

# 清代の命盜事案に於ける法源と推論の仕組み

森田 成満

## 目次

序言	.....
第一節 法源の仕組み	.....
第二節 推論の仕組み	.....
結語	.....

## 序言

本稿は法源の仕組みとの関係に着眼して命盜事案に於いて官員が刑罰を定めるまでの論理のあり方を解明することを目的にする<sup>(1)</sup>。それを通して律例が果たした役割を窺うこともできる。

まず、法源の仕組みを律例の解釈の特徴との関係の中で見る。次いで、官員が律例に照らしてなす推論の仕組みを見る。

法源の仕組みや推論の仕組みに関連する諸先学の業績に学びつつそこから一步進もうとする。<sup>(2)</sup>特に律例の解釈の特徴に留意した法源のあり方との関係に着眼して推論の仕組みを検討している業績は検索できない。

律例と刑案が依拠する史料となる。

#### 註

(1) 刑罰は絶対的権力をもつ皇帝が自ら法に拘束されずに定めるときもある。ただ、本稿はその点を解明の対象にしない。

(2) 例えば、Jean Escarra "Le Droit Chinois" (*the North China Daily News, Shanghai, 1936*)。中村茂夫「過失の構造」、同氏「比付の機能」(いずれも同氏『清代刑法研究』(東京大学出版会、一九七三年。以下、中村著書と記す)所収。中村正人「清代刑法における正当防衛」(法学論叢一二七巻一号、三三三)等。

### 第一節 法源の仕組み

犯罪として成立するかどうかということと刑の量定の手続きを分ける現代法とは異なり、清代刑事法には刑罰を定めるために検討する手順があるだけであってそれを質的に峻別する発想がない。

法と道徳が分離していないことを反映して道義に反する行為はすべて違法である。違法な行為であることを前提に行爲の主体や行爲の形態、結果、結果発生を予見していたかどうかという内心のあり方のほか、行爲後の事情等をみて刑罰を定める。<sup>(1)</sup>そこでは事実をそれなりに類型化してきているのであって具体的ではあるけれども無限に個別化している訳ではない。<sup>(2)</sup>

この刑罰を定めるための準則は情理の中にあり、それに沿って刑罰を科すべき行為である犯罪の主要な類型とそれに対する刑罰を律例は成文で記している。はっきり確定できないところが多いけれども、律例はこの見えない刑法体系を窺

う手がかりになる。行為を具体的にとらえた犯罪類型が多いことや、特に目的が違ういくつかの類型が整備されずに重なり立体的に複雑に錯綜する部分があるのが特徴である。<sup>(3)</sup>

主に行為のあり方と結果の発生を予見していたかどうかという二つの点に着眼して大きくとらえるいわば典型的あるいは一般的な類型がある。人命犯罪では謀殺人条や鬪毆殺人条、過失殺人条が典型的あるいは一般的な類型となり、財産犯罪は窃盜条が典型的あるいは一般的な類型として刑罰を記している。時には他の律条がそれらの条項を刑罰を決める基準として使っている。<sup>(4)(5)</sup>

律や条例の条項は、通例、意味を限定して解釈される。それ故、刑罰を絶対的に定めても不都合が起きない。よく起こる犯罪の類型である点で律例を適用する機会は少なくないけれども、解釈が限定的であるために個々の条項の及ぶ範囲は狭い。

律例の意味（「律意」、「律義」、「例意」、「例義」）を探るには解釈する作業が必要である。律例の解釈は立法者の意思を解明することを目指すものである。<sup>(6)</sup> 山東巡撫からの上申を巡る嘉慶二十五年の説帖の中で律文の解釈を行っている事例がある。そこでは立法の趣旨を律文の意味としている。

…本部査するに、この条の律文はもとと田にあり野にあって、もともと防護せずおよび看守していない物を指している。窃盜と事は同じで罪は違う。すべて田にあり野にあるかどうかということと看守の有無によって処断する。田にあり野にあって、および人が看守していないものは集団で盗んでも本条の贓を計算して窃盜に准じて論じ刺を免じる律に照らして処理する。…

立法者の意思を探るためにいくつかの解釈方法が用いられる。

立法の過程を明らかにすることによって解釈している例がある。<sup>(7)</sup>

律例は犯罪行為を具体的にとらえているので文理（文字）解釈によって一義的に解釈されることが多い。<sup>(8)</sup> 道光三年江西

司が現審した関二が福珠凌阿の耳を一部かみ切った事案がある。その中で律の人の耳を抉毀したというのは、まさに抉り毀すという文字の通り耳を形をなさない程に切りちぎったときをいうと解釈している。過去の判決例もそのように解釈し判決していて解釈は揺らいでいない。

：査するに、律が人の耳を抉毀したものは杖一百というのは抉毀残破し全く形をなくしてしまつたものをいう。もし、わずかに一、二分を咬み落としているときはややその耳を毀損していても、なお形をなしている。全く抉毀したものと並列に論じられない。かつ髪を一寸四方以上抜いたら笞五十、髪を抜き尽くしたら徒一年にする。髪と耳は同じではないといつても全毀と全毀でないものについては必ずこれを類推すれば異なることはない。

条項の意味をはっきりさせるために特別の用語法が確立している場合がある。「以」、「准」、「皆」、「各」、「其」、「及」、「即」、「若」に関する解説があるのはそれである。<sup>(9)</sup>例えば「以」は実犯と同じであるのに対して、「准」は実犯とはやや違うのであって付加刑は準用しない。

