

Title	明治初年の和歌山藩刑法： 「徒刑之法」及び「刑法内則」を中心として
Sub Title	On the criminal law of Wakayama-han early in Meiji era
Author	手塚, 豊 (Tezuka, Yutaka)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1952
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.25, No.3 (1952. 3) ,p.1- 33
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19520315-0001

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.

明治初年の和歌山藩刑法

——「徒刑之法」及び「刑法内則」を中心として——

手塚 豊

- 一 はしがき
- 二 新政府の達と「徒刑之法」の制定
- 三 「徒刑之法」の内容とその性格
- 四 その他の刑事法的改革と「刑法内則」の制定
- 五 「刑法内則」の内容とその特色
- 六 むすび

一

大政奉還の直後、慶應三年十月二十二日、新政府が刑法に關して徳川時代の慣例をそのまま暫定的にみとめる指示をあたえたことは、著名の事實である。⁽¹⁾この慣例というのは、幕府の天領には幕府法が、各藩にはそれぞれ藩法が施行されていたことをいうのである。當時の幕府刑法は、いうまでもなく公事方御定書であり、藩法には成文刑法典もあり、また不文の慣習刑法もあつた。その後、明治三年十二月に新律綱領が頒布されるまでは、⁽²⁾この状態が原則的につづいたのであるが、なおその間に、新政府は刑法律務局（元年二月三日）、刑法官（元年閏四月二十一日）、刑部省（二年七月八日）における部内の刑事法と

しては假刑律を編纂し、⁽³⁾府・藩・縣に對しては、しばしば部分的な刑事行刑方針を指示し統一刑法典編纂までの過渡的措置としたのである。これらの指示の中で、もつとも重要なものは元年十月晦日の行政官布達と十一月十三日の達であつた。この二つの達は、後に詳しく述べるように大綱とはいへ、新政府が自己の刑事方針をはじめて明示したものであつて、きわめて注目すべき指令である。新政府の直轄領である府・縣⁽⁴⁾において、これらの達が順調に遵守施行されたことはいうまでもないが、まだ獨立の統治形態を保持していた藩に對しても、逐次その藩法に反響をあたえていつたようである。その際、これらの達の内容を採り入れて從來の藩刑法典を改正し、またはあらたに成文刑法を編纂した藩もあつた。小早川欣吾教授の「明治初頭における二三の藩の刑法典について」⁽⁵⁾と題する論文は、この方面の研究に先鞭をつけられた業績であつた。教授はこの研究の中で、岡山藩の新律(二年六月)、松山藩の士族刑典(二年十一月)、金澤藩の改正刑律(三年一月)等を紹介、⁽⁶⁾考察し、最後に「此後の探究によりて更に多數の實例が発見される事を信じて疑はないのである」⁽⁷⁾と結ばれている。教授のこのような期待は、その逝去のため残念ながら教授自身によつては果されていぬ。また、他の法制史家によつても現在までに發表されたものはないようである。その論考から示唆をうけた私も、そのような明治初期藩刑法典の發見を心がけているが、微力のため今日までに僅か二種類を見出しえなすぎない。本稿では、その中の一つである和歌山藩の「刑法内則」(明治三年)とそれに密接な關連を有する「徒刑之法」(明治二年)を紹介、検討し、それらがわが近代刑事法史上、いかなる意義を占むるかを考察したいと思ふ。

(1) この指令は、十月十九日附徳川慶喜の数ヶ條の稟請に對する同月二十二日附新政府回答中にある。全文は「法令全書」慶應三年二頁参照。

(2) 新律綱領の頒布は三年十二月であるが、その施行は藩によつてかなりの時間的ズレがあつたようである。その點については近く發表する拙稿「新律綱領の施行に關する一考察」を参照されたい。

(3) 假刑律の編纂過程とその特長については拙稿「假刑律の一考察」(本誌二三卷一二號一頁以下)参照。

- (4) 明治元年末には十府二十三縣、二年末には三府四十六縣、三年末には三府四十三縣であつた(宮武外骨著「府藩縣制史」二五八頁)。
 (5) 小早川欣吾著「明治法制叢考」二五八頁以下。
 (6) これ以外に仙臺藩の刑法局格例調が紹介されているが、これは正確な意味において明治初期刑法典のカテゴリーには入らない。詳しくは拙稿「刑法局格例調考」(本誌二四卷八號一頁以下)参照。
 (7) 小早川前掲書三〇二頁。

二

徳川末期における和歌山藩には、成文刑法典として「國律」及びその補助法として「國律補助」があつた。小早川教授の考證によると、「國律」は徳川治寶が藩主であつた享和年間以降に制定されたものであり、「國律補助」は幕末頃おそらくは天保以後に編纂されたものである。(1) 兩者共に、名例、公式、衛禁、儀制、倉庫、祭祀、關津、盜賊、人命、鬪毆、訴訟、詐偽、犯姦、雜犯、捕亡、斷獄、寺社、連及の十八律から成つてゐる。(2) この構成を一旦すれば直にわかるように、それは明律のつよい影響をうけたものであるが、内容中には幕府法すなわち公事方御定書を攝取した部分もきわめて多い。元來、徳川時代の藩刑法典には大體において三つの種類がある。その一は幕府の公事方御定書に倣つたもの、その二は明律の系統に屬するもの、その三は幕府法と明律とを折衷したものである。國律は新發田藩の新律と共にめづらしい第三の類型に屬するものと(3) える。

維新後においても、これらの兩法典が前に述べた新政府の暫定措置によつて效力をもちつづけたことはいうまでもない。しかし、それらが從來のまま、全般的に施行されたのは、新政府の刑事方針が明らかになり、藩がそれを受容するまでのわずか一年有餘にすぎなかつた。すなわち、これら藩刑法に部分的變更をもたらししたのは、前節で述べた次の新政府達であつた。(4)

行政官布達 元年十月晦日

王政復古凡百之事追々御改正ニ相成就中刑律ハ兆民生死之所係速ニ御整正可被爲在之處春來兵馬倥傯國事多端未タ整正ニ暇アラズ依之新律御布令迄ハ故幕府へ御委任之刑律ニ依リ其中磔ハ君父ヲ弑スル大逆ニ限リ其他重罪及焚刑ハ梟首ニ換へ追放所拂ハ徒刑ニ換へ流刑ハ蝦夷地ニ限リ且盜竊百兩以下罪不至死候様略御決定ニ相成候尤死刑ハ勅裁ヲ經候條藩縣共刑法官へ可伺出且總テ粗忽之刑罪有之間數事

一 流刑ハ蝦夷地ニ限リ候得共彼地御制度相立候迄ハ先舊ニ仍リ取計置可申事

一 徒刑ハ土地ノ便宜ニヨリ各制ヲ可立事ニ付藩縣共其見込ニ從ヒ當分取計置可申追々御布令可被爲在事

右之通被仰出候條御旨趣堅相守猶不決之限有之候ハ、刑法官へ可伺出候事

達 元年十一月十三日

新律御治定別紙四刑各三等ヲ以テ假ニ輕重ヲ配當致シ當節左之通處置イタシ候事

火附、強盗人ヲ殺ス者 梟首 強盜、百兩以上竊盜、強姦

竊盜五十兩以上 徒刑 同二十兩以上 答百

同 一兩以上 答五十 同 一兩以下 答二十

欲盜未得盜者亦同

其餘之犯罪右ニ可準知事

一 死罪之儀ハ經奏裁候而可刑事

一 於盜賊ハ流罪除之 但梟刑之内姑モ難閑事情有之者ハ其府ニ於テ即決追テ奏聞之事

一 火刑ハ永廢止之事

一 殺君父ノ大逆罪ハ臨期勅裁之上可處磔刑事 其他磔罪廢止之

一 絞首ハ至秋季一時ニ刑之自然御大禮等ニテ赦令有之候ハ、可被免之事

一 官人並諸藩士等之刑科ハ^口流禁錮^口略之事

死 梟首 刎首 絞首 流 七年 五年 三年

徒 二年 一年半 一年 答 百 五十 二十

これらの達の根本趣旨は幕府法にみられる嚴刑主義をいちぢるしく緩和する點にあつた。しかし、これらの達の内容の全

部が、頒布と同時に全國の府・藩・縣に施行されたと考えることはできない。殊に從來は一部の藩をのぞき、ほとんど行われていなかった徒刑を一般的刑罰として採用しているが、それが全國に普及するにはかなりの月日を要したのである。和歌山藩においても、これらの達は當時の交通事情からみて約十日間後には到達したと思われるが、徒刑法の制定は翌年二月以降のことであつた。

明治二年二月十五日、和歌山藩においては新政府の「藩治職制」(元年十月二日)の趣旨に基く藩制の大改革が行われた。この變革の結果、藩の政治機構は全般的に改正され、從來の司法機關であつた町奉行所も次のような刑法院に改組された。

