

## 明治初期の思想状況と旧刑法の意義

大庭 裕介

### はじめに

明治初期の司法省では、島本仲道や江藤新平を中心として裁判所設置が企図された一方で、佐佐木高行らを中心に法典編纂が企図されていく。これまでの研究で前者は同時期の政局の中で位置づけられてきた。<sup>1</sup> それに対し、後者の動静については、法制史研究の分野で主に言及されており、<sup>2</sup> 団藤重光氏以降の重厚な研究史が存在する。

とりわけ、一八八〇（明治一三）年に公布された旧刑法については、これまで元老院での編纂過程を明らかにした新井勉氏の研究のほか、<sup>3</sup> 近年では元老院議員村田保の行動に着目した三田奈穂氏の研究があり、<sup>4</sup> 元老院における編纂過程は詳細に明らかにされてきていると言えよう。<sup>5</sup> その一方で、司法省における旧刑法の編纂過程は、個々の条文について検討が施されてきたものの、<sup>6</sup> 編纂時の政治状況や思想状況といった点が踏まえられているとは言い難い。こうした点が検討されてこなかった要因として、法制史研究そのものの特質があると思われる。これまでの法制史研究では、天皇制国家の支配原理の正当化が旧刑法を通して担保された点や、<sup>8</sup> 旧刑法の各条の検討を通して近代法としての性質を確認するという点が強調されてきた。<sup>9</sup> こうした議論においては、おおむね旧刑法編纂時の政治

状況を無前提に「近代化」「西洋化」という文脈のなかで解釈してきた。しかしながら、本稿でも検討するように、旧刑法編纂が企図された時期は、必ずしも西洋法の導入のみが企図されていたわけではない。そのため、当該時期の政局や政治思想との有機的関連のもとで、旧刑法そのものを再評価する必要があるかと考えたのが本稿の出発点である。

これまで、旧刑法については、西欧型近代刑法典の最初期のものと評価されてきた。<sup>(11)</sup> こうした西洋法的側面が強調される一方で、岩谷十郎氏は旧刑法における尊属殺人の重罪化と、尊属に対する正当防衛の否定に関する条文に着目し、旧刑法を儒教的倫理観と西洋法のアマルガムとして評価した。<sup>(12)</sup> しかしながら、岩谷氏の評価は旧刑法の条文に対する評価であり、なぜこうしたアマルガムな刑法となつていったのかという根本的な点については具体的に明らかにはされておらず、未だ検討の余地があろう。

こうした旧刑法の評価や思想的背景に関連して、新律綱領や改定律例といった律系統の刑法との接合も興味深い点であろう。新律綱領や改定律例は清律を念頭において編纂されたとする点を強調する研究がある<sup>(13)</sup> 一方で、新律綱領や改定律例の刑罰方法は近世的な刑罰方法から既に脱却しており、近代法的な側面があるとする評価も存在する。<sup>(14)</sup> 新律綱領や改定律例の評価からもわかるように、明治初期においても旧来的な法典の意義が残存する一方で、西洋法の導入が企図されており、旧来的な価値観——律やその根底にある儒学的側面——もまた混在しているものと推察できよう。あわせて、新律綱領・改定律例を編纂した法制官僚の多くは、そのまま旧刑法の編纂に携わっており、こうした明治初年に立て続けに編纂された法典の性格が旧刑法を機に急速に変化していったとは考え難い。<sup>(15)</sup> そのため本稿では旧刑法の性格を考察する前提として、第一章・第二章では司法省を取り巻く思想状況を明らかにし、第三章では旧刑法の特質について考察していくこととした。

一 司法省を取り巻く政治思想

一八八〇年に公布された旧刑法は、岩谷氏が評価するように条文中には近代法的側面と旧来的道德観の両義性が散見する<sup>16</sup>。明治初期、内務省・工部省など多くの省庁は、政治制度の西洋化・近代化を積極的に企図していた<sup>17</sup>。こうした「近代化」「西洋化」を断行するような明治維新観を念頭に置いた場合、刑法そのものが近代法的色彩を帯びることは容易に理解できるものの、なぜ旧来的道德観も同時に旧刑法に反映されていたのかという点については検討の余地が残る。そこで本節では司法省を取り巻く思想状況を明らかにしていきたい。

そもそも明治政府発足当初に民衆に政府が示した「第百五十八号布達」<sup>18</sup>には、「人タルモノ五倫ノ道ヲ正シクスヘキ事」とあり、儒学的道德観である五倫の遵守が念頭に置かれている。こうした旧来的道德観や、それに基づく統治者の意識は明治維新後も継続していたものと思われる<sup>19</sup>。例えば、明治一〇年代に保守主義という主張を繰り返した人物達の多くは、儒学思想などの旧来からの思想に主張の正当性の根拠を見出していたことから、儒学思想そのものが形を変えながら統治者の意識の中に潜在していたものと思われる<sup>20</sup>。

