

刑法は東洋の古律に限る

——旧中国律の讚美者花井卓蔵の老人免罪論——

佐 立 治 人

目 次

- 一 現行刑事訴訟法第四八二条第六号の由来
- 二 花井卓蔵の旧中国律に対する讚美
- 三 花井卓蔵の老人免罪論
- 四 現行刑事訴訟法第四八二条第二号の生みの親

一 現行刑事訴訟法第四八二条第六号の由来

現行日本刑事訴訟法第四八二条に「懲役、禁錮又は拘留の言渡を受けた者について左の事由があるときは、(中略)執行を停止することができる。」第六号「祖父母又は父母が年齢七十年以上又は重病若しくは不具で、他にこれを保護する親族がないとき。」と定められている。この条文は、大正十三年施行の刑事訴訟法(以下、大正刑事訴訟法と

刑法は東洋の古律に限る

呼ぶ。)の第五四六条「懲役、禁錮又ハ拘留ノ言渡ヲ受ケタル者ニ付左ニ掲クル事由アルトキハ(中略)刑ノ執行ヲ停止スルコトヲ得」第六号「祖父母又ハ父母七十歳以上又ハ廢篤疾ニシテ侍養ノ子孫ナキトキ」を引き継いだものである。

現行刑事訴訟法第四八二条第六号について、石岡浩・川村康・七野敏光・中村正人『史料からみる中国法史』(法律文化社、二〇一二年)第十二講(中村正人執筆)は「これは現代日本に生き残る留養制度そのものです。前近代中国法と現代日本法は無関係なように見えて、意外なところで見つかりと結びついているのです。」(一四四頁)と述べている。同条同号は旧中国律の犯罪存留養親条に由来する、と言うのである。確かに、同条同号の前身である大正刑事訴訟法第五四六条第六号の文言を見ると、清の乾隆律の名例律、犯罪存留養親条の「祖父母父母、老(小註。七十以上。)疾(小註。篤廢。)応侍、家無以次成丁(小註。十六以上。)者(訓読。祖父母・父母、老疾にて応に侍すべくして、家に以次の成丁無き者)」という文言とよく似ている(中村正人「清律『犯罪存留養親』条考(二)」『金沢法学』第四十三卷第三号掲載、平成十三年。一六四頁注八十)。大正刑事訴訟法第五四六条第六号及び現行刑事訴訟法第四八二条第六号が清律の犯罪存留養親条に由来することは疑いない。清の乾隆五年(一七四〇)律の名例律、犯罪存留養親条は次のような条文である。

【原文】

凡犯死罪、非常赦不原者、而祖父母(小註。高曾同。)父母、老(小註。七十以上。)疾(小註。篤廢。)応侍(小註。或老、或疾。)、家無以次成丁(小註。十六以上。)者(小註。即与独子無異。有司推問明白。)、開具所犯罪名

(小註。并応侍縁由。)、奏聞、取自上裁。若犯徒流(小註。而祖父母父母、老疾無人侍養。)、者、止杖一百、餘罪收贖、存留養親(小註。軍犯准此。)

【訓詁】

凡て、死罪を犯し、常赦の原もとざる者に非ずして、祖父母(小註。高・曾同じ。)、父母、老(小註。七十以上。)(疾(小註。篤・廢。))にて応に侍すべくして(小註。或いは老、或いは疾。)、家に以次の成丁無き(小註。十六以上。)(者は(小註。即ち独子と異なること無し。有司、推問して明白なれば)、犯すところの罪名(小註。並びに応に侍すべき縁由。))を開具して、奏聞して、上裁を取る。若し徒流を犯す(小註。而して祖父母父母、老疾にして、人の侍養する無し。)(者は、杖一百に止め、餘罪は收贖して、存留して養親せしむ(小註。軍犯も此れに准ず。))。

【和訳】

通常の恩赦で減免されない死罪ではない死罪を犯して、祖父母(高祖父母、曾祖父母を含む。)(父母が、七十歳以上の老齢であるか、廢疾か篤疾かの身体障害者であつて、侍養する必要があるにもかかわらず、家に本人以外の十六歳以上の成人男子がいない者は、独子と同じであるから、関係官司が推問して、その事実が明白であれば、犯した罪の名称と、侍養しなければならない理由とを明記して、奏聞して、上裁を仰ぐ。もし、徒罪流罪を犯して、祖父母父母が老疾で、他に侍養する人がいない者は、ただ杖一百を執行して、残りの刑は收贖して、家に留めて侍養させる。充軍の刑に当たる罪を犯した者も同じ扱いにする。

