

清代刑法研究

中村茂夫著



中村茂夫著

清代刑法研究

東京大学出版会
學術書刊行基金

著者略歴

なかむら しげお
中村 茂夫

1925年 静岡県浜松市に生れる
1953年 東京大学法学部法律学科卒業
現在 新潟大学教養部教授
現住所 新潟市小金町 106 新潟大学宿舎 185

清代刑法研究

1973年 9月 1日 発行



著者 中村 茂夫

発行者 福 武 直

発行所 財団法人 東京大学出版会

113 東京都文京区本郷 東大構内 電話 (811) 8814・振替東京59964

三陽社印刷・矢島製本

3022-26206-5149

目次

序 説	三
第一章 過失の構造	一七
序 言	一七
第一節 律に見られる過失の定義	二六
一律の規定（三八） 二一律注例示との符合（三三） 三「耳目・思慮」の意味（三三）	
第二節 過失に似て非ざるもの	四三
一 戯殺傷（四四） 二 弓箭殺傷、車馬殺傷（五三） 三 いわれある行為（六六） 四 誤殺傷、 闘殺傷（六六）	
第三節 過失と因果関係	八三
一 罪は由る所に坐す（八三） 二 自殺、自行失跌（八六） 三 手ずからして過失にて殺す （九五） 四 過失への比照（九六）	
第四節 用語法	一〇六
一 過失の同意語（一〇六） 二 明文なき場合の過失犯（一〇九）	

第五節	過失殺の刑罰	二二
一	一般の過失殺傷（二二）	
二	特別の過失殺傷Ⅰ（二五）	
三	特別の過失殺傷Ⅱ（三四）	
第六節	唐・清律過失の異同	一三四
一	唐・清律の相違（二三）	
二	清代内の変遷（四一）	
結語		一四七
第二章	比附の機能	一五一
第一節	律の規定	一五一
第二節	比附の作用	一五三
一	比附の推論（二五）	
二	推論の特徴（二五）	
第三節	比附断罪の手続	一七三
第四節	比附と類推	一七四
第三章	精神病者の刑事責任	一八三
第一節	沿革	一八三
第二節	判例法上の瘋病による犯罪	一八七
一	一般の瘋病殺傷（一八七）	
二	服制ある者の瘋病殺傷（一九五）	
三	殺傷以外の事犯（二〇一）	
第三節	瘋犯の刑事責任	二〇六

第四章 自殺誘起者の罪責	二五
序	二五
第一節 判例に見られる自殺誘起	二七
一 基本的規定(三七) 二 婦女の自殺(三二) 三 父母らの自殺(三〇〇)	二五
第二節 間接の自殺誘起	二五
一 第三者の自殺(三五) 二 日を経た後の自殺(三六)	二五
第三節 罪責の追及	二四
一 威逼条第一段考(二四三) 二 威逼条例考(二五〇) 三 罪責追及の法理(二五二)	二五
結語	二五
あとがき	二六
事項索引	二六

清代刑法研究

序 説

本書は中国刑法の理論史的研究を試みた私のこれまでの論文を収めたものである。

序説では、初めに、本書各章に通ずる関心の方向を極くあらまし述べる。次いで、諸論文の成立ちや梗概を略述し、終りに、全体に共通ないくつかの主な術語や資料の簡単な解説を附記することとしたい。

中国法系においては、法とはすなわち刑法を意味するほどのものであり、古来、法が刑罰を中心として優れた発達を遂げたことは、よく知られている。このため、刑法史の研究も比較的多くの学者が関心を寄せることとなり、この分野において貴重な論著もこれまで少からず残されている。

しかしながら、このような中でも、旧中国刑法を理論的側面から考察することは、従来あまり着目されず、これを扱った論考も数少い。

また、これまで中国刑法史上の事象を挙げて解説するとか、或いは旧中国刑法を体系づけるなどの場合に、現代の刑法の角度や、刑法学の概念に引き寄せて考察するという傾きがまま見られた。⁽¹⁾もとより、歴史上の法的事象を明らかにするために、今日における法学上の概念や体系を援用するのは、広く読者の理解に役立てる上に大切なことであり、また、比較法制史的な研究の上でも必要とされるものである。しかし、西洋法系や日本法系とは異なった発展過程を持つ中国法系の中には、現代法学の理論体系に基づく視角を以てしては見誤り易い事象が、当然ながら多く伏在するであろう。この或いは自明な事柄が、これまでにややとすれば忽せにされた憾みはなかったであろうか。

