

尊属殺規定再考

中 島 広 樹

1 はじめに

刑法200条のいわゆる「尊属殺人罪」の削除等を内容とする刑法改正案は、平成7年に国会の審議を終了し、法律となり（平成7年法律第91号）、5月12日に公布、6月1日から施行されたことは周知の事実である¹⁾。

刑法200条の尊属殺重罰規定に関しては、行政部門では、昭和47年3月に、法務大臣から諮問を受けた法制審議会刑事法特別部会が「改正刑法草案」を発表したが、そこには尊属殺人罪に関する特別規定は設けられておらず²⁾、司法部門では、最高裁大法廷において昭和48年4月4日に刑法200条についての違憲判決が出され³⁾、これを受けた法務省は、尊属殺人罪（200条）・尊属傷害致死罪（205条2項）・尊属遺棄罪（218条2項）・尊属逮捕監禁罪（220条2項）の4個の尊属に対する犯罪の加重規定のすべてを削除する法案を作成し、法制審議会の答申をまって内閣に送付したものの、自民党法務委員会のメンバーによる反論に出くわし、昭和52年5月には刑法200条の法定刑の下限を無期懲役から4年に引き下げる法案が参議院に提出されたが、結局廃案となった⁴⁾。

法務省・法制審議会は、尊属殺重罰規定の存置自体に冷淡であり、最高裁は尊属殺の多数意見と反対意見に属する9人は、尊属殺の重罰規定を設けること自体は憲法14条1項に反しないとし、国会は、違憲判決後、立法上何等の措置もせず、

以後22年間にわたり実務的には刑法200条ではなく刑法199条により訴追がなされる⁵⁾という「異常事態」の継続後、刑法200条その他の尊属関連の加重規定が平成7年に全面削除となったわけである⁶⁾。

ことほどさように尊属殺重罰規定をめぐっては、三権の足並みが揃わない状況が展開したのであった。しかし、このことは、尊属を殺害する行為に対して、通常の殺人よりも重い刑を科するということが、いかに法的に難しい問題を含んでいるかを物語っているのである。

確かに、刑法200条は削除されたが、上記昭和48年最高裁判例においては、15人の裁判官中、多数意見の8人と反対意見の1人は、尊属殺に普通殺より重い刑を定めた規定を設けること自体は違憲ではないとしている。それゆえ、平成7年の刑法200条の削除は、6人の少数意見に基づくものと解される⁷⁾。

なるほど、違憲の規定が削除されたのだから、大は小を兼ねる、という意味では、結論的に多数意見の主張した違憲部分も消滅したということは論理的に間違いない⁸⁾。しかし、最高裁の多数意見によらずになしとげた法改正は、果たして十分な議論を尽くしたものであったのであろうか⁹⁾、法律家の意識と国民意識との間の遊離はなかったのであろうか¹⁰⁾、当時さかんにいわれた尊属殺の事案は、加害者の側に同情に値するものが多いという主張¹¹⁾が今日にもあてはまるのか。

すでに、刑法典に存在しなくなった尊属殺規定について再考しようという試みは、このような素朴な疑問に起因する¹²⁾。

2 刑法200条の成立史

まず、尊属殺重罰規定といわれた刑法200条の成立史について概観しよう。

刑法200条は、「自己又ハ配偶者ノ直系尊属ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期懲役ニ処ス」と規定されていたが、この規定は夙に「我家族制度ヲ重ンスルノ精神ニ出タルモノニシテ且我邦古来ノ倫理ノ準則ヲ認メタルモノナレハ其必要ナル規定タルヤ疑ナシ」¹³⁾とされていたように、孝の思想を精神的基盤としつつ、家族制度を制度的基盤として合理化されていた¹⁴⁾ものであり、現代人においては、これ

を「時代錯誤」と感じるかもしれない¹⁵⁾。

ところで、わが国における近代的刑事立法たるいわゆる旧刑法（明治13年7月17日公布、同15年1月1日施行）362条1項の尊属殺重罰規定（条文は「子孫其祖父母、父母ヲ謀殺、故殺シタル者ハ死刑ニ処ス」）は、その基礎となる草案を作成したボワソナードの母国フランスの刑法（遡ってローマ法）にその起源を求めうるが¹⁶⁾、他方、東洋の法制に依拠したものともいえる¹⁷⁾。

その後、この旧刑法に対しては、周知のように司法省において幾度か改正案が作成されている。①明治23年草案345条、②明治28年草案258条、③明治34年草案235条、④明治35年草案235条・234条である¹⁸⁾。

まず、明治23年案345条であるが、これは旧刑法362条2項を削除しただけで、同条1項と同文である¹⁹⁾。次いで、明治28年案であるが、ここでは行為の客体として初めて「直系ノ尊属親」という文言を用いた²⁰⁾。そして、明治34年案では、行為の客体のなかに「配偶者ノ直系尊属」を盛り込んだが²¹⁾、この点について「刑法改正参考書」は、その理由を「我国ノ家族制度ニ於テ特別ナル事由ノ存レハナリ」としている²²⁾。さらに、明治35年案235条において現行刑法と同文の規定になったことがうかがわれる²³⁾。

こうして、明治40年4月24日法律46号をもって公布された現行刑法の200条として尊属殺重罰規定が誕生したのだが、戦後、昭和22年刑法一部改正法が成立し（昭和22年10月26日法律第124号として公布、同年11月15日施行）、その際、例えば「皇室に対する罪」が憲法14条1項の平等主義に基づいて、刑法典から削除されたように、尊属殺重罰規定も削除されるべきではないかという主張がなされたのであった²⁴⁾²⁵⁾。

3 刑法205条1項の合憲性に関する最高裁判例

尊属殺重罰規定のような、尊属に対する犯罪の加重規定が憲法14条1項に反するのではないかという主張は、裁判においてもなされた。

すなわち、尊属傷害致死罪の合憲性に関して争われたのが、周知の通り、最判昭和25年10月11日刑集4巻10号2037頁（以下判例①と呼ぶ）である²⁶⁾。そもそも、

憲法14条1項は「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない」と定められているが、刑法205条2項の「(傷害致死を)自己又ハ配偶者ノ直系尊属ニ対シテ犯シタルトキハ無期又ハ3年以上ノ懲役ニ処ス」という規定が憲法14条1項に違反するかどうかは、確かに、法文自体からは直接に導き出せず、結局は、解釈者の世界観・法律観によって決せられることとなろう²⁷⁾。

判例①の第一審福岡地飯塚支判昭和25年1月9日刑集4巻10号2070頁(判例②)は、刑法205条2項を、憲法14条1項に違反するとし刑法205条1項により処断したが、検察官が飛躍上告(刑訴法406条、刑訴規則254条1項)を行った結果、最高裁は、上記判例①において、尊属傷害致死罪を合憲とした²⁸⁾。

本件の事実の概要は、以下の通りである。すなわち、

被告人Xは、自宅において実父A(当時53歳)と飯台をはさんで対座し雑談していた。そのとき、Xの弟のためにとってあったオーバー生地オーバー生地の紛失について、Aから「Xが無断で持ち出したのではないか」という思いがけない嫌疑をかけられたので、Xが即座に否定したところ、短気なAは「知っているくせに知らんとは何事だ、男らしく言え、お前が盗んだに違いない」と決めつけ、さらに付近にあった鋳物鍋や鉄瓶をXに投げつけた。

そこで、かっとなったXは、前記鋳物鍋や鉄瓶を受け止めるや、次々にこれらをAめがけて投げ返したところ、これらのものがAの頭部に当たり頭蓋骨折などの傷害を与え、これによる頭蓋骨内出血のため、間もなくAを自宅において死亡させた、というのである。

さて、この事案につき、最高裁は、憲法14条に関して「憲法14条は、人格価値がすべての人間について平等であるから、社会的身分等の差異に基づいて特権を有し、特別に不利益な待遇が与えられてはならないという大原則を示したものに他ならない」とし、他方、「憲法14条1項の解釈よりすれば、親子の関係は社会的身分その他いずれの事由にも該当しない」として尊属致死重罰規定は違憲ではないとした。ただ、確かに、尊属致死が傷害致死より重く処罰されているのは、事実上卑属に対する不平等を招来させているのは間違いない。そこで、最高裁多数意見は、205条2項の合憲性を説明すべく「法が、国民の基本的平等の原則の

範囲内において、各人の年齢、自然的素質、職業、人と人との間の特別の関係等の各事情を考慮して、道徳、正義、合目的性等の要請により適当な具体的規定をすることを妨げるものではない。刑法において、尊属親に対する殺人、傷害致死等が一般の場合に比して重く罰せられているのは、法が子の親に対する道徳的義務をとくに重要視したものであり、これが道徳的要請にもとづく法による具体的規定に外ならない」、そして「夫婦、親子、兄弟等の関係を支配する道徳は、人倫の大本、古今東西を問わず承認されているところの人類普遍の道徳原理、すなわち学説上いわゆる自然法に属するものといわなければならない」と主張する。法的義務と道徳的義務の重なり合いを認める立場であろう。

これに対して、少数意見として、真野裁判官が「道徳的なものと法的なものをそれぞれ独自の領域に従って分かつことを必要とする」とされ、穂積裁判官が「殺親罪重罰の特別規定によって親孝行を強制せんとするがごときは、道徳に対する法律の限界を越境する法律万能思想であって、かえって孝行の美徳の神聖を害する」と述べられるのは、いずれも法と道徳の徹底的分離を主張するものであろう。

このように、最高裁の合憲違憲論は、法と道徳の問題を軸として展開され、ここで現れた法と道徳の分離の是非の問題は、後述する最判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁（以下判例③と呼ぶ）に引き継がれてゆく²⁹⁾。

4 尊属殺等重罰の合憲性に関する学説

判例①・④に関連して、刑法200条や刑法205条2項などに関する合憲説と違憲説が展開され、「学説の賛否は相半ばするものとみてよい」と評されたものの³⁰⁾、違憲と断定する見解は、学説においては最初から支配的であったわけではない³¹⁾、ともいわれる。

ともあれ、合憲説をとったのは、牧野、小野、瀧川、植松の諸家である。

牧野博士は、「新憲法の下における民主主義としてあらゆる伝統を打破しようとしている一種の考え方が、世に行われている。…個人の尊厳と両性の本質的平等とだけですべてを律しようとするのがそれである。その一つとして孝道打破論が叫ばれている」「家族生活においては、例えば、直系血族間の扶け合いの義

務（民法730条）が考えなおされなければならぬとおなじように、刑法においても尊属関係というようなことが、また重要視されねばならぬのである」という憲法の平等主義と伝統的家族道徳観の共存を説き、そうした考え方を具体的に押し進めて「20世紀の法律文化においては、…道徳をできるだけ法律に採り込むことになっているのである。信義誠実の原則や権利の濫用のそれやなどがその間に微妙な作用を営むのである。それで、わたくしは、尊属殺傷例についても、それを法律が当然に『越境』したものとは考えない。それが適当に規定せられ、適当に運用せられるならば、そこに法律の倫理的な作用が営まれることになるので、それは穂積裁判官の心配せられるように『孝行の美德の神聖』を害するどころか、孝行の孝行たるゆえんを明らかにすることになるであろうとおもうのである。尊属殺傷例は『親孝行を強制せん』とするというようなものではなく、親不孝は、その特殊な場合には特別な法律的評価を受けねばならぬことを明らかにするだけのものである。…わたくしとしては、孝はしかく重いものであるから、法律も手の届く限りにおいてその機能を發揮せねばならぬものと考えている」と尊属殺等重罰には、法律文化的観点から合理性があるとの見地から「刑法205条2項の規定は、憲法14条に反するものではない」と結論付ける³²⁾。

小野博士は、「元来いはゆる法の下における平等は、市民社会の取引関係を地盤とする倫理であり、法理である。従ってそれは、本来家族の人倫には妥当しないものなのである。それにもかかわらず、『理念』というものは、一旦成立した以上は、その論理をできるだけ拡張していこうとするものである。奴隷制度や貴族制度が否定されるばかりでなく、婚姻は明らかに一つの契約であり、家族も多かれ少かれ give and take 的なものと考えられるやうになるのがそれである。…近世の市民社会における法理思想は、私法的（財産法的）な人格、すなわち『権利・義務の主体』といふごとき極端に抽象的な人格概念を立てることによってその抽象的平等の要請を展開した。それが『法の下における平等』である。さうして、この法理の上に建てられた資本主義経済は、家族の共同体的な生活を崩壊の危機にさらすことになった。これは、ヨーロッパ近代の事実であるが、わが邦においてもその市民社会化、資本主義化が進行するに伴って、多かれ少なかれ同じ現象がみられるのであるその際とくにわが邦の家父権的、祖先祭祀的な家族制度は資本主義経済による家族生活の崩壊を妨げてゐる、又は抑えているといふわけ

である」として、家族生活には、本来、近世自然法的な平等概念は妥当せず、しかも、祖先祭祀的な日本の家族制度が、資本主義経済の進行による共同体の破壊からわが国の家族生活の崩壊を防いできたという認識のもと、親子関係は憲法14条1項に掲げられる差別待遇の理由の何れにも該当せず、刑法205条2項等で加害者たる卑属の背倫理性がとくに考慮に入れられているのは、すべて正しいので、刑法205条2項が憲法に違反しないという判例の議論に異議はないとする。そもそも14条の問題ではないし、尊属殺重罰には、道義的責任の観点から合理的根拠があるというわけである³³⁾。

瀧川博士は、判例①は憲法の解釈としては、正しい結論であると思う、と違憲論は避けながらも、「美風良俗とか国民道徳ということだけで、尊属殺に重い刑を科するのは時代錯誤である。実際問題として、尊属殺は殺される尊属の側に、無道、過酷な行状のあることが多い。…尊属殺を重く罰する社会的要求があるとしても、200条の死刑、無期懲役は重すぎる」などとして、200条は廃止されるべきであるとの立法論を述べる³⁴⁾。

