OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	章炳麟の中国法に対する評価（上）：「五朝法律索隠」の視点
Author(s)	小林, 武
Citation	中国研究集刊. 2014, 58, p. 47-69
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/58700
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

中国研究集刊　総号（総五十八号）　平成二十六年六月　四七―六九頁

章炳麟の中国法に対する評価（上）

―「五朝法律索隠」の視点―

小林　武

はじめに

私は前稿で、章炳麟（一八六九～一九三六。号　太炎以下太炎と略称）の「五朝法律索隠」の歴史的位置について論じた(注1)。「五朝法律索隠」（『民報』第二三号、一九〇八年八月一〇日）は、太炎が清末における近代法の模倣を批判して、中国法を近代化する際の基準を探ろうとした論考である。彼については、従来、主として学術思想や政治思想などが研究され、法律思想が考察されることは少なかった。当然、近代法導入との関連で論じられることも稀であった。これは、その学術上の業績や政治思想のユニークさが注目され、また法に対して研究関心の薄かったことなどによるのであろう。しかし、太炎は「虜憲廃疾」を書いて清朝の憲法大綱を批判し(注2)、清朝による近代法導入との関連で思索していた。「五朝法律索隠」の書かれた一九〇八年は、清朝に『刑律草案』が上呈され、中央や地方の官僚に諮問されていた頃で、彼はこの動きを意識している。

今、あらかじめ「五朝法律索隠」の特徴を挙げるならば、歴史の中から具体的事例を引き、中国法を近代化する際の基準を探って、法の例外のない適用を説いた点と言えるだろう。太炎には法家を論じたり「法」字を訓詁学的に解釈する類の論考があるが(注3)、それは観念の楼閣で法を論じるのにも似て、具体的事例を引き現実へ肉薄する点で及ばない。と言っても、彼が中国の近代法全

体を構想できたわけではなく、構想する準備作業として、中国法の評価を試みたにすぎない。中国法の基本的性格を批判的に踏まえた上で、法を近代化する。この作業をなおざりにして、近代法を模倣しても上手くゆくはずがない、と考えたまでである。まことに迂論ではある。しかし、中国が独自の法体系を築いてきた以上、中国法の改革にこの作業は欠かせまい。そして、その結果、彼は法の例外のない適用という基準によって、中国法を篩に掛け、五朝の法を見出した。法の例外なき適用とは、法の下の平等を太炎流に表現したものと言える。彼の作業と分析は、具体性や緻密さの点で、当時において群を抜く（別稿）。

前稿で「五朝法律索隠」の歴史的位置について、私は次のように検討した。（1）清朝の近代法導入に触発されて、太炎は中国の社会と法について具体的に論じた。（2）当時、中国法の基準と見なされていた唐律ではなく、彼は五朝の法を高く評価した。（3）当時の中国法制史研究としては、漢律の佚文蒐集が始まった段階で、五朝法の研究すら着手されておらず、その意味において、太炎の作業は先駆的である。（4）彼が五朝の法を高く評価した基準は、①「重生命」、②「恤無告」、③「平吏民」、④「抑富人」の四つである、と。以上のように、「五朝法律索隠」の歴史的位置をあらかじめ見定めたわけだが、先学諸賢からご教示を賜り、「五朝法律索隠」の歴史的位置を論じるのは、①～④の視点を検討してからではないかとの批判もいただいた。確かにその通りである。前稿で歴史的位置について述べたのは、「五朝法律索隠」の内容構成に従ってのことであり、本稿と一連のものである。すなわち、太炎は「五朝法律索隠」の冒頭、まず中国法の性格と当時の中国法制史研究のあり方に触れ、次いで近代法の導入を批判し、そして①～④の評価視点について具体的に論じた。前稿はこの構成に従って、当時の中国法制史研究の状況の中に「五朝法律索隠」を置き、歴史的位置をあらまし眺めた次第である。「五朝法律索隠」の視点を考察することなしに、歴史的位置は見定められない。

さて、本稿では、太炎の五朝法を評価する視点の前半部（①②）について考察する。視点を一々検討するのは、彼が中国法について具体的に事例をあげて評価作業を試みたからである。五朝法を評価したのは、中国法の近代化に当たって、中国法が篩に掛けられ、法の基底にある官僚制、皇帝、家族制度といった社会的価値観が批判された結果である。もちろん、批判されたとはいっても、彼がそれに代えて中国の新しい法とその社会像を具

体的に提示したというわけではなく（彼は「諦実之共和」とか「奇觚之専制」と呼ばれる反代議制の社会を素描はした）、従来、中国の基本的価値として自明であったものが、批判的に吟味されたに止まる。しかし、優れた清朝考証学者が古典の注解をし政治の夢想を語る以外に、法制と法運用を問題として取り上げ、中国法の評価基準を探ろうとした点に注意を向けるべきであろう。法は従来、伝統中国において、古典的教養を持つ士人が学ぶには、低い価値しか与えられてこなかったからである(注4)。そうした中で太炎が具体的に法について論じたのである。しかも彼は、中国法の性格として、法が均等に適用されないことや礼制との関連をあぶり出した。彼は近代的な法の下の平等を、法の適用における平等として論じたと言える。それは、官僚や富人、あるいは父や夫など家族関係の優位者に対して従来の特例措置を認めないことと言ってもよい。清末において、こうした分析の視点は他に類例を見ない（別稿）。それ故、小論では煩にわたるが、その視点について具体的に考えてみたいのである。

そこで本稿は、次のように検討を進めよう。まず第一節において「重生命」、第二節において「恤無告」をとりあげ、これらの視点が実は法の普遍的適用の問題に絡んでいたことを明らかにする。そして「平吏民」「抑富人」の視点については、続稿で考察することにしたい。

第一節　「重生命」の視点

章太炎は、法律は是非を問うべきであり、利害を問題にしてはならず、近代法の導入に当たっては、中国法の評価作業が不可欠だ、と考えた。清朝の進める近代法の導入には批判的なのであった（以上前稿）。批判したという点では、張之洞ら保守派と同じだが、その見方が異なる。そこで簡単に保守派の反発に触れておく。

例えば岡田朝太郎が顧問となって起草した『刑律草案』（新刑律第一次草案）が一九〇七年に完成したとき(注1)、張之洞（軍機大臣兼学部尚書）、廷杰（法部尚書）、労乃宣（提学使）らが批判した。張之洞の場合、次のようである。①皇室に対する罪が軽い。②尊親属を傷害して致死か篤疾にならせたケースで、死刑にしないのはおかしい。「父子之倫」に背く。③妻妾が夫を毆った時の処罰条項がなく、一般の場合と同じに扱うのはおかしい。「夫婦之倫」に背く。④「親属相姦」を一般の場合と同じに扱うのはおかしい。「男女之倫」に背く。⑤尊親属に対する刑が軽すぎる。尊卑長幼の序を乱す。

これらの点で『刑律草案』は伝統的礼制を軽視している、というのである(注2)。廷杰の場合は、①皇帝に対する犯罪の処罰が軽すぎる。②内乱罪や外患の罪には、科すべき刑を加重する。③尊親属に対する罪に正当防衛を適用すべきではない。④夫のいない婦人の和姦は、刑罰に処すべし、と批判した(注3)。保守派の批判の根底には、上のように皇帝権と三綱の護持という認識があったのである。中国法の改革が順調には進まなかったわけだ。

