

Title	小河滋次郎の行刑思想：刑法改正案をめぐって
Sub Title	Gedanken über Strafvollzug von Shigejiro Ogawa
Author	小野, 修三(Ono, Shuzo)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1994
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.67, No.12 (1994. 12) ,p.203- 224
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	内山秀夫教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19941228-0203

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.

小河滋次郎の行刑思想

——刑法改正案をめぐって——

小 野 修 三

- 一 はじめに
- 二 『刑法改正案ノ二眼目——死刑及刑ノ執行猶予——』（明治三五年）
- 三 『未成年者ニ対スル刑事制度ノ改良ニ就テ』（明治三六年）
- 四 おわりに

一 はじめに

大学を出て法学士になつたばかりの人物による訪問記という設定で小河滋次郎によつて執筆された『監獄夢物語』（明治四四年刊）のなかで、その法学士は「監獄といふ所は兎に角恐ろしい威かめしい小面倒な場所であつて並大體のこゝとでは參觀の許可も得られまい」⁽¹⁾との感じ方を訪問前に口にしていた。

小河滋次郎は本稿の三で紹介する論文『未成年者ニ対スル刑事制度ノ改良ニ就テ』を「文部省に提出して学位を申請」⁽²⁾し、「明治三十九年に法学博士の学位を授与され」⁽³⁾るが、それ以前には彼はいかなる学位をも持つていなかったはず

であり、その限りで小河はエリート官僚ではなかつたが、「勅任局長奏任事務官」の事務官、すなわち監獄事務官に遅くとも明治三六年には昇進していた。⁽⁶⁾ たしかに、先の『監獄夢物語』刊行当時の明治四四年は司法省退職後⁽⁷⁾であり、官界に対して比較的自由にものを言える立場にあつたわけだが、しかし私見では小河は監獄行政から離れて大阪でその地元の社会事業と係わるようになる後半生においても、中央慈善協会、内務省救済事業調査会、国立感化院創設⁽¹⁰⁾といった東京での公的任務に兼摂という形で携わつていたのであつて、国家官僚というアイデンティティは、それがいかに自己の内部で葛藤を含むものであつたにせよ、小河からは一生消えることがなかつたように思われる。

そうした小河が自分自身の姿を「恐ろしい威かめしい小面倒な」存在と言ひ表わしてしたのである。自分を他人の目で見えて感ずるといふこと、つまり自己の職務にフュア・ジツヒだつたことこそ、明治の国家官僚のなかで抜群の学識⁽¹¹⁾にも係わらず、そしてその学識が「二〇世紀初頭の刑事政策思想を容れ、当時のわが邦における刑事施設に画期的な改良をもたらした」⁽¹²⁾、その「明治四一年の現行『監獄法』」を生んだ当のものだつたにも係わらず、彼小河を官僚制度のなかでは主流から追いやり、「失脚の落ち場所」⁽¹⁴⁾としての清国での「獄制の顧問として監獄法規の編纂、監獄事業の改良」⁽¹⁵⁾の指導、そしてさらに清国からの帰国後の「世間一般の救済事業に力を致すこと」⁽¹⁶⁾を結果したのではないか。つまり、「恐ろしい威かめしい」といふ情念は近代国家およびそれが保証する法制度には馴染まなかつたということである。国家と法は一つの抽象物であり、抽象物である限りにおいて何人たりともその恣意を混入させることが許されぬ中性的存在であることが人々からの納得、信頼の根拠となる。そうした信頼性を傷つけるものとして情念は国家ないし法制度においてはタブー視される。たしかに、その意味の情念のタブー視も、国家がひたすら抽象物で中性的存在であり続ける限りでならば、理解できないこともない。しかし、もし仮に国家自身が情念を持ち始めたら一体どういふことになるのだろうか。

昭和一二年に催された全国刑務所看守代表座談会において、その三十年前と当時、すなわち小河らの改善努力の前

後について「変つたの何のつて、とても想像も及びません、以前は文字通りに受刑者を禽獸扱ひにしてゐましたが、今日では同じ人間として扱つてゐます。」⁽¹⁸⁾などの証言があり、これを行刑思想が応報刑から教育刑への変化だと解する時、小河の後輩に当たる元大阪刑務所長が昭和一四年に「私はどうしてもあれが耳ざわりなのだが、今でも矢張り教育刑、教育刑と云ふことを強調しますか」と述べているように、小河の教育刑思想は、それこそが監獄行政において以後主流をなすものだったにも係わらず、監獄行政の担当者たちの間では不人気であり、したがつて次のようなエピソードも語られることになる。すなわち、「私達も先生(小河滋次郎のこと——小野注)に非常に恩顧を受けましたが其の為め非常に憎まれました。支那から歸つて居られて丁度長崎に居た私を訪ねて下さつたので、おもてなしをして熊本に行つたりした所が其の時結局睨まれる事となつて了つた。／＼杉野、小河と一緒に話したと云ふではないか」と局で散々小言を云はれたものだった」⁽²⁰⁾(傍点原文)。

小河滋次郎と親しく話をするということが役所の上司から咎められるという雰囲気こそ、小河の監獄行政官として抱いた思想が実現されるその場の状況、先の私の引用で言えば「兎に角恐ろしい威かめしい小面倒な場所」としての監獄にアン・ジツヒな人々の態度だったと言えよう。小河が自らの監獄行政官僚としての職務に対してフェア・ジツヒたり得ていたということは、E・フツサールの用語で表現すれば、小河が「学問以前の生活世界」⁽²¹⁾を考へることができていたということではないだろうか。つまり、行政という任務ないし体系より以前に存在し、その行政という任務ないし体系に意味を与える、つまり意味の源泉たる生活世界への自覚が小河にはあつたと考へられる。

人々の生活世界ないし情念がまずあつて、絶えずそのこととの関係において学問ないし国家が論じられるのが正常であるとする時、わが国の近代史は異常な事態の発生を記録している。すなわち、情念がまずもつて国家の側で、したがつて人々の間の出来事であれば容易に免かれ難い恣意性を当初から帯びない、つまりそもそもその恣意性を問われることのない情念(国体護持)として罷り通つたことをわれわれは知つていたのであり、これに対してわれわれはあく

