

322.16
Ko.12
3⑦



0012754000

0012754-000

322.16-Ko.12-3ウ

明治法制叢考

小早川欣吾・著

山口書店

続

昭和19

ACC

317 ✓

322.16
K012
3

小早川欣吾著

續明治法制叢考

山口書店





mon excellent ami
Ladrey Disderi
6. Boul^d des Italiens. 6
PARIS

生先ドーナソアボ 圖一第



生先ドーナソアボ 圖一第



本圖は縦 16.03cm. 横 11.6cm. の台紙に貼付された縦 14cm. 横 10.2cm. のマホヤ色の寫眞で、ボアソナード先生の影像である。表面寫眞の下方に紫色インキを以つて、「A mon excellent ami Ischikawa G. Boissomad」と記され、裏面にも同様のインキで、「A mon excellent ami Ischikawa 1896 G. Boissomad」と記入されてゐる。以上の紫色インキの記入は何れもボアソナード先生の自筆と認む可きものである。此れに據りて本寫眞は大體に於て、西紀千八百九十六年即ち我明治二十九年頃、歸朝後、巴里に於て撮影せしものと想像される。坊間、ボアソナードの寫眞は相當其の種類が多いが、本寫眞は未發表の様であるから、此處に掲載した。胸間の我國の勳章授與の年は『ボアソナード先生功績紀念』二七以下及び『法律新報』五五九號、二六以下参照。

此書アリ余ハ法律學上ヨリ又リ觀察シテ其不完公ナ
 ルヲ洞知スルニ久シク依テ余ハ立法ノ精神ヲ法文ノ指
 示ニ心ヲ注シ余ノ一致セシメ又法律ノ事實ヲ正シ
 シ照應セシムルノ目的ヲ以テ細心熟考シ上此刑法改
 正私考ヲ草シ以テ當局者ノ參考ニ供ス

明治五年六月

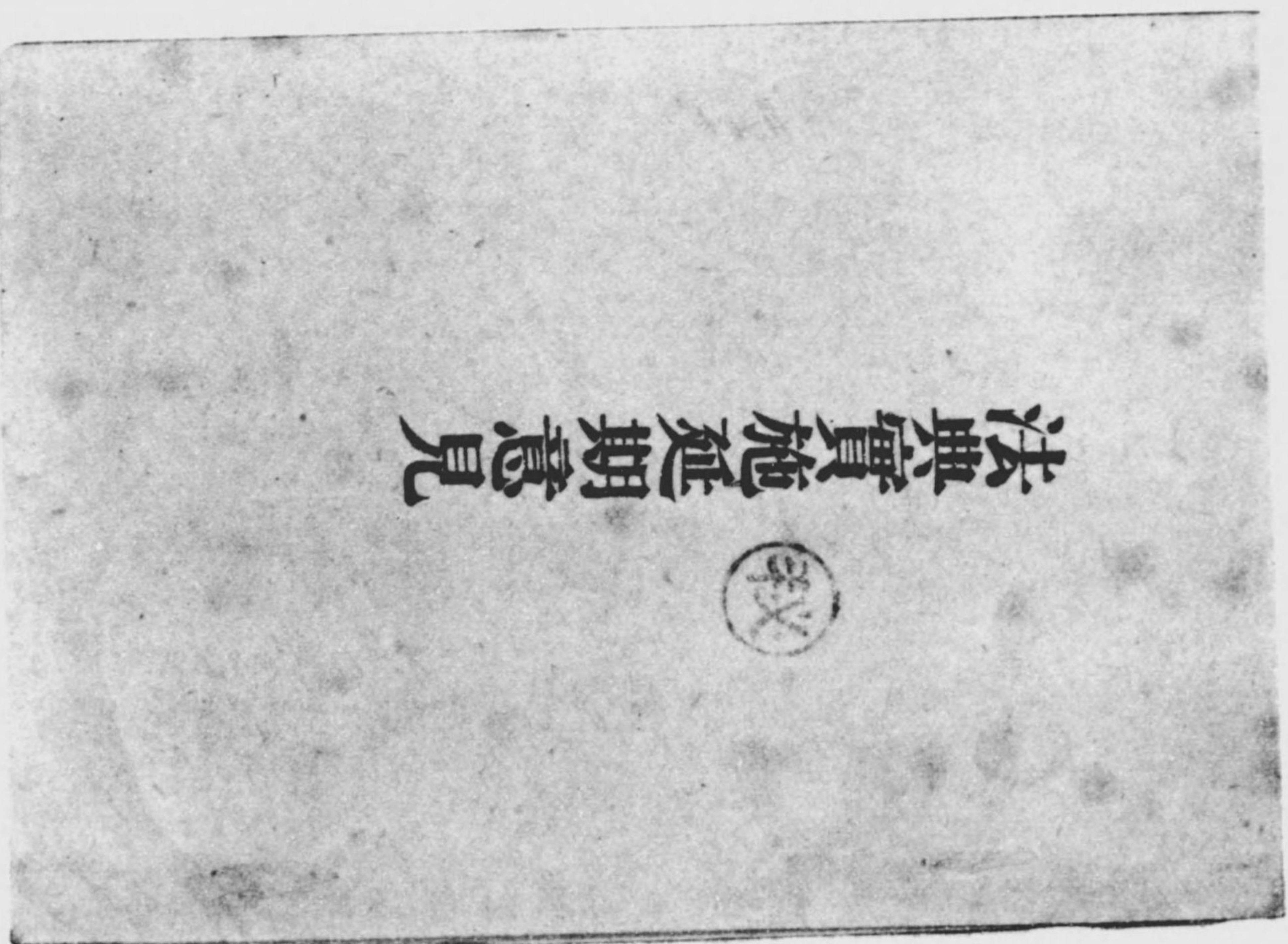
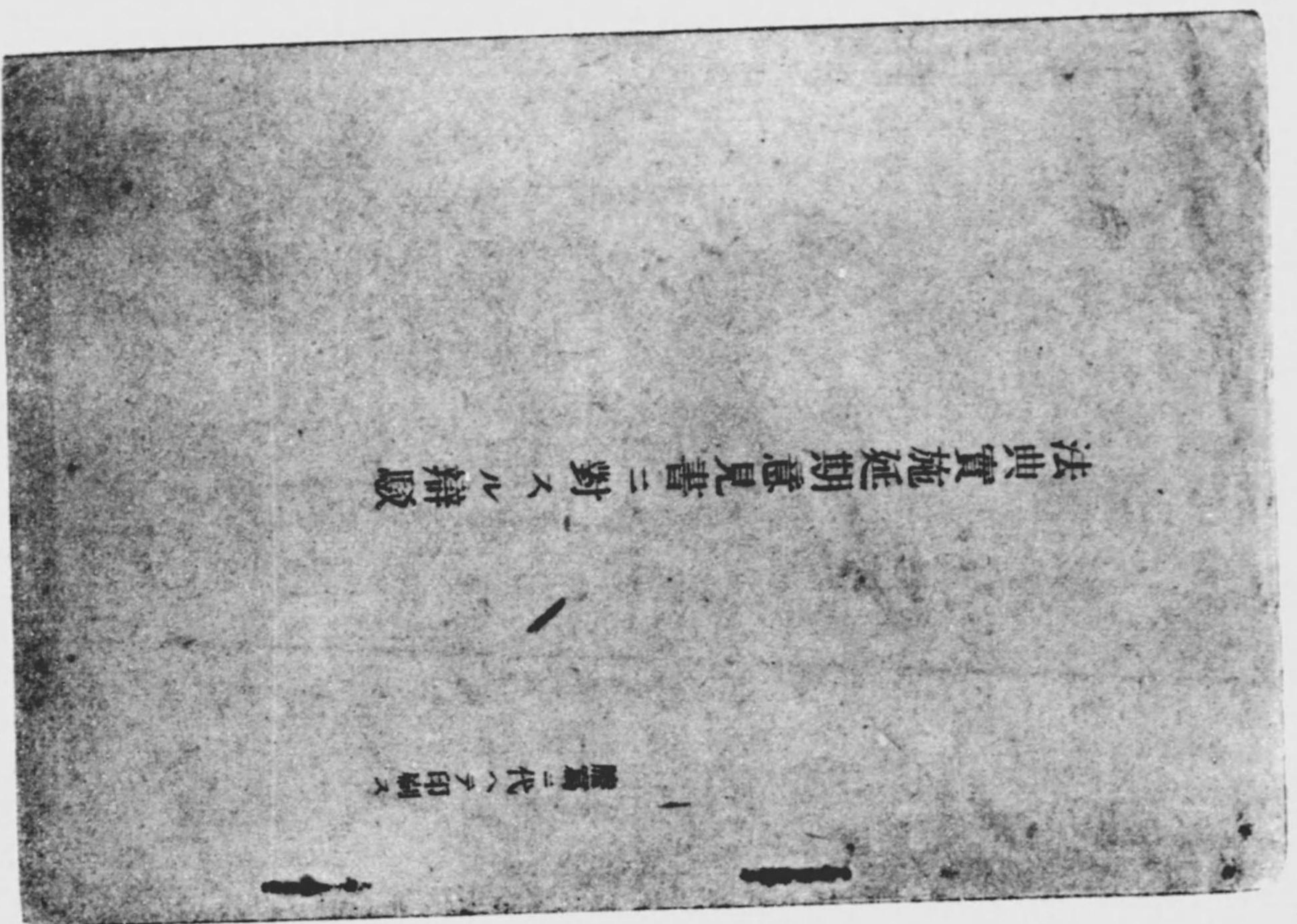
片山國嘉識

第一 現行刑法第三編第一章第二節題名ノ改正及
 名例知考

現時刑法ハ人ヲ殺スノ意無クシテ人ヲ傷害スルニ趣
 所為ヲ爲シ打ト称シ其殴打ニ因リ疾病損傷ヲ一指シ
 テ創傷ト名フテタリ是レ則チ刑法第三編中ニ殴打創
 傷ノ罪ト云ヘル題名ノ由ラ主セシ所以ナリ然レモ
 打ノ類創傷ノ名ハ其ニ意義殊ニハテ到底立法ノ精
 神ヲ其文字中ニ十分包含セシムル能ハサルニテナ
 り傷ヲ以テ人ヲ誤解スルニ志アリテ挫ムラ不適當
 ナ用語ナリ故ニ余ニ殴打ヲ暴行ト改メ創傷ノ傷害ト
 改メ以テ殴打創傷ノ罪トナルヲ暴行傷害ノ罪トハ單

考私正改法刑 筆自士博嘉國山片 圖二第

向つて右側は緒言の末尾、左側は『刑法改正私考』の第一葉を示す。本書は片山國嘉の自筆本と推考される事、本文の如くであるが、此の寫眞は原本に於ては夫々三葉の裏、四葉の表に當る。本書は寫眞に示さる様に、「醫科大學」の版心ある朱十三行罫紙を用ひてゐる。 縦 26.5cm. 横 19cm.



書駁反の其と見意期延施實典法の等束八積種・袁木江 圖 三 第

988
19

序

本書は『明治法制叢考』の序文に於て述べし如く、元來『明治法制叢考』と一冊として上梓されるものであつた。然るに組版して見ると右の書は餘りに大冊となり（A5判約八〇〇頁）、最初の書店の計畫と大に齟齬を來す結果となつた爲めに、書店よりの申出もあり、止むなく一部を割きてこれを『續明治法制叢考』と題し、二冊に分つ事とした。

本書に掲載せる論文中の第四は法學論叢第三十卷第三號に既に發表したが、それを書き改めたものである。併し其他は全部未發表のものである。尙本書に登載した寫眞は著者の所有に屬するものから選んだ事、『明治法制叢考』と同様である。

山口繁太郎、松田正治兩氏は性來、懶惰なる自分を常に激勵して呉れた。此處に深く兩氏に對して感謝の意を捧げ度い。

皇紀二千六百三年葉月

小早川欣吾誌

序

寫眞の向つて右側は明治二十五年四月に江木衷、穂積八束等十一名の名を以つて發表されたる『法典實施延期意見』の表紙、本書、縦 27cm. 横 19cm. 左側の寫眞は右に對する明治二十五年五月九日の水町袈裟六の反駁書の表紙を示す。本書、縦 22cm. 横 15cm.

目次

序

寫眞三葉

- 一 新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて……………一
- 二 片山國嘉博士の『刑法改正私考』……………一五
- 三 舊民法典編纂過程と舊民法典に對する論争に就いて……………二〇八
 - イ 舊民法典編纂過程の大様……………二一〇
 - ロ 舊民法に關する論争……………二八三
- 四 明治前期の擔保法の基盤……………四〇七
 - 一 幕末より明治六年地所質入書入規則に到る……………四〇七
 - 二 明治六年の地所質入書入規則の性質、特に其の歴史性……………四二一

a 土地永代賣買禁止法の撤廃と地券渡方規則との不可分性……………四三

b 地租改正條例と地券渡方規則との因果性、並びに地所質入書入規則との關聯……………四六

c 地所質入書入規則が明治擔保法史上に持つ位置……………四五

三法源……………

四九

a 慣習法……………四九

b 成文法……………四五

I 成文法の基盤を形成する繼受法の概観……………四六

イ 佛蘭西法……………四六

ロ 英國法……………四七

ハ 獨逸法……………四九

II 法の種類……………四九

イ 布告、達……………四九

ロ 指令……………四一

索引……………一

一 新律綱領及び改定律例の編纂過程と

其の判決に就いて

新律綱領及び改定律例の編纂過程に就いて先づ吟味し、更に夫れが如何に適用せられてゐたかを二、三の判決によりて考察して見度いと思ふ①。

慶應三年十月十四日に征夷大將軍徳川慶喜は上表して大政を奉還せんことを請ひ奉りしに對し、翌十五日に天皇は詔して大政奉還の請を允し給ひ、同日十萬石以上の諸侯の上京を命じ給ふた。かくて同十九日に慶喜は「刑法ノ儀ハ召ノ諸侯上京ノ上御取極可相成候へ共夫迄ノ處ハ仕來通ニテ宜候哉」と同書を提出せしに、新政府は同十月二十二日に

召ノ諸侯上京ノ上規則被相立候へ共夫迄ノ處へ是迄ノ通り可心得事

と指令し、刑法は姑く舊幕府の例に據りて、換言すれば『公事方御定書』の原則に據りて行はれる事と定めた。

而して元年正月十七日に始めて職制を定むるや神祇・内國・外國・海陸軍・會計・刑法・制度の七科の内に刑法事務科を置き、議定長谷信篤、同細川喜廷をして刑法事務總督を兼ねしめた。刑法事務總督は「監察彈糾捕亡斷獄諸刑律ノ事ヲ督ス」る官廳として設置されてゐたのである。其後二

一 新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて

月三日に三職七科制を改めて、總裁・内國・外國・軍防・會計・刑法・制度の八局となしたが、八局の内に刑法事務局を新置するに及び、刑法事務局を廢止するに至つた。ついで閏四月二十一日には更に此れを改めて、監察司、鞠獄司、捕亡司の三司を管する官廳として刑法官を置いたのである。然るに當時は未だ用刑の原則は定律されるに到らず、舊幕府領即ち府縣に於ては『公事方御定書』の原則に據り、各藩に於ては各藩法により夫々區々に行刑の事が行はれてゐたが、元年十月晦日に至りて新政府は行政官布達を以つて、新律撰定に至る迄の用刑の心得方を示して次の如く布達してゐる。曰く(行政官布達、第九百十六號)

王政復古凡百之事追々御改正ニ相成就中刑律ハ兆民生死之所係速ニ御釐正可被爲在之處春來兵馬倥傯國事多端未タ釐正ニ暇アラス依之新律御布令迄ハ故幕府へ御委任之刑律ニ仍リ其中磔刑ハ君父ヲ弑スル大逆ニ限リ其他重罪及焚刑ハ梟首ニ換へ追放所拂ハ徒刑ニ換へ流刑ハ蝦夷地ニ限リ且盜竊百兩以下罪不至死候様略御決定ニ相成候尤死刑ハ勅裁ヲ經候條府藩縣共刑法官へ可伺出且總テ粗忽之刑律有之間敷事

一流刑ハ蝦夷地ニ限リ候得共彼地御制度相立候迄ハ先舊ニ仍リ取計置可申事

一徒刑ハ土地之便宜ニヨリ各制ヲ可立事ニ付府藩縣共其見込ニ從ヒ當分取計置可申追々御布令可被爲在事

右之通被 仰出候條 御旨趣堅相守猶不決之廉有之候へ、刑法官へ可伺出候事

右の行政官布達は、新政府が統一的刑法典の編纂を意圖してゐた事を知らしめるものであると同時に、實に新政府の用刑の原則を示したるものと見る可きものである。而して右の行政官布達によれ

ば、斯の如く既に政府は全國を統一する新律の編纂を意圖して居た事を窺ひ知らしめるものである。これ共、新律の布令される迄は『公事方御定書』の原則により、たゞ磔刑は主殺、親殺の如き大逆に限りて用ひ其他の重罪及焚刑はこれを梟首に換へ、追放、所拂刑は徒刑に換へ、流刑は蝦夷地にこれを限る事とし、刑罰の上に僅かの變更を加へた事を明白に示すものである。殊に盜竊百兩以下は死刑を科せざるを原則とする旨を定め、加ふるに死刑の裁決權を政府の手に收めて、死刑は刑法官を經由して勅裁を經可き事としたのである。此の刑罰處斷の原則は大體、三年十二月二十日に「新律綱領」が頒布されるに到る迄用ひられし所であつた。かくて新律の成就に到る迄の間、刑法官は包括的なる刑罰取扱原則として「假刑律」即ち一般に「假律」と通稱せられる暫定的刑律を主として支那刑罰法に則して定めたのであつたが、もとより此れは天下に布告し頒布せしものではない(併し相當に官廳の方面に於ては「假律」の内容が知れてゐたと推察される。例へば二年七月八日の京都府何書參照)。此の「假律」はおそらく元年閏四月二十一日以降同年辰八月迄の間に於て假定せられしものであらうと推察され得る。何となれば「假律」が若し刑法官に於て假定されしものとする事が誤なしとすれば、「假律」の編纂は刑法官設置の年なる、閏四月二十一日以後の事でないならばならない事となるし又、後述する「假刑律的例」を見れば、元年辰八月眞田信濃守の何書に對する返答に「凡竊盜倉庫ヲ破事者盜得サレハ笞五十既ニ盜得ル者二十金以下ハ笞一百之新律相立候ニ付盜賊喜代太郎笞一百之刑可申付候事」なる回答が存してゐる。此の

回答は明らかに「凡窃盜倉庫ヲ破ルモノ盜得サレハ答〔七十〕^{五十}既ニ盜得ルモノハ答一百若賊ヲ計ヘ本罪^百ヨリ重キモノハ盜〔二〕等ヲ加フ」とある「假律」の「倉庫ヲ破ル」條によりて處罰されたものと推考され得る。果して然らば、元年辰八月以前に「假律」が編纂されてゐた事と結論付けられ得るのである。「假律的例」は府藩縣より刑法官に對し刑罰の處斷に擬議ある場合に其の裁決並に取扱等を伺出せしに對して、指令を與へたるものを登録集編したるもので、元年辰八月以降同二年三月廿七日迄の伺書並に指令約四十九件を大體月日順に列記するものである。内容は

答刑。金銀取引處置。酒狂之上殺人者處置。梟首。脱籍者處置。流刑。罪囚人取扱方。博奕處置。盜賊處置。繼子殺シ處置。刑律問答。死刑之外處置方伺。贖金處置。大赦ニ付罪科差免事。吟味中病死ニ付死骸取片付處置。磔刑。流罪。梟首。梟首。刑罰拷問可除定日。徒刑。禁錮。刑律問答。穢多非人徒刑處置。死刑臨機處置。刑律問合。流刑。醉狂亂暴。役儀差免處置。謹慎。刎首。刎首。梟首。梟首。刑律問合。刑律問合。徒刑。割腹。刑律問合。徒刑中脱走處置。梟首。割腹。徒黨發頭人處置。刑律問合。徒刑處置問合。罪人取扱心得方。刑律問合。徒刑規則。禁錮。久離勸當。

右の「假律的例」中には注目す可き伺並に指令が相當存在してゐるが、此處には煩を避けて述べない事とし度い。

かくて政府は既に元年閏四月以降「假律」を假に編すると共に、永世の基則たる可き確定的なる新律の編纂に着手したのである。例へば元年辰十二月山内土佐守より

一抑新律唐以下明清等之律中御採用ニ相成候哉又ハ舊幕等之罰例御取捨之上更ニ御新律御出來ニ相成候哉之事と伺出でたるに對し、同年十二月八日の返答には

新律御撰定之上御布告可相成候間其節承知可致候事

と回答してゐる趣旨よりも政府に新律編纂の意圖が既に存してゐた事を推察し得るであらう。尤も政府は「假律」即ち「假律」を假定的刑罰取扱準則として定めてゐたけれ共、「新律綱領」の頒布迄は舊幕府刑法は此の「假律」の原則と並び行はれてゐた點は看過してはならないと思ふ。斯の如く政府は明治初頭より新律の編纂に着手し、元年十月頃には菊地駿助に命じて舊幕府評定所の裁判記録七千六百餘冊を基礎として『徳川禁令考』を撰述せしめ、又、同年十月二十五日には議政官史官水本保太郎^(美或)に命じ「明律」を考訂せしめてゐる。即ち元年十月二十五日附の水本保太郎への達には

明律取調御用被仰付候事

とあるは此の事實を示すものである。政府が『公事方御定書』並びに明律を編纂考訂せしめたる事は、政府が意圖せし新律を如何なる母法の上に求めてゐたかを、端的に示してゐるものに外ならない。かくして愈々元年十月晦日に上述せし行政官布達^(第九百)を以つて新律の撰定に至るまでの用刑の心得方を示したのである。此の行政官布告によれば、上述せし如く政府の刑律編纂の方針が既に

一 新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて

當時に於て大體決定された事を推察し得るものがある。即ち出來得る限り寛刑主義を採用し、從つて死刑を減少せんとした事。假令、死刑を執行せざる可からざる場合に於ても重罪並びに焚刑に該る犯罪は、此れを梟首とし、且つ追放所拂刑を廢止しこれを徒刑となし、流謫地を蝦夷地、換言すれば北海道に限定せし事。これ新律の刑罰の原則であつたのである。右に對して京都府(元年辰十一月四日何書)、長崎府(元年辰十一月十日何書)、熊本藩(二年巳二月十三日何書)、膳所藩(二年巳二月四日何書)、伊那縣(二年巳二月十五日何書)、鳥取藩(二年巳三月六日何書)等より夫々新律頒布に到る迄の間の暫定的處置に關して右の行政官布達に連關して生じたる疑に對し、伺書を提出してゐる。此の場合の回答には何れも舊幕府の刑律の準則によりて刑罰を處斷す可き旨を令したと共に、前述した「假律」に準據して犯罪を取扱ふ可き回答を發してゐる點は、一應注意してよい所であらう。何となれば、政府の方針としては、既に明清律系統、換言すれば支那刑罰法によりて新律を編纂する事に決定してゐた事が、右の事實だけからでも推察され得、それ迄の所は止むを得ず暫定的に舊幕府の犯罪取扱の原則による可き事と定めてゐたと推知し得るからである。かくの如く新政府は新律編纂を意圖する一方、雑多なる犯罪に對してより一層詳細なる犯罪取扱の原則を指示せんとし、更に府藩縣の諸種の刑名の伺書に對應して其準則を與へ、尙一步進めて元年十一月十三日に至り死流徒笞の刑名を定め此れを各三等と爲す所があつた。併し此の四刑三等も飽く迄、假定のものである。即ち元年十一月十三日の達に

新律御治定迄別紙四刑各三等ヲ以テ假ニ輕重ヲ配當致シ當節左之通處置イタシ候事

火 強盜、人ヲ殺ス者 <small>附</small>	梟 首
強 百兩以上竊盜 <small>盜盜</small>	刎 首
竊盜 五十兩以上	徒 罪
同 二十兩以上	笞 百
同 一兩以上	笞 五十
同 一兩以下	笞 二十

欲盜未得盜者亦同
其餘之犯罪右ニ可準知事

一 死罪之儀ハ經奏裁候而可刑事

一 於盜賊ハ流罪除之

但梟刑之内姑モ難閣事情有之者ハ其府ニ於テ即決追テ奏聞之事

一 火刑ハ永廢止之事

一 殺君父ノ大逆罪ハ臨期勅裁之上可處磔刑事

其他磔刑廢止之

一 絞首ハ至秋季一時ニ刑之自然御大禮等ニテ赦令有之候ハ、可被免之事

一 新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて

一官人並諸藩士等之刑科（刎首流禁錮已下輕之事自盡）

死	梟首	刎首	絞首
流	七年	五年	三年
徒	二年	一年半	一年
答	百	五十	二十

以上の四刑三等表は申す迄もなく、元年十月晦日の抽象的なる行政官達の内容を更に具體的に明確にせるものと見る可きものである。大體に於て、以上の如き準則に基き、明治初頭の刑罰は執行せられるに到つたが、右の四刑三等表とて、もとより刑罰の極めて大まかなる大綱を示したるものであつて、更に一層具體的なる細則は後年の「新律綱領」の頒布の時迄、これを待たねばならなかつたのである。布達によりて舊幕府法は此の限りに於て先づ其の施行範圍を縮少せられるに到りたる事を示すと共に、此原則は舊幕府法に比すれば明らかに寛刑の主義に則してゐる事を看取し得るのである。尤も梟首、磔、刎首或ひは笞杖等の刑罰が存在してゐるが、梟首は十二年一月（布達第一號）に廢止され、刎首、磔は「新律綱領」の頒布によりて廢止、笞、杖は五年四月（布達第三號）に懲役に換へられる迄、實施せられし所であつた。

ついで翌二年正月に刑法官は更に刑名を定むる所があつたが、それは特に強盜竊盜に對するもの

であつて、元年十一月十三日の前掲の四刑三等の準則の強盜竊盜條目を改定せるものと見る可きものであらう。即ち

竊盜 <small>一兩以下</small>	欲盜未得盜者	答二十
同	五兩以下	答五十
同	十兩以下	答百
同	二十兩以下	徒一年
同	四十兩以下	徒一年半
同	六十兩以下	徒二年
同	八十兩以下	徒二年半
同	百兩以下	徒三年
同	百兩以上	刎首
強盜	刎首	刎首
同	百兩以上	梟首
同	殺害人	同
同	強姪	同
追放處拂	換	徒
徒刑場脫走	二度迄ハ年數倍ス三犯ヨリハ刎首	

一 新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて

流刑 五畿山陰山陽へ阪府 九州へ崎府

府藩縣ヨリ科書相添護送爲致兩府ヨリ九國流刑藩々へ引渡候様當官ヨリ相達候事

右の刑名は其後に到りて二年八月五日に刑部省届に見ゆる様に、又もや改められてゐるが、此の二年八月五日の改定は僅かに夫迄磔とありしを磔罪に、梟首とありしを梟示に、刎首とありしを斬罪に、徒刑とありしを徒罪に、笞刑とありしを笞罪と改められしに過ぎず、單なる稱呼上の改正であつて、實質的なる改正と見る事が出来ない。大體に於て、二年正月の刑名による原則が「新律綱領」の頒布に到る迄實施せられたものと解して差支へなき所である。斯の如く迂餘曲折を経つゝ漸次的ではあるが、明治新政府に於ける刑罰法規は次第に整備される傾向を示すに到つてゐるのである。此の時に當りて二年七月八日に東京府は一の問合を刑法官に發して曰ふに、舊刑律即ち「公事方御定書」によれば、「主殺」は「二日晒一日引廻鋸挽之上、磔」であり「主人ニ爲手負候者」は「晒之上、磔」、「古主ヲ殺候者」は「晒之上、磔」と定められてあつた。尙「及女犯候所化僧之類」は「晒之上本寺觸頭へ相渡寺法之通り可爲致」、「男女相對死仕損候者、三日晒、双方存命候ハ、非人手下」である。然るに「御假律面引廻ハ被廢候儀ニ可有之候得共晒之儀ハ別段御沙汰無之候ニ付前顯五箇條之類都テ舊律之如ク晒申付可然哉否至急承知致度此段御問合オヨヒ候也」として「假律」には引廻刑は廢止せられしも、晒刑は廢止の明文無きを以つて、舊態依然として晒刑のみ

はこれを用ふ可きや否やを問合せたのであつた。此の問合せに對し刑法官は指令を發して

主人ニ爲手負候者及ヒ古主ヲ殺ス者へ梟首其餘ハ新律頒行迄伺之通り但シ晒引廻シ鋸引ハ廢止候事

と令し晒、引廻、鋸引の刑を全廢するに到つてゐる。斯の如く刑罰取扱の準則は徐々として新政府の標榜する寛恕の主義に適合し、且つは又時勢に適應する様に改正されつゝある時、二年九月二日集議院に對し刑法商議に關して御下問を發せられたが、其の御下問の詔には次の如く宣せられ給うてゐる所であつた。

我大八洲ノ國體ヲ創立スル遠古ハ措テ不論神武以降二千年寛恕ノ政以テ下ヲ率ヒ忠厚ノ俗以テ上ヲ奉ス大寶ニ及
ン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間政ノ汗隆時ノ治亂ナキニ非サルモ大率光被
ノ德外蕃ニ及フ保元以降乾綱紐ヲ解キ武臣權ヲ專ニシ法律以テ政ヲ爲シ刀鋸以テ下ヲ率ユ寛恕忠厚ノ風遂ニ地ヲ
掃フ今ヤ太政更始宜ク古ヲ稽ヘ今ヲ明ニシ寛恕ノ政ニ從ヒ忠厚ノ俗ニ復シ萬民所ヲ得テ國威始テ振フヘシ頃者刑
部新律ヲ選定スルノ時仍テ茲旨ヲ體シ凡人虐故殺強盜放火等ノ外異常法ヲ犯スニ非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ニ歸スルニ在リ衆其商議シテ以テ 上聞セヨ

九月

右の御下問の詔に現はれる御趣旨を一言を以つて表示すれば「寛恕以テ流以下ノ罰ニ處セシメントス」る新政府の刑罰方針を明確に示し給へる點に盡きるのであらう。換言すれば能ふ限り死刑を適用せず、寛刑主義に則する新律を編纂せんとの大御心を示し給へるものである。而して斯の如く特に

刑法商議に關する御下問を集議院に賜うた事は、當時政府部内に着々として進行してゐたと想像される刑法典編纂事業に即應して一の參考資料をこれに與へんとする御聖旨にあつたとも拜察し奉り得るのである。「頃者刑部新律ヲ選定スルノ時」とは二年三月十八日刑部省内に刑律編輯局を設け、刑律取調掛を任じたる事實を指稱せられるものであらうか。此の刑律取調掛の内には津田眞一郎も列して居た事は、二年三月十八日の津田眞一郎への達に

刑律取調中日々刑法官へ出仕可致事

とある趣意に依り分明であり、尙津田の外に長野卓之允、水本保太郎も列してゐた事は明白であらうと推定される。併し乍ら、當時政府に於いて進行してゐたと想像される刑律編輯事業は如何なる程度の進捗を見てゐたのか、此の點に就ては、今日未だ確實なる資料を得る事能はず、従つて甚だ不明なる點が多いのであるけれ共、二年九月二日の集議院への御下問は上述せし如く此の政府の刑律編輯事業に對する參考資料となり得たものであらう。かくして集議院に於ては、陛下の御下問に答へ奉りて、同九月十日臨時會議を開き會議の結果を纏めて奉答した。會議の結果は次の如く纏められたのであつた。

- 一 刑ナキニ至ルノ要ハ教化ヲ先ニスルニ在リ法律ハ先ニスヘキ所ニ非ス 右 二十七人
- 一 宜シク嚴刑ヲ除キ寬恕忠厚ヲ旨トスヘシ 右 七人

- 一 刑ヲ用ユルノ要寬猛相濟フヲ貴フ宜シク偏用スヘカラス 右 六十三人
- 一 姦猾ノ民ヲ御スルニハ宜シク嚴法ヲ用ユヘシ教化至ルノ後ニ非サレハ寬法ヲ用ユヘカラス 右 二十二人
- 一 和漢洋諸律ヲ斟酌シ新律ヲ草シ衆議ニ付シ而後ニ之ヲ行フヘシ 右 八人
- 一 宜シク徒罪ヲ施行スヘシ 右 九人
- 一 法律ハ嚴重ニ立置之ヲ行フニ當リ寬恕ノ心ヲ以テ其罪ヲ輕クスヘシ 右 十九人
- 一 御下問ノ通り異議ナシ 右 十二人

其他議論細末ニ涉リ大事ニ關係ナキ者 十三人

右の結果に基き、續いて十月七日に「專ラ寬恕ノ御趣意ニ原キ」律書を撰定す可き事を刑部省に命じ賜うたのであつたが、其の達には次の如く述べられてゐた。

今般新律取調被 仰付候ニ付テハ前日集議院へ御下問ニ相成候通專ラ寬恕ノ御趣意ニ原キ凡叛逆人命強盜放火等ヲ除クノ外可成丈ケ流以下ニ處シ竟ニ刑無刑ニ期シ候様被遊度 聖旨ヲ奉體シ撰定可致旨 御沙汰候事

此の聖旨を奉體し、刑部省は更に大學の大博士水本保太郎(成)、助教鶴田彌太郎(皓)に命じ刑律編纂の事を兼ねしめたが、又村田虎之助(之助)も此の際に於て刑法官に出仕して刑律編纂に關係してゐたものであらう。刑部省は新律編纂を命せられると共に、もとより直ちに新律編纂の事に拍車をかけて従事したのである。かくて一先づ十一月に伺書を提出して新律成功の時迄の死刑取扱方を伺

出でた。即ち

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撰定可致旨被 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斷ヲ停メ流徒以下ノ罪ハ是迄ノ如ク假律ニ依テ區處之職官公罪ヲ犯シ及ヒ失誤スル者ハ本罪ニ二等ヲ減シ裁斷仕度此段奉伺候以上

右の伺書の趣旨は新律の撰定に到る迄、殺人、強盜、放火犯の外、死刑の處斷を假りに停止せん事を伺ひ出たるものである。右伺書に對し、辨官は附紙の形式を以つて「可爲伺之通事」と回答されてゐる。かくして同十二月二十日には「新律綱領」の頒布のある迄、死刑の執行を極めて局限する主義を採用したのであつた。

かくて三年に入りては先づ正月二十日に籍沒法を廢した。抑々三年早々の正月(日)に刑部省は上申して云ふ。

財産籍沒ノ法大寶律ハ謀反大逆ニ止リ朱明滿清ノ律モ謀反大逆謀叛姦黨ニ止リ強盜以下ハ皆與カラス蓋罰ハ其身ニ止リ人ヲ戮スル學マテニセサルノ良法善政ニ是レ由レリ將家戰亂ノ後覇府ヲ開キ武斷嚴法ヲ以テ天下ヲ治メシヨリ籍沒ノ法盛ニ行ハレ微罪ト雖モ其財産ヲ盡收スル者アリ是一人ノ罪ニシテ父母妻子皆生ヲ仰クニ所無ク道途ニ乞丐スルニ非レハ他方ニ流落ス無罪ノ人ヲシテ此艱苦ニ罹ラシムル法政豈ニ得タリト謂ンヤ故ニ古人謂フ籍沒ハ非良法ナリ訟獄ノ衰息ヲ欲セハ籍沒ノ法ヲ除クニ如クハ莫シト今ヤ王政一新百事古ノ法制ニ回復シ將家ノ弊政ヲ洗除スルノ際ニ方リ願クハ早ク此籍沒ノ法ヲ除キ萬一反逆姦黨ノ徒アラハ別ニ之ヲ處スルノ嚴法アル可シ臣等

議スル所此ノ如シ謹テ朝裁ヲ奉仰候敬白

大體、財産籍沒法とは財産沒收刑で附加刑的性質を有する酷烈なる刑罰であつて、犯罪者の全財産を沒收する時は犯罪者以外の全家族は爾後住むに家なく、食ふに食なく、着るに衣服なき状態に瀕し流浪生活を送らねばならず、此の意味に於て刑罰は犯罪者個人に對して科せられるのみならず、實際的に其の全家族に迄も及ぼされる事となるものである。申す迄もなく、斯の如き刑罰は武斷的な封建治政の下に在りては、よく其の威脅刑的目的を達し得るものと見られたのであらうが、併し、新政府は寛刑の原則に立つ以上、かゝる酷烈なる封建的刑罰を先づ放棄せねばならなかつたのである。故に此の刑部省上申に對し、政府は次の如く達し、刑部省上申の趣旨を直ちに採用して地方官へも此の旨を觸れ達してゐる所である。即ち正月二十日の達に

刑法新律追テ被 仰出候へ共差當リ財産沒籍ノ法被爲停度 思食ニ付各地方官ニ於テモ御趣意ヲ奉體可致旨 御沙汰候事

同日、刑部省への達には

財産沒籍ノ法ヲ停止候建議ノ趣御採用ニ相成別紙ノ通地方官へ御沙汰ニ相成候間此旨相達候事

と見える。「差當り」とあれ共、永久に此の刑罰は爾後、再び採用される事がなかつた。おそらく此の間に於て新律の編纂は着々として進行してゐた事であらう。二年五月十五日に刑法官知事に命

せられ、同年七月法官が廢せられ刑部省が置かるゝや、刑部卿に任せられ、當時刑部卿たりし嵯峨實愛の日記なる「續愚林記」を讀むに、次の如き記事が連記されてゐるのを見る。

五日(註。二月)

一已上刻著狩衣參省新律之儀ニ付編輯齟齬昨日來甚當惑之旨大輔(註。佐々木高行)以下談有之一同衆議猶編輯大博士(註。水本成美)等可申談申合了此間之儀不違記之未半過退出歸邸

七日

一佐々木刑部大輔(註。佐々木高行)轉參議齋藤中辨(註。藤利行)刑部大輔被宣下仍兩人面會申合旨有之未半前退出向干省大輔任之間儀丞判事等申談趣有之且新律之儀相談等了退出歸邸 一佐々木參議當官ヲ以新律御用是迄之通被仰付旨也此事内々予所申立也

九日

一辰半時著狩衣出仕干省新律編修之儀申合有之省中輔丞判事編輯等并新參議高行朝臣參會有之

二十四日

一辰半斜著狩衣出仕於省如例新提綱草本成ニ付校訂予以下丞判事等佐々木參議所參會也午刻後止校合

二十五日

一已上刻著狩衣出仕如日々新律校合如昨日賊盜律之分今日校訂成了未半剋退出

右の嵯峨實愛の日記の誌す所に從へば二月廿四日に「新律提綱」の草案が成りし事が明白であるか

ら、既に三年正月頃には着々として新律の編纂が進捗してゐたものと解しても差支へないであらう。尙、「續愚林記」を續いて閲讀するに、二月二十四日に「新律提綱」の草案が成就するや爾來、其の校合に盡力してゐる状態が一々明白に記載されるのであつて、遂に三年十月九日に「新律提綱」は上聞に達するに到つた。「續愚林記」の十月九日の條を披見するに

九日

一刑部丞等進書狀新律提綱今日於御前讀上之事被仰付大丞大判事等不殘參上有其儀猶殘之分明十日第九字如今日讀上被仰付之旨下略

又、「大久保利通日記」の三年十月九日の條にも

九日九字參朝於御前刑律書伺刑部省參朝退出后吉井の訪云々示談

と見えてゐる。佐々木高行が大輔たりし當時の刑部省は卿は嵯峨實愛、大輔は佐々木高行、大丞は青木信寅、權大丞澤簡徳、少丞は鳥居重雄、塩坪恭信であつて、大判事として伊丹重賢、松本暢、水本成美、少判事は中村公知、岡内重俊、宮崎臣貞等が居た。又後には津田眞道も中判事となつてゐる。おそらく此等の者が「新律提綱」の編纂に關係したもので、鶴田彌太郎、長野卓之允等も亦「新律提綱」の編纂に何等かの關係を有したものと推察して差支へなきが如くである。かくて三年二月廿四日に「新律提綱」の草案先づ成り、ついで同六月十四日に「新律成功ニ付合六冊進達仕候

宜御評議被仰付度奉存候也」と刑部省上申にある如く、六月十四日に其の成就を見てこれを政府に進達してゐる。而して七月十八日には刑部省は引續き伺を提出して「上略。嚮者所進ノ新律提綱ニ據レハ死ヲ出テ流ニ入ル其死ヲ出テ流ニ入ルト雖モ未タ朝廷ノ查檢ヲ畢ヘサレハ本省特ニ束手スル而已ニ非ス府藩縣亦然リ。中略。然ルニ假定律ハ刑重クシテ條數少ナク提綱ハ刑輕クシテ條數多シ故ニ朝廷仁恤ノ旨趣ヲ奉體シ重キニ從フヲ欲セス輕キニ從ヒ度候間萬機ノ暇提綱速ニ查檢決定被下度」と述べ、更に「今省ノ撰呈スル提綱ハ明治ノ本律ニ非ス即大寶唐明ノ初撰草定ナレハ五刑ノ等差輕重ノ分銖ヲ失ハサレハ現今一定ノ律ト草決シ罪囚ノ停滯ナカラシメ百代ノ準繩不朽ノ成憲ハ仍ホ漢洋諸律ニ酌量シ爾後緩ニ撰定致シ度候間速ニ提綱検査御下ケ有之度若シ急速御下ケ不相成ハ府縣ハ暫ク之ヲ舍キ本省丈ハ提綱權衡ヲ以テ處斷シ停刑罪囚都テ疏除致シ度此段奉伺候。」此の伺書に對し、政府は如何なる回答を發したか不明であるけれども、要するに六月十四日に進達せし「新律提綱」を一ヶ月を経過する七月十八日に到るも政府は尙其の查檢を了せざりし事は明白である。故に刑部省は查檢が遅延する場合は、刑部省のみに於て「新律提綱」の規定する原則に従ひて犯罪を所斷する事を許可され度いと述べ、更に注意す可き事實は、刑部省に於ても「新律提綱」を「明治ノ本律ニ非ス」「百代ノ準繩不朽ノ成憲ハ仍ホ漢洋諸律ニ酌量シ爾後緩ニ撰定致」す可き旨を述べてゐる點である。要するに刑部省の意嚮に在りては「新律提綱」は「假律」の比較的嚴刑主義なるを、

