

## 法律概念を翻訳する難しさ

——〈tentative〉と「未遂」——

### 一 法律文の評判の悪さ

成文法令（条文）や判例（判決文）といった存在形態をとる実定法（positive law）はもちろん、自然法（natural law）もまた、言語によらずしてその内容を説明することはできない。碧海純一の言うとおり、すべての法は言語的な存在であって、法と言語の関係は格別密接なものなのである（碧海純一「一九九三年」九頁）。そうだとすれば、法律に関わる者はすべからず「言葉」についての鋭敏な感覚をもつべきだが、残念なことに立法者や裁判官さらには法学者の言語センスに対しては、批判ばかり聞こえてくる。

もっとも頻繁に加えられる批判は、法令、判決、法学

### 青 木 人 志

論文の文章がいずれも「悪文」だというものである。かつて言語学者の大久保忠利は、法令文の問題点を診断し、その病弊を、「長文病」、「修飾語句長すぎ病」、「主述はなれ病」、「省略文素無意識病」、「条件文のやたらはさみこみ病」と、それぞれ命名した（大久保忠利「一九五九年a」）。大久保は、ひきつづき判決の文章を「鼻血の出るような苦しみ」（一）を味わいつつ読んで診断し、「ケタ外れ長文病」、「全体の整理不十分病」、「その段落に何が出てくるのか予告なし病」、「結論」なかなか示されず病」、「『準直接話法』的引用文がどこからどこまでか予告されない病」という五種の病に冒されていることも、あわせて発見した（大久保忠利「一九五九年b」）。また、つい最近も、国語学者の大野晋が、大ベストセラーとな

った著作のなかで、「法律の権威を背後にもっているせいか、法学者の文章は、日本語としての分かりやすさに配慮しないものが少なくありません。」と酷評し、すでに地に落ちていた法律文の評判に、駄目押しの一撃を加えた(大野晋(一九九八年)六二頁から六三頁)。

かくして、「法律文イコール悪文」というテーゼは、いまや国民的常識となった感すらあるが、指摘された「病状」の中には法律の特性からいって避けがたい部分もあることに、法律家なら誰しも気づくところである。つまり、言語学者や国語学者が病理現象とするもののかには、法律文ゆえの健全な生理現象も一部含まれているというのが、法律家の言い分なのである。この点については、法文の作り手の側から、情理を尽くした反論や弁明がすでに行なわれている(林修三(一九五九年)、佐藤勲平(一九八一年))ので、詳細はそちらに譲り、ここではひとっだけ付け加えておこう。大野が「わかりにくい」悪文として槍玉にあげたのは、故・川島武宜(著名な民法学者)の文章である。しかし、その川島の書いた別の文章を、波多野完治は「きわめてわかりやすい」と絶賛しているのである(波多野完治(一九八一

年)二三三頁)。法学者にも名文をものす人はいる。しかしその同じ法学者が、悪文を書いてしまうこともある。真実はそれだけのことではないか。少なくとも、言語学者や国語学者の辛辣な批判が、具体的なテキストを超えて、法律家の書く文章一般に向けられたものであるときは、それはいくらか割り引かねばなるまい。

「悪文」批判と双璧をなす第二の批判は、「法律用語が難解だ」というものである。たしかに、これについては弁解の余地がない感じがする。わが国は、明治時代に西欧的な近代法典を一气呵成に作りあげた。その際、西欧法の諸概念を適切に表現する日常語はほとんど存在しなかったため、たくさん法律用語が西欧語からの「漢語訳」によって急造された。おまけに当時は、民衆が読んで分かりやすい法律を作ろうという民主的配慮も希薄であったから、いきおい非日常的で難解な用語が法文のなかに多用され、そのまま法学の世界で定着し現在にいたってしまったわけである。

