

論説

徳川時代幼年者刑事裁判の運用について

鷲 野 薫

- 1 はじめに
- 2 武家法
- 3 徳川刑法
- 4 寺院法の影響
- 5 徳川刑法における幼年者裁判例
- 6 捨子対応
- 7 総括

1 はじめに

本稿は、令和元年第 71 回 WIPSS 定例研究会で「徳川幕府刑法にける幼年者対策」として発表した内容をまとめたものである。御仕置例類集、徳川禁令考及び徳川裁判例刑事の部から幼年者の裁判例を抽出し、特に参考となる事例を紹介した。本稿においては、觸書等を加味した記述としている。

中国では、秦始律令が 268 年（秦始 4 年）以降皇帝の交代に伴い改正されている。我が国の古代法は、中国法（唐律）に倣ったもので、律・令・格・式を定めている。律は刑法、令は行政組織・手続法、格は詔勅、式は令の細則である。673～686 年飛鳥律令（天武律令）、701 年大宝律令、718 年養老律令が編纂されている。刑罰法令である名例律は、律全体の冒頭にある。老

幼廢疾收贖の項では、「此條ハ老人子供及び不具ナル者ノ惡事は收贖サスルヲ云フナリ」とし、刑事責任年齢については、「凡年。七十以上。十五以下

〔七十歳以上ノ老人。十五歳以下ノ子供。〕及ヒ廢疾ノ者〔ビツコ。ヨイくノ類〕死罪ヲ除クノ外。流罪以下ヲ犯ス者ハ。收贖ス。〔死罪ニナルベキ者ヲ除クノ外。流罪以下ノ罪ヲ犯ス者ハ。收贖ニテ聽ス。〕八十以上。十歳以下。〔八十歳以上ノ老人。十歳以下ノ子供。〕及ヒ篤疾者。〔盲目。癰瘡ノ類。〕人ヲ殺シ。死罪ニ該ル者ハ。議擬奏聞シテ上裁ヲ請フ。～九十以上。七歳以下ハ。死罪ヲ犯スト雖モ。刑ヲ加ヘス。若シ教令スル者アレハ。其教令者ヲ罪ニ坐シ。贓ノ償フヘキ者アレハ。其得ル者ヲシテ償ハシム。」とし、7歳以下・90歳以上の刑事責任能力の否定、10歳以下・80歳以上の者及び障害者の限定責任能力、15歳以下・70歳以上の一部限定責任能力を定めている。

また、贖は換刑で、正刑に換えて執行され、16歳以下10歳以上の流罪以下

に課される贖銅を指し、加杖は徒に換え執行し、^{りゅうじゅうふく（ルビは筆者付記）}留 住 役 は 流 刑 に 換 え て（杖罪と徒罪を併科）行われた。養老律令では、斷獄令「凡斷罪皆レ具_レ律令格式成文_一」，獄令「凡諸司斷事悉依_レ律令成文_一」，雜律「凡不_レ應_レ爲_レ而爲_レ之者答四十。事理重者杖八十」とし¹，成文主義を原則としつつ，条理上・道徳上許されない事案では，成文に拘束されないとする。

律令の精神は，王道を基本に法家の必罰主義を導入し，さらに儒教の道徳を法規範の拠りどころとしたものである。大明律によると，「令は前方にをしへて善に至らしめ，律は後に懲して善にすゝめ，罪を犯す事なきように」導くものとされる。律令は犯罪を処断するには，条文を根拠としなければならないとし，「罪刑法定主義」の萌芽とされる²。これは絶対的裁量権を有する天皇が官吏の恣意による法執行を制御する目的であったとも考えられている。

この律令の影響か，7歳までは神のうちとされ，尊卑のない特別な存在として見られてきた³。また，捨子に対する抵抗感も希薄で，経済的，身体的理由で間引かれることも多かったとされる⁴。中世までの庶民層の子どもに關す

る記述は少なく、どのような子ども観が支配的であったのかは不明であるが、古事記に「凡そ子の名は必ず母の名づくる」とあり⁵、母子関係の強さや子育てにおける母親一親主義が推測される。また、山上憶良の貧窮問答歌では、貧困にあえぐ庶民の生活が謳われ、子どもの生存権が薄弱なものであったことが分かる。捨子を養育する悲田院も平安末期には廃止され、捨子は増加する一方であった。法と現実の乖離が甚だしい時代であったと言える。時代が進み、武家政権が始まり、家（領国）の相続が重要となるにつけ、子ども観が変わるとともに、名例律は機能しなくなる。

2 武家法

武家法の始まりと称される御成敗式目には幼年者の刑事責任能力に関する規定はなく、刑事法としては「大犯三條」として、大番催促、謀反人捕縛、殺害人捕縛の規定のみである。鎌倉時代の公文書類も収録している吾妻鏡が時代の訴訟案件などを後世に伝えている。その吾妻鏡建長五年二月廿五日の記に「先日評定ノ間。有_二御不審ノ事_一被_レ問_二法家_一。云小童部二人致_二靜論_一令_二打合_一之處。十二三歳之童部。爲_二一方之方人_一。又傷候也。可_レ有_二罪科_一否ノ事_{保惠殿 二大}。件ノ又傷_{龜丁ノ巻也}」, 「靜論_{スル}根本之童部。可_レ爲_二同罪_一否ノ事。〜關東_ニ被_二定置_一事候_{ハス}也。式目之外。法意_ヲ守天。又時儀_{ニヨリテ}。御計候也。」があり、十二三歳の童の喧嘩刃傷事案について、評定に上がったものである。喧嘩両成敗の方針ではあるが、評定は「法意」（名例律）によるべきか、「時儀」（適宜の判断）によるべきかとの選択を検討し、結果は名例律に従い、贖銅（過料）に処したものであるが、15歳以下にも相当の刑罰を執行すべきとの考えが芽生えている⁶。

甲州法度之次第の第十七條では「喧嘩之事不_レ及_二是非_一可_レ加_二成敗_一但雖_二取懸_一於下令_二堪忍_一之輩上者不_レ可_レ處_二罪科_一然以_二最負偏頗_一令_二合力一族者不_レ論_二非_一可_レ爲_二同罪_一若不慮犯_二殺害又傷_一者妻子家内之事不_レ可_レ相違_二但犯科人令_二逐電_一者縱雖_二爲_一不慮之儀先召_二置妻子當府_一可_レ尋_二子細_一」とし、喧嘩両成敗を明記している⁷。更に、今川仮名目録では、第十二條で「わらべ

あやまちて友を殺害の無_レ意趣_一の上は不_レ可_レ及_一成敗_一。但十五以後の輩は其咎免れ難き歟。」とし、年齢基準を 15 歳と明確化している。また、第十一條では「わらべいさかひの事童の上は不_レ及_一是非_一。但兩方の親制止を加ふべき所、あまつさへ鬱憤を致さば父子共に可_レ爲_一成敗_一也。」とし、保護責任者規定を置いている⁸。15 歳以外の基準としては、信玄家法上には「童部誤而殺_一害朋友等_一者、不_レ可_レ及_一成敗_一、但於_一十三以後之輩_一者、難_レ遁_一其咎_一、」とあり⁹、13 歳未満へ刑事責任を課さないものであったと推認できる。

徳川幕府における法制度についても、もこれら武家法を概ね引き継いでおり、中田薫氏によれば、徳川刑法は疑もなく予防主義を採用しており、所謂応報主義にあらず、特別と一般の両者を兼ね備えたものであるとしている¹⁰。

また、大久保治男氏は、徳川幕府刑法は、刑事責任と道徳責任の未分化あるいは混淆の時代と指摘している¹¹。この時期の犯罪は、道徳または正義（武家的正義）に反する悪行であるから、これに対し害悪たる刑罰の科せられるのは第一には宗教上の因果応報の理に因って当然であるとされる。刑罰とは、社会秩序、一般的な生活を保全するための手段と認識されていた。但し、徳川刑法の特色としては、儒教精神に基づく「目的刑思想」が現れ、人足寄場制度の開始など『改過遷善思想』が具現化される。

