

|                  |   |
|------------------|---|
| Title            | 刑罰局格例調考：仙臺藩刑法の一研究   |
| Sub Title        | A study on the criminal law of Sendai-Han   |
| Author           | 手塚, 豊(Tezuka, Yutaka)   |
| Publisher        | 慶應義塾大学法学研究会   |
| Publication year | 1951  |
| Jtitle           | 法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.24, No.8 (1951. 8) ,p.1- 31  |
| JaLC DOI         |   |
| Abstract         |   |
| Notes            | 論説  |
| Genre            | Journal Article   |
| URL              | <a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19510825-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19510825-0001</a> |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 刑 法 局 格 例 調 考

— 仙 臺 藩 刑 法 の 一 研 究 —

手 塚 豊

大政奉還の直後、慶應三年十月二十二日、新政府は徳川慶喜の伺いに對し、舊幕府の天領には専ら幕府法が、各藩にはそれぞれ藩法が施行されていた徳川時代の慣例を暫定的にみとめる旨の指示をあたえたが、その後約一カ年、東北の内亂もようやく治まり、函館に據る榎本武揚の軍をのぞいて國內もほぼ平靜にかえつた明治元年十月晦日の行政官達及び十一月十三日の太政官達を以て新政府の行刑方針の大綱を全國の府、藩、縣に指令した。これらの達は後に述べるように簡單なものはあるが、新政府が自己の刑事方針をはじめて明示したものであつて、きわめて注目すべき指令である。舊天領に置かれた府、縣は別として、まだ獨立の統治形態を保持していた全國のすべての藩が、即時にこの達を遵守、實行したものは考えられないが、新政府の基礎が確立するに従い、その達の内容が全國の藩法に滲透していつたことは疑いない。この際、舊來の藩法を新政府達の線にそつて再編成し、あたらしい成文刑法典を制定した藩が存在したことは十分推察できるところである。この方面の研究に先鞭をつけられたのは小早川欣吾教授である。教授は周知のごとく明治法制史研究の分野にも幾多のかがやく業績を遺されており、その「明治初頭における二三の藩の刑法典について」と題する論文は、この方面におけるただ一つ<sup>(2)</sup>の先驅的勞作である。教授はこの研究の中で、仙臺藩の「刑罰局格例調」をあげ詳しい考證を加えておられる。教

授によれば、それは「編集されし年は不明なるも、明白に明治初頭に編纂されしものと推察される」のであつて、その内容は「明治以前に仙臺藩に於て行われし刑罰例を集成し整序したるものであつて、極めて断片的ではあるが政府の律改正の影響を受けている點は疑なき所であろう」とされて<sup>4)</sup>いる。すなわち、教授はそれが前述の新政府の刑事方針に準據して編纂されたものと考へられて<sup>3)</sup>いるようである。また、そのように考察されたればこそ、それを「明治初頭に於ける」「藩の刑典」の中に加えられたものであろう。私はそのような教授の見解に對しては遺憾ながら賛意を表しえない。私見によれば後に詳しく述べるように、それはむしろ仙臺藩刑事先例の單なる調査書と解すべきであつて、それを「明治初頭」の「藩の刑典」というカテゴリーに入れることには、多大の躊躇を感じる。しかし、これによつて徳川時代雄藩の一つであつた仙臺藩において、犯罪者に對してどのような處刑方針が採られていたか、年代的には少くとも徳川末期、維新直後における不文刑法の實態を知りうるのであつて、それは幕府法との比較對照の點においても、まことに貴重な資料を提供するものといわねばならぬ。

私は本稿において、「刑罰局格例調」の名稱、成立時期、性格等を考證し、それを中心として仙臺藩刑法の概要を考察してみたいと思う。

(1) 府は舊幕時代、主として奉行又は城代、所司代の支配地に置かれ、縣は主として郡代、代官の支配地に置かれた。元年十一月十三日現在にて、九府十五縣がある。

(2) 小早川欣吾著「明治法制叢考」二五八頁以下所收。「刑罰局格例調」以外に、岡山藩の新律(二年六月)、松山藩の士族刑典(二年十一月)、金澤藩の改正刑律(三年一月)が紹介されている。

(3) (4) 小早川前掲書二八五頁二九九頁。

## II

小早川教授のあげられた「刑罰局格例調」は京都大學の收藏書であるが、それは大正四年、舊東京帝國大學所藏の評定所

記録を京都大學が複寫した際、同記録中に混入していた藩刑法十種の一つであつて、三浦周行博士はそれについて次のように述べておられる。<sup>(1)</sup>

明治元年に設けられたる新政府の刑法局が、刑法の改正編纂に資せんが爲めに蒐集せるものにして、評定所の記録を同局に引繼げる爲めこれと混同を來せるもの如く、其範圍は全國諸藩の一部に止まれりと雖も、それらの大部分が湮滅に歸したる今日にありては、何れも貴重な法制史料たるを失はず。(中略)吾人は是等十藩の法律を蒐集して今日に傳えし刑法局の斯學に對する寄與決して鮮少なざるを思い、此機會を利用して聊表彰の意を表せんとするものなり。

さらに「刑法局格例調」については、

明治初年刑法局の格例調に依りて蒐集せられたる舊仙臺藩の刑法にして、士族刑法に始まり、卒族以下刑法これに次ぎ、倫理ヲ紊ル類・殺人ノ類・盜賊ノ類・奸惡ノ類・法令違反ノ類・緩漫ノ類・過誤寛宥類・不法不義類に終る。制定の年月詳らかならざるも、明治初年のものならん。<sup>(2)</sup>

と解説されている。すなわち三浦博士は明治元年の刑法局が藩刑法を集めたものと考え、仙臺藩の「刑法局格例調」という名稱は、新政府の「刑法局」による仙臺藩の「格例調」という意味に理解されている。しかし、明治初期における新政府の司法官廳は刑法事務科(元年一月十七日)、刑法事務局(元年二月三日)、刑法官(元年閏四月二十一日)、刑部省(二年七月八日)、司法省(四年七月九日)と變遷したのであつて、刑法局と稱したものは存在しない。明治政府が藩刑法を集めたのは次のごとく司法省の時代であつた。<sup>(3)</sup>

司法省布達<sup>八年一月七日</sup>  
達第一號<sup>各府縣</sup>府縣

従前各藩被立置候節徳川氏刑法ノ外其藩祖ヨリ用來リ候習慣ノ法律或ハ法律ニ類シタル罰則並ニ罰例存在致シ居候分ハ本年三月迄ニ其府於テ取調一本ツツ當省ヘ差出シ可申候條此旨相達候事

「明治史要」には、その出典は明記していないが、明治八年一月七日の條に「地方官ニ合シテ、舊諸藩ノ法律罰則等ヲ徵收ス」<sup>(4)</sup>とある。前述藩刑法十種の一つである和歌山藩國律について「南紀徳川史」が「國律の書上下二本ありしが、明治八

年一月中命に應じて和歌山縣より司法省に送呈す<sup>(5)</sup>といつてゐるのは、この布達が實行されたことを物語つており、その他の藩法も、同年司法省に提出されたことを推測せしむるのである。したがつて三浦博士が「明治元年に設けられたる新政府の刑法局が……蒐集した云々」<sup>(手稿)</sup>といわれるのは誤解であつて、それらの藩法は明治八年司法省による蒐集といわなければならぬ。三浦博士は、仙臺藩刑法が「刑法局格例調」と題されることからして、その「刑法局」という名稱を新政府の「刑法事務局」または「刑法官」と混同し、それらの官廳が藩刑法の調査、蒐集を行つたものと速断されたのであろう。

さて、「刑法局格例調」が司法省による蒐集書とするならば、その名稱は如何に理解すべきか。小早川教授は「刑法局」を仙臺藩の官廳名に當てて次のようにいわれる。

併し刑法局なる組織は實は仙臺藩の明治以後の藩政改革にも見えてゐない。二年十月二日の改正に於ては律部寮があり、此れが糾問司と捕亡司に分れてをるのである。三年五月の改正に於ては勤政廳中に「左ノ係ヲ置ク」として刑法係を置いたが、刑法局は此の刑法係を指稱したのか、尙これを詳細にし得ない。

教授が典據とされたのは「仙臺市史」<sup>(7)</sup>であるが、その他「宮城縣郷土史年表」<sup>(8)</sup>「宮城郡誌」<sup>(9)</sup>等をみても、いずれも明治二年十月及び三年五月の藩制改革をあげるのみであつて、その官制に刑法局なる役所が存在しないことは小早川教授の指摘される通りである。けれども、それだからといつて維新後、明治二年十月までの間は仙臺藩が全く従来の藩制をつづけていたのみであつたとは断定できない。いいかえれば、この間に何等かの藩政改革が行われたと思われふしがある。何故ならば元年十月二十八日行政官布告「藩治職制」の「大ニ議事ノ制ヲ立テルヘキニ付藩々ニ於テモ各其制ヲ立ツヘシ」にもとづき所謂藩議會を諸藩が設けた際、仙臺藩においても二年四月議事局を新設した事實が存するからである。議長は櫻田良佐、副議長は三好清篤、石澤浚平等であつたといわれ<sup>(11)</sup>、それが藩議會であつたことは「仙臺戊辰物語」<sup>(12)</sup>の指摘する通りである。にもかかわらず、この重要な史實は前掲仙臺史關係の文献には全く記載されていない。とすると、刑法局なる役所も明治二年十月以前に新設せられたるものではないかとの疑問がふかまるであらう。いま、徳川時代に藩の評定役を務めた星實美(雄記)

