



Title	章炳麟「五朝法律索隱」とその周辺：礼と法の見方をめぐって
Author(s)	小林, 武
Citation	中国研究集刊. 2015, 60, p. 124-141
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/58673">https://doi.org/10.18910/58673</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

## 章炳麟「五朝法律索隱」とその周辺

— 礼と法の見方をめぐって —

小林 武

### はじめに

私は前稿で、章炳麟（号 太炎、以下太炎と称す）の「五朝法律索隱」（『民報』二三号、一九〇八年八月）について考察し<sup>（注）</sup>、太炎の中国法に対する四つの評価視点について検討した。その評価視点とは、「重生命」「恤無告」「平吏民」「抑富人」の四つである。太炎はこの視点に立って、歴史の中から具体的事例を集めて中国法を篩にかけ、中国法の問題点と美点を探った。中国法の問題点とは、中国法が官員や富人、父や夫など礼制における上位者に有利に働き、法の下に平等ではないことである。美点とは、五朝法に「損上益下之美」と「抑強輔微

之心」があつて、民衆を利することである。彼の議論は、清末において法の下の平等を論じた点で比類がない。本稿で考察するように、太炎の周辺では、礼と法の相補性を当然のごとく見なし、法の下の平等など論じていないからである。ところが、彼の議論がもつ近代性は見えにくい。彼が中国法の問題点を示しても、法制史的事実と比較せねば、その意味が理解できないからだ。具体的事例が引かれたとしても、やはり同じだろう。「四惑論」や『齊物論釈』を書いた高踏的思想家というそのイメージからは、事例を引き法制を論じたとは、とても想像しにくいのである。

本稿が問題とするのは、太炎の周辺は礼と法の間係をいかに見たかである。というのは、太炎は礼の法に対す

る影響を批判したが、彼の周辺ではどうであったかを知りたいからである。一九〇七年、旧律に代わる新律の草案ができた。それが各部と督撫の簽注に付されると、批判が生まれた<sup>(注2)</sup>。そこで問題化したのは礼と法の関係であり、具体的には皇帝に対する罪科や家族倫理の扱いなどであった<sup>(注3)</sup>。新律草案が礼制の影響を排除しようとした結果、官僚たちから批判を受けたのである<sup>(注4)</sup>。

一方、太炎も旧律が礼制の影響を受けている点を批判した。それ故、彼の周辺における礼と法に対する見方を知ることが、太炎の議論をより明確に位置づけることになるだろう。

## 「一」 礼と法をめぐる

そこで太炎の周辺として、梁啓超、劉師培、嚴復、そして新律草案に関与した法務官僚の沈家本と新律を批判した官僚たちを検討したい。

を法の中に組み入れようとする企図は、すでに漢代に始まっていた。礼制の影響は北朝を経て、唐律に至って完成した、と<sup>(注1)</sup>。礼制の影響とは、例えばいわゆる「容隱」(子が親の罪を隠しても、隠した罪は孝なので許す)とか、犯人の子孫などが代刑を求めたので、赦免減刑するとか、あるいは親族間の殺傷罪は尊卑長幼の序によって処分が違うとかである<sup>(注2)</sup>。新律草案に関与した沈家本は、旧律の改正点を五つあげた。すなわち、①刑名を改める。笞・杖・徒・流・死の五刑を死刑・徒刑・拘留・罰金の四刑にする。②死刑の条目が多いため、漸次酌減する。③死刑は絞首刑だけにする。④比附(類推適用)を削り、罪刑法定主義を確立する。⑤刑事丁年を十六歳以上にして、懲治教育を施す、である<sup>(注3)</sup>。しかし新律への反発は、死刑を絞刑だけにしたとか比附を否定したからというより、もっと根本的な中華の倫常の否定として受けとられた(後述)。つまり、礼の法に対する影響が問題視されたのである。

エミール・デュルケムによれば、道徳と法は、儀礼的慣行から生まれ、ともに共通する観念や感情をその基底にもっている。慣行が義務として人を拘束すると、道徳になり、それがさらに命令的になって制裁を課すと、法になる。道徳に違反すれば社会から非難され、法に違反

すれば処罰が科されるが、何を違反とするかは、それぞれの社会が逸脱と見なす基準を表す<sup>(注5)</sup>。要するに、法は道徳と起源を同じくし、両者の関係は相補的というこ  
とである。中国法も、この点は変わらない。「夫れ礼は  
未然の前に禁じ、法は已然の後に施く」(『史記』太史公  
自序)と言うのも、同様の発想である。確かに礼と法は  
制裁の性質が異なるにしても、ただ、中国の場合は、法  
に対して礼が大きく影響し、いわゆる不道徳的行為まで  
もが犯罪とされて罰せられた。例えば祖父母・父母を罵  
ると絞刑に処せられたのである<sup>(注6)</sup>。中国では、法は統  
治の王道ではなく、「小人」を刑罰で威嚇する霸道と考  
えられてきた。道徳を個人の内面に委ねて、法を正義の  
ルールとする西洋近代思想とは、発想が違っているのである。  
したがって、近代法の導入に際して、礼と法の関係は否  
応なく問題化した。太炎は「重生命」の項で、儒教が母  
の子殺しを緩刑に処することを批判し、一般人殺害の場  
合と同罪にせよと主張したが<sup>(注7)</sup>、これは礼の法に対す  
る影響を批判したものである。礼と法の関係を検証すれ  
ば、礼制からの逸脱を法的に認めるかどうか分かる。  
礼制からの逸脱に対する法的制裁を、儒教は当然と見な  
すが、近代法は認めないからである。それ故、周辺人物  
の礼と法の関係に対する見方を明らかにすれば、太炎の

