

日中古代律令（律例）における 「行政刑法」の一考察 —明治初期における行政刑法との繋がり—

孫 璐

はじめに

1. 日中古代の行政刑法に関わる法領域
2. 官人に対する行政特別措置と罰則
3. 一般国民に適用される罰則
4. 古律と明治初期の行政刑法との繋がり

おわりに

はじめに

日本における「行政刑法」研究の嚆矢と言われる美濃部達吉博士の『行政刑法概論』において、「行政刑法」は次のように論じられた：

「行政刑法といふ語は、学問上の用語としても、未だ廣く一般に普及するに至つて居らぬが、本書に用ひる意義に於いての行政刑法とは、行政法規に於いて人民に作為不作為又は給付の義務を課して居る場合に、人民が其の義務に違反したことに對し刑罰の制裁を附して居る法令の規定を意味する。簡単に言へば、行政上の刑事制裁法令ともいふべきもので、それは一面に於いて行政上の目的を達するが爲めにするものであることに於いて、行政法の範圍に屬すると共に、一面に於いては、刑罰の制裁を定めて居ることに於いては、刑法の範圍にも屬する。言はゞ行政法と刑法と相接觸する中間區域に在るもので、其の何れにも專屬せず、兩屬的性質を有する。」⁽¹⁾

美濃部博士の後、日本における「行政刑法」の研究は、主に十九世紀以降

(1) 美濃部達吉『行政刑法概論』（勁草書房、1949）序 1 頁。

のドイツの法理論を参照し、これに牽引される形で進められた⁽²⁾。そこで、少し疑問に感じられるのは、はたして「行政刑法」とその成立は本当に比較的に新しい法体系なのか、また古く存在していた律令法の影響を受けたことはないのかということであり、この点が本研究の問題関心である。

従って、本稿は日本の「行政刑法」について、系譜的な視角から検討を試みる。また中国古代法体系の日本法に対する影響、ならびに古代中国法と日本法との関係を考察する上で、現代法との連続性と断絶性などについても考究したい。

1. 日中古代の行政刑法に関わる法領域

「行政刑法」の成立経緯を考察するには、明治初頭から旧刑法制定までの間に存在していた、曖昧性を内包する「行政刑法」に関わる一連の法則が重要な欠片になると思われる。また、明治初期において幕藩法は一時運用されたが、『仮刑律』、『新律綱領』、『改定律例』の制定によって、古代の律令制に逆行した一連の法制度が整備された。

それらの一連の近代的な法制度は、唐、明、清代の律や、日本の古律を参照しながら、新たな特徴を生み出した。例えば、日本近代以後の刑罰を歴史的にみると、そこには身体刑に代えて自由刑および財産刑を刑罰制度に組み入れたものが見られる。

しかし、東洋法系の律においては「論罪量刑」を主要内容とした。従って、刑罰は「制裁」の意味が強かったのである。罰金刑としての「贖」は古く中国の西周時代において既に存在していたが⁽³⁾、それが正刑（本刑・主刑）として単独に言い渡されることは少なかった。例えば、唐律では、生命刑・身体刑ばかりではなく、贖刑は換刑として制定され、国家財政に利しようとする

(2) 小谷利恵『行政刑法 罰則と処分法則』（成文堂、2021）4頁。

(3) 『尚書・堯典』に「象以典刑，流宥五刑，鞭作官刑，扑作教刑，金作贖刑。」という句が記載されている。慕平譯注『尚書』（中華書局、2012）20頁。

る意図があったが、当時の刑罰制度の中では大きな地位を占めていなかった。贖刑の適用対象についても、過失犯、そして老人と子供に配慮して、本刑に代わる刑罰として、一般人の「贖刑」も認められたが、主な適用対象は相変わらず貴族、官人層（官吏）等であった⁽⁴⁾。『仮刑律』の「刑律」は古律のほか、熊本藩の刑法草書の影響を色濃く受けたため、罰金刑の適用対象と範囲に関して、一般国民まで広がったことは特徴的であった。それは「行政刑法」と刑法の分界を捉えていく上で重要な基盤となるものであるとの指摘も見られる⁽⁵⁾。

日本古代における「行政法規」に関する罰則が中国の古律令を倣って創られたとしたら、まず明らかにしなければならないのは、はたして中国古代には行政法規、行政法典と呼べるものが存在したのかという問題だと思われる。

中国古代における行政法の存否についてはよく議論されてきたが、肯定論と否定論、両方の論者がその論陣を張っていた。狭義的な肯定論として、中国古代において行政法規規定は存在するが、現代的な「行政法」の法典は存在しないと主張するものがある。一方、広義的な肯定論としては中国古代には行政法規規定とともに、行政的法典の存在をも主張するものが存在する⁽⁶⁾。

