

明治期における酌量減輕導入に関する一考察

A Study of the Introduction of Reduction of Punishment
in Light of Extenuating Circumstances in the Meiji Era三田 奈穂*
Naho Mita**Abstract**

There is an article to reduce punishment by extenuating circumstances in the criminal law of Japan titled “Penal Code”. It is classified as the discretion of the judge for deciding the most suitable punishment for each case. There is no doubt that it is essential for the smooth execution of the Penal Code.

The origin of reducing punishment by extenuating circumstances is thought to be from French law since the Meiji government hired a French lawyer to construct the former Penal Code of 1882. In fact, however, the idea was introduced separately in 1874 as law no.134.

In this article, the former studies are summarized and the background of the law is investigated to find out the root of origin. Criminal law at that time was based on Ming and Qing law, yet no sufficient explanation is made why the western article was introduced under the oriental law at first.

There is a historical record of a case in the National Archives of Japan discussed thoroughly by contemporary lawyers. A 15-year-old boy intentionally set fire to the house of his neighbor. According to the boy’s confession, he had been taking care of his sick mother with devotion when his neighbor turned down his request to spare some *miso*, and he set fire to his neighbor’s house. His motive was revenge and the local judge did not want to charge him with arson, for which the only acceptable punishment was the death penalty. They tried to find a way to reduce the punishment. The central government instructed the judge to sentence the boy to death. However, a few weeks later, law no.134 of 1874 was passed by the government and the boy received a sentence of ten years’ imprisonment.

In 1873, the government banned private sanctions and increased the punishment severely. The way of reducing punishment according to old Chinese law was to release bond to the law and find the appropriate punishment suitable for the situation. However, the value of appropriation has changed drastically that it was hard to maintain the traditional reducing method. This immediately led the government to reform Penal Code completely under the western law.

In conclusion, the principal of *nulla poena sine lege* was inevitable for the Japanese society in those days.

* 成蹊大学法学部、Faculty of Law, Seikei University
Email: nmita@law.seikei.ac.jp

I. はじめに

酌量減軽は、個別の事案に即した適切な刑の量定を実現するために設けられた裁判上の減軽である。定型的な刑の軽減事由が明文化された法律上の減軽とは別に、犯罪の情状に酌量すべきものがある場合に行うことができる（刑法66条）。判例は、犯罪の具体的情状に照らして、法定刑または法律上の加重減軽をして得た処断刑の最下限をもってしてもなお重きに失し、その最下限よりも低い刑を科すのが相当と認められる場合に行われるとしている¹。

酌量減軽の裁判実務上の意義として、法定刑の下限が高い犯罪について宣告刑期が3年以下でなければ付すことができない刑の執行猶予の余地を生じさせることが指摘されている²。昨年6月の性犯罪規定改正について法定刑の下限を決定するまでの議論においても、酌量減軽をすれば執行猶予を付し得るような法定刑の下限のあり方が提示された。

現在、酌量減軽はいくつかの場面できわめて大きな役割を果たしている。

(1) 法定刑が死刑または無期懲役ときわめて重い強盗致死罪について、酌量減軽により有期懲役とする例がむしろ多く、原則と例外の逆転ともいべき現象があることが指摘されている。

(2) 法定刑が重いものの、犯罪の実態に照らしてそれを下回る量刑が相当とされる事案が多くみられる罪種が存在する。今井2017によれば、平成18～27年の実際の量刑において、昨年改正前は法定刑の下限が3年であった強姦罪の5年を超える懲役とされた事件の割合が32パーセントであったのに対し、法定刑の下限が5年である強盗罪および現住建造物等放火罪のそれはそれぞれ21パーセント及び23パーセントであった。

(3) 上記強盗・現住建造物放火のほか、法定刑の下限が3年超6年以下の犯罪類型で執行猶予を相当とする場合がある。強盗致傷罪は下限が7年であったが、2004年改正により6年に引下げられ、下限3年の殺人罪は、特別な判断を経ずに執行猶予を付し得るものとするより酌量減軽の発動という形の判断を挟む方が適切ではないかといった議論を経て、5年に引上げられた³。昨年改正された強制性交等罪も同様の趣旨である。

このように酌量減軽は、裁判実務上しばしば用いられ、また、近年の法改正における法定刑の下限設定の限界を画している。特に重要な法益を侵害する罪については、法定刑の下限の高さによりそのことを示しつつ、酌量減軽を経ての執行猶予の可能性を残すスタンスがとられている。

それでは酌量減軽規定の始まりはどこに求められるだろうか。現在の刑法の一つ前の明治15年（1882）に施行された旧刑法には、総則に包括的な酌量減軽規定があった。旧刑法の原案を作成したのはフランスから招いた法律学者ポアソナードである。フランスでは、1810年より一定の犯罪について裁判官に法定刑の下限を下回る刑を言い渡す権限を付与し、徐々に拡大させ、包括的な酌量減軽規定を置くに至ったという⁴。フランス法に特徴的な酌量減軽を日本が継受したというのはごく自然に想像される。ところが事実としては、酌量減軽に類する制度は、旧刑法に先立って個別に導入された。すなわち同7年太政官134号布告「断罪無正条条例」には、