これに対して違憲説も主張されたが、このなかには、尊属殺等重罰規定を置くこと自体が法の下における不合理な差別だとする、いわゆる「目的違憲説」と尊属殺等重罰規定そのものは不合理な差別ではなく、少なくとも刑法200条に関する限り、その法定刑が重すぎ、その点で違憲となるとする、いわゆる「手段違憲説」とがある³⁵⁾。

「目的違憲説」に立つのは、団藤、平野、藤木の諸家であるが、団藤博士の違憲理由は、後述する判例③の少数意見と同じ³⁶⁾であり、平野博士と藤木博士は、いずれも、尊属加重の根拠が、卑属の背倫理性に求められ、尊属犯罪の保護法益がそもそも不明確であることに向けられているように思われる³⁷⁾。

他方、手段違憲説を主張する、伊達秋雄「尊属傷害致死罪の規定の合憲性に関する最高裁判所判決について」法律時報22巻12号（昭和53年）66頁では、「ここで注意を要することは、孝道の法的強制といっても、何も孝道を盡さないこと自体に刑罰を加えてこれを強制しようというのではなく殺人傷害致死の犯罪を犯した場合に被害者が親である場合にはその行為の孝道に反するという反倫理性に着

眼して一般の場合よりも刑を加重しようというにすぎないことである。故に、孝道そのものの道德価値を認める限り少なくとも一般の場合に比して尊属に対する罪の最高刑を高めておいて裁判官をして特にその孝道違反という背倫理性の高い場合に重刑を科しうる裁量権の範囲を拡げておくことは非合理的であるとは言えないのではなかろうか」として、尊属殺等の加重規定には合理性が必ずしも認められないわけではないとし、ただ「尊属殺においては如何に減輕しても懲役3年6月以下に下すことができず、執行猶予にすることができない」点に合憲性を疑わせるものがあると結論付ける³⁸⁾。ほかにも、井上正治＝江藤孝・新訂刑法学〔各則〕（平成6年）24－25頁は「尊属は尊いということは否定できない倫理であり、これを特別構成要件として規定することも誤りだとはいえない」、岡部・前掲論文（注26）179頁も「親子の間にある親愛の情を尊重する見地から、尊属殺を普通殺に比較していくらか重く罰することも決して不合理ではない」などとするが、いずれも普通殺に比べて重すぎる法定刑に着眼して、違憲を論ずるのである³⁹⁾。

5 尊属殺等重罰規定の改正の動き

尊属殺等重罰規定の合憲性に関する判例・学説について概観した。

ところで、このような判例・学説の動きと並行して、刑法改正事業が進行していた。すでに戦前から刑法改正事業は進められていたが、昭和31年に法務省刑事事務局内に設けられた刑法改正準備会によって再開された。この準備会は、昭和35年に「改正刑法準備草案（未定稿）」を公表し、各方面の批判を参考にしたうえで翌昭和36年に「改正刑法準備草案」を理由書とともに発表した。そして、昭和38年には、法制審議会に法務大臣から刑法改正について諮問があり、昭和49年に「改正刑法草案」が答申された⁴⁰⁾。

まず、「改正刑法準備草案」には、尊属殺人罪の規定は存置されていない。その理由は「尊属殺を重く処罰することは、憲法14条に違反する疑いがあるばかりでなく、尊属殺はかえって情状憫諒すべき場合がないとはいえないし、一般の殺人罪に死刑、無期懲役の刑の定めがある以上、一般殺人の規定によって処罰すれば足りるものと考えられたからである」と説明されていた⁴¹⁾。

そして、「改正刑法草案」では、結論として、尊属殺人罪（200条）・尊属傷害致死罪（205条2項）・尊属遺棄罪（218条2項）・尊属逮捕監禁罪（220条2項）の4個の尊属に対する犯罪の加重規定のすべてを削除することに決定した⁴²⁾。その結論までの思考過程であるが、まず、多数意見の依拠した、いわゆる「手段違憲説」に基づく判例④を前提とした場合でも、立法政策としては、尊属殺人罪を廃止するか、同罪を存置したうえで合理的な法定刑を定めるか、という二つの行き方が考えられるが、刑法全面改正の過程では、準備草案以来、尊属殺に関する規定は削除するという考え方がとられてきた、とこれまでの刑法改正作業における尊属殺規定の扱い方についての方針を再確認する。

そのうえで、①尊属殺の事案には、情状において犯人に同情すべきものが少なくないので、一律に加重類型として取り扱うよりも通常の殺人罪の規定によって処理する方が適当であること、②諸外国においても、近時、ドイツ、ハンガリー等で尊属に対する殺人の加重規定を削除しており、いまなお、この種の規定を存置している立法例は少数であること、などが考慮され、法制審議会総会においても、この考え方を維持すべきであるとされ、尊属規定がすべて削除されることになったわけである⁴³⁾。

6 刑法200条の合憲性に関する最高裁判例

以上概観したように、刑法205条1項の合憲性に関する最高裁判例（判例①）以来、学界においても、尊属殺等重罰規定が合憲か違憲かについて活発な議論が繰り広げられ、各種の学説がでそろったが、数の上では違憲説が圧倒的に多く、また、戦後の刑法改正案に関しても、尊属殺等重罰規定を見出すことはできない⁴⁴⁾。

こうした状況下において、最判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁（判例③）が現れた⁴⁵⁾。

本件の事実の概要は、以下の通りである。すなわち、

14歳のとき実父Aに姦淫された被告人Xは、恐怖と羞恥のあまり実母Bにも打ち明けられずにいたが、これに乗じてAは、その後も同種行為を繰り返した。B

は家を出て、以来10余年間、XはAとの間に5人の子を出産し(2名は生後死亡)、Aと夫婦同様の生活をするという異常な状態となった。

その後、Xは就職し勤務先で知り合った男性と結婚を約束する関係になったが、AはXの結婚を許さず、Xの外出を禁止したのみならず、脅迫虐待を加えるのであった。心身ともに疲労したXは、某日、泥酔したAから「出ていくのだったら出てけ、どこまでも追ってゆくからな…3人の子供ぐらいは始末してやるから、おめえはどこまでも呪い殺してやる」とののしられ、Aが両肩を両手でつかもうとする体勢で襲い掛かってきたので、この忌まわしい関係を断たなければ世間並みの結婚をする自由を得ることもできないと思い、とっさにAを仰向けに倒したうえ、枕元にあったAの股引きの紐でその首を締めて窒息死させたという事案で、一番の宇都宮地裁は、尊属殺に関する刑法200条が憲法違反であるとして、単純殺人罪である刑法199条のみを適用し、さらに過剰防衛を認めて刑を免除した(刑法36条2項)。

しかし、二審の東京高裁は、刑法200条の適用を認め、Xの心神耗弱を理由に法定減軽をなし(刑法39条2項・同69条・同68条)、かさねて酌量減軽(刑法66条・同71条・同68条)を認めることによって最下限の3年6月の懲役刑を言い渡した。これに対して、弁護人側は上告した。

事件は、当初第二小法廷に係属したが、のち、大法廷に回付され同種の論点をもつ他の二件と共に大法廷で審理・判決されることになった⁴⁶⁾。

上告審の裁判官の意見は三種類に分けられる。すなわち、多数意見(石田和外、岩田誠、村上朝一、関根小郷、藤林益三、岡原昌男、岸盛一、天野武一)、少数意見(田中二郎、小川信雄、坂本吉勝、下村三郎、色川幸太郎、大隅健一郎)、反対意見(下田武三)の三種である。

これらのうち、多数意見は、普通殺人のほかに尊属殺人罪という特別罪を設け、その刑を加重すること自体はただちに違憲とはいえないが、刑法200条は、尊属殺人の法定刑を死刑または無期懲役刑に限っている点において、199条の普通殺人罪の法定刑に比して著しく不合理な差別的取扱いをするものであり、憲法14条1項に違反して無効である、とする。これには、岡原裁判官の補足意見がある。

また、少数意見は、刑法200条の規定を違憲とする結論には賛成し、しかし、

普通殺人のほかに尊属殺人を設けて加重処罰すること自体が差別的取り扱いであって違憲であるとするのである。

最後に反対意見であるが、刑法200条が普通殺人と区別して尊属殺人を規定する点も、それについて重い法定刑を規定している点も、ともに違憲ではないとする。

このように、大法廷の意見は割れたが、そこで問題になったのは、主として法と道徳に関する論点であった。

すなわち、①孝道という儒教倫理は、普遍的真理であって尊属卑属の法的差別を設けることを合理化するのか、そもそも、孝道は、封建的・旧家族制度的道徳にすぎず、憲法の平等主義にと相いれないのか、②孝道に賛成するとしても、刑法という法と孝道という道徳は厳しく分離されるべきではないのか。そして、その延長線上に③刑法200条の法定刑がそもそも合憲なのか、適切に修正すれば合憲となるのか、法定刑の修正とかかわりなく違憲なのか、という問題がある⁴⁷⁾。

これらの諸点について、判例③を検討してみよう。

まず、多数意見は、「憲法14条1項は、国民に対し法の下での平等を保障した規定であって、同条項後段列挙の事項は例示的なものであること、およびこの平等の要請は、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでないかぎり、差別的な取り扱いをすることを禁止する趣旨」と解すべきと、憲法14条1項は、合理的差別しか認めない平等条項であることを明らかにし、そして、「刑法200条は、自己または配偶者の直系尊属を殺した者は死刑または無期懲役に処する旨を規定しており、被害者と加害者との間における特別な身分関係の存在に基づき、同法199条の定める普通殺人の所為と同じ行為の類型に対してその刑を加重した、いわゆる加重的身分犯の規定であって」として、刑法199条のほかに同法200条をおくことは、憲法14条1項の社会的身分による差別的取扱いにあたることを認める。

では、その差別的取扱いに合理的根拠はあるのか。その点に関しては、まず刑法200条の立法目的について、「尊属を卑属またはその配偶者が殺害することをもって一般に高度の社会的道義的非難に値するものとし、かかる所為を通常の殺人の場合より嚴重に処罰し、もって特に強くこれを禁圧しようとするにあるものと解される」と説示したうえで、200条の加重処罰を基礎づける強い道義的非難の根拠を以下のように判示する。

すなわち、「およそ、親族は、婚姻と血縁とを主たる基盤とし、互いに自然的な敬愛と親密の情によって結ばれていると同時に、その間おのずから長幼の別や責任の分担に伴う一定の秩序が存し、通常、卑属は父母、祖父母等の直系尊属により養育されて成人するのみならず、尊属は、社会的にも卑属の所為につき法律上、道義上の責任を負うのであって、尊属に対する尊重報恩は、社会生活上の基本的道義というべく、このような自然的情愛ないし普遍的倫理の維持は、刑法上の保護に値するものといわなければならない。しかるに、自己または配偶者の直系尊属を殺害するがごとき行為はかかる結合の破壊であって、それ自体人倫の大本に反し、かかる行為をあえてした者の背倫理性は特に重い非難に値するということができる」それゆえ「このような点を考えれば、尊属の殺害は通常の殺人に比して一般に高度の社会的道義的非難を受けて然るべきであるとして、このことをその処罰に反映させても、あながち不合理であるとはいえない。そこで、被害者が尊属であることを犯情のひとつとして具体的事件の量刑上重視することは許されるものであるのみならず、さらに進んでこのことを類型化し、法律上、刑の加重要件とする規定を設けても、かかる差別的取扱いをもってただちに合理的な根拠を欠くものと断ずることはできず、したがってまた、憲法14条1項に違反するということもできない」と結論付けられる。

すなわち、尊属殺は、尊属に対する敬愛や報恩という自然的情愛ないし普遍的倫理という人倫の大本に反するがゆえに、一般に高度の道義的非難に値し、よって刑法200条において法律上刑を加重しても合理的根拠を欠く差別的取り扱いではないので、憲法14条1項に反しない、というわけである⁴⁸⁾。

ただ、「加重の程度が極端であって、前示のごとき立法目的達成の手段として著しく均衡を失し、これを正当化しうべき根拠を見出しえないときは、その差別は著しく不合理なものといわなければならない、かかる規定は憲法14条1項に違反して無効であるとしなければならない」として、この観点から刑法200条をみると、「現行法上許される2回の減軽を加えても、尊属殺につき有罪とされた卑属に対して刑を言い渡すべきときには、処断刑の下限は懲役3年6月を下ることがなく、その結果として、いかに酌量すべき情状があろうとも法律上刑の執行を猶予することはできないのであり、普通殺の場合とは著しい対照をなすものといわなければならない」のであり、尊属殺の法定刑が「死刑または無期懲役刑に限ら

れている点（現行法上、これは外患誘致罪を除いて最も重いものである）においてあまりにも厳しいものというべく、上記のごとき立法目的、すなわち、尊属に対する敬愛や報恩という自然的情愛ないし普遍的倫理の維持尊重の観点のみをもっては、これにつき十分納得すべき説明がつかかねるところであり、合理的根拠に基づく差別的取扱いとして正当化することはとうていできず、よって「刑法200条は、…その立法目的達成のため必要な限度を遥かに超え、普通殺に関する刑法199条の法定刑に比し著しく不合理な差別的取扱いをするものと認められ、憲法14条1項に違反して無効であるとしなければならない、したがって、尊属殺にも刑法199条を適用するのほかはない。この見解に反する最高裁の従来の判例はこれを変更する」という結論に至る⁴⁹⁾。

これに対して、代表的な少数意見は、「卑属の尊属殺人はその背徳性が著しく、特に強い道義的非難に値いするとかの理由によって、尊属殺人に関する特別の規定を設けることは、一種の身分制道徳の見地に立つものというべきであり、前叙の旧家族制度的倫理観に立脚するものであって、個人の尊厳と人格価値の平等を基本的立脚点とする民主主義の理念と抵触するものとの疑いが極めて濃厚であるといわなければならない」（田中）として、尊属殺等重罰規定の基礎にある、儒教道徳思想と民主主義思想との相克を疑う。同様に、「儒教にいう孝は、子に独立の存在を認めていない。そこにおける親と子の間は、相互に独立した人格対人格の関係とはおよそ対蹠的な、権威と服従の支配する世界にほかならず、尊卑の別は永久に存在し、越ゆるべからざるその身分的秩序の厳守が絶対的な要請とされているが、このような盲目的な絶対的服従を内容とする孝が、個人の尊厳と平等を基底とする民主主義的倫理と相いれないものであることは多言を要しないであろう」（色川）ともいわれる。

