清律誤殺再考：刑罰軽減事由としての観点から

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 中村, 正人 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/17740

清律誤殺再考——刑罰軽減事由としての観点から——

中村正人

一　はじめに
二　誤殺と親属
　1　犯時不知律の適用について
　2　条例および成案より見た親属に関する誤殺の処罰法理
三　清律における誤殺の性格再考
　1　誤殺と錯誤論
　2　清代における錯誤論的（具体的符合説的）発想の存在
　3　なぜ錯誤論的（具体的符合説的）発想が主流とならなかったのか
四　おわりに

一　はじめに

現代刑法学における責任論の中の一分野に「錯誤論」がある。これは、誤認や因果的なやり損ないによって、行為者の認識と実際の結果との間に齟齬が生じた場合、どの範囲のズレに対して故意の成立を認めるかを論じるものである。そして、この錯誤論が対象とするような状況を律するための条文が清律の中にもある。以下に引用する規

定がそれである。

……人と闘争している際に、誤って傍らの人を殺傷した場合には、それぞれ闘殺傷によって罪を論じる（その人を死亡させたならば絞刑に、負傷させた場合には、負傷の程度を調べてしかるべき刑を科す）。人を謀殺・故殺しようとして、誤って傍らの人を殺害した場合には、故殺によって罪を論じる（その人を死亡させれば斬刑に処する。負傷させるに止まった場合については特に規定するところがないので、通常通り闘殺の罪によって論ずる）云々。

〔……因闘殴而誤殺旁人者、各以闘殺傷論（、死者並絞、傷者験軽重坐罪）。其謀殺故殺人而誤殺旁人者、以故殺論（、死者処斬。不言傷、仍以闘殴論）云々。〕[1]・

筆者はかつてこの清律における誤殺の問題を論じたことがあるが[2]、そこでは概ね以下のような点を明らかにした。

① 唐律と明清律の誤殺律を比較すると、文言上は両者に多少の差異は見られるものの、実質的にはほとんど差はなかった。

② 律文にある「旁人（傍人）」という表現からは、失手によって想定された攻撃対象の傍らにいた別人に害を及ぼしてしまった、いわゆる「方法の錯誤（打撃の錯誤）」の場合のみが適用対象であるかのように見られがちであるが、実際には誤認によって攻撃対象そのものを取り違えてしまった、いわゆる「客体の錯誤」の場合にも誤殺律は適用された。

③ 「謀殺に起因する誤殺」においては、法定刑は通常の謀殺と同じ（斬監候）であり、誤殺であるという点について何ら考慮されてはいない。しかしながら、それが共犯形態の場合や多人数の殺害の場合には、通常の謀殺よりも刑罰が若干軽減されていた。

④ 一般人を害する意図で実際には親属を害してしまった（あるいはその逆の）場合に適用される「犯時不知律」（後述）は、加害者と被害者との間にそもそも面識がないとか、あるいは加害者が被害者の存在自体を全く認識していない等、そもそも被害者との間に親属関係が存在することを知り得ない状態にある場合に適用される規定であり、単なる誤認によって親属であることを認識できなかった場合には適用されるものではなかった（錯誤の問題ではなかった）。

⑤ 清律における誤殺は、現代刑法学における錯誤論の問題と同列に捉えられるべき性格のものではなく、「ちょうど『過失殺』が刑法総論上の概念ではなく、『過失殺』という一個の罪名として捉えるべきであるのと同じように、『鬪殴によって旁人を誤殺する』『謀殺・故殺によって旁人を誤殺する』あるいは『戯によって旁人を誤殺する』等といった構成要件を持つ個々の罪名として理解すべきものである」。

とりわけ⑤の点は、従来の諸説が意識的にせよ無意識的にせよ、伝統中国法の概念である「誤殺」を現代刑法学の「錯誤論」と同列に置いて論じていたが、そうした見方に対して疑問を提示したものであった。今回この論点をさらに敷衍し、また前稿で取り上げることのできなかった点を補足するのが本稿の目的である。具体的に言えば、本稿で取り上げる主な論点は次の二つである。すなわち、第一の点は親属関係が絡む誤殺の問題である。前項においても犯時不知律を検討する際に、親属の誤殺について若干触れてはいるものの、ほとんど手付かずの状態であった。この点を補足するのが第一の目的となる。第二の点は、新史料の検討を通じた得られた知見に基づく前稿の見解の一部修正である。前稿では、主として『刑案匯覧』『刑案匯覧続編』といった嘉慶朝以降の事案を収録した刑案史料を基に自説を展開していたが、今回康熙朝から乾隆朝にかけての清朝初期の刑案史料を利用する機会を得て、誤殺関連の事案を改めて検討してみたところ、誤殺の処理に関する状況が、以前検討した清代中期以降と若干異なっていることが判明した。そこで、前稿で取り上げた論点の内、特に犯時不知律の問題と誤殺の性格に関する

議論に対して補足・修正を試みようとするのが本稿の第二の目的となる。

上記目的を踏まえた上で、まず第一章では「誤殺と親属」と題して、凡人（身分関係の存在しない人）を殺傷する意図で親属（とりわけ有服の尊長）を誤殺傷した、あるいは卑幼を殺傷する意図で尊長を誤殺傷したという、家族的身分関係に関わる錯誤の問題を取り上げ、法制定過程や裁判実務の変遷過程を明らかにしたい。なお、こうした親属関係が絡む誤殺は、現代刑法学では抽象的事実の錯誤（認識と結果とのズレが異なる構成要件に跨るもの）として認識されることから、それとの関連で犯時不知律の問題についてもここで論じるものとする。続いて第二章では「清律における誤殺の性格再考」と題して、清代刑法における誤殺と現代刑法学の錯誤論との関係を再検討する。そこでは基本的に前稿の結論に即してそれを敷衍する形で議論が展開されるが、同時に清代においても一部では現代刑法学の錯誤論のような発想で誤殺の問題を捉えていた者がいたことも明らかにされる。

なお本稿において「誤殺（傷）」とは、他人を殺（傷）害しようとしたが、誤認ないしは因果的なやり損ないによって、想定外の他人を殺（傷）害する行為全般をいう。また、こうした誤殺（傷）の発生という状況を想定している、上述の戯殺誤殺過失殺傷人条中の当該規定を「誤殺律」と呼び、この誤殺律も含めた誤殺（傷）に関する律および条例の規定の総体を指して「誤殺諸条」と呼ぶことにする。

二　誤殺と親属

1　犯時不知律の適用について

清律に限らず伝統中国法全般において、親属を殺傷する行為は、凡人を殺傷した場合とは罪名を異にし、またほとんどの場合法定刑も異なっている。さらに、同じく親属を殺傷する場合でも、服制や尊卑長幼の違いによっても

罪名および法定刑が異なってくる。したがって、誤殺において親属関係が絡む場合、すなわち、凡人を殺傷する意図で誤って親属を殺傷した場合、その逆に親属を殺傷する意図で誤って凡人を殺傷した場合、あるいは親属を殺傷する意図で誤って別の親属を殺傷した場合、故意犯が成立するにしても、いずれの罪名に該当するかが問題となる。このように錯誤の内容が別個の構成要件に跨るような場合を指して、現代刑法学では「抽象的事実の錯誤」と称しているが、現代日本刑法においてこの抽象的事実の錯誤の処理に関して指針を与えるのが、以下に引用する刑法第三八条第二項の規定である。

重い罪に当たるべき行為をしたのに、行為の時にその重い罪に当たることとなる事実を知らなかった者は、その重い罪によって処断することはできない。

そしてこの規定の淵源と目される条文が、唐律を初めとした歴代の律内に存在する。清律に関して言えば、名例律本条別有罪名条中にある以下の規定（「犯時不知律」と称する）がそれである。

……〔身分関係等があったために、〕実際には重い罪を犯したのであるが、犯行時にその事実を知らなかったならば、凡人の規定によって行為者の本来の意図に基づく軽い罪の罪責を論じる。（例えば、おじとおいとが別々の場所で生まれ育ったため、もとから互いに面識がなく、おいがおじを凡人のつもりで殴打して負傷させ、官憲が取り調べを行った後に、初めて被害者が自分のおじであったことを知った場合には、凡人に対する鬪殴の規定を適用する。また、もし全く別の場所で窃盗を行ったにもかかわらず、領得した物が実は大祀に使用する器物であったならば、このような場合には、みな「犯す時知らず」に該当し、ただ通常の罪によって論じ、通常の窃盗と同様に処罰する。）行為者の意図とは異なり、実際には軽い罪を犯したのであるならば、その犯した罪に対する規定を適用することを許す。（例えば、父が子とは知らずに凡人のつもりで殴打し、殴打の後に初めてそのことを知り得た場合、ただ子に対する殴打の規定を適用し、凡人に対する殴打の規定によって罪責を論じてはいけない。）

〔……其本応罪重、而犯時不知者、依凡人論。（謂如叔姪別処生長、素不相識、姪打叔傷、官司推問、始知是叔、止依凡人鬬法。又如別処窃盗、偸得大祀神御之物、如此之類、並是犯時不知、止依凡論、同常盗之律。）本応軽者、聴従本法。（謂如父不識子、殴打之後、方始得知、止依打子之法、不可以凡殴論。）[3]〕

この規定が現行刑法三八条二項の淵源であるという点、および条文中の小註（上記引用文中の丸括弧内の部分）の例示を見る限りでは、犯時不知律もまた、現代刑法学にいう抽象的事実の錯誤の場合に適用される条文であり、したがって親属関係が絡む誤殺の事案にもまた適用され得るものであるようにも見える。しかしながらこの点に関しては、「はじめに」でも言及したように、犯時不知律はあくまでも親属関係の存在を知り得ないような状況において初めて適用されるものであり、単なる錯誤の場合に適用されるものでなかったことは、前稿で明らかにしたとおりである。

ところが、清朝初期（具体的には雍正朝から乾隆朝初期の頃）の事例を見てみると、状況は少し異なるようである。すなわち、この時期の事案においては、現代刑法学が正に抽象的事実の錯誤に該当すると考えるような状況に対して、この犯時不知律が適用されている事例が見受けられるからである。以下にそのような事例を二、三紹介したい。

〔事案その一〕

姜応盛は李張柱を殴ろうとしたが、暗闇のため誤って胞兄の姜応挙を傷つけ死なせてしまった。

この事案は、後述の徐明時一案において引用されているものであるが、本件に対して刑部は、斬立決（これは殴死兄姉律[4]の法定刑と符合する）に擬律した安徽巡撫程元章の原擬を、「胞兄と闘争して死亡させた事案とは異なるので、（胞兄を殴死させた場合の法定刑である）斬立決に擬律するのは妥当ではない」として、一旦駁回（棄却）した後、後任の安徽巡撫である徐本によってなされた、「『律』によって絞監候に擬する」とする二度目の原擬を妥

当なものとして是認し、事案はそのとおり完結している。ここで、安徽巡撫の二度目の原擬にある「律」とは、恐らく誤殺律のことを指すと推測されるが、いずれにせよ次に紹介する徐明時一案の状況を考えれば、誤殺律適用の前提として犯時不知律が適用されたものと考えてまず間違いないであろう。

〔事案その二〕

徐明時は叔父である徐昆弼の子の徐明興から借用した水車の返却を巡って争いとなり、木製の腰掛を拾って投げ付けたところ、誤って徐昆弼の顙門（泉門）に当たってしまい、徐昆弼は翌日に死亡してしまった。(5)

この事案は雍正十三年の事件であるが、叔父（服制は不杖期）を誤殺した徐明時に対して刑部は、前出の雍正十年の姜応盛一案を援用し、誤殺律によって絞監候に擬律した安徽巡撫趙国麟の原擬を妥当とし、その結論がそのまま雍正帝に嘉納された。ちなみに、この事案における直接の適用条文は誤殺律であるが、安徽巡撫の原擬の中に犯時不知律への言及が見られること、および徐明時に科せられた絞監候が、凡人の闘殺に対する刑罰と一致することよりすれば、本事案に対して犯時不知律が適用されたことは疑いない。

