

古代儒敎家の法律觀

有 高 巖



此處に古代と云ふのは、周代より漢代にかけて儒學が發生し、その形態が略、出來上つた頃までを漠然と指し、その材料となる所は主として四書五經であるが、その制作年代其他の問題等については明瞭なる考察をしない。(書經については大體今文に依つた。)又儒家の學說に引合はして法家のもの、即ち韓非子管子商子等を引用するつもりであるが、之等についてもその制作年代、或は果してそれがその本人の作であるか否か等の問題に關しては餘り穿鑿しない。唯思想として如何なる傾向を有してゐるかを中心にして取扱つて行かうと思ふ。

法律は如何なる國に於てもその發生時代に於ては大部分は刑法で、今日の法律よりも狹義のものである、隨つて此處に述べんとするのも主として刑律に關するものである、古代の儒家は刑律を如何に考へてゐたかを見んとするもので、大體刑の性質と刑の目的とに別け法家の考へと對照しつつ述べ、終りに簡單な批評をなしたいと思ふ。

一、刑律の性質

此處に於て先づ著しく感じられるのは刑罰を天が行ふ、即ち刑罰天行說とでも云ふべきものである、天罰なる熟語は此の思想を示すものと見るべきであらう、之は全く支那古代に於ける天を崇拜する思想

より出たもので、書經湯誓に「有夏多罪、天命殛之」とあり、同じく康誥には「天乃大命文王、殪戎殷」とある、之等は凡て天が有徳の者に命じて惡虐の君を討伐せしめるを述べたものである。又人民に向つても、同じく皐陶謨に「天討有罪、五刑五用哉」とあり、酒誥には「天非虐、惟民自速辜」とある、又詩經大雅召旻には「旻天疾威、……」と、その他詩經中にはかゝる思想を示す例は極めて多い。之等は何れも刑罰を天が使行すると云ふ思想に依るものである。之に對して法家は刑法人爲の思想を有してゐる、天罰思想は殆んど見當らぬ。管子君臣篇に「古者未有君臣上下之別……以力相征……」とあり、商子開塞篇に「古民知其母、而不知其父、……」と、何れも古代の道義亂れたる状態を述べ、此處に法を設けて刑を施す必要があるを論じてゐるもので、又韓非子五蠹篇には「今人有五子、不爲多、子又有五、大父未死、而有二十五孫、是以人民衆而貨財寡、事力勞、供養薄、故民爭、雖倍賞重罰、而不免於亂」といひ、人口と食料との關係を述べ、此處に爭鬭の必然性と、刑律の必要を論じてゐるが、之はマルサスの人口論に酷似し、二千二百年前に既にかゝる説をなしてゐたことは實に驚歎に値するものである。

第二に儒家では、刑法を公布すべきか否かについて如何なる考へを有してゐるかを見るに、書經舜典に「象以典刑」とあり、此の典刑に就いて孔傳は常刑なりとしてゐるが、妥當であらう、象に就いては種々説のある所で、「象」を以て「示」の意に解する説がある、又、周禮秋官大司寇に「正月之吉、始和布刑於邦國」とあるに依れば、或種の刑の公布を認めてゐたものゝ如く思はれるが、左傳昭公六年に鄭の子產が刑書を鑄たことに對して儒者叔向が之を攻撃して、「昔先王議以制、不爲刑辟、懼民之有爭心也、猶不可禁禦、是故閉之以義、行之以禮、守之以信、……民知有辟、則不忘於上、並有爭心、……夏有亂政作

禹刑、商有亂政而作湯刑、國有亂政而作九刑、三辟之興、皆叔世也、今吾子相鄭國、……鑄刑書將以靖民、不亦難乎、」とあり、同じ様な話が昭公二十九年にある。即ち晉の趙鞅が刑鼎を作つたのに對して孔子が嘆息して「晉其亡乎、失其度矣、……今棄是度而爲刑鼎、民在鼎、何以學貴、……貴賤無序、……」と、何れも刑法の公布を却けてゐる、蓋し刑律を公布する時は、人民は犯罪の種類と刑罰の程度とを知悉する結果、脫法行爲を計り、或は法を見縊るに至り、人情輕薄に、人心は惡化するであらうことを儒家は憂へたので、刑律不公布が儒家の眞意と見るべきであらう。故に舜典や周禮の記事の如きも五刑などの大綱のみを民に知らせても、細部については知らせぬ方針であつたかと思はれる。即ち前述の如く人心の惡化を豫防する爲と見るべきである。之に對し法家は刑法を明らかに公布すべきことを主張してゐる。管子立政篇に、「凡將舉事、令必先出……憲既布、有不行憲者、謂之不從令、罪民不赦」と云ひ、商子定分篇には「尺六之符——年月日……」と、刑法を一々符札に書いて月日をも記して公布するを云ひ、韓非子難三篇には「法者編著之圖籍、設之官府而布之百姓者也」とあり、同じく定法篇には「法者憲令著於官府、刑罰必於民心、……」と何れも刑法を人民に向つて詳細に公示すべきを論じてゐる。慎子の中にも「措鈞石使禹察之、不能識也、懸於權衡、則厘髮識矣」と云つて一定の標準となるべきものを民間に公布すべきを云つてゐる。

