



Title	章炳麟の法制論：『煇書』と『検論』を中心に
Author(s)	小林, 武
Citation	中国研究集刊. 2017, 63, p. 121-144
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/70149
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

章炳麟の法制論

——『廬書』と『檢論』を中心に——

小林 武

問題の所在

章炳麟（一八六九—一九三六、号 太炎）には、法制論がある。しかし、従来、ほとんど顧みられることはなかった。章炳麟研究が、従来、政治思想や學術思想などに主たる関心を向けてきたからである。たとい政治思想が論じられても、法制に言及されることは稀であった。古典学者が法制を論じることなど、考えられもしなかったからだ。經学者は法学を論じない。これは、士人が古來、法制に関心の薄かったことに関係する。清末においても、事情は同じであった（注¹）。

法学の衰退について、清末の法務官僚 沈家本（一八

四〇—一九一三）は「法学盛衰説」で論じた。すなわち、後漢の鄭玄や晋の杜預くらいまでは、儒家に法学関係の著作はあったが、その後次第に法学は衰え、元以降、人材がいなくなつた。清朝で法学によつて著名な者は僅か数名しかない、と（注²）。確かに『四庫全書総目提要』を見ても、政書類法令属は著作がきわめて少ない。士人の精神世界において、法制への関心が薄いことの表れであろう。これには儒教の法制観が影響している。儒教は、法に対して礼の補完という低い評価しか与えてこなかつたからである。それ故、思想史研究においても、古典学者太炎の法制論に関心が向けられることは稀であつた（注³）。もつとも儒法闘争史観が唱えられた時期は別である。太炎は「法家」とされたが、「法家」を

近代思想史の概念として用いるところに問題を残す。

しかし、章炳麟の法制論は重要である。第一に、近代法の導入に当たって、彼が早い時期に伝統的法制の問題点を洗い出したからである。その法制論は、勿論、旧律をよしとして、近代法の導入に反対したものではなかった。また逆に、近代法をそのまま模倣することを唱えたものでもなかった。第二に、中国法に対する批判的視点に立って、中国の民俗と慣行の重要性を見いだしたからである。その民族主義的立場からして当然ではあるが、民俗と慣行への注視は、いわゆる地方自治に関心を懐かせ、「紳士による自治」に対して、太炎は批判的であった。そしてまた、この民俗と慣行への注視は、いかに新しい社会を築くかという問題意識とも絡んで、伝統的社会制度に目を向けさせた。太炎の体制構想を考える上で、法制論の考察は欠かせないのである。第三に、太炎の法制論は、権力抑制と民権のバランスに関心を向けているからである。主権を認められた民衆は、いかにしてその政治意志を表現するのか。代議制を否定した太炎としては、権力と主権の在り方を考えざるをえない。

さて、本稿は『扈書』と『検論』を主な手がかりにして、太炎の法制論の骨髄を考察するものである。太炎の中国法に対する思索は、「五朝法律索隠」（一九〇八）で

展開された。彼はそこで中国法の問題点と可能性を探った。すなわち、問題点として、①官員を法的に優遇すること、②同罪異罰、③官員や富人が贖罪の上で有利であることを指摘し、課題として④法の公平な適用を挙げたのである^{〔注5〕}。そして、中国法の可能性を求めて五朝法を高く評価した。当時は唐律が後世や東アジア地域に与えた影響などから中国法の基準として考えられ、五朝法が高く評価されることはなかった。しかも五朝法には断片しか残っていないからであった。太炎の見方は稀だと言える^{〔注6〕}。しかも、当時、礼と法の相補性は当然のごとく考えられていて、太炎のようにそれを批判する士人も稀であった^{〔注7〕}。古典学者として法制を論じることが珍しいだけではなく、太炎はその視点もユニークであった。しかし、彼の視点は、実は「五朝法律索隠」で初めて生まれたものではない。すでに『扈書』にすでに芽生えており、また辛亥後も一貫していた。このことを考察するのが、本稿の狙いである。

ただ、念のために付言すると、この考察は太炎を「法家」と規定するためではない。「法家」は思想史概念として先秦期には有効ではあっても、近代ではそうではない。儒教が法に影響して「明刑弼教」の法制観がすでにできあがっており、「儒家」「法家」の関係自体が先秦期

とは違う。そしてまた、西洋近代法の観念が紹介され、思想の局面は先秦期と比べられないほど多様化している。例えば立憲や権利の概念は、主権者が皇帝一人だけであることに疑問を懐かせた。法観念が変化しているのである。その考察なしに太炎を「法家」と断じてみるも、いかほどの意味もないだろう。

そこで本稿は、第一節で『扈書』に見える法制関連の諸篇を検討し、第二節で『扈書』儒法篇と『検論』原法篇を検討する。太炎の法制論の骨格を知りたいのである。そして、第三節で「太炎先生自述學術次第」を検討して、太炎の新刑律批評を考察する。彼が近代法のどの点に関心を向けたかを知りたいからである。

第一節 『扈書』の諸篇を中心に

『扈書』は、周知の通り、章炳麟の主著の一つである。『扈書』には初刻本（一九〇〇）と重訂本（一九〇四）とがあり、辛亥革命には修訂されて『検論』（一九一四）となった^{注1}。太炎はその時々自らの思想を『扈書』や『検論』に表明したので、これらの著作から思想の変遷を窺うことができる。

法制の議論は、『扈書』初刻本の儒法、商鞅、刑官、

定律などの諸篇に見え、太炎が当初より法制に関心を懐いていたことが分かる。そして重訂本になると、上の諸篇が増刪されたり、通法篇が新たに加わる。さらに『検論』になると、諸篇が増刪された他に、定律篇が削除され、儒法篇が大幅に書き換えられて原法篇となった。また、『検論』に非所宣言篇があり、時局批判である。「非所宣言」は、秦律以降、「妄言」「大不敬」とされてきた罪科で^{注2}、太炎がそれを熟知した上でアイロニカルに用いたのではないかと考えられる。本稿では、『扈書』初刻本と重訂本の各篇の論旨が変わらない限り、増刪については必ずしも細かく触れないことにしたい。また『扈書』儒法篇と『検論』原法篇は、「法」の見方が大きく変化したので、第二節で検討することとする。

そこで先ず、商鞅篇（初刻本）について検討しよう（初刻本と重訂本とは、本文の語句がほんの僅か異なるだけである）。本篇は、商鞅や法家に対する旧来の見方に反論したものである。太炎は言う。商鞅はこの二千年間非難されてきて、特に今世が甚だしい。その非難は、漢以降、商鞅のやり方は民権を抑圧し、君主の放恣を容認したというものである。しかし、法家は西洋のいわゆる政治家のようなもので、刑律にだけ執着したのではない、と。太炎のこの考え方は、「法」の理解に関わっている。

「法なる者は、制度の大名なり。…（中略）…、故に法家者流は、則ち猶ほ西方の所謂政治家のごときなり。刑律に膠するのみに非ず」^{（注9）}。

太炎は、「法」を広く捉えて制度と理解した（この種の理解は、『検論』原法篇附録「漢律考」にも見える）。法家の「法」は周の六官と同じだ、と考えたのである。そうであれば、法家が国政全般を考えていることになり、商鞅は酷吏とは違うことになる。すなわち商鞅は、①民を生業に就かせ、国家の税収なども考えて、政治（百官の大法）を熟知し、②人主にも法を適用しようとした。一方、酷吏の張湯は、①専制君主の意に媚び、②見知之法・腹誹之法によって臣下を統制した。太炎はこのことを次のように言っている。

「則ち鞅は大法あるを知り、湯は徒だ狴獄の制あるを知るのみ。法家と刀筆の吏とは、其の優絀 誠に較ぶ可からず。且つ特効の優絀のみに非ず。其の心術も亦た殊絶す。」^{（注10）}

「孝公 国事を以て鞅に属するに方り、鞅 是より其の意を行ふを得。政令内より出づれば、乗輿も法に違ひて喜怒に任ずを得ず。其の湯の、人主の意を闚ひて以て高下を為すより賢れること、亦た遠し。」^{（注11）}

