

『大清刑律』から『暫行新刑律』へ

——中國における近代刑法の制定過程について——

田 邊 章 秀

はじめに

第一章 大清新刑律草案の起草と審議

(一) 大清新刑律草案の起草と督撫の意見

(二) 憲政編查館における審議

(三) 資政院における審議

第二章 新刑律草案上奏の権限をめぐる問題

第三章 『暫行新刑律』の施行

おわりに

はじめに

一九世紀後半以降、相次ぐ内憂外患により、清朝の支配體制は明らかな動搖を見せていた。こうした問題に對應するた
め様々な改革が試みられ、光緒二六（一九〇〇）年の義和團事件及びそれに續く八カ國連合軍の北京占領後には、西太后
のもと統治體制の抜本的變革を目指す「新政」が始まり、近代的な法典編纂事業や司法制度の改革もこの時期ようやく本
格的に試みられることとなる。從來獨立した法典を持たなかった民法、商法や訴訟法などの制定が進められるとともに、

基本的には刑法典であった『大清律例』にかわる新しい刑法の編纂も實行され、行政機構から獨立した審判廳の設置も進められていった。そしてこの一連の事業の中で準備された法典や各種の法律の多くが中華民國誕生後も基本的には繼承されていくこととなり、近代中國における法體制を實質的に規定していくこととなる。

なかでも刑法典である『欽定大清刑律』は、中華民國成立後に實質的にはほぼ同内容の『暫行新刑律』として施行され、一九二八年蔣介石の國民政府より新しい刑法が制定されるまで、中華民國の刑法として機能していた。さらに一連の審議過程の中で推進派と反對派の間で激しい議論が戦わされてきたこともあって、この『大清刑律』の編纂過程はこれまで多くの研究者の注目を集めてきた。

まず代表的な先行研究として小野和子『五四運動時期家族論の背景』が挙げられる。⁽¹⁾ 小野氏はこの論争を日本の民法典論争に匹敵する「刑法典論争」と位置づけ、三綱（忠・孝・節）、特にこのうち孝と節をキーワードとして論争の考察を行うとともに、これが五四運動時期の傳統的な家族制度批判の背景となっていたことを實證している。このほかでは、黃源盛、張仁善、李貴連、松田惠美子、姚勝旬氏らが、この論争を禮教派と法理派との對立という視點から捉えている。⁽²⁾ また、Arison Sauchu Yeung 氏の研究は、資政院での新刑律の審議を、當時の新聞がどのように報道していたかについても着目している。⁽³⁾

ただし從來の研究は、主として『政治官報』や『清末籌備立憲檔案史料』（以下『檔案史料』と略す）所収の上奏文、あるいは草案作成から審議において主要な役割を果たすことになる沈家本、勞乃宣、楊度らが發表した文章の分析だけに止まり、憲政編查館から資政院にいたる審議過程の考察は充分になされていない。小野氏の研究は資政院の速記録を使い⁽⁴⁾ 審議の過程を詳細に検討しているが、關心の中心は前述の通り「孝」と「節」の問題に集中しており、また資政院での審議終了後から頒布に至るまでの経緯については言及がない。概して先行研究は思想史的關心に偏っており、新刑律頒布に至るまでの手續きについての検討が不十分である。しかしながら、さまざまな批判はあるにせよ清朝政府が立憲制を志向し

ていたのであれば、法律がどのような手順で頒布されたか、あるいは頒布されるべきと考えられていたのかという問題は、法律の内容やその是非をめぐる論争と並んで重要な論点であり、當時の政府と國會の關係についての認識を探るうえでも重要な問題となる。しかも刑法は訴訟律や民律と異なり、清朝政府において頒布された法典であり、法典編纂過程の典型例とみなすこともできる。よって本稿が主要な課題としたいのは、『大清刑法』の頒布に至るまでの手続きをめぐって起こった意見の相違を検討することである。

そこでまず當時の法典編纂にかかわる機關について簡単に言及すると、刑法や民法などの基本法典を起草していたのが修訂法律館である。そして憲政編查館は軍機大臣の管理の下、この時期に起草された多くの法律を審議する役割を擔っていた。また資政院は國會の前身として、宣統二（一九一〇）年に開設されたが、豫算案の審議等と並んで、法典の新訂及び修改については、その議決を経るべきであることが定められていた。當時準備されていた法典は、まず修訂法律館で起草され、次いで憲政編查館の審議を経た後、資政院において議決を得ることが、ひとまず既定路線となっていたのである。

以上のような経過を経て新刑法は頒布されるはずであったが、実際には頒布までの手続きをめぐって新刑法推進派内部に見解の相違があった。これは當時いわゆる立憲派と目されていた清朝の中央官僚たちが、来るべき國會と政府の關係をどのように捉えようとしていたか、また實質的な「立法權」がどうあるべきかという議論にもつながってくる。さらに、この頒布に至るまでの手続きをめぐる問題が、今見る形での『大清刑法』を成立させる直接の契機となり、さらに中華民国に入ってから『大清刑法』の援用が決定され『暫行新刑法』として施行される際にも影響を與えることとなった。こうした点を本稿では明らかにしていきたい。

以下本稿の構成を説明する。第一章で新刑法草案の起草から資政院における審議過程までを述べる。ここで特に注目したいのは新刑法草案の骨抜きをはかるため、正文の後ろに附則として附けられた暫行章程⁽⁵⁾の取り扱いである。暫行章程が

近代的刑法としての新刑律の性格を大きく損なうものであるという點は先行研究でもつとに指摘されるところではあるが、⁽⁶⁾資政院においてこの暫行章程がいったん廢止されたことを明らかにする。この暫行章程が廢止されていたという問題は先行研究においても見落とされてきた點であるが、暫行章程が新刑律に與える影響を考えれば、草案に對し同じ贊成の立場をとるにせよ、暫行章程があるのとないのとはその意味合いが大きく異なってくるはずである。

ついで第二章では新刑律頒布にいたるまでの手續きをめぐって推進派の中に見解の相違があつたことを明らかにする。上述のようにこの問題は清末の實質的な立法權の所在にも關わってくる。第二章では史料として當該時期の新聞報道のほか、新刑律草案の審議にこの時期一貫してかわつていた汪榮寶の日記を使用する。⁽⁷⁾汪榮寶は日本の早稻田大學に留學し、當時は民政部左參議兼憲政編查館編制局正科員の任にあり、同時に資政院議員にも名を連ね、とくに資政院法典股の副委員長として、院内の審議に主導的な役割を果たしていた。したがって彼の日記には新刑律草案にかかわる記述が數多く見られる。

そして第三章では、民國初年に『大清刑律』が『暫行新刑律』として實際に施行されることとなるその経緯を見ていく。特に他の法典の頒布施行狀況と比較していくことで、『大清刑律』が頒布までこぎつけたことにかなる意義を見出しうるのかについて検討していきたい。

第一章 大清新刑律草案の起草と審議

(一) 大清新刑律草案の起草と督撫の意見

義和團事件後に、體制の抜本的變革の必要性を悟った清朝政府は、「上からの近代化」に着手することになる。いわゆる「光緒新政」の開始である。その中で法律制度の改革も模索されることとなるが、光緒二八（一九〇二）年、清朝とイ

ギリスとの間で締結されたマッケイ條約において、中國の法律および裁判制度が改善されればイギリスは領事裁判權を放棄する準備があるとの文言が入れられ、他の列強諸國もこれになつたことで、清朝政府は近代的な法典の整備を目指すこととなつた。

同年沈家本・伍廷芳が修訂法律大臣に任命され、修訂法律館も設立し、さらに日本人法律顧問が招聘され、近代的な法典編纂の準備が着々と進められていった。

そして光緒三三（一九〇七）年、日本人顧問岡田朝太郎の手により起草された新刑律草案が沈家本から上奏された。⁽¹¹⁾ 總則は八月、分則は十一月のことである。この草案は岡田の年來の抱負を實現したもので、罪例を刑例の前におき、また判決を下す際の法の適用については、頒布以前の罪であっても新法で裁き、舊法で罪に問うていないもののみ無罪にするといった他の國の刑法には見られない特徴も備えていた。⁽¹²⁾ また總則提出の際には新刑律制定の理由として、領事裁判權を撤廢することを含めた三つの理由が挙げられ、また新刑律の五つの特徴として、①更訂刑名（從來の五刑を廢止し、死刑・懲役・禁錮・罰金に改める）、②酌減死罪（死罪適用の範圍を縮小する）、③死刑唯一（死刑の方法を絞刑のみとし、かつ公開處刑を廢止する）、④删除比附（罪刑法定主義の確立）、⑤懲治教育（責任年齢（一六歲）の設定）、⁽¹³⁾ が表明された。ただしこのうち②、③については現状にかんがみて別に暫行章程を用意し、舊律の規定を適用するという構想も示した。

また草案の中でもっとも問題視されることとなる禮教との關係についても、起草者である岡田自身、尊親屬・屍體墳墓・誘拐に關する罪を加重して、中國の風習に配慮したと述べている。⁽¹⁵⁾

かくして新刑律草案が完成したのであるが、この草案が憲政編查館に送られた後、各部、各督撫にその是非が諮られるや、學部や安徽巡撫馮煦をはじめとして、續々と反對意見が寄せられた。草案の具體的な問題點として多くの督撫が言及している點は、①比附の删除、②量刑を裁判官に任せる、③死刑が絞刑のみ、④舊律に比して刑が輕すぎる、⑤日本語から取り入れた語彙が多い、⑥尊親屬に對する犯罪に對し凡人に課される刑と大差ない、⑦無夫和姦（配偶者のいない女性と

和姦に及ぶこと）が無罪、の七點である。禮教に關する部分だけでなく、①、②のように近代刑法の基本的な原則についても反對意見が強かつたのである。その好例は山西巡撫寶桑の上奏文であり、そこでは以下のように述べられている。

