

論文審査の結果の要旨および担当者

報告番号	※	第	号
------	---	---	---

氏 名 代田 清嗣

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—

論文審査担当者

主 査

名古屋大学大学院法学研究科教授 神保 文夫

名古屋大学大学院法学研究科教授 石井 三記

名古屋大学大学院法学研究科教授 齊藤 彰子

論文審査の結果の要旨

別紙 1 - 2

I 論文の概要

本論文は、公事方御定書成立以後の時期を中心に、徳川幕府刑法の判例法理を分析し、刑事責任の本質がいかなるものであったかを論じたものである。論文の構成は、まず「序論」において先行研究の概要、本論文の問題意識、検討すべき対象などを述べ、次いで三章から成る本論では、第一章「不念・怪我」、第二章「共犯」、第三章「被害者の責任」について、それぞれ先行研究を批判的に検討しつつ、判例法理を詳細に分析した上で、最後に「結論」として、本論での検討を踏まえ、徳川幕府刑法における刑事責任の本質を総括的に論じている。

第一章で検討している「不念・怪我」は、いずれも過失を表す概念であると理解されており、近代刑法学的な過失概念と対比して「不念」は重過失、「怪我」は軽過失などと説明されている。しかし、「不念」が注意義務違反という過失犯的な意味で用いられたとする従来の研究は主として人殺に関する判例を見ているだけであって、他の犯罪類型でも「不念」の語は広く用いられているが、それらの判例では注意義務違反というより作為義務違反、すなわち不作為犯的なものが実際には多く、「不念」の概念は注意義務と作為義務を明確に区別するものではなかったことを本論文は明らかにした上で、「不念」とは行為者の置かれた立場（偶然ある状況に置かれたような場合も含む）に求められる義務に対する違反・懈怠がその本質であり、いわば「立場責任」とも呼ぶべき広義の身分責任であったと論じている。また、「怪我」は本来偶発的な事故を表す語であるが、これは先行研究で言われていた主観的要素（故意の不存在）だけではなく、客観的事実（行為の危険性、たとえば刃物を使用したか否か）も考慮要素・判断要素に含まれるものであったことを、「あやまち」の概念と対比しつつ明らかにし、このような事実主義的側面は裁判役人の法技術の一端であったと論じている。

第二章で検討の対象としている「共犯」についても、先行研究では近代刑法学の概念を適用して説明しているため、徳川幕府刑法独自の法理を見誤っていると批判する。第一に、「頭取」と「同類」から成る共犯類型では、「発意」と「同意」という主観的要素が両者を区別する基準であったと従来は言われているが、各種の犯罪類型（とくに強訴・徒党と盗）に関する判例を検討した結果、行為者の行為態様や主観態様そのものが評価されるのではなく、それらが他の共犯者に対して、また共犯者集団の間で、どのような役割を果たしたかが重視されていたのであることを明らかにしている。第二に、「頭取」の存在しない、「同類」のみによる共犯類型（これを「頭取なき同類」と称する）についても、先行研究ではこれを「共同正犯的処分方式」と説明し、各行為者が実行行為に及んだか否かにもっぱら注目しているが、そうではなく、各行為者が当該犯行において重要な役割を果たし、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って、その具体的役割が実行行為であったか否かは中核的な問題ではなく、「共同正犯的処分方式」という従来理解は適切でないことを明らかにしている。第三に、頭取・同類ないし頭取なき同類は多くの犯罪類型において見られる典型的な共犯処罰の類型であるのに対し、人殺ではこれらと異なる共犯類型が存したが、

論文審査の結果の要旨

別紙 1 - 2

これについても先行研究を批判し、とくに下手人という刑罰の特殊な性格に注目しつつ、幕府の判例法理を解明している。すなわち、「通例之人殺」では加害者が共犯であっても被害者が一人であれば下手人が科されるのは一人に限られ、公事方御定書の規定では「初発に打懸候もの」を下手人としており、これ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事実が重視されていたことを示すものであるが、「初発に打懸候もの」が不明の場合に当該犯行のきっかけとなった「発端人」を下手人とした判例があることなどから、この場合もやはり他の者に対して影響力を及ぼすことによって犯行を実現したことに重点が置かれていたのであるとする。また、公事方御定書の規定では人殺の「差図」者が下手人、被「差図」者（実行行為者）が遠島とされており、これは遺恨をもって差図したことが自身による犯行と同視しうると考えられたためであるが、差図者に遺恨がなく被差図者にのみ遺恨がある場合に被差図者を下手人とし、差図者はそれより重い死罪とした判例について、下手人という刑罰の特徴が被害者の生命との代償性にある（いわゆる外部的刑罰）のに対し、差図者を被差図者より重く死罪としたのは、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たもの（いわゆる内部的刑罰）であると理解することが可能であるとした上で、これもやはり他者への影響力が評価されたものと言えると論じている。上記のいずれの共犯類型においても、重く処罰されるのは客観的あるいは主観的な態様そのものよりも、それによっていかに他の共犯者に影響を及ぼしたかが重視されたのであり、これは他者の犯罪を抑止あるいは告発しなかった場合に不念が認められて処罰されたのといわば対極にあるもの（積極的に他者を犯罪行為に至らしめた者を重く処罰する）であって、いずれも自身の置かれた立場における適切な行為・意識の統御を怠ったことを刑事責任とする、広義の身分責任的な刑事責任観に基礎づけられたものであったと論じている。

