

松 山 大 学 論 集
第 30 卷 第 5 - 1 号 抜 刷
2 0 1 8 年 12 月 発 行

明治前期における
精神障害者の加害行為とその責任
—— 民法 714 条に基づく監督義務者責任の基礎的考察 ——

銭 偉 栄

明治前期における 精神障害者の加害行為とその責任

—— 民法 714 条に基づく監督義務者責任の基礎的考察 ——

銭 偉 栄

一 は じ め に

1 問題の提起

民法 714 条 1 項は法定監督義務者責任を定める。加害者が責任能力を有しない未成年者の場合にはその親権者や後見人などが、民法 1999 年改正（1999 年 12 月 8 日法律第 149 号）前において責任能力なき精神障害者であって禁治産宣告を受けた者の場合にはその後見人が法定監督義務者に当然該当するものと解することについて、ほぼ異論がなかった。その法的根拠として挙げられたのが、親権者または後見人の未成年者に対して負うべき身上監護義務および教育義務（民法旧 879 条・921 条。現 820 条・857 条）¹⁾ 禁治産者に対して負うべき後見人の療養看護義務（民法旧 922 条 1 項・旧 858 条 1 項）²⁾ である。これに対して、禁治産宣告を受けていない精神障害者の精神保健福祉法旧 20 条に定める保護者³⁾（後見人または保佐人、配偶者、親権者および扶養義務者）が民法 714 条 1 項にいう法定監督義務者に該当するかどうかについて争いがある。学説には、精神障害者の保護者が自傷他害防止監督義務（精神保健福祉法旧 22 条 1 項）を負うことを根拠に法定監督義務者該当性を認める説⁴⁾ や、法定監督義務者該当性を認めつつ、保護者の監督義務の内容を、精神障害者に適切な治療を受けさせる義務に限定する説⁵⁾ などの肯定説が多数ある一方、他方では、保護者に監督義務者責任を課すことに疑問を呈するもの⁶⁾ そもそも保護者

の法定監督義務者該当性を否定するもの⁷⁾も少数ながら存在する。

ところで、民法1999年改正で従来の禁治産宣告制度が成年後見制度に改められたのに伴い、療養看護義務(旧858条1項)が身上配慮義務(民法858条)へと転換された。この転換をどのように捉えるべきかによって、学説は、成年後見人の法定監督義務者該当性を従前どおり肯定するもの⁸⁾と、それを否定するもの⁹⁾とに分かれた。そして、これまで保護者の法定監督義務者該当性を法的に根拠づけるものとして引き合いに出されていた保護者の自傷他害防止監督義務¹⁰⁾もまた、精神保健福祉法1999年改正(1999年6月4日法律第65号)で削除されたが、保護者の法定監督義務者該当性をめぐる学説の対立はその後もなお続いている¹¹⁾。

認知症鉄道事故訴訟に関する最高裁平成28年3月1日判決(民集70巻3号681頁。以下、「認知症鉄道事故訴訟最高裁判決」という)¹²⁾はまず、一般論として、保護者の精神障害者に対する自傷他害防止監督義務が精神保健福祉法1999年改正により廃止されたこと、後見人の禁治産者に対する療養看護義務が民法1999年改正により成年後見人の成年被後見人に対する身上配慮義務(現行858条)に改められたことを踏まえ、事故発生の「平成19年¹³⁾当時において、保護者や成年後見人であることだけでは直ちに法定の監督義務者に該当するということはできない」とし、保護者および成年後見人の法定監督義務者当然該当性をいずれも否定した¹⁴⁾。その上、「精神障害者と同居する配偶者であるからといって、その者が民法714条1項にいう「責任無能力者を監督する法定の義務を負う者」に当たるとすることはできない」と判示し、精神保健福祉法旧20条2項において第2順位の保護者と規定されている配偶者の法定監督義務者当然該当性を否定した。

認知症鉄道事故訴訟最高裁判決の結論には賛成できるが、その法的構成には賛成できない。第1に、上記最高裁判決のように成年後見人の法定監督義務者当然該当性を否定すると、責任能力なき精神障害者について民法714条1項に定める法定監督義務者として想定される者がなくなるのではないだろうか¹⁵⁾。

この点について、上記最高裁判決の判旨は他方、「準監督義務者」（「法定の監督義務者に準ずべき者」）に同条1項が類推適用されると解すべきであると述べていることから、法定監督義務者が想定されているとも考えられるが、どのような者を法定監督義務者として想定しているかについて具体的な言及はない⁶⁾。第2に、判旨に従えば、「準監督義務者」として精神障害者にかかわる者は、本人に深くかかわればかかわるほど、民法714条1項の責任を負う可能性が高くなるから、親族や成年後見人など、本来ならば本人の保護と福祉増進にもっとも寄与すべき者が責任を恐れて本人にできるだけ深くかかわらないようにするという事態に陥りかねないと指摘されている⁷⁾。このような結果は果たして成年後見制度の趣旨と理念に合致するのか、はなはだ疑問である。

フランス民法に由来する旧民法371条および372条を改め、ドイツ民法832条にならって作られた民法714条1項の法定監督義務者責任はもともと家族共同体における家長の責任に由来するものとされ¹⁸⁾、その根拠は「家族の特殊性」に求められてきた¹⁹⁾。しかし、成年後見制度発足以来、成年後見人等に占める第三者の割合が年々増大し、2012年には制度発足後初めて第三者後見人が親族後見人を上回り、5年後の2017年には第三者後見人が約73.8%、親族後見人が約26.2%をそれぞれ占めるようになった²⁰⁾。このような状況の下では、「家族の特殊性」が法定監督義務者責任の根拠としての意義をすでに失ったと言わざるをえない²¹⁾。また、人身の自由を保障する憲法（18条・31条・34条）の精神により本人の行動の自由が最大限に保障されるため、仮に加害行為の発生を予見することができたとしても、それを防止するために採りうる有効な手段は限られている²²⁾。これらの状況を踏まえて考えると、民法714条に関する従来通りの制度運用をし、「家族の特殊性」によって根拠づけられた監督義務者責任——免責がほとんど認められず、一般不法行為責任（民法709条）よりも重く、無過失責任に近い責任——を法定監督義務者、すなわち成年後見人とりわけ第三者後見人に負わせるのは酷であろう。それどころか、成年後見制度の存続自体を脅かすおそれすらある。この意味では、認知症鉄道事故訴訟最高

裁判決のように成年後見人の法定監督義務者該当性を否定するのも問題解決のための選択肢の1つでありうる。しかし、民法712条および713条を受けてできた714条の性格、および「従来の解釈との連続性」²³⁾という観点から、成年後見人の法定監督義務者該当性を認めつつ、責任能力なき未成年者の法定監督義務者に妥当するとされる責任無能力者の生活全般に及ぶ監督義務²⁴⁾よりも限定された監督義務²⁵⁾を負うものとし、その上、免責の可能性を広く認めるという選択肢も考えられるのではないだろうか²⁶⁾。ただ、本稿では、これについての立ち入った検討と解釈論の展開を差し控えたい。

2 本稿の課題設定

筆者は前稿²⁷⁾において、法定監督義務者責任についての立法史的考察の一部として、フランス法の模倣ともいわれる明治初期の民法草案および旧民法を素材に考察を行った。その考察を終えたところで、新たな疑問が生じた。すなわち、明治前期において、不平等条約の改正を至上命題の1つとする明治政府が、「誤訳も亦妨げず、唯、速訳せよ」、「それから、仏蘭西民法と書いてあるのを、日本民法と書き直せばよい、さうして直ちに頒布しよう」という、初代司法卿を務めた江藤新平の言葉として伝えられているように²⁸⁾、「近代化=法の西洋化」を急激的に進める必要に迫られていた。監督義務者責任がこのような時代的背景のもとで生まれた純粋な「輸入物」に過ぎず、それを生み出す土壤が当時の日本（慣習）法にはまったくなかっただろうか。換言すれば、監督義務者責任の日本（慣習）法的基礎がまったくなかったかどうか、である。この問題については、少なくとも、次の3つの視点から考察しなければならない。すなわち、精神上の障害による責任無能力者が他人の生命や身体ないし財産を侵害したことによって生じた損害につき、①加害者本人が負うべき責任の有無およびその態様、②加害者の親族が負うべき責任の有無とその態様、③加害者の後見人が負うべき責任の有無とその態様、である。本稿では、①および②の視点からこの問題を考察することとし、③の視点からの考察は別稿に譲りたい。

