

Title	手塚豊著 『明治初期刑法史の研究』
Sub Title	Y. Tezuka : A study of the criminal law in early Meiji era
Author	向井, 健(Mukai, Ken)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1957
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.30, No.2 (1957. 2) ,p.90- 96
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19570215-0090">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19570215-0090</a>

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.

紹介と批評

手塚 豊著

『明治初期刑法史の研究』

一

戦後の日本法制史學界において、本書ほど、その公刊が鶴首待望されたものは、他に類例がすくないのではあるまいか。明治刑法史に關して、従來、手塚豊教授が發表されてきた諸論攷は、どれもが、つねに法制史家の注視をあびてきた。

刑法史の研究とならんで、教授の民法史をめぐることがやかしい業績については、すでに周知のとおりであり、いまさら嘖々する要はないであろうが、教授の本領は、むしろ刑法史の分野にあるのではないだろうか——この不遜な言をゆるされよ——、と筆者はひそかに考へている。教授の、精到な吟味にもとづく、實證的な事實求是の眞摯な研究態度は、ひろく學界に定評があるが、その孜孜として築きあげられた貴重な成果が、明治刑法史の究明に刮目すべき貢獻をなしてきたので、教授が、自らの研究を集大成され、その體系の全貌を闡明されることが、ここ數年來の學界の課題となつていた、と

いつてよい。

このたび、刑法史關係の論策十編をえらび、十全の補訂を加えられた後、一巻の書として上梓されたことは、この切なる希求にこたえたものというべく、したしく教授の薰陶をうける筆者として、喜びこれにすぎるものはない。

近時、明治法制史攻究の氣運ようやくたかまり、特筆すべき勞作も、その數すくなしとしないが、刑法史の領域は、その他の部門に比して、まさしく未墾の分野であつた。しかし、いまや本書のごとき權威ある專著の刊行により、その研究水準は飛躍的にたかめられ、新たなる視野が開かれるにいたつたのである。

二

本書の構成は、「明治政府の刑事法」と「府・縣・藩の刑事法」の二部にわかれたれ、前者は五論説を、後者は三編の研究を收め、別に附録として、死刑に關する二つの作品を添加する。いま、これを列記すれば左のとおりである。

第一部 明治政府の刑事法

假刑律の一考察

新律綱領編纂關係者考

新律綱領の施行に關する一考察

校正律例について

明治初年の拷問制度

第二部 府・縣・藩の刑事法

明治初年の和歌山藩刑法

明治初年の神奈川縣刑法  
刑法官格例調考

附錄

近代日本の絞首臺

明治初年の死刑數

集録された十編の諸論稿は、いずれも珠玉の勞作であり、彫琢されたひかりを有している。以下、順をおつて、内容を概観してみたい。

第一論文 「假刑律の一考察」(以下三頁)

樹立後、まだ日も浅い明治新政府にとつて、刑法典の制定は、焦眉の急を要した重大課題であつた。政府部内における裁判の準則として定められた刑法典である假刑律は、たとえそれが、舊幕府天領の一部に原則として行われた暫定的なものであつたにせよ、この後につづく新律綱領・改定律例などの、明治初期の社會を規律した一連の東洋法系刑法の先驅をなすものであり、「近代日本刑法史上忘るべからざる」(四)存在である。本稿は、これが成立時期・編纂者・編纂の典據などをめぐる考究であり、學界に一石を投じた論攷である。

従來、假刑律成立の時期については、刑法律務局時代の所産とする説と、刑法官時代のものとする二つの見解があり、後者を多數とするが、教授は、當時の司法官廳在職者の出身地を中心とする考證にもとづき、それが刑法律務科・刑法律務局時代に成立したことを明らかにされ、さらに編纂の主導權は、肥後藩の細川護久を筆頭とする、溝口孤雲・木村得太郎ら同藩關係者の手に握られていたこと

を論證される。この假刑律は、最初の原案に逐次修正を加えた、いわば「流動的な法典」(頁一六)であり、その改正は、刑法官時代にも行われたことに注意をほらうべきであろう。