だがしかし、このような少数意見の基調は、孝道を封建制身分道徳や旧家族制度と結びつけて批判しているが、なるほど、孝と忠が封建的身分制道徳の基幹とされたことは歴史的事実であるにしても、多数意見の意図がそのような時代錯誤的な孝道をもって尊属殺重罰の基礎とすることにあるとみるのは不適切であろう。多数意見は、日本国憲法下の人間の尊厳・人格の平等をふまえたうえで、孝道が自然発生的な子の親に対する親密と敬愛の情を基礎とするものとして維持されるべきことを「普遍的倫理」とみているにすぎないのではないだろうか⁵⁰⁾。

また、「孝は百行の本」とされた儒教の根本思想である孝を、「盲目的な絶対服従」の道徳とみるのも妥当ではないのではないか。たとえば、金澤・前掲論文(注45)4-5頁は、孝道は単なる江戸時代の御用学問や明治以後の国民道徳として説かれたものには確かに「隷従の道徳」としての色彩があったものの、孔子の思想自体あるいは中江藤樹に始まり今日まで影響を及ぼしている日本陽明学派の思想においては、子の側に親に対する「主体性」が認められているのではないかと、言う旨の反論をする⁵¹⁾。

しかし、民主主義や人格平等を高調する少数意見もまた、民主主義のもとでは孝道は全く並び立たないという議論は行っていないことに注意を要する。

すなわち、「私は、親を重んじこれを大事にすることが、子にとって守るべき重要な道徳であることを毛頭否定するものではない。しかしながら、もともと道徳は、独立した人格の、自発にかかる内面的要請ないし決定によって遵守せられてこそ、はじめて高い精神的価値をもつものであるから、法律をもって道徳を強制せんとするのは道徳の真価を損なうことなしとしないのである」(田中)、「直系尊属と卑属とは、通常、互いに自然的敬愛と親密の情によって結ばれており(この自然的情愛は、多数意見のように、いわゆる尊属に対する尊重報恩の倫理とを同視することは、妥当ではない)、かつ、子が親を重んじ大切にすることは子の守るべき道徳であるが、しかし、それは個人の尊厳と人格の平等の原則の上によって自覚された強いられない道徳であるべきであり(それは、多数意見のいうように受けた恩義に対する報償的なものではなく、人情の自然に基づく心情の発露であると思う)、当事者の自発的な遵守にまつべきものであって、法律をもって強制すべき性質のものではない。」(大隅)、「私は、親を重んじこれを大事にすることが、子にとって守るべき重要な道徳であることを毛頭否定するものではない。しかしながら、もともと道徳は、独立した人格の、自発にかかる内面的要請ないし決定によって遵守せられてこそ、はじめて高い精神的価値をもつものであるから、法律をもって道徳を強制せんとするのは道徳の真価を損なうことなしとしないのである」(色川)というように、法律と道徳との関連性の強弱に関する点に議論の本質が存するのであり、すでにみたように、判例①も③も、多数意見は、いわば法律と道徳の密接関連性を認めるのに対して、少数意見は、両者を峻別しようとするわけである⁵²⁾。

法と道徳の関係についてのわが国の通説は、両者は部分的に重なり合う二つの円のような関係にあると解するものであり、少数意見のように、両者の峻別論ではない⁵³⁾。思うに、法と道徳は基本的に一致するはずであり、両者が矛盾すれば、規範秩序は分裂してしまうであろう。したがって、法が社会倫理的に耐えがたい行為を取り上げて、その無価値性を宣言し、国民の倫理的確信を支える機能を有することは当然であり、その悪質なものを法的規制の対象とすることは、いわゆる「法は倫理的最小限」として認められ、少数意見が「道徳性」は強制されないとして法と道徳の分離を説くとすれば、妥当ではない。

このような見地から刑法と孝道の問題を考えると、少数意見も孝道（子の親に対する敬愛の道徳）が基本的道義であることについては賛成しており、そのような孝道に反する最も悪質なものとしての「親殺し」に対して、加重処罰規定を刑法に設けることはあながち不合理ではあるまい⁵⁴⁾。

しかし、多数意見によれば、被害者が悪く、加害者に同情すべき場合の多い尊属殺⁵⁵⁾の法定刑の下限を無期懲役刑に固定することが違憲の原因なのだから、たとえば、「酌量減輕だけで執行猶予を付しうるように法定刑の下限を6年以上の有期懲役とするならば」合憲となるはずなのに、この考え方を支持する意見は学界等においてはほとんど主張されなかった⁵⁶⁾。

7 他の考察されるべき事柄

(1) 違憲判決後の尊属殺の実態

植松博士は、昭和48年の最高裁大法廷による尊属殺等重罰規定違憲判決（判例③）以後に判決の対象となった尊属殺事件の172例を資料として、尊属殺事例の状況の把握を試みたが⁵⁷⁾、かつて累次にわたり指摘されてきた「尊属殺を犯すのは、被害者（尊属）が悪質である場合が目立つ」という点に関して、研究の対象となった172例においては、動機・原因につき、むしろ犯人側（卑属）に非が目立つもの（鬱積感情の激発、無為徒食など）が比較的多いことが明らかになった。植松博士は、この統計結果について「孝の道徳が犯行に対する心理的抑止力としてとうてい戦前のような威力を持たなくなっているのも、それはこの犯罪を増加

させる要因とならざるをえないと思われる」と総括している⁵⁸⁾。

また、平成2年に行われた法務総合研究所研究部による調査研究も、植松論文を裏付ける結果になっている⁵⁹⁾。この調査研究は、昭和48年の最高裁大法廷による尊属殺等重罰規定違憲判決（判例③）以後、昭和50年以降に発生し昭和62年までの間に判決が確定した209事例の裁判資料に基づき、加害者である卑属と被害者である尊属との関係を中心に尊属殺の実態を分析し考察したものであるが、被害者（尊属）に問題（酒乱・性格異常等）がないと分析されるものが、59.9パーセントであった。

そして、被害者（尊属）に問題があるという事例も、被害者の非行や異常性格というよりも、脳卒中、脳梗塞、認知症（老人性痴ほう症）等による被害者の要介護状態という事実（介護疲れ）が問題となっているものが目立つことに注意を要する⁶⁰⁾。

判例③において目的違憲説に立った田中裁判官は「尊属殺人に関する規定が違憲無効であるとする判断が示されたからといって、この基本的徳徳が軽視されたとか、反道徳的な行為に対する非難が緩和されたとかと、受けとられるとは思わない。それは、むしろ、国民の一般常識又は道徳観を軽視した結果であって、杞憂にすぎないといってよいだろう」と判示しているが、以上のデータをみると、果たしてそうだったのだろうかという疑念が生じる。

また、判例③が出た後のメディアの報道には、「尊属殺違憲判決により親孝行の徳徳も否定された」かのように世論を誤導しかねないものがあつたのではないかが疑われるし⁶¹⁾、判例③が出た昭和48年以降、親殺しというよりも家庭内暴力・学校内暴力が増加した事実は周知の通りであるが⁶²⁾、尊属殺違憲判決による家庭内暴力・校内暴力への社会心理的な影響は否定できないのではないかと。

（2）違憲判決後の尊属殺規定に関する世論調査

昭和48年に尊属殺違憲判決（判例③）が出されたころ、「国民の法意識においても、この四半世紀の間に、尊属殺人に対する加重処罰を無用とする気配が、漸次高まってきたとみられるのではなからうか」という指摘もあつたが⁶³⁾、その後の世論調査の結果は必ずしもそうではなかつた。

前記の池田茂穂＝佐藤典子＝寺戸亮二＝遊間義一＝西田太郎「尊属殺の実態に

関する研究」法務総合研究所研究部紀要33号（平成2年）によって要点をみると、平成元年6月に総理府が実施した尊属殺規定に係る国民の意識調査結果において、尊属殺について、普通殺より重い刑を定めておく必要があるとする者33.5パーセント、やや重い刑を定めておく必要があるとする者24.9パーセントなどとなっており、尊属殺加重処罰規定を肯定する者が半数を突破していることが分かる⁶⁴⁾。その理由について、尊属殺は普通殺よりも非難されるべきであること、親に対する感謝の気持ちを維持するのに役立つことの二つをあげるものが多い。

このような結果をみると、尊属殺加重規定を削除することに熱心だった法律家の意識と一般国民の意識との間には隔たりがあったのではないかと疑われるのである⁶⁵⁾。

（3）第132国会での議論

平成7年、第132国会で「刑法の一部を改正する法律案」が内閣から提出され可決された。この法律案では、尊属殺等重罰規定の刑法典からの削除のほか、刑法典の表記の平易化および「瘖啞者」の規定（刑法40条）の削除が提案された。

そこで、同年3月28日の法務委員会における正森成二委員からの「（尊属）遺棄とか（尊属）逮捕監禁も全部削除してしまったという理論的問題については説明が不十分なんです。それを統一的に理解しようと思えば、やはり（昭和48年最高裁尊属殺違憲判決における裁判官）田中二郎氏などの意見に、おおむねやや高尚な意見を法務省もお持ちになってこういう案を出されたのではないかとというように、別にほめるわけじゃないのですが、そう思わざるを得ないのですが、いかがでしょう」という質問に対して、前田勲男法務大臣は「決して高尚ではございませんで、結論からいえばバランスを考えた、こういうことだと思います」という意外な回答が返ってきた⁶⁶⁾。

尊属殺等重罰規定の削除案は、昭和48年最高裁尊属殺違憲判決の少数意見にしたがったのか、という正森委員の質問に対して、最高裁で論じられた民主主義や儒教道徳に関する高尚な意見はなかったという回答がなされたわけであるから、拍子抜けである。これまで、学界や司法で行われてきた議論はいったいどういう意味があったのか。

それはともかく、前田法務大臣は、さらに尊属殺等重罰規定の削除理由につい

て以下のように説明している。すなわち、

「次に、尊属加重規定を全部削除する理由について御説明を申し上げます。

まず、最高裁判所の違憲判決を受けている尊属殺規定につきましては、尊属に対する殺人に関しても22年にわたり通常の殺人罪が適用されてきたこと、その間の量刑の実情を見ますと、人倫にもとる非道な事案に対しては厳しい刑が言い渡されておる反面、被告人に酌むべき点が多く軽い刑が言い渡される事件が相当数あることなどにかんがみますと、通常の殺人罪よりも刑の重い尊属殺人罪を改めて設けた場合、現状を大きく変更することとなるとともに、その実情からして、事案の内容に応じた適正な量刑をなしがたくするものであり、適当でないと思われます。

そこで、尊属加重規定については、累次にわたり法制審議会におきまして慎重に審議された結果、いずれも全部削除が相当であるとの答申がなされていることも考慮いたしますと、やはり尊属殺人の規定を削除して、一般の殺人罪の法定刑の範囲内で事案に応じた適切妥当な刑を科するのが相当であると考えたものでございます。

その他の尊属加重規定につきましては、最も基本的な犯罪である殺人罪について尊属加重規定を廃止することとのバランスや量刑の実情を見ましても、尊属傷害致死につきましては、その半数以上が法定刑の下限に集中しており、殺人の場合以上に被告人に酌量すべき点が多い事件があると認められることにかんがみまして、あわせて廃止するのが相当であると考えたものでございます」と⁶⁷⁾。

要約すると、①昭和48年最高裁尊属殺違憲判決以降22年にわたり尊属殺に対して通常の殺人罪を適用してきたこと、②尊属殺の法定刑につき合憲的修正を行って尊属殺規定を存置すればこれまでの量刑との間で科刑のバランスが崩れること、③累次にわたる法制審議会において尊属殺等重罰規定の全面削除が相当であるとの答申がなされていること、④尊属殺以外の尊属に対する犯罪についても存続殺廃止とのバランスや量刑の実情から見て廃止が相当と考えられたことの4点である。これら4点はいずれも、形式的理由にとどまり、なるほど、前田法相が自認する通り最高裁判事たちが高唱した儒教道徳論や民主主義に関わる「高尚な議論」はなかったと認めざるを得ない。

しかし、法務委員会の議論においては、今なお傾聴すべき発言があったことに

注意しなければならない。とりわけ、4月11日の委員会では吉田公一委員の行った質問・意見には尊属殺問題の核心に触れたものが多々ある。

吉田委員と法相・政府委員との間に交わされた問答は、尊属殺問題の今後の考察のカギになりそうに思われるので、議論をなるべく正確にふりかえってみよう⁶⁸⁾。

まず、最も注目される問題について吉田委員から質問がなされている⁶⁹⁾。すなわち、なぜ48年最高裁大法廷判決(判例③)における多数意見の趣旨、すなわち、いわゆる手段違憲論から導かれる法定刑修正案を提案せず、少数意見の趣旨、すなわち目的違憲論から導かれる尊属犯罪削除案を提出したのか、という問いかけである。すなわち、

「…いろいろな特例が出てきて、そしてこの死刑が無期懲役しかない。だから、どんなにその子供の方をかばってやりたいと裁判官が思っても…加重刑が重過ぎるからできないのだから、もう少し199条のように3年以上の懲役に処す、こういう一項を設けるなり、あるいは200条第1項で別に法文を設けて救済する方法というのはあるのじゃないですかね…いきなり削除してしまうなんということよりも、もっと知恵があるでしょう」と急所を突いた質問を行ったわけである。

これに対する則定守政府委員(法務省刑事局長)の回答は、以下の通りである。すなわち、

「実は従来からも、刑法200条の規定が違憲であるということを踏まえまして、削除以外に方法はないのか、これは議論が確かにあったわけでございまして、御指摘のように一般殺の最低刑、つまり下限が懲役3年ということになっておるわけでございますので、これを仮に4年とか5年とかという形で残すということも考えられるわけでございます。ただ、先ほどもちょっと触れましたが、昭和48年以降22年の長きにわたりまして、一般殺の規定で裁判の実務は動いてきたわけでございます。その中で、また判決例の多くは、一般殺の下限に近いあたりに相当集中しているわけでございます。そういう実態があるところに、今日に至りまして、これを仮に下限を5年という案で尊属殺の規定を手直しするということになりますと、いわば刑の引き上げということになるわけでございまして、従来一般殺の最低3年あたりに集中しておりました案件につきましては、それらと同種の