思うに、我が国における研究の場合、文字の同一性ということや、彼我身近であるためとかく表面的にだけ観察しがちなことなどが、先の傾向を無意識のうちに助長するものであったかも知れない。また一方で、この傾向は、従来往々見られたような、中国法の発達或いは後れを証するために、西洋法史と中国法史との上に外見上類似した事象があるかないかを以てしようとする考究の方法とも、無縁のものではないように思われる。つまり、西洋法の発達の過程から、高度に理論化され抽象化された法制的概念——すなわち現代法学の概念——を、中国法史上の素材に当てはめて評価の尺度としようとする見方が、従来必ずしも稀ではなかった。このような動向は、例えば中国法史の上に、罪刑法定主義なる西洋法上の原理——直接にはヨーロッパ十八世紀以降に、自由主義の所産として確立、評価される原則——に当てはまるものの有無を求める方法などにおいても、時に見られるものであるが、なお端的には、本書第一章に扱う旧中国法の「過失」に対する従前の見方の一部にも現われているものといえる。

私の年来の主たる関心は、以上のような既往の一つの動向に疑いを挟むことに端を発したものである。事柄の外観や、名称の同異によって判断を急がず、客観的な事実の問題と、用語の上の約束の問題とを区別して考え、異なった法に独自の論理構造を捉えるためには、対象たる事実在即して、いわばその内側から、事実の表現しようとするところを捉えてこれを理論づける努力が必要とされるであろう。このような観点から、本書では具体的な生の法律案件自体に即しながら、そこから中国固有の法概念や、論理構造の特質を求めようと意図した。関心の方向は、なおその中から中国人の法的思考の在り方を汲み取りたいというところにも及び、更に、遠い彼方には、中国法系という世界の法史上に屹立するものの内から、人間の思维方法の一つの大きな類型をも垣間見たいとの念願がある。その意味からすれば、また、刑法は一般に民族の全個性を表現するものであるといわれることからしても、旧中国の持った優れた刑法典と豊富な刑事判例とは、中国人の思考の発現形態を窺い見るための、こよなき素材といえるであろう。

本書が採り挙げたのは、専ら清代の刑法である。しばしば唐律に言及し、また極めて簡単に沿革に及んだものもあるが、論述の中心は標題に掲げた通りのところにある。以下、清代刑法に特に眼を向けたいわれを概略述べておくとする。

由来の久しい中国刑法発達史の中で、最大の精華とされる法典は、唐代に完成された唐律であり、その価値はすでに多くの先学から高く評価され、ここに繰り返す必要もないほどである。しかも唐律は、唐以前諸朝の法典と異なり、今日にそのまま伝存されるという二重の価値を持つ。私もまずこの唐律に注目し、律疏に現われた精緻な概念を初めとして、洗練整合された法的思考をそこに窺うことができた。しかし他面に、この優れた刑法典が現実にはどのように機能したかという点になると、唐代にこれを求めるのは、資料の上の制約からして容易なことではない。

そこで、唐律が大筋としては明・清代にまで承け継がれたことに着目すると、唐律に示された基本的な諸規定の適用の実態を、唐代に代えて、時代を降って清代の資料に探ることが考えられる。清律はほぼ明律を継ぎ、この明・清律共に、法典編成の形式には唐律と異なるものがあり、また、内容の上でも、国家・社会の体制と刑法とがかかわり合う分野では、唐律と異なった規定を備えてはいる。しかし、とり分け刑法理論に関する基本的諸原則の面では、明・清律の規定は唐律に由来するところが多いものであった。一方、唐代以降法の発展は、特に先例の集積・整理の形をとるようになり、明代を経て清代に至ると、一つには、律のほかにこれに附された条例が夥しい数に上るに至っている。この条例は、概して動かざる基本法たる律だけを以てしては、時勢の変遷に応じきれぬという現実から、「時に因りて以て宜しきを制す」（駁案新編・序）との趣旨に則り、律の足らざることを補う役割を果し、法の発達に寄与したものである。これは法の働きを知るための重要な資料をなす。いま一つには、清代には数多くの刑事判例集が編纂され、そこに収載された判決例——成案、ないし案という——は、膨大な量に上る。成案はこの時代におけ

