

# 清末の礼法論争の一側面

——『大清新刑律』の特別条項についての考察——

松 陳  
田  
新 宇  
恵 美 子 ( 訳 )

## 目 次

### 緒言

- 一、第一案——特別条項制定の提議
  - 二、第二案——『附則』五条の登場
  - 三、第三案——『附則』五条の『暫行章程』への改正
  - 四、第四案——『暫行章程』の削除
  - 五、第五案——『暫行章程』の焦点となった問題の表決
  - 六、欽定第六案——『暫行章程』の復活
- 結びにかえて

## 緒言

『大清新刑律』は中国の最初の近代刑法典であり、清末の修訂法律大臣の沈家本が編纂責任者である。日本人学者岡田朝太郎の起草にかかり、中国人委員の董康や汪荣宝等が編纂に加わっている。それは総則と分則という立法形式を採り、罪刑法定主義・刑罰人道主義という近代刑法の原則を確立し、一定の礼法分離の色彩を帯びているので、伝統中国の「出入刑」、「明刑弼教」という礼法一体の法理念に対して重大な改変を生じさせたものである。

『大清新刑律』の編纂の過程で、礼教と法律の関係の問題を巡って、礼教派と法理派両派の激しい議論が噴出したのであるが、学界はこれを礼法論争と呼んでいる。『大清新刑律』は捨てられた不用な準備案以外に、第一案から欽定第六案までと、数が多く、とりわけ礼教風俗の内容が集中的に現われる特別条項、即ち『附則』と『暫行章程』が登場しては次々と入れ替わったということが、まさに双方の論争の激しさを物語っている。本稿では特別条項が『大清新刑律』の何度にも互る法案の中で発展し変化する過程を考察し、史実に基づいて論評することで、礼法論争と中国の近代法の変化に対する理解を深めることを試みたいと思う。

## 一、第一案——特別条項制定の提議

光緒三十三年八月二十六日（一九〇七年九月三〇日）と同年十一月二十六日（十二月三〇日）、沈家本は二度に分けて『大清新刑律』の総則と分則をそれぞれ上奏した。全五三章、三八七条、『律目考』の付いているものであり、即ち『大清新刑律』の第一案である。『修訂法律大臣沈家本等奏進呈刑律草案摺』からは、当時の沈家本等の

立法者は革新的であると同時に、特別条項を定めて旧制を保つとの提議をしているのがわかる。それは所謂「暫行章程」と「專例」の二つである。例えば「ここに唐律及び国初と各国の通例によつて、死罪を減らすつもりです。それは中国の風俗のために、一時に減らすのは難しいので、例えば強盜、強奪、発塚の類は、別に『暫行章程』を輯し、その旧を残し、人民の進歩の程度を見て、すべて新律に改めるつもりです」、また、「ここに死刑は絞刑一種を用い、指定した刑の執行は密かにこれを行なうものです。謀反大逆、謀殺祖父母・父母等の如きは、ともに罪が極悪であるので、斬刑を用いるものとし、別に專例を輯して行ないます。」とする。これによれば、第一案の中で提起された特別条項は二つの類型に分けることができ、一つは暫定的なものであり、もう一つは永久的なものである。

「別に專例を輯す」という中で挙げられた死刑問題に関して言えば、中国の伝統律例の中で、定例の死刑が絞・斬の二等に分れるというのは、斬刑は首と身体が別になるので、首と身体が別にならない絞刑に比べると、より重い刑罰であるということである。岡田朝太郎は死刑は絞刑一種のみを執行方法とすると主張し、沈家本は絞刑を死刑の主たる刑とするが、斬刑を特別刑として、事情の重大なものに対して、単行法を立てて斬刑を適用すると主張した。二人はこの点について学術的に論じたことがあるが、これによれば、「別に專例を輯す」という特定類型犯罪に対して斬刑を適用するとの主張は、岡田朝太郎によるものではなく、清末の修訂法律大臣沈家本によるものにはない。

第一案において提起された「專例」と「暫行章程」は奏摺の立法の建議の段階に止まっており、法典の条文の内容に現われているわけではないが、その後のいくつもの案の中の『附則』と『暫行章程』という特別条項の始まりであるのが見てとれる。

