

挙重明軽・挙軽明重と比附

川村 康

はじめに

挙重明軽・挙軽明重^①と比附とは唐代中国における法欠缺補充のための解釈技法として指摘されてきたが、挙重明軽・挙軽明重が明確な律条をもつのに対して、比附は律疏に確認できるとどまる。両者の性格づけや相互関係についての研究は先学により孜孜として進められてきたが、律疏における事例の分析にはなお検討の余地がある。筆者は律疏における事例を初歩的に分析してきたが、相互関係については考察を及ぼしていない。本稿は、改めて律疏における挙重明軽・挙軽明重の事例と比附の事例とを検討し、両者の相互関係を解明して再定義を行うことを課題とする。

一 挙重明輕・挙輕明重と比附との關係

明律・名例律・斷罪無正条条は、ある行為を処断すべきとき、その行為に適用しうる成文の法条がなければ、既存の律条を根拠とする比附により処断すると規定する。

凡そ律令は該さに載すれども、事理を尽さず、若し罪を断ずるにして正条なき者は、律を引きて比附す。応に加ふべく、応に減ずべきは、罪名を定擬し、刑部に転達し、議定まりて奏聞す。若し輒く断決し、罪に入あるを致したる者は、故失を以て論ず。

これに相当する唐律の律条は名例律五〇条である。

諸そ罪を断ずるにして正条なく、其の応に罪を出だすべき者は、則ち重きを挙げて以て輕きを明らかにす。其の応に罪を入るべき者は、則ち輕きを挙げて以て重きを明らかにす。

ある行為を処断すべきとき、その行為に適用しうる成文の法条がなければ、挙重明輕・挙輕明重により処断するという規定であり、比附による処断を定めない。「両者は唐律と明清律の間でちようどおきかわった關係にあり、前者へ挙重明輕・挙輕明重」は明清律に現われず、後者へ比附⁽⁴⁾は唐律に現われない」のである。

挙重明輕・挙輕明重と比附との關係についての認識は、両者を同視するもの、両者を一応は区別するが比附が挙重明輕・挙輕明重を包摂するとするもの、両者を明確に区別するもの、の三説に大別される。

両者を同視するものには、名例律五〇条を「謂ゆる援引比附を許す」明文とする小野清一郎氏、同じく名例律五〇条を「類推解釈の基本規定」とする仁井田陞氏、「輕重相挙の法は、性質について論ずれば、比附断罪に属

する」とする劉俊文氏の主張などがある。⁽⁵⁾

両者を一応は区別するが比附が挙重明軽・挙輕明重を包摂するものには、「挙重明軽および挙輕明重（輕重相挙）は、論理解釈であり、類推解釈ではない。いわゆる比附は、しばしば疏議にあらわれ、そのなかには類推解釈に近いものもあり、比附されたふたつの事実の類似性は、「輕重相挙」よりも遠い。広義の比附は、狭義の「比附」および「輕重相挙」を包括するというべきかもしれない。しかし、律が「比附」を許す以上、「輕重相挙」および「論理解釈」は、必ずしも「比附」と強いて区別しなければならないものでもない」とする戴炎輝氏の主張などがある。⁽⁶⁾

両者を明確に区別するものには、挙重明軽・挙輕明重を論理解釈ととらえて「この種の論理解釈は決して無理な拡張ではなく、それを法律中に明文で規定しても、法律が無理な比附援引を許容したとはいえない」とする蔡墩銘氏、「挙重明軽・挙輕明重がいうなれば定性的操作であり応用範囲が限定されるに對して、比附は定量的操作であつてその応用範囲は頗る広い」とする滋賀秀三氏、律疏における事例を「論理上すべて当然のことであり、「比附援引」とは明らかに異なる」とする黃源盛氏、「輕重相挙が論理解釈に属することは疑いがなし」として類推たる比附とは区別する周東平氏の主張などがある。⁽⁷⁾

これらの認識の当否を判断するためには、まず、唐律が現行法であつた唐宋期の立法史料による検証を試みる必要がある。唐律に挙重明軽・挙輕明重と比附との關係を記す律条はなく、名例律五〇条には「比」「類」など比附を示す字句は記されない。他方、律疏では雜律六二条疏に挙重明軽・挙輕明重と比附とが併記される。

雜犯の輕罪は触類弘多、金科玉条も包羅して尽し難し。其れ律に在り令に在りて正条あるなく、若し輕重相

ひ明らかならず、文の以て比附すべきなきあれば、時に臨みて処断し、情を量りて罪と為せば、遺闕を補ふに庶し。

律令に直接処罰を規定する正文のない悪行を処断すべきとき、挙重明軽・挙軽明重の根拠となる条項も比附の根拠となる条項もない場合には、雜律六二条「諸そ応に為すを得べからずして之を為したる者は笞四十」〔律令に条なく、理に為すべからざる者を謂ふ〕。事理重き者は杖八十⁽⁸⁾を適用するという。これによれば律疏の成立時には挙重明軽・挙軽明重と比附との区別は意識されていたことになる。

開成格（開成四年・八三九。『宋刑統』卷三〇、断獄律、断罪引律令格式「応言上待報」、断獄律一八条附載）は、比附が断罪の技法として用いられていたことを確実に示す唐代以降で最初の法条である。

大理寺の断獄、及び刑部の詳覆に、其れ疑似ありて、比附にても決する能はざる者は、即ち須らく程限の内に於いて並びに事理を具し、都省に牒送すべし。大理寺の本と断じたる習官、刑部の本と覆したる郎官は、各々法直を將ゐ、都省に就きて十日内に辯定し断結す。其れ引証分明にして、典則と為すに堪ふる者あれば、便ち録して奏聞し、編して常式と為す。

後唐長興二年（九三二）八月一日勅節文（『宋刑統』卷三〇、断獄律、断罪引律令格式「応言上待報」、断獄律一八条附載）も、律・格・格後勅に既存の正条がない行為に罪名を擬定する技法として比附を明記する。

今後凡そ刑獄あれば、宜しく犯す所の罪名に拠るべく、須らく具さに律令格式の色を逐ひ正文ありやなしやを引くべし。然る後に後勅を検詳し、是れ名目・条件の同じきを須ち、即ち後勅を以て罪を定む。後勅の内に正条なければ、即ち格文を以て罪を定む。格の内に又た正条なければ、即ち律文を以て罪を定む。律格及

び後勅の内に並びに正条なければ、即ち比附して刑を定むるも、亦た先ず後勅より比を為す。事、實にして疑ひなければ、方めて罪を定むるを得。慮りて中らざるを恐るれば、録奏して裁を取る。

これらの法条には挙重明軽・挙輕明重が記されないの、処罰の根柢となる法条の欠缺への対処法は比附だけとなっていたとも解しうるが、名例律五〇条を当然の存在として挙重明軽・挙輕明重と比附とが併用されつづけていたとも解しうる。

北宋では熙寧編勅（熙寧六年・一〇七三）までに比附を明記する勅条が定められていたことが、朋九万『東坡烏台詩案』御史台根勘結按状から確認される。⁽⁹⁾

勅に准ずるに。比附して刑を定むるに、慮りて中らざるを恐るる者は、奏裁。

さらに南宋では慶元斷獄勅（慶元四年・一一九八）『慶元条法事類』卷七三、刑獄門三、檢斷）に比附の明記が確認される。⁽¹⁰⁾

諸そ罪を斷ずるに正条なき者は、比附して刑を定む。中らざることを慮る者は奏裁。

これら宋代の勅条が後唐長興二年勅に起源を有することは、その文言に照らして疑いのないところである。慶元名例勅（『慶元条法事類』卷七三、刑獄門三、檢斷）は勅条と律条との關係について規定する。

諸そ勅令に例なき者は、律に従ふ「謂ふこころ、血を見るを傷と為す、強てしたる者は貳等を加ふ、加ふ者は加へて死に入らずの類の如し」。律に例なく、及び例同じからざる者は、勅令に従ふ。

勅条に規定のない事項には律条の規定を適用するが、律条に規定のない事項には勅条を適用し、律条の規定と勅条の規定とが抵触する事項には勅条の規定を適用するとして、勅条の律条に対する優越を定める。これによれば、

断罪の際に正条がない場合の比附による定刑を規定する断獄勅は、挙重明軽・挙輕明重による定刑を規定する名例律五〇条に優越するとも解しうる。そうであれば、格後勅の格条、格条の律条に対する優越を定める後唐長興二年勅と相俟って、遅くとも熙寧編勅の頒行までには名例律五〇条は効力を失い、挙重明軽・挙輕明重はその役目を終えたことになる。しかしながら、紹興六年（一一三六）八月一八日刑部員外郎周三畏言（『宋会要輯稿』一六四冊、刑法一之三七）は、法に規定のない行為を処断する手段として、律条の挙重明軽・挙輕明重の規定と勅条の比附の規定とを併記する。

刑部員外郎周三畏言へらく。国家昨に承平日々久しく、事に因りて増剋するを以て、遂に一司一路一州一県、海行の勅令格式ありて、律法刑統と兼行す。已に是れ詳尽たるも、又た或は法の載せざる所は、則ち律に挙明議罪の文ありて、勅に比附定刑の制あり。纖悉にして備さに具はると謂ふべし。乞ふらくは、今より朝廷の事に因りて修立せる一時の指揮を除くの外、自餘の一切は悉く見行の成憲に遵はんことを、と。之に従ふ。これによれば、少なくとも南宋初には挙重明軽・挙輕明重と比附とが併存していたことになる。⁽¹⁾

これらの史料からでは、挙重明軽・挙輕明重と比附との関係について明確な判断を下すことはできない。改めて律疏における挙重明軽・挙輕明重の事例と比附の事例との比較検討を通じて、両者の関係をとらえなおしておく必要がある。

二 挙重明軽・挙輕明重の理解

挙重明軽・挙輕明重がどのような解釈技法の種別に属するかという主張は、周東平氏により、類推、法官によ

る法創造、当然解釈、拡張解釈、の四説にまとめられる。⁽¹²⁾ その要点は、挙重明輕・挙輕明重は類推であるか否か、類推でなければいかなる解釈であるかということにある。

類推とする説は、名例律五〇条を「類推解釈の基本規定」とする仁井田陞氏の主張を起点とする。「輕重相挙の法は、性質について論ずれば、比附断罪に属する。比附断罪とは、罪人の犯行に適用する律の正条のないときに、類似の律条になぞらえ、あるいは既往の判例になぞらえて処断するものである」とする劉俊文氏、名例律五〇条疏の举例について「このような類推は、唐律の条文の含意を超えるものではない」とする俞榮根氏の主張などもこれに属する。⁽¹³⁾

類推ではないとする説は、「挙重明輕および挙輕明重（輕重相挙）は論理解釈であり、類推解釈ではない」とする戴炎輝氏の主張を起点とする。挙重明輕・挙輕明重について「この種の論理解釈は決して無理な拡張ではなく、それを法律中に明文で規定しても、法律が無理な比附援引を許容したとはいえない」とする蔡墩銘氏の主張もこれに属する。滋賀秀三氏は「厳密に言えば確かに法の拡張解釈になるけれども、何をもって『同じ類型に属する』犯行と見るかの判断さえ常軌を逸しないならば、至極当然の結論を裁量の余地なく導出す性質のものであつて、客観性の高い——それだけにまた応用される範囲の限られた——一つの法運用上の技術である」として、拡張解釈としつつも、当然解釈の側面を強調する。黄源盛氏は、律疏の事例では「おおむね明確な律文が輕重比擬の根拠となっている」ことから「その過程を見れば、論理的な推理や条理にもとづいて論証し、この比擬の過程で犯罪行為と律文との間を明らかに関係づけ、司法解釈の作用によって『当然』の結果を生じている。簡単にいうと、当然解釈とは、ある事実について、ある法条の規定には含まれないが、事物の本質的な道理に照らして、

当該条文に包括されるべきものと認める解釈である」と主張して当然解釈とする。⁽¹⁴⁾

他方、小野清一郎氏は名例律五〇条疏の挙重明軽の挙例を「勿論解釈」「類推に依る準用」、挙軽明重の挙例を「決して無理な拡張ではなく、寧ろ明文はないにしても法律の内面的論理として極めて当然な解釈論的展開」として明確な種別分けをしない。さらに周東平氏は「輕重相準は伝統的な法運用の技術であり、罰則を発見し論証する手段であり、それは現代の法理論や法解釈学の術語の間には、自然的に一对一で対応する関係をもたない」としたうえで「輕重相準は論理解釈の範疇に属し、主として当然解釈の属性を有するが、単にそれだけではなく、ときには拡張解釈の属性を兼ね備えることもあるとしかいえない」と主張する。⁽¹⁵⁾ 周東平氏がいうように、挙重明軽・挙軽明重を近代西欧的な解釈技法の種別にあてはめることには無理があり、むしろその技法や目的を史料に即して理解してゆくべきである。

挙重明軽・挙軽明重の技法や目的に関して、小野清一郎氏は挙重明軽・挙軽明重をまとめて「道義意識及び法律の精神より見て処罰を必要とするに拘らず、これに該当する明文の存在しない場合……には他の明文の存する場合に比照して其より重きものは処罰し、其より軽きものは処罰しない」とする。仁井田陞氏は挙重明軽について「法律に犯罪とはならぬと規定されている行為より軽い行為は罪とはならない」、挙軽明重について「犯罪となると規定されている行為より重い行為は犯罪となる」と述べる。戴炎輝氏は挙重明軽について「およそ被告人に有利なことは、法文が重い場合だけを言い軽い場合に言及しなくても、なお論理解釈により、罪を出だす（罰しないか軽く罰する規定に従う）べきである」、挙軽明重について「およそ被告人に不利なことは、法文が軽い場合だけを言い重い場合に言及しなくても、また論理解釈により、罪を入れる（罰するか重く罰する規定に従う）

べきである」と述べる。蔡墩銘氏は挙軽明重について「その他の明文が設けられた情状に照らして、より軽いものが処罰されているのであれば、それより重いものは処罰すべきである」、挙重明軽について「法律が重いものに対して減免を与えているのであれば、軽いものに対しては論ずる遑はない」と述べる。滋賀秀三氏は挙重明軽を「程度の重い犯行について（或る条件の下では）刑を減免する規定があれば、同じ類型に属する程度の軽い犯行については、明文がなくとも、（同じ条件の下で）同じ減免規定を適用する」、挙軽明重を「程度の軽い犯行について処罰が規定されているならば、同じ類型に属する程度の重い犯行については、明文がなくとも、同じ処罰規定を適用する」原理とする。劉俊文氏は挙重明軽を「罪人の犯行に律条の正文がないとき、処罰をしない、あるいは軽く処罰すべきであれば、類似の重罪の律条を援引し比較して処断する」、挙軽明重を「処罰する、あるいは重く処罰すべきであれば、類似の軽罪の律条を援引し比較して処断する」こととする。黄源盛氏は挙重明軽について「審理中の事案に対して、律に明文はないが、「罪を出だす」判決を下したいときは、より重い罪刑によって明らかにする必要がある。律文中に規定されるより重い情状でさえ罪に入らないことによって、情状のより軽い行為の罪を出だす処断が正しいことを証明するのである」、挙軽明重について「処理中の事案について、法に明文はないが「罪を入るる」判決を下すのであれば、性質を同じくするより軽い罪刑によって明らかにする必要がある。律文中に規定される軽い情状でさえ罪に入ることによって、情状のより重い行為を罪に入れる処断が当然であることを論証するのである」と述べる⁽¹⁶⁾。

これらの理解は、ほとんど一致して、名例律五〇条「罪を断ずるにして正条なく、其の応に罪を出だすべき者は、則ち重きを挙げて以て軽きを明らかにす。其の応に罪を入るべき者は、則ち軽きを挙げて以て重きを明ら

かにす」を敷衍したものである。とりあえずこれらをまとめれば、挙重明軽・挙輕明重は「既存の法条が刑名を定めない甲行為を処断すべきとき、法欠缺の補充を目的として、甲行為との間に近似性が存する乙行為と甲行為との輕重を比較したうえで、乙行為を処断する法条の刑名を甲行為に援用する技法」ということになる。

三 挙重明軽・挙輕明重の事例

挙重明軽・挙輕明重に対する理解の妥当性は史料に即して検証してゆく必要がある。本稿では、名例律五〇条疏が例示する事例に加えて、律疏の字句が挙重明軽・挙輕明重であることを示す事例、ならびに先学により挙重明軽・挙輕明重とされる事例を扱う。⁽¹⁷⁾

(A) 挙重明軽の事例

【事例1】名例律五〇条疏・賊盜律二二条

罪を断ずるに正条なき者とは、一部律内に、犯すも罪名なきなり。其の応に罪を出だすべき者とは、賊盜律に依るに、夜、故なく人の家に入り、主人、登時に殺したる者は論ずるなし、と。假有へば折傷したれば、灼然として坐せず。

名例律五〇条疏が例示する挙重明軽の事例はふたつある。第一の事例は、賊盜律二二条「諸そ夜、故なく人の家に入りたる者は笞四十。主人、登時に殺したる者は論ずるなし」に関するものである。賊盜律二二条は、正当な理由のない夜間の住居への侵入者に対してその住居の居住者が行った即時の反撃による殺害を罪としないす

るが、即時の反撃による折傷⁽¹⁸⁾については規定しない。闘訟律五条「諸ぞ闘毆して人を殺したる者は絞。刃を以てし、及び故らに人を殺したる者は斬。……闘に因らず、故らに人を毆傷したる者は、闘毆傷の罪に一等を加ふ」は、殺傷の故意のない闘毆による人の殺害を絞、凶器が刃物であれば斬とする。闘毆による折傷は闘訟律二条「諸ぞ人を闘毆して、齒を折り、耳鼻を毀缺し、一目を眇とし、及び手足の指を折り「眇とは、其の明を虧損して猶ほ物を見るを謂ふ」、若しくは骨を破り、及び湯火もて人を傷つけたる者は徒一年。一二齒・二指以上を折り、及び髪を髡りたる者は徒一年半」により徒一年とされる。闘殺と闘毆折傷との間には闘毆の結果であることで近似性が存する。結果と刑名からみて、殺害は重事であり、折傷は軽事である。夜間の侵入者への即時の反撃によることを理由に賊盜律二二条が殺害という重事を罪としないからには、折傷という軽事は規定がなくても罪としない⁽¹⁹⁾。

【事例2】名例律五〇条疏・賊盜律四〇条

又た条に、總麻以上の財物を盗みたれば、節級して凡盜の罪より減ず、と。若し詐欺及び坐贓の類を犯したれば、律に在りて減ずるの文なきと雖も、盜罪も尚ほ科を減ずるを得れば、餘犯は明らけし、減ずるの法に従ふは。此れ並びに、重きを挙げて輕きを明らかにするの類なり。

名例律五〇条疏が例示する挙重明輕の第二の事例は、賊盜律四〇条「諸ぞ總麻・小功親の財物を盗みたる者は、凡人より一等を減ず。大功は二等を減ず。期親は三等を減ず。殺傷したる者は、各々本殺傷に依りて論ず」「此れ、盜に因りて誤殺したる者を謂ふ。若し規求する所ありて、故らに期以下の卑幼を殺したる者は絞。餘条は此に準

ず」に関するものである。賊盜律四〇条は、緦麻親・小功親の財物の盜取すなわち殺傷のない強盜と竊盜を親屬關係のない凡人間の財物の盜取から一等減、大功親の財物の盜取を二等減、期親の財物の盜取を三等減とするが、これら親屬間の詐欺・坐贓の減等については規定しない。賊盜律三四条「諸ぞ強盜、財を得ざれば徒二年。一尺は徒三年。二疋ごとに一等を加ふ。十疋、及び人を傷つけたる者は絞。人を殺したる者は斬〔奴婢を殺傷したるも亦た同じ。財主に非ざると雖も、但ぞ盜に因りて殺傷したれば、皆な是なり〕」は、凡人間の殺傷のない強盜を徒二年から絞、賊盜律三五条「諸ぞ竊盜、財を得ざれば笞五十。一尺は杖六十。一疋ごとに一等を加へ、五疋は徒一年。五疋ごとに一等を加へ、五十疋は加役流」は、凡人間の竊盜を笞五十から加役流とする。詐偽律一二条「諸ぞ官私を詐欺し、以て財物を取りたる者は、盜に準じて論ず」は詐欺を笞五十から流三千里、⁽²⁰⁾雜律一条「諸ぞ坐贓もて罪を致したる者は、一尺は笞二十。一疋ごとに一等を加へ、十疋は徒一年。十疋ごとに一等を加へ、罪は徒三年に止む。与へたる者は五等を減ず」は坐贓を笞二十から徒三年とする。盜取と詐欺・坐贓との間には贓罪であることで近似性が存する。⁽²¹⁾刑の上限からみて、盜取は重事であり、詐欺・坐贓は軽事である。親屬の財物の領得であることを理由に賊盜律四〇条が盜取という重事を減等するからには、詐欺・坐贓という軽事は規定がなくても減等する。⁽²²⁾

【事例3】鬪訟律四六条疏

子孫、外孫、子孫の婦・妾を誣告したる者とは、曾玄の婦・妾も亦た同じ。及び己の妾たる者は、各々論するなし。其の告して実を得るありたる者も、亦た坐せず。

戴炎輝、黃源盛の両氏により挙重明輕とされる。關訟律四一条「諸そ人を誣告したる者は各々反坐す」は、凡人間の誣告を告言した罪に相当する罪とし、凡人間の実告を罪としない。卑幼の罪の告言に關する關訟律四六条「諸そ總麻・小功の卑幼を告したれば、実を得たると雖も杖八十。大功以上は遞々一等を減ず。誣告の重き者は、期親は誣する所の罪より二等を減じ、大功は一等を減ず。小功以下は凡人を以て論ず。即し子孫、外孫、子孫の婦・妾、及び己の妾を誣告したる者は、各々論ずるなし」は、子孫、外孫、子孫の婦・妾、および己の妾の誣告を罪としないが、これらの者の実告については規定しない。曾孫・玄孫の婦・妾の誣告は、名例律五二条「孫と称する者は曾玄も同じ」により罪とならない。誣告と実告との間には告言であることで近似性が存する。關訟律四一条が凡人間の誣告を罪として実告を罪としないことからみて、誣告は重事であり、実告は輕事である。子孫、外孫、子孫の婦・妾、自己の妾、ならびに曾孫・玄孫の婦・妾に対するものであることを理由に關訟律四六条と名例律五二条が誣告という重事を罪としないからには、実告という輕事は規定がなくても罪としない⁽²³⁾。

【事例4】名例律三〇条問答第三

又た問ふ。既に、人を傷つけたるは收贖す、と称したれば、即ち傷つけざる者は罪なきに似たり。若し他人の部曲・奴婢を毆殺する……ありたれば、若為に科断せん。

答へて曰く。奴婢は賤隸たれば、唯だ盜せらるるの家に於いて人と称するのみ。自外の諸条の殺傷は、良人の限に同じからず。若し老小篤疾たれば、律は哀矜を許し、雜犯の死刑は並びに科罪せず、人を傷つけ、及び盜みたるは俱に贖刑に入る。例に云ふ、一家の三人を殺したるは不道と為す、と。注に云ふ、部曲・奴婢