¹ 大判昭和7年6月6日刑集11巻756頁。佐藤2010・968頁以下。

² 高橋1999・684頁。

³ 松本・佐藤2005・39頁

⁴ ステファニほか1981・362頁以下。もっとも、1994年の刑法改正ではその規定通りに大幅な変更が加えられたとされる。なお、旧刑法の注釈書の国際比較に従えば、オランダは各本条において一般に最長期の刑のみを掲げ、酌量減軽規定を設ける必要がないことが対照的であるとされている（岡田1895・607頁）。

凡罪ヲ断スル正条アリト雖所犯情状軽キ者ハ仍ホ情法ヲ酌量シテ輕減スルコトヲ聽シ減シテ五等ヲ過ルコトヲ得ス

とある。同布告に関する研究は少なく、その制定経緯は未解明のままである。そこで本稿では、従来の研究を整理しつつ新しい史料を加えて同布告制定の背景を探り、酌量減輕の起こりについて考察してみたい。

II. 研究史

日本法制史の一般的な教科書とされる浅古2010には、「明治7年……酌量減刑の規定を追加した。これにより裁判官の裁量を認めない律の厳格な法定刑主義を緩和した」とある。この記述は石井1980に依拠しているとみられる。すなわち、

……ここにはじめて酌量減輕の制が設けられたのである。これは罪を断ずるは律例によるが、犯情百出であって、その情状あるいは酌量減輕しなければ、実に情法妥当ならざる儀あれば、裁判官の見込で定律のほか一等ないし五等酌減を許されたき旨の司法省の伺出が認められたもので、この酌量減輕はヨーロッパ刑法の模倣であり、律の建前とは合致しないとの意見もあったが、結局、伺出のとおりにきまったのである。ここにおいて、律の厳格なる法定刑主義は大いに緩和されることになった

以上は出典が記されていないが、『法規分類大全』⁵に残された次の史料に基づくものと考えられる。

司法省伺七年十一月日闕

罪ヲ断スルハ律例ニ依ルト雖モ犯情百出ニシテ其情状或ハ酌量減輕セサレハ実ニ情法允当ナラサル儀モ有之依テ別紙ノ通条例相設ケ以来裁判官ノ見込ヲ以テ定律ノ外一等ヨリ五等迄酌減ヲ許サレ候様致度則御布告案相添此段相伺候也

指令七年十二月二十日

伺ノ趣第三百三十四号ヲ以布告候事

左院議案七年十一月二十九日

別紙司法省上申断罪無正条条例ノ儀審案候処減等ノ儀ハ洋律ニ模倣致候者ニ候ヘ共元來律ノ立方洋法トハ大ニ異ナリ候ニ付原頭ノ方法ヨリ改正不致候テハ方底圓蓋ノ弊ヲ免レ候事故其旨司法省ヘ打合候処同省ニ於テモ不得已事情モ有之候趣ニ付遂テ律書御改正ノ節迄姑ク同省上申ノ通御採用相成可然因テ左案取調供高裁候也

犯罪を処罰するには、当時の刑法である「新律綱領」・「改定律例」に定められた刑に依らなければならぬ。しかし、犯罪の情状は様々あり、酌量減輕しなければ妥当な量刑とならないこともある。そこで、裁判官の裁量で刑を輕減する権限を許されたい。このような司法省の伺に対して、太政官の左院は、そもそもの原理原則を異にする東洋律に西洋法の酌量減輕のみを個別に導入す

⁵ 内閣記録局1980・345頁以下。なお、本稿において法令の引用は左に依り、旧字・合字・異体字は特に明示しない限り現在の用法に改めて表記することとする。

るのは「方底円蓋の弊を免れ」ないと批判しながらも、司法省が抱える事情について理解を示したことがわかる。

史料に見える司法省の「不得已事情」が具体的にどのようなものであるか、詳細に関する記載はない。後藤1996は同布告制定前の時期において、司法省が何・指令を通じた情状酌量を行っていた例が見られること、諸規則違反については地方の裁判官に情状酌量の自由が認められていたことを実証した。東洋律系統の刑法が一般に裁判官の裁量を許さないとする基本的思想を有しながら、酌量減輕を必要とする社会的基礎がすでに存在しており、司法省当事者がその要望を満たす努力を現実に行っていたことが指摘されている⁶。それは、単に漸進的に外国の法制度を模倣するというものではなかった。後藤1996は同布告を、律系統の刑法体制の大転換点と評価している。

III. 断罪無正条とは

酌量減輕に関する明治7年太政官134号布告は、「断罪無正条」に条例を追加する形式で定められている。それでは断罪無正条とは何か。新律綱領には、総則にあたる名例律に以下の規定があった。

凡律令ニ。該載シ尽ササル事理。若クハ罪ヲ断スルニ。正条ナキ者ハ。他律ヲ援引^{ヒキアハセ}比附シテ。加フ可キハ加ヘ。減ス可キハ減シ。罪名ヲ定擬シテ。上司ニ申シ。議定ツテ奏聞ス。若シ輕ク罪ヲ断シ。出入アルコトヲ致ス者ハ。故失ヲ以テ論ス。

