

Title	校正律例について
Sub Title	
Author	手塚, 豊(Tezuka, Yutaka)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1949
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.22, No.4 (1949. 4) ,p.26- 53
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19490401-0026

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

校正律例について

手塚 豊

昭和二十年、當時の司法省から出版された「日本近代刑事法令集」に、「校正律例稿」という明治初年の刑法草案の一つが収載されている。そして、同書の編者岡塚郎氏は「校正律例稿は刑法課の捺印ある同省所蔵の寫本に據」るもので「新律綱領改正律例の改正意見を記したものであるが、その作成の年月日、由來等を明かにすべき資料が判明しないことを遺憾とする」と説明されている。實際、このような草案は、それまでその名稱すらも一般には知られていないものであつた。したがつて、これまでに發表された明治刑法史關係の諸論考で、この草案の存在を指摘したものはほとんどなく、私の知るかぎりでは、高木豊三博士が明治十九年頃出版された「刑法講義録」の「維新後刑法の沿革の一節に「明治六年五月ヲ以テ改定律令ヲ頒布シ後又之レヲ更生シテ更生律例ヲ編制シタリト然レトモ此律令ハ遂ニ頒布ニ至ラサリシモノト信ス」とあるのが、そのことを述べた唯一の文献である。高木博士は明法寮法律學校の第一期生(明治五年八月入學、同九年七月卒業)であるから、當時の刑法編纂事情は直接に見聞されていたのであろう。「更正」とあるのは

高木博士自身の傳聞のあやまりか、或は講義筆記者の書きまちがひと思われる。私は本稿において、「校正律例」編纂の時期、由來をとぼしい資料から模索し、且つその内容を検討するとともに、それが明治刑法編纂史上にしめる意義について若干の考察をこころみたいと思う。

(1) 司法資料別冊第十七號「近代刑事法令集」中卷、二九七頁——三七四頁。

(2) 前掲書、自序一頁。

(3) 例えば小早川欣吾教授の名著「明治法制史論」にも、校正律例については遺憾ながら片言隻語の説明も見出しえない。

(4) 高木豊三述、井上經重筆記「刑法講義卷」二四頁。同書は明治十八年四月から翌年二月まで約三十回にわたる講義を印刷したものであるが、奥書がないので出版年月もわからないし、またその講義がどこで行われたかも不明である。

二

明治三年十二月、明治政府がはじめて全國に施行した刑法である新律綱領は、恒久的な立法ではなく、「綱領」の名稱が示すように暫定的な應急處置法であつた。したがつてその施行後、政府が個別的にあたらしい條例を發布し、或は條文の部分的改正をしばしば行つたことは當然の結果であつた。このような改正條項を集成、補正し、補足法の形式で制定したのが明治六年七月の改定律例である。改定律令編纂の開始は明治四年の春であるといわれているから、新律綱領施行後いくばくもなく着手せられ、同年七月、司法省設置の際にその事業は刑部省からひきつがれたのであろう。翌五年七月、この草案は完成して三卷三百余條が司法省から太政官に提出された。太政官はこの草案を左院の審議に附し、若干の修正をほどこして司法省に差しもどした。司法省はこの修正意見にしたがい、同年十一月二

十九日、改正淨書案をふたたび進呈し、「至急上木頒布」の許可をもとめた。これに對し太政官が「伺之通」の指令をあたえたのは約三カ月を経過した翌六年三月九日である。指令のおくれた理由は明らかでない。五月三日には木版の印刷本も出来あがり、同月三十日に布令案文を司法省から上申し、六月十三日、改定律例三二八條を頒布、七月十日より新律綱領と並行して施行された。改定律令の編纂過程にはなお不明の點が多く、その編纂委員も確實にはわからな^{らな}い。

「校正律例稿」は前に述べたように新律綱領、改定律例の改正案の形式になつてゐるが、當時このような改正案が作成されるとするならば、いかなる機關で行われる可能性がもつとも大きいかを考えてみたい。明治初期においては、もちろん近代國家の三權分立の制度は採用されていながつたが、きわめて不完全な立法機關または法律調査機關は維新直後から存在した。これらの機關は、維新後の數年間にめまぐるしい變遷をみたが、大別すれば制度寮系（法制局類似のもの）と議政官系（議會類似のもの）のものに分類せられる。制度寮（元年一月）、制度事務局（元年二月）、議事取調局（元年九月）、制度寮（二年四月）、制度取調所（二年五月）、制度局（二年八月）は前者の系統であり、議政官（元年四月）、實士對策所（元年五月）、公議所（元年十二月）、集議院（二年七月）は後者のそれに屬する。明治四年七月、「諸立法ノ事ヲ議スルヲ掌ル」左院が設けられるや、制度局及び集議院は左院にそれぞれ合併もしくは被管された。左院も純粹な意味の立法機關ではなく、政府任命の議官を以て構成する諮問的官廳であつた。けれども、これら種々の機關の權限はかならずしも明白でなく、當時の諸法律編纂事業がすべてこれらの機關のみで行われたとはいえない。例えば刑法（新律綱領）ははじめ議事取調局で調査が行われたが、後に刑法官（刑部省、司法省の前身）に移り、結局刑部省で完成された。さらに民法は制度局、左院で編纂會議があり、それを司法省がひきつぎ、五年より六

年にかけて省内民法會議で草案を作成した。當時の司法省内には四年九月以來法律生徒を養成するために明法寮が設けられていたが、翌五年九月、「司法職務定則」の施行により、同寮はその機構を改變せられ、「新法ヲ議草」し「各國ノ法ヲ講究シ」「條例ヲ撰修シテ法律ヲ調成」する立法調査機關の性格をあたえられた。それがため、省内民法會議と並行して同寮でもまた別の民法草案を編成している。それとほとんど時を同じくして左院においても民法草案を編纂した形跡もある。このように明治初年の法律編纂事業は、立法を主たる任務とする機關のみならず、刑部省、司法省内に委員會を設けて作成し、又は司法省の一局といふべき明法寮が、それを擔當した場合などがあり、そこに統一的な方針を見出しえない。しかし、明治五年司法省が立案した改定律例が前述のごとく左院の審査をうけたことから判断すれば、すくなくとも左院設置以後は、法律案の最終的審査權は左院にあり、司法省内の委員會又は明法寮ではただ法律の立案を行つたものと考えられる。ところが明治六年五月二日、太政官職制の改正が行われ、「正院事務章程」が制定せられるや、法律案の起草をふくめて立法に關する事項はすべて太政官が掌握した。正院專掌事務の第二款に「諸制度諸法律及諸規則ヲ草案シ之ヲ議決スル事」とあり、「別紙ノ通被仰出候ニ付テハ最前御渡相成候各省事務章程中此權限ニ牴觸矛盾スル者ハ被廢止候條此旨可相心得事」と各省に通達された。そして太政官の一部である左院については「職制章程追テ定ムヘシ」とされている。この職制改革は、それまで諸法律案の調査立案を行つてきた司法省につよい衝撃をあたえたにちがいない。即日、司法省は次の伺を提出している。

司法省伺 六年五月二日

太政官職制章程御渡相成最前各省事務章程中牴觸矛盾スル者被廢止候旨被仰出候ニ付於當省差向御指揮被仰付度
件々如左相伺候事

一 (略)

一 (略)

一 本院專掌第二款ニ付テハ當省明法寮ノ設ニ於テ尤致矛盾候然ニ事務章程御確定相成候迄ハ取調掛リノ部分姑ク御委任可相成哉

一 右同斷ニ付民法會議並訴訟取調等ハ其儘ノ手續ヲ以テ姑ク御委任可相成哉

太政官指令 六年五月四日

第一條 (略)

