

## 【別紙 2】

### 審査の結果の要旨

小谷（福井） 利恵

本論文は、行政法規上の罰則（以下単に「罰則」という）の淵源を、明治元年から旧刑法制定時までの明治初期の制度史を繙き解明する研究である。かつて美濃部達吉は、本来の意義における刑法とは法的性質（本論文のいう処分法則）を異にする罰則を、「行政刑法」という概念により表現したが、本論文は、この意味の行政刑法が旧刑法制定前の明治初期に形成されていたことを証明した。本論文は、罰則と対照され、または罰則に関連する明治初期の法制度を、「違令」条、「違式」条、違式註違条例の3つに整理し、罰則とともに順に1章ずつを当て、計4章により罰則の形成史を描出している。

以下、本論文の要旨を示す。本論文は、「はじめに」および序章に続き、前述のように4章から構成され、終章・「おわりに」で結ばれる。罰則を扱う第4章が全体の半分を占める。

まず「はじめに」は、美濃部の行政刑法論に対置して、罰則が刑法制定後に発展した新たな法体系であるかのように説く見解を挙げ、そうではないことを本論文で示す旨を宣明する。そして、分析の前提として、明治初期における法制度の立案・執行体制を素描する序章に続き、本論に入る。

第1章は律系刑法典の規定を扱う。すなわち、明治初頭に諸律を参照して編纂された仮刑律は、古律（日本古代の律）の「違令」条に類似する規定として、天皇の命令・諸官省の命令・指令に違反する場合を包括して刑を定める「制旨及令違」条を置き、それに類似する「違令」条が、明治3年の新律綱領に定められ、明治6年の改定律例でも維持された。ただし、第1に、仮刑律編纂の際に、基本的に、本来の律から官吏統制法が除かれて一般国民を対象とする刑律のみが対象とされ、官吏統制法は罰則の一類型に流れ込んだこと、第2に、制旨及令違条等は条文構造上、複雑な行政法規には対応しにくいこと、第3に、違令等の対象は有心故造（現行刑法における故意及び重過失）の行為に限られると解されることが、違令条等の限界として挙げられる。

続く第2章は、府藩県の規則違反に対し全国一律に刑を定めるために、明治4年に制度化された後に改定律例に明記された「違式」条を取り上げる。違式に対しては、違令より

軽い身体刑、過誤失錯（通常の日常的行為）の場合等の換刑として金銭罰である贖罪又は収贖が科され、違式条は量刑を調整するために違令条と連続的に適用されることとなった。しかし、地方註違条例等が用いられるようになった他、明治 10 年に、府県の規則に違反する者を包括して「罰金」を定める制度が設けられたため、違式条は、処罰対象を定める機能を失い、違令条が適用される罪につき量刑を調整する機能に縮減された。ただし、府県の規則違反に対する包括的な処分制度も、違式註違条例の後継となる旧刑法の違警罪により代替できると判断され、明治 15 年に廃止された。

第 3 章は、律系刑法典から離れ、明治 5 年及び 6 年に制定された東京違式註違条例及び地方違式註違条例を扱う。違式註違条例は、国民の間に一定の行為を日常的に定着させる目的で、構成要件を直接定め、贖金（明治 11 年に科料に改称）という金銭罰を科す点で、国律とは性質を異にした。有心故造と過誤失錯の区別なく科される点、二罪俱発の場合に罰を重ねて科す点が、処分法則における国律との相違である（第 1 節・第 2 節第 1 款）。

違式註違条例の改正増補権限は、明治 7 年に警察組織の移管とともに司法省から内務省に移された。司法省は国律と違式註違条例との同質性を主張したが、違式註違条例の改正増補は現地の状況によるべきとの理由から容れられず、さらにその後、罪目の増減は各地方がなし得るとされ、この制度が旧刑法の違警罪に承継された。違式註違条例の執行については、東京では警察組織、特に少警部に権限が認められ、それ以外の地方でも、当初は府県裁判所が行っていたが、やはり警察組織に権限が移され、こうした制度が、当分の間府県警察署及び分署で裁判を行うという旧刑法の違警罪に継承された（第 2 節第 2 款・第 3 款）。