まで情念を正常な関係のなかで扱わねばならないと考える。以下小河の明治三五、六年の行刑猶予、死刑廃止それに未成年犯罪者に関する著作を順次紹介することによって、その行刑思想の特徴を明らかにしてゆきたいと思う。

- (1) 小野坂弘監修・解説『小河滋次郎監獄学集成』(五山堂書店、一九八九年)、第四卷所収「監獄夢物語」の二ページ。
- (2) 小河博士遺文刊行会編『小河滋次郎著作選集』上巻(日本評論社、昭和一七年)、本文三三ページ。
- (3) 小野坂弘監修・解説、前掲書、第三巻の解説。ページ数表記なし。
- (4) 同右、第一巻所収「監獄学」全の「清浦奎吾君序」にこうある。すなわち、「余曾テ内務省警保局長タリシ時穂積法学博士ノ薦ニ依リ大学撰科生岳洋小河滋次郎ヲ挙テ局僚トナス」(二ページ)。法学士が与えられたのは本科生に対してだけだったはずである。『東京帝国大学一覽』(東京帝国大学、明治三〇年)の第二章「学士及卒業生姓名」の四四四―四八四ページの間に記載された東京大学卒業法学士および帝国大学卒業法学士のなかに小河の名はない。
- (5) 刑務協会発行『刑政』第三八巻第六号(大正一四年六月)、三〇ページ。
- (6) 明治三五年一二月に初版、翌三六年一月に再版の出た『刑法改正案ノ二眼目——死刑及刑ノ執行猶予』(明法堂)に印刷された著者小河の肩書が「司法省監獄事務官」であった。なお、明治二五年二月に出版された『看守必携獄務提要』に印刷された著者小河の肩書は「内務省警保局監獄課長」であった。
- (7) 中尾文策によれば小河は明治四一年の「四月に退職して二十年余の官吏生活に別れを告げ、あたふたと海を越えて清国へ旅立つて行った」(日本刑事政策研究会編『日本刑事政策史上の人々』日本加除出版、平成元年、二〇一ページ)とあるが、『官報』によれば明治四二年六月の時点で小河は司法省監獄事務官であった。拙著『公私協働の発端——大正期社会行政史研究——』(時潮社、一九九四年)、五八ページなど参照。なお、小河がいつ正式に司法省を辞したのかを私は明らかにし得ないが、明治四三年一月発行の雑誌『刑事法評林』(第二巻第一二号)において、小河は「外遊備忘録(一)」との記事を書き、そのなかで、「余は今や一個の浪人たり」(二二八ページ)と述べているので、明治四三年一月以前に退職していることは間違いないはずである。
- (8) 拙著『公私協働の発端』、八二ページ。
- (9) 同右、一〇三ページ。
- (10) 同右、八九ページ。

既に祖国たる欧州にあつて一世紀に近き期間を経験し其文明国家の刑典に適合するものたるの事実を証明せられたるもの(傍点原文)であるのみならず、わが国において「其当時の立法に参与せし有力者が現行刑法発布後間もなく刑法取調として欧州各国に派遣せられ」(傍点原文)ていたのであつて、この度帝國議會に対して「幸にして發達進歩せる刑法学理の基礎の上に編成せられたりと称する根本的改正案の提出を見るに至りたるは余輩は國家の慶事として大に之を歓迎する」(4)と述べた。

そして小河自身は「行刑直接の局に当る所の者、多年の実験に由り一般世人に比して殊に現行刑法の行刑上の事実に其有害無効を感じる情の深く且つ切なるものあるを信」(傍点原文)じているので、「改正案を歓迎し衷心より其通過成立を希望する者の一人な」(6)のではあるが、「死刑及行刑猶予規定の二問題こそ余の改正案に対して最も其瑕瑾を遺憾とせざるを得ざる所なるが故に先づ此二者を捉へて以て斯界研究の資に供する所あらしめんことを計」(7)らうとしたのが、この『刑法改正案ノ二眼目——死刑及刑ノ執行猶予——』であつた。

同書の本文は第一編が行刑猶予論、第二編が死刑廢止論であり、付録として「死刑廢止論大意」と「死刑勸行論を駁す」の二文が添えられていた。まず小河の行刑猶予論に言及しておきたい。ここでの小河の議論のポイントは、わが国の行刑猶予案とその日本が学んだところの「諾威が採用したる所の方法」(8)と、この行刑猶予ないし条件付裁判を創始したところのアメリカ合衆国マサチューセッツ州のやり方とを比較して、後者マサチューセッツ州では見られたもの、言い換えれば「米國に於て顯著の成績を収めたる所以の原因」(傍点原文)たる「監察委員」が前者すなわわが国やノルウェーなど欧州大陸では採用されていない点であつた。

監察委員とはこういうものだと小河は説明している。すなわち、「裁判官と被告人の間には特別な一機関(即ち監察委員、Probation officer)の設けありて、予め個人の性情其他の關係を詳悉したる上に於て、果して当該者に対して宣告を猶予するの適當なるや否やの意見を提出せしめ、若し猶予を言渡したる場合に於ては、該委員をして猶予期間内嚴重に其

行状を監督せしむ」(傍点原文)とするものであつた。小河はわが国がこの「母法の精神を剥落して僅かに其形骸のみを在留したる」(11)制度をなぜ採用するのかと訝る。わが国の行刑猶予の方法では「禁錮以上の自由刑の言渡を受けたる所の初犯者に」(12)のみ適用されるが、こうした人々は「猶予期間内更に禁錮以上の刑に該当する罪を犯すに非らざれば放蕩無頼、悪癖を矯めず生業を修めざるか如きは言ふを俟たず罰金、拘留等に該当する犯罪行為あるも猶予の恩典を剥奪せらるゝことなきの規定なり」(傍点原文)と批判している。(13)

小河がここで求めているのは法律における形式と内容の合致と呼ぶべきものではないように私には思える。これは法律の内側で専ら処理される問題ではなく、法律の外側すなわち法律以前の、ないし法律以外の人間関係を小河は要請しているように思われる。言い換えれば法律以前と法律以後、ないし法律以外と法律とが協働することが小河において考えられているように思われる。

