

『唐律疏議』断獄律現代語訳稿 (上)

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 中村, 正人, 唐律疏議講読会 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/32154

《翻訳》

『唐律疏議』断獄律現代語訳稿（上）

中村 正人

唐律疏議講読会

緒言

本稿は、唐代の法典である「唐律」と、その公的註釈書である「律疏」を合本した『唐律疏議』の一二番目の篇目に当たる「断獄律」の現代語訳を試みたものである。

『唐律疏議』の訳本としては、すでに律令研究会編『訳註日本律令』シリーズの一部（第五巻、第八巻）として出版されたものが存在する。これらは、詳細な語句の註釈や条文の解説も付されており、現在でも多くの研究者に参照されている非常に価値の高い書物であるが、翻訳自体は現代語訳ではなく、いわゆる漢文訓読体であり、そのため専門研究者以外にとっては必ずしも使い勝手がよいとはいえなかった。

唐律は前近代中国法における一つの完成形と目され、前近代中国を代表する法典であるのみならず、周辺諸国へも多大な影響を与えた。その影響は部分的ではあるが時代を超えて現在の日本法にまでも及んでいる。また、前近代中国法は、西洋の法とは異なる独自の発展を遂げたため、その代表である唐律は法の比較研究の対象としても高い価値を有しているといえる。そのため、様々な分野の研究者にとって参照価値が高い唐律の現代語訳を作成する

ことは非常に意義のある作業であると思われる。

『唐律疏議』現代語訳化の試みは、すでに一九五八年より、故・滋賀秀三氏によって開始されていた（滋賀秀三「訳注唐律疏議（一）」（国家学会雑誌七二巻一〇号））が、滋賀氏が始めた『唐律疏議』訳註作業は、その後前述の訳註書へと形を変えて引き継がれたため、現代語訳化そのものは第一篇である名例律の半ばに至ったところで中断されてしまい現在に至っている。そこで、石岡浩・川村康・七野敏光の三氏と訳者の四人は、「唐律疏議講読会」なる研究組織を立ち上げ、『唐律疏議』の現代語訳事業の継承を志し、まず手始めとして、『訳註日本律令』において訳者が訳註を担当した断獄律の翻訳作業に着手した。

この翻訳作業に関しては、平成二二年度より科学研究費補助金（基盤研究（C））「唐代を中心とする中国裁判制度の基礎的研究」の助成を受けて年数回の研究会を開催し、訳者があらかじめ翻訳原案を作成した上で、研究会の場において全員で内容を検討する形で進めてきた。この程研究会の開始からほぼ二年が経過して、断獄律の前半部分に当たる卷二九の翻訳作業を一応終えたため、ここに確定前の仮翻訳として公表することとした。大方のご指正を賜り、より正確な翻訳を完成させることができれば幸いである。

なお、先にも触れたように本翻訳稿は、訳者が原案を作成し、会のメンバー全員で検討し意見を交換することによって成立したが、誤訳等の責は全面的に訳者が負うものであることはいうまでもない。

（凡例）

・本稿は唐律の条文およびその律疏の現代語訳を目的としており、『唐律疏議』そのものの完全な翻訳を指向するものではない。したがって、断獄律冒頭の「篇目疏」の翻訳は省略した。

・本稿では、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、一九九六年）の存在を前提に、語句の註釈等は必要最小限に止めており、かつ条文内容の解説も割愛している。同書もあわせて参照いただきたい。

・唐令の条文番号に関して、宋代の「天聖令」を利用して復元がなされた部分については、天一閣博物館・中国社会科学院歴史研究所天聖令整理課題組校証「天一閣藏明鈔本天聖令校証・附唐令復原研究」（中華書局、二〇〇六年）で振られた条文番号に、それ以外の部分については仁井田陸「唐令拾遺」（東方文化学院、一九三三年）および仁井田陸著／池田温編集代表「唐令拾遺補・附唐日両令对照一覽」（東京大学出版会、一九九七年）の条文番号に依拠した。

・訳文中の「」内の文章は唐律に元から付されている注であること、（）内の文章は読者の理解を助けるために訳者が補ったものであることを示している。

・本稿では、律令研究会編「訳註日本律令五ノ八 唐律疏議訳註篇一ノ四」の各書を「訳註五ノ八」と略記する。

本文

【断一】囚応禁而不禁

被疑者⁽¹⁾を拘禁すべきであるのに拘禁せず、首枷・鎖・手枷⁽²⁾を着用させるべきであるのに着用させず、またはそれらを取り去った場合には、（当該被疑者が）杖罪⁽³⁾を犯した者であれば笞三十⁽⁴⁾に、徒罪以上の場合には刑種に依じて一⁽⁵⁾等ずつ加重した刑に処する。着用すべき拘束具の種類を変更した場合には、それぞれの罪から一等を減じた刑に処する。

【疏文】獄官令（四二条）には、「被疑者を拘禁する場合、死罪ならば首枷と手枷を着用させ、（死罪でも）婦人の場合および流罪以下ならば、手枷は免除する。杖罪の場合には拘束具を用いずに拘禁する」とある。また（獄官令の別の）条文（四五条）には、「議・請・減の特典を有する者が流罪以上を犯した場合、もしくは除・免⁽⁶⁾・官当⁽⁷⁾（といった懲戒処分）を受けた場合には、鎖を着用させて拘禁する」とある。すなわちこのことから、笞罪を犯した者については、拘禁しないことが分かる。杖罪以上を犯した場合にはじめて拘禁して取調べを行う

のである。杖罪を犯したのに拘禁しない、あるいは首枷・鎖・手枷を着用させるべきであるのに着用させず、またはそれらを取り去った者があれば、笞三十に処する。徒罪の者を拘禁せず、あるいは首枷・鎖を着用させず、またはそれらを取り去った場合には、笞四十に処する。流罪の者を拘禁せず、あるいは首枷・鎖を着用させず、またはそれらを取り去った場合には、笞五十に処する。死罪の者を拘禁せず、あるいは首枷・鎖・手枷を着用させず、またはそれらを取り去った場合には、杖六十に処する。このことをもつてすなわち「一等ずつ加重する」と称しているのである。「着用すべき拘束具の種類を変更した者は、それぞれの罪から一等を減じた刑に処する」とは、首枷を用いるべき場合に鎖を用い、あるいは逆に鎖を用いるべき場合に首枷を用いる場合を指す。これをもつてすなわち「着用すべき拘束具の種類を変更する」と称しているのである。徒罪ならば笞三十に、流罪ならば笞四十に、死罪ならば笞五十に処する。

