

A Study on Provisions concerning Reprieve or Commutation for the sake of Making Criminals Support their Aged or Handicapped Parents in Qing China

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/17897

清律『犯罪存留養親』条考（一）

中村正人

- 一 はじめに
- 二 歴代の留養制度の変遷
 - (1) 唐代までの留養制度の変遷
 - (2) 唐代以後における留養制度の変容
 - (a) 宋代
 - (b) 金代
 - (c) 元代
 - (d) 明代
- 三 清代留養制度の概観とその変遷 (以上、本号)
- 四 おわりに

一 はじめに

本稿において取り上げる、清律の「犯罪存留養親」条（以下、本条とともに、歴代の同系列の条文もあわせて「留養条」と称する）とは、以下に引用する条文をいう。

凡そ死罪を犯し、常赦原さざる者に非ずして、祖父母（高會同じ）・父母老（七十以上）疾（篤・廢）にして、かよてまゐるに侍すべく（或は老、或は疾、家に以次の成丁（十六以上）なき者は、（即ち独子と異なるなく、有司推問して明白ならば）犯すところの罪名（並びにまゐるに侍すべきの縁由）を開具して奏聞し、上裁より取れ。

若し徒流を犯して、（祖父母・父母老疾にして人の侍養するなき）者は、止だ杖一百。余罪は収贖し、存留養親せしむ（軍犯此れに准ず¹）。

この条文は、犯人の祖父母・父母（以下、「父母等」と称す）が七十歳以上の老人であるか、または心身障害者であり、且つ犯人の他には、父母等を養うべき十六歳以上の成人が家にいない場合、犯した罪が死罪ならば皇帝の裁定を仰ぎ、軍・流・徒罪ならば杖一百を執行した上で、余罪を収贖で代替し、犯人を父母等のもとに留めて彼らを養わせるとする、一種の刑罰軽減規定である。犯人自身の年齢や心身の障害を理由に刑罰を減免する制度ならば、伝統中国のみならず、各国の法制度においてもかなり普遍的に見られるが、犯人の父母等の老疾を理由とした減刑規定は、恐らくは他に類例を見ない、伝統中国法に特有の制度であると思われる。

儒教の礼規範を実定化したといわれる中国法の特徴を考える上で、留養は注目すべき重要な制度であるにもかかわらず、従来、この留養条に関する本格的な研究はほとんど存在しなかった。ただ、近年になって、書中の一章を割いて比較的詳細に留養制度について論じた著作が公刊されたが、これ²とても、歴代の留養条の規定や清代の条例のみを検討して、留養の実例に言及しない、やや表面的な分析に終始しており、またいくつか重要と思われる資料も欠落していて、必ずしも十分なものとは言えない。

このような状況に鑑み、その欠をいささかでも補うべく意図されたのが本稿であるが、以下、第二章において、従来の研究に依拠しつつ、新たに発見した史料も交えて、独自の視点から留養条の歴史的沿革に言及した後、第三章において、主として清朝前半期（康熙朝〜嘉慶朝）の成案や同時期の定例・条例を手がかりに、清代における留養条の実態および変遷の過程を明らかにし、もって清朝法制度の特徴の一端を明らかにしたいと思う。

二 歴代の留養制度の変遷

(1) 唐代までの留養制度の変遷

すでに先学も指摘している通り、留養条の歴史は北魏律に始まる。『魏書』刑罰志に引用されている次の規定がそれである。

……案ずるに、法例律に「す諸て死罪を犯し、若し祖父母・父母年七十以上にして、成人の子孫なく、旁らに期親なくば、状を具して上請せよ。流たる者は鞭笞し、其の親を留養せしめ、ま終れば則ち流に従い、原赦の例に在らず」とあり云々。⁽⁴⁾

この北魏律の逸文を見る限りでは、犯罪の種類による適用の制限（特に死罪の場合）や、父母等の心身障害を理由とした留養の適用に関して何等言及するところがないといった差異はあるものの、唐律とほぼ同様の内容をもった規定が、北魏の時代に存在したことが見て取れる。もともと、犯罪者の父母等が老齢であり、かつ犯人以外には子が存在しないことを理由として、⁽⁵⁾科刑上特別の取り扱いがなされている事例自体は、北魏よりもさらに古い東晋時代にすでに見出すことができること⁽⁶⁾から、⁽⁷⁾条文化されていたか否かはともかく、留養的な制度（ないしは発想）の起源は、北魏よりもさらに古い時代にもとめることができるであろう。

唐律には、留養に関連する条文が二条あった。以下に引用する、死罪・流罪の囚に関する名例律二六条と、徒罪の囚に関する同二七条がそれである。

諸て死罪の十悪に非ざるを犯して、祖父母父母老疾にして^ま応に侍すべく、家に期親の成丁なき者は、上請す。流罪を犯す者、^か権りに留めて親を養わしむ（会赦猶流に非ざる者を謂う）。赦の例に在らず（仍お同季の流人に準じて、未だ上道せずして限内に赦に会わば、赦原に従う）。課調は旧に依る。若し家に進丁するあり、

及び親終りて期年なれば、則ち流に従う。程を計りて赦に会う者は、常例に依る。即し配所に至りて応に侍すべければ、合に居作すべき者、亦た親終りて期年にして、然る後に居作するを聴す。⁽⁸⁾

諸て徒を犯して応に役すべく、而も家に兼丁なき者（妻、年二十一以上は兼丁の限りに同じ。婦女にして家に男夫の兼丁なきも亦た同じ）、徒一年は加杖一百二十。居作せしめず。一等到に二十を加う（流されて配所に至りて応に役すべき者、亦たかくの如し）。若し徒年の限内に兼丁なき者は、応に役すべきの日及び応に加うべきの杖数を總計し、準折して決放す。盜及び人を傷つくる者は、此の律を用いず（親老疾にして合に侍すべき者は、仍お加杖の法に従う）。⁽⁹⁾

