

## 日本近代刑法の成立過程

北 條 浩・宮 平 真 弥

### はじめに

幕藩制封建国家社会と天皇制国家社会とを明確に区分するのは明治維新である。特に、一八七一（明治四）年の廃藩置県は、封建領主制の完全な解体を示すものである。したがって、封建領主制は、廃藩置県によって、領主支配の形式を失ったことになる。かつての領主支配は、絶対不可侵な領主の存在を頂点として、かつ、これを軸とした家臣団（武士）の構成のもとにおいて、政治・立法・行政・司法が行われていたことを特徴とする。このことはまた、全ての権力が封建領主⇨武士団に集中していたことを示している。権力構造は、あらゆる意味において一般民衆の参加なくして構成されていたのである。廃藩置県は、大政奉還を基点として、将軍がその頂点に立って領主⇨藩を統括し、自らも家臣団を編成して支配体制を確立した幕藩体制の崩壊をもたらした。領主制の解体に先立ち、幕府はすでに大政奉還によってその統括権を失っていたから、幕府に代わって

領主を統括するのは天皇ということになる。その形式的な政治的・法的根拠となるのは、官軍の江戸進駐に先立つ王政復古（一八六七・慶応三）年にほかならない。

明治維新政府から、明治政府へという過程においては、天皇を頂点とする政治支体制が、一方においては封建領主制にもとづく分権的支配体制の克服と、他方においては、統一的中央集権的国家体制の確立という、支配機構の質的な変換をとまなうものである。そうして、その質的な変換を具体的に示すものとして、法体制の変質があげられる。法は、もともと支配と被支配との競合の上に成り立つが、被支配のなかにおいても法制定やその解釈ならびに運用をめぐって対立や競合も生じる。

明治維新政府は、その形成期において、自らの政治的基盤を討幕派の西南雄藩に負っていた。あるいは、討幕派は、当初において、政治的資金を諸藩や商人資本に求めたが、藩とは形式上かかわりのないかたちで政治活動を行なっていた。その、政治活動のイデオロギーは国学であるが、幕末期の世界情勢や国内情勢は、必ずしも尊皇攘夷をスローガンとして行動する国学を許容するものではない。さらに、同じ国学であっても、開明的な国学もあり、保守的なものもあつて、国学内部においても対立する状態であつた。しかし、尊攘派として、テロ活動に終始した最も行動的な下級武士・郷土などのなかに、国学を究め、尊皇攘夷のイデオロギーを明確に理論づけた者はきわめて少なかったものと思われる。むしろ、こうした変革期において、簡単な説明とスローガンによって行動する者が多かつた。その中心となるのは天皇の擁立である。天皇は、討幕のための全体的シンボルとして反幕府のイデオロギーのなかに位置づけられる。しかし、天皇自体はもとより、宮廷派公家達でさえ、政治的イデオロギーも行動も一定ではない。尊皇攘夷論もこれらの者達の間ですら明確な方針をみることはない。尊皇派内部における対立も、暗殺をともなつた。幕府と天皇との関係を直接に結び付ける公武合体論が、政治上層部ではとられるが、それが、すでに政治支配の絶対性を示すものではないことは、反幕か

ら討幕へのスローガンが天皇でさえも、あるいは天皇直属の公家達でさえも、その存在に重大なかかわりをもつようになることから明らかである。シンボルとしての天皇から、支配としての天皇制へ、それが、尊皇攘夷運動が討幕へと発展し、その勢力を強めた下級武士ならびに西南雄藩の動向をみた公家が転進したプログラムのなかに位置づけられた。

徳川幕藩体制の解体は、幕府権力の否定である。幕末期の急激な国外情勢と国内の社会的不安という変化は、政治的支配の不安定さとなってあらわれる。そこでは、同じ討幕であっても流動的であって、それぞれのイデオロギーあるいは行動のパターンによっても左右されるが、ほぼつぎのように分けられるであろう。すなわち、その一つは、尊皇と攘夷とがセットになっている場合である。その二つは、尊皇と開国がセットになっている場合である。その三つは、尊皇である。尊皇といっても、その内容には学派によって異なった点がみられるし、行動にも一致した点があるわけではないが、尊皇を学問的に理解しなくとも、ごく簡単に知ることができるために、これを幕府＝徳川宗家よる支配と結び付けて、イデオロギーとして主張することができたのである。尊皇が攘夷とセットになったとき、尊皇は、尊皇というプロパガンダの上において、明確に尊皇開国と対立する。開国そのものが幕府による政策としてあらわれるかぎり、それは同時に尊皇攘夷派にとって尊皇の否定となつてあらわれる。したがって、尊皇でありながら開国を主張する者は、尊皇攘夷派にとっては否定されなければならない。対外交渉が鎖国令という法制度によって行なわれ、対外交渉の否定という政策の徹底をみる場合においても、なお、攘夷派にとっては、このことが開国につながるものとして受け止められた。攘夷は、尊皇ばかりではなく、幕閣の間でも、さらに藩内部でも対立をみる。

幕末期のこのような政治情勢が、やがて討幕という方向に発展するとしても、幕府じたいが朝廷との接触・融合をはかるかぎり、それじたいは尊皇であるという解釈が成り立つ。討幕派尊皇論がこれを否定するため

は、攘夷論を主張することによって打破する必要があった。しかし、その攘夷論にしても現実の国際情勢に对应し対抗できるものではないことは、西南雄藩と外国との戦闘をみても明らかだった。尊皇は、ここで討幕のスローガンを維持するために、天皇による全国統一を構想し、実現しなければならなかった。

明治維新政府が明治政府へと連結するためには、天皇制的統一国家の成立が必要とされたのは当然のことであつた。王政復古・大政奉還は、たんなるスローガンではなく、きわめて現実性をもつ政治体制の理想の実現にほかならない。そうして、その実現のために、法の継受もまた複雑なかたちをとらざるをえなくなつたのである。

## 一 明治維新国家の成立と法の制定

### 1 大政奉還

一八六七（慶応三）年一〇月一四日に将軍・徳川慶喜が大政奉還を朝廷に行なつたことに對して、翌一五日に朝許し、朝廷ではこれを諸藩に下達したのち、一二月九日に「撰閣幕府等廢絶」した徳川幕藩体制の解体による大政奉還を論告し、まず総裁・議定・参与から成る三職体制をもつて新政治体制とし、明治維新を王政復古として位置づけた。<sup>(注1)</sup> その月の二二日、二五日に、制札をもつて「徳川祖先之制度美事良法ハ其佞被差置御變更無之」という布告を出して、<sup>(注2)</sup> 徳川幕府の法律が全て廢止されわけではないことを示している。この布告が、明治維新変革期において、藩体制や社会的秩序を混乱させ、自らの政治的基盤の解体を防止するという方策からでたものであるにせよ、その後の政治的変革のなかで、法体制の変容をみると、<sup>(注3)</sup> 実態上、決して一時的なものではなかつた。

(注1) 『法令全書 第一卷』、第十三、六頁

(注2) 『法令全書 第一卷』、第二十七、一二頁

## 2 政治体制の変化

徳川宗家の藩支配の大権を没収した明治維新政府は、先述のように、三職体制を置いた。総裁は有栖川宮、議定は一〇名で、そのうち公卿が五名、藩主が五名であり、参与は二〇名で、そのうち五名が公卿、一五名は尾・越・芸・上・薩の五藩からの三名づつで構成されている。<sup>(注1)</sup> これらが政治支配の頂点に立つ。国家体制は王政復古であり、「諸事、神武創業之始ニ原キ縉紳武弁堂上地下之無別至当之公議ヲ竭シ」とあるが、この文言は、平等社会の原則を示すものではなく、天皇の下において、地下職までが公議に参加するという基本姿勢を示したものである。<sup>(注2)</sup> その職務分担については、一八六八(明治元)年正月に職務内容とともに明示される。<sup>(注3)</sup> すなわち、総裁は宮であり、副総裁には公卿二名、議定は宮・公卿・諸侯で神祇事務総督以下、総督が内国・外国・海陸軍・会計・刑法・制度の七部門で二一名、このもとに参与が掛としてそれぞれ二名から六名までの二〇名である。この職制は発足間もない二月三日に三職八局制に変更され、<sup>(注4)</sup> 参与職については、「諸藩士及都鄙有才ノ者公議ニ執リ拔擢セラル」者とされ、参与職も任命されることがあることを示す。貢士については、「大藩四〇万石以上」から三名、「中藩十万石以上三十九万石ニ至ル」まで二名、「小藩一萬石以上九万石」まで一名であり、「才能」によつては「徴士ニ選舉」される。

同年四月二一日、三職八局制は、さらに改正される。すなわち、太政官より発令された「政体」にもとづき、この目的遂行のために太政官のもとに七官を置いた。<sup>(注5)</sup> 議政・行政・神祇・会計・軍務・外国・刑法である。そうして、地方官を府・藩・県にわけた。中央官制は、職制がさらに細分化されるが、この改正で注目すべき

点は、地方官という形式によって藩が太政官制のなかの地方体制として把握されたことである。

もつとも、この藩は依然として「諸侯」と注釈されており、府・県天領支配に対する藩支配というかたちが続いていることを示している。職制の担当官は、例えば行政官の辦事について、「公卿諸侯大夫士庶人充之」とあり、また神祇の知官事・判官事・権判官事についても右と同様のことが記されており、一般人の任命には、かなり制限があることがわかる。このうち、議政官では法制定と藩関係の紛争を扱い、刑法官では治安と犯罪を扱う。のち、四月一〇日に地方の統括のために民部官が設けられた。

議政・行政官については同年九月一九日に、議政官を廃止することが達せられた。<sup>(注6)</sup>その理由として、「立法官行政官ヲ相兼候様成行遂ニ議事之制難相立」とあり、官制内部で混乱が生じていることがうかがえる。この間、政情は依然として不安定であり、奥羽越諸藩の戦争が一応の終結をみたとはいえ、政府内部でも対立がみられ、しかも、それぞれがなんらかのかたちで藩を背景としている。

地方支配が府・藩・県と分類されているとはいえ、藩については旧藩体制がそのままのかたちで残されている。東北地方・越後の戦乱の平定後、明治維新政府は一八六九（明治二）年二月五日に諸藩ならびに府県に対して布告を出し「議事之制」をたてるべきことを指示した。<sup>(注7)</sup>その趣旨は、「博ク公議ヲ興シ輿論ヲ採リ下情上達候様」とあるほか、藩ごとにその制度も区々であり、「地方習俗ノ利弊ニ」よって一定の方針も決し難いだろうが、「公議所法則案」によって処理するので、制定したものは何経せよというものである。そうして、行政官より「府県施政順序<sup>(注8)</sup>」を出して、ほぼ、地方の統一的政策を確立しようとした。指示項目は一三で、徳川幕府体制下の基本とは大綱において変わらないが、しかし、そのなかでも特徴的なことは「諸事ノ法」・「戸籍ノ編成」をすること、「制度ヲ立」ること、「小学校ヲ設ル事」などがある。この「府県施政順序」は、同年七月二七日の「府県奉職規則<sup>(注9)</sup>」によって実施される。

