

## 批評と紹介

黄源盛著

### 『晚清民国刑法春秋』

久保 茉莉子

中華人民共和国における史料公開や学術交流の進展とともに、一九八〇年代以降、中国近代法史に関する論著は一定程度蓄積されてきた。しかしその一方で、先行研究の整理や史料批判が不十分な研究も少なくない<sup>1)</sup>。そうした状況の中、本書の著者は各地で中国近代法史に関する史料の収集と整理を進め、その作業によって得られた貴重な一次史料に依拠した実証研究を多数発表するなど、当該分野の研究の進展に大きく貢献してきた。本書は清末民国期における刑法典及び刑事裁判の変遷に重点を置きつつ、著者の長年にわたる史料編纂作業と実証研究の成果、法史学や刑法学、外国法に関する豊富な知識を総合し、法制史研究の意義や刑法の役割、法をめぐる現状と今後の課題に対する著者自身の見解を提示するものである。そこには「完璧で深い法史学研究は、史料・史実・史論の「三部曲」からなる」〔序 iv 頁〕という著者の研究姿勢が明瞭に表れている。

まずは本書の内容を概観しておきたい。本書の構成は以下の通りとなっている。

序論 刑法の基本原則をめぐる歴史上の連続性と断絶性

上篇 法典編纂の系譜

第一章 帝制中国最後の伝統的刑法典

——「大清現行刑律」の変化と連続性

第二章 伝統法と継受法の衝突

——「大清新刑律」の礼法争議

第三章 法律の継受と法律用語の転換

——「大清新刑律」中の法律用語

第四章 民国最初の刑法典

——民国元年「暫行新刑律」の歴史と理論

第五章 「隆礼重典」の作

——民国四年「修正刑法草案」の拾遺

第六章 内外の圧力下における新たな成果

——民国七年「刑法第二次修正案」とその改正案についての論評

第七章 国民政府の最初の刑法典

——民国十七年の旧刑法と司法実践

第八章 回顧と動向

——民国二十四年刑法とその八十年間の修正過程

## 程の概要

## 下篇 理論と実践

## 第九章 人性・情理・法意

——「親親相隱」の伝統と現代

## 第十章 情欲・規範・歴史

——親屬相姦罪の変遷とその趨勢

## 第十一章 色欲と戒め

——「無夫姦」から姦通罪廃止に至るまでの百年間の変遷

年間の変遷

## 第十二章 固有の倫常と舶来の法律

——尊親屬殺罪の歴史・觀念及びその帰趨

## 第十三章 礼と刑の間

——「供養有闕」から「遺棄尊親屬」へ

## 第十四章 「半人半物」から「齊民」へ

——清末民国における奴婢売買禁止の光と影

## 第十五章 刑事裁判における習慣の運用

——台湾先住民の旧慣を例として

## 結論

## 附録 清末民国歴代刑法修正比較表

序論では、本書が分析対象とする刑法及び清末民国期という時代の重要性について述べられた後、特に注目すべき刑法の基本原則の変化が五点あげられる。それによれば、

刑法は時代や地域、民族の違いを問わず制定され、「法の中の王」とも呼ばれるという。本書における「晚清民国」とは、一九〇二年に清朝による法制改革が開始されてから、大陸中国に中華民国が成立し、南京臨時政府、北京政府、国民政府を経て、中華民国政権が台湾に移り、現在に至るまでの約一〇〇年間を指す。清末以降、刑法は(一)民や官吏を統治するための道具から法益保護のための法典へ、(二)規範と律例の混合状態から犯罪と刑罰専門の法典へ、(三)類推適用から罪刑法定主義へ、(四)「礼教」重視から「礼」と「刑」の区別へ、(五)応報刑論から目的刑論へと変化した。但し中国の伝統的な道德観にもとづく条文も残存したとされる。

上篇(第一〜八章)では、以下のように清末民国期における刑法典編纂過程が整理される。一九一〇年に頒布・施行された「大清現行刑律」は体系・内容ともに旧律の特徴を維持しつつも、「六部」の職務に関する規定を削除し、苛酷な刑罰を廃止するなど、中国法史上、比較的進歩した伝統的法典であった(第一章)。一九二一年に頒布された「欽定大清刑律」(「大清新刑律」)は、沈家本が伝統中国法に近代的な要素を取り入れる形で生み出した新たな中国法である。伝統中国法とは本質的に異なる外国法を継受する過程では新たな法律用語が必要となった。そこで翻訳事業や留