但し、名例律二七条の規定は、父母等の年齢や健康状態の如何にかかわらず、およそ家に犯人以外の成丁（二十一歳以上五十九歳以下の者）がいなければ、同条が適用されるため、必ずしも純粹な留養関連条文とは言えない。さらに言えば、二六条と二七条とでは、清代でいうところの「丁単」（犯人以外には家に成丁が存在しない）に関する要件が微妙に異なるため、二六条の留養の要件を満たす徒罪の囚であっても、二七条には該当せず、そのまま徒刑が執行される可能性もあるという問題も存在している。⁽¹⁰⁾しかしながら、もちろん父母等が老疾の場合にも、他の要件さえ満たされればこの条文が適用されるのは言うまでもなく、さらに、一般には同条の適用が除外される盗犯および傷害罪の場合でも、父母等が老疾の場合には特に加杖法による代替的処罰が許されていることに鑑みて、本稿においては名例律二六・二七両条をあわせて、留養条として一応捉えておくことにしたい。

唐律留養条適用の諸要件、および北魏律・明律・清律における適用要件との相違については、「簡史」⁽¹¹⁾においてすでにいろいろと論じられているので、ここでは敢えて詳論することは避けたい。ただ、本稿では、唐律の留養規定と明・清律のそれとを比較した場合、非常に重要な変更点であると思われるにもかかわらず、なぜか従来の研究においては何等言及されることなく無視されてきた「留養適用の効果」の問題についてのみ一言触れてお

きたい。唐律の留養条においては、徒罪の囚に対して留養が適用される場合には、徒刑を一定の割合で、通常よりも加重された杖刑に換算して代替執行することとされているが、この点に関しては、明・清律の留養条が、杖一百・余罪取贖としているのと大差はない。¹²⁾しかし問題なのは流罪の囚に対して留養を適用する場合である。この点に関して唐律は、「權留養親」という文言が端的に示すように、あくまでも流刑の執行を一時的に延期するのみであり、留養適用の要件が消滅した時点、すなわち父母等の死亡後一年が経過した時点、あるいは他の子孫等が成丁となった(「進丁」した)時点で、流刑の執行延期が解除されることになる。ところが明・清律における留養適用の効果は、流罪の囚に対してもやはり杖一百・余罪取贖という形で刑罰の代替執行となっている。¹³⁾後に詳しく述べるように、この留養適用の効果は、刑罰執行の延期から、他のより軽い刑罰への代替へと変化したことが、この後の時代における、留養制度のあり方の変化へとつながることになったものと思われる。

ちなみに、死罪の囚に対する留養条適用の効果は、唐律では「上請」、明・清律では「取自上裁」であって、言葉は違っても、中身はいずれも皇帝による実質的判断に委ねることになっている。そして皇帝による裁定の結果、もし留養が認められた場合に、最終的に犯人に対して如何なる処置がとられたかは、具体的事例を記した史料が存在する清代については、後述の如く明らかにし得るが、具体的事例が見当たらない唐代については、確認することができない。¹⁴⁾ただ、流罪の囚に対する処置(執行の一時延期)との兼合いから考えれば、唐律における死罪の囚に対する留養条適用の効果が、清律のようなより軽い簡便な刑罰への代替であったとは考え難い。特別な理由でもない限りは、留養の要件解消後に改めて死刑が執行されるか、せいぜいのところ流刑に減刑されて執行されるといった処置がとられていたと考えるのが妥当な線であろう。¹⁵⁾

(2) 唐代以後における留養制度の変容

(a) 宋代

唐律の留養条自体は、宋代にもそのまま受け継がれ、宋刑統にも、唐律と全く同じ条文が規定されている。それに加えて、祖父母が八十歳以上または篤疾であり、他に期親が存在しない死罪囚について以聞することを求めた詔が、慶曆五年（一〇四五年）に出されていること⁽¹⁶⁾や、実際に留養が適用された事例が、わずか一例ではあるが存在することから、宋代においても、一応留養制度が行われていたと考えて間違いない。

ただ、ここで注目すべきは、遅くとも南宋時期までの間に、留養条の性格に重大な変化が生じたという点である。そのことは、慶元条法事類所収の名例勅の規定に如実に示されている。

諸¹⁷て死罪の、十悪及び持仗強盜・謀殺故殺人已殺に非ざるを犯して、祖父母・父母老疾にして¹⁸応に待すべく、家に期親の成丁なき者は、奏裁す。配沙門島・遠惡州及び広南を犯さば、並びに配阡里とす。伍陌里以上は配隣州とし、隣州は配本州とす。応に移郷すべき者は、隣州に移す。流を犯して¹⁹応に居作すべき（情理兇惡にして、故らに人を殴りて廢疾に至る者は非なり）、及び編管せらるる者は、並びに免す。即し已に編配・居作せられて²⁰応に待すべくんば、此れに准じて移放す。

この規定の死罪の囚に関する部分は、適用除外の犯罪類型が多少増えたこと以外、唐律（宋刑統）の規定とほとんど変わらない。しかしながら、唐代の流刑に事実上相当する編配刑に処せられた囚については、唐代の流囚のように一時的な執行の延期とは異なり、刑罰の恒久的な減刑へと変化していることが、条文から読み取れる。

なぜこのような変化が生じたのか、その理由を明らかにする史料は、管見の及ぶ限りでは未だ検索し得ない。したがって、これは全くの推測に過ぎないが、その理由として次のようなことが考えられる。すなわち、留養の効果としての唐律的な執行延期という方法は、一方では極めて合理的ではあるものの、他方、留養適用の要件が