刑法院 凡刑罰ノ律令此ヨリ出ツ 捕亡 鞠獄二所ヲ管ス 捕亡手一小隊

知局事 一人 朝憲藩律ヲ以テ罪ノ輕重ヲ定ムルヲ掌ル 土官ノ訟獄ヲ聽斷スルヲ掌ル 地方官難決訟獄顧問スルヲ掌ル

判局事 知局事ヲ佐ケ訟獄ヲ聽斷スルヲ掌ル 捕亡手ヲ指揮スルヲ掌ル 囚徒ノ簿籍ヲ掌ル 行刑ノ事ヲ掌ル 國君ノ朝聘ニ扈從スルヲ掌ル

書記 凡文書ノ事ヲ掌ル

すなわち刑法院は、司法行政、刑事法制定、裁判等の中央機關であるが、「死罪及永禁錮以下輕刑ヲ處決」し「爭訟ヲ調和」する下級裁判所の職務は各郡(名草・有田・伊都・日高・牟婁上・牟婁下・松坂・田丸)に設けられた民政局にも與えられた。刑法院の長官である知局事の職掌に「朝憲藩律ヲ以テ罪ノ輕重ヲ定ムル云々」とあるが、それは從來の藩刑法(國律・國律補助)と前掲新政府達を併用する趣旨を、明文を以て規定したものであり、きわめて注目すべき點である。そして徒刑法制定の必然的理由も、ここに見出しうるのである。

徒刑法制定の事情を、「南紀徳川史」は次のように詳述してゐる。

明治二年藩政大改革新たに刑法知局事を被置隨て刑律一新の議ありと雖も頗て朝廷より新律頒布之聞へあり然るに時々行刑は暫くも空過を得ず去り迎從來之追放また囚製すへからされれば假に徒刑之法を制し同年四月廿五日左之如く政事廳より刑法院へ達したり。

一 刑律の儀當時取調中にて未相不極候に付全當分の處左の趣に可取計事

盜一と通にて金高百兩以下の者徒刑三年

但盜取候金高徒刑賃錢にて贖せ相濟候上本文三年の徒刑勤させ可申事

頭取博奕致し或は博奕宿致候者徒刑三年

一と通博奕致し候者徒刑二年

一件の如き處(中略)同十一月には左の太政官令發布に至る曰く(手塚註、ここに前掲行政官布達の大部分を掲げているが略す)

於是刑法知局事井田岩次郎は該太政官布令に基き事宜參酌徒刑法を構成執政へ諮詢の上伺書を呈す即ち允許を得以て施行す(中略)爰に至て遂に行はる實に國初已來の新法也。

ところが、この説明には遺憾ながら年月の混同がある。それは、いうまでもなく元年十月の行政官達を二年十一月のこととしている點である。それがため、この説明に従えば二年二月藩制改革後、四月二十五日に窃盜・賭博の徒刑を定め、さらに十一月に行政官布達が出された結果、全般的な「徒刑之法」を制定したように理解されるのである。同書の他の個所では明らかに「徒刑の事は……従前其法なし明治二年十一月より初て舉行す」(9) (手塚) といつてゐる。「南紀徳川史」は和歌山藩史の貴重な文献であるだけに寔に惜しい誤りといわなければならぬ。これでは徒刑法の制定時期が明らかにされないのである。「和歌山縣誌」によれば「明治二年二月藩政を改革するや、舊來の刑制の弊多きを知り、之を改正せんとする志ありしも、一時に悉く改正する能はさりしを以て四月二十五日先づ徒刑の法を定め……同時に徒刑取扱定則を定め云々」(10) ことに「徒刑の法」といふのは前掲四月二十五日の政事廳達であり、「徒刑取扱定則」といふのは「南紀徳川史」の前記説明に基づいて全文を掲げる「徒刑之法」である。すなわち縣誌の記述は「徒刑之法」(徒刑取扱定則)制定時期を二年四月二十五日とするのであるが、その根據を示してゐないので、信をおきえな(11)く。このようにいずれの文献に徴するも、その時期はかならずしも明らかでないが、前に掲げた窃盜・賭博の徒刑々期を定めたのが四月二十五日であることが確實ならば、「徒刑之法」自體の制定はそれ以前と考うべきであらう。すなわち「徒刑之法」は、二年二月刑法局開設後四月までの間に、その知局事

井田岩次郎⁽¹²⁾の立案にて定められたものとみることが出来る。そして刑法局の提出した伺書に「刑律之儀朝廷におゐても御確定不相成候旨先比一、二仰出之件々、奉體認是迄之追放所拂等徒刑ニ換へ云々」⁽¹³⁾とあるは、明らかにそれが前掲新政府達を遵守して制定されたことを物語つて居る。

(1)(2) 小早川欣吾稿「明律令の我近世法に及ぼせる影響」東亞人文學報四卷二號四二頁四三頁。國律は明治八年和歌山縣から司法省に呈せられ〔南紀徳川史〕一〇三三頁)、その副本が京都大學に傳えられている(傳承の由來は三浦周行者「續法制史の研究」一四五頁以下、前掲拙稿「刑法局格例調考」本誌二四卷八號三一五頁等参照)。小早川教授が前掲論文で典據とされたものはこれである。私はまだ京都大學本をみる機會をもたない。本稿に引用する國律の條文は主として「各國刑法比照」(明治十六年刊)に據つた。國律補助は前掲「南紀徳川史」一〇五〇頁以下にも掲載されている。本稿の引用はそれに據る。

(3) 第一の類型に屬する代表法典は盛岡藩文化律、第二の類型のそれは熊本藩刑法草書である。

(4) 「法規分類大全」刑法門刑律(一)四頁、一一五頁一一六頁。

(5) 徒刑制度を有した藩及びその状況については金田平一郎稿「近世懲役刑小考」九六十週年論文集一一九頁以下、刑務協會編「日本近世行刑史稿」上卷七六三頁―七七六頁、九八七頁―一〇〇四頁等参照。

(6) 明治六年六月二十四日太政官布告第二一三號によると、諸布告の和歌山縣への到達期間は九日間である(現行民法成文律類纂)上卷九頁)。明治元年當時も大體同様と考えられる。

(7) 堀内信編「晦結濫言」第四册。これは最後の藩主徳川茂承の傳記にて、明治四十年出版の和装二册本であるが、それを見る機會を得ないので、ここでは慶大圖書館藏の原稿寫本に據る。

(8) 前掲「南紀徳川史」一一〇五頁―一一〇七頁。

(9) 前掲書一〇四二頁。

(10) 「和歌山縣誌」上卷五五三頁。

(11) この記述は本文に引用した「南紀徳川史」の説明を、そのように解釋して書かれたものと思われ、信用しがたい。なお前掲「日本近世行刑史稿」下卷附録の年表は、縣誌の記事にもとづき「徒刑取扱定則」の制定を二年四月の條に入れてゐる(附表四頁)。また「徒刑取扱定則」と「徒刑之法」のいずれが正しい名稱であつたか判断しえないので、本稿では全て「南紀徳川史」にしたがい「徒刑之法」と呼ぶことにした。

(12) 本文に引用したごとく「南紀徳川史」は「徒刑之法」制定當時の刑法局知局事を井田岩次郎としている。井田は二年六月版籍奉還に伴う第二回の藩制改革で和歌山藩少参事に任ぜられ「刑法局ニテ可勤」となつてゐるが(十一月八日附)、その際小出泉が同藩權大参事に任ぜられ同じく「刑法局ニテ可勤」となつた。この時の人事異動は従來の各局の知局事の一部を權大参事に、知局事の残り同判局事を少参事に任じたようである(前掲「晦精溢言」第四册)。このことから推察すれば、それまでの刑法局には知局事として小出泉があり、井田は判局事であつたようにも思われる。その點、疑を殘しておく。

(13) 前掲「南紀徳川史」一一〇六頁。

三

和歌山藩刑法である國律及び國律補助が、明律の構成に倣つたものであることは、前に述べた通りであるが、しかし律の刑法の一特色である徒刑の制は採用してゐない。文政十二年頃、時の勘定奉行松平六郎右衛門は、しばしば徒刑の採用を建議したといわれるが、遂に實現しなかつたのである。(1)けれども、同藩には牢舍刑と呼ばれる刑罰は存在してゐた。それは國律の刑名には見當らないが、盜賊律には次のような條文がある。

一 御免場ニテ盜殺生致候者ハ牢舍日數廿日

和歌山藩には古くから藩主や重臣の遊獵地として特定の場所があり、この區域内では「御鷹餌指改札」と稱する一種の鑑札なくして鳥類を殺生することは禁止されてゐた。(2)この條文はその場合の規定である。私の知りえた國律の條文には、これ以外に牢舍刑を定めたものは見當らない。(3)おそらく國律における牢舍制は一般的な正刑ではなく、特殊な場合の刑罰であり、それがため名例律の刑名に洩れてゐるのである。また國律補助にも次のような定がみられる。

寛政七卯年極

一 博奕致候御扶持人之外

頭取致博奕 牢舍百五十日
或ハ宿致候者

(中略)

