条例」の注釈書であり、語句の解釈を中心としている。<sup>(15)</sup>本書の徂徠自筆本には序文も跋文もなく、したがって未完成の著作なのであるが、<sup>(16)</sup>本書が『官准刊行明律』刊行のための副次的著作物であったという点から、『官准刊行明律』の完成した享保七年(一七三二)末頃までには成立していたと考えられている。<sup>(17)</sup>

本書は一部の徂徠の盟者を除いて秘せられていたのではあるが、後には諸藩にも流布し、天保期には「拙修齋叢書」の一つとして、幕末あるいは明治初期には「四文樓活版」と称して刊行されるに至った。<sup>(18)</sup><sup>(19)</sup>

こうした徂徠および北溪による「明律」研究について、大庭脩氏は以下のように評している。

江戸時代の明律研究の中で、最も早くできた榊原篁洲の『大明律例諺解』も、それを修正する作業から始めてやがて独自に作った高瀬学山の『大明律例訳義』も、共に句読訓点の読み下し作業と、語釈と、和訳とが一つになつてゐる。江戸時代の明律研究にはこの三つの作業があつた。ところが護園においては、訓点加點の作業は荻生北溪が、語釈は明律国字解及び明律考を徂徠が、そして通釈を北溪が明律訳で果していると考えられることができる。いわば護園の明律研究は共同作業というか、分業によつて成果をあげたといえる。<sup>(20)</sup>

この大庭氏の指摘によるならば、徂徠と北溪による明律研究は、両者の合作ということになる。本章においては、後述のように徂徠の『政談』の記述を軸に、『明律国字解』を併用しつつ、徂徠の贖刑論を検討していくが、徂徠の贖刑理解の背後には、北溪による研究があつたことに留意しなくてはならない。

最後にこれら明律注釈書の、諸藩における影響について述べておきたい。まず熊本藩では、宝暦四年（一七五四）捧呈の「刑法草書」の「序」における、『官准刊行明律』および『明律国字解』の参照が指摘されており、また宝暦六年の藩校・時習館の蔵書目録に、『明律国字解』の名前が見えるという。<sup>(21)</sup> また新発田藩の「新律」（一七八四）の制定にあたっては、『官准刊行明律（享保刊行明律）』や『明律国字解』が参照されたと推測されている。<sup>(22)</sup><sup>(23)</sup> このよ

うに徂徠の明律研究は、吉宗への影響のみならず諸藩の明律系藩法への影響という点でも、注目されるものであると言えよう。

## (二) 徂徠『政談』の贖刑論

以上、徂徠および北溪の明律注釈書について概観してきたが、これら注釈書においては、必ずしも徂徠らの贖刑に関する見解が、明確に主張されているわけではない。そこで本章において注目するのが、徂徠の著作として有名な『政談』<sup>(24)</sup>である。この『政談』の一節には後述のように、徂徠の贖刑論が明確に述べられているのである。『政談』<sup>(25)</sup>は言わずと知れた荻生徂徠による將軍、徳川吉宗への政治意見書であり、その成立は享保十一年(一七二六)を中心とする時期と推定されている。<sup>(26)</sup>

この『政談』における徂徠の意見を検討することは、幕府刑事法に対する贖刑の影響を探る上で重要であることは言うまでもない。加えて藩法への影響という点でも検討の余地がある書物であると考えられる。『政談』は当初は徂徠の門人にすら存在が知られていなかったのではあるが、宝暦期には広く知られるようになり、写本として流布するようになったとされる。<sup>(27)</sup>

明律系藩法を制定した諸藩の内、藩校において徂徠学が採用された藩は少なくない。<sup>(28)</sup>『政談』が実際に各藩における立法において参照されたかについては未知数ではあるが、明律系藩法を制定し、その中で贖刑を導入した多くの藩において徂徠学が受容されている点から、明律系藩法における贖刑理解のためにも『明律国字解』等と並んで、『政談』の記述を検討する価値はあると思われる。

さて、『政談』の巻四には、刑罰について論じた一節がある。この一節は、追放刑の廃止と徒刑の導入を主張しているとして、古くから注目されてきた箇所である。<sup>(29)</sup>

この一節には、後に引用するように、贖刑について論じている一連の記述が存在する。しかしながら、この『政談』の「贖刑論」については従来、贖刑についての意見という観点での検討がなされてこなかったように思われる。<sup>(30)</sup> 同箇所は、金田平一郎「徳川幕府『過料』刑小考」においては、徂徠の「過料刑論」あるいは「過料反対の説」<sup>(31)</sup> などとして言及されており、また小早川欣吾「明律令の我近世法に及ぼせる影響」においても、「過料刑の採用に反対する説」<sup>(32)</sup> としての紹介がなされている。

金田・小早川両論文において指摘されるように、確かに同記述において徂徠は過料刑を批判しているのではあるが、本章で明らかとなるように、同時に徂徠は、贖刑についても言及し、しかも贖刑に対して肯定的な見解を述べているのである。次節以降、その内容について確認していきたい。

### (三) 徂徠の贖刑理解

徂徠は『政談』巻四において、「閉門」に関する記述に続けて、「過料」について以下のように述べている。

扱過料を出す事古の贖罪也。但古の贖法は五刑の法を立置、夫に贖の多少をわりつけ置、其上にて罪の疑敷と、八議の人と、八九十の老人、十歳以下の小兒と、官人の笞杖罪に、贖を出す事也。<sup>(33)</sup>