とはいえ、近代法の導入は、『欽定大清刑律』の頒布（一九一一年一月二五日）に至るまで、試みられた(注4)。

太炎は、中国は西洋と風俗慣習が違うと見て、法との関連において重視したが、この点では保守派と同じであった。しかし、彼は「法律とは、その習俗を基に作るものである。規約が定まり（それを受け容れる）習俗ができあがって、そこで始めて正しく調整できることになる」(注5)と言い、法は風俗習慣を基にするから、安直に外国の法を模倣は出来ないと考えた。保守派は、伝統的社会秩序と既存の礼教護持のために近代法の導入を批判したが、太炎は風俗習慣と法の在り方から批判したのである。ただし、法の根底にある風俗習慣を重視すると言っても、西洋のように法源として風俗習慣があったからと言うよりも、より一般的に、法は風俗習慣と深く関わるくらいの意味においてであろう（中国社会は不均質で風俗習慣は多様であり、風俗習慣が中国では法源にならなかったと指摘されている(注6)）。そして、太炎の中国法評価の視点を見れば、張之洞らとは逆に、礼教が中国法に影響した結果、法が均しく適用されない点を批判したことが分かる。

そこで太炎の五朝の法に対する評価視点を見てみよう。彼は、前述の通り、五朝の法を「寛平無害」だと言い、①「重生命」、②「恤無告」、③「平吏民」、④「抑富人」の四点を「信美」なるものとして挙げた(注7)。①③などの評価視点を見れば、彼の立場が三綱を重視する保守派と対立することが明らかになる。

先ず「重生命」という視点についてである。五朝の法が生命を重んじる例として、太炎は二つ挙げた。両親が子を殺した場合と、馬を城市で走らせて人を殺した場合とである。明清律が準拠した唐律に比べて、五朝の法は生命を重視している、と高く評価したのである。

（一）先ず両親の子殺しの議論（「父母殺子者、同凡論」）から見てみよう。太炎は、両親が子を殺した場合、五朝の法が親という礼制上の身分を考慮せず、一般の殺人と同様に処断したことを評価した。彼は、『南史』

徐羨之伝の例を引いて、次のように言う。軍人朱興の妻の周は、子の道扶が三歳の時、癇病になったので生きながらに埋めた。このことを道扶の姑（おば）である雙女が訴え出て、周が棄市されることになった。ところが丹陽尹の徐羨之が異議を申し立てた。周の凶忍さに対して顕戮を加えるのはよいとしても、母の処刑は忍びないという子としての道もあるはずだから、周は減罪して辺境に送る処分がよい、と言ったのである。『南史』には、それに従ったとある。ここから晋律では、父母が子を殺すと、一般の殺人罪と同様に死刑にされたことが分かる。徐羨之は無学だから、道徳的判断を加えて、罪の宥恕を論じたわけだが、それは巧みに議論を組み立てて法を曲解するものだ。近世において父母が子を殺した場合、軽い則例（時宜に応じて改変される行政的な実例）[注8]に従って処罰したが、南朝にこの種の律はなかったのだ、と[注9]。

徐羨之は「為子之道」という礼制を根拠に減罪を申し立てたが、太炎はこれを批判し、晋律が一般の殺人罪と同様に処罰したことを支持したのである。近世の法においては、父母が子を殺しても罪は軽く、子孫が父母を殺した場合とは違う（後述）。旧律が礼制の影響を受けて、尊卑親属の殺人を、一般の場合と区別した結果である。この区別を張之洞らは当然と見なしたが、太炎は逆に批判した。晋律が唐律以降の法とは違って、同罪異罰にしなかった点を高く評価したからである。

そして、さらに一例を加えて太炎は言う。北魏の法では、祖父と父母が怒って武器で子を殺した場合、五歳刑に処した。殴殺した場合と愛憎があって故意に殺した場合は、罪を一等減じた。このことから、鮮卑族（北魏）が五朝の法を乱し、親の子殺しの罪を軽くしたことが分かる、と[注10]。当時五歳刑は労役の最高刑であるが、親が子を殺しても、五歳刑だから死刑にはならない。ところが晋律は、親が子を殺した場合、『南史』徐羨之伝に見えるように、その罪を死刑にして、子の親殺しよりも軽減しなかった。太炎は晋律のこの点を評価したわけだが、北魏の律が親の子殺しを死刑にせず、親子の身分で罪科に等差を設けた点を、逆に異民族による攪乱と批判した。六朝時代は、儒教が法に影響を及ぼしていく時期であり[注11]、晋律が北魏の法と違うのは、儒教から影響されなかったからとも考えられるが、太炎は、北魏の法の場合は、儒教よりも異民族の影響と見た。そのナショナリストの立場が分かる。が、それはともかく、彼が晋律を評価した

理由は、殺傷などの事件で、加害者と被害者との間に身分関係が存しても、刑罰を一般の場合と同様に科し、他の中国法のように加減しなかったからである。実際、晋律がどうであったかは別にして、彼が法律の適用は身分を問わず、公平であるべきだと考えていたことが分かる。

例えば大清律「毆祖父母父母」條（鬥毆律）には、子孫が祖父母・父母を毆った場合と祖父母・父母が子孫を毆殺した場合の罪科が述べられている。同條によれば、祖父母・父母が、子孫の教令違反を理由に、子孫をほしいままに毆殺した場合、杖一百の刑（杖刑として最上級）である。故（いたず）らに殺した（ここでは、教令に違反しないのに毆殺するの意味）場合は、杖六十、徒一年の刑（徒刑として最下級だが、杖一百より一段重い）である[注12]。ところが子孫が祖父母・父母を毆ると斬刑、殺すと「十悪」中の「悪逆」と見なされ、凌遅処死に処せられる。刑罰には、笞・杖・徒・流・死の五種類があって、死刑には絞刑と斬刑の二つがある。身体を損なわないことを孝の始めと考える儒教から見て、身体が全うされる絞刑に比べて、斬刑は身体と首が切断される、より重い処罰であり[注13]、凌遅処死は、四肢を断ち喉を絶つ、斬刑以上の酷刑である[注14]。子孫が祖父母・父母を毆殺した場合とその逆とでは、罪科があまりに違いすぎるのである。何も毆殺に限らない。謀殺の場合も、同様である。子孫が祖父母・父母を謀殺しようとすれば、主犯従犯を問わず、斬刑に処せられ、すでに殺していると、凌遅処死になる[注15]。

中国法は、殺人の様態を謀殺・故殺・闘殺・誤殺・戯殺・過失殺（「六殺」）に分け、罪を定める際に考慮する[注16]。例えば過失殺と謀殺とは、罪科が違う。しかし、殺人の様態がいずれにせよ、祖父母・父母が子孫を殺した場合と子孫が祖父母・父母を殺した場合とでは、罪科に違いがありすぎる。家族の尊卑長幼の秩序を処罰に反映させたからである。法が礼教の影響を受けていると言えよう。

以上、祖父母・父母の子殺しを例に、晋律が一般の場合と同様に処罰した点を太炎は高く評価した。唐律以降の中国法が、尊卑長幼の秩序を重視して、罪科の上で等差をつけたことに反対した、と分かる。それ故「重生命」と言った場合、法が生命を権利として守るというより、法を犯した時、罪科が等しく適用されて、弱い身分や立場の者が守られるという意味である。法の普遍的適用については、「恤無告」でも、問