3 徳川刑法

徳川幕府草創期には、各大名に封建領主の権限として「自分仕置」を認めしており、寛永十年（1633 年）公事裁許定に「国持之面々 家中_并町人 百姓目安之事 其国主可_レ爲_一仕置次第_一」とある。その後、寛文三年（1663 年）武家諸法度に「万事如_一江戸之法度_一 於_一國々所々_一可_レ遵_一行之_一事_一」とし、幕法を遵守するよう指示している。最高裁判機関である老中の下、評定所が置かれ、寺社・町・勘定奉行の所管に属する事案であっても、先例のないもの（不明なもの）、疑義があるものについて、また、重要な案件については、「先議」を必要とし、評定所が裁判機関の役割を果たした¹²。

徳川刑法は、不文法主義、前例主義、かつ職権主義的糾問主義を採り、概

ね奉行職の専権事項としていた。刑事責任年齢については、元服前後の区分により一部の刑の一時的執行停止が規定されているに過ぎない。

徳川幕府の行政・司法全般に係る基本方針は、『家康百箇條』に拠っている。これは、徳川家康が後代の将軍に遵守を命じた遺命で、基本は「祖法墨守・新律停止」である。百箇條七節「舊格保守の條々」において、「凡て萬般古法に準ふべし」、「縦ひ錯事に之れ有ると雖五十年來誤り來り候事は相改めましき事」とし、九節「司法裁判の條々」では、「古式の如くんば決斷所を建て我差出す條目に照して貴戚を憚らず鄙陋を凌かす萬民をして理非明白ならしむるへし」、「喧嘩口論双方制敗す、但物に依り仕餘たるへし〜」等としている。また、十二節「官吏職制の條々」では、「凡そ惡質ある者は必ず善質あり、善質ある者は必ず惡質あり、其善を探り其惡を用ゆへからず、又其惡を擧げ、其善を捨つへからす〜」とし、人の改善可能性を肯定している¹³。本遺訓を受け、旧来の武家法の問題である「勸善懲惡」思想による応報刑主義に加え、徳川刑法では、「改過遷善」思想¹⁴による特別予防思想が導入されている¹⁵。安永9年(1780年)深川茂森町に「無宿養育所」、寛政2年(1790年)加役方人足寄場の設置及び文久2年(1862年)制定の赦律などが具体例である。

法令や掟を一般に知らしめる「高札」においても、「親定兄弟夫婦を始諸親類にしたしく下人等に至るまでは是をあはれむへし主人ある輩は各其奉公に精を出すへき事」、「盜賊惡黨の類あらは申出へし急度御褒美下さちへき事」

(正徳元年1711年)、「童子の口論不及沙汰、双方之父母可加制詞之處、却而至令荷担者可爲曲事」、「童子誤而殺害朋友等、不可爲死罪、但十三歳以上輩者不可遁其咎事」(明暦元年1655年)とあり¹⁶、家族融和や犯罪の申出、子ども同士の喧嘩は取り上げないこと、子どもが過失で人を殺害した場合13歳以上であれば通常の手続となることなどを告知している。

徳川幕府当初では、不文法・前例主義かつ職権的糾問主義の刑事法であり、裁判は概ね奉行職の専権事項とし、重罪や慎重を期すべき案件を評定所へ上奏するシステムである。刑の輕重に奉行の裁量や恣意的運用の危惧があり、寛保2年(1742年)に「公事方御定書」が制定された¹⁷。司法資料別冊第9號によると、御定書は上巻81条、下巻103条で刑法規程及び判例である。

その後の改定・追加(御定書ニ添候例書)により、「科條類典」(明和4(1767)年)、「寛政刑典」(寛政元(1789)年)、「御仕置例類集」(文化元(1804)年)となる。

当時の犯罪概念は、法と道德の混在した状態で、道德的非難を受ける行為を犯罪とする。名称も「罪科、邪曲、不法、不屈、非道」等が充てられている。御定書は、上巻81条で、評定所執務規則、高札・觸、書付等を規定し、下巻は103条で、民事及び刑事の手續規定である。百箇條は下巻を指す。徳川刑法は、無過失責任を肯定し、第74條では、「怪我ニて相果候もの相手御仕置之事」では、判例として、矢場鐵砲場に入り、不意により掛・矢玉を当て死亡事故を起こした場合、三十日の「遠慮」が科せられた。

幼年者の責任能力に関して、御定書は、以下の規定を置く。

御定書七十九「拾五歳以下之者御仕置之事」

^ち
一 子心にて無辨人を殺候もの 拾五歳迄親類^江預置 遠島 寛保元年極

^り
一 子心にて無辨火を付候もの 右同斷 遠島

^ぬ
一 盗いたし候もの 大人之御仕置より一等輕可申付
追加 寛保二年極

^る
一 拾五歳以下之無宿者 途中其外にて小盗いたし候におみてハ 非人手
下

寛保元酉年六月牧野越中守石河土佐守水野對馬守之伺
七十九 伺 拾五歳以下之者御仕置之事

^ち
極一 子心ニ^而無辨人を殺候もの 拾五歳迄親類^江預ケ置 遠島

○但巧候儀有之其品重キハ下手人

懸紙

(ママ)

極一 子心^りニ無辨火を付候もの 右同斷 遠島

第十六 但巧候而火を附候類ハ死罪
懸紙 右貳ケ條格別深キ巧有之ハ評議之上可相伺事

極一 盗^ぬいたし候もの 大人之御仕置より一等輕可申付

朱書 右三箇條但書共此度評議之上相認申候

右同年九月廿二日伺之通御下知本文極

寛保元酉年七月御好御書付之内

第十六

右二箇條格別深キ巧有之ハ評議之上可伺之

朱書 此趣ニ可書改

寛保二戌年十一月大岡越前守石河土佐守水野對馬守伺之内

極一 拾五歳以下之無宿者途中其外にて小盗いたし候におゐてハ非人手
下

朱書 是ハ當戌十一月伺之上御仕置濟候例を以相認申候

朱書 御下知相濟次第拾五歳以下之もの御仕置箇條之内^江書加可申候

右寛保三亥年五月三日伺之通御下知本文極

但し、但書「但、巧候儀有之其候品重キハ下手人」，「但、巧候而火を附候類ハ死罪」は削除され、いかなる場合も幼年者へは刑の減輕を実施することとした。寛保元（1741）年以降に加條や修正が加えられ、子供の殺人や放火について、「格別深キ巧」即ち悪質性の高いものやその手段に偽計などがある場合は、評定所評議により「下手人」つまり死罪となる場合があることも規定した。更に、二年後には、幼年の無宿者が窃盗を犯した場合には、「非人手下」とすることが加えられ、大人と同様の処分が下さることとなった。

要件は年齢であり、15歳以下は弁別能力や受罰能力に制約があるものと前提していたものと考えられる。しかし、幼年者に対する全面的な刑の免除はなく、一時執行停止及び減刑されるに過ぎない。これは、15歳になり受罰能力が認められる段階で、刑を執行することが道義に適うことと考えていたとされる¹⁸。法学的には、犯意及び刑事責任に関する客観主義と主観主義の併