事案が起りました場合に法定刑自体の範囲内で適切な量刑を盛ることが困難になってしまう。また、それらの人にとりましては刑の引き上げをうけたということになるわけでごさいます、そういう意味で、これはやはり避けた方がよろしいのではなからうかという判断に至ったわけでごさいます」と回答したのであった。

すなわち、昭和48年尊属殺違憲判決における大法廷の多数意見に従い、尊属殺（刑法200条）の法定刑の下限を、無期懲役刑から、一般殺（刑法199条）の3年（平成16年の改正により現在は5年）より高い5年に、仮に改正するなどするならば、昭和48年違憲判決後22年間、尊属殺の事案に対しては、違憲とされた刑の重い刑法200条ではなく、それよりも刑の軽い刑法199条が適用されてきたため、尊属殺に対する科刑は22年間行われてきた一般殺の下限3年に比べて、事実上引き上げられてしまう（厳罰化される）であろうから、そのような事態を避けるべきではないかと考えたので、法定刑削除案は断念したというわけである。

一見、もっともらしい回答だが、仮に、刑法200条の法定刑の下限を5年にしても、酌量減輕を施せば、2年半まで処断刑を引き下げることが出来るのだから（刑法71条）、結果として尊属殺に対する宣告刑は、尊属殺事件の一般的に同情すべき情状を考慮すると、以前と同じ懲役3年あたりに集中させることは法の運用としては十分に可能だったと考えられることから、事実上の刑の引き上げ（厳罰化）となる公算は小さかったといえようし、たとえ、多少宣告刑の平均値が引き上げられたとしても、法律論の観点からは本来そうあるべきものであったにすぎない。

それゆえ、則定政府委員の上記の回答に対して、吉田委員は以下のように反論したものと思われる。

すなわち、「だけれども、それは執行猶予をつけたっていいのだし、裁判官の情状酌量で判断ができるようにするという、つまり日本の民族や歴史や倫理や道徳や宗教観というものをまさにこの一行をもってなくしてしまおうなんという乱暴な話ですよ、私に言わせれば」と。

以上の通り、昭和48年の大法廷判決多数意見を立法者が不採用とした理由は、信じられないほど説得力に乏しいものであり、律令以来わが国で1000年以上にわたって継承され続けてきた尊属殺重罰規定が、上記の程度の薄弱な根拠で削除さ

れたとは驚くべきことだといわなくてはならないであろう。

次に上記の質問とは前後するが、吉田委員は、刑法200条は封建制度や旧家族制度の名残で民主主義に不都合だということなのかを以下のように問う。すなわち、

「要するに、我が国の民族の歴史あるいはまた倫理、儒教、宗教観、そういうものに基づいてそのことが余りに強く出されたので、封建制の名残じゃないか、あるいはまたかつての日本の精神構造の中心になっていた家、そういうことも考えてなかなか難しかったのではないか、そう思うのですね。

だから、立法上の技術的な問題よりもそういうものが背景にあったから難しいのであって、これは、200条そのものはまさにおっしゃるとおり大変難しい問題だとは思うのですね。歴史的、倫理、儒教的、そういう、どこの民族にもどこの国土にもそうした民族独特の歴史というものがあるわけですから、何もヨーロッパのまねをする必要はないわけだ。中国には中国の歴史があるわけですね。東南アジアには東南アジア、日本には日本の歴史があるわけですから、つまり封建制度の名残だ、つまり戦前の家の制度、そういうものの名残がこの200条にあるんじゃないか、だから、近代的になった今の日本の民主主義の中ではこれは不都合な話だ、こういうことになったんでしょうか」というのである。

これに対して、前田法相は質問の趣旨にそぐわない回答を行っている観がある。すなわち、

「実は尊属に対する考え方が変わったのかあるいは否定するのか、強いて言えばこういう御指摘だと思いますが、…そこで、尊属と卑属とが自然的情愛と親密の情によって結ばれて、親が子を慈しみ子が親を尊重するという、これは個人の尊厳と人格価値の平等の原理の上に立っても、まずもって個人の自覚に基づいて当然自発的に遵守されるべき、ある意味では普遍的な道徳あるいは倫理だ、かように考えておるところでございます。

ただ、尊属加重規定が刑法から削除されたゆえに、かつての言葉で言えば孝の徳が守られ、なくなったら孝の徳が守られなくなる、こういうような考え方をとっておるわけではございません。尊属加重規定を削除するという事は、決して尊属、つまり親をないがしろにするということではない、これはもうはっきり申し上げられるところでございます。むしろ、親族の間の犯罪という非常に悲しむべ

き事柄に対して、その事案の実情に即して、かつまた、家族という間の自然的情愛ないし普遍的な倫理を破壊した行為のいわば実情、内容に応じた科刑を可能にするものの改正である、かように考えておるところでございます」というのである。

要するに、親孝行はやはり基本的道義であるが、民主主義の下においては各自が自発的に遵守すべきもので、今回の尊属殺規定の削除は、孝道をないがしろにすることではなく、尊属殺の犯人に対する妥当な科刑を可能にするための技術的観点からの改正である、というわけである。

この回答に対して、吉田委員は、なおも刑法的に重要な質問を投げかける。すなわち、

「尊属罪というのはやはり残しておかなければおかしい。だって、法律というのはもともと予防的なこともあるわけでしょう。あなた、こういうことをしたらこういう罪になりますよということだから、人の物をとらないようにしてみたり、人をぶん殴ったりしないようにしている。暴力団同士で張り倒して、それでけん銃で殺したって、これは尊属罪と同じ法文で適用するなどということ自体がまず間違えている、私はそう思っておりますが、いかがですか」とすこしずつ舌鋒が鋭くなってきている。

この主張は、前段は尊属殺人罪の「行為規範」としての側面に着眼したもので、第132回国会の法務委員会では、他の委員が誰も指摘しなかった事柄である。これまでの法相たちの議論の基調の一つは、尊属殺人罪の刑法200条がなくても、普通殺人罪の刑法199条でまかなえるから、200条は不要である、という点にあったが、これは刑法の「裁判規範」としての面に着目しただけの議論であった。

しかし、刑法には裁判の際の基準（裁判規範）としての側面とともに、行為者に対して一定の適法行為を要求する「行為規範」としての側面があり、これによって市民を犯罪から遠ざける一般予防機能が働くという基本的考え方がある⁷⁰⁾。尊属殺規定があることによって「親殺しをするな」という規範が与えられ、その限度において国民は前田法相も認めたような基本的道義としての孝道の価値を確証するはずである（刑法の社会倫理的機能）⁷¹⁾。このような、刑法の基本的機能を一顧だにしない削除案は、同時に日本古来の孝道という人倫やそれを基礎とする尊属殺の特別規定をも軽視することになるのではないのか。

そして、吉田委員は、刑法244条の親族相盗例⁷²⁾のように、尊属殺同様「家族間」の特殊性が斟酌されている今日の立法例に触れながら、さらに尊属殺問題の議論の方向性を示唆する発言を行っている。すなわち、

「私は、親子関係というのは本来自然であって、宗教観や倫理観や我が国の民族の歴史、そういうものに基づいてこの尊属殺人罪というのは明治以来続いてきた。そうすると、先ほど私は親子間の特例というのを話に出しましたけれども、これだって普通の強盗、窃盗罪と同じように取り扱わなきゃおかしいじゃないか、そうやってきたんですが、今度は、第24章「礼拝所及ヒ墳墓ニ関スル罪」というのがあるんですよ。

これも宗教観、倫理観、歴史観、そういうものに基づいてそれぞれ崇敬をすべきところだ。したがって、礼拝所不敬及び説教等の妨害、特別に法律が制定をされておりまして、「不敬」ということが書いてある、不敬罪の「不敬」。これはどういうことなんですか。何で「不敬」という言葉が残っているんですか。ほかの建物をけ飛ばしたって、同じように取り扱ったらいいじゃないか。ところが、「礼拝所及ヒ墳墓ニ関スル罪」という特例になっているわけだね。これはやはり宗教観や倫理や民族の歴史に基づいて、あえてこういうものを設けているわけでしょう。その点どうなんですか、器物破損罪とか損壊罪でいいじゃないですか」というのである（これに対しては、古田佑紀政府委員は、尊属殺人罪と礼拝所不敬罪は若干性質を異にすると反論する）。

この部分についても他の議員が行わなかった重要な議論であり、後述するが、尊属殺が、礼拝所不敬罪（刑法188条1項⁷³⁾と同質の国民の歴史的宗教観に基づく現に存在する社会風俗の侵害という性質をもつのではないかという趣旨である。

最後に、吉田委員は伝統的な日本の倫理観等に関するしめくくりの発言を行い自らの結論を述べて質問を終了する。すなわち、

「親子の関係だって、ただ親が子供を産み落としたっきり知らんぷりじゃ、これは人間じゃないわけだよ。そこに儒教心や宗教心や倫理観があるから親に孝行する、そして子供を慈しんで育てる、これが人間じゃないか。だから、そこには動物にない人間特有の倫理観なり道徳や宗教観があるからそういう親子のきずなというのは強いわけだ。

だから、そういう宗教心からいけば、お墓もそういう我が国の民族の儒教精神、仏教心でこうなっているわけだから、親子の関係も日本民族のそういうもので成り立っているんじゃないか。だから尊属罪だけは切り離しちゃいますなんという話はだめだよと、そういう意味で私は申し上げているので、お墓と親子の尊属罪とは違うのは当たり前の話だ。そんなことは最初から私の方だってわかっている。

そういうことなんだから、平易な文章に改めるという刑法改正の際に、200条だけ削除してしまう、しかもほとんど説明も何もなくて、…そうじゃなくて、立法政策の範疇であるということを考えて、きょうの委員の皆様方にも、ただ簡単に法務省が言ってきたから賛成するなんという話じゃなくて、もっともっと考えていただきたい、そう思っております」と発言を結んだ。

しかし、国会では、その後「もっともっと考え」たふしはなく、現代では世間においても「尊属」⁷⁴⁾という言葉自体が死語になりつつある。また、前述したように今日の刑法の教科書の中には尊属殺の記述を欠くものすらあらわれている。法律家は、何としても尊属殺を過去のものとして葬り去りたかったのかもしれない。

8 結びに代えて

さて、これまでの考察から冒頭で問題にした点、すなわち、最高裁の多数意見によらずになしとげた法改正は、果たして十分な議論を尽くしたものであったのであろうか、法律家の意識と国民意識との間の遊離はなかったのであろうか、当時さかんにいわれた尊属殺の事案は、加害者の側に同情に値するものが多いという主張が今日にもあてはまるのか、が少なからず明らかになったことと思われる。

まず、最高裁の見解は、昭和25年の判例①も昭和48年の判例③も、多数意見は、普遍的倫理ないし人類普遍の道德原理として把握された親子の道德（孝道）を保護すべく普通殺と区別された尊属殺重罰規定を設けることは、憲法14条1項に反しない合理的差別であるが、いかに酌量すべき情状があっても刑の執行を猶予することのできないほど厳しい法定刑を設けることは合理的差別とは言えず違憲であるとしたが、少数意見は、孝道が封建道德や旧家族制度と結びついたことを批

判的に強調して、自然発生的な子の親に対する親密と敬愛の情に根差す孝は、基本的道徳とみとめながらも、憲法の平等主義および法と道徳の峻別の見地から、法によって道徳を強制すべきではないとして尊属殺を違憲とした。多数意見のすじの運びは、判例①と判例③は類似しており、判例③は、過酷な法定刑を根拠に違憲としたが、判例①を援用する判例④も、カッコ書きで「刑法200条が法定刑として『死刑又は無期刑』のみを規定していることは、厳に失する憾みがないではない」としていたのであるから、「総論賛成各論反対」的な発想であった点において最高裁の基本スタンスには、あまり変化がなかったといえよう。

そして、学説の方も、判例①を受けて合憲説と違憲説が存したものの、次第に違憲説に傾きいてゆき、最終的には圧倒的に違憲説が多くなった。

他方、戦後の刑法改正作業では、①尊属殺の事案には、情状において犯人に同情すべきものが少なくない、②諸外国においても、いまなお、この種の規定を存置している立法例は少数であることを理由に尊属殺等重罰規定の全面削除の方針は不動のものであった。

しかし、この昭和48年の最高裁判決後、法務省側が尊属規定の全面削除の法案を作成し内閣に提出したにもかかわらず、自民党法務委員会は①事件が特異なものであったこと、②多数意見によれば法定刑の適切な修正で足りるはずであること、③「4日判決出でて忠孝滅ぶ」事態を憂えたこと、という3つの理由から全面削除案に反対した。

こうした動きを要約すると、孝道は普遍的倫理であり、刑法の尊属殺等重罰規定は、法定刑を合憲的に修正してでも孝道保護の必要から削除すべきではない、という考え方と刑法の尊属を差別的に取り扱ってその殺人等を加重する規定は、封建的身分差別的道徳に基づくもので憲法の平等主義および法と道徳の峻別の見地からは違憲であり、同規定がなくとも適切な科刑は可能であるから削除すべきである、という考え方が最終的に対立していたことが分かる。

しかし、前述したように昭和48年の最高裁判決後の尊属殺の実態調査によれば、戦後の刑法改正事業での「尊属殺の事案には、情状において犯人に同情すべきものが少なくない」という主張に反する結果が現れたことを見た。しかも、刑法改正事業において外国法の状況と比較したさい、現在も尊属殺を存置し、しかも日

本と同様にいわゆる儒教文化圏に属するといわれる韓国や台湾の刑法についての言及がなぜなかった。

また、やはり、昭和48年の最高裁判決後の世論調査によれば、尊属殺重罰規定を肯定する者が半数を突破していることが明らかとなり、尊属殺加重規定を削除することに熱心だった法律家の意識と一般国民の意識との間には隔たりがあったのではないか、という疑問がおこったのであった。

