

目リスト、及びその他中国・日本で印刷出版された官箴関連刊行物の書目リストが掲載されている。本論文は、このように、工具書としても非常に有用である。

とはいえ、筆者のこの整理は紙媒体による出版に限定されている。近年では、所蔵する漢籍史料の画像データを公開している研究機関も存在し、また、多くの漢籍史料について、そのデータが電子媒体で販売されている。紙媒体での印刷出版の状況だけではなく、史料へのアクセスが容易になる、こうした漢籍史料の電子データ化の流れについても言及が欲しかった。

(赤城 美恵子)

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」(『金沢法學』五五—二)

清代の過失殺については、すでに中村茂夫氏の研究によってその概要が明らかにされている。中村正人氏による本論文は、その中村茂夫氏の研究において指摘された課題、すなわち解明したところの過失殺概念は乾隆朝中頃以降において該当するものであってそれ以前は様相が異なっていたことについて、清代初期の過失殺事例を検討することを通じて過失殺概念の変化が生じた時期を考察することを目的としている。

第一章では、中村茂夫氏の研究に依拠して清代中期以降の過失殺概念を確認し、「加害者にはもともと暴行殺傷の故意は何らなくして、加害者の自らする正常な行為から、また

ま物理的因果関係が被害者に及び、その結果被害者が死傷するに至ることを、その構成要件としたもの」(二二八頁)が清律の規定する過失殺傷であるとする。

第二章では、まず清代初期の過失殺事例を七種類に類型化して合計十四事例を紹介する。そしてその検討を通じて、より重い罪名と過失殺との区分に関して清代初期はそれ以降と比較して過失殺の成立上限の範囲が大きかったこと、またその理由として過失殺の成立に関して「先行行為の正常性」が十分に考慮されていなかったことを指摘する。

第三章では、過失殺成立上限の変化の時期に関して、「物の奪い合いが原因で発生した死亡事例」および「推跌致死の事例」に該当する乾隆七年から十年の四事例を紹介し、それ以前では過失殺律が適用されるような事案において鬪殺律が適用されていたことから、「鬪殺と過失殺の限界」は乾隆十年前後に変化したと指摘する。そして、「推跌致死の事例」については雍正四年の段階で過失殺律の適用が否定された事例も存在することから、「過失殺の適用に関する変化の兆しは雍正年間頃にはすでに現れ、あたかも振り子が振れる如く変動しながらも次第に収束して行き、乾隆十年頃までには中村茂夫氏が明らかにした清代中期以降の過失殺概念が確立された可能性が高いという見方が穩当であるように思われる」(二四八頁)と結論づける。

本論文は、中村茂夫氏による先行研究を踏まえて過失殺概念の変化の時期についての解明を試みるものであり、先行研

究の欠を補いそれを発展させることを企図した正統的な研究として位置づけることができる。

ただ評者には、結論を導くに際して重要な役割を担う「推跌致死の事例」の分析において、やや疑問を感じるころがあった。

具体的には第二章で紹介する二事例がそれであるが、まず事例⑥の乾隆二年の曾開訓一案は、牛の接近を避けようとして足を踏み外して死亡したものである。「推跌」の「推」は手などで相手の体をおすこと、「跌」はつまづくことであるため、「推跌致死」とはおされたことよってつまづいて死に至ることである。こうした字義からすれば、この事例は「おす」といった形で被害者と加害者の物理的な接触を確認できないため、ここに分類するのは適当でないと考えられる。

より問題なのは事例⑤の康熙四十六年の錢考一案である。これについて著者は「錢考を鬪殺律によって絞監候に擬した原擬に対して刑部は、…錢考を過失殺律に比依して収贖とした」(二三三頁)と解説する。しかしこの事例は、三法司が見解を統一できずに二つの定擬内容を上奏する「三法司両議」である。ここで三法司は、(おそらくは巡撫の定擬通りに)鬪殺律を適用する定擬をする一方、事件を詳細に検討すると、そこに「おす」という行為は確認できるものの「死亡の原因は誤って倒れたことにあり、殴打された傷によるものではない」(二三三頁)として過失殺律への比附という定擬も併せて行った。巡撫までの審理過程で鬪殺律による定擬が

