

Title	手塚豊著作集第六巻 『明治刑法史の研究 下』
Sub Title	Yutaka Tezuka, Studies on the History of Penal Laws in the Early Meiji Era (1860s-1880s). Vol. III
Author	宮澤, 浩一 (Miyazawa, Koichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1986
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.59, No.7 (1986. 7) ,p.142- 153
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19860728-0142

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 豊著作集 第六巻

『明治刑法史の研究 下』

一 法学研究五八巻一二号（昭和六〇年）に紹介した『明治刑法史の研究』（上・中）に引き続き、手塚豊著作集第六巻として、本書の公刊をみた。これによって、明治初期と中期の刑法史に関して、半世紀にわたり、数々の労作を発表してこられた手塚豊博士の刑法史関係の殆んどすべての業績を網羅する論文集が完成した。誠に慶賀すべき出来事と言わなければならぬ。もとより、手塚博士は、今日でも旺盛な著作活動を続けて居られ、刑事法の分野に関しても、論文・資料を発表して居られるから、そう遠くない将来、『続・明治刑法史の研究』がまとめられる予想がつく。だが、現時点で、一応の区切りとして、これまでで公刊された論文集を紹介させて頂くことにする。

二 本書は、既刊の上・中二冊と比べると、昭和三十一年に公刊された『明治初期刑法史の研究』に収録されたものは、わずかに一編（巻頭論文の「明治初年の拷問制度とその廃止過程の一研究

一）のみであり、他の一五編は、右の論文集公刊の後に発表された論文・資料であって、その発表年度は、巻頭論文の昭和二十七年を別として、昭和三六年から四九年にわたっている。その一六編は、論文四編、資料一二編であって、扱われたテーマは、大別すると次の六項目である。

(イ) 拷問 前出の論文のほか「拷問廃止に関連する諸法律案」「明治初年における二、三の拷問廃止論」「井上毅の拷問廃止意見とポアンナードの井上宛書簡」「神奈川裁判所御雇外人ヒルの拷問廃止建言書」

(ロ) 矯正 「明治二十年・罪石事件の一考察」「大分県監獄事件取調書（明治十六年）」「馬場辰猪『日本監獄論』に関する新資料」

(ハ) 決闘 「明治中期における決闘罪制定の一考察」「光妙寺三郎の決闘是認論および『決闘条規』」

(ニ) 「司法省修補課（明治十二、三年）関係資料」

(ホ) 思想・表現の自由 「公会条例」および「公会罰則」草案「集会条例質問録」「元老院における集会条例改正意見書（明治十六年）」

(ヘ) 讒謗律 「讒謗律の廃止に関する一考察」「讒謗律をめぐる二つの大審院判例」

右をさらに内容的に関連づけてみると、(ロ)と(ハ)は、手塚博士のライフワークの一つである「自由民権運動」と表裏をなすものであり、藩閥政権の維持・永続化を狙い、政党弾圧のために刑事法が時の権力者の「権力維持のための暴力装置」として作

用した面を法制史的に検討した論稿である。(二)は、この下巻のなかで、一つ、異色のテーマではあるが、付録として覆刻された「修補課」の「意見書」の末尾の資料に、「演説条例御創定ノ議ニ付意見書」があるので、(四)と(五)につながっているとみることもできよう。

(四)(五)は、明治法制史家として、殊に、刑事法の分野に多大の関心を持って居られた手塚博士が、徳川法制以来の旧弊であった「拷問」が欧米法制の導入を契機として、少くとも法制度の建前の上でどのように廃止の運命をたどったかを考証されたものであるのに対して、「罪石」は、刑罰執行の近代化以前の発想にもとづいた「苦役刑」の存在を考証され、「決闘罪」は、現行法として今日でも命脈を保っている此の特別刑法の制定事情を検討しておられ、いずれも、手がたい資料の蒐集・分析のさえを見ることができらる。

以下、各項目ごとに、紹介し、若干の考察を加えることにする。

三 拷問に関する著者の業績について、紹介したい。(1)巻頭論文(前出)については、かつて、故平松義郎教授が評されたように、「引用豊富、実証的」であり、「現行法学界にも寄与多き労作」である(法制史研究四号、昭和二十八年、二八八頁)。この論文は、明治初期における拷問制度の状況とそれの廃止過程の分析(事実上はともかく、法律上、いかなる事情から拷問廃止が実現したかの考証)である。