もし被疑者が自ら（拘束具を）取り去り、あるいは着用すべき拘束具を取り替えたのならば、同様に処罰する。もし拘禁すべきではないのに拘禁し、あるいは首枷・鎖・手枷を着用させるべきではないのに着用させた場合は杖六十に処する。

【疏文】もし被疑者が自分で勝手に首枷・鎖・手枷を取り去ったならば、徒罪の場合には笞四十に、流罪以上の場合には一等ずつ加重した刑に処する。もし被疑者自身が着用している拘束具を取り替えたのであれば、それぞれ（上記より）一等ずつ減じた刑に処する。それ故に「同様に処罰する」と規定しているのである。「首枷・鎖・手枷を着用させるべきではないのに着用させた」とは、すべて（前述の）令の規定に合致しない場合をい、それぞれ杖六十に処する。

注

(1) 原文は「囚」。唐律では、官に身柄を拘束されている者を広く「囚」と表現しており、現代法でいえば、「被疑者」「被告人」「受刑者」「未決囚」等広範圏の概念を包含している。そこで本稿では、主として取調べ段階にあると思われる者を指す場合には「被疑者」、また告人による告言（告人・告言については後掲参照）との関連で用いられる場合には「被告人」、さらに判決が確定し刑の執行を受ける立場にある者ないしは執行を待っている状態の者を指す場合には「受刑者」ないしは「未決囚」、これらすべてを包含していると考えられる場合、あるいはいづれか一つに特定できない場合には「囚人」というように、文脈に最も適合すると思われる訳語を適宜使い分けることとする。

(2) 原文はそれぞれ「枷」・「鎖」・「杻」・「桎」。詳細は「訳註八」二五〇頁以下の註1・2および9参照。

(3) 「杖罪」とは、法定刑が杖刑（杖六十・杖一百）である犯罪行為のことを指す。同様のいい方に、「笞罪」「徒罪」「流罪」「死罪」がある。

(4) 唐律における刑罰の種類については、「訳註五」名例律一条～五条参照。

(5) 「議」「請」「減」およびもう一つの科刑上の特典である「贖」については、「訳註五」七九頁以下の解説参照。

(6) 「除免」とは、除名・免官・免所居官といった、官員に対する付加刑の総称。詳しくは「訳註五」名例律一八条および二二条の解説参照。

(7) 「官当」とは、官員が徒・流罪を犯した場合、自己の有する官を削ることによって実刑に代替する制度のこと。詳しくは「訳註五」名例

律一七条の解説参照。

【断二】与囚金刃解脱

刃物やその他の物で、それを用いて自殺したり拘束具をはずすことを可能とする物を囚人に与えた者は杖一百に処する。もしそのことが原因で囚人が逃亡したり、自傷・他傷する結果が生じた場合には徒一年に処する。自殺・他殺の結果が生じたならば徒二年に処する。もし囚人がもともと流罪以上を犯しており、前記の物を与えたことによつて逃亡を許してしまった場合には、たとえ（自他を問わず）殺傷行為が行われなかったとしても、また同様に（徒二年に）処する。

【疏文】「刃物」とは錐きり(きり)や小刀の類をいい、「その他の物」とは縄なわや鋸のこぎりの類をいい、それを用いて囚人が自殺したり、首枷や鎖をはずすことを可能にするような物をいうのである。囚人の親族やその他の者が与えたと

しても、また与えた物を囚人が使用しなかつたとしても、与えた者はそれだけで杖一百に処する。もし刃物等を得たことによつて、その結果囚人が逃亡できたり、あるいは自らを傷つけたり、あるいは他人を傷つけることとなつた場合には、その物を与えた者は徒一年に処する。もし囚人が自殺したり、あるいは他人を殺害したならば、物を与えた者は徒二年に処する。もし囚人がもとと流罪以上を犯しており、刃物等の物を得たことによつて逃亡することができたならば、殺傷の結果が発生しなかつたとしても、物を与えた者はまた徒二年に処する。

もし囚人が逃亡したとしても、(前項の罪に対する)判決が下る前に、逃亡した囚人を自ら捕縛したり、あるいは他人が捕縛したり、もしくは囚人が自首したり、ないしはすでに死亡した場合には、それぞれ一等を減じた刑に処する。もし子孫が拘束具を外すことを可能とする物を(囚人である)祖父母・父母に与え、あるいは部曲・奴婢が(囚人である)主人に与えた場合には、前項と同様に処罰する(特に罪を減じたりはしない)。

【疏文】この規定はすなわち、囚人が刃物やその他の物を得たことによつて、自ら拘束具を外して逃走し得た際に、その物を与えた者の罪についてまだ判決が下される前に、自ら当該囚人を捕獲し、あるいは他人が捕獲し、もしくは囚人自らが官に出頭したり、あるいは囚人が自殺した——他人が殺害しても同様である——場合、それぞれ(前項に定められた罪から)一等を減じた刑に処するという意味である。つまり、徒罪以下を犯した囚人が逃亡した場合には、一年の徒刑から減輕(して杖一百と)し、流罪・死罪の囚人が逃亡した場合には二年の徒刑から減輕(して徒一年半と)することになる。「もし子孫が拘束具を外すことを可能とする物を」とは、

すなわち、（名例律五二条に）「孫」という場合には、曾孫・玄孫も含まれる」（とあるように、曾孫・玄孫も含めた子孫が）祖父母・父母に前記の物を与え、あるいは部曲・奴婢が主人に前記の物を与えた場合、すべて一般人と同様に処罰する。またこれらの者については、みだりに自ら（祖父母・父母・主人である）囚人を捕縛すべきではない。もし官が人を派遣して捕縛したのであれば罪には問われないが、自ら捕縛して官に送致すれば、尊長・主人を告言する法（鬪訟律四四条・四八条）を適用する。もし（当該囚人が）人を殺傷して逃亡したならば、後にその囚人を捕獲したとしても、物を与えた者は、前項の殺傷した場合の罪によつて処罰され、（捕縛したことを理由とする）刑の減輕を与えてはならない。

注

- （1） ただし自殺の場合には、次項に規定するとおり、それが本罪に対する判決前のごとであれば、刑が一等減じられて徒一年半となる。
- （2） 原文は「告」。告はまた「告言」と称せられることもある。唐律の告（告言）は、現行法の「告訴」「告発」の他、場合によっては「被害届」や民事訴訟法上の「訴えの提起」をも含み得るかなり広範な概念であり、適切な訳語が見当たらないため、そのまま「告言」の言葉を用いることとする。

