

# Zur Problematik des "Verteidigungswillens" bei der Notwehr (3)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2297/18198">http://hdl.handle.net/2297/18198</a>

## 正当防衛における「防衛意思」の問題点(三)

振  
津  
隆  
行

はしがき

### 第一章 問題史的概観

第一節 実体法的问题の原初の所在

第二節 一八八〇年頃の問題状況

第三節 今世紀における展開

第一款 一九三〇年代頃までの状況(以上本誌三〇卷二号)

第二款 ナチス期

第三款 戦後(西ドイツ)(以上本誌三三卷一・二合併号)

第四節 わが国における問題状況

第一款 明治維新以前の刑法の変遷と正当防衛(以上本号)

### 第四節 わが国における問題状況

第一款 明治維新以前の刑法の変遷と正当防衛

わが国の刑法は、数個の段階を経て發達してきた。まず、第一期の古代の素朴な氏族刑法から（氏族法時代）、第二期の大化の改新による唐律の継受により律令時代に入り（律令時代前期）、その後期である第三期には、律令制度が檢非違使庁などのわが国独自の制度ならびに慣行により、漸次日本風に改造されつつ、次の武家法時代を準備する（律令時代後期）。第四期の武家法時代は、さらに、鎌倉・室町時代（武家法時代初期）、戦国時代（武家法時代中期）を経て、徳川幕府の刑法制度へと独自の發展をたどり（武家法時代末期）、ついに、第五期の明治維新以後の第二の大規模な外国法（ヨーロッパ法）の継受により、再び一大転機を迎えるに至るのである（明治時代）。

以上のような時代区分に従い、以下、明治維新以前におけるわが国刑法の歴史的変遷と正当防衛につき概観してみたい。

（一）時代区分の問題は、歴史の捉え方の本質に係わる重大な問題であり、従来から法制史家の間でも多様な区分が行なわれてきており、刑法学の観点からも、この問題は改たに検討すべき重大な課題の一つであると思料するが、本稿では、当面、刑法学者が従来行ってきた区分に従うことにした。これにつき、たとえば、小野清一郎「日本刑法の歴史的発展」同・刑罰の本質について・その他（昭和三〇年）三四三頁以下、佐伯千仞・四訂刑法講義総論（昭和五六年）九頁以下、なお、牧健二・日本法制史概論完成版（昭和三三年）七頁以下等をも参照。

二 氏族法時代（固有法時代）

わが国古代の固有刑法は、氏族ないし氏姓制時代のもので、主として不文法であるため、その時代の刑法を知るのはきわめて困難である。ただ、この古代法の特色として、著しく呪術的・宗教的性格を帯びていることが指摘される。すなわち、今日の法は「のり（宣り）」（託宣、神意の啓示であるとともに、氏が神意を「宣る」とから権力者の宣言をも含むものである）と呼ばれ、これに反する今日の犯罪にあたる「つみ」（神の忌嫌うこと）も、きわめて宗教的な観念のものであった。<sup>(一)</sup>この「つみ」について、しばしば引用される延喜式の「大祓詞」では、**畔放、溝埋、極放、頻蒔、串刺、生剝、逆剝、屎戸の八罪を天津罪とし、また、生膚断、死膚断、白人、胡久美、己が母犯せる罪、己が子犯せる罪、母と子と犯せる罪、子と母と犯せる罪、畜犯せる罪、昆虫の災、高津神の災、高津鳥の災、畜仆し、蠱物せる罪の一四罪を国津罪としている。**これらの行為ないし事実、神の「忌み」嫌うことであり、これを起こすことが「つみ」であった。この「つみ」が犯された場合、「祓」あるいは「禊」を科してその「穢れ」を清め、神の怒りを和らげなければならなかった。もつとも、他方で、現世的な刑罰も存していたようで、とくにこの時代の後期には、中国の犯罪および刑罰の思想の影響下で、現世的な犯罪・刑罰も相当発達したのである。<sup>(三)</sup>なお、この時代の刑罰の主たるものとして、死、流、追放、貶姓、黥、配賤、没収等があった。<sup>(四)</sup>

さて、正当防衛は、「書かれた法ではなくて生まれた法である」（キケロ）とか、「正当防衛には、何らの歴史もないし、また、ありえない」（ガイプ）とする観点からは、原始ないし古代からこれに比当すべき事態が当然存在したはずであるが、文献上、正当防衛ないしこれに類似する事例は見出し難いところであろう。<sup>(五)</sup>だが、ここでは、

とくに「復讐」との連関をも射程に入れ、検討されるべきであろう<sup>(6)</sup>（もちろん、このことは以後においても同様に妥当することである）。

(1) たとえば、石井良助「刑罰の歴史（日本）」同・日本刑事法史「法制史論集第一〇巻」（昭和六一年）一〇頁等参照。  
(2) これらの内容について、たとえば、石井（良）・刑罰の歴史一〇頁以下、石尾芳久・日本古代法の研究（昭和三四年）三頁以下等参照。

(3) 瀧川政次郎・日本法制史（昭和三年）六三頁、小野・前掲書三五三頁、石井（良）・刑罰の歴史二四頁等。

(4) 石井（良）・刑罰の歴史二七頁等参照。

(5) もっとも、小野村博士は、記紀に正当防衛に関する事例がみられるとして、「手研耳命の変」を挙げられる（倉野憲『武田祐吉校注・古事紀祝詞（日本古典文学大系Ⅰ「昭和三三年」一六四頁以下、坂本太郎・家永三郎・井上光貞・大野晋校注・日本書記上（日本古典文学大系67「昭和四二年」二一八頁以下等参照）。すなわち、神武天皇には、日子八井命、神八井耳命、神沼河耳命の三人の皇子の外に、異母兄である手研耳命がいたが、神武天皇崩御の後、手研耳命は、他の嫡出皇子を害し自ら皇位を継承しようとしたが、その意図を知った神沼河耳命（後の綏靖天皇）は危害の及ぶのを知り、先発して手研耳命を討ち殺したという記事を挙げ、このような切迫した危険の到来に対し自力をもってこれに反撃し、事無きを得たのは止むを得ない緊急の措置であり、即ち正当防衛に外ならないとされ、この例は事皇室に関するものであるが、民間においても同様の自力行使を正当としたのは疑いえないものとされる（小野村胤敏「刑法に於ける自力救済の研究」〔昭和一三年〕一八二頁以下）。だが、記紀にどの程度の歴史的信憑性があり、また、本事例が正当防衛に当たるといえるかも大いに疑問であるが、ある程度において当時における状況を反映しているものとみることも許されようか。

(6) たとえば、穂積陳重・復讐と法律（法律進化論叢書第四冊）（昭和六年）一頁以下、瀧川幸辰「古事紀二現ハレタル復讐ノ思想」（法学論叢二巻四号「大正八年」）同・瀧川幸辰刑法著作集第四卷「昭和五六年」五三五頁以下、小野村・前掲書一七二頁以

下、明石三郎・自力救済の研究増補版(昭和五三年)一頁以下、特に一五頁以下等参照。

### 三 律令時代前期

一 前期末において、国内における曾我氏の専権があり、国外では唐および新羅の威圧がわが国に加わっており、天皇中心の氏族的国家体制は崩壊の寸前にまで追いつめられていた。この難局打開のために、大化の改新が断行され、唐の制度にならった天皇を頂点とする中央集権的国家体制を作り上げるとともに、その高度の文化を輸入することが急務とされた。<sup>(1)</sup>この大化の改新によって、律令が制定され、わが国法制は一大飛躍を遂げたのである。すなわち、近江令(六六八年制定)、天武(律)令(六八九年施行)、大宝律令(七〇一年施行)、養老律令(七一八年撰定)が、それぞれ制定されたが、律は原則として刑法典であって、ここに、わが国にも成文刑法典が誕生する。それらは唐律に倣いつつ、刑が一般に一、二等軽く、十悪が八虐となり、縁座の範囲が狭いなど若干の修正が施されたものの、ほぼ唐律の規定を踏襲したものであった。だが、これらのうち、近江・天武・大宝の三(律)令は現在ほとんど伝わっておらず、現に律令として伝わっているのは養老律令だけである。養老律は、一〇卷一二編より成り、その編名は「名例上下」、「衛禁」、「職制」、「戸婚」、「厩庫」、「擅興」、「鬪訟」、「詐偽」、「雜」、「捕亡」および「断獄」の各律であり、このうち現存するのは賊盜律・職制律全編と名例律上の前半、衛禁律の後半および鬪訟律の断簡だけで、その他はわずかに逸文を残すだけである。<sup>(2)</sup>

二 さて、律には違法性阻却事由、とくに正当防衛に関する一般規定はなく、したがって、個々の犯罪につき、正当防衛と関連すると思われる諸規定を拾えるままに挙げると以下のようなものがある。

- (1) 「人、兵刃を以て己に逼るが為に、因りて兵刃を用みて拒みて傷り殺せらば、鬪法に依れ。」(鬪訟律・鬪殴

### 殺人條<sup>(3)</sup>

本規定は、他人が兵刃（武器）をもって侵害してきたために、被侵害者が兵刃を用いてこれに応酬し、相手を殺傷する行為も、普通の闘殺傷の罪をもって論ずるとするものである。そのため、律は正当防衛・緊急避難に基づく違法性阻却を原則として認めなかったとする論拠として、本規定が挙げられるのが通常である。<sup>(4)</sup>ただし、このような場合で相手方を殺した場合、通常ならば故殺として斬となるべきところ、闘法による（刑は絞）とするのは、少なくとも刑の減輕事由となりうることを示すものといえよう。<sup>(5)</sup>（同・闘殺殺人條参照）。だが、いずれにせよ、これを基本規定と解するかぎり、そのような一般的評価が生ずるであらう。

(2) 「凡そ祖父母父母、人の毆撃する所と爲るに、子孫即ち之を毆撃す。折傷に非るものは論ずる勿れ。折傷するものは、凡闘の折傷より三等を減ず。死に至るものは、常律に依れ。」（闘訟律・祖父母父母爲人所毆子孫毆之條<sup>(6)</sup>）

本規定は、祖父母・父母が他人から毆撃されているときは、その子孫が加害者を毆撃しても、折傷に至らない程度の反撃であるときは、罪を論じないものとする。傷害を加えた場合でも刑の減輕事由とするものである。殺傷に至らない限り処罰されないとするのは、正当防衛の認められた例であるとして挙げられる。<sup>(7)</sup>なお、唐律にも同様の規定があり、これを一種の正当防衛とみる見解と、親の危急に際しての、その場の子の情の動きを律が吸い上げたものとして、いわば責任阻却事由としてみる見解もある。<sup>(8)</sup>

(3) 「凡そ夜故無くして、人家に入れば、笞三十。主人、登の時に格ち殺せらば、論ずる勿れ。若し侵犯に非ざることを知りて、殺し傷れらば、闘殺傷に二等を減せよ。」（賊盜律・入人家條<sup>(9)</sup>）