更に「朝廷仁恤ノ旨趣」に添ふ可く改正しこれを稍々詳細に規定したものに過ぎず、これを一時の「草決」と見てゐたのであつた。而して十月五日に到り、刑部省は更に伺を提出し、

新律提綱再訂奉奏候ニ付テハ兼テ申上置候通府藩縣罪囚停刑致置候分不少仍テ當省ハ從前ノ假律ヲ廢シ此新律ヲ以テ今日ヨリ施行仕度尤府藩縣ヘハ追テ上木ノ上御頒布相成度此段奉伺候也

但上木ノ義ハ當省ヘ御委任相成候様仕度奉伺候事

と述べしに對し、同十月十二日の指令に

可爲伺之通事

と回答された。以上の沿革により「假律」は三年十月十二日より其の適用を廢止され、此れに代つて「新律提綱」が刑部省のみに於て實施せられるに到つた事を知り得るであらう。此より曩、十月九日に「新律提綱」が上聞に達してゐた事は上述の如くである。斯の如くして「新律提綱」が先づ成り、それは刑部省のみではあつたが、利用せられるに到つた。併し乍ら他面に於て三年二月廿四日以降十月九日迄に刑律關係の改正殊に草案の改正は相次いで行はれてゐた。先づ三年五月二十三日に偽高の者處分方十一ヶ條を定め、租稅脫納者の取締を行つたが、ついで七月二十五日に復讐律を定めた(江藤南白 上ノ六八〇復讐)。抑々復讐律の議が發生したのは三年五月二十七日の刑部省伺に基く。

古昔大寶律ヲ編スル專ラ唐律ニ斟酌ス而シテ唐律復讐ノ條ヲ載セス故ニ大寶律モ亦其條ナシ陳子昂ノ議ニ曰ク父ノ仇ヲ報スル者之ヲ誅シテ其間ニ旌ス柳宗元ノ駁ニ曰ク誅並行ス可ラス韓愈ハ則チ其事ヲ具シ尙書省ニ申シ尙書省集議奏聞其宜ヲ酌シテ之ヲ處シ議一定セス後世適從スル所ヲ知ラス朱明ニ至リ周官仇讐ヲ報スル者士ニ書ス之ヲ殺シテ罪ナキノ文ニ原ツキ鬪訟律内ニ若シ祖父母父母人ニ殺サレ子孫官ニ告ス行兇人ヲ擅殺スル者ハ杖六十其即時ニ殺死スル者及ヒ官ニ告ル者ハ論スル勿レノ條ヲ加ヘ以テ定制ト爲シ有司ノ守リ始メテ報スルヲ得テ孝子ノ心亦伸ルヲ得情法俱ニ盡ク故ニ滿清ノ律ヲ編スル其文ニ因リ一字改易セス之レカ解ヲ加ヘテ曰禮ニ曰父母ノ讐ニハ與ニ天下ヲ共ニセス之ニ市朝ニ遇ヘハ兵ニ反ラスシテ鬪フ義復讐ス可シ故ニ擅殺ノ罪輕シ若シソノ親ノ殺サル、ヲ目撃シテ痛忿激切即時ニ其讐ヲ手刃スルハ情義ノ正ナリ何罪カ有ラン今新律編修ニ付復讐ノ條モ鬪毆内ニ置キ明清律ニ據リ如右定度存候得トモ舊幕府御委任律ニ據レハ並無罪ニ候ヘハ如何一定可致哉此段奉伺候

右の刑部省伺によれば、當時刑部省内に新律の編纂が進行しありたる事實を示すものであると同時に、刑部省の意見では復讐に關する律文を明清律の條文を準則として、これを定めんとする意圖を有してゐた事を窺ひ知らしめるのである。明律(卷二十、刑)の「父祖被毆」條を讀むに

若祖父母父母爲人殺而子孫擅殺行兇人者。杖六十。其即時殺死者勿論。

なる律文が存在してゐる。周知の様に清律に到りても右の律文は其の儘、倣襲された所であつたが、復讐刑を存置す可きや否やに就ては實は支那刑制史上に於ても多くの議論疊見し、殊に儒家の説と法家の説が此の一點に於て最も明截に對立せし所であつた。禮記(禮曲)に「父之讐弗與共載天。兄弟

之讐不反兵。交遊之讐不同國。」と記されるが、此の説は漢代以後、儒家の遵奉する所となつてゐたのである。又、上記の刑部省伺中の「周官云々」は周官、秋官(朝士)の「凡報仇讐者。書於士。殺之無罪。」の文を指すものであらうか。韓愈は其の有名なる「復讐狀」に於て復讐は禮經に據れば則ち義天を同じうせず、法令に徵すれば人を殺す者は死す。禮法の二事は皆王教の端、此の異同ありと論じてゐた。もとより支那刑罰史上、南北朝の如き殺伐の時期に於ては一時庶民の自由なる復讐を禁じた時もあつたが、明律以後は大體に於て祖父母、父母の復讐を認めんとする傾向を採つてゐたものである。「公事方御定書」に據れば、復讐即ち我固有語の所謂「敵討」に關する條文は存在しないが、公許を得て此れを合法的に行ふ時は勿論無罪と見られてゐたのであつた。刑部省は新律の編纂に當面して斯の如き沿革を有する復讐律を如何に取扱ふ可きや否やに就き議論區々を極めて決し難かりしものか、伺書を提出し、其決定を乞ふたのである。政府は刑部省の此の伺に接して翌六月二日、大學に對し復讐律存置の件に就き其意嚮を尋ねる所があつた。此尋問に對し六月五日に中博士芳野世育、少博士藤野正啓、同木村正辭は復讐律の律條を新律の上に設くる事を反對し、且つ其の讐の逃亡をおそれ官に告げずして祖父母父母の仇を復讐せる者はこれを擅殺の罪と區別して無罪とす可き所以を論じ「今復讐人ノ官ニ告ケサルヲ罰ストモ豈孝子ノ義憤ヲ懲スヘケンヤ。」と述べてゐる。所謂復讐人を犯人と目して此れを處罰しても、復讐人は一種の確信犯人であつて、

處罰する事を以つて復讐を絶つ事は不可能であると結論してゐるのである。此の芳野世育以下の意見は全面的に復讐の合法的行爲なる事を認めんとするにあり、寧ろ、儒教的思想の上に立ちて立論する者であつた。復讐律を律の上に存置す可きや否やは倫常、殊に我國の如き君父に對する絶對的服従義務を中核とする倫常を經として、國民的道德の確信が形成されてゐる國家に於ては、殊に大なる問題として論じられる所である。併し復讐の恣意的敢行は他面、社會の治安をそれだけ攪亂するものである事を考慮の上に置かねばならないし、殊に東洋的刑罰法規の上に、至大なる影響を與へてゐる法家的見地より、復讐を見れば、殺人犯人は如何なる理由たるを問はず處罰せねばならぬといふ論が立てられる。此の點は論考す可き所が多い。併し右の芳野世育以下の論に對し、大學中助教小中村清矩、少助教依田董は

復讐ハ孝子ノ情ヲ伸サシメテ禁法有ルヘカラサル勿論ナリ但官ニ告サル擅殺ノ罪ハアルヘシ是官ヲ畏敬スル道ナレハ孝子モ甘シテ其罪ヲ受ヘシ然レハ明清律ニ據リテ今新脩ノ律闕殿内ニ杖六十ノ律ヲ定メラルヘシ不然ハ人憲法ヲ重セスシテ自擅ノ風興リ終ニ官ヲ犯スノ弊ヲ生スルニ至ラン杖六十ヲ定ルハ正律ナリ其變ニ出ル者ハ其臨時ニ議定セラレテ可ナラン

と答へてゐる。此の説は儒・法二家の説を折衷せしものであるが、申す迄もなく中博士少博士の説よりも、中助教少助教の説の方が遙かに卓見にして、一應は此等大學よりの獻言は「御採用不相成

候事」と指令されたが、中助教と少助教の説は大體に於て後の「新律綱領」の「鬪毆」の「父祖被毆」條に採用された所であつた。此の復讐律の議に就ては制度局の意見は「司法官ノ令天下ニ貫通スルノ法ヲ設ケテ然ル後ニ始メテ復讐擅殺ノ罪律ヲ起ス可キ也」といふにあつた。此等の大學並に制度局の意見に對し、七月四日に刑部省は更に再伺を提出してゐる。刑部省再伺は大學の諸博士及び制度局の意見の誤なる所以を論證して「故ニ本省并ニ大學助教ノ對ノ如ク鬪毆條内ニ不告官者杖六十ノ律ヲ加ヘ有司之守リ執ヲ得孝子ノ情伸ルヲ得テ自擅ノ漸防クヲ得ヘシト存シ仍ホ再議此段奉申上候」と述べた點にある。政府は此の議に對し遂に七月二十五日に到り、指令を發し「伺之通御決定相成候事」と回答し、遂に復讐律に關する一條を採用する事に決定し、後の「新律綱領」の上に明定されるに到つた所であつた。

更に此の間に「偽造寶貨律」を制定してゐる。既に三年六月十二日に民部省は伺を提出して當時、盛んに行はれし紙幣贋造を禁止する爲めに「是迄御刑典ヲ犯シ候モノハ速ニ至重ノ刑ニ被處國家ノ大患生民ノ至害未發ニ御防有之候様イタシ度」と紙幣贋造犯人を嚴刑に處す可き旨を要請してゐたのであつた。此の民部省の伺に依り、六月十八日に到りて刑部省に達を以つて「偽造寶貨律」を下附し、七月二日には此の旨を府藩縣にも達示して紙幣贋造犯人を即決嚴刑を以つて處置せしむる事とした。斯くの如くして後に到り、偽造寶貨律は「新律綱領」の詐僞律の内に上書されるに到つた

けれ共、其後十二月三日の刑部省伺に依りて他日の補正を待ち、「新律綱領」の頒布に到らざる先に此の律を削除し、此の條は空白の儘とされ、後の「改定律例」の頒布されるに及んで初めて「改定律例」の當該條文に新たに定められた「偽造寶貨律」に據りて處斷せらるゝに到つた。偽造寶貨律が六月十八日に定められるや、直ちに同年十二月三日に其の條文の適用を停止せられるに到つた理由は、紙幣贋造犯人に對する刑罰が他の刑罰と比すれば重きに失する事、並びに死刑の獨斷的執行を府藩縣に認むる事は明治政府の方針に反する點に重なる理由が存してゐたものであらうか。

ついで三年八月九日に販賣鴉片烟律を定め、九月十四日には破牢を首報せし者の減刑方を定め、九月十九日には墨刑を廢止した。而して九月には八虐六議の條を草案なる「新律提綱」より刪つたのである。墨刑は舊幕府の刑罰法規にも明定され、各藩の刑罰にも刑事政策的見地より一種の刑として存置されてゐたものであつて、斯の如き沿革を有する墨刑が廢止されるに到りし沿革は三年九月十九日に民部省が刑部省に次の如き照會を發した事に初まる。即ち

長崎縣ヨリ差出候處刑典候者名前之内墨刑有之旨ニテ不相當ノ儀無之哉別紙届書御廻シ申候御閱濟御返却有之度此段申入也

此の照會に對し、九月二十五日に刑部省は回答して

長崎ヨリ行刑之者届出候趣ヲ以不相當之儀無之哉御問合之段承知致候右ハ一昨辰年御布告之旨モ有之候間新律御

頒布迄從前之通取計可申且墨刑ハ以來差止メ候方可然此段御通達有之度候也

右の「一昨辰年御布告」とは前述した元年十月晦日の行政官布達を指すものである。右の回答を得たる後、十月七日に及び民部省は更に重ねて刑部省に對し、墨刑廢止後は如何なる刑を換刑とす可きやに就いて問合せたが、同九日に刑部省は「笞杖二刑ニ引當適宜之處置可有之様」と回答した。要するに墨刑は廢止されるに到つたのであるが、墨刑は刑罰上如何なる性質を有する刑なりや否やに就いて一應の考察を果さねばならない。殊に墨刑が明治新政府の手によりて廢止せられるに到つた點は極めて刑政上、重視す可き事柄であらう。併し此處には夫等には觸れず直ちに先に進まねばならない事を遺憾とする。次の八虐六議に就いても三年九月の刑部省稟議を讀むに「臣等謹テ命ヲ奉シ刑律ヲ編修スルニ虐議ノ目ニ至リ可刪可存ノ二議アリ省ニ於テ未タ決スル所アラス」と述べ、刪除論者の主張は

十惡ノ名隋唐以來相沿ル久シト雖モ我大寶ニ至リテ約シテ八虐ト爲ス今ニ於テ之ヲ考ルニ罪ノ輕重ハ自ラ本條アリ照シテ問擬ス可シ必シモ別ニ分類ヲ立テ名目ヲ設ルニ足ラス」八議ノ條其來ル亦久ト雖モ親貴功賢ニ於テ特ニ法ヲ屈シテ優容ヲ示サハ則律終ニ一定ノ法ナシ抑刑罰ハ天下ノ至公至平其輕重ニ於テ毫モ意ヲ加フ可ラス故ニ清ノ雍正主ノ諭ニ曰勳門戚畹其人既ニ常人ニ異ナレハ尤禮義ヲ守ル可シ自愛スルヲ知ラス罪ヲ犯シテ執法者又曲テ宥ム何ヲ以テ惡ヲ懲シ善ヲ勸ンヤ應議ノ律以テ訓ト爲ス可ラス是又英主ノ卓見今所定ノ律虐議ノ目俱ニ刪去スルニ如ス

右の刪除論者に對し、存置論者の意見は

凡罪名本條ニ於テ權衡アリト雖モ所犯亦各分類アリ虐罪ノ如キハ所謂天理之所不容人道之所不齒故ニ常赦ニ於テ原サス應議ニ於テ減セス其法嚴ナリ今刪テ表セス何ヲ以テ律ノ天倫ニ原シ大義ヲ明ニスルヲ示サンヤ古ヨリ修律者多ト雖モ此ニ至テ易ルヲ得ス」應議ノ條周禮以後王者ノ制親故ノ爲メニ私スルニ似タリト雖モ其實ハ天下ノ人ヲ教ヘ親屬ヲ愛シ貴爵ヲ尊ヒ功勞ニ報イ賢能ヲ敬スル所以ヲ示シ以テ人情ノ厚ニ原ツク故ニ先儒曰ハ者天下之大教非天子私親故而撓其法人倫之美莫大焉又曰八議設而後輕重得宜雍正主ニ至リ特ニ親故ヲ敬傷シ此律不可爲訓ト云ト雖モ律ニ於テ終ニ刪去セス乾隆以後現行ノ例ヲ考ルニ往々用テ廢セス然則是亦可言シテ不可行ノ論ナリ今律ヲ定メ親王以下衆人ト處斷ヲ同フセント欲ス恐クハ人情ノ安セサル所皆存シテ刪ル可ラス

とした。併し九月十九日に政府は指令して「虐議ノ目可刪旨被仰出候事」とし、此處に八虐六議は「假律」には存置されてゐたが「新律綱領」以後我刑律の上から消失するに到つたのである。此の八虐六議の存廢の點も東洋的刑政上から見れば極めて重要な問題となるのである。殊に明治初頭に八虐六議の條文が削除された理由に就いては刑罰思想史上注目すべき事柄である。

以上の様に「新律提綱」の第一草案が三年二月廿四日になりたる後、再訂案は同年十月五日に脱稿したのであつたが、此の間、斯の如く種々の重要な改正が議せられてゐたのである。而して刑部省は十月九日に到りて「新律提綱」を上聞に達し、同十二日には「假律」を廢して「新律提綱」に據りて爾後、犯罪を處斷する事に決定したのであつた。扱て此の「新律提綱」なる名稱は少なく

とも十月十二日頃迄は用ひられてゐた事は明らかであるが、其後何時しか改稱せられて「新律綱領」と呼稱せられたものである。同聞十月九日の刑部省上申を見るに「新律綱領」なる名稱が使用せられ、既に「新律提綱」の名稱は最早此處では用ひられてゐない。果して何時頃、何故に斯くの如く名稱を變更せられしや、其の経緯を自分は未だ詳にする事が出来ないのを遺憾としてゐる。「新律綱領」は以上の如き沿革を経て遂に成就した。而して三年閏十月九日の上記、刑部省上申には新律「上梓成功ノ速ナルヲ期シ」て頒布の時に備へて、頒布に先ち上梓に着手するを許されん事を願ひ出で、同聞十月十八日聽許されてゐる。而して十二月二十日の上諭に

朕刑部ニ勅シテ律書ヲ改撰セシム乃チ綱領六卷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

として遂に頒布せられるに到つたのである。實に近世以後の刑律の最初の頒布法と云ふ可きものである。

扱て「新律綱領」は以上の如き沿革を経て遂に頒布された。かくて四年三月二十七日には「新律綱領」一部宛を各國公使に頒ち、又同年三月には、「新律綱領」の發賣をさへ許した。此れ刑罰法規を専ら祕密法典としてゐた舊幕府法に比して、又其の刑罰法典を翻刻せし故を以つて丹波綾部藩に幽閉せられし忍迺屋隱士大野廣城の如き事件が出でし當時に比して大なる變革と申す可きである。

此の「新律綱領」は全六卷、律名十四門、一百九十二條(條文の番號はない)存してゐる。即ち首卷は「圖」にして七職圖。贖罪收贖例圖。過失殺傷收贖圖。徒限内老疾收贖圖。誣輕爲重收贖圖。故失出入圖。獄具圖。五等親圖此れである。卷一は「名例律上」(計十三條)、卷二は「名例律下」(計十七條)、卷三は「職制律」(計十五條)、「戸婚律」(計十一條)、「賊盜律」(計十二條)、「人命律上」(計十條)、卷四は「人命律下」(計十六條)、「鬪毆律」(計十四條)、「罵詈律」(計五條)、「訴訟律」(計八條)、「受贓律」(計十條)、卷五は「詐僞律」(計九條)、「犯姦律」(計五條)、「雜犯律」(計十條)、「捕亡律」(計六條)、「斷獄律」(計十一條)であり、首卷と共に六卷である「新律綱領」の一般的特徴に就いては既に論考を了した様に(拙著、明治法制史論、公法之部、下ノ九八四以下)全く明清律を主として摸倣し、間々舊幕府法及び唐宋律を参考とせる支那刑罰法の影響に立つ刑典であつた。「新律綱領」が如何に支那刑罰法の影響を享けてゐるかは以下に於て更に諸判例に即しつゝ詳細に論考してゐる所に譲るけれ共、もとより支那刑罰法規を倣襲しても、其の運用の面に於ては飽く迄も日本的な法的自覺に基いて各條文を適用してゐた事は論ずる迄もない所であらう。

「新律綱領」の有する一般的特質は如何なるものであるかに就いては拙著『明治法制史論』(公法之部、下ノ九八四以下)を参照され度い。

「新律綱領」の頒布後、政府は更に進んで永世の刑法典として新たなる刑罰法規の編纂に着手せんとしてゐたとも考へられるが、併し明治初頭に在りては此の「新律綱領」の不備缺陷を補充する

事を建前としてゐた事は明かに看取される。是より先、明治二年箕作麟祥は大學南校にありて政府の命により佛蘭西刑法の翻譯を命せられて其の譯成り、佛蘭西刑法典が既に我國に知られてゐたのである。けれ共、佛蘭西刑法は「新律綱領」の上には何等大なる影響を與へてゐないものと見る可きであらう。「新律綱領」の實施後に相次いで發生した條文適用上の不備並に缺陷を補充する爲めに政府は最初個別的に種々の「條例」を發布してゐたのであるが、此の「條例」は後述する如く、「新律綱領」に對すれば補充法とも見得可きもので、支那刑罰法規の例を採れば唐律では律に對する格、明清律では律に對する條例に相當する所のものである。此の條例の堆積並びに「新律綱領」の補充、改正法が後述する「改定律例」となるのである。

扨て「新律綱領」の頒布後、政府は四年二月に刑部に命じて府藩縣の稟する所の律條の疑義に任せしめ、且つ律に正條なき者を比引斷定せしめた。例へば四年二月二日の梟首の遺骸下附に關する京都府伺(一例を擧ぐれば一絞斬ノ死骸ノ處置ハ新律中ニ有之梟首ノ死骸處置方ハ不相見候是ハ最モ取捨親族請フ者アリトモ不渡方ニ可有之ト相考候其通ニテ宜候哉ノ事但絞斬ノ二刑ハ罪狀揭示ニ不及候哉。此の京都府伺に對し四年(月)關に「伺之通」と指令を發してゐる。尙梟首の死骸下附は四年八月二十四日に聽す事となつた。)、四年三月頃の名例律中勅奏位の區別に關する菊間藩の伺、

四月の華族の家令扶從の犯罪に關する膳所藩の伺、三月の逃亡者處分方に關する兵庫縣の伺、五月二十二日の士族卒の逃亡處分方に關する京都府伺、正月十日の盜品沒收及び本主へ給付方に關する宮津藩伺、正月の贓物追徴方に關する若松縣伺、二月二日の賊盜律及び名例律中の疑に關する京都

府伺、二月の強窃盜の區別及び博徒なるを知りて制止せざる里正等の處分方に關する兵庫縣伺、正月二十日の米札偽造者處分方に關する米澤藩伺、六月九日の偽造文書を行使したる者處分方に關する京都府伺、三月二十四日の失火者處分方に關する長崎縣伺、四月九日の失火條中公廨及ヒ倉庫ノ種類に關する宇都宮裁判所の伺等一々枚擧に暇なき程「新律綱領」の各條に關する疑義に對する伺が提出され、一々刑部省は此れに對して指令を發して回答してゐる所である。且つ刑部省に於ても「新律綱領」の不備なる點を發見するや率直に此れを改正してゐる點も多い。今其の二三を列擧して見よう。

先づ「新律綱領」首卷の圖に於ける改正は四年八月二十二日に「新律名例官吏公罪ヲ犯シ及ヒ過誤失錯シテ罪答杖ニ該ル者ハ折半シテ謹慎閉門ニ換ヘ處斷セシ處却テ日用事務ニ差支候ニ付向後名例ヲ改メ官吏ノ公罪及過誤失錯ハ官吏贖罪例ニ依テ處斷シ私罪ハ律ニ照シ舊ニ依リ處斷スヘキ事非職華士族卒過誤失錯ノ犯罪ハ改正名例ニ依リ處斷スヘキ事」として「官吏贖罪例圖」を新に改正し、従前「新律綱領」に規定されたる官吏公罪の一條は削去されるに到つたのである。抑々「新律綱領」の「官吏犯公罪」條は

凡内外官吏公罪ヲ犯シ及ヒ過誤失錯シテ答一十二該ル者ハ謹慎五日二十八謹慎一十日三十八謹慎一十五日四十八
 謹慎二十日五十八謹慎二十五日杖六十八閉門三十日七十八閉門三十五日八十八閉門四十日九十日ハ閉門四十五日

一百ハ閉門五十日徒一年以上ヲ犯ス者ハ官一等ヲ降シ徒二年以上ヲ犯ス者ハ官二等ヲ降ス

とある條文である。此れ官吏公罪に關する折半法と稱せられしものである。然る處、四年七月に及び「犯公罪及過誤失錯」條を改正し、折半法は「官省ヲ初メ諸廳公務繁劇ノ際專務ノ者數十日公坐ヲ闕キ候テハ忽日用事務ヲ廢シ却テ曠官ノ弊ト相成實用差支候」事を理由として(七月九日の刑部省伺の文言)これを廢止し八月二十二日に至りて新に官吏贖罪例を定めたのであつた。此れによりて「新律綱領」の「官吏犯公罪」は頒布後幾何ならずして改正せらるゝに到つたのである。ついで五年三月四日に至り二月二十四日の司法省より正院への伺を聽許して新に「華士族贖罪例」を設けた。殊に注目すべき改正は五年四月布告第百十三號を以つて「懲役例圖」を設けし事である。「懲役例圖」新設に到る沿革を概括的に述べれば四年十二月二十六日に司法省は正院に對して答杖刑が既に適切なる刑罰にあらず、よろしく懲役刑に換ふ可き事、並に死刑の絞と流刑との間に終身懲役を存置す可き事の適當なる旨を獻言する所があつた。即ち其の司法省伺は次の如くであつた。

答杖ノ罰ハ五刑ノ最輕キ者ニシテ古來ヨリ用來條へ共一二十ノ輕答ハ片時ノ恥ヲ示スノミニシテ以テ罪人ヲ懲ラスニ足ラス故ニ動モスレハ再犯ニ至ルモノアリ重杖九十一百ニ至テハ痛苦以テ懲戒ニ足ルト雖トモ弱質ノ者或ハ宿病舊瘡ヲ發シ後患ヲ醸ス者アリ故ニ西洋各國ニ於テモ改テ苦役ニ從フ者多シ今般開化日進ノ御政體ニ準シ新律ノ刑名モ追々改正増損シテ條例取調候ニ付テハ答杖ハ其刑名ニ照シ之ヲ日數ニ折シ懲役ニ換ヘ各役業ヲ授ケ候

へハ自ら世用ヲ辨シ身體ヲ強壯ニシ從來ノ弊害モ自ら除キ懲戒悔悟ノ道相立可申奉存候且又准流法ハ十年ニ止リ死刑ハ絞ニ始ル其間罪名流ヨリ重クシテ絞ニ入レ難キ者アリ或ハ罪死ニ服シテ情可恕者アリ依テ三流ノ上ニ新ニ終身苦役ノ一刑ヲ設ケラレ候様致シ度此段改正ノ重件ニ付至急相伺候也

正院は右の刑部省の伺の趣旨が極めて重大なる改正なるを以つて左院に對し採否を尋ねる所があつたのであらう。翌五年正月二十七日の左院議案には「佛國其他ノ各國ニ於テ禁獄中ノ使役ハ日ヲ以テ算シ候譯ハ懲痛ヲ主トスル儀ニテ苦役授業ヲ主ト致候筋ニハ無之徒刑場苦役ノ議ハ年ヲ以テ算候定則ハ有之候へ共日ヲ以テ算候定規ハ無之」且又「二十日三十日ヲ算へ苦役イタシ候テハ既ニ其事ニ不慣ノ内最早出場致シ候事ニ相成苦役ノ詮モ無之可懲者モ却テ不懲様ニ相成」る故に、結局は懲役限日の儀は許容せざる方を良策とする。併し終身苦役は設けし方至當とする旨を答へてゐるのを見る。併し乍ら正院は三月二十日に至りて司法省伺の趣旨を全面的に許容し、同四月に「懲役圖」を定めたのであつた。此の「懲役圖」は「改定律例」の五刑條例第一條に其の儘、採用せられてゐる所であつて、笞一十を懲役十日とし、それより以上笞・杖の實數を懲役の日數に換ふるものであつた。更に五年十月二十四日には「官吏私罪贖例并罰俸例」を布告した(第三百二十一號)。此の「官吏私罪贖例并罰俸例」は「新律綱領」には規定されざりし所であつたが、四年七月九日に司法省は前掲せし官吏公罪及過誤失錯犯折半法に關する伺を提出し、其の趣旨は遂に採用せられるに到つた事

は前述せし如くであつた。然るに五年二月十八日に及びて刑部省は更に

過日相伺候官吏罰俸例ノ儀(註。四年七月九日)猶又別紙ノ通り追徴延期ノ方法再議差出候間宜御参考相成度此段相伺候也

として別紙「官吏罰俸例圖」を附して其の處置を伺出たのである。正院は左院に此の伺の趣意を廻送して議せしめたが、左院は二月二十九日に「司法省伺ノ通ニテ異存無之候事」と回答したので、三月四日に正院より司法省に對して「伺ノ通」と司法省伺書の趣意を承認する事となつた。「官吏罰俸例」とは「凡官吏ノ公罪及ヒ過誤失錯ノ徒以上降官ノ例ヲ改正シテ罰俸ニ換フ」もので徒一年が罰俸一ヶ月、以上累進して流三等が罰俸十ヶ月となり、全部で八級(徒一年より徒三年迄、半年毎の五級、流一等より三等の三級)に分れてゐたのであるが、もとより此等の罰俸は何れも官吏の公罪及び過誤失錯の場合に適用せられしものであつた。然るに五年十月(日)に至りて官吏私罪に對しても贖例を認めん事を司法省は正院に伺ひ出たのである。正院は左院の「別紙(註。司法省が伺ひと同時に提出したる官吏私罪贖例圖を指す)」司法省伺官吏犯私罪律改正伺ニ付テハ異存無之候也」の回答を得て、十月九日に「伺ノ通」と指令を發し、此れ亦司法省の改正を其の儘認むる事となつた。「官吏私罪贖例圖」は其の率は若干異なる個所もあるが、後年の「改定律例」の上に採用せられる事となり、且又、十月二十三日には上木の上にて布告されてゐる。其他尙五年十一月二十九日の「準流限内老疾收贖例圖」の新置、六年一月九日の「徒限内收贖例圖附

例」の改正、二月二十日の「絞罪器械圖式」の改正と二十三日の製作方に關する布達、同二月二十五日の「贖罪收贖例圖」の改正等、述ぶ可き點は極めて多いのであるが、今煩を恐れて一々述べない。たゞ「新律綱領」の首卷「圖」の一卷のみを例に採りても「新律綱領」頒布後、如何に改正に繼ぐに改正が行はれたかを知り得れば所論の目的は大半達し得た事となるのである。特に「絞罪器械圖式」の改正されるに到つた理由に就て述べれば、五年八月の司法省伺にも「新律綱領獄具圖式中絞罪器械ノ儀ハ實用ニ於テ絶命ニ至ル迄ノ時限モ掛リ從テ罪人ノ苦痛モ有之」とある如く、從來、絞刑は絞柱の前に踏石踏板を重ね、犯人を柱に背を向けて此の踏石、踏板に立たしめ、絞繩を項下に施し、先づ鐵製大懸錘(重さ十貫)を繩環に鈎したる後、踏板を撤し、次に鐵製小懸錘(重さ七貫)を鈎して「懸空凡三分時死相ヲ驗シテ解下ス」る方法を採用してゐたので、犯人が死する迄相當時間、苦痛したのであつた。司法省伺の新制によれば此の絞柱を廢して絞架を用ひ、「凡絞刑ヲ行フニハ先ツ兩手ヲ背ニ縛シ紙ニテ面ヲ掩ヒ引テ絞架ニ登セ踏板上ニ立シメ次ニ兩足ヲ縛シ次ニ絞繩ヲ首領ニ施シ其咽喉ニ當ラシメ繩ヲ穿ツトコロノ鐵環ヲ頂後ニ及ホシ之ヲ緊縮ス次ニ機車ノ柄ヲ挽ケハ踏板忽チ開落シテ囚身凡一尺ニ懸ル凡二分時死相ヲ驗シテ解下ス」とある様に、二分にして犯人が死亡するから、「新律綱領」の絞柱の三分なるに比すれば、頗る苦痛を與ふる時間を短縮する事になるものである。此の伺に對して正院は五年十月七日に「其省ニ於テ試験ノ上各府縣へ施行可被仰付候

條此旨相心得可取計事」と回答した。其後、六年一月三十一日に至りて司法省は「即今試験候所犯人絶命ノ時限百中誤失無之候ニ付彌以舊器械ハ被廢新器械ヲ府縣へ御施行相成可然存候」と伺ひ出でゐる。此の故に二月二十日に政府も遂に「伺ノ通」と指令を發して新しき絞架を用ひて絞刑を執行す可き事と改めたのであり、もとより「改正律例」は全く此の新制を採用したのであつた。

以上、要するに首卷「圖」の改正の一端を略述したものであるが、斯くの如き逐次に互る改正は「改定律例」の頒布に至る迄の間に於て「新律綱領」の各卷に於て行はれた所であつた。以下其の改正の大様を併考して置かう。

先づ「新律綱領」の「名例律」の篇に於ては頒布後、翌四年正月二十八日に刑部省は

一 士族卒犯罪過誤失錯ニ係ル者ハ官吏ノ公罪ト同ク折半シテ罪ヲ科ス

一 官省台院府藩縣ノ通行印鑑ヲ遺失スル者ハ答一十官吏士族卒ハ公罪折半法ヲ用ヒ庶人ハ贖罪セシム

右之通條例相立申度此段奉伺候也

と伺出でしに對して、二月七日に「伺之通」と指令されてゐる。もとより士族卒過誤失錯に係る犯罪處分方は「新律綱領」に存在せざりし所であつたが故に其の取扱方に従前より疑問の點が介在してゐたのであつたが、此處に此種犯罪の取扱方が明確に補足されるに到つた。併し乍ら「改定律例」の「閏刑條例」第十七條を見るに、此の條文が再び改められてゐるのを見る。更に四年三月二

十日に「新律綱領中ニ有之候勅奏位ハ幾位以上勅授幾位以下奏授ニ候哉ト菊間藩ヨリ伺出候右ハ左之通相答可然哉爲念奉伺候也」として、四位以上を勅授、五位以上を奏授と解す可きや否やと刑部省が伺しに對し四年(月日)に「伺之通」と指令が發せられた。これ「新律綱領」の「勅奏官位犯罪」條には單に「凡勅奏官位罪ヲ犯セハ云々」とありて勅授、奏授の區別を示す明確なる律文が存在しなかつた爲めであつたが、右刑部省伺は菊間藩の伺に答ふる必要より、兩授の區別方を正院に伺出でしものである。其後、「改定律例」の編せられるに到りても此の點を検するも其の「勅奏官位犯罪條例」には又何等此の區別を示す條文が存在しない。然るに七年三月三日に及び司法卿大木喬任は三條太政大臣に對して位階勅奏判授區別の儀に關する伺を提出し、八年三月十四日に及び從四位以上は勅授、從九位以上奏授、初位は判授とされ、且つ有位非役の者は四位以上は勅任に準じ、從九位以上は奏任に準じ、初位は判任に準ず可き事として漸く此の區別を明確にする所があつたのである。此種の改正として四年六月の刑部省への達に見ゆる「同僚犯公罪遞減法」の改正がある。次に梟首の遺骸は「新律綱領」の頒布以後に於ても舊幕以來の刑罰上の慣例を踏襲して、此れを犯人の親族に下附せざる事を建前としてゐたのであつた。此の點は例へば四年二月二日の京都府伺に

一絞斬ノ死骸ノ處置ハ新律中ニ有之(註)。「凡絞ハ、中略、遺骸ハ親族請フ者アレハ下付」梟首ノ死骸處置方ハ不相見候是ハ最モ取捨親族請フ者アリトモ不渡方ニ可有之ト相考候其通ニテ宜候哉ノ事

但絞斬ノ二刑ハ罪狀揭示ニ不及候哉

とあるに對し、刑部省は「伺之通」と指令を發してゐる事に依りても明白である(月日)。然るに八月に及び(日)、司法省は正院に對して

死刑ノ者絞斬ノ遺骸ハ親族請フ者アレハ下付スルコト律ノ如シ梟首ノ遺骸ハ下付ヲ許サ、ル處今後絞斬同様請フ者アレハ下付ヲ許シ候様致シ度此段奉伺候也

と伺出で、「伺ノ通」と司法省の伺は聽許されたが、同年八月二十二日の梟首の遺骸下付方に關する布告を發せられ度いと司法省の伺によりて二十四日に

梟示ニ行ハレ候遺骸ハ親族請フ者アリト雖トモ下付セサル律法ニ候處向後ハ斬絞同様親族請フ者アレハ遺骸下付被差許候事

と布告を發せられる事となつた(尤も梟示の刑は十二年一月布告第一號を以て廢止されてゐるし、四年十月十日の司法省渡す旨を記してゐる。此の事も五年十一月布告第三百)。而して「改定律例」第九條に「凡梟示ノ遺骸モ亦親屬請フ者アレハ下付スル事ヲ聽ス」と規定されたのは右の如き沿革の結果が「改定律例」の上に採用されしものに外ならない。

次に五年三月十四日(布告第 八十號)に「勅奏官位犯罪條例」を發布し「新律綱領中勅奏官位犯罪ノ條今般左ノ通條例相立候間此段相達候事」と達示してゐる。抑々五年二月九日に京都府は司法省に對して

「勅奏官並非役華族」の微罪の件は「當府ニ於テ新律ニ照準シ處斷イタシ追テ取束届出候様御沙汰相成候儀ハ相叶間敷哉」と伺出でたのである。よつて司法省は右の伺書の趣旨を具して正院に對して京都府の伺書を採用す可きや否やを案件を付して伺出で、正院はこれを左院に對して諮問したが、左院は二月二十九日に「伺ノ通ニテ異存無之候事」と回答したので、同二月晦日に司法省案に更に若干の訂正を加へたる後、「伺ノ通」と指令する所があつたのである。かくして三月十日、府縣へ布告され度しとの司法省の伺に答へて三月十二日に布告第八十號を以つて「勅奏官位犯罪條例」を府縣に布告する所があつた（五年十月十三日に布告第三百七號を以つて改正されてゐる）。此の「勅奏官位犯罪條例」は「改定律例」の「勅奏官位犯罪條例」第十一條に其の趣旨が採用されし所である。更に進んで五年三月二十日には律例上の僧侶身分取扱方に關する準則を定め、同三月二十三日には勅奏官及華族の執事扶從等の公私罪處分方の原則を定律する所がある。もとより此等に關する規定は「新律綱領」には存置されざりし所であつて、「新律綱領」の缺を補充せる意味を有するものである。四月には華士族罪を犯し廉恥を破る事甚しき者は廢して庶人と爲すの刑を刪りて除族と稱する事とし、又内外官吏私罪を犯し及び有心故造して徒刑に該る者は免職に止むとあるを奪官と改むる所があり、更に進んで五年十一月二十七日（司法省布達第四十二號）には家長と雇人との關係を定め、同十一月二十九日には（布告第三百七十六號）三流一減法を改めて三減としたが、此の點については後述する所あるが故に此處には述べない事とし度いと

思ふ。又、六年二月八日（布告第十四號）には閏刑條例を改正したが、此の改正は上述した五年四月の廢して庶人と爲すを改めて除族と爲せし件に關聯を有する改正であつた。斯の如き改正は「名例律」のみでも尙相當に多い。例へば六年二月二十七日（第七十三號布告）に「公事失錯」の條を改めて「出入人罪」を新置せし事、同三月八日（司法省布達第二十九號）の「給没贓物律條例」の設置、三月十五日（同上、第三十六號）の「老少廢疾收贖律條例」の制定、三月十八日（布告第一百十一號）の「二罪俱發以重論條例」の制定、四月四日の閏刑五等を總て禁錮と改稱し本罪一人を鎖錮する事にした等、相次いで改正が陸續として行はれ、此等の改正制定等は六年六月十三日頒布の「改定律例」の上に夫々、其儘に、或ひは若干の改正をされつゝ採用されてゐる所であつた。

此種の改正は「新律綱領」の「職制律」の上にも看取される。六年二月十七日（布告第五十八號）に「私借官物」を改正したるが如きは其の一例である。又「戸婚律」に於ては先づ逃亡者の處分に關する一連の改正として、四年三月の兵庫縣伺に依りて「逃亡者處分方」を定め、五月二十二日の京都府伺に依りて、士族卒の逃亡處分方を、更に五月二十八日の布告では士族卒の脱籍逃亡者處分方を定むる所があつた事を擧げ得よう。逃亡に關する條文は「新律綱領」では「逃亡」「奴婢逃亡」の二箇條しか規定されず極めて適用上から見ても不備の點が多かつたが「改定律例」は「逃亡條例」に於て其の約二倍半なる五箇條（自第一百二十七條至第二百一十一條）に分ちてこれを規定する所があつたのである。もとより、

上述した「新律綱領」以後の逃亡に關する諸處分方は其の儘の文にて「改定律例」の上に採用されなかつたけれ共、其の精神並びに趣意は「改定律例」の上に明截に採用されてゐるのを見探る事が出来るのである。次に「戸婚律」では墮胎罪に關する處分方に就き二箇條の指令が發せられてゐる。墮胎罪の東洋刑罰史上に於ける沿革は後述する所に譲るけれ共、大體に於て「新律綱領」の「戸婚律」に於ては墮胎罪に關する處罰規定は全然存在しなかつたのである。「改定律例」が第百十四條に（「立嫡違法條例」の内）墮胎罪處罰規定を設けた事は實は東洋刑罰史上より見るも注目す可き一事たるを失はない性質を有する事柄であるのである。今假りに「新律綱領」を見るに、其の「人命律」の「謀同死」條に於て「若シ同ク謀リ藥ヲ用ヒテ墮胎スルニ姦婦身死スル者姦夫ハ流三等」と規定するが、此の規定は墮胎を構成要件とする犯罪處罰規定と見る事が出来ないし、僅かに墮胎を圖りて姦婦が死亡せる場合に姦夫を處罰したる條文である。「改定律例」も「謀同死條例」（自第百九十八條至第百九十九條）に於て同様なる規定を置く所があつた。併し若し「姦婦無難ニ墮胎右男女ノ御處置並右藥密々賣弘」（四月十二日の京都府何の文）むる者に對する處罰は如何に裁斷す可きやは全然、「新律綱領」の條文の上には存在せぬ所である。京都府は四年四月十二日に刑部省に對してかゝる場合の處置を伺出でしに對し、刑部省は墮胎シテ姦婦無難ナル者ハ各不應爲ノ重ニ處シ藥ヲ賣リ術ヲ施ス者同罪なる極めて苦しい指令を發する所があつた。殊に五年八月十八日の岐阜縣よりの司法省に對する伺

書を見れば後述する様に、美濃國の惡風習の一に「兒刺」コサシなる「鍼ヲ施シ胎兒ヲ刺殺スルヲ以業トシ其餘投劑墮胎ヲ行ヒ」恬然として恥とせざる風があるが、此等の惡行をなす者に對して如何なる處斷を爲す可きやと問へるに答へて、司法省は「各杖一百ニ處斷ス可シ」と指令を發したけれ共、併し乍ら其の杖一百の處刑を爲す可き律文上の根據は指示されて居らず、此の回答も亦極めて苦しい回答であつた。斯の如く一時的に「新律綱領」の不備を補ふ目的を以つて指令を發したけれ共、遂に「改定律例」の頒布せらるゝや、其の第百十四條に墮胎罪處分の規定を設くる事となつたものである。