第二條 (略)

第三條 伺之適當分委任之事

第四條 前同斷

太政官から「當分委任」の回答があたえられはしたが、司法省、明法寮の法律案の起草は、その権限を失うことによりいちぢるしく弱められたことは否定できない。さらに、翌六月二十四日には左院職制も定められた。それによれば、左院は「命ニ應シテ法案ヲ草ス」る権限を持ち、その任務を遂行するため、税法課、民法課、商法課、訴訟法課、治罪法課、刑法課の六課が置かれた(七月三十一日)。この職制制定の結果、前掲指令の「當分委任」の時期は終了し、諸法律案の立案、起草は、左院に一元的に統一されたのである。これがため、存続の意義をほとんど失つた明法寮の處置について、太政官は「明法寮ノ儀」「追テ御廢ノ積ニ候事」と、司法省に指令し(その廢止は八年五月であつた)、また七月はじめには、司法省民法會議も中絶した。翌七年二月十二日、左院事務章程は改正され、その第二條に「凡

テ制度條例ヲ創立シ或ハ成規定則ヲ増損更革スル事ハ正院ノ垂問ニ依テ本院之ヲ議決シ以テ上奏スヘシ」とあり、さらに従來の六課は内務課、外務課、財務課、兵務課、法制課、諸業課に改組された(同年二月二十)。そして議員は各課に配屬され「各其擔當課ニ在テ其議事ヲ可否シ兼テ之ヲ編纂スルヲ掌」リ、書記官は「各課ニ分配シテ議案及課中編纂等ヲ草案ス」と規定されている。この改正でも、法律案の起草を左院で行う基本方針には變更がなかつたものと考えられる。この章程は明治八年四月十二日、左院廢止の時までつづいた。このように、明治六年六月から約一カ年間に、法律編纂の中心は左院に置かれていた。この期間に、左院で作成された主要な法律案として今日判明しているものに、數種の民法草案があり、(6)また國憲編纂掛を置き、憲法の本格的調査にも着手している。(11)したがつて、もしもこの當時刑法草案の作成、綱領、律例の改正が企てられたとするならば、司法省または明法寮ではなく、左院で行われる公算がもつとも大きいものといわねばならない。因みに、左院に代つて元老院(明治八年四月)が設置されてからは、法律案の起草はふたたび舊に復し、元老院に委員會を作つて行う場合(憲法、訴訟法)又は、司法省内で行う場合(刑法、民法、治罪法)等、種々の方法が採られた。そのいずれの場合にも、最終的には「議法官ニシテ新法ノ設立舊法ノ改正ヲ議定スル」元老院の本會議に付せられ審議されたことはいうまでもない。

(1) 明治三年七月十八日刑部省何に、新律綱領は「明治ノ本律ニ非ス」「百代ノ準繩不朽ノ成憲ハ仍ホ洋漢諸律ニ酌量シ爾後緩ニ擴大致度候」とある(法規分類大全、刑法律、一二六頁)。立法者の企圖はこれによつて了解されるであらう。新律綱領の編纂過程については小早川欣吾教授著「續明治法制叢考」一二頁以下、拙稿「新律綱領編纂關係考」本誌第二二卷第一二號四頁以下参照。

(2) 改定律例の編纂過程を示す司法省何太政官指令については前掲大全、刑律、三〇九頁乃至三一三頁参照。的野半介著「江藤南白」には、改定律例は「五年八月其稿を了」リ「翌六年六月初めて其裁可を得たり」(下卷、一一三頁、一一四頁)とあり、ま

● 大村岡良嗣著「明治刑制因革略」には、六年「三月司法省改定律例ヲ上ル」(皇典講究所講演第六附録、三七頁)とあるが、前掲法規分類大全の資料にもとづけば、これらの説明には年月日の誤りがあるものと考えられる。なお小早川教授前掲書、四八頁参照。

(3) 村岡良嗣の年譜には、彼が編纂に關係したと記されている。(樺齋翁年譜歴史地理第二九卷第二號一九三頁) 瀧川政次郎博士が彼を編纂者であるとされているのは、この年譜によられたものであらう(同博士稿「法制史」)「明治以後に於ける歴史學の發達」一八五頁)。村岡は刑部少録、司法中録、權小法官として刑部省、司法省に在職したからその編纂に關係したことは十分考えられる。また他にも關係者があつたかも知れない。

(4) この改革で明法案は「恰も帝國議會の一部なるが如く、立法權の一部をも有したるの觀あり」という見解もある(前掲「江蘇南白」上卷、六五八頁)。左院の存在を無視するほどの強い權限を明法案にあたえたのは、江蘇新平の強引な司法省擴充策のあらわれであらう。

(5) 當時の民法編纂事情については稿稿「明治初年の民法草案」本誌第二一卷第七號参照。

(6) 前掲大全、官職門、官制、太政官内閣、一五九頁以下。この改正ではじめて内閣が置かれたのであり、明治史において重大な意味をもつ改革であつた。それについては鈴木安藏著「太政官制と内閣制」六五頁以下参照。

(7) 左院の各分限において、諸法律の編纂を企圖したのは、當時の左院事務總裁後藤象二郎の方針であつたといわれている。(宮島誠一郎著「國憲編纂起原」明治文化全集、憲政篇、三五三頁)

(8) 前掲大全、官制、司法省一、八七頁。

(9) 左院職制については、前掲大全、官制、左院右院、九頁以下。

(10) 石井良助博士稿「左院の民法草案(一)」國家學會雜誌、第六〇卷第一號二六頁以下、第六號五三頁以下参照。

(11) 尾佐竹猛博士著「日本憲政史の研究」二七〇頁。鈴木安藏著「日本憲法史概説」五八頁。

三

左院が前述のごとく法律案の起草を專管し、且つ院内に刑法課あるいは法制課が設けられていたことからみれば、

刑法草案の編纂が企てられたことも容易に推察できるが、その事情を傳える文献はあまりにもすくない。わずかに「村田水産翁傳」は次のごとく述べている。

明治七年二月左院五等議官を命ぜられ(村田保、手塚註)、刑法改正專務を仰付けられ、後、刑法取調局の設置せらるるや、各國刑法を基礎とし、三等出仕松岡時敏氏の意見を参考として新刑法草案の作成に従事し、同十二月に至りて漸く結了し、左院副議長伊地知正治氏に復命す。

この記述がいかなる資料にもとずくかはわからないが、同書は村田保の生存中に出版されたもの故、おそらく村田自身の回顧談によつたものであらう。これと別に、この記事をうらづける次の村田談話がある。

余歸朝後(六年九月、英國より歸る。手塚註)、本邦ノ刑律ノ歐洲ノ主義ニ大ニ反スル點ヲ擧ケ、當時政府ノ施政ノ主義ヘ諸事歐洲ニ模範ヲ採ラントスルニ拘ハラス、獨リ刑律ノミ明治律ニ固執スルハ甚タ穩當ニ非サルコトヲ各大官ニ切言セシカ、同七年二月余左院議官ニ任セラレ、同時ニ新律取調ヲ命セラレ專ラ刑法ノ改正ニ着手シ、英佛刑法ニ本邦ノ法ヲ參酌シテ草案ヲ起シ、同年十月完成シテ政府ニ差出シタリ。

これらの資料によつて、明治七年頃、左院において刑法草案が作成されたことは、ほぼ判明するが、その草案が「校正律例」であつたか否かは不明である。ところが、別の機會に、村田は「校正律例」の編纂には自分が參與した旨をのべた談話をのこしている。それは明治十三年元老院において舊刑法草案審査の折、政府委員として出席した彼が提案理由を説明した次の一節である。