總則は律に正條が無ければ、罪とすることはできないことを明白にしており、思うにこれは比附を削除して、意のままに輕重をなすことを避けようとするものである。しかし條目は千變萬化する事象にすべて對應することはできず、邪な者が罪を避ける門を開くことになる。罪名の等差は、また某刑より某刑までとして、上下がかけ離れており、ことごとく裁判するものが自ら審議し定めることを許している。目下裁判の人材は缺乏しており、法律に習熟していないものでは、任意に罪を高下させ、處斷が公平でなくなる恐れがある。⁽¹⁸⁾

この上奏の後半で問題とされていた點は法が恣意的に運用される危険性であり、督撫の多くは現狀に鑑みて裁判官による時々の判斷に信賴を寄せることができず、むしろあらかじめ法によつて量刑まで定めるべきだとする「律」の發想が根強く残っていた。また新刑律草案が領事裁判權を撤廢することをその目的のひとつとしたことについても、禮教を無視した法律では、領事裁判制度の問題を解決する前に國が傾いてしまい、本末轉倒になると指摘した督撫もいる。⁽¹⁹⁾

その一方で少數ながら新刑律草案に贊成を示したのが、山東巡撫袁樹勳と、連名で上奏文を提出した東三省總督徐世昌、吉林巡撫陳昭常、署黑龍江巡撫周樹模であつた。袁樹勳はまず法律改正が、列國競争の時代にあつては、國を守るため必要不可欠であるとしたうえで、威嚇主義的な舊律がすでに時代にそぐわないものであると指摘し、領事裁判權撤廢という所期の目的を達成するためにも新刑律草案の施行が必要であることを主張した。⁽²⁰⁾

また東三省總督徐世昌らは法律が憲政の根據であるとした上で、平等や人格の尊重といった點にも一定の理解を示している。また禮教派の督撫の多くが否定的見解を表明した罪刑法定主義についても、彼らとは對照的にそれを規定した第一〇條の簽註において贊成意見が述べられている。

本條の規定を考えると、これは比附を廢止するためのもので、本律の中でも最も精神のあるところである。刑律を發

布するのはもともと人民に何をなすべきかなさざるべきかを明らかにするためであり、凡そ律例の許さないところは律に照らして罪を科す、というのが正當な處置である。(中略) 現今の改正刑律の意圖は法典を整頓して明示すること、國內の臣民が従うのに弊害が無く、外國の國民が信じ守ることに疑いが無いようにすることである。この種の不完全な制度は歐米各國ではもう既に禁例とし、わが國の最近の學者もその非を知っている。本律がこの制度を採用しなかったのは、もつとも完全ですばらしいことである。⁽²¹⁾

ここで徐世昌らが述べているのは、人民への法の明示の必要性であり、領事裁判制度撤廢のためにも罪刑法定主義の確立が必要であることを主張している。一方で禮教派が常に裁判官の恣意性のみを問題にしたのは、統治の安定のために、どうすればすべての罪を遺漏無く捕捉し得るのかという「律」の發想に固執していたためと思われる。

以上、一部贊意を示した督撫はいるものの、大部分は反對意見ばかりの各地方官の意見提出を受けて、宣統元年一二月には法部尙書廷杰が修訂法律大臣の沈家本らと連名で第二次草案を上奏した。⁽²²⁾ 一次草案からの主な變更點は、倫常にかかわる部分を一等加重するというもので、君主、尊親屬に對する罪に變更が加えられた。また草案中の單語が若干修正された。一方で比附や量刑についての規定は、正文上では變更されなかった。

しかしながら三綱五常の永遠に遵奉されるべきことが改めて再確認され、このため刑律本文とは別に附則の五條が追加されることとなった。この附則五條についてはすでに小野和子氏の專論があり、その内容について詳細に検討しているが、⁽²³⁾ ここでも行論の必要上各條の規定について見ていきたい。⁽²⁴⁾ 第一條は量刑判斷について舊律を參照し別に判例を用意して援引させること。第二條は中國人に對しては倫紀禮教にかかわる罪(十惡、發塚、犯姦等)は舊律によって裁くこと。第三條は君主に對する罪や内亂罪には斬刑が適用できること。第四條は強盜罪については嚴刑でのぞむこと。第五條は中國人には尊親屬に對して正當防衛をみとめないこと。以上の五點である。第二條、第五條は中國人のみ對象とすることが明示されている。この附則がつくことによって、露骨に舊律の復活が謳われ、まさに新刑律の精神は骨抜きにされようとしている。

たことがわかる。⁽²⁵⁾ただしここで挙げられている諸點がなお附則という形をとり、正文中に組み込まれなかったのは、領事裁判制度を廢止するという目的を達成するためであった。

なおこの間には新刑律施行までの経過措置として『大清律例』に大幅な修正を加えた『大清現行刑律』の修訂も進められていた。宣統元年八月修訂法律館より草案が上奏されたのち、憲政編查館へ送られて審議され、翌宣統二年四月憲政編查館より上奏、これが裁可されて頒布施行の運びとなった。ただし『大清現行刑律』の内容は、時勢に應じて若干の修正が加えられたものの、本質的には『大清律例』の枠を出るものではなかった。⁽²⁶⁾

(二) 憲政編查館における審議

宣統二(一九一〇)年になると、新刑律草案は憲政編查館に送られて審議されることになったが、ここでもやはり草案が禮教をないがしろにしているとの批判の聲が挙げられた。その筆頭は憲政編查館參議の勞乃宣であり、汪榮寶は、勞の主張について「禮教に關する部分については言葉遣いがはなはだ嚴しい」⁽²⁷⁾ものであったと記している。勞乃宣が新刑律に對して修正を求めるために準備したものが「修正刑律草案說帖」であり、これは宣統三年勞乃宣自らが編集した『新刑律修正案彙錄』に收録されている。まずこの說帖の冒頭では第二次草案提出の際の上奏文が引用されるとともに、この法部が用意した草案について「倫常にかかわる諸條について舊律を參照して正文の中に修正編入されていない」と不滿の意を述べ、「舊律の中で倫常にかかわる諸條については、逐一修正のうえ新刑律の中に入れるべきである」と主張している。⁽²⁸⁾

こうした勞乃宣の批判に對しては、沈家本自らが筆を執り反論を加えた。それが「沈大臣酌擬辦法說帖」であり、勞乃宣の修正案に對し、經書、史書を引用して勞の論據を切り崩すとともに、おおむね判決録を用意することで、從來の禮教に添った形で法を運用することも十分可能であるとの主張を展開した。さらに犯姦、子孫違反教令の二點についてはもっぱら教育にかかわる問題であり、刑罰を課す必要性はないこと、とくに無夫和姦については諸外國の法律でもこれを罰す

る規定がなく、領事裁判權撤廢の觀點から言っても到底正文中に組み入れることはできないと主張した。これに對し勞乃宣は一應の納得を示したものの、犯姦、子孫違反教令については再反論を加え、再度この二條を正條に繰り込むべきだと主張した。⁽²⁹⁾

またこの時期新刑律草案をめぐって議論が交わされたのは勞乃宣と沈家本だけではなく、憲政編查館内部においても、館員たちの間でたびたび意見が戦わされた。『汪榮寶日記』によれば、七月二日には吳廷燮が説帖三件を提出し、その内容は「禮教のことばかりを言う過ちを痛烈に批判し、玉老（勞乃宣）と對極をなしている。議論は精妙にして透徹しておりわかりやすい」ものであったという。⁽³⁰⁾ 兩者の對立は説帖のやり取りだけにとどまらず、七月六日には會議の席上で、吳廷燮らと勞乃宣との間で爭論が繰り廣げられることとなり、その様子について「舌戦は長時間におよび要領を得なかった」⁽³¹⁾と表現されている。

こうした憲政編查館における議論の様子は、各地の新聞においても逐一報道されるところであった。これらの記事によると、反對派の代表は勞乃宣と沈林一であったという。沈は勞と歩調をあわせて反對意見を主張し、比附の復活などを唱えた。⁽³²⁾ これに對し新刑律草案賛成派として反論にたった代表が吳廷燮と楊度である。八月には憲政編查館内の會議で兩者が激しく議論し、吳廷燮は領事裁判制度撤廢の必要性を訴えたうえで、勞乃宣の主張を人道に反すると斥け、勞乃宣が主張するような刑律は外國人に到底受け入れられないと主張した。また楊度は、禮教には國家主義と家族主義の區別があること、中國の新刑律は國家主義に進むべきだということを主張した。⁽³³⁾

後日の編制局會議でも、勞乃宣が反對の聲をあげた主要二點である無夫和姦と子孫違反教令の問題が論じられたが、こ

こでも兩條について法律上に明記して罪を定める必要はないとの判断がなされた。⁽³⁴⁾ 以上が憲政編查館内における新刑律草案の審議過程である。説帖のやり取りから實際の會議における議論を通して憲政編查館としての新刑律草案への取り扱い方が決定されていたのだが、憲政編查館員のなかには日本への留學經驗を持つ

ものが多く、新刑律推進派が多数を占めていたため、結局勞乃宣の強く主張した無夫和姦と子孫違反教令の兩案が正文の中に明記されることはなかった。そしてこうした議論の結果を受けて、資政院の審議に供するための第三次草案が準備されることとなる。草案の準備は憲政編查館内の館員たちの手で行われたが、汪榮寶もこの作業に加わっており、彼の日記によれば八月九日から十六日まで連日新刑律草案の修改作業を行っていた。また草案提出の際の上奏文の原案は吳廷燮の手で起草された。⁽³⁶⁾