存的な論理となる。

4 寺院法の影響

(1) 武家政権と寺院法

養老律令僧尼令を端緒とし、寺院に関する法令は、寺領の拡大或いは荘園の発達に伴い、寺内及び寺領内での紛争処理に関する規定を整備するようになった。諸大寺は僧侶集会における慣習法としての寺院法を発達さたと考えられる¹⁹。室町後期からは、罪人を寺に預け禁錮を執行する機能を開始している。玉葉治承四年（1180）十二月九日条では、「以園城寺爲城」²⁰、鎌倉遺文四四七四号尊性法親王書状貞永二年（1233）四月十五日では、「無動寺猶不引城郭候」とし²¹、いずれも主要寺院が武士団勢力を受け入れていることを記録している。武士と寺院の関係が強まると、寺院内寺領内での紛争や暴力沙汰が増加し、その対処の制度化が必要となった。寺院内での犯罪は、衆中（役僧）が罪人を逮捕し、刃傷・殺害は門跡が検断する。寺領内では、刃傷・殺害は寺務（上位僧）が検断、盗人・博突は衆中が単独で検断するなど、刑事法を執行し、また斬罪の執行もあったとされる²²。社寺領への不入権（国衙使の入部拒否権）、守護使不入権が認められ、社寺領内での司法権を社寺自体が執行することとなる。塵芥集第19條では、「科人命をまぬかれんため、人の在所へ走入らば、かの在所の主、はやく追い出だし候べき也。もし追い出だすにをよばずば、在所のうちを捜さがさせべき也。同坊寺へ走入事、格護ごあるべからざる也。」とし、寺内寺領から帰住させることを指示している。同様な規定として、戸田全久置文（渥美長興寺宛て）では「依事、叶百姓之望、可被早還住」とし、田村隆顕条書（三春福聚寺宛て）でも「寺家江走入之事、一命被相扶候事者、無御抛候」とし、いずれも寺に逃げ込んだ者の一命を助けることを約束している。同様の法令を有するものとして、結城家新法度や長野憲業の長年寺壁書、島津忠隆の福昌寺誓書或いは武田信豊の正昭院宛て書面などが存在する²³。

徳川幕府は、寛文五乙巳年（1665年）に寺院諸法度を発出するが、併せて

各宗の寺法の制定或いは改正を命じている。江戸期における寺社と犯罪の関係については、種々の文書が残っており、寺社の治外法権的な特権と犯罪との関連が認められる。例えば、享保四亥年（1719）七月廿七日「幕府、武家ノや邸内及ビ寺社ノ境内ニ於テ禁ヲ犯シテ三笠戯ヲ爲ス者アルヲ以テ令シテ之ヲ糺ス」、宝暦八寅年（1758）十月八日「幕府令シテ、凶徒ノ東叡山・三峰山寺ニ潜匿スルモノ逮捕スヘシ」、天明八申年（1788）十月廿六日「幕府寺社奉行ニ令ス、凡ソ寺社境内ノ犯罪者、假令境外ニ遁ルヽト雖モ、罪迹明瞭ナルモノハ、追テ之ヲ補フヘシ」とし、度重なる指令を出している²⁴。

（２）徳川刑法における出家宥免制度

御定書による幼年者への罰則は前述のとおりであるが、寺院の強い影響を受けた時期がある。幼年者の重罪は、15歳まで「預け」とし、達年により「遠島」とするとされている。

しかしながら、安永年間（1771年）から寛政四年（1792年）まで、およそ20年間に渡り、「預け」先が寺院であり、かつ預け期間中に出家僧籍入りをする、その後の科罰が宥恕されるものである。

例えば、御仕置例類集第一輯古類集取計之部老人幼年座頭女之類²⁵
二〇四安永四年巳年御渡

六番

大坂御城代伺

一 拾五歳以下ニテ盗いたし、遠島ニ可相成もも、出家爲致度、願出候儀ニ付評議

去月廿三日、～吉蔵恠・捨松儀、拾三歳之節～金三拾壹兩有之を、盗取候

處、幼少に付、親・吉蔵え預け置、拾五歳ニ相成候上、遠嶋^{（ママ）}可申付處、此度、生玉中寺町・法善寺、出家願いたし候、～寺院之願ニテ出家仕候例は、御座候得共、其身之惡事ニテ、親類え預置候内、出家願申出候例、不相見候ニ付、相伺申候

此儀、～去年午申上～下谷金杉上町～善六恠・嘉助儀～附火可致所存ニテ～遠嶋申付、拾五歳迄、親善六え預置、拾四歳ニ相成候處、遠嶋、御免、出家爲仕度旨、武州足立郡彌五郎新田村、清亮寺、願出候趣を以、相伺候處、

伺之通、捨松、遠嶋御免、弟子ニ仕、出家處致候様、可申渡旨、被仰渡、可然哉、奉存候、

と伺に対して、前例があるので、捨松についても宥免して差し支えないと指示している。出家により俗世から離れ、当人の改過遷善を全うすることへの期待感を示したものと言える。また、出家宥免の条件として、「江戸徘徊不仕、住居定置、他所え參候節は、奉行所え相届、～朱印地又は御由緒～御目見仕候程寺院えは住職不仕～公儀向江罷出候儀有之候ハ、奉行所え其節可伺旨、申渡～師弟ともニ證文可申付事」²⁶（新類集四之帳 依父科御仕置ニ成候類 一〇五 文化七午年御渡 寄合肝煎 佐藤美濃守申上候 一 寄合・小堀次郎左衛門厄介・小堀新藏、父之科、有無之儀、評議）とし、居所を定め、他所へ赴く場合は、奉行所へ届け出し、格別の寺院では住職とならない、また、寺務により役所へ出向く場合は事前に奉行所へ申出ることなどを定め、本人及び管主がともに起請文を提出することを条件に刑罰の免除を規定している。これなどは、現在の保護観察の遵守事項に相通じるものと言える。

本制度は、寛政四年板倉周防守が発出した「伺之上御免難成段申渡尤以來共此趣を以不及伺取計可申旨戸田采女正殿被仰渡候間爲見合下ケ札いたし置」により廃止された²⁷。廃止の理由は不明であるが、寺院統制の強化と加役方人足寄場の設置に伴い、「改過遷善」として教育的処遇を公儀主導で行うとの認識が形成されたものと思われる。

5 徳川刑法における幼年者裁判例

（１）裁判例集

仕置（裁判）の書留としては、御仕置例類集、徳川禁令考及び徳川時代裁判事例が主要判例集と言える。

御仕置例類集は、古類集、續類集、新類集、天保類集及び新々類集の五編である。明和八年（1771年）から嘉永五年（1852年）まで82年間に渡り編集している。総冊数242冊である（司法省調査によると、評定所書留は総数7,156冊、付属図1,504枚）²⁸。古類集が御仕置例類集の中核であり、その余

は、古類集に倣い作成されている。古類集は、壹～四之帳を「取計之部」、五～七之帳を「掟事并御觸申渡之部」とし、それ以下は犯罪態様毎に収録している。貳拾五之帳中「老幼并愚昧片輪等之部」があり、幼年裁判例は「老人幼根之類」として納められている。新類集では、「老幼并愚昧片輪等之部、老人幼年之類・愚昧片輪乱心之類」、續類集では、「老幼并愚昧片輪乱心者之部、老人幼年之類・愚昧片輪乱心之類」、天保類集では、「老幼并愚昧片輪乱心等之部、老人幼年之類」と名称がつけられている。幼年者分としては、重複分も入れて、古類集 31 件、續類集 28 件、新類集 19 件、天保類集 39 件（重複掲載を含む。全て父之科依を除く）である。

徳川禁令考は、明治 6 年（1873 年）司法卿大木喬任が、部下である菊池駿助に刑法策定の一助とするため、徳川刑法の整理蒐集を命じたものである。幕政 200 年間の法令の改廃及び刑律の変化を網羅した。前聚が首巻から 19 巻、後聚が首巻から 13 巻となっている。前聚は、朝廷、諸大名、寺社、農工商及び外国関係であり、後聚が、科条類典²⁹を基に法令、裁判例（仕置例）及び類例を集録している。菊池の死後、司法省庶務課が引継ぎ、明治 28 年に完成した。前聚 62 巻 6 帙、後聚 40 巻 4 帙、合計 10 帙（10 冊）が加版された。幼年者に関するものとしては、後聚第 4 帙第 32 巻「拾五歳以下之者御仕置之事」に 10 例、後聚 1 帙 6 巻「御仕置ニ成候もの之倅」に 7 例が集録されている。