題にされている（第二節）。

（二）次に、都市における交通事故（「走馬城市殺人者、不得以過失殺人論」）について見てみよう。太炎は言う。賑やかな都会は行き交う人がひしめいている。そこに車馬を走らせれば、人を殺傷しやすいことは明らかだ。人ごみの中で人を殺傷した罪は、「賊殺」（正当な理由なく害意をもって殺す）の律に付すべきで、「過失殺」や「戯殺」とは違う[注17]。だのに、その誅罰が緩いのは、都市に落とし穴を作って人を落とすに等しい。死罪にすべきだ、と[注18]。

前述のように、唐律では、殺人は謀殺（人を殺そうと計画して殺す）・故殺（にわかに殺意を起こして殺す）・闘殺（殴り合って相手を殺す）・誤殺（錯誤によって殺す）・戯殺（戯れの行為から誤って殺す）・過失殺（その意図がなく誤って人を殺す）の様態に分かれていた。謀殺と故殺は殺意があり、闘殺以下は殺意がないのである。中国法は、「原心定罪」（心を原ねて罪を定める）を基本としたから、その意図がなく罪を犯せば、故意に犯した場合とは、当然処罰が異なることになる。『周礼』の「三宥」の法に「壱宥は不識を曰ひ、再宥は過失を曰ひ、三宥は遺亡を曰ふ」（秋官司刺）とあるように[注19]、中国では、不識・過失・遺亡の場合は、罪を軽減すべきだと考えられてきた。また漢、董仲舒『春秋繁露』も「春秋の獄を聴くや、必ず其の事に本づけて其の心を原ぬ。志の邪なる者は、成るを待たず。首悪なる者は、罪特に重し。本直なる者は、其の論軽し」（精華篇）と言い、犯罪動機を重視した。犯罪動機が邪であれば、犯罪が成就するかどうかをまたず、主犯は罪が重く、動機の稀薄な場合は、罪が軽いと考えられたのである。

では、太炎は、馬を城市で走らせて人を殺した場合、何故「過失殺」ではなく、「賊殺」にすべきだと考えたのか。彼の判断は、中国法の「過失」に対する見方、および都市化や産業化に対する批判に関わっている。

先ず「過失」についてである。太炎は次のように論じた。張裴『晋律序』には、「都城の人衆き中で馬を走らせて人を殺すと、当に賊とすべきだ。賊に似ているからだ」[注20]とある。李悝『法経』にもともと軽狡篇があり[注21]、秦漢の法はそれに因っている。上世は単騎が少なく、車も行くのに節度があったが、六国以降、単騎が勃興して往来を疾駆し、道行く人を傷つけやすくなったので、軽狡律ができた。晋律には、「衆中走馬者、二歳刑」とあるので[注22]、人を殺せば、当

然死刑となったろう。ところが近世では、都市の道路で馬を走らせることが禁止されているにもかかわらず、馬を走らせて人を殺しても、刑は甚だ軽い。しかし、晋律は、「衆中走馬者」が賊殺と同じくらいに重罪だとして、それが過殺や戯殺とは違うことを知っていた、と(注23)。

晋、張斐は『晋律注』で二十の法概念を定義した(『晋書』刑法志)。その中で「賊」は「無変斬撃謂之賊(特段の事情がないのに傷害を加えるのが「賊」)」、「過失」は「不意誤犯謂之過失(その意思がなく誤って罪を犯すのが「過失」)」と規定された。もともと中国法の「過失」概念は、現代の法と違うところがある。中国法の「過失」概念については、いろいろ議論があるようである(注24)。西田太一郎氏によれば、唐律は現代法の『過失』概念を「過失」「失」「誤」の言葉で表した。「過失」は人を殺傷したときの『過失』、「失」は官吏の公務上の『過失』、「誤」はこれら以外の『過失』であり、この考え方は明清まで同じという(注25)。太炎は「過失」「失」「誤」の区別を念頭に置きつつ、晋律同様に、「車馬殺傷」を「過失」とは考えず、「賊殺」として処罰せよ、と主張したのである。すなわち、中国法は、もともと人混みの中で車馬を走らせること自体を認めていない。急用の公務といった格別の事情から、車馬を走らせて殺傷したときにのみ「過失」を認めた(後述)。だから、格別の事情もなく車馬を走らせれば、当然「賊」になるのである。

ところで、大清律「車馬殺傷人」條(人命律)は、車馬を街中で走らせた場合、次のように規定する。

「凡そ故なく街市鎮店において、車馬を馳驟し因りて人を傷つけし者は、凡そ鬥傷に一等減ず。死に致せし者は杖一百、流三千里。…并せて埋葬銀一十両を追ふ。若し公務の急速なるに因りて馳驟し人を殺傷せし者は、過失を以て論ず」(注26)。

理由なく人の多い街中や宿場で車馬を走らせて人を傷つけた場合、闘傷律の罪に一等減らす。致死の場合は、重い流刑(杖一百、流三千里)に処し、さらに遺族への補償として埋葬銀十両の課徴という処罰だが、後段に、「公務急速」の場合の殺傷に限って、「過失」を適用するとある。言い換えると、私用で車馬を疾駆させて人を殺傷すると、「過失」として処理されなかったのである。事案を公務の急用と私用とに分け、公務の急用時の殺傷に限って「過失」とするのは、人の多い街市で車馬を走らせること自体を違法と考えたからだ(注27)。唐律もほぼ同様であって、訳もなく繁華

なところで車馬を走らせることを違法とし、次のように言う。

「諸(すべ)て城内の街巷及び人衆の中において、故なく車馬を走らせし者は笞五十。故を以て人を殺傷せし者は、闘殺傷に一等減ず」

「若し公私に要(かなら)ず速やかに走らすべき者あらば、坐せず。故を以て人を殺傷せし者は、過失を以て論ず」（以上『唐律疏議』雑律「城内街巷走車馬」條）

『唐律疏議』によれば、「公私要速」の「公」というのは、「公事で速やかにすべきこと、および公文書や官物などの逓送や勅使を奉じること」、「私」というのは、「吉凶の知らせや急病で薬を求めること」などに限定されている(注28)。公私の急用で走らせることは許され、この場合の殺傷に限ってのみ、「過失」罪が適用された。繰り返すが、中国法では、人混みの中で車馬を走らせることは、罪なのである。だとすると、「車馬殺人」を晋律のように「賊殺」に処すという太炎の議論は、中国法の「過失」概念に基本的には沿いながら、大清律の「杖一百、流三千里」、唐律の「減闘殺傷一等」に比べて、きわめて厳しい処罰だと言える。

この厳しい処罰は、都市化や産業化に対する太炎の反発に関連している。恐らく太炎は、近代交通による殺傷に対して、近代法が一般的意味での『過失』として処理することを強く意識していたのであろう。

清末の法制改革で参考にされた明治刑法（明治十三年制定）は、いわゆる過失致死を「二十圓以上二百圓以下ノ罰金ニ処ス」（第四節「過失殺傷ノ罪」第三一七條）、「過失傷害」を「十圓以上百圓以下ノ罰金ニ処ス」（第三二八條）としている。罰金刑は、三つに分類される「軽罪ノ主刑」の中で、もっとも軽いものである(注29)。また「濫リニ車馬ヲ疾駆シテ行人ノ妨害ヲ為シタル者」は「一日以上三日以下ノ拘留」か「二十銭以上一圓二十五銭以下ノ科料」（第四二七條）である。当時の新しい運輸手段であった汽車の事故規定にしても、その往来を妨害し危険をなした場合「重懲役」であり、運輸関係の官吏や雇人などがそれを犯すと、「本刑ニ照シ一等ヲ加フ」とある（第一六五條、一六七條）。太炎の「賊殺」に処すという処罰に比べてまだ軽い。清末に構想された『刑律草案』でも、交通事故の『過失』はやはり軽い（後述）。