そして一〇月四日に第三次草案が上奏されることとなる。⁽³⁷⁾ この草案において特筆すべきことは附則五條の内容が修正され、暫行章程という名に改められたことである。ここでは舊律を適用するというような露骨な文言は影を潜め、ひとまず法律の條文に合わせた形で禮教に配慮することが圖られた。その暫行章程の内容は、以下の五條からなる。第一條が君主、内亂、外患、尊親屬殺傷などの罪には斬刑が適用可能。第二條は墳墓發掘、死體遺棄罪には死刑が適用可能。第三條は、強盜罪は情狀に應じて死刑が適用可能。第四條は無夫和姦有罪。第五條は尊親屬に對しては正當防衛適用不可、というもので、要するに草案正文に比べて禮教を重んじ、良俗を嚴刑によつて維持しようとするものであった。そして附則五條から暫行章程への變更理由としては、まず附則五條の第一條については「別に判決例を編輯して援引に資するのは各國の通例である」としてその廢止の理由を説明した。そして倫紀禮教にかかわる罪は舊律によつて裁くことを定めた附則五條の第二條については、「第二條が列擧する各項についてはなお舊律を用いるというのはほとんど全體の效力を消失させるもので、ことに朝廷修訂の本意にもとる」とし、あわせて家族制度にかかわる諸條については草案内で配慮されていることが述べられている。

憲政編查館での審議は新刑律推進派が優勢であり、勞乃宣の禮教に關わる犯罪については正文上に明記すべきだとする主張は斥けられた。反對派に配慮するために設けられた附則についても、内容が緩和されたうえ、舊律を適用するといった露骨な文言も取り下げられ、形式についても整えられたものとなった。ただなお禮教派の意見を完全には無視すること

はできず、この暫行章程を妥協的措置として引き續き残さざるを得なかつたのである。

以上が憲政編查館による草案審議の模様であり、いよいよ資政院の審議に附されることとなる。

(二) 資政院における審議

前節で見てきたような経緯をたどり準備された第三次草案は、國會の前身に當たる資政院の審議にかけられることとなつた。資政院は宣統二年九月に開院され、ここでは各種の法案や豫算案の審議が執り行なわれていたが、その一方で立憲政體樹立を求める運動は過熱していき、各省諮議局などの要請も受けて、九月二〇日資政院でも國會速開を求めることが全會一致で可決され、二四日には國會速開を迫る上奏が提出された。これに對し朝廷は國會の開會、憲法の頒布の豫定を四年繰り上げ、宣統五年に短縮するとの上諭を下し、國會請願運動の沈靜化を圖つた。⁽³⁸⁾

このように立憲制への動きが加速していく中、一月一日より新刑律草案の審議が開始されることとなつたのだが、ここで政府特派員として草案の主旨説明を行つたのが楊度である。楊度は演説の中で暫行章程についても言及し、まずここで規定されていることが、新刑律の主旨と符合しないため附則にまわしたと説明した。つまり第一條は死刑唯一の方針に反すること。第二、三條は死刑減少の方針に反すること。第四條については娼妓などの存在は認めざるを得ず、立法上の差支えがあるうえ、證據を求めることが困難で審判上の支障があり、さらに諸外國には無夫和姦についての規定がないため領事裁判權撤廢が困難となり、外交上の支障にもなると指摘した。第五條は、立法上、父子といえども公平に扱わなければならないという原則に反すると説明した。さらに楊度は續けて、暫行章程が暫行とされる所以は人民の程度が不足しているからであるとした上で、先に資政院により國會速開の要求が出され、現に國會の開設が當初の宣統九年から宣統五年に短縮されたことを指摘し、

全國人民の程度は宣統五年には憲法を遵守する能力があるとしたのに、何故宣統五年には新刑律を遵守する能力がな

いとしてできるのか。この問題は正當な解釋を得ることができるだろう。しかるに憲政編查館が草案を編訂したのは一〇月三日以前であり、この草案を一時に更改することはできなかった。まして資政院はすでに成立し、閉會以前に急ぎその審議に附さないわけにはいかず、なおのこと更改の餘暇はなかった。よって暫行章程についても廢止できなかったのである。現在いわゆる人民程度の説についても、先に貴院諸君は國會開設を請うたとき、政府は人民の程度に對し確實に把握しているわけではないけれども、資政院議員は全國人民の代表であり、人民の程度に對しても政府に比べて適切かつ明確に把握していると言明している。ひつきやういかなる種類の刑律を適用すべきであり、人民の程度はいかほどであるか、諸君の議論と判斷を待たないわけにはいかない。

と述べた。なお附言すれば、憲政編查館より第三次草案が奏呈されたのは一〇月四日であり、宣統五年には國會を開設するとした上諭が下されたのはその前日の一〇月三日であつた。⁽³⁹⁾楊度の見解としては暫行章程の「暫行」はあくまで憲法公布のときまでのことであり、いわんやそれが宣統五年に切り上げられ、新刑律施行とのあいだにわずか二年のずれしかない以上、もはや暫行章程は不要のものであるといわんばかりである。

その後審議が續けられたが、結局草案については、きわめて重大な新法典であり、各議員が熟讀して慎重に審議すべきであるとの意見が出されたこともあり、法典股（資政院内の法典委員會。副委員長は汪榮寶）の審議に附されることとなつた。⁽⁴⁰⁾

法典股での審議中、勞乃宣は「新刑律修正案」を提出した。彼が提示した修正案は、非常に多岐に渡るが、要するに尊親屬と卑幼、夫と妻の間に起こった殺人傷害等の犯罪に對し、尊親屬や夫については刑を軽く、卑幼や妻については刑を重くすることを要求したものである。また子孫違反教令を正條内に定めること、暫行章程第四・五條を正條に繰り込むことも要求した。なおこの修正案は資政院議員の過半数に及ぶ百名を越える贊同議員の署名を得て提出されたのであつた。⁽⁴¹⁾

こうした禮教派の動きに對しては、北京の政學界の人士も強い危機感を持つていたようであり、新律維持會なるものが結成され、資政院議員たちに新刑律贊成を働きかけ、同時に反對派に辯駁を加えることが約束された。さらに新律維持會

の集會には資政院議員の陸宗輿と羅傑が訪れて新刑律の必要を訴える演説を行い、参加者は三百人を越えて大きな盛り上がりを見せた⁽⁴²⁾と報道されている。新刑律草案をめぐる北京の雰圍氣の一端をうかがい知ることができよう。

さて上記のように新刑律草案をめぐるのはげしい動きのある中で、汪榮寶を中心とする法典股は一月二日から一六日にいたるまで、憲政編查館より派遣された政府特派員も交えて連日新刑律草案の審議が續けられ、新刑律草案に對してさまざまな修正が加えられることとなった。新刑律の審議が再開されたのは二月六日のことであり、⁽⁴³⁾まず汪榮寶から股員會の審議結果の報告が行われ、そこでは新刑律は家族主義を保存した點も多いと述べて、禮敎派の議員に一應の配慮を見せた。法典股員會の具體的な修正箇所については多岐に渡るが、その中で特に指摘しておかなくてはならない點が暫行章程の廢止であり、これにより終始議論の的となっていた無夫和姦の問題は、ひとまず完全に無罪として扱われることとなったのである。⁽⁴⁴⁾つまりこの問題は正文に組み込むかどうかというごく形式的なレベルの對立ではなく、有罪か無罪かを眞正面から問うものであったことがわかる。さらに強盜などについても死刑を適用する、反亂や尊親屬殺人については斬刑の適用も可能というような規定はすべて削除されたことになる。この暫行章程廢止について、汪榮寶は法典股員會での草案修正報告の最後に

暫行章程については、なお一言聲明すべきことがある。暫行章程の存在理由は、當時の政府委員の演説によつても十分なものではなかった。その後股員會の討論で暫行章程は不要にできるとした。すでに理由書を用意して祕書長に送り、印刷して各位のもとへ分送してもらった。詳細は理由書の中すでに説明しており、各位はすでに全員これに目を通してあるので、本議員はさらにもう一度説明する必要はない。

と述べている。『汪榮寶日記』の一月二〇日にもその他の變更點とともに「暫行章程刪除」と列擧されている。⁽⁴⁵⁾また二月六日の修正結果報告の際に述べられている理由書については、幸いにもその概要が『申報』に掲載されているので、それに基づいて内容を紹介すると、一月一日に楊度が行った草案の主旨説明同様、暫行章程が新刑律の五つの特徴に反

することが繰り返し述べられた上で、

暫行章程五箇條と新刑律が採用する主義とは根本的に併用することができない。もし中國の舊俗にこだわるのであれば、新律は編訂する必要がない。もし人民の程度が不足しているというのであれば、これは頒行期限を早めるか遅くするかの問題であり、決して新刑律實行の際に、別に暫行章程を設けて、もつてこの新刑律を破壊することはできない。本股員會は一度ならず討論し多數決で表決を採り、必ず（暫行章程を）削除すべきであるとした。⁽¹⁶⁾とその廢止の理由を述べている。

汪の審議結果報告の後に草案の逐條審議が行われることとなった。死刑は絞首刑を以つてすることなどを定めた第七章刑名の部分についても何の異議も出されず賛成多數で可決された。つまり暫行章程で取り上げられていた斬刑の適用や、死刑適用範圍の擴大などは、ここでは特に問題視されなかったことになる。また督撫たちの間ではあれほど問題視された比附の削除についても、まったく反對論は提出されることなく通過することとなった。そうした中で暫行章程でも規定され、また勞乃宣が正條に繰り込むことを要求した、尊親屬に對する正當防衛の問題についても議論されたが、結局尊親屬に對しては正當防衛を認めないことを正條の中で明示すべきだという勞乃宣らの主張は、二〇人ほどの賛同を得るのみで、否決されるにいたった。

翌七日は特に問題なく審議が進められ、八日議論が姦非罪に至ったところで、無夫和姦を有罪にするか否かで延々と議論が繰り上げられることとなる。この中では、「この一條について不要を主張すれば明らかに禮教に背くこととなり、正條に入れることを主張すれば、領事裁判權を回收するのに障害となる恐れがある。原案がこの條を暫行章程に入れたのは大變な苦心を費やしてのことである。今法典股員會が暫行章程を一律に削除してしまい、このため禮教の保全を訴える人はさらに力を入れ、人數も多くなつた。本議員の意見は暫行章程を残すべきだという主張である。」という意見も出されるなど、暫行章程を一律に廢止したことへの不満も表明された。最終的にこの問題については、有罪・無罪いずれとする