(意訳) 律令はあまねく記載するが、事理を尽してはいない。もし罪を断ずるのに正確な該当条文のないものは、他の条文を「援引比附」し、あるいはその上で刑を加重・減輕して罪名を定擬し、上申して審議が定まった後に奏聞せよ。もしたやすく処断して罪の出入りあるのを致せば、その担当官を断獄律出入人罪条として論じる。

新律綱領とは、旧刑法以前に実施されていた、中国の明清律を参考に起案された刑法典である。明治3年12月27日に各府藩県へ頒布された。頒布後は追加・改正が相次ぎ、それらをまとめてさらに増補・修正を加えたものが改定律例である。同6年7月10日から新律綱領と並行して施行された。

およそ律系統の刑法には、個々の条文が具体化・細分化されているという特徴がある。個別の犯罪の情状に対して最も適切な刑を定めるためには、具体的で限定的な事情を記述し、それに対応する範囲を持たない固定的な絶対的法定刑を置かなくてはならないと考えるからである⁷。他方で、無限の個性を持つ個別事案に当てはまるすべての罪名を律例上に網羅し尽くせないことも織り込み済みである。多少の語弊があるかもしれないが、断罪無正条は、いわば各本条の構成要件に似(せ)た犯罪を作り出し、処罰することを可能にした規定であるといえる⁸。ただし、その運用にあたっては刑罰をもって慎重を期し、擅断恣意を抑え、濫用の弊害防止を図った⁹。

⁶ 後藤1996・320頁以下。

⁷ 寺田2006・270頁以下。

⁸ それゆえ同条に関する研究の多くは、罪刑法定主義の原則と対比して論じられるものが多い。

⁹ 中村1973・172頁以下。また、(中国では皇帝の)裁可が必要とされた理由として、明文化されていない犯罪に対する刑罰が各地で異なったものとならないようにする意図があったとされる。

中村 1973 には、明らかに該当する正条があるにも関わらず、他律の比附が行われた清代の事例が紹介されている¹⁰。これは、断罪無正条に、もともと機能に加えて、個別事案にもっとも妥当な刑罰を定める働きが見出されたからであるとされる。ただし、この点については滋賀 2006 に反対意見が述べられている。

新律綱領・改定律例は清律と全く同じ内容ではないものの、原則的に裁判担当者に刑の選択を許さず、罪名には確定的な法定刑を置いた。裁判官が機械的に法定刑を言渡す役割を担う仕組みが、弾力的な量刑への希求につながったことは容易に想像される。同布告が公布された時期は、相対的法定刑への関心もみられることが指摘されている。明治 7 年頃、法の立案・起草を担った左院において「校正律例」なる刑法草案が起案されたと言われているが、その草稿に以下の記述がある。

七贓ノ凶、贓ノ多寡ヲ計テ罪ノ軽重ヲ定ム。此法甚是ニシテ其实ハ非ナリ。如何トナレハ、其情ヲ問ハスシテ独リ贓ノ多寡ヲ論シ一定ノ金数罪名ヲ以テ罪ヲ擬スルハ則金数ヲ重シテ罪情ヲ輕ニスルナリ。恐クハ至当ノ法律ト謂フ可ラス。假令ハ、甲乙二人各別ニ窃盜ヲ犯スニ、甲ハ父母ノ供養缺ル事ヲ憂テ之ヲ竊ミ、乙ハ自己ノ游蕩ヲ恣ニセント為メニ之ヲ盜ム。其情ヲ察スルニ、甲ハ憫諒スヘキ者アリト雖モ、乙ニ至テハ甚悪ムヘキ者アリ。故ニ洋律ニテハ一定ノ金数年月ヲ以テ其罪ヲ処セス。是罪ハ一ツニアリト雖モ、情ハ自ラ雲壤ノ異アレハナリ。本朝ニ於テモ此法ヲ設サルヘカラス。然レトモ俄ニ之ヲ設ル時ハ裁判上弊害ヲ生センモ測リ難ケレハ、姑ク旧貫ニ仍リ後日ヲ待テ宜ク改心スヘシ。¹¹

強窃盗など財産犯に対する刑を、被害金額の多少により機械的に導出できる七贓凶について、「其情ヲ問ハスシテ独リ贓ノ多寡ヲ論」ずること、つまり、被害の金額のみを基準に法定刑を確定し事情を考慮しないのは適当ではないという。ここでは例として犯行の動機が挙げられているが、被害金額以外の事情を考慮した刑の量定ができるよう、一定の幅をもたせた法定刑の創設が唱えられている。

IV. ある事件の記録

ここで、明治 7 年太政官 134 号布告が適用された一つの事件に注目したい。本件の記録は、国立公文書館が所蔵する『決裁録』の中に残されているものである。決裁録は左院法制課が作成した公文書類であり、各省府県等からの伺や上申に対する法制課の指令案決議録の控などがまとめられている簿冊である¹²。

