

Title	霞信彦著 『明治初期刑事法の基礎的研究』
Sub Title	Nobuhiko Kasumi, The Fundamental Study on Criminal Laws of the Early Meiji Era
Author	浅古, 弘(Asako, Hiroshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1991
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.64, No.7 (1991. 7) ,p.164- 169
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=AN00224504-19910728-0164">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19910728-0164</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

霞 信彦 著

『明治初期刑事法の基礎的研究』

一

本書は、著者がこれまで意欲的に研究を進めて来られた仮刑律から旧刑法に至る明治初期の刑事法に関する論考を集めた論文集である。

明治刑法史の研究のなかで、刑法編纂史の研究、とりわけも刑法典の編纂過程や編纂者に関する研究に比べて、研究が遅れているのが、刑事法の実定法規定と刑事裁判についての研究であろう。刑法学者の手になるこれらの研究がなかったわけではないが、資料的制約から当時の理論書や註釈書などに依っての研究であることが多かった。しかしながら、刑法編纂史の研究のめざましい進展は、未見の資料の発掘を促し、たとえば早稲田大学鶴田文書研究会が、『日本刑法草案会議筆記』を復刻刊行したように、明治刑法史研究に必須の基礎的な資料を学界共有の財産としてくれた。著者は、これを「賜物」といい、次に

取り組むべき課題をもわれわれにそれは示してくれているという。この著者の優れた認識が、著者をして「内容研究」と称する実定法規定そのものの内容や当時の刑事裁判における法の解釈適用の問題に関する研究に従わせたとと思われる。さて、本書の構成は左のとおりである。

はじめに

本篇

旧刑法第三十一条に関する一考察

自首条の適用をめぐる若干の考察

「鶏姦規定」考

児島惟謙「賭博罪廃止意見」に関する若干の考察

仮刑律「八虐六議」条の削除について

明治七年司法省第一〇号布達の成立をめぐる若干の考察

明治七年司法省第一〇号布達施行直後の伺・指令

外篇

「陸軍律刑法草案」考

陸軍刑法編纂と津田真道

陸軍刑法の制定―陸軍刑法草案審査局開設以後の陸軍刑法

編纂―

竹橋暴動に関する一考察―とくに陸軍砲兵少尉内山定吾の

処分を中心として―

以下、本書の内容を、筆者なりに紹介するとともに、その学問的意義を考えてみたい。

二

ところで、本書に収められた諸論考が取り上げられているトビツクは、まことに多彩ではあるけれども、その各論考が編綴されて一書になることにより、明治初期の刑事法の「内容研究」を通して、「法の継受」の問題へのより精緻な解析や、明治初期において我が国に内在した「法意識」の一端を知（はじめに）ろうという著者の意図が鮮明になったように思われる。

現在の日本の実定法のはとんどは、主として西欧の法制度を明治期に導入して立法されたものである。これは、黒船に象徴されるように欧米列強の衝撃と圧力によって日本が負わされた不平等条約を撤廃し、裁判権を回復するために、欧米列強に日本が欧米の社会と同じ正義を実現する「文明国」であると認めてもらう必要があり、近代化、西欧化の一環として行われたものであった。日本の現行実定法のはとんどの部分が西欧法受容の所産であるとしても、近代日本が西欧の法をどう受容し、どう排斥してきたのかは、問われなければならない問題である。それは、明治という国家が「過去の日本と当時の外国」（三宅雪嶺）を模範として成り立った国家であり、そのモザイク的西欧化にこそ、今日の日本の法文化の特徴が示されていると思われるからである。勿論、このことは、「過去の日本と当時の外国」がそのままモザイク絵になっているということではない。「過去の日本」から切りとられた小片は、明治という国家全体の

構図のなかで、西欧近代法という画題にふさわしく加工されなければならなかったし、「舶来の小片」も、西欧の法が異質なることを認め、それを咀嚼吟味し立法の模範とするまでの長い船旅と「法意識」という定着剤の影響で微妙にその色調が変容しているからである。

著者が取り上げた多彩なトビツクは、この時代の人々が、どのような小片を用いて、どのような構図のモザイク絵を描こうとしていたのか、この問題を解明するカギの一つとなるにちがいない。

三

旧刑法は、第三十一条に「本夫其妻ノ姦通ヲ覚知シ姦所ニ於テ直チニ姦夫又ハ姦婦ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ宥恕ス但本夫先ニ姦通ヲ縦容シタル者ハ此限ニ在ラス」と定めていたが、「殺傷」の解釈をめぐる、学説と判例が鋭く対立していた。大審院は、「故殺」のみならず「謀殺」の場合にも、本条の適用を認める立場を採り、これを支持する刑法学者もいないではなかったが、刑法学者の多くは、「故殺」の場合だけに適用があるとの説であった。

第三十一条が、フランス刑法などにならった「舶来の小片」であることは、石井良助博士も指摘するところであるが、著者は、「日本刑法草案会議筆記」などを詳細に検討して、ボワソナードと日本人委員の手で「舶来の小片」が旧刑法に填め込ま

