

近代刑法史上の二つの空白

——沈家本の比附に対する態度変化の背後——

松 陳
田 新
恵 美子
(宇 訳)

- 一 問題の提起
- 二 比附援引と罪刑法定の争い
- 三 沈家本の見る比附の弊害——必要なるものと十分なるもの
 - (一) 学理の弊
 - (二) 実践の弊
 - (三) 制度の弊
- 四 検討(結びに代えて)

一 問題の提起

近代中国の法の改革は、光緒三十三年（一九〇七）の『大清新刑律』草案の制定にともない、西洋近代の意味での罪刑法定主義が確立されたことにある。この原則をめぐって、比附援引と罪刑法定の論争が展開された。

いわゆる「比附援引」とは、『大清律例』の「名例・断罪無正条」が定めている（括弧は律夾注）。「凡律令該載不尽事理、若断罪而无正条者、（援）引（他）律比附。应加・应减、定拟罪名、（申該上司）議定奏聞。若輒断决、致罪有出入者、以故失論。」¹「およそ律令該載するも、事理を尽さず、もし断罪するに正条なきは、（他）律を（援）引比附す。加うべき、減すべき、罪名を定擬し、（当該上司に）上申し（議定）て奏聞す。もし輒く断決し、罪の出入あるに致すは、故失を以て論ず。」²この条文が意味するのは、法律は適合するものがないが事実は既にあるという時、似た条文を引用してこれを適用するということで、この規則は一種の類推の特質を具えているのである。

論争の時には、修訂法律大臣沈家本（一八四〇—一九一三）自らが論戦に加わり、長文の「断罪無正条」を書き、³伝統的な比附援引の弊害を攻撃し、罪刑法定を力説したのである。彼は時間を軸として、縦横無尽に言葉を尽くし、『尚書』、『周礼』等の先秦の典籍、『漢書』、『晋書』等の伝統的史書、『唐律疏議』、『大明律』、『大清律例』等の古代の律典中から取捨選択し、微に入り細に入り探究して、比附により罪を定めることの淵源と弊害を分析し、罪刑法定の必要性と合法性を論証した。この文は考証が厳格であり、史料の扱いにも熟練しており、「実証分析」の意味を十分具え、律学の大家の風格を十分に満たし、文豪と称するに足るものとなっている。

沈家本の基本的観点とは次の通りである。伝統中国には実は西洋のような罪刑法定主義があつたのだが、ただ漢代より、比附律令の法が存在し、隋朝からはさらに「罪を断ずるに正条なくは、比附を用いて加減する」の律がみ

られ、その定型は明代の律典において恒常的制度となり、清朝に受け継がれ、固有の法定主義を破壊したのであつて、実践中の弊害は大きいものであつたといつのである。確認しておきたいのは、沈家本の文章はかなりの学術的価値を具えているため、後世伝統中国に罪刑法定主義が存在するかどうかの議論に関しては、沈家本の使つた史料上でなされることとなつた点である（もちろん、その資料は豊富になつており、観点もまた異なる）。しかしただ古に托して制度を改めるといふ手法は、政治批判の色彩を帯び、その学術的意義をいささか割引かせるといふことは免れない。

興味深いのは、沈家本の著述を整理すると、彼が『刑案匯覽三編』⁴の編纂作業を終えた当初（光緒己亥、一八九九）、序の中で当時の人々の偏見を攻撃し、この書の価値を称賛したといふことに気づくことである。

顧者或曰 今日法理之学、日有新發明、窮變通久、氣運將至、此編雖詳備、陳跡耳、故紙耳。余謂 理固有日新之機、然新理者、学士之論說也。若人之情偽、五洲攸殊、有非学士之所能尽發其覆者。故就前人之成說而推闡之、就旧日之案情而比附之、大可與新學說互相發明、正不必為新學說家左袒也。⁵

顧みてある人が言つには、今日の法理の学は、日ごとに新しい發明があり、これまでと異なる対応がなされていることが久しく、情勢はここにまで至つており、この編は詳しく備えているといつても、過去の事跡ばかりであり、反故紙であるにすぎないと。私はこつ言いたい。理は固より日ごと新たとなる機会があるのであつて、そこで新たな理が学士の論說となるのである。もし人に関わる事の本質が、全世界で異なるものであるなら、学士の十分尽したものでないものはそれを覆へすことにもなるのである。ゆえに先人の成說についてこれを明らかにし、旧日の事件についてこれを比附するのは、おそらく新學說と相互に創り出すといふことであるから、新學說家に加担する必要はないのである。

八年の後、『三編』がまた出版されないうちに、沈家本の心には、秘かに変化が生じたのか、序の後の補記の中

で（光緒丁未、一九〇七）こう述べている。

今日修訂法律之命、屢奉明詔、律例之刪除變通者、已陸續施行。新定刑法草案、雖尚待考覈、而事機相迫、施行恐不遠。此編半屬旧事、真所謂陳跡故紙也。芟雜之功、待諸來日。⁶

今日の法律の改正の命、しばしば詔を明らかにするを奉じ、律例の削除・変更は、すでに次々と行なわれている。新しく定める刑法草案は、なお審査が必要ではあるが、情勢が迫っているので、施行はおそらく間もないであろう。この編の半分は旧事に属し、まことにいわゆる過去の事跡であり反故紙である。除去の功は、後日を期したい。

しかし沈家本が亡くなるまでついに、三編は刊行されず、ひよっとするといわゆる「除去の功は、後日を期したい」とは、その当時の口実にすぎなかったであろうか。ここで「断罪無正条」の一文と結びつけ、筆者が提起したい問題とはこうである。少なくとも光緒己亥（一八九九）には、「比附」は沈家本の称賛するところのものであり、東西の新学、旧説の疎通を図る手段でさえあったものが、なぜか光緒丁未（一九〇七）に到るや、三編は「半分は古い事柄であり」、「過去の遺物であり反故紙である」と変わり、「比附」は沈家本が正面から厳しく攻撃する対象となったのである。沈家本の心理には、どのような変化があったのか。その間の理由は、深く追究するに値する。⁸

以下ではまず論争の過程を改めて述べ、次に沈家本の観点に対して分析を進め、最後にこの刑法史上の事件に対して総括と考察を行なうものとする。

二 比附援引と罪刑法定の争い

光緒三十三年（一九〇七）、沈家本は新刑律草案を上奏し、「旧律の変えるべきは、五つある」と考えた。それに含まれるものは「刑名の改正」、「死罪を減ずること」、「死刑を一種とすること」、「比附を削除すること」、「矯正教育」であった。その中の「比附を削除すること」の理由は以下の通りである。

考『周礼・大司寇』有懸刑象于象魏之法、又『小司寇』之憲刑禁、『士師』之掌五刑、俱徇以木鐸。又『布憲』折旌節、以宣布刑禁、誠以法者與民共信之物、故不憚反覆申告、務使椎魯互相警誡、実律無正条不処罰之明証。『漢書・刑法志』高帝詔「獄疑者、延尉不能決、謹具奏附所当比律令以聞。」此為比附之始。然僅限之于疑獄而已。至隋著為定例、『唐律』出罪者拳重以明輕、入罪者拳輕以明重是也。『明律』改為引律比附加減定擬、現行律同。在唐神龍時、趙冬曦曾上書痛論其非、且曰「死生罔由于法律、輕重必因乎愛憎、受罰者不知其然、拳事者不知其法。」誠為不刊之論。況定例之旨、與立憲尤為抵牾、立憲之國、立法・司法・行政三權鼎峙、若許置法者以類似之文致人于罰、是司法而兼立法矣。其弊一。人之嚴酷慈祥、各隨稟賦而異、因律無正条而任其比附、輕重偏畸、転使審判不能統一。其弊又一。茲擬删除此律、而各酌定上下之限、憑審判官臨時審定、並別設酌量減輕、宥恕減輕各例、以補其缺。雖無比附之条、而援引之時亦不致為定例所縛束。論者謂人情万變、断非科条數目所能賅載者。不知法律之用、簡可馭繁、例如謀殺応処死刑、不必問其因姦因盜、如一事一例、恐非立法家逆臆能尽之也。⁹

『周礼・大司寇』に刑罰の画像を宮門に懸けるの法があり、また『小司寇』の刑罰禁令、『士師』の司る五刑は、いずれも木鐸で人々にそれを示すのである。また『布憲』の旗じるしは、刑罰禁令を宣布し、確かに法は民と

共に信するものとなる。ゆえに憚ることなく繰り返し申し出るなら、務めて愚かなる者に互にいましめさせるので、実に律に正条なくは処罰せずの明証である。『漢書・刑法志』の高帝の詔は「罪刑の判断に疑義のあるもので、延尉が決定できないものは、謹んで律令に比すべきところを附し具奏して聞け」と言う。これが比附の始まりである。しかし罪刑の判断に疑義があるものに限っている。隋になると定例となり、『唐律』の罪を出すは重きを挙げて以って軽きを明らかにし、罪に入るは軽きを挙げて以って重きを明らかにするというのがこれである。『明律』は引律比附し、加減して定擬するに改め、現行律はこれと同じである。唐の神龍の時、趙冬曦が上書してその非を論じ、且つ言うには、「死生が法律によることなければ、軽重は必ず愛憎により、罪を受ける者はなぜそうなるかがわからず、事を行なうものはその法がわからない。まことに反論の余地もない言い方である。まして定例の意味することは、とりわけ立憲と抵触するのであり、立憲の国は、立法・司法・行政三権が相鼎立し、多くの法の担当者が類似の文で人を罰するというのは、これは司法が立法を兼ねることになるのである。これが弊害の一つである。人が嚴格か情け深いかは、生まれつきによって異なるので、律に正条がないので比附に任せるといふのは、軽重に偏りがでて、かえって裁判の統一を不可能とする。これが弊害のもう一つである。ここにこの律を削除することとし、各々上下の限度を斟酌して決定し、裁判官のその時々判断にまかせ、別に酌量減輕・宥恕減輕の各例を設けて、その欠を補つこととする。比附の条がないとしても、援引の時には定例の縛るところとはならない。論ずる者は人情は様々に変化するので、科条数目的載せないところのものを断することになると言う。法律を用いること知らずと云うのは、簡略であることが繁雑を処理しつることであつて、例えば謀殺は死刑に処すべきで、その姦によるか盗によるかを問ふ必要がないといつことである。一事一例のようなり方では、おそらく立法家が予めことごとく考えておくことはできないだろう。

