

中国法史講義ノート(Ⅳ)⁽¹⁾

森田 成満

註

(1) 中国法史講義ノート(Ⅰ)、(Ⅱ)、(Ⅲ)は星葉論集二九輯、三〇輯、三一輯に収載。

第五章 刑法

第一節 刑法の国制上の位置

刑法の性格 第一に、官の支配の確立を反映して刑法は官の法です。中央の法と異なる地方的な刑法は原則として存在しません。刑罰権は官が独占しています。復讐は認められません。極く軽い犯罪について村人を村落内で懲戒し得たことや族長が族人を違法に懲戒することがあつたことを除いて風俗としての刑法はありません。⁽¹⁾

第二に、刑法の目的を確実に達成するために承審の官員に律例を与えて遵守させています。刑法が主に働くところは事後的に承審官が処理するための裁判規範としてです。⁽²⁾ 制裁が伴わないという意味で自己規律的な行為規範である礼を裁判規範としての刑法が制裁規範として支えています。⁽³⁾

刑法の目的と基本的仕組み 刑法は治安や体制を維持することを目的にしています。律例を軸にする法です。

刑法は刑罰を科される人を決めるための準則とそれに科すべき刑罰に関する準則から出来ています。刑罰の本質は社会からの排除（追放）です。

註

- (1) 拙稿「村落内に発生した紛争、犯罪に対する華北村民の対応——村落の集団性の強弱と自治の存否を解明する手がかりとして——」(星葉科大学紀要二三)。滋賀秀三「刑案に現われた宗族の私的制裁としての殺害——国法のそれへの対処」(滋賀著書二所収)。会館、公所に於いて刑事的処罰がなされていたか否かの精しい実態は未だはつきりしません。将来の研究を待ちます。
- (2) 拙稿「中国法史講義ノート(Ⅱ)」一三三頁。
- (3) 拙稿「清代に於ける性を巡る法秩序とその司法的保護」(星葉論集二〇輯)。

第二節 断獄に於ける刑法

一 刑法の内容

情理の中の科刑と量刑 「情理の中の科刑」断獄に於いて刑罰を科されるべき人の第一は犯罪行為をなした人です。犯罪行為の要素として主体と結果の他に犯人が行った行為から結果が引き起こされたという因果関係の存在があります。⁽¹⁾因果経過の相当性が要件となっていて、官が期待する理想人ならば結果の発生を予見できるときに因果関係があるといえます。単純な条件説ではありません。結果の発生に対する寄与が実行行為のそれよりも大きい特別の事情が介在したときは因果経過の相当性を欠くと判断します。

犯罪行為をなした者はすべて処罰されるべきであるとされます。その一は単独で犯罪をなした個人です。犯罪はその共

通する部分を括り出して見る全体像的な議論と個別具体的な犯罪行為から見るいわば各論の二つに分けることができず。人命犯罪の一部を除く大部分の犯罪は違法有責な行為の類型です。違法とは情理に対する違反あるいは法益の侵害であり違法性は犯罪行為類型の規範的違法要素です。正当防衛の考え方ははつきりとは確立しておらずその要件は厳格であり成立範囲は狭いのです。減刑に止まることもあります。責任とは行為者に対する非難可能性でありこれも犯罪行為類型の要素です。犯罪は有意を原則とします。無意の犯罪は命案や失火事案等に見られます。違法性が大きいことを考慮して人命犯罪は結果に対する予見可能性がない責任のないときであつても成立します。人命犯罪は違法類型に止まる場合があつたのです。刑法は官が治安を維持するために人民に個性を没却した理想人として行動することを求める客観性の強い準則であることを示しています。

犯罪の成否や可罰性について違法性や責任の存否だけではなくその大小を考慮することがあるのが清代刑法の特徴の一つです。犯罪行為類型に当てはまつているけれども処罰する程の違法性はないとすることがあります。「(「軽罪不議」) 違法性も責任も小さくて犯罪性が大きくないときに犯罪は成立するけれども可罰性がないとして科刑しないこともありま⁽²⁾す。

また、構成要件、違法性、責任のそれぞれに相應の機能を考える現代刑法のいわゆる三分説とは異なり違法性も責任も犯罪行為類型の要素としてとらえるので、必ずしも常に違法性と責任に分けて見る必要はありません。それ故、違法性と責任を総合して例えば急迫不正の侵害に対する防衛を緊急行為として見ることもあります⁽³⁾。

各論的な犯罪類型は無限にあり得ます。ただ、実際はそれなりに類型化して考えています。

行為者を処罰する二は人の集まりである団体あるいは集団で犯罪をなした場合です。謀議してなす犯罪(「共犯罪」)です。有意犯に限ります。直接の実行行為に加わらなくても(「不行」)謀議に参加していれば団体による犯罪者となります。

直接自分がなしていない結果についても責任を負います。盗犯のときは全員について贓物の総額について問責します。共謀がない一方的な教唆、幫助は団体による犯罪になりません。自手犯や衝動的な殺人である故殺には団体による犯罪はありません。

