

Title	明治期における刑事事件と未成年者に関する一考察 : 司法省調査部『刑事判決書集成』の分析を通じて
Author(s)	田中, 亜紀子
Citation	阪大法学. 2004, 54(3), p. 105-133
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55211
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

明治期における刑事事件と未成年者に関する一考察

——司法省調査部『刑事判決書集成』の分析を通じて——

田中亜紀子

はじめに

- 一 司法省調査部『刑事判決書集成』について
- 二 『刑事判決書集成』収録事件における未成年者
- 三 明治四十年刑法への影響
おわりに

はじめに

筆者の研究対象は「近代日本における未成年者処遇に関する法律制度」であり、少年法の前身とみなされる明治三十三年感化法ならびに明治四十一年改正感化法の形成過程の研究を通じて、両法律が対象とした未成年犯罪者・非行未成年者に対する国家の対応ならびに法のあり方、そして実際の法の運用状況について考察を行ってきた。筆者は今後さらに研究対象を未成年犯罪者犯罪・非行未成年者から未成年者全体へ拡大し、近現代日本における未成年

者に対する法のあり方について取り組みことを予定している。しかしながら本稿においては、これまでの研究を通じて生じた課題に応えるべく、明治期の刑事判決を収録した『刑事判決書集成』の分析を通じて、これまで十分に紹介されてこなかった未成年者に関する刑事事件判決を検討し、未成年犯罪者に対する法の適用状況ならびに判決の制定法に対する影響を考察する。

これまで近代日本法制史の分野において判例分析に基づく研究が行われてこなかったわけではない。^①しかしながら、民事判決原本の保管問題が生じた一九九〇年代以降に研究はより活発なものとなり、林屋礼二・石井紫郎・青山善充編『図説 判決原本の遺産』（信山社、一九九八年）、同編『明治前期の法と裁判』（信山社、二〇〇三年）といった研究成果が得られている。また、現在では国際日本文化研究所における民事判決原本データベースへのアクセスが可能であり、ここに収録されたデータを活用して、明治期における法の実際の適用のあり方に関する研究が進められている。しかしながら、以上に述べた判決原本公開は民事事件に限定され、刑事事件についてはいままお非公開とされているため、刑事事件を検討する場合は、主に大審院判決集として公表された事件に限定されている。^②勿論大審院判決を対象とする研究は重要である。しかし、最終審である大審院が取り扱った事件は実際に生じた事件の一部であり、その分析を通じて裁判の多数を占めた市井の事件を把握することは困難である。さらに大審院判決においては事件の実際ならびに初審等で下された判決の詳細を確認することが困難であるため、筆者の主たる研究対象である未成年者に関する事件を考察する上では問題がある。以上の理由から筆者は国立国会図書館に収録されている『刑事判決書集成（自 明治十四年 至 同四十五年）』^④（以下『刑事判決書集成』）を分析対象として選択した。『刑事判決書集成』には明治期の刑事判決が三二五件収録されているが、注目すべきは収録の対象となつた期間である。当該対象期間においては、明治十三年刑法ならびにその全面改正である明治四十年刑法が施行

され、未成年犯罪者に関しては、明治三十三年感化法、明治四十一年改正感化法が施行されている。しかしながら、これらの法が制定・施行された時期における法の運用状況については、資料的制約などの理由から未だ十分に検討されていない。したがって本稿では『刑事判決書集成』の分析を通じ、明治期における刑事事件と未成年者の関係を考察する。

一 司法省調査部『刑事判決書集成』について

1 『刑事判決書集成』について

『刑事判決書集成』の対象時期は明治一四年から明治四五年であり、対象裁判所は東京裁判所、東京始審裁判所⁽⁵⁾及び東京地方裁判所、東京区裁判所ならびにその前身の東京治安裁判所である。はしがきで説明されているように⁽⁶⁾、当該資料は該当時期に対象裁判所において出された刑事事件判決を集めて、年代順にならべたものであり、その作成目的は、

証拠説明の簡略化といふことを中心的命題としてではあるが、或は事実の判示に付又法律適用の記載に付、刑事判決書の書き方如何が論議せらるること既に久しいものがある。而して判事は日夜絶えず細心の注意と工夫とを凝らして名実共により良き判決書をものすべく苦心を重ね、又立法上も種々の試みが為されてはゐるが、現に行はれてゐるが如き刑事判決書の型は一体如何なる経過変遷の下に産み成されたものであらうか。之を沿革的に遡つて眺めんとするとき、不幸にして甚だ其の資料に乏しいのである。

茲に於て叙上の意味即ち故きを温ねて以て新しきを知らんが為、比較的参照価値の多い明治年間の裁判所を蒐めることとし(後略)⁽⁷⁾

と述べられているように、刑事判決書の書き方に関する議論の存在を背景として、刑事判決文の型の変遷を明らかにすることであった。また、「異なつた型のものは出来得る限り多種蒐集するに努めたが、用紙節約の為数を制限したので勿論網羅したとは謂ひ得ない」、「又それぞれの時代がそれぞれの標準型とも謂ふべき型を産んでゐるが之は孰れも幾多の異種型の試みの淘汰の結果と見受けられる。然し是亦数を制限した為十分に這般の消息を表現し得なかつた憾みがある。殊に初期のものに付て然りである」とあるように、該当時期における全ての刑事判決を収録したわけではない。さらに収集に際しては、事件内容ではなく刑事判決文の型に注目し、異なつた型（刑事判決の型）を蒐集することに重点が置かれたなど、一定の限界を有する資料ではある。

さて、当該資料に収録された判決数は三三二年間で三三五件であり、年度別にまとめたものが表一である。

表一

明治 一四	一〇	明治 二二	七(一)	明治 三〇	一四(四)	明治 三八	六
一五	一七(七)	二三	一八(四)	三一	六	三九	六
一六	二〇(三)	二四	二五(四)	三二	五	四〇	六
一七	九	二五	一五(五)	三三	七	四一	七
一八	一二	二六	一五(二)	三四	八	四二	六
一九	一三	二七	一四(四)	三五	七(二)	四三	四
二〇	八(二)	二八	一四	三六	九	四四	四
二一	七(二)	二九	一一	三七	九(二)	四五	六

三三二年間 三三五件。()の中の数字は被告が未成年者の事件数。

右表から明らかのように、『刑事判決書集成』には、年により多少のばらつきはあるものの、該当時期の刑事判決が毎年収録されている。

2 民事判決と刑事判決の相違

次に刑事判決を検討する前に、未成年者が関係する民事事件と刑事事件の相違を確認する。

明治期に制定された民法⁽⁸⁾ならびに民事訴訟法⁽⁹⁾には未成年者の年齢に特に配慮すべきことを規定した条文は存在しない。そのため、民事事件には原被告側のどちらにおいても未成年者をはじめとする訴訟当事者の年齢が明記されることはない。なお、管見する限りにおいては、民事事件における未成年者は、原告側としてはその後見人の財産管理能力に関する親権問題⁽¹⁰⁾など、被告側としては奉公関係など、そして原告・被告以外の場合としては、子の引き渡しや養育料請求などに関連して登場する。しかし、訴訟は未成年者の周囲の人物によって進められることがほとんどであり、未成年者が積極的に事件に関与している事例は未だ発見できていない。

