

松 山 大 学 論 集  
第 21 卷 第 1 号 抜 刷  
2 0 0 9 年 4 月 発 行

弁 護 士 の 誕 生 と そ の 背 景 ( 3 )  
— 明 治 時 代 前 期 の 刑 事 法 制 と 刑 事 裁 判 —

谷 正 之

# 弁護士誕生とその背景(3)

—— 明治時代前期の刑事法制と刑事裁判 ——

谷 正 之

序

- 一 明治時代前期の刑事法制と刑事裁判
  - 1 刑事関係法制定の概要
    - (1) 刑事実体法
    - (2) 刑事手続法
  - 2 刑事の法規範
    - (1) 仮刑律
    - (2) 新律綱領
    - (3) 改定律例
    - (4) 旧刑法
    - (5) 私的刑罰権—国家刑罰権の沈黙
  - 3 刑事裁判所
    - (1) 奉行所から裁判所へ
    - (2) 司法省—全国法憲を司り裁判所統括
    - (3) 司法省臨時裁判所ほか裁判所の設置
    - (4) 大審院—全国法権の統一を主持
    - (5) 大審院ほか裁判所の改革
    - (6) 治罪法による裁判所の改革
  - 4 刑事裁判例
    - (1) 仮刑律を適用した裁判例
    - (2) 仮刑律的例による裁判例
    - (3) 新律綱領を適用した裁判例
    - (4) 改定律例を適用した裁判例
  - 5 拷問の禁止
- 二 刑法・治罪法の制定と代言人の刑事弁護
  - (1) 弁護官
  - (2) 刑事弁護必要論
  - (3) 代言人の刑事弁護

結び

## 序

本稿第2回においては、幕末から明治時代前期における政治状況と官制改革、民事法制と民事裁判について検討した。幕末に欧米列強と結んだ不平等条約を改正するために、政府は旧幕時代から続いていた封建的な禁制や制限を撤廃して積極的に文明開化政策を推進し、外国人を多数招いて国内各分野の近代化に取り組むとともに、統一的な裁判制度を創設し、司法省の中に明法寮を設けて法学教育を始め、フランス民法を模範として民法典の編纂を開始し、民事裁判手続を改革するなど様々な努力を重ねた。

他方、刑事法の分野では、仮刑律・新律綱領・改定律例・刑法（いわゆる旧刑法）を順次制定し近代化を図った。これに関連し、獄庭規則・司法職務定制・断獄則例・判事職制通則・糺問判事職務仮規則・治罪法など刑事手続法を順次制定した。これらの法典はどのように編纂されたのか、その具体的な内容はどのようなものであったのか、今回はこれらの問題に焦点を当てて検討したいと思う。

### 一 明治時代前期の刑事法制と刑事裁判

#### 1 刑事関係法制定の概要

幕末の動乱により粗暴犯・盗犯・賭博犯・贖金犯等の犯罪が増加し国内の治安が乱れていた。倒幕政府は、慶応4（1868）年1月ころから、次のような単行法令<sup>1)</sup>を出してこれに対処しようとした。

暗殺を為すを厳禁す（刑法事務局、慶応4年1月23日）

横浜居留外国人に対し干支かんかを用ること勿らしむ（総裁局、慶応4年1月29日）

九州筋浪士の乱妨を厳督す（総裁局、慶応4年1月29日）

諸人群集の地に暴行するを厳禁す（総裁局、慶応4年2月24日）

諸藩をして暗殺の賊徒を提警せしむ（刑法事務局、慶応4年3月1日）

市中において発砲を禁ず（刑法事務局、慶応4年4月19日）

縦ほしいままに発砲するを禁止す（東海道鎮撫総督府、慶応4年4月23日）

1) 石井・水林（1992）の単行法令等一覧による（342-344頁）。

私に兵卒を<sup>あつ</sup>聚め資用を民間に募る者を厳禁す（駅逋通信使、慶応4年6月8日）

暗殺暴行取締方を厳令す（駅逋通信使、慶応4年6月10日）

砲声に類する烟火戯を禁ず（駅逋通信使、慶応4年6月20日）

猿<sup>みどり</sup>に市中乗馬駈切を禁ず（軍務官、慶応4年6月29日）。

官軍に擬し盜賊の所行を為す者を提警せしむ（会計局、慶応4年8月13日）。

東京諸藩兵隊等をして外国人に対し粗暴の行為勿らしむ（大総督府、慶応4年8月22日）

贋金鑄造の提警を厳にす（行政官、慶応4年8月29日）。

関東諸県をして盜賊博徒等を提警せしむ（会計局、明治元年10月）

維新前後に暗殺が横行し<sup>2)</sup>、諸人が集まるところで暴行を働き、市中で発砲し、馬を疾駆させるなど危険な行為をする者が多く、盜賊や博打をし、贋金を作るなど物騒な世の中であった。倒幕政府は暫定的に旧幕府法等による処理に委ね、また上記禁令などを出したが、多発する多様な犯罪に対処することはとうてい困難であり、全般的に対応可能な刑事関係法典を早急に編纂する必要に迫られていた。それとともに幕末に結んだ欧米列強との不平等条約を改正し外国人居留地の治外法権を撤廃し裁判権を取り戻すためにも統一的な刑事関係法典の編纂を急ぐ必要があった。

## (1) 刑事実体法

### ① 仮刑律の制定

#### (ア) 制定の経緯

江戸幕府は中国の律令や大宝律・養老律の流れを汲む公事方御定書などの幕府刑法をもち、諸藩も律令系の藩刑法を用いていたから、倒幕政府はこれらを参考に改定を加えれば早期に刑法典を制定できると考えた。政府は王政復古の政治方針を取っており、当然律令系の刑法を採用することにした。

当時、熊本藩は明律を範とした藩刑法の白眉とされる刑法草書をもっていたので、熊本藩出身者が編纂のために集められた。慶応4（1868）年2月、三職制下の刑法事務局において熊本藩出身の細川護久・溝口貞直・木村貞道<sup>3)</sup>らが

2) 井伊大老暗殺など幕末以来続く過激な悪手段であるが、維新前後には中央政府の要人暗殺のほか地方の要人も被害に遭っていた。尾佐竹（1949）197頁

中心になり、唐律・明律・大宝律・養老律<sup>4)</sup>・御定書百箇条・熊本藩刑法草書などを参考に刑法典の編纂に取り組んだ。編纂作業は、戊辰戦争が続いている最中の同年閏4月には、太政官制下の刑法官に引き継がれ、明治元(1868)年10月31日、「仮刑律」が完成した<sup>5)</sup>。

この仮刑律は有司(役人)に対し裁判準則を示すものであった。刑法官は自ら京都周辺の刑事裁判を行った。地方では依然として府藩県が刑事裁判を行っていたが、重罪や刑律に疑義あるものについては刑法官に伺いを出し、刑法官は仮刑律に基づいて回答した。これは「仮刑律的例」としてまとめられている。

#### (イ) 仮刑律の特徴

##### (a) 八虐の罪

儒教<sup>6)</sup>の思想を反映した唐律は、国家・君主・神祇・尊属・父子・夫婦・長幼・朋友関係に背く行為を最も重い犯罪「十悪」(謀反・謀大逆・謀叛・惡逆・

3) 手塚(上)(1984)8-10頁

4) 唐律はわが国の大宝律・養老律に継承されている。大宝律は、大宝元(701)年刑部親王・藤原不比等らを編者として制定されたもので6巻から成るが断片的にしか残っておらず、そのあらまは養老律によって知ることができるとされている。養老律は、藤原不比らが編纂したもので、養老2(718)年に完成し10巻より成る。唐律の篇目は、名例・衛禁・職制・戸婚・厩庫・擅興・賊盜・鬪訟・詐偽・雜律・捕亡・断獄の12編であるが、養老律の篇目も同じで、名例・衛禁(神社や宮城の守備に関する罪)・職制(官吏の職務上の罪)・戸婚(戸籍や田畑などの罪)・厩庫(家畜倉庫の取扱いに関する罪)・擅興(軍隊に関する罪)・賊盜(謀反や犯罪一般に関する罪)・鬪訟(訴訟に関する罪)・詐偽(詐偽に関する罪)・雜律(他の律に含まれない罪)・捕亡(捕吏の罪や逃亡に関する罪)・断獄(罪人の断刑)の12編とされ、庶人に科せられる正刑と官人・僧尼などに科せられる閏刑があった。重大な犯罪として謀反・謀大逆など八虐が定められていた。布施(1964)24頁以下、仁井田(1964)11頁以下

5) 石井編(1980)271頁

6) 儒教は、孔子を開祖とし孟子や荀子らによって説かれた。人道の大綱を君臣の義・父子の親・夫婦の別・長幼の序、朋友の信の五つの道德=五倫と、仁・義・礼・智・信の五常が基本的な道德であり、これは人為的なものではなく自然の理であるとし君主を頂点とする上下関係の倫理道德を説いた(仁井田(1964)502頁)。これは封建的統治者の人民支配に適した思想であったから、中国の漢の武帝により官学として採用され国家統治の指導理念となった。その後も儒学は後漢の光武帝により保護奨励され、東アジアに大きな影響を与えた。南宋の朱子は、孔子以来の儒学を再解釈集大成し、中国の元・明・清代にまで儒学の正統派となった。日本では、鎌倉時代に禅僧によって伝えられ、徳川幕府は朱子学を取り入れて封建的な身分支配体制を支える政治思想とした。

不道・大不敬・不孝・不睦・不義・内乱)としていたが、大宝律・養老律はそのうち不睦・内乱を除き、八悪を取り入れて「八虐」としていたものを仮刑律が踏襲した。

仮刑律の名例(刑法総則)には、八虐の罪として謀反・謀大逆・謀叛・悪逆・不道・大不敬・不孝・不義を定めている。

- i) 謀反は、君主に直接危害を加えようとするもので、重罪中の重罪とされた。謀るだけで首従(主犯と従犯)を区別せず磔の極刑とされ財産は没収された。
- ii) 謀大逆は、御稜や皇居を毀損しようとするものである。謀大逆を謀る者は、首従を区別せずみな磔の極刑とされ財産は没収された。
- iii) 謀叛は、国に背き他国に就くことである。謀叛は既遂の場合は、首従を区別せずみな斬首、財産は没収され、未遂の造意者は刎首、従たる者は笞100遠流とされた。
- iv) 悪逆は、祖父母・父母および夫の祖父母・父母を毆打又は謀殺することである。祖父母・父母および夫の祖父母・父母を毆った者は、首従を区別せずみな斬首、殺した者は磔、過失殺は刎首とされた。
- v) 不道は、長幼の序を重視する儒教倫理を反映したもので、<sup>7)</sup>死罪を犯した者を除く罪のない一家三人以上を殺した者、人を殺して死体を解体した者、<sup>こどく</sup>蠱毒(毒物)を作って之を用いた者、<sup>えんみ</sup>魘魅(呪詛)した者、伯叔父・姑・兄・妹・外祖父母・夫・夫の父母を毆打した者などがこれにあたる。一家三人殺人・人を殺し解体した者は磔とされ、<sup>こどく</sup>蠱毒魘魅殺をした者は謀殺を以て論じ、伯叔父・姑・外祖父母・兄・妹・夫・夫の父母を毆打した者は、毆打物や傷の軽重によって罪を定めることになっていた。
- vi) 大不敬は、<sup>だいふきよう</sup>大社を毀損し<sup>だいししんぎよぶつ</sup>大祀神御物(重大な国家祭祀の供え物)・<sup>じょう</sup>乗輿服御物(天皇の衣服調度品)・<sup>よふくぎよぶつ</sup>神爾内印などを盗むことである。首従の

---

7) 布施(1964)46頁

区別なくみな斬首であった。

vii) 不孝は、悪逆に含まれるもの以外の祖父母・父母に対する罪である。

祖父母・父母を呪詛し面罵した（目の前でものしった）者、祖父母・父母の生前に別の戸籍を作り又は財産を分割させた者、父母の喪中に嫁入り嫁取りした者は不孝をなすものであり、父母の喪中に楽器を奏し歌舞をなす行為も不孝とされ厳しく処罰された。

viii) 不義は、義で結ばれている下位の者が国主・主人・受業師・官長などを殺すことであり、尊位者に対する義に背き礼を著しく失する行為で斬首など厳しく罰せられた。また、夫の喪中に妻が哀悼を捧げず、音楽を奏し、喪服を平服に着替え、喪中に吉礼を用い、他に嫁す行為も不義として処罰された。

#### (b) 仮刑律の刑罰

仮刑律の刑罰は、笞・徒・流・死の四刑であった。笞刑は10から100、徒刑は1年から3年、流刑は近流・中流・遠流、死刑は刎首（首を刎ねる）・斬首（のち絞首となる）・梟首（斬首のあと獄門台に晒す）・磔・焚であった。

謀殺加功・鬪毆殺人・謀叛人藏匿は刎首、内府公廩財物盜・祖父母父母毆・主人毆・謀殺・故殺は斬首、主家の婦姦・姦婦の本夫殺は梟首、謀反大逆・祖父母父母殺・主人殺は磔刑、放火は焚刑であった。

君主・主人・祖父母父母などに対する罪が他より重いのは、君主・主従・親子など儒教道徳に基づく身分重視によるもので、依然として過酷な刑罰が多く、本人の懲戒と、犯罪防止のための威嚇的な一般予防主義に基づくものであった。

なお、見懲らしのための晒・引廻・鋸挽の附加刑は、明治2（1869）年7月8日に、刑法官指令により廃止された。

#### (c) 身分刑法

仮刑律は、旧幕時代の公家・士族・僧侶・官吏・庶人など儒教思想による身分制度を引き継いでおり、これら身分の上下によって処罰を区別する「身分刑

法」であった。公家・士族が犯罪を行った場合、その閏刑は庶人に比べて寛大で、僧尼や官吏の処分も軽かった。これらの者は有徳有識者であって、庶人と同じ刑を科して辱めるべきではないという独自の思想があったからである。

宮家・藩臣士分（騎馬・藩主お目見えの資格を持つ上級侍）の閏刑は、名例に次のとおり定めている。

凡<sup>およそ</sup>官家<sup>および</sup>及藩臣士分以上、死罪を犯す、刎首・自刃之二等<sup>をもって</sup>を以て隠刑に処す。流罪以下、士道を失ひ或は廉恥<sup>かく</sup>を欠に係るは、奪刀・奪禄<sup>へんせき</sup>・貶席・禁錮を以て区処す。其余一応之犯事は総て逼塞<sup>ひっさく</sup>・遠慮<sup>えんりょ</sup>・差扣<sup>さしひかえ</sup>。

士族には斬・梟はなく、刎・自裁も他に知られないように行う。士道を失い破廉恥な罪を行った者は、事情により奪刀・奪禄・格下げ席下げ・禁錮に分けて処分する。その余の普通犯罪についてはすべて答10から答100に当たる罪の場合、逼塞又は遠慮、或いは差扣10日ないし80日の処分としている。徒士<sup>かち</sup>（下級武士）以下の犯罪もまた概ねこれに準じた扱いであった。

## ② 新律綱領の制定

### (ア) 制定の経緯

仮刑律は、有司（役人）の裁判準則として作成されたものであったが、何分にも短期間に編纂されたものであるから不完全であった。そこで政府は、仮刑律制定のわずか1年後の明治2年10月7日に刑部省（明治2年7月刑法官は廃止され刑部省となる）に対し、寛恕の趣旨に基づき新律を取調べるように命じた<sup>8)</sup>。戊辰戦争も終り社会が落ち着きを取り戻し始めたことも背景にあった。刑部省はこれを受けて改めて新律を編纂することにした。

刑部省で新律の編纂作業に当たったのは、律令に詳しい水本成美・鶴田皓・長野文柄・村田保らであった<sup>9)</sup>。仮刑律に代わる新律には、「新律綱領」という

8) 刑部省は「今般新律取調べ仰せ付けられ候については、前日集議院へ御下問に相成り候通、専ら寛恕の御趣旨に原き、およそ叛逆、人命、強盜、放火等を除く外、成るべく流以下に処し、竟に刑無刑に期し候様遊ばされ度聖旨を奉体し撰定致すべき旨御沙汰候事」と指示している。橋本編（1966）第2巻（巻三）273頁

9) 手塚（上）（1984）43-44頁、穂積陳重（1980）42頁



名称を付け、明治3（1870）年12月20日、制定頒布した。これにより仮刑律は廃止された。新律綱領は、明律・清律・養老律・御定書百箇条などを範としたものであった。

新律綱領は、条約改正をも念頭に置いていたので、「内外有司<sup>それこれ</sup>其之を遵守せよ」という上諭を付して全国府藩県や外国公使にも配布された。市販も認められて広く人民にも知られ、廃藩置県が行われた明治4（1871）年7月以降、全国的に統一実施された<sup>10</sup>。人民に内容が知らされたのは、それまでの秘密主義を改めるもので刑法史上注目されることであった。

#### (イ) 新律綱領の特徴

##### (a) 身分刑法

新律綱領もまた士族、僧侶、官吏などに閏刑を認める「身分刑法」であった。

士族の閏刑は、謹慎・閉門・禁錮<sup>へんじゆ</sup>・辺戍（辺境の守備）・自裁（切腹）であり、僧侶の閏刑は、有官僧侶は官吏の法に同じ、無官の僧侶は士族の法に同じとされ、官吏の閏刑は、謹慎・閉門・降官・免職であった。官にある者には特に寛大であった。

士族についてみると、名例律に次のような定めがある。

凡<sup>およそ</sup>士族罪を犯し、本罪、笞刑に該る者は<sup>あた</sup>謹慎に処し、杖刑に該る者は閉門に処し、徒刑に該る者は禁錮に処し、流刑に該る者は<sup>へんじゆ</sup>辺戍に処し、死刑に該る者は自裁に処す。若し賊盜及び賭博等の罪<sup>な</sup>を犯し、廉恥を破ること甚しき者、笞杖に該るは廢して庶人と為すに止め、徒以上は仍ほ本刑を加ふ、罪科未だ定らざる者は<sup>かんそう</sup>監倉に入れ、庶人と別異す。卒も亦<sup>これ</sup>之に準す。

僧侶の犯罪についても、名例律に有官僧侶は官吏と同じ扱い、無官僧侶は士族と同様の寛大な処分であった。

凡有官僧徒、罪を犯す者は、官吏の法に同じ。無官僧徒、罪を犯す者は、士族の法に同じ。其三流に該る者は五年・七年・十年の禁錮に換へ、死罪に該る者は並に本刑を加ふ。若し姦・盜・賭博等戒律を破ること甚しき者、笞杖に該るは還俗せしむるに止め、徒以上は仍ほ本刑を加ふ。罪科未だ定らざる者は、監倉に入れ、庶人と別異す。

10) 牧ほか（1993）308頁

官吏公罪の閏刑は、名例律に次のとおり定めている。笞刑に当たる場合は謹慎であり、杖刑に当たる場合は閉門、徒刑に当たる場合は官降下というように極めて軽い処分であった。

<sup>およそ</sup>凡内外官吏、公罪を犯し、及び過誤失錯して、笞十に該る者は謹慎五日、二十は謹慎十日、三十は謹慎十五日、四十は謹慎二十日、五十は謹慎二十五日。杖六十は閉門三十日、七十は閉門三十五日、八十は閉門四十日、九十は閉門四十五日、百は閉門五十日。徒一年以上を犯す者は官一等を降し、徒二年以上を犯す者は官二等を降す。

内外の官吏とは、中央の官吏・地方の官吏のことである。

官吏が私罪を犯した場合でも官吏であるというだけで、庶人より寛大な処分にとどめられた。免職された後でも才能ある者は再雇用されることがあった。

<sup>およそ</sup>凡内外官吏、私罪を犯し、及び有心故造して、笞刑に該る者は、士族罪を犯す法の如く謹慎に処し、日満て復原任またもとのかくに還す。杖刑を犯す者は官一等を降し、徒刑を犯す者は免職に止む。仍なは其才能用るに堪る者は、一年を経て取用することを聴す。

流刑以上は、士族の法の如し。但、賊盜おうぼう、枉法、賭博、部民の婦女を姦する等、廉恥を破ること甚だしき者、笞杖に該るは廢して庶人と為すに止め、徒以上は仍ほ本刑を加ふ。罪科未だ定まらざる者は、監倉に入れ、庶人と別異す。

官吏が盜賊、枉法（賄賂を取って法を枉げる）、賭博、部民（部下）の婦女を姦淫する行為は破廉恥なものとして非難された。罪科が決まらず士族を未決の牢に勾留する場合は、庶人と区別された。

#### (b) 新律綱領の刑罰

新律綱領の刑罰は、笞・杖・徒・流・死の五刑である。しかし、明治5(1872)年4月に「懲役法」が制定され、笞・杖刑は懲役刑となった（「但し、即今便宜の懲役取計らい難き府県は当分の内従来の笞杖実決苦しからず」とされた）。徒刑はもともと懲役であったし、流刑については、明治3年11月17日、太政官布告第839「<sup>じゅんりゆうほう</sup>准流法」により徒場に入れ駆役（徒役）するとされた。

准流法御設の事（府藩県へ御布告）

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、追て被相定候迄、<sup>あいさだめられそうろう</sup>暫く流刑を停め、<sup>しばら</sup>と役限を五徒の上に加へ、

