

近世日本の刑事法における高齢者

明律の影響

片保涼介

(法学専攻 法政リサーチ・コース
推薦教員…大平祐一)

はじめに

第一章 刑事責任

第一節 中国刑法

第二節 幕府刑法

第三節 熊本藩「刑法草書」

第四節 新発田藩「新律」

第五節 会津藩「刑則」

第六節 弘前藩「寛政律」・「文化律」

第七節 和歌山藩「国律」

第二章 その他的高齢者についての特則

第一節 拷問の禁止

第二節 留 養

近世日本の刑事法における高齢者(片保)

第三章 立法理由
おわりに

はじめに

現在、日本の総人口に占める六五歳以上の高齢者の割合は二五パーセントを超える。⁽¹⁾このかつてない超高齢社会を迎え、さまざまな分野で高齢者に対する関心は高まっている。刑事司法の面においても近年、高齢者犯罪の増加という問題が深刻化しており、数多くの研究がなされている。⁽²⁾こうした高齢者に対する関心は歴史学にも波及しており、日本近世史の分野でも、高齢者についての多くの研究が公にされている。⁽³⁾しかしながら、こうした近世日本の高齢者についての研究は、もっぱら扶養や介護といった観点でなされており、刑事司法における高齢者についての研究はわずかに、平松義郎『近世刑事訴訟法の研究』⁽⁴⁾におけるものと、大竹秀男「江戸時代の老人観と老後問題——老人扶養の問題を主として——」⁽⁵⁾の二研究を数える程度であり、とくに藩法について言及している研究は大竹論文が唯一のものである。これらの先行研究によると、幕府法には高齢者への科刑や拷問についての明確な法規制は存在せず、⁽⁶⁾藩法については、熊本藩の「刑法草書」や弘前藩の「寛政律」などの、明律の影響を受けた藩の刑法典には、高齢者に対し特別な配慮を加えた規定が見出されるとされる。こうした明律の影響を受けた、いわゆる明律系藩法には、大竹論文で言及された「刑法草書」と「寛政律」の他に、新発田藩の「新律」や会津藩の「刑則」、和歌山藩の「国律」が存在する。これらの刑法典の条文を確認すると、熊本藩や弘前藩のものと同様の、高齢者に対する特則を見出すことができ、個々の明律系藩法の研究においても、以前より明律の影響例として少なからず言及されている。しかしなが

ら、大竹論文は「刑法草書」と「寛政律」の特則について、「ただ明律に從つただけ」⁽⁷⁾のものだとしており、あまり高い評価は与えていない。そして、他の三藩の刑法典については何ら触れていない。

このように、以前より存在が知られていながら、明律の単なる模倣以上の評価を得ていないと思われる、明律系藩法の高齢者に対する特則であるが、大竹論文においても指摘されているように、高齢者の年齢要件等について、明律との差異もまた見られるのである。本稿ではこうした点に着目して、これらの藩の刑法典における特則について、より積極的な評価を与えたいと思う。すなわち、前述の五つの藩の刑法典における高齢者への特則をそれぞれ検討したうえで、明律における当該規定との異同を示し、導入にあたって少なからずの工夫が見られることを指摘したい。また、そのみならず、こうした特則が他の刑事立法や、藩の政策と密接にかかわって立法されているということを立証したい。第一章では高齢者本人に対する刑罰の減免という刑事責任についての特則について検討し、第二章では拷問の禁止や留養規定といった、その他の特則について検討し、第三章において、これら高齢者への特則の立法理由について明らかにする。

第一章 刑事責任

第一節 中国刑法

明律系藩法における高齢者についての特則のうち、すべての刑法典に存在するのが高齢者の刑事責任を減免する特則である。したがって本稿では、主として刑事責任についての特則について検討したいと思う。この高齢者について

刑事責任を減免する制度は、『周礼』「秋官」司刺に、「老赦に曰く幼弱。再赦に曰く老旄。三赦に曰く蠢愚」⁽⁸⁾とあり、また同・司厲に、「凡そ爵有る者と七十なる者と未だ讎せざる者とは、皆奴と為さず」⁽⁹⁾とあるように、中国においては古くから行われていたとされる。しかし主として日本の藩の刑法典に影響を与えたのは明律であり、本節では明律の規定について概観する。明律は高齢者の刑事責任について以下のように定めている。⁽¹⁾

名例律「老小廢疾收贖」第二一条

凡年七十以上十五以下及廢疾犯流罪以下收贖（其犯死罪及謀反逆叛縁坐応流若造畜蠱毒採生折割人殺一家三人家口会赦猶流者不用此律其余侵損於人一宥罪名並聽收贖○会典謀下無反逆字）八十以上十歲以下及篤疾反逆殺人応死者議擬奏聞取自上裁盜及傷人者亦收贖（謂既侵損於人故不許全免亦令其收贖）余皆勿論（謂除反逆殺人応死者上請盜及傷人者收贖之外其余有犯皆不坐罪○会典謀下無反逆字）九十以上七歲以下雖有死罪不加刑（九十以上犯反逆者不用此律）其有人教令坐其教令者若有贓応償受贓者償之（謂九十以上七歲以下之人皆少智力若有教令之者罪坐教令之人或盜財物傍人受而將用受用者償之若老小自用還著老小之人追徵）

同「犯罪時未老疾」第二二条

凡犯罪時雖未老疾而事發時老疾者依老疾論（謂如六十九以下犯罪年七十事發或無疾時犯罪有廢疾後事發得依老疾收贖或七十九以下犯罪八十事發或廢疾時犯罪篤疾時事發得入上請八十九犯罪九十事發得入勿論之類）若在徒年限内老疾亦如之（謂如六十九以下徒役三年役限未滿年入七十或入徒時無病徒役年限内成廢疾並聽准老疾收贖以徒一年三百六十日為率驗該贖錢數折役收贖仮如有人犯杖六十徒一年已行斷罪拘役五箇月之後犯人老疾合將杖六十

徒一年、總該贖錢一十二貫、除已受杖六十、准錢三貫六百文、該刺徒一年、贖錢八貫四百文、計算每徒一月、該錢七百文、已役五箇月、准錢三貫五百文、外有未役七箇月、該取贖錢四貫九百文之類、其餘徒役年限、贖錢不等、各行照數折算取贖。犯罪時幼小事發時、長大依幼小論（謂如七歲犯死罪、八歲事發、勿論十歲殺人、十一歲事發、仍得上請十五歲時作賊、十六歲事發、仍以贖論）

本二条は高齢者以外に、幼年者や障害者の刑事責任についても規定しているが、本稿との関係上、高齢者にかかわる部分のみを取り上げる。また本二条は、唐律や清律のそれとほとんど同じであるから、唐律や清律についての研究を参照しつつ解説したい。¹²⁾

第二一条「老小廢疾取贖」条は、高齢者の刑事責任について以下のように定めている。七〇歳以上・七九歳以下の者は、流罪以下（笞罪・杖罪・徒罪・流罪）の罪を犯した場合は贖を収めさせる。ただし、死罪の場合や反逆（謀反・大逆）に縁坐して流罪となる場合、蠱毒を造畜したり、生人の身体を損壊したり、一家三人を殺して、恩赦にあつてもなお流刑に処せられる場合には本条を適用しない。その他の人を侵害する犯罪については贖を収めさせる。¹³⁾八〇歳以上・八九歳以下の者は、反逆や殺人で死罪にあたる場合は、皇帝の裁断に委ねる。盗や傷害の場合は贖を収めさせる。その他は免除する。九〇歳以上は、死罪を含めて免除される。ただし反逆の場合には本条を適用しない。教唆者がいた場合は教唆者を処罰する。盗品はこれを受け用いた者に賠償させ、本人が用いたならば本人に賠償させる。次の第二二条「犯罪時未老疾」条は、犯罪時に前条の要件に該当しなくとも、犯罪発覚時に前条の要件に該当していれば、その効果を適用するというものであり、徒刑の刑期中に当該年齢（七〇歳）に達した場合には、残り刑期