消滅したか否かを、何年にも渡ってチェックし続けるという、膨大な手間を強いられることにもなる。このよう
な負担に堪えかねたことが、前述のような変化を生じさせた理由だったのではなからうか。

もしこの想像が当を得たものであり、留養条変質の理由が制度運用上の困難さに求められるのであれば、それ
は決して宋王朝に特有の事柄であるとは考えられないので、先に述べたような留養条の変化が生じた時期を、宋
代に求めなければならない論理的必然性は全くなく、もっと早い時期からそのような変化が始まっていたと考
えても、少しもおかしくはないことになる。それがいつ始まったのか、正確な時期を特定することは困難であるが、
少なくとも唐代中期頃にはすでに留養条の変質が生じていた可能性を示唆する史料が存在する。以下に引用する
乾元元年（七五八年）の勅節文がそれである。

其れ左降官が、反逆縁坐及び惡逆名教、枉法・強盜賊を犯すに非ずして、如し親年八十以上、及び患いて牀枕
に在り、扶持するに堪えず、更に兄弟なき者あらば、停官して終養するを許す。其れ流移人も亦た此れに准
ず。⁽¹⁹⁾

ここにある「左降」とはすなわち左遷のことで、何らかの不始末に対する制裁として、あるいは単に政争に敗
れた結果として、現在の官職よりも低い官職に移されることを意味するが、そればかりでなく、中央の官職から
地方の官職へ移されることが通例であるため、それは、官人に対する一種の流刑として捉えることができる。そ
して、この勅節文は、一定の罪を犯した場合を除いて、留養条に准ずる要件を具備した左降官に対して、「終養」、
すなわち父母等が死亡するまでずっと、そのももて侍養することを認めたものであるが、重要なのは、この規定
が、父母等の死亡後に再び左降の官職に就く必要がない（換言すれば、左遷された地方に赴く必要がない）とい
うようにも読め、しかもそれが、通常の（官人ではない）流移人（流囚と殺人移郷の囚）に対しても準用される
（すなわち、父母等の死亡後に、再び流刑が執行されるといふ律の規定が適用されない）としている点である。

もしこの勅節文をそのように解釈することが正しいとすれば、唐律の完成版ともいべき開元律の成立からそれほど離れていない時期において、すでに留養制度に変化が起こっていたことになる。

この、留養条の性格が変化した時期およびその理由については、なお詳しく考察する必要があるが、ともかくも、唐代の中期から南宋の中期頃の間のいずれかの時点において（恐らくはすでに唐代中期において）、変化が生じたのは紛れもない事実である。そして、このような留養条の性格の変化に呼応するように、留養条の適用状況そのものにも変化が生じてきたように思われる。先に言及した慶曆五年の詔勅は、一見して明らかになように、律の留養条の規定とほとんど同じ内容になっている。すでに同内容の条文が存在しているにもかかわらず、何故に敢えてこのような詔が出されたのであろうか。その理由を推測するに、この時期すでに律の留養条が事実上機能していなかったからではなからうか。すなわち、留養条自体が全く適用されず具文化していたか、あるいは少なくとも容易には適用されない（特に重罪に対しては）という事態、すなわち「留養条適用の厳格化」という現象がこの時期までに生じており、そのような事態を打開するために出されたのが慶曆五年の詔であったのではないかと推測される。

(b) 金代

こうした留養条適用の厳格化という現象は、女真族の建てた金朝においても史料から読み取ることができる。金代においても留養条が存在したことは、父母等が老齢でなおかつ家に他の侍養すべき成丁がない場合に、死罪の囚の処置を皇帝の裁定に委ねている事例が、『金史』の中に検索し得ることからも明らかである。以下に引用する記事がそれである。

i 尚書省奏すらく、鄧州民の范三、人を毆殺して当に死たるべきも、親老にして侍するなし、と。上曰く、醜に在りて争わず、之を孝と謂い、孝にして然る後に能く養わん。斯の人一朝の忿を以て其の身を忘れて、

親に事^{つか}うるの心あらんや。論ずること法の如くすべし。其の親は官が養濟を与えよ、と。⁽²⁰⁾

ii 尚書省奏すらく、益都民の范徳年七十六にして、劉祐の爲めに毆殺せらる。祐は法として当に死たるべきも、祐の父母年俱に七十余にして、家に侍丁なきを以て、上請す、と。上曰く、范徳と祐の父母とは年相^{おな}い若^{わか}じなれば、自^{おの}ら当^あに父母の如く相^あい待^{まち}すべきに、之を毆殺するに至りては、未減を議し難し。其れ論ずること法の如くせよ、と。⁽²¹⁾

これらの記事はいずれも留養の適用を否定した事例ではあるが、ともかくも家に侍丁なき老親のいる死罪の囚に対する処置を問題としている以上、留養条が存在していたことは間違いない。ただ、ここで注目すべきは、これらの事例において留養条の適用を排除するために行われた理由付けである。史料に現れる否定の根拠を読む限りでは、それは条文の解釈から論理的に導かれたものとは到底考えられず、むしろ言葉は悪いが、かなり言いなりに近い印象を強く受ける。特に先に引用した世宗本紀の記事では、世宗は、『札記』や『論語』の字句を用いつつ、鬪殺の法をそのまま適用するよう（すなわち死刑に処するよう）命じているが、ここに示された論法に従えば、およそあらゆる粗暴犯については、留養条の適用など有り得ないことになってしまふ。この、一見言いがかりとも思える論法の背景には、死罪の囚に対して容易なことでは留養条を適用しないという世宗の強い意志が感じられる。