## 二、第二案——『附則』五条の登場

第一案上奏の後、憲政編查館はそれを内外各衙門の討論に交したところ、大学士張之洞の主管する学部を代表とする中央の各部院と地方各省の多くの批判を引き起こした。例えば学部は「新しい刑律草案は中国の礼教の妨げになるところが多い」、「修訂法律大臣が中国の旧律と新刑律草案を慎重に比較して訂正し、斟酌して改正と削除・併合し、倫紀をまもり治安を保つよう命ずることを求める」としている。これに対して朝廷は「修訂法律大臣は法部と合同で述べられた各節に照らして、もう一度慎重に斟酌して改正と削除・併合し、上奏して処理せよ。」と要求した。<sup>4)</sup>このような反対意見の甚だ多い世論環境に直面して、清朝は宣統元年正月二十七日（一九〇九年二月一七日）の諭旨の中で明確に次のように指摘した。「凡そ我旧律の義倫常に関わる諸条は、変革すべきでなく、天理と民の則を維ることは破つてはならぬのであって、大臣はこの意に務め、改正の目的とすることが最も重要である」<sup>5)</sup>

宣統元年十二月二十三日（一九一〇年二月二日）修訂法律大臣は法部と合同で『修正刑律草案』を上奏した。総則と分則の二編に分かれ、全部で五三章から成り、条文は四〇九条である。別に『附則』五条が付く。これが即ち『大清新刑律』の第二案である。第二案と第一案を比べたとき最も重要な違いは、特別条項がつまり『附則』五条として正式に登場したことである。

『附則』五条の立法理由は次の通りである。「中国と外国の礼教は異なり、治外法権の回収のためには、各国の通例となつてゐるやり方を採らねばなりません。それを行なう外国は、もはや厳しくすることはできず、改正の本旨に背くこととなります。しかし中国の名教は、永遠に行ない替えてはならないもので、またこのために綱紀が失われるべきではないと思われまので、別に単行法を設けて守ろうと思ひます。『附則』五条を加え、新旧の疎通を

図り、双方守れば、拒絶の心配はありません。<sup>6)</sup>」

『附則』 五条の内容は以下の通りである。

第一条 本律は犯罪の情状の軽重により、条文ごとに各国が挙げる刑に照らして適合する裁判を求めるが、実行の前にやはり旧律を参照し詳しく等差を分かち、別に判決例を輯して援引に資すことで誤りを免れる。

第二条 中国の宗教尊孔は、これまで綱常礼教を重んじており、ましてや上諭を奉じ何度も神妙に守るべきと注意している。例えば大清律中の十悪、親屬相隱、干名犯義、存留養親そして親屬相姦、親屬相盜、親屬相毆、發塚の各条は、いずれも倫常礼教に関わるので、捨ててはならない。もし中国人が以上の罪を犯したなら、やはり旧律のやり方に照らし別に単行法を輯して懲らすものとする。

第三条 死刑に処すべきは、例えば乘輿に危害を加えること、内乱、外患、尊親屬に対する犯罪の如きはやはり臣館の第一次の原奏に照らして斬刑を以って明らかな戒めとする。

第四条 強盜の罪は、警察、監獄を設けるまでは、やはり臣館の第一次の原奏に照らし、別に単行法を輯し酌量し重きに從つて処理する。

第五条 中国人の卑幼は尊親屬に対して正当防衛の例を援引することはできない。<sup>7)</sup>

『附則』 五条は法部郎中であり、旧律の専門家である吉同鈞の手になる。吉同鈞の言うところによれば、新刑律草案に対して、「(法部) 尚書廷杰は反対することの上なく、即ち私を總司の改正の事で派遣し、私がその間を調和しました。思うに逐条の改正は、ただ状勢から不可能であるのみならず、且つ時は不十分です。別に章程五条を律の後に附すことで、防ぎ止める弥縫の計をなしたいと思えます。」<sup>8)</sup> ここで言う「章程五条」は、つまり『附則』の五条である。

指摘せねばならないのは、『附則』 五条の第三条、第四条いずれにも「仍照臣館第一次原奏」という字句が現わ

れたことである。所謂「臣館」とは修訂法律館を指すのは疑いなく、これは如何に解釈すべきであろうか？鍵となるのは吉同鈞の身分である。修訂法律館は本来刑部に隷属したが、近代の官制改革で、刑部は法部と改められ、修訂法律館は直後に法部から独立して、重要な法律編纂の機構となったのであり、当時吉同鈞は法部郎中で、修訂法律館の総辦と大理院教習を兼ねており、多くの身分をもっていた。『附則』五条の中で用いたのは「臣館」であつて「臣部」という語ではなかつたのだから、言及したところの「仍照臣館第一次原奏」という文と関係があるにちがいない。なぜなら第一案は修訂法律館より出ており、第一案の奏摺の中ですでに挙げられた特別条項の問題について、吉同鈞は自己の兼職する機構の呼称に照らして上奏したのであつて、より簡便な表現を用いたのは当然である。これもまた『附則』五条と第一案の奏摺の提議との淵源關係を証明するものである。