¹⁰ 他の条文に共通性を見出して当てはめ刑の加重・減軽の操作を行い、量刑の妥当性を確保したという。

¹¹ 司法省秘書課 1945・297 頁。史料には句読点を付した。なお、校正律例稿はこのほか「平民贖罪例図」の新設を主張している。贖罪とは、特別の条件を満たすときに、実刑に換えて金銭の支払いによって罪を贖わせるものである。過失犯や責任能力が欠けている者、一定の身分の者などに対して認められていたが、ここでの改正案は、平民の強姦・謀殺・故殺・放火・偽造宝貨などを除く「一切有心故造ニ係ル者」すなわち故意の犯罪について、「判事ノ適意」によって贖法に換えることを許すべきであるとした。判事は「罪犯ノ事情貧富」を「審察」して一定の範囲内で至当の贖金を支払わせる。換刑するかどうか（刑種）を金額の決定をも含めて裁判官の判断に委ねることは、先の七贓凶に対する相対的法定刑導入案よりもさらに裁量の余地を広げたものと評価できるだろう。なお、この規定案については、華士族や官吏の犯罪のみに特別措置を規定する新律綱領・改定律例の極端な身分主義から脱するものであるとも指摘されている（手塚 1984）。

¹² 来歴を説明したものに中野目 1987。

1. 事件の概要

調書に記載された被告人の供述は、以下の通りである。

広島県調 掛 広島県中區畔柳時行
広島県十四等出仕熊野巖
備後国三次郡某村雜業
丙弟
捕縛明治七年三月二十日 甲
十五年四月

一 自分兄丙ハ居村某寺ト申ス寺ノ下男ニ相成居跡ハ母ト自分兩人暮シニ候処母ハ黄痰病ニテ難儀致シ貧窮差迫リ余儀ナク近方懇意ノ先々ヨリ合力ヲ乞受母ヲ育ミ凌キ居候処右母ノ病氣ニハ芭蕉ノ根ト蛭貝ヲ味噌汁ニシテ給スル時ハ平癒致ス旨承リ候ニ付何卒全快可為致ト存本年三月五日蛭貝ハ川ニテ拾ヒ来リ芭蕉ノ根ハ近隣ニテ貰ヒ受候得共味噌ヲ買入ルルノ代償無之然ル処乙方ニハ味噌沢山貯ヘ居ル旨承リ少々可貰受ト存罷越同人妻ニ右ノ訳申入少々ノ味噌恵ミ呉ルル様乞入レシ処無之旨ニテ相断ハリ前々此家ヘモ度々些少ノ漬物等乞入ルル節兎角無慈悲ノ事ノミ申立物恪ミ致シ快ヨク与ヘ不呉夫レハ閣ヲキ此度ノ儀ハ母ノ病氣ニ付其情実申述ルヲモ察シ呉レササル段如何ニモ情ナキ人物トハ存スレトモ何卒聊カ可貰受為メ尚折入テ乞出ルヲ不顧手堅ク断ハルニ付残念ナカラ空シク立帰熟々考ルニ母ヘ与フヘキ汁ノ出来サルモ渠カ無慈悲ニ依ル故ト遺恨ニ堪ヘ兼同居宅焼払ヒ怨ミヲ可散ト覚悟ヲ究メ夜ニ入火ヲ用意シ乙居宅裏木納屋ニ忍入柴木類取集メ兼テ用意ノ火ヲ吹付立帰り候処忽然揚リ終ニ渠居宅共一円致焼失候事
右ノ通相違不申上候以上

明治七年四月十九日

甲¹³

(意訳) 甲(15歳)は、兄が寺の下男となってより母と二人暮らしであった。母の病が難儀して貧窮し、余儀なく近くの懇意先から助けを受け、なんとか看護し暮らしていた。病を平癒させるには芭蕉根とシジミを味噌汁にして食べさせると良いと聞き、全快させようとの思いで、本年3月5日、シジミは川で拾い、芭蕉根は近くで貰い受けたが、味噌を買い入れるお金がなかった。乙方には味噌が沢山貯えてある旨を聞いて、少々貰い受けようと出向き、乙の妻に訳を説明して少しばかり味噌を恵んで呉れないか乞い入れたところ、無いと断わられた。前にもこの家へ度々わずかな漬物などを乞い入れたときには、とにかく無慈悲の事だけを申し立てて物惜しみされ、快く与えてくれずに閉まっておく。今度のことは母の病気が理由で、事情も説明したのに察してくれないのは、誠に情のない人物とは知っていたけれども、なんとか少しでも貰い受けるために折り入ってお願いしているのに、それを顧みずに手堅く断われ、残念に思いながら空しく帰った。よくよく考えると母に与える汁が出来ないのも彼らが無慈悲であるからだ。遺恨に堪えかねて、居宅を焼払って怨みを散らそうと覚悟を決め、夜に入火を用意して乙の居宅裏の木納屋に忍び入り、柴木類を取集めて、予め用意した火種を吹き付けて立帰った。たちまち火は上り、ついに彼らの居宅共一円を焼失した。

