

Title	尊属殺重罰制度の史的素描
Sub Title	A historical outline of parricide
Author	中谷, 瑾子(Nakatani, Kinko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1977
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.50, No.7 (1977. 7) ,p.1- 52
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19770715-0001

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.

尊属殺重罰制度の史的素描

中 谷 瑾 子

はしがき

手塚豊名誉教授は、本年三月三十一日を以て慶應義塾大学を定年退職されたが、私は、折悪しく入院加療中であつたため、教授の退職記念論文集に献呈すべき拙稿を締切に間に合わせる事ができなかった。最近になつて、どうか健康状態もほほ復調したので、遅ればせながら、ここに小稿を捧げて、三〇年に垂んとする長きにわたる教授の御薫陶、学恩に対する感謝のしるしとしたい。

一 序

1 本稿の意図

2 尊属殺と尊属殺規定の現状

(1) 犯罪現象としての尊属殺

(2) 尊属殺規定と違憲判決

二 尊属殺の意義

1 尊属殺重罰制度の由来

2 立法例

- (1) 尊属殺のみ重く罰する立法例
 - (2) 尊属殺を含む近親殺を重く罰する立法例
 - (3) 尊属殺、近親殺加重規定をおかない立法例——英米法系および最近の立法例
- 3 刑法第二〇〇条の尊属殺
- 三 わが国における「尊属殺」重罰制度の推移
- 1 概説
- 2 大宝・養老律令から改定律例に至る律令系の「尊長殺」重罰の系譜
 - 3 大陸法系近代刑法継受以後の「尊属殺」重罰の系譜
- 四 総括

一 序

1 本稿の意図

最近、私は、現代における家族関係の特集した雑誌に「尊属殺」のテーマで小稿を書く機会を与えられた。⁽¹⁾ 尊属殺については、とくに女子の尊属殺の具体的事例を中心に、かなり以前に、一度とり扱ったことがあるが、⁽²⁾ 特集号ではその性格からいつて、単なる法律論だけではすまされないと考え、立法例の比較および史的考察をも試みてみた。その結果、これまで私が漠然と考えていたものとは異なつて、意外にもわが国での尊属殺重罰制度の内容については、歴史的に注目すべき変化があることに気付いた。本稿ではその経緯を明らかにし、⁽³⁾ いずれ早晩わが刑法典からも消え去るであろう尊属殺規定の葬送の辞としたい。

- (1) 拙稿・「尊属殺」ジュリスト増刊総合特集 現代の家族(昭和五二年)二四一頁以下。
- (2) 拙稿・「女性犯罪と刑の量定」(二)「法学研究四」巻一〇号四六頁以下。
- (3) もつともそれが必ずしも簡単に実現されないであろうことについては後述五頁注(2)および七頁参照。

表一 1 尊属殺認知件数・検挙件数・検挙人員と第一審有罪判決人員

(昭和31~50年)

年次	認知件数	検挙件数	検挙人員	男	女	第一審有罪判決人員		
						総数	男	女
昭和31年	136	137	134	120	14	54	51	3
32	95	94	93	81	12	40	35	5
33	115	116	122	96	26	47	43	4
34	114	114	116	98	18	42	36	6
35	89	89	85	72	13	47	39	8
36	88	87	88	73	15	30	24	6
37	74	74	70	60	10	24	23	1
38	72	72	70	63	7	24	20	4
39	86	86	79	68	11	24	20	4
				成人	少年			
40	95	95	88		不明	28	26	2
41	83	83	81	63	18	41	35	6
42	59	56	53	43	10	28	25	3
43	70	70	72	63	9	20	15	5
44	76	75	74	54	20	17	14	3
45	80	80	79	70	9	23	20	3
46	71	71	65	59	6	21	19	2
47	101	102	103	93	10	11	10	1
48	57	59	56	50	6	1	1	—
49	44	45	38	37	1	昭和48年4月4日刑法200条違憲の判決が出たため、昭和49年以降尊属殺の項目削除。		
50	48	48	44	42	2			

1. 認知件数，検挙件数，検挙人員は警察庁の犯罪統計書昭和31年~50年による。
2. 第一審有罪判決人員は司法統計年報による。
3. 昭和40年以降は，従前の男女別にかえ，成人と少年の分類による。

2 尊属殺と尊属殺規定の現状
(1) 犯罪現象としての尊属殺

親子間の殺人のうち、最近のマスコミユニケーションの関心は、もっぱら子殺しに集中している。それは子殺しの態様に注目すべき変化が見られるようになったこと(1)のほかに、昭和四八年四月四日、最高裁判所大法廷が、一四対一の圧倒的多数をもつて刑法第二〇〇条(尊属殺規定)を違憲とし、この規定が事実上失効したため、それ自体として論議する意味があまりなくなつてしまったことにもよるのであろう。しかし、表一に示すように、現実の尊属殺事件がなくなつたわけではもとよりない。違憲判決が出た直後、一部には親殺しを処罰する尊属殺規定は、最高裁

表一 戦前の尊属殺検挙人員逐年比較

(明治15年～昭和15年)

年次 (旧法当時)	検挙人員	年次 (現行法)	検挙人員	年次 (昭和)	検挙人員
明治15年	7	明治42年	20	昭和 2年	32
16	15	43	24	3	13
17	5	44	25	4	12
18	6	45	29	5	18
19	10	大正 1		6	30
20	8	2	23	7	37
21	13	3	22	8	36
22	5	4	35	9	41
23	5	5	30	10	43
24	8	6	26	11	27
25	6	7	21	12	26
26	9	8	32	13	30
27	16	9	35	14	23
28	9	10	28	15	18
29	17	11	18		
30	14	12	22		
31	15	13	24		
32	13	14	17		
33	10	15	26		
34	7				
35	11				
36	15				
37	12				
38	7				
39	15				
40	2				
41	10				

尊属殺重罰制度の史的素描

植松正：「尊属殺害の犯罪学的考察」警察研究20巻4号18,19頁による。

判所によつて憲法違反とされたから、これからは親を殺しても処罰されなくなつた、というようなとんでもない誤解が生じたり、自民党の法務委員の一部に「四日判決出でて孝行亡ぶ」といつた杞憂が真面目に主張された(2)りしたにもかかわらず、尊属殺の発生件数は、昭和四八年以降はそれ以前よりほぼ半減していることを統計は示している(表一参照)。とはいうも

の、戦前のそれ(表一)に比べると、人口増を考慮しても、戦後の数はきわ立つて多いのであり、半減後の数値さえ、戦前のそれに比べれば、かなり多いことが指摘される。

(1) 子殺しの中でもとくに統計上把握しやすい嬰兒殺についてみると、女性(母親)の犯行率がふえたこと(年により九〇～一〇〇パーセント)、嫡出

子殺しがふえ、殆どが未婚の若い娘のせつばつまつての、私生児殺し（他は父による奇形児殺しと祖父母による娘の私生児殺し）という、かつての嬰兒殺しとは態様の異なつたものとなつたこと、またそのような殺害児の死体をコインロッカーやポリ・バケツに遺棄するといった犯行のパターンが社会的関心を集めざるを得なくなつたことなどをあげることができる。

(2) この委員会は、刑法二〇〇条違憲判決の後、法務省が尊属殺および一連の対尊属罪重罰規定（尊属傷害致死罪、尊属遺棄罪、尊属逮捕監禁罪）全部削除（それが刑法改正の既定の路線でもある）の刑法一部改正法案を作成して法制審議会に提出、同会の決定、答申をまつて直ちに内閣に送付、閣議決定をとりつけ、まさに刑法の一部改正の手管を整えたのに対し、この法案の提出に反対した。そのため刑法二〇〇条は前記違憲判決にもかかわらず、四年余にわたり削除も修正もされないまま刑典にその形骸をとどめ、事実上失効という異例の規定となつてゐる。右の委員会が二〇〇条および一連の規定前除法案に強硬に反対した理由としては、第一に、四・四判決の対象例は極めて特殊であるから、この判決を直ちに一般化することはできないこと、第二に、立法目的合意・手段違憲説（尊属殺人罪を普通殺人罪から区別して違憲となること自体は、憲法一四條の禁止する不合理な差別とはいへないが、死刑又は無期懲役という極端に重い刑罰を規定することが不合理な差別として違憲となるという見解）の多数意見に忠実であるなら、刑の執行猶予をなすうる範囲で法定刑の追加変更がなされるならば、二〇〇条も必ずしも違憲とする必要はなく、まして二〇〇条以外の対尊属罪重罰規定を削除すべき必然性はない、という三点をあげている。香川達夫・「尊属殺違憲判決の意味」法学教室（二期）2号（昭和四八年）二一―三頁参照。なお、右の主張の現実化として、法定刑の下限を無期懲役から懲役四年に引き下げて二〇〇条を存続させる改正案が、昭和五二年五月、参議院に提出されたが、結局廃案となつた。

(2) 尊属殺規定と違憲判決

わが現行刑法は、殺人の罪について、立法例に多く見られるような「謀殺（murder, assassinat, Mord）」と「故殺（manslaughter, meurtre, Totschlag）」とを区別することなく、自殺関与罪（二〇二条）は別論として、ただ普通殺人罪（一九九条、死刑、無期もしくは三年以上の懲役）と尊属殺人罪（二〇〇条、死刑又は無期懲役）とを区別している。尊属殺人罪は「自己又ハ配偶者ノ直系尊属ヲ殺シタ」場合を普通殺人罪から区別し、刑を加重しているので、旧憲法下でこれを認めることは社会倫理上当然とされたとしても、戦後の新憲法下では、法の下での平等を規定した憲法第一四條第一項に反するのではないかが問題とされた。

最高裁判所は、当初「憲法一四條が法の下における国民平等の原則を宣明し、すべて国民が人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会關係上差別的取扱を受けぬ旨を規定したのは、人格の価値がすべての人間に

ついで平等であり、従つて人種、宗教、男女の性、職業、社会的身分等の差異にもとずいて、あるいは特権を有し、あるいは特別に不利益な待遇を与えられてはならぬという大原則を示したものに外ならない。「しかしながら、このことは法が、国民の基本的平等の原則の範囲内において、各人の年令、自然的素質、職業、人と人との間の特別の關係等の各事情を考慮して、道徳、正義、合目的性等の要請より適當な具体的規定をすることを妨げるものではない。」とし、刑法において尊属殺人が一般の場合に比して重く罰せられているのは、法が子の親に対する道徳的義務をとくに重要視したものに外ならず、このような夫婦、親子、兄弟等の關係を支配する道徳は、人倫の大本、古今東西を問わず承認されている人類普遍の道徳原理、すなわち自然法に属するものといわなければならないとし、また親子の關係は、憲法一四條一項において差別待遇の理由としてかかげる社会的身分その他いづれの事由にも該当せず、また同条項が国民を政治的、經濟的又は社会的關係において原則として平等に取り扱うべきことを規定したのは、基本的權利義務に關し国民の地位を主体の立場から觀念したものであつて、国民がその關係する各個の法律關係においてそれぞれの対象の差に従つて異なる取扱を受けることまでを禁止する趣旨を包含するものではなく、被害者が直系尊属である場合にとくに重い法定刑を適用することの主眼は、被害者たる尊属親を保護することにあるのではなく、むしろ加害者たる卑属の背倫理性が考慮される結果、尊属親は反射的に強度の保護を受けることがあるものと解釈するのが至当であるとの理由からその合憲性を肯認し（最大判昭和二五・一〇・一一刑集四卷一〇号二〇三七頁）、⁽¹⁾同旨の判決がくりかえされた。⁽²⁾しかし、これに対しては眞野、穂積両裁判官の反対意見（違憲説）が付けられていたほか、学説としては違憲（ないしは違憲の疑ありとする）説が有力かつ多数であつた。その後、一三年を経て、漸く最高裁判所は、前述のように、昭和四八年四月四日の大法廷判決によつてさきの判例を変更して、尊属に対する尊重報恩は、社会生活上の基本的道義であり、このような自然的情愛ないし普遍的倫理の維持は、刑法上の保護に値するから、尊属を殺害することは通常の殺人に比して一般に高度の社会的道義的非難を受けて然るべきであつて、これを類型化し、法律上刑の加重

要件とする規定を設けても、その差別的取扱をただちに憲法一四一条一項に違反するということもできないが、本条の法定刑が死刑および無期懲役のみで、普通殺人罪の法定刑に比べて極めて重く、いかに酌量すべき情状があつても刑の執行を猶子しえないのであり、また、卑属が責むべきところのない尊属を故なく殺害するといった嚴重に処罰すべき場合でも、普通殺人罪の規定の適用によつてその目的を達することは不可能ではない反面、非道な尊属を殺害するに立ち至つた卑属の行為は必ずしも尊属殺の重刑で臨むほどの峻厳な非難には値しないものといふことができる。つまり尊属殺の法定刑は、それが死刑または無期懲役に限られている点で、あまりにも厳しく、尊属に対する敬愛や報恩という自然的情愛ないし普遍的倫理の維持尊重という観点（立法目的）のみからは納得すべき説明がつかかねるところで、合理的根拠にもとづく差別的取扱として正当化することはできず、本条は憲法一四一条一項に違反して無効であるとした（立法目的合憲・手段違憲説）。以上に明らかに、右の判決は、尊属殺を普通殺人罪から區別して重罰を科すること自体を不合理な差別として違憲としたのではない。一四人の多数のうち區別自体を違憲としたのは田中、小川、坂本、下村、色川、大隅の六裁判官のみで、八人の裁判官（つまり判官）は単に死刑または無期懲役という尊属殺重罰の点（手段）だけを違憲としたにとどまる。

本来、違憲判決が出た以上、刑法二〇〇条は、直ちに、刑法典から削除されるか、少なくとも法定刑の下限をひき下げる立法上の修正がなされるべきであるにもかかわらず、前述（五頁注（2））のように、四年余にわたつて放置されたばかりではなく、他方、尊属傷害致死罪合憲の判決が尊属殺違憲判決後にもくり返されている。刑法改正の既定の路線や学説は、尊属殺をはじめ、一連の対尊属罪重罰規定を全部削除すべきものとしていたのであるが、右の判例の動向、立法の現実を考慮すると、さしあたりは、四年もしくは五年以上の懲役といつた、一九九条（普通殺人罪）⁽⁴⁾よりは重い法定刑の追加修正による二〇〇条の存続がむしろ現実的であるとの見解も可能であり、違憲判決が出された当時私が予測したところとは異なつて、尊属殺規定の早期削除は実現の見込がうすく、法務省を含めて、違憲判決と同時に直ちに尊属殺および一連の規定が削除され

るものと考えた学説は、あるいは国民の意識から遊離していたことを反省すべきかも知れない。しかし、後に詳述の世界の立法例の動向からみても、わが国の人権意識、平等意識の普及・増大からみても、さらには刑事政策的考慮のうえからも、尊属殺重罰規定は、所詮、早晚削除されるべき規定であると考ええる。そこで本稿は、以下において、これまで学説上殆ど論及されることのなかつた尊属殺重罰制度の史的变化の経緯を概観することによつて、まさにこの規定の終焉に至るべき過程を明らかにしようとする。

(1) この判決は尊属傷害致死事件に対するものであつたが、この直後、尊属殺人に対する最高裁判所昭和二五年一〇月二五日の大法廷判決は、この判決を全面的に援用して、尊属殺規定の合憲性を認めたのであつた。

(2) 最判(大法) 昭和三二年二月二〇日刑集一 一卷二二四頁、最判昭和三四年四月二日刑集一 三卷四号四二三頁、最判昭和三五年一月一九日刑集一 四卷一号二三頁ほか。最終は最判昭和四二年一月二二日刑裁集一六五号七一頁。しかも最後の合憲判決の裁判長が違憲判決の際の立法目的違憲(差別自体違憲) 説の六人の裁判官の有力な一人の田中二郎判事であつたことは、やはり時代の推移を示すものとして注目される。

(3) 判決日の順に、最一小判昭和四九年九月二六日刑集一八卷六号三三九頁、最一小判昭和五〇年一月二〇日判例時報(以下判時) 七九七号一五三頁、最一小判昭和五〇年一月二八日判時七九七号一五六頁、最一小判昭和五一年二月六日刑集三〇卷一号一頁。

(4) 現に前掲五頁の注(2) に指摘の、ごく最近国会に提出された四年以上の懲役とするという改正案はこのような見解にもとづく。それが基本的に不当であることは本文に論ずる通りであるが、かりにこの改正案をまじめに検討したとしても、普通殺よりたつた一年だけ刑の下限を引き上げることが、加重類型としては単にシンボリックな効果に満足するのではない限り、無意味であらう。

二 尊属殺の意義

1 尊属殺重罰制度の由来

尊属殺を一般の殺人と區別して、これに重罰を科することは、戦前には、伝統的な家族制度を重んずる精神にもとづく当然の規定とされたが、戦後の、法の下での平等を憲法が明定し(憲一四条一項)、家の制度を廃止した新民法の下では、封建的な家族制度から生れた思想で、時代錯誤のそしりを免れないとされるようになった²⁾。とはいふものの、新憲法下でも、これ