冒頭で徂徠は、過料刑は古の「贖罪」にあたる<sup>(34)</sup>と述べる。しかしながら、過料刑と贖罪は、厳密には異なる制度であるという理解に従い以下、贖罪についての論を展開している。

徂徠によるならば贖罪というのは、最初に「五刑」(笞・杖・徒・流・死)の刑罰体系があり、それに対応して金額が割り当てられているものである。そして、「罪の疑敷」「八議の人」「八九十の老人、十歳以下の小兒」「官人の笞杖罪」に適用されるものである。

罪の疑わしい場合に贖を許すことは、『書経』の「呂刑」<sup>(34)</sup>にも現れるが、「唐律」「養老律」においても、「疑罪」の収贖が存在する。また「八議」「養老律」では「六議」の者などの特権身分者が罪を犯した場合に贖が許される<sup>(35)</sup>。また「唐律」「明律」「養老律」には、高齢者や幼年者に対する減輕規定が存在し、七〇歳以上の高齢者・一五歳以下の幼年者が、流罪以下の罪を犯した場合に、収贖するとしている<sup>(36)</sup>。さらに「明律」には、文武官の笞罪に対する収贖が存在する。以上の検討によって、徂徠が歴代の日中の律の規定に基づいて、贖刑を論じていることが理解できよう<sup>(37)</sup>。

また徂徠は以上の記述に続けて、明代の「贖罪」についても言及している。

且又大分限なる民の過惡有時に、過怠として夥敷物の入(る)普請をさせて、罪を贖せたる事明朝に有之。先年此方にても、京都の町人那波屋が奢の過怠として橋を掛させたる事此例也。是等は苦かるまじき事也<sup>(38)</sup>。

明朝においては、裕福な者が罪を犯した場合に、費用を要する工事を命じて、贖罪させた事例があったと述べる。



明代の贖刑には条例における「贖罪」あるいは「納贖」の制度があった。この点について『明律国字解』「問刑条例」の五刑条附の注釈には、以下のように述べられている。

此条の意は、本律に五刑を立たれども、治平漸久しくなりて、刑の稍嚴酷に過ることを厭ひ、五刑の名は其儘立置ながら、**的決・贖罪の品分れたり。笞・杖・徒・流・死の五つともに、各それぞれの当る刑を、本法の通りに直に行ふを、**的決と云。或は過料を出し、或はほねおりわざをさせて、是を刑の代りにして、直に本法の通りの刑には行はぬを、贖罪と云。此条に**的決・贖罪の分れを定めたり。贖罪の細なるわりは、卷首に五刑贖罪図あり、考ふべし。******<sup>(39)</sup>

以上によると明代の刑罰には、五刑をそのまま行う「**的決**」と、「**過料**」や**労役**によって刑罰の代わりとする「**贖罪**」があるとす。 「**贖罪**」の適用対象や内容について、同じく五刑条附の注釈には、

しんだいのよきを有力と云、しんだいのならぬを無力と云……**軍民諸色人役・舍余・総小旗は、軽きものなるゆへ、その内に有力人ばかりに贖罪をさせて、**其外は**的決**するなり。****<sup>(40)</sup>

文武官吏より**舍人**までは、**人重きゆへ、無力・有力のせんぎなく、贖罪に申付けて**的決**にはせぬとなり。笞・杖・徒・流・死の五刑の内、死刑に**真犯死罪・雜犯死罪**あり。真犯死罪は**定奪**を請なり。これを除きて何れの**

刑に当たるとも皆贖罪なり。運炭は、水或は炭を運ぶなり。運灰は、石灰を運ぶなり。運磚は、瓦を運ぶなり。是等は普請等、又は禁中にて日々入用のものなるゆへ、是をはこぶ日用錢を出すなり。納米は、名山蔵と云書には、罪囚の食する米を出すと云へり。されどもそればかりに限らず、辺塞等其外入用の米を過怠に出さすること、会典に見えたり。納料は、物料とて様々のものを出すなり。是皆過料なり。<sup>(41)</sup>

とあり、身代のよい有力人は「真犯死罪」<sup>(42)</sup>を除いて、普請等に用いる物資を運搬するための日用錢を「過料」として出させるといふ、『政談』の記述と同様の説明を行っている。『政談』の贖刑論は、明代の贖刑を踏まえたものであることが指摘できる。

なお、ここで徂徠が当時の日本における「贖罪」の例として挙げている、京都の町人・那波屋に「奢の過怠として橋を掛させた」事例について述べておきたい。岩波文庫版『政談』の注には、「那波屋は元禄前の大名貧を営んだ富豪。九郎左衛門・十右衛門の奢り甚しく、所司代板倉重矩（在職一六六八―七〇）に罰として宇治橋架橋を命ぜられたといふ（『町人考見録』）」<sup>(43)</sup>とある。この『町人考見録』によるならば、九郎左衛門・十右衛門の両兄弟は、町人でありながら武家や寺院の家来となり、槍を持ち、また乗馬・帯刀などをしたことにより捕らえられたが、「御慈悲の上、首代として宇治橋かけ直し」<sup>(44)</sup>を命じられたとされる。「首代」が死刑の代わりを意味するならば、那波屋兄弟は死罪を財貨により贖ったことになる。

もつとも、これが贖刑ではないことは言うまでもない。『町人考見録』には、この処分は、不正を行った町人に対して、過怠として宇治橋の架け替えを命じた旧例によるものと記されている。<sup>(45)</sup>また『政談——服部本』の注に