小官モ亦刑法編纂ノ爲メ四年ノ春、英國ニ赴キ六年十月ニ歸朝ス。蓋シ當時律例中ニ大ナル不備ナルモノアリ。例ヘベ親ノ仇ヲ復スル者ヘ死刑ニシテ姦夫ヲ殺ス者ヘ死刑ニ問ヘス、鬪殺傷ニ二等ヲ減シ、雇人家長ヲ殺スヘ

死刑ニ非スヘシ其財物ヲ盗ムハ死ニ處スル如キ其類少ナカラス。依テ小官等改正ノ員ニ列ナリ校正律例ナルモノヲ編纂セリ。

この説明からでは「校正律例」の編纂に、村田が参加した事實はわかるが、それが左院において行われたか否かは明白を缺いている。

いま、「校正律例稿」の内容をみるに、そこには改定律例第十三條閨刑律の改正意見がある。閨刑律は士族に對する刑の特例を規定したものであり、新律綱領では謹慎、閉門、禁錮、邊戍、自裁の五種を定めていたが、改定律例はこれを禁錮のみに限定した。禁錮は犯人をその自宅の「一室内ニ鎖錮セシメ外人ニ接見通信スルコトヲ聽サス」(改正律例第三條)とする刑罰である。「校正律例稿」は「士族ヲ優待スル」「公平ノ法ニ非ス」との理由で、これを改め獄舎に「禁獄」すべきであるとの意見を提案している。ところが、この改正意見は明治七年六月二十四日「改正閨刑律中禁錮ヲ禁獄ニ被改候條此旨布告候事」との太政官布告(第九號)を以て實現している。このことは、「校正律例稿」がおそらくとも七年六月二十四日以前の起草である事實を暗示するものであろう。しかも、この時期は前述のごとく、左院が法律案の起草を專管していた時代に該當する。この事實と前掲村田關係諸資料を綜合し、私は「校正律例稿」が左院において編纂された刑法草案であつたものと判断したのである。

次にその起草の時期であるが、前述の説明でわかるように、それは改定律例施行後(六年七月)翌七年六月までの期間ではあるが、さらにより局限された時期を推定してみたい。「校正律例稿」の表紙には「刑法課」の捺印がある。明治初年の官廳において「刑法課」が置かれたのは左院と司法省である。そのいずれの印章であるかを判断する資料を缺くので、それぞれの場合を検討してみよう。

a 左院刑法課の印章である場合。「校正律例稿」が左院草案である以上、このように考えるのは順當な解釋ではあろう。左院刑法課は前に述べたように、六年七月三十一日から七年二月二十四日まで存続した故、その期間に成稿したことになる。けれども、もしそうであるならば、前掲村田關係資料と若干の矛盾が生ずる。何故ならばそれらによれば左院刑法草案は、七年二月十二日、村田が司法大解部から左院五等議員に轉じてから編纂したもののよう解せられるからである。しかも、村田は最初から刑法課ではなく法制課勤務であつた。故に、刑法課の印章であることが確實とすれば、「校正律例稿」は村田と直接の關係はなく、左院刑法課で作成されたものであり、刑法課廢止後、その事務を繼承した法制課ではさらにそれにもとづく編纂をすゝめ、その事業に村田が參加したものと考へなければならぬ。

b. 司法省刑法課の印章である場合。同課は明治八年八月三十日に設けられ、十三年四月二十二日に廢止されたものである。したがつて、前述のごとく七年六月以前の成稿と思われる「校正律例稿」が、同課で作成されたとは考へられない。とすれば、この捺印は單なる所蔵印であり、草案成稿の場所とは無關係であると解すべきであらう。この場合は、前掲村田關係資料をそのまま肯定し、「校正律例稿」は左院刑法課ではなく、法制課において村田の就任以後に編纂されたものと考えることができぬ。

これら二つの場合のいずれが正しいかは残念ながら斷定できない。しかし、村田の別本にも「是非刑法を改正しなければならぬと云う論が、明治七年の初から非常に起りて私共も其八釜しく言ふた一人でありました」とあるから、「校正律例稿」の編纂開始時期は、はやくとも「明治七年」一月以降と考へてよからう。すなわち、それは明治七年前半期の所産であつたことがわかる。ただ、その編纂を行つたのが刑法課であつたか、又は法制課であつたかは不明

であり、それがため村田が關係したか否かも確實には知りえない。けれども村田が左院に入つてから法制課において松岡時敏⁽¹⁾の援助をうけ「校正條例」編纂事業をすゝめ、「校正條例稿」を法典形式の確定案にまで完成したことだけは確實な事實とみてよからう。前掲高木博士の記事が、同草案が完成したといつてゐるのは、その傍證となるであらう。次に、村田はその年譜によれば七年六月十四日に「刑法取調事務」の辭令をうけている。これは、この時から始めて村田が編纂に参加したといふのではなく、その頃に一應草案が完成し（それが「校正條例稿」であるか、或はその後の成案であつたかはわからないが）、本格的審議の段階に入つたためであり、前掲村田傳に「刑法取調局の設置せらるゝや云々」とあるのも、この最終的編纂會議を指すものと理解したい。かくして校正條例草案が完成したのは七年十月^(前編村)、もしくは十二月^(田談)であつた。この確定草案が「左院副議長伊地知正治⁽¹⁾氏に復命^(前編村)」されただけで終つたものか、又は左院大會議⁽¹⁾の審査に付せられ論議されたものか、詳しい事情は、遺憾ながらこれを知ることができない。

(1) 明治五年四月、左院小議官宮島誠一郎が左院における憲法制定の急務を建白した「立國憲議」の一節には「國憲ニ準シテ民法ヲ定メ、人民相互ノ義務ヲ行ハシム。而シテ其國憲民法ニ違フ者ハ刑法ヲ設ケテ之ヲ律ス。此ニ於テ政府始メテ人民保護ノ道定マルナリ。故ニ國憲立チ民法隨テ定リ國憲民法定テ然ル後ニ刑法始メテ設クベシ」とある。(明治文化全集、憲政篇、三四五頁) この頃、すでに左院では憲法、民法、刑法の順序で、その編纂を行わんとする氣運が動いてゐたことがわかる。