を殺したる者は非なり、と。即ち驗らけし、奴婢は良人の限に同じからざるは。唯だ盜に因りて傷殺したれば、亦た良人と同じ。其の応に罪を出だすべき者は、重きを挙げて以て輕きを明らかにす。雜犯の死刑も尚ほ罪を論ぜず。部曲・奴婢を殺傷したるも、明らけし、亦た論ぜざるは。

名例律五〇条の引用が挙重明輕であることを示す。名例律六条不道「五に曰く不道「一家の死罪に非ざる三人を殺し、及び人を支解し、疊毒を造畜し、厭魅したるを謂ふ」は、一家に属する死罪にあたらぬ三人以上の殺害である殺一家三人を十惡第五の不道に入れる。賊盜律一二条「諸そ一家の死罪に非ざる三人を殺し」[籍を同じくし、及び期親は一家と為す。……奴婢・部曲は非なり]、及び人を支解したる者は、皆な斬」が殺一家三人の「三人」に部曲・奴婢を含まないように、律は原則として「人」に部曲・奴婢を含まない。賊盜律三四条【事例2】所掲）が強盜の被害家で殺傷された「人」に奴婢を含むのは例外である。鬪訟律五条【事例1】所掲）が絞または斬とする鬪殺の客体である「人」も部曲・奴婢を含まない。八〇歳以上、一〇歳以下、ならびに重度の障碍者である老小篤疾の行為を、謀反・謀大逆・殺人の死罪を上請とし、盜犯および傷害を收贖とするのを除いて罪としない名例律三〇条「八十以上、十歳以下、及び篤疾、反・逆・殺人を犯して応に死たるべき者は、上請す。盜み、及び人を傷つけたる者も、亦た收贖す。餘は皆な論ずるなし」にいう殺人・傷害の客体である「人」も部曲・奴婢を含まない。名例律三〇条は老小篤疾による謀反・謀大逆・殺人を除く雜犯死罪を罪としないが、上請とする殺人の客体に部曲・奴婢を含まないものであるから、老小篤疾による他人の部曲・奴婢の毆殺については規定していないことになる。部曲・奴婢の毆殺は、鬪訟律一九条「諸そ部曲、良人を毆りたる者は「官戸と部曲と同じ」、凡人に一等を加ふ「加ふ者は加へて死に入る」。奴婢は又た一等を加ふ。若し奴婢、良人を毆

り、支体を折跌し、及び其の一目を瞎としたる者は絞。死したる者は各々斬。其れ良人、他人の部曲を毆傷殺したる者は、凡人より一等を減ず。奴婢は又た一等を減ず。若し故らに部曲を殺したる者は絞。奴婢は流三千里。即し部曲・奴婢、相ひ毆傷殺したる者は、各々部曲と良人と相ひ毆傷殺したるの法に依る「餘条の良人・部曲・奴婢、私に相ひ犯し、本条に正文なき者は、並びに此に準ず」。財物を相ひ侵したる者は、此の律を用ゐず」により処断され、部曲の毆殺は凡人の闘殺から一等を減じた流三千里、奴婢の毆殺は二等を減じた徒三年となる。老小篤疾による雑犯死罪と老小篤疾による部曲・奴婢の闘殺との間には、老小篤疾の行為であることで近似性が存する。刑名からみて、雑犯死罪は死刑の重事であり、部曲・奴婢の毆殺は流刑・徒刑の軽事である。老小篤疾の行為であることを理由に名例律三〇条が雑犯死罪という重事を罪としないからには、部曲・奴婢の毆殺という軽事は規定がなくても罪としない。⁽²⁴⁾

【事例5】名例律四七条疏

奴婢は賤人たりて、律は畜産に比す。相ひ殺したれば合に死を償ふべきと雖も、主、免ずるを求めたる者は減ずるを聴す。若し部曲、故らに同主の賤人を殺したれば、亦た死罪に至るも、主、死を免ずるを求めたれば、亦た減ずるの法に同じくするを得。但そ奴の奴を殺したるは是れ重けれども、主、免ずるを求めたる者は尚ほ聴す。部曲の奴を殺したるは既に輕ければ、主、免ずるを求めたる者は亦た免ずるを得。既に同主と称したれば、即ち是れ私家なり。若し是れ官奴、自ら犯したれば、此の律に依らず。

「是れ重けれども」「既に輕ければ」などの字句が拳重明輕であることを示す。名例律四七条「即し同主の奴

婢、自ら相ひ殺し、主、免ずるを求めたる者は、死より一等を減ずるを聴す」は、同主の私奴婢間の殺害による死刑に主の求めによる一等減を認めるが、同主の部曲による私奴婢の殺害については規定しない。奴婢間の殺害は、名例律四七条「諸そ官戸・部曲、官私奴婢、犯すありて、本条に正文なき者は、各々良人に准ず」により凡人間の殺害と同じであるから、鬪訟律五条〔事例1〕所掲により鬪殺は絞または斬、故殺は斬である。部曲による奴婢の殺害は鬪訟律一九条〔事例4〕所掲により鬪殺は流三千里、故殺は絞とされる。奴婢間の殺害と部曲による奴婢の殺害との間には、賤人間の殺害であることで近似性が存する。刑名からみて、奴婢間の殺害は重事であり、部曲による奴婢の殺害は軽事である。主の求めを理由に名例律四七条が同主の私奴婢間の殺害という重事を減等するからには、同主の部曲による私奴婢の殺害という軽事は規定がなくても減等する。⁽²⁵⁾

【事例6】戸婚律一六条疏

若し親属相ひ侵したれば、罪を得ること各々服紀に依り、親属、財物を盗むの法に準ず。

戴炎輝氏により挙重明軽とされる。賊盜律四〇条〔事例2〕所掲は親属間になされた盜取を減等するが、ひそかに他人の田地を耕作・播種する盜耕種、ならびに威力を行使して他人の田地を耕作・播種する強耕種が親属間になされた場合については規定しない。賊盜律三四条〔事例2〕所掲は凡人間の殺傷のない強盜を徒二年から絞、賊盜律三五条〔事例2〕所掲は凡人間の竊盜を笞五十から加役流とする。戸婚律一六条「諸そ公私の田を盜耕種したる者は、一畝以下は笞三十。五畝ごとに一等を加ふ。杖一百を過ぐれば、十畝ごとに一等を加へ、罪は徒一年半に止む。荒田は一等を減ず。強てしたる者は、各々一等を加ふ」は、盜耕種を笞二十から徒

一年、強耕種を笞三十から徒一年半とする。盜取と盜耕種・強耕種との間には窃・強に分けられる財産の侵奪行為であることで近似性が存する。刑の上限からみて盜取は重事であり盜耕種・強耕種は輕事である。親屬間になされたことを理由に賊盜律四〇条が盜取という重事を減等するからには、盜耕種・強耕種という輕事は規定がなくとも減等する。⁽²⁶⁾

【事例7】斷獄律一九条問答

問ひて曰く。人あり、本と加役流を犯す。出だして一年の徒坐と為す。放ちて還た獲たれば一等を減ず。合に何の罪を得べきや。

答へて曰く。加役流を全出したれば、官司は合に全罪を得べし。放ちて還た獲たれば一等を減じ、合に徒三年たるべし。⁽²⁷⁾今、加役流より、出だして一年の徒坐と為せば、計るに五年の剩罪あり。放ちて還た獲たれば一等を減ず。若し徒の法に依り一等を減ずれば、仍ほ合に四年半の徒たるべし。既に是れ剩罪たれば、全出の坐より重かるべからず。重きを挙げて輕きを明らかにす。止だ合に三年の徒罪たるべし。

名例律五〇条の引用が挙重明輕であることを示す。斷獄律一九条「諸そ官司、人を罪に入れたる者は、若し全罪を入れたれば、全罪を以て論ず。輕きより重きに入れたれば、剩す所を以て論ず。刑名易へたる者は、笞より杖に入れ、徒より流に入れたれば、亦た剩す所を以て論ず。笞杖より徒流に入れ、徒流より死罪に入れたれば、亦た全罪を以て論ず。其れ罪を出だしたる者は、各々之の如し。即し罪を斷じて入るるに失したる者は、各々三等を減ず。出だすに失したる者は、各々五等を減ず。若し未だ決放せず、及び放ちて還た獲、若しくは囚自ら死

罪、刑を科すべき者を罪なしとする全出、重い刑を科すべき者を軽い刑に処する出罪からなる、出入人罪に関する規定である。故意の全出である故全出は全罪の刑、故意の出罪である故出は科すべき刑と処した刑の差額分である剰罪の刑に処される。故意に全出または出罪された者を釈放後に再逮捕した場合是一等減とする。加役流を科すべき者を故全出した場合は全罪の加役流に処されるから、その者を釈放後に再逮捕した場合是一等を減じた徒三年となる。加役流を科すべき者を徒一年に故出した場合は剰罪の徒五年に処されるから、その者を釈放後に再逮捕した場合の一等減は徒刑の等差の半年に比して徒四年半となる。これでは加役流の故全出が釈放後の再逮捕により減輕された徒三年より重くなる。この不合理を改めるために拳重明輕が用いられる。加役流の故全出と加役流から徒一年への故出との間には罪の故出であることで近似性が存する。刑名からみて、加役流の故全出は重事であり、加役流から徒一年への故出は輕事である。釈放後の再逮捕を理由に断獄律一九条が加役流の故全出という重事を徒三年に減輕するからには、加役流から徒一年への故出という輕事は徒三年へと減輕すべきである。³⁰⁾

(B) 拳輕明重

【事例8】 名例律五〇条疏.. 賊盜律六条

案ずるに賊盜律に、期親の尊長を殺さんと謀りたれば皆斬、と。已に殺したる、已に傷つけたるの文なし。如し殺傷ありたる者は、始め謀るは是れ輕きに尚ほ死罪を得るを挙げ、殺し及び謀りて已に傷つけたるは是

れ重ければ、明らけし、皆な斬の坐に従ふは。

名例律五〇条疏が例示する挙輕明重の事例はふたつある。第一の事例は賊盜律六条「諸そ期親の尊長、外祖父母、夫、夫の祖父母父母を殺さんと謀りたる者は皆な斬」に関するものである。賊盜律六条は期親尊長など近親尊長の殺害の予謀を斬とするが、予謀の実行に着手して傷害した謀殺已傷、ならびに実行に着手して殺害した謀殺已殺については規定しない。予謀のある殺人である謀殺の一般規定である賊盜律九条「諸そ人を殺さんと謀りたる者は徒三年。已に傷つけたる者は絞。已に殺したる者は斬」は、予謀の実行に着手しなかつたか、実行に着手したが傷害に至らなかつた謀殺未傷を徒三年、謀殺已傷を絞、謀殺已殺を斬とする。謀殺未傷と謀殺已傷・謀殺已殺との間には、殺害の予謀の結果であることで近似性が存する。結果と刑名からみて、謀殺未傷は輕事であり、謀殺已傷・謀殺已殺は重事である。客体が期親尊長であることを理由に賊盜律六条が謀殺未傷という輕事を皆な斬とするからには、謀殺已傷・謀殺已殺という重事は規定がなくても皆な斬とする⁽³¹⁾。

【事例 9】名例律五〇条疏・名例律一五条

又た例に云ふ、大功の尊長、小功の尊属を殴り、告したれば、蔭を以て論ずるを得ず、と。若し期親の尊長を殴り、告するありたれば、大功は是れ輕きを挙げ、期親は是れ重ければ、亦た蔭を用ゐるを得ず。是れ輕きを挙げて重きを明らかにするの類なり。

名例律五〇条疏が例示する挙輕明重の第二の事例は、名例律一五条「若し尊長の蔭を藉りて所蔭の尊長を犯し、及び所親の蔭を藉りて所親の祖父母父母を犯したる者は、並びに蔭を為すを得ず。即し大功の尊長、小功の尊属

を殴り、告したる者は、亦た蔭を以て論ずるを得ず」に關するものである。名例律一五条は、官員など刑の減免特權を有する者の親屬が刑の減免を得る蔭は大功尊長ならびに小功尊屬の殴打・告言に適用されないとするが、期親尊長の殴打・告言については規定しない。鬪訟律二六条「諸そ總麻の兄姊を殴りたれば杖一百。小功・大功は各々遞々一等を加ふ。尊屬たる者は又た各々一等を加ふ。傷重き者は、各々遞々凡鬪傷に一等を加ふ。死したる者は斬。即し従父兄姊を殴りたれば、凡鬪に準ず。応に流三千里たるべき者は絞。若し尊長、卑幼を殴り、折傷したる者は、總麻は凡人より一等を減ず。小功・大功は遞々一等を減ず。死したる者は絞。即し従父弟妹、及び従父兄弟の子孫を殺殺したる者は流三千里。若し刃を以てし、及び故らに殺したる者は絞」は、小功尊屬・大功長屬の殴打を徒一年半、大功尊屬の殴打を徒二年とする。鬪訟律二七条「諸そ兄姊を殴りたる者は徒二年半。功長屬の殴打を徒一年半、大功尊屬の殴打を徒二年とする。折傷したる者は流三千里。刃傷し、及び支を折り、若しくは其の一目を瞎としたる者は絞。死したる者は皆な斬。冒りたる者は杖一百。伯叔父母、姑、外祖父母は、各々一等を加ふ。即し過失殺傷したる者は、各々本殺傷の罪より二等を減ず」は、期親長屬である兄姊の殴打を徒二年半、期親尊屬である伯叔父母の殴打を徒三年とする。鬪訟律四五条「諸そ期親の尊長、外祖父母、夫、夫の祖父母を告したれば、實を得たると雖も徒二年。其れ告事重き者は、告する所の罪より一等を減ず。即し誣告重き者は、誣する所の罪に三等を加ふ。大功の尊長を告したれば各々一等を減ず。小功・總麻は二等を減ず。誣告重き者は、各々誣する所の罪に一等を加ふ」は、大功尊長の告言を徒一年半、小功尊長の告言を徒一年、期親尊長の告言を徒二年とする。大功尊長・小功尊屬の殴打・告言と期親尊長の殴打・告言との間には、尊長の殴打・告言であることで近似性が存する。服紀と刑名からみて、大功尊長・小功尊屬の殴打・告言は輕事であり、期親尊長の殴打・告言は重事である。

大功尊長・小功尊属の殴打・告言という軽事に名例律一五条が蔭は適用されないとするからには、期親尊長の殴打・告言という重事には規定がなくても蔭は適用されない。⁽³³⁾

【事例10】雑律四七条疏

盗を以て論ずと称する者は、真盗と同じくし、十悪に入る。服に非ずして御の物等は十悪に入らず。盗律に拠るに、其れ神御に供するに擬し、及び供して廢闕し、若しくは饗薦の具の已に饌呈したる者は徒二年、未だ饌呈せざる者は徒一年半、と。又た御宝を盗みたるの条に、服御に供するに擬したるもの等も、亦た並びに徒二年、と。今、此の条は、上に大祀を棄毀しと言ひ、下に服に非ずして御のものは盗を以て論ず、と称す。服に非ずして御のものは徒一年半に準じ、下を挙げて上を明らかにす。即し服御に供するに擬したるものを棄毀したれば、罪徒一年半以上に準じ、亦た各々盗を以て論ず。

「下を挙げて上を明らかにす」という字句が拳輕明重であることを示す。雑律四七条「諸そ大祀の神御の物、若しくは御宝、乗輿の服御の物、及び服に非ずして御のものを棄毀したる者は、各々盗を以て論ず」は、皇帝の祭器である大祀の神御の物、皇帝の印章である御宝、皇帝が身に着ける服御の物、ならびに皇帝の身の回りの服に非ずして御の物の毀棄を以盗論とするが、服御に供するに擬した物すなわち未成品については規定しない。賊盗律二三条「諸そ大祀の神御の物を盗みたる者は流二千五百里。其れ神御に供するに擬し、及び供して廢闕し、若しくは饗薦の具の已に饌呈したる者は徒二年。未だ饌呈せざる者は徒一年半。已に關りたる者は杖一百」を以て論じられる大祀の神御の物の毀棄は流二千五百里である。賊盗律二四条「諸そ御宝を盗みたる者は絞。乗輿の

服御の物たる者は流二千五百里「乘輿に供奉するの物を謂ふ。服は衾茵の属に通じ、真・副、等し。皆な監当の官、部分擬進するを須ち、乃ち御物と為す」。其れ服御に供するに擬し、及び供して廢闕し、若しくは食の將に御せんとする者は徒二年「將に御せんとするとは、已に監当の官に呈したるを謂ふ」。食御に供するに擬し、及び服に非ずして御の者は徒一年半」を以て論じられる御宝の棄毀は絞、服御の物の棄毀は流二千五百里、服に非ずして御の物の棄毀は徒一年半である。服御に供するに擬した物の盜取を賊盜律二四条は徒二年とする。服に非ずして御の物の棄毀と服御に供するに擬した物の棄毀との間には、皇帝に属する物の棄毀であることで近似性が存する。盜取の刑名からみて、服に非ずして御の物は輕事、服御に供するに擬した物は重事である。服に非ずして御の物の毀棄という輕事を雜律四七条が以盜論とするからには、服御に供するに擬した物の毀棄という重事は規定がなくても以盜論として徒二年に処する。⁽³⁴⁾

【事例11】名例律六条不孝問答

問ひて曰く。賊盜律に依るに、子孫、祖父母父母に於いて、愛媚を求めて厭呪したる者は流二千里、と。然れば厭魅と呪詛は罪に輕重なし。今、詛は不孝たり。未だ知らず、厭は何の条に入るかを。

答へて曰く。厭と呪は復た文を同じくすると雖も、理は乃て詛は輕く厭は重し。但そ凡人を厭魅したれば則ち不道に入る。呪詛したる者は十惡に入らざるが若し。名例に云ふ、其の応に罪に入るべき者は、則ち輕きを挙げて以て重きを明らかにす、と。然して呪詛は是れ輕きに、尚ほ不孝に入る。明らかに知る、厭魅は是れ重ければ、理に此の条に入るを。

名例律五〇条の引用が挙輕明重であることを示す。名例律六条不孝「七に曰く不孝〔祖父母父母を告言し、詛冒し……たるを謂ふ〕」は、祖父母父母への詛すなわち呪詛を十惡第七の不孝に入れるが、祖父母父母への厭魅については規定しない。⁽³⁵⁾ 賊盜律一七条「諸ぞ憎惡する所ありて、厭魅を造り、及び符書を造りて呪詛し、以て人を殺さんと欲したる者は、各々謀殺を以て論じ二等を減ず〔期親の尊長、及び外祖父母、夫、夫の祖父母父母に於いてしたれば、各々減ぜず〕。故を以て死に致したる者は、各々本殺の法に依る。以て人を疾苦せんと欲したる者は、又た二等を減ず〔子孫の祖父母父母に於いてし、部曲・奴婢の主に於いてしたる者は、各々減ぜず〕。即し祖父母父母及び主に於いて、直だ愛媚を求めて厭呪したる者は流二千里。若し乘輿に涉りたる者は皆な斬」は、祖父母父母への寵愛を得るための厭呪を流二千里とする。厭呪は厭魅と呪詛の連称であるから、厭魅と呪詛の罪の重さは同等である。しかし名例律六条不道〔事例4〕所掲〕は凡人への厭魅を十惡第五の不道に入れ、呪詛を入れない。厭魅と呪詛との間には厭呪と連称されるほどの近似性が存する。十惡不道に入るか否かという点からみて、呪詛は輕事であり、厭魅は重事である。寵愛を得るためのものでも祖父母父母への呪詛という輕事を名例律六条不孝が十惡不孝に入れるからには、祖父母父母への厭魅という重事は規定がなくても十惡不孝に入る。⁽³⁶⁾

【事例12】名例律六条不睦疏

但ぞ總麻以上の親を殺さんと謀り、及び売るありたれば、尊卑長幼を問ふなく、総て此の条に入る。若し期親の尊長等を殺さんと謀りて殺し訖れば、即ち惡逆に入る。今、直だ謀殺を言ひて、故鬪を言はざるも、若

し故闘して殺し訖れば、亦た不睦に入る。殺さんと謀りて未だ傷つけざるは是れ輕きを挙げ、故闘して已に殺したるは是れ重きを明らかにす。輕重相ひ明らかかなれば、理に十惡に同じ。

「是れ輕きを挙げ」「是れ重きを明らかにす」という字句が拳輕明重であることを示す。名例律六条不睦「八に曰く不睦〔總麻以上の親を殺さんと謀り、及び売り、夫、及び大功以上の尊長、小功の尊屬を殴り、告したるを謂ふ〕」は、總麻以上の尊長の謀殺未傷を十惡第八の不睦に入れるが、總麻以上の尊長の闘殺・故殺については規定しない。賊盜律六条「總麻以上の尊長を殺さんと謀りたる者は流二千里。已に傷つけたる者は絞。已に殺したる者は皆な斬」は、總麻・小功・大功の尊長の謀殺未傷を流二千里とする。闘訟律二六条〔事例9〕所掲は、總麻・小功・大功の尊長の闘殺・故殺を流三千里から斬とする。總麻以上の尊長の謀殺未傷と總麻以上の尊長の闘殺・故殺との間には、總麻以上の尊長への加害であることで近似性が存する。結果と刑名からみて、總麻以上の尊長の謀殺未傷は輕事であり、總麻以上の尊長の闘殺・故殺は重事である。總麻以上の尊長の謀殺未傷という輕事を名例律六条不睦が十惡不睦に入れるからには、總麻以上の尊長の闘殺・故殺という重事は規定がなくとも十惡不睦に入る。⁽³⁷⁾

【事例13】賊盜律一七条疏

若し乘輿に涉りたる者は、罪に首従なく、皆な合に斬に処すべし。直だ愛媚を求めたるも、便ち極刑を得。服御の物を盗みたるより重ければ、例に準じて亦た十惡に入る。

「服御の物を盗みたるより重ければ、例に準じて亦た十惡に入る」という字句が拳輕明重であることを示す。

名例律六条大不敬「六に曰く大不敬「大祀神御の物、乗輿の服御の物を盗み、御宝を盗み及び偽造したる……を謂ふ」は、服御の物の盗取を十惡第六の大不敬に入れるが、皇帝への寵愛を得るための厭魅・呪詛については規定しない。賊盜律二四條【事例10】所掲）は服御の物の盗取を流二千五百里とする。賊盜律一七條【事例11】所掲）は皇帝への寵愛を得るための厭魅と呪詛を皆な斬とする。服御の物の盗取と皇帝への寵愛を得るための厭魅・呪詛との間には、皇帝への加害であることで近似性が存する。刑名からみて、服御の物の盗取は輕事であり、皇帝への寵愛を得るための厭魅・呪詛は重事である。服御の物の盗取という輕事を名例律六条大不敬が十惡大不敬に入れるからには、皇帝への寵愛を得るための厭魅・呪詛という重事は規定がなくても十惡大不敬に入る。⁽³⁸⁾

【事例14】名例律一八條問答第二

問ひて曰く。監守内にて人を略したれば、罪は除名の色に當つ。奴婢は例に良人の限に非ず。若し監守内にて部曲を略したれば、亦た合に除名とすべきや以否や。

答へて曰く。一家の死罪に非ざる三人を殺したれば乃ち不道に入るに拠るに、奴婢・部曲は良人の例に同じからず。強盜、若し財主の部曲を傷つけたれば、即ち良人に同じ。各々當条を以て義を見るに、亦た一定の理なし。今、良人及び奴婢を略したれば、並びに合に除名とすべし。奴婢を略したるは是れ輕きに、賊を計りて除名に入るの法を挙げ、部曲を略したるは是れ重ければ、明らかに知る、亦た合に除名とすべきを。

