

ったようにもみえる。これもまた官制に絡む問題といえようか。確たるものではないが、そうした思いをさしはさみつつ本稿を読了した。難解な資料に取り組まれた著者に敬意を表するとともに、不明を顧みぬ拙い評文の許しを乞う。

(七野 敏光)

森田成満著「清代法に於ける同謀共毆致死事案の処罰の仕組み」(『星薬科大学一般教育論集』二六)

同「清代刑法に於ける共同犯罪」(『星薬科大学一般教育論集』二七)

同「清代刑法に於ける自殺関与者の罪責」(『星薬科大学一般教育論集』二八)

評者が書評を担当する論文は、森田成満氏による近年の三本、すなわち「清代法に於ける同謀共毆致死事案の処罰の仕組み」(以下「第一論文」と称する)、「清代刑法に於ける共同犯罪」(以下「第二論文」と称する)、「清代刑法に於ける自殺関与者の罪責」(以下「第三論文」と称する)である。

これらの論文はいずれも清代の刑法に関するもので、相互に関連する内容も少なくはないが、あくまでもそれぞれ個々の主題を扱う論文であって、前後の論文において同一主題を発展的に扱うといった継承関係は存在しない。

第一論文は、清代の同謀共毆致死事案の処罰について、律例に照らして罪を定める定罪手続と、定罪手続で監候とされ

た事案に対して行われる秋審手続とに区分し、両手続の役割に着目して考察を行う。

第一節では、まず広く清代の人命事案について、「一命一抵」と呼ばれる同害報復的刑罰を原則として、その一部を修正する形で処罰がなされたことを指摘する。次に主題たる同謀共毆致死事案について、行為者の事実認識が殴打までであったこと、全体として殴打の意思の共同があれば同謀とみなされたこと、犯罪者は一人の首犯と複数の従犯とに分かれ、下手し致命に重い傷を与えた者を首犯とすることなどに言及する。そして科される刑罰について、それは違法性と責任を総合的に評価するもので、典型的な人命犯罪を定める律例を軸として情況によって加減され、その加減事由は犯罪類型により異なり得るとした上で、同謀共毆致死事案に関しては、従犯が死亡した場合や両家の同謀共毆においてそれぞれの家の一人が死亡して被害者と殺害者に有服の親族関係があった場合に首犯が減刑になったとする。

第二節では、定罪手続と秋審手続とで認定事実に大差がなかったこと、しかしながら後者では同害報復的刑罰の仁徳による修正可能性を探るために前者で検討しなかった動機、目的、親の介護の要否などを検討することを指摘する。そして秋審における処断の準則として、行為に着眼して有恕すべき事由が存在することが明らかになったときに緩決または可矜とすること、恩赦後あるいは配所での人命事案などでは前後の犯罪の軽重を見て処遇を決めること、父母の介護が必要な

場合に留養を認めるといった行為とは関係ない事実を考慮する場合があることを挙げる。

第二論文は、名例律「共犯罪分首従」条に規定される共同犯罪について、犯罪の成立と処罰の側面から解明する。

第一節では、共同犯罪を「複数人が共謀して集団でなす有意的違法な行為」(第二論文二頁)と定義し、犯罪の主体となる集団については「一人の主導者と随従者からなる有機的な団体」(第二論文二頁)と理解する。そして清代の共同犯罪は殺人、傷害、強盜、窃盜など限られた犯罪のみに存在する各則的法理であって、「擅入皇城宮殿等門」など一人の直接的な身体の動作そのものが犯罪となる自身犯においては、団体でなした行為ととらえられないため共同犯罪が存在しない」と指摘する。また共同犯罪の成立には、謀議に加わり結果を達成するために共に行うという同一方向への意思の共有が必要であり、謀議が確認できない行為や意思が同方向に向かっている行為は共同犯罪とはならないとする。謀議に関しては、九十歳以上の老人や幼児は自らの意思が無いと評価されること、無意の犯罪や時に臨んでなした犯罪は謀議が成立しないこと、共謀の及ぶ範囲までしか共同犯罪が成立しないことなどを述べ、第一論文で扱った同謀共毆致死については暴行までの共同犯罪と傷害により死亡させた単独犯罪が併合する特別な犯罪類型と理解する。

