

# 旧中国律が『法学協会雑誌』から受けた風評被害について

佐 立 治 人

## 目 次

- 一 『法学協会雑誌』について
- 二 「西人の目に映せる支那刑法」
- 三 The Criminal Code of China の訳注
- 四 『法学協会雑誌』の大誤訳

## 一 『法学協会雑誌』について

『法学協会雑誌』は明治十七年（一八八四）三月に第一号が刊行された。その第一号の「例言」に「一、法学協会は、東京大学法学部の教授講師学士学生々徒、其他、大学に縁故ある法学篤志の人々の会合にして、本誌は主として此等諸士研磨の成果、及景況を記するものなり。尤も、學術研究の要は、各自、其所見を述べて、互に相論駁し、苟も仮借する所なきにあり。故に本誌に載する所の論議も亦自から彼是相触るるものあるべし。一、本会外の事蹟と雖ど

旧中国律が『法学協会雑誌』から受けた風評被害について

も、苟も法学に關して裨益あるものは、務めて之を掲載し、且會員の身上に係るものも亦之を叙すべし。」(片仮名を平仮名に変え、句読点及び濁点を附けた。次も同じ。)と記されている。また、同号の「本会紀事」に、「法学協会発會紀事略」と題して、「本会は、始め東京大学法律研究会と称し、東京大学の設立にかかるものなりしが、雜誌發兌等の都合により、更に之を私立となし、法学協会と改称せり。」と記されている。

岩波文庫版『法窓夜話』(一九八〇年)の注に「法学協会雜誌」は官学で法律雜誌の出た最初であるが、それは陳重(穂積陳重を指す。佐立注。)と彼をめぐる法科大学学生により法学協会が設立されたことによる。」(三八七頁)と説明されている。『穂積陳重遺文集』第四冊(岩波書店、昭和九年)所収「故奥田義人博士追懷録」に「明治十五年に私が法学部で学生と研究会を開いて、当時公にされた「ボアソナード」氏の民法草案を基礎として、学生と共に討論研究することを始めた。然るに此級(奥田義人、江木衷が属する級。明治十四年に第二級であったから、明治十五年は最上級。佐立注。)の議論に依つて「ボアソナード」氏の民法案の如き陳腐なる自然法主義に就て論究するよりは、一の学会を起して大いに法律学の振興を計る方が宜いと云ふやうな説が出で、是が元となつて今の法学協会なるものが起つたのである。」(一六四頁)と述べられている。

## 二 「西人の目に映せる支那刑法」

明治三十一年(一八九八)に刊行された『法学協会雜誌』第十六卷第二号の「雜録」に、「アルベルト、スウインドルハルスト氏所論」の「西人の目に映せる支那刑法」と題された文章が掲載されている。そこには「(支那刑法の内容は泰西の法理より之を見る時は、極めて残酷にして野蛮的なるものといふべし、拷問は証憑を得るが為めには何

人にても之を行ふことを得」、「支那法典は主として貴族を保護し、平民に関しては野蠻的に殘虐なるもの、固より泰西文明諸国立法の参考として一顧をだに値するに足るものなきなり」等、旧中国の刑法である清律を誹謗中傷する文が含まれている。訳者の名は記されていない。

「スウインドルハルスト」の綴がわからないため原文を捜すことができず困っていたところ、高名な国際法学者で関西大学法学部教授の西平等博士が、貴重な研究時間を割いて調べて下さり、「アルベルト、スウインドルハルスト」が Albert Swindlehurst であることとを教えて下さったのみならず、HeinOnline というデータベースから、「西人の目に映える支那刑法」の原文である The Criminal Code of China. The Green Bag. Vol. IX. No. 7. July, 1897. を引き出して下さった。本稿を書くことができたのは全く西教授の御好意のおかげである。

Albert Swindlehurst (生歿年不詳) は、Yale Law Journal. Vol. 27. No. 7. May, 1918. に掲載されている Hindu Law and its Influence と同じ彼の論文の著者名の下に of the Montreal Bar (モントリオール市法曹協会所属) と記されている。The Green Bag は、Vol. IX の表紙を見ると、The Boston Book Company の発行、An Entertaining Magazine for Lawyers と記されている。東京大学総合図書館に Vol. 1. 1889 から Vol. 26. 1914 までが収蔵されている。

## 二 The Criminal Code of China の訳注

Swindlehurst の The Criminal Code of China の文章は、George Thomas Staunton の Ta Tsing Leu Lee, 1810 の序文と本文との文章を剽窃して、自分の感想を加えたものであることは、両者の文章を比べて見ると一目瞭然である。