第三に法律は進化するべきものか、或は固定すべきものであるか、之について儒家は明瞭に法律として論ずるものはないが、論語學而篇に、「先王之道、斯爲美 小大由之」とあり、孟子離婁上に「徒法不能以自行、詩云不愆不忘、率由舊章、(大雅生民) 遵先王之法而過者未之有也、」と云ひ、同じく離婁上に「爲政不

因先王之道、可謂智乎」とある。之等に依れば儒家の考は保守的、固定的であつたと云ふことが出來よう、尤も儒家にも自由進歩の意見はあるが、先王の遺法を守ることがを重んじてゐるから先づ保守的と見るべきであらう。之に對して法家は極めて進歩的思想をなし法の進化すべきことを論じてゐる、商子更法篇に「三代不同道而王、王霸不同法而霸」とあり、韓非子算地篇に「聖人之爲國也、觀俗立法則治、察國事本則宜、不觀時俗、不察國本、則其法立而國亂、事劇而功少」と。同じく心度篇には「法與時轉則治、治與世宜則有功」と云ひ、又五蠹篇には「今欲以先王之政、治當世之民、皆守株之類也」とある。之等は明かに法家が法律の進化すべきことを論じてゐるものである。

第四に、儒家に於ては刑は人の地位階級に依つて別にすべきものであるとの階級的不平等的な考がある、周禮秋官大司寇に「凡諸侯之獄訟以邦典定之、凡卿大夫之獄訟以邦法斷之、凡庶民之獄訟、以邦成敵之」とあり、同じく小司寇には「八辟……議親、議故、議能、議賢……」と地位及び才能その他の優れたる人には刑を減免すべきを論じてゐる。小司寇の八辟は後世八議となつてゐる。禮記文王世子には「公族無宮刑、不剪其類也」と云ひ、又「公族其有死罪、則磔於甸人」とある。又曲禮上には「禮不下庶人、刑不上大夫」とあり、孟子離婁上には「君子犯義、小人犯刑」といひ、荀子富國篇には「由士以上則以禮樂節之、衆庶百姓則必以法數制之」とある。之等は何れも刑罰は人民に施すもので士以上知識的階級に屬するものには主として道德的制裁を施すと云ふので極めて階級的な考へ方である、之に對して法家は平等主義を主張してゐる、管子八經篇には「上下貴賤、相畏以法」とあり、商子賞刑篇には「刑無等級、自卿相將軍、以至大夫庶人、犯國禁、罪死不赦、有功於前、有敗於後、不爲損刑」とあり、韓非子有度

篇には「法不阿貴、法之所加、智者弗能辭、勇者弗敢爭、刑不避大臣、賞不遺匹夫」と論じてゐるのは何れも、刑は貴賤上下平等に施すべきでその間に毫末の差別をも設けてはならぬと云ふのである。尙管子九守篇に「以天下之目視、則無不見也、以天下之耳聽、則無不聞也、……夫民別而聽之則愚、合而聽之則聖、雖有湯武之德、復合於市人之言、……先王善與民爲一體、以國守國、以民守民」と、一般人民の意見を問ふべきを論じてゐて、之を極端に廣むれば憲法政治の如きを豫想してゐるものゝ様であり、極めて進歩的な思想と云ふべきである。以上で大體法律の性質に關する考察は概略述べ終つたが次いで法的目的に關して少しく述べよう。

二、法の目的

法律は何の爲に設けるものであるか、之についても儒家法家相反した説をなしてゐる。儒家は先づ法を以て禮教を維持する、即ち道德を行ふ助けとすると云ふ考へを有してゐる。論語爲政篇に「道之以政、齊之以刑、民免而無耻、道之以德、齊之以禮、有耻且格」と云つて、道德教育を重んじて刑政をその下においてゐる、荀子王制篇には「聽政之大分、以善至者、待之以禮、以不善至者、待之以刑」とある。荀子の説は論語の思想とやゝ異なつてゐるが、これは孔荀二子の性格學風特に時勢の相異の然らしむる所で、荀子に於ては禮と法とは殆んど同一性質を意味するものであり、且つ荀子も亦禮教第一主義を主張する點に於ては、孔子と同じである。禮記樂記に「禮節民心、樂和民聲、政以行之、刑以防之、禮樂刑政、四達而不悖、則王道備矣」と云つて、亦禮樂を主とし刑政を副としてゐる。又白虎通五刑篇に「聖人治天下、必有刑罰何、所以佐德助治順天之度也」と論し、道德を主とし、法律は之を副とし方便として