徳川時代裁判事例は、現在全 11 巻（写本）が存在する。原本編者及び所在、作成時期は全て不明である。全四部で、第一部「徳川裁判事例甲篇完」、第二部「同乙篇完」、第三部「徳川裁判事例完」、第四部「同巻之一完」である。幼年者に関する記述は、第三部にあり、寶暦 3 年から文化四年ごろまでの事案の蒐集で 4 例（父之科依を除く）がある。

（2）具体的事例

古類集貳拾五之帳一九一六 寛政元酉年御渡

大坂町奉行

小田切土佐守伺

一 幼少之もの追剥いたし候一件

無宿

彌 吉

右之もの儀、～遊び居候幼少之ものを、往來人無之所え連行、衣類を剥取候段、不届至極ニ付、獄門可申付哉之段、可相伺ものニ御座候得共、惡事仕候

節ハ、拾五歳以下之儀ニ付、一等輕^(内本)□， 死罪

此儀、御定書ニ、子心ニて、無辨、人を殺候もの、拾五歳迄親類え預置、遠嶋、～と有之、此もの、大人ニ候得は、追剥いたし候もの、獄門、之御定ニて、獄門ニ相當候處、拾五歳以下之儀、併、子心ニて、無辨、いたし成候惡事ニは無之、欲心を以、度々、衣類剥取候ものニ、御座候間、逆も、死刑は難遁、差當、例ハ相見不申候得共、伺之通、死罪

(朱書)

評議之通濟

これは、14歳以下での犯行が15歳になり判明したもので、本来獄門に当たる罪であるが、幼年に付き死罪とすべきかと伺にあげたところ、原則では遠島であるが、累犯かつ動機も欲心化荒であり、死罪は免れないと決定している。

古類集四之帳 二一二 寛政十二申年御渡

御勘定奉行

石川左近将監伺

一 武州坂石村・東林寺弟子・不若、幼年ニて、附火いたし候ニ付、遠嶋申付、拾五歳迄溜え差遣候儀ニ付評議

先達て伺書差上候、武州坂石村、東海寺弟子・不若、幼年ニて、附火いたし候一件、伺之通、御仕置御差圖有、之候得は、遠嶋申付、拾五歳迄、親類え預ヶ置候ものニ御座候處、～不若儀、大人同様の惡黨ものに付、逃去又は何様の惡事等可致哉も難計、手放難、差置候間、～火業其外惡事等、不致様心附、不取逃様ニ手當も行届申間敷、～

此儀、子心ニて無辨、火を附候もの之御定にて、遠嶋申付、拾五歳迄、親類預ヶ申付可置處、不若は、度々附火いたし候ものニて、拾五歳迄、親類之内え預置候ハ、猶又、惡事可致、…本文例ニ申上候、去ル巳年、村上

肥後守、町奉行勤務中、伺之上、御仕置申付候〜奥市儀、附火いたし候得共、幼年之儀ニ付、遠嶋申渡、拾五歳迄、溜え差遣置候例も御座候間、〜此度之不若儀も、遠嶋申渡、拾五歳迄、溜差遣置可申旨、被仰渡、可然哉ニ奉存候

申六月

評議（（朱書））之通済

これは、放火累犯者に対するもので、本来は 15 歳まで親類預となるべきところ、犯行態様が大人同様悪質であり、再犯の恐れが強いことから、親類預では再犯防止できないと判断し、15 歳まで溜收容としている。現代であれば、達年まで保護処分として達年後刑務所收容となる処分のところ、達年まで拘置所收容し、達年後刑務所移送とするようなものであろうか。

同様の事例として、

徳川時代裁判事例 第六百九十六 天明五巳年四月

數度火を放て遺恨ある者に誣ひし者

田沼主殿頭御指圖

山村信濃守掛

神田松枝町

嘉助店 新六方に居候

勝次郎事

勝之助

右之者儀新六方賣溜錢貳拾文盜取隠置候をとみ見付被取戻〜新六とみ叱り候を遺恨に存し附火致し〜都合四度致附火候を押隠とみ仕業之由爲主人同様之ものへ無跡形重き申掛致し候段重々不届至極に御座候得共幼年もの之儀に付遠島申渡十五歳迄歸牢

〔御仕置附〕右御定書

一 子心にて無辦火を附候もの

十五歳迄親類へ預け置遠島

右之通有之候處此ものハ度々小盜いたし候を被見咎叱り受候を遺恨に存四度迄附火致し〜子心にて無辦とも難申可有御座候得共差當相當之例相見不申孰にも幼年もの之儀に付右御定并別紙類例に見合遠島申渡十五歳迄親類へ預け置候様可仕哉と可奉伺候處母へハ預け難申付叔母も病死致し外に親類無御座候間遠島申渡十五歳迄歸牢

これは、前段で幼年とは言い難い犯行であるが、原則とおりの御定書に従った量刑とする。但し、母親の監護能力が乏しいこと、また、他に親類がいな
いことから15歳まで、過怠牢に収容するとし、達年までの処遇については、
保護環境や再犯の可能性を判断材料としている。

また、同裁判事例第七百四十七 文化九申年七月 土井大炊頭御指圖「母
ニ逢度念慮より人の宅舎へ附火せしも十五歳未満に付預の上本罪に處せらる
へき者」は母親の監護能力が著しく低いとし、大家顯妙を補充の身元引受人
とし、15歳迄母親つねと顯妙へ預け、達年により遠島としている。

幼年者同士の傷害事件の例として、徳川禁令考聚第四帙（卷三十二）行刑
条例

文化二丑年御渡

大坂町奉行伺

幼少之もの同士怪我爲致候一件

北森町豊島屋利兵衛

借家紙屋太助同居悴

平 藏

右之もの儀手遊之弓矢を拵幾太郎左之脇江射中全片輪ニいたし候得共往々渡
世之障ニも不相成趣等有之儀ニも無御座子心ニ無弁いたし候事旁始末疑敷
儀も無之全過チニ中り候儀ニも御座候間三十日押込

此儀御定書ニ怪我ニ興レ風疵付ケ其疵ニ相手死候もの吟味之上あやま
ちニ無紛并怪我人之親類存念相尋候上中追放但吟味之上不念之儀於有之ハ
一等重く可申付事〜口論之上人ニ疵付片輪ニいたし候もの中追放之御定ニ
見合右ハ相手死候得ハ下手人ニ候〜此度ハ相手死候とも前書之通下手人ニ
ハ不至儀ニ付中追放より軽く大人ニ候ハ、輕追放ニ相當可申處幼年之儀ニ
付先例相糺候處明和七寅年一座伺之上御仕置申付候野州東水代村左右衛門
伴仁三郎外一人儀…仁三郎ハ拾五歳ニ相成儀ニ付中追放吉次郎ハ拾五歳迄
親類江預置中追放申付候例有之右ハ人殺之手傳いたし候もの遠島之御定ニ
相當候得共仁三郎ハ拾四歳吉次郎ハ拾貳歳之節之儀ニ付一等輕中追放と御
仕置附いたし候趣御仕置附書付ニ有之候間輕追放より一等輕く拾五歳迄親
類江預置大阪三郷拂

評議之通済

と評議し、従前の例とおり下手人（死罪）にはせず、追放に該当するが、大人の軽追放に比較し一等軽い量刑である 15 歳まで親類預、達年により所拂としている。

また、同様の事案として、同聚第四帖（卷三十一）行刑條例 子共怪我ニ而相果下手人ニ不及事がある³⁰。

伊那半左衛門御代官所

武州東葛西領下鎌田村百姓

市郎右衛門子

半 助 已十三歳

右半助儀同村百姓藤右衛門子拾三歳ニ成候與助と申者と狂ひ遊日ひ候上いさかひなとニ而も無之半助持候小刀ニ當り怪我ニ而疵負相果候親藤右衛門も下手人御免之儀願出候依之下手人ニ不及親市郎左衛門方ニ而百日押込置候様ニ伺之上申渡候事