しかし、ここでは、剽窃された Staunton の文章と Swindlehurst 自身の文章とを区別することなく、Swindlehurst の *The Criminal Code of China* を和訳して、その内容が正しいかどうかを検討し、『法学協会雑誌』の「西人の目に映せる支那刑法」の訳文が適切であるかどうかを確認するだけに止める。段落ごとに区切って和訳する。

(和訳)「一つの国民の刑法典はその国民の文明の真の水準を示すものとなる、とは至言である。そして、大清律例、即ちシナの法典は、この事実の注目に値する例証である。その二千九十五丁(原文。2095 octavo pages)の一つ一つにシナの人民の特異な性格と才能との刻印が押されている。」

Ta-Tsing-Lee (大清律例) を「西人の目に映せる支那刑法」(以下、「支那刑法」と略称する。)は「大清律令」と表記しているが、清朝には「大清令」は存在しない。「律例」の「例」は律文に附された「条例」である。「律令」が「律例」の誤植でないのであれば、「支那刑法」の訳者は清朝の刑法については素人であったことになる。

(和訳)「シナ人は常に彼らの法典について誇りを持って語る。しかし、その規定の大部分は、西洋の観点から見れば、極度に残酷で野蛮であることが明らかである。証拠を得るために拷問が自由に用いられる。そして、どの人も、彼が有罪であると証明されるまでは、無罪と推定され、かつ、誰も自分自身に罪を負わせることを要求されない、という、アングロ・サクソンの正義のこれらのすばらしい原理を、我々はシナの法典に期待することはできない。」

Torture is freely made use of to obtain evidence, とあるが、旧中国では拷問は法定の器具を用いて、法定の手続に従って行われなければならない。決して *freely* に行うことが許されていたのではない。「支那刑法」は *freely*

を「何人にても」と誤訳している。

確かに、旧中国の裁判官は、有罪が確定するまで被告人を無罪と推定することはなく、重罪案件で明白な証拠があるにもかかわらず罪を認めない被告人を自白させるために拷問を行うことが許されていた。しかし、判決を下すに当たっては、『書経』大禹謨の「罪、疑わしきは惟れ軽くす。(罪の有無軽重が疑わしいときは、軽い方を選ぶ。)'、「其の、不辜を殺すよりは、寧ろ不經に失す。(罪の無い人を死刑に処するよりは、むしろ尋常ではない大罪を犯した者の刑を軽くする方を選ぶ。)」という原則に従っていたのである。

(和訳)「すべての真の正義が基礎とする、平等と自由との精神の発展は、特権階級と非特権階級とへの人民の分裂によって妨げられる。また、官僚と高位者とに向かって示されることが要求される敬意によって妨げられる。」

旧中国では、科挙の試験に合格することによって、平民が官僚になり、さらに高位高官に登ることができたから、特権階級と非特権階級との分裂は存在しなかった。

(和訳)「我々の文明にとって厭わしい大変多くの事柄の中で、子としての義務と尊敬との強制、そして、老人に示される敬意と思いやりとは、最大の賞賛に値する。」

Amidst so much that is repugnant to our civilization, を「支那刑法」は「泰西文化に反するは法典全軀を通じて然るが、」と訳している。原文に「法典全体を通じて」と訳すべき文言はない。

(和訳)「最初の整ったシナの刑法典、李悝カクの法経は、秦朝の下で施行された。秦朝は紀元前二四九年にシナの王位を継いだ(紀元前二四九年は莊襄王の第一年。後に始皇帝となった秦王政が即位した紀元前二四六年の誤りか)。そして、刑法典の拡大と変化とが、漢、魏、晋、齊、隋、唐、宋、元、そして明の諸王朝の下で起こった。最後に、一六四七年、タルタル人の王朝であり、現王朝である清朝の初代皇帝、順治帝がシナ帝国を征服し、そして、現在遵守されている法典を發布した。」

この文章が発表された一八九七年当時に施行されていた清朝の刑法典は、順治帝が發布した律ではなく、乾隆帝が發布した律である。

(和訳)「各皇帝は、即位の際、即位詔を布告して、彼の治世の間に実施される、法典に対する改正を述べる。この慣習は、名誉法(原文。Jus Honorarium)に関して、ローマの法務官によって採用された慣習と著しく類似している。」