を、明らかに憲法一四条一項の禁止する不合理な差別に当るものとして、本条を違憲と断定する見解は、学説においても、最初から支配的であつたわけではない。⁽³⁾

ところで、周知の通り、わが国における近代的刑事立法の最初は、ポアソナード刑法草案(明治一〇年)を基礎とする旧刑法(明治一三年七月一七日公布、同一五年一月一日施行)であるが、後述のように、フランス刑法は、今日でも尊属殺人罪を規定する数少ない立法例で、これを範とした旧刑法が尊属殺を規定したのはむしろ当然であつた。その点を重視すれば、沿革的にはフランス刑法、さらには遡つてローマ法にその起源を求めることもできる。⁽⁴⁾しかし、後に詳述するように、旧刑法第三六二条の尊属殺の規定は、そのように西欧的尊属殺 *particide* とは内容的に異なるものがあり、「これ(尊属殺、筆者注)は、新律綱領及び改定律例の人命律に規定していたところにさかのぼるものである」⁽⁵⁾とする見解もある。最高裁の前掲違憲判決も「刑法二〇〇条……設置の思想的背景には、中国古法制に淵源しわが国の律令制度や徳川幕府の法制にも見られる尊属殺重罰の思想が存在すると解されるほか、特に同条が配偶者の尊属に対する罪をも包含している点は、日本国憲法により廃止された『家』の制度と深い関連を有していたものと認められる…」⁽⁶⁾としている(刑集二七卷三号二六七～二六八頁)。右判決はさらにこれに続けて「さらに、諸外国の立法例を見るに、右の中国古法制のほかローマの古法制などにも親殺し厳罰の思想があつたもののごとくであるが、云々」(前記判例集二六八頁)としている。要するに尊属殺重罰は、家長権の強い古代法に共通した法制で、必ずしもローマ法または中国法(律令)に固有の思想、制度とはいえない。ただローマ法といつても、いわゆる古典時代(紀元前七五四年～二〇〇年頃まで)の王法や十二表法にいわゆる *parricidium* は、現在われわれが理解するように「尊属殺」という限定されたものではなく、限定するとしてもせいぜい重大な殺人または近親殺を意味するものと限定して理解する見解があるていどで、一般には、単に、故意に自由人を殺害する行為としての殺人の罪を意味するものであつたらしい。⁽⁶⁾その後共和政後期(紀元前三世紀―第二ポエニ戦争終了の頃―から約二世紀間)に殺人に関する諸規定を定めた紀元前

八一年のヌラ (Lucius Cornelius Sulla Felix 138~78 B. C.) の法律も尊屬殺害についてはとくに規定せず、従来の制裁方法を残存させ、さらに紀元前五二年の近親殺に関するポンペイウス法 (Lex Pompeia de parricidiis) も尊屬殺 (および近親殺) に対して暗殺者に関するコルネリウス (ヌラ) 法の規定を適用しようとして⁽⁷⁾いる。しかし、注目すべきことは、古くは、もともと一般に殺人罪の意味を持っていた *parricidium* が、この Lex Pompeia de parricidiis によつて近親殺 (親に限らず広く祖父母、兄弟姉妹、おじおば、子女、配偶者、パトロンその他の近親者の殺害を含む)⁽⁸⁾ のために用いられるようになることである。そしてその犯人に対する死刑の執行については、政務官、執政官、護民官等の決定だけでなく、民会への提訴の機会を与え、その議決をまつて執行する一般の死刑の執行方法とは異なつて、この場合は、執政官がそのような制約を受けることなしに死刑を宣告できる例外事例の一つとされ、⁽⁹⁾ 執政官の判決だけで死刑が執行されたが、その死刑執行方法は、犯人を革袋 (*coena*) に入れ、または、さらに袋の中に大・鶏・蛇・猿を入れて袋を縫いつけ、チベリス河口等附近の海中又は大河中に投じるといふ古くからの宗教的な意味のある執行方法 *poena cullei* によつた⁽¹⁰⁾という。ローマ時代における死刑の執行方法としては、時代によつても多少の差はあるが、前述の *poena cullei* のほかに一般に斬首 *decollatio*、磔刑 *crux*、焚殺 *crematio*、犯人を公衆の面前で猛獸に投げ与える刑 *bestiis obiectio* などがあり、*poena cullei* は、死刑の執行方法としてとくに嚴重なものともいえないようであるが、この執行方法は、古くからの慣例として、ポンペイウス法制定以前から用いられていたようである。要するに、ローマ法では、古代法の当初からではないが、かなり早い時代に尊屬殺が意識されたが、中国法に見るように原初的、確定的なものではなく、客体についても親だけではなく、子または一般に近親と呼ばれる親族に対する殺害を含めて一般の殺人から区別してその犯人は近親殺の刑に処せられるべし *poena parricidii punietur* と理解されている⁽¹¹⁾。ローマ法は、故意と過失を区別したが、故意殺の中で謀殺と故殺とを厳密に区別することとはなく、尊屬 (近親) 殺についても同様であつた。その後の大陸法の中では、ローマ法継受後のドイツにおける統一刑事

法典として重要な役割を果した一五三二年のカルル五世の刑事裁判令（別名カロリナ刑法典 *Constitutio Criminalis Carolina von 1532*）には尊属殺も近親殺も規定されていなかったが、ザクセンではすでに一五七二年に、またプロイセンでは一六二〇年に *Paricidium* を詳細に規定していた⁽¹²⁾。その後、一八一〇年二月一二日のナポレオンのフランス刑法典には後述のようにローマ法に由来して、かつ、これを限定する尊属故殺についての規定（仏刑二九九条。なお同三〇二条、三二三条参照）があり、一九四一年の改正で削除された一八七一年のドイツ刑法旧第二二五条も同様であつた。これとは別に、一九三〇年のイタリヤ刑法第五七六条第一項第二号などは、尊属殺、卑属殺の双方を刑の加重事由とした⁽¹³⁾（なお一九五一年のブルガリア刑法一二七条四号、一九六一年の新ブルガリア刑法一一六条三号⁽¹⁴⁾、一九二六年のトルコ刑法四五〇条一号など⁽¹⁵⁾）。さらに旧ハンガリー刑法第三五二条のように尊属、卑属の他に配偶者を含め、さらに複数殺人を併記する立法もあつた⁽¹⁶⁾。ローマのポンペイウス法が *paricidium* という場合、尊属殺に限らず卑属その他の近親者の殺害を意味したとすれば、このローマ法を継受したドイツ・フランスの尊属（故）殺罪は、これよりかなり限定的であつたといえるし、故殺については傍系親族についても近親故殺罪という加重類型を認めていた旧オーストリア刑法第一四二条は、そのかぎりでは、最もローマ法に忠実であつたといえようか⁽¹⁷⁾。

ところで、眼を転じて、東洋の法制を顧みると、中国法では「五刑之属三千、罪莫大於三不孝」というくらいで、古来、父母に対する罪をとくに重大視した。すなわち、唐律をはじめ、明・清律に至るまで、名例律にかかげる最も重大な犯罪としての「十惡」のうち、「惡逆」、「不孝」、はともに祖父母父母に關連する罪であつた。しかもその罪名は詳細で、刑罰は極めて峻厳であつた⁽¹⁹⁾。中国法では、すでに漢律の断簡によれば、單純暴行でも父に対するときは梟首となり、「殺母以大逆論」（通典卷一六六引律）、すなわち親殺しは大逆を以て論ぜられるほか、晉律には「子賊殺傷毆父母梟首、晉言棄市、婦謀殺夫之父母棄市」（南史孔靖伝引律、また、通典卷一六八）、「奸伯叔父母棄市」（晉書刑法誌）など、父母を罵つただけですでに公開の死刑に処せられ（棄市）、妻が夫の父母を殺そうと謀つたときも同様のほか、伯叔父母を殺しても棄市されることにな

つて⁽²⁰⁾いる。つまり、中国法は、近親殺のうち卑幼殺をとくに減刑する点(後述二七頁参照)を別として、予備を既遂と同視する点でローマ法^{II}大陸法系の尊属殺よりも、また、傍系の尊属を包含する点で仏・独(旧)刑法等のそれよりも広汎で、かつ刑罰も峻厳であつたといえる。この中国の法制がわが国の律に継受されたことは云うまでもないが、徳川時代には「孝」よりも「忠」を優先するわが国の社会的道徳観により中国の法制とは多少ニュアンスのちがつたものになつた。これに対して、明治初年の新律綱領、改定律例は徳川の伝統よりも明清律を直接範としたものと解される(なお後述三参照)。

いずれにせよ尊属殺重罰は、前述によつて明らかのように、古代法に共通するところであるから、ローマ法以来の大陸法に依拠した(前掲大塚)とも、東洋の法制に依拠した(前掲木村)ともいえるであろう。私見によれば、律令の継受や儒教的道徳観に従つて尊属・尊長を重視する伝統があつたところに、フランス刑法の尊属殺重罰の制度に接して、新律綱領や改定律例に見られた「律式」の傍系尊属をも尊属に加える規定様式をあらためたものが旧刑法第三六二条の規定であつて、東西両法制を日本流にアレンジしたものと解される(詳細は後述)。

- (1) 大場茂馬・刑法各論上巻(一一版、大正二年)八二頁。
- (2) たとえば滝川幸辰・刑法各論(昭和二年)二八頁、滝川(春)Ⅱ竹内・刑法各論講義(昭和四〇年)一〇頁、熊倉武・日本刑法各論上巻(昭和四五年)一一二頁、井上正治・刑法各則(昭和三八年)二〇、二二頁、宮内裕・新訂刑法各論講義(昭和三五年)一六頁など。
- (3) たとえば、滝川幸辰博士はこの規定自体は時代錯誤であるとしながらも、刑法二〇〇条を合憲とした最高裁の前掲昭和二五年判決は「憲法の解釈としては、正しい結論であると思う」とされる。滝川・前掲書、二九頁。その他、合憲としたものに牧野英一・「尊属殺傷例の合憲性」理論刑法と実践刑法(刑法研究一四巻、昭和二七年)二七六頁以下、植松正・刑法概論Ⅱ各論(全訂版、昭和四三年)二四八頁、柏木千秋・刑法各論(昭和三六年)三二二頁、平場安治Ⅱ森下忠・判例体系刑法各論(全訂版、昭和三六年)二〇三頁、安平政吉・改正刑法各論(昭和三五年)二二頁など。また、当初は、本条を違憲と断定する者より違憲の疑があるという程度の発言が多かつた。例えば団藤重光・刑法綱要各論(昭和三二年)三一七頁、大塚仁・刑法各論上巻(昭和四三年)三四頁など。

(4) 大塚・刑法概説(各論)(昭和四九年)一五頁。

(5) 木村亀二・「尊属殺」、刑法(各論)、現代法律学演習講座(昭和三七年)一頁。

(6) 船田享三・ローマ法第一巻(改版・昭和四三年)一三四頁および二二八頁の注(一一)参照。なお春木博士も *partridium* は本来広く殺人罪を意味したが、ポンハイウス法で近親殺の意味に用いて以来、そのような狭義に用いるのが通常の用例となつた、と述べている。春木一郎・「雑球 Poena Culliei」京都法学会雑誌七巻(明治四五年)三号一〇〇頁。なお Vgl. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl., 1927, S. 462.

(7) 船田・前掲書三三四頁。ただし、船田氏が「五五年のポンハイウス法」として述べている。なお Cf. S. P. Scott, The Digest or Pandects—Book XLIII, pp. 64~65, The Civil Law Corpus Juris Civilis, vol. 5, 1973.

(8) *Lex Pompeia de partridiis* と *partridium* をより限定された尊属殺と解する(船田)か、より広汎な近親殺と解する(春木)か、わが国での理解では必ずしも一致がなからかりでなく、辞書でも *partridium* の意味としては「1 父または両親の殺害、近親者の殺害、2 自由人の殺害、3 大逆」(Cassell's Latin Dictionary) または「1 親殺、2 殺害、近親殺害、同胞殺害、3 (大) 反逆」(研究社羅和辞典増補改訂版)とあり、多義的であることがわかる。ポンハイウス法でも、尊属殺とそれ以外の近親殺とは刑が異なる(後注(10)参照)が、*Partridium* 自体が、本文記述のとおり広汎な近親者(肉親に限らぬ)殺害を含む。Cf. Scott, op. cit., p. 66.

(9) 政務官が民会への提訴による制約なしに死刑を宣告することができる主な例外的場合としては、1 尊属殺害のほか、2 かまごの神に仕える処女尼が処女性を失つた場合、3 謀反罪、4 護民官がその不可侵権を侵害された場合の四つがあげられる。船田・前掲書二二七~八頁参照。

(10) 船田・前掲書二二八頁、春木・前掲論文参照。なお、学説彙纂(Digesta, 48, 9, Pr.)によれば、近親殺のうち、尊属殺の犯人に対する刑は古代の慣例に依り近親殺害者は血に染みたる棒を以て激しく打たれた後大毒蛇及び猿と共に袋の中に綴じ付けられてその袋は海に近いところでは海中に投げ込まれる。海や大河が遠いところでは、至聖のハドリアヌス帝の勅法により、犯人は猛獣に投げ与えられるべきものとされている。死刑の執行方法として水中へ草袋を投棄する慣例、いわゆる *poena culliei* は、水は罪を洗い去るという迷信にもとづくものとされる(春木・前掲論文二二〇頁参照)が、リストの前掲書四六二頁によれば、この *partridium* に固有の刑罰は、コンスタチヌス帝以降、古い慣例をあげたためて確立したものであるという。また、尊属以外の近親者殺害に対する刑は、単純な死刑(斬首)または神への生けにえであった。Cf. Scott, op. cit., p. 66, von Bar, A History of Continental Criminal Law, 1916, p. 34.

(11) 春木・前掲論文を、これを *Digesta* 48, 9, pr. *Institutiones Instintiani* 4, 18, 6 から引用している。

(12) Vgl. Liszt-Schmidt, a. a. O., S. 463.

(13) イタリア刑法五七六条一項二号は、殺人が「尊属又は卑属に対し、第六一条第一号(下劣または軽率な動機から行為すること、筆者注)および第四号(暴力の使用または身体に対する残酷を以て行動すること、筆者注)に規定された諸事情の一が存在するとき、または、毒殺の手段またはその他の詭計の手段を使用するとき、若くは予謀が行われたとき」は死刑を適用する(普通殺人の刑は二〇年以上の懲役である、筆者注)と規定している。Vgl. Das Italienische Strafgesetzbuch vom 19. Oktober 1930, Übersetzt von K. Bunge, Sammlung Ausgerdeutscher Strafgesetzbücher, (Zwei Sammlungen) Nr. 50, 1933, S. 186. なお、外国の刑法典の資料として上記の独訳シリーズの他に、アメリカの英訳シリーズ The

American Series of Foreign Penal Codes (1-21. 以下 American Series と略称) があるが、独訳シリーズの方が歴史も古く、かつ、網羅的に参考し便利であるため、以下におおむねは英訳シリーズの方が新しい場合を除き、英訳シリーズと重複している場合にも、独訳シリーズを引用する。

(14) 一九六八年のブルガリア新刑法典 一六条は、殺人罪の加重事由を規定しているが、その三号に「父または母、および実の息子または娘の殺害をあげている。この一六条は殺人の加重事由を一号にわたって列挙し、普通殺人の場合の刑(一〇年以上二〇年以下の自由刑)を加重して第一一号を別々にし、一年以上二〇年以下の自由刑または死刑に処するとしている。また一九五一年の旧刑法も加重事由に多少差はあるが、その二七条四号に「現行(一六条)号と同旨の規定をしよう」とある。Vgl. Das bulgarische StGB (Narkazelen kodeks) mit ergänzenden Vorschriften. Übersetzt von T. Lyon und A. Lipowschek und mit einer Einführung von A. Lipowschek. Sammlung, Nr. 93, 1973, S. 92f. 24-25 Das Bulgarische StGB vom 2. 2. 1961. Übersetzt von T. Lyon. Sammlung, Nr. 73, 1967, S. 22.

(15) 一九二六年三月一日のトルコ刑法は二四年以上三〇年以下の重懲役が科せられる普通殺人罪(四四九条)のほかに、無期重懲役が科せられる場合(四四九条)と死刑が科せられる場合(四五〇条)の二種の加重殺人罪を規定している。そして四五〇条第一号は「祖先または子孫に対する」殺人を規定し(死刑)、同法四四九条第一号は「夫、妻、養父、養母、養子、継父母または継子、義父、義母、義理の息子、義理の娘」に対する殺人を公務執行中の殺人や毒殺と並べて刑の加重(無期重懲役)事由としている。Vgl. Das Türkische StGB vom 1. 3. 1926. Übersetzt und mit einer Einführung von N. Sensoy u. O. Tolun. Sammlung, Nr. 67, 1955, S. 101.

(16) Die Ungarischen Strafgesetze. Amtliche Zusammenstellung der gültigen materiellen strafrechtlichen Vorschriften in deutscher Übersetzung und mit einer Einleitung von L. Mezöfy. Sammlung, Nr. 77, 1960, S. 114. しかして一九六一年のハンガリー新刑法典はこの種の規定を削除しよう。Vgl. Der Stralkodex der Ungarischen Volksrepublik. V. Gesetz vom 1961 über das StGB. Übersetzt von L. Mezöfy. Sammlung, Nr. 83, 1964.

