

東京理科大学法学 2（第 8 テーマ）
「日本近現代法史①（西洋法継受の基盤形成）」
担当：理一教養学科准教授 神野潔（JINNO, Kiyoshi）

1 江戸時代の裁判

◎幕府裁判の種類

・吟味筋...糾問する立場にある裁判所が捜査・審理を行って判決を下す、二面構造の糾問主義的刑事訴訟（吟味筋はすべて刑事手続だが、刑事事件がすべて吟味筋で裁判されたわけではない）。現在の検察官に相当する官制がなく、裁判所が直接被疑者を確保・呼出して糾問する手続（この一連の手続が「御用」）を採る。

・出入筋...原告が被告を訴え出ることによって開始される三面構造の当事者主義的民事訴訟（主に民事訴訟だが、密通など可罰的事案も裁判され、また判決で刑罰が下されることもあり、刑事訴訟的要素も含むと言える）。

◎幕府の裁判機関

・幕府の裁判機関...【江戸】評定所、三奉行、道中奉行、【全国】遠国奉行、郡代、代官

・評定所の構成...老中の諮問機関、寺社奉行・町奉行・勘定奉行による合議体（開廷日は月に 6 日、評定所留役が実際には担当する）

・評定所の扱う訴訟...①各機関から老中に提出された仕置に対する伺いに対する可否の評決、②他領他支配引合・支配違江懸る出入

・各裁判機関の役人構成...奉行・代官は冒頭手続・判決の告知等を行うのみで、実質的な審理を行い判決案を作成する下役が置かれた（幕府法曹の登場）。例：①評定所留役...勘定奉行所からの出向で、公事方御定書が裁判の主要な法源となった宝暦年間（1750～1760 頃）には、組頭 1 名、本役・留役助・当分助の 20 名程度の専門職集団であった。また、評定所・勘定奉行所だけでなく寺社奉行所の吟味物調役としても出向して裁判を担当した。勘定奉行所は能力主義による登用が主で、他部局への異動は少なかった。②吟味方与力...町奉行所に置かれた専門職集団。南北の奉行所に 10 名程度。事実上世襲で、若い頃に見習として出仕し、親の引退によって後継するのが一般であった。

◎江戸町奉行における吟味筋の流れ

・逮捕までの流れ...①被害の届出や告発・密告・風聞をきっかけに捜査が開始⇒②町奉行・火附盗賊改配下の与力・同心が、私的に雇っている目明を使い捜査を行う⇒③親族・町村役人に捜査義務を負わせる尋（日限尋 30 日×6 回＝180 回、捜査義務者に刑罰も）⇒④永尋（事実上の捜査打ち切り）or⑤逮捕・下吟味（同心・目明による番屋での取り調べ）⇒⑥奉行所へ送致

・裁判の流れ...①一通糺（奉行が白洲に出座し人定質問・罪状等を概括的に取り調べる）⇒②事実認定（自白が必要、口問・責問）⇒③口書（供述調書）を作成し白洲に奉行が出座し、口書読聞（下役が口書を読み聞かせて押印させる）を行う⇒④白洲に奉行が出座し、申渡という書面を朗読して落着（判決の告知）を行う。なお、未決囚は江戸小伝馬町の牢屋に収監する

・職権主義と自白...裁判所が主体的に真実究明を行い、自白が最重要の証拠として、拷問が行われた

・曖昧な面のある事実認定に対し、刑罰決定手続は厳密→判例法が発展し、町奉行所には例繰方（判例の整理・調査を担当する部署）が置かれた

◎『公事方御定書』に見る刑罰

・『御定書』第 103 条に、刑罰の種類と執行方法が示されている

・御定書の刑罰体系…普通刑罰体系（科せられるべき犯罪が特定していない基本的な刑罰、磔－獄門－死罪－下手人－遠島－重追放－中追放－軽追放－江戸拾里四方追放－江戸払－所払－手鎖－急度叱－叱）と特別刑罰体系（盗犯に対する刑罰、入墨重敲－入墨敲－入墨－重敲－敲）

・死罪の分類…鋸挽（主殺のみに適用）・磔・獄門・火罪（放火犯にのみ適用、タリオ）・死罪（闕所＋様者）・下手人（闕所も様者もなし）

・身体刑の分類…敲（軽敲 50、重敲 100）・入墨・剃髪（離縁状なしに再婚した女などに科せられる）

・財産刑の分類…闕所（付加刑、重追放以上なら田畑・屋敷・家財を没収、中追放は田畑・屋敷を没収、軽追放は家財を没収）・過料（罰金刑）

・身分刑…奴（闕所を避けた山越え等に科される、牢に拘禁して希望するものがあれば通わせて使役させる）・非人手下（近親相姦の男女、心中未遂の男女など、身分を剥奪して非人頭・えた頭の配下に入れる）