議論の位置を見定めることになるだろう。

以上のように考えて、清末の思想家や官僚たちが礼と  
法についてどう考えたのかを見てゆこう。

## (一) 梁啓超

梁啓超(一八七三―一九二九)は、『中国法理学發達  
史論』(一九〇六年)<sup>(注8)</sup>と『論中国成文法編制之沿革得  
失』(一九〇六年)<sup>(注9)</sup>を書いた。両書の執筆時期は、立  
憲政治の導入が日程に上り始めた頃である。清朝は一九  
〇一年、新政の詔において近代法制の導入を謳い、一九  
〇四年に修訂法律館を設置、一九〇五年には予備立憲の  
ために考察政治館(一九〇七年に憲政編查館と改称)を  
設置した。同じ年、五大臣は立憲政治の視察に日本や欧  
米に出かけている。梁啓超は『論中国成文法編制之沿革  
得失』で「今後の最も重要な問題は、新法典編纂の問題  
である」と述べているように<sup>(注10)</sup>、彼は近代法の導入に  
肯定的である。

さて、『中国法理学發達史論』は、中国の法哲学を先  
秦諸子の中に探り、『論中国成文法編制之沿革得失』は、  
先秦より明清に至るまでの成文法の在り方を考察したも  
のである。両書において、彼は日本人の關係論著とし  
て、織田萬『清国行政法』、浅井虎夫『支那法制史』、広

池千九郎『東洋法制史序論』、田能村梅士『世界最古之刑法』、奥田義人『法学通論』、梅謙次郎『民法原理』、小野塚喜平次『政治学大綱』、穂積陳重『法典論』、仁保亀松「論法律之發達」、寛克彦『法学通論』など数多く参照している<sup>〔注1〕</sup>。梁啓超が明治の法学や政治学を参考にしたことが窺える。

そこで礼と法の関係を梁啓超がいかに考えたのか、見てみよう。彼は、「法」字は「平直」という語源的意味から、成文法の意味まである、と言う<sup>〔注2〕</sup>。彼によれば、儒家は法を自然法として理解し、自然法を知る者のみ天意である人民の公意に則って立法できる。それ故、中国の「人定法（実定法）」は自然法を前提とし<sup>〔注3〕</sup>、自然法は「公理」として「人定法」に先立つ<sup>〔注4〕</sup>。一方、法家については、人は道德のみで治めることは出来ず、法は国家秩序を維持する手段であり、普通レベルの人間を対象にする、と言う<sup>〔注5〕</sup>。要するに、自然法は儒家が説き、「人定法」は法家が説いたというのである。

それでは、礼と法はいかに関係するのか。梁啓超は言う。法が国家の制裁力であるのに反し、礼は社会の制裁力だ<sup>〔注6〕</sup>。古代において、礼は同族を治め、法は異族を治めるものであったが、礼の適用範囲が拡大するにつれて、法の適用範囲も拡大した<sup>〔注7〕</sup>。法家は、法によって

厳しく督責した結果、人心を喪なつたが<sup>〔注8〕</sup>、天下統一以降、儒家は法治を礼治の補助と考えた<sup>〔注9〕</sup>。礼が必要なのは、社会は国家の制裁力だけでは治められないからだ。それ故、近代法治国家は「人道主義」の立場に立ち、法律とともに道德も採用するのである、と<sup>〔注10〕</sup>。梁啓超は、礼と法との相補性を当然と見なすばかりか、この相補関係を「人道主義」の名の下に容認するのである。その結果、礼は道德として一般化されてしまい、礼の法への影響が探られることはない。

しかし、彼からすれば、今日では、法は礼の補完的役割でよいわけがない。中国が退化したからである<sup>〔注11〕</sup>。そこで法治主義を「今日救時唯一之主義」と見なし<sup>〔注12〕</sup>、新法典の編纂は急務と言う<sup>〔注13〕</sup>。結局、彼において礼と法の関係は、両者の比重を変化させたにすぎず、法治主義にしても、その内容が検討されはしない。

礼と法の相補性という見方は、明治日本にすでにあった。例えば穂積陳重「礼と法」は言う。礼治は法治に先立つが、礼治のみで天下は治められず、唐以降は実質的に法治によつたが、理論的に礼と法は分化しないまま来ている、と<sup>〔注14〕</sup>。分化しないとは、法が礼の影響を受けたことである。この穂積論文に梁啓超は言及するが、礼と法の未分化には触れない。礼と法の一体化に違和感が

ないからであろう。

梁啓超が礼と法の相補的關係を論じた時、礼治や法治の説明に古典が引用された。例えば礼治では『易』『礼記』『詩経』『尚書』『孟子』などが引かれ、法治では『韓非子』『管子』『商君書』『慎子』などが引かれた。古典の表象を用いて彼は思索していたわけだが、実際でも表面的な解説に終始し、礼がいかに法に影響したのかについて、太炎のように具体的事例をあげて論じたわけではなかった。

最後に、梁啓超の魏晋法に対する見方に触れておこう。彼は、唐律を中国成文法の基礎と見た<sup>(注18)</sup>。魏晋の新律を唐律に至る線上に捉えたのである。すなわち、魏晋律が漢律より進化した点は、①律令の境界を厳密にした、②学理に根拠を求めた、③公布の形式を鄭重にした、の三つだと言う<sup>(注19)</sup>。一方、太炎は、五朝法が唐律や明清律とは違い、官吏にも平民にも等しく法を適用したと考えて、五朝法の中に法の下の平等を発見した。梁啓超とは対照的なのである。梁啓超には、礼が法に影響した問題点をさぐる視点はなかったと言えよう。