(2) 日本水産會編「村田水産翁傳」(大正八年刊)二二頁。

(3) 村田保述「法制實歴談」法學協會雜誌第三二卷第四號一四二頁。

(4) 「元老院會議筆記」明治十三年三月十五日の條。

(5) 實際には當時の設備がともなわず、當分の間自宅拘禁をみとめ(七年七月十四日、司法省達)、ようやく十一年四月十六日から監獄内に拘禁した(内務省達)。

- (6) 左院刑法課は「犯罪者ノ刑ヲ定ムル條件ヲ議草スルヲ掌ル」を任務とした。前掲大全、官職門、官制、左院右院、一八頁。
- (7) 元來、法制課は正院に置かれ「諸律法式禮規則章程條例等ニ關スル事ヲ勘査」したが、七年二月十二日、左院事務章程改正の際左院に移された。そして、十数日後、すなわち二月二十四日、從來の刑法課をはじめ六課が廢止せられるや、その全部の事務をひきつぎ「民法訴訟法治罪法刑法商法及ヒ官職位階儀杖服飾禮式等ニ關スル方法規則ヲ議定スルヲ掌ル」ものとなつた(前掲大全、太政官内閣、一七二頁、左院右院一八頁)。刑法改正を行うために左院に入つたと思われる村田が、刑法課ではなく最初から法制課勤務になつたのは、その時(二月十二日)すでに十数日後の刑法課廢止が確定していたためであらう。
- (8) 司法省編「司法沿革誌」三〇頁、四一頁、五二頁。
- (9) 村田が司法省刑法課に勤務した事實もない(前掲村田傳の年譜参照)。
- (10) 「校正律例稿」は舊司法省藏書であるから、司法省「刑法課」の藏書印があることは決して不思議ではない。また、後述のとく、その内容に英國法をとりいれていることは、英國歸りの村田が關係した證據であるともみられるから、私はむしろこの場合が真相ではないかと考える。しかし、こゝでは早急な斷定を避け後考を待ちたい。
- (11) 村田保述「法律の沿革」(明治二六年刊、日本法律學校版)七頁。
- (12) 松岡時敏(七年三月三日、二等議官より三等出仕に補)は左院における憲法編纂の中心人物であつた。また、刑法課に配屬された議官としては、横山由清、永井尙志、高崎五六(若しくは高崎正風)以外に判明しないし(石井博士、前掲論文(二)二七五頁、註一四、一九から推定)、法制課勤務の議官名についても、私はまったく知るところがない。したがつて他の校正律例編纂關係者を推定することは、私には不可能である。
- (13) 伊地知は七年四月三十日、議長に昇進した。故に草案完成が十月又は十二月とすれば、當時、彼は議長であり、村田傳の「副議長」は誤りである。
- (14) 「立法ノ事」は「總議官議事堂ニ會シ議長上席シテ議ス」る「大會議」に付するのを原則とした。(七年八月、左院議事規則。前掲大全、左院右院、二〇頁)。

四

前項において述べたごとく、「校正律例稿」は編纂の初期に作られた文字通り「稿」本であり、校正律例確定案は別に存在すると思われる。それは改正意見書の形式をもつ「校正律例稿」を、逐條體の法典にまとめたものにはちがいないが、その後の編纂で、さらにどの程度にまで西洋刑法の内容がとりいれられたものか、或は他のあたらしい訂正がどれだけ増補されたものか、詳しいことは草案そのものが不明の今日、知るに由ない。こゝでは「校正律例稿」(以下稿本)の内容からその特色をつかみ、それを通じて左院刑法草案の輪郭をうかがうことにしたい。

前にも述べたごとく、當時の現行刑法は新律綱領と改定律例の二つであつた。すなわち、律例で改正されない部分は、それは分量的にもすくなくないが、綱領がそのまま現行法として適用されていたのである。稿本が綱領、律例兩者の改正意見から成る理由はそこにある。いま、稿本の特色を次の二つに分析し、その内容を概説しよう。

(一) 西洋法律の部分的繼受

a. 綱領、律例は、強姦盜その他の財産犯に對する量刑を、被害金額の多少によつて機械的に配分していた(七編四、改正七)。しかし、同一罪質への犯罪に對して幅の廣い法定刑を設けることは、近代西洋刑法の特色である。されば、稿本は七編例圖を非難して「金數ヲ重シテ罪情ヲ輕ンスルナリ恐クハ至當ノ法律ト謂フ可ラス假令ハ甲乙二人各別ニ窃盜ヲ犯スニ甲ハ父母ノ供養缺ル事ヲ憂テ之ヲ竊ミ乙ハ自己ノ游蕩ヲ恣ニセント爲メニ之ヲ竊ム其情ヲ察スルニ甲ハ憫諒スヘキ者アリト雖モ乙ニ至テハ甚惡ムヘキ者アリ故ニ洋律ニテハ一定ノ金數年月ヲ以テ其罪ヲ處セス是罪ハ一ツニアリト雖モ情ハ自ラ雲壤ノ異アレハナリ本朝ニ於テモ此法ヲ設サルヘカラス」といつている。けれども「俄ニ之ヲ設ル時ハ裁判上弊害ヲ生センモ濁リ難ケレハ姑ク舊慣ニ仍リ後日ヲ待テ宜ク改心スヘシ」とし、その具體的改正方法にはふれていない。このような改正は、「律」の構成の根本的的改革を前提としなければ、不可能なことでもあつた。

b. 綱領における責任能力は十六歳以上六十九歳以下の健康者であり、八歳以上十五歳までの者は、特別の場合に限定責任能力をみとめられていた(誤收刑)。しかし、行刑上の點では、これらの少年犯罪者を特別に取扱つてはいない。稿本はその行刑上の處置をとりあげ「年十六以下ノ者犯罪ハ重蒙ヲ懲戒教導スル學舎ニ入レテ各年限ヲ定メ兵事諸業ヲ付シ殿則ヲ立テ苦學セシム此ノ法英國ニ於テ積年試ルニ頑惡重蒙終ニ過ヲ改メ善ニ復シ實功ヲ舉ル事勝テ數フヘカラス此法宜ク五刑閏刑外ニ設立スヘシ」と提唱する。すなわち、律例の懲役、死刑(誤殺或は他)、華士族の特別刑(閏刑)以外に、少年犯罪に對する特別措置を採らんとするものである。英國においては一八五四年の感化法(Reformatory Act)施行以來、十六歳未満の少年犯罪者を感化院(reformatory school)に收容し、少年犯罪の防止に輝かしい業績をあげていた。稿本の立案者は、この英國式感化院の制度を移入しようとしたのである。

c. 律例には、過失殺人、過失傷害の場合、懲役とは別に犯人をしてその被害者の家に「埋葬及ヒ醫藥ノ資」として被害に應じた法定の收贖金を支拂わしむる規定がある(改正過失殺人)。これは法定の損害賠償というよりも、むしろ特殊の財産刑を併科したものと考うべきであろう。しかし、故意犯の場合には、このような規定がない。もちろん附帯私訴の制度もない。實際、當時においては殺人、傷害等の故意犯の被害者に損害賠償請求権をみとめることは、考えられていなかつたようである。例えば、強姦傷害の被害者が醫藥料を請求せんとした事件に關する三重縣伺に對し、司法省は「姦夫強姦ノ罪ニ處刑セラル、以上ハ被姦ノ女醫藥料等ノ入費アリト雖モ償ハスニ及ハス」(八年四月十三日司法省指令)と回答している。稿本はこの矛盾を指摘し、過失犯のみならず故意犯(有心故造)の場合にも「本刑外ニ償金ヲ出サシムヘシ」とする。そして「英同ノ律ニテモ人ヲ損傷シ及ヒ誹謗スル等ハ刑先ツ之レヲ罪シテ更ニ贖金ヲ傷謗セラル、者ニ附與セシム」と説明する。これは英國法の口頭誹毀(slander)、文書誹毀(libel)、及び暴行、毆打(assault, battery)

