

漢律令「不敬」考

水 間 大 輔

はじめに

第一節 不敬の定義

第二節 大不敬との違い

第三節 不敬に對する處罰

結 語

はじめに

1 (234)

漢代の法律には「不敬」・「大不敬」という犯罪に關する規定が設けられていた。前稿ではこれらのうち大不敬について検討し、次の三つの結論をえた。⁽¹⁾ 第一に、いかなる行爲が大不敬にあたるのかは、律令の條文で定義されている場合もあったが、定義の具體的内容や、あるいは定義そのものも「禮」に依存している場合もあった。第二に、本來は大不敬にあたる行爲であっても、被害あるいは悪質性が甚大なものについては、さらに「不道」の罪に

問われることもあった。第三に、漢代の大不敬は唐律と異なり、罪目ではなく罪名であつて、大不敬そのものに對して「棄市」(斬首) という法定刑が設けられていた。

本稿では前稿に引續き、不敬について検討する。名稱からすると、不敬は大不敬よりも不敬の程度が軽いものと見られるが、具體的にはいかなる點で大不敬と異なるのであろうか。また、處罰にもいかなる違いがあるのであろうか。さらに、前稿で明らかにした大不敬の特徴は、不敬にも見られるのであろうか。本稿では以上の諸問題について検討し、大不敬も含め、不敬罪全體の意義について考察したい。

第一節 不敬の定義

『晉書』卷三〇刑法志が引く張斐「律表」に、
虧禮廢節謂之不敬。

とあるのによると、當時の法律用語でいう不敬とは、禮節を欠く行爲を指す。それでは、具體的にいかなる行爲が不敬とされていたのであろうか。漢代について記した文献には、不敬の罪に問われた實例が頻見する。若江賢三氏はこれらの實例を収集・整理したうえで、不敬とされている行爲を次の四つの類型に分類している。⁽²⁾

〔I〕 宮廷などにおける非禮

〔II〕 宗廟などに關する罪

〔III〕 宗室や近臣に對する非禮

〔IV〕 臣下としての怠慢または不謹慎

ただし、前稿でも述べた通り、この分類には若干問題がないでもない。まず、若江氏は一つの事件を必ず一つの

類型に分類しているが、複数の類型にまたがると解しうるものもある。例えば、『史記』卷一八高祖功臣侯者年表には、

元狩四年、〔繩侯周〕平坐爲太常不繕治園陵、不敬、國除。

とあり、繩侯の周平は太常の職にありながら皇族の陵墓を修繕しなかったことにより、不敬に問われている。若江氏はこれを「Ⅱ」の「宗廟などに關する罪」に分類している。しかし、『太平御覽』卷二二八職官部二六太常卿が引く衛宏『漢舊儀』に、

漢陵屬三輔、太常月一行。

とあり、太常は皇族の陵墓を月に一度點檢することを職務の一つとしていた。それゆえ、周平が皇族の陵墓を修繕しなかったことは、「Ⅳ」の「臣下としての怠慢または不謹慎」にも該當すると見ることができる。

また、若江氏の分類の中には、他の類型に分類すべきように思われるものもある。例えば、『史記』卷九六張丞相列傳に、

八年、〔北平侯張類〕坐臨諸侯喪後就位不敬、國除。

とあり、北平侯張類は諸侯王の喪に遅れて參列したことにより、不敬に問われている。若江氏はこれを「Ⅱ」の「宗廟などに關する罪」に分類している。しかし、これはむしろ「Ⅲ」の「宗室や近臣に對する非禮」へ分類すべきように思われる。また、『史記』卷一〇七魏其武安侯列傳に、

夏、丞相取燕王女爲夫人。有太后詔、召列侯宗室皆往賀。(中略)飲酒酣、武安起爲壽、坐皆避席伏。(中略)

〔灌〕夫無所發怒、乃罵臨汝侯曰(中略)武安乃鷹騎縛夫置傳舍、召長史曰、今日召宗室、有詔。劾灌夫罵坐不敬、繫居室。

とあり、武安侯で丞相の田蚡の婚禮を祝う宴席において、皇族や列侯も参列する中で、灌夫が臨汝侯灌賢らを罵り、不敬に問われている。若江氏はこれを「I」の「宮廷などにおける非禮」に分類している。しかし、「召列侯宗室皆往賀」という表現からすると、宴席がとり行われたのは宮廷内ではなく、おそらく田蚡の邸宅内であろう。また、田蚡が灌夫を不敬の罪で「劾」したのは⁽³⁾、「今日召宗室、有詔」とあるように、その日は皇族も参列しており、かつ皇族も参列するよう太后の詔があるからであった。それゆえ、本件もむしろ「III」の「宗室や近臣に對する非禮」に分類すべきであろう。

さらに、不敬の事例の中には、いずれの類型とも分類しがたいものがある。例えば、『史記』卷一八高祖功臣侯者年表に、

五年、侯〔張〕不疑坐與門大夫謀殺故楚内史、當死、贖爲城旦、國除。

とあり、留侯張不疑が門大夫と共謀のうえ、楚のもと内史を殺害し⁽⁴⁾、本来ならば死刑にあたるが、贖罪により「城旦」に處されたと記されている。その一方で、『史記』卷五五留侯世家では同じ事件について、