もっとも、梁啓超のような見方は、当時他にもあった。例えば浅井虎夫『支那法制史』(明治三十七年)は第三章が「漢代の法制」、第四章が「唐代の法制」と構成

されて、五朝法の専論はない。また同じく浅井虎夫『支那二於ケル法典編纂ノ沿革』(明治四四年)は、漢と隋唐の間に第四章「魏晋以後ノ法典」を設けて佚文の蒐集に当たっているが、法制史的評価をしていない。当時、魏晋の法はほとんど重視されなかったということである。とすれば、太炎が「重生命」「平吏民」といった視点から、五朝法の中に近代法の精神を探ったことは、清末において珍しかったと言えよう。

## (二) 劉師培

国学者劉師培(一八八四—一九一九)は、『中国民約精義』(一九〇三)の中で、中国の律令は敕令であって法律ではなく、家法であって国法ではないと述べた<sup>(注20)</sup>。当時、「法」とは誰もが守るもので、立法権は一国人民の公有であり、君主は議会の協賛を得て立法権を行う、と立憲君主制の見方に立っていたのである。他にも法に触れた箇所はあるが、法学の専論としては「憲法解」<sup>(注21)</sup>「漢代法制發微」<sup>(注22)</sup>「儒学法学分岐論」<sup>(注23)</sup>「刑礼論」<sup>(注24)</sup>などがある。彼の思想的転向は周知のところだが、礼と法の相補的關係を自明の前提とする点では一貫し、評価の重心をいずれに置くかの相違でしかない。見てみよう。

「憲法解」(一九〇六)は、立憲制への関心を背景に、訓詁学的手法によって専制君主制と中国の法との関係を論じたものである。すなわち、「憲」とは一國の遵うべき旧典で、君主も違反できぬものであり、古えの中国には存した。ところが、秦漢以降、君主は法典を軽視してきたというのである。

「漢代法制發微」(一九〇六)は、漢代の法の厳しさが余り知られていないとして、『漢書』の刑法志や列伝などを引用し、漢代の法の苛酷さを明らかにしたものである。この論文で、彼は法を酷薄と見ており(注6)、翌年に書かれた「儒学法学分岐論」とは、法に対する見方が異なる。一九〇七年は、彼が来日して同盟会に加入、アナキスト雑誌『天義報』を創刊した年である。北一輝や和田三郎らとも交わり、劉師培にとって知的刺激に富んだことが関係したのかもしれない。

「儒学法学分岐論」(一九〇七)は、法学の古代における地位の高さを論じて、法は刻深という誇りの不当なことを論じたものである。法に対する見方が前年の「漢代法制發微」とは違っている。劉師培は『漢書』や『後漢書』、崔寔、仲長統、応劭などを引用して、漢代における法学と儒学の関係を歴史的に跡づけようとしたのである。しかし、礼制を根拠にした同罪異罰といった中国法

の性格にまで踏み込んで論じたわけではない。彼は言う。上古では、「土」にだけ学があり官に入れた。「士」は「吏」であった。一方、古学の起源においては、法典が第一に重んじられたほどに、法学は重要であった。それ故、秦代では法学が重視され、法令を「吏」に学んだのである(注7)。ところが漢代になって、儒と「吏」が分化し、文吏は法令を多く学び、儒生は礼教を多く説いた(注8)。儒生は法官を輔けて古義を援き、今獄を断じることになったが、儒生は民間の情偽に疎く、言うことも迂闊で、結果的に悪賢い者を利した(注9)。東漢と西漢では、儒生も文吏もそれぞれ性格が違い、儒学は虚に近く、法学は実に近かった(注10)。吏治が残酷だと言うのは、彼らが法に背いた結果である、と(注11)。

この議論の特徴は、儒学と法学を区別し、古代における法学の重要性を説いた点にある。「漢代法制發微」のように法は苛酷だという儒教風の見方をしないのである。儒学と法学との区別は、前掲の穂積陳重「礼と法」が先秦における礼と法の分化過程を考察したのに似ている。劉師培もこの論文からヒントを得たのかもしれないが、礼と法の未分化という中国法の性格については触れない。どこまでも法学の重要性だけを説く。また沈家本「法学盛衰説」にも通じるところがあるが、劉師培は法

学の重要性を漢代に限って歴史的に検証しようとした点が沈家本とは異なる。例えばこうである。

(A) 「(引経決獄は) 実に酷吏の舞文に便なり」

(第二葉 b)

(B) 「後儒は察せずして妄りに謂う、儒生は仁厚を以て治を施し、法吏の縦暴と同じからず、と。知らず惟だ法吏のみ能く民を治むるを」(第三

葉 b)

(C) 「是に由りて之を言へば、法吏は乃ち輕刑なり。重刑には非ず。漢は吏を以て太平を致し、儒を以て太平を致すには非ざるなり」(第五葉

b)

儒教が法に関与した結果、「酷吏」が「舞文」したのに(A)、後代、儒生は仁厚であり法吏は横暴という俗説が生まれた(B)。太平の治は法学に基づき儒学に基づくのではない(C)、と言うのである。「儒学法学分岐論」におけるこのような法学の高い評価は、やはり近代法の導入という時代背景と切り離せない。しかし、礼と法の相補性は、彼にとつて自明のことであり、儒教が「不当に」貶価してきた法学の地位を見直したまでと言える。「刑礼論」でも、礼と法の相補性は自明とされているからである。

「刑礼論」(一九一四)は、礼と法の相補性を当然としながら、従来とは違い、清末の近代法導入に対する批判が顕れ、礼は再評価されている。彼は言う。

「是れ知る、礼は以て敬を崇び、刑は以て威を明らかにす。律は以て名を正し、令は以て制を存す。禁は以て衆を斉ひ、分は以て争ひを止むるを」(注12)