さらに、刑法典から尊属規定を削除した平成7年の第132国会における法務大臣の発言からは、法案作成に当たって最高裁で判示されたような文化的な観点からの実質的議論は行われず、削除案の作成は、もっぱら科刑バランス的な形式的観点から行われたことが明らかになったのであった。

まとめにあたり私としては、まず、孝道を中心とする儒教は、本来は政治理論や社会倫理的なものではなく、祖先祭祀的なものであったという点に注目したい⁷⁵⁾⁷⁶⁾⁷⁷⁾。最も親しい存在であるがゆえにもっとも愛する親の死が最も悲しい、そのような感情を基礎として家における葬祭が行われる。したがって、通常は親が子より早く死亡することが多いことから、親の葬祭が積み重ねられ、おのずから、尊属が重視される祖先崇拜の習俗が生まれたのであろう。その意味でなら、孝は、まさに最高裁の少数意見が認めるような「自然発生的な子の親に対する親密と敬愛の情に」根差す素朴な倫理であり、そのようなものが今日の法によって必ずしも否定されることのない孝道と解されるべきであろう。

そして、そのような孝道は、刑法によっても適切な最小限度の保護に値するのではなからうか。

私は、孝道違反の最悪の場合である尊属殺人罪だけは再立法すべきだと考える⁷⁸⁾。

ただ、法律論としては、私は、尊属殺規定が直接に保護しようとしたものは、道徳としての「孝」そのものだとすべきではないと思う。なぜならば、そう考えなければ、法と道徳の密着性が強くなりすぎる、換言すると、尊属殺の加重根拠を法益面から説明できなくなるからである⁷⁹⁾。

私は、尊属殺が刑を加重される理由は、「自然発生的な子の親に対する親密と敬愛の情に」根差す素朴な祖先崇拜に支えられた社会風俗という社会的法益を侵

害するためだと思う⁸⁰⁾。つまり、尊属が殺害されることによって、人命という個人的法益が害され、それによって同時に社会的法益も侵害ないし危険化されるのではないか。だから、普通殺人よりも違法性が重く、それに相応して責任も増加し罰罰（刑の下限）が加重されるとみるべきである。国会で、吉田委員が礼拝所不敬罪と尊属殺人罪を同列に論じたのは、このような趣旨ではなかったのだろうか。もちろん、今日でも「介護疲れ」のような同情すべき場合がしばしばあり、執行猶予（刑法25条1項）もつけられないほど刑の下限が重い場合は、最高裁判決（判例③）の多数意見を尊重し、懲役6年を刑の下限とすることによって、懲役5年を下限とする現在の普通殺人罪（刑法199条）の法定刑加重になると同時に、一回の酌量減輕（刑法71条）により執行猶予可能な法定刑となしうるのであり、それゆえ個別的事情に応じた適切な科刑を実現できよう（上限の死刑は、死刑の存廃論と関るので、ここでは論じない）。

そしてまた、このような尊属殺加重ならば、親殺しという最悪の親孝行違反に対してのみ刑事罰をもって干渉するにすぎず、およそ「親不孝罪」を設ける趣旨ではないし、さらに法益侵害面から尊属加重を根拠づけ、その結果として道德の保護は反射的なものにすぎなくなるから、「法は最小限の倫理」の許容範囲内であろうし、その限りでなら、法と道德の重なり合いは認められると思われる。それは確かに、シンボリックな意味しかないように見えるかもしれないが、尊属殺違憲判決が出されたときマスコミによって「親子は他人と同列になった」などと親孝行不要論と誤解されかねない報道がなされ、現在もそのような報道の影響が尾を引いている可能性があることを思うと、尊属殺人罪に関する刑法の事実上の行為規範としての一面を見直さざるを得ないのである⁸¹⁾。

【注】

- 1) 松尾浩也(編)・刑法の平易化(平成7年)25頁以下。板倉宏・刑法各論(平成16年)5頁、大塚仁・刑法概説(各論)[第三版増補版](平成17年)12頁、大谷實・刑法各論講義(新版第4版)(平成25年)12頁、岡野光雄・刑法要説各論[第5版](平成21年)9頁、香川達夫・刑法講義[各論](第三版)(平成8年)362頁、川端博・刑法各論講義(平成19年)19頁、斎藤信治・刑法各論[第4版](平成26年)18頁、佐久間修・刑法各論[第2版](平成24年)21頁、須之内克彦・刑法概説各論(平成23年)15頁、曾根威彦・刑法各論[第五版](平成24年)9頁、高橋則夫・刑法各論(平成23年)13頁、中森喜彦・刑法各論(第3版)(平成23年)7頁、平川宗信・刑法各論(平成7年)68頁、前田雅英・刑法各論講義[第6版](平成27年)13頁、松宮孝明・刑法各論講義[第4版](平成28年)5頁、山中敬一・刑法各論[第3版](平成27年)16頁等。

また、伊東研祐・刑法講義各論(平成23年)、齋藤信宰・新版刑法講義[各論](平成19年)、林幹人・刑法各論[第2版](平成19年)、福田平・全訂刑法各論[第三版増補](平成14年)、堀内捷三・刑法各論(平成15年)には、もはや尊属殺という言葉さえ存在しない。

なお、現行刑法が尊属犯罪の行為の客体とした「直系尊属」とは、子からみた父母、孫からみた祖父母、ひ孫からみた曾祖父母というように、自己に対して直上の関係に立つ血族をいう。「直系」尊属だから、伯父、伯母などの傍系の尊属は含まない。また、「尊属」だから自己と同列にある兄弟姉妹や、自己と直下の関係に立つ子、孫などの卑属は入ってこない。さらに、ここにいう直系尊属は、民法上「血族」の関係にある尊属と解されているので、本当に血のつながっている自然血族、正式に婚姻していない両親の場合には、父が子を認知すれば自然血族となるとともに、法定血族、すなわち、法律上の手続によって養子縁組をした親子の関係にある親が含まれるが、他方、継親子関係にある親や単なる養い親はこれから除かれる。同様に、「配偶者の直系尊属」も客体とされているが、配偶者とは、法律上の婚姻をしている者であって、単に同棲関係にあるような者は含まれないし、姻族関係の終了していない死亡配偶者の親を殺害することは尊属殺人罪にあたらぬ(最判昭和32年2月20日刑集11巻2号824頁)。

ところで、刑法が「配偶者の直系尊属」という間接の関係を規定し、「姻族」という直接の関係を規定しなかったのは、戦前は「家」の思想によったものと思われるが、戦後は、配偶者あってのその親、という人間感情に法的意味を付与したからであると解するほかはないとされる(西原春夫・犯罪各論(第二版)(昭和58年)10-11頁等)。

- 2) 久保田きぬ子「尊属殺人に関する規定と法の下での平等」ジュリスト565号(昭和49年)11頁。
- 3) 最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁。その後、尊属傷害致死罪(刑法205条1項)の違憲性が問われたが、最高裁は前記48年判決の多数意見の考え方に立ち、以下の4判例においていずれも刑法205条1項は、憲法14条1項に反しないとした。すなわち、①最一判昭和49年9月26日刑集28巻6号329頁、②最一判昭和50年11月20日裁判集198号491頁、③最三判昭和50年11月28日裁判集198号707頁、④最二判昭和51年2月6日刑集30巻1号1頁。
- 4) 香川達夫「尊属殺違憲判決の意味」法学教室【第二期】2号(昭和48年)213頁、中谷瑾子「尊属殺重罰制度の史的素描」法学研究50巻7号(昭和52年)4頁によれば、自民党法務委員会は①事件が特異なものであったこと、②多数意見によれば法定刑の適切な修正で足りるはずであること、③「4日判決出でて忠孝減ぶ」事態を憂えたこと、と

いう3つの理由から全面削除案に反対した。③の「4日判決出でて忠孝減ぶ」とは、もちろん、フランス民法典をモデルにした個人主義的・自由主義的傾向を強く帯びたポワソナード民法に対する穂積八束の存念を集約した「民法出デテ忠孝減ぶ」という言葉をもじったものであろう(柴田光蔵・ことわざの知恵・法の知恵(昭和62年)50頁)。

なお、昭和52年5月24日、参議院法務委員会において議員立法としての尊属殺法定刑修正案の趣旨説明が寺本広作議員からなされたが、そのなかで、寺本は刑法200条を削除してもなお多数意見を生かすことができるという説明は全くの詭弁であると200条削除論を批判して、判例③の多数意見に賛成し傷害致死・遺棄・監禁罪における刑の下限を考慮に入れながら、最高裁判例のなかに2年の科刑を行い執行猶予とした判例があることに鑑みて、刑の下限を4年としたという旨の説明をしている(第80回国会 参議院法務委員会会議録第9号5-6頁)。

5) 大塚仁・刑法概説各論(改訂増補版)(平成4年)15頁、中山研一・刑法各論(昭和59年)30頁は、昭和48年尊属殺違憲判決後も、法定刑の修正すらせずに刑法200条を放置している立法府の状況を、重大な(大塚)あるいはいちじるしい(中山)「国会の怠慢」と評していた。

6) 西田典之・刑法各論〔第六版〕(平成24年)12-13頁、町野朔・刑法各論の現在(平成8年)19頁、山口厚・刑法各論〔第2版〕(平成22年)8頁。

参考までに、平成7年の刑法改正で削除された、尊属に対する加重規定に関する4つの条文を掲げておく。

①刑法200条(尊属殺人罪)

自己又ハ配偶者ノ直系尊属ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期懲役ニ処ス

②刑法205条2項(尊属傷害致死罪)

自己又ハ配偶者ノ直系尊属ニ対シテ(傷害致死を)犯シタルトキハ無期又ハ三年以上ノ懲役ニ処ス(傍線部筆者)

③刑法218条2項(尊属遺棄罪)

自己又ハ配偶者ノ直系尊属ニ対シテ(遺棄・不保護を)犯シタルトキハ六月以上七年以下ノ懲役ニ処ス(傍線部筆者)

④刑法220条2項(尊属逮捕監禁罪)

自己又ハ配偶者ノ直系尊属ニ対シテ(逮捕・監禁を)犯シタルトキハ六月以上七年以下ノ懲役ニ処ス(傍線部筆者)

7) 西田・前掲書(注6)13頁。なお、昭和52年5月24日、参議院法務委員会において議員立法としての尊属殺法定刑修正案の趣旨説明が寺本議員からなされたさい、寺本は「最高裁判所の違憲判決に伴う刑法改正に当たって、判決理由の少数意見をとるか、または多数意見をとるか、それは立法者の自由である…(という)主張は間違っていないと思いますが、少数意見を法律化して世の中を急速に変えていこうとするのは革新的な立場であり、多数意見を法律化して世の中を徐々に改めていこうとするのは民主主義の立場である」と論じた(第80回国会 参議院法務委員会会議録第9号6頁)。

8) 小暮得雄「刑法改正問題管見」松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻(平成10年)90頁は、「尊属殺加重規定等の廃止による違憲状態ないし違憲問題の解決(は)…、結果的に正しい方向の選択であった、といえよう」と刑法200条の削除を肯定的に評価している。

9) 花井哲也・刑法講義〔各論I〕(改訂新版)(平成9年)20頁は、後述するように、正当にも「改正にあたって十分な議論のないまま、ただ削除された感があるが、削除の趣旨をもっと明確にすべきであったろう」とする。

- 10) 中谷・前掲書(注4)7-8頁。
- 11) 団藤重光・刑法綱要各論〔第三版〕(平成2年)388頁、平野龍一「尊属傷害致死罪の規定と憲法14条」刑事判例評釈集12巻(昭和29年)209頁、町野碩「殺人の罪」小暮得雄=内田文昭=阿部純二=板倉宏=大谷実(編)『刑法講義各論』(昭和63年)24頁。
- 12) 近年、社会学の方面からこれまでの尊属殺重罰規定に対して向けられてきた諸批判を批判的に検討しながら、「経済状況および介護保険・年金制度の不安定化の影響を強く受ける世代が高齢者になる時代には、子から親への扶助を強化せざるをえないであろう。長期におよぶ親の老後を支えるためには、愛情のみでは不十分であり、確固たる親子規範(子の親に対する扶助に関する規範等)が必要とされるのではないか」という議論が行われており(山本起世子「戦後日本における親子規範の変容」園田学園女子大学論文集48号(平成26年)123-139頁)、すでに過去のものになったかのように見えるわが国における尊属殺規定の問題について、冷静に考察する時期が来ているように思われる。
- 13) 大場茂馬・刑法各論上巻(明治44年)82頁。
- 14) 西原春夫「尊属殺等重罰規定の合憲性(一)」法学セミナー259号(昭和51年)52頁においては、「孝の思想は、たしかに親をかけがえのないものとする自然の情愛を基礎にしてはいるけれども、明らかにそれを超えるものがあった。孝の思想は、沿革的には中国の儒教に由来するが、当時の中国には社会という観念が薄く、秩序の単位は家族共同体が国家かのいずれかであった。とくに広大な領土を持つ中国にあっては、国家の行政作用が国民の隅々にまでおよぶことは期待しがたく、自然の災害や外敵に対して団結して身を守るためには、家族共同体の結束が絶対に必要であり、孝の思想はそのための精神的支柱であるとともに、共同体内部における秩序維持のイデオロギイの基礎であった。このような思想は、わが国においても封建時代の支配機構やその精神的支柱たる道徳原理にピッタリと適合するものとして受容され…、そこでは、親であるという客観的事実が独り歩きし、親の絶対的権威(恩)の承認と、親への無限な奉仕(報恩)とが自然の情愛をはなれて、一方的に子に強制されたのであった…孝の倫理は、(民法旧規定の)家制度と結合することによって、さらに形式化し外形化していったとみることができる」とされ、このような精神的制度的背景のもとでは、尊属殺重罰規定はむしろ積極的に存在する必要があるとし、合理的基礎をもっていたとよいと説明する。
- 15) しかし、韓国刑法250条2項(死刑・無期懲役刑・7年以上の有期懲役刑)や台湾刑法272条(死刑・無期刑)には、現在も尊属殺重罰が規定されている。この点では、これらの東北アジアのいわゆる儒教文化圏においては、尊属殺重罰に関する伝統的な考え方は、今なお必ずしもアナクロニズムとは受け止められていないといえよう。
- 16) 中谷・前掲書(注4)10-46頁。フランス法は、配偶者の直系尊属が尊属に含まれていない、という点で、これを含む刑法200条と異なるが、旧刑法362条1項には、フランス法の影響で配偶者の直系尊属は含まれていない。
また、明治13年公布の旧刑法362条1項が「尊属」ではなく、「子孫其祖父母父母」という文言を用いたのは、刑法で使用すべき民法上の「尊属」概念が規定されたのが明治23年公布の旧民法によってであったことによる。
- 17) 尊属殺重罰の根拠については、太田隼郎・刑法義解六(明治14年)50-51丁が、「極悪不孝其罪至テ重キ」ためだとし、立野胤政・刑法註解(明治15年)388頁が「大逆無道焉ヨリ重キハナシ」と説明したが、岡田朝太郎・日本刑法論各論之部(明治28年)890頁では、加害者に「子孫身分アルヲ理由トシテ」とされており、勝本勘三郎・刑法析義各論之部下巻(明治33年)278頁も「犯人ト被害者トノ身分上ノ関係ヲ原因トシタル」