これに対して刑事事件においては、明治十三年刑法に定められた年齢区分と責任能力規定を反映し、同刑法が施行された明治十五年以降は、判決文(言渡書)冒頭における住所・(職業)・氏名の記載について年齢を明記することがほとんどである。また、判決においては、事件内容を整理し、該当条文を述べた上で、各年齢層に応じた減刑等を行っている。

二 『刑事判決書集成』収録事件における未成年者

1 未成年者の犯罪に関する刑事規定

さらに『刑事判決書』の検討に先だつて、以下では未成年者の犯罪に関する刑事規定について簡潔に整理する。明治初期刑事法である「仮刑律」、「新律綱領」、「改定律例」の中に未成年者の犯罪に対する規定は無いわけではない。しかし『刑事判決書集成』に収録された刑事判決に適用されたのは主として「明治十三年刑法（以下旧刑法）」ならびに旧刑法の全面改正である「明治四十年刑法（現行刑法）」であり、本稿で取り扱う未成年者事件（明治一五—三七年）に関しては旧刑法が適用されている。

「旧刑法」における未成年者関連の条文は以下の三条である。

第七十九条 罪ヲ犯ス時十二歳ニ滿サル者ハ其罪ヲ論セス但滿八歳以上ノ者ハ情状ニ因リ滿十六歳ニ過キサル時

間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得

第八十条 罪ヲ犯ス時滿十二歳以上十六歳ニ滿サル者ハ其所為是非ヲ弁別シタルト否トヲ審案シ弁別ナクシテ

犯シタル時ハ其罪ヲ論セス但情状ニ因リ滿二十歳ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得若

シ弁別アリテ犯シタル時ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ二等ヲ減ス

第八十一条 罪ヲ犯ス時滿十六歳以上滿二十歳ニ滿サル者ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減ス

以上の規定によれば、犯罪時の年齢（滿八歳、滿一二歳、滿一六歳、滿二〇歳）によって刑の適用に差を設け、

①犯罪時の年齢が滿一六歳以上滿二〇歳未満の者に対しては一等減刑を行う。②犯罪時の年齢が滿一二歳以上滿一六歳未満の者に対しては犯罪時の是非弁別を問い、是非弁別が無いと判断された場合は罪を問わないが、滿二〇歳

までの一定期間は懲治場に留置することができる。一方、是非弁別が有ると判断された場合は二等減刑を行う。
③原則的に満二歳未満の犯罪者に対しては罪を問わないが、満八歳以上の者は事情により満一六歳までの一定期間は懲治場に留置することができる。

このように旧刑法では未成年者の相対的刑事責任能力とそれに対する減刑が規定されており、未成年犯罪者に対する減刑の根拠としては第八十・八十一條に「罪ヲ宥恕」と規定されている。それでは未成年犯罪者に関する七十九―八十一條の規定はどのような過程を経て規定されたのであろうか。この点を明らかにするために、以下では明治十三年刑法に関して最初に作成された法案である、日本帝国刑法初案（明治九年四月上申、以下「初案」）における未成年犯罪者規定を検討する。

「初案」において未成年者に関しては以下のように規定されていた。⁽¹¹⁾

第四十八條 罪ヲ犯ス時七歳以下ノ者及ヒ瘋癲白癡ノ者ハ其罪ヲ論セス

第五十五條 七歳以上十五歳以下ノ者犯罪故意ニ出レハ宥恕減輕シテ罪ヲ科ス但シ剝權監視ヲ附加セス死刑無期

徒刑流刑ニ該レハ五年以上十五年以下ノ禁錮ニ處ス有期徒刑禁獄ノ刑ニ該ルハ本條ニ記載スル刑ノ

半以下二年以上ノ禁錮ニ處ス懲役禁錮ノ刑ニ該レハ本條ニ記載スル刑ノ半以下ノ禁錮ニ處ス

第五十六條 七歳以上十五歳以下ノ者犯罪故意ニ出〔ツ〕ルニ非〔サ〕レハ宥恕シテ親屬ニ交付シ又ハ懲治所養

育場ニ入レ之ヲ懲戒ス但其期限ハ年齢ニ過ルヲ得ス

旧刑法と異なり、「初案」の未成年犯罪者規定条文は連続して配置されておらず、旧刑法とは区分年齢、「是非弁別」ではなく「故意」と記されている点等が異なる。また、「宥恕」の言葉は既に「初案」段階から使用されている。この幼者および一五歳以下の者に対する犯罪不論、宥恕減刑規定がどのように説明され、またどのように理

解されたのかについては、刑法編集会議に並行して行われたとされる、ボアソナードによる「佛國刑法講義」に見ることができる。

ボアソナードは「佛國刑法講義」において、一六歳以下の者による犯罪は、「狂癡人ノ場合ト聊カ似タル所ナリ即チ其犯人十六歳以下ニテ其罪タルコトヲ知ラスシテ犯シタルモノナリ」と説明し、「其罪ヲ犯シタルトモ之ヲ罪アリト為サ、ルナリ」と述べ、「故意ヲ以テ其罪ヲ犯シタル時ハ之レヲ罰スヘキナリ尤其刑ハ極テ輕キ罪ニ處スルナリ」⁽¹⁵⁾、つまり自分の行為が犯罪行為であることを認識し得る能力の有無を検討し、認識していない場合は罪に問わず、認識している場合は減刑すると述べている。さらにこれに関連して、一六歳を刑事責任能力の基準年齢とした理由を、「佛國ニテ二十一歳マテハ人智ノ未タ具セサルモノト為スナリ 然シ事ノ善惡邪正ヲ辨知スルハ必シモ二十一歳マテヲ待タス十六歳ヲ以テ」足レリト為スナリ」⁽¹⁶⁾、「幼者ハ全ク人ノ人タル智ヲ具セサルモノトシテ之レヲ無罪ト為スナリ」⁽¹⁷⁾と説明しているように、犯罪時の「事ノ善惡邪正ヲ辨知スル」ことの有無を重視している。その他、「十六歳以下ヲ以テ幼者ト定メタルハ何歟（カ）據ル所アルコトナルヤ」との問いに対しては、「國ノ寒暖ニ仍テ差異アル而已故二十四歳以下ヲ幼者ト為セル國アル佛國ニテ先ツ其寒暖ノ度ニ應シ十六歳ヲ以テ幼者ト為シタルモノナリ 然リ此刑法上ニ於テハ或説二十四歳以下ヲ無罪ト為シ十五歳ヨリ二十歳迄ハ幾部分カノ減等ヲ為シ二十歳以上ハ全ク本刑ヲ以テ」處スヘシト為スモノアリ 佛國ニ於テハ十六歳以下ノ罪犯ハ故意ト無意トニ仍テ無罪ト減等トノ區別アリ然レトモ若シ十六歳六ヶ月ニテ犯シタル時ハ即チ本刑ヲ以テ處スルナリ故ニ此十六歳六ヶ月ノ者ト二十歳ノ者トヲ比較スレハ其智慧ノ多少ハ固ヨリ同等ニ論スヘキモノニアラス然ラハ或説ノ如ク三等ニ區別ヲ為スモ然ル可キナリ」⁽¹⁸⁾、つまり、刑事責任無能力者とする年齢は、各国の事情によつて異なるものの、フランスにおいては十六歳未満とされていること、また一六歳以上二〇歳未満の犯罪者に対しては、さらに年齢に応じて加刑