おいて平石直昭氏は、『御触書寛保集成』の「少々違背之儀在之者には、其身二応し、日数を相定、為過怠、堤川除又は竹木を植立、其外所之ために可成御普請可申付之、<sup>(46)</sup>」という、軽い罪を犯した者に普請を命じる法令との関連を指摘している。<sup>(47)</sup>

こうした「過怠」として、道路や橋、寺社等の修理を命じることは、鎌倉幕府法にも見られるものであり、<sup>(48)</sup> 贖刑とは異なる刑罰なのではあるが、工事の費用を負担させる刑罰という点で、明代の「贖罪」とは共通するものがあり、日本における「贖罪」類似の事例として、一定の説得力を有したと考えられるであろう。

以上のような律における収贖や、明代の贖罪について徂徠は、「是等は苦かるまじき事也」として、肯定する態度をとっている。こうした中国や古代日本における贖刑の制度と対比して、徂徠が批判しているものが江戸幕府の過料刑である。

#### (四) 徂徠の過料刑批判

徂徠が過料刑を批判する理由は第一に、過料刑が「五刑」の体系に基づいていない点にあると思われる。この点について、徂徠は『政談』において、先の記述に続けて以下のように述べている。

当時は笞・杖・徒・流・死の沙汰もなく、兼てもりつけの定もなく、只当分の見はからひにて、軽き民より過怠として金を出さずする事、不宜事也。是は只金を出させてこまらせて刑にする仕形、先第一古に無之事也。扱五刑の定めなければ、専ら金を取るべき為になる也。五刑の定め有時は、金なき人は直に其刑をうけ、金ある

人は金を出して佗言するなれば、刑法の名目たつ也。其内にも当罪の疑敷杯に斗用れば、罪の決定したるは、たとひ金有て金を出して佗度思へ共叶はぬゆへ、過料の方次に成り、刑法の方おもになる子細にて、上の御慈悲になるなり。初めより只金を出さるといふ事、殊の外に下輩なる仕形にて、民の心の服せぬ事也<sup>49</sup>。

徂徠は、江戸幕府の刑罰体系が、笞・杖・徒・流・死の「五刑」の刑罰体系に基づいていないこと、そして「もりつけの定」<sup>50</sup>すなわち「五刑」と対応した贖の額も存在しないことを指摘する。幕府の刑罰が「五刑」の体系とは異なることは言うまでもないが、過料の金額もまた、徂徠の没後に制定された「公事方御定書」を例にすると、過料が三貫文・五貫文、重過料が拾貫文などとは定められてはいるが、贖刑のような「五刑」と対応した精緻な体系ではない。徂徠は以上の幕府の過料刑を評して、「只、当分の見はからひにて、軽き民より過怠として金を出さずる事」と述べて、「不宜事也」と批判している。

さて徂徠は、こうした過料は、「只金を出させてこまらせて刑にする仕形」「専ら金を取る」刑罰であると指摘する。過料刑も贖刑も、財産を徴収する刑罰という点では変わりはないにもかかわらず、徂徠はどうして前者のみを問題視するのであろうか<sup>52</sup>。

徂徠は以下のように述べている。「五刑の定め有時」すなわち、「五刑」とそれに対応した贖刑制度が設けられていたならば、「金なき人は直に其刑をうけ、金ある人は金を出して佗言する」<sup>53</sup>——先の『明律国字解』の解説に従うならば、無力者の「的決」、また有力者の「贖罪」と換言できるであろう。——ため、「刑法の名目たつ」のである。

さらに贖刑を行うにあたっては、「当罪の疑敷杯に斗用」いる、つまり疑罪の収贖などに限定することを提案する。<sup>(54)</sup> 財産を徴収する刑罰は、適用対象を限定してこそ「上の御慈悲」となるのである。「初めより只金を出さずる過料刑では、民衆は為政者の慈悲を感じず、心服しないのである。

以上見たところによるならば、徂徠が刑罰を論じるにあたり、「五刑」の刑罰体系をきわめて重視していることが理解できる。財産を徴収する刑罰であっても、まず、「五刑」の笞・杖・徒・流・死のいずれかの刑罰にあてはめ、しかる後に贖に換えて徴収されなければならないとするのが、徂徠の意見であると考えられる。<sup>(55)</sup>

徂徠が過料刑を批判する第二の理由は、過度に高額な過料の徴収に対する危惧である。先の記述に続けて、このように論じている。

当時公儀にて此法取行はるれ共、下心に尤と不存と見えて、諸大名にては是を取おこなはず。公儀の御作法を諸大名のまねぬも不事事也。此後諸大名にても公儀をまねて此法を執行はば、遠国へ至りては必不埒出来すべし。其子細は、当時諸大名困窮甚しければ、必非道の過料を取べし。……右のごとき過料は、異国にても日本にても、古例なき事なれば、遠国の人必(ず)心腹すまじき也。当時世界の奢甚敷よりもろもの悪事生ずる故上に儉約を用ひ遊さるれば、御役人共は金を御好みなさると料簡したるやらん、不事事を申たてて取行ふ事には有也。<sup>(56)</sup>

本記述において徂徠は、諸大名においては過料刑が行われていないと述べているが、これは徂徠の事実誤認であ

(57)ともあれ今後、財政的困窮の甚だしい諸藩において、幕府を真似て過料刑を採用したならば、「非道の過料」すなわち、過度に高額な過料が科されるであろうことを危惧しているのである。(58)