吳壇『大清律例通考』(馬建石・楊育棠主編『大清律例通考校注』中国政法大学出版社、一九九二年。二四〇頁か

ら一頁)に拠れば、この条文は明律の条文を引き継いだものであり、「有司推問明白」「并応侍縁由」「而祖父母父母、老疾無人侍養」という小註は、清の順治三年(一六四六)律で附けられ、「高曾同」「七十以上」「篤廢」「或老或疾」「十六以上」「即与独子無異」「軍犯准此」という小註は、乾隆律で附けられた。明の洪武三十年(一三九七)律の名例律、犯罪存留養親条の条文は、乾隆律の「非常赦不原者」が「非常赦所不原者」になっている他は、乾隆律の条文の本文と同じである。

乾隆律の犯罪存留養親条は、我が国の『新律綱領』に受け継がれ、名例律、犯罪存留養親条の「徒流を犯し、発配すべきに、祖父母、父母、年七十以上、及び癡篤疾にして、家に侍養の子孫なき者は、所司、事実を推問し、徒流、並に杖一百実決して、餘罪を收贖し、存留して親を養はしむ。其死罪を犯し、若くは再び徒流を犯す者は、並に本刑を加へ、收贖することを聴さず。」(片仮名を平仮名に変え、句読点を補い、濁点を附けた。)という条文になった。

大正刑事訴訟法第五四六条第六号の文言は、直接には『新律綱領』のこの条文の文言を借りている。

明律の犯罪存留養親条のもとになった唐の開元二十五年(七三七)律の名例律、犯死罪応侍家無期親成丁条、及び犯徒応役家無兼丁条では、「死罪の十悪に非ざるを犯して、祖父母父母、老疾にて応に侍すべきに、家に期親の成丁無き者は上請す。流罪を犯す者は、^か権に留めて養親せしむ。(中略)若し家に進丁有り、及び親、終わりて期年なる者は、則ち流に従う。(後略)」「徒を犯し、応に役すべくして、家に兼丁無き者は、徒一年なれば、杖一百二十を加え、居作せず。一等ごとに二十を加う。(本注。流にて配所に至り、応に役すべき者も、亦た之^かの如し。)若し徒の年限内に兼丁無き者は、応に役すべき日及び応に加うべき杖の数を総計して、準折して決放す。盗み及び人を傷つくる者は、此の律を用いず。(本注。親、老疾にて合^まに侍すべき者は、仍お加杖の法に従う。)」と定められている。

唐律のこの規定の由来は北魏律に遡る（中村正人「清律『犯罪存留養親』条考（一）」『金沢法學』第四十二卷第二号掲載、平成十二年。一八九頁）。北魏の宣武帝の正始元年（五〇四）十二月に編纂が命じられた律（『魏書』卷八、世宗紀。完成年月不明。以下、正始律と呼ぶ。）の「法例律」に、「諸て死罪を犯し、若し祖父母父母、年七十已上にして、成人の子孫無く、かたわ旁らに期親無き者は、状を具して上請す。流の者は鞭笞して、留めて其の親を養わしめ、終われば則ち流に従う。原赦の例に在らず。」（『魏書』卷一一一、刑罰志）と定められていた。

現行刑事訴訟法第四八二条第六号は、近くは清律の犯罪存留養親条に由来し、遠く遡れば北魏の正始律の条文に由来するのである。

二 花井卓蔵の旧中国律に対する讚美

赤城美恵子「大正刑事訴訟法における「存留養親」条項導入について」（『中央ロー・ジャーナル』第十九卷第一号掲載、二〇二二年）に拠れば、大正刑事訴訟法第五四六条の制定過程で、「存留養親」の規定を最初に提案したのは花井卓蔵（一八六八〜一九三一。大木源二『花井卓蔵全伝』上・下、昭和十年。一九九七年覆刊、大空社）であったという。明治四十四年九月二十九日、法律取調委員会の第九十三回刑事訴訟法改正主査委員会で、花井卓蔵は「或ル制限ヲ以テ存留養親ノ制度ヲ採容シ相当ノ期間内執行ヲ停止スルコトヲ得ヘシトノ規定ヲ設クルコト」を提案した（同上赤城論文、二十頁）。