留侯不疑、孝文帝五年坐不敬、國除。

とあるので、張不疑は本件によって不敬の罪に問われたことがわかる。若江氏は本件を「III」の「宗室や近臣に對する非禮」に分類している。しかし、諸侯國の内史は、皇帝にとって近臣とはいえない。あるいは、諸侯王という皇族の臣下を殺害したことが、宗室に對する非禮にあたることと見ることができるかもしれない。いずれにせよ、本件については記述が簡潔過ぎて、不敬に問われた理由が判然とせず、他にもさまざまな理由が可能性として考えられる。例えば、楚のもと内史を殺害したことは、臣下としてなすべき行爲ではなく、「IV」の「臣下としての怠慢または不謹慎」にあたるとして不敬に問われたのかもしれない。あるいは、本件の殺害は宮廷や宗廟で行われ、「I」

の「宮廷などにおける非禮」、「II」の「宗廟などに關する罪」として不敬に問われたのかもしれない。

以上のような問題はあるものの、不敬の事例からすると、おおむね「I」～「IV」こそが不敬の内容といことができそうである。

不敬の事例ではさまざまな行爲が不敬に問われているが、それらの行爲のうちいくつかは律令で定められていたと考えられる。『漢書』卷六武帝紀元朔元年條には、

①有司奏議曰（中略）今詔書昭先帝聖緒、令二千石舉孝廉、所以化元元、移風易俗也。不舉孝、不奉詔、當以不敬論。（中略）奏可。

とあり、郡國の二千石官が孝の者を推舉せず、詔を奉じなかった場合、不敬として罪を論じ、という羣臣の意見が武帝により裁可されている。これは詔すなわち令によって不敬を定義したものとといえるであろう。また、『續漢書』輿服志下劉昭注が引く丁孚『漢儀』に、

②太僕・太中大夫襄言（中略）民織綬不如式、沒入官、犯者爲不敬。（中略）皇太后詔可、王綬如所下。

とあり、民が綬を規格の通りに織らなかった場合、その綬を沒收し、不敬とするという法規が定められている。

また、尚徳街漢簡にも不敬に關する條文が見える。尚徳街漢簡とは二〇一一～一二年に湖南省長沙市尚徳街で出土した後漢～三國呉の簡牘羣である。それらのうち二一二は後漢末期～三國呉のいずれかの時期に筆寫されたと考えられ、その両面には律令の條文らしきものが列擧され、その正面第二欄には次の二條が含まれている。⁽⁵⁾⁽⁶⁾

③上書言變事不如式、爲不敬。

④天下有服禁、不得屠沽。吏犯、不敬。☐

前者では皇帝へ上書して事變を申し上げるとき、書式の通りにしなかった場合、不敬すると定められている。

後者では天下で喪に服している場合、肉と酒を賣買してはならず、吏がこれを犯した場合、不敬とすると定められている。これらは不敬にあたる行爲を定義した規定といえる。

ただし、二一二には律令の全ての條文が列擧されているわけではない。それゆえ、これら二條、さらには①・②も不敬とされる行爲の一部に過ぎず、他にもこのような條文が設けられていたと考えられる。しかし、事例において不敬とされている行爲は多岐に渉り、それら全てが律令によって定義されていたとも考えがたい。前稿では大不敬についても同様に考え、大不敬は律令の他にも「禮」によって定義されていたと理解したが、不敬でも同様であったことは、不敬の事例の中に「失禮、不敬」という文句が見えることから裏づけられる。

⑤ 欽與族昆弟稗侯當俱封。初、當曾祖父日碑傳子節侯賞、而欽祖父安上傳子夷侯常、皆亡子、國絕、故莽封欽・當奉其後。當母南即莽母功顯君同產弟也。當上南大行爲太夫人。(中略)時甄邯在旁、庭叱欽、因劾奏曰(中略)稗侯當上母南爲太夫人、失禮、不敬。(『漢書』卷六八金日磾傳)

⑥ 平恩侯許伯入第、丞相・御史・將軍・中二千石皆賀。(中略)酒酣樂作、長信少府檀長卿起舞、爲沐猴與狗鬪、坐皆大笑。(中略)〔蓋寬饒〕因起趨出、劾奏、長信少府以列卿而沐猴舞、失禮、不敬。(『漢書』卷七七蓋寬饒傳)

⑦ 初、哀帝祖母定陶太后欲求稱尊號、太后從弟高武侯傅喜爲大司馬、與丞相孔光・大司空師丹共持正議。孔鄉侯傅晏亦太后從弟、調諛欲順指、會博新徵用爲京兆尹、與交結、謀成尊號、以廣孝道。繇是師丹先免、博代爲大司空、數燕見奏封事、言、丞相光志在自守、不能憂國。大司馬喜至尊至親、阿黨大臣、無益政治。上遂罷喜遣就國、免光爲庶人、以博代光爲丞相、封陽鄉侯、食邑二千戶。(中略)傅太后怨傅喜不已、使孔鄉侯晏風丞相、令奏免喜侯。博受詔、與御史大夫趙玄議、玄言、事已前決、得無不宜。博曰、已許孔鄉侯有指。匹夫相要、尚