かで表決がとられることとなった。投票は記名で行われ、無夫和姦有罪に賛成のものは白票を、反対のものは藍票をそれぞれ投じ、その結果、白票多数すなわち無夫和姦有罪となり、さらにこの條文を正條に繰り込むか、それとも暫行章程という形をとるのかについての決も採られ、結局無夫和姦は有罪としたうえで、正條に規定するということでこの日は決着を見た。⁽⁴⁸⁾ 汪榮寶は日記の中で、この日の結果をもって「全體失敗」であるとし、「余惘惘として歸る」と記しており、その落膽振りがうかがわれる。

以上資政院の無夫和姦の採決では勞乃宣らが勝利を収めたかに見えたが、これに對し汪榮寶は無夫和姦の無罪を主張して藍票を投じた人々（當時彼らは藍票黨と呼ばれ、白票を投じた議員は白票黨と呼ばれることとなる。）も巻き返しを圖ることとなる。九日の審議に際しては、汪榮寶、陸宗輿を中心に彼らの多くが缺席戦術をとったため、⁽⁵⁰⁾ この日の審議はほとんど進まなかった。⁽⁵¹⁾ そして汪榮寶と陸宗輿は、今後の審議の對應策を協議するべく、資政院での審議が始まる前に藍票を投じたものたちで集まることを約し、⁽⁵²⁾ 資政院での審議最終日にあたる翌一〇日藍票黨の面々は、本會議の前にあつまり對應策を協議した。その結果、審議の順番が最初にある新刑律草案を、議事の最後にもっていくよう提案すること、そして總則採決の際には、改めて三讀に附するよう主張することが約束された。要するに時間稼ぎを行って、分則の審議を完了しないようにするものであった。

結局この日の議事は彼らの思惑通りに進行することとなり（ただし總則の三讀については省略された）、新刑律草案はとりあえず總則のみ賛成多数で通過し、分則については審議未了ということになり、資政院の全議事日程は終了した。⁽⁵³⁾

ここまで資政院での新刑律草案の審議過程を見てきたが、資政院における議論を先に見た督撫たちの反対意見と比較すると、ここではもはや全面的な反対論が提出されることはなく、罪刑法定主義の確立や斬刑の廢止、死刑の減少も問題視されることはなかった。暫行章程が廢止されていた状態での議論であるから、こうした合意についてはおおむね新刑律に

賛成であったことを示すものとして評價できる。資政院議員の間では新しい刑律の制定が支持を得られていたことを意味するものであり、その結果として總則が賛成多数で承認されることになる。一方で勞乃宣ら禮教派がより強く求めたのは、親屬間の差別規定と禮教に反する行爲についての刑罰を正條内において明確に規定することであり、少なくとも資政院の審議段階ではもはや新刑律に對し全面的な反對の聲が擧げられることはなかった。勞乃宣にしても、資政院閉會後に編纂した『新刑律修正案彙錄』の跋文において、全體に對する反對でないことを辯明につとめている。⁽⁵⁴⁾

以上資政院における審議の様子を述べてきたが、この總則のみ通過、分則は審議未了という資政院の審議結果は、特に憲政編查館員の新刑律推進派にとつてきわめて不本意なものであり、資政院での審議結果を無効にして、憲政編查館單獨で草案を提出しようという動きが出てくる。こうした動きは必ずしも資政院の審議結果を受けてだけのことでなく、すでに先の憲政編查館内における審議の折にも提起された問題ではあった。そこで以下章を改めて、草案上奏の権限をめぐる問題についてみていくこととしたい。

第二章 新刑律草案上奏の権限をめぐる問題

「はじめに」でも述べたように憲政編查館は軍機大臣の管理の下、この時期に起草された多くの法律を審議する役割を擔っていた。さらに光緒三三年に定められた憲政編查館辦事章程においては「本館擬訂及び考核の件は法典及び重大事項で資政院において議決されるべきものを除き、それ以外の各件は軍機王大臣の閱訂を経ていれば、上奏して裁可を得た後施行する。」⁽⁵⁵⁾と規定されていたこともあつて、當時の憲政編查館には資政院輕視の傾向があり、また實務上の必要からも多く⁽⁵⁶⁾の法案が資政院での審議を待つことなく施行されていた。一方で、宣統元年に改定された資政院院章では、その第一四條第四項において、新定の法典およびその修改については資政院が議決すべきであることが明記されている。⁽⁵⁷⁾したが

つて宣統二年段階においては、當然新刑律が憲政編查館の審議を経た後資政院の議決を得べきと考えられていたことになる。しかしながら新刑律については、論争が過熱する以前から憲政編查館單獨で上奏しようという意見を持つものがあった。例えば『汪榮寶日記』によると、六月一六日、館員同士で新刑律問題が論じられたさい、汪榮寶が憲政編查館より上奏して資政院の議決に附し院議の協賛を得るべきだと主張したのに對し異論が唱えられた。その様子については「余は憲政編查館より奏呈して資政院に送り協賛を得るべきだといったところ、仲魯（劉若曾）、樺甫（達壽）らは力を盡くして反對した。伯屏（胡昶泰）は院章を引いて刑律は新定の法典であるのだから資政院の審議にまわすべきだと抗論した。争論は久久として要領を得なかった」と記されている。なおここで汪榮寶と胡昶泰が資政院の審議にまわすことを主張したのは、彼ら二人が資政院議員に任命されていたという立場の問題もあろう。

そして憲政編查館内では前章で見たような争論が交わされることとなるのだが、こうした状況は新刑律推進派に強い危惧を抱かせるものであった。實際七月の『時報』の記事にはこの間の消息として「新律を主持するものは衆論の激しさを見て資政院の核議に附することを欲せず。議員諸君の程度がこれに協賛するには不足していることを恐れているからである⁽⁶⁰⁾」という報道がなされている。

そして八月二四日には、こうした憲政編查館内の意向が具體的な形で汪榮寶の耳にも入ってくるようになった。この日楊度と胡昶泰より汪榮寶にたいし新刑律推進派の人々は資政院の審議にまわさない意向であると聞かされる。これに對し汪榮寶は「余は新案に賛成といえども資政院には（法律の）議決の権があるのだから、もし交議しなければ法に違うことになる。いま最初の開院のときに當たつて政府が院議を忌避する端緒を開くことは、ことに立憲の精神と合致しない。持論は仲和（章宗祥）諸君とすこぶる異なる。哲子（楊度）、伯平（胡昶泰）は仲和の意圖は資政院議員の中には法律の知識を有するものがなお少なく、交議すれば恐らく破壊されようと述べ、余に深く我慢して熟慮するよう勧めた。余は初義を堅持し、二君と繰り返し討論した⁽⁶¹⁾」。この記述から察するに憲政編查館單獨で新刑律草案の上奏のうえ頒布しようという動

きの中心は章宗祥であり、逆に資政院の審議に附することを強硬に主張したのは汪榮寶ということになる。

結局推進派内のこの頒布にいたるまでの手續きをめぐる意見の相違は翌々日の八月二十六日、軍機大臣である毓朗と那桐も臨席のうえで、刑律草案を資政院に提出することが決議され、ひとまず決着を見たのだった。⁽⁶²⁾

ただし資政院での審議結果は前節で見たように總則については採決を得られたものの、分則については、無夫和姦の問題で大いに紛糾して結局は勢乃宣の主張が通り、あまつさえ審議未了という結果に陥った。これは宣統二年に新刑律を頒布するという立憲制の九カ年のプログラムにも支障が出てくる結果でもあった。したがって當初から資政院の審議に附することに否定的であった憲政編查館内の推進派にとつては非常に不満の残る結果であつたろう。實際憲政編查館側の動きはすばやかだった。早くも資政院が閉會したその日の二月一日汪榮寶は章宗祥より、館議によつて刑律原案をもつて上奏のうえ頒布し、資政院とは會奏しないことになつたと聞かされるのである。『汪榮寶日記』には「憲政編查館の館議では刑律原案をもつて頒布し、また資政院とは會奏しないこととなつたという。余はこれを聞いて愕然とした。ことに憲政前途の危懼である」と記している。⁽⁶³⁾ またこの間の消息を伝える記事として『時報』にも「樞臣は資政院が修正した新律に大いに不満であり、憲政編查館が編纂した原案をもつて頒布することを奏請すると決めた」という報道がなされている。⁽⁶⁴⁾

そして翌一二日には藍票黨の人士が集まつて刑律問題の善後策を協議することとなつた。まず汪榮寶は午前中に憲政編查館に赴き達壽にあつて、彼に新刑律頒布の問題で協力を求めた。そして午後には藍票黨の面々が財政學堂に集まり、まず汪榮寶よりこの問題についての報告が行われた。日記には彼の發言は以下のように記されている。

政府は刑律問題に對し、清單に本年頒布が定められているにもかかわらず、資政院は議決することができなかったの
で、原案を頒布しようとしている。もしこのようになれば、本院の協贊立法權において非常の危險が生じるこ
とになる。速やかに維持の方法を準備すべきである。

このあと衆議討論され、憲政編查館に對し以下のように對處することが決定された。すなわち、①總則については資政

院・憲政編查館の會奏とすること。これが受け入れられなければ、②頒布の年限を改める。これも受け入れられなければ、③早急に資政院の臨時會を開會する。もしこれも拒否されれば全員議員を辭職する、というものである。このあと汪榮寶は陸宗輿とともに憲政編查館に赴き、そこで楊度と討議した結果、ひとまず彼らの間では以下の結論が得られた。まず總則については憲政編查館・資政院の會奏とすること、ただし不同意の點については特別に明記して、上諭によつて是非を決める。また分則については憲政編查館の單奏として總則と同時に頒布するものの、翌年改めて資政院の審議に附して追認を得ることを聲明するとされた。⁽⁶⁵⁾