「是れ輕きに」「是れ重ければ」などの字句が拳輕明重であることを示す。賊盜律四五條「諸そ人を略し、人を略して「和せざるを略と為す。十歳以下は、和したると雖も、亦た略の法に同じ」、奴婢と為したる者は絞。

部曲と為したる者は流三千里。妻妾・子孫と為したる者は徒三年「因りて人を殺傷したる者は、強盜の法に同じ」。和誘したる者は、各々一等を減ず。若し和同して相ひ売りて奴婢と為したる者は、皆な流二千里。売りて未だ售らざる者は一等を減ず「下条、此に準ず」。即し他人の部曲を略し、和誘し、及び和同して相ひ売りたる者は、各々良人より一等を減ず」に規定する人の略取を行った監臨主守の官員を、名例律一八条「即し監臨主守、監守する所の内に於いて姦を犯し、盗み、人を略し、若しくは財を受けて法を枉げたる者は、亦た除名とす」は除名とする。その際、名例律一八条疏「律文は但だ人を略したると称すれば、即ち将て良と賤たるとを限らず」は、略取された人の良賤を問わない。名例律六条不道【事例4】所掲が十惡第五の不道に入れる殺一家非死罪三人の「人」は部曲・奴婢を含まないが、賊盜律三四条【事例2】所掲の強盜殺傷の客体である「人」は奴婢を含む。賊盜律四六条「諸ぞ奴婢を略したる者は、強盜を以て論ず。和誘したる者は、窃盜を以て論ず。各々罪は流三千里に止む」監臨主守と雖も亦た同じ」は奴婢の略取を強盜を以て論じ、名例律一八条は監臨主守による強盜を除名とするから、監臨主守による奴婢の略取も除名とされる。しかし監臨主守による部曲の略取が除名とされるか否かについては規定がない。賊盜律四六条は奴婢の略取を徒二年から流三千里とする。賊盜律四五条は部曲の略取を徒二年半から流三千里とする。奴婢の略取と部曲の略取との間には、賤人の略取であることで近似性が存する。賤人の等級と刑の下限とからみて、奴婢の略取は軽事であり、部曲の略取は重事である。奴婢の略取という軽事を名例律一八条が除名とするからには、部曲の略取という重事は規定がなくても除名とする。³⁹⁾

【事例15】雑律三七条疏

隄防を決したるの故を以て、人を殺傷したる者は、故殺傷を以て論ずとは、人を殺したる者は合に斬たるべく、人の一支を折りたれば流二千里の類を謂ふ。上条に、人を殺傷したれば鬪殺傷の罪より一等を減ず、畜産を殺傷するありたれば減価を償す、餘条は此に準ず、と。今、故殺傷を以て論ず。其れ畜産を殺傷したれば、明らけし、減価を償するは。

戴炎輝氏により挙輕明重とされる。雑律三七条「諸ぞ隄防を盜決したる者は杖一百。若し人家を毀害し、及び財物を漂失し、賊重き者は、坐賊もて論ず。故を以て人を殺傷したる者は鬪殺傷の罪より一等を減ず。……其れ故らに隄防を決したる者は徒三年。漂失して賊重き者は盜に準じて論ず。故を以て人を殺傷したる者は故殺傷を以て論ず」は、河水を盜用するための堤防の損壊である盜決という原因行為の結果として生じた人の殺傷を鬪殺傷からの一等減とし、故意の堤防の決壊である故決という原因行為の結果として生じた人の殺傷を故殺傷を以て論ずる。關訟律五条（【事例1】所掲）は、故殺を斬、故毆傷を鬪毆傷への一等加とする。雑律四条「諸ぞ城内の街巷、及び人衆の中に於いて、故なく車馬を走らせたる者は笞五十。故を以て人を殺傷したる者は鬪殺傷より一等を減ず」「畜産を殺傷したる者は、減ずる所の価を償す。餘条に、鬪殺傷より一等を減ずと称する者は、畜産を殺傷するありたれば、並びに此に準ず」は、街路や人衆の中での車馬の走行などの原因行為の結果として生じた人の殺傷が鬪殺傷からの一等減とされる場合、同じ原因行為の結果として生じた畜産の殺傷には減価の備償が附加する。これにより、盜決という原因行為の結果として生じた畜産の殺傷には減価の備償が附加されるが、故決という原因行為の結果として生じた畜産の殺傷に減価の備償が附加されるか否かについては規定がない。盜

決と故決との間には堤防の損壊であることで近似性が存する。刑名からみて、盜決は杖一百の輕事であり、故決は徒三年の重事である。盜決という輕事の結果として生じた畜産の殺傷に雜律四条が減価の備償を附加するからには、故決という重事の結果として生じた畜産の殺傷には規定がなくても減価の備償を附加する。⁽⁴⁰⁾

【事例16】詐偽律二四条問答

問ひて曰く。詐りて人を陥れ、朽敗せる橋梁に渡し、之を溺して甚だ困しめたるも、傷つけず、死さざるは、律条に文なし。合に何の罪を得べきや。又た、人、難を免れたると雖も、畜産を溺陥したれば、又た若為に科すや。

答へて曰く。律に云ふ、詐りて人を陥れ、死し、及び傷つけたるに至る、と。但だ重法を論じ、其の輕坐を略して、備さには言ふべからず。別に、重きを挙げて輕きを明らかにす、及び不応為の罪あり。若し誑かし陥れ、溺せしめたれば、傷死せざると雖も、猶ほ、人を殴りて傷つけざるに同じくして論ず。陥れて畜産を殺傷したる者は、坑穽を作りたるの例に準じて、其の減価を償す。

名例律五〇条の引用が挙重明輕・挙輕明重であることを示す。こここの「重きを挙げて輕きを明らかにす」という字句は挙重明輕と挙輕明重の双方を包摂する。⁽⁴¹⁾

詐偽律二四条「諸そ詐りて人を陥れ、死し、及び傷つけたるに至る者は、鬪殺傷を以て論ず」「津河の深潭、橋船の朽敗を知り、人を誑かして渡らしむるの類を謂ふ」は、人を欺いて危難に陥れる詐陷という原因行為の結果として生じた人の殺傷を、謀殺已殺・謀殺已傷ではなく、鬪殺傷を以て論ずる。しかし詐陷という原因行為の

結果として人の殺傷が生じなかった未傷については規定がない。詐陥による已殺・已傷と詐陥による未傷との間には、詐陥という原因行為の結果であることで近似性が存する。結果からみて、已殺・已傷は重事であり、未傷は軽事である。詐陥という原因行為の結果であることを理由に詐偽律二四条が已殺・已傷という重事を謀殺已殺・謀殺已傷ではなく闘殺傷を以て論じるからには、未傷という軽事は規定がなくても謀殺未傷ではなく闘殺未傷を以て論じ、闘訟律一条「諸そ人を闘殴したる者は笞四十」「手足を以て人を撃ちたる者を謂ふ」。傷つけ、及び他物を以て人を殴りたる者は杖六十「血を見るを傷と為す。手足に非ざる者は、其餘は皆な他物と為す。即し兵刃を用ゐざれば、亦た是なり」。傷つけ、及び髪を抜くこと方寸以上たれば杖八十。若し血、耳目より出で、及び内損して吐血したる者は、各々二等を加ふ」により笞四十とする。これは挙重明輕の事例である。

雜律四條（事例15）所掲は、街路や人衆の中での車馬の走行などの原因行為の結果として生じた人の殺傷が闘殺傷からの一等減とされる場合、同じ原因行為の結果として生じた畜産の殺傷には減価の備償を附加する。これにより、雜律六條「諸ぞ機槍を施し、坑穿を作りたる者は杖一百。故を以て人を殺傷したる者は闘殺傷より一等を減す」に規定される、毆や落とし穴の設置という原因行為の結果として生じた畜産の殺傷にも減価の備償が附加される。しかし詐偽律二四條が規定する詐陥という原因行為の結果として生じた畜産の殺傷に減価の備償が附加されるか否かについては規定がない。雜律六條に規定される原因行為の結果として生じた人の殺傷は闘殺傷からの一等減であり、詐陥という原因行為の結果として生じた人の殺傷は闘殺傷を以て論じられる。雜律六條に規定される原因行為の結果として生じた畜産の殺傷と詐偽律二四條に規定される詐陥という原因行為の結果として生じた畜産の殺傷との間には、結果加重がなされる原因行為から生じた畜産の殺傷であることで近似性が存

する。結果として生じた人の殺傷の刑名からみて、雑律六条に規定される原因行為は軽事であり、詐陷という原因行為は重事である。雑律六条に規定される原因行為という軽事の結果として生じた畜産の殺傷に雑律四条が減価の備償を附加するからには、詐陷という原因行為という重事の結果として生じた畜産の殺傷には規定がなくても減価の備償が附加される。これは挙輕明重の事例である。⁽⁴²⁾

【事例17】鬪訟律二八条疏

子孫、祖父母父母に於いて、情、順はざるありて輒く罵りたる者は、合に絞たるべし。殴りたる者は斬。律に皆なの字なけれども、文に案じて知るべし。子孫、共に殴撃したると雖も、情を原ぬれば俱に是れ自ら殴りたれば、皆なの字なきと雖も、各々合に斬刑たるべし。下条に、妻妾、夫の祖父母父母を殴りて傷つけたる者は皆な斬、と。輕きを挙げて重きを明らかにす。皎然として惑はず。

名例律五〇条の引用が挙輕明重であることを示す。鬪訟律二九条「諸そ妻妾、夫の祖父母父母を罵りたる者は徒三年。殴りたる者は絞。傷つけたる者は皆な斬」は、妻妾による夫の祖父母父母の殴傷を皆な斬とする。「皆な」の字があるので共同殴傷の從犯の減輕はなされない。鬪訟律二八条「諸そ祖父母父母を罵りたる者は絞。殴りたる者は斬。過失して殺したる者は流三千里。傷つけたる者は徒三年」は、子孫による祖父母父母の殴打を斬とする。挙輕明重により殴傷も斬である。「皆な」の字がないので共同殴打の從犯は流三千里に減輕される⁽⁴³⁾。これでは妻妾による夫の祖父母父母の共同殴傷の從犯の斬より軽くなる。この不合理を改めるために挙輕明重が用いられる。妻妾にとって夫の父母は期親、夫の祖父母は大功親であり、子孫にとって父は斬衰親、母は齊衰三年

親、祖父母は期親である。妻妾による夫の祖父母父母の殴打・殴傷との間には、尊属の殴打・殴傷であることで近似性が存する。服紀からみて、妻妾による夫の祖父母父母の殴打・殴傷は軽事であり、子孫による祖父母父母の殴打・殴傷は重事である。妻妾による夫の祖父母父母の殴傷という軽事を關訟律二九条が皆な斬とするからには、子孫による祖父母父母の殴打という重事は皆な斬とすべきである。⁽⁴⁴⁾

【事例18】擅興律二〇条問答

問ひて曰く。私に甲三領及び弩五張を有したれば、律文に準依するに、各々合に絞に処すべし。人あり、私に甲二領並びに弩四張を有す。何の罪に処さんと欲するや。

答へて曰く。甲を畜へ、弩を畜へたるは、各々罪名を立つ。既に一事に非ざれば、合に併満すべからず。名例律に依るに、其の応に罪を入るべき者は、輕きを挙げて以て重きを明らかにす、と。甲を有したるの罪は重く、弩を有したるの坐は輕し。既に弩四張を有したれば已に合に流罪たるべし。一を加へて五に満つれば、即ち死刑に至る。況や甲二領を加へたれば、明らけし、合に絞に処すべきは。私に弩四張を有し、甲一領を加へたる者も、亦た合に死刑たるべし。

名例律五〇条の引用が挙輕明重であることを示す。禁兵器の私有に関する擅興律二〇条「諸ぞ私に禁兵器を有したる者は徒一年半。弩一張は二等を加ふ。甲一領及び弩三張は流二千里。甲三領及び弩五張は絞」は、弩一張の私有を徒二年半、甲一領および弩三張の私有を流二千里、甲三領および弩五張の私有を絞と規定する。甲と弩を同一人が私有した場合には、甲の私有と弩の私有という二個の罪が併合罪⁽⁴⁵⁾として成立する。擅興律二〇条が流

二千里とする甲と弩の私有数によれば甲一領は弩三張に相当するようであるが、絞とされる甲と弩の私有数をあわせみればそのような対応関係はないのであるから、甲と弩の私有数は通計できない。同一人による甲二領と弩四張の私有を、甲三領半の私有、あるいは弩十張の私有とはみなせないのである。名例律四五条「諸そ二罪以上、俱に発したれば、重き者を以て論ず。等しき者は一に従ふ。……其れ一事分かちて二罪と為し、罪法若し等しければ則ち累して論ず。罪法等しからざる者は、則ち重法を以て輕法に併満す」が定める「一事分かちて二罪と為す」処断法、すなわち絹疋という共通の単位で贓額を通計できる二個以上の贓罪を併合罪として、累科、併満、倍折という算定法により刑名を定める処断法は、ここには適用できない。名例律四五条の本則により、甲の私有と弩の私有をそれぞれ別罪として、両者の刑の輕重を比較して刑名を定めることになる。擅興律二〇条は甲二領の私有も弩四張の私有も等しく流二千里とするから、その一つに従って流二千里となる。これでは甲三領の私有の絞より軽くなる。この不合理を改めるために拳輕明重が用いられる。弩の私有と甲の私有との間には禁兵器の私有であることで近似性が存する。弩一張の私有は徒二年半という輕事であり、甲一領の私有は流二千里という重事である。弩四張の私有は流二千里、弩五張の私有は絞である。弩四張の私有に弩一張の私有という輕事を加えた場合を擅興律二〇条が絞とするからには、弩四張の私有に甲一領ないし二領の私有という重事を加えた場合は絞とすべきである。⁽⁴⁶⁾

拳重明輕の【事例1】【事例3】【事例4】は刑名未定の行為を罪なしとし、【事例16】前半は刑名を定め、【事例2】【事例5】【事例6】は減等を認める。これらは刑名未定の行為の刑名を（罪なしとすることを含めて）定

めるものである。これらに対して、【事例7】は既存の律条から得られる不合理な刑名を挙重明軽の名のもとに改めるものである。

挙重明重の【事例8】【事例10】は刑名未定の行為の刑名を定めるものである。【事例9】は当該行為への蔭の適用による刑の減免を排除し、【事例11】から【事例13】は当該行為を十悪に入れ、【事例14】は当該行為に除名を附加し、【事例15】と【事例16】後半は当該行為による畜産の殺傷に対する減価の備償を附加する。【事例9】と【事例11】から【事例15】および【事例16】後半は刑名既定の行為への附加的措置の適用の是非を定めるものである。これらに対して、【事例17】【事例18】は既存の律条から得られる不合理な刑名を挙重明重の名のもとに改めるものである。

したがって、挙重明軽・挙軽明重は「既存の法条が刑名や附加的措置を定めない甲行為を処断すべきとき、法欠缺の補充を目的として、甲行為との間に近似性が存する乙行為と甲行為との軽重を比較したうえで、乙行為を処断する法条の刑名や附加的措置を甲行為に援用する技法」であることに加えて、「既存の法条が甲行為について定める刑名が不合理であるとき、その不合理を改めることを目的として、甲行為との間に近似性が存する乙行為と甲行為との軽重を比較したうえで、乙行為を処断する法条の刑名を甲行為に援用する技法」でもある。これは挙重明軽・挙軽明重が用いられる場面を、名例律五〇条の「罪を断ずるにして正条なく」という字句を前提として、たとえば小野清一郎氏のように「処罰を必要とするに拘らず、これに該当する明文の存在しない場合⁴⁷⁾とする理解などが、ほとんど指摘してこなかったことである。

四 比附の理解

比附は主として類推との関係において説明されてきた。仁井田陞氏は「比附」というのは、刑法ことに犯罪構成要件についての類推解釈——一つの事項のための法規を他の類似の事項に推し及ぼして解釈適用すること——の「場合である」、戴炎輝氏は「比附とは、ある事項の規定を、類似の事項に推し及ぼして適用することという。逆にいえば、今、甲事項にはよるべき条文がなく、それを乙事項に比附して、乙事項の規定を類推適用する」という意味である」として、比附を類推と同視する。⁽⁴⁸⁾

これに対して、中村茂夫氏は「類推が、法の規定を論理的に分析してその意義を確定し、或る事案が法規範を構成する言葉に包摂されるかどうかを推論するために抽象化の思考過程が踏まれる……ものとは異なり、比附は、事案に共通な本質的部分を、いわばより大きな角度で捉えて類似性を求めたものといえる」、滋賀秀三氏は「類推において『類似性』は、……法の適用の対象となる事物相互間の類似性として観念され機能するに對して、比附において『類似性』は、犯罪構成要件相互間の類似性として観念され機能する」、陳新宇氏は「類推と比較すると、比附は類似の規則の尋出と同時に、伝統的立法の絶対的法定刑という要素のために、最終的な刑罰を基本的に決定するものである（比附して一等を加減する情況を除く）。また、近代刑法が相対的法定刑を採用し、定罪と量刑をふたつの段階に分けて進めるのとは異なり、比附という『法の尋出』の過程は、定罪と量刑のふたつの任務を含んでいるともいえる」として、比附と類推との区別を明確に主張する。⁽⁴⁹⁾ 挙重明軽・挙軽明重と同様に、比附も近代西欧的な解釈技法の種別にあてはめるのは困難である。類推との同異に先んじて、比附の技法や

目的を理解してゆくべきである。

比附の技法について、荻生徂徠は「罪人をさばくとき、其罪、律の内に見えず、正しくそれにあたる条目なきときのさばきなり。……該載不尽事理とは、かねのせつくさぬ事理と云ことなり。引律比附とは、律の本文になきときは、律意を以て律の文の似よりたるを引て合はするを比附と云」と説く。中村茂夫氏は「具体的事件に適用すべき該当条文が律にないために、何らかの意味でその事件に類似する犯罪の規定であると看做された罰条が律文の中に求められ、当該事件をこれに比附して処断」することとする。滋賀秀三氏は「比附とは、法に明文のない事犯について、性質の類似する他の条項を量刑の尺度として借用する操作である」と述べる。劉俊文氏は「比附断罪とは、罪人の犯行に適用する律の正条のないときに、類似の律条になぞらえ、あるいは既往の判例になぞらえて処断するものである」とする。黄源盛氏は「伝統中国刑事律中の「比附」は、法律に明文の規定がないという情況のもとに、もっとも類似した条項あるいはそれ以前の案例に比照して罪刑を判定することのできる制度である」と述べる。陳新宇氏は「唐宋律中の“比附”の作用を巨視的にいえば、規則には限りがあり情偽には窮まりがないという情況のもと、法律の遺漏を弥縫し、犯罪に打撃を加えることであり、微視的にいえば、具体的な犯罪類型の中に、適当な罪名あるいは量刑の準則を求めることである」と説明する。⁵⁰これらの見解は、ほとんど一致して明律・名例律・断罪無正条条（第一節所掲）を敷衍したものである。

比附の目的は、滋賀秀三、戴炎輝、中村茂夫の各氏によって、前近代中国の律が個別具体的に示される罪名と一対一対応で刑名を定める絶対的法定刑主義を採用し、罪刑の均衡を追求する構成要件の細目化・特殊化が必然的に生じる罪名と刑名の欠缺の補充に求められている。⁵¹明律・名例律・断罪無正条条に相当する比附の定義規定

を唐律はもたない。「比附」という字句を含む唯一の律条である斷獄律二〇条もその定義規定ではない。

諸そ赦前に罪を斷じて当らざる者は、若し輕きを処して重きと為したれば、宜しく改めて輕きに從ふべし。重きを処して輕きと為したれば、即ち輕法に依る。其れ常赦の免ぜざる所の者は、常律に依る「常赦の免ぜざる所の者とは、赦に会ふと雖も猶ほ死に処し、及び流とし、若しくは除名、免所居官、及び移郷する者を謂ふ」。即し赦書、罪名を定め、合に輕きに從ふべき者は、又た律を引き比附して重きに入るを得ず。違ひたる者は、各々故失を以て論ず。

比附の定義は律疏に求められる。雜律六二条疏（第一節所掲）は、律令に直接処罰を規定する正文のない行為の処斷法として、挙重明輕・挙輕明重、不応為条の適用とともに、比附を併記する。賊盜律一三条問答第二「金科に節制なきと雖も、亦た須らく比附して刑を論ずべし。豈に律に在りて条なきが為に、遂に独り僥倖を為さしめんや」、戸婚律四二条疏「律に文なきと雖も、即ち須らく比例して科斷すべし」などの疏文も、比附が欠缺補充の手法であることを示す。律疏は、比附を「既存の法条が刑名を定めない甲行為を處斷すべきとき、法欠缺の補充を目的として、甲行為との間に近似性が存する乙行為を處斷する法条の刑名を甲行為に援用する技法」としていることになる。

他方、戴炎輝氏は「比附は通常、ある行為を、罪名のある他の行為に比附して、行為者の僥倖（法外への逍遙）を防止するものである。しかしまた、ある罪条が凡犯（凡人・常罪）をその対象として、情状による加減の明文を缺くときは、他の条文に（比較的詳細であるため）比附して、その刑を加減することもある」と指摘する。中村茂夫氏は「細目化された或る条文に比照して、そこに定められた刑をそのまま科したのでは、「法重くして情

軽し」(または「情重くして法軽し」という結果を免れないことがある。そのような場合に、刑を加重・減輕する操作が求められる……。この刑の加減は、まさしく法の仕組からする必然であり、専ら犯罪と刑罰との均衡を得させ、「情罪平允」の結果を求めての作用にはかならない」として「比附が事柄の重大性の較量に立つて、情理に叶った相應の刑罰を求めて行われた」ことを述べる。寺田浩明氏は、既存の条項があっても「敢えて情の違いを言い立ててその「情」を現行条文の中から切り取って別置きし、その部分について現行法とは違った量刑判断を下す(そうした操作を正文が無いという名目で行う)作業」も比附に含まれるとする。陳新宇氏は、比附には「名分の比附」「類推式の比附」「特別な比附」の三類型があるとしたうえで、「比附は類推を包括するだけではなく、それ自身の特殊な様相をも有している。名分の比附からは、我々は古代法における「正名」の重要性を見出だすことができる。現代的な視角から見れば、それは罪を入れる必要のためのものとはいえない。この角度からいえば、古人の「無正条」は適当な名分の規範がないことも含んでいるのであり、近代罪刑法定の前提である「法に明文の規定がない」という理解とは完全に同視することはできない。特別な比附からは、我々は比附が構成要件の類似性を超越し、「厳格な形式主義の拘束を受けない」という一面を見出だすことができる」とする。⁵²⁾これらの理解によれば、比附は「既存の法条が甲行為について定める刑名が不合理であるとき、その不合理を改めることを目的として、甲行為との間に近似性が存する乙行為を処断する法条の刑名を甲行為に援用する技法」をも含むことになる。

五 比附の事例

比附に対する理解の妥当性も史料に即して検証してゆく必要がある。本稿では、律疏の字句が比附であること
を示す事例、ならびに先学により比附とされる事例を扱う。⁽⁵³⁾