次に「新律綱領」の「賊盜律」に於ても其後に及んで亦多くの改正が行はれた。例へば四年三月十二日に刑部省は「竊盜四犯ハ多寡ヲ論セス絞。右ノ通條例相定度此段奉伺候也」と伺出でしに對し「伺ノ通」と指令せられた。「改定律例」の「竊盜條例」（自第百三十五條至第百三十九條）を見れば此の點は其の儘採用せられてゐないけれ共、此の原則は「改定律例」の頒布實施に到る迄、即ち六年七月十日迄、採用せられし所たるは説明する迄もないであらう。ついで四年（月日）に「略賣人」の條に追加して

凡人ヲ略シテ外國ニ賣ル者ハ成否ヲ論セス皆流三等因テ人ヲ殺傷スル者ハ皆斬其和誘スル者ハ一等ヲ減シ誘セラ
ル、人ハ三等ヲ減ス若シ子孫ヲ略賣スル者ハ徒一年和賣スル者ハ一等ヲ減ス和略未タ成ラサル者ハ又和略ノ罪ニ
一等ヲ減ス賣ラル、ノ卑幼ハ和スト雖モ坐セス若シ略賣和誘ノ情ヲ知テ外國人ヲ買フ者ハ並ニ一等ヲ減ス

右の一條を挿入した。此の一條を「改定律例」第五十條と比較するに「皆流三等」が「改定律例」の條文では「皆懲役十年」、「因テ人ヲ殺傷スル者ハ皆斬」が「因テ人ヲ傷スル者ハ皆懲役終身殺ス者ハ皆斬」となり、「若シ子孫ヲ略賣スル者ハ徒一年」が「若シ子孫ヲ略シテ外國人ニ賣ル者ハ懲役一年」と改められ、其他僅少なる字句の相違があるに過ぎない。抑々右の略賣條の追加は長崎縣に於て幼兒を支那人に賣る者あり、然るに「新律綱領」の「略賣人」の條には「内地人互ニ略賣ノ刑名ハ有之候得トモ外國へ略賣ノ儀ハ内地同罪ニモ論シ難ク」(四年六月の刑部省伺)且つ此種犯罪を處罰する條文が存在してゐなかつたのである。故に政府は司法省の伺の趣旨を其儘採用して「窺之通」と回答し、此種犯罪を取締る事となつたものである。又、五年六月九日には「盜大祀神御物條例」を改め、八月三日(布告第二百十六號)には兇徒聚集律内の附和隨行者處分方を定めた。次に「人命律」に於ても亦五年三月二十日に従前其の區別不明なりし謀殺殺の區別を明確にすると共に、五年九月七日(布告第二百五十四號)には「謀殺本屬長官條」を改正(五年十一月五日に布告第三百三十二號を以つて再び謀殺(五十四號)には「謀殺本屬長官條」を改正(本屬長官を改正すると共に毆罵本屬長官律を改定した)、六年三月七日(布告第九十五號)には「窩弓殺傷人律」を定むる所があり、同四月十三日には「魘魅人條例」を追加した。「窩弓殺傷人」とは「凡深山曠野猛獸ノ往來スル處ニ於テ阮穿ヲ穿作シ及ヒ窩弓ヲ安置シテ望竿及ヒ抹眉索ヲ立サル者」は笞四十、以て人を殺傷する場合は鬪毆傷に二等減或ひは徒三年(埋葬金二十五ナリ、ナリ、者ノ家ニ)、の刑に處すと定むる條文であり、「魘魅人」とは「瘋癲人等ヲ僧巫ノ徒呪咀シ狐狸ヲ驅

去スルト妄說シ湯火及ヒ白刃等ヲ以テ劫逼薰灼シテ折傷ニ至ラシムル」者を指稱し、かゝ者の處罰條文を「魘魅人條例」に定むるのである。

更に進んで「鬪毆律」に於ては前掲せし五年十一月五日(布告第三百三十二號)の内に新たに「毆官吏律」を定め、更に六年三月十八日(布告第百一十一號)の「二罪俱發以重論律」の内に「毆三等親以下尊長律條例」を追加し、二月七日(布告第三十九號)には「父祖被毆律」を改正した。殊に「父祖被毆律」は六年二月七日の布告第三十七號の有名なる復讐禁止の布告と關聯を有する規定である。「新律綱領」の編纂に際して復讐律存廢問題が議せられた事は少しく前述した如くであつたが、併し前にも考察した様に「新律綱領」は復讐律に關する一條を存置して「父祖被毆」(鬪毆)の後段に

若シ祖父母父母人ニ殺サレ子孫擅ニ行兇人ヲ殺ス者ハ笞五十其即時ニ殺死シ及ヒ曾テ官ニ告ル者ハ論スル勿

と規定した所である。然るに五年七月に司法省は復讐禁止の事を上請し、正院は其の議を左院に下して審議せしめしに左院は五年八月三日に

司法省伺復讐ヲ禁スルノ儀新律父祖被毆ノ條齟齬ノ廉相見候ニ付右律文同時改正相成見込ニ候へハ異存無之候且御布告案中嚴科ニ可處トノ儀相當ノ罪科ニ可處ト相改可然存候事

と回答した。此れによりて翌六年二月七日に遂に復讐の禁令を布告するに到つたが、此の復讐禁令

の布告により六年二月七日に「父祖被毆」律が左記の如く改正を見たものであつた。即ち

父祖被毆律祖父母人ニ殺サレ子孫擅ニ行兇人ヲ殺ス以下ヲ廢シ若シ犯ス者アレハ臨時奏請シテ區處ス

右の律文は六年四月二日(布告第百二十二號)に再び削去されて、次の如く改正され、復讐は謀殺を以つて論せ

られる事となつたのであつて、此の主義は「改定律例」に於ても大體に於て其の儘、採用せられた所であつた(此處に大體に於てと云ふは六年四月二日の改正では「謀殺ヲ以テ論シ斬」とあるが、「改定律例」第二百三十二條では「謀殺ヲ以テ論ス」とあるのみであるからである)。即ち

父祖被毆律、祖父母人ニ殺サレ子孫擅ニ行兇人ヲ殺ス者ハ謀殺ヲ以テ論シ斬其即時ニ殺死スル者ハ論スルヲ勿レ

右の改正は曩述の様に復讐禁止に基く改正である。此の刑名の確定に就いては六年三月十七日以降の司法省、正院、左院の應答があるが煩を避け述べないけれ共、「新律綱領」以來、傳統的に「即時ニ殺死スル者ハ論スルヲ勿レ」として父祖の毆打せらるゝ現場に在る子孫が加害者を即時に殺死する場合は、我國の倫常・道德上の觀念より此れを考察するも當然に此種行爲は緊急行爲として刑罰阻却原因となつたと考へられた事は注目す可き點であらう。此の點に關しては六年五月三十日の神奈川裁判所伺の

夫人ト鬪毆スルヲ妻其危ヲ救護シ行兇人跌倒セシメシ事

に對する六年七月三十日の指令にも

夫人ト鬪毆シテ其危キヲ救護シ行兇人跌倒セシムル者鬪毆律祖父母人ニ毆タレ子孫即時ニ救護シテ還ツテ行兇人ヲ毆ツト云ヲ以テ論シ其罪ヲ論セス

無 罪

キ ヨ

と見えてゐる。右の指令は現場に居合せたる妻が「即時ニ」加害者を毆打したる場合たる事に注意を要する。併し舊刑法には此種規定は最早置かるゝ所がなかつたが、斯の如き條文の變遷の過程に於て公權が私權を排除する傾向を明白に示すものとして七年七月三日の鹿兒島縣伺に對する同年八月五日の指令がある。即ち

父祖被毆律子孫擅ニ行兇人ヲ殺ス者謀殺ヲ以テ論スル者ハ兼テ御布告モ有之通私議ヲ以テ司法ノ公權ヲ犯ス者ニ付擅殺ノ罪免ル、處ニ非ス云々(訓點、小早川)

とある。右の指令よりも明白に看取され得る事は、既に復讐行爲が社會に相當なる違法阻却事由と見られるに到らざる様になつた事を示してゐるが、併し他面、國民道德の内に深く培へる、父祖の讐は共に天を戴かずとする思想は容易に脱却する事が出来なかつたものであらう。何となれば、自救行爲の範圍を限定せんとするかゝる傾向は明治以後、次第に國家高權の整備されると共に正比例して明確になり來れる現象ではある。併し事實に於て明治以後に相當の復讐行爲が行はれた所であつた。例へば明治六年二月十日の土佐一宮村に於ける萩原源一兄弟が父の爲め政儀助を打ちたるが

如き、十三年十一月十九日に武藏多摩郡久米川に於て川上行藏が父の仇を報する爲、高木千代三郎なる者を殺害したるが如き、又同年十二月には有名なる向井六郎が一瀬尙久を打ちて父の仇を東京三十間堀に報じたるが如きは其の著名なる一例である。扱て「鬪毆律」には尙、六年五月二十七日に「傭人毆家長長毆傭人條例」を新置した。

次に「罵詈律」に於ては五年十一月五日(布告第三百三十二號)に「罵本屬長官律」を廢して「罵官吏律」を定むる所あり、大體に於て此の律は「改定律例」にも採用されてゐる(第二百三十四條參照の事)。

更に「訴訟律」では六年八月十二日(布告第二百九十八號)に「訴訟律」内の「越訴」條を廢止した。

「詐僞律」では四年正月十八日の布告で「偽造寶貨律」の内三等流を準流法に依て處斷する事と改め、「犯姦律」では六年二月八日(布告第四十三號)に「犯姦律」中、「犯姦」「親族相姦」「姦家長妻」「姦部民妻」を改めたが此れ、「犯姦律」の五ヶ條の内、四ヶ條の改正に當る。更に進んで「雜犯律」に於ても四年正月晦日の刑部省伺に左の一條を新置せんと伺出てゐる。即ち

凡ソ官吏娼ヲ窩頓シ放縱滯逸ニシテ行止虧ル有ル者ハ徒一年

右の一條は四年(月日)に「伺之通」として採用されたが、此の條文は「改定律例」の上には採用されてゐない。又、四年二月に

新律御頒布ノ上ハ專ラ寛宥之御主意ニ基キ所犯ノ輕重ヲ問ハス其情ヲ知サレハ父兄ト雖トモ連座ニ不及様有之度

奉存候得共外國人へ亂妨ニ及候事件ハ御交際ニモ關係候ニ付先般本人ハ勿論主宰之者トモ嚴重之御沙汰ニ可被及ノ御布告ニ依テ主宰之者一人違令ノ罪ニ處セラレ可然奉存候也

なる伺を刑部省は提出してゐるのである。政府は四年(月日)に「伺ノ通」と指令し、刑部省の伺を採用す可き旨を指示してをり、ついで三月には更に「外國人へ對シ亂妨所業有之節ハ取締ノ者一人謹慎五日申付度」と伺出で、此れ亦「伺之通」と認容された。併し此種規定は「改定律例」の「雜犯律」には、餘りに事件自體が特種的なる爲めか採用されてゐない。同、四年三月に府藩縣限りに定むる所の規則に違ふ者の處分方を伺ひ出でゐるが、此の伺に對しては「違規名目安貼ナラス違式ト被定候事」と回答されたが此種規定亦「改定律例」には見えない。たゞ六年三月三日(布告第八十三號)の「失火律條例」の趣意は「改定律例」の「失火條例」第二百七十三條に採用を見てゐる所がある。次に「捕亡律」では四年四月十二日に糾問司より刑部省に對して獄囚の縊死を覺らざる官吏の處分方に關する伺が見え、此れに對し刑部省は「獄囚檢點ニ失シ囚ヲシテ自盡ヲ致ス者答五十」と回答指令した。最後の「斷獄律」には大なる改正を見てゐない。

以上自分は「新律綱領」頒布以後、「改定律例」の頒行迄に到る間に於て「新律綱領」が改正補足せられる状態を少しく考察したのである。「改定律例」は六年五月三日に草案三卷が奏進され、六月十三日に第二百六號布告を以つて頒布され(「改定律例」の上諭には「明治六年五月」とある。)、而して七月十日に一般に施行

されるに到つた事は既に人の知る所であつて、實に江藤新平が司法卿たりし時の事であつた。併し『江藤南白』(下ノ一)によれば「改定律例」は五年八月に其の草案の脱稿を見、其の「草案は左院、太政官の議に附せらるゝこと殆ど十箇月、翌六年六月、初めて其裁可を得たり」(『江藤南白』(下ノ一)四)と記載されてゐる。併し乍ら別本によれば六年「三月司法省改定律例ヲ上ル」(村岡良弼稿、明治刑制因革略、三七)と記されてゐる。此等の諸説の何れが是なりやは尙、考ふ可き點を残してゐる。併し『江藤南白』に記せる五年八月の奏上文には次の如く記されてゐる。

律例草案修選方に成る、乃ち謄寫進奏謹で上裁を請ふ、抑新律の撰たる、干戈騷擾の後、大政維新の初に成り、所謂律の大綱にして以て萬變の罪狀を盡すに足らず、況んや制度日に進み文物月に新にして律獨り舊例を固守すべからざるものあり、昨春以來用刑の實地に就き綱領の未だ盡さざる處を敷衍し、或は制度の更革に因沿し、律一の權衡を改正し、竟に三百餘條を成す、分て三卷と爲し以て上る、嗣後日新の政務に従ひ、更に改更すべき者ありと雖ども、猶歲月を積むに非れば其全備を期すべからず、姑く此卷を頒ち以て律の未だ盡さざる所を補正せば、全國の内擬將に支吾する處なからんとす。

右の奏上文によりて考ふるに「改定律例」の編纂は四年春より、換言すれば「新律綱領」の頒布後、直ちに着手されたものであらう。申す迄もなく「改定律例」は「新律綱領」頒布後の世態の變化、官制改革等に相應する爲めに隨時布告を發せられし諸法令を編纂したる「新律綱領」の補足法である。「改定律例」の上諭に「各國ノ定律ヲ酌ミ」なる御言葉が見られる様に、「改定律例」は各國

刑法典をも相當に参考とせられたるもの、如くに解し得られるのである。此點は後述する所に譲り度いが、後考する様に「新律綱領」並びに「改定律例」は共に概ね支那刑罰法規の影響下に立つてゐる事は疑なき所である。此の理由としては兵馬尙治定せざる時に刑法典の編纂を急いだ爲めか勢ひ、最も容易に我國人に理解し得られる支那刑罰法規が参考とされたものであらう。既に佛蘭西刑法は二年箕作麟祥によりて翻譯されてゐたが、併し此れを其の儘、我國に採用するには、我國民一般の犯罪及び刑罰に對する觀念と佛蘭西刑法に規定せる犯罪及び刑罰の概念との間に餘りに大なる逕庭があり、然らば佛蘭西刑法を完全に咀嚼して以て我刑法典を編纂するには、これは假すに相當の日時を必要とし、短時日に克く成就し能ふ所ではないのは論ずる迄もなき所である。我固有の刑罰觀念は佛蘭西人の考ふる刑罰觀念よりも遙かに東洋人たる支那人の刑罰觀念に近似してゐる事は歴史的沿革上より觀察するも、今更説明する事は必要な所なるが故に、支那の刑律を殆ど其の儘に我國に倣襲しても大なる支障を來す事はないと考へられてゐた。併し此の點に就いては我國民が古來より有し來りし犯罪に對する固有的なる理解と、支那民族の有する犯罪の認識との間には、もとより相當差違の存在する事は此れを認めねばならない。例へば、一つの例を擧げて見ても、唐律を繼承せる我が大寶律が、其の刑罰の程度に於て唐律よりも一等低きを通例とするが如き、更に明清律を参考とせる我が「新律綱領」の刑罰が此れ亦、明清律の刑罰に比較すれば甚だ輕きが如きは其

の一例である。此れ我刑罰法規が歴代、支那刑罰法規より著しく寛刑主義に則して規定されてゐた事を示すものに外ならないが、此の事たるや又、我國民の刑罰觀念上には應報刑的威嚇刑の考へ方が支那民族の有する此の種の考へ方と比較せば遙かに少なき事を示すものであつて、たとへ兇惡なる犯罪人に對する刑罰であつても慘忍なる刑罰をこれに加へる事は寧ろ憎惡の感情を以つてこれを見る傾向のある我民族性の一の特徴の表現であると解する事が出来るのである。犯人に刑罰を加へる事は止むを得ざる事柄であり、哀矜して以つて刑す可きであるとする思想の上に立つ刑典は必然的に寛刑主義を採らざるを得ない事になるであらう。此の様なる我國民の刑罰觀念と支那民族の有する刑罰觀念との間には注意す可き相違點はあるのであるが、併し佛蘭西人の如き世態風俗、從つて其の感情に於て遙かに我國民の夫とは頗る異なるものある民族の刑罰觀念に比すれば、たとへ其の外観でも、支那民族の有する刑罰觀念の内には、我國民の夫に近いものが多く存するのを見探る事が出来るであらう。且、支那刑罰法を參考として我刑典を編纂しても、此れを運用する主體は日本人なるが故に、たとへ同一條文であつても其の運用の結果には頗る大なる差異を示すに到るのである。要するに明治初頭に於て刑法典の編纂に當りて舊幕の刑典も參酌はした様であるが、主として明清律等支那刑法典を母法とした事は支那に頗る整理せる刑罰法典の存在せし事と、此れを理解する事が、當時にありては西歐諸國の刑法典を理解するよりも容易であつた事等に依るものであら

う。故に明治初期の民法典の編纂に當りては、支那には法典の沿革上、見る可き民事法典なかりし爲めに、後述する様に、佛蘭西民法の直譯的移入をさへ企圖せざる可からざるに到つたのであつた。以上、自分は「新律綱領」並びに「改定律例」の編纂過程を概観した。兩刑法典は何れも支那刑罰法規の著しき影響の下に編纂されたものである事は後述する個々の判決例を検討する際に述べ度と思ふが、尙、兩刑法典とも何れも公布法ではなくて、頒布法たる事は三年十二月の上諭並に六年五月の上諭によりて明白である。尤も「改定律例」は其の上諭の内に「國家ノ成憲ニ原キ各國ノ定律ヲ酌ミ改定律例ヲ修撰セシム」とあるが、此の點に關し岡千仞も其の著『新律附例解』に於て「律例ハ明清律ニ出藍シ旁ラ佛律ニ出入ス」と述べてゐる。併し高橋秀好輯録の『新律附例解補正』(九年四月刊行)の岡千仞の序文を讀むに其の一句の内に「迨今上復大權親朝政首詔瓊官酌酌隋唐以來刑書及歐洲各國法典撰新律綱領改定律例二卷頒行之。」(原文訓)とあり、恰も「新律綱領」も「歐洲各國法典」を斟酌して編纂された様に解釋せられ得る文を具してゐるが、「新律綱領」には未だ深く歐洲各國の刑法典の影響はなかつたものと解釋せねばならない。右の書の「例則」に於て萩原裕も「一律例ハ明清律ニ出藍シ旁ラ佛律ニ出入ス」と記載する如く、誠に「改定律例」に到りて初めて佛國刑法典より若干の影響を受くるに到つたものであらうと思ふ。然らば如何なる點に於て各國刑法典、特に佛國刑法の影響を受けてゐるであらうか。此の點亦既に少しく考察する所があ

つたから、其の著に譲り度いと思ふが、併し自分は「改定律例」と雖も尙支那法系の支配的な影響下にあつたと見てゐるものである事を一言して置き度い^②。申す迄もなく、我刑律の編纂過程を回想するも、單に摸倣のみ此れ事として支那刑律を倣承したものではもとよりない。繼承の主體は飽く迄、我日本であり、日本的法感覺、日本的法的確信に基いて、取捨されつゝ繼承されてゐる事を看過してはならない。此の例をいくらでも擧げ得る。扱て斯の如き「新律綱領」及「改定律例」は相並んで所謂舊刑法の實施せらるゝに到る迄、換言すれば明治十五年一月一日に舊刑法が實施せらるゝ迄、我國明治期最初の發布せられし刑法典として其の效力を有してゐた所であつた。然らば「新律綱領」「改定律例」は實際上、如何に適用せられ、運用せられてゐたかに就いて此處に少しく考察して見度いと思ふ。此の點を考察するには刑事判決を根據とせねばならないであらう。判決に於て日本的刑罰意識は明截に露呈せると共に、又實に當時の世相の一端、政治政策の一面は此處に最も明截なる反映を見せてゐるものである。故に支那法の影響強き「新律綱領」「改定律例」が如何に日本に於て適用せられてゐたか、如何に日本人の刑罰思惟に基いて運用せられてゐたかを考察するには兩刑法典が實施せられてゐた當時の判決を根據として之れを考察するを最も妥當なりと信するが故に、以下、明治初頭の二三の判決を中心として兩刑法典實施の跡を辿つて見よう。此處に使用する資料の内先づ説明を要するものの一は當時何人かに依りて筆録し残されたる「判例集」

である。右は假名を「判例集」として置くが、表紙なき美濃紙型十行野紙に墨書され、總枚數僅かに三十七葉にしか満たない。勿論それより以下は殘缺のあるものであつて、此の僅少なる枚數の内名例律に該當する判決例七件、職制律の夫は十四件、戸婚律に依りて處罰せられし例は二十二件、賊盜律は六十一件、人命律は四件、合計五律百八件の判決例を記載してゐる。故に若し此の「判例集」が完全なる形體を保存して居れば以下鬪毆律、罵詈律、訴訟律、受贓律、詐僞律、犯姦律、雜犯律、捕亡律、斷獄律等に關する判決例を列記してゐた筈であるが、遺憾にも人命律に四件の判決例を掲載する外は以下は散佚してしまつたのか、今日自分には尙見る事が出来ないのである。右の百八件は犯罪地を明記してゐないけれ共、犯人の出身地より之れを推察すれば何れも概ね京都裁判所の管轄地域内で行はれたものであらうと推察される^③。

出身地		京都府		京都市		伏水		京都裁判所管轄地域	
員數	内譯	員數	上京	員數	下京	員數	桑田郡	員數	船井郡
一	河内	九	一	二六	五	一	紀伊郡	一	阿波
二	攝津		二			桑田郡	一	波	
一	伊勢	一	二	二	相樂郡	一	肥前	二	京大
三	尾張	一	三	三	久世郡	一	東	三	阪
一	三河	一	四	四	葛野郡	一	京	七	不明
一	駿河	一	一	一	宇治郡	一	不明		
一	若狹	一	二	一	乙訓郡				
一	長門	一	二						
一	阿波	一	三						
一	讚岐	一	四						
一	肥前	一	一						
二	京大	一	二						
三	阪								
七	不明								

(註。京都府とあるは京都府貫屬士族を示す。總計百十三となるは一件に二名以上ある事件あるに依る。)

更に進んで右の「判例集」に見ゆる犯人の身分並に職業の明瞭に記載せられてゐる者のみを表示すれば左の如くである。

業職		數員	身分	職業
一	邏卒	九	士族	
一	不明	一	華族	
二	僧侶	二	僧侶	
一	區長		平民	
一	戶長			
一七	農	五七(外ニ、女八)		
一八	商			
一	邏卒			
二	家僕			
五	雇人			
三	育			
三	懲役人			
六	無籍			
一	定抱			
七	官吏	八	不明	
一	不明	一	非人	

尙、犯罪人の年齢は全然不明であるが、性別に就ては全犯罪人百十三名中、女は八名存在してゐる事になる。此處に先づ使用せんとする資料なる「判例集」の犯罪人別表を作製すれば上記の如き状態なる事を示されるが、以下此の「判例集」を中心として「新律綱領」並に「改定律例」が日本人たる判事に依りて如何に實施されてゐたか、其の状態を觀察して見やう。(以下人名は總て匿名とす)

第一の「名例律」の最初に記載せらるゝ判決例は左の如きものである。

伏水兩替町一丁目
 當時無宿
 松山屋故松三郎伴
 夏 吉

六年五月

其方儀窃盜三犯ノ科ニ依テ十年准流申付置處其以前押隠シ置タル強盜及ヒ強姦等罪ヲ首書スルト雖モ其姦罪ハ首免ノ限リニ非サルヲ以テ准流十年可申付處名例律一罪先ニ發シ已ニ論決ヲ經テ餘罪後ニ發シ罪等シキヲ以テ更ニ其罪ヲ論セス仍テ從前之通准流申付ル

右は犯罪人夏吉が窃盜三犯に依りて「十年准流」に處せられたが、窃盜罪を犯す以前に強盜及び強姦罪を犯したる事實を窃盜罪確定後に於て自首したる場合の判決である。先づ夏吉の窃盜三犯が「十年准流」に處せられてゐる事は少しく説明を要する。先づ准流とは三年十一月十七日の達を以つて「北海道流所御規則追テ被相定候迄暫ク流刑ヲ停メ役限ヲ五徒之上ニ加ヘ准流法被相設候條流刑ヲ犯シ候者ハ右ニ照準シ處置可致候事」とし初めて定められたる流刑に換ふるに徒刑を以つてする制である。抑々三年十月に刑部省は左の上申書を太政官に提出した。即ち

流刑ハ蝦夷地ニ限り云々一昨辰年御布告モ有之且昨年ヨリノ囚徒夥多ニ付先般開拓使へ及掛合候處當分ノ内ハ配役之見込モ斷然無之旨申來不得止從前之島々へ配流致候得トモ罪囚夥多ニ付惣テ配囚相成兼當時禁獄爲致置候者モ數多有之長ク入獄スレハ自ラ病囚モ可生愍然之至ニ有之候然處今般新律御確定相成自今依新律斷刑致候上ハ流刑ハ則別紙之條目ニ有之當然差支可申儀ニ付開拓使へ御達相成北海道へ發遣之目的相立候様急卒御差圖有之度依而此段申入候也

右の上申書の内容によれば「流刑ハ則別紙之條目」とある様に、「新律綱領」「五刑條例」流刑の

目によつて、流刑は北海道へ發遣する事に決定となつた以上は、至急其の律文の趣旨が達成せらるゝ様に北海道開拓使其他關係官廳へ命を下して貰ひ度いと云ふのである。然るに司法省は又三年(月日)に伺書を提出して曰く

北海道流地御規則未タ立定セサレハ流囚從前ノ如ク諸島ニ分遣可致處新律刑名強竊盜以下流罪ニ處決スル者極テ多シ舊幕流刑僧徒ノ犯姦賭博等ニ止ル如キニ非ス況ヤ諸島ノ囚ヲ容受スル限アルノミナラス彼強兇暴戻ノ徒ヲシテ無辜ノ島民ヲ凌虐抑勒セシムル亦大ニ矜憫ス可シ因テ暫ク流刑ヲ停メ準流法ヲ權說シ役限ヲ五徒ノ上ニ加ヘ準流一等役五年二等役七年三等役十年ト定メ以テ三流ニ換ヘ府縣大中藩ハ從前建設徒場中ニ入レ徒人ト區別嚴ニ苦役シ小藩ノ一徒場ヲ設クルニ不便ナル者ハ民政部ニ於テ四藩又ハ五藩ツ、區分シ地理ノ便宜ニ從ヒ合併シテ一場ヲ設ケ費用ハ現石二割付仍ホ附近府縣大中藩ニ合併ヲ願者ハ聽ルシ且邊戍可處者ハ禁錮ニ換ヘ年限ハ準流同様ニ致度此段奉伺候

右の刑部省伺は三年の何時に提出せられしか不明であるけれ共、三年十月以後同十一月十四日迄の間に提出せられし事は十一月十四日に刑部省より辨官に申入れをなせる事實より此れを推察する事が出来る。おそらく十一月に入りて提出せるものであらう。かくして十一月十七日に府藩縣に達を以つて準流が頒布せられた。此の準流法は六年六月「改定律例」の頒布に依りて廢止に到る迄、效力を有した所であつて(尤も五年十一月布告第三百七十六號を以て、準流限内老疾收贖例圖を定めた。而して新律綱領の目に載せた)其の内容は

一等徒役 五年 二等徒役 七年 三等徒役 十年

北海道流所御規則追テ被相定候迄暫ク流刑ヲ停メ役限ヲ五徒之上ニ加ヘ準流法被相設候條流刑ヲ犯シ候者ハ右ニ照準シ處置可致候事

此れである。斯の如き沿革を経て準流法は公布せられたが、實は準流法の公布は我國刑罰史上、流刑廢止に到る前驅的現象であつて、此の法公布によりて爾後遂に流刑は事實上、行はれざるに到つたのである。扱て「新律綱領」の「竊盜」を見るに「三犯。五十兩以下ハ。流」と規定されてゐる。即ち竊盜三犯は流刑に該る犯罪を構成したのである。此の場合、竊盜三犯が「準流十年」となつたのは「三犯。五十兩以上ハ。絞」であつたからして、五十兩以下は絞につぐ重き刑即ち三等徒刑を科せられたものなる事を知り得るのである。斯くの如く右の判決は先づ「新律綱領」、「竊盜」並に準流法によりて判決されてゐるが、尙更に「新律綱領」の「二罪俱發以重論」及び「犯罪自首」の目に依りて判決を下されてゐる事は明白な事實である。「其姦罪ハ首免ノ限リニ非サルヲ以テ」は「新律綱領」の「犯罪自首」に「姦スル者ハ并ニ自首ノ律ニ在ラス」に當り、「一罪先ニ發シ已ニ論決ヲ經テ餘罪後ニ發シ罪等シキヲ以テ更ニ其罪ヲ論セス」は「新律綱領」の「二罪俱發以重論」に「若シ一罪先キニ發シ已ニ論決ヲ經テ餘罪後ニ發シ輕ク若クハ等キハ論スルヲ勿レ」の條文を指すのである。

以上の様に右の判決は六年五月の判決、換言すれば當時尙、「改定律例」の頒布を見てゐない時

の判決であるから、「新律綱領」のみによりて所斷せられた判決なる事は明白であるが、「新律綱領」の「名例律」によりて、殊に「犯罪自首」、「二罪俱發以重論」によりて所斷せられし一例である。「犯罪自首」は後述する所に譲るけれ共、先づ二罪俱發罪は既に早く唐律に其の規定を見たもので、唐律の規定は我國に繼受せられ我律文となつたのである。支那に於ても明清律に何れも二罪俱發罪に關する規定を置く所があつた。「唐律疏議」を見るに(卷第六)

諸二罪以上俱發以重者論。等者須從一斷。若一罪先發。已經論決。餘罪後發。其輕若等勿論。重者更論之。通計前罪。以充後數。後略。

と規定されてをり、此の條文に詳細なる疏を付する所があるが、我律(律逸文、名例律下)亦殆ど唐律の文と同一の律文を有してゐたのである。我國に於ては二罪俱發罪に關する右の條文は中古後半に到りては、「法曹至要抄」(卷八十一)「裁判至要抄」(卷八十一)「金玉掌中抄」の諸法律書上には見えず、後には何時しか消滅したけれ共、「政事要畧」(卷八十一)に承和七年五月三日大判事讃岐永直の二罪俱發に關する答が見えてをり、其の内に二罪俱發罪に關する名例律の律文を引用してゐるから少なくとも「政事要畧」の編纂されし一條天皇頃迄は二罪俱發罪に關する名例律の律文が我國に存在し、實際適用せられてゐた事は明白に推察する事が出来るのである。支那に於ては宋、更に降つて明律(卷一、名例、二)には大體に於て唐律と同様なる律文を有してをり、清律も「大清律例」には明律と等しい條文を規定して

ある(卷五、名例律、下、二罪俱發以重論條)。我國は明治期に入りて刑法典の編纂に着手するや、先づ「假律」に於て

「二罪俱發」條を名例に置いたが、其の文は明清律を繼受せる事は、「假律」の律文と明清律の律文とを比較對照せば直ちに首肯し得らるゝ所である。而して綱領(以下、新律綱領を假稱する)、律例(以下、改定律例を稱する)に夫々、二罪俱發罪の條文を列ねてゐるけれ共、綱領の條文は律例の條文に比して明清律の該當條の條文に等しい割合が多く條文の文體は、律例は綱領に比して餘程、漢文讀下的な句が少なく

なつてゐる事はこれを認めねばならぬであらう。斯くの如く二罪俱發罪に關する條文は明らかに支那法系の影響下に立てる條文であつて、當時司法省に提出されたる諸伺並に其の指令、更に種々の判決にも二罪俱發罪條適用に關する多くの例が散見する所である。例へば『刑事彙纂』(甲卷、十年十月刊行、警視廳藏)を見るに④「二罪俱發以重論」の項に六年六月七日の白川縣伺以下、九年二月四日熊谷裁判所伺迄、二十五件の諸伺並に夫れに對する指令を掲載する所がある⑤。例へば六年七月三十日の濱松縣伺を見るに

凡士族終身禁錮ノ閏刑ヲ犯シ又懲役百日以下ノ破廉恥甚ヲ犯シ二罪俱發スレハ一ノ破廉恥甚ニ依リ科斷シ候哉

とある伺に對する指令(第三十號)は「伺ノ通」となつてゐる。「破廉恥甚」なる犯罪は改正閏刑律(第十條)に據れば(唐律並に此れの影響を受ける刑律には此れに該る條文は存在しない。此れ士族なる身分が我が近世封建社會以後に發生した特殊なる身分階級である爲めである。)「凡士族、中略、若シ姦盜

等ノ罪ヲ犯シ廉恥ヲ破ルハ甚シキ者懲役百日以下ニ該ルハ除族ニ止メ一年以上ハ仍ホ本刑ヲ加フ、

後略。⑥とある條文に該當する罪であつて、伺の場合は除族、換言すれば綱領が「廢シテ庶人ト爲ス」と規定する刑罰を科せられる犯罪であつた。然るに士族終身禁錮刑は綱領に於ては自裁刑を科せられし閏刑に於ける最も重き刑罰である。律例は自裁を廢して此れを終身禁錮刑と改めたのである。除族はもとより終身禁錮刑より重刑と考へられてゐたから、斯くの如く二罪俱發の場合には重刑なる除族を以つて論ず可しとせられたのである。更に此處に謂ふ處の「二罪」とは綱領並に律例に規定せられる二罪を指稱するものであつて、例へば⑦

○二罪俱發ノ時其一ハ違式註違等ノ罪ニシテ、別罪ヨリ輕キ者ハ、一ノ重ニ處シ、違式註違ノ罪ハ不問哉云々。御問答ノ趣致ニ承知ニ候、右等ノ犯罪ハ、二罪俱發ノ例ニ無レ之、各別ニ處分致ス儀ニ御座候、此段及御回答ニ候也
○爰ニ犯罪アリ、一ハ常律ヲ犯シ、一ハ諸稅罰則ヲ犯ス者、常律贖金ト、諸罰金比較シ、二罪俱發ト見做シ、金數ノ多寡ニ依リ、一ニ從テ科シ候テ可レ然哉⑧
六年八月二十五日指令 二罪俱發律ヲ以テ論セス、各自ラ罪ヲ科ス可シ

に見ゆる趣旨は何れも二罪を綱領・律例上の二罪の意味に限定して使用せる事を明示し、此の例に該るもの尙相當數到る所に散見する所であつて、白川縣伺の「二罪俱發ノ時、其一ハ違式註違等ノ罪ニ係ルハ、二罪俱發ノ例ニ無レ之、各別ニ處分スヘシト、陸軍裁判所ヘノ御回答相見候所、若シ違式ノ罪ヲ一同ニ犯ス事、二條以上、若クハ違式ト註違トノ罪、俱ニ發スル時ハ、如何處分可レ然哉」

に對する七年六月十五日の指令にも「各別ニ處分スヘシ」としてゐる例、亦愈々如上の事を判然と了解せしむる一例となるものである⑨。尙、「俱發」の意味に就ては疏議は左の如く解してゐる。

疏議曰。假有_下甲任_三九品一官。犯_レ盜絹五匹。合_三徒一年。又私_三有_レ稍一張。合_三徒一年半。又過_三失折人二支。合_三贖流三千里。是爲_三二罪以上俱發。

即ち名例律に「九品以上一官當徒一年」(卷第二、二)とあり、賊盜律に「諸竊盜不得財笞五十。一尺杖六十。一匹加_三一等。五匹徒一年。」(卷第十九、三)と規定され、其の疏議は「至_レ賊滿五匹。不_レ更論尺。即徒一年。」と解釋した。又「私_三有_レ稍一張。合_三徒一年半。」とある文言の内、先づ稍は唐律疏議釋文に「矛稍(上音牟。三脊鏑也。戟之類也)。」とある如く、一種の武器なる事は明白であるが、疏議に「兵仗者。謂_レ橫刀常帶其甲稍弓箭之類」(衛禁、下、卷第八)と解されてゐる様に當時は兵仗の一種と考へられてゐたもので槩に當る長矛である。而して擅輿律を見ると(擅輿、卷十六、)「諸私有_三禁兵器者。徒一年半。」と規定してゐて、此の場合の「兵器」は特に「謂_レ非_三弓箭刀楯短矛者。」と定め⑩、弓箭刀楯短矛の五は「私家聽有」た武器であつた。併し疏議は「甲弩矛稍具裝等。依_レ令私家不合_三有。若有_三矛稍者。各徒一年半。」として、稍を私有する者は一年半の徒罪に處したのであつたから、上記の第二番目の犯罪は如上の犯罪を指示してゐる事が明白であらう。更に「過_三失折人二支。合_三贖流三千里。」とは説明する迄もなく闘訟律「毆人折跌支體瞎目」條に「即損_三二事以上。及因_レ舊患令

一 新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて

至篤疾。若斷舌。及毀敗人陰陽者。流三千里。」と、同律「過失殺傷人條」に「諸過失殺傷人者。各依其狀。以贖論」とが「過失折人二支」なる行爲に對して適用せられたものである。以上の様に三罪が俱發する事を疏議は「是爲三罪以上俱發。」と解してゐるのであつて、現行刑法第九章の併合罪に該る罪である。明清律は二罪俱發に關しては何等の註釋を爲さず、徂徠の『明律國字解』も亦、此の點に觸れる所はない。併し乍ら「二罪以上俱發」が現行刑法上の併合罪に該る罪なる事は、現行刑法が「確定裁判ヲ經サル數罪ヲ併合罪トス若シ或罪ニ付キ確定裁判アリタルトキハ止タ其罪ト其裁判確定前ニ犯シタル罪トヲ併合罪トス。」(第四十條)と規定する併合罪と二罪俱發罪に關する唐律の規定、從つて宋・明・清律並びに我律の規定とは全く其の内容が等しい事を判然と了解されるであらう。此處に自分は「全く」と云つたけれ共、未だ確定裁判を経ざる數罪を現行刑法は併合罪とするに對し、唐律文は「諸二罪以上俱發」とし、此の唐律文上の「二罪」が確定裁判を経ざる二罪以上なりや否やを明記してゐないが、併し此の場合の「二罪」は疏議を參照するも、確定判決を経ざる二罪以上の意味に解釋す可きは論を俟たぬ所である。もとより「若一罪先發。已經論決。餘罪後發。」場合も二罪俱發罪の内に續いて規定するから、此の場合には現行刑法第四十五條後段と其の意味が全く等しい結果となるから、現行刑法の併合罪と唐律從つて其の系統を引く二罪俱發罪とは其の法意が等しいとの結論を導き出し得るであらう。故に自分は「全く」と稱したのであつたが、綱

領・律例の條文と現行刑法の條文とは更に一層兩者の等しき事を明示してゐるのであつて、綱領・律例の條文を一讀せば何人も此の點を直ちに判然と知悉し得るものであらう。

今、明治十一年七月二日上告(同十二年七月八日判決)の大審院刑事判決(明治十三年大審院刑事判決、二八五)を見るに犯人堺縣士族大田盛櫻に對し「右口供ヲ觀レハ曾山庸方へ放火セシ者ハ盛櫻ナリト信認スヘキモノナリトス而シテ同人カ庸カ家屋ニ放火セシモ燒燬セサルヲ以テ改定律例第二百八十一條凡火ヲ放チ人ノ宅舍ヲ燒キ未タ燒燬ニ至ラサル者律ニ照シ懲役十年ニ處ストアルニ依リ士族ナルヲ以テ除族ノ上懲役十年ニ處斷スヘキ罪ナリトス又菅井基彦カ所持金六拾四圓五錢ヲ竊盜セシハ竊盜條ニ依リ士族ナルヲ以テ除族ノ上懲役一年半ニ處斷スヘキモノナリトス云々。」とあるが、此れ未だ確定判決を経ざる放火罪と竊盜罪の競合犯にして、盛櫻の口供、東京裁判所に於ける裁判申渡(二十一年六月二十一日)を見るも、此の二罪は牽連關係あると共に連續關係ある例である。此の種の例は尙二三存在してゐる^①。二罪俱發罪に關する判決の其後の展開過程に關しては述ぶ可き事柄は尙相當多い。殊に舊刑法、現行刑法、改正刑法假案に於ける併合罪との關係に關しては考察を要する面を多く存してゐる。科刑の場合に於ては現行刑法が死刑及び無期に付き吸收主義を採り、有期懲役及び禁錮に付き併合加重主義を採る外、原則として數罪に對しては其各刑を併科するの折衷主義を採用するが、改正刑法假案は吸收主義を原則

一 新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて

と爲してゐる(第七十九條以下)事は人の夙に承知せる所であるが、綱領・律例は吸收主義を原則として採り、舊刑法は「重罪輕罪ヲ犯シ未タ判決ヲ經スニ罪以上俱ニ發シタル時ハ一ノ重キニ從テ處斷ス」(第七章、發。第百條第一項)とし重罪輕罪に對しては吸收主義を、「違警罪ニ罪以上俱ニ發シタル時ハ各其刑ヲ科ス若シ重罪又ハ輕罪ト俱ニ發シタル時ハ一ノ重キニ從フ」(第百一條)として違警罪の併合犯は併科主義を違警罪と重罪又は輕罪との併合犯は吸收主義を採用し、概ね綱領・律例の主義を繼承したが、『刑法表』に據るも、此れはもとより佛國刑法第三百六十五條其他(獨乙刑法第七十三條以下。伊太利刑法草案第六十四條、普魯西刑法第五十六條、奧地利刑法第三十條)を參照せる事は明白である。明治以後の刑罰思想の展開過程に關して、外國法即ち支那法、佛法、獨法の影響を徒らに過少に評價す可きではないが、併し又主體を没却して外國法模倣にのみ奔走したるものとして、我固有刑罰觀念の嚴然として存在する事實を無視す可きではないであらう。