に段階を設定することも妥当であると述べている。⁽¹⁸⁾

また、「宥恕減刑」の基礎となった訳語である「赦宥」⁽¹⁹⁾については、「赦宥ハ固ヨリ罪アルモノニシテ決シテ無罪ト為スヘキモノニアラス然シ其情状ヲ以テ論スル時ハ公益ヲ害スルト道徳ヲ損スルコト少シ故ニ之ヘテ酌量シテ其罪ヲ赦宥スルモノリ 此宥赦スヘキ場合ハ極テ稀ナルモノナリ」と説明している。⁽²⁰⁾一六歳未満で犯罪時の是非弁別が認められた者に対しては、罪を問うが、例外的に情状により減刑を行うと述べているのである。

なお、一六歳以下の幼者の犯罪行為に対する故意を判断する手続きについては、「裁判官ヨリ陪審ヘ問ヲ為シタル時陪審ヨリ其實況ヲ具状シテ之ヲ判定セシムルナリ之裁判官ヨリ陪審ヘ問ヒヲナスノ方法ハ治罪法第三百四十條ニ明文アリ十六歳以下ノ幼者ニハ重軽罪ノ差別ナク一般ニ赦宥ヲ與ヘ可キコト、為セリ」とし、犯罪の種類を問わず、たとえ「皇帝ノ生命ニ對シタル場合」でも、幼者の犯罪は、「全く其犯罪ノ責メヲ重モニ歸セスシテ論シタルモノナリ」と説明している。⁽²²⁾このように幼年犯罪者に関する規定は、フランスでは陪審制を念頭に置いており、限定されていたにせよ市民による判断を経て、個々の犯罪時における是非弁別の有無を判断できるようになっていた。これに対して当時の日本は陪審制を取り入れず、旧刑法の下では未成年犯罪者の是非弁別能力の有無の判断は裁判官に委ねられていた。⁽²³⁾

その後ポアソナードの講義を受けた人々により、刑法編集会議を経て作成された「改正刑法名例案」が元老院の審議に付されたが、これに関して井上毅は「改正刑法名例案」に対する修正意見の中で以下の様に述べている。「抑々幼者犯罪ノ者有識無識ヲ分ルコト實際ノ難キ所彼レ陪審アリ猶ホ衆心ヲ以テ推知スベシ我レハ則チコレナシ更ニ手ヲ措キ難シ第五十六條ヲ割愛シ而メ支那律ニ依リ七歳以下ヲ以テ更ニ限ヲ設クルコト可ナリ」⁽²⁴⁾つまり、井上はそもそも未成年犯罪者の是非弁別の有無を判断することは実際には難しいことを述べ、フランスにおいては陪審

を通じて一般人の感覚を加味し、そのことによって是非弁別を判断する困難を克服する可能性があるが、陪審が存在しなかった日本においては更に判断には困難が伴うことを指摘し、是非弁別を判断する規定の削除を提案したのである。井上は「第五十條 七歳以上十五歳以下ノ者禁獄ハ他囚ト獄ヲ異ニシ教育ヲ行フ其二十歳ニ滿レハ本獄ニ移ス」という修正案を提案したが、この修正案は反映されることなく、旧刑法は明治一三年に成立し、一五年から施行された。旧刑法における未成年犯罪者規定は先に掲げた様に一二歳を基準とし、八歳から二〇歳までの犯罪者を三段階に分け、一二歳から一六歳までの犯罪者に対しては犯罪時の是非弁別を検討し、その有無によって無罪もしくは有罪を言い渡す規定であった。このような未成年者に関する旧刑法上の規定は明治四十年刑法では削除され、新たに「第四十一條 十四歳ニ滿タサル者ノ行為ハ之ヲ罰セス」と規定され、現在に至る。

以下ではこの両刑法の期間に下された三七件の判決について、未成年者に対する規定の適用状況を検討する。

2 事例検討

表二は、『刑事判決書集成』に収録された三三五事件中、未成年者が被告となった三七事件の、判決言渡年度、事件、判決時年齢、そして判決内容についてまとめたものである。

表二

年	事件名	判決時年齢 ⁽²⁵⁾	判決
明治一五	窃盗	一八年一ヶ月	重禁錮三月+監視六月
窃盗	不明(一二〇)		其罪ヲ論ゼズ(已ニ懲役十年ニ處セラルルヲ以テ)

明治期における刑事事件と未成年者に関する一考察

	明治二四				明治二三	明治二二	明治二一	明治二〇			明治一六						
欺取罪	私印及約束手形偽造行使詐	持兇器強盗未遂	窃盗	放火	窃盗	強盗	強盗致死	強盗致傷	窃盗	窃盗	雜犯律不応為	強盗	窃盗	放火	窃盗	強盗	殺人
	明治五年二月生(一六―二〇)	一九年七月	一九年三ヶ月	明治一四年七月生(八―一二)	滿一四年	一九年三月	一九年二月	一九年一〇月	一九年四月	八年一ヶ月	二一年	一九年五ヶ月	一八年	一七年九ヶ月	不明(二―一六)	一九年三ヶ月	不明(一―二〇)
	重禁錮四年+監視一年	重禁錮四年+監視一年	重禁錮五月+監視六月	不諭罪(滿二年間懲治場留置)	重禁錮二月+監視六月	八年ノ輕懲役	無期徒刑	六年ノ輕懲役	重禁錮二月+監視六月	不諭罪(五月間懲治場留置)	收贖金一円五十錢	無罪(証憑不充分)	重禁錮八月+監視十月	無罪(証憑不充分)	東京輕罪裁判所ニ移ス者也	重懲役九年	無期徒刑

明治三七	謀殺	一九歳一二月生	重禁錮二年
明治三五	放火	一四年生月不詳	無罪(一年六ヶ月間懲治場ニ留置)
	放火	一四年一二月生	軽懲役六年
	窃盗及び強盗	一六年一二月生	重禁錮一年六月+監視八月
	放火未遂	一四年二月生	重禁錮一年六月+監視六月
明治三〇	故殺	二〇年七月生	軽懲役六年
	故殺未遂	一月生二〇年	軽懲役六年
	窃盗及び放火	二月生一八年	無期徒刑
	窃盗及び私印私書偽造行使	一八年九月生	五月ノ重禁錮+四円ノ罰金+六月ノ監視
明治二七	放火及窃盗	二一年五月生(一六一二〇)	重懲役拾年
明治二六	放火窃盗	明治九年一二月生(一六一二〇)	有期徒刑十五年
	強盗	一七歳三月生	軽懲役六年
	委託物費消	一四年二月生	重禁錮二十日
	放火及監視規則違反	一八年三月生	有期徒刑十四年
	強盗未遂	二一年正月生	予審から重罪公判へ
明治二五	放火未遂	九年二月	軽懲役六年
	窃盗	満一六年	重禁錮二月十五日+六月ノ監視
	窃盗	生年不詳ノ一八年	重禁錮三月+監視六月