と述べている。表現に多少の異同はあるものの、いずれも儒教的倫理に根拠づけられていると思われる。

なお、中谷・前掲書（注4）11-16頁は、「中国では、唐律をはじめ、明・清律にいたるまで、最も重大な犯罪としての「十悪」のうち、「悪逆」「不幸」は、ともに祖父父母父母に関連する罪であり、…この中国の法制がわが国の律に継受され、徳川時代には「孝」よりも「忠」を優先するわが国の社会的道徳観により中国の法制とは多少ニュアンスのちがったものになった。これに対して、明治初年の新律綱領、改定律例は徳川の伝統よりも明清律を直接範としたものと解される」として、結局、律令の継受や儒教的道徳観に従って尊属・尊長を重視する伝統があったところに、フランス刑法の尊属殺重罰の制度に接して、新律綱領や改定律例に見られた「律式」の傍系尊重をも尊属に加える規定様式をあらためたものが旧刑法362条の規定であって、東西両法制を日本流にアレンジしたものと解されるとする。

そして、明治政府は、明治以前の封建君主に対する忠を、近代的な中央集権国家に対する忠誠へと転換して、親に対する孝とともに「忠孝一本」の国民道徳にまとめあげたのであった。しかし、そのような国民道徳は長上への服従を骨子とする家族道徳の延長であり、保守派にとって孝道の強調される伝統的な家族道徳観のなかへ民法によって権利義務観念が入り込むことは耐えがたいことであったものの、不平等条約の改正のためには欧米風の民法を認めざるを得ず、苦肉の策として近代的な権利意識発生を阻止のために教育勅語の発布が求められたという側面もあることは否定できない、といわれる（磯野誠一／磯野富士子・家族制度（昭和33年）4-30頁、なお、教育勅語の成立過程等については、坂本安富・日本人の生き方（平成25年）15-148頁における説明が端的で理解しやすい）。

- 18) 三原憲三・尊属殺人と裁判（昭和61年）46-48頁。
- 19) 倉富勇三郎＝平沼駿一郎＝花井卓三（監修）松尾浩也（増補解題）・増補刑法沿革総覧（平成2年）126頁。
- 20) 内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫（編著）・日本立法資料全集21（平成5年）171頁。28年草案258条では「前条ノ罪（殺人罪）ヲ犯シタル者左ニ記載シタル情状アルトキハ死刑又ハ無期懲役ニ処ス」としたうえで、その一号に「直系ノ尊属親ニ対シテ犯シタルトキ」と規定した。法定刑には、死刑のほかは無期懲役刑が加えられたことが注目される。
- 21) 内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫（編著）・日本立法資料全集22（平成6年）140-141頁。34年草案235条では「人ヲ殺シタル者左ニ記載シタル情状アルトキハ死刑又ハ無期懲役ニ処ス」としたうえで、その一号に「自己又ハ配偶者ノ直系尊属ニ対シテ犯シタルトキ」と規定した。なお、「配偶者」が加えられたことによって「家」の観念を超えているとするのが、小野清一郎『『配偶者ノ直系尊属』とは現に生存する配偶者の直系尊属を指すか』警察研究29巻8号（昭和33年）91頁である。
- 22) 中谷・前掲書（注4）47頁は、「律令制の尊長殺重罰以来の長い歴史的経緯をふりかえって考えれば、この立法理由は、理論的是非はともあれ、自然の成り行きであったといつてよいであろう」とする。ちなみに、中谷・前掲書（注4）26頁以下には、広く尊長殺（配偶者の直系尊属殺害を含む）を重罰とする養老律の内容が細かく示されている。鎌倉時代の武家法である御成敗式目（北条泰時により1232年制定）は、従来の儒教の道徳的政治思想に洗練された道義的色彩をもった律令と異なり、律令の伝統をふまえつつも実際生活に即した法で（小野清一郎・刑罰の本質について・その他（昭和30年）369

頁以下)、尊属殺重罰規定をもたないものの、追加法(新編追加347条)の中には祖父母父母を訴える者を重科に処すべしという規定(告言の罪)が存した(植木直一郎・御成敗式目研究(昭和51年)361頁、三原・前掲書(注18)40頁)。

江戸時代には、有名な御定書百箇条が完成するが(1742年)、これは、儒教的一般教養に負うもので、その意味では律の思想の復活ともみられる(小野・前掲書388頁)。

すなわち、八代將軍徳川吉宗の下で、大岡越前守忠相らが加わって作成されたといわれる御定書百箇条71条「人殺し並びに疵付け御仕置の事」の親殺しの部分には、寛保2年(1742年)に「公事方御定書」が最初に編集された時点以前より慣習化されていた二つの条項が掲載されている。第1項が「親殺し、引き廻しのうえ磔」、第2項が「同じく手負わせ候者並びに打擲致し候者 磔」である。さらに、寛保元年に決めた第3項は「同じく打ちかかり候者 死罪」とされている。「磔」も「死罪」も死刑であることには変わりがないが、通常の殺人の刑である「下手人」(死刑の一種)と比較すると、死骸が刀の試し切りに使用される等の理由で重い(石井良助・江戸の刑罰(昭和39年)29頁以下、辻達也・大岡越前守(昭和39年)144-155頁、福永英男・『御定書百箇条』を読む(平成14年)319頁以下)。

なお、江戸時代の身分制社会において、孝の観念を強調する儒教思想が教育によって一般庶民の生活に具体化されていった歴史については、坂本安富・日本教育史(平成15年)75頁以下が詳しいが、同書107頁以下によると、徳川吉宗は、享保7年(1719年)に、中国伝来の教訓書である「六諭衍義」(1652年頒布の六諭に註解を加えたもの。六諭とは、①孝順父母、②尊敬長上、③和睦郷里、④教訓子孫、⑤各安生理、⑥母作非違という六つの道徳を勅諭としたもの)の和訳大意を幕府儒官の室鳩巢に命じ、それを儒学者荻生徂徠に訓訳させて「六諭衍義大意」と題して版行し、江戸市中の寺子屋師匠に道徳用教科書として配布し使用させたのだが、寺子屋は全国的に普及し、親は、子供に対しては「筆道(読書算の芸の教育)」のみならず、道徳教育を求めていたとされる。徳川吉宗は、つねづね「をしえざる民を罪するこそなげかしけれ」と近習に語っていたというが、「孝道」は法によって求められる前に、まず広く教育によって民衆に授けられていたわけである(辻達也・江戸時代を考える(昭和63年)42頁、127頁参照)。

- 23) 内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫(編著)・日本立法資料全集24(平成7年)135頁には、明治35年第16回帝国議会上に提出された235条が、内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫(編著)・日本立法資料全集25(平成7年)426頁には、明治35年第17回帝国議会上に提出された234条がそれぞれ掲載されているが、両者は全く同文である。刑法200条の刑の加重根拠につき、学説では、泉二新熊・日本刑法論下巻各論(昭和6年)517頁は「孝道ノ重ス可キ所以ヲ明ラカニシタ」とし、山岡萬之助・刑法原理(大正8年)360頁が「不道義ノ最モ甚シキモノ」として、旧刑法時と同様な解釈を行っていたが、むしろ、主として(民法上の)「家族制度ヲ重スルノ精神ニ出テタルモノ」(大場・前掲書(注13)82頁)であると説明するものが多くなっている(磯部四郎・刑法正解(明治40年)405頁、小川市太郎・改正刑法要義(明治40年)259頁、草刈融・改正刑法註解(明治40年)235頁、田中正身・改正刑法積義下巻(明治41年)961頁等)。ただ、大場・前掲書(注13)82頁ではさらに、「我邦古来ノ倫理ノ準則ヲ認メタルモノ」でもあるとする。他方、平井彦三郎・刑法要論(大正14年)476頁は「国風ヲ損スルコト甚大ナルヲ以テ」重罰とするとして、社会的法益の侵害を視野に入れてような解釈を行っているのが注目される。

- 24) 草野豹一郎・刑事法学の諸問題2(昭和26年)91頁、国藤重光・刑法の近代的展開(昭

和23年) 243頁。

参考までに、昭和22年の刑法改正で削除された、「皇室に対する罪」(刑法典第二編第一章)に関する4つの条文を掲げておく。

①刑法73条

天皇、太皇太后、皇太后、皇后、皇太子又ハ皇太孫ニ対シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ処ス

②刑法74条

1 項 天皇、太皇太后、皇太后、皇后、皇太子又ハ皇太孫ニ対シ不敬ノ行為アリタル者ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ処ス

2 項 神宮又ハ皇陵ニ対シ不敬ノ行為アリタル者亦同シ

③刑法75条

皇族ニ対シ危害ヲ加ヘタル者ハ死刑ニ処シ危害ヲ加ヘントシタル者ハ無期懲役ニ処ス

④刑法76条

皇族ニ対シ不敬ノ行為アリタル者ハ二月以上四年以下ノ懲役ニ処ス

25) なお、山本・前掲論文(注12)は、尊属に対する罪と皇室に対する罪が対比して論じられたのは、「戦前・戦中における『忠孝』を一体として重視する規範に対し、戦後の改正刑法において『忠』に反する罪が削除される一方、『孝』に対する罪は削除されなかったことに対する批判が強かったためと考えられる」と評している。

第一回国会参議院司法委員会(昭和22年8月7日)において、「皇室に対する罪」が削除されたのに対して尊属殺人罪が削除されないのであれば、不均衡が生じるのではないかとの質問に対して、政府委員国宗栄は「『皇室ニ対スル罪』の第73条の中の「危害ヲ加ヘ」の中にはお説の通り殺害の点までも含んでおるものと解しております。従いまして、第73条を削除することによりまして、仮に天皇等に対しまする殺害の事実が発生いたしました場合は、一般の殺人罪の規定によりまして199条によって処断することに相成ると思ひます。そういたしますと、只今御指摘になりましたように、この第200条の規定におきましては、『自己又ハ配偶者ノ直系尊属ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期懲役ニ処ス』、かような規定がありまして、直系尊属殺害の場合に比して、199条のみを適用するにおいては、刑の上において均衡を欠くではないかということも、御尤もな御意見だと存ずるのであります。が、「皇室ニ対スル罪」を削除いたしましたのは、前に御説明申上げました通り、新憲法の精神に照らしまして、天皇の個人の面におきまして、個人平等の思想に基くその考えからいたしまして、削除いたしましたのでございます。いわゆるこの尊属に対する罪は、特定の個人を対象にして、特にこれを重く保護しようというのではないのでありまして、我が国におけるところの長上敬愛の国民感情を基礎といたしまして、一般的に尊属に対する殺傷の罪を重くすると、こういう趣旨であると考えております。従いまして、この憲法に明らかにされております個人平等の思想に、この規定は反するものではない、かように考えまして、特にこの規定を存置した次第でございまして」と答弁している(第一回国会参議院司法委員会会議録10号 傍線筆者)。

26) 本判例に関する研究として以下のものがある。岡部泰昌「尊属殺の合憲性」刑法判例百選新版(昭和45年)178頁、小野清一郎「尊属傷害致死罪の規定と憲法14条」警察研究23巻12号(昭和27年)57頁、覚道豊治「尊属殺と法の下の平等」憲法判例百選(昭和38年)21頁、小林直樹「尊属殺重罰と法の下の平等」憲法の判例(昭和41年)14頁、瀧川春雄「尊属殺」判例百選〔第二版〕(昭和40年)164頁、平野龍一「尊属傷害の規定は憲法に違反する」警察研究25巻3号(昭和29年)83頁、牧野英一「尊属殺傷例の合憲性」