第二節では、首犯に法定刑を科し従犯は首犯から一等を減じた刑を科すという首従の法が共同犯罪の処罰の原則的な法

理であると紹介した上で、同謀共毆致死など共同犯罪と単独犯罪が併合する特別の犯罪類型においては単独犯罪に着眼して量刑すると指摘する。また共同犯罪における身分に関して他の犯罪者に影響を与えないことが基本的な法理とした上でそれを修正する法理として、首犯に身分があり従犯が凡人の場合は首犯の影響を受けて従犯の刑が加重されること、首犯が凡人で従犯に身分がある場合は従犯の影響を受けて首犯の刑が加重されること、首犯と従犯がともに身分がある場合はそれぞれが自分と相手方の双方の身分の影響を受けることを挙げる。

第三論文は、他人の自殺に関与した者がいかに処罰されるかを解明するもので、自殺関与のあり方を共同犯罪と単独犯罪とに区分して考察を行う。

第一節では、自殺者と関与者の間に集団として把握可能な意思の共有が存在する場合に共同犯罪とされるところとした上で、自殺関与に関する専条はないため、関連しそうな条項を作業仮説としながら事実認定を行うとする。この場合に用いられる条項は通例、謀殺条であり、関与者は加功の従犯として絞監候となるが、考慮すべき格別の事情がある場合は、定案手続における比付や夾箋声明、あるいは秋審手続などで調整が図られるとする。

第二節では、自殺者と関与者に集団として把握可能な意思の共有をもたらす謀議がないときは個人の単独犯罪とされる。こうした単独犯罪には、一つには脅迫、威逼、教唆、

幫助を一方的に行って自殺するよう働きかける場合で、犯罪性の大きさによって不応為として処罰する場合から謀殺として処罰する場合までとする。もう一つは、囑託を受けて殺害したものの意思の共有があると認定できない場合で、専条がある場合はそれにより、専条が無い場合は一般的な条項として故殺条や闘殺の条項で処罰を行うとする。そして実際に科す刑罰の調整は、共同犯罪の場合と同じく、比付や夾箋声明、秋審によって行われることを指摘する。

以上、三本の論文を簡単に紹介したが、全体に共通する特徴としては、各論文が単にそれぞれの主題を考察するに止まらず、それらの考察を通じて清代の刑法全体における各特徴というべきものを説明することを強く企図する形で考察を行っていることが挙げられる。第一論文は「清代に於ける人命事案に対する処罰の仕組みの全体像を説明する手がかりを得る」(第一論文一六頁)ことを目的として掲げ、同謀共毆致死事案の処罰を考察した結果、「清代命案の刑法は秩序維持を目的にする同害報復的刑罰と仁徳に沿う寛容さのせめぎ合い」(第一論文三五頁)によって構成されており、それは立決事案と監候事案とにスクリーニングする定罪手続と監候事案の刑の減免の可能性を探る秋審手続とによって実現されると理解する。第二論文は、共同犯罪の解明によって「清代刑法に現れる人間観の特徴を窺うこともできる」(第二論文二頁)とした上で、戴炎輝、滋賀秀三両氏の共犯を巡る論争において両氏に共通する「共同犯罪を人を独立した主体性の強