では、中国法においてさえ、もともと車馬殺傷の罪は死罪とならなかったのに、太炎はなぜ「賊殺」と考

えたのか。

一九世紀末二〇世紀初は、日本が近代産業社会に発展し始めた時期にあたる。都市化が進み[注30]、繁華な都市に電車や乗合馬車などが高速で往来し、事故を起こし始めるのである。明治になって、新しい運輸手段として人力車や乗合馬車、路面電車や鉄道などが出現した。鉄道や乗合馬車などの利用によって、一日の行動圏が徒歩時代に比べて一・五倍から三倍になったという[注31]。江戸時代なら人力や馬で輸送していたのに、産業化によって人間や物資を大量かつ高速に輸送できる手段が出現した結果、交通事故が増加した。明治三五年頃を境にして、自他の過失によって諸車に轢かれた死傷者数が急増したのである[注32]。交通事故で死罪に処すという太炎の極論は、この大きな転換期に東京に住んでいた彼が日本の現状を見て発したものであろう。太炎は高速の大量輸送手段である電車について、次のように言う。

「電車の作(おこ)りし自り、往来の迅軼なること、飛矢より速し。倉猝に相逢ひて、回顧するに及ばず、車轢の刑を受くるあるのみ。日本を観れば、一歳に電車道上に死ぬる者、幾んど二三千人、而るに車を将いる者は財(わず)かに罰金の罪を得るのみ。(電車ができてからというもの、速やかに往来できる様子は、飛矢よりも速いくらいで、振り返る間もなく突然に衝突して、車に轢かれてしまう。日本を見ると、一年に二三千人もの人が電車に轢かれて死ぬが、運転手はわずかに罰金刑で済むだけである)」[注33]。

日本で路面電車が開業したのは、一八九五年の京都であり、東京では一九〇三年である。太炎は「二三千人」が轢かれたと記すが、道路交通政策史方面の研究によれば、自他の過失による死傷事故件数は、ほぼ一八〇〇件余りとある[注34]。死者数は五〇名余りと、太炎の挙げる数値と大きく違うものの、件数としては近い。多くの死傷者は、当時まだ歩車道の区別が普及せず、通行マナーもないままに都市化が進み、乗合馬車や路面電車が導入された結果であろうと推測される。太炎は、この交通事故死という急激に進む近代化の現実に対して、死刑という厳罰で臨もうとしたのである。彼が反功利主義の立場に立って、産業社会に批判的であったことが関係している。彼は、電車という近代的運輸手段について、こう言う。

「夫れ電車は祇(ただ)だ商人のために利を増すのみ。民の事においては豪毛も益なし。以為ふに、利して

人を賊殺すること、視ぶるに軽狡にして人を賊殺するを以てすれば、其の情罪は当に倍蓰すべし。而るに国家に長たる者の惟だ媚びを富人に取るのみなるに、詭はりて公益と称し、其の刑誅を弛くせんと欲す。立憲の国は固より責むるに足るなきのみ。漢土の法律は敝すと雖も、昔より未だ富人を尊寵する者あらず。（電車は商人のために利益を増やしているだけだ。民衆には、まったく無益である。利益を求めて人を〔交通事故で〕殺すことは、軽狡な行為によって〔車馬を街市で疾駆させて〕人を賊殺してしまうことと比べても、その犯情は数倍にもなるだろう。国家の指導者は、たんに媚びを富豪に売っているだけなのに、それを公益だと偽り、〔疾駆する車馬による殺傷の〕刑罰を緩めてしまおうとするのは、何としたことか。立憲の国〔日本〕はもとより責めるに値しない。中国の法律は弊害があるとはいえ、昔から富豪を尊んだものはないのだ）」(注35)。

太炎は、近代都市における車両による傷害致死を「賊殺」にも等しいと言う。それは彼の目に、都市化や産業化の流れは富人を利するもの、と映ったからだ。彼は反功利主義の立場に立つから、利益獲得のために人間が動くことには批判的である(注36)。彼が五朝の法を高く評価した点の一つは、「抑富人」からであったが（続稿）、「重生命」の点でも、富人や産業社会への反発が関係していたのである。彼は産業社会の功利的行動には否定的で、彼が描いた「諦実之共和」社会では農業が想定されている(注37)。だからこそ、晋律は反功利主義の立場から高い評価を受け、産業社会の交通事故は功利主義に基づくとして厳罰が求められることになった。

「余以ふに、電車を造りて用ふる者は、当に「走馬衆中」に比すべく、二歳刑を与ふ。因りて人を殺せし者は「走馬衆中殺人」に比し、商主及び御夫は皆殊死す。（わたしの考えでは、電車を造って使用したら、〔晋律の〕「馬を衆中に走らせる」のと同様にして、二歳刑にする。それで人を殺したら、「馬を衆中に走らせて人を殺す」に比定して、商人や運転手を斬刑にする）」(注38)。

近代都市における交通自体を罪悪と見なし、交通事故による殺人で斬刑に処するというのは、実に極端な議論である。これはひとえに太炎が功利主義を批判し、政治と道徳に思索を集中させた結果であろう。言い換えれば、彼が構想する新しい社会は、近代的な産業社

会像から隔たったものだからである。ただ、太炎のために弁ずれば、『欽定大清現行刑律』（一九一〇年五月一五日）でも「車馬殺傷人」條は、大清律と内容は変わらず、近代都市での交通事故を想定していない(注39)。『欽定大清現行刑律』は、近代的な『刑律草案』（新刑律第一次草案）が批判を受けた結果、大清律から前近代的なものを適宜刪った折衷的なものであり(注40)、本條だけを見れば、清末民初、都市化にともなう交通事故は、まだ大きな問題になっていないことが窺える。

もっとも『刑律草案』（一九〇七）や『修正刑律草案』（一九一〇年二月二日）、『欽定大清刑律』（一九一一年一月二五日）の場合(注41)、交通事故関係の規定に限って言えば、近代的である。『刑律草案』などが明治刑法を参照したことが関係しているだろう。例えば『刑律草案』第二一〇條は、過失によって「載人之気車・電車・船艦」が往来上の危険を生じさせた場合の規定であり、「車馬殺傷人」條に相当する。その場合、『刑律草案』は、過失で往来危険の罪を犯すと「三百圓以下罰金」に処し、当該業務の従事者が往来危険の罪を犯すと、「四等〔三年未満一年以上―小林注〕以下有期徒刑、拘留或一千圓以下罰金」に処す。『修正刑律草案』（第二一六条）でも、文言や罰金額にやや異同はあるが、内容はそれほど変わっていない（『欽定大清刑律』第二一四条は、「凡」「其」の両字が削除され「項」字が「等」になった他は、『修正刑律草案』の条文規定と同じである）(注42)。要するに、これらは『欽定大清現行刑律』とは違い、都市における交通事故の関係規定が近代的なものになっているのである。こう見てくると、太炎が電車の運転手を斬刑に処すというのは、いかにも極論であり、交通事故の法的抑止というよりも、反功利主義の立場からする産業社会への呪詛に近いものに見えてくる。彼の極論は、明治日本を見て生まれた産業化や中国の「紳士」に対する批判（続稿）に発すると考えられる。