【断三】 死罪囚辞窮竟

死罪の被疑者がすでに取調べを尽くして罪を認めた後に、^{（1）}その者の親族や知人が本人に依頼され、あるいは他人に委託して本人を殺害させ、ないしは殺害した場合には、それぞれ（身分関係ごとに定められた）殺人の罪から二等を減じた刑に処する。本人が依頼して委託させたわけではなく、またはまだ取調べを尽くしていない段階で殺害し

たならば、それぞれ闘殺傷の罪によって論ずるが、その罪が死刑となる場合には加役流に処する。

【疏文】これは、死罪を犯した被疑者が、すでに取調べを尽くして罪を認めた段階で、本人の總麻以上の親族または知人が、本人から依頼されて、あるいは他人を雇用し、または他人に頼んで当該被疑者を殺し終わった場合には、本人に依頼されて他人に頼んだ者、および頼まれて殺害した者を、それぞれ尊卑・貴賤の身分関係に応じて定められている殺人の罪から二等を減じてこれらの者に刑を科すということである。もし被疑者本人が依頼したわけではないのに、その親族・知人が人に委託して本人を殺害させ、または被疑者が依頼して人に委託して殺害させたとしても、まだ取調べを尽くしていない段階で殺害すれば、その委託した者および委託を受けた者は、それぞれ尊卑・貴賤の身分関係に応じて定められている闘殺の罪によって論ずるが、その罪が死刑となる場合には加役流に処する。

問、被疑者がもとも死罪を犯してはいたが、まだ取調べを尽くしておらず、また人に依頼して殺害の委託をさせたわけでもないのに、被疑者の親族・知人が人に委託して被疑者を殺害させ、あるいは自ら被疑者を殺害した場合、どのような罪に問うべきであるか。

答、たとえ取調べを尽くしていたとしても、人に委託して殺させることを被疑者が依頼しておらず、または人に委託して殺させることを被疑者が依頼していたとしても、取調べがまだ終了していないといった、これらの二事については、それぞれ闘殺によって処罰され、ただ死刑になる場合にだけ加役流とされている。もしまだ取調べを尽くしておらず、しかも人に委託して殺させることを被疑者が依頼してもいないのに、勝手に被疑者を殺害した場合には、それぞれ闘殺と同様に処罰し、その罪が死刑になる場合でもすべてみな死刑に処し、加役流とすべきではない。

たとえ（死罪の被疑者が）取調べを尽くして罪を認めた後であったとしても、子孫が（死罪の被疑者である）祖父・父母に対して、部曲・奴婢が（死罪の被疑者である）主人に対して前項の行為を行えば、すべて故殺の罪によって論ずる。

【疏文】「たとえ取調べを尽くして罪を認めた後であったとしても」とは、死罪に関する取調べが終了したことをいい、子孫が祖父母・父母において、部曲・奴婢が主人において、祖父母・父母や主人から依頼を受けたとしても、みだりにそれらの者を殺害したり、他人を雇用しまたは他人に頼んで殺害させた場合には、その子孫および部曲・奴婢はみな故殺の罪によって論ずる。その場合、子孫においては（名例律六条に規定されている十悪の）悪逆に該当し、部曲・奴婢においては（断獄律二一条の規定により）恩赦が出されたとしても罪を免じない。委託を受けた者については、なお前項で示したのと同様に鬪殺の罪から二等を減じた刑に処する。

注

- (1) 原文は「辞状窮竟」。曹漫之主編『唐律疏議訳註』（吉林人民出版社、1989年）は、「辞状窮竟」に注を付して、「犯人の供述・事情がすでに徹底的に究明され、審理が終結したことを指す。『窮竟』とは徹底的に調査することである」と説明している（九七八頁）。また、Wallace Johnson, *Tang Code vol.2-Specific Articles*(1997)では、「辞状窮竟」に「ついで、"the criminal's case has ended with his being condemned to death"(犯人の事件が死罪となって結審した)と訳されている（五三九頁）。さらに、戴炎輝『唐律各論』（台湾・三民書局、一九六五年）は、「明・清律において本条に相当する「死囚令人自殺条」では、「已招服罪」（すでに罪を認めて承服している）」という語句が用いられている」と指摘している（三〇二頁）。以上の点を勘案し、本文に示したような訳語をあてることにした。
- (2) 「十悪」および「悪逆」については、「訳註五」四〇頁の註記および六〇頁以下の解説を参照。

【断四】主守導令囚讎異

主守が被疑者より財物を受けて自供を翻すことを誘導したり、あるいは外部からの情報が伝わるのを許したため、⁽¹⁾罪に増減が生じる結果となったならば、(職制律四八条の)枉法の罪によって論ずるが、收受した財物が十五疋に至れば加役流に、三十疋に至れば絞に処する。

【疏文】本条において「主守」とは、専ら被疑者の監視を担当する者で、典獄の類をいう。⁽²⁾これらの者が被疑者より財物を受け取り、その被疑者を誘導して供述内容を変更させ、あるいは官員もしくは証人・その他一般人からの言辞を得て、被疑者に報告して情報を伝えたりし、そのために罪に増減を生じさせる結果をもたらした場合には、枉法の罪によって論じ、俸給を得ていない官員が法を枉げて財物を受け取る罪によって、一尺相当の財物を受け取った者は杖九十に処し、その後は一疋増えるごとに罪一等を加える。ただし、本条においては、⁽³⁾十五疋に至れば加役流に、三十疋に至れば絞に処する。

受け取った財物の額が少ないかまたは受け取らなかった場合には、(断獄律一九条の)「故らに人の罪を増減する」罪から一等を減じた刑に処する。前項の行為を行ったが被疑者の罪に増減が生じなかった場合には、笞五十に処する。その際財物を受け取っていたならば、(職制律五〇条の)「自己の管轄下にいる者から財物を受け取る」罪によって論ずる。主守以外の者が本条の罪を犯した場合には、主守の罪より一等を減じた刑に処する。

【疏文】「受け取った財物の額が少ない」とは、前項に示したとおり、贓物の額によって罪を定めた結果、それが被疑者が犯した罪から一等を減じた刑よりもさらに軽い場合をいう。同様にまた財物を受け取らずに、ただ外部からの情報を伝えただけならば、『故らに人の罪を増減する』罪から一等を減じた刑に処する。すなわち、