これは『尚書』呂刑や『周礼』などを引用し、それにコメントしたものだ(注13)。「刑礼論」末尾の案語で、清末の新律が礼を踏まえていないと批判して言う。

「案ずるに、中国は三代以来、礼教と刑律とは、互いに表裏の關係であつた。それ故、礼から出て刑に入り、古には明訓があつた。清の末葉になると、新律に改訂した。条文は備わつていたが、頒行されなかつた。民国が成立すると、全てが草創され、暫行刑律が決められた。法廷で用いられて、三年になるが、礼と刑は付合せず政治と法律もバラバラである」(注14)

劉師培は、もともと礼と法は相補的であるべきと考えていたが、彼は新律が礼と法のバランスを壊したと見たので、近代法導入を批判した。バランスを壊したと言うのは、平等の精神が綱常を乱したと見たからである。

「新律の條文は『齊等』(ひようとう)をたつとぶから、これを一

族郎党におこなつたら、目上の者を犯す風潮を戢め  
るには不十分だ」〔注15〕。

このように「儒学法学分岐論」(一九〇七)では法学に  
高い評価を与え、「刑礼論」(一九一四)では逆に礼制を  
たつとんだのである。が、いずれにせよ、彼の議論は古  
典の表象を借りたものにすぎない。例えば、「民は天地  
の気を含み、五常の性有り。仁を陽に取り、義を陰に資  
く」〔刑礼論「第一葉 a」〕といった類で、「五常」「仁」  
「義」といった表象で生きる現実を解し、表象と現実と  
の間に溝を見い出さない。表象世界は彼の生きる現実そ  
のものなのである。それ故、礼と法とは矛盾せず、太炎  
のように法制と実態との溝を具体的にさぐる作業をしな  
い。彼が旧律に疑義を懐くことはなかったのである。

「秦漢以下、数しば法禁を革め、不孝の科を重くし  
内乱の罰を厳しくするに至る。之を軽重するは、則  
ち喪服の準率と符を合して規を重んじ、上は旧章に  
応ぜしめんとすればなり」〔刑礼論「第一葉 b」〕

「竊かに以ふに、旧律の用は礼教に協応し、下は邦  
俗に適ひ、民徳をして厚きに帰せしむ」〔刑礼論「  
第二葉 a」〕

彼は「不孝」や「内乱」(小功以上の親や父祖の妾を姦  
するなど)など「十惡」に対して、異議をさし挟さまな

い。それが礼制に合致するからである。一方、太炎は  
「十惡」を問題視し、「重生命」の視点から親殺しと子殺  
しとの間にある処罰の違いを批判した。同じ国学者とは  
いえ、劉師培の精神的態度は、太炎とは異なる。

### (三) 嚴復

嚴復(一八五四―一九二一)は、C.L.S.Montesquieu  
“De l'esprit des lois”(一七四八)を『法意』の書名で  
漢訳し、一九〇四年から一九〇九年にかけて、商務印書  
館から出版した。折しも清朝政府が立憲制の導入に動き  
出した頃である。嚴復の関心が政体にあったことは、  
『憲法大義』(一九〇六)などを見ても分かる通り、法は  
政体との関連で論じられている。アリストテレスとモン  
テスキューの政体分類を紹介して、法と刑は「無道」で  
ある専制政体の制度であり、礼と徳は「有道」である  
「民主」と「独治」の制度だ、と嚴復は言うのである〔注16〕。  
そして、彼も礼と法の相補的關係を当然と見なしてい  
る。

中国の法について、嚴復は『法意』の案語で、ほぼ次  
のように言う。西洋の法制は「国際公法」「公法」「私  
法」の三つに分かれるが、中国法には公私の区別はな  
く、あるのは礼と刑の区分である。礼は未然に防ぎ、刑

は已然を懲らすものだ<sup>(注2)</sup>。礼は「君子」を待つ所以、刑は「小人」を威す所以である<sup>(注3)</sup>。礼は聖人によって制定され、西洋のいわゆる「教」に相当する<sup>(注4)</sup>。中国では法は刑のことであり、臣民を束縛するが、国君は法から超然としている<sup>(注5)</sup>。裁判にしても、西洋が法を守って民を保護するのに比して、中国では法は無視されることがあり、その曲直に問題を残して民を害することがある<sup>(注6)</sup>。中国法では漢律がもつとも備わり、西洋のローマ法に似ている<sup>(注7)</sup>。中国法は①悪人を苦しめる、②悪を予防する、③間違いを改めるといふ点に特徴があり<sup>(注8)</sup>、中国の刑罰は残酷かつ非人道的なので中国の恥だ<sup>(注9)</sup>。中国の刑獄は貴によって賤を治める方式であり、貴が仁か暴かで、公平かどうかが決まる。貴が仁だと、民の父母になり、暴だと豺狼になるからだ<sup>(注10)</sup>。そして、清末の法制改革の一つとして凌遲や梟首、戮死の極刑がなくなったことを「聖主如天之仁」と評した<sup>(注11)</sup>。法制改革には肯定的なのである。

上のように厳復は、西洋の法と比較して、中国の法は、「無道」の世において悪を予防し処罰するものであり、「小人」に適用されるものと考えた。彼からすれば、礼と法は適用される社会階層が異なるにすぎず、両者の相補的關係は自明である。ところが、ただひとつ厳復に