中国古代、特に唐から清末までの行政法についていえば、無論、現代的な三権分立原則に基づいて形成された行政法とは根本的に異なる。なぜなら、古代中国において、最高権力は基本的に皇帝に集中していたからである。しかし、行政法の制定は官人の権力を制限し、またある程度において、皇帝の刑罰権の濫用の防止にも役立っていた。

中国古代の行政刑法に関わる法領域は大きく二つの種類に分けることができる。

①法体系に含まれる行政法規規定については、中国古代の法体系において、

(4) 長孫無忌ほか〔撰〕（劉俊文校）『唐律疏義』（中華書局、1983）84-86 頁。

(5) 小谷・前掲注（2）21 頁。

(6) 艾永明「中国古代有無行政法之我見」華東政法大學學報 2002 年 04 期 23-28 頁参照。

律は基本法として使われてきたが、その中には行政法規範や民事法規範なども含まれていた。すなわち、刑事法規範と行政法規範などがともに同じ法典に収められるのみならず、行政上の義務違反に対しても刑罰を加え、刑罰の適用範囲がきわめて広がったのである。

さらに、令において、官制、税制、兵制、戸籍制度など行政組織と執務規則を中心として、すなわち非刑罰的な規範が規定されていた。

次に、②専門的な行政法典については、唐以降、専門的な行政法典が編纂され始め、中央官制や官吏制度に係る規定を中心に制定された。とりわけ明、清時代において編纂された「会典」という行政法の法典が存在し、それまで編纂されてきた「会要」を革新したのである。会典の内容はほぼ官人が職務上履行すべき義務、および当該義務違反に対する「罰則」であった。

言い換えれば、中国古代における行政刑法に関わる規定は、各々律、令、格、に設けられている。それに伴い、唐においては『唐六典』という古代中国、初の行政法典が編纂され、さらに清時代に至っては『大明会典』、『大清会典』という国政全般にわたる制度や規則、政府の職能、官人の職務などを定める行政的法典が編纂・施行された。時代によって、行政法規も前代の法律を引き継いだと同時に、変遷してきた。

具体的にみると、唐代において、中央官制と官吏の義務に関わる行政的な罰則といったような規定は主に律の『名例律』『職制律』などに規定されている。ほかにも、唐の行政法規は令、格及び現存している中国最古の行政法典とされる『唐六典』において見られる。

実際、中国古代行政法の内容は非常に豊富であった。例えば、『関市令』に基づいて唐の官設市場での貿易に対する国家管理を目的として、市場の管理制度を整えた。『関市令』によれば、専任の官人が市を運営し、市場価格の決定法や度量衡の管理についても、商品の質によって専任の市場管理官人が定価を決める。売買について、脅迫と詐欺などの行為は法によって禁じられ、官人の職務上不作為や職務上の便宜を利用して交易を強要することは行政処

罰の対象になる⁽⁷⁾。

時代の変遷とともに、律令の下における行政官吏の体系も日々複雑化していた。官人の腐敗および官僚の不作为を防ぐために、明代において「重典治吏」（官人の腐敗や犯罪に対して、厳罰を以て治める）という国策が制定された⁽⁸⁾。それに基づいて行政権力が制限され、行政関係がさらに調整されることになった。

唐律と明律の編目比較⁽⁹⁾

唐律と明律の編目比較 ⁽⁹⁾											唐律										
											唐律										
營造、河防	工律	斷獄	雜犯、捕亡	詐偽、犯姦	訴訟、受贓	鬪毆、罵詈	賊盜、人命	刑律	郵驛	關津、厩驛	官衛、軍政	兵律	祭祀、儀制	禮律	市塵	課程、錢債	婚姻、倉庫	戶役、田宅	戶律	職制、公式	吏律
																					明律

全体的に言えば、明律は唐律を踏襲したが、編目構成について大きな変化があった。明代からはじめて中央官制である吏部・戸部・礼部・兵部・刑部・工部の名称を編目とする「六部編成」という、新しい律の編目構成の形式を採用した。

さらに、行政法典である『大明会典』も吏部・戸部・礼部・刑部・兵部・工部の名称を編目とし、諸官司の職務、官人の任免、公務上犯した罪・公務と関係ない罪、公務を執行しない罪などが規定された。