さらに一五日にも、汪榮寶は劉若曾、達壽と刑律の頒布問題を協議している。⁽⁶⁶⁾

ただしこうした藍票黨の議員及び憲政編查館側の動きは白票黨の議員からは、資政院での審議結果をないがしろにする動きとして、批判の聲が擧げられた。『申報』ではこの間の藍票、白票兩黨の消息を以下のように傳えている。

近日來兩黨の暗闘ははなはだ激しい。藍票黨の一部は先に新刑律通過の總則を期限どおりに上奏すると主張し、また新刑律全部を一律上奏すべきだと主張するものもある。白票黨はこの消息を聞きまったく反對の説を主張している。

たんに全部を上奏することができないと言うだけでなく、總則もまた上奏すべきではないと。一方で抵制の方法を研究し、一方で書を議長におくり「資政院が未議決の案を出奏することができるのか否か」と傳えた。⁽⁶⁷⁾

また勞乃宣は、憲政編查館における審議の際に用意した説帖のほか、贊同者の文章を集めて『新刑律修正案彙錄』を編纂し印刷に附したが、その序文及び跋文においても自己の修正案が多數の議員の贊同を得たことを再三述べ、自らの正當性を訴えている。

ただし藍票黨であれ、白票黨であれ、資政院議員たちがどのように動こうと、憲政編查館としては新刑律頒布の時期を遅らせる意思はなかった。例えば資政院での國會速開要求を受けて國會の開會が宣統五年（一九一三年）に繰り上げられ、光緒三四年に定められた一連の立憲豫備のスケジュールもそれぞれ當初の豫定から前倒しされることとなった。このなか

では新刑律の施行時期も、宣統五年から一年早まり宣統四年に變更され、頒布時期についても當初の豫定通り宣統二年とすることが、この段階においても堅持されたのである。⁽⁶⁸⁾

そして二三日には憲政編查館の館議において、總則を會奏し、分則を單奏とすること、明日同時に奏呈することが決定された。また分則の草案は董康の手で起草されたようであるが、法典股員會の修正案と原案をあわせて斟酌の上、取捨選擇が行われたものになっていた。⁽⁶⁹⁾

翌二四日に總則と分則がそれぞれ上奏された。⁽⁷⁰⁾ 分則については憲政編查館の原案ということであるから、一〇月四日に憲政編查館から上奏された第三次草案を進呈することとなり、資政院法典股の修正結果も原則ここでは反映されず、また第三次草案に盛り込まれていた暫行章程も復活されることとなったのである。そして翌二五日にはこの兩上奏文が正式に裁可された。⁽⁷¹⁾

以上新刑律草案上奏の権限をめぐる問題についてみてきた。

従来先行研究では、分則が審議未了にもかかわらず、宣統二年二月二五日に新刑律草案が裁可され、現在見る形での『大清刑律』が頒布されたことについて、單に籌備立憲のスケジュールにあわせるためと説明するだけであったが、この結論を得るに至った裏側には、上記のような憲政編查館と資政院議員の新刑律推進派との間でやり取りがあった。そしてこの問題は單に反對派を如何に封じ込めるかという戰術的な問題にとどまるものではなかった。それだけであれば、汪榮寶らは新刑律草案の審議を資政院に送るよう主張する必要はない。資政院に送らなければあれほど議論が紛糾することもなかったはずである。彼らが草案に對して資政院の關與にこだわったのは、『汪榮寶日記』にも記されているようにこれが國會の前身である資政院の「立法權」に關わるからであり、ひいてはそれが國會と政府の關係にも影響してくると考えられたためであろう。刑法典でさえ資政院の議決を経ることがなければ、當然この後に控えている訴訟法や民法などの

審議にも影響を及ぼす可能性さえあった。そうなれば資政院、それに續く國會の法律議決權が損なわれ、三權分立の原則も成り立たなく恐れがある。その意味では資政院で總則が通過していたことで、ひとまず總則のみでも資政院・憲政編查館の會奏にこぎつけることが可能となり、資政院の審議權も確保することができたわけである。この點は資政院の審議結果の意義として指摘しておかなくてはならない。

一方で憲政編查館とすれば立憲制に向けて新しい法律を制定するに際し、資政院から横槍を入れられることは意に沿わない事態であり、しかもともと章宗祥に代表されるように、憲政編查館員の新刑律推進派は資政院議員の法律知識の程度について懷疑的であった。⁽⁷⁴⁾そして資政院の新刑律推進派としても、憲政編查館側の危惧が的中してしまったことで、總則のみ會奏、分則は單奏のうえ翌年の審議を待つというある意味妥協的措施を採らざるを得なかった。また附言するならば、資政院が責任内閣の設立をめぐって軍機大臣を彈劾したため、當時軍機大臣の資政院に對する態度が非常に險惡であったことも、⁽⁷⁵⁾憲政編查館から資政院抜きで新刑律草案を上奏しようとする動きが出たことの背景のひとつと考えられる。

また勞乃宣の修正要求については、資政院で多數の議員の支持を得た無夫和姦の問題を含めて、實際に頒布された『大清刑律』のなかで反映されることはなかった。これは憲政編查館と資政院議員の新刑律推進派が協議し、勞の修正要求を封じ込めることで、近代的刑法にはなじまない禮教の立場に立つ批判から新刑律草案を守ったという評價を下すことができる反面、一方では資政院議員の多數意見を無視したことというにもなる。また暫行章程は不要であるとの認識はある程度共有されていたが、結局新刑律推進派自身が審議の繼續を拒否したため、第四次草案の流産を招くこととなり、その結果、清朝の段階では、最終的にこの暫行章程を廢止することはできなかったのである。

第三章 『暫行新刑律』の施行

前章までに述べてきたように、様々な紆餘曲折を経ながらも、ひとまず『大清刑律』は頒布されるにいたったのだが、

結局辛亥革命勃發のため、宣統三年第二回の資政院で豫定されていた分則の審議は行われることもなく、また清朝の名においてこの法律が施行されることもなかった。政府と資政院ないし國會の「立法權」を巡る争いもこれ以上の展開を見ることはなかったのである。そして中華民國においてむしろ意味を持つのは、『大清刑律』が、經過に多少の問題點はあれ、ともかく頒布されていたということであつた。⁽⁷⁶⁾

宣統帝退位後、一九二二年三月一〇日に臨時大總統に就任した袁世凱は、「現在民國の法律は未だ議定頒布されていない。あらゆる従前施行の法律および新刑律は、民國の國體に抵觸する各條は效力を失うが、その他は暫行援用して遵守に資せ⁽⁷⁷⁾」との大總統令を發し、清代において施行されていた法律とあわせて、刑法に關しては新刑律を暫行援用することを布告した。この命令を受けて、法部より袁世凱にたいして、名稱を『暫行新刑律』と改めること、帝室にかかわる罪などの條文を削除すること、また帝國を中華民國に、臣民を人民に改めることなどが提案された。變更がこうした最低限のものであつた理由については、新しい刑法の施行が急がれていることとあわせて、法部の獨斷で大幅な變更を施すことがはばかられたためでもある。ここで挙げられた修正事項についても「法部より擬定し暫行となし、臨時參議院の成立を待つて再び提議を行えば、施行の困難も免れ、また立法の權限を僭越することにもならないだろう」と述べられている。ただし暫行章程については「あるものは死刑唯一の原則に違ひ、あるものは刑はその罪に當たるの本意を失ひ、あるものは個人の私德に干渉し、あるものは法律の解釋に通じていない。經過法であるといつても、法律と章程を兩存させる理由はない。國體には關わりないところであるが、この法律新頒のときにあたり、斷じてこのような瑕疵を留めておくことはできない。當然一律に削除すべきである。」として法部は暫行章程の廢止を表明している。⁽⁷⁸⁾ 資政院法典股における暫行章程を廢止すべしとの判斷は、中華民國に入りようやく實現に至るのである。そして三〇日にはこの提案が正式に裁可され、修正事項が京外の各司法衙門へ通告されることとなつた。⁽⁷⁹⁾

こうした北方の動きに對し、南京の臨時政府および參議院でも、三月二四日に司法總長の伍廷芳より「前清が制定した

民律草案、第一次刑律草案、刑事民事訴訟法、法院編制法、商律、破産律、違警律のうち、第一次刑律草案の帝室に關する罪の全章及び内亂に關する罪の死刑は適用しがたいが、その他はみな民國政府より繼續して有効であることを聲明し、以つて臨時適用の法律となし、法を司るものが根據を有するようにしたい⁽⁸⁰⁾との提案がなされた。この第一次草案とは、光緒三十三年（一九〇七）に上奏されたものと考えられる。この伍廷芳の提案は參議院の審議に附されることとなり、四月三日には審議が完了した。なおこのさい前年資政院議員の地位にあり、無夫和姦の表決に際しては藍票を投じた、つまり無罪のほうに投票した陳命官は、「政府は法制局に命令して各種の法律中民主の國體と抵觸する各條には注記を加えるかあるいは注記のうえ修正した後、本院より公布施行を議決させる」との一文を加えるべきだとの發言がなされ、この提案は賛成多数で可決され、參議院の決議の末に附されることとなった。⁽⁸²⁾

こうして出された參議院の決議案では、清代に施行されていた各法とともに、新刑律及び刑事民事訴訟律が臨時に適用されることが確認された。ただし刑律は伍廷芳の提案した第一次草案ではなく、正式に頒布されたものを援用することとされた。

以上が南京臨時政府の決定であるが、結局法制局による修正作業は完了せず、法律の援用については、先に北京で定められた法部の提案が優越することとなった。⁽⁸³⁾従つて新刑律の修正點についても先の法部の決定に従うものとなり、この結果現在見る形での『暫行新刑律』が中華民國の刑法の役割を果たしていくこととなる。この『暫行新刑律』は、正式に南北統一の政府が誕生し、參議院が南京から北京に移動したのち、その參議院の議決を経て四月三〇日正式に公布された。⁽⁸⁴⁾南北雙方ともにほぼ同様の決定がなされたことで、『暫行新刑律』の施行はきわめてスムーズに行われたといえることができる。