また、条項の言葉の意味を律例自身が解釈している場合がある。例えば、「日」とは百刻であり、「道士女冠」は僧侶と同じとして扱うとする。後者はいわば擬制することによって便宜的に説明を簡略にしている。

文理解釈では意味が確定せず複数の解釈があるときは犯罪と刑罰の体系の中で合理的に解釈する。拡張解釈や縮小解釈によって文理解釈に沿う言葉の通常の意味から離れることがある。いずれも立法の際の律例の表現が不完全であったり、あるいは不適當であったものである。刑案には「　を指していう」(「指<sub>レ</sub>者而言»)という表現がしばしば見られる。不明確な表現を縮小解釈して意味を限定し緻密にしていることが多い。<sup>(10)</sup>

通行され条例に纂入されるきっかけになつた趙張氏が娘婿の張翔鶴と共に娘の張趙氏を殺した乾隆四十七年山西省に於ける事案がある。その中で刑部は律文が妻を殴つて死亡させたとき謀故に關係なく処罰は絞候に止どまるといつているの

は本夫が思い立って妻を殺したときをいうとしている。意味を限定して首犯についてのみ該当し共犯者は含まないとする。<sup>12)</sup>

…査するに妻を殴って死なせたとき謀故に關係なく罪は絞候に止まるというのは本夫が思い立って妻を殺したものを指している。他人に従って妻を殺したのは本夫が自ら妻を殺したのとは同じではない。また、凡人が謀故し加功したものと情況に違いがある。従来、この類の事案は全く少ない。それ故、例内には他人の謀故に従って妻を殺したときの処罰の明文はない。この案、張翔鵠は妻の趙氏が賭博をして婦道を守らないので妻の母の趙張氏の所へ行行って趙氏と離婚したいと訴えた。趙張氏が出向いてしかった。趙氏はますます乱暴な口をきいたので心に恨みを抱き思い立って殺そうとし張翔鵠と相談して趙氏の熟睡に乗じて麻繩を取って趙氏の喉を縛り張翔鵠と分けて引って張って死亡させた。これ、趙氏の死は實際彼の母の趙張氏が思い立ってやらせたものである。趙張氏は改めて子孫を故殺した律によって杖六十徒一年として律に照らして収贖させる。張翔鵠は妻の命を殺したのは従って加担した人であり、該撫は律に明文がないので張翔鵠を妻を殺した律によって絞候に処した。本夫が自ら謀故して妻を殺したのと違いがなくなるし、かつ、凡人が謀殺に従い加担して絞に処する条項と混同する。情法に照らしてまことに妥当ではない。この案の事理について従う律がない。…張翔鵠の一犯を改めて李如榜の案に照らして絞罪上から一等を減じて杖一百流三千里にするべきである。裁可を得た。今後もこういう事案があったら通行して処断せよ等々。題准。

刑案に「〜と異なるなし」(「与〜無異」というときの多くは拡張解釈である。律例の表現が不適當であつたときである。陝西巡撫が上申して来た道光三年の次の事案がある。<sup>13)</sup> 巡撫は相手をもがさせる行為を聞の概念の中に含めないのに対して、部はそれも聞に入るとして鬪殺律を適用している。

陝西巡撫 題。謝有才は姦婦の韓張氏と続けて姦しようとしたがうまくいかないので追いかけてその手を引って張たら予期しなかつたことに張氏は力を入れて後退りしてちよつともがいたら崖から落ちて死亡した。該省は謝有才を鬪殺律に比照し斟酌して一等を減じて流に処した。本部は張氏の死は該犯が引って張りもがいて起こつたものであつてもがき拒んだ状況があるからには争ひ鬪つたのと異ならないと考えて謝有才を改めて鬪殺律によって絞監候に処する。

ただ、拡張して解釈することは少ない。もっとも、いわば訴訟条件のような犯罪性の大小に關係しない条項については

拡大して解釈することがある。例えば、刑律罵詈の多くの条項は被害者が訴え出ることを処罰の要件にしている（「親告乃坐」<sup>146</sup>）。しかし、被害者の供述と目撃者の証言があればよいとする事案がある。<sup>145</sup>罵詈の事実が間違いないことが重要であって被害者の告訴の有無に拘泥しない。親告の字句を証明上の問題としてとらえて広く解釈している。

明文がないときに明文とは反対の意味に理解するのが反対解釈である。律例に記載がない行為である故犯罪にならないという反対解釈は法と道徳が重なる法源の仕組みから考えれば当然にはあり得ない。もっとも、そのように解釈している事案がある。結論の正しさを強調し説得するための論理として反対解釈したものとと思われる。あるいは、犯罪によっては明文がないから処罰しないという意識がそこにはそれなりに生まれていたのかも知れない。<sup>146</sup>通行のきっかけになった江蘇巡撫の上申した蔡通が妻と姦通した胞叔の蔡奕凡に傷害を与えた一案がある。明文がないので処罰しないとしている。

…この案、蔡通は胞叔の蔡奕凡が彼の妻の盧氏と白昼に姦を行ったのでつかまえようとしてすぐに互いに殴り合って傷つけたがまだ死んでいない。当該巡撫が急に蔡通を刃傷胞叔律を援用して絞決に処したのは全く妥当ではない。臣等が案情を詳しく調べて成例を折衷し、蔡通は科罪の条文がないから論及しない。当該巡撫が絞決に処したところは議論しない等々。乾隆二十年九月初五日に題し初十日に旨を奉じた。蔡奕凡は絞に処せしむ。他は議論通りにせよ。欽此。