赤城論文は「近代的刑事訴訟法典の中に儒教道徳に基づく刑罰執行停止規定を設けるいかなる必要性がそこにあったのか。」（同上、四頁）「近代法の中で存留養親条項を規定する必要はどこにあるのか。」（同上、三十四頁）と問題

提起している。しかし、罪刑法定主義に基づいて造られている旧中国律は既に近代法であるという立場（前稿「旧中国の罪刑法定主義の存在について」『関西大学法学論集』第六十五卷第三号掲載、二〇一五年。十五頁）から見れば、難しく考える必要はない。西欧法の規定であれ、中国法の規定であれ、優れていると考えた規定を大正刑事訴訟法の立法者は選んだだけである。大正十年八月に完成した刑事訴訟法改正案の「理由書」（『刑事訴訟法案理由書』日本法学日本法政学会発行、大正十一年。五頁）が「最新ノ学理ト東西ノ立法ヲ参酌シテ其ノ長ヲ採リ」と述べている通りである。

しかも、「存留養親」の規定を提案した花井卓蔵は、旧中国律を西欧の刑法よりも高く評価していた。「老刑法と老犯人」と題する講演論文（『法学新報』第二十卷第八号掲載、明治四十三年）で、「之より愈々進んで東洋刑法の自慢話をするのである」（五十五頁）と述べて、唐律の名例律、老小及疾有犯条を紹介し、次いで「それから其上に又存留養親といふ制度がある。（中略）七十歳以上の親にして一人の息子に依つてのみ生活する場合ならば其息子の罪をも贖を以て許すといふ規定である。仁慈孝養の道は刑法の根本主義となつて居る」（五十八頁）と述べている。これは清律の犯罪存留養親条について説明した文である。この文に続いて次のように述べている。

「法律の学問とか経済の学問とかいふことになると、東洋は全く認識せられざるものの如くに思つて、さうして欧羅巴の書物であれば是程尊いものは無いといふので兎角和漢の学問を軽蔑するけれども、東洋にも斯ふいふ立派なる古い刑法があるのに心付かないのは憫むべしである。開けないとか、野蛮だとかいふけれども、野蛮の方が進んで居るから仕方がない。法律は東洋に限る、殊に刑法に限つては東洋の旧い方に限るといふ証拠は是であります。」（五十九頁）

「東洋」は中国を指す。「老人ノ犯罪ニ就テ」(『刑事法評林』第二卷第九号掲載、明治四十三年)は「老刑法と老犯人」と同一論文であり、これと同じ文が見られる(十九頁から二十頁)。「法律は東洋に限る」以下の文が、『刑法俗論』(博文館、大正元年)所収「老年犯罪」では、「法律は東洋に限る。殊に刑法に至ては、東洋の古律に限ると云ふ証拠は是である。」(七十頁から七十一頁)と書き直されている。

花井卓蔵は、清律の犯罪存留養親条が優れた規定であると考えて、「存留養親」の規定を我が国の新しい刑事訴訟法の中に置くことを提案しただけであって、他意はなかったのである。

三 花井卓蔵の老人免罪論

明治四十一年に施行された現行日本刑法では、第四十一条に「十四歳に満たない者の行為は、罰しない。(表記平易化前は「十四歳ニ満タサル者ノ行為ハ之ヲ罰セス)」と定められており、十四歳未満という年齢だけを理由にして、少年の犯罪行為は免罪されることになっている。これと同じように、老人の犯罪行為もまた、何歳以上という年齢だけを理由にして免罪されるべきである、というのが花井卓蔵の老人免罪論である。花井卓蔵の老人免罪論は、「老刑法と老犯人」(前掲)「老人ノ犯罪ニ就テ」(前掲)「老人犯罪ノ研究(上)(下)」(『法学新報』第二十一卷第六号・第七号掲載、『法学協会雑誌』第二十九卷第五号・第六号掲載、『刑事法評林』第三卷第六号・第七号掲載、明治四十四年)『刑法俗論』(前掲)所収「老年犯罪」で見ることが出来る。「老刑法と老犯人」と「老人ノ犯罪ニ就テ」とは同一論文であり、それらと「老人犯罪ノ研究(上)(下)」とを混合して、文を修正したものが『刑法俗論』所収「老年犯罪」であるから、以下では「老年犯罪」の記述に沿って、花井卓蔵の老人免罪論を紹介したい。