監察委員について小河は次のようにも説明している。すなわち、「所謂監察委員なる所の者は当該者に対して独り其行状の良否を監察するのみならず常に種々の方法手段に依て之を保護し或は生業を授け訓戒を加へ或は屢々自ら訪問し或は親しく其家事の爲めに奔走の勞を取り成るべく其正路に就て良民的生活のことに馴致せしめんことを計る即ち監察委員なる所の者他面にはまた其被監察者の良友たり協議者たり保護者たるものと謂ふべく其保護の目的を達するの手段としては被監視者に対し酒舗若くは遊樂場に入出するの禁を強制するの職権を有す、曾て其実況に就て調査したる所の人に就て之れを聞くに所謂監察委員なる所の者は多くは地方の名望家、慈善家等にして進んで自ら好意的に其職務を執らんことを欲する者を以て之れに充つるか故に監察保護、すへて其宜しきに適し委員と被監察者との関係は、恰かも子の父に對し、將た、徒弟の師伝に對するか如くなり、一旦、罪惡に陥り再三監獄に入出する所の惡漢すら苟くも保護其宜しきを得れば之を矯正感化して良民たらしむこと必ずしも至難に非らず況んや未だ罪惡に浸染するの深からざる者に於てをや、斯くの如くにして条件付猶予規定の効果の顯著なるものありしは蓋し必然の結果なりと謂ふべ

し⁽¹⁴⁾」(傍点原文)。

こうした箇所を読むと、小河における、後の大正七年の方面委員制度創設への貢献がこのプロポジション・オフィサーからもヒントを得ていることがわかるわけだが、⁽¹⁵⁾明治三五年当時における、この行刑猶予論における小河の主張は、行刑猶予という新制度導入の「効果は条件付猶予其物に基くに非らずして寧ろ執行の方法殊に監察保護の親切且つ周到なるに由るもの」⁽¹⁶⁾(傍点原文)という判断の上に立っていたので、帝国議会に提出されていた、監察委員を伴わぬ行刑猶予制度には小河は反対だったわけである。とは言え、そうした制度についての理解は一切修正することなく、小河はその一年後の論文『未成年者ニ対スル刑事制度ノ改良ニ就テ』のなかで、同議会に提出されていた行刑猶予の規定に賛成の意志表示を行なう。これは「空骸手段モ或ハ『全ク無キニハ優サル』ノ効果アルヘク」⁽¹⁷⁾との、もう一つの判断に拠るものであった。ともあれここでは、刑法という一つの秩序ないし行刑猶予という一つのテクニクに意味を与えるところの、人々の間で織りなされる生活それ自体に小河は目を落としているという点をもう一度確認し、こうした小河の思考枠組を次に彼の死刑廃止論においてさらに明らかにしたいと思う。

(II) 『刑法改正案ノ二眼目』(明治三五年)における小河滋次郎の死刑制度についての評価は、その第二編「死刑廃止論」の冒頭近くの次の言葉に全面的に開示されている。すなわち、「余が此に所謂有害無益なる中古時代の遺物なる所ものは死刑即ち国が法律の名を以て犯罪者を謀殺する行為を指して之を謂ふ」⁽¹⁸⁾(傍点原文)。

小河がこの死刑廃止論を公けにする明治三五年(一九〇二)に先立つこと七年の一八九五年にその第一五版の出たベルネルの『刑法論』の主張を小河は次のように紹介している。すなわち、「死刑の最大欠点と認むべき所のものゝ誤判ある場合に絶対に之を回復するの道なきこと即ち是れなり、人として誰れか過ちなき者なからんや、……苟くも死刑のある以上は到底所謂法的殺人の弊あるを免かれざるは之れが為めなり」⁽¹⁹⁾と。小河自身の言葉としても「誤判の結果として人を殺すの行為を指して之を法的殺人と称す」⁽²⁰⁾と記しているが、この法的殺人ということを小河は次のように

迫力ある筆で説明している。すなわち、

「殺人犯等に対する裁判の宣告が果して誤判に出でたるや否やの事実は他の犯罪に対するもの、如く容易に之を発覚し得べきものに非らず、何となれば一方に既に反証上、最も必要なる関係を有する所の者即ち嫌疑者は消滅し他方には又裁判事件に關係を有せし所の者は極力以て其事件の記憶より喪失し了せらるゝに至らんことを努め縦令ひ偶ま有力なる反証事実を認むることありとするも何人も好んで自己の失態を表白する者なく百万之を埋没秘保せんことを計る所あればなり、……殺人事件に対する誤判の事実は多く真正なる犯罪者の自白に由て始めて発覚せらるゝに至るを例とす自ら進んで殺人犯罪の本人たることを名乗り出づるが如きは寧ろ常識を以て想像し得ざる所にして偶々之れありとすれば則ち極めて稀有の除外例なりと謂はざるを得ず、然かも實際に於て誤判事実の発覚せらるゝ場合、此くの如く多しとすれば、如何に其発覚せられずして闇迷、深き処に埋没し了する誤判事実の多きかを推知すべし、殊に又殺人事件等に対して誤判を容易ならしむる有力なる事由としては功名心に急なる下級警察吏又は司法官等の間に於て動もすれば輒ち犯罪當時に於て公平慎重なる事相の觀察を過まり一意、唯だ彼れは加害者たるに相異なしとの前提の下に只管、其加害者たるの事実を証明するに足る所の材料のみを集むるに熱心なる事情あるが如き裁判官をして知らず識らず重きを其先入の事実に置かしむるに至るを免かれざるは蓋し自然の勢なり」(傍点原文)。(21)

この誤判の可能性という指摘の他に小河は犯罪と精神病との關係、つまり「精神病者即ち犯罪無能力者なる」場合(22)を取り上げ、「過つて彼れ犯罪の無能力者を刑に擬す、其不法なること固とより言ふを俟たずと雖も之をして若し自由刑其他の刑ならんには之を救済するの道なきに非らず、其之を刑戮するに至つては法的殺人と言はんよりは寧ろ不法的殺人即ち法律を無視せる純然たる虐殺行為と言ふの適當なるを信ず」(傍点原文)と、「死刑の濫用せらるゝ弊害の益々恐るべき」(傍点原文)ことを言明している。(24)