次に綱領の「犯罪存留養親」條に該り、又律例の「犯罪存留養親條例」に據りて處罰せられし判例が三件見える。即ち

丹州桑田郡千原村農

村 田 正 藏

其方儀賭博三犯ノ科ニ依リ懲役一年申付置處母病歿シ七十有餘ノ父姉ナル者痴愚ニシテ外ニ待養スヘキ子孫ナキニ付犯罪存留養親律ニ依リ留養ヲ聽シ既ニ役スル百八十六日ヲ除キ剩ル日數百七十九日ノ收贖金壹圓四拾七錢壹

厘二毛申付ル

山城國相樂郡相樂村農

秋 岡 三 造

其方儀惡事有之懲役十年ニ處斷セシ後重病ニ付親屬ヘ責付申付シ處母トク難治ノ症ニ罹リ外侍養ノ者無之旨申出ルニ付犯罪存留養親條例ニ依リ己役過セシ日數ヲ除キ剩ル八年百十七日ノ收贖金貳拾四圓九十七錢五厘申付ル

下京第十區吉原町商

故孝兵衛七男懲役人 橋 本 治 藏

其方儀詐欺取財ノ科ニ依リ明治四年八月廿九日懲役十年申付置所固囚平小太郎並岡山平之助役場ヲ逃走セント計リシヲ差咎メ折檻致シ終ニ逃走ヲナサシメスシテ其段申訴致スニ依リ本罪一等ヲ減シ更ニ懲役七年申付未タ役中ニ之アルト雖モ母難治之病ニ取過進退不自由ノ處外ニ侍養ノ子孫之ナキニ付留養ヲ聽シ犯罪存留養親律ニ依リ己ニ役スル二年十月十四日ヲ除去シ剩ル四年一月十六日ノ收贖金十二圓三十八錢申付ル

以上の三件の「犯罪存留養親」に關する判決は明らかに明・清律の系統を引くものであつて、後述する如く唐律より此種律文を引くものではない。最初の判決は「七年四月二日」と肩書が付せられてゐるけれど、残り二件は判決の時日の明記がなく、以下の諸判決も亦總て時日の記載はないのであるが、申す迄もなく此の二件の判決は七年四月を隔る事遠からざる時に於て下されたる判決なる事は説明する必要もあるまいと思ふ。而して第一の判決には「犯罪存留養親律」とあり、第二の

一 新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて

判決には「犯罪存留養親條例」とあるから、前者は綱領、後者は律例の各條文に據りて判決されたものである。何となれば第一の判決文に「七十有餘ノ父」なる文言があるが、此の文言に適用せらるゝ條文は律例には存在せず、たゞ綱領にのみ存在する法文であるからである。即ち綱領(犯罪存留養親の條)に「凡徒流ヲ犯シ發配ス可キニ祖父母父母年七十以上及ヒ癡篤疾ニシテ云々」とある法文を準據として、犯人村田正藏は一定の收贖金を納付して放免せられたものであつて、此の點から考察しても、律例頒布後、綱領の効力は消滅したなどと説く事は明らかに誤謬であり、律例發布施行後と雖も律例に於て改正せられざる綱領の條文は、其の儘、適用せられてゐたものである事を判然と知らしむるものであらうと思ふ。第二の判例は明白に律例第三十六條に據り放免されたものである。殊に第二の判決文の内に「外侍養ノ者無之旨申出ルニ付」とあるは、律例第三十六條の「父祖親屬ノ侍養スル事ヲ願フ事切ナル者ハ」に該る事柄を指すものであらう。然り而して第三の判決例は懲役人橋本治藏が逃走せんとする同囚をして其の脱走を讎意せしめた功績が幾分、放免に影響を及ぼしてゐる事と想像されるものである。

扱て現行刑法にはもとより犯罪存留養親に該る可き條文は存在しないし、改正刑法假案にも見當らない。此の條文は既に舊刑法に於て削除された所である。併し綱領・律例には明らかに存置されてゐた條文であつたが^⑩、此の條文は明・清律を根據とするもので唐律には此れに類する條文は後

述する様にならない事はないが而も唐律、從つて我大寶律を根據とするものでない。明律を見るに其の
名例に

凡犯_三死罪_一非常赦所_レ不_レ原者。而祖父母父母老疾應_レ侍家無_三以次成丁_二者。開_三具所_レ犯罪名_一奏聞取_三自上裁_二。若犯_三徒流_二者。止_三杖一百_一。餘罪收_レ贖存留養_レ親。

とある。『明律國字解』は「犯罪存留養親」を「犯罪トハ徒流死罪ヲ犯ス也存留トハ存ハ命ヲ生ス也留ハ本所ニ留置也親ヲ養スル爲ニ死罪ヲタスケ徒流罪ヲ配所へ遣スコトヲ云ヘリ。」大清律亦殆同様の規定を有するが、右の條文に該る唐律の律文を強いて求むれば名例三の「犯死罪非十惡」の條に

諸犯_三死罪_一非_三十惡_二。而祖父母父母老疾應_レ侍家無_三期親成丁_二者上請。犯_三流罪_二者。權留養_レ親。

とあるものであらう。併し唐、明律の間に於ては寛嚴の差は存在するも、唐律の上掲律文は明律に全然影響を及ぼしてゐないと斷ずる事は出來まい。明律に到りて上記の如き律文を律書に上書した理由に就いては論ず可き點を多く存してゐるけれ共、本論の趣旨を脱するに依りて追究しないが、併し乍ら唐律の上掲律文の來由には、北魏孝文帝の時の詔に「犯_三死刑者祖父母父母年老更無_三成人子孫_二旁無_三期親_一者。具_レ狀以聞。」とある事實に基いてゐる點が多いものであらうと推察される。大體に於て「犯罪存留養親」は支那刑法の上古よりの慣例ではなく、帝王の一時の意見が後に成規と化したものであらうと解されるものである^⑪。今、明清律と我が綱領並びに律例と對比すると彼

一 新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて

我の間に文章自體は相當の相違が存するも、其の法意は全然等しいと云ふも過言ではない事が發見され得るであらう。『皇朝律例彙纂』(二卷)に犯罪存留養親者の再犯を規定する綱領の法文を解して「尊長ノ老疾ヲ憫レミ。重科アル者ヲ存留セシメシ處。恩ニナレテ。云々」としてゐる事も亦、支那法に犯罪存留養親條を置いた趣旨と等しいのである。

尙、犯罪存留養親を適用せらるゝ場合は、犯罪者の祖父母父母の年齢が、七十歳以上なる場合か、又は「癡篤疾」或ひは「老病」なる場合でなければならぬ。もとより家に侍養の子孫なき場合なる事は論ずる迄もない。例へば七年二月十七日の滋賀縣伺(七年第五)は「賭博三犯ノ者アリ其母年七十以上」の場合に假令、其の母篤癡疾ならざる場合と雖も指令は「留養ヲ聽ス」としてゐるし、同年一月二十三日の岡山縣伺(七年第四)は「懲役一年以上ニ該ル罪犯家ニ七十有餘ノ父母アリ」場合に「律ニ照シ存留養親ヲ聽ス」と指令されてゐる。併し家に侍養の子孫ある場合は存留養親は許されない事は再言する必要もないであらうが、一例を佐賀亂に参加して處罰せられたる春島克造に對する七年九月四日の佐賀裁判所伺(七年第百六十一號)を見るに①

舊佐賀縣士族春島克造儀逆徒、與シ大隊長トナリ隊下ヲ指揮シ官兵ニ抗敵スル科ニ依リ本年四月十三日除族ノ上懲役十年ニ處シ置カル處克造家族男女七人ノ内父冬雪七十一年ニ相成母ハ六十四年肺病篤疾ニテ姉モ瘥性病ノ上左臂左脚稍不遂全愈ノ期無之長男ハ九年二男ハ七年三女ハ四年何レモ幼稚ニ有之妻儀侍養當然ノ處舊眼疾加ルニ

全軀疲勞致シ居リ雙親ヘノ奉養行届カサルニ付克造ニ侍養差許サレ度段親族田村政雄ヨリ切願ニ及ヒ檢官檢視醫員診書共別紙略之通ニテ憫然ノ事ニ付律例第三十六條凡懲役一年以上云々餘罪ヲ收贖シ放還スルコトヲ聽スト云ヲ以テ處分可然哉ノ處其犯罪タル常典ノ外ニ出ル者ニ付如何處斷スベキ哉 但シ侍養差免サル儀ニ候ハ、以後同罪ノ者同様ノ願有之節ヘ檢査ノ上直ニ處分致シ度候

とあり、其の指令は「留養ヲ聽スヘシ」と答へられてゐる。右の伺書の内容は佐賀亂に参加せる春島克造の一家が克造の捕縛されし後小説を地で行く様な悲惨なる生活に没落し、呻吟せる状態が歴々と見ゆるものがあるが、右の場合は父は七十歳以上、母は七十歳以下なるも肺病篤疾、侍養すべき妻は眼疾の上、精神的打撃が激烈なりしにや全身疲勞の徵候ありて父母に侍養を盡す事能はず、加ふるに子供皆幼にして、もとより此等の者に侍養を求むる事が不可能なる場合に、克造に對し「留養ヲ聽スヘシ」として餘罪を收贖の上にて放免してゐるのである。犯罪存留養親に關しては殊に述べ可き點は尙多く存在し、犯罪存留養親に關する如き條文が獨逸刑法の倣承なる現行刑法上に條文として存在せざる事を想起せば、東洋、殊に我日本の刑罰觀念の基底には家族主義の尊々親々の觀念に基く「孝養」的道義が、一の體刑阻却原因として存在してゐた事を想起せしむるのである。要するにかゝる條文が綱領・律例の上に存置せられてゐた事は綱領・律例の思想的基底には尙、以上の様に多分に日本的儒教思想・換言すれば家的觀念を中核とする、個人主義にあらざる、家族

主義的思想が嚴然と濃厚に存在してゐたものなる事を指示してゐる。此の家族主義的思想が東洋の家族國家に於ては、如何に責任阻却原因となれるか、又東洋的な刑罰觀念、從つて又日本的な刑罰觀念に基いて刑罰が如何に適用せられてゐたかを示す注目すべき一例は右の犯罪存留養親である。家族主義を社會構造の素材とし、同時にかゝる素材が擬制的ではなく現實に國家夫自體に歸する日本の國家構造に在りては、國家構造の素材は、又家族主義に外ならない。此の點は日本國家構造に決定的な特質を與えてゐるものであつて、同じ東洋にありても、支那の國家構造と著しく類を異にしてゐる點である。支那の國家は、現實の社會實態と游離して假空に存在し、支那的な社會實態の悠久性は支那の國家構造に大なる關聯を有するものではない。たゞ僅かに支那的な執拗なる停滞性が國家構造の上に歴然と看取されるのみであるが、國家は元來、社會實態の悠久性と、其淵由を本質的に異にするものである。かゝる故に、支那國家を目して支那社會の現實的構造特質なる家族的構成の擴大せしものと見探る事は、單なる擬制でしかない事が判然とするであらう。此に關しては、自分は論すべき點を有してゐるが、本項の趣旨を徒に脱却するが故に述べないけれ共、かゝる故を以つて我舊刑律の家族主義的色彩は其儘、國家に對する我國民の信念より出るものであり、犯罪存留養親條が、當然なる刑罰阻却原因として見られるに到る理由が此處より抽出され得るに到るのである。即ち犯罪存留養親條が刑律上に存置された理由は、支那に於ては寧ろ親子間に特定の

に存在する倫常的事實が、社會一般の基準なる反道德的規範に優位せる事を示すものであつて、此の事は又、換言すれば、家族的秩序が、國家秩序に優先せる事を示すものに外ならないが、我國に在りては、家族的秩序の維持は、其儘國家秩序の維持と見られ、兩者の對立は存在しないのである。故に存留養親義務ある子孫、姉等を拘禁し、實刑を科する事自體は、寧ろ國家秩序を維持する線に反行する行爲と考へられるに到るのである。かくの如くなるを以つて、稍々餘談に互るけれ共、「眞孝」は「眞忠」となり、忠孝の二律背反的現象は我國に於ては存在せざるものとなり、日本の儒教の教義は孝は忠に徹するの理論に極まるのである。此れに關する近世儒者の言論を例示する事は論、多岐に逸脱するを懼れて此處に例示しないが、忠、孝が對立するは、支那の儒教に見る現象、支那的儒教に於て始めて理解し能ふ理論である。かくて、後述する様に「親屬相隱」條に關する存置理由は日本と支那に於て、刑法理論上、存置理由が稍々異なる結果となつて來るのである。たゞ我刑律の特質を感情的刑律、感覺的刑律と見てしまひ得るや否やに關しては自分にも一私見を有してゐる。何れ發表し度と思ふ。次に「判例集」は其の名例律の項に「不憚朝憲カリニ攘夷論ヲ主張シ其上佐々山大一郎等ノ暴動ヲ應援セント謀ル」者に對しての判例が二件出でゐるが、別段之れに對しては述ぶ可き點もないから次の職制律に進みたい。

職制律の項には十四件の判決が記載されてゐる。何れも其の判決を與へられし時は不明であるが、

六、七年を隔る事程遠からざる時の判決であらうとは大體想像が付くのである。右の十四件の判決の内、特に注目す可き二三に就いてのみ若干の検討を重ね、綱領並に律例適用の状態を考察して見度いと思ふ。十四件の判決は綱領の「上書奏事錯誤」に該る罪六件、「事應奏不奏」に該る罪二件、「至下馬牌不下」に該る罪一件、「棄毀官文書」に該る罪一件、「不覺被盜」に該る罪二件、律例第一百一條の遺失印鑑に該る罪二件である。右の十四件は概ね綱領に據りて處罰せられたるものが多いのであるが、右の内「至下馬牌不下」に該る罪の判決は次の如くである。

上京區第三十貳區新丸太町仁王門下ル丁

大村平兵衛悻悻病院小使 大村 三五郎

其方儀乘馬驚逸シ過テ八坂神社へ駈込シ下乗セサル科至下馬牌不下律ニ依リ懲役四十日可申付處宥恕ヲ以テ贖罪金三圓申付ル

右に該る條文は律例には存在せず、綱領の職制律に「凡下馬牌ニ至リ下ラスシテ過ル者ハ笞四十。行宮ハ一等ヲ減ス。」と規定せられてゐる律文に依りて處罰せられしものである。八年一月の敦賀縣の伺に^⑤

職制律至下馬牌不下條ハ獨リ皇宮ノ爲メニ設クルニ似タリ果シテ然ラハ官國幣大小社ノ下馬牌ハ本條ヨリ何等ヲ遞減シテ可然哉右相伺候也

と問合せたる其の指令に

官國幣社並ニ府縣社等ニ建設スル制札ノ禁令ニ背キ車馬ヲ乗り入ル者ハ違式輕重ニ問フ

と回答された。上掲の判決文の内には「懲役四十日」と記載されるが、綱領の律文には「笞四十」と規定されるのであるけれ共、これは律例が五刑條例(第一條)で綱領に於て笞一十とあるを笞杖刑の廢止と共に懲役刑十日と換へてから、斯くの如く變更せられしもので^⑥、以下各笞杖數が日數の懲役日數に換へられ、從つて笞四十とあるは懲役四十日となつたものである。「至下馬牌不下」の如き犯罪はもとより支那法にも存在するが、我國獨特の制度として存する神社の鳥居前には下馬札下乗札を建てられ、人民奉拜の態度に禮を缺く事なからん事を期してゐる。其の下馬下乗札を無視して下馬せず通過する者に對し笞四十、後には懲役四十日の輕罪を科したものである。此の點は別段刑罰理論の日本の特質が看取されるものと見て見られない事もないが、特に取り立て、論すべきものはない。尙「上書奏事錯誤」は唐律(第十卷)に「上書奏事誤」、明律(卷第三)の「上書奏事犯諱」の内「若上書及奏事錯誤當言原免而言不免」。當言千石而言十石之類。有害於事者杖六十。申六部錯誤有害於事者笞四十。其餘衙門文書錯誤者笞二十。若所申雖有錯誤而文案可行不書於事者勿論。」並に清律(吏律)の公式條の「上書奏事犯諱」中の文を採用せる事は明白なる所であらう。更に「事應奏不奏」は唐律(卷第十)の「事應奏而不奏」、明律(卷三、吏律)の「事應奏不奏」、清律(卷七、吏律)の「事應奏不奏」を參照繼受せるものであり、「棄毀官文書」亦、唐律(卷第二十七)「棄毀

一 新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて

制書官文書、明律(卷第三、吏律)の「棄毀制書印信」、清律(卷七、吏律)の「棄毀制書印信」に、其の法源を發し、「不覺被盜」は唐律(卷第十五、廩庫)「庫藏主司搜檢」條の「主守不覺盜者。五匹笞二十。十匹加一等」。過杖一百。二十四加二等。罪止徒二年。若守掌不如法。以故致盜者各加一等。故縱者各與同罪。即故縱贓。滿五十四。加役流。一百匹絞。若被強盜者。各勿論。更に明律(卷第七、戶律)の「倉庫不覺被盜」の「凡有人從倉庫中出守把之人不搜檢者笞四十。因不搜檢以致盜物出倉庫而不覺者減盜罪二等。若夜直更之人不覺盜者減三等。倉庫直宿官攢斗級庫子不覺盜者減五等並罪止杖一百。故縱者各與盜同罪。若被強盜者勿論。」並に清律(卷十二、戶律、倉庫下)の「倉庫不覺被盜」に據つてゐる事は殆ど明瞭であらうか。工藤祐民が『皇佛比例律』^⑦に於て綱領並に律例の「棄毀官文書」を佛刑法第二百五十一條に比し^⑧、「事應奏不奏」を同第二百二十八條に^⑨「不覺被盜」を同第二百五十四條に擬してゐるが^⑩、併し自分は佛刑法の影響は尙如上の法の條文の意味には明清律程深い影響を與へてゐるものではないと思ふし、佛刑法典に該當案が存在するとしても、東洋に於ける刑罰觀念と西洋の夫とは其の根本を異にするものであるから、存置の精神が全く異なると思ふ。明治初期に在りては東洋的律觀念が強く作用せる期であつたと解釋す可きであらう。而して今尙自分矢張り綱領、律例の基底は明清律に依りて構築されてゐるものと考へて差支へないのではなからうか、假令明清律繼倣の態度は我國を主體的なるものとして、獨自の刑罰理念から此れを倣承し

たものであるけれ共、かく思ふてゐるのである。

扱て次に少しく以上諸判決に關聯を有する當時の伺並に指令に一瞥を與へて置き度いと思ふ。先づ「棄毀官文書」に關しては九年三月七日山梨裁判所伺に左の如きものが存してゐる。即ち^⑪

判任官以下ノ者免職セラル、ヲ憤リ縣印アル辭令書ヲ引裂キ鼻ヲ拭フ等ノ所業ニ及フ士族ハ破廉耻甚ヲ以テ論スル哉又ハ閹刑ニ處シ可然哉

とあるに對し、指令は「閹刑ニ處スヘシ」と回答されてゐるが、九年十月十一日の同じく山梨裁判所伺の内に^⑫「官吏ニ非スシテ府縣ノ文書ヲ誤毀シ或ハ遺失スル者ハ如何處分スヘキ哉」とあり、それに對する指令に「其罪ヲ問ハス」とあるから「棄毀官文書」の罪は官吏にのみ科せられた罪であつた事を判然とせしむるであらう。上掲の「判例集」に見ゆる諸例も犯人は邏卒である。又綱領の「不覺被盜」條の條文中に「主守」とある意味に就ては山口縣伺に對する八年十月九日の指令に^⑬明白に解答されてゐる。即ち、其の伺及び指令を列記すれば次の通りである。

本條主守ト稱スル者ハ官物主守ノミニ限ルヤ或ハ官私一般主守ノ任ヲ受クル者ニ係ル哉
官物ノ主守ヲ云私物ヲ主守スル者ニ及ハス

右に依りて「主守」の意味が明らかに官物に限定されてゐる事が了解されると共に「不覺被盜」條は官物の場合にのみ適用せられる條文である事を知り得るであらう。尙、諸伺並に指令に其他多く

の例を示すが、煩を避くる爲めに述べない。たゞ「破廉耻甚」の如き刑罰を置いてゐる事は一應注意して良いと思ふ。當然に廉耻を重んず可き士族階級に對してのみ、かゝる刑罰の存在理由が考へられるのであつて、支那刑法上にはもとより存在せず、身分社會を去れる西洋の刑罰法規にも原則として存在しない。斯くの如き刑罰を刑法典の上から抹消したのは、我國が完全なる四民階級の解放を斷行し、身分平等の原則に入つてから後の事に屬する。支那の刑罰法規には「破廉耻甚」なる刑罰は存在しない事、上記の如くであるが、元來律は身分的色彩濃厚なるものにして、一種の身分刑罰法と稱し得られるのであつて、支那の律の上には別の原則に立つ身分的特徴は到る處に存在してゐるけれ共、一々本論には指摘する事を差し扣へて置かう。又特に「官物」に對する犯罪を「私物」に對する犯罪と區別した法意も、官物尊重主義の原則に基いてゐる事は自明であり、歐洲法が國家又は公有物に對する犯罪を別に規定する法意と其の精神を異にしてゐるのである。斯の如く官尊民卑的觀念は周知の様に、遙か後に到る迄、我國に存在し、且現に存在してゐる所である。更に右の「不覺被盜」とある「不覺」は一種の過失であつてもとより業務上の過失と見る可きもので認識ある過失に當る行爲である。過失に關する我國有刑罰思想上の展開過程に關しては論考す可き點を相當多く存してゐるが、別論を以つて果し度いと思ふ。次に戸婚律に及び度いと思ふ。

扱て戸婚律の項には二十二件の判決が記載されてあるけれ共、この内、綱領並に律例の戸婚律に據りて罪が判決された事件は十四件であつて残りは雜犯律が三件、人命律が三件、捕亡律が一件、言渡が一件となつてをり、此等が總て戸婚律なる項の下に列擧されてゐる。今、本來の意味の戸婚律に據りて處罰せられたる十四件を點檢するに、其の内譯は次の如くなるのであるが、更に綱領、律例の二者に之れを分つて見よう。先づ右の十四件を綱領の「重典賣田宅律」に該る罪二件、「逃亡律」に該る罪四件、「子弟私擅用財律」一件、「奴婢逃亡律」一件となり、律例に據りて處罰せられし罪は「逃亡條例」二件、「棄毀器物稼穡條例」二件、「立嫡違法條例」二件である。戸婚律の内に何故に雜犯律、人命律、捕亡律に據りて處罰せられたる判例が入れられあるかは不明であるが、夫等雜犯、人命、捕亡の各律に據りて處罰せられる犯罪も概ね其の行爲の罪源は戸婚律の逃亡、立嫡違法等に關聯を有する犯罪なるにより、戸婚律の内に掲記せられたるものであらうと想像され得る。先づ以上の雜犯、人命、捕亡の各律に據り處決せられし判例を列擧して置かう。雜犯律に據りて處罰されし判決には次の二件がある。

上京第一區筋違橋

朝山重兵衛

其方儀願無ク擅ニ他管ニ出ル科違令律ニ依リ年七十有餘ニ付懲役四十日之收贖金一圓可申付處自首スルヲ以テ其罪ヲ免ス

其方儀孫いとナル者家出致シ子ヲ棄ルヲ知ナカラ滯留致サセ置科違令律ニ依リ懲役四十日可申付處孫ノ爲ニ容隠スルヲ以テ其罪ヲ免ス

右の判決は二件共に綱領の雜犯律、違令に據りて處罰せられたるものである。即ち綱領、雜犯律、違令に云ふ「凡令ニ違フニ重キ者ハ笞四十輕キ者ハ一等ヲ減ス」。而して前判例は犯人が七十有餘の「老」なるを以つて律例の「改正贖罪收贖例圖」に據りて收贖一圓の判決を與へられたが、律例の名例律、犯罪自首條例(第六十條)に據りて免罪となりしものであり、後の判決も矢張り前の判決と同じく綱領の雜犯律、違令に據りて懲役四十日の實刑を科せらる可き處、綱領、名例律、親屬相爲容隱の條に據りて免罪となりし例である。扱て右に「凡令ニ違フニ重キ者ハ」とあるが、此れも反對の場合、即ち「輕キ者ハ」とあると共に何を以つて輕重を分別する標準とするかは、もとより犯罪の動機、犯罪の結果、犯罪遂行の意思等が判定の要素となるものであるけれ共、自ら量定基準は時と共に動くものであるは申す迄もない。抑々違令罪は唐律にも存在した(唐律、第二十七卷、雜律、違令)。唐律に於ては「諸違令者笞五十(謂令有禁制而律無罪名者)。別式減一等。」と規定され、疏議は「令有禁制。謂儀制令。行路賤避貴。來避去之類。此是令有禁制。律無罪名。違者得笞五十。」別式減一等。謂禮部式。五品以上服紫。六品以下服朱之類。違式文而著服色者笞四十。是名別式減一等。物仍沒官。」と解釋した。我綱領の文は唐律の文に比すれば一等輕く、且つ唐律の別式の場合我綱領では單に「輕キ者ハ」となつてゐるに過ぎない。此の條文は「不應爲」と相對照するもので「不應爲」は「凡律令ニ正條ナシト雖モ情理ニ於テ爲スヲ得應カラザルヲ事ヲ爲ス」(唐律で律令無條。理不可爲者となつてゐる)犯罪であり、違令は唐律では「令有禁制而律無罪名者」であつて刑罰の豫め定められざる禁止事項を云ふのである。明律は刑律、雜犯に違令を定め、問刑條例(儀制、二)に「服舍違式條附」を置いたが、清律も亦大體明律と同様の規定を置いた。併し我が綱領の違令は違令の内容は明清律と異つてゐるけれ共、其の立法趣旨は明清律と同じく、明らかに明清律の條文を踏襲し、たゞ明清律に比して罪を一等輕くしたものに過ぎないと思はれる。此の運用に當りて我固有刑罰が露呈される事は言ふ迄もなく明らかな事實で、此處に自分が考究してゐる立脚點とかゝる點を検討する立場とは自ら別である。右の判決に大村としなる者の孫娘いとなる者が他家に嫁したる所、如何なる事情ありてか婚家を家出し、且つ棄子を行ふを知りつゝ(此の棄子が如何なる態様にて行はれたかは此の判決のみでは判斷する事が不可能であるが、いとが母乳を必要とする生後間も無き子を婚家に止め置き家出したる場合は消極的なる棄子行爲が成立するであらう。又、子を連れて家出し、子を棄てる場合も考へられる。)滯留させる行爲は一面に於て一般人として「爲スヲ得應カラザル」

行爲であらう。けれ共、親屬相爲容隠の條の存在によりて、かゝる行爲も責任阻却原因となり免罪となりしものである。此處にも亦、強き刑罰の家族主義的特徴の露呈を看取し得よう。更に犯人が「老」^②なるに據り換刑、收贖を以つて處罰されんとした事も亦、唐律(卷第四、名例)の「諸年七十以上。十五以下及廢疾犯流罪以下收贖。」なる條文に其の法源を發する明律(名例卷一、老)並に清律(卷五、名例律下、老小廢疾收贖)の繼受なる事は論ずる迄もない事柄であらう^③。綱領には「凡年七十以上十五以下及ヒ廢疾者死罪ヲ除クノ外流罪以下ヲ犯ス者ハ收贖ス」(老小廢疾收贖條第一項)と規定されてあるが、此條に該當する者が窃盜罪、傷害罪(七年三月二十四日濱田縣伺に對する指令)等の犯罪、更に詳細に述べれば、「老小廢疾婦女ノ犯罪ハ名例中特別ノ律條ヲ設ケラレ老小廢疾ハ死罪婦女ハ不孝姦盜人命放火等ヲ除クノ外ハ一般ニ收贖スルコトヲ聽サル」(九年二月濱田縣伺)とある如く、其の犯罪、老小廢疾者にありては死刑に該らざる場合、婦女子にありては不孝、姦盜、人命、放火に該らざる場合は一律に收贖せられし如く解釋せられる如くである。此の點に關しては其後の諸伺並に指令、大審院判決等を順據として考究論述し度い點も多々存在するのである。責任能力に就いては論ず可きものがあるが後述し度い。斯の如き矜疑の理念が刑律の上に漂ふてをり、東洋、殊に支那法系に屬する諸國の律に特徴ある一種の句を與へてゐる點は頗る注意せねばならない。此れ確かに支那刑律をして一種の感覺刑律、感情刑律と思はせる原因である。換言すれば感情が刑律の上に強く流れ込んでゐる。冷靜な温みなき死灰の様な刑

法典ではなくして、何處を切つても温かき血潮の流れ出る刑律、人間の温かき感覺が何處にも流れてゐる事を認め得る刑律であると思はせる原因である。近代的歐洲の刑法典は能ふ限り感情が刑罰の上に流れ込む事を防ぎ、冷やかな理性に基いて犯罪行爲を判斷する事を建前とした。かゝる形式的抽象的刑罰規範が發生せし必然性は、中世後半の歐洲國家生活の沿革の裡に其の原因を求められ、かゝる刑罰の極端なる形式主義、抽象主義は佛蘭西革命に於て頂點に達した觀があつた。其の前後より、人の心を心として刑罰を斷ず可き事を論ずる學者ももとより出てゐたが漸くかゝる傾向が現實の刑罰法規の運用の上に適用され初めたのは最近、それも二十世紀以降の事に屬するであらう。Justiz Kabinet. それは帝王個人の恣意に依りて、帝王個人の氣紛れな感情に依りて行はれし裁判である。此の帝王の個人的恣意的な感情否定の上に、近代刑法典は誕生したのであるが故に、反動的に極端に氣紛れ、感情、感覺を法より放逐せんとする作爲がなされたのである。併し感情のない刑法典、死せる刑法典は其の運用に際して到る處で、現實の犯罪に遭遇したる時に、無力振り、不都合振りを發揮した。此の無力に力を與へ、不都合を是正する方策として再び感情が刑法の上に採用され初めたのである。初めは先づ刑事政策的見地から、そして又徐々に刑法典夫自體の上に。斯の如き曲折を経て、新たな現代の刑法典の再誕が聲高く喧傳されたのであつた。從來の刑法典に對する不信任が各國に於て認識され初め、刑法典の改正は續々として斷行された。此の基底の上

に現代の新しい刑法典は立つ。所謂現代の刑法典は人民が國家より戦ひ取つた刑法典であるとされてゐる一應の理由はかゝる所に存在するけれ共、其の意味を十分に注意して識別せねばなるまい。更に又、現今は正により新たなる刑法典の創造期にあると思はれる。それは國民性、民族性を没却した從來の「世界刑法」の色彩を一洗して、民族の特殊性に深く足を根ざす、「民族刑法」の形態を持ちたる刑法典である。かくして固有刑法理念は「生きた法」として刑法の上に再誕するであらう。「人間自らが其共同生活に於て當然拘束力あるものと認むる規範」(オリゲン・エーアリツヒ *Origin Ethical* の「成文法と生きた法律」法律時報十三ノ八ノ四一)が刑法典の上に脈々として採用されるに到るであらう。抽象的、一般的規範は民族的具體性に於て反省されるに到るであらうと思ふ。閑話休題、支那法系、殊に我日本の舊律が哀矜の基礎の上に構築されてゐる度合の頗る強き事は特に注意せねばならない點であらう。又次に犯罪自首條例亦、唐律(第五卷、名例五)の「諸犯罪未發而自首者。原其罪(正贓猶徵如法)。」(現行刑法第四十と比較)に其の法源を延く明律(卷一之五、名例)の「凡犯罪未發而自首者。免其罪。猶征正贓。」並に清律(卷五、名例律)に發してゐる事は明白であつて、佛國刑法、即ち此の場合はナポレオン刑法にも此れに該當する條文は存在せざる如くである。例へば『刑法表』を見るに佛蘭西刑法の欄には何等犯罪自首條に關する記載もなくたゞ魯西亞刑法(第四百三)、清國刑法(名例律、犯罪自首)、奧地利刑法(第六十)を列擧するのみであり、ポアンナード亦其の『刑法草案述義』(十六年。一四七頁)に於て、草案第九十六條(罪ヲ犯シ

覺セザル前ニ於テ自ラ官ニ首服シテ捕ニ就ク者ハ其罪ヲ宥恕シ本刑ニ一等ヲ減ス但本條別ニ自首減免ノ例ヲ掲グル者ハ此限ニ在ラス)を説明して次の如く述べる。

本條記ス所ノ宥減輕ハ歐洲諸國ノ未タ知ラザルモノニシテ支那律ト共ニ日本ニ入リタル所ナリ

と。又、彼の『刑法草案講義筆記』(十六年六月、ポアンナード講義本貞次郎口譯、二二八頁)にも

該法ハ支那ニ根據シ、中略、各國ニ於テ未タ見サル所ノ法ナリト雖モ甚タ善良ノ者ト謂フヲ得ヘシ、下略、

と講じてゐる事實より推察するに、犯人自ら進んで其の犯罪を告知する自首に對し、刑罰を減免する條は全く支那法系の條文と斷じて差支へなかる可く、現行刑法並に改正刑法並に改正刑法假案(第六)亦、此流を多分に酌みて此原則を採用せしものであらうと推察されるのである。舊刑法(第八十五條)の條文が現行刑法(第四十條)の如き條文に何故に改正せられたかは『改正刑法政府提出案理由書』に依りて既に詳述されてゐるが、要するに自首減免は綱領以後の數次の刑法典改正の過程に於ても其の文意はもとより若干宛異つてゐるにしても、未だ一度も根本的に削除せられし事のない條文である。自首減免が支那法の一特色なる事に關して、少しく布衍して置かう。支那法に於ては自首を減免する原則を採つてゐる事、如上の通りであるが、此れおそらく性善説に基くものであらう。孔子も論語に於て(衛靈公篇)過ちて改めざるを是を過と謂ふと述べてゐる。前非を悔いて自首した者に對しては教化法たる特徴を有する刑律の適用を最早及ぼす必要はなかつたのである。何となれば、律は惡人に懲戒を加へ、善に赴かしむる爲めの具である。然るに前非を悔いて自首した者は、

自己の非行を悟る事に於て人間本性の善に立ち還つたものであるから、かゝる者に更に刑律を適用するには及ばないと考へたものに外ならない。斯くの如き思想は唐に到りて律文に自首減免に関する頗る整然たる體系を作り出さしむに到つたのであつて、唐律が、自首、首露、覺擧の三制度を定律した事は此れを示すものであらう。此の自首減免條は又、過失減輕の原則と密接なる聯關がある。故意過失に關しては後述するであらう。要するに唐律は「犯罪未發自首」條「犯罪共亡」條、「盜詐取人財」條に自首に關する規定を置いた。此の制を明清律は倣承してゐる。我が綱領、律例は明清律を繼承したのであつて後年舊刑法に到りて(第八十六條)自首減輕條を設けしも要するに支那法の原則の繼承である。併し舊刑法は自首減免であつて、唐律が自首全免とする主義と大に異なる點を注意せねばならない。又唐律が代首を聽せる點亦、我舊刑法と根本的に異なる所であらう。自首減免に關しては、尙述べ度い事も多く、後にも若干觸れて置いた。自首減免に關する判例の變遷過程には頗る興味があるものであるけれど、本項には述べない事とするが、以上の諸考察に據りて、吾人は綱領、律例が尙支配的に支那法系下に在つた事を知り得るものである。更に親屬相爲容隱條は既に唐律に其の系統を引く明清律に據りて此れ亦我綱領、律例に定められしものである。此の原則は支那に於ては春秋戰國以來の儒家の説く所であつて、有名なる論語、子路章(第十)の孔子と葉公との問答に其の説の一端を明確に顯示してゐる。即ち

葉公語孔子曰。吾黨有直躬者。其父攘羊而子證之。孔子曰。吾黨之直者異於是。父爲子隱。子爲父隱。直在其中矣。

かゝる「爲親者隱」を當然と考へてゐる親々主義に基く儒教的思想は漢代に入りて國家の律文として採りあげられ、漢律に「親々得相首匿」(公羊傳、何休注)と定められた。宣帝本紀(漢書、第八卷、宣帝紀第八)

地節四年夏五月詔曰。父子之親。夫婦之道天性也。雖有患禍。猶蒙死而存之。誠愛結於心。仁厚之至也。豈能違之哉。自今子首匿父母。妻匿夫。孫匿大父母。皆勿坐。師古曰。凡首匿者。言爲謀首而藏匿罪人也。其父母匿子。夫匿婦。大父母匿孫。罪殊死皆上請。廷尉以聞。

とあり、其後唐律は名例律に於て、更に相隱の範圍を擴張して「同居相爲隱」を定め、且つ相隱の範圍に關して詳細なる規定を置いた(卷第六、名例第六)。宋は又此れを繼承したが、元に及び大元通制(訴訟、元典章、大德十年刑部及禮部の協議)にも同様なる規定を置き、明律に於ては(名例)、大體に於て唐律と等しき規定を置き、清律(名例)此れを襲仿したのである。斯の如く親屬相爲容隱條は支那刑法上の一原則として、古來より其の刑法典の上に明文を以つて記せられたものであつて、斯の如き原則が律文に存する理由は儒教の家族主義的な特徴的色彩が其の儘、律文の上に反映せるものと解する事が出来る。支那の家族の特質を此處に縷説する事は避け度いけれど、支那の家族の概念の變遷が其の儘、尨大な「支那」なる社會の、世界像の變遷過程を示すものである點、換言すれば、支那史夫自體である點を指

摘して置かう。支那に於けるあらゆる制度はかゝる特徴的基盤を考慮の外に置いては、其の本質を理解する事は不可能である。家族主義的色彩は濃厚に刑律の上に示され、餘り強い言葉ではあるが、此の家族主義の維持の爲めに刑律が存在してゐたとさへ言つても、言はれない事はない。併し既述の様に、此の家族主義は日本の家族主義と自ら其の本體を異にしてゐる。尊々の一方的服従觀念は「孝」に於て、儒家は最も體系的にこれを整序したが、我國に移入されて日本化したる儒教、日本人の一般的共有財と化した儒教、否、更に強いて云へば儒教的臭味を脱却し切つた日本の道德と化した儒教に於ける「孝」は、其の反面に「慈」を豫想し、「孝」と「慈」とは「情」なる紐帶に依りて連絡されてゐるが如き「孝」である。此の構圖には強制される結果、或ひは又強要されるが故に、自己の意思に反して外形的に強いて服従の態度を示すが如き一方的面への絶対服従觀念は見出されない。支那に於て「孝」に關する煩錯なる「禮」が成立した理由は斯の如き一方的尊々への絶対的服従の強要の裡に、其の原因を求めて得られやう。併し我國に於ては「孝」は親子の本能的情愛に依りて發生する自然的發露であり、それ故に此處には何等の煩錯なる孝道に關する禮式が存在しなかつた。斯の如き地盤の上に同じ親屬相爲容隱條が適用されたのであるから、其の具體的判決例には著しい相違が看取される筈である。併し此處に紹介しつゝある「判例集」の内には、如上の特徴を示す可き良例は遺憾ながら存在してゐない。而して綱領が(名例律、)明清律を模倣して定めた

る事は、綱領の律文と明清律の律文を比較せば自ら明白であらう。現行刑法第五條(第七章犯人藏匿及ヒ證據湮滅ノ

罪)、並に舊刑法第五百十三條(第二編第三章第三節囚徒逃走ノ罪及ヒ罪人ヲ藏匿スル罪)の條文亦、支那法の此の家族主義的なる刑罰

原則を採用したるものと考へられるのである(改正刑法假案に於ても第二編第八章に逃走及藏匿ノ罪を置き、第九章に偽證及證據湮滅ノ罪を置き、夫々の章の第二百二十二條第二項、第九

二百二十七條に「親族、戸主又ハ同居ノ家族本人ノ利益ノ爲」に此種犯罪を爲すも處罰せられざる旨を定めた。此れ少なくとも大正十五年臨時法制審議會決議の「刑法改正ノ綱領」を見るも「家族制度ヲ破壞スルカ如キ行爲ニ對スル現行法ノ不備ヲ補フコト」を目的として遺棄、扶養義務懈怠等に關する所罰規定を置いた趣旨より考ふる時は、家族主義を國家構造の根幹とする我國獨自の特徵を益々明白に刑法の上に反映せしむる爲めに第二百二十二條第二項、第二百二十七條の規定を置いたものと考ふる事が出来る。)

もとより親屬相爲容隱の條はポアンナードの刑法草案に於ても存在したのであつて(第百八、)彼は彼

の編案せる刑法草案に親屬相爲容隱の條を置くと共に存置の理由を説明して(刑法草案案述義)

法律上ニ於テハ血屬及ヒ姻屬ヨリ生スル愛情及ヒ信實ノ自然ノ意思ヲ酌量セサルヲ得ス固ヨリ本法ハ本犯ノ血屬

又ハ姻屬ノ親ヲ看テ其追捕又ハ刑ヲ免レシムルノ權利アルモノト認ムルニ非スト雖トモ法律上ノ義務ト正當ノ愛

情トノ間ニ在テ遂ニ愛情ノ意思ニ屈シタル者ニハ完全ナル宥恕ヲ與フルナリ

としてゐる。尤も佛刑法(第二百四十、)にも此種の條文は存在する所であるけれ共、本條文設置の趣旨

には矢張り東洋的な、殊に我國の家族制度の特質が其儘反映されたものと解釋す可きであり、高

木豐三が其の『校訂刑法義解』(四六)に於て「此條ハ舊律ニ所謂親屬相爲容隱條例ニ當ル者ニシテ

其主義其理由共ニ明カナルヲ以テ別ニ解釋ヲ要セス」とした如く、本條設置の理由は我々日本人に

は説明するを必要とせざる程自明な事柄であらうと思ふ。併し親屬相爲容隱の原則は稿を改めて述

べ度いと思ふてゐる。尙、主従間、特に従者が主人の爲めにする犯罪相爲容隠も亦、綱領以來此れを認める主義を採つてゐた²⁸。併し此の反對の場合、主人が従者の爲めに容隠する事は此れを認めざる事としてゐる。七年七月三十一日の埼玉裁判所²⁹に

凡ソ家長雇人³⁰ノタメニ容隠ヲ許ス義律ニ不相見候へ共雇人家長ノ爲ニスルノ權衡ニ反照スレハ是又論セスシテ可然哉

に對し、其の指令は

家長雇人ノ爲メニ容隠スルハ勿論ニ置クヘカラス

として家長即ち主人が傭人の爲めにする容隠を認めぬ事を言明したのである。斯の如く主従相容隠を爲す事は、假令それは一方的であつたけれ共、假律以後綱領、律例共に此れに認めし所であつたが、舊刑法は此れを削除し、爾後の諸刑法草案は何れも、再び此の主義を採用する所がなかつたのであつた。此れ亦、唐律に其の法源の存在するものである。違令罪に關するものは、上記二件であるが、次に違式罪が一件存在してゐる。即ち其の最後の雜犯律の一件は