【事例19】賊盜律一三条問答第二

又た問ふ。主、人に殺され、部曲・奴婢、私和して財を受け、官府に告さず。合に何の罪を得べきや。

答へて曰く。奴婢・部曲は、身は主に繋がる。主、人に殺さるれば、侵害さること極めて深し。其れ財を受けて私和し、殺を知りて告さざるあれば、金科に節制なきと雖も、亦た須らく比附して刑を論ずべし。豈に律に在りて条なきが為に、遂に独り僥倖を為さしめんや。然るに奴婢・部曲は、法に主の為に隠す。其れ私和し、告さざるあれば、罪を得ること並びに子孫に同じ。

「須らく比附して刑を論ずべし」という字句が比附であることを示す。親属の殺害者から財物を領得して私的に和解する私和、および親属が殺害された事実を知りつつ官司に告言しない不告に関する賊盜律一三条「諸そ祖父母父母、及び夫、人の殺す所となり、私和したる者は、流二千里。期親は徒二年半。大功以下は遞々一等を減ず。財を受くること重き者は、各々盜に準じて論ず。私和せざると雖も、期以上の親を殺さるるを知り、三十日を経て告さざる者は、各々二等を減ず」は、祖父母父母を殺害された子孫による私和を流二千里、不告を徒二年半とする。中村茂夫氏がいうように、賊盜律一三条の趣旨が、とくに祖父母父母を殺害された子孫が「儒教理念

によるならば或は復讐すべきほどであるものを、逆に讎と私和し、剩え財を受け、又は官に告げぬとは、その道義に反するや極まる行為であることを責める」⁽⁵⁴⁾ ことにあるならば、祖父母父母に対する子孫と同等以上の従属性を主に對してもつ部曲・奴婢による私和・不告も処罰すべきであるが、賊盜律一三条は部曲・奴婢による私和・不告を規定しない。罪人藏匿の免責に関する名例律四六条「諸そ同居、若しくは大功以上の親、及び外祖父母、外孫、若しくは孫の婦、夫の兄弟、及び兄弟の妻、罪ありて相ひ為に隠し、部曲・奴婢、主の為に隠したれば、皆な論ずるなし」は、子孫による祖父母父母の藏匿と同様に、部曲・奴婢による主の藏匿を罪としない。子孫の祖父母父母に対する関係と部曲・奴婢の主に対する関係との間には服紀などの輕重をはかる基準は存しないが、名例律四六条により近似性が確認される。賊盜律一三条が祖父母父母を殺害された子孫による私和を流二千里、不告を徒二年半とするのなら、それとの間に近似性が存する主を殺害された部曲・奴婢による私和も流二千里、不告は徒二年半とする。⁽⁵⁵⁾

【事例20】厩庫律一三条疏

其れ車船・碾磑・邸店の類もて、私自に借り、若しくは人に借し、及び之を借りるありたる者は、亦た庸賃を計り、各々奴婢・畜産を借りたると同じ。律に文なきと雖も、犯す所は相ひ類す。職制律に、監臨の官、監臨する所より、及び牛馬駝騾驢・車船・邸店・碾磑を借りたれば、各々庸賃を計り、受所監臨財物を以て論ず、と。計るに車船・碾磑の類を借りたるは、理に畜産を借りたると殊ならず。故に此の条に附し、例に準じて坐と為す。

「犯す所は相ひ類す」「此の条に附し」などの字句が比附であることを示す。監臨主守の官員による官奴婢・畜産の借取に關する厩庫律一三条「諸ぞ監臨主守、官奴婢及び畜産を以て、私自に借り、若しくは人に借し、及び之を借りたる者は、笞五十。庸を計りて重き者は、受所監臨財物を以て論ず。駅驢は一等を加ふ。即し駅馬を借し、及び之を借りたる者は、杖一百。五日は徒一年。庸を計りて重き者は、上法に従ふ。即し駅長、私に人に馬驢を借したる者は、各々一等を減じ、罪は杖一百に止む」は、監臨下の官奴婢・畜産を私的に借取し、あるいは他人に転借し、その転借を受けた者を、笞五十を下限に受所監臨財物を以て論ずる。すなわち借物の庸賃を賊とみなして、職制律五〇条「諸ぞ監臨の官、監臨する所より財物を受けたる者は、一尺は笞四十。一疋ごとに一等を加へ、八疋は徒一年。八疋ごとに一等を加へ、五十疋は流二千里」から得られる刑を、笞五十を下限として適用する。刑の上限は流二千里である。借物が駅驢であれば一等を加え、杖六十から流二千五百里となる。厩庫律一三条が受所監臨財物を以て論ずる借物とするのは官奴婢、畜産、駅驢であり（駅馬については別の量刑規定を定める）、車船・碾磑・邸店の類を規定しない。職制律五三条「諸ぞ監臨の官、私に監臨する所を役使し、及び奴婢・牛馬駝騾驢・車船・碾磑・邸店の類を借りたれば、各々庸賃を計り、受所監臨財物を以て論ず」は、監臨官による監臨下の私人からの借取を、庸賃を賊とみなして受所監臨財物を以て論じ、奴婢・牛馬駝騾驢・車船・碾磑・邸店の類を同列に借物として規定する。奴婢・畜産と車船・碾磑・邸店の類との間には借物としての軽重をはかる基準は存しないが、職制律五三条により近似性が確認される。厩庫律一三条が監臨主守の官員による監臨下の官奴婢・畜産の私的な借取などを笞五十を下限に受所監臨財物を以て論ずるのなら、それとの間に近似性が存する監臨主守の官員による監臨下の車船・碾磑・邸店の類の私的な借取なども笞五十を下限に受所監臨財物

を以て論ずる。⁽⁵⁷⁾

【事例21】賊盜律一〇条問答第一・第二

問ひて曰く。父祖・子孫、見に囚禁せられて劫取せんと欲し、乃て誤ちて祖・孫を殺傷す。或は囚を窃みて他人を過失殺傷す。各々合に何の罪たるべきや。

答へて曰く。律に拠るに、囚を劫したる者は流三千里、人を傷つけ、及び死囚を劫したる者は絞、人を殺したる者は皆な斬、と。此の律意に拠るに、本と為に傍人を殺傷す。若し誤ちて劫せらるるの囚を殺傷するありたれば、止だ囚を劫したるの坐を得るのみ。若し其れ誤ちて父祖を殺したれば、罪を論ずること囚を劫したるより重し。既に是れ誤ちに因りて殺したれば、須らく過失の法に依るべし。其れ囚を窃みたるに因りて他人を過失殺傷したる者は、下条に云ふ、盜に因りて他人を過失殺傷したる者は、鬪殺傷を以て論ず、死に至る者は加役流、と。既に囚を窃みたるの事は、盜に因るの罪に類し、其の過失あるも、彼此殊ならず。人を殺傷したる者も、亦た人を鬪殺傷したるに依りて論じ、応に死に至るべき者は加役流の坐に従ふ。其れ誤殺傷の本法に、囚を窃みて未だ得ざるより輕き者あれば、即ち重きに従ひて科す。

又た問ふ。囚を窃みて亡げ、人に追捕せられ、囚を棄てて逃走し、後に始めて拒格し、因りて殺傷す。罪は囚を劫したるに同じくするや以否や。

答へて曰く。下条に、窃盜發覺し、財を棄てて逃走し、因りて相ひ拒捍す、此の如きの類、事に因縁ありたる者は、強盜に非ず、と。今の者は囚を窃みて亡げ、囚を棄てて逃走したれば、理に窃盜發覺し、財を棄て

て逃走したると義同じ。止だ拒捕にして科するを得、囚を劫したるの坐に同じくせず。

「盜に因るの罪に類し」「理に……義同じ」などの字句が比附であることを示す。

問答第一は囚を窃取する窃囚の際の第三者の過失殺傷を扱う。囚を強取する劫囚と窃囚に関する賊盜律一〇条「諸そ囚を劫したる者は流三千里。人を傷つけ、及び死囚を劫したる者は絞。人を殺したる者は皆な斬〔但そ劫したれば即ちに坐す。囚を得るを須たず〕。若し囚を窃みて亡げたれば、囚と罪を同じくす〔他人・親屬、等し〕。窃みて未だ得ざれば二等を減ず。故を以て人を殺傷したる者は、囚を劫したるの法に従ふ」は、流罪以下の囚の強取を流三千里、死罪囚の強取を絞、⁽⁵⁸⁾劫囚の際の第三者の傷害を絞、劫囚の際の第三者の殺害を斬とする。強取の客体である囚の誤殺傷は、鬪訟律三五条「諸そ鬪毆して誤ちて傍人を殺傷したる者は、鬪殺傷を以て論ず。死に至る者は一等を減ず」が定める誤殺傷とはせず、劫囚だけを論ずる。ただし、誤殺された囚が劫囚犯の父祖であれば、鬪訟律二八条【事例17 所掲】により祖父母父母の過失殺として流三千里となる。名例律一条「其れ加役流、反逆縁坐流、子孫犯過失流、不孝流、及び会赦猶流の者は、各々減贖するを得ず。除名、配流すること法の如し」は、祖父母父母の過失殺を五流に入れるので、刑は同じ流三千里でも、罪は祖父母父母の過失殺の方が重い。賊盜律一〇条は窃囚を囚の本罪と同じとするから、死罪囚の窃取は絞、流罪囚の窃取は流刑である。窃囚の際の第三者の殺傷は劫囚の際の第三者の殺傷と同じで、殺害は斬、傷害は絞である。窃囚の際の第三者の過失殺傷は規定がない。これに、鬪毆の際の第三者の殺傷を鬪殺傷を以て論じ、死に至れば流三千里とする鬪訟律三五条を適用することはできない。賊盜律四二条「諸そ盜に因りて人を過失殺傷したる者は、鬪殺傷を以て論ず。死に至る者は加役流〔財を得たると、財を得ざると、等し。財主、尋逐し、他に遇ひて死したる者は非なり〕」

は、窃盜の際の過失殺傷を闘殺傷を以て論じ、死に至れば加役流とする。窃囚と窃盜との間には贓額などの軽重をはかる基準は存しないが、客体の窃取であることで近似性が存する。賊盜律四二条が窃盜の際の過失殺傷を闘殺傷を以て論じ、死に至れば加役流とするのなら、それとの間に近似性が存する窃囚の際の過失殺傷も闘殺傷を以て論じ、死に至れば加役流とする。窃囚の未遂は既遂からの二等減、すなわち囚の本罪からの二等減であるから、死罪囚の窃取の未遂は徒三年、流罪囚の窃取の未遂は徒二年半である。窃囚の際の第三者の過失殺傷の刑がこれより軽い場合は、窃囚の未遂の刑を科す。

問答第二は、窃囚犯が逮捕を避けるために囚を放棄して逃走する途中で逮捕に抵抗して殺傷を生じた場合を扱う。これを賊盜律一〇条が定める劫囚の際の殺傷とすることはできない。賊盜律三四条註「即し闖遺の物を得、財主を毆撃して還さず。及び窃盜發覺し、財を棄てて逃走し、財主、追捕し、因りて相ひ拒捍す。此の如きの類、事に因縁ありたる者は、強盜に非ず」は、窃盜犯が財物を放棄して逃走する途中で逮捕に抵抗した場合を強盜としない。その行為は、窃盜の刑と捕亡律二条「即し捕ふるに拒毆したる者は、本罪に一等を加ふ。傷つけたる者は、闘傷に二等を加ふ。殺したる者は斬」が規定する逮捕への抵抗・殺傷の刑とを比較し、名例律四五条（事例18【所掲】）により、重い方の刑に処される。前述したように、窃囚と窃盜との間には贓額などの軽重をはかる基準は存しないが、客体の窃取であることで近似性が存する。窃盜犯が財物を放棄して逃走する途中で逮捕に抵抗して殺傷を生じた場合を賊盜律三四条註により窃盜の刑と逮捕への抵抗・殺傷の刑の重い方の刑に処するのなら、それとの間に近似性が存する窃囚犯が囚を放棄して逃走する途中で逮捕に抵抗して殺傷を生じた場合も窃囚の刑と逮捕への抵抗・殺傷の刑の重い方の刑に処する。⁵⁹⁾

【事例22】戸婚律四二条疏

若し奴の為に客女を娶りて妻と為すありたる者は、律に文なきと雖も、即ち須らく比例して科断すべし。名例律に、部曲と称する者は、客女も同じ、と。鬪訟律に、部曲、良人を殴りたれば、凡人に一等を加ふ、奴婢は又た一等を加ふ、其れ良人、部曲を殴りたれば、凡人より一等を減ず、奴婢は又た一等を減ず、即し部曲・奴婢、相ひ殴傷殺したる者は、各々部曲と良人と相ひ殴傷殺したるの法に依る、と。注に云ふ、餘条の良人・部曲・奴婢、私に自ら犯し、本条に正文なき者は、並びに此に準ず、と。奴、良人を娶りたれば徒一年半。即し客女を娶りたれば、一等を減じ、合に徒一年たるべし。主、情を知りたる者は杖九十。因りて籍に上せて婢と為したる者は徒三年。

「須らく比例して科断すべし」という字句が比附であることを示す。良人・賤人間、あるいは賤人間の殴傷の加減例を定める鬪訟律一九条【事例4】所掲は、部曲による良人の殴傷は凡人間の殴傷への一等加、奴婢による良人の殴傷は凡人間の殴傷への二等加、良人による部曲の殴傷は凡人間の殴傷からの一等減、良人による奴婢の殴傷は凡人間の殴傷からの二等減を原則とする。良人・部曲間の殴傷と良人・奴婢間の殴傷との間には一等の差が存する。部曲・良人間の殴傷は奴婢・部曲間の殴傷と同じであるから、奴婢による部曲の殴傷は凡人間の殴傷への一等加、部曲による奴婢の殴傷は凡人間の殴傷からの一等減である。良人・奴婢間の殴傷と部曲・奴婢間の殴傷との間にも一等の差が存する。この等差は、鬪訟律一九条註【事例4】所掲により、他条の良人・部曲・奴婢間の私相犯へと準用される。良人・奴婢間の婚姻に関する戸婚律四二条「諸そ奴の与に良人の女を娶りて妻と為したる者は徒一年半。女家は一等を減ず。之を離す。其れ奴、自ら娶りたる者も、亦た之の如し。主、

情を知りたる者は杖一百。因りて籍に上せて婢と為したる者は流三千里。即し妄きて奴婢を以て良人と為して、良人と夫妻たらしめたる者は徒二年「奴婢、自ら妄きたる者も、亦た同じ」。各々之を還正す」は、奴を良人の女性と婚姻させた主を徒一年半、女家を徒一年とする。みずから良人の女性と婚姻した奴は徒一年半、これを知つて容認した主は杖一百、良人の女性を婢として戸籍に登録した主は流三千里である。戸婚律四二条は奴と良人の女性との婚姻を規定するが、奴と客女との婚姻を規定しない。名例律四七条註「部曲と称する者は、部曲の妻、及び客女も亦た同じ」によれば、奴・客女間の相犯は奴・部曲間の相犯と同断である。奴がみずから客女と婚姻した場合、部曲・奴婢間の私相犯であるから、鬪訟律一九条註により、みずから良人の女性と婚姻した場合の徒一年半から一等を減じた徒一年となる。しかし主が奴を客女と婚姻させた場合は、奴婢・部曲間の私相犯ではないから、鬪訟律一九条註によることはできない。戸婚律四二条は、奴がみずから良人の女性と婚姻すること、主が奴を良人の女性と婚姻させることとの間に刑の等差を設けない。奴がみずから客女と婚姻することと主が奴を客女と婚姻させることとの間には軽重をはかる基準は存しないが、戸婚律四二条が刑の等差を設けないことから近似性が推認される。客女とみずから婚姻した奴を良人の女性とみずから婚姻した奴の徒一年半から鬪訟律一九条註により一等を減じた徒一年とするのなら、それとの間に近似性が存する奴を客女と婚姻させた主も奴を良人の女性と婚姻させた主の徒一年半から一等を減じた徒一年とする。奴と婚姻した客女を婢として戸籍に登録した主も、同様に流三千里から一等を減じた徒三年とする。

【事例23】賊盜律四五条疏

註に云ふ、因りて人を殺傷したる者は、強盜の法に同じ、と。謂ふこころ、人を略して拒闘せらるるに因りて、或は殺し、若しくは傷つけたれば、強盜の法に同じ。既に強盜の法に同じければ、略に因りて傍人を殺傷したるも亦た同じ。略に因りて人を傷つけたれば、人を略して得ざると雖も、亦た合に絞罪たるべし。其れ人を略して亦た奴婢と為して得ず、又た人を傷つけざれば、強盜不得財を以て、徒二年たり。部曲と為すを擬りたれば徒一年半。妻妾・子孫と為すを擬りたる者は徒一年。律に在りて正文なきと雖も、解く者は須らく犯状を尽し、輕重を消息し、類を以て之を斷ずべし。奴婢と為したる者は、即ち強盜十疋と相似たり。故に人を略して得ざれば、唯だ徒二年たり。部曲と為したる者は、本条は死より一等を減ず。故に略して未だ得ざれば徒一年半。妻妾・子孫と為したる者は二等を減ず。故に亦た強盜不得財より二等を減じ、合に徒一年たるべし。

「類を以て之を斷ず」という字句が比附であることを示す。賊盜律四五条註【事例14】所掲）は人身を略取する際に被略取者を殺傷した場合を強盜殺傷と同じとして、賊盜律三四条【事例2】所掲）により傷害を絞、殺害を斬とする。略取犯による被略取者以外の第三者の殺傷も、強盜犯による被強取者以外の第三者の殺傷を被強取者の殺傷と同じとする賊盜律三四条註【事例2】所掲）により、被略取者の殺傷と同断となる。賊盜律三四条疏「十疋に滿たず、及び財を得ざると雖も、但そ人を傷つけたる者は、並びに絞。人を殺したる者は、並びに斬」は、財物の強取が未遂に終わった強盜不得財でも被強取者または第三者の傷害があれば絞、殺害があれば斬とするから、略取が未遂でも被略取者または第三者の傷害があれば絞、殺害があれば斬となる。賊盜律四五条

は略取の未遂を規定しない。しかし賊盜律四五条註は略取犯による殺傷を強盜犯による殺傷と同断とし、賊盜律四五条が良人を奴婢とする略取の刑名とする絞は、賊盜律三四条が強盜賊十疋の刑名とする絞と同じである。さらに共犯の通則である名例律四三条「諸そ共に罪を犯して本罪別なる者は、相ひ因りて首従を為すと雖も、其の罪は各々本律の首従に依りて論ず。若し本条に皆なと言ふ者は、罪に首従なし。皆なと言はざる者は、首従の法に依る。即し強盜し、及び姦し、人を略して奴婢と為し、闖入を犯し、若しくは逃亡し、及び関棧垣籬を私度・越度したる者は、亦た首従なし」は略取の共犯と強盜の共犯とともに首従を分かたないものとし、名例律四三条疏は「人を略して奴婢と為したる者は、理に強盜と義同じ」とする。賊盜律四六条【事例14】所掲は奴婢の略取を強盜を以て論ずるとする。人身の略取と強盜との間には輕重をはかる基準は存しないが、賊盜律四五条註、賊盜律四五条と賊盜律三四条の刑名、名例律四三条、賊盜律四六条などにより近似性が確認される。賊盜律三四条が強盜の不得財すなわち未遂を徒二年とするのなら、それとの間に近似性が存する人身の略取の未遂のなかで良人を奴婢にするための略取の未遂は徒二年とする。そのうえで、賊盜律四五条が良人を奴婢とするための略取を絞、良人を部曲とするための略取を流三千里、良人を妻妾・子孫とするための略取を徒三年として、それぞれ一等減の關係することにもとづいて、良人を部曲にするための略取の未遂は徒二年から一等を減じた徒一年半、良人を妻妾・子孫にするための略取の未遂はさらに一等を減じた徒一年とする。⁽⁶⁰⁾

【事例24】關訟律五九条疏

若し是れ窃盜たれば、同伍より以下、各々二等を減ず。人を殺さんと謀りて已に傷つけ、及び部曲・奴婢を

挙重明輕・挙輕明重と比附

殺したれば、窃盜の不告に比して之を科す。

「比して之を科す」という字句が比附であることを示す。關訟律五九条「諸ぞ強盜、及び殺人の賊發したれば、害せらるるの家、及び同伍は、即ちに其の主司に告す。若し家人・同伍、單弱たれば、比伍、為に告す。当に告すべくして告さざれば、一日は杖六十。主司、即ちに言上せざれば、一日は杖八十。三日は杖一百。官司、即ちに檢校・捕逐せず、及び推避する所ありたる者は、一日は徒一年。窃盜は各々二等を減ず」は、被害家族・近隣が強盜・殺人の發生を官司に告言しない不告を一日で杖六十、告言を受けて上申しない官司を一日で杖八十、三日で杖一百、取調や逮捕を怠った官司を一日で徒一年とし、窃盜の發生についてはそれぞれ二等減とする。謀殺已傷や部曲・奴婢の殺害の發生については規定がない。賊盜律三四条【事例2】所掲が定める強盜の刑の上限は斬、賊盜律三五条【事例2】所掲が定める窃盜の刑の上限は加役流であり、その間には等差が設けられている。賊盜律九条【事例8】所掲が定める謀殺已殺の刑は斬、謀殺已傷の刑は絞であり、その間にも等差が設けられている。良人間の殺害と良人による部曲・奴婢の殺害との間にも、關訟律一九条【事例4】所掲により一でないし二等の差が設けられている。強盜と窃盜との関係、謀殺已殺と謀殺已傷との関係、ならびに良人の殺害と部曲・奴婢の殺害との関係の三者間には輕重をはかる基準は存しないが、それぞれの刑名の間に等差が設けられていることで近似性が存する。關訟律五九条が強盜の不告などと窃盜の不告などとの間に二等減の関係を設けるのなら、それとの間に近似性が存する謀殺已殺の不告などと謀殺已傷の不告などとの間、ならびに良人の殺害の不告などと部曲・奴婢の殺害の不告などとの間にも二等減の関係を設けて処断する。⁽⁶¹⁾

【事例25】衛禁律一条疏

其れ太廟の室に入りたるは、即ち条に罪名なければ、下文の、廟は宮より一等を減ずるの例に依り、御在所より一等を減じ、流三千里。若し故なく山陵に登りたれば、亦た太廟の室の坐に同じ。⁽⁶²⁾