准流法 被相設候條、流刑を犯し候者は、右に照準し、処置可致事  
 今般准流法 被相設候に付、今後流罪を犯し候者有之節は、従前府藩県に於て設け置候  
 徒場に入、尋常徒人と区別致し、嚴重驅役可致候、小藩に於て、各自一徒場を設け  
 候條、不便之向は、府県大中藩に合併、或は四五藩中に一場を設け、費用は現石高に  
 割付、便宜合併可被差許候間、各藩申談之上、可伺出候事 但、徒場規則之儀は、  
 追て御達可有之事

当初北海道を流刑地とする予定であったが、北海道開拓使がいまだその状況にはないと反対したので、流刑は停止し各府藩県で徒場を設けて囚人に苦役させることにした。

死刑については、絞・斬・梟示<sup>11)</sup>であった。絞首に当たる罪は、強盗傷人・謀殺加功・闘毆殺であり、斬首に当たる罪は兇徒聚衆・謀殺・故殺・強盗殺人・祖父母父母毆・放火であり、最も重い梟示に当たる罪は、家長謀殺人・一家三人殺人・祖父母父母殺人であった。これらは本人に対する峻厳な懲戒とともに一般人を威嚇する過酷な刑罰であった。

### ③ 改定律例の制定

#### (ア) 制定の経緯

明治6(1873)年6月13日には、司法省(明治4年7月刑部省は司法省となる)により、新律綱領の不備を補充する「改定律例」が制定された。律令系でありながら、条文形式を採用するなどフランス刑法の影響がみえ始めている。

#### (イ) 改定律例の特徴

刑罰については、笞杖徒流の刑を止めて明確に懲役刑に一本化し(五刑條例第1條)、終身懲役が新設された。死刑は絞首を原則とし斬首・梟示を例外とした。刑罰を懲役刑と死刑の2つにした点に特徴がある。

新律綱領においては死刑とされていたものの多くが終身懲役とされ、死刑は、祖父母父母謀殺・官吏謀殺・妻妾故殺・尊長故殺などに限定されている。寛刑化の傾向がみられ、士族の閏刑も禁錮刑に統一された。

11) 仮刑律では梟首であったが、新律綱領から梟示と称されることになった。

改正閩刑律第 13 條は、

<sup>およそ</sup>凡士族、罪を犯す者は、謹慎・閉門・禁錮・辺戍・自裁に処する律は改め、一体に禁錮に処す。若し姦・盜等の罪を犯し、廉恥を破ること甚だしき者、懲役百日以下に該るは除族に止め、一年以上は仍ほ本刑を加ふ。罪科未だ定らざる者は、監倉に入れ、平民と別異す。

と定めている。

#### ④ 断罪無正條・不応為・断罪依新頒律

これらは、仮刑律・新律綱領・改定律例に共通にみられる独特の原則である。

##### (ア) 断罪無正條

<sup>およそ</sup>凡律令に該載し尽さざる事理、若くは罪を断ずるに正条なき者は、他律を援引比附して、加ふべきは加え、減ずべきは減じ、罪名を定擬して上司に申し、議定<sup>さだま</sup>て奏聞<sup>そうもん</sup>す。

これは新律綱領の規定である。律令に定め尽くし得ない事柄、もしくは、罪を判断するに該当する条項がないものは、他律を援用し引合せて加減し、罪名を定めて上司に申し出て議が定まったうえで奏聞すべきであるというのである。改定律例にも同様の規定がある。

仮刑律・新律綱領・改定律例は、いずれも犯罪行為の態様・程度および刑罰について実に詳しい規定を置いている。しかし、いかに詳細に定めようとしてもすべてを網羅することはできない。これら律令刑法は、儒教道徳と法が未分離なものを引き継いでおり、道徳に反するものは法に定めがなくても罰されるべきであると考えられていたから、「断罪無正條」の定めを置いたのである。

刑罰法規の類推解釈は、今日では罪刑法定主義に反するものとして否定されている。しかし、この当時はこのような刑罰法規の類推解釈によって処罰しており、人権保障を基本とする近代刑法とは異なる主義によっていた。近代刑法では、道徳と法が分離され人権思想に基づき法律に定めがなければ罰するができないと考えられているが、これら律令刑法は儒教の思想を基本とするもので、その考え方が異なっていたのである。

##### (イ) 不応為

<sup>およそ</sup>凡律令に正条なしと雖も、情理に於て為すを得<sup>う</sup>べ<sup>べ</sup>からざるの事を為す者は、答三十、

事理重き者は、杖七十。

これは新律綱領の定めである。律令に該当する定めがないとしても、人情と道理において為すべきでないことをした者は笞30、人情と道理に反し重大なものについては杖70とするというものである。

不応為罪の起源は唐律にあり（「なすをうべからざるしかしてこれをなすもの不応得為 而 しりおもきもの為之者 笞四十，事理重者杖八十」），わが国の養老律がこれを取り入れ同じ定めを置いていた。仮刑律はこれを継承し「凡，法令正条無しといへ共，為すべからざる事を為すものは笞四十，事重きものは笞八十」と定めていた。新律綱領の規定もほぼ同じであり，改定律例は2人以上で不応為をした者は，主従を区別し主犯が懲役30日に当たれば従犯は懲役20日，主犯が懲役70日に当たれば従犯は懲役60日を科すとし，主従を区別したうえで笞を懲役に改めている。

不応為は，断罪に弾力性をもたせたものといわれる<sup>12)</sup>が，恣意的処罰に陥る危険性があり罪刑法定主義に反するものであるから，今日では認められる考えではない。

#### (ウ) 断罪依新頒律

凡律は，はんこう頒降の日より始とす。若し所犯，はんこう頒降已前に在る者も，並に新律に依て擬断し，旧律を援引することを得ず。

これは新律綱領の定めである。

新律綱領を頒布する以前に生じた犯罪についても，新律綱領(重軽を問わず)を遡って適用するとしている。遡及処罰主義である。

ただ，裁判で刑が定まり執行が始まっているものについては，明治5(1872)年6月10日の「新律以前流以下処置方の事」(太政官布告第173号)で，次のように処置すべきこととしている。

- 第一 新律より軽に処し有之分は，かるき如 これあるぶん舊 きゆうのごとく可措置事
- 第二 新律より重に処し有之分は，ひきおすべきこと新律に可引直事
- 第三 新律に照すときは年限，已に過るものは，ほうめんいたすべきこと直に放免可致事

12) 布施 (1964) 24頁

これをみると、裁判で刑が定まり執行が始まっているものについては、原律の方が新律より軽い場合は原律をそのまま適用し、原律が新律より重い場合は軽い新律を適用し、新律に照らすと既に刑期が終了している者については直ちに放免すべきであるとしている。

なお、改定律例の断罪依新頒律条例は、

凡<sup>おおよそ</sup>例も、亦頒降<sup>はんこう</sup>の日より始と為すと雖も、若し事犯頒例<sup>はんれい</sup>以前に在て原律罪名<sup>はんれい</sup>軽き者は、仍ほ原律に依て定擬す。

と定めている。例とは改定律例のことであり、原律というのは新律綱領のことである。改定律例を頒布する以前の犯罪について、原律（新律綱領）が軽い場合は原律によるとした。したがって、先の新律綱領では刑の軽重を問わず一律に遡って適用するとしていたが、改定律例の断罪依新頒律条例では、原律（新律綱領）の方が軽い場合は溯らないで原律によるとして一部改正している。

新律綱領から改定律例へと漸進的な進展はみられるが、両律は相互補完的な関係にあり併せて適用された。例えば、恐喝や詐欺、逮捕監禁致死傷などの犯罪については、新律綱領に定めがあって改定律例に定めがないので新律綱領が適用され、犯姦条例のように新律綱領に定めがなく改定律例で定められているものについては改定律例が適用され、強盗や弓銃殺傷人など新律綱領の定めを改定律例で改正しているものについては改定律例が適用されるという具合であった。両律は、次の近代的刑法典である刑法（いわゆる「旧刑法」）が制定されるまで適用された。

## ⑤ 旧刑法の制定

### (ア) 制定の経緯

明治5（1872）年4月、江藤新平が司法卿に就任して以来、箕作麟祥を中心にフランス法典の翻訳が進み、ブスケやポアソナードなどが来日するに及んでフランス法の研究は一層進んだ。フランス刑法は、明瞭・妥当・寛大で諸外国が模範とする中、わが国もその一般原則を採用し適用するうえで大いに借用すべきところがあり<sup>3)</sup>、また、不平等条約を改正し治外法権を撤廃するためには

ヨーロッパで最も進んだフランス刑法を模範にするのが得策という判断もあった。江藤が下野した後は、大木喬任司法卿のもとでポアソナードを中心に名村泰蔵・鶴田皓・山田顕義らが委員となり刑法典編纂事業が進められた。そして、明治13(1880)年7月17日、フランス刑法を範とする近代的な刑法典が制定されるに至った。これがいわゆる「旧刑法」(太政官布告第36号)である。これによって律令刑法からヨーロッパ法系の近代刑法へと転換することになった。

#### (イ) 旧刑法の特徴

旧刑法の最大の特徴は、フランス刑法の思想である人民の人権を保障することを基本とする「罪刑法定主義」を定めたことである。

第二條 法律に正條なき者は、何等の所為と雖も之を罰することを得ず。

第三條 法律は頒布以前に係る犯罪に及ぼすことを得ず。若し所犯頒布以前に在て未だ判決を経ざる者は、新旧の法を比照し、軽きに從て処断す。

このように刑罰権の発動を法律によって制約するという人権保障の観点からなる「罪刑法定主義」を取り入れるとともに、刑罰法規不遡及の原則を明らかにしてこれを補強している。新律綱領・改定律例が認めていた援引比附(類推解釈)は罪刑法定主義に反するものであるから、旧刑法は認めていない。また、士族・官吏などを特別扱いする閏刑はこれを廃止した。こうして律令系の身分刑法と決別したのである。

#### (2) 刑事手続法

##### ① 獄庭規則

明治時代に入って、最初に刑事手続法を制定したのは、明治3(1870)年5月25日の「獄庭規則」(刑部省定第369)である。本文13則からなる。これは、糺問の際は有位者・士族・庶人らの席が混雑しないように取扱うべきであるとして身分により区別を設けていること、罪人を最初に吟味するときは判事

が出席すること、判事以上が出席し吟味の際は事件係の解剖（下級の裁判官）並びに史生（書記官）両人は白洲に詰めるべきこと、大獄難獄事件は卿・輔が出席すること、下札の際は解剖が鞫問し（罪を調べて問い質し）史生が聞き書きし時宜により丞が出席すること、拷問は判事以上が協議して取計らうべきこと、吟味済みの口書（供述調書）は書判、爪印実印すべきこと、刑名宣告は判事が読み聞かせてなすべきことなど、大体において江戸時代の糺問主義的刑事裁判の手續を踏襲していた。

## ② 司法職務定制

明治5（1872）年8月3日制定の「司法職務定制」は、初めて検事の職制を認めた。刑事裁判の審理手續は、初席・未決中・口書読み聞かせ・落着の四節に分け（第52條第3）、初席及び落着の言渡は事件の輕重を問わず必ず判事がなす（同條第6）こと、犯人未決中は事件の輕重にしたがい省中の監倉に留めおく（同條第13）こと、犯罪の蹤跡すでに瞭然であるのに犯人が白状しないときは判事が鞫問し、なお白状しなければこれを拷問する（第52條第12）こと、解剖は犯人の供述を聞き取って口書案を作り判事の正しを受けて浄写し、本書は検事の検印を得て口書録に編む（同條第10）ことなどを定めていた。

## ③ 断獄則例

司法省は、明治6（1873）年2月24日、「断獄則例」（司法省達第22号）を制定した。本文26則からなる。断獄則例は、新聞発行人・戸長の傍聴を認め（第5則）、法廷における身分的差別を廃止する（第10則）など新しい思想を取り入れる一方で、訊杖と算盤責めの拷問による自白の強要を認める古い思想もまた混在する過渡的刑事手續法の性格をもっていた。

断獄については慎重にすべきで輕率にしてはならないから、細事件といえども判事が必ず反復推問して結案をすべきである（第1則）とし、その誤りなきを期するため会同の員を設け判事1名、検事1名、解剖1名とし、判事が専ら推問し解剖が口供を記録し検事が傍らにいて検査する（第2則）こと、推問は判事の専把するところであるが、他の案件あり毎次出席することができないと



きは、初席の推問をした後解部に委せて究訊させる（第3則）こと、この場合は他の解部を副とし検事を含めて会同し委任を受けた解部が専ら推問し副は口供を記録し（第7則）、その罪案は判事に提出する（第8則）こと、判事はこれを検事に示し再び白洲において犯人に問い口供に照らして覆審し間違いのないことを確かめ解部に罪案を読み聞かせて拇印をさせる（第6則）ことなど、刑事裁判の手續について詳細に定めていた。

さらに、法廷における判事・検事・解部の着席する場所は、正面の上部に判事が座り、検事は判事の右斜めに面し、解部は中階にいて、各前には卓を置き椅子に座り、被告人は柵欄の下に立たせ傍に干證がおり、被告人の後ろに里老・保長が控える（第6則）ことにし、図解してこれに従うよう定めている。

明治5（1872）年10月10日、司法省達第25号により「白州上取扱い振りに於て尊卑の分界を相立て来り候処、自今人民一般の公義に基づき従前の分界を廃し、官員華士族平民に至るまで同様たるべき事」とされたため、被告人は勅奏官<sup>14</sup>・華士族・僧侶・平民の別なく、同じように柵欄の下に立たされる（第10則）ことになった。

断獄則例は、拷問を認めており、訊杖（杖を用いての尋問）で自供しない者には算盤を使用（第15・第16則）して自白を求め、算盤の上に座らせて石板を膝の上に措き累加は三板までとする（第17則）と定めていた。実際は三板が五板になることも少なくなかった。

「凡罪を断ずるは口供結案による」（改定律例第318條）という自白中心主義が行われていたから、自白しない者についてはその自白を得るために拷問が行われていたのである。明治3年の獄庭規則、明治5年の司法職務定制、明治6年の断獄則例においても、刑事手續上公然と拷問を行うことを認めていた。

政府の招聘を受けて明治6年9月来日したボアソナードは、のちに述べるように明治8年4月、東京上等裁判所で行われていた拷問の現場を目撃して

---

14) 官吏は、勅任官（1等～3等）・奏任官（4等～7等）は華族相当扱い、判任官は士族扱いであった。

ショックを受け、拷問廃止意見書を司法卿に出すに至った。

#### ④ 判事職制通則・糺問判事職務仮規則

政府は、明治8(1875)年5月24日、「判事職制通則」を制定した(太政官布告第91号)。これは、重罪及び繁難な事件は裁判官が書記を伴って下調べをなし罪案ができてはじめて公廷に付するとしたのである。そして、下調べをした裁判官はその裁判には関与しない(第8條)とした。

明治9(1876)年4月24日、「糺問判事職務仮規則」(司法省達第47号)を制定し、各裁判所に下調べのために糺問判事を置く(第1條)と定めた。糺問判事は、検事から罪犯の文書証憑を受け取ったときは、必ず速やかに糺問を行う(第4条)。そして、糺問を終り被疑者が違警罪にとどまり、或いは無罪の見込みがあるときは、検事に通知し以後これを警察官吏に移し、或いはこれを放免すべし(第17条)とした。

なお、糺問判事制度に関連して、司法省は検事・司法警察官の職務につき「司法警察仮規則」(司法省達第48号)を制定した。

この糺問判事による下調べの制度は、フランス革命の反動時代の糺問主義を取り入れたもので<sup>15)</sup>自由主義的見地からみると問題のある制度であった。

#### 【糺問主義から訴追主義へ】

検事の職制は、明治5(1872)年8月の「司法職務定制」で初めて認められたのであるが、検事は判事のすぐ横にあって刑事裁判の監督をするなどフランスの検事に倣い広範な権限をもっていた。その後検事の権限は縮小されたが、明治11(1878)年6月10日、刑事事件は検事の公訴の提起によるとの司法省達丙第4号を出した。

自今訟廷内の犯罪及び審問より発覚する本件附帯の犯罪を除くの外は、総て検事の公訴に因り処断する義と可相心得この旨相達候事。

これによって刑事裁判は「訴追主義」によることになったのである<sup>16)</sup>

15) 石井編(1980)443頁

16) 石井編(1964)311頁

**【保釈制度】**

政府は、明治10(1877)年2月9日、「保釈条例」を制定した。保証人を立て保釈金を納めることで刑事被告人の保釈を認めたものである。狭い部屋に多数の被告人を勾留していたため看守の隙を見て脱け出す者が少なくなく、警備に費用がかかるというのが保釈を認めた理由であるが、フランスの制度に倣ったともいわれている<sup>17)</sup>。近代的な意味での未決勾留中の保釈の制度は、この保釈条例から始まっている。

**⑤ 治罪法**

司法省において明治9(1876)年ころから新しい刑事手続法の編纂が始まっていたが、明治13(1880)年7月17日、ポアソナードの起草に成る「治罪法」(太政官布告第37号)が制定された。これは、わが国最初の重要な近代的刑事訴訟法典である。この治罪法は明治15(1882)年1月1日より施行されたが、同時に施行された刑法(いわゆる「旧刑法」)とともに、明治時代の法制が第2期に入ったことを示す象徴的な法典であった。治罪法は、フランス治罪法を中心にドイツ・オーストリア法等を参考にして編纂され<sup>18)</sup>、第1編総則、第2編刑事裁判所の構成及び権限、第3編犯罪の捜査、起訴及び予審<sup>19)</sup>、第4編公判、第5編大審院の職務、第6編裁判執行、復権及び特赦からなる体系的編成になっている。

**【糺問主義から弾劾主義へ】**

治罪法が制定される前の時代においては、判事・解部は、被告人に向かい検察・警察を兼ねて追及する「糺問主義」がとられ、被告人の立場を弁護する者は想定されていなかった。

検事と被告人が法廷で対審として争い、弱い立場にある被告人を弁護する者を付けることにより両者を対等にし、判事が中立の立場で判断するところに「弾

17) 石井編(1964)311頁

18) 石井編(1980)436頁

19) 治罪法においても予審判事による下調べを認めており、これは自由主義的見地からは克服されなければならない課題であった。

効主義」が成立する。裁判の公正さを確保するものとして弾劾主義が優れていることはいうまでもないが、これは律令系の刑事手続の中からは生まれなかった。

フランス治罪法を範として編纂された「治罪法」が「弾劾主義」を取り入れたことで、代言人による弁護が初めて認められることになった。

治罪法第二百六十六條

被告人は、弁論の爲め弁護人を用ふることを得。弁護人は、裁判所所属の代言人中より之を選任す可し。

このように治罪法は、被告人が自分のために弁護人を選任できることを認めたのである。これはわが国の刑事裁判史上画期的なことであった。

## 2 刑事の法規範

### (1) 仮刑律

「仮刑律」の篇目は、名例・賊盜・鬪毆・人命・訴訟・捕亡・犯姦・受贓・詐偽・断獄・婚姻・雑犯の12律から成っている。その内容を幾つか抜粋して検討してみたい。

#### ① 鬪毆律

仮刑律には、暴行罪や傷害罪にあたる「鬪毆」の定めがある。

加害者の暴行の手段や被害者の傷害の有無・程度・態様により、笞20から笞100まで細かい段階的刑罰を定めており、さらに傷害の結果が重い場合には、笞刑と徒刑の組み合わせ、笞刑と遠流加役の組み合わせで処罰するとしている。

「鬪毆」の定めは、次のとおりである。

#### 鬪毆

凡、手足を以て人を毆踏、傷を不成ものは笞二十。傷を成及び他物を以て毆傷を不成は笞三十。傷を成は笞四十。髪を抜事方一寸以上は笞五十。若

打毆 甚敷 即時昏絶に及は答六十。若血耳目中より出及内損血を吐、且穢物を以顔面を汚し及九 窮内に灌入するものは答八十。一指・一齒を折、一目を眇し、若は骨を破り傷け、耳鼻を破り裂き、及刃傷、且湯火銅鉄汁を以人を爛すは答百。二指・二齒以上を折、刃傷重く、湯火銅鉄汁傷甚敷は答六十徒一年。肋骨を折、両目を眇し、胎を墮し、刃傷によって人を残疾に成すもの答八十徒二年。手足之内一つ且腰頂を折、一目を瞎し、都て人を廢疾に至らす類 答百徒三年。手足之内二を折、二目を瞎し、都て人を篤疾に至らしめ、若人之舌を断、人之陰陽を毀敗するもの、答百遠流加役三年。

九 窮内とは目・耳・口・鼻などのことであり、残疾になすとは軽度の身体障害にすること、「瞎する」とは失明させること、「都て人を廢疾に至らす」とは中程度の身体障害にすること、「篤疾」とは重度の身体障害にすることである。

このように鬪毆により人に傷を負わせた場合は、被害者の傷害の軽重に応じて答20から答100遠流加役3年に至るまで、11の段階的な刑罰を定めている。

## ② 人命律

人命律の中に、「妖術毒薬による殺人」の罪の定めが置いてある。

明治時代に入っても、まだ妖術による殺人が行われ得ると信じられていたことが分かる。毒薬による殺人と同じ扱いをしている。

### 妖術毒殺

妖術・毒薬を用ひ人を殺すものは、各謀殺を以論。若唯人をして、疾苦せしめ人を殺すの情無之者は、謀殺条二等を減ず。子・孫之祖父母・父母、妻妾之夫之祖父母・父母における、右之仕方有之者は減ぜず。

若人之毒殺せんと欲するによって、為に薬を買ひ及ひ和合 与之もの

は、謀殺加功を以論。商戸情を知り毒薬を売<sup>うる</sup>ものは本人と同罪、死に至<sup>り</sup>ては一等を減ず。知らざる者は座せず。若商戸利を貪り容易人に毒薬を売<sup>うり</sup>、因人命を成す事をいたす者答五十。