もつとも徂徠は、過度に高額な金銭の徴収という問題が、贖刑においては発生しない理由を示していない。これまでの『政談』の記述から推察するにおそらく、贖刑は「五刑」に基づいた「もりつけの定」に従って財産を徴収するものであるため、過料刑のように「当分の見はからひ」による、恣意的な徴収がなくなると考えているのであろう。

ともあれ徂徠は、こうした過料刑を前代未聞の制度として、強く批判するのである。(59)

#### (五) 篁洲・学山の贖刑論との比較

以上、徂徠が「五刑」の重視、および「非道の過料」に対する危惧という理由から、贖刑を肯定していることが理解できた。しかしながら、ここである疑問が生じる。すなわち一般的に考えたならば、「軽き民より過意として金を出さずる」過料刑と比べて、五刑すべてに及ぶ贖刑は、結果として広範かつ高額の徴収となりうる。この贖刑が財産を徴収する刑罰であるという点に注目して、榊原篁洲や高瀬学山の贖刑論と徂徠のそれとを比較するとき、徂徠の贖刑に対する見解の特異性が際立つ。

はじめに、榊原篁洲が贖刑を批判していた理由を振り返ってみよう。篁洲は『大明律例諺解』において『宋史』刑法志の議論を引用し、「富人ハ贖ヲ以テ刑ニアタラズ、貧人ハ免ルコトヲ不<sub>レ</sub>得シテ、刑政不<sub>レ</sub>平ト云。」と述べ(60)て、贖刑は財産上の不平等によって、不公平が生じるものであることを非難していた。すなわち篁洲は、贖刑が財

産を徴収する刑罰であるという点に着目して、批判を行っているのである。

転じて高瀬学山の論であるが、学山は贖刑を全面的に肯定する。その際に『訂正一卷』において、「独国用ノ足ルノミニアラズ、民ヲ恵ムノ意深シ<sup>(61)</sup>」と述べて、贖刑の利点の一つとして、民に仁恵を施すという作用とともに、国費を満たすという作用を挙げていた。

また『喜朴考』においては、貧者は贖罪できないとする箕洲の意見に反論し、「貧ナル者ノ贖フ力ナキ者ハ、笞・杖ハ打テスマシ、徒・流・雜犯ノ死罪、幾年ト年ヲキワメ做工サセ、又ハ擺站・哨瞭ナトサセテスマセバ、貧者モ刑ヲ免ズトハ云ヘカラズ。」と貧者も労役によって贖罪できることを指摘していた。注目すべきなのは、学山もまた、貧者は財産を納めて贖罪することはできないと認めている点である。つまり、贖刑が財産を徴収する刑罰であるという点は、学山もまた共有しているのである。

このように箕洲も学山も、贖刑は財産を徴収する刑罰であることを明確に意識したうえで、その前提で貧者からの財産徴収の是非を論じている。特に学山に至っては、贖刑に財源としての目的を見出している。

転じて徂徠は、贖刑が財産を奪う刑罰であるという点に注意を払わない。徂徠は「非道の過料」については危惧するのではあるが、贖刑においてこうした高額な贖の徴収という問題が発生しない理由を示さない点である。徂徠は贖刑を、恣意的な過料刑と比べて、謙抑的な財産刑として捉えているのであるが、当然ながら贖刑においても、箕洲が問題視したように、特に貧者にとって贖が高額であり贖罪できないという「非道」な事態が発生しうる。しかしながら『政談』においては、箕洲や学山が認識していたような、こうした贖刑の問題性についての言及は存在しないのである。

徂徠にとっては、贖刑が「五刑」の刑罰体系に基づいているという点が重要であり、これが財産を徴収するという制度であるということについては、関心がないように思われる。こうした点は徂徠の贖刑論の特徴であるといえよう。

## (六) 小 括

本章においては、従来顧みられることがなかった荻生徂徠の贖刑論について、おもに『政談』の記述を軸に検討を重ねてきた。結論を述べると、徂徠は贖刑について肯定的である。徂徠は「唐律」「養老律」の贖銅や、「明律」の「収贖」(律贖)、あるいは明代の条例における「贖罪」(例贖)を挙げて、「苦かるまじき」ものであるとして肯定していた。このように贖刑の全面的肯定という点では、徂徠の贖刑論は高瀬学山と共通している点はあるが、徂徠の贖刑肯定論は、当時幕府で行われていた財産刑である、過料刑に対する批判を伴っている点で特徴的である。徂徠が過料刑を批判する第一の理由は、これが徂徠の重視する「五刑」の体系に基づかないという点にあり、第二の理由は、過度の過料徴収への危惧にある。徂徠は、以上のような問題を孕んだ過料刑を廃止して、唐代や明代の中国や、あるいは古代日本において行われていたような贖刑に置き換えることを要請していると考えられるのである。

こうした徂徠の意見については従来、金田「徳川幕府『過料』刑小考」および、小早川「明律令の我近世法に及ぼせる影響」においては、過料刑批判論という点は認識されていたものの、贖刑肯定論という点では注目されていなかった。また小林氏の諸研究においては、榊原篁洲と高瀬学山との間の意見対立を軸に、両者の贖刑論について



分析されており、徂徠の意見には検討が及んでいなかった。

このような『政談』において展開された過料刑廃止・贖刑肯定論が、徳川吉宗にいかなる影響を与えたか、今後検討されなくてはならないだろう。

また藩法に対しても、『政談』および『明律国字解』の諸藩への流布を鑑みると、明律系藩法への影響が想定される。徂徠の意見に従い、明律系藩法においては過料刑が廃止されているか否か、また徂徠の肯定する贖刑をどの程度受容しているか、こうした論点が今後の課題として残されうる。