例① 殺人罪に適用される刑罰…通例之人殺は下手人（主従関係や親子関係があると重くなる、主殺：2日晒1日引廻鋸挽の上磔・親殺：引廻の上磔）※二重仕置

例② 傷害罪に適用される刑罰…傷害の程度による、療治代銀1枚－中追放（身体に障害が残る）－遠島（重度な障害が残る）、傷害致死はなく殺人で下手人

・人足寄場…1790/寛政2年に松平定信が石川島に設置、無罪の無宿を収容し石灰・墨・紙の製造作業を行わせる（無宿に対する受産施設）⇒1820/文政3より追放刑を受けた者も収監するように（刑罰ではなく担当奉行の裁量で刑罰に付加される行政処分）

【江戸における処刑実数 例：1862/文久2】

引廻磔 3、磔 0、引廻獄門 7、獄門 33、火罪 2、引廻死罪 19、死罪 74、下手人 1

遠島（伊豆七島 4、蝦夷地 18）、重追放 14（13）、中追放 39（30）、軽追放 6（4）、江戸拾里四方追放 11（4）、江戸払 3（3）、所払 0、入墨刑之上追放 13（10）、敲刑之上追放 13（8）、入墨重敲 354（104）、入墨敲 115（16）、入墨 29（1）、重敲 226（64）、敲 255（21）

◎犯罪論総論

・公刑主義を確立する一方で、私的刑罰権も残る（切捨御免、敵討、妻敵討等）

・犯罪は「悪事」・「非分」・「非道」などと呼ばれ、道徳と強い結び付きを持つ（主殺や親殺の逆罪が最も重い犯罪として位置づけられる）

・逆罪…主人への「忠」に対する違反と、親への「孝」に対する違反のことだが、特に忠を孝より重視する（主殺：2日晒1日引廻鋸挽の上磔・親殺：引廻の上磔）。主人や親の「悪事」は、公儀に関わる重罪でなければ受理されない

⇒反道徳性とは無関係に、社会的危険性をはらむ犯罪を厳しく罰している場合も（例：『御定書』第71条、現代でいう過失致死に対する刑罰を「死罪」とし普通殺人に対する「下手人」より厳しくしている）

・犯罪が成立するには…①故意犯…故意による犯罪。巧（事前に計画した犯罪）と不斗（その場でのできごころによる犯罪）に分けられる。②過失犯…過失による犯罪。不念（重過失）と怪我（軽過失）に分類される。この他に、不慮（故意も過失もない偶然の事故による法益侵害）によるものも犯罪となる。

・共犯…共犯では頭取と同類を区別し、頭取のみを重く罰する。共同正犯の考えは存在せず、大勢で人を殴って殺した場合には、最初に殴った者だけが下手人となる

- ・責任能力…乱心による殺人は普通殺人と同じ扱い（刑は「下手人」）であるが、乱心の証拠が確かで被害者の主人・親類から下手人御免願が出されれば量刑を考慮することもある。
- ・15歳未満の幼年者による殺人罪・放火罪は親類預けとし、15歳になったところで遠島となる。また、幼年者の窃盗罪は大人の刑より軽減する。

◎江戸幕府の刑事法—『公事方御定書』と判例集

- ・1742年『公事方御定書』上下2巻の完成。先例を中心的な資料としつつ、新しい取極も含めた、庶民を主たる対象とする法典。
- ・上巻…重要な書付・触書・高札等の法令を集めた78通（後に81通）
- ・下巻…判例（各奉行からの伺について老中より諮問のあった事件の、評定所での評議）を抽象化し（新たな取極も含む）、犯罪・訴訟手続・刑罰を類型化した90条（後に103条）。いわゆる『御定書百箇条』。
- ・上・下巻とも条文の体裁を採るが、成立の年代も記載される。内容は刑事法が中心だが民事法や訴訟法も含まれる。刑罰は「中分」を規定している。
- ・奥書に「奉行中之外不可有他見者也」とあったが、実際には広く流布した（本来は、評定所で評議を行う三奉行や京都所司代・大坂城代には在職中交付されたが、それ以外の者の閲覧は禁止）。
- ・1745年、『御定書ニ添候例書』の第一次編纂…『御定書』の欠缺を補充・修正する判例の集成（18世紀末まで増補が繰り返され、1739年から1796年までの判例79項）
- ・評定所による刑事判決録『御仕置例類集』の編纂…1804年以降5回に分けて編纂（第1回は1771年から1802年までの判決を集めたもの）
- ・『御定書』各条文の意味を明確にするために、『御定書』編纂に関する資料を整備し、1767年に『科条類典』が完成。

2 明治初期の刑法について

◎仮刑律

- ・1868年、新政府は（大政奉還後も）しばらくは全国の刑法を「公事方御定書」で統一すると決定する。一方で、明治政府最初の刑法典とも言える「仮刑律」を作り（仮のものであり、秘密法典）、各府藩県からの伺いに対する指令の基準として用いられた。

