

## 別紙 4

報告番号	※ 法博 第 98 号
------	-------------

## 主 論 文 の 要 旨

論文題目

徳川幕府刑法における刑事責任の本質  
—判例法理の分析による—

氏 名

代田 清嗣

## 論 文 内 容 の 要 旨

一 徳川幕府刑法に関する先行研究の主流は、西洋近代的な刑法を基準として、その諸制度が徳川幕府刑法に存在したか、また徳川幕府刑法が西洋法の発展に比して如何程の発達を遂げていたかを検討するものであった。本稿では、公事方御定書成立以後を中心に、徳川幕府刑法について、西洋近代的な刑法概念を適用するのではなく、可能な限り判例に即して用語・概念の意味内容を分析することで、その法理を解明し、以てその基礎をなす刑事責任観の本質を明らかにせんとするものである。

二 従来、徳川幕府刑法は、結果責任主義から過罪責任主義へ移行する過渡期であったとされ、不念・怪我という語が過失を示すとされてきた。しかし、先行研究の示す判例は、不念や怪我の用いられている判例全体から見れば、一部分に過ぎない。

様々な犯罪における不念の用例の中には、人殺を中心に、過失犯的な意味で用いられる不念も確かに存在していた。しかしこのような用例は一部であり、むしろ多くは不作為犯的な性格が強いものであった。当時の裁判役人らは、少なくとも不念という言葉では、注意義務と作為義務という二つの性質を区別していなかった。両者ともなすべきことをなさなかったという点では同じであり、それが内心の態様であるか、外的な行為であるかの違いにはさして重点が置かれていなかったのである。

然りとすれば、不念が過失犯の一形態を示しているという先行研究の理解は、不十分なものと言わざるを得ない。人殺に見られる注意義務違反という不念の性格は、あくまで人殺という犯罪類型の中で限定的に見られるものにすぎないのである。

一方、先行研究では意趣遺恨の有無のみが注目されていた怪我は、第一義的には発生結果が偶発的な事故であることを示す言葉である。公事方御定書七十四条三項は、その事故に被害者と相手がいる場合についての規定であった。そしてこの相手、つまり行為者にとっても偶発的なものであるということが認められる具体的な場合として、被害者に対して何かをしようという意図がないときと、行為が刃物を使ったものでないときが挙げられる。つまり怪我とは、主観的要素によってのみ判断されるものではなく、客観的事実をも考慮要素に含むものである。なお、単に行為者に殺害の意思がなかったことはあやまちで表される一方、客観的事実をも考慮した刑法的評価は怪我で表された。犯罪事実の表象・認容の有無は、通常ならば行為者の具体的な主観によって決するのであり、その限りでは、あやまちと怪我とを区別する必要はない。しかし、徳川幕府刑法における怪我の判断では、主観面の考慮に加え、行為の危険性という客観的な要素も加味されていた。したがって、行為者に故意がなくとも、なお故意犯と同様に処罰する場合には、あやまちではあるが怪我ではないということになり、両者に乖離が生ずる。このような区別が、必ずしも主観のみによって判断されないという、怪我の大きな特徴を表している。

不念の、行為者のおかれた立場での義務違反という性質は、各人がその身分にふさわしい行為を要求され、これについての懈怠または違反が処罰の対象となる、身分責任に近いものであると考えられる。一方、怪我の認定において行為のもつ危険性が考慮されていたことや、不念の義務懈怠という認定基準は、事実主義の現れであると言える。この事実主義的側面は、法技術の一端として、裁判役人らが刑事事件を処理する上で必要としていた故にみられるものであると考えられる。

以上より、不念の用法からは、「立場責任」とでも称すべき、広義の身分に基礎づけられた身分責任的な刑事責任観が、怪我の用法からは、事実主義的な刑事責任観が、それぞれ看取される。

三 共犯についても、先行研究は西洋近代法的な概念によって理解し、御定書制定後における共犯の処分方法を、主観主義的刑法観で貫かれていたと論じている。

頭取・同類という共犯類型を用いた判例の中には、先行研究において頭取・同類を分ける基準と考えられてきた発意・同意の別について言及したものも少なからず存在する。しかし、そのような主観的態様の違いが、頭取・同類を区別する中核的な基準であったとは言い難い。頭取・同類の区別に際しては、各行為者の行為態様や主観態様そのものよりも、それが他の共犯者、そして当該共犯者集団の間で如何なる意味をもっていたかという点が重視されていたのである。

主たる共犯関係が同類のみによって構成される、頭取なき同類は、各行為者が当該犯行において重要な役割を果し、互いに影響を及ぼし合ったと認められる場合に適用される共犯類型である。先行研究は各行為者が実行行為に及んだか否かに着目しているが、そのような点は中核的な問題ではなく、「共同正犯的処分方式」に関する理解は、不十分なものと言わざるを得ない。

一方、盗についてみられる頭取なき同類は、刑事政策的な意図から導入された団体責任的処分であり、他の共犯類型における頭取なき同類よりも広く認められる傾向にあった。かかる処分は一見すれば、上記のごとき役割の重要性についての評価を放棄したものとも思われる。しかし、その処分の適用範囲には限界があったこと、そしてその限界が、他の共犯者への加功の程度に左右されていたことをも合わせて考えれば、なお役割重視の姿勢が当該共犯類型の根底にあったと言える。