取扱つてゐる。儒家の禮教主義に對して法家は國權維持を目的とし法治主義を以て霸道を行ふを主張してゐる。商子去強篇に「國用詩書禮樂孝悌、善修治者、敵至必削國、不至必貪國、不用八者治、敵不敢至、雖至必卻、必取必能有之、」と儒家の所謂王道、即ち道德政治は單なる理想論で實際的ではない、若し實際に之を用ひれば必ず國を危くするから、國家を強大にし國權を維持するには必ず嚴法を以て民を耕戰に力めしめねばならねと云ふのである。韓非子は難勢篇に於て「抱法處勢則治、背法去勢則亂、……無慶賞之勸、刑罰之威、釋勢委法、堯舜戶說而人辯之、不能治三家、夫勢之足用亦明矣……」と論じ、商子開塞篇に「夫利天下之民者、莫大於治、而治莫康於立君、立君之道、莫廣於勝法」と法律至上主義を唱へてゐる。何れも法律の目的を以て國權の維持にありとするもので儒家の禮教主義と相對するものである。

第二に儒家に於ては法刑の目的は人間を感化することであると云ふ、即ち感化主義とでも云ふべきものである。論語爲政篇に「爲政以德、譬如北辰居其所衆星共之、」とあり、孟子公孫丑上に「以不忍人之心、行不忍人之政、治天下、可運諸掌」と、荀子君臣篇に「有治人、無治法、……法不能獨立、得其人則存、失其人則亡」と何れも德治主義人治主義に立脚して刑政を施し以て民を感化すべきを述べたものである。書經呂刑には刑法について種々のことを記載してあるが「五刑之疑有赦、五罰之疑有赦、其審克之、簡孚有衆、惟貌有稽、」とあるは之は法官が獄訟を裁判する場合につきて述べたるもの、刑の疑はしきは軽くして多くの者の意向をも參酌し、特に「惟貌有稽」は容貌態度を考察すべきを意味し今日の犯罪心理學的研究等を想はしむるものがあり余程進歩した考へと云ふべきである。尙同じく呂刑に「上刑適輕下服、

下刑適重上服、……刑罰世輕世重、惟齊非齊」と、「適輕」とは過失の場合には重犯をもその罰を軽くし、故意に犯したるはその罰を重くすると云ふので犯罪の動機を重んじたのであり、「刑罰古輕世重」とは刑法の時世に應じて調節さるべきを述べたものである。又周禮秋官司刺に三宥（不識、過失、遺忘）三赦（○愚、幼弱、老旻）がある。即ち之等の者に對してはその罪を減免するのである。書經舜典に「眚災肆赦、怙終賊刑」と云ひ、康話に「非眚惟終、不可不殺、眚災適爾不可殺」とあるも明かに故意犯過失犯についてのべたもので、現行日本刑法三十八條にも此の規定がある。之等は何れも儒家の考へが極めて進歩してゐたことを示すものである。之に對して法家は刑律の目的は民を威嚇し、之に依つて犯罪を行はしめざる様にし、常に嚴刑を施して民を恐れ服せしめんとするのである。韓非子姦劫弑臣篇に「夫嚴刑重罰者、民之所惡也、而國之所以治也、哀憐百姓、輕刑罰者、民之所喜而國之所以危也」と云ひ、同書六反編に「母之愛子也倍父、父令之行於子者十母、」とあるも、君主が嚴刑を以て民に臨み之を威嚇すれば民は君主を恐れその命に隨ひ國家治まるに至ること、父の命令の家の中に行はるるが如しとなしてゐる。尙ほ同じく八說篇には子に惡行あり、親の力にて治められぬ場合には教師の叱咤を待たねばならぬ、又子の身に病ある時は親の愛のみでは如何ともし難く醫に依らねばならぬ如く、嚴刑を以て民を鍛鍊するは人民自身の爲にもなることとして何れも威嚇主義の必要を論じてゐるのである。

第三は儒家は法を以て將來の豫防の爲なりとし、道德教育の振興を極力主張する。前に掲げた左傳昭公六年の文、叔向の言に「防之以義、行之以禮、守之以信」とは正に此の意で「之」は罪を指す。之に對して法家は應報主義復讐主義を主張し商鞅の如きは之を實際に行つたものと云ふことが出来るが、