この小河の最後の言葉からもわかるように、小河は死刑全廃を主張していたのではなかつた。明治三五年一月に第

一六回帝國議會に政府が提出した刑法中改正法律案に関する調査委員會において、同委員の一人花井卓藏代議士は當該改正案（政府案）について「皇室ニ對スル罪テアルトカ、強盜殺人ノ罪テアルトカ或ハ又祖父母父母ニ對スル罪ト云フモノニ付イテハ、固ヨリ死刑ヲ存シテ置カナケレハナラス、事情カアルト考ヘルノテアリマスカ、其他ノ部分ニ関シテハ、死刑ト云フモノヲ廢スルト云フノ修正意見ヲ、私ハ有シテ居ル」⁽²⁵⁾と批判したが、これに對して小河は「第二死刑は殺人犯の一種類に限りて之を維持すべし、刑法草案に規定するが如き内乱罪、外患罪、放火罪、溢水罪等に死刑を適用する場合は断然之を全廢するを要す……」（第二）精神状態の健否如何に拘はらず死刑を言渡すべき犯罪者に就ては其都度、必らず専門法医学者をして犯罪能力の程度如何を審査鑑定せしむる所あるを要す」⁽²⁶⁾（傍点原文）以下全七項目を主張していた。

この右記二項目以外の諸項目を見てもわかることだが、「法制の發達は根底^{メヅ}ある文明の余光」⁽²⁷⁾と考える小河には、文明すなわち刑事制度を含む欧米各国における諸科学の發達に学ぶことなく、ひたすら「法官万能の夢」⁽²⁸⁾を貪り続ける者たちに対し、それらの者たちの自分への反発が当然予想されるが故に、自らの主張を矯めるなどの必要性はしかしながら感じられなかつた。ある個所で小河はこう述べていた。すなわち、「何人も一目して其精神病者たることを疑はざる者にしてすら尚ほ之を健全なる完能者と認めて法官の神聖は此に存すと迷信する者多き今日に於て彼れをして微妙深遠なる心靈作用に基く個人關係を詳察せしめんと欲するが如きは到底木に倚て魚を求むると一般のみ、死刑夫れ或は効果あらん、然かも恐るべき兇器なるは則ち何人も之を認む、兇器は到底之を斯くの如き状態の存する或国の裁判官に委任することは能はざるなり」⁽²⁹⁾（傍点原文）。

ここには紀元前三九九年のアテナイの裁判所で被告としての弁明を行なうソクラテスの口吻を思い起こさせるものがある。自らの同僚同輩すなわちソクラテスにとつてはアテナイ市民、小河滋次郎にとつては司法省の役人たちに對して、今ここで正義を正義として、これまでなら行なつてきた政治的配慮も一切廢して貫徹しなければならぬという、

ある意味で計算された決意ないし情念が充溢しているが、この昂りは刑法改正案への小河による代替案の第五番目と第六番目においては、次のような形で言い表わされることになる。すなわち、

〔第五〕死刑の執行は裁判官をして自身に之を当らしむることを要す、裁判官にして若し不便の事情ありとならば檢察官をして之を執行せしむるも亦不可とせず、……苟くも死刑は千古の理法に適する公明且つ神聖なる刑罰として之れが維持を必要とする以上は宜しく公明且つ神聖なる裁判官をして之れが執行の局に当らしむること蓋し合理的至当の措置なりと謂ふべきなり〕⁽³⁰⁾（傍点原文）。

〔第六〕裁判官又は檢察官にして自ら執行の局に當ること能はずとならば宜しく一私人の受負事業たらしむること我が幕政時代の如く又欧米死刑維持国の現状の如くならしむることを要す、何れの国か今日また獄吏をして死刑執行の局に當らしむるが如き所之れあらんや裁判官にして自ら之れに任ずること能はずとならば獄吏（押丁）も亦之を峻拒せざるを得ず、余は寧ろ今日に於て社会が最も賤み且つ憎む所の業務をば甘んじて之を執行する所の獄吏あるを怪む、少しく事理を解する者の必らず之を峻拒すべきは勿論にして早晚、終に一人の之れに應ずる者なきに至るべきは明らかなり、仮りに之れに應ずる者ありとするも此種の者を吏員の一人として（たとへ最下級の者なるにせよ）使用するは監獄行政の汚辱にして又大不利なりと謂はざるを得ず〕⁽³¹⁾（傍点原文）。

『刑法改正案ノ「眼目」の末尾で小河は「死刑に依るに非らざれば則ち一國の治安を保全せしむる能はずと謂ふが如きは抑も亦た文明今日の風教道徳を侮辱するの甚しき者に非らずして何んぞや」⁽³²⁾（傍点原文）と述べている。このなかの「文明今日の風教道徳」とは現代文明人の良心とでも言い換えることの出来る言葉だと思われるが、その良心を科学的に計量する方法としての世論調査によると、現代の日本国民は死刑廃止については消極的だとの結果が出ていて、わが国の「政府が死刑廃止に消極的なのは、何と言つても世論が消極的だからです」⁽³⁴⁾とされている。二〇世紀末の今日の日本政府に刑法を改正させて死刑廃止の方向に進むには「やはり世論そのものを動かして行く必要があります」⁽³⁵⁾と

の結論が導かれるわけだが、二〇世紀初頭において小河滋次郎は良心への訴えかけとしては国民一般に対してではなくて、自らの同僚たる裁判官、検察官の良心を選んだ。それが彼の提唱した改正案の第五であり、さらにその第七で彼はこう主張した。すなわち、「第七）絞殺を廃し斬殺とすべし」⁽³⁶⁾である。死刑という判決を下した当の裁判官ないし死刑を求刑した当の検察官がその手に刀を握り、今自分が死刑を言い渡したり、死刑を求めたその人間の首を自分で刎ね、自分自身の視覚、触覚、聴覚のすべてにおいてその死刑という刑罰を受け留めることを小河は求めたのである。そしてもしこうしたことに裁判官や検察官がどうしても耐えられないのならば、小河はその六番目の主張で、「一私人の受_マ負事業たらし」めよ、としている。私見では、小河はこうした死刑執行は裁判官、検察官であつても耐えられないものではない、まして私人においてをや、と言おうとしているはずである。明治三五年はもはや幕政時代ではなく、人間の首を刎ねることを商売に出来るような人間は誰もいない。つまり小河は死刑全廃論者なのである。核兵器同様、死刑はそれが現実のものになつたら取り返しがつかないのだから、その恐ろしさは実地に移される前に感じられ、受け留められねばならない。実体験としての情念ではなく、想像力の産物としての情念の共有を、司法官吏だけではなく、私人にも小河は求めているのである。

