

## 清律『犯罪存留養親』条考(2・完)

メタデータ	言語: Japanese 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	<a href="http://hdl.handle.net/2297/17878">http://hdl.handle.net/2297/17878</a>

## 清律『犯罪存留養親』条考(二・完)

中村正人

- 一 はじめに
- 二 歴代の留養制度の変遷 (以上、四二卷一号)
- 三 清代留養制度の概観とその変遷
  - (1) 清代留養制度の概観
  - (2) 条例等から見た留養制度の変遷
    - (a) 埋葬銀の追徴
    - (b) 秋審制度との結合
    - (c) 被害者の家族構成による留養条の適用制限
- 四 おわりに (以上、本号)

### 三 清代留養制度の概観とその変遷

#### (1) 清代留養制度の概観

明代の項でも指摘したように、清律の留養条の規定は、明律のそれと同じである。本稿の「はじめに」の冒頭にも全文を掲載しておいたが、読者の便を図るため、ここに改めて引用しておく。

凡そ死罪を犯し、常赦原さざる者に非ずして、祖父母(高會同じ)・父母老(七十以上)疾(篤・廢)にして、  
て応に待すべく(或は老、或は疾)、家に以次の成丁(十六以上)なき者は、(即ち独子と異なるなく、有

司推問して明白ならば)犯すところの罪名(並びに応に侍すべきの緣由)を開具して奏聞し、上裁より取れ。若し徒流を犯して、(祖父・父母老疾にして人の侍養するなき)者は、止だ杖一百。余罪は収贖し、存留養親せしむ(軍犯此れに准ず)。

歴代の留養条においてもそうであったが、本規定もまた死罪と徒・流(・充軍)罪とはその扱いが異なっている。そこでまずは死罪の囚に対する留養の規定につき若干の考察を加えてみたい。

死罪の囚に対する留養条の適用においては、その犯した罪が「常赦原さざる者」に該当しないこと、すなわち通常の恩赦の適用対象となる罪名であることが大前提となっている。如何なる犯罪が「常赦原さざる者」に該当するかについては、名例律中の『常赦所不原』条に規定がある。それによると、十悪を筆頭に、以下、殺人・強窃盜等のあらゆる「実犯」(故意犯)<sup>39</sup>は「常赦原さざる者」として、恩赦に遇っても赦免されないものと定められている。すでに先学も指摘しているように、唐律の留養条が、十悪に該当する場合にのみ留養条の適用対象外としていたのと比べると、ずいぶんその範囲が拡大されていることが分かる。

さて、ここで問題となるのは、「常赦原さざる者」の一つとして例示されている「殺人」なる語が如何なる範囲のものを指すかである。『常赦所不原』条の第二項に、「其れ過誤犯罪(過失・殺傷人・失火及び誤毀遺失官物の類を謂う)……は、並びに赦宥に従う云々」(傍点筆者)とあることからすれば、上記「殺人」の中に、過失殺が含まれないのは自明のことであるが、その他の殺人罪に関してはどうかであろうか。結論から先に言えば、光緒年間の代表的な法務畑官僚の一人である薛允升も既にその著書の中で指摘しているように、明代はともかく、少なくとも清代においては、殺人罪名のすべてが「常赦原さざる者」とされていた(すなわち、留養条の適用対象から除外されていた)わけではなかった。<sup>40</sup>このことは、薛允升の言を待つまでもなく、本稿において以下に引用する清代の留養に関する事案の中にも、死罪の殺人案件で留養の認められているものが現に存在しているとい

う事実が、雄弁に物語っている。

それでは、数ある殺人罪名の内、如何なる類型のものが、『常赦所不原』条にいう「殺人」の範疇に含まれるのであろうか。清律中に規定された殺人に関する罪名はあまりにも多く、そのすべてについていちいち指摘することは非常に困難であるし、<sup>(41)</sup>また加害者と被害者との間の身分関係の有無、その他細かな事情の違いによっても話は異なってくるので一概には言えないのであるが、一般的に言えば、史料上「真正人命」<sup>(42)</sup>と称されるところの、主として殺意を抱いて行われるような本来的な意味での殺人、すなわち、伝統中国法における殺人に関する代表的な罪名である「六殺」<sup>(43)</sup>に関して言えば、謀殺や故殺がそれに該当し、傷害致死や過失致死のような、たとえ法定刑は死刑であっても、いわば不真正な殺人罪については、別の加重要因でもない限り、概ね恩赦が認められている。現に、『大清律例彙輯便覽』をはじめ、たいいていの私家版清律の『常赦所不原』条末尾に附載されている恩詔赦款章程（乾隆元年制定、道光十五年統纂）を見ても、謀殺における造意者および貪賄・挾嫌・因姦・因盜の場合の加功者、故殺者等は「恩詔不准援免各犯罪名」の項に入れられており、逆に鬪殺、戲殺、誤殺等は「恩赦准予援免各犯罪名」に分類されている。<sup>(44)</sup>

留養が認められるためには、当然のことながら、犯人の父母等が「老」または「疾」でなければならぬ。律本文の小註によれば、「老」とは七十歳以上、「疾」とは廢疾・篤疾をいうとされている。すなわち、父母等が七十歳以上の老人かまたは中程度以上の心身障害者であって、身内の介護が必要な状態であるにもかかわらず、犯人以外にはその世話をすべき者がいない場合に留養が認められるのである。もともと、七十歳以上の要件に関しては、清朝初期（具体的には雍正朝前半頃）までは、人命事犯であっても比較的情状の軽いものについては、<sup>(45)</sup>犯人の父母等が七十歳に達していなくとも留養を認めている事例が散見されることから、当初この要件に関しては必ずしも厳密に運用されていなかったようである。しかしながら、この時期以降においては、そうした事例は

見られなくなるので、少なくとも乾隆朝以後、この七十歳以上の要件は厳格に遵守されるようになったものと思われる。<sup>(46)</sup>

なお、留養条の立法趣旨は、決して犯人に対して情けをかけることにあるのではなく、あくまでも何ら罪のない犯人の老親に必要以上の不利益をもたらすことがないよう配慮することにある。<sup>(47)</sup> そうであれば、犯人の父母等にも何らか非難されるべき点が見られる場合には、敢えて留養を認める必要はないことになる。実際のところ、「死罪の存留養親は、必ず其の親が罪なく憫むべきの人に係りて、方に留養を奏請すべき」ことを明言した事案も<sup>(48)</sup>存在していることから、犯人の父母等については、老疾であると同時に、何ら罪なき者であることが、留養条適用の要件の一つとされていたことになる。

留養条に規定された諸要件を満たす死罪の囚に対しては、犯した罪名および老疾いずれの要件に該当するか等を上奏し、「取自上裁」が行われることになる。この「取自上裁」なる言葉は、唐律においては「上請」となっていたものを、明律においてこのように改め、清律はそれをそのまま受け継いだのであるが、表現こそ違えど、要は留養条適用の可否を、皇帝の裁定に委ねることを意味している。ただ、获生徂徠は「明律国字解」の中で、明律に関してではあるが、次のように述べている。

取自上裁と云たるは、詞の面は勅詔しだいにする<sup>か</sup>と云ことなれども、底意は死罪をゆるすことを云なり。如<sup>か</sup>此<sup>こゝ</sup>奏聞すれば、決定してゆるせとある上裁なり。されども法の上なるゆへ、死を免すとはかかずして、取自上裁とかきたるなり。<sup>(49)</sup>

徂徠の解釈によれば、条文中、「死を免ずる」と明言してしまうのは差し障りがあるので、皇帝の実質的判断に委ねるような文面となっているだけで、実際上は要件さえ満たせば、ほぼ自動的に留養が認められることになる。しかしながら、少なくとも清代に限って言うと、条文が求める諸要件を満たしながらも留養条の適用を否定

されている事案が現に存在していることよりすれば、文字どおり皇帝の實質的判断によって可否を決定していたものと思われる。なお、留養を認められた死罪の囚に対する処置に関しては、律には直接規定するところはないけれども、条例の規定により、死刑を流刑に減刑した上で、枷号兩個月・杖一百（Ⅱ責四十板）に代替して執行された<sup>(51)</sup>。