商鞅と法家を高く評価した根柢には、国家運営への視点及び法律に対する太炎の見方がある。太炎は、前述したように、「法」を広く制度と解し、単に刑律とは考えなかった。それ故、法家を政治家に近いと見、商鞅を張湯ら酷吏から区別したわけである。何よりもこの政治家として評価しようとする点に注意したい。太炎は罪刑一致の立場に立つから、商鞅の軽罪重罰主義（小さな過ちでも重刑に処する）など、その思想全体を評価しているわけではないのである。法は元來、国事執行の準則と見なされて、清末でも、「法」と言えば所詮は吏事と即断する儒教の「常識」があつた^{（注12）}。こうした「常識」を太炎は批判したのである。「雖乘輿、亦不得違法而任喜怒（君主であつても、法に違反し喜怒に任せて勝手にしてはならぬ）」と言うことから、法の公平な適用の見方が、彼に早くから存したことが窺える。法の公平な適用とは、法を普遍的基準とすることに他ならず、法の下の平等ということである（ただし、権利の平等ではなく、処罰の平等である）。法の公平な適用の問題は、後の「五朝法律素隱」（一九〇八）で具体的に展開されることになる。

そして初刻本末尾に、「戊戌七月書」と記された一文がある。その中で、今、西洋人が商鞅と違うのは、軽刑

かどうかの一点だけで、物事を整齐嚴肅にする点では同じだと述べ、「余 此の篇を箸^{あぢ}はす。世人の駭怪する所と為らん。…(中略)…、凡そ法家を非議する者は、自ら維新に近しと謂ふも、実は八百年來の帖括の見なり」と言つた^(注13)。法家非難は、科挙試験用の俗見と同じだと一蹴するのである。当時、太炎は変法派に共感する立場であつたが、商鞅と法家に対する見方では、譲れなかつたのであろう。この一文は、重訂本では削られている。

次に、『廬書』刑官篇についてである。本篇は初刻本以下『檢論』まで収載されているが、徐々に手が加えられ、『檢論』では修改が大きい。しかし、本篇の趣旨は、一貫して法の公平な適用にある。そもそも法概念は、西洋でも古來実^{じつ}に多様なようだが、法が達成しようとする目標として正義があることは、論を俟たない^(注14)。正義の実現にあたって、適用除外の対象があつてはならないわけで、法のもつ形式的正義は、原則的に誰彼となく適用されねばならないのである。ところが中国では、法の安定性が説かれた一方、君主は勿論、礼を知る名望階層は法的制裁を軽減されるか免れた^(注15)。古來、「刑は大^{おほ}夫に上さず」なのである。正義の実現以上に、秩序の維持が重視された結果と言える^(注16)。

しかし、太炎は法適用の除外や軽減に対して批判的であつた。彼は「五朝法律素隱」で法の公平な適用を説いたが、この刑官篇で早くもそれを説いていたのである。太炎は言う。西洋には三権分立制があるが、中国では、刑官だけが政府と対抗でき、「人主」や「尊達之人」を罪に問える。例えば春秋時代の申無宇は、「僕区之法」(贓物の隱匿者を処罰する法)に拠つて楚の靈王を盗人と同罪とし(『春秋左伝』昭公七年)、また孟子は古義を述べて、舜の父である瞽瞍が人を殺したのなら、裁判官の咎繇は捕らえることができるとした(『孟子』尽心上)。「夫れ大上の尊を以てしても、猶ほ五咤を免れず。使し舜 妄りに人を殺さば、則ちこれを治くこと等しく是なり」と^(注17)。篇末に『周官』の法廢れしより、譴訶すること、上に行はれず」と言うことから^(注18)、太炎の関心は、法の公平な適用にあつたことが分かる。

重訂本の増訂部分は、西洋法における人君の犯罪に関するものである。例えば絶対君主制では、まだ人君の犯罪を許すところがある、と言う^(注19)。太炎は権力者の犯罪に対して、法をいかに適用するかに関心があつたことが明らかである。

『檢論』刑官篇になると、この趣旨がより明確になる。『檢論』という書名自体が、彼の精神の鬱屈とその昇華

を示しているだろう。「檢」字について、後漢、劉熙撰『釈名』が「檢、禁也。禁閉諸物、使不得開露」（釈書契）と説明したように、「檢論』は、太炎が当時袁世凱に幽閉されて、その思想表現が禁止された鬱屈を反映させているのである。事実、「余 事に感ずること既に多く、復た『愾書』を取りて増刪し、名を『檢論』と更む」と書いている^(注20)。この時期では、法に対する思いがより鮮明になったと言えよう。『檢論』の増訂部分に、人君はその職能を果たすが故に尊いのであり、人君という存在ゆえに尊いのではない、とある^(注21)。従って、君主が人を殺すなら、その罪を裁くのは正しいことになる。その例として『檢論』の原注に、漢、景帝の博打の話が新たに加わった。それは景帝が皇太子の時、呉の太子が文帝に謁見しに來た。皇太子（景帝）は呉の太子と飲んで博打をやり、コマ道を争い、盤を投げて殺した（『漢書』荆燕呉伝）。博打は、監国や撫軍の職務としてやったのではなく、兄弟親戚の間柄でやったのだから、職責上のものではない。太炎は、当然「凡民殺人之律」に従って処罰すべきだった、と言うのである^(注22)。彼は権能をもつ人間にそれぞれの職責を求めて、職能による特権を認めない。従って、職務以外での犯罪は、なおさう一般人として処罰すべきことになる。

このように『檢論』刑官篇では、法の公平な適用の主張が明確にされた。その背景には、辛亥後の袁世凱の専横があるだろう。袁世凱は一九一三（民国二）年四月、国会を無視して五国善後借款協定を結んだ。七月には第二革命が起こったが、まもなく失敗、一〇月に袁世凱は大總統の地位に即いた。一九一四（民国三）年一月に国会は停止され、二月に省議会在解散させられた。五月一日『中華民國約法』（いわゆる新約法）が公布されたが、それは『臨時約法』とは違って、議会の権限を最小限に抑え、大總統の権限を最大限に拡大したものである。民国二〜三年頃の状況は、上のようであった。太炎はというと、二〇一四年一月に龍泉寺に監禁され、絶食して抗議の意を示した。『檢論』（二〇一四）は、この時代を背景に、自らの体験をもとに書かれたのである。總統権力の抑止や権力の犯罪を念頭に、法の公平な適用がより切実に意識されたのは当然と言えよう。

三つ目は『愾書』定律篇である。本篇は『愾書』初刻本、重訂本ともに存するが、『檢論』で削除されたものである。初刻本と重訂本との間には、僅かに語彙の異同があるくらいで、内容自体に大きな変更はない。削除の理由は、内容に関わると思われる（後述）。

さて、太炎から見ても、中国法の問題は重罰を科したこ

とではなく、微罪でも重罰が科せられる点にあった。彼
は言う。

「夫れ中国の患ふるところは、刑重きの失には非ず。
特だ其の米塩のごとく瑣細なれば、罪 死に至らざ
るに、必ずこれを棄市磔首に致す者は、減ず可しと
為すのみ。」^{〔註23〕}

太炎から見ても、中国では軽微な罪でも死刑になることが
あり、この罪刑不一致こそが中国法の問題であった。例
えば韓非子が「且夫れ重刑は人を罪せんが為に非ず」
〔六反篇〕と言ったのは、一姦の罪を重くして境内の邪
を止めるためであった。つまり、罪刑不一致は、秩序維
持のために容認されてきたわけだが、太炎はこれを問題
視した。彼からすれば、重罰を科すことが問題なのでは
ない。罪悪に懲りるかどうかは、刑罰の重さとは無関係
なのだ。ところが儒家は、罪刑不一致の現実から、個々
のケースで法の厳しい適用を回避するために省刑を説い
た。しかし、それは本筋ではない、と^{〔註24〕}。

そこで太炎は、重罪を改めて軽くするケース、軽罪を
改めて重くするケース、中国（の通商の地）と西洋とで
罪の軽重を等しくするケースの三つを挙げた。検討の結
果、次の三点を提言した。すなわち、①大罪の科条の結
内、無駄なものを監禁に代える。②胥吏・差役は恣意的

