慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	霞信彦君学位請求論文審査報告
Sub Title	
Author	
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.11 (1991. 11) ,p.113- 117
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特別記事
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19911128-0113

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.

特別記事

霞信彦君学位請求論文審査報告

霞信彦君より学位請求論文として提出された論著『明治初期刑事法の基礎的研究』（慶應義塾大学法学研究会叢書㊿・平成二年十月上梓）は、同君が「これまで研究を進めてきた明治初期の普通刑法（仮刑律・新律綱領・改定律例・旧刑法）および、同時期の軍刑法に係わる論考をまとめたもの」（同書・はじめに）にほかならない。

同書は、つぎのごとき内容から成る。

はじめに

本篇

①旧刑法第三一一条に関する一考察
②自首条の適用をめぐる若干の考察
③「鶏姦規定」考
④児島惟謙「賭博罪廃止意見」に関する若干の考察
⑤仮刑律「八虐六議」条の削除について
⑥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
⑦明治七年司法省第一〇号布達施行直後の伺・指令

外篇

①「陸軍律刑法草案」考
②陸軍刑法編纂と津田真道
③陸軍刑法の制定
——陸軍刑法草案審査局開設以後の陸軍刑法編纂——
④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——

いわゆる明治刑法史研究において、数多の先行業績のある刑法編纂史の攻究——別して刑法典の編纂過程や編纂関係者をめぐる顕著な研究段階の伸展——に比して、著しく研究の立ち遅れが目立つのが、おそらくは刑事法の実定法規定と刑事裁判をめぐる研究領域といってよかろう。

霞君は開陳する。「仮刑律より旧刑法に至る、いわゆる明治初期刑法典の編纂経緯や編纂者に関する研究は、近年飛躍的に進展し、その全体像の大なる部分が明らかにされた。これまさに、多くの研究者達の努力の賜物といえよう。そこで、こうした先学の業績に依拠し、われわれが次に取り組むべき課題は、上掲諸法典の内容を精査し、個々の法条の出自の確認をなすことであり、併せて、各刑法典が施行された後に、当時の裁判において、いかなる解釈のもとで適用されていったかを追求すること、すなわち〈内容研究〉と称されるものである」と（同書・

はじめに）。

まことに肯綮をえた言といわなければならない。事実、近年の同君の主たる問題関心は、刑法編纂史に比重をおく従前の問題意識からやや軌道修正をこころみ、いわば明治初期刑事司法史とも名づけらるべきほとんど未開拓の研究分野に移行しつつある、との感を強くする。そして、その新たなる特殊研究領域において同君は疑いもなく現時の学界のトップ・レベルを占めている、と評してよかろう。

以下において、本篇に収録される各論稿につき、紹介・検討を加えることにしたい。

①「旧刑法第三一一条に関する一考察」

旧刑法第三一一条、すなわち「本夫の姦夫姦婦に対する、姦所における殺傷について宥恕減軽を認める規定」をめぐり、その法条の形成経緯、判例による本条適用の実際、学説上指摘された本条の問題点などの解明することを目的とする論考である。

旧刑法第三一一条とその母法と目されるフランス刑法第三二四条二項（但し一九七五年七月一一日・法律六一七号一七条により本項削除）との間には、一見して歴然たる相異点が存する。本稿前半において、論者は、このような母法の修正が旧刑法制定のいずれの段階において、何人の発案によったのか、につき考証を加える。元老院刑法審査局周辺の叙述はやや手薄の感がなくはないが、その部分以外はきわめて精緻な考証であって、「白耳義」・「伊太利」刑法典の影響の指摘も妥当な見解であろう。本稿後半は、旧刑法第三一一条の適用の実際と学説の動向について、実証的に詳論する。説得力のある論述といえよう。

旧刑法第三一一条をめぐる諸問題を通して、わが国最初の近代法典ともいうべき旧刑法が、お雇い外国人ボアソナードの信念と思想の実現の試みであると同時に、彼の失望の所産でもあったことを改めて知るのである。