二 精神障害者の加害行為とその責任

1 精神障害者の刑事責任

(1) 他人から害悪を加えられた被害者の救済は、古くは復讐によって「被害を感情的に補償する」こと²⁹⁾で行われていた。復讐は、「人が他の人から受けた侵害によりいだいた憎悪や怒の感情の具体的発現として、相手に対してなす攻撃的行為であり、この相手に対する攻撃的行為により平衡を失っていた感情が、平衡を回復するといった性格をもっている」といわれている³⁰⁾。仮刑律³¹⁾および明治新政府初の全国統一刑法典として頒布された新律綱領³²⁾においても、「復讐を臣子の大義として尊重する古来の観念がなほ著しく留保されて居る」³³⁾のであった。仮刑律の鬪毆・父祖被毆条は、①「凡祖父母父母人ニ毆タル子孫即時救護シテ毆モノハ無論」（ただし、相手に折傷以上の傷害を加えた場合および相手を死に至らせた場合には刑が軽減される）、②「若祖父母父母毆タレ殘疾ト成因テ毆テ殘疾ニ至若クハ毆タレ廢疾ト成因テ毆テ廢疾ニ至ラシメ及ヒ祖父母父母毆タレ死ニ至因テ行兇人ヲ殺スハ無論」と規定した³⁴⁾。復讐を許される人的範囲についての限定（復讐する者を被害者の子孫とし、復讐される者を加害者本人とする）や、復讐を許される時間的限定（「即時」に行われた復讐に限る）はあるものの、同害報復の思想が色濃く残されていた。

仮刑律と同様、新律綱領もその鬪毆律・父祖被毆条において復讐を容認したが、その相違点は以下のとおり。すなわち、①相手に折傷以上の傷害を加えた場合には刑が軽減されるという点では仮刑律と同様だが、「若祖父母父母毆タレ殘疾ト成因テ毆テ殘疾ニ至若クハ毆タレ廢疾ト成因テ毆テ廢疾ニ至ラシメ」る場合はその罪を問わないという同害報復の旨を定める規定がなくなった。②祖父母・父母が殺されたために、その子孫がみだりに殺人犯を殺した場合には、原則として刑罰（答50）を受けなければならない、「即時に」犯人を殺した場合およびすでに官に届済みの場合だけ、例外的にその罪を問わないことにした。すでに官に届済みの場合にも復讐を容認するという点では、新律綱領は仮

刑律よりも復讐には寛容的であったといえようか³⁵⁾しかし、1872年に初代司法卿に就任し、法権の統一を目指す江藤新平にとって、私刑たる復讐は到底相容れるものではなかった。江藤は意を決し、翌年の1873年2月7日太政官布告37号をもって復讐禁止令を発した。それによれば、「人ヲ殺スハ国家ノ大禁ニシテ人ヲ殺ス者ヲ罰スルハ政府ノ公権ニ候処古来ヨリ父兄ノ為ニ讐ヲ復スルヲ以テ子弟ノ義務トナスノ風習アリ右ハ至情不得止ニ出ルト雖トモ畢竟私憤ヲ以テ大禁ヲ破リ私義ヲ以テ公権ヲ犯ス者ニシテ固擅殺ノ罪ヲ免レス」として、復讐のための犯人殺しを禁止することとした³⁶⁾同禁止令の発布に対応して、同日太政官布告39号によって新律綱領の改正がなされた³⁷⁾ただ、太政官布告39号³⁸⁾は、「父祖被毆律祖父母父母人ニ殺サレ子孫擅ニ行兇人ヲ殺ス以下ヲ廢シ若シ犯ス者アレハ臨時奏請シテ区処ス」としただけであった。「一定ノ刑名無之候テハ不相成候」³⁹⁾ということで、同年4月2日太政官布告122号⁴⁰⁾は同39号を取り消し、「祖父母父母、人ニ殺サレ、子孫擅ニ行兇人ヲ殺ス者ハ、謀殺ヲ以テ論シ、斬」と定めると同時に、「其即時ニ、殺死スル者ハ、論スルコト勿レ」とも定め、その場で行われた復讐はなお許されていた。同改正はのちに、「斬」の一字を削っただけで改定律例232条に承継された。復讐禁止令の発布は、日本における復讐から刑罰への移行、すなわち「私力公権化作用中顕著な一事例」と評価されている⁴¹⁾

国家が刑罰権を独占する近代的刑法の下、応報刑論の立場に立てば、復讐に起源を発した刑罰は、報復機能のほか、一般予防機能および特別予防機能を有すると解される⁴²⁾したがって、報復機能をもつ刑罰権の行使もまた復讐と同様に、「被害を感情的に補償する」ことで被害者の救済を図っているといえよう。責任主義の原則を採用して責任無能力者（心神喪失者）の刑事責任を問わない近代的刑法（旧刑法78条、刑法39条1項参照）とは異なり、旧刑法典（1882年1月1日施行）が成るまでの刑事法規においては、精神病の発病によって殺人または放火の罪を犯した者であっても、原則として刑事責任を負わなければならなかった⁴³⁾したがって、この時期では、国家による刑罰権の行

使は、精神病者の加害行為による被害者の救済という局面においてなおも報復機能を果たしていたのである。

(2) もっとも、加害行為が精神病の発病によるものであることがまったく考慮されなかったわけではない。精神病者の刑事責任を減じる旨の規定は、遅くとも江戸時代から確認することができる。1742（寛保2）年にできたとされる公事方御定書の下巻にあたる御定書百箇条はその78条「乱気にて人殺之事」⁴⁴⁾において、精神病（「乱心」「乱気」⁴⁵⁾によって人を殺した場合および放火をした場合における精神病者の刑事責任について規定し、通常人が同様の罪を犯した場合と比較してその刑事責任を軽くしていた⁴⁶⁾。なお、殺人と放火以外の場合における精神病者の刑事責任に関する規定が見あたらないが、おそらく上記諸規定に準じた処置が行われたのではないかと推測されている⁴⁷⁾。

まず、「乱心にて人を殺候共可為下手人候然とも乱心之証拠慥に有之上被殺候者之主人並親類等下手人御免之願申においては懸詮議可相伺事（享保6年・元文3年極）」（同78条1項本文）⁴⁸⁾つまり、乱心によって人を殺した場合には、原則として通常人の普通の殺人の場合（御定書百箇条71条「人殺并疵附等御仕置之事」25項）⁴⁹⁾と同様、死刑の中ではもっとも軽いとされる下手人の刑に処せられた⁵⁰⁾。それとともに、「乱心」であるとの確証があり、かつ、被害者の主人および親類等から下手人宥恕の願い出があれば、これを詮議してその願いを認めることもできた⁵¹⁾。下手人宥恕の願い出によって、加害者は下手人の刑を免れることができたが、刑罰の免除までもが認められたかどうかは不明である⁵²⁾。他方、身分主義に基づく刑の加重および免除も同時に認められていた。第1に、主人や親を殺したときは、通常人の主殺場合における刑（御定書百箇条71条1項）⁵³⁾や親殺の場合における刑（同71条14項）⁵⁴⁾よりは軽い、「但主殺親殺たりといふとも乱気無紛においては死罪」（享保6年極）」（御定書百箇条78条1項但書）とあるように、下手人より一段重い死刑すなわち死罪に処せられ、しかも宥恕願も認められなかった⁵⁵⁾。第2に、被害者が加害者よりも至って身分の軽い者であれば、加害者は下手人の刑を免れる。その際の判断