もちろん、わずか二例の、しかも世宗朝に限定された事例のみをもってして、死罪の囚に対する留養条適用の厳格化という現象が、金代全般において存在していたと一般化してしまうのは、いささか牽強附会に過ぎるかもしれないが、ともかくも死罪の囚に対しては、容易なことでは留養条を適用しないという雰囲気^{（22）}が、少なくとも金代のある時期に存在していたことが、これらの史料から読み取れるものと思われる。

(c) 元代

元の時代においても留養制度が存在したことは、『元史』刑法志が、元朝の刑法として紹介している諸条文の中に、留養制度に関する規定がいくつも見られることから裏付けられる。それらの条文は以下の通りである。

i 諸^すて酔^よ後に其の父母を殴り、父母に他子なく、告して死を免じて養老せしめんことを乞う者は、杖一百七、居役百日とす。⁽²²⁾

ii 諸^もて窃盜して応^{まさ}に徒たるべきに、若し祖父母・父母年老にして、兼丁の侍養するなき者あらば、刺断して徒を免ず。再び犯して親尚お存する者は、親終^{ひま}るの日を候ちて、発遣し居役せしむ。⁽²³⁾

iii 諸^もて兄弟同^{ひと}に盜み、罪皆な死に至り、父母老にして乏養する者は、内一人の情罪^{じやう}道^{みち}るべき者を以て、死を免じて親を養わしむ。⁽²⁴⁾

iv 諸^もて鈔を偽造して、罪応に死たるべき者は、親老にして兼丁なしと雖も、上請^{じやう}するを聴^きさす。⁽²⁵⁾
v 諸^もて死罪を犯し、親年七十以上にして、兼丁の侍養するなき者あらば、奏裁を陳請^{ちん}するを許す。⁽²⁶⁾

特にこれらの中で重要なのは、iiとvの二条である。vの条文は、死罪の囚に関する規定のみに限定されているけれども、他の王朝の律に見られる留養条そのものである。ただ、このvの条文については、若干の疑問が存在するが、それについては後に改めて論じたい。またiiの条文は窃盜の徒犯に関する留養規定である。これを見ると、留養が適用された場合の効果は、再犯の場合には、単なる執行の延期に過ぎないものの、基本的には徒を免じて刺断に代替するという、刑罰の軽減である。したがって、再犯に関して若干修正した形にはなっているが、唐中期から宋代にかけて変化した留養条の性格が、元朝にも受け継がれているといえよう。

元朝において留養が実際に行われていたことは、いくつかの史料に留養が適用された実例が見られることから確認できる。次に引用する史料は、上述のiiiの条文が制定される契機になったと思われる事例である。

晋寧民の侯喜兒昆弟五人、並びに法に坐せられ當^{まさ}に死たるべし。帝嘆きて曰く、彼の一家不孝にして是の事

あり。其れ情輕き者一人を扨びて之を杖し、父母を養わしめ、其の祀を絶やす母れと。⁽²⁷⁾
 また以下の史料は、徒罪の窃盜犯に対して留養が適用されて免配となつた事例である。

延祐三年（一三二六年）十一月、……賊人賀六、謝慶二の鈔定を盗み訖わる。即し切盜の初犯に係らば、例に依りて杖断七十七下とし、左臂に刺するの外、徒一年とす。本人を將て、發付して居役せしむるが若きは、祖母の賀阿劉年九十五歳、母の阿甘年六十五歳、父六十四歳なるに縁り、俱に各々年老にして病を患ひ、別に以次の侍丁なく、如し權りに免配に従うを蒙らば、相応ならん。咨して照詳を請う。此れに准る。刑部に送りて議し得たるに、罪を犯すの徒、法の容さざるところと雖も、然れども家に兼丁なくば、亦た權りに留めて親を養わしむるを許す。今江西行省咨すらく、切賊賀必貫、例として應に徒配すべきも、却りて本賊の祖母・父母、俱に各々年老殘疾にして、別に以次の侍丁なきに縁り、如し擬するところに准りて免配せば、相応ならんと。具呈照詳す。都省は擬に准り、咨して上に依りて施行せんことを請う。⁽²⁸⁾

元史刑法志所収の諸条文、および右に掲げた二つの事例より、元代においても留養制度が存在したことは明白であるが、ただ、ここで注意しなければならぬのは、先程保留しておいた、vの条文に対する疑問の存在である。この条文は、他の条文（特にi-iii）と比べた場合、一見して明らかのように、条文として非常に洗練された一般的・抽象的な文言を有していることが分かる。そしてそのことは、ここに引用した条文ばかりでなく、元史刑法志所収のすべての条文と比べても、同様に当てはまる。条文が条文らしい体裁を有しているという、我々の目から見ればごく当たり前の事実をことさら問題とするのは、若干奇妙に感じられるかもしれないが、元史刑法志所収の諸条文の成立過程に思いを致せば、なぜそのようなことを問題とするかが十分納得できるであろう。元史刑法志は、今は現存していない元代の經世大典や憲典といった書物をもとに作られたものと考えられているが、それらの原史料は、さらに元典章や通制条格等を経て、最終的には實際の判決例（断例）へとたどり着く。

したがって、もともとが断例を下敷きにして作られているのであるから、元史刑法志所収の条文が、非常に個別具体的な要件を有しており、条文としてあまり洗練された形にはなっていないとしても、その成り立ちを考えれば、むしろそれが当然であり、逆に、非常に条文らしい体裁をしているvの方が、元代の条文としては異色であると言えよう。このように考えてみると、他の王朝に見られる律のような体系的な法典を有していなかった元朝において、vのような一般的・抽象的な通則規定が、成文規定として存在していたのかどうかも疑問であるし、またもし仮にそのような条文が現に存在していたとしても、果たしてそれが実際に適用されていたのか、換言すれば実効性のある条文であったのかという問題も残る。²⁹⁾