に法を運用するので、罪は最終的に長官が論決するよう
にする。③通商の律を定め、港灣都市における中国人と
外国人の処罰の仕方を見直す、である^{〔註25〕}。懲罰は「則
ち固より必ず行ふに在り、軽重の剂の能く与かる所には
非ず。」重要なものは罪刑を一致させて法を適正に執行す
ることであり、重罰や省刑ではない、というのである。
罪刑一致は法の安定性に関わることだから、太炎は法の
公平な客観的適用を問うたと言えよう。罪刑一致の視点
は辛亥後も一貫しているので、定律篇の削除理由は、提
言内容が民国の時代に合わない、と考えたからである
う。例えば②であると、清朝が杖以下の軽微な罪を州県
レベルで処理し、胥吏がそれを悪用した現実^{〔註26〕}に対す
る提言であった。清朝が倒壊した以上、時代に合わない
のである。

四つ目は、『虐書』通法篇についてである。本篇は重
訂本に新たに加えられ^{〔註27〕}、修訂されて『検論』にも収
載された。重訂本執筆の頃、新しい視点が生まれたから
だと推測される。通法篇の内容は、西洋近代的な「議院」
「議員」「商工」「社会主義」などの新しい観念を取り込
みつつ、中国史の中から取るべき可能性を探ったもので
ある。本篇の重訂本と『検論』との異同は、「後王」〔檢
論〕だと「後之林丞」。以下同じ）「議院」〔議舎〕「知

事」(民政長官)といった語彙が置き換えられ、新たに秦王朝の評価が加わったことであり、他に大きな変更は見られない。太炎が取るべき王朝として、漢・新・晋・魏・隋・唐・後梁、明(『検論』で秦が追加)を挙げた。例えば漢王朝だと、県邑に「議院」(「議舎」)があり、「議民」は良奥通達之士であり、公民として県政に参加したので、西洋の「議員」に相当する。明王朝であると、三司のうち、按察使と布政使は司法と行政に当たり、清代の督撫よりはみだ、と言う具合である^{注28}。

また『検論』で新規に追加された秦王朝は、封建制を倒して、皇帝以外は一律に平民とした点が評価された^{注29}。秦王朝に対する評価は、「秦政記」(一九一〇)にも見えている^{注30}。

この通法篇は議會制や三権分立、田制などに触発されて議論が展開したと言える。代議制に関して、『暈書』重訂本の段階では、まだ「議院」「議員」に肯定的であったが、『検論』になると、代議制の評価が変化した。「議民」を県政(地方自治)に参加する者として認めはしたが、『検論』に追加された原注には、中国には戸口が多く、議士の数は数百と限られているので、民衆を代表するには不十分だ、とある^{注31}。また、『検論』に追加された「朝廷有議士、其得失未可知也」句を見ても、

国政レベルの代議制については、消極的な方向に変化したことが分かる。この消極的な見方は、辛亥前に代議制を批判したと関係があるだろう。

五つ目は、地治篇である。本篇は『暈書』重訂本に初めて加わり、『検論』に収載されたものである。内容が連邦制や地方自治を論じていて、代議制と法制の問題にも関わるので、触れておきたい(重訂本地治篇と『検論』地治篇とは、字句の修改が少しあるくらいである)。論旨は、集権制と地方自治の議論をするところにある。そこではアメリカやロシアが例に取られている。

太炎は、先ず「人君」の古義から「人君」の資格を見定める。次に複数の国が一人の「人君」を擁立することを歴史的に例示して、連邦制と自治について論じる。彼は言う。古に「人君」を「酋」と称したのは、彼が酒を造って管理できるからであり、「酋」には「材藝」が必要だ。酒であるのは、それが「生民之嗜欲」に適うからである。周公の時、康叔が一人で三都を統治した。風俗を異にする邶・鄘・衛の三政府が一人の「人君」を戴いたことになる。これは近世の所謂「双立君主」に当たる。「方伯連率」は連邦制である。中央が兵権を握り、地方は軍事を勝手には出来ない。今のドイツ連邦は、地方が自治しながら兵権は中央にある。これは連邦制の類であ

る。中国の場合、明朝のごとく布政使に行政方面、按察使に司法方面を掌らせるのがよい。県には郷官を設けて、文学と法律の士を任命する。一県は司のごとくであり、一司のことで法律がある場合は律令のように扱ひ、それがない場合は「俊民」に諮って決める、と^{注32}。

以上が地治篇の主旨である。注目したいのは、中国の体制として布政使と按察使、及び郷官に類するものを設置し、地方に自治させるといふ構想である。太炎は『民報』期に代議制を批判し（「代議然否論」）、代議制に代わる社会として「諦実之共和」体制を構想した。「諦実之共和」は三権分立体制だが、西洋近代のそれとは異質である（詳細は別稿）。法制について言えば、太炎は代議制を批判して立法権を認めないので、民意の吸収をどうするかという問題が起る。重訂本地治篇は、県を治める郷官を置くので民意の吸収を意図していることは分かるが、議論がその制度論的な位置付けに止まっている、自治は具体的に不明である。ただ、『検論』「無法者、咨於俊民而廢興之」句の「俊民」が、『廬書』重訂本では「咨於議會」となっている。つまり、重訂本の段階では、太炎は地方にも「議會」を認めて、代議制には否定的ではなかったことが分かる。『検論』で修改された「俊民」とは、恐らく法制エリートのことであろう。

「諦実之共和」構想では、「法学をよく学んだ者及び歴史に通達し民間の利病に明るい者」が立法するとされたが、そうした類と考えられる。通法篇と本篇を併せてみると、『検論』を書いた頃に、地方自治と連邦制への関心がより明確に意識されたと考えられる。といつても、当時太炎はまだ集権論者であり、聯省自治論者ではないが^{注33}。（聯省自治論については別稿）

最後に『検論』に新たに加えられた非所宣言篇に触れておく。「非所宣言」の語は法制用語で、妄言や妄称の廉で「大不敬」とされたものである^{注34}。つまり、この語は権力側が処罰するための言葉だが、太炎は恐らくアイロニカルに、或いは自嘲的に用いたのかと推察される。本篇の内容は五点にわたる。すなわち、官僚の利権行為、中央と地方の高官の大悪、遊学して官吏となった者の弊害、勲臣の本性と素行、科挙による人材と恩蔭などによる人材の比較である。冒頭に総論して言う。

「言に高けれども周^{あま}ねく務めざる者あらば、以て政を議す可からず。これを卑くして人事に切すると雖も、己は其の人に非ざれば、宜しく言ふべき所に非ず。」

高尚な言葉であってもそれが出来なければ、政治を論じるときではなく、社会に密接なことを言うにしても、自

分は適任ではないので、言わないほうがよい、というのである。要するに、時局批判が内容なので、過去に妄言の類として断罪する言葉「非所宣言」を予め用いたのであろう。本篇は時局批判であるから、これ以上は触れない。

以上、『扈書』初刻本や重訂本の諸篇を中心に法制論を考察してきた。この時期では、まだ代議制を否定していなかったこと、罪刑不一致が問題であったこと、法の公平な適用を説いたことなどが分かった。

そこで次に、『検論』に至って内容を大きく変えた『扈書』儒法篇と『検論』原法篇を見てみよう。太炎の法制論の変遷がより明らかになるだろう。

第二節 『扈書』儒法篇と『検論』原法篇

本節では、『扈書』儒法篇と『検論』原法篇について考察する。『検論』原法篇は、『扈書』儒法篇を大幅に修改したものである。儒法篇は、もともと『実学報』（第三冊、一八九七年九月一七日）に原載され、『扈書』初刻本と重訂本に収載された。北図本（一九一〇）に至って原法篇と改題され、内容も大きく修改を受け、『検論』では、それがさらに修訂された。しかも原法篇は字数が

儒法篇の約三倍に増え、儒家と法家に対する見方が大きく変わった。儒法篇は、その篇題からも窺えるように、儒家と法家の相補性を容認する見方であったが、原法篇は法そのものを問い、儒家の法律観を明確に批判したものである。儒法篇は、法に対する思索の深化を反映している。