死罪以外（徒・流・充軍罪）の罪を犯した者に対する留養条適用の効果は、律の規定により、当初は「杖一百、余罪收贖」として処理されることになっていた<sup>(52)</sup>。しかしながら、原任刑部右侍郎王国棟の上奏を契機に出された雍正十三年の通行（乾隆五年に条例化<sup>(54)</sup>）によって、後には死罪の場合と同様、杖刑と枷号刑とを組み合わせて代替執行されることに改められた。

死罪の囚に対する留養条の適用には、「常赦原さざる」ところの犯罪でないことが要件の一つとされていたが、死罪以外に関してはどうか。律本文の後に付された「総注」には、「徒・流・軍犯は、其の罪必ずしも常赦に原すべからざるも、亦た留養するを准す」とあり、また『大清律輯註』も、「常赦原さざるところ」の字は、「死罪を犯す」の下に在り。是れ止だ死罪のみを言いて、徒・流以下は「常赦原さず」と言わざれば、應に原すべきと否と概ね留養するを准す」と述べていることよりすれば、これら諸注釈は、死罪以外の犯罪の留養については、「非常赦不原者」の要件は必要ない、換言すれば、原則としてすべての犯罪類型に対して留養が認められると解釈していることになる。

確かに、唐律の留養条においては、流罪の囚の留養に関して、その本注に「會赦猶流」に非ざる者を謂う」と明記されており、「會赦猶流」（すなわち、造畜蠱毒、小功の尊属・従父兄姉の殺害、謀反・大逆の罪を犯して恩赦に遭遇した場合）以外の罪であれば、たとえそれが十悪に該当する流罪であったとしても、留養が認められると解釈できる。そうしてみると、清律の条文においても、冒頭の「非常赦不原者」の文は死罪の囚の場合に

だけ求められる要件であると考えられよう。おそらく文理解釈としてはそのように解するのがより自然であると思われるが、しかしながら、清代においては、実際には死罪以外についても「非常赦不原者」の要件を満たすことが必要であるとされていた。「定例成案合鑄統增」に次のような事案が収められている。

雍正八年八月、刑部議すらく、蘇撫尹□の題に、已に革せられて承するを經たる張倫は、嘉定県民の周福元等が抗糧して吊橋を拆毀するの案内にて流に擬せらるるの犯に係り、張□の嗣父の張吉生、年七十を逾え、家に次子なければ、留養の例と相い符す等の因あり。査するに、律内に、「故らに人を罪に入る者は、赦に會うと雖も、並びに原宥せず」とあり。張□は抗糧して吊橋を拆毀するの案内に於いて、預め認供を寫し、案犯の趙元に囑令して、認めて同行と為さしめ、入るるに死罪を以てし、嗣いで究出するを經たり。張□は「史典が招草を代寫して情節を増減せば、故らに人を罪に入るを以て論じ、死に至りて未だ決せず」の律に依りて流に擬せらるるの犯なれば、常赦原さざるところに係り、留養の例と符せず。応に該撫請うところの張□の留養の処を將て、議を庸うること母るべしと。旨を奉じたるに、議に依れと。<sup>(55)</sup>

この事案において、『史典代写招草』条（『大清律例』卷三七、刑律断獄下）および『官司出入人罪』条（同前）の規定により杖一百流三千里に擬律された張倫は、彼の養父である張吉生が七十歳を越え、家に他の子供がいなかったため、留養条に定められた要件を満たしていた。ところが刑部は、張倫の罪が「常赦原さざるところに係」ることを理由に留養条適用を否定し、それが皇帝に嘉納されている。このことから、「非常赦不原者」の要件は、死罪の囚のみならず、軍・流・徒罪の囚に対する留養にも必要であつたことが明らかになる。ただ、総注・輯註ともに、死罪以外では「非常赦不原者」の要件は必要ないと、一致した見解を述べていることから考えると、あるいは清朝のごく初期（少なくとも雍正朝より以前）の段階においては、これら注釈書が言うように、軍・流・徒罪の囚に対する留養においては、罪名による適用制限はなかつたが、後に「非常赦不原者」の要件を

必要とするように改められたという可能性もあろう。もしそうであるとすれば、これも留養条の適用範囲を狭めるといふ意味で、留養適用の嚴格化を示す現象の一つと捉えることができるのではなからうか。

(2) 条例等から見た留養制度の変遷

明律の規定をそのままの形で受け継いだ清律の留養条ではあったが、時代が降るにつれて、制度全般において徐々に変更が加えられていった。以下に、清代の条例や成案等を史料として、主として殺人の死罪に関する留養条の変遷過程を跡付けてみたいと思う。

(a) 埋葬銀の追徴

留養条に生じた変化の一つが、留養を認められた鬪殺等の死罪の囚に対する埋葬銀追徴の制度である。埋葬銀とは、犯人から死者の家に対して支払われる、慰藉料ないしは損害賠償的性格を有する金銭であるが、次に引用する雍正三年制定の条例によって、鬪殺等の囚が留養を認められた場合、情状に応じて一定額の埋葬銀を被害者の家に給付するという制度が新たに創設された。

鬪殴人命、傷數処に至り、及び金刃もて死するを致す者を以て重傷と為す。若し傷金刃に非ずして、傷すること止だ一・二処なる、並びに戲殺・誤殺ならば、輕傷と為す。内に祖父母・父母老疾にして応に侍すべく、奏聞して其の存留養親するを准す者あらば、該地方官をして該犯の情由の輕重を酌量せしめ、如し有力の家に係らば、情重き者は銀五十兩を追し、情輕き者は銀三十兩を追す。如し果たして貧難無力の人ならば、情重き者は銀二十兩を追し、情輕き者は銀十兩を追し、死者の家属に給予して養贍せしむ。儻し銀兩を給せずんば、該犯を將て仍お原擬に照して治罪し、再び該犯の情重きと情輕きと、有力と無力と、該撫応に侍すべきの疏内に於いて先に声明するを行え。<sup>(56)</sup>

この条例は、傷痕が複数箇所及び、もしくは刃物を用いた鬪殺を「重傷」とし、また、刃物を用いず、傷痕も一・二箇所止まる鬪殺と戯殺・誤殺を「軽傷」と定義した上で、犯人の資力に応じて「有力」と「無力」に分け、これらの組み合わせより生ずる「有力・重傷」「有力・軽傷」「無力・重傷」「無力・軽傷」の四つのカテゴリーに對して、それぞれ銀五十兩・三十兩・二十兩・十兩の支払いを命じている。

もつとも、留養が認められた犯人に埋葬銀の追徴を命じた事案は、雍正三年の条例制定より以前にも見られる。以下に引用する、康熙五十八年の霍龍一案がそれである。

……霍龍は、伊の岳の何天祥が（娘を叱責した）伊の母（＝趙氏）を將て採打し、又た棍を持って其の腿を毆打し、復た棍を挙げて毆らんと欲すれば、情極まり鎌刀を用て迎架し、誤つて天祥の左脇に中り、五日を越えて風を抽いて死す。正に恩旨の定例と相い符せば、霍龍應に『流犯の祖父母・父母老疾にして、家に以次の成丁なき者は、枷号兩個月・責四十板とし、其の存留養親するを准す』の例に照すべく、應に枷号兩個月・責四十板とし、其の存留養親するを准し、仍お向に伊の名下に於て埋葬銀二十兩を追して、死者の家に給付せしむべし等の因あり。康熙五十八年九月二十三日に於いて旨を奉ず。議に依れと。<sup>(57)</sup>