律の規定を補正する詔勅は、即位の際に限らず、必要に応じて、いつでも下される。

(和訳)「現王朝によって布告された、最も早い勅令から、我々は次のように判断する。刑法の不動の法典を採用することによって達成しようともくろむ主たる目的は、帝国全土で刑罰の画一性を確保すること、暴行と傷害とを防止すること、過度の欲望を抑制すること、そして、正直で害が無い社会の平和と安定とを保つことである。」

the earliest of the edicts issued by the present dynasty がこの詔勅を指しているのかわからないけれども、この

段の説明は間違つてはいない。

(和訳)「これらの目的を達成するために、法典は、大変多くの数学の問題のような複雑さを持つ条文と表とを含んでいる。犯罪の性質と程度、そして、事件の個々の状況だけではなく、犯罪者の社会階級、年齢、そして、身体の状態をも考慮に入れる必要がある。」

律の条文と表とが mathematical problems のように複雑である、と云うのは大げさである。

(和訳)「法律の厳格さは、常に、八種類の特権階級のためにゆるめられる。すなわち、皇帝の血族と姻族との特権、長く皇帝に奉仕した者の特権、はなばなしい活躍をした者の特権、並はずれた知恵を持つ者の特権、偉大な才能を持つ者の特権、熱意を持って勤勉に職務を遂行した者の特権、高貴な者の特権、(前王朝の皇帝の)子孫の特権である。これらの八つの特権階級の一つに属しているどの人の父母、父方の祖父母、妻、息子、男孫もまた特権を持つ。」

この段は「八議」について説明している。乾隆律の名例律、八議条に「一曰、議親。二曰、議故。三曰、議功。四曰、議賢。五曰、議能。六曰、議勤。七曰、議貴。八曰、議賓。」とあり、同じく応議者犯罪条に「八議の者、罪を犯さば、実封して奏聞して旨を取る。擅自に勾問するを許さず。もし旨を奉じて推問する者は、犯すところ及び応に議すべきの状を開具して、先に奏して議を請い、議、定まりて奏聞し、上裁を取る。其の、十悪を犯す者は、此の律を用いず。」と定められ、同じく応議者之父祖有犯条に「応に八議たるべき者の祖父母・父母・妻及び子孫、罪を犯さば、実封して奏聞して旨を取る。擅自に勾問するを許さず。もし旨を奉じて推問する者は、犯すところ及び応に議

すべきの状を開具して、先に奏して議を請い、議、定まりて奏聞し、上裁を取る。(中略) 其の、十悪・反逆縁坐、及び姦・盜・殺人・受財枉法を犯す者は、此の律を用いず。」と定められている。

八議に該当する者及びその家族の特権とは、その者が罪を犯したとき、取調べを行うかどうか、取調べを行って罪が明らかになったとき、法律通りの刑に処するかどうかの判断を皇帝に委ねなければならないことである。また、八議に該当する者は、拷問を受けない(乾隆律の応議者犯罪条に附された条例)。

(和訳)「ほとんどすべての刑は、金銭賠償の支払いと交換される可能性がある。そして、法律は、一つの目や一本の手足を失うことによって不具になった犯罪者や、老病衰弱者の単独の扶養者である犯罪者、そして、七十歳を越える者や十五歳以下の者に対して、寛大な処分を許すことによって、さらに軽減される。」

乾隆律の名例律、五刑条に附された条例に「律例、納贖を准し、納贖を准さずと開明する者は、仍お旧に照らして遵行する外、其の律例の内、未だ開載を経ざる者は、問刑官、臨時に情罪を詳審し、応に納贖を准すべき者は、其の納贖を聴す。応に納贖を准すべからざる者は、律に照らして決発落す。」と定められている。同じく老小廢疾收贖条に「年七十以上、十五以下、及び廢疾(小注。一目を瞎し、一肢を折るの類)、流罪以下を犯すは、收贖す。」と定められ、同じく犯罪存留養親条に「死罪を犯し、常赦の原さざる者に非ずして、祖父母父母、老疾にて応に待すべきに、家に以次の成丁無き者は、犯すところの罪名を開具して、奏聞して上裁を取る。もし徒流を犯す者は、杖一百に止め、餘罪は收贖して、存留して養親せしむ。」と定められている。



