

刑法定史にあらわれた明治維新の性格

——日本の近代化におよぼした外国法の影響・裏面からの考察——

西原春夫

はしがき

- 一 旧刑法にいたる刑法定史と明治維新の性格
- 二 旧刑法による日本の近代化と外国法の影響
- 三 現行刑法と外国法の影響
- 四 明治期の治安立法と明治政府の思想
あとがき

は し が き

日本の近代化におよぼした外国法の影響を、刑法の分野から考察しようとする場合、さしあたり、そのような外国法の影響が『いつ』『どのような形で』『なぜ』あったかという三つの観点を設定することが必要であろう。ところで、このうち、外国法の影響が『いつ』『どのような形で』あったかという観点については、従来明治一三年の旧刑法

刑法定史にあらわれた明治維新の性格

にたいしてはフランス刑法が、明治四〇年の現行刑法にたいしてはドイツ刑法が影響をおよぼした、という公式的な説明が行なわれている。そこで、このような従来の説明の正確さを検証するということが、本稿の課題のひとつとなることは当然であろう。しかし、本稿の主たる課題は、むしろ第三の観点、つまり外国法の影響が『なぜ』あったかということの探究におきたいと思う。それは、次のような理由からである。

そもそも、明治以前のわが国には、西洋法という意味での外国法の影響はほとんどなかった。ところが、維新後になつてはじめて、しかも突如として西洋法の大規模な移入がなされたのであった。このことは、明治維新そのものの中に、西洋法と同程度の法制度を持たねばならぬとする欲求が秘められていたことを物語るといって差支えないであろう。外国法の影響の理由を、基本的にこのように考えることについては、何ら異論をさしはさむ余地はない。問題は、このような欲求が生じた理由である。この点について有力な手がかりをなすのは、明治一三年の旧刑法の性格であろう。旧刑法は、大革命後のフランス刑法を模して制定されたというその成立過程をみてもわかるとおり、かなり市民社会の法たるにふさわしい近代的な性格を持っていた。そこで、このことから、明治維新そのものが、このような近代的な市民社会の招来を内容とする政治的変革だったとみる見方が可能になってくる。この見方によれば、外国法の移入は、まさに明治維新の本質的な欲求にもとづいて行なわれたと解されることとなるであろう。ところが、このような見方にたいしては、これと矛盾するいくつかの事実がつきつけられる。その第一は、旧刑法の制定にいたるまで効力を有していた刑法が旧態依然たる封建的なもので、しかもそれが十有余年の長きにわたって存続したという事実がこれであり、その第二は、市民社会の原理に合致する近代的な刑法典が効力を有するかたわら、他方におい

てそのような市民社会の原理と相反する非近代的な法律が、特別法の形でどんどん作られていったという事実である。そこで、反対に、このような非近代的な法律こそが明治維新の本質にふさわしいとみる見方も可能になってくる。しかし、その見方をする場合には、明治時代に近代的な刑法典が制定されたこと、つまり外国法が移入されたことにたいして、何らか別個な理由づけが行なわれなければならないこととなるわけである。

このようにみえてくると、明治政府が『なぜ』外国法を移入しようとしたかの理由をたずねようとすれば、どうしても、明治維新がなぜ起こったかという、明治維新の原因やその基本的な性格まで遡らなければならないことがわかる。逆に、従来から明治維新の性格に関してははげしい論争が交されてきたが、その論争についていずれの立場を支持する場合にも、明治時代における外国法移入の過程をその立場から説明しえなければならないことがわかる。本稿が、『なぜ』外国法の影響があったかという第三の観点に重点をおこうとしている理由は、まさに、筆者が、以上述べた点を解明したいと思っっているからにほかならない。

さて、明治維新の性格については、昭和初頭の有名な日本資本主義論争以来、興味ある議論が展開されて今日におよんでいる。⁽¹¹⁾ 論争の焦点は、かつて講座派と労農派とが唯物史観の立場から争ったように、明治維新を絶対主義的変革とみるかブルジョア革命とみるかであって、その背後には、明治以後の土地所有の形態を半封建的のものとみるか近代的なものとするかという、経済史的な評価の相違が横たわっている。そして、その論争は、ひいて、明治維新の原因を何に求めるかの点におよび、幕末における土地所有の形態ではなく工業上の生産様式の中に近代的なものへの進化を認め、これを明治維新の原動力とみるか、それとも、工業上の生産様式ではなく土地所有の形態の中に近代的

なものへの萌芽を認め、それを幕藩体制崩壊の原因とみるかの議論につながっていくのである。^(四)

筆者は、明治維新の性格は、必ずしも以上のような経済史的観点だけから決定するものとは思わないが、経済史的要因がその主たる部分をなすことは、これを認めざるをえない。そして、筆者は、以上のような論争をかえりみつつ、結論として明治維新を絶対主義的変革とみる立場に立つ。すなわち、『尊皇』『倒幕』という旗じるしにあらわされているように、封建主義的な幕藩体制をたおして天皇制中心の絶対主義的な民族国家を樹立しようとしたところに、明治維新の本質をみようとするものである。そのような結論にいたった理由をここに展開することは、しかし、本稿の目的とするところではない。本稿は、明治維新の性格に関するこのような基本的立場から出発しつつ、明治時代における外国法の影響の理由を説明しようとするものである。

(一) もちろん、このような課題を追及する場合、『近代化』ということ、および『外国法の影響』ということについて立場決定をする必要があることはいうまでもない。しかし、それらについては、共同研究の総論の部で縦横に論じられたので、ここでは省略しておきたい。雑誌『比較法学』一卷一号二号登載の諸論文、とくに須々木圭一、わが国の近代化と外国刑事法の影響——その序説としての試論（昭和四〇年）比較法学一卷二号二七頁以下参照。

(二) 明治維新を単に政治上の変革とのみ見る立場を一步すすめて、資本主義の発達とからむ経済上の変革とも見ようとする立場が、とくに昭和の初期に主張された。そして、このような立場をとる学者はさらに二派に分かれて論争を重ねたのであったが、この論争を俗に『日本資本主義論争』と呼ぶ。いわゆる『講座派』に属する学者としては、服部之總、明治維新史（昭和三年）、平野義太郎、日本資本主義社会の機構（昭和九年）、山田盛太郎、日本資本主義分析——日本資本主義における再生産過程把握（昭和九年）、羽仁五郎、明治維新史研究（昭和三十一年）などをあげることができ、また、いわゆる『労

農派』に属する学者としては、土屋喬雄、日本資本主義史論集（昭和一二年）、向坂逸郎、日本資本主義の諸問題（昭和二年）などをあげることができる。

(三) 最近の著作としては、羽仁、前掲、井上清、日本現代史 明治維新（昭和三八年）、堀江英一、明治維新の社会構造（昭和三九年）、遠山茂樹、明治維新（昭和四一年）、歴史学研究会編、明治維新史研究講座一―六卷（昭和三三―三四年）などに注目すべきである。なお、戦前戦後における論争を要領よく総括したものととして、石井孝、学説批判明治維新論（昭和四〇年）がある。

(四) もっとも、いずれの立場に立脚しても、幕藩体制崩壊の原因のひとつに、外国による開国の強要をあげないわけにはいかない。筆者は、このような要因をとくに重視するものである。

一 旧刑法にいたる刑法定史と明治維新の性格

一 明治時代における刑法定史は、明治一三年の旧刑法定定を境として、まったくその原理を異にする。すなわち、旧刑法にいたる刑法定史は、周知のように仮刑律↓新律綱領↓改定律例という経過をたどるが、これらの刑法は、いずれもわが国古来の法的伝統に立脚し、したがって封建的・復古的であり、古色蒼然たるものであった。これに反して、旧刑法はフランス人ボアソナードの立案になるものであり、革命後に制定された一八一〇年のフランス刑法をはじめ、啓蒙思想の洗礼を受けた当時のヨーロッパ法思想の影響が顕著であり、当時としてはきわめて近代的・進歩的な法典であった。このように、旧刑法の前と後とは、刑法定定の原理がまったく違うわけであって、われわれ

れとしては、明治時代における刑法制定史の考察を、まず旧刑法制定までの時期にかぎるのが合目的であるように思われる。

二 明治維新後最初の刑法は、いわゆる『仮刑律』^(一)である。もっとも、この法律が維新の当初から効力を有していたわけではなくて、大政奉還の直後は、暫定的に、徳川時代の刑法が『是迄之通り』^(二)施行されていたのであった。^(三)しかし、明治維新によって中央集権的な国家制度を樹立しようとしている以上、全国に統一的な刑法を制定することは、まず焦眉の急であったといわなければならない。そこで、維新の当初から、政府部内で刑法の制定が企てられ、明治元年にはそれが完成して、世に仮刑律または仮律と呼ばれることになった。^(四)しかし、この法律は文字どおり『仮』のものであり、急いで作成したものであったから、その内容は、決して明治維新の思想に合致するように検討を重ねたものではなく、唐、明、清などの中国法やわが国の大宝の古律、それに徳川時代の公事方御定書を基礎とし、それに、徳川時代の藩刑法の白眉といわれる肥後藩刑法草書を参考にする程度のものであったようである。^(五)この仮刑律は、公布も施行もされずに終わったが、だからといって法律としての機能を営まなかったわけではなく、地方からの伺にたいして中央から指令を発する場合に、この仮刑律が準拠として用いられたということである。^(五)

さて、仮刑律のあとに制定された明治三年の『新律綱領』も、日本の伝統的な法体系を基礎とする点では、仮刑律と変りはなかった。しかし、その立法事業はかなり大がかりであって、そのことは、立法の予備事業として、旧幕府評定所の記録などにもとづき徳川時代の立法・裁判例を網羅した『徳川禁令考』が編集されたり、明律の調査が行な

われたことから、うかがうことができる。このような予備事業のうちに、わが国の古律を中心とし、中国法や徳川時代の刑法を参考にした新律綱領はでき上つたのであつた。^(六)