(1) 荻生徂徠、名は双松、字は茂卿、通称は惣右衛門、徂徠は号。

徂徠および北溪の「明律」を中心とした中国法制に関する著述について言及した主な研究としては、以下のものがある。

- ・岩橋遵成『徂徠研究』（関書院、一九三四年。名著刊行会、一九八二年再刊）二〇八・二〇九、四一八―四二三頁
- ・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）
- ・徂徠物茂卿著、内田智雄・日原利國校訂『律例対照 定本明律国字解』（創文社、一九六六年）、以下『明律国字解』
- ・今中寛司『徂徠学の基礎的研究』（吉川弘文館、一九六六年）三六七―三七八頁、同『徂徠学の史的研究』（思文閣出版、一九九二年）二二六―二四四頁
- ・松下忠『紀州の藩学』第七章「大明律研究——榊原篁洲と高瀬学山——」（鳳出版、一九七四年）
- ・Henderson, Dan Fenko, *Chinese Legal Studies in Early 18th Century Japan: Scholars and Sources*, *Journal of Asian Studies* Vol. 30, No. 1 (Nov. 1970), pp. 21-56.
- ・大庭脩『江戸時代における中国文化受容の研究』第三章第二節第四項「徳川吉宗と明律研究」（同朋舎出版、一九八四年）、以下『中国文化受容の研究』

- ・高塩博「荻生北溪と『唐律疏義訂正上書』」(高塩博『日本律の基礎的研究』汲古書院、一九八七年)《初出『國學院雜誌』第八六卷第四号、一九八五年》
- ・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九一四(関西大学出版部、一九九五年)、以下『荻生北溪集』
- ・大庭脩『漢籍輸入の文化史——聖徳太子から吉宗へ——』(研文出版、一九九七年)八「將軍家と御儒者衆——吉宗と荻生北溪——」
- ・大庭脩『徳川吉宗と康熙帝——鎮国下での日中交流』(大修館書店、一九九九年)第六章「吉宗と漢籍」
- ・大庭脩『日中交流史話——江戸時代の日中関係を読む』(燃焼社、二〇〇三年)第五章「暴れん坊將軍吉宗の半面」
- ・清水裕子「物観本明律の底本問題に関する一試論」(『東洋文化』八五、二〇〇五年)
- ・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》
- (2) 荻生北溪、名は観、字は叔達、通称は惣七郎、北溪は号。北溪の生没年については、高塩「荻生北溪と『唐律疏義訂正上書』」三二二頁、三二七頁(一)参照。
- (3) 吉宗の贖刑受容についての先行研究としては、第二章において紹介した、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——」《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》および、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——」《初出『法史学研究会会報』第九号、二〇〇四年》(ともに小林宏『日本における立法と法解釈の史的研究 第二卷 近世』汲古書院、二〇〇九年所収)のほか、小早川「明律令の我近世法に及ぼせる影響」がある。
- (4) このほか徂徠の著作という指摘のある「明律」の関係書としては、「明律考」が存在するが、同時に高瀬学山の著作であるとの指摘もあり定かではない。本稿第五章注(23)参照(『立命館法学』第三八一・三八二号、二〇一九年、二八・二九頁)。

- (5) 以上、内田智雄「解題」(『明律国字解』三・四頁、大庭『荻生北溪集』研究篇一六・一七頁、高塩「江戸時代享保期の明律研究とその影響」五九―六三頁参照)。
- (6) 『明律国字解』八六一頁。
- (7) 高塩「江戸時代享保期の明律研究とその影響」六〇頁参照。
- (8) 内田「解題」三頁、長澤規矩也『和刻本漢籍分類目録 増補補正版』(汲古書院、二〇〇六年)八九頁参照。
- (9) 大庭『荻生北溪集』資料篇六五頁以下。
- (10) 北溪らの明律研究会の成立時期は享保四年(一七一九)以前とされる(大庭『中国文化受容の研究』二四九頁参照)。
- (11) 高塩「江戸時代享保期の明律研究とその影響」六二・六三頁参照。
- (12) 大庭『中国文化受容の研究』二四九頁、大庭『荻生北溪集』研究篇二三頁参照。
- (13) 内田「解題」六頁参照。
- (14) 大庭『荻生北溪集』資料篇三五六頁以下。
- (15) 高塩「江戸時代享保期の明律研究とその影響」六四頁参照。『定本明律国字解』では平仮名に改められている(「凡例」七頁参照)。
- (16) 高塩「江戸時代享保期の明律研究とその影響」六五頁参照。
- (17) 高塩「江戸時代享保期の明律研究とその影響」六六頁参照。
- (18) 高塩「江戸時代享保期の明律研究とその影響」六五頁参照。
- (19) 四文楼本の刊行時期について、内田「解題」は幕末とする(二頁参照)が、高塩「江戸時代享保期の明律研究とその影響」は、明治二・三年頃とする(八三頁参照)。
- (20) 大庭『荻生北溪集』研究篇二五頁。
- (21) 小林宏「熊本藩「刑法草書」私考」(小林前掲『日本における立法と法解釈の史的研究』《初出「國學院大學日本文化研究所紀要」第七三輯、一九九四年》二六六・二六七頁参照)。