分の贖を収めさせ釈放すると定められている。

こうした規定が立法された理由には、第一に高齢者を憐れむという、儒教の敬老の精神があつたことは言うまでもないであろうが⁽¹⁴⁾、より直接的な理由としては、主として高齢者が、笞刑や杖刑、徒刑、流刑といった常人並みの刑罰を受ける体力を有さないという、受刑能力の問題にあつたという⁽¹⁵⁾。もつとも第二条に「謂九十以上七歳以下之人皆少智力」とあるように、高齢者の智力、すなわち責任能力が常人と比べて減退しているというのは一般的傾向であつて、明律においても今日的な責任能力の要素が存在しないわけではない⁽¹⁶⁾。しかし、犯罪発覚時の年齢を適用するという第二条は、今日的な責任能力の概念では説明しがたく、本規定は受刑能力と責任能力という二つの概念が混在した規定であろうとされている⁽¹⁸⁾。

第二節 幕府刑法

このように中国刑法が高齢者について刑事責任を減免する規定を有していたのに対して、幕府刑法には高齢者の刑事責任についての明確な規定が存在しない⁽¹⁹⁾。これは単に規定が存在しないというだけではなく、七〇歳以上の者に対しても敲を、八〇歳以上の者にも押込を執行できるとした寛政六年(一七九四)の両例⁽²⁰⁾が示すように、高齢者に対しても原則としては正規の刑罰が執行されていたようである。もつとも、幕府が高齢者に完全に無配慮であつたわけではなく、七〇歳以上の者を敲から過宥牢へ換刑可能とした事例⁽²¹⁾や、八〇歳以上の者を手鎖から押込へと換刑したという事例の引用⁽²²⁾があり、また敲であっても高齢者については弱く敲くという慣行も存在したようである⁽²³⁾。しかしながら、先に見た中国刑法と比較した場合、金銭に代替したり、まったく刑罰を免除したりするということではなく、高齢者と

いえども何らかの刑罰を科す方針であったことがうかがえる。こうした幕府刑法の方針を見ると、後述する明律系藩法の高齢者に対する扱いは、近世日本においては特徴的であると言えるのである。

第三節 熊本藩「刑法草書」

最初に取り上げる熊本藩の「刑法草書」は、藩主・細川重賢による宝暦の改革の一環として制定された刑法典であり、宝暦五年（一七五五）に一度施行されたのち、全面改正されたものが宝暦十一年（一七六一）に施行された。本節で検討する「御刑法草書附例」は、宝暦十一年施行本に追加法である「例」および参考とすべき判例等を附加したもので、天保一〇年（一八三九）に完成したものである。⁽²⁴⁾ 徒刑制度の導入で知られる本法典については多数の研究が公にされているが、高齢者の刑事責任規定についても八重津論文⁽²⁵⁾で言及されている。本節ではこの成果を参照しつつ「刑法草書」の高齢者の刑事責任規定について検討したい。

「御刑法草書附例」の高齢者の刑事責任規定は、以下の通り「名例」に規定されている。⁽²⁶⁾

老人幼少之者犯罪

一七十歳以上十五歳以下之者、徒刑以下を犯候ハ、贖刑を以宥之、死刑を犯候ハ、当罪を以論す、

一八十歳以上十歳已下之者、徒刑已下を犯候ハ、不加刑、死罪を犯候ハ、臨時 上裁を仰く、

近世日本の刑事法における高齢者（片保）

但、人を傷け且致盜候ハ、父兄子孫より傷げ候もの江医薬之料を給せしむ、盜之品は財主江還附せしむ、

一 九十歳以上七歳已下之者ハ、死刑を犯といへ共不加刑、若教て犯さしめ候ハ、教候者死罪を以論決、

例

寛政七年

一 譬へハ六十八歳にて三年之徒ニ入候もの、二年過七十歳ニ至候時、三ヶ年之贖錢式拾五貫文之内より式年之月数を引、残る一ヶ年分之贖錢を収しむ、若徒之年限内廢疾と成たる者も、右に可准段相究候事、

寛政十年二月

一 七十歳以上十五歳以下并廢疾之者、拷問被 仰付間敷段、御穿鑿頭江及達候事、

寛政六年九月

一 御刑法ニ七十歳以上贖を以被宥候と有之候処、如何成僉議にて、七十歳已下も老人を以被宥候例致出来候哉、右之通候ては御法之限、埒も無之様相見候、因て此例を被立置儀候ハ、七十歳近キものは、人に

より甚老衰又ハ生得病氣等ニテ、笞刑被 仰付候ては廢疾にも至候と申儀ニ候ハ、被宥候ても可然哉、又ハ犯罪之事柄ニより評議も可有之哉と、郡浦手永波多村文右衛門贖刑被 仰付候節、分職嶋田嘉津次及僉議、奥江相達、其通相究候事、

天保九年十月

一 盜賊条之外、余罪ニても造意至て不届なるは別段、若一ト通之罪状ニテ、先ハ雜犯ニ類スベキ程之者ニ候ハ、七十歳未滿ニても年齢ニ不応、衰老又ハ生来病身等廢疾ニも可准者ハ、臨時判断を以笞刑被宥、収贖可被 仰付段、此節御長柄之者尉右衛門僉議ニ相究、以来男女共六十五歳以上之者、年齢ニ不応、老衰等之様子相見候分ハ、其趣口書ニ付紙被用候様、御穿鑿所江及達置候事、

(以下略)

本条によると、七〇歳以上・七九歳以下の者は、徒刑以下の刑罰（笞刑・徒刑）を免じられ贖刑に換刑されるが、死刑の場合は実刑が科される。八十歳以上・八九歳以下の段階になると、徒刑以下の刑罰は贖刑も含めて免除され、死刑の場合は「上裁を仰ぐ」とされる。また強盜致傷の場合、父兄子孫より被害者に治療費を給付させ盗品は返還させる。九〇歳以上の段階では、死刑であっても刑罰を科されない。この場合でも教唆者は死刑となる。明律の「犯罪

時未老疾」条に相当する規定は見られないが、寛政七年の「例」で徒刑の刑期中に七〇歳に達した場合に残りの刑期を贖刑として釈放する立法がなされている。こうした明律に準じた高齢者の刑事責任規定は、宝暦五年施行本やその草案、宝暦一一年施行本の草案類にもあり、⁽²⁸⁾ 高齢者について刑事責任を減免するというのは、「刑法草書」の立法当初からの方針であったことがうかがえる。それでは、「刑法草書」以前において高齢者の刑事責任がどのように問われていたかという点と、「刑法草書」草案の一つに以下のような書入が存在する。すなわち御国追放となるべき者が「七十歳余ニ相成忘却仕候躰」であったため、中追放とした元禄一四年(一七〇一)の判例である。⁽²⁹⁾ これによるならば「刑法草書」以前においても高齢者の刑事責任を減じることが行われていたようである。しかしながら、刑事責任を減じるといっても金銭に換えたり実刑を完全に免除したりする方法ではなく、「刑法草書」に至ってそうした方法を採用したことは注目されるべきである。

