



法務史料展示室だより 第十四号

# 時をたずねて

二〇〇七年十月

## 「史料は語る」第十四回

### 旧刑法①

第七回から第十回にかけて本欄で記してきたように、明治政府は維新後間もなく、「仮刑律」<sup>かりけいりつ</sup>、「新律綱領」<sup>しんりつこうりょう</sup>、「改定律例」<sup>かいていりつれい</sup>という三種の刑法典を編さんしましたが、それらはいずれも、わが国古代の国家体制において採用されていた「律」<sup>りつ</sup>の形式にのっとったものでした。しかし、不平等条約を解消し欧米諸国と対等な外交関係を築きたい明治政府は、徐々に西欧法の理念や形式によって立つ法典の編さんへと傾斜していくこととなります。そして、その先駆けが、明治五年（一八八二）二月一日に施行された刑法典（本欄では「旧刑法」と表記します。）でした。ここでは、「旧刑法」の編さんから施行にいたる経緯を概観してみることしましょう。

西欧法を受容することの必要性は、既に明治初年から政府や司法省において認識されていまし

たが、それが、法典編さん作業として具体化するのには明治八年（一八七五）のことでした。同年九月、司法省は、刑法草案取調掛を設けて刑法典の草案作成に着手します。その際に決定された編さん方針を示す「起案ノ大意」という文書の中には、「歐洲大陸諸国ノ刑法ヲ以テ骨子トナシ本邦ノ時勢人情ニ參酌シテ編纂スルコト」（例えば西原春夫他編『日本立法資料全集二九 旧刑法（明治三年）』（平成六年 信山社）・九二頁参照）と記されており、西欧法を基調とした新刑法制定の意思を見て取ることができます。刑法草案取調掛は、お雇い外国人ボアソナードの助言を得ながらも、日本人編さん委員の

手によつて草案の起草を進め、そして、翌九年（一八七六）四月、名例（現在でいう「総則」に当たる部分）八二条からなる「日本帝国刑法初案」が完成、政府に提出されました。

「日本帝国刑法初案」は、法案の審査を担う元老院に送られましたが、不完全であるとの理由で差し戻されてしまい、それを機に、刑法典の編さん方針は一変することになります。すなわち、ボアソナードが起草した原案をたたき台としつつ、ボアソ

ナードと日本人編さん委員との合議によつて草案を作成するという、ボアソナード主導による編さんへと移行したのです。そうした新体制の下で審議・修正が繰り返され、明治一〇年（一八七七）二月に完成をみたのが、四編四七八条からなる司法省確定草案「日本刑法草案」でした。

### 人～第十四回『鶴田皓』④

明治15年（1882）1月1日に施行された刑法典（本欄では「旧刑法」と表記します。）の編さん過程において、大きな論点となったのが、「妾」の存廃でした。明治14年（1881）末まで現行法として機能していた刑法典「新律綱領」が、「妾」を親屬に含めていたことから、一夫一妻を前提とする西欧法を継受した「旧刑法」において、その法的地位をいかに扱うかが問われたのです。

当時の我が国は、戸籍上も「妻」に次ぐ地位として「妾」は公認の存在でした。こうした背景から、「旧刑法」でも引き続き「妾」を親屬として扱うべきとの意見も少なからず存在しましたが、最終的には親屬としての地位が否定され、「妾」に関する記述はすべて削除されるという形で決着します。

この問題について、鶴田がしたためたとされる意見書が残されています。その要旨は、「中国の刑法典に、「妾」を親屬とする規定が置かれていないことから、我が国もそれに倣うべきである」というもので、つまり「妾」の存在自体は否定しないまま、親屬としての法的地位のみを削るとの考えでした。

こうした見解は、中国法・日本法・西欧法いずれにも素養の深い鶴田が、我が国の社会制度や風俗を踏まえつつ見いだした、一つの帰結点ともいうことができるでしょう。西欧法を受容する過程において、その理念と我が国の制度・風俗とは様々な矛盾や葛藤を生じるわけですが、これらを克服する中で積み重ねられた議論は、その背後にある法意識や当時の社会を雄弁に語ってくれます。

