

近代日本における罪刑法定主義についての若干の考察

陶山宗幸

Some Considerations of *Nullum Crimen sine Lege* in Modern Japan

Muneyuki SUYAMA

1. はじめに

日本は近代化に際して、西欧の法制度を全面的に継受した。したがって、法の形態とその内容においては、前近代と近代との間に連続性はほとんどない。しかしながら、それによって当時の日本人の社会生活まで一変させられたわけではなく、それゆえまた、その社会生活の下で培われてきた日本人の法感覚まで一変させられたわけでもない。「和魂洋才」と一口に言われるように、西欧の法制度を継受する際には、意識的にせよ無意識的にせよ、伝統的な法感覚がそこに介在したからである⁽¹⁾。言い換えれば、西欧法の継受による法の外見上の断絶にもかかわらず、その法の理解と運用の実際を制約する人々の法感覚の中には厳として連続性が存在したのである⁽²⁾。そこで、本稿では、罪刑法定主義を一つの題材としてその有無を検証してみたい。

周知のように、罪刑法定主義の原則は、近代市民社会における刑法の鉄則であり、フランスを初めとして西欧諸国に漸次採用され、日本でも、明治15年施行の(旧)刑法第2条「法律ニ正条ナキ者ハ何等ノ所為ト雖モ之ヲ罰スル事ヲ得ス」と同23年施行の「大日本帝国憲法」(明治憲法)第23条「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問処罰ヲ受クルコトナシ」において規定されるに至った。では、前近代における日本人の法感覚—とりわけ罪刑法定主義とのかかわりにおいて—はどうだったか、また、その法感覚がこの原則の取り扱いに何らかの影響を及ぼすことはなかったのか。本稿では、この問題を考察するが、その際前近代については紙幅の都合上近代に直接する近世を取り上げ、そこでは当時の社会構造に焦点を当てることにする⁽³⁾。

2. 前近代

近世の幕藩体制社会では、全国の武家領化と全武家領の恩領化により、土地と人民が、徳川将軍を頂点とする単一の知行制に包摂された。しかし、その知行は大名による家臣知行の俸禄化(端的には「蔵米取」化)、すなわち知行の単なる得分権化(「領主」の「給人」化)を伴うものであった。それは、階級構成の形成過程、いわゆる「兵農分離」のそれに照応するものである。すなわち、一方で武士が大名の常備軍として専業軍人化し、他方では農民が武器を剥奪されて(「刀狩」)専業農民化する。それに応じて「知行」と百姓の「所持」との分離が明確化し、そして、「人掃」が身分的区別を制度的に固定する。最後に、武士団の大名城下への集住(「兵」と「農」との空間的分離)が、この過程を完成させたのであった。そこでの武士は、土地と農民の支配権を大名領主権にすべて吸収され、大名の家産官僚としてその封建支配に参

加することになった⁽⁴⁾。なお、ここで確認すべきことは、人民に対する幕藩領主の権力についてである。それは一見強大にみえる。だが、その強大さは軍事力としてのそれである。つまり、人民に対する日常的な統制力を犠牲にして購われたところの強大な軍事力、これが領主権力の実体であった。それ故、人民に対する姿勢は、威嚇的な身構えをもってする教導主義たらざるをえなかったのである⁽⁵⁾。

いまみた幕藩体制は、西欧における中世封建制や絶対王政の概念では捉えられないものである。まず前者について。幕藩体制も形式的には主従関係（将軍と大名、大名と家臣という二重の主従関係）という個人的保護と忠誠関係によって貫かれてはいる。が、これは従者の「家」権力の自律性がまったく喪失している点で、西欧型封建制のレーン制とは根本的に異なっていた⁽⁶⁾。大名権力も形式的には、立法権・裁判権・徴税権等々を独自に行なっていたが、その支配は幕府からの「預り物」にすぎない。たとえば、幕府は意のままに諸大名を「転封」や「改易」に処したのである⁽⁷⁾。次に後者について。西欧の絶対主義国家は、旧来の貴族層の勢力に対抗するために、官僚制と常備軍を創設したが、幕藩体制では貴族層に相当する武士がそのまま官僚と軍団とを兼ねた。また、西欧で貴族層が旧来の支配権を奪われつつも、固有の私有財産を基礎として国王に対する対抗勢力として生き続けたような現象は、幕藩体制にはみられない⁽⁸⁾。

それでは、以上に述べたような特徴をもつ幕藩体制下での法はどうであったか。この点につき、石井紫郎氏は、幕藩体制下の法と西欧絶対王政下のそれとを比較して、次のように指摘されている。