本規定は、夜間の住居侵入罪と、侵入された側の緊急の防衛行為ならびにその限界について規定している。とくに、後者においては、現に夜間における住居侵入者（ないし盗人）を、侵入された主人が登時、すなわち即座

に格殺（打殺）したときは、その罪を論じないものとしている。その点で、本規定は正当防衛を規定したものと  
 する見解が有力であるが、<sup>(10)</sup>「已むことを得ざるに出た行為」であること等を要しないとすると、若干疑問無し  
 としない。なお、最後の部分は、誤想防衛の場合等をも含みうるものと解されよう<sup>(11)</sup>（なお、盗犯等防止法一条一  
 二項をも参照）。

(4)「其（官私）の畜産人を觔齧<sup>(12)</sup>せんとして、殺傷する者は、坐せず、償はず。」（既庫律・官私畜産毀食條）  
 本規定は、他人（官私）の畜産が、人を觔齧（角で突くとか嚙みつ）くする場合に、その加害畜産を殺傷して  
 も罰せず、また賠償の責に任じないものとする。この規定は、一般には緊急避難を認めた例として引用されるが、<sup>(13)</sup>  
 対物防衛をも含める限り、正当防衛の規定と解されるものである。<sup>(14)</sup>

(5)「凡そ罪人を捕へんとするに、罪人仗<sup>(15)</sup>を持して拒捍せば、其の捕ふる者、之を格殺し、逃走するに遂<sup>(16)</sup>ひて殺  
 し、若くは、迫窘<sup>(17)</sup>して自殺せば、皆、論ずる勿れ。」（捕亡律・罪人持仗捍條）<sup>(15)</sup>

本規定のとくに前半部分は、官の捕役の犯人逮捕に際し、犯人が仗（凶器）をもって抵抗したことにより、こ  
 の者を格殺する場合のみならず、何らかの罪を行った者が、その罪の被害者ないし現場にあってこれと行動を共  
 にしている追捕者に対して、身体的危害を加え、または加える高度の危険性がある場合に、この者を格殺すると  
 いった場合をも含むと解しうるとすれば、まさに正当防衛状況に適用されうる条文といえよう。<sup>(16)</sup> なお、後半部分  
 は、犯人を追い迫って自殺させても、皆罪を論じない旨規定している。

(6)「凡そ人に毆撃せられ、折傷以上、若くは盜、及び強姦は、傍人と雖も、皆捕撃して、以て、官司に送るを  
 得。」（捕亡律・傍人捕撃條）<sup>(17)</sup>

本規定は、一般には正当防衛に関する規定として挙げられることはないが、ただ一書に、これをもって「他人  
 ノ為ニスル正当防衛」とする脚注があるので、<sup>(18)</sup>一応ここに挙げる。だが、他方、犯罪被害者の不救助を処罰する



旨の規定もあるので（同・追捕罪人力不能制條、隣里被強盜及殺人不救助條等参照<sup>(19)</sup>）、單純に、本規定がそのように解しうるかは問題が残るように思われる。

以上、筆者が参看しえた範囲で、正当防衛に関係すると思われる諸規定を挙げた。律には正当防衛に関する通則的な一般規定は存しないが（以後ももちろん同様である）、正当防衛に係わる事態を想定した規定が個々の存在するのも事実である。もっとも、それらの個々の規定が現実にとの程度の実効性を有していたかも知れない問題がある<sup>(20)</sup>。それらは、それなくば可罰的な行為が、不処罰ないし減輕されうる個々の事例を、その時々々の要請に応じて散在的に挙示され、それらに対する関心は、不処罰・減輕といった実践的效果であつたと思料される<sup>(21)</sup>。もっとも、現代的刑法学の観点からは、これら諸規定は、違法減少と責任減少との相剩効果としての刑罰阻却・減輕とみることもできよう<sup>(22)</sup>。だが、かつて瀧川（政）博士がいわれたように、(1)を引用して、正当防衛及び緊急避難による違法性の阻却は原則として認められなかつたという單純な評価には大いに疑問が残ろう。律には、正当防衛という概念は存在しないが、それに相應する法現象は存在したし、それに対処するための規定も存在したとみるべきであらう。

なお、律令体制の最盛期である本期では、国家公刑主義がとられたものとされているが、それがどこまで貫徹しえたかはなお疑問であり、事実上存在した復讐ないし私的刑罰の行使も慣行上かなり行なわれていたと推定する方が妥当とも思われるが<sup>(24)</sup>、その詳細は不明である。

(1) 石井（良）・刑罰の歴史三〇頁以下、同・法制史（体系日本史叢書4）（昭和三九年）三三頁以下等参照。

(2) 新訂増補国史大系律（昭和五七年）。

(3) 国史大系律八二頁。なお、井上光貞・関 晃Ⅱ土田直鎮Ⅱ青木和夫校注・日本思想大系3律令（昭和五一年）二二〇頁以下をも参照した。ただし、引用本文は原文と異なり、旧漢字を用いず、かつ読み下し文とした（以下同じ）。

(4) 瀧川（政）・日本法制史一五八頁、佐伯・総論一三頁以下。

- (5) 佐々波與佐次郎・日本刑事法制史(昭和四二年)四六七頁以下、五七九頁参照。
- (6) 国史大系律一四〇頁。
- (7) 瀧川(政)・日本法制史一五八頁、佐伯・総論一四頁、小野村・前掲書一八八頁。
- (8) これについては、仁井田陞・補訂中國法制史研究刑法(昭和五年)二一六頁、律令研究会編・譯注日本律令七唐律疏議譯注篇三(昭和六二年)三四九・三五一頁。なお、中村正人、清代刑法における正当防衛(二)・完、法学論叢一二七卷三号(平成二年)九七頁以下をも参照。
- (9) 国史大系律六七頁。なお、日本思想大系3一〇〇頁をも参照。
- (10) 小野・前掲書三二七、三三二頁。なお、同・刑法概論(増訂新版)(昭和三五年)八九頁、草野豹一郎、刑法総論講義第一分冊(昭和一〇年)一〇一頁、小野村・前掲書一八八頁、高柳真三・日本法制史(一)(昭和二四年)一一六頁。なお、仁井田・前掲書二一六頁等。ただし、石井(良)・日本法制史概説「旧版」(昭和三三年)一四五頁注6は、これを緊急避難に近いとすることが誤解であろう(なお同「改訂版」(昭和三五年)では、その記述は削除されている)。
- (11) 譯註日本律令七・一五二頁以下、中村(正)・前掲論文一〇六頁以下等参照。
- (12) 国史大系律一二三頁。
- (13) 瀧川(政)・前掲書二五八頁、石井(良)・日本法制史概説一四五頁注6、佐伯・総論一四頁。なお、仁井田・前掲書二一六頁。
- (14) 草野・前掲書一〇一頁、小野・前掲書三三二頁、高柳・日本法制史(一)一一六頁、小野村・前掲書一八九頁。なお、佐伯・総論一四頁等をも参照。
- (15) 国史大系律一六七頁。
- (16) 小野村・前掲書一八八頁以下、石井(良)・日本法制史概説一四五頁注6、なお、中村(正)・前掲論文九二頁以下等参照。
- (17) 国史大系律一六七頁。
- (18) 有賀長雄編・増訂日本古代法釋義(明治四一年)三〇七頁。
- (19) 国史大系律一六八頁。
- (20) 大竹秀男『牧 英正編・日本法制史(昭和五〇年)八一頁以下等々参照。
- (21) 本稿(一)金沢法学三〇卷二号六頁注(1)参照。
- (22) 中村(正)・前掲論文一〇九頁以下参照。
- (23) 石井(良)・刑罰の歴史三四頁等。

(24) たとえば、林由紀子「今昔物語にあらわれた犯罪および犯罪人(二・完) 愛知女子短期大学研究紀要一七号(人文編)(昭和五八年) 五八頁以下等参照。

#### 四 律令時代後期

律の刑法は、その内容・形式ともに相当完備したものであったが、その後期に入ると漸次その実効性を喪失していった。その理由として、①律はその制定の当時から日本化に努力されたにもかかわらず、唐律の直写に近く、きわめて形式主義的で実際上のわが国情に合わなかったこと、②律令の定める訴訟手続はきわめて煩雑で、社会不安に直載に対処しえなかつたこと、③平安中期以後、衛府、刑部など警察・裁判を掌る官司が軟弱化して敏活に治安維持の機能を果たしえなくなってきたことが挙げられ、さらには、莊園制度の發達等の社会・経済的諸事情とも相俟って、律の実効性が失なわれてゆき、令外の官庁であった檢非違使庁の判例法である「庁例」または「使庁の流例」が、わが刑法の中心となつていった。この庁例刑法の特徴は、律の刑法に較べて刑が寛大であること、理論が頗る単純であることの二点であるとされ、このことは、わが国民性に親しむという点で、わが国固有の刑法意識の復活をも示すものとされている。庁例刑法として、『左右檢非違使式』、『檢非違使私記』、『延尉式』、『檢非違使至要抄』、『類聚檢非違使官符宣旨』、『檢非違使勘問式』等の諸書が使庁の執務のために書き留められたものであるが、これらは現在すべて伝わっておらず、わずかに『政事要略』、『法曹至要抄』などから、その片鱗を知りうる程度である。それによると、律の刑法を修正補充する一種の衡平法ともいふべきもので、律の厳格な規定に囚われず、自由裁量によつて軽いものは適宜懲戒を加え放免し、重いものは速かに処罰して不安を除く態度がとられたものとされている。また、庁例が律の規定を改廃し、律に規定されていない事情につき規定した

ことは少なくなかったとされるが、<sup>(7)</sup>その具体的な内容・範囲・程度については前記事情および十分な研究の欠缺等のため決して明らかとはいえない。<sup>(8)</sup>それ故、律の刑法で規定されていた前掲の正当防衛関連諸規定がどのような変遷をたどったかは、不明としかいわざるを得ない。<sup>(9)</sup>ただ、この律令時代後期は、一面では律の刑法の継続であり、他面では次の武家法時代の準備期でもあり、律の刑法から序例刑法への変遷が、主として刑の種類および犯罪の処罰法において顕著であるとすれば、<sup>(10)</sup>犯罪成立要件に関する諸規定そのものは律の刑法と大差なく、刑の軽重あるいは刑種に若干の変遷があったとしてよいようにも思われる。<sup>(11)</sup>