清代に至って、律の編目は明律を踏襲し、行政分野に関しては『大清会典』という行政法典を編纂・施行した。

(7) 天一閣博物館、中国社会科学院歴史研究所天聖令整理課組『天一閣藏 明鈔本天聖令校證 附唐令復元研究』（中華書局、2006）307 頁。

(8) 張廷玉ほか〔撰〕『明史』（中華書局、1974）52-53 頁。

(9) 長孫無忌ほか〔撰〕（劉俊文校）・前掲注（4）；懷效鋒点校『大明律』（法律出版社、1999）。

隋唐時代以降、中国古代の法典編纂について、「律」「令」「格」「式」の法典体系が確立された。清末まで、基本法としての律はいわゆる「〇〇をせよ」「〇〇をするな」という規範と、それに違反した者への罰則を規定した刑罰基本法として機能していた。しかし、「令」と名づけられる法典は明末に至って終わりを迎え、清代において刑罰法分野の基本法典として「律」と、副次法典とされた「条例」を併せて「律例」と連称するようになったことは注目に値する。

一方、日本の場合、周知の通り、701年に藤原不比等による編纂によって大宝律令が成立したが、その後も不比等らは、日本の国情により適合した内容とするために、律令の改定作業を継続していた。720年の不比等の死により律令撰修はいったん停止することとなったが、720年に改定作業が中断していた新律令が施行されることとなった。これが『養老律令』である。『養老律令』における行政法規を分析すると、主に『職制律』、『官位令』、『職員令』、『選叙令』、『儀制令』などの行政に関わる法律が見られる⁽¹⁰⁾。

そして、時を経た明治初年の政府は再び律令制に範をとろうとした。そのため、当時定められた法律・制度の多くが、古来の「律令」に由来している。その原案の性質を持つ『仮刑律』は、唐、明、清の中国の古代諸律と日本の古律などを参照して創られた。その影響は後で編纂された『新律綱領』、『改定律例』、また旧刑法までにわたり、その素地として影響を残した点において、重要な刑法典の一つであった⁽¹¹⁾。

『新律綱領』は明治政府のもとで発布された刑法典である。その内容については明清律、日本の養老律などをもとにして編纂されたが、律の編目については明清律のように、中央官僚機構の六部ごとに分類したわけではなく、むしろ唐律や養老律に見られる編目構成をとっていた。『新律綱領』において中央官制、あるいは官人の職務に関わる行政刑法の規定は主に『名例律』、『職

(10) 井上光貞ほか『日本思想大系3 律令』（岩波書店、1976）。

(11) 小谷・前掲注（2）18頁。

制律』と『受贓律』などに規定されていた。さらに、明治初期から旧刑法が施行されるまでの間、行政刑法に関わる法制度について、四類型の法制度が成立した。その四種の法制度のうち、旧刑法の制定に伴い姿を消したのもあったが、旧刑法の制定、また現代の法制度へと繋がる変化を遂げて、基礎を確立したのもあった⁽¹²⁾。

2. 官人に対する行政特別措置と罰則

律令体系において律という刑法典が一般国民を対象に、刑罰制度を中心として構成された。それに対して令と会典をはじめとする行政法規定は官吏統制のために制定された。言い換えれば、古代の行政法規定は官人のマニュアルとしての性格が強かったものと思われる。

行政法規定に定められた官人の義務とその履行を確保するため、当該義務違反に対して「刑罰」という制裁を科した。これは現代的な行政刑法と類似する特性を持っている。

(1) 公罪・私罪

しかし、律令官制において、官人(官吏)の犯罪には、公罪と私罪との区別があった。

公罪は公務上、つまり職務上犯した罪を指すが、私罪とは公務以外の罪や、公務の執行と関係ない、私的に不当な利得のために犯した罪を指す。古代中国において最初には「公罪、私罪」を「公坐、私坐」と呼んでいた。漢代において既に公罪と私罪の概念が存在していたと思われる⁽¹³⁾。隋唐時代以後に至って、公罪・私罪に関する法律が整えられた⁽¹⁴⁾。明清時代においてはさらに公罪・私罪に関わる法制度が体系化された⁽¹⁵⁾。