これが暫行新刑律の施行に至るまでの経過であるが、ここで比較のため訴訟法についても見ていきたい。刑事訴訟律及び民事訴訟律は宣統二年に草案が完成していたものの、資政院の審議にかけられることはなく、頒布されることはなかつた。

た。このため先の三月一〇日の大總統令でも言及がなく、法部は管轄各節文として、各審判衙門がいかなる事項を管轄するかを定めた部分のみ切り出して、これを暫行援用することを大總統に呈請した。この提案は四月七日大總統の批准を得られたが、一方で訴訟律全體については、「刑訴民訴兩草案はすでに完成を告げているものの、なお未だ法律としては成立しておらず、正式に頒布もされていない。(中略) 全案を修正のうえ參議院に提議しその議決を待つて、あらためて公布を行う」とされ、五月にこの「民刑訴訟律草案管轄各節」が司法部令として通告されることとなった。⁽⁸⁶⁾さらに八月には京師高等檢察廳が民刑訴訟律草案全體を援用できるのか否かを照會した際にも「全律はなおいまだ公布されておらず、全體を援用することはできない」との決定が改めて通告されている。⁽⁸⁷⁾正當な手續きを経ることなく崩しに清末に起草された法律が用いられることには抵抗があつたことがうかがえる。

このように訴訟律と比較することで、刑律の方は清朝においてひとまず『大清刑律』がすでに頒布されていたことが、『暫行新刑律』の施行を容易にしたこと、とくに新刑律が袁世凱の大總統就任直後に暫行援用を表明するにあつての大きな法的根據になつていたことがわかる。當時議會が存在しない北京の臨時政府においては、獨自に法律を公布する權限はなく、援用するにも頒布済みであることが必要條件となつていたのである。清末においては資政院の法律議決權は、政府によつて輕視される傾向にあつたが、革命直後のこの時期にあつては袁世凱以下北京の臨時政府においても、法律の公布には議會の議決が必要だとの認識は、確固たるものになつていたことが見て取れる。

以上が民國成立直後の法律の施行狀況であるが、もちろん當時の政府も、こうした不完全な情勢に甘んじていたわけではなく、速やかに各法典を起草する準備も進められていた。七月には法典編纂會が設立され、その職掌の筆頭に民法、商法、民事訴訟法、刑事訴訟法の編纂が定められた。⁽⁸⁸⁾また刑法についても、『暫行新刑律』と全く同内容のものが、六月に國務院より大總統へ進呈され、さらに大總統より參議院におくられることとなつた。領事裁判權撤廢のためにも正式な法典が一刻も早く制定されるべきだとの考えによるものであり、刑法にいつまでも「暫行」の二字が冠されることは不適當

と思われたのであろう。ただしこの草案は正式な刑法としてすぐに參議院の議決が得られることはなく、ひとまず法典委員會の審議に附されることとなった。その後は刑法も含めて他の法典の編纂事業も遅々として進むことはなく、翌民國二（一九一三）年には、早くも第二革命の勃發、國會の崩壊という事態を迎えることとなるのである。こうした政治的な混亂のため、當然法典編纂事業は停滯を餘儀なくされた。そして暫行援用のはずの『暫行新刑律』は、冒頭で觸れたように一九二八年まで存續することとなる。

かかる事情により、清末の新刑律草案の審議結果と、民國元年三月の暫行援用を定めただけのものであるはずの大總統令が、当初は豫期し得ないほど大きな意味を持つことになったのである。

ただし實際に施行された『暫行新刑律』も過渡期ゆえの混亂により、施行に關する細則が繰り返し發せられた⁽⁹¹⁾。そのうえ、この法律が當時どれほど遵守されていたかとなると、やや心もとない情勢ではあった。民國元年から二年にかけてだけでも、司法部や大理院から各地方に向けて頻繁に新刑律の遵守を求める命令が出されている。一例を挙げれば、元年六月廣東司法司に向けて、死刑には絞首刑のみとし、他の方法を用いてはならないとの通達が出されている⁽⁹²⁾。新刑律の五つの特徴として繰り返し強調されていた死刑制度の執行にしてこの状態である。

そしてやがては帝位に就かんと欲する袁世凱の下、いったんは廢止された暫行章程も、「暫行補充條例」として復活されることとなった。⁽⁹³⁾

おわりに

以上、清末から民國初期における刑法典の起草から施行に至るまでの経緯を見てきた。

近代的な刑法は清末において、その内容についてさまざまな批判にさらされながらも、草案の審議にあたっていた憲政編查館はおおむね推進の立場にあった。ただし禮教派への配慮として暫行章程という妥協的措置をつけざるを得なかった。

これに對し資政院の審議では、この暫行章程を廢止することがいったんは決定され、また總則については審議を通過することができたが、無夫和姦が有罪のうえ正條に繰り込むこととなつたため、新刑律推進派が以降の審議を拒否し、分則は審議未了となつた。

ただしこの結果は憲政編查館と資政院の間の法律上奏の權限をめぐる問題を顯在化させ、憲政編查館單獨で新刑律草案を上奏頒布しようとする動きが出てきた。これに對し新刑律推進派の資政院議員たちは、憲政編查館の動きを資政院の立法權の危機に當たると考え、反対意見を突きつけ、その結果總則については資政院と憲政編查館の會奏となり、分則については憲政編查館の單奏となつたものの、ひとまず豫定通り『大清刑律』として頒布されることとなつた。これにより國會の前身である資政院の法典審議權はひとまず確保されはしたが、この結果はいったんは廢止した暫行章程を結局は復活させることにもなつた。しかしともかくも豫定通り『大清刑律』として頒布され、このことが中華民國に入つて『暫行新刑律』として施行する上でも大きな意味を持つことになつたのである。

本稿では刑律の施行に至るまでの動きを中心に論を進めていったが、刑律を含めて清末民國初期に成立した新しい法律や司法制度が實際にどれほど有効に機能していたか、また當時の社會にどのような影響を及ぼしたかという問題については考察が及ばなかつた。ただ、當時は過渡期ゆえに様々な混亂が生じており、早くも民國二（一九一三）年から三（一九一四）年の段階で新しい司法制度の設計は行き詰まりを見せ始める。その中では民國に入りようやく正式に誕生した律師（辯護士）の取り締まりも重大な懸案事項のひとつとなつていた。⁽⁹⁴⁾ 律師は官の立場ではない法の専門家であり、彼らの具體的な活動は清末民國初期の法制變革が社會にどのような影響を與えたのかを考えるうえで重要な糸口となろう。⁽⁹⁵⁾ 以上の點を今後の課題としていきたい。

註

- (1) 小野和子『五四運動時期家族論の背景』（京都大學人文科學研究所共同研究報告『五四運動の研究』第五函一五、同朋社、一九九二年）
- (2) 黃源盛『中國傳統法制與思想』（五南圖書出版公司、一九九八年）、張仁善『禮・法・社會——清代法律轉型與社會變遷』（天津古籍出版社、二〇〇一年）、李貴連『沈家本傳』（法律出版社、二〇〇〇年）、同『沈家本評傳』（南京大學出版社、二〇〇五年）、松田惠美子『清末禮法爭議小考』（一）（二）『法學論叢』第一三七卷第二號、第五號、姚勝旬『清末における「禮法之爭」——その法思想史的考察』（日本大學大學院法學研究年報、第三五號、二〇〇五年）など。黃氏の著書はこの時期の法整備について多くの論文を収めているが、特に本稿とかわかりが深いものに「大清新刑律的禮法爭議」がある。
- (3) Anson Sau-chu Yeung, "Fornication in the Late Qing Legal Reforms: Moral Teachings and Legal Principles", *MODERN CHINA*, vol.29, number.3, 2003.
- (4) 『宣統二年第一次常年會資政院會議速記錄』（東京大學東洋文化研究所蔵、以下『速記錄』と略す）
- (5) 清末には修訂法律館員であり、民國期司法部總長も務めた江庸は暫行章程を「有此暫行章程而新律之精神盡失」と評している。（江庸『五十年來中國之法制』、申報館編輯『最近之五十年』、申報館、一九三三年所收）
- (6) 暫行章程の專論としては小野和子『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論集編集委員會編『中國の傳統社會と家族——柳田節子先生古稀記念』、汲古書院、一九九三年所收）がある。
- (7) 『汪榮寶日記』（北京大學圖書館館藏稟本叢書）第一卷、天津古籍出版社、一九八七年。同書は汪榮寶が宣統元年（一九〇九）年から宣統三（一九一一）年までの期間に記した日記の稿本を影印出版したものである。この日記については、すでに小野前掲論文においてその重要性が指摘されているものの、これを利用して草案の審議過程を検討した研究は、管見の限り尙小明『留日學生與清末新政』（江西教育出版社、二〇〇二年）のみで、尙氏の研究にしても汪榮寶が草案の修訂作業に携わっていたことを言及するのみである。
- (8) ただし伍廷芳は光緒三十三年（一九〇七）、駐美公使に任命され、後任には俞廉三が充てられた。
- (9) 修訂法律館の設置に關しては島田正一郎『清末に於ける近代法典の編纂』（創文社、一九八〇年）の第一章「修訂法律館の成立」に詳しい。島田氏の著書は刑律も含めこの時期の法律法典編纂事業について詳細に検討したものである。
- (10) 日本人法律顧問については、註（9）島田前掲書、宮坂宏『清國の法典化と日本法律家——清末法典編纂の問題について——』（仁井田陞博士追悼論文集第三卷『日本法とアジア』、勁草書房、一九七〇年所收）、李貴連著／松田惠