たしかに私は先に小河においては死刑全廃が主張されているのではないと指摘し、彼の提案の第一が「死刑は殺人犯の一種類に限りて之を維持すべし」であることを紹介した。しかし小河の七項目の主張のうちの残り二つ、すなわち第三番目と第四番目の主張を見れば、言葉で死刑を残すとしながらも、実際には死刑は一切行なわせないと考えたことが窺われる。ただし第三番目の主張は、むしろ誤判を防ぐテクニクと解すべきだろう。すなわち、

「第三）死刑を宣告すべき者に限り必ず立_立会裁判官の全員一致の賛同あるを要す一人にても異議あるの場合に於ては死刑の宣告を為すこと能はざらしむへし」⁽³⁸⁾（傍点原文）。

「（第四）死刑執行の命令を求むる場合に於て其特赦の必要ありと認むものと否とに拘はらず司法大臣は総べて其意

見を具して／裁下を仰ぎ特赦を下し賜はさる 聖旨を畏みたる後に非らされは則ち死刑の執行を命令すること能はさらしむるを要す、二云々⁽³⁹⁾」(傍点原文)。

一 抛に死刑全廃を主張しない理由について小河はこう説明している。すなわち、「麻痺的文明の我国の今日に在つて一躍、俄かに死刑全廃の盛筵を見んこと或は困難寧ろ絶対不可能的空望たるを免かれ能はざる事情もあるべきが故に已むなくんば則ち死刑適用の犯罪種類を制限するの道を講ずべく種類の制限だに尚ほ行はれずんば少くも特赦の大権に頼り若くは司法省の良能に訴へて軽減宥恕の活用を要求するも亦死刑廃止の彼岸に達するの、一進境なるに非らずや⁽⁴⁰⁾」(傍点原文)。

小河にはこうした日本の現実すなわち「麻痺的文明の我国の今日」に対応しようとするリアリズムという相対主義が、正義を正義として貫く絶対主義と共に備わつていたが、彼のリアリズムはすぐれて政治的だつたと評価することの出来るものであつた。今日言うところの世論への対応という点で小河はベルネルの『刑法論』から次の引用を行なつている。すなわち、「死刑は徒らに人の感情を満足せしむるが為めに之を必要とすべき性質のものに非らず、滔々たる世俗或は人を殺したる者は殺さずんば以て其意を充たす能はずと要求する場合もあるべしと雖も世俗の要求に盲従するは決して識見ある立法者の為すべきことに非らず立法家は宜しく国家百年の長計を案じ刑罰終局の目的をば適実に貫徹せしめんことをば講ずべきなり⁽⁴¹⁾」と。

「死刑存置論が六二%という世論にもかかわらず、……死刑廃止を断行したフランスのミッテラン大統領⁽⁴²⁾」は右のベルネルが言う立法家に当るのかも知れないが、本稿での関心はこうした政治的決断以前の、死刑存置論と死刑廃止論との間の論争の一コマとしての小河滋次郎の議論にあつた。⁽⁴³⁾小河の論争に挑む際の戦略は、先に指摘した通り、小河の同僚たる司法官僚における「想像力の産物としての情念」に働き掛けることであつた。

その司法官僚たちが「死刑存置論」に固執するために、自らの情念に係わることを止めた時、たしかに一方におい

て死刑制度は揺らぐことはなかつたにしても、他方において法制度が情念から絶縁してしまつてゐる以上、もはや人間の生活世界から意味を与えられることはなくなり、生活世界と法制度とは後者が前者を規制するだけの一方的な関係となり、意味(正義)は法制度のなかで自家生産しなければならなくなつた。そうしたなかで国家の側が情念を公言し始める時、その情念の恣意性を浮かび上がらせることの出来るもう一つの情念、情念の論争相手になるべき情念は閉塞させられ、国家の恣意なる情念は「国家による」というだけで正当性を獲得する。明治三〇年代後半に小河滋次郎と共に情念と向い合うことを拒絶した司法官僚たちは、「大正デモクラシーの残映と戦争への傾斜とが交錯、一進一退する」⁽⁴⁹⁾昭和前期に、治安維持法に基づく「思想犯」「処遇」⁽⁴⁶⁾によつて国家の情念(国体護持)の一翼を担い、そこに意味(正義)を提供するに至つた。もしも小河滋次郎と共に彼らが情念を受け入れていたならばという仮定は、日本の近代史における大きな「もしも」であるように思う。

- (1) 小野坂監修・解説、『小河滋次郎監獄学集成』第四卷所収「刑法改正案ノ二眼目——死刑及刑ノ執行猶予」の序二ページ。
- (2) 同右、四一五ページ。
- (3) 同右、五ページ。
- (4) 同右。
- (5) 同右、七ページ。
- (6) 同右、例言一ページ。
- (7) 同右、二ページ。なお「刑法改正をめぐる論争」については、「刑法学史」(佐伯千仞、小林好信)、『日本近代法発達史』(有斐閣、一九六七年)、三一ページ以下参照。
- (8) 小野坂監修・解説、前掲書第四卷所収「刑法改正案ノ二眼目」、本文二五ページ。
- (9) 同右、一六ページ。
- (10) 同右、一六一―一七ページ。
- (11) 同右、一八ページ。