そして第 4 章で、罰則の直接の淵源が分析される。まず前史として、諸権力の主体が管轄範囲内で義務違反に対し金銭を科す「過料」が、平安時代末期に国律とは別に見られ、鎌倉幕府は軽微な刑事犯に「科料」を科していた。江戸時代には、「過料」が、公事方御定書に庶民に対する軽微な刑として定められた他、町方・郡方の処分として用いられる例があった。明治初頭には、公事方御定書による過料の他、反政府勢力である諸藩・諸侯に対する財産剥奪制度としての過料、外国船を開港場以外の港に差し回した場合の過料、聴訴事件の呼出に遅参不参の者に対し民部省が簡易な手続で科す過料が存在した（第 1 節）。

さらに明治 5 年頃までに、行政法規に義務と併せて金銭罰を定める例が現れる。主な例は、「過料」・「科料」を定める税法・事業規制法である。過料は、制度的仕組を危殆化させた場合に有心故造か過誤失錯かを問わず科されるが、科料は、不当に利得を図った行為・

結果に対し科され、非難の意味をもつ。いずれも所管行政機関が徴収していたと考えられる。他の例として、鉄道犯罪罰令は、高額の「罰金」に加え「懲役」「禁錮」を定めており、前者は行政部門で徴収し、後者は裁判所又は裁判担当部署で科されたと推察されるが、後者も国律上の懲役刑からは区別されていた（第 2 節）。

こうした金銭罰の法的性質は、官省間の権限を巡り論じられた。司法省は、広義の「贖金」の納付先をすべて司法省にするよう求めたが、国律の定める刑に係る贖金と行政法規の定める金銭罰とは性質が異なるとして、前者は司法省、後者は大蔵省に納付すべきとする大蔵省の主張が実現された（明治 5 年）。しかしその後、左院が贖金も大蔵省に帰属させた一方、司法省は、金銭罰も国律上の贖金と同類であるとして、両者とも裁判所又は断獄担当の地方官を経由して司法省に納付し、司法省が大蔵省に廻し納めるべきことを主張し、大蔵省も了承したため、司法省は罰則に係る処断権及び金銭罰の徴収権を刑事司法機関に一元化することに成功した（同 6 年。第 3 節）。

もっとも司法省は、罰則の処分法則について、国律に「倣う」場合はあるにせよ、当然には国律を適用しないこととし、国律と異なる法則も認めた（無資力者の放免、前述の二罪俱発の扱い、旧悪減免・酌量軽減の方法、検事不経由の許容等）。他方で司法省は、府県が規則により金銭罰を徴収する実務を問題視し、裁判所に処断権・金銭罰の徴収権を移行させ、また違令・違式条を適用すべきとした（第 4 節。その後明治 10 年に「罰金」制度が設けられる。第 2 章参照）。さらに、個別法規が律の刑を定める例（讒謗律）、罰則で国律を適用する旨を定める例が現れ、讒謗律と国律との二罪俱発の場合に罰が両方科される等、罰則と国律との関係が曖昧になっていく。例外的に売淫については、警視庁及び各地方が罰則及び取締規定を定めて「過料」を科し、徴収される過料は各地方で費消することが認められた（第 6 節）。

こうした中、旧刑法は、罰則と同じ名称の罰（「罰金」「科料」等）を主刑と位置づけた。参事院は、旧刑法の施行にあわせて、罰則を一条ずつ詳細に調査して改正する必要があると認識していたが、この間における罰則の増加に鑑みて、刑法施行日に間に合わないことを見越し、一時便宜のために最小限の調整を施すにとどめた。旧刑法 5 条は、個別法規に定めがない場合にのみ、「刑名」をもつ罰則による処罰に刑法総則を適用する旨を定めたが、当時から原則と例外を逆転させた運用が行われ、制定時の現行刑法 8 条は、個別法規に定めがある場合にのみ刑法総則の適用を排除し、平易化後の同条は、罰則の「罪」に刑法総則を適用すると表現するに至る（第 7 節、終章）。「おわりに」では、このように罰則を刑