基準として引き合いに出されたのが、武士が慮外者（無礼者）を切り殺したときに切捨てになる程度のものかどうかである。「乱心にて其人より至て軽きものを致殺害候は下手人に不及事（享保19年極）但慮外ものを切殺候時切捨てに成候程之高下と可心得事（寛保2年極）」（御定書百箇条78条2項）⁵⁶⁾江戸時代に武士が有していた「切捨御免」⁵⁷⁾という特権が乱心の場合にも適用されたのだが⁵⁸⁾ここでは、身分の軽い町人百姓が無礼をしたかどうかは問題にならず、加害者の乱心という事実さえ確かであれば、刑事責任を免れたのである⁵⁹⁾

つぎに、通常人が放火をすれば火罪に処せられた（御定書百箇条70条「火附御仕置之事」1項）⁶⁰⁾これに対して、乱心によって放火をした場合において、それが乱心によるものであるとの証拠が明らかでないときは、死罪に処せられるが、紛れもなく乱心によるものであったと認められるときは、その刑が軽減され、「押込」の刑に処せられた（御定書百箇条78条3項）⁶¹⁾

(3) 天皇を中心とした中央集権体制の確立を目指す明治新政府にとって、統一的刑罰法規の作成や刑罰権の統一的行使など統一的刑政の実施を急ぐ必要があった。明治元年の1868年に統一的な刑法規範である仮刑律が編纂された。しかし、仮刑律はその名の通り、政府部内の暫定的な裁判準則に過ぎず、一般に公布されるものではない⁶²⁾「府藩県の伺に対する指令基準として機能」⁶³⁾するに過ぎない仮刑律だけでは刑事法規範として不十分だと考えたのか、明治新政府は、1868年12月13日（明治元年10月30日）の行政官布達で、統一的な新刑法典が成るまでの暫定的な措置として、「故幕府へ御委任之刑律」、すなわち御定書百箇条に依拠して刑事裁判を行うべき旨を通達した⁶⁴⁾御定書百箇条はこうして、明治新政府成立後もなおしばらくの間は、仮刑律による修正を受けつつ⁶⁵⁾ 補充的に刑事法規として機能していた。

寛刑主義をとり、旧幕藩の刑罰の緩和を図ろうとするのが明治新政府の刑政思想⁶⁶⁾であった。その思想は、仮刑律を修正してできた刑法典草案「刑法新律草稿」の新律趣意で次のように表されている。すなわち、「今爰ニ 王代ノ古ニ復セシ時ナレハ、勤テ仁恵ヲ施シ、善道ニ化育センコトヲ要トス、是ヲ

以名例科条，古今ヲ参考シ，寛法ヲ旨トシ（後略）」という⁶⁷⁾ その刑政思想は精神病者の刑事責任にも反映されている。仮刑律・名例・老小廢疾犯罪条は、「若シ八十以上十歳以下篤疾 両目ヲ瞎シ 両肢ヲ折リ 顛狂癲癩等ノ類之者人ヲ殺応死モノハ議擬奏聞上裁ヲ仰其余犯罪ハ皆坐セス 若人ヲ傷ケ且致盗ハ父兄子孫ヨリ傷ヲ受ル者ハ医薬料ヲ給セシメ 盗賊ハ財主ヘ償給セシム」⁶⁸⁾ と定め、人を殺して死罪相当の精神病患者（「顛狂」）に刑罰を科すときは、十分に審議した上奏聞して上裁を仰ぐものとするとともに、それ以外の罪——ただし、盗および傷害を除く（これについて後述2参照）——については、御定書百箇条で処罰されていた放火も含めて、それらを一切処罰しないことにしたのである。

新律綱領および改定律例⁶⁹⁾ は、精神病患者が殺人の罪を犯した場合に刑事責任を免れないという立場（客観責任主義）を採るという点では仮刑律と同様であるが、寛刑主義のもと、新律綱領に比較すると、改定律例では法定刑がさらに軽減されていった⁷⁰⁾

まず、殺人について。新律綱領によれば、「凡^{キチガレ}瘋癲人。人ヲ殺ス者ハ。終身鎖錮。仍ホ埋葬金二十五兩ヲ追取シ。死者ノ家ニ給付ス。若シ二名以上ヲ。連殺スル者ハ。絞。」（人命律下・瘋癲殺人条）⁷¹⁾ つまり、1人を殺した場合には死刑を免れ、「終身鎖錮」の刑に処せられるが、埋葬金（25兩）を被害者の家に給付しなければならなかった。2人以上を連殺した場合には「絞」の刑に処せられた。これに対して、改定律例では、「凡瘋癲人人ヲ殺シ埋葬金二十五兩ヲ追スル者改テ過失殺収贖例ニ照シ四十兩ヲ追シテ死者ノ家ニ給付ス」（第192条）、「凡瘋癲人二命以上ヲ連殺スル者ハ絞改テ鎖錮終身」（第193条）⁷²⁾ とあるように、1人を殺した場合には、過失殺収贖例に準じて収贖することが認められた。2人以上を連続して連殺した場合には、尊属（祖父母、父母）を殺す場合（第194条）と同様に、その刑が「鎖錮終身」に軽減された。

つぎに、盗罪および傷害罪については、新律綱領・名例律下・老小廢疾収贖条によれば、「八十以上。十歳以下。及ヒ篤疾者。人ヲ殺シ。死罪ニ該ル者ハ。議擬奏聞シテ。上裁ヲ請フ。若シ盗罪。及ヒ人ヲ傷スル者モ。亦収贖スルコト

ヲ準ス。其余ノ罪ハ。皆論スルコト勿レ」とあるので、いずれも収贖することが認められ、そのほかの罪について一切その刑事責任を問わないことにした。傷害罪については、改定律例192条は「凡瘋癲人（中略）其人ヲ傷スル者ハ并ニ過失傷収贖例ニ照シ追シテ傷者ニ給シ医薬ノ資ト為ス」と定め、新律綱領と同様に、収贖することが明文で認められた。これに対して、盗罪に関する規定および上記以外の犯罪について、改定律例に明文の規定がないので、新律綱領の規定に従い⁷³⁾たとえば放火などをしたとしても、すべてその刑事責任を問われることはなかった。

(4) 1882年1月1日に旧刑法典⁷⁴⁾が施行された。同法典は、フランス人法学者ボワソナードの起草にかかるものであり、フランス刑法をその範としつつ、広くヨーロッパ刑法を参照して作られた日本最初の近代的刑法典である⁷⁵⁾。同法78条（現行刑法39条参照）は、「罪ヲ犯ス時知覚精神ノ喪失ニ因テ是非ヲ弁別セサル者ハ其罪ヲ論セス」と定め、犯罪の成立要件に責任能力を要求し、「結果責任主義を退け、近代刑法の基本原則である責任主義を確立した」⁷⁶⁾のである。その結果、加害行為をした心神喪失者に刑罰を加えることによって「被害を感情的に補償する」ことで被害者の救済を図る方法がなくなるとともに、民事責任と刑事責任の分化がなされ、これまで刑事法規に存在していた収贖など民事上の損害賠償的性質を有する金銭的給付を命じる旨の規定⁷⁷⁾は旧刑法にその姿を見せなかった。そのため、今日的意味における金銭的給付による被害者の救済の道、すなわち、損害の賠償を民事法上新たに切り開く必要が生じたのである。

2 収贖

(1) 上述のように、旧刑法が成るまでの刑法法規において、結果責任の思想がなお残っているため、精神病者の刑事責任を完全に免除することはなかった。他方、収贖など被害者側への民事上の損害賠償的性格をもつ金銭的給付を加害者側に命じることによって加害者の刑の軽減ないし刑の執行の免除が図