反対解釈が比較的よくなされるのは明文がないから加重しないという刑罰を巡るものである。<sup>147</sup>河南巡撫の上申に関する道光三年の次のような説帖がある。からかって辱めて二人を自殺に追い込んだときの明文がないので一人を自殺させたときの規定で処罰するとする。

…この案、陳友会は言葉によって梁尹氏に向かってふざけたので該氏は恥じらって自殺してしまった。彼の夫の梁柱もまた妻を痛む気持ちがあつたために服毒して死亡した。査するに既に死亡した梁尹氏、梁柱は夫妻で一家の二つの命である。ただ、例には加重の明文はないのでその例に沿って一つとして処断するべきである。該省が陳友会をただふざけたのでその夫や父母、親族、本婦が恥じらって自殺した例によって絞候にしたのは例に照らして処理したのであり調べると成案とも同じである。そのように回答して頂きた

い。批を受けた。江蘇の旧案がある。案に照らして処理せよ。

これらの解釈方法の中から最も適当なものを選ぶ。解釈方法の特徴を反映して、その選択が現代法のように分かれることは少ない。もっとも、常に官員の解釈が一致する訳でもない。当該事案に於ける解釈の違いは皇帝を頂点にして上級の官衙の判断が優位する官僚機構の組織原理によって解決される。湖北巡撫が上申した吳宏才が衙署にあった銀兩を窃取した道光五年の事案がある。<sup>19)</sup> 戸律窃盜庫銀例に比照するとする省の考え方を斥けて部は刑律偷窃衙署服物例によるべきであるとしている。

…この案、吳宏才が黃梅県の帳房内の藩庫から給付した駅站銀六百兩を盗んだ。査するに、該犯が盗んだ銀兩はもともと衙署の官項である。ただ、帳房は倉庫ということではできない。倉庫から盗みだしてないので常人が盗んだ倉庫律の註に沿って庫貯銀兩の条項を適用できず、偷窃衙署服物の本例によって処理するべきである。該省が該犯の吳宏才を貯庫銀錢を窃盜すること銀錢から一百兩以上の例に比照して絞監候にするのは妥当ではない。かつこの案の罪名に出入はなくとも将来もしこれに似た衙署銀を盗むこと一百兩以上一百兩二十以下の事案があつて、もしまた窃盜庫銀例に照らして絞候に問うとすると衙署で贓一百二十兩以下を盗んで始めて絞候に処する例と生死が異なる。吳宏才を改めて衙署の服物を盗んだとき律によって処断する例に照らして贓一百二十兩以上窃盜した律で絞監候に処して将来二つに分かれることにならないよう望む。

また、特に条例については遵守されないために立法の趣旨が徹底しないことがある。そこで紛争をきっかけに改めて意味を再確認することがある。鉄尺、拳心や鉄叉の類が他物金刃か防夜の具か凶器かが問題になっている嘉慶十八年の山東巡撫が上申してきた一案がある。<sup>20)</sup> 民間で常用しない物を凶器であるとした条例の考え方に沿った確定した解釈をなして、それを通行している。<sup>21)</sup>

…査するに鉄尺、拳心や鉄叉の類は従前各省は例に書いてないので他物金刃として処断するものやまた凶器として処断するものがあった。本部が十四年に条例を編纂するとき民間常用でない物はすべて凶器傷人として処理することにした。按語の内には例に記され

ていない鉄尺、拳心や鉄又の類について、近年各省がなした鉄尺傷人の事案で他物傷人として処断しているものがあるといっている。本部は案に沿って訂正しているが画一的にはいっていない。鉄槍はもとと例は凶器と記している。また防夜の器具であるとして人を刃傷した律で処理したものがあつた。それぞれ凶器はどのようなものかを考えていない。防夜のためにつくつたといふことはできない。鳥槍も防夜の具ともいえる。一度人を傷つけたら例に照らして軍に処する。防夜であると量減の明文がある訳ではない。曲げて罪を逃れるのは嘘になるし凶徒を懲らしめることにもならない。再び例意を明らかにして各省に通行する。今後例にある凶器や例に記していないけれども民間で常用しない物の鉄尺、拳心や鉄又のようなもので人を傷つけたらすべて凶器傷人の例で軍に処することはできない。それによって例案に一致させ齟齬を逃れる。

## 註

(1) 犯罪事実の認定手続きに訴訟外と訴訟上との区別はない。訴訟外の捜査でそれなりに既に犯罪を犯したと認定できたからこそ裁判に移っている。また、刑罰を絶対的に法定しているので犯罪事実の認定と律例に照らす刑の量定手続きもはっきりとは分かれぬ。

〔拙稿「清代の人命事案に於ける事実認定の仕組み」(星葉科大学一般教育論集一八輯) 参照。〕

老少廢疾の行為や自首があつたとき等のような一定の事由が一般化されていて、刑を加重、減免する働きをする。さらに、法理を調整している例として説明するのが至当であるけれども、(本稿四四頁) 情況によっては将来の刑事政策的配慮をすることもあつた。例えば、雲南省路南州の賊犯周新茂等が人を菓で失神させて財物を奪つた事案がある。発遣しても改悛の見込みがないので斬監候にして永遠に監禁するとする(駁案新編卷七、三八頁 a 「雲南司 一起為通行」)。