その実効性、ないしは存在自体に疑問の残るvの条文を仮に除いてみると、元代において留養を認めた条文は、i・iiiの三つであり（ivは留養を認めない方の規定である）、さらに、死罪の囚に対する留養の規定は、iとiiiの二つのみということになる。ところが、これら二つの条文は、詳しい理由は後に「おわりに」の部分で触れるが、極めて特殊な類型に対する留養規定であり、これらの条文が実効性を持って存在するからといって、死罪の囚に対する留養が、元代において一般的に行われていたことを実証する証左とは、必ずしもなり得ない。したがって元代において、特に死罪の囚に対する留養が実際に行われていたか否かという問題、換言すれば、元代において留養適用の厳格化という事実が存在したか否かという問題は、結局のところ、先に引用したvの条文が、確かに実効性を持って存在していたか否かという問題に帰着することになる。しかしながら、元史刑法志の成立過程が必ずしも明確ではないこともあって、残念ながら今ここでこの問題に結論を下すことはできない。今後の課題としたい。

(d) 明代

明代においては、明律の規定（先に引用した清律と同文。但し、小註（引用条文中の括弧内）部分は明律には

ない）を見れば明らかなように、留養条の適用対象外の犯罪について、唐律では「死罪に該当する十惡の罪」であつたものが、それよりも範圍の広い「常赦によつては赦されない犯罪」⁽³⁰⁾へと変更されたことや、成丁の年齢が二十一歳以上から十六歳以上に引き下げられたこと等、条文レベルにおいてすでに、留養適用の厳格化という現象を見て取ることができる。⁽³¹⁾しかも条文の文言ばかりでなく、裁判実務のレベルにおいても同様に、留養適用の厳格化という現象が見られるように思われる。

留養適用の厳格化とはいつても、明代のごく初期においては、かなり多くの留養事例を見出すことができる。その一例を以下に引用する。

國子生の劉簡、父が事に坐して当に死たるべきを以て、乃ち上書して言えらく、臣の祖父母俱に年七十を踰え、止だ臣の父一人のみを生み、他の兄弟の侍養するなく、父死せば、則ち祖父母に帰するところなからんと。書奏して之を宥す。⁽³²⁾

ただ、太祖朝以降においては、注（32）に挙げた永樂四年の事例を唯一の例外とし、その他には留養適用の事例は全く見られなくなつてしまふ。一般的に言えば、もちろん史料が見当たらないからといって、ただちにそういった事実が存在しなかつたということにならないの言うまでもない。しかしながら、明代の留養関連史料の欠如に関して言えば、実際に適用事例が存在しなかつたことがその原因であると考えられる。そのことを裏付ける記述が、明律の注釈の中に存在している。

死罪の常赦原さざるところに非ずとは、人を誣告し、因りて隨行の親屬一人を死するを致すの絞罪、聚十人に至りて打奪し、首と為すの斬罪の如きの類なり。老とは、即ち大明令稱するところの八十以上の者なり。

疾とは、廢篤を兼ね。……若し徒流を犯して、常赦原さざるところに非ずんば、皆な杖を決して収贖し、存留して侍養せしむ。天下に教うるに孝を以てするに非ざるはなきなり。此の律行、われざること久し。兩宮徽

号して推恩し、始めて有司に詔して之を行(傍点筆者)。(33)

これは明律の注釈書である『纂註』から抜粋したものであるが、傍点を付した部分を見ると、明律の留養条が長らく適用されていなかったが、しかしある時期から再び用いられるようになったという事実が判明する。ただ、この史料だけでは、留養条が再び用いられるようになったのがいつのことか、明らかにしはならない。しかし、以下に引用する『明史』刑法志の記事がその時期を特定する手がかりを我々に与えてくれる。

若し徒流を犯して、存留養親せらるる者は、止だ杖一百とし、余罪は收贖せしむ(……此の律、英宗の時より有司に詔して之を行、後に制と為す)。(34)

この『明史』刑法志の記事では、英宗朝のいつ頃かを特定することはできないが、次に掲げる『実録』の記述を見れば、留養条の復権が、行在刑部右侍郎何文淵による正統二年(一四三七年)十月の上奏を契機として行われたものであることが明らかになる。

行在刑部右侍郎何文淵、二事を言う。一、罪人の父母老疾孤独にして養う者なくば、律は奏裁・收贖するを許す。此れ実に聖朝の無告を哀矜するの至意なるも、比者内外の法官殊に此れに及ばず。宜しく勅して、其れ此の類の罪の軽重を斟酌し、重き者は奏裁し、軽き者は收贖せしむべくんば、則ち老疾所を失するを致さざらん。……上、法司に命じて議行せしむ。(35)

これら『纂註』・『明史』刑法志および『実録』等の記事を併せて見れば、太祖朝以降およそ五十年余りの間、留養条は具文と化していたが、恐らくは正統二年の何文淵の上奏を契機として、同条が再び適用されるようになったという事実が浮かび上がってくる。

それでは英宗朝以降、明律の留養条は本当に実効性を回復したのであろうか。前引の『明史』刑法志には、「後に制と為す」とあることから、記事の内容が確かであれば、英宗朝以降、留養条が定制として定着したというこ