つぎに、主として肥後藩關係者により編纂されたことの當然の歸結として、假刑律にあたえた、同藩の刑法典であり、「徳川時代藩刑法の白眉」(頁九)と稱せられる刑法草案の影響が、きわめて顯著である事實を指摘される。要するに、本稿は、假刑律と肥後藩との密接にして不可分な連關を闡究されている點に、顯揚すべき意義が見出される。

なお、平松義郎助教授によつて、本論の紹介がすでに發表されていることを附言しておく(「法制史研究」第一卷二八七頁參看)。

第二論文 「新律綱領編纂關係者考」(以下三頁)

第三論文 「新律綱領の施行に關する一考察」(以下三頁)

ともに、新律綱領の研究にかかると。明治新政府が、はじめて本格的に編纂した刑法典である新律綱領については、その名稱の、比較的、人口に膾炙しているわりには、これに關する考察はあまりにもすくない。教授がとくに、新律綱領の編纂事業に參與した人々につき論究されたのが、第二論文である。

明治二年三月、刑法官において新律編纂委員が任命されてより、翌三年十二月に全國に頒布され、さらに四年初頭の新律成功の論功行賞にいたる約二年間を、得がたい資料を縦横に驅使されることによつて、編纂指導者・佐々木高行、起草委員・水本成美、鶴田皓、長野文炳、村田保をはじめ、刑部省審査會議および太政官審査會議の出席者を明確にされている。編纂途上にある、太政官審査會議に

ついでの記事は注目に値する。また、泰西法律學研究の先蹤ともいふべき津田眞一郎が、初期の二・三ヵ月間であつたといへ、事業に關與していた事實は興をよぶであらう。けだし彼が「最後まで：關係していたならば、『新律綱領』には多少とも西洋刑法の影響があたえられたに違いない」(頁三七)からである。

本稿の末尾に、起草委員四名の略歴が附せられているのは便宜である。なお當時の司法部内における律令學の第一人者であり、復古的法學派の總帥ともいふべき水本成美について、教授はかつて「明治法制史上に於ける水本成美」なる論策をものせられている(尾佐竹稿三四五頁以下參看)。

第三論文は、明治三年十二月二十七日、全國の府・縣・藩に頒布された新律綱領を、各地ではどのように遵守・施行したかにつき検討された所論である。すなわち、頒布はとりもなおさず全國的施行を意味した、とする従來の見解の單純さを指摘され、新刑典の頒布と、その實際的施行の間には時間的ずれがあつたのであるまいか、との疑問を提出し、これが解明を企圖せられたのである。

教授は、原資料の散佚という困難とたたかわれつつも、ひろく各地の資料を蒐集・精査され、當時の實態を浮き彫りされる。たとえば、新律綱領が各府・縣・藩に到達したのは、四年一月より二月にかけてであり、早い地方は、一月末あるいは二月から、これに準據して刑事裁判を行つたものごとくではあるが、三月以降に施行した地方もすくなくない。さらに極端な例では、六月または七月の廢藩のときまで實施しなかつた事實を具體的に立證されている。かくて、「新律綱領の施行時期とその施行方法は、……まちまちであり、

その頒布もしくは到達が同時に施行を意味するものでなかつたことは餘りにも明白であらう。新律綱領が全國各地方に全面的な施行をみたのは、おそらく廢藩置縣以後のこと」(頁七九)であらう、と結ばれる。正鶴な所見とおもわれ、筆者も心からの共鳴を惜しまない。この論述により、ただに新律綱領の施行についてのみならず、明治初頭における各地の態様すらも窺知することが可能であり、この觀點からも重視されなければならない、と信ずる。

#### 第四論文 「校正律例について」(以下一頁)

校正律例なる刑法草案については、それが、司法資料として刊行された「日本近代刑事法令集」(昭和二)にはじめて登載されるまで、その名稱すらも世に知られていない、いうなれば埋れた刑法草案の感すらあたる存在であつた。本稿は、これが編纂の時期・由來より説きおこし、その内容を吟味し、さらに、それが明治刑法編纂史上にしめる意義につき詳細な考究をこころみられたものである。