### 三、第三案——『附則』五条の『暫行章程』への改正

『修正刑律草案』完成の後、朝廷は憲政編查館が審査し回答せよとの諭を出し、憲政編查館の審査の後、『大清新刑律』の第三案を作つた。この案は総則と分則の二編に分れ、全五三章、正文は四〇五条で、別に『暫行章程』五条をもつ。第三案では、特別条項の『附則』五条は『暫行章程』と改められ、その内容は以下の通りである。

第一条 凡そ第八十九条（筆者注、皇室侵犯罪）、第一〇一条（内乱罪）、第一一〇条と一一一条（いずれも外患罪）、第三〇六条（尊親屬殺害罪）、第三〇八条（尊親屬傷害罪）を犯して死刑に処すものは斬刑を用う。

第二条 凡そ第二二五条第一項、第二五三条、第二五五条、第二五七条の罪（いずれも墳墓発掘罪）を犯し二以上の懲役刑に処すべきものはその状況により死刑に処すことを得。

第三条 凡そ第三六四条の一等の有期懲役刑以上及び三六五条、三六七条の刑（いずれも強盜罪）に処すべき

ものは、その状況により死刑に処すことを得。

第四条 凡そ第二八三条の罪（姦通罪）につき無夫の婦女は五等の有期懲役 拘役或いは百以下の罰金に処し、相姦者もまた同じ。

前項の犯罪は婦女の尊親属の告訴をまつて論ず、但し尊親属が事前に容認し或いは事後に利を得て和解したものはその告訴は無効とす。

第五条 凡そ尊親属に対する犯は正当防衛の例を適用するを得ず。<sup>10)</sup>

第二条の『附則』と第三条の『暫行章程』を比較すると、両者は一定の相似性をもっている。つまり及び罪名と事項の上から見ると、後者の第一条と前者の第三条（皇室侵犯、内乱、外患、尊親属侵犯）、両者の第五条（子孫は尊親属に対して正当防衛権なし）は基本的に等しい。そして後者の第三条は前者の第四条（強盗罪）に対する明確化である。また後者は前者の第二条を捨てはしたが<sup>11)</sup>、しかし墳墓発掘罪に対して処罰を加重する条文（第二条）は『附則』の第二条の列挙する発塚罪に応じたものだと言えよう。

両者の差異についてである。まず、『附則』は適用主体をさらに強調している問題であるが、その第二条、第五条はいずれも「中国人」と明示し、中国人と外国人を区別して対処する主義を採るが、『暫行章程』はこの区別がない。その次に、『暫行章程』の無夫姦を罪とすること（第四条）は、前者には無いことで、これは「無夫姦」の問題は後の論争の中で最も注目される焦点となり、立法者が応ぜざるをえなかったことと関係する。さらに、『附則』から『暫行章程』まで、呼称の上での微妙ではあるが意味深長な変化は、後者の過渡的色彩をさらに強めることを予言していた。

## 四、第四案——『暫行章程』の削除

憲政編查館の審査の後、第三案は資政院一年目の通常会議の議案の中に入れられた。宣統二年十一月一日（一九〇一年十二月二日）に新刑律の議案は審議が始まり、議員の質疑と政府の特別派遣員の主旨説明を経た後、資政院の法典係の係員の審査に交された。資政院の法典係は全部で十八人で、載澗を係の長とし、汪榮宝を副係長とし、構成員は劉道仁、曹元忠、陶保霖、張輯光、胡初泰、書銘、貢郡王、振將軍、盈將軍、陶鎔、蔣鴻斌、顧視高、那郡王、劉曜垣、周鏞、康詠である。法典係は二つの科に分かれ、第一科は公法事件を審査し、第二科は私法事件を審査した。<sup>13</sup> 法典係の係員は『修正刑律草案』（第二案）と憲政編查館の改正案の注解（第三案）、そして第一案と議員たちの改正案について、互いに考察し、詳しく調べ、修正し整え、第四案を作った。<sup>14</sup> この第四案は総則、分則の二編に分かれ、全五三章、四〇五条から成り、『暫行章程』は削除されている。

宣統二年十一月一日（一九〇一年十二月二日）、政府が特別に派遣した楊度が資政院で新刑律の主旨と精神を説明した時には、すでに『暫行章程』を削除する趨勢は作られつつあった。『暫行章程』の旨とするとすると新刑律の旨とするところは異なるので、そのため法典の正文には入れないということである。具体的に言えば、第一条は斬刑を留めるものなので、死刑は一種とする旨と合致せず、第二、第三条は加重して死刑を適用するということなので、死刑を減らすとの旨と合致しない。また第四条は立法、司法、外交、礼教において不都合であり、第五条は国家立法が国民の平等な保護に尽すことと衝突する。