ヨーロッパの絶対王政の下では、このような（行政および警察関係の）（注記引用者）事項は *Polizeisache*（ここにいう *Polizei* は現在の「警察」よりも広い概念である）と呼ばれ、*Polizeiordnungen* と総称される王権の法令によって規定されていたが、これは国家構成員の権利 *Recht* に関する *Justizsache* と区別されていたことを忘れてはならない。そして *Justizsache* を規律するものが *Justizrecht* であり、当時法 *Recht* といえばこれを指すのが普通であった。いかえれば *Polizeisache* は *Recht* の対象ではなく、規則 *Ordnung* の対象にすぎないと考えるのが当時の通念であった。（中略）ヨーロッパでは中世以来の諸特権が様々な形、程度において絶対主義の下でも既得権として生き残って *Justizsache* の主要な対象となっていたのに対し、わが国では「本領」安堵制の全廃、検地・刀狩の貫徹によって既得権がほとんど根こそぎ否定され、原理的には *Justizsache* に相当するものが消滅した⁽⁹⁾。

ここで注目すべきは、西欧絶対王政の下では、国王による制定規範以外のところに本来の法の領域があるという観念があったのに対し、幕藩体制下においては、*Polizeiordnungen* にほぼ相当するものだけが法であり、したがって権利に関する観念はなかったことである。そもそも「権利」とは、私人が自己の私的利益の保護を自救行為によって実現することを国家によって禁止された段階において、その代償として、私人は国家に対して自己の私的利益の保護を要求することができ、国家とはそのための制度であると観念するところに発生する概念である⁽¹⁰⁾。これに対し、幕藩体制の下では、一方で紛争解決の手段として私的實力を行使することを禁止しながら、他方では、紛争の解決を裁判によってではなく、当事者間の「内済」（和解）によって解決することを原則としていたのである。その解決に際しては、ある事件の具体的妥当性が考慮されたのであり、そこに普遍主義的な傾向はみられない。その傾向がみられたのは、「天下之御政道」に関わるような事柄（「法」の領域）、すなわち刑法に関する事柄においてであった。

江戸幕府は、18世紀の中頃に「公事方御定書」⁽¹¹⁾を制定した⁽¹²⁾。そこでの刑罰は、「二日晒一日引廻鋸挽之上磔」を頂点とする惨刑の体系を呈している。それ故また、御定書は一般予防主義刑罰観の所産として理解される。たしかに、御定書の諸規定には、前近代刑法の常として、犯罪者を「懲悪」と同時に社会一般をも威嚇して犯罪を未然の内に防止しようという一般予防主義的な配慮が窺われる。しかしながら、当時の刑政「理念」は、「刑」をもって教育の補助手段（「弼教之具」）とする「教育刑主義」に他ならなかった⁽¹³⁾。それ故、御定書は、量刑に一応の平均的基準を示す「曲尺」（寛政元年9月の書付）にすぎず（絶対的擅断刑）、また公示されることもなかった。裁判役人は御定書の諸規定に自由な類推解釈を施して事件の妥当な解決を計ることをその任としていたのである⁽¹⁴⁾。したがって、当時において、罪刑法定主義の成立する余地はまったくなかったと言える。罪刑法定主義とは、国家の刑罰権力の発動が厳格に客観的法によって拘束され、人民は国家がそうあるように要求する権利を有するという法観念の存するところのみ存在しうるが、近世幕藩体制社会においては、国家権力を拘束する法の観念は存在せず、法は支配機構上の行政的規則にすぎなかったからである。

3. 近 代

近代法を導入する以前において、明治政府は、明治元年に「仮刑律」、同3年に「新律綱領」、同6年に「改定律例」と称する刑法典を次々に制定施行した⁽¹⁵⁾。これらは、中国の明・清律の他に日本の養老律・御定書・御刑法草書などを基礎として編纂された法典であり、そこには西欧法の影響はほとんどみられない⁽¹⁶⁾。したがって、この時期の刑法は、少なくとも罪刑法定主義に関する限り、近世のそれと何ら異なるところはない⁽¹⁷⁾。