の碑文をみるに、<sup>(13)</sup>

天保八年徒目付を以て仕へ……明治二年、刑務局長に擧げられ、職に在ること前後二十一年、勵精一日の如し<sup>(傍點)</sup><sub>(手塚)</sub>

という注目すべき一節がある。この記述が正確ならば、明治二年當時、仙臺藩には刑務局なる役所が存在していたことになる。私は遺憾ながら刑務局について、これ以外の史料を見出しえないが、「刑務局格例調」の「刑務局」は明治二年十月以前に仙臺藩に存在した役所名であつたことは、ほぼ確實な事實とみてよからう。もちろん、その開設時期も明らかでないが備中浅尾藩<sup>(時田相模守)</sup>のごとく藩議會である公議局設置(三年七月)と同時に、不完全ながらも三權分立の思想に則つて司法局を設けた藩もあつたことから考えると、仙臺藩においても議事局開設の際、従来の評定所を改組して刑務局を置き、それが二年十月の改革における律部寮の前身となつたものと推察することもできる。この點については、郷土史研究者による今後の史料發見を期待して止まな<sup>(15)</sup>。

以上に述べた私の考證に誤りがなければ、京大本「刑務局格例調」は仙臺藩刑務局の「格例調」であつて、明治八年宮城縣が司法省に提出した原本は、多くの評定所記録と共に惜しくも震災のため舊東京帝國大學にて焼失したが、その副本が京都大學に傳えられたものとみることができ<sup>(14)</sup>。

- (1) 三浦周行稿「失はれたる近世法制史料」續法制史研究一四五頁一四五二頁一四五八頁。
- (2) 三浦前掲書一四五三頁。
- (3) 法規分類大全刑法門(一)六頁。
- (4) 明治史要(東大史料編纂所修補版)上卷四〇一頁。
- (5) 南紀徳川史第十七册一〇三三頁。
- (6) 小早川前掲書二八五頁。
- (7) 仙臺市史(昭和四年版)第一卷一七三頁一八八頁。

- (8) 荷地勝之助著「宮城縣郷土史年表」(昭和六年版)八八頁―九〇頁。
- (9) 宮城縣教育會編「宮城郡誌」二八八頁―二九〇頁。
- (10) 藤原和之助著「仙臺戊辰史」九六六頁。
- (11) 佐澤廣野傳、仙臺人名大辭書四四五頁。因みに佐澤は議事局議員であつた人である。
- (12) 橋本虎之助著「仙臺戊辰物語」三三一頁―三三二頁。
- (13) 前掲仙臺市史八三七頁。前掲人名大辭書九三四頁。
- (14) 尾佐竹猛稿「藩議會と地方民會」(明治文化研究第五輯三頁)。
- (15) 仙臺郷土史關係の文獻で、私の見を限りでは、刑法局について述べたものはない。識者の御教示を乞いたい。

三

次に「刑法局格例調」(以下格例調(と略稱する))の性格をどのように考うべきか。すなわち、「格例調」と呼ばれる名稱が端的に示すように、單なる刑事先例調査書と解すべきか、あるいはまた施行せんがため編纂した刑法典とみるべきかを究明したい。この點はその成立時期にも若干の關連を有する問題であるから、まず前節で述べた理由で刑法局の開設を明治二年と假定し、したがつて格例調の成立も同年であつたものとしてこの問題を考へてみたい。

(一)格例調にみられる流刑地は、江島、田代、綱地等の牡鹿郡内の離島である。この牡鹿郡は、戊辰戰爭に敗れた仙臺藩が降伏し、滅地せられた際、明治元年十二月十二日、上野高崎藩八萬二千石大河内輝照の取締地となり、翌二年七月二十日、本吉、桃生二郡と共に新設の桃生縣權知事山中猷に編入された土地である。それであるから明治二年當時は仙臺藩領ではなく、これらの島への流刑は元年十二月以降不可能となつたものと思われる。格例調がそのまま施行さるべきものならば、このような實行不能の刑を規定するとは考へられぬ。

(二)明治元年十月晦月の行政官達の要旨は、火刑の廢止、徒刑の採用、流刑地を北海道に限定すること等であり、十一月十三日太政官達の要旨は、刑を死(梟首・刎首・絞首)、流(七年・五年・三年)、徒(二年・一年半・一年)、笞(百・五十・二十)

に分け、火刑及び盜賊の流刑廢止等である。<sup>(2)</sup>これらの達はもちろん簡單な大綱であつて、すべての犯罪をこれによつて律せんとしたものではない。舊來の各地方の刑事慣例がこれらの達によつて示された部分だけ改變されたのである。特に幕府法では原則的に採用されていなかった徒刑制度を設けたことは著しい特長であつた。<sup>(2)</sup>前述の論文で、小早川教授のあげられた岡山藩の新律（二年六月）、金澤藩の刑典（三年一月）、は、いずれもこの達の内容を従來の刑事慣例に加えて編纂されたものであつて、徒刑制も採られている。<sup>(4)</sup>しかるに格例調においては、いずれの條項をみてもこれらの達の影響をうけたと考えられる内容は絶無である。明治元年九月十五日、新政府軍に降伏した仙臺藩が、六十二萬石を二十八萬石に減封されたが、ようやく家名の存續を許され、謹慎を命ぜられた慶邦に代つて若年の宗基が伊達家の家名を繼承したのは元年十二月十二日であつた。<sup>(5)</sup>藩の重役も降伏後は一新して新政府側の人々によつて占められた。その仙臺藩がもし新刑法典を制定するとならば、新政府の達を全く無視して編纂することは到底考えられないのである。

これらの二點は、格例調が施行せんとした刑法典ではなかつたことを示す決定的な證據といえよう。けれども、それは成立時期を明治二年、正確にいえば仙臺藩降伏後と考へてのことである。前に述べたように、刑法局の創設時期は明らかでなく、格例調の編纂も維新後降服までの期間であつたことも一應は考慮すべき餘地がある。この場合には、前示の理由が全く解消することはとうまでもない。しかし、もしそうであつたにもせよ、私はなお格例調を刑法典とみることにはふかい疑問を感ずる。というのは、その内容の各條項をみるに、「申付候事」「相行候」「例モ御座候事」等の語尾を以て結ばれているが多い。將來の犯罪處罰を規定すべき刑法典ならば、このような文言を使用することはどんなものであらう。この條項の文體は、格例調が先例調査書であることを示すものではなからうか。けれども、この見解に對しては法典編纂の形式も幼稚であつた時代のこととて、このような先例集の形式による法典もありえたとする反駁がなされるかも知れない。それを承認するとしても、維新直後、藩論沸騰し、とくに三月以降は實際上戦闘状態にあつた仙臺藩において、法典編纂事業が行われた公算はきわめて低いものとみてよからう。これらの點を考慮すれば、たとへ刑法局は明治元年から存在したとしても、格

例調の成立時期は仙臺藩に平和が訪れた明治二年と考えるのがもつとも妥當な推察であり、したがつて、その性格は前に述べた理由で法典とは考えられないのである。

小早川教授は、前にも一言したように格例調を一種の刑法典と考えられたようである。教授もその内容が「確立せる刑典ではなく」「極めて整頓される假定のもので」「明治以前に仙臺藩に於て行われし刑罰例を集成し整序したもの」<sup>(6)</sup>といわれているが、各條項を條文とみて説明し、最後に「以上、自分は明治初頭廢藩置縣以前に於て編纂せられたる……仙臺等の諸藩刑典を紹介したものである」<sup>(7)</sup>と結ばれているのは、それをたとえ「假定」のものではあるにもせよ、施行すべく編纂した刑法典と考えられた證據であろう。そしてとくに教授が「極めて断片的ではあるが政府の律改正の影響を受けている點は疑なき所であろう」<sup>(8)</sup>といわれるのは、具體的には如何なる條項を指すのか、私は理解に苦しむ。教授のあげられた格例調の條項に、前掲選の影響の「断片」を、私は全く見出しえないのである。<sup>(9)</sup>また、教授は「刑法局は此の刑法係（三年五月設—手塚註）を指稱したのか、尙これを詳細にし得ない」<sup>(10)</sup>といわれ格例調の制定を三年頃とも、一應考えられたようである。もしそうであれば前掲(一)及び(二)の點を、教授はどのように解釋されたのであろうか。小早川教授逝き今日、教授自身によつてさらに詳しくこれらの點の解明を聞きえないのは寔に残念である。