では、どのように変化したのであろうか。先ず『扈書』儒法篇を見てみよう。初刻本と重訂本とは、語句は変動するが^(注5)、見方は基本的に同じである。同じなのは、仮に儒家に問題点を見いだしても、儒家と法家を相補的に捉える見方である。儒法篇は『検論』原法篇とは見方が異なるので、詳しく見てみよう。

儒法篇の基本的な見方は、「道は其れ本なるのみ。法は未なるのみ」とか「然らば則ち儒家の道は、其れ法家を擯^{しりぞ}ける能はざること、亦た明らかなるのみ」とかの言辞に窺える。太炎は儒家と法家を相補的に捉えているのである。とはいっても、彼は儒家に問題点を見い出した。その問題点とは、儒家の偏狭さと「原心定罪」の法律観である。

先ず儒者の偏狭さというのは、彼らが鄭の子産や諸葛亮を評価しても、管仲や申不害・商鞅らを斥ける点である。儒家は子産や諸葛亮が法家の術を用いていることを

知らない、とその無知を批判したのである。

次に「原心定罪」の法律観である。「原心定罪」は、犯罪行為の動機と情状を重視して罪を定めることである。この「原心定罪」に太炎は問題点を見出した。それは中国法が律を具体的に細かく規定したことに関連している。どういふことか。太炎は言う。法家は苛酷な刑罰を厭わないが、律を細かく規定するのを嫌う。ところが、儒家は律を細かく規定した。妄りに罪を問いたくないからである。「律の歧たる者は、妄りに人を殺すを欲せざればなり。」律を細かく具体的に規定すれば、條文は微妙に異なる他のケースにすんなり適用出来ないの^{注36}で、吏議して決めねばならない。しかし、役人は簿書の仕事に疲れはて、日々吏議を避けた。かくて「徳の意深しと雖も、姦宄^よ瘴いよ因りて暴恣となる。今日はその細かく規定したものの、逆に今日の「暴恣」の事態を招いたと考えたのである。

中国法は、「情」（犯罪行為の様態や事情）と法とのバランス（いわゆる「情法の平」）を重視してきた^{注36}。この基本認識に立って、法文は犯罪様態を細分化し具体的に定めたが、その結果、個々の法文の包摂できる範囲が限定されてしまい、既存の法に当てはまらない事案を

いかに処理するかという問題が生まれた^{注37}。太炎はこのことから生ずる処断の恣意性を指摘している^{注38}。

太炎が挙げた具体例は、董仲舒の決事比である。太炎は言う。決事比は經と讖を援引比附し、「事」に対してそれを「例」（判決例）として類推適用した。ところが、その文章は冗長で「例」が細かい、と。「例」が個別的にすぎるといふわけだが、重訂本になると、この問題点が明確に指摘された。すなわち、「例」が細分化された結果、後世の廷尉は、生死をめぐる「比」（類推適用）が違ってくるのを利として、罪の軽重を売り買いするようになった。法のもつ明確な標準が棄てられて、動揺する結果を招いた、と言うのである^{注39}。『漢書』刑法志は、このことを次のように記す。酷吏が巧みに法を操って「事」「例」を引き比べ、その結果、法網が細かくなった。律例はおよそ三百五十九章、大辟に関するものが四百九條、一千八百八十二事、死罪の決事比は一万三千四百七十二例に達した。そして法運用の統一性が失われて、同じ罪でも判決を異にすることが起こり、姦惡の役人はそれを取引材料にして悪用した、と。太炎は、こうした事実を踏まえた上で、儒家の「原心定罪」のやり方によって、酷吏が法的安定性を損なった、と主張したのである。「情法の平」や比附など、法運用の実際につ

いては先学の考察^(注40)があるので触れないが、太炎が本篇で問題にしたのは、法を公正に機能させることであつた。とはいえ、まだ重訂本儒法篇では、彼は基本的に礼と法の相補性の立場に立ち、儒家と法家の関係を根本的に見直すまでには至っていない。篇末に「子弓曰、居敬而行簡、以臨其民」(『論語』雍也篇)の言葉を引用して、「烏乎、此可謂儒法之君矣」と評価したことからも分かる(この語句は『檢論』では削除)。因みに付言すると、太炎が問題視した「援引比附」は、民国の新刑律において廃止された(第三節注(3)参照)。

ところが『檢論』原法篇になると、儒法篇の見方が変わった。儒と法の相補性ではなく、法独自の意義が高く評価されたのである。そして李悝『法經』、『春秋左伝』に引かれた律条の規定、『晋書』刑法志に見える陳群の言葉、朝律、越宮律、三国魏、桓範の『世要』など、法制史関係の知識が多く引用されて議論が展開された。

太炎は法について、『管子』を引いて法の概念を広く理解し、法は政治と行政を含み、専ら法曹にだけ掌られていたのではない、という見方を述べた^(注41)。『廡書』商鞅篇で、法を制度の意と解して、法家を西洋の政治家に近いものと評したのは(第二節)、この認識があつたからであり、「漢律考」でも漢律が刑律よりも広く解さ

れて『周礼』などに近かつたと論じている^(注42)。従来、中国において司法は単に「吏治」の一環として位置づけられてきたから^(注43)、太炎の法理解がそれらと一線を画することは明らかであろう。

さらに、太炎は法を制度一般と狭義の法律とに分けて考えた。狭義の法律は、実情を離れて人の心情を窺いばかり、人主一人の便宜のためにすぎない、と言う^(注44)。そして立法の目的について、次のように述べる。

「立法の意は、姦を禁ずるに止む。使し民に偽行あらば、徳を慚ずるのみ。」^(注45)

太炎から見ると、狭義の法律の目的は奸悪の禁止にとどまる。民に偽行があれば、為政者が徳のなさを恥じるまでのことで、法により民を教化することが目的ではないのである。彼は管子や商鞅など法家を政治家と見、張湯・趙禹らを法吏として区別した^(注46)。この見方は、重訂本儒法篇でもすでに論ぜられていたが、『檢論』原法篇に至つて、儒家と法吏がより詳細に批判されることになった。春秋折獄の恣意性を批判した個所で言う。

「法律の繁苛なるは、未だ以て民を燒^{わす}はすに足らず。民を燒はす者は、微なきの事を億察するに在り。」^(注47)民にとつての深刻な問題は、証拠もなく判決を下されることだといふのである。そして続けて法吏を批判して言

う。一事に対して二つの準則（律）があり、罪の軽重がさじ加減なので、彼らはそれを利として科罪を売買するようになった、と（注46）。さらに原注に「漢代の儒者は、往々にして喜んで法律の明文を捨てて經典を引き、（犯罪者の）心意を誅して断罪する」と書き加えた（注49）。いわゆる「原心定罪」、道徳に根ざす主観的な法解釈が問題だ、と太炎は考えたのである。だからこそ、原注末尾で「蓋し仲舒より以来、儒者は皆な蚩尤たり」と断定した（注50）。『廬書』儒法篇に存した見方、すなわち儒家と法家の相補性が否定されたことは、明らかである。

この上で太炎は、法は罪刑の一致が重要だと主張することになる。

「吾 古えの法を為むる者を觀るに、鄭僑の恵、商鞅の烈、鄆侯の平、釈之の豈弟、治を為すこと同じからざれども、要ず法令の明らかに符するを以て質と為す。名は刀筆に在れども、正を持すること 儒者に過ぐ。」（注51）

明らかかなように太炎は、もはや儒者と法家の相補性をたつとんではない。法家を評価するにしても、それは刑罰を重視したからではなく、罪刑の一致、法の持つ準則としての明確さからであった。支配層にも法を公平に適用する正義、法的安定性など太炎の法制論は、『検論』

に至って、より明確に展開されたと言えよう。『廬書』初刻本・重訂本の儒法篇末尾にあった「子弓曰：」の語句が削られて、新たに「章炳麟曰」が加えられた。すなわち言う。今の世のいわゆる官人法を守る者に、商鞅や韓非子のような法家はいないし、寧成や郅都のような法吏もない。まさしく桓範の言葉の通りである、と。