(和訳) 「時宜を得た告白、盗品の返還、または、共犯者を司法に委ねるための助力は、常に犯罪者に刑罰の軽減、そして多くの場合、刑罰の全免をもたらす。」

乾隆律の名例律、犯罪自首条に「罪を犯して未だ発せずして自首する者は其の罪を免ず。猶お正賊を徴す。(中略)もし強窃盗詐欺して人の財物を取り、しかして事主の処に於いて首服し、及び人の枉法枉法の贓を受け、過を悔いて回付して主に還す者は、官司を経て自首すると同じ。皆、罪を免ずるを得。(中略) 其れ強窃盗、もし能く同伴を捕獲して官に解る者は、亦た罪を免ずるを得。」と定められている。

(和訳) 「七歳未満の子供と九十歳を越える被告発者とは、謀反罪及び反逆罪 (原文。high treason) 以外のどの罪も犯す能力が無い、と考えられている。」

乾隆律の名例律、老小廢疾収贖条に「九十以上、七歳以下は、死罪有りと雖も刑を加えず。(小注。九十以上、反逆を犯す者は、此の律を用いず。) 其れ人有りて教令せば、其の教令する者を坐す。」と定められている。

(和訳) 「最も厳しく処罰される犯罪は、「十の忌まわしいもの」として知られる犯罪である。すなわち、謀反、不忠、脱走、親殺し、大虐殺、聖所侵犯、不孝、家族内の不和、不従順、そして近親相姦である。これらの犯罪は、その罪が死刑に当たるときは、同じ行為をすることを恐れ避けることを人民に学ばせる目的で、特権の恩恵や大赦のあらゆる効果から除外される。」

この段は「十悪」について説明している。乾隆律の名例律、十悪条に「一曰、謀反。二曰、謀大逆。三曰、謀叛。

四曰、悪逆。五曰、不道。六曰、大不敬。七曰、不孝。八曰、不睦。九曰、不義。十曰、内乱。」と定められ、同じく応議者犯罪条に「其の、十悪を犯す者は、此の律を用いず。」、応議者之父祖有犯条に「其の、十悪（中略）を犯す者は、此の律を用いず。」、常赦所不原条に「十悪（中略）を犯さば、赦に会うと雖も、並びに原宥せず。」と定められている。

（和訳）「反逆罪（原文。High treason）は、法典によって、「地上の事物の神聖な秩序を破るための、口にすることができない暴行と攻撃」（律の中にこのような文言はない。佐立注。）と定義されている。この犯罪は、確立した政府をくつがえすため、君主の身体、君主が住む宮殿、君主の家族が祭られている神殿、君主の先祖の遺体が置かれている墓を破壊し、損傷するためのどのような攻撃によっても行われる。反逆罪の犯人に科される刑罰は極度に野蛮である。どのような行為の反逆罪であっても、主犯もしくは従犯であると認定されたすべての者は、緩慢で苦痛に満ちた死刑執行による死を受ける。さらに、十六歳以上の一親等のすべての男性は、住んでいる場所に関係なく、無差別に斬首される。それ以外の男の子は、もし、犯罪の遂行について全く潔白であり、全く知らないと証明されたならば、生きることが許されるが、宮殿の外の建物で公共の仕事に従事することができるように宦官にされる。一親等の女性は、国家の高級官僚のための奴隷として配置される。そして、反逆罪の犯人に属するあらゆる種類の財産は、政府が使用するために没収される。」

この段は「謀反」「大逆」の罪について説明している。乾隆律の刑律、賊盜、謀反大逆条に「謀反及び大逆は、但そ共に謀る者は、首徒を分かつたず、皆、凌遲処死。祖父・父・子孫・兄弟及び同居の人は、異姓を分かつたず、及び伯

叔父・兄弟の子は、籍の同異を限らず、年十六以上は、篤疾・廢疾を論ぜず、皆、斬。其の十五以下、及び母・女・妻妾・姉妹、もしくは子の妻妾は、功臣の家に給付して奴と為す。財産は官に入る。」と定められている。謀反大逆罪に縁坐した十五歳以下の男性が宦官にされるといふ規定は、律にも条例にも存在しない。「大逆」は、謀反大逆条の小注に「宗廟・山陵及び宮闕を毀つ」と定義されている。

(和訳)「親殺しは、反逆罪よりもただ一段階だけ軽い罪であると考えられている。そして、極悪の罪として処刑される。自然の結びつきに対するそのような侵害は、最も不道德な墮落の証拠である、と考えられている。彼または彼女の父母や祖父母を殺すことを計画したと判決された人は誰でも、一撃が当たったか否かを問わず、斬首による死を受け、それを免れない。もし殺人が実際に行われると、それに関わったすべての共犯者は、主犯であろうと従犯であろうと、もし死者と上述のような関係にあるならば、緩慢で苦痛に満ちた方法、千片に切り刻まれるという方法による死を受け、もし犯人が獄中で死ぬと、同じ方法の刑を彼の死体に執行する。」