自供を翻すことを誘導したり、あるいは外部からの情報を伝えて、その結果死罪の被疑者の罪を増減させた場合には、流三千里に処し、流罪以下の罪について増減させた場合には、各々その罪から一等を減じた刑に処するといった類のことを意味する。もし誘導したり情報を伝えたりした場合でも、被疑者の罪を増減が生じなかったならば、笞五十に処する。もし罪を増減は生じなかったが、財物を受け取った場合には、『自己の管轄下にいる者から財物を受け取る』罪によつて論じ、一尺相当の財物を受け取れば笞四十に処する。それ以後一定増加することにより一等ずつ加重し、八疋に至れば徒一年に処する。「主守以外の者が本条の罪を犯した場合」とは、被疑者を監督する立場にある者以外で、そうした一般人が被疑者を誘導して自供を翻させた場合を指し、被疑者の罪を増減が生じた場合には、それぞれ（の類型ごと）に主守に科せられる罪から一等を減じた刑に処する。すなわち、もし財物を受け取れば、主守の贓罪から一等を減じた刑に処する。もし財物を受け取っていないければ、被疑者の罪から二等を減じた刑に処する。外部の情報を伝えたとしても、被疑者の罪を増減が生じなければ、笞四十に処する。

注

- (1) 主守とは、「官物や囚人など官権下にある有体的客体を直接保管・看取する職責にあること」をいう（『訳註五』三三四頁）。本条においては主として囚人の看守を行う役人が念頭に置かれているが、具体的な職名は多岐にわたるため、本稿ではあえて原文のまま用いることとした。
- (2) 都督府・州・県等に置かれた獄を掌る役人のこと。
- (3) 職制律四八条の規定によれば、本来は俸給を得ていない官員が財物を受け取つて法を枉げた場合には、十五疋で流三千里、二十疋で絞となるべきところ、本条ではそれらを若干修正している点に注意を促している。

【断五】囚給衣食医薬

囚人のために衣服・食糧・医療・薬品を請求して給付すべきであるのにそれをせず、また囚人の家族を獄内に入れて看護することを認めるべきであるのに認めず、あるいは首枷・鎖・手枷をはずすべきであるのにはずさない場合には、杖六十に処する。これらのことが原因で囚人を死亡させた場合には、徒一年に処する。もし囚人の食糧を減らしまたは盗み取れば、笞五十に処する。そのことが原因で囚人を死亡させた場合には、絞に処する。

【疏文】獄官令（六一条）の規定によると、「囚人の住居が遠隔地にあり、食糧等の供給が途絶えた場合には、官が衣服・食糧を給付し、家族が到来した際に、給付した数量に基づいて徴収する」とあり、また（同令六〇条には）「囚人が病気になった場合には、担当官が報告し、医療・薬品の給付を請求して囚人に与え、治療させる」とある。これらの規定にあるような状況が発生し、必要な物品を請求して給付しなければならぬのに、担当官がそれを全く行わず、ないしはただちには給付せず、また、獄官令によると、囚人が重病になれば家族が獄内に立ち入って看護することを許可することとなっているが、それを許可せず、ないしは首枷・鎖・手枷をはずすべき状況にあつて担当官がそれらをはずさなかつた場合には、直接的な責任のある官員を杖六十に処する。「これらのことが原因で囚人を死亡させた場合」とは、物品を請求せず、または請求はしたが、すぐに衣服・食糧・医療・薬品を囚人に給付せず、囚人が重病となったのに家族が立ち入って看護することを許可せず、ないしは首枷・鎖・手枷をはずさず、そのことによつて囚人を死亡させた場合には、直接的な責任のある官員を徒一年に処する。もし囚人の食糧を減らしまたは盗み取れば、その分量の多少を限らず、笞五十に処する。もし囚人の食糧を減らしまたは盗み取つたために、それが原因で囚人が死亡したならば、食糧を減らしました盗み取つた者は絞に処せられるべきものとする。

【断六】八議請減老小

議・請・減といった科刑上の特典を有する者、もしくは年齢が七十歳以上または十五歳以下の者、および廢疾者は、⁽¹⁾みな拷問を行つてはならず、すべて「衆証」によつて罪を定める。これに違反した場合には、「故失」によつて論ずる。もし証人の数が不足したために被告人が有罪とはならなかつた場合には、告言した者を（鬪訟律四一条の）誣告反坐の罪には問わない。

【疏文】「議の特典を有する者」とは、名例律（七条）の八議条に規定された要件を満たす人をいう。「請の特典を有する者」とは、議の特典を有する者の期親および孫、もしくは五品以上の官職・爵位を有する者をいう。「減の特典を有する者」とは、七品以上の官職を有する者、または五品以上（の官職・爵位を有する者）の祖父母・父母・兄弟・姉妹・妻・子孫に該当する者をいう。もしくは年齢七十歳以上、十五歳以下または廢疾者——令（戸令九条）の規定によると、手足のうち一本が用をなさぬ者、腰または背が折れ曲がつている者、知能の發達が遅れ言葉が不自由な者、低身長症の者等を指す——は、すべて拷問してはならず、みな「衆証」によつて罪を定める。「衆」とは三人以上をいうこと⁽³⁾から、三人以上の証人が被告人の犯罪事実を証言することによつて、はじめて罪を定めることができる。「違反した場合には、「故失」によつて論ずる」とは、拷問してはいけない者に対して故意に拷問を加え、その結果被告人の罪に増減が生じた場合には、後に規定する（断獄律九一条の）「故意に人の罪を増減し、あるいは過失で人の罪を増減する」法によることである。仮に罪に増減が生じなかつたとしても、あえて法を曲げて拷問した者は、（断獄律一五条の）「拷問してはいけない者に拷問を加える」法により、鬪殺傷の罪によつて論じ、ただ、適用される刑罰が死刑となる場合には、加役流に減輕する。すなわちこの場合には、鬪殺傷の罪を適用することが「故失」に該当することになる。もし有罪を証

言する者が三人に満たない場合には、告言した者を誣告反坐の罪に問うことはなく、被告人もまた有罪としてはならない。

問：告言された事件について、証人が二人存在する。一人は被告人が有罪であると証言し、一人は無罪であると証言している。証人の数はそもそも三人に満たないが、この場合でも（断獄律三四条の）疑罪とすべきであろうか。