団体でなした犯罪の場合は結果の実現に果たした役割に着眼して首犯と随従した従犯に分けます。首犯は相対的なものであつて首犯は必ず一人いるし一人しかいません。主要な役割を果たしたかどうかは犯罪意思の形成（「造意」）に果たした役割と実行した行為の性格や態様を評価して決めます。例えば共同で謀議して殴傷をなしたとき、下手重き者を首犯とするのは誰が主要な役割を果たしたかを評価した結果です。

滋賀秀三氏は共同犯罪をなした責任と自己の手による行為についての責任とはいわば法条競合するとされます。⁽⁴⁾ 常に個人の単独行為が存在することを前提にしています。しかし、団体の犯罪ととらえたときは独立した個人としての犯罪は存在しないのであつて競合はしません。

刑罰を科されるべき人の第二は、犯罪行為はなしていないけれども一定の重大犯罪を行った犯人と関係がある者です。一定範囲の親族関係にある者及び犯人と同居している者が該当します。縁坐です。⁽⁵⁾

〔情理の中の量刑〕 情理の中に量刑の規範があります。行為者に対する主要な量刑事情は行為の犯罪性の大小です。量刑の事情はなした行為が犯罪となるか否かを認定する事実と多くは共通します。犯罪性の大小は違法性と責任を評価することによって決まります。基本的には結果に対する応報刑になります。例えば人命犯罪には一命一抵と呼ぶ原則があります。違法性の大小を決める一は被害者の属性や犯人と被害者の関係です。被害者の数や一家かどうかとか幼児であることは被害者の属性です。自分が上の者が下の者に対してなした犯罪の違法性は小さく逆の犯罪は違法性が大きいと評価します。二は結果です。未遂はそれを独立した犯罪行為としてとらえることが多いけれども未遂としてとらえたときは既遂の

刑を軽減します。三は行為の状況です。急迫不正の侵害に対する防衛であるとき、被害者の同意や囑託があるときや被害者に落ち度があるとき等が例です。動機、目的や方法の残酷性も行為の状況に関係します。

責任の大小を決める一は精神障害の有無です。それは原則として減刑事由であつて精神に障害があるからといって責任がなくなることはありません。二は認識の程度です。結果の認識が少なくなるに伴つて減刑されます。

量刑事情の第二は犯罪行為とは直接関係しない事実です。このような事実は限られています。敬老慈幼の観点から老幼の者の刑を減免するとき主に犯罪成立の要件事実ではない受刑能力を考えています。刑法の客観性を反映して結果発生後に反省しただけでは減刑はしません。ただ、反省することなく窃盗を繰り返した更犯のように刑罰の加重のためには考慮されます。犯罪事実の発覚前に申告すると自首として刑を免除することがあります。殺傷行為等のような原状の回復ができない犯罪は自首を評価しません。定案手続では犯人の属性、犯人の身内の者の病気や死亡のような個人的事情等を考慮しません。⁽⁶⁾⁽⁷⁾

団体で行つた犯罪は犯罪性の大小によつて首犯の刑が決まり従犯は首犯の刑を減じます。身分は一身専属の個人的なものであり他の団体犯罪者には影響しないというのが基本です。首犯に身分があり従犯に身分がないとき首犯には身分を考慮した刑罰を科し従犯には凡人であるときの首犯の刑罰から減刑します。ところが、これを修正することがあります。身分を有する首犯の刑罰から従犯の刑罰を決めることがあります。団体としてなした犯罪であるところらるので主従を相互に影響させて考え易いでしょう。

縁坐は行為の犯罪性の大小、および行為者との間の親族関係等の人間関係の濃密さを見て量刑します。その他の個人的な事情は考慮しません。

律例が記す刑法 「科刑の種類」 律例として成文化することによつて情理の中にある刑法の少なからざる内容を明示し

ます。律例が記す多くは典型的な犯罪類型です。社会の違いを反映して現代刑法にはない犯罪類型がある一方、ある類型がありません。通例、人を抽象化して凡人としてとらえます。次いでいわば特別法として身分を有する者を考えています。

律例の記す犯罪類型の一は命案（闘殴を含む）です。命案は特に刑律の人命門と闘殴門に多く規定されています。人命門には謀殺人条、殺死姦夫条、闘殴及故殺人条、戲殺誤殺過失殺傷人条等が規定されています。着手行為あるいは先行行為、認識の情況に着眼する謀殺、故殺、闘殺、戲殺、誤殺、過失殺を六殺と呼びます。謀殺は一人でなすこともありま。故殺や闘殺は単独犯罪であり共謀したとき前者は謀殺になり後者は同謀共殴致死になります。戲殺とは人を殺す可能性のある行為であることを双方が認識しているいわば認識ある過失です。過失に比べてその注意義務の程度は大きいと言えます。

誤とは主観的意図ないし予見と客観的な事実とが一致しないことです。錯誤があるときどこまで故意の犯罪に関する条項を適用し得るか、また、適用できないときにどのように構成するかという犯罪論としてとらえ故意犯と過失犯のどちらで理解するかを問題にするのが現代法の錯誤論です。清代刑法に於ける錯誤を中村正人氏は量刑論として説明されます。⁽⁸⁾しかし、錯誤犯罪という類型として見ているのであつて錯誤があるときも他の事案と同じく量刑論と結びついた犯罪類型論となります。