新律綱領は、仮刑律と異なり、頒布^(七)・施行^(八)された。その意味では、従来の『拋らしむべし。知らしむべからず』式の封建的な法制とくらべ格段の進歩を示したわけであるが、その内容となると、近代的な法典からはおよそほど遠いものであつた。このことは、まず、罪刑法定主義を正面から否認する規定がこれを雄弁に物語っている。すなわち、同法は、その『名例律下』の『断罪無正条』において『凡律令ニ該載シ尽ササル事理、若クハ罪ヲ断スルニ正条ナキ者ハ、他律ヲ援引比附シテ加フ可キハ加ヘ、減ス可キハ減シ、罪名ヲ定擬シテ上司ニ申シ、議定ツテ奏聞ス(後略)』と規定していわゆる類推を積極的に許容し、また『雜犯律』の『不応為』において『凡律令ニ正条ナント雖モ、情理ニ於テ為スヲ得応カラサルノ事ヲ為ス者ハ、笞三十、事理重キ者ハ、杖七十』と規定して、情理違反の故による処罰を認め、さらに、『名例律下』の『断罪依新頒律』では『凡律ハ頒降ノ日ヨリ始ト為ス、若シ所犯頒降已前ニ在ル者モ、並ニ新律ニ依テ擬断シ、旧律ニ援引スルコトヲ得ス』と規定して、刑法の遡及効を是認したのである。

次に、罪刑法定主義の否認とならび、新律綱領の非近代性を特色づけるのは、身分による差別待遇を是認する制度である。封建的身分の有無により法律上の差別待遇を認めるのは封建法の特色であり、わが国の徳川時代の刑法もその例にもれなかつたが、新律綱領は、このような伝統をなお維持したのであつた。すなわち『名例律上』の『勅奏官位犯罪』では『凡勅奏官位罪ヲ犯セハ、其事由ヲ奏聞シテ旨ヲ請ヒ推問シ、律ニ依リ刑名ヲ正言上請シテ区処スルコトヲ許ス、若シ華族、授任ヲ經サル者モ亦律ニ依ル』とし、また、同『閏刑』では『凡士族罪ヲ犯シ本罪管刑ニ該ル

者ハ謹慎ニ処シ、杖刑ニ該ル者ハ閉門ニ処シ、徒刑ニ該ル者ハ禁錮ニ処シ、流刑ニ該ル者ハ辺戌ニ処シ、死刑ニ該ル者ハ自裁ニ処ス、若シ賊盜及ヒ賭博等ノ罪ヲ犯シ廉恥ヲ破ルト甚シキ者笞杖ニ該ルハ、廢シテ庶人ト為スニ止メ、徒以上ハ仍ホ本刑ヲ加フ、罪科未タ定ラサル者ハ監倉ニ入レ、庶人ト別異ス、卒モ亦之ニ準ス』と規定している。なお、新律綱領が、右のような封建的身分の所有者のみならず、『官吏』『有官僧徒』『無官僧徒』などの官僚的身分の所有者にたいして法定的な刑の減輕を認めていたことにも注意すべきであろう。

このほか、新律綱領の中には、復讐を是認する規定（『鬪毆律』の『父祖被毆』）や、部分的に結果責任主義を認めた規定（たとえば『人命律下』の『瘋癲殺人』）など、数多くの非近代的な規定が見出されるが、その一々をここに摘示することは省略しなければならない。

以上のように、新律綱領は封建的な性格に満ちており、古色蒼然たるものであったが、これを多少なりとも修正補充したのが、明治六年の『改定律例』である。^(九)この法律は、新律綱領の制定された翌年（明治四年）からすでに司法部内において立案を開始されたもので、その目的は、新律綱領の施行後かなりの部分的改正が行なわれたり、単行法の形で新しい条例が施行されたりしているので、これらを整理統合し、新律綱領を補足しようというのであった。したがって、この改定律例は、新律綱領と並び施行されることとなったのである。

以上のような立法の目的からも明らかのように、この改定律例も、新律綱領と同様に、暫定的な応急措置たる性格を出なかつた。ただ新律綱領と異なるのは、部分的にかすかながらヨーロッパ法制の影響のあとがみられることである。すなわちその第一は、わが国の法律ではじめて第××条という条文の形式が登場したことであり、その第二

は、笞杖徒流という伝統的な刑種に代えて、当時ヨーロッパに普及していた懲役・禁錮という近代的な刑種が採用されたことである。しかし、ヨーロッパ法制の影響はわずかにその程度にとどまり、その他の点では、改定律例はやはり旧態依然たるものであった。とくに、身分による差別待遇を認める点では、新律綱領の精神を一步も出ることがなかった(一三条、二三〇二五条)。かくて、刑事実体法の面における画期的な近代化は、やはり旧刑法の出現をまたなければならなかったのである。

(一) 司法資料別冊一七号『日本近代刑事法令集』上巻二二七頁以下に登載。

(二) 慶応三年一〇月一九日、すなわち大政奉還の直後、徳川慶喜は、新政府にたいし八項目についての伺を立てたが、その中に『刑法ノ儀ハ召ノ諸侯上京之上御取極メ可和成ト存候得共夫迄ノ処ハ仕来通ニテ宜候哉』という事項があった(第六)。

これにたいし、政府は同月二二日に回答を寄せ『召之諸侯上京之上規則相定候得共夫迄之処ハ是迄之通り可心得候事』とした(小早川欣吾、明治法制史論公法之部下巻八昭和一五年〇九七九頁)。

(三) 仮刑律の制定過程および内容については、手塚豊、仮刑律の一考察(昭和三十一年)、『明治初期刑法史の研究』三頁以下、岩崎二郎、明治初期日本刑法学の研究(一)(未定)(昭和三九〇四一年) 神奈川大学商経法論叢一五巻二号二一頁以下、四号四七頁以下、神奈川法学一卷一号一二五頁以下、二号二七頁以下、二巻一号五七頁以下参照。

(四) 手塚、前掲九頁以下。なお、肥後藩刑法草書については、牧健二、肥後藩刑法草書の成立——殊に其の明律参酌に就て——(昭和一八年) 法学論叢四八巻五号七〇一頁以下にくわしい。

(五) 小早川、前掲九八二頁。

(六) 新律綱領の制定過程およびその内容については、小早川、前掲九八二頁以下、同、新律綱領及び改定律例の編纂過程と其

刑法制定史にあらわれた明治維新の性格

の判決に就いて（昭和一九年）『統明治法制叢考』一頁以下、小林好信、明治維新と刑法の撰定（昭和一八年）法学論叢四八巻五号八一五頁以下、同、新律綱領並に改定律例の歴史的使命（昭和一九年）法学論叢五〇巻五・六号四六三頁以下、手塚豊、新律綱領編纂関係者考（昭和三十一年）上掲三三頁以下、中村吉三郎、刑法（法体制準備期）（昭和三五年）『日本近代法発達史9』一二頁以下参照。

（七）新律綱領は、明治三年一二月の『朕刑部ニ勅シテ律書ヲ改撰セシム乃チ綱領六巻ヲ奏進ス朕在廷諸臣ト議シ以テ頒布ヲ允ス内外有司其之ヲ遵守セヨ』という上諭とともに頒布された。この上諭から、刑法が官吏の執務準則とみられていたことを強調するのは、小早川、前掲九八八頁、中村、前掲一三頁。なお、この頒布の時期については争いがある。多数説は一二月二〇日とし、少数説は一二月二七日とする。その論争については、手塚、新律綱領の施行に関する一考察（昭和三十一年）上掲五五頁註（一）にくわしい。

（八）新律綱領の施行の時期は、刑法の分野における中央集権の完成という意味で重要であるが、遺憾ながら不明のようである。大政官は即日施行のつもりであったが、法律が各藩に到着するのがおくれたりして、翌年の半ばごろまで旧来の藩刑法を用いていた藩もあり、新律綱領が実質的に統一的に施行されたのは廢藩置県以後だったとするのは、手塚、前掲七九頁。

（九）改定律例の制定過程および内容については、註（六）に掲げた文献参照。

三 以上に考察したような明治初年の刑法定定が、明治維新の思想に適合した新刑法作成までの暫定的な措置であったことは、ほぼ疑いがないと思う。もっとも、これらの刑法の暫定性を強調するあまり、それらから維新の思想をまったくくわがえないと速断することは、後述のように誤りといわなければならないであろう。ただ、それらが、少なくとも明治維新の思想を刻印したような本格的な刑法でなかったことは、その内容からも、またその名称からも

うかがい知ることが出来る。したがって、明治政府が、このような暫定的な刑法を制定しておいてから、本格的な刑法の作成に着手したことは、当然の成行であったといわなければならない。そして、われわれは、このような本格的な刑法の制定過程の中にこそ、維新政府の意図や狙いや、ひいては明治維新そのものの性格というものをみることが出来るのであって、この時期の刑法制定史は、まことに学問的興味をそそるものがある。

さて、まずわれわれは、新律綱領、改定律例を制定したあとの政府部内に、次に来たるべき刑法の性格に関し、大別して二つの考え方が対立したことから出発しなければならない。その第一は、維新の『近代化』という面を重視し、西洋法を模倣した刑法を作ろうという考え方であり、その第二は、維新の『復古』という面を重視し、伝統的な東洋法的な刑法を作ろうという考え方である。

第一の、西洋法を模倣してでも早急に近代的な刑法を作ろうという考え方は、よくいわれるように、幕末に結ばれた不平等条約を解消し、領事裁判権を排除し、関税自主権を回復し、西洋諸国と対等な地位に立つためには、早急に近代的な国家制度、なかならず法律制度がなくてはならぬ、という主張に由来するもので、とくに江藤新平、大木喬任といった歴代司法卿を中心とする司法省の指導的な見解であった。⁽¹⁾これに反して、第二の、東洋法的な刑法を作ろうという意見は、大政官の一部である『左院』⁽²⁾を支配したもので、実はこのような意見に導かれて、新律綱領、改定律例の次に、そして旧刑法の前に『校正律例稿』という刑法の草案が、左院で作成されたことがあったようである。⁽³⁾この校正律例稿は、左院を支配している律の温存という基本的な考え方に沿い、東洋的な律の伝統にヨーロッパ法、とくにフランス法を接木したもので、厳密には固有の意味の新立法ではなく、新律綱領、改定律例の改正、両者の統