戴炎輝氏により比附とされる。歴代皇帝の木主をおさめる太廟、ならびに歴代皇帝の陵墓である山陵兆域への無断侵入である闕入に関する衛禁律一条「諸ぞ太廟の門、及び山陵兆域の門に闕入したる者は徒二年〔闕とは、応に入るべからずして入りたる者を謂ふ〕。垣を越えたる者は徒三年。太社は各々一等を減ず。守衛、覺らざれば、二等を減ず〔守衛とは、時を持して専ら当る者を謂ふ〕。主帥は又た一等を減ず〔主帥とは、親ら監当したる者を謂ふ〕。故縦したる者は、各々与に罪を同じくす〔餘条の守衛及び監門は、各々此に準ず〕」は、太廟の門および山陵兆域の門への闕入を徒二年、障壁である垣を越えた闕入を徒三年とするが、太廟の室への闕入ならびに山陵に登る場合を規定しない。衛禁律二条「諸ぞ宮門に闕入したれば徒二年。殿門は徒二年半。仗を持したる者は各々二等を加ふ。上閣の内⁽⁶³⁾に入りたる者は絞。若し仗を持し、及び御在所に至りたる者は斬」は、宮門への闕入を徒二年、殿門への闕入を徒二年半、上閣の内域への闕入を絞、皇帝の所在する御在所への闕入を斬とする。宮門と御在所との関係は太廟の門と室との関係に相当するから、衛禁律二二条「諸ぞ本条に廟・社、及び禁苑を犯したるの罪名なき者は、廟は宮より一等を減ず。社は廟より一等を減ず。禁苑は社と同じ」により太廟の室への闕入は御在所への闕入から一等を減じた流三千里となるが、山陵兆域への闕入についての規定はない。太廟と山陵兆域との間には軽重をはかる基準は存しないが、衛禁律一条が太廟の門内への侵入と山陵兆域の門への侵入をとともに徒二年とすることで近似性が確認される。太廟の室への闕入を衛禁律二二条が御在所への闕入の斬から

一等を減じた流三千里とするのなら、それとの間に近似性が存する山陵に登る場合も御在所への闖入の斬から一等を減じた流三千里となる。⁶⁴⁾

【事例26】衛禁律一六条問答

問ひて曰く。何を以て知る、是れ御在所の宮・殿たるを。

答へて曰く。宮垣に向けて射たれば徒二年を得。殿垣は徒二年半。其の罪を得るに準ずるに、闖入と正に同じ。上条に、宮・殿に闖入し、御在所に非ざれば、各々一等を減ず、宮人なければ又た一等を減ず、と。即ち驗られし、車駕の在らず、又た宮人なければ、上閣に闖入したる者は合に徒三年たるべきは。此の条、箭、上閣に入りたれば絞、御在所は斬、罪を得ること既に闖入に同じ。明られし、御の宮中に在るが為なるは。

御、若し在らざれば、皆な上条の減法に同じ。箭、宮中に入りたれば徒一年半。殿中は徒二年。上閣の内に入りたれば徒三年。

戴炎輝氏により比附とされる。宮・殿に向けて矢を射る行為に関する衛禁律一六条「諸ぞ宮・殿の内に向けて射たれば〔箭の力の及ぶ所の者を謂ふ〕、宮垣は徒二年。殿垣は一等を加ふ。箭、入りたる者は、各々一等を加ふ。即し箭、上閣の内に入りたる者は絞。御在所たる者は斬。彈を放ち、及び瓦石を投じたる者は、各々一等を減ず〔亦た人力の及ぶ所の者を謂ふ〕。人を殺傷したる者は、故殺傷を以て論ず」は、宮垣に向けた射を徒二年、殿垣に向けた射を徒二年半、宮内への射入を徒二年半、殿内への射入を徒三年とするが、宮・殿が御在所であるか否かを明記しない。衛禁律二条（【事例25】所掲）は宮門への闖入を徒二年、殿門への闖入を徒二年半とする。

宮垣・殿垣に向けた射と宮門・殿門への闖入との間には軽重をはかる基準は存しないが、宮・殿への侵犯であることと、宮垣に向けた射と宮門への闖入とが刑名を同じくし、殿垣に向けた射と殿門への闖入とが刑名を同じくすることで近似性が存する。また、衛禁律一六条は上閤内への射入を絞、御在所への射入を斬とし、衛禁律二条は上閤内への闖入を絞、御在所への闖入を斬とする。上閤内・御在所への射入と上閤内・御在所への闖入との間には軽重をはかる基準は存しないが、上閤内・御在所への侵犯であることと、上閤内への射入と上閤内への闖入とが刑名を同じくし、御在所への射入と御在所への闖入とが刑名を同じくすることで近似性が確認される。このことから、衛禁律一六条が矢を射る対象とする宮・殿は御在所であることになる。衛禁律一二条「諸ぞ宮・殿に闖入するを犯し、御在所に非ざる者は、各く一等を減ず。宮人なき処は又た一等を減ず」上閤の内に入り、宮人ありたる者は、減ぜず」は、闖入した宮・殿が御在所でない場合には衛禁律二条が定める刑名からの一等減、後宮に出仕する女官である宮人も所在しない場合には二等減とする。皇帝も宮人も所在しない上閤内への闖入は絞から二等を減じた徒三年となる。皇帝・宮人が所在しないことを理由として衛禁律一二条が宮・殿への闖入を減等するのなら、それとの間に近似性が存する宮・殿への射入も減等される。皇帝も宮人も所在しない宮内への射入は徒二年半から二等を減じた徒一年半、殿内への射入は徒三年から二等を減じた徒二年、上閤内への射入は絞から二等を減じた徒三年となる。⁽⁶⁵⁾

【事例27】賊盜律一七条問答

問ひて曰く。大功以上の尊長、小功の尊属を呪詛し、疾苦せしめんと欲す。未だ知らず、合に十悪に入るる

べきや以否や。

答へて曰く。疾苦の法は毆傷に同じ。大功以上の尊長、小功の尊属を毆らんと謀りたるは、十悪に入らず。如し其れ已に疾苦したれば、理に毆りたるの法に同じ、便ち不睦の条に当つ。

「理に毆りたるの法に同じ」という字句が比附であることを示す。賊盗律一七条（事例11）所掲）は人の健康を害し疾苦せしめるための呪詛を、賊盗律九条（事例8）所掲）に規定する人の殺害の予謀の徒三年から四年を減じた徒一年とする。名例律六条不睦（事例12）所掲）は、鬪訟律二六条（事例9）所掲）の大功以上の尊長および小功尊属の毆打を十悪第八の不睦に入れるが、大功以上の尊長および小功尊属への疾苦せしめるための呪詛については規定しない。毆打と疾苦せしめるための呪詛との間には軽重をはかる基準は存しないが、殺害に至らない殺意のない加害であることで近似性が存する。大功以上の尊長および小功尊属の毆打を名例律六条不睦が十悪不睦に入れるのなら、これとの間に近似性が存する大功以上の尊長および小功尊属への疾苦せしめるための呪詛も十悪不睦に入る。大功以上の尊長および小功尊属の毆打の予謀は罰条がなく十悪不睦に入れないので、大功以上の尊長および小功尊属への呪詛が疾苦せしめるに至らなかった場合は徒一年に処するが十悪不睦に入れない。⁽⁶⁶⁾

【事例28】賊盗律三〇条問答

問ひて曰く。冢を発きたる者は加役流。律は既に尊卑貴賤を言はず。未だ知らず、子孫の冢を発きたれば、罪を得ること凡人に同じくするや否や。

答へて曰く。五刑の属、条に三千あれども、犯状既に多し。故に通じて比附す。然して尊卑貴賤は、等数同じからざれば、刑名の軽重も、粲然として別あらん。尊長、卑幼の墳を發きたるは、殺したるの罪より重かるべからず。若し尊長の冢を發きたれば、法に拠り止だ凡人に同じくす。律に云ふ、冢を發きたる者は加役流、と。凡人に在りては、便ち殺したるの罪より一等を減ず。若し卑幼の冢を發きたれば、須らく本殺より一等を減じて之を科すべし。已に棺槨を開きたる者は絞。即ち已に殺したるの坐に同じ。發きて未だ徹せざる者は徒三年。凡人の罪を計るに、死より二等を減ず。卑幼の色も、亦た本殺の上より二等を減じて科さん。若し屍柩を盗みたる者は、三等を減ずるの例に依る。其の尊長に於いてしたれば、並びに凡人に同じ。

「通じて比附す」という字句が比附であることを示す。墓所の侵害に関する賊盜律三〇条「諸そ冢を發きたる者は加役流〔發き徹したれば即ちに坐す。招魂して葬りたるも亦た是なり〕。已に棺槨を開きたる者は絞。發きて未だ徹せざる者は徒三年。其れ冢、先に穿たれ、及び未だ殯せずして、屍柩を盗みたる者は徒二年半。衣服を盗みたる者は一等を減ず。器物・輒版たる者は、凡盜を以て論ず」は、墓所を發いて棺を開く已開棺槨を絞、棺を露出させる發冢を加役流、棺を露出させるに至らない発而未徹を徒三年、すでに露出していた死体や棺、あるいは埋葬前の死体を盗む盜屍柩を徒二年半、衣服の盜取を徒二年とし、その他の副葬品の盜取は通常の窃盜として処断する。これらの刑名は、已開棺槨の絞を基点に、發冢の加役流が一等減、⁶⁷⁾發而未徹の徒三年が二等減、盜屍柩の徒二年半が三等減という關係にある。賊盜律三〇条は發冢者と被葬者の間の尊卑・貴賤による加減例を規定しないから、卑幼の墓所を發いた尊長も凡人と同様に処断される。賊盜律三〇条註は發冢を「招魂して葬りたるも亦た是なり」とするから、祖父母父母による子孫の墳墓の改葬も凡人による已開棺槨や發冢と同じく加役流

や絞に処される。この不合理を改めるために比附が用いられる。鬪訟律五条（【事例1】所掲）は凡人間の鬪殺を絞とするが、鬪訟律二六条（【事例9】所掲）は大功以下の卑幼の毆殺を絞、従父弟妹、従父兄弟の子孫の毆殺を流三千里、鬪訟律二七条「若し弟妹、及び兄弟の子孫、外孫を毆殺したる者は、徒三年」は弟妹、兄弟の子孫、外孫の毆殺を徒三年、鬪訟律二八条「若し子孫、教令に違犯して、祖父母父母、毆殺したる者は、徒一年半」は子孫の毆殺を徒一年半と減輕する。発冢と鬪殺との間には輕重をはかる基準は存しないが、賊盜律三〇条の已開棺槨と鬪殺とが絞という刑名を同じくすることで近似性が存する。卑幼に対してなされたことを理由に鬪訟律二六条から二八条が鬪殺を減等するのなら、それとの間に近似性が存する発冢も減等すべきである。そのうえで、鬪訟律二六条から二八条が定める卑幼に対する鬪殺の刑名を卑幼に対する已開棺槨に援用し、賊盜律三〇条が定める発冢の段階にもとづいて刑名を定める。被葬者が大功以下の卑幼であれば、已開棺槨は絞、発冢は加役流、発而未徹は徒三年、盜屍柩は徒二年半となり、これは凡人に対するものと同じである。被葬者が従父弟妹、従父兄弟の子孫であれば、已開棺槨は流三千里、発冢は徒三年、発而未徹は徒二年半、盜屍柩は徒二年となる。被葬者が弟妹、兄弟の子孫、外孫であれば、已開棺槨は徒三年、発冢は徒二年半、発而未徹は徒二年、盜屍柩は徒一年半となる。被葬者が子孫であれば、已開棺槨は徒一年半、発冢は徒一年、発而未徹は杖一百、盜屍柩は杖九十となる。⁽⁶⁸⁾

【事例29】鬪訟律二条疏

銅鉄汁を以て人を傷つけたれば、湯火もて人を傷つけたるに比す。

「比す」という字句が比附であることを示す。闘訟律二条（事例1）所掲は熱湯や火焰を加害手段とする人の殴傷の刑の下限を徒一年とする。銅や鉄の熔液である銅鉄汁は闘訟律二条に加害手段として規定されないから、闘訟律一条註（事例16）所掲にいう他物に含まれ、それを加害手段とする人の殴傷の刑の下限は闘訟律一条（事例16）所掲により杖六十となる。その危険性から考えるとこれは不合理であり、この不合理を改めるために比附が用いられる。銅鉄汁と湯火との間には軽重をはかる基準は存しないが、態様ならびに危険性において近似性が存する。湯火を加害手段とする殴傷の刑の下限を闘訟律二条が徒一年とするのなら、それとの間に近似性が存する銅鉄汁を加害手段とする殴傷の刑の下限も徒一年とすべきである。⁽⁶⁹⁾

【事例30】闘訟律二二条問答

問ひて曰く。妾に子あり、或は子なし。夫家の部曲・奴婢を殺したれば、合に何の罪に当つべきや。或は客女及び婢あり。主、幸して子息を生む。自餘、部曲・奴婢にして殴りたれば、主の期親に同じくするを得るや以否や。

答へて曰く。妾、夫家の部曲・奴婢を殴りたるは、律に在りて罪名なきと雖も、軽重相ひ明らかなれば、須らく減ずるの例に従ふべし。下条に云ふ、妾、夫の妾の子を殴りたれば、凡人より二等を減ず、妾の子、父の妾を殴傷したれば、凡人に三等を加ふ、と。則ち部曲と主の妾と相ひ殴りたれば、之を妾の子と父の妾と相ひ殴りたるの法に比す。即ち妾、夫家の部曲を殴りたれば、亦た凡人より二等を減ず。部曲、主の妾を殴りたれば、凡人に三等を加ふ。若し妾、夫家の奴婢を殴りたれば、部曲より一等を減ず。奴婢、主の妾を殴

りたれば、部曲に一等を加ふ。死すに至りたる者は、各々凡人の法に依る。其れ子ある者は、若し子、家主たれば、母の法は兇より降らざれば、並びに主の例に依る。若し子、家主たらざれば、奴婢に於いては止だ主の期親に同じ。餘条の妾の子、家主たり、及び家主たらざるは、各々此に准ず。客女及び婢は、子息あると雖も、仍ほ賤隸に同じ。合に別に其の罪を加ふべからず。

「比す」という字句が比附であることを示す。鬪訟律二一条「諸そ主、部曲を殴りて死すに至りたる者は徒一年。故らに殺したる者は一等を加ふ。其れ懲犯あり、決罰して死すに致し、及び過失殺したる者は、各々論するなし」は、主による部曲の毆殺を徒一年、故殺を徒一年半とする。鬪訟律二〇条「諸そ奴婢に罪あり、其の主、官司に請はずして殺したる者は杖一百。罪なくして殺したる者は徒一年」期親及び外祖父母の殺したる者は、主と同じ。下条、部曲は此に準ず」は、主による奴婢の殺害を徒一年とする。主の期親である妻による部曲・奴婢の殺害は、鬪訟律二〇条註により主による殺害と同じとされ、部曲の毆殺は徒一年、故殺は徒一年半、奴婢の殺害は徒一年である。鬪訟律二二条「諸そ部曲・奴婢、過失して主を殺したる者は絞。傷つけ、及び罵りたる者は流。即し主の期親及び外祖父母を殴りたる者は絞。已に傷つけたる者は皆な斬。罵りたる者は徒二年。過失して殺したる者は罪二等を減ず。傷つけたる者は又た一等を減ず。主の總麻親を殴りたれば徒一年。傷重き者は、各々凡人に一等を加ふ。小功・大功は遞々一等を加ふ「加ふ者は加へて死に入る」。死したる者は皆な斬」は、部曲・奴婢による主の期親の毆傷を斬とするから、主の妻の毆傷は斬であり、主の毆傷は拳輕明重により斬となる。賊盜律七条疏「其れ媵及び妾は、令に在りて合に財を分かつべからざれば、並びに奴婢の主に非ず」が示すように、「宗の秩序の中に地位を与えられていない」⁽⁷⁰⁾妾は部曲・奴婢にとって主ではなく、主の期親でもないか

ら、鬪訟律二〇条註の準則は適用されない。妾による主の部曲・奴婢の毆殺は、良人による他人の部曲・奴婢の毆殺として、鬪訟律一九条【事例4】所掲により処断される。鬪訟律五条【事例1】所掲が定める鬪殺の絞からの減等がなされ、部曲の毆殺は一等を減じた流三千里、奴婢の毆殺は二等を減じた徒三年となる。しかし、たとえば鬪訟律二四条「諸そ妻を毆傷したる者は、凡人より二等を減ず。死したる者は、凡人を以て論ず。妾を殴りて折傷以上たれば、妻より二等を減ず。若し妻、妾を毆傷したれば、夫の妻を毆傷したると同じ。過失殺したる者は、各々論ずるなし」が妾を妻よりも劣る法的地位におく一方で、鬪訟律二九条【事例17】所掲

が夫の祖父母父母に対する加害を妻妾同罰としたり、妾は服制上「夫（君）のために斬衰、嫡妻のために不杖期。夫の長子のために齊衰三年、己が子、およびその他夫の子のために不杖期（すなわち、夫の子のためには妻が服するのと同じ）、その他、夫の本族のために、……妻と同様に服する」⁽¹⁾など、妾は妻に若干劣りつつも妻に準ずる地位を与えられていることで、妾と妻の間には近似性が存する。その妾による主の部曲・奴婢の毆殺を凡人による部曲・奴婢の毆殺と同断とするのは不合理である。この不合理を改めるために比附が用いられる。鬪訟律二二条は部曲による主の妻の毆傷を斬とするから、部曲による主の妻の故殺は挙輕明重により斬である。主の妻による部曲の故殺の徒一年半はこれから五等減の關係にある。鬪訟律三一条「諸そ兄の妻を殴り、及び夫の弟妹を殴りたれば、各々凡人に一等を加ふ。若し妾、犯したる者は、又た一等を加ふ。即し妾、夫の妾の子を殴りたれば、凡人より二等を減ず。妻の子を殴りたれば、凡人を以て論ず。若し妻の子、父の妾を毆傷したれば、凡人に一等を加ふ。妾の子、父の妾を毆傷したれば、又た二等を加ふ「死に至る者は、各々凡人の法に依る」」は、妾による妻の子の毆打を凡人への毆打と同じとし、妾による別の妾の子の毆打を凡人への毆打からの二等減、妾の

子による別の妾の殴傷を凡人による鬪殴への三等加とする。妾による別の妾の子の殴打は妾の子による別の妾の殴傷から五等減の関係にある。部曲と主の妻の間の相犯と妾と別の妾の子の間の相犯との間には軽重をはかる基準は存しないが、五等減の関係を設けていることで近似性が存する。さらに妻妾間に存する近似性を加味すれば、部曲と主の妾の関係と妾と別の妾の子の関係との間にも近似性が存している。⁽⁷²⁾ 鬪訟律三一条が妾による別の妾の子の殴打を凡人への殴打からの二等減、妾の子による別の妾の殴傷を凡人による鬪殴への三等加とするのなら、それとの間に近似性が存する妾による夫の部曲の殴打は凡人への殴打からの二等減、部曲による主の妾の殴打は凡人への殴打への三等加とすべきである。さらに妾と部曲・奴婢の相殴には鬪訟律一九条の加減例を援用して、妾による夫の奴婢の殴打は部曲の殴打からの一等減で凡人への殴打からの三等減、奴婢による主の妾の殴打は部曲による殴打への一等加で凡人への殴打への四等加となり、加等により死罪に至った場合は鬪訟律一九条（「事例4」所掲）により死刑とする。⁽⁷³⁾

【事例31】 賊盜律二四条疏

御と称する者は、太皇太后・皇太后・皇后も、亦た同じ。皇太子は一等を減ず。……其れ三后の宝は、金を以て之を為り、並びに行用せず。盗みたる者は、俱に絞刑を得。其れ皇太子の宝を盗みたれば、例に準じて合に一等を減じ、流三千里たるべし。若し皇太子妃の宝を盗みたれば、亦た流三千里たり。后の宝は既に御宝と殊らざれば、妃の宝も、明らけし、太子と別なきは。乗輿の服御の物とは、乗輿の服用に供奉するの物を謂ふ。三后の服御の物も亦た同じ。盗みたる者は流二千五百里。若し皇太子及び妃の服用する所の物を盗

みたれば、例に準じて一等を減じ、合に徒三年たるべし。

戴炎輝、滋賀秀三の両氏により比附とされる。皇帝に属する物品の盗取に関する賊盗律二四条【事例10】所掲）は御宝の盗取を絞、服御の物の盗取を流二千五百里、服御に供するに擬した物または供して廃棄した廃闕の物ならびに皇帝の食事に供されている食品の盗取を徒二年、皇帝の食用に供される前の食品ならびに服に非ずして御の物の盗取を徒一年半とする。名例律五一条「諸ぞ乗輿・車駕、及び御と称する者は、太皇太后・皇太后・皇后、並びに同じ。制・勅と称する者は、太皇太后・皇太后・皇后・皇太子の令は一等を減ず。若し東宮に於いて犯・失し、及び宮衛にて違ふありて、応に坐すべき者は、亦た減ずるの例に同じ」本と応に十惡たるべき者は、罪を減ずるを得ると雖も、仍ほ本法に従ふ」は、太皇太后・皇太后・皇后に属する物品の盗取を皇帝に属する物品の盗取と同じとし、皇太子に属する物品の盗取を皇帝に属する物品の盗取から一等減とする。皇后の印章の盗取は絞、皇太子の印章の盗取は流三千里である。名例律五一条は皇太子妃に関わる犯行を規定しないから、皇太子妃に属する物品の盗取は凡人に属する物品の盗取として扱われる。この不合理を改めるために比附が用いられる。皇帝と皇后の間の関係と皇太子と皇太子妃の間の関係との間には輕重をはかる基準は存しないが、配偶関係であることで近似性が存する。皇帝と皇后の間の関係のために皇后に属する物品の盗取を名例律五一条が皇帝に属する物品の盗取と同罰とするのなら、それとの間に近似性が存する皇太子と皇太子妃の間の関係のために皇太子妃に属する物品の盗取は皇太子に属する物品の盗取と同罰とすべきである。これにより、皇太子妃の印章の盗取は流三千里となる。皇后の衣服の盗取は服御の物の盗取と同じ流二千五百里、皇太子の衣服の盗取は一等を減じた徒三年であり、皇太子妃の衣服の盗取は皇太子の衣服の盗取と同じ徒三年となる。⁽¹⁴⁾

【事例32】雜律七条疏

若し親屬尊長を殺傷したりて、罪を得ること過失より輕き者は、各々過失殺傷に依りて論ず。其れ殺ありて徒二年半に至らざる者は、亦た殺したるの罪より三等を減ず。假如へば誤ちて本方の如くせず、旧の奴婢を殺したれば、徒二年より三等を減じて、杖一百の類なり。傷つけたる者は、各々過失の法に同じ。

戴炎輝氏により比附とされる。雜律七条「諸ぞ医、人の為に藥を合し、及び題疏・針刺し、誤ちて本方の如くせず、人を殺したる者は、徒二年半。其れ故らに本方の如くせず、人を殺傷したる者は、故殺傷を以て論ず。人を傷つけざると雖も杖六十」は、医師が方書にもとづかない医療を誤って患者に施したことによる殺害を過失殺とせず徒二年半とし、患者と医師との間に身分関係がある場合については規定しない。患者が医師の尊長であり過失殺の刑が徒二年半より重い場合には、名例律四五条（事例18）所掲に従って、過失殺の刑を適用する。患者が医師の祖父母父母であれば鬪訟律二八条（事例17）所掲による過失殺の流三千里が適用される。患者が医師の兄姉、伯叔父母、姑、外祖父母であれば、鬪訟律二七条（事例9）所掲による過失殺の徒三年が適用される。過失殺の刑が徒二年半より輕い場合は、名例律四五条に従えば、凡人と同様に徒二年半となる。鬪訟律三六条「即し旧の部曲・奴婢を殴り、折傷以上たれば、部曲は凡人より二等を減じ、奴婢は又た二等を減ず。過失殺したる者は、各々論ずるなし」は、自己の奴婢であつた者の過失殺を罪としないが、医師が方書にもとづかない医療を誤って施したことによる殺害は凡人と同様に徒二年半である。この不合理を改めるために比附が用いられる。方書にもとづかない医療を誤って施したことによる殺害の徒二年半は、鬪訟律五条（事例1）所掲の鬪殺の絞からの三等減にあたる。凡人の鬪殺と方書にもとづかない医療を誤って施したことによる殺害との関