錯誤が問題になるのは事実上殆ど命案に限られます。違法性も要素として取り込んでいる律例の誤殺傷等の犯罪類型に当てはまらないか否かを探ります。謀故殺傷しようとして旁人を死傷させたとき、あるいは人違いをして死傷させたとき誤殺傷人条を適用して故殺と同じ刑を科します。結果に対する予見可能性がないときに誤殺傷として追及することはありません。闘殴していて旁人を死傷させたとき、あるいは人違いをして死傷させたときは闘殺傷を以つて処断します。⁽⁹⁾ただ、行為の外形は似ていても犯罪性が大きく違うときは犯罪類型を異にします。誤殺傷の相手が凡人ではなく親

であったときのように違法性が極めて大きいときは凡人を巡る条項の枠を外れます。

過失も殺傷人に限って使う各論的概念です。過失は当を得ない行為をなした者に対する誤ったという非難です。行為をするときは注意をして結果を予見し危険を回避しなければならぬのであってそれをしないのが過失です。律例の過失は現代法の過失概念とは異なると強調して来た従来の通説はよくありません。中村茂夫氏は過失殺人とは正常な先行行為をしていてその因果として人を死亡させた行為であるとされます⁽¹⁰⁾。しかし、正常な行為をしていて死亡の結果を引き起こしたという事実は過失の存在を推定する間接証明のための事実であつて過失概念を示すものではありません。なお、結果に対する予見可能性があるにもかかわらず誤つた場合常に過失殺人条による誤ではなく、注意義務の程度が大きいときは戯殺人条等と競合して後述する依照をしたり比照することに留意する必要があります。過失は注意義務の程度が小さい軽過失を指します。⁽¹¹⁾

夜無故入人家や罪人拒捕、父祖被殴は正当防衛的な考えを含む犯罪類型です。正当防衛の考え方は犯罪類型の中に出て来るのであつて総則的な条項はありません。

犯罪類型の二は盗案です。命案と並び重案を代表します。有犯罪です。基本的な財産犯に強盗、窃盗、受財枉法、受財不枉法、受所監臨、坐贓の六贓があります。その多くは刑律賊盜門に規定されています。窃盜罪の対象は他人の動産です。強盗や恐嚇とは異なり同居の家族の間では窃盜罪はありません。強盗は非公然の通例他人が占有している物の窃取です。また、その人の意思によらずに他人のものを領得する盗取です。横領罪や背任罪はつきり独立しておらず自ら占有している占有に関する委託のない他人の物を取つたときは窃盜罪になります。盗には現代刑法にはない搶奪なる行為類型があります。⁽¹²⁾

また、倫紀に關係する類型があります。縁坐、十惡、干名犯義、親屬容隱、子孫違犯教令等が典型例です。その他、刑

律罵詈、受贓、詐偽、犯姦、雜犯門等に官吏が地位を巡つて不法に財物を受け取る犯罪や姦、放火、失火等の犯罪類型が規定されています。⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾ 官吏が收受する犯罪には人民が自らの意思で差し出す財物を收受する罪と官が勢いを恃んで人民に差し出させた財物を收受する（「求策」）罪があります。前者には請託を受けて職務行為を行なった対価として賄賂を受けたたりその約束をする取賄罪と私派のように職務行為として收受する罪があります。そのとき官や皇帝が責任を負うことはありません。

団体による犯罪について刑律は名例律の趣旨を情理に沿つて補充するいくつかの具体的な類型を記しています。例えば、謀殺人条は随従者を加功、行不加功、不行の三つに分けています。強盜条は不行不受分の造意者は従犯とするとされています。

唐律よりも清律の方が縁坐を伴う犯罪の種類は多いし縁坐する親族の範囲は広くなっています。⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾

「刑罰の種類と量刑」 律は正刑として五刑を規定しています。清代にはさらに充軍、發遣、枷号等の刑が見られま

す。⁽²¹⁾ 律例は犯罪類型に沿つて刑罰を絶対的に定めています。具体的な刑が律例によつて明確になります。例えば、謀殺も故殺も斬候であつて刑罰に違いはありません。団体による人命犯罪に於いて被害者が一人であるとき原則として一人を死刑に処し一人を越えませんが。窃盜条は一人から得た財物の価値を基準にして杖六十から絞監候に処します。三犯は贓数に関わらず絞監候に処します。

量刑について犯罪類型に即してではなく総則的に言う条項もあります。例えば団体犯罪のとき従犯は主犯から一等を減じます。首犯が死刑であつても従犯は死刑にはならないのであつてその違いは小さくありません。年齢や身体障害の程度に応じて減刑し、九十歳以上や七歳以下の者は処罰しません。自首を評価するとき不実不尽のところがあつても死刑は一等を減じ、人が告発するのを知つたり逃叛して自首したときは二等を減じます。