徳川末期に、幕府法は自白を必要とするとの建前から、拷問に牢問(笞打、石抱、海老責)と狭義の拷問(釣責)の二種類を採用していた。明治新政府の初期の統治時期に、此の幕府法の伝統に拠っていたことが推測される(仮刑律、法庭規則など)。明治三年の新律綱領には、杖による拷訊(訊杖)のみを認めながら、この寛大な方針は間もなく實際上、放棄される。このことは、京都府、甲府県の伺に対する新政府の回答にみられる。明治六年二月、断獄則例は、訊杖のほか、算板(石抱)を追加している。旧法時代からの拷問方法で、実際には用いられていたとみられている海老責、釣責を法定しなかったこと、拷問の使用を人命、賊盗などの重犯に限定したこと、著者は注意をうながしている。その後、半年して、改定律例が制定されたが、その三一八条に「凡罪ヲ断スルハ口供結案ニ依ル」とし、自白必要主義を明示した。「この条文こそ当時の拷問制度を支持するバックボーンであった」との指摘がある。拷問批判は、徳川時代にはごくわずかなされていなかった。明治維新以後、ヨーロッパの刑事裁判の状況を紹介し、併せて、拷問廃止にふれる文献が開始された。そのなかにあつて、津田真一郎『拷問論』(明治七年)が詳しい論拠をあげ、本格的な拷問廃止論を展開し、殊に、その当時、新政府の最大の政治課題の一つとされていた「条約改正」の必要条件として、拷問の廃止をあげたため、「朝野の識者にかんがりの衝撃」をあたえた。新聞の論説でも、この問題をとりあげ、廃止論に同調する世論が次第に形成された。

明治八年、司法省御雇外人ボアソナードが同省構内における拷問を目撃したことを契機に、明法寮における講義でこれを取りあげ、さらに廃止の意見書を大木司法卿に提出した。当時の司法省内におけるその権威を背景にした力が時の政府を動かし、閣議で拷問廃止の決定がなされるが、元老院で握り潰された。

このあたりの状況は、ドイツの近代刑法学の父アンゼルム・フ・オイエルバへの影響で、バイエルン王国の刑事司法から拷問が廃止された事情と似ていて、たいへん興味がある。ただし、バイエルンのそれは、一八〇六年であり、わが国より七〇年以前の出来事であった(G・ラートブルフ・菊池栄一・宮澤浩一訳「法律家の生涯、一九六三年、二二二、二二三頁。明治九年には、陸奥宗光が元老院に拷問廃止の意見書を提出したが、その内容は、例三一八条の「口供結案」の原則の改正を内容とし、拷問自体に手をつけるのではなく、いわばその外堀を埋めるに等しい提案であった。元老院内での廃止反対が強かったための措置であった。妥協的な内容の意見書に、「万已ヲ得スシテ拷訊ヲ用ユ」る場合が温存されていたところにこの考え方の限界が現われている。この案が元老院を通過した後、明治九年六月に、太政官布告第八六号は、断罪は「証ニ依ル」とする内容の改正を行った。かくして、自由心証主義が、たとえ、建前であったにせよ、宣言された。しかし、依然として拷問の規定は残り、自白をうるための拷問が行われ続けた。ところで、事実上行われていた拷問に対して、新聞論調は厳しい批判をくり返えし、警視庁御

雇外人ガンベ・グロースはその弊害をきびしく指摘したことだった。内外の情勢のなかでも、殊に、条約改正事業のうち「法権回復」が絶望視されるという状況に直面し、司法省は拷問制度の全面廃止を決意し、明治十二年十月八日、拷問「ニ関スル法令ハ総テ删除」することを太政官布告第四十二号を以って令した。このように、制度としての拷問は否定された。だが、「それを裏づける一般社会の人権擁護思想の成熟の度合に応じ、合法的な拷問は、依然として実際の司法、警察界に根強く存在する。このことは、明治十二年十月以降、最近に至るまでのわが国の実状が、有力に実証するところであらう」とする手塚博士のむすびの一節は、昭和二七年に書かれているが、この指摘は、今に至るも語り継がなければならないことを遺憾とする。

(2)「拷問廃止に關連する諸法律案」は、細川潤次郎の「吾園文書」の明治八、九年の綴り込みにあった太政官十行野紙に筆写された拷問廃止関連の法律案である。手塚博士は、元老院本会議の議事録、新聞記事を駆使し、八年七月十五日下附案の内容とほぼ一致する文書ではないかと推定される。明治十二年十月の拷問全面廃止に先立つこと四年前に、内閣で詳細な廃止のための法律案が準備されていた事実は、興味のあるところである。