乾隆律の刑律、人命、謀殺祖父母父母条に「祖父母父母(中略)を殺さんと謀り、已に行う(小注。已傷未傷を問わず。)者は、皆、斬。已に殺す者は、皆、凌遲処死。(小注。監故して獄に在る者(獄死した者の意。佐立注。))は、仍お其の屍を戮す。」と定められている。

(和訳)「謀殺(原文。murder)は、すべての場合、斬首によって処刑される。もし殺人が、魔術的な目的のために、後で死体を切り刻み、そして、死者の手足を分解する意図を持って行われたときは、犯人が死刑にされるのみな

らず、彼の家のすべての同居人もまた、その犯罪に無関係であるにもかかわらず、永久に追放される。このような犯罪者が司法に委ねられるための情報を提供した人は、政府から二十オンス（一オンスは約30グラム。）の銀の賞金を受け取る。」

乾隆律の刑律、人命、謀殺人条に「謀りて人を殺さば、造意する者は斬。従いて加功する者は絞。加功せざる者は杖一百・流三千里。殺し訖わりて乃ち坐す。」と定められている。同じく採生折割人条に「採生して人を折割する者（小注。已に殺し及び已に傷つくるを兼ねて言う。）は凌遲処死。財産は死者の家に断付す。妻子及び同居の家口は、情を知らずと雖も、並びに流二千里、安置す。（中略）告獲する者は、官、銀二十兩（一兩は約37グラム。）を給賞す。」と定められている。

（和訳）「殺人の目的で、有毒の動物を飼い、または、毒性の薬を調合するすべての者は、斬首される。彼らの財産は没収され、家族は追放される。たとえ、このような方法によって実際には誰も殺されなくとも、そうである。」

乾隆律の刑律、人命、造畜蠱毒殺人条に「蠱毒の、以て人を殺すに堪うるを造畜（中略）する者は斬。（小注。必ずしも用いて以て人を殺さず。）造畜する者（小注。已未殺人を問わず。）は、財産は官に入れ、妻子及び同居の家口は、情を知らずと雖も、並びに流二千里、安置す。」と定められている。殺人の目的で、有毒の動物を飼い、蠱毒以外の毒薬を調合した者に対する規定は、律にも条例にも存在しない。

（和訳）「罵る言葉の使用は、とりわけ、罵られる人が罵る人の夫や祖父母父母であるときは、大変厳しく禁圧され

る。法典は「侮辱的で無礼な言葉は、口論やけんかをもたらす傾向を自然に持っているので、この法律書は、その防止と処罰とを明白に規定する。」と述べている。」

The use of abusive language is very sternly repressed, especially if the offended person happens to be the husband or ancestor of the offender. と述べられている。子孫が祖父母父母 (ancestor) を罵る行為については、乾隆律の刑律、罵詈、罵祖父母父母条に「祖父母父母を罵る (中略) 者は、並びに絞。親告を須<sup>キ</sup>ちて乃ち坐す。」と定められており、very sternly repressed という説明は正しい。しかし、妻が夫を罵る行為については、そもそも律にも条例にも規定がない。なぜ規定がないかと言えば、同じく妻妾罵夫期親尊長条の小注に「律に、妻、夫を罵るの条無きは、閨門敵体の義を以て之れを恕<sup>ユ</sup>すなり。もし犯さば、不応の笞罪 (笞四十。佐立注。) に擬して可なり。」と記されているように、夫婦は「敵体」(対等) の関係にあり、妻が夫を罵っても、目上の人を侮辱した行為とみなすことはできないからである。よって、妻が夫を罵る行為について very sternly repressed と説明するのは大間違いである。

The Code says 以下の引用文は、雍正七年 (一七二九) に頒行された律 (雍正律) の刑律、罵詈、罵人条に附された総註の文である。「此れ非礼を禁じて以て争鬪の漸を杜<sup>ホ</sup>ぐなり。凡そ人を罵る者は笞一十。互いに相い罵る者は各々笞一十。蓋し人を罵るは礼に非ず。且つ鬪殴を馴致<sup>シ</sup>することを恐る。故に之れを禁ずるなり。」と記されている。雍正律の総註は律令研究会編『熊本藩訓訳本清律例彙纂』四 (汲古書院、昭和五十七年) を見た。