る最も重要な事実上の法源をなすものであったことができ、同じく判例集に収められた刑部部内の意見書たる説帖と合わせて、当時の刑事事件がどのように扱われたかを知るために恰好な資料となる。清代の刑法において実際の意義を持ったのは、律よりもむしろこれら条例や判例——説帖をも含め——であったといつてよい。

このように見ると、唐律において基本的方向の定められた法的思考が、社会の現実に対応して如何に具現したかを尋ね、法の運用の実態を探る上で、清代の条例や就中判例は、唐代にはもとよりその後のほかのどの時代にも求められぬ、纏った且つ現存の無二の資料といつても過言ではない。私が専ら清代刑法の研究を志したのは、以上のような意味で、清代を好個な資料源と見たからであり、同時に、そこに求められた成果が、時代を超えて旧中国法の原理や仕組を理解するために役立つところがあろうと考えたからにほかならない。

因に言えば、判例集の中で、今日において手近に利用できる著名なものとしては、刑案匯覽、例案全集、駁案新編など（後述参照）が挙げられる。しかし現実には、これらは最近まであまり日の目を見ぬ、いわば埋もれた資料であった。古く前世紀末、アーネスト・アラバスターにより、これらの判例集を用いた中国刑法の概説的著作があつて以来、極く近頃に至つて、我が国及び米国の学界の一部において、判例集に着目した研究の動向がようやく見られ始め、その成果も徐々に公にされている。しかしなお、多かれ少かれこの資料を活用した業績は、僅かなものに過ぎない。⁽³⁾

かつて滋賀秀三教授は、中国の法、或いは社会の研究の現状（昭和二十五年現在）が、「広く資料を集める点において長足の進歩を示しつつ、集まり来る資料の意味を熟考玩味して、一つの体系を組立てる点においては、著しく立後れてゐる」のではないかと評されたことがある（『中国家族法論』（弘文堂、一九五〇年）序）。立言の趣意が、資料を博搜し収集する作業は、すでに殆ど十分であるという意味のものではなくして、後半部を強調されようとするところにあることは明らかである。それにしても、私の研究は右の評言への深い共感によって、出発点での方向がほぼ定められた

といつてもよい。これを自らの問題の上でいうならば、旧中国刑法の理論と実態とを探るための資料としては、確かに前述のような纏った判例集が絶好のものであるとしても、それが資料のすべてであるわけではない。そのほかに、史書に載せられた記述を初めとして、見逃し得ぬ貴重な資料はもとより数多くある。しかし、——現実の制約もさることながら——、資料の多きを求めるのに先立ち、しばらくはまず求め得た資料に専ら思考を潜めて、そこに流れる法の原理を尋ね、その構造を捉えるべく研究の在り方を定めようとするのが私の意図である。

とはいえ、このような試みは誠に困難な業ではある。翻つて、過去の中国の法学者は、唐律疏議に結実したような例外はあるが、特に比較的新しい時代で見ると、個別的な法的事象を細大洩らさず記述し分類・対照する面で、また、それに字句的な注釈を施すことにおいては、数々の成果を残している。しかし、それを理論的に整合し体系づけて、法的な原理を追究することには、概してそれほど関心を示さなかったかのように見られる。端的にいつて、関係の資料文献には、中国人の側からした法的な理論づけや思索の跡を物語るものは、あまり多くは求められない。その故にこそ、この研究が先見を去つて資料そのものに即する意味があり得るのであるが、他方で、ともすれば五里霧中に陥る惧れもなしとしない。熟さぬ試論を敢えて一書に収めて、大方の示教を待つものである。