(12) 小谷・前掲注(2) 10-12頁。

(13) 程樹徳『九朝律考・卷一(漢律考)』(中華書局、1963) 100頁。

(14) 長孫無忌ほか[撰](劉俊文点校)・前掲注(4) 110-114頁。

(15) 阿桂ほか[撰]『大清律例・卷四』(中華書局、2015) 215-216頁。

公罪は職務犯罪であるため、その処罰手段として、実刑の代わりに、財産刑（贖）、免官、官当などを科すのは多かったと思われる⁽¹⁶⁾。免官の本質について、それは官位（官職）の剥奪刑でありながら、官位を持っている有位者に対する名誉刑の性格も持っている。さらに、免官は律に規定されていた笞、杖、徒、流、死の刑罰体系に対して独立し、正刑（本刑・主刑）とは言いがたい行政刑罰として認識しようと思われる。免官という罰則は日本律においても同じく規定されていた。ただし、日本律では官位（官職）と勲位、両方の剥奪刑とされた。中国古代の免官は官位を剥奪刑として科されたのに対して、日中の古代律において除名という免官より重く（例えば、位階の剥奪期間は免官より長い）、官位と勲位悉く剥奪する罰則も存在していた。しかし、免官でも、除名でも、優れた才能を持っている者は再雇用されることも可能であった⁽¹⁷⁾。

『新律綱領』においても、官吏公罪の閏刑は定められていた。笞刑に当たる場合は謹慎に、杖刑に当たる場合は閉門に、すなわち自宅謹慎に似たような刑罰が適用された、徒刑に当たる場合は官職を下げられるというように極めて軽い処分が科された。さらに官吏が公務と関係ない罪を犯した場合でもその身分によって、一般人より寛大な処分に止まった⁽¹⁸⁾。つまり、科刑について官吏と庶民とは区別されていたのである。

免官と除名のほかには、官人に対して、公罪・私罪を問わずに、官当という官位などを返上する、あるいは下げることによって実刑に換える措置が適

(16) 例えば『唐津・名律例』において、「若犯罪者、中略。名加年当。」と記載される〔長孫無忌ほか〔撰〕・前掲注（4）44頁〕；また『明会典・卷一百六十』において「凡内外大小軍民衙門官吏、犯公罪該笞者、官取贖」という記載も見られる〔申時行ほか〔修〕『明会典』（中華書局・1989）825頁〕。

(17) 唐律と養老律において、免官について「三載の後に、先位に二等降して叙せよ」；除名について、「六載の後、叙すること聴せ」との規定が見られる。長孫無忌ほか〔撰〕（劉俊文点校）・前掲注（4）58-60頁；井上ほか・前掲注（10）30-31頁。

(18) 法務図書館蔵『新律綱領・卷一名例律上』5頁。

用された。いわゆる官当とは官人に対する換刑制度の一つであった。

『唐律・名例律』によれば、「諸犯私罪，以官当徒者，五品以上，一官当徒二年；九品以上，一官当徒一年。若犯公罪者，（公罪，謂縁公事致罪而无私、曲者。）各加一年当。以官当流者，三流同比徒四年。」⁽¹⁹⁾

それに対して、『養老律・名例律』には、「凡犯私罪。以官当徒者。一品以下。三位以上。以一官徒三年。五位以上。以一官当徒二年。八位以上。以一官当徒一年。若犯公罪者。各加一年当。以官当流者。三流同比徒四年。先以官位当。次以勳位当。行守者。各以本位当。仍各解見任。若有余罪。及更犯者。聽以歷任之官当。」⁽²⁰⁾と記載される。

唐律における官当は、官位（官職）を返上することで、徒刑や流刑の実刑に換える制度である。官人に対して、まずは官位をもって刑にあてる。もし、罪が軽すぎて官当では不当に重い処分になってしまう場合や、歴任した官位があまりにも少なく必要な官当に満たない場合には贖銅で補うことも認められていた。唐律と養老律を比較すると、唐の規定では官位の返還のみを認められたが、日本の場合、官位のほか、勳位の返還も認められたことは注目に値する。もっとも、全ての案件で官当・贖銅（いわゆる贖罪）が認められたわけではなく、「十惡」（日本律では「八虐」）のような重罪を犯した者には適用されなかった。

官当の性質については、一般に、官人に対する一種の優遇措置として用いられていたものとされる。現代的な視野から考察してみれば、官人に対して、刑罰を科す必要のない場合に、刑罰の代わりに行政罰という手段をとっていたものと把握される。