穂積陳重の回想によると、明治十四年頃の東京大学では、法学の諸科目の講義には外国語の教科書を使ったり英語で講義したりしていたが、「明治二十年の頃に至っ

て、始めて用語も大体定まり、不完全ながら諸科目ともに邦語で講義をすることが出来るようになった」という(穂積陳重(一九八〇)一七二頁)。わが国最初の西欧型法典である「刑法」と「治罪法」(現在の刑事訴訟法にあたる)が公布されたのは明治十三年のことであるが、穂積のいう明治二十年には、憲法典(大日本帝国憲法)も民法典も商法典もまだ出来ていなかった。そんな時期にすでに、大体の法律科目を日本語で講義できるようになったというのだから、法律用語の翻訳にあたった先人の苦勞は並大抵のものではない(三ヶ月章(一九七八年)二九〇頁、吉井蒼生夫(一九九六年)三八二頁)。

以下、本稿では、「未遂」という用語に焦点を合わせつつ、西欧生まれの法律概念を翻訳する作業に伴う困難の一端を具体的に示したい。法律用語が難解であるという批判は謙虚に聞かねばならないが、外国語の法概念を正確にかつわかりやすく翻訳することが、そう容易なことではないことも、このさいぜひ理解してもらいたいと思うのである。

## 二 未遂・着手未遂・実行未遂

「未遂」という言葉は、わが国の法律用語のなかでは、むしろわかりやすい部類に入るかもしれない。たとえば、「寄附行為」(財団法人の規約のこと)、「債務名義」(強制執行で実現されるべき請求権の存在と内容を公証する文書のこと)、「疎明」(裁判官が一応確からしいと推測するよう証拠を提出すること)、「心神耗弱」(精神の障害により是非善悪の弁別が著しく困難な状態のこと)といった言葉は、法学を学んだ者でなければ、字面をみただけでは、その意味を推測することすら難しい。これに対して、「未遂」は、厳密な法律学的定義はともかく、おおよその意味がわからない人はむしろ例外だろう。そしてそれはいまだ日常用語とは言えぬまでも、「やりはじめたがやりとげなかった」ことを、ふだんの会話のなかで、若干のユーモアを込めつつ、「未遂」と表現することもありうるのではないか。「私のダイエット計画はまた未遂に終わっちゃったの。」といった具合に。

しかし、厳密な法律用語としての「未遂」は、あんがい曲者である。たとえば、人を殺す決意を固めた者が金物屋に行って殺人用に包丁を購入したとしても、その購入行為はまだ殺人の「未遂」とはいわない。そのような

行為はせいぜい殺人の「予備」にすぎない。わが刑法には、殺人未遂罪の前段階を処罰する殺人予備罪という犯罪もある。だから、いったいどこまでが「予備」で、どこから「未遂」となるかは、法学の重要な研究課題になる。あるいはまた、迷信深い者が、薬人形に五寸釘を打ち込んで人を呪い殺そうとしたらどうだろうか。あくまでも本人は、それによって人が殺せると本気で信じていると仮定しての話である。はたしてこれを殺人未遂とするべきだろうか。それはやめた方がよさそうだ。では、スリが満員電車の中で隣のご婦人のハンドバッグに手を入れたが、じつはそのバッグは買ったばかりで中身は空っぽだった場合はどうか。こちらは窃盗未遂でもよさそうなのかもしれない。でも、薬人形と空バッグはどこが違うのか。薬人形で人を殺すのが不可能だというならば、空のバッグから物を盗むのも絶対に不可能なことではないか。こういう問題に答を出すのも、これまた法律学の仕事である。