一、不均衡の是正、という役割を演ずべきものであった。

この校正律例稿は、しかし、ついに陽の目をみななかった。その直接の原因をたずねてみると、それは、おそらく、明治八年四月一二日に当の左院が廃止されたからであった。^(四)しかし、左院が廃止されても、でき上った法律案が真に施行される必要のあるものであれば、それは法律として生まれ出たにちがいない。それにもかかわらず、校正律例稿が世に送られなかったのは、それが東洋法的伝統の維持という基本的性格を持っていたため西洋法制の導入に限界があり、そしてその程度の改正であれば、従来の法律の一部改正や単行法の制定でまかなえたからであろうと思われ^(五)る。それにすでに当時、立法の動向は、西洋法の端的な導入という方向に固まりつつあった。^(六)現実に裁判や司法行政の衝にあたり、不平等条約の屈辱を身にしみて感じている司法省の、条約改正への熱意、近代的な法典編纂への情熱は、保守的な左院の方針をもまったく否定し去るほど強かったといえることができるであろう。

このようにして、刑法定定の主導権は、ふたたび左院から司法省に戻ってきた。司法省では、はやくから、すなわちその前身である刑部省時代から、前述のように第一の考え方が支配し、現に明治二年には箕作麟祥に命じてフランス刑法を翻訳させ、^(七)その翻訳の完成したあと明治五年から六年にかけては、フランス刑法を模範とする刑法編纂事業が一度開始されたこともあったようである。^(八)ただ、この時期の事業は、このような方針を強力におしすすめていた江藤司法卿の失脚と、法典編纂事業の左院への移管によって中断してしまつたのであった。そこで、明治八年、左院廃止に伴って法典編纂の主導権をふたたび獲得した司法省としては、大木司法卿のもと、従前の方針を継続して新刑法の制定に向かうこととなり、フランス刑法を模範とする立法事業が再開されたのである。

(一) 的野半介、江藤南白下(大正三年)一四三頁によれば、江藤新平は、その裁判所開設案に反対した者にたいし、次のようにさとしたという『帝国今日の急務は国家独立の要素たる司法権独立の基礎を確立し、法治国の組織を完整するに在り。司法権独立の基礎を確立し法治国の組織を完整するは条約改正の目的を貫徹するに在るのみ。而して条約改正の目的を貫徹せんと欲せば、不完全ながらも唯速に法典を編纂し裁判所を設置し、人權を尊重し海外各国をして我独立国たる真価を認識せしむるより急、且、切なるは無し』と。そして、著者自身も『南白が司法卿として、法律制度の完整を期し、……仏国の六法を標準として法典編纂に着手し……進んで以て法治国の基礎を建設するに汲々たりし所以のものは、他無し、其目的は主として条約を改正し國權を回復し國家独立の実を完うするに在りしなり』と述べている(一四二頁)。本文と同趣旨なのは、小早川、前掲九九九頁、星野通、民法典論争史(昭和二四年)八頁。

なお、的野、前掲一〇九頁は『御維新になつて、西洋の法律を持つて来やうとしたのは、江藤が先ず初めだらう』という津田真道の実話を掲載しており、また、その一〇七頁には『南白の転じて司法卿と為るや、初めて組織ある法典編纂局を設けて五法の編纂を完成せんことを期したりき。南白以爲らく「日本と歐洲各國とは、各其風俗習慣を異にすと雖ども、民法無かる可からざるは、則ち一なり。宜しく仏國の民法に基きて日本の民法を制定せざる可からず」と。箕作に命じて訴訟法商法、治罪法等を翻訳せしめたり。而して箕作少しく翻訳に難するや、南白之を促して曰く「誤訳も妨げず、唯、速訳せよ」と。箕作は南白の命に依り、拙速主義を以て翻訳に従事せしが故に、其訳稿中、往々誤訳あるを免れざりき。而も南白は此訳稿を基礎として、急に日本の民法を制定せんとて、先づ「身分証書」の部を印刷に附したりき』という記述がみられる。さらに、その一〇八頁には、磯部四郎の実話として『明治五年に、江藤新平が司法卿でやって来て、さうして、其時の議論は、西洋と日本とは風俗も違ひ、慣習も違ふけれども、日本に民法といふものが、ある方がよいか、無い方がよいかと云へば、それはあるに如かずと云ふ論で、それから仏蘭西民法と書いてあるのを日本民法と書き直せばよい。さうして、真

に頒布しようと云ふ論が起つて、司法卿江藤新平氏の命令に因て箕作先生が日本民法草案を拵へ始めた」という話のつてゐる。このような話は徳積陳重も直接聞いたようで、その法窓夜話（大正五年）二一〇頁にも類似の話が掲載されている。

- (二) 左院は、明治四年七月二十九日に大政官内に設けられたもので、立法に関する諮問的機関として発足した。左院の設置は江藤新平の建議にもとづくようであり、設立後江藤はその副議長に選ばれている（的野、江藤南白上、六〇八頁以下）。しかし、江藤はその後翌五年四月二五日に司法卿に任ぜられ、彼の立法に関する企画は司法省に移されることとなった。司法省は、明治四年七月九日、従来の刑部省にかわつて設立された機関であり（法規分類大全 官職門12 七三頁、司法省沿革略誌（明治二年）一四頁）、法律案作成の権限も有していたようである。ところが、六年五月二日に大政官職制の改革が行なわれ、立法に関するすべての事項を大政官が掌握した際、法律案の起草に関する専権は左院に移された。法規分類大全 官職門(二)官制大政官内閣(一)一五九頁以下参照。

- (三) 校正律例稿は、司法資料別冊一七号『日本近代刑事法令集』中巻二九七頁以下に登載。その制定過程については、手塚豊、校正律例について（昭和三年）上掲八一頁以下にくわしい。同書によれば、その作成は明治七年ごろに開始されたものようである。

- (四) 左院廃止後は、立法に関する事項はすべて新設の元老院によつて審議されることとなり、法律案起草の権限の一部が、ふたたび司法省に戻つてきた。

- (五) 現にそのような法律の一部改正、単行法の制定が行なわれたことを指摘するのは、手塚、前掲一〇七頁以下。

- (六) 手塚、前掲一〇七頁。

- (七) フランス刑法が邦訳されたのは、これで二度目である。すなわち、嘉永元年（一八四八年）に宇田川興齋の手により当時のオランダ刑法および刑事訴訟法が邦訳されたが、それは当時オランダに効力を有していたフランス刑法および刑事訴訟法

そのものであった。この翻訳の事情および翻訳本の所在については、水田義雄、西欧法受容の歴史的背景(Ⅱ)②③(昭和四一年)法律のひろば一九卷三号三〇頁以下、四号二八頁以下参照。

(八) 的野、前掲下巻一一頁によれば、明治六年一月二四日、江藤は予算問題で大蔵省と衝突して辞表を提出した際、その辞表の中に『治罪法刑法は松本権大判事、津田大法官、水本権大法官、其他の人々にて会議中にて御座候』としたためている。また、同書一〇五頁によれば、彼は『森有礼の推薦に由り、当時洋行中の名村泰蔵をしてボアソナードを聘せしめ』たさ
れているから、当時彼がフランス刑法を基礎とする刑法を企画していたことは明らかであろう。

四 以上は、旧刑法制定にいたるまでの明治初期刑法史の概略である。再三述べるように、この時期の刑法はあくまでも暫定的なものであり、明治維新の思想を刻印したものでないことは事実であろう。しかし、このように封建的
性格の強い刑法が、大政奉還後十年余の長きにわたって施行を続けたという事実は、何としてもわれわれの興味を喚
起せざるをえない。なるほど刑法そのものは明治維新の思想を積極的に表現していないとしても、右のような事実
は、やはり、維新の性格というものを、背後から消極的に物語っていることとみることができるとはなからうか。すな
わち、明治維新をおしすすめた思想に抵触するような徳川時代の刑事制度は、維新を機会に払拭されるのが当然であ
るし、また現実にもそれがあがる程度なされたと解するならば、明治初期の刑法の中に残存した諸制度は、⁽¹⁾維新の思想
の表現とはいえないにしても、維新の思想にとりさほど抵抗を覚えない制度であったと推測しうるのではなからう
か。そこで、最後に、このような観点から、もう一度旧刑法以前の諸刑法に立ちかえってみよう。

まず、新律綱領に端的にあらわれている罪刑法定主義の否認について考えてみよう。前述のように、新律綱領は類

推の許容、条理違反の故による処罰、遡及効の承認を積極的に規定しているが、それらはのちの改定律例によっても否定されたあとはなく、旧刑法の制定まで効力を有していたことができる。その間に、左院によって新刑法の制定が企画され、校正律例稿が完成したことは上述のとおりであるが、この校正律例稿の中にも、そのような原則を変更する規定はまったく見当らないようである。したがって、罪刑法定主義への要請は、旧刑法の制定にいたるまでは、はなはだ微弱なものであり、少なくとも立法の原理としてはたらくほど育つてはいなかったと解せられる。ところで、このことは非常に重要である。すなわち、このことは、維新の思想が少なくとも西欧にみられるような啓蒙主義に導かれたものでないことを物語るといつてよい。何故なら、西欧的な啓蒙主義は、理論的にみても、また歴史的にみても、直接・間接に罪刑法定主義の確立と結びつくものだからである。そして、啓蒙主義自体がブルジョア革命の原理となるべく資本主義発展の過程において生まれ出てくるものであるとすれば、啓蒙主義に導かれない明治維新を、西欧の歴史と対比して、ブルジョア革命と特徴づけることは困難であるといわなければならない。むしろ、罪刑法定主義の否認は、封建主義にふさわしいと同様に、絶対主義にもまた共通する原理をなすものであって、このことは、明治維新の性格を絶対主義的変革とみる考え方により親しむといわざるをえない。