(3)「明治初年における二、三の拷問廃止論」は、(2)と対をなすものであり、論文(1)を発表した後、一三年間に蒐集された「拷問廃止意見」を整理した資料であって、児玉淳一郎(建言書、

末松謙澄（署名入り社説）、横田国臣（大分県人名辞書）、玉乃世履（日本弁護士協会録事）、春木義彰（法律新聞）、大江卓（帝国新立志編）の六名に関する記事である。このうち、兄玉と末松の資料は、本人の書いた文章の覆刻であるが、他の四名については、第三者の筆になる紹介文である。私として興味をもったのは、玉乃が判事在任中に、伝馬町の獄舎に向き、拷問台に座り、膝上に抱石を積ませ、三枚目で苦痛に堪えなくなり、中止し、これほどの痛みであれば、「人悉く自ら誣服せん」と言ったという事実である。爾後、玉乃は、熱心な拷問廃止論者になった。人の痛みを知ることが、人を裁く者の心掛けとして大事なことであろう。余りにも現実からかけ離れ、世間から孤高の心境にある裁判官には、俗世間の争いを判断する資格を疑われるのも、不思議ではない。

(4) 「井上毅の拷問廃止意見とボアソナーの井上宛書簡」は、「栢陰文庫」から編纂された「井上毅伝・史料篇第一」の中に、明治八年五月十三日付の「拷訊廃止意見案」として収録された文書と同文庫にある九年三月三十一日、井上に宛てたボアソナーの書簡訳文（河津祐之訳）とを材料として、拷問廃止への過程で、その動きに積極的な寄与をした井上毅と井上に対するボアソナーの影響とを考証しようとした資料である。ここでは、先に紹介した(2)の資料と「井上毅の拷訊意見案」とが、内容的に極めて似ている点が指摘されている。しかし、その意見案に添付されるはずの改正されるべき法律案が欠落しているので、

断定的な発言は控えられている。いずれにしても、井上毅が拷問廃止の意見をもっていったという点は、それまで、明治法制史研究者の間で知られていなかった事実であるだけに、これらの資料は、今後の研究上の重要な手がかりとなることは間違いない。手塚博士は、(1)の論文のなかで、津田真一郎の「拷問論」を詳しく紹介し、併せて、ボアソナーの廃止意見書をも対比的に摘記しながら、「津田の『拷問論』と比較すると、一層詳しく議論が展開されていることは認めるとしても、その論旨はほとんど大同小異である。にもかかわらず、津田の影響でわずかに拷問届出を採らしめたのに反し、ボアソナーの建白書の場合は、より深刻、より甚大な影響を政府当局にあたえたのは何故か。それは、ボアソナーの当時の司法部内における確固不動の立場の然らしむるところであった」と論評しておられた（本書二頁）。井上毅宛の書簡は、司法部在職中に井上と知己となった間柄であるとはいえ、九年三月当時、正院に出仕していた井上に働らきかけをしたボアソナーの「拷問廃止」を実現しようとする情熱を感じさせる。それは、西欧の刑事法制度をモデルとして法の近代化を推進しようとする日本政府の法律顧問としての使命感によるものというべきであろう。

(5) 「神奈川裁判所御雇外人ヒルの拷問廃止建言書」は、明治初期の公文書を集録した「大政類典」のマイクロフィルムに含まれた、ヒルの拷問廃止建言書を覆刻した資料である。手塚博士には、「司法部御雇外人ヒルとその建白書」（法学研究四一巻三

号)の業績があり、此の資料は、それを補足するものである。資料の解説にあたる部分に、ヒルの雇入れ事情など、右のフィルムから得られた資料に基づき、手塚博士ならではの詳しい紹介が出ている。

ヒルの建言書は、自分が勤務している神奈川県庁で行われている拷問の模様から説き起し、たとえ裁判官の面前であったとしても、拷問により得た自由で有罪を言い渡すことなど哲理であると指摘する。ボアソナードの意見などと比べれば、理論的、法律的な面での不充分さは否定できないが、外国人、殊にその新聞関係者の多く出入りする県庁内の拷問所をそのまま放置しておけば、条約改正にも不都合であるという趣旨の指摘もある。これは、当時、日本政府の要人に対し、一番効果的な説得の切札のようであった。政府部内での評価が、このアメリカの法律家ヒルの場合、ボアソナードほどではなかったためか、ヒルの建言書は何らの反響を及ぼさなかった。なお、この建言書は、津田真一郎の「拷問論」より一年、ボアソナードの意見書などより二年も早く提出されたのであった。