なされていたとすれば、こうした事案は基本的には鬪殺律の適用が想定され、ただ今回においては、「おす」行為が直接の死因になっていなかったことから、過失殺律への比附により減刑する選択肢もあり得ると三法司が考えたことになる。しかしこの段階でも鬪殺律の適用を排除できず、その結果、例外的な手続たる「三法司両議」となったことからすれば、そうした判断もまた例外的であったと評価すべきであろう。

以上の理解を踏まえて、第三章で紹介する「推跌致死」の三事例を見ると、「おす」という行為が死因に直結していないとされる乾隆七年の陳徳一案では鬪殺律に比附して減等する一方、「おす」という行為と死因との関連性が必ずしも否定されない雍正四年の戴国熙一案と乾隆九年の朱信一案では鬪殺律が適用されている。したがって、本論文で紹介する(乾隆二年の曾開訓一案を除いた)「推跌致死」の四事例では、いずれの事案でもまずは鬪殺律の適用を検討した上で、「おす」という行為が死因に直結していないと見なされた場合は減刑が模索され、それが鬪殺律に比附しての減等や過失殺律への比附であったと考えられる。こうして見ると、本論文で紹介する史料からのみでは乾隆十年前後を境に「推跌致死」の事案で過失殺律から鬪殺律へと適用が変化したことや、あるいは過失殺の成立上限が変化したことを立証することは難しいと言えるのではなからうか。

その他、過失殺律への比附が明確な事例において「過失殺が成立した」と見なすことも方法論的に違和感を覚える。た

だ著者が「おわりに」で示唆するように、本論文はこれでの一つの完結した研究と見なすべきものではなく、むしろ著者によって行われるであろう総合的な清代刑法研究の一部分を構成するもので、その現時点での中間報告といった位置づけがなされるものである。そのため、評者の指摘が的外れなものではなかったとしても、それらは今後の研究の進展によって解消されると考えられる。今後の著者の研究のさらなる進展に期待したい。

(1) 「三法司兩議」については、那思陸『清代中央司法審判制度』(文史哲出版社、一九九二年)二三〇―二三三、二四五―二四六頁を参照。
(鈴木 秀光)

寺田浩明著「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―」(『法学論叢』一七二四・五・六)

本論文は、清代を素材に「伝統中国に見える律例や成案の扱い方」の「裁判制度論の中で占める位置と意義」を検討するものである(五三頁)。著者の前稿たる「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』一六〇巻三・四号、二〇〇七年。以下、冒頭所掲論文とする。石川英昭による書評が『法制史研究』五八号にある)の続編として位置づけられる。

の重大さに見合う量刑を行うために国家成文法典を適用し、先例を参照すること自体が非ルールのであると言えるか否かは、自明ではない。これについて今一步検討を進めたのが、本論文である。結論としては、国家成文法を適用することも演繹というよりも事案への判決の最適解を求めるための作業のひとつであり、その意味で非ルールのであるとする。他面で。ルールのな裁判であっても、演繹的適用の物語に落とし込むまでの作業には、非ルールのな裁判との相似性が見られることも指摘している。

本論文の構成は、以下のとおりである。

一 伝統中国裁判制度における実定法と判例の位置
二 量刑に際しての事例参照とその実定法化

(1) 事例参照実務の普遍性―「量刑相場」型実務が示唆するもの

(2) 事例参照の実定法化―「連邦最高裁量刑ガイドライン」が示唆するもの

(3) 事例参照型実定法の位置づけ方

三 法解釈をめぐる基礎付けと事例参照

(1) 現代裁判における法解釈の二側面

(2) 伝統中国裁判における法解釈

(3) 法解釈の最終的な定着先

おわりに―基礎付けと事例参照の位置関係

一において上述の問題設定が行われている。

「何らかの形で正当性を認められた一般的で客観的な規則性(ルール)が存在することを前提として、それを個別事案に「適用」する作業として裁判を構想」(四六―四七頁)するものがルールのな法のあり方であり、裁判官は、「その論理的な展開作業を担う透明な主体」(四七頁)となる。他方、伝統中国における裁判はこのようなものではなく、「無限に異なる事案一件毎にそれに最も相応しい解決策を」(考案し提示(或いは教諭)する作業として裁判を構想」(四七頁))しており、この点において非ルールのであり、また、裁判官には「それをするに足る資格と能力(徳)」(四七頁)が求められていた。