(17) 一八五二年五月二七日のオーストリア刑法旧一三七条は近親謀殺(直系尊属・卑属および協働者の一方の配偶者に対する、その関係をわづらしたでの殺害)死刑)を、同一四二条は同二二六条(親族間の犯罪庇護の特例)に列挙された近親者、すなわち配偶者やその兄弟姉妹、兄弟姉妹とその配偶者およびその子供(「甥・姪」といった傍系血族を含む近親者に対する故殺を「近親故殺罪」として刑を倍に加重していた。しかし、一九七四年一月三日の新刑法は、謀殺・故殺の区別を残したが、近親謀殺、同故殺重罰の規定はこれを削除した。なお、立法例に関する詳細は後述二の2参照。

(18) 「十悪」とは、唐名例律(6)にかかげられ謀反、謀大逆、謀叛、惡逆、不道、大不敬、不孝、不睦、不義、内乱を意味する。「惡逆」はその第四順位にあげられ、「祖父母・父母を殴ること、またはこれを殺そうと謀ること、および、伯叔父母・姑・兄弟・外祖父母・夫・夫の祖父母父母を殺すこと」をいい第七順位の「不孝」とは「祖父母・父母を告言え、詈い、または罵ること、祖父母・父母の生存中に別籍(戸籍をわけること)または異財(家産分割)をなし、またはその養いとして相応のもてなしを提供しないこと、父母の喪の期間中に本人自ら人に嫁しまたは「妻を」娶り、音楽をなし、または服をやめて平常の服装にもとること、祖父母・父母の死去の報に接しながら、喪を秘して哀しみを公にしないこと、および祖父母・父母の死を詐称すること等をいう」。滋賀秀三・「訳註唐律疏議」国家学会雑誌七二巻二〇号(昭和三十三年)六二頁以下参照(但し、引用中一部略字に変更。以下同じ)。

(19) 穂積陳重・続法窓夜話(昭和十一年)七、八頁参照。

(20) 仁井田陞・中国法制史研究・刑法(昭和十二年)参照。とくに二一四頁、二四九、二五〇頁。

2 立法例

昭和二五年の尊属傷害致死罪合憲判決は、「立法例中……尊属親に対する罪を普通の場合よりも重く処罰しているものが多数見受けられる」としていたが、昭和四八年の前掲違憲判決は「……諸外国の立法例を見るに……近代にいたつてかかる思想(尊属殺重罰の思想、筆者注)はしだいにその影をひそめ、また、尊属殺重罰の規定を当初から有しない国も少なくない。そしてかつて尊属殺重罰規定を有した諸国においても近時しだいにこれを廃止または緩和しつつあり、また、単に尊属殺のみを重く罰することをせず、卑属、配偶者等の殺害とあわせて近親殺なる加重要件をもつ犯罪類型として規定する方策の講ぜられている例も少なからず見受けられる現状である」としている。そこで、さしあたり参照し得た諸外国の立法例を一瞥すると、以下のような類型に分類することができる。

(1) 尊属殺のみ重く罰する立法例⁽¹⁾

フランス刑法第二九九条嫡父母、嫡出でない子の父母、養父母又はその他正嫡の尊属の故殺は、尊属殺 parricide とす⁽²⁾。

同法第三〇二条(一九〇一年一月二日法律、一九六〇年六月四日オールドナンス第五二九号第二二条) 謀殺、尊属殺及び毒殺の犯人は死刑に

処する。(一九五四年四月一三日の法律による但書は省略)⁽²⁾

同法第三二三条 尊属殺は、いかなる場合にも有恕しない。⁽²⁾

この系列の立法例としては、他にベルギー刑法第三九五条、ポルトガル刑法第三五五条⁽³⁾などがある。さらに、すでに一九四一年に削除されたドイツ刑法旧第二一五条は「尊属に対する故殺 (der Totschlag an einem Verwandten aufsteigender Linie) は、一〇年以上の重懲役もしくは無期重懲役に処する」⁽⁵⁾と規定していた。フランス刑法では、尊属殺の客体として養父母、庶出の父母を含むが、祖父母以上の尊属は、嫡出の場合にかぎられ、⁽⁶⁾ドイツ刑法旧第二一五条の解釈としては、通説・判例

上、嫡出・庶出を問わないが、養父母、姻族を含まないとされ、クライフェルトの法律辞典でも「尊属とは、直系の血族である祖先をいう」とされている。つまり、尊属殺にいわゆる尊属の範囲は、祖父母以上についても嫡出・庶出を同視する点で、ドイツ刑法旧第二一五条の方が範囲が広いが養父母を認めない点で、限定的である⁽⁸⁾。しかし、いずれにせよ、傍系の尊属や配偶者の直系尊属（姻族）が尊属に含まれることがない点は共通である。

(2) 尊属殺を含む近親殺を重く罰する立法例

a 尊属と卑属を同一に扱うもの

この系列の立法例としては、前述のようにイタリア刑法第五七六条第一項二号とトルコ刑法第四五〇条一号および一九五一年のブルガリア刑法旧第一二七条第四号などがあり、刑罰として死刑（前二考）または死刑を含む加重刑（ブルガリア刑法では一五年以上の自由剝奪が、とくに重い場合は死刑）を規定している。しかし、イタリア刑法は、行為動機、行為の態様を限定しており、トルコ刑法は、祖先（尊属）と子孫に対する殺人を死刑とし、普通殺人の刑二四年以上三〇年以下の重懲役よりも刑を加重しているが、同じ加重事由は一〇号にわたつて規定されているほか、配偶者、兄弟姉妹、養父母、養子、継父母、継子、義父、義母、義理の息子、義理の娘に対する殺人を終身の重懲役に処すべきものとし、広範な近親殺人を刑の加重事由にしている⁽⁹⁾。ブルガリア旧刑法第一二七条第四号も、殺人の加重事由として列挙された一〇号のうちの一つであつて、尊属・卑属殺のみが加重事由とされているのではないことは、前記の立法例と同じである⁽¹⁰⁾。

b 尊属・卑属のほか、配偶者の殺害を同一に扱うもの

一九二一年のアルゼンチン刑法（但し多数の修正を経て）（第八〇条一号は「それと知りつつ（knowingly）尊属、卑属または配偶者を殺したとき」を加重殺人の一場合として無期の懲役（imprisonment）または無期の jailing（特殊施設における強制労働の服役）として）⁽¹¹⁾（普通殺人の刑は八年以上二五年以下の imprisonment または jailing）。この系列の立法例としては、一九六一年の改正前の旧ハンガリー刑法第三五二条（但し卑属殺を含まず、複数殺人を同一に扱う⁽¹²⁾）一九四四年のスペイン刑法第四〇五条などがある⁽¹³⁾。

c 広範な近親殺を規定するもの

一八五二年の旧オーストリア刑法は近親謀殺（一二三七条）と近親故殺（一二二条）を規定していた。前者は直系の尊属・卑属の謀殺お

よび協働者の一方の配偶者の謀殺で、その関係を知つていた時に限定的に認められるが、既遂の場合は、直接正犯および共同正犯は謀殺というだけでそれ自体死刑であつたから、近親謀殺であるために刑が加重されるとはいえない。ただ、共犯者および未遂のときに刑が加重される（一三七条、一三八条）にとどまる。近親故殺は、血族の近親者の殺害をいい、したがつて広く傍系親を含み（一二二条）通常の故殺の刑（五、一〇年の重懲役）が倍加されて、一〇年以上二〇年以下の重懲役とされている。また、一九六九年一月一日施行のルーマニア新刑法第一七五条のc号は、配偶者または近親者の謀殺を加重謀殺の一場合として、通常の謀殺の刑（一〇年、以上二〇年以下の懲役と一定の権利行使の禁止）を少し加重している（一五年、以上二〇年以下の懲役と一定の権利行使の禁止）。しかし、加重謀殺としては、この他に死刑をも科しうる「とくに重い謀殺（七六条）」も規定されていることに注意。⁽¹⁶⁾

(3) 尊属殺、近親殺加重規定をおかない立法例——英米法系および最近の立法例

英米法系においては、伝統的に、尊属殺を普通殺から区別しない。これは、イギリスのノルマン初期には謀殺、故殺を区別せず殺人は自殺をも self-murder としてこれに含め、そのすべてを重罪視し、したがつて、原則として死刑に処した歴史的な伝統によるものと解される⁽¹⁶⁾。つまり、右の意味で、殺人罪はすべて死刑に処せられる場合には、より重く処罰すべき尊属殺を、普通殺人から区別して規定する「必要性」も「合理性」も認められないことによるものであつたと解される。近時の立法においては、諸国における死刑制度の廃止とも関連して、殺人罪に対する刑罰も緩刑傾向にあるものの、謀殺・故殺の区別は一般に維持され、謀殺に対する刑は、概ね最高刑としての無期自由刑であるから、加重の余地はないが、故殺についてはなお加重の余地はある。しかし、最近の立法例においては、英米法系ではなくても、尊属殺規定をおかないのが世界的傾向であると認められる。ドイツでは、すでに一九四一年、つまり、まだナチス時代に、前述旧第二一五条を削除し、第二次大戦後、一九六一年のハンガリー刑法（後注⁽¹²⁾）参照、一九七四年のオーストリア刑法などは、旧法当時規定していた尊属殺規定を削除している。その他、やや古くは、一九三七年のスイス刑法、一九四〇年のブラジル刑法、また、近くは、一九六二年スウェーデン刑法、一九六八年のブルガリア刑法、一九六九年のポーランド刑法等にも尊属殺規定はない。

以上により、尊属殺ないし近親殺重罰の規定は、古い時代の立法に多く見られ、近代になるに従つて減少傾向にあることが明らかである⁽²⁰⁾。

- (1) ただし、尊属殺のみが唯一の殺人の加重事由という意味ではなく、卑属その他の近親殺を含まない、いうなれば、純粹の尊属殺という意味である。
- (2) 森下忠訳「フランス刑法典」法務資料四三二号（昭和五二年）によつた。

(3) 一八六七年六月八日のベルギー刑法第三九五条は「父、母およびその他の正嫡の直系尊属の故殺ならびに実父母の故殺は近親謀殺と見なされる。近親謀殺は死刑に処せられる。」と規定している。なお、同法では通常の故殺は無期の強制労働であり(同法三九三条)、謀殺は死刑である(同法三九四条)。Vgl. Das Belgische StGB. Übersetzt von H. Grutznar unter Mitw. von G. von Kleckebusch. Einleitung von J. Marchal. Sammlung, Nr. 75, 1958, S. 84.

(4) 一八八六年のポルトガル刑法三五五条は「故意に実父もしくは法律上の父または実母もしくは法律上の母または法律上の直系尊属を殺した者は、父殺(ドイツ語訳は「Vaternöder」となっている)として二〇年以上二四年以下の重禁錮(pena de prisão maior)に処す」と規定している。なお、同法による普通殺人の刑は一六年以上二〇年以下の重禁錮であるから、その加重の程度はそれほど著しいものではない。Vgl. Das Portugiesische StGB vom 16. September 1868. Übersetzt und mit Anmerkungen versehen von D. Basedau. Einleitung von J. B. dos Santos. Sammlung, Nr. 79, 1962, S. 159, 37ff.

(5) なお、ドイツの当時の通常の故殺の刑は、第二二条により、五年以上の重懲役であった。

(6) フランスの尊属殺が養祖父母を含まない点については、日本刑法草案会議筆記(早大本)によると、日本刑法草案第四〇四条(弑親罪)の確定条にいたる前、第一案、卑属親尊属親ニ対シ犯シタル重罪并軽罪、第一条の「故意ヲ以テ卑属親其父母及其他嫡庶ノ尊属ノ親ヲ弑シタルヲ弑親ノ罪ト稱ス」という規定に関する討議の中で、養父母を実父母と同等に扱うのは当然だが、養祖父母も実祖父母と同じく扱ってよいかについて、元來養子に実子と同等の義務を負わせて差別しないのは不都合ではあるが、それが日本の従前の扱いだとなれば、此刑法上も「嫡庶養子ノ差別ナク同等ニ論スヘシ」としながら、元來養子縁組は「佛國ニテハ必ス其養子ト為ルヘキ本人ノ二〇歳以上ニシテ之ヲ承諾シタル上ニアラサレハ養子ト為スヲ得ス」然ラハ其契約ヲ承諾スルニ依テ始メテ養子タルノ義務ヲ生スル者ナリ例ハ嫡庶子ハ生レナカラ「已ニ其父母祖父母ノ養子ト為リ相続スヘキ者ナレハ即生レナカラ其父母祖父母ニ対スル義務ヲ負フヘキ者ナリ 然ルニ養子ハ元來他人ナレド其契約ヲ承諾スルニ依テ始メテ其父母ノ養子ト為リ相続スヘキ者ナレハ其義務モ亦タ其契約ヲ承諾シタル丈ケ負フヘキ者ナリ故ニ其契約ヲ為サ、ルニ養祖父母迄ニ対スル義務ヲモ養子ニ負ハシムルハ少シク不条理ナルヘシ……」とあり、フランス刑法が養子については養父母のみを尊属殺の対象とし、養祖父母を含まないのは、契約の範囲外であるといかないから、一概に条理だけで両者を差別すべきで反して日本では養子を実子と同視するのが従前の風俗であるとすればその風俗を一変するわけにもいかないから、一概に条理だけで両者を差別すべきでないとして、結局第二案は「故意ヲ以テ子孫其妻養父母其他尊属ノ親ヲ殺スモノハ弑親ノ罪トナシ死刑ニ処ス、其自殺ニ干渉シタル罪ハ凡人ノ罪ニ等ヲ加フ」とされ、さらに審議を経て結局案第四〇四条(四一頁参照)となった。日本刑法草案会議筆記第三冊(昭和五年)二二六四頁以下参照。

(7) たとえば R. Frank, Das StGB für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 466, H. B. Gerland, Deutsches Strafrecht, 1922, S. 359. また、ビュンデムンツは嫡出または庶出の直系尊属 einer ehelichen oder unehelichen Blutsverwandte aufsteigender Linie に対する故殺であるから、行為者が被害者のこの身分を知っていたことを要件とする、直系血族であることと強調し(K. Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 1. Band, 2. Aufl., 1902, S. 29)、フックスも血をわけた尊属(親族関係は嫡出を必要としなかつた)が特別な保護を受けるとして「養父母とはだまたたつては(F. Wachenfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1914, S. 308, 同旨)

- H. Meyer-P. Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 7. Aufl., 1912, S. 381. Gerland, Deutsches Strafrecht, 1922, S. 359.)
- (8) この「リットナ」は「ハン」刑法第四二五条及び「Code Penal」第三〇一条に於いて定められていたが、その後には「一八五一年のフランス刑法は、尊属殺殺に対して死刑を規定しつゝたゞの如くはなかつた。Vgl. F. v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl., 1897, S. 317.
- (9) Vgl. Das Türkische StGB. Sammlung, Nr. 67, S. 101.
- (10) Vgl. Das Bulgarische StGB. vom 2. 2. 1861. Sammlung, Nr. 73, S. 22.
- (11) Cf. The Argentine Penal Code, With an Introduction by R. Levene, translated by E. Gonzalez-Lopez. American Series, No. 6, 1863, Art. 80, 4.
- (12) Vgl. Die Ungarischen Strafgesetze. Sammlung, Nr. 77, S. 114. ハンガリーの旧刑法は「一八五五年のザクセンの刑法典」一八六一年の「イェルン」刑法典「一八六七年のメッキ」刑法典「一八七一年のドイツ刑法典」及び「イタリアとオーストリアの刑法草案を模範として」一八七八年に制定された「ハンガリー刑法典」(一般に Gesnegel-Kodex と呼ばれている)を基礎とし、その後「一九五七年までの間に追加、改正が、加えられたものであった。a. a. O., S. 2ff. なお「一九六一年の新ハンガリー刑法典」(施行は「一九六二年七月一日」)が、嬰兒殺の規定は残したが、尊属・近親殺の規定は削除した。Vgl. 上記「前記」田原注(9)参照。
- (13) Vgl. Das spanische StGB vom 23. 12. 1944. Übersetzt von A. Quintano-Ripollés u. J. Helpern de Quintano unter Mitw. von H. Scharff. Sammlung, Nr. 69, 1955. この「スペイン」は「一九七五年一月廿日のフランコ將軍死亡後の政治情勢の変化から、早急な刑事政策の変更が要求され、一九七六年には政治団体法、集會およびデモの自由の権利に関する新しい立法を始めとして刑事法の改正が進められ、四月二日には刑法改正草案が公表され、七月九日、法律二三号によつて、刑法が改正されたところが、筆者はまだその内容を詳らかにしなかつた。Vgl. J. M. R. Devesa, La Reforma del Código Penal Español (Ley 23/1976, de 19 de julio), Festschrift für Eduard Dreher, 1977, S. 763ff.
- (14) W. Malanink, Lehrbuch des Strafrechts, 2. Bd. I. Teil, 1948, S. 11, 16, 19, 21. 及び G. Kaniak, Das österreichische Strafgesetz, 6. Aufl., 1969, S. 277ff. 参照。なお「一九六九年の刑法変更法」(Strafrechtsänderungsgesetz)によつて死刑が廃止されたことに伴つて、謀殺の刑も無期重懲役に変更された。なお「一九七四年の新オーストリア刑法」がこの種の規定を削除したことについては「一七頁および後注(15)」参照。
- (15) Cf. The Penal Code of the Romanian Socialist Republic. Translated & with an introduction by. Simone-Marie Vrabiescu Kleckner. American Series, No. 20, 1976, §§8174-176, 64.
- (16) Cf. J. W. C. Turner, Kenny's Outline of Criminal Law, 19th ed., 1966, p. 143.
- (17) 「一九六八年のオーストリア刑法草案第八四条(謀殺規定)第三項は「自己と直系血族の關係にある者および自己の配偶者を殺した者も無期自由刑に処する」(通常の謀殺は同条一項により「一〇年以上二〇年以下の自由刑である」と規定していたが、一九七四年一月三日のオーストリア新刑法典は、「謀殺」と「故殺」の区別を残し、「故殺」の規定は草案と僅差があるだけで同文に近いが、謀殺規定の七五条は、単に、「他人を殺した者は、一〇年以上二〇年以下または無期自由刑に処する」と規定しているだけで、特定の行為態様を規定することはなかつた。なお参考までに「故殺」規定第七六条は「一般的に

明白な著しい興奮状態において他人を殺害するに至つた者は、五年以上二〇年以下の自由刑に処する。」と規定されている。Vgl. Mayerhofer-Rieder, Das Österreichische Strafrecht, I. Teil, 1974, S. 244 ff., O. Leukauf-H. Steininger, Kommentar zum StGB, 1974, S. 391ff. 396ff.

(31) Vgl. G. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, BT. I, 1973, S. 20ff. など。本法は、一九四二年一月一日施行、一九五〇年一月一日改正。一九六八年二月と一九七一年三月に補充が加えられている。

(32) Vgl. Das Brasilianische StGB. vom 7. Dezember 1940. Mit Einleitung versehen und übersetzt von D. Lang-Hinrichsen. Sammlung, Nr. 61, 1953.

(33) Vgl. Das Schwedensische Kriminalgesetzbuch vom 21. Dezember 1962 (in Kraft getreten am 1. Januar 1965, nach dem Stand vom 1. Januar 1975), von G. Sinsón, 1976, Sammlung, Nr. 96, 1976, insbesondere S. 99.

(34) Vgl. Das bulgarische StGB vom 16. März 1968. Sammlung, Nr. 93, 1973.