四 次に、矯正(監獄関係)に関する論稿について、紹介する。(6)「明治二十年・罪石事件の一考察」明治二〇年に、大阪府、兵庫県の監獄で、受刑者に「罪石」と称する石を背負わせ構内を歩行させる一種の「空刑」の制度を実施したところ、世論の強い反撥にあり、わずかに数ヶ月で中止された「罪石事件」を詳細に論述した長編の論文であり、私が助教教授の最後の

年に発表され、その手堅い資料の蒐集と分析に感服した思いのある好著である。この論文が出るまで、「罪石」について、ごく断片的な記述が散見されただけにすぎなかったから、本稿によって、明治行刑史の空白の一頁は、立派に埋められたと言えることができる。

罪石の制度が行われたとされる地方として、大阪府(空役内規、兵庫県が知られており、前者については、大阪日報がその実施(明治二〇年四月一日)の翌日にこの事実を報じている)、二、三の新聞記事がその後の状況、そして九月一七日にこの制度が廃止された旨をも報じている。後者については、神戸又新日報が報じており、しかも、兵庫の方が、大阪府に先がけて、同年一月より実施していた。岡山県についても、罪石の制度があると指摘しているのは、大阪の制度の廃止を訴えた大阪組合代言人有志の意見書であるが、手塚博士は、山陽日報の記事を手がかりとしてその事実を疑っておられる。そのほか、高知県、長崎県、警視庁の監獄に「罪石」「空車廻し」など、獄則違反者に対する懲罰として用いられたらしい形跡があるという資料の紹介があるが、慎重に結論を控えて居られる。

罪石事件に対する社会的反響は、大阪日報の記事を契機として現われるが、大阪府議会の審議においても、この問題が取りあげられ、激しい討議がかわされたことが、「大阪臨時府会議事決議録」からの引用で論証され、その他、新聞記事、公的資料を駆使し、世論がこの話題で大いに沸いた状況が示されてい

る。大阪府会の建議のなかに、「条約改正にも悲影響をもたらず」との指摘がみえる。世論の反対はやがて政府関係者を動かすようになるが、それには、大阪組合代言人会の廃止意見書が大いにあずかって力があつた。また、罪石制度が監獄則の規定する「定役」ではないと力説する「罪石廃止の意見書」は、さらに、欧米各国の行刑方針が懲戒主義から感化主義へ進化した状況を説明し、わが国の監獄も、この方向に拠つて改良すべきであると主張し、当面の条約改正のためには、罪石は大きな障碍であると断定している。こうした一連の動きにより当局も重い腰をあげ、九月一七日限りで廃止されたのである。

手塚博士は、この論文の「罪石事件の背景と意義」の項目で、江戸から明治へ移つた刑罰制度のなかで、自由刑がどのような位置を占め、その実態はどうであつたかについて、詳細な分析をしておられるが、行刑職員の数と比べて、受刑者の増加により、施設内の処遇は極めて不良であつたこと、全国的な不景気の影響で作業も充分でなく、外役作業も不足する事態であつたこと、これがために役刑の弛緩が見られたこと、行刑職員のなかに厳格な懲戒主義の思想があつたこと、兵庫県で「罪石」が採用されたについては、明治初年にイギリスで「空刑」に相当する制度を行つていたのを視察したことのある内海某が同県の知事となり、諸般の情勢上、罪石が案出されたことなどの事実をあげておられる。

罪石の廃止は、新聞による世論の動きが、国政を動かした一

例であるが、条約改正のためには獄政改革が急務であるとする考えが政府部内に拡まつたことも大きく作用した。他方、中央で、清浦奎吾の指導の下に、内務省の獄政改良が軌道に乗つた時期とも重なつたことが、地方の監獄で残存していた懲戒的な発想による「罪石」の制度を短時間で廃止させるのに力があつたのである。それから二年足らずの間に、監獄則の全面改正があり、やがて来日したゼーバッハの影響のもとで、受刑者の改善を基調とする近代的な行刑が始まるのである。