- (12) 同右。
- (13) 同右、一八一―一九ページ。
- (14) 同右、一七―一八ページ。
- (15) 『救済研究』第八卷第二二号(大正七年二月)、一三三―三三三ページなど。
- (16) 小野坂監修・解説、前掲書、第四卷所収「刑法改正案ノ二眼目」、本文一八ページ。
- (17) 小野坂監修・解説、前掲書、第三卷所収「未成年者ニ対スル刑事制度ノ改良ニ就テ」、第八章九ページ。
- (18) 小野坂監修・解説、前掲書、第四卷所収「刑法改正案ノ二眼目」、本文五〇ページ。
- (19) 同右、一七二ページ。
- (20) 同右、一五〇ページ。
- (21) 同右、一四九―一五〇ページ。
- (22) 同右、一五三ページ。
- (23) 同右、一五六―一五七ページ。
- (24) 同右、一五六ページ。
- (25) 『増補刑法沿革綜覧』(信山社、平成二年)、一四四―二二二ページ。なお、帝国議会における刑法改正作業と小河滋次郎との関連については、団藤重光『死刑廃止論』第三版(有斐閣、一九九三年)、一九一―一九二ページの注(18)を参照。
- (26) 小野坂監修・解説、前掲書第四卷所収「刑法改正案ノ二眼目」、本文二七九ページ。
- (27) 同右、六四ページ。
- (28) 同右、一四〇ページの注。
- (29) 同右、一六二―一六三ページ。
- (30) 同右、一八〇ページ。
- (31) 同右、一八〇―一八一ページ。
- (32) 同右、一八三ページ。
- (33) 団藤、前掲書、本文二二―二三ページ。
- (34) 同右、一九ページ。

- (35) 同右、二〇ページ。
- (36) 小野坂監修・解説、前掲書第四卷所収「刑法改正案ノ二眼目」、本文一八一ページ。
- (37) 大江健三郎「核時代の想像力」(新潮社、一九七〇年)を参照。
- (38) 小野坂監修・解説、前掲書第四卷所収「刑法改正案ノ二眼目」、本文一七九ページ。
- (39) 同右。なお、団藤、前掲書、本文四一ページも参照されたい。
- (40) 小野坂監修・解説、前掲書第四卷所収「刑法改正案ノ二眼目」、本文五六ページ。
- (41) 同右、一七二―一七三ページ。
- (42) 団藤、前掲書、第三版のはしがき、一一ページ。
- (43) 小河の死刑廃止論に関しては、藤岡一郎「日本行刑史の中の死刑廃止の思想と闘い——小河滋次郎と正木亮——」、「死刑の現在」(総合特集シリーズ46集、法学セミナー増刊(日本評論社、一九九〇年二月)、一九七―二〇四ページ)がある。同書には小野坂弘「〈死刑がある社会〉と〈死刑がない社会〉——私たちが住んでいる社会・国家を問い直すために——」(三八―五三ページ)が掲載されている。参照されたい。なお、死刑廃止に立つ刑法学者による、死刑存置論と死刑廃止論との間の論争の整理に、宮沢浩「死刑廃止論の一試論」、小川太郎編『矯正論集』(矯正協会、昭和四三年)、二六五―三〇九ページがある。また『法学研究』第三十七巻第一号(一九六四年一月)は「死刑をめぐる諸問題」の特集号である。
- (44) 平松義郎「近代的自由刑の展開」、大塚仁、平松義郎編『行刑の現代的視点』(有斐閣、昭和五六年)、四六ページ。
- (45) 同右。

三 『未成年者ニ対スル刑事制度ノ改良ニ就テ』(明治三六年)

小河滋次郎の博士論文である、この『未成年者ニ対スル刑事制度ノ改良ニ就テ』は、なぜ未成年犯罪者という存在が刑事制度にとって重要なのかについてまず説明し、次にその未成年犯罪者に対していかに刑事制度は対応すべきかを論じている。ここでは以上二つのポイントから同書の概略を紹介し、その上で小河の理論的特徴をさらに考えてみたいと思う。

『未成年者ニ対スル刑事制度ノ改良ニ就テ』において、小河の議論の出発点となつてゐる命題は「一般犯罪増加ノ原因ヲ絶チ且ツ又社会保全ノ目的ヲ全フスルコト」であると言へる。犯罪者のうちで「慣習的又ハ職業的犯罪者」(傍点原文)と呼ばれる者たち、「通例累犯者ナルモノ、多ク」(3)は、「犯罪ニ対スル現行刑罰ノ効力ノ薄弱ナルノ事實ヲ証明スルモノ」(傍点原文)であり、彼らの割合の増大は「犯罪危害ノ一層重大ナル所以」(傍点原文を示しているわけだが、この「習慣性犯罪者ノ多数ハ幼年ノ時ニ於テ悪癖ヲ養成セシモノニシテ感化事業ノ効果ニ頼リ幼年者ヲ改過遷善セシメ其犯罪ヲ予防スレハ一般ノ犯罪ヲ減少スルニ至ルヤ明カナリ」(6)そして実際に「幼年保護制度殊ニ不良少年及ヒ未成年犯罪者ノ感化制度」(傍点原文)が効果を挙げている英国において犯罪が減少してゐるのである。(8)

では刑事制度は未成年犯罪者をどう認識すべきか。小河はこう説く。すなわち、「少年ハ刑罰ノ目的物タル資格ヲ具有スルモノニ非ス何トナレハ其悪行又ハ犯罪ノ殆ント総ヘテハ委棄又ハ浮浪即チ教養ノ欠乏ニ基クモノニシテ刑罰ハ以テ教養ノ任務ヲ充タスニ適セサルモノナレハナリ」(傍点原文)。「刑罰ニ換フルニ保護教養ヲ以テスルノ必要アル所以ニシテ感化教育ハ即チ之レカ為メニ起リ之ヲ実行スルノ結果、果シテ英国ニ於テ予期ノ成效ヲ見ルニ至リタルコトノ偶然ナラサルヲ知ルヘシ」。(10)

欧米における感化制度を見るとまず私人による事業が先行し、遅れて国家事業が始まるのが一般であるが、「殊ニ英国ニ於テハ今日、尚ホ慈善的私設ノ経営ニ委任スルヲ以テ此事業ノ根本主義トナニモ拘ハラズ国家ハ益々進シテ之レニ関スル法制ノ完備ヲ計リ且ツ極メテ周密ナル方法ヲ設ケテ其実行ヲ督励スル所アリ、名ハ慈善的私設ノ経営ト云フト雖モ實質ニ於テハ純然タル国家ノ直営事業ト云フノ反テ適當ナルヲ信ス」(傍点原文)。(11) 翻つてわが国の現状を見るに、明治三三年に感化法、翌三四年に感化法施行細則が公布され、「爾来四年余ノ星霜ヲ経タル今日ニ於テ僅カニ神奈川及ヒ秋田ノ二県ニアツテ小規模ナル県立感化院ヲ創設シタルノ外、他ニ未タ該法律ニ準拠シテ公共的感化事業ノ実行ニ着手シタルモノアルヲ聞カス」(傍点原文)。(12)