〔事案その三〕

一族の祭田の賃貸料支払いを巡るトラブルが原因で、夜間に潘印儒といとこの潘智烱が言い争いになり、掴み合いの喧嘩になった。潘智烱の父（潘印儒の叔父）の潘倍千は、二人が争い合う声を聞いて目を覚まし、現場に駆けつけた。ちょうどその時、潘印儒は潘智烱に押し倒されていたが、身を脱しようと手探りで棒槌を掴み、潘智烱に向かって打ちつけようとしたところ、期せずして潘倍千が走りよって来て、暗闇でよく見えなかったこともあって、誤って潘倍千の顙門（泉門）を傷つけてしまい、潘倍千は翌日に死亡してしまった。(6)

乾隆二年に浙江省で起きたこの事件に対して刑部は、本件の情状が上述の徐明時一案の先例と符合するとして、潘印儒に犯時不知律を適用した上で凡人の闘殺律によって絞監候に擬律した浙江総督の原擬を支持し、事案はその

とおり完結している。

以上紹介した三例は、いずれも抽象的事実の錯誤に関する典型的な事例であり、そうした事案に対して少なくとも清朝のある時期には犯時不知律が適用されていたことが分かる。しかしながら、前稿で述べたように、後に犯時不知律は、正に小註にある例示のように、別々の場所で没交渉的に成長したため互いに親属であることを知り得なかった場合や、あるいは親属たる被害者がその現場に存在していること自体認識できず、したがってその被害者との間に親属関係が存在することを知り得なかった場合に適用される、換言すれば、「(狭義の)錯誤」(誤認ないしは因果的なやり損ない)の場合ではなく「不知」の場合に適用される条文へと変化して行った。[7]

こうした変化がいつ頃生じたのかに関しては、現時点では史料上の制約もあって必ずしも明確にすることはできないし、また例えば盗賊と誤認して平人を殺害したいわゆる「疑賊斃命」事案に親属関係が絡んだ場合のように、事案の種類によっても事情は異なり、必ずしも一律に論じられる問題ではないように思われる。[8]ただいずれにせよ、次節で取り上げる多数に及ぶ親属に関する誤殺事案においては犯時不知律が適用されていないことからも明らかなように、親属関係が絡む誤殺事案への犯時不知律の適用は、疑賊斃命事案と関連する場合は別として、限定的ないしは一時的で極めて例外的な現象であったと考えても大過はなかろう。[9]

2　条例および成案より見た親属に関する誤殺の処罰法理

前節で述べたように、親属関係が絡む誤殺の事案において、犯時不知律が適用されることは一時的かつ例外的な現象であったとすると、清代の実際の法実務において、これらの事案はどのように処理されていたのであろうか。結論から先に言えば、基本的には犯人の当初の意図に拘りなく、実際に誤殺してしまった者との間の身分関係に基づいて処罰されるのが原則であった。ただ、現実には必ずしも原則どおりに処罰されたわけではない(若干の減刑

を与えられることが多かった）し、また関係する親属関係の親疎の違いによっても事情は異なっており、そのことは自分の子供を侵害しようとして他人を殺害した事案においてとりわけ顕著であったように思われる。

そこで本節では、親属の誤殺に関して、「子への侵害に起因する誤殺」とそれ以外の場合との二つの項目に大きく分けた上で、条例の規定や実際の裁判例を素材にして、それぞれについて処罰の実態や時期による変遷等について論じて行くことにする。

（1）子以外の親属への侵害行為に起因する誤殺の場合

先に述べたように、清朝においては、親属関係が絡む誤殺の処罰について、行為者が想定していた被害者との間の身分関係によってではなく、実際に誤って殺害した被害者との身分関係を基準として適用条文（法定刑）が決定されていた。そのことは、成案中に現れる次のような刑部の言によって窺い知ることができる。

……「大清律輯註」[10]には、「謀殺・故殺・鬬殴に起因する誤殺の規定は、すべて凡人の場合を言っているのである。もし凡人を害しようとして誤って親属に害が及んでしまった場合、親属を害しようとして誤って凡人に害が及んでしまった場合、あるいは親属を害しようとして誤って別の親属に害が及んでしまった場合には、尊長卑幼殺害に関する各規定を参照して、刑の軽重を均衡させ、個別の事情を斟酌すべきである」とある。……罪はそのよって生ずる直接の原因を重視する。凡人を害しようとして親属を誤殺したならば、自ずから親属殺害の本律をもって論ずるべきである云々。（傍点筆者）

〔……集註云、「謀故殴之誤殺、皆言凡人。若因凡人而誤及親属、因親属而誤及凡人、因親属而誤及親属、当按尊長卑幼各律、軽重権衡、分別随事酌之」。……罪重所因。因凡人誤殺親属、自応以親属本律論云々。〕[11]

また、道光四年に吉林で起きた、妻と誤認して妻の姉を殺害してしまった事案である尹方興一案[12]において刑部が、

例えば、もし妻を故殺しようとして旁人を誤殺したのならば、「妻を故殺する」の律を適用してもよいかもしれないが、もし尊長・卑幼を謀殺・故殺しようとして……旁人を誤殺した場合に、尊長・卑幼の規定を適用してよいものだろうか。これ

を情理や法規定に照らして考えてみると、やはり問題があると言わざるを得ない

〔若使故殺妻、而誤殺旁人、即可照故殺妻律問擬。設遇謀故殺尊長卑幼……因而誤殺旁人、亦可概照殺尊長卑幼論乎。揆諸情法、殊多窒礙〕

と述べて、行為者の当初の認識に基づく身分関係による処罰を明確に否定していることからも、上記の点は裏付けられよう。

本稿の末尾に、筆者が各種刑案を調べて目に付いた限りで拾い出した、康熙年間から道光年間にかけての親属の誤殺事案の一覧を附載しておいた。言うまでもなくこの表は、清朝における親属の誤殺事案をすべて網羅したものではないことに留意せねばならないが、少なくともそこに現れた事案の処理方法を見る限りでは、概ね上述の原則、すなわち基本的には実際に殺害された被害者との身分関係を基準として適用条文が決定されるという原則に従って事案の処理が行われていることが見て取れよう。

しかしながら、実際に適用されている刑罰を見ると、特に尊長の誤殺については、法定刑よりも幾分刑が軽減されることが多かったようである。表一にも見られるように、清朝初期においては九卿会議の議を経た上で、また後には九卿会議を開催することなく皇帝の諭旨によって、法定刑よりも若干軽い刑罰が科せられることが通例となっていた。当初は言わば法実務上の慣行として認められていた尊長の誤殺に対する刑の軽減は、乾隆十八年に以下のような条例の形にまとめられ、法制度として定着していくことになった。

卑幼が尊長を誤って傷つけて死亡させ、法定刑が斬立決に該当する事案において、審理の結果悪意をもって犯行に及んだのでないことが明らかになれば、罪を軽減すべき情状を書き記し、附簽を題本に挟んで皇帝の聖断を請い求めることを許す云々。

〔凡卑幼誤傷尊長至死、罪干斬決、審非逞兇干犯、仍准敘明可原情節、夾簽請旨云々。〕(13)

この条例では、殺害に対する法定刑が斬立決となる親属（本宗小功以上の尊長）[14]を誤殺した場合には、皇帝の実質的な判断に委ねることを規定するのみで、具体的に斬立決からどの程度減刑されるかについては言及されていない。しかしながら、表一所掲の各事案の処理方法を見てみると、個別の具体的な事情の違いによって多少の差異はあるものの、概ね斬監候への減刑が一般的であったようである。

ところで、前出の条例では、少なくとも小功以上の尊長の誤殺については、同一の取り扱いをすることを規定しているけれども、それ以前の乾隆六年に制定された以下の条例においては、大功以上の尊長の誤殺と小功以下の尊長の誤殺とで、若干異なる扱いがなされる場合もあったことが規定されている。

卑幼が尊長を誤殺した事案において、もし事前に尊長に対して罪を犯し、さらに他人と相い争っている際に誤って尊長に命中したのならば、なお「尊長が卑幼を殴る」の本律に照らして擬律を行う。しかし実に尊長に対して罪を犯した事実がなく、尊長が俄かに面前に飛び出して来たため、誤って命中したものについては、被害者が小功以下の尊長であれば、なお誤殺律を適用して絞監候とする。被害者が大功以上の尊長であれば、（尊長の）闘殴の律を適用して斬立決に論じた上で、なおそれが錯誤によるものである事実、および刑を減軽してよいか否かの伺いを述べ立て、皇帝の聖断を請うて処分せよ。

〔卑幼誤殺尊長、如已経干犯尊長、又与他人闘殴、因而誤中者、仍照卑幼殴尊長本律定擬。其実無干犯尊長情節、尊長倏至其前、因而誤中至死者、小功以下尊長、仍引誤殺律論以絞候、大功以上尊長、即引殴殺律論以斬決、仍将致誤情由、可否末減之処声明、請旨定奪。[15]〕

本条例によれば、尊長が突然目の前に飛び出して来る等、犯人にとって実に予想外に尊長を誤殺した場合、それが大功以上の尊長であれば、通常通り尊長を闘殴するの律を適用して斬立決に擬する（但し誤殺の情状を声明して、皇帝の諭旨を請うて定奪する）が、小功以下の尊長であれば、「誤殺律」を引いて絞監候（すなわち凡人の闘殴の罪）に擬するとしている。これを従来の一般的な取り扱いと比べてみると、大功以上の尊長に関しては特に変化は

ないけれども、小功以下の尊長に関しては、凡人を誤殺した場合と同等の処罰となり、刑罰軽減の幅が比較的大きくなっていると言える。

ただ、呉壇の『大清律例通考』によれば、

この条文は、乾隆六年十月に行われた刑部の摺奏によって定例とされ、乾隆八年に律例館が条例に編纂して律に附したものである。十六年になって律例館が、「有服の尊長を殴死させれば、すべて尊長殺害の本律に照らして定擬することとし、本来の刑罰と減刑した刑罰の両論併記して皇帝の裁断を求める「両請」を認めていた旧例は既に効力を停止されているので、本条例は削除すべきである」とした

〔此条係乾隆六年十月刑部摺奏定例、乾隆八年館修附律。十六年律例館以殴死有服尊長、均照本律定擬、其両請旧例倶已停止、此条応删〕[16]

と、乾隆十六年頃には同条例が廃止されたことが窺える。『光緒会典事例』の按語や、前出の『大清律例通考』の記述によれば、本規定が定例化されたのは乾隆六年（条例化されたのは同八年）であるから、存続期間はわずか十年程ということになる。もっとも、乾隆三年に広東省で起きた、財産の乗っ取りを企てて小功の再従弟を毒殺しようとして、誤ってその母親（小功のおば）を毒殺してしまった事案である謝英豪一案[17]においても、「小功の尊長を故殺する」[18]の律ではなく、「人を謀殺せんとして旁人を誤殺する」の律（通常人に対する謀殺に起因する誤殺の律）が適用されていることからして、小功以下の尊長の誤殺を凡人の誤殺と同様に取り扱うとする裁判実務上の取り扱いは、乾隆六年の定例成立以前より既に確立していたことが分かる。ただ、そうした処理の確立が乾隆六年よりどのくらいまで遡るのかについては、管見の及ぶ限りでは、少なくとも雍正二年よりも後であることは史料上明らかにし得るけれども[19]、正確な年代については、必ずしも明確にすることはできない。それに加えて、なぜ乾隆朝初め頃のこの時期に小功以下の尊長の誤殺に対する刑罰を緩和したのか、その理由もまた明確にはし難いが、いずれに

せよこうした措置は、先に検討した犯時不知律適用の問題と同様に、ごく短期間のみ見られた例外的な現象であったと見て間違いなかろう。

（2）子への侵害行為に起因する誤殺の場合

子への侵害行為に起因して、凡人ないしは他の親属を誤殺した事案は、管見の限りでは本稿末尾の表二に掲載した八件のみであり、数としてはあまり多くない。したがって、これらの案件のみによって子への侵害に起因する誤殺に対する処罰法理の変遷過程を詳細に描き出すのは困難であるが、しかしながら、変遷過程の傾向をある程度掴むことは可能であろう。

該当の八件を見ても明らかなように、子への侵害行為に起因する誤殺についても、その他の親属の誤殺の場合と同様に、訴訟実務上は基本的に実際に誤殺した者との身分関係を基準にして適用条文を選択しつつ、それが錯誤によるものであることを考慮して刑の軽減を図っていたことが分かる（No.41の潘氏一案のみはこの原則から大きく外れた事案処理が行われているが、これについては後に詳細に検討することとしたい）。しかしながら、子への侵害行為に起因する誤殺の場合においても、やはり時期によって事案処理方法に多少の変遷があり、また他の親属の誤殺に対する処罰との比較で若干特徴的な面も見られる。そこで以下において、「雍正期まで」「乾隆期」「嘉慶期以後」の三つの時期に分けて詳論する。