は弁明することがあった。モンテスキューが、「支那帝國」を「恐怖」「榮寵」「道德」を一つにした政体だと評し、何事も「杖」で殴らなければ出来ないような人民に、いわゆる「榮寵」があるのか、と批評した点である<sup>(注12)</sup>。宣教師が伝えた中国の道德性と商人が伝えた皇帝の暴虐性との余りの乖離に対して、モンテスキューは疑義を懐いたわけだが、彼は当然「君子」と「小人」という区別をしていない。そこで厳復は、「杖」は中国の辱とするには足りないかと反論した。礼は「君子」を待つ所以、刑は「小人」を威す所以で、「杖」は「小人」に適用されるものだから、というのである<sup>(注13)</sup>。礼に生きたる「君子」には無関係というわけだ。ただ、厳復が反論しにくかった一点があった。「廷杖」である。「廷杖」は、皇帝が過失のあった官吏を杖撃する刑罰だが、官吏は「榮寵」をもつ「君子」であるはずなのに、それが加えられたのである。つまり、官吏は「君子」だという理念的前提と現実には罪を犯す実態との間に齟齬があるということである。モンテスキューは「君子」をも「杖」で威して律しようとするところに中国的精神の矛盾を見出していたのだが、厳復は清律に至って「廷杖」がなくなり前進した、と弁明した<sup>(注14)</sup>。因みに付け加えると、太炎は、「廷杖」に対しては、厳復と正反対の見方であ

る。官員が違反をして「廷杖」を受けるのは当然で、明代は免官によって満杖の刑に代えているが、罰俸貶官ですませてはならぬと杖刑の適用を主張した<sup>(注15)</sup>。太炎は官員の「榮寵」よりも法の均等な適用を重視し、嚴復は逆に官員の「榮寵」を重視したことが分かる。

以上、嚴復からすれば、礼と法は中国では相補的であり、礼は「君子」たる士人の規範、法は「小人」への威嚇なのである。礼と法は、適用される社会階層が異なるから、中国の政体に「恐怖」「榮寵」「道德」が混在している当然なことになる。従って、礼の法に対する影響が問題視されることはなかった。

#### (四) 清朝官僚たち—沈家本その他

清朝官僚といっても、近代法導入を推進した沈家本(一八四四—一九一三)<sup>(注1)</sup>とそれに反対した者とは見方が異なるが、ここでは礼と法に限って見ておこう。

(A) 沈家本 彼の「法学盛衰説」は、礼(儒学)と法の関係を歴史的に跡づけたものである。彼は言う。法学は古代に盛んであったが、秦で衰え、漢代以降は儒学者が法の解釈を行い、唐律で体系化された。しかし、元・明・清で法学は衰えた、と<sup>(注2)</sup>。そして礼と法の関係について、礼が「制治の原にして法を偏重せず。然れ

ども亦た法を廢して用ひざる能はず」と言った<sup>(注3)</sup>。礼を政治の根幹として、法と相補的に捉えているのである。法が礼治の補助だというのは、先ず教えることをせずに、罪を犯したから罰するというのは、間違いだと思えるからだ。法の盛んなことは、衰世の徴なのである。孔子は「聽訟、吾猶人也。必也使無訟」(『論語』顔淵篇)と訴訟のない状態を望ましいと考えていたが、沈家本も同様で、儒教が基本的立場なのである。礼が先で刑が後という見方は、彼の『歴代刑官考』でも述べられている<sup>(注4)</sup>。

では、彼は法務官僚として、実際に礼の法に対する影響をいかに評したのでろうか。三綱の扱いを見てみよう。沈家本からすると、夫婦の倫は、君臣の倫、父子の倫に比べて、情誼では尊嚴、分際では距離の点で他の二つの倫と違う。だから妻が夫を謀殺したり毆殺した場合、絞殺にするのがよい。西洋の男女平等説は中国では実行できないので、情を計って罪を定めるのが、公平で穏当に近いと言う<sup>(注5)</sup>。また祖父・父母の謀殺や毆殺は、倫常の変として極めて大きな罪悪だが、新律草案では斬決に改められたので、再び改めることはしないとしている<sup>(注6)</sup>。例えば大清律では、妻妾の夫や夫の祖父・父母を謀殺せんとして未遂だと斬刑、実際に殺すと

凌遲処死であり(注8)、「十惡」の内の「惡逆」とされて処罰は極めて重い。しかし、新律草案では「死刑」とされたが、それは絞刑であつて凌遲処死などの極刑ではない(注8)。

また「十惡」の評語からも三綱の見方が窺える。そもそも「十惡」は天子や現王朝に対する罪と家族秩序に対する罪であつて、儒教倫理がその基準となつている。それは、「一曰謀反、二曰謀大逆、三曰謀叛、四曰惡逆、五曰不道、六曰大不敬、七曰不孝、八曰不睦、九曰不義、十日内乱」である。沈家本は言う。「十惡」は北齊に始まり、「重罪十條」と呼ばれて軽罪ではなかつたが、隋になつてこれが改められて軽罪もそこに加わつた。特に第六條以下はそれほどの罪ではないのに、一概に「十惡」とされた、と(注9)。彼は「先王の法、恐らく是（これ）の若くこれ苛ならざらん」と評した。「不孝」や「不睦」など、家族秩序の紊乱まで法的に「重罪」とする礼制の影響に疑いの目を向けていたのである。

以上、沈家本は礼制に影響された中国法に問題のあることは承知してはいたが、近代法導入の当事者として、現実的な折衷的態度をとつていたと言えよう。従つて、礼と法の相補性については、自明として疑つていない。

(B) その他の官僚たち 一九〇七年、新律草案が策

定されて、それが各部と督撫の簽注に付されると、草案に対して批判的意見が続出した。それらについては先学の研究に委ねて(注10)、ここでは礼と法について触れたい。その考察を通して、官僚の新律批判が太炎のものとは異質なことが分かるからである。