学の進展を背景に多くの和製漢語が輸入されつつも、旧律中の語を残すなど、中国社会に浸透しやすい語を用いる努力がなされた(第二・三章)。中華民国成立後、大清新刑律を修正して制定された「暫行新刑律」は、結局一九二八年まで効力を持ち続けた。北京政府時期にも刑法典編纂事業は進められ、袁世凱政権下では伝統的な道德観を重んじた「修正刑法草案」(一九一五年)が、袁の死後、段祺瑞政権下では刑事立法をめぐる世界の新たな潮流を意識した「刑法第二次修正案」(一九一八年)及び「改定刑法第二次修正案」(一九一九年)が起草された。しかしいずれも公布・施行には至らなかつた(第四・六章)。そして改定刑法第二次修正案を底本とする形で、一九二八年、南京国民政府の下、初めて中華民国刑法典(「旧刑法」)が公布・施行されることとなる。伝統的な農業社会意識に代わり商工業社会意識の影響が強くなる中、刑法は家族・倫理・義務本位の法から個人・自由・権利本位の法へと変化した。また大清新刑律や暫行新刑律が日本刑法、とりわけ清朝の法律顧問を務めた岡田朝太郎の刑法理論の影響を受けていたのに対し、旧刑法は牧野英一の主張する主観主義刑法理論を採用した(第七章)。それから七年後、各国の最新の刑事立法を参照し、旧刑法よりも主観主義を徹底させた新たな刑法典(「現行刑法」)が公布・施行された。そして現在に至るまでの約

八〇年間、中華民国刑法の改正事業が行われてきたが、台湾の現行刑法中には、保護すべき法益が不明瞭な犯罪に關する規定や、法律と道德とが混同されている規定など、なお争点となる問題が残されているという(第八章)。

上篇でしばしば強調されるのは、清末民国期の近代的刑法典編纂過程における刑法の「任務」の転換である。それによれば、清末以降にヨーロッパ大陸法を継受することによって、それまで民や官吏を統治するための道具であつた中国の刑法は、法益保護を任務とするようになった。ただし法の歴史を見れば、「法益を保護する法」であることは、必ずしも近代的刑法のみの特徴ではない。なぜなら、もともと国家の強制力を後盾としながら人民の生活の利益を保護することに刑法存立の正当な根拠があつたからである。つまり刑法は本来法益を保護するものであり、法益を保護する必要があるのなら刑罰も不要になるといふ。ちなみに刑法と法益保護との關係については、上篇だけでなく本書の随所で述べられている(七・九、三二七・三二八、四四三頁など)。

下篇(第九・十五章)は、刑法典や刑事訴訟法典の規定、法をめぐる論争、そして刑事裁判の事例から看取できる人々の法觀念に注目し、その変化と連続性を分析する。まず、親屬同士での犯罪隱匿、親屬間の性行為、姦通、尊親屬殺、

尊親屬に対する扶養義務など、家族や婚姻に関する規定に焦点を合わせる。そして清末以降、伝統的な道徳観にもとづく規定を刑法典に残すか否かをめぐり論争が展開されてきたこと、刑法の役割に対する認識が変化しつつも伝統的な道徳観を維持するような規定が残存したことを指摘する（第九〜十三章）。次に、個人の自由・平等・尊厳を重視する人権概念が清末以降の一〇〇年間で浸透してきた過程を分析するため、奴隸・人身売買をめぐる規定の変遷を論じる（第十四章）。最後に、罪刑法定主義を基本原則とする刑法と慣習法との衝突に着目し、台湾先住民の部落における規範の歴史と先住民の慣習に関わる近年の刑事裁判の事例を分析する（第十五章）。

下篇の特徴は、各章で一つの規定に注目し、古代から現代台湾に至るまでの刑法典の条文やそれに関する議論、刑事裁判の事例、そして外国の立法例にもとづき、刑法の理論と実践をめぐる通史的・比較的分析が試みられている点である。例えば第九章では、まず漢代の儒家董仲舒が「親親相隱」案に対していかに論じたかを分析し、それが後世の法制及び法規範に大きな影響を与えたとする。そして「唐律」「大明律」「大清律」の規定に言及した後、清末の刑法典編纂過程における礼法論争について概観する。さらに中華民国成立後、台湾現行法に至るまでの各時期の刑法・刑

事訴訟法、現代の中華人民共和国の刑法・刑事訴訟法、ヨーロッパ大陸法系のフランス、ドイツ、日本、英米法系のアメリカ、イギリスといった各国の現行法との比較も行われる。それにより、時代や地域の違いを越えた道徳観や法規範の連続性・共通性を示している。