この事案は、嫁の何氏を叱責した姑の趙氏に對して、何氏の父親の何天祥が暴行を加えたため、何氏の夫の霍龍が鎌を使って阻止しようとしたところ、誤つて何天祥の左脇腹を傷つけ、それが原因となって死亡させたという事件である。律の規定に従えば、霍龍は妻の父を殺害したかどで、斬監候に処せられるべきところ、受傷してから数日後に死亡した事例で、情状に矜むべき点があれば減等を許すことを認めた康熙五十七年十一月二十四日の上諭に符合することから、流刑（杖一百流三千里）に減刑した上で留養が認められ、所定の代替刑の執行とともに、死者の家に銀二十兩の埋葬銀支払いが命じられている。

ただこの事案以外には、留養を認められた者に對して埋葬銀を追徴した事例は見当たらないため、これはあく

までも妻の父親の殺害という、事件の重大性に基づいた特例的な処置であつて、この時点で埋葬銀の追徴が制度化されていたわけではないと思われる。いずれにしても、こういった先例に触発される形で雍正三年条例が制定されたのは間違いないであろう。

その後、この条例は、乾隆五年に次のように一部改正されている。

凡そ闖毆殺人の犯、傷數処に至り、及び金刃もて死するを致す者を以て重傷と爲し、傷すること金刃に非ず、又た止だ一・二処なる、並びに戲殺・誤殺を以て輕傷と爲す。如し祖父母・父母老疾にして応に侍すべき者あらば、例に照して犯すところの情由を開具して旨を請え。如し恩を蒙り其の存留養親するを准さるれば、該犯を將て免死流犯の例に照して、枷号兩月とし、四十板に責す。仍お該地方官をして該犯の情由の輕重を酌量せしめ、如し有力の家に係らば、情重き者は銀五十兩を追し、情輕き者は銀三十兩を追す。如し果たして貧難無力の人ならば、情重き者は銀二十兩を追し、情輕き者は銀十兩を追し、死者の家屬に給予して養贍せしむ。該督撫先に該犯の情重きと情輕きと、有力と無力との処を將て、応に侍すべきの疏内に於いて一併に声明し、仍お軍流留養の例に照して隣佑・族長等の甘結、並びに地方官の印結を取具して部に報ぜよ。儻し情を知りて結を捏する等の弊あらば、軍流の留養を捏報するの例に照して、分別して議処治罪す。<sup>(59)</sup>

この条例と先の雍正三年条例とを比べた場合、特に条文末尾の部分に若干の相違は見られるもの、埋葬銀の追徴に関する条例の本質部分に関しては、細かな字句の異同は別にして、何等の変更も爲されておらず、留養を認められた者に対する埋葬銀追徴制度は、依然として維持され続けた。

ところで、この埋葬銀の追徴という制度は、どのような意図の下に制定されたのであろうか。それを知る手がかりとなるのが、次に引用する雍正帝の言葉である。

律例内に父母年老にして家に次丁なくば応に存留養親すべきの条あると雖も、但だ兇徒此れを恃み、意あり

て人を傷するは、殊に未だ定むべからず。已に死するの人も亦た矜むべきに属す。嗣後此の如きの類の存留養親の人は、其の犯すところの罪の軽重を視て、作何ぞ多く銀兩を派出して死者の家に給予せるか、若し給予せざれば、原擬に仍照して治罪せるかの処は、刑部に著して例を定めて議奏せしむ。<sup>(60)</sup>

この史料は、雍正三年条例制定の直接のきっかけとなった、雍正帝の諭旨であるが、この中で帝は、埋葬銀追徴制度を制定する目的の一つに、「已に死するの人も亦た矜むべきに属す」ことを挙げている。これは、犯人より埋葬銀を追徴して死者の家族に給付させることによって、「死者（の家族）の無念を暗らし、慰撫することをうたつた言葉ではなからうか。そもそも埋葬銀の制度自体が被害者家族の慰撫を目的とするものである以上、そのことが条例制定の目的の一つであったことはある意味当然であろうが、ここで注目すべきは、遺族の怒りを鎮めることのほかに、同制度を創設すべきもう一つの理由として、「兇徒此れを恃み、意ありて人を傷するは、殊に未だ定むべからず」と述べている点である。すなわち、留養条適用要件を満たしていることを恃んで、敢えて罪を犯すといった留養制度の乱用を恐れた清朝が、その防止のための方策として代替刑を加重することを目的にこの制度を新たに設けようとしたことが、この雍正帝の諭旨から窺えるのである。そうであるとすれば、留養における埋葬銀追徴制度は、清朝における留養条適用厳格化の一つの現れと見ることができようであろう。

#### (b) 秋審制度との結合

留養条の規定上も、また実際に留養が適用された清朝初期の諸事案を見ても明らかのように、死罪の囚に対して留養を認めるか否かを決定する時期（留養条の適用時期）は、本来は「定案時」、すなわち判決が下される時であった。ところが、清代のある時期より、定案の時には（たとえ要件を満たしていても）留養条の適用を留保し、秋審の時になって初めて留養条が適用されるように変更された。秋審とは、執行猶予付き（「監候」）の判決を受けた死刑囚に対して、毎年秋以降に行われる再審査手続きのことであるが、元々は相互に関連のなか

った留養制度と秋審制度とが、如何にして結びついたのであろうか。

一部の死罪の囚（とりわけ殺人犯）に対する留養適用の可否を秋審時まで先送りすることがいつ頃から始まったのか、現時点ではその時期を特定することは困難である。ただ、少なくとも規定上そのような取り扱いが明示されたのは、後述する乾隆十四年の条例が制定されたときからであると思われるが、しかしながらそれ以前においても、「定案時」ではなく「秋審時」に留養の適用が行われている事例が刑案中に散見されることよりすれば、雍正朝から乾隆朝の初期にかけて、こうした制度が徐々に形成されたものと思われる。以下に引用した事案は、そうした留養制度と秋審制度の結合のきっかけとなったと思われる先駆的な事例である。

（事案一）

刑部題すらく、慎刑して恩綸を奉有する等の事の為にす。看得したる、黄三の存留養親の一案。署広撫楊□の疏に拠り称すらく、流犯の黄三は柯士相を毆踢して死するを致し、絞に擬せらるるの犯に係る。雍正九年の秋審にて可矜とし、部の咨回に准じて旨を奉じ、死を免じて減等して発落す。今黄三の母の胡氏に拠り留養を具呈す等の因あり、前來す。査するに、定例に、死を免ぜらるるの流犯が、發遣以前に父母老疾にして、家に次丁なきを告称せば、俱に存留養親するを准す等の語あり。今該撫既に称すらく、黄三の母の胡氏、年已に八十四歳にして、家に次丁なく、其れ毆られて身死するの柯士相の父母、俱に故し、現に胞兄の柯卿あれば、例に照して留養するを准すを請う等の語あり。応に黄三を將て例に照して枷号兩個月・責四十板とし、其の存留養親するを准すべくんば可なり。雍正十年□月内に旨を奉ず。議に依れと。<sup>(61)</sup>

（事案二）

刑部、上諭を欽奉するの事の為にす。議し得たるに、福建巡撫周□の疏に称すらく、楊東は陳雄を死するを致し、『人を共毆し、因りて死するを致さば、下手致命傷を以て重しとする』の律に依り、絞監候に擬せら

るの犯に係り、乾隆三年より七年に至るの秋審にて俱に緩決たるを経て、嗣いで部咨に准じて恩旨に欽遵し、議して該犯を將て減じて杖流に擬すと。茲に按察使儲□の詳に拠り称すらく、楊東の母の蕭氏に拠るに、現年七十六歳にして、家に以次の成丁なく、而して殴られて身死するの陳雄は、現に胞兄の陳雅あり、並びに捏飾の情弊なく、印・甘の各結を取具して部に送る等の語あり。応に該撫請うところの如く、楊東を將て例に照して枷号兩個月とし、満日杖一百折責四十板とし、其の存留養親するを准し、仍お該犯の名下に于いて照して埋葬銀二十兩を追して、死者の家に給付して取領せしめ、領状を取具し、部に送りにて查核すべし等の因あり。乾隆八年十二月初二日に旨を奉ず。議に依れと。<sup>(62)</sup>