江戸時代から妖術を用いて人を殺すと信じられていたものに「丑の刻参り」がある。これは、憎いと思う者を呪い殺すために、丑の刻（午前2時頃）に神社や寺に参り、白衣をまとい髪を乱し櫛をくわえ額に五徳を乗せ3本の蠟燭の火を灯し、胸に鏡をさげ手に金槌と5寸釘を持ち、恨みを含む者をかたどった藁人形を鳥居や神木に打ち込むもので、7日目満願の日に呪われた人は死ぬと信じられていた<sup>20)</sup>

現代の刑法学では、「丑の刻参り」は迷信であり、その行為の性質上意図したとおりの殺人の結果を実現することは明らかに不可能な行為、すなわち、殺人罪の構成要件該当性のない不能犯とされているのであるが、明治の初期は、まだこのように妖術による殺人を行い得ると信じられていたのである。

妖術による殺人は、謀殺を以て論ずる、すなわち、人を殺す意思を以て首唱した者は斬、従として加功した者は刎首であった。ただ人に苦痛を与え、人を殺す情のない者は、謀殺2等を減ずるが、子・孫が祖父母・父母、妻妾が夫の祖父母・父母にした者は減刑しないとしている。

人を毒殺しようと欲し薬を買い及び薬の調合に組みした者は、謀殺加功を以て論じる。商戸（商人のこと）が情を知って毒薬を売る者は本人と同罪、死亡させたときは1等を減刑する。知らなかった者は本人に連座しない。商戸が利を貪り容易<sup>たやす</sup>く人に毒薬を売り人命律に関する犯罪を引き起こした者は答50に処すというものであった。

人命律に関するその他の犯罪として、謀殺（計画的な殺人の既遂・未遂罪）、祖父母父母謀殺（尊属殺）、親族殺、主殺並びに主奉公人殺、殺姦（凡、妻妾、人と

20) 神坂（1985）174頁

姦通し、本夫因つて姦夫・姦婦を殺す者無論。若し姦夫迄を殺さば、姦婦は姦犯条によつて罪を断ず、一家三人及び惨毒人殺、盜賊殺（凡、強盜（犯）人を殺す者無論。若し既に拘執に就已上、擅に殺せるもの答百。）、鬪毆及び故らに人殺、他物毒虫を以て故に人を傷る、車馬馳驟人を傷る、戲誤過失殺傷、人を威逼して致死、人命内濟（「尊属を殺された者が官に告げず讐を忘れ内済いたす者答六十徒一年」）など、驚くほど詳細に定めている。

### ③ 雑犯律

仮刑律の雑犯律の中に、「放火」の定めがある。

#### 放火

凡、故らに火を放て人之房屋を焼もの焚殺。若未不燃揚及び放火之情軽きものは各斬。

火を付けた者は火焙りにするというもので、同害報復の思想が表れている。燃え上がらずおよび放火の情が軽い者については斬首とする。放火は近隣の木造家屋に燃え広がり死者が出るなど甚大な被害を出す可能性が高いから、死を以て償うしかないという厳しい刑罰を科したものと考えられる。

### (2) 新律綱領

政府は、明治3（1870）年12月20日、「新律綱領」（太政官布告第944）を制定した。これは、明律・清律を基本として、日本の古代法典である大宝律・養老律や江戸時代の御定書百箇条などを参考に編纂したもので、仮刑律と類似の内容をもつ律令系の刑法典である。

新律綱領の篇目は、名例律（総則）・職制律（官吏職の罪）・戸婚律（田宅の二重売買等）・賊盜律（窃盜・強盜）・人命律（殺人）・鬪毆律（暴行傷害）・罵詈律（家長を罵る罪）・訴訟律（誣告）・受贓律（贈収賄）・詐偽律（文書偽造）・犯姦律（強姦）・雑犯律（雑則）・捕亡律（逃走）・断獄律（官吏の暴行陵虐）の

14 律から成っている。刑罰は、笞・杖・徒・流・死の五刑である。

仮刑律には八虐の罪があったが、新律綱領では姿を消した。謀反・謀大逆・謀叛の罪も削除されている。これはなぜであろうか。

穂積陳重『法窓夜話』は、参議副島種臣が削除を命じたからだという。草案ができたころ、漢学に造詣の深い副島がこれを閲読し、賊盜律の中に謀反・謀大逆の条があるのを発見して忽ち慨然大喝して、

本邦の如き、国体万国に卓越し、皇統連綿として古來かつて社稷を覬覦したる者なき国においては、かくの如き不祥の条規は全然不必要である。速に削除せよ。

と命じた。そこで委員はこれらに関する条規を悉く削除した<sup>21)</sup>。このため、明治6年に制定された「改定律例」にも、やはりこれら謀反・謀大逆の罪に関する規定は置かれなかった。

仮刑律は廃止され、新律綱領・改定律例から謀反・謀大逆・謀叛の罪が削除された後に、佐賀の乱や西南戦争が起きた。これらの乱を起こした者の処罰をどうするかが後で問題となった。

新律綱領が編纂された当時の委員はみな漢学者で、唐律・明律・清律・大宝律・養老律などをもとに立案したのであったが、副島は明治2(1869)年4月当時、既に箕作麟祥にフランス刑法典の翻訳を命じており、東西の法律に通じていたから、これを編纂局に持参し、支那律に倣い一つの罪に対して一定不動の刑を定めることの不当性を論じ、刑罰に軽重長短の範囲を設けるべきであると主張した。しかし、この論はその当時極端な急進説として新律綱領・改定律例には採用されなかった。ところが、明治13(1880)年の旧刑法ではフランス刑法をモデルにしたから副島のいう刑罰論に沿うものとなった<sup>22)</sup>

新律綱領は、士族や官吏に対する閏刑を定める身分刑法であり、不平等な扱いをしていた。例えば、庶人の死刑に対して士族では自裁、庶人の流罪は士族では<sup>へんじゅう</sup>辺戍、庶人の徒刑は士族では禁錮、庶人の杖刑は士族では閉門、庶人の笞

21) 穂積陳重(1980)42-43頁

22) 穂積陳重(1980)50-51頁



刑は士族では謹慎である。官吏が私罪を行った場合、庶人の流罪は官吏では刃戌、庶人の徒刑は官吏では免職、庶人の杖刑は官吏では官1等降下、庶人の笞刑は官吏では謹慎である。官吏が公罪を行った場合の刑はさらに寛大で、庶人の徒刑2年以上は官吏では官2等降下、徒刑1年以上は官1等降下、杖刑は閉門（杖60は閉門30日で杖が10増えるごとに閉門が5日増え、杖100は閉門50日）、笞刑は謹慎（笞10は謹慎5日で笞が10増えるごとに謹慎が5日増え、笞50日は謹慎25日）で済んだのである。

新律綱領にも、仮刑律と同様の「鬪毆律」が定めてある。

内容は類似しているが、仮刑律では笞10～笞100であったものが、新律綱領では笞10～笞50、杖60～杖100に変わっている。例えば、仮刑律では、加害者の暴行により被害者が耳目より出血及び内部損傷により血を吐いた場合は笞80であったが、新律綱領では杖80となっている。笞より杖の方が重い刑である。また、仮刑律では、穢物で顔面を汚し目・耳・口などに浸入させた場合は笞80となっていたが、新律綱領では杖100となり、重く処罰されることになっている。他方、仮刑律で笞叩きのうえ徒刑1年というのは、新律綱領では単純に徒1年となった。徒2年、徒3年も笞叩きはなくなっている。また、仮刑律の笞100遠流加役3年という刑は、新律綱領では単純に流3等とするとともに、加害者に金20両を支払わせて償わせることにしている。一部重くなっているものもあるが、総じて寛刑化の方針を受けて刑が軽くなっている。

次に、新律綱領の人命律のうち「謀殺」に関する規定をみると、次のようになっている。

共謀して人を殺した（殺人既遂）場合、首謀者は斬首、謀議に従として参加し加功した者は絞首、加功しなかった者は流3等。人に傷害を負わせ死亡しなかった（殺人未遂）場合、首謀者は絞首、謀議に従として参加し加功した者は流3等、加功しなかった者は徒3年である。もし、殺人を共謀して予備行為をしたが、未だ人に傷を負わせなかった場合は、首謀者は徒3年、従たる者は杖100。首謀者は自ら行わなかったとしても、なお首謀者として論ずるとされて

いる。謀議に従として参加したが予備行為も行わなかった者は、予備行為をしたが実行しなかった者の1等を減ずる。これらの際に財物を取得したものは、強盗と同様に主従の区別なく罪を論ずると定めている。共謀した者のうち首謀者以外の謀議に従として参加した者は、加功の有無により処罰に差を設けている。

#### ① 人命律

次の規定は、人命律のうち「鬪殴故殺」に関するものである。

##### 鬪殴及故殺

凡鬪殴して人を殺す者は、手足他物金刃を問はず、並に絞。故殺する者は、斬。若し同く謀り、共に人を殴ち、因て死に致すに、手を下し、致命傷を為す者は、絞。原謀者は、共に殴と否を問はず、流三等。余人は手を下すと雖も、致命傷を為さざる者は、杖九十。

鬪殴して人を殺した者は、手足・他物・金刃など手段の如何を問わず絞首。故殺した者は斬首。同じく鬪殴を謀ってともに人を殴り、それによって死亡させた場合、手を下して致命傷を負わせた者は絞首。原謀者（発意者）はともに殴ったか否かを問わず流3等である。その余の者は、手を下したとしても致死傷をなさなかった者は、杖90とする。

新律綱領施行後、部分的な改正が行われ、明治5（1872）年4月の「懲役法」（太政官布告第113号）は、以後、笞罪に当たる行為をした者は、笞10に当たる場合は懲役10日とし、笞20は懲役20日というように笞10増えるごとに懲役が10日増え、笞50は懲役50日と変更している。

杖罪に当たる行為をした者については、杖60から始まるが、杖60に当たる場合は懲役60日、杖80は懲役80日というように杖10増えるごとに懲役が10日増え、杖100は懲役100日になる。このように笞・杖の刑を懲役刑に換刑することにした。

徒刑は懲役であり、流罪についても徒刑をもって代用することにしたので、結局、新律綱領が施行された後半の刑罰は、懲役刑と死刑の2つの刑罰体系になったことが注目される。

それではなぜこのような懲役刑との換刑を認めたかであるが、笞刑は罪人を懲らしめるには足りず、杖刑は懲らしめるには十分ではあるが苦痛が多く体質の弱い者や持病者は杖で打たれてその後病状が悪化することが多く、流刑も厳しすぎる割に更生の道が閉ざされる弊があるので、笞杖流刑を懲役刑に変えることによって、労役すれば身体壮健となり、懲戒と悔悟更生の道をあわせ講ずることができると考えたからである<sup>23)</sup>

② 人命律の中に、「<sup>えんみ</sup>魘魅人」の定めがある。

新律綱領が制定された明治3(1870)年12月当時は、まだ呪術による殺人が可能と信じられていた。

仮刑律では妖術・毒薬殺として規定されていたのであるが、新律綱領では、魘魅人と毒薬殺を分離し、それぞれ単独規定としている。

#### 魘魅人

凡魘魅を行ひ、符書を造り、呪詛して、人を殺さんと欲する者は、各謀殺を以て論ず。止だ人を疾苦せしめんと欲する者は、謀殺已行未傷に二等を減ず。

人を呪い殺そうとして呪術を用い、呪文を書いた文書を作り、人を殺そうとする者は、謀殺律と同じ処罰をする。ただ人を病気にして苦しませようとした者は、謀殺行為を行ったが傷を負わせなかった場合の刑(首謀者は徒3年、従たる者は杖100)に2等を減じるとしている。

毒殺については、別に「毒薬殺人」として定めている。

23) 石井編(1980)281頁

### 毒薬殺人

凡毒薬を用ひて人を殺し、及び薬して死せざる者は、各謀殺律に依て論ず。買て未だ用ひざる者は、徒二年半。情を知て毒薬を売る者は、同罪。罪、流三等に止る。知らざるものは、座せず。

毒薬を用いて人を殺した者および、毒薬を用いて死ななかつた者については、謀殺律と同じ処罰をする。毒薬を買ったがまだ用いなかった者は、徒二年半。事情を知って毒薬を売った者は同罪。罪は流3等にとどまる。事情を知らない者は連座しない。

人命律には、さらに、謀殺本属長官（一般人・軍人・官吏の目上の官吏に対する謀殺）、謀殺祖父母父母（祖父母・父母等に対する謀殺）、謀殺家長（奴婢・雇人の家長に対する謀殺）、殺死姦夫（本夫による姦夫・姦婦の殺傷）、一家三人以上殺人、屏去服食（衣食を取り上げ、耳鼻孔へ異物挿入、毒虫等による傷害・傷害致死）、戯殺傷人（拳闘など力比べの際に人を殺傷）、誤殺傍人、詐称殺人（深い川を浅い川と詐称して溺死）、過失殺傷人、殴死有罪妻妾（妻妾が夫の祖父母父母を殴罵したことを原因として夫が妻妾を殺害）、殺奴婢（家長の奴婢雇人殺傷）、将屍凶頼（人の死を無実の者がしたといひ罪をなすりつける行為）、弓銃殺傷人（弓銃を放ち人を死傷）、車馬殺傷人（市街で車馬を走らせ人を殺傷）、庸医殺傷人（藪医者薬を用い誤って人を死傷）、威逼致死（人を威迫して自死させた）、瘋癲殺人（瘋癲が人を殺した）、謀同死（姦夫姦夫の心中で生残り処罰）、私和人命（犯罪を官に知らせず内済する行為）、移地界内死屍（自己占有地内の死骸を官に知らせず他地に移し埋葬する行為）、同行知有謀害（同伴人が人を害しようとしているのを知りながらそれを阻止しなかった）など多数の犯罪類型に分け、梟・絞・斬・流・徒などの厳しい刑罰を科している。

その他の犯罪として職制律・戸婚律・賊盜律・詐偽律・罵詈律・訴訟律・受贓律、詐欺律・犯姦律・雜犯律・捕亡律・断獄律の定めがあり、それぞれについて詳しい犯罪類型に分け、これに対する刑罰を定めているのが特徴である。

## ③ 雑犯律

新律綱領の「放火」は、雑犯律の中に定めを置いている。

## 放火

凡火を放て、故さらに公廨・倉庫及び民舎を焼く者は、皆斬。未だ焼燬に至らざる者は、流三等。

放火して公廨（役所）・倉庫・民舎を焼燬した者はみな斬首。放火したが焼燬するに至らず未遂に終わった者は、流3等である。仮刑律では既遂は焚刑、未遂でも斬首であったから、それに比べれば新律綱領の刑はやや軽くなっているといえよう。

## (3) 改定律例

政府は、明治6(1873)年6月13日、「改定律例」(太政官布告第206号)を制定した。これは、明治4年に発足した司法省が、江藤司法卿のもとでフランス諸法典の翻訳研究をしていたので、フランス刑法をも参酌し懲役刑を取り入れるなど新律綱領を改定補充したものである。律令刑法でありながら、フランス刑法の影響が見られるのが特徴である。それは、条文を付ける方式を新しく採用していること、刑罰としての笞・杖・徒・流・死の五刑のうち、笞・杖・徒・流を廃止し、いずれも懲役刑としたことである。

改定律例の構成は、名例律、職制律、戸婚律、賊盜律、人命律、鬪毆律、罵詈律、訴訟律、受贓律、詐欺律、犯姦律、雑犯律、捕亡律、断獄律からなっている。

改定律例もまた身分刑法であることには変わりはないが、士族の閏刑については禁錮だけとなった。官吏の閏刑についても、平民と同じ私罪を行った場合、懲役100日以下の刑に当たるものは官吏では贖(罰金)、懲役1年以上の刑は官吏では禁錮となった。

この改定律例は、旧刑法が明治15(1882)年1月1日施行されるまで、新律綱領とともに併用されたのである。

① 強盜律

次の定めは、改定律例における「強盜律」である。

改正強盜律

第二百二十七條

凡強盜、凶器を持せず、威力を以て人を劫し、財を得ざる者は、皆懲役二年。財を得る者は、贓を分かつと雖も、贓を併せ、首従を分たず罪を科す。人を殺す者は、皆斬。人を傷する者は皆絞。其殺傷に与らざる者は、止だ盜罪を科す。

其凶器を持する者は、財を得ずと雖も、首は絞。従は懲役終身。財を得る者は、皆斬。其財を得ずと雖も、人を殺傷する者亦同じ。

其藥酒等を以て、人を酔迷せしめ、財を凶る者は、不持凶器を以て論ず。若し盜に因て姦する者は、成否を論ぜず絞。

強盜は、凶器をもたず財物を取らなかったとしても、みな懲役2年に処す。財物を強取した場合は、贓物の取得と併せ、主従を問わず罪を科す。強盜犯が人を殺した場合は、強盜殺人としてみな斬首。強盜犯が人を傷つけた場合は、強盜傷人としてみな絞首。その殺傷には組みしなかった者は、ただ盜罪を科すとされた。

凶器を持つ者は財物を取らなかったとしても、首謀者は絞首であり、従たる者は懲役終身である。財を得た者はみな斬首。財物を得なくても人を傷つけた者はまた同じとされている。凶器を持っていた場合は、重く処罰することになっている。強盜の機会に人を殺傷する危険が高いからである。

藥酒などを用いて人を酔迷させ財物を取った場合は昏睡強盜であるが、凶器を持たない強盜をもって論じるとされている。もし、強盜が姦淫した場合は強

盗強姦であるが、罪質が重くなりその成否を論じないで絞首に処するとしている。

## ② 雑犯律

次のものは、改定律例における「放火條」である。

### 放火條例

#### 第二百七十八條

凡火を放て、人の空間房屋及び田場積聚せきしゆうの物を焼く者は、懲役十年。  
未だ焼毀に至らざる者は、懲役三年。

#### 第二百七十九條

凡火を放て、故ことさらに自己の房屋を焼く者は、懲役九十日。未だ焼毀に至らざる者は、一等を減ず。若し期せずして公廨・倉庫及び民舎を延焼する者は、懲役二年半。因て財を盗む者は、懲役終身。

#### 第二百八十條

凡火を放て、人の空間房屋を焼き、期せずして人の宅舎に延焼する者は、懲役十年。

#### 第二百八十一條

凡火を放て、人の宅舎を焼き、未だ焼毀に至らざる者、律に照し、懲役十年にする外、若し雇人等、家長の督責とくせきに苛迫し、一時脱身を図り、纒わすかに火を放ち未だ焼毀に至らざる者は、情を量はかりて三等を減じ、懲役三年。

新律綱領では、放火して公廨(役所)・倉庫・民舎を焼燬した者はみな斬首、放火したが焼燬するに至らず未遂に終わった者は、流3等という1箇条の定めしかなかったのであるが、改定律令では放火の対象を、他人の家屋か、自己の家屋かを区別し、また、既遂か未遂か、他に延焼したか否かなどにより、懲役90日から懲役終身に至るまで段階的に刑罰を分けている。新律綱領の規定の不十分なものを補う形で、放火の種類と刑罰を分けたのであろう。

それから、新律綱領では、闘毆して人を殺した者は絞首となっていた（人命律の中の闘毆及故殺律）が、改定律例では、絞首が懲役終身に改められている（闘毆及故殺條例）。

このように放火罪にしても、闘毆・故殺罪にしても、改定律例では条文を細分化しそれぞれに応じた刑を定めている。また、新律綱領には徒刑という文言があったが、改定律例ではそれは姿を消し、代って懲役刑という文言が現れ、懲役10年というように刑期のあるもののほか、懲役終身という刑を認めるようになった。

謀反・謀大逆・謀叛の規定は、新律綱領にも改定律例にも存在しなかったが、その後、佐賀の乱が勃発し、岩倉具視襲撃事件が起きた。これらの事件では法の適用はどのようになされたのかみてみよう。

### 【佐賀の乱】

明治6（1873）年10月、征韓論争で欧米使節帰国組に敗れた西郷・板垣・後藤・副島・江藤は一斉に参議を辞任した。江藤は副島を東京に残して故郷の佐賀に帰った。佐賀県では、以前から不平士族が征韓党と憂国党を組織し不穏な情勢であった。江藤は、征韓党の首領に仰がれた。憂国党は、元秋田県権令よしたけ島義勇を首領に仰いだ。武力鎮圧を目的として鎮台兵を率いた新佐賀県権令岩村高俊が着任するや、江藤の征韓党と島の憂国党は手を結び、明治7（1874）年2月15日、反乱軍約1万2,000人で蜂起し県庁を襲撃した。これが不平士族の反乱の始まり「佐賀の乱」である。

緒戦は反乱軍に有利に展開したが、期待していた鹿児島や高知の不平士族の呼応蜂起がなく、政府から全権委任状を取り付け自ら望んで鎮圧に乗り出した治安重視の国家観をもつ内務卿大久保利通の指揮下に、各県から派遣された重火器に勝る鎮台兵によって、同年3月1日、鎮圧された。

江藤は、再挙を期して鹿児島から高知に逃れたが、同月28日、高知の甲浦かんのうらで逮捕された。憂国党の島も逃亡したが、江藤よりも早く、同月7日、鹿児島で逮捕された。



両党の首領を逮捕して間もない同年4月5日、臨時裁判所が佐賀県に設置された。派遣されてきたのは、裁判長権大判事河野敏鎌・大解剖山崎万幹・権大解剖増田穂風・大検事岸良兼養であった<sup>24)</sup>