右之外致博奕候者牢舎百日

寛政八辰三月號紙に

一 下人致博奕牢舎申付候節其主人五人組同様咎申付る

國律の雜犯律の博奕の條には、「博奕致タシ候者咎振寛政七年卯年定り之趣同年ノ別帳張紙ニ悉ク出ツ」とあるから、國律制定後も博奕罪についてはこの定を特別法としてそのまま踏襲していたことがわかる。當時の犯罪として比較的多かつたものと思われる博奕犯に牢舎刑を採れば、たとえ國律の他の條文においては、ほとんどそれを用いないとしても、牢舎制の受刑者はかなり(4)の員數であつたに違ひない。その性質については前に述べた松平奉行の「徒刑策」に「過怠牢舎と申儀も一且は恥辱を興え懲しめ候道理に御座候得共却て牢中にて惡き風俗を見習其上百日百五十日徒らに日を暮せ扶持方諸入用は宿元より賄せ候に付云々」とある。これにより牢舎刑は「過怠牢舎」(5)とも呼ばれ、大體百五十日未滿の費用自辯(6)の短期禁錮刑であつたことが判明する。このような牢舎刑は、一定の場所に拘禁し自由を剝奪するという形式においては徒刑に類似するも、刑期の長短、勞役の有無等の點において徒刑とは著しい相異がみられる。されば「徒刑之法」の施行は、前述「南紀徳川史」のいうごとく「實に國初已來の新法」であつた。

次に「徒刑之法」の内容を検討しよう。それは溜り場の事二カ條、病院之事一カ條、食制之事三カ條、服制等之事四カ條、徒役之事四カ條、休役日之事一カ條、働賃錢見積之事二カ條、取締並番人之事二カ條、徒役之者取締方心得之事五カ條、勤方心得之事六カ條、合計拾項三十カ條目から成つてゐる。

一 徒刑の年限

「徒刑之法」には刑期の種類を正面から規定する條項はないが、「服制等之事」に「徒刑五等法服印」として衣服の背に付ける印を一年、一年半、二年、二年半、三年の五種に分けてゐるから、原則としてこの五段階を豫定してゐたことが判明する。

このような徒刑五等法は唐、明律及びその影響下に立つわが古律、熊本藩刑法草書、さらに明治新政府の假刑律に傳承されている。前掲新政府達は「徒刑ハ土地ノ便宜ニヨリ各制ヲ可立事」といながらも、刑期については一年、一年半、二年の三段階を一應の標準として示していたが、翌二年二月の刑法官定を以て律の原則である徒刑五等法を採用した。「徒刑之法」はそれに従つたものであろう。さらに「徒役之事」には「永徒役之者は云々」とあるから五等法以外に終身徒刑も採用されたのである。國律には「亂心ニテ人ヲ殺シ候者牢腐」(人命律)「諸士謀書イタシ金銀調略且無實ヲ申掛士ニ不似合品有之筋ハ一命被助牢腐」(許傷律)という條文があり、この「牢腐」はいわゆる永牢のことと思われるが、その他に庶民に對する一般的な終身牢舍刑は存在しなかつた。徳川時代の一部の藩に行われた徒刑にも、終身刑のものは類例がなく、さらに明治初期各藩における徒刑にも、金澤藩の明治三年刑典における生涯徒刑をのぞいては、他にそのようなものは見當らないようである。明治政府も終身徒刑を採用したのは明治五年からである。従つて和歌山藩における永徒刑は、この種刑罰の嚆矢であるといつてよからう。

二 徒刑場と設備

徒刑場は刑法局のみならず各郡の民政局にも置かれた。⁽¹⁰⁾「大體十人程つゝ一所に差置家作等も随分暑氣を凌ぎ候様に取建敷地には一人に付こも俵二枚つゝ遣し置可申事」(溜り場之事)とあるから、十人程度收容の小屋に分置したのである。「敷地には云々」とあるのは、部屋内に疊を用いず、こも俵を敷くという意味であらう。江戸傳馬町獄舎においては、享保時代は莖敷であつたが、幕末には百姓牢にも疊が使用されていた。⁽¹¹⁾しかし、石川島寄場では世話役以外は寢子駄を用いた。⁽¹²⁾各藩の牢舍も武士を拘禁する場屋を除いては、疊を敷かないのが普通であつたようである。例えば相馬藩、平藩の牢舍または新發田藩の徒刑牢舍も莖を用いている。おそらく和歌山藩の牢舍も従來から疊を用いず、徒刑場もその例に従つたものであらう。⁽¹³⁾

そのほかの徒刑場の詳しい構造は遺憾ながら知り得ない。

三 作業と賞與金

作業は原則として男子には外役が課せられた。その仕事は「本府にては道路直し水道さらへ其外臨時之用に可充諸郡にも同様堤並池普請又は川さらへ等」であつた。雨天の日は、構内に設けられた小屋で「繩ない米搗」を行わせた。女子は外役に出ず「糸引綿くり布織又は罪人共之衣服洗濯」を業とした。また永徒刑之者は「獄内空地にて紙漉の職」に従事し、「牢内出し難き者」は「車仕掛にて米搗」を行つた^(徒役之事)。徳川時代の藩の徒刑も大體において外役を主とするものが多い。例えば有名な熊本藩徒刑も開墾、溝浚、道路修理等であり、米澤藩で行つた徒罪⁽¹⁶⁾、水戸藩、小倉藩及び中津藩の徒刑もほぼ同様である。幕府においても、幕末には寄場人足を使用して盛に土木事業を行つてゐる。この傾向は明治初期にも及び、新政府の假刑律の徒刑作業も「溝塹道路修繕」^(名例徒法)であつた。當時逐次開始されつたあつた各府縣の徒刑も、それに倣つたものが多い。例えば神奈川府^(元年六月)⁽²⁰⁾、堺縣^(元年六月)、大阪府^(元年十月)⁽²¹⁾、京都府^(二年三月)⁽²²⁾の徒刑作業はいずれも土木を主としてゐる。それらの多くと地理的にも近い和歌山藩では、その先例を追つたものであらう。

毎日の行事は、六ツ半時起床^(午前七時)^(勤方心得之事)、五ツ時^(八時)外役へ出發し、夕七ツ時^(午後四時)には徒刑場へ歸つた^(徒役之者取締方心得之事)。この勞働時間は大體において寄場の制度と同様である。

休役日は「今上御降誕」⁽²³⁾「神武、仁孝、孝明三帝之御忌」⁽²⁴⁾「國君之御誕辰」⁽²⁵⁾「烈祖之御祭禮」⁽²⁶⁾「龍祖御祥忌日」⁽²⁷⁾「先君之御祥忌日」の八日が規定されてゐる⁽²⁸⁾。これを水戸藩徒刑における正月七日間を含む三十八日、幕府の寄場における正月三日間を含む二十三日に比較すれば、はるかに少くない。賞與金については「働賃錢見積之事」に次のように定めてゐる。

一 壹人に付錢六百六拾四文 男子一日働料 内五百六十四文 衣食等を賄ふ

一 壹人に付錢四百七拾二文 婦人一日働料 内四百二十四文 衣食等を賄ふ

右錢は預り置宥免之節不殘下け遣し可申病氣にて休役候は、期限を可延事

但精不精之品に寄勿論差引も可付事

前に述べた堺縣徒刑においては、賞與金一日百文であつたことに比較すれば、四十八文はかなり低額とみななければならぬ。

四 給養、その他の處遇

給與については次のように規定されている(食制)。

一 男子之分 白米三合六合六分日々相渡候事 但一飯貳合つゝ、

朝 握めし 汁二碗 香の物目方八匁程

晝 握めし 梅肉 目方二匁程

夕 握めし 香の物 目方八匁程

一 婦人之分 白米二合四合四分日々相渡候事 但一飯壹合三匁餘つゝ、

其外男子同斷

幕府の寄場の給與は、労働の種類に應じ米麥五―八合であり、寄場が明治政府に引繼がれた當初も同じであつた。⁽²⁵⁾ 新發田藩徒刑及び堺縣徒刑のごとく白米のみ五合という場合もあるが、水戸藩徒刑では米四合麥二合であつた。米麥混炊並にその定量については、大體において水戸藩及び寄場の制に倣つたものであろう。また、休役日(休役日)の特別采(采)制度も寄場の制に準じたものであろうが、その内容は明らかでない。⁽²⁶⁾

病氣の場合は「病院へ爲入替」(病院)「男子は白米四合女子は三合つゝ日々被下」「朝夕白粥香之物」(食制)を給した。

「病院」というのは徒刑所内の病室の意味であろう。水戸藩にみられる重病人執行停止の處置に關する規定は存在しない。衣服は「男女共寒暑に應し一枚つゝ」支給され、外役の際には澁染袖無しの法衣（法衣）を着用した。その法衣の背に、年限に應じて圖案の異なる徒刑の字が書かれていることは前にも述べたところである。首には鐵製朱塗（紀藩徒刑人の文字あり）の頸輪をはめ、男は「眉毛をそり落し髪は根元わらにてくくり三つ組にいたし」女は「根元際より切捨わらにて束」ね、腰には住所、名前を記した「腰札」を用いた（服制等）。外役に際し、逃亡防止のため徒刑或いは寄場にみられる現象である。例えば熊本藩徒刑では「眉を剃り前髪を立て」「紺色の上衣にて」「誰見ても知れるやうに仕置（27）」、新發田藩徒刑は柿染法被で片鬘を剃り（28）、秋田藩の寄場（徳川末期）では淺黄のはんてんに手錠を施し、長岡藩の寄場（慶應二年）では赭色の衣服で髪を五分刈にし（30）、徳島藩徒刑も鬘を剃つていた模様である（31）。しかし、幕府の寄場では柿色水玉の衣服は用いたが、頭髮眉毛は一般人と同じであつた（32）。寄場の影響をうけた水戸藩徒刑も背にトの字を附した柿色半被を使用しただけである。刑期五十日以内と、百日以上とでトの字の圖案が異なつてゐる。明治維新後、大阪府の徒刑（元年十月）は空色の法被（背に徒の字あり）に鐵製首輪を用い、堺縣徒刑（二年二月）は柿色法被（背三カ所に徒の字あり）に同じく鐵製首輪（縣名あり）を用いるのみならず眉毛を剃り落した。京都府徒刑（二年三月）も白色法被（とけい人の文字あり）で右眉毛を剃つてゐる（33）。眉毛または鬘の剃落或いは首輪の使用は、その後開始された多くの地方の徒刑に傳えられているが、特に首輪はわが王朝時代の徒刑における缺（カケ）、盤枷（イシカギ）を想起して使用されたものと考えられるのであり、ここに現われている行刑における「復古思想」を見のがしてはならない。されば和歌山藩徒刑は、服制については水戸藩徒刑を、眉毛及び首輪については大阪府、堺縣の制を模倣したものといふべきであらう。