また「刑法草書」の高齢者の刑事責任に対する態度で特徴的であるのは、「例」により年齢要件が緩和されているという点である。まず寛政六年九月の「例」によって、七〇歳未満の者であっても、老衰や病気等により笞刑を執行して廢疾となる恐れがある場合は、七〇歳以上と同様の扱いをすべきことが定められ、天保九年十月の「例」ではこれに追加して、六五歳以上の者で、盜賊条の犯罪や不届な犯罪は別として、老衰等の様子が見える場合は、その旨を口書に付紙するように定められている。しかしながら、嘉永元年(一八四八)に出奔して六九歳で刺青笞八十・徒刑二年に処された判例⁽³⁰⁾が残されており、犯人の健康状態や犯罪の重大性によっては、この年齢要件の緩和が必ずしも適用されなかったであろうという点については注意が必要である。だが、この事例であっても七〇歳となった翌年には、徒刑の刑期の半ばで釈放されており、寛政七年の「例」ならびに、本条における七〇歳の年齢要件は厳格に順守され

ていたと考えられる。さて、こうした年齢要件の緩和が行われた理由についてであるが、七〇歳近くの者はすでに老衰が甚だしいという実質的な理由もあるが、熊本藩において武士の隠居が、五〇歳から六〇歳前後にかけて多く行われた⁽³¹⁾という慣行を反映してのことではないかという点を指摘しておきたい。

第四節 新発田藩「新律」

続いて取り上げる新発田藩の「新律」は、藩主・溝口直養による安永の改革の一環として天明四年（一七八四）に制定された刑法典である。⁽³²⁾高齢者の刑事責任に関する規定は、「新律」の名例にあたる「新律取扱之覚」（以下「覚」）に存在する。⁽³³⁾

（「覚」第一六条）

一年七十以上之男六十以上之女十一以上十五以下之者并片輪等にて一人立之渡世成かたき者ハ、御領分払以下之罪を犯候節ハ、御追放不申付軽重之過料可申付、八十以上八歳以上十歳以下之者并片輪等にて一切渡世不相成もの
とハ、吟味之上逆罪又ハ人殺に相違無之、其向分御仕置付伺出候共、猶出席評議申付候上相伺可申候、尤盜致候
と人に疵付候ハ、罪状軽重之無差別一同相当之過料申付、

近世日本の刑事法における高齢者（片保）

右之外輕犯罪有之候共、御咎方に不及事、

附、幼少并一切渡世難成ものと云へとも、父母を毆候者

ハ御用捨難成ものに付、相糺之上相伺可申事、

(同第一七条)

一 九十以上七歳以下之ものハ死罪を犯候共、御咎方御用捨

被成下候、併逆罪之ものに引合有之候得ハ、相当之御咎

方可申付事、

附、外に悪事を勸教候て為致候者有之候得ハ、右悪事を

勸込候もの江相当之御咎方可申付事、

(同第一八条)

一家屋敷田畑御取上妻子共御追放被 仰付候者之家内に老

人有之節、男ハ七十以上女ハ六十以上之者ハ村方住居無

御構旨可申渡候、尤右七十以上六十以上之者にても、当

人引合之罪有之節ハ、相当之御仕置可申付事、

(同第一九条)

一 惣て極老并片輪等にて渡世成兼候体之者、右体に不相成

以前之犯罪露見いたし候ハ、極老并片輪等之訳を以論決

可致事、

附、幼少にて犯候罪状十六歳以上にて露見致候もの、右

幼少之訳を以論決可致事、

これによると、七〇歳以上・七九歳以下の男と六〇歳以上・七九歳以下の女とは、御領分払以下の刑罰（追込・戸メ・手鎖・杖・追放）⁽³⁴⁾が過料に換刑される。八〇歳以上・八九歳以下の者は、逆罪や人殺の場合は「出席評議」の上で何うとし、盗と傷害については過料、その他の犯罪は不処罰としている（第一六条）。そして九〇歳以上では、逆罪が「相当之御咎」となる他は刑罰は科されないが、教唆者は処罰される（第一七条）。興味深いのは縁坐に関する条文が存在する点であり、「家屋敷田畑御取上妻子共御追放」となった家に、七〇歳以上の男あるいは六〇歳以上の女がいた場合、これらの者は村方住居を許される（第一八条）。そして明律の「犯罪時未老疾」条に相当する条文もまた存在している（第一九条）。

「新律」の高齢者の刑事責任規定で特徴的なのは、男女で年齢要件を区分するという方法である。これは明律にも唐律にもみられないものである。ただし唐律・賊盜律「謀反大逆」条に「男夫年八十及比篤疾、婦人年六十及比廢疾ノ者」⁽³⁶⁾と男女で年齢要件を分けた規定があり、これに示唆を受けたと考えられる。また六〇歳という年齢についてであるが、安永九年（一七八〇）に編纂された「新令」という領民向けの法令で、「六十歳以下」の者は村内や近隣での事件事故の際は動員されるものと定められており、⁽³⁷⁾六〇歳を一種の基準とする新発田藩の慣習が反映された可能性も指摘できるだろう。

第五節 会津藩「刑則」

会津藩の「刑則」は、藩主・松平容頌の時代、家老田中三郎兵衛玄宰の主導した天明・寛政の改革の一環として寛政二年（一七九〇）に制定された刑法典である⁽³⁸⁾。これは主として刑罰の種類とその内容を成文化したものであり、高齢者の刑事責任規定も「士庶通条」において以下のように存在している⁽⁴⁰⁾。

(第六二条)

一 在勤之外年八拾歳より以上、又ハ拾歳より以下之者ハ、刑罰を不加して可赦之、

但、右可赦者といへとも、事跡ニより、難赦罪状之ものハ、右之法格に不拘、其宜ニ応し批判可申出事、

(第六三条)

一年七十歳より七十九歳までと、拾壹歳より拾四歳迄、又ハ廢疾之者と、生れ付蠢愚にして小児のことき者ハ、

右肉刑以下贖銅十ヶ一之割合を以、令納贖可宥之事、

(第六四条)

一 士人及年割以上月割以下御家人并庶人之内、押込牢舎之所当可申付者にて、在勤之外隠居、或ハ其勤を退居、

及浪人躰之者、右宥之法ニ当る時ハ、大凡前条十ヶ一之割合に準、所当之等級を降して可宥之、

但、僧侶、修験、社人之内、一寺一社之勤不致者ニ而も、是また右宥之法に当る時ハ、本文之通、所当之等

級を降して可宥之事、

(第六五条)

一 拾四歳以前に犯したる罪跡、壯年に及て顕る時ハ、拾四歳以前之法ニ処し、又壯年悪事、七拾歳以上ニ至て顕る、時ハ、七拾才以上所当可申付之、八十才以下容赦之儀も、可準右之断事、

(第六六条)

一 右ニ顕候老幼廢疾蠢愚之者といへとも、其罪跡不軽して、右十ヶ一之割合を以、難相宥者ハ、右之法格に不拘、各随其宜可為判断事、

これらの規定については手塚論文において、「刑法草書は、明律の直訳的傾向が顕著であり、いわば直接継受的な色彩が濃厚であるのに反し、刑則は、その内容をかなり咀嚼、消化して撰取していることがわかる」。また「刑事無責任の範囲が「八十歳以上又八十歳以下」と明律よりも拡張されていることは、注目すべき点である」と述べられている。いま一度これらの規定を見てみると、「在勤」のほかの八〇歳以上は、刑罰を科されない(第六二条)。七〇歳以上・七九歳以下は、肉刑以下(笞刑・杖刑・徒刑・肉刑)の刑罰は科されず納贖となる(第六三条)。また「在勤」のほか七〇歳以上・七九歳以下の者が、閏刑である「押込牢舎」に処せられる場合は、「所当之等級を降して」納贖させる仕組みとなっている(第六四条)。明律の「犯罪時未老疾」条に相当する規定も存在する(第六五条)。特徴的なのは重大な犯罪については本条には従わず、随時判断するという規定がある点である(第六二条但書、および第六六条)。納贖については、納贖期限の延長も認められ、期限を過ぎても納贖できない場合であっても実刑は科さない(第二八、三二六、四〇条)。「在勤」の者が刑事責任の減免の対象とならないのは、「在勤」ならば当然に完全な意思