同年五月一三日には、詔書をもって先に廃止された議政官に代わり、上下局が設置された。<sup>(注10)</sup> 上局は、議長・副議長・議員をもって構成され、行政官に輔相一・議定四・参与六・辦事である。なお、輔相・議定・六官知事・内廷職知事は公卿諸侯のうちから選挙される。参与・副知事は「貴賤二拘ハラ」ず選挙によると規定された。賤に関する規定はないが、誰でもよいというわけではなく、一定の基準があつたはずである。政治上層部はいずれも公卿・藩主が主体であり、これに各藩から送り込まれた武士が参加する。そのなかでの選挙であるが、限定された部局という点で問題があつても、選挙を行うということは政府内部の変化を示すものである。

天皇Ⅱ明治維新政府による政治変換のなかでも特筆すべきものは、一八六九（明治二）年六月一七日の版籍奉還であるが、これは、一八七一（明治四）年の廢藩置県の前提ともいえる政策である。この日には、公卿諸侯の名称を華族と改めるといふ達が行政官から出され、名称上も諸侯は公卿と同列に置かれることになり、公卿の諸侯に対する優位性は否定された。ところで、土地・人民を天皇に返還するという措置は、政府内部の方針であつても、表面上は列藩の建言という形式をとっている。上意下達といふかたちをとらず、諸藩の反対などの動きを抑えようとしたのである。この結果、旧藩主は藩知事として天皇が任官を命じるといふ形式をとつた。旧藩主はそのまま藩知事になるので、藩支配は変わらないといへ、藩経済の縮小と、藩権力の減少という事実は、天皇による中央集権的統一政が進展していることのあらわれである。

版籍奉還を断行した明治維新政府は、一八六九（明治二）年七月八日に公議所を集議院と改称し、職員令によつて官職制度を大きく変化させた。<sup>(注11)</sup> その名称・内容ともに王政復古の階梯ともいえる。

すなわち、神祇官・太政官の二官と、民部省・大蔵省・兵部省・刑部省・宮内省・外務省の六省。寮・司・待詔院・集議院・大学校・彈正台・皇太后宮職・皇后宮職・春宮坊のほかに、府・藩・県の地方官職と、海軍・陸軍・留守官・宣教使・開拓使・按察使からなるものである。なかでも太政官は位が高く、左大臣・右大

臣はともに従一位・正一位で、神祇官の伯と、陸・海軍の大將が従二位、諸省の卿は正三位である。この職制により明治維新政府の復古体制を明確にする。しかし、政治情勢の変化にともない、職制も変容していく。例えば、続く二、三年の間に、民部省ならびに刑部省は廃止され、<sup>(注14)</sup>明治六年には集議院が廃止されて<sup>(注15)</sup>いる。

(注1) 『法令全書 第一卷』、第十三、六頁

(注2) 右同

(注3) 『法令全書 第一卷』、第三十六、第三十七、一五頁～二〇頁

(注4) 『法令全書 第一卷』、第七十三、二七頁～三二頁

(注5) 『法令全書 第一卷』、第三百三十一、一三七頁～一四六頁

(注6) 『法令全書 第一卷』、第七百六十、二九九頁

(注7) 『法令全書 第二卷』、第百十二、五七頁

(注8) 『法令全書 第二卷』、第百十七、五九頁

(注9) 『法令全書 第二卷』、第六百七十五、二八一頁～二八四頁

(注10) 『法令全書 第二卷』、第四百四十三、一七一頁～一七四頁

(注11) 『法令全書 第二卷』、第五百四十四、二二二頁～二二九頁

(注12) 『法令全書 第二卷』、第六百二十一、二四九頁

(注13) 『法令全書 第二卷』、第六百二十二、二四九頁～二六四頁

(注14) 『法令全書 第四卷』、第三百三十六（刑部省廃止、二八〇頁）、第三百七十五（民部省廃止、二九四頁）

(注15) 『法令全書 第六卷』、第二百二十八号、三〇九頁



## 3 法の制定とその変化

法律は、それが制定法であるか命令であるか、ということにかかわりなく、政治の反映であるが、他面において社会の反映である。政治体制の都合によって出される法律や命令が、強制力をともなっている場合であるのか、または、そうではなく、社会の合意を前提とするか、ということであつても、なんらかのかたちで一般的に、あるいは多数の者がこれに対して極端な反対や反抗を示さないことが前提である。

明治維新政府が、徳川幕府に將軍による封建的な強権支配よりもっと強力な政治支配をもつて諸藩に対してのぞんだことは、天皇が將軍の任命権をもつという形式——ほとんど空白化していたが——を大権として、そして天皇支配の大義として実質的に意味づけたことにある。それが実効性をもつということは、その背後に幕府というかたちで集合した諸藩の政治的・軍事的な力があつたからにはかならない。

天皇に明治維新政府は、その政治体制が確固としたものになる以前の「一八六八（慶応四・明治元）年三月一四日に「御誓文」（いわゆる五箇条の御誓文）を發表した。（注）これは、天皇が五箇条を示し、総裁・公卿・諸侯が署名・印判して「勅旨ヲ奉戴シ死ヲ誓」って実践することが明言されており、連名した者は天皇の直属支配に入ることを誓約したものである。藩主がこの勅旨に誓約したことは、天皇の大権を認めたことであり、誓約していない他の藩に対する大きな圧力ともなる。つまり問題は、御誓文の文言にあるのではなく、死をもつて天皇に忠誠を誓うという「誓文」に重点が置かれているのである。これは、武家としての慣習的規範である。そして、五箇条の御誓文はのちに、なんらかのかたちで実行に移される。なお、誓文にある「広ク會議ヲ興シ」という文言は、政治体制内のことであり、当面、総裁・公卿・諸侯をさすとともに、間接的にこのもとに在る有力武士達をも含む。

「御誓文」の翌日、これまで幕府・藩が出した高札を全て撤去して、明治維新政府が発令した「定」三札と

「寛」二札とを掲示することを命じている。<sup>(注2)</sup>これは、明治維新政府が一般に公示した最初の法令である。発令したのは太政官であり、江戸を東京と改称する詔勅が出される(七月一七日)<sup>(注3)</sup>以前のものであり、また、天皇の東京行幸が発表される(八月二三日)<sup>(注4)</sup>前のことでもあり、政府は京都に置かれていた。

「定」第一札から第三札までは、旧来、幕府・藩が行なってきたものであって、明治維新政府が新しく定めたものではない。すべてが人倫を中心として成り立っているので刑罰規定とはなっていない。むしろ、幕府・旧藩の規定が刑罰規定としては整っている。例えば、第一札第三条には、殺人・放火・盗みについて記しているが、いずれもこれらが「悪事」であり、してはならないとあるだけで、どのような刑罰が科せられるか明らかにされていない。いずれも旧幕府の刑罰が適用されるのであろう。

この当時は、右の一般的な法の適用のほかに戦時を反映した法が命令として出されており、刑罰についても特定された法の一般化をみない。高札をみた人民は、その文言において、徳川幕府・藩の法令とは変わりがないものと受け取ったであらう。

高札のなかで目新しいのは、第四札の「寛」に記載されている「萬国ノ公法」による日本と外国との関係についての部分である。日本と外国との間には「萬国ノ公法」が介在しており、「猥りニ外国人ヲ殺害シ或ハ不心得ノ所業」が生じたときには、「朝命ニ悖リ御国難ヲ醸成」するとあり、朝廷と国家の利害に重大な影響を与えるというのである。もとより一般の民衆も武士層も、この「萬国ノ公法」がいかなるものであるか知らなかったであろう。明治維新政府が、この第四札を掲示したということは、攘夷に終止符を打つためであったと考えられる。天皇の大権を構想し復古を実現する尊皇派にとって、もはや尊皇と攘夷はセットではないことを示し、尊皇と開国がセットであることを明らかにしたのである。

この時期、体系的な法律を制定し公布することはほとんど不可能であったから、多くの場合、法令は旧幕

府・藩の法律や慣習法によった。この点につき、明らかにしたのは同年一〇月晦日の行政官の布達である。<sup>(注5)</sup>多くの法律のなかでも「刑罰ハ兆民生死ノ所係」であり、早急に制定しなければならぬ、したがって、「新律御布告迄ハ故幕府へ御委任之刑律ニ仍リ」とあり、幕府の刑法を適用することを明らかにしているが、同時に、そのなかでも、特筆すべきものの刑罰の規定を示した。すなわち、

- (イ) 磔刑については、「君夫ヲ殺スル大逆ニ限り」適用する。
- (ロ) 「其他重罪及焚刑ハ梟首ニ換」える。
- (ハ) 「追放所払」は、徒刑に換える。
- (ニ) 流刑は蝦夷地（北海道）に限る。ただし、その制度が決まるまでは旧慣による。
- (ホ) 盗みについては、一〇〇両以下ならば死罪にならない。
- (ヘ) 死刑については、天皇の裁断（「勅裁」）を仰ぐこと。

以上である。刑罰が適用される犯罪の内容は、旧幕府の先例にならう。右の内容について若干詳しく説明した法令が、一八六八（明治元）年十一月一三日に出されている。<sup>(注6)</sup>ここでは、梟首が適用される例示として、火附と強盗殺人があげられ、刎首が強盗と一〇〇両以上の窃盗、ならびに「強奸」となっている。また、火刑は永久に廃止することが明記されている。右の規定で「君夫」に対する殺害の罪が極刑とされていることは、封建的な武士階級の秩序維持をそのまま受け継いでいるからにはかならず、明治維新政府のイデオロギーとして、主君と親に対する反抗は罪のなかでも特に許すべきものではない所業と認識されていたのである。

明治元年中には、これ以外に体系的な法律をみないが、それぞれの支配地では、旧藩制期の法律は、明治維

新政府の法律や命令に反しないかぎり適用されていた。ただし、諸藩がすべて明治維新政府の支配下にはいつていたわけではないから、明治維新政府の法律や命令に対立するような法律が実施されていてもおかしくない。明治維新政府の支配地となった伊豆国、関東諸県に対する指令にも、例えば一月に会計官から出されたものなかに、「盜賊博徒ノ類」の取締には、「当分ノ内銘々ノ見込ヲ以」て行なうこととあり、指揮系統についても統一されていないことを示している。これに対して、天皇の直接的支配下にある京都においては、若干異なつた様相をみる。一月に行政官が達したものに、「帯刀人僧尼之類」が市中に居住していながら、町地についての「諸役出勤等ヲ否ミ」ということがある場合には、「居屋敷建家共」これを没収することが明記されており、この種の処置としては極めて厳しいものとなっている。これは京都市中の治安に最重点が置かれていたためである。

また、同年一月二四日の行政官布達では、産婆が「売薬之世話又ハ墮胎」を行なつたときには、それがたとえ依頼を受けたものであつても禁止し、違反したものは「屹度御咎」があることを明記している。この御咎の内容となると先例を踏襲するか、参考にして処分したと考えられる。