享保十巳年五月

これには「懸紙」が添えられ、名主（伊右衛門）が被害者を養生したこと、被害者の父（藤右衛門）はじめ被害者親族も加害者（半助）助命の嘆願書を出していることなどを挙げ、

右下手人ニ不及親市郎右衛門方ニ而押込置百日過候ハ差免候様に可致旨半左衛門江可被仰申渡候

と決定し、規定上の「下手人（死罪）」から「親類百日預」とし、達年後の量刑もない。これは、徳川刑法においても、情状酌量や被害者感情を量刑決定の要素としている事例と言える。

御定書関連では、寛政九巳年（1797 年）六月廿六日「幼年もの博奕咎之儀ニ付御書付」が発出され、「博奕御仕置之儀當分敲ニ可申付～幼年之者之差別ハ無之候～尤幼年もの之事ニ候得ハ人に被勸無辨風と致候類ハ其差別可有之事」とし、無分別に行った博奕については、大人に比し一等軽処分としている³¹。放火についても、文政文政五午（1822）年四月の「拾五歳以下ニ而附火いたし候もの預ケ方之儀評議」があり、親類預と溜預の両場合を科刑できるとし、事案が悪質な場合や親族の保護能力に危惧があり、逃走や再犯の

恐れがある場合は、溜預とする判断をしている³²。

いずれも、本人については、事案の悪質性や常習性を考慮するとともに、親族等の観護能力を勘案し、預け先を決定しており、主観主義的な判断を行っている。

（３）依父科御仕置ニ成候類の事例

縁坐による父親の罪科が子に及ぶ事例である。

古類集四之帳依父科御仕置ニ成候類

二〇一 寛政元酉年松平越中守殿書取御渡

一 父之科にて、忤御仕置ニ付評議

死刑之もの之忤、是迄、遠嶋ニ相成候ものも有之、唯今ニ至り候ては、相当とも難思召、一昧、的當之所、如何程にて有之候もの等は、其儘可差置哉、
并父之罪ニより候て之御仕置ニ候得は、叛逆・徒黨、重ニ對上え候て之不窟等
之もの忤は、不携事ニ候とも、又格別たるへき哉之旨、御書取を以、被仰聞
候

此儀、唯今迄、御家人并侍は、父死刑之忤遠嶋、遠嶋之忤中追放と申儀、従前々之例と相見、尤、御定書ニ、御仕置ニ成候もの之忤、遠嶋・追放等ニ申付候もの、幼年故、十五歳迄、親類え預ケ置候處、出家ニいたし度旨、寺院より相願候ハハ、伺之上、出家ニ可申付事、～師弟ともニ、證文可申付事、と有之候間、伺之通、中三郎儀、中追放御免、西來寺弟子ニ爲致、出家ニ申付、前書御定之通、申渡、師弟ともニ、證文可申付旨、對馬守え可申渡段、被仰渡、可然哉ニ奉存候、

午四月

評議（（朱書））之通濟

としており、本人及び引受寺の管主お起請文の提出により、縁坐を回避することとしている。評議では、

一 忤儀、父之科不諫所を以、御咎重キ儀ニも可有御座哉之段、評議仕候處～子之科にて、父之御咎、無之儀ハ、父は、子之惡事無之様ニ存候は、人情ニ御座候故、教訓も無油斷、仕候得は、其子惡事仕候は、父之存念とは齟齬仕、無是非御儀故、子之科、父えは不懸趣ニ、申傳存候を及承候迄ニ

て、～評議等ニは難申上儀ニ御座候、

であると衆議し、親子の人情や教育躰けを十分尽くした上での子の犯罪等とは趣を異にするものである理由である。

また、事情により子どもへの縁坐を避けた例として次のものがある。

親類集四之帳父之科御仕置ニ成候類

一〇四 文化三寅年御渡 町奉行』小田切土佐守伺

一 不届有之、出奔いたし候御家人之倅、御仕置有無之儀ニ付評議

當九月廿八日、御渡被成候、小田切土佐守・仙石次兵衛、相伺候、西丸御持弓同心・山梨惣吉、博奕いたし候一件～塚越太兵衛儀も博奕手合之由～出奔いたし候ニ付、倅有之候ハ、父之依科、御仕置可被仰付哉、評議仕、可申上旨、御書取を以、被仰聞候、

(筆者追記)

此儀、御下ケ被成候例書之内、～(享保十八丑年、明和五子年、寛政三亥年の例を挙げ)倅は御仕置之御沙汰不被及例も有之～遠嶋ニ可相成哉、又は追放以下ニ可相成哉も難計、

然上は、其倅、父之科ニて御仕置被仰付候てハ相當ニ有御座間敷間、右之類、御仕置不被御沙汰方、可然哉ニ奉存候

とし、本来は原則とおりの量刑を実施すべきであるが、父親本人が行方不明の場合や死亡した場合には、当人に対する科刑が不明であるので、子供への科刑もしないこともあり得るとしている。

更に、子どもの出家による宥免の例として、

徳川禁令考後聚第四帙卷三十四行刑條例

九十七 御仕置ニ成候もの倅親類_江預ケ置候内出家願いたし候もの之事

(極 に)

一 御仕置ニ成候もの之倅遠島追放等ニ申付候もの幼少故拾五歳迄親類_江預ケ置候處出家にいたし度旨寺院より相願候ハ、伺之上出家ニ可申付事

(極 ほ)

但 出家ニ成候上江戸徘徊不仕住居定置他所_江參候節ハ奉行所_江相届勿論御朱印地又ハ御由緒有之且御目見仕候程之寺院_江ハ住職不仕若住持不仕候而_而不叶譯も有之歟公儀向江罷出候儀有之候ハ、奉行所_江其節伺旨申渡右之段師

弟共ニ證文可申付事

(朱書)

是 ハ元文三年九月佐野新藏悴万助儀～遠島被仰付幼年ニ付拾五歳まで姉聳佐橋左門江御預ケ被成候處日光御門跡より出家御願被仰立相濟碑文谷法華寺弟子ニ成候例

右延享元子年二月十七日伺通御下知本文極

本件は、前例を示した上、市中徘徊しないこと、住所を奉行所へ届出るとともに、他出する場合も奉行所へ報告することを制約している。更に、寺院からも寺社奉行あて、「右智觀江被仰渡候趣拙僧一同奉承知候之奥印仕差上候以上」を提出（師匠差出證文）している。證文には「其節可奉伺旨被仰渡奉畏候尤拙僧儀所替候ハ其趣御斷可申上候爲後證仍如件 東叡山碑文谷法華寺天台宗 鑑 古」と付記し、寺院が責任をもって遵守すべき事項について履行させることを誓っている。

量刑基準以上の刑に処したものとして、

徳川時代裁判事例〔第九百三〕

父の科により本罪相當の處侍養の爲父同様遠島に處せられん事を願出せし者

松平右近將監殿差圖

土屋越前守

朱書 大目付稻垣出羽守 御目付松平庄九郎 立合

小普請組

高力式部元支配

新見又十郎次男

新 見 吉 次

右之者儀父新見又十郎不行跡にて勝手向取亂此者力も無之老年之組母町家に差置合力米も滞挖躰爲致取退無畫を附町人とも相手にて博奕を打宿錢取候儀存居候上ハ親類共江申談心附之致方も可有之處無其儀等閑に致置候段不埒之至候父又十郎儀遠島被仰付候に付旁中追放