(35) Vgl. Der polnische Stralkodex (kodeks karny), Gesetz vom 19. April 1969, Übersetzt und mit einer Einleitung versehen von G. Geilke, Sammlung, Nr. 92, 1970. なお、本法は、一九六九年五月一日公布、一九七〇年一月一日に施行された。

(36) 尊属殺、近親殺の立法例のやむを得ず状態に「Liszt-Löffler-Rosenfeld-Radbruch, Vergleichende Darstellung des Deutschen u. Ausländischen Strafrechts, Besonder Teil, V. Band, 1905, S. 80ff. を参照せよ。」

3 刑法第二〇〇条の尊属殺

前述のように刑法第二〇〇条については、最高裁判所の違憲判決が出され、法務省はそれに対応して一方では刑法の一部改正の作業を進め、同時に、他方では尊属殺または尊属傷害致死の罪名で受刑中または保護観察中の者に対する個別的恩赦の職権上申または個人の出願⁽¹⁾を認め、恩赦相当者に対しては、減刑または刑の執行の免除を認めるなど、行政上の救済を実施した(次頁、表—3参照)。しかし条文自体は、昭和五二年五月現在、いまだに立法上何らの措置を受けることなく、ただ事実上失効している(違憲判決の個別効力説)にとどまる。しかし、この形式と実質の乖離が立法的に解決されねばならないことは、あらためて論ずるまでもない。

ところで、本条にいわゆる「直系尊属」、「配偶者」の意味については、民法にしたがつて定められるというのが通説、判例である。したがつて「直系尊属」には継親はもとより、ドイツ刑法やフランス刑法などで一般に認められている婚姻外の実の親(とくに認知していない実父)も含まれないことになる。ただし、養子縁組によつて他人の養子となつた者が実親を殺した場

表一 3 尊属殺*恩赦統計表 (法務省保護課調べ)

自昭48年1月1日
至昭51年12月31日

尊属殺重罰制度の史的素描

区分 年度総数 および 上申庁別数	受理			処 理			未 済
	計	旧 受	新 受	相 当 減 刑	刑の執行 の免除	不相当	
昭 和 48 年	(20) 88	—	(20) 88	(2) 20	(13) 15	(4) 52	(1) 1
昭 和 49 年	(6) 14	(1) 1	(5) 13	1	(3) 4	(1) 6	(2) 3
昭 和 50 年	(4) 11	(2) 3	(2) 8	—	(3) 3	1	(1) 7
昭 和 51 年	(2) 12	(1) 7	(1) 5	—	(1) 1	1	(1) 10
保 護 観 察 所	(31) 39	(4) 6	(27) 33	(1) 2	(20) 22	(5) 7	(5) 8
刑 務 所・拘 置 所	(1) 85	5	(1) 80	(1) 19	—	53	13
検 察 庁	1	—	1	—	** 1	—	—

(注) 1. *ただし総数には尊属殺既遂だけでなく尊属殺未遂10, 尊属傷害致死2を含む。

2. **は刑の停止中の者であった。

3. () 内は職権上申のあった数で内数である。

合は、実親との間の親子関係が法律上なお残存していると考えられるから、尊属殺となる。(2) なお、「尊属」の概念についてはすでに広中俊雄教授のすぐれた研究により、民法および刑法における「尊属」概念の系譜が明らかになされた。すなわち、「尊属」ないし「尊属親」という概念は血族(旧民法にいわゆる「親族」その草案では「血族」)——しかも直系の——について用いられているのであつて「直系姻族たる尊属」という概念はあり得ないことが同教授によつて論証され、「混乱に陥りかけていた」この概念が明確化されて以来、この点の認識は「学者の間で確認されつつある」(と)いうより、むしろ学界の共通の理解となつたといつて過言ではないであらう。(8)

前述のように、フランス刑法に做つたといわれるドイツ刑法旧第二一五条においては、配偶者の直系尊属は大陸法系の伝統にしたがつて勿論論外とされるほか、養父母すら「直系尊属」には含まれないとされるが、フランス刑法は、養父母を含むものとしており、

そのフランス刑法を範とした旧刑法も親属例(第一編第一〇章)の第一一五条第二項で「養子其養家ニ於ル親屬ノ例ハ実子ニ同シ」と明定していた。しかもわが国では、この規定をまつて初めて養親子関係にも尊属殺の適用が認められたのではなく、伝統的に養父母は実父母に準じて扱われて来たものと解される。⁽¹⁰⁾ただ、養父母といえるかどうかについて、旧法下では、たとえば、明治一六年一〇月一八日の水戸軽罪裁判所検事から司法省への伺に対する、同年一〇月一六日の内訓によれば、仮令まだ戸籍に登録しなくても、親族近隣の者が養父子と認めた場合には、ひろく養親子として取扱うべきものとされている⁽¹¹⁾のに対して、近年は、より限定的で、養親子といえるためには、養子縁組が法的に有効であることが必要とされ、したがつて、代諾権のない者の代諾による養子縁組(たとえば、戸籍簿上の父母が代諾養子縁組をしたが、実は実母の両親すなわち本人の祖父母であつて、本来代諾権を有しない場合など)は無効で、適法な追認がなされない限り、養子縁組は初めから存在しないこととなるから、養父と信じていた者を殺害しても、尊属殺ではなく、普通殺人罪が成立するだけであるとされた(最判昭三八・二二・二四刑集一七卷一二号二五三七頁)。

また、「配偶者ノ直系尊属」について、具体的な事案で問題になつたのは、姻族関係終了の手続(民七二八条二項、戸九六条)をとつていない生存配偶者が、死亡配偶者の親を殺した場合に、尊属殺になるといえるか、ということであつた。一部には「直系姻族たる尊属」という概念を認める者もあり(後注(6)参照)下級審判決も積極・消極に分れたが、「直系尊属」というのは、血族に限られ、姻族を含まないこと、前述のとおり(二二頁)で、最高裁判所も、民法第七二八条第二項のような、生存配偶者の意思によつていずれとも定まる関係にある場合においては、道義的感情の問題は別として、妻と亡夫の直系尊属との関係に本来の親子関係と同様な重罰規定を適用すべき合理的根拠はなく、また文理上「配偶者」の直系尊属と「配偶者たりし者」の直系尊属とは区別されるべきで、二〇〇条の解釈として、条理に反してまで後者をも包含するべき何らの合理的根拠もないとした(最判(大法)昭三三・二・二〇刑集一卷二二四頁)。このような限定解釈には、純法論

理的には必ずしも疑義がないわけではないが、刑法第二〇〇条の違憲判決が出される前の解釈論としては、結論的に支持できらるものであった。⁽¹³⁾

(1) 個別恩赦の出願は、刑の言渡後、有期懲役についてはその刑期の三分の一、無期懲役の場合は一〇年を経過した後でなければこれをすることができない(恩赦法施行規則六条一項三号) ことが違憲判決後三年も経過した昭和五一年度中にも新受理が見られる主たる理由と思われる。

(2) 同旨、滝川・前掲書二八頁、安平・前掲書二三頁、大塚・前掲書二三頁。

(3) 広中俊雄・「尊属の概念 中川善之助教授還暦祝賀記念、家族法大系一(昭和三四年。以下広中・大系と略称)所収。

(4) 旧民法(明治二三年公布)は、人事編第三章(親属及婚姻)中の第二〇条第三項で「直系ニ於テ自己ノ出ツル所の親族ヲ尊属親ト謂ヒ自己ヨリ出ツル所ノ親族ヲ卑属親ト謂フ」(傍点筆者)と規定しているが、さらに「親族(「親属」)については、同第一九条第一項に「親属トハ血統ノ相聯結スル者ノ關係ヲ謂フ」と規定してあるところからも尊属、卑属が血族であることを意味することは明らかである。さらに旧民法親族編にも尊属という概念が血族に限って構成されたことを示す第九五五条第一項第三号、第五号、同第九五七条第一項第一号、第四号等があつた。

(5) 旧民法人事編のもとなつた民法草案人事編第三章親属第一節血属及婚姻属のうちの第二二条第三項は旧民法第二〇条第三項よりもより明確に「直系ヲ分テ尊属及ヒ卑属ト為ス尊属親トハ自己ノ出ツル所ノ血族ヲ云ヒ卑属親トハ自己ヨリ出ツル所ノ血族ヲ云フ」(傍点筆者)と規定している。

(6) 前掲の昭和三二年二月二〇日の最高裁判所大法廷判決における少数意見の認めるところであるだけでなく、民法学者の間にも「尊属」概念の誤解から「姻族たる尊属」なるものがありうるかのようにいう学者もあることは、すでに広中教授の指摘するところである。広中・前掲大系二二五頁注(一三)参照。

(7) 広中・「尊属の概念」判例演習「増補版」親族・相続法(昭和四八年。以下広中・演習と略称)八頁。

(8) 広中論文以前にも尊属・卑属の区別は血族のみの区別で姻族を含まないとする見解はあつた。たとえば牧野菊之助・日本親族法論(明治四一年)四七頁、穂積重遠・親族法(昭和八年)四頁、柚木馨・親族法(昭和三三年)七六頁など。また広中論文以後のものとしては、民法学者では立石芳枝・「尊属・卑属」民事法辞典(下巻)(昭和三五年)一一七七頁、中川高男・注釈民法(昭和四一年)一一〇頁、一三三頁など、刑法学者では団藤重光・刑法綱要各論「増補版」(昭和四七年)三三〇頁、中谷・刑法各論(慶應義塾大学通信教育教材)二〇頁など。ただし、刑法学の分野では、二〇〇条違憲判決後尊属殺の解釈論は重視されなくなつたせいも、尊属概念に関する明確な問題意識は殆ど見られない。

(9) 一九頁注(8)参照。

(10) 利光教授は、大宝律令までは、生みの親を尊び、養親をより軽いものとしていたのが、養老律令では養父母が実父母に準じて扱われていることを指摘している。利光三津夫・「統律令制とその周辺」(昭和四八年)一〇九―一一〇頁。すなわち養老名例律下52「称二等親祖父母条」には「……其嫡。継。慈母。若養者。与親同。」とあるほか儀制令25「五等条」には「凡五等親者。父母。養父母。夫。子。為一等。祖父母。嫡母。継母。伯叔父姑。兄弟。

姉妹。夫之父母。妻。妾。姪。孫。子婦。為二等。……」(傍点筆者)と明記されている(「律令」日本思想大系3〔昭和五年〕四九頁、三四九〜三五〇頁参照)。したがって養父母を実父母と同視する伝統は、法制上は養老律令に遡ることができるといえる。

(11) 金子源治纂著・刑法実用大全(明治三三年)三二頁。

(12) 植松正教授は、具体的事案に対する「大岡さびき」的思考方法には同感を禁じえないとしつつも、すぐれて論理の透徹を期すべき法的思惟が、事案解決の具体的妥当性を求めるあまり、情意の満足に道を譲つてはならない、とする。植松・刑法概論Ⅱ各論(再訂版〔昭和五〇〕)四八二頁以下。青柳文雄教授も、配偶者の一方の死亡は、それによつて直ちに直系尊属と生存配偶者間の関係を消滅させるものではないという理由でこの判決に反対される。青柳・刑法通論Ⅱ各論(昭和三八年)三〇〇頁。歴史的に遡れば、唐賊盜律8謀殺故夫父母条第一項に「諸妻妾謀殺故夫之祖父母、父母者、流二千里。已傷者、絞。已殺者皆斬」とあり、ここに「故夫」とは、同条第三項に「故夫、謂夫亡改嫁」即ち、夫の死後に再婚した場合の前夫をい、唐律疏議によれば、離婚した場合夫から一方的に出される「棄妻」一戸婚40、法による強制離婚の「義絶」一戸婚41と協議離婚の「和離」一戸婚40第一項とがある)を含まない。それらの場合は恩義がすでに断たれたからであるとされる。しかし夫が死亡して妻妾が実家に帰つたときは、改嫁の場合と同様に扱われる。これに反して夫が死亡しても妻妾がなお夫の家に留まるときは、謀殺故夫父母条ではなく、謀殺期親尊長条が適用されるべきものとされる(戴炎輝・前掲書一三八頁参照)。養老賊盜律第七8の「故夫条」も同一条文であるから、これと同一に解釈すれば、再婚もせず、実家にも帰らない生存配偶者たる妻が亡夫の尊属を殺せば、尊属殺とされることになる。しかし、律の規定がそのまま今日の解釈を決定するとは考えられない。故夫条自体、古い「家」の制度を前提とする、妻だけに対する規定であつて、「配偶者」双方をカバーするものではなく、後述のように、フランス刑法継受の旧刑法では、配偶者の直系尊属は尊属殺には含まれず(これを含むと解する説もあつたとする本判決・反対意見の斎藤裁判官の見解が「資料の軽率」な読み方に基づくもの)であることについては広中・前掲大系一〇〇頁注(七)参照)、これが含まれるようになったのは明治三四年刑法改正案以降である。これを加えることについてもつぱら「嫁」の場合が考えられたことは明らか(後述三三三参照)であるが、さりとて律式解釈は、すでに故夫条規定を欠き、「大」ではなく「配偶者」の直系尊属と規定する現行法の解釈として採用することはできない。すなわち、結局生存配偶者たる妻にとつて亡夫の両親が刑法第二〇〇条の「尊属」といえるかどうかは「尊属」の概念によつて定まるのであり、前述のとおり「尊属」はあくまで血族概念であるから、私は、広中教授とともに、死亡した配偶者の父母は、生存配偶者によつて、前掲昭和三年の最高裁大法廷判決の多数意見のいうとおり「配偶者たりし者の直系尊属」以外のものではなく、刑法第二〇〇条が「配偶者ノ直系尊属」と規定したのは、配偶者が生存中である「自己ノ直系尊属」ではないことを意味すると解する。このような基本的理解から出発するならば、少なくとも、判例の結論は、支持しうるものと考えられる。

(13) しかし、前注(12)の基本的理解からすれば、「……妻の意思によつて姻族関係が存続する場合でも、この一事をもつて、直系尊属との関係に刑法二〇〇条の適用があると解するのは、同条によつて立つ本義に副わないというそりを免れない。そしてまた刑法は民法とその性格、目的を本質的に異にして独自の使命を有するのであるから、民法上姻族関係がなお存するからといって刑法二〇〇条の直系尊属の解釈についてまで両法が常に必ず一致しななければならないものではない」とする昭和三年の最高裁大法廷判決の多数意見は「なんとなく奥歯にものはさまつたような言い方」(広中・前掲演習四頁)というよりはピント外れの蛇足に思われる。

三 わが国における「尊属殺」重罰制度の推移

1 概説

「尊属殺」重罰といつても、その内容を決するものは客体とされる「尊属」の概念であり、この点に関する旧民法、旧刑法以後の系譜については、既述のように、すでに広中教授の前掲論文によつて明らかにされているので、そのかぎりでは付加すべきものは殆どない。ここではただ、刑法学者の理解に不一致があるところの、尊属殺規定は古い律令制度に沿革を求めるときか、旧刑法が継受したフランス刑法（したがつてローマ法）に沿革を求めるときかに関心が寄せられる。

ところで、明治以後の刑事立法において、尊属殺は、旧刑法以前は尊属殺重罰というよりも、尊長殺重罰制度の一環として規定されたものであり、かつ、それは、律令の制度であつた。また、旧刑法が、司法省の御雇仏国法学博士ボアソナードを中心に、フランス刑法に倣つて制定されたことも明白である。そこで、以下に改定律例までの律令の系譜と旧刑法以後の西欧的系譜を時代順に対照表によつて一覧に供し、それらの差異および連関を明らかにしよう。

(1) 同旨、広中・前掲大系二四頁。

2 大宝・養老律令から改定律例に至る律令系の「尊長殺」重罰の系譜

唐律を基礎とする日本律⁽¹⁾（大宝律令、養老律令）は、源頼朝の鎌倉開幕より徳川幕府の終焉までの約七百年間の武家政治の下では、武家の主従関係に基づく身分的な、しかし現実的、実際のな性格の武家法⁽²⁾によつてとつて代わられたが、明治に入つて、仮刑律（明治元年）、新律綱領（明治三年）⁽³⁾および改定律例（明治六年）によつて再び律令系の立法が復活したと見られる。それらの間の変遷を明らかにするために対照表（但し、一部旧字を略字に変更。以下同じ）を作成すると左のとおりである。

その一は明治以前の法制で、唐律と日本律および武家法の代表としてのいわゆる御定書百箇条の対比であり、その二は明治初期の、西欧の法制を継受する直前の、律令系の立法の比照である。

唐律⁽⁴⁾

養老律令(養老年間)⁽¹²⁾

業蔭秘鑑

亨(御定書下卷)

⁽³²⁾

名例律第一

6 八虐⁽¹³⁾

- (1) 一曰。謀^に反^{はん}。謂^{いはく}。謀^{こく}レ危^{あやう}ニ国家^{せむと}。
- (2) 二曰。謀^だニ大逆^{ざい}。謂^{いはく}。謀^{せん}レ上^りおよびく^{あつ}を^こ宮闕^{くわん}ニ^を謀^はかる^を。
- (3) 三曰。謀^{ほん}レ叛^{はん}。謂^{いはく}。謀^くレ背^{そむ}レ^て囚^{とら}從^{したが}レ^り偽^{いつはり}。
- (4) 四曰。惡逆^{あくぎやく}。謂^{いはく}。殺^せニ及^{およ}謀^まレ殺^{ころ}ニ祖父^{そふ}父母^{ぼふ}。

- (5) 五曰。不道^{ふどう}。(以下詳細省略)
- (6) 六曰。大不敬^{だいにまじやう}。
- (7) 七曰。不孝^{ふけう}。
- (8) 八曰、不義^{ふぎ}。

賊盜律第七

6 [謀殺祖父父母条]

凡謀殺^{おぼ}ニ祖父^{そふ}父母^{ぼふ}。外祖父母^{ぐわいそふぼふ}。夫^{おに}。夫^{おに}之祖父^{そのそふ}父母^{ぼふ}。二^に者^{もの}。皆斬^{みな}。嫡母^{ちやくぼ}。繼母^{けいぼ}。

伯叔父^{はくしふ}。姑^こ。兄姉者^{あにあしもの}。遠流^{えんりゅう}。已傷者絞^{すでんがふらばう}。

七十一 人殺并疵附等御仕置之事

從前々之例 一主殺 之上 磔

從前々之例 二日晒、一日引廻、鋸挽

引廻之上

賊盜律

6 [謀殺期親尊長]⁽⁵⁾⁽⁶⁾⁽⁷⁾

諸謀殺期親尊長、外祖父母、夫、夫之祖父、父母者。皆斬。(以下省略)

謀殺總麻以上尊長者。流二千里。已傷者絞。

已殺者皆斬。
即尊長謀殺卑幼者。各依故殺罪減二等。已傷者減一等。已殺者依故殺法。

9〔謀殺人〕

諸謀殺人者。徒三年。已傷者絞。已殺者斬。從而加功者絞。不加功者流三千里。造意者。雖不行。仍為首。雇人殺者亦同。即從者不行、減行者一等。餘條不行準此。

關訟律

5〔關故殺用兵刃〕

諸關殺殺人者絞。以刃及故殺人者斬。雖因鬪而用兵刃殺者。与故殺同。(以下省略)