そのことは史記の商鞅の傳などにもあるから説明を省く。

第四に儒家は家族制擁護を主としてゐる、論語子路篇に「其父攘羊、子證之、孔子曰父爲子隱、子爲父隱、直在其中矣」とある。之は後世支那法律に明文として示されてゐる容隱の起とも見るべきであり、漢書宣帝紀地節四年の詔に「自今子匿父母、妻匿夫、孫匿大父母、皆勿坐」とありて立派な法律となつてゐるし、唐・宋・元・明・清律は何れも皆大惡以外の場合に於ては容隱を認めてゐる。又周禮地官大司徒に八刑について敘してゐるが、その中に不孝不悌を入れてゐる、之は一つに支那の社會の根本をなす家族制度擁護の爲である。之に對して法家は全く個人主義であり法の前に絶對の平等を主張するデモクラティックな思想をなしてゐる。管子任法篇に「聖君說法而固守之、富貴智勇者、不能侵也、信近親愛者、不能離也」とあるは正に之を述べたものである。以上で大體刑法の目的に關する考察を終へ、次いで簡單な批評を試みよう。

法律の性質として考へる時には法家の觀念を以て是なるものと見るべきで、その精神は今日より見るも頗る適切であるが、此の點に關し儒家は眞に法の本質を見てゐず、その説く所はかなりゆがめられたものであると云つてよからう。然し法の目的については儒家の説の中にも尙取るべき所が多い。今日の如き世界列國の競争劇しき時代に於ては、法に依つて國權を維持することも必要であるが、禮教に依つて人民を導くことも亦極めて重要である。又儒家の感化主義と法家の威嚇主義とでは寧ろ前者を取るべきで感化善導こそ眞に法の目的を達せしめる所以であらう。又豫防主義と應報主義とでは現今刑法學者の間にも論ある所で從來は應報主義を主張する學者が多かつたが、最近では豫防主義、目的主義を唱へる學者

が有力な様である。最後の家族制の擁護も固陋なやうであるが我國の現行刑法に於ても之に關する條項が二三ある、家族制が東洋社會の根柢をなしてゐる點より見て一應必要のことである。かく見來ると法の目的に關しては儒家法家共に取るべきものがあつて、明瞭にその優劣を判定するを得ず、眞理はその中間に存すると云ふことが出來やう。

然しながら支那の後世の法律は大部分儒家の思想に依つてゐる事實がある。支那の法典は完全なる形としても唐律以後幾多の發展をなしてゐるが、その根元は李悝の法經六篇にある。夫れが商鞅に至つて六律となり秦時代に適用された。（史記商鞅列傳に六律に關することあり）。漢高祖の時、蕭何の九章律が出來て支那の法律が大部分形を整へ、六朝・隋代を経て唐律に至つて最も完成したのである。其の後宋元明清を経て今日に至つたが、元代を除く宋明清は何れも唐律に依つたものである。（元法は獨特の位置を有するものであるが今は論及しない）。かくの如く支那法の起源は法家にあつたが、漢以後の法律は多く各朝廷に仕へてゐた學者が立法官となつて制定したもので、漢代に儒學を以て官學となして以來、朝廷に仕へた學者は殆んど儒家であつた爲に後世の法は多く儒家の思想に依つてゐるのである。故に唐律の中にも教訓的、禮教維持的なものがその大部分を占めてゐる。従つてその唐律は後次第に實際の間に合ぬ様になり、その爲に格・式・條法・條約等様々な細則、實行法が各時代に生じ、それに依つて實際に事を行ひ、唐律は一種の裝飾的なものとなり、法の最高權威としての實質を伴はない場合を生じた。尙唐律の中には家族制度擁護の思想を極端にまで示してゐる、即ち十惡の中第四惡逆罪は父母を打ち或は伯叔父母を殺したものに對し、第七の不孝は父を詈つたものに對し、第八の不睦罪は親類を謀殺せるものに

對し、第九の不義罪は妻が夫の喪中に嫁するものに對し、第十の内亂罪は親族姦通したるものに對する罪で何れも家族的犯罪を指し、尙父母を罵詈せるものは絞殺せられ、伯叔父母を罵れるものは徒一年、兄を罵れるは禁錮、兄を打てる者は徒二年、父母の喪中に嫁し、或は樂をなせるものは徒二年、同じく父母の喪中に子を生める者は徒一年、父母の禁錮中に音樂を作せる者は徒一年半等の規定があるが、之に依つても犯罪に關して極めて嚴重なるを知ることが出来る。又法の階級主義に就いては八議に於て尊長と卑屬、及び、官戸、雜戸、奴婢等の身分に依つて同様の犯罪でもその刑を區別してゐる。之等は明かに儒家の思想に依るものでこの精神は唐宋明清を通じて行はれ、個人の權利自由を壓迫した點が極めて多い。唐律がその後千年間殆んど發達しなかつた所以も亦此處にある。