右之者儀父又十郎儀段々老年病身に有之其上近年眼病にて罷在遠島仕壹人立候てハ營之程も無覺束歎敷存附添罷在養育致度一同遠島致度旨相願候に付

願之通遠島申渡

宝暦十一巳年二月廿三日

本例は、武士の博奕事犯で、本刑遠島で縁坐刑中追放であるところ、父親の病軀を心配する子どもからの申出により、親子ともども遠島に処したものである。刑事法上の量刑基準を逸脱しているが、孝養という儒教精神の方が優った例である。

縁坐については、享保六丑年（1721年）、元文二巳年（1737年）と改正され、平民の子については親の科による受罰を免除されるものの、武士階級の子については縁坐適用が継続されている。中世以降の家族間共同体の意識形成による受罰単位としての家族が認められる。従って、幼年者も連帯して受罰することが当然視されていた。国史大系第13巻（672頁）有徳院殿御實記巻十一享保五年十月三日に「けふ遼流のものゝ子弟。今より後は連座せらるまじ。其心すべきむね三奉行に令せらる。」とあり、将軍吉宗は縁坐連座に関する制限的な施行を将軍就任投書から持っていたものと思われる。

但し、武家の幼年者は、継続して「死罪もの之子ハ遠島」に「遠島もの之子ハ中追放」に処せられた。これは、公事方御定書上巻第四十条「重科人之倅親類等御仕置之儀ニ付御書付」の「主殺、親殺之科人の子ハ伺之上可申付、親類ハ構無之候得共其所江預置本人落着之上右悪事之企不存ニ相決候ハハ可差免之、此外火罪磔ニ成候もの之子とも構無之事。右ハ町人、百姓、其外輕キもの共之事ニ候」に変更がないことから明らかである³³。

（4）特異な例一大塩弓太郎の永牢

天保類集乙第四輯六取計之部 十二吟味事掛場之部

（筆者記載）

天保九戌年御渡（1838年）

一 大坂町奉行跡部山城守組与力大塩格之介養父大塩平八郎次男弓太郎外拾七人、依父之科御仕置之儀、評議

右〜弓太郎ハ死罪、發太郎外拾六人ハ遠島申付、發太郎〜拾五歳迄親類預置候様可仕候哉、

戊閏四月

御尋ニ付、御答書

大坂町奉行跡部山城守組与力大塩格之介養父大塩平八郎次男弓太郎外拾七、御仕置之儀ニ付、御尋之廉取調候趣、左之通御座候

一 塩平八郎次男弓太郎～死罪と申上候處、幼稚ニ付、御仕置可有ものニ無之哉、且右躰幼稚之もの死罪ニ成候例有之候哉

本件は、大塩の乱に収束に際し、大坂町奉行から当時2歳の弓太郎（平八郎養子格之介の子（平八郎の実子との説もある））について、死罪とすべきか否かについての伺に対して、評定所は、逆罪について宥恕の例が見当たらないことや幼者の死罪の先例があることなどから、

死を被宥候上は、成長後何様之異変有之間敷とも難申哉、～いつれも逆徒之血統ニ候上ハ、死刑ニ被處、長く其孽を被絶候儀とし、将来に禍根を残すことの無いよう指示している。

この評定所の見解に対して、戊七月に林大学頭及び林左近将監の意見書が評定所へ提出される。その内容は以下のものである。

一 平八郎罪惡～然ル処、當時御仕置之『御定書』ニも明文無之、又ハ類例之見合可相成儀も無之候上は、唐土之律文を參考仕候之外、～極幼少縁坐之者明文有之候～左候得ハ、弓太郎儀、助命ニて遠島被仰付候ハ、文武帝之律儀を以て、當時御定書之不足を御補ひ被爲在、

と主張している。つまり、御定書等幕法のいずれにも規定がなければ、旧法である名例律に立ち戻り、検討すべきとしている。この意見書について評定所は、

戊八月廿一日

書面弓太郎儀、死罪可申付處、幼稚之儀ニ付、別段之御宥恕を以、於大坂永牢、宮脇發太郎外拾六人は、伺之通申付、右之もの共追て出家願等いたし候ハ、其節評議いたし相伺可申旨、右之親族共ハ御仕置之御沙汰ニ不被及段、被仰聞、承知仕候

と決定し、死罪を免除し『永牢』処分とした。徳川刑法において、罰としての牢獄収容は、規定上存在しない（御定書「御仕置仕形之事」に採用していない。）。

慶安の変では、

急令_レ啓候。依て正雪父彌右衛門，同人妻，倅半左衛門，正雪死骸，同人妻，彌右衛門三男左衛門，同四男又五郎，右の者共，妻子ともに召捕置分，本人並に妻は，磔，其外は斬罪申付らるべく候。～

八月二日

老中連署

とすべて極刑となっている³⁴。

永牢についての規定も存在しないが，遠島に代わる罰として執行したものと思わる。事例としては，

古主に慮外仕者 元禄十一丑年十一月，浪人齋藤一八「古主（松平）五郎左衛門に慮外の者にて候間，永牢舍いたさせ」³⁵，

寛延午三年（1750年）丸亀藩西讃百姓一揆 関係者処罰，磔，三野郡笠岡村大西権兵衛以下4名，打首獄門は笠岡村新右衛門以下4名，そのほか打首3名・永牢1名・追放刑33名³⁶，

など前例は少なくない。

永牢に関しては，寛政期の儒学者中井履軒の主張を兄中井竹山が『草茅危言』の中で，「恤刑茅議に曰，永牢といふものを造り置は，いかゞあるべき，是は罪人を拷治する牢には非ず，罪さだまりてのち，殺すには至らず，赦せば又罪つくるべき者どもをいれ置んためなり，近きは半年，或いは三五年，或いは修身と，品さだめて，～心あらたまりなば，限みちてゆるすべし」として，収容処分による改善を促すことの必要性を説いている³⁷。同様に儒学者大塚孝威の「救時策」によると，刑罰の目的は，「悪人あれば善人の害になるゆへ，悪人を刑して善人を勧め擧る。～皆善を勧め悪を懲して民を恵むるが爲の道具也」であり，「罪の輕重次第を審に糺さずして～むしやうに罰をあたへ罪に行ひ～唯罰罪を嚴にし，徳をすて威勢のみを以て治めん」状態は誤りであるという³⁸。このような思想もあり，判例主義をとり，犯行前後の事情や状況或いは本人の意思（遺恨や巧と不念などとの対比）により量定していたものと推認できる。

6 捨子対応

徳川幕府は、度々捨子の禁止を発出している。徳川禁令考後聚第一帙によると³⁹

(1690 年筆者記載)

元禄三 午 年

⑫

捨子御禁制之儀ニ付御觸書

捨子致し候事彌御禁制ニ候養育難成譯有之候ハ、奉公人者其主人御料者御代官手代私領ハ其村之名主五人組町方ハ其所之名主五人組_江其品申出へしはこくみ於難成ハ其所にて養育可仕候此上捨子仕候ハ、急度曲事たるへし者也

十月

(元禄年間には、九年八月、十三年七月、十五年十月にも同様觸が出されている。)

附記

(1738 年筆者記載)

元文三 午 年三月十四日彌此通定置追_而被仰出等此帳ニ可記儀ハ書記可申候

其節々其趣書付可差出旨評定所一座_江被仰聞候帳面之内

(1702 年筆者記載)

①

元 禄十五午年

捨子御制禁之儀御書付

元文四末年三月差上翌申五月十日緑色御書入御好之趣有之帳面之内

右同文言_{循原書}

(1743 年筆者記載)

寛保二 戊 年三月上り候帳面之内

元禄三午年

①

捨子御制禁之儀ニ付御觸書

以上條文本章ニ同シ故ニ略ス

類例

(1726 年筆者記載)