答：律の規定によれば、「（断獄律六条の所与の要件に合致する者は）衆証によつて罪を定める。『衆』というのは三人以上のことを指す。もし証人の数が三人に満たなくて被告人が罪に問われなかつたとしても、告言した者を誣告反坐の罪に問うことはない」とされている。このような事案において、取調べの結果事実を明らかにし難い場合には、二人の証人が有罪であると証言したとしても、なおあえて罪に問うことは許されない。ましてや一人が有罪、もう一人が無罪と証言しているのであれば、被告人は全く処罰されるべきではない。一方、告言した者についても、また誣告反坐の罪を免れることができる。もし全く証人が存在しなければ、おのずから事実の有無を取調べ、情状によつて断罪しなければならぬ。もし三人が真実の証言をし、二人が虚偽の証言をした場合、これが疑罪である。以上の解釈は、「議・請・減の特典を有する者」以下、「廢疾者」の部分にまですべて及ぶ。この種の人々以外は、すべて当然に拷問によつて実情を得るべきであり、もし拷問の許容限度に達してなお罪を認めなければ、（断獄律一〇条の規定にしたがつて）告言した者を反対に拷問することになり、衆証によつて罪を断ずることは認められない。

律（名例律四六条）の規定によつて犯人を匿うことが認められている者、あるいは年齢が八十歳以上もしくは十歳以下の者、または篤疾者は、⁽⁶⁾みな証人としてはいけぬ。これに違反した場合には、証言の対象となつた罪人の罪

から三等を減じた刑に処する。

【疏文】「律の規定によつて犯人を匿うことが認められている者」とは、同居者もしくは服制が大功以上の親族、および外祖父母・外孫・孫の妻・夫の兄弟・兄弟の妻の場合、あるいは部曲や奴婢が主人のために隠匿する場合を指す。八十歳以上・十歳以下、および篤疾者は、杖打を加えることに耐えられないため、証人として認めない。⁽⁷⁾「もし律の規定に違反して証言させれば、罪人の罪から三等を減じた刑に処する」とは、徒一年相当の罪についてこれらの者を証言させた場合には、担当の役人は杖八十に処すべき類のことをいう。

注

- (1) 「廢疾」は中度の心身障りのこと。律疏に説かれているように、戸令九条に廢疾に該当する者の例が示されている。
- (2) 「期親」とは、五服の杖期または不杖期に該当する親族のこと、兄弟姉妹、父方のおじ・おば、兄弟の子等がこれに当たる。「五服」および「杖期・不杖期」については、「訳註五」一一頁以下参照。
- (3) 名例律五五条に、「衆と称するは三人以上」という定義規定がある。
- (4) これが「三人」の誤りである可能性が高いことは、「訳註八」二七一頁注10ですでに指摘したとおりである。
- (5) 断獄律九条参照。
- (6) 「篤疾」は重度の心身障りのこと。戸令九条は篤疾に該当する者として、「悪疾（ハンセン病）、統合失調症、手足のうち二本が不自由な者、両眼とも視力のない者」と例示している。
- (7) 証人も拷問を受ける可能性があったことについては、「訳註八」二七一頁注12参照。

【断七】 囚引人為徒侶

被疑者が拘禁中に、みだりに無関係の人間を仲間であると供述したならば、(闘訟律四一条の) 誣告の罪によって論ずる。当該被疑者の罪が死罪であつたとしても、誣告の罪は流徒加杖法や贖法に読み替えて執行する。

【疏文】「被疑者が拘禁中に、みだりに無関係の人間を仲間であると供述する」とは、盗罪を犯したことが發覚した者が、みだりに他人を巻き込んで、共に盗みを行ったと供述したり、人を殺した者が、みだりに他人を巻き込んで、共に行動したと供述したりする類をいう。「誣告の罪によつて論ずる」とは、闘訟律(四一条)により人を誣告した者はそれぞれ誣告した犯罪に相当する刑罰が科せられるということである。もし当該被疑者の罪が死刑に相当するものであつた場合には、そのままでは誣告の罪を重ねて執行することはできない。したがつて、(徒刑や流刑を重ねて執行する場合には、名例律二七条および二八条の) 流徒加杖法の規定を準用して執行する。誣告の罪が收贖によつて執行される場合には、流刑・徒刑の贖銅の額に準じて收贖させる。

【断八】 訊囚察辞理

被疑者を訊問する際には、必ず先に情状に照らして供述内容を精査し、繰り返し調査しなければならない。それでもなお(有罪・無罪を) 決することができず、さらに訊問すべき場合には、文書を起案して長官の同意の決着を得たうえで、その後に拷問しなければならぬ。これに違反した場合には杖六十に処する。

【疏文】獄官令(二八条)の規定によると、「刑事事件の取調べを行う官は、まずは「五聴」¹⁾によつて被疑者の言

動を注意して觀察し、またそれらと証拠とを照らし合わせ、嫌疑が濃厚であるにもかかわらず、なお眞実を自白しない場合にはじめて拷問を行わなければならない」とある。それ故に被疑者に拷問を実施するに当たっては、まずはその情状を調査し、その供述内容を考察し、案件を繰り返し調べることによつて、その是非を考えなければならぬ。「それでもなお決することができない」とは、事實を明確に見分けることができず、未だ判決を下すことができない状態をいう。当該事件において拷問を用いる必要がある場合には、文書を起案して現任の長官による同意の決済を得た上で、然る後に拷問を行わなければならない。もし使者を派遣して取調べを行った場合、および同意の決済を得べき官が存在しない場合には、決済を得ることなく自ら別拷問を執行することができぬ。もし実情に照らして取調べをしなかつたり、あるいは繰り返し調査せずに、みだりに拷問を行った場合には、杖六十に処する。

もし贓物の現物が見つかったり、犯罪の情状が明白であつたりして、理として有罪であることに疑うべき点がない場合には、たとえ被疑者が罪を認めなかつたとしても、情状に基づいて処断することができる。もしすでに恩赦が發せられたならば、犯罪事實を追求する必要があるとしても、拷問を用いることはできない「恩赦の効果として移郷（2）される場合や除名・免官等の場合等の類を指す」。

【疏文】「もし贓物の現物が見つかったり、犯罪の情状が明白であつたりして」とは、贓額を計つて刑罰を定める罪について現に当該贓物そのものが犯人の下から發見され、あるいは人を殺した場合に、取調べの結果犯罪の实情が得られる等をいい、そのように贓物の存在や犯罪の情状が明白であつて、理として有罪であることに疑うべき点がない場合には、訊問の結果被疑者が罪を認めなかつたとしても、情状に基づいて罪を科すことができる。もしすでに恩赦が發せられたならば、犯罪事實を追求する必要があるとしても、拷問を用いることはで