れる様を描き出し、何故このような解釈の違いが生じたのか、その答を見いだそうとしている。

フランス刑法は、夫婦共住の家において、妻の姦通現場を発見した夫が、激怒の余りに妻と相手の男を殺害したとしても、それは「無理もないこと」として、宥恕する。激怒の余りに一時的に判断力を失ったがための宥恕であり、オルトランは「謀殺」には適用されないとしていたが、ポワソナードは、仮令夫が姦通した妻と相手の男を見付け次第殺さんと予謀をしても、姦通現場で妻と相手の男を殺害したときは、憤怒の情に堪えがたく「故殺」したる者と同じと見做さざるをえない、と司法省の編纂会議で答え、予謀あるときにも本条の適用があることを示唆している。しかし、著者は、審査局で日本刑法草案の「故殺毆傷」を「殺傷」に改めた裏には日本政府の何らかの独自の意図があり、ポワソナードの意志ではなかったという。本条が「謀殺」にも適用されるか否かは、最も大きな論点として残されたまま旧刑法は施行され、大審院が本条の基本理念を忘れた法の運用をしたがために、判例・学説の対立を招くことになったと結論している。

われわれは、この問題を通して、旧刑法が、ポワソナードの信念と思想の実現の試みであると同時に、彼の失望の産物であることに改めて納得するとともに、彼が教授した人たちに、どのような学理的影響を残したのか、という興味深い問題にも行きあたるのである。

ポワソナードが、自分の信念と思想の実現のために、素材となるべき「小片」を広く求めたことは、知られるところである。本条が、「白耳義」や「伊太利」の刑法の影響を受けていることは、著者の指摘するところでもある。彼は、西欧の刑法ばかりでなく、東洋の法にもその素材を求めることがあった。次に、著者が取り上げた自首減輕の制度がそれである。

律系統の自首減輕の制度は、現状回復可能な犯罪を自首した場合には、刑を免除するという制度である。それは、律令が儒教的な道徳秩序を維持するための道具であるから、罪を犯した者が改心をし、自首したのであれば、その者を善導するための刑を科す必要はないという思想に由来する。

著者は、「府県伺留」・「各裁判所伺留」・「諸県口書」などの関係資料を根拠に、新律綱領・改定律例の自首律の適用が、改心した者に刑の免除を認めるという自首本来の趣旨を離れて、むしろ常習賭博等の常習犯罪者の処罰逃れ的手段に利用される可能性を裁判官が懸念していたこと、しかし、司法省は自首律の修正の必要を感じていなかったことを明らかにしている。さらに、新律綱領・改定律例の自首律の「弊」をもっともよく知り得る立場にいたのが、旧刑法の纂集長になる鶴田皓であったが、旧刑法の編纂の場での彼の主張は、律系統の自首減輕制度をそのまま温存しようというもので、自首律の「弊」について、何らかの意見を開陳した形跡はまったくないとしている。

ポワソナードは、この自首減輕の制度を「良法ナリ」と評価

し、彼の刑法理論で再構成して、草案への導入を図ることに  
 するのであるが、自首減輕の制度は「歐羅巴各国ノ法律ヨリ論ス  
 レハ全ク新法」であった。なぜ自首減輕が西欧で制度として発  
 展をしなかったのだろうか。キリスト教に告解という「ゆるし  
 の秘跡」があることを考えれば、なおのこと問われてもよい問  
 題であると思う。この問題は、結局、「罪」とは何かという問  
 題に深くかかわっているのではないだろうか。この問題を追求  
 することは、法文化の差異を説明するカギになるにちがいない。

ところで、ボワソナードが、素材となるべき「小片」を広く  
 世界に求めたのは、自分の信念と思想の実現のためであり、彼  
 が不要と考えた「小片」は、旧刑法の草案に填め込まれること  
 はなかったのである。本書で論じられている「鶏姦規定」はそ  
 の例であらう。

著者は、藤田弘道説に従い、鶏姦の処罰は、明治五年一月  
 一三日の太政官指令による「鶏姦条例」に始まり、その後、改  
 定律例第二六六条として施行されたという。旧刑法編纂の当時、  
 鶏姦の禁止は現行の法であったが、ボワソナードは、司法省の  
 編纂会議の席で、親屬姦や獸姦等と同様、刑法上に「鶏姦規定」  
 を設けることは不体裁であり、敢えてこの規定を置かずとも、  
 行為者は社会的に制裁を受け得ると主張して、草案に「鶏姦規  
 定」を設けることに反対した。ボワソナードは、これらの行為  
 が、特定の個人の利益をその意に反して害するというような行  
 為ではなく、いわば「モラル」に関することであり、法が関

与すべきでないと考えたからである。しかし、著者は、当時に  
 至るまでわが国では、男色行為そのものが「タブー」視されて  
 いなかったから、「鶏姦規定」削除に関するボワソナードの主  
 張が、果たしてどれほど日本側委員を納得させるものであった  
 かは、いささか疑問であるとしている。