にもとづく損害賠償を指摘したものである。また、誣告にもとづいて拘禁された者にも「賠償ノ法ヲ立テ」「損失ヲ總テ官吏及ヒ誣告者ヨリ償還セシムヘキナリ」としている。これも英國法の誣告 (malicious prosecution)、不法監禁 (false imprisonment) にもとづく損害賠償に倣つたものであろう。明治初年においては、民事責任と刑事責任とが徳川時代と同じように混同して考えられていたので、不法行爲法はもつとも發達しない分野であつた。稿本が、英國の law of torts の一端を移入せんと企てたのは、先驅的の見解であつたといわねばならない。

b. 稿本は監獄における接見制度を提案する。綱領、律例或いは監獄則 (五年十一月) にも、それに關する規定は見當らないが、當時の實際上の取扱ひにおいては、受刑者が「疾病」 (七年五月皇親國戚例、年六月司法省指令) の場合、「負債類有之」「到底本人へ面談不致候テハ不相協議有之」 (七年十二月京府、同月司法省指令) 場合、その他「事情不得止ニ係ル者」 (九年五月諸藩例、同月内務省指令) 等に、獄内で親族、隣伍の者に面會を許した場合もあつた。しかし、明治九年近畿地方の監獄を視察した宣教師ベリー (J. C. Berry) が、大久保内務卿に提出した「獄舎報告書」には「何故に罪囚其ノ親族ノ候問ヲ受クル事ニ制限ヲ設ケ、是ヲ束縛セララルカ」「斯ノ如キハ罪囚ヲシテ改惡歸善ノ心ヲ發セシムルニ至要ナル感動力ノ一ヲ剝奪スルニ異ナラサルモノナリ」「故ニ罪囚へ面語セント乞フ者へ、其ノ親戚ノ實否及ヒ其ノ性質ノ善惡ヲ確實ニスルニ勉ムルノ外、罪囚ヲ訪問セント乞フ者へ毫モ妨碍ヲ做スヘカラサルナリ」とあり、接見制度の採用を上申していることからみると、原則的には接見が禁止されていたものと考えられる。稿本は「英佛ニテハ囚禁及ヒ徒役セラル、罪犯ノ親屬見シ事ヲ廢フ者ハ之ニ免狀ヲ付與シ權ヲ隔テ、相面談スル事ヲ許ス」「本朝ニ於テモ宜ク此法ヲ左ノ如ク御設立有之度候」とし、次の規定を設けている。

面談 凡獄囚及ヒ懲役人ノ家屬罪囚ヲ見シ事ヲ願ヘハ官吏之ニ免狀ヲ付與シ獄吏監察シ權ヲ隔テ、相面談スル事ヲ

聽ス如シ故ナク聽サ、ル者ハ各懲役五十日

其家屬面談スル事ヲ許スヘカラサル事故アル者ハ此限ニ非ス

こゝでもまた、英佛監獄法がその典據とされたのである。⁽¹²⁾

e. 稿本は次のごとく保釋(責付保結)制度を提案する。

責付保結 凡懲役十年以下ニ該ル犯罪ハ其ノ罪情極悪及ヒ明白ナル者ニアラサレハ判事ノ適意ニ依テ推訊中ハ親屬及ヒ朋友ノ保結ヲ願フ者アレハ至當ナル金數ヲ撰シ約束シテ責付保結セシム若シ呼出日ニ於テ官ニ出テス或ハ逃走スル者ハ其約束スル所ノ金數ヲ官ニ没入シ仍ホ罪犯ヲ捕獲シテ本罪ニ二等ヲ加ヘ罪懲役終身ニ止ル本罪死スヘキ者ハ常律ニ依ル

その理由として「英國ニ於テ最モ盛ニ施用スル良法ニシテ平人ヲ冤枉ニ罹ラシメ及ヒ輕罪ヲ牢死セシメ若クハ犯人ノ逃走スル事ヲ豫防スル者ナリ」という。英國における保釋(Bail)の制度は、「英國法の歴史と同じように古⁽¹³⁾」とさえいわれるものであり、後ちにこれが佛蘭西、獨逸の刑事訴訟法に傳えられたのである。わが國では、これに類似した制度として責付があつた。責付は被告人を親類その他の者に預けて、勾留の執行を停止することであり、徳川時代の「親類預け」「五人組預け」もそれである。綱領においては「凡婦人輕罪ヲ犯スハ本夫ニ責付シテ保管セシム。如シ夫ナキ者ハ親屬隣保ニ責付シテ保管セシム」⁽¹⁴⁾(⁽¹⁵⁾人犯預)とあり、明治五年の監獄則にも「裁判官其輕罪ナルコトヲ察スレハ其親戚若シクハ故舊兩人以上に保責シ證書ヲ納レシメテ其家ニ還ス」⁽¹⁶⁾(⁽¹⁷⁾刑罰)の規定がある。さらに一般の受刑者についても、病氣の場合には、區戸長、書記、親族、隣佑に責付することがしばしば行われた。⁽¹⁸⁾このように、當時の責付は刑事被告人のみならず、受刑者にも行われ、⁽¹⁹⁾またかならずしも本人及び關係者の請求を必要とせず、保證金

も提出しない點で、保釋とは異なつてゐる。したがつて、西洋諸國の刑事訴訟法にみられる保釋制度を採用したのは、この稿本の規定を以て最初としなければならぬ。

f. 以上は、稿本の内容にみられる西洋法制の影響であるが、特に主として英國法を繼受したことがめだつ。またその中には、本來ならば監獄法、刑事訴訟法に屬する規定もあるが、これは綱領、律例の中にも純粹の刑法以外の規定を包含してゐたように（例えば遺失物條例、斷獄律等）、當時、それらの法律の分野がかならずしも明確でなかつたためである。

(二) 綱領、律例の不均衡の是正、補充

稿本の西洋法律をとり入れた部分以外は、すべて綱領、律例の規定に關する改良意見と、その枠内でのあたらしい規定の挿入であり、約百項目におよんでゐる。こゝではその主なる項目だけをあげておく。

a. 律例には綱領の規定をうけついで「改正贖罪收贖例圖」があつた。贖罪は「平民過誤失錯連累其他不幸ニ出テ事情偶諒ス可クシテ實斷シ難キ者」に適用され、收贖は「士族以上ノ婦女的決シ難キ者」と「老小癡疾婦女ノ矜恤ス可キ者」に適用され、それぞれ贖罪金、收贖金を支拂ひ、實刑を免かれる方法であつた。そして、その金額は懲役十日から絞斬まで二十段階の刑に、機械的に配當され、收贖は贖罪の約三分の一程度であつた。例えば懲役十日には贖罪七十五錢、收贖二十五錢、懲役百日には贖罪七圓五十錢、收贖二圓五十錢、絞と斬には贖罪百圓、收贖四十圓である。稿本の「贖罪收贖例」は、一刑一金額を改め、各刑に對する金額に融通性をあたえる。すなわち、前の例によれば、懲役十日には贖罪七十五錢から八圓五十錢、收贖二十五錢から二圓八十錢、絞斬には贖罪百圓から四千圓、收贖四十圓から千三百圓である。稿本が西洋刑法の例にしたがひ、幅のある法定刑を提案してゐることは前にのべたが、

その主張の一端をこゝにとりいれたのであろう。

b. 稿本はあたらしく「平民贖罪例圖」をおく。それは「平民ノ謀反大逆強姦謀故殺放火偽造寶貨」等以外の故意犯（有心故造）に對するもので、「判事ノ適意ニ依テ」「罪犯ノ事情貧富ヲ審察シ定數内ニ就キ其罪犯ニ至當ナル所ヲ以テ贖金ヲ出サシム」のであつた。前項の「贖罪收贖」の程度にまで達しない平民犯罪に適用するのであろう。懲役十年までの十八段階の刑に、贖金を配當する。例えば懲役十日は一圓五十錢より十七圓、同一年は三十圓より五百圓、同十年は百六十圓より五千圓である。こゝにもその金額にかなりの幅をあたえている。この「平民贖罪」及び前項「贖罪收贖」における贖金が、網領、律例の諸例圖に反して相當の幅をもつことは、前にも述べたように西洋刑法の量刑を模倣したものであるが、網領、律例ではほとんど許されていない「判事ノ適意」すなわち自由裁量の範圍をみとめたものとして注意すべきであらう。また、この「平民贖罪例圖」の新設は、華士族、官吏の犯罪のみに特別措置を規定することの多い網領、律例（官吏公罪贖罪例圖、官吏私罪贖罪例圖、勸懲令）の極端な身分主義の一角が崩れんとすることを意味する。