以上、太炎は「重生命」の視点に立って、五朝の法を二つの点から評価した。一つは、五朝の法が、伝統的な中国法とは違って、家族関係における尊卑長幼の身分関係に基づく罪刑の違いを認めないからである。もう一つは、車馬による人の殺傷において、加害者側に厳しい罰則を科するからである。太炎が近代法導入を批判したとはいっても、これらの点を見ると、張之洞らと違うことは明らかであろう。とくに尊卑長幼という礼制が法の中に入り込み、身分関係により、同じ罪でも処罰を異にする中国法の基本的性格に対して、太炎は異議を唱えてい

るのである。張之洞らの三綱護持の立場と正反対なことが分かる。そして、中国法の基本的性格が中国法制史研究の早い段階で批判的に指摘されたことも、特筆に値しよう。

以上、要するに、「重生命」の議論は、西洋的な人権の観念ではなく、身分が違っても法を均しく適用すべきだという考えを基調にしている。それは祖父母・父母や夫の懲戒などの私刑罰を認めないことだと言い換えてもよい(注43)。私刑罰の問題は、次の「恤無告」の議論でも扱われている。

では、「恤無告」とは、何であろうか。

第二節　「恤無告」の視点

「恤無告」の議論は、儒教の貴んできた復仇と国家の代理処罰をめぐるものであり、やはり法の普遍的適用の問題に関わっている。議論に費やされた紙幅は、おおよそ「重生命」が全体の約一七％、「恤無告」が約八％、「平吏民」が約二六％、「抑富人」が約二〇％（その他約二九％）を占めるから、「恤無告」は四つの論点の中で最も短い。復仇の議論であるから、太炎の立場からすれば、「恤無告」に紙幅が大きく割かれるかに思われるが、案に相違して最も少ないのは、彼の関心がまず法の普遍的適用にあったからである。しかし、復仇は彼の原則に反しても認めざるを得ない例外的事項なのであった。

そもそも復仇は、中国古来の慣習であり、経典もそれを記す。経典の成立時期によって法と復仇の関係に対する評価には違いがある。早く成立した経典ほど復仇是認の傾向が強く、成立の遅れる『周礼』などでは、復仇を制限する傾向があるという(注1)。

例えば『礼記』曲礼上「父の讐は、与に共に天を戴かず、兄弟の讐は、兵に反らず」とか、『春秋公羊伝』隠公十一年「君弑せられて、臣、賊を討たざるは、臣に非ざるなり。子、讐を復せざるは、子に非ざるなり」は、是認する方向である。『周礼』地官調人に、過失殺傷の時、復仇を避けさせるために遠地に移すなどの記事がある(注2)。これは復仇制限の一例である。

復仇の処理をめぐって、過失殺人や正当防衛の殺人など、従来、様々なケースが経典と法を根拠に論じられてきた(注3)。というのも、復仇は、儒教の立場から認めざるをえない倫理的義務である一方で、国家の立場からすれば、法の普遍的適用の上で認められない人命事犯だからである。倫理的に許された私刑罰をどう扱うのか。復仇は、倫理と法との微妙な均衡の上にあったわけだ。太

炎の議論も焦点がここに置かれたが、彼は「五朝法律索隠」を書く以前、すでに復仇について論じていた。復仇を認めざるを得ないのは、法自体の性格及び中国の裁判制度では裁ききれない現実があるからだ、というのである。例えば「定復仇之是非」（『民報』第一六号、一九〇七年）の冒頭、復仇を定義して言う。

「平らかならざるものを平らかにするに平らかなら使むる者を以てす。斯れ復仇と謂ふ。（〔法律適用の上で〕公平でないものを公平にするのに、公平にさせる手段を使う。これが復仇である）」(注4)

復仇とは、法律が遍く適用しきれないところに用いて公平にする、私的な懲罰手段だと言うのである。この文章の後段で、彼は法を定義している。

「法律なる者は、則ち公羣を以て私人の復仇に代へるのみ。既に相代はれば、則ち私人の復仇する者は、自ずから禁遮じる可し。（法律とは、集団〔が罰すること〕によって個人の復仇に代替するものだ。代替する以上、個人の復仇は禁止してよい）」(注5)

法律は、本来集団が処罰を代行することで、個人に報復させないものなのである。ところが、と太炎は続けて言う。法の証拠主義という性格が犯罪を見逃す懼れを生む。法律は本来寛大で公平なものなので、無実の者に罪が及ぶ懼れがあったり、また証拠が不十分だと、罪に問えず、結果的に巧みな犯罪者は逃れることが出来るからだ(注6)。法の性格がこうである上に、中国では裁判制度が不備だから、周漢以来、いつも復仇の律を緩やかにして私的処罰を許し、儒教も復仇を認めてきた、と(注7)。そして西洋の法は復仇を認めない、と批判した。

「欧美の法は則ち然らず。復仇する者と雖も、亦た尋常の殺傷と罪を等しくす。審らかに自ら其の讞法の周ねからざるを知りて、悍然として以て完具と為す。是れ則ち復仇を以て野蛮と為す者にして、乃ち国家の自ら過ちを文るを為す所以なるのみ。（西洋の法は、そうではない。復仇であっても普通の殺傷罪と同じである。明らかに裁判法の不備を知りながら、性急にも完備しているとする。これは復仇を野蛮と考えるからであり、国家が自ら過ちをうまく飾って蔽い隠す理由なのである）」(注8)

このように太炎は、法の証拠主義の孕む問題や中国の裁判制度の不備を理由に、復仇を認めた。つまり、復仇に限って、いわゆる私刑罰を認めたのである。

さて、「五朝法律索隠」では、次のように言う。漢魏の旧法では、謀殺・故殺・賊殺の諸科で、官が治められない場合、その子孫の復仇を認めた。例えば魏の陳群の

律には、「賊闘で人を殺したとき、弾劾されて逃げると、古義によって、殺された側の子弟が（その者を）追って殺すことを聴す。たまたま赦されたり過誤で殺したときは、復仇してはならない」（『晋書』刑法志）とある。また『後漢書』桓譚伝も、法の処罰と復仇について論じている。すなわち、人を殺傷して法に服したとしても、子孫が怨みに思ってその者に復仇すると、世間ではそれを豪健と称賛する。しかし、今、旧令を明らかにすべきだ。すでに官の処罰に服しているのに、勝手に怨みを懐いて殺傷した場合、一身が逃げても、家属をみな辺境に徙し、傷害の場合は、常刑に二等を加える。人を雇い本人に代わって労役させることを許す雇山の刑罰で贖罪させてはならない、と言うのである。このように子孫の復仇を限定的に認めてきたのは、法の普遍的適用が困難であるからだ、と(注9)。

太炎は、上のように古代の律は国家による処罰が不十分なので子孫の復仇を認めた、と言う。桓譚伝などから分かることは、旧令で復仇を禁止していたこと、及びそれにも関わらず復仇が民間でよく行われていたことの二つである。ところが、太炎は、復仇が禁止されていた事実よりも、許された現実に着目し、復仇を公刑罰の不十分さを補うものとして容認した。桓譚伝の「宜申明旧令」の言葉から分かるように、旧令では、殺人で官訴に服している場合、勝手な復仇は認めていないのに、である。