要するに古代の儒家の法律の性質、特にその目的に對する考へ方には、今日より見ても感服すべきものが少くない、その一二を述べれば、第一に儒家が高遠な理想、道德教育、王道主義を以て法律の助けを借り萬世萬民を指導し、確固たる東洋道德を不拔に築き上げた事である。此の事實は反面に於いて法律思想が發達せず、法律が完成されなかつた事を惜しむ以上に尊くして、吾人の深く感謝する所である。第二に故意犯、過失、幼愚、等に依つて刑を減免する規定が呂刑や周禮にあり、日本現行刑法に於ては三十八條は過失の犯罪につき、三十九條は心神喪失者の犯罪につき、四十一條には十四才以下の者の犯罪について夫々減免の規定が設けられてある、自首減刑につきては四十一條に規定されてゐ、古代支那思想の中には餘り之を見ぬが、論語子張篇に「君子之過如日月之食……」と云ひ、學而篇に「過則勿憚改」と云つてゐるのなどが之を暗示してゐるのではないかとも思はれる。而して後世支那法に於ては儒教の精

神に基いて自首減刑を非常に重視してゐる。之等の點に於いて儒家の説は極めて進んでゐたとも云ふことが出來よう、第三に、前述した所であるが犯人の容貌言語舉動に依つて裁判せんとするが如きは現今の犯罪心理學が取扱つてゐる事であり、第四に、階級的及び家族制擁護に關しては、現行刑法にもその規定又はこの精神を見ることが出来る、前者は殆んど法文としては無いが、憲法第五十三條に兩院議員の逮捕に關した規定ある外、司法上の内規に身分ある人の逮捕監禁を手加減することがある。又後者については刑法第二百條、二百五條、二百二十條に自己及び配偶者の尊屬を殺傷監禁したる者には特に重刑を課すべきことを述べてゐる。かゝる家族制度より生ずる特種刑は西洋には見ざる所、之又儒教思想の影響と見做すことが出來よう。以上に依つて支那古代儒家の思想の中にも優秀なるものが多く存在することが知れよう。然らば支那法が後年餘り發達しなかつた所以は何處に在るかといふに、後の各時代の立法者が餘りに保守的で古人の如き獨創的進歩的精神を缺き、古代の優秀なる儒家の眞の精神を汲み得ずして、徒らに古聖の形式模倣にのみ意を用ひた結果であると謂はねばならぬ。

尙現在の刑法學者は刑法の發展を四段階に別けて論じてゐる。即ち1、復讐時代、2、威嚇時代、3、博愛時代、4、科學時代、で、この中、(1)は原始時代の刑であり(2)は上世並びに中世の刑であり、國家の爲に個人を犠牲にせんとするものであるが、此の兩者は支那の儒家の思想と略、同様と見ることが出来る、(3)は中世末から近世の初に於ける刑で、個人の自覺に基づいて起つた自由思想に依り個人の權利を主張せんとするものであるから儒家の博愛主義とはやゝ内容を異にし、此の四階級中には儒家の思想を入るべき適當な場所がない。之れ支那が世界に於いて獨自の發展をなし來り、國家の成立、國民性、

文化等に於て全く獨自の特色あるものを有するが故に、西洋の學說を利用し之に當はめて直に支那のこ
とを考察するを得ぬ所以である。しかし支那研究にも大に日本又は西洋の事物並に學說を參著すべきは
勿論である。
(講演筆記)

師道に就きて

山口 察 常

本題を詳しく申せば、「師道を論じて現代の教育に及ぶ」といふのである。今日に於ける我國の狀態は
實に盛んである。内閣統計局の調査によると、

	(學校數)	(教師數)	(生徒數)
小學	四萬一千校	廿五萬人	千一百萬人 $\frac{176}{1000}$
中學	二千六百校	四萬五千人	百四十萬人 $\frac{17}{1000}$
專問	百九十校	八千人	十一萬人 $\frac{1.7}{1000}$
大學	四十六校	五千七百人	六萬八千人 $\frac{1.1}{1000}$

斯く盛んな狀態にある學校なれど、勿論内容ともに充實してゐる所もあるが近頃程學校問題が多い事
は減多にない。先年議會に於て、