とになろう。ただ、ここで気になるのは、留養条が再開されたときされる正統年間以降においても、相変わらず留養適用の事例がほとんど見出し得ないことである。唯一、「明実録」の萬曆二十一年六月壬辰条に留養条適用の事例が見られるが、³⁶⁾しかしそれは、徒罪の囚に対して留養を認めたる事例であり、より重罪の囚（死罪や充軍罪等の囚）に対する留養適用の事例に関しては、管見の及ぶ限りでは全く検索し得ない。洪武朝の約三十年の間に、四件も見られた留養の実例が、英宗朝以降のおよそ二百年余りの間に、ほとんど見出せないというのは、（仮に若干の見落としがあるとしても）やはり奇異に感じざるを得ない。もちろん、繰り返しになるが、史料が見当たらないということと、実際に事実が存在しないということとは、必ずしも同義ではない。ただ、次に引用する萬曆二十一年の通行事例と併せて考えると、少なくとも死罪や充軍罪といった重罪を犯した囚人については、依然として留養条の適用はなかつたものと思われる。

一、題して、養親の律を酌議して、以て聖孝を広めんが事の爲めにす。該四川司呈し、本部題すらく、以後問刑衙門、徒流の人犯査するに果たして祖父母・父母老疾にして^ま応に侍すべく、家に以次の成丁なき者あるに遇わば、審して果たして実を得なば、徒罪即^ちし三年以上ならば、例を引きて充軍せらるる者は、例を援きて輕縱するを許さざるを除くの外、其の余は萬曆三年の題准せらるる事例に照し、民に係る者は、本州県に在りて擺站・做工せしめ、軍・甍は本場にて煎塩し、本境にて哨瞭せしむ。在京に至りては、軍・民を論ずるなく、俱に兩京府に送り、会同館に発して擺站せしむ。俱に満つれば放つ、等の囚をば具題して聖旨を奉じたるに、^こ這の議するところ、情法とも中を得たれば、今後内外問刑衙門、通着して這の議に照して行われめよ。但だ^こ應に^こ厳に禁約を立つるべく、如し犯すこと重刑に該たり、及び親老丁単に係らざる者あらば、一概に例を援くを許さずと。此れを^つ欽めり。³⁷⁾

この通行事例よれば、これ以後、留養の要件を満たす徒三年以上の囚については、留養条の本来の規定とは異

なり、一定の労役を科し、所定の年限を経過した後釈放することになる。徒三年よりも軽い罪囚についての規定はここにはないが、その場合にはおそらく律の規定どおりに処置された（すなわち杖一百、余罪收贖）ものと考えられる。さて、ここで注目すべきは、充軍刑に処せられた者はこの例の適用から除外されている点である。この通行事例が定める処置は、実際に労役に従事させられる分、留養条本来の規定よりも明らかに加重されている。したがって、充軍の囚に対して「例を援きて輕縱するを許さざる」と規定する例の文言が意味するところは、充軍に処せられた者については、本来の律の規定よりも加重されているこの例ですら、適用すれば輕すぎる結果となるので、親老丁単の事由が存在したとしても何等特別に考慮することなく、充軍の刑罰をそのまま科す、というに他ならない。そしてまた、この刑部の具題に対する皇帝の聖旨を見ると、「重刑」の犯罪者については、この例を援引するのを禁止するよう命じている。この「重刑」の中に充軍刑が含まれることは論を待たないが、死刑をも含むと解するのが、ごく常識的な解釈ではなからうか。充軍刑に処せられた囚には留養の適用がないのに、それよりも重い刑罰である死刑の囚にはあるというのでは、著しく衡平を欠くことになるからである。¹⁸⁾

以上のことから、明代においては、留養条の規定そのものも、唐代等と比べてより嚴格化されたのみならず、そもそもその留養条自体が、ある時期には全く適用されず、またそれ以降も、少なくとも（真犯）死罪や充軍罪のような重い犯罪に対しては全くといっていいほど機能していなかったのではないかと考えられる。このように、宋代以降の留養条適用の嚴格化の歴史的潮流は、明代において頂点を迎えたと言えよう。