ところで、以上と類似したことが、新律綱領、改定律例にあらわれた身分による差別待遇、とくに士族にたいする閥刑の制度についてもいえる。すなわち、明治維新は元来『四民平等』^(二)ということを謳い出しているが、現実には華族、士族、平民などの封建的身分が温存され、法律上もそれぞれ別個な待遇を受けることとなった。これは、長年にわたる封建時代のあいだに培われてきた精神的な伝統や因習に由来するという面もあるが、その原因の大部分は、

やはり経済・政治史的な面に存するということができよう。すなわち、地方分権的な土地支配を基盤とする封建体制は、これと矛盾する別個な経済秩序の生長とともに崩壊していくが、そのうちも従来の封建勢力は決してただちに分解するものではなく、むしろ新たに形成された中央集権国家の中枢に位置して、暫時その利益の保持をはかるにいたる。そして、それは、封建制の最後の権力機構といわれる絶対主義のひとつの特色にはかならないのであった。ところで、明治時代におけるわが国の現実には、まさにそのような経過した。刑法における身分による差別待遇は、まさに、このような現実の反映とみられるべきであらう。そこで、この点よりしても、明治維新の絶対主義変革的性格をうかがい知ることができるのである。

さらに、右のような刑法の内容と対比して注目しなければならないのは、地方分権的な藩法を否定して中央集権的な統一的刑法を制定するという手続が、維新直後に非常に早急にとられたという事実である。この事實は、内容における封建制の否定は必ずしも意欲されていなかったが、形式における刑法の中央集権化は積極的に意欲された、ということを推測させるに十分である。つまり、刑法の中央集権化は、維新の、幕藩体制の否定・中央集権国家の樹立という大方針に沿うものであったから、積極的に意図して行なわれたが、元来明治維新にはそれ以上の市民社会的原理の裏打ちはなかったのだから、統一的な刑法の内容は、そこから幕藩的要素さえ除いてあれば、封建的なものでもいっそうに差支えがなかったとみることが、この事実から可能になるのではなからうか。中央集権的な統一的な刑法は維新後いち早く実現されたにもかかわらず、その内容は十年余も旧態依然たるものでありえたその理由は、やはり、以上のような明治維新の性格に求められなければならないであらう。

さて、以上いくつかの例について見たように、旧刑法以前の諸刑法が封建法的性格を強く残し、しかも十年余のあいだ効力を有した理由は、明治維新を絶対主義的変革と把握する立場の方からより容易に理解できることがわかった。ところで、それでは、明治一三年にいたって、封建法的性格をほとんど払拭した旧刑法が制定された理由は、いったいどのように説明したらよいであろうか。そのころ絶対主義が終りを告げ、市民社会の時代に移行したと解すべきであろうか。それとも、何らかの理由で、本質と異なるものが単なる装いとして登場したにすぎないと把握すべきであろうか。本稿は、さらにこの点の考察にすまなければならぬ。

(一) 公事方御定書のうち新律綱領によって排除された部分については、小林、明治維新と刑法の撰定、上掲八四七頁以下参照。

(二) 四民平等の実現過程については、小早川、明治法制史論公法之部上巻(昭和一五年)一三二頁以下、またその実現の不徹底さについては、中村吉三郎、四民平等ということ(昭和三六年)『明治法制史』第二輯一〇七頁以下参照。

二 旧刑法による日本の近代化と外国法の影響

一 明治一三年の旧刑法は、これまでの新律綱領・改定律例などにくらべると、非常に近代的な性格を持ち、刑事制度の分野におけるわが国の近代化に寄与するところをはなはだ大きかった。旧刑法以前の刑法の非近代性を特徴づけた罪刑専断主義や身分による差別待遇などは、旧刑法にいたって完全に払拭され、また、結果責任を部分的に是認するような規定も消滅して、刑法は責任主義の支配するところとなった。

このような旧刑法による日本の近代化については、立案を担当したフランス人ボアソナードの功績が大きい。ボアソナードは元来パリ大学法科大学の教授で、フランス人法律家の招聘を命ぜられた司法省留学生名村泰蔵に伴われて明治六年来日し、明治八年九月に司法省部内に刑法編纂委員が設けられるや、その一員に任命され、本格的な刑法編纂事業に参加することとなった。しかも、彼は原案の作成を委任されたばかりでなく、その意見はもつとも支配的な有力な意見として編纂委員から重んぜられたということである。そして、明治一〇年七月には草案が完成し、一月一八日には四編四七八条より成る刑法草案が提出された。そこで、政府は大政官内に刑法草案審査局を設けてこれを検討させ、刑法草案審査局は二年六月までに草案の審査を終了して、その修正案を奏進した。そして、この刑法修正案が元老院の審議に付され、かなりの修正を経たのちに一三年七月一七日に刑法として頒布されることとなった。これがいわゆる旧刑法である。

(一) 小早川、明治法制史論、公法之部下巻、一〇〇五頁。

(二) このいわゆるボアソナード草案の翻訳としては、ボワソナード氏起案・磯部四郎訳、日本刑法草案直訳（刊年不詳）がある。また、その案のフランス語の原文および旧刑法制定後ボアソナードがそれについてみずから付したところの註釈が發表されている。すなわち、*Boissonade, Projet révisé de code pénal pour l'empire du Japon, accompagné d'un commentaire*, 1886. その邦訳には、森順正訳、ボアソナード氏起稿翻訳校正刑法草案註釈上巻下巻（刊年不詳）がある。

(三) 司法資料別冊一七号『日本近代刑事法令集』下巻三頁以下に登載。

(四) 旧刑法の制定過程およびその性格については、小早川、前掲九九九頁以下、小林好信、旧刑法制定の思想史的基盤（昭和刑法制定史にあらわれた明治維新の性格

二一年）法学論叢五二巻五・六号三五三頁以下、小野清一郎、旧刑法とポアソナードの刑法学（昭和三〇年）『刑罰の本質について・その他』四二五頁以下参照。

二 刑法の分野における日本の近代化に外国法がどの程度の影響をおよぼしたかを知るもつとも有力な手がかりをなすのは、ポアソナード草案↓刑法審査修正案↓旧刑法という一連の立法過程にあらわれた規定の変遷であろう。そして、これらにたいし外国刑法またはその背後にある外国法思想がどの程度反映しているかを探求し、これを国内に成熟した法思想との相関関係において考察すれば、そこにかなり明瞭な解答が得られるものと思われる。^(一)

さて、旧刑法がわが国の近代化をおしすすめた第一のものは、何といつても罪刑法定主義の確立であろう。そもそも、わが国の伝統的な法律思想の中には、厳密な意味での罪刑法定主義というものはなかった。もつとも、古法の基本となった唐律には『およそ罪を断ずるには律令格式の正文を引かなければならぬ』という趣旨の規定があったが、それでも、他方において、類推や不応為が認められていたのである。^(二) わが国の法律制度は、このような唐律の基礎から出発したものであり、したがってわが国は唐律的な意味での罪刑法定主義の思想を知らぬでもなかったが、それも、やがて武家法の発展につれて、すっかり見失われるにいたつたといつてよい。新律綱領も、このようなわが国の伝統に沿い、断罪無正条や不応為などの罪刑専断主義の規定を有していたことは、前述のとおりである。これに反して、旧刑法は、明文の規定をもつて正面から罪刑法定主義を謳いあげた。すなわち、その第二条は『法律ニ正条ナキ者ハ何等ノ所為ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ス』とし、第三条は『法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスコトヲ得ス（一項、以下略）』と規定したのである。

この二個の条文は、いずれも、ボアソナードの草案が内容上ほとんど修正を加えられずに法律になっている。これに反して、前述のように罪刑法定主義への要請は明治維新の思想の内容をなしておらず、しかもその後この種の条文を作成せざるをえないほどに顕著に発達したあとも見受けられない。したがって、この点に外国法とくにフランス刑法の影響を認めることには何ら異論の余地がありえないであろう。もっとも、厳密に考察してみると、フランス刑法は罪刑法定主義についてはその第四条に不遡及の原則を掲げているにとどまる。そこで、不遡及の原則のほかに固有の『罪刑法定』の觀念、とくに類推の禁止を条文化したのは、ほかならぬボアソナードだったということになる。しかし、そうはいっても、彼の純粹な個人的意見が条文化されたわけではなく、むしろ当時フランスにおいて定説化していた罪刑法定主義の思想が、端的に表現されたとみるべきであろう。それ故、この二個の条文は、フランス刑法学、あるいはさらに広く当時のフランス法思想の所産とみることができよう。

旧刑法が日本の近代化をおしすすめた第二の点は、身分による差別待遇を刑事制度から排斥したことである。前述のように、新律綱領・改定律例は、ともに華士族にたいし特別な差別待遇を認めており、刑事制度の分野における封建遺制を特徴づけていたが、旧刑法は、このような制度をまったく廃止してしまつた。当時すでにわが国において、身分による刑法的差別待遇の廃止に踏み切らせるような思想が十分に熟していたかどうかは、明らかでない。しかし、華士族平民という身分の差が社会生活のかなりの隔々にいたるまでものをいっていた時代は、まだずっとのちまで続いていたのであるから、そのことを思い合わせるならば、刑法の分野でこのような差別待遇が廃止されたことには、他律的な原因、つまりボアソナード草案がその完全な廃止に踏み切つていたことが大きく作用したものと推測