- (注1) 『法令全書 第一卷』、第五百五十六、六三頁〜六四頁  
 (注2) 『法令全書 第一卷』、第五百五十八、六五頁〜六八頁  
 (注3) 『法令全書 第一卷』、第五百五十七、二二三頁  
 (注4) 『法令全書 第一卷』、第六百二十二、二五六頁  
 (注5) 『法令全書 第一卷』、第九百十六、三四二頁  
 (注6) 『法令全書 第一卷』、第九百十六の「参照」、三四三頁〜三四四頁  
 (注7) 『法令全書 第一卷』、第一千十三、三七〇頁

(注8) 『法令全書 第一卷』、千十七、三七一頁

(注9) 『法令全書 第一卷』、千百三十八、四二二頁

#### 4 仮刑律

国家による刑罰規定は、それが制定法であるか、不文法であるか、あるいは判例法であるか、さらに命令という形をとるか、いずれにかかわらず国家思想を反映する。刑罰は、国家との直接のかかわりによって行なわれるのであるから、そこには、なんらかのかたちで国家政策、イデオロギーがみられる。それは同時に国家的体質を示すものであり、さらに、政治そのものをあらわすことになる。時には、国民不在で法の制定をみることもあるが、そのことはまた、国民と政治のかかわりあいを物語るものである。

仮刑律<sup>(注1)</sup>が、明治元年に明治維新政府の刑事関係法として存在していたことは明らかであるが、これは公布されたことはない。もともと、徳川幕府・藩の法律は、ごく一部を除いて公布されることがなく、判決も公表されたことはないのであるから、明治維新政府がこれにならって法律を公布しなかつたとしても不思議ではない。また、明治維新政府が、維新体制の吸推進を目的として刑事的処分を行なう場合には、命令をもってできるのであるから、さして困難を感じることはなかつたであろう。明治維新国家体制が徳川幕藩体制から区別される特徴的な国家であるならばともかく、封建制社会に対する近代市民社会—そうでない場合、国家と社会とを規律する刑事関係法は、幕府の法律をそのまま適用しても社会が混乱するわけではない。実際、旧法を踏襲することは明治維新政府によって公表されていた。そのなかでの仮刑律である。これが、どの程度まで適用されていたのかは明らかではないが、その内容については、おおよそ次のようなことが指摘できる。

まず、法の作成にあたって準拠したものが、唐・明・清といった中国の古法と日本古代法典型である大宝律

令（七〇一・大宝元年）などであり、諸律である。仮刑律は、法イデオロギーの中心的課題を律に置き、徳川幕府の法律も援用した。これはまさに、明治維新イデオロギーの王政復古に照応する。刑の執行は、笞刑が一〇にわかれ、徒刑は同じく五、流刑が三、死刑が二で、それぞれ附加刑が加えられる。仮刑律は八虐・六議の制度を規定し、八虐は、（一）謀反、（二）謀大逆、（三）謀叛、（四）悪逆、（五）不道、（六）大不敬、（七）不孝、（八）不義、である。六議は、（一）義親、（二）義故、（三）議賢、（四）議能、（五）議功、（六）議貴、である。八虐の上位三つまでが国家ならびに天皇に関するもので、明治維新政府が政府体制の絶対的維持のため、いかに刑罰規定を強化してのぞんでいたのかがわかる。四番目の悪逆は、親族関係についての犯罪であり、家の維持についての規定である。これらの基本的刑罰規定につづいて、次のような項目が並列される。

すなわち、（イ）応議者犯罪、（ロ）藩臣処分、（ハ）僧尼犯罪、である。これらはいずれも特別の地位にあるものについての規定であるが、このうち、天皇政府に関する者についての犯罪は、上裁を得ることを必要とし、一般の犯罪者を処罰するように刑罰を決定することはできない。藩臣処分は、死罪が最高刑であるが、刑の執行については一般例から区別される。また、僧尼の犯罪も特別に規定し、時には連座制・縁座制が適用される。このほかに、（ニ）老小廢疾犯罪、（ホ）犯罪時不老疾、（ヘ）婦女犯罪、がつづく。婦女犯罪については、徳川幕府の刑罰規定が適用され、家長に処分権が認められていた。以下、（ト）再犯同罪、（チ）犯罪累減、（リ）流罪家屬、（ヌ）常赦特赦、（ル）徒流人又犯、（ヲ）贓物ヲ給没、（ワ）罪人自首、（カ）二在俱二廢、（ヨ）連累罪ヲ得、（タ）犯罪首従、（レ）罪人逃走獲ラル、（ソ）親属相互ニ容隠、（ツ）本條有罪名、（ネ）加減罪例、（ナ）旧悪犯事、等である。

次に、賊盜の規定が設けられる。賊盜はその名の示す通り盗みに関する規定であるが、はじめに、（イ）謀反大逆と（ロ）謀叛が置かれている。謀反と大逆については、首犯・従犯を問わず死刑（磔）であり、財産は

官に没収される。また、これを知って隠した者は死刑（斬）である。訴をした者、あるいは、捕らえた者には賞金が出される。訴えをしなかった者は「答百遠流」である。これらは謀叛についても同じであり、刑の内容が、場合によっては刎首に変わる。訴については同じである。国家すなわち政治体制に対する犯罪について、きわめて刑罰が厳しかったのは徳川幕府と変わらないし、また古代の刑罰とも変わっていない。明治維新政府が、このような犯罪について、実行犯以前の予備の段階で犯罪とし極刑を適用するのは、たんに徳川幕府法の規定を継受したというより、自らの政治体制を維持するための方策である。つづいて、(ハ)妖書妖言ヲ造ル、という項目があり、民衆を惑わした場合には「皆斬」とあるから、関係者は死刑に処せられる。邪術は死刑（刎首）である。この条項は、たんにあやしげな浮説や邪道ばかりではなく、政府に対する攻撃にも適用される。ついで、(ニ)大祀神御ノ物ヲ盗、(ホ)制書ヲ盗、(ヘ)内府及公廩財物ヲ盗、が規定されている。これらはいずれも天皇家ならびに明治維新政府に関するものであって、首・従犯を問わず死刑（斬）である。以下、(ト)山稜ノ樹木ヲ盗、(チ)監守自盗、(リ)常人官物ヲ盗、(ヌ)強盜、(ル)却囚、(ヲ)搶奪、(ワ)竊盜、(カ)倉庫ヲ破ル、(ヨ)親屬相盜、(タ)牛馬ヲ盜、(レ)田野ノ穀麥ヲ盜、(ソ)人ヲ詐欺シテ財ヲ取、(ツ)人商、(ネ)墳墓ヲ発掘、(ナ)夜中無故シテ人家ニ入ル、(ラ)強竊盜ノ宿、(ム)俱ニ謀テ盜ヲ為ス、(ウ)無條科断之通例、というように盗みについての規定がみられる。

次に、鬪毆の規定がみられる。すなわち、(イ)鬪毆、(ロ)俱ニ謀テ人ヲ毆、(ハ)擅二人ヲ制縛ス、(ニ)盜賊ヲ毆、(ホ)帯刀人ヲ毆、とある。帯刀人に対する刑罰は、帯刀人が士分以上である場合には死刑（刎首）である。ここでも、武士に対する犯罪は極めて重刑となり、徳川時代の刑罰より重い。これは、(ヘ)役人ヲ毆、についても適用される。役人が帯刀人でない場合もあるからであろう。明らかに役人が一般民衆に対して上位にあることを示している。(ト)良賤互ニ相毆、(チ)主人ヲ毆、では主人の絶対優位が示され、主人

を殴つた者は首犯・従犯を問わず死刑（斬・梟首）である。主従関係の支配・服従という規律は、たんに倫理だけでなく刑罰において実行される。それは、封建的な刑罰思想ばかりではなく、古代律においてもあらわれられているものである。

さらに、(リ) 受業師ヲ殴、(ヌ) 宮殿内忿争、(ル) 親属相殴とつづく。親属に対する殴罪にも、刑罰が科せられる。家秩序、親族秩序が、それ以前からの刑罰思想を受け継ぎ、徳川幕府法令を貫徹している。これは(ヲ) 祖父母父ヲ殴、にいたつてより重要さを増す。ここでは、祖父母・父母を殴つた者は、首犯・従犯を問わず死刑（斬・梟首）である。(ワ) 夫妻相殴り、は妻が夫を殴つた場合答百と規定している。(カ) 父祖被殴では祖父母・父母が人に殴られた場合、その子・孫がこれを救うために相手を傷つけ、あるいは死亡させたとしても通常の刑罰の適用はない。殺傷しても刑罰は軽いのである。

次に、人命である。(イ) 謀殺、(ロ) 祖父母父ヲ殺ス、(ハ) 親族ヲ殺ス、とつづくが、ここでも家族秩序が前提である。祖父母・父母および夫の祖父母・父母を殺そうと謀り、これを実行して傷をつけたか否かにかわりなく、首犯・従犯ともに死刑（斬）である。逆に、祖父母・父母が子・孫を殺すこと等については、刑罰は軽い。親族を殺すことについては、その罪はきわめて重く(ヌ)、死刑という前提は同じである。

(二) 主ヲ殺並主奉公人ヲ殺ス、については、主従の明確な身分制が前提となるため、殺害を企図してこれを実行した場合、傷の有無ならびに首犯・従犯の別なく死刑（斬）である。(ホ) 殺姦、については重罪であり死刑である。ただし、妻・妾が人と姦通したことを知った夫が、これを殺す場合は減刑される。つづいて、(ヘ) 一家三人及惨毒人ヲ殺、(ト) 妖術毒薬ヲ用人ヲ殺、(チ) 盜賊ヲ殺、(リ) 鬪殴及故ヲ二人ヲ殺、(ヌ) 他物毒虫ヲ以故二人ヲ傷ル、(ル) 車馬馳驟人ヲ傷ル、(ヲ) 戲誤過失殺傷、(ワ) 人ヲ威逼シテ死ヲ致ス、(カ) 人命内済、の規定がみられる。(カ) は、親族が殺されたにもかかわらず、これに復讐をせず、かつ官に



報告しないで内済した場合の規定である。ここでも、家や親族関係が重視されている。

次に、訴訟である。まず、(イ)越訴、であるが、これは支配の役所を超えて上級役所へ訴えるものであり、徳川幕府においては死刑になることもあったが、仮刑律では管三〇にとどまる。(ロ)掛役人犯事ヲ隠ス、(ハ)匿名書ヲ作テ人ヲ毀、(ニ)誣告、(ホ)干名犯義、とあるが、いずれも人の罪を暴露したり訴えたりした者を対象とした罪である。干名犯義は祖父母・父母・夫・夫之祖父母・父母の悪事を子・孫・妻が訴えた場合で、これも家・親族関係を重視していたことのあらわれである。(ヘ)父祖之奉養ヲ欠、は祖父母・父母の養育についての規定であり、これを怠ったと訴えた場合にはその子・孫の罪となる。