仮刑律(新律綱領制定までの明治初年の刑務官の仮定)
名例
八虐(養老律と同じ)

尊屬殺重罰制度の史的素描

ごとう(23) いじょうのせんぢやうは、つさんねん、すでにせられたるは、ちゆう(24) すでにこのせらばい、むし、ひい、えをこのせむとせられたる。已殺者皆斬。即尊長謀殺二卑幼一者。各依二故殺罪、減二四等。已傷者、減二(26) すでにこのせらば、こせうのほうによれ。二等。已殺者、依二故殺法。

9〔謀殺人条〕

凡謀殺人者。徒二年。已傷者近流。已殺者斬。從而加功者。加役流。不加功者。近流。造意者。雖不行。仍為首。雇人殺者。亦同。即從者不行。減二行者一等。餘條不行準此。

關訟律第八

5〔關殺殺人条〕

凡關殺殺人者絞。以刃及故殺人者斬。雖因鬪而用兵刃者。与二故殺同。(以下省略)

新律綱領(明治三年)

一親殺
寬保二年
延享元年極

一舅伯父母兄弟姉を殺候もの
引廻之上
獄門

従前々之例
一人を殺候もの
下手人(33)

改定律例(明治六年)

(一)三および五ハは省略)

四曰惡逆 謂^ナ殺^ス祖^ト父母^ト・父母^ト

殺^ス伯^ト叔^ト父^ト・姑^ト・兄^ト姉^ト・外^ト祖父^ト

母^ト・夫^ト・夫^ト之^ト父母^ト

人命

謀殺

凡^レ謀^テ人^ヲ殺^スス^モノ^造意^人ヲ^殺ス^意ヲ^立之^者〔^斬〕⁽³⁵⁾

即^テ人^ヲ殺^スニ^企テ^興シ^且為^ニ首^唱ス^ルヲ^云

決^テ殺^ス手^立ヲ^謀ル^モノ^ヲ云^ニニ^シテ^加功^殺ス^トキ^手

ス^ル者[〔]勿^首決[〕]加^功無^之モ^ノ〔^答百[〕]徒[〔]三[〕]

若^シ傷^ルト^モ未^死セ^サレ^ハ造^意之^者〔^勿〕^絞首^從

ニ^シテ^加功^之者[〔]答^百〕徒[〔]三[〕]年^加功^セサ

レ^ハ答^一百^若巧^之筋^既ニ^行フ^トモ^未傷^ケサ^レ

ハ〔^答百[〕]徒[〔]三[〕]年^從タル^者各^答〔^{八十}〕^〇造^意

ノ^モノ^其身^不行^ト雖^モ總^テ首^ヲ以^テ論^ス從^タ

ル^者行^サレ^ハ行^フテ^手ヲ^下サ^ルモ^ノニ^一等

ヲ^減シ^テ論^判〇^若因^テノ^人ノ^財物^ヲ奪^取モ^ノ

ハ^強盜^ヲ以^テ論^ス首^從ヲ^分タ^ス〔^斬〕^即決^首贓^ヲ

分^サル^者ハ^仍謀^殺殺^条ニ^因ル^強盜^條ヲ^離レ^自分^謀殺

ニ^從テ^論ス^造意^加功^不加^功各^本條

論^ス

〔^盜ノ^部見^合ノ[〕]
〔^上決^スヘ^シ〕

人命律上

謀殺人

凡人^ヲ謀^テ殺^スル^ニ造^意者^ハ斬^從ニ^シテ

加^功ス^ル者^ハ絞^加功^セサ^ル者^ハ流^三等

若^シ傷^ンテ^死セ^サル^造意^者ハ絞^從ニ^シ

テ^加功^スル^者ハ流^三等^加功^セサ^ル者^ハ

徒^三年^若謀^テ已^ニ行^フト^雖モ^未タ^人ヲ

傷^セサ^ル造^意者^ハ徒^三年^從ハ^同ク^行

ハ^スト^雖モ^杖一^百

其^造意^者ハ并^ニ身^行ハ^スト^雖モ^仍ホ^首ト

為^シテ^論ス^從ニ^シテ^行ハ^サル^者ハ各^行ヒ

テ^加功^セサ^ル者^ニ一^等ヲ^減ス

若^シ因^テ財^ヲ得^ル者^ハ強^盜ニ^同シ^ク首^從

ヲ^分タ^ス罪^ヲ論^ス

人命律

謀殺條例(二六〇一六四條)

第六十條 凡人^ヲ殺^サント^謀リ^未タ^行ハ

スト^雖モ^謀狀^頭跡^{アル}者^ハ首^ハ懲^役百^日從^ハ

懲^役五^十日

(二六一一六四條省略)

祖父父母ヲ謀殺ス

凡祖父父母及夫ノ祖父父母ヲ殺サント謀
リ巧之筋既ニ行フモノ傷ノ有無并首
從ヲ分タス皆斬即決既ニ
殺スモノ〔皆磔〕即決

若祖父父母非理ニ巧ヲ以子孫ヲ殺ス者〔答
八十〕徒二年既ニ傷テ死セス癱疾以上ニ至ル
者ハ祖父父母非理ニ子孫ヲ毆条ニ就創之輕
重ニ隨ヒ二等ヲ加フ若傷輕ク癱疾ニ至ラサレ
ハ答五十未傷ケサレハ答〔三〕十山野ニ子孫ヲ
捨ルモノ準之若殺心ナク人ノ取擄ヘキ謀
リ人家ノ前ニ捨ルモノハ臨時若子孫ノ
婦ニオイテ右之任形有之モノハ各猶二等都合
四等
ヲ加フ既ニ殺モノ故殺条ニ依テ〔答百〕徒〔三〕
年

〔未決〕

親族ヲ殺

凡伯叔父姑兄姉外祖父母夫ヲ殺サント謀リ巧
之筋既ニ行フモノ傷ノ有無并首
從ヲ分タス皆刎首即決既ニ殺
スモノハ皆〔斬〕即決繼父母ヲ殺ス者罪亦加
之○若甥姪弟妹外孫ノ巧ヲ以テ非理ニ殺スモ
ノ〔答百〕徒二年妻ハ刎首若傷テ死セサルモ
ノハ凡鬪傷罪ニヨツテ一等ヲ減シ創之輕重ニ
隨ヒ論判ス未傷ケサル者ハ答〔六〕五十

謀殺祖父父母

凡祖父。父母。及ヒ伯叔父。姑。兄。姉。
若クハ外祖父。夫。夫ノ祖父。父母ヲ謀
殺スルニ。已ニ行フ者ハ。皆斬。已ニ殺ス者
ハ。皆梟。三等親以下ノ尊長ヲ謀殺スルニ。
已ニ行フ者。首ハ。流一等。從ハ。徒三年。
已ニ傷スル者。首ハ。絞。從ハ。加功スル者。
加功セサル者。并ニ凡人ト同ク。罪ヲ論ス。
已ニ殺ス者ハ。皆斬。（以下省略）

謀殺祖父父母条例

第百六十八条 凡祖父父母及ヒ伯叔父姑兄
姉若クハ外祖父父母夫ノ祖父父母ヲ謀殺
スルニ已ニ行フ者ハ皆斬ニ処スル律ヲ改メ
皆絞

闕段及故ラニ人ヲ殺

凡人ヲ毆因テ死ヲ致スモノ手足他物金刀ヲ分
 タス竝ニ刎首故殺臨時殺意ヲ起シスルモノハ斬。
 (以下省略)

闕段及故殺

凡闕段シテ人ヲ殺ス者ハ、手足他物金刀ヲ
 間ハス。并ニ絞。故殺スル者ハ、斬。
 (以下省略)

闕段及故殺条例

第百七十五条 凡闕段人ヲ殺ス者ハ絞改テ懲
 役終身

右の二つの表を比較して注目すべき点を列挙すると左のとおりである。

- 1 日本律は、唐律を継受しながらも、その尊長殺重罰の範囲につき、唐律とは異つた親族観を基礎としていること。⁽³⁸⁾
- 2 御定書百箇条になると、武家法として武家の主従関係に基づく身分的武断的な性格を特長とし、尊長殺重罰にあわせて、かつ、それに優先させて主殺し重罰が規定されていること。

3 明治以前と明治の仮刑律以後とは、規定の体系を異にしていること。すなわち、明治以前の法は、唐律、日本律とも謀殺祖父母父母条（唐律では謀殺期親尊長条）は賊盜律に規定されていたのに対して、明治の仮刑律以後は明律以降の構成にしたがつて人命律に規定されており、同時に、明治以前は、御定書百箇条を含めてすべて殺人の最も重い類型から規定されているのに対して、明治の三法（もつとも仮刑律は公布・施行されたものではなかつた点については注(34)参照）は、やはり明清律同様すべて謀殺の基本類型である通常謀殺をまつさきに規定していること。

4 もつとも注目すべきは、「謀殺」の読み方を通じてその理解に変化が見られること。すなわち、本来律令制で「謀殺」というのは、殺そうと謀る（二人以上で）こと、つまり、殺人の予備・陰謀を意味し、一定の尊長殺については実行の着手以後だけではなく、結果のいかんを問わず、また、首従のいかんを問わず、すべて、予備の段階ですでに「斬」刑に処するという意味であつた。⁽³⁹⁾これは通常の謀殺人が徒三年であつたのとくらべてかなり重罰となつているほか、関係の遠い親族に対する場合は、実行の着手以前と以後および結果のいかん（傷害か殺害か）によつて取扱を異にしていることとくらべても、加重刑となつてることがわかる（唐賊盜律謀殺期親尊長条第二項参照）。

これに対して、仮刑律、新律綱領、改定律例における謀殺祖父母父母条では、その規定方法や死刑の執行方法に若干の差異はあるが、いずれも実行の着手以後のみを問題とし、しかも未遂と既遂を区別している。これは、「謀殺」とは「二人以上が人ヲ殺サント謀ルコト」(殺人予備)をいい、この予備を謀殺期親尊長条では既遂と同視して重く罰する律本来の規定趣旨とは少しく様相を異にしている(もつとも、改定律例の謀殺条例基本類型の第一六〇条は、一転して唐名例律「称日条」⁽³⁹⁾の影響を受けて「謀状顕跡アル」場合にかぎって律本来の「謀殺」の意味を回復したが、同時に、刑を極端に軽減している。そこにはすでに予備を原則として不可罰とするフランス刑法の影響が看目され、注目に値するが、第一六八条との首尾一貫性を欠く嫌いがある)。

ところで、唐律においても、罪刑法定主義の原則に似た法定主義がすでに認められていたとされるが、⁽⁴⁰⁾他方、いわゆる比附援引(または援引比附Ⅱ類推解釈)や不応為律⁽⁴¹⁾(法に規定はなくても、まさに為すべからざる行為は罰する)を認め、とくに、名例律の断罪無正条条(50)は「諸断罪無正条、其応入罪者、則拳重以明軽、其応入罪者、則拳軽以明重」(すべて罪を断ずるに正条なく、その罪を出すべきときは、重きを挙げて軽きを明らかにし、その罪に入るべきときは、軽きを挙げて重きを明らかにする。(傍点筆者)と規定して類推解釈の基本原則を明らかにしている。つまり後段の意味は、犯罪となると規定されている行為よりも重い行為は、規定がなくとも犯罪となるというのである。謀殺期親尊長条の規定は、直接には期親尊長殺の共同謀議を規定しているだけで「親殺し(既遂)」の規定はないが、右の原則をこの場合に於てはめるならば、共同謀議だけですでに斬ならば、その二人以上の者がそれ以後の段階、つまり、共同謀議にとどまらず、より重い実行の着手に出て未遂、既遂の段階に進んだ場合も一律に、かつ、首従の別なく斬であるとすることができる。さらに、また、仁井田博士は、類推解釈許容の前記名例律を引いて「たとえば唐律には親殺しの規定はない。しかし伯叔を殺すのがすでに斬ならば、親殺しはもちろん斬である」⁽⁴²⁾とされる。なるほど唐賊盜律謀殺期親尊長条は、親殺しの既遂を規定してはいない。しかし、親殺しが斬刑に処せられることは、この規定と類推許容の名例律50から間接的に認められるだけではない。即ち、唐律(唐律疏議)、日本律の名

例律18本註によれば「故殺人。謂。不_レ因_二鬪_一競_一。而故殺者。謀_レ殺_レ人已殺訖亦同。余条稱_二以_二謀殺故殺論_上。及云_二從_二故殺法_一等。殺訖者。皆准_レ此。」すなわち「故殺人(鬪訟律5)とは鬪競のはずみによつてでなしに故_{ていやく}に殺すことをいう。人を殺そうと謀つて殺しおわつたとき(賊盜律9)も同様とする。その他一般に『謀殺(殺さんと謀る)・故殺を以て論ずる』または『謀殺・故殺に従う』などと規定せられた条文に該当する罪を犯し、殺しおわつた場合はみな本項に該当する。」とあるところから、故殺とは一方的な作為によつて意図的に人を殺すことであり、謀殺の既遂も故殺に含まれることが明らかである。これによれば、律における「謀殺」「故殺」の概念内容は、近代刑法における、故意の、とりわけ予謀を伴う計画的殺人として、殺人の加重類型である「謀殺 murder, assassinat, Mord」と予謀を伴わない「故殺 manslaughter, meurtre, Totschlag」の分類とは全く異種のものであることが明らかである。これに対して明治になつてからはまず大宝律、明清律のほか、御定書や肥後藩刑法草案などの影響を受けた⁽⁴⁴⁾「謀殺」とは「謀テ人を殺スモノ⁽⁴⁵⁾」とされ、「故殺」とは「臨時殺意ヲ起シ殺スモノヲ云フ⁽⁴⁶⁾」とされ、さらに、新律綱領の人命律上の謀殺条では「凡人ヲ謀殺スルニ……」の「謀殺」の左横には「モクロミコロス」と片仮名の傍訓がふられ、同じく謀殺祖父母父母条第二項末尾の「……故殺律ニ依ル」の「故殺」には「デキコ、ロニテコロス」の傍訓がついているほか、前掲対照表に明らかのように、同じく人命律上の鬪殺故殺条でも「故殺」を「デキコ、ロニテコロス」と読ませている。つまり、明治時代には、フランス刑法の継受⁽⁴⁷⁾以前からすでに「謀殺」「故殺」の意味は律令の理解から離れて、近代刑法のそれに近いものとして理解されていることが注目される。このような解釈が、明治維新における、王制復古とならんでその思想的背景とされる西洋文明への憧憬、いわゆる泰西主義の中で、西欧的法思想、法規定に接して、いち早くこれを取り入れたと考えるべきか、それとも律令国家崩壊後、明治に至るいずれかの時代からすでにわが国では、「謀殺」「故殺」の概念内容が変つていたことによるのかは興味あることである。従来の研究でこの点についてふれたものを私は寡聞にして知らない。ただ、わが国におけるフランス刑法典の移入にあ

たつて大きな役割を果たしたと思われる箕作麟祥によるフランス刑法典の翻訳が進められたのは、仮刑律制定以後（明治二年着手、明治三年刊行）であつて、新律綱領の制定に関する太政官審査會議（明治三年七月二〇日または九月九日より一〇月五日以前）の委員長副島種臣（参議）が、その訳本をもつて、しばしば新律編修局を訪れ、貴重な助言を行つたと伝えられているところから、新律綱領以後は、あるいはすでに西欧的発想による修正も全く考えられないわけではない（前述三一頁および後記四七頁注（一）参照）。しかし、仮刑律が西欧の法制を参照したという史実は、これまで明らかにされてはいないから、おのずから、「謀殺」「故殺」の概念はいつの頃からか「律」の理解を離れて来たものと解せざるを得ない。

まず、仮刑律の基礎となつた「明律」における「謀殺」「故殺」は、唐律と同義であるが、肥後藩刑法草書ではすでに「謀殺を意味するのに「謀テ人ヲ殺」す、または「殺ント巧テ巧ノ筋既ニ行ヒ……」として⁽⁴⁹⁾いる。徳川時代の公事方御定書には「謀殺」「故殺」という区別は認められないが、荻生徂徠の明律国字解人命謀殺人条には「謀殺人とは、たくんで人を殺なり。」とあり、物観（荻生徂徠の弟北溪 *1693~1756*）本では同条に「謀殺^{マツ}人」、「凡謀殺^{マツ}人造^{スル}意者斬^{スル}……」と送り仮名が附され、養老律では「人を殺さんと謀る」と読まれていたと解される（二七頁の表二段目の傍訓参照）のに、ここでは、「殺さんとして（二人以上が）謀る」という本来の意味とは別異の、「謀つて人を殺す」、「あらかじめたくらんで人を殺す」という意味に解されていたことを知ることが⁽⁵⁰⁾できる。さらにこれを遡ると、鎌倉時代の、関東武家式目には、「一、殺害刃傷篇、法意ニ故殺謀殺闘殺アリ、文云、故殺元雖無宿心、以兵刃殺ス也、謀殺ハ元雖無宿心、依ニ一旦之闘殺也、謀故共ニ斬罪ニアタル、闘ハ絞刑ニアタル」（傍点筆者）とあり、天文三年の清原宣賢の「式目抄」の「殺害刃傷罪科事^{付父子縁相互被懸否事}」にも同様に「殺害事闘訟律云、故殺人者斬、疏云非因闘争無事而殺は名故殺、今案元雖無宿心、或以兵刃殺者也、罪可処斬刑、而若有官位者減一等、処遠流、凡下之者依別当宣禁獄、是臨時行来之例也、一、闘殺事、闘訟律云、闘殺殺人者絞、疏云、謂元無殺心、因相闘毆而殺人者、今案、元雖無宿心依一旦之闘殺者也、罪可処絞刑、若闘後隔時殺者、与故殺同、

但有官位者減一等、処遠流、又凡下之者禁獄之条見上条、一、謀殺事、賊盜律云、謀殺人已殺者斬、今案、元有害心、而謀殺人者也、仍可処斬罪、……とあり、この時代には謀殺、故殺は、あきらかに殺害の態様の相違として理解され、予謀の段階としての「謀殺」ではなく「謀殺」ことと解されていたことがわかる。⁽⁵¹⁾