される。ここにも、フランス刑法の影響というよりはむしろ、ヨーロッパの啓蒙思想の影響を強く感ずるのである。

旧刑法が日本の近代化に寄与した第三の点は、いわゆる責任主義を確立したことである。責任主義とは、行為者は規範的に非難可能な場合にのみその犯した違法行為につき責任を負うとする原則であつて、これと対立するのは、いわゆる結果責任主義である。結果責任主義によれば、刑罰を科すにあつて問題となるのは違法行為の有無・大小であつて、違法行為を犯すにいたつた行為者の主観的事情は顧慮されない。しかし、違法行為を行なつたことについて規範的な非難が不可能な場合にまで行為者に責任を負わせることは、人間を理性人として尊重するゆえんでない。自己の理性により犯罪意思を抑圧する能力および条件を具備する者のみについて責任を問ひ、刑罰を科すべきである――。このような思想のもとに責任主義は生まれ出てきた。それは、人間を理性人としてとらえる近代的な思想に由来するものであり、それ故に近代法的な原則として啓蒙期以後のヨーロッパの刑法を支配したのであつた。わが旧刑法もまた、そのような責任主義をほぼ完全に確立したのであつた。もつとも、旧刑法以前の新律綱領・改定律例も、まったくの結果責任主義を認めていたわけではない。たとえば過誤・失錯の場合で事情憫諒すべき場合（首巻図 贖罪取贖例図）とか、老小・痲疾の場合（名例律下 老小痲疾取贖）などは、贖罪金の支払いですまずことを認めていた。しかし、他方、たとえば精神病者が殺人を行なつた場合などは終身鎖錠であつたし（人命律下 瘋癲殺人）、また、およそ故意・過失・無過失の区別などはまったく不明確であつた。これに反して、旧刑法はその第七七条ないし第八二条に、ほぼ現行刑法と等しい責任条件および責任能力に関する規定を設けて結果責任主義を克服し、責任主義の採用を明らかにしたのである。

旧刑法における責任条件および責任能力に関する規定は、ポアソナード草案の第八九条ないし第九五条が内容上ほとんどそのまま条文化されたものである。しかし、フランス刑法にはこれほど完備した規定は見当らない。そこで、おそらくは、ポアソナードが、フランスの学説や他の外国の立法例を参考にしながら独創的に立案したのが結実したのであらうと思われる。

(一) ポアソナードが立案にあたって参酌採用した立法例は、まずフランス刑法であり、これに次ぐのがイタリヤ刑法草案、そしてさらにベルギー、ドイツの刑法だということである。なお、オランダ新刑法については、そのフランス訳の存在することを最近になって知ったので参考にできなかったのを大変残念に思う、としている。前掲刑法草案註釈上巻五頁参照。

(二) 小野清一郎、唐律に於ける刑法総則的規定（昭和三〇年）上掲三二六頁以下、小林、明治維新と刑法の撰定、上掲八二八頁以下参照。

三 旧刑法により刑事制度の分野における封建遺制が一掃され、飛躍的な近代化が遂げられたことは、大いに多とすべきであるが、ここでわれわれが考えなければならないのは、何故に維新後一〇数年たって、旧刑法によりはじめて、市民社会の形成という意味における近代化がなし遂げられたか、ということである。前に考察したように、旧刑法以前の刑法は、たしかに暫定的な法律であった。しかし、もし明治維新の思想というものが、この旧刑法にあらわされているような近代的なものであったとすれば、旧刑法以前の刑法は、存在するのにあまりにも前近代的であり、封建的にすぎる。それらは、暫定的な法律ではありながら、やはり明治維新の絶対主義変革的性格を消極的に表現したものとみないことには、その存在を肯定することはできないであらう。それでは、明治一三年にいたり近代的な刑

法が制定されたことは、これをどのように解したらよいであろうか。

ひとつの可能性は、明治維新後一〇年余のあいだに日本の資本主義が急速に発展し、これに見合うような市民社会的法律制度が要求されるようになった、とする考え方である。^(一)このような考え方は、ある程度は当たっているというべきであろう。けだし、明治維新を絶対主義的変革と把握する立場に立つても、幕末における資本主義的な生産様式や流通機構の生長をまったく無視することはできないのであって、そのような原始的な形態の資本主義が、維新直後の混乱時代に爆発的な発展を遂げたことは、歴史的事実として承認せざるをえない。また、明治初期の自由民権運動は、必ずしもこのような資本主義の発展に呼応したものではないにしても、社会の中に、封建遺制の一掃を要求する思想および運動のあったことを物語るものである。旧刑法が、ある程度、このように内部から湧き上るものの支持を得ていたであろうことは、これを承認しなければならない。

しかし、旧刑法の制定については、もつと他律的な動因を重視すべきではなからうか。つまり、意欲された法制が結果として西洋諸国と同じであったというよりは、端的に西洋法制そのものの移入が企てられ、それにはそれだけの必要があったとみるべきではなからうか。明治維新は、元来絶対主義的変革であった。しかし、その内部には、不平等条約を解消するために当時の西洋諸国と同様な近代的な国家制度を早急に作らねばならないという課題が秘められていた。^(二)明治国家は、その本質において、天皇制を中心とする強力な中央集権国家でなければならぬと同時に、少なくともその装いにおいて、当時の西洋諸国と同じようなブルジョア民主主義国家でなければならなかった。旧刑法の制定は、そして旧刑法による日本の近代化は、元来そのような政策の一環であり、極端にいえば、それは、不平等

条約解消という悲願を達成するための、単なる装いにすぎなかつたとみるべきではなからうか。⁽¹¹⁾

(一) 小林、旧刑法制定の思想的基盤、上掲は、幕末以来啓蒙主義的な思想がすでにわが国に移入されていたことを論証されたのち『天は人の上に人を造らず人の下に人を造らず』の啓蒙的な雄叫びによって、人としての自覚の高まる時代には、東洋法系に属する刑法の如きは到底存続することを許されなかつた。社会に於いて個の自覚の高まる処、近代的意味の罪刑法定主義は、有司専制への反抗として、それ自体の成文化を要求することは当然と言ふべきであらう。斯様な次第は、明治初期の如く、封建的経済体制の解体による資本主義経済の漸次的な発達、加ふるに教育制度の整備確立による国民の知識の向上は、綱領並に律例の改廃を要求するに至る必然的な条件であつた』(三七五頁)とされる。

(二) 西洋法を模倣してでも早急に近代的な法典を作ろうという方針を強力におしすすめたのは江藤新平であり、その江藤の行動の動機が条約改正の際に日本を有利ならしめるためであつたことについては、前段六三頁註(一)参照。なお、小笠原欽明、刑法発達史についての一考察(一)(昭和一〇年)歴史科学四卷四号六九頁も『条約改正交渉のためには、法律体制を整へることが必要であつたが故に、資本主義の現実の発展段階が必要とする以上に、資本主義的な法制が、先進資本主義国の法制からの直訳的移入によって、あらはれるに至つたのである』とする。

(三) 小笠原、前掲(二)、上掲四卷五号六一頁は『近代的な外飾をもって覆はれた旧刑法』という表現を用いている。

三 現行刑法と外国法の影響

一 旧刑法は、明治一五年一月一日から施行されたが、はやくもその施行の年、司法省内部に改正の議が起こつており、司法省ではひき続き法律取調委員会を設けて刑法改正案(明治二三年案)を編纂させ、これを明治二四年の第一

帝国議會に提出したが、審議未了に終った。そこで、翌二五年には刑法改正審査委員を組織して新たな草案の作成に着手し、二七年にその一応の成案を得た(第一改正案)。そこで、政府はこの案を公表して各方面の批判を乞い、第一改正案に修正を加えてのち(第二改正案)、三二年にその審査を法典調査会に委ねた。法典調査会ではこれにさらに修正を加えたのち、三四年、三五年、三六年にそれぞれ刑法草案を議會に提出したがいずれも議決をみるにいたらなかった。そこで、政府は三九年五月二一日に新たに法律取調委員會を設置し、この委員會で作成した案(明治四〇年案)を四〇年一月第二三帝国議會に提出したところ、この案がようやく議會を通過することができ、同年四月二四日に法律第四五号をもって公布され、翌四一年一〇月一日より施行されることとなった。これが現行刑法成立の概略である。(一)

さて、以上のような過程を経て、旧刑法は明治四〇年、現行刑法の制定によって姿を消してゆくこととなったが、旧刑法は、いったい何故に改正されなければならなかったのであろうか。まずこの点を、刑法草案の審議の過程にあらわれた改正理由(二)などからさぐってみることにしたい。

第一は、刑法の立法形式全体に向けられたものであって、その中には、たとえば、類推が否定されたのであるからもつと用語を厳密にし、しかも予想する犯罪類型をもれなく包括しなければならぬ、とするものや、犯罪の類型が多すぎて煩雑であり、しかもその各々にたいする刑期が狭すぎるため弾力的な量刑ができず、不公平な結果を生ずることがある、と説くものがあつた。

第二は、刑法の総則に関するもので、外国との交流が多くなつたが刑法の对人的場所的効力に関する規定、とくに

在外邦人の処罰に関する規定がないのは不便であるとするもの、流刑は今日の実情に合わないとするもの、自由剝奪刑をもっと単純化せよとするもの、短期自由刑制度は弊害が多いからこれに代わる制度を考案せよとするもの、監視の制度は有害無益であるとするもの、執行猶予または宣告猶予の制度を採用せよとするもの、などが聞かれた。

第三は、刑法各則に関するもので、立憲政体になったのだから、それに相応するような規定を設けるべきだとする意見が強く、たとえば公務員犯罪の概念を拡張して公選の議員、吏員なども含めうるようにすべきだとするものや、逆に議会および議員を保護する規定が必要だとするもの、官吏侮辱罪は事実の真否を問わず処罰されることになっているが、これは不当で、真実の場合は不処罰にすべきだとするものなどがあり、また、電気が発達したから電話や電車を保護する規定を設けるべきだとする見解が主張された。さらに、めずらしいものとしては、わが国法医学の草分けである片山国嘉博士が、その法医学の立場から旧刑法の殴打創傷罪の規定を批判したものなどがある。^(三)

もちろん、以上のような批判を総合した全面改正必要論にたいしては、不必要論が対立し、旧刑法のままで実務上不都合はないとか、現在改正すると反動化するおそれがあるとかいった意見も表明されたようである。しかし、結局、全面改正必要論の方が説得力をもったのであろうか、前述のような経過をたどって、全面改正事業はすすめられていった。

(一) 現行刑法の制定過程については、小早川、前掲下巻一〇二六頁以下にくわしい。また、各改正草案の議会における審議状況については、倉富・平沼・花井、刑法沿革綜覧（大正一四年）参照。