以上述べたように、格例調はおそらく仙臺藩降伏後、明治二年十月以前に、その刑法局によつて編纂されたものであるがその内容は全般的に施行を豫想したものではない。したがつて、それは正確な意味において「明治初頭」の「藩刑典」と稱すべきものではなく、その名稱にふさわしい一種の刑事先例調査書といわなければならぬ。それでは、何故にこのような調査事業が行われたか、新刑法典編成の準備としてか、または刑事裁判の参考書か、その點は遺憾ながら明らかになしえないが、このような刑事先例書が、新律綱領の施行されるまでの期間、藩の司法官廳（刑法局、律部寮、刑法係）により、可能な限りに於いて刑事裁判の典據とされたことは間違いないかろう。

- (1) 清水東四郎著「宮城縣通史」三三三頁―三三四頁。
- (2) その全文は法規分類大全刑法門(一)四頁―一五頁参照。
- (3) 徳川幕府法では原則として徒刑制はなかつたが、若干の藩ではその制度を採用していたものもある。詳しくは金田平一郎稿「徳川時代懲役刑小考」(九大十週年記念論文集一一九頁以下)参照。
- (4) その他の藩で、この達の趣旨にもとづき徒刑制を採用したものとしては、和歌山藩(二年四月)、山口藩(二年四月)、廣島藩(二年六月)、静岡藩(二年六月)、福岡藩(四年六月)等が判明している。
- (5) 前掲宮城縣通史三三一頁。
- (6) (7) (8) 小早川前掲書二八五頁二九八頁。
- (9) 格別調はさらし首を「梟首」と呼んでいる。梟首の刑は王朝時代からあるが、徳川時代には獄門と呼ぶ場合が多い。もし格別調の梟首が、本文で述べた新政府達の用語例に做つたものとすれば、格別調の成立時期は、確實に仙臺藩降伏後としなければならぬ。小早川教授が「政府の律改正の影響」といわれるのは、この用語例のことであろうか。しかし、それは單に一つの用語の問題であつて格別調の内容には、本文で述べるところと政府達の影響を全く見出しえないのである。
- (10) 小早川前掲書二九九頁。

#### 四

格例調の性格をどのように理解するにもせよ、それが徳川時代末期、正確に言えば戊辰戦争降伏前の仙臺藩刑法の生體であることは疑う餘地がない。小早川教授は前掲論文で、京大本格例調全百六十五カ條(？)の中、七拾カ條<sup>(1)</sup>をあげておられる。私は京大本をみる機会をもたないが、「各國刑法比照」<sup>(2)</sup>所載の條項を小早川教授のあげられた條項で補填し、合計百三拾六カ條を知りえた。京大本の條數にはまだ及ばないが、重要な處罰例は大體網羅しているものと思う。次に私の知りえた格例調の例を中心として、仙臺藩刑法の輪郭を考察してみたい。

刑名すなわち刑罰の種類について、格例調は「土族刑法」として十分に對する刑罰二十種、「卒族以下刑法」として十分に

外の者に對する刑罰二十一種を列擧している。仙臺藩の刑名を記した文書は、私の知る限りでもこれ以外に二つある、それは「仙臺藩延享年間刑罰格式秘書」(以下、格式秘書)及び「秘藏録」卷八所載の「御仕置の格」(以下、秘藏録)である。後者の年代は明らかでないが、享保十一年七月に廢止された庶民に對する他國追放が規定されているから、それ以前のものと思われる。これらは、いずれもそれぞれの時代における仙臺藩刑罰組織の斷層を示すものである。前者には「士罪之輕重之次第」十九種、「凡下罪之輕重之次第」二十一種、後者には「士御仕置の輕重」十七種、「凡下御仕置の輕重」二十一種を記載する。いま、格例調の刑名をもとにし、他を參照しつつ仙臺藩刑罰體系の内容を檢討してみよう。

一 死刑

士族に對しては於<sub>二</sub>牢前<sub>一</sub>刎首・於<sub>二</sub>牢前<sub>一</sub>切腹・其身屋敷ニテ切腹の三種、その他の者に對しては竹鋸ニテ挽首後磔・火罪磔・梟首・刎首の五種に分かれている。「秘藏録」には士に對する最重刑として於<sub>二</sub>磔場<sub>一</sub>斬罪があるが、格式秘書には「於磔場斬罪被相止候事」とあるから、延享時代かまたはその直前ごろに廢止されたのであらう。於<sub>二</sub>牢前<sub>一</sub>刎首は幕府法の斬罪(武士のみにある)であり、竹鋸にて挽首後磔というのは幕府法の鋸挽に當る。鋸挽はわが王朝の末期にも行われ、室町時代には相當盛に用いられた刑罰であつて、徳川時代に傳承したものである。幕府法では一日引廻しの上、日本橋角に二日間晒して希望者に竹鋸で挽かせ三日目に磔にしたのである。初期には實際に挽き殺した例もあるが、後には希む者がほとんどなくただ形式のみになつた。仙臺藩では芭蕉の辻に晒して希む者に挽くことを許したが、實際はやはり行われなかつたようである。また、梟首は幕府法の獄門であり、刎首は死罪と下手人に該當する。死罪は執行後の死體を様者にするのであり、下手人はそれが許されぬ點が違うが、刎首にもその區別があつたかどうか明らかでない。秘藏録、格式秘書では、梟首、刎首を獄門、切捨と呼んでいる。また、特別の死刑囚には死刑の執行前に市中を引廻すことも、幕府法と同様に行われた。その際とくに「後生願」をなさしむる宗教的考慮から「寺町引晒」と稱してかならず寺町を通過せしめる慣例であつた。格例調に

「引晒」を明記する條項は、

- 一 主人ニ毒ヲ與候者、不至死トモ市中引晒、磔ニ相行候事
- 一 祖母ヲ弑シ候者市中引晒、竹鋸ニテ挽首後磔相行候事
- 一 父母ヲ弑シ候者市中引晒、竹鋸ニテ挽首後磔相行候事
- 一 驛繼之馬丁、其身駄送之荷物盜取候得ハ、藩中傳馬町引晒、梟首ニ相行候事

等の場合である。嘉永二年、主婦を姦し且つ殺害した犯人が市中引廻しの上、芭蕉の辻に七日間晒され磔に處せられた例があるが、幕府法と同じく磔には執行前の晒を附加する場合もあつたのであろう。また獄門（梟首）以上の刑の執行後の晒は、幕府法では全て三日二夜であるが、享保十一年六月の定によると「火罪は七日、磔等は五日、獄門は三日さらし可申候」とあつて、若干の相異がある。格例調には、その點に關する記載はない。

なお、仙臺郷土史家三原良吉氏の推定によれば、維新前における各種死刑の執行數は毎年約三十人位であつたとのことである。<sup>(11)</sup>

## 二 牢朽・永牢

これらの刑は、士庶を問はず死刑に次ぐ重刑として秘藏録のみにある。牢朽はその名稱からみると、無期の拘禁刑のようでもあるが、もしそうならば永牢との區別がわからない。元祿時代の文書といわれる「秋山氏覺書」なるものには、「子を殺候者獄門品により牢朽被仰有之者も御座候」「徒黨を組候者品により本人磔獄門或は牢朽流罪被仰付候（傍點）とあり、また「奥羽史料」によると、認告罪の犯人に「死刑一等を減じ牢朽に行るる者也」と申渡した正徳二年九月の判例がある。さらに秘藏録所載の享保五年及び享保十二年の文書にも、牢朽の名がみえている。この點からみると、少くとも元祿から享保の頃までは、この刑が行われていたことがわかるが、格式秘書、格例調にはその刑名が存在しない。延享以前に廢止されたので

あろうか。なお、その性質については後考を待ちたい。

永牢は幕府の行刑にもみられる刑罰であつて、終身牢舎に拘禁するものであるが、御定書に規定する正刑ではなく、牢屋火災の折の歸牢者及び自訴者等に行われる特別な處置であつた。しかし長期間の在牢は種々の弊害を生じたので、幕府の囚獄（牢屋奉行）石出帶刀は文久二年その廢止を上申したこともあつた。<sup>(15)</sup> 仙臺藩の永牢は、秘藏録の刑名にその名がみえるから正刑であつたことがわかるが、格式秘書には「延享二年九月二十九日ニ廢止シテ遠島ニ處ス、但亂心者ハ永牢」とある。すなわち延享二年以後の永牢は精神異常者に對する特別措置であつて、一般的な刑罰ではない。格式秘書及び格例調の刑名に、その名稱が存在しないのはそれがためであらう。けれども「昨夢瑣事」<sup>(16)</sup>には、

若士にして盜を爲したる者は、破廉耻甚を以て論じ、少額と雖も永牢に處す。安政中、藩士本田某なる者、他人が傍に置きたる懷中物の中より金三步（七十五錢）を盗みたるに因りて永牢に處せられ明治維新に至る。