◎新律綱領

- ・1871年「新律綱領」（名例律・賊盗律・人命律など14律192条）が施行される。中心となったのは儒学者鶴田皓など。この時期は、既に箕作麟祥『仏蘭西法律書』によってフランス刑法の翻訳が日本に紹介され、近代ヨーロッパの法を取り入れることが江戸末期に欧米諸国と結んだいわゆる不平等条約のうち治外法権（領事裁判権規定）を撤廃する条件と考えられていたが、一切ヨーロッパの影響のない法典が完成した。
- ・「新律綱領」は役人に頒布され、地域によっては重要な犯罪を抜粋して掲示し、後には市販が許されて、国民がその内容を共有することになった。また、それ以前に各府藩県が行った流刑以下の判決は見直し作業が命じられた。
- ・刑罰は、正刑（死刑：斬・絞、流刑：1年～2年、徒刑：1年～3年、杖刑：60～100、笞刑：10～50）＋閏刑（士族の犯罪に対しては、正刑に代えて自裁・閉門・謹慎など）。名例律断罪無正条条などには、人倫に背くような行為や違法と考えられる行為は、「新律綱領」に規定がなくても犯罪として刑罰が科せることになっていた。

◎改定律例

- ・「新律綱領」施行後、諸制度の改革や社会変化に合わせて、単行法令による補充・修正が行

われ、司法省はこの単行法令をまとめ、さらに補充・修正を加えて、1873年7月から、「新律綱領」と並行して「改定律例」を施行（14律318条。律に対する格）。この二つで一つの刑法典を形成することになる。

- ・ 刑罰は死刑と懲役を採用し、法定刑を大きく削減。新法は遡及しない（近代ヨーロッパ的な人権意識を持った刑法の萌芽）

- ・ 1874年に親告罪を設け、さらに酌量減刑の規定を追加し、それまでは裁判官の裁量を認めない厳格な法定刑主義を採用していたが、裁判官のある程度の裁量を認めるように（裁判官が判断できない場合には、司法省へ伺を送る）

- ・ 1875年に讒謗律（言論・絵画で人を誹謗する者が対象）・新聞紙条例が制定され、政府を批判する言論の取り締まり。1879年に役人が職務外で講談演説することを禁止、1880年に集会条例で結社・集会を制限、軍人・警察官・教員・生徒の政治集会への参加禁止。

⇒近代ヨーロッパの人権意識の取り入れと逆行と。近代市民社会という構造を作り上げるよりも、国家の安定・治安の維持を優先する

◎「旧刑法」の制定

- ・ 日本が「文明国」の仲間入りをするためには、欧米と同じ「正義」の実現が期待され、西洋法を継受し国内法を整備することは不可避と考えられていた

- ・ 1875年には刑法草案取調掛が置かれて、フランス人のお雇い外国人ボアソナードの助言を受けながら、儒学者鶴田皓などの日本人委員だけで、刑法編纂が始められる。しかし、結局不完全なものしかできず、ボアソナードが原案を起草し、その後日本人委員と合議して編纂することに（律令を前提にした「復古」と西洋法継受が並立し、やがて後者が前者を超えていく流れ）

→1877年に日本刑法草案が確定し、これを太政官に設置した刑法草案審査局で審査・修正（主に支配秩序維持の観点から。このメンバーにボアソナードは入っていない）→1880年太政官布告第36号として「旧刑法」が公布される（施行は1882年1月）。

- ・ 「旧刑法」は1810年に制定されたフランス刑法に加えて、ドイツ・ベルギーなどの立法例や草案なども参考にしている。しかし、最も重要なのは、ボアソナードが影響を受けたという刑法学者オルトラン（1802－1873）の折衷主義的刑法理論（当時のフランスでも主流の考え方）が反映されている点である。これは、刑法の基本を正義と公益に求め、絶対的正義と社会的功利とを調和させようとする理論（道徳的悪であり同時に社会的害悪である行為のみを禁じ、これを罰する）である。未遂犯の減刑や自首の減刑などもこの反映。

- ・ 第2条「法律ニ正条ナキ者ハ何等ノ所為ト雖モ之ヲ罰スル事ヲ得ス」（近代ヨーロッパ的罪刑法定主義）、第3条「法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホス事ヲ得ス」（近代ヨーロッパ的刑法不遡及の原則）を掲げ、社会的身分による刑法上の差別の禁止や責任主義を採用。

- ・ 一方で、天皇制国家の支配秩序を維持するため、皇室ニ対スル罪などを設け、国事犯は死刑と設定。民法施行の予想が立たないため、親族関係を総則中に規定し、妾の配偶者としての地位を否定。

- ・ 1907年にドイツ型の刑法が公布されるまで（施行は1908年10月）、この「旧刑法」用いられた。また、「旧刑法」と同時にフランス型の「治罪法」（刑事訴訟法）も公布・施行されたが、1890年にはドイツ法をモデルとした「刑事訴訟法」が公布・施行された。

- ・ 憲法・民法という近代国家の構造そのものに関わる法ではなく、治安維持・国家権力の維持を目的とする刑法・刑事訴訟法が先に整備された点に、明治期以降の法整備の一つの特徴がある。武力で幕府から政権を奪った明治新政府にとっては、武器を持たない市民を安定的に支配するために、刑事法の整備がとにかく必要であった。