美子譯「近代中國法の變革と日本の影響」(池田溫・劉俊文編『日中文化交流史叢書』第二卷『法律制度』、大修館書店、一九九七年所收)等參照。なお各法典の擔當者については、刑法が岡田朝太郎、民法が松岡義正、商法が志田鉦太郎、監獄法が小川滋二郎である。彼らは法律の起草だけでなく、京師法律學堂において法學教育にも従事していた。

(11) なお岡田朝太郎「清國改正刑律草案(總則)」(『法學協會雜誌』第二九卷、第三號)によれば、草案は六次まであった。第一次草案は光緒三三年沈家本により上奏されたもの。第二次草案は督撫らの意見を受けて法部と會同して宣統元年に上奏されたもの。第三次草案は憲政編查館での審議を経て資政院に提出されたもの。第四次草案は資政院法典股で第三次草案に修正を加えたもの。第五次草案は資政院を通過した總則と審議未了に終わった分則を合わせたもの。第六次草案は軍機大臣により、五次草案の總則に一部修正が加えられたもの。これが『欽定大清刑律』として頒布された。各草案の所在については、註(1)小野前掲書に詳しい。このうち第三次草案から第五次草案までは未見であるが、後述するように第三次草案については憲政編查館の上奏文より、第四次草案については汪榮寶の報告により、その修正内容を知ることができる。

(12) 岡田朝太郎「清國既成法典及ヨヒ法案二就イテ(法學志林)第一三卷第八・九號」。及び宮坂宏「清末の近代法典編纂と日本人學者——刑律草案と岡田朝太郎——」(『專

修大學社會科學研究所月報』四六・四七號、一九六七年)

(13) 比附とは、罪を下すのに正條が無い場合は、他の條文を引いて判決を下すことをいう。大清律例にも罪刑法定主義の原則はなかったわけではなく、むしろあらゆる事態に對應して、一つの犯罪に對しては自動的に量刑まで決定されるという、過剰なまでの罪刑法定の原則があったのだが、この比附が存在することで、理論上は常に法律中の條文に存在しない罪で裁かれる可能性が残されていたのである(もちろん法の恣意的な運用が容認されていたということではない)。また近代以降の刑法と中國の律における本質的差異として、滋賀秀三は「現在われわれの刑事司法——またとくに刑法學——が、罪となるか否かの判定を中心課題としているということができるとすれば、中國の刑事司法は、いかなる程度の罪であるかの測定を中心課題としていたということができるのである。」と述べている。(滋賀秀三「清朝時代の刑事裁判——その行政的性格。若干の沿革的考察を含めて——」(『清代中國の法と裁判』所收、創文社、一九八四年)七五頁)。このほか比附については、中村茂夫「比附の機能」(『清代刑法研究』所收、東京大學出版會、一九七三年)參照。

(14) 「修訂法律大臣沈家本奏刑律草案告成分期繕單呈覽拜陳修訂大旨摺」光緒三三年八月二十六日『檔案史料』八四五頁。

(15) 岡田前掲論文「清國既成法典及ヨヒ法案二就イテ」

(16) 『光緒朝東華錄』光緒三四年五月辛卯

(17) 「開缺安徽巡撫馮煦奏刑律草案略陳大要數端摺」光緒三

四年七月二十五日『政治官報』二九八號

- (18) 「山西巡撫寶榮奏刑律草案籤註呈覽並陳名教綱常宜特立防閑摺」宣統元年閏二月二〇日『檔案史料』八六八頁

- (19) 「直隸總督楊士驤刑律草案摘繆請飭吏訂摺」光緒三十四年九月一日『政治官報』三四五號

- (20) 「山東巡撫袁樹勛奏刑律實行宜分期籌備摺」宣統元年閏二月一日『檔案史料』八六四頁

- (21) 同前註

- (22) 國立故宮博物院圖書文獻館藏宮中檔一八四一九〇號法部尙書廷杰「奏呈修正之刑律草案」

- (23) 註(6) 小野前掲論文

- (24) 前掲註(22)「奏呈修正之刑律草案」。この檔案には清單として第二次草案に當たる『修正刑律草案』が附されており、附則五條はその末尾にある。

- (25) 以上のような處置をとったためか、當時から廷杰は舊律を知るのみで、新刑律草案などの改革にはすこぶる反對の意があるとの世評が立った。例えば『大公報』では「現聞法部廷尙書自以爲熟嫻舊律、於新訂諸律多所反對、實爲改良法律之一大阻碍。」(『新法律之阻障』『大公報』宣統二年二月五日)とする記事が掲載されている。また同趣旨の記事として「法部尙書但知大清律例」(『申報』宣統二年二月八日、「法尙更動消息」)『申報』宣統二年二月一九日などもある。

- (26) 『大清現行刑律』については島田前掲書第七章「大清刑律草案と大清現行刑律」參照。

- (27) 『汪榮寶日記』宣統二年六月二三日

- (28) 特に修正を迫って擧げられている論點は千名犯義、犯罪存留養親、親屬相姦、親屬相毆、妻毆丈夫毆妻、犯姦(特に無夫和姦を無罪としている點)、子孫違反教令の諸點であり、いずれも家族制度にかかわる點について、刑事罰が課されない、あるいはその罪が輕すぎるということが問題視されるとともに、尊親屬の卑幼に對する犯罪(とくに暴力行爲)については刑を輕くすべきことが主張された。

- (29) 「修正刑律草案說帖」、「沈大臣酌擬辦法說帖」、「聲明管見說帖」(勞乃宣撰「新刑律修正案彙錄」所收)また兩者のやり取りは、註(2) 松田前掲論文の檢證がある。

- (30) 『汪榮寶日記』宣統二年七月二日

- (31) 『汪榮寶日記』宣統二年七月六日

- (32) 「京師近信」『時報』宣統二年七月一日、「勞乃宣法律之知識竟如是」『申報』宣統二年八月五日

- (33) 「一孔之見果足爲新律病乎」『申報』宣統二年八月八日、「憲政館之大衝突」『時報』宣統二年八月二日、「新聞舊聞」『時報』宣統二年八月二四日

- (34) 「勞乃宣反對新刑律之失敗」『申報』宣統二年八月二二日

- (35) 汪榮寶は先に述べたように早稻田大學、楊度は法政大學に留學経験がある。このほか本稿に出てくる憲政編查館員のうち、章宗祥は東京帝國大學、陸宗輿は早稻田大學に留學経験を持つ。當時彼らが日本で學んだのは主に法學であり、その意味で起草者である岡田朝太郎らの考えも彼らに

とつては馴染み深いものであった。詳しくは註(7) 尙前掲書六―八頁、及び第四章「留日學生與清末法制變革」參照

(36) 『汪榮寶日記』宣統二年九月七日

(37) 「憲政編查館奏核訂新刑律告竣繕單呈覽摺」宣統二年一〇月四日『政治官報』一〇九八號

(38) 資政院における國會請願運動については韋慶袁・高放・劉文源『清末憲政史』(中國人民大學出版社、一九九三年)參照

(39) 「縮改於宣統五年開設議院論」宣統二年一〇月三日『檔案史料』七八―七九頁

(40) 『速記録』二三號 宣統二年一月一日

(41) 「新刑律修正案」(前掲註(29))『新刑律修正案彙錄』所收

(42) 「時報」宣統二年一月九日、一一日專電。「新舊刑律之大激戰」「申報」宣統二年一月一四日。「新律維持會紀事兩則」「申報」一一月二日

(43) 『速記録』三七號 宣統二年二月六日

(44) 註(1) 小野前掲書四一頁

(45) 『汪榮寶日記』宣統二年一月二〇日

(46) 「資政院反對新律暫行章程」「申報」宣統二年二月四日

(47) 『速記録』三八號 宣統二年二月七日

(48) 『速記録』三九號 宣統二年二月八日

(49) 『汪榮寶日記』宣統二年二月八日

(50) 『汪榮寶日記』宣統二年二月九日、「時報」宣統二年二月一〇日專傳

(51) 『速記録』四〇號 宣統二年二月九日

(52) 『汪榮寶日記』宣統二年二月九日

(53) 『速記録』四一號 宣統二年二月一〇日

(54) こうした發言は、當時の新聞報道において勞乃宣ら禮教派の資政院議員たちが「反對派」として痛烈な批判が浴びせられていたことに對する辯明としてなされたものである。詳しくは註(3) Young 前掲論文參照。たゞ勞乃宣の主張が言葉通りに受け入れられることはもちろんなく、禮教派の主張については、法と道德を混同し新刑律全體を損なうものだとする批判が、例えば梁啓超よりなされている

(梁啓超「評資政院」「飲冰室合集」第三卷、一七二―一七三頁)。また起草者である岡田朝太郎も無夫和姦の問題については「國法中處罰姦非等罪、其最宜慎重者、須劃清個人道德與社會道德之界限。(中略) 洎乎十八世紀之末、道德宗教法律之混淆、達於極點、其反動力、遂有劃清界限之說。於是法國德國兩國、漸就舊法中刪去各種姦非罪名。雖法國法系與德國法系、其刪訂之程度相去甚遠、然在十九世紀、所有一般法律思想、無不以屬於道德範圍之惡事與屬於宗教範圍之罪惡、概置諸法律以外。而其現象、尤以刑律中姦非罪之變更、最爲顯著者也。」として、法と道德との全體的な關係を考慮して、無夫和姦を有罪とすることに反對している。(岡田朝太郎「刑律不宜增入和姦罪之罰則」「順天時報」宣統二年一月五日、六日)