とあり、また格例調にも永牢の文字のみえる次のような例がある。

一 盜物ト乍存被頼取次賣拂可申ト仕候者藩中並一村追放程ノ小盜ニ候ハ過料召上本人死罪ノ大盜ニ候ハ遠川切追放又ハ本人永入牢以下ノ仕置ニ申付候ヘハ右に準シ相宥メ云々<sup>(下略 傍例)</sup>

延享二年に廢止された一般犯罪者に對する永牢が、その後復活したものでどうか、この點疑いをのこしておく。

三 遠流<sup>江島・近流</sup><sub>田代網地長渡</sub>

秘藏録では遠島、格式秘書では遠島<sup>江島・近流</sup><sub>田代網地長渡</sub>とある。江島は牡鹿郡女川村、網地、長渡（網地島）は同郡鮎川村、田代（田代島）は同郡萩濱村である。格式秘書の遠島は、格例調の遠流であるが、秘藏録の遠島は江島のみならず、他の網地島、田代島をも包含していた。何となれば、寛文十一年に氏家素行が網地<sup>(17)</sup>へ、享保十九年に川村彦九郎が長渡<sup>(17)</sup>へ謫せられたり、また田代に謫せられていた餘江六大夫が、青山公<sup>(一六五八年一七〇三年)</sup><sub>(一六五八年一七〇三年)</sub>の命によつて許された史實が傳えられるからである。<sup>(17)</sup>

なわち秘藏録時代の流罪は遠、近の區別がなく、全て遠島と稱していたものと思われる。

「江島誌」<sup>(13)</sup>によると、流罪人武士なるときは二人扶持を給せられて、侍長屋に住いまたは島民の家屋を借りて住居にした者もあつた。百姓町人は凡下長屋に住い一人扶持を支給された。他の島の取扱いもほぼ同様であつたろう。伊豆七島に行われた幕府の流刑者が生活困窮<sup>(19)</sup>をきわめたのに比較すれば、仙臺藩の流刑者取扱は相當寛大であつたとしなければならぬ。天保七年の「仙臺風談」<sup>(20)</sup>は、

島々之罪人は大體は小屋に不<sup>(21)</sup>居、外に相對借家抔して居候由、甚數は家内妻子共引越居候由、士以上は十五六年位にて免許、百姓町人は罪之輕重により差別あれ共、六七年或は十年位之由。

と、その狀況の一端を傳えている。流刑者の心得を規定したものに、天明五年閏五月の「流人島之格式」全十一カ條がある。<sup>(21)</sup>この格式に違反する者の制裁として、江島、田代島には圍牢の制度があつた。また悪性の流刑者に對しては、村民が暗夜に乗じて襲撃する「天狗」と呼ばれる制裁方法もあつた。<sup>(22)</sup>なお、島破りに對しては幕府法と同じく、死刑を科している（武士は刎首、その他の者は梟首）。

#### 四 追放刑

一定の地域を指定して御構場所と稱し、そこに犯罪人の居住立入を禁止する追放刑は、幕府法と同じく種々のものが仙臺藩でも行われた。

a 他國追放。秘藏録では十分、凡下を問わず行われたが、格式秘書、格例調では十分に對してのみ存在している。十分以外の者に對する他國追放は次のごとく享保十一年に廢止されたためである。<sup>(23)</sup>  
輕罪の者他所御追放被<sup>(24)</sup>相止、此末右御追放の代り、阿武隈川・宮川北上川切、御追放に可<sup>(25)</sup>被<sup>(26)</sup>仰付旨、被<sup>(27)</sup>仰出候事

享保十一年七月

すなわち、後に述べる遠川切追放が他國追放に代えられたのである。

b 遠川切追放。 格式秘書では「他國追放之代り」として凡下のみ行われているが、格例調では士族に對してもこの刑がある。何時頃から士族にも行われたかは明らかでない。また、秘藏録では凡下に對して川切追放というのがあるが、それと遠川切追放との異同も不明である。この追放の御構場所は北上川、宮川、阿武隈川に圍まれる仙臺藩の中心部であつて、全藩領の過半を占めていた。

c 三郡追放・二郡追放・一郡追放。 秘藏録では士分に對する二郡及び一郡追放はない。それが何時の頃から行われたかは明らかでない。士分に對する三郡追放は宮城郡と北の黒川郡及び南の名取郡、二郡追放は宮城郡と仙臺に近い名取郡、一郡追放は宮城郡のみを御構場所とした。士は原則として城下を含む宮城郡内に居住したためである。卒族以下に對しては「本所並向寄郡」から一または二郡をそれぞれ指定した。

d 城下追放・一邑追放。 城下追放は身分の如何を問はず行われ、一邑(村)追放(城下を含む)は士分以外の者のみに行われた。

仙臺藩の追放刑は以上の七種である。幕府法では重追放、中追放、輕追放、江戸拾里四方追放、江戸拂、所拂の六種に分かれていた。この追放刑は、浪人及び無宿の百姓町人を發生せしめ種々の弊害を伴つたので、享保六年以來、しばしば改廢が考慮され、部分的には規定の緩和もみられたが、幕末まで全般的な廢止は行われなかつたものである。<sup>(24)</sup> 仙臺藩でも後に述べるごとく林子平が、明和二年の上書<sup>(25)</sup>においてその廢止を提唱したが遂に實現しなかつた。

## 五 島奴・奴

島奴は田代、網地、長渡等近流地の肝入(名主)に預けられ、奴は領内の大肝入または藩士に預けられ、勞役に就かせる刑である。刑の輕重からいえば、島奴は遠流と近流の間、奴は遠川切追放と三郡追放の間であつた。島奴が近流よりも重いのは、勞役が附隨するためであろう。いずれも士分以外の者のみに行われた。幕府法の奴刑は女子のみに對する特別刑であつて、縁座した妻子、男に誘われて鬪所を避けて山越した女、及び鬪所を忍通つた女等に行われ、武士のみならずそれ以外の者でも希望者に與えられた。<sup>(26)</sup> 男女を問はず行われ、且つ島奴という特殊のものも存在したことが仙臺藩奴刑の特色である。奴刑を科す犯罪は、賭博罪をはじめ非常に多い。また追放刑に該當する女はすべて奴刑を以て代用され、男女を問わ

予遠川切追放以上の重罪犯（流、島奴、各種死刑）でも「情狀輕キ者ハ其時取調五六年之奴」刑が行われた。執行數のもつとも多い仙臺藩の刑罰は、奴刑ではなかつたかと思われる。島奴または奴の刑を言渡す際、かならず期間を限定したかどうかは明らかでないが、遠川切追放以上の代用としての奴刑が「五六年」であつたことからみれば、その程度の期間が最長期であろう。期間中でも身代金を預け主に支拂えば赦免されることがあつた。前掲「仙臺風談」<sup>(25)</sup>は「若金子にて勤代を指出罪を贖い候得は、ヤツコに被下候者より、心掛直候振に申立免許に成候由」「右罪を贖候金子はヤツコに被下候主人にて取候に付、金持之者杯ヤツコに相成候得は、大金を取候て免し候由」と、この事情を指摘している。また「牡鹿郡誌」<sup>(29)</sup>には、萬延文久の頃、石巻の綿商が奴刑に處せられ、預け主の藩士に金三十兩を支拂い、わずか二カ月で赦された事例をあげている。但しこの制度が、島奴にも行われたかどうかは明らかでない。近世中期以降、家政の困窮をきたしていた藩士に取つて、この身代金の黙認は一つのささやかな救済手段であつたかも知れない。

#### 六 土族に對するその他の刑罰

親類預、改易、滅祿、逼塞、閉門、蟄居、謹慎、呵責の八種がある。謹慎は秘藏錄、格式秘書にいう遠慮であろう。呵責（秘藏錄にはない）すなわち叱は幕府法によると一般庶民にのみ行われたが、ここでは逆に土族に對してのみにある。その他のものも、内容は幕府法と大同小異である。<sup>(30)</sup>

#### 七 卒族以下に對する其他の刑罰

扶持米召上品ニ依リ半扶持召上、牢舍、戸結、押込、親類預置、償錢の六種がある。扶持米召上は土族に對する改易、滅祿と同じであるが、これは「卒族以下」の中で士分ではないが扶持をうけていた所謂「凡下扶持人」<sup>(31)</sup>に對するものである。牢舍は入牢または入獄である。幕府法では牢は原則として未決拘禁の場所であり、刑罰として牢内に拘禁するのは永牢、過怠牢のみであつた。永牢については前に述べたが、過怠牢は女子または拾五歳未滿の子供が敵に該るとき、敵の數に應じて三

十日から百日までの期間中、牢舎に拘禁するのであつて一種の換刑處分である。仙臺藩の牢舎はこれと異なり獨立の正刑として行つたものである。格例調から牢舎の場合をひろいあげれば、