きない。その註に、「恩赦の効果として移郷される場合や除名・免官等の場合等の類を指す」とあるが、これは、人を殺した場合に恩赦が発せられたとしても、なお移郷の処分が科せられるべく、また十悪・故殺人・叛逆縁坐を犯した場合には、恩赦に会つてもなお除名せられ、あるいは監臨・主守の地位にある者が、その対象となる人や物に対して姦・盜・略取誘拐等の罪を犯し、もしくは財物を受けて法を枉げた場合には、恩赦に会つてもなお免所居官に処せられるべき等を指す。「等の類」と称しているのは、例示されているもの以外にも、例えば恩赦に会つてもなお流刑に処せられる場合や、盗犯・詐欺・枉法の罪を犯した場合には、なお犯罪の対象となつた贓物の徴収を免れない等のことがあるからである。それ故に「等の類」と記されているのである。

注

(1) 「訳註八」二七八頁注1参照。

(2) 「訳註八」二七八頁注4参照。

(3) 「監臨」とは、「人または物に対して一般的に自己の行政的裁量権を及ぼし得る立場にあること」をいう(「訳註五」三三四頁)。そのような地位にある官員のことを「監臨官」と称するが、これは現在の行政法上の概念である「行政庁」にほぼ相当するものといえる。ただ、行政庁という用語自体それほど一般に馴染みのある言葉ではなく、また、行政庁という言葉は、どちらかといえば当該地位にある官員を組織の一機構として捉えるニュアンスが強く感じられることから、刑事処分の対象ともなり得る官員個人を指す意味合いの強い監臨官の訳語としては、必ずしも適切であるとはいえないため、本稿では原文のまま用いることとした。

(4) 「会赦猶流」のことを指す。会赦猶流については、「訳註八」二七八頁注9参照。

【断九】拷囚不過三度

被疑者を拷問する実施回数は三回を超えてはならない。拷問の際の杖打の数は総計して二百を超えてはならない。杖罪以下を犯した被疑者に対しては、法定刑として定められている杖打の数を超えてはならない。以上の許容限度に達してもなおお罪を認めなかったならば、身元保証を取った上で当該被疑者を釈放する。

【疏文】獄官令（三八条）の規定によると、「被疑者に対して拷問を行うに際しては、二十日の間隔をあけなければならない。もしまだ拷問による取調べが終わらない内に、他の役所に移送し、そこでもなお拷問による取調べを行う必要がある場合には、移送前の拷問の回数と通計して三回の制限の内に数える」とある。それ故にこの条文において、「被疑者を拷問する実施回数は三回を超えてはならない」と規定しているのである。また、杖打の数は総計して二百を超えてはならない。「杖罪以下」とは、当該被疑者の犯した罪が杖罪以下、笞十以上の場合をいう。訊問しても罪を認めず、そのため拷問を行おうとする場合、法定刑として定められている笞杖刑の杖打の数を超えてはならないとは、たとえば当該犯罪が一百の杖罪である場合、拷問して杖打回数が一百に達してもなおお罪を認めなければ、身元保証を取った上で釈放するといった類のことを指す。もし犯した罪が（杖一百より一等地け重い）徒一年であったとしても、拷問を行わなければならない場合には、杖打の数が二百に達するまで拷問を行うことができる。拷問の許容限度に達してもなおお罪を認めなかったならば、身元保証を取った上で当該被疑者を釈放する。

もし拷問実施の回数が三回を超過し、または杖打による以外の他の方法によって拷掠したならば、杖一百に処する。杖打が規定の回数を超過した場合には、超過分の杖数をそのまま科す。これらの結果被疑者を死亡させた場合には、

徒二年に処する。

【疏文】「拷問実施の回数が三回を超過する」とは、たとえ杖打の回数が二百以内であっても、拷問の回数が三回を超過してはならないことである。「または杖打による以外の他の方法によつて拷掠する」とは、被疑者を拷問する際に、法に定められた規格外の杖を用いたり、あるいは縄で縛つて吊るしたり、あるいは棒でもつて拷問する等、およそあらゆる正規の杖打以外の方法で実施するものを、すべて「他の方法」とする。違反した者は杖一百に処せられるべきである。「杖打が規定の回数を超過した場合には、超過分の杖数をそのまま科す」とは、被疑者が杖一百の罪を犯したのに、拷問で二百の杖打を加えたならば、担当官は余剰分である杖一百の罪を得る類のことを指す。「これらの結果被疑者を死亡させた場合」とは、拷問実施回数が三回を超過したり、あるいは他の方法を用いたり、ないしは杖打の回数を超過したりした結果囚人を死亡させた場合には、徒二年に処するということである。

もし拷問による傷が残つていたりあるいは病氣中であるにもかかわらず、治癒するのを待たずに拷問を行った場合には、また杖一百に処する。もし（そのような状況で）杖・笞刑を執行したならば、笞五十に処する。これらの結果囚人を死亡させた場合には、徒一年半に処する。もし法の規定にしたがつて拷問や杖・笞刑の執行を実施したにもかかわらず、思いがけず（邂逅）囚人を死亡させたならば、罪とはしない。ただ、長官等に事実関係を調査させる。この手続きに違反した場合には、杖六十に処する。「拷問の実施や杖・笞刑の執行に関する過失の処罰については、正規の立案手続きがあつた場合もなかつた場合も同様に取り扱う」。

【疏文】拷問の実施が法に依拠して行われたとしても、被疑者の身体に傷が残つていたり、あるいは病氣であるにもかかわらず、治癒するのを待たずに拷問を行った者は杖一百に処する。もしそれが杖・笞刑の執行であれば、

笞五十に処する。もしまだ囚人の傷や病気が治癒する前に拷問し、あるいは杖・笞刑を執行し、その結果囚人を死亡させたならば、徒一年半に処する。もし法にしたがって杖を用い、規定数によって拷問ないしは刑の執行を行ったが、囚人が思いがけず死亡するに至ったならば、罪とはしない。「思いがけず」とは、死亡することを予期せずに死亡させた場合をいう。『詩経』（国風鄘野有蔓草）に「思いがけず遭遇する」という一節があるが、つまり予期せずに遭遇したということである。ただ、長官以下の各官は、自分自身で事実関係を調査し、他の事情がないことを確認して、詳細に文書を作成しなければならない。もし長官等が速やかに調査を行わない場合には、杖六十に処する。註に「拷問の実施や杖・笞刑の執行に関する過失」とあるが、これは、囚人に対する拷問や杖・笞刑の執行に関して、法手続き上の過失があったならば、正規の起案手続きがあった場合もなかった場合も等しく取り扱い、過失のあった者は、職制律（二一条）により、通常の刑罰から三等を減じて処罰することを認める。