もつとも、律令体制の崩壊が進むにつれて、国家公刑主義があくまでたてまへと化し、事実上存在していた私的刑罰権が、慣行上の権利として明確化してくる点をも注目しておきたい。<sup>(12)</sup>具体的にその内容として、(1)家人ないし自己の支配下にある者に対する私的刑罰権、(2)武士相互の闘争、(3)敵討、<sup>(13)</sup>(4)夫の姦夫殺害権(妻敵対)、(5)不孝、(6)一般的な自力救済ないし私刑等があり、これらの私的刑罰権が、無制限ではないにせよ、国家の公刑罰権を侵食していったということである。そして、本稿の関心からは、とくに(6)と関連して、①盗人等に襲われ相手を殺傷するという形の正当防衛に類する行為や、②盗人から盗品取還のために現場で犯人を殺傷する行為などは、当時、一般に当然のこととして認められていたという点である。<sup>(14)</sup>したがって、この期の正当防衛についても、私的刑罰権との関連でも検討されなければならないであろう。

(1) 小野・前掲書三六七頁、佐伯・総論一八頁以下。

(2) 瀧川(政)・日本法制史一六五頁。なお、小川教授によれば、序例の特色として、①序例は概して律令の法意に違反していること、②序例の科刑方針は律の刑法に比して頗る寛宥であること、③犯人の逮捕より刑罰の執行に至るまでの手続が簡単、かつ実際的であること以上の三点だとされる(小川清太郎・検非違使の研究、廳例の研究(復刻版・昭和六三年)所収の序例の研究一五頁以下参照。なお、②の点に関し、小川教授が寛刑説に立っているのに対し、利光教授は嚴刑説に立っており、その評価に相異がみられる(利光三津夫・裁判の歴史―律令裁判を中心に―(昭和三九年)一九〇頁。

- (3) 小野・前掲書三六七頁以下、佐伯・総論一九頁。なお、大竹『牧編日本法制史九八頁。』
- (4) 惟宗允亮『政事要略』(瀧本誠一編纂・日本経済大典第二卷「昭和三年」)一頁以下。
- (5) 坂上明兼『法曹至要抄』(萩野由之ほか・日本古代法典「明治二五年」)二二一頁以下、瀧本編・日本経済大典第一卷(昭和三年)七一頁以下。
- (6) 小野・前掲書三六七頁。
- (7) 瀧川(政)・日本法制史一六四頁以下、佐伯・総論一九頁。
- (8) 具体的な内容等の若干については、小川・序例の研究一五頁以下、六八頁以下等を参照。
- (9) 前掲注(4)(5)の文献、小川・前掲書等を散見してもそれらに関する記述が無いように思われるが、筆者の能力外なので明言は避けたい。
- (10) 石井(良)・日本法制史概説一四九頁。
- (11) 小川・序例の研究六八頁以下等。なお、西山富夫「日本刑法の歴史の変遷と未遂・不能犯」名城法学九卷一号(昭和三四年)五頁。
- (12) 林・前掲論文四七頁以下、特に五〇頁以下参照。
- (13) 敵討の制度が公認されたのは慶長二年制定の長曾我部元親式目がはじめてであり、それ以前は禁止されていたとするのが、石井(良)博士に代表される日本法制史の従来の通説の見解であるが(同「古法制雑考」(一一)「国家学会雑誌五五巻七号」「昭和一六年」一六〇頁以下)、すでに平安時代において親の敵を討ち取ることは当然の慣習と考えられており、天道のゆるしたまうことと認められていたことが指摘されている(石井進・中世武士団「日本の歴史12、昭和四九年」、本書に若干の加筆・修正を施したものである。同・中世武士団「日本史の社会集団3」(平成二年)九六頁以下。なお、妻敵討についても同様のことが妥当する(石井進「中世社会論」岩波講座日本歴史8中世4「昭和五一年」三四五頁等も参照)。
- (14) 『今昔物語』に、盗人等に襲われ相手を殺すという説話で、一方で、①三人の夜盗に襲われ切り殺して逃げ帰ったあと、自分の仕業であることが露見するのではないかと非常に不安がっている例と、逆に、②正当防衛的に強盗を殺害した貴族が、「公、聞シ召シテ、『賢キ態シタリ』ト感ゼサセ給ケリ」と天皇に讃められる例とがあるときれ(②例の素材となった原話が、応和二年「九六二」のこととしており、①例もこれとあまり隔りのない時期の話である)、その他の事例等から、①例はむしろ稀であり、仮に律の原則が正当防衛を認めないことにあつたとしても、その原則はすでに破られつつあつたことが②例から知られるとする指摘があり(林・前掲論文五六頁)、これは、当時、正当防衛が私的刑罰権との関連で肯認されていたことの傍証となり

えようか。ただし、②例と律との関連は不明である。

## 五 武家法時代

第四期は、武家法時代である。これも、武家法時代初期（鎌倉室町時代）、武家法時代中期（戦国時代）、武家法時代末期（江戸時代）の三期に大別される。

### (一) 武家法時代初期

寿永三年（一一八四）平氏が滅亡すると、源頼朝は実質的に武家の棟梁の地位を獲得し、翌文治元年（一一八五）には、全国の御家人を守護地頭に補任する勅許を得てから武家法の時代が始まり、それは明治維新前まで続くことになる。だが、前記のように、ここに武家法時代初期とは、鎌倉幕府開設から応仁の乱により戦国時代が始まるまでを指す。<sup>(1)</sup>

鎌倉時代に入ると、律令を中心とする公家法、および、庄園本所がその支配領域内に施行していた本所法も並存したが、武家政権の発達とともに、次第に武家法が支配的となる。武家の刑法は、序例を基礎とした一種の慣習法であって、武家の道理に従い、武断的・実地的な、直截簡明なものであった。<sup>(2)</sup> とくに、北条泰時が貞永元年（一二三二）に制定した『御成敗武目』<sup>(3)</sup>（貞永式目ともいう）は、当時の武家の慣習法を成文化したものとして有名であり、その後も根本法典として尊重され、長期にわたり大きな影響力をもつに至った。

さて、御成敗式目は五一箇条からなる小さなもので、しかも、そのうち直接刑法に関する規定は一六箇条しか

ない(第四、九、一〇、一一、一二、一三、一四、一五、一七、二八、三二、三三、三四、四三、四七、五〇条)。(4)

この御成敗式目およびその後の追加法には、正当防衛に直接関係する規定は一箇条も存しない。ただし、事の「理非」を論じ、「理」のある場合に、刑罰阻却ないし減輕事由となる場合には、正当防衛等に関係するものと思料される。この点で、とくに、後の「喧嘩両成敗法」との連関が重要と思われる。

まず、「理非」に関して、石井紫郎教授によれば、鎌倉時代の武士<sup>(1)</sup>在地領主層の法意識からは、「理非」なり「是非」なりを論ずることは極めて重要な意味をもっていたとされ、傍証として式目第四五条等を挙げられる。(5) 他方、喧嘩については、鎌倉幕府はこれを全く放置したわけではなく、①喧嘩や私闘の誘因となる行為の防止、あるいは、②それを拡大しないようにするという方法で対処した。前者との関連では、式目第一三条「殴人咎事」(6)が、「殴人」行為を処罰して私闘に発展するのを防止し、同第一二条「悪口咎事」(7)では、悪口は「闘殺之基」(8)であるとして、重い場合は流罪、軽い場合でも召籠(しよこ)として処罰する。後者の例としては、同第五〇条に狼籍(らふ)の現場で、事情を知らずに一方に加担・加勢した場合に、加勢者を処罰するのは当然であるとする旨定めている。しかし、鎌倉期には、理非を論ぜず喧嘩闘争そのものを処罰の対象とはしていなかった。すなわち、理非の判断は在地領主層に委ねられ、正統な暴力行使権を分有していたとすれば、その限りで、正当防衛・緊急避難等の広義の自力救済を含む正当行為は、その正当性を有していたものと推断されよう。(10)

次いで、室町時代に入り、足利尊氏が政権を確立した建武三年(一三三六)には、『建武式目』(11)十七箇条が作成されたが、これは従来、単なる意見書で制定法ではないというのが従来学者の通説であり(もちろん、異論もある)、(12) 事実また、御成敗式目が室町幕府の根本法典として連続的に生き続けたが、建武以来の式目の追加法も『建武以来追加』(13)等として集められている。

さて、鎌倉時代の刑罰の目的は一般予防主義にあったが、(14) 室町時代には、喧嘩両成敗法に見られるように、そ

の色彩がますます強化されたものとする指摘がある。<sup>(15)</sup>

周知のように、「喧嘩両成敗法」とは、腕力に訴えた喧嘩口論の当事者双方に対して、その理非を糾明することなく、両者双方に同一の刑罰（原則として死刑）を科する法をいう。すなわち、喧嘩両成敗法の特徴は、訴訟法的には是非曲直の審理の省略、実体的には双方当事者の等しい処罰の二点に存するのである。<sup>(16)</sup>したがって、それは、たとえば、正当防衛のための（すなわち、「理」のある）実行使といえども、「喧嘩」として、攻撃行為（その限りで、「非」のある）と同様に処罰することによって、その理由のいかんを問わず（すなわち、「理非」を問わず）、とにかくあらゆる実行使を禁じようとするものである<sup>(17)</sup>ので、その意味で、喧嘩両成敗法は正当防衛の概念そのものと真向から対立する日本固有の法ともいえよう。

もっとも、室町幕府はこれと関連し、いわゆる「故戦防戦の法」により、私闘・私戦の禁止を打ち出した。すなわち、貞和二年（一三四六）二月五日法で、「故戦防戦」につき、「たとひ確論の宿意ありといへども、上意を仰ぐべきの処、雅意に任せて鬪殺に及ぶの条、罪科軽からず、所詮故戦に於ては、理運ありといへども、御免あるべからざるものなり。防戦に至つては、もし道理あらば免許せらるべきか。無理の輩に於ては、故戦の同罪に行はるべきか。」として、最初先に攻撃をしかけた（故戦）者は、理非に関係なく常に処罰され、防戦者は、その私闘の原因が防戦者に道理があるときは無罪、無理（非のある）の場合は、故戦者と同罪たるべき旨定めている。<sup>(18)</sup>なお、同年二月一三日法<sup>(20)</sup>をも参照。さらに、同法の後、六年以内に出されたと考えられる幕府法の「故戦防戦事」<sup>(21)</sup>では、「故戦」は「防戦」より悪いものとはしているが、両者「共」に、したがって理のある正当な防戦者をも含めて、「科」あるものとする<sup>(22)</sup>。だが、観応三年（一三五二）九月一八日法の「合戦咎事」<sup>(23)</sup>では、理非を論ぜず、故戦者は所領没収、防戦者は所領半分没収、ただし非領主は故戦同罪とし、故戦と防戦によって刑の轻重を異にするが、喧嘩に関して「理非」を問わず両当事者を処罰するという原則が成立し、考え方としては両成敗