次に、捕亡である。(イ)罪人捕ヲ拒、(ロ)獄囚逃走、(ハ)罪人ヲ蔵匿ス、の三項目が記載されている。

次に、犯姦である。(イ)和姦、(ロ)強姦、(ハ)婦女ヲ縦シ及逼テ姦ヲ犯サシム、(ニ)親族相姦、(ホ)主家之婦ヲ姦ス、となつている。このうち親族相姦とは、家秩序・家庭の秩序の維持ということと、例えば、養母・嫡母・継母に姦する者は死刑(斬・梟首)である。身分制度からでた刑罰規定となつている。(ヘ)喪二居テ姦ヲ犯ス、(ト)良賤相姦、(ヌ)姦罪取扱、などが列挙されている。

次に、受贓である。これは、(イ)枉法不枉法ノ贓、(ロ)有事人賄賂ヲ為ス、(ハ)坐贓罪ヲ致ス、であり、いずれも官吏についての犯罪である。

次に、詐偽である。(イ)謀判、(ロ)偽書、(ハ)金銀並錢ヲ偽鑄ス、(ニ)私ニ斛斗秤尺ヲ造ル、(ホ)詐テ官員ト称ス、(ヘ)詐テ死ト称ス、(ト)人ヲ教ヘ欺キ法ヲ犯シム、であるが、このうち、通貨の偽造については死刑(斬)である。

次に、断獄である。(イ)罪囚ヲ陵虐ス、(ロ)官吏故二人ヲ罪ニ出入致ス、(ハ)獄囚ニ金刃ヲ与フ、(ニ)獄囚ヲ教テ罪状ヲ変乱ス、(ホ)老幼拷問ヲ許サス、(ヘ)屍傷見分、とある。このうち帯刀士分以上の者なら

びに僧尼であつて位階がある者、老幼については拷問を認めないとされており、獄中でも身分によつて処遇が区別される。

次に、婚姻である。(イ) 婚姻ヲ定、では婚約に際しては年令等を両家に通知することが条件とされ、これを許つた場合には罪となる。重ねて婚約をすることも罪となる。また、(ロ) 妻有ルニ重テ妻ヲ娶ル、(ハ) 婦女ヲ強奪ス、とある。これらのうち、強奪婚については、それが妻もしくは妾とした場合でも刑罰(笞百徒三年)が科せられる。略奪婚は慣習として存在をみることもあるので、この規定が議論をよぶことがあつたと考えられる。慣習を強奪とみるかどうかである。さらに、(ニ) 改嫁、(ホ) 婚姻取扱、とつづく。(ホ) は婚姻の手順を規定している。

次に、雑犯である。(イ) 博奕、(ロ) 家長ニ非スシテ擅ニ家財ヲ費用ス、(ハ) 放火、(ニ) 制旨及令違、(ホ) 不応為、であるが、このうち放火については、完全に実行されたか否かにかかわりなく死刑である。

以上が仮刑律の概要である。

公布されない右の刑律が、徳川幕府下の藩制が依然として行なわれている各藩に徹底したとは思われない。経伺された場合はともかく、旧幕府・藩の法律等はそのまま生きているのであるから、仮刑律が適用されるのは、少なくとも天朝領の直轄地と一部の討幕藩にすぎない。しかし、ここでも法律が公布されていないのであるから、経伺というかたちで法の適用がなされるだけである。仮刑律と徳川幕府法・藩法との間に、本質的な差異はほとんどみられない。むしろ、明律を積極的に受け入れたため、イデオロギーについては徳川幕府より強化された。ただ、問題となるのは、どのようなかたちで、実際に適用されたのか、ということである。

刑罰の適用については、各藩が刑法官に経伺した例が、「仮刑律的例」という表題で残されているが、これが全部であるのか、一部としてもどのくらいの割合になるのか明らかではない。このうち、一八六七(明治

(元)年一二月の山内土佐守からの経伺には、新律が唐・明・清等の律を採用して「旧幕等之罰例御取捨之上」、「新律」が制定されることが記されており、新法により焚刑が梟首にかわるとあるが、藩では焚刑を実施しており、新律が公布されるまでこれを続けるとの伺があり、これに対して返答は「必廢止」というものであった。<sup>(注2)</sup> 仮刑律の例では、経伺四九のうち、天皇<sup>II</sup>明治維新政府直轄地(府県)が一八例である。なお、例は明治元年八月に始まり明治二年三月二七日に終わっている。

ところで、仮刑律後に、刑律取調べが行なわれ、津田真一郎、長野卓之允水吞保太郎等が取調官に任命されている。すでに、明治二年三月一八日に、刑法官内で刑律取調掛が置かれ、九月二日には天皇から集議院に律書選定についての下問があった。それはつぎのようなものである。<sup>(注3)</sup>

我大八州ノ国体ヲ創立スル 遂古ハ惜テ不諭 神武以降二千年寛恕ノ政 以テ下ヲ率ヒ 忠厚俗 以テ上ヲ奉ス 大寶ニ及テ唐令ニ折衷スト雖モ 其律ヲ施スニ至テハ常ニ定律ヨリ寛ニス其ノ間 政ノ汗隆時ノ治乱ナキニ非サルモ 大率 光被ノ徳 外藩ニ及フ 保元以降 乾綱紐ヲ解キ武士権ヲ専ラニシ 法律以テ政ヲ為シ刀鋸以テ率キ 寛恕忠厚ノ風遂ニ地ヲ払ウ 今ヤ 大政更始 宜ク古ヲ稽ヘ今ヲ明ニシ 寛恕ノ政ニ從テ忠厚ノ俗ニ復シ 萬民所ヲ得テ國威始テ振フヘシ 頃者 刑部新律ヲ選定スル時 仍テ茲旨ヲ體シ 凡八虐・故殺・強盜・放火等ノ外 異常法ヲ犯ニ非サルヨリハ 大抵 寛恕以テ流以下ノ罰ニ處セシメントス 抑刑ハ無刑二期スルニ在リ 宜ク商議シテ以テ上聞セヨ

これによれば、政治を「寛恕」をもってし、「忠厚ノ俗ニ復シ」ということにより、「刑部新律ヲ選定」するもので、「凡八虐・故殺・強盜・放火等ノ外」は、「異常法ヲ犯」そのものでなければ、刑を「寛恕」すべきで

あるという方針となつてゐる。しかし、問題となるのは、八虐・故殺・強盜・放火等については極刑でのぞむということであり、律のイデオロギー・規定を準用ないしは適用すれば、おのずから近代的刑法イデオロギーとは相容れないところとなる。これは、明治三年六月一八日の偽造宝貨(注4)や八月九日の販売鴉片烟律(注5)にみられるように、外国人(特に中国人)からもたらされた犯罪について、特に別の法律を制定して極刑にのぞむ方針を打ち出したことにもあらわれている。いずれも死刑が適用される。こうした流れの中で、「新律提綱」が作成されたが、その内容は明らかではない。「新律」制定については、府藩県で処置することにし、流罪・自盡・斬罪・梟首・磔については刑部省へ経伺することが指示されている。この時期では、新律が完成の目途がたつていなかったのであろう。

新律の編纂が急がれたことは、明治二年一二月の刑部省伺によつても明らかである。(注6)

今般新律編修之儀専ラ寛恕之御旨意ニ原キ成丈死刑ヲ出シ流以下ニ下シ選定可致旨被仰出就テハ即今之罪囚人命強盜放火等立決スヘキノ罪犯ヲ除其他死刑ニ當ル者ハ新律頒布マテ姑ク處断ヲ停メ流徒以下ノ罪ハ是迄ノ如ク假律ニ依テ區處シ職官公罪ヲ犯シ及ヒ失誤スル者ハ本罪ニ二等ヲ減シ裁断仕度此段奉伺候以上(辨官附紙)

可為伺之通事

これによれば、「新律」が公布されるまで、死刑の執行を中断するというのである。「新律」の完成は目前と思われていたし、また、そのような意向も表明されていたのであろう。一八七〇(明治三)年正月二〇日、太政官は「刑法新律追テ被仰出候」と、その公布を予告している。(注7)しかし、この点については、明治三年六月

一四日に「新律提綱」全六冊の草案が提出された、というだけで、これの公布はもとより、草案そのものもみられない。あるいは、この草案は、明治三年一二月の新律綱領そのものだったのかもしれない。<sup>(注8)</sup> なお、前述した明治三年正月二〇日、太政官では、刑部省の建議を入れて「財産没籍ノ法」が停止されたことを各地方官に沙汰した。<sup>(注9)</sup> これは、刑罰が科せられるのは本人にとどまり、その財産等にまでおよばないことを明示したもので、少なくとも徳川幕府法の適用は断たれ、あるいは、古代律も、これを継受しないことになったのである。そのイデオロギーについては明確ではないが、犯罪はその人が犯したものであり、刑罰はその人のみにかかわるものであるという考えが示されている。

新律綱領が公布される直前の一八七〇（明治三）年一月二八日に太政官から、全三〇条からなる府藩県交渉訴訟准判規程が公布される。<sup>(注10)</sup> 訴訟に関する手続き的な概略である。訴訟を提起する者は、原則として士族卒にあつてはその者が属する官の長、平民にあつては里正（戸長）の印判を必要とする（第二条）。知事あるいは参事があらかじめ審理して、正当であると認めるときには管轄庁に送って裁判を受けさせる（第三条）という、複雑な予備的段階を経るのであるが、これは政治・行政が、まず裁判に介入できることを示している。

〔注1〕 仮刑律、仮刑律的例については、石井紫郎・水林彪編『法と秩序』（日本近代思想体系7）、岩波書店、一九九二年、『法規分類大全五四刑法門（一）』、『日本近代刑事法令集（上）』（司法資料、別冊一七号、一九四五年）、三二六頁。

〔注2〕 「日本近代刑事法令集（上）」（司法資料、別冊一七号、一九四五年）、三二六頁。

〔注3〕 『日本近代刑事法令集（上）』（司法資料、別冊一七号、一九四五年）、六頁。

〔注4〕 『法令全書 第三卷』、第四百三十七、二五七頁。

〔注5〕 『法令全書 第三卷』、第五百二十一、三〇一頁。

〔注6〕 『法規分類大全 刑法門（一）』、五頁。

(注7) 『法令全書 第三巻』、第四十三、一六頁

(注8) 『日本近代刑事法令集(上)』は、「新律綱領」が名称を変えて「新律綱領」となったと記載している。

(注9) 『法令全書 第三巻』、第四十三、一六頁

(注10) 『法令全書 第三巻』、第八百七十八、五二八頁

## 5 新律綱領における刑罰思想

「新律綱領」<sup>(注1)</sup>は、明治維新政府が作成した、もともと体系的な法律である。一八七〇(明治三)年一二月二七日に全国に頒布され、体裁は和本で全六巻、八四一四律、一九二条をもって構成されている。新律綱領の制定はすでに予定されており、地方からもその制定が急がれていた。明治維新政府の政治体制が、刑罰規定の上に反映されるからにはほかならない。