c. 律例第十九條に刑の執行停止に關して「凡禁錮百日以下、限内ニ祖父母父母死亡スレハ官ニ告ケ門ヲ出テ葬式ヲ行フ事ヲ聽ス、其一年以上ハ此限ニ在ラス」とある（この禁錮を禁獄に改める稿本の提案はずでに前節で述べた）。稿本は、この條に「若シ平民ノ懲役百日以下ニ該ル者モ亦限内ニ祖父母父母死亡スレハ親屬ノ願フ者ニ責付シテ懲役場ヲ出シ葬式ヲ行フ事ヲ聽ス」の規定を増加している。士族の禁錮と平民の懲役を、同様に取扱わんとする企圖を注意すべきはもちろんであるが、それよりも、士族の身分的特別法である團刑律の中に、平民に關する規定を挿入した點をみのがしてはならない。それは團刑律のやがて迫るべき運命を暗示している。

d. 稿本は「男女婚姻ノ條」に左のごとく重婚罪の規定を設ける。

若シ妻アリテ更ニ妻ヲ娶ル者ハ懲役一年

元來、單婚制を採らない婚姻法の時代には、重婚の禁止が實際上重要な意味をもちえないのは當然であるが、重婚を認めない思想が存在しなかつたわけではない。徳川時代においても刑法上の問題となつていたし、明治元年の「假律」にも「凡妻有ルニ重テ妻ヲ娶ルモノ笞五十、後娶之婦ハ離別セシム」の規定があつた。また唐律には「諸有妻更娶妻徒一年、女家減一等」「各離之」とあり(明、清律は九十條)、大寶律にも「有妻更娶者徒一年、女家杖百、離之」とある。稿本がこれらの規定にもとづくことは明かであろう。綱領、律例はいかなる理由かはわからないが、それに關する規定をもつていない。しかし、實際上の取扱いでは重婚の男は「不應爲重」の罪に問われ、「後婚ノ婦女情ヲ知ル者ハ同罪」(明治八年一月新訂律例)とされていた。「不應爲重」は懲役七十日である。稿本は綱領、律例の不備を補い、且つその重刑を強化したのである。たゞ従前の律と異なり後婚效力にはふれていない。また重婚の女に關する規定を缺くのは、そうしたことが起りえないと考へたのであろう。

e. 稿本は逃亡條例の廢止を提案する。綱領の「奴婢逃亡」の規定は唐律の復活であるが、綱領の「逃亡」及び律例の「逃亡條例」は、従前の律には存在しない規定であつた。それは本籍を「脱籍逃亡シテ二年」以上及び「官廳ニ陳告セスシテ」「他管ニ出テ五十日ヲ過ル」(前編二二七條)華士族、庶民に對する刑を定めたものである。この規定は、徳川時代に賃租負擔力を安定させるため領民の移轉を制約した(脱落)ことの名残りにすぎないとの見解もあるが、廢藩置縣後の律例が、綱領の規定を廢止せざるのみか、さらに詳細化しているのは(綱領は一ヶ條、律例は五ヶ條)、單に前代の影響のみならず、別に積極的立法理由が存在したのではなからうか。明治九年七月同條廢止に關する元老院意見書には「維新

ノ際ニ方リ諸藩脱籍ノ徒往々外ニ在テ不逞ヲ爲スヲ以テ爲メニ此律ヲ設ク」とある。稿本はその廢止理由として「實際行ハレ難キ者アリ」と述べるにすぎないが、さらに前掲意見書と同じく「方今郡縣制度漸ク完備シ移轉自由ヲ聽スヘキ時」と判断したのである。

f. 稿本は次のごとく「謀反大逆律」を「創定」する。

凡謀反及ヒ大逆ヲ謀ル者ハ事由ヲ開具シ奏聞シテ上裁ヨリ取ル

若シ法度ヲ變革シ及ヒ君側ノ姦臣ヲ掃除スル等ニ託言シ衆ヲ聚メ兵ヲ弄シ官ニ抵抗シ若シクハ賊兵ヲ援ケ或ハ軍器錢糧ヲ供給スル者モ亦同

「謀反大逆」は、唐、明、清律及びわが大寶律にもその規定があり、「假律」も「謀反謀大逆」は「已行末行」を問わず、また「首従ヲ分タス」すべて磔、梟首の極刑を規定している。「謀反」は「國家ヲ危クスルコトヲ謀ル」ことであり、「大逆」は「山陵官闕ヲ毀スコトヲ謀ル」ことである。綱領編纂當時、その草案にはそれに関する規定があつたが、參議副島種臣の意見によつて削除されたと傳えられる。律例にもまたその規定は存在しない。けれども、當時明治政府の基礎はかならずしも安定せず、新政府に對する反抗は直接行動となつてしばしば勃發した。かような事態に對處する法律上の根據を、政府は切實に要求していたにちがいない。稿本の「謀反大逆律」が、法定制を規定せず「上裁ヨリ取ル」とあるのは、司法當局の任意を以て出來得る限りの極刑を科さんとする企圖であつたと思われる。西洋刑法の一部をとりいれ、「律」の近代化を目的とする稿本が、他方においてこのような極端な刑の專斷を許容するのは、現實の強い要求に屈してその理想を放棄したものといわねばならない。

五. 律例第七十四條に「凡人ヲ殺スノ心ナシト雖モ毒藥ヲ用ヒテ故ラニ疾苦セシムル者ハ懲役八十日」とあるが、

稿本はその法定刑を「情ヲ量リ三年以上十年以下ノ懲役ニ處斷ス」と改正する。このような形式の量刑を規定したのは、綱領、律例はもちろん稿本の他の條文にもその例がない。法定刑に幅をもたせる稿本の主張は前に述べたが、それをここに實現したのである。

h. 稿本は律例第二百六十四條「凡父母舅姑及ヒ夫ノ喪ニ居リ姦ヲ犯ス者ハ各凡姦ニ一等ヲ加フ相姦スルノ人ハ凡姦ヲ以テ論ス」の規定すなわち「居喪犯姦」を廢止する。この規定は唐、明律、假律にもあり、婚姻における再婚期限を定めたものともいえる。當時の服忌令によれば父母の忌五十日、服十三日、夫の忌三十日、服十三日である。⁽²³⁾稿本はその廢止理由を明言しないが、服忌の制度は明治初年以來、部分的にゆるめられる傾向にあり⁽²⁴⁾（例えは五年二月太政官令、⁽²⁵⁾「居喪」の意義も稿本起草當時には「忌中ノ日數ノミ」⁽²⁶⁾（明治七年一月司法省令）に限定されていた。稿本の起草者は刑法上におけるそうした制度自體を反省したのである。

i. 以上は綱領、律例に對する改正意見の一部を述べたにすぎないが、これによつて、稿本の提案がどんな種類のものであつたかは判明するであろう。要するに、閏刑その他にあらわれたる身分的階級的差別主義、「斷罪無正條」「不應爲」にあらわれたる罪刑法定主義の否定、及び拷問制度等「律」の根本原則にはほとんどふれず、わづかにその枠内で取捨選擇を行い、不合理を改め、不備を補ふことを目的としたにすぎないのである。

(1) 舊司法省所藏校正律例關係文書にも、「校正律例稿」以外には「校正律例原稿名例」「校正律例關係稿」の二種があるにすぎない。(可法省調査課編「和漢圖書目錄」一四八三頁)

(2) 綱領の責任無能力者は九十歳以上、七歳以下の者であり、限定責任能力者は、(一)七十歳以上七十九歳以下、十五歳以下十一歳以上及び癡疾者と、(二)八十歳以上八十九歳以下、十歳以下八歳以上及び篤疾者の二種類に分かれ、若干その取扱いが異なつてい