係と、自己の奴婢であつた者の鬪殺と方書にもとづかない医療を誤つて施したことによる殺害との関係との間に軽重をはかる基準は存しないが、行為が共通することで近似性が存する。凡人の方書にもとづかない医療を誤つて施したことによる殺害が鬪殺から三等減にあたる徒二年半とされるのなら、これとの間に近似性が存する自己の奴婢であつた者の方書にもとづかない医療を誤つて施したことによる殺害は鬪殺の徒二年から三等を減じた杖一百とすべきである。⁽⁷⁵⁾

【事例33】賊盜律一五条問答第四

又た問ふ。律に依るに、罪を犯し、未だ發せずして自首したれば、合に原すべし、と。蠱毒を造畜したるの家、良賤一人先に首したれば、事既に首し訖る。罪を免ずるを得るや以否や。

答へて曰く。罪を犯すも首すれば免ずるは、本と自新を許す。蠱毒已に成れば、自新するも雪ぎ難し。之を赦に会ふに比し、仍ほ並びに流に従ふ。

「之を赦に会ふに比し」という字句が比附であることを示す。秘伝的な毒物の製造・所持である造畜蠱毒に関する賊盜律一五条「諸そ蠱毒を造畜し、及び教令したる者は絞。造畜したる者の同居の家口は情を知らざる」と雖も、若しくは里正「坊正・村正も亦た同じ」、知りて糾さざる者は、皆な流三千里。造畜したる者は赦に会ふと雖も、並びに同居の家口、及び教令したる人は、亦た流三千里。即し蠱毒を以て同居を毒したる者は、毒せらるるの人、父母・妻妾・子孫たるも、蠱を造るの情を知らざる者は坐せず」は、造畜蠱毒とその教令を絞、造畜者の同居の家族を流三千里とする。名例律六条不道（【事例4】所掲）は造畜蠱毒を十惡第五の不道に入れる。名

例律三七条「諸そ罪を犯し、未だ発せずして自首したる者は、其の罪を原す。……其れ人に於いて損傷し、物に於いて備償すべからず、即し事発して逃亡し、若しくは関を越度し、及び姦し「私度も亦た同じ。姦は良人を犯したるを謂ふ」、並びに私に天文を習ひたる者は、並びに自首の例に在らず」は、自首原免から除外される犯罪類型に造畜蠱毒を入れないから、造畜蠱毒は自首原免を認められる。この不合理を改めるために比附が用いられる。賊盜律一五条は、恩赦に会っても蠱毒の造畜者と教令者は絞から流三千里への減輕にとどめ、造畜者の同居の家族の流三千里は減輕しない。造畜蠱毒の流刑が恩赦に会っても赦免されない会赦猶流に入るとは、名例律一条疏「案ずるに賊盜律に云ふ、蠱毒を造畜したれば、赦に会ふと雖も、並びに同居の家口、及び教令したる人は、亦た流三千里、と。断獄律に云ふ、小功の尊属、従父兄弟を殺し、及び謀反・大逆したる者は、身は赦に会ふと雖も、猶ほ流二千里、と。此等は並びに是れ会赦猶流たり。其れ蠱毒を造畜したれば、婦人は官あるも官なきも、並びに下文に依り、配流すること法の如し。官ある者は、仍ほ除名とし、配所に至れば居作を免ず」に明示される。断獄律二一条「即し小功の尊属、従父兄弟を殺し、及び謀反・大逆したる者は、身は赦に会ふと雖も、猶ほ流二千里」⁽¹⁶⁾は会赦猶流として、賊盜律一条「諸そ反を謀り、及び大逆したる者は、皆な斬」の謀反・大逆の斬を恩赦により減輕した流二千里、ならびに鬪訟律二六条【事例9】所掲の小功尊属・従父兄弟の殺害の斬を恩赦により減輕した流二千里を記す。このうち小功尊属・従父兄弟の殺害は、名例律三七条にいう「人に於いて損傷」する罪であるから、自首原免から除外される。造畜蠱毒と小功尊属・従父兄弟の殺害との間には輕重をはかる基準は存しないが、会赦猶流にあたる罪であることで近似性が存する。名例律三七条が小功尊属・従父兄弟の殺害を自首原免から除外するのなら、これとの間に近似性が存する造畜蠱毒も自首原免から除外すべき

である。⁽⁷⁷⁾

【事例34】名例律三八条問答第四

問ひて曰く。官戸等、流を犯したれば、加杖二百。過致したる者は、応に幾等を減じて科すべきや。

答へて曰く。徒を犯し応に加杖とすべき者は、一等ごとに二十を加へ、加へて二百に至りて、徒三年に當つ。乃ち流刑に至るも、杖は亦た二百たり。即ち加杖の流、応に減すべきは、律に在りて殊に節文なし。刑名に比附し、止だ徒に依りて一等を減じ、加杖一百八十たり。

「刑名に比附し」という字句が比附であることを示す。徒刑にあたる罪人の家に、当該罪人以外の成人男性がない場合、徒刑に換えて加杖を執行し、居作を免除する。名例律二七条「諸そ徒を犯して応に役すべくして、家に兼丁なき者は、徒一年は加杖一百二十、居作せしめず。一等ごとに二十を加ふ」は、徒一年を加杖一百二十、徒一年半を加杖一百四十、徒二年を加杖一百六十、徒一年半を加杖一百八十、徒三年を加杖二百に換刑する。名例律四七条「諸そ官戸、部曲、官私奴婢、……若し流徒を犯したる者は、加杖とし、居作を免ず」は、徒刑・流刑にあたる罪を犯した官戸・部曲・奴婢について、徒刑は加杖に換えて居作を免除し、流刑は加杖に換えて居作と遠徙を免除する。この場合の加杖は、名例律四七条疏「徒を犯したる者は、兼丁なきの例に准じて加杖とす。徒一年は加杖一百二十。一等ごとに二十を加へ、徒三年は加杖二百。犯に准じて三流たるも、亦た杖二百に止む。決し訖れば、官・主に付し、居作せしめず」によれば、徒刑五等は名例律二七条と同じ、流刑三等は加杖二百であるから、徒三年から流三千里までの四等はすべて加杖二百である。名例律三八条「即し罪人に因りて以て罪を

致して、罪人、自ら死したる者は、本罪より二等を減ずるを聴す。若し罪人自首し、及び恩に遇ひ、原減する者は、亦た罪人の原減の法に準ず。其れ応に加杖とし、及び贖すべき者は、各々杖・贖の例に依る」は、罪人の藏匿や過致資給すなわち逃走の援助という「罪人に因りて以て罪を致す」罪の処断の通則規定である。捕亡律一条「諸そ情を知りて罪人を藏匿し、若しくは過致資給して「事発して追せられ、及び亡・叛したるの類を謂ふ」、隠避するを得さしめたる者は、各々罪人の罪より一等を減す」により、徒三年にあたる罪人への過致資給は罪人の本罪である徒三年から一等を減じた徒二年半となる。罪人が官戸・部曲・奴婢であれば名例律三八条により加杖一百八十となる。この加杖一百八十は徒三年から一等を減じた徒二年半の換刑であり、徒三年の換刑である加杖二百から一等を減じたものではない。主刑でない加杖を加減することはできないからである。流刑三等にあたる罪人への過致資給は流刑三等から一等を減じた徒三年である。罪人が官戸・部曲・奴婢であれば流刑三等から一等を減じた徒三年の換刑の加杖二百となる。これは流刑三等の換刑である加杖二百と同じであり、一等減の實質が生じない。この不合理を改めるために比附が用いられる。加杖と徒刑との間には軽重をはかる基準は存しないが、五等という等級が設定されていることで近似性が存する。その対応関係は名例律二七条により確認され、徒刑の半年の等差が加杖の二十の等差に対応する。徒三年から一等を減じて徒二年半となるのなら、加杖二百から一等を減じて加杖一百八十とすべきであり、流刑三等にあたる官戸・部曲・奴婢への過致資給は加杖二百から一等を減じた加杖一百八十となる。⁽⁷⁸⁾

【事例35】断獄律二〇条疏

赦書、罪名を定め、合に輕きに從ふべき者とは、假如へば貞觀九年三月十六日の赦に、大辟の罪以下は並びに免ず、其れ常赦の免ぜざる所の、十惡、祇言して衆を惑はす、謀叛して已に上道す等は、並びに赦するの例に在らず、と。赦に拠るに、十惡の罪は、赦書は免ぜず。謀叛は即ち十惡に当たるも、未だ上道せざる者は、赦は特に原すに從ふ。叛の罪は重きと雖も、赦書は罪名を定めたれば、合に輕きに從ふべし。律を引きて科斷し、若しくは比附して重きに入るを得ず。違ひたる者は、故失を以て論ず。

断獄律二〇条（第四節所掲）は唐律全五〇二箇条のなかで「比附」を明記する唯一の律条である。賊盜律四条「諸ぞ謀叛したる者は絞。已に上道したる者は皆な斬」は、王朝から離脱して偽政權・外国勢力などに加担する叛を、絞にあたる予備陰謀段階の謀叛未上道と、斬にあたる実行着手後の謀叛已上道の二段階に分ける。名例律六条謀叛「三に曰く謀叛〔国に背き偽に從ふを謀りたるを謂ふ〕」は、謀叛未上道の段階から十惡第三の謀叛に入れる。断獄律二〇条疏が引用する貞觀九年（六三五）三月一六日の赦書は、十惡を原免から除外する一方で、謀反已上道の不原免を特記して謀叛未上道を原免する。⁽⁷⁹⁾ 赦書の法的効果は律条に優越する。それにもかかわらず、たとえば叛と逃亡との間に存する近似性にもとづき、山沢への逃亡者を追喚する將吏への抵抗を定める賊盜律四条「即し山沢に亡命し、追喚に從はざる者は、謀叛を以て論ず。其の將吏に抗拒したる者は、已に上道したるを以て論ず」を援用して処斷する⁽⁸⁰⁾など、何らかの律条に比附して処罰した官員は、故失入人罪として断獄律一九条【事例7】所掲により処斷される。断獄律二〇条が禁じる比附は、赦書の条項が甲行為について定める刑の減免を不合理なものとみなし、その不合理を改めることを目的として、甲行為との間に近似性が存し赦書が刑の減

免を定めない乙行為を処罰する律条の刑名を甲行為に援用することである。⁽⁸¹⁾

比附の【事例19】から【事例21】は刑名未定の行為の刑名を定め、【事例22】から【事例26】は刑名の加減を定める。【事例27】は当該行為を十悪に入れて、刑名既定の行為への附加的措置の適用の是非を定めるものである。これらに対して、【事例28】から【事例32】は既存の律条から得られる不合理な刑名を、【事例33】【事例34】は既存の律条による不合理な附加的措置を比附の名のもとに改めるものである。【事例35】は敕文から得られる減免を不合理とみなして比附の名のもとに改めるものである。

したがって、比附は「既存の法条が刑名や附加的措置を定めない甲行為を処断すべきとき、法欠缺の補充を目的として、甲行為との間に近似性が存する乙行為を処断する法条の刑名や附加的措置を甲行為に援用する技法」であることに加えて、「既存の法条が甲行為について定める刑名や附加的措置が不合理であるとき、その不合理を改めることを目的として、甲行為との間に近似性が存する乙行為を処断する法条の刑名や附加的措置を甲行為に援用する技法」でもある。これは、戴炎輝氏の「ある罪条が凡犯（凡人・常罪）をその対象として、情状による加減の明文を缺くときは、他の条文に（比較的詳細であるため）比附して、その刑を加減することもある」という主張、あるいは清代の事例の分析にもづく中村茂夫氏の「細目化された或る条文に比照して、そこに定められた刑をそのまま科したのでは、「法重くして情軽し」（または「情重くして法軽し」という結果を免れないことがある。そのような場合に、刑を加重・減輕する操作が求められる」、寺田浩明氏の「敢えて情の違いを言い立ててその「情」を現行条文の中から切り取って別置きし、その部分について現行法とは違った量刑判断を下

す（そうした操作を正文が無いという名目で行う）作業」という指摘を裏づけるものである。⁽⁸²⁾

六 挙重明軽・挙軽明重と比附の再定義

律疏にあらわれた事例の検討を通じて、挙重明軽・挙軽明重も比附も、既存の法条が刑名や附加的措置を定めない行為に対して刑名や附加的措置を定める欠缺補充を目的とする技法であるにとどまらず、既存の法条が定める刑名や附加的措置が不合理である行為に対してより合理的な刑名や附加的措置を定めることを目的とする技法でもあることが明らかになった。それらの目的に即して理解すれば、挙重明軽・挙軽明重と比附との間には本質的な差違はないことになる。

刑名や附加的措置を定める技法として見るとき、甲行為に対して刑名や附加的措置を定める際に援用する法条が定める乙行為と甲行為の間に、行為の主体と客体の間の身分的關係、行為の態様や結果、手段の態様、客体の態様、あるいは刑名などについて、何らかの近似性が存することにおいては、挙重明軽・挙軽明重と比附との間に区別はない。両者の明確な違いは、近似性の存する甲行為と乙行為の間に、軽重をはかる何らかの比較基準が存するか否かという点にある。挙重明軽・挙軽明重が行われるときには、甲行為と乙行為の間に近似性が確認されるのに加えて、比較基準にもとづく軽重関係も確認される。これに対して、比附が行われるときには、甲行為と乙行為の間には近似性が確認されるだけで、比較基準にもとづく軽重関係は確認されないものである。

この認識にもとづいて、戴炎輝氏により比附、滋賀秀三氏により挙重明軽とされる事例を検討する。⁽⁸³⁾

【事例36】賊盜律一九条疏

屍を水中に棄てたるも、還た得て失はず。髪を髡りたるとは、其の髪を髡り去りたるを謂ふ。傷つけたるは、謂ふところ、故らに其の屍を傷つけ、傷に大小なきも、但だ支解したるの類には非ず。各々又た一等を減ずとは、謂ふところ、凡人は各々鬪殺の罪より二等を減じ、總麻以上の尊長は唯だ一等を減ず。大功以上の尊長及び小功の尊属は、仍ほ不睦に入る。即し子孫の祖父母父母に於いてし、部曲・奴婢の主に於いてしたる者は、各々減ぜず。並びに鬪殺の罪に同じければ、子孫は合に惡逆に入るべし。決するに時を待たず。

賊盜律一九条「諸ぞ死屍を残害し」「焚焼し、支解したるの類を謂ふ」、及び屍を水中に棄てたる者は、各々鬪殺の罪より一等を減ず「總麻以上の尊長は減ぜず」。棄てて失はず、及び髪を髡り、若しくは傷つけたる者は、各々又た一等を減ず。即し子孫の祖父母父母に於いてし、部曲・奴婢の主に於いてしたる者は、各々減ぜず「皆な意の惡むに在る者を謂ふ」は、遺骸の損壊と水中への投棄を鬪訟律五条【事例1】所掲）の鬪殺の絞から一等を減じた流三千里、水中に投棄して回収した場合、ならびに遺骸の損傷や頭髮の剃去は二等を減じた徒三年とする。總麻以上の尊長の遺骸であれば鬪殺を以て論じ、鬪訟律二六条【事例9】所掲）および鬪訟律二七条【事例9】所掲）により、損壊などは斬、水中への投棄後の回収などは一等を減じた流三千里とされる。祖父母父母の遺骸であれば減等はなされない。總麻以上の尊長の鬪殺と總麻以上の尊長の遺骸の損壊との間には、刑名がともに斬であることで近似性が存し、そこから毆傷と遺骸の損傷との間の近似性も導き出される。

名例律六条不睦【事例12】所掲）は、小功尊属・大功尊長の毆打を十惡第八の不睦に入れるが、大功以上の尊長および小功尊属の遺骸の損傷については規定しない。小功尊属・大功長属の毆打は鬪訟律二六条により徒一

年半、大功尊属の殴打は徒二年、小功尊属・大功尊長の遺骸の損傷は賊盗律一九条により流三千里とされる。刑名からみて、小功尊属・大功尊長の殴打は軽事であり、小功尊属・大功尊長の遺骸の損傷は重事である。名例律六条不睦が小功尊属・大功尊長の殴打という軽事を十惡不睦に入れるからには、大功以上の尊長および小功尊属の遺骸の損傷という重事は規定がなくても十惡不睦に入る。これは挙輕明重の事例である。

名例律六条惡逆「四に曰く惡逆「祖父母父母を殴り、及び殺さんと謀り、伯叔父母、姑、兄弟、外祖父母、夫、夫の祖父母父母を殺したる者を謂ふ」は、祖父母父母の殴打を十惡第四の惡逆に入れるが、祖父母父母の遺骸の損壞・損傷については規定しない。鬪訟律二八条【事例17】所掲は祖父母父母の殴打を斬とし、賊盗律一九条は祖父母父母の遺骸の損壞・損傷を斬とする。祖父母父母の殴打と祖父母父母の遺骸の損壞・損傷との間には輕重をはかる基準は存しないが、刑名を同じくすることで近似性が存する。祖父母父母の殴打を名例律六条惡逆が十惡惡逆に入れるのなら、これとの間に近似性が存する祖父母父母の遺骸の損壞・損傷も十惡惡逆に入る。これは比附の事例である。⁽⁸⁴⁾

したがって「挙重明輕・挙輕明重がいうなれば定性的操作であり応用範囲が限定されるに對して、比附は定量的操作であつてその応用範囲は頗る広い⁽⁸⁵⁾」という滋賀秀三氏の主張は、応用範囲の広狭に関する認識は適切であるけれども、「定性的」「定量的」という指摘については再考を要する。滋賀秀三氏の術語を援用すれば、挙重明輕・挙輕明重は定性的操作のうえに定量的操作を行う技法であるがゆえに応用範囲が限定されるのであり、比附は定性的操作のみを行う技法であるがゆえに応用範囲が頗る広いのである。そうであれば、比附は挙重明輕・挙

軽明重を包摂する技法であるともいえる。「広義の比附は、狭義の「比附」および「軽重相挙」を包括するといふべきかもしれない」という戴炎輝氏の主張が妥当性をもちうることになる。

しかしながら忘れてはならないのは、挙重明軽・挙軽明重も比附も、既存の法条における刑名や附加的措置の欠缺の補充を目的とするにとどまらず、既存の法条における不合理な刑名や附加的措置を改めることを目的としていたということである。このことを含めて再定義を行えば、挙重明軽・挙軽明重は「甲行為に対して既存の法条が定める（または定めない）効果を、甲行為との間に近似性が存する乙行為との軽重を比較したうえで、乙行為を処断する既存の法条の効果を援用することにより、適切なものに改める技法」であり、比附は「甲行為に対して既存の法条が定める（または定めない）効果を、甲行為との間に近似性が存する乙行為を処断する既存の法条の効果を援用することにより、適切なものに改める技法」であるということになる。

おわりに

挙重明軽・挙軽明重に関する名例律五〇条の淵源が隋開皇律にあることは、『通典』卷一六七、刑法五、雜議下、神龍元年（七〇五）正月趙冬曦上書にもとづいて指摘されている。⁽⁸⁷⁾

趙冬曦上書して曰く。臣聞く。夫れ今の律なる者は、昔は乃ち千餘条あり。近ごろ有隋の姦臣、將に其の法を弄ばんとし、故に律を著して曰く、罪を犯して律に正条なき者は、応に罪を出だすべければ、則ち重きを挙げて以て軽きを明らかにし、応に罪を入るるべければ、則ち軽きを挙げて以て重きを明らかにす、と。夫の一言を立てて、其の数百条を廃す。是より今に迄り、竟に刊革するなく、遂に死生をして法律に由るなか

らしむ。軽重は必ず愛憎に因り、賞罰なる者は其の然るを知らず、事を挙ぐる者は其の犯すを知らず。臣恐るらくは、賈誼、之を見れば、必ず為に慟哭せんことを。夫れ法を立つる者は、下人尽く知れば、則ち天下敢て犯さざるを貴ぶのみ。何ぞ必ずしも其の文義を飾り、其の科条を簡にせんや。夫れ科省たれば則ち下人知り難く、文義深ければ則ち法吏便を得ん。下人知り難ければ、則ち暗かに機穽に陥らん。安んぞ法を犯すの人なきを得んや。法吏便を得れば、則ち比附して之を用ゐん。安んぞ法を弄ぶの臣なきを得んや。臣請ふらくは、律令格式もて復た更に刊定し、其の科条の罪を言ふは、直だ其の事を書き、文を假飾するなきことを。其れ以、准、加減、比附、情を原ぬ、及び輕きを挙げて以て重きを明らかにす、応に為すべからずして為すの類は、皆な之を用ゐるなきことを。愚夫愚婦をして之を聞きて必ず悟らしむれば、則ち相ひ率ゐて之を遠ざけん。亦た安んぞ肯て知りて故らに犯さんや。苟も犯す者あれば、貴きと雖も必ず坐せば、則ち宇宙の内、肅然として咸な服さん。故に曰く、法明らかなれば則ち人信じ、法一なれば則ち主尊からん、と。書に曰く、刑は刑なきを期す、と。誠なるかな是の言や。

趙冬曦の上書は挙重明輕・挙輕明重を法条にもとづかない刑罰の適用をもたらず舞文弄法の要因として批判し、比附などとともにその排除を主張する。しかし滋賀秀三氏が指摘するように、挙重明輕・挙輕明重の明文化は「立法者がこれを前提として、不必要なる逐一的明文を省いていることを意味」し、開皇律においては「北斉律九四九条、北周律一五三七条であったものを同律が一挙に五〇〇条に凝縮した、その法文簡精化の上に大きな作用をもった」のである⁽⁸⁸⁾。挙重明輕・挙輕明重の規定が比附を排除したのであれば、挙重明輕・挙輕明重の技法としての限定性ゆえに、舞文弄法の可能性はかなり狭められたであろう。しかし趙冬曦の上書は唐初に比附が行わ

れていたことをうかがわせる。現実の事案処理において刑名や附加的措置の補充修正を迫られたとき、技法としての限定性の高い挙重明輕・挙輕明重だけではその目的を達することは困難であり、より限定性の低い比附を活用せざるを得なかったに違いない。宋代には律条に挙重明輕・挙輕明重、勅条に比附が規定されて両者の併存がうかがわれるが、明律は挙重明輕・挙輕明重を規定せずに比附のみを規定するに至る。それは技法的に挙重明輕・挙輕明重が比附に包摂されるものであり、現実の事案処理においては挙重明輕・挙輕明重を用いなくても比附を用いれば足りるという経験が反映されたからではないだろうか。

この推論の検証を含めて、挙重明輕・挙輕明重と比附に関する検討課題は数多く存在する。その解明に向けての考察が空論に陥らないようにするためには、時代をひろげて史料を求めてゆかなければならない。⁽⁸⁹⁾今後の課題としたい。

〔凡例〕

引用文中の「」内および（）内は原注、へゝ内は筆者補注を示す。唐律の律条と律疏は『訳註二』『訳註三』を底本とする。

〔文献〕

『研究 刑法』＝仁井田陞『中国法制史研究 刑法』東京大学出版会、一九五九（補訂版、一九八〇による）
『国字解』＝荻生徂徠『明律国字解』（徂徠物茂卿／内田智雄・日原利國校訂『律例対照定本明律国字解』創文社、一九六六による）

『拾遺』＝仁井田陞『唐令拾遺』東方文化学院、一九三三（復刻版、一九六四による）

『拾遺補』＝仁井田陞／池田温編集代表『唐令拾遺補——附唐日両令対照一覽——』東京大学出版会、一九九七

『訳註一』＝律令研究会編『訳註日本律令一 首巻』東京堂出版、一九七八

『訳註二』＝律令研究会編『訳註日本律令二 律本文篇上巻』東京堂出版、一九七五

『訳註三』＝律令研究会編『訳註日本律令三 律本文篇下巻』東京堂出版、一九七五

『訳註五』＝律令研究会編『訳註日本律令五 唐律疏議訳註篇一』東京堂出版、一九七九

『訳註六』＝律令研究会編『訳註日本律令六 唐律疏議訳註篇二』東京堂出版、一九八四

『訳註七』＝律令研究会編『訳註日本律令七 唐律疏議訳註篇三』東京堂出版、一九八七

『訳註八』＝律令研究会編『訳註日本律令八 唐律疏議訳註篇四』東京堂出版、一九九六

TTD I (A) = Tatsuro Yamamoto, On Ikeda, Makoto Okano (eds.), *Tun-huang and Turfan Documents concerning Social and Economic History I: Legal Texts (A) Introduction & Texts*, The Toyo Bunko, 1980.