右表から明らかなように、『刑事判決書集成』収録事件における未成年者は、年齢は判決時八歳から二一歳の者まで、犯罪の種類は窃盗や委託物費消から故殺までと多種多様である。これらの三七件を十三年刑法で規定された年齢区分に従って分類すると、①一六歳以上二〇歳未満二七件（無罪二件を含む）⁽²⁶⁾、②一二歳以上一六歳未満八件、そして③一二歳未満が二件である。以下、年齢区分毎に判決の特徴について検討を行う。

①一六歳以上二〇歳未満（無罪判決二件を含む二七件）

刑法第八十一条が適用される年齢層である。この年齢層に属する未成年者に対しては、例えば「刑法第三百六十條ノ人ノ所有物ヲ窃取シタルモノハ窃盜ノ罪ト為シ二月以上四年以下ノ重禁錮ノ處二十歳未満ナルヲ以テ同第八十一條ニ依リ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減シ」⁽²⁷⁾（傍線。筆者。以下も同様。）、「右被告ノ所為ハ刑法第三百三十九條ニ該当スル處犯時年齢満十六歳以上二十歳未満ナルヲ以テ同第八十一條ヲ適用シ本刑ニ一等ヲ減シ」⁽²⁸⁾とあるように、犯罪事実に対する該当条文を述べた後で、刑法第八十一条を適用し、刑を一等減刑するという定まった手順を踏んでいる。そもそも第八十一条は年齢による対応を規定した条文であり、七十九条・八十条のように是非弁別の有無や「情状」を判断する必要もないため、罪の軽重に関係なく行われているが、この点は、犯罪と刑罰のバランス上不均衡があるとも言えなくも無い。なお、この規定によって、死刑が科せられる事件において、未成年者であるが故に一等減刑が行われ、無期徒刑が科された事例⁽²⁹⁾もある。

②一二歳以上一六歳未満（八件）

裁判官が犯罪行為時の是非弁別の有無を判断しなければならない八十条対象者に関する収録事件数は以下の八件である。

事件一（明治一五年 窃盜）

右ノ所為ハ刑法第三百六十六條人ノ所有物ヲ窃取シタル窃盜ノ罪ニシテ二月以上四年以下ノ重禁錮二人共犯ニ係ルヲ以テ同第三百六十九條ニ依リ本刑ニ一等ヲ加ヘ二月十五日以上五年以下ノ重禁錮ニ処スヘキ者タリ然ルニ罪ヲ犯ス時十二歳以上十六歳ニ滿サルヲ以テ同第八十條第二項ニ照シ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ二等ヲ減シ⁽³⁰⁾

事件二（明治二三年 窃盜）

右被告人□□□□ハ是非ノ弁別アリテ左ノ所為ヲ犯シタリ（中略）右ハ刑法第三百六十六條第三百七十六條ニ照シ犯時年齡十二歳以上十六歳未滿ナルニ依リ刑法第八十條二項ニ照シ本刑ニ二等ヲ減シ被告ヲ重禁錮二月ニ處シ監視六月ニ付ス⁽³¹⁾

事件三（明治二四年 窃盜）

年齡犯時ニ在テハ十六歳未滿ナルモ弁別アルモノナルニ付刑法第八十條第二項ニ依リ本刑ニ二等ヲ減シ一月以上二年以下ノ重禁錮六月以上二年以下ノ監視ニ該当スル處⁽³²⁾

事件四（明治二五年 委託物費消）

右ハ是非弁別ノ思慮アリテ為シタルモノト認ム

右所為ハ刑法第三百九十五條前段ニ該ヲ以テ被告ヲ一月以上二年以下ノ重禁錮ニ處スヘキノ處犯時年齡十二年以上十六歳以下ナルニ因リ刑法第八十條末項ヲ適用シ本刑ニ二等ヲ減シ處断スヘキモノトス⁽³³⁾

事件五（明治三〇年 放火未遂）

右所為ハ刑法第四百一條第一百十二條第一百十三條ニヨリ既遂ノ刑ニ二等ヲ減シ犯時十二歳以上十六歳未滿ナルモ是非ヲ弁別スルモノニ付同第八十條第二項ニヨリ本刑ニ二等ヲ減シ⁽³⁴⁾

事件六（明治三〇年 窃盗及び強盗）

右窃盗及強盗被告事件予審終結決定ニ依リ之ヲ受ケ遂審理處被告□□ハ明治廿九年六月十九日東京地方裁判所
八王子支部ニ於テ窃盗罪ニ依リ重禁錮四月監視六月ニ處セラレタル身分ニシテ是非ノ弁別ヲ有シナカラ尚ホ

第一明治廿九年十一月十八日午前六時頃東京府南多摩郡八王子町字天王森町立八王子小学校ノ門ヲ乗越ヘ裏口
ノ戸ヲ明ケ教場ニ忍入り生徒所有ノ墨五十挺程ヲ窃取シ

第二同月二十五日午前六時頃右同町字馬乗私立折田小学校表入口硝子戸ノ破レヨリ手ヲ差入眞張棒ヲ外ツシ戸
ヲ明ケ教場ニ忍入り生徒所有ノ墨三十挺程ヲ窃取シ

第三前同日午前六時過頃右同町字馬乗私立多賀小学校周囲ノ柵丸太一本抜ケ取レアリシ處ヨリ潜入表入口ノ硝
子戸ヲ明ケ教場ニ忍入り生徒所有ノ墨四拾挺程ヲ窃取シ

第四前同月廿六日午前八時頃前記八王子小学校ノ側ニ於テ同学校ニ通ヒノ生徒△△△△（当時八歳）ニ対シ同
人ノ携ヘ居タル弁当箱ヲ突然寄越セト云ヒナガラ強取シ

第五前同日午前十一時頃右同町馬乗往還ニ於テ○○○○（当時九歳）ニ対シ同人ガ其父ノ役場ニ弁当ヲ持行途
中弁当箱ヲ渡セト云ヒ無理ニ引取ラントシタル際紐ノ解ケタルヨリ○○○ニ於テ之ヲ結ヒ居タル際該弁当箱ヲ強
取シ

第六前同月廿七日午前八時頃前記ノ八王子小学校ノ傍ニ於テ◇◇◇◇（当時八歳）ニ対シ同人ノ携ヘ居タル弁
当箱ヲ寄越セト云ヒ其拒ミタルニモ拘ラス該弁当箱ヲ強取シタリ（中略）

右第一乃至第三ノ所為ハ共ニ刑法第三百六十八條第三百六十七條第三百七十六條ニ該ルモ輕罪ノ再犯ニ付同法
第九十二條ニ依リ各本刑ニ一等ヲ加ヘ第四乃至第六ノ所為ハ共ニ刑法第三百七十八條ニ該ル年齢十二歳以上十

六歳未満ニ付同法第八十條二項ニ依リ右六所為共各本刑ニ二等ヲ減スヘク同法第六十九條第三百八十四條ヲ適用シ數罪俱發ニ付同法第百條一項ニ照シ一ノ重キ第六ノ罪ニ從ヒ其減輕シタル刑期範圍内ニ於テ處斷スヘク贓品ハ同法第四十八條ニヨリ處分スベキモノトス⁽³⁵⁾

事件七 (明治三〇年 放火)