法の寸前に到達したものと見えよう。<sup>(24)</sup> やがて、戦国期に至り、永正一三年（一五一六）の「故戦防戦咎事」<sup>(25)</sup>では、理非を全く問題とせず、故戦者が所領没取の場合は、防戦者は所領半分没取、故戦者本人死罪の場合には、防戦者は所領没取のように変化する。この故戦防戦の法は、私闘・私戦を行なつた者は、攻撃側・防御側ともに理非のいかんを問わず処罰される方向が強化されてくるので、それ故、この観応三年の故戦防戦の法が、喧嘩両成敗法の先駆的<sup>(26)</sup>法とされるわけである（ただ、故戦者と防戦者とで刑を異にすることについては、幕府は最後まで堅持した）。

もつとも、ここで注意して置かねばならないことは、この故戦防戦の法は、あらゆる私闘・喧嘩の禁止令ではなく、その対象は所領紛争（境相論・用水論などを含む）をめぐる権利のための闘争禁止に限定されていたとする指摘である。<sup>(27)</sup> すなわち、室町幕府は、一般の喧嘩闘争についてこれを厳禁する法によつて対処してないのであつて、あくまで、争つた当事者相互の被害の量が、「相当」・「等同」であつたか否かのみを判定する調停者の立場を維持していたことである。<sup>(28)</sup> だが、幕府の喧嘩禁止に関する立法が、かりに特殊な対象・特殊な場に限定されていたとしても、正当防衛の概念そのものを真向から否定する喧嘩両成法の前史である室町期に、既にその萌芽がここに存在することを確認しておかねばならないであろう。

ところで、他方、日本の中世も私的復讐が支配した時代であり、<sup>(29)</sup> それ故、前述四で注目した各種の私的刑罰権すなわち、特定の事例（敵対、妻敵討等）<sup>(30)</sup>、あるいは、特定の人的関係にあるもの（家人ないし自己の支配下にある者）に対する私的刑罰権を含めて、一般的な私的刑罰権の内部で正当防衛的諸事例（盗人の殺害権、現行犯人の即時的処刑、私的成敗の慣行等）<sup>(31)</sup>が、当然のこととして広範に認められていたと推断してよいように思われる。<sup>(32)</sup> そのことは、中世における裁判では「訴人なければ裁判官なし」とする不告不理の原則が適用されていたことにも明白に対応するものともいえよう。<sup>(32)</sup> すなわち、公的裁判に解決を委ねるか、自らの実力による解決（復讐

ないし私的刑罰の行使)を選ぶかは、当事者の意思に委ねられていたと考えられ、後者内部で実質上、正当防衛に当たる行為が行なわれていたと想定するのは、そう困難なことではないであろう。

- (1) 牧・日本法制史概論一六七頁以下、佐伯・総論二〇頁。
- (2) 小野・前掲書三七一頁以下等参照。
- (3) 佐藤進一『池内義資編・中世法制史料集第一巻鎌倉幕府法(昭和三〇年)三頁以下、石井進一石母田正一笠松宏至『勝俣鎮夫』佐藤進一校注・中世政治社会思想上(日本思想大系21〔昭和四七年〕八頁以下。なお、植木直一郎・御成敗式目研究(昭和五年)等をも参照。
- (4) 三浦周行・續法制史の研究(大正一四年)九二一頁以下、佐々波・続日本刑事法制史(昭和四七年)五〇頁以下等参照。
- (5) 石井紫郎「前近代日本の法と国制に関する覚書(一)―喧嘩両成敗法を手がかりとして―」法協八八巻五・六号(昭和四六年)同・日本国制史研究Ⅱ日本人の国家生活(昭和六一年)八三頁以下。
- (6) 中世法制史料集一卷九頁、日本思想大系21一五頁。
- (7) 中世法制史料集一卷九頁、日本思想大系21一四頁以下。なお、網野善彦『笠松宏至』石井進一勝俣鎮夫・中世の罪と罰(昭和五年)二頁以下をも参照。
- (8) 中世法制史料集一卷二八頁、日本思想大系21三四頁以下。
- (9) 石井(紫)・前掲書八六頁以下参照。なお、植田信廣「鎌倉幕府の裁判における『不倫理非』の論理をめぐって」法制史研究28(昭和五四年)七一頁以下をも参照。
- (10) だが、幕府は、その後「不易法」や「越訴」禁止等によって、「理非」の判断権を可能なかぎり幕府に集中し、少なくとも在地領主領の勢力を名目化しようとする政策にも努めたが、あまり実効性をもたなかったとされる(石井(紫)・前掲書八七頁以下)。
- (11) 佐藤進一『池内義資編・中世法制史料集第二巻室町幕府法(昭和三二年)三頁以下、日本思想大系21一五五頁以下。
- (12) 佐藤進一・南北朝の動乱(昭和四〇年)一四八頁、同・中世法制史料集二巻解題四〇八頁。
- (13) 中世法制史料集二巻一頁以下、日本思想大系21一五五頁以下。
- (14) 石井(良)・刑罰の歴史五二頁。
- (15) 石井(良)・刑罰の歴史五七頁。

- (16) 石井良助編・法律学演習講座日本法制史（昭和二九年）二八三頁等参照。
- (17) 石井（紫）・前掲書七九頁。
- (18) 中世法制史料集二卷一六頁、日本思想大系21一五頁。
- (19) なお、三浦周行・法制史之研究（大正八年）九五六頁以下等をも参照。
- (20) 中世法制史料集二卷二一頁、日本思想大系21一五八頁以下。
- (21) 中世法制史料集二卷三〇頁。
- (22) 石井（紫）・前掲書九八頁参照。
- (23) 中世法制史料集二卷三一頁。
- (24) 石井（紫）・前掲書九八頁。
- (25) 中世法制史料集二卷一二六頁。
- (26) 石井（良）・刑罰の歴史五七頁。なお、分国法では、文安二年（一四四五）の藤原伊勢守の高札として、「一 喧嘩口論堅く停止せられ訖わんぬ、違背の族有らば、理非を謂わず、雙方、斬罪と為すべし。若し、荷擔人之有るに於ては、本人と同罪の事」（中世法制史料集二卷二九一頁）とし、これが従来、最も古い両成敗法として挙げられるものであるが、この点には疑問が呈示されている（石井（紫）・前掲書八〇、八二頁注(7)等参照）
- (27) 勝俣鎮夫・戦国法制史論（昭和五四年）二五三頁以下。なお、辻本弘明「両成敗法の起源について」法制史研究18（昭和四三年）七一頁以下参照。
- (28) 勝俣・前掲書二五二頁。
- (29) 勝俣・前掲書二四五頁等参照。
- (30) 本稿四注(13)でも述べたが、当時の社会で、「祖の敵を討つ事は、天道みな許し給ふことなり」として、当然の慣習とされ、また、「妻敵、親の敵は宿世の敵」であり、即座に打ち殺すべきだとする觀念があった（石井進・中世武士団一〇八頁以下等参照）。
- (31) なお、勝俣・日本思想大系21四五七頁以下の「塵芥集」補注35などは、これらの事実を示す傍証となりえようか。
- (32) 南北朝時代に「世間の話」として、「獄前の死人、訴なくんば検断なし」ということわざがあった（石井進・中世武士団一一四頁等参照）。
- (33) 石井進・中世武士団一一五頁。

(二) 武家法時代中期

一 応仁の乱(一四六七年)以後戦国時代を現出し、法権も分裂して、分国法時代に入る。すなわち、戦国時代には、もちろん日本全体にわたる統一的刑法は存在しえず、諸国の戦国大名がその領域内で適用すべき国法・家法あるいは分国法と呼ばれる、それぞれ独自の法制を生み出した。もともと、これら分国法は地方的独自性を有しつつも、幕府法的分子(貞永式目およびその追加法)を骨子としつつ(異論あり)、その特徴として、①法典、ことに仮名交りまたは仮名書の読みやすい法典を設けたものが少なくないこと、②法典の内容は封建関係に關するもの、とくに、家臣の身分に關する主君の干渉的規定が多いこと、③庶民生活に關する規定が重要視されていること、④武断的な規定が多いこと(喧嘩両成敗や広範な連座制の採用など)、⑤鎖国的な規定が設けられていることなどが挙げられるとされる。<sup>(1)</sup>

二 さて、ここで、われわれの問題關心から分国法の内容を検討して注目すべきことは、まず、主義として公刑主義がこの期でも採られたとされることとの関連である。<sup>(3)</sup> たとえば、伊達家の『塵芥集』では、(1)その五四条「私成敗盗人事」で、たとえ盗人の証拠が明白であっても、盗人を私に成敗すれば、成敗した者のをつと(落度)であるとしてこれを厳禁し、(2)同七〇条「往来人盜取作毛店屋物事」では、一般的犯罪のうち、通常即時的処刑が行なつた場合は、是非を糺すに及ばず、殺害の重科に処すべしとし、(3)同三九条「刃傷事」では、他人に斬られたとき、披露のうえ成敗を待つべきところ、私に斬り返したときは、たとえ至極の理運があるとしても、「法度」に背いているので成敗を加えるとする諸規定がある(なお、同三五条、五五条等をも参照)。また、阿波三好家の

『新加制式』一〇条は、咎人と号して、事由を究めずして殺害することを禁じ、近江六角家の『六角氏式目』一  
二条では、喧嘩・鬭諍・打擲・刃傷・殺害で父や子を討たれても勘忍（我慢）し注進すれば、その科に随い早速  
成敗するが、それをせずに私に報復することは「御法」に背くことであるとしてこれを禁じる旨の規定等がある。  
これらの諸規定は、公刑主義ということもさりながら、私的成敗・私闘の禁止による大名権力の刑事裁判権の一  
元的掌握にあるといえ、従来行なわれていたと推測される私的成敗の慣行ないし在地領主層の裁判権（理非の判  
断権）の大名権力の独占と法度優位の思想を示すものといえよう。<sup>(10)</sup>

三 他方、三浦周行博士以来、戦国時代には、前述の喧嘩鬭争は理非を論せず双方同罪とする喧嘩両成敗法が  
一般化したものとされる。<sup>(11)</sup> その典型例として、たとえば、「甲州法度之次第」（信玄家法）一二条「喧嘩事」では、  
「喧嘩の事、是非に及ばず成敗を加ふべし」とし、ただし、「取懸」られても堪忍して自ら手を出さなかつた者は  
処罰しないが、喧嘩に合力した者（加勢者）は理非を論せず、本人と同罪となすべしと規定する。これと同趣旨  
の分国法として、『今川仮名目録』八条、<sup>(13)</sup> 『長宗我部氏掟書』（長宗我部元親百箇条）二五条などの法令にみるこ  
とができる。<sup>(15)</sup> しかし、戦国時代に両成敗法が一般的であつたわけではなく、『塵芥集』二〇条では、喧嘩口論の上  
理非を訴え出ず、勝手に相手方へ押しかけた場合、たとえ至極の道理があつても、その者の「をつと」とする両  
成敗法ではない規定も含まれており（本規定は、室町幕府法の「故戦防戦の法」の系統を引くものといえよう）、  
また、同三八条では、喧嘩口論により人を斬る事は、手負（死傷者）の多い方に理運があるとし、ただし、手負・  
死人が多くて、仕懸けた方の「をつと」とであるとも規定している（なお、前出三九条をも参照）。さらに、『大  
内氏掟書』（大内氏壁書）一五五条、<sup>(18)</sup> 「喧嘩事」のように、喧嘩は一切公私を煩わさず当事者間で解決すべきもの  
とし、不干渉・不受理の立場を宣告したものや、『吉川氏法度』一八条、<sup>(19)</sup> 「喧嘩助力事」のように、両成敗法とは全  
く逆に、「喧嘩理非を糺し、沙汰すべく候」とする条項と、同一九条、<sup>(20)</sup> 「喧嘩事」のように、当事者双方の報復（決