第一章・第二章が加害者に関する問題を分析しているのに対して、第三章で検討するのは「被害者の責任」である。被害者に存する事由が加害者の刑責に影響を及ぼしたことについて、先行研究では私的刑罰権の問題として取り上げるものもあるが、主要には人殺において、正当防衛の法理が存在したか否かという形で論じられてきた。しかるに本論文は、第一に、被害者による侵害に対し反撃したことについてその刑責を減免するという点で正当防衛的な側面があることが認められるとしても、その際に被害者の身分や素行、また加害者との関係などが大きく作用するなど、近代刑法の正当防衛法理とは同一視できるものではないことを明らかにし、これは被害者自身に、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、やはり広義の身分責任的な刑事責任であったとしている。第二に、このことは人殺以外の犯罪類型についても同様であり、盗・かたり事・ねたり事で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ったという不念により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、また密通においても被害者たる夫に何らかの責任が存することにより、密通に及んだ男女の刑責が減ぜられたことなどを明らかにし、やはり広義の身分責任的な刑事責任観に基礎づけられたものであったと論じている。

論文審査の結果の要旨

別紙 1 - 2

以上の本論での分析検討を踏まえ、「結論」として、徳川幕府刑法では加害者・被害者の双方、そしてそのどちらかになり得るものすべてに、「立場責任」とも称すべき広義の身分を基礎とする責任が生じており、それに対する違背の有無や程度によって刑事責任が判断されていたこと、すなわち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けられて刑責が決定されたのであり、そのような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とし、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が、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・意識を設定し要求することで、社会の秩序を維持し、それについての懈怠を処罰の根拠とすることにより、支配権力としての意思を発現していたのであると述べて、論文を締め括っている。

II 評価

江戸時代は判例法の発達した時代であったと言われるが、具体的にその内容を分析した研究はそれほど多くない。実体刑法、とくに犯罪論的な分野に関する先行研究の多くは、近代刑法学の概念を用いて徳川幕府刑法を分析し、例えば故意・過失、正犯・従犯、正当防衛などの概念が徳川幕府刑法に存在したかどうかといった形で論じられていた。そのような、近代法の概念や体系に過去の法を当てはめ、すなわち編入して説明する、いわゆる「編入主義」的方法では、近代法の概念・体系に合わないものが脱落することになりがちであり、そもそも近代法自体が歴史的なものであるにもかかわらず、それを基準として過去の法の性格を論ずることが適当かどうかという問題もある。このような方法論上の問題点についてはかねてより指摘されてきたところであり、編入主義的方法によらず、その時代に実在した法体系や法概念を発見し、それに即して叙述すべきであると言われるが、これまで徳川幕府刑法に関して実際にそのような「発見主義」的方法でその法理を詳細に解明したと言えるような研究は少なかった。

本論文は、評定所のもっとも重要な判例集とされる「御仕置例類集」及び「御仕置例撰述」を中心に、可能な限り多くの判例に即して徳川幕府刑法の用語・概念の意味内容を検討し、近代刑法とは異なる徳川幕府刑法独自の法理を解明するとともに、その基礎をなす刑事責任の本質を明らかにしようとしたものであり、その試みはかなりの程度成功していると思われる。問題意識は明確であり、それを解明するための検討対象として不念・怪我、共犯、被害者の責任を取り上げているのもおおむね的確であって、これら以外の論点ももちろんないわけではないが、加害者・被害者双方にかかわる上記の論点を詳細に検討することによって、幕府刑法の刑事責任に関する基本的な考え方、最も重要と思われる核心部分が明らかにされていると言えよう。各章とも論旨は明快であり、既に知られている判例もあらためて丁寧に読み直して新たな視点を示すとともに、これまで研究利用されていなかった重要判例を多数

論文審査の結果の要旨

別紙 1 - 2

見出して提示し、それらに即して幕府刑法の判例法理を詳細に解明している。とくに「御仕置例選述」は、公事方御定書が直接適用されない事例なども収録しており、「御仕置例類集」を補うべき重要判例集であるにもかかわらず、活字翻刻されていないためこれまで十分に活用されることがなかったものであるが、本論文ではこれを駆使するとともに、更にその他の判例史料をも渉猟し、論述に説得力を与えている。結論において、徳川幕府刑法における刑事責任は幕藩体制の身分制原理を反映したものであったと述べているが、身分制的支配であったとされる幕藩体制の支配のあり方を、刑法の判例法理に即して具体的かつ詳細に明らかにしたことに、本論文の大きな価値があると言えるであろう。