(2) 官人に科される特別罰則

ほかにも、官人に科される特別罰則が存在する。

① 禁錮（禁固）：

(19) 長孫無忌ほか〔撰〕（劉俊文点校）・前掲注（4）44-45頁。

(20) 井上ほか・前掲注（10）26頁。

禁錮の中国語には大体二つの意味がある。

i . 『漢書・刑法志』に次のような記載が見られる：

「前令之刑城旦舂歲而非禁錮者，如完為城旦舂歲數以免。」⁽²¹⁾

ここでの禁錮はつまり獄に禁ずるという意味であった。後に律令の導入とともに、日本の平安時代初期に至って、獄に禁ずるは一つの刑とするようになった。これを「禁錮」（禁固）といい、長期の場合に「長禁」といった⁽²²⁾。明治初期、改定律例が頒布されて、士族に科される閏刑の謹慎、閉門、禁錮などがすべて、禁錮に統一された。この禁錮は一室内に閉じ込めることであった。明治七年には禁獄に改めた⁽²³⁾。それは現代日本における禁錮刑の源流となった可能性がある。

ii . 中国古代法において、禁錮といえば一種の官人に対する特別行政刑罰を指す場合が多いと思われる。例えば、「士人有禁錮之科，亦有輕重為差。其犯清議，則終身不齒。」⁽²⁴⁾と記載されるように、それは罪を犯した官人の官位を剥奪し、永世に官職に就くことが禁じられる罰であった。場合によって子孫にも連帯責任を負わせ、禁錮を科すことがあった。

日本律の場合、中央官制の根本は中国と異なるので、この意味での禁錮刑はほぼ存在しなかったと考えられる。

②連坐

日中古代において、ともに縁坐・連坐について規定されていた。縁坐はいわゆる親族の犯罪につき、犯罪に関係ないにもかかわらず、刑事責任を負わされることを指す。一方、連坐は犯罪についての責任を犯人本人だけでなく、犯人となんらかの関係をもつ一定範囲の他人にまで連帯責任として負わせる刑罰の形態であった。昔の中国古代官制では、地方長官の推薦によって官職

(21) 班固『漢書・卷二十三（刑法志第三）』（中華書局、1962）1079頁。

(22) 石井良助『刑罰の歴史』（明石書店、1992）69頁。

(23) 石井・前掲注（22）151頁。

(24) 魏征主編『隋書・卷二十五（刑法）』（中華書局、1935）867頁。

に就く制度が存在した（例えば漢代の「察挙制」⁽²⁵⁾）。推薦人である地方長官は自分が推薦した部下に対して連帯責任を負うこともあった。また、同じ官司の官人が犯した職務上の犯罪（公罪）ないし私的な利益による犯罪（私罪）についても、情を知らない他の官人に対してまで刑罰を科する連坐制が規定されていた⁽²⁶⁾。

官人の連坐制は律令とともに、日本にも導入された。少なくとも新律綱領・同僚犯公罪條の運用をみる限り、連坐責任から解放されていたと考えることは難しい⁽²⁷⁾。すなわち、少なくとも明治初期においては同じ官司の同僚における、職務上の連坐はまた存在していた。

そして、現代においても、連坐についてかつての考え方とは異なるけれども、昔も現在も、共通しているところがあるのも確かである。

例えば、公職選挙法における「連座」について、「座」の字こそ古律と異なる。しかし、政治に携わる公務員の政治活動の廉潔性を確保するために、秘書などが選挙違反を犯した場合、立候補者の当選が無効になる連座制が存在するが、ここには古代連坐制の面影が見られるのである。また、非違行為を行った部下の上司に対して、管理監督責任の懈怠を理由に懲戒処分を科すことこそは、古代の官人連坐制が我々現代人の法意識の中に依然として生きている証明になろう。

3. 一般国民に適用される罰則

前述通り、令は官人のマニュアルという性格が強く、その中において官人に関わる行政的な特別措置と罰則が設けられている。無論、令にあたる行政法規、あるいは中国古代において編纂された行政法典は、中央官制や官人制度に関わる規定以外は存在しなかったわけではなかった。本章では贖刑と

(25) 范曄 [撰] (李賢ほか [注]) 『後漢書・卷五』(中華書局、1973) 237 頁。

(26) 長孫無忌ほか [撰] (劉俊文点校)・前掲注 (4) 110-112 頁。

(27) 法務図書館蔵『新律綱領・卷二名例律下』9 頁。

申明亭を例として紹介したい。

(1) 贖刑（贖罪）

中国古代において、贖銅（実刑の代わりに罪相当額の銅を国家へ納入する換刑）が設けられ、罰金刑の側面をもっていた。

具体的に、贖が認められるのは以下の場合である：

- ①官人の特典である贖銅
 - ②老少心身障害者の特典である贖銅
 - ③過失殺傷の場合の贖銅
- ②と③は、主に一般国民に適用される罰金刑になる。

老少心身障害者の特典である贖銅について、唐の『名例律』では七十歳以上十五歳以下（日本律では七十歳以上、十六歳以下⁽²⁸⁾）および廢疾者にして流罪以下を犯したときは贖銅を納めて、八十歳以上十歳以下（日本律でも同じように規定されている）および篤疾者は、死刑に処せられる反逆罪や殺人罪を犯したとき、官司は独断せずに、上奏して、上級機関の判断を仰ぐべきだと規定されている。盜罪および傷害罪を犯したときは贖を収めることに止まる⁽²⁹⁾。