ここまで述べたことだけでも「未遂」という概念を正確に理解するのがかなり難しいことがわかってもらえたと思うが、さらに厄介なのは、「未遂」の中に、「着手未

遂」「(未終了未遂)ともいう」と「実行未遂」「(終了未遂)ともいう」という二種類が存在することである。じつはこの二分法は、刑法学の分野ではごく基本的な知識に属するのだが、その名称から二種類の未遂の違いを知るのは、素人には至難の業だろう。だいたい未遂は終了に決まっているのに「未終了未遂」とはこれいかに。未遂なのに「終了」とはなにごとか。そう自問する人もいることだろう。種明かしをすると、「着手未遂」というのは、たとえば、人を殺そうとして日本刀を振り下ろしかけたところで誰かに腕をつかまれて未遂に終わった場合などを指し、「実行未遂」というのは、人を殺そうと思ってピストルを発砲したが、弾が外れて未遂に終わったような場合を指す。一般的に定義すれば、犯罪の実行為そのものが終了しないまま結果の不発生が確定した場合は「着手未遂(未終了未遂)」で、実行行為は終了したが予期した結果が発生しなかった場合が「実行未遂(終了未遂)」である。

それにしても、どうしてこんなにわかりづらい用語が通用するようになったのか。その経緯を十分理解するためには、われわれは明治初年まで時を遡らなければなら

ない。

### 三 箕作麟祥の苦闘

明治維新直後、参議副島種臣は、天才的語学力で知られた外国官（現在の外務省）翻訳御用係・箕作麟祥（みづくり・りんしょう）に命じて、ナポレオン法典の翻訳を開始させた。わが国が、幕末に欧米列強との間で相次いで締結した不平等条約を改正し、真の独立国家として欧米諸国に伍して行くためには、まずは近代的（西歐的）法典を整備し、法治国の外見を作り出すことが不可欠な急務だと考えられたからである。わが国の初代司法卿となった江藤新平（のち佐賀の乱で刑死）も、箕作の訳稿を見てフランス法の優秀さを俄然悟り、「誤訳をも亦妨げず、唯、速訳せよ。」という有名な言葉を吐いて箕作の翻訳作業を督励したことは、明治法学史のいとおしいエピソードとして、繰り返し語り継がれている（穂積陳重（一九八〇）二一〇頁、吉井蒼生夫（一九九六年）三八四頁）。近代的な「未遂」概念をわが国へ移入する作業もまたこのときから始まった。

さて、当時のフランス刑法典は、その第二条に、つぎ

のような未遂規定を置いていた。

【Art. 2】 Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime même.

この条文を平明に訳すと、次のようになる。

【第二条】 実行の着手によって表出されたあらゆる重罪の企ては、もっぱら行為者の意思と無関係な事情によって中断され、または、その結果を欠いたときは、重罪そのものとみなす。

この規定の沿革と意義についての詳しい解説は別稿（青木人志（一九九〇年））にゆずり、法理論的な要点を述べると、つぎの三点が重要である。①「実行の着手」（commencement d'exécution）という概念によって未

遂の成立範囲を画した。フランス刑法に端を発しその後世界各国の未遂規定に多大な影響を与えたこの概念は、先に述べた「予備」と「未遂」の境界を定める重要な意味をもつ。②行為者の意思と無関係な事情で、「企て」(tentative)が「中断された」(avoir été suspendue)場合と、「結果を欠いた」(avoir manqué son effet)場合を併せて規定していること。前者がいわゆる「着手未遂」、後者が「実行未遂」にあたる。③未遂は「重罪そのもの」とみなされるので、既遂同様に処罰されること。

さて、この規定を箕作はどう訳しただろうか。明治三年に刊行された木版摺り和綴じの『官版・佛蘭西法律書』(文部省蔵版)にはこうある。なお、括弧内は箕作がつけたルビである。

【第二条】重罪ノ犯ヲ為ントスル者已レノ意外ノ景況ニ於テ其事ヲ中止シ又ハ誤機ス(シソンスル)ト雖トモ其所為ヲ即チ重罪ト為ス可シ

右に述べたように、このもともになったフランス語条文

の最大の理論的意義は、「実行の着手」を未遂概念の中核的な要素に据えたことにあるのだが、この訳ではどうもそれが判然としない。しいて言えば「其事」という部分に「実行の着手」に対応するかもしれないが、(com-mencement)が訳出されていない以上、箕作が「実行の着手」概念の重要性を意識していたとはやはり考えにくい。箕作の天才をもってしても、近代法律学の知識なしに欧文の法文の意義を的確に理解するのがどんなに困難なことであつたかを、この小さな訳文からも垣間見ることが出来る。じっさい箕作本人も、後年この翻訳作業を回想して次のように述懐している。