（a）雍正期までの状況

康熙朝（およびそれ以前）に関しては、該当する事案を検索することができなかったため、状況は全く不明である。雍正朝においては、現時点では次に引用する張氏一案一件のみを検索することができた。

張氏は故人の李成謨の妾であった。彼女の実の子である李際安がたびたび非行を繰り返し、官の懲治を経てもなお改悛しないことに頭を痛めた張氏は、後顧の憂いを絶つべく、毒入りのパンを焼いて、夕方帰宅した李際安に食べさせようとした。

李際安はパンが冷めていたので温めようと、別の妾の子であった李際愷の部屋に行ってパンを炙ってから一口食べたが、不味かったのでパンをその場に置いたまま部屋を去った。その時たまたま李際愷の娘の李大姐がやって来て、幼少無知のためにそのパンを食べてしまい、翌朝に死亡してしまった。[20]

本事案においては犯人の張氏に対して、「情殊に憫むべし」として、「人を故殺しようとして旁人を誤殺する」の[21]律を適用した上で、聖恩によって流刑（恐らく杖一百流三千里）に減じられている（最終的には婦人収贖律[22]によって収贖で済まされている）。

この事案の処理における顕著な特徴として、（婦人収贖律の適用は別にしても）他の親属の誤殺の場合よりも明らかに減刑の幅が大きい点を挙げることができる。すなわち、他の親属とりわけ尊長の誤殺については、本来の刑罰である斬立決から、せいぜい斬監候に軽減されるに止まるのに対して、子への侵害に起因する誤殺の場合には、斬監候から杖一百流三千里への一等減というように、前者と比べてかなり明確な形での減刑が行われている。

ただし、この減刑の幅が大きいという点をもって、これが他の親属の誤殺と比較した場合の子への侵害に起因する誤殺の特徴的な点であると断言してよいかについては、若干注意が必要であろう。なぜならば、本事案においては、誤殺の原因となった先行行為が、非行を繰り返す息子（いわゆる「触犯の子」）の殺害であったという点が、情状酌量の主たる部分であり、もし仮に触犯したのではない子を殺害しようとして旁人を誤殺したのであれば、ここまで刑が軽減されることはなかった（もっと重い刑が科せられた）可能性もあるからである。

もっとも、後に引用する道光五年制定の戯殺誤殺過失殺傷人条例二〇の規定では、特に触犯の子でなくとも、およそ子を謀殺しようとして他人を誤殺した場合には、斬監候から近辺充軍にまで減刑されていることより推察すれば、当該事案における先行行為が触犯の子の殺害であったという特殊事情が、杖一百流三千里という量刑の決定に大きく影響していたことも否定はできないけれども、ともかく子への侵害に起因する誤殺は、その性質上他の親属

の誤殺よりもより減刑の幅が大きいかったという特徴があると考えて間違いないであろう。

（b）乾隆期の状況

乾隆期においては、該当事案が三例見られる（表二No.41~43）。これらの内、乾隆二年の潘氏一案は極めて特殊な事例であるため、後に別項を立てて検討するが、残りの二例についても、他の時期における同種の事案と比較すると、非常に特徴的な点が見られる。以下に具体的な事案の検討を通じてそのことを考察してみたい。

No.42に掲げた盧拱一案（乾隆八年、福建省）における事実の概要は以下のとおりである。

盧拱は生活に困って、息子の盧周がすでに典売した田地を重ねて典売しようとしたが、盧周は典主に事が露見することを恐れ、諫言して阻止した。怒った盧拱は父親への忤逆のかどで官憲に告発したが、盧拱の叔父の盧聖がその誣告の事実を探知し、同族の保証書を提出して告発の取り下げを行った。ところが盧拱はいつまで経っても息子の取り調べが行われないことにますます腹を立て、「必ず殺してやる」と宣言していた。盧聖は盧拱の凶暴な性格を知っていたため、本当に息子を殺しかねないと心配し、密かに盧周を書館に匿った。盧拱は憤懣やる方なく、ある晩に小刀を携えて書館に赴き、垣根越しに殺害の機会を伺っていた。その時たまたま盧聖の息子の盧権（盧拱の大功の堂弟）[23]が書館で就寝しようとやって来た。盧拱は暗闇の中盧権を盧周であると誤認して切りかかって負傷させ死なせてしまった。

この事案に対して刑部は、「人を謀殺しようとして旁人を誤殺する」の律により、「同堂の大功弟を故殺する」[24]の律を適用し絞監候に擬律した。ここまでの処理については、これまでに明らかにした親属誤殺処理の一般原則、すなわち、犯人が当初意図していた被害者との間の身分関係ではなく、実際に誤殺した者との間の身分関係によって適用条文を決定するという原則に沿った形で行われている。ところが、これも既に述べたように、通常であればこの後に幾ばくかの減刑が行われるところであるが、本件においては、その種の軽減措置が一切行われておらず、法定刑どおりの絞監候に処する形で事案は完結している。

残るNo.43の阮果正一案（乾隆五十八年、陝西省）においても同様に、子を殴責しようとして旁人を誤殺してしまった犯人に対して、誤殺律がそのまま適用されて、凡人に対する闘殺の法定刑である絞監候が科せられている（ただし、この事案は他の事案（後出の劉曽氏一案）で先例として引用されているのみであるため、事実関係の詳細は不明である）。このように乾隆初期と末期に発生した事案のいずれにおいても、実際に誤殺した被害者との身分関係を基準にして条文が適用されるのみであって、一切減刑が与えられなかったという、他の時期における同種の事案にはない明確な特徴が見られるのである。ただこのことが、乾隆期全般に見られる一般的な特徴と言い得るのか、それとも単に事案の特殊事情に基づく個別的な現象なのかは、該当事例がわずか二件しか存在しない（しかもその内の一件については、事実関係の詳細が不明である）ことから、現時点ではいずれとも断言することは不可能である。後考に俟ちたい。

（c）嘉慶期以後の状況

嘉慶七年の劉曽氏一案[25]（No.44）、同十六年の黄韋氏一案[26]（No.45）、道光二年の宋遇遷一案[27]（No.46）は、いずれも「窃盗を犯した息子」「親の教令に違反した息子」「人と通姦した娘」という、いわゆる「触犯の子」を謀殺しようとして、凡人を誤殺した事案である。そしてこれらの事案における犯人は、類似の事案である前出の張氏一案と同様に、いずれの場合も「人を謀殺しようとして旁人を誤殺する」[28]の律により、凡人の故殺の罪（斬監候）に擬律した上で、そこから一等を減じて杖一百流三千里に処せられている。

その後の道光四年に発生した鍾世祥一案[29]を契機として、以下に引用する戯殺誤殺過失殺傷人条例二〇が制定された。

子を殴ろうとしたことが原因で傍らにいた他人を誤って負傷させて死亡させた場合には、杖一百流三千里とする。子を謀殺しようとして傍らの他人を誤殺したならば、近辺充軍の刑に処する。子を殴ろうとし、あるいは謀殺しようとして、有服の

卑幼を誤殺した場合には、それぞれ『卑幼を殴殺あるいは故殺する』の本律から一等を減じて処罰する。もし有服の尊長を誤殺したのならば、なお『尊長を殴殺あるいは故殺する』の本律、および尊長を誤殺するの本例によって罪を定める。

〔凡因毆子而誤傷旁人致死者、杖一百流三千里。因謀殺子而誤殺旁人、発近辺。其因毆子、及謀殺子、而誤殺有服卑幼者、各於『毆故殺卑幼』本律上減一等。若誤殺有服尊長者、仍依『毆故殺尊長及誤殺尊長』各本律・本例問擬。〔30〕〕

この規定に関して注目すべき点は、先に引用した尊長の誤殺に関する毆期親尊長条例五では、刑の軽減について何ら具体的に規定するところがない（単に軽減すべき情状を書き連ねて皇帝の実質的判断に委ねることしか規定していない）のに対し、本条例は個々の類型ごとに減刑の幅ないしは刑罰そのものを特定していることである。これは子への侵害に起因する誤殺事案の大きな特徴であると言うことができよう。尊長の誤殺の場合と子への侵害に起因する誤殺の場合とでこうした相違が生ずる理由を推測するに、恐らくは尊長の誤殺の場合、名分に深く関わる事態であるが故に、錯誤による点を考慮して刑を軽減すること自体は認めるものの、それを明文で示すことにかなりの抵抗を感じたであろうが、子への侵害に起因する誤殺の場合にはそうした問題があまりなかったために、明確な形での減刑が条例中に規定されたものと思われる。

三　清律における誤殺の性格再考

1　誤殺と錯誤論

本稿の冒頭でも述べたように、前稿において筆者は、戯殺に起因する誤殺の問題や『刑案匯覧続編』所収の李胡氏一案（同治六年、直隷省）等を手がかりに、清律における誤殺が現代刑法学の錯誤論と同列に論じられる性格のものではないことを明らかにした。〔31〕本稿ではこの誤殺の性格の問題について、前稿とは別の角度から再び論じてみ

たい。

清律における誤殺の処罰法理が現代刑法学の錯誤論と全く次元の異なるものであることを示す一つの事例が『刑案匯覧』に収録されている。以下に引用する李必蘂一案がそれである。

李必蘂は李会明に窃盗犯と疑われたことを恨みに思い、毒殺せんと図ったが、誤って李慮蘂・李二子・解大元子の三名を毒害してしまったが、三名とも死亡するには至らなかった。[32]

この事案において原審である山西巡撫は、李必蘂に対して、このような場合を処罰するための明文規定は存在しないが、既に三人を誤傷しているのであるから、「人を謀殺しようとし、犯行に及んだが未だ傷つけるには至らない」の律[33]（法定刑は杖一百徒三年）を適用するのは妥当ではないとして、「人を謀殺しようとして負傷させたが死亡するには至らない」の律[34]（法定刑は絞監候）に照らしてそこから一等を減じて、杖一百流三千里に擬律した。ところが刑部は、誤殺律には人を謀・故殺しようとして旁人を誤傷してしまった場合には闘殴傷の規定を適用するとあり、またその場合には被害者の人数の多寡に関係なく科断することから、律[35]の規定を適用するとその刑は杖八十となる、一方李会明に関して考えてみるとそれは謀殺律の「既に実行に着手したが未だ負傷させていない」の律の杖一百徒三年に該当し、二罪が同時に発覚した場合には重い方の罪を適用することから[36]、李必蘂は杖一百徒三年に擬すべきであると述べている。

ここで注目すべきは、刑部が李必蘂の犯罪行為を、李慮蘂等三名に対する傷害既遂罪と李会明に対する謀殺未遂罪（着手未遂）との（現代刑法学風に言えば）観念的競合と見ている点である。もし仮に、清律における誤殺の法理が現代刑法学の錯誤論と同列に論じられ得るようなものであり、当時の司法官僚達もまたこれを錯誤の場合における故意の成立の問題として捉え、現代の錯誤論的発想で思考していたとすれば、上記のような刑部の結論は通常考えられないことになる。

現代刑法学における錯誤論は、行為者の認識と実際に発生した結果との間にズレが生じた際に、どの範囲にまで故意犯の成立を認めるべきかを論ずるものである。より直感的な言い方をすれば、ある人に向けられた故意を、別の人に生じた結果に対して移しかえる（「移転」させる）ことが可能か否かを論じる分野であると言えよう。このことを先に挙げた李必蘂の事例に当てはめて言えば、当初李会明に向けられていた殺人の故意を、李歷蘂等三名を誤毒し傷害を与えたという結果に対して、当該犯罪行為を成立させる故意として「移転」させられるか否かに答えるのが錯誤論の役割だと言うことになる。そして、そうした発想を前提として考えれば、そこから導き出される結論は故意を「移転」させられるか「移転」させられないかのいずれかでしかない。もし「移転」させられるとすれば（法定的符合説の立場に立てばそのような結論になる）、殺人の故意は李歷蘂等に対して「移転」可能ではあるものの、結果的には死亡するに至らなかった（傷害するに止まった）わけであるから、李必蘂の行為には李歷蘂等三名に対する殺人未遂（実行未遂）[37]の罪が成立することになる。一方、「移転」させられないとすれば（具体的符合説の立場に立てばそのような結論になる）、李歷蘂等に対する傷害行為には故意が成立しないことになるので、李歷蘂等に関しては過失傷害罪が、また本来想定していた被害者である李会明に関しては殺人未遂罪（着手未遂）[38]が成立し、両者の観念的競合としてより重い罪（ここでは李会明に対する殺人未遂罪）が適用されることになるはずである。[39]