相得死、何況至尊。博唯有死耳。玄即許可。博惡獨斥奏喜、以故大司空汜鄉侯何武前亦坐過免就國、事與喜相似、即并奏、喜・武前在位、皆無益於治、雖已退免、爵土之封非所當得也。請皆免爲庶人。上知傅太后素常怨喜、疑博・玄承指、即召玄詣尚書問狀。玄辭服、有詔左將軍彭宣與中朝者雜問。宣等劾奏（中略）〔朱博・趙玄・傅安〕皆知喜・武前已蒙恩詔決、事更三赦、博執左道、虧損上恩、以結信貴戚、背君鄉臣、傾亂政治、姦人之雄、附下罔上、爲臣不忠不道。玄知博所言非法、枉義附從、大不敬。晏與博議免喜、失禮、不敬。〔漢書〕卷八三朱博傳

例えば、⑥では平恩侯許伯が引越し、丞相・御史・將軍・中二千石がみな新居を訪れて祝い、その宴席の最中に長信少府の檀長卿が舞い、猿と犬が戦う様子をまねた。蓋寛饒は檀長卿が卿の位にありながら猿の舞いをし、禮を失したとして、不敬にあたと劾奏している。⑥の「長信少府以列卿而沐猴舞、失禮、不敬」では、要するに長信少府檀長卿の「以列卿而沐猴舞」という行爲の内容が禮を失しており、それゆえ不敬にあたる、と述べられていることになる。つまり、⑥においては、ある行爲が不敬にあたるか否かは、禮に照らして判断されているといえよう。それは⑤と⑦でも同様である。⑤では甄邯が金欽と金當の罪を劾奏し、⑦では彭宣らが朱博・趙玄・傅安の罪を劾奏しているが、いずれも劾奏ではまず被疑者がいかなる行爲をしたかを述べたうえで、最後に「失禮、不敬」と述べている。

また、禮書ではいかなる行爲が不敬にあたるかが述べられている。

山川神祇有不舉者、爲不敬。〔禮記〕王制

天子・諸侯無事、則歲三田。（中略）無事而不田、曰不敬。〔禮記〕王制

季氏祭、逮闇而祭、日不足、繼之以燭。雖有強力之容・肅敬之心、皆倦怠矣。有司跛倚以臨祭、其爲不敬大

矣。(『禮記』禮器)

これらは古來より傳わる禮で、漢代でもある行爲が不敬にあたるか否かを判断する際、基準として用いられたと考えられる。

第二節 大不敬との違い

次に、不敬は大不敬といかなる點で異なるのであろうか。先述の通り、尚徳街漢簡二二二正面第二欄には、不敬にあたる行爲を定めた條文が列擧されているが、二二二背面第一欄には、

對悍使者、無人臣禮、大不敬。

驚動鬼神、大不敬。

上書絶匿其名、大不敬。

漏泄省中語、大不敬。

とあり、大不敬にあたる行爲が列擧されている。不敬の他に大不敬が列擧されているということは、不敬と大不敬の間には明確な區別があったことがわかる。それは事例からも明らかである。例えば、前掲⑦では「玄知博所言非法、枉義附從、大不敬。晏與博議免喜、失禮、不敬」とあり、趙玄が大不敬に問われたのに對し、傅晏は不敬に問われている。⑤でも金當が不敬に問われているのに對し、金欽については、

尤非大臣所宜、大不敬。

とあり、大不敬に問われている。

「大」不敬というからには、不敬よりも不敬の程度が甚だしいもので、逆に不敬は大不敬よりも不敬の程度が輕

いものと推測される。ここで問題となるのは、何をもって不敬の程度が重いあるいは軽いと判断されていたかである。

まず、尚徳街漢簡によると、「對悍使者、無人臣禮」（朝廷から派遣された使者の命令を拒み、人臣としての禮をないがしろにする）、「驚動鬼神」（鬼神を驚かせる）、「上書絶匿其名」（皇帝へ上書するときに、自分の名を匿す）、「漏泄省中語」（省中での發言を外へ漏洩する）などの行爲は大不敬とされている。また、前稿で検討した通り、漢代では大不敬に問われる行爲として、他にも「無人臣禮」（人臣としての禮をないがしろにする）、「非所宣言」（いうべきことではない（ことをいう））などがあつた。以上の行爲については、いずれも不敬に問われている例が見えない。これらの行爲は程度の輕重を問わず、大不敬に問われたのであろう。それは當時これらの行爲自體が甚だしく不敬な行爲と認識され、輕重を論じる必要がなかつたためと考えられる。

また、若江氏は不敬の他、大不敬の事例も整理したうえで、大不敬の場合は前掲「I」～「IV」以外にも、

〔V〕天子を誣罔する言動

に分類できる事例があるとす。しかし、筆者は前稿においてさらに、

〔VI〕皇帝の御物に對する非禮

〔VII〕鬼神を驚かす

に分類できる事例と規定があることを明らかにした。〔V〕～〔VII〕も不敬の程度を問わず大不敬に問われ、不敬に問われる餘地はなかつたのであろう。

以上からすると、要するに不敬と大不敬の間では、問われる行爲の種類に違いがあつたともいえる。一方、完全に同じ行爲がそれぞれ不敬と大不敬に問われている例はないが、類似の行爲が不敬と大不敬に問われている例はい

くつか見える。以下、逐一比較したうえで、なぜそれぞれの事例が不敬と大不敬に問われているのかを考えてみよう。

(一) 皇帝の側近くか否か

〔I〕の「宮廷などにおける非禮」に分類される事例の中には、特に皇帝の側近くで犯行がなされたものもある。⁽⁷⁾

〔一〕前漢の文帝のとき、太中大夫の鄧通が朝廷において、皇帝の傍らにおりながら、殿上で戯れ、禮を怠った。

〔史記〕卷九六張丞相列傳

〔二〕新・王莽の天鳳五年（西暦一八年）、司命の孔仁が王莽に謝罪するとき、勝手に天文冠を脱いだ。〔漢書〕卷九九下王莽傳下

以上の二例ではいずれも大不敬に問われている。一方、不敬に問われた事例の中には、これら二例ほど皇帝の側近くで犯行がなされたものは見えない。よって、不敬が大不敬かは、皇帝からの距離も判断基準の一つであったことが窺われる。