過失殺傷の場合の贖銅について、中国法では古くから罪を犯す意思のない行為は罰しないという原則が存在していた。過失犯の処罰について、もちろん現代法言語における過失犯処罰とは本質的に異なる点が存在するが、尊属殺など、非常に重い罪を除いて贖銅を納めることが認められており、贖銅は確かに罰金刑の一面を持っていたことが明らかである⁽³⁰⁾。贖銅は国庫に入れることを原則としていたが、人を傷害した場合に、被害者に給付することもあった⁽³¹⁾。

(28) 井上ほか・前掲注 (10) 40 頁。

(29) 長孫無忌ほか [撰] (劉俊文点校)・前掲注 (4) 80-86 頁。

(30) 長孫無忌ほか [撰] (劉俊文点校)・前掲注 (4) 426 頁。

(31) 石井・前掲注 (22) 65 頁。

(2) 申明亭 (教化・調停を担う地方行政機構)

明清時代において申明亭という民間調解 (調停) を担う行政地方機構が設けられた⁽³²⁾。申明亭の機能は「申明教化」、「申明」は実情を申しあげてはつきりさせるという意味であった。

明代以降、最小の地方行政区画である「郷里」に「申明亭」を設置していた。さらに「郷里」において、徳も学問も持っている老人を「里老」に任命した。すなわち里老制度は地方行政制度を補足する役目を果たした。「里老」の仕事として、主に①は申明亭に法律、皇帝の勅令、儒教の経典などを貼り付けて公表し、地元の民衆を教え導く。②訴訟を起こす必要のない紛争について、「里老」がそれを調停する。例えば、訴訟を起こす必要のない近隣紛争などについては、まず「里老」が実情を聞いて、調停する。この場合、もし「里老」の調停を省いて、直接に司法機関で訴訟を起こしたら、逆に実刑が科されることもあった。③また、地元の人が犯した罪を「申明亭」に貼り付けて、公表する⁽³³⁾。公表することによって犯罪者は二度と罪を犯さないよう、一定の犯罪抑止目的と行政刑罰の効果も果たしていた。申明亭において犯罪を公表する制度は、現代法における行政による制裁的公表と、若干類似すると考えられる。

一般国民に対する贖刑 (贖罪) の規定は日本の律令制においても存在していた。「贖」という刑罰はいわゆる銅や布などの財物を収めて罪を贖うべき刑であって、犯罪の情状により、あるいは微罪に対して加えられるものであるという。『尚書』の記載⁽³⁴⁾によると、このような「罰金刑」は古く中国の西周時代において既に存在していた。この尚書の贖刑は罰金刑であると同時に、被害者もしくはその遺族に支払うべき賠償金の性質を兼ね備えたものであ

(32) 續修四庫全書編委会『續修四庫全書・史部・政書類・皇明制書卷九』(上海古籍出版社、2002) 353 頁。

(33) 續修四庫全書編委会・前掲注 (32) 352-361 頁。

(34) 慕平・前掲注 (3) 20 頁。

た。そして、贖刑は後に日本中世以後、「過料」と呼ぶようになり、さらに「科料」も用いられるようになった。

4. 古律と明治初期の行政刑法との繋がり

明治初期、旧刑法の施行までの間、日本の法制度は一時、律令制へ回帰したことがあった。この時期に焦点を当てて、古律から継続した法制度のうち、旧刑法の制定に伴い姿を消したもの、および旧刑法に吸収されたものを考察することは、現代法との連続性と断絶性にもかかわる事柄である。

明治初期の行政刑法に関わる法制度は、いくつかの典型的な類型に分かれる⁽³⁵⁾。

(1) 「違令」条

明治三年に制定された刑法典『新律綱領』の中に、「違令」条が規定されている。（「凡令ニ違フニ。重キ者ハ。笞四十。軽キ者ハ。一等ヲ減ス。」）⁽³⁶⁾

「違令」条は、行政法分野の規定を前提とするものであり、主に、国が制定した行政法規に違反した者に適用される。行政法分野の規定とこれに違反し、さらに、刑法典に関連規定がない場合に刑を科す旨を定めたものであった。「違令」条は旧刑法の制定に伴い姿を消した⁽³⁷⁾。