た。律例はさらに盲人を加え、且つ限定責任の範圍を縮少した(律例四六條—四八條)

(3) 明治五年十一月の「監獄則」には懲治監の規定がある(興造十條)。それには「二十歳以下懲役満期ニ至リ惡心未タ俊ラサル者或ハ貧寒營生ノ計ナク再ヒ惡意ヲ挟ムニ獄アルモノハ獄司之ヲ懇諭シテ長ク此監ニ留メテ營主ノ業ヲ勉勵セシム」「平民其子弟ノ不良ヲ憂フルモノアリ此監ニ入シテ事ヲ講フモノハ之ヲ聽ス」とある。この規定だけをみれば、それは不良少年で刑期を終えた者と、親の請願した者とを收容する一種の感化院的な施設であつたとも考えられる。しかし、同條にはさらに「二十一歳以上ト雖モ逆意殺心ヲ挟ム者は獄司ヨリ裁判官ニ告ケ尙此監ニ留ム」「脱籍無産復籍シカタキ者本刑懲役ノ限滿チシ後ハ皆此監ニ移シ罪囚ト區別シ工藝ヲ習慣センメ獨立活計ノ目途ヲ立然ル後本人望ミノ地へ入籍セシム」とあるが、これは豫防拘禁、勞役留置等の保安處分であり、また「平民罪ヲ犯シ贖罪スヘキ者無力ニシテ情實贖スル事能ハサルモノ、實決シテ懲役スル如キハ皆此監ニ入ル」とあるは、一種の換刑處分である。これらの者を一括して收容する懲治監の性格は、きわめて不明確といふべきであらう。

それはともかく、この監獄則は英國法を模倣した劃期的な法典ではあつた。それがため、實際の設備がそれにとまわず、施行の時から「禁囚處遇及懲役法」のみまず實施したが、結局、翌六年四月には全面的に施行が停止された。したがつて、稿本起草當時は、少年行刑に對して何等の特別處置もなかつたのである。

(4) その狀況は小河滋次郎博士稿「未成年犯罪者の處遇」(著作選集、上卷一〇頁以下)に詳しい。

(5) わが國最初の感化院は、明治十八年十月創立の私立兼備感化院(東京湯島)であり、感化法は明治三十四年八月、はじめて施行された(社會局編「感化事情回顧三十年」昭和五年刊、八頁—二〇頁)

(6) 過失殺人の場合、刑領では「絞、三十五兩」であつたが、律例は「懲役終身、四十圓」に改めた。過失傷害の場合、律例では傷害の程度を八段階に分け、「懲役三十日、一圓五十錢」から「懲役十年、三十五圓」までを規定している。

(7) 近藤圭造編「皇朝律例彙纂」(明治九年刊)卷五、四八頁。但し、財産犯の贖物については、刑領、律例共に返還、賠償の規定を有している(紛没贖物條例)

(8) (a) *日本の法律* 當時の英國法 *of Torts* G. G. Addison, *Wrongs and their Remedies: being a treatise on the law of torts*, 4 ed., 1878, pp. 570 ff.

(10) 東京警視總監署編「職務備攷」(明治十一年刊)五八三頁—五八六頁。

(11) 大久保利武編「日本に於けるペナリイ」二四一頁。

(12) 前掲「獄務備攷」には、「法朗西監獄築造書」によるとして、接見所の構造が譯載されている(五八八頁)。佛蘭西では一八三一年一〇月五日の規則で接見が許されていた(司法資料第四〇輯「佛國監獄制度同職員令」四六頁)。また、「英國監獄條例」の接見の條も譯載されている(五八九頁)。當時の英國監獄法は Prisons Act, 1865 p. no. 2

(13) J. F. Stephen, A History of the Criminal Law of England, 1883. Vol. I, p. 233.

(14) これに關する何、指令は甚だ多い。前掲「獄務備攷」四二九頁以下參照。

(15) 當時、刑事被告人と既決囚との區別は、明らかに認識されていなかった。實付は兩者に共通しておこなわれたのである。

なお、實付は明治十五年の治罪法に傳えられたが(二一九條)、それは被告人のみに對するものであつた。その後の刑事訴訟法もこの制度をうけついでいる(明治二十二年法一五九、一六〇條。大正一三年法一一八、一一九條)。新刑事訴訟法では、法文上は實付の名稱を用いていないが、實質上その制度を採用し(九五條、九六條)、學者はやはりこれを實付と呼んでいる(例えば團藤重光教授「新刑事訴訟法」二四五頁)また、受刑者に對する實付、すなわち刑の執行停止は、明治十四年及び二十二年の監獄則に憲治人(主として少年囚)病氣の場合に「親屬交付」の制度があるにすぎず(三四年法、三五條、三六條)、治罪法、明治二十二年刑事訴訟法にはその規定がなく、憲治人以外の受刑者重病の場合にも停止は許されなかつた(明治十五年二月群馬縣何、同年三月司法省指令。「治罪法綱令類纂」七三八頁)。それがため、學者はその不備を指摘していたが(例えば小河滋次郎博士著「監獄學」明治二七年、六二一頁)、明治四一年の刑法施行法(四九條)によつて、詳しい規定が刑事訴訟法に追加され(三一九條二項三項)、その後に及んでいる(大正一三年法五四六條、新法四八〇條—四八二條)。

(16) 高柳眞三教授稿「徳川時代の重婚」法學第三卷第六號七四頁以下參照。

(17) 前掲「皇國律例彙纂」卷六、三一頁—三二頁。

(18) 綱領の「凡奴婢及雇人逃亡者へ笞三十」は、明、清律に類似規定がなく、唐律の「諸官戶官奴婢亡者一日杖六十、三日加一等、部曲私奴婢亦同」の模倣である。もちろん、「奴婢」の意味は唐律とは異なり「華士族ノ家ノ給侍役使スル男女」(綱領「稱奴婢雇人」)であつた。さらに律例はその名を改め、すべて雇人とした(律例第九十七條)。

(19) 高柳眞三教授稿「明治初年の失踪制度」法學第一卷第五號一六頁。

(20) 前掲大全、刑法門、刑律三二八頁、三三〇頁。

(21) 穂積陳重博士著「法窓夜話」二六頁。村田前掲「法制實歴談」一四二頁。

(22) 佐賀の亂その他の政治的騷亂事件關係者に對しては、「司法省臨時裁判所」を開いて、綱領、律例に準據することなく極刑を宣告している。福澤諭吉が江藤新平の處刑を非難し「公然たる裁判もなく、其場所に於て刑に處したるは、之を刑と云ふ可らず、其の實は戰場に對取たるものの如し。鄭重なる政府の體裁に於て大なる缺典と云ふ可し」(『下丑公論』、大正五年版、三九頁)と評したのは、こうした暗黒裁判に對する痛烈な抗議であつた。

(23) (24) 「民事要領」(明治一二年刊) 六九頁—七〇頁、七八頁—七九頁。

(25) 前掲大全、刑法門、刑律三六七頁。

五

「校正律例稿」は、前述のごとく「律」の様式に西洋刑法の影響を若干とり入れた折衷案であり、「律」から *the legal principle* の近代刑法法典へうつりゆく過渡的立法であつた。そして、本質的には東洋法系刑法の類型に屬するものである。「校正律例」確定案が存在し、それが「稿本」をさらに増訂したものであつたとしても、その基本的性格が一變したとは考えられない。何故ならば、「律」にもりこむ西洋刑法の内容には、おのづから一定の限界が存するからである。