られていた。

仮刑律・闘毆・闘毆条が「若傷ヲ成ス者ハ傷ノ輕重ニヨツテ贖ヲ收罪ヲ宥因テ傷ヲ請ルモノ医薬ノ資ニ給ス」⁷⁸⁾と定めていたように、收贖とは、「刑に服する代わりに、金銭を納めて罪過をあがなうこと」をいう⁷⁹⁾したがって、贖金を納めることができない場合には、罪を犯した精神病患者はその実刑を免れなかった⁸⁰⁾。仮刑律・名例・老小廢疾犯罪条によれば、精神病患者が人を殺して死罪に相当する場合を除き、その他の犯罪については一切処罰しない（「其余犯罪ハ坐セス」）とされたが、それに続く注では、「若人ヲ傷ケ且致盜ハ父兄子孫ヨリ傷ヲ受ル者へ医薬料ヲ給セシメ盜賊ハ財主へ償給セシム」とも定めた。ここにいう医薬料を給うことと償を給うことを收贖と解するならば、盗罪および傷害罪を犯した場合には、「其余犯罪ハ坐セス」の例外として、加害者はその刑事責任を問われることになるが、加害者の親族（「父兄子孫」）が贖金を納めることによりその刑の執行を免れることができた。さらに、「若シ過失ニヨツテ人ヲ殺傷致スハ闘毆条之罪ニ準シテ贖ヲ收死傷ノ家ニ給ス（中略）其狂疾ニヨツテ人ヲ殺傷スルモノ準之」（仮刑律・人命・戲誤過失殺傷条⁸¹⁾）ということになっているから、精神病（「狂疾」）によって人を殺傷した者は、死罪に該当しなければ、過失殺傷の場合に準じ、收贖によって実刑を免れることができた。

新律綱領・人命律下・瘋癲殺人条は、「凡瘋癲人。人ヲ殺ス者ハ。終身鎖錮。仍ホ埋葬金二十五兩ヲ追取シ。死者ノ家ニ給付ス」と定め、精神病患者が1人を殺した場合には、死刑を終身鎖錮の刑に軽減する代わりに、埋葬金として25兩を追取して死者の家に給付するようにした。盗罪および傷害罪を犯した者については、「盗罪。及ヒ人ヲ傷スル者モ。亦收贖スルコトヲ準ス」（名例律下・老小廢疾收贖条）とあるように、收贖が認められた。

改定律例は新律綱領よりさらに進んで、「凡瘋癲人、人ヲ殺シ埋葬金二十五兩ノ追スル者改テ、過失殺收贖例ニ照シ、四十兩ヲ追シテ、死者ノ家ニ給付ス、其人ヲ傷スル者ハ、並ニ過失傷收贖例ニ照シ、追シテ傷者ニ給付シ、医薬ノ資

ト為ス」(第192条)と定め、精神病による殺人の場合(ただし、1人を殺した場合)にも収贖を認めた。なお、精神病者が盗罪および傷害罪を犯した場合について改正がなかった⁸²⁾ので、新律綱領の規定がそのまま適用されていたと思われる。

(2)「凡収贖ハ。老小廢疾ノ矜恤ス可キ者。例ニ照シテ収贖ス」(新律綱領・贖罪収贖例図)⁸³⁾とあるように、収贖等の金銭的給付を認めるのはいわゆる統治者による恩恵的なものにすぎず、いまだ結果責任的刑罰の範疇を出るものではなかった⁸⁴⁾したがって、罪を犯した精神病者は収贖によって実刑を免れることができたとしても、「凡瘋癲人人ヲ殺ス者孤独貧困ニシテ親屬ノ保管スル者ナケレハ鎖錮ヲ禁獄ニ換ヘ埋葬金ヲ追セス」(改定律例197条)とあるように、贖金の納付能力がなく、しかもその者を受け入れて監督する者、とりわけその者の親族がいなければ、実刑に処せられた。反対に、「凡瘋癲人人ヲ殺ス者ハ鎖錮終身ニ処スト雖モ若シ果シテ痊愈スレハ親屬隣佑ノ保証ヲ取り懲役五年ニ改正シ限満テ放還ス」(改定律例195条)と定められているように、鎖錮終身の刑に処せられた精神病者は、刑の執行中にその病気が痊愈すれば、親族や隣人の保証の下、刑の執行を減じることができた。

埋葬金または医薬料等名義にかかわらず、収贖金はすべて被害者側に支給され、被害者の埋葬または治療の用等に供された。たとえば、「傷ヲ受ル者ヘ医薬料ヲ給セシメ盜賊ハ財主ヘ償給セシム」(仮刑律・名例・老小廢疾犯罪条)、「贖ヲ収死傷ノ家ニ給ス」(仮刑律・人命・戲誤過失殺傷条)、「贖ヲ収死傷ノ家営葬及ヒ医薬ノ資料ニ給ス」(仮刑律・人命・戲誤過失殺傷条の注)、「凡過失殺傷収贖ハ。殺傷セラル、ノ家に給シ。埋葬。及ヒ医薬ノ資ト為ス」(新律綱領・過失殺傷収贖図。改定律例・改正過失殺傷収贖例図も同旨)。したがって、収贖は、実質的には、被害者側に生じた損害の填補、つまり今日の意味における損害賠償にほかならない。もっとも、両者間には次の違いがある。損害賠償は刑事責任とは無関係に存在し、しかもそれが加害者の責任とされる(民法709条参照)。これに対して、収贖は刑罰の執行に代わるものであり、贖金の

納付は加害者の任意に任せられるが、納付しなければ刑罰が執行されることになっていた。

「凡贖罪収贖ス可キ者無力ニシテ贖フコト能ハス親屬代テ贖フコトヲ願フ者アレハ聴ス」(改定律例 34 条)と定められているように、収贖が認められる場合に贖金を納めるのは原則として本人であったが、本人に贖金を納める能力がない場合には、その親族が代わりに納めることができた。「親屬代テ贖フコトヲ願フ者アレハ聴ス」とされるところを見る限り、親族による贖金の納付はあくまでも任意であって、強制される「責任」ではなかった。反対に言うと、本人に贖金の納付能力がなく、しかも代わりに贖金を納める親族もないときは、本人は実刑を受けるしかなかったということになる。

3 精神障害者の加害行為についての親族の責任

前述したように、仮刑律から新律綱領および改定律例までの刑法法規は一貫して、加害者である精神病者の刑事責任の減免を図ってきた。それと同時に、刑事責任を問われた精神病者は原則として収贖によってその実刑を免れることができた。他方、加害者の親族に刑事責任を課す規定も見受けられるようになった。たとえば、「其親屬。看守厳ナラスシテ。他人ヲ殺死スルニ致ス者ハ。杖九十」(新律綱領・人命律下・瘋癲殺人条)や、「凡瘋癲人自殺ヲ致スニ看守人失察スル者ハ懲役二十日若シ人ヲ傷スルニ至ラシムル者ハ、懲役四十日」(改定律例 196 条)とあるように、新律綱領および改定律例では、精神病者を看守する親族は自傷他害防止監督義務を負い、その監督義務を怠ったこと(「看守厳ナラスシテ」「看守人失察スル」)により、精神病者が他人の生命や身体に危害を加えたときは、その親族は、その自身の責任として、刑事責任を負わなければならない。