実は刑部の処罰内容は、李必蘂の刑罰を「人を謀殺しようとして実行に着手したが、未だ負傷させるに至らない」の律（すなわち謀殺の着手未遂罪）によって杖一百徒三年としているので、結論部分だけを取り出してみれば、具体的符合説を採った場合と全く同じになっている。しかしながら、結論に至る過程においては両者は全く異なっていると言わざるを得ない。すなわち、具体的符合説の考え方に従えば、李歷蘂等三名に対しては故意の「移転」はできず、そのため彼等については過失傷害罪しか成立しないはずであるが、刑部は李歷蘂等に関して故意の傷害罪

が成立するものとしているからである。しからば刑部は本件において故意の「移転」が可能だと考えているかと言えば、そうでもない。李会明に対する謀殺の故意を李歴蘂等に「移転」可能なのであれば、李歴蘂等について成立する罪名は傷害罪ではなく謀殺の実行未遂罪となるはずだからである。このように、人を謀殺しようとして誤って旁人を傷害してしまった場合に、故意の傷害罪は成立するのに謀殺の実行未遂罪は成立しない（刑部が山西巡撫の原擬を否定していることを想起せよ）という結論は、現代刑法学の錯誤論を前提とする限り出てくることはなく、そのような規定内容を有する誤殺律そのもの、あるいはその規定に依拠して行われた刑部の処断は現代の錯誤論とは全く異なる発想に基づいていると言わざるを得ない。

先にも述べたように、現代刑法学における錯誤論は、行為者の主観的意図と実際の結果との間に食い違いが生じた際に、どの範囲のズレに対してまで故意の成立（「移転」）を認めるかを論ずるものである。すなわち、錯誤論の議論の出発点は行為者の主観的意図にあると言える。しかしながら清代の誤殺事案においては、状況はいささか異なっていたようである。思うに、清代刑法が、あるいは清代の司法官僚達が重視したのは、行為者の認識内容よりもむしろ発生した結果そのものであり、何よりもまずこの発生した結果を基準として適用する条文（刑罰）を決定するのが基本であったように見える。このように考えるならば、李必蘂一案において李歴蘂等に対する傷害罪の成立がまずもって考えられていることや、親属における誤殺のような抽象的事実の錯誤事案において、犯人が当初意図した被害者との身分関係ではなく、誤って実際に殺害した者との間の身分関係によって適用条文を決定していた事実も、すんなりと理解することができる。そして、そのように発生した結果を基準として求められた刑罰を修正する様々な加減要素の一つとして存在していたのが、被害者の取り違えないしは因果的なやり損ない、すなわち錯誤による行為であった。清代において錯誤によって罪を犯すことは、一般的には刑罰を軽減する要素として機能したが、他の様々な刑罰加減要素との組み合わせによって、実際の量刑における効果は千差万別であり、例えば謀殺

や故殺に起因する誤殺のように、はっきりと目に見える形では刑が軽減されないこともあれば、先に検討した子への侵害に起因する誤殺のように、比較的明瞭な形で減刑される場合もあった。

以上述べた現代刑法と清代刑法の誤殺（錯誤による殺人）における発想の相違を簡単に図示すると、図1のようになる。清代と現代とでこのように発想が異なる根本的な原因は、思うに両者が関心を向けている対象が異なる点にあると考えられる。すなわち、現代刑法においては、何よりもまず当該行為が犯罪を構成するか否か（犯罪の成立）に主たる関心がある。裁判実務上は当然量刑についても重大な関心が向けられるであろうが、少なくとも刑法学上では、まず犯罪の成立が問題となり、量刑は犯罪の成立が確認された後で検討されるべき事項に過ぎない。現代刑法におけるそうした関心の下では、錯誤による犯罪における議論の中心もまた、本来異なった対象に向けられていた故意を「移転」させることが可能か（すなわち故意犯が成立するか）否かに置かれることになるのである。

一方清代刑法においては、律に規定された刑罰と、行政官が管轄下の人民に対して一般的に有していた懲戒権に基づく非刑罰的[40]な制裁手段との境界がそもそも曖昧なため、現代刑法のように犯

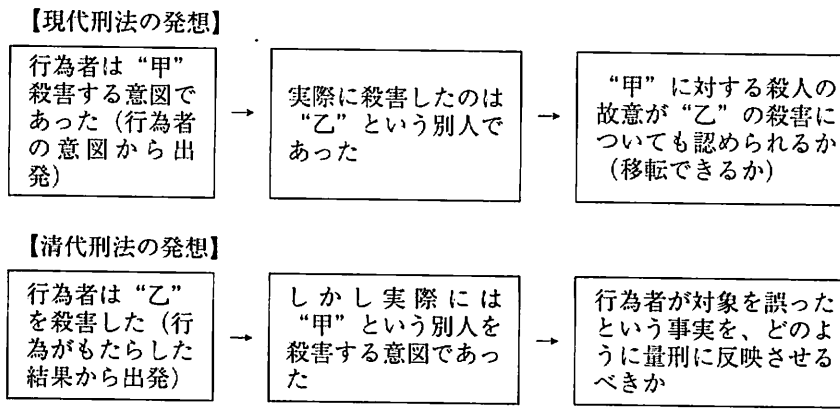

図1　現代刑法と清代刑法の誤殺（錯誤による殺人）における発想の相違

罪の成立要件に関する議論にはあまり関心を抱かず、むしろ犯罪者に対してどのような（どの程度の）刑罰を科すべきか（すなわち量刑）に主たる関心があった。[41] そのため誤殺における議論においても、故意の「移転」が可能かどうか（故意犯が成立するかどうか）ではなく、発生した結果に対する量刑において、もともと犯意が別の対象に向けられていた（すなわち錯誤があった）ことを考慮すべきかどうか、また考慮するとしてそれをどの程度刑罰に反映させるかが中心となっていた。そのことが両者の相違となって現れているのであろう。

2　清代における錯誤論的（具体的符合説的）発想の存在

以上述べたように、清代刑法における誤殺の処罰法理は、その外形的な類似点の存在にもかかわらず、現代刑法における錯誤論とは、そもそも根底にある発想からして全く異なるものであった。しかしながらそうした誤殺の捉え方は、清代一般における主流的な見方であったことは間違いないとしても、個々の事例を詳細に検討してみると、時期あるいは人によっては誤殺の問題を現代の錯誤論と同様の発想で考えているのではないかと思料される例を見出すこともできる。そこで本節では、そうした清代においては「異端」とも言える誤殺理論の存在を窺わせる実例を二例ばかり紹介したい。

（1）謀殺における造意者が実行行為を行っていない場合の誤殺処罰の問題

前稿でも少し触れたが、戯殺誤殺過失殺傷人条の附律条例中に、共犯形態の謀殺において誤殺が生じた場合の処罰規定が存在する。以下に引用するのがそれである。

人を謀殺しようとして、実行犯が誤って旁人を殺害した場合、犯罪の首謀者（造意者）を斬監候に擬し、実行行為を行った者の内、重傷を負わせて死亡する原因を与えた者、及び事情を知りながら毒薬を購入した者は、杖一百流三千里とし、その他の共犯者は杖一百とする。凶器を持って傷を負わせ、その負傷に対する罪が流三千里よりも重い者については、その重い

方の罪を科す。もし実行犯が別に恨みを抱き、機に乗じて旁人を殺害したのであって、錯誤によるのではないならば、それが事実であるか否かを調査した上で、実行者を謀殺の本律に照らして斬監候に擬し、造意者を「人を謀殺しようとしたが、未だ負傷させていない」の律に照らして徒三年に擬す。

〔謀殺人、以致下手之犯誤殺旁人、将造意之犯擬斬監候、下手傷重致死、及知情買薬者、杖一百流三千里、余人杖一百。若執持兇器、傷罪重於満流者、従其重者論。如下手之犯另挾他嫌、乗機殺害、並非失誤者、審実将下手之犯、照謀殺人本律擬斬監候、其造意之犯、照謀殺人未傷律擬徒。〕(42)

この条例は、複数人で謀殺を計画し、なおかつ実行犯が当初意図した人物とは別の者を誤殺した場合に、実行行為の有無に拘らず首謀者（造意者）を斬監候に、実行行為を行った者の内で致命傷を負わせた者（および事情を知っていた毒薬を購入した者）を杖一百流三千里に、その他の共犯者を杖一百に擬律することを規定している。なお本条例の後半部分（「もし実行犯が別に恨みを抱き云々」以下の部分）は、誤殺に直接関係する規定ではないのでここでは論じない。

本条例によれば、共犯形態での謀殺に起因する誤殺において最も重く処罰されるのは、計画とは異なる人物を殺害した（すなわち誤殺した）ことに直接的な責任がある致命傷を与えた実行犯ではなく、実際に死亡した被害者とは別の人物の殺害を計画し主導した造意者ということになる。ところが、本条例は嘉慶十五年の修改にかかるものであり、それ以前の条例（原例）は以下のような規定を有していた。

人を謀殺しようとして、誤って旁人を殺害した事案において、もし造意者が手を下して旁人を死亡させたのならば、故殺律に照らして斬監候に擬し、従犯の内実行行為に加わらなかった者は、余人律に照らして杖一百、実行行為に加わった者は、杖一百流三千里に擬す。傷害の罪が流三千里よりも重ければ、当該傷害罪の規定によって定擬する。もし従犯が手を下して死亡させたのならば、死亡の結果が手足・他物・金刃によって引き起こされた場合には、手を下した者を「同謀して共に殴

打し、下手して傷重く死亡させる」の律に照らして絞監候に擬す。火器および毒薬による場合には、なおそれぞれ該当する条文に照らして斬監候に擬す。造意者は「原謀は流に擬す」の律に照らして、その罪に一等を加え、附近充軍の刑罰に処する。

〔謀殺人而誤殺旁人之案、如係造意之犯下手致死者、照故殺律擬斬監候、為従不加功者、照余人律杖一百、加功者杖一百流三千里。傷罪重於満流者、仍依本殴傷律定擬。若為従之犯下手致死者、係手足・他物・金刃、照同謀共殴下手傷重致死律擬絞監候。係火器及毒薬者、仍照本例擬斬監候。其造意之犯、照原謀擬流律加一等、発附近充軍。〔43〕〕

この改正前の条例においては、共犯形態の謀殺に起因する誤殺の事案について、造意者が旁人を誤殺した場合には、造意者が斬監候、加功した従犯が杖一百流三千里、不加功の従犯が杖一百に処せられ、一方造意者以外の者が旁人を誤殺した場合には、誤殺を引き起こした従犯を、用いた手段に応じて絞監候ないし斬監候に、造意者を附近充軍に擬することになっている。これは、共犯者の中で誤殺の直接的な原因となった者を最も重く処罰しようとする趣旨であり、誰が旁人を誤殺したかに拘らず常に造意者を最も重く処罰している修改条例とは対照的である。

ただこのことは、既にこれまで議論してきたように、謀殺を計画して人を殺害したがそれが当初意図した者とは別人であった（錯誤によるものであった）ということを、量刑にどのように反映させるかについての方針に変化があったというに過ぎない。すなわち、原例においては従犯が旁人を誤殺した場合には、造意者の量刑においてそれが錯誤に基づくものであることが考慮されて刑の軽減が図られていたが、修改条例では造意者に対するそうした量刑上の配慮をしなくなったというだけのことであり、いずれにせよ、犯人の意図を出発点として故意犯が成立するのかそれとも過失犯が成立するに過ぎないのかを考える現代刑法の犯罪成立論中心の発想とは全く次元の異なる、量刑中心の発想に基づいているという点においては、原例も修改条例も本質的に異なる点はないと思われる。