次に、立憲の期限の変化の『暫行章程』に対する影響である。もともと『暫行章程』を設けた理由は、次の通りである。つまり本来の九年の預備立憲の計画に照らし、宣統五年に新刑律を実施し、宣統九年には憲政を実施すべ



しとし、両者の間にはなお四年の時間差があったため、新刑律を論ずる時「預備立憲の時代の人民の程度が不足している」の言い方は極めて影響力があった。そのため預備立憲の計画に基づいて宣統九年に人民が憲法を行なう能力をもつ時には、新刑律を行なう能力ももつと推定して、そこで『暫行章程』には過渡期の役割を加味したのである。しかし今や立憲の期限がすでに変化して、宣統九年から宣統五年に早められたが、『暫行章程』は立憲の期限の変更の前に出ており、もし今や朝廷が人民の程度はすでに宣統五年に憲法を遵守できるようになったと考えるのであれば、宣統五年に新刑律を遵守する能力がないともはや言えないのである。資政院は立法機関であり、立法への協賛権をもつので、そこで全国の人民の代表としての資政院の議員に人民の程度について判断してもらったのである。<sup>14</sup>

楊度と比べると、資政院の法典係の副係長としての汪榮宝の立場はさらにはつきりしている。宣統二年十二月六日（一九一一年一月六日）、彼は法典係を代表して資政院に第四案の改正の事情を報告し、法典係の係員たちは議論を経て『暫行章程』は用いずともよいと思うと述べるに至った。そして理由書を添え、印刷して各議員に渡したが、<sup>15</sup>現在この理由書はみつかっていない。筆者が推測するに、削除する最も重要な理由は汪榮宝等『暫行章程』削除を支持する法典係の係員たちの考え方にあるにちがいない。このように特別条項と新刑律の主旨と精神とは異なったのである。

##### 五、第五案——『暫行章程』の焦点となった問題の表決

汪榮宝が宣統二年十二月六日（一九一一年一月六日）に資政院に第四案の改正の状況を報告した後、第四案は資政院の会議の第二回読み合わせに付された。一つには、立憲の計画に基づいて、新刑律は宣統二年に頒布すると定

められ、もう一つには、資政院の第一回目通常会議は宣統二年十二月十一日（一九一一年一月一日）に閉会することとなり、時間がこのように緊迫している状況の下、宣統二年十二月六日から九日まで、資政院の第三十七回会議から第四十回会議までにおいて、第四案は瞬く間の、また同時に激しい論争を伴った第二回読み合わせ手続を経たのである。結果は次の通りである。第二回読み合わせは分則の第二八九条まできたところで、閉会の時となり、このため十日の第四十一回会議では、三回目の読み合わせを省略する方式で総則を採択した。これがすなわち第五案である。このため厳格な意味から言えば、第五案は完成した法案とは言えない。

第四案は既に『暫行章程』を削除しているとしても、資政院の議決の中では、法典の正文の関連条文は論じられることとなった。例えば第一五条正当防衛と第二八八条姦通罪は、『暫行章程』の焦点となった問題に関わった。即ち第五条の尊親屬に対しては正当防衛権の主張はできないと、第四条の無夫姦の罪については、礼教派の勞乃宣等は依然として改正案の方式で、表決することを提案できたのである。尊親屬に対して正当防衛権を主張できないということについて、勞乃宣は『暫行章程』から正文に移すことを主張したが、支持した者は極わずかであり、当日会議に参加した一二〇人のうち、わずか二〇人が起立して賛成したにすぎない。無夫姦に関しては、二度の表決を経て、決定することができた。まず「無夫姦は罪かどうか」は、青票と白票の記名投票の方式で行ない、青票は無罪を表わし、白票は有罪を表わすとした。結果は青票四二票（それには一票の無効票を含む）、白票七七票で無夫姦は有罪となった。その次に『暫行章程』に定めるかあるいは正文に定めるかは、起立で表決することとなり、『暫行章程』に定めるに賛成したものは四九人、正文に定めるに賛成したものは六一人であった。正文に入れることに賛成した者が多かったのである。<sup>18)</sup>