右第一ノ所為ハ刑法第四百二條ニ第二第三ノ所為ハ同第四百六條ニ第四ノ所為ハ同第四百三條ニ該當シ犯時十二歳以上十六歳未満ナルモ是非ヲ識別スルモノニ付同第八十條第二項ニヨリ各本刑ニ二等ヲ減シ⁽³⁶⁾

事件八 (明治三五年 放火事件)

主 文

被告□□□□ハ無罪

被告□□□□ヲ一年六ヶ月間懲治場ニ留置ス

押収ノ証拠物件ハ各所有者ニ還付ス

理 由

被告□□□□ハ第一明治三十五年一月の中北豊島郡日暮里村大字日暮里□□□□番地△△△ノ依頼ニヨリ他二使シタルニモ拘ラス約束ノ賃金ヲ支払呉レザリシヲ怨ミ放火ノ決意ヲ為シ明治三十五年二月五日午後七時頃前記△△邸内物置北裏ノ葺下シニ積置アリタル杉ノ枯葉ニ所持ノ燐寸ヲ以テ放火シ該物置一棟ヲ焼燬シ

第二被告ノ性質剛戾ニシテ主人方ニ於テ屢叱責セラルルヨリ前記被告ノ肩書ニ記載アル○○○○方納屋ヲ焼燬シテ其怨ヲ晴サント決意シ明治三十五年二月六日午後五時三十分頃菜ヲ煮ルニ用イタル火氣アル燃残ノ藁ヲ該納屋内ニ積置アリシ藁ノ中ニ投込ミ放火シタルモ家人ノ發覺スルトコロトナリ遂ニ其目的ヲ達シ得ザリシ事

実ヲ認め得ヘキモ被告ハ犯時満十二歳以上十六歳ニ滿タザルモノナルコトハ被告ノ其旨ノ申立ニ徴シ明ニシテ是非ヲ弁別シタリト認ムベカラザルヲ以テ何レモ刑法第八十條第一項前段ニ該当スルヲ以テ刑事訴訟法第二百二十四條第二百三十六條ニヨリ無罪ヲ言渡スベキモ所犯情状ニ於テ懲治場ニ留置スルヲ相当ト認ムルニヨリ刑法第八十條第一項但書ヲ適用シテ一年六ヶ月間懲治場ニ留置シ押収ノ証拠物件ハ没収ニ係ラサルヲ以テ刑事訴訟法第二百二條ニヨリ処分スベキモノトシ主文ノ通り判決ス⁽³⁷⁾

右に挙げた八件中、明治一五年の窃盜事件を除く七件に関しては、判決文において「是非弁別」の有無が明記され、是非弁別があつたと見なされた場合は二等の減刑が行われている。しかしながら、①弁別能力が無かつたとされるのは明治三五年の放火事件だけであること、②犯罪時に是非弁別があつたと判断した根拠が述べられることなく、ただ単に犯罪時に是非弁別があつたとのみ記載されているなどといった点には問題がある。例えば事件六の被告は学校に無断侵入して墨を盗み、或いは生徒を脅迫してその弁当を奪う行為を行い、事件八の被告は賃金不払いの恨みから放火を行ったが、前者に対しては是非弁別が有るとされ、後者に対しては無いとされた。前者に関して再犯であることが理由の一つとなつたかもしれないが、⁽³⁸⁾いづれにせよ、この両者の行為に対する是非弁別の有無はどのような根拠によつて行われたのか不明確である。このように実際の裁判の場においては、判断基準が曖昧であることにより、個々の事件や担当裁判官による差が大きかつたのではないのかと考えられる。しかしそのことは、裁判官が行い得たことが、単に犯罪時の是非弁別の有無を判断することに限定されていたという点で、裁判官が刑に対して幅広い裁量を有していたことを意味するのではない。また、収録されたほとんどの事例（八件中七件）において是非弁別が有つたと判断されたことから、裁判官が八十条の適用を完全たらしめるために、ただ単に被告には犯罪時に是非弁別が有つたと述べたに過ぎず、是非弁別の有無に関しては立ち入つて考察することが少なかつた

説

のではないかと考えられる。

③ 一二歳未満（二件）

第七十九條に該当する事件は以下の二件である。事件が少ないこと、また実際の判決がどのようなものであったかを紹介する意図もあり、以下にほぼ全文を掲げる。

論

事件九（明治一六年 窃盜）

言 渡 書

京橋区□□町□番地平民

□□□長男

被告人

□□△△△

八年一ヶ月

右被告ハ明治十六年十二月十日京橋区□□町□番地鍛冶職○○○方火鉢ノ上ニ置アル◇◇◇所有ノ金七錢ヲ
窃取シタル事実ハ被害者告訴状巡查ノ告発状□□□□□ノ始末書被告ノ自認ヲ以テ明確ナリトス之レヲ法律ニ
照ラスニ刑法第三百六十六條三百七十六條ニ該当スルヲ以テ同條ニ因リ罰スヘキモ犯時八歳以上十二歳ニ滿タ
ザルヲ以テ同第七十九條ニ照ラシ其罪ヲ論ゼス五月間懲治場ニ留置スルモノ也⁽³⁹⁾

事件一〇（明治二三年 放火）

明治廿三年第三期第十四號

裁 判 言 渡 書

神奈川県足柄下郡下中村□□□□□□□□番地

平民 □□□弟

当時東京市下谷区□□町□番地

□□□□□□□□方雇人□□□□事

被告人

□□□

明治十四年七月生

右□□□ニ対スル放火被告事件檢察官ノ公訴ニ依リ茲ニ審理ヲ遂クル処被告□□□カ明治二十三年五月十四日下谷□□町□番地荒物商△△△居宅附属ノ物置ニ「マツチ」ヲ以テ放火シタル事実ハ本人ノ自白等ニ拠リテ之ヲ認め得ルト雖モ□□□ハ犯時齡八年以上拾貳年未滿ナルニ付刑法第七十九條上段ニ循ヒ被告□□□ヲ無罪トス

然レトモ同法但書ニ循ヒ被告□□□ヲ滿貳年間懲治場ニ留置スル者ナリ

(40)

兩事件とも被告満八歳時の犯行に関する判決である。両者とも不論罪に該当しながら、懲治場に留置されることになった情状は説明されていない。従つて、右に挙げた二例のみをもつて判断することには問題があるものの、一歳未滿において行われた犯罪に対しては罪には問えない代わりに一律懲治場留置が言い渡され、情状の検討は行われなかつた可能性が高い。⁽⁴¹⁾

三 明治四十年刑法への影響

前章においては、旧刑法における未成年者関連規定（七十九・八十・八十一条）成立の背景を検討するとともに、実際の適用状況を考察するため、『刑事判決書集成』に収録された未成年者事件を分析し、当時の未成年者事件判決における以下のような問題を指摘した。

①一六歳以上二〇歳未満の年齢層に関しては一等減刑が行われていたが、それは機械的であり、罪状や個々の事
件に応じて適用が変わるものではなかった。また減刑の根拠である「宥恕」を当時の裁判官がどのように理解して
いたのかも不明である。

②犯罪時の是非弁別を判断する根拠が判決文には見られなかった。また収録された該当事件では八件中七件が是
非弁別があると判断されていたことから考えると、多くの事件においてはただ単に是非弁別があつたと判断された
のではないかと考えられる。