注

(1) 『大清律例』卷四、名例律、犯罪存留養親条。なお、引用文中の括弧内は、本文に付された注を示す（以下の引用文についても同じ）。

- (2) 中国法制史の教科書・概説書あるいは唐律の訳註等で、留養制度に言及している文献は多数に上るが、留養制度そのものを詳しく取り上げた専論については皆無に近い状態であった。ただ、そうした状況の中で、比較的詳しく留養制度を論じたものとして、沈家本『歷代刑法考』（沈寄筵先生遺書甲編）（文海出版社（台湾）所収）「明律目箋」犯罪存留養親条の項、および薛允升『唐明律合編』犯罪存留養親条の項等がある。とりわけ前者については、歴代留養制度に関する史料の主なもの（すべてではない）を網羅的に取り上げており、本稿第二章を執筆する上で（特に引用史料の点で）大いに参考となった。
- (3) 寧漢林・魏克家『中国刑法簡史』（中国檢察出版社、一九九七年、以下「簡史」と略称）。その第三章が「存留養親制度的由来」と題して、留養制度に関して比較的詳細に論じている。
- (4) 『魏書』卷一一、刑罰志（中華書局標点本（以下「標点本」と略称）二八八五頁）。
- (5) 『太平御覽』卷六四六、刑法部二、棄市。「咸和二年（三三七年）、句容令の孔恢、棄市に罪せらるるに、詔して曰く、「恢自ら刑網に陥り、罪大辟に当たる。但だ其の父年老にして一子あるのみを以て、以て惻然として特に之を原すべしと為す」と」。
- (6) 留養制度の起源は何時代の時代に求めることができるであろうか。この点に関して『簡史』は、漢代には未だ留養制度が存在していなかったと述べている。その根拠として同書は、『漢書』董仲舒伝に載るとされる以下のような事例を挙げている。すなわち、月毎に交代で父親の面倒を見ていた兄弟が、相手方の扶養の仕方が悪かったために父親が瘦せてしまったと互いに攻撃し合い、各々官司に訴え出てきたが、処断に困った役人が董仲舒に諮問したところ、董仲舒は、兄弟が互いに親の扶養に落ち度があつたと攻撃し合うのは、実に不孝に属する行為であるため、二人とも棄市（死刑）に処すべきであると返答した、というものである（同書三一〇頁参照）。父親の年齢や、他にも兄弟がいなかったかどうか等、詳細に不明な点が多いため、断言はできないけれども、これが事実であるとすれば、漢代には留養制度がなかった可能性が高い。但し、『簡史』が指示する『漢書』董仲舒伝には該当する記事は存在しない。また薛允升も『唐明律合編』卷三、犯罪存留養親条の中で、「留養は並びに古法に非ず、世主一時の意見に出て、後に遂に奉じて成規と爲るに過ぎず」と述べて、留養制度がそれほど古い時代にまで遡って存在していたわけではないことを示唆しているが、その根拠については全く言及していない。いずれにせよ、留養制度の起源に関しては後考に俟ちたい。
- (7) 留養制度が創設された理由について「簡史」は、それが北魏に始まったとする立場から（実際には本文に述べたように、東晋においてすでに存在していた）、以下のような社会的要因に基づくものであると説明している。すなわち、西晋時期の八王の乱以降、五胡の侵入や南北朝の対峙等、戦乱が続いたことよって人口が減少し、扶養者のいない老人の増加が重大な社会問題化する一方で、「民族矛盾」と「階級矛盾」とが相俟って犯罪が多発し、死刑・流刑・勞役刑等の判決を受ける囚人が増え、その結果身寄りのない老人の数もまた増加したため、こうした社会矛盾を緩和するために留養制度を創立したのであると

している(同書三二二頁参照)。傾聴に値する見解ではあるが、しかしながら戦乱による人口の減少・犯罪の増加といったことは、何も西晋から南北朝期にかけての特有の現象というわけでもないため、これらの要因だけでは、留養制度が東晋ないしは北魏の頃に創設された理由を説明し尽くすことはできないのではないかという疑問が残る。この点に關しても後考に俟ちたい。

(8)

「唐律疏議」卷三、名例律二十六条、犯死罪非十惡。

(9)

「唐律疏議」卷三、名例律二十七条、徒应役無兼丁。

(10)

滋賀秀三氏は唐律名例律二十六条の訳註(律令研究会編「訳註日本律令五」(東京堂出版、一九七九年)一五四頁)において、「親老疾応侍家無期親成丁」という二六条の要件の方が、「家無兼丁」という二七条の要件よりも一見すると狭いため、二六条の要件を満たせば、必ず二七条の要件を満たすように思われがちであるが、実際には二七条の要件の方には、「妻年二十一以上は兼丁の限りに同じ」という見做し規定がついている(二六条にはない)ため、二六条の所定の要件を具備する者であっても、成年の妻があれば、徒罪を犯したとき加杖法(二七条)の適用はなく、また徒罪については執行延期の規定もないことから、通常通りに徒刑が執行されることにならざるを得ないと指摘している。但し、滋賀氏自身も同所で述べているように、名例律四五条の第一問答を見ると、徒罪についても「親老疾応侍家無期親成丁」の場合には、当然に加杖法が適用されるという暗黙の了解があったのではないかと思われるふしもあり、いずれが事実であったのかを明らかにするのは困難である。それらを簡潔に一覧表にまとめれば、次のようになる。

(11)

留養の対象とならない犯罪	北魏律	唐律	明律	清律
祖父・父母側の要件	七十歳以上であること	八十歳以上または篤疾であること	八十歳以上または廢疾・篤疾であること	七十歳以上または廢疾・篤疾であること
丁単とされるための要件	成人の子孫なく、旁らに期親の親屬が存在しないこと	犯人の他には二十一歳以上の期親の親屬が存在しないこと(但し、徒罪に關しては若干要件が異なる可能性あり)	犯人の他には十六歳以上の子孫が存在しないこと	同上
留養適用の効果	死刑：上請の延期 流刑：鞭笞の後、執行の延期	死刑：上請の延期 流刑：杖刑への代替	死刑：取自上裁 流・徒刑：杖刑+收贖	同上(但し、条例の規定による変更あり)