能力を有するものと判断」されたためである。⁽⁴²⁾

第六節 弘前藩「寛政律」・「文化律」

弘前藩においては以下の三種の法典が知られている。初めに編纂されたものが、安永四年(一七七五)に成立した「安永律」(御刑罰御定)である。これは大まか、粗略で、幕府法を系統的に学んで取り入れた形跡もないとされている。⁽⁴³⁾ 第二に編纂されたのが、寛政九年(一七九七)に成立した「寛政律」(御刑法牒)であり、これに至って明律の全面的利用が見られる。⁽⁴⁴⁾ そして第三が文化七年(一八一〇)に成立した「文化律」(御刑法牒)であり、幕府の「御定書」への積極的接近が見られる。これは「寛政律」が明律に範を求めすぎたための改正であったが、「寛政律」を完全に廃止したわけではなく、以降も裁判において「寛政律」のほか、「安永律」や「御定書」、唐律・明律・清律などの参照が見られるという。⁽⁴⁵⁾

このうち「寛政律」および「文化律」に高齢者の刑事責任規定が現れる。「寛政律」の本規定に対しては、その独自性について、日本の武家法には存在しない、儒教思想の影響を受けたものであるという指摘がなされており、⁽⁴⁶⁾ 前述の通り大竹論文でも明律の影響によるものとして触れられていた。⁽⁴⁷⁾ いくつかの「寛政律」・「文化律」の写本には、「……公儀ニテ幼少者ノ刑斗ニテ、老人罪科ヲ犯候節ノ御刑法、相見不申候、老人幼少者ノ義ハ何レモ、同様ノ義奉存候……」(寛政律)⁽⁴⁸⁾。また、「公儀にハ拾五歳以下ハ御仕置一等軽申付候差別有之候得共、七拾以上三而も御仕置差別無之儀、異国之法并上代者此差別有之候間、七拾以上御仕置差別有之候而も可然事」(文化律)⁽⁴⁹⁾といった記述が見られる。幕府刑法には幼年者についての規定はあるが、高齢者についての規定は存在しない。しかしながら、高齢

者への刑事責任の減免も幼年者に対するものと同様であると述べている。弘前藩が幕府刑法と異なる立法をしているという点に、自覚的であったことが理解できよう。

「寛政律」では「定例」の「老幼廢疾之事」条および「贖刑」条において、高齢者の刑事責任について言及しているため両方以下に引用する⁽⁵⁰⁾。

贖刑

(換算略)

右過料之儀ハ老幼廢疾之類、刑ニ不可行者、并過ニ
て人ヲ殺、或疵付候類、相当之過料ニて罪ヲ贖ひ可
申事、

一過料之者、若貧困ニて上納難相成者ハ、銅鉞山へ差遣、
一日六十文之積ヲ以、夫役ニ使ひ可申、若又老幼廢疾之
類、夫役ニも難相成者ハ、其身牢舎之上、一年或ハ二年
ニて用捨可致事、

老幼廢疾之事

一歳七十以上十五歳已下并廢疾之者、死罪以下、贖ニて用
捨可致事、八十已上十歳以下、死罪を犯候者ハ、上聞之

近世日本の刑事法における高齢者(片保)

上、時宜御沙汰可被仰付事、盜賊并人に疵付候者、贖を
出せ可申事、其余の罪ハ御構無之、九十已上七歳已下ハ、
死罪ニても、刑ヲ不加事、

但、罪を犯候節、未老疾ニ無之候共、事顕候節、老
疾に候得ハ、老疾ヲ以、沙汰可致事、

幼少之節、罪を犯、壮年ニ至、事顕候節、幼少之例
ヲ以、沙汰可致事、

廢疾之事、惣て人事ニはつれ候片端、病人を言也、
馬鹿、乱心之類も廢疾と可致事、

これによると、七〇歳以上・七九歳以下の者は、「死罪以下」の刑罰（戸メ・鞭刑・鞭刑追放・徒刑）は免じられ贖（過料）に換刑される。八十歳以上・八九歳以下の段階になると、死刑の場合は「上聞之上、時宜御沙汰可被仰付事」とされる。また盜賊および傷害の場合は贖となり、その他の犯罪については不処罰となる。九〇歳以上の段階では、死刑であっても不処罰となる。明律の「犯罪時未老疾」条に相当する規定もまた存在する（以上「老幼廢疾之事」）。高齢者に実刑を科さないという規定は「贖刑」条にも述べられている。

「贖刑」条では、貧困により贖を支払えない場合の取り扱いについて規定している。贖を支払えない場合、一日あたり六〇文で徒刑同様に鉾山での夫役に従事させ、鉾山での夫役に耐えられない高齢者については、一、二年牢舎に

収監してこれに替えるという方法をとっている。この方法は文化元年（一八〇四）の「覚」⁽⁵¹⁾によって、より詳しく定められた。すなわち錢高三貫文までの滞納については三〇日の慎、三貫六百文から六貫文までの滞納については六〇文につき一日の慎を科し、一二貫文から四二貫文までの滞納については六〇文につき一日の牢居を科すというものである。もつとも徒刑自体が文化八年（一八一二）に廃止され、徒刑を牢居に替えて行うとされた際に、この日数よりも少ない日数の牢居で済むことになったから、⁽⁵²⁾贖を滞納した高齢者の牢居日数も同等以下になったと考えられる。高齢者については夫役は科されたいはいえ、牢舎に収監するというのは実質的に刑罰であり、先の会津藩の「刑則」が贖を支払えない場合でも、実刑を科さないとしていたのとは対照的な方針であるといえる。

文化七年の「文化律」においても高齢者の刑事責任規定は、文化元年の「覚」も含めて、「老人幼少者并片輪者御刑法捌之事」と「贖定之事」とに定められている。⁽⁵³⁾しかしながら、「寛政律」制定以降の当該規定については、要件が制限されたかのような記述を見出すことができる。「文化律」の写本の一つにある、「……尤九拾以上主殺親殺之儀ハ時宜御沙汰……」⁽⁵⁴⁾、および「老人幼少者片輪者之分、主殺親殺之外死罪を犯候節は永牢」⁽⁵⁵⁾という記述である。これによるならば、九〇歳以上であっても主殺・親殺については何らかの刑罰が科され、またそれ以外の犯罪でも死罪を犯した場合は永牢となると定めている。前者の主殺・親殺については「寛政律」の写本にも類似の書入があるため、⁽⁵⁶⁾この厳罰化がいつ行われたのかは分からないが、先の贖の滞納者に対する牢居と並び、弘前藩の客観主義的な刑法観を感じさせるのである。しかし、それでも、幕府刑法との異同に言及したうえで、高齢者への刑事責任の減免を正当化したり、御定書への積極的接近が見られる「文化律」においてもなお、こうした規定を存置したりするなど、高齢者への刑事責任の減免という方針を維持し続けた点は注目されなければならない。

第七節 和歌山藩「国律」

和歌山藩においては元禄期より明律研究が行われていたが、この「国律」は藩主・徳川治宝の時代、享和年間以降(二八〇一)に編纂された刑法典であり、和歌山藩の刑法改革の集大成とされるものである。⁽⁵⁷⁾「国律」の高齢者の刑事責任規定は以下の通りである。⁽⁵⁸⁾

〔名例律〕第八条

一 三宥三赦 臨時に罪を宥赦するをいふ

一 宥曰不識 (略)

二 曰過失 (略)

三 曰遺忘 (略)