清末民初は、漢律や五朝律の佚文が収集され始めた草創期である。それにもかかわらず、法学者でもない古典学者が中国法を上のような形で論じた。辛亥前後の苛酷な現実が、彼の孤高の思索を深めさせたと考えられる。

第三節 民国の新刑律に対する批評

——「太炎先生自述學術次第」

太炎は、『廬書』『検論』以外に、「太炎先生自述學術次第」でも法制について具体的に論じた（なお、他にも一九一二年三月に「暫行報律」を批判した「却還内務部所定報律議」などがある。それは手続きの不備や報律の内容の曖昧さを批判し言論の自由を主張したものであるが、刑律のまだ制定されていない段階における議論なので、ここでは省く）（注52）。民国の新刑律を旧律と比較しているのである。この回顧からも彼の學術において、法

制論が一定の地位を占めていたことが分かる。一体、太炎は新刑律をどのように批評したのか。この検討を通して、太炎の問題意識がより明確になるだろう。

そこで先ず、清末民初の新刑律の制定過程について見ておこう。それは複雑な経緯を辿った。清朝における法律修訂作業は、光緒三十一年（一九〇五）から始まり、『新刑律第一次草案』（一九〇七）が出来た。それに対して、中央や地方官僚の簽注が附されて増刪され、『第二次草案』（一九一〇）が生まれた。そしてさらに、六回にわたる修正が加わえられて、最終的に公布されたものが、『欽定大清刑律』（一九一一年一月）である。ところが、辛亥革命で清朝が倒れた結果、『欽定大清刑律』に代わって、先ず一九一二年に『暫行新刑律』、一九一五年に『修正刑法草案』、一九一八年に『刑法第二次修正案』、一九一九年に『改定刑法第二次修正案』が出された。そして一九二八年に至って、ようやく『中華民国刑法』が生まれた。これは『改定刑法第二次修正案』を藍本にしている。さらに『中華民国刑法』は、『中華民国刑法修正案初稿』（一九三三）と『中華民国刑法修正案』（一九三四）を経て、一九三五年に『中華民国刑法』として公布された。こうした中国における刑律制定の紆余曲折は、単に辛亥革命後の政治的混乱によるだけではない。

い。法の精神において、伝統的発想が根本的に変更を迫られたことも挙げねばなるまい。

法の精神における伝統的発想とは、礼と法の相補性をめぐるものである。この二千年間、法は礼を補うものと考えられ、礼制の影響を受けてきた。しかし、法の近代化に当たって、法は礼制との関係の清算を迫られた。近代法の個人主義的性格が、礼制の発想とは基本的に異なるからである。ところが、いかに儒教が当時、批判されたとしても、社会慣行や日常道徳は急激に変わるものではない。法を安定的に運用したいのなら、慣行や道徳と無縁であることはできない。こうした中国における礼と法との微妙な関係も、刑法制定過程の複雑な経緯に反映していたのである。太炎の議論も、そこに集中していた。

刑法條文を具体的に批評するに当たって、太炎は、旧律に過謬があれば削ればよく、新刑律にも間違いがあると考えた^(注33)。彼は、旧律に肯定的で新刑律に批判的であったわけではないのである（旧律の批判は、すでに「五朝法律素隱」や「煊書」『検論』の諸篇などに見られる）。ここに言う「新刑律」とは、『暫行新刑律』（一九一二年）であろう^(注34)。「太炎先生自述學術次第」は、『制言』第二五期（一九三六年九月一六日）に掲載され

たが、これは民国二年（一九一三）の草稿が元であるから、「新刑律」は『暫行新刑律』を指すと推定される。

さて、新刑律の問題点として、太炎は五点挙げた。すなわち新刑律は、（１）死刑以下に刑名が徒刑（無期・有期を含む）一つしかない。（２）侵占罪（いわゆる横領罪）で官と民を区別しない。（３）謀殺・故殺・鬪毆殺を区別しない。（４）相姦罪が軽い。（５）宗教干犯罪がある、の五つである。順次見ていこう。

（一）重大事案に死刑と徒刑（無期・有期を含む）しかないこと 『暫行新刑律』は、第七章「刑名」第三十七條において、主刑を五段階に分け、①死刑、②無期徒刑、③有期徒刑（二等〜五等）、④拘投、⑤罰金とした^{（注55）}。太炎は、新刑律の主刑には、重刑として死刑の下に徒刑しかない点を批判した。彼は言う。旧律では、刑名が五名十七等あった^{（注56）}。清律はさらにそこに發遣（流刑の特に重いもので、辺境に追放して労役に服させる）と充軍（流刑地の兵營で苦役に服させる）の刑を加えたが、新刑律は重大事案に刑名が二名七等（①〜③）しかない、と^{（注57）}。太炎から見ると、新刑律は刑名が粗略ということになる。粗略だと、法の適用が恣意的になる恐れがある。同じ罪であっても、徒五年と六月は随意に定められるかもしれぬのである^{（注58）}。どういふことか。

彼は言う。清律では、死刑の監候（死刑を秋審の後に待つて擬定する。罪刑に疑いのある者に対して行ふ特例措置）に対して、情実（死刑に処す）・緩決（一年間、死刑執行の猶予）・矜疑（減刑して流罪か徒刑にする）の三種があった。該当する律がなくて適用が決まらない場合、法吏の意見で罪の軽重を決めた。事案の实情が多すぎて、あらかじめ律条を制定できないからだが、新刑律となっても、刑名が粗略なので、法官の意のままに罪刑を伸縮させられる。その点で旧律と同じ類だ、と^{（注59）}。太炎は『檢論』原法篇において、中国法の「情」（事案の個別的事情）と適用すべき法とのズレが法吏の恣意性を生むと指摘していた。中国は罪刑法定主義であったものの^{（注60）}、「情法の平」を重んじて法の規範性は二次的に扱われることがあった^{（注61）}。こうした実情を彼は念頭に置いていたのだろう。それ故、彼は、新刑律が清律のくどくどしく詭りのあるものを除いて改めることもせず、すべて近代的な新意で易えてしまった、と批判したわけである。新刑律の刑名は、中国法運用の実態から問われたのである。

（二）侵占罪で官と民を区別しないこと 太炎は、新刑律が侵占罪で官と民を区別しない点を批判した。侵占罪とは、自己が管理する他人の所有物及びこれに準ず

る財物を、自己の特有に帰し、不法に処分したり領有する横領行為を指す。管理している点で、侵占罪は窃盜罪と異質である。新刑律第三十四章第三百九十一條の侵占罪規定だと、「處三等或五等有期徒刑」になる^{〔注62〕}。業務上の侵占罪に対しては、「處二等至三等有期徒刑」になる（第三百九十二條）。業務上の侵占とは、質業や倉庫業・運送業などにおけるものであり、特に官の公務上のそれと区別はしていない^{〔注63〕}。これに対して、太炎は言う。旧律の賊盜律は、監守が自ら管理するものを盜むことに対して、常人の窃盜より重くした^{〔注64〕}。ところが、新刑律は監守の罪を常人と同じくして、その罪を区別しない。これは、官員としての責任の所在を忘れたものだ、と^{〔注65〕}。太炎の官員の罪を重く見る立場は、「五朝法律索隱」ですでに論じられており、辛亥前より一貫しているから、官員の罪に対して新刑律が軽く見る点を批判したわけである。官員の責任を問うたのは、公務上の犯罪であり、私人の窃盜とは異質だと考えたからである。中国において官員に要求される倫理性が前提されている。

(3) 謀殺・故殺・鬪毆殺を区別しないこと 新刑律第二十六章第三百十一條に、殺人は「處死刑、無期徒刑或一等有期徒刑」とあり^{〔注66〕}、旧律にあった謀殺・故

殺・鬪毆殺の区別を削った。謀殺や故殺などを区別しない理由については、『暫行新刑律』に附された「原案理由」を見ると、①豫謀の殺意とそうでないものとは、法理上正確に区別できない、②仮に区別できたとしても、殺人としては同じだから、刑法上、軽重の差がない。③犯意が豫謀に出るので、その刑を重くするのなら、なぜ別種の犯罪には重刑の規定がないのか。豫謀の殺傷に限って、特に重くする理由がない、とある^{〔注67〕}。新刑律の考へは、謀殺・故殺など殺人の結果だけを問うて、罪情の違いを無視したから、太炎は「含糊之甚」だと批判した。彼は結果だけを見るのではなく、罪の構成要件を細かに見ようとした。つまり、西洋近代的な結果主義に反対なのである。