(二) 宮中での液體放出

〔三〕後漢の順帝のとき、尚書の欒巴は正月元旦の朝廷の酒宴に一人だけ遅れ、また液體を噴き出した。〔藝文類聚〕卷七八靈異部上仙道引東晉・葛洪〔神仙傳〕⁽⁸⁾

〔四〕前漢の武帝のとき、東方朔が酔って殿中に入り、小便を漏らした。〔漢書〕卷六五東方朔傳)

〔三〕では大不敬、〔四〕では不敬に問われている。〔三〕では宮中で液體（口に含んだ酒か？）を嘔き出したのに對し、〔四〕では宮中で小便を漏らしているが、いずれも宮中で體内より液體を放出したという點で似ている。しかし、前者ではさらに酒宴に遅參したという落ち度があり、その點で後者よりも不敬の程度が重く、大不敬とされたのではなからうか。

（三）廟あるいは祠での不謹慎

〔五〕武帝の後二年（紀元前八七年）、詹事の商丘成が孝文廟の祭祀に隨行したとき、酔って不謹慎な内容の歌を歌った。〔漢書〕卷一七景武昭宣元成功臣表)

〔六〕武帝の元朔二年（紀元前一二七年）、列侯の蕭勝が祠に隨行して齋戒しなかった。〔史記〕卷一八高祖功臣侯者年表、〔漢書〕卷一六高惠高后文功臣表)

〔五〕では大不敬、〔六〕では不敬に問われている。両者はいずれも皇帝とともに廟あるいは祠へ行き、不謹慎なことをしたという點で共通している。しかし、〔六〕ではただ齋戒しなかっただけなのに對し、〔五〕では不謹慎な歌を歌うという、より明確な行爲があったため、不敬ではなく大不敬と判斷されたのであろう。

(四) 宗廟・陵墓の管理不行届き

〔七〕前漢・昭帝の元鳳四年（紀元前七七年）、孝文廟の正殿が火災に遭い、太常の轅陽侯江徳、及び廟の令・丞・郎吏はみな大不敬と「劾」された。（『漢書』卷七昭帝紀元鳳四年條）

〔八〕武帝の元狩四年（紀元前一一九年）、繩侯の周平が太常の職にありながら、皇族の陵墓を修繕しなかった。（『史記』卷一八高祖功臣侯者年表）

〔九〕元狩五年（紀元前一一八年）、戚侯季信成が太常でありながら、丞相李蔡が墓道に立ち入ったのを見逃した。（『史記』卷一八高祖功臣侯者年表）

〔一〇〕武帝の元鼎二年（紀元前一一五年）、廣阿侯任越が太常でありながら、廟の酒を酸っぱくさせてしまった。（『史記』卷一八高祖功臣侯者年表）

〔一一〕武帝の太初三年（紀元前一〇二年）、睢陽侯張昌が太常でありながら、祠のことで不十分な點があった。（『史記』卷一八高祖功臣侯者年表）

〔七〕のみ大不敬、その他では不敬に問われている。以上ではいずれも皇族の廟や陵墓の管理不行届きが罪に問われている。〔七〕ではその他と異なり、火災という重大な危害をもたらしたため、大不敬に問われたと考えられる。

(五) 行事への遅参

〔一二〕武帝の建元五年（紀元前一三六年）、諸侯王の喪に服するとき、北平侯張類が遅れて位置に就いた。（『史記』

卷九六張丞相列傳

本件は行事に遅参したという點において、前掲〔三〕と共通している。にもかかわらず、〔三〕が大不敬、〔一二〕が不敬とされているのは、前者では單に遅参のみならず、宮中で液體を噴き出したという落ち度があるからである。

〔六〕 宴席における非禮

〔一三〕 武帝の元光四年（紀元前一三二年）、丞相田蚡の婚禮を祝う宴席において、皇族や列侯も参列する中で、灌夫が臨汝侯灌賢らを罵った。（『史記』卷一〇七魏其武安侯列傳）

〔一四〕 宣帝期、平恩侯許伯が引つ越し、丞相・御史・將軍・中二千石がみな新居を訪れて祝い、その宴席の最中に長信少府の檀長卿が舞い、猿と犬が戦う様子をまねた。（『漢書』卷七七蓋寬饒傳）

〔一五〕 後漢の獻帝期、曹丕が文學たちを招いて酒宴を催し、夫人の甄氏を宴席へ呼び出し、文學たちへ挨拶させるところ、みな平伏したのに、劉楨のみ甄氏を直視した。（『三國志』卷二一魏書王粲傳、同傳裴松之注引『典略』）

〔一三〕、〔一五〕及び前掲〔三〕はいずれも酒席における非禮で、〔一三〕、〔一五〕では不敬、〔三〕では大不敬に問われている。後者での酒宴は國家の公式行事で、宮廷で開催され、おそらく皇帝も臨席していたと思われる。それに對して、前者での酒宴は權臣の邸宅で開かれたもので、皇帝は臨席していない。この違いが大不敬と不