「明治時代における監獄改良は、その他の文化面の改革に比較すると、実に遅々たるものであつた。それは、明治維新はフランス革命とはちがひ、あらたに政權を握つた者も依然として前代の支配階級であつた武士であり、それがため人權の尊重、自由平等の思想が徹底せず、囚人扱いの改革は、お上の慈悲と考へられがちだつたからである」とする博士のむすびの言葉に、罪石事件が発生した時代的背景を鋭くえぐる響がある。

ついでながら、本稿で、小河滋次郎「監獄学」(明治二十七年に、空役の種類として「鉄丸」「罪石」の名称だけがあげられている、とある(本書八九頁注6)。この点について、「近代監獄制度の指導者 クルト・フォン・ゼーバッハ」(昭和六〇年)に、小河滋次郎博士の筆になる「内務省雇獄務教師フロン、ゼーバッハ氏の談話筆記」(警察監獄学会雑誌)第三号、第六号・明治二十三年一月、四月)が収録されている。その中で、ゼーバッハは訪日の船旅の途中、香港の監獄を見た印象を語っており、そこ

に「其作業の中には、彼の英国風の所謂空役と称し、徒らに鉄丸を転ばし、空車を動かすを以て終日の労役となすものあるを見た。役業として軽易の労働を科するの不可なること、固より論を俟たざれども、彼の空役の如きは、果して之をもつて監獄作業の要件を具備したるものなりと謂ふべきか云々」との個所がある(前掲書二頁、下段)。「英国風の所謂空役」とあるのは、その当時に英本国で実際に行われているということなのか、それとも英領植民地には残っているが、「イギリスではかつて行われていた制度」という意味か、興味がある。小河博士の体系書の叙述は、その師ゼーベツハの話と日本の罪石とを念頭に置いて書かれたものであろうか。

(7)「大分県監獄事件取調書(明治十六年)」は、資料名からすると、監獄内の不詳事件に関する文書のように思えるが、そうではなくて、大分県内の全監獄の職員数、受刑者数はもとより、全受刑者の犯罪別、動機別の分類のほか、累犯者に関する詳しい調査が記載されている。此の資料は、慶應義塾大学図書館が所蔵している村田保文書にあった珍らしい史料であり、刑事政策に関心のある者にとっても、たいへん興味がある。

(8)「馬場辰猪『日本監獄論』に関する新資料」は、旧自由党員であった馬場が、渡米前に友人とともに横浜の貿易商のところで爆発物について問い合わせたことを奇貨とし、爆発物取締罰則違反の容疑で拘引され、八ヶ月、未決監に収容されたが、東京軽罪裁判所で無罪判決をうけ、放免され、直ちにアメリカ

に渡った。馬場は、二年半後に、北米で客死するのであるが、その間、日本の藩閥政府の前近代性を各方面で訴えた。その一つに、有名な「日本監獄論」がある。本書に覆刻された資料は、右の論文が新聞に掲載された直後、在留日本人が馬場の所論に対する反駁文を寄せ、それに対して馬場が回答として書いた文章である。この二つの新聞投稿を覆刻・紹介したものであって、馬場辰猪研究のために資料化がなされた。

五 決闘罪に関して、(9)「明治中期における決闘罪制定の一考察」と(10)「光妙寺三郎の決闘是認論および「決闘条規」の二つがある。

右のうち、決闘罪の論文については、私個人の思い出がある。昭和四〇年一〇月末に、当時の若手刑法学者五人のうちの一人として、法制審議会刑事法特別部会の幹事に任命され、折から第二説会に入っていた刑法改正に参加した。私の属した第五小委員会では、当時、傷害罪の章を検討しており、構成要件の細分化の一つとして、特別刑法の「決闘罪ニ関スル件」を刑法典にとり入れるべきか否かについて審議が始まった。この「法律」の内容が、日本の旧制度である「仇討」や「果し合い」とはかなり違うので、何か特別な立法動機でもあるのではないかと考えて、明治二〇年以降の主だった新聞記事を集めたところ、「西洋かぶれ」していた当時の「政治青年」の間に、西欧の決闘を真似た争いがかなり多発したという事実をつきとめ、この資料をもって手塚博士の意見を求め、併せて、私見を述べた。おそ