(4) 相姦罪の軽いこと 新刑律第二十三章第二百八十九條は、「和姦有夫之婦者」と「相姦者」を「處四等以下有期徒刑或拘役」と規定する^{〔注68〕}。これに対して、太炎は言う。明清律で親屬相姦罪はきわめて重かった。ところが新刑律では、常人が和姦した場合、夫がない婦であると無罪になる。中国の旧慣が非難したところと異なる。新刑律が軽くしたのは、他国の律がそうなるからであり、また法律は道德と無関係という理由からだが、中国の人情や習俗を考えなくて良いのか、と^{〔注69〕}。

『暫行新刑律』の本條に附された「補箋」は、法と礼との關係に言及している。すなわち、夫のいない婦を罪に問わないのは、中国の礼教に反すると批判されるかもしれないが、この種のことは「家庭教育・学校教育及輿論制裁」によって防止すべきであつて、刑罰によって矯正は出来ない、と言うのである^(注70)。「補箋」は北京政府の法部が作ったもの^(注71)だが、『暫行新刑律』は、旧律の基礎にあつた法と礼の相補性を否定したのである。この新刑律の認識を辿れば、すでに『欽定大清刑律』(第二百八十九條)がそうなつていたし^(注72)、さらに溯れば、『刑律草案』(一九〇七)の該當條項(第二百七十八條)は、すでに無夫の婦の姦非を罰しなかつた^(注73)。『刑律草案』第二十三章「關於姦非及重婚罪」の説明には、姦非罪は社会と国家の害をなすから、元以降、重罰が課されてきたが、それは礼教と輿論で防げば良く、重罰がなくても、姦非罪は増えはしないだろう、とある^(注74)。つまり、清末の新刑律は、旧律とは違つて、家族倫理を国家政治と切り離そうとしていたわけで、姦通罪もその認識に立つて重罰化されず、民国の新刑律もその考え方を継承したのである。要するに、清末民初の新刑律が近代法の個人主義的立場を採用した結果と言える。太炎の反撥は中国の習俗や旧慣を無視する点に発し、彼は近代

法の個人主義的立場には違和感をもっている。ただ、家族倫理とこの点について、太炎が明快に論じたとは言えない。『檢論』原法篇では、「法」によって風俗は教化できないと、「法」の範圍を見定めて、道德や慣習世界と同じではないと考へていたにもかかわらず、家族倫理と法について根本的に考察していたわけではないからである。

(5) 宗教干犯罪

これもやはり新刑律が中国の習俗や旧慣を無視して、刑法を制定した浅薄さを批判するものである。『暫行新刑律』第二十章第二百五十七條に「対壇廟、寺觀、墳墓及其他禮拜所、有公然不敬之行者處五等有期徒刑、拘役或一百圓以下罰金」とある^(注75)。本條の「補箋」には、「宗教の自由は、各国の憲法が皆な載せていて、臣民の權利である。本條は、宗教の種類如何を問わず、道教であれ、仏教であれ、キリスト教であれ、およそこれらに対して不敬行為があれば、すべて保護する。それは専ら宗教保護が理由からではない」とある^(注76)。太炎に言わすれば、人情や習俗は国によって異なるから、他国の法に一律に従ふ必要はない。「独りばら中国の人情習俗を屈して、以て異方に就かんと欲す。此れ古えの所謂趾を削りて履に適はす者」なのである^(注77)。

以上、新刑律をめぐる太炎の議論は、中国の習俗や旧慣、殺人の様態、官員の責任、法運用をめぐるものであった。官員の責任、習俗や旧慣の重視、法運用の視点は、彼が従来から説いてきたものである。太炎が殺人の様態において、それぞれの罪情を重視したのは、「いかにして」という在り方を、殺人という結果以上に見たからである。罪状の重視は、旧律にも共通する中国的な法思考であろう。官員の責任を問うたのは、官員が中国社会において占めてきた社会的地位を重視したからである。官員の存在は重い。その重さは、一律に個人という抽象的存在の平面に還元できず、法的処罰が科されるべきだと考えたのである。しかし、彼は新刑律の問題点を素描風に論じたまでであって、より一般論として法の問題にまで踏み込んだわけではない。

小结

章太炎は古典学者でありながら、実学的な法制に関心を懐いた。本稿はその法制論について、『廬書』『検論』諸篇を主たる手がかりに考察してきた。「五朝法律索隱」(一九〇八)で展開される法制論は、どのような形で芽生えていたのか、また彼の法制論は辛亥後どのように展

開するのか。これが考察の狙いであった。

『廬書』や『検論』に見える法制論は、①「法」の理解、②法の公平な適用の主張、③「原心定罪」に対する批判、④罪刑一致の主張、⑤官員の責任の重視、⑥地方自治と連邦論、の六点に概括できよう。

先ず一つ目だが、太炎は「法」を広く制度として理解し、狭く刑律だけとは解さなかった。従って、商鞅ら法家は政治家に類するものとして高く評価され、刑律を扱うだけの張湯ら法吏と区別された(『廬書』商鞅篇。次に二つ目である。彼は法を権力者を除外することなく、公平に適用すべきだと考えた(『廬書』商鞅篇、刑官篇、『検論』刑官篇)。法の公平な適用をめぐることは、「五朝法律索隱」で具体的に中国法の問題として検証されることになる。法の公平な適用とは、法の正義に関わるものであり、中国法の課題である。そして三つ目である。中国法は礼制の影響を受けており、礼と法の相補性という認識は、古来一般的であって、士人はそれを当然と見なし、この枠組みを疑うことはなかった。太炎も『廬書』儒法篇では、まだこの見方を払拭しきれていなかった。しかし、『検論』原法篇に至って、法固有の意義と儒教の法律観(「原心定罪」)の問題点が明確に指摘された。すなわち、法は奸悪を禁じることが目的で、風俗教化と

は別の性格をもつ。「原心定罪」の法運用は、恣意的に流れることがあり、法吏の専横を生んだ、と言うのである（『扈書』儒法篇、『検論』原法篇）。ただし、太炎に依れば、法運用が恣意的に流れるのは、一事に対して二つの準則があつて、法吏がそれを按配するからである。この按配は中国法の性質と関係している。すなわち、法文の細かく具体的でありすぎるところが逆に、「情」を貴ぶ中国社会では、処断の妥当性をめぐつて評議する必要が生じ、そこに恣意性の生まれる余地がある。太炎は、問題を単に法吏個人の倫理に帰さなかつたと言える。このことは、四つ目の問題に関わる。

四つ目は、罪刑一致の問題である。罪刑は一致すべきなのに、中国法に不一致があるのは、法が一律に適用されないからだ。故に中国法の課題は罪刑一致ということになる（『扈書』定律編、儒法篇、『検論』原法篇）。五つ目として、官員の責任を重視する視点である。この視点は「五朝法律索隱」でも見ることが出来るが、辛亥後、『暫行新刑律』侵占罪の条項でも論じられた。新刑律が一般人の業務上の侵占罪と官員のそれとを区別しないのは、官員の責任を軽く見たもの、と批判したのである。六つ目は、連邦制と地方自治の関連である。『扈書』重訂本通法篇では、まだ代議制が批判されず、「議院」

や「議員」に対して肯定的であつた。『検論』通法篇になると、代議制への不信が付け加えられた。代議制の問題は、連邦制と地方自治にも関わるが、それは『扈書』重訂本及び『検論』の地治篇で論じられた。連邦制と地方自治の一般的な議論が、『検論』地治篇では、「俊民」というエリートが立法するというように変化した。代議制批判が連邦制と地方自治との関連で考えられ始めたことを窺わせる。