一 赦曰幼弱 (十五歳以下ハ刑を軽くし、七歳以下ハ全く赦すをいふ)

二 曰老耄 (七十以上ハ刑を軽くし、八十以上ハ全く赦すをいふ)

三 曰蠢愚 (愚昧にて理を弁へざる者は刑を赦すをいふ、乱心者も愚昧同様なれば是亦赦すべし)

〔同第一〇条〕

一 老幼篤疾者宥刑

三赦の内ニある通りにて七十以上十五以下八十悪等の罪を犯すハ格別、其余ハ一等も二等も軽く咎むへし、八十以上十歳以下并ニ篤疾の者ハ反逆不道等之外ハ赦すへし、九十以上七歳以下ハ死罪を犯し候ても全く刑を加えず、若人ありて教へせしめて罪を犯せば其教へせしむる者を罪に行へし、

一罪を犯す時いまた老疾ならず共事発する時老疾なれば老疾といふを以て論すへし、罪を犯す時幼少ニして事発する時長大なれば幼少といふニ依て論すへし、

特徴的なのは、「三宥三赦」(第八条)という条文が見られる点である。これは明律にも唐律にも存在しない条文である。⁽⁵⁹⁾これは『周礼』「秋官」司刺の「三宥三赦之法」を参照して編成したと考えられる。この「三宥三赦」の細則として設けられているのが、「老幼篤疾者宥刑」(第一〇条)である。これによるならば、七〇歳以上・七九歳以下の者は十悪などのほかは「一等も二等も軽く咎む」とされ、八〇歳以上・八九歳以下の者は反逆・不道などのほかは不処罰となり、九〇歳以上の者は死罪であっても不処罰となる。教唆犯についての規定と、明律の「犯罪時未老疾」条に相当する条文も存在する。贖刑自体は規定されているが(「名例律」第四条)、七〇歳以上・七九歳以下の段階において贖に換刑しない点が独特であり、その代わりに「一等も二等も軽く咎む」とされているが、これがいかなる減輕

方法を指し示すのかは不明である。しかし同様に、「一等も二等も軽く咎む」とされている「十五以下」の者の犯罪について、「国律」の「人命律」は、「十五歳以下之者子心ニテ無弁人を殺候へハ一命被助二十里外追放」としており、少なくとも死刑にはならなかったであろうと推察される。また、適用される犯罪・刑罰が明律の流罪以下ではなく、十悪以外とされているから、十悪以外ならば死刑に該当する犯罪も減輕されることになり寛大な処置となっている。八〇歳以上・八九歳以下の段階では逆道と不道のほかは不処罰であり、九〇歳以上の段階ではすべて不処罰であるから、これもまた明律や他の藩法よりも寛大な処分である。

こうした高齢者の刑事責任の減免は「国律」制定以前の天明・寛政期から行われていたようであり、「三宥三赦」条に、寛政九年（一七九七）に八〇歳余の武士の御城下追放を免じた判例や、天明元年（一七八二）に「極老」の武士を不処罰にした判例が引用されている。⁶⁰ これらもまた和歌山藩の明律研究を受けてのものではないかと考えられる。

第二章 その他の高齢者についての特則

第一節 拷問の禁止

前章では高齢者の刑事責任という観点で、明律系藩法における高齢者についての特則について見てきたが、いくつかの明律系藩法は刑事責任についての規定以外にも、高齢者についての特則を設けている。その一つが拷問の禁止規定である。「人を罪に問うためには、原則として、犯罪事実が本人の自白によって確かめられなければならないとするのが、帝制中国……において一貫してとられていた大原則」⁶¹であり、その自白を得るために拷問が行われたの

であるが、その拷問には杖が用いられ、これは刑罰の笞・杖刑以上に過酷である⁽⁶²⁾。したがって明律では「老幼不拷訊」条⁽⁶³⁾により、七〇歳以上の者に対する拷問を禁止し、代わりに衆証（三人以上の証言）によって罪を定めるとし、この場合八〇歳以上の者は証人とすることができないと定めている⁽⁶⁴⁾。

有罪を決定するにあたり、本人の自白を必要としたというのは、幕府の刑事法においても同様である⁽⁶⁵⁾。したがって自白強制のための拷問は不可避であった⁽⁶⁶⁾。幕府の拷問には「拷問」と呼ばれた釣責と、「牢問」とよばれた笞打・石抱・海老責とがあり、このうち笞打と石抱とがもっぱら行われたのであるが、いずれにせよ刑罰と同様に過酷な方法である。この点について幕府刑事法は、高齢者について明確な特則を設けておらず、七九歳の者に対して牢問が行われかけた事例も存する⁽⁶⁸⁾。これに対して熊本藩および新発田藩、和歌山藩は明確に高齢者に対する拷問を禁止している⁽⁶⁹⁾。熊本藩では寛政十年二月の「例」（本稿第一章第三節）において、七〇歳以上の者への拷問を禁止した。また新発田藩「新律」では、七〇歳以上の者への拷問を禁止しているほか、八〇歳以上の者を証人とすることを禁じるなど明律に忠実に立法している。和歌山藩「国律」でも七〇歳以上の者への拷問を禁止している⁽⁷²⁾。

第二節 留 養

本節で取り上げる留養は、これまで検討してきた規定とは異なり、犯人自身の年齢を要件としたものではなく、犯人の祖父母・父母が高齢であることを理由に、犯人の刑罰を減免する制度である。清律の留養規定については、「犯人の祖父母・父母……が七十歳以上の老人であるか、または心身障害者であり、且つ犯人の他には、父母等を養うべき十六歳以上の成人が家にいない場合、犯した罪が死罪ならば皇帝の裁定を仰ぎ、軍・流・徒罪ならば杖一百を執行

した上で、余罪を收贖で代替し、犯人を父母等のもとに留めて彼らを養わせるとする、一種の刑罰軽減規定⁽⁷³⁾として説明され、明律においても、これとほぼ同じ規定が「犯罪存留養親」条⁽⁷⁴⁾として定められている。この留養規定を唯一継受しているのが新発田藩「新律」であり、「覚」第二条に以下のように存在する。⁽⁷⁵⁾

一 祖父父母父母之年八十以上并老病等にて渡世難成も□親類⁽²⁾

之内引受養育可致もの無之処、子又ハ孫之内罪を犯御追放に可相成筋に候者、伺之上御追放ハ不申付、外に御仕

置付取斗可申事、

明律と比較するならば、祖父母・父母の年齢要件が八〇歳に引き上げられている点、また死罪が適用の対象から外され、追放のみが適用対象となっている点を指摘できる。追放からどのような刑罰に変えられるのかは不明だが、「新律」におけるほかの刑罰、すなわち追込・戸メ・杖・過料が科されるか、あるいはこれらの併科が行われたと考えられる。適用要件が制限されているのは、犯人自身とは無関係な事実により、刑罰を減免するという制度に対する抵抗感が存在したからではなからうか。

第三章 立法理由

これまで検討してきた各藩の刑法典における高齢者に関する特則を、母法たる明律との比較という観点で再度概観すると、まず刑事責任における年齢要件を緩和した刑法典が存在するという点を指摘できる。七〇歳の年齢要件を、

条件付きではあるが六五歳へと引き下げた熊本藩の「刑法草書」や、女性に限り六〇歳に引き下げた新発田藩の「新律」、あるいはすべての刑罰が免除される年齢を八〇歳とした会津藩の「刑則」である。また、和歌山藩の「国律」は、対象となる犯罪や刑罰について明律よりも拡張している。次に刑法典の運用という観点に目を移すと、刑法典の制定後も「例」によって高齢者に関する特則を新たに立法していった熊本藩や、幕府刑法との異同に言及し、「文化律」の制定に伴う御定書の導入後も、なおも特則を存置していた弘前藩などの例も見られる。こうした事例を振り返るとき、明律をただ模倣しただけというよりも、かなり意識的に継受していることが分かる。