③幼年層の懲治場留置は「情状」によると規定されているが、懲治場留置となつたのかを説明する文言は判決文
には見ることが出来ないため、どのような「情状」によるものなのか明らかではない。また二件のみをもって判断
することは危険ではあるが、ほとんどの場合は犯罪に問わない代わりに懲治場留置が言い渡されたのであり、七十
九条の「情状二因リ」という文言は意味をなさなかつたのではないかと考えられる。

特に②③の問題からは、七十九条・八十条において、一二歳以上一六歳未満の者は是非弁別能力があるとして二
等減刑、一二歳未満であれば、刑に換えて一定期間懲治場留置と判決を行つたのではないかと、という疑問が残る。
そうだとすれば、条文中の「情状二因リ(七十九条)」、「其所為是非ヲ弁別シタルト否トヲ審案シ(八十条)」は不
必要であり、単に年齢によって一等減刑、二等減刑、あるいは懲治場留置と規定する方が法の適用の場においては
明快であると思われる。この点について当時の法曹および立法者はどのように考えていたのであるか。以下では
明治四十年刑法の立案過程を検討することによってこの問題について考える。

旧刑法は施行直後からその改正作業が開始されたが、是非弁別能力規定が削除されるのは、次に掲げる明治三二
年の草案からである。⁽⁴²⁾

第五十三條 十四歳ニ滿サル者ノ行為ハ之ヲ罰セス但滿八歳以上ノ者ノ行為ニシテ重罪ニ該ルトキハ情状ニヨリ

十年以下ノ期間懲戒ノ処分ヲ命スルコトヲ得

第五十四條 十四歳以上二十歳ニ滿サル者ノ行為ハ其刑ヲ輕減スルコトヲ得

その後の改正案においても是非弁別能力規定が削除されているが、その理由は「本条ハ現行法第八十条及ヒ第八十一条ヲ合シ之ヲ修正シタルモノニシテ現行法ハ十二歳以上十六歳ニ滿タサル者ノ行為ハ其是非ヲ弁別シタルト否トニ因リ或ハ其刑ヲ減輕シテ之ヲ罰セス又十六歳以上二十歳ニ滿タサル者ノ行為ハ之ヲ罰シ其刑ヲ減輕スト雖モ之ヲ事實ニ徴スルニ是非ヲ弁別シタルト否トノ區別ヲ為スハ頗ル困難ニシテ實際ニ於テハ殆ント凡テノ幼者ヲ処罰スル有様ニシテ其弊ニ堪ヘサルモノアリ」と述べられている。⁽⁴³⁾既に実務上是非の弁別を区別することは困難であるとの認識が生じていたのである。未成年犯罪者に関する規定はこの後さらに単純化され、最終的には「四十一条十四歳ニ滿タサル者ノ行為ハ之ヲ罰セス」と定められたのだが、これについては以下のように説明されている。

第二ニハ幼年者ノ犯罪行為ニ付キマシテ刑ヲ減輕スルコトノ規定ヲ削リマシタノテコサイマス。前ノ案ニハ十四歳以上二十歳未滿ノ者カ罪ヲ犯シタ場合ニハ其刑ヲ減輕スルコトヲ得ト云フ事ノ規定カコサイマシタ。然ルニ此節ノ案ニハ其規定ヲ削リマシタ。其理由ハ、此改正案ニ於キマシテハ幼年者ノ責任年齢ヲ變ヘマシテ、十四歳未滿ハ總テ之ヲ罰シナイト云フコトニナツテ居リマス。十四歳以上ト致シマスレハ數ヘ年テアレハ十五歳或ハ十六歳ト云フコトニナリマシテ、一通り其人ノ知能モ發達シテ居リマス。加之、此改正案ニ於キマシテハ、多クノ場合ニ於テハ刑ノ範圍カスツト広クナツテ居リマス。ソレテ幼年者カ罪ヲ犯シタ場合ニ於テ、各条ノ刑ノ範圍内ニ於テ幼年者相当ノ刑ヲ科スル事モ出来ル。又尚ソレテモ其犯情ニ適當シナイ場合カアレハ、ソレ以

上酌量減刑ノ途カ開イテアリマスカラシテ、十四歳以上二十歳未満ノ者ニ付テ、法律上減刑ノ途ヲ開イテ置ク必要ハ無カラウト云フ趣意カラシテ、此規定ヲ削ルコトニナリマシタ。⁽⁴⁴⁾

すなわち、刑事責任年齢を一四歳（旧刑法では一二歳）に上げたこと、裁判官の刑に対する裁量が拡大したことよつて、未成年犯罪者に対して刑を減輕する規定の削除が可能になったと説明しているのである。また、旧刑法八十條は一二歳以上一六歳未満の犯罪者の、犯罪時における「是非弁別」の有無を検討し、それによつて、刑の宣告あるいは懲治場留置などを行うことができると規定していたにもかかわらず、実際にはその検討は十分に行われず、多くの場合において是非弁別があるとされ、二等減刑が行われた。これに対して明治四十年刑法では、規定上は未成年者に対する減刑を規定していないが、実務上で裁判官が酌量減刑を行うことができるため、一二歳以上二〇歳未満の犯罪者に対する刑の適用を三段階に分けて規定した条文を廃止し、単に一四歳を基準として刑事責任能力を問う規定を置いたとしても問題はないと、刑法改正特別委員会において政府委員倉富勇三郎は説明した。⁽⁴⁵⁾このようにして旧刑法で規定されていた相対的刑事責任能力は、現行刑法で規定されている絶対的責任能力へと変化し、現在に至る。

おわりに

これまで現行刑法において相対的刑事責任能力が採用されなかった理由についてはあまり検討されておらず、旧刑法で未成年犯罪者に対する規定が置かれた背景ならびに刑事裁判において未成年者に下された判決の分析も十分に行われていなかった。本論の目的はそのような問題を筆者なりに考察することにあつた。

本稿第二章において簡潔ながらフランス刑法を主として作成された旧刑法中の未成年犯罪者条項の導入過程を整

理し、『刑事判決書集成』に収録された未成年犯罪者の事例を検討を行った。それによって明らかになった、相対的刑事責任能力規定が有していた問題ならびに現行刑法に採用されなかった理由は以下の通りであった。すなわち、犯罪時の是非弁別の判断は、主たる継受国であったフランスにおいては陪審によって行われていたが、陪審制度を導入しない当時の日本においては、裁判官が行うことになった。加えて、その是非判別の有無を判断する基準は明らかではなかった。従って、多くの裁判官は実務の場でその判断に困難を感じていたのではないか、あるいは、『刑事判決書集成』収録事例に見られた様に、多くの事件においては、必要以上に犯罪時の是非弁別があつたと判断されるという問題があつたのではないかと考えられる。このことについては、実際に明治四十年刑法草案を作成する中で、そのことを問題視する声が生じていた。また、機械的に一等減刑とされた年齢層に対しては、犯罪の種類を問わずに一律減刑とすることの問題もあつた。このような問題を背景に、現行刑法においては、一四歳未満は不処罰、一四歳以上二〇歳未満の犯罪者に対する減刑規定はあえて削除し、代わりに実務の場で裁判官が事情を斟酌して酌量減刑を行うことができるようにした。この背景には、いわゆる刑事責任能力に関する研究の進歩、未成年犯罪者の受け皿としての感化院などの設置、そして裁判官が自由裁量権が拡大したことがあるが、その一方で、未成年犯罪者に対する適切な裁判ならびに処罰を希求する立場から、この後未成年犯罪者を対象とする特別法である少年法がなお一層志向される一因ともなったと考えられる。なお、西欧諸国で未成年犯罪者に対する減刑規定が登場した背景、およびそもそも刑事責任能力が登場した理由については本稿では検討することができなかった。新たな課題の一つとしたい。