以上からわかるように感化教育、感化事業は「一般ノ犯罪殊ニ恐ルヘキ累犯ノ増加」⁽¹³⁾を食い止めるための手段であり、「刑罰ニ換フルニ保護教養ヲ以テスル」という点で「教育ノ一手段」⁽¹⁴⁾であるが、「家庭、学校其他相当ノ方法ヲ以テ教育ノ目的ヲ達スルコト能ハサル最終ノ場合ニ於テ始メテ特別手段トシテ」⁽¹⁵⁾すなわち国家が直接的にせよ間接的にせよ執行する「強制的教育法」⁽¹⁶⁾であるという点で、「刑罰——刑事制度ノ一種」⁽¹⁷⁾なのである。

刑事制度とは「犯罪予防及ヒ制圧ノ目的ヲ全フセシムル」⁽¹⁸⁾という任務を遂行し、感化教育はその「犯罪予防及ヒ制圧」に役立つものとして、「刑事制度ノ問題トシテ之レヲ解釈スルノ必要」⁽¹⁹⁾があるわけだが、小河滋次郎は感化教育の対象としての幼者、児童を刑事制度ないし国家の内側の存在としてのみ考えてはいなかった。小河は説く。すなわち、「而シテ所謂監護教育ナルモノ、意義如何ト云フニ余ハ之ヲ解釈シテ児童ノ自然的精神及ヒ身体ノ发育ヲ保護シ且ツ良民的生活ニ必要ナル根拠即チ一般ノ德育及ヒ智育ヲ与フルノ謂ヒナリト謂フノ適当ナルヲ信ス、故ニ親権ニ属スル監護教育ノ恵ニ与カルヲ得ル所ノ少年ハ将来社会的生活ノ間ニ立ツノ場合ニ当リ之レニ必要ナル道德、知識及ヒ職業ヲ有シ吾人々生ノ本務ヲ了解スルト共ニ能ク又之ヲ全フシ得ルノ実力及ヒ資格ヲ備ヘシメラル、ニ至ラサルヘカラス」⁽²⁰⁾（傍点原文）。

この引用中の用語で言えば、小河は人間が「社会的生活」を——国家からの援助を受けながら——送ることを明確に意識している、ということである。そしてその上にさらに小河はこの社会的次元は国家の存続上においても必要とされるという、言うなれば社会と国家の重層構造を明確に意識していたのである。すなわち、

「学校（及ヒ教会）ハ即チ親権ノ任務ヲ補助スル所ノ一機関タルニ外ナラス、若シ夫レ総ヘテノ親カ子ニ対シテ能ク其任務ヲ全フスル所アラハ恵ヲ蒙ル者皆タニ児童其レ自身ノミニ非ス国家モ亦健全ナル国民ヲ得ルコトニ依テ其利益ヲ増進スルヲ得ヘク之レニ反シ若シ親権者ニシテ其尽スヘキノ義務ヲ尽サス若クハ尽ス能ハサルカ為メニ其子ヲ放養ニ付シ或ハ之ヲ虐待シ或ハ不正不良ナル行為ニ依テ之ヲ悪化シ或ハ補助機関タル学校教養ノ権能モ其效ヲ奏スルコト

能ハサルニ至ルモノアリトセハ其影響ノ及フ所、独り児童ノ不幸ナルノミナラス国家モ亦之レカ為メニ其生存少クモ法の秩序ノ保全ヲ危害セシメラルヽニ至ルヲ免カレス、蓋シ国家ヲ組織スルノ基礎ハ家族ニアリ、幼者ハ即チ家族ノ一員タルヲ以テナリ、幼者ニ対スル親權行使ノ如何ハ国家モ亦タ之レト相離ルヘカラサル利害關係ヲ有スルモノナルカ故ニ其利益保護ノ任務ヲ全フスルカ為メニハ深く親權ニ立入ツテ其適當ノ行使ヲ強制スル所アルハ勿論必要ト認めタル場合ニ於テハ或ハ補助的ニ或ハ全ク獨立シテ国家モ亦其權力ヲ以テ此ニ相当ノ干渉ヲ加フル所ナカルヘカラス」⁽²¹⁾

(傍点原文)。

国家の要素たる国民を「得ル」ためには、「国家モ亦其權力ヲ以テ此ニ相当ノ干渉ヲ加フル」ことが親權に対してあるわけで、家族ないし家族の集まりたる社会は常に国家の干渉下に置かれている。まさに国家にとつて「社会保全ノ目的ヲ全フスルコト」は至上命題なのである。このように社会が社会でありつつ同時に国家からの干渉を受けるといふ、社会と国家の重層構造とでも呼ぶべき状態に対して、小河滋次郎はザッハリッヒな態度で臨んでいるように感じられる。それは私が本稿でこれまで指摘してきた、小河が自己の職務にフェア・ジッヒであり、法秩序に意味(正義)を与える、法律以前の人間関係に着目していったというのと同じの態度であり、自らが国家官僚であるが故の国家官僚制の都合のジャスティフィケーションとは対極に当たる態度である。感化教育について小河はこうも言っていた。すなわち、

「動モスレハ感化教育ノ効果ヲ過信スルカ為メニ或ハ往々ニシテ濫用ノ弊アルヲ免カレサルモノヽ如シ、是レ蓋シ国家方能主義ノ誤解ヨリ終ニ児童ニ対スル自然的最も有效ナルヘキ教養担当者ノ家庭ニシテ不完全ナカラモ家庭ニ於ケル父母殊ニ母ノ慈愛的感化力ノ偉大ナルモノアルヲ看過スルカ為メナルヘク濫用ノ結果、反ツテ児童教養保護ノ目的ヲ阻害スルノミナラス偶々又親權者ヲシテ其教養ノ義務ヲ放棄シ若クハ少クモ其義務ノ觀念ヲ薄弱ナラシムルニ至ラサルヲ得、此点ニ就テハ最も慎重ノ注意ヲ加ヘサルヘカラサル所ニシテ苟クモ児童ニ対シ其身体上及ヒ精神上ノ墮落