(二) 明治二三年案を審議した第一回衆議院会議録にあらわれた司法次官箕作麟祥の発言（倉富・平沼・花井、刑法沿革綜覧、

一三九頁以下)、明治三四年案を審議した第一五回貴族院會議録にあらわれた國務大臣金子堅太郎の發言(前掲二〇四頁以下)、明治三五年案を審議した第一六回衆議院會議録にあらわれた司法大臣清浦奎吾の發言(前掲一二二頁以下)、明治四〇年案を審議した第二三回貴族院會議録にあらわれた司法大臣松田正久の發言(前掲一五九三頁以下)などを参照。

(三) 小早川欣吾、片山國嘉博士の『刑法改正私考』(昭和一九年)『続明治法制叢考』一五七頁以下参照。

二 現行刑法は、一般に、一八七一年のドイツ刑法をモデルにしてできたものだといわれている。たしかに、立法事業にあたってドイツ刑法がとくに参考とされたことは事実のようである。そもそもわが国の法律学がドイツ法の方に傾斜しはじめたのは、憲法制定の方向がプロシヤ憲法の線に定まった明治一〇年代の後半からであり、以後そのような傾向はますます強まっていき、司法省部内でも、たとえば明治一四年にはドイツ人レスラーをして商法典編纂に、明治一七年にはテヒョウをしてドイツ民事訴訟法を範とした民事訴訟法の編纂に着手させたり、あるいは明治二〇年四月一二日には、レスラー、モッセ、ベルヒマンという三人のドイツ人を法律取調委員に任命して、憲法その他の法律の制定にあたらせたほどのものとなった。^(二) 刑法改正事業にドイツ法が影響を与えるようになったのも、第一次的には、おそらくはこのような一般的傾向に促されてのことだと思われる。それはともかくとして、明治三四年に議會に提出された草案はすでにかなり旧刑法からはなれ、ドイツ法の影響を受けはじめたものといわれている。^(三)

このようにして、とにかく現行刑法にドイツ刑法の影響のあることは否定しがたい。同趣旨のものがフランス刑法や旧刑法にはなくてドイツ刑法にはあるといった種類の規定が、現行刑法の中には散見されるのであって、これらにまさしに、ドイツ刑法の直接的な影響といえることができるであろう。たとえば、総則における正当防衛、緊急避難の規

定や、中止犯に関する規定、観念的競合に関する規定、あるいは各則における外国国章損壞等の罪、強要罪、背任罪に関する規定などがこれにあたる。

しかし、全体としてみると、現行刑法の規定の大部分は旧刑法の規定の改善されたものであり、それにくらべると、ドイツ刑法から直接導入された規定は、わずかのパーセンテージを占めるにしかすぎない。しかも、でき上った現行刑法はドイツ刑法とは似ても似つかぬものであって、ドイツ刑法とくらべるならば、むしろ旧刑法の方に近似していると言えいえるようである。このようにみると『旧刑法はフランス刑法、現行刑法はドイツ刑法をモデルにした』という、一般に行なわれている公式的な説明は、はなはだ誤解を招きやすい性質のものであることがわかる。つまり、旧刑法の制定には、以前の刑法の改善という側面はほとんどなかった。新律綱領など以前の刑法は、立法にあたって参考資料として顧慮されることはあっても、決して出発点とされることはなく、むしろ、フランス刑法を主力とする外国刑法が立法の基盤とされたのであった。これに反して、現行刑法の制定はその本質において旧刑法の改善であり、ただその過程においてドイツ刑法が参考とされたにすぎない。このように、両者にたいする外国法の影響のしかたには決定的な差異が存するのであって、そのことは、とくに、わが国の近代化への両者の影響のしかたについてあてはまるようである。そこで、以下に、この点を別個に考察してみることにしよう。

(一) わが国の法律学がドイツ法学の方向に移行しつつある様を、穂積陳重のドイツ留学と東京帝国大学におけるドイツ法研究を中心と考察したものに、穂積重行、明治一〇年代におけるドイツ法学の受容（昭和四一年）『明治国家形成過程の研究』五〇五頁以下がある。なお、どの国の憲法を基礎とするかの論争に終止符を打ったのは、伊藤博文の憲法制度調査のための

渡独であろう。それは明治一五年三月一四日のことであつた。帰国は、翌一六年八月三日である。『此処に決定的に独逸法学が我法学界を風靡支配し、従来の英仏法学が有せし地位を奪ふに至つたのである』とするのは、小早川、明治法制史論、公法之上巻、四二九頁。

(二) 星野、前掲六四頁以下、奥田昌道、日本における外国法の摂取（ドイツ法）（昭和四一年）『外国法と日本法・現代法14』

二一九頁以下参照。

(三) 小早川、前掲下巻、一〇二八頁。なお、同書一二〇一頁は『旧刑法の改正に際しては独逸刑法に拠つて草案が作成せられたが為に、実際に於て適用されつつありし刑法が尚仏法を母法とする旧刑法であつたけれ共、而も学問的には既に独逸刑法が研究され來つた事は注目せねばならない。実に明治後半期に於ける我法学界は我が憲法が普魯西憲法を模した事と相平行して其他の公私法は又漸次的に独逸法系に代らんとする傾向を觀た時期である。殊に現行刑法が其の刑事訴訟法と共に独逸系に抛られる事が明白となるや今迄我が刑法学界を支配したりし仏法は捨てられて独逸法研究の熱が勃興したのは当然の現象であらう』とする。

三 さて、フランス刑法は旧刑法の制定を通じて現にわが国の近代化に多大の寄与をなしたのであるが、これにたいし、ドイツ刑法は現行刑法の制定を通じてこれにどのような影響をおよぼしているであろうか。まず、旧刑法が刑事制度の分野でわが国の近代化を促進した三つの点、つまり罪刑法定主義の確立、身分による差別待遇の撤廃、責任主義の確立という点について現行刑法がどのような態度をとつたかという点、それは、旧刑法の原理を前進も後退もさせなかつたことと評価することができる。すなわち、第一の罪刑法定主義についていえば、現行刑法はこれに関する規定を全部削除してしまつた。もっとも、このことは、現行刑法が罪刑法定主義を否認したことを意味するのではな

く、一般に説明されているように、⁽¹⁾明治二二年の帝国憲法がその第二三条に『日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問処罰ヲ受クルコトナシ』と規定したため、もはや重ねて刑法の中に罪刑法定主義の規定を設ける必要を認めなかっただけのことだと解するのが相当であろう。ところで、罪刑法定主義については、ドイツ刑法はフランス刑法とほとんど同様な規定をおいているから、現行刑法がこの種の規定を削除したことにはたいしては、ドイツ刑法は何らの影響もおよぼさなかったわけである。第二の身分による差別待遇の撤廃や、第三の責任主義については、現行刑法はほとんど旧刑法と変るところがなく、したがって、この点についてもドイツ刑法の影響を認めることができな

い。もっとも、現行刑法は他の部分でやはりわが国の近代化をおしすすめていると思われるので、そのような部分についてドイツ刑法がどのような影響をおよぼしたかをなお考察する必要がある。その第一は、現行刑法が旧刑法にくらべて規定を単純化したことである。すなわち、旧刑法は、違警罪に関する部分を除くと、全部で四二四カ条であった。フランス刑法は四六三カ条であり、両者はだいたい同様な基準のもとに作られたとみてよいであろう。これに反して、現行刑法は、わずかに二六四カ条であり、条文数は思い切って削除され、各条文の内容も簡素化された。このような規定の単純化は、当然犯罪類型の単純化と法定刑の幅の拡大を招くものであるが、このような改善は、行なわれた行為、発生した事実を契機としてその行為者を見、その実情に応じた量刑を可能にするという意味で、やはり近代的なものであると考えられる。もっとも、それは、他面、裁判所の裁量の余地を増大させたという意味で人権侵害的な方向にはたらく可能性もあったわけであるが、わが国の裁判実務はその後総じてこのような危惧を現実化することなく、むしろ現行刑法の立法形式の妥当性を実証してきたのであった。ところで、このような改善は、当時抬頭をは

じめた近代学派の主張が認められた結果だともいわれている。^(二)もちろん、そのような見方もある程度までは当たっているように思われる。しかし、前述のように、旧刑法にたいしては、犯罪類型が煩雑にすぎ、しかもその各々にたいする刑期が狭すぎるため弾力的な量刑ができず、不公平な結果を招くことさえある、ということがはやくから指摘されており、これが新刑法制定の動機のひとつとなっていたことを思い合わせると、犯罪類型の単純化、法定刑の幅の拡大ということは、二十数年にわたる裁判所の量刑実務の経験によるところも多大だったとみるべきであろう、他面、ドイツ刑法の条文数は当時違警罪を除いて三五九カ条であり、しかも一カ条の中に多くの項号が含まれているのが大部分であったから、この点については、ドイツ刑法自体の影響はなかったとみるのが正しいと思う。

現行刑法が日本の近代化に寄与した第二の点は、刑罰制度全体を整理・改善し、とくに短期自由刑制度の弊害を回避するために執行猶予制度を採用し、また従来の監視の制度を廃止したことである。この刑罰制度の分野については別稿が予定されているので、本稿では詳細は省略することにした。ただその概略を示すならば、まず第一の刑罰制度の整理・改善の主たるものは、自由刑の統合であり、旧刑法において自由刑として認められていた『徒刑(無期・有期)』『流刑(無期・有期)』『懲役(重・軽)』『禁獄(重・軽)』『禁錮(重・軽)』『拘留』の六種のを、『懲役(無期・有期)』『禁錮(無期・有期)』『拘留』の三種に解消したことである。廃止された徒刑および流刑は、いずれも島地で刑を執行する点で一般予防的・威嚇的・保安的性格が強く、科学的な特別予防の観点からすれば不合理なものであり、もはやすでに存在意義を失っていたものであった。ところで、ドイツ刑法はその制定の当初からこのような刑種を認めていないので、この点にたいするその影響を否定する根拠はない。しかし、現行刑法は他方ドイツ刑法の認めている

『重懲役』『輕懲役』の區別を採用しなかつたので、自由刑制度全体にたいするドイツ刑法の影響を積極的に肯定することもできない。この点については、刑種に関する当時の世界的な動向が斟酌されたとみる方が確實であるように思われる。^(四)