小野清一郎「一九三八」『唐律に於ける刑法総則的規定』『国家学会雑誌』五二巻四号（『刑罰の本質について・その他』

有斐閣、一九五五による）

川村康「一九九五」『「東坡烏台詩案」中の律・勅・刑統遺文』『東洋法制史研究会通信』九号

川村康「二〇一四」『律疏比附簡記——断獄律二〇条の比附は特殊か——』中村正人研究代表『唐代を中心とする中国

裁判制度の基礎的研究』平成二二年度／平成二五年度科学研究費補助金（基盤研究（C）一般）研究成果報告書

川村康「二〇一六」『宋代比附簡記』『宋代史から考える』編集委員会編『宋代史から考える』汲古書院

川村康「二〇一八」『律疏拳重明軽・拳軽明重簡記』『法史学研究会会報』一一一号

黄源盛「二〇〇一」『唐律輕重相举条的法理及其運用』林文雄教授祝寿論文集編輯委員会編『当代基礎法学理論——林

文雄教授祝寿論文集——』学林文化事業有限公司（『漢唐法制与儒家伝統』元照出版有限公司、二〇〇九による）

小林宏「一九九一」『因准ノ文ヲ以テ折中ノ理ヲ案ズベシ——明法家の法解釈理論——』『國學院法学』二八巻四号

（『日本における立法と法解釈の史的研究 第一巻 古代・中世』汲古書院、二〇〇九による）

拳重明軽・拳軽明重と比附

七三三

蔡墩銘「一九六八」『唐律与近世刑事立法之比較研究』中国學術著作獎勵委員會

滋賀秀三「一九六〇」『清朝時代の刑事裁判——その行政的性格。若干の沿革的考察を含めて——』法制史学会編『刑

罰と国家権力——法制史学会創立十周年記念——』創文社（『清代中国の法と裁判』創文社、一九八四による）

滋賀秀三「二〇〇六」『比附と類推』『東洋法制史研究会通信』一五号

周東平「二〇一二」『拳重以明輕、拳輕以明重』之法理補論——兼論隋律立法技術的重要性——『東方學報』京都八
七冊

戴炎輝「一九六四」『唐律通論』國立編譯館・正中書局

戴炎輝「一九六五」『唐律各論』國立台灣大學法學院事務組・三民書局

戴建國点校「二〇〇二」『慶元条法事類』楊一凡・田濤主編『中国珍稀法律典籍統編 第一冊』黑龍江人民出版社

陳新宇「二〇一五」『帝制中国的法源与適用——以比附問題为中心的展開——』上海人民出版社

寺田浩明「二〇一三」『裁判制度における「基礎付け」と「事例参照」——伝統中国法を手掛かりとして——』『法学論

叢』一七二卷四・五・六号

陶安「二〇〇五」『比附“与”類推——超越沈家本的時代約束——』『沈家本与中国法律文化國際學術研討会』組委

會編『沈家本与中国法律文化國際學術研討会論文集（下冊）』中国法制出版社

中村茂夫「一九六八」『中国旧律における比附の機能』『法政理論』一卷一号（『比附の機能』『清代刑法研究』東京大学

出版会、一九七三による）

仁井田陞「一九四〇」『唐律に於ける通則的規定の来源』『東方學報』東京二一冊ノ二（『唐律における通則的規定とそ

の来源』『研究 刑法』による）

仁井田陞「一九五九」『宋代以後における刑法上の基本問題——法の類推解釈と遡及処罰——』『研究 刑法』

仁井田陞・牧野巽「一九三二」『故唐律疏議製作年代考（下）』『東方學報』東京二冊（『訳註一』による）

俞榮根「二〇〇二」『罪刑法定与非法定的和合——中華法系の一箇特点——』倪正茂主編『批判与重建——中国法律史

劉俊文「一九八九」『敦煌吐魯番唐代法制文書考釈』中華書局

劉俊文「一九九六」『唐律疏議箋解』中華書局

〔注〕

(1) 挙重明輕・挙輕明重の簡稱として「輕重相挙」や「輕重相明」が用いられる(たとえば周東平「二〇一二」三九二頁)。「輕重相挙」は賊盜律一六条問答「律条は簡要にして、止だ凡人の為に文を生ず。其れ尊卑貴賤あれば、例は輕重相挙に従ふ。若し尊長及び貴を犯したる者は、各々謀殺已殺の法に依る。如し其れ卑賤に施したれば、亦た謀殺已殺に準じて論ず。如し其れ棄して死さざる者は、並びに謀殺已傷の法に同じ」に見られる。中村茂夫氏は「例輕重相ヒ挙グルニ從フ」とは、賊5〜8に載らない身分關係における毒藥殺人は、鬪訟律各処に出る規定と比べて、名50の挙重以明輕・挙輕以明重の操作に依って刑を導き出すの意であろう(『訳註七』一二九頁注4)とするが、これは加害者・被害者間の身分關係の輕重に応じて賊盜律五条から八条が設定した謀殺の加重規定の適用を意味する。「輕重相明」は、名例律六条不睦疏(【事例12】および雜律六二条疏(第一節所掲)に見られるものは加害者・被害者間の身分關係の輕重明輕・挙輕明重を意味するが、鬪訟律二二条問答(【事例30】)に見られるものは加害者・被害者間の身分關係の輕重に応じて設定された減輕規定の適用を意味する。したがって、律疏においては、「輕重相挙」も「輕重相明」も、挙重明輕・挙輕明重の簡稱としてのみ用いられているとはいえないから、引用文におけるものを除いて、本稿では用いない。

(2) 比附を主題とする研究には中村茂夫「一九六八」、陶安「二〇〇五」、滋賀秀三「二〇〇六」、陳新宇「二〇一五」などがあり、主要な見解は中村茂夫「一九六八」一五二頁注(1)、周東平「二〇一二」三八五—三八三頁、陳新宇「二〇一五」四—一〇頁にまとめられる。挙重明輕・挙輕明重を主題とする研究には黃源盛「二〇〇一」、周東平「二〇一二」などがあり、主要な見解は黃源盛「二〇〇一」三三〇—三三六頁、周東平「二〇一二」三八九—三八八頁、

挙重明輕・挙輕明重と比附

三八八頁注11にまとめられる。

(3) 川村康「二〇一四」、川村康「二〇一八」。

(4) 『訳註五』三〇四頁。

(5) 小野清一郎「一九三八」三三七頁、仁井田陞「一九五九」二六六頁、劉俊文「一九九六」上冊四八八頁。

(6) 戴炎輝「一九六四」一二頁。龔榮根氏が唐律による比附と類推の許容を指摘して「比附・類推は罪刑非法定の明証である。唐律には疑いもなく非法定主義の一面が存している」としつつ、名例律五〇条疏の挙例を「このような類推は、唐律の条文の含意を超えるものではないのであり、……『輕重相準』は行為者およびその他の行為能力を有する者が予測できるものである。それゆえ拡張解釈とするのがより適当であり、拡張解釈は罪刑法定主義に違背しない」とするのも同様の観点に立つものと思われる（龔榮根「二〇〇二」一三九—一四〇頁）。

(7) 蔡墩銘「一九六八」二二頁、『訳註五』三〇四頁、黃源盛「二〇〇一」三三九頁、周東平「二〇一二」三八〇頁。

(8) ただし、雜律六二条疏について、周東平氏は「輕重相明が比附であることを明言している」とし、陳新宇氏は「比附は、古典的法制の特殊な条項である『不応為』と関係がある。……正条のない輕罪という情況において、『不応為』は輕重の兩種を標準として、比附の根拠となる。このことから明らかにされるのは、比附は重罪を対象としうるだけではなく、『不応為』のような雜犯輕罪をも対象としうることである」とする（周東平「二〇一二」三八六頁、陳新宇「二〇一五」三五頁）。

(9) 川村康「一九九五」八一—九頁。

(10) 仁井田陞「一九五九」二六九頁、二八三頁注(25)。「慶元条法事類」卷七三、刑獄門三、検断は本条を一箇条目とする五箇条を「断獄令」として掲げ、仁井田陞氏も本条を「断獄令」とするが、本条を含む五箇条は「断獄勅」である（戴建国点校「二〇〇二」七六二頁校勘記「二」を参照）。

(11) 周東平氏は「宋人も輕重相準をほぼ比附と等しいものとしていた」ことを示すふたつの史料を掲げる（周東平「二〇一二」三八六頁）。第一の傅霖『刑統賦解』卷下、五韻、条不必正也挙類而可明「解に曰く。按ずるに名例に云

ふ、若し罪を断ずるにして正条なければ、其の応に罪を出すべき者は、則ち重きを挙げて以て軽きを明らかにす、と。假有へば父亡じ、母卻て人に適き、身死す。合に後家に葬るべきに、其の前子、母の尸霊を盗み、事発して官に到る。例に正条なければ比附すべし。賊盜律に、諸そ仏像・天尊を盗みて崇敬したる者は徒三年、と。仏像・天尊は然れば僧道の父母に同じ。別箇の寺觀に見れば合に盗みて崇奉すべからず。然るに是れ、親母、既已に人に改嫁与し、前夫と義絶へたれば、合に伊の墳より盗みて葬埋すべからず。仏像・天尊を盗むと、情由頗る同じければ、合に比附して情を量り、之を減じて科罪すべし。其の応に罪を入るべき者は、則ち軽きを挙げて以て重きを明らかにす。假有へば奴婢、火を放ちて主を焼きたれば、罪に正条なければ比附すべし。鬪訟律に、若し奴婢、主を詈るありたる者は絞、と。其れ火を放ちて主を焼くありたる者は、詈りたるより重きや、亦た合に死に処すべし。歌に曰く。十二章内千条の罪例、斯の如く詳細なるも未だ理を尽くす能はず、若し正条なければ律義を搜窮し、類を挙げて相ひ明らかにし比例して罪を定む。増註すらく。律に例なければ之を疏議に総め、至らざる者は類を以て之を挙げれば、法は廢するなからん」は、たしかに挙重明輕・挙輕明重と比附とを同視するが、『刑統賦解』が「宋律に非ずして金律を引いてゐる」ことは仁井田陞・牧野巽両氏により論証されている（仁井田陞・牧野巽「一九三二」四六八―四九四頁を参照）。第二は呂祖謙『增修東萊書說』卷三四、周書、呂刑における『尚書』周書、呂刑「上下比罪」についての注釈「刑なる者は律なり。比なる者は例なり。罪に正条なければ、輕きを挙げて以て重きを明らかにし、重きを挙げて以て輕きを明らかにす。所謂上下比罪なり」であるが、文中の「比」字は、その後文「三千の刑は衆きと謂ふべきも猶は天下の罪を尽くす能はず。上下以て其の比を求むるを免れず。是を以て知る、天下の情は窮まりなくして、法は独り任ずべからざるを」からみて「前例」と解する余地がある。これらの史料をもとに宋人が挙重明輕・挙輕明重と比附とを同視していたと即断することはできない。

(12) 周東平「二〇一二」三八四―三八三頁。

(13) 仁井田陞「一九五九」二六六頁、劉俊文「一九九六」上冊四八八頁、兪榮根「二〇〇二」一三九頁。兪榮根氏は「拡張解釈とするのがより適當」ともする（兪榮根「二〇〇二」一四〇頁）。

挙重明輕・挙輕明重と比附

- (14) 戴炎輝「一九六四」一二頁、蔡墩銘「一九六八」二二頁、『訳註五』三〇二頁、黃源盛「二〇〇一」三三九頁。
(15) 小野清一郎「一九三八」三三七—三三八頁、周東平「二〇一二」三八〇頁。
(16) 小野清一郎「一九三八」三三七頁、仁井田陞「一九五九」二六六頁、戴炎輝「一九六四」四五二—四五三頁、蔡墩銘「一九六八」二二頁、『訳註五』三〇二頁、劉俊文「一九九六」上冊四八七頁、黃源盛「二〇〇一」三一〇—三一頁。

(17) 名例律五〇条疏以外の挙重明輕・挙輕明重を示す律疏として、仁井田陞氏は挙輕明重として名例律六条不孝問答（本稿【事例11】）を掲げる（仁井田陞「一九五九」二六七頁）。戴炎輝氏は挙重明輕として鬪訟律四六条疏（本稿【事例3】）、戸婚律一六条疏（本稿【事例6】）、斷獄律一九条問答（本稿【事例7】）、挙輕明重として擅興律二〇条問答（本稿【事例18】）、鬪訟律二八条疏（本稿【事例17】）、詐偽律二四条問答（本稿【事例16】）、名例律六条不孝問答（本稿【事例11】）、名例律六条不睦疏（本稿【事例12】）、賊盜律一七条疏（本稿【事例13】）、雜律三七条疏（本稿【事例15】）、雜律四七条疏（本稿【事例10】）を指摘する（戴炎輝「一九六四」四五二—四五五頁）。滋賀秀三氏は挙重明輕として名例律三〇条問答第三（本稿【事例4】）、斷獄律一九条問答（本稿【事例7】）、挙輕明重として鬪訟律二八条疏（本稿【事例17】）、名例律六条不孝問答（本稿【事例11】）、名例律六条不睦疏（本稿【事例12】）、名例律一八条問答第二（本稿【事例14】）、賊盜律一七条疏（本稿【事例13】）、賊盜律一九条疏（本稿【事例36】）、擅興律二〇条問答（本稿【事例18】）を示す（『訳註五』三〇三—三〇四頁）。黃源盛氏は挙重明輕として名例律三〇条問答第三（本稿【事例4】）、鬪訟律四六条疏（本稿【事例3】）、挙輕明重として名例律六条不孝問答（本稿【事例11】）、名例律六条不睦疏（本稿【事例12】）、名例律一八条問答第二（本稿【事例14】）、詐偽律二四条問答（本稿【事例16】）、擅興律二〇条問答（本稿【事例18】）、鬪訟律二八条疏（本稿【事例17】）を検討する（黃源盛「二〇〇一」三一—三三七頁）。周東平氏は戴炎輝、滋賀秀三、黃源盛の三氏が指摘した事例を表示する（周東平「二〇一二」三八九—三八七頁、三八九頁注10）。川村康「二〇一八」は、本稿で扱うもののほか、挙重明輕として名例律一五条疏、戸婚律一一条問答第一、廐庫律八条疏、廐庫律一〇条問答、賊盜律三九条問答第一、鬪訟律三六条問答第二、挙輕明重とし

て闕訟律二七条疏、闕訟律七条問答第一、闕訟律一九条疏、闕訟律五三条問答を示す。唐代の出土資料における挙重明輕の事例として、劉俊文、黃源盛の両氏は、敦煌出土「判集殘卷」第一六道 (TTDI(A) p.54、劉俊文「一九八九」四四七—四四八頁) を提示する (劉俊文「一九九六」上冊四九〇—四九一頁、黃源盛「二〇〇一」三一七—三一九頁)。

(18) 折傷は、闕訟律一条註に「折傷とは、齒を折りたる以上を謂ふ」とあるように、闕訟律二条【事例1】所掲に法定刑が徒一年と規定されるものより重い傷害を意味する。

(19) 小野清一郎「一九三八」三七七頁、仁井田陞「一九五九」二六六頁、戴炎輝「一九六四」四五三頁、小林宏「一九九二」一〇二頁、劉俊文「一九九六」上冊四八八頁、黃源盛「二〇〇一」三一〇頁、龔榮根「二〇〇二」一四〇頁、周東平「二〇一二」三九二—三九一頁を参照。

(20) 窃盜に関する規定を「準盜論」として準用する場合、刑の上限は流三千里となる。「準論」と「以論」はともに「特定の他の罪名を引拠するときに用いる言葉」であるが、「以論」が「科刑上完全に真犯と同視する意味であり、附加刑その他すべての法的効果において本罪と同等とする」のに対し、「準論」は「準拠となる本罪について定まる主刑だけを取来って当該犯罪に対する刑とすることを意味」し「当該犯罪と本罪とを同視する意味をもたない」うえに「主刑の最高限を流三千里とする」(『訳註五』三二七—三二八頁)。

(21) 贓罪の類型としては、名例律三三条疏「受財枉法、不枉法、及び受所監臨財物、並びに坐贓は、法に依り財を与へたる者も亦た各々罪を得。此れ彼此俱罪の贓と名づく。……取与不和とは、恐喝、詐欺、強市して剩利あり、強率歛の類を謂ふ」により、詐欺は取与不和の贓、坐贓は彼此俱罪の贓に属するものとされる。

(22) 小野清一郎「一九三八」三二七—三二八頁、仁井田陞「一九五九」二六六頁、戴炎輝「一九六四」四五三頁、劉俊文「一九九六」上冊四八八頁、黃源盛「二〇〇一」三一〇頁、周東平「二〇一二」三九一頁を参照。

(23) 戴炎輝「一九六四」四五三頁、戴炎輝「一九六五」二二三頁上段、黃源盛「二〇〇一」三一二頁、周東平「二〇一二」三八八頁を参照。

(24) 戴炎輝「一九六四」三〇九—三一〇頁(註二)、『訳註五』一七六、三〇三頁、黃源盛「二〇〇一」三一—三二

二頁、周東平「二〇一二」三八八頁を参照。黄源盛氏は「事実上、ここの「挙重明軽」は、やや本来の法意から離れている」とする(黄源盛「二〇〇一」三二二頁注15)。

(25) 戴炎輝「一九六四」四四四頁、『訳註五』一九四頁を参照。

(26) 戴炎輝「一九六四」四五三頁、戴炎輝「一九六五」七六頁下段、周東平「二〇一二」三八八頁を参照。滋賀秀三氏は「論理必然のことではなく、疏の創造的な立言」とする(『訳註六』二四六頁注5)。

(27) 「徒三年」を『訳註三』八六〇頁は「徒五年」とするが、戴炎輝「一九六四」四五三頁、戴炎輝「一九六五」三一五頁下段(註四)、『訳註八』三一〇頁、三二二頁注19により改める。

(28) 断獄律一九条註「徒より流に入れたる者は、三流は同に徒一年に比して剰と為す。……若し加役流に入れたる者は、各く加役の年を計りて剰と為す」により、剰罪の算出に際して、加役流は徒六年とみなされる。

(29) 断獄律一九条註「若し近流よりして遠流に入れたる者は、同に徒半年に比して剰と為す」。

(30) 戴炎輝「一九六四」四五三頁、戴炎輝「一九六五」三一五頁上―下段、周東平「二〇一二」三八八頁、『訳註八』三一〇頁、三二二―三二三頁注22を参照。滋賀秀三氏は「やや本来の意味を離れて、非常に技術的な刑の計算法の上において挙重明軽を言っている例」とする(『訳註五』三〇三頁)。

(31) 通常の共犯では名例律四二条「諸そ共に罪を犯したる者は、造意を以て首と為し、随従したる者は一等を減ず」により従犯は法定刑から一等を減じられるが、法定刑の規定に「皆な」が冠されている場合には名例律四三条「若し本条に皆なと言ふ者は、罪に首従なし」により従犯の一等減はなされない。法定刑の規定が「斬」であれば従犯は一等を減じて流三千里となるが、「皆な斬」であれば減等はなされずに斬となる。従犯の刑からみて、「皆な斬」は重事、「斬」は軽事である。

(32) 小野清一郎「一九三八」三三八頁、仁井田陞「一九五九」二六六頁、戴炎輝「一九六四」四五三頁、『訳註七』八六頁、小林宏「一九九二」一〇二頁、劉俊文「一九九六」上冊四八八頁、黄源盛「二〇〇一」三一頁、兪栄根「二〇〇二」一四〇頁、周東平「二〇一二」三九一頁を参照。滋賀秀三氏は「軽い犯行がすでに極刑に達するとき律

はそれ以上重い犯行について規定せず、挙輕明重に任せている」ものとし、**關訟律二八条疏**（本稿【事例17】）を同類とする（『訳註五』三〇三頁）。

- (33) 小野清一郎「一九三八」三三八頁、戴炎輝「一九六四」四五三頁、『訳註五』九〇—九一頁注9、劉俊文「一九九六」上冊四八八—四八九頁、黃源盛「二〇〇二」三一—三二頁、周東平「二〇一二」三九一頁を参照。滋賀秀三氏は「主刑をめぐってでなく、或る行為が特殊悪質な犯罪の扱いを受けるや否やをめぐって」のものとし、名例律六条不孝問答（本稿【事例11】）、名例律六条不睦疏（本稿【事例12】）、名例律一八条問答第二（本稿【事例14】）、賊盜律一七条疏（本稿【事例13】）、賊盜律一九条疏（本稿【事例36】）を同類とする（『訳註五』三〇三—三〇四頁）。

- (34) 戴炎輝「一九六四」四五五頁、戴炎輝「一九六五」二七四頁下段、周東平「二〇一二」三八七頁を参照。

- (35) 厭魅は「例えば人の形——恐らくは憎悪する相手方に見立てたもの——を画き或は彫って、心臓に針を刺したり、眼に釘を打つなどしたり、手足を縛るなどによるのを初めとして、その他、人を己が意に従わしめるための邪道を行うこと」、呪詛は「まじないのおふだを書いたり、相手方の名前を画いたりして、或はその書きものを埋めて、邪神の祟りを求め、或は焼いて物の怪に頼るなど、又は、殺そうとする人の生年月日を書いて呪詛するなどの類が考えられる」（『訳註七』一三三頁）。

- (36) 仁井田陞「一九五九」二六七頁、戴炎輝「一九六四」二〇四—二〇五、四五四頁、戴炎輝「一九六五」一四七頁上段、『訳註五』四八、三〇三頁、『訳註七』一三四頁、黃源盛「二〇〇一」三二三頁、周東平「二〇一二」三八八頁を参照。