結論では、刑法の変化と連続性に対する著者の見解がまとめられる。清末以降、時代の流れとともに刑法典の理論と実践状況は変化したが、外国法の継受を重視し、刑事法をめぐる世界の潮流との呼応を追求するという立法原則は一貫していた。この一世紀間の清末民国刑法史は、外国法を継受しつつ伝統法との融合を模索する過程であった。そしてそれは中国だけの現象ではない。そもそも近現代の世界では、多くの法文化が地域間の相互作用によって形成されてきたのである。法の安定性を求めるならば頻繁に修正すべきではないが、法律の命脈は社会の需要に適合することとあり、法律は社会を理想に近づける使命がある。清末民国の一〇〇年間における刑法の変遷は、その時代における社会の文化脈動に違背しないような刑法の制定が目指されてきたことの表れであるという。

以上が本書の概要である。以下では本書に対する若干の所感を述べることにする。

研究史上における本書の意義は数多くあげられるが、紙

幅の都合上、ここでは二点に絞りたい。第一に、刑法の理論と実践について多様な角度から論じることで、近代的刑法の形成過程について重要な見方を提示した点である。具体的にいうと、本書はまず上篇で刑法の立法過程の全体像を整理した後、下篇では刑法典の個々の規定をめぐると史的・比較的分析を展開している。その過程では、著者自らが収集・整理した多くの史料が用いられ、立法者たちが重視する刑法理論と外国法の影響、それに対する同時代の人々の反応とその背後にある伝統的な道徳・法観念、刑法を実際に運用する立場にある裁判官たちの法観念が明らかにされる。そのうえで、清代までの刑法や外国法との異同、台湾現行法の問題点についても論じられる。それにより、

(一) 刑事法をめぐると世界的潮流に合わせる形で清末民国期の刑法典に示される理論が変遷してきた、(二) その一方で紆余曲折を経ながらも近代的刑法典の中に伝統的な道徳観が残存し続けている、(三) それはすなわち近代的な刑法理論と伝統的な道徳観とは矛盾するばかりではなく融和することもありえるということ、(四) なぜならば刑法による法益保護や人権擁護といった概念と共通する道徳観が、近代的刑法形成過程以前にすでに社会に存在していたからである、という興味深い見解が明快に導き出されている。

なお、本書が豊富な一次史料を論拠としていることは問

違いないのだが、それでも立法過程の分析においては民国期に出版された二次文献に依拠する部分が見られる(第八章二九九頁など)<sup>2)</sup>。もちろん同時代研究と史料との線引きは難しく、民国期に出版された中華民国法史の著作を史料とすることもありえるだろう。ただ、本書が参照する文献自体に注釈が付されていないため、最終的に史料が不明瞭なままになってしまふ恐れがある。立法過程に関しては、本書も史料として用いている当時の雑誌や新聞、立法院の会議録等、刊行史料に記載される情報を加えることによつて、二次文献に依拠せずとも一次史料を示しながら実証できると思われる。ちなみに西英昭氏によれば、民国期の立法法に関する諸史料の発掘や、それらの史料に関する文献学的な基礎情報の整理は十全ではなく、立法をめぐると具体的な議論の過程を把握することはなお困難とされている<sup>3)</sup>。これまでも同時代研究に依拠して説明せざるをえなかつた部分を、新たな史料の発掘と整理を通してより具体的に明らかにしていくことが、ひきつづき今後の中国近代法史研究の課題であるといえよう。蛇足ではあるが、本書は、著者がこれまで刊行してきた著作や史料集の分析内容・史料を使いつつ、通史的な分析や比較的分析に力を入れる形でまとめられているため、実証分析の部分に関しては、本書を参照したうえで、あらためて著者の前著や史料集を確認するほう

がよいと感じられた。<sup>(4)</sup>

研究史上における本書の意義として、第二に、一九四九年以前の中華民国法と台湾現行法との接続を試みた点をあげたい。著者は、台湾現行法の六法体制の構造と起源について、その大部分は清末民国期における法律継受の過程に端を発するとする〔序〕iv頁)。そして、台湾の現行刑法を理解し、未来の刑法のあり方について考えるため、清末以降の一〇〇年間の法制史を分析することが必要だという(四頁)。このような観点から、本書は、清末以降、中華民国政府が大陸中国に存在した時代と台湾に移転した後の時代に制定された全ての刑法典と刑法草案を一つの線で結び、その通史を描くことに挑戦しているのである。