## 六、欽定第六案——『暫行章程』の復活

資政院の閉会の後、軍機大臣の奕劻を筆頭とする憲政編查館と資政院が合同で奏した「議決新刑律總則繕単會陳請旨摺」は、その年に沈家本が第一案を上奏した時のやり方を真似て、まず總則を上奏し、併せて總則に対する改正意見を提起し、裁決を請うた。<sup>19)</sup>その後またもや筆頭の憲政編查館が単独で「新刑律分則並暫行章程未經資政院議決可否遵限頒布繕具清單請旨辦理摺」を上奏し、議決を終えていない分則と『暫行章程』の頒布を請うた。<sup>20)</sup>上述の諸請求が、宣統二年十二月二十五日（一九一一年一月二五日）の朝廷の上諭裁可を経て、成ったものが最後の第六案——『欽定大清刑律』である。『欽定大清刑律』は總則と分則の二編に分かれ、全五三章、正文は四一一条であり、別に服制諸図と『暫行章程』五条がある。第四案の中からすでに削除された『暫行章程』は第六案の中で正式に復活した。この変化はおそらく憲政編查館の上層部の奕劻等の最後の審査と関係するのだろう。特別条項の角度から見ると、それはまたも第三案の形に戻っている。

### 結びにかえて

まず、特別条項は礼教派と法理派両派の対立と不協和から生まれた。「附則」五条を例にとると、吉同鈞は起草において条文ごとに法典の正文を改正することは「不可能な状態」、「時間がない」とし、「弥縫の策を施す」のみと言った。これは法理派の人々を中心とする修訂法律館と礼教派の人々を中心とする法部の『修正刑律草案』での協力は不調に終わったことを示している。対照のために法理派であり、修訂法律館の提調である董康のこの事に

関する次のような回想を掲げる。

「修訂法律館は法部とともに改正の諭を賜わった。顧みるにこの事に対して法部は、反対の態度をとるのみで、律の内容については問うことなく、こちらが何度問い合わせても、回答しないばかりで、結局各省の意見をまとめただけである。逐条修正の後、定本を作成し、奏稿に連署して、部に送った。稿の前半は、その意見についての賛否の理由を詳述した。そして稿の後半は、十余行の空白を設け、法部が意見を自ら述べたためとした。」<sup>21)</sup>

董康は明らかに修訂法律館の立場に立っており、言うところは必ずしも客観的に妥当なものではない。しかしやはり礼教派と法理派双方の「道が異なっているので相談せず」の現象を裏付けている。もう一人の法理派の人物で、修訂法律館第二科総纂の汪栄宝の日記の中に同じ様に重要な手がかりが見られる。

「(宣統元年)十二月二十二日：午の刻に修訂法律館に到り、『修正(刑律草案)に目を通し連署上奏すること]ができた。法部は明日具奏することに応じ、ただ草案に『附則』五条を加え、倫紀に関わる各案は、すべて旧律]によって処理するということを旨とした。」<sup>22)</sup>

汪栄宝は『修正刑律草案』の重要関与者であるが、しかし宣統元年十二月二十二日(一九一〇年二月一日)になるまで、つまり双方が『修正刑律草案』を連署上奏する前日になってようやく『附則』五条を目にした。このことも同じく双方の協力はそれぞれ別々に仕事をしたにすぎないことを証明している。

次に、特別条項は『附則』から『暫行章程』に改められ、一度は『暫行章程』を削除さえした。その移り変わりというのは礼教派と法理派双方の力の屈折した反映である。当時の礼教派は大学士であり軍機大臣の張之洞、資政院議員であり憲政編查館参議の劳乃宣を代表とし、支持する者は法部尚書廷杰、法部郎中吉同鈞、礼学館総纂大臣であり憲政編查館咨議官且つ資政院議員の陳宝琛、京師大学堂総監督であり憲政編查館咨議官の劉廷琛、憲政編查館統計局局長沈林一、ドイツの学者赫善心等の人物である。法理派は清末の修訂大臣であり資政院の副議長の沈家

本を代表とし、支持する者は日本の学者岡田朝太郎、修訂法律館提調であり憲政編查館館員の董康、修訂法律館第二科総纂であり憲政編查館館員また資政院議員、そして資政院法典係副係長の汪榮宝、憲政編查館参議の楊度、憲政編查館編制局副局長章宗祥、憲政編查館編制局局长であり資政院議員の吳廷燮、資政院議員の陸宗輿、憲政編查館館員の曹汝霖、大理院推事であり京師法律学堂監督の江庸等の人物である。

立法に対する影響の角度から双方を比較すると、一言で言えば、礼教派は位が高いが法理派は権限が大きい。前者は年功が厚く、より多く高潔の士の役割を演じており、輿論の上からは新刑律に対して影響を与え、人々の多くは伝統的な科挙の出身であり、伝統の律学には通じているが、しかし近代法学に対する理解が不足している。後者は法治技術官僚を中心とし、修訂法律館、憲政編查館編制局、資政院法典係等の立法の中枢部門を支配していた。