次に寢具の使用は「病氣の様子に寄候ては蒲團も差遣し可申事（病事）」とあるから、一般には許してはいなかつたと思われる。幕府の牢舎では差入れは許したが官給せず（35）、寄場では柿色五布蒲團を三人に一枚の割で貸與した（36）。明治政府へ移管後

も同様であつた。⁽³⁷⁾いかに氣候温暖な和歌山地方と雖、寢具を認めないことは徒刑人を冷遇したものであろう。なお面會、差入れは「親類且知音」の場合にも一切許していない^(徒刑之者溜り場登)。^(人共勤務心得之事)。

五 教化と釋放

「勸善懲惡のため」徒刑場内に「忠臣孝子を褒賞するの圖」「家族親睦之圖」「磔刑斬首梟首等之圖」を揭示し「月々三度」次の文章を讀み聞かせる規定であつた^(溜り場)。^(之事)。

一 其方共是迄風と心得違より段々惡事もかさなり 上の御苦勞をかけけふになりては定めし後悔いたしをるへくと察するなり此のちとてもあしき事いたせば此繪圖の通りはりつけやいろ／＼なくなるしみにあひよき事いたせば御ほうひもいたたき又家内もむつましくらす様になるそよく／＼心をあらため假りにもあしきをいたすな徒刑中はよくつとめ働き御ゆるしの上はめい／＼の仕事を精出しよき町人や百姓になる様に心かくへし萬一徒刑中逃出るものあらは直にとらへ嚴敷處置申付るそよく／＼此儀を辨へて 上の御慈悲を難有かしこまるへきもの也

また、休役日には「人倫五常之道教諭可致事」^(休役日)^(之事)とされている。けれども、前の規定については「本文繪圖は取調跡より可奉伺事」後の規定には「本文追々施行に可及事」と下げ紙が付いているから、「徒刑之法」施行と同時に實施されたものではない。その後、これらの規定がどのように運用されたかは不明である。

幕府の寄場においては、教化に對しては周到な考慮が拂われている。寄場の趣旨が懲戒よりむしろ改悛におかれていたことを物語る點であろう。すなわち、毎月三日の休日(一日・十五日・二十八日)には心學の學者を招き感化訓育を委嘱した。また夜間は修身書の回讀が行われた。⁽³⁸⁾常陸人足寄場^(茨城縣筑波郡上郷村、寛政二年設)においても心學堂を構内に設け、石川島寄場の制⁽³⁹⁾準じている。これらはわが監獄教誨制度の濫觴となつたものであつた。「徒刑之法」の教化に關する部分が、これら寄場の制度を繼受したことは疑いえない。ただその具體的運用が明らかでないのは甚だ遺憾である。

刑期を満了した際には「其者住所之町年寄又は庄屋共呼出し已後之儀得と申合當人並預り錢共引渡し」た(働賃錢見)。幕府の寄場及び水戸藩徒刑における釋放手續とほぼ同様である。引取人がない者についての保護施設は、寄場においては種々の保護團體的施設が採られているが、(40)「徒刑之法」にはその場合の規定は見當らなう。(41)

六 職員と勤務規程

徒刑場が刑法局の管轄に属したことはいうまでもないが、その職員構成の詳細は明らかでない。「徒刑之法」では「溜り場番人」と「徒役之者取締方」だけの「心得之事」は、かなり詳しく規定している。前者は徒刑場勤務の役人で「西濱村長吏手下之者」(いわゆる非人階級の者であろう)を以て任じ、後者は徒刑者外役の警備員で、刑法局の「下等捕亡手」から選ばれた(取締並番人之事)。毎朝、徒刑の者取締方は各自五人づつ徒刑者を、溜り場(徒刑場)で番人から引渡をうけ、作業場へ引率し、作業中は監督の任に當り、毎月二回各徒刑者の勤務成績を報告する責任を負っていた。徒刑者が法服、腰札を紛失し、または逃亡した際は「嚴科」に處せられた(徒刑之者取締方心得之事)。溜り場番人は、徒刑場の警備に任じたが、徒刑者に對しては「親切」な「行届」いた養方、とくに病氣の者には「別ていたはり可申」ことを命ぜられている。逃亡者があれば、番人も「牢の上嚴科」に處せられた(徒刑之者溜り場番人共勤方心得之事)。なお徳川時代牢舎の一特長であり、明治初期にも一部の徒場にみられる牢名主の制度は多くの弊害を伴つたものであるが、それに關する規定が存在しないから採用してないのである。

以上述べたごとく「徒刑之法」は幕府の寄場、水戸藩徒刑及び隣接二三の府縣の制度を繼受したものであるが、そうした性格のものがわが國近代行刑史上、どのような意義をもっているかを次に考えてみたい。

そもそもわが國において、近代的自由刑としての懲役刑が本格的に採用されたのは、明治五年の監獄則からとみていい。(43)

その先縦は明治元年以來の徒刑であり、さらにそれに先立つものとしては徳川時代に行われた二つの系統の自由刑がある。その一つは諸藩の一部にみられる律系統の徒刑であり、他は江戸において始められ、後ちに一部の地方にも傳播した寄場の制度である。律の徒刑は、その刑罰體系の根幹である五刑（死・流・徒・杖・笞）の一種であつて、唐律を繼受した大寶、養老の律もそれを採用している。徳川時代藩法の徒刑にもこの系統に屬するものがあり、直接には明律の影響をうけたものが多い。このような徒刑は應報主義、威嚇主義の思想的基盤に立つものであつて、受刑者の處遇には懲戒主義的傾向が強く表われている。これに反し近世ヨーロッパに發達した近代懲役刑は、懲戒よりむしろ改善を志向する點に特色がある。犯人を隔離拘禁し、一定の強制勞役を課する外觀においては、兩者共に共通するも、その思想的基盤における本質的相異點を見がしてはならない。もちろん時代の進歩にしたがい、徒刑の内容も逐次改善主義へと推移したことは事實であり、例えば熊本藩徒刑のごときは、作業、給養その他の點においてかなり近代的自由刑への歩み寄りがみられるが、後に述べる幕府の寄場に比較すればなお格段の遜色を免れない。所詮、律の徒刑はつよい懲戒主義の羈絆を脱し切れなかつたのである。

幕府の石川島人足寄場は寛政二年二月の創設であり、最初は入墨、敲に相當する輕罪者と無宿者を收容したが、文政三年以降は江戸拂以上の百姓町人も收容した。その後收容狀況には多少の變遷もあるが、幕末まで特殊な自由刑執行場としてつづいたものである。この寄場の制度は當時一部の學者によつて主唱された徒刑論の影響をうけたことはもちろんであらうが、その名稱に「徒刑」を使用しなかつたことから推測され得るように律の徒刑の域を脱し、はるかに近代的自由刑の構想に迫つてゐる。⁽⁴⁵⁾これすなわち、當時勃興せる蘭學を通じオランダ懲治場の制度を移入したとする疑問が生ずる所以である。⁽⁴⁷⁾幕府は天領のみならず藩にも、寄場設置方を獎勵した。其の結果、一部の地方には寄場（例えば天保十四年大阪）、⁽⁴⁸⁾徒刑場（例えば天保九年水戸藩）、⁽⁴⁹⁾徒罪場（安政年間福岡藩）という名稱で、幕府の寄場に準ずる自由刑執行場が設けられたが、惜しくも全國的且つ一般的制度の域までには至らなかつたのである。