- (22) 高塩「江戸時代享保期の明律研究とその影響」七七頁参照。
- (23) 藤井重雄「唐明律と藩法との関係について——新発田藩に於ける——」(『新潟大学教育学部紀要』第七卷第一号、人文・社会科学編、一九六五年) 六三頁参照。
- (24) 徂徠の「明律」研究と『政談』との関係については、「明律国字解」の業績が『政談』における徂徠の細密な分析と結論を生んだものというべく(今中『徂徠学の基礎的研究』三七七頁)と評されている。
- (25) 『政談』の校注本には、吉川幸次郎・丸山真男・西田太一郎・辻達也校注『荻生徂徠』日本思想大系三六(岩波書店、一九七三年)所収のもの(辻達也校注)、辻達也校注『政談』岩波文庫(岩波書店、一九八七年)、平石直昭校注『政談——服部本』東洋文庫(平凡社、二〇一一年)などがあるが、本章ではおもに平石校注『政談——服部本』を参照した。なお日本思想大系版や岩波文庫版の注も併せて参照した。
- 『政談』の概要については、辻達也「解題」(日本思想大系『荻生徂徠』、同「政談」の社会的背景)(同書)、辻達也「解説」(岩波文庫『政談』)、平石直昭「解説」(『政談——服部本』)、今中『徂徠学の基礎的研究』三五—三六七頁、今中『徂徠学の史的研究』二二七—二二六頁を参照した。
- (26) 平石「解説」四一九・四二〇頁参照。
- (27) 辻「解題」(日本思想大系『荻生徂徠』)六二五・六二六頁、辻「解説」(岩波文庫『政談』)三八三・三八四頁参照。
- (28) 鈴木博雄「藩校における徂徠学派の教育活動——藩校における儒学派の教育活動に関する研究 その一——」(『東京教育大学教育学部紀要』第一七卷、一九七一年)によれば、明律系藩法の知られる五藩のうち、新発田藩を除く弘前藩・会津藩・和歌山藩・熊本藩の藩校に徂徠学者を確認することができる(八一—一〇頁、附表参照)。
- (29) 金田平一郎「近世懲役刑小考——熊本藩刑法研究序章——」(九州帝国大学法文学部『十周年記念法學論文集』岩波書店、一九三七年)六頁参照。
- (30) 今中寛司氏は、『政談』の吉宗への影響について、「例えば追放無効論、贖罪等に関しては、吉宗の法制に参考となっていることは事実である。」(今中『徂徠学の基礎的研究』三五九頁)と、「贖罪」に注目するが、それ以上の言及はなさ

れていない。

- (31) 金田平一郎「徳川幕府『過料』刑小考」(巖山政道編『国家学会五十周年記念 国家学論集』有斐閣、一九三七年) 三、二八頁。
- (32) 小早川「明律令の我近世法に及ぼせる影響」三八頁・6。
- (33) 『政談——服部本』二九九頁。
- (34) 『政談——服部本』四〇二・四〇三頁、補注299参照。
- (35) 北溪の著作に、唐・明・日本律間の比較を行った「唐律疏義訂正上書」があるが、この中で北溪は、「唐律」の八議の者の贖や疑罪の規定が、「明律」には存在しないことを指摘している(高塩「荻生北溪と『唐律疏義訂正上書』」三三三・三三四頁、三四六頁(8)参照)。
- (36) 『明律国字解』の「老小廢疾収贖」条の注釈に、「今この明律の定めは、即唐律の通りなり。」(八〇頁)とある。なお徂徠は「八九十の老人、十歳以下の小児」と述べているが(日本思想大系版(四三〇頁)、岩波文庫版(三三三頁)においても同様。)、「唐律」や「明律」で贖が許されるのは、七〇歳以上・一五歳以下であるため、誤解あるいは誤記と考えられる。
- (37) 以上、「唐律」「養老律」の贖刑(贖銅)については、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)、布施弥平治「贖銅考」(『日本法学』四二卷一号、一九七六年)、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)三〇頁参照。
- (38) 『政談——服部本』二九九・三〇〇頁。
- (39) 『明律国字解』五五六頁。
- (40) 『明律国字解』五五七頁。
- (41) 『明律国字解』五五八・五五九頁。
- (42) 徂徠は「真犯死罪」と「雜犯死罪」について、「真犯死罪と云は、律の文に載たる斬・絞罪を云なり、雜犯死罪は、律

に何の罪に准ず、与同罪とあるるいなり。」(『明律国字解』一五頁)と誤った説明を行っている(佐立治人「明朝の立法・刑罰・裁判」(『関西大学法学論集』六七卷六号、二〇一八年、二八六頁参照)。「官准刊行明律」『明律国字解』「明律訳」等には、どの死罪が「真犯死罪」や「雜犯死罪」に当たるかについて定めた「真犯雜犯死罪」は含まれていない。

(43) 岩波文庫『政談』三三三頁。

(44) 三井高房『町人考見録』(中村幸彦校注『近世町人思想』日本思想史大系五九、岩波書店、一九七五年)一九二・一九三頁。なお、小高敏郎『近世初期文壇の研究』(明治書院、一九六四年)六一・六二頁、鈴木昭一訳『町人考見録』(教育社、一九八一年)七四頁参照。