そうであるならば、諸藩がこのように明律を参照して、高齢者についての特則を刑法典に盛り込んだ理由について検討する必要がある。刑事責任規定についての立法理由を説明する際の手がかりとなりうるのが、こうした明律系藩法が刑罰として新たに笞・杖刑や徒刑を採用しているという点である。熊本藩や弘前藩、会津藩は徒刑および笞・杖刑の両方を採用し、また新発田藩も笞刑を採用している。これらの藩における徒刑がいかなる刑罰であったかという点、熊本藩においては土木作業に従事させるものであり、弘前藩にいたっては鉾山での夫役であり、会津藩においては「終日辛苦煩辱之事を繰らしめ、寒暑風雨之勞に役して可懲之」（「刑則」第二九条）とされている。こうした徒刑が高齢者にとって過酷であることは言うまでもないが、「寛政律」に「……老幼廢疾之類、夫役ニモ難相成者……」（「贖刑」条）という記述があるように、徒刑が高齢者に対して過酷であることは、当時においてもよく認識されていた。これは笞刑についても同様であり、熊本藩においては「……七十歳近キものは、人により甚老衰又ハ生得病氣等ニて、笞刑被仰付候ては廢疾にも至候と申儀ニ候……」（寛政六年「例」という、笞刑が高齢者にとっては過酷であることを述べる記述が残されている。明律系藩法の刑事責任規定を今一度振り返ると、六〇歳あるいは七〇歳の最初

の年齢段階では死刑以外を減軽すなわち、笞・杖刑や徒刑を科さないとする規定となっている。明律系藩法の高齢者の刑事責任規定は、受刑能力の不足する高齢者に対して笞・杖刑や徒刑が科されることを回避する目的があったと言えるだろう。

続いて、外在的な理由についても言及したい。こうした刑法典における高齢者に対する特則を、高齢者を特別視して配慮を施すという政策として捉えたならば、これは刑法典の外にも見出すことができる。諸藩で行われた刑事立法以外の高齢者政策としては、高齢者に米を支給する養老扶持の制度や、藩校等での養老の儀式を挙げることができる。新発田藩では安永の改革の一環として、九〇歳以上の町在の者に対して米を支給している⁽⁷⁷⁾。また弘前藩では寛政九年(一七九七)に、無役隠居の六〇歳以上の家臣を藩校の「稽古館」に招き、「養老御礼式」を執り行っている。そして式典にあわせ、領民のうち九〇歳以上の男性に終身二人扶持を、九〇歳以上の女性と八〇歳以上の男性とに錢一貫文を長寿の祝いとして支給している⁽⁷⁸⁾。時代は遡るが、会津藩においては寛文三年(一六六三)よりすでに、九〇歳以上の領民に対する老養扶持の支給が行われている⁽⁷⁹⁾。こうした高齢者に対する福祉や顕彰と、刑法典における特則とを関連付けることは可能であろう。

こうした高齢者に対する福祉や顕彰は、藩当局による純粹な敬老の精神の発露として捉えることもできるが、庶民に対する敬老や「孝」の精神の奨励を目的としていたとも指摘されている⁽⁸⁰⁾。こうした態度と関連するものとして、四書の『大学』には、「上老を老として民孝に興り⁽⁸¹⁾」という、為政者自身が敬老の精神を示したならば、庶民は「孝」を興すと述べる一節がある。これは和歌山藩の儒学者・高瀬学山による明律注釈書『大明律例訳義』(明律訳義)にも引用されており、序文にあたる「律大意」において、「上たる者、老たる者を老たる者のやうにすれば、民孝を興

す⁽⁸²⁾と述べられている。この場合は特に、刑法を用いて「孝」を奨励する思想として捉えることができるであろう。『大明律例訳義』は、少なくとも熊本藩や会津藩では参照されたようであるから、こうした刑法思想は、明律を継受した藩においては少なからず共有されていたのではないかと思われる。「孝」との関係においては、熊本藩では宝暦期より孝行者への顕彰が行われ⁽⁸⁴⁾、新発田藩においても安永の改革では孝行者への表彰が行われている⁽⁸⁵⁾。以上より考えると、刑法典における高齢者に対する特則は、藩当局が高齢の犯罪者に対して、科刑等について寛大な態度を示すことによって、庶民に対して「孝」を奨励するという意味を有していたとも言えるのである。

ところで先に、幕府の刑法には高齢者の刑事責任を減免する明確な規定はないと述べた（本稿第一章第二節）。この問題について今一度論じたい。幕府刑法では、七〇歳以上の高齢者であっても敲などに処せられることがあり、仮に減軽されることがあっても、贖刑にするなど実刑を免除することはなかったとされる。これはいかなることであろうか。幕府は高齢者に関心を払わず、また明律などの中国法にも無知だったのであるうか。幕府もまた寛政四年（一七九二）には江戸町内において、七〇歳以上の身寄りのない高齢者を対象とした扶助制度を実施しており⁽⁸⁶⁾、享和元年（二八〇一）に『官刻孝義録』という孝行者顕彰の書籍を刊行している⁽⁸⁷⁾。そして明律にも無知であったわけではない。⁽⁸⁸⁾『大明律例訳義』や、『官准刊行明律』といった明律注釈書や訓点本は、徳川吉宗の命令によって作られているのである⁽⁸⁹⁾。そしてまた、問題となっている敲刑自体が、明律の笞・杖刑に触発され、採用された刑罰であるという指摘すら存在しているのである。

この矛盾を解決するにあたっては、吉宗の贖刑と幼年者の刑事責任についての見解が参考となるであろう。繰り返すが、明律は高齢者の刑罰を減軽して、贖に換える方法を採用している。ところが、吉宗は以下の理由から贖刑の導

入には慎重だったという。すなわち吉宗は、贖刑には貧富の差による不平等が生じうるといった短所が存在することを理解していたのである。そもそも、贖刑を導入するにあたっては、明律のような精緻な刑罰体系を確立し、それに対応した贖の額を細かく定めておくという作業が必要となるが、これは司法制度の改革を模索中であった幕府と吉宗には到底不可能なことであった。⁽⁹⁰⁾

また吉宗は、明律における幼年者の刑事責任について諮問しているのであるが、⁽⁹¹⁾「公事方御定書」では幼年者の刑事責任について、明律のものとは異なる立法がなされている。すなわち明律においては、一五歳以下・一一歳以上は七〇歳以上・八九歳以下の場合と、一〇歳以下・八歳以上の場合には八〇歳以上・八九歳以下の場合と、七歳以下の場合は九〇歳以上の場合と同様の刑事責任の減免が行われるのであるが(本稿第一章第一節参照)、「御定書」においては、幼年者であっても殺人や放火については、一五歳まで親類のもとに留め置くとはいえ、遠島という重い刑罰が下されることになっている。明律のように年齢に応じて刑事責任が減輕され、七歳以下は不処罰という方法をとっていない。受刑能力は一応考慮して一五歳まで執行を延期するも、責任能力的な要素は反映されていないのである。これは幕府の客観主義的な刑法観の影響であろうとされている。⁽⁹²⁾こうした客観主義的な刑法観が、高齢者の刑事責任を大幅に減免しようとする動きを排除したとしても不思議ではない。

以上、幕府刑法が高齢者に対する刑事責任の減免規定を採用しなかった原因として、煩雑かつ貧富の問題が生じうる贖刑への抵抗と、刑罰を大幅に免除することを拒否する客観主義的な刑法観を挙げた。こうした観点は今後、刑事責任減免の対象を制限していった弘前藩や、贖刑を用いなかった和歌山藩の「国律」等について分析する際に、何らかの示唆を与えてくれるかもしれない。