以上に見たところから、「謀殺」「故殺」の理解は、すでにかなり古く、少なくとも鎌倉時代以後は中国の律の概念から離れたものとなり、その伝統が明治初期刑事立法に承け継がれたものと解されるのである。

(1) わが国における最初の律令は、いうまでもなく大宝律令(七〇一年)で、唐律、とくに、永徽律令(六五一年)をもとにしていられるといわれるが、大宝律令は今日全く散逸してしまつて、僅かに古記に引用された逸文をのこすのみであるのに対し、養老律令は、ほぼその全容をうかがうことができるうえ、兩者を比べると、律のうち兩者に差異があるのは「名例に二、衛禁に二、職制に二、戸婚に二、鬪訟に二の計七ヶ所」のみとされ、賊盜律については、兩者間に差異はないとされるから、ここに引用の部分は大宝律でも全く同じと解してよい。その意味で兩者を強いて區別せず、日本律と称することに合理性が認められる。井上光貞・「日本律令の成立とその注釈書」、律令、日本思想大系3(昭和五年)七四三頁以下および滝川政治郎・律令の研究(昭和四年)、第三編、「新古律令の比較研究」参照。

(2) 武家法の代表的なものとしては御成敗式目(貞永式目)、建武式目と公事方御定書(裳蔭秘鑑、亨、いわゆる御定書百箇条)が注目されるが、ここでは、明治の近代化の直前のものとして、とくに重視されるべき御定書をとりあげることにする。なお武家法についてはとくに小野清一郎・「日本刑法の歴史的發展」(発表昭和一六年)、刑罰の本質について、その他(昭和三〇年)所収、三六九頁以下、滝川政治郎・日本法制史(昭和三年)、三浦周行・法制史の研究(昭和一八年)参照。

(3) 新律綱領が明律に準拠したというより殆ど明律の直訳体であつたことは、わが手塚教授の考証により明らかにされている。手塚・「仮刑律の一考察、明治初期刑法史の研究(昭和二年)二六頁以下、とくに二八頁参照。

(4) 唐律疏議卷一七、卷二および戴炎輝(民国五四年)一九六五年)一三六頁以下による。

(5) 期親尊長を「殺さんとはかること」と読む。

(6) 中国では、礼の定める喪服制度がそのまま、親族関係の濃淡を測る尺度としての機能を果していたのであり、律はこれを基礎としていた。「服」には五つの等級(五服)があつた。すなわち一、斬衰三年(原則として父と夫に対する喪)。二、齊衰。服喪期間に数種類がある。①三年(明清にはない)②杖期(妻に対する喪で一週年)、③不杖期(父直系親では祖父・母・孫、母傍系本族(父系血族親)では父を同じくする者(兄弟姉妹)、伯叔父母(父方のおじとその妻)・姑(父の姉妹)、④姪(または堂姪ともいう。兄弟の子。今日「めい」と呼ぶ。觀念とは異り、男女を問わないから、それが女性であるときは姪女という)に対する喪。⑤五月(曾祖父に対する喪。ただし儀礼にはない)、⑥三月(高祖父父母に対する喪)、要するに期親は日本律の二等親(後注23参照)にあたる。三、大功(祖父を同じくする者(従父兄弟姉妹など)九月(日本律の三等親)、四、小功(直系では嫡孫の女子、傍系では

嫂、姪孫および曾祖を同じくする者に対する喪) 五月(日本律の四等親)、五、^一總麻(高祖を同じくする者、従父兄弟姉妹の子「堂姪」、堂姪孫など)三月(日本律の五等親)をいう。このうち「期」とは、杖期・不杖期をいうが、杖期の親族は妻だけであるため、事実上、単に「期」といえば、殆ど不杖期の意味となり、期の喪に服する間柄を「期親」という。滋賀秀三・前掲論文二九頁以下とくに四五〜四六頁、五一頁注(10)参照。

(7) 尊属・卑属の分類は、中国のいわゆる「輩行」制度に由来する分類で、ここで「尊」とは尊属すなわち父母その他祖先の行にある者(自己より世代の上の者)をいい、「長」とは自分と同行(同一世代)で年上の者、すなわち兄弟や年上の従兄弟などをいう。中川善之助・新訂親族法(昭和四〇年)九五―九六頁、青山道夫編・注釈民法(20)(昭和四一年)一九九頁(中川高男)、滋賀・前掲論文四二頁参照。

(8) 外祖父母とは、母の父母、いわゆる母方の祖父父母をいう。中国では男系血族親(本族)と女系血族親(外親)とをわきり區別し、称谓を異にしていた。祖父父母は父方のそれを意味しその中には通常曾祖父父母(祖父の父母)、高祖父父母(曾祖父の父母)を含むが、外祖父母を含まず、また、祖父父母の服は齊衰(不杖期)であるから「期親の尊」に含まれるが、外祖父母の服は小功(前注(6)参照)であるから、「期親の尊」には含まれない。

(9) 夫は斬衰の喪に服すべき者ではあるが、妻とは同格の地位を認められた配偶者であるから、尊属とはいえず、とくに列挙の必要があった。

(10) 妻と夫の本族との間の親族関係は、卑属との間では夫と同じであるが、尊属との間では、夫より一等級低められた服の関係を生ずるものとされていたから、夫の祖父父母に対する服は大功となり、したがって夫の祖父父母は期親ではない。夫の父母の場合は実父母の場合の斬衰が一等級低められ、齊衰の不杖期であるから、本来、とくに列挙するまでもなく「期親の尊」に入る。滋賀・前掲論文四六頁、五〇頁参照。

(11) 前注(6)参照。總麻、小功、大功といった期親よりも遠い親族に対する場合は、謀殺人条と共に、子謀、未遂という行為の段階を區別し、これに対応する刑を規定していた高度の立法技術が注目される。

(12) 以下の「よみ」の傍訓は、前掲日本思想大系「律令」によつた。

(13) 唐律では、十惡・八議を名例律の冒頭に告示したのに対して、日本律は、大宝・養老とも、これに対応するものとして、八虐・六議を規定した。唐律の十惡は①謀反②謀大逆③謀叛④惡逆⑤不道⑥大不敬⑦不孝⑧不睦⑨不義⑩内乱の十者で、罪の重い方から軽い方へという順序に従つて並べられており、とくに惡逆までを重い罪と考えていた。

(14) 唐律の祖父父母と同意。すなわち父の父母。曾高祖父父母を含む点も同じ。名例律下52(称二等親祖父母条)に「諸称期親(二等親)。及称祖父母一者、曾高同。」とある。

日本律は、主として日唐間の家族法の相違に基づいて、日本にはその実体が存在しないか、存在しても慣習の相違から重視されない場合を考慮して、十惡のうち⑧不睦と⑩内乱の両者を整理して八虐とした。「虐」とは「惡」と同義である。前掲「律令」補注Iの6a(四八七頁以下)参照。

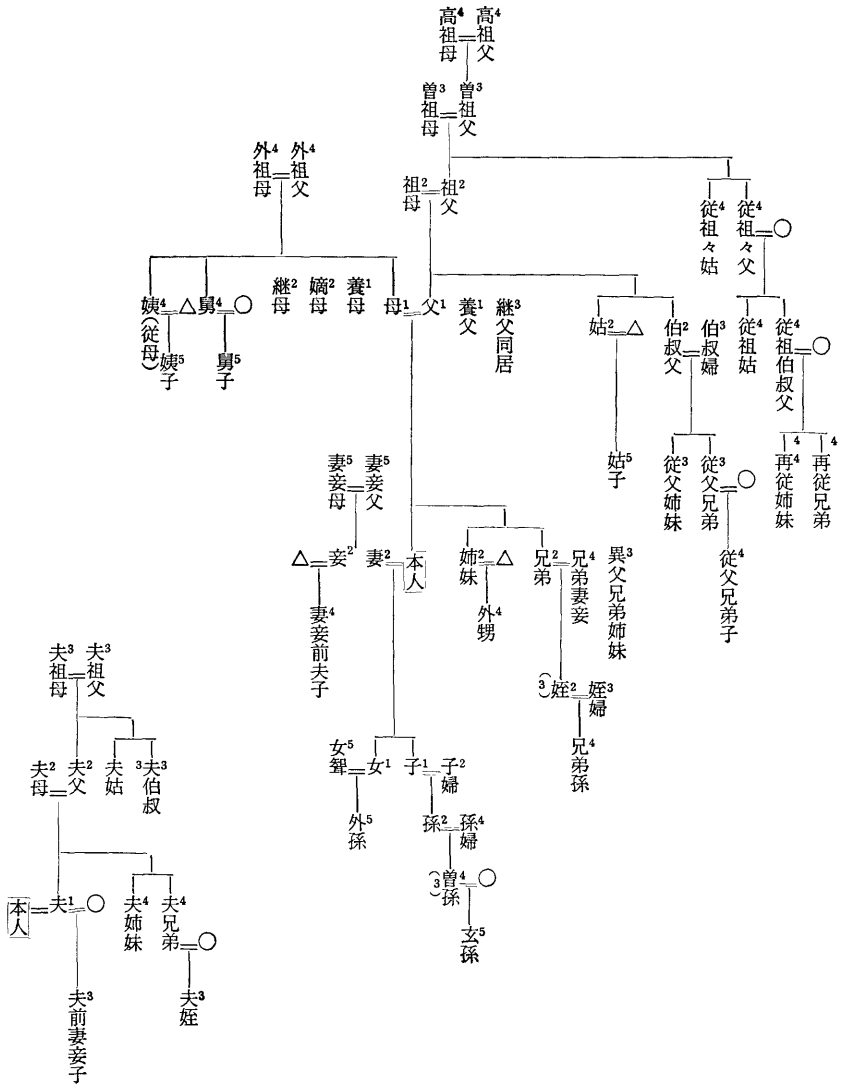
(15) 実父母と養父母をいう。

(16) 唐律と全く同意。母の父母。前注(8)参照。

(17) 首従の區別なく、共謀者はすべて斬刑に処するという意味。

(18) 庶子から見た父の正妻。

- (19) 前妻の子から見た父の後妻。
- (20) 父の兄と弟。
- (21) 父の姉と妹
- (22) 獄令第廿九12(配三流条)に「凡流人^ハ応^ル配^ス考^ス。依罪輕重。各配^ス三流^ヲ。謂^フ近中遠^ノ處^ト。」とある。この三流の区別は、中国では二千里、二千五百里、三千里とはつきりした距離で示されたが、わが国では必ずしもはつきりしないが、延喜式卷二九刑部省によれば、流刑地として伊豆(七百七十里)、安房(一千一百九十里)・常陸(二千五百七十五里)、佐渡(一千三百二十五里)、隠岐(九百一十里)、土佐(一千二百二十五里)等国は遠流、伊豫(五百六十里)等国は中流、越前(三百二十五里)、安芸(四百九十里)等国は近流である(距離の測定にあつては、京^ノ首都を基点とする)。
- (23) 令卷第七儀令25によつて五等親を図式化すると次頁のとおりである(前掲「律令」六三三頁による)。
- 次頁の図により明らかかなように日本律における「等親」制は、今日のローマ法式の「親等」制とはその呼称の類似性にかかわらず、全く趣旨を異にしている。すなわち「親等」制が血族関係の遠近を測定する尺度であるのに対し、「等親」制は中国の五等服の制を修正してでき上つたわが国固有のもので、「集團内のヒエルアルヒーを序列に配分したものである」(中川(善)・前掲書九七〜九八頁参照)。後述の新律綱領も養老律令を殆どそのまま踏襲した五等親制を採用していることが注目される。
- (24) 前注(22)参照。唐律では五等親(總麻)以上の尊長の「謀殺」を流二千里とし、「已傷者、絞」とし、養老律よりも重罰である。
- (25) 唐律では二等減にとどまる。
- (26) 唐律では一等を減するのみ。
- (27) 唐律では徒三年である。
- (28) 前注(22)参照。なお、唐律ではこの場合も絞で、日本律より重罰である。
- (29) 「功を加える」とは殺害の実行に加わること。ただし直接手を下す必要はない。
- (30) 流刑は遠・中・近三流とも配所に至つて役(強制労働)一年であつたが、「加役流」の場合は、遠處に配して、三年の役を課する加重刑であつた。名例律第一24(犯流配条)には「凡犯流配者、三流俱役一年。本条稱加役流者、配遠處。役三年。」とある。
- (31) 犯罪を首唱した者。名例律下42(共犯罪条)には「諸共犯罪者、以造意^ニ為首。隨從者減二等。」とある。
- (32) 石井良助校訂・徳川禁令考別巻(昭和三十六年)による。
- (33) 死刑の一種、御定書下巻追加第一〇三条に規定された死刑は、その執行方法により、鋸挽、磔、獄門、火罪のような特に重罪と考えられるものに対する残酷な刑と、通常の執行方法としての斬罪、死罪、下手人等多くの種類があつた。後三者は、いずれも首を刎ねるのであるが、「斬罪」は「打首」ともいい、武士以上の者に対する刑であり、死罪と下手人は庶民に対する刑である。そのうち「死罪」は牢内の刑場で首を斬り、田畑家財を闕所(没収)にし死骸を刀の「様もの」に供するが、下手人は、同じく首を刎ねて死骸を取捨てるだけで、田畑家財の没収がなく、様ものにはしないという差があるか



ら、庶民に対する死刑としては「下手人」がもつとも軽いということになる。前掲・徳川禁令考別卷二二八―二二九頁。なお、小野・「日本刑法の歴史的発展(発表昭和一六年) 刑罰の本質について、その他(昭和三〇年) 三八八頁以下および井上和夫・諸藩の刑罰(昭和四〇年) 四四頁以下参照。

(34) 仮刑律は、明治元年、刑法事務局時代(明治元年二月三日より閏四月二〇日まで)に、刑法官によつて編纂されたもの(その時期と編纂者に関する詳細な考証は、手塚教授の前掲「仮刑律の一考察 五頁以下による)で、公布・施行されたものではないが、新政府部内における裁判の準則として、新律綱制定までの約二年半余にわたつて実際に行われたもので、「これを明治政府最初の編纂刑法典と見るを得る」(小早川欣吾・明治法制史論、公法之部下巻(昭和一九年)九八一頁。同頁、手塚・前掲書四頁)とされる。

(35) 名例に定めるところによると「斬法は「袈紗斬」である。

(36) 同右「刎法は「身首処ヲ異ニス」と注記してある。なお、唐律以来の律にいう「斬」も「身首異処」にする斬首を意味し、「袈紗斬」の「斬」ではなくここにいう「刎首」にあたる。

(37) 同じく「梟首」については「一死法ヲ尽スニ足ラサルモノ梟シテ衆ニ示ス日數ハ定刑之時論定」と注記されている。ちなみに、仮刑律の定めた死刑としては以上斬、刎首、梟首の他に磔、焚の五種があつた。唐律以来の律の死刑は絞・斬二死であつた。仮刑律の死刑五種は武家法とくに肥後藩刑法草書の影響によると思われる。右のうち焚は明治元年一月一日の達で廃止され、磔は新律綱領の施行によつて廃止された。手塚・前掲書二二頁および二九頁注(7)参照。

(38) この点は、十惡を八虐に構成した際の配慮に共通する。

(39) 名例律下55「称日条」によれば「称衆者。三人以上。称謀者。二人以上。謀状彰明。雖二人。同二人之法。」とされる。つまり「謀」とは原則として二人以上の共同謀議をいうが、予備・陰謀の証拠が明らかなきは、単独犯でも「謀」と同じに扱われる。この「謀状彰明。雖一人。同二人之法」の意味について、唐律疏議は「仮有人持刀杖入他家勘有仇嫌来欲相殺雖一人亦謀法故云雖一人同二人之法」と注記している。つまり、たとえは刀や杖をもつて他家におし入り、仇嫌(悪意)をもつて人を殺そうとした場合などは、単独でも「謀(殺)条」によるべきであるから「一人と雖も二人の法に同じ」というのだとされている。これは、予備の段階における立証の困難を配慮したものと見て注目に値する。

(40) その根拠として断獄律(卷三)16第一項「諸断罪。皆須具引。律令格式之正文。違者。笞三十。」をあげることには異論はない。例えば小野・「唐律に於ける刑法総則的規定」前掲書所収三二六頁以下。仁井田・前掲書第二部第五章「唐律における通則的規定とその来源」一七二頁以下および同第六章「宋代以後における刑法上の基本問題」法の類推解釈と溯及処罰一二六三頁以下。前掲「律令」補注(29獄令)41参照。ただ、罪刑法定主義といつても中国ではすでに紀元前四世紀ないし前二世紀に成立していたとされる(仁井田・前掲書一七三―一七四頁)だけに近代のヨーロッパにおける罪刑法定主義とは外形の類似性にかゝらず、全く発想を異にするので、これに対する評価にもニュアンスの差が認められる。小野博士は、唐律が「援引比附」や「不應為律」を認めたことを「われらは其処に唐代に於ける法律解釈のしなやかさを見ることは出来るが、謂ゆる専断主義の片影をも見出すことが出来ない」と賞讃しておられる(前掲書三二八頁)のに対し、仁井田博士は、「歴代の法は、窮極においては君主が法の上に出ることを認め、不應為律、比附援引の制度も歴代の法の是認するところで、「その類推解釈の具体例をみると、まるで「罪刑法定主義的」ということさえ遠慮せねばならぬほど

のもので、君主や裁判官の擅断放恣の事実はかくすべくもなく「中国に一種の罪刑法定主義的制度の成立が古いからといって、その質と具体的現実とを見きわめないで、単にこれを詠歌讚美するのははなはだ考えものである。」と警告される(仁井田・前掲書とくに九頁および一七五―一七六頁参照)。両博士の理解の相違は、実定法解釈学者と史家の視点の相違に基づくことが大であると思われるが、おそらく後者の理解を正当とすべきであろう。ただ、小野博士の論稿については、執筆の時代的背景並びに研究の前後も考慮されるべきであろう。