ところで、この共犯形態による謀殺に起因する誤殺に関しては、清末期の著名な刑部官僚である薛允升がその著

書『読例存疑』の中で、清律の代表的な私撰注釈書である沈之奇の『大清律輯註』に見られる次のような議論を引用し紹介している。

……例えば甲が造意し、乙・丙・丁・戊の四人と共謀して趙を殺そうとし、甲と戊とは犯行現場に赴かず、乙・丙・丁に夜道で趙が通るのを待ち伏せて殺害させようとしたが、誤って銭を殺傷してしまった。その際に乙・丙は直接手を下したが、丁は手を下していなかった。このような場合、……造意等の人については罪を論じないわけにはいかないが、もし謀殺の本法で処罰〔すなわち斬監候〕したのでは甚だ重過ぎるし、なおかつ誤殺律が人を謀殺しようとして旁人を誤殺した場合に『故殺を以て論ずる』と規定していることと符合しない。そもそも殺そうと謀ったのは趙であるが、実際に殺傷したのは銭であって、殺そうと謀った人ではない。したがって、謀議の内容はすでに実行されたが、殺傷自体については錯誤に属するので、造意の甲・直接手を下さなかった丁・現場に行っていない戊については、『人を殺そうと謀って、已に犯行には及んだが未だ負傷させるには至っていない』場合の規定によるべきものと思われる。思うに、殺そうと謀った人〔すなわち趙〕は確かに未だ傷を負ってはいないが、犯行に及んだ者は誤って〔別人の銭を〕殺傷したのであるから、どうして『已に行した』とならないことがあろうか云々。（傍線筆者）

〔……仮如甲造意、与乙・丙・丁・戊四人、同謀殺趙、甲与戊不行、令乙・丙・丁夜伺趙于路而殺之、乃誤殺傷銭、乙・丙加功、丁不加功、……彼造意諸人、既雖不論、若照謀殺本法、則太重、且与以故殺論不符。夫所謀者趙、殺傷者銭、非其所謀之人矣。其謀雖行、殺傷已誤、造意之甲、不加功之丁、不行之戊、似応照謀而已行未傷人之法。蓋所謀之人、原未受傷、而行者誤有殺傷、豈非已行者哉云々。〕(44)

この輯註の議論は、不行・不加功・加功が混在する共犯の謀殺において、錯誤が発生した場合の処罰について、具体的な事例を設定して論じたものであるが、この沈之奇の説に対して薛允升は、「架空の議論ではあるが、その結論は非常に妥当である（雖係空発議論、究亦論断允協）」と、肯定的な評価を与えている。ここで重要なことは、

造意者の処罰に関する『輯註』の結論が、先に引用した原例および修改条例のいずれとも異なり、現代刑法の錯誤の場合と同様に、犯人の意図から出発して罪責を問う発想を採っているように思われる点である。すなわち『輯註』は、造意者たる甲はそもそも趙某なる人物を謀殺する意図で犯罪を計画したのであるが、実行犯である乙等によって実際に殺傷されたのは銭某なる別の人物であることから、甲の犯意という視点から考えれば、甲は趙某を殺害する意図で実行行為に着手したが、趙某に対しては傷害すら負わせておらず、したがって「人を謀殺しようとして実行行為に着手したが未だ負傷させていない」の律に処するべきであると主張しており、これは現代刑法の錯誤論、とりわけ犯人の意図と実際の結果との間に具体的な一致がなければ故意犯の成立を認めない（すなわち、単に「人」を殺害しようとして「人」を殺害したという程度の一致では不十分で、「A」という人を殺害しようとして実際に「A」という人を殺害したというような具体的な一致が必要）とする具体的符合説の発想に極めて近い考え方である。[45] ここから明らかなように、清代においても行為者の意図から出発する現代刑法の錯誤論と同様の発想に基づいて誤殺の問題を考察しようとし、またそのような見解に対して賛意を表明する人も存在したことは注目に値しよう。

（2）潘氏一案の存在

前述した清代における錯誤論的発想（より厳密に言えば具体的符合説的発想）に基づく誤殺論の存在は、単に私人の一解釈というレベルに止まらず、ある特定の時期には限定されるが、実際の裁判実務においても見られる現象であった。第二章第二節で指摘しておいた潘氏一案がそれである。本事案の概要は以下のとおりである。

潘氏は前夫との間に生まれた第三子の阿三を自分の兄である楊応潘の所へ養子に出していたが、阿三を呼び戻して後夫である李松と同居させようとした。ところが阿三は、「自分は楊家に育ててもらった恩義があるので、いまさら李家に行くことはできない」と言って拒否したため、怒った潘氏は石を拾って阿三に投げ付けたところ、不意に萬文秀が門内から走り出し

てきたため、石が萬文秀の腹部に命中し、二日後に死亡してしまった。[46]

この事案に対して刑部は、誤殺律（因鬬毆而誤殺旁人律）や過失殺律を引用しつつ、父母が実の子を毆打しようとして旁人を誤殺した場合の処罰規定が存在しないことを指摘した上で、潘氏が子に石を投げ付けた行為は、「人と相争って鬬毆した」とは言えず（すなわち、「鬬毆によって旁人を誤殺する」の律には合致せず）、かつ門内に萬文秀がいるのを知らず、たまたま走り出してきて石に当たり死亡したのは、「初めから人を害しようとする意図がなく、偶然に殺傷してしまった」という過失殺律の注釈と符合するとして、潘氏に過失殺律を適用した貴州総督張広泗の原擬に同意し、事案はそのとおりに完結している。[47]

本件は乾隆二年の事案であるが、第二章第二節で既に明らかにしたように、清代においては本件のような子を害しようとして凡人を誤殺した事案に対しては、誤殺律を適用して絞監候に擬した上で、せいぜいそこから一等が減じられて杖一百流三千里に処せられるのが通例であり、過失殺律が適用されている事案は、管見の及ぶ限りでは潘氏一案以外には見られない。そして、潘氏に過失殺律を適用する理由として刑部は、「『初めから人を害しようとする意図がなく、偶然に殺傷してしまった』という過失殺律の注釈と符合する」ことを挙げているが、これはまさに前出の『大清律輯註』と同様の発想（行為者の意図を出発点とする発想）に基づく議論であると思われる。すなわち刑部の議論の根底には、潘氏の意図は自分の子を害しようとすることにあったわけであり、それとは別人の（具体的に一致しない）萬文秀に関していえば、それは「初めから害しようとする意図」がなかったことになるが故に、故意犯ではなく過失犯が成立するという、客体間の具体的な一致を必要とする今日の具体的符合説と同様な発想が存在しているものと推察されるのである。

3　なぜ錯誤論的（具体的符合説的）発想が主流とならなかったのか

以上述べたように、清代においても現代刑法学の錯誤論（とりわけ具体的符合説）と同様の発想に基づいて誤殺の問題を考察し、あるいは実際の事件処理を行っている事例が存在したけれども、それは前稿および本稿で明らかにしたように、清代における主流の考え方となることは決してなかった。なぜそのような発想が清代において主流とならなかったのかについては、その理由を明言している史料が存在しないため、推測するより他に方法はないが、私見では、概ね以下に述べる二つの理由があったのではないかと考えている。

清代刑法における誤殺の処理に関して具体的符合説的な発想を採りづらかった第一の原因として、誤殺律の規定内容という形式的な理由を挙げることができよう。すなわち、誤殺律においては、闘殴によって旁人を誤殺した場合には闘殺律によって、また謀殺・故殺によって旁人を誤殺した場合には故殺律によって処罰すると規定し、あたかも現代刑法学における法定的符合説（親属の誤殺のような抽象的事実の錯誤における処理を見ていると、むしろ抽象的符合説に近いと言えるかもしれない）の如く、故意犯の成立に関して、当初意図していた被害者と実際の被害者との間の具体的な一致を必ずしも求めない規定構造となっている。清代における最も根本的な裁判規範である律の規定がそのようになっている以上、当時の司法官僚達が裁判実務において具体的符合説的な発想で誤殺事件の処理を行うことに強いためらいを感じたであろうことは想像に難くない。

具体的符合説的な処理が主流とならなかった第二の原因は、より実質的な理由、すなわち清代の刑法理論構造そのものの中に求めることができよう。具体的に言えば、それはさらに清代刑法における一般的未遂処罰法理の不存在という問題と、過失殺律に内在する問題という二つの論点に帰着することになる。

例えばAを殺害する意図で実行行為に着手したが、因果的なやり損ないによってBという別人を殺害してしまった場合（すなわち方法の錯誤の場合）、具体的符合説に従えば、Aとの関係においては、実行の着手はあったが、実行行為が完了していない（実行行為自体はBに対して完結している）ため、殺人未遂罪（着手未遂）が成立し、

一方Bとの関係においては、犯人の故意内容はあくまでも「Aという人物を殺害する」ことであり、実際に死亡したのはBという別人であるので、そこには故意内容との具体的一致が見られず、したがって故意殺人罪ではなく過失致死罪が成立するに止まる。Aに対する殺人未遂罪とBに対する過失致死罪という二つの罪名は、同じ一個の行為から生じたものであるため、両者は観念的競合となっていずれか重い方の罪（通常は殺人未遂罪）が成立することになる。[48]

翻って、清代において具体的符合説的発想に基づいて誤殺事案を処理しようとした場合、想定された被害者に対する殺人未遂罪と実際に殺害された被害者に対する過失殺との観念的競合となるけれども、ここで未遂罪を処罰するための一般的な法理が清代刑法には存在しないことが問題となる。周知の如く、清律には未遂犯に対して如何なる処罰を行うかを一般的に規定した総則的な規定は存在せず、例えば謀殺律のように各則において個別的に未遂犯処罰を規定しているものが存在するに止まる。したがって、事前にAを殺害する計画を立てて実行行為に着手したが、因果的なやり損ないによって別人のBを誤殺した（すなわち、謀殺に起因する誤殺）の場合であれば、謀殺律の着手未遂に関する規定[49]を犯人に適用することも可能であるが、俄かに殺意を催した場合や暴行・傷害の故意に止まった場合（すなわち、故殺に起因する誤殺および闘殴に起因する誤殺の場合）には、それを処罰するための正条が律例内には存在しない。[50]

Aに対する殺人の着手未遂罪での処罰が不可能だとすると、後はBに対する「過失殺」を問うより他に方法はないことになるが、その場合にも清代刑法においては問題が発生する。それは主として以下の二つの理由による。

第一の理由は、過失殺に対する刑罰が極端に軽いためである。清代における過失殺の刑罰は、「贖銀十二両四銭二分の支払い」に過ぎない。[51]確かに我々の現行刑法においても、通常の過失致死罪（刑法二一〇条）の法定刑は五十万円以下の罰金という軽いものであって、清代の過失殺のそれとそう大差はない。しかしながら、現行日本刑法

の場合、故意殺人罪の法定刑は「死刑又は無期若しくは三年以上の懲役」であるのに対して、清代においては故意の殺人罪は原則死刑であったこと、また、清代刑法において特定の行為類型を持った一連の「故意なき殺人」の罪名（それらは現代日本刑法においては過失致死罪と認識されるであろうものであった）の法定刑がおおむね杖一百流三千里ないしは杖一百徒三年であったことを考慮すれば、清代の過失殺が他の罪名との比較において破格に軽いものであったことが理解できよう。[52]

さらに言えば、現行刑法においては、方法の錯誤による殺人の場合に、仮に具体的符合説の立場に立ったとしても、本来想定していた被害者に対する殺人未遂罪で処罰することが可能であるので、過失致死罪の法定刑が軽いこと自体は、錯誤の事案に限って言えばあまり問題とはならない。ところが先に指摘したとおり、清代刑法では必ずしも殺人未遂罪で処罰することができないため、この過失殺における刑罰の極端な軽さは、誤殺事案において具体的符合説的解決方法を採った場合に、妥当な結論を得られない原因の一つとなり得るものであった。

第二の理由は、過失殺の適用範囲に問題があったからである。清代刑法における「過失」という概念に関しては、中村茂夫氏の研究[53]が夙に著名であるが、それによると、清律の「過失殺傷」という罪名は、現代日本刑法のように殺意なく不注意によって人を殺傷に至らしめた場合全般に適用されるものではなく、「正常な事由のある行為から、たまたま人を殺傷するという被害が発生した時に」初めて適用されるものであった。[54]誤殺事案の場合、旁人を過失殺するに至る先行行為は、他の人物（想定された被害者）を害しようという意図の下で行われているのが普通であるため、到底「正常な事由のある行為」とは言えず、したがって清代の法理からすれば過失殺が適用される余地は皆無であったと思われる。