新律綱領雜犯律放火条には、

¹³ 国立公文書館所蔵「単行書・刑法決裁録三・刑法・治罪法」中「第四百四号 司 広島県下甲処分ノ儀」。地名・人名等の一部を加工してある。

凡火ヲ放テ。故サラニ公廩倉庫。及ヒ民舎ヲ焼ク者ハ。皆斬。未タ焼燬ニ至ラサル者ハ。流三等。

とあり、役所や米倉、財物庫、宅舎に放火して焼損した者は、首従を区別せず、「斬」という死刑に処すと定められていた。本件では、甲は、怨みを晴らそうと覚悟を決めて火を付け、乙の居宅を含めた全域を焼失させている。当時の死刑は10歳以上とされており、甲には斬刑が言い渡されるはずであった。

2. 事件処理の流れ

明治4年の県治条例により、県の令・権令は恩賞と刑罰に関する判断を掌り、県庁内には罪人処置と捕亡等を掌る聴訟課が置かれた¹⁴。県での裁判のうち死刑に当たるものは専決できず、主務省の稟議・許可を得ることとされた¹⁵。

本件に関する史料を整理してみると、時系列で以下の通りの事実があったことがわかる。

明治7年 3月 5日 事件発生
 20日 甲の捕縛
 4月19日 調書作成日
 28日 広島県権令より司法卿へ処刑伺
 5月27日 司法卿より太政大臣へ処分に関する伺
 11月19日 太政官にて放火本律により処断する旨の御指令案決裁¹⁶
 12月18日 太政官134号布告の制定
 12月23日 司法卿より太政大臣へ本件に新法を適用する旨の再伺
 明治8年 1月19日 太政官より「伺之通」との指令
 3月25日 司法卿より太政大臣へ懲役10年に処断する旨の届

広島県から中央政府の司法省へ処刑伺が出され、上級の太政官へさらに伺が出されたが、斬が相当であるとされた。しかし、ほどなくして酌量減輕に関する新法の適用を認め、死刑→懲役終身→懲役10年と二段階の減等がなされている。

3. 論点

以下、具体的に史料を解説する¹⁷。

¹⁴ なお、本件の調査にあたった人物として、広島県中属の畔柳時行の名が見える。畔柳はもと幕臣で、慷慨の人物であると評される（原口1886）。戊辰戦争では旧幕府側として参戦し、明治3年刑部省出仕、廃藩置県後は広島県に出仕し聴訟課長となり、断訟を与った。本件発生後の同7年12月山梨裁判所在勤、翌年3月判事補となり静岡裁判所に転任した。同11年、特に静岡に多かったと伝えられる三百代言の弊を是正すべく静岡区裁判所長を辞して代言人となり「可進社」と呼ばれる弁護士の組合を結成している（橋本2009）。

¹⁵ 小田中1981。なお、改定律例に懲役終身が設けられたことを受けて、明治6年太政官295号達により、懲役終身以上の刑につき悉く司法省へ断刑伺を提出することとされた（菊山1993）。

¹⁶ なお、太政官にて決裁がなされるまでに、9月18日付で司法大少丞より史官宛の催促文書が綴じ込まれている。翌日、「実則」より「土方大内史」宛に「処断ノ儀書面一綴」が「叡覧済」であるとして返送されており、宮内卿徳大寺実則が止めていたことがわかる。本件は死刑案件の直接裁可を求める断刑伺とは異なり刑の軽減を求める処刑伺であるが、後述のような高度の専門的な事案の処理について天皇が親裁で判断することはあり得るだろうか。この点は後の研究に譲りたい。公文録に残された断刑伺に関する研究に、永井2002・川越2011。

¹⁷ 本節で引用する史料は前注13による。なお、読点は筆者が付した。

直接の判断に当たった広島県権令伊達宗興から司法卿大木喬任への処刑伺には、次の通り記されている。

〔甲〕別紙罪案ノ通りニ付、雜犯律放火条ニ照シ斬罪可申付哉、全以少年客氣ノ所致、其情実ヲ原子候ヘハ愍然ノ次第モ有之、此段相伺候以上

本件について、放火条により斬刑とすべきか、血氣盛んな少年の犯行で事情を尋ねれば愍然すべき理由もある、とある。おそらく現場は刑を軽減できないか考えていたようである。

次いで司法省から太政官に出された伺には、

右ハ律上斬ニ処スヘキハ当然ニ候得共、事情憫然ノ儀トモ相考ヘ候、此上特別ノ御評議モ可有之哉、此段相伺候也

とある。当然死刑に処すべき事案であるが、憐れむべき事情もあるため、特別の評議ができないかと述べている¹⁸。この点について、太政官は以下の通りの議論を経て指令案を作成した。

別紙司法省伺甲処分ノ儀審案仕候處、改定律例第二百三十二条ニ凡祖父母父母人ニ殺サレ擅ニ行兇人ヲ殺ス者ハ謀殺ヲ以テ論スト有之、今本犯母ノ為メニ食物ヲ請求スル本ト孝養ノ意ニ出ルコトアリト雖モ、物ヲ与ヘサル私憤ヲ以テ人ノ房屋ヲ焼亡スルハ、罪情擅ニ行兇人ヲ殺スヨリ甚タ悪ムヘク、決シテ特別ノ御評議アル可キ者ニ非ス、因テ御指令案取調供高裁候也