他面で、中国には、律を頂点とする国家成文法典の歴史があり、その適用作業はルールのと言ってはならないのか、という問題が生じる。また、同様のことは、成案と呼ばれる先例の整理やそれを参照する作業についても言える。

著者は、民事的な事案においては、国家成文法典にはそれに直接答える法文はなく、量刑においてこそ、上記の適用や参照の作業は重んじられ、その場合であってさえ、その事案の重大さに見合う量刑となっていることが求められ(但し、ここでいう量刑とは、近代刑法の如く、法の定めた刑幅の範囲内言い渡す刑を定める行為ではなく、いかなる罪を犯したのかの事実認定をすることで刑が定まるような仕組みのもとの意味である)、結局は一件毎の裁きの正しさに帰着する。その意味でルールのではないことになる。しかし、事案

二においては、(1)で現代刑事裁判においては裁判の独立の要請と同程度の犯罪には同程度の刑罰を期待する国民の期待との落としどころとして、裁判官が先例を事実的・自発的に参照することで量刑の相場形成が行われているとする。これの制度性を高めれば清代律例(とくに条例)に連なる連続性を指摘することも可能であるとする。(2)では、裁判官による量刑のばらつきを防ぐための手段の例として米連邦最高裁の「連邦最高裁量刑テーブル」「量刑ガイドライン」「量刑ガイドラインマニュアル」を検討する。これもまた刑法典とは別に目安を示す手段であり、それを形成するものとなったのも先例の蓄積であって、律例との連続性を指摘することが可能であるとする。(3)では、とは言いつつも、刑法典が定める刑幅の目に余るばらつきを抑制しようとする点と、正確な意味では量刑という作業を要しない律例とは異なること、前者においてはばらつき自体は事実として許容されて「市場」を形成し相場が立つが、後者の場合には個々の事件に対する皇帝の統治者としての正しさという強力な裁定者の存在が背後にひかえているとする。

三においては、(1)でルール型の法解釈の場合、法規範から判決へと向かう演繹作業の中で、裁判官個人の内面的作業として、また、他の法律家との間で認識作業として事例参照が行われ、その作法さえ誤らなければ、許されるばらつき範囲として認められるとする。(2)で伝統中国では、法規範に対して目前の事案の事実(情)が当てはまるか否

Legal History Review
(Hōseishi Kenkyū)
Vol. LXIV 2014

Contents

Articles

- Keiji KODAMA, Innovation and Development of Discipline in the Prison of the First Half of the Meiji Era1
 Yu AWATSUJI, Bedeutung der „Seniorität“ bei Advokaten im Rom der späten Kaiserzeit59
 Kenji KINOSHITA, *Harmiscara* and Elites in the Carolingian age ...97

Miscellanies

- Chika TAKATANI, The urban history of medieval Japan and the function of law143
 Mamoru HAGIHARA, Khohchahar ERDENCHULUU, Research Trends Regarding Mongolian Legal History171
 Kenichi MORIYA, Rückerts Savigny-Forschungen213
 Naoko MATSUMOTO, Erforschung des NS-Rechts heute. Studien zum Wirtschaftsrecht und Justizforschung239

- Reviews of Books and Articles*263
News and Notes531
Bibliography (2013) 1
Summaries of Articles (in Foreign Languages)

[法制史研究64]

平成二十七年三月二十五日 平成二十七年三月三十日 印刷	本 体 一 〇 〇 〇 円	法制史研究編集委員会 編集者代表 田口正樹	法制史学会 発行者代表 西川洋一	印刷者 藤原愛子	発売元 株式会社 成文堂
-----------------------------------	---------------------------------	--------------------------	---------------------	----------	--------------

〒一六二一〇〇四
東京都新宿区早稲田鶴巻町五十四
電話〇三三三〇三三九二〇一

藤原印刷・同製本

Printed in Japan

ISBN 978-4-7923-9248-2 C3032