いものであることを前提として個人が共同してなした犯罪」(第二論文二〇頁)とする理解に対して、共同犯罪は「主体性、独立性に乏しい人間観の特徴を反映」(第二論文二頁)するもので、「人の集合体が犯罪をなしているのであって、犯罪の主体を一人の主導者と随従者からなる有機的な団体としてとらえている」(第二論文二頁)とする著者の理解を冒頭で仮説的に提示し、それを具体的事例によって論証するという方向で考察が進められる。そして第三論文は、清代の自殺に関して「犯罪類型としてはっきりした成文条項にすべてがなっている訳ではない分、かえってそこに刑法の諸特徴が現れ出る」(第三論文八頁)という認識のもと、自殺関与者の処罰の解明を通じて「事実認定のなし方の特徴やその重要性、清代刑法における人間観、また成文条項の働きを見る」(第三論文七頁)ことを目的とし、その結語において、特に成文条項の役割に着目した法的処理のなし方の分類として、成文条項の要件を満たす事実を認定して適用する場合、そのまま適用できる条項はないと判断して比付を行う場合、適用すべき条項はあるもののそれとは異なる処断をする場合の三つを挙げる。

個々の主題を扱う三論文を通じて著者が説明するところの清代刑法の各特徴は、全体的には概ね首肯できる内容といえる。具体的事例を用いての論証も説得力がある。ただこれら三論文を、清代刑法全体を論じる際のいわば各論として位置づけた場合、内容的に不十分と思われる箇所も存在すると評

者には感じられた。

一例として請旨即行正法を挙げると、第二論文において著者は、共同犯罪において首犯に身分があり従犯が凡人の場合には首犯の影響を受けて従犯の刑が加重されることを指摘し、その具体的事例として尊属殺人の従犯の凡人について絞監候を絞立決とする乾隆期の条例と、期親尊長の殺人の従犯の凡人を絞監候に定擬して請旨即行正法とする嘉慶期の条例および事案を紹介する。評者が別稿（拙稿「請旨即行正法」考——清代乾隆・嘉慶期における死刑裁判制度の一考察——

『専修法学論集』九八号、二〇〇六年）で明らかにしたように、嘉慶期以降における請旨即行正法は手続的に律例に準拠して監候と定擬した上で死刑の即時執行を奏請する方法である。この場合の擬律はあくまでも監候であって、したがってこれは律例の処罰体系を変更することなくその外側において加重効果をもたらすものである。これに対して監候を立決に変更する場合、これは律例が規定するところの刑罰の加重であり、したがって律例の処罰体系を変更する内容を有することになる。監候を立決にすることと請旨即行正法とは、同じ加重といっても律例の処罰体系を変更するか否かで大きく異なる内容を有するものであるが、著者はそのような手続的差異に着目せず一律に「加重」と理解する。

このように手続的差異に着目しない背景には、上記の例において乾隆期の監候を立決にする条例と嘉慶期の請旨即行正法の条例を単純に並列していることからすれば、おそらくは

清代における時期的な差異をさほど考慮していないことが考えられよう。一般に近代法史として論じられる光緒新政以降を除外するとしても、入関から光緒新政までは二五〇年以上に亘るものであり、清代刑法もその間において当然に変化が生じている。そのような変化から生じる時期的な差異を考慮しなければ、時期が異なる個々の具体的事例を用いて清代刑法の特徴を説明したとしても、それは清代のどの時期にも存在しない架空のものとなってしまう危険性があるのではなからうか。

（鈴木 秀光）

中村正人著「清律における自首制度の変遷について」

—強盜犯の自首を中心にして—（『金沢法学』五二—二）

筆者は清代の刑事法を主な対象として実証性の高い研究をされてきた法制史家である。

この論考は強盜犯の自首に着眼してその制度の変遷を丹念に追いかけてその背景を探ろうとする。悔い改めて自首した者の刑罰を軽減することとそれによる社会秩序の悪化というジレンマをどのように解決していたかを説明することを目的とする。刑法制度の変遷の背景を説明することが筆者の近年の関心であってそういう観点から留養制度を見た論考を既に公にされている（清律『犯罪存留養親』条考（金沢法学四二の二、四三の三）、清律『犯罪存留養親』条補考（同誌四五の二、四六の二））。