- (55) 「憲政編查館大臣奕劻等奏擬呈憲政編查館辦事章程摺」
光緒三十三年七月一日『檔案史料』五一頁
- (56) 憲政編查館が資政院の議決を経ずに上奏して施行された法律の多くは官制法や行政法であったが、中には『法院編制法』のように司法制度に關わる法律も含まれていた。詳しくは張德美『探索與抉選擇——晚清法律移植研究』（清華大學出版社、二〇〇三年）三三五―三四三頁參照
- (57) 『大清法規大全』憲政部「改定資政院院章兩章及續定八章」
- (58) 『汪榮寶日記』宣統二年六月一日
- (59) 欽選議員の選出は宣統二年四月のことであった。（『速記錄』三號 宣統二年九月二日）
- (60) 『京師近信』『時報』宣統二年七月一日
- (61) 『汪榮寶日記』宣統二年八月二四日
- (62) 『汪榮寶日記』宣統二年八月二六日
- (63) 『汪榮寶日記』宣統二年二月一日
- (64) 『時報』宣統二年二月三日專電
- (65) 『汪榮寶日記』宣統二年二月二日
- (66) 『汪榮寶日記』宣統二年二月一日
- (67) 「資政院閉會後之暗潮」『申報』宣統二年二月三日。またこうした白票黨側の動きを伝える記事として他に『時報』でも「白黨要求倫議長勿奏新刑律總則」とする記事が掲載されている。（『宣統二年二月一日七日專傳』）
- (68) 「憲政編查館大臣奕劻等奏擬呈修正憲政逐年籌備時宜摺」宣統二年二月一日『檔案史料』八八―九二頁
- (69) 『汪榮寶日記』宣統二年二月二三日
- (70) 「資政院會奏議決新刑律總則繕單請旨裁奪摺」、「憲政編查館會奏新刑律分則並暫行章程未及議決應否遵限頒布請旨辦理摺」『政治官報』第一一八二號。なお分則上奏文にある「會」の字は、先に見てきた事情より考えて衍字であろう。『欽定大清刑律』所收の同上奏文の署名も、軍機大臣の四名のみで、總則進呈の上奏文に署名していた資政院總裁の溥倫、副總裁の沈家本の名前は見えない。
- (71) 『政治官報』第一一六八號「諭旨」なお總則の責任年齢については結局憲政編查館の意向により第三次草案に従って再び十五歳から十二歳へと引き下げられる事となった。この處置について起草者の岡田は「不條理ナル修正ヲ施シタルモノトス」と不満を述べている。（註（11）岡田前掲論文）
- (72) 註（1）小野前掲書、註（2）黃源盛前掲書
- (73) 當時の清朝政府内にも三權分立の重要性は一應認識されていた。例えば修訂法律大臣であった沈家本は司法の長である大理院正卿の職も兼任していたが、法部と大理院との職務權限をめぐる争いから沈家本が立法と司法を兼ねていと批判されたことで、光緒三十三年（一九〇七）沈家本は大理院正卿の職を解かれ、修訂法律大臣の職に専念することとなった。詳しくは註（2）李貴連『沈家本評傳』一三二頁―一四九頁參照
- (74) なお資政院議員の程度不足という意見は、新刑律の分則審議未了という結果を受けて憲政編查館内で再び論じられ

ていたようである。〔資政院之談餘〕『時報』宣統三年一月八日

(75) 註(38) 韋慶袁他前掲書、四三四～四四一頁

(76) 『暫行新刑律』の公布やその内容については黃源盛「民初暫行新刑律の歴史與理論」(註(2) 黃源盛前掲書所收)を参照した。

(77) 「臨時大總統宣告暫時援用前清法律及暫行新刑律文」

『臨時公報』一九一二年三月一日

(78) 「法部呈請刪除新刑律與國體抵觸各章條等並刪除暫行章程文」『臨時公報』一九一二年四月三日

(79) 「法部通行京外司法衙門」『臨時公報』一九一二年四月三日

(80) 『臨時政府公報』第四七號

(81) 『民國元年參議院議事錄』四月三日、一八四頁

(82) 「新法律未頒行以前暫適用舊有法律案」『參議院議決案彙編』法制案、二九頁

(83) 註(76) 黃前掲論文

(84) 曾代偉「暫行新刑律辨正」(『法學研究』第六號、一九一七年)

(85) 「法部呈定民刑訴訟律草案」『江蘇司法彙報』一九一二年六月

(86) 「司法部部令」『政府公報』第二二號。條文については同第一九號附録に掲載されている。

(87) 「司法部部令」『政府公報』第一一〇號

(88) 「法典編纂會官制」『政府公報』第七八號

(89) 「刑法草案及其修正理由」『中華民國史檔案資料彙編』政治、二二六～二七三頁

(90) 『參議院會議速記錄』第一七次會議速記錄 一九一二年六月七日(東京大學東洋文化研究所藏)

(91) 「暫行新刑律施行細則」『政府公報』一〇四號、「司法部通行各都督將軍都統辦事長官防屬將管轄內舊案查照施行細則辦理文」『政府公報』一〇八號

(92) 「民國元年六月二日司法部令廣東司法司」(岡田朝太郎編『中華民國暫行新刑律』所收)

(93) 註(1) 小野前掲書

(94) この時期の司法制度の問題点については、當時司法總長の任にあった梁啓超の指摘や改革案が参考となる。詳しくは丁文江・趙豐田編／島田虔次編譯『梁啓超年譜長編』(岩波書店、二〇〇四年)第三卷、三七六～三八六頁參照

(95) 民國時期の律師研究については、王申「中國近代律師制度與律師」(上海社會科學院出版社、一九九四年)、徐家力『中華民國律師制度史』(中國政法大學出版社、一九九八)、Alison W. Conner, "Lawyers and Legal Profession during the Republican Period", in Kathryn Bernhard and Philip C. Huang, *Civil Law in Qing and Republican China*, Stanford University Press, 1994 などがあるが、北洋政府時期については律師制度の概述にとどまっている。その中で孫慧敏「中國律師制度的建立——以上海爲中心的觀察——」(『法制史研究』第二期、二〇〇一年)、同「從東京、北京到上海：日系法學教育與中國律師的養成」(『法制

史研究』、第三期、二〇〇二年）は律師の法廷における具體的な活動や、教育上の背景に迫るものであるが、その考

察の範圍は主に上海に限られている。

affairs” 經世, ideas that could be deemed internalized, such as the accumulation of knowledge while in the world of “reclusion” 隱 and avoiding government service as an official was actually the foundation of meritorious achievement in the political world, and that it was impossible for one who regularly delved into the complexities of the “reality” 實事 of the world of the “official” 官 to truly “manage the affairs of the world” in the manner of the “sages and virtuous men” 聖賢. It was amidst this manner of thinking that Zeng Dian was discovered as a human being who conformed to the “will of the sage” 聖人之志 without delving deeply into the complexities of “reality.”

FROM THE DA QING CRIMINAL CODE TO TEMPORARY CRIMINAL CODE: ON THE ESTABLISHMENT OF THE MODERN CRIMINAL CODE IN CHINA

TANABE Akihide

In the 20th century the Qing dynasty began a series of reforms aimed at establishing a constitutional government, and among them was an attempt to organize a modern legal system. The Da Qing Criminal Code 大清刑律, which was prepared in this process, was put into practice as the Temporary Criminal Code 暫行新刑律 by the Republic of China. This study elucidates that procedural problems that sprang up between the Constitutional Commission 憲政編查館 and the Political Advisory Board 資政院 in the course of their deliberations.

The draft plan for the new criminal code was composed by the Japanese consultant Okada Asatarô 岡田朝太郎 and was presented to the throne by Shen Jiaben 沈家本. In regard to this draft, a compromise was devised, adding five articles from the former criminal code concerning crimes involving matters of ethics, *lijiao* 禮教, because opposition to the draft was expressed by one senior local official after another.

The draft was next considered by the Constitutional Commission, where it was criticized by Lao Naixuan 勞乃宣, but his objections were rejected in deliberations; the five amendments were attached as temporary articles 暫行章程, in a somewhat watered-down form to the draft of the new criminal code.

The draft was next considered by the Political Advisory Board, the forerunner of the national assembly. The temporary articles of the code having first been turned down in deliberations, in terms of general provisions 總則 they

were passed during deliberations, but because Lao Naixuan's position on the adultery issue was accepted, the faction advocating the new criminal code refused to deliberate further, and deliberations were broken off on the specific provisions 分則.

However, as this result caused dissatisfaction in the Constitutional Commission, and the Commission acting on its own decided to report the original plan to the throne and promulgate it. In response, the faction promoting the new criminal code in the Political Advisory Board centering on Wang Rongbao 汪榮寶 opposed it on the grounds that it ignored the legislative right of the Political Advisory Board, and as a result of the debate, deliberations on general provisions were concluded, and it was reported to the throne as a joint report of the Political Advisory Board and the Constitutional Commission and promulgated as the Da Qing Criminal Code.

With the establishment of the Republic of China, the interim government in Beijing decided to provisionally adopt the Da Qing Criminal Code while eliminating its provisional articles. With this decision, the promulgation of the new criminal code for the Qing dynasty was a *fait accompli*, becoming a legal precedent. Additionally, the interim Canyiyuan 參議院 in Nanjing made a similar determination, and the Temporary Criminal Code was put into effect.

THE DAILY FUNCTIONING OF THE IMPERIAL COURT 常朝 IN THE FIRST-HALF OF THE TANG DYNASTY, CONCENTRATING ON THE TAIJIGONG

MATSUMOTO Yasunobu

Many aspects of the functioning of the Tang-era imperial palace 宮殿, which served as the locus of the emperor's political role, are obscure, and have long been the object of debate. Whether daily deliberations of the imperial court, *changchao* 常朝, were held at the Middle Court 中朝 (Taijidian of the Taijigong 太極宮太極殿, Xuanzhengdian of the Daminggong 大明宮宣政殿) or the Inner Court 內朝 (Liangyidian of the Taijigong 太極宮兩儀殿, Zichendian of the Daminggong 大明宮紫宸殿) is particularly ambiguous. In this regard, the theory propounded by Ouyang Xiu 歐陽修 of the Northern Song in the Biography of Li Qi 李琪傳 in the 54th fascicle of the *New History of the Five Dynasties* 新五代史 has long been accepted due to its clarity, and it still holds weight with scholars today.