裁判長の河野敏鎌、大検事の岸良兼養は、司法省で江藤が司法卿をしていたときの部下で、河野は司法少丞、岸良は権中判事であった<sup>25)</sup>

河野は、内務卿大久保から事前に断罪につき諮問を受け、明治7(1874)年3月14日、大久保に対し、律例に反逆の定めがなく、新律には凶徒聚衆条があるが比附援引すべきではない。清律には謀反・大逆の規定があるが国体が異なるので、この律を引用することもできない。

依って彼此の権衡、且つ方今の情勢を斟酌量定仕り、首は梟、従は三等に分ち、その重き者は斬、その軽き者は懲役終身、尤も軽きもの懲役十年、そのただ附和随道する者は懲役百日(士族は除族に止む)御処断相成候ては如何御座候哉。

と意見を提出した<sup>26)</sup>河野の意見書は、佐賀征討総督東伏見嘉彰親王に伺い出されたところ、異存なく伺いのおりとなった。

『大久保日記』には、

4月12日日曜…午後河野権大判事岸良大検事、江藤一列島一列断刑伺持参、故岩村山田武井一同、宮に頭出裁決を乞、伺之通相済一席にて読上げ終り河野子に返す<sup>27)</sup>

とある。

江藤らの裁判は、河野裁判長の下で4月8日と9日の僅か2日間の審理で判決が言い渡された。江藤に対する申渡しは、

其方儀朝憲を憚らす、名を征韓に託し、党与を募り、兵器を集め、官軍に抗敵し、逆意を逞うする科により、除族の上梟首申付る。

であった。

河野から梟首の宣告を申し渡されたとき、江藤は勃然顔色を変じ、起きて「私は」と一言叫んで、将に大に言うところがあったが、忽ち廷丁に連れ去ら

24) 我妻ほか(1968)351頁

25) 的野(下)(1968)119頁

26) 我妻ほか(1968)349頁

27) 大久保日記二(1927)258頁

れた<sup>28)</sup> この様子をみていた大久保は、

4月13日月曜今朝5時出張裁判所へ出席、今朝江藤以下12人断刑の付、罪文申聞を聞く、江藤醜態笑止（鹿兎島弁で恥かしいの意味）なり。

と『大久保日記』の中に書いている<sup>29)</sup>

征韓党の江藤は首魁として除族のうえ梟首<sup>30)</sup>、従たる者6名除族のうえ斬首、その他の者は、除族のうえ懲役10年・7年・5年・3年・2年・100日、禁錮100日・同70日・同40日、除族という処分を受けた。憂国党の島は、江藤と同様に首魁として除族のうえ梟首、従たる者5名除族のうえ斬首、その他の者の刑は征韓党の場合と同じであった。

的野『江藤南白<sup>31)</sup>』は、裁判の不当性を次のように述べている。

- 1 政府は事実の審問に先立ち、その罪状を究めずして急遽その罪を擬したこと
- 2 現行法律の規定以外に逸して無上の極刑を擬したこと
- 3 江藤等に対する訊問はその罪状を究める実あるものでなかったこと
- 4 政府は妄りにその処刑を急いだこと
- 5 処刑後の処置残酷を極めたこと

この裁判は、明文の法律によらないで、大久保の意に沿った裁判長河野の事前意見をもとに恣意的に刑が定められ適用されたのであって、江藤が望んだ法治国家は残念ながら彼らには未だ十分に認識されてはいなかった。法による裁きでなく、政治裁判による処刑であった。

『江藤南白』は、今では過去の事実となったとしても、政府自ら非違不法を犯した罪跡は永久に拭いさることはできず、その罪跡が消滅しない限り、当時の政府は何時までもこれに対する責任を免れることができないと非難してい

28) 的野（下）（1968）579頁，我妻ほか（1968）353頁

29) 大久保日記二（1927）258頁

30) 的野（下）によれば、「臨時裁判所に河野敏鎌意気揚々として出立、上席の椅子に就き、恰も通常罪人を究問するが如く、先君子（江藤）に向て一二の問を發しけり、是に於いて先君子勃然として怒り河野を睨て曰く『咄汝敏鎌よ、汝何の面目ありて余に見ゆるか』と。一声高く叱咤し玉ひけるに、河野其心恥づる所ありけん、忽ち頭を低れ蕭然として居たりしが、終に法廷を去りにけり。されば審問も此儘にて止みぬ。此後は再び法廷へ喚び出され玉ふこともなく、又審問され玉ふこともなかりしとなり。」と記している（561-562頁）。

31) 的野（下）（1968）604頁，我妻ほか（1968）355頁

る。そして、板垣の『自由党史』の次の文章を引用し、この裁判が条約改正の障害になったと指弾している。

江藤の獄を治するに当たり、内務卿大久保利通特に佐賀に至り、之を処分するに苛察を極む。是を以て当時我国に駐劄したる外国使臣並びに居留地民等、頗る我司法権の独立を疑い、延て為に条約改正の事業に障碍を与えるに至れり<sup>32)</sup>

福澤諭吉の『<sup>ていちゆう</sup>丁丑公論』は、西南戦争の鎮定直後に書かれたものであるが、当時世間に憚るところがあるとして約20年間秘せられてきた。それには、

<sup>すべ</sup>都て国事の犯罪は其事で悪<sup>にくん</sup>く其人を悪む可きに非ざれば、往々之を許してきたげないもの多し。猶維新の際に榎本の輩を放免して今日に害なく帰つて益する所大なるが如し。然るに維新後、佐賀の乱の時には断じて江藤を殺して之を疑わず、加之この犯罪の巨魁を捕へて更に公然たる裁判もなく其場所に於て刑に処したるは之を刑と云う可からず、其の実は戦場に討取たるもの、如し。鄭重なる政府の体裁に於て大なる欠点と云う可し。一度び過度改めれば尚可なり。然るを政府は三年を経て前原の処刑の於ても其非を遂げて過を二にせり<sup>33)</sup>

とある。佐賀の乱や萩の乱は、国事犯でありそのことを憎んでもその人を憎むべきではなく、五稜郭戦争の榎本武揚のような取り扱いをすればよいのに、佐賀の乱の江藤や萩の乱の前原一誠を処刑した政府のやり方は、公然たる裁判をせず戦場で討ち取ったようなもので、政府が一度ならず二度も過ちをしたと厳しく非難している。

大久保ら政府は、佐賀の乱を鎮圧したが、依然として不平土族の潜在力は強く、明治9(1876)年10月24日、太田黒伴雄らの熊本神風連の乱、同月27日、宮崎車之助らの秋月の乱、同月28日、前原一誠の萩の乱、そして国内最大の反乱である西郷隆盛<sup>34)</sup>らの西南戦争<sup>35)</sup>が、明治10(1877)年1月30日、勃発することになる。大久保はこれらの鎮圧にも成功したが、明治11(1878)

32) 我妻ほか(1968)338頁以下、的野(下)(1968)613頁

33) 富田(1966)257頁

34) 西郷隆盛は、明治10(1877)年9月24日、城山における西郷軍と官軍との決戦の最中、弾雨を浴びて負傷し遂にその場で自決した。こうして8ヶ月間に及ぶ西南戦争は終わった。江藤、西郷など維新政府の要職に就いていた者が、相次いで斃れていくのが動乱の時代であったことを物語っている。西南戦争後は、自由民権運動が反政府運動の主体となった。

年5月14日、大久保自身が、紀尾井坂において、征韓派の不平士族石川県士族島田一郎・長連豪ら6名により暗殺されてしまった。島田らの大久保に対する斬奸状は、

公議を杜絶し、民権を抑圧し、以て政事を私する。その罪一なり。法令漫施、請託公行、恣に威福を張る。その罪二なり。不急の土工を興し、無用の修飾を事とし、国財を徒費する。その罪三なり。慷慨忠節の士を疏斥し、憂国敵愾の徒を嫌疑し、以て内乱を醸成する。その罪四なり。外国交際の道を誤り、国権を失墜する。その罪五なり。

などであった。<sup>35)</sup>

これに対し、大久保を知る林董<sup>ただす</sup><sup>37)</sup>は、

(大久保は)至誠国に尽くす心、己を空しくして国のためにした人であり、私の利害を全く空しくして至誠国を念うた人と、断言する。…あの不幸は惜しかった。権力の争奪はむしろ大久保死後だ。あの人の生前と死後との役人の生活状況は大変なものだ。奢侈、遊惰の風は大久保生前は見たくも見られなかった。

と述べ、大久保は質素儉約の人であり寡黙で威厳があった。紀尾井町の大久保暗殺事件が起きる前に、

大変な仕事はもうすであれで十分やっていたじゃないか。新政府の建設はほとんど大久保の力でできたのだ<sup>38)</sup>

と述べている。

大久保内務卿のもとで内務大書記官を務めた河瀬秀治<sup>39)</sup>は、

35) 福澤諭吉の『丁丑公論』は、西南戦争で西郷は江藤・前原の前轍を見て死を決したに違いないが、政府は彼を死地に陥れたのみでなく、これを殺したもと言うべきである。「西郷は天下の人物なり、日本狭しと雖も、国法厳なりと雖も、豈一人を容るゝに余地なからんや。日本は一日の日本に非ず、国法は萬代の国法に非ず、他日この人を用ゐるの時ある可きなり。是亦惜しむべし」と述べ、政府が西郷を殺したと非難し、天下の西郷の死を心から残念がっている。富田(1966)257頁

36) 島田一郎・長連豪を含む6名を国事犯として裁いたのは、行政権の下での臨時裁判所で、島田・長らは除族のうえ斬罪に処せられた。これは法に基づく裁判ではなく、政治的判断による処刑であった。

37) 林董は、佐倉藩の出身で慶応2(1866)年幕府のイギリス留学生となり、慶応4(1868)年6月帰国した後、榎本武揚の箱館戦争に参加、戦いに敗れて服役の後岩倉使節団に随行、帰国後技術者養成の工学寮工学校の創設運営に携わった。のちイギリス大使・外務大臣を務めた。

38) 佐々木(2004)40頁以下

大久保公はまず内治には警察に重きを置かねばならぬ。次いで人民の殖産興業殊に民業を發達させなければならない。この二者は最も内治の重大事で、それで警保寮と勸業寮を一等寮にした。警保寮の権頭ごんのかみは村田がやっていて、勸業寮は、私（河瀬秀治）、前島密さんが今の通信の方で郵便や電信それに船のことなどをやっていた。土木が林友幸で、戸籍の方は杉浦譲がやっていた。東京の警保は川路利良大警視がやっていたが、これはなかなかの人物であった。で、公は人民の財産生命の保護は最も大切で、これと共に民業を發達さしてゆかねばならぬと、私たちにも言われて、自分はひどく鋭意しておられた。公の熱心というものは大変なものでした。その時分でも思ったし、今にも思い出すのは、公のあの正大な誠意に対して自分の力の足らぬのがシミジミ残念であったことである<sup>40)</sup>

と述べている。

明治時代前期は、前原、江藤、西郷、大久保など維新政府の要職に就いていた者が、相次いで斃たおれていった動乱の時代であった。

加太『自歴譜』は、

廟堂に於て征韓得失兩論者互に相下らず惹いて大動乱を導き維新の功臣英傑及び国家有用の士数多を失ふに至りしは返す返すも遺憾なりき<sup>41)</sup>

といっているが、これは多くの人々が抱く思いであったろう。

江藤は司法制度の創設に要した人、西郷は幕末戊辰の戦いに要した人、大久保は維新国家の内治安定殖産興業に要した人であった。江藤は司法省王国を作ろうとし、大久保は内務省王国を作ろうとした。すなわち、江藤は司法権を中心とする法治国家建設を目指し、大久保は内治優先の行政国家建設を目指していた。江藤は政府の中では遅れをとった肥前佐賀藩出身であるのに対し、大久保は政府の主流をなす薩摩藩出身で、双方には暗黙の対抗意識があり重視する国家観の違いが火花を散らしたのが佐賀の乱であったが、双方ともに自分の目指す国家の礎石たおを据えた後斃れてしまった。法治国家形成途上で生じた江藤の悲劇、西郷と大久保の悲劇は、明治前期の激動の時代に起きた何人も痛切な思

39) 河瀬秀治は、丹後田辺藩の出身で群馬・熊谷などの県知事をした後、内務省に入り内務大丞・勸業権頭・内務大書記官などを務めた。

40) 佐々木（2004）114頁

41) 加太自歴譜（1931）107頁

いを抱かざるを得ない出来事であった。

### 【岩倉具視襲撃事件】

征韓論争で板垣らが下野したのに伴い土佐の軍人武市熊吉（元陸軍少佐）・岩田正彦（元陸軍曹長）・下村義明（元陸軍少尉）・山崎則雄（同少尉）ほか5名は、一斉に辞職した。そして、岩倉は征韓に反対した中心人物であるから、これを殺害して再び征韓論者らによる政権樹立を図ろうとし、明治7（1874）年1月14日夜、仮皇居を出て霞ヶ関の自邸へ帰る途中の岩倉を赤坂喰違で襲撃し大怪我を負わせた。岩倉は負傷して闇の中を道端から濠の中に転落したため襲撃者に見つからず、彼らが「どこへ行ったか、残念じゃ、死んだろう」などと言いながら立ち去った後、しばらくして土手から這い上がり、偶然宮内省出仕の淵川親則が通りかかりこれ呼び止め背負われて宮内省に到り、かなり衰弱していたが大侍医岩佐純の手当てを受けて一命を取りとめた<sup>42)</sup>

武市らは捕縛され毎日算盤の上に座らされ石板を3枚或いは5枚載せられる拷問を受けたあと裁判を受けたが、新律綱領、改定律例には、国事犯の規定がなかった。そこで、司法省は、次のとおり太政官に伺いを出した。

喰違暴徒共近々糺弾の末夫々口供甘結に相成り、則ち適律取調候処、凡そ大臣を要殺し廟議を動かさんと欲する者は、律に明文なく、唯律例中、謀殺勅任官の條有之候共、従是比較すれば其情理頗る不穩当、依て偏く各国の法に参酌し、権衡を新律綱領及び改定律例に取候へば、右首従の別あれば首は斬、従は終身禁獄に可処者に候へ共、今般暴拳の如きは、首従の別無之上は、皆斬に処し可然哉、到底明文無之儀に付、口書相添御裁決奉仰候也。

太政官は伺いのとおり回答をした。

臨時裁判所は、明治7年7月9日、武市熊吉ほか8名全員に対して判決を言い渡した。

其方共儀征韓の議行われざるを不平に存するより、岩倉内大臣を殺害して廟議を動かさんと欲し同士九人申合当一月十四日夜喰違に於て刺傷する科に依り除族の上斬罪申

---

42) 詳しい事件の経緯については、我妻ほか（1968）359頁以下、森川（1973）174頁以下、篠田（1996）79頁以下、尾佐竹（1949）105頁以下

付候事。

新律綱領にも改定律例にも明文の規定がないにもかかわらず、主従の区別なく全員を斬罪としたのは、政府の重要人物を狙ったことに対する見せしめであり、政治的判断による処刑であった<sup>43)</sup>

#### (4) 旧刑法

太政官政府は、仮刑律・新律綱領・改定律例を制定したが、いずれも律令刑法であった。条約改正のために、明治2(1869)年、箕作麟祥にフランス刑法典を翻訳させ、明治5(1872)年、フランスからジョルジュ・ブスケ、翌6(1873)年、パリ大学のボアソナードを招聘し西洋法系の近代的刑法典を編纂することを企図し長年にわたる立法準備の後、ボアソナード起草の刑法草案をもとに元老院で審議し議決を経て、明治13(1880)年7月17日に布告されたのがいわゆる「旧刑法」である。旧刑法は、フランスの1810年のナポレオン刑法典(フランス革命の成果であり自由・平等・博愛を特色とする)を模範にしたもので<sup>44)</sup>全文430条からなる本格的な近代刑法典である。両法典の編成を対比するとその類似性がよく分かる。

フランス刑法は、重罪・軽罪を基準として犯罪を分類している。

##### 第1 国事に対する重罪及び軽罪

- 1 国の安寧を害する重罪及び軽罪
- 2 憲法を害する重罪及び軽罪
- 3 公の静謐に対したる重罪及び軽罪

##### 第2 平民に対する重罪及び軽罪

- 1 人に対する重罪及び軽罪
- 2 財産に対する重罪及び軽罪
- 3 註誤の罪<sup>45)</sup>及びその刑

---

43) 我妻ほか(1968)371頁

44) 石井編(1964)315頁

わが旧刑法は、重罪・軽罪・違警罪の三種類を犯罪としている。

#### 第1 総則

#### 第2 公益に関する重罪軽罪

- 1 皇室に対する罪
- 2 国事に関する罪
- 3 静謐を害する罪
- 4 信用を害する罪
- 5 健康を害する罪
- 6 風俗を害する罪

#### 第3 身体財産に対する重罪軽罪

- 1 身体に対する罪
- 2 財産に対する罪

#### 第4 違警罪

旧刑法における刑罰は、主刑と附加刑である。主刑は、重罪・軽罪・違警罪のそれぞれについて定めがある。重罪の主刑は、死刑・無期徒刑・有期徒刑・無期流刑・有期流刑・重懲役・軽懲役・重禁獄・軽禁獄の9種（第7條）である。死刑は最も重い刑であるが、執行方法は絞首に限られている。仮刑律では、刎首・斬・磔・焚・梟首の5種、新律綱領では、絞・斬・梟示の3種、改定律例では、絞・斬・梟示であったが、旧刑法では残酷な執行方法を廃止し絞首（第12條）のみとした。

軽罪の主刑は、重禁錮・軽禁錮・罰金の3種（第8條）であり、違警罪の主刑は、拘留・科料の2種（第9條）である。

法定刑は概ね軽くその幅は比較的狭い。その意味では裁判官の量刑上の裁量権が制限されているといえる。

附加刑は、公権剥奪（第31條）、公権停止（第33條）、禁治産（第35條）、

---

45) 註誤の罪は違警罪に相当するものである。



監視（第37條・第39條）、罰金（第41條）、没収（第43條・第44條）の6種（第10條）である。

① 殴打創傷の罪

傷害罪については、「殴打創傷の罪」の中に規定を置いている。

第二百九十九條

人を殴打創傷し、因て死に致したる者は、重懲役に処す。

第三百條

① 人を殴打創傷し、其両目を瞎し、両耳を聾し、又は両肢を折り、及び舌を断ち、陰陽を毀敗し、若くは知覚精神を喪失せしめ、篤疾に致したる者は、輕懲役に処す。

② 其一目を瞎し、一耳を聾し、又は一肢を折り、其他身体を殘虧し、廢疾に致したる者は、二年以上五年以下の重禁錮に処す。

第三百一條

① 人を殴打創傷し、二十日以上之時間疾病に罹り、又は職業を営むこと能はざるに至らしめたる者は、一年以上三年以下の重禁錮に処す。

② 其疾病休業之時間二十日に至らざる者は、一月以上一年以下の重禁錮に処す。

③ 廢疾休養に至らずと雖も、身体に創傷を成したる者は、十一日以上一月以下の重禁錮に処す。

第299條は傷害致死罪、第300條は重傷害罪、第301條は傷害罪に当たるものである。仮刑律・新律綱領・改定律例では、鬪毆による傷害について、手足・他物・刃など傷害の手段を分け処罰を異にしていたが、旧刑法の特徴は、傷害の手段を問わないことである。懲役は、内地の懲役場に入れ定役に服するもので、重懲役は9年以上11年以下、輕懲役は6年以上8年以下であった（第22條）。重禁錮は定役に服し、輕禁錮は定役に服せず、重輕を区別しないで11日

以上5年以下とする（第24條）。

定役に服する囚人の工賃は、監獄の規則にしたがい、その幾分を獄舎の費用に当て、その幾分を囚人に給与する（第25條）とされた。本人に支給されるのは、出獄後の生計の資にするためであった。

現行刑法は、傷害の手段を問わず、旧刑法のように重傷害・軽傷害に分けることもなく、また、重懲役・軽懲役・重禁錮・軽禁錮のような区別もない。その法定刑は、傷害致死罪は3年以上の有期懲役（第205條）、傷害罪は15年以下の懲役又は50万円以下の罰金（第204條）である。

現行刑法の傷害致死罪の構成要件は「人の身体を傷害し、よって人を死亡させた」こと、傷害罪のそれは「人の身体を傷害した」ことであり、旧刑法に比べると極めて単純で抽象化しており、法定刑の範囲も広くそれだけ裁判官の裁量の余地が広がっていることが分かる。

## ② 謀殺故殺の罪

殺人罪については、「謀殺故殺の罪」の中に規定してある。

### 第二百九十二條

予め謀て人を殺したる者は、謀殺の罪と為し、死刑に処す。

### 第二百九十三條

毒物を施用して人を殺したる者は、謀殺の罪を以て論じ、死刑に処す。

### 第二百九十四條

故意を以て人を殺したる者は、故殺の罪と為し、無期徒刑に処す。

第292條は謀殺人罪、第293條は毒殺人罪、第294條は故殺人罪である。

律令刑法と比べて、殺人の犯罪構成要件が単純化・抽象化している。

刑罰は、仮刑律では謀殺人の造意者は斬、新律綱領も同じく斬、改定律例には定めがないから新律綱領により、旧刑法は死刑であり、現行刑法は死刑又は無期若しくは5年以上の懲役である（第199條）。