(45) 『町人考見録』(『近世町人思想』)一九三頁参照。

(46) 高柳真三、石井良助編『御触書寛保集成』(岩波書店、一九五八年)「二三〇九」六八六頁。

(47) 『政談——服部本』四〇三頁補注299参照。

(48) 牧英正「鎌倉幕府の没収刑の一考察——幕府の没収刑と律令の贖銅制の関連について——」(大阪市立大学『法学雑誌』第五卷第二号、一九五八年)二六頁参照。

(49) 『政談——服部本』三〇〇頁。

(50) 岩波文庫版『政談』三三三頁注、『政談——服部本』三〇〇頁注参照。

(51) 『公事方御定書』下巻、一〇三条「御仕置仕形之事」(石井良助校訂『徳川禁令考 別巻』創文社、一九六一年、一三四頁)参照。

(52) 徂徠は『政談』の他の箇所においても過料刑を批判している。同じく巻四において「当時過料をとらるる事、甚誤れり。金銀を自由にするものより過料を取るは、博奕をゆるして運上を取るがごとし。」(『政談——服部本』二八五頁)と、博奕犯に対して過料刑を科すことに反対している。なお、博奕犯に過料刑を適用することは吉宗に始まる(岩波文庫版『政談』三〇六頁注、石井良助『第三江戸時代漫筆 盗み・ばくち』明石書店、一九九〇年、八一―八四頁参照)。

(53) 平石氏もまた、この記述と明代の贖刑との関係について示唆している(『政談——服部本』四〇三頁、補注300参照)。

- (54) 平石氏はこれを、「罪が疑わしい場合にだけ過料による贖罪を認めるようにすれば、罪が明白な者は過料で贖罪でなくなるので、刑法が主になる。そうした際に特例で贖罪を認めることにより、上のお慈悲が立つということ。」(『政談——服部本』四〇三頁、補注300)と解している。
- (55) こうした徂徠の重視する「五刑」の中国思想や律における意義については、奥村郁三「新律綱領と明律」(奥村郁三『日本史上の中国 金印・那須国造碑・飛鳥・新律綱領・令集解』阿吽社、二〇一五年)一八五—一九二頁に詳しい。
- (56) 『政談——服部本』三〇〇・三〇一頁。
- (57) 金田論文は、対馬藩において幕初より過料刑が行われていた事実をもつて、徂徠の不識を指摘している(金田「徳川幕府『過料』刑小考」四頁参照)。
- (58) 金田論文では、これらの徂徠の言を受けて、幕府刑法の過料刑に、財政上の目的が存したかどうか検討している(金田「徳川幕府『過料』刑小考」一三—一五頁)。「過料刑の目的中に、財政目的を見出すことは出来ないのである。」(同一五頁)と述べている。
- (59) 徂徠は過料刑について「日本にても、古例なき事」と述べているが、「過料」という刑罰は平安時代にはすでに存在しており(「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)、また江戸幕府においても開府以来行われているものである(金田「徳川幕府『過料』刑小考」一〇—一二頁参照)。徂徠のこうした認識は事実ではない。
- (60) 『大明律例診解』巻一、名例律・五刑条・流刑三(本稿第二章注16、『立命館法学』第三七七号、二〇一八年、四二頁)。
- (61) 高塩博「和歌山藩『大明律例診解』の成立」(高塩『日本律の基礎的研究』三八四頁)。
- (62) 『喜朴考』(関西大学東西学術研究所『国立公文書館内閣文庫蔵 名家叢書 中』関西大学出版部、一九八一年)一三五頁。

## 七 おわりに

本稿における検討の結果、近世の贖刑論について明らかとなった点について確認する前に、贖刑について再度整理しておきたい。

「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」<sup>(63)</sup>であり、古くは『書経』にも現れ、「唐律」や「唐律」を継受した日本の「養老律」にも見られるものである。

本稿で主に検討の対象とした明代の贖刑は、特に複雑なものであった。<sup>(64)</sup>すなわち「明律」における「収贖」と呼ばれる贖刑（律贖）と、条例における「贖罪」また「納贖」と呼ばれる贖刑（例贖）の二種が存在した。<sup>(65)</sup>前者は「唐律」や「養老律」と同様に、高齢者や幼年者の犯罪や、過失殺傷の場合などを対象とするものであったが、<sup>(66)</sup>後者は「真犯死罪」以外のすべての犯罪と刑罰を、労役刑や財産刑により執行するもので、<sup>(67)</sup>「五刑」を代替する制度であった。<sup>(68)</sup>

このような明代の贖刑制度の詳細さは、学山が『訂正一卷』や『喜朴考』で述べていたことでもあったが、従来の研究ではこうした点からの検討は行われず、「明律」や「問刑条例」等の内容に即して、近世の諸学者の贖刑に関する理解を説明することは行われてこなかった。

近世の贖刑論に関する重要な先行研究である小林宏氏の「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——」<sup>(69)</sup>は、榊原篁洲と高瀬学山との間の贖刑をめぐる意見対立を扱った研究ではあるが、彼らの議論に及ぼした『書経』および書経注釈書の影響という、篁洲および学山の贖刑論の思想的背景についての検討に筆が費や



されており、こうした明代の贖刑の具体的内容には着目されておらず、したがって、篁洲や学山らの明律注釈書を  
広範に検討するという方法もとられていなかった。

また荻生徂徠の贖刑論に関しては、金田平一郎「徳川幕府『過料』刑小考」、小早川欣吾「明律令の我近世法に  
及ぼせる影響」<sup>(71)</sup>等の研究において、『政談』の記述を引用して、徂徠が過料刑に反対していたことについては論じ  
られていたものの、徂徠の贖刑に対する理解や評価という点では、言及されることがなかった。