敬の差として判断されたと考えられる。

(七) 疾病を理由とする不作爲

〔一六〕後漢・桓帝の延熹年間（二五八～一六七年）、詔により公車を派遣し、楊秉と處士韋著を招聘しようとしたが、彼らは病と稱して應じなかった。〔後漢書〕卷五四楊秉列傳

〔一七〕武帝の元朔四年（紀元前一二五年）、襄成侯韓澤之が病と偽って隨行しなかった。〔史記〕卷一九惠景間侯者年表

〔一六〕では大不敬、〔一七〕では不敬に問われているが、いずれも病と稱してなすべきことをしなかった場合である。前者は詔によって特別に招聘した場合であることが問題とされ、大不敬と判断されたのではなからうか。

以上のように、不敬と大不敬の類似の事例を比較すると、いずれの場合においても、後者の事例における罪状は前者よりも重いと評價することは可能である。しかし、(一)～(七)の内容は多様で、不敬と大不敬の區別に統一的な基準は見出しがたく、そもそもこれらの行爲に對して統一的な基準を設定すること自体が不可能であったであろう。おそらく、不敬と大不敬の區別には統一的な基準がなく、法律や禮などに照らし、個別に判断されていたと考えられる。

本節で検討したことをまとめると、要するに不敬と大不敬は、行爲の種類と法益侵害の程度に応じて區別されていたといえよう。

第三節 不敬に對する處罰

不敬はいかなる刑罰に處されたのであろうか。⁽⁹⁾漢代における不敬の事例のうち、實際に適用された刑罰が明らかなもの、及び刑罰を減免されたが、本來適用されるべき刑罰が明らかなものには、以下のものがある。

〔一八〕文帝五年（紀元前一七五年）、留侯張不疑が門大夫と共謀のうえ、楚のもと内史を殺害した。不敬とされ、

本來ならば死刑にあたるが、贖罪により城旦に減刑された。〔史記〕卷一八高祖功臣侯者年表、卷五五留侯世家、

『漢書』卷一六高惠高后文功臣表、卷四〇張良傳

〔六〕武帝の元朔二年（紀元前一二七年）、列侯の蕭勝が祠に隨行して齋戒しなかつた。不敬とされ、耐隸臣に處された。〔史記〕卷一八高祖功臣侯者年表、『漢書』卷一六高惠高后文功臣表

〔二七〕元朔四年（紀元前一二五年）、襄成侯韓澤之が病と偽つて隨行しなかつた。不敬とされ、耐隸臣に處された。

〔史記〕卷一九惠景間侯者年表、『漢書』卷一六高惠高后文功臣表

〔一九〕武帝の元狩三年（紀元前一二〇年）、節氏侯で濟南太守の董朝が城陽王の娘と姦通した。不敬とされ、耐鬼薪に處された。〔史記〕卷一八高祖功臣侯者年表、『漢書』卷一六高惠高后文功臣表

〔二〇〕元狩五年（紀元前一一八年）、戚侯季信成が太常でありながら、丞相李蔡が墓道に立ち入つたのを見逃した。

不敬とされ、隸臣に處された。〔史記〕卷一八高祖功臣侯者年表、『漢書』卷一六高惠高后文功臣表

〔二一〕元狩五年、沈猶侯劉受がもと宗正でありながら、人の私的な要求を聞き入れ、そのせいで宗室内で問題が發生した。不敬とされ、耐司寇に處された。〔史記〕卷一九惠景間侯者年表、『漢書』卷一五上王子侯表上）

〔二二〕後漢・靈帝の熹平四年（二七五年）、五官郎中の馮光と沛相上計掾の陳晃は、現在行われている暦元が誤っていると主張した。太尉の陳耽、司徒の袁隗、司空の許訓は馮光と陳晃を不敬にあたると劾奏し、鬼薪に處するべきとしたが、靈帝は罪に問う必要はないとの判断を下した。（『續漢書』律曆志中）

見られるように、實際に適用された刑罰、あるいは本來適用されるべき刑罰は、〔一八〕では死刑、〔一九〕・〔二二〕では耐鬼薪、〔六〇〕・〔一七〕・〔二〇〕では耐隸臣、〔二二〕では耐司寇とされている。ただし、〔一九〕と〔二二〕では爵位による減刑の結果として耐鬼薪とされている可能性がある。張家山漢簡二年律令「具律」に、^⑪

上造・上造妻以上、及内公孫・外公孫・内公耳玄孫有罪、其當刑及當爲城旦舂者、耐以爲鬼薪白粲。（第八二簡）

とあり、少なくとも漢初の律では、「上造」以上の爵位を有する者が「刑」あるいは「城旦舂」にあたる罪を犯した場合、耐鬼薪白粲に減刑すると定められていた（「城旦」と「鬼薪」は男子、「舂」と「白粲」は女子に對して適用される刑罰である）。ここでいう「刑」とは肉刑のことである。周知の通り「黥」（顔に刺青を施す）・「劓」（鼻を削ぎ落とす）・「斬趾」（足の指を斬り落す）などの肉刑は文帝十三年（紀元前一六七年）に廢止され、それぞれ「髡鉗」（頭髮を剃り落し、首枷をはめる）や笞刑に置き換えられた。肉刑の廢止以降も、右の條文は「刑」が髡鉗などに置き換えられ、効力を有していたと考えられる。〔一九〕は武帝期、〔二二〕は靈帝期の事件で、いずれも肉刑廢止後のことである。また、〔一九〕の董朝は節氏侯で、列侯という最高の爵位を有している。〔二二〕の馮光と陳晃がいかなる爵位を有していたのかは不明であるが、官位からすると、それなりの爵位を有していたと考えられる。すると、〔一九〕と〔二二〕の耐鬼薪も爵位によって減刑された結果であって、本來適用されるべき刑罰は髡鉗城旦あるいは