もっとも、この過失殺の適用範囲の問題に関しては、若干注意を要する点がある。それは、清代における過失殺の適用が中村氏が明らかにした如く極めて限定的な状況に制限されていたのは、主として清代中期（嘉慶朝か、な

いしはせいぜい乾隆朝）以後の話であって、清代の初期では多少事情が異なっていた可能性があることである。中村氏の過失殺に関する考察結果は、多数に及ぶ過失殺ないしは過失殺に似て非なる事案の詳細な判例分析から帰納的に導き出されたものであるが、中村氏が史料としたのは主として『刑案匯覧』（『続増刑案匯覧』を含む）といった嘉慶期以降の成案を収録した判例集であり（但し、一部『例案続増全集』や『駁案新編』といった乾隆期の判例集も使用している）、そこから帰納的に導き出された結論は、清代中期以降の過失殺に関しては正確に当てはまるとしても、それ以前においても同様であったことを直ちに保証するわけではない。それに加えて、以下に引用する康熙四十六年の銭考一案や乾隆八年の陳二狗一案は、清代初期には過失殺の適用状況が後代とは若干異なっていたことを窺わせる格好の史料となるであろう。

〔銭考一案〕

金従雲とその兄の金陸森は、蕩柴を銀六両で銭考に売却したが、銭考は銀二両銭一千文を支払っただけで残りの代金が未納であったことから、彼らは蕩柴を別人に売却したため、銭考は荘公発等にそのことを訴え出た。そこで荘公発は陳弘川の家に彼らを集めて話し合いをし、金陸森に対して一両の利子を付けて受け取った代金を銭考に返還するよう求めたが、金陸森は承知せず、銭考と言い争いになった。その時金従雲が兄を護ろうと前に進み出てきたところを、銭考が手で推して金従雲の右脇腹を負傷させ、さらに金従雲は仰向けに倒れて戸の敷居に背中を打ち付けて重傷を負い、十八日後に死亡してしまった。(35)

〔陳二狗一案〕

陳二狗は全亜六が豚の足を投げつけてきたことに腹を立てて争いになった。全亜六は拳で陳二狗を殴打したが、陳二狗は未だ殴り返すことはしなかった。ついで全亜六は陳二狗に抱き着いて離れなかったため、陳二狗は逃れようとしたところ、二人一緒に堤の上から足を滑らせて、下の池に転がり落ちてしまった。陳二狗は何とか岸辺に掴って這い上がることができた

が、全亜六は池の中央に落ち、しかも酒に酔っていたため岸に這い上がることができず、死亡してしまった。[56]

これら二つは、いずれも現行日本刑法の下では過失致死罪が適用されるであろうと推定される事案であるが、[57]中村氏が明らかにした清代中期以降の状況下では、恐らくは過失殺ではなく闘殺が適用されていたであろうと思われる。なぜならば、中村氏も著書の中で指摘しているように、清代中期以降においては、「立腹して引っ張り出したのも、興奮して押し戻そうとしたのも、いずれも『闘殴』にあたるとされた」のみならず、「殴打したのではないことはもとより、殴ろうとしたというのでもない場合であろうと、例えば、相手の制止を聴き容れず口論をしたなど、仮にも何ほどかのいさかいがあれば、『已有争角（争闘）情形（すでに争角（争闘）の情形あり）』とされること」があったためであり、[58]したがって、代金の支払いをめぐって言い争いをしているとか、殴り合いの喧嘩をしている等といった「已有争角（争闘）情形」がある行為が引き金となって人の死が発生したこれらの事案が清代中期以降に発生していたとすれば、過失殺が適用される可能性はほとんど皆無であったと思われる。しかるに実際には、上記二事案いずれに対しても過失殺が適用されていることから、清代初期の過失殺に対する認識は、清代中期以降のそれとは異なっていたことが窺えよう。ただ、この過失殺の問題は本稿の主題から外れるため、これ以上詳論することは避け、いずれ稿を改めて検討することとし、ここでは清代における過失殺の適用に関して、時期によって変遷があった可能性を指摘するに止めておきたい。

以上述べたような理由から、清代における誤殺事案の処理において、具体的符合説的発想に基づく処罰が主流とはならなかった（なり得なかった）のだとすれば、ではなぜ潘氏一案においては具体的符合説的な処理が行われたのであろうか。思うにそれは、潘氏一案の発生年代や事案の具体的情状において、具体的符合説的な処理を行うのに有利な条件がたまたま揃っていたためであると推測される。すなわち、第一に潘氏一案の情状が比較的軽かったことが挙げられる。潘氏は自分に逆らった息子に向かって石を投げ付けたのだが、その行為自体決して褒められた

ものではないけれども、社会通念上は容認し得る行為であるので、そこから思いがけず旁人を殺害してしまった行為に対して過失殺律を適用して収贖としたとしても、その時期の量刑感覚からすればそれほど大きな違和感が感じられなかったことが有利に働いたのではなかろうか。[59] また第二の点として、先に指摘したとおり、潘氏の事案が起きた乾隆朝の初め頃は、過失殺律の適用範囲が後代ほどには制限されていなかった可能性を挙げることができる。これら二つの条件が重なったが故に、潘氏一案では具体的符合説的な処理がたまたま可能だったのであろう。しかしながら、時代が下るにつれてこれら二つの条件が次第に失われて行き、その結果、誤殺事案における具体的符合説的な処理方法は、法実務上主流となることなく消滅していったものと思われる。

四　おわりに

これまで述べてきたように、清代における誤殺の処罰法理の背景にある発想が、現代刑法学の錯誤論とは全く次元の異なるものであったとする前稿の結論を、本稿においても再度確認することができた。しかしながら一方で、一部とは言え、現代刑法学の錯誤論と同様な発想でもって誤殺の問題を捉えていた人々が清代にも存在していたことは注目に値しよう。彼らは、犯人の行為がもたらした外形的な結果だけではなく、犯人の主観的な意図にも十分な注意を払うことによって、今日の近代的刑法理論にも相通ずるような、より徹底した責任主義志向の法理論を念頭に置いていたように感じられる。ただ、唐律以来その本質的な部分をほとんど変えることなく連綿として受け継がれてきた清朝の基本法典には、こうした近代的刑法理論へとつながる可能性のある通路の入り口に立っていた彼らの思考様式を受け入れる余地などなく、法実務において消滅への途をたどることとなった。

本稿では「刑罰軽減事由としての誤殺」という、従来とは若干異なる誤殺観を提示しておいた。ただ、そうした

見解により説得力を持たせるためには、具体的に誤殺がどの程度の刑罰軽減事由として機能したのか、またそれが清朝の各時代でどのように変遷していったのか等、検討すべき論点はなお多く残されているが、それらについては今後の課題とし、ひとまず本稿を終えることとする。

(1)『大清律例彙輯便覧』(台湾成文出版社影印本、以下『大清律例』と称す)巻二六刑律人命門、戯殺誤殺過失殺傷人条。なお、本稿に引用されている各条例の番号は、この版本に記載されている条例の配列に沿ったものであるので、他の版本とは若干異なる可能性もあることを付言しておく。

(2) 拙稿「清律誤殺初考」(梅原郁編『中国近世の法制と社会』(京都大学人文科学研究所)、一九九三年、所収)。以下、「前稿」と称す。

(3)『大清律例』巻五、名例律下、本条別有罪名条。

(4)『大清律例』巻二八、刑律鬬殴下、殴期親尊長条「凡弟妹殴(同胞)兄姉者、……死者(不分首従)皆斬云々」。

(5)『成案彙編』巻二二「誤傷胞叔致死依凡論并援赦案」。

(6)『成案統編』巻一一「誤殺親叔照犯時不知依凡論案」。

(7) 前稿五六七頁以下参照。

(8) 例えば、夜間に田地の見張りをしている際に、いとこ(大功服兄)を盗賊と間違えて殴死してしまった乾隆三十年の王仁極一案(『駁案新編』巻三「四川司……平武県民王仁極、殴傷大功服兄王殿一身死、匿不報験一案」)や前稿でも紹介した嘉慶十二年の劉碩理一案(前稿五八一頁注(79)参照)のように、疑賊拒命の場合にはかなり後の時期まで犯時不知律が適用されていた。

(9) 先に引用した犯時不知律が適用されている事例の発生年代が雍正朝の終わりから乾隆の初めの極短期間に集中しており、しかもその時期は本稿末尾の表一から分かるように、次節で述べる親属の誤殺処理に関する一般原則に適合した事案が見当たらない「空白の時期」に該当することから、犯時不知律の適用に関するこうした取り扱いは、当該時期にのみ見られる一時的現象であった可能性が高い。

(10) 原文には「集註」とあるが、以下に引用されている文章が『大清律輯註』の記述と一致することから、「輯註」の誤記であると思われる。

(11)『刑案匯覧』巻三二「湖広司、謹査集註云、誤故殴之誤殺、皆言凡人云々、嘉慶七年説帖」。

(12)『刑案匯覧』巻三二「吉林将軍咨、尹方興故殺伊妻趙氏、並誤殺妻之胞姊邸趙氏各身死一案……道光四年奉天司説帖」。

(13)『大清律例』巻二八、刑律鬬毆下、毆期親尊長条例五。『光緒会典事例』巻八一二—四。

(14)『大清律例』巻二八、刑律鬬毆下、毆大功以下尊長条、「凡卑幼毆本宗及外姻緦麻兄姉……篤疾者絞、死者斬（絞斬、在本宗小功・大功兄姉、及尊属則決、余俱監候云々）」（傍点筆者）。

(15)『光緒会典事例』巻八〇五—三。

(16)馬建石他編『大清律例通考校注』（中国政法大学出版社、一九九二年）八〇三頁。

(17)『成案彙編』巻二二「謀殺人誤毒小功服嬸擬斬監候案」。

(18)『大清律例』巻二八、刑律鬬毆下、毆大功以下尊長条、「凡卑幼毆本宗及外姻……小功兄姉杖六十徒一年……尊属又各加一等……死者斬（……不言故殺者、亦止於斬也）云々」。

(19)雍正二年に発生した、小功の堂弟を毆ろうとして小功の叔祖母を誤殺した事案である楊道虎一案（『成案彙編』巻二〇「誤毆小功祖母致死援案擬斬監候案」。）においては、犯人に対して「小功の尊長を毆死する」の律を適用して斬立決に擬律した上で、皇帝の特旨によって斬監候に減刑するという、先に述べた尊長誤殺事案に対する原則的な処理が行われている。

(20)『成案彙編』巻一九「故殺親子而誤殺旁人減流伊子仍照過失殺父母比案」。

(21)事案の概要からすれば、張氏は李際安を「謀殺」しようとしていたのであるから、「人を謀殺しようとして旁人を誤殺する」の律を適用するのが適当であるように思われるが、史料中に現れる適用条文は本文に示したとおりである。その理由は不明であるが、いずれにせよ法定刑は両者ともに斬監候であって、実質的には差はないと言える。

(22)『大清律例』巻四、名例律、工楽戸及婦人犯罪条、「……其婦人犯罪、……若犯徒流者、決杖一百、余罪収贖」。

(23)『成案彙編』巻二二「欲殺己子誤殺堂弟仍擬絞案」。

(24)『大清律例』巻二八、刑律鬬毆下、毆大功以下尊長条「……尊長毆卑幼、……至死者、絞（監候。不言故殺者、亦止於絞也）云々」。

(25)前掲注（11）参照。

(26)『刑案匯覧』巻三三「広西司、查黄韋氏用毒酒謀害遠犯教令之子黄経元云々、嘉慶十六年説帖」。

(27)『刑案匯覧』巻三三「山東司、查宋遵遷因女宋橋妮与呉士太通姦云々、道光二年説帖」。

(28)ただし、劉曽氏は八十歳以上であることから刑の執行が免じられ、また黄韋氏には婦人収贖律が適用され、さらにそれとは別に埋葬銀四十両の支払いが命じられる等、最終的な処分は各々の事案で微妙に異なっている。