これらの事案においては、死罪（事案一は鬪殺罪、事案二は同謀共毆致死罪、法定刑は共に絞監候）の囚に對する留養条の適用が行われているが、兩者いずれにおいても、絞監候の判決が言い渡された「定案時」にはなく、秋審を経て減刑された後に留養の適用が認められているのである。しかもこれらは、「定案時」には留養の要件を満たしておらず、「秋審時」において初めて要件を満たしたという事案ではなく、「定案時」には既に留養の要件を満たしていたにもかかわらず、敢えて秋審において減刑されるのを待つて留養を認めているのである。こうした先例の積み重ねにより、秋審時における留養条適用の制度が徐々に形成されていったものと思われるが、明文をもってこの制度を正面から規定したのは、乾隆十四年に制定された次の条例が最初であった。

凡そ鬪殺の案内に理直にして傷軽きあり、及び戲殺・誤殺等の案は、例に照して其の留養を准す。如し該犯実に理曲に係り、或は金刃もて重傷し、及び金刃に非ずと雖も、連毆多傷し死するを致さば、此れ等の情重きの各犯は、定案の日に於いて俱に議するに留養を准さずを以てし、該督撫は仍お例に合せざるの処を將て、疏に附して声明せよ。秋審の時に至りて、查明するに該犯の父母尚お在し、次丁尚未だ成立せざる者は、本内に於いて声請し、九卿覈准して、另冊もて進呈し、恭しく命の下るを候ち、該犯を將て留養の例に仍照し

て発落せよ。朝審の案件は、一体に遵行せよ。<sup>(64)</sup>

この乾隆十四年の条例では、従来留養が認められていた鬪殺罪の内、理なくして鬪争し、あるいは刃物を使用して重傷を負わせ、または刃物を使用せずとも畳毆して傷痕多数に及び、その結果相手を死亡させた場合においては、「定案の日」に留養を認めないことを定めており、ここにおいて初めて、「定案時」における留養条適用の排除が明文化されるに至った。もつとも、この時点では、鬪殺犯の内、比較的情状の重いもののみが、「秋審時」に留養条を適用するとされただけで、比較的情状の軽い鬪殺や、戲殺・誤殺等については、従来どおり「定案時」に留養条が適用されることになっており、犯罪の種類によって、留養条適用の時期に差異が生じるようになった。

その後この条例は乾隆二十七年に改正されるが、そこでは、以下に示す如く、情状の軽重如何にかかわらず、およそすべての鬪殺犯について「定案時」での留養条適用は認められなくなり、その結果、「秋審時」での留養条の適用対象がより一層拡大されることになった。

親老丁単及び孀婦独子留養の犯、実に戲殺・誤殺に係る者は、例に仍照して題本内に於いて留養を申請し、法司法案に随い敷覆するの外、其れ鬪殺の案、理直にして傷軽く、或は実に理曲に係り、或は金刃もて傷重く、或は金刃に非ずと雖も連毆して多傷し死するを致す者を論ずるなく、該督撫定案の時に於いて、止だ応に待すべきの縁由を將て、題本内に於いて声叙し、必ずしも応に准すべき・応に准さざるべきの字様を分別せず、秋審の時を俟ちて、該犯の父母尚お在り、次丁尚お未だ成立せざる者を查明し、結を取りて部に報ぜよ。刑部は九卿と会同して覈擬し、另冊に入れて進呈し、恭しく欽定を候て。朝審の案件は、一体に遵行せよ。<sup>(65)</sup>

乾隆朝後半以降になると、乾隆三十二年に作成・頒布された「比対條款」を始めとする、いわゆる「秋審條款」<sup>(66)</sup>が各種制定され始めることが如実に物語っているように、秋審における分類、すなわち、情実・緩決・可矜のいずれ

かへの振り分けに関する先例が、この時期までにある程度蓄積され、その結果、犯罪の類型によって、また同じ類型であっても情状の差異によって、上記三つの内のどの範疇に分類されることになるかが、ある程度事前に予測できるようになってきた。そのことと対応して、留養の適用が「秋審時」まで引き延ばされる犯罪類型を定めた先の条例も、以下のような変更が加えられた。

戲殺・誤殺・擅殺・鬪殺の情軽き、及び人命に関わるなくして応に死罪に擬すべきの人犯、其の情節を覈べるに、秋審にて応に緩決・可矜に入るべき者、及び僅かに止た語言もて調戲し、並びに手足句(句の誤り?)引するなく、本婦羞忿して自尽するの案、如し祖父母・父母老疾にして応に待すべく、及び孀婦独子にして、伊の母節を守ること已に二十年を逾ゆる者あらば、該督撫各々の結を査取し、声明具題し、法司案に随い覈覆し、留養を申請せよ。其れ鬪殺案内の情節実緩の間に介在する者は、該督撫定案の時に於いて、応に待すべき縁由を將て声明せよ。秋審の時を俟ち、該督撫再び查明を行い、結を取りて部に報じ、刑部は九卿と会同して覈定し、另冊に入れて進呈し、恭しく欽定を候て云々。<sup>67)</sup>

この条例は嘉慶四年に制定されたものであるが、ここでは、従来のような鬪殺か否かで留養の適用時期を区別する方式から、秋審において通常、緩決・可矜とされる事案か否かによって、留養条適用の時期を分別するように改められた。もつとも、戲殺・誤殺(但し、鬪毆に起因する誤殺に限られ、謀殺・故殺に起因する誤殺は含まれない)<sup>66)</sup>・擅殺は、通常、秋審において緩決とされるので、實際上問題となるのは鬪殺の場合に限られる。鬪殺は、情実・緩決の区別が非常に微妙な罪名の一つであったが、この頃になると、これまでの秋審実務の積み重ねによって、同じ鬪殺の事案であっても、どのような場合に情実となり緩決となるかが、ある程度は見極められるようになり、実際は微妙な案件も存在したのであろうけれども、「定案時」から既に実緩いずれに該当するかを予測することも不可能ではなかったのだ、このような留養適用時期の分別方法が採られることとなったのである。

う。

ここで注目すべき点は、乾隆二十七年の条例によって、鬪殺の事案は、情状の軽重にかかわらず、すべて「秋審時」でなければ留養が適用されないように改められていたが、この嘉慶四年の条例では、情状の軽い鬪殺事案については、再び「定案時」における留養適用が認められたことである。すなわち、表現の仕方は異なるものの、実質的には乾隆十四年条例が規定する水準に戻ったことになる。ところがこれについては、二年後の嘉慶六年に条例が改定され、再度方針が変更されることになる。

戯殺・誤殺・擅殺・鬪殺の情軽き、及び救親の情切にして、傷すること止だ一・二処の各犯、其の情節を覈べるに、秋審にて応に可矜に入るべきの案、如し祖父母・父母老疾にして応に侍すべく、及び孀婦独子にして、伊の母節を守ること已に二十年を逾ゆる者あらば、該督撫各々の結を査取して、声明具題し、法司案に随い覈覆し、留養を申請せよ。其の余の各案は、応に秋審の時を俟ちて、実緩に分別すべく、該督撫定案の時に於いて、止だ応に侍すべきの縁由を將て声明し、必ずしも応に准すべからざるの字様に分別せず、統べて秋審時を俟ちて、結を取りて部に報じ、刑部は九卿と会同して覈定し、另冊に入れて進呈し、恭しく欽定を候て云々。<sup>(71)</sup>

戯殺・誤殺・擅殺・鬪殺等の事案については、緩決・可矜に該当する場合に「定案時」の留養条適用を認めていたのに対して、この条例では、可矜に該当する場合のみ「定案時」とし、それ以外（緩決相当の場合も含めて）はすべて「秋審時」まで留養条の適用を認めない方向に軌道修正が行われている。秋審で可矜となるべき案件は、極めて少数であったと考えられるので、上記諸殺の事案については、ほとんどすべてが「秋審時」でないと留養条の適用を認められなくなったことを意味している。<sup>(72)</sup>