まず、明治初期の法典編纂機關について論じられた後、左院における刑法編纂事業にすすみ、校正律例が同院の所産であり、かつ明治七年前半期の起草であつた、と推斷される。ついでその特色を、西洋法律の部分的繼受の面と新律綱領・改定律例の不均衡の是正・補充の面の二方向より析出され、すすんでその意義を説述される。教授にしたがえば、本草案は、『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 western principle の近代刑法典へうつりゆく過渡的立法」であり、「本質的には東洋法系刑法の類型に屬するもの」(頁一〇)なのである。

ところで、校正律例は陽の目をみることなく草案のまま葬られる

のであるが、その原因として、このような姑息的立法をもつてしては、はげしく進展する時代の要請を満足せしめることは不可能であつたことと、この内容にみられる程度の改正ならば、とくに獨立の法典としなくても所期の目的が達成された、という二者をあげられている。

ともあれ、本論は、校正律例に關する唯一無二の考察であり、明治刑法史研究の深化に寄與するところ多大なる力稿である。

#### 第五論文 「明治初年の拷問制度——その廢止過程の一研究——」

(一〇九頁以下)

本編は、明治初期における拷問制度の状況と、それが、どのような事情から廢止の過程を辿つたかにつき、綿密に追尋された論稿であつて、すぐれた洞察に富む史的省察は、現行法研究者にとつても利便は大きいであらう。

教授は、はじめに、明治初年の法制における拷問を述べられるが、新律綱領が頒布されるまでは新政府の刑事・行刑方針よりして、拷問制度にあつては、徳川時代のそれがそのまま存続していた。徳川幕府刑法は自由必要主義を採用したが、その拷問制度は、拷問を牢問と、狹義の拷問の二種類にわけるのが特長であつた。教授は、後者は鈎責のみである、と斷じ、議論の存する海老責を前者とみられたことに注目したい。新律綱領は、純然たる「律」系統の刑法典であるため、杖一種による拷訊方法のみに限定されるきわめて寛大なものであつたが、この方針は、わずか數ヶ月にして根本的に變革された。この後、明治六年一月に斷獄則例が制定され、刑具に算板(石抱)が追加されたが、若干の制約規定がないわけではな

かつた。これにつづく改定律例は、その第三一八條に、「凡罪ヲ斷スルハ口供結案ニ依ル」と明示し、この條文こそ、「當時の拷問制度を支持するバックボーンであつた」(八一頁)。

このような状況のもとに、拷問廢止論が現われてくる。第二論文紹介のさい觸れた、津田眞一郎(眞道)が、明治七年、「明六雜誌」上に展開せる「拷問論」が本格的反對論の嚆矢であつた。翌年、司法部内に確固不動の立場を占めていたポアソナードの意見書・建白書により、拷問制度は崩壞の危機にひんした。ついで九年には、陸奥宗光の「改定律例第三百十八條改正に關する意見書」が元老院を通過し、同年六月に太政官布告として發せられた。この改正は、「法定證據主義より自由心證主義への劃期的轉回を意味し」(一〇四頁)たものの、拷問に關する規定は依然として存続し、自由をえるための拷問はその跡を斷たなかつた。されば、これに對する内外の批難は、條約改正事業遂行の大きな支障となつた。かくて、政府は拷問の全面的廢止を決意し、十二年十月八日の太政官布告の發令は、わが國における拷問制度の法制的終焉をもたらしたのであつた。

最後に、拷問制度は、「根本的には個人の基本的人權を輕視した前近代的思想に、その基盤を有している。それがため、刑事訴訟において自由心證主義を採用し、制度としての拷問を否定しえたとしても、それを裏付ける一般社會の人權擁護思想の成熟の度合に應じ、非合法的な拷問は依然として實際の司法、警察界に、根強く殘存する」(一〇四頁)といわれる教授の評言はまことに適切であり、ふかい贅意を表したい。

なお、本研究について、平松助教授の紹介があることを附記して

おく(「法制史研究」第四卷二七頁以下参看)。

三

維新後、新律綱領が全國に頒布されるまでの約三年間は、それぞれの府・縣・藩が、一應は新政府の刑事に關する新しい政策に拘束されながらも、かなり自由に、領内の刑事・行刑政策を行つていた時代であり、したがつて、その當時において、獨自の刑典を編纂した地方があつたことは、きわめて當然のなりゆきであつた、といえよう。そして、その所産である各地の刑法典は、おのおのが別異の立場から作成したものであるだけに、特色ある内容をもつものが多く、新律綱領・改定律例などの明治政府の刑法典とはちがつた興味をよぶゆゑんも、またそこにあるわけである。