おわりに

最後に、明律系藩法の高齢者に対する特則について、これまで述べてきたことを整理したい。まず高齢者に対する特則には、適用要件などについて明律とは異なる工夫が見られる。そして、刑法典の制定後も特則の立法が続けられた藩もあり、幕府刑法との差異にまで言及している例もまた存在した。これより、こうした特則が単なる明律の模倣ではなく、意識的に導入されていることを知りえた。そしてその立法理由として、諸藩における笞・杖刑や徒刑の導入に伴う、高齢者の受刑能力に対する配慮を指摘するとともに、その導入の背景には、諸藩で実施されていた、「孝」の奨励を目的とした高齢者福祉・顕彰政策が存在し、こうした特則もそうした「孝」の奨励政策と関連していることを明らかにできた。幕府刑法が贖刑への抵抗や、その客観主義的な刑法観のために、明律を十分に知りながら導入できなかったのに対し、諸藩が程度の差はあれ、幕府刑法よりも大幅な高齢者に対する刑事責任の減免を可能としたことは、注目されてもよいだろう。しかしながら、残された課題も多い。本稿ではもっぱら藩法の条文を中心にして分析を行った。したがって、こうした高齢者への特則の実際の運用については、いまだ不明瞭である。今後の課題としなければならない。

(1) 内閣府『高齢社会白書 平成二六年版』(二〇一四年) 二頁参照。

(2) 一例として、法務省法務総合研究所『犯罪白書 平成二〇年版』(二〇〇八年) は、「高齢犯罪者の実態と処遇」という特集を行っている。

(3) 近年のものとしては、柳谷慶子『江戸時代の老いと看取り』(山川出版社、二〇一一年) 参照。後述の大竹論文は近世の

高齢者に関する研究の嚆矢であるが、刑事法の分野ではこれに続くものは存しなかった。

- (4) 平松義郎『近世刑事訴訟法の研究』(創文社、一九六〇年)。
- (5) 大竹秀男「江戸時代の老人観と老後問題——老人扶養の問題を主として——」利谷信義・大藤修・清水浩昭編『老いの比較家族史』(三云堂、一九九〇年)。
- (6) 平松・前掲注(4)八〇六、九七七頁。大竹・前掲注(5)一八七、一八八頁参照。
- (7) 大竹・前掲注(5)一八七頁。
- (8) 本田二郎『周礼通釈 下』(秀英出版、一九七九年)二九〇頁。
- (9) 本田・前掲注(8)二九九頁。
- (10) 中村茂夫「清代における老幼年者並びに身体障害者の刑事責任」『法政理論』第一三卷第三号(一九八一年)一四頁参照。
- (11) 明律の条文および条文番号はすべて、徂徠物茂卿著、内田智雄・日原利國校訂『律例対照 定本明律国字解』(創文社、一九六六年)による。
- 本稿における引用史料については、漢字は新字体に、変体仮名や合字等は現用字体に適宜改め、必要に応じて読点を付加した。また割注の文字列は丸括弧内におさめた。
- (12) 唐律については、律令研究会『唐律疏議譯註篇 一』譯註日本律令 五(東京堂出版、一九七九年)一七四—一八三頁。清律については、中村・前掲注(10)一七一—二〇頁参照。
- (13) 徂徠によるならば、「取自上裁」とは死罪をゆるすという意味である(徂徠・前掲注(11)七三頁参照)。
- (14) 中村・前掲注(10)三三三頁参照。
- (15) 中村・前掲注(10)三三三、三四頁参照。
- (16) 中村・前掲注(10)三四、三五頁参照。
- (17) 中村・前掲注(10)三五頁参照。
- (18) 中村・前掲注(10)三六頁、律令研究会・前掲注(12)一八一頁参照。

- (19) 平松・前掲注(4)九七七頁、大竹・前掲注(5)一八七頁参照。
- (20) 石井良助編『御仕置例類集』第一冊(名著出版、一九七一年)二〇八「七拾歳ニ成候もの、敲御仕置之儀ニ付評議」、二〇九「八十歳以上之もの、御咎之儀ニ付評議」参照。
- (21) 石井良助、服藤弘司編『三奉行問答』(創文社、一九九七年)一三八二参照。
- (22) 石井・前掲注(20)二〇九。
- (23) 平松・前掲注(4)八〇五頁参照。
- (24) 「刑法草書」の成立過程については、高塩博「熊本藩『刑法草書』の成立過程」、同「史料解題」小林宏・高塩博編『熊本藩法制史料集』(創文社、一九九六年)参照。
- (25) 八重津洋平「『刑法草書』を中心とした熊本藩の刑罰体系について」『法と政治』第八卷第三・四合併号(一九五七年)、九四、九五頁参照。
- (26) 「熊本藩 御刑法草書附例」京都大学日本法史研究会編『藩法史料集成』(創文社、一九八〇年)三七〇―三七二頁。本書所収の「御刑法草書附例」(京大本)は明治初年の「例」を含む最新のものである。
- (27) 宝暦五年施行本とその草案、宝暦十一年施行本の草案には存在する。
- (28) 「律紳書」第一四―一六条(小林・前掲注(24)一六七、一六八頁)、「御刑法例書」第一六・一七条(同二八五・一八六頁)、「御刑法例書」第六条(同二四二頁)。
- (29) 「宝暦十一年施行の刑法草書の草案(第二次草案 御刑法草書)」小林・前掲注(24)二四二頁。
- (30) 京都大学日本法史研究会・前掲注(26)三七二頁。
一六十九歳ニて刺墨答八十、二年眉無之刑被
仰付、翌年七十歳ニ相成候付、本所江被差返、
残り日数贖刑被 仰付候例、嘉永元年八月杉
嶋手、永上赤見村人数ニて致出奔候利八、

- (31) 新熊本市史編纂委員会編集『新熊本市史 通史編第三卷 近世Ⅰ』(熊本市、二〇〇一年) 六〇七頁参照。
- (32) 小早川欣吾「明律令の我近世法に及ぼせる影響」『東亜人文学報』第四卷第二号(一九四五年)、藤井重雄「唐明律と藩法との関係について——新発田藩に於ける——」『新潟大学教育学部紀要』第七卷第一号(一九六五年)、林紀昭「新発田藩 解題」京都大学日本法史研究会・前掲注(26)参照。
- (33) 「新発田藩 新律」京都大学日本法史研究会・前掲注(26)一七八、一七九頁。条文番号は筆者による。本規定については、小早川・前掲注(32)五六、五七頁ならびに、藤井・前掲注(32)六五、六六頁で、明律の影響を受けた例として若干触れられているが、詳しい検討はなされていない。後述の拷問の禁止規定ならびに留養規定については、藤井・前掲注(32)でその存在を指摘するのみである。
- (34) 寛政一二年には「徒罪規定書」(京都大学日本法史研究会・前掲注(26)所収)が制定され、御領分払は徒罪に換えて執行することとなった。したがって「御領分払以下」は「徒罪以下」とされたと考えられる。
- (35) 過料は壱・二・三貫文からなる軽過料、五・七貫文からなる中過料、八・十貫文からなる重過料に分かれ(新律御仕置之名目)、換刑としてだけではなく正刑としても存在する。
- (36) 律令研究会編『唐律疏議譯註篇 三』譯註日本律令 七(東京堂出版、一九八七年) 五九頁。
- (37) 「新発田藩 新令」京都大学日本法史研究会・前掲注(26)一五六頁参照。
- (38) 手塚豊「会津藩『刑則』考」『明治刑法史の研究(中)』手塚豊著作集第五卷(慶應通信、一九八五年) 二五〇、二五一頁参照。
- (39) 手塚・前掲注(38)二八六頁参照。
- (40) 条文および条文番号は、高塩博「会津藩『刑則』——解題と翻刻——」『日本律の基礎的研究』(汲古書院、一九八七年)による。
- (41) 手塚・前掲注(38)二七八頁。
- (42) 手塚・前掲注(38)二七八頁。