明治維新後、新政府が始めて編纂した假刑律は主として熊本藩刑法草書を通じ明律を継受したもののゆえ、⁽⁵⁰⁾その徒刑もいわゆる律系統のものを構想したことは疑う餘地がない。しかし、新政府が直接に支配し得た徒刑場は、元の石川島寄場であつたため、⁽⁵¹⁾そこにおける實際的處遇方法は従來のものが存続したのである。⁽⁵²⁾すなわち新政府部内の徒刑は、法典そのものの立案者の企圖を離れ、寄場的な自由刑が行われたわけである。前述した元年十月及十一月の新政府達においては、徒刑の内容を明示せず「土地の便宜」に一任したから、各地方の徒刑の内容は種々雑多であつた。しかし、これを大別すれば三つの類型に分けられる。その一は従來から律系統の徒刑があつた藩であり、ここではそれがそのまま繼續したものとされる。その二は寄場的な施設を有していた府・縣・藩で、ここではそれが徒刑場に轉換された。⁽⁵³⁾その三は従來そうした自由刑的施設をもつていない地方である。それは數的にはもつとも多い。ここでは幕府の寄場及他藩の徒刑を見做い、更にまた當時における復古思想の影響をうけて、遠く王朝時代の徒刑に範を求める傾向が歴然と認められることは前にも述べたところである。

明治初年における各地方の徒刑を、このように理解すれば、和歌山藩が新たに作成した「徒刑之法」において「寄場的なもの」と「徒刑的なもの」とが混在する理由がおのずから明瞭となるであろう。いわば、それは明治初期各地方における徒刑のもつとも多い一類型を代表するものであつた。

最後に「徒刑之法」の直接的影響を明らかにうけたと思われる田邊藩徒刑について附言しておきたい。田邊藩は明治元年壹月、和歌山藩から分離した小藩 三萬八千八百石 安藤飛騨守 である。「田邊沿革小史」⁽⁵⁴⁾に曰く、

二年五月二十二日紀藩ヨリ田邊出生ノ罪囚二名ヲ送り來ル。是ニ由テ初メテ徒刑ノ法ヲ定ム。赭色無袖衣ヲ着セシメ頭髮ヲ半剃ニシ女子ハ鬢ヲ以テ其ノ髮ヲ編ム。而シテ従前居村ヲ追ヒシ者ハ徒一年、城下ヲ追ヒシ者ハ一年半、田邊領ヲ追ヒシ者ハ二年、十里外追放ハ二年半、二十里外ハ三年トス。

「田邊要史」⁽⁵⁵⁾によれば法被の背には「徒刑」の文字があり、その圖案は刑期五等別に分かれている。背印が刑期別の圖案に

分かれてゐるのは、徳川時代及び明治初期を通じ私の知る限りにおいて、水戸藩、和歌山藩、田邊藩のみである。田邊藩と同時に和歌山藩から獨立した新宮藩 三萬五千石餘 水野大炊頭 の徒刑制度もまた「徒刑之法」を模倣したことが想像されるが、私は残念ながらそれに就いては知るところがない。識者の御教示を期待したい。

- (1) 前掲「南紀徳川史」一一〇〇頁。
- (2) 「紀州文獻目高近世資料」考説七九二頁。古くは延寶五年十月の「紀藩御壁書」に、それを嚴禁した文言がみられる(井上豊太郎編「和歌山法制經濟資料小叢」四一頁)。
- (3) 本文で述べた松平奉行の「徒刑策」には「御手山盜伐にて是迄牢舎三十日申付候もの云々」とある(前掲「南紀徳川史」一一〇四頁)。これが國律の條文なのか、または特別の定なのか、遺憾ながら私には知り得ない。後考を待つ。
- (4) 前掲「南紀徳川史」一一〇二頁。
- (5) 幕府法の過怠牢は、女または十五歳以下の子供が敵に該るとき、三十日―百日まで拘禁する一種の換刑處分である。従つて名稱は同じでも性質は異なるものである。
- (6) 元祿十一年の定によると、牢舎刑の場合、常人または組村より諸入費を差出すのみならず、牢番人の賄費も受刑者一同で分擔した(和歌山縣誌「上卷五四五頁」)。
- (7) 「法規分類大全」刑法門刑律(一)一六頁。
- (8) 小早川前掲「明治法制叢考」二七九頁―二八〇頁。
- (9) 新律綱領は初め終身徒刑を規定していなかつたが、明治四年十二月二十六日司法省は「流ヨリ重クシテ絞ニ入レ難キモノアリ……依テ三流ノ上ニ新ニ終身苦役ノ一刑ヲ設ケラレ候様云々」と伺い出で、左院も五年一月二十七日議案で「終身苦役ノ一律被相設候儀ハ至當ノ事ニ存候」と了承し、太政官が三月二十日「何之通」と指令したので(前掲「法規分類大全」刑法門刑律(一)一九九頁―二〇〇頁)、はじめて終身徒刑が採用されたのである。
- (10) 前掲「南紀徳川史」一〇四二頁。
- (11) 前掲「日本近世行刑史稿」上卷二二五頁。
- (12) 前掲書九一三頁。
- (13) 前掲書二二七頁。

- (14) 寛政十二年「新發田藩徒罪規定書」に據る〔「北蒲原郡史」第三卷一〇三頁以下〕。以下、同藩徒刑に關する記述はこれに據る。
- (15) 龜井道齋「肥後物語」日本經濟叢書十五卷五〇九頁、小山松吉稿「我國に於ける懲役の沿革」刑務協會編「行刑論集」六四七頁。
- (16) 「鷹山公世紀」四七九頁。
- (17) 水戸藩徒刑については「水戸藩史料」別記上卷五九九頁以下に詳しい。以下、同藩徒刑に關する記述は全てこれに據る。
- (18) 金田前掲論文、九大十周年論文集一五一頁、一五三頁。
- (19) 前掲「日本近世行刑史稿」下卷一〇八八頁。
- (20) 「横濱開港五十年史」下卷一九二頁。
- (21) 内務省警保局編「應府縣警察沿革史」(昭和二年)共三、二二八頁、二四五頁。以下、大阪府及堺縣徒刑に關する記述は全てこれに據る。
- (22) 前掲「日本近世行刑史稿」下卷一〇八八頁。
- (23) 國君は最後の藩主徳川茂承、龍祖は初代藩主頼宣、先君は藩主より將軍となつた慶福(後ちの家茂)である。また「烈祖之御祭禮」というのは、和歌山東照宮最大の祭日四月十七日である〔「和歌山史要」二六三頁〕。
- (24) 前掲「日本近世行刑史稿」上卷八九八頁。
- (25) 前掲書九一二頁、九二〇頁。
- (26) 前掲書九一三頁。
- (27) 前掲經濟叢書十五卷五〇九頁。
- (28) 「徒罪規定書」には、それに關する規定はないが、新發田藩新律に「徒罪ノ者片鬢剃リ落シ候事、但シ年限中無滯相勤最早二三ヶ月ニテ御免ノ時節ニ相成候ハ、鬢タテサセ可申候」とある〔「各國刑法比照」一卷一九二頁〕。
- (29) 「秋田縣史」第四冊五二四頁。
- (30) 「長岡市史」二五四頁。
- (31) 金田前掲論文、九大十週年論文集一五二頁。
- (32) 寛政年度は、片鬢剃落していたが、その後は男女共に頭髮眉毛は一般人と同じであつた。天保十四年御日付柳原主計頭は、男の片眉毛剃落し、女の切禿を提案したが、町奉行阿部遠江守の反對で實現しなかつた(前掲「近世行刑史稿」上卷九一三頁—九一六頁)。
- (33) 前掲書下卷三七〇頁。

- (34) 二年二月の伊那縣(肩、髮)、二年二月の長崎府(兩鬢)、二年三月の鳥取藩(兩鬢、首輪)、二年五月の攝津縣(兩鬢、片眉、首輪)、三年八月の岩鼻縣(片鬢、左眉)、三年二月の金澤藩(片鬢、片眉、首輪)、三年七月の名東縣(首輪)、三年十二月の福島縣(双眉、首輪)、五年二月の埼玉縣(兩鬢、右眉毛)、五年三月の宇都宮縣(腰環)等の徒刑の例が知られている。おそらく全國的な傾向であろう。
- (35) 前掲「日本近世行刑史稿」上卷三五二頁。
- (36) 前掲書九一二頁。
- (37) 前掲書下卷九六五頁。
- (38) 前掲書上卷九五三頁。
- (39) 前掲書九八三頁。
- (40) 前掲書九五五頁。
- (41) 前掲書九五五頁。
- (42) 徳川時代の牢舎における牢名主の他囚に對する暴戾壓迫は、はげしいものがあつた。明治になつてもなお岩鼻縣(三年八月)、山口縣(五年五月)の徒場にはその制度が残つてゐる。
- (43) 明治五年「監獄則」の内容については、從來の傳統を重くみる説(例えば辻敬助稿「明治監獄年譜」(一)刑政五〇卷五號二二頁)と英法の影響をつよくみる説(例えば正木亮著「新監獄學」一一五頁、細川龜市著「日本固有法の精神」四八頁)とがある。それについての私見は別の機會に發表したいと思つてゐる。
- (44) 天保九年には經費節約のため受刑者の收容を停止し、同十二年舊に復し、さらに弘化二年若干の制限を行つた等の例がある(前掲「日本近世行刑史稿」上卷八一三頁)。
- (45) 徒刑の多くにみられる頭髮、眉毛の剃去も、寄場では「異様の嚴法」として採用されていないことからみれば(前註32參照)、そうしたことが逃走防止の避くべからざる手段ではなく、威嚇、懲戒の目的も有していたものと思われ。寄場の近代自由刑的性格はこゝにも表われている。
- (46) オランダ、アムステルダムダムの懲治場は一五九五年に開始され、近代的自由刑の嚆矢である。
- (47) 小野清一郎稿「日本刑法の歴史的發展」(一)國家學界雜誌五五卷一一號七一頁。
- (48) 三浦周行稿「追放刑論」法制史の研究一〇一六頁。
- (49) 前掲「日本近世行刑史稿」上卷九六八頁。