は完城旦であった可能性も否定できない。

いずれにせよ、不敬にあたる罪はさまざまな刑罰に處されることがわかる。これについては二通りの考え方が可能である。第一に、唐律「十惡」の「惡逆」などと同様、不敬はさまざまな罪名の總稱であって、各罪名に對して各條文においてさまざまな法定刑が設けられていたとも考えられる。『唐律疏議』名例律には、

十惡、一曰謀反、二曰謀大逆、三曰謀叛、四曰惡逆、五曰不道、六曰大不敬、七曰不孝、八曰不睦、九曰不義、十曰内亂。

とあり、唐律では特に惡質な十種類の犯罪を十惡と呼ぶ。十惡のうち、「謀反」・「謀大逆」・「謀叛」は「殺人」・「竊盜」などと同様、罪名でもあるが、「惡逆」以下は罪名ではなく、さまざまな罪名の總稱である。以下、これを假に「罪目」と呼ぶこととする。例えば、「大不敬」について唐律の注では、

謂盜大祀神御之物・乘輿服御物。盜及偽造御寶。合和御藥、誤不如本方及封題誤。若造御膳、誤犯食禁。御幸舟船、誤不牢固。指斥乘輿、情理切害及對捍制使、而無人臣之禮。

とあり、大不敬にあたる行爲が列擧されている。謀反・謀大逆・謀叛を除けば、各罪目に對してそれぞれ法定刑が設けられているわけではなく、各罪目に含まれる行爲に對し、各本條において處罰が定められている。例えば、大不敬に含まれる行爲のうち、「盜大祀神御之物」については「賊盜律」に、

諸盜大祀神御之物者、流二千五百里。

という條文が設けられているのであって、例えば、

諸犯大不敬者、絞。

のような條文は設けられていなかった。しかも、各罪目に含まれる諸行爲に對する法定刑は、必ずしも同一ではな

かった。例えば、「盗大祀神御之物」の法定刑は「流二千五百里」であるが、同じく大不敬に含まれる行爲のうち、「偽造御寶」については「詐僞律」に、

諸偽造皇帝八寶者、斬。太皇太后・皇太后・皇后・皇太子寶者、絞。皇太子妃寶、流三千里。

とあり、偽造した印璽の種類に應じて、「斬」・「絞」・「流三千里」という三種類の法定刑が設けられている。

第二に、不敬は罪名ではあるが、法定刑が一つではなく、複數設けられていたとも考えられる。

それでは、いずれの解釋が正しいであろうか。まず、第一の解釋がいえるためには、不敬に含まれる各罪名を處罰する條文がなければならぬ。實は、一つだけそれと見られるものがある。すなわち、『史記』卷一〇二張釋之列傳の『集解』⁽¹²⁾に、

如淳曰、宮衛令、諸出入殿門・公車司馬門、乘輜傳者皆下。不如令、罰金四兩。

とあり、「宮衛令」の條文が引用されており、殿門・公車司馬門に出入するとき、下車しなかった場合、罰金四兩に處すると定められている。右の注は次の事例に對して附されたものである。

〔二三〕文帝のとき、皇太子劉啓が梁王劉武と車に同乗して入朝し、司馬門で下車しなかった。公車令の張釋之は

太子と梁王を留めて殿門へ入らせず、公門で下車せず不敬であると劾奏した。〔史記〕卷一〇二張釋之列傳

宮衛令で定められている行爲の内容は、〔二三〕の事例と一致する。それゆえ、本條は不敬に含まれる罪名の一つについて定めたものと解することができそうである。

しかし、〔二三〕は文帝期に發生した事件であるのに對し、本條は約四百年後の三國魏の如淳が引用しているも

のである。本條が三國魏の令なのか、それとも前代の漢令なのかは判然としないが、假に後者としても、後漢最末期に現行法として存在した漢令と考えられる。司馬門で下車しないという行爲が、三國魏あるいは後漢最末期においても、法律上不敬として扱われていたとは断定できない。

また、第一節の①～④ではいかなる行爲が不敬にあたるかが定められているが、刑罰までは定められていない。ということは、刑罰については他の條文で定められていたことになる。

さらに、先述の通り、不敬にあたる行爲の全てを律令に規定することは不可能であり、それゆえそもそもそれらの行爲を處罰する條文を逐一設けることも當然不可能であったと考えられる。

そこで注目されるのは、尚徳街漢簡二二二における不敬關聯條文の位置である。二二二の両面には律令の條文が列擧されているが、おおむね法定刑が重い順に列擧されている。¹³⁾二條の不敬關聯條文の次には以下の條文が排列されている。

□□官府寺舍民廬、臧不滿千□

僕□當僕、坐臧爲盜。

□□坐臧爲盜。

二行目・三行目には「坐臧爲盜」という語句が見える。「坐臧(臧)爲盜」とは不法に取得した財物の價值に應じて、竊盜罪として處罰するという意味で、漢の律令によく見られる表現である。漢初の二年律令「盜律」では、