- 一子ヲ捨候者牢舎、或ハ一村追放ニ行候事
- 一小兒ヲ差置、妻出奔シ……所置に逼リ、右小兒ヲ殺害し候卒族入牢申付候事
- 一惣テ小盜ノ分遠川切追放……品ニヨリ小盜ノ分入牢（以下略）
- 一秤贖作候者入牢申付候事
- 一密々酒商賣之者入牢申付候事
- 一男女之別ヲ亂リ不作法ニ及者、男女共入牢又ハ押込申付候事
- 一制服違反之者士以下入牢申付候事

等があり、男女を問わず一般犯罪者に行われたことがわかる。段階的に一定の期間を定めたものかどうか、またその長期はどの位かの問題は明らかでないが、博奕犯の處置について、

一百姓町人博奕を犯し候へハ、一ケ年奴ニ相行……其、中、奴、ニ、難、相、行、者、ハ、日、數、三、十、日、入、牢、申、付、候、上、過、料、錢、召、上、女、モ、同、様、ニ、申、付、候、事（傍點）  
 といふ例がある。すなわち三郡追放よりも一級重い刑である奴の換刑としての牢舎が三十日であるから、一般の牢舎刑の期間はそれ以下と推察してよからう。このように牢舎は、獨立の正刑ではあるが、きわめて短期間の留置刑であつて、他藩の一部にみられるような勞役を伴う長期間にわたる徒刑、すなわち近代的自由刑の萌芽の段階にまでは達しなかつたものと考えられる。

戸結は幕府法の閉戸（二十日―百日、門戸を鎖す）であり、親類預は幕府法では武士のみに行われたが、格例調では「亂心又ハ渴命相續成兼候者ノ類」は士族以外にもそれを認めている。押込は幕府法では士庶を問わず行われたが（三十日―百日、無期。居室を閉じて他行を禁ずる）、ここでは士族以外にのみその刑がある。償錢は過料刑である。このほか格式秘書に

は繩懸とというのがあり、幕府法の手鎖（三十日―百日兩手を鎖封す）類以の刑と思われるが、秘藏録、格例調にはその刑名が見當らなう。

## 八 附加刑

重罪の死刑囚には引廻、晒の附加刑が用いられたことは前に述べたが、晒は死刑以外にも附加刑として行われた。例えは格例調によると「百姓町人博奕ヲ犯シ倒ヘハ一ケ年奴に相行、宿仕候者ハ市町之辻或ハ當所ニ於テ日數七日晒後奴ニ相行云々」とあり、また前掲「仙臺風談」にも「博奕を犯候者見咎ヤッコとて、宿いたし候者は芭蕉之辻ニ晒シ云々」<sup>(32)</sup>とある。すなわち博奕の宿をした者の奴刑には七日間の晒が屬刑として加えられたことがわかる。また遠川切以上の罪には「家財缺所」が附加されたが、詳細は遺憾ながら知るをえなう。

## 九 拷問

格例調には拷訊については何の記載もない。しかし、林子平の前掲上書に「詮議事は何によらず、速かに埒のあくをよしと、仕る事にて御座候。當時は士大夫をば、拷問不仕事の様相成候得共、たとへ士大夫たりとも、罪のうたがは敷をば、拷問して速に決するを貴ぶ事にて御座候」<sup>(33)</sup>とあるから、士族以外には幕府法と同様に拷問が行われていたことはわかるが、その詳細は不明である。<sup>(34)</sup>

- (1) 小早川教授は前掲論文で「此の内容は……總て百四ヶ條ある」(前掲書二八五頁)といわれるが、同論文中の解説では「倫理ヲ紊ル類」十一カ條、「殺人ノ類」三十三カ條、「盜賊ノ類」三十六カ條、「奸惡ノ類」十九カ條、「法令違反之類」三十三カ條、「緩慢之類」九カ條、「過誤寛宥類」二カ條、「不法不義類」二十カ條となっており(前掲書二八八頁―二九八頁)、これに「士族刑法」「卒族以下刑法」をそれぞれ一條として加えると合計百六十五條の計算になる。百四カ條といわれるのは何かの誤りとも思われるが、いま、それを確かめなう。

(2) 「各國刑法比照」は、明治十六年六月、當時の參事院が編纂したもので、四六版全六冊計三、三六一頁の大調査書であり、編者は書

記官村田保である。これは明治十五年刑法の各條に、東西古今の外國刑法四十三種、大寶律、明治初年刑法三種、徳川時代の幕府法及び藩刑法八種から、それぞれ該當條項を選んで併記したものである。これに利用された藩刑法こそは、本文で述べた明治八年における司法省の蒐集書とみている。三浦博士の掲げている十種の藩法中、「中村藩罪案寫」と「岡山藩新律」（三浦前掲書一四五四頁—四五六頁）とが洩れているが、その理由はわからない。なお「刑法局格例調考」は「仙臺藩刑法」の名稱で掲載されている。

- (3) 日本近代行刑史稿上卷一〇頁—一一頁。
- (4) 仙臺叢書第十卷三〇二頁—三〇三頁。
- (5) 藩士玉蟲十藏が新律御制作（刑法編纂）を提唱した「仁政篇」下卷（天正二年—天明の誤か）において「御國にては律無之、格式帳、格書、拔等御座候」（傍註）（日本經濟大典第二八卷二四四頁）といっているが、仙臺藩ではこのような文書を随時作成したと思われる。「格式秘書」、「御仕置之格」はそうしたものの一つであろう。
- (6) 小倉博氏が、その著「仙臺郷土誌」（昭和八年）で「鋸挽の刑は刑名だけで木藩ではその實例を見ない」（二二頁）といわれるのは、その意味であろう。
- (7) 「天明癸卯凶年天保四癸巳凶年」の天保七年十月二十三日の條に「御仕置者十一人有、……此日見物人おびたゞし。御らう（牢）前四人の内一人首かゝり、一人は切腹、二人は打首」（傍註）とある（阿刀山令造編「仙臺郷土史料」六七頁）。「首かゝり」というのは絞首刑のことではなく獄門のことと思われる。一般にはこのようにも呼ばれたのであろう。
- (8) 前掲行刑史稿六七六頁。この點については、三原良吉稿「仙臺藩に於ける死刑囚の寺町引晒に就て」仙臺郷土研究第八卷第三號があるが、私は参照しえなかつた。
- (9)(10) 宮城縣牡鹿郡役所編「牡鹿郡誌」一二〇頁。
- (11) 三原良吉稿「おせつ様と稱する碑」仙臺郷土研究第九卷第一一號六頁。
- (12) 藤原相之助等編「登米郡史」上卷一八〇頁—一八一頁。
- (13) 奥羽史料第三回の六。
- (14) 前掲仙臺叢書第十卷一五八頁—三二二頁。
- (15) 前掲行刑史稿六四八頁。
- (16) 小野清著「昨夢瑣事」（徳川制度史料所収）一〇頁。
- (17) 前掲牡鹿郡誌一一八頁、前掲宮城縣通史二〇二頁。

- (18) 前掲牡鹿郡誌一一七頁。
- (19) 幕府は、原則として流刑者に扶持を給しなかつたので、特技や金品を持たぬ者に、多くの餓死者を生じた。淺沼悅太郎著「三宅島歴史年表」一二頁、前掲行刑史稿六三一頁。
- (20) 日本經濟大典第四六卷五二二頁。
- (21) その全文は前掲牡鹿郡誌にあるが(一一六頁)、それとやゝ文言の異なるものが前掲行刑史稿にもある(六三五頁)。
- (22) 前掲行刑史稿六三三頁。
- (23) 秘藏錄卷八、前掲仙臺叢書第十卷三二二頁。享保七年、將軍吉宗は各大名に、猥りに他國追放を行わない様命じた。仙臺藩の追放刑の改正は、この命に應じたものであらう。
- (24) 幕府法では延享二年以後百姓町人の重、中、輕追放を廢止した。幕府法の追放刑については三浦周行稿「追放刑論」(法制史研究九 九三頁以下)、高柳貞三稿「追放刑」(法學第十卷第九號一頁以下)等參照。
- (25) 仙臺叢書第二卷三二八頁。
- (26) 高柳貞三著「徳川時代刑法の概觀」(司法資料別冊第九號)七三頁。
- (27) 奴刑は他藩の刑法にも存するが、就中對馬藩のそれが著名である。これについては先學の詳しい研究がある。金田平一郎稿「對馬藩の奴刑」(法政研究第一三卷第二號一五頁以下)參照。
- (28) 前掲經濟大典第四六卷五二二頁。
- (29) 前掲牡鹿郡誌一一九頁。
- (30) 幕府法の親類預は期間を定めず親類宅に禁錮。改易は士分の身分を除籍し庶民に下す。逼塞は遠慮、慎逼塞とあり、前者は居宅の潜門のみを閉さず、後者は晝間居宅の出入を禁ず。閉門は居宅の門を閉し竹柵を設け晝夜共出入を禁ず。蟄居は一室内に蟄居せしむるものであつた。
- (31) 凡下扶持人には足輕、小人、餌取、坊主、職人等がある。(三原良吉稿「仙臺語彙」(仙臺郷土研究第十卷第七號一四頁))。
- (32) 前掲經濟大典第四六卷五二二頁。
- (33) 前掲仙臺叢書第二卷三三〇頁。
- (34) 秘藏錄卷一には、七拾歳以上及び拾七歳以下の者は、人殺しの場合以外に携門を免除した享保十年五月の定がある(前掲仙臺叢書第十卷二二七頁)。