礼と法の相補性について、江蘇巡撫陳啓泰は言う。「刑罰の根源は礼教に基づく。礼教が異なれば、刑罰が全て同じというのは無理であ」り、刑罰を軽くすることは、聖人の「明刑弼教」の意に背く、と(注11)。同様の意見は江西巡撫馮汝駉も唱え、軽刑は聖人の「明刑弼教」の本意ではないとし(注12)、河南巡撫吳重熹も「刑の根源は礼と互いに維繫（つな）がる」もので、唐律がこの趣旨を受け継いでいる、と言う(注13)。礼と法が相補的關係にあることは、彼らからすれば当然であり、その自明さは自然に基づくとされた。陳啓泰は、「伏して我朝の刑法を査（しら）べてみますと、前明の旧制をうけ、列聖の纂修をへて詳明平恕、悉く天理人情の至に準じております」と言う(注14)。そもそも儒教は礼と法の關係を「明刑弼教」として定式化した(注15)。法はあくまでも礼の補助にすぎないのである。ところが旧律が礼からの逸脱を法的に罰したことを新律は否定したから、官僚たちは、新律草案が天理自然に背く大罪だと反発したわけである。もはや問題は各

條文の妥当性の範囲を超えて、儒教世界の存立根拠そのものに関わっていたのである。大学堂総監督劉廷琛は、次のように言う。

「竊かに維<sup>おも</sup>ふに政治は時とともに変通するも、綱常は万古不易なり。故に世局の推移に因りて法律を修改するは可なり。法律を修改するに因りて綱常を毀滅するは則ち大いに不可なり。蓋し：綱常の壞たるる禍は、天下を亡ぼすに在りて、人道滅絶するの憂ひ有り」〔注16〕

「綱常は万古不易」であるから、「綱常を毀滅」するような法律の修改は、天下を亡ぼし人道の絶える懼れがある、と言うのである。劉廷琛からすれば、天下の治安が保たれるのは、綱常によってであるから、旧律が三綱を特別に扱うのは、自然の理法に適う。ここで彼らが固執したのは、儒教的世界の存立根拠なのである。この種の発想が太炎の「重生命」などの視点と異質なことは、言うまでもない。そこで官僚たちの具体的な条文批判を太炎の視点と比べてみよう。

(C) 官僚の條文批判 先ず太炎の五朝法に対する見方を想起したい。太炎は「重生命」の項において、祖父・父母が子を殺した場合、晋律が一般人の場合と同様に処罰した点を高く評価した。すなわち、唐律以降、尊

長が卑幼を殺した場合と卑幼が尊長を殺した場合とで、罪科の上で大きな違いを設けてきたから、晋律が罪科を等しく適用した点を生命を重視するとして、彼は高く評価したわけだ〔注17〕。また彼は「平吏民」の項において、中国法は官員を法的に優遇し、その裏返しとして官員殺害に重罪を科したことを、「部民殺長吏」條を例に批判した〔注18〕。太炎は法の均等な適用を唱えて、中国法の官員優遇を批判したのである。

上述の二点（尊長と卑幼との間柄での殺害及び官員の殺害）について、官僚たちの見方は太炎とは違う。例えば江蘇巡撫陳啓泰は、次のように言う。新律は「制使及び本管官を殺すと、一般人と同様に扱う。また子孫が祖父母・父母を謀殺したら死刑になるが、祖父母・父母が子孫を殺すと、一般人と同様に扱う」。しかし、これらは法のみならず政体と名教に関わる問題で、「大いに人心世道の憂いとなるう」と〔注19〕。陳啓泰は、法を均等に適用することに反対なのである。旧律は名教を基に政体を護持してきたが、官員の法的優遇は「天理人情之至」に基づくので当然と考えるからだ。「明刑弼教」は、名教社会の不動の定論なのである。

また贖罪について、太炎は「老小女人篤癡病」に限って認め、一般人に贖罪を認めるなど主張した。中国の贖

罪制度は、贖罪でできる富人と官員に有利だからである<sup>(注20)</sup>。ところが河南巡撫吳重熹は新律を批判する。罰金刑を主刑にしてはならぬ。現行の刑法は、收贖を情節の軽い者と笞杖を受くべき者に適切に施している。過失によつて危害を「乘輿<sup>おかみ</sup>」に加えたり、尊属親を死もしくは篤疾にならせた場合は、收贖できないのに、新律では罰金刑である、と<sup>(注21)</sup>。吳重熹から見ると、旧律には收贖できない罪があるので、新律にはそれがないので、「奸悪を止むるには足らず、悪を長ぜしむるに足る」ことになる。太炎は收贖範囲を定め原則として贖罪を認めないことを主張したが、官僚たちは旧律のまま現行秩序を動揺させることへの処罰を求めたのである。

## 「二」 結びに代えて

本稿は、梁啓超や劉師培など、太炎の周辺人物の礼と法に対する見方を考察した。太炎は事例を挙げて、四つの視点から中国法を飾りかけ、礼の法に対する影響を批判したが、彼のような議論が清末、普通にあつたのかどうか。この考察を通して、太炎の位置を明らかにしようとしたのである。

梁啓超や劉師培、嚴復らは、礼と法の相補性を疑うこ

とはなかつた。その結果、彼らにおいては、礼の影響を受けた旧律が現実には与えた歪みは捉えられなかつた。この点は清朝の高級官僚も同様であり、彼らは法が礼を補うことを自然の理と見なした。梁啓超に至つては、礼と法の相補性を近代的な「人道主義」と附会したのである。一方、太炎は「重生命」や「平吏民」の項で、中国法における尊卑長幼の序の重視や官員優遇を批判して、礼の法に対する影響を抉り出し、法を均等に適用することを唱えた。子の生命を親と等しく扱え、官員や富人の優遇を認めず民衆と等しく扱え。彼は法の下での平等を主張したのである。ただし、それは権利の平等ではなく、処罰の平等である。同じ平等でも権利ではなく処罰というのは、法をめぐる西洋と中国の政治文化の差異によるだろう。中国において、主権者は王であり、王のみ立法できる。そこでは法は民にとつて拘束であつて、擁護ではない。法と権利が表裏一体となり私人の権利を認めない西洋の法とは、本来異質なのである<sup>(注22)</sup>。