この条文の廃止には、直ちに「困難が一斉に生じ」、潮の如く反対意見が寄せられた¹¹⁾。

反対意見では、「断罪無正条」の一文を挙げるものが六通りあり、さらに「れらをまとめる」と三つに分類できる。第一は、比附援引は軽重の不均衡を作り出しやすいといつても、それはやはり根拠はあるのであつて、ところが今裁判官がその時々判断によるといふことにすれば、一つには制限がなくなり、もう一つには裁判官自身の水準が限界となつて、同じく軽重の不均衡を生み、出入人罪となりうるといふものである。第二は、法の条文には限りがあり、事の真偽には際限がないにもかかわらず、比附をなくせば、十分に犯罪を取り締まることができないというものである。第三は、立憲国の要求する立法・司法の分離に対応させれば、比附はつまり司法に属するが、しかし新律は裁判官に軽重を斟酌する権限を与えるのであるから、かえつて立法と司法が一つとなつてしまつてしまうものである¹²⁾。

これに対して、沈家本は「断罪無正条」の中で、一つ一つ反論している。

第一の意見に対しては、沈家本は文字の獄を例として、比附援引は「文筆を弄して法規を乱すものであり、何であつても可能となり、制限などなくなる」と厳しく批判した。そして「新刑律草案」は量刑の幅を定めており、裁判官はこの範囲を超えることはできず、いわゆる「制限するところがない」といふことは成り立たないとする。彼は「刑罰の相対的法定刑」を主張し、司法に有すべき裁量の弾力性を保有させると主張しているのがわかるのである¹³⁾。沈家本は当時の裁判のための人材が欠けていることに賛同するが、もしこれを口実に新法の実施を阻むなら「七年の病のために、乾かすに三年もかかる蓬を求めるとなつたものだ」と考えた。比較衡量するなら、当然ながらまず根本から直すべきなのである。

第二の意見に対しては、沈家本自身が刑事部門の経験から出発しているので、一方ではこう考えた。

案情之千奇百怪出于情理之外者往往有之、而罪状之出于律例之外、情輕或亦時有、不過科以不応、情重者則未

曾一睹。蓋律文經千數百年、此數千年風俗迥有變遷、而罪狀之可名者未見出乎律例之外、是皆由千數百年經驗而來、非出于一二人之曲見、故歷代雖多損益、亦不過輕重出入、而大段未嘗改也。人之悻免者、殆亦絕無僅有矣。

事件の内容は多種多様であり、情理の外にでてしまうことがしばしば見られる。しかし罪状が律例の外に出てしまつのは、情の軽いものがまた時にはあるものの、刑を科すほどではなく、情の重いものはこれまで見たことがない。おそらく律文は千數百年を経ており、この數千年に風俗は次々と変化しているが、しかし罪状とすべき律例の外にでるものを見ることはなかったのである。これはすべて千數百年の経験からきているのであり、一、二人の誤つた意見に出るものではないのであるから、歴代損益が多いとしても、また輕重の出入にすぎず、大きく改変するようなものではなかったのである。幸運にも免れた人がいても、おそらく極めて少ないであろう。

つまり、法律は経験に基づくもので、社会を統制するに足るものとなつていのである。しかし一方で、巧みに法の間隙を縫つ「不逞の輩の罪」に対して、沈家本はこう考える。

平時当有以制之、彼自不敢輕于犯法、否則縱有千百正条、在彼方且巧以嘗試、岂区区比附即能制其死命哉。

平時にあるべくし、以てこれを制すれば、かの者は軽々しく法を犯さず、そうでなければたとえ多くの条文があるとも、かなたで巧みに行動することから、どうして比附程度でその運命の鍵を握ることができようか。

沈家本はそのような「不逞の輩の罪」をどう制約するかについて詳しくは説明してはいないが、明らかであるのは、比附援引に頼るだけでは、真に犯罪を取り締まることはできず、比附の存在は、實際上弊害が多く利となることは少ないということである。沈家本の主張というのは、まさしく「奏刑律草案告成分期繕单呈覽並陳修訂大旨摺」の中で述べるように「法を用いるには、簡略であれば多くを制禦できる」ということなのである。

第三の意見に対しては、沈家本は「かの道を以て、なおかの身を用い」、反駁する。

既云無此法而定此例、方為立法、乃無此法而即用此例、是司法者自創為之矣、不且與立法相混乎？

既に言うようにこの法がないのでこの例を定めるといふのは、まさに立法であり、この法がないので即ちこの例を用いるといふのは、司法が自ら創ることであり、立法との混同ではなからうか？

第一、第二の相異について言えば、「客観的具体主義立法」と「絶対的法定刑」(載炎輝氏)の旧法の時代には、そこに現れるのは一種の「法律決定論」の観点であった。もし伝統法中の殺人を例にすれば(参照「大清律例」)、故殺・謀殺・誤殺・過失殺・鬪(殴)殺・戲殺の六つが最も基本の形式であり、その他、さらにもし犯罪の形式を強調するなら、例えば「採生折割人」、「造畜蠱毒殺人」、「車馬殺傷人」等があり、もし犯罪対象を具体的に求めるなら、例えば「謀殺制使及本管長官」、「謀殺祖父母父母」等がある。法理学上の「行為モデル 法律の結果」といふ規則の基本枠組を借りて分析するなら、伝統法の中では、行為モデルは多く複雑で煩瑣であり(とりわけ条例)、法律の結果は唯一の刑罰に対応するといふことがわかる——これは弾力性がないといふ。このため、比附は一定程度は、まさしく罰則を論証し、刑罰を改正する手段であり、清末の社会変化の時期には、それは一種の旧律を急激に変化する社会に適應させるものだった(そこで反対者が比附を支持したことも道理がないとはいえないのである)。「刑案匯覽三編」卷八(下)「戸律・田宅・棄毀器物稼穡等」に収められている「電報電線を窃毀する」の一案が、電報という新しいものが登場するにともない、電報の電線を窃毀するといふ行為に対して、どのように比附を通じて罪を定め、奏上し許可を得て通行章程となつたのかの具体的過程を示している¹⁵⁾。そして新たに提起した「刑罰の相対的法定制」、及び「法を用いるには、簡略であれば多くを制禦できる」、のいずれも司法裁量権の賦予と正当化を代弁している(そしてこれまでのような比附を通じて「密かに私通する」ように刑罰を改正すべきではない)。

第三番目の意見について言えば、比附援引は、立法或いは司法であり、立憲の背景下に到っては、権力分立はいかに具体的に運用するかの問題なのである。反対者が裁判官が軽重を酌量する権力を有するのは立法・司法が一つに併ざることだと考えたのは、現代の観点からみれば、幼稚であることは免れないが、しかし当時の歴史的条件の下では、理解ができる（中国の伝統的司法について言えば、絶対的法定刑の存在ゆえ、司法関係者は確かにほとんど刑罰の軽重を酌量する権力がなかったのである）。この他にも、清末の官制改革では、法部と大理院もまた同じ司法権限に、異議を申し立てたが解決できなかった、いわゆる「部院の争い」があつたではないか？——近代中国について言えば、難しいのはおそらく一つの西洋の概念を受け入れることではなく、どのように真にその問題を理解・実践するかだったのである。

三 沈家本の見る比附の弊害——必要なるものと十分なるもの

当時の論争の結果からみれば、明らかに沈家本は優位に立つており、「比附援引」と「罪刑法定」の論争は、「礼法の争い」のように激しく、長期にわたるものではなかった。「大清新刑律」が国会の前段階の性質をもつ資政院の一回目の審査を受けた時に、この条文は深く追究されず、多数を以て順調に承認された¹⁸。しかし沈家本は『刑案匯覽三編』の編集の始めから、「大清新刑律」の制定の時に至るまでに、比附に対する態度が変化したのであり、これは法史上非常に興味深い現象である。以下で沈家本の提起した具体的理由から始め、より深い検討を進めてゆくつもりである。

沈家本は主として三つの面から、比附の弊害を分析する。即ち(一)学理の弊 (二)実践の弊 (文字の獄) (三)制度の弊である。

(一) 学理の弊

確認すべきなのは、反対者たちの中味のない且つ法的基礎を欠く異義に比べて、沈家本の論証は明晰で説得力があることである。律学に長年浸っていたことは、まず沈家本に規範に対して「実証分析」をなすことを重視させた。

唐、明、清の三朝の「断罪無正条」を比較し¹⁹、沈家本は唐律の「重きを挙げて軽きを明らかにし、軽きを挙げて重きを明らかにする」をこつ考えた。

用律之例、而非為比附加減之用也。觀『疏議』所言、其重其輕皆于本門中拏之、而非取他律以相比附、故或輕或重仍不越夫本律之範圍。其応出者、重者且然、輕者更無論矣。其応入者、輕者且然、重者更無論矣。²⁰
 律の例を用いることは、比附加減の用をなすのではない。『疏議』の言つところを見ると、その重きその軽きは皆本門中にこれを挙げており、他律を取り以て相比附するものではない。ゆえに軽きこと重きことは依然それは本の律の範囲を越えないのである。その出すべきは、重きものがそのようであれば、軽きものはさらに論ずるまでもない。その入るべきは、軽きものがそのようであれば、重きものはさらに論ずるまでもないのである。