上申する承審官とは異なりその根拠を明示しないので判断の経過に沿って推察します。

刑法の法源の第一は律例です。⁽²⁴⁾ 時間的場所的な変化に伴う特別の事情があるときは適用されません。もともと律例は情理の内容を探る明確な手がかりになるように犯罪と刑罰を成文で例示して承審官に与えたものでした。ところが定擬に律例の引照を義務付けたこととも関係し承審官は手続を進めるときに取り付きどころを求めて引照する蓋然性の高い規定を作業仮説として取り上げるようになります。捜査段階から律例の条項を意識するのであり定擬のときに始めて律例を見るではありません。また、審理の過程では犯罪の成否の判断と量刑の二つが不可分になされるのであつて犯罪の成否の判断には律例を使わず量刑のためにだけ律例を使うのは不自然です。このような律例を軸にする審理経過のあり方から見て承審官にとつて既に律例は単なる手がかりではなく規範として自立した法源の性格を帯びるようになっていくとらえる方が無理がありません。⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾

皇帝は法を定立する権限を持つているので律例は法源ではないとするのはよくありません。皇帝は新たに法を作り得たといつても既にある律例を改訂することはできないのです。皇帝の立法権限もそこに止まり律例はよるべき法源であつたと見るのが至当です。律の体系は皇帝も従うべき情理を成文化し諸王朝を越えて継受して来たものです。それは皇帝の権力行使を制約するために作つたものではないけれども皇帝の判断を規制する大きな規範力を持っています。皇帝も律例を無視せずそれは権力行使に対するいわば内在的制約になっています。現代法の法源のような与えられたものではない自律的準則です。

このことは事案について皇帝がなしている判断の過程に沿って律例の働きを見ると一層はつきりします。皇帝は手足としての承審官に律例に照らして判断するように命じています。そして、彼らが上申した素案を受けて皇帝は刑部に諮問して承審官の判断が正しいか否かを検証します。承審官の定擬が律例を間違つて照らしていると評価したときは斥けて新た

な判断をします。留意しなければならぬのは律例の要件事実の存在を認定し、かつそれ以外の事実を認定していないときに皇帝が律例とは異なる処断をしている事案を検索できないということです。律例が皇帝の判断に果たす役割は承審官の判断に対するそれと異なりません。律例にない事情を考えて処理してその律例が事実上使われなくなることはあつたとしても律例を否定しその体系を変えることはないのです。

法源の第二は情理です。情理を適用するときの律例の使い方が問題になります。比照は情理の解釈であつて律例の解釈ではありません。律例を犯罪性の存否と大小を知る手がかりとして使つて情理の内容を探ります。その探り方の第一は律例を作業仮説とする審理の進め方を反映して、その文言を参照するものです。仮説として取り上げて事実認定した律例の条項の枠の他に考慮するべき重要な事実があると判断したときは情理によります。比照の多くはこれであつて行為の外形が類似する条項との距離を言葉が持つ意味を拡張したり縮小したりして測ることによつて犯罪性の存否と大小を評価します。第二は行為の外形の類似性ではなく犯罪性を比べる方法です。類似する条項が見付けられない例外的な場合になすのが原則です。もともと犯罪性を比べるのが比照の原理であつて行為の外形に着眼するのはそうすることが比べ易かつたからです。

比照は判断が余り律例から外れないようにする働きをします。法と情理を分けた上で法のないところもそれ程法の精神から離れない仕組みになつている点に清代刑法の特徴があります。また、比照は手続としては上申し皇帝の裁可を求めます。そして、裁可されるとそれは成案として後の事案に於いて比照の裁可を求める上申の根拠とすることができます。比照するとき律例よりも成案があればむしろ成案を見ると言います。現代法の判例に似て清代の比照は同様の事案の判断を緻密にし統一する働きもしています。

因みに、中村茂夫氏は結果に対する予見可能性がないときに過失殺人条を比照している事案を過失殺人条の適用例とさ

れます。しかし、それは比照して情理を適用しているのであつて律が言う犯罪類型としての過失殺人ではありません。その犯罪類型に格別の罪名は付けられていません。

〔法源の選択〕 法と情理をはつきりとは分けられない民事法源とは異なり刑法の法源は律例を参照するときに使う法と比照するときを使う情理にはつきり分かれず。刑案史料に頻見する正条とか（「治罪」）明文あるいは治罪明条、科罪明文という文言は律例を指します。律例には犯罪を具体的に記す（「治罪」）専条と呼ばれる条項と犯罪の一般的あるいは基本的な型を記す条項があります。もつとも専条と言つてもそれなりの類型です。法と情理の違いは実定法か自然法かにあるのであつて情理は常に一般的な内容とは限りません。個別的な情理もあります。

審理の対象が検察官が示す訴因によつて限界付けられる現代の刑事裁判と違つて、承審官が審理の対象とする事実の範囲を決めることが法源の仕組みを特徴付けます。見方を変えれば事案は違つて見えるのであつて審理の対象は複数あり得ます。⁽²⁷⁾ 取り上げた事実が法の要件事実と一致するときはその法による処理が同じ事実に対する情理による処理に優越します。ところがその法の要件にない事実を認定し異なる犯罪類型として情理を適用することがあります。そのとき法による処理と情理による処理のどちらを選ぶかは法源の形態と事案の状況を見て決めます。専条は規範として常に最も優越します。承審官は取り上げた事実が専条の記す要件に一致するときはそれを参照しなければなりません。〔例内自有・専条・引照不容牽混〕（例の内に専条があります。引照を間違つてはなりません。）とところが成文になつていても一般的な条項の規範としての力は強くありません。一般的な条項を参照するよりもその条項、あるいはそれとは別の条項を比照して情理を適用することがあります。