(2) 例えば拙稿「清代刑法に於ける窃盜罪」(星葉科大学一般教育論集一三輯)、「清代刑法に於ける官吏が地位を巡って財物を不法に収受する罪」(同右書一六輯)、「清代法に於ける放火罪と失火罪の仕組みおよびその被害の賠償」(同右書一九輯)等は、犯罪類型に即した研究である。

(3) 犯罪類型が複雑に錯綜している例として、拙稿「清代に於ける妻女の生活秩序を侵す罪とそれへの対応」(同右書二輯) 一三頁を参照。

(4) 基準を規定する律条とそれをもとに量刑する条項の行為に外形的類似性があるときと類似性に乏しいときがある。行為に類似性があるときはいわば一般法と特別法の関係になる。殺害を目的に違法な治療をなしたときの刑は謀殺人条に等しく、治療の過誤は過失殺人条に当たるとするのはその例である。違法な治療によって財物を得たときは窃盜条を参照し、邪術によって治療して死亡させたときは鬪毆殺人条を参照するのは、窃盜ではないけれども窃盜条を参照し鬪毆殺人ではないのに鬪毆殺人条を量刑のために参照している例である。〔拙稿「清代に於ける医療提供の仕組みと違法な治療をなした者に対する処罰」(森田成満編「法と身体」(国際書院、



二〇〇五年刊行予定）所収」。

(5) 因みに、清代刑法に於ける罪数論の解明は併合罪を除いて極めて難しく、先学の業績も少ない。刑法は情理の中にあるので律例にある条項にのみ着眼して法条競合に於ける罪数を考えることはできない。そして、情理の中にある目に見えない犯罪類型を確定し罪数を考えることは至難である。

(6) 刑案匯覽卷一六、刑律賊盜、窃盜案「東撫 查查律載盜田野殺麥菜果及無人看守器物：嘉慶二十五年說帖」。

(7) 立法過程を検討して解釈している例として、同右書卷二六、刑律人命、殺死姦夫案「東撫河撫 咨毆傷姦夫及凶姦罪人至折傷以上可否勿論請部核示等因：道光四年說帖」。

…査するに、例に記す本夫が姦をとらえて姦を犯した有服の尊長を殺害した事案は毆傷に止まるものは論じない。また、本夫本婦の伯叔兄弟および有服の親族は皆姦をとらえてよい。もし直ちに姦夫および姦婦を殺死するものがあれば夜故なく人の家に入ってすでにとらえて擅殺した律によって杖一百徒三年とし、傷つけたときは論じない。登時でなく殺したときは擅殺罪人律によって絞監候にする。また罪人を擅傷したときは毆つて折傷でないときは論じない外、もし毆つて折傷以上に至ったときはその擅殺の罪を考慮して鬪殺として絞とするべきものは鬪傷として処理する。擅殺の罪で満徒に処するに止どまるものは、また二等を減じて科断する。各等語。遡つて頭の条項を査するに、本夫が姦をとらえて姦を犯した有服の尊長を毆傷したものを論じない例は乾隆二十一年江蘇省の蔡通が姦をとらえて胞叔の蔡奕凡を刀傷し律に照らして論じなかつた事案の中で編纂して例となすといっているものである。その傷はすべて論じないという五字は登時ではなく姦所ではなく、あるいはとらえてから殺したときの後に置かれている。五十三年の条例を作るときに毆傷に止まるものは折傷以上、および登時かどうかに関係なく皆議論しない中に入る。…