彼は言う。法吏の断獄は証拠によって罪の当否を決めるが、証拠が不十分だと、処罰は出来ない。そうであれば、狡詐なる者は、いよいよやりたい放題になり、死者は報われない。だから、復仇は許される、と。さらに容認の理由を加えて言う。「受賕枉法」や「姻族相私」などの場合は、まだ何とか処置できるが(注10)、法吏が囚人と友人関係にあるとか、他のことで徒党を組んでいる場合、その罪は容疑にしかならないので、証拠をきっちり揃えないと、犯人は法的に釈放されてしまう、と(注11)。太炎が子孫の復仇を容認したのは、明らかに中国における法制の現実の隙間を埋めるためであった。中でも法吏が賄をうけて法を枉げたり、犯人と縁故関係があったりして、法の適用が十分に行われない懼れが現実にある。だから「恤無告」では、復仇を法運用の面で補うとして容認しようとした。彼は言う。

「子姓の復仇を聴すは、国家　明らかに法令の力の以て尽く罪人を得るには足らざるを知ればなり。故に其の自ら相捕戮するに任す。且つ国家の名義を以て個人を抑制せず。（〔古来〕子孫の復仇を認めた

のは、国家が法令の力でことごとく罪人を得るには不十分だ、とハッキリと知っていたからだ。それ故、子孫が捕えて復仇するに任せ、国家という名義によって、個人を抑制しなかったのである）」[注12]。ただし、太炎は、子孫の復仇を認める場合、報殺に限った。彼は鄭玄の「父母兄弟師長嘗辱焉、而殺之者、為得其宜（父母・兄弟・師長が辱めを受けると、辱めた者を殺すのは、義を実現するためである）」[注13]という解釈を批判している。太炎からすると、これは鄭玄の私意であって律の明文ではない。律は、ただ報殺の場合しか認めていない。父母や師長が辱めをうけても、それは切膚の痛みではないから、と言うのである。この太炎の考えは、経学の理解とは違う。例えば賈公彦の疏（『周礼』地官調人）は、鄭玄注の「義、宜也」句に対して、『論語』「見義不為、無勇也」（為政篇）を引き、辱めを受けたことの復仇も義だと補強した。鄭玄が「謂父母兄弟師長三者嘗辱、子弟及弟子則得殺之」と言ったのは、「その宜を得ることなのだ」と正当化したのである。父母や師長の受ける辱めとは、ステータスの受ける心理的屈辱であり、人命に関わるものではない。経学は復仇の範囲を拡張し、それを道徳的に容認したわけだが、太炎が報殺に限ると主張したのは、この拡張を認めないからである。

以上から、太炎は睚眦の怨みや過失殺の場合では、復仇を認めていないと分かる。しかし、彼の復仇論はある範囲に限って報復を認め、国家による代理処罰を認めない点で、いわゆる西洋近代法とは違う。前述の通り、「定復仇之是非」においても、西洋法が復仇を許さず一般の殺人と同罪にしていることを批判していた。中国には、もともと法網をくぐり抜ける現実や裁判制度の不備があったからである。確かに法の運用実態は、中国の官制や地方自治の在り方に関わり、問題があった。法による裁定に代わって実力行使で処理されることもあったのである[注14]。報復の一部容認は、法が普遍的に公平に適用されない中国の制度的現実を踏まえた結果と言えよう。

前項の「重生命」でもそうであったが、この「恤無告」でも同様で、太炎は、規範からの逸脱に対して、法を均しく公平に適用すべきだと考えた。しかし、復仇については限定的に私刑罰を認めた。中国法は「情理」に基づいてカズイスティックに処理され[注15]、それ故地方官や胥吏がかなり自在に法を運用できる実態があるから、法網から漏れたものに対して実力で報復をするしかない、と言うのである。法の空文化した現実を埋める実力の報復、それが復仇に他ならない。

では、「平吏民」の視点は、どうなのであろうか。（以下続稿）

注

はじめに

（1）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。

（2）「虜憲廃疾」は、彼の「代議然否論」（『民報』第二四号、一九〇八年一〇月一〇日）の附録であるが、「代議然否論」が『太炎文録』（一九一五）に収載される際、一緒には収められなかった。清朝の憲法大綱を批判した「虜憲廃疾」は、清朝が倒潰した今、無用になったと判断されたからかと思われる。拙稿「章炳麟『虜憲廃疾』と『欽定憲法大綱』」（『京都産業大学論集』人文科学系列第四六号、二〇一三年）参照。

（3）辛亥前を主にすると、法家や法についての議論は、例えば『訄書』の儒法篇（初刻本、重訂本、『検論』）、商鞅篇（初刻本、重訂本、『検論』）、刑官篇（初刻本、重訂本、『検論』）、定律篇（初刻本、重訂本）、通法篇（重訂本、『検論』）、『検論』の漢律考などに見ることができ、「法」字を訓詁学的に論じたものには、「説刑名」（一九〇八）などがある。時事的な法批判は、「虜憲廃疾」である。

（4）清末の法学者　沈家本は、中国では法学が元・明・清になると衰えて、士人が法学を軽視したと指摘する（「法学盛衰説」、『寄簃文存』巻三、『歴代刑法考　附「寄簃文存」』所収二一四三頁、中華書局、一九八五年）。法が儒教の影響を受けた結果、士人は経学を学んでも法学は学ばず、法学分野に逸材の欠けていたことが分かる。太炎のような優れた古典学者が法を具体的に論じたのは、稀なのである。

第一節

（1）岡田朝太郎の『刑律草案』は、二編五三章（総則一七章、分則三六章）合計三八七條あって、旧律の大きな変更点は五つあった。すなわち、①刑名を改めた（旧律の五刑を死刑・徒刑・拘留・罰金の四種類にした）。②死刑を斟酌して適宜減らした。③死刑を一種類にした。④「比附」を削除して、罪刑法定主義を採用した。⑤十六歳を刑事責任年齢にした、である。岡田草案の特色については、島田正郎『清末における近代的法典の編纂』第七章「大清刑律草案と大清現行刑律」（創文社、昭和五五年）参照。日本人法学者と清末における近代法の導入との関係については、宮坂宏「清末の近代法典編纂と日本人学者―刑律草案と岡田朝太郎―」（『専修大学社会科学研究所月報』四六・四七、一九六七年）、張培田「清末の刑事制度改革に対する日本からの影響」（日中文化交流史叢書

（二）『法律制度』所収、大修館書店、一九九七年）など参照。

（2）島田正郎前掲書第七章第三節「大清刑律草案をめぐる論争」。小野和子『五四時期家族論の背景』第一章、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。小野和子「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』所収、汲古書院、一九九三年。松田恵美子「清末礼法争議小考」（一）（二）『法学論叢』一三七巻二号、一三七巻五号、一九九五年。

（3）宮坂宏前掲論文。

（4）新しい刑律草案は『修正刑律草案』（新刑律第二次草案、一九一〇年二月二日）などを経て、六回も修正された草案が、結局『欽定大清刑律』（一九一一年一月二五日）となり、そこで辛亥革命を迎えた。修正過程で紛糾した議題は、卑幼の尊親属に対する正当防衛規定や夫のいない婦人の和姦行為などの扱いであった（黄源盛纂輯『晩清民国刑法史料輯注（上）』「編集凡例」、「欽定大清刑律・編輯説明」、台北元照出版有限公司、二〇一〇年。小野和子前掲書及び前掲論文など参照）。