仮刑律にあった妖術殺や新律綱領の魘魅人は、旧刑法では姿を消した。フランス刑法には定めがなく、科学的知見も深まって、そのような行為は罪とならないとされたのである。現代ではもちろん不能犯である。

### ③ 放火失火の罪

放火罪については、「放火失火の罪」の中に定めがある。

#### 第四百二條

火を放つて、人の住居したる家屋を焼燬したる者は、死刑に処す。

#### 第四百三條

火を放つて、人の住居せざる家屋其他の建造物を焼燬したる者は、無期徒刑に処す。

#### 第四百四條

火を放つて、厩屋及び柴草肥料等を貯ふる屋舎を焼燬したる者は、重懲役に処す。

第402條は現住建造物放火罪、第403條は非現住建造物放火罪、第404條は非建造物放火罪である。

木造家屋が密集する場合、火を放つと燎原の如く燃え広がってその被害は甚大で、死亡者が続出する危険性が高いことから、もともと現住建造物放火既遂罪は重罪とされてきた。そのため仮刑律では焚刑、新律綱領では斬首であった。旧刑法では、死刑（絞首刑）である。現行刑法では、死刑（絞首刑）又は無期若しくは5年以上の懲役である（第108条）。

非現住建造物放火既遂罪は、仮刑律では非現住であっても人の家屋を焼いた者は焚刑とし、新律綱領では倉庫を焼いた者は斬首、改定律例では空屋を焼いた者は懲役7年とされていた。旧刑法では無期徒刑であり、現行刑法では2年以上の有期懲役である（第109条）。

明治時代の刑法は、律令刑法から旧刑法へ、旧刑法から現行刑法へと変遷し

てきたが、律令刑法から近代刑法へ転換する過渡的性格をもったのが旧刑法であり、それは現行刑法へ橋渡しをする役目を果たしたのである。

(5) 私的刑罰権—国家刑罰権の沈黙

① 敵討制度の行方

江戸時代には、一定の手續をとれば、祖父母・父母・兄姉など目上の者が殺された場合、その子孫らが敵を討つことは容認されていた。子が親の敵を討ち、弟が兄姉の敵を討つことは封建的身分制度と武士道の精神から当然視されていた。ただ、弟の敵を兄が討ち、甥の敵を叔父が討つこと、すなわち、「逆」敵討は禁止されていた。明治時代になってこの敵討の制度は、どうなったのであろうか。

仮刑律は、鬪毆律の中に、「父祖被毆<sup>うたる</sup>」の1條を設け、祖父母・父母の敵討は罪とならないと定めていた。

父祖被毆

凡、祖父母・父母、人に毆<sup>う</sup>たる、子・孫即時救護して毆<sup>う</sup>ものは無論<sup>ろんなし</sup>、因つて折傷以上に至るは凡鬪条三等を減ず。死に至るものは笞百徒三年。若祖父母・父母毆たれ<sup>なり</sup>殘疾と成、因つて毆<sup>いたる</sup>て殘疾<sup>もしく</sup>に到、若は毆たれ廢疾と成、因て毆<sup>いたる</sup>て廢疾に至らしめ、及び祖父母・父母毆たれ死に到、因て行凶人を殺すは無論。但、因つて帶刀人並<sup>ならびに</sup>伯叔父之類<sup>たぐい</sup>を毆<sup>う</sup>は臨時論判。

ところが、刑部省は、明治3(1870)年6月、「新律綱領」を編纂するに当たり、開校されて間もない大学(明治2(1869)年8月開校、東京大学の前身)の法律部門に、新律綱領の「父祖被毆律」につき、官に届けず殺した場合は杖60とすることの可否につき諮問した。

これについて大学から博士側と助教側の二通りの答申がなされた。穂積重遠の『続法窓夜話』によれば、その答申はおよそ次のとおりである<sup>46)</sup>

博士側は、官に告げずに敵討をした者を杖60とすることに反対し、古今の復讐をみても官に告げて復すべき者は少ない。長年探し廻り偶然敵を発見し雀躍して刃を交えるとき官に告げる暇などない。これを告げんとするや必ず敵を失うか、返ってその害を受ける恐れさえある。即時に敵討するのと、千辛万苦して遂に敵討するのとで異なるところはない。然るに前者は罪とならず、後者を罰するのは不合理である。敵討ちは官の刑の及ばざるところを補い得たるものであって賞めてしかるべきである。罰は衆を懲らしめるためであり、これを罰して懲らしめるに益がなければ罰すべきではない。官に告げなかったことで杖刑にすることをしないで、事発する毎に集議奏聞してよく酌んでこれを処すべきであるというのが千古の確信というべきであると答申した。

助教側は、復讐は孝子の情を伸ばすもので禁法あるべきではないが、官に告げるは官を畏敬する道であって、官に告げず敵を討ったときは孝子も甘んじてその罪を受けるべきで、杖60の刑に処するのは妥当であるとした。そうでなければ人は法を重んじず自擅じせんの風が興りついに官を犯す弊を生ずるに至る。杖60を定めるのは正律であると答申した。

博士側の答申は、敵討ちは官に告げたか否かにより区別すべきでなく、官刑の及ばないところを補うものであって処罰すべきではないという意見で、敵討ちの実態に沿ったもので筋が通っているが、助教側の方は官を重んじる意見であった。官である刑部省が、助教側の意見を採用したことはいうまでもない。

刑部省は、新律綱領の闘毆律に、次のとおり、「父祖被毆律」を定めた。ただし、杖60は、笞50にした。

#### 父祖被毆

凡祖父母・父母、人に毆たれ、子孫、即時に救護して、還かえつて行兇人を毆つは、折傷あらざに非るは論ずること勿なかれ。折傷以上は、凡闘傷に、三等を

減ず。死に至る者は、流三等。若し祖父母・父母、人に殺され、子孫、<sup>ほしいまま</sup>擅  
 に行兇人を殺す者は、笞五十、其即時に殺死し、及び嘗て官に告る者は、<sup>かつ</sup>  
 論ずること勿れ。

祖父母・父母が人に殴られた場合、子孫がその場で即時に救護し敵を殴ったとしても、罪とならない。祖父母・父母が人に殺された場合、子孫が即時に<sup>かたき</sup>敵を討ち取り、及び前もって官に告げていたときは、罪とならないとしている。突発的に起きた祖父母・父母殺しに対し、子孫がその場で敵を討ち取る場合、前もって官に届けるということは博士らがいうように実際上不可能であろう。ともかく明治3(1870)年12月制定の新律綱領においては、その即時に及び前もって官に届ければ敵討は論ずるなかれということになっており、敵討ちは容認されていた。ただ、祖父母・父母が殴られたのに、子孫が敵に傷を与えた場合は、過剰防衛となり闘傷の罪に3等を減刑し、もし、官に告げないで敵を討ち取ったときは、官に告げなかったことにつき笞50としている。

## ② 敵討の禁止とその復活

ところで、政府は、明治6(1873)年2月7日、太政官布告第37号で「仇討厳禁ノ事」を出した。

人を殺すは、国家の大禁にして、人を殺す者を罰するは、政府の公権に候処、古来より父兄の為に讐を復するを以て、子孫の義務となすの風習あり。右は至情<sup>やむをえざる</sup>不得止に出ると雖も畢竟私憤を以て大禁を破り、私義を以て公権を犯す者にして、固より<sup>せんさつ</sup>擅殺の罪を免れず、加之、甚しきに至りては、其事の故誤を問わず、其理の当否を顧みず、復讐の名義を挟み濫りに相構害するの弊、往々有之、<sup>これあり</sup>甚以不相濟事に候、依之復讐<sup>はなはだもって</sup>厳禁被仰出候條、今後不幸至親の害せらるる者於有之は、事実<sup>これあるにおいて</sup>詳に、速に其筋へ可訴出候、若無其儀、<sup>つまびらか</sup>舊習に泥み、擅殺するに於ては、相当の罪科に可処候條、心得違無之様可致事。

また同日、同第39号を以て「父祖被殴律改正の事」として、次のとおり定めた。

新律父祖被殴律、別紙の通改正相成候條、此段相違候事

父祖被殴律(明治六年二月二日改正)

父祖被毆律，祖父母・父母，人に殺され，子孫<sup>しそん</sup>擅<sup>しん</sup>に行兇人を殺す以下を廃し，若し犯すものあれば，臨時奏請して區処す<sup>47)</sup>

とした。

しかし，同年4月2日には早くも太政官布告第122号を出して上記第39号布告を取消し，「父祖被毆律改正の事」として，次のとおり定めた。

父祖被毆律，別紙の通改正候條，此段相違候事

但，本年第三十九号布告，同律は取消候事

父祖被毆律（明治六年四月二日改正）

父祖被毆律，祖父母父母，人に殺され，子孫擅<sup>しん</sup>に行兇人を殺す者は，謀殺を以て論じ斬。其即時に殺死する者は，論ずること勿れ<sup>48)</sup>

としたことである。子孫が即座に敵を討ち取った場合は，罪とならない。嘗て官に告げることという要件は削除された。そして，同年6月13日，制定された改定律例第232條（父祖被毆条例）においても，次のとおり，即時敵討ちは罪とならず，官に前もって届け出ることは不要とされた。

#### 父祖被毆条例

##### 第二百三十二條

凡祖父母・父母，人に殺され，子孫<sup>ほしいまま</sup>擅<sup>しん</sup>に行兇人を殺す者は，謀殺を以て論ず。其即時に殺死する者は，論ずること勿れ。

一度敵討禁止にしたものを，僅か2ヶ月後に即時敵討ちを容認復活させた。しかも，「嘗て官に告げること」を削除したのはなぜであろうか。復活劇の舞台裏には，江戸時代の武士道を最高の美徳とする敵討容認の思想が明治の代にも依然として根強く残っていたのであった。明治時代にあった敵討ちの例を幾つかみてみよう。

#### (ア) 筋違における敵討

47) 橋本編（1966）第4巻（巻八）20頁

48) 橋本編（1966）第4巻（巻八）60頁

明治3(1870)年3月24日、東京神田旅籠町三丁目で、水戸藩士住谷七之允、同住谷忠次郎兄弟が、父住谷寅之介かたきの敵高知藩士山本旗郎すじかいを筋違という場所で敵討ちした事件があった<sup>49)</sup>。住谷兄弟は敵討ちすることを水戸藩へ申立てた後、苦心惨憺の旅の末、父の敵山本に巡り合い首尾よく討ち果たした。住谷兄弟は、水戸藩預けとなったのち放免され、七之允は名を毅と改め、司法省に出仕し、宇都宮区裁判所判事を最後に、官を辞し、同地で代言人を開業したという<sup>50)</sup>。即時敵討ちではないが、事前に官に届けていた例である。仮刑律の時代に起きた事件であるが、藩預けとなったのち放免されているから、寛大な処置で済んだのであろう。

(イ) 加賀本多家舊臣の敵討ち(明治の忠臣蔵)

明治2(1869)年8月7日、金沢藩執政本多政均が、二の丸殿中廊下で藩士山邊沖太郎・同井口義平により暗殺された。兩人には同士多賀賢三郎・岡野悌五郎ら7名がいた。山邊・井口は藩庁より自裁を申し付けられたが、その他の同士は閉門70日で処分済みとなった。本多の旧臣20名余は、彼らは主人の敵であるとしてそれぞれ機会を窺い次々に討ち果たし本多の墓所に首級を捧げて報告した後、藩庁に自首したが、明治5(1872)年11月、旧臣12名が裁判で自裁を申し付けられ、他は禁錮3年から10年を申し付けられた。自裁者12名の遺骸は、故主本多の墓側に埋葬された。金沢では、武士道最高の美談、明治の忠臣蔵として賞賛され非常な評判となった<sup>51)</sup>。

この事件は、新律綱領の時代のものであるが、祖父母・父母に対するものではなく、即時敵討ちでもないから、謀殺として造意者は斬首であるところ、士族の閏刑により主犯は自裁となり従犯は禁錮とされたのである。

(ウ) 明治時代最後の敵討

明治13(1880)年12月17日、旧秋月藩士白井六郎が、東京上等裁判所判

---

49) 尾佐竹(1949)189頁

50) 尾佐竹(1949)196頁

51) 尾佐竹(1949)196頁



事一瀬直久を討ったという明治時代最後の敵討があった。場所は東京の旧秋月藩主黒田邸内で、敵が東京上等裁判所判事であるということで、事件が知られるや満都の評判をよび六郎に対する同情と賞賛は大変なものであったという。

吉村昭『敵討<sup>52)</sup>』および尾佐竹猛『法窓秘聞<sup>53)</sup>』その他の文献によると、その事件の顛末の概要は、次のとおりであった。

慶応4(1868)年5月24日午前3時ころ、秋月藩の公武合体論の支持者で馬廻役<sup>わたり</sup>白井亘理はその妻清とともに、同藩の勤皇派である干城隊の一瀬直久・萩谷伝之進らに屋敷を襲われて惨殺された。亘理が師とする儒者で公武合体論者の中島衡平も同日干城隊に殺害された。幕末の騒動が地方の藩にも及び対立を生んでいたのである。白井・中島の同情者たちは、家老吉田悟郎が私憤から干城隊に殺させたものだと主張し、藩内の対立は一層深刻になった。宗藩の福岡藩が解決に乗り出したが、事の善悪より秋月藩の秩序維持を優先し、藩を事実上支配している家老と血気にはやる干城隊に軍配を上げ、白井・中島派らを福岡に幽閉した。のちに干城隊は、明治9(1876)年10月27日、秋月の乱を起して壊滅することになる。

亘理の長男六郎は当時11歳であったが、祖父儀左衛門とともに両親が殺害された現場の惨状を見た。六郎は懊悩の日々を送りながら両親に非のないことを調べ、父を殺害したのは一瀬直久であり、母を殺害したのは萩谷伝之進であることを知り、敵を討つ決意を固めていった。父の敵一瀬が秋月から出て東京へ行ったことを知ったが、直ぐには追わず、学制改革により秋月の三奈木村にできた小学校の教師をした。親族が東京へ出るのをきっかけに教師を辞めて同行し、先に東京に出ていた叔父上野四郎兵衛宅に身を寄せたが、暫らくして四谷仲町にある山岡鉄舟の春風館道場に書生として住み込み、労を惜しまず働き勉学と剣術の修練に励んだ。

明治11(1878)年、六郎は21歳になった。東京に出てから旧秋月藩士にそ

52) 吉村(2001)119頁以下は資料の丹念な調査に基づく詳細な記述がある。

53) 尾佐竹(1949)203-209頁、加藤秀俊ほか(1967)80-81頁

れとなく会い、一瀬の消息を探った。一瀬は、旧福岡藩士の伝手で司法省の権小属民事課などに勤め昇進をして愛知裁判所・静岡裁判所を経て同裁判所甲府支所長になっていた。旧秋月藩主黒田長徳は、明治4（1871）年7月の廃藩置県で東京に移住し京橋区三十間堀の屋敷に住んでいて、その屋敷の棟続きの家は、長徳の家扶鶴沼不見人が住んでおりそこは旧藩士の集会所のようになっていた。六郎は一度訪ねて情報を得たことがあった。六郎は二度甲府へ行き日雇い仕事をしたり、熊谷の裁判所雇員、店の帳簿付けの仕事などをしながら敵討ちの機会を待っていたが、明治13（1880）年、一瀬が甲府から東京上等裁判所に転勤したとの情報を得て再び東京に戻り、一瀬の住居を見張ったり裁判所の前で待ち伏せするなどしたが、なかなかその機会に恵まれなかった。裁判官自由任用制の時代ではあったが、一瀬は、明治7（1874）年に中解部、同9年一級判事補、同11年静岡裁判所判事、同13年東京上等裁判所の判事になっていたのである。

六郎は、明治13（1880）年12月17日午前10時まで、東京上等裁判所の門前に佇み見張っていたが直久は出勤せず、空しく帰りの道すがら京橋区三十間堀三丁目の黒田屋敷の鶴沼不見人の家に行き、やがて帰宅した鶴沼らと2階で話をしていたところ、偶然に一瀬が同じ部屋に現れ他の者と話しをしていたが、手紙を出すのを忘れたので階下の小使に頼んでくると言い1階に降りていった。六郎は鶴沼に厠にいくと言って階段を降り傍らの小部屋の屏風の陰に身をひそめた。一瀬が玄関の方から再び階段の登り口に足を掛けた瞬間、六郎は「父の敵、覚悟せよ」と声を掛け、「何を小癩な、乱暴々々」と騒ぎたて組付いてくる一瀬の胸を短刀で刺し目的を果たした。階下の騒ぎに気づいて2階から顔を覗かせた鶴沼に、六郎は父の敵を討ったこと、家を汚して申し訳ないと詫びた後、人力車を雇い第二方面第三分署京橋警察署へ自首した。

その後六郎は、警察に留置され裁判を受けることになったが、苦節12年の歳月を経て敵を討ったことを、世間は「孝子の鏡」と誉め称えた。

翌14年に入って警察は広範囲にわたり関係者を調べたが、敵討ちは六郎の

秘めた決意によるものと断定した。裁判は東京裁判所で始められた。裁判所の判事を殺害したのであるから、六郎は死罪を覚悟し事実を坦々と述べた。同年9月22日、判決があった。

言渡状

福岡県筑前国夜須郡野鳥村四百七十八番地主族

白井亘理長男

白井六郎

其方儀明治元年五月二十三日夜父母の寝所へ忍入亘理及母をも殺害しえいがい嬰孩の妹にまで傷を負はせ立去りし者あり、其場に至り視るに其惨状見るに忍びず、此の暗殺を為したる者は干城隊十数名にして、父母には其罪なしと聞き幼年ながらも痛忿に堪へず必ず復讐せざるへからすと思ひ、後ち父亘理を殺害したる者は右隊士一瀬直久にして又右暗殺を為したる輩には罪なく却て父亘理は死後冤枉に陥られしと聞き之を事実と認むるより益々痛忿激切父の讐を手刃するより外なしと決心し、明治十三年十二月十七日、鶉沼不見人宅に於て一瀬直久に出逢ひ、父の仇覚悟せよ声掛け豫て携ふる短刀を以て相闘ひ卒に殺害に及び、直に警察署に詣り自首す。右科改定律例第232条に依り謀殺を以て論し、士族たるに付改正閏刑律に照し自首すと雖も首免を与ふるの限にあらざるに依り、禁獄終身申し付ける<sup>54)</sup>

明治十四年九月二十二日

東京裁判所

本件敵討ちが行われた当時の改定律例第232条には「凡祖父母・父母、人に殺され、…其即時に殺死する者は、論ずること勿れ」とあった。子孫が祖父母・父母の敵を即座に討ち取った場合は罪とならないとしているが、本件は子ではあっても時が経過しておりこれには該当せず、同條の「謀殺を以て論ず」により斬首（士族は自裁）に相当するところ、改定律例の改正閏刑律第13条を適用して禁獄終身<sup>55)</sup>としたものであった。

六郎は、石川島監獄を経て東京集治監（のちの小菅の東京拘置所）に収監され模範囚として務めた。山岡鉄舟から差し入れがあり、鉄舟亡き後は山岡夫人が差し入れを続けた。また、叔父上野四郎兵衛からも差し入れがあり、手紙には悲願を果たしたことを讃えた。さらに、勝海舟は、六郎の行為を人情浮薄の

54) 尾佐竹（1949）209頁に掲載の判決文による。

55) 改正閏刑律は、士族の閏刑はすべて禁錮に統一した。明治7（1874）年6月24日、禁錮は禁獄（獄舎内の一室に鎖錮する）と改められた（太政官布告第69号）。

青年書生に大きな刺激を与えたとして心から同情を寄せた。

明治22(1889)年2月11日、大日本帝国憲法が公布され、同年12月6日、大赦令により禁獄終身に1等を減じ、禁獄10年となった。六郎は東京集治監で残りの刑期を務め、明治23(1890)年6月18日、仮出獄を認められた。その後、山岡夫人が慰労会を開いてくれた。出席者は、自由民権運動家で代言人 大井憲太郎、国会議員で代言人であった星亨、貴族院議員原田一道、その他大学校の教師・学生、活世社員などであった。彼らは口々に敵討は武士道の真髓であり、苦難に耐えながら悲願を遂げたのはまことに賞賛すべきで、国法にしたがって模範囚として服役しこの度釈放されたことは目出度いかぎりであると賞賛した。

母を殺害した萩谷伝之進は、女性を殺害したことは武士にあるまじき行為だと周辺の批判に晒され人目に立たないように暮らしていたが、六郎が一瀬を討ったことを知り狂死した。

敵討の制度が全廃されるのは、明治15(1882)年1月1日施行の旧刑法(ボアソナード刑法)においてであった<sup>56)</sup>

### ③ 夫の姦夫姦婦成敗権

新律綱領の人命律に、「殺死姦夫」の定めがある。

#### 殺死姦夫

凡妻妾、人と姦通するに、本夫、姦所に於て親ら姦夫姦婦<sup>みずか</sup>を獲て<sup>とらえ</sup>、即時に殺す者は、論する勿れ。

このように新律綱領では妻妾が人と姦通するとき、夫が姦所において自ら姦夫姦婦を捕えて即時に殺すときは罪を論じないとされ、改定律例第172條は姦所の範囲を拡張し、姦夫姦婦が夫に見つかり直ちに脱逃したのを夫が即時に追って

56) 石井編(1980)289頁

門外に至って殺したときは、姦所で殺したのと同じに扱うことにしている。

#### 殺死姦夫条例

##### 第七十二條

凡姦夫・姦婦，姦所に於て，本夫に撞見<sup>とうけん</sup>せられ，直に脱逃するに，本夫，即時<sup>おっ</sup>遂て門外に至り殺す者は，姦所と同じ。