三 まとめと今後の課題

1 まとめ

以上において、責任無能力者の刑事責任を完全に免除する旧刑法が成るまでの刑法法規における加害行為をした精神病者の刑事責任およびその親族の責任について考察をしてきた。その結果をまとめると以下の通り。第1に、民事責任と刑事責任が未分化の法体制の下、精神病者が殺人や傷害等の罪を犯した場合には、原則として刑事責任を免れることはなかった。それによって、「被害を感情的に補償する」ことができたと言えよう。他方、加害者は、収贖など、損害の填補という性質を有する金銭的給付を被害者側にすることにより実刑を免れることができた。このことから、明治前期において、精神病者の加害行為によって生じた被害については、刑罰を加えることによって「感情的に」これを補償することより、被害者への金銭的給付をすることによって「金銭的に」これを填補することへ移行しつつあると評価できようか。第2に、加害者を監督する立場にある親族がその監督を怠ったことにより刑事責任を負うとともに、任意ではあるが、贖金の納付など損害賠償の性質を有する金銭的給付を求められる場合もあった。このことから、刑事責任の局面においては、過失責任主義および（親族が負うべき）法定監督義務者責任の端緒が新律綱領および改定律例においてすでに開いたと言えるのではないだろうか。

刑事責任と民事責任が分化され、責任主義が支配する旧刑法の下では、心神喪失者の刑事責任はすべて免除された（同法78条）。そのため、刑事責任の存在を前提とし、罪を許してもらうために存在していた収贖もまた旧刑法に存続する意義と根拠を失った。民事責任と刑事責任の分化の観点からすれば、それは当然の帰結であろう。しかし、加害者の行為によって被害者側に生じた損害を填補する必要性がこれではなくなったわけではない。旧刑法は、刑罰との関係に言及する46条⁸⁵⁾や、付帯私訴に関する48条⁸⁶⁾などの規定において損害賠償を定めているが、損害賠償の方法や損害賠償義務者などに関する規範は、民

法典（旧民法）を待たなければならなかった。

明治政府の招きで1873年11月15日に来日したフランス人法学者のボワソナード⁸⁷⁾は、旧刑法、治罪法⁸⁸⁾および旧民法の起草を手掛け、日本の近代的法典編纂事業に大きく寄与したことは周知のとおりである⁸⁹⁾。ボワソナードによる旧民法の起草作業は第二編（財産）から始まり、その成果物として現在確認できる最初期のものは、1880年初めにできたとされる『ボアソナード氏起稿 注釈民法草案 財産篇』である⁹⁰⁾。その第392条では、父権を有する者および後見人に自己と同居する未成年者によって生じた損害についての賠償責任（1項・2項）、精神障害者（「瘋癲人又ハ精神ノ虚弱ナル者」）の監守者にその精神障害者によって生じた損害についての賠償責任（3項）をそれぞれ負わせた⁹¹⁾。したがって、旧刑法が頒布された1880年7月17日には、ボワソナードの起稿にかかる民法草案には、民事責任としての損害賠償責任がすでに構想されていたのである。

2 今後の課題

旧刑法の施行（1882年1月1日）により、責任能力なき精神障害者は、自己のした加害行為につき刑事責任を負わず（旧刑法78条。刑法39条1項参照）、しかも損害賠償的性格を有する取贖が刑事法規の表舞台から消え去った。しかし、責任無能力者である精神障害者の不法行為責任を否定し（民法713条）、その代わりに監督義務者責任（民法714条）を定める明治民法の施行（1898年7月16日）までは、まだ16年半の歳月が残されていた。この16年半の間、責任無能力者である精神障害者の加害行為によって生じた被害の填補がどのような形で行われていたのか、その法的根拠はどこに求められていたのかを解明するのが今後の課題となろう。

注

- 1) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為（新法学全集）』（日本評論社、1937年版・2005

- 年復刻版) 159頁, 宗宮信次『不法行為論』(有斐閣, 1968年) 142頁, 高木多喜男ほか『民法講義6 不法行為等』(有斐閣, 1977年) 191頁〔國井和郎執筆〕, 前田達明『民法Ⅵ₂ (不法行為)』(青林書院新社, 1980年) 137頁, 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為(下)』(青林書院, 1985年) 678頁, 加藤一郎『不法行為(法律学全集)』(有斐閣, 1991年増補版) 161頁, 平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』(弘文堂, 1993年) 219頁, 幾代通=徳本伸一補訂『不法行為法』(有斐閣, 1993年) 192頁, 澤井裕『テキストブック 事務管理・不当利得・不法行為』(有斐閣, 2001年第3版) 285頁, 加藤雅信『新民法大系Ⅴ事務管理・不当利得・不法行為』(有斐閣, 2005年第2版) 330頁, 田山輝明『事務管理・不当利得・不法行為(民法要義6)』(成文堂, 2011年第2版) 234頁, 潮見佳男『不法行為法Ⅰ(法律学の森)』(信山社, 2013年第2版) 419-420頁, 平野裕之『民法総合6 不法行為法』(信山社, 2013年) 227頁, 吉村良一『不法行為法』(有斐閣, 2017年第5版) 208頁ほか参照。
- 2) 我妻・前掲注1) 159頁, 宗宮・前掲注1) 142頁, 高木・前掲注1) 191頁〔國井執筆〕, 前田(達)・前掲注1) 138頁, 四宮・前掲注1) 678頁, 加藤(一)・前掲注1) 161頁, 平井・前掲注1) 219頁, 幾代=徳本・前掲注1) 192頁, 澤井・前掲注1) 第2版272頁参照。
- 3) 保護者は, 精神病患者監護法(1900年)1条に定める監護義務者から始まり, 精神衛生法(1950年)20条では保護義務者に, 精神保健法(1987年)の1993年改正では保護者に改称されたが, 精神保健福祉法(1995年)の2013年改正(2013年6月19日法律第47号)で保護者制度自体が廃止された。
- 4) 我妻・前掲注1) 159頁, 宗宮・前掲注1) 142頁, 高木・前掲注1) 191頁〔國井執筆〕, 前田(達)・前掲注1) 138頁, 四宮・前掲注1) 678頁, 加藤(一)・前掲注1) 161頁, 平井・前掲注1) 219頁, 幾代=徳本・前掲注1) 192頁, 澤井・前掲注1) 第2版272頁参照。
- 5) 町野朔「精神医療」畠孝一編『医療と人権(明日の医療⑨)』(中央法規出版, 1985年) 264頁, 前田泰「精神障害者の不法行為と保護義務者の責任」徳島大学社会科学研究2号(1989年)62頁, 辻伸行「精神障害者による殺傷事故および自殺と損害賠償責任(5)・完」判例評論448号(1996年)15頁ほか。
- 6) 山口純夫「判批(福岡地判昭和57・3・12)」判例評論293号(1983年)43頁。
- 7) 吉本俊雄「保護義務者の精神障害者に対する監督責任」判タ599号(1986年)9頁以下, 飯塚和之「判批(東京地判昭和61・9・10)」判タ656号(1988年)139頁以下。
- 8) 田山・前掲注1) 234頁, 吉村・前掲注1) 第4版198頁, 澤井・前掲注1) 285頁, 加藤(雅)・前掲注1) 330頁, 平野・前掲注1) 227頁, 藤岡康宏『民法講義Ⅴ不法行為法』(信山社, 2013年)310頁(さらに, 民法876条の5第1項を根拠に, 保佐人の法定監督義務者該当性を認める)。この説において, 法定の監督義務に関しては, 後見人の身上配慮義務がかつての療養看護義務におけるのと同様の理解が維持されているからだと指摘され