- (12) 但し、清朝においては、犯罪存留養親条例二の規定により、律の規定とは異なつて、徒犯の留養については、杖刑と枷号刑との併科に代替して執行することになつていた（後述）が、ともかくも徒刑を何等かの別の刑罰に代替して執行するという点では、唐代の制度（名例律二七条が適用されたと仮定して）とそれほど大差なかつたことに変わりはない。
- (13) 流罪の囚に關しても、清朝においては、実際には（杖一百余罪取贖ではなく）杖刑と枷号刑との併科に代替して執行されてきた。
- (14) 名例律二六条の疏文によれば、死罪の囚に對して留養が認められて、侍に充てることを許された場合に、留養の要件が解消した時点（親の死亡後一周年または進丁時）において、再び以後の処置について上請することとなつてゐる（但し、留養を認められた時点で、要件解消時の処置についても指示が為されていた場合には、再度の上請は不要である）が、この要件解消後の時点で最終的に囚に對していかなる処置が採られていたかは、具体的な事例も見当たらず、残念ながら不明である。
- (15) もっとも、一般に死罪の方が流罪よりも重いからといつて、死罪の囚の方が常に不利に取り扱われたとは限らない。留養に關連したことで言えば、例えば、留養によつて刑の執行が延期されている流罪の囚に對しては、恩赦が適用されないけれども、留養を許された死罪の囚に對しては、恩赦の適用対象となつて刑の減免があり得るのである（名例律二六条の第二問答参照）。この点について疏文は、留養を許された死罪の囚は、留養が認められた時点においてすでに皇帝による特別の恩恵を受けているのであつて、要件さえ満たせば自動的に留養を許される流罪の囚とは同列に扱えないことを理由として挙げている。ここから推し量るに、死罪の囚に對する最終的な処置についても、流罪の囚に對する留養の効果が一時的な執行の延期であるからと言つて、死罪の囚も当然それに準じたものになるであらうとは、一概に断定できないことには十分留意しておく必要がある。
- (16) 「統資治通鑑長編」卷一五六、慶曆五年七月戊申条「詔して、自今罪殊死にして、若し祖父母年八十以上及び篤疾にして、期親なくば、其の犯すところを以て聞せよ」。
- (17) 「宋会要」一七〇冊、刑法六、矜貸、天聖四年（一〇二六年）二月二十四日条「開封府教學人の董可道、特に死を貸して、杖脊十七とし放つ。可道、學生を箠して死せしむ。宰臣曰く、法に擬らば合に死たるべし。然れども其の情理を原ぬるに、童孺を教導するに、榎楚を施さずんば、以て訓習するなし。故に礼、家塾・党序・術序は乃ち閭里の就學の所と稱すと。帝曰く、情、矜むべしと雖も、法亦た屈し難しと。知府の王孫亦た言えらく、父母に他子なければ、頗る甚だ悲苦なりと。特に是の旨ありて、以て父母の心を慰む」。
- (18) 「慶元条法事類」卷七五、侍丁、名例勅。なお、同卷七五、移郷、名例勅に、移郷（殺人を犯して死刑に処せられるべき者が、恩赦等の理由により死刑を免ぜられた場合に、被害者の一族による復讐を予防する目的で、当該犯人を被害者の家から一

千里以上離れた地に移す特別処分) に関して、父母等が老疾で犯人以外に期親以上の成丁がない場合の特別措置が規定されている。

(19) 『唐会要』卷四一、左降官及流人。なお、「丁単」の要件が「期親の成丁なき者」から「兄弟なき者」にさりげなく変化している点にも注意を要する。

(20) 『金史』卷七、世宗本紀、大定十三年(一一七三年)五月甲辰条(標点本一五九頁)。

(21) 『金史』卷四五、刑法志、大定二十三年(一一八三年)条(標点本一〇一九頁)。

(22) 『元史』卷一〇四、刑法志、大惡(標点本二六五一頁)。

(23) 『元史』卷一〇四、刑法志、盜賊(標点本二六六〇頁)。

(24) 同前。

(25) 『元史』卷一〇五、刑法志、詐偽(標点本二六六九頁)。

(26) 『元史』卷一〇五、刑法志、恤刑(標点本二六九〇頁)。

(27) 『元史』卷二五、仁宗本紀、延祐元年(一一三四年)三月癸丑条(標点本五六四頁)。

(28) 『元典章』刑部、免配、切盜父母年老免配。

(29) 他の個別・具体的な規定を有する条文については、実際の断例を若干条文風に書き直しただけのものと考えられることから、その意味では条文の実効性は担保されていると言える。

(30) 「常赦によつては赦されない犯罪」が具体的に何を指すかについては、「大明律集解附例」卷一、常赦所不原条に規定されているが、その範囲は相当に広い(当然に十惡もその中に含まれている)。

(31) 但し、侍丁の範囲について、唐律では「期親の成丁」となっていたものが、明律では「以次の成丁」、すなわち子孫に限定されていること、また父母の老疾について、唐律では篤疾に限定されていたのが、明律では廢疾にまで拡大されている等、明律の規定の方が留養の適用要件が若干緩和されている点もある。

(32) 『明太祖実録』卷二四二、洪武二十八年(一一三九五年)冬十月庚子条。その他にも、『明太祖実録』卷四四「洪武二年(一一三六九年)八月庚寅条」、同卷一四九「洪武十五年(一一三八二年)冬十月丙子条」、同卷二百「洪武二十三年(一一三九〇年)二月戊午条」、および『明太宗実録』卷六〇「永樂四年(一一四〇六年)冬十月癸卯条」等に、留養適用の実例が見られる。

(33) 『大明律集解附例』卷一、犯罪存留養親条。

(34) 『明史』卷九三、刑法志(標点本二二九八頁)。

(35) 『明英宗実録』卷三五、正統二年冬十月乙亥条。

(36) 『明神宗実録』卷二六一、萬曆二十一年（一五九三年）六月壬辰条「刑部題すらく、李榮徒に擬せられて当に配すべきに、其の母の劉氏、残年なるを以て贖するを准して養老せしめんことを告乞す。大明律に據るに、内に死罪の常赦原さざるところに非ざるを犯す者を除きて、祖父母・父母老疾にして応に待すべく、家に以次の成丁なき者は、收贖して存留養親せしむることあり。恩を乞うこと、一に聖祖が惡を瘡するの中に、仍お教孝の意を存するが如し。之に従う」。

(37) 『大明律集解附例』卷一、犯罪存留養親条附載の間刑条例。

(38) 但し周知の如く、明代においては、死罪は真犯死罪と雜犯死罪に區別され、その内雜犯死罪に関しては、名目上は死刑でも、實際には贖例によつて收贖することが認められていた。このため、雜犯死罪は、罪名こそ充軍罪よりは重いけれども、実情は充軍罪よりも軽い犯罪であつたと言える。したがつて、聖旨にいう「重刑」の範疇には、真犯死罪は当然含まれるとしても、雜犯死罪については除外されていた可能性が高いことに注意しなければならぬ。