例えば沈家本、董康等のような旧律の専門家のみならず、また汪榮宝、章宗祥等のような日本に留学し、近代法学に通じた若い新しい法律家もいた。さらに岡田朝太郎のような外国の法学の權威は言うまでもない。よって、近代法学の知識階層の転換につき、法政すべて革新すべしの背景の下、とりわけ一九〇九年、礼教派は中心人物張之洞の死後、弁論ではより劣勢になった。たとえ勞乃宣が後にドイツの学者赫善心を招聘して応援させたとしても、大勢を挽回できず、勞乃宣が『修正刑律草案説帖』を提起して主張した多くは実現されることはなかった。

さらに、特別条項の存在には必要性があり、これに対して十分肯定すべきなのは第一案の時沈家本等の人々が『暫行章程』と『專例』を立てる積極的意義を提起したことである。沈家本は法理派中の穩健人物として、同派中の過激分子楊度の次のような批判を受けた。「派するところの修訂法律大臣はやはり老成の典型例で、数十年の旧律の経験、数年の新律の討論で、論者の挙げるところの浅簿の義を彼は知っていないではないか。しかしなんとこのような稿となるとは、この国の改革の意が、旧主義を捨てて新主義に従うということではないのか。」<sup>24</sup>しかし特別条項は礼教派と法理派双方を分岐し協調させないと同時に、なお妥協の余地を残し、『大清新刑律』を一定程度

国情に対応させ、過度に先走りさせるに至らせなかった。實際上、資政院の無夫姦の問題に関する表決から見ると、議員たちが代表するところの民意は依然として一般的に有罪と考えており、資政院のエリート層もなおかくの如しであった。況や一般の社会の民衆はなおさらで、これがおそらく憲政編查館が最終的に『暫行章程』を復活させると決定した重要理由であろう。

歴史の視野を広めると、このような特別条項の変更現象は民国時期になお演じられた。民国元年（一九一二年）、『大清新刑律』を基礎とした『暫行新刑律』が再度『暫行章程』を削除した。しかし民国三年（一九一四年）にまたも頒布された『暫行新刑律補充条例』は、その第一条「刑律第十五条（筆者注、正当防衛）は尊親属にこれを適用せず」、第六条「良家の無夫の婦女の和姦は五等の有期懲役或いは拘役に処す、その相姦者もまた同じ」<sup>25</sup>が、またも特別条項の形式で再び『暫行章程』の規定を復活させた。<sup>26</sup>さらに逆説的なのは、民国四年（一九一五年）に法理派の人物章宗祥、董康等の人が『修訂刑法草案』を制定して、清末に明確に反対された「無夫姦は罪となる」を法典の正文中に書き入れた。草案の完成を告げる呈文の中で、「無夫の婦の姦通の原案は外国の法典が正条に入れないことに基づきましたが、清の資政院以来、長らく争っており、今各々類に応じて編入したので、これで輿論に対応できます。」と考えた。<sup>27</sup>この時章宗祥は民国の司法総長と法律編查会の会長で、董康は大理院の院長と法典編查会の副会長であった。これらの当時の法理派の人々が、彼らと対立した礼教派の立場に回ったのである。中国近代の法の変化の中で、このような法制人物の変わり身の早さが一つの重要な時代の特徴なのである。