- ている（潮見・前掲注1）420頁）。
- 9) 吉村・前掲注1）208頁は、1999年改正民法858条における身上配慮義務は「他者加害を防止する監督義務とは距離のある内容となった」ことから、成年後見人の法定監督義務者該当性を再考する余地があるとする。同旨、橋本佳幸＝大久保邦彦＝小池泰『民法Ⅴ事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、2011年）258頁。
- 10) この義務は、精神衛生法22条1項によって導入され、その後精神保健法22条1項、精神保健福祉法22条1項によって引き継がれたものである。
- 11) 肯定説を採るものとして、内田貴『民法Ⅱ債権各論』（東京大学出版会、2011年第3版）400頁、澤井・前掲注1）285頁、田山・前掲注1）234頁、吉村・前掲注1）第4版198頁、加藤（雅）・前掲注1）330頁、藤岡・前掲注8）310頁ほか。否定説を採るものとして、前田泰「精神分裂病者の他害行為と精神保健法の保護者の監督責任」年報医事法学15号（2000年）144頁、潮見・前掲注1）421-422頁、吉村・前掲注1）208頁（同改正により、精神保健福祉法によって法定監督義務者が決まるという状況でなくなったと指摘する）ほか。なお、橋本＝大久保＝小池・前掲注9）258頁は再考する余地があるとするにとどまる。
- 12) 責任能力のない認知症高齢者（当時91歳）が徘徊中にJR東海の駅構内から線路内に入ってしまったため、同駅構内に入ってきたJR東海運行の列車に衝突されて死亡した。この事故により約719万円余の損害を被ったとして、JR東海が当該認知症高齢者の遺族（同居の配偶者および別居の長男など）に対して民法714条等に基づく損害賠償を請求した事例。
- 13) 本稿における年代の表記は、原文を引用する場合および判決を引用する場合を除き、原則として西暦（グレゴリオ暦）による。ただし、グレゴリオ暦が採用された1873年1月1日前までの年代については、元号を併記することとする。
- 14) 潮見佳男『債権各論Ⅱ不法行為法（基本講義）』（新世社、2016年第2版増補版）108頁は同判決の判旨と同旨。
- 15) 青野博之「本件判批」新・判例解説 Watch 第19号（2016年）66頁、米村滋人「本件判批」法教429号（2016年）56頁、前田陽一「本件判批」私法判例リマックス54号（2017〈上〉）49頁および窪田充見『不法行為法』（有斐閣第2版、2018年）192頁は、これにより民法714条の意味における法定監督義務者は存在しないことになると解する。
- 16) 木内裁判官の補足意見は、責任能力なき精神障害者が入院または入所している精神科病院または介護施設の管理者が、入院または入所している精神障害者の行動制限を行う権限を有し、かつ行動制限の手続を含む処遇基準が定められていること（後掲注22）参照を理由に、当該精神障害者の法定監督義務者に該当すると解する余地があるとする。学説には、民法714条1項に定める法定監督義務者として想定されるのは措置入院（精神保健福祉法29条以下）により責任能力なき精神障害者を受け入れた精神科病院の管理者ぐらいになると解するもの（久須本かおり「認知症の人による不法行為についての家族の民法714条責任」愛知大学法学部法経論集208号（2016年）209-210頁）や、「法定監督義務者

- が存在しない事態が拡大する」と述べ、法定監督義務者が想定されることを示唆するにとどまるもの(松尾弘「本件判批」法セ739号(2016年)118頁)がある。
- 17) 窪田充見「最判平成28年3月1日-JR東海事件上告審判決が投げかけるわが国の制度の問題」ジュリ1491号(2016年)67頁, 米村滋人「法律判断の「作法」と法律家の役割-認知症鉄道事故の最高裁判決に寄せて」法時88巻5号(2016年)2頁, 同「最高裁判決の意義と今後の制度設計のあり方」法時89巻11号(2017年)110頁, 廣峰正子「本件判批」金商1493号(2016年)4頁ほか。
- 18) 我妻・前掲注1)155-156頁, 松坂佐一「責任無能力者を監督する者の責任」『我妻栄先生還暦記念・損害賠償責任の研究(上)』(有斐閣,1967年)161頁, 加藤(一)・前掲注1)159頁ほか。
- 19) 加藤(一)・前掲注1)159頁参照。
- 20) 最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況」各該当年(度), 裁判所ウェブサイト <http://www.courts.go.jp/about/siryoku/kouken/> (2018年8月2日閲覧) 参照。
- 21) 潮見・前掲注1)423頁参照。
- 22) 精神病院や介護施設などでは、「緊急やむを得ない場合」(切迫性・非代替性・一時性)に限って、最後の手段として入院患者や入所者の身体的拘束が認められている。これについて、精神保健福祉法37条1項に関する1988年厚生省告示第130号(2014年最終改正)第四および医療観察法93条1項に関する2005年厚生労働省告示第338号第四, 指定介護老人福祉施設基準(1999年厚生省令39号。2016年厚労省令14号最終改正)11条4項ほか参照。厚生労働省は身体拘束ゼロを目指しているが、現状は厳しい。朝日新聞デジタル「精神科患者の身体拘束,10年で2倍 大声出すだけで?」(2017年12月3日), <https://www.asahi.com/articles/ASKCZ6RGLKCZUPQJ00J.html> (2018年8月3日閲覧) 参照。
- 23) 認知症鉄道事故訴訟最高裁判決大谷裁判官の意見は、「従前の解釈との連続性という観点」から、成年後見人の法定監督義務者該当性を肯定すべきものとし、その場合には、「従前より緩和された善管注意義務の懈怠(過失責任)の有無により免責が判断されることになる」とする。
- 24) 和歌山地判昭和48年8月10日判時721号83頁(親権者の例), 甲府地判平成16年8月31日判時1878号123頁(親権者の例)ほか。我妻・前掲注1)159頁, 加藤(一)・前掲注1)163頁, 四宮・前掲注1)674頁(身上監護型監督義務とする), 平井・前掲注1)218頁(「無能力者の生活全般にわたって監護し,危険をもたらさないような行動をするよう教育し, 躰をする義務」(第2種監督義務)とする), 澤井・前掲注1)285頁(包括的一般的な身上監護義務とする), 吉村・前掲注1)206頁参照。
- 25) 平井・前掲注1)218頁は, 心神喪失による無能力者に対する監督義務を, 責任無能力者の生活全般に及ぶ監督義務よりも限定された, 「無能力者が, ある程度特定化された状況の下で, 損害発生の危険をもつ, ある程度特定化された行為をすることを予見し, かつその危険を回避または防止するよう監督すべき義務」(第1種監督義務)と解する。