盜臧(臧)直(值)過六百六十錢、黥爲城旦舂。六百六十到二百廿錢、完爲城旦舂。不盈二百廿到百一十錢、

耐爲隸臣妾。不盈百一十到廿二錢、罰金四兩。不盈廿二錢到一錢、罰金一兩。(第五五簡・五六簡)

とあり、竊取した財物の價值を錢に換算し、その多寡に應じて黥城旦舂、罰金一兩の刑罰に處される。この規定が

いつまで現行法として機能していたのかは不明であるが、いずれにせよ後漢末期あるいは三國呉においても財物の價値に應じて何らかの處罰が定められていたと考えられる。

一行目は下部が欠けており、いかなる文句が續いていたのかは明らかでないが、「臧不滿千」とあることからすると、二行目・三行目と同様、末尾には「坐臧爲盜」と記されていたのかもしれない。

すると、不敬は「坐臧爲盜」という、法定刑が複数設けられている條文の前あるいは直前に配列されていることになる。これは不敬にも複数の法定刑が設けられていたことを示すものではなからうか。何が基準となつて複数の法定刑が設けられていたのかはわからないが、あるいは情状の輕重に應じていくつかの段階に分かれていたのかもれない。

結 語

推測による部分もあるものの、以上の検討結果から、不敬罪の處罰においては、法を運用する者の恣意の入る餘地が比較的大きかつたといえよう。すなわち、具體的にいかなる行爲が不敬にあたるかは、必ずしも律令では定義されておらず、禮に委ねられている面もあつた(第一節)。しかし、禮は法律のような嚴密性がなく、規範としては曖昧なものであつた。また、ある行爲が不敬と大不敬のいずれにあたるかは、行爲の種類と法益侵害の程度に應じて區別されていたが、法益侵害の程度については統一的な基準がなく、法律や禮などに照らし、個別に判斷されていたと考えられる(第二節)。そして、不敬に對する法定刑が複数あり、情状の程度に應じていくつかの段階が設けられていたとすれば(第三節)、情状の輕重に對する判斷にも恣意が入る餘地もあつたことであろう。

さらに、ある行爲に對して本來適用すべき法規があるにもかかわらず、それを無視して不敬の罪に問うている例

もある。『漢書』卷七九馮奉世傳には次のような事件が記されている。すなわち、琅邪太守の馮野王が病に罹ったので休暇をとり、妻子とともに郷里の杜陵へ歸つて養生した。これについて御史中丞は、詔を奉じる者として不敬であるとして、馮野王を劾奏した。杜欽は大將軍王鳳に書簡を送り、次のように述べた。この劾奏は、太守は「予告」(太守のうち最も優れた治績を上げた者に對して授けられる休暇)の場合、郷里に歸ることができるのに對し、「賜告」(官吏が病氣に罹るなどした場合、恩典として授けられる休暇)の場合には歸ることができない、という理解を前提としている。予告は令、賜告は詔恩を根據とするが、休暇の根據が令か詔恩かによつて、郷里に歸ることができたりできなかったりするのには、輕重の差を失っている。また、故事では太守が病氣のため休暇を授かり、郷里へ歸ることが認められている。一方、令では、太守が任地の郡を離れてはならないという規定はない。令と故事を無視して不敬の法を借用するのは不適切である、と。しかし、王鳳はこの進言を聽き入れず、馮野王は罷免された。

御史中丞が馮野王を劾奏したのは、王鳳の指示による。これより前、京兆尹の王章は王鳳の專權を非難し、馮野王を推薦して王鳳と交代させるべきと主張した。これが原因となり、王鳳は馮野王を排除しようとしたわけである。つまり、本件の場合、政敵を排除するため、恣意的に不敬罪を適用したことになる。それというのも、不敬罪の基準が曖昧で、恣意的に解釋される餘地があったからであろう。

同様のことは大不敬にも見られる。『太平御覽』卷四五七人事部九八諫諍七が引く『東方朔別傳』には、次のような事件が記されている。すなわち、武帝のとき、ある者が上林苑の鹿を殺した。武帝は大いに怒り、犯人を官吏に引き渡して處刑しようとした。羣臣はみな武帝におもねり、人主の鹿を殺したのであるから、大不敬で死刑にあたるという意見を述べた、というものである。前稿でも述べた通り、この意見の趣旨はおそらくこういうことであろう。すなわち、本件の犯人は、本来ならば律令の規定に照らし、禁苑の動物を殺した罪により、處罰されなければ

ばならない。しかし、おそらくその處斷刑は、死刑ではなかったであろう。大不敬の法定刑は死刑であるから、武帝の意の通りに犯人を死刑に處するため、羣臣は大不敬にあたるという意見を述べた、と。

漢代の法律では不敬・大不敬と同じく基準が曖昧なものとして、他にも不道罪が設けられていた。『漢書』卷七〇陳湯傳に、

廷尉増壽議以爲、不道無正法、以所犯劇易爲罪。

とあり、前漢の成帝のとき、廷尉の趙増壽は、不道については決まった法がなく、犯した行爲の輕重に應じて罪を決めると述べている。かつて大庭脩氏は漢代の不道罪について詳細に検討し、「不道に正法無し」とはいうものの、「全くルール無しに不道罪が適用されていた」のではなく、「不道罪の構成要因」には一定の基準があり、「誣罔」・「罔上」・「迷國」・「誹謗」・「狡猾」・「惑眾」・「虧恩」・「奉使無狀」・「大逆」などが不道にあたる行爲とされていた⁽¹⁴⁾とす。確かに、その後出土した尚德街漢簡二二二にも、