- (43) 蝦名庸一「安永期の弘前藩刑法——寛政律との比較——」『弘前大学国史研究』第一九・二〇合併号（一九五九年）二九、四五頁参照。
- (44) 黒瀧十二郎『日本近世の法と民衆』（高科書店、一九九四年）一五九、一六〇頁参照。
- (45) 黒瀧・前掲注(44)一八〇—一八五頁参照。
- (46) 布施弥平治「津軽藩の刑法牒について」『日本法学』第二卷第二号（一九五五年）三八、三九、四九、五〇頁参照。
- (47) 大竹・前掲注(5)一八六、一八七頁参照。このほか、小早川・前掲注(32)五四、五五頁で明律の影響例として指摘されている。
- (48) 橋本久「弘前藩の刑法典(六)——寛政律——」『大阪経済法科大学法学論集』第一四号（一九八六年）(八)。
- (49) 橋本久「弘前藩の刑法典(十九)——文化律——」『大阪経済法科大学法学論集』第三三号（一九九四年）(三)。
- (50) 「弘前藩 御刑法牒」京都大学日本法史研究会・前掲注(26)八、九頁。
- (51) 京都大学日本法史研究会・前掲注(26)三三五頁参照。
- (52) 文化元年では半年の徒刑の贖(三〇貫文)が支払えない際は五百日の牢居となるが、文化八年には二年の徒刑で同日数の計算となる(蝦名庸一「弘前藩御刑法牒(寛政律)」『弘前大学国史研究』第一五・一六合併号（一九五九年）三八頁参照)。
- (53) 橋本久「弘前藩の刑法典(十八)——文化律——」『大阪経済法科大学法学論集』第三三号（一九九四年）(二)、(三)参照。
- (54) 橋本・前掲注(49)(三)。
- (55) 橋本・前掲注(49)(二)。
- (56) 橋本・前掲注(48)(八)参照。
- (57) 安竹貴彦「紀州藩の生命刑と牢番頭——「国律」成立以前を中心——」『部落問題研究』第二〇一号（二〇一二年）参照。
- (58) 「和歌山藩 国律」京都大学日本法史研究会・前掲注(26)二四四、二四五頁。条文番号は筆者による。本規定については

近世日本の刑事法における高年齢者(片保)

明律の影響例として小早川・前掲注(32)四八頁で言及されている。

(59) 唐律の疏文や、『明律国字解』には、『周礼』についての言及があることを指摘しておく。

(60) 京都大学日本法史研究会・前掲注(26)二四五頁。

一寛政九己年御用部屋御勝手勤志賀佐三郎先年御城下

追放申付候へ共、八十歳余ニ罷成、極老ニ付 御城

下御免、

天明元丑年川嶋尹齋善介之者追て養子可奉願処無キ

儀候へ共、極老之者ニ付不及何等、

(61) 滋賀秀三『清代中国の法と裁判』(創文社、一九八四年) 六八頁。

(62) 律令研究会編『唐律疏議譯註篇 四』譯註日本律令 八(東京堂出版、一九九六年) 二七三、二七四頁参照。

(63) 『刑律断獄』「老幼不拷訊」第四二八条

凡応八議之人及年七十以上十五以下若廢疾者並不合拷訊皆捩衆證定罪違者以故失人人罪論其於律得相容隱之人及年八

十以上十歳以下若篤疾皆不得令其為證違者皆五十

(64) 八〇歳以上の者を証人とすることができないのは、証人に対しても拷問は用いられるため、あるいは常人よりも知力が

劣っており証言の信憑性に乏しいためとされている(律令研究会・前掲注(62)二七三、二七四頁参照)。

(65) 平松・前掲注(4)七七五頁参照。

(66) 平松・前掲注(4)七七五頁参照。

(67) 平松・前掲注(4)七九四―八〇〇頁参照。

(68) 平松・前掲注(4)八〇四―八〇七頁参照。

(69) 『大明律例訳義』の「律大意」には、拷問の答打について「年寄たる者は打ず。血氣衰へたるゆへ、打と死する事あり。」

と述べられているから、これに影響されたのかもしれない(高瀬喜朴著、小林宏、高塩博編『大明律例訳義』(創文社、一

一九八九年）一九頁。

(70) 「覚」第二〇条 京都大学日本法史研究会・前掲注(26)一七九頁。

一年七十以上十五以下之もの罪状不及白状候共、拷問申付
間敷事、

(71) (同第二条) 京都大学日本法史研究会・前掲注(26)一七七頁。

一容隠を可致訳之もの并年八十以上十歳以下之者、至て愚

力なるものを証人に申立候義有之候とても取用申間舗事、

(72) 「断獄律」第一条 京都大学日本法史研究会・前掲注(26)二八五頁。

一老人(七十以上) 幼者(十五以下) 并廢疾之者は拷問を免すへし、

(73) 中村正人「清律『犯罪存留養親』条考(一)」『金沢法字』第四二卷第二号(二〇〇〇年)一八八頁。

(74) (名例律)「犯罪存留養親」第一八条

凡犯死罪非常赦所不原者而祖父父母父母老疾応侍家無以次成丁者開具所犯罪名奏聞取自上裁若犯徒流者止杖一百余罪収
贖存留養親

(75) 京都大学日本法史研究会・前掲注(26)一七九頁。

(76) 高塩博「熊本藩徒刑と幕府人足寄場の創始」小林・前掲注(24)所収参照。

(77) 新発田市史編纂委員会編『新発田市 上巻』(新発田市、一九八〇年)四五七頁参照。

(78) 柳谷・前掲注(3)七六頁。「新編弘前市史」編纂委員会編『新編弘前市史 通史編三 近世三』(弘前市市長公室企画課、
二〇〇三年)五九三頁参照。

(79) 柳谷・前掲注(3)七八、七九頁参照。

(80) 柳谷・前掲注(3)七七、七八、八〇頁参照。

(81) 山下龍二『大学 中庸』全釈漢文大系 第三卷(集英社、一九七四年)九四頁。

近世日本の刑事法における高齢者(片保)

- (82) 高瀬・前掲注(69)二〇頁。
- (83) 高塩博「江戸時代享保期の明律研究とその影響」池田温・劉俊文編『日中文化交流史叢書 第二卷 法律制度』(大修館書店、一九九七年)二一六頁参照。
- (84) 新熊本市史編纂委員会・前掲注(31)八七〇頁参照。
- (85) 新発田市史編纂委員会・前掲注(77)四五六頁参照。
- (86) 大竹・前掲注(5)一九九―二〇〇頁参照。
- (87) 菅野則子「江戸時代の孝行者——『孝義録』の世界」(吉川弘文館、一九九九年)参照。
- (88) 高塩・前掲注(83)一八一、一八六頁参照。
- (89) 高塩博「江戸幕府法における敵と入墨の刑罰」小林宏編『律令論纂』(汲古書院、二〇〇三年)参照。
- (90) 小林宏「徳川吉宗と過料刑の成立——立法における経書の意義に寄せて——」『日本における立法と法解釈の史的研究 第二卷 近世』(汲古書院、二〇〇九年)八四頁参照。
- (91) 小林宏「徳川幕府法に及ぼせる中国法の影響——吉宗の明律受容をめぐって——」小林・前掲注(90)所収、四三頁参照。
- (92) 小林・前掲注(91)四五頁参照。