闘)によって解決すべしと定めた条項がある。このように、喧嘩両成敗法という制度を採用しているか否かというレベルでみるかぎり、諸分国法の喧嘩処理法は区々であり、三浦博士のいわれるように、戦国時代に同法が「天家の大法」となったとは言い難いように思われる(それは、秀吉の天下統一以後とみるべきだとする有力な見解がある<sup>(22)</sup>)。だが、いずれにせよ、この法理は、戦国期ないし秀吉の天下統一後、大名権力の強化とともに普遍化し承継され、武士の間のみならず、百姓・町人・僧侶・社人に至るまで普及したとされるのである<sup>(23)</sup>。

さて、この一見極めて不合理と考えられる喧嘩両成敗の発生原因につき、通常、戦陣軍旅のあわただしい時に、軍紀を保ち秩序を維持するための処置として時代の必要から生じたものとされ、その目的は、まず威嚇による喧嘩口論の未然の防止であり、併せて既発の結果を敏速に処理し、同時に双方を納得させて後禍を断つことを狙ったのだとされる<sup>(24)</sup>。なお、小野博士は、喧嘩両成敗法が威嚇主義・目的合理主義の現われとして、そこにこの法理の合理性を認め、石井(良)博士は、室町・戦国時代における刑法の一般予防的色彩強化一現象として、この法理を観<sup>(25)</sup>。また、三浦博士は、双方均等の処罰が事後の復讐を防止する効果があったことを強調され<sup>(27)</sup>。さらに、瀧川(政)博士によれば、この法理を支えたものとして、単純簡明實際を好むわが国民性に適合したものともされている<sup>(28)</sup>。だが、これらの従来の諸見解は、この法理の不合理性の中に合理性を見出そうとし、その長所にのみ着眼したものであるが、その短所も極めて顕著である。この点につき、服藤教授によれば、「理非を糺明しないという不合理性は蔽うべくもなく、また恥辱をうけても堪忍を強いる結果となり、武士道(男道)の退廃を招くことは否定し得なかつた<sup>(29)</sup>」とされる。

このようにみえてくると、喧嘩両成敗法も、前記二で指摘したように、一方で、私的成敗の慣行ないし在地領主層の裁判権の大名権力による一元的掌握、すなわち、「理非」の判断権の戦国大名による「独占」と、他方で、処罰の根拠を「非」ではなく「法度」(実定法)違反に求める「法度」優位の思想が相俟って、私人(在地領主層を

含む)の是非の判断権を前提とする正当防衛等広義の自力救済行為の極限的制限状態を現出させるに至ったものとも考えられる。<sup>30)</sup>だが、そこまで至りえたのは、この期では、二、三の有力戦国大名(今川氏、武田氏など)の領国に限定されていたことも銘記されなければならない。<sup>31)</sup>

以上のような諸事情を前提として、その後、秀吉と家康による天下統一は、「理非」の判断権を分有したかつての在地領主層(私人をも含む)の法意識を徹底的に打ち砕いてゆき、ここに喧嘩両成敗法は、「天下の御法度」として全国に君臨し、正当防衛概念の存在基盤そのものに重大な打撃を与えるに至ったものと評し得よう。

なお、喧嘩両成敗法と関連して、敵対がこの時代に親・兄という限定した範囲であるが公認され始めたものとして、「長曾我部捷書」<sup>33)</sup>など、ここに武家法的違法性阻却事由の誕生が看取されるとする見解が従来から有力であるが、<sup>34)</sup>既に何度か述べたように、そのように評価しうるかは疑問である。すなわち、当時の敵討は親にのみ限定されるものではなく、親族集団を中核とする集団メンバーの殺害に対する報復が敵討であり、これを従来禁止していたのを、戦国大名が公認したのではなく、大名の公権力による私闘禁止という原則のなかで、親等に対する敵討に限定して、最も強い復讐の倫理規範を生かす形で公認し制度化したものにすぎず、その基盤は喧嘩両成敗法と同一に立つものといえよう。<sup>35)</sup>(なお、予め付言しておく、近世になって公認された私的刑罰権に基づく敵討・妻敵討等の諸制度は、従来から存在していたさまざまな慣習法や慣行を公権力が積極的に利用し、これに都合よく変容したものであって、それ故、それらは、かつての広義の自力救済としての性格を失ない、公権力が執行すべき刑罰を当事者に代行させるもの、あるいは、当事者にとっては権力によって上から押しつけられる一種の制度と化してしまったものと解するのが妥当であろう。<sup>36)</sup>

(一)服藤教授によれば、「戦国時代は群雄割拠の時代で、戦国大名は自己の制定した所謂分国法をもって領内統治を行ない、室町幕府の法は全く顧みられなかった」として、分国法の独自性を強調されている(服藤弘司「喧嘩両成敗法―法史論争―」社会

- 科学の方法二〇号「昭和四六年」八頁。なお、同頁、勝俣・前掲書二五七頁以下等をも参照。
- (2) 石井(良)・日本法制史概説三六七頁、同・法制史一五九頁。なお、牧・日本法制史概論二三三頁以下等をも参照。
- (3) 石井(良)・刑罰の歴史六二頁。
- (4) 佐藤進一『池内義資』百瀬今朝雄編・中世法制史料集第三卷武家法Ⅰ(昭和四〇年)一四九頁、日本思想大系二二二八頁。
- (5) 中世法制史料集三卷一五四頁以下、日本思想大系二二二一頁。
- (6) 中世法制史料集三卷一四五頁、日本思想大系二二一六頁。
- (7) 中世法制史料集三卷二八〇頁。
- (8) 中世法制史料集三卷二六一頁、日本思想大系二二八三頁。
- (9) 勝俣・前掲書二六〇頁以下、同・日本思想大系二二四五七頁補注③等をも参照。
- (10) 石井(紫)・前掲書一〇三頁以下、勝俣・前掲書二五一頁以下をも参照。
- (11) 三浦周行・法制史之研究九六〇頁以下、特に九七四頁等参照。
- (12) 中世法制史料集三卷一九七頁。
- (13) 中世法制史料集三卷一一七頁、日本思想大系二一九五頁。
- (14) 中世法制史料集三卷二八九頁。
- (15) これらにつき、三浦・法制史之研究九六四頁以下をも参照。
- (16) 中世法制史料集三卷一四〇頁、日本思想大系二二二三頁。
- (17) 中世法制史料集三卷一四五頁、日本思想大系二二一五頁。
- (18) 中世法制史料集三卷九九頁。しかし、この法令が出された明応四年以後は、主君が理非を裁決し、「御成敗を加えられるべき」方針に転換した。
- (19) 中世法制史料集三卷三一一頁。
- (20) 中世法制史料集三卷三一一頁。
- (21) この点に関し、勝俣教授は、「両成敗法は、自力救済行為を強く否定し、権力の裁判権に強制的に委ねさせることを目的に、それを可能ならしめる条件のもとで、それを強制させる強い権力意志をになった法として出現する」もので、「喧嘩に対して多様な形態をしめす戦国法を考えるうえで、この両成敗法への収斂の過程は、大名裁判権の集中度をしめす一つのめやすとなる」という視点から、戦国法の喧嘩条項を検討されている。すなわち、大名権力の集中度に応じて、(1)喧嘩は私的な当事者間の間



題として、公権力は関与しない（「大内氏捷書」）から、(2)喧嘩が集団対集団の私戦に転化するのを防ぐために、当事者本人の個人対個人の「決闘型」に限定して認めるもの（元龜三年「毛利氏捷書」、結城氏新法度「八〇条等」、そして、(3)故戦者の罰を防戦者より重くする故戦防戦法を採用し、防戦者をも処罰する根拠として、大名権力の成敗にゆだねるべきであるという原則に背いたことを強調するもの「塵芥集」、結城氏新法度、「六角氏式目」、最後に、(4)典型的な両成敗法を採用するもの（今川氏「仮名目録」、甲州法度之次第）へと転化するというシエーマを提示されているのが注目される（勝俣・前掲書二五四―二五七頁）。

- (22) 服藤・前掲論文九頁、石井(紫)・前掲書八〇頁。  
(23) 三浦・法制史之研究九六六頁以下等参照。  
(24) 石井(良)編・演習講座日本法制史二八四頁以下。  
(25) 小野・前掲書三八一頁以下。  
(26) 石井(良)・刑罰の歴史五七頁等。  
(27) 三浦・法制史之研究九七六頁等参照。  
(28) 瀧川(政)・日本法制史の特色（昭和三年）七一頁以下特に七七頁等をも参照。  
(29) 服藤・前掲論文九頁。  
(30) 石井(紫)・前掲書一〇四頁等参照。  
(31) 勝俣・前掲書二五六頁以下等参照。  
(32) 元和四年（一六一八）正月一日の蜂須賀氏の条目に、「喧嘩口論之族、任天下御法度之旨、不改<sub>レ</sub>理非<sub>一</sub>、兩方可<sub>レ</sub>加<sub>二</sub>成敗<sub>一</sub>者也」とある（三浦・法制史之研究九六五頁以下）。  
(33) 中世法制史料集三卷三〇八頁。  
(34) 石井(良)・刑罰の歴史六二頁以下、なお、佐伯・総論二三頁、小野・前掲書三八二頁以下をも参照。  
(35) 勝俣・前掲書二五六頁。  
(36) 石井(進)・中世武士団四六三頁、石井(紫)・前掲書一〇六、一〇七注(10)、一三八頁以下等参照。

(三) 武家法時代末期

一 秀吉亡き後、慶長五年(一六〇〇)、関ヶ原の戦役を経て、徳川幕府成立後、国内の秩序が安定し、武家的な刑法制度も一応完成するに至り、この武家法の支配は明治維新まで約二七〇年間続いた。<sup>(1)</sup>