(和訳) 「強盗と窃盗とは厳しく処罰される。もし、略奪され、または盗まれた個人が、さらに傷つけられたならば、

主犯は斬首される。そして、もし、強盜の組織された集団が、略奪品を確保する試みの中で、家を燃やし、女性に暴力をふるったならば、犯罪者たちは、有罪判決の後ですぐに斬首され、そして、彼らの首は、打ち落とされるや否や、矛の先に据えられ、公開の見世物として曝される。」

乾隆律の刑律、賊盜、強盜条に「強盜、已に行いて、財を得ざる者は、皆、杖一百・流三千里。但<sup>わ</sup>そ財を得る者は、首従を分かつたず、皆、斬。(中略)もし窃盜、時に臨んで、拒捕し、及び人を殺傷する者有らば、皆、斬。」と定められている。Swindelhurst の説明は不正確である。強盜条に附された条例に「強盜して人を殺し、火を放ちて人の房屋を焼き、人の妻女を姦汚する(中略)は、曾て財を得ると否とを分かつたず、俱に得財律に照らして、斬。隨即に奏請して、審決して梟示す。」と定められている。

「支那刑法」はこの段を「強盜窃盜も甚だ厳に取扱はれ、共に殺傷と等く、首謀者は斬首せらる、若し強盜が隊を成し脏物を蓄へんとて、家を焼き婦女を犯せるときは、犯人は発見せらるるや否や斬首せられ、梟首して公衆に示さる」と訳している。「共に殺傷と等く」は「略奪され盜まれた個人がさらに傷つけられたときは」(原文。If the individual plundered or stolen from is likewise wounded) の誤訳、「発見せらるるや否や」は「有罪判決の後、すぐに」(原文。immediately after conviction) の誤訳である。どちらも清律の印象を悪くする誤訳である。

(和訳)「もし強盜や窃盜の従犯が、初犯であるとき、いずれかの判事に告発状が提出される前に、自首したならば、その者はゆるされる。」

乾隆律の名例律、犯罪自首条に「罪を犯して未だ発せずして自首する者は其の罪を免ず。」、その小注に「強盜、

自首して罪を免ずる後、再び犯す者は首するを准さず。」と定められている。自首して免罪されるのは、従犯だけに限らない。

(和訳)「窃盜の罪を犯した者に判決を下す際、判事は常に、盜まれた人の階級と盜品の総額とを考慮に入れる。通常の場合、罪人は、体刑を受けることに加えて、他人に対する警告として、そして、本人自身に対する非難として、*Branded* を意味する「窃盜」という文字とともに、左腕の下部に焼き印が押される。そして、ある場合には、彼らは永久に追放される。」

*the magistrate always takes into consideration the rank of the person stolen from* とあるが、旧中国律の下では、窃盜の刑の軽重は、盜品の種類と金額とを基準にして決められるのであって、被害者の階級を基準にして決められるのではない。*branded* (焼き印を押される) とあるが、窃盜犯の腕に施されるのは入れ墨である。乾隆律の刑律、賊盜、窃盜条に「初犯は並びに右の小臂膊(上腕部の後ろ側)の上 に於いて窃盜の二字を刺す。再犯は左の小臂膊に刺す。三犯の者は絞。」と定められている。

(和訳)「何が窃盜であり何が強盜であるのか、そして、何がただの未遂であるのか、については、公然と暴力を用いて取るのが強盜であり、人目につかないようにこっそりと取るのが窃盜である、というのが決まりである。未遂は、次のような方法で、犯罪の目的の完成から区別されるべきである。ひもを通した銅錢、家庭用品、そして、その種の簡単に動かすことができる他の品物の場合には、その占有が達成されなければならないだけでなく、それらの品物が、