辛亥後も太炎は法運用の実際に関心を懐いていた。それは「太炎先生自述學術次第」に見ることが出来る。新刑律が重大事案に対して刑名が少なく、また謀殺・故殺・鬪毆殺を区別しないと批判した。その他の論点も、他国の近代法を鵜呑みにして中国の風俗や慣習を忘れた点を批判するものであつた。

要するに、太炎の法律に対する関心は早くから存し、『扈書』に見られた視点が「五朝法律索隱」で具体的に展開し、辛亥後は、『検論』原法篇などで深められたと言えよう。中でも旧律に対する批評は、古典学者の余技を越えて、中国法の文化批判として深みの伴つた試みであつたと言えよう。

注

(1) 例外は梁啓超である。梁啓超には、立憲政治との関連で法制論がある。例えば辛亥革命前だと、「各国憲法異同論」(一八九九)「立憲法議」(一九〇〇)「論立法権」(「法理学大家孟德斯鳩之学説」(ともに一九〇二)「中国法理学発達史論」)「論中国成文法編制之沿革得失」(「大清刑事民事訴訟法」)「論法律之性質」(ともに一九〇六)「憲政淺説」(「中国国会制度私議」(ともに一九一〇)などである。

(2) 沈家本「法学盛衰説」、『寄移文存』卷三、「歴代刑法考 附寄移文存」所収、中華書局、一九八七年。周藤忠明「法学盛衰説」譯註、『産大法学』第四九卷第四号、二〇一六年参照。

(3) ただし、張晋藩「論章太炎的法律思想」(『中国法律史論』所収、法律出版社、一九八二年)がある。

(4) 拙稿「章炳麟の中国法に対する評価(上)」『五朝法律素隠』の視点―、『中国研究集刊』関号(総五八号)、二〇一四年。同「章炳麟の中国法に対する評価(下)」『五朝法律素隠』の視点―、『中国研究集刊』珠号(総五九号)、二〇一四年。

(5) 拙稿「章炳麟『五朝法律素隠』の歴史的位置」、『中国研究集刊』號号(総五六号)、二〇一三年。

(6) 拙稿「章炳麟『五朝法律素隠』とその周辺―礼と法の見方

をめぐって―」、『中国研究集刊』称号(総六〇号記念号)、二〇一五年。

(7) 『廬書』初刻本、重訂本、「検論」の形成過程や修改時期については、湯志鈞「從廬書修訂看太炎的思想演變」(『文物』一九七五―一)、湯志鈞編『章太炎年譜長編』、中華書局、一九七九年。朱維鈺「前言」(『章太炎全集』(三)、上海人民出版社、一九八四年)参照。本稿におけるテキスト名称は、朱維鈺説に従う。

(8) 程樹徳「九朝律考」は、「非所宣言」条が秦律、漢律、晋律、梁律、北齊律に見えるが、唐律にはないと言(晋律考中)。「非所宣言」は、言つてはならぬことを言う罪科である。「非所宣言」については、愛知大学名誉教授安本博先生、京都産業大学教授川北靖之先生から貴重なご教示を得た。記して感謝の意を表す。

(9) 『廬書』初刻本商鞅篇、前掲『章太炎全集』(三) 七九頁。

(10) 『廬書』初刻本商鞅篇、前掲『章太炎全集』(三) 八〇頁。

(11) 『廬書』初刻本商鞅篇、前掲『章太炎全集』(三) 八〇頁。

(12) 譚嗣同「治事篇第七」(『湘報』第三六号、一八九八年四月一日)に、「史事至煩苦、織末苛謹、晰如牛毛、徒滋弊而擾民、甚無謂也。…(中略)…今将取旧法而廢之、又不可得」として、総学会に「簡要有定之法」を整理して制定させるのがよい、と述べている。「法」が史事とパラレルに理解されて

いたことが分かる。譚嗣同が考える「法」とは、「章程」、「表」、「図」の三つである。「表」とは一覧できる分類表のこと、「図」とは、輿地・境界・田里などを視角化した図解のことである。要するに、譚嗣同の念頭にあった「法」とは、行政的な「章程」類であって、国家全体にわたる制度規範ではない（「壮飛樓治事十篇」、「譚嗣同全集」増訂本・下冊、四四一～四四二頁、中華書局、一九八一年）

(13) 『「煇書」初刻本商鞅篇、前掲『章太炎全集』(三) 八二頁。

(14) 小林忠正『法学(第二版)』第二章「法の概念」、第四章「法の妥当根拠と法理念」参照、成文堂、二〇一〇年。

(15) 例えば『周礼』小司寇に「八議」(議親・議故・議賢・議能・議功・議貴・議勤・議賢)があり、また唐律も同様で、「八議」(「議請減贖」「除免官当」といった処罰の適用を免れる身分特権があった(滋賀秀三訳註『唐律疏議』訳註篇一、六二～六七頁(「訳註日本律令 五」、東京堂出版。))

(16) 田中耕太郎『法家の法実証主義』五三頁、福村書店、昭和二十二年。

(17) 『「煇書」初刻本刑官篇、前掲『章太炎全集』(三) 八四頁。

(18) 『「煇書」初刻本刑官篇、前掲『章太炎全集』(三) 八四頁。

(19) 『「煇書」重訂本刑官篇、前掲『章太炎全集』(三) 二六四頁。

(20) 『太炎先生自定年譜』中華民國三年条、龍門書店、一九六五年。

(21) 『「煇書」初刻本刑官篇、前掲『章太炎全集』(三) 五五九頁。

(22) 『「煇書」初刻本刑官篇、前掲『章太炎全集』(三) 五五九頁。

(23) 『「煇書」重訂本定律篇、前掲『章太炎全集』(三) 二六六頁。

(24) 『「煇書」初刻本定律篇、前掲『章太炎全集』(三) 八五頁。

(25) 『「煇書」初刻本定律篇、前掲『章太炎全集』(三) 八六頁。

(26) 胥吏と陋規に関しては、服部宇之吉『清国通考』第二篇第四「吏卜幕友」(明治三八年原刊、大安、一九六六年復刊)。

また、宮崎市定「清代の胥吏と幕友」特に雍正朝を中心として、『東洋史研究』一六―四、昭和三十三年参照。

(27) 通法篇は、厳密に言ううと、初刻補佚本(朱維錚氏の語。湯志鈞氏は手校本と呼ぶ。このテキストに対する両氏の理解は異なり、作成時期も違う)に初めて加えられ、重訂本に収載された。湯志鈞『章太炎年譜長編』朱維錚『章太炎全集』(三)前言参照。通法篇の書かれた時期は、いずれにせよ一九〇三年以前と考えられる。

(28) 『「煇書」重訂本通法篇、前掲『章太炎全集』(三) 二四三、二四五頁。

(29) 『「煇書」初刻本通法篇、前掲『章太炎全集』(三) 五四一頁。

(30) 『「秦政記」、『士林』第二冊、一九一〇年原載、『太炎文録』卷一所収。「人主独貴者、其政平。不独貴、則階級起。」要以著之凶法者、慶賞不遺匹夫、誅罰不避肺腑、斯為直耳。」などの言辭からも、一君万民体制によって階級が消滅し、皇帝独

裁でも法の準則が機能したことを太炎が評価したと分かる(前掲『章太炎全集』(三) 七一〜七二頁)。

(31) 『檢論』 通法篇、前掲『章太炎全集』(三) 五四三頁。

(32) 『檢論』 地治篇、前掲『章太炎全集』(三) 五六四〜五六五頁。

(33) 「中華民國聯合會第一次大會演說辭」(一九二一年一月三日、『章太炎政論選集下』所収)では、アメリカの連邦制に中国は倣うことが出来ない」と集権の立場を表明している。

(34) 例えば「非所宣言」の語は、『史記』叔孫通伝に「於是二世令御史案諸生言反者下吏、非所宣言。諸言盜者、皆罷之」とあり、『漢書』には「丞相御史奏、湯惑衆不道、妄称詐婦異於上、非所宣言、大不敬」(陳湯伝)とか、「微博下獄、以非所宣言棄市」(王莽伝下)などとする。