もちろん、徳川幕府の刑法も、慣習法を主体とする武断的・威嚇的性格を有し、ことに初期においては戦国時代の名残を受け、依然残酷な色彩を有していたが、<sup>(2)</sup>うち続く泰平の結果として、除々に緩和化の傾向が現われた。他方、江戸時代前半における幕府の裁判は、慶長以来随時発布された単行法令や、判決例等を基礎としてなされたが、後期になり、八代將軍吉宗は、一方では過去の法令および判決例を整理し、他方では法制の統一を図るために、各種の立法化の試みを行なったが、刑法につきとくに重要なものは、寛保二年(一七四二)の『公事方御定書』の下巻(俗にいう「御定書百箇条」)であり、これが編纂されるに及んで、その後の裁判の基準となった。<sup>(3)</sup>この御定書刑法は、貞永式目以来の武家法の伝統を受け継ぎこれを大成したものであり、これにより幕府刑法の基礎を整備確立したものと<sup>(4)</sup>して重要な意味をもつに至ったのである。かように、幕府が御定書を編纂するや、諸藩でもこれに倣って刑事法典を設けるものがあるに至り、これら諸藩の刑法の多くは御定書系統に属するものである。<sup>(4)</sup>その中<sup>(4)</sup>にあって、和歌山藩国律・熊本藩刑法草書等のように明律の系統に属するものもあつたのである。

二 さて、江戸時代の前半期は、幕府の方針として法典あるいは法令集の編纂を行なわず、しかも、本期に関する史料は乏しいのであるが、<sup>(5)</sup>ここでは一般になされてるように、江戸幕府刑法につき「御定書」以前を前期とし、それ以後を後期として區別し、それらの若干の諸特徴を挙げておきたい。<sup>(6)</sup>

まず、刑罰の目的論と関連して、江戸時代初期ないし前半期においては、戦国時代の影響を受けて刑罰も残酷

であり、縁座・連座制も広範囲にわたっており、刑罰の目的は一般予防ないし威嚇主義的な「見懲」を目的としていた。このような一般予防的な考え方は、もちろん、江戸時代を通じて変らないが、他面、後期においては、①消極的には、刑罰の種類が限定され、縁座制も制限されたこと（連座制は必ずしもそうではなかったが、刑はきわめて軽くなった）、②積極的には、改悛奨励を目的とする「赦」の制度が発達し、また、旧悪免除の制度も設けられたこと、③進んでは、人民御教育の趣旨の「人足寄場」も設けられる等により、特別予防主義も重視されるようになった。

次に、公刑主義との関連であるが、戦国時代においては私刑的傾向も相当あり、江戸時代初期には未だ幕府の刑罰権の掌握が不十分で相当ひどい状態にあったと想定される。だが、江戸時代に入り、社会も次第に安定してくるにつれて無軌道な私刑は許されなくなり、幕府・領主または地頭によらない処刑は、一定の場合にだけ許されることになった。すなわち、江戸幕府も原則としては公刑主義をとったが、例外的に私刑刑罰権ないしこの思想に基づく行為が制度化され、たとえば、①敵討の制度（幕府の許可を得て親兄等の敵を討つ場合）、②特定の身分関係のある者の間に認められた私刑刑罰権（夫の密通の男女「妻」に対する殺害権「妻敵討」、親の縁談のきまつた娘と不義した男に対する殺害権、主人の奉公人に対する一定の制裁権、なお、武士の切捨御免の制もこれに含まれよう）、③特定の場合に、被害者の親族等に認められた宥免願の制度も（たとえば、乱心者「精神病者」が殺人を行なったときに、被害者の主人親族などから宥免願を出すときは、下主人免除の途を開いていた）、私人の願によって刑罰が左右（減軽）されることを認めたもので、やはり、私刑刑罰権の思想に基づくものといえよう。なお、これらの諸制度は、幕府時代の前期のみならず後期にも継承され、その最後まで認められた。

なお、前記の戦国時代ないし秀吉の天下統一後「天下の大法」と呼ばれた喧嘩両成敗法は、三浦博士によれば江戸時代に入り、その初期には幕府もこれを採用したが、江戸時代の法規を全般的に観れば、この規定はわずか

にその痕跡を止めるにすぎず、<sup>(8)</sup>このことは、戦国時代に比して、掩うべからざる異点であるとして、その原因につき、以下の二点を挙げられる。<sup>(9)</sup>すなわち、①元和偃武以降、戦国時代のごとき社会の乱脈は既にその跡が絶たれ、幕府はその専制主義を緑飾するために儒教を以ってしたので、少なくとも表面上、かくのごとき暴法の採用をあえてなし難かったこと、②幕府の方針として、刑法は概してこれを秘密に付したために、自ら両成敗法を標榜して、その司法処分を束縛するがごときことをしなかつたからであるとされる。もっとも、これに対して、服藤教授は、喧嘩両成敗法は豊臣時代あるいは江戸幕府成立当初頃、「天下の大法」と称されるようになり、幕末までその地位を失わなかったものとされている。<sup>(10)</sup>私見も、後説を妥当と考えるが、かりに、三浦説に立つとしても、両成敗法は江戸時代に入っても深く人心に根ざし、一朝にしてその跡を絶つことなく、永く遺法として存したものとされており、<sup>(11)</sup>いずれにせよ、両成敗法はこの期の正当防衛等との連関を検討する際、きわめて重要な意義を有するものと思われる。これらの事情も考慮しつつ、以下で、正当防衛関連諸規定につき、「御定書百箇条」を中心に検討することにした。

三 以下では、御定書百箇条を中心に正当防衛関連諸規定、および判決例等を挙示しつつ、検討を加えることとする。

(一) 御定書百箇条の諸規定

(イ) まず、御定書百箇条中、正当防衛に直接関係する規定を挙げると、以下の二箇条である。

① 御定書百箇条第七一条「人殺并疵付御仕置之事」の中に、まず次の一条を設けている。

「従前々之例

一、相手より不法之儀を仕懸、無是非及刃傷、人を殺候もの

遠嶋<sup>(12)</sup>

本規定の由来は、『科条類典』によれば、<sup>(13)</sup>享保一〇年(一七二五)に、下野国大山村の幸七が甥新六の掣入りの

折、差添って行く途中で、同国上古山村の長太夫ほか大勢の者が待伏せして、棒蔦口で打ち掛つてきたので、幸七は脇差を抜き打ち払つたところ、長太夫に当たり、その疵がもとで同人が死亡したので、幸七を遠島に処した先例によって認めたとするのである。したがって、この規定によれば、相手方からの生命・身体に対する急迫不正の侵害に対し、やむをえず（是非無く）相手を殺害しても、違法性は阻却されず、ただ、普通の殺人罪（刑は下手人）に比して、刑がわずかに一段階減輕されて遠島になるにすぎなかったことが察せられる。<sup>(14)</sup> その意味では、当時、正当防衛は認められていなかったものといわなければならない。<sup>(15)</sup>

② 次に、同第七二条では、

「享保二十年極

一、相手理不盡之仕形ニ而、不得止事切殺候におゐてハ、相手方親類名主等、被殺候もの平日不法ものにて申分無之、下手人御免申出、無紛候ハ、

中追放<sup>(16)</sup>

但、武士方奉公人ハ、被切殺候もの之其主人より願無之候ハ、縦令親類等願候共、差免申間敷事、<sup>(17)</sup>

本規定は、『科条類典』によれば、享保二〇年（一七三五）十一月の書付によつたものとされているが、この規定によれば、相手方が理不尽に打ち掛つてきたので、止む事を得ず殺した場合には、普通殺人の刑である下手人にならずに、刑は減輕されて中追放になつたのである。もつとも、これには条件があり、殺された相手方の親類名主等より、被殺者は平日不法者であつて、殺されるに至つた事情につき異議なき旨を述べて、殺害者に対する下手人の刑の有免願があつて、それが認められれば、中追放となつたのである。なお、但書は、右の場合、武士奉公人については、切り殺された者の主人より願出がなくては、親類等が願出ただけでは中追放にならないとするのである。中追放は、もちろん刑罰であるから、刑が減輕されうるにすぎなかったのである。

以上、右の二つの規定によると、不法の侵害（それが急迫不正であっても）に対して、自己防衛のために相手方を殺した場合には、違法性が阻却されることなく、殺人罪そのものが成立し、ただ相手方の行為が「不法」または「理不尽」<sup>(18)</sup>であり、これに反撃を加えるのは止む事を得ないという事情を考慮して、刑が減輕されたと過ぎない<sup>(19)</sup>。これらによれば、「御定書」制定当時の幕府法では、正当防衛は認められなかったことがわかる<sup>(20)</sup>。その理由につき、石井（良）博士は、「これは、当時犯罪があれば必ず処罰されるべきであるという、客観主義の刑法観が存したからである」とされ<sup>(21)</sup>、高柳博士も、「結果責任的に見てやはり可罰性が免かれえないものであると考えるであろう」とされる<sup>(22)</sup>。もちろん、このような事情もさりながら、これらに加えて、前記二で述べたように、喧嘩理非を論ぜず双方同罪とする喧嘩両成敗法の精神が影響しているということも十分考慮されるべきように思われる<sup>(23)</sup>。

(ロ) 次に、正当防衛と間接的に関連すると思われる御定書の諸規定を挙げると、以下のようなものがある。

① まず、御定書第四八条「密通御仕置之事」の中の一一条に、

「追加

寛保三年極

一、女同心無之に、密通を申掛ケ、或家内江忍入候男を夫殺候時、不義を申懸候證據於分明は、男女共

無構<sup>(24)</sup>

妻の姦通現行犯を発見した夫が、その妻とともに姦夫をも現場で殺害しても罪とならない（妻敵討）ことは、すでに早くから行なわれていた慣習法であったが、御定書はこのような慣習法を認めるとともに（同四八条参照<sup>(25)</sup>）、さらに、夫の妻の貞操に対する防衛権をも認めたのである。ただ、この規定は、正当防衛的思想を現わすものか、あるいは、妻の姦通に関しての夫の私的刑罰権の拡大化を示すものか多少の疑問が残るが、前掲諸規定<sup>(26)</sup>

(イ)①②)に比べて、より正当防衛的なものとみることもできよう。<sup>(27)</sup>

② 次に、同第四九条中の一条に、

「元文五年極

一、縁談極置候娘と不義いたし候男并娘共ニ切殺候親

見届候段無紛におゐてハ、  
無構<sup>(28)</sup>

本規定は、縁談のきまつた娘と不義した男と娘に対する親の殺害権を認めたものである。これは、娘が親の監督権を無視しあるいは親の名誉を毀損したことに對する、私的刑罰権の現われとみることもできるが、その相手の男を殺しても罪とならないのは、親の監督権行使および親の名誉に對する防衛行為と解することもできよう。<sup>(29)</sup>