具体的にはたとえば、新律綱領では、その名例律の断罪無正条条は「凡律令ニ該載シ尽ササル事理、若クハ罪ヲ断スルニ正条ナキ者ハ、他律ヲ援引比附シテ加フ可キハ加ヘ減ス可キハ減シ、罪名ヲ定擬シテ上司ニ申シ議定シテ奏聞ス」と類推解釈による断罪を認め、また断罪依新頒律条は「若シ所犯頒降已前ニ在ル者モ並ニ新律ニ依テ擬断シ、旧律ヲ援引スル事ヲ得ス」として刑法不遑及とは逆の原則をとっていた⁽¹⁸⁾。さらに、雑犯律の不应為条は「凡律令ニ正条ナシト雖モ情理ニ於テ為スヲ得応カラサルノ事ヲナス者ハ笞三十、事理重キ者ハ杖七十」として、一定の行為が各条文の構成要件に該当しない場合であっても、その行為を処罰する旨を明定しているのである⁽¹⁹⁾。

その後、明治13年7月の太政官布告36号により、フランス法系の（旧）刑法⁽²⁰⁾が治罪法（刑事訴訟法）と同時に公布され、同15年の1月1日から施行された。ここにおいて、日本で初めて、近代刑法の人権保障原則である罪刑法定主義が行なわれることとなった。

ところが、旧刑法の施行からほぼ20年後に、当時の日本人の「刑法解釈のあり方、罪刑法定主義の感覚をテストするリトマス試験紙的な意味を持」⁽²¹⁾つ判決が下された。旧刑法366条は「人ノ所有物ヲ窃取シタル者」を処罰していたが、この旧刑法の下で、電気を盗用した者に対して有罪を言い渡した判決である。長文にわたるが、以下にその判旨を掲げる。

（前略）物ナル語ハスル一定不可動ノ意義ヲ有スルモノニアラズシテ、或ル場合ニ於テハ有体物ナリトノ極メテ狭キ意義ニ解シ、或ル場合ニ於テハ有体タルト無体タルトヲ問ハズ有形的ノ或ルモノ、即チ人ノ思想ノミニ存在スル形而上ノモノニアラズシテ五官ノ作用ニ依リ直接ニ其存在ヲ認識シ得ベキ形而下ノ物ナリト解シ、或ル場合ニ於テハ其意義ヲ拡充シ権利ノ如キ人ノ理想ノミニ存在スル無形物ヲモ指称スルコトアルヲ以テ刑法ニ於テ物ト称スルハ果シテ如何ナルモノヲ謂フヤハ自カラ刑法ノ解釈上ノ問題ニ属シ、必ズシモ物理

上及民法上ノ觀念ノミニ依拠スルコトヲ要セザルモノナリ。依テ刑法第三百六十六條ニ所謂ル物トハ如何ナル物ヲ意味スルヤヲ按ズルニ、刑法ハ一般的ニ物ノ定義ヲ与ヘズ又タ窃盜ノ目的タルコトヲ得ベキ物ノ範圍ヲ限定セザルヲ以テ、或物ニシテ苟クモ窃盜罪ノ基本要素ヲ充タシ得ベキ特性ヲ有スルニ於テハ窃盜罪ノ目的物タルコトヲ得ベク、之ニ反シテ窃盜罪ノ觀念ト相容レザル物ハ窃盜罪ノ目的タルコトヲ得ザルモノト解釈セザルベカラズ。換言スレバ、刑法ガ窃盜罪ノ基本要素トナセル「窃取」ノ觀念ハ自カラ窃盜罪ノ目的タルコトヲ得ベキ物ノ範圍ヲ確定スルノ作用ヲ為スモノニシテ、窃盜罪ノ成立ニ必要ナル窃取ノ客体タルニ適スル物ハ窃盜罪ノ目的トナリ、窃取ノ客体トシテ不適當ナル物ハ窃盜罪ノ目的タルコトヲ得ザルモノト解スベキモノトス。(中略)而シテ刑法第三百六十六條ニ所謂ル窃取トハ他人ノ所持スル物ヲ不法ニ自己ノ所持内ニ移スノ為ヲ意味シ、人ノ理想ノミニ存スル無形物ハ之ヲ所持スルコト能ハザルモノナレバ窃盜ノ目的タルコトヲ得ザルハ論ヲ待タズ。然レドモ、所持ノ可能ナルガ為メニハ、五官ノ作用ニ依リテ認識シ得ベキ形而下ノ物タルヲ以テ足レリトシ、有体物タルコトヲ必要トセズ。何トナレバ、此種ノ物ニシテ独立ノ存在ヲ有シ、人カヲ以テ任意ニ支配セラレ得ベキ特性ヲ有スルニ於テハ之ヲ所持シ其所持ヲ繼續シ移転スルコトヲ得ベケレバナリ。約言スレバ、可動性及ビ管理可能性ノ有無ヲ以テ窃盜罪ノ目的タルコトヲ得ベキ物ト否ラザル物トヲ區別スルノ唯一ノ標準トナスベキモノトス。而シテ電流ハ有体物ニアラザルモ、五官ノ作用ニ依リテ其存在ヲ認識スルコトヲ得ベキモノニシテ之ヲ容器ニ收容シテ独立ノ存在ヲ有セシムルコトヲ得ルハ勿論、容器ニ蓄積シテ之ヲ所持シーノ場所ヨリ他ノ場所ニ移転スル等人力ヲ以テ任意ニ支配スルコトヲ得ベク、可動性ト管理可能性トヲ併有スルヲ以テ優ニ窃盜罪ノ成立ニ必要ナル窃取ノ要件ヲ充タスコトヲ得ベシ。故ニ他人ノ所持スル他人ノ電流ヲ不法ニ奪取シテ之ヲ自己ノ所持内ニ置キタル者ハ、刑法第三百六十六條ニ所謂ル他人ノ所有物ヲ窃取シタルモノニシテ、窃盜罪ノ犯人トシテ刑罰ノ制裁ヲ受ケザルベカラザルヤ明ナリ(後略)⁽²²⁾(明治36年5月21日大審院第1刑事部判決刑録9輯14卷874頁以下)。