- (37) 戴炎輝「一九六四」二〇六、四五四頁、『訳註五』五一、三〇三頁、黃源盛「二〇〇一」三二三—三三四頁、周東平「二〇一二」三八八頁を参照。

- (38) 戴炎輝「一九六四」四五四—四五五頁、戴炎輝「一九六五」一四七頁上段、『訳註五』三〇三—三〇四頁、『訳註七』一三三頁、周東平「二〇一二」三八八頁を参照。戴炎輝氏は比附とも解する（戴炎輝「一九六四」一五頁）。

- (39) 戴炎輝「一九六四」二七六頁（註一九）、『訳註五』三〇三頁、黃源盛「二〇〇二」三三四—三三五頁、周東平

「二〇一二」三八八頁を参照。戴炎輝氏は比附とも解する（戴炎輝「一九六四」二五六頁）。

(40) 戴炎輝「一九六四」四五五頁、戴炎輝「一九六五」二七〇頁上段、周東平「二〇一二」三八八頁を参照。

(41) 詐偽律二四条問答について、戴炎輝氏は「挙重明輕条を根拠としているようであるが、これは合理解釈である」と述べ、「理法（輕重相準もその一種である）を用いる」解釈ともする（戴炎輝「一九六四」四五四頁、戴炎輝「一九六五」二四五頁上段）。黄源盛氏が「人を騙すこと、および人を殴ることは、行為を達成したあとの結果および処される刑罰においては相似したところがあるが、法律上の性質は同じではない。この事例が「不応得為条」を以て論ずることが妥当であるとしても、『疏』議がそれを「挙重明輕」として「殴人不傷罪」を以て処断することは、法理においていえば適當ではない。これは「入罪」であって「出罪」ではないからである」と主張し、周東平氏が「存疑」とする（黄源盛「二〇〇一」三一五—三一六頁、周東平「二〇一二」三八七頁）のは、ここの「重きを挙げて輕きを明らかにす」という字句が挙重明輕のみを意味すると解するからである。

(42) 戴炎輝「一九六五」二四五頁上段、『訳註八』八三一八四頁注7、周東平「二〇一二」三八七頁を参照。

(43) 本稿注(31)を参照。

(44) 戴炎輝「一九六四」四五四頁、戴炎輝「一九六五」一九八頁下段、『訳註五』三〇三頁、黄源盛「二〇〇一」三一六—三一七頁、周東平「二〇一二」三八八頁を参照。

(45) 唐律における併合罪の処断法については『訳註五』二八四—二八九頁を参照。

(46) 戴炎輝「一九六四」四五四頁、戴炎輝「一九六五」一二七頁下段、『訳註七』四九頁、黄源盛「二〇〇一」三一六頁、周東平「二〇一二」三八八頁を参照。滋賀秀三氏は「異色な例」で「その論拠は一事分爲二罪（名45）でなくして挙輕明重なのだというけれども、その前提としてやはり私有禁兵器を一事としてとらえるがゆえに成立つ解釈なのであって、論理の実質は一事分爲二罪と異ならない」とする（『訳註五』三〇四頁）。

(47) 小野清一郎「一九三八」三三七頁。

(48) 仁井田陞「一九五九」二六七頁、戴炎輝「一九六四」一四頁。

(49) 中村茂夫「一九六八」一七七—一七八頁、滋賀秀三「二〇〇六」三頁、陳新宇「二〇一五」五六頁。

(50) 『国字解』一一五頁、中村茂夫「一九六八」一五六頁、『訳註五』三〇四頁、劉俊文「一九九六」上冊四八八頁、黃源盛「二〇〇二」三〇二頁、陳新宇「二〇一五」三五頁。

(51) 「中国において、刑罰法規について一貫して絶対的法定刑主義がとられていた。……他面、中国の刑事司法は犯罪と刑罰との均衡——すなわち量刑の妥当性——を期することに極めて敏感であった。……構成要件を通じて量刑が議された——量刑に影響を及すべき諸々の与件はすべて構成要件化せずにはおかれた——のである。それは当然、構成要件のともどもなき細目化・特殊化を促す。……しかし、いかに構成要件が細目化しても、否むしる細目化すればするほど、既存のいかなる構成要件にも正確には該当しないような事件の起ることを避けることができない。……したがって、或るあきらかに人倫に反する行為について、たまたま正確に該当する条文が欠けているとしても、それは、法がさような行為を罰しないことを欲しているからではなく、罪の軽重に影響を及すべきあらゆる与件を予め法に記しておくことが不可能であるからにはかならない。かような意味における法の空隙を埋める機能を果しているのが比附であり、また極く軽微な罪については不応為律であったのである」(滋賀秀三「一九六〇」七五—七六頁)、「罪名の規定には限りがあり、世事は複雑で一切を網羅することはできないから、比附の必要がある」「律が罪条を設けるととき、……具体主義と客観主義を採用した。本来は罪刑法定主義を貫徹するために設けたのであるが、事実上、その実現は困難である(そうしようとするれば、条文を増加しなければならぬ)。そのためもし比附援引をしなければ、狡猾な者が法外へと逍遙するだけではなく、軽く処罰すべき者を減輕することもできない。比附は律条の硬直性を補い、弾力性を与えるために設けられたのであり、原則として理由がある」(戴炎輝「一九六四」一六一—一七頁)、「比附が不可欠なものであった理由は、……旧律の法の規範そのものが抽象的でなしに、細分化された構成要件から成り、一定の犯罪に対する刑罰の種類・分量を、裁判官の裁量の余地を残すことなく法定する絶対的法定刑をとった法の構造に由来する。構成要件が如何に細分化されても、あらゆる事件を覆い尽くすことはもとよりできないからである」(中村茂夫「一九六八」一七八頁)。

(52) 戴炎輝「一九六四」一四頁、中村茂夫「一九六八」一七六、一七八頁、寺田浩明「二〇一三」六七頁、陳新宇「二〇一五」六三頁。

- (53) 比附を示す律疏として、仁井田陞氏は賊盜律一三条問答第二(本稿【事例19】)、賊盜律三〇条問答(本稿【事例28】)、賊盜律四五条疏(本稿【事例23】)、鬪訟律一條疏(本稿注(69)所掲)、鬪訟律二条疏(本稿【事例29】、本稿注(69)所掲)を掲げる(仁井田陞「一九五九」二六八—二六九頁)。戴炎輝氏は「罪名の比附」として廐庫律一三条疏(本稿【事例20】)、賊盜律二四条疏(本稿【事例31】)、賊盜律一〇条問答第一(本稿【事例21】、「加減等の比附」として雜律七条疏(本稿【事例32】)、衛禁律一條疏(本稿【事例25】)、衛禁律一六条問答(本稿【事例26】)、鬪訟律五九条疏(本稿【事例24】、「通例の比附」として賊盜律一七条問答(本稿【事例27】)、賊盜律一七条疏(本稿【事例13】)、賊盜律一九条疏(本稿【事例36】)、賊盜律一五条問答第四(本稿【事例33】)を示し、ほかに賊盜律四五条疏(本稿注(60)所掲)、賊盜律一三条問答第二(本稿【事例19】)、賊盜律三〇条問答(本稿【事例28】)を検討する(戴炎輝「一九六四」一四—一七頁)。小林宏氏は賊盜律一三条問答第二(本稿【事例19】)、賊盜律四五条疏(本稿【事例23】)、賊盜律三〇条問答(本稿【事例28】)を分析する(小林宏「一九九二」一〇二—一〇五、一〇七一—一〇八頁)。黄源盛氏は「通例に関する比附」として賊盜律一五条問答第四(本稿【事例33】)、賊盜律一七条問答(本稿【事例27】、「罪名に関する比附」として廐庫律一三条疏(本稿【事例20】、「刑罰の加減に関する比附」として賊盜律四五条疏(本稿【事例23】)を検討する(黄源盛「二〇〇一」三〇五—三〇七頁)。陳新宇氏は名例律三八条問答第四(本稿【事例34】)、賊盜律一三条問答第二(本稿【事例19】)、賊盜律三〇条問答(本稿【事例28】)、雜律六二条疏(本稿第二節所掲)、斷獄律二〇条疏(本稿【事例35】)を提示する(陳新宇「二〇一五」三三—三六頁)。
- (54) 『訳註七』一一五—一一六頁。
- (55) 仁井田陞「一九五九」二六八頁、戴炎輝「一九六四」一六—一七頁、戴炎輝「一九六五」一四二頁上段、小林宏「一九九二」一〇二—一〇三頁、『訳註七』一一五頁注20、陳新宇「二〇一五」三四—三五頁を参照。
- (56) 借は「使用貸借」であり「かりる」「かす」いずれの意味にも用いる(『訳註五』二二三頁注6)。

(57) 戴炎輝「一九六四」一四頁、戴炎輝「一九六五」一〇七頁下段、黃源盛「二〇〇一」三〇六—三〇七頁を参照。
(58) 名例律五三条「諸を反坐、及び之を罪す、之を坐す、与に罪を同じくすと称する者は、止だ其の罪を坐す」「死たる者は、絞に止むるのみ」により、囚の本罪が斬でも劫囚犯は絞となる。

(59) 戴炎輝「一九六四」一四頁、戴炎輝「一九六五」一四〇頁上段(註二)(註三)、『訳註七』一〇二頁註13を参照。

(60) 仁井田陞「一九五九」二六八頁、戴炎輝「一九六五」一六六頁上段、『訳註七』二三二—二三三頁注7、小林宏「一九九二」一〇四—一〇五頁、黃源盛「二〇〇二」三〇七頁を参照。戴炎輝氏は、賊盜律四五条疏「其れ總麻以上の親の部曲・客女を略し、和誘したる者は、律に文なきと雖も、令に、転事したれば量りて衣食の直を酬す、とあれば、凡人に同じくすべからず。亦た須らく盜法に依りて減すべし。總麻・小功の部曲は凡人の部曲より一等を減ず。大功は二等を減ず。期親は三等を減ず」を比附の事例とする。戸令復旧四五条(『拾遺』二二六二頁、『拾遺補』五四八頁)「部曲を転易して人に事へしめたれば、量りて衣食の直を酬するを聴す」により部曲・客女と財物との間の近似性を確認し、親属間の財物の盜取を凡人間の財物の盜取から減等する賊盜律四〇条(『事例2』所掲)による減等を、親属間の部曲・客女の略取・和誘に援用するものである(戴炎輝「一九六四」一六頁、戴炎輝「一九六四」七七頁、九一頁(註一四)、戴炎輝「一九六五」二六六頁下段—二六七頁上段、『訳註七』二三三—二三四頁注14を参照)。
(61) 戴炎輝「一九六四」一五頁を参照。
(62) 「太廟室」を『訳註二』二二七頁は「太室」とするが、『訳註二』二二八頁唐律校勘1所掲の諸本により「廟」を補う。

(63) 「上閣内」を『訳註二』二二三頁は「上閣内」とするが、『訳註二』二三四頁唐律校勘2所掲の諸本、『訳註六』一二頁により改める。

(64) 戴炎輝「一九六四」一五、一七頁、戴炎輝「一九六五」四頁上段を参照。

(65) 戴炎輝「一九六四」一五頁、戴炎輝「一九六五」一四頁上段、『訳註六』五五頁注3を参照。

(66) 戴炎輝「一九六四」一五頁、戴炎輝「一九六五」一四六頁下段、黃源盛「二〇〇二」三〇六頁を参照。

(67) 名例律五六条「唯だ二死・三流は、各々同一と為して減ず」、名例律五六条疏「假有へば罪を犯して合に斬たるべく、従たる者は一等を減ずれば、即ちに流三千里に至る」によれば、絞からの一等減は流三千里であり加役流ではない。しかし、賊盜律三〇条問答は「卑幼に対する刑の減等方法の準拠とするために、加役流は死刑よりも一段階刑が軽いことを指して、「殺罪ヨリ一等ヲ減ズ」と言ったものと解される」(『訳註七』一八二頁注14)。

(68) 仁井田陞「一九五九」二六八頁、戴炎輝「一九六四」一七、四八頁、戴炎輝「一九六五」一五六頁上―下段、『訳註七』一八二頁注17、小林宏「一九九一」一〇七―一〇八頁、陳新宇「二〇一五」三四―三五頁を参照。

(69) 仁井田陞「一九五九」二六九頁、戴炎輝「一九六五」一七八頁上段を参照。鬪訟律二条疏が「比」字により比附を明示する以上、滋賀秀三氏による「類推において『類似性』は、……法の適用の対象となる事物相互間の類似性として觀念され機能するに對して、比附において『類似性』は、犯罪構成要件相互間の類似性として觀念され機能する」(滋賀秀三「二〇〇六」三頁)という比附と類推の区別は再考を迫られる。仁井田陞氏は鬪訟律一条疏「註に云ふ、手足を以て人を撃ちたる者を謂ふ、と。手足を挙げて例と為す。頭を用て之を撃ちたるの類も亦た是なり」、鬪訟律二条疏「若し鬪に因りて髪を髷り、遂に將て入己したる者は、賊盜に依るに、本と他故を以て人を毆撃し、因りて其の財物を奪ひたれば、賊を計りて強盜を以て論ず、と」ならびに「如し其れ蛇蜂蝎を以て人を螫したれば、他物もて人を殴りたるの法に同じ」を比附の例に含む(仁井田陞「一九五九」二六八―二六九頁)。しかし鬪訟律一条疏は鬪訟律一条註(『事例16』所掲)にいう「手足」に頭を含むことを、鬪訟律二条疏前例は賊盜律三九条「諸そ本と他故を以て人を毆撃し、因りて其の財物を奪ひたる者は、賊を計りて強盜を以て論ず。死に至る者は加役流」にいう「財物」に頭髮を含むことを、鬪訟律二条疏後例は鬪訟律一条(『事例16』所掲)にいう「他物」に昆虫類を含むことを例示するものであり、「比」「類」など比附を示す字句も記されない。

(70) 『訳註七』八九頁注5。

(71) 『訳註五』二〇頁注29。

(72) 戴炎輝氏は「比附の理由は、妾の地位が父の他の妾の子よりやや高いのと同じように、妾の地位が部曲よりやや

高いことにあるようである」とする（戴炎輝「一九六五」一九三頁下段）。

〔73〕 戴炎輝「一九六五」一九三頁下段を参照。

〔74〕 戴炎輝「一九六四」一四、一七頁、戴炎輝「一九六五」一五二頁下段、『訳註五』三〇六頁、『訳註七』一六〇頁注2、一六一頁注5を参照。

〔75〕 戴炎輝「一九六四」一四—一五頁、戴炎輝「一九六五」二五〇頁下段—二五一頁上段を参照。

〔76〕 「流二千里」を『訳註三』八六四頁は「流三千里」とするが、『訳註三』八六五頁唐律校勘1所掲の諸本、『訳註八』三二〇頁により改める。

〔77〕 戴炎輝「一九六四」一五—一六頁、戴炎輝「一九六五」一四四頁上段、一四五頁上段（註五）、黄源盛「二〇〇一」三〇五—三〇六頁を参照。

〔78〕 陳新宇「二〇一五」三三三、三五頁を参照。名例律三八条問答第四が流刑三等にあたる官戸・部曲・奴婢への過致資給の刑とする加杖一百八十は、徒三年にあたる官戸・部曲・奴婢への過致資給の徒二年半の換刑の加杖一百八十と同じになる。

〔79〕 『訳註八』三二九頁注20を参照。貞観九年三月一六日敕書は、『唐大詔令集』卷八三、政事、恩宥一、貞観九年三月大赦「天下に大赦すべし。貞観九年三月十六日昧爽より以前の、大辟の罪より已下、皆な之を赦除す。其れ常赦の免ぜざる者は、赦するの例に在らず」では十惡、祇言惑衆、謀叛已上道などに言及しないが、『全唐文』卷五、太宗二、水滸大赦詔「天下に大赦すべし。貞観九年三月十六日昧爽より以前の、大辟の罪より已下、已に発覺したるも未だ發覺せざるも、已に結正したるも未だ結正せざるも、繫囚も見徒も、罪に輕重なく、皆な之を赦除す。其れ常赦の免ぜざる所、十惡、妖言して眾を惑はす、語、國家に及び情理切害たり、劫賊して人を傷つく、故らに人を殺す、謀□□□、□叛して已に上道す、及び死より降して流に徙ふ、並びに流配して上道したる者は、並びに赦するの例に在らず」では十惡、祇言惑衆、謀叛已上道などに言及している（戴炎輝「一九六五」三一六頁下段（註）、『訳註八』三一八—三二九頁注19を参照）。

(80) 滋賀秀三氏の「叛と亡(逃亡)」との間には近似性がある(名37自首において両者扱いを同じくすること、賊4「即亡命山沢。不從追喚者。以謀叛論」など)、『訳註五』三六頁)という指摘による。戴炎輝氏は「謀叛は十悪に入るが、赦書によれば謀叛已上道ははじめから赦の例になく、謀叛未上道は赦することができる。それゆえ謀叛未上道が十悪に入ることを理由とすることはできず(名例律六条謀叛参照)、「十悪は赦するの例に在らず」という文言に比附して赦原を与えないとするものと思われる」とする(戴炎輝「一九六五」三二六頁下段)。

(81) 仁井田陞「一九五九」二六七頁、二八二―二八三頁注(18)、戴炎輝「一九六四」一七頁、戴炎輝「一九六五」三二六頁下段、陳新宇「二〇一五」三四、三六頁を参照。滋賀秀三氏は「断20に見える比附の語は少し意味が違うようであり、かつ赦書をめぐって比附を禁止するという大へん特殊な内容であって一般的な意味をもたない」、中村正人氏は「本条にいう比附は、通常の意味とは少し異なっているように思われる。前後の文脈からその意味を推測するに、恩赦の対象となる罪を犯した者に対して、(重い刑罰を科すことを目的として、)恩赦の対象から外された別種の罪名を(半ば強引に)適用することをいうものであろうか」として、断獄律二〇条のいう比附は一般的な意味での比附とは異なる意義をもつとする(『訳註五』三〇四頁、『訳註八』三一九頁注21)。蔡墩銘氏は断獄律二〇条疏にもとづいて「ここから見れば、比附により重きに入れることを唐律は採らない」とする(蔡墩銘「一九六八」一八頁)。

(82) 戴炎輝「一九六四」一四頁、中村茂夫「一九六八」一七八頁、寺田浩明「二〇一三」六七頁。

(83) 戴炎輝「一九六四」一五頁、『訳註五』三〇四頁。

(84) 戴炎輝「一九六四」一五頁、戴炎輝「一九六五」一四八頁上―下段、『訳註五』三〇四頁、周東平「二〇一二」三八八、三八一―三八〇頁を参照。

(85) 『訳註五』三〇四頁。

(86) 戴炎輝「一九六四」一二頁。

(87) 趙冬曦上書は『唐会要』卷三九、議刑輕重、神龍元年正月趙冬曦上書、『新唐書』卷二〇〇、列伝一二五、儒学下、趙冬曦、神龍初、『太平御覽』卷六三八、刑法部四、律令下、唐書、神龍元年趙冬曦上書、『全唐文』卷二九六、

趙冬曦、請明律例奉にも記事がある。仁井田陞「一九四〇」一八九—一九〇頁、一九八頁注(25)、戴炎輝「一九六四」一七頁、三〇—三一頁(註二〇)、『訳註五』三〇二—三〇三頁、劉俊文「一九九六」上冊四八九頁、黃源盛「二〇〇一」三三〇—三三一頁、周東平「二〇一二」三九一—三八九頁を参照。

(88) 『訳註五』三〇二—三〇三頁。周東平氏は、隋律が律条の簡省化に果した功績を肯定的にとらえたものとして、『旧唐書』卷五〇、志三〇、刑法志、永徽六年(六五五)七月「上、侍臣に謂ひて曰く。律、比附に通じ、条例太多し、と。左僕射へ于」志寧等、対ふらく。旧律は比附して事を断ずること多きも、乃て稍々解し難し。科条極めて衆く、数へて三千に至る。隋日、再定して、惟だ五百を留む。事類の相ひ似る者を以て、比附して科断す。今日、停むる所は、即ち是れ隋律を参取して修易す。条章既に少く、極めて省便を成す、と」を掲げる(周東平「二〇一二」三七八頁注21)。

(89) 宋代における挙重明輕の事例として、周東平氏は『続資治通鑑長編』卷二九九、神宗、元豐二年(一〇七九)八月戊戌(三日)「權提点梓州路刑獄穆珣言へらく。資州・広安軍に、子、人の殺す所と為りて、父母、財を受けて私和したる者あり。皆な決するに、親属、殺されて私和したれば、期親は徒二年半の律を以てす。刑統を案ずるに、子孫の祖父母に於いてすと称するは、皆な父祖子孫の名あり。其れ相ひ犯したるあれば、服に抛らずして断ずること多し。賊盜律に、規求する所ありて故らに期以下の卑幼を殺したる者は絞、と。鬪訟律に、子孫、教令に違反して、祖父母、毆殺したる者は徒一年半、故らに殺したる者は一等を加ふ、と。今、子孫、殺され、父母は乃て私和に坐して徒二年半たれば、則ち是れ私和の罪は自ら殺すより重し。重きを挙げて輕きを明らかにすれば、旁期の法に従ひ難し止だ当に不応得為輕重の法を用ゆべし。乞ふらくは、有司に下し天下に申諭せられんことを、と。之に従ふ」を掲げる(周東平「二〇一二」三八二—三八一頁)。宋代における比附の事例については川村康「二〇一六」を参照。

〔附記〕

本稿の作成にあたり、趙品氏から文献に関するご教示を得た。厚く謝意を表する。

挙重明輕・挙輕明重と比附

A Note on the Cases of *Qingzhong-xiangju* and *Bifu* in *Tanglü-Shuyi*

Yasushi KAWAMURA

説

The students on legal history of China always refer to *Qingzhong-xiangju* and *Bifu*, when the matter is discussed whether the principle of legality existed in traditional China or not. But their definitions as the craft of legal interpretation are not clarified enough. As a first step to solve this situation, this paper tries to examine the cases of *Qingzhong-xiangju* and *Bifu* in *Tanglü-Shuyi*, the Subcommentary of Tang Code.

Qingzhong-xiangju consists of *Juzhong-mingjing* and *Jujing-mingzhong*. The former is the way to decrease the punishment by bringing up a heavier offense in order to make clear a lighter punishment, and the later is the way to increase the punishment by bringing up a lighter offense in order to make clear a heavier punishment. *Bifu* is a craft of legal interpretation, something similar to analogy. It has been said that both *Qingzhong-xiangju* and *Bifu* are used when the case involving sentencing of crimes has no formal article.

It has been cleared in this paper, that both *Qingzhong-xiangju* and *Bifu* are also used when the case involving sentencing of crimes has formal articles obviously. In such cases, they are used in order to change the unreasonable punishment brought by formal articles for reasonable one.

Now we have alternative definitions. Both *Qingzhong-xiangju* and *Bifu* are crafts of legal interpretation in order to change the unreasonable result brought by formal articles for reasonable one. The difference between them is the way to bring the reasonable result. The former brings the reasonable result, by finding one fact prescribed in formal articles similar to the other fact discussed in the case, and comparing the values between the facts. The later brings the reasonable result, only by finding one fact prescribed in formal articles similar to the other fact discussed in the case. So, in a sense, *Qingzhong-xiangju* is included in *Bifu*.

九〇