新律綱領は名例律上が一三条、名例律下が二七条職制律が一五條、戸婚律が一一条、賊盜律が二二條、人命律上が一〇條、人命律下が一六條、鬪毆律が一四條、罵詈律が五條、訴訟律が八條、受贓律が一〇條、詐偽律が九條、犯姦律が五條、雜犯律が一〇條、捕亡律が六條、断獄律が一一条である。その形式は、法の執行に関係する諸官に対する執務規程というべきものであって、刑罰規定は一般的にいて威嚇主義、応報主義である。しかも明治維新政府の政治体制のイデオロギーを直接に受けているため、律令の制度に復する関係上、唐・明のイデオロギーや規程を継受して作成されることになる。

新律綱領の制定によって、仮刑律はもとより、徳川幕府の法律も廃止される。

次に、新律綱領の問題点を若干あげておく。

まず、名例律については、刑罰の執行方法を五刑とし、笞刑(五例)、杖刑(五例)、徒刑(五例)、流刑

(三例)、死刑(二例)である。死刑は、絞首刑と斬首刑であるが、梟首の制度が残されている。次に、閔刑を設け、士族と庶民との刑罰の執行方法を区別した。すなわち、身分制度を反映して、士族についての刑罰、まず、笞刑に該当するものについては謹慎(五例)とし、杖刑に該当するものは閉門(五例)とし、徒刑に関するものは禁錮(五例)とし、流刑に該当するものは辺境地において守備を行なうこととした。禁錮は閉門に似ているが、一室に鎖をかけて監禁するもので、より厳しい。また、死刑に該当するものは自裁とし、つまり切腹である。封建的武士に対する刑罰規程が適用されているが、自裁については、その俸禄が子孫に給される点で異なっている。このほか、官吏の公罪と私罪があるが、いずれも官吏という特権的身分のために士族のようなかたちをとるが、過失および職務についての犯罪は士族より軽く、官吏のほうが優遇されている。また、官位をもつ僧についても同じような特権が与えられている。これによって明らかのように、藩吏よりも明治維新政府官吏のほうが上位にあることが刑罰においても歴然とした差異となつてあらわれている。軍人については、出征の場合以外は軍の刑罰は適用されない。

名例律下第一項では、徒・流の犯罪者に年七〇歳以上の祖父母・父母がいるか、あるいは病人であつて他に養うべき子孫がない場合に、刑罰を変更して親を養うことができる、と規程している。孝養の思想によるものであるが、むしろ、老人養護の制度や施設がないことが、より大きな問題であつた。このほか、特記すべき重要な問題は、断罪無正條という規程である。これは、刑罰を科すにあたつて、新律綱領に記載されていない行為であつても、他の法律を適用することができるというものである。つまり、犯罪を担当する者や裁判にあたる者のほか、上層部の判断によることが認められており、類推解釈や、政治・政策上の必要性からこれを処置することができるわけである。この時点においては、また、罪刑法定主義は確立されておらず、政治による法律解釈や法の創生もみられる。

以下は、各論として編別されている律についての問題点である。

まず、職制律であるが、ここでは官を中心にして刑罰が定められており、天皇の詔書はもとより、官の文書を破損したり棄却した場合や誤字、さらに言い違い、離職についての規定である。行事等の列を横切る場合も処罰される。この点については、徳川幕府の刑罰よりもゆるやかであるとはいえ、依然として刑罰が科せられる点では変わりはない。

次に、戸婚律である。全一条のうち、三ヶ条は田地関係のものである。これは徳川幕府以来、貢租が国家にとって重要な経済的・生活的内容からくるものであつて、米の收穫を隠したりすることについての刑罰規程である。ときには、村の責任者まで処罰される。このほか、奴婢（官吏・華族・士族の家の使用人）ならびに雇人が逃亡した場合にも笞三〇の刑罰が科せられる。雇人の地位が身分制度によつて束縛されており、主家に対して低い地位に置かれていることからくるものである。

次に、賊盜律である。特徴的な点は、大祀・大社に対する犯罪と、官に対する犯罪である。大祀の御物や大社の神宝を盗む者は死刑のほか、乖輿の服御物を盗む者も死刑である。官物については、死刑の適用がないが流刑が最高刑となる。天皇家にかかわる犯罪は、一種の叛逆罪に相当するものと考えられ、官物に対する盗罪も含めて、天皇制明治維新政府体制に対する犯罪と位置づけられていた。兇徒聚衆という項目の犯罪は、兇徒が集団で村・市を壊し、焼き、さらに財物を盗み、人民を殺すということに対する規定で、死刑となる。これは、一揆や暴動を予想してのものである。これを兇徒の集合という表現を使用したのである。いずれも、明治維新政府に対する叛逆として、多面的に死刑が適用される。

次に、人命律である。ここでは、家族関係についての犯罪が重要である。祖父母・父母・伯叔父・姑・兄・姉・外祖祖母・夫・夫の祖父母等を謀殺する者は全て死刑である。奴婢・雇人についても死刑である。家制



度の反映に他ならない。このほか、妻・妾が姦通する場合、夫がその姦通現場において両者を殺害しても無罪である。これに対して妻妾・姦夫が本夫を殺害する場合には死刑である。なお、夫には姦通の規定がないために犯罪とはならない。これらは、旧徳川幕府法でも同じであった。

次に、鬪毆律である。規定されたのは一四条であるが、そのうちの八ヶ条は家族に関するもので、一ヶ条は学芸・工芸等の師に対する条文である。これらは、人命律のものと同じ思想からでたものであるから、表裏一体の関係にある。したがって、妻が夫を殴って大病にいたらしめた場合には死刑で、その逆については、大病にいたらしめた場合には規定がないが、折傷にいたらない場合は無罪、それ以上であれば妻が行なった場合よりは軽い刑罰となる。しかも妻の申告によるものである。奴婢と雇人とは、奴婢の方が家長に対する刑罰は重く、同じ内容であつても奴婢は死刑で雇人は流刑である。官吏・華族・士族に対する刑罰は庶民より重く、身分による差異が刑罰規程に貫徹していることがわかる。なお、子・孫が祖父母・父母を殴り、妻妾が夫の祖父母・父母を殴つた場合には死刑である。この「殴ツ」という行為がどの程度の内容を示すのか、その規準が明らかではないが、きわめて重い刑罰となっている。家制度下における妻・妾の地位を示すものである。

次に、罵詈雑言である。ここにいう「罵ル」ということの程度が明らかではないが、特に、官吏が直属の勅任長官・奏任長官・判任長官を罵る場合には、職階によつて刑罰が異なる。そのほか重要な点は、家族関係において下の者が上の者を罵つた場合刑罰が科せられる。これは、奴婢が家長を罵つた場合にも適用される。家族制度の維持とすることを刑罰規程の面から補完していることになる。

次に、訴訟律である。ここでも家族関係の維持という点から、子・孫・妻・妾が親・夫を告訴する場合には処罰の対象となる。また、子・孫が祖父母・父母の教令に違反したり、養育にあたらぬ場合には処罰の対象となる。

次に、犯姦律である。ここでは、親族相姦については極刑が科せられている。強姦の場合は死刑である。家秩序の重要性は、明治維新政府のイデオロギーからくるものである。また、雇人の姦・強姦についても極刑である。

次に雑犯律である。まず、政府の建てた制札に対する罪は徒三年である。これは、政府の威信ということを全面的に出した政治的措置である。放火に対する罪を重く死刑であり、未遂犯でも徒三年である。以上である。

全体としては、文章が古代律のような形式をとっているので難解であり、かつ、文意が不明なところもある。また、刑罰規定としては整合性に欠けるところもある。また、極刑をもつてのぞんでいるという点については、明治維新政府のイデオロギーを反映しているというほかに、維新混乱期の社会情勢・政治情勢から明治維新政府の体制を擁護するという立場からでている政策も付加されている。

なお、新律綱領では、さきに仮刑律に存在していた復讐を許容する規定がない。復讐は、一八七〇（明治三）年六月二日に大学に下問され、賛否両論あつたが、禁止が決定された。これを受けて、復讐は削除された。

（注1）『法令全書 第三巻』、五七二頁以下。なお、石井紫郎・水林彪編『法と秩序』（日本近代思想体系7）、岩波書店、一九九二年）、『法規分類大全五四 刑法門（二）』（原書房、一九八〇年復刻版）、『日本近代刑事法令集』（司法資料）、別冊一七号、一九四五年）にも収録。

## 6 改定律例

改定律例は、一八七三（明治六）年六月一三日に太政官第二〇六号布告として公布された。<sup>（注1）</sup>上諭は五月で、ここには「各国ノ定律ヲ酌ミ」と記されており、大宝律令ならびに唐・明・清という中国の法制についてはふ

れていない。全編三卷、一二四一四律、三一八条からなるものであるが、新律綱領を破棄したのではなく、両者の併用である点に特記すべきものがある。編纂の方法としては逐条主義を採用し刑罰も懲役と死刑の二種類とした。

改定律例が一般に頒布されたのち、明治七年七月一日に、司法省は第一七号達をもつて各裁判所・府県に対して、司法省の印がない「律例注釈或諸表」によつて「擬律」<sup>(注2)</sup>しないよう注意を促した。これは、裁判所・府県を拘束するものであり、一般人民にはかわりがないものであろう。

改定律例の概要は、次の通りである。

名例律が一二条で刑罰の内容が記載されている。これは新律綱領の編成と変わらないが、新律綱領にあつた刑の執行に関する図はない。そのほかは、新律綱領の変更が条文中に示される。例えば、第一条では、「凡笞杖徒流ノ刑名ヲ改メ一体ニ。懲役へ換へ例ニ照シテ役ニ服ス」とあるように、刑罰の執行方法を変えたことを記載し、内容についても、「懲役十日 原笞一十」というように新旧を対照している。婚律は二三条、賊盜律は三八条である。

続いて、人命律四八条、鬪毆律二六条、罵詈律五条、訴訟律三条、受賊律四条、詐欺律一四条、犯姦律二三条、捕亡律二〇条、断獄律七条、である。

新律綱領から改定された重要な点は以下のようなものである。

まず、名例律では、刑罰が懲役刑と死刑になった。士族の刑罰も禁錮に変更され、自裁がなくなった。これに対して、華族・士族ともに刑罰によつて除族となり、平民となる。これまでに官吏・華族・士族の家に雇傭されていた者を奴婢と称していたが、すべて雇となつた。また、大祀大社・伊勢神宮・宮中神殿の神御・神宝を盗む者、ならびに乗輿の服・御物を盗む者は死刑(絞)であつたが、無期懲役となつた。

次に、人命律である。ここでは、官吏（勅任官・奏任官）に対する犯罪は重罪として処罰され、依然として最高刑の死刑が規定されている。また、姦夫・姦婦が姦所から逃れて門外で本夫に殺害されたときには、姦所とみなされ、本夫は無罪である。