一言でまとめると、この条文の意味するところは、「本来極めて公平であることをゆるす」ことである。唐律の「輕重相拏、く」は現代法の視角からみると、「自然(当然)解釈」(勿論解釈)とみてよく、まさに沈家本が指摘する通りである。

本律雖不許比附援引、究許自然解釋。自然解釋者、即所犯之罪與法律正条同類、或加甚時、則依正条解釋而用之也。同類者、例如正禁馬路、正条之禁馬車經過、則象與駱駝自然在禁止之列。加甚者、例如正条禁止釣魚、其文末示及禁止投網、則投網較垂釣加甚、自可援釣魚之例定罪也。²¹

本律は比附援引を許さずといえども、つまりは自然解釈を許すのである。自然解釈とは、即ち犯すところの罪

が法律の正条と同類である。或いは甚しきを加える時に、正条によって解釈しこれを用いることをいうのである。同類とは、例えば大通りを修築するのに、正条が馬車が通るのを禁ずるなら、象と駱駝は当然に禁止されるというようなものである。甚しきを加えるとは、例えば正条が魚釣りを禁ずるなら、その文が網での魚の捕獲を禁止するとしていなくとも、網を投げることは魚釣りより程度が甚しいのであるから、魚釣りの例を引いて罪を定めるといふことである。

しかし明律の「引律比附、加うべき減すべき定擬す」は唐律を改正しているといつてもその意味するところは「異なっている」のであって、制度上「議定つて奏聞す」が必要となり、擅断者の責任を追及し比附の弊害を予防するものとなっている。両者の意味は何処が異なるのか、沈家本は明確には指摘していない。筆者の理解は、一つは近代法学の方法の影響を受け、両者は「自然解釈」（勿論解釈）と「類似解釈」（類推解釈）の区別と考えられること、二つ目としては引律比附はおそらく刑罰の改正をもたらすので、もともとの絶対的法定刑主義を破壊し、刑罰の重きにすぎること軽きにすぎることを生み出しやすいということである。

しかし、明律は結局「事同じきはまさに比附を許す」とし、主としてなお「本来の律の中で上下し比附す」とするのであるが、清律は夾注の形式で「他」の一文字を加えており、沈家本の考えでは、一文字の増減は、天と地の違いがあるのであった。

蓋既為他律、其事未必相類、其義即不相通、牽就依違、獄多周内、重輕任意、冤濫難伸。此一字之誤、其流弊正有不可勝言者矣。²⁸⁾

蓋し既に他律となり、その事必ずしも相類することなく、その義は即ち相通らず、曖昧なものに引き摺られ、獄の多くが濡れ衣で、重軽は任意であり、無実の罪であっても申し開きができない。この一文字の誤りは、その流弊はまさに言つに耐えないものである。

唐律の「輕重相攀」から、明律の「引律し比附す」に到り、さらに清律の「(他)律を(援)引し比附す」に到るとき、我々は沈家本が何度も「門」という概念を強調していることに気づくのである。「門」は門類を意味し、『大中刑律統類』に始まり、『宋刑統』がこれを踏襲し、およそ二百十三門となっている。²⁹⁾『大明律』もまたこの区分がみられ、およそ三十門である。ただ『宋刑統』と比べると、些か異なる。即ち両者はいずれも「篇」と「条」の間の区分なのであるが、『宋刑統』の中の「門」はさらに細分化に向かつており、例えば「違令及不応得為而為」を「雜律」の下の「一門」としており、明律中の「門」は抽象化・概括化するものが多い(三十門のみであり、例えば「雜犯」で二つの門とする)。清は明の制度を受け継ぎ、これを踏襲した。帝制中国の最後の伝統律典『大清現行刑律』に到るまでに常に「三十門」であった。もちろん、清代の律典の中で、「門」のもう一つの可能性は律の条文の単位を指したのであって、例えば乾隆五年の『御制大清律例序』の中では「損益を折衷して四百三十六門となす」と言っている。

筆者は「門」の発展及びその含みつる意味を整理し、一つの問題を提起することを試みたい。即ち「他」の一文字を加えることの弊害は、本当に沈家本の言うようにそれほど重大なのであるか。確かに、立法上から言えば、同じ「門」の内の条文であるなら、当然に類似の要素(即ち沈家本の言う「相類」)をもち、そして司法中の比附は一種の「類推」となり、当然類似性の要素を考えなければならなくなる。しかし第一のいわゆる「三十門」の状況下では、「門」の抽象化の程度はかなり高く、例えば同じく「訴訟門」の下にある「越訴」と「誣告」の二条は類似性がどれくらいか、検討するに値する。第二の律条文の単位を指す場合には、「門」の間での条文の類似性の程度は当然第一の場合より高いが、しかし一事一例としての「条例」は立法時に十分考慮して分類し、釣合をとるに到ったかについては、頗る疑うに値するのであって、³⁰⁾さらに同治九年(一八七〇)の後、「五年に一回小改正、十年に一回大改正」という条例の改正事業が中断され、上述の欠点についての救済手段を欠くことになったのであ

る。

以上より、浅学を顧みず言つと、沈家本の指す「門」が何であるかと、「引律比附」と「援（他）律比附」は、五十歩百歩にすぎず、本質的違いはないと思われる。卑見を述べれば、弊害はこの拡大解釈を要する「律」の文字からおそらく生ずるのであり、清律は律例合編・以例附律の形成を採り、比附援引は「律」のみならず、「例」も含み、律例の間、条例の内部、条例の間、その各々に条文の類似性が存在し、そして刑罰は差が甚だ大きく、系統性を欠く状況の中で、比附の時に勝手に法を曲げることが行なわれ、出入人罪の空間は確かに大きく広がった。沈家本の多くの意見は、よく知られているが、これに対して岡田朝太郎の意見を挙げてみようだろ。

希臘格言、無法無罪、故刑法不許類似解釈、類似解釈、即比附援引。中国司法辦案、無律則引例、無例則援案、皆類似解釈也……然不可誤解、謂刑法禁止類似解釈、亦意不得為何等解釋也。有類似解釋而実非者、当然解釋是也。当然解釋為拉丁語、例如為保護道路起見、禁止車馬往來、駝象之妨害道路、甚于車馬。雖無明文、亦必在禁止之列。又如池塘禁止釣魚、以網取者甚于釣、雖無明文、亦必在禁止之列是也。或疑刑法以無律無罪為原則、同一律無正条、乃不許類似解釋、而許当然解釋何也。不知律無正条、就事實言之、有兩種原因、一因其實為刑法所放任、刑法既認為無罪、故不復列正条、若任意類推、將刑法所認為無罪者、裁判官得認為有罪也、可乎？一因其實為事理之当然、無庸有明文之規定、故亦無正条、如上拳道路・池塘二例、害之輕者、且有罪矣、害之重者、自不待言也……諸斷罪而無正条、其心出罪者、則拳重以明輕、其心入罪者、則拳輕以明重、與当然解釋之意、恰相符合。就法理言之、亦有二種區別。法律有形式、有精神。文字者、法律之形式也、文字之原理、法律之精神也。類似解釋、不過条文偶相類似、而精神未嘗貫注其中。当然解釋、雖文字上未能賅備、而精神上実已包括無遺。故二者不可同日而語也。

ギリシアの格言では、法なければ罪なしといい、ゆえに刑法は類推解釈を許さないのだが、類推解釈であるのが即ち比附援引なのである。中国の司法の事件処理は、律がなければ例を引き、例がなければ事件を引用し、どれも皆類推解釈である……それで誤解をすべきでないのは、刑法が類推解釈を禁ずると言つのは、またいかなる解釈もなすことを得ずということなのだ。類推解釈と異なるのは、勿論解釈である。勿論解釈はラテン語であり、例えば道路の保護の観点から、車馬の往來を禁止するなら、駱駝・象が道路を害することは、車馬より甚しい。明文なしといえども、また必ず禁止の中に入るのである。また池で魚釣を禁止する如きは、網で取ることは釣るより程度が甚しいので、明文がないとしても、また禁止の中に入るのである。おそらく疑問があるとなれば刑法の律なきは罪なしを原則とすること、同じく律の正条なきについて、乃ち類推解釈を許さず、しかし勿論解釈を許すのはなぜかということである。律の正条なきは知らぬが、事実についてこれを言つと、二つの原因がある。一つはその事実が刑法の放任するところとなっており、刑法が既に無罪と考えているときである。ゆえに正条に入れられておらず、もし任意に類推すれば、刑法の無罪と認めるところを、裁判官が有罪と考えることとなり、これは可といえようか？一つにはその事実が事理の当然となっており、明文の規定がなく、ゆえにまた正条がないものである。例えば上述の道路・池の二例のように、これを害すること軽きものが有罪であるなら、これを害すること重きものは、言うまでもないのである……すべて罪を断ずるに正条なく、その罪を出すべきは、則ち重きを挙げて以て軽きを明らかにし、その罪に入るべきは、則ち軽きを挙げて以て重きを明らかにするは、勿論解釈の意と、まさに相符合する。法理についてこれを言つと、また二つの区別がある。法律は形式があり、意味するものがある。文字は法律の形式であり、文字の原理は、法律の意味するものである。類推解釈は、条文が偶然類似するにすぎず、意味するところがその間で一貫しているというのではない。勿論解釈は、文字の上で広く備えておくことはできないとしても、意味の上で含まれるものはすべて入るといふことである。ゆえに二つを同じように言つことはできないのである。