そもそも明治維新後、新政府が最初に着手した立法事業は、刑法の編纂であつた。維新草創の混亂期に際し、治安確保のため刑法の制定はまずとりあくべき緊急事であつた。假律、新律綱領はこのような政治的要請の所産である。當時、西洋刑法の知識はほとんど移入されておらず、またその官制に現われたような復古思想の影響をうけて、それらの刑法はすべて「律」の復活であつた。西洋刑法、殊に佛蘭西刑法の内容がはじめて紹介されたのは、明治二年の後半期であり、それは新律綱領編纂中のことである。編纂者の一人であつた村田保は「其時分迄は少しも歐羅巴の法

律などと云ふ考えは無かつた。我々初め歐羅巴には如何なる法律のあることが知らなかつた」「私なども始めて佛蘭西の刑法と云ふものを見ることを得ました。我々は之を見て、是は十分考えすばなるまい、研究せねばならぬと云ふ考へが起つ」たと、いつている。翌三年七月の刑部省内に「不朽ノ盛憲ハ仍ホ洋漢諸律ヲ酌量シ云々」(前編二の)とあるのは、「律」への執着をのこしつゝ、なお西洋刑法をも攝取せんとする氣運が、刑部省部内に勃興したあらわれであろう。されば、刑部省は刑法調査のため、綱領施行直後、官員を歐洲各國に派遣し、また次の改定律例には「各國ノ定律ヲ酌」む趣旨を以て(改定條、同上條)、條文態の形式と懲役刑のみを、西洋刑法から採用した。しかし、明治維新後のわが國が、近代資本主義國家體制への途をすゝむためには、西洋式法典を整備することこそ、不可避の要請であつた。「四民平等」「文明開化」の時代に、階級的差異、官吏庶民の區別、親族主従關係等に重點をおく「律」系統の刑法はむしろ桎梏であつたにちがいない。このような時代の要求に呼應し、純然たる西洋式刑法の編纂を開始したのは、進取果斷の司法卿江藤新平のひきいる司法省であつた。明治五年から六年にかけて、同省では松本暢(權大判事)、津田眞道(大法官)、水本成美(權大法官)、清岡公張(五等出仕)等を委員として佛蘭西刑法を模範とする編纂事業をすゝめてゐる。これは江藤の失脚と、前に述べた左院の法典編纂專管のため惜しくも中絶したが、新刑法のむかうべき方向を指示した最初の立法事業であつたといつてよい。左院の編纂事業はその後をうけて開始されたものである。しかるに、それは司法省の方針を踏襲せず、「律」の形式を濫存し、且つ西洋刑法の採用が斷片的にとどまつた理由は何故であらうか。左院がもつていたスタッツの西洋法律の知識を以てしては、緊急の要に應ずるため短期間に西洋式刑法を編纂することが、おそらくは不可能であつたことも、その原因ではあらう。と同時に、左院の法典編纂事業が、司法省のそれに対して異なつた性格的特色をもつことを指摘しなければならぬ。明治六、七年頃、左院で編成した

民法草案を司法省のそれと比較すればわかるように、後者はほとんど佛蘭西法典のみを典據として起草しているのに反し、前者は主としてわが舊來の傳統にもとづき、それに西洋法律の形式と内容を加味することを企圖したものである。いわば、法典編纂に關して司法省は急進的であり、左院は保守的であつた。左院のこの傾向が刑法編纂にも反映し、それが「律」の様式を斷ち切れなかつた有力な原因であつたといふべきであらう。また、この左院の立場は明治政府の復古的側面の象徴であり、相反した二つの見解が政府部内に對立したところに「半封建的資本主義の法規範的撞着がそのまゝ集中的に表現されている」ともみられるのである。

次に、このような性格と内容をもつ校正律例が遂に施行されずして終つた理由を、二つの原因にわけて考えてみた。

(一) 前述のごとく、「律」の温存は、當時の法典編纂事業における一つの見解を代表したものではあつた。しかし、それははげしい時代の進歩の前に、所詮滅びゆく運命を背負つていた。特に裁判の衝にあたる司法省部内は、御雇外人ブスケ (G. Bousquet)、ボアンナード (G. Boissonade) を中心とする佛蘭西法權受の氣運が壓倒的勢力を占め、且つまた太政官内にも西洋法律に志す人が逐次増加したことは、刑法におけるそのような復古主義の全面的後退をもたらしにちがいない。もはや新刑法編纂の目標は、決定的に西洋刑法の移入に向けられたのである。このような時、「唐明ノ故套ニ參ズルニ僅々西洋ノ意ヲ以テスルノミ」の刑法が編成されたとしても、當面の要求に合致しなかつたことはいふまでもなからう。明治七年十一月、酌量減輕を規定した「斷罪無正條條例」新設の司法省上申に對する左院議案には「減等ノ儀ハ洋律ニ模倣致候者ニ候ヘ共元來律ノ立方洋法トハ大ニ異ナリ候ニ付原頭ノ方法ヨリ改正不致候テハ方底圓蓋ノ弊ヲ免レス」。「律時改正ノ節迄姑ク同省上申ノ通り御採用相成可然云々」とあ

るが、左院みずからも西洋式刑法編纂が當然行わるべきことを豫期していたものとして注目すべきであらう。たとえ一時的便法として校正律例が作成されたとしても、そうした姑息的立法は時代の要求を満足せしめ得なかつたのである。こゝに、それが採用されなかつた第一の原因がある。

(4) 校正律例の内容にみられる程度の改正増補ならば、獨立の法典としなくてもその目的が達成された。すなわち、その提案のかなりの部分は、明治十五年刑法施行までの間に、綱領、律令の一部改正、又は新らしい單行法として實施されている。例えば闊刑律の改正(七年六月)、改正雇人盜家長財物律の修正(九年五月)、監守自盜、常人盜條例の改正(九年七月)、保釋條例の新設(十年二月)、改正偽造寶貨律の修正(十年三月)、逃亡條例の廢止(十一年十一月)等は、校正律例の内容がそのまゝか、或は多少増補されて實現したものであつた。こゝに校正律例が施行されなかつた第二の理由がある。

かくして、東洋法系最後の刑法草案であつた校正律例は、遂に草案のまゝ葬られ、翌明治八年九月、あらたにボアソナードを中心とする編纂委員が司法省内に任命され、佛蘭西刑法を模範とする新刑法(明治十五年刑法)編纂事業が開始されたのである。

- (1) 獨稿「佛蘭西法典の移入」歴史と生活第六卷第五號三二頁以下參照。
- (2) 村田保前稿「法律ノ沿革」五頁—六頁。
- (3) 前稿「江藤南白」下卷一—頁、津田真道「拷問論」(明六雜誌第一〇號)明治文化全集、雜誌篇一〇四頁。
- (4) 石井良助博士も左院のこの特色を指摘されている。前稿「左院の民法草案」(一)二九頁。
- (5) 平野義太郎著「日本資本主義の發達と法律」二一—五頁。
- (6) 西岡「非學者職分論」(明六雜誌第二號)前稿全集六〇頁。

(7) 前掲大全、刑法門、刑律三四六頁。

(8) 保釋條例(全十五條)は元老院が議官河野敏謙、中島信行の提案にもとずいて採用意見を上申した結果、制定されたものであり、直接には當時の佛蘭西刑事訴訟法(一一三條—一二六條)を傳承している。佛蘭西ではすでに封建時代に部分的には保釋を許す場合もあつたが、本格的な保釋制度は佛蘭西革命によつてかちえた收穫の一つであるといわれ、且つそれは英國法を典據としたものである。(A. Esmein, *A History of Continental Criminal Procedure*, translated by J. Simpson, 1913. p. 68, pp. 508-509)

(六月二日稿)