次に、鬪毆律である。鬪毆によって傷を受けるとは、皮膚の色が青・赤になって腫起することという注記がみられる。妻・妾が夫を殴って廃篤病とさせた場合には死刑であったのを変更して終身懲役とした。これは夫が妻ならびに妻の父母を殴って、篤疾させた場合および殺した場合にも適用されるが、故殺については依然として死刑である。なお、新律綱領では復讐が認められていたが、一八七二（明治五）年に江藤新平司法卿が復讐禁止の意見書を左院に提出して議論され、一八七三（明治六）年二月七日太政官第三十七号布告によって禁止された。<sup>(注3)</sup>これによって、復讐を禁止した父祖被毆条例（二三二条）において、祖父母・父母が殺されたときに、勝手に加害者を殺害する場合には謀殺を適用するという規定を設けたが、しかし、その場で殺害する場合は無罪とした。つまり、復讐が全面的に禁止されたとはいいがたい。この規定は、姦夫・姦婦を夫がその場で殺害するのに対応している。これら、家秩序に対する規定は、依然として維持され、刑罰においては新律綱領よりも軽くなったとはいえ、程度の差であって、一般よりも重い。

次に、訴訟律である。于犯義条例では、子・孫が祖父母・父母を誣告し、妻・妾が夫ならびに夫の祖父母・父母を誣告する場合には、終身懲役となる。これは、新律綱領では死刑（絞）となっていたのを減じたためであるが、依然として重刑であることに変わりはない。

次に詐欺律である。ここでは、官の印を偽造した者は死刑であったのを終身懲役とした。軽くなったとはいえ、依然として官の絶対性という点では変わっていない。官に対する犯罪は重刑でのぞむという思想があるからである。これは徳川幕府時代の領主制の本質を受け継いでいるからにほかならない。宝貨を偽造した者は、

首犯は死刑である。これも徳川幕府の規定と類似するもので、幕藩体制下では、通貨の偽造がただちに経済の混乱となつてあらわれるということもあるが、幕府が直接に通貨を発行しているということから、幕府の権力と権威に対する犯罪として処理されたのである。

次に、改正犯姦律である。表題に改正とあるように、これまで最高刑であつた死刑は廃止され、終身懲役となつた。妻・妾ともに、最高刑については変わりが無い。なお、犯姦条例では、私娼に適用する刑罰がみられ、父母の指示による場合には、本人は罰せられず、父母が罰せられるのであるが、どのような刑罰であるのか明かではない。娼妓・芸妓についての問題は、いわゆる人身売買禁令が、すでに一八七二（明治五）年一〇月一二日の太政官第二九五号布告をもつて発せられている。

次に、捕亡律である。全体として刑は減じているが、反獄逃走についてのみ首犯は死刑（斬）である。また、終身懲役人が逃走した場合も死刑（絞）である。しかし、いずれにしても、全体的に、捕亡律は重刑であるといえる。

以上が改定律例の概要である。

改定律例は新律綱領の刑罰規定を一部修正し、死刑の適用についてはごく少数の犯罪に限定し、全体としては刑罰が軽くなつており、旧法や中国法と比較すれば思い切つた内容になつてゐる。しかし、改定律例は新律綱領を受けて制定されたものであり、刑罰思想は依然として旧徳川幕府法ならびに中国法の影響を受けており、その本質において変わるものではない。

改定律例は、もともと、王政復古イデオロギーの所産である点において、ヨーロッパの、特に先進資本主義国Ⅱ近代国家の刑事思想やその体現である刑罰規定とは相容れない、王朝の法律や、中国の法律を中核として制定されたため、徳川幕藩体制下で行なわれていた刑罰とも相容れないような事情もあつて、旧幕府法が適用

されることもあった。幕末から明治初年にかけての国際情勢が日本を国際社会へ引き出したことよって、外交的にも貿易という点においても、さらに政治という権力機構との対応や対決については、法律の等質化への要求が生じたため、法体制の整備や、国際性という点においての整合性が求められた。例えば、人身売買禁止令のごときも、一八七二（明治五）年七月に清国でペルー人が買い入れた奴隷二三〇人が横浜に寄港したの端を發し、明治維新政府が奴隷を解放したために、ペルー政府から日本では人身売買が行なわれているのにかかわらず、他国人に対してこれを禁止することは、法によらないものであり、理由が成り立たないと抗議されたことによる、と伝えられている（マリールーズ号事件）。事の当否がともかく、少なくとも、こうした国際間の紛争や交渉・圧力などのためにも、法改正や法の体系的な制定をみなくてはならなかったのである。改定律例制定にあたっては、こうした点に若干の考慮が払われているが、ごくわずかにとどまった。

改定律例の公布後、太政官では各地方違式註違条例（明治六年七月一九日、第二五六号布告）や改定律例の補足である窃盜条例（明治六年七月二三日、太政官第二六六号布告）、強盜条例（明治六年七月二四日、太政官第二六九号布達）、犯姦条例（明治六年七月二八日、太政官第二七三号布告）、居喪犯姦律改正（明治六年七月三〇日、太政官第二七四号布告）、官吏犯公罪条例（明治六年八月九日、太政官第二九三号布告）、改定律例第二七五条の改正（失火条例、明治六年第二九九号布告）、監守自盜条例並犯姦条例（明治六年一〇月一七日、太政官第三四九号布告）などが公布された。<sup>（注4）</sup> 犯姦条例では、強姦死の規定が改定律例では欠落していたため、これを死刑（斬）とする規定が設けられたが、これは新律綱領の内容と同じである。

改定律例がどの程度日本全体に浸透し、庶民の知るところとなったか、ということを問題とすることは無意味である。それよりも、改定律例が、担当省庁の官吏ならびに地方庁の担当官において、どの程度まで知られ適用されたか、ことに法令の補足や改変も含めて、実際に刑罰を適用するとなると、改定律例の徹底化はのぞ

めないというのが現実である。しかも、この時期は、まだ政治体制が不安定であり、大一揆・大騒動が頻発している。したがって、地方庁では、法律そのものの確実な適用ができない事態も生じていた。まして、法律の前提である解釈ということになると、確定的な解釈も定着していない。法の解釈と適用については、地方官の裁量がかなり大きなウエイトを占めていた。また、治安対策については、県の裁量が大きかった。他方、人民は刑罰の適用を受けてはじめて、法律の存在を知るという状態だったのである。

(注1) 『法令全書 第六卷ノ一』、二二四頁

(注2) 『法令全書 第七卷ノ二』、一三四八頁

(注3) 『法令全書 第六卷ノ二』、三五頁～三六頁。なお、刑部省、大学の意見については『法規分類大全 刑法門(一)』参照。

(注4) 明治五年から一四年までの単行法令については、石井紫郎・水林彪編『法と秩序』(日本近代思想体系七、岩波書店、一九九二年)を参照されたい。

## 二 近代刑法の成立

### 1 刑法改正草案から旧刑法の制定

明治維新政府体制から明治政府体制への移行は、まさに、改定律例から旧刑法への移行である。明治政府体制、すなわち、天皇制明治国家を支える多くの法令のなかで、刑法関係が先んじて体系化されるということは、刑罰規定によって、なによりも国家体制が維持されるという側面をもつからにはかならない。中央政治体制・地方政治体制を補強する意味において刑事罰の存在は欠かせない。それはたんに、政治体制に対する反対や反

抗を取り締まるといふことにとどまらず、社会關係に対する秩序維持も政治体制に重要なかわりをもつ。

一八七三（明治六）年四月に、江藤新平が司法卿を辞した後、一〇月に大木喬任が着任する。江藤は、外国法の継受に関して、フランス法の進歩的性格を強調し、日本への導入を主張した。もともと国家社会の構成も異なり、法思想・法意識も異なるフランスで、ある程度まで発達したフランス法をそのまま直輸入することじたい、本来の意味での進歩性があつたかは別に論じる必要があろう。

政治体制のイデオロギー（王政復古・律令制）や政治機構がいわゆるヨーロッパ的政治機構と質的に異なつたものであつても、それじたいではヨーロッパ諸国との対立の原因にまでいたらない。ヨーロッパ諸国が要求するのは、ヨーロッパ諸国の資本主義的發展にとつて都合のいい受け入れ条件にほかならない。これを近代化といい、その法律を近代法というにしても、それぞれの国におけるブルジョア的發展の度合いや国家体制の相異にも対応することができるだけだけの等質化である。とくに、その目的の最大のものは貿易を中心としたものであり、それは外交關係を中軸とし、これに付随する人的保護となつてあらわれる。

一八七五（明治八）年一月七日、司法省は布達をもつて藩法・慣習法あるいは刑罰規定について各府県が調査して報告することを命じた。旧幕府の法律の再検討と藩法ならびに慣習法の見直しである。そうして、他方で、すでに着任していたパリ大学のボアソナードを法律顧問として、刑法の取り調べを行なわせている。外国人の手による体系的な法律の起草である。大木司法卿は、刑法草案を上奏するにあたって、政治・外交の進展にともなつて刑法の改正をすみやかに行なうべきことを主張し、各国の法律を研究して古いものは新しいものに改めて、新しいものを作成すること明言している。そうして、新法典はフランス法を基本として中国法を検討し、とるべきものはとり、捨てるものは捨てるという編纂の大綱も明らかにしている。大木司法卿は、刑法典の編纂と同時に、治罪法・民法・商法・訴訟法等を編纂することの必要性を太政官に上申した。



その結果、一八七六（明治九）年一月二八日に大木司法卿は、まず、五〇余条からなる刑法改正草案を元老院に提出、さらに司法省内部に刑法編纂掛を置いて、この草案を検討し、一八七七（明治一〇）年一月二八日に四編四七八条の日本刑法草案を太政官に提出した。なお、その際に各国の刑法類纂七冊を提出している。刑法草案を審査したのは審査局であるが、修正案では四三〇条となり、元老院の審議を経て、さらに太政官法制部で審査し、一八八〇（明治一三）年七月一七日に太政官第三六号布告をもって公布され、一八八二（明治一五）年一月一日に施行された。

では、刑法全体の特徴をみた上で、問題点を指摘する。

フランス刑法典の導入は、ある程度においてはフランス法思想の導入でもある。それは、第二条で「法律ニ正條ナキモノハ何等ノ所為ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ス」と、一八一〇年フランス刑法第四条で規定している、罪刑法定主義を取り入れた。さらに仮刑律以来の不応為の制度を廃止し、「法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホス事ヲ得ス」（第三条）と規定した。これらは、法令の制定・公布が三権分立を建前とし、議會制民主主義が確立されている国家において完全な意義をもつものであるから、罪刑法定主義のタイトルを掲出しただけでは、それがただちに近代的刑法典を意味するものではない。しかし、にもかかわらず、幕藩体制下のように法典の存在ならびにその適用、あるいは解釈が知らされていない状態に比べると、法典が近代的な前提条件を標榜しただけでも、法律の一般化がはじまったことを示す。

次に、応報主義の採用である。これは、刑法理論発展の一応の段階であり、かつ、刑罰の適用については、復讐から、近代社会成立の構造的基盤である資本主義に対応する内容への移行を意味する。犯罪に対する刑罰は国家がこれを執行する。ある種の犯罪については、犯罪の結果によって失われたもの（価値）は旧に復することができない場合が多い。国家が、犯罪に対して、合理的価値判断によって一定の刑罰応報を規定すること