(8) 同右書卷三七、刑律鬪毆、鬪毆案「提督 咨送關二咬傷福珠凌阿耳輪一案：道光三年江西司現審案說帖」。

(9) 大清律例「大清律例彙輯便覽」(光緒二十九年、成文出版社影印) 卷一、八字例釈。

(10) 同右書卷五、名例律下、稱乘輿車如馬条、稱期親祖父母条、稱与同罪条、稱監臨主守条、稱日者以百刻条、稱道士女冠条。

(11) この言葉は表現の意味を再確認しているときもある。(刑案匯覽卷二一、刑律人命、謀殺人「貴州司 查律載本与人鬪毆窃取財物者…乾隆五十四年說帖」)。

(12) 同右書卷三三、刑律人命、謀殺祖父母父母条「晉撫 題趙張氏商同伊婿張翔鵠勒死伊女張趙氏一案：乾隆四十七年」。

(13) 同右書卷三一、刑律人命、戲殺誤殺過失殺傷人条「陝撫 題謝有才因欲与姦婦韓張氏統姦不允：道光三年案」。

(14) 大清律例卷九、刑律罵詈、罵制使及本管長官条、佐職統屬罵長官条、奴婢罵家長条、罵尊長条、罵祖父母父母条、妻妾罵夫期親尊長条、妻妾罵故夫父母条。

- (15) 刑案匯覽卷三三、刑律人命、夫毆死有罪妻妾条「直督 題王瑞因妻張氏忤逆其母：乾隆四十六年題准」。
- (16) 同右書卷二四、刑律人命、殺死姦夫条「蘇撫 題蔡奕凡与胞姪蔡通之妻盧氏通姦：通行」。
- (17) 同右書卷三五、刑律人命、威逼人致死条「河撫 題陳友会用言向梁尹氏調戲致氏羞忿自尽並氏夫梁柱痛妻服毒身死一案：道光三年說帖」。ただ、一定の親屬を特に処罰する縁坐のような制度については、明文がないから縁坐しないと解釈がある。同右書卷一、刑律賊盜、謀反大逆条「福建司 查鄭流因伊弟鄭質在台湾郡城滋事：嘉慶元年說帖」。
- (18) 解釈方法とは違う次元で律例の解釈に有用なものとして律註がある。律註は解釈の正しさを補強する材料となる。
- (19) 同右書卷一六、刑律賊盜、窃盜条「北撫 題吳宏才独盜黃梅具衙署銀兩逾貫一案：道光五年說帖」。
- (20) 同右書卷三七、刑律闘毆、闘毆条「東撫 咨鄭庚寅毆傷大功堂兄鄭宏義並誤傷小功堂姪鄭五身死一案：嘉慶十八年通行」。
- (21) 同右書卷四一、刑律闘毆、毆大功以下尊長条「河撫 題趙二妮毆傷大功堂弟趙二保身死一案」は、同堂の卑幼を殴り殺して流に処したとき、律文がはっきりしていないので（以此条律文未甚明晰）財産を出させたり出させなかったりしていた。これからは財産の半分を被害者に与えることとして通行し条例にしている。

## 第二節 推論の仕組み

刑罰を定める（「擬」、「定擬」）ための推論の前提として、まず犯罪事実を認定しなければならぬ。そのときどのような犯罪としてとらえるかが大きな問題になる。現代刑事訴訟の訴因のような審理の枠はなく諸事情を見て審理する官員が決める。

もっとも、律例が記す犯罪の枠を睨みながら事実を取り上げていくのであって律例ははっきりした犯罪の種類として、事実上、事実認定（「詳核案情」）の枠を画する先導役を果たすことが少なくない。<sup>(1)</sup>

推論の仕組みは法源の仕組みと関係する。犯罪をなした者に科する刑罰を決める基準として律例を使う。それを律例に照らす（「照」）という。刑律断罪引律令条が官員は必ず該当する律例を引用するとするのは断罪は律例に照らすべきであ

ることを指している。<sup>(2)(3)</sup>

律例に照らした推論の第一は、刑罰を定めるために律例に依拠するものであって、認定した犯罪に当てはまる律例の明文があるときになされる〔与律例相符〕（律例と符合する）。これを通例、「依」とか「依照」と呼ぶ。<sup>(4)(5)</sup>

このときの判決への過程は「律例に規定する行為をなしたものには所載の刑罰を科する」、「律例に規定する行為に当てはまる行為をなした」、「故に所載の刑罰を科する」という三段論法に沿って演繹的に構成される。

次に記す事案に即していえば「刑律威力制縛人致死条に規定する行為をなした者は絞監候に処する」、「王法先は雇工の朱名潮を縛って死亡させる威力制縛人致死条に当てはまる行為をなした。（王法先は姦淫の罪を犯した朱名潮を捕らえる権限のある被害者の有服の親族ではないので擅殺律の適用はない。）」、「故に王法先を威力制縛人致死条の絞監候に処すべきである」ということになる。<sup>(6)</sup>

第二は律例の条項と犯罪性の大小を比べて刑罰を定めるものである。これを「比」とか「比照」、「比付」と呼ぶ。<sup>(7)</sup>「類推」と形容することもある。<sup>(8)</sup> 始めから情理によって刑罰を定めるよりも律例という形あるものを手がかりにする方が妥当な刑罰を求め易い。恐らくもともと律例はこのような比照のための雛型であったけれども、律例に当てはまる行為をなしたときは推論が律例に引張られてそのまま律例を依照するようになったのであろう。

認定した犯罪に当てはまる律例があれば必ずそれに依照しなければいけない。<sup>(9)</sup> そこで刑罰が妥当であるというだけでは不十分であって、どのような犯罪をなしたかも重要である。<sup>(10)</sup> 嘉慶一六年の河南司の判断を巡る次の説帖は、調姦未遂の罪人を殺害したものが本夫本婦の有服の親属であるときのみ擅殺律によるべきであるとする。

河南司 査するに調姦するも未遂の罪人を殺死した事案は必ず本夫本婦の有服の親族であって始めて擅殺律で処断する。もし、例として姦をとらえてよい人でなくて殺傷するものがいたら謀故闘殺の本律で処断する。…査するに朱名潮は王法先の家の雇工である。朱

名潮が馬四姐を調戲したのはもとより有罪の人となる。ただ、王法先は馬四姐の有服の親族ではなく例として姦をとらえることを許されない。該犯は見て叱責し彼が自ら去り行くことを求めた。彼が刀をもって暴れるので縛って死亡させた。威力制縛人致死律で処断すべきである。該省が擅殺律によって絞監候に処しているのは罪名に出入はなくても引断は妥当ではない。司に手渡しして改めさせるべきである。

それ故、比照は刑律断罪無正条条の記すように、認定した犯罪に当てはまる律例がないときになされることになる〔例内雖無明文・撥諸情法…〕（例内に明文はないけれども、情と法に推し量ると…）。

刑法が情理の中にあることや律例が、通例、狭く解釈されたという法源の仕組みと関連して、認定した犯罪事実に当てはまる律例がなくとも比照される事案はめずらしくない。例えば一般的な条項に当てはまっているように見えるときでも官員が認定した犯罪類型は律例にはないそれとは異なる具体的なものであることがある。嘉慶十三年に四川省が上申して来た事件に刑部が判断をなした次のような一案がある。鬪によって死亡させているにも拘らず鬪殺律に依って処断していない。