(1) 大審院判決を分析した研究の他、下級審の民事判決を分析した一九九〇年代以前の研究としては、近藤佳代子氏の『明治民法施行前の廃戸主制度と「家」』(『阪大法学』一一三号、一九八〇年)・『明治民法施行前における廃戸主訴訟』

『宮城教育大学紀要』二二二号、一九八八年）等を挙げることができる。明治以降の家族法を検討する上で、当時の判例を分析することは重要であり、最近では婚姻・親子（特に子の認知に関する）判決分析を通じて村上博氏の「明治六年太政官第二一号布告と私生児認知請求」（『法律論叢』六七巻二二三号、一九九五年）等をはじめ、多様な研究成果が得られている。

- (2) <http://www.nichibun.ac.jp/graphicversion/dbase/ccdn.html> 利用に際しては申し込みが必要。
- (3) 明治期を対象とするものとしては、国立国会図書館、近代デジタルライブラリー『大審院刑事判決録 明治8年6月—17年12月、明治20—21年』（司法省、明一一—二四年）、『大審院刑事判決録』（中央大学、明二八—四五年）など。
- (4) 『刑事判決書集成（目 明治十四年 至 同四十五年）』（司法省調査部、昭和一六年）。
- (5) 東京刑事地方裁判所の前身。
- (6) 「言渡された刑事判決を、其の原本に付、保管当局の援助の下に在京の河野力判事及黒坂一男判事（現満州国斉齊哈爾高等法院審判官）を煩して蒐集し、一応年代順に並べたもの」（『刑事判決書集成』はしがき）
- (7) 前掲書『刑事判決書集成』はしがき。
- (8) 明治期に制定された民法には、法典論争によって施行の延期が決定された後、結局施行されないままに廃止された旧民法（明治二三年公布、同二五年 第三回帝國議會において同二六年一月一日からの施行の予定が同二九年一月二三日迄延期されたが、施行されないまま同三二年七月一六年に廃止された）と、法典調査会の審議を経て明治三二年に公布・施行された現行民法がある。
- (9) 明治二三年公布、明治二四年施行。
- (10) 親権に関する民事判決としては次の事件がある（住所詳細は省略、氏名は仮名。国際日本文化研究所所蔵 民事判決原本データベースより）。

三十二（ノ）一一号

判決謄本

東京市深川区

佐藤太郎方同居

幼者 鈴木次郎

東京市深川区

鑄物職右次郎

従兄

申請人 田中三郎

同市同区同町同番地平民鑄物

職右次郎伯父

佐藤太郎

(以下申請人四名略)

同市深川区

平民無業右次郎嫡母

被申請人 鈴木ハナ

右当事者明治三十二年□第十一号親権停止

仮処分申請事件ニ付検事手島兵太郎立会

ヒ判決スル如左

主文

鈴木次郎所有ニ係ル不動産ノ処分並ニ

物件ノ設定及ヒ同人並ニ其家族ノ出產

死亡ヲ除クノ外戸籍變更ニ関スル鈴木

ハナノ親権行使ヲ停止ス

事実及ヒ理由

(以下略)

嫡母が幼者の戸主廃止を企み、偽の親族を加えて親族会を開き、幼者戸主所有の不動産を処分して商業資本とする決

定を行ったことに対して、申請者が嫡母の親権停止仮処分を申請し認められた事件。

(11) 日本刑法草案（改正刑法名例案）（明治九年五月一七日）『旧刑法（明治一三年）』（1）日本立法資料全集二九（西原春夫・吉井蒼生夫・藤田正・新倉修 編集、信山社出版、一九九四年。以下『旧刑法（1）』六一・六二頁）。

(12) 四十八条が「犯罪不論」（いわゆる刑事上無罪とされる事項。七歳以下及び瘋癲白癡の行為の他、脅迫によるもの、緊急避難・正当防衛、親族相容隠行為などが規定されている項目）に、五十五・五十六条が「宥恕減刑」（未成年者、老人、女性および廢疾者に対する減刑規定）に規定されている。

(13) この場合、再犯防止のために、父母に預けるか、二十一歳を過ぎない程度までの懲治院収容が予定されている。

(14) 井上毅は幼年者減刑規定に関する「故意」の訳語には批判的であった。

「佛律十六歳以下ノ者ノ犯罪ハ其有識ト無識トヲ別ツ善惡ノ識別アルヲ云ナリ譯者字ヲ填ムルニ故意ト故意ニ非ルトヲ以テス當ラズ夫レ故意ニ非ス者ハ通メ皆罪ヲ宥ム獨リ幼者ニ限ルニ非ス抑々幼者犯罪ノ者識無識（本文ママ）ヲ分ツコト人ノ心胸毫釐ノ間ニ入ル是レ實際ノ甚タ難キ所ナリ」（改正刑法名例案）に対する井上毅の修正意見書『旧刑法（1）』八一頁。また、引用文において、井上は幼年犯罪者の「識無識」を区別することは実際には難しいであろうことを既に指摘している。

(15) 第十號 刑法會議筆記『旧刑法（1）』二二八頁。

(16) この後の「日本ニテハ如何」という問いに対して、朱筆で「日本ニテハ十五歳以下七十歳以上ノ者ト發疾ノ者ハ何レモ通常ノ刑ヨリ輕ク罰スルコト、為セリ 年齢ノ違ヒアルヲ以テ全ク赦免スルニアラス然シ幼者ハ取除クト為スナリ」と記入している。『旧刑法（1）』二二八・二二九頁。

(17) 「幼者ト雖モ故意ヲ以テテ」犯シタル時ハ罪アリト為スヘキニ付其再犯ハ矢張再犯ヲ以テ論シ加等スヘキヤ」に対するボアソナードの回答は「再犯ナル時ハ其再犯ヲ以テテ」加等スヘシ然シ通常ハ極輕ク處スヘキ譯ナリ。『旧刑法（1）』二九二頁。

(18) 旧刑法において八歳、一二歳、一六歳と区分して未成年犯罪者を処遇するよう規定したのは、ボアソナードのこのような説明を受けてのことと考えられる。但し、「刑法編纂日記」ではフランス以外に、ドイツ・ベルギー・エジプト、そして支那日本の、幼年者の犯罪に対して刑を科さない規定を比較している。『旧刑法（1）』一四八―一五二頁。