ただし、日中戦争勃発後の法状況については、本書ではあまり触れられていないといえる。一九三五年の現行刑法公布・施行後の時代に関しては、各時期の刑法典・刑事訴訟法典の条文のみを列挙するか、或いは一九四〇～八〇年代の法状況をほぼ省略して、現代の台湾の法状況をめぐる分析を展開する場合が多い。もちろん、本書も現行刑法制定後の中華民国における刑法の変遷について言及している。ここでは、先行研究に依拠しながら、現行刑法施行後の刑法学の動向が三期に分けられている。「前期」は、現行刑法施行後から中華民国政府の台湾移転後初期(一九三五～六

〇年前後)で、「旧刑法」時期の見方が引き継がれていたという。「中期」は、中華民国政府の台湾移転後に台湾の社会経済状態が安定していた時期(一九六〇～八〇年代前後)で、日本やドイツの刑法理論を再度継受したという。そして「近期」は、台湾が経済発展を遂げて現在に至るまでの時期(一九八〇年代～二〇一七年)で、ドイツ刑法学の影響がより強くなっているという。しかし本書では各時期における刑法学の理論の特徴や異同、変遷について具体的に述べられているわけではなく、一九九〇年代以降の条文についての説明が主となっている(三二〇～三二七頁)。

台湾現行法の特徴や歴史的背景をめぐる本書の説明は、興味深いと同時に課題も多い箇所だと思われる。台湾現行法について言及するならば、やはり日本統治時期や国民党政権の台湾移転後の法状況について、もう少し詳しく触れる必要があるのではないだろうか。例えば、「台湾を主体とする」台湾法史研究の立場から台湾法の近代化過程を分析してきた王泰升氏によれば、二〇世紀台湾法史は、まず日本統治時期(一八九五～一九四五年)と国民党統治時期(一九四五～二〇〇〇年)の二期に大きく時代区分される。さらに前者は、(一)「植民地特別法を主とする」時期(一八九五～一九二二年)、(二)「日本内地法を主とする」時期(一九二三～四五年)の二期に、後者は(一)「法律体系を

受け継ぐ」時期（一九四五～四九年）、（二）「權威主義國家の法律」時期（一九四九～八七年）、（三）「法律の自由化と民主化」時期（一九八七～二〇〇〇年）の三期に分けられるという。刑事法に関して言えば、「權威主義國家の法律」時期には、国民党政權の下、政治犯を嚴罰に処するため<sup>3</sup>の条例（「懲治叛乱条例」）が制定され、日本統治時期よりも嚴しい刑事制裁が科されたという。ここではあくまで一例として王氏の説をあげたが、中華民国政府が台湾に移転した後、中華民國法史・台湾法史のいずれにおいても無視できない状況が存在したことは事実である。政治情勢と密接に絡むため、当該時期の法状況を論じることが容易ではないが、法の「変化と連続性」を明らかにすることはならば避け通ることはできない。中国近代法史研究と台湾法史研究とをいかに接合するかは依然として大きな課題を抱えている。

以上、様々なことを述べてきたが、本書が研究史上大きな意義をもつことは間違いない、現時点で本書以上に充実した内容の中国近代法史研究の著作をあげることは難しい。本書刊行までに著者が積み重ねてきた研究成果はそう簡単に越えられないが、新聞や雑誌等の刊行史料や訴訟文書等の未刊行史料を用いて、法をめぐる議論や運用実態をさらに詳細に明らかにすることは決して不可能ではない。本書

を起点として、中国近代法史研究が今後さらに進展していく可能性は十分にあるだろう。

#### 註

（1）清代・民国期の法制史をめぐる研究動向及び史料については、西英昭『法制史』岡本隆司・吉澤誠一郎編『近代中国研究入門』（東京大学出版会、二〇一二年）、五七～八五頁を参照。

（2）本書が主に参照するのは謝振民編著『中華民國立法史』（正中書局、一九四八年）。

（3）西氏により研究基盤の形成は着実に進められている。その成果の一つが西英昭『近代中華民國法制の構築——習慣調査・法典編纂と中国法学——』（九州大学出版会、二〇一八年）である。

（4）著者自身も述べているように、本書第九～十三章で言及される清末の礼法論争については、黄源盛『法律繼承与近代中国法』（元照出版、二〇〇七年）、一九九～二三〇、二三一～二八三頁で詳しく分析されている。その他にも本書には前著と類似する記述が散見される。また本書が分析対象とする清末民国期の刑法典・刑法草案の条文や修正理由などについて、黄源盛『晚清民国刑法史料輯注』（元照出版、二〇一〇年）に収録されていると脚

注にあるため、この史料集で原典を確認しなければならない。

黄源盛『晚清民国刑法春秋』犁齋社、二〇一八年、六四二頁、判型・二四センチメートル。

(5) 王泰升『台湾法的世界変革』(元照出版、二〇〇五年)、一〜三八頁。

(成蹊大学・助教)