- 26) 同旨, 前掲注 23) の大谷裁判官の意見, 前田(陽)・前掲注 15) 49 頁。なお, 拙稿「(研究会報告) 責任能力なき認知症高齢者が他人に損害を与えた場合の家族の責任——立法者の考えおよび判例の検討を中心に——」地域研究ジャーナル(松山大学総合研究所, 2016 年) 73 頁参照。
- 27) 拙稿「法定監督義務者責任の立法史的考察——明治初期の民法草案および旧民法を対象に——」名城法学 66 巻 3 号(2016 年) 25 頁以下。
- 28) 大槻文彦『箕作麟祥君伝』(丸善, 1907 年) 111 頁(磯部二郎談), 的野半介『江藤南白(下)』(南白顕彰会(非売品), 1914 年) 107-108 頁, 穂積陳重「『フランス』民法を以て日本民法と為さんとす」同『法窓夜話』(有斐閣, 1936 年 11 版) 209-210 頁参照。当時の時代的背景については, 大隈重信『開国五十年史(下)』(原書房, 1970 年) 1035-1036 頁, 星野通『明治民法編纂史研究』(ダイヤモンド社, 1943 年) 5-7 頁参照。
- 29) 「復讐」『日本大百科全書 20』(小学館, 1988 年) 203 頁(佐々木明執筆) 参照。
- 30) 杉山晴康「刑罰の起源としての復讐について」早稲田法学 40 巻 1 号(1964 年) 112 頁。
- 31) 1868 年 3 月～6 月(明治元年 2 月～閏 4 月)ころに編纂されたとされる。仮律ともいう。手塚豊「仮刑律の一考察」同『明治刑法史の研究(上)』(慶応通信, 1984 年) 16 頁, 横山晃一郎「第 5 章 刑罰・治安機構の整備」福島正夫編『日本近代法体系の形成(上)』(日本評論社, 1981 年) 294 頁参照。仮刑律は, 1870 年 10 月 12 日に新律綱領の草案にあたる新律提綱が刑部省管内で施行されたのにもなって廃止された(高鹽博「新出の『刑法新律草稿』について——「仮刑律」修正の刑法典——」手塚豊編著『近代日本史の新研究Ⅶ』(北樹出版, 1989 年) 112 頁参照。
- 32) 1871 年 2 月 16 日(明治 3 年 12 月 27 日)頒布。新律綱領は, 中国の明律と清律を手本とし, 江戸幕府の『公事方御定書』を参考して作られた復古的色彩が強く残ったものであり, 近代的刑法典とはいえない。小早川欣吾『明治法制史論 公法之部(下)』(巖松堂, 1940 年) 984 頁以下, 手塚「新律綱領編纂関係者考」同・前掲注 31) 35 頁, 井ヶ田良治=山中永之佑=石川一三夫『日本近代法史』(法律文化社, 1982 年) 50 頁, 中山勝「新律綱領の編纂の典拠について——新律綱領に与えた清律の影響を中心として——」手塚豊編著『近代日本史の新研究Ⅰ』(北樹出版, 1981 年) 192 頁, 佐伯千仞『刑法講義(総論)』(有斐閣, 1981 年 4 訂版) 34-35 頁参照。
- 33) 穂積陳重「復讐禁止と司法権の独立」同『法窓夜話』(岩波書店, 1936 年) 322-323 頁。明治に入ってから有名なあだ討ち事件として, 1872 年 1 月初め(明治 4 年 11 月下旬)に金沢藩の執政本多政均のあだ討ちをその家臣である本多弥一が成し遂げた, 「加賀の忠臣蔵」と呼ばれるものがあった。本家への忠義を尽くすというのがその動機であったと本多俊彦准教授が指摘している。これについて, 「『本家に忠義を』あだ討ち決意 「加賀の忠臣蔵」で本多家家臣 書状でひもとく」(北國新聞 2018 年 9 月 7 日), <https://www.hokkoku.co.jp/subpage/H20180906102.htm> (2018 年 9 月 7 日閲覧) 参照。あだ討ちの実行日は本多准教授のご教示によるものである。ここに深くお礼を申しあげる。なお, 内容の正

確性については、筆者がその全責任を負う。

- 34) 内閣記録局編『法規分類大全第54巻刑法門(1)』(原書房, 1980年)72頁(以下、「法規分類大全(54)」と略す)。
- 35) 新律綱領の条文は法規分類大全(54)129頁以下による(以下同じ)。同条の起草時に、新律綱領に復讐律を採り入れるべきかどうかをめぐって意見が真っ二つに分かれた。これについて、法規分類大全(54)126-129頁、穂積陳重『復讐と法律』(岩波書店, 1982年)60-65頁、小早川欣吾『統明治法制叢考』(山口書店, 1944年)19-23頁参照。
- 36) 法規分類大全(54)540頁。穂積「復讐罰すべきかにつき大学に諮問」同・前掲注33)304頁。復讐禁止令発布の功績はまったく江藤司法卿に帰すべきものであると評価されている(的野半介『江藤南白(上)』(南白顕彰会, 1914年非売品)683頁参照)。復讐禁止令発布までの経緯について、穂積・前掲注35)66-69頁参照。
- 37) 司法省伺に対する1873年1月30日指令(法規分類大全(54)239頁)参照。手塚豊「明治六年太政官布告第六十五号の効力」同・前掲注31)128頁も参照。ただし、次の理由から、復讐禁止令によって禁止されたのは、復讐のための殺人だけであって、その場で行われた復讐のうちの傷害については、なお容認されたままであったと考える。第1に、本文で引用したとおり、太政官布告39号は、新律綱領・關毆律・父祖被毆条中の「父祖被毆律祖父父母人ニ殺サレ子孫撞ニ行兇人ヲ殺ス以下ヲ廢シ」としただけであった。第2に、後述する太政官布告122号、そして改定律例232条もまた同様に、犯人殺害を罰しただけであった。
- 38) 法規分類大全(54)239頁。
- 39) 司法省伺に対する1873年3月29日指令(法規分類大全(54)240頁)。
- 40) 法規分類大全(54)239-240頁。
- 41) 穂積・前掲注35)75頁。橋本祐子「復讐と刑罰」創文528号(2010年)6頁以下も参照。
- 42) 大塚仁『刑法概説(総論)』(有斐閣, 2005年)50頁、大谷實『刑法講義総論』(成文堂, 2009年新版第3版)44頁。応報刑と復讐との関係について、橋本祐子「応報刑と復讐」『応報の行方(法哲学年報2015)16頁以下、「復讐」・前掲注29)203頁(名和鉄郎執筆)参照。
- 43) 石井良助『刑罰の歴史』(明石書店, 1992年)123頁、瀧川正次郎『日本法制史』(角川書店, 1959年)399頁はいずれも御定書百箇条についてその旨を述べている。
- 44) 法規分類大全(54)45頁。本条の成立過程および運用例については、高柳真三『江戸時代の罪と刑罰抄説』(有斐閣, 1988年)93頁以下参照。
- 45) 高柳・前掲注44)93頁(乱心・乱気を精神病とする)、石井・前掲注43)120頁(乱心を精神病とする)、大久保治男『大江戸刑事録』(六法出版社, 1985年)110頁(乱心を心神喪失や心神衰弱とする)参照。
- 46) 小野清一郎「責任能力の人間学的解明(一)」ジュリスト367号(1967年)92頁参照。

- 47) 高柳・前掲注 44) 375 頁参照。
- 48) 法規分類大全 (54) 45 頁。
- 49) 法規分類大全 (54) 43 頁。
- 50) 高柳・前掲注 44) 94 頁参照。
- 51) 高柳・前掲注 44) 94 頁参照。
- 52) 佐伯・前掲注 33) 26 頁 (刑の減輕が許された), 立川輝信「安永七年の殺人事件とその処罰－御定書より見たる府内藩日記所載竹町の殺人事件に就いて－」大分県地方史 No. 26 (1961 年) 42 頁 (刑罰の免除までも認められるわけではない)。
- 53) 「2 日晒 1 日引廻鋸挽之上磔」(法規分類大全 (54) 42 頁)。
- 54) 「引廻之上磔」(法規分類大全 (54) 42 頁)。
- 55) 高柳・前掲注 44) 94 頁, 373-374 頁参照。
- 56) 法規分類大全 (54) 45 頁。
- 57) 御定書百箇条 71 条 44 項「足軽体に候共軽き町人百姓之身として法外之雑言等不屈之仕形不得止切殺候もの吟味之上無紛においては無構 (従前々之例)」(法規分類大全 (54) 44 頁)。
- 58) 高柳・前掲注 44) 94 頁, 大久保・前掲注 45) 111 頁参照。
- 59) 高柳・前掲注 44) 374 頁参照。
- 60) 法規分類大全 (54) 41 頁。
- 61) 「乱心にて火を附候もの乱氣之証抛不分明においては死罪乱心に無紛においては押込置候様に親類共に可申付事 (享保 6 年・元文 5 年極)」(法規分類大全 (54) 46 頁)。押込の刑は親族によって執行されることになっていた。
- 62) 法規分類大全 (54) 55 頁の頭注, 井ヶ田=山中=石川・前掲注 32) 50 頁, 横山・前掲注 31) 294 頁参照。
- 63) 横山・前掲注 31) 294 頁。高鹽・前掲注 31) 112 頁も参照。
- 64) 法規分類大全 (54) 14 頁。穂積・前掲注 35) 59 頁参照。
- 65) 小早川・前掲注 35) 2-3 頁, 細川亀市『日本近代法制史』(有斐閣, 1961 年) 137-138 頁参照。たとえば, 仮刑律・名例では, 死刑のうち, 「勿斬之外極刑ナリ情罪重大常刑ニ容ラレサルモノヲ待唯焚ハ放火情重キモノ此刑ニ処ス」, 磔は「非常ノ極刑ナリ君父ヲ殺スル大逆罪ノモノヲ刑ス」旨が定められていて (法規分類大全 (54) 57 頁), 上記行政官布達はその趣旨を受け継ぎ, 「其中磔刑君父ヲ殺スル大逆ニ限り其他重罪及焚刑ハ梟首ニ換へ」とした (法規分類大全 (54) 14 頁)。
- 66) 細川・前掲注 65) 137-138 頁, 横山・前掲注 31) 294-295 頁参照。たとえば, 1868 年 12 月 26 日 (明治元年 11 月 13 日) 達で, 「火刑ハ永廢止之事」「殺君父ノ大逆罪ハ臨期勅裁之上可処磔刑事其他磔罪廢止之」(法規分類大全 (54) 115 頁) とされるに続き, 晒, 引廻, 鋸引も 1869 年 8 月 15 日 (明治 2 年 7 月 8 日) 東京府問合に対する刑法官指令によって廢止された (法規分類大全 (54) 117 頁)。