#### 四

本書には、旧刑法に対する「外国法の影響」ばかりでなく、  
 新律綱領・改定律例の時代の「外国法の影響」を考察した論考  
 が収められている。

児島惟謙の「賭博罪廃止意見」についての論考が、その一つ  
 である。二通の意見書は、著者が、法務省法務図書館で発見し、  
 学界に初めて紹介したものである。

著者によれば、少なくとも第一の意見書は、大坂裁判所司法  
 少判事であった児島惟謙が、編纂中の改定律例への影響を意識  
 して提出したものであるという。児島は、翻訳まもないフラン  
 ス刑法をあげ、西欧諸国では、すでに「賭事」は処罰の対象と  
 なっておらず、もし「内外人民共ニ謀テ賭注」したばあいに、  
 「我人民」だけが処罰の対象となるのは、理に反するのではな  
 いか、一時の遊戯のごとき、僅かな金を賭するような行為ま  
 でも、刑罰を科すのは苛酷に過ぎるのではないかとして、「賭  
 博ノ律ヲ廢」するか、もしくは「新タニ其輕重ヲ衡スルノ條例」  
 を作るか、いずれかの改正をなすことを求めた。しかし、司法

省は、フランス刑法の賭博罪の厳なることを見るべしとして、児島の意見を否定した。著者は、この司法省指令は、改定律例から賭博罪を排除しない旨の意思表示でもあったという。児島は、直ちに第二の意見書を草し、フランスでは、「競馬打球等ノ玩耍賭博」は処罰されないばかりでなく、そこから生じた債務の履行を求める裁判を起こすこともできるとして、司法省に反論している。法律学の専門教育を受けていなかったといわれる児島の西欧法の理解を窺い知る貴重な史料でもある。

新律綱領・改定律例の時代に、西欧法の影響が見られることは、手塚豊博士をはじめとする先学の指摘するところであり、児島の意見書にもその影響を見ることができるのであるが、著者は、新律綱領から八虐六議が削除されたのも、「外国法の影響」であるという。新律綱領から八虐六議を削除することになった明治三年九月の刑部省稟議は、表面的には清の雍正帝の上諭を引用したものであるが、その裏面には法適用の平等を唱えるフランス刑法の影響があったとする。筆者は、この結論に至るにはなお慎重でありたいと思う。八虐の削除は、賊盗律から謀反などが削除されたこととの関連も論じられなければならない。いだらうし、法適用の平等についていえば、新律綱領は、なお勅奏官や華族を特別の刑事手続のもとに置いていたからである。明治七年司法省第一〇号布達に関する二篇の論考は、第一〇号布達を素材に、司法省の法案議草や法運用および先例による事実上の法改正の問題を扱っている。

第一〇号布達は、「凡姦事他人ノ指称ニ係ル者ハ論スルコト勿レ」という布達であるが、この布達は、司法省の発議では、「西洋各国モ婦ノ姦通ハ其夫ノ訴フルニ非サレハ受理」しないことを挙げて、有夫姦を今日いう「親告罪」化しようとしたものであった、と著者はいい、有夫姦を「親告罪」化しなければならなかった理由は、家の平和と子女の養育監護のために、夫が妻の姦通を私和（内済示談）しても私和の罪を問わないという司法省の決定を法的矛盾なく運用するためであったとする。夫が妻の姦通を私和しても、他人の指称に係る有夫姦で妻が収監されてしまえば、妻が家に在って子女の養育監護にあたってはしいという夫の希望が実現しなくなるからである。

その成立からして、第一〇号布達の「姦事」は、有夫姦を意味するものであったが、「姦事」の解釈をめぐる伺・指令の往復のなかで、明法寮が、事実上の法改正ともいえるべき、無夫の女の親屬相姦・居喪犯姦等について五等親以内の親屬の告訴を立件の条件とする先例を確立したことを、指令原本に捺印された係官の氏名からその起案部局を推定するなどの精緻な手法で実証している。司法省の先例形成に明法寮が強力な役割を果たしていたことは、沼正也博士が明らかにしたところであるが、著者はこの沼説を補強した。明法寮の全体像について体系的な著作がなされるのを鶴首するものである。

五

「外篇」には、明治一五年陸軍刑法の編纂に関する三篇の論考と、それとほぼ時を同じくして起きた「竹橋暴動」に係わる軍事裁判に取材した論考がまとめられている。軍刑法や軍事裁判に関する本格的な研究は少なく、明治一五年陸軍刑法の編纂や内容の詳細を明らかにされた学問的意義は、極めて大きいものがある。誠に残念であるが、許された紙幅はすでに尽きてしまっている。充分な紹介ができないことをお詫びし、ご海容をお願いしたい。

本書に取り上げられたトピックは、どれ一つを採ってみても、興味深い問題を含んでいる。また、著者自身によっても、解明されなければならぬ問題点が数多く指摘されているが、旧刑法第三十一条を「殺傷」とした明治政府の意図や、鶴田が社会の現実を考慮することなく、律系統の自首減輕制度をそのまま温存しようとした理由などは、是非とも知りたいところである。「内容研究」はようやく緒についたばかりなのである。

(慶應通信、一九九〇年)

浅古 弘