もしかするとこの言い方は、伝統中国の比附援引に「類推解釈」のレッテルを貼ってしまったのかも知れない。筆者は比附が類推の特質を具えることを否定しないが、ただ新知識の基準で伝統的なものを考えるなら、単純化の嫌いを免れないと思うのである。例えば岡田は伝統中国の「不応為」の律は「語の意味が明らかでなく、何が為すべからざるのかは、裁判官が己の考えで断定する」と考え、伝統的な法定主義を破壊してしまつた。構成要件の明確性でこれを見ると、「不応為」は確かに罪刑法定の要求に悖るのだが、しかしこのように實際上伝統律典の体系上の構成と内部の論理構造を無視するなら、その肯定に値する機能を全く排除してしまつことになる。例えば比附に対する制限作用というものである²⁶⁾。もちろん、日本を師としていた頃に、法学の「大家」としての岡田の専門的見解は、かなり権威があつたことは疑いなく、沈家本が彼の見解を受け入れたとしても、咎めることのできないところである。ましてや、沈家本がさらに「他」の一字について分析したのは、検討に努めたことの証しとするに十分であらう。

(二) 実践の弊

沈家本が片時も忘れなかつたのは、つまり次のことである。

自国初以来、比附之不得其平者、莫如文字之獄。

国の始めより、比附の公平でなかつたことは、文字の獄に比すべきものである。

沈家本は多くのページを割いて、文字の獄の問題を専門的に論じているので、それを見てみる。

若以律無正条之犯、竟與真正大逆同科、情罪既不相当、誣捏亦所難免、將至儒林盛額、鄉里寒心、赴市者慘及賢才、遣戍者禍連婦孺、揆諸堯舜欽恤之宗旨、恐未盡符也。²⁷⁾

もし律の正条なきの犯を以て、まさに大逆と同じ刑を科すなら、犯情と罪が不当であり、誣告もまた免れ難

いところとなり、儒者は眉を蹙め、同郷者は怯え、市に赴く者の惨状が賢能な人材にまで及び、戍に遣する者の禍は婦女子に及ぶことになるのであり、おそらく堯・舜の事を慎み、人を哀れむとの考えに、全く適合しないだらう。

伝統中国は明清以来、君主専制を強め、片言隻句によつて思想犯を追及する文字の獄は、前王朝より明らかに多くなり、清代はこのことがとりわけ甚しく、罪を論ずるにしばしば「謀反」、「謀大逆」等十悪の罪名に比附したのである。このような比附は、沈家本が見るには、「情罪相当」でないばかりか、儒家倫理にも悖るのである。

このようなわけで、比附の廃止を力説するのはいたしかたないことであるが、しかし深く追究するなら、また検討するところがないわけではない。比較法史の角度からこれを見ると、ドイツのナチス時代、一八七一年の刑法典第二条に無制限に「刑法の条文適用の法創造」を認めることを追加したのは、つまり類推を認めたものである。しかし学者たちの統計の後わかつたのは、ドイツの帝国裁判所の刑法上の類推の適用に関する判決は多くはなく、且つ当時の類推判決の事件から見ると、重大犯罪に及んではないのである。その原因を追究してみると五つある。

(一)、多くは司法手続を経ずに自由或いは生命が奪われている (二)、特別刑法が刑罰規定を拡張している (三)、不明確な構成要件を多く使用している (四)、過去に遡及する規定が次々と現れる (五)、特別法院が大部分の刑事事件の管轄権を手に入れている²⁸⁾。これよりわかるのは、刑法典が類推を認めるかどうかにかかわらず、罪刑法定を廃止するかどうかという点については、ナチスは法に適合するとの形式で、その非法の目的を実現したといえる。伝統中国について言えば、文字の獄の中では、比附はおそらくかえつて悪事に加担する嫌疑があるが、しかしその本来の源を探究すれば、伝統法は君主の命令として、比附の助けを借りずとも、その他の形式(例えば諭旨による断罪)で、思想犯を追及できるのであるから、これを言いかえれば、比附はそれを罪として、そしてそれを「合法化」すればよいというにすぎないものである。

学理と実践の二つの面から比附の弊害を攻撃するという沈家本の論証は、現代の目から見ると、いずれも検討すべきところはあるが、当時について言えば、十分説得力があり、反対の声はすぐに鳴りをひそめ、「断罪無正条」の一文の効果は、無視することは許されなかった。しかし筆者の見るところ、上述の二点は、沈家本の「比附」に対する態度の変化の「必要条件」とは言えるが、必ずしも「十分条件」とは言えないのである。

(三) 制度の弊

筆者が思うに、その「十分条件」は、觀念上変化していった比附の制度に対する批判にある。

光緒己亥（一八九九）の時、一九世紀末期の中国社会はすでに巨大な変化を生じていたが、しかし沈家本は一人の伝統的律学者として、依然として比附は旧案と新説の橋渡しとなりうると堅く信じていた。だが光緒丁未（一九〇七）になると、彼はすでに修訂法律大臣の職にあり、法律改革を行ない、また憲政の準備の時期にも入っていた。西洋法のいくつかの精神・理念は、すでに西洋法の輸入、新法の制定にともない、徐々に彼の心を占めていたのである。この段階の沈家本には、重大な觀念上の変化がみられる。即ち司法の独立を主張していることである。

権力分立は憲政の基本的要求となり、清朝が「預備立憲」を宣布した（光緒三十二年、一九〇六）後は、すでに当時の「政治的に正しいこと」となっていた。筆者の入手している資料から見ると、沈家本が公開の場で司法の独立を呼びかけたのは、光緒三十二年（一九〇六）四月と思われる、董康等の人々が日本に裁判・監獄を調査するために出かけた後（同年二月に帰国）である。この調査の結果は、『調査日本裁判監獄報告書』にまとめられ、その中の「裁判の調査リスト」で、まず驚かされるのは「司法権」を挙げていることである。それを紹介するところ言っている。

司法独立之制、創自泰西各国、日本倣之、因以收回治外法權著有明効。所謂独立者、非惟行政官不能預聞、即

上官亦不能干涉也。按日本憲法第五十八条、司法権以天皇之名于裁判所行之、得憲法之保障、斯独立之基礎、確不可拔。考維新以前、裁判制度同于中国、俱以行政官兼任。明治初曾特別設行司法之機關、仍属于行政官庁、成績未彰、明治四年、建東京裁判所、此為裁判所與行政官庁分析之始。五年于横浜・神戸・長崎諸商港建獨立裁判、裁判之範圍漸広。其後更于中央置司法裁判所、于各府置府県裁判所、于鄉鎮置區裁判所、其制大備。然裁判事宜、猶須稟承上官之命令。八年置大審院、統一法律之解釈、下級裁判所漸有獨立之端緒。二十三年頒布構成法、裁判所之機體、至此始完全無缺。行政與司法必分折者、蓋行政權因地方之便利、可假權宣行之、猶之道路車馬、得以自由行動。司法権非以法律為準繩、不能維持裁判之信用、猶之汽車必須循守軌途、斯無傾軋之虞。況行政官之性質、以服從上官之命令為主、阿諛希旨、即緣之而起、若司法官同此性質、意有瞻顧、斷難保裁判之公平。近日泰西各国、司法権無不獨立者、亦有鑑于此、故对于裁判事務、無論巨細、司法大臣不得干涉。司法省雖有監督權、不過監督行政之一部、如訓令・諭告及懲戒之類是也。

司法独立の制は、西欧の各国より創られ、日本がこれを倣うことで、治外法権を回復するに著しく効果があった。いわゆる独立とは、行政官が関与することができないばかりでなく、上官もまた干渉できないとのことである。日本の憲法第五十八条によれば、司法権は天皇の名を以て裁判所が行なうとし、憲法の保障を得ており、その独立の基礎は、確かに奪うことはできないものとなっている。維新以前を考えれば、裁判制度は中国と同じく、ともに行政官を以て兼任するものであった。明治の始めは特別に司法機關を設けたが、依然行政官庁に属し、成果が明らかでなかったところ、明治四年、東京裁判所を建て、これが裁判所と行政官庁の分離の始めとなった。五年に横浜、神戸、長崎の諸商港に独立の裁判を建て、裁判の範圍は徐々に広がった。その後さらに中央に司法裁判所を置き、各府県に府県裁判所を置き、郷鎮には區裁判所を置き、その制度を大いに整えたのである。しかしながら裁判の事宜は、やはり上官の命令を受けねばならなかった。八年に大審院を

置き、法律の解釈を統一し、下級裁判所は徐々に独立の端緒を得た。二十三年に構成法を交付し、裁判所の体系は、ここに至って完全無欠となったのである。行政と司法は必ず分つべきというのは、蓋し行政権が地方の便利により、権を借りてこれを行なうがよく、例えば道路の車馬が、自由に行動できるようなものである。司法権は法律を基準とするのでなければ、裁判の信用を維持できず、例えば車は必ず軌道を守らねばならず、これが道を踏み外す虞れをなくすということである。況や行政官の性質は、上官の命令に服従するを主たることとし、諂い迎合するは、ここから生ずるのであるから、もし司法官がこの性質と同じなら、優柔不断を意味するものとなり、断ずる時に裁判の公平を保ち難いことになる。近日の西欧各国の、司法権の独立するは、またこれに鑑みているのであり、ゆえに裁判の事務に対して、大小を論ずることなく、司法大臣は干渉することを得ないのである。司法省は監督権があるといえども、行政の一部を監督するにすぎず、例えば訓令、諭告及び懲戒の類がこれである。

この紹介は、明らかに沈家本に深い印象を与えたのであり、ゆえに奏摺の中で、特に言及している。司法独立與立憲關係至為密切、日本開港之初、各国領事俱有裁判之權、逮維新以來、政府日孜孜于裁判統一、不数十年、卒使僑民服從其法律之下、論者謂国力之驟張、基于立憲、其司法獨立、隱収其効力……⁽³³⁾

司法の独立と立憲の關係は密接となるものである。日本開港の始め、各国の領事は皆裁判権を有したが、維新に至って以降、政府は日毎懸命に裁判の統一に励み、十年を数えず、ついに外国人をその法律の下に服従させたのであり、論者は国力の上昇は、立憲に基づくが、実は司法の独立が、隠でその効力を収めたと言つ……