それらが見つけられた場所や部屋から外へ移動させられなければならない。そうでなければ、そのような品物の窃盗や強盗は、ただの未遂に終わったとみなされるべきである。真珠や他の宝石、そして他の小さい高価な品物の場合は、それらの品物を犯人が手に持っているのを見つけただけで十分である。これに対して、木製や石製の、人間の自力では少しの距離も動かすことができない、大きい、重い物の場合は、それらの物が移し置かれなければならないのみならず、実際に、その移動のために用意された荷車や動物の上に乗せられなければならない。馬、ろば、らば、牛については、彼らは厩舎から連れ出されなければならない。そして、犯人が自分を彼らの主人にするために尽力したことについては、何らかの証拠が提示されなければならない。ゆえに、もし一頭の馬が盗まれ、残りの馬がついて来たならば、その窃盗犯は、一頭の馬より多くの馬の窃盗に対する責任を負うのではない。しかし、もし彼が一頭の雌馬を盗み、子馬がついて来るならば、彼の罪は雌馬と子馬との両方の窃盗である、とみなされなければならない。一般に、たどることができている状況があり、そして、明白な行為の証拠を提供することができる目撃者がいるけれども、品物の実際の占有の証拠が存在しないときは、その罪はただの未遂として処罰される。実際の占有が証明されるときは、窃盗や強盗は、完全に遂行されたものとみなされ、そして、それに応じて処罰される。」

この段の説明は清律の刑律、賊盜、公取窃取皆為盜条に拠っている。乾隆律の同条に「盜は、公取・窃取、皆、盜と為す。(小注。公取とは、盜を行うの人、公然として其の財を取ること、強盜・搶奪の如きを謂う。窃取とは、潜行して面を隠し、私窃ひそかに其の財を取ること、窃盜・掏摸の如きを謂う。皆、名づけて盜と為す。)器物・錢帛の類は、移徙して已に盜所を離るるを須まつ。珠玉・宝貨の類は、手に入れ隠藏するに拠る。縦い未だ將もち行かざるも亦た是れなり。其の木石・重器、人力の勝たうるところに非ざるは、本処より移すと雖も、未だ馱載せざる間は、猶お未だ盜と



成らず。馬牛駝羸の類は、闌圈より出だすを須つ。鷹犬の類は、専制、己に在るを須ちて、乃ち盜と為すと成る。  
〔小注。もし馬一匹を盜み、別に馬の隨う有らば、併せ計りて罪と為す合からず。もし其の母を盜みて、子、隨う者は、皆、併せ計りて罪と為す。〕此の条は乃ち以上の盜賊諸条の通例なり。未だ盜と成らずして、顯踪・証見有る者は、己に行つて、未だ財を得ざるに依りて科断す。己に盜と成る者は、律に依り、財を得るを以て科断す。」と定められている。

馬牛駝騾の盜みについて、some evidence must be adduced of exertion on the part of the offender to make himself master of them. と述べられているが、これは鷹犬の盜みについての規定である。「支那刑法」が attempt を「豫備」と訳しているのは不適切である。

〔和訳〕「皇帝の健康と快適さを保つために、大変な注意が払われる。そして、もし、どの医者であれ、皇帝陛下の使用が予定されている薬を不注意に、確立された用法によつて是認されてはいない方法で調合し、または、正しい説明と指示とを薬に添えなかつたならば、彼は百打の刑に処せられなければならない。」

乾隆律の礼律、儀制、合和御藥条に「御藥を合和するに誤つて本方に依らず、及び封題、錯誤すれば、医人、杖一百。」と定められている。

〔和訳〕「皇帝の食事を作る料理人もまた非常に注意深くなければならない。なぜなら、もし彼が不注意に、禁じられた食材を皿の中に入れるならば、あるいは、清潔ではない、そして、巧みに選ばれていない食材を使うならば、あ

るいは、料理ができた時に味見することを怠るならば、刑罰が執行される。」

前段に引いた合和御葉条の条文の続きに「もし御膳を造り、誤つて食禁を犯さば、厨子（料理人。佐立注。）杖一百。もし飲食の物、潔淨ならざる者は杖八十。揀扱、精ならざる者は杖六十。品嘗せざる者は笞五十。」と定められている。

（和訳）「シナの法典の条文のいくつかには大きな長所がある。特に、あらゆる種類の市場独占を防ぐ条文は次のように定めている。もし巧みな投機家が、市場で不当な影響力を使って、彼に過大な利益を許すことを他人に強いるならば、そして、不正な計略によって、彼の商品の値段を、その本当の価値よりもはるかに高く上げるならば、彼は厳しく処罰される。」

乾隆律の戸律、市廛、把持行市条に「諸物を買売するに、両つながら和同せずして、把持して（自分の思い通りに。佐立注。）市を行い、専ら其の利を取り、及び販鬻の徒、牙行（仲買人。佐立注。）に共同して、共に姦計を為し、物を売るには賤を以て貴と為し、物を買うには貴を以て賤と為す者は杖八十。（中略）もし已に利物を得れば、贓を計り、重き者は、窃盜に准じて論じ、刺を免ず。」と定められている。