享保十一午年正月晦日

捨子取扱方町奉行尋ニ付町役人申立書

- 一 町中江捨子有之節只今迄ハ早速御番書江御訴申上養育之上貴人有之候ハ、可申上旨被仰付其上相煩候歟又ハ相果候得者貰申候町内江爲相知此節も御訴申上候付〜町中御救ニ罷成候
- 一 捨子町中ニ而養育仕候内ニ相果候ハ、此儀前々之通其町々より御訴可申上候
- 一 右之通ニ被仰付候而も捨子減可申様ニハ不奉存候得共町々難儀薄く罷成申候減可申儀者去年中御尋之節申上候通非人共方江少々宛添金仕相渡候様被仰付候ハ、捨子殊之外減可申様奉存候

右御尋ニ付存寄申上候以上

正月晦日

としており、捨子を発見した場合の届け出や捨子のあった場所の五人組による共同養育やそれが不可能な場合の養育所での保護を達示している。

貞享四年の「生類憐みの令」第一條も「捨子これ有候ハ、早速届るに及ばず其所之者いたはり置、直に養ひ候歟、又は望の者これ有り候はば遣はすべく候。急度付届けるに及ばざる事」⁴⁰ と捨子の措置について共助及び公助の方法によることを規定している。また、石川健氏による江戸時代の教育に関する調査研究によると、各地域の「五人組帳前書」等には、「親は子を慈愛して能く教へ〜」、「子弟に教育を畫し〜」と親の責任を明確化し、「捨子不_レ可_レ仕。若他所之者捨置候ハ、村中に而致_二教育_一〜」また、「捨子有之候ハ、致_二教育_一置、早速御役所え訴上可_レ申候。養育の内相煩候ハ、是又早速訴上可_レ申候」等の定めがあり、江戸期の徳目が羅列されているとしている⁴¹。儒教思想を四民（それ以下を含む）全般に内面化し、個や近隣共同体の責任を明確化するとともに、その責任の遂行を強制している。実際には、間引きや捨子は後を絶たず、幕府は連続して禁止令を発出し、明治維新以後も社会問題となっている。

7 総括

江戸期の司法は、民事と刑事が入り込んだ形で、裁許の中に御仕置が、反対に御仕置の中に裁許に係る決定が挿入される状態で、全ての法令や觸等は、四民を支配する手段として機能しており、法令自体の中には個や共同体の権利的規定は薄弱である。古来、名例律から連縁と続く「贖銅」が機能し、民刑未分離の実態にある。訴状事案の中で、極めて重要に採択されるものは、「仁・義・礼・智・信」等の徳目に反するか、或いは「不念、怪我などか遺恨、巧などか」という点であり、情状や改悛についても、これらの徳目から判断される実態にある。このことは、男尊女卑や長幼の序が重んぜられ、長子以外は努力や研鑽が報われないこととなり、犯罪や廢顔を生むこととなった。幕府は、支配階層と服従階層を「親子関係」に擬制し、絶対的君臣関係を「保護扶養関係」へと置き換え、服従階層の反抗を抑制している。

但し、幼年者に対する「親族預け」、「出家宥免」、また、「大人に比し一等輕」などの緩和制度があり、制度的工夫を凝らしていると言うこともできる。幕府法令は一般に公開していなが、觸や高札或いは、五人組前書等において、遵守すべき事柄などを知らしめている。前記の明暦元年（1656年）の江戸町中定では、保護者の責任と13歳以上の子どもの過失行為の斷罪を告知している。そうした伏線を用意しながら、成文規定では、重罪に対する是非善惡の弁別能力のないことを前提とした減刑（但し、免刑はない。）と達年による刑の執行という二段構の執行方法を用意したものと言える。幼年者全てに刑事責任能力を認定し、限定的な弁別能力を借定し減刑することや「格別深キ巧」等の場合の重罰可罰の容認、また、14歳迄は重罰に対する受罰能力がないとする理論構成となっている。これは、赦律の第18・19条において、弁別無き行為と遺恨・物取（惡意）とを区別し、前者にのみ赦免を認めていることから明らかである。

当時の考え方を後世に残している『世鏡抄』（著者不明）では、「親ハ男子七歳ヨリ立振舞。心ツカキヲ能々見テ。十四五迄ハやすむ橋ル所ヲ直セ。無承引

ハ打擲メ教之。十六七ニナラバ詞ニテ教之。不用、色色、以_レ方便_一是、教訓セヨ。廿一二ニナラハ一度ハ教之。」とし、幼者への訓育上の実力行使と、成長後の訓育をすべきことを論じている。

また、この江戸期に我が国を目にした外国人の感想として、ルイス・フロイス「日欧文化比較」で、彼は「われわれの間では普通鞭で打って息子を懲罰する。日本ではそういうことは滅多におこなわれない。言葉によって譴責するだけである。」とか、英国公使オールコックは「子どもの樂園」で、「日本ほど子どもが大事にされ自由にされ、可愛がられている国はない。」と述べている⁴²。彼らが江戸期の子どもの実態（間引きや捨子の実情など⁴³）を十分に把握しているとは思えないが、当時の知識人である彼がこういった印象を持ち得た何らかの事象を経験したことは想像に難くない。

徳川刑法における幼年者処罰に関し、いかなる場合も刑の減軽があり、保護者の保護能力等による達年までの預け先の選択など個々の実情や環境に応じた処分がなされていることや、一部期間限定ではあったものの、出家有免制度の採用など、特色ある幼年者対策は注目に値する。また、寺入り幼年者の遵守事項に関する制度などは、今日の保護観察制度の嚆矢と考えられる。

昨今の少年法改正による厳罰化志向や適用年齢問題による年長少年の刑事罰化を検討する上で、徳川刑法における幼年者処遇を研究・考察する意義は高いものと思料する。

なお、御仕置類例集等の事例紹介や記載数に関するより詳細な記述は、筆者の拙稿「徳川幕府刑法に見る幼年者処分について」国土館大學比較法制研究第42号（2019年12月20日）を参照願いたい。

1 滝川政次郎「律令の研究」刀江書院 1966年 669頁

2 http://140.112.142.79/publish/pdfs/21/21_05.pdf 高明士「中國律令與日本律令」119頁

3 柴田純「7つ前は神のうちは本当か—日本幼児史考」『国立歴史民俗博物館研究報告』141号 2008年。

また、異本搭寺長帳応永九年(1402)条に、「七歳以下ハ海川ニ捨テ、七歳以上ハ下人ニ賣ル」とあり、7歳以下を神の領域(尊卑の区別のない存在)それ以上を労働力としている。(足立道久「物語の中世」東京大学出版会 1998年、異本搭寺長帳とは磐城國河沼郡搭寺村心清水八幡宮の社記のこと)