次に、各章の内容と成立ちとを簡単に述べておきたい。

本書が最も主たる資料としたのは、前述したような、清代の律や条例、就中判例である。目下のところ、管見の及んだところは極く一部分に過ぎない。しかし、その範囲で、従来唐律やまた時に明・清律を論ずるのに際して、旧中国刑法の特色と看做された二、三の問題の理論づけの上に、改めて考え直すべき余地が残っているのではないかという疑問を抱いたところがある。四つの章の内、とり分け第一章の発想は、このようなところから生じたものである。第一章では、唐律や明・清律のみならずなお古くから法源に現われる「過失」の語を取り出し、その実際の適用例

を清代に求めて、これを通して律の規定をも考えてみようとした。一般に、刑法史の發展を論ずる上に、故意・過失の區別如何は一つの指標とされる。その中にあって、過失の語の由来が久しい故に、これを以て中国法の優れた發達を示す顯著な一つの例証とする説が、これまで比較的に有力であった。確かに中国法において、故意による犯罪と故意なき犯罪とを區別する法思想や制度の来源は久しく、比較法制史上も注目されるべき特色をなすものである。しかしながら、具体的事案を通して仔細に検討してみた場合、唐律や明・清律の中に進んだ概念規定を備えた過失は、今日における刑法学上の概念たる過失と、用語はたまたま同一であるが、直ちに実体上も同じものであったというのではないことが明らかになる。従って、主として律の規定の上だけから、中国法が古来故意・過失を區別したとする評價には、そのままにはうなずき難いところが残される。

このような彼我の過失概念が相異なるところにこそ、旧中国刑法の一つの特色が藏されていると見るべきである。要するに、第一章では過失の語を例として、旧律の論理構造の独自性を確かめると共に、中国人の法的思考の特徴の一端を捉えようと試みた。またそれに伴い、過失の語は殺傷に限って用いられるという性質のものであるため、質量共に旧律の少からぬ部分を構成する人命事犯の諸態様に、自ずと幾分の考察を加えるものもなった。

続く第二章以下は、いわば前章の副産物ともいふべきものである。次に第二章の梗概を記す。

判例に当たてみると、具体的事案に或る罰条を適用して判決を導き出す上で、「比附」の操作が行われている場合が極めて多い。比附とは元來、当該犯罪に直かに適用されるべき正条が律例に求められない時、類似の条文を援引して裁断する作用をいう。かかる比附の役割は、これを抜きにしては旧中国法の実際の運用面を論ぜられないほどに、大きなものがあつたと見られる。前章を手がける中でこのことが注目された。そこで、一旦これを整理して一通り解明しておくことが、今後判例に拠った研究を進める上に必要なものであらうと考えたのが、この章作成の動機となつ

ている。

比附は右のような作用を営むものであるから、これは従来、旧中国刑法における罪刑法定主義と如何にかかわったかという形で指摘されることが多かった。しかし本章では、罪刑法定主義そのものには直接立ち入らない。ここでは、むしろその問題を旧律の内側から考えてみる一つの前提として、法の性質や機能からみて比附と現今の類推との同異如何、比附が不可欠であった所以が旧律のどのような仕組の中に求められるか、また、法の生成発達に如何に関与したか等々を明らかにしようと試みた。

第三章を草したのも、前の二つの章の中に直接の機縁があり、判例に、精神病者の殺人事件を過失殺に照らして——つまり比附して——処断するとした事案が折々現われるのに注目したところに始まる。

法の歴史の上で、精神病者の犯罪が有責とされたかどうかは、その法の基本的な性格の一面を物語るものということができる。我が国の法に關しては、江戸時代を対象とした論考があるが、旧中国法におけるこの問題を立ち入って扱った研究は従来見られなかったので、比較法制史的考察の一材料ともなすべく試みたのがこの小稿である。精神病者の犯罪については、唐律令でも触れるところがあり、また、歴代の諸文献に断片的な關係資料は求められる。しかし、纏ったものとしては、清代の「因瘋殺人」の条例とも称すべきいくつかの条例と、並びに判例とが、事の性質を明らかにするための極め手となるものといつてよい。本章では、主として「因瘋殺人」への法の対応を、清代初期から時代を逐つて跡づけることにより、精神病者の殺人は原則として有罪とされ、その上で刑事責任の減輕が考慮されるのが一般であることを明らかにした。このことは、清代以前の歴代の沿革に見られる趨勢ともおおむね距たらず、清代の条例や判例が、古法以来の基本的理念を、具体的事実を以て帰納的に例証する資料たり得ることを示す一例ともなる。同時にまた、そこに見られる刑責追及の在り方は、責任が種々な外在的要因に大きく影響されるという旧中