- 警察研究22巻4号(昭和26年)3頁、安平政吉・責任主義の刑法理論(昭和50年)520頁等。
- 27) 大塚仁「尊属殺人罪に対する違憲判決をめぐって」ジュリスト532号(昭和48年)50頁。
- 28) 大塚仁・注釈刑法(5)(昭和40年)48頁、大塚仁・注解刑法〔増補第2版〕(昭和52年)887頁、西原・前掲論文(注14)53-54頁。
- 29) また、判例①は、その後刑法200条の事例に援用される。最判昭和25年10月25日刑集4巻10号2126頁(判例④)である。以後、判例①と④は、昭和48年4月4日の大法廷判決にいたるまで、圧倒的な権威をふるい、その後、4個の判例(⑤最判昭和31年5月24日刑集10巻5号734頁、⑥最判昭和32年2月20日刑集11巻2号824頁、⑦最判昭和34年4月2日刑集13巻4号423頁、⑧最判昭和35年1月19日刑集14巻1号23頁)において刑法200条の合憲性が争われたが、いずれも最高裁は、判例①と④をあげて上告を棄却している。なお、最判昭和29年1月20日刑集8巻1号52頁(判例⑨)は、刑法205条2項が、憲法24条2項に反しないと判示したものであり、最判昭和33年10月24日刑集12巻14号3392頁(判例⑩)は、刑法220条2項(尊属逮捕監禁罪)が、憲法14条1項に反しないと判示したものである(なお、これらの判例については、西原春夫「尊属殺等重罰規定の合憲性(二)」法学セミナー250号(昭和51年)32頁以下が詳細である)。
- なお、山本・前掲論文(注12)によると、判例①に触発されて法学以外の領域における「親孝行論」が高まったが、そこでの共通の論調は「親から受けた『恩』によって根柢づけられる『孝』は、子の親への服従を強いるものであり、社会制度の不備を補うものと捉え、そのような『孝』を拒絶していること」である、と分析されている。
- 30) 小暮得雄・注釈刑法(5)(昭和40年)88頁。
- 31) 中谷・前掲書(注4)9頁。たとえば、大塚仁・刑法各論上巻(昭和43年)34頁は、「(刑法200条は)、やはり憲法14条に違反する疑いがあるというべきである」と消極的な表現にとどまっていた。
- 32) 牧野・前掲論文(注26)4-20頁。
- 33) 小野・前掲論文(注26)60-64頁。
- 34) 瀧川幸辰「刑法各論」団藤重光=中武靖夫=竹内正=木村静子=大野真義=瀧川春雄(編)『瀧川幸辰刑法著作集第二巻』(昭和56年)262-263頁。植松正・再訂刑法概論Ⅱ各論(昭和50年)484-485頁も「すべての国民は卑属であると共に尊属ともなれるのであり、そこになんらの法的障害があるわけではない。…筆者はこれを違憲でない認めはするが、しばしば過酷な適用結果を招くおそれがあるとの理由により、第200条は廃止すべきものとする」として違憲との結論を避けながら、200条の廃止を主張しているし、中谷瑾子「表見代諾養子縁組における養子の追認がないとして、尊属殺人罪の成立が否定された例」法学研究37巻11号(昭和39年)97-98頁も同様の立場である。
- 35) 「目的違憲説」・「手段違憲説」の名称は、判例③における下田武三裁判官の反対意見中の用語に由来する。目的違憲説によれば、尊属殺人罪(200条)・尊属傷害致死罪(205条2項)・尊属遺棄罪(218条2項)・尊属逮捕監禁罪(220条2項)の4個の尊属に対する犯罪の加重規定のすべてが違憲ということになるが、手段違憲説によれば、尊属殺人罪(200条)のみが違憲ということになる。
- 36) 団藤・前掲書(注11)388-389頁。
- 37) 平野・前掲論文(注26)86-90頁では、「刑法は、法益の保護を、少なくとも一つの任務とする。法益が貴重であれば、法は、当然、強力にこれを保護しようとし、その侵

害に対する刑を重くするであろう。…(尊属殺重罰規定は)、尊属はただ尊属であるがために、絶対に尊いという、身分的道德を根底としていとしか考えられない」と述べられ、保護法益の重大さや法益侵害の重大さに関係なく、尊属・卑属の身分差別を内容とする身分制道德を理由として刑が加重されているのだから憲法14条に反するというわけであろう。確かに、「生命」は、なにびとの生命も、ひとしく尊重されなくてはならない至高の価値であるがゆえに、尊属殺が一般に強度の違法性をもつとはいえない(内田文昭・刑法各論〔第三版〕(平成8年)11頁)のだから、通常、尊属加重は法益侵害としての違法性増加ではなく、尊属の道義的重視という身分差別的理由(責任増大)に求められるほかはなく、違法なければ責任なし(内田文昭・改訂刑法I〔総論〕〔補正版〕(平成9年)219頁)という行為責任論にそぐわないことになろう。こうして、内田・前掲刑法各論11頁も、200条は違憲だとする。藤木英雄「亡父の両親殺しは尊属殺にあたらぬ」ジュリスト129号(昭和32年)48頁も、卑属の行為の背倫理性が強調されても憲法14条に違反しないという判例④は承服しかねるとするが、同旨であると思われる。他に、目的違憲説によるものとして、大須賀明「尊属殺重罰と法の下での平等」憲法の判例〔第三版〕(昭和52年)16頁以下、瀧川春雄・前掲書(注26)165頁がある。さらに、中義勝・刑法各論(昭和50年)18-19頁は「なぜ人はすべて平等に子として重い責任を負担し、親として厚く保護されるかは道徳的理由以外には合理的根拠がうかがえない」とし、福田平「尊属傷害致死合憲判決の検討」法学教室【第二期】7号(昭和50年)230頁も「被害者が直系尊属であるがゆえに加重規定を設けることが、個人の尊厳と人格価値の平等の尊重という民主主義の根本理念に合致しない不合理な理由に基づく差別的取り扱いである」と主張して、それぞれ目的違憲説に立つ。

38) もっとも、罪刑のはなはだしい不均衡は、憲法14条ではなく、刑罰規定の内容的適正を要求する憲法31条の趣旨に反するという意味において、その関係の違憲論も生ずる余地があらうとする見解がある(小暮・前掲書(注30)89頁)が、私も、憲法14条よりも罪刑均衡の見地から憲法31条違反の問題と解するのが自然だと思う(中島広樹「罪刑均衡について」平成法政研究6巻1号(平成13年)74頁)。もっとも、平野龍一「尊属傷害致死の規定の合憲性」警察研究49巻2号(昭和53年)66頁は、尊属殺の刑を重くした理由が憲法の容認できない差別観にもとづくものであるからこそ、尊属殺は憲法14条違反になる、とする。

39) 他に覚道・前掲論文(注26)23頁が、伊達論文とほぼ同旨である。

40) 団藤重光・刑法綱要総論〔第三版〕(平成2年)66頁。なお、昭和52年5月24日、参議院法務委員会で尊属殺法定刑修正案の趣旨説明を寺本議員が行ったが、そのなかで寺本は、法制審議会の意見と最高裁判所の意見とが対立するときは、法制審議会はいかに著名な学者を包容しているにしても、行政部内の一諮問機関にすぎないのに対して、最高裁判所判事は国民審査によって国民に対して責任を負い、違憲立法審査権を与えられているのだから、国会は最高裁判所の意見こそを尊重すべきは当然の理とする旨の主張を行った(第80回国会 参議院法務委員会会議録第9号6頁)。

41) 伊達秋雄「殺人の罪」刑法改正準備会『改正刑法準備草案 附 同理由書』(昭和36年)264頁。

42) 法務省刑事局(編)・法制審議会 改正刑法草案の解説(昭和50年)264頁。

43) 法務省刑事局(編)・前掲書(注42)263頁。なお、「尊属殺の事案には、情状において犯人に同情すべきものが少なくない」という点についての統計的研究に基づくデータとしては、植松正「近時における尊属殺害事例の集約的考察」警察研究20巻5号(昭

和24年) 20頁、樋口幸吉「近親殺人の被害者特性」宮澤浩一(編)『犯罪と被害者 第一巻』(昭和45年) 77頁以下等がある。

- 44) 大塚・前掲論文(注27) 49頁、西原・前掲論文(注29) 38頁。
- 45) 本判例の研究として、大塚・前掲論文(注27) 49頁、香川・前掲論文(注4) 213頁、香川達夫「尊属殺規定の違憲性」判例時報700号(昭和48年) 172頁、香川達夫「尊属殺人罪」ジュリスト565号(昭和49年) 132頁、金澤文雄「尊属殺違憲判決をめぐって」判例タイムズ297号(昭和48年) 2頁、久保田・前掲論文(注2) 11頁、鈴木義男「尊属殺違憲判決の周辺」警察研究44巻6号(昭和48年) 3頁、田尾勇「刑法200条と憲法14条1項」法曹時報25巻12号(昭和48年) 175頁、利谷信義「日本における家族間の変遷と法 1」法学セミナー213号(昭和48年) 17頁、中川善之助「尊属殺重罰規定と最高裁」法学セミナー211号(昭和48年) 1頁、西原・前掲論文(注29) 33頁、平野龍一「尊属殺違憲判決について」法律時報45巻6号(昭和48年) 55頁、三原・前掲書(注18) 65頁、我妻栄「尊属殺と違憲判決」世界333号(昭和48年) 226頁、和田英夫「尊属殺違憲判決の憲法的評価」法学セミナー211号(昭和48年) 2頁等。なお、本判例は、「親による性的虐待(Sexual Abuse)」が判例集に登載された数少ない事例という一面をも持つ(林弘正・児童虐待(平成12年) 63頁)。ちなみに、本事例に関するノンフィクションとして谷口優子・尊属殺人罪が消えた日(昭和62年)がある。
- 46) 最高裁大法廷は、昭和48年4月4日、3件の尊属殺人罪・同未遂事件に対して、刑法200条の尊属殺人罪の規定は、憲法14条1項に違反して無効である旨の判決を行ったが、その理由は、3件の上告事件中、被告人の犯行の情状にもっとも考慮を要するとみられる栃木県の事件に対して詳細に示され、他の2件にはそれが援用されている。判例③は、その栃木県の矢板市の父親殺し事件である。ちなみに、他の2件であるが、一つは秋田県大館市の姑殺し未遂事件であり、もう一つは、奈良県橿原市の養父殺し事件である。前者は、姑との折合いが悪く、ささいなことで小言をいわれるため、自殺を考えたり、再三実家へ帰るなどしていた被告人が、姑から祭り見物のおにぎりを作るように頼まれた際、そのうちの一個の海苔に殺鼠剤を塗ったものの、姑が異臭に気づいて食べなかったため、未遂に終わったという事案で、一審秋田地大館支判昭和42年7月29日は、被告人の殺意を否定して無罪を言い渡したが、二審仙台高秋田支判昭和44年3月25日は未必の故意を認定して懲役3年6月に処した。後者は、養父の酒癖の悪さに悩み、夫の浮気を知ったことも加わって世をはかなみ、養父を自殺の道連れにしようとしたため、遺言を書いた後、養父に睡眠薬を飲ませて絞殺したという事案で、一審奈良地葛城支判昭和45年3月5日は、懲役5年を言い渡したが、二審大阪高判昭和45年12月3日は懲役3年6月に減軽した。前述したとおり最高裁は、刑法200条を違憲とし、原判決を破棄し、前者については懲役2年執行猶予3年、後者については懲役2年6月に処した(丸山治「矢板市実父殺し事件」小暮得雄=城下裕二=吉田敏雄=丸山治=丸山雅夫=半田祐司(編著)『教材刑法判例〔第2版〕』(平成7年) 247頁参照)。矢板市の事案は確かに特殊性が認められるが、秋田と奈良の事案には、特異性は認めがたいといわれる(香川・前掲論文(注4) 214頁)。
- 47) 金澤・前掲論文(注45) 3頁。
- 48) 大塚・前掲論文(注27) 50頁は、この多数意見の立場の根底には、判例①の多数意見に類似した世界観・法律観が存在するものということができよう、とする。
- 49) 下田裁判官は、司法の謙抑や立法院の判断の尊重を重視し、法律の許容する範囲内で妥当な結論が得られない場合には、「現行法制のもとにおいては、恩赦、仮釈放等、行

政当局の適切な措置にまつほかはない」とするが、大塚・前掲論文（注27）53頁は、恩赦や仮釈放を徹底的に運用したとしても、刑法200条の法定刑の下限が重すぎる欠陥を十分に是正しえないとする。

50) 大塚・前掲論文（注27）51頁。もちろん、孝道の普遍性を強調するあまり、その歴史性を見忘れてはならない（金澤・前掲論文（注45）3-4頁）。

51) 儒教の経書「孝経」諫争章第十五において、曾子が、「子たる者は、父のことばに對しましてそのまま〔疑うことなく〕従うことが孝でありましょうか」と質問したところ、孔子は「もし、不当・不善・不正なことがあれば、必ず子は父に諫言せざるをえない。父のことばに〔對して検討もせず、ただ〕従うのみであるのは、どうして孝行であるとすることができようか」と答えている（加地伸行・孝経〔全訳注〕（平成19年）92-94頁）。

他方、「近江聖人」と讃えられた中江藤樹の孝思想については、たとえば源了圓・徳川思想小史（昭和48年）47頁以下参照。同書47頁によれば、忠を人倫の基本とする林羅山（日本最初の自覚的朱子学者）に対して、孝を人倫の基本とする藤樹は、「君に仕えるべきか、母に仕えるべきかの二者択一の立場に立たせられたとき、親をとり主君を捨てて、その許可も得ないで故郷の近江に帰り、これ以後浪人として自由な立場で道を求めることをつづける。…儒教思想に立脚して社会秩序の必要を認めつつ、しかしそれは本性において平等な人間の、人間としての価値と能力の差にもとづいて構成される社会秩序でなければならない」というのである（なお、中江藤樹〔加藤盛一校注〕・翁問答（昭和11年）47-57頁参照）。

もともと、孔子の「孝」に関する考え方も、解釈の余地の大きい断片的なものとして記録されている。たとえば、論語〔木村英一訳・注〕為政第二（昭和50年）32-35頁に、「祭之以禮」、「父母唯其疾之憂」、「不敬、何以別乎」、同泰伯第八207頁に、「孝致乎鬼神」等とあるが、いずれも短い抽象的な言葉である。

ただ、旧家族制度のもとでの「孝」は「親への絶対的服従」「報恩の強制」をもたらすものと考えられ、もし、子が親の横暴を批判するならば、批判したこと自体によって非難され、親の悪さは帳消しになってしまったようである（磯野誠一他・前掲書（注17）93頁）。