それなりに優劣が確立して来ると原則とその調整として説明することもできます。

取り上げた事実に対応する法がないときは情理によります。

ルールと依照 寺田浩明氏は法には明確化、客観化し裁判の際の基礎付けとなるルールと事例として参照するに過ぎない非ルールがある。近代法は前者である。断獄に於ける律例は皇帝を拘束しない故、皇帝にとって非ルールである。また、承審官がそのまま援引する律例は命令であり比照は新規立法である故、承審官にとつても非ルールであるとされます。⁽²⁸⁾ 新規立法とするのは実定法のみを法とする考え方に立っていることを示しています。

律例は官員を名宛人にするものであり承審官はそれを犯罪の存在根拠として捜査の取り付きどころとしひとまずそれを審理の枠とします。定擬のための実体的準則としてまずは依照を指すのです。明確かつ客観的で判断の基礎となつている準則をルールと定義すると律例を依照するときそれはルールとして働いています。そして、承審官は皇帝の手足であるので律例は皇帝にとつても事実上ルールと同じ働きをしています。

寺田氏の言うルールとは法を定立する者が法を確実に執行させる目的で執行者に与える準則です。ただ、社会や法の特徴を解明するにはルールの内容等を見ることが肝要であつてルールの存否に着眼するだけでは不十分です。官員が依照するときの律例はルールではあるけれどもそこでは権力を上から下に委譲しているのであつて、権力を分立する近代社会とは異なります。

註

- (1) 拙稿「清代刑法に於ける因果關係」(星葉論集八輯)、「清代刑法に於ける因果關係再論」(同右書一一輯)。
 (2) 中村正人氏は違法の程度が小さいとき責任の小ささが刑罰を押し下げることがあり、その限りで責任も犯罪成立の要素となるとされます。(同氏「清代刑法における正当防衛(一)」(法学論叢一二七)八四頁)しかし、違法性も有責性も犯罪行為類型の要素故、違法性が責任かを問わず犯罪性の小さいとき犯罪は成立するけれども可罰性はないとすることがあると説明するのがよいと思われ
 ます。

- (3) 正当防衛は違法性に着眼する言葉であり緊急行為は責任にも着眼した言葉です。緊急行為は違法性とともに通例、責任も減少します。
- (4) 拙稿「清代刑法に於ける共同犯罪」（星葉論集二七輯）、「清代刑法に於ける自殺関与者の罪責」（同右書二八輯）。滋賀秀三「唐律における共犯」（滋賀著書二所収）。
- (5) 中村茂夫「縁坐考」（金沢法学三〇の二）、この論考に対する筆者による書評が法制史研究三九に収載。
- (6) 刑事細案は時にこのような行為後の反省や個人の性格や経歴、環境を考えて調整します。人命犯罪は原則として死刑故、事実上これらを考える意味が殆どありません。
- (7) 命案に於いて累犯や常習性に加重する成文の条項はありません。
- (8) 中村正人「清律誤殺初考」（京都大学人文科学研究所『中国近世の法制と社会』所収、この論考に対する筆者による書評が法制史研究四四に収載）、同「清律誤殺再考——刑罰軽減事由としての観点から——」（金沢法学四九の一）。
- (9) 多くはないけれども誤殺傷とせず殺人未遂と過失致死罪と構成することがあったと言います。
中村著書。
- (10) 清代初期に於ける過失の上限は中村茂夫氏の説くところよりもっと広がったことについて、中村正人「清代初期における過失殺事例の紹介と若干の検討」（金沢法学五五の二）。
- (11) 拙稿「清代に於ける窃盜罪」（星葉論集一三輯、中国語訳が那仁朝格図の訳により『世界学者論中国伝統法律文化』（法律文化社、北京、二〇〇九）に収載されています）。
- (12) 拙稿「清代に於ける性を巡る法秩序とその司法的保護」（同右書二〇輯）、同「清代に於ける妻女の生活秩序を侵す罪とそれへの対応」（同右書二一輯）。
- (13) 拙稿「清代刑法に於ける官吏が地位を巡って財物を不法に收受する罪」（同右書一六輯）。
- (14) 拙稿「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）。失火をなした者に対する処罰は抑制的です。過失殺人を巡る準則の仕組みとは異なり失火の罪責は予見可能性のあるときに限られます。現行の失火の責任に関する法にも似て賠償責任も限定的です。
- (15) 拙稿「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）。失火をなした者に対する処罰は抑制的です。過失殺人を巡る準則の仕組みとは異なり失火の罪責は予見可能性のあるときに限られます。現行の失火の責任に関する法にも似て賠償責任も限定的です。