（5）「五朝法律索隠」には、『民報』テキストと『章太炎全集』（四）所収の『太炎文録』テキストとがあり、字句に異同がある。この引用の場合、『民報』テキストの「法律者、因其俗而為之。約定俗成、於是有是非之劑」の「於是」が、『太炎文録』テキストでは「案始」に修改されている（傍点は修改された箇所。以下同じ）。大旨が変わらない限り、以下便宜的に全集の頁数を掲げておく。『章太炎全集』（四）七八頁、上海人民出版社、一九八五年。

（6）『清国行政法』第壹巻第一編第三章「不文法」、一九七二年汲古書院再刊。滋賀秀三「伝統中国における法源としての慣習―ジャン・ボダン協会への報告―」、『続・清代中国の法と裁判』、創文社、二〇〇九年。寺田浩明「権利と冤抑―清代聴訟世界の全体像」、『法学』第六巻第五号、一九九七年。滋賀氏によると、慣習を、慣行を基にして長い間に受け入れられて来た不文法の意味に解すれば、そうした慣習という考え方は、中国にはなかった。存したのは、それぞれの地域において行われてきた慣習だ。地方官が自らの裁量で判決できる日常世界の「争訟」においては、「情理」という常識的衡平感覚が貴ばれて、西洋的な意味における民事訴訟の法的特性が見られない、という。寺田氏も、「法」と「理」がどこまで適用されるかは、地方官の一存に任されていた、と指摘する。いわゆる「人治」の世界であって、近代的法治ではないのである。すなわち、風俗や習慣は日常世界において実定法的基準にならず、案件は「情理」に順ってケースバイケースで処理され、法が厳密かつ均質に適用されないということである。太炎が目ざしたのは、法の普遍的な適用であった。ただ、法は習俗を基にすべきだと太炎が言う意味は、西洋法の単純な模倣は

できないということである。

(7)「五朝法律索隠」、前掲『章太炎全集』(四) 七九頁。

(8)前掲『清国行政法』第壹巻第一編第二章「成文法」第二節「法典以外ノ成文法」第一款「則例」。

(9)「五朝法律索隠」、『民報』テキストの「豈欲与朽骨論孝慈耶。舞文詭弁、未有若斯之甚也。縦如其説、翁姦子婦者～」句が、『太炎文録』テキストでは、「寧当与朽骨論孝慈耶。藉如其議、翁姦子婦者～」となり、「舞文詭弁、未有若斯之甚也」句が削られるなど、単刀直入の批判的表現が抑えられ、字句の修改がある。前掲『章太炎全集』(四) 七九頁。

(10)「五朝法律索隠」、前掲『章太炎全集』(四) 七九頁。『魏書』刑罰志には「祖父母父母忿怒、以兵刃殺子孫者五歳刑。毆殺者四歳。若心有愛憎而故殺者、各加一等」とある。

(11) 瞿同祖「中国法律之儒家化」によると、中国法が儒教の影響を受け始めたのは漢代に始まり、南北朝を経て北朝に完成する(『国立北京大学五十周年紀念論文集』文学院第四種原載、一九四八年。瞿同祖『中国法律与中国社会』所収、中華書局、一九八一年重印本)。佐立治人「北魏の官當制度—唐律の官當規定の淵源をたずねて—」も、北魏の法が中国法に影響した点を官當制度を通して検討しているが(梅原郁編『前近代中国の刑罰』所収、京都大学人文科学研究所、一九九六年)、北魏の新設した官當制度は中国刑法史上空前のものであった、と指摘する。

(12) 大清律「毆祖父母父母」條(鬥毆律)(清、沈之奇撰『大清律輯註』七六七～七六八頁、法律出版社、二〇〇〇年)。

(13) 大清律「五刑」(名例律)(前掲『大清律輯註』一～四頁)。

(14) 凌遅処死は、その残酷さが西洋諸国から批判を受けたこともあって、一九〇四年四月、梟首・戮屍とともに除かれた。沈家本によれば、凌遅の刑は、唐以前にはその名称がなく、『遼史』刑法志に初出、宋の熙寧年間(一〇六八～一〇七七)以降しだいに沿用され、改められないままに、清末まで用いられてきたという(「刪除律例内重法摺」、前掲『寄簃文存』巻一所収)。

(15) 大清律「謀殺祖父母父母」條(人命律)(前掲『大清律輯註』六五九頁)。

(16) 中村茂夫『清代刑法研究』第一章「過失の構造」二八～二九頁、東京大学出版会、一九七三年。

(17)「五朝法律索隠」、前掲『章太炎全集』(四) 八〇頁。

(18) 前掲『章太炎全集』(四) 八〇頁。

(19)『周礼』秋官司刺「三宥」の注に「鄭司農云、不識謂愚民無所識、則宥之。過失、若今律過失殺人、不坐死。玄謂…(中略)…、過失、若挙刀欲斫伐、而軼中人者」とある。「不識」については、鄭司農と鄭玄とは理解が異なるが(西田太一郎『中国刑法史研究』一二四～一二六頁、岩波書店、昭和四九年)、「過

失」については理解が同じである。

(20)『晋書』刑法志「都城人衆中、走馬殺人、当為賊、賊之似也」。

(21)魏、李悝『法経』は、「一 盗法、二 賊法、三 囚法、四 捕法、五 雑法、六 具法」の六篇からなり、軽狡律は「五 雑法」の一篇であるが(『晋書』刑法志)、「軽狡」の内容は不明である(内田智雄編『譯注 中国歴代刑法志』九四頁、創文社、一九六四年)。

(22)『御覧』六百四十二引晋律並注(程樹徳『九朝律考』晋律考上二八六頁、台湾商務印書館、民国五四年)。

(23)「五朝法律索隠」、前掲『章太炎全集』(四)七九~八〇頁。

(24)西田太一郎前掲書第六章「過失・錯誤について」。中村茂夫前掲書第一章「過失の構造」は、中国の過失概念を詳細に検討している。

(25)西田太一郎前掲書一四一頁。

(26)前掲『大清律輯註』六九九~七〇〇頁。『欽定大清現行刑律』(一九一〇年五月五日)「車馬殺人」條(人命律)も大清律と同文である(故宮博物院編、海南出版社影印、二〇〇〇年)。清末の法制改革において、岡田朝太郎の関与した『大清刑律草案』が完成し(一九〇七年一二月)、各部と巡撫の簽註に付されると、第一節の本文で触れたような反論が続出して論争になった。『欽定大清現行刑律』は、こうした状況の中で修訂法律大臣 沈家本らが旧刑律を刪節してまとめたものである(島田正郎前掲書第七章参照)。

(27)西田太一郎前掲書一四〇~一四一頁。中村茂夫前掲書六二~六四頁。

(28)『唐律疏議』雑律「城内街巷走車馬」條疏議(光緒庚寅刊本、東海書店影印一一〇二~一一〇四頁、一九六八年)。

(29)明治刑法(明治一三年制定)第二章刑例 第一節刑名 第八條には、「軽罪ノ主刑」として「一 重禁錮、二 軽禁錮、三 罰金」とある。明治刑法は、章宗祥・董康合譯、厳谷孫蔵訂正『修訂法律大臣鑒定 日本刑法』として漢訳され、光緒三十一年(一九〇五)に修訂法律館から印行された(都立中央図書館・実藤文庫蔵)。

(30)道路交通問題研究会『道路交通政策史概観—論述編』三一頁(プロコム ジャパン刊、二〇〇二年)の引く『日本長期統計総覧』第一巻(一八八頁)。この資料の人口推移表によれば、東京市だと、明治三一年(一八九八)の人口一四四万一二一人が、明治四一年(一九〇八)には二二八万六千七九人(一・五二倍)、大阪市だと、明治三一年の八二万一千二三五人が、明治四一年には一二二万六千六四七人(一・四九倍)に増加する。明治三〇年代における都市人口の急増が分かる。