注

- (1) 『大清光緒新法令』 第一九冊、商務印書館、宣統元年二月初版、第二七 a 頁。
- (2) 『大清光緒新法令』 第一九冊、商務印書館、宣統元年二月初版、第二七 b 頁。
- (3) 参照、沈家本「死刑惟一説」(『寄稿文存』 卷三)、沈家本『歷代刑法考』(附『寄稿文存』) 中華書局、一九八五年版、第四冊、第二〇九九—二一〇一頁。
- (4) 参照、高漢成主編『大清新刑律立法資料彙編』 社会科学文献出版社二〇一三年版、第一八七—一九〇頁。
- (5) 『修改新刑律不可变革義閣倫常各奏諭』(故宮博物院明清檔案部編『清末籌備立憲檔案史料』(下)、中華書局一九七九年版、第八五八頁)。
- (6) 『為修正刑律草案告成敬繕具清單摺』(沈家本纂修『欽定大清刑律』 宣統三年六月刊、北京大學圖書館藏、卷前奏疏、第一八 b—一九 a 頁)。
- (7) 修訂法律館編『修正刑律案語』 二冊、鉛印本、北京大學圖書館藏、第二七 a—二七 b 頁。
- (8) 吉同鈞「論新刑律之顛末流弊並始終維持旧律之意」(吉同鈞『樂素堂文集』 卷七、中華印書局一九三二年版、第六 a 頁)。
- (9) 参照、陳煜『清末新政中的修訂法律館』(中國政法大學出版社二〇〇九年版) 第二章、從律例館到修訂法律館。
- (10) 参照、『資政院會議速記録』 第一次常年會議第二十三号議場速記録、台灣政治大學基礎法學中心藏書。  
議員の易宗變の發言の中でこの「暫行章程」の具体的内容が言及される。筆者はその挙げている条文の数字を頼りに調べ、第三案に目を通して、注の形式で具体的罪名を書き入れた。それと欽定第六案の「暫行章程」五条とを比較すると、条文数の変化以外に、罪名などには違いはない。指摘すべきは、易宗變の發言の中で第四条の「無夫姦」は「尊親屬の告訴があつて論ず」という条件(つまりこの条文の第二項)に言及しないことである。しかし勞乃宣の文章の中ではこの条文の全体を見ることが出来る。(勞乃宣「新刑律修正案彙録」、桐郷勞先生『乃宣』遺稿) 所収、文海出版社影印、第一〇四七頁) このため易宗變の發言はおそらく省略があるのであり、筆者は勞乃宣の文章に基づいて補足した。
- (11) 憲政編查館の奏摺の中で「附則」五条の中の第二条「各項を列挙し旧律を用い、およそ全体の効力に致るは尽く失い、極めて朝廷の改正の本意にもとる」を批判した。沈家本纂修『欽定大清刑律』 宣統三年六月刊、北京大學圖書館藏、卷前

奏疏、第二七b頁。

- (12) 参照、姚光祖「清末資政院之研究」台湾大学政治研究所碩士論文、一九七七年、第七七・一〇一頁。後に資政院が無夫姦の問題について表決した中で、法典係の構成員の八人が投票に参加し、無夫姦を罪とすることを支持したのは汪栄宝、書銘、陶保霖、顧視高、劉曜垣等五人であり、反対者は曹元忠、蒋鴻斌、康詠の三人であった。

- (13) 参照、「議決新刑律總則繕单陳請旨裁奪摺」(『欽定大清刑律』卷前奏疏所収)三二b 三二a、『資政院會議速記録』第一次常年會議第三十七号議場速記録、勞乃宣『新刑律修正案彙録』第一〇二七 一〇五三頁。

指摘せねばならないのは、奏摺の中で言及するのは第二案と第三案ではあるが、速記録と勞乃宣の記載から見ると、第一案と議員の修正案が審査の時にも参考とされたことである。筆者は、実際の状況はおそらく、前の二つを主とし、後ろの二つを補としたのであろうと考えている。

- (14) 参照、『資政院會議速記録』第一次常年會議第二十三号議場速記録。

- (15) 参照、『資政院會議速記録』第一次常年會議第三十七号議場速記録。汪栄宝の日記から見ると、資政院の法典係は宣統二年十一月二十日に「暫行章程刪除説帖」を提出した。『汪栄宝日記』韓策・崔学森整理、王曉秋審査・修訂、中華書局二〇一三年版、第二二五頁。

- (16) 当時『暫行章程』を削除する法典係の会でなすべきだったのは表決の多数を通じて採択することであったので全体が一致したわけではない。後の資政院での無夫姦問題についての表決の中で、法典係の構成員は八人が投票に参加し、無夫姦を罪とすることを支持したのは汪栄宝、書銘、陶保霖、顧視高、劉曜垣等五人で、反対者は曹元忠、蒋鴻斌、康詠の三人である。

- (17) 参照、『資政院會議速記録』第一次常年會議第三十七号議場速記録。

- (18) 参照、『資政院會議速記録』第一次常年會議第三十九号議場速記録。青票と白票の名簿は以下の通りである。

白票者 黄懋澄、陳樹楷、吳德鎮、於邦華、康詠、王曜南、梁守典、吳懷清、劉志簾、李素、範彭齡、劉懋賞、張之霖、陶毓瑞、李時燦、彭運斌、王紹勛、蒋鴻斌、汪龍光、鄒国璋、徐穆如、齊樹楷、王玉泉、陳瀛洲、曹元忠、吳緯炳、錫嘏、奎瀟、栄普、宜純、栄敦、徹忠、魏聯奎、志鈞、延候爵、存興、劉能紀、定秀、慶將軍、盛昆、柯劭忞、方遠、李湛陽、