電氣の盗用という、旧刑法の立法者が予想もしなかった事案に対して、大審院は、窃取しうるもの、すなわち管理可能であり可動であれば「物」だという「類推解釈」によって、電氣を物として認め、その盗用も窃盜だとして断罪したのである。ところで、これとはほぼ同時期に、ドイツにおいて同様の事案が裁判に付されたが、該裁判所は、電氣は物ではないから電氣の盗用は窃盜罪に当たらないとして無罪の判決を下した。つまり、窃取の客体としての物は有体物に限るか否かが、ドイツと日本との解釈上の「差」となったわけである。同様の事案に対する、日独両国における法運用の差異は一体如何なる理由によるのか⁽²³⁾。たんなる概念上の解釈の問題に帰着させてよいのであろうか。

筆者は、おそらく、近世以来の日本人の法感覚、すなわち事件の妥当な解決を計るためには法の規定にとらわれるべきでないという法感覚(「大岡裁き」の願望)、さらには、一近代において規定上復活した一古代律令法時代以来の不应(得)為条⁽²⁴⁾にみる、道理にはずれた行為をなした者は直接該当する規定がなくとも当然罰せられるべきだという法感覚が、上掲の有罪の判決に与って力あったものと推測する。この事件のわずか20年ほど前までは「前近代」の法が行なわれていたのだから一あるいはその裁判官自身が「前近代の法」(新律綱領・改定律例)に實際携わっていたとしたら一、こうした事情はなおさらであろう。因みに、該判決から5年後に改正されて成立した現行刑法は、学説上の批判⁽²⁵⁾やドイツの判例・立法の影響を受け、窃盜・強盜・詐欺・恐喝について、電氣を財物とみなす旨の規定を設けて一応の立法的解決をみ

た（245条・251条）。が、その際の議会で政府の提出案理由書には、次のようにある。すなわち、「通説ニ依レバ電気ハ物ニ非ズ、故ニ電気ヲ窃取シタル場合ヲ罰スル為メ本条ヲ設クル必要アルナリ」と⁽²⁶⁾。

4. おわりに

以上、罪刑法定主義を一つの題材として、近代と近世との間の「法」の連続性について考察した。本来ならば、中世からさらに古代へと遡って考察すべき問題であるが、これについては今後の検討課題としたい。

ところで、日本における法制史学には、日本の現代法の特質を探り、その理解の深化に貢献するという大きな課題がある。ただ、その際、現代法と時代的に直接する日本近代法⁽²⁷⁾、そしてその母法たる西欧法（およびその歴史）との理解でもって事足りると即断するのは、いささか早計であろう。本稿でも明らかなように、法観念と法意識は言うまでもなく歴史的社会的土壌にはぐくまれる歴史的形成物であり、そうした成長過程を辿って形成された日本人の法感覚が法の継受や改正によって直ちに变化するわけではない（「大岡様」に喝采を送る心情は今も昔も変わらない!）⁽²⁸⁾。西欧法継受以来百年以上経過した現在もなお欧米人の法感覚と日本人のそれとの間に大きな隔たりがみられるのがその証左と言える。斯学の常識として—現代日本法とのかかわりに限って言えば—、まず以て近世日本法の研究が求められる所以である⁽²⁹⁾。