「明治二年に、明治政府から『フランス』の刑法を翻訳しろと云ふ命令が下りました。……そんな翻訳を言付けられても、ちつとも分りませんでした。尤も、全く分らぬでも無いが、先づ分らぬ方でありました。どうかして翻訳したいと思ふので、翻訳にかゝつたことはかゝりませんでしたところが、註解書もなければ、字引もなく、教師もないと云ふやうな訳で、実に五里霧中でありました。……誠に朦朧としたことで、翻訳をしました。諸君も、

御承知でござりませうが、それを、文部省で木版に彫りまして、美濃判の大きな間違ひだらけの本を拵へました。」(大槻文彦(一九〇七年)一〇〇頁から一〇一頁)

フランス刑法の未遂規定に関し、箕作の翻訳でつぎに注目すべきは、〈tentative〉という名詞の訳し方である。この言葉に対応する部分は、「為ントスル者……其事ヲ」という部分である。これは、〈tentative〉という抽象名詞が主語になっている受動態の条文を、人間を主語とする自然な能動態に直した、なかなかよく考えた訳である。(ただし後にみるように、箕作は後年フランス語原文の構造に近い逐語的な訳を採用する。)

箕作は、『佛蘭西法律書』をその後何度も改訳している。その訳文の変遷を追ってみると、箕作の西欧法理解の度合いが徐々に進んでいく様子がわかる。そして、それは、箕作個人を超えて、わが国の法律学の進歩をも物語るものであろう。

たとえば、明治十一年の訳(翻訳局訳述『佛蘭西法律書』印書局印行)はこうなっている。

【第二条】重罪ヲ犯サント謀ル者己レノ意ニ管セサル景況ニ因テ其謀試ヲ止メ又ハ其謀試ヲ仕損スルト雖トモ其謀試ヲ以テ即チ重罪ナリト看做ス可シ

明治三年の最初の翻訳との違いは、いったんはその意味を汲んで「犯ヲ為ントスル者……其事ヲ」という表現のうちに解消してしまった〈tentative〉という名詞に、あらためて「謀試」という訳語を当てていることである。

薬科勝之の国語学的研究によると、箕作の造語と推定されるこの訳語は、明治八年の訳(わたくしは未見)でもすでに使われていたという(薬科勝之(一九八七年)二四頁)。箕作がなぜ、この「謀試」という訳語を採用したかについてははっきりした証拠はないが、おそらく、彼は西欧的法概念としての〈tentative〉の重要性に気づき、それをひとことと言い表す訳語(名詞)を作っておくことが便宜だと考えたというのがわたくしの推測である。たとえば、明治十三年に公布された旧刑法の起草過程の記録をみると、日本人委員は会議中さかんに「タリタチーフ」という原語を口にしてしている(早稻田大学鶴田文書研究会(一九七六年)四三八頁以下)が、これな

どは訳語が定まっていらない不便を物語る話であろう。それからもうひとつ注目すべき点としては、明治十一年になっても、「実行の着手」の重要性を、箕作はなお認識していないらしいことである。そのことは、明治二十年の訳と対比してみると明らかである。

明治二十年訳(『増訂・佛蘭西法律書』博文社発行、明治十六年初版)は、次のとおりである。

【第式条】凡ソ執行ノ開端ニ依リ顕ハレタル重罪ノ謀試ハ其犯人ノ意ニ関セサル景況ノミニ依テ之ヲ停止シ又ハ之ヲ仕損シタル時ハ即チ重罪ト看做ス可シ

ここにいたって、〈commencement d'exécution〉という概念に対応する、「執行ノ開端」という訳語が、ようやく明示的に採用された。

さて、ついさきほど、箕作訳の変遷は「西欧法理解の度合いが徐々に進んでいく様子」を示し、それは「わが国の法学の進歩をも物語る」と述べた。その舌の根も乾かぬうちにこう言うのもなんだが、はたして箕作は自分の翻訳に満足していただろうか。それはわからないと