御指令案

伺ノ趣放火本律ニ依リ処断可致事

史料からは提案元が判然としないが、改定律例232条に擬することで軽減できないかどうか検討されたようである。同条は「父祖被毆条例」の一つである。

凡祖父母父母人ニ殺サレ子孫擅ニ行兇人ヲ殺ス者ハ謀殺ヲ以テ論ス其即時ニ殺死スル者ハ論スルコト勿レ

これは、祖父母父母を殺害された子孫が加害者を私的に制裁したときの処罰について規定するものである。即座の復讐は不論とされたが、それ以外は官に訴え出るべきものとされ、計画殺人と同様の刑が科せられた。同条は、明治6年4月以降に導入された新しい規定である。

広く知られている通り、江戸時代には合法的な敵討が存在した。それが明示的に禁止されたのは、次の同年2月7日太政官37号布告による。

（意識）人を殺すのは国家の大禁にして、人を殺す者を罰するのは政府の公権であるところ、古来より父兄のために讐を復することをもって子弟の義務となす風習があった。これはごく自然の人情（「至情」）からやむを得ず出たものであるが、つまるところ、個人的な憤り（「私憤」）をもって大禁を破り、私的な理由で公権を犯す者であって、もとより擅殺の罪を免れない。そのうえ、甚だしきに至っては、その事の故意や錯誤（「故誤」）を問わず、その理の当否を顧み

¹⁸ 前注16で述べた通り、太政官の指令までの間に司法省から催促があった。

ず、復讐の名義を挟んで濫りに構い合い害する弊害が往々にしてある。甚だもって決着がつくものではない。よって「復讐嚴禁被 仰出候」ゆえ、今後不幸にも親を害せられる者があった場合は、事実を詳らかにして速やかに担当部署へ訴えでること。もしそれに従わず旧習になずみ擅殺するときは「相当ノ罪科」に処すので、心得違が無いようにすること

このいわゆる復讐禁止令が、先の父祖被毆条例を制定させた。もともと新律綱領の父祖被毆条には、

(前略)若シ祖父母。父母。人ニ殺サレ。子孫。擅ニ行兇人ヲ殺ス者ハ。笞五十。其即時ニ。殺死シ。及ヒ曾テ官ニ告ル者ハ。論スルコト勿レ。

とあり、子孫の刑は復讐の大義を理由に一般の殺人より減免するとされていた¹⁹。ところが復讐禁止令を経て、法定刑の笞刑50回(同5年4月より懲役50日に代えられる)は謀殺と同等すなわち斬となったのである。それは、伝統的に美德とされた価値観の大幅な変更を、重罰をもって強制したことを意味する。それに葛藤があったことは、すでに様々な形で指摘されている通りである。

話をもとに戻すと、本件は父祖被毆条例を適用し、情が軽いとして刑を減輕する方法を採用できないか議論したとみえる。しかしながら、「孝養ノ意」が出発点にあるとしつつも、「私憤」により住居を焼亡しており、父祖被毆条例のいう擅殺よりも甚だ悪むべき事情がある、と結論付けた。これにより、司法省(および現場の広島県)の求める特別の評議にはあたらないとされた²⁰。

4. 若干の考察

そもそも筆者が本件に着目したのは、酌量減輕導入との時間的近接があり、かつ、その後数日で適用を決定しているからである。先述の通り、左院は原理原則の異なる律系統の刑法にフランスの酌量減輕のみを導入することには消極的であった。しかし「不得已事情」が司法省にはあるとして容認したのである。やむを得ない事情とは本件のことをいうのか、あるいは同種の複数の事案の量刑に苦心するという問題に直面していたのか²¹。現時点では判断できない。

本件で太政官が父祖被毆条例の適用を退けた理由には、「私憤」が挙げられている。この言葉は、復讐禁止令において大義ある行為を批判するのに使用された。復讐禁止令は、言うまでもなく、刑罰権を国家に独占させたい明治政府にとって旧来の陋習を破る大きな一歩であった。私的制裁を野蛮な行為とし、文明的な国家による刑罰法に従うことと決定したのである。先の少年による放火事件は、病気の母への加害ともとれる行為に対する遺恨を晴らすという動機による。国家が私憤に対する禁圧を始めた時期において、少年の動機は刑を重くする事情とは言えても、軽減対象となる事情とは認めにくい状況にあったことが想像される。律系統の刑法には、本来であれば復讐は国家法を破る大義があるという価値観があった。復讐禁止令は、律に規定された量刑事情の評価の方向を、軽くしていたものから極端に重く改めた。この変更は、他の法定刑とのバ

¹⁹ 清律の解釈について谷井2004。

²⁰ 御指令案の後ろに甲および被害者夫妻の「平生ノ行状」を追加で取り調べた附紙が残されている。これに従えば、甲は兄が家を出た後は「極メテ貧困ニ陥リ」そのためか常に近隣を駆け廻って乞食同様の身分で動もすれば他人の米穀類に手を懸けるなどの所業に出るので母兄ともいつも意見をしていたところである。被害者夫妻については、夫は他家から来たもので、諸々のことは妻の専断であった。甲は常に乞い来ていたが、妻は物惜しみして食物等を与えることは稀であった、とある。