③ 最後に、同第七一条中に、いわゆる「切捨御免」に関する左の一条がある。

「追加

従前々之例

一、足輕躰ニ候共、輕キ町人百姓之身として法外之雜言等、不届之仕形、不得止事切殺候もの

吟味之

上無紛におゐてハ、

無構<sup>(30)</sup>

周知のように、本規定は、足輕のような身分の低い武士でも、百姓町人が法外の雜言等不届の仕方があつて、止む事を得ず切り殺した場合には、罪を問わないとするものである。この規定は、武士としての名誉を保護し、ひいては当時の重要な社会秩序である身分制度を護るための「無礼討」の規定とみるのが通常であるが、<sup>(31)</sup>「止事を得ず切殺」したことが要件となつてゐるので、事案によっては正当防衛的な場合も含まれるものと解しうるであらう。<sup>(32)</sup>

以上、御定書の諸規定だけをみるかぎり、正当防衛に関する思想は明確ではなく、自己の生命・身体に對する急迫した侵害を排除するため、相手方を殺害したものは刑の減輕を受けたに止まつた(イ)①②の規定)。しかし、

他方、自己の妻や娘に対して不義をはたらくものを殺しても罪に問われなかった(四)①②の規定)。また、武士は百姓町人が侮辱的な言動に出た場合、武士としての名譽を守るため、切捨御免(無礼打)の特権を認められていた(四)③の規定)。<sup>33)</sup>

このように、御定書の規定をみるかぎり、江戸幕府法において正当防衛は認められなかったとする高柳博士をはじめとする通説が、妥当なようにも思われる(もともと、同博士の見解を消極的肯定説と評価しえないでもない・後述四参照)。しかし、これに対し、石井(良)博士は、肯定説に立たれ、その論拠として、江戸幕府刑法を御定書の規定だけで論ずるのは不十分であり、御定書の規定の解釈は変化する可能性があったのであり、その変化の動態を明らかにしなければ、幕府刑法の実態に迫れないとし、幕府先例・判例に注目し、正当防衛を肯定されるのである。そこで、以下で、石井論文をも顧慮しつつ、若干の判決例を概観・検討することにする。

(二) 判決例

(イ) 正当防衛を認めたとみられない事例

① 延享元年(一七四四)一〇月御仕置之例<sup>(35)</sup>

本件は、上州青梨子村の百姓十左衛門方へ、同国金古村の非人長助、長八両名が物貫に行ったところ、施し物が不足だと申しねだった上、十手を以て十左衛門の女房を打擲し、十左衛門へも打ち掛ったので、同人が有り合わせの棒で打ち払ったところ、長助の頭へ当たり死亡したという事案である。十左衛門は打ち殺す心底では無かったが、当り所が悪く即死したと思うと申し立てたが、長助が不屈の致し方で打ち殺されたのであるといふので、十左衛門は構い無し、とされたものである。

本件は、正当防衛を認めたとすにもみえるが、被殺者が「非人」である点に重点が置かれており(本項目の題目がそうである)、平人の非人に対する優越的身分の保護、すなわち平人の非人に対する無礼討とみられ、正当防



衛を認めたものとはみられないであろう。<sup>(36)</sup>

② 寛延二年（一七四九）六月御仕置之例<sup>(37)</sup>

本件は、下総国西親野井村の藤兵衛の女房いらが短慮者で、藤兵衛に對し度々悪口をいうこともあり、藤兵衛が稲刈りに出て、中食のため帰宅したところ、早く帰ったのは不埒だとして、いらが悪口をいったので、藤兵衛が叱ったところ、いらは口惜しくて切り殺せと云って居直ったので、藤兵衛は残念に思い、脇差でいらを切り殺したという事案である。これにつき、いらの母ならびに親類が藤兵衛の助命を願ひ出たが、いらは口答えしたとしても、切り殺さなくても何なりと致し方があるので、不届だから下手人を申し付けるべきかと伺を立てたところ、いらは夫に對し「法外」であるというので、下手人に及ばず、構い無しの御差図があつた。

本件は、①と同様、夫の妻に對する優越的身分の保護、すなわち、夫の妻に對する無礼討の性格を有しているのは明白であらう。<sup>(38)</sup>

③ 宝曆八年（一七五八）三月御仕置之例<sup>(39)</sup>

本件は、家主吉兵衛の召仕の源六が、主人の倅佐助と一所に瓦小屋で細工をしている際、佐助は手拭をかぶっていたが、住所不知の伝八が通りかかり、浅黄の手拭は氣にくわなうといつて、帯びていた脇差を抜いて、理不尽に佐助をむね打ちしたのを見て、源六は、佐助が切り付けられたものと思つて驚ろき、前後の弁えなく、側に有つた鍬で拔身を打ち落とそうとしたところ、伝八の頭に鍬が当たり、その疵で死亡したという事案である。この点につき、伝八の伯父は、伝八は久離しようと思つ程の不行跡もので、理不尽の儀をして疵をうけ死んだのだから、源六に對し申し分け無い旨申し立てたが、奉行所は「右之通主人之為ニ致候儀」だからという理由で、構い無しと申し渡された。

本件は、主人と召仕という主従關係、すなわち、主人の従者に對する優越的身分關係が、刑罰阻却に影響した

ものといえよう。<sup>(40)</sup>

④ 寛延二年(一七四九)三月御仕置之例<sup>(41)</sup>

本件は、下総国古河町の師匠の僧侶本成寺のところへ、本多中務大輔足輕瀬賀兵助がやって来て、酒狂の上、本成寺に疵を付け押し伏せられているのをみた弟子恵量が、二人を引き分けようとして、半鐘の撞木で敲いたところ、その後役人がきて召し連れて帰った後で、兵助が死亡したという事案で、師匠が疵付けられたので、一命をかけて引き分けようと敲いたのは、余儀無い事ではあるが、兵助は死亡したのだから、所払に処したのである。本件は、師匠と弟子の関係であるが、③と異なり、弟子は軽い刑であるとはいえ所払に処せられている。③と④は類似の事案であるのに、本件では罰せられている点を把えて、前者では被殺者の親族が殺害者に対し申し分けない旨を申し出ているのに対し、後者ではこのような事実がないこと、また、前者では町人同士の事件であるが、後者では被殺者が足輕とはいえ武士の身分をもっていたことが影響したのではないかと<sup>(42)</sup> ③は正当防衛であるが④は過剰防衛だとする見解と、<sup>(43)</sup> 師匠と弟子との関係は、主人と召仕との関係ほどには重視されなかつたからだとする見解もある。<sup>(44)</sup>

なお、親を救助するためその相手を殺した子の行為につき、④を比当して、所払に処した事案がある<sup>(45)</sup> (なお、石井(良)博士は、同種事案で、子が無罪とされた判決があるとされ、その概要を紹介されている)<sup>(46)</sup>

しかし、以上の数例(および前記御定書の諸規定)からは、この時代に、武士・夫・親・平人・主人等の殺人行為が不処罰とされたのは、主として上記諸身分の優越的地位の保持を目的として、私的刑罰の行使が認められたものであって、その行為が正当防衛として違法性を阻却すると考えられたからではないと解しえよう<sup>(47)</sup> (もつとも、上記身分関係のみならず、違法減少ないし責任減少的效果は認めてもよいと思われる)。

では、石井(良)博士が正当防衛を認めたものとされる諸事例を、以下で挙げよう。

(ロ) 正当防衛を認めたとされる事例

① 明和九年（一七七二）一〇月道中奉行掛判決<sup>(48)</sup>

本件は、阿部豊後守の家来岡崎惣兵衛の倅同惣吾が、伊香保へ行く途中、高崎宿の馬士忽七が断わり無しに荷物付け替えて増し貨銭をねだり、品々雑言に及び、その上手向いをするので、止む事を得ず切り付けたところ、右疵で死亡したという事案である。この事件は道中奉行の掛りで吟味されたが、そこでは、惣七が慮外者であることは相違なく、また忽吾はその段書状で親にも申し遣わしており、隠し置いたわけではないが、右のような始末になったら、伊香保へは行かずに、その場所に止まり、所役人へも申し告げて、領主役人の指し図を受けて取り計らい、帰った上で申すべきところ、その儀も無く、直ちに伊香保へ行ったのは不届の仕方であるとして、急度叱りに処せられている。しかし、この処置は、忽七を殺した後の手続が不束であったから科せられたのであって、惣七を殺したこと自体は無罪となっている。

もともと、本件は、武士と馬士との関係であるから、無礼打ともみられないこともないが、「増貨銭ねだり品々及雑言、其上手向致、不得止事」切り付けたというのであるから、正当防衛としてもみる<sup>(49)</sup>ことができようか。

② 明和九年（一七七二）一二月安藤弾正少弼掛判決<sup>(50)</sup>

本件は、下総国猿鳴郡逆井村の百姓太四郎が、同年九月七日に女房かねならびに娘を連れて、同国浦田村百姓忠右衛門方を訪ね帰宅途中、同郡染谷村地内宇香取山の人家を離れた山合の道筋を暮れ六ツ時（午後六時）過ぎ通ったところ、浪人跡の者が山合より出てきて、理不尽にかねを殺害したので、太四郎はその男の帯びていた脇差を抜き取り、同人を殺害したという事案であり、親類ならびに村役人の申し口も符合しており、事実が相違無いということ、構い無しと判示された。

本件は、妻がすでに殺されてしまっていたとすれば妻のための正当防衛は成立しないが、自己または娘の生命

を防衛するための行為として、正当防衛とみることができよう。<sup>(51)</sup>

③ 寛政元年（一七八九）二月根岸肥前守掛判決<sup>(52)</sup>

本件は、田安領知甲州山梨郡城古寺村百姓金左衛門門に対し、見知らぬ男が理不尽に及んだ節、その場に人が居合わせず、手に余ったので、脇差で手疵を負わせ、その疵で相手方が死亡した事案で、その始末は不届であるので、中追放に仰せ付けるべきかと伺いを立てたところ、人里離れた場所での事であり、余儀ない始末なので、不行届兇忽の儀ともいい難く、悪党無宿者を殺したとき居合わせた者もないので、その場の証人になる者もないからといって、疑いをもって咎め申し付けるのは穏やかではなく、本人は平日実躰で悪事をするような者ではないと村役人共一同申し立てている以上、咎の沙汰に及ばない旨の老中の下知があり、その通り申し渡したとしている。<sup>(53)</sup>

④ 寛政元年（一七八九）六月根岸肥前守掛判決<sup>(54)</sup>

本件は、奥州下松川村の笏八、丈助の兩人が、人を殺したという事案であるが、被殺者は、近村々で見知った者もなく、全く無宿の悪党と言われており、兩人は平日実躰で悪事等をするような者ではなく、右被殺者が不法をしたために止む事を得ず殺したということについては相違ない旨、一件の者共が申し立てる由、この段は相違ないというので、前記③同二月の先例により、兩人共構い無しと申し渡したとしている。<sup>(55)</sup>