(35) 語彙の異同であると、初刻本「而不知僑、亮之所以」が重訂本「未不知僑、亮之所以」(以下初刻本をA、重訂本をBとする)、A「數級」B「數令」、A「格令」B「經識」、A「不知上密」B「不知上歧」、A「其例已繁」B「其例已枝」。新增語句の異同であると、A「大辟之獄、失實則令誅」B「大辟之獄、差以米則令誅」、A「使後之廷尉、比而析之、設法如牛毛、其卒又以爲故事、然後舍生人之能、而行偶人之道」B「使一事而進退於二律、後之廷尉、利其生死異比、得以因緣爲市、然棄表埒之明、而從繆游之蕩」、A「貴其明信、不曰推輕重」B「律不亟見、奚有於歧者」となっている。

(36) 滋賀秀三「裁判準則としての法」は、中国法が量刑の妥当性を重視したことを指摘する(『清代中国の法と裁判』所収、創文社、昭和五九年)。また、寺田浩明「清代刑事裁判における律例の役割・再考―実定法の非ルールのなあり方について―」は次のように言う。中国法では「情法の平」が貫かれ、

また法文は犯罪様態を具体的に記して細分化されている。ところが、事案の「情」に該当する正条がない場合、「比附」の操作をして量刑の妥当性を決める。この「比附」作業の際、官僚は法を引照しつつ「情法の平」を考える自由と義務をもっていた、と(大島立子編『宋―清代の法と地域社会』所収、東洋文庫、平成一八年)。この法吏の「自由」に対して、太炎が恣意的に流れると批判したのである。

(37) 小口彦太「中国の法と裁判」、『中世史講座4 中世の法と権力』、学生社、一九八五年。

(38) 『廬書』重訂本儒法篇、前掲『章太炎全集』(三) 一三九頁。

(39) 『廬書』重訂本儒法篇、前掲『章太炎全集』(三) 一三九頁。

(40) 儒教思想と法運用に関しては、西田太郎「中国刑法史研究」第四章「儒家の刑罰思想」参照(岩波書店、昭和四九年)。また中村茂夫「比附の機能」は、比附が犯罪の構成要件の類似からというより、妥当な量刑を求めて行われていた、と指摘する(『清代刑法研究』所収、東京大学出版会、一九七三年)。

(41) 『檢論』原法篇、前掲『章太炎全集』(三) 四三三五頁。

(42) 「漢律考」、「檢論」原法篇附録。前掲『章太炎全集』(三) 四三七～四三八頁。

(43) 小口彦太前掲「中国の裁判と法」。

(44) 『檢論』原法篇、前掲『章太炎全集』(三) 四三六頁。

(45) 『檢論』原法篇、前掲『章太炎全集』(三) 四三六頁。

(46) 『檢論』原法篇「著書定律為法家、聽事任職為法吏。法吏多文、俗世因以非申・商、則過」、前掲『章太炎全集』(三) 四三七頁。

(47) 『檢論』原法篇、前掲『章太炎全集』(三) 四三六頁。

(48) 『檢論』原法篇、前掲『章太炎全集』(三) 四三六頁。

(49) 法ではなく心意を基準に断罪する点は、董仲舒「春秋決事」(馬國翰輯『玉函山房輯佚書』所収)に窺える。例えば甲には子がなく、捨て子の乙を我が子として育てた。乙が人を殺したが、甲は乙を隠した。董仲舒は「詩経」(小雅・小宛)を引用し、乙は実子ではないが、「父は子の為に隠す」(論語「子路篇」として甲の隠匿罪を問わなかったとある。殺人者の隠匿を法に問う前に、儒教倫理の強く作用したことが分かる。

(50) 『檢論』原法篇、前掲『章太炎全集』(三) 四三六頁。

(51) 『檢論』原法篇、前掲『章太炎全集』(三) 四三六頁。

(52) 『制言』第二五期、一九三六年九月一六日。「太炎先生自述學術次第」(五三～六八頁、前掲『太炎先生自定年譜』附録二)。
また「却還内務部所定報律議」は、一九二二年三月七日「大

共和日報社説「社論」に掲載された無署名論文だが、「太炎最近文録」(一九一五)に記載され、前掲『章太炎政論選集』下冊にも収載された。

(53) 前掲「太炎先生自述學術次第」六一頁。

(54) 『暫行新刑律』は、「欽定大清刑律」を援用している(民国元年三月一〇日「大總統令」)。「総則」全十七章は『欽定大清刑律』と同じだが、清朝倒壊という事態を受けて、「分則」から第一章「侵犯皇室罪」が削られた結果、三五章となった。しかし、刪修後の『暫定新刑律』は、皇室関係條文に止まらず、立法精神の上で異なる点があった。すなわち、①刑名を減らしたこと、②旧律にあった援引比附を廢したこと、③少年犯罪の矯正に「感化教育」を採用したこと、④「危害乘輿・内乱・外患」、尊親屬に対する犯罪などに適用された重罪を廢止したことなどである(黄源盛纂輯『晚清民国刑法史料輯注(上)』三六二～三六三頁。元照出版有限公司、二〇一〇年)。太炎の新刑律批評は、①と④(相姦罪)に向けられていたが、辛亥前に彼は②援引比附を批判し、④尊親屬殺人への法の均等な適用を説いていたから、その点では、先駆的などころがあったと言える。

(55) 前掲『晚清民国刑法史料輯注(上)』三九八頁。付言すると、『暫行新刑律』第三十七条は、『欽定大清刑律』(一九一一)第三十七条を承けている(前掲『晚清民国刑法史料輯注(上)』

三〇一頁)。

- (56) 五刑は二十等である。清、沈之奇撰『大清律例』卷第一「名例律」「五刑」に、死刑・流刑・徒刑・杖刑・笞刑と五等あり、死刑には絞と斬、流刑には二千里・二千五百里・三千里、徒刑には一年・一年半・二年・二年半・三年とあつて、等級が細かく規定されていた。(『大清律輯注』(上)、法律出版社、二〇〇〇年)。

(57) 前掲「太炎先生自述學術次第」六二頁。太炎は「二死三流」をそれぞれ一等に数えたので(原注)、「五名十七等」になる。

(58) 前掲「太炎先生自述學術次第」六二頁。

(59) 前掲「太炎先生自述學術次第」六二頁。

(60) 田中耕太郎前掲書三〇〇～三一、六五～六六頁。滋賀秀三前掲「裁判準則としての法」。

(61) 田中耕太郎前掲書四〇頁。裁判における「法」のあり方については、例えば滋賀秀三「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』所収、創文社、二〇〇九年。また寺田浩明「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)など参照。要するに、法吏は「法」以外の基準にも依拠したということである。

(62) 前掲「晚清民国刑法史料輯注(上)」五〇〇頁。

(63) 「暫行新刑律」第三百九十二條に附された「原案注意」に、「業

務」として「質業」「倉庫業」「運送業」が扱っている財物を指すとし、業務によつて他人の財物を管理しながら盗む場合は、「雖非監守自盜之官員可比、然其侵占之情、無纖芒之輕重、故予以同一之処分」とある。前掲「晚清民国刑法史料輯注(上)」五〇一～五〇二頁。

(64) 清律賊盜律「監守自盜倉庫錢糧」條。前掲『大清律輯注』(上)五六三頁。

(65) 前掲「太炎先生自述學術次第」六三頁。

(66) 前掲「晚清民国刑法史料輯注(上)」四七九頁。

(67) 前掲「晚清民国刑法史料輯注(上)」四七九頁。

(68) 前掲「晚清民国刑法史料輯注(上)」四七五頁。

(69) 前掲「太炎先生自述學術次第」六三頁。

(70) 前掲「晚清民国刑法史料輯注(上)」四七五頁。

(71) 前掲「晚清民国刑法史料輯注(上)」(「暫行新刑律」編輯說明)三六三頁。

(72) 前掲「晚清民国刑法史料輯注(上)」三四一頁。

(73) 前掲「晚清民国刑法史料輯注(上)」一五六頁。

(74) 前掲「晚清民国刑法史料輯注(上)」一五三頁。

(75) 前掲「晚清民国刑法史料輯注(上)」四六九頁。

(76) 前掲「晚清民国刑法史料輯注(上)」四六九頁。

(77) 前掲「太炎先生自述學術次第」六三～六四頁。