そこで、西洋の裁判の公正を護る司法の独立は、当時の人々から見ると、長年にわたって貧窮し劣勢となつてゐる国家が富強を求めるための有効な方法であつた。⁽³⁴⁾ 沈家本の思想の出発点は、「法による救国である」と考へる学者もいるが、これはかなり肯定できる考え方である。司法の独立と国家の富強が關係しているとは、或いはこじ

つけと言えるかもしれないが、じっくり考えることをせずに、このような西洋（日本を含む）に対して強い主觀的願望の読み（或いはある程度の歪曲とも言いうる）をするのは、実は近代中国に現れた特殊現象である。

沈家本は正義のために敢然と司法の独立を求めるといつ引き返すことのできない道へと足を踏み入れ、真つ先に矢面に立つたのである。つまり伝統中国の「行政」と「司法」を区分するつもりで、沈家本はまず行政官が司法を兼ねる弊害を批判したのである。その害は三つあつた。

勅諭之制、本為慎重刑獄、而上官遇事駁詰、則稽延株累等弊、在所不免、地方官憚于解審、便宜処分者有之、諱匿不報者有之……⁽³⁵⁾

勅諭の制は、もとは慎重な刑獄のためのものであつたが、上官が問題が生じて詰問すると、即ち遅延・連坐などの弊害が、免れざるところとなるため、地方官が上級庁への事件の送付を憚り、都合よく処分するものや、隠して報告しないものがある……

またこつも言つ。

西国司法獨立、無論何人皆不能干涉裁判之事、雖以君主之命、總統之權、但有赦免、而無改正。中国則由州縣而道府、而司、而督撫、而部、層層轄制、不能自由。從前刑部權力頗有獨立之勢、而大理稽察、言官糾劾、每為所牽制、而不免掣肘。⁽³⁶⁾

西洋の司法の独立とは、何人も論ぜず皆裁判に干渉できないことであり、君主の命を以ても、總統の権を以てしても、赦免はあるが、改正はない。中国は州、県から道、府、そして司、督撫、部と、幾重にも取り締まり、自由にはできないことになつてゐる。これまで刑部の権力はかなり独立の勢いがあるが、しかし大理が検査し、忠臣が糾弾するなら、互いに牽制するところとなり、掣肘を加えられることは免れない。

彼の批判の矛先は、すでに伝統の審級制度（沈家本の言つ「勅諭」）に向けられてゐる。なぜならこの制度は明

らかに「司法の独立」の要求に合致しないからである。審級制度に対する具体的要求として、比附援引の「当該上司に上申し議定つて奏聞す」が存在するとの問題も、彼の批判に遭うこととなった。

彼は明代の律学者雷夢麟の『読律瑣言』を引いている。

今問刑者于死罪比附皆奏聞、流徒以下比附鮮有奏者、安得罪無出入哉？雖無出入、尤当以事必奏不奏論罪、其不思也乎！⁽³⁹⁾

今刑を問うは死罪に比附すること皆奏聞するが、流徒以下の比附は奏することは少なく、これでどうして罪の出入なきを得よう？たとえ出入なきといえども、とりわけ事を以て奏すべきが奏せずして罪を論ずとは、思慮のないことではないか！

明律は「刑部の議定つて奏聞す」を以て「引律比附」に対して制限を加えており、刑部を経ずに、任意に判決を下せば、出入人罪となり、「故失罪」で追及されることになる。しかし、『読律瑣言』でこれを見ると、死刑事件以外、その他の類型の比附事件が刑部に報告されることは少なく、雷夢麟が「どつして罪の出入なきを得よう」と嘆くのも無理はない。そしてたとえ判決が正しいものとなっていたとしても、手続が違法なら、「奏すべきが奏せず罪を論ず」となるのである。清は明の制度を継承し、基本的にはこの条文を踏襲し、後さらに条例を加え、これを厳密にしたのであるが、結果はかえって「比附のために罪に出入あり、処罰のことは久しく聞かず、律文の後半は飾り物に等しいではないか」となり、律が条文をもつていようと、もちろん有効に制約を加えることはできなくなったのである。

おそらく、このような「実体を重んじ手続を軽んずる」の問題があるのなら、この面の改正を強化すればよく、例えば雷夢麟のようにいわゆる「奏すべきが奏せず罪を論ず」る点をやはり追及すべきである。結局、問題を取り消す（比附の廃止）ことは、問題を解決する（制度の失効）方法とはならないのである！その原因は、一種の制度としての比附は、すでに沈家本の心中にある「司法の独立」の要求に合致しなくなっていたことにあると思われる。では沈家本はなぜそれが「司法の独立」に合致しないと直接に指摘せずに、わずかにその存在する問題の説明だけをしたのであろうか。おそらく論戦の中なので、事実を並べて道理を説く方が論理よりいっそう直接的で有効なだろう！さらにましてや当時の反対者が揉めているのは、立法と司法の区別だったのである。

ここで、筆者は伝統中国の比附援引に対してさらに区別をしたいのだが、それは制度としての比附と方法としての比附である。前者は沈家本が司法の独立の観念を受け入れた後に捨てられたものであり、後者は沈家本が『刑案匯覽三編』を編集した時に推奨したもので、同じ局面にはないものである。沈家本が明確にこの問題を意識していたかどうかについては、本論文の関心の置くところではない。⁽⁴⁰⁾

一八九九年から一九〇七年まで、沈家本の観念はすでに質的变化をとげており、後の彼は、司法の独立を片時も忘れぬようになった。この後は、まさにこれを理念とし、拘泥り、具体的に組み組み努力しつつ、長文の『歴代刑官考』を書き、「立国の本は、司法の優先にあり」と唱道し、法律の職業化の重要性を論証し、⁽⁴¹⁾ 精根を傾け司法の独立を保障する各種の具体的制度を設立し完成しようとした。⁽⁴²⁾ このすでに還暦をすぎた老雄が、晩年の最後の輝きの中で、新しい罪刑法定の種を、司法の独立の土壌に植えようと試みたのであった。

四 検討（結びに代えて）

比附援引から罪刑法定までとは、まさに一つの伝統から近代へと到る問題である。筆者は「小事を大事とすること」を試み、沈家本の態度の変化を手がかりとして、刑法史上の一つの明らかとはなっていない事柄に対する分析を深めることで、この問題の複雑性を描き出すことに努めた。

この比附援引と罪刑法定の争いの事件の中で、罪刑法定を力説し、比附援引を攻撃する清末の修訂法律大臣沈家本の比附に対する態度の変化は法律史上非常に興味深い現象といえる。沈家本は学理、実践、制度の三つの面から比附に対して批判を加えた。ここで筆者は伝統中国の比附援引を、方法としての比附（伝統法の推論方法）と制度としての比附（伝統的審級制度の現われ）に区分することを試みたい。筆者が見るに、沈家本の第三の面に対する批判が最も重要と思われる。まさに法律救国の理念に基づき、さらに司法の独立に対して心服するようになり、それゆえ比附の基づくところの伝統的審級制度がすでに沈家本の主張する司法の独立の要求とは合致しなくなったのである。これが比附廃止に踏み出させる鍵となる一歩であった。

「断罪無正条」の一文を細かく見ると、沈家本の論証はおそらく厳密でないところもあるであろうし、その古代に托して制度を改める方法もまた、検討すべきであるのだが、しかしマクロの制度面から入り、司法の独立を保障することで近代罪刑法定の実現を求めることは、まさに賞賛に値し、今日の目から見ても、かなり進歩的意味があるといえる。

「伝統の比附援引は確かに類推の特質を持つ。しかし「客観的具体主義の立法」と「絶対的法定刑」を特徴とする旧法の時代には、それは「事理が相同じ」と「情罪一致」を相似性の基準として、罰則を見つけ論証し、条文が硬直化する弊害を補い、刑罰を改正する作用を生み出したのであり、比附が求めるのはさらに多くの適当なる量刑なのである。換言すれば、伝統法の方法論は、肯定的機能をもつといえないわけではない。もし比附と近代刑法学上の類推に区分が必要になるとするならば、筆者は後者は行為について罪と罪でないものの選択・判断をなすものだと考えており、さらに多くが特定の概念に立脚する論理だと考えている。例えば電気が「物」かどうかが、硫酸が「武器」かどうかなどである（この他、類推は刑法学説中、拡大解釈との区別もまた常に争いのあるところである）。しかし比附にはこの前提的な作業は存在せず、行為はすでに言うまでもなく明らかに犯罪なのである。¹⁵⁾「大清新刑律」

が概括主義の立法と相対的に確定する法定刑を採用するに伴い、比附の機能は大幅に司法関係者による自由裁量権の形式に取って代わられたといえる。この点から見ると、伝統の比附援引と近代の罪刑法定の争いは、争いに関わり大きなものを手離したとの意味は免れないだろう。

民国初め、「大清新刑律」に基づく「暫行新刑律」は司法関係者に与える裁量権が広きにすぎると、司法関係者の養成におも時間を要し、判例制度がまた完全なものに到っていない民国初期の法制の中では、刑罰適用の片寄りを生み出すことは免れなかった。それゆえ伝統の比附援引が量刑の均衡を保つうえでなす作用は、我々に反省し考えさせるに足るものであった。民国九年（一九二〇）の「科刑標準条例」の登場は、量刑の問題に対して補充をなすのみならず、伝統の「例」の「精神の帰還」でもあった。¹⁶⁾ 伝統と近代の間は、まさに「切っても切れず、入り乱れる」ものなのである。

注

(1) より正確な言い方は、「大清刑律」と思われ、李貴連、朱勇、周少元の各教授がいずれもこの問題について論じている。総合的に論評するものとして、周少元、「欽定大清刑律」研究、北京、中国政法大学博士学位論文、二〇〇三年、一頁。但し「大清新刑律」が既に一般的呼称となっているので、筆者はそれによるものとする。