以上、やや長文にわたって判決例を引用したが、石井(良)博士によれば、上記②の明和九年一二月判決は、①と異なり無礼討ではないので、正当防衛とみるべきものであり、まさに、②判決は無礼討より離れて、「庶民の間の正当防衛として確立したもの」と評されている。<sup>(56)</sup> 他方、後二者のうち、④の寛政元年六月事件では、被殺者は無宿とされており、無宿に対する保護は平人に対する保護より薄かったけれど、③事例を参照すれば、そういう事情は顧慮されなかったことがわかるとされ、寛政元年（一七八九）に、「ここにおいて、この時正当防衛の制度

は成立していたといつて差支ないであろう<sup>(57)</sup>として、正当防衛の存在を肯定される。そして、「結局、相手方の攻撃に対して、防禦の方法がなく、手に余つた場合やむことを得ず反撃に出てこれを殺した時に限り無罪になつたのである<sup>(58)</sup>」とされ、これは、寛政元年以後の幕府法が、立法の手續によらずに、判例によつて生まれたものである<sup>(59)</sup>。御定書の規定に反する制度を判例法により築き上げたものであるとの注目すべき見解を主張されている（なお、盗人を殺害しても無罪になる制も同様の事情によるとされる）。

なお、同博士は、藩法にも目を転じられ、藩法中に、すでに元禄年代において正当防衛といえるような制度をもつていたものもあつたとして、仙台藩の元禄一六年（一七〇三）の法を挙げられているので、付記しておく<sup>(60)</sup>。

「人二慮外仕懸られ候か、何ぞ扱んどころなき道理これ有り、討果て候えば御構無し、相手死に損に成り申し候、

但し、其時の様子ニより死罪流罪追放等ニ仰付けられ候儀も御座候、」と。

四 以上、御定書の諸規定のみならず、御定書制定以後の判決例等をも考慮するかぎり、江戸幕府においても正当防衛が認められていたとする石井説に注目すべきものがあるようにも思われる。なお、否定説とされる高柳博士によつても、「赫律」第九項、三三項等による「赫免」の特典の可能性を指摘されており、正当防衛が認められる場合が明白でないとはいへ、消極的な肯定の論拠にもなりうるであろう。

もつとも、石井説のように、寛政元年以後、正当防衛の制度は成立したと言ひ切れるかは若干疑問が残るが、正当防衛が違法性を阻却するとする思想的基盤が、既に江戸時代後期に出現したものと史料してもよいようにも思われる。ただし、それは江戸時代の身分制度のもとで、だれに対しても主張しうるような「正当防衛権」ではなく、やや不分明なものであつたことも事実であろう。その意味で厳密に言えば、近代的法概念としての正当防衛の「制度」そのもの（石井）ではなく、依然として「正当防衛的制度を構成すべき素材的事例」の存在（高柳）<sup>(62)</sup>

の確認に止まるといわざるを得ないであろう。

- (1) 牧・日本法制史概論二六七頁以下、高柳真三「江戸幕府刑法略説」同・江戸時代の罪と刑罰抄説(昭和六三年)三五五頁以下、石井(良)・刑罰の歴史六七頁以下、なお、同・江戸の刑罰(昭和三九年)等をも参照。
- (2) 石井(良)・刑罰の歴史八一頁等参照。
- (3) 石井(良)・刑罰の歴史七一頁等参照。
- (4) 牧・日本法制史概論三七〇頁、石井(良)・刑罰の歴史七二頁、佐伯・総論二六頁等参照。
- (5) 高柳・前掲書三五頁以下、石井(良)刑罰の歴史六七頁。
- (6) 石井(良)・日本法制史概説四八五頁、同・法制史二四一頁、なお、同・刑罰の歴史七一頁以下、同・江戸の刑罰二頁以下等参照。
- (7) 石井(良)・刑罰の歴史六七頁以下。なお、大竹Ⅱ牧・日本法制史二二二頁参照。
- (8) 三浦・法制史之研究九七九頁以下。なお、石井(良)・日本法制史概説四八七頁参照。
- (9) 三浦・法制史之研究九八〇頁。
- (10) 服藤・前掲論文一〇頁、なお、石井進・中世武士団四六一頁等をも参照。
- (11) 三浦・法制史之研究九八〇頁以下、なお、小野村・前掲書二二九頁をも参照。
- (12) 司法省蔵版法制史學會編石井良助校訂・徳川禁令考別卷(昭和三六年)一一二頁。
- (13) 司法省蔵版法制史學會編石井良助校訂・徳川禁令考後集第三(昭和三五年)四二六頁。
- (14) 高柳信三「正当防衛と徳川時代の刑法」国家学会雑誌五七卷七号(昭和一八年)同「正当防衛と江戸時代の刑法」と改題のうえ、前掲書江戸時代の罪と刑罰抄説三二頁以下等参照。
- (15) 石井良助「江戸幕府法における正当防衛について」同・日本刑事法史「法制史論集第一〇卷」(昭和六一年)四五二頁。
- (16) 徳川禁令考別卷一一三―一四頁。
- (17) 司法省蔵版法制史學會編石井良助校訂・徳川禁令考後集第四(昭和三五年)一一三頁。
- (18) なお、高柳博士によれば、「理不尽は恐らく不法と異なってやや程度が軽く、不正に近い侵害的行為をさしたものであろう」とされている(高柳・前掲書四〇二頁)。
- (19) 石井良助・第三江戸時代漫筆盗み・ばくち(平成二年)四一頁等参照。

- (20) 石井(良)・前掲論文四五二頁。
- (21) 石井(良)・第三江戸時代漫筆四一頁。
- (22) 高柳・前掲書三六頁以下。
- (23) 小野村・前掲書二二九頁等参照。
- (24) 徳川禁令考別卷九〇頁。
- (25) 徳川禁令考別卷八九頁。
- (26) 高柳・前掲書四〇三頁、なお、五三頁以下参照。
- (27) 石井(良)・第三江戸時代漫筆四九頁。
- (28) 徳川禁令考別卷九二頁。
- (29) 高柳・前掲書四〇三頁以下、五〇頁。
- (30) 徳川禁令考別卷一一二頁。
- (31) 高柳・前掲書四二頁以下、四〇四頁。
- (32) 石井(良)・前掲論文四五八頁参照。
- (33) 高柳・日本法制史(一)三四四―三四五等参照。
- (34) 石井(良)・前掲論文四五二―四五三頁。
- (35) 徳川禁令考別卷(添候例書第一)一四五頁。
- (36) 石井(良)・前掲論文四五四頁、同、第三江戸時代漫筆四二頁。なお、高柳・前掲書三五頁以下をも参照。
- (37) 徳川禁令考別卷(添候例書第六二)一七〇頁。
- (38) 石井(良)・前掲論文四五四頁以下、同、第三江戸時代漫筆四二頁参照。
- (39) 徳川禁令考別卷(添候例書第七一)一七三頁以下。
- (40) 石井(良)・第三江戸時代漫筆四五頁以下、高柳・前掲書五四頁以下、四〇四頁以下等参照。
- (41) 徳川禁令考別卷(添候例書第六〇)一六九頁以下。
- (42) 高柳・前掲書五五―五六頁。
- (43) 高柳・前掲書四〇五頁。
- (44) 石井(良)・第三江戸時代漫筆四六頁。

- (45) 徳川時代裁判事例続刑事ノ部(司法資料第二七三号〔昭和一七年〕三二頁以下。なお、高柳・前掲書五六頁以下をも参照。
- (46) 石井(良)・第三江戸時代慢筆四三頁。
- (47) 石井(良)・第三江戸時代慢筆四六頁。なお、高柳・前掲書五八頁以下等をも参照。
- (48) 『公案比事』九の三二。なお、『公案比事』六二巻は、国会図書館支部上野図書館所蔵の由であるが(平松義郎・近世刑事訴訟法の研究〔昭和三五年〕一一頁)、筆者未見のため、以下、石井論文引用に依拠した(石井(良)・前掲論文四五九頁)。
- (49) 石井(良)・前掲論文四六〇頁。なお、同・第三江戸時代慢筆五〇頁では、「この事件はむしろ無礼討の場合に近い」とされている。
- (50) 石井(良)・前掲論文四五六頁より引用。
- (51) 石井(良)・前掲論文四五七頁、同・第三江戸時代慢筆五一頁。
- (52) 石井(良)・前掲論文四六一頁以下より引用。
- (53) 石井(良)・前掲論文四六二頁、同・第三江戸時代慢筆五一頁。
- (54) 石井(良)・前掲論文四六一頁より引用。
- (55) 石井(良)・前掲論文四六二頁、同・第三江戸時代慢筆五一頁以下。
- (56) 石井(良)・前掲論文四六〇頁。
- (57) 石井(良)・前掲論文四六二頁。
- (58) 石井(良)・前掲論文四六六頁。
- (59) 石井(良)・第三江戸時代慢筆五七頁。
- (60) 石井(良)・第三江戸時代慢筆五八頁。
- (61) 高柳・前掲書三七、四〇三、四〇六頁等参照。
- (62) 高柳・前掲書三二頁。

— 未完 —

(一九九二・一二・一九稿)

〔付記〕 本稿(三)を草するに当り、本学法学部教授梅田康夫氏には御多忙中にもかかわらず、多大の御教示にあずかり誠に感謝に堪えない。なお、本稿には、筆者の浅学菲才に基づく誤り・不備等多々あるものと思料するが、それらの責任はすべて筆者



にあること勿論である。同学諸賢の御批判、御叱正を得れば、幸甚である。

（以下、縦書きの文章が続き、内容はほとんど読み取れない）

（以下、縦書きの文章が続き、内容はほとんど読み取れない）

（以下、縦書きの文章が続き、内容はほとんど読み取れない）

（以下、縦書きの文章が続き、内容はほとんど読み取れない）

（以下、縦書きの文章が続き、内容はほとんど読み取れない）

（以下、縦書きの文章が続き、内容はほとんど読み取れない）

（以下、縦書きの文章が続き、内容はほとんど読み取れない）

（以下、縦書きの文章が続き、内容はほとんど読み取れない）

（以下、縦書きの文章が続き、内容はほとんど読み取れない）

（以下、縦書きの文章が続き、内容はほとんど読み取れない）

（以下、縦書きの文章が続き、内容はほとんど読み取れない）

（以下、縦書きの文章が続き、内容はほとんど読み取れない）

（以下、縦書きの文章が続き、内容はほとんど読み取れない）

（以下、縦書きの文章が続き、内容はほとんど読み取れない）

（以下、縦書きの文章が続き、内容はほとんど読み取れない）

（以下、縦書きの文章が続き、内容はほとんど読み取れない）

（以下、縦書きの文章が続き、内容はほとんど読み取れない）

（以下、縦書きの文章が続き、内容はほとんど読み取れない）

（以下、縦書きの文章が続き、内容はほとんど読み取れない）

（以下、縦書きの文章が続き、内容はほとんど読み取れない）

（以下、縦書きの文章が続き、内容はほとんど読み取れない）

（以下、縦書きの文章が続き、内容はほとんど読み取れない）

（以下、縦書きの文章が続き、内容はほとんど読み取れない）