- (16) 拙稿「清代における医療提供の仕組みと違法な治療に対する処罰」〔森田成満『法と身体』（国際書院、二〇〇五）〕。
- (17) 律例は犯罪類型の要件を容易に認定する便宜の方法を用意しています。因果関係が存在する事実を認定するための保辜と呼ぶ便宜の方法があります。共同犯罪に於いて犯罪意思の形成に果たした役割と実行行為の性格や態様以外の事実に着眼して首犯であると見なすことがあります。例えば継続的かつ組織的な犯罪者集団である光棍がなした犯罪についてその構成員の責任は謀議や実行行為のあり方ではなくて組織内の位置によって決まります。官員と人民による共同犯罪は官員が首犯になります。
- (18) 犯罪類型は事実認定の特徴を反映しています。例えば威逼人致死条があるしそれを巡る事案も数多くあります。現代に於いて自殺関与を刑事事件として立件することは余りありません。現代法の特徴として自由意思の存在を認定する傾向が強いので自殺に他者の影響を認定することは少ないのです。
- (19) 謀反、大逆と謀叛の縁坐する親族の範囲は広く父母、祖孫、兄弟等に及びます。その他の規定は妻子やあるいは同居の人に限りません。妻子を縁坐するけれども父母は縁坐しないことや息子は縁坐するけれども父は縁坐しないこととか同居の人を処罰することがあることは男系の血や尊属よりも社会的な人間関係の緊密さの実態を重視していることを示しています。父母等よりも彼らの方が危険であつたでしょう。
- (20) 律例の併合罪は原則として吸收主義です。ただ、刑を加重している事案も散見されます。
- (21) 徒は雍正初期以降その省の駅通に発するとされるが嘉慶年間の条例によつて省内の州県に配当するものになつていきます。軍隊に編入する充軍は距離に多少の違いはあるけれども流刑と異ならずになります。いずれもいわば保護観察下にはあつたが行動は自由でした。流刑、充軍に於いて清初は律の規定通り原則として妻妾を同行させました。ところが乾隆年間に同行を認めなくなり、十八省以外の辺境に追放する発遣はその地で種地または当差に従事させます。枷号とは昼間首かせをしてさらし者にし夜は拘禁する刑罰です。杖刑等の付加刑として使われました。財産等の没官を付加することもあります。換刑に収贖があります。
- (22) 律例にはない死刑執行の一方法として犯人を杖でたたいて死亡させる杖斃があります。（拙稿「中国法史講義ノート(III)」一四頁）。軽微な懲罰に刑責があります。事実上容認されてきました。また、伝統中国の刑罰に自由刑はなくそれ故刑務所はありません。縁坐に於いて斬は謀反、大逆の祖父、父、子、孫、兄弟、及び同居の人等のみ科されます。妻妾に死刑はありません。謀叛の縁坐の及ぶ範囲は広けれども刑罰は奴隸にするものと流二千里に処するに止まります。

(23) 法による裁判をなす現代に於いて事実が成文条項の文言から遠いとき拡張解釈によつてそこまで成文の意味が及ぶとすることがあります。法の解釈、運用は裁判所が行います。清代に於いてもそのようなとき律例をそれなりに拡張解釈して依拠することもなくはないけれども通例は情理によります。律例の解釈は抑制的であり特に刑罰が変わる程に犯罪性の大きさが違うところまで解釈が及ぶことはありません。

(24) 律例以外にも刑罰を伴う成文規定はあるけれども例外的なもの故、ここでは触れません。(拙稿「中国法史講義ノート(Ⅰ)」一頁)。
拙稿「中国法史講義ノート(Ⅲ)」三頁。

(26) 筆者はかつて拙稿「清代の命盜事案に於ける法源と推論の仕組み」(同右書二二輯)に於いてもとも刑法の法源は情理であり律例は犯罪の枠と刑罰を決めるための例示に止まると記しました。ただ、清代に於いては既にその段階を過ぎているのであつて本稿のように説明します。同「清代刑法に於ける自殺関与者の罪責」(同右書二八輯)。

因みに、現代法に於いて情理が刑事法源であつて成文条項は情理の内容を探る参考資料に過ぎないというところえ方はしません。成文法を規範として自立させています。

拙稿「中国法史講義ノート(Ⅲ)」三頁。

(27) 寺田浩明「清代刑事裁判における律例の役割・再考——実定法の「非ルールの」なあり方について——」(『東洋文庫前近代中国研究班』「宋——清代の法と地域社会」(東洋文庫、平成十八年)で、同「非ルールのな法」というコンセプト——清代中国法を素材にして——」(『法学論叢』二六〇の三・四)、同「中国伝統法における法解釈のあり方」(『社会体制と法』一)、同「裁判制度における「基礎付け」と「事例参照」——伝統中国法を手掛かりとして——」(同右書一七二の四・五・六)。