第二の執行猶予制度は、現行刑法の制定に先立つ二年前、明治三八年に旧刑法の一部改正の形ですでに導入されたものであつたが、現行刑法の制定に際して早くも改正が加えられることとなつた。すなわち、明治三八年に採用された執行猶予は『刑ノ執行猶予ノ裁判取消サルコトナクシテ其猶予期間ヲ経過シタルトキハ猶予セラレタル刑ノ執行ヲ免除ス』とするものであつたが、現行刑法のそれは『刑ノ執行猶予ノ言渡ヲ取消サルコトナクシテ猶予ノ期間ヲ経過シタルトキハ刑ノ言渡ハ其効力ヲ失フ』とするものである。ところで、この執行猶予制度については、ドイツ刑法自体の影響はほとんど認めることができない。もつとも、この制度は元來短期自由刑の弊害を回避するために考案されたものであり、その短期自由刑の弊害の自覚そのものについては、ドイツ刑法学から学ぶところが多かつたが、^(五)ドイツ刑法そのものは、当時この種の制度はもちろん、現在の刑の延期制度^(六)も所有していなかつたのである。ただ、ドイツ諸州は当時すでに特赦令によつていわゆる条件付特赦主義の制度を採用しており、刑の執行が行政官庁によつて猶予され、猶予期間が無事経過した場合には刑の執行が免除される、という可能性が認められていた。^(七)この『刑の執行の免除』という点で、明治三八年導入の執行猶予制度には多少のドイツ法の影響が認められないことはない。^(八)しかし、刑の執行猶予の言渡が裁判所で行なわれるかどうかは、制度上の決定的本質的な差異を示すものであり、その意味で、ドイツ法の影響は僅少なものであつたといふことができよう。そして、現行刑法によつて採用された執行猶

予制度では、もはや、その片鱗さえもが失われることとなったのである。わが国の執行猶予制度は、元來、一八八一年にベルギーで、一八九一年にフランスで確立された制度を参考としたものであった。^(九)

現行刑法によって近代化がおしすすめられた事項としては、その他、付加刑としての監視の廃止、累犯加重の強化、併合罪加重、仮釈放の要件緩和などをあげることができる。これらのうちには、たしかにドイツ刑法の制度が参考とされたものもあるが、無修正のまま採用されたものはなく、ドイツ刑法の影響は、これらの点についても、たとえば旧刑法にたいするフランス刑法のように強いものとはいえないようである。

以上を総括してみると、ドイツ刑法は現行刑法の制定に際してたしかに参考とされ、多少の規定はその中から導入されているが、全体からするとその影響はさほどに強いものではなく、とくに現行刑法が旧刑法を越えて日本の近代化をおしすすめた部分についてみると、ほとんどこれを認めることさえできない。現行刑法は、端的に表現するならば、主としてドイツ刑法を参考としつつ実務の経験にもとづいて旧刑法を改善したもの、と特徴づける方が正確であるように思われる。

(一) たとえば齊藤金作、刑法総論改訂版(昭和三〇年)四七頁、団藤重光、刑法綱要総論(昭和三二年)三四頁、植松正、全訂刑法概論Ⅰ総論(昭和四一年)六六頁。これにたいし、牧野英一、刑事学の新思潮と新刑法(大正一二年)は、現行刑法が罪刑法定主義の規定を欠くことに特別な意味を認め、『罪刑法定主義は今尚我刑法の原則である。しかし、罪刑法定主義は、只処罰に法律上の根拠のあることを要すといふだけに止まるので、其の歴史的意義は最早失はれたものと解するのが相当であると信ずる』(三八頁)とする。

(二) 牧野、前掲一三九頁はこの点を強調し、『新派理論の主張、即ち、主観主義、刑罰個別主義は、実に新刑法の採用した大原則である』とする。もつとも、この点をあまり強調することは正しくないであろう。たとえば責任能力に関する規定は、明らかに刑法が旧派理論を基礎としていることを示す。

(三) 明治三四年案を審議した第一回貴族院における國務大臣金子堅太郎の提案理由説明の中に『唯今ノ刑法ノ中ニハ罪名ノ過多ナルカタメニ監獄ノ事務ノ上ニ於テモ非常ニ煩雜ヲ来シ又刑期ノ範圍カ甚タ狹隘ニシテ何日以上何日以下、何箇月以上何箇月以下ト小刻ミニ刻ミニテ其範圍カ甚タ狹隘アルカタメニ裁判官ノ前ニ提出シタ所ノ証拠ト其犯状ノ關係カラ刑ノ適用上不便ヲ感スルコトカアル、是等ハ是非トモ此刑期ノ範圍ノ擴張ヲシナケレハナラヌ』とある(刑法沿革綜覽二〇五頁)のなどは、そのひとつといふことができる。

(四) 刑務所を中心とする自由刑制度は、すでに一九世紀のあいだに先進諸国において確立され、遠流、追放のたぐいはもはや刑種として認めないのが、当時における一般的傾向であった。

(五) 短期自由刑の弊害は、近代学派の抬頭に伴って自覚されたが、ドイツでとくにこれを強調したのはリストであり、その主張は今世紀初頭以降のドイツ刑法改正事業に反映した。わが国の刑法学は、リストの著作に負うところが多かったので、短期自由刑の弊害についても、リストから多分に示唆を受けたであろうと思われる。たとえば、v. Liszt, Die Reform der Freiheitsstrafe, in „Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge“, Bd. I, 1905, S. 511 ff.

(六) ドイツが刑法典の中に猶予制度を採用するようになったのは、ようやく第二次世界大戦後のことであった。すなわち、西ドイツは一九五三年八月四日の第三次刑法改正法律によって、試験的な刑の延期制度 (Strafausetzung zur Bewährung) を導入したが、これは執行猶予と異なり、無事延期期間が経過した場合『刑の免除』の言渡がある。これに反して、東ドイツは一九五七年十二月一日の刑法補充法によって、執行猶予制度 (bedingte Verurteilung) を採用した。

(七) v. Liszt, *Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung*, in "Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts," Allg. Teil, Bd. 3, 1908, S. 45 ff.

(八) この点につき『ドイツの制度に就いたのであった』とするのは、牧野、前掲二〇五頁。

(九) 牧野、前掲二〇五頁。

四 明治期の治安立法と明治政府の思想

一 これまで考察したように、旧刑法は少なくとも封建制の否定という面ではきわめて近代的な性格を持ち、現行刑法も旧刑法のこのような性格をさらにおしすすめた。しかし、このような刑法の性格は、必ずしも明治維新の本質に由来するものではなく、とくに旧刑法の近代性は、不平等条約解消のための手段として、本質には沿わぬ装いをこらした結果にすぎないのであった。このことは、すでに明治時代の『刑法典』制定史だけからもうかがうことができるのであって、これまでの考察は、もっぱらその点のみに焦点をしばってきた。ところが、いったん『刑法典』制定史の枠を越え、『刑法典以外の刑罰法規』の制定史、とくにいわゆる治安立法の制定過程に考察の目を向けてみると、その確信はもはや動かぬものとなってくるのである。

明治時代における治安立法の制定過程そのものについては、これまですでに数多くの研究がなされているので、本稿はその上塗りをする意思はない。それは、外国法の影響を主題とする本稿の趣旨からはずれることにもなる。そこで、ここでは、単にこれら従来の研究の上に立ってその歴史的な意義づけを試み、とくにそれによって刑法典の性格

の方を浮き彫りさせてみるにとどめたいと思う。しかし、それにしても、まずその概略から出発しなければならぬ。

(一) 小笠原、前掲(一)、五七頁以下、中村、刑法(法体制準備期)、上掲二二頁以下、法律時報臨時増刊『治安立法・その過去と現在』(昭和三三年)に収録された論文(戒能通孝、戦前における治安立法体系、滝内礼作、旧日本における治安取締と人権、池田正章、戦前における治安立法の運用とその実態)、中山研一、治安と刑法(昭和四〇年)、『現代法と刑罰・現代法11』三五頁以下など。

二 明治時代の治安立法は、すでに維新直後の明治元年にはじまる。すなわち、その年すでに維新政府は言論の統制をはじめ、閏四月二八日の『御布告』によって官許を経ない書籍の発行を禁じ、また同年六月八日、新聞の私刊をも禁止した。もともと、翌二年二月八日の『御沙汰』によって、新聞の私刊だけは許容されるにいたったが、それでも依然として官許が前提とされ、しかも『政法ハ妄ニ批評ヲ加フルヲ許サス、軍事ニ関シソノ説錯誤シテ改メザル者ハ責アリ』とされていたのであった。しかし、これらの法律は、いずれも罰則を伴うものではなく、したがって治安『刑法』の性格を持つものではなかった。ところが、明治二年五月一八日に制定された『出版条例』は、はじめてその違反にたいして刑罰を科すこととし、以降、この種の言論取締規定は、すべて罰則を伴うこととなった。その代表的なものとして、明治八年六月二八日には『讒誘律』と『新聞紙条例』が制定され、さらに同年九月三日、前掲明治二年の『出版条例』が改正・整備された。明治八年に行なわれたこの三種の大規模な立法は、相合してもっぱら言論統制に威力を発揮したのであるが、これは、すでに当時初期の自由民権運動が言論活動という形で抬頭し、これに

たいして国家がみずからの防衛の必要を感じたことを物語る。

初期の自由民権運動には、もちろん種々の要素が混在していたが、その主流は、議会開設への要求を中心とするものであった。それは、はじめはもっぱら言論活動に限定されていたが、やがて全国各地に結社が生まれ、それが全国的な規模でもって大同団結するにいたると、それはもはや単なる言論活動の域に止まりえないことになってきた。したがって、政府の弾圧も、はじめは言論統制に限定されていたが、やがて集会、結社等の統制という形をとるようになった。その第一陣をうけたまわったのが、明治一三年四月五日の『集会条例』^(八)である。