このように、清朝初期から中期に（より具体的に言えば、乾隆朝から嘉慶朝に）かけて、殺人罪であっても留

養が認められていたもの（戯殺・誤殺・擅殺・闘殺等）については、大きな流れとしては、留養条の適用時期が「定案時」から徐々に「秋審時」に移行して行った事実が明らかになったが、それでは留養条の適用時期が、「定案時」から「秋審時」に変更されたことは、何を意味しているのであろうか。秋審に付される死刑囚は、死刑判決が下されてから、秋審が開始されるまでの期間（だいたい一年前後）、獄中に身柄を拘束されることになる。つまり、秋審時に留養条を適用される者は、定案時に適用される者よりも、秋審を待つ間身柄を拘束される分だけ苦痛が長時間継続することになり、囚人にとってより不利益な結果をもたらすことになる。留養条と秋審制度との結合、および「秋審時」に留養条を適用される犯罪の拡大という現象は、ある意味では留養適用の厳格化に他ならないのである。

#### （c）被害者の家族構成による留養条の適用制限

留養条の規定では、犯人側の事情のみを考慮し、被害者側については、何ら規定するところがなかった。これに対して、以下に引く雍正三年制定の条例は、殺人犯の留養適用に関して、被害者側の事情も考慮すべきことを初めて規定した。

殺人の犯、存留養親するを奏請する者あらば、殺さるるの人に父母ありやなしや、是れ独子なるや否やを查明し、本内に於いて声明せよ。如し殺さるるの人も亦た独子に係り、親老にして人の奉侍するなくば、則ち殺人の犯、留養するを准さず。<sup>(7)</sup>

この条例によれば、殺された被害者にもまた老齢の父母がおり、かつ被害者以外に子供がいなければ、すなわち留養条に規定される要件に合致する場合には、当該犯人は、たとえ留養条の要件を満たしていたとしても、同条の適用を認めないこととされた。この条例が制定される直接の契機となったのは、次に掲げる雍正帝の諭旨であった。

殺人の犯、伊の親老にして又た家に次丁なきに因りて、即ち死を免じて留養するを奏請せしむ。然らば亦た須らく殺さるるの人に父母ありやなしや、是れ独子なるや否やを查明すべく、若し親老に係り、又た独子に係らば、一旦殺されて身死すれば、以て親老にして人の養贍するなきを致す。而して人を殺すの人、反て免死留養を得るは、殊に情理と未だ協わす。著して直省各督撫に行文せしめ、嗣後如し殺人の犯の存留養親を奏請せば、殺さるるの人に父母及び以次の成丁ありやなしやの処を將て、一併に查明し、本内に於いて声明具奏せよ。<sup>15)</sup>

この雍正帝の言葉から明らかなように、本条例の制定理由は、被害者側の父母もまた一人息子を失って身寄りのない状態におかれるにもかかわらず、犯人側の父母のみが留養の恩恵を蒙つて犯人による侍養を許されることになると、それは「殊に情理と未だ協わ」ないからであり、被害者側が抱く不公平感・不満感を少しでも緩和するために留養条の適用に制限を設けたのである。この条例が制定されたことよって、留養条の適用範囲が一層制限されることとなった。

この条例においては、被害者側の父母の年齢については具体的に何歳とは規定しておらず、ただ「親老」とのみ表現されているが、本条にいう「老」についても、律本文と同様に七十歳以上を指すことは、以下の事案からも確認できる。

刑部、男命を打死するの事の為にす。会し看得したる、劉朝相が楊共潤を傷するを致し身死するの一案。：劉朝相は合に鬪毆殺人律に依るべく、応に絞監候に擬し、秋後処決すべし。再び該撫既に殺さるるの楊共潤も亦た独子に係るを查明するを経れば、則ち人を殺すの劉朝相は応に留養するを准さざるべきに似たり。但だ査するに、律註内に、七十を老と為すと云えば、是れ未だ七十に至らざる者は、概ね老と為すを准すを得ず。今殺さるるの楊共潤は、独子に係ると雖も、但だ伊の父の楊維順、年止だ六十六歳なれば、究むるに

律註が称するところの年老の義と未だ符せず。且つ臣細核するに、此の案の劉朝相が楊共潤を死するを致すの処は、情節尚お軽くして、該犯の父の劉沢共は又た委まことに年七十を逾ゆるに係れば、劉朝相を將て仍お留養するを准すべきや否やは、聖恩より出でん。応に奏明して諭旨を恭候して遵行すべしと。乾隆七年七月内に旨を奉ず。劉朝相は竟に従い死を免じ、例に照して発落し、留めて養親するを准し、仍お埋葬銀兩を追して、死者の家に給付せしむ、余は議に依れと。<sup>79</sup>

この事案は、劉朝相が稻穀の無尽をくじで引き当てたのに対して、楊共潤がそれを讓るよう迫ったことから争いになり、楊共潤に押し倒された劉朝相が起き上がろうとすると、楊共潤が殴りかかってきたので、切羽詰って足蹴りしたところ、思いがけず楊共潤のへその部分に命中し、後に死亡したという事件である。これに対して原審の江西巡撫陳宏謀は、劉朝相を鬪殺律によって絞監候に擬律した上で、犯人の父の劉沢共が七十歳を越えていたので、留養を奏請し、そしてそれが乾隆帝によって認められているが、留養を奏請すべき理由として巡撫は、殺害された楊共潤もまた独子であるので、本来ならば条例の規定により留養の適用はないけれども、楊共潤の父の楊維順は六十六歳であり、七十歳に達していないから「老」とは言えないことを挙げており、本条文中の「老」字が、やはり七十歳以上を指すことがこより明らかとなる。

しかしながら、この被害者側の父母の年齢制限に関して、後に重大な変更が加えられた。次に引用する史料がそれである。

殺人の犯、秋審にて応に緩決に入るべく、応に存留養親するを准すべき者あらば、殺さるるの人に父母ありやなしや、是れ独子なるや否やを查明し、本内に於いて声明せよ。如し殺さるる人も亦た独子に係り、但但しそ其の親尚お在して、人の奉侍するなくば、老疾と否とを論ぜず、殺人の犯は皆な留養するを准さず。若し殺さるるの人、平日より遊蕩して郷を離れ、親を棄てて顧みず、或は養贍を供さず、教訓を聴かざるに因り、

父母の擯逐するところと為り、及び姓名・籍貫の以て関査すべき者なくば、仍お留養を声請するを准す。罪人を擅殺するの案に至りては、平民を毆斃すると同じからず。如し親老にして応に待すべきあらば、例に照して声請し、殺さるるの家に父母ありやなしや、是れ独子なるや否やを査するを庸うること母れ。<sup>(17)</sup>

これは嘉慶二十四年修改の条例であるが、この規定によれば、殺人の事案に関しては、およそ被殺害者に兄弟がなく、その親が現に生存しており、誰も侍養すべき者がいなければ、もはや彼らの老疾の如何を問うことなく、原則としてすべて留養が認められなくなった。但しこれには例外があつて、①被殺害者が放蕩息子であり、普段より父母を棄てて顧みないような場合、②被殺害者の姓名・住所等が不明の場合、または③擅殺の事案の場合には、被害者側の事情を考慮することなく、犯人の側が律の要件さえ満たせば留養の奏請が認められることになつていた。①の場合には、普段より子の侍養するなき状態にあるので、息子が殺害されたことによつても父母の状況には事実上何等の変化もないとの理由から、②の場合には、そもそも被殺害者の父母の状況を調査しようにもその手立てがないために、被害者側の事情を考慮することなく留養条の適用が認められるものと考えられる。また③については、擅殺の場合、被殺害者にもまた何らかの罪があるので、被害者側の事情を考慮することなく犯人に留養条を適用したとしても、必ずしも不公平ではないとの考慮が働き、対象からはずされたのであろう。

しかしながら、上述のように若干の例外はあるにせよ、殺人の事案において、被害者側父母の年齢を問うことなく、およそ被害者に兄弟がなければ留養条の適用を排除すると定めたことにより、以前にもまして一層留養条の適用範囲が制限される結果となつたのは疑いなく、犯人の立場から見れば、より不利益な方向へと制度が変更されたことになる。