(2) この法の第十条は次のように定める。「凡律例無正条者、不論何種行為不得為罪（およそ律例に正条なきは、いかなる行為を論ぜず、罪と為すことを得ず。）」。「大清法規大全」（法律部）、政学社刊行、台北、宏業出版社、一九七二年、一九四六頁。

(3) 詳しくは、清・沈家本「論断罪無正条」、所収『法学会雑誌』第一年第一期、宣統三年（一九一）五月十五日、一三三—四七頁、また「明律目録一・断罪無正条」、所収、沈家本「歷代刑法考」（『寄稿文存』合冊）、鄭経元、駢宇騫校訂、北京、中華書局、一九八五年、冊四、一八〇七—一八二五頁。前者は沈家本が生前に発表したものであり、「明律目録」は未刊

行のものが、後整理されて『沈寄蓀先生遺書』（甲編）に入れられ、一九二八年或いは一九二九年に出版された。（参照、李貴連『寄蓀文存』版本漫談、所収、同氏『近代中国法制與法学』、北京、北京大学出版社、二〇〇二年、四八〇頁。）筆者が両文を比較したところ、違いは以下の通りである（印刷による字の誤りからでできた違いは入れない）。

	『法学会雑誌』の「断罪無正条」	「明律目録」の「断罪無正条」
1	三二頁による 科罪準律、則律無文者、不得科罪、不待言矣。 趙冬曦言、隋時奸臣著律、可見此条実始于隋也。	一八一三頁による 科罪準律、則律無文者、不得科罪、不待言矣。
2	三二頁による 此两条唐律之明言不得比附者。是唐時雖有比附之条、未賞一概用之。	一八一四頁による 此明言不得比附者也。是唐時雖有比附之事、而限制甚嚴。
3	無	一八一四頁による 旧唐書・刑法志
4	無	一八一五頁による 慶元条法事類

後者の史料がやや多くなっているのは、双方に実質的違いはない。筆者は本文中で「明律目録」の版本を用いた。「論断罪無正条」の最初に発表された時期については、なお考証の必要があるが、筆者の推測では『大清新刑律』の制定の過程であると思われる、つまり光緒三十三年（一九〇七）—宣統二年（一九一〇）の間である。

(4) 『刑案匯覽三編』は沈家本が祝慶祺・鮑書芸の『刑案匯覽』に続けて、清代の道光・咸豐・同治・光緒の四朝の重要な刑事事件を集めて編纂したものであり、清代の司法実践を理解するための重要資料である。沈家本は主として刑部で働いていた時期にこの作業に携わり、その後天津、保定でも作業を続け、三編はついに保定で完成したが（光緒己亥の年、つ

まり一八九九年）、刊行されることはなかった。

(5) 清・沈家本『刑案匯覽三編序』（『寄蓀文存』巻六）、所収、前掲注（3）、同氏『歷代刑法考』（『寄蓀文存』合冊）、冊四、二二二—二二五頁。

(6) 前掲注（5）、清・沈家本『刑案匯覽三編序』二二二—二二六頁。

(7) おそらく、この「比附」は必ずしも、かの「比附援引」の「比附」ではないと言つのは、字面だけから判断している嫌いがあるのではなからうか。筆者は「比附」という言葉は一般の「比」につけ「意」となることは理解できるが、筆者が『刑案匯覽三編』に目を通した経験からすると、その中の大量の事件は比附で判決をしたもので、沈家本がそれを入れているのは、それを認めているということなのであるから、ゆえに筆者は沈家本はこの時は比附を肯定していたという説は成り立ちうると考えている。

(8) 邱澎生氏もまた沈家本の微妙な変化に注意を向けているが、文章の意図する内容の限界から、分析を展開していない。参照、邱澎生『真相大白？明清刑案中的法律推理』、所収、熊秉真編『讓証拋說話』（中国篇）、台北、麦田出版、二〇〇一年、一八二—一八四頁。この一文は伝統法の推論を研究する重要文献であるが、その趣旨は異なる類型の刑事事件集の中の法の推論の比較研究を通じて、いかに事件の「真相」を構成するかを検討することにある。

(9) 『修訂法律大臣沈家本奏刑律草案告成分期繕呈覽並陳修訂大旨摺』、所収、故宫博物院明清檔案部編『清末籌備立憲檔案史料』（下）、所収、沈雲龍主編『近代中国史料叢刊統編第八十一輯』、台北、文海出版社影印、八四八頁。

(10) 前掲注（3）、清・沈家本『明律目録一、断罪無正条』一八〇七頁。

(11) 例えば、『修正刑律案語』（修訂法律館印刷、鉛印本、北京大学圖書館藏書）は次のように言つた。「謹按此条（第十条を指す）即為不准比附援引而設、原奏業經剖切言之、仍郵伝部並四川、兩広、雲南、貴州、湖広、湖南、江西、河南、兩江等省鑒注、独于此条、駁詰尤力……」。兩広総督、湖南、江南、江蘇等の提刑按察使司、雲南省總督の意見の詳しい内容は次に見える。憲政編查館編『刑律草案鑒注』、清・宣統二年（一九一〇）、北京、国家圖書館北海分館藏書。

(12) 沈家本は『明律目録一・断罪無正条』の文中で「比附援引」を留めおく理由を一つ一つ挙げており（一八二—一八二五頁）、その中の第一の理由と第六の理由は一つにまとめうる。第一「謂比附易啓意輕重之弊、但由審判官臨時判断、独

不虞其意為輕重乎？引律比附、尚有依擬、臨時判斷、實無限制。」第六「審判官程度不及、援引失當、恐亦不能無弊。」第二の理由と第三の理由は一つにまとめる。第二「律例所未載者、不得為罪、則法不足以禁奸、罪多可以悻免、」徒愈講張為幻、有司之斷獄亦窮。」第三「邇來人心不古、犯罪者律例無正條者、故意犯之、以難執法之人、俾執法者無所措、其流弊亦不堪設想。且以一人之心思才力、非以定法治之、不足以為治。蘇文忠曰（古人之用法、如医者之用藥、蓋法有定而罪無定、藥有定而病無定也。後世人心奸詐、以致任意枉法、實非治法之過、乃不得治人之過也。）此條不如仍遵旧條為妥。」第四の理由はそのみで一つとできる。「謂比附類似之文、致人于罰、則司法・立法混而為一、非立憲國所必有、不知無法而定此例者、方為立法、若既有他律、而比附定擬、則仍屬司法、非立法也。如以比附為立法、則于本律酌量輕重者、又與立法何異？類似之例、不能援以罰人、而輕重之權、衡可操之？問官恐任意出入、將較比附尤甚。」第五の理由は第一の理由と第二の理由の間にある。「法制有限、而人情變幻無窮、」詐之徒、挾無專者犯之、可任其悻逃法網乎？且查第五十四條、言同一犯罪、情節互異、予裁判官以特權、許其酌量犯人之心術與犯罪之事實、減三等核。與此條語意相反而分、則多無一定罪名、心術二字不可見。是罪名之輕重、皆定于審判官之口、流弊無窮。」指摘しておかねばならないのは、これらは例えば第二、第四の理由はいずれも数例あるのだが、筆者はわずか一例のみを挙げたということである。

(13) 黄源盛「伝統中国『罪刑法定』の歴史発展」、掲載『東海法学研究』第二期、一九九六年二月、一八頁。

(14) 所収前掲注(9)、故宮博物院明清檔案部編『清末籌備立憲檔案史料』(下)、八四八頁。

(15) 参照拙稿「清代的法律方法論——以『刑案匯覽三編』為中心的論証」、掲載『法制史研究』第六期、台北、中国法制史学会・中央研究院歷史語言研究所主編、二〇〇四年二月、九九—一三三頁。

(16) この章程の制定は李鴻章の奏章に源を発し、刑部の審査の後には、次のように述べる。「查中国創設電線、行之已閱十年、原因機密重務軍情要政、雖殊方万里、可取決于俄傾之間、設遇電線斷折不通貽誤、即非淺鮮、乃近來各省愚民輒以事非尋常經見、妄生疑惑聚眾拔毀桿線之案層見迭出、雖經各該省隨時嚴懲、終以例無治罪明文鮮所依擬。茲擬該督奏請明定專條、声称竊毀桿線有礙伝報、核與沈匯公文無異、商電桿亦系奏明設立、與官線處銜接、其急公報効亦應一體維持、未便歧視等語、系為慎重電報要政起見、臣等公同酌議、應如該督所奏、嗣後如有匪徒竊毀電報桿線、不論官電・商電、是竊是毀、不計贓數、但經折斷、均比依車站馬夫遞送公文事干軍情機密沈匯例杖六十・徒一年、如系竊盜仍本法刺字、棄毀

者免刺、誤毀者于杖六十・徒一年罪上減三等擬杖八十、竊毀桿線均照估追賠。儻有地方奸民造言聚眾拔毀桿線至數十里外逞凶拒捕致傷官兵情節重大者、仍隨時察酌情形分別首從比照土匪滋事從嚴懲辦、不得復拘常例。其失察竊毀桿線之地保照不心重律擬杖八十、折責革役、誤毀者免議、似此明定罪名、俾承審者得以遵循而匪徒知所敬畏矣、如蒙俞允、臣部即行文該督並各省督撫・將軍・都統・府伊一體欽遵辦理。」(光緒十八年七月二十三日奏奉旨依議。欽此。)

沈家本は「奏請編定現行刑律以立推行新律基礎摺」の中で、四つの方法を提案しているが、その三「新章宜節取」の中で、次のように言っている。「新章本為未定纂定之例文、惟自同治九年以來垂四十年、通行章程、不下百有余條、閱時既久、未必尽合于今。茲擬分別去留、其為旧例所無、如毀壞電桿・私鑄銀兩之類、摺出纂為定例……。」この摺については参照前掲注(9)、故宮博物院明清檔案部編『清末籌備立憲檔案史料』(下)、八五一—八五四頁。この章程の最後は「大清現行刑律」「郵政・遞送公文」の条例の一つである。参照『欽定大清現行刑律』、所収『清代各部院則例』、香港、蝠池書院出版公司、二〇〇四年、二〇四頁。