(50) 前掲拙稿「假刑律の一考察」本誌二三卷一二號一五頁以下參照。

(51) 明治元年五月、石川島寄場は民政裁判所に屬し、同年八月には會計局の所管、同年十二月には東京府の所管、二年十二月には刑部省の所管になつた。三年二月徒場と改稱した。

(52) 「刑多摩摩舊記」に「石川島人足寄場ヲ以テ徒場ニ充テ其ノ處遇ハ徳川氏の舊ヲ襲フ」とある（前掲「日本近世行刑史稿」下卷附表三頁）。さらに四年二月の徒場規則も、大體において寄場の制を繼承している。

(53) 例えば二年二月刑法官への長崎府問合によると、そこでは寄場を徒刑場に改制している（前掲「法規分類大全」刑法門刑律（一）一一頁）。

(54) 「山邊沿革小史」一〇二頁。

(55) 前掲「日本近世行刑史稿」下卷九七〇頁の引用に據る。

(56) 「新宮市誌」は詳細な郷土史であるが、明治初期徒刑の記事はない。

四

かくして明治二年二月乃至四月以降、和歌山藩では徒刑の制度が施行されたが、それは從來の追放刑に代つたものである。前にも引用した刑法知局事の伺書に「是迄之追放所拂等徒刑に換へ云々」とあるは、そのことを明示している。國律における追放刑は「放刑八等」(名例)と呼び、次の種類があつた。⁽¹⁾

在郷へ遣シ押込被置。居所追拂_{居村}追放。御城下追放_{村道}。五里外追放_{郡道}。七里外追放_{勢州一領}。十里外追放_{改易}。十五里外追放同。二十里外追放同。

さらに國律補助の名例律には「追放者里數放し場所」と題し、各種追放刑における放逐場を詳細に規定していた。徒刑の五段階が、この八種の追放刑に對し、どのように置き換えられたかは、遺憾ながら明らかでない。また和歌山藩徒刑の一特長である永徒刑が、どのような犯罪に實施されたかも知りえないのは寔に残念である。

なお前掲「寛政七年極」における博奕犯の百五十日、百日の牢舎刑が三年、二年の徒刑(前掲二年四月廿五日、政事廳より刑法局へ達)に換えられ

ていることから判断すれば、従来の牢舎刑も全て徒刑に改められたものと思われる。

次に元年十月及十一月新政府達の中、徒刑以外の分が、和歌山藩においてどのように遵守且つ實施されたであらうか。この點についても、わずかに「盜劔百兩以下罪不至死」(前掲十月晦日達)が「盜一」と通じて金高百兩以下の者徒刑三年」(前掲政事)として實行されたことを知りうるにすぎない。國律においては「大様金十兩以上雜物金ニ積リ十兩以上盜取候者」死罪又は斬罪」(律盜)であつた。しかし、新政府達のその他の内容も、大體において實行されたものとみてよからう。例えば國律には存在しない笞刑、流刑のごときも、後に述べる「刑法内則」に「代笞徒刑」「代流徒刑」があり、その際に笞刑及び流刑の大部分を廢止したと考えられるから「徒刑之法」施行の頃にそれを採用したものと推定される。

「徒刑之法」實施後において行われた刑事法上の改革で、注意すべきは次の二つの事項であらう。その一つは三年四月二十五日の政事廳布告である。⁽²⁾

一 向後御咎被仰付候者其罪の品に寄士族扶持人たりとも身分を下し徒刑に被處候儀も有之候間別て心得違無之様可致事

士分の者と百姓町人との間に、刑罰の區別があつたことは封建時代刑法の特色である。國律もその例に洩れない。新政府の假刑律も「藩臣處分」の閏刑を設けている。かような時に、たとえ「其罪の品に寄」という條件附ではあるにもせよ、武士も庶民と同じく徒刑に處するのはいちぢるしい變革であつたとしなければならぬ。

他の一つは「贖人夫」の刑の新設である。従來、博奕犯の連坐として村役人下役人、村内町内、五人組向三軒兩隣は過料刑(百文—貳文)であつたが(前掲寛政七年極)、これを贖人夫(二人—五人)に改め、また武士に對する刑罰である押込、屹度押込(二十日、三十日)(國律名例律)も贖人夫(十人—十五人)に變更されたのである(前掲二年四月二十五日政事廳より刑法局へ達)。(3)それは本人が人夫として何人分(何日間)かを働くという意味ではなく、自費で雇つた人夫を藩へ差出すことであらう。但し「人夫代料にて差出度ものは一人二百文の割にて出させ可申事」(前)と、金納も認めている。どんな理由でこのような刑罰が設けられたかは不明であ

るが、それは後に述べるように三年十月まで約一年半つづいた。

このように和歌山藩では、前掲新政府達をきつかけにして「徒刑之法」を始め種々の刑事法上の變革が行われた。その結果、従來の國律、國律補助の内容には大變動を生じ、法典の體裁上もはや普通の修正加除の手段では如何ともなしがたい状態に立ち至つたものと思われる。それまでのように成文刑法典主義を維持するためには、新法典の編纂が必須であつたにちがいない。明治三年閏十月の「刑法内則」は、このような事情のもとに制定されたものであろう。「徒刑之法」に關する前掲刑法知局事伺書の「上げ紙」に「律書は取調中に付跡より可奉伺事」とあり、また前掲四月二十五日政事廳達に「刑律の儀當時取調中に未不極候に付云々」とあるのは、すでにその當時新法典編纂の氣運が動いていたことを物語つてゐる。

明治三年閏十月廿二日政事廳より刑法參事へ

- 一 刑罰之儀朝庭に於て御一定迄處流以下之刑當分假に別表御内則を以處決可致尤表外の刑は勿論代流徒刑三等は巨細手續書へ刑案取添へ伺出可申右以下と雖も少しにても疑數分は刑の輕重に不拘見込書を以伺出候上にて處置致し聊粗漏之儀無之様相心得各郡參事へ可申合事
- 一 本文表面は假御内則之儀に付決て漏洩不致様篤と可申合事
- 一 流以下當分別表御内則を以て御處置之管に付ては左之ヶ條之通相心得各郡參事へ可申合事
- 一 盜金錢高を徒刑働賃錢を以爲贖候儀廢止之事
- 一 他管轄所の者も一樣に處刑可致事
- 一 代答徒役以下へ申渡文言へ日數幾日と可認入事
- 一 贖入夫は廢止向後過料に替候事

明治二年三月以來、新政府が新律綱領を編纂中であつた事實は、和歌山藩にも傳えられていたであらう。そこで「朝廷に於て御一定迄」すなわち統一法典成立までの限時法として「刑法内則」は制定されたのである。「處流以下の刑」いいかえれば「死永流永禁錮を除く」(後掲刑法内則)刑のみを規定した點は注意を要する。永禁錮以上の刑は、いずれも重罪犯に科するものであつて、刑法局のみが所管し、各郡民政局の權限外であつた(前掲民政局)の職制參照。すなわち、「刑法内則」は各郡民政局が

刑の執行を爲しうる範圍内の臨時法であつたといわねばならない。もちろん刑法局自體がそうした輕罪を裁判する場合にもそれを典據としたであろう。刑法局のみが裁判する犯罪に對しては、別段の成文規定を設けず、「刑法内則」のみを編纂した理由は、各郡民政局における裁判の準據法が早急の必要にせまられたものと思われる。また、そうした比較的輕い犯罪が數的に多かつたのも一原因ではあるう。

「參事の外決て漏洩不致云々」とあるは、刑罰法規を極秘にした從來の傳統（非公布主義）を脱し切れなかつたのである。また「盜金錢高を徒刑働賃錢を以爲贖候云々」というは、百兩以下の窃盜を徒刑三年と定めた際（前掲二年四月二十五日）、「但盜取候金高徒刑賃錢にて贖せ相濟候上本文三年の徒役勤させ可申事」（同）としたのを廢止したものである。一日四十八文の賃錢（前掲「徒刑之法」）を以て賠償すれば、窃盜金額が百兩に近い場合には、徒刑期間がかなり延長される。その不合理を排したのであるう。贖人夫の廢止も結局金納すれば過料と同じ結果になつたためと思われる。

- (1) 各種追放刑の受刑者は、全犯罪人の八、九割を占めていたとの事である（前掲「南紀徳川史」一〇三五頁）。
- (2) 前掲書一一五頁。
- (3) 押込、屹度押込（閉門、逼塞、差扣）は、御目見以下輕輩武士の場合に使用する言葉である（前掲書一〇三九頁）。
- (4) 前掲書一一六頁。
- (5) 永流の内容は明らかでない。永禁錮は武士に對する刑罰で、以前は「永く揚屋入」といつた（前掲書一〇三七頁）。なお、永徒刑は内則制定の頃、廢止されたのではなからうか。
- (6) 幕府の御定書は原則として奉行以外には秘密とされていた（三浦周行稿「歴代法制の公布と其公布式」法制史之研究一三三頁以下參照）。各藩の刑罰法規もそれに準じている。刑法典を國民一般に發表したのは、明治三年の新律綱領からである。