らく、かねてから暖めておられたテーマと一致したためであろうか、五年ほどして、豊富な資料の裏づけのある詳細なこの論文が誕生した。

明治三二年法律第三四号をもって制定、施行された「決闘罪ニ関スル件」について、前記の刑法改正作業では、これが現在においてもっぱら少年非行の取締、殊に、暴力団構成員である非行少年の闘争の未然の取締に用いられ、この法律の内容である「名誉をかけて闘争する」形式の決闘でないことなどの理由で、決闘罪として独立の章を設けるのではなく、「兇器による合意闘争」として、傷害、暴行の章に加えるという提案がなされた。「決闘らしい決闘」がわが国で行われたかどうかをめぐり、立法上、議論があったのは、昭和二年の刑法改正予備草案殊に、昭和五年の刑法改正仮案の審議においてである。しかし、その際の論議に現われた委員の発言をみると、「決闘罪ニ関スル件」の制定前の事情については、殆んど正確な認識はなかったようである。「一つの法律の存否を問題とする場合、その法律の制定事情を十分理解し、その上で、現在における存在価値を考慮すべきであることは、いうまでもない。本稿は、明治中期において、決闘罪が、どのような社会的事情のもとで制定されたか、その使命は何であったか、などの点を、できるだけ詳しく検討することを目的」として執筆された。

明治三二年に、決闘罪に関する単行法が立法されたのは、明治一五年の旧刑法にこの種の規定がなかったからである。とこ

ろが、「日本刑法草案」(全四七八条)にも、その前身である「日本刑法草案直訳」(全四七九条)にも、決闘罪規定はなかった。

その提案は、どうやら草案起草の初期の段階で取り除かれたようである。この点、ポアソナード自身の言葉が残っている。また、旧刑法施行後に、政府の命を受けてポアソナードが起稿した「日本帝国刑法改正草案」のなかに、決闘罪規定(二二ヶ条)があり、それが仮訳などの資料と併記して覆刻されている。「潔白の決闘」を「不潔白」のそれと区別し、前者を普通の殺人・傷害と区別し、軽い刑罰でのぞむなど、特別な取り扱いが規定されている。ポアソナードは、別に、日本で決闘罪を設ける必要性についてフランスの雑誌に寄稿しているが、そのなかで日本人の性質からみて、この種の類型を規定しておく必要があることを力説していた。そして、その予想は、当たったのであって、旧刑法が公布された明治一三年七月以降、決闘罪が規定されなかったことは、はたして妥当であったかをめぐり、論議が起こり、一般新聞にも法律雑誌にも、賛否両論が活潑に戦わされ、法律家の間に、決闘に対する関心を持つ者が多かった状況を知りうる。決闘の問題は、明治二一年、長崎県の高島炭鉱における坑夫の処遇問題をめぐり、現場に派遣され、坑夫虐待の視察記を書いた記者たちの記事の当否をめぐって争いが起き、現地に特派された記者の間で決闘騒ぎが起き、それを契機として、にわかにならぬ各地で決闘の発生を知らせる記事が続々と新聞紙上に上った一方、明治二一年秋以降、新聞、雑誌、討論会などで

決闘の是非論争が華々しく展開された。前述の私が集めた新聞記事は、まさに此の時代のものであった。しかし、明治二十一年秋には、世論の大勢は、決闘否認論をとっていたにも拘らず、政府は、決闘に関して単行法を制定するに至らなかった。その後、一年ほどして、東京大森村で、海苔の採取をめぐり、壮士と漁民の間の争いとなり、宮本頼之代議士の決闘事件が起き、これを契機として、「決闘罪ニ関スル件」が「第六百五十三号議案」として元老院に提出され、賛否両論が激しく戦わされた後、現行の規定が誕生した。手塚博士は、「元老院會議筆記」や雑誌記事を多数引用し、右の法律制定前後の状況を詳しく考証して居られる。光妙寺三郎関係の「資料」は、決闘肯定論者の一人である光妙寺が五大法律学校討論会で述べた「賛成論」と併せて、その筆になる「決闘条規」も覆刻されている。なお、手塚博士は、光妙寺の残したこの資料について、「国家の法令として確立せよとの意味で提案したものか、それとも民間の慣習として一応の基準を示したものか」明らかでないが、後者ではないかと推測しておられる。

六 最後に、残った論文の一編と資料五点をまとめて紹介したい。すでに二で一言したように、(1)「司法省修補課（明治十二、三年 関係資料）」も、(2)以下の自由民権運動、殊に、その言論・表現の自由とのかかわりのあるテーマの論文、資料と関連づけて、本書に再録されている。本資料は、明治二十二年二月、司法省議政局内に設けられ、一三年四月に、同省内の局課改正