嘉慶十三年四川省題。彭沈氏の家が賊に門を叩いて部屋に入られた。隣人の楊貴が手助けして賊を捕らえようとした。賊が被害者と布団を引っ張って奪っているのを見て刀で立ち向かって切りつけて誤って彭沈氏を傷つけ死亡させた。該省は楊貴を鬪殺律に依って絞に処した。本部は楊貴は彭沈氏の隣人であり手助けして捕らえる責任がある。彼が彭沈氏を切りつけ傷つけて死亡させたのは予想困難である。斥けて別に処理させた。該省は駁に従って改めて楊貴を捕役が賊を捕らえようとして賊と格闘して無関係の人を誤って死亡させたとき過失によって人を死亡させた律に照らして銀を徴収して收贖させるものに比照する。

また、ある条項「〴〵と異なるなし」といっており、拡大解釈して依照しても不思議ではないのに依照しないで比照することがある。律例を拡大して解釈することを極力避けている。次の一案は貴州巡撫の上申を論じている嘉慶十年の説帖である。陳恩が傳朝貴等の財物を搶奪した上でその妻等を姦したのは「因盜而姦」と異ならないといっているのにそれを比

照している。

貴州巡撫 題。陳恩が傳朝貴等の行李を搶奪し、また、その妻の劉氏等を無理に姦した一案。査するに、例は窃盜によって人の婦女を強姦し既遂になると斬立決に処すると記している等語。この案、陳恩は劉老巖、龍再韜とともに傳朝貴等の行李を強奪し龍再韜に先にもって逃げさせた。該犯はまた傳朝貴等の妻の劉氏、江氏が年少なのを見て劉老巖と無理になした。該犯は次いで劉氏を威嚇して一か月以上も姦宿した。次いで捕らえられその情況を調べてみると、陳恩等が集団で強行したのはわずかに二人に止まる。もともと多くを集めて計画的に路行の婦女を強奪したのとは距離がある。ただ、財物を強奪して人の婦女を無理に姦したのは盗んで姦するのと異なる。例に比して処理するべきである。今該撫は陳恩を路行の婦女を強奪したが多くを集めて謀議したのではない例によって絞候にしたのは情況が法を越えているように見える。罪は斬絞に関係する。該撫に別に例を按じて妥当に処理して具題させる。

中村茂夫博士は明らかに該当する律条があるのにそれによらずに他の重罰規定に比照することがあるとされる。<sup>15)</sup>しかし、それは犯罪の枠のとらえ方によっては当てはまる律があるのかも知れないけれども、実際に当該事案で官員がとらえた犯罪に当てはまる明文はない場合である。刑を量定するために限りのない事実の中からどれを取り上げてどのような枠の犯罪として事実を認定するかが極めて大きな意味をもった。

判決への過程は「なした行為には犯罪に該当するところがある」、「律例に規定する行為をなした者には所載の刑罰を科する」、「なした犯罪行為と律例に規定する行為の犯罪性の大小を比べ今後の刑事政策的事情をみる」、「それに応じた刑罰を導き出す」、「その刑罰を科する」という律例と対比して考える帰納的な構成となる。

後に引く事案に即していえば「馮正順の銃を放ち誤って盗みをしていた胡狗を死亡させた行為は犯罪である」、「竹銃を深山広野で撃ち人を誤傷させて死亡させたとき、例は徒三年に処するとする」、「馮正順の行為と竹銃で人を誤傷させて死亡させた行為の犯罪性の大小を比べる」、「馮正順の行為は竹銃で人を誤傷させて死亡させた行為の犯罪性よりも一等小さい」、「馮正順を杖九十徒二年半に処する」ということになる。<sup>16)</sup>

律例に規定する行為となした行為の犯罪性を比べて妥当な刑罰を定める（情罪相当）。犯罪性は違法性と責任により決まる。律例に規定する行為の犯罪性の大きさは刑罰の大小から窺われる。比照には律例の条項の犯罪性の大きさと等しいときと異なるときがある。後者には違法性に違いがあるときと責任に違いがあるとき、その両方に違いがあるときがある。悪い行為程違法性は大きく、結果を見通して避けられたはずのとき程責任は重い。ただ、犯罪性が異なるときでも比照の刑罰は律例のそれを一、二等加減するのに止まるのが通例であって、それ程多く段階を分けてはいない。犯罪性にそれなりの幅をとって刑罰を定めている。

犯罪性の比較は律例の条項となした犯罪類型の共通するところと異なるところに留意しながら行う。律例の規定や事案を抽象化することもある。例えば、律例の条項となした犯罪が一般と特別の関係にある場合がある。そこでは一般的な枠を記す律例と当該事案の特別などころを比べてその犯罪性の程度を評価する。次の一案は条例の条項は一般的であり、事案は具体的にとらえられ律例に対して特別の行為となっている。<sup>17)</sup> 条例が殺害の状況を限定していないのに対してこの事案は姦によって抵抗したものである。四川総督が上奏して来た事案に関する嘉慶二十二年の案件である。

四川総督 奏。湯萬年が馬沅年の妻の馬朱氏と部屋で姦したのを馬汎俸が聞いて彼の兄の馬沅潮喜を呼んで捕らえようとしたが該犯は抵抗し馬汎俸、馬潮喜をひとしく傷付け死亡させた。例には姦によって抵抗して一家の二命を殺したときの処罰の明文はない。湯萬年を一家の死罪ではない二人を殺した例に比照して斬立決に処して梟示する。