羅乃馨、王鴻圖、宋振声、孫以蒞、陶葆濂、顧棟臣、李士鈺、陳善同、許鼎霖、夏寅官、馬士傑、王昱祥、鄭錫嘏、談鈺、黃毓堂、黃晋蒲、楊錫田、索郡王、多郡王、色郡王（筆者注、同名が二名いる）、高凌霄、張歧、万慎、羅其光、王佐良、榮凱、毓善、崇方、李絳齋、寿公、希璋、陳宝琛、勞乃宣。

青粟者、陳国瓚、劉緯、李文熙、陳懋鼎、吳賜齡、尹祚章、劉述堯、邵羲、孟昭常、汪采宝、書銘、黄象熙、文祿、陳敬第、余鏡清、慶山、胡初泰、沈家本、潘鴻鼎、甯繼恭、胡駿、鄭際平、陶保霖、劉景烈、籍忠寅、柳汝士、吳廷燮、江辛、馮汝梅、周廷励、劉曜垣、陳命官、彭占元、黎尚雯、雷奮、劉澤熙、王廷揚、王佐、顧視高、章宗元、王璟芳、陸宗興。

その中で吳賜齡の一票は無効票となった（票上に書き込みがあったため）。

この名簿は次による。勞乃宣『新刑律正案彙録』第一〇五二—一〇五三頁。

(19) 沈家本纂修『欽定大清刑律』宣統三年六月刊、北京大学図書館蔵、卷前奏疏、第三〇a—三三b。

(20) 前掲注(19) 沈家本纂修『欽定大清刑律』第三四a—三七a。

(21) 董康「中国修訂法律之經過」(『董康法學文集』何勤華・魏瓊校訂、中国政法大学出版社二〇〇五年版、第四六三頁。)

(22) 『汪采宝日記』韓策・崔学森整理、王曉秋審查・修訂、中華書局二〇一三年版、第一〇三頁。

(23) 『汪采宝日記』の中には『修正刑律草案』に参加した多くの記載がある。1、宣統元年十月十八日：修訂法律館に到り、經綫(董康)が刑律草案改正を分担すること。私は分則の第一章から第二十章を担当する。2、十月二十九日：刑律草案分則の注釈を作り第一章終わる。3、十一月二日：十一時に法律館に赴き、刑律草案分則第一章の注釈を書記の清書に交す。4、十一月四日、早朝、刑律草案注釈を作り、分則第二章できる。5、十一月五日：法律館に到り、刑律分則第二章の注釈を書記の清書に付す。6、十一月八日：刑律草案分則第三章の注釈を作るが、未完。7、十一月九日：法律館に到り刑律草案の注釈を作り、第三章が終わり、書記の清書に付す。8、十一月十二日：法律館に到り刑律草案分則の注釈を作り、第四章終わる。9、十一月十六日：刑律草案分則の注釈を作り、第五章終わる。10、十一月十九日：修訂法律館に到り刑律草案分則の注釈を作り、午後三時となり、第六章終わる。11、十一月二十三日、修訂法律館に到り刑律草案分則の注釈を作り、第七章終わる。12、十一月二十九日：刑律草案分則の注釈を作り、第八章から第十章十二時頃ようやく終

わる。13、十二月一日：修訂法律館に到り、刑律草案の注釈を授金に交す。

『汪榮宝日記』韓策・崔学森整理、王曉秋審査・修訂、中華書局二〇一三年版、第八二、八五、八七、八八、九〇、九一、九二、九三、九六頁。

(24) 楊度「論国家主義與家族主義之區別」(劉晴波主編『楊度集』所収、湖南人民出版社二〇〇八年版、第五三三頁)。

(25) 司法部編『改定司法例規』(下)、一九二二年、第一〇八九—一〇九〇頁。

(26) 章宗祥の言によれば、この条例は旧派の人物沈銘昌、沈金鑒等の人よりでたものである。参照、章宗祥『新刑律頒布之經過』(中国人民政治協商會議全國委員會文史資料委員會編『文史資料存稿選編』《第一刷》所収、中国文史出版社二〇〇六年版、第三七頁)。

(27) 修訂法律館編『法律草案彙編』(刑法)、台北成文出版社一九七三年版、第二頁。

補記

本稿は、清華大学(北京)副教授であり、清華大学法学院近代法研究センター主任も務める陳新宇氏から、谷口昭教授の退職記念のために寄せられたものである。また本稿は陳氏が責任者である国家社科基金プロジェクト『大清新刑律』新研究及資料彙編』の研究成果の一部である。