思う。なぜならば、「表現の日本語らしさ」という観点からは、むしろ最初の翻訳、すなわち、〈tentative〉の法概念としての重要性も、〈commencement d'exécution〉の意義も理解できていなかった頃の訳文の方が、すぐれていたのではないかという疑問を捨てきれないからである。箕作が最後に辿り着いた「執行ノ開端ニ依リ顕ハレタル重罪ノ謀試」という表現は、どうみても流麗な日本語ではない。人並み外れた語学センスをもっていった箕作には、あるいは複雑な思いもあったのではなからうか。

この問題を一般的な形で述べるとこういうことになる。西欧起源の法律概念を用いて議論しようとするかぎり、それに対応する訳語がないと、西欧法学の成果をすばやく吸収することはできず、西欧法学者と機能的な対話を行なうことも困難になる。しかし、西欧的な概念を忠実になぞろうとすればするほど、彼等の言語構造の相違に由来する違和感は拡大の一端をたどる。わが国の法律用語や法律文が不評なのは、箕作に代表される明治の先達たちが、日本語の流麗さとひきかえに、西欧的諸概念を自家葉籠中のものにしたところにそもその原因が



ある。わたくしは日本語を愛する点では人後に落ちないつもりだが、箕作たちのこの選択は正しかったと思う。三ヶ月章が言うように、西欧法の日本語化が僅々二十年のうちに成し遂げられたことは、きわめて重要な文化史的意義をもち(三ヶ月章「一九七八年」二九〇頁)、それがその後のわが国の発展に大きく寄与したことは、疑いを容れないからである。

#### 四 「未遂」という訳語の定着

さて、ふたたび話は〈tentative〉にもどる。

右に見たように、箕作はこの概念に対する訳語として「謀試」という訳語を提案したのだが、この用語はついに定着することはなく、今や完全に忘れ去られてしまった。その代わり、〈tentative〉の訳語として定着したのは、「未遂」という表現であった。現在出版されている刑法学の教科書や法律学辞典の類には、「未遂」に対応するヨーロッパ語のひとつとして、〈tentative〉が必ず挙げられているはずである。

では、「未遂」という言葉は、いつ頃から使用され始めたのだろうか。藁科勝之の調査によると、すでに明治

八年に、〈tentative〉を「未遂犯罪」と訳している例が見出される(藁科勝之「一九八七年」二二頁)という。そしてその後は、旧刑法の編纂過程にあらわれた草案中にも、同じ言葉が頻繁に現れ始める(野村稔「一九八四年」五〇頁以下)。そしておそらく、この言葉の定着に決定的に重要な役割を果たしたのは、明治十三年に完成した旧刑法の未遂規定であろう。それはこういう条文であった。

【第一百十二条】罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖モ、犯人意外ノ障礙若クハ舛錯(せんさく)ニ因リ未ダ遂ゲザル時ハ、已ニ遂ゲタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減ズ

はじめもった近代的刑法典の条文中に「未ダ遂ゲザル」という表現を得て、「未遂」という言葉は、わが国の法律用語として一種の公定表現となった。そしてそれ以来、〈tentative〉を「未遂」と訳す慣行が、徐々に定着していったものと思われる。