により廃止された「司法省修補課」と修補委員の「事蹟」とを法務図書館蔵「修補課各委員意見書類」にもとづいて考証されたのであって、意見書の一覽表と議案中、「法制史的にみて重要と思われる」九回議案とその附属文書が覆刻されている。例によって、「修補課」の設立と廃止、各委員の「現職」などについて、詳しい考証が加えられている。

(2)「公会条例」および「公会罰則」草案と(4)「元老院における集会条例改正意見書（明治十六年）」の二つの資料は、ともに前出(三)(2)の「吾園叢書」の綴り込みにくまられた筆写本である。(2)は明治八、九年、(4)は明治一八年の分から見つかったものである。使用された太政官十三行野紙と細川氏の法制局在職期間との関係で明治九年四月以前に法制局で作成され、なんらかの事情で陽の目をみることなく廃案となった法律案であろうと推定しておられる。いずれにしても、これは、言論弾圧に次いで、集会結社の自由を剝奪しようとした当時の権力者の意図を推測させる貴重な資料である。

(4)の資料について、手塚博士は、その解題に相当する文章において、「草案の内容は、集会条例の集会、結社に対するきびしい規制の域をさらにのりこえ、政治結社、すなわち政党そのものを全面的に禁止」するものであって、立法趣旨を述べた意見書末尾から、「一切の政党を禁止し、もって藩閥政権を永久に護持せんとした立案者の企図」が余すところなく伝わっていると指摘しておられる。この「私案」の起草者について、細川

ではないかとの推定も成り立つとしながら、断定を避けておられる。たとえ日の目をみなかったとはいえ、元老院内で政党の全面禁止をめざす集会条例の改正案が準備されていた事実を示すこの資料は、注目に価するものである。

(3)「集会条例質問録」は、法務図書館所蔵にかかる資料であって、集会条例施行後、「内務省あるいは各地方庁から太政官法制部宛」に寄せられた質問とそれに対する回答全一八通の往復文書を覆刻したものである。

(5)「讒謗律の廃止に関する一考察」と(6)「讒謗律をめぐる二つの大審院判例」とは、ともに、明治初年に制定された一連の自由民権運動弾圧のための法律の一つである。「讒謗律」の廃止に到る過程、殊に、裁判上の適用における混乱ぶりを具体的な判例を豊富に引用し、検討された論文と、関連する大審院判決を覆刻した資料である。

そもそも、この法律は、本来の機能から言えば「近代社会における個人の尊厳の保護をめざす」ところにあつたが、実際の適用にあつては、一般国民の名誉保護よりも官吏のそれに重点が置かれ、そのように運用されたため、自由民権運動の弾圧に悪用されたのであつた。そしてこの法律の「文言」は、「著作活動」「凶画肖像」による「讒謗」を処罰の対象としていたのであつた。立法当時、自由民権論者たちは、新聞・雑誌などの出版物により活動していたのであり、政談演説は、いまだ、一般に普及していなかつた。その後、演説が普及するに伴い、演説

の形でなされた「讒謗」に対し、本法の規定の適用が裁判上問題となつた。大審院は、はじめは、適用はないとしていたところ、明治一四年末に発生した前島豊太郎事件に際し、演説に右法律の適用を認めた。(6)は、大審院のこの件に関する消極・積極判例を覆刻し、この間の法適用上の問題性に具体例をあげ、考証の補強としている。

讒謗律制定、施行の後、刑法の分野では、旧刑法の制定、公布があり、その中で、同法の多くの部分が「刑法典」の罪として吸収された。ところが、旧刑法典施行後に、多くの下級審において、名誉毀損事件と関連し、讒謗律がまだ効力をもつか否かについて争いが起き、判例の扱いも矛盾し、実務上に混乱が見られた。手塚博士は、これらの錯綜する判例を項目に分けて整理するとともに、司法省上申類をも検討し、混乱の生じた理由の分析をされている。そして、此の法律の廃止に関する大審院の司法省への伺、それを受けた司法省の指令、それをうけて出た大審院判決の意味などについて考察をすすめて居られる。