は、国家社会の人権の平均化を前提とすることによって可能となる。

刑法典は、当時、フランス刑法が達成した刑罰思想を受けて成立したとはいえ、新律綱領を典型とする刑罰思想と規定を一掃したとはいえない。明治政府としては、フランス法学者に刑法典を作成させた、ということとは、対外的関係を意識したものであった。ポアソナードが現行法をどの程度把握していたか、旧幕府法や藩法、慣習法をどの程度認識していたか、さらに明治維新新政治体制についての程度の知識をもっていたか、ということも法典の編成にかかわってくる。フランス法をそのまま日本法として公布するならば、ポアソナードの手を必要としないからである。

次に、法典を概観して、主要点を記す。

まず、第一編総則である。刑罰は、重罪・軽罪・違警罪の三種類で、このうち、重罪は前刑法から受け継いだ無期・有期の二つの流刑があるが、無期刑では四、五年、有期刑では三年を経て行政処分によって島地に居住を移す。これは幕藩体制下においても行なわれていたものである。死刑は絞首の一種類となり、獄内で執行される。また時効の制度が導入され、その期限が規定された（第五九条）。第一〇章では、親族例が一〇項目例示された。

第二編第一章では、特に皇室に対する罪を設け、とりわけ天皇三后皇子に対して危害を加えようとした者は死刑である（第一一六条）。この「加ヘントシタル」の内容については明示されていないので、適用範囲はどのようにでも解釈されうる。第一一八条は、皇族に対して危害を与えた者は死刑と規定している。天皇三后皇太子・皇稜・皇族に対する不敬罪も重罪とされた（一一七条）。天皇に対する罪については新律綱領は規定していない。一説によると、新律綱領作成時、草案に謀反・大逆の規定があることについて副島種臣参議が、わが国のように「国体・万国に卓越して」天皇家が続き、これを侵す者がないのだから、謀反・大逆罪の規定は

不要であると命じたといわれている。しかし、歴史上、天皇家をめぐる抗争も、その地位の侵奪の謀もあるほか、御陵の盗掘も多々みられる。刑法典では、大宝・養老律や徳川幕府法などによって皇室に対する罪が規定されている。

次に、第二編第二章では国事に対する罪を規定する。第一節は、内乱に関する罪である。政府の転覆・邦土の僭窃・朝憲の紊乱を目的とした内乱が起こった場合、首魁と教唆者は死刑である。教唆をどのように規定するかで、適用の範囲が拡大され、死刑該当者も多くなる。内乱に際して群衆の指揮にあたった者や枢要の職務にあった者は流刑である。次に、政府を変乱する目的で人を謀殺した者は、内乱を起こさなくても死刑である（二二三条）。ここでは、明治国家体制、具体的には政府の存立にかかわる直接的な行動に対しては極刑をもつてのぞむことが明確に規定されており、政府体制の維持に対してはいかなる手段をもつても、これを阻止するということである。この時点では、天皇と政府体制とは未分離の状態であったことを示すものである。第二節の外患についての規定は、国防国家が前提であり、戦時体制を示すものである。したがって、日本人でありながら外国に加担して日本に対して敵対する者は、平時・戦時を問わず死刑である（二二九条）。これは、戦時においては、敵兵を本国管内に誘導したり、日本または同盟国の都府ならびに軍事施設を敵国に知らせたりした場合には死刑（一三〇条）という規定とともに極刑である。一二九条にある「外国ニ与シテ本国ニ抗敵シ」という規定が拡大解釈されれば、日本が行なう行為を無謀・有害として批判する行為にまで適用されることになる。政府が絶対的至上命令によって行なう行為に対して、民衆の立場から批判し、外国の正当な非難や批判に同調した場合にも適用される。

第三章静謐を害する罪で重要な点は、兇徒聚衆の罪である。兇徒聚衆とは、百姓一揆や都市暴動を対象としたものであろう。いずれも旧幕府・藩が経験したことであり、明治維新政府も経験している。特に、明治維新

正政府が直面した暴動は、都市・農村を問わず展開した。こうしたことから、これを取り締まる強力な法規が必要とされた。いずれにしても政府体制の保全策にはかならない。

官吏侮辱の罪（第一四一条）は、官吏に対して言葉で侮辱したり、文書・図書・演説等で侮辱した場合に刑罰が科せられる。いわば、官吏に対する批判を許さないのである。いかに官吏が特別な存在であつて、その組織を守ることに腐心していたかがわかる。第六節の往来通信を妨害する罪は、資本主義経済の発展の特徴を示す規定である。最高刑は死刑である（第一六九条）。

この他の規定で注目されるのは、第八章商業及び農工の業を妨害する罪である。ここでは日用不可欠な物の売買等について、「虚偽ノ風説ヲ流布」した者にも適用される。

第三編身体財産に対する罪では、第一章第一節で、謀殺故殺の罪が、第二九二条から二九八条まで規定されているが、いずれも死刑であり、量刑について裁判官による裁量の余地はない。第三節、殺傷に関する寛恕及び不諭罪については、正当防衛が広範に認められている。自分の身体に暴行を受けた者が「直チニ怒ヲ発シ」て加害者を殺傷しても罪は寛恕される（第三〇九条）。また、夫が妻の姦通を知つて、その現場で姦夫と姦婦を殺傷しても寛恕される（三一一条）。身体生命を正当に防衛するためにやむを得ず、暴行人を殺傷した場合、それが自己のためであるのか、他人のためであるのかを問わず、罪とならない（第三一四条）。さらに、財産に対して、放火・暴行を防止するために人を殺傷した場合、盗品を取り返すために人を殺傷した場合、夜間に理由なく人の住居に侵入するか門戸を超えて損壊する者を防止するために殺傷した場合、いずれも罪にならない（三一五条）。

第三編第二章、財産に対する罪では、第七節放火失火の罪で、放火して人の住居を焼いた物は死刑（第四百二条）のほか、人が乗っている船舶、汽車を焼いた者は死刑（第四百五条）という規定が注目される。

第四編、違警罪は、これまで単行法令で規定されていたものを刑法の中に編入したものである。三日以下の拘留または一円以上九十五銭以下の科料に処せられるというものが最も重い。例えば売春を行ったり、これを斡旋したした者、許可なく住所不定で放浪している者、官の許可なく死体を埋めた者などがこれにあたる。大福二つか三つで一銭の時代である。

以上である。

旧刑法の刑罰規定は、犯罪を予防するために威嚇をもつてのぞむということにとどまらず、社会秩序の維持が同時に国家の安定につながるという観点から定められている。社会のすみずみに詳細な刑罰が及ぶということとは、警察権がいつでも、いかなる些細な問題にも介入できるということを意味している。そして国家というより政府体制への批判や反対を、暴動はもとより凶書の配布・演説にいたるまで規制することができるとなっている。

## 2 治罪法の制定

刑法と同日に、治罪法が公布されている。治罪法は全六編、二二章、四八〇条からなる。体系化された刑事訴訟法としては、最初のものである。

まず、編成をみていく。

第一編は総則である。

第二編は刑事裁判所の構成及び権限に関する規定であり、第一章では、裁判所に民事と刑事の裁判権が属することを規定している。そして裁判所には一名又は数名の検察官が置かれ（第三三条）、検事の職務権限が明確にされている（第三四条）。

第二章、違警罪裁判所は、違警罪について裁判する。第三章、軽罪裁判所は、管轄内の軽罪の裁判ならびに重罪、軽罪の予審を行なう（第五四条）。なお、この章のなかで、検事の補佐として行政官である区長・郡長が司法警察官として犯罪の捜査にあたりと規定されており、また警部が在勤していない地方の戸長も同じ職務にあたりとされている点が重要である。これは、幕藩体制下で、村の名主・庄屋に一定の範囲で警察的職務や裁判官的職務にあたらせた地方体制をこの面において強化させたこともあり、この時点では、地方の治安が不安定であったため、このような規定を設けて、地方体制の強化をはかったのである。

第四章、控訴審では、ここに刑事局を置いて、軽罪裁判所から控訴された事件の裁判にあたる。第五章、重罪裁判所は、管轄地内で生じた重罪事件の裁判を行なう。重罪裁判は、控訴裁判所又は始審裁判所において開かれる（第七二条）。

第六章大審院は、刑事局を置く。裁判は上告・再審の訴が主たるものである。刑事局の裁判は判事五名以上をもって構成される（第七八条）。

第七章、高等法院は、刑法第二編、公益に関する重罪、軽罪のうち、第一章皇室に関する罪と、第二章国事に関する罪（内乱及び外患に関する罪）で、重罪について裁判するほか、皇族が犯した重罪及び禁錮の刑について、ならびに勅任官の犯した重罪について裁判する（第八三条）。高等法院は司法卿の奏請により上裁によって開かれるが、一審制であつて上訴は認められない。高等法院は他の裁判所から独立したきわめて政治的な裁判所である。皇族による犯罪と政府高官による犯罪とを国民一般の犯罪と区別して、特別の裁判所を設けるといふことは、これらの者が特別の地位にあるためであり、一般の犯罪者と同じ席につけ、一般大衆に犯罪の経過や内容を知らせないためである。また、国事に関する罪も高等法院で裁判するというのは、これもまた一般大衆に事件の内容を知られたくないためである。

次に注目すべき点は、第三編第三章、予審の第二節、密室監禁についての規定である。予審判事は予審中、「事実発見」のために必要と思われるときには被告人を密室に監禁して、文字通り外部と遮蔽し、一〇日単位の更改で尋問することができる。密室であるから、ここでなにが行なわれているかわからない。これもまた、威嚇の一つである。

刑法と治罪法が同時に公布されたことによって、形式的には法制度が旧幕府・藩の制度から脱皮し、諸外国に対して近代的国家の実現を印象づけるという目標に一歩近づいたといえる。しかし、他方で、明治国家もつ半封建的特質を示す法令も、同時期に公布されている。明治一三年の五月一三日に、司法省布達甲第一号によって、代言人規則が改正され、訴訟代理に関する制度が整備される。代言人は、職制上、検事のもとに置かれた。代言人は、逸材を多く輩出しているが、官尊民卑であって、しかも犯罪者と目されている者を弁護するということで、ときには法律に対する挑戦であり、また、治安当局に対する批判とも認識された。法の解釈をめぐる議論でも、法の不備や起訴理由の薄弱などについての追及は、許されないものとして官僚たちには意識されたであろう。代言人が弁護士となるのは、明治二七年をまたなければならぬが、それでも、弁護士の独立については第二次大戦後になるのである。

### 3 治安法制

刑法・治罪法が公布されたのと同じ年に、これらの法律に先立って一八八〇（明治一三）年四月五日に、太政官第一二号布告として、集会条例が公布された。主たる目的は、集会及び結社の自由を制限することであり、これを取り締まるためである。政治体制に対する批判を制限ないしは制圧することによって、政治体制の安定をはかったものであるが、この条例は、一九四五年まで、その趣旨が強化され続けた。