名東縣管下阿波國板野郡大幸嶋村

小島喜三郎弟 小 島 兵 七

其方儀森島仲造外一人ヨリ³¹鶯代金滯一件ニ付相手取ラレ濟方對談申付置ク處私擅ニ逃去スル而已ナラス井上潔方預中金子才覺ノ爲メ猶豫願濟下渡致右日限ヲ過テ不立歸右二罪ノ内對談中逃走スル科違式重キニ問ヒ懲役二十

日申付ル

右である。右は律例の雜犯律(違令條例)に據りて(第二百八十八條)處罰されし例である^(29a)。殊に「右二罪ノ内、中略、

重キニ問ヒ」とある様に此れは「二罪俱發以重論」(名例律、下)の原則に據りて處罰せられた事を示し

てゐる。此の違式罪は唐律、從つて宋、明、清律に於ても總て規定せられし所であり、此處に其の沿革を説く必要もないであらう。

次に人命律に關する判決が三件列擧されてゐる。其の判決は一つの嬰兒殺し事件に關聯する三名に對して宣告せられし判決であつて、後述する如く律例、人命律の謀殺律條例に基いて判決が下されたものである。即ち

丹波國船井郡第四區小山村農

井上喜右衛門悻 井 上 新 一

其方儀中村三代造娘小雪ト密通ノ末妊娠ノ子養育致シ難キニ付同人申スニ任セ伯母たみナル者ヲ頼ミ分娩ノ後嬰

同郡團部新町商

中村三代造娘 小 雪

兒ヲ殺スコ謀殺律條例ニ依リ從タルヲ以テ一等ヲ減シ懲役二年半申付ル

其方儀井上新一ト密通ノ末妊娠ノ子養育致シ難キニ付殺タキ旨伯母たみナル者へ申談ノ後嬰兒ヲ殺スコ謀殺律條例ニ依リ懲役三年申付ル

一 新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて

同區今林村農

田村七右衛門母と

め

其方儀姪中井喜代造娘小春井上定吉ト密通ノ末妊娠ノ子養育致シ難キニ付殺シタキ旨頼ヲ受ケ分娩ノ後嬰兒ヲ殺ス科謀殺律條例ニ依リ懲役三年申付ル

律例、人命律(上、謀、殺條例)、謀殺條例(第百六、十四條)を見るに(綱領には此の條文は存在しない)「凡嬰兒ヲ殺ス者ハ各等親ニ照シ謀故殺本條ニ依テ科斷ス若シ穩婆囑託ヲ受テ殺ス者ハ囑託スル者ト同罪。」とあり、右の判決は此の謀殺條例に據りて處斷されしものなる事は今更説明する要もないであらう。此の事件は判決の日時を記載せざれ共、七年六月十三日附の京都裁判所伺の内容は本件に關するものなるが故に、七年六月以前の判決である事がわかる²⁹。抑々隣國支那法には嬰兒殺しに對する刑罰を直接規定したる律文は存在しない。周漢六朝以後清に及ぶ迄、支那の風習として嬰兒殺しが廣く行はれたが、斯の如き行爲を處罰する刑罰として唐律(卷二十二、闘訟二、一、毆置祖父母父母)に於ては「若子孫違犯教令。而祖父母父母毆殺者。徒一年半。以刃殺者。徒二年。故殺者。各加二等。」に據り、明律(卷第十九、刑律二、人命、謀殺祖父母父母)に於ては「其尊長謀殺卑幼已行者。各依故殺罪減二等。已傷者減一等。已殺者依故殺法。」に據り、清律亦(卷二十六、刑律、人命、一、謀殺祖父母父母)明律と同條文に據りて所罰した所である³⁰。然るに我國に於ては律例に於て特に嬰兒殺しに對する刑罰を特定の條文を以つて定めた事は頗る注意を要する所であつて、假律に

も綱領にも勿論舊刑法にも此種規定は存在せざる所であつた。

次に律例の捕亡律を適用して處罰せられし判決が記載せられてゐる。即ち

下京第五區中之町商加藤嘉七商

春城長男 澁 村 榮 藏

其方儀授産所ヲ脱走シ再度處刑ヲ受ル後尙脱遁スレトモ自首スルニヨリ差免置處尙又脱遁シ重テ自首スト雖モ差免ヲ與フルノ後同罪ヲ犯スヲ以テ懲役人逃條之例ニ照シ棒鎖二日(30a)申付ル

右は律例、捕亡律の懲役人逃條例に據り處斷せられし事は明白であらう(十年十一月二日太政官布告第七十、六號を以つて逃亡律例を削除す)。而して唐律(第二十八卷、捕亡律、一、徒、一、流徒囚役限内亡)、明律(捕亡律、一、徒、一、流人逃)、清律(卷三十五、刑律、捕亡、一、徒流人逃)にも亦此れに對應する條文が存在してをり、此の法意も亦支那法を繼受する所であらうと思はれる。而して曩に言渡が一件ありと稱したのは光田作平なる者に對し「其方儀持山立木ヲ南條村兼五郎誤伐スルニ付伐取ル賍三錢六厘同人に償申付シ間其旨存セイ」と記されある件を指すもので、此れ後述する戸婚律棄毀器物稼穡條に據りて處罰せられし兼四郎なる者の事件に關聯を有するものであるから、後述する兼三郎の事件と一所に述べ度いと思ふ。

以上の外は總て戸婚律に據りて處罰せられし判決である。先づ逃亡條例二件、逃亡律四件を列記して見よう。

下京第七區三吉町

梶原伊八雇人 小崎松次郎

其方儀無賴他管地ニ出ル科戸婚律逃亡ノ條例ニ依リ懲役四十日可申付處自首スルヲ以テ其罪ヲ免ス

下京第七區大橋町商

村井重兵衛育 村井馬三郎

其方儀再度逃亡スル身分慎ナク當六月十日誓願寺境内興行物見物ニ相趣末擅ニ大坂表へ立越ス科戸婚律逃亡ノ條例ニ依リ懲役四十日可申付處自首スルヲ以テ其罪ヲ免ス

以上二件は律例逃亡條例に據る判決である。

上京第十九區森中町

角屋善一

其方儀借財ノ催促ヲ受困窮致ス逆妻子引連逃亡致スコ逃亡律ニ依リ懲役八十日申付可キ處二年已外自首スルニ付宥恕ヲ以テ贖罪金六圓申付ル

右と其の内容の同一なるもの一件(丹波國桑田郡第三區 余部村商 伊谷市兵衛)

同國同郡第十區並河村農

玉置九助弟 定 助

其方儀身持情弱ヨリ當四月逃亡致スコ逃亡律ニ依リ懲役八十日可申付處二年以内自首スルニ付其罪ヲ免ス

山城國愛宕郡第九區平野新田

市左衛門弟 瀬戸一二三郎

其方儀兄市左衛門諸共本籍ヲ逃亡シ同人ト分離ノ後二年以外ニ及復歸シ自首スル科逃亡律ニ依リ首免ヲ聽サスト雖モ宥恕ヲ以テ懲役八十日ノ贖罪金六圓申付ル

尙、綱領の奴婢逃亡律に據りて處罰せられしもの一件がある。

下京第廿壹區田中町村

山島嘉吉娘 ため

其方儀抱主重兵衛ト密通致シ末家内差纏ル、ニ付事實三吉へ申明シ俱ニ逃亡致科戸婚律奴婢逃亡ノ條ニ依リ婦人ニ付宥恕ヲ以テ收贖金三圓申付ル

右の諸判例に關しては別段説明を必要とするものはない。併し逃亡律、奴婢逃亡律は唐、明、清律にも存在せず、假律にも其の規定を見ざるものであつた。此れ全く混沌たりし明治初期の身分的大變動の裡にありて志を得ず又は大志を抱き脱藩せし者の復籍を勸奨する爲めの、兼ては又、本貫を離脱して徒らに流浪する庶人の復籍を強制する目的を以つて其の一方法として設けられたる條文であらうと思はれる。次に律例の戸婚律棄毀器物稼穡條例に據りて處罰せられし二件は

京都府遷卒 横山政親

其方儀兼而府廳ヨリ渡置笠之覆ト遺失致段右科戸婚律棄毀器物稼穡條ニ依リ禁錮三十日可申付處宥恕ヲ以テ贖罪金二圓廿五錢申付ル

丹波國桑田郡第七區南條村農

三嶋太兵衛弟 兼 三 郎

其方儀犬耳野村原田作治持山立木ヲ其方村中持山内ト心得誤伐致スコ戸婚律棄毀器物稼穡條ニ依リ伐取ル賍金三錢六厘作二へ償申付ル

である。而して後の判決には曩述した光田作平に對する言渡が續いて記載されてゐるのである。右の判決に關しても此處に別段追究す可き點は存在しないが、律例の棄毀器物稼穡條例は唐律(第十七卷、雜律)の「棄毀器物稼穡」の律文に其の法源を發する明律(戶律)の「棄毀器物稼穡等」、從つて又清律(戶宅)の「棄毀器物稼穡」の繼承であつて、此れ亦本條に該當する佛國刑法の條文はない事はないが(例。第四百五十六條。第四百四十三條。第四百四十五條以下第四百四十八條。第四百五十二條以下第四百五十五條。第二百五十七條)支那法の主なる影響下に制定された條文であると思はれるのである。次に相當重く所罰せられてゐるものに綱領の重典賣田宅律に據る二件の判決が存する。けれ共特に注意を要するのは子弟私擅用財律の一件と立嫡違法條例の一件並びに墮胎罪に關する一件の判決である。故に此等三件に對して少しく考察を加へて見度いと思ふ。先づ三件の判決を掲せば次の如くである。

丹波國桑田郡第十三區毘沙門村農

遠藤八兵衛 は る

其方儀同居祖父彌三郎所持錢並田葉粉入ノ賍壹圓廿六錢餘擅ニ持出ル段子弟私擅用財律ニ依リ無稽

下京第廿區大和大路四條下ル小松町

金岡權兵衛妻 た き

其方儀貧窮ニ迫ルトテ家出スルノミナラス子ヲ棄ル科立嫡違法法律條例ニ依リ懲役一百日可申付處自首スルヲ以テ其罪ヲ免ス

山城國相樂郡第一區千童子村

吉 本 庄 五 郎

其方儀欲情ニ迷ヒ岡平兵衛後家よし頼ミヲ受西村甚兵衛女むらヲ墮胎ナサシムル科戸婚律墮胎ノ術ヲ施スニヨリ懲役百日申付ル

但シ爲謝禮貰受ル金一圓ハ取上ル

最初の子弟私擅用財律は律例の子弟私擅用財條例には(第百十五條)

凡同居ノ卑幼尊長ニ由ラスシテ私擅ニ家ノ財物ヲ用フル者ハ子弟私擅用財律ニ依ルトあり、綱領の子弟私擅用財律には

凡同居ノ子弟私擅ニ父兄ノ財物ヲ用ユル者ハ一十兩ニ答一十兩毎トニ一等ヲ加ヘ罪杖一百ニ止ル

とある。右は「はる」なる者が同居の祖父の金錢壹圓貳拾六錢餘を祖父に無斷に持出し費消せる事件であつて、綱領は其の金額十兩、即ち十圓以上なる場合に初めて所罰する事にしてゐた。故に山形縣伺(六年七月二十日)に對する指令に「一十圓ニ滿タサレハ論スルコト勿レ」とある如く「はる」が私擅

一 新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて

用せし金額は十圓以下なるが故に「無構」となつたのである。此の規定は唐律(卷第十二、戸婚上)の「卑幼私輒用財」條の「諸同居卑幼。私輒用財者。十四笞十。十四加一等。罪止杖一等。」に法源を發してゐるのであつて、疏議は「凡是同居之内。必有尊長。尊長既在。子孫無所自專。若卑幼不由尊長。私輒用當家財物者。十四笞十。十四加一等。罪止杖一等。」と解釋してゐる如く、家族内部に於ける統制を圖る目的を以つて「當家財物」、即ち家財は家長此れを管理するを原則とし、卑屬親が家長に無斷にて家財を無暗に使用すれば一定の刑罰に處せらるゝとしたのである。此の律文は明律(戸役)にも清律(戸律)にも繼承され、我國に於ては律逸文(戸婚)に「凡同居卑幼私輒用財者。五端笞十。五端加一等。罪止杖一百。」と見え、假律亦「家長ニアラスシテ擅ニ家財ヲ費用ス」なる條文を置き綱領、律例は此れを襲仿し、舊刑法に到つたものである。此の條文は所謂親屬相盜と相似たる立法理由を有する條文であるけれ共、親屬相盜とはもとより異なる犯罪形態である^②。子弟私擅用財の罪は親告罪ではない事は、滋賀縣伺(八年六月四日)の「子弟私擅用財ノ如キハ律ニ正條無之ト雖父兄ヨリ自ラ告ルニアラサレハ其罪不問ニ置クヘキ儀ト相心得可然哉」とある指令に「親告ヲ待ノ限ニアラス」と回答されてゐる趣意より之れを知り得るであらう。子弟私擅用財律の原則が唐律にも宋、明諸律等にも等しく採用せられた事は支那刑罰法規の家族主義的特質を表はせる一面である。元來、支那に家族共産制が行はれし時代がありしや否やに就いては肯定説と否定説とが成立し得て、

必らずしも輕々に此れを論定し去る事は不可能であるのである。併し『禮記』、内則(卷十)に「子婦無私貨。無私畜。無私器。不敢私假。不敢私與。(家事統於尊也)。」と記したる意味は子孫婦等は専有の私財を有せず、尊、即ち父祖の許諾を得ざれば之れを自由に處分し得ざる事を言ひ表はせるものであらう。『大學衍義補』(卷四十九)に曲禮の「父母存。不許友以死。不有私財。」の「不有私財」を解して「粒粟縷絲以上。皆親之物。豈敢私有。」としてゐる事は、宋代に於ても家産管理權は父祖此れを有すとする有力なる意見のあつた事を示せるものである。唐律は其の戸婚律に於て上記の様に「諸同居卑幼、私輒用財者、十四笞十、十四加一等、罪止杖一百。」と規定したが此の事は以上の如き支那の家族同居制を基礎として定律されたものであつて、家長の家産管理權を法が認めたものに外ならない。家産の管理・統制を十全たらしめんと欲せば、同居せる卑幼たる家屬の自由なる家産處分能力を否定せねばならないであらう。宋、明、清を通じて此種規定を等しく律の上に登載してゐたのは、實に支那社會が、觀念的には、相當大きな家族形態を採つてゐるものと思惟されてゐたからである。もとより社會實態は多くの資料の明證する様に、大家族形態が一般的であつたのではない。律は形式的に相當大なる家族形態を標準として斯の如き規定を置き、それが後には普通の小家族形態内部の統制に迄、適用されたのであらう。支那に於て假令、唐宋時代に家族共産制が存在したとしても、斯の如き家族共産制は我國では少なくとも中古後半以後に入りて

は明確なる一般的慣習として存在してゐなかつたのである。故に此種律文は中古末より中世初頭に於ける諸法律書の上には記載せられてをらず、又必要としなかつたのである。たゞ明治初頭に於て刑律の編纂せらるゝや、子弟私擅用財律が採用された事は、もとより自己を没却しての明清律の倣襲ではないけれ共、夫の間に相當に形式的繼受のあつた事を指摘し得られる。斯の如き律文の存在する理由は日本・支那兩國が家族主義を基底とする國家構造を採つてゐた點に相似點を有するからであつて、家族主義が否定されば、かゝる律文は死文に化するのである。併し注意せねばならぬ事は、日本の家族構造内部に於ける親子の關係は、家族構成員の家産處分を特に否認する律文を置かねばならぬ様なソナ Friend な要素の介入を許さない。斯の如き律文の存在する原因は親子間には露はれて來ない。親子愛の觀念は又一つの日本的家族道義であつた事は、申す迄もない事柄である。中古末期の律文の殘存形態に既に此種律文が発見されざるは以上の理由に基くものである。自分は子弟私擅用財律は日本の刑罰思想に悖る律文であると思ふが、たゞ日本が家族國家の形態を採る事は此の律文の上からも判斷し得ると思ふ。

次に律例の立嫡違法條例に據り處罰されし判例が一件ある。此の判決に適用せられたる立嫡違法條例の條文は(第一百十條)

凡子女ヲ棄ル者ハ父母養父母ヲ分タス並ニ懲役百日繼父母ハ一等ヲ加フ雇ヲ受ケ棄ル者ハ懲役九十日婦女ト雖モ收贖スルヲ聽サス

であるが墮胎罪亦律例の立嫡違法條例(第一百十條)の内に規定せられる所であるから、此處に一括して考察し度いと思ふ。第一百十四條は

凡故サラニ墮胎スル者ハ懲役百日情ヲ知テ藥ヲ賣リ及ヒ技術ヲ施ス者ハ同罪婦女ト雖收贖スルヲ聽サス

である。先づ墮胎罪に就いて先に述べる事としよう。支那に於ける墮胎罪に關する刑罰の沿革を考察せんと欲するも、其の資料は極めて少ないと考へられ、管見に據れば、本來の墮胎罪を罰する律文は知らない。明律(卷第二十、刑)の鬪毆條の一節に「墮人胎及刃傷人者。杖八十。徒二年。」とあり、其の註に「墮胎者。謂辜内子死。及胎九十日之外成形者乃坐。其雖因毆。若辜外子死。及胎九十日之内未成形者。各從本毆傷法。不坐墮胎之罪。」と規定し、清律亦此れを襲仿したのである。「辜内」と云ふは、「保辜限期内」の意味であつて、^③ 荻生徂徠も其の『明律國字解』(卷之八)に於て「胎九十日之外成形トハ婦人懷妊シテ九十日過レハ胎内ニテ人ノ形出來ルヲ云也」と解釋を下してゐる。此の律文は唐律(卷第二十一)の「兵刃斫射人」條の一節に

若及傷及折人肋。眇其兩目。墮人胎。徒二年(墮胎者。謂辜内子死乃坐。若辜外死者。縱本毆傷論)。

と規定されし律文に其の法源を發するもので、疏議は右の文を次の如く註釋するのである。

一 新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて

墮胎。謂在孕未生。因打而落者。各徒二年。注云。墮胎者。謂在臺內子死乃坐。謂在臺限之內。而子死者。子雖傷。而在臺限外。死者。或雖在臺內。胎落而子未成形者。各從本損傷法。無墮胎之罪。其有毆親屬貴賤等。胎落者。各從徒二年上。爲加減之法。皆須以母定罪。不據子作尊卑。若依胎制刑。或致欺給。故保辜止保其母。不因子立辜。爲無害子之心也。若毆母罪重。同折傷科之。假毆姊胎落。依下文。毆兄弟。徒二年半。折傷者。流三千里。又條。折傷謂折齒以上。墮胎合徒二年。重於折齒之坐。即毆姊落胎。合三千里之類。

而して右の律文は我律(卷第八、闕)にも見ゆる所あるものにして、たゞ刑の量定が唐律に比すれば我律の寛刑主義に則する特徴として、稍々軽い點が異なるのみである。斯の如く懐胎せる婦女を毆打し、其の結果遂に墮胎するに到らしめし行爲を所罰する條文は、既に少なくとも唐律以來支那法上に散見する所であるが、併し支那刑法上に於ては現行法上所謂墮胎罪を所罰する規定は存在せず、果して墮胎罪なる一個の獨立せる犯罪が存在してゐたか否かできへ甚だ疑ふ可きものがあるのであつて、律に於ては墮胎は僅かに毆傷罪の加重條件となつてゐるに過ぎないのである。斯の如き支那法上の沿革は我明治初期の刑法上にも深き影響を與へ、假律、綱領は全く支那法の原則の上に立つてゐるを見る。たゞ綱領は人命律、謀同死の條に於て「若シ同ク謀リ藥ヲ用ヒテ墮胎スルニ姦婦身死スル者姦夫ハ流三等」と規し、此の條文を律例(第一百九十八條)亦繼承したのである。併し既に明白なる様に右の綱領並に律例の條文は墮胎を原因として「姦婦」が死亡せる場合に適用せらるゝ條文であ

り、殊に綱領に於ては墮胎が婦女の生命に直接の危害を及ぼす事なく行はれたる場合の條文は存在しなかつた。綱領が墮胎罪を人命律の内に規定した理由は、婦女の人命を墮胎行爲に據りて奪ひたる者を處罰する事を目的としたものであつて、胎兒の生命剝奪行爲を所罰する目的を以つて規定されたものではない。故に綱領頒布後(綱領は三年十二月發布)、京都府は何を以つて(四年四月)

新律謀同死卷四條ニ凡姦夫姦婦同ク謀リ藥ヲ用ヒテ墮胎スルニ姦婦身死スル者姦夫ハ流三等ト有之候へ共姦婦無難ニ墮胎右男女ノ御處置並右藥密々賣弘又ハ道具等ヲ以陰門へ差藥シ墮胎ノ術ヲ施候三人ノ御處置何レモ正條不相見候付早速御指揮有之度此段相伺候也。下略。

と問合せるに對し、指令を以つて

墮胎シテ姦婦無難ナル者ハ各不應爲ノ重ニ處シ藥ヲ賣リ術ヲ施ス者同罪

と回答し、更に五年八月十八日の岐阜縣よりの司法省への伺に「當縣管下美濃國ノ内一種兒刺ト唱へ竊ニ處女寡婦尼僧ナトノ兒ヲ難擧者ノ請託ヲ受ケ鍼ヲ施シ胎兒ヲ刺殺スルヲ以業トシ其餘投劑墮胎ヲ行ヒ」せる者に對し、指令を以つて「各杖一百ニ處斷スヘシ」として、律文の不備を補はねばならなかつたのである。併し乍ら斯の如き不備は、律例の制定後、墮胎罪を處罰する條文を立嫡違法條例中に置くに及んで僅かに補はれたのであつた。併し律例は謀同死條例を其儘殘置し、而も律例第一百十一條には(闕)「凡婦女ヲ毆チ墮胎セシムル者ハ懲役二年」と規定して、唐律以來、支那

法の承繼する條文を律例の上にも其儘採用した。申す迄もなく、綱領と律例との關係は例へば明律を例に採れば律と問刑條例との關係、清律を例に採れば律と條例との關係に當るものであつて、律例の發布に依りて綱領の各條文が死んだものではない。故に墮胎に因りて婦女の生命を奪ひたる行爲を處罰する規定を綱領、律例共に定め、律例は其第百十四條に於て此の缺を補ひ所謂墮胎罪を處罰する條文を初めて置いたものであると解す可きである。明の問刑條例(刑律三)の内、鬪毆條例を披見すれば既に律本文に於て鬪毆を原因として墮胎せしめし場合の刑を定むる所なるが故に、條例に於ては械闘に關する規定をのみ掲載する事にしてゐる。斯くの如く律の補充規定を條例に定めしにも拘らず、遂に獨立せる墮胎罪に關する規定を何處にも置く事がなかつた。以上に據りて考ふるに所謂墮胎罪に關する條文を律例に置いた事は佛國刑法(第三百十七條)の影響を此の點に受けてゐるものではない。舊刑法に於ては第三編第一章第八節に「墮胎ノ罪」(自第三百三十條至第三百三十五條)に關する詳細なる規定を置いた所であつて、假りに『刑法表』を見ても最早此處には清國の刑法の欄が白欄のまゝとなつてゐるのは以上少しく考察した様に明清律には墮胎罪に關する條文が存在しなかつたからである。併し舊刑法は第三百三十四條に於て「懷胎ノ婦女ナル事ヲ知テ毆打其他暴行ヲ加ヘ因テ墮胎ニ至ラシメタル者ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ處ス」と規定し、此の條文を「墮胎ノ罪」の節に入れた。此れは唐律の「墮人胎。徒二年。」我律例の「凡婦女ヲ毆チ墮胎セシムル者ハ懲役二年」

(第二百十一條)と對比すれば寧ろ佛國刑法第三百十七條の法意より支那法系の夫に近い様にも思ふが、唐律鬪毆律に入れられし右の條文を整理して我舊刑法が「墮胎ノ罪」に入れた理由は犯罪を行爲の結果より區別したるものに外ならない。綱領並に律例頒布後の多くの伺及び指令を見るに、律例第百十四條、換言すれば墮胎罪に關する本條文の意味を照會せるものが相當多數であるに反し、律例第二百十一條に關する伺並に指令は管見を以つてすれば頗る少いのである。併し墮胎罪に關する律例第百十四條の條文を律例が立嫡違法條例に置いた理由は明白に東洋的な親子間の尊々觀念を基調とする家族主義的思想を背景とするものであると考へ度い。

更に棄兒が立嫡違法條例に據りて處罰されてゐる。子の範圍は綱領に據れば實子なき場合の養子(孫(七年一月三日、千葉裁判所) 伺、七年第三十二號指令)の範圍に迄及ぶ事は明白であるが、棄兒に據る子の死去は刑罰の上に影響はない。例へば七年二月廿日の水澤縣伺の

凡ソ子女ヲ棄ル者ハ父母養父母ヲ分タス並ニ懲役百日因テ死ニ致ス者ハ如何處刑可致哉

に對し、七年第五十三號指令を以つて

子女ヲ棄ル者ハ家計貧困ニシテ鞠育スルヲ能ハサルヨリ之ヲ道路又ハ他人ノ門外ニ遺棄シ人ノ乳養センヲ望ム
毫モ殺死スルノ情ナキ者則懲役百日ニ處ス若シ遺棄ニ因テ子女死ヲ致スハ是レ子女ノ不幸ナリ本例ニ依テ處分ス
可シ

と回答された。換言すれば「遺棄ニ因テ子女死ヲ致スハ是レ子女ノ不幸ナリ」で、棄兒行爲と棄兒の死亡との間に因果關係があつても、何等父母は刑罰を加重されない(現行刑法第二百十條九條と比較せよ)。抑々支那法は唐律以來、宋、明、清を通じて實子遺棄に關する規定を置かなかつた。たゞ僅かに「諸養子。所養父母無子而捨去者。徒二年。」と唐律(卷十二、戶)に規定され、明律(卷第四、戶)は「立嫡子違法」條の内に「若養同宗之人爲子。所養父母無子而捨去者。杖一百。發付所養父母收管。若有親生子及本生父母無子欲還者聽。」と規定し、清律此の原則を繼承したのである。明清律は唐律に比して養子捨去罪の刑は著しく軽い相違はあるが、實子捨去罪に關する條文を規定せずして養子捨去罪のみを規定した事は我律例が實子遺棄罪を規定せるに比較すれば甚だ異なる點である。尤も綱領は「若シ養父母親生ノ子ナキニ養子捨去ル者ハ徒二年。養父母親生子アリ本生父母子ナクシテ還ラント欲スル者ハ聽ス」として、全く明清律を其儘に(刑の量定は稍々異なる)襲倣してゐる。

次に賊盜律の判決に言及するであらう。賊盜律の判決は六十一件記載され、其の内譯は左の如くである。

新律綱領	件數	改定律例	件數	新律綱領	件數	改定律例	件數
監守自盜	二			常人盜	二		

竊盜	二	強盜條例	二	恐喝取財	一	改正雇人盜	四
盜田野穀麥	一	改正強盜律	一	詐欺取財	五	家長財物律	
親屬相盜	一	竊盜條例	五	略賣人	四	略賣人條例	二
				盜賊窩主	三	盜賊窩主條例	一

右の外、盜賊内濟一件、叱り置二件、名例律に屬するもの三件である(但し盜賊窩主條例の一件は後述する様に司法省裁判所申渡とある。併し便宜此れに包合せしめた)。

右の内先づ監守自盜より考察を進めよう。監守自盜に屬する判決は次の二件が列記されてゐる。

大坂南大組第二區安堂寺町二丁目新瓦町商

清兵衛長男 岩 田 新 吉

其方儀管廳ニ告ケス擅ニ上京スルノミナラス圓波くに方へ一時雇ハレ中人他出ノ際留主番致ス身分ニシテ同家止宿人池田梅次郎ナル者へ發言ヲ以テ同意致サセくにノ金子衣類盜取ル賍金六圓二十八錢ニ相成ル科賊盜律監守盜ヲ以テ論シ懲役八十日申付ル

山城國乙訓郡第一區樋爪村農

安 田 善 兵 衛

其方儀樋爪村戸長在勤中同村宇村ノ前ノ官竹ヲ盜伐スル脱カノミナラス右次第番人ヨリ尋問及フ節罪狀ヲ覆ハン爲メ以

前村方持ノ小船積石ニ付テノ出願セシ書付ニ府廳ノ割印アルヲ剪取り外書類ニ貼用シ披見ニ及ハセ願濟ミ趣ニ相詐リニ罪ノ内盜伐ス官竹估斗ノ賍金三圓七拾五錢ニ相成ル科取轄内ノ官林ニ係ルニ依リ管主ヲ以テ論シ監守盜律ニ依リ徵役八十日申付ル

抑々綱領は監守自盜の條に於て「凡監臨主守自ラ監守スル所ノ財物ヲ盜ム者ハ首從ヲ分タス賊ヲ併セテ罪ヲ論シ竊盜ニ二等ヲ加フ」とし、竊盜財物の價に従つて刑罰の量定に差等を定めた。監守自盜の罪は其後律例の發布以後六年七月二十四日に監守盜再犯に關する條例を置き、同十月十七日に監守盜未遂犯に關する條例を制定し、更に九年六月二十二日の元老院意見書、同年七月三日の法制局議案の趣旨に基き六年七月二十七日の條例を改正し、以つて舊刑法の發布に到つたのである。もとより此監守自盜の規定は假律にも存在してゐた。今監守自盜條の條文の沿革を明白に了解する爲めに、唐律以後綱領に到る律文を夫々比較して掲載して見よう。

唐・宋律	明律	清律	假律	新律綱領
諸監臨主守自盜。及盜下所監臨財物者。加凡盜二等。三十匹絞。	凡監臨主守自盜。倉庫錢糧等物。不分首從併贓論罪。並於右小	凡監臨主守自盜。倉庫錢糧等物。不分首從併贓論罪。並於右小	凡官吏其監臨主守スル處ノ官物盜之手段既ニ行ヒ未盜得サルモノハ帶刀	凡監臨主守自ラ監守スル所ノ財物ヲ盜ム者ハ首從ヲ分タス賊併セテ罪ヲ

臂膊上刺盜官三字。一貫下杖八十。一貫之上至二百五十文杖九十。五貫杖一百。七貫五百文杖六十徒一年。一十貫杖七十年半。一十二貫五百文杖八十徒二年。一十五貫杖九十徒二年半。一十七貫五百文杖一百徒三年。二十貫杖一百流二千里。二十二貫五百文杖一百流二千五百里。二十五貫杖一百流三千里。四十	臂膊上刺盜官三字。一兩以下杖八十。一兩之上至二兩五錢杖九十。五兩杖一百。七兩五錢杖六十徒一年。一十兩杖七十年半。一十二兩五錢杖八十徒二年。一十五兩杖九十徒二年半。一十七兩五錢杖一百徒三年。二十兩杖一百流二千里。二十五兩杖一百流二千五百里。三十兩杖一百流三千里。四十	以上ハ其職祿ヲ奪ヒ廢シテ庶人ト爲ス帶刀以下之者ハ笞五十既ニ盜得ルモノハ一貫文以下笞六十。四貫文以下笞七十。七貫文以下笞八十。十貫文以下笞九十。十三貫文以下笞一百。十六貫文以下笞六十徒一年半。十九貫文以下笞七十徒一年半。二十貫文以下笞八十徒二年。二十五貫文以下笞九十徒二年	論シ竊盜ニ二等ヲ加フ。一兩以下杖七十。一兩以上杖八十。一十兩以上杖九十。二十兩以上杖一百。三十兩以上徒一年。四十兩以上徒一年半。五十兩以上徒二年。六十兩以上徒二年半。七十兩以上徒三年。八十兩以上流一等。九十兩以上流二等。一百兩以上流三等。二百兩以上絞。
---	--	---	--

百流三千里。四十貫斬。	年。二十八貫文以下答一百徒三年。
兩斬。	三十一貫文以下答百近流。三十四貫以下答百中流。三十七貫文以下答百遠流。若贓數右ニ踰へ其情重キモノハ臨時判決。

右の律文を比較考察するに、綱領の文は唐律の夫に最も近く、盜物の額に因りて刑の量定に段階を付した點は、清律に最も近い事が明らかとなるであらう。尤も右の内假律の罰文の四貫文以下十三貫以下とある所が附箋を付せられて「監守自盜之分」に別段の定めを置いてゐる。支那刑法上に於ては監守自盜條は特に官吏の犯罪にのみ適用せられる事に限定され、漢書刑法志にも既に其の例が散見し^②、爾來元律に於てさへ「諸倉庫官吏人等。盜所主守錢糧一貫以下決五十七。至十貫杖六十七。每二十貫加一等。一百二十貫徒一年。每三十貫加半年。二百四十貫徒三年。三貫處死。

計贓以至元鈔爲。則諸物以當時價估折計之。」^③と規定してゐるから、大體に於て支那歴代の刑法上に官吏の監守自盜條が何れも存置されてゐた事が明白であらうと思ふ。斯くの如き變遷を繼受して明治初頭、假律は「凡官吏」と明記したけれ共、綱領の編纂せらるゝに及び此の文字を削り「凡監臨主守」として假律に比すれば、稍々廣範なる意味に此れを規定した。故に上掲の判決例を見ても明かな様に、第一の判決に於ける犯人は何等官吏ではなく、第二の判決の犯人も亦官吏と云ふ事が出来ない。併し乍ら「主守」とある故を以つて第一の判決が監守自盜を以つて處罰されたのである。此の監守自盜の條文と密接なる關聯を有する條文に綱領の「私借官物」の條、律例の私借官物條例^(第百六條)、改正私借官物律^(第百五條)があるが、九年四月十四日太政官布告第四十八號を以つて綱領及び律例の職制律が廢止せられるに及び私借官物律例は賊盜律監守自盜の部に入れられたが、同年五月十九日^(太政官布告第七十四號)に遂に律例中の私借官物律例を廢止するに到つた。故に同年十二月六日に水戸裁判所は何を提出して

私借官物律ヲ廢セラレ候ニ付テハ監臨主守監守スル處ノ金穀ヲ私借スル者ハ何律條ニ準據シ處分スヘク哉現時犯罪人有之候間相伺候也

と尋ねる所があつたが、其の指令^(九年十二月十三日第十一號指令)に

監臨主守官ノ金穀ヲ私ニ使用融通スル者ハ監守盜ヲ以テ論スル儀ト心得可シ

一 新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて

と回答されたのである。斯くの如く監守自盜の條文は綱領、律例共に支那法の繼承なる事は既に明白な事柄であらうと思ふ。尤も舊刑法の「官吏財産ニ對スル罪」は佛蘭西刑法第六十九條の影響をも相當受けてゐるものとも考へられるであらう。

次に常人盜が二件存在する(常人の意味に就いては「讀律」必携上ノ三十六葉裏參照)。即ち

丹波國桑田郡第二區三宅村農

杉權助 六 兵 衛

其方儀京都府龜岡出廳附屬元積古場ニ於テ金積リ貳圓拾二錢五厘盜取ルノミナラス桑田郡荒塚村住京都府貫屬士族河南彌作方外六ヶ所ニ於テ金積リ七圓六十六錢餘盜取等二罪ノ内出廳附屬積古場於テ盜致ス科常人盜律ニ依リ懲役七十日申付ル

若州三方郡河原市村加藤文七郎二男政吉事

上京第十二區米屋町商大島武七郎雇人 佐 藤 助 造

其方儀一人立又ハ同雇人伊助ノ申合ニ隨ヒ雇主小島文右衛門店手拭薩摩織又ハ花色木綿其外藝州縞等盜取ル賍金十圓九十錢ノ内手拭並薩摩織ノ賍三圓六十五錢ハ十五年未滿ノ犯罪ニ係リ收贖ヲ聽ス可キモノニ付除去シ剩ル賍金七圓三十三錢ニ相成ル科常人盜以論シ懲役七十日申付ル

盜を監守自盜と常人盜の二者に分析する方法は明律以來の原則を繼承せるものであらうと思ふ。明律に「常人盜倉庫錢糧」條を「監守自盜倉庫錢糧」の次條に規定して曰く

凡常人盜倉庫錢糧物。不得財杖六十。免刺。但得財者。不三分首從併贓論罪。並於右小臂膊上刺盜三字。

とし「一貫以下。一貫之上至五貫。」以上五貫毎に刑を重くし、八十貫に到りて絞としてゐるが、監守自盜の場合より刑罰は一等乃至數等軽くして定められてゐる。此の律文は清律に繼承されてゐる(卷二十三、刑律、賊盜、上)。翻つて我國の律文を見るに假律は明清律の如く「監守自盜」の直ちに後に「常人官物ヲ盜」條を置き、綱領も亦「監守自盜」の次に「常人盜」條を、律例亦「監守盜條例」の次に「常人盜條例」を置き、何れも明清律の形式を其儘繼承し、律文亦明清律の律文に酷似するのであつて、常人盜が支那法の摸倣なる事は疑ふ可き點がない。常人盜、監守自盜の分ち方は後に到りて舊刑法に其の痕跡も留めざるに到りし事は人の知る所であらう。此處に一應注意せねばならぬ事柄は常人盜と強盜、窃盜等、通常の財物奪取罪との間に如何なる相違が存在するかに就てである。それは、奪取罪の目的となる物の所有權が常人盜の場合と其他の通常の財物奪取罪との間に相違する所より、以上の二者に分たれたるものにして、綱領、律例何れも「凡常人官ノ財物ヲ盜」む場合に常人盜が発生する事を明定してゐる。監臨或ひは主守する者が自ら監守する財物を盜む場合は監守盜を成立せしむる事となるが、然らざる者が「官有物」を奪取する場合は常人盜が発生するのである。此の點は明清律が「倉庫錢糧物」を特に奪取の目的物として例示してゐるが、もとより此の

「倉庫錢糧物」が官有物なる事は明白である^(38a)。我綱領、律例の常人盜の條文の解釋に對する疑義の解答を見れば、總て奪取の目的物が官有物となつてゐる事は今更論する迄もなからうか。例へば七年二月の岡山縣伺に「現今陸軍省處轄ニテ監守人之レ無キ岡山城西丸ノ締リヲ破リ忍入疊建具等盜取候者ハ何律ニ仍リ處斷致シ可然哉」とあるに對する指令^(七年二月九日 第二十九號)に「常人盜ヲ以テ論ス」とあり、更に同七年十一月十五日の愛知縣伺「竊盜三犯懲役十年ノ囚アリ其職工ニ用ユルノ器具ヲ竊取スル者監守自盜ヲ以テ論シ犯數ニ計ヘ竊盜四犯ヲ以テ論シ可然哉」とあるに對する指令^(七年十月十五日 第二號)に「伺之通但シ職工ニ用ユル器具ヲ竊取スルハ監守盜ニ非ス官ノ貸與物ニ係ラハ常人盜ト爲ス」。山口縣伺^(八年四月 第二十七日)の第一條「人民公納金穀ヲ區戶長役場ニ收メ官廳未受領セサルノ際右役場或郷宿等ニテ盜ミ取者常人盜ヲ以論スルヤ將タ凡盜タリ哉」の指令^(八年十月九日 第八十二號)に「官廳未タ受領セスト雖モ區戶長役場ニ在ル公納金穀ヲ盜ム者ハ常人盜ヲ以テ論ス其郷宿ニ在ル者ト雖モ公納金穀タルヲ知テ盜ム者ハ亦常人盜ヲ以テ論ス」⁽³⁹⁾以上は何れも奪取の目的物が官有物となれる物なる事を示す例證に外ならない。

次に強盜の判決が二件見え、何れも律例の強盜條例に據りて處罰されてゐる。即ち

長門國舟木郡芦河内村農

尾上吉ノ悉悻周防山口禪昌寺弟子

尾 上 觀 照

其方儀釋教日々ニ衰へ活斗ノ途ヲ失シ困迫致ス逆同類ヲ誘集シ火ヲ放チ官金ヲ奪ント謀ル科賊盜律強盜未タ行ハスト雖モ盜情顯跡アル者ニ擬シ懲役三年申付ル

駿河國出生

當時無籍 長

造

其方儀備箭隆詔方被雇中金五郎外二人申合雇主ノ物品盜取ノミナラス同人共申合ニ同シ若州遠敷郡五十谷村その外二ヶ所へ抜刀又ハ竹杖ヲ携へ押入ル節見張イタシ金子物品奪取ル賍金六十五圓餘ノ科強盜律外ニ在テ瞭望シ財物ヲ接遞スル者ヲ以テ論シ舊減等法ニ依リ本犯ニ一等ヲ減シ懲役十年申付ル

右の二件は何れも律例、強盜條例第三百十條、第二百二十八條に據りて裁斷されしもので、第三百十條の條文に「凡強盜未タ行ハスト雖モ已ニ途ニ在テ捕ニ就キ盜情顯跡アル者持兇器ハ懲役三年」とあり、又第二百二十八條に「凡強盜未タ宅ニ入り財ヲ搜セス外ニ在テ瞭望シ財物ヲ接遞スル者ハ賊ヲ分チ分タサルヲ論セス本犯ニ一等ヲ減ス」とある此等の條文が適用せられた事は明らかであらう。後の判決文に「舊減等法」とあるは十年三月二日の布告^(第二十 五號)を以つて

凡強盜兇器ヲ持セス人ヲ殺傷スル者ハ皆斬絞ニ處スル律ヲ改メ殺ス者ハ斬、傷スル者ハ懲役終身其兇器ヲ持スル者ハ財ヲ得スト雖モ首ハ絞從ハ懲役終身改テ首ハ懲役終身從ハ懲役十年財ヲ得ル者ハ皆斬改テ皆懲役終身其財ヲ得スト雖モ人ヲ殺傷スル者亦同シ改テ殺ス者ハ皆斬傷スル者ハ皆懲役終身若シ盜ニ因テ姦スル者ハ成否ヲ論セス絞改テ懲役終身