五

次に刑罰體系をのぞく刑法總則的方面と、犯罪の態様に一瞥をあたえてみたい。

一 責任能力

幼年者並びに老年者の刑事責任能力については秘藏録卷一には、<sup>(1)</sup>

一 七拾才以上拾七才以下の者、遠島の罪は、一統被<sub>レ</sub>相宥<sub>レ</sub>候義、並人殺の外拷問等の義も被<sub>レ</sub>相宥<sub>レ</sub>候段被<sub>レ</sub>仰出<sub>レ</sub>候事<sub>享保十年五月</sub>

との書付があり、格例調には、

一 七拾才以上拾五歳以下之者、其罪之品ニ依、一等相宥候事

という例がある。老年者については七十歳以上、幼年者については先には十七歳、後ちには十五歳以下の者は、限定責任能力をみとめたものである。その事例として、

一 小兒徒ニ火ヲ付候者流罪相行例ニ御座候事

とある。成年者の放火犯は火罪であるが、「小兒」の場合は、數等を減じて流に處したことがわかる。幕府の御定書によれば「子心にて無辯、火を付候もの」は「十五歳迄親類え預置」「遠島」とある。幼年者に對しても客觀主義的責任思想から一定の刑事責任をみとめつつなお刑罰適應性を考慮し、十五歳まで刑の執行を猶豫したものである。<sup>(2)</sup> 刑事責任の限界を十五歳に置いていたことは、「十五歳以下之無宿者、途中其外にて小盜いたし候においては、非人手下」という規定にもあらわれている。前掲享保十年の定では十七歳であるのが、格例調で十五歳になつてゐるのは、そのような御定書の方針に歩調を合せたものとみるべきであらう。

七十歳以上の老年者への考慮は幕府法では行わない注意すべき取扱いであるが、それが直接にはわが古律または唐、明律

の影響をうけたものかどうかは明らかでない。

精神病者については格例調に次のとき取扱いがある。

一 狂亂之者人ニ疍付候得ハ親類ニ相預圍入申付候

一 狂亂弟若ハ妻子並下男下女ヲ殺シ候得ハ永ク入牢申付、又ハ親類へ預、圍ニ入置候例ニ御座候事

但病鬱蕩心シ妻ヲ殺シ候士族、入獄申付候例ニ御座候事

幕府法における精神病者の殺人犯は、被害者が目下の場合には、死刑を免かれたが、それ以外には原則として死罪または下手人に處した。ただ主殺、親殺等をのぞき被害者の主人、親類の赦免願のある場合には、本人の親類預け等の措置が行われた。格例調の例は、傷害と目下の者えの殺人の場合のみであつて、一般的な取扱いはわからないが、精神病者の意思能力の缺如を刑の減輕事由と考へた態度は、幕府法と同様と考へてよい。ただ永牢の制を、その處遇方法に採用していることは注意すべきであろう。なお、前掲例の但書の意味は明らかでないが、精神病者に準ずる取扱いをした場合のことであろうか。武士には牢舎刑がないから、入獄というのは永牢のことかも知れない。

## 二 故意と過失

格例調の内容をみれば、御定書と同じく故意と過失の區別をまとめ、過失犯を故意犯より軽く罰していたことは疑いがない。幕府法では、故意を「巧」を以て犯せる罪（豫謀した罪）と、「不斗」犯せる罪（偶然の動機による罪）とに分けて取扱われている。格例調の例は、この種の區別をひろいあげるには餘りにも簡單であつて、遺憾ながらなしえない。過失の場合の例をあげれば、

一 砲發シ誤而人ヲ殺候者、壹郡追放ニ相行候事

一 餅ヲ搗候節杵ヲ誤テ倍人之頭ニ賞、死亡至候者、三郡追放相行候事

一 火ヲ魚踈ニシ失火ニ爲及候者士族ハ謹慎、卒族以下ハ押込置候事 但場所柄ニヨリ一二等重クモ相行候

等がある。幕府法では、過失を「不念」(認識ある過失)と「不斗」(認識なき過失)とに區別した。<sup>(4)</sup>前掲の例の文言のみでは、具體的事實が詳しく示されていないので、幕府法のごとき明瞭な區別をみちびきえないが、強いていえば、前一例は不斗、後二例は不念の場合であろうか。されば無過失無責任の思想には、まだ到達していなかつたものとみるべきであろう。小早川教授は格例調の

一 妻ト口論シ、薪ニテ衝キ死ニ爲至候者、近流ニ相行候事

も、認識ある過失の殺人とされているが、私は、この例を過失殺人というよりむしろ傷害致死の場合と考えたい。

### 三 縁坐と連坐

縁坐は、犯人の親族に負わせる刑事上の連帯責任制であり、連坐は親族以外の關係者に生ずる連帯責任制である。このよ  
うな連帯責任制を採ることは、古代刑法の特長といつてよい。御定書以前の幕府法にみられる縁坐制は、戦國時代の餘風を  
うけ、きわめて廣範圍に互つている。仙臺藩でも元祿時代の頃には、かなり嚴格な縁坐が行われていたことは、前掲「秋山  
氏覺書」の次の記載によつて、その一端を知ることができる。

一 主殺之類引はり曝竹鋸にて挽之藥、父母兄弟迄同罪前之父母兄弟迄死罪被仰付候

一 追剝仕候者……子兄弟迄流罪御追放被仰付候

<sup>(天文五年・1596)</sup>  
戦國時代伊達家の家法「塵芥集」には、種々の武斷的縁坐制が採られていたが、<sup>(7)</sup>當時はまだその影響から完全に脱しきれ  
なかつたものといえよう。

<sup>(1721)</sup>  
幕府法では享保六年以來、しばしば緩和策が講ぜられ、<sup>(8)</sup>御定書以後においては、武士以外の者の縁坐は主殺親殺のごとき  
重罪に限定され、また武士の場合も死刑者の子は遠島、遠島の者は中追放と、それ以前に比較すれば、はるかに寛大な處  
置が採られている。秘藏録の格、格式秘書、格例調には縁坐に關して何の記載もない。したがつて元祿時代にみられた縁坐

制がどのように變貌していつたかは、遺憾ながら知ることができない。ただ秘藏錄卷九所載の「御仕置被<sub>レ</sub>仰付<sub>レ</sub>候者の親類、遠慮之格<sup>(9)</sup>」によつて、享保の頃、武士の縁坐の一種として廣く「遠慮」の制があつた事を知りうるにすぎない。

連坐に關する格例調の例には、次のごときものがある。

- 一 博奕宿シ候者之人頭五人組合過料召上候其中十五才以下之者並後家女座頭女人頭ハ無構(下略)
- 一 禁ヲ犯シ賭弓賭將碁仕候者入牢……賭弓ハ組合ノモノトモ追込申付
- 一 相禁シ置候節、禁ヲ犯シ濁酒造候ヘハ、犯人並組合共過料錢召上、清酒密造之者ハ奴ニ相行(下略)
- 一 禁ヲ犯シ操芝居並小見セ物等、都テ木戸ヲ構、錢ヲ取、多人數集會爲仕候者ハ、地主並主立候者奴、地主不居合候トモ同等ニ相行候(下略)
- 一 遁逃ノ百姓、其者之五人組ヨリ過料金一兩ツ、召上候、遁逃百姓を潜匿爲仕候者、過料金五兩、右五人組モ一人ヨリ一兩ツ、召上候(下略)

すれども、五人組、地主等に連帶責任を負わしめたものであつて、廣く司法警察的任務をそれらの者に分擔させる趣向は、警察機構が完備しない封建時代刑法の特色を露呈したものであろう。

#### 四 共犯

格例調の例にみられる共犯は、從犯の場合が多く、教唆犯に該當するものは一例も見當らない。

- 一 養弟不當ノ所爲有之由ニテ、父俱々双傷死亡爲至候士族、流<sub>遠</sub>相行、父ハ祿ノ半ヲ減ジ閉門申付例ニ御座候事
- 一 人殺ニ手傳候者、遠流ニ相行、但品ニ依リ本條ヨリ輕等ニ申付候者モ有之
- 一 當座ノ口論の上、人殺の致荷擔候者ハ重過料
- 一 人數ヲ催シ押入強盜致候者ハ磔、……隨從ノ者ハ流罪ニ相行
- 一 徒黨ヲ結ヒ候者、本人ハ磔、品ニヨリ梟首、流罪ニ相行、隨從ノ者追放又ハ戸結ニモ相行候事
- 一 密錢吹方致候者、近流、隨從ノ者ハ遠川切追放等ニモ相行候事
- 一 役人之眞似仕候者梟首、品ニヨリ流罪、隨從之者ハ遠川切追放