(31)前掲『道路交通政策史概観—論述編』一一~一三頁。

(32)前掲『道路交通政策史概観—論述編』三一~三二頁。「自他の過失により諸車に轢かれた死傷者 グラフ①」(『警視庁統

計書』に基づく作成資料）からは、明治三五年（一九〇二）を境に急増していることが一目瞭然である。

（33）「五朝法律索隠」、『民報』テキスト「而将車者財得罰金之罪」が『太炎文録』テキストでは「将車者纔罰金、不大訶譴」と修改されるなど、字句の異同がある。前掲『章太炎全集』（四）八〇頁。

（34）前掲『道路交通政策史概観―論述編』（三五頁）は、『警視庁統計書』によって、明治三五年（一九〇二）に自他の過失により諸車に轢かれた死傷者数は合計五二七件（死者三六人）であるが、明治四一年（一九〇八）になると、一八三五件（死者五四人）と事故件数が三・五倍と急増することを示す。明治三〇年代後半が都市化への転換期であったことが分かる。

（35）「五朝法律索隠」、『民報』テキストの「而長国家者、惟欲取媚富人、詭称公益、弛其刑誅。立憲之国、固無足責焉爾」句の「而長国家者」が、『太炎文録』テキストでは「如何長国家者」、「取媚」句が「交歓」、「固無足責焉爾」句が「亮無足勅耳矣」に修改されている。前掲『章太炎全集』（四）八〇頁。

（36）小林武・佐藤豊『清末功利思想と日本』第五章二五四～二八四頁、研文出版、二〇一一年。

（37）「代議然否論」、前掲『章太炎全集』（四）三〇七～三一一頁。拙著『章炳麟と明治思潮―もう一つの近代』一〇八～一一一頁、研文出版、二〇〇六年。

（38）「五朝法律索隠」、前掲『章太炎全集』（四）八〇頁。

（39）前掲『欽定大清現行刑律』巻二十三「人命」「車馬殺傷人」條。

（40）島田正郎前掲書第七章［Ⅳ］「大清現行刑律の編定とその頒行」。

（41）『刑律草案』（新刑律第一次草案）は修訂法律館が一九〇七年に脱稿して具奏したものである。『修正刑律草案』（第二次草案）は、『刑律草案』が中央と地方督撫の簽注に付されて修正されたもの、『欽定大清刑律』は、最終的に裁可されたものである。

（42）黄源盛前掲『晩清民国刑法史料輯注』（上）。『刑律草案』第二一〇條「凡因過失致載人之気車・電車・船艦生往来之危険者、処三百圓以下罰金。因過失而衝撞・顚覆・破壊・沈没、或擱坐載人之気車・電車・船艦者、処五百圓以下罰金。其従事此項業務之人犯本條第一項之罪、処四等以下有期徒刑、拘留或一千圓以下罰金。犯第二項之罪、処三等以下有期徒刑或三千圓以下、一百圓以上罰金」。明治刑法（四〇年制定）第一一章「往来ヲ妨害スル罪」第一二九條には「過失ニ因リ汽車、電車又ハ艦船ノ往来危険ヲ生セシメ、又ハ汽車、電車ノ顚覆若クハ破壊…ヲ致シタル者ハ五百圓以下ノ罰金ニ処ス。其業務ニ従事スル者前項ノ罪ヲ犯シタルトキハ三年以下ノ禁錮又ハ八千圓以下ノ罰金ニ処ス」とある。

（43）仁井田陞『中国法制史研究　刑法』は、中国では、公刑罰

主義が古くから成立したが、その一方で、私刑罰主義も許されたという。公刑罰とは国家による刑罰であり、私刑罰とは、祖父母・父母の子孫に対する、夫の妻に対する、主人の奴婢に対する懲戒の三つである。儒教倫理からすれば、当然、彼らの殺害は、一般の殺害とは違う扱いになる（一二～二二頁、二三六～二三九頁、東京大学出版会、補訂版一九八〇年）。復仇も私刑罰の一種で、殺人であるから禁止されていたにもかかわらず、現実には、儒教倫理の上から容認された。

第二節

（1）西田太一郎前掲書第五章「復讐と刑罰」九六頁。

（2）『周礼』地官調人「凡過而殺傷人者、以民成之。…凡和難、父之讐、辟諸海外、兄弟之讐、辟諸千里之外。従父兄弟之讐、不同国。…凡殺人而義者、不同国、令勿讐。讐之則死」

（3）西田太一郎前掲書参照。

（4）「定復仇之是非」、前掲『章太炎全集』（四）二七〇頁。『民報』テキストと『太炎文録』テキスト（「復仇是非論」と改称）の間に、注（4）～（8）の引用に関しては、字句の異同はない。

（5）「定復仇之是非」、前掲『章太炎全集』（四）二七〇頁。

（6）「定復仇之是非」、前掲『章太炎全集』（四）二七一頁。

（7）「定復仇之是非」、前掲『章太炎全集』（四）二七一頁。

（8）「定復仇之是非」、前掲『章太炎全集』（四）二七一頁。

（9）前掲『章太炎全集』（四）八〇～八一頁。

（10）「受賕枉法」に対して、魏には請賕律、晋には受賕律、大清律には受贓律があり、官吏が賄賂を受けると処罰する。

（11）「五朝法律索隠」、前掲『章太炎全集』（四）八一頁。

（12）「五朝法律索隠」、『民報』テキストの「至於被劾逃亡、尤事実所恒有。聴子姓復仇者、国家明知法令之力、不足以尽得罪人、故任其捕戮、且不以国家之名義抑制個人也」句において、『太炎文録』テキストでは、例えば「尤事実所恒有」句が「其成事尤亟見」に、「国家明知法令之力」句が「審法令有寔跋」に修改された。他にも小さな異同がある。前掲『章太炎全集』（四）八一頁。

（13）『周礼』地官調人鄭玄注。

（14）服部宇之吉『清国通考』付録「支那地方官の職務」（『支那研究』大正五年原載）七四～八五頁、（一九〇五年三省堂原刊、一九六六年大安影印）では、地方官の重要な職務である司法の実態が記されている。服部は、中国の地方において「此く司法官たる地方官已に先天的に偏するところあり、其の上に前に云ひし如き各種の弊行はるゝ故、法律如何に完備なりとも実際に於て司法事務は決して立派に執行され居るにあらず。正邪曲直の顚倒実に甚だしきものあるを免れず、故に往々官の力によらずして民間相互の争闘等によりて、理非曲直を決せんとする俗あり」と記す（八三～八四頁）。

（15）中国法は、刑事・民事を問わず州県の長官に提訴し、傷害や致死など、いわゆる「命盗重案」は、中央に送付して皇帝の決済を仰ぐが、民事案件だと、いわゆる「州県自理」が認められ、その地域でケースバイケースで処理された。「州県自理」の裁判では、「情理」が基準になり、両当事者にバランスが取れるように配慮されて按配された。律に従えば、犯罪になる事案でも無罪とされる例が清代の「判」には見えると言う（寺田浩明「清代司法制度における『法』の位置付けについて」、『思想』七九二号、一九九〇年）。清末では、法は雛形であって実質は空文だと見られ、太炎自身も体験的にこうした現実を踏まえて、復仇の議論をしたと思われる。