と改正された事を指すのであらう。何となれば律例に據れば「其兇器ヲ持スル者ハ財ヲ得スト雖モ首ハ絞從ハ懲役終身財ヲ得ル者ハ皆斬」(第二百二十七條第二項)と規定されてゐる。若し此の律例の規定に據りて犯人長吉が所刑せられるとせば斬に處せらる可きに拘らず「本犯ニ一等ヲ減」せられてゐるから、正犯は懲役終身に處せられた事を知り得るのであつて、從犯たる長吉も亦懲役終身に處せらる可きであるが第二百二十八條に「本犯ニ一等ヲ減ス」とある條文に據り、懲役十年に處せられたものである。抑々前述の様に綱領及び律例が奪取の目的物を標準として強盜を「盜大祀神御物」以下「盜乘輿服御物」「盜官文書」(律例なし)、「盜官印」「盜兵器」(律例なし)、「盜園陵内草木」(律例なし)「監守自盜」「常人盜」「強盜」「劫囚」「盜官私牛馬」「盜田野穀麥」(律例なし)「親屬相盜」「奴婢盜家長財物」(律例なし)に分ち、奪取の手段を標準として「竊盜」「恐喝取財」(律例なし)「詐欺取財」(律例なし)と分別したのには全く支那法の影響に基いてゐるのである。今假りに唐、明、清律の以上に該る篇目と綱領、律例の篇目とを比較して見れば直ちに此の點を首肯し得る所であらう。

唐律第十九卷 盜	明律卷第十八之三 刑律一	清律自卷二十三至卷二十五 刑律	綱領 賊盜律	律例 賊盜律
謀 反 大 逆	謀 反 大 逆	謀 反 大 逆	謀 反 大 逆	謀 反 大 逆
謀 叛	謀 叛	謀 叛	謀 叛	謀 叛

盜大祀神御物	盜大祀神御物	盜大祀神御物	盜大祀神御物	盜大祀神御物	盜大祀神御物
盜 御 寶	盜 制 書	盜 制 書	盜 乘 輿 服 御 物	盜 乘 輿 服 御 物	盜 乘 輿 服 御 物 條 例
盜 官 文 印 書	盜 印 信	盜 印 信	盜 官 文 書	盜 官 文 書	盜 官 印 條 例
盜 宮 殿 門 符	盜 內 府 財 物	盜 內 府 財 物	盜 官 印	盜 官 印	
盜 禁 兵 器	盜 城 門 鑰	盜 城 門 鑰	盜 兵 器	盜 兵 器	
盜 毀 天 尊 佛 像	盜 軍 器	盜 軍 器	盜 園 陵 內 草 木	盜 園 陵 內 草 木	
發 冢	盜 園 陵 樹 木	盜 園 陵 樹 木	監 守 自 盜	監 守 自 盜	
盜 園 陵 內 草 木	監 守 自 盜 倉 庫 錢 糧	監 守 自 盜 倉 庫 錢 糧	常 人 盜	常 人 盜	常 人 盜 條 例
盜 官 私 牛 馬 殺	常 人 自 盜 倉 庫 錢 糧	常 人 盜 倉 庫 錢 糧	強 盜	強 盜	改 正 強 盜 條 例
盜 不 計 贓 立 罪 名	強 盜	強 盜	劫 囚	劫 囚	劫 囚 條 例
強 盜	劫 囚	劫 囚	竊 盜	竊 盜	竊 盜 條 例
竊 盜	白 晝 搶 奪	白 晝 搶 奪	盜 官 私 牛 馬	盜 官 私 牛 馬	盜 官 私 牛 馬 條 例
監 臨 主 守 自 盜	竊 盜	竊 盜	盜 田 野 穀 麥	盜 田 野 穀 麥	
故 燒 人 舍 屋	盜 馬 牛 畜 產	盜 馬 牛 畜 產	親 屬 相 盜	親 屬 相 盜	親 屬 相 盜 條 例
恐 喝 取 人 財 物	盜 田 野 穀 麥	盜 田 野 穀 麥	奴 婢 盜 家 長 財 物	奴 婢 盜 家 長 財 物	奴 婢 盜 家 長 財 物 條 例
本 以 佗 故 歐 人 奪 物	親 屬 相 盜	親 屬 相 盜	恐 喝 取 財	恐 喝 取 財	恐 喝 取 財 條 例

一新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて

起除刺字	恐嚇取財	詐欺官私取財	略人略賣人	發塚	夜無故入人家	盜賊窩主	共謀爲盜	公取竊取皆爲盜
起除刺字	恐嚇取財	詐欺私私取財	略人略賣人	發塚	夜無故入人家	盜賊窩主	共謀爲盜	公取竊取皆爲盜
	詐欺取財	略賣人	兇徒聚衆	夜無故入人家	盜賊窩主	共謀爲盜		
	略賣人條例	兇徒聚衆條例	夜無故入人家條例	盜賊窩主條例				

右の表の内で明清律は唐律に比すれば恰も謀反大逆、謀叛、造妖書妖言の篇が多い様に見えるが、唐律に於ても謀反大逆(第十七卷賊盜)、謀叛(第十七卷賊盜)、造妖書妖言(第十八卷賊盜)、劫囚(第十七卷賊盜)、畧人畧賣人(第二十卷賊盜)、夜無故入人家(第十八卷賊盜)、共盜併贓論(第二十卷賊盜)、公取竊取皆盜(第二十卷賊盜)等は、總て賊盜に規定されてあり、たゞ明清律は唐律と其の順序を變更したに過ぎないものである。尙明清律の盜田野穀麥は唐律(第二十卷賊盜)の「山野物已加功力」に該るものであらう。斯くの如く考へ來れば支那法上の賊盜律の篇目は大體に於て唐律以來本質的なる差異を爲さざりし事實を了解し得るであらうし、我綱領は假律以來明

清律の篇目に準據して刑法典を編纂した事を知り得るであらうと思ふ^④。殊に綱領、律例の強盜條の律文と明清の夫とを比較せば、愈々強盜條は申すに及ばず、他の律文に於ても明清律の摸倣に因りて編纂せられし事を知り得るのである。今更其の對照を必要とせぬと考へるのであるが、確證を供する爲めに本判決に關する彼我律文を對照して見よう。

唐律	諸強盜不得財徒二年。一尺徒三年。二匹加三等。十匹及傷人者絞。殺入者斬。其持仗者。雖不得財流三千里。五匹絞。傷人者斬。	明・清律	凡強盜已行而不得財者皆杖一百流三千里。但得財者不分首從一皆斬。若以藥迷入圖財者罪同。若竊盜臨時有拒捕及殺傷人者皆斬。因盜而姦者罪亦如之。共盜之人不助助力。不知拒捕殺傷人及	假律	凡強盜既行不雖盜得サルモノハ首從ヲ分タス皆答百遠流。既ニ盜得ルモノハ皆斬首。因テ人ヲ殺スモノハ皆斬梟。藥ヲ以テ人ヲ昏迷セシメ因テ財ヲ圖ルモノ同罪。若竊盜時ニ臨テ捕ヲ拒及ヒ人ヲ殺傷シ或ハ婦	綱領	凡強盜兇器ヲ持セス威カヲ以テ人ヲ劫シ財ヲ得サル者ハ皆徒二年。財ヲ得ル者ハ賊ヲ分タスト雖モ賊ヲ併セ首從ヲ分タス罪ヲ科ス。人ヲ殺ス者ハ皆斬。人ヲ傷スル者財ヲ得サルハ首從ヲ分チ財ヲ得ルハ皆絞。
----	--	------	---	----	---	----	---

一新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて

<p>姦情者。止依竊盜論。其竊盜事主知覺。棄財逃走。事主追逐因而拒捕者。自依罪人拒捕律科罪。</p>	<p>女ニ姦汚スルモノ亦準之。黨類之内助力格闘セス及ヒ殺傷姦汚ノ情ヲ知ラサルモノハ唯竊盜本條ニヨツテ論ス。其竊盜財ヲ棄テ逃走シ財主ニ追逐セラレ因テ捕ヲ拒クモノハ自ラ罪人拒捕之際ニヨツテ科斷ス</p>	<p>其兇器ヲ持スル者ハ財ヲ得スト雖モ皆流二等。人ヲ殺ス者ハ皆斬。人ヲ傷スル者財ヲ得サルハ首從ヲ分チ財ヲ得ルハ皆斬。其藥酒等ヲ以テ人ヲ醉迷セシメ財ヲ圖ル者ハ不持兇器ヲ以テ論ス。若シ盜ニ因テ姦スル者ハ成否ヲ論セス絞。</p>
--	---	---

殊に舊刑法の「強盜ノ罪」(自第三百七十八條至第三百八十四條)の上にも明清律の強盜の條が深き影響を與へてゐる事を看過してはならない④。強盜の條の適用に關する其後の伺並に指令、大審院判決例に就いての考察には別段述べ可き點はない。

次に竊盜であるが竊盜に關する判決は壓倒的に多くを掲載されてをり、賊盜律適用の全判決の半

ば強に達してゐる。併し乍ら竊盜の條に關する判決を全部此處に掲載する事は到底其の煩に堪へないから、特に説明を必要とする二三を掲げ、他は此れを省略する事とし、揭示の分には若干の説明的考察を加へて置かうと思ふ④。

京都府實族士族

山葉高峯 山 葉 高 昌

其方儀京都府立關ニライテ井上高祥外廿三人所持蝙蝠傘盜取ル賍金廿一錢二厘八毛ノ科竊盜律ニ依リ懲役八十日可申付處士族タルヲ以テ破廉恥甚キニ依リ除族申付ル

城州葛野郡第五區鹽小路村農

山野梅藏二男 銀 次 郎

其方儀清之助盜致ス節隙望ノ約定ニテ駕貸渡世門口徘徊致スノミナラス枇杷葉湯店ノ金盜取ル賍貳錢ノ科竊盜律ニ依リ懲役五十日可申付處十五年未滿ナルヲ以テ收贖金一圓二十五錢申付ル

攝津國初戸生川

無籍 遠 吉

其方儀竊盜ノ科ニ依リ處刑ヲ受ル身分尙又無籍光藏俱ニ授產所脫走致スノミナラス同人申談ニ隨ヒ或ハ一人立拍原長藏宅外一箇所へ忍入飯櫃等盜取ル賍金十三錢ノ科竊盜律ニ依リ十五年以下ト雖モ再犯ニ係ルヲ以テ但加等ノ罪ヲ宥テ懲役五十日ノ上逃罪ハ折半シ更ニ加役五日申付ル

竊盜は唐律(卷第十九、)には「諸竊盜不得財笞五十。一尺杖六十。一匹加二等。五匹徒一年。五匹

一 新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて

加_二一等。五十匹加役流。」と規定されあり。強盜と竊盜と異なる點は前者は唐律の註に「謂以威若力而取其財。」と解し、後者は疏議には「謂潛形隱面而取。」としてゐる點にある。「不和謂之強取。非其物謂之盜。又云加威勢下手取財爲強盜。」(晉刑志)とする解釋もあるが、要するに強盜は暴行脅迫を以て他人の財物を強取するの謂であり、竊盜は他人の意思に反して其の財物の所持を侵害する事である。明清律は「凡竊盜已行而不得財笞五十免刺。但得財者以一主爲重併贓論罪。爲從者各減_二一等。初犯並於右小臂膊上刺竊盜二字。再犯刺左小臂膊。三犯者絞。以曾經刺字爲坐。搗摸者罪同。」と定め、明律では最後に「若軍人爲盜雖免刺字。三犯一體處絞。」と規定し、明清律共に其の次に直ちに竊盜財物の價に據りて刑罰の量定に差等のある旨を定めてゐる。我假律に於ては「凡竊盜既ニ行フト雖モ未盜得サレハ笞二十其盜得ルモノハ各已ニ入ル、之數ヲ計ヘ罪ニ科ス。失火難船ノ時ニ乘シ盜致スモノハ各二等ヲ加フ。」として、竊盜財物の價格と其の刑の割合を定め、最後に「若贓數右ニ踰ヘ其情重キモノハ臨時判決。搗摸スルモノ罪竊盜ニ同シ」とし、綱領には

凡竊盜。財ヲ得サル者ハ笞四十。財ヲ得ル者ハ贓ヲ分タスト雖モ贓ヲ併セテ罪ヲ科ス從タル者ハ各一等ヲ減ス其臨時捕ヲ拒ク者ハ強盜ヲ以テ論ス。若シ事主覺逐スルニ財ヲ棄テ逃走スルヲ追逐シ因テ捕ヲ拒ク者ハ罪人拒捕律ニ依ル

搗摸スル者罪同

若シ盜ニ因テ過失傷スル者ハ凡鬪傷ニ一等ヲ加ヘ罪流三等ニ止ル。死ニ至ル者ハ絞

と定め、律例にも亦、第三百三十五條乃至第三百三十九條に於て竊盜條例を定むる所があつた。我國に於ける右の竊盜の條文は明清律の夫と稍々異なる所が存在するけれど、併し乍ら其の原則は飽く迄明清律の精神を倣效してゐる事は疑なき所であらう。殊に綱領の第二項は律例第三百三十九條、舊刑法第三百八十二條に、更に又現行刑法第二百三十八條迄も其の發展の跡を辿り得る所の條文であると思はれるのである。

扱て右に列擧せし判決の第一に「士族タルヲ以テ破廉恥甚キニ依リ除族申付ル」とする點に就いて若干の検討を果して置かねばならない。抑々士族に閏刑を科する事を認めた事は綱領並に律例が身分法的色彩を濃厚に帯びてゐた事を示すものなるが、先づ律例の改正閏刑律の一節に(第十條)「若シ姦盜等ノ罪ヲ犯シ破廉恥ヲ破ル_一甚シキ者懲役百日以下ニ該ルハ除族ニ止メ」なる律文あり、更に閏刑條例(第十條)に「凡華士族罪ヲ犯シ破廉恥甚ニ係リ廢シテ庶人ト爲ス者改テ除族ト稱ス其除族ニ該ル者ハ祿ヲ收メ本犯一人ヲ除シ族ハ子孫ニ襲カシム」と見える。以上の律文に基いて右に列擧せし第一番目の判決を考察するに、京都府貴族士族山葉高昌なる者が盜に準ずる犯罪に依り懲役八十日に處せられた故に破廉恥甚として除族を命せられたのであつて、六年十二月十四日の大分縣伺

に

改定律例第九十條凡詐欺恐喝取財等盜ニ準スル罪士族ハ破廉恥甚ヲ以テ論スト之アリ右ハ詐欺恐喝ノミニ係リ候哉又ハ賊盜律中盜官私牛馬盜田野穀麥等ノ準盜盜モ同様可論哉

とあるに對し、七年一月十九日(第十號)指令を以つて

賊盜律中ノ準盜ハ破廉恥ヲ以テ論ス

と回答され、七年三月十八日の筑摩縣伺に

士族窃盜財ヲ得サル者ハ破廉恥甚ヲ以テ論シ律ニ照シ收祿除族可仕哉

とあるに對する指令(同七年四月二十日
五日第七十七號)に

伺之通

と回答された點は、何れも士族が準盜或ひは窃盜を行ふ時は、此れを破廉恥甚として除族を命せられし事を示し、此等の伺並に其の指令の趣旨と前掲第一番目の判決の趣旨は全く同一である事を示す^④。然るに第二の判決は「懲役五十日可申付處十五年未滿ナルヲ以テ收贖金」を納付して實刑を免れてゐるのであるが、此れ綱領(名例律)の「老小廢疾收贖」條に「凡年七十以上十五以下及ヒ廢疾者死罪ヲ除クノ外流罪以下ヲ犯ス者ハ收贖ス」とある律文に據りて處斷せられた事を示す。綱領に此の「老小廢疾收贖」條の存在せし事は綱領が支那法の強き影響下に在る事を明示する一證でもあ

るが、現行刑法に於ても申す迄もなく絶対無責任者の限界を十四歳とし、十四歳以下を全然無責任

としてゐる(改正刑法假案
第十六條參看)。舊刑法に於ては(第七十九條以下
第八十一條參照)八歳以下、八歳以上十二歳迄、十二歳以上

十六歳迄、十六歳以上の四段階に分つ主義を採用し十二歳以下は絶対無責任者となすけれ共、八歳以上の者にして重輕罪を犯す場合は懲治場に留置して教戒する事を得となし(此の懲治場はもとより懲役、とは異なる。監獄則第四條)

十二歳以上十六歳迄の者の犯罪は其の犯行を審案して辨別なくして行へる場合は罪を問ふ事とし(監獄則第十、
九條參照)、十六歳以上の者は絶対責任者なれ共、特に二十歳迄の者は本刑に一等を減せらるとし

た。此等の制度は一見すれば、支那刑罰法が唐律以來、犯人の刑事責任能力に一種の段階説を探り、絶対責任能力者と無責任者との間に二種の限定責任能力者を置いた點とも類似するが、我舊刑法は、佛國刑法第六十六條乃至第七十一條を參照せしものにして(ホアソナードの刑法草案、
述義、一四二以下參照)もとより明清律よりの繼受ではないのである。けれ共、綱領、更に遡つては假律は明白に明清律、更に唐律以來の支那法の恤刑の原則を採用せるものである。例へば唐律(第四卷)に

諸年七十以上十五以下及廢疾。犯_ニ流罪以下_一收贖。八十以上十歳以下及篤疾。犯_ニ反逆殺人_一應_レ死者上請。盜及傷_レ人者亦收贖。餘皆勿論。九十以上七歳以下。雖_ニ死罪_一不加_レ刑。即有_レ人教令坐_ニ其教令者_一。若有_レ贓應_レ備受_レ贓者備_レ之。

と規定し、疏議は右律文の最初の一句に對し

疏議曰。依_二周禮_一年七十以上及未_レ亂者。並不_レ爲_レ奴。今律年七十以上七十九以下。十五以下十一以上及廢疾。爲_レ矜_二老小及疾_一。流罪以下收_レ贖。と解釋を下し、第二句に對して

疏議曰。周禮三赦之法。一曰_二幼弱_一。二曰_二老耄_一。三曰_二癡愚_一。今十歲合_レ於_二幼弱_一。八十是爲_二老耄_一。篤疾癡愚之類。並合_二三赦之法_一。有_レ不可_レ赦者。年雖_二老小_一。情狀難_レ原。故_レ叛逆及殺_レ人_レ準_レ律應_レ合_レ死者曹司不_レ斷依_二上請之式_一。奏聽_二勅裁_一。

斯くの如き思想は支那刑罰法規上に一貫して現はるゝ儒教的思想で、犯人を矜恤し以つて寛刑に則して處罰する事が即ち王者の民に仁愛を施す所以、王者の徳の廣大無邊なる事を示す所、更に換言すれば善政の表徴なりと考へられてゐた事實に由來するものである。宋は唐制を仿襲したが、元の刑法に於ても恤刑篇に於て(元史卷一百五、刑法志)

諸有_レ罪年七十以上十五以下。及篤廢殘疾罰_レ贖者。每_二笞杖一罰_一中統鈔一貫。

と定め、明律は(名例律)大體に於て唐宋律を其儘繼承し、以つて清律に及んだのである。斯くの如き沿革は、我明治初期の刑法の上にも直接的な影響を及ぼし、假律は殆ど明清律を鵜呑みにしてをり、綱領に到りても大體に於て明清律を繼承したのである。更に上述した第三の判決に於て述べ可き點は「十五年以下ト雖モ再犯ニテ但加等ノ罪宥テ懲役五十日ノ上逃罪ハ折半シ更ニ加役五日申付ル」

なる意味に關してである。律例の「老小廢疾收贖例」(第四十八條第一項第二項)に「凡老小及ヒ廢疾者懲役終身以下ヲ犯ス者例ニ照シテ收贖スルノ後再ヒ罪ヲ犯ス者ハ仍ホ例ニ照シ收贖スル事ヲ聽ス。若シ盜罪賭博等加等ス可キ再犯ニ係ル者ハ但加等ノ罪ヲ宥メ本罪ヲ實斷シテ再ヒ收贖スル事ヲ聽サス。」(4)と規定された。即ち犯人安吉は前科竊盜罪一犯の身であるにも拘らず再び竊盜を犯した故に「但加等ノ罪ヲ宥メ本罪ヲ實斷シテ」懲役五十日を科せられたものであるが、假令十五歳以下と雖も再犯には實刑を科せられる事を原則としたのである。此の點に關しては明清律には明確なる規定は存在して居ない。併し此の原則を目して全く我國獨自の見解に基く律文と見る事が出来るか否かは別問題であつて、おそらく『禮記』内則に見ゆる「怙姦自終、當刑殺之。」の原則に依りて夙に支那刑罰史の上にも此種の原則は存在してゐたものと解す可きである。併し此處に一應、此の問題に關聯して考察す可き事は、責任能力に關する我刑罰史に於ける沿革に就てである。此の事項を本項に詳細に跡付ける事は蓋し不可能にして、別論を以つて果たす可き事柄ではあるが、我國は中古前半に支那法を一體として繼受して以來、責任無能力者に關する觀念は脈々として存在を續けてゐた事を指摘し得るのである。たゞ時に政治様式の特徴の爲めに、刑罰責任能力に關する原則は迂餘曲折を經、或時は絶對責任無能力者の觀念が背後に隠れてしまつた時期もない事はないが、全然責任能力に關する問題を放棄した時期はないのである。併し乍ら支那刑罰史上に存在した刑罰責任無能力者存置

の理由と、我國の刑罰史に於ける存置理由とは、自ら其の理由に異なるものがなければならぬ。支那に於ては法は其の思想的基盤として儒教の教義に據つてをり（もとより法家の説も多く法の上に反映してゐるけれ共）、其の儒教的用刑の則なる恤刑の原則が具體的に現はれて絶對的責任無力者、限定的責任無力者の別を生じた。けれ共我國に於ては寧ろ、罪を犯したる者は其の人格的穢れを人として解除す可き責任觀念が「愛幼養老之義」よりもより強く働いてゐる。併し耄、悼と稱せらるゝ老幼にありては、既に完全に其の責任を解除する事が、夫自體不可能な者であるのである。かゝる無能力者を冷酷慘烈なる法の笞シモトで打つ事は國民的刑罰觀念に反する事柄となり、更には我國民の信義觀に反する行爲とさへ見られたのであつた。かくて我國に於ける刑罰責任能力に關する原則は支那の夫と著しく其の形態を異にするに到ると共に、近世期に入りては多くの場合、幼年者の限定責任能力をのみ認める原則を探るに到つたのである。何となれば老年者は耄と雖も智慮分別ありて、尙且つ其の責任を解除する能力ありと認められたからに外ならない。更に「逃罪ハ折半シ更ニ加役五日申付ル」とある意は律例の「平民犯罪不實斷條例」（原庶人犯罪不的決）に律第三十一條に凡老小廢疾者罪ヲ犯シ收贖ス可キ者無力ニシテ贖フ事能ハサル者ハ懲役百日以下ハ折半シ一年以上ハ五等ヲ減シテ並ニ懲役ニ服スとあり、又律例の「懲役人逃條例」（原徒流人逃律）第三百一條を準據として刑を加へられたものであらう。窃盜

罪に關する其後の伺、指令並に大審院の判決等に就ては別段に述べ可き所はない。

次に綱領の「盜田野穀麥」律に據りて處罰せられし判例を一件掲載してゐる。即ち

愛宕郡第四區岡崎村農

大田庄吉

其方儀無届出稼致ス而已ナラス黒谷金戒光明寺塔中並淨土寺村畑中等ニ而盜致スコ盜田野穀麥律ニ依リ懲役五十日申付ル

右は綱領の「盜田野穀麥」律に據りて裁決せられし判決なる事は上述の如くであるが、此の律に類する條文は佛國刑法第三百八十八條第二項に存在せりと雖も、これはもとより佛國刑法よりの繼受ではなく、明清律の律文の繼承なる事は何等疑ふ可き點はない。此の點に關して支那法と我律とを比較して明確にして置かう。

明・清律	假律	綱領
凡盜田野穀麥菜果及無三人看守器物者。並計贖准竊盜論免	凡田野ノ穀麥ヲ盜モノハ守者之有無不拘贖ヲ計ヘ竊盜ニ準テ論シ一等ヲ加フ	凡田野ノ穀麥菜菓及ヒ人ノ看守スル事無キ器物ヲ盜ム者ハ並ニ贖ヲ計ヘ竊盜ニ準シテ論ス罪流三等ニ止ル
若山野柴草木石之類他人已用ニ	其菜菓ヲ盜若ハ山野木石之類他	

工力ニ斫伐積聚而擅取者罪亦如之

人既ニ工力ヲ用置テ盜モノ亦竊盜ニ準シテ論ス若(工力ヲ加ヘサル)竹木等ヲ盜伐イタスモノハ竊盜罪一等ヲ減ス

若シ山野ノ柴草木石ノ類他人已ニ工力ヲ用ヒテ斫伐積聚スルヲ擅ニ取去スル者モ罪亦同

既に明らかに綱領の律文は明清律の律文と同じである事が了解されるであらう^④。全く綱領の編纂者は主として明清律を参照して綱領を編纂せる事は疑なき所である。併し右の「盜田野穀麥」律と「棄毀器物稼穡」條との關係には議論の存する餘地あるも餘りに論多岐に互るを以つて此處に述べない事とする。

更に進んで親屬相盜に關する判決が一件掲載されあるを見るのであるが、親屬相盜亦支那法の影響仿襲の下に其の律文を定律せし事は、他の場合と何等異なる所がないのである。其判決は次の通りである。

下京第二十七區上堀詰町商

山本 きみ

其方儀亡夫小兵衛ノ姉山本のふナル者宅へ忍入り金子衣類盜取贓金十三圓七十三錢六厘ニ相成ル科親屬相盜律ニ依リ四等親ニ係ルヲ以テ一等ヲ減シ懲役五十日申付ル

親屬相盜は現行刑法^(第二百四十四條)並に改正刑法假案^(第四百三十三條)にも刑の免除或ひは親告罪として規定され、更に舊刑法に於ては^(第三百七十七條)佛國刑法第三百八十條を繼承し、此の意味を擴張して犯罪不成立として規定されてゐる事は人の知る所である。併し少なくとも舊刑法以後の我刑法典の發展過程には其の母法を歐米諸外國の刑法典に此れを求めたから、支那法よりの影響は漸次稀薄となる傾向が看取され得る。殊に舊刑法が佛國刑法典に摸倣する主義を採つて以來、愈々支那刑罰法の色彩は舊刑法以後其の影を潜めしものと考へねばならないのであるが、假律の上、並に綱領、律例の上に見ゆる親屬相盜の律文は他の假律、綱領、律例等の律文と等しく、支那法系の下に於て制定されたものである事は明瞭な事柄であらう。然らば何故に親屬相盜は刑罰免除或ひは犯罪不成立の條件となるやに就ては今更此處に論考する必要もなく明白な所であつて、親屬は親密の關係に在りて其利害を概ね同じくする者であるから、此等の間に於ける財物の竊取を檢舉する事は徒らに小害を防がんとして却つて大害を惹起するの懼ある故に、かゝる相盜は刑罰免除或ひは犯罪不成立とすると解するものである。既に此種規定は唐律^(卷第二十、賊盜四)の「盜總麻小功財物」の條に於て見出される。即ち

諸盜^ニ總麻小功親財物^ニ者。減^ニ凡人一等。大功減^ニ二等。期親減^ニ三等。殺傷者各依^ニ本殺傷^ニ論。

明律は^(卷第十八、賊盜)「親屬相盜」の第一項に於て

凡各親屬相^ニ盜財物^ニ者。期親減^ニ凡人五等。大功減^ニ四等。小功減^ニ三等。總麻減^ニ二等。無服之親減^ニ一等。並免^ニ刺。

一 新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて

若行強盜者。尊長犯卑幼亦依上減罪。卑幼犯尊長以凡人論。若有殺傷者各依殺傷尊長卑幼本律從重論。

と規定した。唐律に見えざる「無服之親」の場合を規定したのは元史刑法志(卷一百四、盜賊)の「諸無服之親相首爲盜止科其罪免刺配倍贓」とある法意を仿襲したものであり、「若行強盜者」以下は同様に元史刑法志に見ゆる「諸親屬相盜。謂本服總麻以上親及大功以上共爲婚姻之家。犯盜止坐其罪並不在刺子倍贓再犯之限。其別居尊長於卑幼家竊盜若強盜。及卑幼於尊長家行竊盜者。總麻小功減凡人一等。大功減二等。期親減三等。強盜者準凡盜論。殺傷者各依故殺傷法。下略」に據るものであらう。清律は明律を其儘仿效し、此の明清律が我が假律並に綱領へ繼受されたものである。

次に律例の「改正雇人盜家長財物律」に據りて處斷せられし判決を四件掲載するが、大體此の律は獨立の條文としては唐律並びに明清律には存在しなかつた。蓋し明律の「親屬相盜」條の第三項に「其同居奴婢雇工人盜家長財物。及自相盜者。減凡盜一等免刺。」とある律文を(清律にも存在する。清律卷二十一、刑律、下)、我綱領に於ては、先づ「奴婢盜家長財物」と、獨立の篇目とし、更に律例は「雇人盜家長財物條例」(第一百四條)と「改正雇人盜家長財物律」(原奴婢盜家長財物律。第一百四十三條)に分ち獨立にこれを規定したものである⁽⁶⁾。彼我律文の間に若干の相違は認めらるゝも、明清律の文が我が律文に直接の影響を與

へてゐる事は疑ふ餘地はないであらう。此の判決を例示して置かう。

上京第八區藍屋町中立賣上ル福大明神町

加藤 幸三郎

其方儀井上重吉方ニ被雇中同人所持之物品盜取又ハ岡本和助方被雇中本多半七桑田千代兩人ノ衣類盜取科ニ罪ノ内雇人盜家長財物律ニ依リ贓金七圓五十壹錢ナルヲ以テ懲役七十日申付ル

丹波國桑田郡第三區荒塚村農

太田太吉弟 太田三郎

其方儀安達彌助方雇入中同家土藏ニ在之玄米酒等盜取金八十圓餘ノ科内四十圓餘ハ改正律已前之贓三拾圓餘ハ改正已後ノ贓タルニ依リ重贓ヲ以テ輕贓ニ併セ雇人盜家長財物品律ニ依リ懲役二年半申付ル

山城國伏水第二區等安町商

山田 伊兵衛

其方儀森岡米次郎ヨリ寄託スル薩摩芋ヲ車載セ運送ノ途中窃取スル贓金壹錢二厘ニ相成科雇人盜家長財物條例ニ依リ監守盜ヲ以テ論シ懲役七十日申付ル 但窃取スル薩摩芋三ツ取上ル

上京第三區小玄蕃町矢野治三郎弟當時

下京第四區美濃部町

岸田金次郎雇人 矢村 吉之助

其方儀大井爲七出店へ忍入毛氈等盜取ル贓金三十六錢五厘ニ相成或ハ家長捨治郎ノ金子衣類等盜取リ主家逃亡スル三罪ノ内家長金子盜取ル贓金四圓四十四錢五厘ニ相成科雇人盜家長財物律ニ依リ懲役七十日申付ル

一 新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて

但末々所持罷在ル品々并償金トシテ所持金二錢六厘ハ取上ル

右判決の第二に律例の「斷罪依新頒律條例」(第百)に據りて處斷せられた例が見え、又第三は律例第百四十三條の「官守者自ラ盜ム者ハ監守盜ヲ以テ論ス」なる律文に據りて所斷せられしものである。舊刑法に於ては既に此種條文は消滅してゐる。

次に「恐喝取財」一件、「詐欺取財」五件の判決を掲載してゐる。

丹波國桑田郡第七區重利村

好井藤吉

其方儀八木政藏宅ニ於テ錢緒ノ博奕催ス旨風聞承ルヨリ八木新助ニ申聞同入ヲ政藏方ヘ差遣シ恐喝ヲ以兩度ニ金四圓五十錢貪ル科恐喝取財律ニ依リ懲役七十日申付ル

右は恐喝取財に關する判決(律例には恐喝取財、詐欺取財に關する條文は存在しない)である。詐欺取財の判決の一例を擧ぐれば次の如き例がある。

三河國額田郡西能見村農

國藏長男 大木虎藏

其方儀猥ニ京地ヘ立越林彌三郎方ヘ罷越反物買取ル旨偽リ申聞數反差出サセ透ヲ伺木綿織ニ反拐帶致ス賍金二圓六十錢ニ相成ル科詐欺取財律ニ依リ懲役五十日申付ル

山城國愛宕郡第一區吉田村

京都府貫屬士族 森口隆一

其方儀松井庄左衛門宅外一ヶ所ヘ罷越裁判所役人ト詐稱シ贋幣所持等ノ聞ヘ之アルト偽リ檢査致ス可キ旨申聞貨幣詐欺取ル右二罪ノ内欺取ル賍金五十七圓餘ノ科詐欺取財律ニ依リ除族之上懲役一年申付ル

但欺取所持致ス金四十三錢七厘五毛取上ケ事主ヘ下渡ス且費用金追懲申付可キノ處無力ニ付其儀ニ及ハス

下京第十一區藥師前町

岡邊庄七

外二人

其方義當地本願寺ヨリ信仰ノ者望ニ任セ押渡ス所ノ佛證並花押故政熊祭二郎ナル者偽造サスルノミナラス田中廣五郎摺遣シ或ハ其方佛像ヲ畫キ右贋判ヲ摺リ掛物ニ爲シ見知ラサル者ヲ欺キ賣拂フ處右偽造ノ罪ハ大赦前ニ在リ且罪狀發覺セシヨリ三年前ニ得ル所ノ賍金ハ舊惡ヲ以テ論シ並ニ咎メニ及ハスト雖其以後得ル所ノ賍金壹圓二錢五厘ノ科詐欺取財律ニ依リ懲役六十日申付ル

但欺取シ金子ハ悉皆取上ル

我が綱領の恐喝取財及び詐欺取財條は唐律(卷第十九、賊盜、恐喝取人財物)に其の法源を發する明律(卷第十八、賊盜)の「恐喝取財」「詐欺官私取財」の條、更に清律(卷二十五、賊盜、下)の各條文を繼承せるものである事は説明する必要もないであらう。たゞ右詐欺取財の判決例の第二に「除族」とあるは、士族に對してのみ科せられし閏刑の一であり、第三の判決に「右偽造ノ罪ハ大赦以前ニ在リ且罪狀發覺セシヨリ三年前

一 新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて

ニ得ル所ノ賍金ハ舊惡ヲ以テ論シ並ニ咎メニハ及ハスト雖」とある判決文に關しては少しく説明をして置かねばならない。此處に所謂大赦は元年三月の夫を指すものであらうと想像されるが「舊惡」に就いては律例の加減罪例條例(第八十五條第一項)に「凡罪ヲ犯シ年ヲ歴テ發覺スル者ハ並ニ舊惡ヲ以テ論シ舊惡減免例圖ニ照シテ區處スルコトヲ聽ス」とあり、而して舊惡減免例圖に據れば「犯罪懲役十年以下ニ該ル者各數ノ年ヲ歴テ發覺スレハ其罪ヲ全免ス」と定められてゐるのである。憶ふに犯人岡邊庄七の偽造の罪は懲役三年に該りし犯罪であつたが、三年經過後發覺せるものなるに依りて其の刑が全免せられしものと推察されるのである。此の點は頗る特徴ある取扱と云ふ事が出來よう。恐喝取財並に詐欺取財に關しては佛國刑法にももとより其の條文が存在するが(第四百五條、第四百條第二項、第四百七條、第四百一條等)、併し綱領の律文は明らかに支那法を母法とするものなる事は再言する必要を認めない所であらう。舊刑法は「詐欺取財ノ罪及ヒ受寄財物ニ關スル罪」(自第三百九十四條至第三百九十八條、及び第三百九十七條、第三百九十八條)の節に於て詐欺及び恐喝取財に關する刑罰を定めたが、其の條文の構造は佛國刑法を參酌してゐる所である。

次に綱領の「略賣人律」の適用に依る判決が四件、律例の「略賣人條例」の夫が二件掲載されてゐるが、先づ其の判決を例示して若干の考察を加へて置き度いと思ふ。綱領の略賣人律の適用に依る判決には次の如きものが存在してゐる。

愛宕郡第一區粟田口村

立川 兵 之 助

其方儀從弟立川伊太郎ナル者養女つきヲ大坂府下金井傳兵衛方へ一年半ノ身代金三十七圓ニテ差遣シ娼妓稼致サ

ス節請人ニ相立ツ科略賣人律ニ依リ買者ニ一等ヲ減シ懲役二十日申付ル

下京第廿二區八坂上町商

彌治郎父 菊 水 禮 七

其方儀忠兵衛略賣ノ情ヲ察シナカラテウナル者ヲ買取娼妓トナス科略賣人律ニ依リ懲役三年申付ル

上京第三十二區吉永町

遠 藤 未 七

其方儀人身賣買相成ラストノ禁令ニ背キ宮川岩吉ナル者ヨリ山本きんナル者ヲ食見善兵衛へ三ヶ年ノ間養女ノ名目ヲ以テ賣渡ス節口入致シ世話料トシテ金一圓貰請ル科略賣人律和賣スル者ヲ以テ論シ牙保ナルニ依リ賣ル者ニ二等減シ懲役二年半申付ル

山城國伏水第六區白銀町商

長 谷 部 耕 作

其方儀吉田はなナル者ヲ攝州神戸表ニ於テ仲居奉公ニ世話致ス可キ旨申勤メ連出シ末遊女ニ賣渡ス可キノトノ造意ヲ生シ同人へハ神戸へ渡海致ス旨ニ相許リ豊後國鶴崎船ニ乗組同國別府へ連越ス處ヨリ右造意ノ次第相覺ラレ終ニ遂得スシテはな身分矢野市兵衛ナル者へ預ケ置キ立歸ル處留守中右次第はな父母ニモ承知致シ立腹致シ居ル

由承り親屬ノ者ヲ以テ詫出ルトモ右科略賣人律ニ依リ懲役七年可申付處右詫出ルニ依リ改定律第六十二條ニ比準シ二等ヲ減シ懲役三年申付ル

以上の四件は何れも綱領に據りて處罰せられし例で、たゞ最後の判決は「犯罪自首條例」(第六十)に據りて本罪に二等を減せられしものである。次に律例の「略賣人條例」の適用せられし判例は次の二件である。

下京第十五區祇園町

立川 伊 太郎

其方儀難澁之餘リ從兄立川兵之助外一人ヲ請人トシテ養女つきヲ娼妓致サス可クトテ戸長ヲ欺キ出稼券ヲ貰ヒ大坂府下三本宗七後見金井傳兵衛方へ一年半ノ身代金三十七圓ニテ差遣ス罪ノ内養女ヲ和賣スル科略賣人律條例ニ依リ懲役四十日申付ル

但和賣之代金三十七圓ハ取上ル

下京第十四區四番町

大島きく夫 徳 兵 衛

其方儀てうナル者母始納得ノ旨忠兵衛申聞ルトテ頼ヲ受け儀七へ娼妓ニ賣渡シ牙保スル科略賣人律條例ニ依リ懲役二十日申付ル

但忠兵衛ヨリ返辨ヲ受ル金四圓ハ追懲申付ル

右の略賣人に關する條文は假律が「人商」なる篇の内に規定するもので、假律の此の篇の淵源は大清律例の「略人略賣人」(卷二十五、賊盜、下)、明律の「略人略賣人」(卷第十八、賊盜)、更に唐宋律の「略人略賣人」(第二十卷、賊盜)に遡及し得るものである。煩を避くる爲めに此處に再び以上の諸律文を比較圖示しないけれ共、綱領及び律例の略賣人に關する律文が明清律に據りて編纂されてゐる事は論ずる迄もない所である。たゞ明清律に到りて「牙保」なる用語が表はれてゐるが(現行刑法第二百五十六條に「牙保」とは『讀律必携』(明治六年七月川澄下校纂)が「牙保牙郎ノ牙ハ、本ト互市ノ互字ナルヲ、唐人平ニ作リシヨリ、遂ニ訛リテ、牙ニ作ルヨシ、輟耕錄等ニ見ヘタリ」と解し『明律國字解』も「牙保ハ牙ハ口イレ也保ハ請人也」と説明するが如く、人身賣買の請人に立ちて仲介する事を云ふのである。抑々人身賣買に關する禁令は五年十月二日(太政官布告第二百九十五號)に發せられ、司法省は達(第二十號)を以て「娼妓藝妓ハ人身ノ權利ヲ失フ者ニテ牛馬ニ異ナラス」と述べたる有名なる令を發した。抑々京都に於ては徳川時代以來養女契約締結の形式を以て所謂一生不通養女證文を作成し、公然と人身の賣買慣習が行はれ今日其の證文を多數殘存せる所である。もとより人身賣買の實例は既に我が中古に其の實例が存在してをるものであつて、爾後史上に相當多く其の例證を疊見し得るけれ共、醜業を目的として、而も外觀は養女契約を締結する一種の人身賣買禁制回避の手段を探る慣行は京都の特殊的なる環境に依りて最もよく發達し、普通に多く行はれた所であつた。以上の諸判決の内には實にかゝる

種類の人身賣買例が一件明示されてゐる。人身賣買禁令に就いては明治初期に特に童男女を外國人特に支那人に賣却する禁令が發せられた事があつたが④、夫等に關する判決は此處に紹介する判例集には見えてゐなかつた。

最後に綱領の「盜賊窩主」に據る判決三件、律例の「盜賊窩主條例」に據るもの一件が掲載されてゐる。盜賊窩主とは『明律國字解』が窩主を「盜ノ宿也」と解してゐる如く、又假律が「凡強盜タル事ヲ知ナカラ宿ヲ貸シ圍置モノ」と定める如く、更に綱領が「ヤドヌシ」と傍訓を附する様に④、惡意を以て盜賊を隱匿する者を云ふのであつて、明律(卷第十八、)は「盜賊窩主」の條に次の如く規定し、右の文は又清律と全く同様である(卷二十五、)。