【断一〇】拷囚限満不首

被告人を拷問した際に、拷問の許容限度に達してなお罪を認めなかった場合には、被告人を反対に拷問（¹反拷）する。殺人や盗みの被害を蒙った者の家族や親族が告言した場合には、被告人が罪を認めなかったとしても反拷されることはない（¹人為的な）。水害・火災の被害を受けた場合の告言についても同様とする。この告人に対する反拷についても、拷問の許容限度に達してなお（誣告の罪を）認めなかった場合には、身元保証を取った上で釈放する。この規定に違反した者は、故意・過失を分けて論ずる。

【疏文】被告人に対する拷問の実施回数が三回に達し、杖打の数が二百に達しても罪を認めなかつた場合には、(誣告であつた可能性があるため)告人を反対に拷問する。すなわちこれは、被告人に対する拷問の実施回数・杖打数に準じて告人を反拷することである。その際、やはり拷問の許容限度に達しても同様に(誣告の罪を)認めなかつた場合には、身元保証を取つた上で告人を釈放する。殺人や盗みの被害を蒙つた家に関して、もしその家族や親族が告言したならば、盗み・殺人を訴えた人については、被告人が拷問の許容限度に達してなお罪を認めなかつた場合であつても、それぞれ告人を反拷することはない。殺盗は重大事件のため、通例として犯罪事実を隠匿することが多く、告人を反拷したりすると、あえて告言しようとする者がいなくなつてしまふであろう。堤防を決壊されて家に浸水させられたり、放火されて家を焼かれたりしたような類のことで、その家の家族や親族が告言した場合にも、また反拷は行わない。拷問の許容限度に達して(誣告の罪を)認めなかつた場合には、身元保証を取つた上ですべて告人を釈放する。この規定に違反した場合には、(断獄律一九条の)故失出入人罪条によつて論じる。「違反した」とは、反拷すべきなのに反拷せず、また反拷すべきでないのに反拷したような場合をいう。もしこれを故意に行えば故出入の法によつて論じ、過失で行えば失出入の法によつて論ずる。もともと法により拷問を禁止されている者に対して反拷を行つたならば、(断獄律一五条の)「当該人が杖打・拷問すべきではない場合」の法によつて、同様に故意・過失を分けて論ずる。身元保証を取つて釈放すべきときに釈放しなかつた場合には、(断獄律一条の)「拘禁すべきではないのに拘禁した場合」の法を適用する。身元保証を取らずに釈放した場合には、律の規定に違反しているので、(雜律六二条の)「してはいけないことをした」(「不応得為」)場合に該当する。釈放した者の罪が流罪以上であれば、(同条の)「事理重き」場合の規定(すなわち杖八十)で処罰し、徒罪以下であれば、(同条の)通常の規定(すなわち笞四十)で処罰する。

問・律には「拷問の許容限度に達しても罪を認めなければ、告人を反拷する」とある。しかるに告人が議・請・減の特典を有する者であった場合、もとより反拷することはできない。このような場合どのように処理すべきか。

答・律は「告人を反拷する」と規定していることから、告言の対象者に対して加えられた拷打の杖数に準じて反拷されることになる。すなわち、もし告言の対象者が拷問を受けたにもかかわらず罪を認めなかったならば、告人が今度は反拷されることになるが、もし告言の対象者がただ杖数一百の拷問を受けたに止まる場合には、告人も杖数一百の反拷を受けることになる。これがすなわち「告人を反拷する」ということである。ところで、議・請・減の特典を有する者に対しては、反拷することが禁じられているので、反拷する代わりに告言の対象者が受けた拷問の杖数に準じて贖銅を徴収すべきである。

注

(一) 「告人」とは「告言」を行った人をいう。断獄律一条注(七)で述べたように、告言自体が現行法上の広範な内容を含む概念であるため、単純に「原告」等と訳すことができないことから、原語のまま用いることとした。

【断一一】鞫獄停囚待对

取調官（「鞫獄官」）が、被疑者に対する取調べを一時停止して、共犯者全員をまとめて取り調べる「对問」の機会を待っている場合には、（他の共犯者の身柄を拘束している官庁と）職務上直接の統属関係がない場合であっても、すべて直接文書を発信して共犯者の身柄を召喚することができる「召喚を要請する側が下位機関であっても、同様

である」。召喚要請の文書が到達したにもかかわらず、直ちに共犯者の身柄を移送しなかった場合には笞五十に処する。三日以上遅れた場合には杖一百に処する。

【疏文】「取調官」とは、犯罪者の取調べを担当する官をいう。「被疑者に対する取調べを一時停止して、共犯者全員をまとめて取調べる『対問』の機会を待っている」とは、すなわち、被疑者の共犯者が現在他所で拘束されている場合に、共犯者の身柄を召喚して対問すべきことをいい、その場合には共犯者の身柄を拘束している官庁との間に職務上直接の統属関係がない場合であつても、すべて身柄移送に関する文書を直接発信することができる。「直接文書を発信する」とは、自己の所轄の上級官庁を経由せずに、所轄の官庁に直接文書を発信して召喚することができるという意味である。註に「召喚を要請する側が下位機関であつても、同様である」とあるのは、例えば、大理寺や州・県の官員が、尚書省や御史台に拘束されている人を召喚する必要がある場合には、すべて直接文書を発信して身柄を召喚することができる。文書が到達したならば、すべて直ちに共犯者の身柄を移送しなければならない。直ちに移送しなかった場合には笞五十に処し、三日以上遅れた場合には杖一百に処する。

【断一一二】依告状鞫獄

取調べを行う者は、すべて告状の内容に基づいて取調べを行わなければならない。もし告状の内容以外で、他に犯罪事実を追求した場合には、(断獄律一九条の)⁽¹⁾「故意に人の罪を重くする」罪によって論ずる。