- 67) 高鹽・前掲注31) 164-165頁。新律草稿の成立時期は1868年12月26日(明治元年11月13日)から1869年3月2日(明治2年1月20日)までだと推定される(高鹽・前掲注31) 120頁参照)。
- 68) 法規分類大全(54) 58頁。
- 69) 1873年6月13日頒布(太政官布告206号)。新律綱領と改定律例の両者は近代的刑法典に属する旧刑法の施行に伴って廃止されるまでその効力を有していた(法規分類大全(54) 129頁, 256頁の頭注参照)。それらの編纂過程については, 小早川・前掲注35) 1頁以下参照。新律綱領と改定律例との関係および新律綱領の改正, 追加法である太政官布告, 太政官指令等との関係については, 手塚・前掲注37) 140頁以下参照。
- 70) 小早川・前掲注32) 984頁, 手塚・前掲注37) 141頁参照。
- 71) 『新律綱領・改定律例合巻(下)』(小川半七, 1873年) 161丁「二命」とする。
- 72) 改定律例の条文は法規分類大全(54) 256頁以下による(以下同じ)。
- 73) 新律綱領と改定律例の両者は並行してその効力を有していた。したがって, 両者に重複する条項があるときは, 新律綱領の規定の効力が停止されたが, そうでない限りは, 新律綱領は現行法としてその効力を有していた。これについて, 手塚・前掲注37) 141頁, 細川・前掲注65) 140頁参照。
- 74) 1880年7月17日太政官布告36号。本稿で引用する条文は法規分類大全(54) 387頁以下による(以下同じ)。
- 75) 横山・前掲注31) 329-331頁参照。
- 76) 堀内捷三「法典編纂と近代法学の成立2 刑事法」石井紫郎編『日本近代法史講義(青林講義シリーズ)』(青林書院新社, 1972年) 120頁。
- 77) 1877年10月8日司法省達第74号によれば, 「刑事ニ附帯シテ起ル民事ノ賠償ハ其性質ハ全ク民事ナリト雖モ刑事裁判官其処分ヲ行フハ其便ニ從フナリ故ニ民事ノ裁判ニ付不服ノ者ハ民事ノ手續ニ拠ルヘキ儀ト可相心得此段為念相違候事」, という。同号達によって取り消された同年8月24日司法省達第60号はさらに, 刑事法規である律例に掲げられてはいるが, その性質はまったく民事に属するものとして, 贓物の返還(改定律例51条ほか), 牛馬により他人の物を毀損した場合の賠償(同110条), 埋葬金の給付(新律綱領・人名律下・威逼致死の条, 改定律例190条)を例示した。
- 78) 法規分類大全(54) 69-70頁。
- 79) 『昭和43年版 犯罪白書』第四編第一章四「少年法および更生保護法令」参照。 <http://hakusyol.moj.go.jp/jp/9/nfm/mokuji.html> (2018年8月14日閲覧)
- 80) 精神病者が殺人および傷害の罪を犯したときは, 過失殺傷取贖例に準じるとされる(改定律例192条)。改定律例32条によれば, 「凡過失殺傷ヲ犯シ取贖ス可キ者無力ニシテ贖フコト能ハサルハ懲治監ニ入レー等役囚ト同ク雇工錢ノ全數ヲ領置シ食費ヲ除キ贖金ノ半ヲ殺傷セラル、家に給スルニ足ルヲ期ト為シ役ヲ免ス」とされた。精神病者は服役中に働いて得た報酬をもって贖金に充てることになり, その充當が終われば, 役を免れることが

できた。また、改定律例 31 条によれば、「凡老小癡疾者罪ヲ犯シ収贖ス可キ者無力ニシテ贖フコト能ハサル者ハ懲役百日以下ハ折半シ一年以上ハ五等ヲ減シテ並ニ懲役ニ服ス」ということなので、刑の軽減は認められた。

- 81) 法規分類大全 (54) 75 頁。
- 82) 改定律例 45～48 条 (老小癡疾収贖条例) 参照。
- 83) 1873 年 2 月 25 日太政官布告第 69 号 (法規分類大全 (54) 195-196 頁), 改定律例・改正贖罪収贖例図も同旨。
- 84) 堀内・前掲注 76) 120-121 頁参照。
- 85) 「犯人刑ニ処セラレ又ハ放免セラルト雖モ被害者ノ請求ニ対シ贓物ノ還給損害ノ賠償ヲ免カルコトヲ得ス」。旧刑法と同時に施行された治罪法 (後掲注 88) 参照) 2 条, 4 条 2 項は、「犯罪ニ因リ生ジタル損害ノ賠償, 贓物ノ返還」請求は, 被害者が「民法ニ従ヒ」, 民事裁判所に「私訴」を提起して行くと定め, 民法の成立を前提とする規定が設けられていた。
- 86) 「裁判費用贓物ノ還給損害ノ賠償ハ被害者ノ請求ニ因リ刑事裁判所ニ於テ之ヲ審判スルコトヲ得若シ贓物犯人ノ手ニアル時ハ請求ナシト雖モ直チニ之ヲ被害者ニ還付ス」。なお, 治罪法 4 条 1 項および 1877 年 8 月 24 日司法省達第 60 号, 同年 10 月 8 日司法省達第 74 号参照。
- 87) ボワソナード来日の日については, 藤田正 = 吉井蒼生夫『日本近現代法史 (資料・年表)』 (信山社, 2007 年) 265 頁参照。招聘に至る経緯については, 大久保泰甫『ボワソナードと国際法 - 台湾出兵事件の透視図』 (岩波書店, 2016 年) 62-68 頁参照。
- 88) 1880 年 7 月 17 日太政官布告 37 号 (1882 年 1 月 1 日施行)。日本で最初の近代的刑事訴訟法典である。1890 年 11 月 1 日刑事訴訟法 (1890 年 10 月 7 日法律第 96 号) の施行に伴い廃止された (井ヶ田 = 山中 = 石川・前掲注 32) 136 頁参照)。
- 89) 星野通『明治民法編纂史研究』 (ダイヤモンド社, 1943 年) 104-105 頁参照。
- 90) 『法務図書館所蔵貴重書目録 (和書)』 (法務図書館, 1973 年) 37 頁, ボワソナード民法典研究会編 (七戸克彦解題) 『ボアソナード氏起稿 注釈 民法草案 財産編第 1 卷 [ボワソナード民法典資料集成 前期 I]』 (雄松堂出版, 1999 年復刻) ix, xiv, xv 頁参照。
- 91) 条文は, ボワソナード民法典研究会編 『ボアソナード氏起稿 注釈民法草案財産編第 3 卷 [ボワソナード民法典資料集成 前期 I]』 (雄松堂出版, 1999 年復刻) 81-82 頁参照。