「違令」条を系譜的に考察してみると、中国の唐律、明清律および日本の古律に、それぞれ、「違令」という条文が設けられていた：

諸違令者、笞五十；（謂令有禁制而律無罪名者。）別式減一等⁽³⁸⁾。（唐律・雜律）

凡違令者。笞五十。（謂令有禁制。律無罪名者。）別式。減一等⁽³⁹⁾。（和律）

凡違令者、笞五十。謂令有禁制、而律無罪名者⁽⁴⁰⁾。（大明律・刑律）

(35) 小谷・前掲注 (2) 10 頁。

(36) 法務図書館蔵『新律綱領・卷五雜犯律』12-13 頁。

(37) 小谷・前掲注 (2) 30 頁。

(38) 長孫無忌ほか [撰] (劉俊文点校)・前掲注 (4) 521 頁。

(39) 国立公文書館蔵『公文録・明治四年・第二十八卷・辛未三月・刑部省之部』番号第十。

凡違令者、笞五十。謂令有禁制、而律無罪名者⁽⁴¹⁾。(大清律・刑律・雜犯)

前述の通り、律令制において、律は刑罰的な基本法として用いられ、令は官制、税制、兵制、戸籍制度など行政組織と執務規則、すなわち非刑罰的な規範として用いられた。したがって、日中古代律に規定された「違令」というのは「令」という非刑罰的な法規範に違反し、さらに刑罰的な法典である「律」に関連規定がない場合、特別な刑罰が確定するという独特の法規定であった。明治時代の「違令」条は概ね中国の古代律、日本古律を踏襲して規定されたものと考えられる。

(2) 「違式」条

『新律綱領』および『改正律例』にはそれぞれ「違令」、「違式」という法定刑と異なる条文が設けられた。「違令」条に照らして、各地方が定めた規則に違反した者に適用するのは「違式」条であった。「違式」条のほかにも、明治初期の法制度においては「違式註違条例」も設けられた。最終的に、「違式」は形式的に旧刑法の違警罪に吸収された⁽⁴²⁾。

唐律、明清律、日本の古律にも「違式」に関わる規定が見られる。例えば、唐律に記載される「棄毀制書官文書」に関する内容において、「前略。詐為官文書及増減法主司自有所避即從違式造立科罪杖罪以下杖一百徒罪以上加一等」⁽⁴³⁾と規定され、さらに「不給發兵符」に関して「諸應給發兵符而不給應下發兵符而不下若下符違式【謂違令式不得承用者】」⁽⁴⁴⁾と規定されるように、律令のコンテクストで使われる「式」とは、律令の施行細則のことを指す。一方、府藩県の規則違反に対応するための処分制度としての「違式」条自体は、「違令」条に照らして、地方の規則違反に対する処分制度となっており、中国

(40) 懷效鋒点校『大明律』（法律出版社、1999）204 頁。

(41) 馬建石、楊育棠主編『大清律例通考校註』（中国政法大学出版社、1992）987 頁。

(42) 小谷・前掲注 (2) 10 頁。

(43) 長孫無忌ほか〔撰〕（劉俊文点校）・前掲注 (4) 514 頁。

(44) 長孫無忌ほか〔撰〕（劉俊文点校）・前掲注 (4) 301 頁。

古代の律および日本古律の制度をそのまま継承したものとは言い難いと思われる。

(3) 「過料」

明治初期には政府が制定した罰則として、「過料」制度を確認することができる。中国古代の法体系における罰金刑といえる贖刑（贖罪）について、初見はおおよそ西周時代に遡り、唐より前の魏晉南北朝時代において既に体系化されていた⁽⁴⁵⁾。律令の導入とともに、「贖罪」という罰則は日本律令制においても存在していたのである⁽⁴⁶⁾。

また、日本固有の金銭罰として、神事違例を対象とし、神官や官人に科される祓があった。古くから律令以外の慣行として行われていたが、それは祭祀の重さに応じて、大祓・上祓・中祓・下祓、神事に関連する贖物の規定が残存し、それぞれ、違反者（神官・官人）に祓の料物提供を科していた⁽⁴⁷⁾。

さらに、律令法が衰退して中世の財産刑としては、所領、所帯の没収が主要なものとなった。所領の没収は幕府刑罰の中でも、重要な地位を占めていたのであって、御成敗式目に規定された刑罰の中でも、所領の没収が一番多いのである⁽⁴⁸⁾。軽微な犯罪について、所領没収に及ばない労役刑ないし財産刑として「過怠」が科され、この際に支払われた金銭を「過怠料」などと称して、後にこれを「過料」とも呼ぶようになった。江戸幕府では軽過料、重過料などの別があった⁽⁴⁹⁾。