五

「南紀徳川史」に據れば「刑法内則」の全文は次のごとくである。

道無	盜	賊	詐偽	淫亂	搏奕	毆傷	雜犯
不睦	輕盜六度以上 野盜二十兩以上 盜具等凡論財橋之	之 所 の 物 を 取 る 者 無 之	隱人 と 偽 り 不 遂 者 取 上 の 上	密通 密通宿并手引	博奕の類 凡かけ勝負	毆傷 至二月者	出賂賂取々の上 毎々引戻の上 自他出奔人をか まふ者
中中	輕盜四五度 盜一兩以上	中	中中	中	中	中至一月者	中中中中
輕輕	輕盜二三度 盜一兩以上	輕	輕輕	輕	輕	輕 輕傷不至疾者	輕輕輕輕
不慈	欲盜不得者 手元の品風と盜取畫 拾ひ者を隠し不申者	中中中	中中	中中	中中	毆打 不至傷者	人別外の者を無斷に差 違者 無斷他行 酒狂
中中	中中中	中中中	中中	中中	中中	中	中中中
輕輕	輕輕輕	輕輕輕	輕	輕	輕	輕	輕輕輕

徒 役 三 等 謹 慎 准 之 代 答 徒 役 三 等 愼 度 押 込 准 之

過 料 三 等

十五貫文	十貫文	五貫文
------	-----	-----

大初位以下官人並市在小吏之小過失又は罪人の一類伍組連累等の科に用ゆ

差 扣 三 等 押 込

十五日	十日	五日
-----	----	----

相當從九位以上官人に用ゆ
大初位以下の官人並市在小吏に用ゆ

官人取扱の小過失に用ゆ

備考

(1)

國律の「十惡」によると、不義は「配下の者頭支配を殺害するの類をいふ」、不孝は「祖父父母並夫の祖父父母に孝順な、らず奉養等乏絶スルの類をいふ」、不睦は「親類不和に有之或者殺んと謀り又は打擲等するをいふ」とある。(律名例)。

不順、不悌、不友、不惠、不慈は「十惡」にはない。それらがどんな具體的内容を指示するものかは不明である。

(2) 國律では「未嫁女ト通スルヲ密通トス」「人ノ妻ト通スルヲ姦通トス」と兩者を區別していた(律犯姦)。

「刑法内則」の特色と思われる點を、以下に列挙してみよう。

(一) 従前よりも刑が寛大になつたこと。

すでに述べたように、前掲新政府達の一目的が刑の寛大化であり、内則がそれに則つて制定された以上、従来より一般的に刑がゆるめられたのは當然の結果であつた。例えば前に述べたごとく窃盜十兩以上の刑は、國律では死罪又は斬罪であつたものを、二年四月の政事廳達で百兩以下は徒刑三年とされたが、さらに内則では「窃盜七十兩以上」は徒刑二年になつてゐる。また國律(律犯姦)によると、

一 密通ノ者双方十里外追放 但女ハ髮ヲ剃追放

一 姦通ノ者ハ双方二十里外追放

一 主人ノ妻ト姦通致候者ハ死罪

であるが、内則では單純密通は徒役三百日、姦通は全て徒刑七年である。津田出(執政、後ちの大參事)の回顧談に「有夫姦を死刑に處するなどは之を苦役に止むることにした」というのは、このことを指すものであろう。或いは國律(律犯姦)に

一 御紋付ノ焼灯又ハ繪符等ヲ拵役人之名ヲ僞リ稱シ調略私欲等致候者欠所入墨之上二十里外追放但重キ役人之家來ト僞リカタリ並調略私欲等致候者死罪

一 重キ御役人ノ家來ト僞リカタリ致候者數等ニ不拘死罪又ハ斬罪

とあるのが、内則の「役人詐稱」では最高徒刑七年にとどまり、強訴、徒黨の類も國律の死罪(律訴訟)が、やはり最高徒刑

七年に軽減されてゐる。

(二) 流刑、管刑を徒刑、徒役に換えてゐること。

従來の國律では、流刑、管刑を採用していないが、前にも一言したごとく前掲新政府達に従い、おそらく「徒刑之法」施行前後にそれらの刑を新設していたものと思われる。内則は永流以外のものを徒刑（徒役）に變更したのである。新政府の指示によれば、流刑は「蝦夷地ニ限り」と豫定したが「彼地御制度相立候迄」は「先舊」に準じて行わせている。「先舊」の例を有しない和歌山藩では、どのような措置を行つたのか明らかでない。ところが北海道への流刑は、開拓使の受入態勢が整わず、それがため三年十一月十七日の「準流法」⁽³⁾（新政府の府縣藩への遣）を以て、全て五年、七年、十年の徒役に代えられたのである。内則が代流徒刑を設けたのは、むしろ先見の明があつたといわねばならない。なお代流徒刑三等の刑期は、準流法の施行によつて次のごとく改正された。⁽⁴⁾

明治三年年十二月八日政事廳より達

一 此程御定相成候御内則の内左朱書之通相改候事

代流徒刑三等「十年」「七年」「五年」 七年 五年 三年

管刑についても、新政府がそれを廢止したのは、明治五年の懲役法⁽⁵⁾（五年四月、太政官）からであるから、内則の措置はやはり一步先じたものといわねばならぬ。

(三) 徒刑における武士と庶民の平等。

三年四月以降「罪の品により」武士も庶民と同じく徒刑に處したことはすでに述べたが、その趣旨は内則に傳えられた。すなわち徒刑三等の刑に該當する犯罪については、士庶の區別なく一樣に徒刑を科しようである。何故ならば、代流徒刑については「刑局禁錮」、徒役については「謹慎」、代管徒役については「愼、屹度押込」という武士の閥刑が存在するにもか

かわらず、徒刑についてはそのような閩刑の規定が存しないからである。津田の前掲談話に「士大夫の特権を廢して刑法を平等にし云々」とあるが、それは徒刑について述べたものであろう。⁽⁶⁾ またその談話によると「從來士族の特権であつた所謂手打成敗切り捨て杯云ふ野蠻未開の惡む可き慣例は急に之を禁じた」⁽⁷⁾ともいつている。この點に關する國律の規定をみるに、

一 諸士御日柄ニ慮外者ヲ手打ニイタシ其段申込候ヘハ不及何等

一 以下ノ者ニテモ輕キ町人百姓ノ身トシテ法外ノ雜言等不届ノ仕形有之不得止事切殺候得ハ吟味ノ上相違無之ニ於テハ不及何等

とあり、封建時代一般の慣例が成文化されていたことを知り得るのである。⁽⁸⁾

内則よりも後に制定された新政府の新律綱領（明治三年十二月）、改定律例（六年七月）が、なお士族に對する一般的閩刑を殘しているのに比較すれば、部分的ではあるにもせよ、内則における士庶平等的取扱ひの進歩的傾向は高くこれを評價しなければならぬ。

(四) 法定刑にかなりの弾力性があること。

刑法の歴史的發展からみれば、絶對的法定刑の時代は夙に過ぎ去り、十九世紀以降の西洋の刑事立法は主として相對的法定主義を採用している。しかし、わが徳川時代の幕府法は絶對的法定刑の立場を脱却していない。諸藩の刑法も同様である。ところが國律は、この點について他にみられない特色を有していた。それは同一犯罪について數個の刑罰を規定する條文をかなり多く持つてゐる點である。

- 一 一人ニ頼レ謀書等認遣候者輕ハ扶持人ハ扶持放、御城下追放、重キハ十里外、十五里外、二十里外追放
- 一 謀書謀判イタシ候者欠所ノ上死罪、重キハ斬罪、梟首、輕ハ欠所二十里外追放
- 一 偽金銀偽札取拵候者斬罪、梟首、重キハ磔
- 一 名印無之授文致シ人ノ罪ヲ告訴致シ候者ハ十里外、十五里外、二十里外追放
- 一 盜物ト存質ニ置遣シ又ハ賣拂遣シ候者又ハ賈ヒ候者預リ候者又ハ盜物ヲ證人ニ立賣ラセ又ハ賈ニ置カセ候者又ハ盜物ト存直ニ買取

候者ハ御城下追放又ハ村追放、輕キハ居村追放

一 幼少ノ者辨モ無之火ヲ附候ヘハ火ヲ龐末ニ取扱候トノ科ニテ一命被助追放里數ハ其品々ニテ可極

等の例は、幕府法及び他藩の刑法典に比較し、刑の量定においてはるかに弾力性をもつていた證據である。この傾向は、内則においてさらに一般化された。すなわち内則の規定する多くの犯罪には、刑を三種類に分類して配列している。殊に代流徒刑のごとき三年、五年、七年と、同一犯罪に對する刑期の幅はかなり廣い。相對的法定刑へいま一步の段階に到達している。當時の新政府の法典であつた假刑律及び内則より以後に制定された新律綱領、改定律例は、いずれも律系統の刑法であつたため絕對的法定刑主義の域をいはず、明治七年の左院草案である校正律例稿においてその缺陷が指摘されたこともあつたが、⁽⁹⁾相對的法定刑の全般的採用はフランス刑法の流れをくむ明治十五年刑法からであつた。⁽¹⁰⁾こうした事情を考えれば、明治三年の内則がすでに早く相對的法定刑へのいちぢるしい接近を示している事實は、日本近代刑法史上注目すべき現象といふべきであらう。それが國律の傳統にもとづくことはすでに述べたが、それ以外に近代西洋刑事思潮が何等かの影響をあたえた疑われるふしがないでもない。それは當時の和歌山藩における外人法律顧問の存在である。「晦結滲言」によれば、⁽¹¹⁾

