

# 学問とことば

## 藁科勝之

ことばを調べていくと、他の学問に首をつっこまざるをえなくなることがしばしばある。近代漢語のばあいもそうであるが、不幸にもちまへの盲蛇に怖じず精神（根性？）がそれに拍車をかける。以下は、法律語の話。——日本の近代法学は旧刑法の編纂、制定から始まった。もっとも旧刑法以前にも「新律綱領」「改定律例」などがあつたが、封建的・前近代的なものであつた（じつはそこにみられる用語も現代にながるものとして重要であるが今は割愛する）。旧刑法の編纂は明治八年から司法省で始められ、ボアソナードの草案起草、その翻訳、会議、修正という手続きののち、審査局、元老院を経て制定、明治一三年公布、同一五年施行されたことは周知の事実

である。ここで問題にするのは、刑法学上重要な概念の一つであるところの、作為、不作為と、それを表現することばである。ボアソナードは、日本刑法をフランス刑法より一層すぐれたものとするために、その第一条において、法で罰せられる行為とは何か、その概念を明示、規定しようとした。これはフランス刑法にはなかつたものである。

*Toute action ou omission punie par la loi est une infraction* (草案 第一、二稿)

これを司法省の会議では次のように訳している（日本刑法草案会議筆記）。

凡法律ニ於テ罰ス可キ所為 為ス可カラ  
スモ 及ヒ懈怠 為サ、ルモノヲ罪トス

action を「所為」、omission を「懈怠」と訳したが、その内容を割注の形で説明したのは、訳語がその概念を過不足なくあらわしてはいなかつたからである。なお action と omission の訳語についてついでに記せば、磯部四郎は『日本刑法草案直訳』で、それぞれ「所為」「欠為」とし、またボアソナードの『刑法草案註釈』（小山田・中村・森訳、1886）では、「所為」「欠遺」としている。

action 「所為」とは、してはならぬことをすること（作為）、omission 「懈怠、欠為、欠遺」とは、なすべきことをしないこと（不作為）である。上は、罪（犯罪）の概念を規定した条項であり、犯罪行為には二種類あることを述べたものである、会議で問題となつたのは、とくに omission であり、その法学上の概念とその訳語であつた。ボアソナードは司法委員の鶴田にその具体的事例をあげて説明したがそのあとのやりとりを抜粋してみよう。

鶴：然ラバ、ラミツシヨントハ懈怠ト云フ  
コトナルベシ

ボ：仏国ニテハ両様トモ簡易ニ其意味ヲ

含ムベキ語アレドモ日本語ニテハ之ヲ一語ニ含マシメ難カルベシ

鶴：日本文ニハ（中略）原語ニ適當スベキ好訳語ナキヲ如何セン（中略）此二語ハ日本ニテ所謂有心故造ト過誤失錯トノ區別ニ同ジコトナルベシ（有心故造とは故意、過誤失錯とは過失のこと—筆者注）

ボ：否。アクシヨンニモ有心故造ト過誤失錯トアリ。又ヲミツシヨンニモ亦此二ツヲ含メリ

鶴：日本ニハ（中略）適當ノ訳語ナシ。已ムヲ得ズ粗近似ノ字ヲ填ジ用ヒタル迄ナリ（日本刑法草案会議筆記）

一般に行為とは、何かをなすことである。しかし、なざることも一種の行為である。action omission いずれも行為そのものは存在する。しかし、それを法學上の概念として區別して規定し、位置づけ、適切なことばで表現することができなかった。いわば、それまで存在しなかったことがらを表現しようというのであるから、とりあえず翻訳はしたもの、まにあわせをまぬかれないのはしかたがなかった。ポアンナ

ドはこの点について「篤ト熟考セラレンコトヲ乞」と願ったが、どうしたわけか旧刑法の条項には生かされなかった。「日本刑法ノ最良ニ制定アラシコトヲ欲」する彼は、「刑法草案註釈」において次のように述べ、新刑法制定に向けての宿題とした。

コユニ文辭上第一ノ困難ノ現出スルモノアリ。蓋シ犯罪ニハ二様アリテ法律ノ禁スル所ヲ為スモノアリ、又法律ノ命スル所ヲ為スヲ怠ルモノアリ○第一ノ場合ニ於テハ行為ニ因リテ過失アリ、又第二ノ場合ニ於テハ欠遺ニ因リテ過失アリト謂フヲ得可シ。實際ニ於テハ行為犯及ヒ無為犯ト云フヲ慣例トス。行為ト欠遺トノ意義ハ日本文ニ於テモ尚ホ判然コレヲ訳スルヲ望マシキコトナリトス

\*delict d'action \*\*delict d'inaction

この末尾に、action と omission との區別の意義とその訳語について説いている。現行刑法では作為・不作為というが、これは新刑法がよつたドイツ法學とその訳語によるのだろうか。今では「不作為」にも「真正不作為」と「不真正不作為」の區別

が認められているが、あいにく上では、前者だけが説かれ、後者の問題にはふれられていないものの、本書が当時の刑法解釈の指導的役割りを果たしたといわれる点を考えると、この説の刑法學上の歴史的意义は大きいといわざるをえない。

したがって、action と omission の訳語もまた同時に重要な問題であつたはずである。これまでみてきたところでは、前者には「所為、行為」の二語、後者には「欠為、懈怠、欠遺」の三語が用いられている。とくに後者のうち欠為は新造語と思われる。また「懈怠」（おこたる、なまける）、「欠遺」（欠けおとされている、不十分な）の二語は既存のことばを利用した訳語であるが、直接には何を出典としているのか興味もたれる。しかしいずれも現代では死語となっている。けれども当時の法律家の間では実際に使われていた生きたことばであつたろう。幾多のことばの生成消滅のうちに現代語が生まれた。その基礎の多くを近代語がつくつたが、近代の學問とことばとのかわりを示す一例として、以上私の近代語研究の一コマ。