妻淫失煞夫、不道。

奸人母子旁、不道。

とあり、不敬・大不敬と同様、不道にあたる行爲を示した条文さえ見える。しかし、その一方で大庭氏は、「不道は、人倫道德に反し、人としての道、臣下としての道に背反する行爲であるから、そういう行爲をあらかじめ豫測し、律に正文を記しておくことは不可能である。正すべき法がない、すなわち、律に不法行爲とそれに該當する刑罰とを記していないということであろう」とも述べている⁽¹⁵⁾。

不道にあたる行爲は、妻が淫樂にふけて夫を殺す、他人の母とその子の傍らで姦通する、罪を犯していない一家のうち三人を殺すなど⁽¹⁶⁾、人としての道に外れた行爲の他、前掲の誣罔く大逆のような、國家と皇帝の權威を侵害

する行爲も含む。不敬と大不敬も「Ⅶ」の「鬼神を驚かす」を除けば、いずれも國家と皇帝の權威を侵害する行爲という點で共通している。現に、前稿で検討した通り、本來は大不敬にあたる行爲であつても、被害あるいは悪質性が甚大なものについては、さらに不道の罪に問われることさえあつた。

以上のように、國家・皇帝の權威を侵害する行爲について、犯罪の成否及び刑罰の種類の基準が曖昧であつたことは、國家にとつて都合のよい解釋を行える餘地を残すものであつたといえる。もつとも、國家が初めから意圖してこのような規定を設けたのか、それとも國家が結果的にその曖昧さを利用したのかは、不道・不敬・大不敬の起源を検討しなければなるまい。この問題は今後の課題としたい。

注

- (1) 拙稿「漢律令「大不敬」考」(『中央學院大學法學論叢』第三三卷第二號、二〇二〇年) 参照。
- (2) 若江賢三「漢代の不敬罪」(同氏『秦漢律と文帝の刑法改革の研究』汲古書院、二〇一五年。一九八六年原載) 参照。
- (3) 「劾」とは官吏がある程度の捜査を行い、治獄を職務の一つとする機關へその結果を通告することである。宮宅潔「「劾」をめぐって——中國古代訴訟制度の展開——」(同氏『中國古代刑制史の研究』京都大學學術出版會、二〇一一年。二〇〇一年原載) 参照。
- (4) 『漢書』卷一六高惠高后文功臣表に「十年、孝文五年、坐與門大夫殺故楚內史、贖爲城旦」とあり、張不疑らは實際にもと楚の内史を殺害しているので、『史記』高祖功臣侯者年表でいう「謀殺」は「殺そうと謀った」にとどまらず、「謀つて殺した」ことを意味するのであろう。
- (5) 本木牘の史料的人格については、拙稿「長沙尚德街出土法律木牘雜考」(武漢大學簡帛研究中心編『簡帛』第一八輯、上海古籍出版社、二〇一九年) 参照。
- (6) 尚德街漢簡の簡番號・釋文は長沙市文物考古研究所編『長沙尚德街東漢簡牘』(嶽麓書社、二〇一六年) によつた。

- (7) 若江氏が収集した大不敬の事例の中には(二)が見えないが、氏の分類に従えば、(二)は「I」に分類することができるであろう。以下、本稿では若江氏が挙げしていない事例を挙げる際、同様に氏の分類に従うものとする。
- (8) この『神仙傳』の記述は他にも『初學記』卷二天部下雨一、『後漢書』卷五七樂巴列傳李賢注に引用されている。『藝文類聚』と『初學記』に引用されている『神仙傳』によると、樂巴は大不敬に問われているが、李賢注が引く『神仙傳』のみ「不敬」に作る。
- (9) 筆者は以前、不敬は大不敬と同じく棄市に處されたと述べた。拙稿「長沙尚德街出土法律木牘雜考」参照。しかし、以下本稿で述べる通りに考えを改めた。
- (10) (二二)では「正鬼薪法」、(二〇)では「爲隸臣」とあるのみで、「耐」が附されていない。しかし、當時の刑罰制度では、鬼薪・隸臣は耐とともに適用されるのが原則であった。(二二)と(二〇)では耐が省略されているのである。
- (11) 張家山漢簡の簡番號・釋文は陳偉・彭浩・工藤元男編『二年律令與奏讞書』(上海古籍出版社、二〇〇七年)によつた。
- (12) この如淳注は『漢書』卷五〇張釋之傳の顔師古注にも引用されているが、『史記集解』に引用されているものの方がやや詳しいので、ここでは後者によつた。
- (13) 詳しくは拙稿「長沙尚德街出土法律木牘雜考」参照。
- (14) 大庭脩「漢律における「不道」の概念」(同氏『秦漢法制史の研究』創文社、一九八二年。一九五七年原載)参照。
- (15) 大庭脩『秦漢法制史の研究』一四三頁参照。
- (16) 『漢書』卷八四翟方進傳如淳注に「律、殺不辜一家三人爲不道」とある。

〔附記〕本稿は科學研究費補助金(基盤研究C)「中國漢魏晉南北朝期の刑罰法規における不道・不敬・不孝などの罪目に対する研究」(課題番號18K01223)による研究成果の一部である。