重案について寺田氏は刑罰論に力点を置き律例が典型的な犯罪類型を提示しているという犯罪論への着眼に乏しい。犯罪類型故、既に捜査段階からそれは作業仮説になります。また、州県自理の案について寺田氏は情理と個別事案の間で両者を媒介する具体的内容を持つルールはない。聴訟は徹底的に個別的(アドホック)であり情理に沿っていたと判決後に評価されるとします。この点は寺田氏と全く見方を異にします。法が原則として成文になつている現代法とは異なり法と情理のどちらを適用したのかとこそもそどこまで成文の意味が及んでいるかという法と情理の関係を制度上区分けできないところに清代民事法の特徴の一つがあります。いわば自然法と実定法を完全には区別できません。本稿ではそれを法理、あるいは法と呼んでおります。しかし、成文化して

いないとしても土地支配や家族はかくあるべしと確信する具体的法理が存在しています。裁判に先立って存在する行為規範から見るのが有益であって裁判はでき得る限りそれに沿っています。調整することはあるけれどもその法理が原則的裁判規範になつていたのであつてそれ程個別的ではありません。

第三節 秋審と勾到に於ける分別の法理

一 秋審に於ける法理

情実、緩決、可矜に分ける法理 どのような犯罪類型に当てはまるかは定案手続で決まります。ここでは斬、絞に決まつた者を処刑するかどうかを決める基準を問題にします。そこでは減刑の可能性を探つていて、例えば絞を斬に変えるような刑罰の種類を重くしている事案を検索できません。

第一に、行為と行為者の悪性の大小を評価して処遇を決めます。行為の悪性を見る点で原則として定案手続のそれと同じです。認定はしていたけれども重要ではないとして取り上げなかつた事実、あるいは秋審に委ねて取り上げていなかった事実や認定していなかつた新しい事実が見付かれればそれも見ます。違法性を修正する格別の事由に留意します。例えば謀殺殺の場合動機や目的のような犯罪の成立要件にはなつていない違法性を修正する事実を見ます。責任を修正する事由に着眼して行為者の悪性を見ます。行為の緊急性が考慮されることもあります。⁽¹⁾

個人的事情は考えません。

第二は、定案後の事実です。秋審手続をなしている間の拘禁の事実を評価します。定案手続を記す条例が将来の秋審に於ける取り扱ひまでを規定することもあります。⁽²⁾ 定案後の当該犯罪に対する反省の有無は考慮しません。乾隆末年に作られ道光年間に修改された条例は、秋審手続の間拘禁されている獄から脱走したとき集団で計画してなしたか否かを考慮

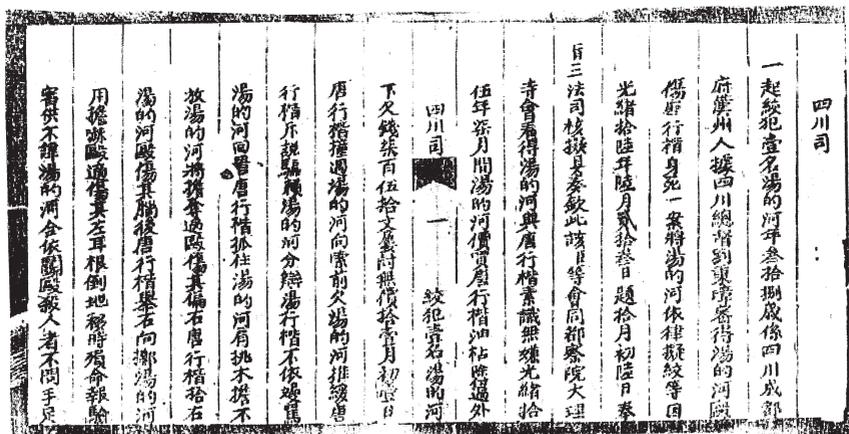
して重い処分に分別するとしています⁽³⁾。

分別の判断を容易にするために具体的な取り扱いを示す法理ができて来ます。定罪手続で謀故殺とされた事案は格別の軽減事由がない限り情実とされます。鬪殺とされたものは格別の事由がない限り緩決とされます。秋審事案の半分以上は緩決として処理されています。情実数次で緩決とし緩決数次で可矜とするという法理ができます⁽⁴⁾。

そして、このような分別の法理が成文とされることもありま。上記条例も成文の例であるし、時に秋審に於ける取扱いについての運用指針（ガイドライン）の働きをする成文の章程が作られています。

留養とする法理⁽⁵⁾ 留養（「存留養親」）とは老疾の父母を介護させるために犯人を皇帝の裁可を経て釈放する制度です。秋審手続をなす一年間の拘禁という事実上の懲罰を科した後には釈放することになります。儒教の倫理に沿うものであつて治安の維持に大きな障害にならない範囲でそれを認めます。監候人犯一般に通用するものではなく緩決と可矜になったときに働く準則です。