# 「歴史を歩く」第十四回

## 麻布山善福寺

東京メトロ南北線の麻布十番駅出口1から地上に出て南へ歩き、二の橋の交差点を右へ曲がって進むと、『江戸名所図会』にも描かれた名刹麻布山善福寺があります。現在は、慶應義塾の創設者にして明治期の啓蒙思想家である福澤諭吉の眠る寺院として有名ですが、さらに当地は、近代日本で最初の「公使館」が置かれた場所でもありました。アメリカ海軍提督マシュー・カルブレイズ・ペリーの率いる「黒船」の来航をきっかけに、嘉永七年(一八五四)日米和親条約が結ばれました。日米の外交関係の樹立とともに、アジアでの貿易業や中国寧波(ニンポウ)での領事経験があったアメリカ人外交官タウンゼント・ハリスは、自ら駐日領事となることを強く望み、安政三年(一八五六)七月、初代の駐日総領事として来日し、伊豆下田の玉泉寺(ぎよくせんじ)に滞在します。ハリスの任務は、アメリカにとつて、アジア地域の新たな市場として大きな魅力を有していた日本と、経済的交流を推進することにあります。彼は、大統領から託された親書を提出するため江戸に行き、徳川将軍に謁見を望みましたが、そのもくろみは、攘夷論者の強い抵抗もあつてなかなか実現せず、翌安政四年十月、ようやく江戸での、通商条約案の具体的検討の開始にこぎ着けました。以後は、老中堀田正睦が「蘭癖(だいまぐさ)大名」とも称される開国派であつたこと、国際情勢に関するハリスの力説、幕府関係者の国際法知識などと相まって比較的速度やかに事態は進展し、幕府は、孝明天皇の勅許を得た上での調印を約束しました。しかし、結局、孝明天皇の勅許

▼麻布山善福寺



を得ることはできず、同時期に発生した將軍継嗣問題も絡んで堀田は失脚、安政五年六月、代わつた大老井伊直弼(なおすけ)主導の下、日本国としての各方面の十分な合意を得られないまま、半ば強引な形で日米修好通商条約が締結されました(正式な発効は万延元年(一八六〇))。通商条約締結後、ハリスは公使へと昇格し、安政六年八月、冒頭に述べたように、国交に関わる事務処理をなす拠点として幕府より公使館と指定された麻布山善福寺に入ります。幕府内部からはその人柄や能力を愛され留任を望まれたと言われるハリスは、文久二年(一八六二)病気を理由に帰国するまで同寺に滞在し、外交官の任務に専心します。攘夷論の渦巻く中、ハリスが帰国した後の文久三年(一八六三)には、善福寺の書院が水戸浪士によつて放火されるという事件が起きますが、同寺が公使館という役割を果たしていたため、いや応なしに歴史の荒波にさらされたものでしょう。善福寺には、昭和十一年(一九三六)ハリスの記念碑が建てられました。しかし、太平洋戦争中それは地中に埋められており、ここでもまた、かつて米国公使館であつた歴史的事実に対し善福寺が被つた余波を感じることができません。現在は、昭和三十五年(一九六〇)に日米修好通商条約百年を記念して再建された記念碑があり、日本近代外交の始まりを私たちに伝えています。



▲善福寺周辺地図  
●港区元麻布1-6-31  
東京メトロ南北線「麻布十番」下車 徒歩約6分



▲ハリスの記念碑

## 歴史の中の法律語(第十四回)「一揆」

「一揆」と言うと、暴動や反乱の一種というようないイメージがあるようです。これは、江戸時代に起つた百姓一揆や、室町時代の徳政一揆、土一揆を、政治的権力(武士)から受ける抑圧に対する民衆の反抗とらえてきた歴史観の影響なのでしょう。しかし、「一揆」という言葉の本来の意味は、何らかの目的を実現するために心を一つにして結集した組織のこと、そしてその組織による行動のことなのです。いくつかが、例を示してみましよう。国宝『島津家文書』に残る正応六年(二九三)三月二十日関東御教書は、蒙古の襲来に備えて警護のために御家人等を動員する内容の文書ですが、そこには「地頭御家人並びに社領本所(四)地の輩の事、守護人の催促に背き、一揆せざれば、注申すべし」という表現があります。ここで用いられている「一揆」という表現は、「つに結集する」という「一揆」本来の意味であるといえるでしょう。また、肥前(現在の佐賀県)長崎県を中心に広く分布していた御家人松浦党一族は、一族の結集が必要な場合には全体の同盟を結んで一致団結して活動していました。この同盟の際に作成されたのが「一揆契状」と呼ばれるもので、「言方文書」等には室町期の「一揆契状」が複数残され、「一揆」という言葉の本来の意味を知ることができます。さらに、かつて百姓の集団逃亡のように考えられていた逃散という行為も、近年の研究で「一揆の二形態と考えられるようになつてきました。『三ツツキリ、ハナツツギ』という文言が歴史教科書でも引用される有名な紀伊国阿豆河庄での逃散は、地頭の横暴に関する訴訟を起すための、一つの団結した行動とらえられるのです。さて、「一揆」というものの特徴として、その内部に仮想的ともいえる平等の概念が存在したことが挙げられます。参加する人々の日常生活やそこで存在していた身分関係・人間関係などを全て解消し、目的に向かうための平等性を作り出し、強固な結び付きを保つていたので、そのために具体的に行われる行動が、有名な「味噌水」でした。これは、起請文(誓約書)を神の前で焼き、それを盃に入れた水に混ぜて飲むという行為で、神の前で仮想的な平等を作り出す意味を持っていたのです。

※法務省法務研究所蔵 法務史料展示室には平成七年の開館以来、多くの見学者が訪れています。限られたスペースの展示ですが、その展示品に見え隠れするエピソードや日本の歴史にまつわる興味深い話を、この「法務史料展示室だより」でご紹介しております。