〔注〕

- (1)たとえば、「法典論争」において穂積八束が「民法出デテ忠孝減ブ」と論じたことは、そのことを象徴的に表わしている。法典論争とは、明治23年公布のフランス法系の民法（旧民法）と商法（旧商法）の実施を巡り、実施の延期を主張する「延期派」と予定どおりの実施を主張する「断行派」との間で戦わされた論争である。この論争は同25年、帝国議会が両法実施の延期を決定したことによって一応の決着をみたが、「延期派」の主張は、両法典の内容が日本の社会事情・国民感情・社会体制などと懸け離れている、というものであった。この派の代表的人物が、伝統主義の憲法学者穂積八束である。
- (2)この点詳しくは、水林彪「近世的秩序と規範意識」（相良亨他編『講座日本思想（3）』所収）を参看。
- (3)その理由については、石井紫郎「伝統社会とその近代化」（川島武宜編『法社会学講座（9）』257頁以下）を参照。
- (4)見城幸雄「隠地禁制について（2）、（5）」（愛知大学『法経論集』法律篇42、45号）を参看。
- (5)上記の原因から、警察検察の制度・機構が脆弱になったことにもよる。その辺の実情については、服藤弘司『地方支配機構と法』を参照。
- (6)その詳細は、石井紫郎『日本国制史研究（1）』72頁以下を参照。
- (7)見城、前掲「隠地禁制について（2）」50頁以下参照。
- (8)石井紫郎「近世の法と国制」（同編『日本近代法史講義』7頁）参照。
- (9)石井、前掲「伝統社会とその近代化」270頁。
- (10)たとえば、野田良之「私法観念の起源に関する一管見」（我妻栄先生追悼論文集『私法学の新たな展開』43頁以下）を参照。
- (11)以下、「公事方御定書」の下巻（俗にいう「御定書百箇条」）は、たんに「御定書」と略称する。
- (12)諸大名（藩）の領主法（藩法）は、おおむね幕府法と同様であるから、ここでは取り上げない。なお、中国の明・清律を継受した藩もある。熊本藩の御刑法草書、和歌山藩の国律、弘前藩の御刑法牒などがこれである。

- (13)したがって、御定書は、西欧近代に成立した絶対的応報主義とも、相対的応報刑主義的な一般予防主義とも対立する。
- (14)実際は、官僚制の通弊に違わずややもすれば御定書規定や先例を墨守する、いわゆる「先例主義」の傾向に流れる嫌いはあった(服藤弘司『幕府法と藩法』88頁以下)。
- (15)詳しくは、さしあたり、手塚豊『明治初期刑法史の研究』を参照。なお、改定律例施行後も、新律綱領は廃されることなく、両者相互に補足し並び行なわれた。
- (16)改定律例に、フランス刑法の影響が若干認められるだけである(石井良助『明治文化史2 法制編』参照)。
- (17)その一例として、改定律例を除けば、一般には公示(頒布)されなかったことが指摘できる。たとえば、新律綱領頒布の際の上諭に「内外有司其之ヲ遵守セヨ」とある。
- (18)なお、この条項は、改定律例の断罪依新頒律条例によって改められ、頒例以前の事犯については新旧両法中刑の軽い方が適用されることとなった。
- (19)不応為条の適用の実際については、後藤武秀「新律綱領『不応為』条の一考察」(手塚豊編・著『近代日本史の新研究(6)』所収)を参看。
- (20)なお、旧刑法とは、明治40年4月公布の現行刑法と区別する際の通称である。
- (21)平野龍一『犯罪論の諸問題(下)』320頁所引。
- (22)ここに所引の資料の句読と濁点は筆者が適宜施した。以下同断。
- (23)囚みに、現行ドイツ法は、電気を物と看做すことを避け、構成要件も窃盗罪のそれと慎重に区別している(団藤重光『改訂版・増補刑法綱要各論』531頁)。
- (24)養老律の不応得為条に「凡不応得為而為之者笞四十。事理重者杖八十」とある。
- (25)たとえば、「有体物に非ざる電気の窃用を以て有体物を要素とする盗罪に擬するが如きは刑法類推の危険を虞れずして、目前の利害に拘泥し之を一時に彌縫する姑息手段を採らんとするものなり」(『穂積陳重遺文集(2)』553頁)。
- (26)『刑法沿革総覧』3211頁。
- (27)西欧からの継受法に関する限り、両者の差異はさしてない。
- (28)末弘巖太郎『末弘巖太郎著作集4 嘘の効用』5頁以下を参看。
- (29)たとえば、石井、前掲「近世の法と国制」や石井紫郎「法の歴史的認識について—歴史と近代主義—」(『ジュリスト』増刊『理論法学の課題—法哲学・法社会学・法史学—』基礎法学シリーズ3)を参看。