国法の性格を示すものでもある。

第四章も、最初の章で今後に残した問題を、改めて取り出してみようとしたものである。

清代刑法の中には、人を自殺に逐い込んだ者を処罰する諸規定があり、この存在は欧米人の眼にとり分け印象強く映じ、中西文明の大きな相違点とまでいわしめたものになっている。この種の立法には、旧中国において、婦人別けても寡婦の置かれた立場などを反映する面も強く現われるが、律例の規定や判例が対象とするところは、その分野だけに止まらず、概して多岐にわたる。小稿は、題目にある通り、中国人の自殺一般の問題には特に立ち入らず、清代刑法が自殺誘起者の罪責を追及する諸態様を、事案の性質ごとに或る程度類別して、この問題の所在をひとまず具体的に紹介しようとした。その上で、このような諸規定は、一般に旧中国法が人命事犯に臨む原則から見た場合、特異というべき存在ではなく、旧律の一貫した構造の中に位置づけられる立法であることを明らかにしようと試みたものである。本章で論じた一部には、人命事犯における罪責の追及という点で、第一章で述べたところと相互に補い合うものも自ずと少くない。両者の関連を含んで読まれば幸いである。

説

序

終りに、本書全体を通してしばしば現われる法制上の術語の中で主ないくつかのものと、用いた最も主要な資料とを、専ら後の注記に代える意味で、以下に予め一覧とする。それぞれの術語の解説は、清代における主な用法だけに限り、且つ、本書の論述の上で直接必要な内容だけに止める。また、大部分のすでに定まった解説が施されているものは、それに従って要約紹介する。

一

總督・巡撫……巡撫は少数の例外を除き、ほぼ各省に置かれた執政上の最高責任者である。總督とは、おおむね更

に右の二、三省を統轄する責任者をいう。両者統属関係はない。合わせて、「督撫」と称される。

刑部……中央官庁たる「六部」の一つで、最も重要な裁判機関をなす。督撫・刑部共に皇帝に直属し、形式上では両者は対等である。しかし、刑の決定権専属の上では、徒刑に当る人命事案、並びに、すべて流・軍・遣の刑を科すべき事案は、督撫においては、原案として罪を擬するに止めて、これを刑部にはかる（咨部）を要し、以上の刑の決定権は刑部に委ねられた。なお、死刑を科すべき事案は、特別の例外の場合を除き、督撫が罪を擬したところを、「具題」（皇帝宛の上申）の形式で刑部に送り、刑部はこれを審査した上で、次述（三法司）の項）の手続を経て、皇帝の裁決を待つものとなる。刑部は「堂官」と「司官」とから主に成り、司官を編成する各「清吏司」では、それぞれ担当の督撫から刑部に送られた事案に対して、刑部の判断を草案に纏める。これが堂官の合議を経て、初めて意思決定をみることになる。

三法司……「刑部」「都察院」「大理寺」を合わせていう。前述の皇帝への上申事案は、刑部の審査を経て、都察院・大理寺の審議に附され、或いは、三者合同の会議にかけられた上で、上奏して皇帝の裁可を待って決定される。律例館……刑部に附属（もと独立、乾隆七年以後附属）する機関で、律例の纂修を掌り、また、堂官から意見を求められた案件を検討して、「説帖」（意見書、後述参照）を附して回答することを職務とした。但し、律例館の機能の実態などについては、私見には未詳のところが多い。

二

擬律……具体的事案に、原案として法を適用することをいう。「定擬」「問擬」ともいい、擬律した原案が「原擬」である。

駁……事案の上申の過程で、上級裁判機関が原擬を否認することをいう。駁された事案は、原審に差し戻して再審