この夫の姦夫姦婦成敗権は，敵討の場合と同様に，旧刑法で廃止されたのかというところではない。

旧刑法は，新律綱領と同様に夫の「姦夫姦婦成敗権」を認めているのである。

#### 第三百十一條

本夫其妻の姦通を覚知し，姦所に於て直に姦夫又は姦婦を殺傷したる者は，其罪を宥恕す。

当時フランス刑法でも，「姦通の場合，夫がその家でその姦婦及び姦夫の現にその罪を行うに当たりこれを殺したときはその罪を宥恕すべし」（第324條）とされていた<sup>57)</sup> ボアソナードの原案にもあり，旧刑法に採用されたのであるという<sup>58)</sup> この夫の姦夫姦婦成敗権がどの程度行使されたのか不明であるが，明治41（1908）年10月1日，新刑法が実施されるまで認められていたというのであるから驚きである。

### 3 刑事裁判所

#### (1) 奉行所から裁判所へ

歴史的に見ると古くはどの国においても行政機関が裁判機関を兼ねていた。

57) 箕作（1875）1242頁

58) 石井（1954）112頁

わが国においても、律令制度以来江戸時代に至るまで行政機関が裁判をしてきた。江戸時代の奉行所は元来行政機関であり捜査や刑事裁判を主とする役所ではなかった。

明治元（1868）年に奉行所は「裁判所」と呼ばれるようになったが、今日の裁判所とは異なり、その実体は奉行所が行ってきた行政と裁判の機能をそのまま承継したに過ぎず、各地の裁判所（地方行政庁）が引続き旧慣に基づいて刑事裁判を行っていた。

明治2（1869）年6月17日、版籍奉還が行われた後、官制改革があり、同年7月8日、復古的な太政官制（2官6省）が発足したのに伴い太政官のもとに「刑部省」が設置された。

刑部省はそれまで刑法官が取り扱っていた断獄（刑事裁判）事務<sup>59)</sup>を引き継いだが、この役所が司法判断を行ったのは死罪・流罪に当たる断獄事件に限られ、しかも監察機関である弾正台が死罪案件についての執行立会権を楯にしばしば干渉し衝突することが多かった<sup>60)</sup>。このように刑部省がする断獄事務に関する司法判断は限られており、当時実際に断獄事務を行っていたのは各府藩県であった。

## (2) 司法省—全国法憲を司り裁判所統括

① 政府は、明治4（1871）年7月9日、衝突することの多かった刑部省と弾正台を廃止して新たに「司法省」を置き、刑部省と弾正台が扱っていた断獄事務一切を引き取った。

明治4年7月14日、廃藩置県が断行された後、中央集権化を一層進めるために官制改革が行われ太政官三院制をとることになった。同年9月14日、これまで大蔵省（以前の民部省）が取り扱ってきた聴訟事務については、司法省

59) 聴訟（民事裁判）事務については、民部官が取り扱っていたものを「民部省」が引き継いだ。実際に聴訟事務を行っていたのは各府藩県であったから、民部省が司法判断をしたのは、府藩県管轄交渉の事件、府藩県が判断し難い民事事件などに限られていた。

60) 牧ほか（1993）313頁-314頁

が引き継ぐことになった。

こうして司法省が断獄聴訟事務一切を取り扱うことになったのである。当時の司法省の責任者は、佐々木高行大輔であり、のち宍戸璣大輔であった（卿は空席であった）が、実務いまだ緒に就かず、職権の範囲も狭小で、官制によれば卿・大少輔は「執法・申律・折獄・断訟・捕亡」を総判することを掌るとされていたものの、因獄捕亡事務は東京府など地方官へ委任され、執法事務も少なく、官制改革や統廃合などもあって司法省の本務は細々としたものであった<sup>61)</sup>

② 明治4（1871）年11月10日、岩倉使節団が欧米に派遣された後の明治5（1872）年4月25日、江藤新平が初代司法卿となり司法省を統率することになった。江藤はその任に就くやこれまでの細々とした司法省を確固たるものにするために、「司法省の方針を示すの書」を出し、

訟を断ずる敏捷便利公直。獄を折する明白至当にして冤枉なく、且つ姦悪を為す者は必ず捕らえて折断敢て逃るゝを得ざらしむ。是を本省の職掌とす。

との方針を明らかにし、判事・検事・明法の三官を設けることなど根幹を明らかにした<sup>62)</sup>。そして、翌5月20日、本省の職制や裁判所の職制も定まっておらず裁判官の権限にも基準がなく困っている状態であったので、その職制・事務章程を完成する前に、取り急ぎ仮の規定として、

司法省は全国の裁判所を総括し、諸般の事務を掌る。但し裁判のことに關係することなし（第1條）。

上裁を仰ぐべき事件は総て本省より奏請すべし（第2條）。

卿輔の任は裁判官を総括し、新法の草案を起こし、各裁判所の疑讞<sup>ぎげん</sup>を決し、諸裁判官を監督し、進退黜陟<sup>しんたいちてい</sup>するの権あり（第4條）

などを定め、司法省は全国の裁判所を総括することにするが、裁判のことに關係しないとし、司法行政と裁判そのものを分離する方針を明らかにした。そして、司法省の卿・輔は裁判官を統括し、新法を立案し、裁判所が疑義とする

61) 的野（上）（1968）640頁以下

62) 的野（上）（1968）645頁以下

ものを決定し、諸裁判官を監督し、功のない裁判官は斥け功のある裁判官を登用するとしているのが注目される。

明治5(1872)年8月3日、遂に全編22章よりなる「司法職務定制」(司法省並事務章程)を制定した。これは、フランスの司法制度・裁判制度などを参考にした、わが国最初の近代的な裁判所制度を定めた本格的な法典である。

司法職務定制第2條は、司法省が、それまで分散していた「全国法憲を司り各裁判所を統括す」ることを明確にしている。

### (3) 司法省臨時裁判所ほか裁判所の設置

司法職務定制は、司法省臨時裁判所・司法省裁判所・出張裁判所・府県裁判所・各区裁判所の5種類の裁判所を創設した(第4條)。裁判官として判事と<sup>とき</sup>解部(判事より下位の裁判官)の2種類を設けた(第20條)。

#### ① 司法省臨時裁判所

司法省臨時裁判所は、「凡国家の大事に関する事件及び裁判官の犯罪を審理す」る(第44條)もので、臨時に開かれ、平常吏員を設けず、臨時判事をもってこれに充てる(第45條)とされた。明治6(1873)年12月14日以降は、司法省裁判所の裁判(第1審)の覆審をも取扱った。

#### ② 司法省裁判所

司法省裁判所は「各裁判所の上に位する」裁判所で、府県裁判所の裁判に対する不服申立てを受理し覆審処分する裁判所であり(第47條)、各府県裁判所の難獄及び訴訟で決し難いものを断決する権限をもつ(第48條)。司法省裁判所の所長は司法卿が兼掌した(第46條)。

#### ③ 出張裁判所

出張裁判所は、各地方に便宜設置する司法省裁判所の出張裁判所で、難獄、重訟および上訴を聴断し、その権限は司法省裁判所と同じであった(第54條、第55條)。

#### ④ 府県裁判所



府県裁判所は、東京裁判所、大阪裁判所というように府県の名を冠する裁判所で、府県毎に置かれる原則的な第1審裁判所である（府県裁判所章程）。府県裁判所が自律的に裁判できるのは、流罪以下の事件である。死罪・疑獄事件については本省に伺いを出さなければならない（第58條）。伺いを出すのは、本省の断刑課であった。府県裁判所は、区裁判所から送致された裁決し難い事件（第69條）、区裁判所の裁判に対する不服申立事件も取扱った（第73條）。府県裁判所がなした裁判に不服がある者は、司法省裁判所に上訴することができた（第60條）。

### ⑤ 各区裁判所

各区裁判所は、府県裁判所の管内にその地方の便宜によって設けられた裁判所で、断刑が笞杖の刑までの事件を扱った。徒刑以上の事件または笞杖刑以下の事件でも裁決し難いものについては府県裁判所へ送致しなければならない（第69條）。各区裁判所の裁判に不服がある場合は、府県裁判所に上訴することができた（第73條）。

### 【審級制度】

これらの裁判所間には上下関係があり、初めて審級制度（2審制）が取り入れられた。刑事裁判の不服申立ては各区裁判所が第一審の場合は府県裁判所へ、府県裁判所が第一審の場合は司法省裁判所へ、司法省裁判所が第一審の場合は司法省臨時裁判所に対してすることができた<sup>63)</sup>

これほどの種類・組織を有し且つ上訴制度をもつ裁判所制度は、江戸時代から明治5年に至るまでなかったことであり、まさに画期的なものであった。

1 審 → 2 審

各区裁判所—府県裁判所—司法省裁判所—司法省臨時裁判所

1 審 → 2 審                      1 審 → 2 審

出張裁判所

63) 林屋（2006）18頁以下

しかしながら、司法省裁判所というのは、司法行政を行う司法省が裁判も行うというものであり、前述のとおり、司法省裁判所の所長は司法卿が兼掌する（第46條、明治6年12月9日に廃止）とされていたから、行政と裁判がまだ完全には分離していなかった。また、裁判所が設置されていない地方では、地方行政官（県令・参事）が裁判を行うとされていたから、地方行政と裁判も分離していなかった。

司法卿は裁判官の人事権を有していたから、裁判官の身分保障も不十分であった。府県裁判所は死罪・疑獄等重大事件の裁判については、本省に伺いを出しその指示を受けなければならず（第58條）、各区裁判所も管轄の笞杖刑以下の事件であっても裁決し難いものは府県裁判所へ送致しなければならない（第69條）とされていたから、裁判官はこれらの事件については自分で判断できず裁判官の職権の独立は不十分であった。しかし、当時の裁判官は自由任用制であり、法学教育も受けておらず法的知識も素養もない者が少なくなかったから、上級裁判所に伺いを出してその指示を受け、或いは、難しい事件は送致することとされたのはやむを得ない面もあった。

#### 【刑事事件における検事と警察の職務権限】

司法職務定制が定める検事の職務は、「法憲及人民の権利を保護し良を扶け悪を除き裁判の当否を監するの職とす」ることである（検事章程）。

検事は「各裁判所に出張し聽断の当否を監督」し、「罪犯の探索捕亡を管督す」る（第22條）。検部は検事の指揮を受けて各裁判所に出張して聽断を監視する（同條）。このように検事・剣部（検察官）は、聽訟（民事）断獄（刑事）を問わず裁判を監督する職務権限を持っていたのである。

検事は「衆の為に悪を除くを以て<sup>つとめ</sup>務とす。罪犯ありて<sup>しょうせき</sup>蹤跡明白なるもの及現行罪犯は検事より検部に命じ逮捕して状を具し判事に付す。其明白ならざるもの及罪犯の訴あれば又検部に命じ探索せしむ」（第25條）とし、検事は犯罪捜査を行い、裁判を求める権限（訴追権）を有しており（第31條）、また、刑事裁判に連班し口書を検視し罪案上に付いて意見の異同を述べ（第26條）、口

書読聞せに連班し判事に擬律の意見を述べ処刑の言渡しに連班し（第27條）、裁判に誤りあれば本省に報告して覆審を求めることができる（第28條）とされ、フランスの検事の制度に倣い大きな権限を有していた。

明治5（1872）年9月、司法卿江藤新平の推挙により河野敏鎌・沼間守一・名村泰蔵・鶴田皓・井上毅・岸良兼養・益田克徳らとともに欧州司法制度の調査に行った警保助川路利良は、フランスの警察は内務省に属し警保を管掌し治安の維持に当たりポリスが親切であることに感銘し、日本もこうあるべきだと確信を持って明治6（1873）年9月に帰国した。大久保利通は、先に欧米視察より帰国し内治優先・殖産興業の考えから内務省設立の準備を進めていた。川路は司法省の警保助（警察担当）であったが、フランスでは警察は内務省に属していたことを大久保に報告した。大久保はこれに深く共感し、同年11月10日、内務省を設置するや自ら内務卿に就任し直ちに警察制度の整備に取りかかり、翌7（1874）年1月15日、首都警察として川路がいうところの「東京警視庁」（太政官達第6号）を異例の速さで創設した。東京警視庁は、内務省の指令を受けて行政警察を担当することになった。

明治6（1873）年10月、江藤は征韓論争で下野しており、江藤が司法卿のとき制定した司法職務定制中の検事職制を改正し、司法省下の検事の権限を大幅に制限するとともに、司法省から司法警察事務を分離し行政警察が兼務することにした。それを定めたのが、明治7（1874）年1月28日の「検事職制章程司法警察規則」（太政官達第14号）であり、同年2月7日の「東京警視庁職制章程並諸規則」（太政官達無号）、明治8（1875）年3月7日の「行政警察規則」であった。

検事職制章程司法警察規則は、司法職務定制上検事が有していた民事事件に関与する権限を削除し、さらに、裁判所の聴訟（民事裁判）・断獄（刑事裁判）の当否を監視する権限も削除した。そして、検事は「犯人を探索し良を扶け悪を除くの職」（検事章程前文）であり、「原告人と為て刑を求むるの権」（第7條）を有するが、判事に対して断刑の当否を論ずることを得ず（同條）とした。

こうして検事の権限は、刑事事件の捜査と訴追権に限定されたのである。司法職務定制は、検察官として検事と検部を置いていたが、本規則は検部を全廃し、検事のみとした。そして、新たに司法警察官吏を設けたが、行政警察官吏が司法警察事務を兼行する(司法警察職務の事第28條、第29條)ことにした。

太政官政府は、明治7(1874)年2月7日、「東京警視庁職制章程並諸規則」を制定し、「警保の趣意ある人民の凶害を予防し世の安寧を保全するにあり之を行政警察の官となす」(警視庁章程第1條)とし、行政警察の職務は、第1に人民の権利を保護し営業に安んぜしむる事、第2に健康を看護して生命を保全せしむる事、第3に放蕩淫逸を制し風俗を正しふすること、第4に国事犯を隠密中に探索警防する(第2條)こととした。翌8年3月7日、東京府以外に適用する「行政警察規則」が制定され、その職務は警視庁章程におけるものと同一であった。

東京警視庁は、内務省の意向を受けて首都の治安確保に努め、明治9年10月に起きた神風連の乱・秋月の乱・萩の乱の際には、警察隊を派遣して鎮台兵を支援した。明治10(1877)年1月11日、東京警視庁は廃止されて内務省に吸収され、省内に警視局を置き川路大警視が長となって東京府下の行政警察と司法警察を行った。内務省は内治強化策の一環として全国に行政警察・司法警察網を張りめぐらせた。明治10年1月に勃発した西南戦争には、川路は警察隊を派遣し鎮台兵とともに鎮圧に加わらせたのである。

#### (4) 大審院—全国法権の統一を主持

明治6(1873)年10月の征韓論の政変で西郷・板垣・江藤・副島・後藤らが下野したのに続いて、明治7年4月台湾出兵に反対した木戸が下野し、政府は急激に弱体化し危機に瀕した。これを立て直すため、明治8(1875)年2月、大久保は大阪で木戸・板垣らと会って政策の妥協を図り、木戸・板垣が参議に復帰した。大阪会議の結果を盛り込んだ立憲政体の詔書(元老院・大審院・地方官会議を設け、国家立憲の政体とする)が、同年4月14日に出された。こ

れにより「大審院」が創設されることになった。

太政官政府は、「大審院」の創設に当たり、明治8年5月24日、「大審院諸裁判所職制章程」（太政官布告第91号）を制定し、裁判所制度を一層整備するとともに、同日、「控訴上告手続」（太政官布告第93号）を制定した。大審院の創設により、司法省臨時裁判所、司法省裁判所は廃止され、司法省はもっぱら司法行政機関となった<sup>64)</sup>

#### (5) 大審院ほか裁判所の改革

大審院諸裁判所職制章程によって大審院が設置されたのに伴い下級裁判所も改革され、上等裁判所が置かれ、府県裁判所が設置された。大審院は最上位の裁判所であり、次いで上等裁判所、府県裁判所は下位の裁判所で、これら裁判所が裁判権を行使することになった。

#### ① 大審院

大審院は「民事刑事の上告を受け上等裁判所以下の審判の不法なる者を破毀し全国法権の統一を主持する所」となった（大審院章程第1條）。全国法権の統一を主持するのは、司法省ではなく、大審院になったことに注意すべきである。これは司法権の独立に向けての大きな前進であった。

(ア) 大審院は「審判の不法なる者を破毀するの後他の裁判所に移し之を審判せしむ又便宜に大審院自ら之を審判することを得」（第2條）とされ、破棄差戻しだけでなく、破棄自判することができるとした。フランス法を範としながらフランス破毀院とは異なり、破棄自判ができるとした点に独自性があった。

(イ) 大審院は、裁判官の犯罪を審判し（第5條）、重大な国事犯や内外交渉民事の重大事件について審判する（第6條）。大審院は国事犯について裁判する権限をもっていたのである。これは司法職務定制下の司法省臨時裁判所に当たるものであったが、明治10（1877）年2月19日、大審院諸裁判所職制章

64) 司法省は裁判に関与できなくなったが、司法卿は諸裁判官を監督し庶務を総判し、判事および司法諸官奏任の任免進退を決める権限は保持した（司法省職制、司法省達第10号）。

程の改正の際に第6条の条項から削除された。大審院が政治的権限を持つことを危惧したものであった。明治10(1877)年1月30日に西南戦争が起きており、その直後に削除されていることから推測できる。西南戦争は、明治10年9月24日終結し、反乱軍の裁判は現に政府が直属の独自の臨時裁判所で裁判を行った。

大審院は、上等裁判所の死罪案に対する批可(認可)を扱った(第7条)。そして、法律に疑条があるときは、大審院が弁明して他の裁判所に示す(第9条)とされた。この当時は、未だ法整備が不十分であったから解釈で補うためにこのような規定を置いたものと思われる。

大審院の刑事裁判は判事5人以上の合議体であり、5人法廷に出席しなければ審判することができない(第8条)とされた。

## ② 上等裁判所

上等裁判所は、東京・大阪・長崎・福島(明治8年8月12日宮城に移転)の4箇所置かれた(上等裁判所章程第1条)。

上等裁判所は、死罪の裁判の第1審裁判所であり(第2条、ただし、大審院の批可(認可)を得て判決する、同3条)、府県裁判所より送呈する終身懲役罪案に対する審批を扱った(第4条、控訴上告手続第3条)。

上等裁判所の刑事裁判は3人の判事の合議体で行い、3人法廷に出席しなければ審判することができない(第6条)とされた。上等裁判所の裁判に不服ある者は、大審院に上告して破毀を求めることができた(第7条)。上等裁判所は全国に4箇所しかなく、しかも各上等裁判所の管轄区域が広く遠隔地の者には不便であったので、各上等裁判所から管下府県へ派出して巡回裁判が行うものとされた(巡回裁判規則第1-第8)。

なお、区裁判所や府県裁判所が第1審の刑事事件について上等裁判所には控訴できず(控訴上告手続第2条「控訴は民事に止まり、刑事に及ばず」)、違警罪及び死罪を除き、大審院へ上告することができる(大審院章程第1条、控訴上告手続第28条、第29条)とされた。上告できないとされた違警罪は軽犯罪

であったし、また、上等裁判所の権限とされる死罪の裁判については事前に大審院に申し出て既にその批可（認可）を得ているから除外されたのである。

### ③ 府県裁判所

府県裁判所は、各府県に一つの裁判所を置いて刑事懲役以下を審判する裁判所である。但し、別に裁判所が置かれていない県は、地方官が判事を兼任する（府県裁判所章程第1條）とされた。地方官による刑事裁判が並存したのである。

府県裁判所は、懲役以下の事件を取り扱う第1審裁判所で、終身懲役については擬律案を具えて上等裁判所の審批を取りその後に決行する（第5條）。死罪は文案証憑を具え被告人を勾置し以て巡回裁判を待つ（第4條）とされた。府県裁判所は、明治9（1876）年9月13日、廃止され、新たに「地方裁判所」が設置された（太政官布告第114号）。府県裁判所（地方裁判所）の刑事裁判は、1人の裁判官による単独制であった。その刑事裁判に不服がある者は、大審院に上告することができた（控訴上告手続第28條）。

明治8（1875）年12月28日、「裁判支庁仮規則」（司法省達第15号）が制定され、地方裁判所に「裁判支庁」を置くことができることになった。管内が広い地域の便宜を図るためであった。刑事裁判は懲役30日以下の事件を扱った。

### ④ 区裁判所

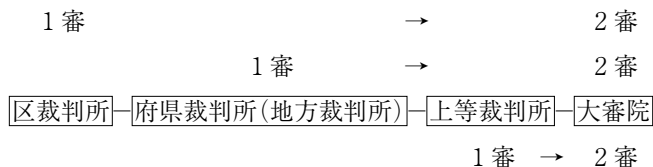
区裁判所の設置については、大審院諸裁判所職制章程には定めがなかったが、明治9（1876）年9月27日、「区裁判所仮規則」（司法省達第66号）によって「区裁判所」が設置されることになった。区裁判所は、府県裁判所（地方裁判所）管内の便宜の地を選んで設置された。

区裁判所は、懲役三年以下の事件を扱う第1審裁判所であった。この刑事裁判に対する不服申立ては、大審院に行った（控訴上告手続第28條）。

### 【審級制度】

府県裁判所（地方裁判所）と区裁判所は、刑事の第1審裁判所であるが、第

1 審裁判所の刑事裁判の不服申立ては、大審院になすこととされた。また、上等裁判所が第 1 審の不服申立ては、大審院に対してなすものとされた。刑事裁判については二審制であった（民事については三審制）。