の体系に取り込むことには、罰則の全体を通じた統制を可能にする意義があるが、各行政法規の趣旨目的・関係規定に鑑み、刑によることの相当性、処分法則、手続を、罰則ごとに検討する必要性が残されている旨が説かれる。

論文の評価に移る。本論文の優れた点として、以下の3点が挙げられる。

第1に、行政罰に関する研究は近時まで一定程度は行われているが、罰則の淵源を解明する研究は、これまで皆無であったと言ってよい。その理由の一つは、幕藩体制から西洋に倣った法典化への移行期の錯綜した法制度を分析することの難しさにあった。しかし本論文は、罰則に関連する明治初期の法制度を四類型に整理し、執行の手続・実態も視野に収めつつ、各々の制度類型を、一方で刑事法との関係、他方で行政法規との関係を基準にして位置づけることにより、法制度の全体像を手取るように描き出すことに成功している。これは、分散した膨大な史料を探索し（とりわけ第4章第5節における「諸罰則一覧表 全」の分析が特筆される）、読み解き、相互に関連づけ、研究の蓄積の乏しい中で法制度の輪郭を浮かび上がらせるという、粘り強い作業の成果であり、高い評価に値する。

第2に、本論文は、国の官省間および国と地方との間のやり取りに特に注意して史料を分析し、罰則の形成過程において、これらの機関間の関係およびその中における諸機関の戦略的行動が大きな影響を与えた一方、罰則の制度上の位置づけに関する検討が必ずしも十分でなかったことを明らかにした。刑罰と過料等の金銭罰との一体化が、司法省が司法制度と自らの権限とを拡張させる意図で行われ、旧刑法制定時には、政府の調査検討の時間が不足したために応急措置として進められたことが、顕著な例である。こうした本論文の指摘は、必ずしも罰則の必要性およびその処分法則を行政法規ごとに精査せずに罰則を定めてきた実務に対し、制度の沿革に遡り反省を迫るものであり、理論上も実務上も重要な意義を有する。

第3に、本論文は、膨大な史料を引用し、その相互関係を示すという複雑な内容にもかかわらず、文章の流れが自然で淀みがなく、文体も平明で読みやすく、完成度の高さを示している。

もっとも、本論文にも欠けている点がないではない。

第1に、本論文が現在の罰則に関する解釈論および立法論についてどのように考えるかという点が、方向性については、あるいは断片的には示されているものの、十分体系的・具体的に提示されているとはいえない。その原因は、本論文が、明治初期の制度と江戸時

代以前の古律・過料等の制度との関係は明らかにしている一方、旧刑法制定の後における制度および学説の展開の分析に及んでいないことにある。もっとも、この点の分析を本論文と同様の高い密度で行うことは、優に一本の論文の域を超えるところであり、本論文の次に取り組むべき課題といえる。

第 2 に、本論文においては、地方ごとの過料に連なる制度（明治 10 年の府県規則違反者の処分制度、売淫取締規定等）の分析が、行われているものの、やや薄い。こうした制度につき、より立ち入って分析していれば、行政罰の制度全体にわたり、さらに多くの示唆を得られたものと考えられる。もっとも、この点は、第 1 の問題点とともに、本論文が対象とする時代をしぼり、罰則の淵源という未解明の問題に焦点を当てたことの反面であり、明治初期の罰則の有りようを実証的に解明する完成された博士論文としての本論文の価値を損なうものではない。

以上から、本論文は、その筆者が自立した研究者としての高度な研究能力を有することを示すものであることはもとより、学界の発展に大きく貢献する特に優秀な論文であり、本論文は博士（法学）の学位を授与するにふさわしいと判定する。