②「自首条の適用をめぐる若干の考察」

自首条は、新律綱領・改定律例の律系統刑法典に特有な規定である。本論は、まず「府県伺留」をはじめとする伺留系統の伺・指令集の個々の記録から、自首条が本来の立法目的にそぐわない形で運用されていたことを、史料的に闡明にする。しかし、つぎに、そのような実務状況下にありながら、並行して進められていた旧刑法「自首減軽」規定の編纂過程中に、鶴田皓は、自首規定については依然として律刑法上の原則に固執しつづけた態様に触れ、論者は、同問題を旧刑法編纂過程に接続して考える意向を示唆している。

お雇い外国人ボアソナードは、この自首減軽の制度を「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なるのであるが、自首減軽の制度は「欧羅巴各国ノ法律ヨリ論スレハ全ク新法」であった。自首減軽が、なぜ、西ヨーロッパで制度として発展しなかったのであろうか。この問題を追究することは、彼我の〈法文化〉の差異を解明する一つの手がかりとなるに違いない。示唆に富む好編といえよう。

③「『鶏姦規定』考」

改定律例第二六六条は、明治以降のわが刑法典中、最初にして唯一の鶏姦処罰に関する規定である。この規定は、明治五年の白川県伺を端緒とし、司法省によって立案され、太政官に伺い出された「鶏姦条例」に基礎を置いている。本論文は、とくにこの条文を採り上げ、その施行時期、運用、旧刑法編纂との関係などをめぐって、詳密な考察をこころみたものである。

④「児島惟謙『賭博罪廃止意見』に関する若干の考察」

本稿は、論者の推進している、伺・指令集を通じた明治初期刑事司法史研究の途上、偶目した児島惟謙による「賭博罪廃止意見」についての解題を目的とする。

新律綱領・改定律例の時代における〈外国法の影響〉を考究する点からも、また、近代法学の専門教育を受けていなかったといわれている児島の、西欧法の理解度を窺知する点からも、興趣ある論策であろう。

⑤「仮刑律『八虐六議』条の削除について」

新律綱領・改定律例の時代の〈外国法の影響〉に関連して、「八虐六議」条の消滅もその結果である、と論者は説述する。

⑥「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」

本稿の背景にある論者の意図は、当時の「指令裁判」を主導した明法寮の申律課の記録中にうかがえる同一の布達——すなわち明治七年司法省第一〇号布達——に複数の伺が集中した現象について、当時の「指令裁判」実務におけるその現象そのものの意味と、なぜこのような現象が惹起されたかを考究するところにある。これを受けて、論者は、そうした同布達についての考察をすすめる第一段階の作業として、同布達形成の端緒となった明治六年十二月四日の司法省伺——とりわけその伺の提起原由——に焦点を絞り考証をこころみる。すなわちこれが本論文の直接的目的といえよう。

問題となる明治七年司法省第一〇号布達（以下、「同布達」）とは、同年五月十三日に司法省から発令され、その内容は、「凡姦事他人ノ指称ニ係ル者ハ論スルコト勿レ」というものである。しかし、本稿の焦点は、つぎの一史料に絞られる。それは「犯姦ノ儀ニ付伺」と題された、明治六年十二月四日付、右大臣・岩倉具視あてに提起された司法省伺であり、原史料の精査を通じて、「同布達」制定・発令の起点がそこに求められ、論者はこれを「同布達」の「原案」とまず位置づける。

本稿の目的は、本「原案」発議原由を探索するところにある。そこで、この「原案」は「有夫姦の告訴権を本夫の専権に帰すること」を旨としたものであったが、同案形成の直接的契機は、伺・指令の実務の中から生じたものではなかったとみえ、それ以前の伺・指令の中に、同「原案」発議のプロセスを窺知する手がかりは見出しえないとする。しかし「姦事私和之儀ニ付伺」なる筑摩県伺に対する明治七年七月二十八日の司法省指令中に存する、「有夫姦ハ必ス本夫ノ告訴ヲ竢テ受理断決」「其容隠シ

テ官ニ告サル者ハ不問ニ置ク」なる文言には、「原案」もいう「有夫姦の告訴権の本夫専属」と、「姦事私和不問」とを関連づける何らかの示唆が与えられる、という。そこで本稿の叙述は、「原案」以前に再び遡及し、後者の「姦事私和」につき各裁判所から提出された伺とそれに対する指令の諸例中に、本来正条なき「姦事私和」を「不問」として処理する方針が確立していく経過を追跡し、結局その方針は、さきの筑摩県に応える司法省指令の、論者による解釈からえられる、「有夫姦における本夫の保護救済」に主導されたところに、その「根本の理由」を見出すことが出来る、と結んでいる。