²¹ 岡田1895・613頁に列挙された争いのない酌量減輕の例の中に、窃盗犯人であっても親の飢渴を救おうとする動機から犯行に及んだ者、16歳になって間もない者等があることは興味深い。

ランスを欠き、不公平感を生じさせたのではないだろうか。

新しい価値観・規範を定着させるとき、断罪無正条のいう律文に必ずしも拘束されるわけではないという原則は、好ましくは感じられなくなる。断片的に文化的・道義的な秩序を西洋から取り入れて制度化していった当時の日本において、近代刑法の大原則とされる罪刑法定主義や刑罰を限定する責任主義の採用は、むしろ必要なことであると自然に自覚していったといえるのではないだろうか²²。かつては秘密法典で弾力的に運用できていたことが難しくなったり、法定刑が極端に厳しくなったりすると、法定された情状酌量による減軽に対する渴望は高まるといえるだろう。明治7年太政官134号布告の制定はこれまで裁判官に裁量の余地を与えるという文脈で語られることが多かったが、他面から見れば、過渡期の急激な変化に対する緩衝材的な役割を果たしたといえるのではないか。

5. 制定後の処理

布告制定から5日後の12月23日、司法卿は太政大臣に以下の再伺を出した。

広島県管下甲処分之儀先般相伺置候末過日別紙之通御指令相成候処、右ハ今般第三百三十四号断罪無正条条例御布告ニ照シ更ニ処断候様致度、此段尚又相伺候也²³

上記伺に対して、太政官では以下の文面が稟議されている。

別紙甲処分再伺之儀熟考仕候処、既ニ御決裁相成候ハ適律ニ有之候得共、同犯罪案中事情少ク酌量スヘキ儀有之候間、今般御布告相成候断罪無正条条例ニ照シ死一等ヲ減シ御処分相成候而可然存候、依而御指令案相副仰高裁候也

御指令案

伺之通²⁴

司法省からの再伺には特段どの程度減等するか記載はないものの、太政官は当初、死罪から一等減の懲役終身を想定していたらしい。しかしながら指令案には「伺之通」とのみ記載された。そして3月25日、以下の処断届が出されている。

広島県下甲断罪減等之儀、昨明治七年十二月中相伺候末別紙ノ通御指令相成候ニ付、断罪無正条条例ニ照シ本罪斬ヨリ二等ヲ酌減シ、懲役十年ニ処断致シ候間、此段上申仕置候也²⁵

²² 明治8年以降、大審院や元老院から様々な形で断罪無正条の廃止意見（ただし同布告は除く）が述べられるようになるのは、佐伯2015・岩谷2012等が明らかにする通り。

²³ 国立公文書館所蔵「公文録・明治八年・第二百三十二巻・明治八年一月・司法省伺（布達）」中「広島県下甲処分ノ儀ニ付再伺」。

²⁴ 前注23。本史料には「検」印があり、また法制課の西岡諭明が詳細を知る旨の付箋がある。

²⁵ 国立公文書館所蔵「公文録・明治八年・第二百三十五巻・明治八年三月・司法省伺（布達）」中「広島県管下甲断罪減等伺済ノ末処断届」。なお、死刑および懲役終身の減等については司法省にて可否を定めることとされた（明治7年12月20日司法省へ達）。

名例律断罪無正条条例相定第三百三十四号ヲ以テ布告候ニ付懲役終身以上減等ノ情状アル者ハ酌減ノ意見ヲ添其省ノ決ヲ取ルヘキ旨裁判所並裁判所無之府県ヘ可相達候事

V. おわりに

以上、酌量減輕の導入について、ある事件の史料をもとに検討を加えた。本件の減等理由について私憤が大きな意味があると分析したものの、犯罪の動機以外にも年齢や境遇等酌むべき事情はあり、総合的に判断されたことは除外できない。扱った史料は限定的であるため、一考察に留め、さらなる史料を博搜して研究を深めたい。また、なぜ五等まで減輕できるとしたのかについても、明らかにすることはできなかった。この点も今後の課題としたい。

本稿で扱った布告は「五等減ノ法」と呼ばれ、旧刑法の施行まで広く運用されたことが断片的な統計史料からうかがえる。明治10年の『刑事綜計表』によれば、当年の全刑事被告人8万9122人のうち、5812人（6.5パーセント）に情法減等が言渡されている。このうち、一等および二等減がそれぞれ3割程度である。適用罪名の実数は賭博や本籍離脱、詐欺、窃盗などの発生件数の多いもので占められるが、死刑となる犯罪についての適用割合が高いことは注目すべきである。すなわち、死刑が言渡される罪にあたる194人のうち、51人（26.2パーセント）に対して情法酌量が適用されていることは、同条がかなりの存在感を有していたことの証明となるだろう。