(41) 雑律に「誣不応得為而為之者、笞四十(謂律令無条、理不可為者)。事理重者、杖八十」とある。養老律の規定は逸文より復元されており(律令研究會編「譯註日本律令三」(昭和五〇年)七九五頁)、仮刑律は雜犯末尾に同文の規定をおき、新律綱領卷五雜犯律末尾にもほぼ同旨の規定をおいている。

(42) 仁井田・前掲書一七五頁。

(43) 前掲律令二〇頁頭注「故殺人」、同二七頁頭注、同九〇頁頭注「故殺罪」参照。

(44) 手塚教授は、前掲「仮刑律の一考察」における丹念な考証によつて、仮刑律が大宝律や明・清律・御定書の影響とともにそれらに優るとも劣らない影響を肥後藩刑法草案から受けていることを明らかにされている。

(45) 人命、謀殺条本文。

(46) 同右、鬪毆及故殺条の本注である。

(47) わが国に西欧の刑法(フランス刑法)の内容が移入されたのは、新律綱領編纂開始後であることも手塚教授のすぐれた考証による。詳細は手塚・「仏蘭西法典の移入―歴史と生活六卷(昭和一八年)五号三二頁以下参照。

(48) 手塚・「新律綱領関係考」、前掲明治初期刑法史の研究、四四頁参照。

(49) 肥後藩刑法草案人命には「一謀テ人ヲ殺候ハ造意之者斬從ニシテ加巧ノ者劓首各即決無加巧者ハ答百徒三年若傷候未死ハ鬪毆ノ条ニ依テ論シ三等ヲ加ヘ劊ノ輕重ニ隨ヒ重ニ就テ論之(傍点筆者)」とある。なお、同「祖父父母ヲ殺ス」条には「一祖父父母ヲ殺シト巧テ巧ノ筋既ニ行ヒ候者即決既ニ殺候ハ一磔即決妻子ハ雜戸ニ附ス」とある。これを仮刑律の相当条と比較してみると、後者では「祖父父母ヲ謀殺ス」とあるのに対して前者では「謀殺」ではなくて単に「祖父父母ヲ殺ス」になっていること、この条文の見出しに対応して、法文も「謀り」ではなく「巧テ」となっていること、妻子連座制をとっているなどの点で差はあるものの、極めて近似していること、仮刑律同様、謀殺条では「謀テ人ヲ殺ス」と読み下し、原則として既遂を意味するものであることがわかる。その他、新律綱領以後にはない仮刑律の「親族殺(伯叔父姑兄弟外祖父母夫および継父母殺は劓首未遂)、又は斬(既遂)、甥姪弟妹外孫殺は計画的にかつ理由なく殺害した場合二年)」の規定も肥後藩刑法草案に由来するものと思われる。ただ、「鬪毆及故ラニ人ヲ殺ス」条は、表現は両者とも明清律と同じであるが、熊本藩刑法草案では、単に「故ラニ殺候者斬」とあるだけであるのに対し、仮刑律では、前掲対照表に明示したように、「臨時殺意ヲ起シ殺ス者フ云フ」と本註が付され、さらに、新律綱領では、条文名は「鬪毆及故殺」と同じながら、「故殺スル」と傍註がふられて、それらの間に微妙な変化があることが注目される。なお後述3の注(2)参照。

(50) 徂徠物茂卿著、内田智雄・日原利国校訂・律例対照定本明律国字解(昭和四一年)三九二頁。この获生徂徠の研究をはじめ、江戸時代における明律

研究は、当時の時代背景から考へて、当然に肥後藩刑法草案にも影響を与え、または参考に供せられたと考へられる。
 (51) 利光・律令及び令制の研究(昭和三四年)五六頁以下参照。

3 大陸法系近代刑法継受以後の「尊属殺」重罰の系譜

前述のように、新律綱領にはすでにフランス刑法の影響が皆無とはいへなかつたし、さらに明治六年の改定律例については、一層、西洋の法律思想の影響を受けていると認められるが、何といつてもその体系は、依然として律のそれで、復古コースにあつたから、わが国では「旧刑法に至つて初めて西洋近代の刑法を継受することになつた」とするのが一般である。⁽¹⁾しかし、旧刑法制定前史に登場する司法省御雇仏国法学博士ポアソナードの起草にかかる日本帝国刑法草案 *Projet de code pénal pour l'Empire du Japon* (一八七七年＝明治一〇年八月)を基礎として、ポアソナードの説明と日本人委員を代表する鶴田皓との質議、討論のすえに編纂された「日本刑法草案(確定稿)」(一八七七年一月)は、今日、日本における近代刑法継受の貴重な資料として刮目に値するものであるが、幸にして、最近その会議筆記早大本の復刻が刊行され、フランス刑法継受にあつたつての日・仏の歴史的、法思想的背景の差、葛藤が如実に示されているので、これをも参照し、旧刑法までと旧刑法以後、現行法に至る改正案の関連主要条文を対照表示したのが次の二つの表である。

<p>日本刑法草案 (明治十年十一月)</p>	<p>旧刑法 (明治十三年七月十七日公布 明治十五年一月一日施行)</p>
<p>第三編 人ノ身体財産ニ対スル重罪軽罪</p>	<p>第三編第一章第一節 謀殺故殺ノ罪 (二九二) (二九八条)</p>
<p>第一章 身体ニ対スル罪</p>	<p>第二百九十二条 豫メ謀テ人ヲ殺シタル者ハ謀殺ノ罪ト為シ死刑ニ処ス</p>
<p>第一節 謀殺毒殺故殺ノ罪 (三二七) (三三三条)</p>	<p>第二百九十四条 故意ヲ以テ人ヲ殺シタル者ハ故殺ノ罪ト為シ無期徒刑ニ処ス</p>
<p>第三百二十七条 豫メ謀テ人ヲ殺シタル者ハ謀殺ノ罪ト為シ死刑ニ処ス</p>	<p>第十三節 祖父母父母ニ対スル罪 (三六二) (三六五条)</p>
<p>第三百三十一条 前条文ニ記載シタル罪ヲ除クノ外故意ヲ以テ人ヲ</p>	<p>第三百六十二条 子孫其祖父母父母ヲ謀殺故殺シタル者ハ死刑ニ</p>

殺シタル者ハ無期徒刑ニ処ス但本条別ニ刑名ヲ掲ケタル者ハ此限ニ在ラス

第十三節 祖父母父母ニ対スル罪（四〇四〜四〇九条）

第四百四条 子孫故意ヲ以テ其祖父母父母ヲ殺シタル者ハ弑親ノ罪ト為シ死刑ニ処ス

其自殺ニ関スル罪ハ凡人ノ刑ニ照シ一等ヲ加フ

第四百七条 祖父母父母ニ対シタル故殺及ヒ毆打創傷ノ罪ハ特別ノ宥減減輕ヲ与フルコトヲ得ス

処ス
其自殺ニ関スル罪ハ凡人ノ刑ニ照シ二等ヲ加フ

第三百六十五条 祖父母父母ニ対シタル殺傷ノ罪ハ特別ノ宥及ヒ不論罪ノ例ヲ用フルコトヲ得ス但其犯ス時知ラサル者ハ此限ニ在ラス

第一編第十章 親屬例（一一四・一一五条）

第一百十四条 此刑法ニ於テ親屬ト称スルハ左ニ記載シタル者ヲ云フ

- 一 祖父母父母夫妻
- 二 子孫及ヒ其配偶者
- 三 兄弟姉妹及ヒ其配偶者
- 四 兄弟姉妹ノ子及ヒ其配偶者
- 五 父母ノ兄弟姉妹及ヒ其配偶者
- 六 父母ノ兄弟姉妹ノ子
- 七 配偶者ノ祖父母父母
- 八 配偶者ノ兄弟姉妹及ヒ其配偶者
- 九 配偶者ノ兄弟姉妹ノ子
- 十 配偶者ノ父母ノ兄弟姉妹
- 第一百十五条 祖父母ト称スルハ高曾祖父母外祖父母同シ父母ト称スルハ繼父母嫡母同シ子孫ト称スルハ庶子曾玄孫外孫同シ兄弟姉妹ト称スルハ異父異母ノ兄弟姉妹同シ養子其養家ニ於ル親屬ノ例ハ実子ニ同シ

右の旧刑法に至るまでの謀殺、故殺の概念については、日本刑法草案会議筆記に記すところによると、仏国刑法第二九五条を模範としたものであり、そこでは「故意ヲ以テ人ヲ殺スヲ故殺ノ罪ト云フ」とされているが、ここに「『故殺』ト云フハ過失ニアラス故意ヲ以テ更ニ人ヲ殺シタル総称ナリ……故ニ謀殺毒殺等ハ皆故殺中ノ細目ナリ依テ日本従前ノ刑法ニテ云フ所ノ故殺トハ其意味ノ掛リ工合ニ差異アリ」（傍。原文通り、傍点筆者）とあり、さらに「故殺ハ予メ謀テ殺シタル者ニアラ

サル故ニ謀殺ヨリ一等軽ク重徒刑(ニ無期懲役のこと。筆者注)ニテ宜シカラシ」とされ、仮刑律以来の「臨時殺意ヲ起シ」「テキゴコロニテ殺スコトヲイフ」「故殺」とは意味を異にすることが明らかにされている。⁽²⁾

尊屬殺条項については、日本刑法草案第一稿の直接の前提をなすポアソナード草案、すなわち日本帝国刑法草案では第章卑屬親尊屬親ニ対シタル重罪並輕罪、第 一 条「故意ヲ以テ卑屬親実養父母及其他ノ尊屬ノ親ヲ弑シタルヲ弑親ノ罪トナシ死刑ニ処ス(一項)」。然レ⁽³⁾第 二 章(自殺)第 一 条ヨリ第 一 条ニ至ル条々ニ記載シタル場合ニ於テハ本罪ニ一等ヲ加重ス(二項)と規定されていたが、これが第一案では第 一 章卑屬親尊屬親ニ対シタル重置并輕罪、「第一条 故意ヲ以テ卑屬親其父母及其他嫡庶ノ尊屬ノ親ヲ弑シタルヲ弑親ノ罪ト称ス。第二条 弑親ノ罪ハ預謀又埋伏スルヲナク若クハ他ノ重罪ヲ犯ス為メ人殺罪ヲ犯スヲナキト魚モ死刑ニ処ス。(第三条尊屬毆傷、第四条前三条の場合ハ特別有恕ヲ求めるヲ得ずとする規定。第五条障礙未遂・中止未遂減輕) 第六条前数条ニ記載シタル刑ノ加重ハ養子其養父母ニ対シタル重罪并輕罪ニモ通シ用ユ可シ」とされ、さらに第二案第八節 卑屬ノ親尊屬ノ親ニ対シタル重罪輕罪第一条は、第一案を整理して「故意ヲ以テ子孫其实養父母其他尊屬ノ親ヲ殺スモノハ弑親ノ罪トナシ死刑ニ処ス。其自殺ニ干渉シタル罪ハ凡人ノ刑ニ一等ヲ加フ」と規定されていた。審議の過程でも、これらがフランス刑法第二九五条の尊屬殺および関連条項(尊屬殺には有恕を認めないという同法三〇二条および死刑の執行方法に関する特別規定の同法一三条など)⁽⁴⁾が参考にされ、以上いづれの案も「尊屬」という文言を用いているのに対し、日本文として確定するにあたり「其他尊屬ノ親」とは「蓋シ祖父母ヲ云フナラン」ということで案の書法を少し訂正して明治九年一二月上申された第一稿ではその第八章を「尊屬ノ親ニ対シタル罪」とし、第四〇〇条に「卑屬ノ親^{実子}故意ヲ以テ其尊屬ノ親^{実養祖父}ヲ殺ス者ハ弑親ノ罪ト為シ死刑ニ処ス。其自殺ニ干渉シタル犯罪ハ通常ノ刑ニ一等ヲ加フ」と規定された。これについては「故意ヲ以テ云々殺ス者」とは謀殺故殺を含むが「謀殺」の語を記さなかつたのは、「畢竟輕キヲ重キヲ示シタ」ものであると説明されたが、やはり「謀殺」の語を記した方が其主意が明瞭で、かつ謀

殺故殺を区別した書法の体裁を得られるとの意見が出され、結局「然ラハ日本ニハ謀殺ノ語ヲ記スヘシ」「然ラハ日本文ニハ故殺ヲ以テ云々ヲ改メ『謀殺故殺シタル者云々』ニ作ルベシ」とされているのに、なぜかこの審議を経て明治一〇年六月脱稿された第二稿第八節祖父母父母ニ対シタル罪第三七六条の文言は「子孫其祖父母父母ヲ殺シタル者ハ……(以下省略)」とされ、「謀殺」はもとより「故殺」の文言も削除されている。第一稿第四〇〇条については、その他「尊属ノ親実義祖父」の中に庶母継母及び外祖父母が含まれるかどうかにつき検討され、前二者は尊属親に含まれないが、外祖父母は尊属親として論じないわけにはいかず、さりとて、これをも註記することは長文になりすぎて書法の体裁上好ましくないから単に「祖父母父母云々」と記すべきこと、そうなると「卑属ノ親」の字も之を改めて「子孫」とすべきであるとされるに至つたことなどが、前掲会議筆記からうかがわれる。これらの審議過程はすべて旧刑法に至る過程として意義があるが、そこから知りうることは、尊属殺のような家族制度ひいては社会倫理に深く根ざした制度、概念は、文明開化の泰西主義にもとづくフランス刑法継受に際して、ローマ法以来の尊属殺重罰の思想によつて一挙に変革されるに至らず、フランス刑法の直訳的な第一案は、次第にわが国の実情に対応できるような、現実的な規定に変容して旧刑法の規定となつたということである。

右の旧刑法が明治一五年一月一日に施行されたのち、明治四〇年法律第四五号の現行刑法が制定される(施行は明治四一年)までの改正案を比較したものがつぎの対照表である。(広中・大系一六頁以下の表及び刑法沿革綜覧による。一部略字使用)

明治二十三年改正刑法草案	明治二十八年刑法草案	明治三十四年刑法改正案 (第十五議會提出)	明治三十五年刑法改正案 (第十六議會提出)
第三編 第一章 身体ニ対スル罪 第一節 謀殺、故殺ノ罪 第二百八十二条 予メ謀テ人ヲ	第二編 第十一章 生命、身体ニ対スル罪	第二編 第十一章 生命及ヒ身体ニ対スル罪	第二編 第二十六章 殺人ノ罪〔二三四―二三九条〕

殺シタル者ハ謀殺ノ罪ト為シ
死刑ニ処ス

第二百八十三条 故意ヲ以テ人
ヲ殺シタル者ハ故殺ノ罪ト為
シ無期懲役ニ処ス

第二章 自由ニ対スル罪

第三章 名誉ニ対スル罪

第四章 父母、祖父母ノ身体、
自由、名誉ニ対シ犯シタル
罪ノ特例 (三四四条・三四
五条)

第三百四十四条 子孫其父母、
祖父母ニ対シ前第三章ニ記載シ
タル重罪輕罪ヲ犯シタル者ハ
各本刑ニ一等ヲ加フ

第三百四十五条 子孫其父母、
祖父母ヲ謀殺、故殺シタル者
ハ死刑ニ処ス

第一編

第九章 例名

第一百六条 此法律ニ於テ親屬ト
稱スルハ左ニ記載シタル者ヲ
謂フ

第一節 殺人ノ罪 (二五七
—二六二条)

第二百五十七条 人ヲ殺シタル
者ハ無期又ハ七年以上ノ懲役
ニ処ス

第二百五十八条 前条ノ罪ヲ犯
シタル者左ニ記載シタル情状
アルトキハ死刑又ハ無期懲役
ニ処ス

- 一 直系ノ尊屬親ニ対シテ犯
シタルトキ
- 二 予メ謀テ犯シタルトキ
- 三 二人以上ヲ殺シタルトキ
- 四 支解、折割其他惨刻ノ行
為ヲ以テ犯シタルトキ
- 五 重罪ヲ犯スニ便利ナル為
メ又ハ已ニ犯シテ其刑ヲ免
カルル為メ犯シタルトキ

(旧刑法第一百四条及び第百
十五條に相当する規定なし)

第一節 殺人ノ罪 (二三四
—二三九条)

第二百三十四条 人ヲ殺シタル
者ハ無期又ハ五年以上ノ懲役
ニ処ス

第二百三十五条 人ヲ殺シタル
者左ニ記載シタル情状アルト
キハ死刑又ハ無期懲役ニ処ス

- 一 自己又ハ配偶者ノ直系尊
屬ニ対シテ犯シタルトキ
- 二 (上欄に同じ)
- 三 (上欄に同じ)
- 四 (上欄に同じ)
- 五 重罪ヲ犯スニ便利ナル為
メ又ハ既ニ犯シテ逮捕ヲ免
レ若クハ罪跡ヲ湮滅スル為
メ犯シタルトキ

(同上)

第二百三十四条 人ヲ殺シタル
者ハ死刑又ハ無期若クハ五年
以上ノ懲役ニ処ス

第二百三十五条 自己又ハ配偶
者ノ直系尊屬ヲ殺シタル者ハ
死刑又ハ無期懲役ニ処ス

(同上)

- 一 祖父母、父母、夫妻
 - 二 子孫及ヒ其配偶者
 - 三 兄弟、姉妹及ヒ其配偶者
 - 四 兄弟、姉妹ノ子及ヒ其配偶者
 - 五 父母ノ兄弟、姉妹及ヒ其配偶者
 - 六 父母ノ兄弟、姉妹ノ子
 - 七 配偶者ノ祖父母、父母
 - 八 配偶者ノ兄弟、姉妹及ヒ其配偶者
 - 九 配偶者ノ兄弟、姉妹ノ子
 - 十 配偶者ノ父母ノ兄弟、姉妹
- 祖父母ト称スルハ高曾祖父母
 外祖父母同シ父母ト称スルハ繼
 父母、嫡母同シ子孫ト称スルハ
 庶子、曾玄孫、外孫同シ兄弟姉
 妹ト称スルハ異父、異母ノ兄弟、
 姉妹同シ
 養子其養家ニ於ケル親屬ノ例
 ハ実子ニ同シ