本稿の眼目は、その結語にも触れられるように、明治初年の「指令裁判」実務の実態を可能な限り史料上の文言に忠実に再現することを通じて、明治七年司法省第一〇号布達――とりあえずはその「原案」――に結実していく立法方針が、明法寮当局者により明確化されていくプロセスを明示した点にある。明法寮についての博士・沼正也による先駆的業績に底礎・追蹤しつつ、明法寮における「伺・指令裁判」と立法的活動との協働関係が、一布達「原案」をめぐって、きわめて厳密に解明された、と思考するしだいである。

⑦「明治七年司法省第一〇号布達施行直後の伺・指令」

本論は、前掲⑥論文においてえられた、明治七年司法省第一〇号布達の布達案が上呈された原由（すなわち立法趣旨）をふまえ、同布達が明法寮の主導する「伺・指令裁判」において、どのように解釈・適用されていたかを、「口書系統」・「伺留系統」の原史料のなかに再現することに目的が置かれている。

明治八年五月四日の明法寮廃止にいたるまでの期間に提起された、当該司法省第一〇号布達をめぐる質疑をふくむ伺は、二一件を数える。本論は、それらを精査して一覧表にまとめ、三分類に大別して内容的な検討を加えている。

本論は、その表題からも充分に想察することが出来るとおり、前掲⑥論文の続考を成すものにほかならない。むしろ、本論で見事に展開され抽出された所説をもって、改めて論者の全体的構想のなかに前掲⑥論文の位置づけが可能になった、ともいえよう。

「一つの布達・法令をめぐる記録を可能なかぎり収集してその運用の実態を解明する」という論者の従前からの研究方法が変わることなく採用されているとはいえ、本論では、一つの布達史料解題を超えて、論者の「伺・指令裁判」研究をめぐる現時点におけるいわば集大成的試論が明確に提示されていることは、大いに特記されるべきであろう。たしかに、たとえば法令の運用・適用をめぐる明法寮指令の一貫性について論者の明らかにしえたことは、今日的「法」常識からすれば、むしろ当然視される可能性がなきにしもあらずである。しかしそれが、史料にきわめて忠実な立論を経て、いわゆる「アアセイ・コウセイ」裁判と一言をもって特徴づけられる明治草創期の司法状況下の実態をシビアに再構成したものであるとしたとき、その導出さ

れる結論も自ずと今日的理解とは別異の性質を帯び、むしろ、われわれにおける「近代的法的思惟」の所与性が、歴史的に反省される契機が与えられるのではあるまいか、とも思量される。

とまれ、本論を熟読して、論者の卓抜な史料操作に基礎をおく諸見解には迫力さえ感じられ、従前、ほとんど未墾の原野のまま放置されていた「伺・指令裁判」体制の研究も、ようやく論者によって新たなる地平が開拓された、との感を禁じえない。

以上、本篇に収載される論策は右の七編であるが、外篇として、明治十五年陸軍刑法の編纂に関係する三論考と、それとほぼ時を同じくして惹起した「竹橋暴動」にかかわる軍事裁判に取材した一編がまとめられている。いずれも史料に裏付けられた興趣ふかい考究と評価したい。

ここで、霞信彦君に、いささか望蜀の言を呈したい。巨視的な面として、日本近代法史研究における視野の広さを希求したい。この点に留意されるならば、同君の学問的考究は、将来に向って、よりスケールの大きなものになるに違いない。同君の大成を願って、あえて一言を弄したしだいである。

以上、霞信彦君より学位請求論文として提出された論著『明治初期刑事法の基礎的研究』に対し、われわれ審査員一同は、慎重のうえにも慎重なる検討を加えた結果、そこに開陳された同君の優れた学識を高く評価し、同君に法学博士（慶應義塾大学）の学位を授与することが適当なり、との結論に到達し、これを強く推挽するものである。

平成三年六月二十一日

主査　慶應義塾大学法学部教授　法学博士　向井　健
副査　慶應義塾大学名誉教授　法学博士　利光三津夫
副査　常葉学園富士短期大学学長　法学博士　中村　勝範
副査　慶應義塾大学法学部教授　法学博士　中村　勝範