裁判官は、判事と判事補に分けられた（判事職制通則第 1 條）。大審院は判事，上等裁判所と地方裁判所は判事と判事補，区裁判所は判事補によって構成された。

#### 【地方行政官による裁判の廃止】

大審院諸裁判所職制章程中の府県裁判所章程第 1 條には「各府県に一つの裁判所を置き一切の民事及び刑事懲役以下を審判す。但し別に裁判所を置さるの県は地方官判事を兼任す」とあったが、明治 10（1877）年 2 月 19 日、大審院諸裁判所職制章程が改正され、「地方裁判所は一切の民事及刑事懲役以下を審判す」（地方裁判所第 1 條）とし、従来府県裁判所にあった「地方官判事を兼任す」という但し書を削除した<sup>65)</sup> 地方裁判所が全国に設置されたからである。これにより、長年にわたる地方行政官による刑事裁判は廃止された。裁判権は大審院以下の裁判所に完全に帰属することになったのである。大審院が創設された後、地方行政官による裁判が全廃された明治 10 年は、裁判権が中央及び地方の行政から分離独立した歴史的意義をもつ年であった。

なお、裁判官の職権の独立については、まだ問題が残っていた。大審院諸裁判所職制章程中の「判事職制通則」によれば、大審院及び各上等裁判所の判事長は、随時民刑を論じないで各庭に臨み課長の事務を行うことができ、このとき課長判事は該庭に上席せし者は避けて通常裁判官の列に就く（第 7 條）とさ

65) 石井編（1980）225 頁



れていたからである。これは裁判所の内部における裁判官の職権の独立が、いまだ十分ではなかったことを意味した。

#### (6) 治罪法による裁判所の改革

ボアソナードの努力により、明治13(1880)年7月17日、「治罪法」が制定されるに至った(明治15年1月1日施行)。この法律は刑事裁判の手続のみならず裁判所の構成と権限についても定めていたので、裁判所の改革が行われることになった。

「大審院」はそのままであるが、上等裁判所は「控訴裁判所」、地方裁判所は「始審裁判所」、区裁判所は「治安裁判所」とそれぞれ改称され<sup>66)</sup>各裁判所の位地及び管轄の区画が定められた(明治14年10月6日、太政官布告第53号)。

なお、別に皇室に対する罪・国事に関する罪・皇族の犯した重罪及び禁錮に当たるべき軽罪・勅任官の犯した重罪を扱う「高等法院」を置いた。高等法院は特別裁判所であり、司法卿の奏請により上裁を以てこれを開くとされ(治罪法第84条)、裁判長1名、陪席裁判官6名合計7人の合議制で(第85条)、裁判官は元老院議員と大審院判事の中から毎年予め上裁をもって任命された(同条)。国事犯については、大審院ではなく高等法院が扱うことになったのである。

##### ① 大審院

大審院は刑事の上告審であり、刑事の再審、裁判管轄を定める訴え、公安又は嫌疑のため裁判管轄を移す訴えを取り扱った(治罪法第77条)。大審院の刑事裁判は、5人以上の裁判官の合議制で行われた(第78条)。

##### ② 控訴裁判所

控訴裁判所は、始審裁判所の刑事裁判の控訴事件を取扱う(第63条)。また、控訴裁判所は、刑事の重罪の第1審裁判所(重罪裁判所)である(第72条)。

---

66) 裁判所百年史(1990)23頁、控訴裁判所・始審裁判所・治安裁判所の名称は、いずれもフランスの裁判所の名称の直訳的移入であった。中村(1967)277頁

控訴裁判所の裁判は、3人以上の裁判官の合議制で行われ（第63条）、重罪裁判所の裁判は5人の裁判官の合議制で行われた（第73条）。控訴裁判所は、東京・大阪・名古屋・広島・長崎・宮城・函館の7箇所に置かれた。従来の上等裁判所は4箇所であったが、これに名古屋・広島・函館が加えられた。

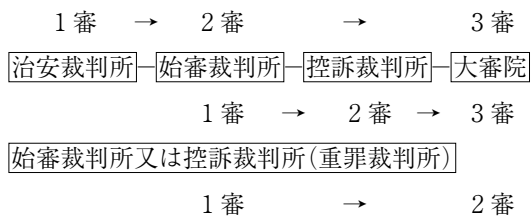
③ 始審裁判所

始審裁判所は、刑事事件の軽罪を裁判する第1審裁判所（軽罪裁判所）である（第54条）。始審裁判所は、重罪・軽罪について与審の権限をもち（第54条）、重罪事件は、原則として3か月毎に控訴裁判所又は始審裁判所で開かれる重罪裁判所が取り扱った（第71条、第72条）。始審裁判所は、治安裁判所の刑事裁判に対する控訴を取り扱った（第54条）。始審裁判所は全国90箇所に置かれた。始審裁判所の裁判は単独制である。

④ 治安裁判所

治安裁判所は、刑事は違警罪を取り扱う裁判所（違警罪裁判所）である（第49条）。全国180箇所に置かれた。治安裁判所の刑事裁判は単独制である。

【審級制度】



治安裁判所がなした刑事の第1審裁判に対する控訴は始審裁判所に（第54条）、この始審裁判所の裁判に対する上告は大審院に（第77条）、始審裁判所の刑事の第1審裁判に対する控訴は控訴裁判所に（第63条）、この控訴裁判所の刑事裁判に対する上告は大審院にすることになっていた（第77条）。始審裁判所または控訴裁判所が重罪の第1審裁判所としてなした裁判に対する不服申立ては大審院にした（同条）。重罪裁判所の裁判に対しては、控訴は認められず、上告のみが許された。ボアソナード原案には重罪については陪審制が設け

られていることから控訴が認められていなかったが、審議の過程で陪審制が削除されたにもかかわらず、控訴ができることに改めなかったため控訴が認められない形になったといわれるが、経緯はどうか、重罪の被告人から審級の利益を失わせたのは立法上の不備欠陥たるを免れないものであった。

#### 4 刑事裁判例

##### (1) 仮刑律を適用した裁判例

刑法官が仮刑律に基づき裁判したもののうち、明治2(1869)年1月5日、宮中から下がってくる途中、京都寺町丸太町通りで石見郷土上田立夫ら4名に暗殺された参与横井小楠事件がある。攘夷派の犯人ら4名は仮刑律の極刑である梟示、逃走を助けた上平主税ら3名は流罪終身となった。

主犯4名に対する刑法官の判決<sup>67)</sup>は、次のとおりであった。

元石州大内郡上田村郷土

上田立夫こと 立夫

元名古屋藩石河太八郎家来 善次二男

鹿島又之丞こと 又之允

元備前国上道郡沼村土著 一郎左衛門倅

土屋延雄こと 延雄

和州十津川郷大原村郷土 前岡要人弟当時脱走

前岡力雄こと 力雄

其方共儀参与横井平四郎邪教を唱るとの浮説を信じ、<sup>ほしいまま</sup>擅に殺害に及び、<sup>あまつさえ</sup>其場を立逃るる条、不憚朝憲、不届至極に付梟示申付る。

##### (2) 仮刑律的例による裁判例

地方では府藩県が刑事裁判を行っていたが、重罪や刑律に疑義あるものについては刑法官に伺いを出した。刑法官は府藩県の伺いに対し、仮刑律に基づいて回答(指示)した。府藩県はこれに基づいて判決を言い渡した。

67) 我妻ほか(1968)85頁

各府藩県からの伺いの中に、引廻しのうえ磔刑を指示したもの、武士の酔余の殺害に切腹を指示した事件がある。

① 明治元年辰 10 月朔日、大津県より伺い—引廻しのうえ磔刑

大津県から刑法官に対する伺いは、次のとおりであった。

無宿新助、右之者義、幼年より勢州三平郡浜一式村浅右衛門方え養子に罷越まかりこし候さうろう処、  
 身持よろしからず不い宜けん親の異見等も不相用あいらいずひそか窃に伊勢参宮し、其後帰郷之上離縁被申付候に付、  
 江戸表へ罷越他家え養子に相成、無間も離縁に相成、再帰郷致し候上、先達て浅右衛門夫婦離縁致し候義を遺恨に存じ夜中立越し右兩人共及殺害同家有合之金錢盜取逃もうしつけられさうろう  
 去候まかりこし処、去卯 10 日中多羅尾織之助支配所勢州庄野宿に於て被召捕入牢罷在候処、  
 当 7 月 23 日当県え引渡に付尚又相糺候処、右之通相違無之旨申立候間、浅右衛門親族之者並村役人共相糺候処別紙之罪状無相違、然処此之上如何刑法に被処可然哉。  
 右口書差添、此段及御問合候。

無宿者の新助という者は、幼年より勢州三平郡浜一式村の浅右衛門方に養子に入ったが、身持ちが悪く養親の意見も聞かず密かに伊勢参りをし、帰郷後離縁されたので江戸表へ出て他家の養子になったが間もなく離縁されて再び帰郷し、先般浅右衛門夫婦に離縁されたのを恨みに思い夜中に浅右衛門の所に来て夫婦を殺害し金銭を盗み取り逃げ去ったものであるところ、多羅尾支配下の勢州庄野宿で召し捕られ、大津県に引き渡されたので取り調べたところ右のとおり相違ないというので、浅右衛門の親族や村役人にも聞き糺したが罪状のとおり相違ないという。そこでこの件について如何なる刑法によって処すべきか自供書を添えて問い合わせたいというものであった。

これに対する明治元年 10 月 3 日の刑法官の回答は、次のとおりであった。

此者、非常之怨もって以故養父母を及斬害、剩金子窃取候段不届至極之大逆罪に付、  
 居村引廻之上磔可申付事。但し磔刑之義永廢止之筈相成候共、逆罪は非常の事に付、  
 破格之極刑に被処候事。

養父母の殺害は、非常の逆罪であるから引廻しのうえ磔の極刑に処すべきであるという回答であった。引廻しは明治 2 (1869) 年 7 月 8 日に廃止されたから、この事件は廃止の約一年前のものであった。

② 明治元年辰 9 月、稲葉美濃守より伺一切腹

稲葉美濃守から刑法官に対する伺いは、次のとおりであった。

美濃守家来金子栄助と申者、先達で同藩竹中伝三郎と申者を致殺害候に付始末相糺候処、右栄助義、伝三郎とは従来懇意に付酒杯の間酔狂の上風と口論に相成、終に及刃傷候共、宿意等は聊無之段致白状、外に怪敷義も無之候得共、前条之始末難為致助命候に付切腹申付候心得に有之候得共、過日御達之義も有之候に付、この段奉伺候様在所表より申付越候。已上。

返答

伺之通

美濃守の家来金子栄助が先日同藩の竹中伝三郎を殺害したので、その顛末を取り調べたところ、伝三郎とは従来から懇意な間柄で酒に酔ってふと口論になり刃傷に及んだが、かねてよりの恨みなどはないと白状したほか別に怪しいところもないけれども、前条の始末は助命なし難きことにつき切腹を申し付けるべきところ、過日お達しがあったのでこのことにつき伺い奉り候というものであるが、刑法官の返答は、伺いのとおり切腹というものであった。

### (3) 新律綱領を適用した裁判例

① 明治3(1870)年11月23日、東京府神田鍋町で大学南校イギリス人教師襲撃事件が起きた。事件の概要は次のとおりである<sup>68)</sup>

大学南校のお雇外国人ダグラス、リング、同校所属の小泉正敦、一婦人らは、日本橋を渡り、夜10時ころ神田鍋町を歩いていたところ、杵築藩加藤龍吉・薩摩藩土肥後壮七・関宿藩土黒川友次郎らが抜刀して襲い掛かった後逃げ去った。ダグラス、リングはそれぞれ負傷し近くの民家で日本人医師の応急手当を受け、イギリス人医師も駆けつけた。二人とも大怪我をしたが生命に別状はなかった。この事件の報を受けた政府は驚き、右大臣三条実美・参議大久保利通・同副島種臣は、イギリス公使パークスを訪れ、見舞いを述べるとともに犯人の嚴重探索を約束した。

その後探索が進み加藤・肥後・黒川らは逮捕され、明治3(1870)年12月

68) 我妻ほか(1968)184頁以下

20日制定公布された新律綱領に基づき、刑部省判事らで構成した裁判所により明治4年4月判決が言い渡された。判決<sup>69)</sup>は、次のとおりであった。

杵築藩卒喜兵衛倅にて脱走致し  
山口幸太郎と申立候

加藤龍吉

其方儀関宿藩黒川友次郎同道日本橋通行の砌、大学南校御雇教師英人リング外一人婦人を携士躰の者附添相越候を見請、彼を可打果旨及発言候より、友次郎致同意供々跡を附参り、神田鍋町に於て抜刀、リングへ為疵負候段、御国辱に相成候をも不顧仕業、右始末不届に付、庶人に下し絞罪申付る。

鹿児島県士族 肥後壯七

其方儀佐土原藩永田弥太郎外一人一同神田鍋町通行の砌、杵築藩加藤龍吉外一人にて大学南校御雇教師英人リング、ダグラスを及刃傷候儀には不心附右英人狼狽の躰にて逃参り候機にすれ合候より俄に怒機相発し追駆リング及刃傷候事実に候は、其段有躰可申立処都て一己の仕業に一旦申成罷在追て龍吉外一人右を白状に及候由承り候節に至り右に携候儀は勿論鍋町辺通行の覚無之忤彼是言紛し候段御国辱に相成候をも不顧仕業不届に付庶人に下し絞罪申付る。

関宿藩士族如虹倅にて脱走致し候

黒川友次郎

其方儀杵築藩加藤龍吉同道日本橋辺通行の砌、大学南校御雇教師英人ダグラス外一人一婦人携士躰の者附添相越候を見請、彼を可打果旨龍吉及発言候に致同意俱々跡を附参り、神田鍋町に於て抜刀ダグラスへ為疵負候段、御国辱に相成候をも不顧仕業始末不届に付、庶人に下し准流十年申付る。

本件では加藤・肥後が首謀者、黒川は従犯と認定され、新律綱領の人命律中の謀殺によれば、被害者が若し傷して死せるざる、造意者は、絞。従にして加功する者は、流3等である。前二者は造意者として絞首、後者は従犯であるから流3等であるが、准流法により准流10年、すなわち、徒役(懲役)10年とされた。その他の関係者は2名が閉門90日、1名が謹慎30日であった。

② 明治7(1874)年8月11日、函館においてドイツ領事殺人事件が起き

69) 我妻ほか(1968)199頁

た<sup>70)</sup> 事件の概要は次のとおりである。

秋田藩士田崎秀親は秋田の漢学塾で漢学・国学を学んでいたが、明治7年に同塾は廃止となった。田崎は皇学頹敗の原因は、外夷と和親し洋学が入ったためと思い込み憤慨し、一身を犠牲にして居留の外国人を殺害しようと決意し秋田市中を物色したが目的を達しなかつたので、明治7年8月8日、函館に渡り外国人を探した。同月11日、招魂社に行く途中たまたまファーバーと出会った。ファーバーは、函館に駐在のドイツ領事であった。田崎はその背後を日傘で突き、ファーバーが驚いて振り返るや否や、いきなり抜刀して斬りつけファーバーが逃げるのを追って更に斬り付け、昏倒するや猶も斬り付けて殺害した。その後、田崎は市中富岡町の羅卒屯所に自首し大騒ぎとなった。

太政官政府はこの事件を知って驚き、明治7年8月27日、太政官第110号達を出して全府県に外国人を襲撃する事件が起きないように警戒することを指示した。

田崎秀親、独逸領事を暴殺す（第110号達）

#### 使 府 県

本月十一日、函館港に於て、秋田縣士族田崎秀親、独逸国代辨領事を暴殺し、同所巡邏屯所へ自首候に付、直に捕縛相成候、抑 各国御交際以来、屢 外国人へ対し不法之所行有之、御交際之御趣旨に戻り、深く被為惱宸襟 候旨、兼て布告の次第も有之候処、今日に至り、尚前件の如き凶暴の挙動 有之候 ては天皇陛下の聖旨に背き、各国政府の交誼に戻り、実 以て不相濟事に候條、地方官に於て、各人御趣意を奉體し候様、篤く告諭 可致、此旨相達候事<sup>71)</sup>

政府は各国領事館と協議し、函館裁判所で加害者田崎の裁判を行うことになった。ドイツ公使館書記官、司法大検事岸良兼養、外務五等出仕野村靖が出頭した。数回事件の審理が行われ、明治7年9月某日、判決言渡しがあった。

#### 裁 判 書

其方儀平日従事する処の皇学頹敗に至る畢竟 外国との和親に基くとの頑愚の心より一図に存込 寧ろ洋人を殺害し素志を果さんと郷里出奔函館に至り同所谷地頭において

70) 尾佐竹 (1949) 185 頁

71) 橋本編 (1966) 第5巻 (巻九) 148 頁, 尾佐竹 (1949) 187 頁

独逸国領事勳方ファーバー氏に邂逅し<sup>たちまち</sup> 忽 拔刀追逐して凶殺せし段、甚<sup>はなはだもって</sup> 以 不届の儀に付、破廉耻<sup>はれんち</sup> 甚<sup>はなはだしき</sup> を以て人命律謀殺條に照らし除族のうえ斬首申付候<sup>72)</sup>

というものであった。外交上の問題となり太政官政府は大いに驚きドイツと誠意交渉しドイツはこれを諒として無事解決したが、これがためドイツは函館に領事館を置くことを廃止したという。

政府は、明治7年9月10日、同第120号を以って諸県に重ねて達を出した。

独逸領事殺害犯人斬の事(第120号達)

使 府 県

去月(八月)十一日函館港に於て、独逸国代辨領事を暴殺致候秋田縣土族田崎秀親義、吟味詰之上、別紙之通処刑相成候、右は外国御交際之御趣意に悖り、不容易罪状に付、改律以前に候得は、梟首にも可被行処、<sup>おこなわれるべきところ</sup> 当今之刑典に照らし、斬に被処候儀に付、右之趣相心得、<sup>もって</sup> 本年第百十号を以 相達候通、向後心得違之者無之様、管下一般へ篤く告諭可致、此旨更に相達候事<sup>73)</sup>

こうして今後本件の如き心得違いの者がないう管下一般に告諭すべきことを指示した。明治初期には攘夷思想により外国人を襲撃する事件が多く太政官政府の悩みの種であった。

#### (4) 改定律例を適用した裁判例

##### ① 東京裁判所明治9年3月10日凶器所持強盗致傷罪の判決<sup>74)</sup>(斬罪・要旨)

東京第十大区五小区鹿濱村百三番地農鞆市川與助の供述によれば、同人は明治4年半ば管懸において野荒しの科により一日晒しを申付けられ、今回は今月1日夜8時頃同村長栄寺に鎌を持って押入り、尼僧鉄妙に対し傷を負わせ天保銭十枚奪い取り、その銭のうち七枚は同村鈴木磯吉外1か所において酒肴また菓子等を飲食し、残り三枚は途中で取り落したとのこと、このとおりに違いないということであった。

同9年2月9日の東京裁判所の判決は、

72) 尾佐竹(1949)187頁

73) 橋本編(1966)第5巻(巻九)155頁、尾佐竹(1949)188頁

74) 吉野編(1971)145頁



其方儀昨八年九月一日、同村長栄寺へ鎌を携へ押し入り、尼鉄妙へ疵を負せ天保銭十枚奪取る科、改定律例第二百二十七條に依り斬罪に申付ける。

であった。鎌という凶器を持ち金銭を強取しその際尼僧に傷を付けたことにより、強盜致傷として斬首刑にされたのである。

② 京都裁判所明治9年4月28日放火罪の判決<sup>75)</sup> (懲役七年・要旨)

京都府下京区第十二区燈籠町平民井上半兵衛という者、栗田作五郎という者より借財し抵当に差入れた品を、一時作五郎方へ引取られて取戻しができ難いことを憤怒し、その家に火を放ったが僅かに障子八寸余燃えただけで直ぐに消し止められた。

明治9年4月28日、京都裁判所にて吟味のうえ言い渡された判決は、

改定律例第二百八十一條により、懲役十年を申付けるべきところ、情状量し一等を減じ懲役七年を申付ける。

であった。減刑されたのは焼いた範囲が少なかったからであろう。

③ 水戸裁判所明治14年11月25日違令條例違反<sup>76)</sup> (懲役百日・要旨)

茨城県の水戸法学館の宮地茂平と栗村寛亮は、日本政府の支配を受けない自由人になりたい旨県庁を通じて太政官に「脱管届」を提出した。水戸裁判所から申し渡された返答は、宮地茂平に対し、

改定律例第二百八十七條により、凡そ制に違ふ者は懲役百日に問い懲役百日を申付ける。

であった。栗村については諸説（その刑を免れたとか、禁獄70日に処せられたとかいう説）があつて明らかでないという。

## 5 拷問の禁止

明治維新を経ても、江戸時代と同様に、「罪を断ずるは口供結案に依る」という自白中心の前近代的刑事法制が支配していた<sup>77)</sup> 自白によってのみ有罪とすることができるということであるから、他に証拠があつても自白しないとき