まず、第一条で、政治について公衆に対して講談論議（講演・討論）するためには、その事項と氏名・住所、会場の場所・開催日を詳細に記述して警察署に届け、認可を受けなければならない。つまり、会合の許認可権は警察がもつ。この目的をもつ会は、結社として届け出る（第二条）。会場には、警察官をもつて監視させ（第五条）、届出以外の項目にふれるとき、または「人ヲ罪戻ニ教唆誘導スル意ヲ含ミ」、または「公衆ノ安寧ニ妨害アリト認ムルトキ」は、集会をコントロールすることができ、集会を解散させることもできる（第六条）。また、集会に参加したり、結社に加入できる者を制限し、例えば、軍人・警察官はもとより、学校の教員・生徒にいたるまで禁止されている（第七条）。そうして、政治についての講演・討論などを広告したり、文書を配布したり、他の結社と連絡することも禁止し（第八条）、屋外での政治に関する集会も禁止した（第九条）。さらに、学術上の会合でも、警察官が必要と認めるときは、監視することができ、警察官の指揮下に置かれるほか、政治を議論するときは処罰される。

これらは、いずれも自由民権運動に関連した規定といわれている。もつとも、それだけではなく、（イ）政治体制から閉め出された討幕派旧諸藩士からの攻撃、（ロ）旧幕派からの攻撃、（ハ）開明的進歩派からの攻撃、などが政府批判を行なうという社会情勢を反映している。

#### 4 監獄則の公布

監獄則（明治一四年九月改正）は、これまでみてきた刑事関係の法律公布に対応するものである。判決を受けた者がその内容によって刑に服するために監獄に収監されるが、獄については旧幕府・藩の伝統的な運用や懲戒法があり、監獄則は、実務において、全て新しい近代的方法に変えたわけではない。当時の法律学者も、刑罰に対して恐怖をもつてあたり、監獄も威嚇の効果を主張しており、理論的に伝統が維持されてもよいこと



になる。監獄の存在は、人々を威嚇し、威圧し、犯罪に対する刑罰の実行を非人道的に行なえば、それだけ効果があがるという思想に基づくものであれば、規則のいかんにかかわらずなく、監獄の内部の実態について身をもって体験させればいいことになる。監獄はみせしめのものであった。第三章、懲罰では、減食と闇室とがあるが、いずれも食事は三分の二を減じられるほか、寝具は与えられない。このほか、鉄丸、鉄鎖をつけられる懲罰もある。通信も規制をうける。

## 5 その他の法律について

一八八一（明治一四）年には、このほか、陸軍刑法・海軍刑法が制定され、軍部の刑罰権は一般の刑法から独立した。軍そのものが独立の存在となったことを示している。

一八八二（明治一五）年八月五日に、戒厳令が布告された（太政官第三六号布告）。勅旨をうけて、内務・陸軍・海軍・司法卿が連署するという形式をとっている。戒厳令は、第一条で明白に示されているように、軍隊をもってあたる。戒厳令の宣告は、原則として上奏によって決定されるが、緊急の場合には、第六条に規定された部署の宣告が可能である。全ての地方行政官、地方司法官は戒厳令下では戒厳司令官の指揮下にはいる（第一〇条）。同時に、裁判は、軍のなかで行なわれ、軍事にかかわる民事事件はもとより、刑法第二編第一章・第二章・第三章・第四章・第九章、ならびに第三編第一章・第一節・第二節・第六節・第七節・八節・九節・一〇節に該当する犯罪も軍内部で裁判が行なわれる。このほか、戒厳司令官の権限として、集会ならびに新聞・雑誌の開封、人民の動産・不動産の破壊・焼却、立入検査、人民の退去が命令できる。

司法機関を軍部に従属させるという、強力な権限を与えることにより、軍隊は戦争と国内治安との二つの面をもつことになる。この法律は、その後、軍部が警察との抗争を経て強大な治安の権限を行使する原因をつ

くつたのである。

その後、軍部の独自性を示す、陸軍治罪法（明治一六年）が制定され、さらに集会条例が改正されて（同年六月三日）、治安体制は、より強化されていく。一二月には徴兵令も改正される。一八八四（明治一七）年には爆発物取締罰則も制定され、一八八七（明治二〇）年の保安条例へと、様々なたちで治安法制が作成されていった。

このようにして制定された治安関係法は、議会制民主主義体制もなく、かつ、討幕諸藩のうちでも薩摩・長州に属する藩出身者の、いわゆる藩閥をもって構成する政治体制によって行なわれていたことに特徴がある。したがって、日本政府というのは、これら一部政治家や官僚によって構成されるのであって、反政府活動がそのまま反国家運動ではなかった。これを反国家運動として法律を制定したところに法律と政治の相互関係をみることができるといえる。

### むすびにかえて

明治維新政府体制は、とりもなおさず天皇制国家体制である。明治維新において、政府体制が崩壊することは天皇制そのものの危機につながる。天皇制と政府とが未分離のかたちで政治支配を行なわなければならなかったことは、政府に対する攻撃は、天皇に対する攻撃ともなったことを意味する。政府内部では、京都宮廷派貴族が組織の頂点に立っていたから、天皇と貴族は一体となっており、これらと政府の中軸を形成する討幕派の藩閥が対立し、抗争しない限り、政府体制はそのまま天皇制支配体制となつてあらわれざるをえない。

明治維新政府体制に直接・間接のかかわりをもつ刑罰関係の法令が、きわめて重い刑罰でのぞみ、適用範囲

も、通常の近代国家ではみられないものであること、あるいは、法律がまさしく明治維新体制の質的内容Ⅱイデオロギーを前面にあらわしていること、を見る限り、明治維新政府体制は決して安定していたわけではない。刑罰の内容の多様さ、ならびに政治体制維持のための刑罰規定、しかも極刑をもつてのぞむという点についてみると、政治イデオロギーからでた刑罰の規定という面と、政府体制維持を、刑罰を強化して行なうという二面によって、しかも、相互補填の意味があつて、はじめて可能であつた。刑法典・治罪法はともかくとして、政府体制維持の目的から発せられた諸法について、ボアソナードがどこまで関与していたかは明らかではないが、フランス共和政体の維持と、明治維新政府体制Ⅱ明治国家政府体制の維持とでは、本質的に異なつていたことは明白である。

明治維新国家、すなわち政治体制は太政官制をもつてはじまり、一八八五（明治一八）年にこれが廃止されたことをもつて完全に終わる。この間、王政復古による中央集権的統一国家を指向した政府体制は、国内における内乱・暴動・反抗・暗殺などを制圧しながら、外国の資本主義体制に即応する国家体制へと転換を迫られやがて、天皇制中央集権国家を確立するにいたる。それは、政治体制じたいのヨーロッパ的政治体制への近接であるが、他方において、天皇制国家としての形成と本質への転換でもあつた。ヨーロッパ資本主義経済の積極的導入は、資本主義社会の質の面ではなく、産業技術の面において行われた。それを受け入れるだけの産業技術の水準にあつたのである。幕藩体制下の武士による軍備をすて、武士団を解体して、新しく近代的軍備のもとに軍隊を組織したのもその一つである。しかし、軍隊のイデオロギーは武士道にほかならず、幕藩体制を一掃したわけではない。ここに編制された軍隊は、武士による特権的な階級のあらわれで、戦闘ならびに治安にあたる軍団ではなく、人民一般を徴兵というかたちで強制的に編入したもので、軍隊の下部組織は、もはや階級的に区別されるなにもをもたない。軍隊は、天皇の軍隊として新しい編成のもとに登場した。諸外国

の資本主義経済と官僚事務機構の近代化の結果としてあらわれる軍隊組織に対抗するために、まがりなりにも天皇の軍隊は幕藩体制下の封建的組織から脱皮したのである。それは、装備に対応する組織の面においてであつて、イデオロギーの再編は、天皇制的支配秩序による封建的武士道の転化形態であつた。

しかし、いずれにしても軍隊を編成する際に、武士ではなく、庶民が起用されたことは注目に値する。これに対応するものとして、警察組織があるが、ここでも、庶民が起用される。行政の組織のなかにも、庶民が起用される。このようにして、幕藩体制下における武士編制は解体し、武家法制も消滅したのである。

その前提としてあげられるのが、すでに、一部の藩ならびに幕府でも行われた人材登用である。この政策は、一般の庶民でもだれでもよいということではなかったが、少なくとも武士階級の体系の一部変更であるということにおいて、武家法制の変化とみることができ、政治体制の変容による封建的武家体制の危機を反映した政策であつた。これを武士階級が納得し、同じ資格において同等の存在として受け入れたかどうかは別問題である。この政策は、明治維新政府によって全面的にとりいれられる。それが理由づけにおいて古代国家のつた政策であつたとしても、現実の国際情勢からくる政治的危機の結果であることは明白である。軍団の編成や装備をとつても、もはや、武士団や武士イデオロギーでは諸外国に対抗することはできない。あらゆる面で、改革は現実的な必要性から行われたものである。こうした、現実認識の差は、支配階級としての武士と幕府・藩と明治維新政府とを政治のうえで明確に分けた。

明治維新政府の改革は、政策上、二つの異なつた方向性が同時に進行して行なわれた。一つは、王政復古による古代天皇制の確立による古代法制の復活であり、二つは、諸外国との関係で近代的法制度（資本主義国家体制への対応）を導入することである。この相反する法制度は、国家・社会構造の差異からくるものであつて、歴史的発展段階の相違によるものである。これに対して、現実の社会は、幕藩体制下である程度まで幕府・藩

の法権的制度を受けて、これを遵守し、生活のなかに定着させている面もあり、さらに、村々では独自の社会生活規範をもって社会生活を営んでいることもあって、新しい政治体制による新しい政策や法律が、そのまま社会の規範として浸透したわけではない。ただ、産業・商業の発展や、社会生活を拘束する封建的諸制度に対して反対・反抗するという事態も生じており、そういう場面で幕藩体制下の法制度が意識されるということもあったであろう。そのほかについては、特に問題となったり、法制度を意識したり体験したりして社会生活を送ることはなかった。もっとも身近な規範は村規範であったからである。

明治維新政府体制は、その中央集権的政治機構を形成したが、それは、政治機構としては、一種の封建反動とみなければならぬ。中央官制では、まさに王政復古であり、律令への復帰である。それが、単なる封建反動、あるいは古代政治体制へと完全に結実することができなかったのは、第一に、幕藩体制下での小商品生産の高度な発展と、これを支える村落共同体結合、これを基盤とした労働力の存在があった。つまり、生産力の社会構成が単純に古代社会への復帰を認める状態ではなかったのである。その一つのあらわれとして、土地所有がある。第二に、国際情勢は、日本資本主義経済の発展に対応することができざる経済組織と、法律ならびに国家体制を要求しており、この点からも、王政復古の政治体制とは世界史的なレベルで本質的に異なっていた。

(参考文献)

- 松尾浩也解題『日本立法資料全集別巻二「増補刑法沿革総覧」』(信山社、一九九〇年)  
 西原春夫・吉井蒼生夫・藤田正・新倉修編著『日本立法資料全集二九「刑法」明治一三年』(一)(信山社、一九九四年)  
 菊山正明『明治国家の形成と司法制度』(御茶ノ水書房、一九九三年)  
 川口由彦『日本近代法制史』(新世社、一九九八年)