さて、追放刑中心の幕藩刑罰體系が、いかにして近代的自由刑に移行・交替していつたか、という過程の解明は、刑法史の重要課題であるが、第二部に收載される三稿は、この自由刑成立史と密接なる關係をもち、觸れるところはすくなくない。

教授は、克明な考證にもとづいて問題の核心をとらえ、的確なる視野のもとに獨自の見解を提出される。先行業績の乏しい分野であるだけに、今後の研究に大きな礎石をあたえるにちがいない。

第六論文 「明治初年の和歌山藩刑法——『刑法内則』及び『徒刑之法』を中心として——」(一五三頁以下)

第七論文 「明治初年の神奈川縣刑法——新律綱領施行以前の臨時刑法典と徒刑制度——」(一八九頁以下)

第六論文は、刑事・行刑方針について、新政府のそれを、いちは

やく遵守・實施した和歌山藩の、「徒刑之法」と「刑法内則」の二制定法をめぐつて、明治初頭における同藩の徒刑制度を述べ、その意義を明快に論じられた考究である。

まず、「徒刑之法」の制定につき検討され、それが明治二年二月より四月までの間に編成されたものと推測し、その内容を分析された後、これが近代行刑史上にしめる意義におよばれるが、ここで示される、徳川時代に行われた二つの系統の自由刑——その一つは、「律」系統の徒刑であり、他は、寄場の制度であるが——の性格に關する教授の所見はきわめて示唆に富み、注視していい。つぎに、三年閏十月の「刑法内則」にうつり、特色を指摘されるが、よしそれが統一刑典確立までの暫定的な準則であつたにせよ、その有する近代刑法的傾向をたかく評價されて、「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」(一八八)と結論される。

なお、本稿に對する平松助教の論評があることをしるしたい(「法制史研究」第四卷二七頁以下参看)。

第七論文は、維新直後、新政府の直轄領である神奈川縣において制定・施行された刑法典と、それにもとづく徒刑制度を紹介・吟味された研究である。明治元年閏四月の假刑法は、翌二年五月の「刑法假定」「徒罪期限」の法の編成となり、その全貌を示される。ついで、徒刑制度の態様を、徳川幕府の石川島人足寄場および明治以降に各地で開始された徒刑の状況と對比されつつ縷説される。そして、神奈川徒刑が、「典型的な寄場系統のもの」(六一頁)であることを闡明し、それは、神奈川の假刑法典が、もつぱら御定書の枠内に

おける改正事業であつた點に原由を求められるのである。

第八論文 「刑法局格例調考——仙臺藩刑法の二研究——」(二二—頁以下)

「刑法局格例調」については、いまは亡き小早川欣吾教授の筆になる先驅的勞作が存することはいうまでもないが、本編は、小早川教授の所論への批判と、あわせてこれが内容・性格を究明された論攷である。

冒頭、明治二年に、仙臺藩には刑法局なる役所があつた事實を推定され、「刑法局格例調」の「刑法局」はそれを指している、と斷ぜられる。そして、「格例調」の編纂時期は、おそらく仙臺藩降伏後、明治二年以前に、同所において行われたものであり、その内容は、名稱にふさわしい一種の刑事先例調査書ともよばれるべき性格を有しているので、小早川教授の所言にみられるごとき明治初頭の、藩刑典ではけつしてない、と力説される。

ついで示される「格例調」の分析は緻密であり、論理的に整序された正論とおもわれ、教授のゆたかな造詣の一端がうかがえる。徳川時代の各藩法を刑法の分野よりみるに、幕府法の方針・内容を比較的忠實に遵守したものと、幕府法の影響が割合に弱く、いわばローカルカラーの濃厚なものとの、二つに大別できるであろうが、「格例調」に盛られた仙臺藩刑法の全容は、どちらかといえば前者の類型に屬すべき性質のものであり、その基本的態度は、幕府法の動向に従順であつた。それがため、仙臺藩刑法のなかには、近代刑法思潮の胎動をまつたく見出しえない、と教授は斷定される。