次の事案は貴州司が扱った事案を記す乾隆五十三年の説帖である。本夫が姦夫をとらえようとして旁人を誤殺する行為と本夫が姦夫をとらえようとして旁人に殺されたのは姦を巡って予見せず人への死を招いた者の処罰が問題になっているという点で共通している。<sup>18)</sup> 条例の規定となした犯罪の双方を抽象化して比べている。

貴州司。査するに、この案、羅阿譚の妻の阿掃が陳阿公と阿隴の家で通姦し会食した。羅阿譚が行つてとらえようとするが陳阿公は逃亡した。羅阿譚は阿掃をつかまえて追及した。姦通沙汰は阿隴が納めたけれども、羅阿譚を殴り切りつけて死亡させた。当該巡撫は姦婦の阿掃がその場で目撃したのの事後に申告しないので、姦夫が本夫を殺死したとき姦婦は絞とする例に比照して絞候とするように上申した。ならびに姦夫の陳阿公を本夫が姦をとらえようとして旁人を誤殺し姦夫はそのときに逃走した例に比照して流に処す等々。詳しく査すると、姦婦の阿掃がその夫が阿隴等に殴打されて死亡したのを目撃したのに申告しないことを例に比して絞としたのは情と罪が符合する。姦夫の陳阿公が姦によって羅阿譚を阿隴に殺死されるようにしたのは本夫が姦をとらえて旁人を誤殺した例とは符合しないけれども、ただ、本夫が姦をとらえて殺されるのは姦をとらえて旁人を誤殺し絞に処するのと同じ姦によって死亡するのであり情況は同じである。陳阿公を例に比して流に処するのは妥当である。そのように回答するべきである。

比照するとき律例のどの条項を選ぶかについては、通例、犯罪の枠、あるいは犯罪性が類似する条項に比照するというそれなりの原則は存在するけれども必ずしも定まらない。そのとき、着眼する第一は加害者と被害者との間に存する特別の身分関係であり、第二は犯罪行為やその他の状況である。<sup>19)</sup> 特別の身分関係が存するときは少なくとも同質の關係が存するものの間について記す条項でないと比照しない。また、犯罪行為等の要因によつても違うのであろうけれども、まずは特別の身分関係が存するものの中の条項と比照する可能性を探る傾向があったように思われる。行為を軸にして体系化している律例とは異なり、どの条項に比照するかを決めるときに特別の身分関係が存在することの働きは大きい。身分制度を反映して身分ごとに独立した法体系が存在するという意識があったことを窺わせる。

貴州巡撫が上申した事案を記す次のような嘉慶十年の説帖がある。次の事案は姦をとらえて姦夫を本夫の有服の親屬が殺害した点では例に当てはまるけれども、本夫の子と本夫の有服の親屬とは名義が異なるとして比照していない。<sup>20) 21)</sup>

…この案、劉老三は以前曾老三が彼の母の鄧氏を抱いて姦しようとするのを見て該犯は怒り官に訴えて追究しようと思つた。彼の母の面子に関するのでついで中止した。そして曾老三はまた鄧氏の部屋の中に入って引張つて姦しようとした。該犯は声を聞いて怒り曾老三を切つて死なせた。該撫が劉老三を本夫の有服の親屬が姦をとらえて姦夫を殺した例に比照して徒に処するとするのは情罪がな

お相当である。ただ、母子を以て有服の親屬に比照するのは名義が釣り合わない。劉老三を改めて夜、故なく人家に入り既に拘束したのに擅殺した律に照らして杖一百、徒三年に処するべきである。

犯罪行為やその他の状況として着眼する主要なものは行為の結果とその結果を予見していたかどうかということである。それらが犯罪性の大小を決める主要な要因であったことを反映している。

結局、当てはまらないと判断されたときに「有間」「不同」、その当てはまるかどうかが問題になった条項を比照するとは限らないのは当然として、また、抽象化すれば当てはまりそうな一般的な関係を記す律例があるからといって常にそれに比照するとは限らない。

#### 註

(1) なした行為の犯罪の枠のとらえ方が問題になっている事案を検索できない。どのような犯罪としてとらえるかは明文がなくて体系を確定することが難しいこともあって依照とは違って、事実上、最初の判断がそのまま維持されるのが通例であつたらしい。

(2) 大清律例卷三七、刑律断獄下、断罪引律合条。因みに、皇帝が法を超えて判断するのは「照」ではない。

(3) 成案には準則として取り込まなければならないという形式的な効力はなかったけれども、事実上推論の正しさを補強した(小口彦太「清代の刑事裁判における成案の法源性」(東洋史研究四五卷二号)。律註が律例の解釈を巡って参照されるものであったのに対し成案は推論の過程に動く。成案を引用して判断を補強するのは犯罪性の評価の点についてである。成案を引用し具体的な事例を基礎として演繹的な推論をなすことによって、特に律例を比照するの帰納的な推論だけのときよりも結論の説得力が高まる。また、成案は両請の根拠とはなった(滋賀秀三「中国法制史論集 法典と刑罰」(創文社、二〇〇三年)一四五頁)。

前者は「照」したときの成案であるし、後者は皇帝が当該案件限りの処分として法を超えてなした処断である成案である。留意しなければいけないのは、成案が動くのは犯罪になるかどうかという点だけではなくて刑罰の量定も含むことである。