日本律令制における「罰金刑」である「贖罪」について、原則として徴収主体は国家であり、徴収された財物も国庫に納入された。しかし、中世以後の過料徴収については、「朝廷・国衙に対し諸家及びその領有する所領の世界

(45) 程樹徳『九朝律考・卷三（晋律考）』（中華書局、1963）247-248頁。

(46) 井上ほか・前掲注（10）39頁。

(47) 石井・前掲注（22）56頁。

(48) 石井・前掲注（22）87-88頁。

(49) 内藤聡叟校訂『御定書百ヶ条（再版）』（近藤活版所、1895）817頁。

では、主家に対する過怠とともに他の犯罪とくに一般刑事犯罪に対して過料徴収の存在を知ることができる。」⁽⁵⁰⁾ ことが指摘されている。過料は「朝廷内の一部署が、自らの判断に基づいて、その管轄業務の対象に用いる制度になった。」⁽⁵¹⁾ つまり、「罰金刑」の一面を持ちながら、行政上の秩序の維持のために違反者に制裁として金銭的負担という行政刑罰の一面を持ち始めた。

他方、科料についていえば、鎌倉時代において軽微な刑事犯罪に「科料」の表示を用いた成文法の規定が存在していたが、「過料」と「科料」とは同義語だと見受けられる⁽⁵²⁾。明治時代に至って、金銭罰を規定する行政刑法は、布告のような文章形式で発布された。布告の内容において「科料」という言葉が使われた⁽⁵³⁾。それに対して、中国において、古くから「贖」という金銭罰が存在していたが、「過料」「科料」の表示を用いた成文法の規定が見受けられなかった。したがって、過料の起源について、律令制における「贖罪」の影響を受けながら、古くから伝わってきた祓の影響も持っていると思われる。

明治初期の行政刑法に関わる法制度を史的に考察すると、明治初期の「違令」条は概ね唐、明清、日本の古律における「違令」条を踏襲し制定された。しかし、「違式」や「過料」については明治以後、昔の法制度を継承しながら、独自の変化を遂げた。特に「過料」について、その源流となるのは中国古代の「贖刑」であることは間違いないのであるが、日本律令制においては、律令に規定のない新設の神事官に関わる「祓」という行政的罰則が設けられ、さらに「過料」「科料」という日本独自の罰則区分を制定することになった

(50) 義江彰夫「院政期の没官と過料——中世財産刑形成史」『奈良平安時代史論集 下巻』(吉川弘文館、1984) 401 頁。

(51) 小谷・前掲注 (2) 125 頁。

(52) 義江・前掲注 (50) 406 頁。

(53) 例えば、布告(十四年十二月二十八日太政大臣三條実美署司法卿大木喬任副署第七十二号)の第3条に「凡罰金及ヒ科料ハ二圓以上ヲ罰金ニ處シ二圓未満ヲ五錢以上一圓九十五錢以下ノ科料ニ處ス」と規定される。内閣記録局編『法規分類大全・刑法門二』(内閣記録局、1891) 447 頁。

ものと思われる。

おわりに

日本では、明治時代において、古代の律令制に基づいて法制度を整備した。このうち、律にあたる刑事法規定は、『仮刑律』の編纂を手始めに、『新律綱領』及び『改定律例』の制定によって、全国統一の刑法典が整備され、その後、西洋に範を取った旧刑法が施行されることとなった。一方、令にあたる行政法規定は、中央官制や官吏制度に係る規定を中心に制定されていった。

行政法上の罰則という概念は、いったい新しい法体系なのか否かについて、確かに明治の旧刑法が施行される前に、「行政刑法」といえる法規範が既に存在し、旧刑法と並行的に発達していたことは確認できたであろう。

結論として、明治初期の行政法上の罰則について、刑法典と異なる処罰法則が適用されていた事実があった。また、旧刑法施行直前まで、『新律綱領』などの法典には、日本の古律や唐律、明清律に遡って考察できる法制度が適用されていた。その法制度のうち、旧刑法の制定に伴い姿を消したものもあったが、旧刑法に吸収され、現行法制度に変遷してきたものもあった。昔の法制度の形こそ残っていないかもしれないが、古くから伝わってきた法意識として、連坐をはじめとした古代法制度は現代人の法意識の中で未だ影響が見られると思われる。昔の法意識が現代人の法意識にもたらした影響に関する研究も可能であると思われるが、これらを含めた検討については次の機会に譲り、一応稿を閉じることとしたい。