また、旧刑法の公布と同じ年に出版された宮城浩蔵の

教科書のなかには、「着手未遂」という言葉もすでに使われている(宮城浩蔵(一九九八年)六五一頁)。ただし、その同じ著作中には「実行未遂」もしくは「終了未遂」という用語はまだあらわれておらず、その概念をあらわす用語としては、「着手既遂」という言葉が使われていた(宮城浩蔵(一九九八年)六五五頁以下)。「未遂」の一形態として着手「既遂」があるのだから、なんともわかりにくい話である。「実行未遂」の訳語がいつあらわれたのかについては、つまびらかにしないが、すくなくとも大正十一年に発行された岡田朝太郎の著作には、「実行未遂犯」という用語が使われている。ただし、「既行未遂」という、これまた聞きなれぬ用語が併記されている(岡田朝太郎(一九二二年)一六八頁)ところをみると、「実行未遂」の訳語が定着するまでには、用語法の混乱がかなりあったものと推測される。

ところで、〈tentative〉を機械的に「未遂」と訳すことと決めてしまえば、そのルールを共有している者の間では、効率的な議論が可能になるはずである。しかし、「企て」を意味する〈tentative〉を「未遂」と訳するのは、じつはかなり乱暴なことでもある。なぜならば、前者が主体

的な「行為」に照準を合わせているのに対し、後者は事態の「帰結態様」を客観的に記述する表現だからである。フランス刑法第二条の規定が、〈tentative〉が「中止され」たり「結果を欠いた」場合を想定できたのは、それが「行為」を表す言葉だからに他ならない。反対に、「終了未遂」や「未終了未遂」というのが法学用語が、日本語表現として著しく難解なのは、その点をまったく無視した表現だからである。

ここで、箕作麟祥の明治二十年の訳をもう一度見直してほしい。旧刑法が公布され、「未遂」という言葉が法文上のよりどころを得て、〈tentative〉に対応する学術用語としても定着し始めた後も、箕作はかたくなに「謀試」という訳語を使いつづけている。西欧法概念の移植のためには、日本語の自然さのある程度まで犠牲にすることをいとわなかった箕作ではあるが、〈tentative〉を「未遂」と訳すことは、どうにも承服できなかったのではないか。うがちすぎと言われようが、わたくしはここに、箕作のささやかな抵抗を見て取るのだ。

〔引用文献〕

- 青木人志（一九九〇年）「フランスにおける未遂規定の成立」『一橋論叢』第一〇三号第一号八〇頁。
- 碧海純一（一九九三年）「法と言語再考（一）」『法学協会雑誌』一一〇巻五号一頁。
- 大久保忠利（一九五九年a）「法令用語を診断すれば」『法学セミナー』第三五号五四頁。
- （一九五九年b）「判決文の『つづり方教室』」『法学セミナー』第三八号七二頁。
- 大槻文彦（一九〇七年）『箕作麟祥君伝』（丸善）。
- 大野晋（一九九八年）『日本語練習帳』（岩波書店）。
- 岡田朝太郎（一九二二）『刑法論』（中外印刷株式会社発行）。
- 佐藤勲平（一九八一年）「立法に際して生じるむずかしさ」林大・碧海純一編『法と日本語』（有斐閣）一六八頁。
- 野村稔（一九八四年）『未遂犯の研究』（成文堂）。
- 波多野完治（一九八一年）「法とことば」林・碧海編前掲書

二二二頁。

林修三（一九五九年）「法文作りの立場」『法学セミナー』第三六号六八頁。

穂積陳重（一九八〇年）『法窓夜話』（岩波書店）。

三ヶ月章（一九七八年）「法と言語の関係についての一考察」『民事訴訟法研究・第七巻』（有斐閣）二七一頁。

宮城浩蔵（一九九八年）『刑法（明治十三年）講義（四版）・

第一巻』日本立法資料全集・別巻七九（信山社出版）。

吉井蒼生夫（一九九六年）『近代法学の祖箕作麟祥』『近代日本

の国家形成と法』（日本評論社）三七九頁。

早稲田大学鶴田文書研究会（一九七六年）『日本刑法草案会

議筆記・第一分冊』（早稲田大学出版会）。

薬科勝之（一九八七年）「明治前期刑法用語の成立とその背

景―総則部分の語彙を中心として―」『文経論叢』第二二

巻第三号（人文科学篇Ⅶ）一頁。

（一橋大学助教授）