その上、中国には伝統的に礼と法をめぐつて多様な理解があつた。「刑を厳しくすれば、則ち民は法に親しむ」<sup>(「韓非子」心度篇)</sup>といった法家的理解があり、そしてまた、「明刑弼教」<sup>(前述)</sup>という儒家的理解があつた。その一方で、これらを批判する立場も存した。道家であ

る。例えば老子は「道」と礼について、「夫れ礼は忠信の薄にして、乱の首なり」（第三八章）と批判した。「道」が失われて不自然な道德が生まれ、そこからさらに礼が生まれたから、礼は乱の始まりだといふのである。法について、法と犯罪とは比例すると指摘している<sup>（注2）</sup>。老子の世界は「道」に基づくから、ここでは「民は自ら化し」「民は自ら正し」く、礼も法も無用である。このように思想の伝統において、中国では礼や法をめぐる理解は多様であつたから、社会制度の構想も自ら幅が広がる。清末、旧来の国家体制が動揺して、制度構想があるかどうかである。政体は、主権の在り方と統合の仕方に関わるから、それは法と社会の形を問うことでもある。思うに制度は本来ノモス的であると同時に、多数の人間が共同で信じているイデア的側面をもつ。それ故、法と社会の在り方を構想する際、礼や法をめぐる伝統的理解が作用することになる。太炎はこうした時期に、法の均等な適用を説いて、礼の法に対する儒教の影響を批判したのである。彼が法の下で権利としての平等を説かなかったのは、彼個人の見方とともに、法と社会をめぐる共同の信念体系が背後にあつたからだ。清末において、法家的、儒家的、あるいは道家的な制度構想が立憲

政体という異質な発想と出会つたと言える。彼が反功利主義者として構想した社会は、中国社会と法制の中で一体いかなるものか。この問題は、あらためて別稿で考察することにした。

要するに、「五朝法律索隠」は、日本でも中国でも法制史研究が着手された段階、清末において中国法の性格を洗い出して儒教の影響を批判した。太炎は法の近代化を論じていたのである。その視点は、その周辺人物の認識とは大いに違い、中国社会と法という根本的問題に触れるものであつたと言えよう。

## 注

はじめに

（一）拙稿「章炳麟の中国法に対する評価（上）」『五朝法律索隠』の視点―、「中国研究集刊」関号（総五八号）、二〇一四年六月。「章炳麟の中国法に対する評価（下）」『五朝法律索隠』の視点―、「中国研究集刊」珠号（総五九号）、二〇一四年十二月。関連論考に、拙稿「章炳麟『五朝法律索隠』の歴史的位置」（『中国研究集刊』號号（総五六号）、二〇一三年）がある。

（二）塩田環「清国法典編纂事情」、『法学志林』十卷九号、明治

四一年。島田正郎「清末における近代的法典の編纂」、昭和五年、創文社。宮坂宏「清末の法典編纂をめぐって」、『法制史研究』十四号別冊、一九六四年など。

(3) 島田前掲書第七章「大清刑律草案と大清現行刑律」、創文社、昭和五五年。小野和子「清末の刑法典論争」、『五四時期家族論の背景』所収、京都大学人文科学研究所共同研究報告『五四運動の研究』第五函、同朋舎、一九九二年。同「清末の新刑律暫行章程の原案について」、『柳田節子先生古稀記念 中国の伝統社会と家族』、一九九三年、汲古書院。松田恵美子「清末礼法争議小考(一)(二)」、『法学論叢』一三七卷二号、一三七卷五号、一九九五年など。

(4) 岡田朝太郎「清国既成法典及ヒ法案ニ就テ」、『法学志林』第十三卷八・九号、明治四四年。

## 〔二〕 礼と法をめぐって

(1) 瞿同祖「中国法律之儒家化」(『国立北京大学五十週年紀念論文集』文学院第四種、北京大学出版部、一九四八年原載)、『中国法律与中国社会』附録(中華書局版附録、一九八一年。上海商務印書館一九四七年原刊)。

(2) 瞿同祖前掲書第一章「家族」第三節「刑法与家族主義」二七頁以下。

(3) 沈家本「修訂法律大臣沈家本奏刑律草案告成分期繕單呈覽

并陳修訂大旨摺」(光緒三十三年八月二十六日)、『清末籌備立憲檔案史料』(下)第二編所収、中華書局、一九七九年。また、島田正郎前掲書第七章。

(4) 内藤莞爾編訳『デュルクム法社会学論集』第一章、恒星社・厚生閣、一九九〇年。

(5) 『大清律』刑律罵詈「罵祖父母父母」條に、「凡罵祖父母父母及妻妾罵夫之祖父母父母者并絞」とある。

(6) 前掲拙稿「章炳麟の中国法に対する評価(上)——『五朝法律索隱』の視点——」。

## (一) 梁啓超

(1) 『中国法理学發達史論』、『新民叢報』七七、七八号原載、『飲冰室文集』(十五)所収、台湾中華書局、民国四九年。以下、『文集』と略記してその頁数を記す。

(2) 『論中国成文法編制之沿革得失』、『新民叢報』八〇〇八二号原載、前掲『文集』(十六)所収。『論中国成文法編制之沿革得失』は、『中国法理学發達史論』の附録だと言う(『自叙』)。