- 4 大木直彦「中世の捨て子」日本歴史 8月号第 615号 吉川文庫 1999年 12頁
- 5 倉野憲司校注「古事記」岩波文庫 1963年 第16代仁徳天皇の部
- 6 早川純三郎 吉川本吾妻鏡下巻 國書刊行會 大正 12年 177頁
- 7 萩原頼平 甲州法度之次第解全 大和屋書店 昭和 11年 7頁
- 8 静岡市役所 静岡市史編纂資料. 第1巻 深尾活版所昭和 2年 581頁
- 9 橋本実「武家法制-中世篇-」雄山閣昭和 13年 193P
- 10 中田薫「法制史論集第三卷上」岩波書店 1971年 pp.729-752
- 11 大久保治男「日本法制史概説」芦書房 1978年 18頁、55頁
- 12 司法省庶務課 徳川禁令考後聚第一帙 司法省蔵版共益商社書店 明治 28年 28頁
- 13 有賀長雄「日本法制史」早稲田大学出版部 1904年 325~332P
- 14 改善主義は、日本の律令の伝統思想とも言える。延喜格序には「將欲禁溢浪以隄防駁駕以饗策」とあり、社会防衛思想が見られる。
- 15 石井良助「江戸の刑罰」中央新書 1964年 15P、大久保治男「徳川幕府刑法における責任論序説」駒込法学論集 51号 1995年 46頁
- 16 「江戸町中定」司法資料 124号徳川禁令考後聚第一帙第四章高札揭示 1929年 159頁~
 なお、徳川刑法における責任概念については、司法資料別冊 9号高柳真三「徳川時代刑法の外観」1942年 15頁~に詳解されている。
- 17 御定書も奥書に「右之趣上聞ニ達、相極候、奉行中之外他見有不可者也、寛保二年壬戌四月 松平左近将監」とされ被文化されている。三奉行以外の閲覧も制限され秘本扱いであったことから、写本が秘密裏に作成され、「棠蔭秘鑑」と称する。
- 18 15歳未満で大罪を犯すものの、死刑にしないのは年少のため心底が改まる可能性が高く、遠島処分とし改悛に導く考えであったと思われる。また、第18條「舊惡御仕置之事」では、凶悪犯罪でなければ、罪を犯しても12ヶ月間罪を犯さなければ処罰の対象としないとの規定もある。
- 19 細川亀市「日本中世寺院法総論」大岡山書店 1931年 154~169頁
- 20 市島謙吉「玉葉第二」東京活版株式会社 1906年 451頁
- 21 武内理三「鎌倉遺文第七巻」東京堂出版 1971年 19頁
- 22 三上参次、辻善之助、芝葛盛「社寺領性質の研究」東京帝国大學文科大學紀要第一 1914年 72P
- 23 戸田分=佐藤進一外編「中世法制史料集『武家家法 II』」4巻 161P(明応八年五月二日全久長興寺定書写)岩波書店 161P1965年、田村分=三春町編「三春町史第2巻

(通史編 2 近世)1984 年 785P、長野分＝榛名町誌編さん委員会編『榛名町誌 通史編上巻』第 4 章榛名町誌刊行委員会 2011 年 622P、島津分＝東京大学史料編纂所「薩摩逸史『福昌寺開山系譜』島津家文書-2-27 中「福昌寺文書十三通写(一四通)」、武田分＝福井県文書館蔵「県史 9 章(天文 13 年 12 月 7 日 武岡信量奮状(武田)信量 正昭院御房 重科人の保護 140P)、結城分＝下村効・山中とい「倅者考--『結城氏新法度』をめぐる」『國學院雑誌 89 卷 11 号 1988 年 64P～等参照

- 24 文部省宗教局「宗教制度調査資料第八輯江戸時代宗教制度年表」大正 12 年 26P、33P、37P
- 25 司法省調査部編「御仕置例類集第一輯古類集」昭和 16 年 293P
- 26 司法資料別冊第 18 號「御仕置例類集第二輯新類集」昭和 19 年 194P
- 27 司法省庶務課「司法省藏版徳川禁令考後聚第四帙」共益社書店 1895 年 112 頁
- 28 浦周行「續法制史の研究」岩波書店大正 14 年 1392～1413P
- 29 享保 2 年老中堀田正亮の命により、松平乗邑及び三奉行が、御定書の制定過程、その後の法令等を網羅した 15 冊を編集し、加えて刑律の先例及び極を集録し 2 巻としたもので完成は明和 4 年(1767 年)。
- 30 司法資料第 166 號徳川禁令考後聚第四帙昭和 6 年 25 頁「元文四未年三月差上 翌申五月十日綠色御書入御好之趣有之帳面之内」享保十七年子年御書付
- 31 司法省藏版徳川禁令考後聚第四帙 明治 28 年司法省庶務課共益社書店 113～114 頁
- 32 同上 1154 頁
- 33 天保七年(1836)北町奉行榊原主計頭忠之が縁坐見直しの意見書を老中へ提出する。「十六歳となるを待つて処刑せらざるべからず、出家を願い出づれば、これを赦して其罪を問はざるは、全く幼と老とを罪せざるの意に出づべし。果たして然らんには、父子の間と雖ども、情を知らざるものは幼者と撰ぶところなからん。」また、天保十三年(1842 年)老中水野越前守忠邦が評定所へ審議を命じた。「寛政元年松平越中守以来、数次これが修正を企てられしも、未だ決定を見ざるは、多年の慣例の一朝に改革し難きにも依るべしとはいへ、此法は決して時宜に適せりと謂ふを得ず。親の罪に坐せざることゝせらるゝは、多大の仁恵なると共に、また最も時宜に適せるものなれば、これに向かつて決定的指令を下されんことを望む。」
これらの上奏は入れられず、武士の縁坐は継続する。理由は、
①御定書を変更することが憚られる(家康百箇條舊格保守の條々)
②武家法の連続性を尊重する。
③重罪人の子が将来幕府に禍根をもたらす恐れがある。
④武士と町人などとの格差は当然
等である。
- 34 徳富猪一郎「近世日本國民史徳川幕府上期下巻終」民友社 1936 年 58 頁
- 35 石井良助「近世法制史料叢書第一(御仕置裁許帳、巖牆集、元禄御法式)」弘文堂書房 1938 年 251 頁

-
- 36 瀬戸内海歴史民俗資料館編「草薙金四郎文庫目録 17」『寛延三千年拔書』同館出版 1993 年 51 頁～
- 37 中井竹山「茅草危言」第五 財団法人懷徳堂記念会 1942 年 12 頁
- 38 滝本誠一「日本経済叢書巻 16」日本経済叢書刊行會 1915 年 91 頁
- 39 徳川禁令考後聚第一帙 司法省庶務課 1883 年 334～338 頁
- 40 旧幕引き継ぎ書「正宝事録七」国立国会図書館 20110-03 頁記載なし
- 41 石川謙「近世社会教育史の研究」章華社 1934 年 50～61 頁
 中井積徳「刑名」日本経済叢書巻 16 日本経済叢書刊行會 1918 年 576 頁によると「刑は重すぎるたるは不仁なり、民服せず、軽すぎたるは慢なり、民あなどりて罪人日々に多し、此中を考へてくすべし、又おなじく罪にあたる中に、罪なるを知らずして網にかゝりたるもあり、不幸にてわが知ぬ事にてかゝりたるものあり、思ひあやまちてかゝりたるもあり～刑名の術は過誤不知不幸をとはず、罪網にかゝりだにすれば罪に随ふて刑を施すなり、いかなる忠臣孝子にてもゆるすことなし～其情を斟てもろゝの刑法少しも妄亂なきこそ、仁人の道とはいふべけれ、五刑の疑赦といへり、刑名家の不仁はかへすべしといふべき～ことなり」と、衡平かつ誠実な刑の執行が必要なことを説いてる。
- 42 ルイス・フロイス(岡田章雄訳)「ヨーロッパ文化と日本文化」岩波文庫 1991 年第 7 章 351 頁
 ラザフォード・オールコック(山口光朔訳)「大君の都：幕末日本滞在記 上」岩波書店 1962 年 152 頁
 フロイスは、「日本人の特性として、命よりも名誉を重んずる。ヨーロッパ人の子供は 4 歳ではまだ一人で食べることが出来ないが、日本人の子供は 3 歳でもう箸を使って食べる。我々の子供は青年になってもまだ使者になれない。日本の子供は十歳でもそれを果たす判断と賢明さにおいて五十歳にも見える。」等の評価をしている。
 ラザフォードは、「人種的偏見のある目で日本人を見ているが、ヨーロッパの汚物に溢れた往来と日本のそれを比較し、衛生的であるとか、中国人(記述は「支那人」)は自惚れ傲慢とするに比し、日本人は謙虚で礼節を重んじる」と観察している。
- 43 ウィリアム・R・ラフルーア「Liquid Life: Abortion and Buddhism in Japan 1992」森山直貴ほか訳『水子をめぐる日本文化の底流』青木書店 2006 年 13 頁～
 千葉徳爾・大森忠男「間引きと水子」農山漁村文化協会 1983 年 20～24 頁