七 以上をもつて、手塚豊著作集第六巻『明治刑法史の研究』の「既判部分」の紹介を終ることになる。

手塚博士の業績、殊に、その研究上の手法のうち「資料」に接する態度の厳格さから、大きな啓示を受けた者の一人として、手塚博士がわれわれにとつてどういふ存在であり、どういふ影響を残されたかにつき、前稿で述べた(法学研究五八巻二号、

昭和六〇年、一一〇頁以下）。

今、「刑法史」の全三巻を通読し、いざさかの感想を抱いたので、二、三の点を申し述べたい。

まず、手塚博士の「実証主義的研究方法」について。殊に、資料を徹底的に渉猟する研究方法は、余人をもっては代え難い独特の境地というべきであろう。これでもか、いやまだまだとばかりに、人間の能力の限界に挑むような、あくなき資料追及は、一つの学者の典型として見習うべきものである。だが、自身の反省を含めてのことであるが、この態度で己れを律すると、細部に拘泥し、大局はどうなっているかを忘れてしまう危険に陥る。「だが、しかし」と、我れにかえて本通りを歩み続けないと、横町の風物詩にわれを忘れてみとれる態の「部分的真実」に関心が向いてしまう。実定法研究者は、こうなってしまうたら、法制史学の単なるディレッタントになってしまう。現に、手塚博士のエピゴーネンには、その危険な状態に陥りかねない者がいないではない。この点は、やはり、常に冷静に自分の本分をわきまえていなければならない。しかし、解釈法学にいきづまったりした場合、資料を追いかける楽しさというのは、実は、かなり魅力のある誘惑ではある。

次に、前稿でも書いたことだが、これからの若い世代の研究者が、明治初期・中期の「立法史」や「法の適用史」にとり組むには、やはり、欧米のオリジナルに通じ、それらをどうにかして日本の「制度」にとり入れ、さらに、「制度」を動かす「活

力」のもとにしたいとして、苦勞して外国文献を咀嚼した先達の努力を正確に判定する「語学力」が不可欠であり、実定法学者との「学際的共同研究」が必要である、と思う。この点、慶應義塾の後継者は、過去の遺産が大きく、手塚法制史学の圧力が大きいだけに、その枷から抜け出すのはたいへんであると思う。しかし、学問は常に、新しい開拓地を手がける勇氣を必要とする。この点での方法論の展開を期待してやまない。そのためには、俗事を省みず、雑用から出来るだけ距離を置き、ただひたすらに勉強と取り組む態度が望まれる。そして、その姿こそ、手塚博士が良いモデルであったのである。

第三に、法制度を導入するといっても、時代の影響を受けている生ま身の人間が、それぞれの利害や思想で対応している。従って、時代思潮、日本を取りまく世界史の流れ、日本社会の近代化を推進した思想界の動き、イデオロギー的な分析がやはり必要である。資料の裏づけなしに、単にイデオロギーで史実を解釈したり、勝手な意味づけを与えたりすることは、「学問的」ではない。だが、「法制史」が科学たりうるためには、やはり、資料を踏まえた議論の展開、社会科学の方法論を導入するという課題も不可欠であろうと思う。これも又、次の世代が努力すべき道であろう。

最後に、私共、慶應義塾の後進は、法学部を今日の隆盛へと導びくべく努力された幾多の先輩教授を擁している。それぞれ先輩教授の残された事蹟は多様である。その残された仕事、

書かれた物、語られた物のいずれもが、私共後進を導き、折にふれて、大いに鞭撻された。手塚博士は、この「著作集」でもって、今でもわれわれに大きな刺戟を与えられた。しかし、われわれは、これらの成果を前にして、ただ受け身であるばかりではいられない。ましていわんや、「資料の鬼」など、「手塚神話」に安住し、その学問的態度の喧伝者に甘んじてはいられない。「神戸神話」も「津田神話」も、それを語り継ぐのではなくて、そのそれぞれの先達が身をもって示されたことを、各自が自分の生きざまに取り入れて、それぞれの分野において、果敢に学問上の競争を勝ち抜いてゆかねばならない。先達の存在が大きければ、次の世代はさらに大きくなるべく、日々研鑽を積み重ねなければならないであろう。怠けている閑などないのである。われわれの前に、こうした作品群をつきつけられた手塚博士を乗り越えねばならないという学問的闘争心をかき立てられたという意味で、私自身、たいへん有難いと思っている次第である。

(慶應通信刊 四二〇頁、六〇〇〇円)

宮澤 浩一