凡強盜窩主造意身雖不行但分贓者斬。若不行又不分贓者杖一百流三千里。共謀者行而不分贓及分贓而不行皆斬。若不行又不分贓者杖一百。

竊盜窩主造意身雖不行但分贓者爲首論。若不行又不分贓者爲從論。以臨時主意上盜者爲首其爲從者行而不分贓。及分贓而不行仍爲從論。若不行又不分贓者杖四十。

若本不同謀相遇共盜以臨時主意上盜者爲首餘爲從論。

其知人略賣和誘人。及強盜盜後而分贓者。計所分贓准盜盜爲從論。免刺。

若知強盜盜賊而故買者計所買物坐贓論。知而寄藏者減一等。各罪止杖一百。其不知情誤買及受寄者俱不坐。

右の明律の「盜賊窩主」の律文は大體に於て假律に採用されたが併し假律の「強盜盜ノ宿」の律文は稍々明律の夫と異つてゐる點があり、綱領の律文は明律と殆ど等しい。けれ共律例に到りて明清律の「盜賊窩主」の律文を繼承せる綱領の律文の缺を補ひて贓品を盜竊、恐喝、詐欺、枉法、不枉法の手段に依る物に區別し(自第一百五十六條至第一百五十九條)夫等の贓品の典賣牙保並びに質屋が盜物上に質權を設定したる場合の取扱を定むる所があつた。今綱領に據りて處罰せられたる判決の一例を掲げて置かう。

山城國伏水第十一區東町東組

西田 彌三郎

其方儀北村彌兵衛ナルモノニ雇ハレ中中西長七ヲ雇入萬福寺風呂場取毀チ池永留次郎方へ運送中中西長七ヨリ日雇賃渡吳度旨催促受ル節取毀ツ瓦ヲ以テ一時融通可致旨申聞ルヨリ同人義右瓦四坪盜取賍金一圓十九錢餘ノ科高カ主律造意者身同シク行ハス又贓ヲ分タサル者ハ從ト爲シテ論スト云ニ依リ本罪ヨリ一等ヲ減シ懲役五十日申付ル

肥前國古瀨郡エカミ時村安兵衛

豐四郎事 長手 松次郎

其方儀知ル人カ入伊兵衛ナル者ノ盜金ト承リナカラ金子受用致ス而已ナラス俱ニ逃走ノ途中士族ト詐稱ス二罪ノ内右受用スル金七圓五十六錢餘ノ科盜賊窩主律ニ依リ懲役五十日申付ル

右の前例は説明する迄もなく綱領「盜賊窩主」の「凡竊盜ノ窩主造意スルハ身同ク行ハスト雖モ、中略。若シ行ハス又贓ヲ分タサル者ハ從ト爲シテ論シ」に據りて判決が與へられたる事は明瞭であ

らう。後例は二罪俱發以重論に據りて盜賊窩主律を以て處斷せられしものである。以上が綱領に據りて處斷せられし判決例であるが、律例に據るものは

司法省日誌明治六年後第十四號七月廿二日分第五大區八小區淺草山ノ宿町九番

借店商司法省裁判所申渡 小 橋 金 五 郎

其方儀伊藤文平ノ頼ミニ應シ同人へ借金有之趣ニ草川信介へ申立兩度ニ金一圓受取り文平へ渡シ右謝禮トシテ金廿五錢貰受ル科盜賊窩主ノ條例ニ依リ坐贓ヲ以テ懲役一十日可申付處事情原諒シ贖罪金七十五錢申付ル

右は律例の第五十八條に據りて判決されたものである。

以上自分は明治初頭綱領並に律例を適用して判決されたる數例の判決例を掲げ其の大略を説明し、併せて綱領並に律例が尙明清律の完全なる影響下に於て編纂されたるものなる事を説述したのであるが、以上の判例の外に「叱り」が二件と「盜罪内濟」が一件ある事は注目して良いと思ふ。抑々「叱り」なる罰は綱領並に律例共に存在しない。全く徳川時代以來特に極めて輕き犯罪に對して用ひられたものであつて、『公事方御定書』を披見すれば「急度叱り、叱り」の刑は例外なく頗る輕い犯罪と考へられる行爲に對して科せられてゐる刑罰である。而して本稿に用ひる「判例集」に掲載された「叱り」は何れも盜物を犯人より返還されて内濟せし行爲に對して科せられしものであつて、「盜罪内濟」と其の性質全く同様である。内濟なる行爲に關しては此處には詳細なる追究を避

けるが、徳川時代に行はれたる當事者の和融熟談に依りて事件を落着せしむる一種の行爲である。

盜罪は内濟する事能はずとする律文は綱領並びに律例にも存在しないが『公事方御定書』(第十五條の上さる品并扱日限之事)には「盜賊」は「出入扱之儀願出候とも爲扱申間敷事。」と定められ此の法意は明治初頭迄生きてゐた事がわかるのである^⑨。

扱て吾人は既に賊盜律に據る判決の主なるものに就いて二三の考察を了した。次に人命律に關する四件の判決は次の如くである。

下京第三十二區大宮八條下ル中ノ町

森 山 長 八

紀伊郡第一區上鳥羽村

牧 庄 造

其方共儀地車曳通ル節五條橋東詰ニテ江州栗太郡草津石田惣助娘さんと右ノ足先へ車輪ヲ觸レ誤テ摺疵ニケ所爲ス科過失傷律ニ依リ收贖金二圓申付ル

但シ右金ハ醫藥之資トシテさとへ下遣間割合ヲ以差出セ

宇治郡第四區志津川村

村井藤兵衛雇人 加 藤 權 八 郎

其方儀伏水第十區三栖二丁目田所繁藏外一人ト爭論ニ及ヒ互ニ拳ヲ以テ打合處敵シ難トテ下駄ヲ以テ毆チ誤テ取

一 新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて

支ニ立入ル中村助治郎へ當リ疵付ル科誤殺傷傍人律ニ照シ懲役四十日申付ル

愛宕郡第三區鞍馬口村農

村本小五郎 梅 治 郎

其方儀原口梅太郎へ過テ人力車ヲ摺掛ケ傷ヲ負スル科過失傷例ニ依リ收贖金二圓申付ル

但右收贖金二圓ハ原口梅太郎へ下段醫藥ノ資ニ申付ル間其旨心得

下京第廿七區上堀清町

前 田 善 造

其方儀鶴田徳次郎ノ挽行ク人力車輪觸レ傷ヲ致スニ付徳次郎へ收贖金二圓申付其方へ下附スル間醫師ノ資トイタ

セ

右四件の内、綱領、人命律、下の「過失殺傷人」律に據るもの二件、同じく「誤殺傍人」律に據るもの一件、單なる申渡一件となる。抑々人命律なる篇名は唐律には存在しない。おそらく唐律以前には人命律なる篇目はなかりしもの、如く、程樹徳の『九朝律考』を披見するも晉律、齊律、隋律何れも人命律は見えないのであつて、隋の開皇律、大業律、唐の武徳律、貞觀律、永徽律等亦同じである。其後宋、金（泰和律令勅條格式の律）等皆唐律を襲倣し、元の大元通制（斷例）亦人命律の名を認め得ない。實に人命律が律篇目として律の上に現はれたのは明律に初まるものである。即ち洪武三十年律に刑律の内に人命二十條を置き、此の制は清律に傳へられた所であつて、此の制は又我明治初期の刑律の篇

目の上にも仿效せられた所である。而も明清律の律文は、比較する迄もなく、我が綱領の律文と母子の關係に在る事は判然として知り得る所であらう。右の諸判決例に關しては別段述ぶる點はないが、綱領の人命律各條が明清律を繼承せる所である點を此處に一應述べて置き度いと思ふ。例へば明律（刑律二、人命）の「戲殺誤殺過失殺傷人」條の内に

若過失殺傷人者。各准鬪殺傷罪依律收贖。給付其家。

とあるが、此の律文は唐律の「諸過失殺傷人者。各依其狀以贖論。」（卷二十三、鬪訟、三三）に出で、清律（卷二十、刑律）は明律と其の律文全く同じである。此の明清の律文を綱領の「過失殺傷人」律の律文

凡過失ニテ人ヲ殺傷スル者ハ各鬪殺傷ニ準シ法ニ依リ收贖シテ其家ニ給付ス

とあると比較せば綱領の律文と明清律の律文とが全く律文相等しき事を知り得るであらう。同様に

綱領の「誤殺傍人」の條文は唐律（卷第二十三、鬪訟、三三）の「諸鬪毆而誤殺傷傍人者。以鬪殺傷論。至死者

減二等。」に其の法源を延く明清律（同上）の

上略。因鬪毆而誤殺傷旁人者。各以鬪殺傷論。其謀殺故殺人而誤殺旁人者。以故殺論。

と、綱領の「誤殺傍人」律の律文

凡鬪毆シテ誤テ傍人ヲ殺傷スル者ハ鬪殺傷ニ準シテ論ス罪流三等ニ止ル

其謀殺故殺ヲ行ヒ誤テ傍人ヲ殺ス者ハ故殺ヲ以テ論シ傷スル者ハ仍ホ鬪毆ヲ以テ論ス

一 新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて

と比較せば、綱領の此等の律文が直接其の系統を明清律に發する事を最早疑ひ得ざる所であると思ふ。

以上自分は極めて簡単に一つの「判例集」に現はれたる諸判決を中心として綱領並に律例が明清律の直接の影響下に於て編纂されたものである事、並びに綱領と律例とが例へば明律と問刑條例の如き關係に在る事を説述したのである。如何に清律が明治初期の裁判上に其の反映を及ぼしてゐるかに就いては更に説明を必要とせぬが尙二三の此の種の例を示して置かう。例へば八年七月十七日に賊盜律、強盜の條に關する滋賀縣伺を見るに⁵⁰

清律白晝搶奪條凡白晝搶奪人財物者杖一百徒三年計賊重者加窃盜罪二等云々トアリ新律中白晝搶奪ノ條ナシ若シ犯者アラハ強盜ヲ以テ論シ適宜ニ減等シ可然哉又ハ人ヲ殺傷スルハ強盜人ヲ殺傷スルト同ク論シ可然哉

と見える。換言すれば清律にありては我綱領に白晝搶奪條のなき點を擧げてゐるのであるわけ共、此の伺の提出者の心裡には清律が我律の藍本であると云ふ意識が餘程強く働いてゐた事と想像され、我律の缺文の取扱方を清律を擧げて伺出たのである。又、八年五月二十二日の白川縣伺にも

本年三月三十日相伺候第三條後項官私林ノ竹木ヲ盜伐シ追テ取寄候所存ニテ其儘闊キ數日ヲ經仍ホ其場ニ有之内發覺スル者ハ其竹木復生ノ理ナシト雖モ仍ホ各本律ニ依テ論シ可然哉ニ官私林ノ竹木ヲ盜マント欲シ斫伐スル者未タ駄載セサルハ盜トナサス毀棄器物ヲ以テ論スト御指令有之先般相伺候砌清律及吟味處盜園陵樹木條内若盜他人墳塋樹木者云々分註ニ若未駄載仍以毀論スト相見候ニ付。下略。

として司法省の指令に對し清律を援引して反駁を加へ居るを見るのであつて、かゝる例は尙多く存在するが、八年三月三十日の白川縣伺には最も明白に清律を引用して我律文の缺を補はんとせる意が見えてゐる。長文であるから其の一節を示して置かう。

第一條 清律賊盜律公取窃取皆爲盜條ニ曰器物錢帛之類須移徙已離盜所方謂之盜ト有之器物等ハ入手能ク隱藏ス可キ者ニアラス故ニ官私ヲ別タス盜所ヲ離ル、時ハ得財ヲ以テ論シ候儀ニテ律例ニ其儀不相見若シ器物錢帛之類ヲ盜ムモノ有之候ハ、官私ヲ別タス清律ノ通り已ニ盜所ヲ離ル、モノハ財ヲ得ルヲ以テ論シ各本律ニ依リ其罪ヲ科シ若シ盜所ニ在テ未タ財物ヲ得サルモノハ未得財ヲ以テ論シ可然哉但シ。下略。

第二條 前同條ニ曰珠玉寶貨ノ類據入手隱藏縱在盜處未將行亦是爲盜ト有之珠玉寶貨等ハ其物輕微隨テ藏匿シ易シ故ニ盜處ニ在リト雖モ既ニ手ニ入レ隱藏スルト否トヲ以テ得財不得財ヲ區別シ處分仕候テ可然哉

第三條 前同條ニ曰其木石重器非人力所勝雖移本處未駄載間猶未成盜ト有之右ハ他人已ニ工力ヲ用ヒ斫伐シ置ク材木其他石及ヒ重器等重大ノ物ニシテ人力ノ輒ク舉動シ難キモノヲ云ヒ既ニ本處ヲ移スモ未タ駄載セサル間ハ仍ホ未得財ヲ以テ論シ候儀ニテ是亦律例ニ其儀不相見若シ右同犯者有之候ハ、清律ノ通り區別致シ可然哉。下略。

右の伺書中に「本律」と指稱せるは清律を示すものであつて、如何に清律が我律の缺文に對して補充適用せられんとしたかを示すものである。

綱領、律例の特徴從つて支那刑法を外國法殊に佛國刑法と比較考察するに際して述べ可き點は

もとより多々ある。例へば右に掲示した判決の内にも散見する自首減免の原則に關しては、ボアソナードが『刑法草案述義』に於ける(一十六年刊行、一四七頁)、第九十六條の「罪ヲ犯シ事未タ發覺セザル前ニ於テ自ラ官ニ首服シテ捕ニ就ク者ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減ス但本條別ニ自首減免ノ例ヲ掲クル者ハ此限ニ在ラス」なる條文の説明に於て「本條記スル所ノ宥恕減輕ハ歐洲諸國ノ未タ知ラザルモノニシテ支那律ト共ニ日本ニ入りタル所ナリ。」と述べ、『刑法表』に於ても舊刑法第八十五條以下の「自首減輕」の條文に、佛國刑法を列示せる所がない。果して自首減輕が支那法系のみの特徴なりや否やに關しては後述する如くであるが、少なくとも、支那に於ては既に『論語』(衛靈公)に孔子が「過而不改是謂過矣」(⑤)と述べ、又「過則勿憚改」(學而子罕)と述べてをるのである。支那刑罰法は儒教を其の思想的基盤として構成されてゐる點が頗る濃厚なる事を想起せば、上代より自首減輕が支那刑罰法上の一原則として近代迄脈々として存在してゐた事は理由ある所であると思ふ。抑々、自首減免に關する文献にして最も信す可き最初の出典は尙書、舜典に「眚災肆赦、怙終賊刑」とある句であらう。上記の内、前句の眚は「過」で即ち過失であり、災は「害」即ち無實若くは不可抗力に因る犯罪を指稱する。肆は「緩」で、右前句の全體は「過而有害、當緩赦之。」の意味を表すものである。換言すれば此の句は過失に因る犯罪は刑の執行を猶豫し、不可抗力に依る犯罪は全然其の罪を免ずとする原則を表してゐる。此れに反し、前掲舜典の後句は、故意犯は賊刑するの主義を言ひ表はせるものである。申す迄もなく、「賊」は「殺也」で死刑に當り、刑は五刑中、死刑を除きたる刑罰を指稱するものにして、右の後句の意味は「怙姦自終、當刑殺之。」即ち故意犯、再犯は刑罰を加ふとする原則を言ひ表はせるのである。此の原則は支那刑律の一大原則として歴代これを繼承せざるものはない。例へば自首(自告)を減免せる例は漢、魏、六朝期に疊見し、唐に入りては自首の制を自首、首露、覺擧の三種に分ち、夫々名例律に規定する所があつた。唐律疏議が自首減免の理由を説明して「過而不改、斯成過矣、今能改過、來首其罪、皆合得原。」としてゐる事は明らかに儒教的影響である事を示してゐる。此の制は宋、明、清律等に於て總て採用された。大體支那刑罰法に於ては自首免刑を原則とするのであるが、自首が責任阻却原因と看做されてゐるかゝる事は、犯罪者は必ず自らの犯罪を償はざる可からずとする基督教的應報刑の考へ方を以て刑罰法規を組織してゐる歐洲各國には存在しないものであらう。併しもとより自首減免の存在する事は、反道徳的悪行が單に自首する事に依りて減免される事となり刑事政策的見地からも、刑罰觀念の上からも考慮す可き點を多く殘して居り、支那に於ても法家の考へ方と儒家の考へとは自首減免に於て相對立するものあるを見るのである。此の原則はもとより我國にも移入され政事要略、法曹至要抄の上には何れも自首減免條を散見せしめてゐる。併し近世期に入りて特定の犯罪、例へば盜罪に於ては自首減免を認めざる場合があつた。例へば寛政四子年の「評定所張紙寫」に「盜賊

一 新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて

自訴之儀評議。一盜賊者自訴致し候而も御仕置弛不申事」と見え、此の例は尙多く擧げ得る。けれども、輕罪の自首は概して減免する主義を採つてをり、此の例亦疊見する所である。東洋の刑罰は單なる應報刑主義を採用するものではないと思はれるから、犯人が自悔して自ら其の犯罪を告白し、善に向はんとするに拘らず、此の者を處罰して其の反道徳的行爲の責任を問ふといふが如きは、既に刑罰の濫用でさへある。此の意味から云つても、誠心誠意の自悔は夫自體、責任を阻却する原因とさへ考へられたのである。少なくとも自悔自首は刑罰者宥恕の原因たり得た。我國民の道徳は此れを認めてゐるのである。此の點を更に追究して行けば日本刑法の本質に衝き當り得ると信じてゐるのである。日本國家の道徳性は民族的信念の裡に内在するものであつて、此の民族的信念は單に信だとか、和だとか、正義だとかの道徳律の列擧を以てしては把握する事が出來ないものである。斯の如く分析すれ共永遠に割り切れざるものが残る事は明らかであつて、此の割り切れざるもの、其處に日本的な核心が残存してゐるかも知れない。日本的な民族的信念は其の全體に於て把握する態度を探らねばよく把握し切れないであらう。學者間に於て屢々叫ばれる「道義」なる觀念の解釋に對しては自分は尙釋然たり得ないものがある。

要之、自分は綱領並に律例に於ける判決を通じて明治初頭の我刑罰法規の實際的運用を考察したのである。斯の如き状態は明治の前三分の一の期間續いて看取し得たるものであつて、自分は大審

院設置以後の其の判決例を多く例示しなかつたけれども、舊刑法の實施以前は綱領、律例が行はれてゐた以上、夫等の判決の上にも支那法の影響を明白に酌み探る事が出來るのである。外國刑法典が我國に採用實施されたのは今更申す迄もなく、明治十五年一月一日（發布は十三年七月十七日、太政官布告第三十六號）からの事柄であつて、十四年十二月迄は依然として我刑法は支那法の影響下に在つたものと見ねばならない。自分は『明治法制史論』を草するに當りて明治期を三期に分ち第一期を唐明清律を摸倣せる綱領、律例の編纂實施期とし、第二期を佛國刑法を主とし繼承せる期、第三期を獨逸刑法を主として繼承せる期と分つた。本稿はその第一期に於ける刑典の實施狀態を判例の面より少しく考察したるものである。

① 此の概要の記載は既に一應果して置いた。拙著、明治法制史論、公法之部、上ノ九七八以下参照。

② 上掲書、九九一、九九三以下、九九六等參看。

③ 京都裁判所は初め司法官廳を兼ねる行政官廳として元年二月二十九日に設立された。其後裁判事務のみ取扱ふ本來的な裁判機關なる京都裁判所は五年十月七日に置かれ、越えて十一月十四日に其の管内に淀、團部の二區裁判所を置いた。而して八年五月二十四日に大坂上等裁判所が設置されるに及んで、其の管轄に服してゐる。尙、九年二月十七日に京都裁判所支廳を西本願寺境内に置き、七月五日には管内區裁判所を増設して、第一區裁判所を本廳内に、第二區裁判所を下京花園町に、第三區裁判所を第三區裁判所と改め、團部區裁判所を第四區裁判所と改めた。然るに同年九月十三日に府縣裁判所が廢止せらるゝや、京都裁判所は滋賀縣を併せ管轄し、同月二十日には舊豐岡縣所管丹後國及丹波國天田郡の民刑事を京都裁判所に屬せしめ、翌十一月十四日に京都裁判所の管内を改正して大津、宮津の二支廳及京都、伏水、大津、彦根、海津、團部、宮津の

七區裁判所を置く事としたのである。其後若干の變遷はあるが(例へば十年九月十八日に海津區裁判所を廢し小濱區裁判所を置きたるが如き、又十一年九月十九日に福知山、敦賀の二區裁判所を管内に置きたるが如き、十二年六月二十五日に管内の彦根區裁判所を改めて支廳となし、廳内に更に彦根區裁判所を置きたるが如き)以つて十四年十月六日の各裁判所の位置管轄の改正に到り、ついで十四年十二月二十八日の重罪裁判所管轄區劃の確定に到つてゐる。而して翌十五年一月一日より所謂舊刑法が實施せられたのである。司法省編、司法沿革誌に據る。

④ 刑事彙纂、甲卷、四五七以下。

⑤ 六年六月七日の白川縣何は「度々人ヲ毆傷シニハ闖殿ニ係リ一ハ威力制縛ニ係リ毎度刀ヲ挺キ威ヲ示シ脊ヲ以テ毆打傷ヲ成スニ罪俱ニ發重キヲ以テ論スヘキ處弓銃殺傷人條故ナク劍刀ヲ挺ク者士族ハ破廉耻甚ヲ以テ論スト云ニ依リ除族申付管ニ付伺」で、これに對する指令は「闖殿律威力ヲ以テ人ヲ制縛スル者懲役百日閏刑ニ換ヘ禁錮百日」となつてゐる。右に於て二罪を構成する犯罪は「闖殿」と「威力制縛」で何れの場合も「刀ヲ挺キ威ヲ示シ脊ヲ以テ毆打傷ヲ成ス」換言すれば傷害罪を構成してゐる。律例第十四條に依れば「凡華士族罪ヲ犯シ破廉恥甚ニ係リ廢シテ庶人ト爲ス者改テ除族ト稱ス云々」とあるが、司法省は右の白川縣の伺に對し、此の律例第十四條に據らずして綱領の「威力制縛」等に依つて處罰す可き事を指令した。綱領の此の條は律例には除かれてゐるが、綱領に於ては「杖一百」とあるけれ共、律例では杖刑を廢止したので懲役刑となつた。杖一百は懲役百日に該るのである(律例第一條)。以上に據りて律例發布後と雖も、律例に存在せざる條文は勿論綱領に依つて補足された事が明確となるが、綱領の各條文を適用するに當りては、又律例の改正趣旨に依りて運用された事を判然ならしむるのである。

⑥ 綱領に於ても、閏刑五に於て殆ど同様の規定を有したが、「姦盜等ノ罪ヲ犯シ」と律例にはあるが、綱領には「若シ賊盜及ヒ賭博等ノ罪ヲ犯シ」とある。

⑦ 皇朝律例彙纂、卷二。陸軍裁判所問合、六年七月十五日回答。

⑧ 同上、奈良縣伺。尙此の伺及指令は『新律附例解補正』二にも見ゆるし、『新律附例解』にも見えてゐる。

⑨ 同上、皇朝律例彙纂。十二年頃の大審院判決例亦同一の趣旨を採る事は後述する如くである。

⑩ 尙、闖訟律には兵刃を「謂弓箭刀稍矛積之屬。」としてゐるから、處に依つて若干定義に差異はあるが、一種の兵器なる事は皆其の意味を一にしてゐる。

⑪ 明治十三年二月印行の司法省藏版、大審院刑事判決録を披見するに、十二年の第二百二十四號の判決は詐偽律偽造私印條に該る罪、不應爲罪、賊盜律詐欺取財條に該る罪の三罪が連續索連して發生せる場合の判決であり、二百二十六號の判決は雜犯律費用受寄財産條に該る罪と賊盜律詐欺取財條に觸るゝ罪との二罪連續索連せる犯罪に對する判例である。

⑫ 假律には此れに該る條文は存在しない。何故に犯罪存留養親條が削除されたかの理由は本文に想像する如くであらうと思ふ。竊謂留養並非古法。不過出於世主一時之意見。後遂奉爲成規。蓋欲博寬厚之名。一或變更恐人議其苛刻耳。唐明律、薛允升。

⑬ 刑事彙纂に據る。但し明治十年十月刊行の分。

⑭ 新律附例解に據る。尙、刑事彙纂。

⑮ 明治五年八月十日の司法省布達第六號に依れば聽訟に管杖を加へざる事になつてゐる。其後六年三月廿三日に布達第三十九號を以つて管杖實決不苦としたが、六年五月の改定律例に於ては管杖を杖刑と共に廢した。

⑯ 九年四月出版、半紙本五十葉。

⑰ 千八百六十三年五月十三日の改正條文に據れば「何人ニ限ラス前條ニ記シタル書類或ハ物件ノ封印ヲ故ラニ破毀シ或ハ破壞セント試ミ爲シタル者又ハ其封印ヲ破壞シ或ハ破壞セント試ミ爲スヲニ加リタル者ハ二年ヨリ少カラス三年ヨリ多カラサル時間禁錮ノ刑ニ處ス可シ。看守人自ラ封印ヲ破壞シ或ハ破壞スルヲニ加リタル時ハ二年ヨリ少カラス五年ヨリ多カラサル時間ノ禁錮ノ刑ニ處セラル可シ。前ノ二箇中何レノ場合ニ於テモ其犯人ハ五十フランクヨリ少カラス二千フランクヨリ多カラサル罰金ノ言渡ヲ受ク可シ。」刑法表に據ル。

⑲ 皇佛比例、二葉表、三葉裏参照。
⑳ 刑事彙纂、甲卷。

㉑ 同上。

㉒ 皇朝律例彙纂、卷三。

㉓ 老は通典、卷七、食貨七、丁中には「大唐武德七年定令、男女始生爲黃、四歲爲小、十六爲中、二十一爲丁、六十爲老。」と見え、冊府元龜に（卷第四百八十六、邦計部、戶籍）亦、武德六年三月令に六十を老となすと記してゐる。大體に於て唐に於ては六十以上を老となした事は其の例を唐令拾遺に疊見してゐる所である（仁井田隆著、唐令拾遺、二二四）。然るに唐律疏議は「諸年七十以上。十五以下。及廢疾犯流罪以下一收贖。」に於て「疏議曰。依周禮。年七十以上。及未亂者。並不爲奴」として七十以上を「爲矜老小及疾。」を理由として實刑を科せずとしてゐる。即ち唐令の文に依れば十年だけ年齢を引き上げたのである。明、清律は此れを繼承し我綱領も亦此の主義を繼承したのである。

㉔ 本文の如き理由に據つて刑の減免のある事は史實を徵するに既に前漢に其の例が見えてゐる。漢書二十三、刑法志、三〇。假律に於ては「罪人ヲ藏匿ス」なる條に於て親屬相爲容隱を認めない原則を採つた。併し別に「親屬相互ニ容隱」條を置いたのであるが、其の内に「奴僕其家長之タメニ隱ス皆刑ヲ加ヘス」としてゐる。綱領亦「奴婢雇人家長ノ爲メニ容隱スル皆者論スルヲ勿レ」とある。併し家長が奴婢雇人の罪を容隱する場合に關する規定は存在しない。又、主従間の相爲容隱條は舊刑法以來削除された。

㉕ 明治十年十月刊行、刑事彙纂、甲卷、四九二。

㉖ 雇人の意味は綱領「稱奴婢雇人」律。並ニ律例「稱雇人」條参照。尙、明治六年十二月十日、司法省違第百九十號、法律ニ雇人ト稱スルハ戶籍屆濟ノ者ニ限ル。

㉗ 大坂裁判所編纂、刑事類纂、乙編、十年十二月刊行、七二九。「本省日誌本年第五十四號埼玉裁判所男女私通シ云々墮胎ヲナス者仍ホ首從ヲ分ツヘキニ似タリト雖モ其胎子ハ即チ男夫ノ骨肉タルヲ以テ身自ラ犯ス者ト同ク首從ノ法ニ依ラス同罪ニ

科シ可然哉ノ何ノ通ト御指揮相見然ニ當裁判所ヨリ中井小春ナル者井上定吉ト私通シ懷妊致スニ依リ定吉ヨリ墮胎ノ相談致ス處小春ヨリ分娩ノ期可殺ノ返答ニ及ヒ終ニ其親戚ノ者ヲシテ殺シタル死屍ヲ定吉埋藏致シタル伺ニ小春ハ人命律謀殺條例云々已ニ殺ス者ハ故殺律ニ依ルト云ニ擬シ懲役三年定吉ハ小春ノ從ヲ以テ論シ一等ヲ減シ懲役二年半ト御指令之アリ然ニ其男女相謀テ墮胎スル者身自ラ犯ス者ヲ以テ論シ首從ヲ分タス罪ヲ論セハ其謀テ生子ヲ殺ス者仍ホ首從ヲ分タサルヘキ處墮胎スル者ハ首從ヲ分タス罪ヲ科シ其墮胎ヲ謀テ後チ終ニ生子ヲ殺ス者首從ヲ分チ罪ヲ論セラレ候儀ハ如何ノ權衡ニ可有之哉」此れに對する七年十二月二十二日第二百九號指令は「尊長ノ卑幼ヲ謀殺スルニ罪ヲ擬スルハ故殺律ニ依ルト雖モ同謀者ハ謀殺律ノ本法ニ依リ首從ヲ分別シテ科斷スヘキ勿論ナリ男女私通懷孕ノ末女ノ造意ニ出テ墮胎スルニ同意スルノ男夫ハ本犯ト同罪ニ科スル者ハ胎子ハ男夫ノ骨肉タルニ依テ然ニ非ス元特別ノ權衡ナリト心得ヘシ」とある。

㉘ 違式罪の名は四年三月に刑部省より、辨官宛の伺に依つて定められた。初め刑部省は「違規」なる罪名を定めんと欲したが、辨官は附紙を以て「違規名目妥貼ナラス違式ト被定候事」と回答されて、此處に違式罪が定まつた。もとより綱領には違式罪は規定されてなかつた。

㉙ 支那に於ては既に漢代に嬰子殺が行はれた事は「小民因貧多不養子。彪嚴爲其制。與殺人同罪」（漢書、賈彪傳）とあるに依りて窺ひ知られる。晉（御覽、七百四十所引晉陽秋）にも亦多く行はれ爾後其の資料は史實の上に疊見してゐる。

㉚ 捧鎖に就いては律例、第五條。
㉛ 丹波國桑田郡。

㉜ 子弟私擅用財律と親屬相盜律とは其の犯罪本質を異にするにも拘らず、當時の伺を見れば兩者を混淆せしめてゐる例なしとしない。例へば九年二月二日の愛知縣伺に「五等親圖中庶子ナル者アリテ庶孫ナル者ナシ曾テ本縣ヨリ同居同爨シ恩養ヲ受ル者一家ノ財産ヲ盜ムノ伺ニ五等親マテニ係ル者ハ子弟私擅用財律ニ依ルヘキノ御指令アリ」と見える。警視局藏版、刑事彙纂、六五九頁。又奈良縣伺「親ト別居異産ノ子タルモノ若シ親宅ヘ忍入財物ヲ竊盜スルハ如何」に對する七年十一月十八日の指令に「本律ニ依リ科斷スヘシ」として子弟私擅用財條例に據りて科斷す可しとしてゐる。皇朝律例彙纂、卷三。

③③ 明律、卷第二十、刑律、三、鬪毆、保辜限期の條參看。「凡保辜者實令犯人醫治辜限內皆須因傷死者以鬪毆殺人論。」
③④ 元史、刑法志に見ゆる鬪毆條にも「刃傷人肋一眇一入兩目一墮一入胎、七十七」と見える。
③⑤ 元史、刑法志を見るに戸婚の條に「諸娼女孕動令墮胎者犯人坐罪娼放爲良。」と見える此れは一種の墮胎罪であらうが、併し懷胎の女が自發的に墮胎せんと發意するものではないであらう。

③⑥ 法規分類大全、第一、刑法律門、二二四。
③⑦ 漢書二十三、刑法志第三。
③⑧ 元史、卷一百三、刑法志、職制、下。

③⑨ 唐律には斯の如き條文は存在しない。又唐律は官私物に就いて刑の量定を變へてゐないが、明律は官物は私物に比して一重重く定められてゐる。

④① 徂徠は明律國字解に於て「常人盜倉庫錢糧」の條に「常人トハ監守ニテモナキ外ノ人也倉庫ト云ハ官ノ倉庫也」と解釋を下してゐる。明律では併贓の注に「併贓。謂如十人節次共盜官錢八十貫」とした。故に官有物が奪取の目的物となれる事は明白であらう。清律も同じ。

④② 以上何れも大坂裁判所編纂、刑事類篇、乙篇に據る。皇朝律例彙纂、卷三。新律附例解にも掲載しあり。新律附例解補正、三に「筑摩縣伺。副戶長兼酒造取締某清酒三十二石過造ニ付規則ニ依テ取上ケ云々村預中桶ニ穴ヲ穿チ拾五石盜酒云々殘酒ヘ水ニ石八斗ヲ入置候云々右盜酒ハ常人盜ヲ以テ論シ殘酒水入損失ハ棄毀器物稼穡律に擬シ竊盜ヲ以テ論シ官物ニ付一等ヲ加ヘ名例律二罪俱發以重論條註ヲ併テ重ニ從テ科ストアルニ依リ盜酒拾五石ノ贓五拾貳圓五拾錢常人盜懲役一年半水入拾九石八斗損失參拾八圓五拾錢ニ併テ九拾一圓懲役五年ニ處分致シ可然哉」とあるに對する六年九月十四日の指令に「過酒ノ酒已ニ官ニ入り封印アルヲ盜ミ又殘酒ニ水ヲ混シテ腐敗セシメ其價ヲ減損スルニ至ル並ニ贓ニ計ヘ併セテ罪ヲ科ス賊盜律常人盜條常人盜九十圓以上。懲役五年贓金九十一圓餘平林彌門」とあつて官有物となれる財物を奪取せる場合に常人盜が發生した事は既に明白な事實である。

④③ 假律の賊盜篇の篇目は次の如くである。謀反大逆。謀叛。妖書妖言ヲ造ル。大祀神物ノ物ヲ盜。制書ヲ盜。內府及ヒ公廩財物ヲ盜。山陵ノ樹木ヲ盜。監守自盜。常人官物ヲ盜。強盜。劫囚。搶奪。竊盜。倉庫ヲ破ル。親屬相盜。牛馬ヲ盜。田野ノ穀麥ヲ盜。人ヲ詐欺シテ財ヲ取。人商。墳墓ヲ發掘。夜中無故シテ人家ニ入ル。強竊盜ノ宿。俱ニ謀テ盜ヲ爲ス。盜條科斷ノ通例。

④④ 例へば舊刑法第三百八十三條「藥酒等ヲ用ヒ人ヲ昏迷セシメ其財物ヲ盜取シタル者ハ強盜ヲ以テ論シ輕懲役ニ處ス」とある。此の條文ハ現行刑法第二百三十九條「人ヲ昏醉セシメテ其財物ヲ盜取シタル者ハ強盜ヲ以テ論ス」とされ、此の行爲の未遂罪も罰せられる事と定められてゐる。憶ふに此の昏醉強盜の現行刑法の文は舊刑法の第三百八十三條と其の趣旨全く同一なる事は刑法改正政府提出案理由書に「第二百四十條ハ現行法第三百八十三條ト全ク同一ノ趣旨ナリ唯現行法ハ人ヲ昏醉セシムル方法ヲ例示スト雖モ本案ハ之ヲ必要ナラスト認メ刪除シタリ」(刑法沿革綜覽、二二一〇)と述べられてゐる。もとより此處に所謂「現行法」は舊刑法を指稱するものであり、「第二百四十條」は現行刑法の第二百三十九條に該る條文なる事は説明する必要もあるまい。右の如くなるを以て、舊刑法第三百八十三條は現行刑法第二百三十九條の淵源をなす條文であると考へられる。然るに實に舊刑法第三百八十三條は全く明清律の「若以藥迷人圖財者罪同」並に清律の強盜條例の「強盜內老瓜賊或在客店內。用悶香藥麪等物。迷入取財。或五更早起在路將同行客人殺害。下略」に其の淵源を發する假律の「藥ヲ以人ヲ昏迷セシメ因テ財ヲ圖ルモノ同罪」並びに綱領の「其藥酒等ヲ以テ人ヲ昏迷セシメ財ヲ圖ル者ハ不持兇器ヲ以テ論ス」、律例の改正強盜律の「其藥酒等ヲ以テ人ヲ昏迷セシメ財ヲ圖ル者ハ不持兇器ヲ以テ論ス」の條文である。斯の如くなるを以て舊刑法の「強盜ノ罪」の條文の内には支那法の繼受に據るもの少なしとしないのである。又少なくとも右の第三百八十三條のみは佛國刑法の繼受ではないと思ふ。尙此種の條文は元律にも見える。「諸以藥迷昏人。取其財者。以強盜論。」元史、卷一百四、刑法志、三、盜賊。
④⑤ 掏摸の判決が最も多い。又入湯人の金子を窃取せるもの、畑中の芋を窃取するもの、衣類拐帶等があるが一々掲記しない事とし度い。

- ④3 破廉恥甚の如き理由を以つて刑罰を科する事は支那法にはない。
- ④4 此の律文は明清律、従つて又、唐律にも存在しない。
- ④5 舊刑法第三百七十二條及び第三百七十三條参照。尙、高木豊三の校訂刑法義解、一〇一五に於ては「此條ハ邦俗所謂農荒シノ罪ヲ定ムルモノトス」と記してゐる。
- ④6 此の條例は種々の變遷を経た。綱領の頒布後、五年十一月二十七日太政官布告第三百六十六號を以て改正し、九年五月十九日、太政官布告第七十四號を以つて再度改正を経てゐる。
- ④7 例へば三年八月十三日の太政官布告。五年二月二十五日の太政官布告第五十五號。更に五年二月二十日の司法省の何並に此れに對する指令等参照。
- ④8 官令新誌第六號附録の増補蠶頭註釋新律綱領改定律例改正條例に於ては「ワル者ヲカクマヒオク宿主ナリ」と解してゐる。史學指南は高藏を「謂、隱、匿作、過者」とした。
- ④9 名例律の徒流人又犯罪律並びに懲役人又犯罪條例に依りて處斷せられし判決を三件掲載してゐるけれ共、此等に就いては割愛して置かう。
- ⑤0 以下、大坂裁判所編纂、刑事類纂、乙編、四九六、五七二、六九七。
- ⑤1 論語の此の文は唐律疏議、卷第五、名例五の「犯罪未發自首」條疏議にも引用されてゐる。

一 片山國嘉博士の『刑法改正私考』

片山國嘉博士は我國法醫學の建設者、生みの父である。博士は安政二年乙卯七月七日遠江國周智郡犬居村字坂下に静岡縣平民片山龍庵の二男として生れ、明治四年十一月に大學東校に入り醫學を修め同十二年十月十八日東京大學醫學部を卒業、醫學士の學位を受け同日生理學教場へ出勤被申附、生理學教師 Ernst Tiegel (我國には明治十年以後十六年迄、生理學を講義してゐた)の通譯を勤めたが、同十四年八月十六日内務省衛生局兼務を命せられ、同衛生局の裁判所員に裁判醫學を講説する所があつた。其後同十四年十二月二十三日附を以つて東京大學醫學部助教授を拜命、翌十五年より別課醫學學生に裁判醫學及び衛生醫を講授したが此れ「日本人教師としての最初の裁判醫學の講義である」(東京帝國大學學術大觀、醫學部、一一九)と云はれてゐる。ついで十七年八月二十日裁判醫學を修業の爲め滿四ヶ年間獨塊兩國に留學を命せられ同二十三日に東京を出發、十月彼の地に到着し其後、獨塊の諸學者に就きて螢雪の苦學を重ね二十一年十月十三日歸朝した。歸朝の年十一月二十三日に醫科大學教授に任せられ裁判醫學を擔當講義する事となり、翌二十二年一月八日より開講したが、兼ねて同年三月十六日より司法大臣より東京始審裁判所の醫務を囑託せられ、主として司法上の檢證の死體解剖を擔任したのである。而も其後

法典調査の問題に關聯して六月十一日内閣より中央衛生會臨時委員を被命、又同年七月九日に帝國大學より本邦男女婚姻年齢取調委員を命せられた(復命書は『法醫學說』林一六五以下参照)。二十三年九月裁判醫事鑑定料仕給規則に付改正委員書を當局に提出したが、此の意見書に基き其の規則の改正を見るに到つたのであつた。二十四年八月二十四日、醫學博士の學位を授與せられ、同年九月二十五日に「片山教授が裁判醫學は裁判關係以外に廣く法律に關係ある事項を研究する學科なれば其の名稱は適當ならずとして、之を法醫學と改稱する議を稟請し、同年十月十日に許可された」(同上、學術大觀。それ以前は今日の所謂法醫は斷訟醫學、公醫學、裁判醫學等と呼稱されてゐたのである(片山博士『國家醫學』二)就テなる講演参照)。今假りに明治二十一年三月八日出版(十五年十二月八日版權免許)の片山博士纂著なる『裁判醫學提綱』を見るに「裁判醫學 Gerichtliche Medizin, ハ裁判上諸般ノ疑問ニ就キテ醫學ノ特種ナル識能ヲ以テ其鑑定ヲ爲ス所ノ方法ヲ講究スル學科ニ其目的タル裁判官ノ識能ノ及ハサル所ヲ補ヒテ其判決ヲ明確ニシ以テ有罪ヲシテ法網ヲ脱スルヲ無カラシメ無罪ヲノ冤枉ニ陥ルヲ無カラシムルニ在リ」(第一篇、第一章、第一)と記され「裁判醫學」なる名稱が用ひられてゐる(裁判醫學提綱は四六版、前編卷一、卷二後編、卷二、卷四、卷五を江口襄が擔當してゐる。但し後編卷三は記述者名缺けども此れ亦江口襄の記す所であらう)。然るに大正四年九月八日發行の片山國嘉著『醫師藥劑交付權論』には既に「法醫學」の名稱を用ひ、又博士には『最新法醫學講義』、『法醫學圖譜』(ホフマン及ブツ)の著があり、何れも「法醫學」の名稱を用ひられた。而して大正十年十月、教授の職(ハ原著、博士譯)