ここでは事件 章程 条例から比附の作用を見出すことができ、それは司法ひいては立法に相応する評価基準を提供できるものであり、立法(章程、条例)が刑部の審議、皇帝の許可を経ねばならないことを考慮するなら、このような手段は確かに単純に刑罰を確定するに比べ有効性が遥かに高い。

(17) 具体的過程については、参照前掲注(1)、李貴連『沈家本伝』、二三四頁以下。

(18) 「資政院第一次常年会第三十七号議場速記録」(宣統二年十二月初六日)、所収『資政院會議速記録』、台北、政治大学法学院基礎法学センター蔵書、七四—七五頁。その採択に至る記録は以下の通り。秘書官(曾彝進)「承命朗誦第二章不為罪第十條。」

副議長「第十條有無討論、如無討論以為可者、請起立。」參加議員は起立し賛成。副議長「多数。」

(19) 『唐律疏議』、劉俊文校訂、北京、法律出版社、一九九九年、一四五頁。

諸斷罪而無正條、其心出罪者、則拳重以明輕
(疏) 議曰 斷罪無正條者、一部律内、犯無罪名、「其心出罪者」、依賊盜律「夜無故入人家、主人登時殺者、勿論。」仮有折傷、灼然不坐。又条「盜總麻以上財物、節級減犯盜之罪。」若犯詐欺及坐贓之類、在律雖無減文、盜罪尚得減科、余

犯明從減法。此並「拳重明輕」之類。

其心入罪者、則拳輕以明重。

(疏) 議曰 案盜賊律「謀殺期親尊長、皆斬」無已殺・已傷之文、如有殺・傷者拳始謀是輕、尚得死罪、殺及謀而已傷是重、明從皆斬之坐。又例云「毆告大功尊長・小功尊屬、不得以蔭論」若有毆告期親尊長、拳大功是輕、期親是重、亦不得用蔭。是「拳輕明重」之類。

『大明律』(洪武三十年) 懷効鋒校訂、北京、法律出版社、一九九九年、二三頁。

凡律令該載不尽事理、若斷罪而無正条者、引律比附。應加減、定擬罪名、轉達刑部、議定奏聞。若輒斷決、致罪有出入者、以故失論。

『大清律例』(乾隆五年) 鄭秦・田濤校訂、北京、法律出版社、一九九九年、二二七—二二八頁。(以下文中括弧内表示は律夾注)

律 凡律令該載不尽事理、若斷罪而無正条者、(援) 引(他) 律比附。應加・應減、定擬罪名、(申該上司) 議定奏聞。若輒斷決、致罪有出入者、以故失論。

条例 引律例如律内数事共一条、全引恐有不合者、許其止引所犯本罪。若一条止断一事、不得任意刪減、以致罪有出入、其律例無可引用援引別条比附者、刑部会同三法司公同議定罪名、于疏内声明「律無正条、今比照某律・某例科断、或比照某律・某例加一等・減一等科断」詳細奏明、恭候諭旨遵行。若律例本有正条、承審官任意刪減、以致情罪不符、乃故意出入人罪、不行引用正条、比照別条、以致可輕可重者、該堂官查出即將該承審之司員指名題參、書吏敲拿究實、各按本律治罪。其会三法司定擬者、若刑部引例不確、許院・寺自行查明律例改正。儻院・寺駁改猶未允協、三法司堂官会同妥議。如院・寺扶同朦混、或草率疏忽、別經發覺、將院・寺官員一並交部議處。

(20) 前掲注(3) 清・沈家本「明律目録一・断罪無正条」、一八二三—一八二四頁。

(21) 清・沈家本「新刑律草案補箋」、前掲注(13) 黄源盛「伝統中国「罪刑法定」の歴史発展」、一八頁による。

(22) 前掲注(3) 清・沈家本「明律目録一・断罪無正条」、一八二六頁。

(23) 参照、葉孝信主編「中国法制史」、北京、北京大学出版社、二〇〇〇年、二〇八頁。

(24) 例えば清・薛允升は、黄静嘉編・校訂『誣例存疑重刊本』(台北、成文出版社、一九七〇年) においては、以下のよう
に言)。

「此並非專指越訴而言、似應移入誣告門内」或いは「此例與越訴無干、似應移于告状不受理門内」等、条例の分類に対して意見を出している(筆者注)、「誣告」、「告状不受理」はいずれも律の条文の名称である)。その他、一つ注意すべきなのは——沈家本は「断罪無正条」の中で、「他」の文字は明代の姚思仁が注するところで、清代の順治三年に用いると指摘している——『大明律』ではただ「引律比附」としているとはいえず、實際上明代の律学の著作の中では、「(援) 引(他) 律比附」としている。律学の実用性を考慮すれば、明代の司法の中ではすでに援引他律比附があったと推測できよう。

(25) 具体的例証は薛允升の、条例「誣告致使祖父母父母及有服尊長卑幼屍遺蒸檢」に対する例文の上下間に見える。前掲注(24)、清・薛允升『誣例存疑重刊本』冊四、一〇〇二頁。この他条例「被脅入夥叛犯聞拿投首」(前掲注(24))、『誣例存疑重刊本』冊三、五六二頁)と「被擄從賊乘間來歸」(前掲注(24))、『誣例存疑重刊本』冊二、一〇八頁)の間の量刑の問題でなされる批判もある。このような例は『誣例存疑重刊本』の中には他にも多数ある。

(26) 岡田朝太郎談、熊元翰編輯『京師法律学堂筆記』の「刑法総則」、清・宣統三年(一九一) 初版、民国三年(一九一四) 第四版、一八—二〇頁。

(27) 前掲注(26)、岡田朝太郎談、熊元翰編輯『京師法律学堂筆記』の「刑法総則」、一八頁。

(28) 『大清律例』「不応為」は次のように定める「凡不応得為而為之者、笞四十、事理重者、杖八十。(律無罪名、所犯事有輕重、各量情而坐之。) 沈之奇のこれに対する注解は次の通りである。「律于重大罪犯、莫不詳備、而細小事理、不能窮尽人情、各立一法、恐因律無正条而附会臆断、輕則縱奸、重則傷和、致有太過・不及、故補此不応得為一律。或笞、或杖、隨事酌定、不得妄為輕重、此律意也。」清・沈之奇『大清律輯注』(下)、懷効鋒・李俊校訂、北京、法律出版社、二〇〇〇年、九五—頁。実践の中においても「不応為」を以て比附援引を否定する事件が見られる。例えば、清・沈家本編『刑案匯覽三編』未刊稿、卷四十三(下)「刑律・雜犯・不応為」に所収の「儒師引誘学徒為非」と「知人檢拾貂皮令給抵欠旋即畏恨遺囑令自首」である。

(29) 前掲注(3)、清・沈家本「明律目録一・断罪無正条」、一八二六—一八二七頁。

- (30) 鄭逸哲「納粹第三帝国刑法上類推適用之研究」、台北、台湾大学法律学研究所修士論文、一九九〇年、一三一—一六二頁。一八七一年「ドイツ帝国刑法典」第二条は次のように定める。「一つの行為は犯行が行なわれる前の法律で定められた刑罰を科されるのみである。犯行が行なわれる前から判決に到るまでの各種の法律は、最も軽い法律を適用する。」(鄭逸哲論文、六九頁)
- (31) 北京農工商部印刷科鉛印、光緒丁未(一九〇七)五月組版印刷。
- (32) 前掲注(31)、調査日本裁判監獄報告書、一一二頁。
- (33) 清・沈家本「調査日本裁判監獄情形摺」、所収前掲注(31)「調査日本裁判監獄報告書」。
- (34) おそらく奏摺として、これはただ朝廷に見せるために型通りの文章を書き、物物しい理由を挙げているにすぎないのだが、筆者から見れば、この理由もまた沈家本の確信するところのものなのである。
- (35) 李貴連「沈家本研究三題」、所収前掲注(3)、同氏「近代中国法制與法学」、三〇〇—三〇三頁。具体的例証は前掲注(1)、同氏「沈家本伝」、三六四—三六五頁に見える。
- (36) 前掲注(33)、清・沈家本「調査日本裁判監獄情形摺」。その他の三つの害とは、官員が律例に通じておらず、胥吏・幕友が司法を独占し、領事裁判権の撤廃に害となっていることである。
- (37) 清・沈家本「裁判訪問録序」、寄稿文存、卷六、所収前掲注(3)、同氏「歴代刑法考」、寄稿文存、合冊(冊四)、二—三五頁。
- (38) いわゆる「審転」(滋賀秀三教授は「必要的覆審」と称している)では、事件は大きく「戸婚田土細故」と「命盜」の二つの類型に分けることができ、前者は一般に州県で判決を下すことができるが(但し絶対ではない)、後者は再審査のために上級機関に送らねばならず、刑部にまで至ることになる。このような制度は、ほぼ刑罰権限の区分により生まれたものである。なぜなら前者の刑罰は一般に「笞杖」、後者は多くは「徒流以上」であるからだ。BoddeとMorrisの一覽表を基に(米・D・布迪、C・莫里斯「中華帝國的律法」、朱勇訳、南京、江蘇人民出版社、一九九五年、一一五頁)、筆者のこれまでに理解するところをまとめるこの一連の流れは大体次のようになる。