【疏文】「取調べを行う者」とは取調官のことである。すべて告状に基づいて取調べを行わなければならない。も

し告状記載事項の他に別件について取調べをし、笞・杖・徒・流・死罪に当たる犯罪事実を得たならば、それは故意に人の罪を重くしたのと同様である。ただ、告状に基づいて、被疑者の逮捕や証拠の搜索といった捜査活動をしている際に、偶然別罪を発見した場合には、その件についても取調べをすることは可能である。監臨の地位にある担当官員が、管轄下より提出された告状の内容を越えて別に犯罪事実が存在することを認知した場合には、直ちに文書を発して別事件として立件した上で取調べを行わなければならない。先に提出された告状に基づいてみだりに取調べを行ってはならない。もし監臨の地位にある官員でなければ、告状以外に別に立件して取調べを行うことも禁止する。

注

(一) 「告状」とは、告人によって提出された、告言の内容を記載した書面のこと。告言については断獄律二条注(二)を、告人については断獄律一〇条注(一)参照。

【断一三】囚徒伴稽送併論

取調官は、被疑者の仲間が他所にいる場合には、先に捕縛された所に犯人等の身柄を移送して、一緒に取調べを行わせる。「もし各々の罪に軽重がある場合には、罪の軽い者を罪の重い者がいる方へ移送する。罪の軽重が等しい場合には、捕縛されている人数が少ない方から多い方へ移送する。人数も等しい場合には、後から捕縛された者を先に捕縛された者がいる所へ移送する。もし拘禁場所が相互に百里以上離れているならば、それぞれ事件が発覚した

場所で処断を行う」。違反した者は杖一百に処する。

【疏文】「取調官は、被疑者の仲間が他所にいる場合には」とは、例えば関係する県同士が相互に百里以内の距離にあり、東県が先に被疑者を拘束し、その後西県にいる被疑者の罪も発覚したとする。それらが相互に関連する事件で互いに対峙させて取調べを行う必要がある場合には、後から事が発覚した被疑者を先に拘束されている者がいる場所へ移送して、これらの者を一緒に論断させる。註には「もし各々の罪に軽重がある場合には、罪の軽い者を罪の重い者がいる方へ移送する」とあるが、これは、軽い罪の発覚に関して、たとえそれが時間的に先であっても、当該軽罪の被疑者を重罪の被疑者が拘禁されている所へ移送することを意味する。「罪の軽重が等しい場合には、捕縛されている人数が少ない方から多い方へ移送する」とは、両県に拘禁されている被疑者の罪名が同等の場合には、発覚した被疑者の人数の少ない方は、たとえそれが時間的に先であっても、人数の多い方へ移送するということである。もし人数も同数であったならば、後から拘禁された被疑者を先に被疑者を拘禁した場所へ移送させる。ただ、もし被疑者を拘禁している場所が相互に百里以上離れているならば、それぞれ事が発覚した場所において処断させる。これは、移送中に被疑者が脱走したり、情報の漏洩があることを恐れるため、それぞれの場所で処断させるのである。以上の規定に違反した場合には、各々杖一百に処する。

もし前段の規定に違反して被疑者を移送させてしまった場合には、移送先において当該被疑者の身柄を受け取らせ取り調べを行わせた上で、所轄の上級機関に上申して、前段の規定に違反して被疑者を移送した官吏の弾劾を行わせる。もし被疑者が移送されてきたにもかかわらず身柄の受け取りを拒否し、あるいは身柄を受け取ったものの上級機関への上申を怠った者は、また違法に被疑者を移送した者と同様に処罰する。

【疏文】「規定に違反して被疑者を移送させてしまう」とは、重罪の者を軽罪の者が拘禁されている所へ移送したり、あるいは多数の者を少数の者が拘禁されている所へ移送したりする類のことを指す。「移送先において当該被疑者の身柄を受け取らせて取調べを行わせる」とは、被疑者が到着した機関は、その身柄を受領して取調べすべきであるということであり、その上で所轄の州に上申して違反者を弾劾させる。これは、県同士の場合には州に上申し、州同士の場合には尚書省に上申し、書面によって弾劾する。被疑者が到着したにもかかわらずあえて受領を拒否し、あるいは身柄を受領したとしても上級機関に上申しなかった場合には、違法に被疑者を移送した場合の罪と同様とし、また杖一百に処する。もし違法に被疑者を移送した際に、互いの県が異なる州に所属している場合には、被疑者を受領した県は自己が所属する州に上申し、そこから被疑者の移送先の州に通知し、通知を受けた州が法に従って弾劾を行う。以上の被疑者の移送に関する一連の法規定は、すべてそれぞれの場合で事が発覚した場合のものである。もし一箇所ですべて事が発覚したのであれば、相互の遠近を考慮せず、すべて移送先へ直接通知した上で被疑者の身柄を移して取り調べを行わなければならない。もしこれに違反すれば前述の（断獄律一条の）規定が適用される。

【断一四】決罰不如法

（笞杖の）刑罰を執行する際に法の規定どおりに行わなかった場合には笞三十に処する。それが原因となって受刑者を死亡させたならば徒一年に処する。笞杖刑の執行に用いる杖の太さや長さが法の定めに合わせていない場合もまた、罪は同様とする。

【疏文】獄官令（五八条）の規定によると、「笞刑を執行する場合には、腿部と臀部の二箇所に分けて打つ。杖刑を執行する場合には、背部・腿部・臀部の三箇所に分けて打つ。それぞれの箇所について均等に打つようにしなければならない。拷問の場合も同様とする。笞刑以下については、受刑者が（腿部・臀部の代わりに）背部・腿部の二箇所に受けることを願ひ出た場合にはそれを認める」とある。笞杖刑を執行する際にこの規定に従わないのが「法の規定どおりに行わなかつた」ということであり、その場合には笞三十に処せられる。このように法規定どおりに笞杖刑を執行しなかつたために受刑者を死亡させた場合には徒一年に処する。獄官令（五八条）の規定によると「杖はみな節目を削り取り、長さは三尺五寸（一メートル強）とする。（拷問の際に用いる）訊囚杖は、手元の直径が三分二釐（約一センチ）、先端の直径が二分二釐（約七ミリ）とする。（杖刑の執行に用いる）常行杖は、手元の直径が二分七釐（約八ミリ）、先端の直径が一分七釐（約五ミリ）とする。（笞刑の執行に用いる）笞杖は、手元の直径が二分（約六ミリ）、先端の直径が一分五釐（約四・五ミリ）とする」とある。すなわち、杖の長さや太さがこの令の規定に合致していなかつた場合に笞三十となり、そのために受刑者が死亡した場合には徒一年となる。それ故に「同様とする」といつているのである。

〔付記〕

本稿は、平成三年度科学研究費補助金（基盤研究（C））による研究成果の一部である。