#### 四 おわりに

刑法学では、通常、刑罰には様々な機能があると説明されているが、その中でも最も根本的であり、それ故どの時代においてもある程度普遍的に妥当するといえるのは、刑罰の威嚇機能と憤激鎮静機能であろう。威嚇機能とは、犯罪行為に対して、刑罰という苦痛が与えられることを広く一般に知らしめることによって、一般民衆を威嚇し、彼らが罪を犯さないように抑制する機能をいう。一方、憤激鎮静機能とは、犯罪者を処罰することによって、社会一般の憤激を鎮静し、被害者あるいはその遺族の復讐感情を満足せしめ、以て私的な復讐を防止する機能をいう。これらの機能がある故に、犯罪行為に対して刑罰を科すことが、社会の秩序を維持するのに重要な役割を果たせるわけである。

ただ、これら刑罰の機能が十分に発揮されるためには、少なくとも犯罪の重大さに見合うだけの重さを持った刑罰が、犯人に対して科せられることが大前提となっている。そういった意味で、本稿で取り上げた留養制度を始め、刑罰を軽減させるあらゆる制度や試みは、先に述べたような刑罰の機能を損なう方向に働くことになり、ひいては社会秩序の維持に対して重大な影響を与える虞を生じさせるものと言える。もっとも、刑罰軽減制度のほとんどは、当該犯人を優遇することについて、人々を納得させるだけの理由を備えているため、刑罰の威嚇機能や憤激鎮静機能を本質的に阻害するには到らない。しかし、留養制度は必ずしもそうではなかった。留養制度の場合、犯人自身ではなく、犯人の父母等が老疾であるという理由で科刑上優遇されるのであって、犯人自身ないしは犯罪行為そのものについては、それ程までに刑罰を減輕するに値するような同情すべき点は見られないのが普通である。したがって、犯人自身に別の軽減事由が存在するとか、あるいは犯罪行為自体が比較的軽微である場合はともかく、通常はそういった人物の刑罰を軽減することについては、大方の納得を得るのは困難である

と思われる。そして、当時の立法者もまさにそのように感じたからこそ、北魏律や唐律においては、留養条適用の効果が、刑罰そのものの軽減ではなく、一時的な執行延期とされていたのではなからうか。減刑ではなく執行の延期であれば、刑罰の機能の阻害は一時的なものとなり、いずれ執行の段階で回復されるからである。

このように留養の効果が刑罰執行の延期であり続けたならば、刑罰の威嚇機能や憤激鎮静機能を阻害するといった問題は発生せずに済んだはずである。ところが、すでに述べたように、恐らくは唐代の中期頃から、遅くとも南宋よりも以前のいずれかの時期において、何らかの理由により、留養条適用の効果が刑罰の執行の延期から減刑へと変化した。そうなると、それまでは何とか問題にならずに済んだ、刑罰機能の阻害という現象が、一躍顕在化することになる。そしてこれこそが、宋代以降の留養条適用の厳格化という歴史的潮流を出現させた要因であると筆者は考える。

但し、あらゆる類型の留養がすべて刑罰の機能を致命的に阻害するわけではなく、中にはそれ程刑罰の機能を損わないようなものも存在する。その一つの典型が、先に元代の項で指摘した、兄弟同犯の場合の留養である。兄弟全員で罪を犯したときに、その中の一人を選んで父母等の侍養にあてるといふ、兄弟同犯者に対する留養においては、一人を除いてその他の犯人は処罰されるのであるから、刑罰の威嚇機能・憤激鎮静機能ともに、完全ではないものの、ともかく一応は充足され、決して阻害されることはない。したがって、この種の類型の留養は、留養制度の適用に対して慎重な態度をとっている王朝においても、比較的認められやすいものと言える。このことが、『元史』の中に死罪の囚に対する留養の実例が見られても、それが兄弟同犯の事例であるために、必ずしも元朝において留養制度が有効に機能していたことの証左にはならない、と述べた理由である。

ともかくも、宋代頃より始まり、明代において頂点を迎える、留養適用の厳格化という歴史的潮流は、基本的に清朝にも引き継がれることになる。清朝においても、留養制度は、刑罰の威嚇機能および憤激鎮静機能を阻害

するものであるとの認識がなされていた。そのことは、留養条の適用を否定した事案<sup>(18)</sup>において、留養制度の乱用は、刑罰の威嚇機能を弱め、死者(あるいは遺族)の怨みも晴らされぬ(すなわち憤激鎮静機能の阻害を招く)結果となると、皇帝自身が指摘していることから明らかである。

このような認識をもとに、第三章の第二節で述べたような、留養の適用を制限し、あるいは代替刑を加重し、ないしは留養を適用する段階を遅らせる等、様々な厳格化の試みが行われたのである。もともと、清朝においては、すべてがすべて留養の適用を制限する方向に進んだわけではなかった。本稿では言及することができなかったが、「孀婦独子の制」や「承祀の制」<sup>(19)</sup>等、留養の適用範囲を律本来の規定よりも拡張する制度が一方で制定されているのも確かな事実である。しかしながら、大きな流れとしては、清朝においてもやはり留養の適用を厳格化しようという方向に進んでいたと評価して間違いないだろう。

ただ、留養適用の厳格化という同じ現象が見られるとはいっても、それ以前の時代(とりわけ明代がもともと典型的であるが)と、清代とでは、その内実が異なることに注意しなければならない。すなわち、明代における「厳格化」とは、その初期にあつては留養条そのものを、また中期以降にあつては、少なくとも死刑や充軍刑のような重罪の囚に関する部分について、全く適用しないという、いわば留養条を具文化することを意味した。ところが清代においては、第三章で言及したように、留養条が適用される状況を狭める、あるいは留養条適用者に科せられる代替刑を重くするという方向での厳格化は行われたが、決して留養条そのものが具文化されることなく、留養に関する膨大な数の判決例の存在が雄弁に物語っているように、むしろ秋審制度と結合することによって、積極的に活用されていた。一方で留養制度が刑罰の機能を阻害し、社会秩序の維持に悪影響を及ぼすことを認識しながら、他の時代のように、とりわけ死罪のような重罪に対しても留養制度自体を放棄することなく、むしろ積極的に活用した清朝の態度には、非常に興味深いものを感じる。恐らくはその理由を考察するこ

とによって、清朝における法制度の特質の一端を明らかにすることが可能であると予想されるが、それについては今後、清朝の様々な法制度（とりわけ、留養制度と同様に、儒教思想を反映した法制度の内、国家の刑罰権と抵触する可能性が高いもの）を取り上げて論じて行く過程において追求して行きたい。

本稿では主として留養条の適用における厳格化という現象に焦点を当てて論じてきたが、清朝の留養条に限ってみても、先に触れた「孀婦独子」や「承祀」の制の問題、あるいは親族間での犯罪における留養条の適用等の論点がある。また、留養制度全般に関しては、日本の刑事訴訟法第四八二条第六号の規定<sup>(80)</sup>への影響関係という問題があり、解明すべき論点がなお数多く残されている。しかしながら、これらは今後の課題とし、先に触れた清朝の刑法制度における特異性の一面面を明らかにしたところで、ひとまず本稿を終えることにする。

注

(39) 本条の小註に、「実犯」に注して、「皆な心ありて故らに犯す」とあることから、それが今日の故意犯と実態的にはほぼ同じ概念であると考えられる。

(40) 薛允升は、「誣例存疑」巻三の「犯罪存留養親」条の項において、「是れ明律の死罪を犯す者は、留養を准さざるの文なしと雖も、一たび人を殺すを経なば、則ち奏請の列に在らず。今お明律に照すると雖も、例内の殺人の犯の留養をうるを准す者は、一にして足らず」と述べている。

(41) 後述の恩詔赦款章程は、代表的な罪名に関しては、恩赦の対象となる者とならない者を、ある程度網羅的に列挙しているの  
で、詳細についてはそちらを参照願いたい。が、それとも必ずしもすべての罪名を掲載しているわけではない。