Verderben ヲ救治スルカ為メニ必要ト認メタル場合ニ於テ国権ヲ以テ深く親権ノ範圍ニ立入ルコトヲ躊躇スヘカラサルハ勿論ナリト雖モ一面ニハマタ時ト場所ニ処シテ厚ク自然的親権作用ノ效力ヲモ尊重スル所アルヲ要ス」(傍点原文)。²²⁾ ここには権力を既に持つ者の、権力濫用への自戒も含まれているのであろうが、国家以前に営まれていることがらへの洞察があることは疑い得ないであろう。以上は『未成年者ニ対スル刑事制度ノ改良ニ就テ』のほぼ第五章までの概略であり、第六章以下終章の第二十章までは、第五章までを総論部分とすれば、各論部分であり、当時帝國議會に提出され審議されていた刑法改正案への小河の批判が逐一展開されてゆく。この第六章以下の刑事政策上の詳細な議論はここでは割愛する。

- (1) 小野坂監修・解説、『小河滋次郎監獄学集成』第三卷所収「未成年者ニ対スル刑事制度ノ改良ニ就テ」、第六章「未成年犯罪者ノ刑罰責任能力」の四〇ページ。
- (2) 同右、第二章「犯罪ノ現象」の一三ページ。
- (3) 同右。
- (4) 同右、一六一―一七ページ。
- (5) 同右、一六ページ。
- (6) 同右、四五ページ。
- (7) 同右、五〇ページ。
- (8) 「少年を監獄に入れない政策が拡充された結果、未成年受刑者が減少したのであるから、小河の表現はミス・リーディングである。」(小野坂弘「刑事政策家としての小河滋次郎」、小野坂監修・解説、前掲書第一卷「監獄学」(一)、解説部の二四ページ)。
- (9) 同右、第三卷所収「未成年者ニ対スル刑事制度ノ改良ニ就テ」、第二章「犯罪ノ現象」の五一ページ。
- (10) 同右、五二ページ。
- (11) 同右、第三章「感化制度ノ沿革及現況」の六ページ。
- (12) 同右、九ページ。
- (13) 同右、第四章「感化教育ノ意義」の七ページ。

- (14) 同右、一三ページ。
- (15) 同右、一一ページ。
- (16) 同右、一ページ。
- (17) 同右、一三ページ。
- (18) 同右、第二章「犯罪ノ現象」の五二ページ。
- (19) 同右、第四章「感化教育ノ意義」の一七ページ。
- (20) 同右、四―五ページ。
- (21) 同右、五―六ページ。
- (22) 同右、一〇―一一ページ。

四 おわりに

前節の最後の個所で私は小河には「国家以前に営まれていることがらへの洞察がある」と述べた。これは感化教育に対する「家庭ニ於ケル父母殊ニ母ノ慈愛的感化力」、国権に対する「自然的親権作用」への言及を基にしての判断であつた。親の子に対する愛情が国家以前のものであることは確かだとしても、その国家以前は国家以後の時間のなかで営まれる行為であり、⁽¹⁾「一八八九年体制下の日本では、最も重要な中間団体『イエ』が、国家権力に対する身分制的自由の楯としての役目を果たすよりは、国家権力の支配を伝達する下請け機構として機能した（『忠孝一本』」⁽²⁾。わが国の近代史において、国家以前におけるまとまりを社会と呼べば、その「社会構成員はアトム化すらされていなかった」⁽³⁾わけだが、樋口陽一によれば国家以前において「社会的権力」中間団体からの個人の解放⁽⁴⁾、ないし「中間団体の敵視のうえにいわば力づくで『個人』を析出させ」⁽⁵⁾ることに成功した瞬間こそ、国家以後の出発なのであつた。すなわち、解放され析出された個人は、言わば国家以前を売り払う代価として国家以後の国民主権を入手し、この国

民主権によつて「人一般の権利としての人權」⁽⁶⁾をはじめて享受する。その瞬間はまた「それまで諸個人の解放を妨げていたと同時に保護の楯の役目をしていた身分制が否定されることによつて、いわば裸の個人が国家と直接向き合ふこととなつたところから生ずる、主権と人權の間の緊張」⁽⁷⁾の始まる瞬間でもあつた。

たしかに人權は主権こそが守るのだというのが樋口が説く憲法学的理解である。と同時に樋口は「思想史上は……憲法以前のものという含意をも」⁽⁸⁾「主権と人權という見方をも視野に入れてゐる。人權についてのこの二つの理解の仕方と等価な見方として、私の場合には国家以前と国家以後とが、言い換えれば社会と国家とが重層構造をなすと考えてゐるわけであり、この重層構造とは樋口が言う「主権と人權の間の緊張」状態にあるものである。その両者間に緊張を感ずるのはしかし人權を享受せんとする個人の側だけなのではないだろうか。国家の側は主権の行使において当然なことを続けているだけで、何の緊張も覚えないはずである。この立場の相異に小河滋次郎は敏感だつたように思う。「人權と主権」はその論者の拠つて立つ位置、言い換えればそのイデオロギーと無関係には論じられぬ問題であるように思われる。小河滋次郎は勿論イデオロギーという用語を使つてはいないが、国家官僚のイデオロギーを自覚した稀有な存在だつたということになると思う。

(1) 国家以前、国家以後という用語については、拙稿「時について——主観性の政治学の試み——」、『三田商学研究』第二九巻第二号（一九八六年六月）、一七五—一八六ページ参照。

(2) 樋口陽一『近代国民国家の憲法構造』（東京大学出版会、一九九四年）、六八ページ。

(3) 同右、八〇ページ。

(4) 同右、六八ページ。

(5) 同右。

(6) 同右、四八ページ。

(7) 同右。

(8) 樋口陽一『自由と国家』（岩波新書、一九八九年）、一八〇ページ。