留養条は北魏律に始まります。もともとは一時的な執行延期の

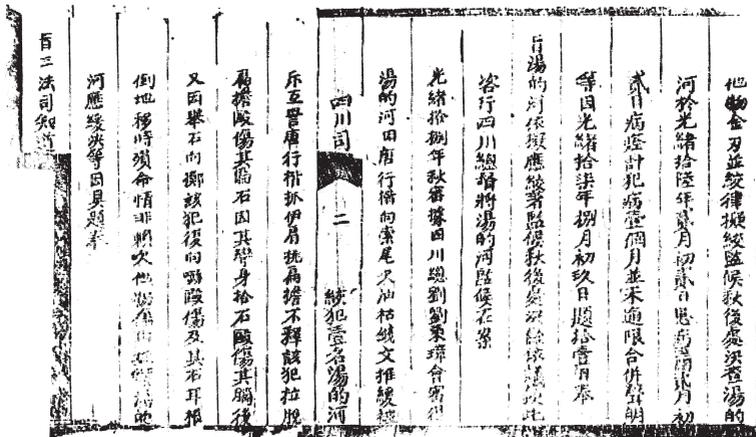


制度でした。ところが徐々に事実上釈放する制度になつていきま
す。弊害を考えてその後適用を厳しく制限します。ところが清代
になると秋審に取り込まれて活用されるようになります。

鬪殺や殴妻致死という殺人の故意のない人命犯罪をなした犯人
の父母が既に死亡しているときに釈放して承祀を認める留養承祀
と呼ばれる処分もあります。⁽⁶⁾ 留養承祀制度の存在や留養後強
いて再取監しないことは留養が戸絶を避ける性格をも帯びたこと
を示しています。

二 勾到に於ける法理

勾到手続では情実を執行する勾決（「与勾」）と執行しない未勾
（「免勾」）に分けます。勾到には情実犯人の名を書いた紙に皇帝
が引いた印が横切つた者を勾決とする方法と刑部等の官員が予め
結論を用意する二つの行き方がありました。前者は処刑する者を
偶然によつて選択することになります。道光初年陝西司が関係し
た後者の例は内閣大学士が刑部と共同して処遇の意見を上奏し皇
帝が裁可してそれを督撫に伝えて実行させています。未勾の理由
として故なく犯行に及んだのではないということ、あるいは心に
犯行をなす気持がないことの二つを挙げています。⁽⁷⁾ 改めて犯罪



刑部直隸各省重囚招冊の右頁続き

行為の違法性あるいは責任の少なさを認定しているのであって、行為と行為者の悪性を見る点で定案や秋審手続の判断の仕組みと異なりません。上級官衙が再審理する稟議制的手続の中で先行する定案や秋審では一応の事実認定に止めておいて違法性や責任の阻却事由の評価は後の手続に委ねることが時にあつたことを窺わせます。⁽⁸⁾

註

- (1) 赤城美恵子「清代における秋審判断の構造——犯罪評価体系の再構成」(法制史研究六三)。
- (2) 例えば大清律例一『大清律例彙輯便覽』(光緒二十九年、成文出版社影印)を使用)卷二六、刑律人命戲殺誤殺過失殺案条例一三。
- (3) 大清律例卷三五、刑律捕亡獄囚脫監及反獄在逃案条例九。
- (4) 刑案匯覽統編卷一三、刑律人命謀殺人「山東撫 題張才因無服族叔張高升之父張儒毆傷伊父張汝林身死・・同治九年說帖」。緩決が時に永遠に監禁する刑罰として使われることもあります。
- (5) 中村正人「清律『犯罪存留養親』考(一)」、同「同(二・完)」、同「同補考(一)」、同「同(二・完)」(金沢法学四二の二、四三の三、四五の二、四六の二、この論考に対する筆者による書評が法制史研究五五に収載)。

起新犯楊治本
 因胞兄楊修本願次圖姦伊妻常氏不從吵鬧伊
 母秦氏斥詈楊修本項掉詈母編譴秦氏喝令
 該犯糾毆該犯欲干母氣央兇總麻叔楊吉盛辭
 勸秦氏喝令按打楊吉盛用刃背毆傷其右腳腕
 倒地復連毆其右腿楊修本兩手架格致被毆
 該犯用棍連毆其右腿楊修本兩手架格致被毆
 傷右臂膊右手背至手中指至夜殞命死者亂倫
 詈罵其母罪犯應死嚴由迫於母命並非無故違
 犯干犯情稍可原是以未勾

一起犯姚汝誠
 因胞兄姚汝貴嗜酒賭博被父斥詈出言頂撞該
 犯以理向斥姚汝貴噴伊屢發技刀趕扎該犯將
 刀奪過因其兩頭向撞該犯退避不及用手抵推
 刃刃致傷其左肩甲詈罵傷其膝後髮際姚汝貴
 舉脚向踢該犯情急用刃抵格不期截傷其右腿
 接時殞命抵格適傷尚非有心違犯干犯情稍可
 原是以未勾

- (6) 拙稿「中国法史講義ノート(Ⅲ)」一七頁。
- (7) 陝西秋審榜示(道光四年至六年、官撰)。
- (8) 拙稿「清代法に於ける同謀共毆致死事案の処罰の仕組み」(星葉論集二六輯)。

〔付記〕

中国法史講義ノート(Ⅰ)(星葉論集二九輯)一二頁十二行目の刑法の性格を刑法の国制上の位置に、十三行目の定案手続に於ける科刑法理を断獄に於ける刑法に、十四行目の秋審手続に於ける科刑法理を秋審と勾到に於ける分別の法理に改めます。