(42) 例えば、「清世祖実録」巻九に採録されている順治元年十月甲子の赦書に、「順治元年十月初一日味爽以前の、官・吏・軍・民人等の罪犯は、謀反・逆、子孫謀殺祖父父母・妻妾殺夫・奴婢殺家長・殺一家非死罪三人・採生折割人・謀殺・故殺の真正人命……及び十悪の死罪に至る者は赦さざるを除くの外、其の余の已に発覚すると未だ発覚せざると、已に結正すると未だ結正せざると、罪に大小なく、咸な之を赦除せよ云々」(傍点筆者)と見える。同様の表現は、順治八年正月庚申・同年八

月丙寅等の赦書にも見られ、これらの赦文から、謀殺・故殺等の「真正人命」事案のみが、通常恩赦の適用対象から除外されていたことが実地に裏付けられる。ちなみに、順治朝後半以降の赦文からは、「真正人命」という言葉は消えてしまい、それに代わって、殺人罪名以外の死罪をもあわせて「真正死罪」という概念で括られるようになるが、恩赦の適用対象外となる個々の罪名に関しては、ほとんど変化がなく、六殺について言えば、謀殺・故殺のみが適用対象外の罪名に名を連ねている事実に変わりはない。

- (43) ここでこの誤殺には、闕殺に起因する誤殺の場合のみが含まれ、故殺に起因する誤殺は、「恩詔不准援免各犯罪名」の一つに挙げられている。なお、謀殺に起因する誤殺については、恩詔赦款章程の中には何ら言及されていないけれども、故殺に起因する誤殺が恩赦の適用対象外である以上、謀殺に起因するものもまた通常は恩赦の適用はなかったものと思われる。謀殺・故殺に起因する誤殺は、そもそも殺意を有しているわけ（ただそれが本来は別人に向けられていただけ）であるから、少なくとも傷害の意図しかない闕殺に起因する誤殺とは、同じ誤殺とはいってもその性格が大きく異なるのである。

- (44) 清律の代表的な私撰注釈書である「大清律輯註」は、「常赦所不原」条の「殺人」なる語について、「但だ『殺人』とのみ云いて、並びに未だ何れの殺かを分別せざるも、当に謀・故を指して言うべし」と、端的にそれが謀殺・故殺を指すと述べている。同書は公的な性格のものではないため、刑部等の下す公権的解釈と必ずしも一致するとは限らないが、有力な傍証となるろう。

- (45) 例えば、「例案全集」巻一犯罪存留養親条「年老未及七旬者独子亦准留養」（康熙四十三年）、「成案彙編」巻二一八三「刀傷妻父抽風身死減流留養案」（康熙五十八年）、同書巻二一四七「闕殺殺父母年未七十留養」（雍正六年）、同書巻二一四四「殺人犯繼母未老亦准留養案」（雍正九年）等がある。

- (46) 例えば、乾隆四年の「熟審殺人治罪并母老不知年歲不准留養案」（「成案彙編」巻二一四九所収）において刑部は、「犯罪存留養親は、必ず祖父母・父母の年七十に至りて、方に奏請を准ず」と述べている。

- (47) 廖馨受一案（「刑案匯覽」巻一、犯罪存留養親「川督題、緩決斬犯廖馨受補請留養一案、……道光六年說帖」）において刑部は、「犯罪存留養親は原より法外の仁に係り、兇犯の為に倖免の門を開くには非ず、実に犯親の衰暮の景を慰む云々」と述べている。

- (48) 「定例成案合編」巻一一二「親係無罪方請留養成案」（康熙四十五年）。この他にも、「例案全集」巻一犯罪存留養親条「親係有罪之人其子不准留養」（康熙四十一年）、「成案新編」巻一一七三「姪子私鑄不准留養」（乾隆二十四年）等の事案においても、父母等に何らか非難すべき点が存在するため、留養条の適用が否定されている。

- (49) 徂徠物茂卿著、内田智雄・日原利国校訂『律例対照定本明律国字解』（創文社、一九六六年）七三頁。
- (50) 例えば、『成案彙編』卷二一〇所収の高文京一案（乾隆七年）がある。これは、高文京が、夫の留守中に鄭氏と同衾しよ  
うとしたが、彼女に拒まれて果たせず、鄭氏は羞忿のあまり自殺してしまつたという事案である。高文京には七十六歳になる  
母親がおり、文京以外に子がなかつた（正確に言へば、三男は既に夭逝しており、次男は生存しているが他家に出継していた）  
ため、留養の適用が問題となつた。前出の「恩詔赦款章程」によれば、「強姦未成、本婦羞忿自尽者」は「恩赦准予援免各犯  
罪名」の一つに挙げられている（すなわち、「常赦原さざる者」ではない）にもかかわらず、本件では留養条の適用が否定さ  
れている。
- (51) 雍正三年制定の条例（『光緒会典事例』卷七三三一一三所収）には、「凡そ部内にて題結せる軍・流・徒犯、及び免死流犯、  
発遣の以前に、祖父母・父母老疾にして、家に以次の成丁なきを告称する者は、……免死流犯は枷号兩月・杖一百とし、俱に  
存留養親するを准す云々」とある。なお、この規定を見ると、あらかじめ何らかの理由（例えば恩赦等）で死罪を流罪に減刑  
された者に対象が限定されているようにも解釈できるが（そして、そのような事例も現にいくつが存在しているが）、闕殺罪  
に問われた犯人に留養が認められた王軼一案（『成案彙編』卷二一四七「闕殺殺父母年未七十留養」（雍正六年）において、  
「王軼を將て例に照して減等して枷責せしめ云々」（傍点筆者）とあることが端的に示しているように、死罪の囚に對して留  
養を認める場合には、死罪を減じて一旦流罪とした上で、この条例にしたがつて枷号兩月・杖一百に代替執行するという手順  
が踏まれたものと思われる。
- (52) 雍正三年制定の条例（前掲注〔51〕参照）には、「……軍・流・徒犯は、數に照して杖を決し、余罪は取贖せしむ云々」と、  
律どおりの処置を為すことが明記されている。
- (53) 「定例成案合鑄続増」名例一一「軍流徒犯存留養親分別枷号」（雍正十三年）参照。なお、軍流以下の囚の留養に対する代替  
処置を取贖から枷号に改める理由として、取贖では軽すぎる（「殊屬輕縱」）ことが挙げられている。
- (54) 「光緒会典事例」卷七三三一一三、「凡そ部内にて題結せる軍・流・徒犯、及び免死流犯の、未だ発配を経ざる以前に、祖  
父母・父母老疾にして、家に以次の成丁なきを告称する者は、……軍・流・徒犯は數に照して杖を決し、徒罪は枷号一月、軍  
・流は枷号四十日、免死流犯は枷号兩月とし、俱に存留養親するを准す云々」。
- (55) 「定例成案合鑄続増」名例、一〇「故入人罪不准留養成案」（雍正八年）。
- (56) 「光緒会典事例」卷七三三一一。
- (57) 「成案彙編」卷二一八三「刀傷妻父抽風身死減流留養案」（康熙五十八年）。

(58) 「大清律例」卷二八、妻妾毆夫条、「……若し妻の父母を殴らば、(但だ殴らば即ちに坐し)、杖六十。折傷以上ならば、各々凡の鬪傷の罪に二等を加え、篤疾に至らば絞(監候)。死する者は斬(監候)。故殺する者も亦た斬」。

(59) 「光緒会典事例」卷七三二一。

(60) 「清世宗実録」卷二〇、雍正二年五月丙午条。

(61) 「成案彙編」卷二一六〇「秋審免死減流之犯留養案」(雍正十年)。

(62) 「成案彙編」卷二一六一「秋審減等流犯准留養案」(乾隆八年)。

(63) 史料には、事件がいつ発生し、いつ判決が下されたのかについては言及していないので、断言はできないけれども、老親の年齢がそれぞれ八十四歳・七十六歳であることよりすれば、「定案時」においても七十歳以上の要件を満たしていたと考えてほぼ間違いないであろう。もともと、例えば「定案時」には犯人以外にも子供(すなわち犯人の兄弟)がいたが、その後死亡したというように、「定案時」には留養の要件を満たしていなかったという可能性もないわけではないが、そのような重要な事項は、必ずや案件中に言及されるであろうから、その点について何も述べられない以上、その可能性は低いと言えよう。