(4) 刑案匯覽卷二七、刑律、殺死姦夫条「河南司 查殺死調姦未成罪人之案」嘉慶十六年説帖。

(5) 軽微な刑事的事案の中には並存する別の法理が適用されて調整されることもある(中村茂夫「清代の判語に見られる法の適用―特に誣告、威逼人致死をめぐる―」(法政理論九の一)。因みに、さらに、特に民事的事案にあってはそれらの法理が不文のことも少なくない。「拙稿「清代に於ける民事法秩序の構造再論―特に土地所有権に着眼して」(山内進編『混沌のなかの所有』(国際書院、



一〇〇〇年）所収」等。

- (6) 本稿三九頁。
- (7) 広義には依は比を含む。比は類推解釈かどうかということが議論される。しかし、比は適用する準則を決める方法を示すときの用語であって準則適用の予備作業として律例の意味を探る解釈を示す言葉ではない。
- (8) 刑案匯覽卷二六、刑律人命、殺死姦夫条「直督 題耿喜因小功服叔耿来勤欲与伊母趙氏統姦毆傷耿来勤身死一案：道光元年說帖」。
- (9) 同右書卷三七、刑律斷獄下、斷罪引律令条上註。
- (10) 同右書卷二七、刑律人命、殺死姦夫条「河南司 查殺死調姦未成罪人之案：嘉慶十六年說帖」。
- (11) 中村著書一五一頁。
- (12) 刑案匯覽卷二六、刑律人命、殺死姦夫条「晉撫 咨何成敗死逼姦伊妻之孫淑祥一案：道光六年說帖」。
- (13) 同右書卷三二、刑律人命、戲殺誤殺過失殺条「嘉慶十三年四川省 題彭沈氏家被賊打門入室」。
- (14) 無異のときに比照している例として、同右書卷一五、刑律賊盜、白昼搶奪「貴撫 題陳恩搶傳朝貴等行李復將其妻劉氏等搶回姦汚一案：嘉慶十年說帖」。
- (15) 中村著書一七三頁。
- (16) 本稿四六頁。
- (17) 刑案匯覽卷二八、刑律人命、殺一家三人条「川督 奏湯萬年因与馬沅樺之妻馬朱氏在房行姦：嘉慶二十二年案」。
- (18) 同右書卷二四、刑律人命、殺死姦夫条「貴州司 查此案羅阿譚之妻阿掃与陳阿公在阿隴家通姦会飲：乾隆五十三年說帖」。
- (19) 中村著書一六六頁、一六八頁。
- (20) 刑案匯覽卷二六、刑律人命、殺死姦夫条「貴撫 咨劉老三戮死伊母姦夫一案：嘉慶十年說帖」。
- 次の事案は道光四年の說帖に記されている四川總督が上申して来たものである。姦通した妻を本夫が殺害した例ではなく、家長と奴婢の關係と夫と妾の關係は名分が等しいので姦した奴婢を家長が殺害した律に比照している。（同右書卷二五、刑律人命、殺死姦夫条「川督 咨劉善爵因聞伊妾李氏与徐沅通姦将李氏毆傷身死一案：道光四年說帖」。
- 四川總督 咨。劉善爵が彼の妾の李が徐沅と通姦したと聞いて李氏を毆傷して死亡させた一案。査するに、姦を聞いて数か月して姦婦を殺したとき、本夫と姦夫はともに杖一百徒三年に処する。例内はただ正妻といひ妾の字を記していない。：査するに、罪のない妾を毆り殺したとき罪は滿徒に止まる。もし姦を聞いて姦を犯した妾を毆り殺したときもまた姦を聞いて妻を毆り殺したのと同じく滿徒に処するとするならば、妻妾が輕重を分けただけではなくかつ罪のない妾を殺したのと區別がない。：査するに、妾の家長との關係は名分は奴婢と相等しい。律例に明文はないといつても、ただ、査するに、例には妾が姦によって正妻を謀殺し

たとき奴婢が家長を謀殺した律に比照して凌遲処死とするとあり、また、軍民が軍民の妾婢と互いに姦したとき同じく杖一百を科するとする。比べてみて奴婢に姦や盜の罪があつて家長が官司に告げずに勝手に殴り殺した律に比照して杖一百に処するべきである。：

本稿四〇頁。

②③ 刑案匯覽卷三二、刑律人命、戲殺誤殺過失殺傷人条「川督 咨馮正順於偏僻山中…道光二年案」。

四川総督 咨。馮正順は辺僻の山中で真夜中に樹株林内に声を聞いて獣と疑つて銃を放ち誤つて丁度盗みをなしていた胡狗を傷つて死亡させた。誤殺平人とは距離がある。馮正順を竹銃を深山広野で撃ち人を誤傷させて死亡させたとき満徒にする例から一等を減じて杖九十徒二年半とする。

## 結語

罪刑法定主義をとる現代法は成文法が規定する行為のみを犯罪とする。それ故、成文法の解釈が重要な意味をもつ。刑の量定は法定刑の枠内に於ける裁判官の判断に委ねる。

清代法は法源の仕組みとして処罰の根拠を強いて律例に置かない。ただ、律例は犯罪の典例として、犯罪の事実認定の枠を決める事実上の手がかりになることが多いと共に刑罰を量定するための基準になる。律例の解釈は立法者の意思を解明する狭く限定したものでありそこから外れるときは律例が記している事実とは異なるとして比照することによって新しい準則を見つけて処理した。