花井卓蔵は「老年犯罪」の「老年犯罪と責任能力」の節で、「法律は少年犯罪に於て、智力体力の上より犯罪能力を認めぬのである。責任を問はぬのである。而して此点に於て老人と少年との間、區別すべき標準なしとは我輩の素論である。智能関係より見るも身体関係より見るも、両者を通じて同一なりとするは、決して不当の推理ではない。然るに、刑法は少年を無責任とし、老人を有責任とす。而して其少年無責任の理由は、智力の發育十分ならず、体力の發達十分ならずと云ふに過ぎぬ。(中略) 少年は智力体力の関係上責任を負はぬ。而して何故に此法理が老人に適用せられぬのであるか。」(五十一頁)と主張する。

「老年保護の刑法規定」の節では、現行刑法の第二百七条に「老幼、不具又ハ疾病ノ為メ扶助ヲ要ス可キ者ヲ遺棄シタル者ハ一年以下ノ懲役ニ処ス」(表記平易化前の条文。以下同じ)、第二百八条に「老若、幼若、不具者又ハ病者ヲ保護ス可キ責任アル者之ヲ遺棄シ又ハ其生存ニ必要ナル保護ヲ為サルトキハ三月以上五年以下ノ懲役ニ処ス」と定められており、現行刑法は「老若、幼若、不具者病者を一視同仁的に保護する法律の精神を明にして居る」(六十二頁)にもかかわらず、同じ現行刑法で、幼若は罰せられず、老人は罰せられることになっているのは、矛盾している、と断定している。

「老年犯罪に関する泰西諸国の立法例」の節では、西洋諸国の刑法の中には、老人の犯罪は罰しないと定めているように見える規定がいくつかあるが、それらは「老人なるが故に刑を免除し又は減輕するにあらずして、規定の實質は心神耗弱者として減免するのである。」(六十六頁)と述べている。

「老年犯罪と東洋古代の刑法思想」の節では、「古き東洋の刑法には、老人と刑法との関係は精密に規定されてある。老人無責任の規定は完全に備はつて居る。然るに今は却て文明の進歩と共に、老年犯罪の刑法規定は退歩し来たので

ある。文明と云へば、文明の進歩と云はなければ、文章の上に於て面白くない。けれども老人と刑法との關係に就ては、文明と共に悪くなつたのであるから、茲に一新機軸を出して文明の退歩と稱するのである。」(六十六頁から七頁)と述べて、『周礼』秋官、司刺の「壹赦を幼弱と曰い、再赦を老旄と曰い、三赦を蠢愚と曰う。」「礼記」曲礼上の「八十九を耄と曰う。七年を悼と曰う。悼と耄とは、罪有りとも雖も刑を加えず。」「漢書」刑法志の「孝宣の元康四年(前六二)に至り、又た詔を下して曰く、朕念うに、夫の耆老の人は、髮齒墮落し、血氣既に衰え、亦た暴逆の心無し。今、或いは文法に罹り、囹圄に執えられ、其の年命を終うるを得ず。朕、甚だ之れを憐れむ。今より以来、諸て年八十にして、人を誣告殺傷するに非ざれば、它是皆、坐する勿かれ。と。」等の文を引き、次いで、唐の開元律の名例律、老小及疾有犯条の、左に掲げる条文を「餘程面白い」(六十八頁)として紹介している。

【原文】

諸年七十以上、十五以下、及廢疾、犯流罪以下、收贖。八十以上、十歲以下、及篤疾、犯反逆殺人應死者、上請。盜及傷人者、亦收贖。餘皆勿論。九十以上、七歲以下、雖有死罪、不加刑。(後略)

【訓読】

諸て年七十以上、十五以下、及び廢疾は、流罪以下を犯さば、收贖す。八十以上、十歲以下、及び篤疾は、反・逆・殺人の應に死すべきを犯す者は、上請す。盜み及び人を傷つくる者は、亦た收贖す。餘は皆、論ずる勿し。九十以上、七歲以下は、死罪有りと雖も、刑を加えず。(後略)