(3) 『論中国成文法編制之沿革得失』、前掲『文集』(十六)五頁。

(4) 『論中国成文法編制之沿革得失』自叙、『中国法理学發達史論』。

(5) 『中国法理学發達史論』、前掲『文集』(十五)五〇頁。

(6) 『中国法理学發達史論』、前掲『文集』(十五)五四、六〇、

六三頁。

- (7) 『中国法理学發達史論』、前掲『文集』(十五) 五五頁。
- (8) 『中国法理学發達史論』、前掲『文集』(十五) 七二頁。
- (9) 『中国法理学發達史論』、前掲『文集』(十五) 八七、八八頁。
- (10) 『中国法理学發達史論』、前掲『文集』(十五) 八三頁。
- (11) 『中国法理学發達史論』、前掲『文集』(十五) 九二、九三頁。
- (12) 『中国法理学發達史論』、前掲『文集』(十五) 八二頁。
- (13) 『中国法理学發達史論』、前掲『文集』(十五) 九三頁。
- (14) 『論中国成文法編制之沿革得失』、『文集』(十六) 五頁。
- (15) 『中国法理学發達史論』、前掲『文集』(十五) 四三頁。
- (16) 『中国法理学發達史論』、前掲『文集』(十五) 四三頁。
- (17) 穂積陳重「礼卜法」、『法学協會雜誌』第貳拾四号第壹、貳号、明治三十九年。
- (18) 『論中国成文法編制之沿革得失』、前掲『文集』(十六) 二二、二六頁。
- (19) 『論中国成文法編制之沿革得失』、前掲『文集』(十六) 十八、十九頁。

### (二) 劉師培

- (1) 『中国民約精義』卷二「陸子」の項。『劉申叔先生遺書』(一) 所収、華世出版社、民国六四年。
- (2) 「憲法解」『政芸通報』原載、一九〇六年、『左龔外集』卷七

所収。前掲『劉申叔先生遺書』(三) 所収。

- (3) 「漢代法制發微」『政芸通報』原載、一九〇六年、『左龔外集』卷十所収。
- (4) 「儒学法学分岐論」(未完)『国粹學報』二九、三一、三五号、一九〇七年、『左龔外集』卷九所収。
- (5) 「刑礼論」『中国學報』一号、一九一四年、『左龔外集』卷十 五所収。
- (6) 前掲「漢代法制發微」第一葉a、第二葉a。
- (7) 前掲「儒学法学分岐論」第一葉a、b。
- (8) 前掲「儒学法学分岐論」第三葉a。
- (9) 前掲「儒学法学分岐論」第三葉a、b。
- (10) 前掲「儒学法学分岐論」第七葉a、b。
- (11) 前掲「儒学法学分岐論」第九葉b。
- (12) 「刑礼論」第一葉b。
- (13) 『尚書』呂刑「伯夷降典、折民惟刑」、『尚書大伝』「有礼、然後有刑也」など。
- (14) 「刑礼論」第二葉a。「民国三年十一月師培自記」
- (15) 「刑礼論」第二葉a、b。

### (三) 嚴復

- (1) 「憲法大義」、嚴復文集 編年(二)、『嚴復合集』所収、台湾財団法人辜公亮文教基金會、一九九八年。「独治」は

monarchical government<sup>2)</sup>、『法意』では、「君主之制」とも訳されている。「専制」との相違は、為政者も遵守する法律があるかないかである(『法意』第三卷第二章、三九～四〇頁。「憲法大義」嚴復文集 編年(二)、四七三～四七四頁。)

(2) 以下、一九三一年商務印書館『嚴譯名著叢刊』と一九八一年重排本に基づいて増訂された『嚴復合集』所収の林載爵主編『法意』の巻・章と頁数を挙げる。第一卷第三章、十四～十五頁。

(3) 第八卷第二章、二二一、二二四～二二五頁。

(4) 第二四卷第二六章、七二七頁。

(5) 第二卷第五章、三六頁。

(6) 第六卷第二章、一三七頁。

(7) 第六卷第十六章、一六五～一六六頁。嚴復が唐律ではなく、漢律がもっとも備わると言うのは、理解の浅さを示すだろう。

清末は亡佚した漢律の蒐輯が始まったばかりの段階で、唐律より完備していることはまだ分からないのである。前掲拙稿「章炳麟『五朝法律索隱』の歴史的位置」参照。

(8) 第六卷第九章、一五〇頁。

(9) 第六卷第十七章、一六七頁。

(10) 第十一卷第六章、二七六～二七七頁。

(11) 第十九卷第二二章、五一～五二頁。

(12) モンテスキュー『法』の精神(根岸国孝訳) 第一部第八篇第

二二章、河出書房、昭和四一年。

(13) 第八卷第二章、二二〇～二二二頁。

(14) 第八卷第二章、二二二頁。

(15) 章炳麟『五朝法律索隱』、『章太炎全集(四)』八三頁、上海人民出版社、一九八五年。

(四) 清朝官僚たち—沈家本その他

(1) 『清史稿』卷四百四十三に沈家本伝がある。また太炎は「章太炎宣言九」(一九一一年十二月一日)で沈家本を評価している(『民国報』第二号原載、『章太炎政論選集』下所収、中華書局、一九七七年)。

(2) 沈家本『法学盛衰説』、『寄篋文存』卷三、『歷代刑法考』所収、二一四～二一四三頁、中華書局、一九八五年。

(3) 前掲「法学盛衰説」、二一四一頁。

(4) 沈家本『歷代刑官考』周、大司徒「按語、一九六〇頁。

(5) 沈家本『死刑惟一説』、『寄篋文存』卷三、二一〇三頁。

(6) 前掲「死刑惟一説」、二一〇二頁。

(7) 『大清律』人命「謀殺祖父母父母」條。

(8) 『刑律草案』(一九〇七)「第三百條 凡殺尊屬親者、處死刑」とある。黄源盛纂輯『晚清民国刑法史料輯注(上)』所収、元

照出版有限公司、二〇一〇年。

(9) 沈家本『明律目箋』一、一七八七頁、前掲『歷代刑法考』