以上のように本論文は、従来の先行研究を批判的に克服し、徳川幕府刑法の判例法理とその基礎となる刑事責任の本質を解明した、独創的で、実証的にも説得力のある研究成果であると評価することができるが、本論文にも、問題点や課題がないわけではない。

第一に、本論文は徳川幕府刑法における刑事責任の本質を、いわば「立場責任」とも称すべき広義の身分責任であったとして全体を統一的に説明しており、そのこと自体は説得力があると言えるが、その反面、すべてを「身分制原理の反映」に還元してしまうと、例えば主従制や共同体の原理と幕府刑法の関係などといった近世社会の複雑な側面が、場合によっては見失われてしまうことにもならないかと危惧される。

第二に、このこととも関連するが、本論文の課題や研究の方法等については「序論」において比較的簡潔に述べられてはいるものの、各章ごとにも「問題提起」がなされ、「結論」に至ってようやく論文の意図したことが明確に示されるような構成となっている。本論文が全体として解明しようとする大きな課題がどのようなものであり、そのためには何が主要な論点となり、どのような方法でその論点の解明に取り組むのかといったことを、できれば「序論」に相当する部分において詳論した上で、本論の分析検討作業に進むべきではなかったかと思われ、そのほうが社会科学の作品としての完成度は一層高いものとなったであろう。

第三に、本論文では強訴・徒党や盗について、政策的な要因が判例法理に影響を与えていたと論じているが、他の犯罪、例えば博奕などの取り扱いについても、政策的ないし犯罪社会史的背景等を切り離して考えることができないことは明らかであり、法理そのものの分析はもとより重要であるが、これを幕府の刑事政策や社会経済史等と結びつけて検討することにより、更に豊かな成果が期待できるのではないかと思われる。

第四に、史料に関して、「御仕置例撰述」以外はおおむね活字翻刻されたものに拠っており、そのため時期的には若干の例外を除き 18 世紀後半の明和年間から 19 世紀前半の天保年間までにほぼ集中しているが、天保後期以降の判例史料（関東大震災で焼失した「御仕置例類集（新々類集）」に収録されていたと見られるものなど）も、写本の形で断片的にはあれ残っているものがある。幕末期の判例研究が進展していないのは本論文だけの問題ではなく、現在の幕府法研究一般について言えることであるが、そのような未公開史料を積極的に調査蒐集する努力が望まれる。

論文審査の結果の要旨

別紙 1 - 2

第五に、本論文では共犯の法理に関して中国法（律）と比較検討しているが、他の問題についても同様に比較法的検討が有効な意味を持つ可能性があり得よう。例えば「不念」がその者の置かれた立場において為すべきをなさず、為すべからざるを為したことに対する非難であったとすれば、律の「不応為」との関係はどうか。明治初年の新律綱領にも不応為罪があり、多くはないがその適用例も残っているのであり、比較研究の手掛かりはあり得よう。幕府は 8 代将軍吉宗が明律研究を積極的に推進させたが、藩法、とくに明律系の藩刑法典を制定した藩との比較などもまた、望まれるところであろう。

第六に、徳川幕府刑法における刑事責任の本質が、本論文の言うように近代的刑事責任の考え方とは異なる広義の身分責任であったとすれば、日本における近代的刑事責任はいかにして成立したのが次には問われよう。この問題を解明するためには明治以降の判例分析が必要で、「不念」に関しては本論文でも明治初年の用例にまで言及しているが、他の問題についても、例えばドイツ法的な刑法理論では明快な説明が困難な共謀共同正犯を裁判実務では明治以来一貫して認めてきたことと、伝統法的な共犯の法理が関係あるのかどうかなど、興味深い問題を含んでいるように見える。研究の対象とする範囲を徳川幕府法のみ止めるのではなく、明治以降にも射程を伸ばすことにより、一層スケールの大きな研究となるであろう。

本論文は上記のような問題点や課題を残しているが、これらはいずれも論文の重大な欠点・欠陥というより、むしろ今後の研究の大いなる発展可能性を示すものであって、本論文自体の価値を大きく損なうものではない。研究者養成コースの課程博士論文に求められるのは、「法学または政治学における学術の理論および実証を教授研究するに必要な研究能力が十分に証明される研究論文であること等」とされているが、本論文は申請者がそのような研究能力を十分に備えていることを示していると言ってよい。

III 結論

以上の評価を踏まえ、審査委員会は、本論文が博士（法学）学位授与に十分値する優れた研究であるとの結論で一致した。