52) 大塚・前掲論文（注27）51頁、金澤・前掲論文（注45）3頁。

53) 金澤文雄＝ホセ・ヨンバルト・法と道徳（昭和48年）83頁。

54) 金澤文雄・刑法とモラル（昭和59年）53頁、金澤・前掲論文（注45）6-7頁。

55) 木村亀二・新刑法読本（昭和30年）60頁。

56) 尊属殺の事例の妥当な科刑は、刑法199条でまかないうるし、それによって卑属殺のような類似的近親殺をも平等に処罰できるし、合憲的に法定刑を修正した尊属殺を置いてもシンボリックな意味しかない、諸外国でも尊属殺重罰規定は減少している、刑の加重根拠に関してそもそも尊属自体を重視する考え方が憲法14条1項の趣旨に合致しない等の理由によって、尊属殺規定法定刑修正論より尊属殺等重罰規定削除論が一般に支持されたのであった（吉川経夫・刑法各論（昭和57年）15頁、齊藤誠二・刑法講義各論I〔新訂版〕（昭和54年）79-80頁、中川高男・親族相続法講義（平成7年）78頁、中谷・前掲書（注4）8頁、藤木英雄・刑法講義各論（昭和51年）192頁、法務省刑事局（編）・前掲書（注42）263頁）。この原因を、報恩を基盤とする「孝」規範を、封建的で反民主主義的と捉える当時の論調の高まりに求めているのが、山本・前掲論文（注12）137頁である。

- 57) 植松正「日本における尊属殺の実状」警察研究54巻1号(昭和58年)3頁以下。
- 58) 植松・前掲論文(注57)17頁。
- 59) 池田茂穂=佐藤典子=寺戸亮二=遊間義一=西田太郎「尊属殺の実態に関する研究」法務総合研究所研究部紀要33号(平成2年)1頁。
- 60) 池田他・前掲論文(注59)17-25頁。
- 61) 山本・前掲論文(注12)134頁。
- 62) 瓜生武=松本泰儀=村瀬嘉代子=屋久孝夫=渡辺進・学校内暴力・家庭内暴力(昭和55年)69頁以下。
- 63) 大塚・前掲論文(注27)49頁。
- 64) 池田他・前掲論文(注59)2頁。
- 65) 中谷・前掲書(注4)7-8頁。
- 66) 第132回国会 衆議院法務委員会議録 第5号26-27頁。
- 67) 第132回国会 衆議院会議録 第16号8頁。ただ、尊属殺違憲判決後、実務においては、刑法199条が適用され、刑法200条が適用されなくなったというのが200条削除の一因だというのが、同様の事情は例えば、刑法182条の淫行勧誘罪にもある。すなわち、刑法182条が適用されるべき場合であっても、実際には、売春防止法5-13条、児童買春処罰法4-6条、児童福祉法60条、34条等が適用されており、182条はほとんど機能していないことは以前から指摘されていた(前田・前掲書(注1)419頁)にもかかわらず、存置されたままである。なぜ、平成7年の刑法改正で、刑法40条や200条と共に削除されなかったのか不審である。
- 68) 以下に掲げる吉田委員の質問については、第132回国会 衆議院法務委員会議録 第6号18-21頁。
- 69) 町野・前掲書(注6)19頁は、平成7年の刑法改正につき「今回の立法者が、尊属殺人罪の法定刑を引き下げてその存続をはかるといふ、これまでなら当然ありえた方法をなぜ選ばなかったのかは、興味のあるところである」とコメントしている。
- 70) 浅田和茂・刑法総論〔補正版〕(平成19年)10頁、大塚仁・刑法概説(総論)〔第四版〕(平成20年)4頁、内藤謙・刑法講義総論(上)(昭和58年)123頁等。なお、安平検事の「世界人道の立場よりして著しく不道德とみられるべき直系尊属親に対する殺害行為の如きに対し、その反価値性を明確に印刻しておく意味において刑を加重しておくことは必要であり、かつ合理的根拠を有つものといわざるを得なくなる」という主張(安平政吉「尊属殺と違憲問題」法律新法756号(昭和25年)11頁)は、違法性の実質に関する規範違反説的な立場から刑法の行為規範性を強調するものと解される。
- 71) なお、社会倫理的機能を強調しない立場でも、法益保護の反射として社会倫理が保護されることは否定しないであろう。たとえば、詐欺罪の保護法益として「財産」をあげる立場でも、「取引における信義誠実の保持」という倫理的なものが詐欺罪処罰の反射的效果として保護されることは否定しない(曾根成彦・刑法各論〔第五版〕(平成24年)143頁)。
- 72) 刑法244条は、一定範囲における親族間の窃盗罪ないし不動産侵奪罪に関しては、有罪だが刑の免除を認める等という特例(親族相盗例)を設けている。この規定は、一般的には「法律は家庭に入らず」という法格言に基づく政策規定と解されており(団藤・前掲書(注11)581頁)、他の財産犯にも準用されている。吉田委員は、この親族相盗例も尊属殺規定も、他人間の犯罪に対する親族間の犯罪に関する特例としての共通性があるとするのである。

- 73) 礼拝所不敬罪（刑法188条1項）は、宗教的平穩および宗教的感情を保護法益（社会的法益）とする犯罪で、団藤博士は「信教の自由は憲法の保障するところで、国はこれに対して積極的にも消極的にも干渉することは許されないのである（憲法20条）。しかし、一般的な宗教感情を社会秩序の一部として保護することは、なんら憲法の本質に反するものでないばかりか、むしろ信教の自由の前提ともなるものと考えらるべきであろう」とする（団藤・前掲書（注11）360頁）。国会でも指摘されたように、たとえば、来客の飲食用に供する鋤焼鍋および徳利に放尿する行為は、個人的法益に対する罪である器物損壊罪になる（大判明治42年4月16日刑録15巻452頁）のに、他家に対する悪感情の発露として、「畜生意地がやけら、小便でもひっかけてやれ」といいながらその家の墓所に放尿するような恰好をしたときは、現実に放尿しなくても、見る者に、その墓所に対する崇敬の念に著しく反する感を与えるから、社会的法益に対する罪としての礼拝所不敬罪となる（東京高判昭和27年8月5日高刑集5巻8号1364頁）。
- 74) 民法典では、婚姻に関する736条、養子に関する793条や相続に関する889条等に散見される程度である。なお、広中俊雄「尊属の概念」中川善之助教授還暦祝賀、家族法大系I（昭和34年）104頁以下では、民法・刑法の尊属概念の系譜が明らかにされ、「尊属」ないし「尊属親」という概念は、直系血族について用いられており、「直系姻族たる尊属」という概念はありえないことが明らかにされた。
- 75) 加地伸行・儒教とは何か（平成2年）52-204頁、223-227頁は、大要、以下のように述べる。すなわち、儒教は、素朴な祖先崇拝（シャーマニズム）から始まり、孔子以降、礼教性的儒教（社会規範・倫理道德としての儒教）として発達したものの、民主主義の現代国家において礼教性的儒教は一般性や組織においてほぼ完全に崩壊した。しかし、もともと、日本、韓国、台湾、中国等東北アジアの人びとの心の深層に生きている原感覚に基づく、祖先崇拝・親への敬愛・子孫の存在を一つにした「孝」（生命論としての孝）は、今後も生き続けるであろう、と。すなわち、国家から強制される服従関係や報恩倫理ではなく、このような、祖先崇拝という習俗の中に溶け込んだ素朴な親への敬愛を基礎とする社会風俗から自然に派生する家族の日常倫理こそが、現憲法下における法的見地からも認められる「孝道」であろう。これは、「親は親たらずとも子は子たざざるべからず」ないし「富国強兵・殖産興業に利用するための手段としての祖先教ないし孝道」という考え方とはおのずから異なるものである。
- 76) ちなみに、青山道夫・市民社会と家族法（昭和45年）290頁によると、「祖先崇拝が家父長制家族に随伴したことは、ギリシア、ローマ、インド、中国、日本などの多くの古代家族にあらわれている。家族統合の原理としての祖先崇拝が、これらの各民族でそれぞれ多少の個性を有することはもちろんであるが、一般に家長は祖先の霊の代表者としてその地位を高められており、彼を中心としてその地位を高められており、彼を中心とする家族秩序が生まれているのである。…西ヨーロッパ社会においては古代の終焉とともにいちはやく祖先崇拝はくずれたのであるが、周知のように中国やわが国では長く残存した」とされている。
- 77) 注75で指摘した「孝」は、日本では仏教が吸収してしまっている、と説明するのが加地・前掲書（注75）223-227頁である。すなわち、「家庭における仏壇は、実は仏教ほんらいのものではなく、儒教における廟・祠堂あるいは祖先堂（祖先の神主を祭る場所。みたまや）のミニチュアである。仏壇の最奥上段に座します本尊を拝み、読経すること、これは仏教である。しかし、本尊から一段下った中段に並べられている祖先の位牌は、空中に浮かぶ祖先の霊を憑りつかせる神聖な存在である。そこに祖霊を招き（思いを致

し) 慰霊をする。それは儒教である」。また、日本人は、お彼岸やお盆には祖先の墓参りをするが、仏教によれば、輪廻転生を繰り返す靈魂は、空中になど浮かんでいないはずであるから「墓を建てることはもとより墓参りなどあり得ないのに、日本人はそれを行う。すなわち、墓参りはほんらい儒教であり、その日をお彼岸やお盆に選ぶのは日本仏教である。…このように、われわれ日本人の家庭の場合、…仏壇を中心に祖先崇拝によって精神的にまとまっている。ホテル家族(家をただ寝泊りに使うだけで精神的つながりの乏しい家族形態。小此木啓吾氏の説)となる大きな理由の一つは、おそらく仏壇や墓に対して関心がなかったり、法事や墓参りをしない家庭であろう。…しかし、大部分の家庭では依然として一族によって法事を行ない祖先の祭祀を怠っていない…。ここにこそ、儒教文化圏が存在する根拠がある」のであり、(儒教文化圏人は)祖先崇拝を核として、現代における倫理や家族論を樹ててゆくべきであろうし、そのようにしてこそ儒教的原感覚を持っている儒教文化圏の庶民に共感を与えるであろうとされる。

- 78) なお、しばしば指摘される尊属殺以外のいわゆる「近親殺」は、とりわけ児童虐待・高齢者虐待やDVなどの観点から別個に考察されるべき性質の問題ではないだろうか(小林篤子・高齢者虐待(平成16年)225頁以下、林弘正・児童虐待Ⅱ〔増補版〕(平成23年)98頁以下等)。
- 79) 内田・前掲書(注37)96頁は、正当にも「法益侵害・違法の面で違いはないのに、もっぱら責任の面で重いという理由のみから加重しようとするのは、その限りで「意思」だけ「人間的特性」だけを処罰することになりかねない」と行為責任主義違反を指摘するが、従来の尊属加重は、まさに強い道義的非難という責任加重のみによって基礎づけられており、法益・違法面からの加重根拠の説明がなされていなかったのである。
- 80) この点は、国会でも礼拝所不敬罪との関連で示唆されていたところである。たとえば、大塚・前掲書(注1)58頁は、遺棄の罪を個人的法益に対する罪であると同時に社会的風俗を害するから、社会的法益に対する罪としての性格をもつとしている。ただ、尊属殺人罪以外にも尊属傷害(致死)罪、尊属監禁罪などの尊属犯罪を設けるならば、法と道徳との重なり合いの度合いが強まるので、法は最小限度の倫理、という観点から見て尊属殺人罪以外の尊属犯罪の復活は回避すべきであろう。また、「自然発生的な子の親に対する親密と敬愛の情に」根差す素朴な倫理という見地からは、「尊属」には、基本的には直系血族のみを含ませるべきであろう。
- 81) 判例③において、最高裁の田中裁判官は「尊属殺人の規定が存するゆえに、「孝」の徳行が守られ、この規定が存しないがゆえに「孝」の徳行がすたれるというような考え方は、とうてい納得することができない」という意見を述べられたが、性善説的には、道徳の自律性のみを尊重したいところであり、この意見は何度傾聴しても傾聴しすぎることはないであろう。ただ、中国の古聖荀子の言葉も思い出すべきではないか。すなわち、荀子卷十七性悪篇第二十三に「今、人の性、生まれながらにして利を好むあり。これに順う、故に争奪生じて辞讓亡ぶ。生まれながらにして疾悪するあり。これに順う、故に残賊生じて忠信亡ぶ。生まれながらにして耳目の欲、また声色を好むあり。これに順う、故に淫乱生じて礼義文理滅ぶ。然らば、人の性により、人の情に順わずば、必ず争奪に出で、犯文乱理に合して、暴に帰す。故に必ず師法の化、礼義の道ありて、然る後辞讓に出で、文理に合して、治に帰すべし」(人間には、生まれつき利益によって左右される一面がある。この一面がそのまま生長してゆくと、人に譲る気持ちが無くなって、争いごとが起こる。また、生まれつき相手を憎む一面がある。この一面がそのまま生長してゆくと、誠意が失われて、相手を裏切るようになる。また、生まれつき、目と

か耳とかの感覚的充足を求める一面がある。この一面が生長してゆくと、礼とか義とかの社会規範が失われて、よからぬことをするようになる。このように天性のまま行動すれば、必ず争いごとが起り、秩序も道徳も破壊されて、社会が混乱してしまう。そこで、どうしても、指導者と法による指導が必要であり、礼・義による教化が必要である)

(杉本達夫・荀子〔訳〕(昭和48年)30-32頁)とあるが、家族間の習俗ないし利益の保護に関して、道徳のみならず法という他律的規範が必要なのではないか。最小限度の倫理は法の中にとり入れて、法的制裁のもとに強行することが必要となるがゆえに、「法は倫理的最小限度」といわれるのである(岡藤重光・法学の基礎〔第2版〕(平成19年)21-35頁、ゲオルク・イェリネク/大森英太郎(訳)・法・不法及刑罰の社会倫理的意義(昭和11年)58頁)。

判例③において、田中裁判官同様に少数意見に立った色川裁判官も「法律を通じての道徳の高揚も、策としてやむを得ない場合があり、一概に両分野を峻別することのみを主張するわけではない。ただ、仮にその必要があるとしても、当該道徳が、憲法の建前とする個人の尊厳と人間の平等の原理に背反するものであるときは、その立法化はもとより許されないとこのべきである」とされており、道徳と民主主義が背反しなければ、法による道徳の保護も否定されていない。民主主義国家の社会規範の在り様は、各国家の歴史・文化等に応じて現実にはさまざまであり、零か百かではあるまい(坂本・前掲書(注17)223-233頁)。本稿における「最小限度の個人的・社会的法益保護を通じて反射的に道徳を保護する」尊属殺規定に関する私見は、なお、民主主義下の法の理念と背反しないと思われる。