を退きたる後、同年十二月二十二日東京帝國大學名譽教授の稱號を與へられた所である(片山先生在職十年祝賀記念、法醫學說林。東京帝國大學學術大觀、醫學部一九以下等)。而して博士の著述と目す可きものは、概ね網羅的に『片山先生在職十年祝賀記念法醫學說林』(二十一年十一月二十二日)に掲載されて居る。殊に本項に論考する『刑法改正私考』と深き關係あるものは二十九年十月三十一日附を以つて東京帝國大學總長の手を経て司法大臣に提出せられたる『刑法草案修正卑見』であつて、其の内容は改正刑法草案第五百四條、第八十六條、第二百二十五條、第二百六十條並びに第二編第十一章第二節等に就いての改正意見を當局に具申せしものであり、右の内、本論に關係あるは第二百六十條及び第二編第十一章第二節の改正意見である。又、「改正民法草案中親子ノ分限ニ關スル規定ニ就テ」なる論文に於て舊民法(二十三年三月、法律第二十八號)第九十條の改正意見を述べてゐるものがある。蓋し片山博士は法律の改正に多くの意見を具申し大なる功績を残したものと云ふ可きであらう。

扱て此處に論せんとする『刑法改正私考』は版心に「醫科大學」なる文字を有する朱十三行罫紙(裏打され)十八枚に、概ね楷書書きを以つて毎行三十三字宛の割合で墨書され、表及び裏は夫々美濃紙の表紙、裏表紙を付され、これを和綴されてをり、而して何人かに依り、更に其の上に藍色表紙を表裏共に付して和装されてゐる(第一圖参照)。元表紙には直ちに『刑法改正私考 毆打創傷之部』と楷書にて端正に書かれてゐるが、全文は片山國嘉博士の自筆であると想像するものであつて、二十六年

九月に廣く所見を世に問はれし『刑法改正私考』に比するに、同年六月に當局に上申せられし扣本と考へられるものである。緒言に據るに、此の私考は明治二十六年六月に舊刑法第三編第一章第二節の題名並に第三百條及び第三百一條第一項に對し、博士の專攻せる法醫學的立場より其の改正の必要なる事を論せられ、當局に提出されたるものであるが^①、博士の改正を主張せられし舊刑法第三篇第一章第二節は夫々、「第三篇身體財産ニ對スル重罪輕罪」、「第一章身體ニ對スル罪」、「第二節毆打創傷ノ罪」となつてゐる。而して第三百條は

人ヲ毆打創傷シ其兩目ヲ瞎シ兩耳ヲ聾シ又ハ兩肢ヲ折リ及ヒ舌ヲ斷チ陰陽ヲ毀敗シ若クハ知覺精神ヲ喪失セシメ篤疾ニ致シタル者ハ輕懲役ニ處ス

其一目ヲ瞎シ一耳ヲ聾シ又ハ一肢ヲ折リ其他身體ヲ殘虧シ廢疾ニ致シタル者ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ處スと規定されてあり、第三百一條第一項は

人ヲ毆打創傷シ二十日以上ノ時間疾病ニ罹リ又ハ職業ヲ營ムコト能ハサルニ至ラシメタル者ハ一年以上三年以下ノ重禁錮ニ處ス

と規定されてゐる事は此處に説明する必要もない事柄である。抑々右の第三百條及び第三百一條第一項はおそらく唐律に其の淵源を發する明清律の當該條を仿襲し、其の強き影響下に於て、定められたものであらうとも推察される節があるのであるが、必ずしも然らざるは後考する如くである。

支那刑罰法に於ては唐律以後、清律に到る迄、加害者の身分に重きを置き、此れに煩錯な規定を設けてゐるけれ共、其の一般原則的規定は唐律では鬪訟篇に規定されてゐる所である。唐律、鬪訟(卷第二十一)の「鬪毆手足佗物傷」條並に「鬪毆折齒毀耳鼻」條及び「毆人折跌支體瞎目」條を見る者は夫々次の如き律文が其の「鬪毆」の篇の内に存在する事を見得るであらう。

諸鬪毆人者。答四十(謂以手足擊人者上)。傷及以佗物毆人者。杖六十(見血爲傷)。非手足者。其餘皆爲佗物。即兵不用刃亦是。傷及拔髮方寸以上。杖八十。若血從耳目出。及內損吐血者。各加二等。諸鬪毆人。折齒缺耳鼻。眇一目。及折手足指(眇謂虧損其明。而猶見物)。若破骨。及湯火傷人者。徒一年。折二齒二指以上。及髡髮者。徒一年半。

諸鬪毆。折跌人支體。及瞎一目者。徒三年(折支者)。折骨跌體者。骨節差跌。失其常處。辜內平復者。各減二等(餘條折跌平復準此)。即損二事以上。及因舊患令至篤疾。若斷舌。及毀敗人陰陽者。流三千里。

右の律文の法意は明律に於いても亦大體其の儘、繼受され、明律は鬪毆條(明律卷第二十一、刑律三)に於て

凡鬪毆以手足毆人不成傷者。答二十。成傷及以佗物毆人不成傷者。答三十。成傷者答四十。青赤腫爲傷。非手足者其餘皆爲佗物。即兵不用刃亦是。拔髮方寸以上。答五十。若血從耳目中出。及內損吐血者。杖八十。以穢物汚人頭面者。罪亦如之。

折人一齒及手足一指。眇人一目。抉人耳鼻。若破人骨。及用湯火銅鐵汁傷人者。杖一百。以穢物灌

入人口鼻内者。罪亦如之。折二齒二指以上。及髡髮者。杖六十。徒一年。折入肋。眇人兩目。墮人胎。及刃傷人者。杖八十。徒二年。

折跌人肢體。及瞎人一目者。杖一百。徒三年。瞎人兩目。折人兩肢。損人二事以上。及因舊患令至篤疾。若斷人舌。及毀敗人陰陽者。並杖一百。流三千里。下略。

と定めたが、清律(卷二十七、刑律、圖說、上)亦、右の明律の律文と全く同一なる律文を「鬪毆」條の内に設く所である。斯の如く犯意の有無に拘らず、兎も角も毆打の方法、毆打に依つて生じたる結果の程度に基き、一様に傷害罪の責任を負ふ可きものとし、成傷の程度を標準として刑罰を段階的に細別した事は、専ら客觀的な事實に對して應報を爲す必要があつたとしても、少なくとも支那刑罰法上の一特徴と見なければならぬものである。尤も支那刑罰法上の右の「鬪毆」の條には傷害致死罪を規定する所はない。扱て右の如き沿革を有する支那刑律の鬪毆條は、我國に於ては奈良朝期に於て既に早く唐律より大寶律へと繼承されたが、明治に入りては初頭先づ假律に繼承され、ついで綱領が明清律を殆んど其儘繼承した所であつた。併し乍ら舊刑法が編纂せらるゝに當りてや、ポアンナードは其の『刑法草案述義』に於て

今本邦新典編制ニ付キ最モ講究參考セシ所ノ外國律書ハ佛朗西白耳義日耳曼意大利法典是ナリ(但シ意大利法典ハ現今未タ頒行セス)其他猶參考ニ供ヘタル者葡萄牙刑典英領印度刑典及ヒ埃及新刑典是ナリ

又支那法典ノ如キハ舊來最モ本邦ニ行ハル、所ナルヲ以テ固ヨリ之ヲ參照スルニ怠ラサリシナリ而レトモ其他泰

西諸國ノ法典ニ於テハ最モ佛國ノ刑ヲ講シタルヲ利益アリトス

と論ずる如く、舊刑法の「毆打創傷ノ罪」の各條は、主として佛國刑法典に據りつゝ、時に多少は支那刑律(おそらく明清律)を參考として、其の刑條の草案が編纂されたと想像されるのである。

斯の如き状態なりしを以つて、ポアンナードの意見を今假りに其の儘、肯定するとすれば、草案第三編人ノ身體財産ニ對スル重罪輕罪の第一章身體ニ對スル罪第二節毆打創傷ノ罪(自第三百三十四條至第三百四十二條)は、

主として佛國刑法第三百九條、第三百十條、第二百二十七條、第三百十七條等に準據しつゝ舊刑法、當該節の各條文の編纂が企てられたものであつたと想像される所である(Titre Deuxième. Crimes et délits contre les particuliers chapitre

I. Crimes et délits contre les personnes. Section II. Blessures et coups volontaires non qualifiés meurtre, et autres crimes et délits volontaires. 第二卷、個人ニ對スル重罪及ヒ輕罪。第一章、人ニ對スル重罪及ヒ輕罪。第二款、故殺ノ罪ト稱ス可カラザル故意ヲ以テ爲シタル創傷毆打及ヒ其他)併し乍ら既述の様に、此の條文には清律よりの多少の文言上の影響を受け

てをる事はあるにしても、其の法律上の精神に於ては既に清律の繼承ではなかつた事は明白な所であり、殊に第三百條に就いても此れに該當する佛國刑法典の條文の影響を受けてゐるものと思はれ、尙、又三百一條第一項に於ても、相當條として佛國刑法第三百九條を當て得ると考へられるのである。今左記に舊刑法第三百條、第三百一條第一項の條文と佛國刑法並に清律の條文を比較對照するであらうが、左の比較に表示する所を一見しても清律よりの繼承に據りて舊刑法の、殊に此處に論せんとする條文が作成せられたるものであらうとする説を覆し得ると思はれるのである。

舊 刑 法	清 律	佛 國 刑 法 (刑法表ニ依ル)
<p>第三百條。人ヲ毆打創傷シ其兩目ヲ瞎シ兩耳ヲ聾シ又ハ兩肢ヲ折リ及ヒ舌ヲ斷チ陰陽ヲ毀敗シ若クハ知覺精神ヲ喪夫セシメ篤疾ニ致シタル者ハ輕懲役ニ處ス其一目ヲ瞎シ一耳ヲ聾シ又ハ一肢ヲ折リ其他身體ヲ殘虧シ廢疾ニ致シタル者ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ處ス</p>	<p>凡鬪毆以手足毆人不成傷者答二十。成傷及以他物毆人不成傷者答三十。成傷者答四十。青赤腫者爲傷。非手足者其餘皆爲他物。卽兵不用刃亦是。拔髮方寸以上答五十。若血從耳目中出。及內損吐血者杖八十。以穢物汚人頭面者罪亦如之。 折人一齒及手足一指。眇人一目。抉毀人耳鼻。若破人骨。及用湯火銅鐵汁傷人者杖一百。以穢物灌入人口鼻內者罪亦如之。折二齒二指以上。及髡髮者杖六十徒一年。 折人肋。眇人兩目。墮人胎。及</p>	<p>第三百十六條第一項。畢丸ヲ切リタル重罪ヲ犯セシ者ハ無期ノ徒刑ニ處セラル可シ 第三百九條第三項。前ニ起シタル暴行ヲ受ケシ者ヲシテ不具ニ至ラシメ療治ノ爲メ切斷ヲ受ケシメ其他四支ヲ使用スルヲ能ハサラシメ兩眼ヲ失ハシメ一眼ヲ失ハシメ或ハ他ノ痼疾ニ至ラシムルトキハ其犯人ヲ徒刑場內ニ於テ使役スル刑ニ處ス</p>

第三百一條第一項。人ヲ毆打創傷シ二十日以上ノ時間疾病ニ罹リ又ハ職業ヲ營ムコト能ハサルニ至ラシメタル者ハ一年以上三年以下ノ重禁錮ニ處ス

刃傷人者杖八十徒二年。
折跌人肢體。及瞎人一目者杖一百徒三年。
瞎人兩目。折人兩肢。損人二事以上。及因舊患令至篤疾。若斷人舌。及毀敗人陰陽者並杖一百流三千里。仍將犯人財產一半斷付被傷篤疾之人。養贍。

第三百九條 (千八百六十三年五月十三日改正) 故意ヲ以テ人ヲ創傷シ又ハ毆擊シ又ハ人ニ對シテ其他ノ暴行ヲ加ヘタル時其暴行ヲ受ケシ者ヲシテ之レカ爲メ二十日以上ノ時間病ニ罹リ或ハ職業ヲ營スルヲ能ハサルニ至ラシメタルニ於テハ其犯人二年ヨリ不少五年ヨリ不多禁錮ニ處シ且十六「フランク」ヨ

リ不少二千「フランク」ヨリ不
多罰金ノ言渡ヲ受ク可シ

右に比較する様に清律の律文と、我舊刑法の律文との間には兩者の文調に頗る相似する點も發見し得る所であるけれ共、併し乍ら、かゝる點はボアソナードも「支那刑法典ノ如キハ舊來最モ本邦ニ行ハル、所ナルヲ以テ固ヨリ之ヲ參照スルニ怠ラサリシナリ」と述べる様に、清律が舊刑法典編纂に際して幾分の參考に供せられたといふ程度に於て其の反映の存在を解す可く、矢張り舊刑法、殊に此處に拉し來れる條文の母法は遼源して之れを佛國刑法の相當條にこれを求むるを至當とす可きで、清律は此の條文の編成に當りて若干の參照に供せられた位のものであり、斯の如き沿革を有する舊刑法第三百條並びに第三百一條第一項に對して片山國嘉博士は其の專攻する法醫學の立場より、其の條文の改正を要求したのである。現行刑法の當該章を見るに、現行刑法第二十七章には單に、「傷害ノ罪」(自第二百四條至第二百八條)と其の篇目が改められてゐるが、此の點は後述する如く、博士の説が幾分でも採用されしものと見る可きであり、又舊刑法上の「毆打」(佛刑法の coups)なる文字が現行刑法上に於ては「暴行」と改められた事これも亦、博士の改正を要求せし趣旨の一であつたので、此の點も亦幾分でも博士の改正意見が採用されたものと看做す可きものであ

らうか。舊刑法編纂實施後、現行刑法に到る期間の舊刑法第三百條並びに第三百一條第一項に關する變遷の跡を一應辿つて見よう。かく企つる事に依り後述する片山國嘉博士の意見が右條文の改正の上に極めて大なる示唆を與へた點をよく了解せしめ得るものありと信するからである。

先づ明治二十三年の改正刑法草案は二十四年一月第一回帝國議會に提出せられしも議決に至らずして會期が終了したが、其の改正刑法草案には本項に於て論せんとする條文は次の如くなつてゐる。

第三編 私益ニ關スル重罪及ヒ輕罪

第二節 毆打創傷ノ罪

第二百八十九條 人ヲ毆打シテ五官ノ一ヲ失ハシメ又ハ四肢ノ一若クハ陰陽ノ使用ヲ失ハシメ其他重大ナル不治ノ疾病創傷ヲ生セシメタル者ハ三等有期徒刑ニ處ス

第二百九十條 人ヲ毆打シテ前條ニ記載シタルヨリ輕キ疾病創傷ヲ生セシメタル者ハ三月以上五年以下ノ有期徒刑禁錮ニ處ス

其疾病ノ時間二十日ニ至ラサルトキハ十一日以上二月以下ノ有期徒刑禁錮ニ處ス 但被害者ノ告訴アルニ非サレハ訴追スルコトヲ得ス

實は後述する様に片山博士の意見の發表は二十六年六月なるを以つて、勿論右の改正刑法草案には現はれてゐないし、右の條文の上には尙佛國刑法の深き反映を認め得るものである。然るに三十四年の改正案を見るに其の形式内容共に頗る變更されて、次の如く改められてゐる。

第十一章 生命及ヒ身體ニ對スル罪

第二節 傷害ノ罪

第二百四十條 人ノ身體ヲ傷害シタル者ハ五年以下ノ懲役又ハ禁錮若クハ百圓以下ノ罰金ニ處ス

婦女ノ頭髮ヲ切斷又ハ毀損シタル者亦同シ

第二百四十一條 身體傷害ニ因リ左ノ結果ヲ生セシメタルトキハ十年以下ノ懲役ニ處ス

- 一 一目又ハ兩目ノ視能ノ喪失
- 二 一耳又ハ兩耳ノ聽能ノ喪失
- 三 語能ノ喪失

四 一肢以上ノ使用ノ不能

五 陰陽ノ不能

六 重大ニシテ不治ナル精神身體ノ疾病又ハ外觀ノ不具

七 流産

第二百四十五條 暴行ヲ加フト雖モ人ヲ傷害スルニ至ラサル者ハ拘留又ハ科料ニ處ス

本條ノ罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス

右の條文には獨逸刑法の影響を看取し得るものであるが、此の明治三十四年の改正案を同年二月に再度十五回帝國議會に提出し、議會の審査を求めしも、貴族院に於ける特別委員會の審査中に議會は停會を命ぜられ議決に到らなかつた。併し乍ら其後政府は銳意刑法改正の事業を繼承し、前案を

法典調査會の議に付して審議し、遂に右各條を更に次の如く修正して、これを明治三十五年一月に三度、第十六回帝國議會に提出したのである。此の際の政府の提出せし改正案中本論に關係ある條文は次の如く改正せられてゐたのであつた。

第二十七章 傷害ノ罪(以下傍點の個所は改正せられし所とす。又節なし。)

第二百四十條 人ノ身體ヲ傷害シタル者ハ五年以下ノ懲役又ハ百圓以下ノ罰金若クハ科料ニ處ス

婦女ノ頭髮ヲ切斷又ハ毀損シタル者ハ一年以下ノ懲役又ハ五十圓以下ノ罰金若クハ科料ニ處ス

第二百四十一條 身體傷害ニ因リ左ノ結果ヲ生セシメタル者ハ二年以上十年以下ノ懲役ニ處ス

(以下一號乃至七號迄ハ三十四年案ト同様)

第二百四十五條 暴行ヲ加ヘタル者人ヲ傷害スルニ至ラサルトキハ拘留又ハ科料ニ處ス

前項ノ罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス

右の政府提出改正案は三十五年一月二十八日以降二月十八日に亙りて開かれし第十六回貴族院特別委員會(委員長徳川家達。副委員長村田保。委員黒田和志、丹羽長保、尾崎三良、岡内重俊、三好退藏、松岡康毅、名村泰藏、小松原英太郎、奥山政敬、菊地武夫、高木豊三、富井政章、兒玉淳一郎)の議に付せられ、回を重ねる事十一回、殊に右の條文は第十回貴族院特別委員會(三十五年二月十七日)の問題となり、次の如き経過を辿りて改正せられるに到つてゐる。即ち委員菊地武夫は先づ質問して

二百四十條ノ所テ伺ヒタイノテスカ、説明書ニ書イテアルノタト毛髮ハ身體トハ看做サスト云フコトニ書イテアルヤウテコサイマスカ、矢張りサウ解シテ宜イノテスカ

右に對し政府委員石渡敏一は毛髪も身體の一部であるが、たゞ傷害の概念に入らぬ旨を答へてゐる。其後「毛髪」の解釋に關し菊地武夫と石渡敏一との間に數度の質問應答が繰返されてゐる。斯の如く最初から「毛髪」の解釋が問題となつた事は後述する様に此の項が削除される事となつた運命を荷つてゐた事を暗示するものであらう^①。其後第二百四十一條の所謂「傷害」と第二百四十一條の「身體傷害」との間の意味が如何に異なるか、並に其の傷害の程度に就き、名村泰藏の質問あり、此れに對する政府委員石渡敏一の答の後、名村泰藏は

此傷害ノ模様ハ重ナル模様ハ二百四十一條ニスト列記シテアルヤウニ思ヒマスル、此二百四十一條ニ列記シタル外ノ傷害ト是ハ見ルヨリ外アリマセヌカ、其程度ト云フモノハ格別酷イ傷害ト云フモノテハアルマイカト思ヒマスカトシテナモノテス

と尋ねる所があつた。これに對し政府委員古賀廉造は更に次の如く答へてゐる。

現行法ニ於キマシテ傷害罪ヲ凡ソ七段ハカリニ區別シテアルカト記憶スル、其段階ヲ除ケテ仕舞ツタ積リテ、現行法ニハ「毆打」ト云フ文字カアリマスカラ、毆打ニ原因セスシテ尙ホ傷害ヲ爲ス場合カアラウト思ヒマシテ「毆打」ト云フ字ヲ取ウテ仕舞ツテ凡ソ現行法ニ規定シテアル「疾病休業ニ至ラスト雖モ身體ニ創傷ヲ成シタル者ハ十一日以上一月以下ノ」云々此位ナ程度マテハ無論之ヲ包含セシメタ積リテアリマス

右の答に對し、更に名村泰藏、村田保、第二百四十條第二項抹殺論者高木豊三、富井政章、菊地武夫、小松原英太郎、第二百四十條第二項存置論者岡内重俊等と政府委員古賀廉造との間に質問應答

があり、俄然、第二百四十條第二項が問題の中心となつて、遂に削除される所となつたのであつたが、其の削除に到れる経緯を明確に了解せしむる爲めに煩を厭はず其の議論の内容を記載して置き度い(以下も亦、第十六回貴族院。特別委員會會議録に據る。)

○名村泰藏君 私ハ此刑カ五年以下ノ懲役ト云フコトハ随分酷イ重イ刑テハアルマイカト考ヘテ居リマス、又此二項ノ「婦女ノ頭髮ヲ切斷」……是ハ村田サン能ク御存シテコサルカ、改定律例カ何カニ女ノ髮ヲ切ツタト云フコトヲ始メテ入レタヤウニ思ツテ居ルカ、トウテスカ

○村田保君 何ハ入レナイケレトモ本文ニハナイテスケレトモ、アトテ後ニアレハ入レタラントス、本文ニハアリマセヌ(註。改定律例、罰則條、罰則條例、第二百九條に「凡罰則處方寸以上ヲ抜ク者ハ懲役四十日」と見えるが、新律綱領にも罰則條、罰則條の内「及ヒ髮ヲ髡スル者ハ徒一年」と見える。併し其他に「女ノ髮ヲ切ツタ」といふ事を理由として處罰せし律文は存在しない。併し七年十月三十一日の三重縣何、七年十一月十日の島根縣何を。)^②見るに前者は「不應爲重ニ問ヒ」後者は「罰則條ヲ髡スル者ニ擬シ」處刑せられてゐる所である。

○高木豊三君 政府委員ニ一ツ質問ヲ致シタイ、二百四十條ノ第二項テスカ是ハ西洋ニモ例ノアルコトアラウト思フ、ノミナラス多少ノ理由ハ無論アルコトト思ヒマスカ、如何ニモトウモ惡ク言ハハ滑稽ニ聞エルヤウニ思フノテス、其譯ハ若シ婦女ハ頭髮ヲ重ンスルモノテアルト云フ主意テ是カ出タノテアリマセウ、ケレトモ男テモ現ニ日本テハマタ随分丁髷ヲ持ツテ居ル者モアル、又相撲ノ如キ職業ニ依ツテハ必要トシテ髮ヲ持ツテ居ル者モアル、之ヲ切斷シタ時ニハ矢張り婦女ト同様ノ感ヲ起スタラウ又情實カラ言ヒマスルト男子ノ髷ヲ重スルト云フコトモ婦女ノ頭髮ニ勝ルモノカ随分アルノテアリマス、サウシテ是レハ此單ニ婦女ノ頭髮ト云フコトニ限ルノハ甚タヲカシイ、次ニハ又頭髮ヲ毀損ト云フコトカトウモ餘ホト奇體ナ言葉ノヤウニ思ハレル、髷ノ

壞レタト云フ意味テハアルマイ、サウスレハ髪ノ毛モ毀テ損シタト云フコトテ、一本傷ケテモ矢張り此條ニ當ルト云ヘハ當ル、少シトウモ法律ノ成文トシテ茲ニ掲ケ出スト云フノハ面白クアルマイ、殊ニ實際ニ民間ノ下等社會ノ状態ヲ見マスト或ハ非常ニ貞操ニ缺ケル所カアツタトカ何トカ云ヘハ動モスレハ頭髮ヲ切ルヤウナトモアルノデアリマス、ソレカ一年以下ノ懲役ニナルト云フコトモ是マテノ何ニシテハ少シ酷ニ失スルヤウナ感モアル、兎ニ角私ハ格別ノ理由カ無ケレハ第二項ハ削除シテ置イタ方カ宜カラウト考ヘマスカラ削除説ヲ一ツ提出イタシマス

○富井政章君 賛否ヲ決スルニ付テチヨツト政府委員ニ伺ヒタイテスカ、是カ若シ削除ニナレハ第一項ニ含まレルテスカ含マレヌテスカ

○政府委員(古賀廉造君) 含マレヌ積リテス

○富井政章君 積リテアツテモ身體傷害、身體ノ一部ニハ違ヒナイテスナ、ソレヲ傷害テハナイテスカ

○政府委員(古賀廉造君) 傷害テハナイ積リテアリマス、本條ハ實際上屢々頭髮ヲ切ラレタ者カアリマシテ現行法ニ於テ之ヲ罰スルコトカ出來ナイノテ困ツタコトカアツタ爲ニ之ヲ加ヘタノデアリマス

○菊池武夫君 是ハ解釋上ノコトテハアリマスケレトモ、私モ高木君ノ説ト全ク同シ考ヲ持ツテ居ルノテ人ノ身體ヲ傷害スルト云フ文字ヲ使ツテ置イテサウシテ身體ノ部分アルケレトモ髮ヲ切ルトカ髭ヲ剃リ落ストカ云フヤウナコトハ傷害テハナイト云フコトハ少シ無理ナ解釋テアツテ、私ハ第二項ハ第一項ニ包含セラレテ居ルモノテアルカラシテ、殊更ニ此婦女ノ頭髮タケニ付テ規定ヲ設ケルノカ惡イト云フ考ナノデアアル

○小松原英太郎君 本員ハ高木君ノ削除説ニ賛成イタシマス

○委員長(公爵徳川家達君) 高木君ハ今相撲取ノ例ヲ御出シニリナマシタカ「婦女」ト云フ字ヲ削除スルノデアリマスカ全部ヲ……

○高木豊三君 全部ヲ……

○男爵岡内重俊君 此削除ニハ段々賛成モアリマスカ、私ハ此新ナ方テ宜カラウト思フ、現ニ我國テモ斯ウ云フコトハ現ニ有ル、下等社會ニハ多イ、ソシテ是ハ刑ヲ輕クスルコトモ出來テ科料ニ止メル場合モアリマスカラ必要カアラウト思ヒマス、此犯罪行爲ニ對スル刑ノ適用モ必要テアラウト思フ、追々文明ノ列國ト交通盛ナルニ付テ隨分外國ノ婦女モ澤山出來ル、此外國テハ此婦女ノ頭髮ハ餘ホト大切ニスルモノテ一ツノ風儀禮節ト云フヤウナコトニモ關スルヤウデアリマスカ、折角ノ新案ヲ抹殺スルハ誠ニ惜イ、若シ西洋アタリノ婦女ノ頭髮ヲ毀傷シテモ一向日本ニハソレヲ罰スル法モ無イト云フト少シ野蠻シミルヤウナコトニナリハシナイカト思フ、是ハ起草者カ餘ホト注意シタ誠ニ善イ事ト思フ、トウカ是ハ此儘存シテ置キタイト思ヒマス

右の岡田重俊の存置論は有力なる説とは云ひ難いものがあり、論旨に稍々明快を缺く點もあり、殊に「西洋アタリノ婦女」云々に到りては我刑法が如何なる國の刑法であるかの認識をさへ明確に把握して居らないとも考へられる。結果多數を以つて第二百四十條第一項は削除される事となつたのは當然であらう③。

次に第二百四十一條に就いては菊池武夫と政府委員古賀廉造、石渡敏一との應酬があつて結局原案通り可決となつたが、此の際に本論と關係を有する事は政府委員石渡敏一が菊池武夫の次の質問

に對して爲した答である。即ち兩者の質問應答は次の如くであつた。

○菊池武夫君 私ハ斯ウ云フコトヲ虞レテ唯伺フノテス、不具ト云フノハマア何ト云ツテ宜イカ體内皮下、皮ノ中ノ方ニ關スル部分ニハ不具ト云フコトカアツテ、ソレハ必シモ病ト云ヘハ上ノ方テ押ヘテ行クコトカ出來ルカ必シモ病ト云フコトノ言ハレヌ場合カアリハシマイカト思フカラ、ソレテ心配シテ伺フノテス、其邊ハ御攻究ニナツタノテスカ(傍點、小早川、以下同)

○政府委員(石渡敏一君) 此點ニ付キマシテハ隨分醫學ニ長ケタ人ニ相談シテ見マシタ、是テ宜シイト云フノテスウ致シマシタ

尙、政府委員古賀廉造も「是ハ醫者ノ専門家ノ注文ヲ茲ヘ載セテ積リテアリマス」と答へ採決の結果、原案通り通過してゐる。右の訓點を付したる個所は後述する片山國嘉博士の主張と關聯を有する所であり、「隨分醫學ニ長ケタ人」「醫者ノ専門家」の一人に或ひは片山國嘉博士も亦包含されてゐる所であらうと想像するのである。

以上の如き經緯を経て第二百四十條は改正され、第十六回貴族院會議に於て刑法改正特別委員會委員長徳川家達は訂正の要旨につき次の如き報告をなした。

次ニ二百四十條第二項全部ヲ削除致シマシタ、此原案ノ第二項ノ置カレマシタ主意ハ婦女ハ頭髮ヲ重ンスルモノテアルト云フコトヲ、斯ウ設ケラレタノテアラウ、併シ實際ニ民間ノ下等社會ノ情態ヲ見マシテモ非常ニ貞操ニ缺クル所カアツタトカ何トカ申セハ動モスレハ頭髮ヲ切ルコトカアル、ソレカ一年以下ノ懲役ニナルト云フコト

テハ少シ酷ニ失スルト云フ考ヲ持ツテ居ル、ソレ故ニ第二項ハ削除スヘキモノト云フ説ヲ出サレタ委員カアリマシテ其説ニ決シマシタ

而して此の修正案は三十五年二月廿四日第十六回貴族院會議第二讀會に於て修正案通り決定され、ついで衆議院へ廻付されたが衆議院に於ては調査未了の儘會期が終了したのである。併し乍ら衆議院に於ても刑法改正修正案を議する爲めに特別委員會を組織し特別委員として尾崎行雄、石黒涵一、西原清東、安藤龜太郎、大塚成吉、丸山嵯峨一郎、關信之介、東良三郎、山下千代雄、持田直、大東義徹、青柳四郎、望月長夫、伊藤直純、鮫島相政、藤澤幾之輔、内藤正義、重岡薰五郎、關直彦、武市庫太、奥繁三郎、平岡萬次郎、花井卓藏、後藤文一郎、鳩山和夫、中村彌六、高梨哲四郎等の二十七名を選出し、三十五年二月廿七日に互選の結果、尾崎行雄を委員長に内藤正義、花井卓藏、望月長夫を理事に推薦し、同年三月三日以降三月八日迄會を開く事五回、毎回午前十時より午後四・五時頃に到る迄、刑法改正修正案を逐一詳細に議する所があつた。且つ三月五日には刑法改正案委員會に於て無記名投票を以つて刑法改正案委員中調査委員七名(西原清東、鳩山和夫、藤澤幾之輔、後藤文一郎、平岡萬次郎、花井卓藏、鮫島相政)を互選し、互選されし委員は更に鳩山和夫氏を調査委員長に推薦して特別委員會の内部に調査委員會を設置し鋭意、貴族院より廻送し來れる刑法改正修正案の調査に努力したのである。此の調査委員は回を開く事三回(第一回三月五日、第二回三月六日、第三回三月七日)、併し上述した様に會期が終りを告げたので、衆議院

に於ては調査未了の状態となつた。

其後二十六年十月に到り、政府は更に以上の訂正案に若干の修正を加へ、四度第十七回帝國議會に前案を提出したけれ共、議會解散の爲に今回は議事に上程せらるゝ運びに到らなかつたのである。其後第二十一回帝國議會(三十七年十一月三十日開會、三十八年二月二十七日終了)に於て元田肇より「刑ノ執行及免除ニ關スル法案」が衆議院に提出され、此分は兩院を通過してゐる。

然るに政府に於ては、第十七回帝國議會の解散以後、三十九年五月に政府内部に法律取調委員會を設置し、前案を基礎として、これに必要な修正を加へ、四十年一月に五度、第二十三回帝國議會に刑法改正案を提出する所があつたのである。此の四十年の政府提出刑法改正案を見るに本項の論考せんとする條文は、次の如くなつてゐる(司法大臣は、松田正久)。

第二十七章 傷害ノ罪

第二百五條 人ノ身體ヲ傷害シタル者ハ十年以下ノ懲役又ハ五百圓以下ノ罰金若クハ科料ニ處ス

第二百九條 暴行ヲ加ヘタル者人ヲ傷害スルニ至ラサルトキハ一年以下ノ懲役若クハ五十圓以下ノ罰金又ハ拘留若クハ科料ニ處ス

前項ノ罪ハ告訴ヲ待チ之ヲ論ス

即ち三十五年案と比較すれば三十五年案の第二百四十條第一項は削除され、「五年以下ノ懲役又ハ

百圓以下ノ罰金若クハ科料」とあるを「十年以下ノ懲役又ハ五百圓以下ノ罰金若クハ科料」として其の刑罰の範圍を著しく擴大したが、此れは三十五年案の第二百四十一條を削除して四十年案の第二百五條にこれを包容したからであり、四十年案の特徴は裁判官の自由裁量範圍を著しく擴張した一般の特徴を有するが故に、かゝる特徴が又第二十七章の罪の上にも現はれてゐるのである。而して三十五年の第二百四十五條には所謂單純暴行に拘留の刑期、科料の金額を法定せざりしも、四十年案に於ては「一年以下ノ懲役若クハ五拾圓以下ノ罰金又ハ拘留若クハ科料」として、拘留刑期、科料金額を法定すると共に、懲役刑をも科し得る事と定めたのである。尙、此罪が親告罪なる事は兩者共に同じであつた。貴族院は四十年二月四日特別委員會の第一回を開催して政府提出案を議したが、委員長は黒田長成、副委員長は村田保、委員は酒井忠亮、尾崎三良、岡内重俊、三好退藏、名村泰藏、小松原英太郎、波多野敬直、都筑馨六、奥山政敬、富井政章、一木喜徳郎、菊池武夫、兒玉淳一郎の十三名で、第一回特別委員會は四十年二月四日に開會、爾後三回(二月六日、第二回)二月八日、第三回)にて終了、爾後貴族院本會議、衆議院本會議に於て若干の修正を加へられ、依て兩院協議會を開き成案を得、此の成案は兩院の容るゝ所となりて遂に明治四十年四月二十四日(法令第四十六號)を以つて公布せられ、同四十一年十月二日より施行せられる事となつた。此れ現行刑法である。而して此處に問題とせる政府提出の刑法改正案、第二百五條及び第二百九條は此の間に於ては原案通り何等の修正を見

る所がなかつたのであつたが、今第二十三回衆議院特別委員會に於て此の兩條を中心として如何なる議論が繰返されたかを一應検討して置かう。衆議院特別委員會は四十年二月十一日に議長の指名を以つて委員六十三名を選定し、更に夫等の委員互選の結果にて、委員長を磯部四郎、理事として米田武八郎、加藤禧逸、岡井藤之丞、大熊三之助、丸山嵯峨一郎の五名を選出した。二月二十三日に到り六十三名の中より更に特別調査委員十八名を夫々委員長より指名し愈々刑法改正案を議する事となつたけれ共、冒頭先づ花井卓藏より全委員にて大體の質問を終りたる後、特別調査委員に附せん事を提議し、此の提議採擇せられて先づ第一回の全委員會議を二月廿五日に開くに到つたのである。併し特別調査委員會の第一回も同日に開かれてゐる(爾後三月五日迄、五回開かれた)。特別調査委員は鳩山和夫、立川雲平、花井卓藏、谷澤龍藏、中西六三郎、森肇、向坂弘、板倉中、望月長夫、米田實、宮古啓三郎、小河源一、小川平吉、森田卓爾、關信之助、濱口擔、關直彦、横田虎彦等で特別調査委員長は鳩山和夫、理事には谷澤龍藏、花井卓藏、立川雲平の三名が互選されてゐた所である。然るに第四回特別調査委員會(三月四日)に到りて本項の論せんとする條文に對して、左の如き應酬が委員と政府委員との間に繰返さるゝに到つた。

○花井卓藏君 二百五條ハ舊案ニ比シテ大變ナ激變デアリマスカ、何故ニ餘リ罪質ノ憎ムヘカラサルモノニ對シテサウシテ他ノ條項ニ關シテハ割合ニ算盤主義デアルニモ拘ラス、人ヲ鄭ツタ少シ傷カ付イタ、ト云フタケテ

概括的ノ廣キ刑ヲ一條ノ下ニ規定シテ十年以下ノ懲役五百圓以下ノ罰金ト云フヤウナ幅ノ廣イ風呂敷ニ包マレタノデアルカ、其他ノ條文カラ取ツテ見ルト二百五條ノミ甚タ不權衡ニナツテ居ルヤウテスカ、其邊ニ付イテ特別ナ事情カアルノテセウカ

○政府委員(倉富勇三郎君) 唯今御質問ノ點ニ付イテハ是迄ノ沿革モアリマシテ、成程此傷害罪ノ結果ニ依ツテ刑ノ輕重ヲ定メタ案モアリマシタ、ソレハ現行法ノヤウニ廢篤疾ト云フ條ハアリマセヌケレトモ、一目又ハ兩目ノ視能ノ喪失又ハ一耳兩耳ノ聽能ノ喪失ト云フヤウナ結果ヲ擧ケテ刑ノ輕重ヲ定メタ場合モアリマシタケレトモ、結局此傷害罪ハ誠ニ種々ナ事情カアル、又舊案ノ如ク一號カラ七號マテヲ掲ケテ見タトコロカ決シテソレテ十分ト云フ譯ニハ行カナイ、結局舊案ニ於テ重大ニシテ不治ナル精神身體ノ疾病、又ハ外觀ノ不具ト云フヤウナ汎博ナ規定モ設ケテ置イタヤウナ次第テコサイマスカラ、此ノ改正案全體カ成ルヘク刑ノ範圍ヲ廣クシテ、實際ノ運用ノ附クヤウニシヤウト云フ趣意デアリマスカラシテ、就中事實ノ種々ナルトコロノ傷害罪ニ付イテハ餘リ細目ヲ設ケスシテ、刑期ヲ汎博ニシテ置イテ、サウシテ裁判官ニ任セタ方カ却テ實際ニ適當ノ處分カ出來ルヲラウト云フトコロカラ、重イモノハ十年ノ懲役、輕イモノハ罰金若クハ科料ニ處スルト云フヤウニ十分ニ裁判官ヲ信用スルタメニスノ如キ規定ヲ設ケタノデアリマス

右の政府委員倉富勇三郎の説明に對し花井卓藏は舊案に遡る修正説を提出し、それに對し磯部四郎の反對、更に磯部四郎の反對論に對し花井卓藏は傷害罪に就き「コナ廣イ範圍ヲ裁判官ニ任スト云フ事柄ハ危險タラウト思フ」と述べしを、立川雲平は「傷害罪ノ範圍ヲ廣クシテ之ヲ裁判官ニ委

任スルト云フヤウナコトハ、最モ宜イコトデアラウト信シマス、故ニ是ハ原案ニ賛成致シマス」と反駁し、結局、原案通りに決定を見るに到つた。第二百九條に對しても花井卓藏の修正説が出たが宮古啓三郎の原案賛成論あり、ついで花井卓藏は第二十七章と第二十八章の間に「決闘ノ罪」に關する條文を入れん事を主張したが、此れに對しても立川雲平、小河源一等の反對論出で、此れ亦結局に於て否決され第二百九條も原案通りとなつた。然るに三月十一日の第三回衆議院特別委員會總會に於て花井卓藏は再び

○花井卓藏君 二百九條ハ少シ注意ヲ願ヒタイト存シマスルカ、本案ニ據ルト人ヲ撲ツテ傷ニ至ラサルモノト雖モ一年以下ノ懲役ニ處セラレコトニナツテ居ル、而シテ現行法ニ據ルト云フト十日以下ノ拘留一圓九十五錢ト斯様ニナツテ居ル、先年政府カ出サレタ草案ニ依ツテ見マスルト、單ニ拘留又ハ科料ト云フコトニナツテ居リマス、トウモ餘リ激變テハアルマイカト私ハ考ヘマスカラ、二百九條ハ現行法ノ如ク又舊草案ノ如ク、曾テ本案ヲ政府カ提出セラレタ案ノ如クニ拘留又ハ科料ニ處スト云フコトニ致シタイト存シマス

と彼の主張を繰返し論ずる所があつたが、遂に賛成者少數の故を以つて否決され、原案通りに決定されたのである。結局に於て衆議院の修正案は第九十六條を削除し、其他若干の修正を行つたものなる故に、政府提出原案の第二百五條は第二百四條に第二百九條は第二百八條に改められる結果を生じたが、貴族院に於ても亦若干の修正を行つてゐた爲めに三月二十三日は貴衆兩院協議會を開き、

貴族院側は委員として黒田長成、村田保、酒井忠亮、名村泰藏、小松原英太郎、波多野敬直、奥山政敬、富井政章、一木喜徳郎、兒玉淳一郎等此れに出席し、衆議院側は委員として磯部四郎、谷澤龍藏、元田肇、大岡育藏、立川雲平、關直彦、望月長夫、大戸復三郎、奥田義人、花井卓藏これに出席し、會は同日午前十時三十分より開會、抽籤に因つて磯部四郎が議長席に着き直ちに議事を進行し、成案を得これを兩院に計りしに、兩院の容るゝ所となり、遂に刑法改正の事業は此處に一應結了を見る事となつたものである。抑々政府が四十年一月に刑法改正案を議會に提出するに際して作成せる刑法改正政府提案理由書を讀むに左の如く記されてゐる(第二十七條傷害ノ罪第二、百五條乃至第二百九條)。

理由 本章ハ現行法第三編第一章第二節毆打創傷ノ規定ニ修正ヲ加ヘタルモノナリ

本章修正ノ重ナル點ヲ舉クレハ左ノ如シ

- 一 現行法ハ本章ノ規定ヲ毆打創傷ノ罪ト名ツクト雖モ其語穩當ヲ缺キ因リテ甚シク不便ヲ感スルハ既ニ争フ可カラサル事實ナルヲ以テ本案ハ改メテ傷害ノ罪ト名ツケ汎ク身體傷害ニ關スル規定タルコトヲ明ニセリ是ヲ以テ毆打以外ノ方法ニ依リ又ハ外部ニ創傷ヲ生セシテ傷害ヲ生シタル場合ノ如キモ皆之ヲ包含スルヲ以テ從來ノ疑義ヲ氷解セシメタルモノト謂フ可シ
- 二 現行法ハ結果ニ依リ刑ヲ異ニシ之カ爲メ數條ヲ設クルモ本案ハ致死ノ場合ノミニ付キ特別ノ條ヲ設ケ其他ノ場合ハ概シテ規定シ最モ廣キ範圍ノ刑ヲ定メ一ニ判事ノ裁量ニ一任スルコトトセリ

三 (略)