これを要するに本論稿は、仙臺藩刑法の總括的攻究として貴重であるばかりでなく、徳川幕府刑法ならびに藩刑法の概要を察知する

うえよりも、餘人の企及をゆるさぬ研究であり、隨所にみられる透徹した所説は、裨益されるところ多大である。

第九論文 「近代日本の絞首臺」(二五—頁以下)

第一〇論文 「明治初年の死刑數」(二六—頁以下)

本書の卷末に附録として添えられ、ともに死刑に關する。前者は、絞首刑の器具が、明治初年以降、どのような變遷を辿つてきたかにつき、興味ふかく敘述されたものである。明治三年の新律綱領に定められた絞柱は、その構造の不完全なることを暴露して蘇生事件を惹きおこし、ために六年には絞架の登場となる。以後およそ八十年餘、基本形式にはほとんど變化をみないのは、それがもつとも苦痛すくなき絞刑方法と考えられるためであろうか、といわれる。

後者は、明治初年の死刑數が一般に判明しているのは八年以降であるが、教授は、近代日本における死刑の動向を考察せんとする場合、維新直後七年間にわたる數字の空白を遺憾とされ、當時の第二次的資料の検討にもとづいて、この期間の欠缺の補填を意圖されたものである。研究者にとつてきわめて價値たかき資料であり、機宜の擧であらう。

四

以上、各論編について、杜撰な紹介をこころみた。教授の説かれるところは、まことに肯綮に値することのみであるが、筆者の蒙昧さが、蕪筆を弄する途上において、教授の本旨をそこなう個所のあることをおそれ、ひとえに御宥恕を乞いたい。

すでにしるしたごとく、明治刑法史の分野は、従前、ほとんど未

聖のままのこされていた研究部門であつた。「この領域における今日の要請は、概説的、総合的研究よりも、むしろ新資料の追求および部分的、特殊的研究である」とは、本書の序文における教授の言葉であるが、まことに滿腔の同感を禁じえない。ただし、特殊的研究の集積のうえに、はじめて、総合的な概観は形象されなければならぬからである。

教授は、豊富な資料を丹念に蒐集整序され、精緻な考證にもとづいて明快に所論を展開されるが、そこには、あくまでも實證的に眞實を把握しようとする學的態度の、全編にみなぎっているのを、筆者はつよく感得する。そして、ゆたかな學殖に裏付けられた鋭利な洞察は、格調ただしい筆致とあいまつて、讀むものをして、一握の疑團をものこすことなく理會させずにはおくまい。

戦後の十有餘年、明治刑法史をめぐる教授の不斷の研學は、いまや貴重なものをもたらしした。本書こそ、學界の期待にこたえた學問的香りたかい所産であり、昨年掉尾をかざるかがやかしい收穫である、といつても、けつして溢美の言ではない。

摺筆にのぞみ、教授に衷心から敬意と感謝をささげると共に、將來の御加餐を、切に希念するしだいである。

なお、本書は、本塾法學研究會の出版補助金にもとづき、同會から發刊されたものであるが、今後同補助金による論著の上梓を、この機會に切望したい。(慶應通信株式會社發賣 A5版 二六六頁 頒價四二〇圓)

(向井 健)

生田正輝 著

## 『マス・コミュニケーション』

### の諸問題

#### I

われわれの日常生活は、マス・コミュニケーションの洪水のなかにあるといつてよいであろう。このマス・コミュニケーションの巨大な影響力から逃れて、われわれの誰れしもが、現代社會に生きてゆくすべを見出そうとすることはとうていできそうもないことである。好むと好まざるとにかかわらず、われわれは、マス・コミュニケーションのすざまじい洗禮からまぬかれることはできないのである。

マス・コミュニケーションの現代社會における役割や機能は、つとに社會諸科學の注目するところであり、ことさらに在來の新聞學に限定されることなく、社會心理學、社會學、文化人類學、政治學等々の領域においても、もはや今日では、それぞれの専門的研究に際して無視することのできない重要なファクターの一つとなつていゝる。それは、これ迄の専門化された諸特殊科學の枠組のなかにおいては、處理することのできない新しい學問領域を構成しているもの