本稿ではこうした先行研究の問題を受けて、榊原篁洲や高瀬学山、そして荻生徂徠らの贖刑論を具体的に検討し  
た結果、以下のことが新たに判明した。

まず榊原篁洲については、篁洲がその著作の『大明律例諺解』において贖刑を批判し、またこれに対して高瀬学山  
が反論していることは、高塩博氏の「和歌山藩『大明律例諺解』の成立」<sup>(72)</sup>において紹介され、小林宏氏の「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——」<sup>(73)</sup>において、こうした篁洲と学山の意見が將軍の  
徳川吉宗に影響を与えたという指摘がなされた。また同氏の「徳川吉宗と過料刑の成立」においては、篁洲の贖刑  
論について思想的背景に着目した検討がなされた。小林氏は、篁洲の贖刑に対する賛否について、「基本的に不賛  
成」<sup>(74)</sup>これを用いるとすれば、せいぜい軽罪に止めるべきであると考えている」と評価されていた。

しかしながら、本稿での検討の結果、篁洲は全体として贖刑に肯定的な見解を有しており、「軽罪」以外の場合  
においても、贖刑を容認していることが明らかとなった。「明律」中において「収贖」が許される条文についての  
『大明律例諺解』の注釈を個別に検討した結果、およそこれら「律贖」については、儒教的な仁政の観点から好意  
的に評価していることが認められた。また五刑条の条例の注釈においては、「雜犯死罪」の「納贖」について、こ

れを容認するような記述を残していた。つまり篁洲の批判する贖刑とは、流罪の「納贖」に限定されるというのが本稿の結論である。

続いて高瀬学山について。学山が贖刑に肯定的であることは、高塩論文や小林論文においても知られていたものであったが、その肯定の具体的な対象については不明確であった。<sup>(25)</sup> 本稿での検討の結果、学山は「明律」の「律贖」を肯定していることはもちろん、基本的にはより広く適用される「例贖」を念頭に議論をしていることが確認された。また、以前より指摘のある『書経』に加えて、中国の明律注釈書が学山の贖刑論に影響を与えていることが明らかとなった。

荻生徂徠については、明らかに贖刑を肯定した見解を有していることを確認した。徂徠は「五刑」の刑罰体系の重視と、過料刑に対する反対の立場から、「五刑」に基づく贖刑を肯定しており、それは唐・明・日本の律や明代の「贖罪」を踏まえて立論されていることが明らかとなった。

こうした本稿における検討によるならば、榊原篁洲・高瀬学山・荻生徂徠ら、一七世紀末から一八世紀前半の諸学者らは、程度の差はあれ贖刑について基本的には容認しており、また肯定的であるということが指摘できる。こうした諸学者の贖刑論が幕府法や、熊本藩「刑法草書」・新発田藩「新律」・会津藩「刑則」・弘前藩「寛政律」・和歌山藩「国律」等の明律系藩法に与えた影響の解明については、今後の課題としたいが、ここでは特に幕府法との関係について述べておきたい。

榊原篁洲や高瀬学山らによる贖刑論が、過料刑の成立に影響を与えたという指摘は、以前より主張されているところである。本稿で確認したように篁洲は必ずしも贖刑反対論者ではなく、学山もまた明代の「例贖」のように、

かなり広範に贖刑を適用すべきことを提案していた。さらに、従来検討されることのなかった、荻生徂徠の贖刑に対する見解も明らかとなり、徂徠もまた贖刑に肯定的であることが判明した。しかるに、周知のように贖刑は幕府刑法の採用するところとはならなかった。

『喜朴考』における徳川吉宗と学山との議論を見るならば、吉宗は贖刑に大きな関心を抱いており、時に篁洲の『大明律例諺解』を通じて「明律」や「問刑条例」の条文にまで言及するなど、吉宗自身も贖刑について相当の知識を有していたことがうかがえる。また徂徠の『政談』の提出を受けた吉宗が、徂徠の考えるところの過料刑の問題性と贖刑の優位性について、理解を深めたことは想像に難くない。しかしながら、幕府法に贖刑が採用されることはなかったのである。

吉宗が贖刑を採用しなかった事情については、すでに小林氏によつて考察がなされている。氏の見解をまとめるならば吉宗は、篁洲が指摘したような贖刑の不平等性といった短所や限界をよく理解していたため、贖刑に示唆を受けつつも、比較的軽微な犯罪や行政犯に対して科される基本刑である過料刑を幕府刑法に採用したのであるとされる<sup>(6)</sup>。

もつとも、本稿で述べたように篁洲は贖刑について好意的な記述も残しており、また徂徠においては過料刑を批判しているのである。こうした過料刑批判や贖刑肯定論を受けながら、なぜ吉宗は贖刑を採用しなかったのか。この点については稿を改めて論じることにはしたい。

(63) 滋賀『唐律疏議訳註篇一』前掲注(37)二九頁。

(64) 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)三五二頁参照。

- (65) 滋賀秀三「法典編纂の歴史」(滋賀秀三『中国法制史論集(法典と刑罰)』創文社、二〇〇三年)一三三二頁参照。
- (66) 宮澤「明代贖法の変遷」三五六・三五七、三九一頁、滋賀「法典編纂の歴史」二三三二頁参照。
- (67) 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)一〇五、一三九—一四一頁参照。
- (68) 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・六一頁参照。
- (69) 前掲注(3)。
- (70) 前掲注(31)。
- (71) 前掲注(1)。
- (72) 前掲注(61)。
- (73) 前掲注(3)。
- (74) 小林「徳川吉宗と過料刑の成立」七二頁。
- (75) 小林「徳川吉宗と過料刑の成立」においては、「疑罪」と「過失殺傷罪」が挙げられている(八四頁参照)。
- (76) 小林「徳川吉宗と過料刑の成立」六九—七一、八四—八七頁参照。