- (19) 井上毅によれば「赦宥」の訳語は箕作麟祥によるもの（井上毅「初案」修正意見）『旧刑法（一）』八一頁。
- (20) ボアソナードはこの説明の後さらに酌量赦宥・酌量軽減という言葉に触れ、酌量軽減と「酌量赦宥トノ場合ハ執行ノ實際ニ於テ大ヒニ差違アリ 酌量軽減ハ其減等ノ等差少クモ一等ヲ減スルカ又ハ二等ヲ減スルカニ止マレリ例ハ死刑ヲ一等減シ無期ノ徒刑ト為ス等ナリ 酌量赦宥ハ格別ノ減等ナリ例ハ死刑ヲ輕罪ニ為ス等ナリ」と述べ、酌量赦宥の例として「第一十六歳以下ノ幼者ノ故意ヲ以（テ）罪ヲ犯シタ時ニ就テ之レヲ減等スルコトナリ 但シ若シ故意ニアラサル時ハ固ヨリ無罪ト為スナリ此十六歳以下ノ幼者ニテ罪ヲ犯シタル時ハ重輕罪ニ拘ワラス減等スヘキモノト為スナリ」を挙げている。（佛國刑法會議 八年十月廿七日）『旧刑法（一）』二二三頁。
- (21) 佛國刑法會議 八年十月三十日 『旧刑法（一）』二二七頁。
- (22) 刑法會議筆記 九年一月十日 『旧刑法（一）』二二三頁。
- (23) それ故に当時の裁判官が未成年犯罪者に関する規定をどのように理解し、運用していたのかを知る上で、実際の未成年犯罪者の裁判において、裁判官が下した判決を検討する必要がある。
- (24) 『旧刑法（一）』八三頁。
- (25) 年齢ではなく生年が記されている場合、また年齢不明の場合は、判決文中から十二歳未満、十二歳以上十六歳未満十六歳以上二十歳未満の該当年齢層を記入した。
- (26) 「已ニ懲役十年ニ處セラルルヲ以テ第百二條ニ依リ更ニ其罪ヲ論セサル」（『刑事判決書集成』一三三頁）・「治罪法第四百一條ニ犯罪ノ証憑充分ナラサル時ハ無罪ノ言渡シヲ為シ且被告人ヲ放免ス可シトアルニ依リ無罪且放免ス」（同五一頁）。
- (27) 窃盜事件（明治十五年二月十日判決言渡）『刑事判決書集成』二〇―二二頁。
- (28) 謀殺事件（明治三十七年十二月九日判決言渡）『刑事判決書集成』七〇九―七一五頁。
- (29) 雇人と姦通した妻が、雇人の発案により、夫を毒殺した事件。妻は刑法第二九三条「毒物ヲ施用シテ人ヲ殺シタル者ハ謀殺ヲ以テ論シ死刑」、雇人にも同条が該当するとしながらも、「罪ヲ犯ス時二十歳ニ滿サルヲ以テ」、無期徒刑に処せられた。『刑事判決書集成』二四―二六頁。
- (30) 『刑事判決書集成』四二・四三。

- (31) 同 二五七頁。
- (32) 同 三四二・三四三頁。
- (33) 同 三六二・三六三頁。
- (34) 同 五一―五一三頁。
- (35) 同 五一三―五一五頁。
- (36) 同 五二六・五二七頁。
- (37) 同 六一五―六一七頁。
- (38) ボアソナードは仏国刑法会議において、幼年犯罪者が再犯である場合は、初犯時よりも罪を加重しても構わないという発言を行っており、実際に再犯加重を行っているが、そのことと再犯＝是非弁別を有すると判断することは問題が異なる。
- (39) 『刑事判決書集成』一一一・一一二頁。
- (40) 同 二五八・二五九頁。
- (41) 八歳以上一六歳未満の者が懲治場留置となった場合、年齢や犯罪の程度に応じて監獄あるいは懲治場内において適切な対応がなされたのであれば、全ての幼年犯罪者を懲治場留置としても問題はない。しかしながら、実際上の問題としては、明治二〇年代から三〇年代にかけては監獄改良が行われつつあった時期であり、未だ監獄と懲治場の区分が十分に行われていない状態であったため、刑を科さないが懲治場へ送ることの効果があつたとは思えず、果たして裁判官は自分が未成年者に対して行った判決に対してどのような認識を有していたか疑問が残る。(監獄改良に関しては拙著「明治三十三年感化法に関する一考察」『阪大法學』一九九九年、第四八巻第六号を参照。)
- (42) 拙著「明治四十一年感化法改正の意義(二・完)―『未成年犯罪者』処遇に対する明治四十年刑法の影響―」『阪大法學』二〇〇一年、第五一卷第一号。
- (43) 『刑法(明治四〇年)』(2) 日本立法資料全集二(内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫編、信山出版社、一九九三年) 一三九頁。
- (44) 明治四〇年 第三回帝國議會貴族院刑法改正案特別委員会において、政府委員倉富勇三郎が刑法改正案中 懲治

処分の削除と十四歳以上二〇歳未満者に対する刑の減刑を削除した理由説明。

(45) 明治四〇年二月六日 第二回刑法改正特別委員会において政府委員倉富勇三郎は以下のように述べた。

○政府委員(倉富勇三郎君) 現行法テハ是ハ三段ニナツテ居リマシテ十二歳未満ノ者ハ絶対ニ罰シナイ、十二歳カラ十六歳マテハ是非ノ弁別ノ有無ニ依ツテ或ハ罰シ或ハ罰シナイ、十六歳カラ二十歳マテノ間ハ本刑ニ一等ヲ減スルト云フコトニナツテ居リマス。ソレヲ此改正案テハ單純ニ十四歳前後ヲ以テ有罪ト無罪トノ區別ヲシテ、十四歳以上ノ者ハ減刑ヲ与ヘナイト云フコトニ段階カ余ホト少クナリマシタ。テ現行法テ二十歳マテハ其罪ヲ減刑宥恕スルト云フコトモコサイマスカ此結果ト云フモノハ或ハ極不適当ノ場合カ出来ル。二十歳ト申シマスルト數ヘ年ノ十二歳ニナルヤウナ者モアリマスカ、随分エライ強盜殺人ナトヲヤツテモ、何ンテモカンテモソレハ必ス一等ヲ減セナケレハナラヌトイフヤウナ結果ニナリマスカラ、此減刑ノ結果、随分實際ニ困ルコトカアリマスノテ、右等ノ事モコサイマスカラシテ、此十四歳以上ノ者ノ法律上ノ減等ト云フコトハ廢メマシタ。併ナカラ事態ノ狀況ニ依リマシテハ、裁判所カ酌量減輕スル途ハ勿論コサイマス。此改正案ニシテ酌量減輕イタシマスレハ、例令トノ種類ノ重イ罪テモスト下カルコトカ出来マスカラ、實際不都合ハ無イ積リテアリマス。(傍線、筆者。)

旧刑法草案作成に關連して行われた「佛國刑法講義」において、ポアソナードが「此十六歳六ヶ月ノ者ト二十歳ノ者トヲ比較スレハ其智慧ノ多少ハ固ヨリ同等ニ論スヘキモノニアラス然ラハ或説ノ如ク三等ニ區別ヲ為スモ然ル可キナリ」として、犯罪時ノ年齢に應じて加刑を異ならせる事も妥当と見なしていたことと比較すると、年齢に應じて一律減刑を行う規定は問題があるとした倉富の発言は興味深い。

なお、本稿は平成一五年度科学研究費補助金による研究成果の一部である。また、資料文中の旧字、異体字は適宜常用漢字に改めている。