75) 吉野編 (1971) 153 頁

76) 加藤ほか (1967) 82 頁

はどうしても自白を必要とする。自白を得るために拷問をすることになる。明治3(1870)年5月の「獄庭規則」は、拷問は判事以上相議取計事と定め、明治5(1872)年の「司法職務定制」は、犯罪の蹤跡すでに瞭然であるのに犯人が自状しないときは判事が鞫問しなお白状しなければこれを拷問する(第52條第12)とし、明治6(1873)年2月の「断獄則例」も拷問を認めており、訊杖により自供しない者には算盤を使用する(第15則・第16則)こと、算盤の上に座らせて石板を膝の上に措き累加は三板までとする(第17則)としていた。いずれも刑事手続上公然と拷問することを認めていた。

明治3(1870)年3月の「新律綱領」も拷問を認めていた(ただし、年齢70以上の者、15以下の者、もしくは廢疾者には拷訊してはならない(断獄律の老幼不拷訊)としていた)。明治6(1873)年5月の「改定律例」を見ても、「凡罪を断ずるは、口供結案に依る」(第318條)と定め、有罪の裁判は罪人の自白を録した供述書によるとしていたので、任意に自供しない被疑者の自白を得るために拷問が行われた。

ボアソナードは、明治8(1875)年4月のある日、司法省明法寮の授業に向かう途中、東京上等裁判所で算盤責の拷問が行われているのを目撃し、ひどくショックを受け痛嘆し、生徒に自ら拷問の非を説くとともに、同年4月15日、司法卿宛に「書簡」を送り、法学校の近傍や司法省の庁舎の直前において、誰はばかることなく毎日拷問が繰り返されており、拷問を受ける者の悲鳴が聞こえ、沈痛のあまり仕事ができなくなる。法と正義への奉仕のためにのみ用いるべきものと考えているペンを遠くに投げ、これら不幸な人々とともに苦痛と苦悶をともしている。拷問は理性と人道とに反し自然法に背くもので政府の利益にも反するものである。被告人らの辛苦を緩和する時期の一刻も早いことを願い、休息・睡眠の時間をさいて拷問廢止の意見を書くことにしたと述べ<sup>77)</sup>明治8(1875)年5月20日には、「拷問廢止建白書」を司法卿に提出している<sup>78)</sup>

77) 日本弁護士連合会(1959)4頁

78) 法政大学(1978)46頁以下

ポアソナードは、建白書の冒頭に「日本がこの嘆かわしい刑事審問方式をすみやかに廃止するならば多大の利益を受けるであろうことを立証しよう」と述べ、拷問廃止の理由を、〔1〕人道上の観点、〔2〕自然法と絶対的正義の観点、〔3〕純粹理性の観点、〔4〕日本の威厳と利益の観点の4つを挙げている。

〔1〕人道の観点から近代文明の進歩を示す法制の特徴は、人命の尊重である。ヨーロッパやアメリカ合衆国でも、被告人が拷問に付せられることはない。起訴事実がいかに重大であり、いかなる嫌疑をかけられていても、有罪が完全に立証されるまでは、無罪と推定される。拷問は、明らかに人道上の権利に対する侵害である。日本人は、死を恐れぬ勇敢さとともに、温厚で、寛容で、人道的である。日本における拷問は、この偉大な特質である温厚な資質を損なうもので、人道という普遍的な感情に反する。

〔2〕自然法および絶対的正義の観点から、被告人は自然法の原則であるところの自己弁護の権利をもっている。拷問によって無理矢理に得られた自白が被告人に不利益に援用されるならば、それに続いて判決という茶番劇を行なうことは、人を愚弄するものである。被告人に弁護人を付すること、官選弁護人を付すことは偽善である。もはや判決の必要もない。被告人はみずから有罪を言い渡しているのである。拷問の場所から処刑の場所に行くだけである。被告人が自己に死を招くよう強制されているに等しい。拷問は、被告人の防御権の最も明白な侵害である。

〔3〕純粹理性の観点から、拷問は理性と論理とに反する。拷問は、自由な意思を奪うがゆえに理性に反する。拷問を受けた者が死ぬことがしばしばあるし、失神すると回復した後また自白を得るか死ぬまで継続することになる。論理はこれを要求する。だからこそ拷問は不当である。

〔4〕日本の威厳と利益の観点から、日本が司法制度のうちに拷問の実施を存しておくことは、これらを著しく損なうものである。日本は久しきにわたり西

欧諸国と同じく、すべての在留外国人に対して裁判権を保有したいと希求しているが、日本の苦しい状況は、法律の不備と裁判制度の欠陥に起因しているし、拷問が大きな障害になっているがゆえに、日本の威厳と利益に反している。拷問の廃止が現実には実現されないかぎり、日本は、外国人に対する裁判権を獲得するための真剣な商議の開始を主張することはできない。拷問の廃止は、悔恨と過誤のおそれの最も少ない改革である。なぜなら、それは人道上の権利、絶対的正義、自然の理性並びに日本の威厳を、同時に、最も確実に満足させるものだからである<sup>80)</sup>と主張している。

この建白を受けて、政府は拷問廃止法案を元老院の審議に廻したが議決に至らなかった。

政府は、明治9(1876)年6月10日、「罪を断ずるに口供結案による」という改定律例第318條を次のように改正した。

太政官布告第86号

改定律例第三百十八條、左の通改正候條、此旨布告候事

凡そ罪を断ずるは証に依る。若し未だ断決せずして死亡する者は、その罪を論ぜず。

有罪とするには自白を要するという原則を放棄したのである。

これに基づいて、司法省は、同年8月28日、断罪証拠として、①被告人真実の白状、②被告人又は他の文通又は手筆の文書、③相当官吏の検視明細書、④証左及び参考の陳述、⑤裁判所より任じたる鑑定人の報告、⑥証拠物品、⑦徴驗(仏語アンダス)、事実の推測(仏語プレソンプション ド プェー)、顕跡(仏語エヴィダンス)、⑧法の推測(仏語プレソンプション レガル)の8種類をあげ、前件の証拠により罪を断ずるは、専ら裁判官の信認する所にあり

80) 法政大学(1978)37頁以下、50頁以下

とした<sup>81)</sup>

この司法省達第64号には、仏語まで添えられておりボアソナードの案を基にしていることが分かる。これにより裁判官の犯罪事実の認定は、証拠による「自由心証主義」をとることを明らかにした。したがって、拷問は不要になったのであるが、拷問そのものを廃止することに元老院が慎重で議決に至らなかったため、依然として拷問が跡を絶たなかった。

太政官政府は、明治12(1879)年10月8日、太政官布告第42号を出した。

明治九年六月第八十六号布告改定律例三百十八條改正後、拷問は無用に属し候儀に付、右に関する法令は総て删除候條、此旨布告候事

ボアソナードが建言してから4年後の明治12年によく法制上拷問は廃止されたのである。

そして、明治15(1882)年に施行された旧刑法は、裁判官・検察官・看守人など拷問をした者を処罰することにした。拷問廃止を確実にするためである。

#### 第二百八十二條

裁判官、検事、及び警察官吏、被告人に対し罪状を陳述せしむる為め、暴行を加へ、又は陵虐の所為ある者は、四月以上四年以下の重禁錮に処し、五円以上五十円以下の罰金を附加す。

因て被告人を死傷に致したる時は、殴打創傷の各本條に照し一等を加へ、重きに從て処断す。

こうして鎌倉時代・江戸時代を通じて行われてきた拷問は、明治12年10月に廃止され、明治15年に施行された旧刑法で拷問を行った官吏は処罰される

81) 石井編(1980)265頁

ことになった。法制上拷問は姿を消し近代的刑事訴訟手続が整ったのである。

しかし、これで拷問が事実上もなくなったというわけではなかった。絶対的  
天皇制が強調される明治20年代以降、天皇陛下の役人（官僚）がこれに違う  
思想や宗教に対し厳しい弾圧を加え、治安警察法・治安維持法の違反者に対し  
人権を蹂躪する拷問が半ば公然と行われた<sup>82)</sup>。太平洋戦争の敗戦後の新憲法第  
36条に「公務員による拷問及び残虐な刑罰は、絶対にこれを禁ずる」と定め  
る醜態を晒さざるをえなかった。法制上も事実上も拷問が禁止されたのは戦後  
であったことを忘れてはならない。

## 二 刑法・治罪法の制定と代言人の刑事弁護

### (1) 弁護官

明治8（1875）年2月、司法省は、参議廣澤真臣参議暗殺事件<sup>83)</sup>に関連する  
被疑者6名を裁判するために、「廣澤故参議暗殺事件別局裁判規則」を制定し  
た。この規則に基づいて裁判を担当することになったのは、原告官（検事・警  
察延6名）、弁護官（2名）、裁判官（途中入替あり12名）、参座（陪審員12  
名）という大掛かりなものであった。この構成は、イギリスの陪審員制度を模  
範にしたものである。有罪無罪の決定権は参座がもっている。参座が無罪の評  
決をしたとき裁判官は直ちに被告人を放免し、有罪の評決があったときは刑律  
に照らして司法卿に決済を求めるとされた。

ところで、弁護官には誰が選任され、その職務はどのようなものであったの  
だろうか。同規則に、次の定めがある。

#### 弁護官の事

司法卿の選を以て省中官吏の内より二名之に充へし（第四條）。

82) 団藤（1948）116頁以下

83) 本稿第2回の明治時代前期の民事法制と民事裁判において、版籍奉還と復古的太政官制  
の中で廣澤暗殺事件について触れている。

被告人の爲めに弁護するの責に任す。故に原告の告る所被告の答弁する所と裁判の糾弾する所とに就き能く其の意を留めて之を聴き其の被告人の爲めに弁護すへしと思料する時は席を了りて後参座に向て一応其の意見を述へしと雖も糾弾の善悪を論し又は罪の有無を論し裁判の当否を論するの権なし。但糺問の席に於ては敢て発語するを得ず（第五條）。

弁護官は被告人の弁護人ではあるが、司法卿により省内の官吏が選任され、被告人との間に委任関係はない。したがって、国選である。弁護官の職務は、ひたすら原告官の告げること、被告人の答弁、裁判官の糺問を聞き、審理が終わった後、参座に向かって一応意見を述べることはできるが、糾弾の善悪・罪の有無・裁判の当否など法律上の意見を論ずる権限はない。これでは弁護官といっても刑事裁判の形式を揃えるだけのものにすぎなかった。

選任された弁護官は、司法省明法中法官荒木博臣、権中法官長野文炳であったが、参座に対する意見は、被告人はいかに糺問を受けても真実を述べるよりほかに道はないものと思うから、とくに弁護というほどの意見をもたないと述べたという<sup>84)</sup>これは弁護とはいえない。弁護官は国選であったが、今日の国選弁護とは大いに異なる。この弁護官の日本弁護士史における意義は少ない<sup>85)</sup>

ところで、この裁判になぜ参座（陪審員）を参加させ有罪・無罪の評決を委ねることにしたのであろうか。廣澤暗殺事件<sup>86)</sup>は、明治4（1871）年1月9日に起きている。その後4年経っても犯人が分らず捜査機関に対する風当たりは相当強いものがあつた。裁判所は徐々に整備されて独立性を確保しつつあつたが、未だ弱い状態であつた。そこで捜査機関の面子を保ちながら、今度は裁判

84) 我妻ほか（1968）266頁

85) 瀧川（1984）93頁

86) 三宅「同時代史第一巻」に、「廣澤暗殺の加害者を捕ふること能はず。前後に暗殺事件の少からざれど、斯くまで全く捕捉すべからざるは他に例なし。廣澤暗殺に付いては異説紛々ならず。或は曰く、強盜の所為なりと。或は曰く、雲井派に属する壯士の所為なり。或は曰く、木戸派に属する者の所為なり」と〈263頁〉という。しかし、いずれも憶測にすぎず犯人は不明であつた。

所が批判の矢面に立つことを回避するため、参座に有罪無罪を決定させて事件の決着を付けようとする政治的意図によるものであったと考えることができる。

裁判の結果は、次のとおりであった。

- ①の件 紀田正一・福井長吉娘かね いずれも無罪
- ②の件 坂口匡・弟坂口隆 いずれも無罪
- ③の件 青木鉄五郎・中村六蔵 いずれも無罪

## (2) 刑事弁護必要論

明治12(1879)年6月27日、司法省修補課起草委員磯部四郎<sup>87)</sup>は、「刑事代言人ヲ許スノ儀」を發議し省内で議論が行われた。磯部意見書の趣旨は、詞訟(民事訴訟)の關係するところは多くは財物金錢の得喪に過ぎないが、刑獄(刑事訴訟)は死生が別れるところ、一度裁判を誤れば罪なくして獄に繋がれ、その甚だしいときは首を刎ねられる極めて重大な結果となる。檢察官は、堂々たる官吏で学力知識に富むが、被告人は、大概愚昧卑賤の民であり、囚われて獄庭に到れば恐れて自ら言葉を尽くし事情を明らかにして檢察官の論難することを破ることは萬に一を望むことはできないから、その吞恨泣冤どんこんきゅうえんをなくするためには、その代言弁護を必要とすることは切実なものがある。それは詞訟の比ではない。今わが国では民事のみ代言が許されているが、未だ刑獄にはこれを許されていないのは一大欠点といわなければならない。よって、刑事代言人を差し許すべきであるというものであった<sup>88)</sup>。

理路整然と民事と刑事の違いを指摘し、刑事裁判の重大性から刑事代言の必

87) 磯部四郎は、明治9年7月、司法省法学校正則第一期卒業生で、同省よりフランス留学を命じられフランス法を学び帰国、司法省に勤務し大木喬任司法卿の下で専ら法律の制定・法律問題の疑義裁定などを掌っていた。加太自曆書(1931)103-104頁、穂積重遠(1936)98頁

88) 磯部の意見書は、穂積重遠(1936)98-100頁に全文の紹介がある。



要性を主張しており何らの異議も出ないはずであったが、意外や10人の起草委員中、8人が反対し、賛成は箕作麟祥ほか1名だけ、結局、8対2で否決されてしまった。

反対意見のいうところは、今また代言人を許せば、恐らくその弁護は罪囚の冤枉を述べその屈辱を雪ぐに適せず、却ってその強戾狡猾を媒助する好具たらんとするだけであるというものであった。明治9(1876)年に、既に免許代言人制になっているにもかかわらず、反対派は未だ代言人に信頼をおいていなかった。当時の司法省は全体の意見は、刑事弁護制度に反対であった。

ところが、驚くなかれ、磯部提案を否決したときから僅か1年後の明治13(1880)年7月、「治罪法」に磯部の刑事弁護必要論が取り入れられ、第266條に「被告人は弁論の爲め弁護人を用ふことを得」と定めたのである。わが刑事訴訟法史上まさに画期的な規定が置かれた。この急変は一体なぜであろうか。治罪法は、ボアソナードの起草になる刑事訴訟法であった。穂積重遠の『続法窓夜話』は、次のようにこの謎を解いている。

思うに、これは治罪法起草者たるボアソナード氏が、磯部博士の説を賛成したからであらう。当時の大官連は、開国当時に泰西の新文明に魂消た余習が仍ほ存し、且つ鋭意彼の長を採って我文化を進めやうとの熱心にも駆られた結果、非常なる外国人崇拜者であったから、御雇外国人の云ふ事なら、殆んど一も二も無く尤もと考へて鵜呑にするを例としたから、磯部博士は日本人なるが故に前年に反対せられ、ボアソナードは外国人なるが故に翌年に賛成せられたのであらう<sup>89)</sup>

日本人がいうのは反対だが、お雇い外国人がいうのは賛成であるというのは、いかにも情けないことであったが、江藤なき後の司法省が改革機能停止の状態にあり、ボアソナードの意見なくしては前に進まなかったことを象徴している話である。

穂積は、更に時の政府の高官たちは、重要事項はすべてお雇い外国人に諮詢して後に決定するという有様であったと述べている。

---

89) 穂積重遠(1936)102-103頁

明治20年頃までは、すべての重要な法律問題は私のボアソナード氏が独のロエスレル氏かに詢して後ち決定されると云う有様であった。之に反し、新たに法学を欧米に学んで帰って来た法律家連中は、是等の外人とは土台段違ひ以下と観られて居ったから、彼等の言ふことでも前の二先生の如き大家の裏書が無くては通用せぬと云う有様であった<sup>90)</sup>

司法省はボアソナードの指導のもと「刑法」・「治罪法」を編纂し、続いて「民法」の編纂事業に取り組んだのである。

### (3) 代言人の刑事弁護

明治13(1880)年7月17日に、フランス法を模範とする近代的な刑事実体法である「刑法」が制定され、明治15(1882)年1月1日から施行されることになった。それと同時に、刑事手続法に当る「治罪法」も制定施行されることになり、いよいよ代言人が刑事弁護に乗り出していくことになるのである。

民事訴訟上発展してきた代言人の機能が、こうして治罪法の制定により刑事訴訟にまで拡大することになったのは、日本弁護士史上極めて重要な意味をもつことになった。明治時代の中期以降に起きる重大事件で、代言人の巨人といわれる星亨・大井憲太郎・渋川忠二郎・鳩山和夫・増島六一郎・江木衷・今村力三郎・原嘉道・岸清一らが民事代理・刑事弁護で華々しく活躍することになるからである。

## 結 び

慶応から明治前期にかけては、「国運の急転は、ナイヤガラ大瀑布の落下にも比すべき程の時代」(徳富蘇峰)であった。

明治5年の「司法職務定制」の制定により、判事・検事・代言人の職制の区別が明確になった。明治9年の「代言人規則」を経て明治13年の「改正代言人規則」制定により、今日の弁護士の起源である免許代言人が誕生し、民事事

---

90) 穂積重遠(1936)103頁

件の訴訟代理を行っていたが、明治15年施行の「治罪法」により刑事弁護も行うことになった。こうして免許代理人は、民事代理と刑事弁護の両方を行うことになったのである。

他方、岩倉使節団の帰国による留守政府との征韓論争の結果、政府が分裂しその後西郷・江藤らの下野を契機に明治7年の佐賀の乱から明治10年の西南戦争に至るまで国内に相次いで反乱が起きる激動の時代であった。反乱が鎮静化したあと、今度は全国的に自由民権運動が盛んになり国会開設へと展開していった。

法典編纂については、約20年の歳月をかけたポアソナード民法典の公布と法典論争、明治憲法・裁判所構成法・民事訴訟法・商法などドイツ法系の法典が制定され、フランス法系からドイツ法系へと入れ替わっていくのである。

維新当時の新しく多くの可能性と選択肢をもった自由な時代に、政府が選択したのは「万世一系の天皇統治す」、「天皇は神聖にして侵すべからず」という外見的立権主義による政治体制であった。その行きつくところは、人が神であるという幻想に悩まされ不敬に怯えるかなながら惟神の国で、多くの犠牲を出してしまったことは歴史の示すところである。このような時代背景のなかで免許代理人はどのような問題と闘い活動をしたのか。今回は、明治時代前期における代言人法制と代言人の活動をみてみたいと思う。

#### 参 考 文 献

- 石井紫郎・水林彪『法と秩序』日本近代思想大系7, 岩波書店 (1992)  
 石井良助 (編)『法制史』体系日本史叢書, 山川出版社 (1964)  
 石井良助 (編纂) 開国百年記念文化事業会編『明治文化史2 法制』原書房 (1980)  
 尾佐竹猛『法窓秘聞』実業之日本社 (1949)  
 大槻文彦『箕作麟祥君傳』丸善 (1907)  
 加藤秀俊・加太こうじ・岩崎爾郎・後藤象二郎『明治大正昭和』世界思想社 (1967)  
 神坂次郎『元禄御豊奉行の日記』中央公論社 (1985)  
 佐々木克 (監修)『大久保利通』講談社学術文庫 (2004)  
 篠田鉦造『明治百話上』岩波文庫 (1996)

- 瀧川政次郎『公事師・公事宿の研究』赤坂書院（1984）
- 団藤重光『刑法の近代的展開』弘文堂（1948）
- 手塚豊著作集 第四卷『明治刑法史の研究上』慶応通信（1984）
- 手塚豊著作集 第六卷『明治刑法史の研究下』慶応通信（1986）
- 富田正文（編）『福澤諭吉集』明治文学全集8,筑摩書房（1966）
- 中村英郎「近代的司法制度の成立と外国法の影響」『早稲田法学』42巻1号,早稲田法学会（1967）
- 仁井田陸『補訂中国法制史』東京大学出版会（1964）
- 日本史籍協会（編）『加太邦憲自歴譜』東京大学出版会（1931）
- 日本史籍協会（編）『大久保利通日記二』東京大学出版会（1927）
- 日本弁護士連合会『日本弁護士沿革史』日本弁護士連合会（1959）
- 橋本博（編）『改訂維新日誌』第二巻～第五巻,名著刊行会（1966）
- 布施彌平治『律令と儒教』第一分冊,宗文館書店（1964）
- 司法省ボアソナード氏『刑法草案注釈上巻』宗文館書店（1987）
- 法政大学『ボアソナード答問録』法政大学出版局（1978）
- 穂積陳重『法窓夜話』岩波文庫（1980）
- 穂積重遠『続法窓夜話』岩波書店（1936）
- 的野半介『江藤南白上』原書房（1968）
- 的野半介『江藤南白下』原書房（1968）
- 牧英正・藤原明久（編）『日本法制史』青林書院（1993）
- 箕作麟祥『佛蘭西法律書下巻』印書局（1875）
- 三宅雪嶺『同時代史』第一巻,岩波書店（1949）
- 森川哲郎『日本史暗殺100選』秋田書店（1973）
- 吉野作造（編）『明治文化全集第八巻法律篇』日本評論社（1929）
- 我妻栄・林茂・辻清明・団藤重光（編）『日本政治裁判史録明治・前』第一法規（1968）