同年七月(明治三年、手塚註)、左ノ外人教師六名雇聘の事を假條約をヘ外務省御出願之處同十三日許可

李瀧生國	火工家	ブーク	月給	二百元	食費	月	百元
		ワラゲネーヨ	同	同	同	同	五十元
同	革細工師	ワルデー	同	百五十元	同	同	五十元
同	築城家	フラットミドル	同	同	同	同	五十元
同	築城家	マイヨー	同	二百元	同	同	百元
英、國、	法律家	サンドル	同	洋銀 二百七十五枚	居家貸渡 食料自費		

右のつれも「カッペン」の周旋にて期限は「サンドル」百八十日間、餘ハ一ヶ年半則十八ヶ月トシ往來旅費ハ六百元ツ、ニ結約ス⁽¹²⁾

カッペン(Karl Köppen)は明治二年十一月以來、和歌山藩軍事教官として招聘され、獨逸式兵制の確立に従事していた。⁽¹²⁾

火工家、革細工家、築城家の雇用はいずれも軍事技術の移入の目的であろうが、法律家が一人選ばれているのはいかなる理由であろうか。サンドルなる法律顧問の招聘事情とその事蹟については私は遺憾ながら知るところがない。⁽¹³⁾しかし、三年七月以降六ヶ月間彼が在職したことが事實とすれば、内則編纂當時、彼の助言が行われたことも想像されるのである。また、カッペンが指導していた兵學寮の獨逸學教師には、幕末の頃ドイツに留學し、法律學を修めた小松濟治（會津藩士）⁽¹⁴⁾がいた。このように内則制定當時の和歌山藩においては、英、獨刑法思潮を攝取し得る機會に十分恵まれていたものとみることができるとすれば、その内容にそれらの影響が多少とも混入したと考えるのは、あながち飛躍的推測でもなからう。

(1) 前掲「南紀徳川史」一一一六頁附表。それは「和歌山縣誌」にも掲載されているが（上卷五五四頁以下）、兩者には多少字句の異同がある。

(2) 津田道太郎編「壺碑」三二頁。

(3) 前掲「法規分類大全」刑法律門刑律（一一八頁）。

(4) 前掲「南紀徳川史」一一二〇頁。なお、この邊で徒刑も三年、二年、一年の制に改められた。

(5) 新律綱領（三年十二月）は笞、杖刑を採用したが、懲役法（「法規分類大全」治罪門監獄五六頁）で、十日―百日の懲役に改められたのである。和歌山藩では一度廢した笞刑を、新律綱領施行の際、復活したのであらう。

(6) 前掲「壺碑」三一頁。なお、「刑局禁錮准之」「謹慎准之」「愼、屹度押込准之」の「准之」の意味を、それらを廢止し代流徒刑、徒役、代笞徒役に換えたと解すれば、士庶の刑罰はほとんどすべて平等になる。しかし、私は永禁錮、差扣、押込等の閏刑が残っていたことからみて、そのようには考えたくない。

(7) 前掲書三二頁。

(8) 幕府法の切捨御免については高柳貞三稿「正當防衛と徳川時代の刑法」國家學會雜誌五七卷七號一五五頁以下参照。

(9) 拙稿「校正律例について」本誌二二卷四號三八頁四六頁。

(10) 泉仁新熊「舊刑律と新刑法」法學協會雜誌二七卷四號一二二頁一二三頁。

(11) 前掲「晦結濫言」第四冊。

(12) 重久篤太郎稿「和歌山に於けるカール・カッペン」明治文化研究第六輯五三頁以下。

(13) 「幕末明治來朝歐米人に關する文獻一覽」(視光一卷九號—三卷三號)及び「明治文化に寄與せる歐米人の略歴」(日本文明協會編「明治文化發祥記念誌」所載)にも、彼の名は見出せない。和歌山地方郷土史家の御教示を賜りたい。

(14) 岡本柳之助著「風雲回顧録」一五一頁。岡本は當時の砲兵大隊長である。小松はドイツより歸朝後、同藩の先輩山本覺馬と交渉があつた(青山霞村著「山本覺馬」四一頁)。山本はカツベンが勤務していた大阪レーマン商會の主人(R. Lehmann)と親交があつたら、その緣故で、小松はカツベンに同行して紀州へ行つたのであろう。なお彼は後ちに司法省に入り、明治二十年民事局長まで進んだ。

む す び

徳川將軍家と深い關係に立つ和歌山藩は、大政奉還、王政復古に際しきわめて困難な立場におかれた。藩論は分裂し、一時は將軍慶喜を擁護したため新政府はつよい猜疑の眼を以て全藩を遇したのである。しかし明治元年二月、藩主徳川茂承は上京して恭順の意を表し、一方津田出、陸奥宗光等を起用して藩政改革に従事せしむるや、新政府の嫌疑は一掃され、同藩の諸變革は「諸藩改革の標準」として深く期待されることとなつた。⁽¹⁾津田が執政に就任したのは元年末であるが、彼の改革の目標は「郡縣制度の雛形を先づ紀州に於て實地に造らん」とする點にあつた。⁽²⁾世襲祿制の廢止、獨逸式兵制の採用、徴兵法の實施等、その改革は「諸藩に先鞭をつけ、新文明扶殖の魁首となつた」⁽³⁾のである。徒刑之法及び刑法内則の制定も、そうした改革の一部分としてこれを考察しなければならぬ。津田の就任以後、新政府にもつとも従順であつた和歌山藩は、刑事行刑方針についても、新政府の方針をいち早く遵守、實施した藩であつた。「徒刑之法」の制定が二年二月—四月の頃であつたのは、他の地方のそれに比較してきわめて早い例に屬する。地方における徒刑で、開始時期がほぼ確實なものを擧げてみれば、神奈川府(元年六月)、大阪府(元年八月)、兵庫縣(元年十一月)、長崎府(二年二月)、伊那縣(二年二月)、堺縣(二年二月)、京都府(二年三月)、山口藩(二年四月)、甲斐府(二年五月)、攝津縣(二年五月)、田邊藩(二年五月)、廣島藩(二年六月)、佐倉藩(二年六月頃)、若松縣(二年八月)、名東縣(三年七月)、岩鼻縣(三年八月)、福島縣(三年十二月)等である。この中で元

年十一月以前のものは、復古思想の影響で王朝の徒刑を復活したのかまたは新政府の假刑律の徒刑を自發的に模倣したものとされるが、それ以後のものはいずれも新政府達を遵守し開始したものと考えられる。和歌山藩の徒刑は、他藩においては勿論のこと、新政府の直轄した府縣さえもまだほとんど開始していない時期に、いち早く始められたことが判明するであろう。しかし、それは内容に「律の徒刑」的なものが混入したため、進歩的性格においては幕府の寄場に及ばない。

刑法内則は新政府の統一刑法典制定が待ちきれず「不日天下一般開明の法律が御制定になる時を待つ積り」⁽³⁾の臨時法として、新政府の刑事方針に則り編纂されたものであつた。それがため整頓せる刑法典ではなく、わずかに刑法各論的規定の一部を圖表化したものにすぎない。また、その施行も、藩が新律綱領を採用する⁽⁴⁾(四年三月)までの短期間であつた。けれども、その内容に自由刑の一般的採用、徒刑における土庶平等、身體刑の廢止、相對的法定刑への接近等、近代刑法的傾向がわずかながらも認められるのは、たとえ公布された法典ではなかつたにもせよ明治刑法發達史上意義ふかい存在といわねばならない。新政府の明治十五年刑法制定にさきだち、刑法近代化の萌芽はすでに早く明治初期藩刑法の一部に擡頭しつつあつたのである。

(1) 「和歌山縣誌」上卷三三七頁以下、渡邊幾治郎著「陸奥守光」七六頁以下、岡本前掲書一〇一頁以下等参照。

(2) 前掲「壺碑」二二二頁。

(3) 渡邊前掲書一〇一頁。

(3) 前掲「壺碑」三二二頁。

(4) 前掲「南紀徳川史」一一二二頁。

追記

脱稿後、計らずも「國律」の寫本を入手した。ひどい蟲食のため缺損分もあるが、その末尾に「御奉公人ノ外町在輕キ者追込追放之代リ管杖徒之三刑相用候へへ輕重大様左之通」として、管十―五十まで五段階、杖六十徒三月より杖百徒三年までの七段階を、追込追放の各種に割り當てている。これによれば、管、杖、徒刑が行われたようにも思われるが、他に傍證はない。おそらくその規定はこれらの刑を採用するならばという假定のものであつて、實際には實行されなかつたのではなからうか。

(二七年二月二日稿)