明治二三年案までは旧刑法同様謀殺・故殺の区別があり、また、第三四五条の文言も旧刑法第三六二条の第二項を削除しただけの同文のものであり、第九章の例名の規定も旧刑法第一〇章親属例の第一一四条と第一一五条を併せて一箇条にしただけで、文言に訂正はない。これに対して、明治二八年案以降の諸案には、かなり異つた変化が見られることが注目される。即ち、第一に親族の範囲を規定した旧刑法の親属例(明治二三年案では例名)の規定が削除されたことが挙げられる。これは「元來親屬ノ區別ハ刑法ニテ決定スヘキ者ニアラス民法ニテ決定スヘキモノトス」とされながら、民法の規定のないまま、刑法に規定されていたものに過ぎず、すでに明治二三年には旧民法が公布され、その人事編第三章親属及ヒ姻属の章の中に「親屬」「親等」「尊属親」「卑属親」「姻属」等について規定され、さらに明治三一年には現行民法も施行されたので、刑法にはもはやこの種の規定を置く必要がなくなつたことによる。⁽¹⁾ また、旧民法人事編第二〇条の「尊属親」「卑親屬」の定義規定を前提として、尊属殺の規定として、従来の「子孫其父母・祖父母ヲ謀殺、故殺……」という規定方式によらず、明治二八年案では、初めて、端的に「直系ノ尊属親ニ対シテ犯シタルトキ」としたこと、また明治三四年案までは尊属殺は殺人の唯一の加重類型ではなく、謀殺、複数殺人、その他の加重類型の中の一類型とされていたのが、明治三五年案になると、殺人の類型としては謀殺・故殺の区別がなくなり、尊属殺は殺人に関する唯一の加重類型とされるに至つたこと、また明治三四年の改正案に至つて初めて「自己又ハ配偶者ノ直系尊属」という文言が用いられ、明治三五年案において現行刑法二〇〇条(明治四〇年案二〇一条)と同文の規定となつたことが注目される。前掲日本刑法草案会議筆記によると、フランス刑法第二九五条の尊属殺の意味に関連して、親属の範囲を定めるにあつては庶母・継母(いずれも消極)と外祖父母(積極)がこれに当るか否かを論じているが、夫(配偶者)の祖父母については、議論の対象となつていない。ポアソナードがこれに言及することがなかつたのは、フランス刑法の規定から当然であつたが、日本側の委員からの発言が皆無であることは、改定律例までの日本の謀殺祖父母父母条の伝統を考えると、継母、庶母および外祖父母が「尊属ノ親」となるかどうか

について、これだけ詳細な検討を行っていることと対比して、⁽¹³⁾理解に苦しむところといわなければならない。しかし、夫の祖父父母を自己の祖父父母父母に含ませる用語例は伝統的になかつたし、日本刑法草案には規定されず、旧刑法に規定された親属例においても「配偶者ノ祖父父母」は「祖父父母」とは別号に規定されているから、両者は概念上明確に区別されていたと解される。⁽¹⁴⁾したがって近代刑法継受以後明治三四年案までは配偶者の直系尊属に対する殺人は尊属殺としては扱われていなかつたこと、広中論文の指摘するとおりである。それが「配偶者ノ直系尊属」に対する場合をも含ませることにしたことについて、明治四〇年刑法改正政府提出案理由書は「我邦ノ家族制度ニ於テ特殊ノ必要存スレハナリ」と述べている。⁽¹⁵⁾律令制の尊長殺重罰以来の長い歴史的経緯をふりかえつて考えれば、この立法理由は、理論的な是非はともあれ、自然の成り行きであつたといつてよいであらう。

(1) たとえば小野・新訂刑法講義総論(昭和二年)二七頁、同「旧刑法とポアンナードの刑法学」刑罰の本質について・その他四二五頁、田藤・前掲綱要総論四三頁ほか。なお、改定律例に対するフランス刑法の影響を指摘するものとして、すでに仁井田・前掲書二六四頁ほか。

(2) 日本刑法草案会議筆記第三分冊(昭和五年)一六一四―五頁参照。もつとも前出肥後藩刑法草書人命「鬪毆シ及故ラニ人ヲ殺ス」条は、仮刑律の当該条項と異なつて、単に「故ラニ殺候者斬」とあるのみであり、前述のように、肥後藩刑法草書に重大な影響を与えたと思われる徳川時代の明律研究、たとえば前述获生徂徠の明律国字解によれば「故、殺者斬」の解釈として鬪毆殺にいう「手足他物金刃とは、手足はうちふみ、其外何にてももちて打殺し、并に切殺すなり。是は皆故殺なるべきに、別に故殺と云ことのあるは、いさかひ打合によりてつゝに打殺たると、もとより殺んときわめたるとの差別なり」として説明されている。もつとも、「もとより殺んときわめたる」といつても、たくんで人を殺す場合は、謀殺として区別されるから、「故殺」は結局、傷害致死にあたる場合を除き、とつさに殺害の意思を生じて行爲した場合といふことになる。その意味では仮刑律の前後の表現の相違は、本質的なものとは云えない。なお前掲明律国字解三九八頁および三九三頁参照。

(3) 刑法編集日誌・日本帝国刑法草案(昭和五年)一二六頁参照。

(4) 豫謀と待伏はフランス刑法第二九六条に規定された謀殺の二つの類型である。

(5) 当時参考にされた一八三二年四月二八日の法律による第一三条は「尊属殺人罪に因り死刑の言渡を受けた者は、下着を着用させ、はだしで、かつ、頭を黒布で被つて、執行場へ送致する(一項)。右の者は、執行官が公衆に向つて判決書を朗読する間断頭台にさらし、その後直ちに死刑を執行する(二項)」と規定されていた(森下訳・フランス刑法典、刑事裁判資料第一一六号(昭和三年)による)が、右の第二項は一九三九年六月二四日のデクレ・ローによつて廃止され、さらに一九六〇年六月四日のオールドナンス第五二九号によつて現行第一三条は尊属殺とは無関係の規定となつた。前掲法務資料四三

一号五頁参照。

(6) 前掲日本刑法草案會議筆記第Ⅲ分冊二〇一頁参照。

(7) 同右二〇二―三頁参照。

(8) 同右二〇二頁。

(9) 周知のとおり、旧民法は、結局、実施されずに終つたが、参考までに本稿と関連のある主要条文を列挙すると次のとおりである(傍点筆者)。旧民法人事編

第三章親屬及ヒ姻屬〔一九一―二九条〕

第十九条 親屬トハ血統ノ相聯結スル者ノ關係ヲ謂フ

六親等ノ外ハ親屬ノ關係アルモ民法上ノ効力ヲ生セス

第二十条 親屬ノ遠近ハ世数ヲ以テ之ヲ定メ一世代ヲ以テ一親等トス

親等ノ連続スルヲ親系ト為ス彼ヨリ此ニ直下スル者ノ親系ヲ直系ト謂ヒ其直下セステ同始祖ニ出ツル者ノ親系ヲ傍系ト謂フ直系ニ於テ自己ハ出ツル所ノ親族ヲ尊屬親ト謂ヒ自己ヨリ出ツル所ノ親族ヲ卑屬親ト謂フ

第二十一条 〔親屬〕における親等計算法)

第二十二条 養子縁組ハ養子ト養父母及ヒ其親族トノ間ニ親屬ニ同シキ關係ヲ生ス但養子トハ男女ヲ総稱ス

第二十三条 嫡母、継父又ハ繼母ト其配偶者ノ子トノ關係ハ親子ニ準ス

第二十四条 姻屬トハ婚姻ニ因リテ夫婦ノ一方ト其配偶者ノ親族トノ間ニ生スル關係ヲ謂フ

然レトモ、婦ノ夫家ニ於ケル又ハ夫ノ婦家ニ於ケル尊屬親トノ關係ハ、親屬ニ準ス、
第二十五条 夫婦ノ一方ノ親族ハ其親系及ヒ親等ニ於テ配偶者ノ姻族トス

姻屬ノ關係ハ婚姻無効ノ判決又ハ離婚ニ因リテ止ム又生存配偶者其家ヲ去ルニ因リテ止ム

(10) 明治三一年に公布、施行された現行民法には、旧民法人事編のような詳細な規定、とくに第二〇条第三項のような「尊屬親」「卑屬親」に関する定義規定はないが、これを不文の前提として、尊屬・卑屬の概念を認めている(例えば民七二九条、七三六条、七九三条、八八七条、八八九条、九〇一条はか)。

(11) 明治四〇年刑法改正政府提出案理由書および第三回議會貴族院特別委員會第四回(明治四〇年二月二日)における倉富政府委員の答弁参照。刑法沿革綜覽二一九頁および一七二九頁。

(12) 明治二八年案以降、「謀殺」「故殺の明文はなくなつたが、殺人の加重類型は西欧の立法例の謀殺に対応するものであつたから(前掲対照表参照)、實質的に兩者の区別を廃止したのは明治三五年案からであるとしてよい。なお、明治二八年案については、広中・大系二二〇頁注(八)参照。

(13) 前掲日本刑法草案會議筆記二(二〇二)三頁。

(14) しかし、配偶者の父母は当然に父母同様だから、別段法文上明示する必要はないとする考えも一部にあつたことは、明治四〇年案に関する第二三回貴族院特別委員会第四回會議(明治四〇年二月一二日)での關義臣委員の次のような発言によつて明らかである。すなわち、「……配偶者ト云フモノハ既ニ縁付イテ仕舞ヘバ……亭主ノ親ハ自分ノ親モ同様デ、即チ実子モ養子モ同一ノ訳デアリマス、決シテ配偶者ガコロリト抜ケルモノデナイ、……配偶者ト云フモノハ既ニ縁付ク、嫁シヅク、婦クト云フ、古人モ『トング』ハ婦ルト云フコトデ、生レタ所ガ本當デナイ嫁ニ行ツタ所ガ本當ニナルノデアル、養子モ実子同様ニ云ツテ居ルカラ、是ハ私ハ配偶者ノ父母ノコトハ別段表ハシ置カヌデモ宜イコトデアラウト思フ」(刑法沿革綜覽一七三一―二頁、但し、濁点筆者。以下同じ)。これに対して立法者側の代弁として倉富三郎政府委員の答弁は、用語法上子孫と子孫の配偶者とは同視されては来なかつたことを指摘して次のように述べている。すなわち、「子孫ノ嫁トナツタ者ハ即チ其家ニ婦イダ者デアルカラ更メテ配偶者ノ直系尊屬ト云フ必要ハ無イ、即チ子孫ト同様ニナル、斯ウ云フ御説デアツタカノヤウニ思ヒマスガ、極普通ノ言葉ニ致シマシテモ嫁カラ夫ノ尊屬ニ対スルトキハ舅姑ト云フ文字モアルヤウデアリマス、又現行ノ刑法ニ於テモ子孫ノ配偶者ハ即チ子孫ト云フ字デハ出テ居ナイヤウニ見エマス、親屬例ノ中ニモ『子孫及ヒ其配偶者』ト云フ文字ヲ殊更ニ使ツテ居リマス、制度上ニ於キマシテモ『祖父及ヒ父母子孫及ヒ其配偶者』ト云フ文字ガアツテ、子孫ト云フ文字ト配偶者ト云フ文字ト文字ガ使ヒ分ケテアリマスカラ、子孫ノ規定ヲ設ケレバ嫁ノ規定モ其中ニ当然含ムト云フコトハ如何デアリマセウカ、現行法ニ於テモ矢張りソレハ出来ナイコトデアラウト思ヒマス、……嫁カラ夫ノ尊屬ニ対スル規定ヲ特ニ設ケテ置ク必要ガ無イト云フコトハ私ハ矢張り其必要ヲ認メテ居ルノデアリマス」(刑法沿革綜覽一七三二頁)。

(15) 刑法沿革綜覽二一九八頁参照。なお、中川淳・『家』の制度と刑法二〇〇条』現代法ジャーナル8号八一頁以下参照。

四 総 括

以上縷々論じて来たが、これを総括すれば、次のとおりである。

本稿の執筆に当つて、私が直接に参照しえた資料は、極めて限られた範囲のものに止まるうえ、法制史的研究の分野での素人のかなしさで、資料の検索・評価・読解に誤りの多いことをおそれるものではあるが、前述一―三の研究によつて、ともかくにも、一応、以下のようないくつかの帰結が得られるように思われる。すなわち、

1 尊属、殺重罰ないし尊長、殺重罰の制度は、封建的な家族制度を前提とするものであり、その限りで古代社会においては

基本的に共通な制度であつた。

2 中国における刑法(律)の理論体系が整つていたことは驚くべきものがあつたことについては学説が一樣に認めるところであるが、それが、犯罪論として、極めて進歩したものであつたことよき例証として、私は、行為の発展段階に応じた「謀」(予備)、「已傷者」(未遂)、「已殺者」(または「殺訖」既遂)を区別していた点を高く評価する。尊長殺が「謀」殺「祖父父母母……」という形で規定されたのは、「謀反」「謀大逆」「謀叛」罪と共に、極めて重大な犯罪であるが故に二人以上で謀つただけで、首従を問わず「斬」とされたのであるが、おそらくこのような進んだ犯罪論は、当時のわが国では理解し難かつたのと、なまじ文字面からは「謀殺」とも「謀殺」とも読めるところから、律令国家の体制が崩壊するに及んで、誤つてかえり点抜き読み下しが一般に普及するに至り、かつ、その誤解を正す機会も中国との交流の遮断によつて失われ、そのまま定着してしまつたものと考えられる。また、謀殺に対応する「故殺」の概念にも微妙なニュアンスが認められるのであつて、このような概念の変容・推移は、近代西欧刑法の導入による謀殺祖父父母父母条の解釈にあたつても考慮に値するものである。

3 わが国における尊属・尊長殺重罰の制度の歴史的経緯を具さに顧みると、まさに、いわゆる歴史における「非連続の連続」であつて、外見的、形式的には、旧刑法の制定によつて従来の伝統的な律令方式を全く遮断して、近代的な西歐刑事法制度へと一八〇度転回し、その間は全く断絶されたもののように解されがちではあるが、両者に類似の制度がある場合には、実質的に関連のある移行が行われたと認められる(和洋折衷)。このようにして、尊属殺規定に関する限りは、律的な思想が仏法したがつてローマ法的な尊属殺重罰の制度および思想の中に混入共存しているのであつて、これは旧民法人事編の規定とも共通して、家族制度や家族観を前提とする法は、伝統的な固有性を無視できないことを示していると解される。

要するにわが国の現在の尊属殺をはじめとする対尊属親罪重罰の制度は、単に、「律」の謀殺祖父父母父母条を起源とするも

のでも、単に、ローマ法の *parricidium* を起源とするものでもなく、その両者の日本的修正の申し子的な制度として理解される（前述一の1参照）。

最後に、右の解明から従来の尊属殺規定を再検討してみると、この規定が本来前提としていた家族制度が、日本国憲法の体制下ですでに廃止された以上、この規定は当然に存在理由を失つたと云うべきであり、さらに、憲法上、すでに、法の下の平等が保障されるべきである（憲一四条）以上、刑法に尊属殺重罰規定をおくことの可否を論ずる以前に、親族間に、人間的な価値評価と切り離すことのできない「尊属」、「卑属」の区別を觀念すること自体が、単なる用語の問題をこえてシンボリックな意味を有するものとして不当といわなければならない。尊属（故）殺重罰制度を認めるフランス刑法が一八一〇年の制定にかかるものであることをもう一度想起すると共に、謀殺故殺の区別がなく、普通殺人罪の刑が最高刑の死刑から懲役三年に至る極めて裁量の余地の広いものであることに想いを致すならば、尊属殺を普通殺人から区別して規定することは、刑事政策上も全く不要というべきである。それにもかかわらず、どうしてもこの種の規定を必要とするならば、「尊属」殺に限定しないでむしろ尊属、卑属、配偶者を含む近親殺を加重類型とすべきである。まさに、被害者たるに値する非道の親を殺すよりも、何ら抵抗力のない、非難されるところのない子供を殺す方が、私には道義的にはより強い非難に値すると考えられるからである。少なくとも尊属殺を殺人の唯一の加重類型とすることは、不要、不当である。またこの論理を貫こうとする限り、かつ諸外国の立法例に比し、裁判官の自由裁量の余地の広いわが刑法においては、尊属傷害致死罪の規定もまた最高裁判所判例（前掲昭和二五年一〇月一日の大法廷判決のほか、昭和四八年四月四日の尊属殺違憲判決後のものとして前述八頁の注（3）に列挙したように、第一―第三の各小法廷の判決が出そろつて、判例として確立されている⁽²⁾）とは反対に、現行のままでは不要というより、不当であると解する。そして刑法上処罰されない行為が、すべて、社会道義的に許されてもいることを意味するものではないように、尊属に対する罪をとくに区別して、一律に重く罰することを否定することが、同時に「親不

孝のすすめ」を意味するものでないことは勿論いうまでもない。

(1) 広中教授も「尊属」という言葉は、従前の『尊長』や『目上』に連なるものと思われる」とされ、言葉自体に真の問題があるわけではないとしながらも、欧米の *ascendant*, *ascendant*, *Aszendent* (*Descendent*, *descendant*, *Deszendent*) とは多少ニュアンスのちがう「尊」属という言葉の採用されたこと自体が、すでに、日本における徳川期以来の支配的な家族道徳に照応したものだつた」ことを認めておられる。広中・前掲大系、二二三―二四頁。なお、尊属・卑属という用語の不適切なことについては、民法学においても夙に指摘されて来たところである。青山道夫・家族法論(昭和三年)五五頁、立石・前掲民法学辞典下巻二二七頁、中川(高)・前掲注釈民法(一)一九頁など。

(2) この中で、昭和五〇年一月二〇日の第一小法廷判決には、団藤重光裁判官が多数説である手段違憲説に反対し、昭和四八年の違憲判決における六裁判官の意見を支持する立場から、刑法第二〇五条をもつて「憲法一四条の平等主義のもとで許される合理的差別の範囲内に入るとすることは許されない」という反対意見を付しているのが注目される。

本研究は昭和五二年度慶應義塾大学学事振興資金の補助による研究「刑法における合理的なものとは非合理的なもの——とくに家族関係と刑法を中心にして——」の一部である。

附記 本稿中・律令に関する部分は、畏友利光三津夫教授の示唆と援助に与るところが極めて大である。ここに誌上をかりてこれを明記し、教授の友情に対し、心から感謝の意を表する。