参考文献

- 浅古弘・伊藤孝夫・植田信廣・神保文夫編 2010年 『日本法制史』 青林書院。
 石井紫郎・水林彪 1992年 『法と秩序』 岩波書店。
 石井良助 1980年 『明治文化史』第2巻法制 原書房。
 今井将人 2017年 「『刑法の一部を改正する法律』の概要」『研修』第830号。
 岩谷十郎 2012年 「不応為条廃止論考」『明治日本の法解釈と法律家』 慶應義塾大学法学研究会。
 大阪刑事実務研究会 2011年 『量刑実務大系』第1巻量刑総論 判例タイムズ社。
 岡田朝太郎 1895年 『日本刑法論』 有斐閣書房。
 尾佐竹猛 2005年 「明治の仇討」明治大学史資料センター監修『尾佐竹猛著作集』第5巻法制史5 ゆまに書房。
 小田中聡樹 1981年 「明治前期司法制度概説」我妻栄編『日本政治裁判史録』明治・前第24版 第一法規出版。
 川口由彦 2014年 『日本近代法制史』第2版 新世社。
 川越美穂 2011年 「公議と親裁の類型」『皇学館大学史料編纂所報』第232号。
 菊山正明 1993年 『明治国家の形成と司法制度』 御茶の水書房。
 吉川経夫 1968年 「日本における罪刑法定主義の沿革」東京大学社会科学研究所編『基本的人権』第4巻各論I 東京大学出版会。
 佐伯千仞 2015年 「元老院の不応為律廃止論」『刑事法の歴史と思想、陪審制』 信山社。
 佐藤隆之 2010年 「酌量減輕」西田典之・山口厚・佐伯仁志編『注釈刑法』第1巻 有斐閣。
 性犯罪の罰則に関する検討会 「性犯罪の罰則に関する検討会」取りまとめ報告書” 法務省 <http://www.moj.go.jp/content/001154850.pdf> (2017年9月30日)。
 後藤武秀 1987年 「新律綱領『不応為』条の一考察」手塚豊編著『近代日本史の新研究』VI 北樹出版。
 ———— 1989年 「続・新律綱領『不応為』条の一考察」手塚豊編著『近代日本史の新研究』

VII 北樹出版.

- 1996年 「新律綱領下における情状酌量」『法学新報』第102巻第11・12号.
- 滋賀秀三 1984年 『清代中国の法と裁判』 創文社.
- 2006年 「比附と類推」『東洋法制史研究会通信』第15号.
- 司法省編 1877年 『刑事綜計表』.
- 司法省秘書課 1945年 「日本近代刑事法令集中」『司法資料別冊』第17号.
- G.ステファニ・G.ルヴァスール・B.ブーロック著、澤登俊雄・澤登佳人・新倉修訳 1981年 『フランス刑事法』 刑法総論 成文堂.
- 高田久実 2016年 「明治初年期における『紙幣』の法秩序」林康史編『貨幣と通貨の法文化』 国際書院.
- 高橋省吾 1999年 「酌量減輕」大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀編『大コンメンタール刑法』 第5巻第2版 青林書院.
- 谷井俊仁 2004年 「大清律輯註考釈」(六)『人文論叢：三重大学人文学部文化学科研究紀要』 第21号.
- 所一彦 1969年 「酌量減輕」団藤重光編『注釈刑法』(2) - II 総則(3) 有斐閣.
- 手塚豊 1984年 「校正律例について」『明治刑法史の研究』(上) 慶應義塾大学出版会.
- 寺田浩明 2006年 「清代刑事裁判における律例の役割・再考」大島立子編『宋一清代の法と地域社会』 東洋文庫.
- 2013年 「裁判制度における『基礎付け』と『事例参照』」『法学論叢』第172巻4・5・6号.
- 永井和 2002年 「太政官文書にみる天皇万機親裁の成立」『京都大学文学部研究紀要』第41号.
- 中野目徹 1987年 「参事院関係公文書の検討」『北の丸』第19号.
- 中村茂夫 1973年 「比附の機能」『清代刑法研究』 東京大学出版会.
- 1983年 「不応為考」『金沢法学』第26巻第1号.
- 中山光勝 1997年 (書評) 後藤武秀著「新律綱領下における情状酌量」『法制史研究』第47号.
- 新倉修 1995年 「フランス新刑法典解説」法務大臣官房司法法制調査部『法務資料』第452号.
- 内閣記録局編、石井良助・林修三覆刻版監修 1980年 『法規分類大全』第54巻刑法門〔1〕 第一編 原書房.
- 橋本誠一 2009年 「明治初年の代言人と法学教育」『静岡大学法政研究』第13巻第3・4号.
- 原口令成 1886年 『高名代言人列伝』 土屋忠兵衛.
- 原田國男 2013年 「裁判員裁判における量刑傾向」『慶應法学』第27号.
- 平松義郎 1960年 『近世刑事訴訟法の研究』 創文社.
- 藤田弘道 2001年 『新律綱領・改定律例編纂史』 慶應義塾大学出版会.
- 法制審議会－刑事法(性犯罪関係)部会 “議事録” 第2～5回会議 法務省
http://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai_seihan.html (2017年9月30日).
- 松本裕・佐藤弘規 2005年 「刑法等の一部を改正する法律について」『法曹時報』第57巻第4号.
- 三田奈穂 2008年 「旧刑法『数罪俱発』条成立に関する一考察」『法学政治学論究』第76号.