(64) 「光緒会典事例」卷七三二一二。

(65) 「光緒会典事例」卷七三二一三。

(66) 「秋審条款」とは、秋審の判断基準を簡便な条文の形式で列挙した書物の総称(実際には「比較条款」や「比較条款」等、様々な表題を持つ)である。詳しくは、高遠拓児「清代秋審制度と秋審条款——とくに乾隆・嘉慶年間を中心として——」(「東洋学報」八一巻二号)参照。

(67) 「光緒会典事例」卷七三二一七。

(68) 「大清律例彙輯便覽」に付録する「秋審実緩比較条款」には、「人を謀・故殺せんとして、旁人を誤殺する者は、応に情実に入るべし」とある。

(69) 戲殺・誤殺に関しては、滋賀秀三「清代中国の法と裁判」(創文社、一九八四年)一〇三頁および一三五頁注(26)参照。擅殺については、前出の「秋審実緩比較条款」に、「一・三命を擅殺し、及び火焼活埋する者は、俱に緩決に入る。若し四・五命以上に至らば、酌して情実に擬す」とあることから、多命を擅殺したのでなければ、通常は緩決とされていたことが分かる。

(70) 滋賀前掲注(69)書一三五頁注(25)参照。

(71) 「光緒会典事例」卷七三二一八。

(72) 伊藤洋二氏が、光緒二十四・二十五・二十九年の三ヶ年の「秋審招冊」を分析した結果によれば、総案件数三九六件中、可矜とされたのはわずか一〇件であった。伊藤洋二「清代における秋審の実態」〔中央大学アジア史研究〕一一号、一九八七年、所収）一一頁第一表参照。

(73) もっとも、戲殺・誤殺は一旦緩決に入れられれば（そして確実に緩決となるのだが）、翌年の秋審を待たずに直ちに杖一百流三千里に減輕される定めであった（滋賀前掲注（69）書一三五頁注（26）参照）ので、それらは緩決とは言っても、事実上可矜と扱いが変わらないことになる。このような戲殺・誤殺の緩決となる案件もまた、純粹な可矜案件とともに「定案時」での留養が認められていたとすれば、「秋審時」でないと留養が認められない案件の総数は多少減じることになる。しかしながら、前出の伊藤氏の調査結果によれば（伊藤前掲注（72）論文一五頁第三表参照）、戲殺・誤殺は当該三ヶ年でわずか九件（内一件は謀殺に起因する誤殺の案件であり、情実に分類されている）に過ぎない。これに対して、鬪殺は一八〇件もあり、しかもその大半（二三三件）は緩決に分類されている。秋審にかかる案件の内、鬪殺が多数を占め、さらにその中の大部分が緩決に入れられるという現象は、恐らくは、特定の時期のみに見られるものではなく、清朝全般を通じてほぼ普遍的に見られる傾向であったと思われるが、この圧倒的多数を占める鬪殺の緩決該当事案が、すべて「定案時」の留養条適用対象から「秋審時」の適用対象へと変更されたことの意味は大きい。

(74) 「光緒会典事例」卷七三一一六。

(75) 「清世宗実録」卷二七、雍正二年十二月丁丑条。

(76) 「成案彙編」卷二一三一「被殺之父年未七十雖無次丁情輕者亦准留養案」（乾隆七年）。

(77) 「光緒会典事例」卷七三一一六。

(78) 「清世宗実録」卷七〇、雍正六年六月戊戌条、「刑部議覆したるに、署直隸總督宜兆熊が疏言すらく、元氏県民の柳文保が伊の姪の柳福満を毆死するに、応に鶴六斤の例に照して、其の留養するを准すべきや否やにて、旨を得たり。……今宜兆熊等、柳文保が柳福満を毆死するの案を將て、鶴六斤の案を援引して、兩請具題す。該部理して応に嚴に駁詰すべく、律を按じて定擬して、方に平允と為す。今徳明・黃国材等、宜兆熊等の兩請に仍照して議覆す。伊等の意は、自ら寛大の虚名を沽らんと欲するに過ぎずして、國家の憲典を顧みざるは、殊に知らざりき、実に罪あるに在るの人を將て、法を枉げて縱釈し、並びに圍圍の拘禁を受けず、死者をして冤を含ましめ、生者をして痛みを抱かしめ、積孽も亦た已に深きを、而して此れを以て福を冥冥の中に邀えんと欲するは、此れ天理あらんや。且つ定例は父母七十にして、方に兩請を行ふ。是れ例に合するの人、尚お須らく其の情罪の輕重を酌みて寛に從うべし。今若し又た未だ七十に及ばずして留養するの例を開かば、將來各省效尤し、凡そ

父母現存するの人、皆な援いて以て請を為すべくして、鬪殺殺傷して擬抵せらるる者幾くもなからん。兇暴の徒、必ずや肆に行いて思むなければ、何を以て懲を示さんや。甚だ人心風俗の患と爲す。刑憲を司る者も亦た曾て思い此に及ばんや。若し情罪軽かるべくんば、該督撫即ち当に裏に提りて陳奏すべし。朕自ら情を揆り理を度り、恩を寛宥に開かん。何ぞ強いて留養を引き、以て枉法の端を開くを得んや。『成案彙編』卷二一四二「共毆人致死不准留養案」(雍正十一年)、「刑部、報明するの事。陝撫史□の題せる、王修恥等が楊考頭を毆死するの一案を覆するに、雍正十一年六月内に旨を奉ず。王修恥は、白楮僧と共に楊考頭を毆りて死するに至り、而して王修恥を以て下手傷重しと爲して罪に抵て、又た復た王修恥を以て独子と爲して留養するを奏請すれば、是れ此の案に抵償するの人なからん。夫れ独子留養は乃ち国家法外の仁にして、兇惡の徒、往々にして恩宥の例あるを恃み、好勇鬪狠し、或は夥衆共毆して、独り其の罪を認めて、異なるを以て倖免せんとす。又た或は無識の有司に遇わば、務めて姑息と爲りて、遷就して以て案を定めんとす。此の風、長ずべからず。王修恥は寛免するを准さず、擬に依りて絞とせよと」。

(79)

「孀婦独子の制」とは、乾隆十一年制定の条例(『光緒會典事例』卷七三二一三以下参照)において規定された制度で、戯殺・誤殺・鬪殺等に関して、犯人の母親が夫を亡くしてから二十年以上貞節を守り、尚且つ犯人以外に子がいない場合に、たとえ七十歳以上の要件を満たしていなくても留養を認めるといふものである(但し、鬪殺の案については、五十歳を越えていることが必要であった)。一方、「承祀の制」は、雍正十一年制定の条例(『光緒會典事例』卷七三二一六参照)に見える制度であり、妻を毆つて死亡させた夫につき、その者の父母が既に死亡し、犯人以外には父母の祭祀を継承すべき男子が存在しない場合に、留養に準じて、死を免じて枷号兩月・資四十板(杖一百)に代えて執行するといふものである。

(80)

現行刑事訴訟法第四八二条は自由刑の執行停止に関する規定であり、懲役・禁錮または拘留の言い渡しを受けた者について、一―八号に掲げられた要件のいずれかを満たす場合、檢察官の指揮によつて執行を停止することができるというものである。その第六号に、「祖父母又は父母が年齢七十年以上又は重病若しくは不具で、他にこれを保護する親族がないとき」と定められているのである。一見して旧中国法の留養条を彷彿とさせるが、改正前の刑事訴訟法(いわゆる「大正刑訴」)の規定(第五四八条第六号「祖父母又ハ父母七十歳以上又ハ癡篤疾ニシテ侍養ノ子孫ナキトキ」)を見ると、より一層その感を強くする。