手傳、荷擔、隨從の言葉が用いられているのは、それぞれ意味を異にしたかどうか明らかでないが、「從犯の刑は正犯の刑に照して減輕す」という基本方針は一貫して流れている。その點、御定書の處置と全く同一である。

### 五 累犯

幕府法では累犯加重の一般的原则は存在しないが、個々の場合にはそうした方針を以て處置している場合が少くない。<sup>(10)</sup> 格例調にも同一犯罪の再犯者を加重して罰した例がみられる。

- 一 盜再犯ノ者ハ近流ニ相行候事
- 一 密通ニテ島奴申付置候内、再密通ノ女ハ刎首ニ相行

三犯あるいは常習犯の例としては、

- 一 凡下女盜仕候得ハ壹ケ年奴ニ相行、盜ヲ本業ニ仕候得ハ五六年奴ニ相行
- 一 博奕ヲ常ニ業トシ候者並或ハ再犯ニ及候者遠川切追放、三犯ニ及候得ハ近流相行候事
- 一 巾着切ヲ本業ト仕候者は小盜ニ准シ遠川切追放、再犯又ハ其品ニ寄流罪等ニモ相行

次のような特殊の場合もある。

- 一 遠川切以下追放ノ者無品立歸候へハ三度迄ハ相行、初犯輕キ者ニテモ四ケ度立歸候へハ死罪、縱令四ケ度立歸候テモ本罪輕キ者或ハ立歸候趣意ニヨリ其時々取調遠川切追放或ハ死罪ニ相行、他國追放等立歸候者モ右ニ准シ相行

三度迄は元へ戻すだけであるが、四回目は死罪に處すものであつて、やはり累犯加重思想の一つの表現として考えることができる。

### 六 未遂犯

格例調における未遂犯の例は、わずかに次の三つがあるにすぎない。

- 一 物ヲ盜ヘキタメ人家エ火ヲ放、燒失爲至候者、火罪ニ相行候事

但其事不遂者ハ遠流(下略)

- 一 扶持米相渡候證印ヲ贗作し、他之扶持米ヲ窃候士族刎首、其事不遂候得ハ遠流相行候事
- 一 主人ニ毒ヲ與候者、不至死トモ市中引晒、礫ニ相行候事

幕府法では、放火、窃盜の未遂は既遂と全く同様に罰するが、殺人、傷害の場合は未遂を減輕するのを原則とした。例えは主人に對する殺人未遂は死罪である(既遂は鋸挽<sup>(11)</sup>)。前記の例でみると、放火及證印偽造行使扶持米窃取の場合は減輕し主人毒殺未遂は既遂と同一に取扱ひ、幕府法とは正に對照的である。しかし、それは個々の犯罪の取扱方法の點であつて場合によつて未遂、既遂を區別し、または同視した基本原則では、幕府法と同じであつたとみてよい。

## 六 正當防衛

格例調から正當防衛とみられる例をあげると、

- 一 無禮ノ舉動ニ被及候カ、何ソ無據筋有之、人ヲ手殺候者ハ無構候事

というのがある。具體的事實は明らかでないが、急迫不正の侵害行爲に對する反撃を、無罪とした例であることは疑いなし。幕府法では一般的な正當防衛の場合、直に犯罪成立の阻却を認めず、刑の減輕事由となしている。ただ特別の事情のあるときに限つてのみ、不可罰性を認めていた。<sup>(12)</sup>事實の内容が明瞭でない前掲一例の存在を以て、仙臺藩では常にかならず一般的正當防衛が確立していたと斷ずるのは危険であるが、正當防衛的的思想が認識されていたことは明らかであると思われ<sup>(13)</sup>る。

さらに、正當防衛に若干の關連を有するものと思われる例に、次のようなものがある。

- 一 親ヲ被打擲候ヲ憤リ、爭撃候エ助力シ、右子供俱々相子ヲ打殺シ候者遠流ニ相行、子供ハ近流ニ相行候事<sup>(18)</sup>
- これも詳しい事實の内容はわからないが、小早川教授はこの例を次のように説明される。

右も亦一種の殺人幫助罪に關する規定であるけれども、親が打擲に逢ひ、その傍にこれを防止する事を得ず立てる子供を見て、義憤を覺え其の子供と共に加害者を殺害せる場合の處罰規定たる事に特色を有してゐる。併しかゝる場合に於ても一般の殺人幫助罪と同じく被害者を遠流に處してゐる事は注意すべき點である。而も「子供」は近流に處してゐる。……明らかに本條は「子供」を完全な責任能力者として取扱つてゐる（下略）。

遠流に處せられた者が幫助者ならば（從犯）、正犯は誰と考えられたのであろう。子供が正犯ならば、その處罰が從犯より軽い近流であることは、限定責任を認めたことになつて、教授が「子供」を「完全な責任能力者」といわれることに矛盾しよう。また「打擲」された親が正犯で、その子供及び加勢した者（遠流の者）が從犯と考えるのは、この例の文言からでは無理であろう。この例は、親が打擲に逢ひ、傍らの子供が反撃してゐる現場を見た第三者が、その子供に手傳わせて逆に相手を殺害した場合であると、私は考えたい。すなわち遠流になつた第三者が正犯であつて、子供が幫助者であらう。一般殺人が死刑であるのに、一段軽く遠流になつてゐるのは、そこに正當防衛的な考慮が加えられたのではなからうか。わずかに刑一等を減じてゐるにすぎないのは、過剩防衛のきらいがあつたためかも知れない。なお、子供の年齢が判明しない以上、限定責任能力云々の問題を論ずるのは不可能である。次に、

一 密夫ヲ殺シ妻ヲハ手延ニシ候末熟之者ハ近流ニ相行候事

とある例は、姦通の現行犯を發見した夫に、姦夫姦婦の殺害を許した徳川時代一般の慣習法を表わすものであつて（貞節の正當防衛）、妻のみを討ちもらした行爲を處罰したのは、前述の殺害權（夫の防衛權）が、權利であると同時に義務とも觀念されてゐたことを示すものであらう。

## 七 犯罪の態様

高柳眞三教授は、徳川時代幕府刑法の基礎に横たわる根本原理について、次のようにいわれている。<sup>(14)</sup>

御定書に現はれた刑法上の犯罪觀には、主従・親子の關係を頂點とした道義的犯罪觀が、深く泌みわたつてゐることは顯著な事實で

あるが、しかしこれによつて終始してゐたと云ひ切れるほど單純なものではなかつた。或る場合には、反社會性或ひは社會的危險性が、反道義性よりも重く取扱はれることがあつた。……當時の刑法が道義責任を以て刑事責任の基礎を固めつゝ、反面において社會的危險性に對する責任をその基礎に取り入れてゐたことを認めねばならぬのである。

仙臺藩刑法が、いかなる行爲を犯罪と觀念したか、またいかなる基調にもとづいて刑の輕重を分類したかの問題、いいかえればその犯罪觀の根柢にながれている思想は、以下述べるごとくそのような幕府法の場合と全く同一であつたといつてい

50.  
格例調があげている例の中で、もつとも重い罪とされているのは、主人と親に對する殺傷罪である。封建社會の基本的道徳であつた主従、親子關係の秩序を破る行爲には、最高の刑罰を以てのぞまれたのである。例えば主人に對する毒殺は既遂、未遂を問はず引廻し礫、父母殺害、祖母殺害も同様であり、父母への暴行傷害も礫、君父を告訴する者も同様であつた。夫兄に不順なる士は刎首、伯父傷害は梟首である。御定書によると「主殺、親殺」のような重科人が刑の執行前に死亡すると、「死骸鹽詰之上、御仕置」が行われ、もつとも峻嚴な態度を示しているが、仙臺藩でもまた前掲「秋山氏覺書」によると、元祿時代にはこのような死屍刑が「親殺」「兄伯父殺」の場合に行われていた。そのような犯罪がいかに重罪と考えられたかを示すものであろう。格例調及格式秘書には、死屍刑についての記載がない。しかし、それは元祿以後廢止されたためではなく、そのような處置を必要とした實例が存しなかつたのではなかつたか。

主人及尊屬親に對する家來、卑屬親の道徳が、きびしく要請される反面には、その逆の場合の犯罪が一段軽く評價されたのは當然であらう。すなわち「家僕ヲ手殺シ候」士族、「卒示ニ下男下女ヲ殺候」者は流罪、「養子不當之所行有之由ニテ怒氣ニ乘シ又傷死亡ニ爲至候」士族は減祿ノ上閉門、「養弟不當ノ所爲有之由ニテ父但々又傷死亡ニ爲至候」士族は遠流、父は減祿閉門、「妻を殺し候」士族は切腹ではあるが「其品ニ依」遠流、閉門等の類である。