（和訳）「法典には、老人、弱者、貧困者の保護に関する人道的な一節も置かれている。どの判事も、もし、そのような人々に親族がいなるときは、彼の管区内のすべてのそのような人々を養い保護する義務がある。そして、万一、彼がこの義務を果たすことを怠るならば、彼は刑罰を受けなければならない。」

乾隆律の戸律、戸役、収養孤老条に「鰥寡孤独、及び篤廢の人、貧窮にして親属の依倚する無く、自存する能わざるに、所在の官司、応に収養すべくして収養せざる者は杖六十。」と定められている。

#### 四 『法学協会雑誌』の大誤訳

Swindlehurst は The Criminal Code of China を次のように締め括っている。

(和訳)「法典は他にも多くの好奇心をそそる(原文。curious)規定を含んでいる。しかし、以下の事柄を示すためには十分な数の規定を既に引用した。すなわち、大部分は、シナの刑法は、上流階級に有利であり、一般人民に關する規定は野蛮なほど厳しいけれども、その一方で、西洋の啓蒙され、進歩した諸国民が注目し、模倣するのに値しないことはない(原文。not unworthy)いくつかの節が存在する。」

the criminal law of China favors the classes, と述べるけれども、旧中国律の下では、上流階級の特権によって一般人民が裁判で不利な立場に置かれることはないのであるから、わざわざ強調しなければならない事柄ではない。また、シナの刑法は barbarously severe where the common people are concerned と述べているが、拷問が「自由に」行われる、という認識が誤っていることは前節に書いた。紹介されている謀反大逆罪に対する厳しい刑罰は、特権階級と一般人民との区別なく科される。親殺しの罪、採生折割人罪、造畜蠱毒罪に対する厳しい刑罰もそうである。これらの罪は「十惡」に含まれ、「十惡」の罪には「八議」の特権が及ばないからである。これらの罪に対する刑罰以

外には barbarously severe な刑罰は紹介されておらず、これだけで、シナの刑法の一般人民に関する規定が野蛮なほど厳しい、と言ふことはできな。

誤解に基づいて清律をこのように低く評価しながらも、Swindlehurst は最後に there are some sections not unworthy the attention and imitation of the enlightened and progressive nations of the West. と述べている。ところが「支那刑法」はこの文を「固より泰西文明諸国立法の参考として一顧をだに値するに足るものなきなり」と訳している。not unworthy (値しないことはない) を、not を見落としたのか E を見落としたのか知らないが、「値するに足るものなきなり」と、正反対に誤訳したのである。

この大誤訳が『法学協会雑誌』の読者の『大清律例』に対する評価に与えた影響は、計り知れないほど大きかったのではなからうか。東京大学の法学部の教授と学生とが設立した法学協会が発行する雑誌に掲載された西洋人の文章の翻訳に「支那法典は主として貴族を保護し、平民に関しては野蛮的に残酷なるもの、固より泰西文明諸国立法の参考として一顧をだに値するに足るものなきなり」と述べられているのを読めば、東京大学を我が国の大学の頂点と仰ぎ見、西洋文化を崇拜して、西洋人の言うことなら何でも正しいと考える、我が国の当時の（今でもそうであるが）読書人の多くは、清国の現行刑法典は本当に野蛮で残酷で無価値である、と思ひ込んだに違いない。

「西人の目に映ぜる支那刑法」が掲載された『法学協会雑誌』第十六卷第二号が刊行された明治三十一年（一八九八）二月（二月は奥付からは確認できなかったが、刊行順から判断した。）は日清戦争での我が国の勝利から、わずか三年足らず後である。軍事力の優劣と刑法典の優劣とは無関係であるが、それでも、「支那刑法」を読んだ人は、清国の刑法典に価値が無いことをますます信じたであろう。

江戸時代の我が国の有識者は、旧中国律を高く評価して、熱心に明律や清律を研究した。明治初期の我が国の刑法典である『新律綱領』はその研究の成果である。旧中国律についての知識は旧刑法の編纂にも活かされた。現行刑法にも旧中国律に由来する条文がいくつか存在する。ところが、我が国の有識者は、いつ頃からか、知りもしないのに旧中国律の悪口を言う人が増えた。その原因の一つとして、「西人の目に映える支那刑法」で法学協会の匿名の翻訳者がしでかした、この大誤訳を挙げたい。