頭取・同類や頭取なき同類という共犯類型とは異なる共犯処罰も存在した。その一つに、人殺における共犯処罰がある。人殺における共犯論を考える際重要なのは

下手人という刑罰の存在である。下手人の特質は被害者の死と引替に殺されるという代償性にあるため、共犯でも、被害者が一人であれば下手人は一人に限られる。

御定書の規定を根拠とする下手人を決定する方法のうち「初発打懸」の規定においては、犯意という主観態様よりも、誰が最初に行為に及んだかという客観的な事実が重視されていた。また「差図」の規定において差図者が下手人とされるのは、自身が犯行に及んだのと同視し得るためであり、その具体的な根拠は遺恨をもって差図をなしたことに求められた。遺恨は怪我についての検討でも論じたとおり、人殺という犯罪の要件として極めて重要なものであった。

「初発に打懸候もの」が不明の場合、当該犯行のきっかけとなった「発端人」の取扱いが問題となった。「発端人」は「初発に打懸候もの」の代りに下手人となる場合があり、また然らざる場合でも、その果たした役割がある程度重視されていた。その理由は、「初発打懸」と「発端人」とがいずれも、他者へ影響力を及ぼすことによって犯行を実現した者であるからである。

差図者に遺恨がなく、被差図者にのみ遺恨がある「遺恨なき差図」の場合、差図者は死罪、被差図者は下手人となった。これは内部的刑法と外部的刑法という枠組みによって理解可能である。すなわち、被害者にとってより重要なのは、遺恨をもつ者であり、遺恨ある被差図者は外部的刑法によって下手人に処された。一方で差図者は、被差図者に犯罪をなさしめたという社会的害悪が重視され、内部的刑法によって死罪に処された。したがって、差図者が重く処罰されるのは、他の共犯者をして犯行に至らしめたという、他者への影響力が評価されたためである。

先行研究では、下手人の決定において重視されるのは、原因となった事実であると考えられている。しかし、かかる理解は不正確であり、人殺の共犯処罰において重視されていたのは、原因となる事実そのものよりも、その原因によって他者を犯行に至らしめた点であった。このように他者への影響力を評価する姿勢は、特に発

端人や遺恨なき差図者の事例において明確に言及されている。

共犯のうち重く処罰される者は、他者を犯罪遂行に向けるという役割を果たした者であり、客観的または主観的な態様そのものより、その態様によって如何に他の共犯者に影響を及ぼしたかが重視された。他者の犯罪を抑止しなかった者は不念が認められ処罰されたが、共犯処罰ではその対極にある者を重く処罰したのであり、両者はともに広義の身分責任的な刑事責任観に基礎づけられていると考えられる。

四 被害者に存する事由が加害者の刑責に影響を及ぼしたという点も、徳川幕府刑法における刑事責任の本質を理解する上で重要な論点である。先行研究の多くは、正当防衛的法理としてこれらを理解しようとしているが、判例の示す法理に即した理解であるとは言い難い。また、先行研究は専ら、人殺におけるかかる法現象についての検討に止まっており、他の犯罪類型についての検討は甚だ不十分である。

人殺において被害者側の事由によって加害者の刑責を減免するという法現象は、侵害に対する反撃についてその刑責を減免するという点において確かに正当防衛的な側面をもつ。しかし被害者の身分や素行、さらに加害者側との関係が大きく作用するなど、近代的な正当防衛の法理とは別の刑事責任観に立脚したものである。そしてその責任観とは、被害者自身に、その外部との関係において、被害者としてあるべき姿であることを求める、広義の身分責任的な刑事責任観である。

盗・かたり事・ねたり事においては、被害者は自身の財産を守るため、加害者が犯行に及ぶような隙を作るべきではなかった。そしてその作為を怠るという不念によって犯罪の被害者となった場合には、加害者の刑責が減ぜられたのである。謀書・謀判においては、被欺罔者の不念程度では加害者の刑責が減ぜられることはなかったが、その不念によって罪質が変化し、謀書・謀判の適用が退けられる場合があった。密通においても、被害者による合意がある場合、その被害者は貞操または生命・身体を守るための方策を怠ったと考えられ、被害者の刑責が減ぜられた。

このように加害者の刑責を減じ得た被害者の責任が、身分責任的な刑事責任観に基礎づけられていることは、人殺における被害者の責任との類似や、盗・かたり事・ねたり事において、不念の有無が被害者の責任についての考慮要素として重視されていることから明らかである。

被害者の責任によって加害者の刑責が減免される場合、加害者に対する具体的な科刑を決定するに際して重視されたのは、その者が被害者たるにふさわしいかという点であり、これもまた広義の身分責任的な刑事責任観の現れであると言える。徳川幕府刑法における刑責の決定は、加害者の立場に基づく身分責任的な刑事責任と、被害者の立場に基づく身分責任的な刑事責任が結びつくことによってなされていた。

五 以上に取り上げた法現象は、いずれも先行研究においては西洋近代法的な概念によって理解されてきた。しかし、本稿における検討によって、先行研究がそれらの法現象の最も重要な部分を把握しきれていないことを明らかになし得たと思う。

徳川幕府刑法においては、加害者・被害者双方、そしてそのどちらかになり得る者すべてに、「立場責任」とでも称すべき、広義の身分を基礎とする身分責任が生じており、その責任への違背の有無・程度によって刑事責任が判断されていた。

かかる徳川幕府刑法における刑事責任の本質は、幕藩体制における身分制原理を反映したものである。身分制に基づく秩序は、各人がその身分に応じて行為・意識を統御することによって保たれる。徳川幕府刑法は、身分をより広義に捉え、個別具体的な状況における立場に対しても理想的な行為・意識を設定・要求することで、社会の秩序を維持し、またそれについての懈怠を処罰の根拠とすることで、徳川幕府という支配権力の意思を発現していた。換言すれば、かかる刑事責任観の下においては、加害者・被害者の別を問わず、すべての者に対してその立場に応じた行為・意識が求められ、その要求が満たされ、各人が自身の立場を弁えた状態こそが、徳川幕府とその刑法が追求する、理想的に統治された状態だったのである。