主人、親に對する道徳が、強く保護される理由は、封建制度が身分的階層をその基盤となしているがために他ならない。武士階級の名譽が庶民に對して厚く保護されているのも同一の理由にもとづく。されば一般庶民が、武士の地位を窺い、またはその名譽を濫稱することは拒否されねばならない。「身分輕キ者、身許ヲ僞リ士族之養子ト相成候得ハ」梟首、「役人ノ眞似候」者は梟首また流罪、「身分輕キ者、身許ヲ僞リ士分陪隸之養子ト相成候」者は遠川切追放、「分ヲ犯シ百姓商人等帶刀致候」者は奴、等の例は、この立場から理解されよう。また「金錢ヲ負リ養子貰受候」士族は改易、「商人之娘ヲ妻ニ致シ候」士族は改易、「臆病ニテ爭鬪之場ヲハツシ候得ハ」士族並從者は他國追放または「其時々取調情狀次第」死罪、「酒店ニ入飲酒之」士族は閉門、等の例は、士族自身にも自己の名譽を保持する重い責務を負わしめたものである。

封建的道徳の擁護をつよく實行した以外に、他面、社會保全の目的に鑑みて社會的危險性ある行爲を反つて重く罰している例としては、「贗金鑄造候者」は磔、藩中通用ノ楮幣贗造候」士族は刎首、卒以下は梟首、「驛繼之馬丁、其身駄送之荷物盜取候得ハ、藩中傳馬町引晒梟首」等を引用することができる。殊に驛繼之馬丁の窃盜が、他の窃盜よりもはるかに重く罰せられているのは注意すべきであらう。

要するに仙臺藩刑法にみられる犯罪の態様は、封建時代の刑法として幕府法と同一の基調に立つものであり、特に異色ある點は見當らないものとしなければならぬ。

- (1) 前掲仙臺叢書第一〇卷二二七頁。
- (2) 幕府法については高柳眞三稿「徳川時代における幼年者の刑事責任能力」法學第一〇卷第六號五二頁以下参照。
- (3) 高柳前掲「徳川時代刑法の概観」二三頁。
- (4) 高柳前掲書二九頁―三〇頁。中田薫「徳川刑法の論評」法制史論集第三卷七四二頁―七四四頁。
- (5) 小早川前掲書二九一頁。
- (6) 前掲登米郡史上卷一八〇頁。

- (7) 細川總市稿「戰國時代における伊達家の法制」法學志林第四〇卷第二號四四頁。
- (8) 三浦周行稿「緣坐法論」法制史論集一〇二六頁以下。
- (9) 前掲仙臺叢書第二〇卷三二六頁以下。
- (10) 高柳前掲書八五頁―八八頁。
- (11) 高柳前掲書五〇頁―五二頁。
- (12) 幕府法については高柳眞三稿「正當防衛と徳川時代の刑法」國家學會雜誌第五七卷第七號一頁以下参照。
- (13) 小早川前掲書二九一頁。
- (14) 高柳前掲書一一頁―一二頁。
- (15) 前掲登米郡史上卷一八〇頁。

## 六

徳川幕府創設の際、幕府は諸藩に對して或る程度の自主權を認めて結果、各藩は幕府法以外にそれぞれ自藩獨特の制法を設け、刑法のごときも前代の國法を踏襲したものが多かつたが、三代將軍家光が職を繼ぐや廣く幕政の強化を圖り、寛文十二年武家諸法度を改訂し「萬事江戸之法度於國々所々可遵行之事」を命じて以來、諸藩の法律制度はほぼ幕府法に準據するに至つた。とはいへ、封建制度の時代に全國の藩がすべて幕府法と全く同一の法律を施行したとはいえない。種々の事情から地方的特異性を長く保持した藩も決してすくなくない。刑法の分野から各藩法を見るに、大體二つの系統に分けられる。その一は、幕府法の方針、内容を比較的忠實に遵守したもので、中には御定書の制定に倣い、自藩でもその内容を攝取して成文刑法典を編纂したものもある。その二は、幕府法の影響が比較的弱く、いわばローカルカラーの濃いものであつて、その中には明律を繼受し成文刑法典を編纂したものすらある。

格例調にみられる仙臺藩刑法の内容は、どちらかといへば第一の類型に屬すべきものといえよう。私藏錄の格には、存在

しない押込が、格式秘書、格例調には採用され、限定責任能力の年齢が十七歳から十五歳に變化し、また格例調のみにある償錢（過料刑<sup>(1)</sup>）は、その例によつてかなり多く適用されたことを知り得るが、これらは御定書の規定にかなり鋭敏な感受性を示したものではなからうか。もちろん御定書の内容を全面的にうけ入れたものとはいえない。その入墨、非人手下、敲、剃髪等の刑名はすくなくとも格式秘書、格例調の記載には現われていないし、また島奴を含む奴刑、牢舍刑、永牢等には藩獨特の色彩もみとめられる。けれども大體の基本的態度は、幕府法の動向に比較的忠實であつたものとみてよからう。

しかし、幕府の行刑方針は、御定書制定以來、幕末まで不變であつたとみることにはできない。その制度、運用、並びにそれを裏付ける刑法思潮には、かなりの進歩、發展の跡がみとめられるのであつて、特に制度の面において注目を惹くのは寛政二年人足寄場の制度である。この制度は、わが國における近代的自由刑の發端を意味するものであつた。各藩においても、徳川時代中期以降、近代的自由刑類似の制度を設けたものもかなり多い。そのもつとも古いのは、寶曆四年熊本藩の徒刑である。仙臺藩においても、明和二年林子平は前掲上書において、次のように一種の徒刑制度を提唱している。<sup>(2)</sup>

一 他國御追放と申候、御仕置を可<sub>レ</sub>被<sub>レ</sub>相止<sub>二</sub>候。御國中の事を他所へ漏らし候て、不<sub>レ</sub>宜事にて御座候。勿論何方切の御追放と申事も、被<sub>レ</sub>相止<sub>二</sub>候は、可<sub>レ</sub>然奉<sub>レ</sub>存候。

一 當時は、世上皆不術にて各人を使ひ候事を不<sub>レ</sub>仕候。只改易の追放のと申候て、其家をつぶし、其人を流浪させるばかりを、仕置と仕候。此故に入々流浪中の口すぎの爲、色々のもくさんを初め候て、悪を致候者多く罷成申候。此故に向後は、御改易御追放の人の流浪致候御仕置をば被<sub>レ</sub>相止<sub>二</sub>候て、只罪の品を大中小の三に被<sub>レ</sub>相分<sub>二</sub>、大は死罪、中は流罪、小は何とか名を附候て、御城下近所に一構の屋敷を被<sub>レ</sub>相立<sub>二</sub>、右の屋敷へ年數を限り、可<sub>レ</sub>被<sub>レ</sub>相入<sub>二</sub>年限中は何ぞ役を可<sub>レ</sub>被<sub>レ</sub>仰付<sub>二</sub>候。役とは細工織物杯相應の事を、被<sub>レ</sub>仰付<sub>二</sub>候事にて御座候。勿論流罪の者をも、相應に可<sub>レ</sub>被<sub>レ</sub>召使<sub>二</sub>候。此類は皆古法にて御座候。

熊本藩の徒刑に遅れること十一年である。また、幕末最後の藩主伊達慶邦の「藩政改革覺書」<sup>(3)</sup>には、

是迄之遠近追放之刑相控、重奴に申付、松前へ召仕候と、又新田開發等、何そ國產取開方に召仕可申候事

附り 身代金を以、身請は不相成、罪之輕重次第、年數之長短相定可申（下略）

とある。重奴は、すなわち有期徒刑であろう。これらの提案も遂に幕末まで實現をみず終つた。それがため、仙臺藩刑法の中には、近代刑法思潮の胎動を全く見出し得ないのである。（完）

(1) 幕府法の過料刑は、享保三年以來、一般的刑罰として採用された。詳しくは金田平一郎稿「徳川時代過料刑小考」（國家學會五十年論文集五五頁以下）參照。

(2) 前掲仙臺叢書第二卷三三一頁。

(3) 大日本古文書、伊達家文書の九、五〇九頁—五一〇頁。

(4) 仙臺藩は文化四年以來、東蝦夷地の整備を擔當し、慶邦の時代にも安政二年以來幕命にて南千島を整備していた（前掲宮城縣通史二一三頁—二一八頁）。奴刑者をこの地に派遣して、勞役に就かせんとしたものである。

#### 後記

伊達家の記録及び仙臺郷土史關係の資料をほとんど利用する機会を持たなかつたので、本稿は宛に未熟なものとなり、掲載を躊躇したが、仙臺藩刑法の綜合的研究は將來に留保し、本稿は格例調を通じてみた一研究という意味において、ひとまず發表することにした。御寛恕を乞いたい。