この条文について、花井卓蔵は「七十歳以上の者は十五歳以下の者と同じく、八十歳以上の者は十歳以下の者と同じく、九十歳以上の者は七歳以下の者と同じやうに、智力、能力、体力の度合を衡りて、刑法上の責任を定めると云ふことは、古い時代に於て、支那には斯くの如くに備つて居たのである。」(七十頁)と賞讃している。また、「罪を犯すとき、未だ老疾ならずと雖も、事、発覚のとき老疾なれば、矢張老疾に依つて論ずると云ふのである、罰しないのである。刑法の光を隈なく発輝して居るではないか。(中略)唐律は六十で罪を犯して八十で発覚したならば、矢張八十の歳で以て論ずる。是は我輩の調べた所で大に感服した点である。」(六十九頁)と述べ、唐律の名例律、犯時未老疾条の「罪を犯す時、未だ老疾ならずと雖も、事、発する時、老疾なる者は、老疾に依りて論ず。」という条文を賞讃している。

「明律も、清律も、皆此制を踏襲して在る。」(七十頁)と述べられているように、唐律の老小及疾有犯条は明の洪武三十年律の名例律、老小廢疾收贖条の「す凡て、年七十以上、十五以下、及び廢疾、流罪以下を犯さば、收贖す。八十以上、十歳以下、及び篤疾、殺人の応に死すべきを犯す者は、議擬奏聞して、上裁を取る。盗み及び人を傷つくる者は、亦た收贖す。餘は皆、論ずる勿し。九十以上、七歳以下は、死罪有りと雖も、刑を加えず。(後略)」という条文に引き継がれた。清の順治律及び乾隆律の名例律、老小廢疾收贖条もこれと同文である。清律の老小廢疾收贖条は、我が国の『新律綱領』の名例律、老小廢疾收贖条に受け継がれた(清律の老小廢疾收贖条については、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」(新潟大学『法政理論』第十三卷第三号掲載、一九八一年)を参照。この論文は既に花井「老年犯罪」に言及している)。

「開拓すべき刑法原野の新境」の節では、「我輩は老年犯罪の責任に関する特別規定を刑法に要求せざるを得ない。

(中略) 我輩は七十歳以上の者に限り之を不論罪とするか、又は減輕するか、若くは執行猶豫の強制制度を立てたいと思ふ。」(七十四頁)と結論する。そして、「八十九の高齢に至るまで、未だ嘗て一度も罪を犯せしことなき事實は、忠良なる国民として、国家の為に貢献したる歴史上の生きたる功績とせねばならぬ。彼等は罪を犯さず、腕の限りの労働を為して、而して或る場合には国家に対して租税を納め、或る場合には国家に対して兵役の義務を負ひ、法律的にも政治的にも、健全なる良民として、国家を擁護すべき臣民として、国家を脊負つて立つたる歴史を有して居る。刑法上恩典を授くべき理由は慥にある。」(七十六頁)と述べる。

四 現行刑事訴訟法第四八二条第二号の生みの親

刑法の中に「七十歳以上の者に限り之を不論罪とするか、又は減輕するか、若くは執行猶豫の強制制度を立てたい」という花井卓蔵の希望は実現してはいないけれども、七十歳以上の者に対する自由刑の執行を停止することができると、という規定を刑事訴訟法の中に置くことには花井卓蔵は成功した。

赤城論文(前掲、二十七頁から三十一頁)に拠れば、刑事訴訟法改正特別委員会が大正十年七月に完成させた準備草案を審議する刑事訴訟法改正調査委員会総会で、自由刑の執行停止規定である第五〇三条に対して、花井卓蔵が、本条に、七十歳以上の者であるときは刑の執行を停止する旨の規定を加えることを提案した。この提案は採用され、第五四八条「懲役、禁錮又ハ拘留ノ言渡ヲ受ケタル者ニ付左ニ掲クル事由アルトキハ(中略)刑ノ執行ヲ停止スルコトヲ得」第二号「七十歳以上ナルトキ」という法案が総会で可決され、第四十五回帝國議會に提出され、大正刑事訴訟法の第五四六条第二号として成立した。

大正刑事訴訟法の第五四六条第二号は現行刑事訴訟法の第四八二条第二号に引き継がれたから、花井卓蔵は現行刑事訴訟法第四八二条第二号の生みの親である、と云うことができる。そうであるからには、花井卓蔵が「刑法は東洋の古律に限る」と讚美する旧中国律の、老人を優遇する精神が、現行刑事訴訟法第四八二条第二号には宿っている、と言わなければならないのである。