審 級	事 件 の 種 類			
	死刑事件	流刑事件	徒刑事件	笞杖刑事件
1 州 県	審訊／審判意見を擬定し上級機関に送る	審訊／審判意見を擬定し上級機関に送る	審訊／審判意見を擬定し上級機関に送る	審判
2 府	覆審／もし異議がなければ上級機関に送る	覆審／もし異議がなければ上級機関に送る	覆審／もし異議がなければ上級機関に送る	
3a 按察使司	覆審／もし異議がなければ督撫に送る	覆審／もし異議がなければ督撫に送る	覆審／もし異議がなければ督撫に送る	
3b 総督或いは巡撫	批示／もし異議がなければ刑部に送る	批示／もし異議がなければ刑部に送る	批示	
4a 刑部	(書面)覆審／もし異議がなければ三法司会審	判決		
4b 三法司(刑部、大理寺、都察院)	会審／もし異議がなければ皇帝に送る			
5 皇帝	批示			

- (39) 前掲注(3)、清・沈家本「明律目義一・断罪無正条」、一一一—一五頁。
- (40) 筆者が強調したいのは觀念上の变化の、沈家本の立場の変化に対する決定的な作用である。否定できないのは、文字の獄の惨状は、もちろん沈家本の変化に対して重大な影響があるということであるが、しかし角度を変えれば、文字の獄は以前から存在していたにもかかわらず、なぜ沈家本がこの時になって「比附」と関連づけたのか、との思いを抱かせるといわざるをえないのである。沈家本は罪刑法定の正当性を論証するために、比附援引を否定し、そして「新語を賦与する

ために愁いを強調した」のである。

- (41) この文所収、前掲注(3)清・沈家本『歷代刑法考』(寄移文存 合冊)、冊四、一九五二—二〇一九頁。
- (42) 沈家本の司法の独立の思想は、二つの段階に分けられると考える学者もあり、第一段階は部院の争いの前後に主張するところの精神を重んじ形式を求めない司法の独立観であり、第二段階は法院編制法の領布の後の、司法の独立の注目の焦点を制度設立の面に移している段階である。具体的に論ずるものとして、李啓成「撤廢領事裁判權與信導司法獨立」、所収、李貫蓮『沈家本評伝』、南京、南京大学出版社、二〇〇五年。
- (43) 例えば沈家本は文字の獄を例として、比附援引は「舞文弄法、何所不可、尚何限制之有。」と考えた。しかしそのようなまく法の間隙を縫う「奸民之尤」に対しては、彼はまた「豈区区比附即能制其死命哉。」と考えた。両者を比較すると、食い違つと言わざるをえない。この点に注意を促してくれたことに關し陶安氏に感謝したい。
- (44) しかし、古に託して制を改めるにはまた「信而好古」との我が国民の専売特許ではなく、近代西洋の啓蒙運動、ローマ法の復興も、この色合いが濃い。
- (45) これまでの研究においては、陳張富美氏、中村茂夫氏がすでに比附がより多く解決したのは量刑の問題であるとのことに目を向けており、中村教授は比附と類推の区別に対して優れた分析を行なっている。Fu-mei Chang Chen, On Analogy in Ching Law, Harvard Journal of Asiatic Studies, Vol. 30, 1970. 中村茂夫「中国旧律における比附の機能」、掲載『法政理論』一卷一号、新潟大学法学会、一九六八年、後に「比附の機能」と標題を改め、同氏『清代刑法研究』(東京大学出版会、一九七三年)に収録。同論文の中国語訳「比附的功能」、所収、寺田浩明主編『日本学者考証中国法制史重要成果選訳・明清卷』、北京、中国社会科学出版社、二〇〇三年。強調せねばならないのは、筆者の比附と類推の区別の論述に關しては上述の二人の学者の基礎の上に発展させたことである。比附の問題より出てくる次の問題は、何が伝統中国の違法性かの問題の検討であり、これに対して筆者は別に論ずるつもりである。最新の比附と類推に関する文章は、滋賀秀三「比附と類推」、『東洋法制史研究会通信』第一五号、二〇〇六年八月二二日、に掲載のものである。滋賀教授は比附と類推の区別を以下のように考える。一つには比附は条文解釈において操作できない時に使用する。第二として、類推の「類似性」は法適用の対象と生成事物相互間の観念的な機能上の対応性であり、比附の「類似性」は犯罪構成要件相互間の観念的な機能上の対応性である。

- (46) 例えば同じく殺人罪は、『大清新刑律』第二九九条が次のように定める。「凡殺人者、処死刑、無期徒刑或一等有期徒刑。」前掲注(2)、『大清法規大全』、二〇五五頁、立法モデルと伝統の『大清律例』はすでに大きく隔つていことが見てとれる。この条文は民国初期の『暫行新刑律』に踏襲される。實際上司法関係者に量刑上のかなり大きな裁量権を与えるものであった。

- (47) この条例は『暫行新刑律』の命盜事案に対して、具体的な基準を定め、裁判官が裁判の時に採用するに備えた。例えば第一条は次のように定める。「犯刑律第三百十一条而有左列情形之一者、処死刑。(一)出于預謀者、(二)卑幼对旁系尊親屬而犯者、(三)支解拆割或以其他残忍方法而犯者、(四)累犯本条之罪或俱發者、(五)意图便利犯他罪而犯者、(六)意图免犯罪之責任或防護犯罪所得之利益而犯者。」司法部編印『改訂司法例規』(下)、京師第一監獄印刷、一九二二年、一〇九一頁に見える。これは実際上は司法実践の経験をもつて総括・抽象化・立法化したもので、伝統の律典の中の「条例」とまさに効果は同じである。

参考文献

一 史料

- 清・沈家本『歷代刑法考』(寄移文存 合冊)、鄭經元・駢宇騫校訂、北京、中華書局、一九八五年
- 清・沈家本編『刑案匯覽三編』未刊稿
- 『大清法規大全』(法律部)、政学社刊行、台北、宏業出版社、一九七二年
- 故宮博物院明清檔案部編『清末籌備立憲檔案史料』(下)、所収、沈雲龍主編『近代中国史料叢刊續編第八十一輯』、台北、文海出版社影印
- 岡田朝太郎講述、熊元翰編輯『京師法律学堂筆記』の『刑法總則』、清・宣統三年(一九一一)初版、民国三年(一九一四)第四版
- 『修正刑律案語』、修訂法律館印刷、鉛印本、北京大学圖書館藏書

『調査日本裁判監獄報告書』、北京農工商部印刷科鉛印、光緒丁未（一九〇七）五月組版印刷
 『資政院會議速記録』、台北、政治大学法学院基礎法学センター蔵書
 『唐律疏議』、劉俊文校訂、北京、法律出版社、一九九九年
 『大明律』（洪武三十年）、懷効鋒校訂、北京、法律出版社、一九九九年
 『大清律例』（乾隆五年）、鄭秦・田濤校訂、北京、法律出版社、一九九九年
 清・薛允升著述、黃靜嘉編校『讀例存疑重刊本』、台北、成文出版社、一九七〇年

二 専門書、論文

李貴連『沈家本伝』、北京、法律出版社、二〇〇〇年
 李貴連『近代中国法制與法学』、北京、北京大学出版社、二〇〇二年
 黄源盛『伝統中国 罪刑法定』の歴史発展』、掲載『東海法学研究』第一期、一九九六年二月
 鄭逸哲『納粹第三帝国刑法上類推適用之研究』、台北、台湾大学法律研究所修士論文、一九九〇年
 周少元『欽定大清刑律』研究』、北京、中国政法大学博士學位論文、二〇〇三年
 葉孝信主編『中国法制史』、北京、北京大学出版社、二〇〇〇年
 滋賀秀三『比附と類推』（『東洋法制史研究会通信』第一五号、二〇〇六年八月二日）
 Fu-mei Chang Chen, On Analogy in Ch'ing Law, Harvard Journal of Asiatic Studies, Vol. 30, 1970
 中村茂夫『比附的功能』、所収寺田浩明主編『日本学者考証中国法制史重要成果選訳・明清卷』、北京、社会科学出版社、二〇〇三年
 拙稿『清代的法律方法論——以『刑案匯覽』三編为中心的論証』、掲載『法制史研究』第六期、台北、中国法制史学会・中央研究院歷史語言研究所主編、二〇〇四年二月
 陳新宇氏は一九七七年生まれ、現在は北京の清華大学法学院の講師であり、また二〇〇七年四月より一年の予定で、名城大学の招聘研究員として日本滞在中である。陳氏は中国政法大学法学院に学び、博士課程では、日本の中国法制史研究者の間でもそ

ののよく知られる北京大学法学院の李貴連先生の指導を受け、二〇〇五年に博士学位を取得している。清華大学法学院は名城大学法学部と交流協定を結んでいることから、これまで陳氏を含め三名の若手研究者が本学招聘研究員として、法学部で在外研究を行なっている。

この度二〇〇七年九月の法制史学会中部部会で、松田が通訳を担当し陳氏が行なった研究報告の翻訳原稿を、法学部の御好意によりここに掲載することとなった。陳氏の研究報告は、中国の伝統的刑罰法典である律の根本的性質から生まれざるを得なかった「比附」に対する、清末の修訂法律大臣沈家本の思考の変化を扱ったものである。「比附」は、西欧近代の刑法思想の立場から類推解釈との関係で問題視されることがしばしば見られるが、陳氏は沈家本の思考の中にさらに司法の独立との関係を見出し出している。本報告は陳氏の博士論文（本論文は『従比附援引到罪刑法定——以規則的分析與案例的論証为中心』として、北京大学出版社より二〇〇七年に出版）の内容の一部でもあり、また伝統中国法と西欧近代法の衝突の問題への陳氏のこだわりをよく示すものでもある。

思えば名城大学への赴任間もない一九九五年の十月に、日本滞在中の李貴連先生に名城大学法学部での講演をお願いして以来（講演内容は『名城法学』四五 四掲載）『清末の立法にみられる日本人法律家の影響』、十年以上の歳月が過ぎ、今回はここに陳氏の報告を掲載できた。月日の流れの早さに驚くとともに、日本と中国の間での法制史の研究交流が確実に進んでいることを喜ばしく思うものである。

（松田）