(29)『刑案匯覧』巻三二「陝撫題、鍾世祥擲打伊子、誤傷孫泳幅子身死一案、……道光四年通行已綦例」。

(30)『大清律例』巻二六刑律人命門、戯殺誤殺過失殺傷人条例二〇。

(31) 前稿五七〇頁以下参照。

(32) 『刑案匯覧』巻三二「晋撫咨、李必蘇謀毒李会明、誤毒李二子等三人、傷而未死一案……嘉慶十年説帖」。

(33) 『大清律例』巻二六、刑律人命、謀殺人条「凡謀（或謀諸心、或謀諸人）殺人、……若謀而已行、未曽傷人者、（造意為首者、）杖一百徒三年云々」。

(34) 同前「凡謀（或謀諸心、或謀諸人）殺人、……若傷而不死、造意者絞（監候）云々」。

(35) 『大清律例』巻二七、刑律闘毆上、闘毆条「凡闘毆、……若（毆人）血従耳目中出、及内損（其臓腑而）吐血者、杖八十云々」。

(36) 『大清律例』巻五、名例律下、二罪俱発以重論条「凡二罪以上俱発、以重者論、罪各等者、従一科断云々」。

(37) 実行未遂（終了未遂ともいう）とは、犯罪の実行に着手し実行行為もすべて完了したが、何らかの事情により結果が発生しなかった場合をいう。例えば、人を殺害しようとしてピストルを撃ったが、命中しなかった（あるいは命中したが死亡するには至らなかった）場合等がこれに該当する。

(38) 着手未遂（未終了未遂ともいう）とは、犯罪の実行には着手したが、実行行為が全部終了する以前に何らかの事情により結果が発生しなかった場合をいう。例えば、人を殺害しようとしてピストルの引き金を引いたが、故障で弾丸が発射されなかった場合等がこれに該当する。

(39) ちなみに原審である山西巡撫は、李会明に対する謀殺の故意を李懸蘇等に対しても「移転」できると考えて、李必蘇に「人を謀殺しようとして、負傷させたが死亡するに至らなかった」の律を適用しており（ただし法定刑から一等を減じた上で擬律している）、図らずも現代刑法学の錯誤論的な発想（法定的符合説的発想）に基づいて原擬を作成しているように思われるが、それは刑部の容れるところとはならなかった。

(40) 滋賀秀三氏によれば、清代においては、「一般に地方長官は、体罰や身柄の拘束などを、法的根拠を示すことなく自己の裁量によって課する権限をもっていたのであり」、特に「法に照らして、もともと笞・杖・枷号の刑にしか当らない軽い悪事については、すでに述べたように、殊さらに法規的根拠に神経を使うことなく、適宜に右掲の諸手段（最高枷号までの各種体罰、取綱中の身柄の拘束、罰金、叱責等――筆者注）で懲らしめて済ますのが常であった」。滋賀秀三『清代中国の法と裁判』（創文社、一九八四年）一八一頁および二四八頁参照。

(41) 滋賀前掲注（40）書七五頁参照。

(42) 『大清律例』巻二六、刑律人命、戯殺誤殺過失殺傷人条例一〇。

(43) 『光緒会典事例』巻八〇五―八。

(44) 胡星橋・鄧又天主編『読例存疑点注』（中国人民公安大学出版社、一九九四年）五九五頁。引用元については、沈之奇『大清律輯註』巻一九、刑律人命、戯殺誤殺過失殺傷人条の按語参照。

(45) ただし、具体的符合説においては、方法の錯誤（乙等実行犯においては客体の錯誤であっても、甲等現場に行っていない者においては方法の錯誤となる）の場合には、当初意図した被害者に対する着手未遂罪が成立すると同時に、実際の被害者に対しては過失犯が成立することになる（両者の観念的競合になる）が、『輯註』は甲の銭某に対する過失殺傷罪の成立については何ら言及していないため、『輯註』の見解が現代刑法学における具体的符合説と完全に一致するものであるか否かは不明である点に留意する必要がある。

(46) 『成案彙編』巻一九「嫁母拾石擊子誤傷旁人照過失殺定擬案」。

(47) 前掲注（46）所引の資料中には発生年の記述はないけれども、劉曾氏一案（前掲注（11）参照）の中で乾隆二年の先例として言及されている。

(48) Aを別人のBであると誤認して殺害した場合（すなわち客体の錯誤の場合）には、動機において錯誤は見られるものの、「（Bであると誤認した）Aという人物」を殺害しようと意図して、実際にその人物を殺害したわけであるから、犯人の認識内容と結果との間に具体的な一致が認められるため、具体的符合説の立場に立っても故意犯の成立は認められることになる。

(49) 前掲注（33）参照。

(50) 実行行為自体は完了したが、死という結果が生じなかった場合（すなわち実行未遂）であれば、傷の程度に応じた傷害の罪で処罰することは可能であるが、負傷にすら至っていない着手未遂では、それすらも不可能である。

(51) 『大清律例』巻二六刑律人命、戯殺誤殺過失殺傷人条例二。

(52) 例えば、正当な理由なく人の居住する家屋に向かって弓を射たり石を投げたりして、その結果人を死亡させる「弓箭傷人致死」罪（『大清律例』巻二六、刑律人命、弓箭傷人条）や正当な理由なく街中で車馬を疾走させて、その結果人を死亡させる「車馬傷人致死」罪（同、車馬殺傷人条）の法定刑はいずれも杖一百流三千里であり、人里離れた場所で目印を立てずに動物捕獲用の罠を仕掛け、その結果人を死亡させる「窩弓傷人致死」罪（同、窩弓殺傷人条）の法定刑は杖一百徒三年であった。

(53) 中村茂夫『清代刑法研究』（東京大学出版会、一九七三年）第一章「過失の構造」。

(54) 前掲書一四七頁以下参照。

(55) 『例案全集』巻二二「無心致死比照過失殺収贖」。

(56) 『成案彙編』巻一八「互毆同跌下塘溺死照過失殺収贖案」。

(57) もっとも銭考一案の方は、金従雲を手で推したのがどのような形で、どの程度の力を加えたのか等、その状況如何によっては傷害致死罪が適用される可能性もないわけではない。

(58) 前掲注（53）書七一頁以下参照。

(59) 筆者は以前清律の留養条に関する一連の研究を公表したことがあるが（拙稿「清律『犯罪存留養親』条考（一）（二・完）」（『金沢法学』四二巻二号、四三巻三号）、同「清律『犯罪存留養親』条補考（一）（二・完）」（『金沢法学』四五巻二号、四六巻二号）、その過程で得られた知見として、清代初期は後の時期と比較して、全般的に刑罰がやや緩やかであったのではないかとの印象を受けた。この点更なる検討が必要であるが、別稿に譲りたい。

〔附記〕

本稿は、平成一八年度科学研究費補助金（基盤研究（C））による研究成果の一部である。

表一　親属（子への侵害に起因する事案を除く）に関わる誤殺（傷）事案一覧

No.	事件名	完結年	発生地	事件の概要	主観的対象者	実際の被害者	適用条文等	刑　罰	備　考	出典
1	王国軒一案	康熙29年	不明	自分および父親に反抗したおいを殴ろうとして誤って兄を殴り死なせてしまった。	期親の卑幼	期親の尊長	適用条文は不明。兄を殴る意図はなく、情状に赦すべき点があるとして死一等を減ずる	杖一百流三千里＋埋葬銀二十両	当初の意図が、叔父や父に反抗した卑幼を殴ることにあった点が減刑に影響したか？	全集巻22
2	黄公従一案	康熙36年	不明	叔母を誤殺した（詳細は不明）。	不明	期親の尊長	皇帝の旨による再議の結果、根拠の詳細は不明であるが、「誤傷」であるということを重視して刑を軽減	斬監候	本来は鬬殴而誤殺旁人律により、殴死伯叔父母律を適用して斬立決になるべき事案（当初の結論はそのようであった）。	全集巻22
3	孫小龍一案	康熙41年	浙江省	大功服の堂弟を殴ろうとした際に、大功服の堂兄が救援に駆けつけ、武器の棒を取り上げようとして揉み合っているうちに、誤って大功服の堂兄を刺し殺してしまった。	大功の卑幼	大功の尊長	九卿会議の議により大功の堂兄を鬬殺した罪（斬立決）より若干減等（根拠条文不明）	斬監候		全集巻22
4	劉玉節一案	康熙46年	江西省	父を殺る目的で、父と論争していた卑幼の親属を殴ろうとしたところ、大功の堂兄を誤って傷つけ死なせてしまった。	卑幼	大功の尊長	基本的に因鬬殴而誤殺旁人律を適用するが、救父の目的であることを考慮して死一等を減ずる	杖一百流三千里＋埋葬銀二十両	救父の情を考慮しなければ、大功兄を殴死する罪（殴大功以下尊長条）がそのまま適用されて斬立決となった。	全集巻22
5	楊道虎一案	雍正2年	直隷省	幼い異母弟を殴ろうとしていた小功の堂弟に腹を立て、棍棒で殴ろうとしたところ、誤って小功の叔祖母を殴り死なせてしまった。	小功の卑幼	小功の尊長	黄公従一案を援用	斬監候	刑部の結論は、律の規定通りに、鬬殴而誤殺旁人律により、殴死小功尊長律を適用して斬立決に擬律するというものであったが、雍正帝の諭旨により左記の結論に改められた。	彙編巻20
6	汪其淵一案	雍正5年	河南省	妻を殴打しようとして、誤って妻の母を殴り死なせてしまった。	妻	妻の母	因鬬殴而誤殺旁人律により、殴死妻之父母律（斬監候）を適用するが、原傷が軽く、破傷風によって死亡したことを理由として減等	杖一百流三千里＋埋葬銀二十両		彙編巻21
7	呉知一案	雍正6年	福建省	兄嫁を刺そうとして誤って母親を刺して死なせてしまった。	小功の尊長	母	子殺父母律	凌遅処死	誤殺律が適用されたのか、直接本律が適用されたのかは不明。	彙編巻21
8	謝英豪一案	乾隆3年	広東省	財産の乗っ取りを企てて小功の再従弟を毒殺しようとしたところ、誤ってその母親（小功のおば）を毒殺してしまった。	小功の卑幼	小功の尊長	謀殺人而誤殺旁人律に擬律した上でその可否を皇帝に委ねる	斬監候	No.17の葉紹武一案に言及されている定例によって処理されているように思われる。そうであれば、すでにこの時点で定例が成立していたことになる。	彙編巻21

No.	事件名	完結年	発生地	事件の概要	主観的対象者	実際の被害者	適用条文等	刑　罰	備　考	出典
9	李瑛一案	乾隆4年	山西省	離婚を迫る妻を毒殺しようとして、誤って一家にあらざる三名を誤殺した。	妻	凡人	謀殺造意律	斬監候	本来の被害者を殺害した場合と同じ罪名を科している。	案編巻18
10	劉興寿一案	乾隆4年	福建省	人と争っている際に、誤って叔父を殴打し死なせてしまった。	凡人	期親の尊長	因鬬殴而誤殺旁人律により、殴叔父至死律を適用して斬立決とするが、誤殺である点を考慮して軽減	斬監候	乾隆初期における近親尊長の誤殺の取り扱いは、ほぼこの事案のとおりとなっていたようである。	案編巻21
11	郭奇一案	乾隆4年	四川省	大功の堂兄を殴打しようとして、誤って叔父を殴り死なせてしまった。	大功の尊長	期親の尊長	因鬬殴而誤殺旁人律により、殴叔父至死律を適用	斬立決	皇帝の諭旨は「九卿議奏せよ」であるので、最終的な結論は不明。	案編巻21
12	張棟一案	乾隆4年	山西省	妻を刺して負傷させた上、さらに誤って仲裁に入った継母を負傷させた。	妻	継母	因鬬殴而誤殺旁人律により、子孫殴祖父母父母律（斬立決）を適用	（九卿議奏）	九卿会議で減刑された可能性が高い。	案編巻21
13	趙栄一案	乾隆5年	直隷省	自分にたてついた妻に腹を立てて殴りかかったところ、争いを止めに入った叔父を殴り死なせてしまった。	妻	期親の尊長	鬬殴傷人限外本傷身死減流例	杖一百流三千里	犯人の意図が妻を殴打することにあり、叔父を殴打するつもりがなかったという点も減刑の要因となっている。	案編巻21
14	王起鼎一案	乾隆5年	福建省	いとこと争っている際に、いとこの助太刀に来た堂姪を殴ろうとして、誤って叔父を殴り死なせてしまった。	小功の卑幼	期親の尊長	因鬬殴而誤殺旁人律により、殴叔父至死律を適用して斬立決とするが、誤殺である点を考慮して軽減	斬監候		案編巻21
15	林子忠一案	乾隆6年	福建省	おいを殴ろうとして、誤ってその父である胞兄を殴り死なせてしまった。	期親の卑幼	期親の尊長	殴死胞兄律（斬立決）から減軽	斬監候		案編巻21
16	曾応覲一案	乾隆7年	福建省	大功の堂兄を殴打しようとして、誤って伯父を殴り死なせてしまった。	大功の尊長	期親の尊長	姪殴伯父至死律	斬立決	誤殺律は適用されず、直接鬬殴の本律が適用された模様。	案編巻21
17	葉紹武一案	乾隆10年	広東省	大功のおいと争っている内に、誤って大功の堂兄を死なせてしまった。	大功の卑幼	大功の尊長	不明	不明	「定例では小功以下の尊長を誤殺した場合には、誤殺律に依り絞監候に、大功以上の尊長を誤殺した場合には、鬬殴本律により斬立決に擬す」との興味深い記述が見られる。	案編巻20
18	蕭炎一案	乾隆13年	福建省	弟を追いかけて殴打しようとしたところ、丁度入れ違いに向こうからやってきた叔父を弟と誤認して殴打し死亡させてしまった。	期親の卑幼	期親の尊長	九卿会議の議により、「尊長を干犯しようとした情状はない」として姪殴期親伯叔父母律（斬立決）から末減	斬監候		成続巻11