このような弾圧立法は、しかし自由民権運動の本来あるべき姿を変化させてしまった。全国に散在した各結社は連繫の道を断たれて孤立無援となり、中には暴徒化し、暴力をもって政府転覆を企てるものも出てくるようになった。明治一五年から一七年にかけて起こった福島事件、群馬事件、名古屋事件、加波山事件、秩父騒動などの一連の集団暴力事件は、いずれも追いつめられた自由民権運動の激化した姿を物語るものである。そこで、これにつれて政府の治安立法も暴力活動対策という形をとるようになり、明治一七年一月二七日には『爆発物取締罰則』が制定され、二〇年一月二五日には、反政府の大同団結運動を破砕するための『保安条例』^(九)が公布され、即日施行となった。越えて二三年七月二五日には『集会及政社法』^(一〇)が、二六年四月一三日には『出版法』が制定され、明治中期の治安立法は、着々とその網の目を狭めていった。^(一一)

明治時代の治安立法は、しかし、明治三三年三月一〇日の、有名な『治安警察法』の制定をもってそのピークに達する。明治二七、八年の日清戦争に勝利をおさめたわが国は、軍国国家としての自信を固めるとともに、その間に資

本主義国家としての飛躍的な発展を遂げた。しかし、それにつれて資本主義内部の矛盾が激化し、いわゆる社会問題が表面化しはじめたのも、まさにこの時期であった。明治三〇年以降労働争議が急激に増加するや、時の政府は従来の集会及政社法では不足を感じることになり、ここにはじめて労働運動をも意識した大衆運動弾圧のための治安警察法が完成した。その後、明治四一年九月二十九日には、今日の軽犯罪法にあたる『警察犯処罰令』が公布され、四二年五月六日には、従来の新聞紙条例にかわる『新聞紙法』が制定され、かくして完成した明治期治安立法の体系は、やがて『治安維持法』（大正一四年四月二日）をピークとする大正期のそれへとひき継がれていくのである。

- (一) 内閣情報局、法令全書（自慶応三年一〇月至明治元年十二月）一五一頁。
- (二) 法令全書上掲一八四頁。
- (三) 法令全書（明治二年）六四頁。
- (四) 法令全書上掲一七四頁。以下の法律は、各年の法令全書参照。
- (五) 明治一三年の旧刑法の制定により廃止。
- (六) 明治四二年五月五日『新聞紙法』の制定により廃止。
- (七) 明治二〇年一二月二八日、二六年四月一三日改正。
- (八) 明治一五年六月三日に改正して集会社社の統制をさらに強化。
- (九) 明治三十一年六月二四日に廃止。
- (一〇) 明治二六年四月一三日に同名の法律が制定され、明治三三年三月一〇日の『治安警察法』の制定により廃止。
- (一一) 自由民権運動の変遷と治安立法との関係については、中村、前掲二二頁以下参照。

三 以上に概観したように、明治政府は旧刑法、現行刑法のような近代的な法典を制定するかたわら、そのような近代性の芽をみずから摘みとるような治安立法を次から次へと制定していった。しかも、反政府的な言論活動が行なわれればその統制を、反政府的な集会・結社が大規模になればその抑制を、反政府的な運動が激化し暴力化せばその抑圧を、そして大衆運動の中に労働運動が芽ばえてくればその弾圧を、というように、反政府的反体制的な大衆運動が性格を變ずるにつれて、ヒステリカルなまでにその一つ一つに対処していったのである。明治政府をしてこのような治安立法に駆り立てた原理は、明らかに、旧刑法、現行刑法を制定させた原理とは異なっていた。しかも、この相異なる原理は奇妙にも時を同じくして併存しえたのであって、この点にわれわれは明治政府の本質的な性格を読みとることができるのである。ただし、国家刑罰権行使の態様はそのときどきの国家の性格によって決定されるとするならば、明治政府が刑罰権行使の条件を刑法典だけで満足できず、しかも刑法典と著しく性格の異なる特別法を数多く制定せざるをえなかったという事実は、明治国家が、実は刑法典に表現されているような性格のものでなかったことを物語る。そして、このことの中に、われわれは前述来の仮説、すなわち明治維新がその本質において絶対主義的變革であり、したがって市民社会的な原理を盛った刑法典が実は本質に沿わぬ装いであったという仮説の実証をみることができるのである。

治安法規の規定のうちで、明治国家の絶対主義的性格を直接あらわすものは枚挙にいとまがない。たとえば、政治的目的をもってする集会の事前認可制（集会条例四条）や、同種集会での警察官の監視（同五条）、一般集会への警察官の臨検（改正後の集会条例一六条、治安警察法一一條）、集会での講談論議にたいする警察官の中止命令（治安警察法一〇條）

の許容などは、いずれも不寛容な夜警国家的規定といわざるをえない。しかし、ここではその一々をあげることとは止め、とくに刑法典の基本原則との対比において問題となる事項若干をあげるにとどめよう。

その第一は、讒謗律にあらわれた官吏保護規定である。すなわち、同法第四条は『官吏ノ職務ニ関シ讒毀スル者』または『誹謗スル者』にたいしそれぞれ刑罰を科しており、しかもその刑は『華士族平民ニ対スル』讒毀・誹謗の場合よりも重い。これは、現在における現行法第二三〇条ノ二はもちろんのこと、官吏にたいする誹毀につき別段の規定を有しない旧刑法と比較するまでもなく、絶対主義的な規定といわざるをえない。何故なら、そこには、官吏の国民の側に立つ公僕的性格はあらわれておらず、その支配者の側に立つ官僚的性格が強調されているからである。しかも、この規定は、窮極において公事に關する批判を封ずる機能をも営むものであった。

第二は、新聞紙条例における言論制限規定であって、その第一三条は『政府ヲ変壞シ國家ヲ顛覆スルノ論ヲ載セ騒乱ヲ煽起セントスル者』、第一四条は『成法ヲ誹毀シテ國民法ニ遵フノ義ヲ乱リ及頭ハニ刑律ニ触レタルノ罪犯ヲ曲庇スルノ論ヲ為ス者』、にたいして刑を科している。これらも、民主主義の基本原理である言論の相対主義、他説にたいする寛容の精神とは相反する絶対主義的なものといわざるをえないであろう。しかも、他方、旧刑法は現行刑法とほぼ同趣旨の内乱罪の規定を設け、現実の実行行為およびその予備・陰謀を処罰するのみで、その前段階にあたる行為を不可罰としている。このような旧刑法の原理とこれの原理の異なることは、もはや多言を要しないであろう。

第三は、煽動を独立に処罰する規定であって、爆発物取締罰則（四条）や治安警察法（九条）などにみえている。ところが、そもそも刑法典は、その各則に殺人、放火、内乱、外患などもっとも重大な犯罪を規定しているにもか

かわらず、それになりたいする加担の処罰をわずかに教唆・幫助のみにとどめ、煽動はこれを除外している。のみならず、刑法典は教唆・幫助を独立に処罰することなく、わずかに正犯が実行に着手した場合にのみその可罰性を肯定するいわゆる共犯從属性説を展開させてきたのであった。ところで、煽動はこれを定義するならば『他人に対し中正の判断を失した言行の決意を創造せしめ又は既存の決意を助長せしむべき勢を有する刺戟を与えること』⁽¹⁾であるということになるが、これは『犯意のない者に犯意を生じさせる』教唆と比較すると、かなりその限界があいまいであり、しかもその成立する範囲はきわめて広い。そのような煽動を、刑法各則の重大犯罪よりも軽微な犯罪について、しかも被煽動者が実行に着手するかどうかとは関係なくそれから独立に処罰すべきものとして認めるということは、特別法が、刑法典の原理とは異なる原理に立脚していることを意味するのではなくて何であろうか。そして、その原理を導くものは、やはり明治政府の絶対主義的指向であるということができよう。

(一) 治安維持法における煽動を定義つけた昭和五年一月四日大審院判決(新聞三二一〇号一三頁)の文言。この定義は、基本的に現在も用いられている。

あとがき

以上で、刑法の分野における日本の近代化にたいし、外国法が『いつ』『どのような形で』『なぜ』影響をおよぼしたかの考察を終る。明治維新は、元来絶対主義的な変革であった。したがって、維新後いち早く中央集権的な統一的刑法が制定されたにもかかわらずその内容が旧態依然たる封建的なものでありえたのも、また、そのような刑法が

十数年の長きにわたって存続しえたのも、さらに、自由民権運動に対処する専制的な治安立法が続々と制定されたことも、すべては明治維新の本質からくる当然の出来事であり、むしろ時代の必然的な成行を物語るものですらある。これに反して、フランス刑法を模範として制定された旧刑法は、ほぼ市民社会の原理に貫かれた近代的なものであったから、明治維新の本質から欲求されたものとはみられない。それは、本来、単に不平等条約を解消し、西洋諸国と対等な立場に立つための装いと解すべきであって、このことは、外国法をほとんど直輸入するようにして撰取したその立法過程をみても明らかである。この点に、われわれは、刑法の分野における日本の近代化に外国法が影響をおよぼした第一の型を見出しうるのである。

しかし、外国法は、決して、単に条約改正のときにだけ着用する装いを提供したにとどまったのではなかった。ひとたび撰取した外国法は、学説・判例をとおして、やがて社会の意識の深層に浸透していく。旧刑法以前の封建的な制度は、やがて外国法思想の前に忘れ去られ、現行刑法制定のころには、思い出すすべもないほどに市民社会的な思想の底に埋没してしまっていたのである。ここに、外国法思想の浸透現象のひとつを見出すことができるであろう。また、いわゆる自由民権運動も、そのあらわれにほかならなかった。もともと、明治政府はその本質において絶対主義的であり、市民社会の原理はまだそれをくつがえすほどには育っていなかったから、自由民権運動は、今から思えばまさに弾圧されるべくして弾圧されていたともいえる。しかし、だからといって、当時における外国法思想の永続的な影響が、まったく無意味であったとは思われない。当時における外国法思想の影響は、やがて来たるべき時代の意識を培うために必要であったし、また現にそのような意識を徐々に培ってきたのであった。この点に、われ

われは、刑法の分野における日本の近代化に外国法が影響をおよぼした第二の型を見出しうるのである。