19	林亜胡一案	乾隆15年	広東省	不遜な態度を取った妻を殴打しようとしたところ、仲裁のためにやって来た大功の堂兄に誤って命中し死亡させてしまった。	妻	大功の尊長	九卿会議の議により、「尊長を干犯しようとした情状はない」として殴死大功兄姉律（斬立決）から末減	斬監候		成続巻11
20	朱元鈔一案	乾隆17年	四川省	自分の子が借りた借金の返済をめぐるいざこざが原因となって、貸主である大功の堂弟に向かって榮塊を投げたところ、たまたま通りかかったおばに命中し死亡させた。	大功の卑幼	期親の尊長	九卿会議の議により、「尊長を干犯しようとした情状はない」として姪殴期親伯叔父母律（斬立決）から末減	斬監候		成続巻11
21	李発身一案	乾隆59年	直隷省	人を毒殺しようとして、誤って母の継母を毒殺してしまった。	凡人	継母	在堂継母之父母有犯謀故殺例（詳細不明）	斬立決		匯覧巻42
22	敖茂文一案	嘉慶8年	貴州省	兄嫁を毒殺しようとして、誤って胞兄を毒殺してしまった。	小功の尊長	期親の尊長	謀殺期親尊長律により凌遅処死に擬律されたが、犯行後直ちに悔過自首したことを評価して、皇帝の特旨により減刑	斬立決	この事案の処理が定例化された。	匯覧巻42
23	劉廷彦一案	嘉慶16年	雲南省	借金をめぐって人と相争っていたところ、誤って胞兄を刺殺してしまった。	凡人	期親の尊長	弟殴死胞兄律（斬立決）に擬律して上で、皇帝の特旨により減刑	斬監候	No.28の李世得一案に付載されている事案。	匯覧巻43
24	汪鑾陛一案	嘉慶18年	山東省	叔父の財産を手に入れるために、その孫（小功の姪）を毒殺しようとして、誤って叔父、叔母および使用人の3名を誤傷してしまった。	小功の卑幼	期親の尊長	姪殴期親伯叔父母律	杖一百流二千里	小功服の姪に対する謀殺未遂罪（杖一百徒三年）と比較して、重い方の罪を科している。	匯覧巻42
25	孟保福一案	嘉慶19年	直隷省	妻を毒殺しようとして、誤って妻の祖母を毒殺した。	妻	凡人	謀殺造意律	斬監候	誤殺律ではなく、謀殺の本律が適用されている。	匯覧巻32
26	梁綱志一案	嘉慶20年	直隷省	妻を毒殺しようとして、誤って凡人を毒殺した。	妻	凡人	謀殺人而誤殺旁人律	斬監候		匯覧巻32
27	張慕氏一案	嘉慶21年	四川省	夫との不和を苦にして自殺を図り、その際に婢女二人も道連れにしようと毒薬を用意したところ、夫の大功服の尊長が誤って毒薬を服用し死亡してしまった。	婢女	夫の大功の尊長	謀殺人而誤殺旁人律により、妻故殺夫之緦麻以上尊長律を適用	斬監候		匯覧巻32
28	李世得一案	嘉慶23年	直隷省	金銭上のトラブルで胞兄の義子と争いになり、逃げ出した義姪を追いかけて殴ろうとしたところ、たまたま様子を見に来た胞兄を義姪と誤認して刺殺してしまった。	期親の卑幼？	期親の尊長	弟殴死胞兄律	皆斬（＋夾簽声請？）	犯時不知律の適用方針に関する言及あり。	匯覧巻43
29	王得昌一案	嘉慶24年	雲南省	大功の堂兄と闘殴していたところ、誤って仲裁しようとしたおばを死なせてしまった。	大功の尊長	期親の尊長	姪殴死伯叔父母律	皆斬（但し、夾簽声請を許さず）	大功の堂兄と闘争していたことにより、殴期親尊長条例5の「非遇兇干犯」に該当しないとして、夾簽声請が認められなかった。	匯覧巻43

No.	事件名	完結年	発生地	事件の概要	主観的対象者	実際の被害者	適用条文等	刑　　罰	備　　考	出典
30	崔樣魁一案	道光3年	江蘇省	姦通を咎められ侮辱されたことを恨みに思い、無服の族兄を謀殺しようとしたところ、暗闇で見間違えて小功服兄を誤殺してしまった。	凡人	小功の尊長	謀殺人而誤殺旁人律により、卑幼故殺小功兄律を適用	斬立決		匯覧巻42
31	丁豹一案	道光3年	河南省	土地代金を支払わないことを恨みに思って、小功服の叔を毒殺しようとしたところ、小功服の弟1名を誤殺し、また小功服の弟2名とその妻1名を誤傷した。	小功の尊長	小功の卑幼	尊長謀殺卑幼已殺者依故殺法律により、尊長故殺小功卑幼律を適用	絞監候	「謀殺人而誤殺旁人律」ではなく、「尊長謀殺卑幼已殺者依故殺法律」が適用されていることに注意。	匯覧巻42
32	尹方興一案	道光4年	吉林	妻と間違えて妻の姉を殺害。その後妻も殺害した。	妻	凡人	故殺人而誤殺旁人律	斬監候		匯覧巻32
33	許曉斎一案	道光5年	安徽省	人と通姦した妻を毒殺しようとして食事内に毒物を投入したところ、誤って息子の嫁が食べて死亡した。	妻	子婦	故殺人而誤殺旁人律を適用した上で、故殺子婦律（杖一百徒三年	杖一百徒三年		匯覧巻32
34	白鶴鶴一案	嘉慶18年	山西省	灯油の貸借をめぐるトラブルが原因で兄嫁と争いになった際、投げた土レンガが誤って自分の母親に命中し、死なせてしまった。	小功の尊長	母	原擬は因鬪毆而誤殺旁人律により毆殺父母律を適用して凌遅処死に擬律したが、皇帝の特旨により、鬪毆誤殺とは異なるとして減刑	斬立決	この事案の処理が定例化された。	匯覧巻44
35	朱開泰一案	道光14年	山東省	兄の姦通相手の女性が諫阻を無視して再び兄の家を訪れたために、鎗銃を発砲したところ、たまたま様子を見に来た兄に命中し死なせてしまった。	凡人	期親の尊長	故殺人而誤殺旁人律により弟故殺胞兄律を適用して凌遅処死に擬律した上で夾簽請旨	凌遅処死＋夾簽請旨	No.39の朱汝愷一案によれば、九卿の核議により、斬監候に改められた。	続増巻11
36	羅洪寛一案	道光4年	貴州省	弟と諍いになったさいに、誤って父親を死なせてしまった（ただし、詳細な事実関係は不明）。	期親の卑幼	父	不明	凌遅処死（＋援案請旨？）	適用条文は、恐らく因鬪毆而誤殺旁人律であろう。	続増巻11
37	李蔚氏一案	道光20年	安徽省	普段から好き放題に振舞って迷惑をかけられている小功の夫姪を毒殺しようとしたところ、誤って無服の族人を誤殺してしまった。	小功の卑幼	凡人	謀殺人而誤殺旁人律により凡人の故殺律を適用	斬監候	「人を謀殺せんとして、旁人を誤殺せば、総て殺すところの人を以て斯を為す」	続編巻19
38	栄万発一案	道光28年	奉天省	弟が人と喧嘩しているのを止めようとした際、弟が言うことを聞かなかったので、鍬を拾って威嚇目的で殴りかかったところ、仲裁にやってきた旁人を誤殺してしまった。	期親の卑幼	凡人	因鬪毆而誤殺旁人律により鬪殺律を適用	絞監候		続編巻19

39	朱汶愷一案	道光28年	不明	兄の子と言い争いになり、威嚇するため竹銃を発砲したところ、誤って兄に命中し死なせてしまった。	期親の卑幼	期親の尊長	故殺人而誤殺旁人律により弟故殺胞兄律を適用	凌遅処死（＋夾簽請旨）		続編巻24

出典欄の略称は以下の通り：「全集」＝「例案全集」「彙編」＝「成案彙編」「成続」＝「成案続編」「匯覧」＝「刑案匯覧」「続増」＝「続増刑案匯覧」「続編」＝「刑案匯覧続編」

表二　子への侵害に起因する誤殺事案一覧

No.	事件名	完結年	発生地	事件の概要	主観的対象者	実際の被害者	適用条文等	刑　罰	備　考	出典
40	張氏一案	雍正13年	直隷省	非行を重ねる息子を毒殺しようとしたところ、誤って旁人を毒殺してしまった。	子	凡人	謀故殺人而誤殺旁人律を適用（斬監候）した上で、情状酌量により減刑	杖一百流三千里（収贖によって執行）		彙編巻19
41	潘氏一案	乾隆2年	貴州省	再婚した夫との同居を拒んで口答えした息子に向かって投げた石が、誤って他人に当たって死なせてしまった。	子	凡人	過失殺人律	収贖（銀十一両四錢二分）	故意犯とは認識していないことになる。具体的符合説と同じ発想？	彙編巻19
42	盧拱一案	乾隆8年	福建省	息子の土地を二重譲渡しようとしたのを息子に阻まれたことを恨んで殺害しようとしたところ、暗闇で見間違えて大功の堂弟を誤殺してしまった。	子	大功の卑幼	謀殺人而誤殺旁人律により、故殺同堂大功弟律を適用	絞監候		彙編巻21
43	阮果正一案	乾隆58年	陝西省	子を殴ろうとして、誤って旁人を殴死してしまった。	子	凡人	因鬬殴而誤殺旁人律	絞監候		匯覧巻32
44	劉曽氏一案	嘉慶7年	湖南省	窃盗を犯した息子を毒殺する目的で毒団子を作り、人に持たせて息子に食べさせたところ、一緒に護送されていた人物もそれを食べ、死亡してしまった。	子	凡人	謀殺人而誤殺旁人律を適用した上で減減	杖一百流三千里（八十歳以上であることを理由に援免）		匯覧巻32
45	黄章氏一案	嘉慶16年	広西省	親の教令に違反した子を毒殺する目的で酒に毒を混入したところ、旁人二名を誤殺した。	子	凡人	謀殺人而誤殺旁人律を適用した上で、故殺一家二命の斬梟の罪から一等を減減	杖一百流三千里（婦人を理由に収贖）＋埋葬銀四十両	No.44の劉曽氏一案の先例に準拠している。	匯覧巻32
46	宋遇遷一案	道光2年	山東省	人と通姦した娘を殺害する目的で毒入り麺餅を作ったところ、娘がそれを近所の子供に分け与えて死なせてしまった。	子	凡人	謀殺人而誤殺旁人律を適用した上で減減	杖一百流三千里	同上	匯覧巻32
47	鍾世祥一案	道光4年	陝西省	頼まれた仕事をせずに遊びつづけている息子に腹を立てて煙草入れを投げつけたところ、息子が避けたために後ろにいた息子の友人に当たり死なせてしまった。	子	凡人	因鬬殴而誤殺旁人律を適用した上で減減	杖一百流三千里＋埋葬銀	この事案を契機に条例が制定された。	匯覧巻32

出典欄の略称は以下の通り：「彙編」＝「成案彙編」　「匯覧」＝「刑案匯覧」