実際、旧刑法編纂に関する相談を山田顕義・村田保から受けていた木戸孝允は、旧刑法が編纂されている時期、望ましい法典について、「不察民情ムヤミニ法則ヲ立、束縛スルコトヲ反省スル事（大民アリテ、法則ヲリテ、人民ニアザル）」<sup>21</sup>として、民情に配慮して法典を起草することを述べており、必ずしも急進的な西洋化を企図していたわけではない。こうした民情への配慮は「人心の掌握」を念頭に置くような近世的な思想の延長線上にあったと考えることが出来る<sup>22</sup>。すなわち、統治者の意識が近代の到来によって急進的に変化しよう筈もなく、依然として近世の牧民官的発想

が横たわっていたものといえよう。

また、旧刑法編纂時に司法省に出仕していた井上毅は、「法ヲ作ルハ民情ニ近ツキ土俗ニ宜クセザルベカラザルハ、固ヨリ論スルコトヲ待タズ」として、「民情」や「土俗」といった点に配慮する必要性をうたっている。

木戸や井上の主張に見られるように、「民情」に配慮しようとするような牧民官的発想は、この時期の統治者にとつても依然として意識されるものであった。こうした牧民官的発想の基盤となるような儒学思想もまた、旧刑法編纂前後の司法省においても見受けられる。例えば、旧刑法編纂直前まで司法大輔を務めていた佐佐木高行は、「夫婦ノ交リハ五倫ノ一、(中略)親子タル者ガ親ノ教示ニ随ハザル時ハ不孝トス。不孝ノ罪ハ大ナリ」として、儒学の基本理念である五倫の遵守を提唱しており、大法典によって旧来の道徳を維持しようとしている。こうした思想がどの程度普遍性をもっていたかは改めて考察の必要があるが、西洋化が企図されていた明治初年においても、政府中に少なからず旧来的な発想が維持されていたことも事実である。このような旧来的な思想は、近代的発想とも融和することによって新たな制度の構築へと作用することになる。次に本稿では旧刑法編纂を担った法制官僚たちによつても、こうした旧来的な思想は意識されていたものか検討を加えていきたい。

## 二 刑法草案取調掛の思想

旧刑法の編纂は、一八七五(明治九)年一月の大木喬任司法卿の正院宛伺をもつて本格的に着手される。しかしながら、その前年には既に司法省において刑法草案取調掛が設けられ、草案起草の下準備が始まる。そのメンバーは、鶴田皓・平賀義質・小原重哉・藤田高之・名村泰蔵・福原芳山・草野久素・昌谷千里・横山尚であり、殆どが

明法寮所属の官僚たちであった。この中で最も高位にあったのが鶴田であり、新律綱領・改定律例の編纂にも携わっていたことから、鶴田が刑法草案取調掛の中心的存在であったと思われる。

多くの省庁が近代的発想に基づいて制度設計を企図するような時代背景のなかで、旧刑法の編纂に中心的役割を果たした鶴田自身の思想はどのようなものだったのであろうか。鶴田自身が残した史料は決して多くはないながらも、司法省視察団の随行後、佐佐木高行に宛てて送った書簡に鶴田の思想の一端がうかがえる。

過日申上置候改正律一条、如何相成居候哉、余り延引及候ても実務差支、且は取調にも忘却候様に相成候故、可成文差急ぎ度奉存候<sup>⑧</sup>

ここで鶴田は、旧来からの法体系である律を改定しながらも存続させることを企図しており、決して西洋法の受容のみを念頭においていたわけではないと推察できよう。こうした点からも、刑法草案取調掛が必ずしも一枚岩となつて西洋法に基づき、旧刑法を起草していたわけではないものと思われる。

次に刑法草案取調掛が西洋法をどのように捉えていたのかを明らかにしていきたい。鶴田の思想に見られるように、旧刑法編纂に携わった官僚が西洋法を絶対視しているわけではなかった。実際に鶴田を中心とした刑法草案取調掛の審議では、西洋法の導入は次のように考えられていたのである。

起案ノ目的トナス所ハ欧州大陸諸国ノ刑法ヲ以テ骨子トナシ、本邦ノ時勢人情ニ参酌シテ編纂スルコト。尤モ  
 欧州諸国ノ刑法中仏国ノ刑法翻訳先成リ、各員目能ク慣レ、且仏国教師雇中ニ付、質問ニ便ナルニヨリ、先仏  
 国ノ刑法ヲ以テ基礎ト為シ、其他各国ノ刑法ニ及フヘキコト。<sup>⑨</sup>

ここではフランス法を参考とする根拠として、翻訳が既に発行されていることと、ボワソナードを雇用しているため質問しやすいとする点があげられている。こうした点から、司法省ではフランス法を念頭に置くような、明確な

根拠や国家構想が想定されていたわけではないことが指摘できる。すなわち、まだ旧刑法編纂の段階においては、西洋法そのものが決して絶対視されていたわけではない点を強調したい。

また、司法省における旧刑法編纂に直接携わったわけではないながらも、井上毅もフランスの刑罰には存在しない笞杖刑の優位性を述べている。<sup>20</sup> こうしたことからも、決して無批判に西洋法の導入が企図されていたわけではないことを強調したい。これらの事例を通して、ここでは旧来の制度や思想を前提にした上で、法制度が構想されていた点を指摘したい。こうした点から、西洋法に対する無批判な信仰に基づいて、日本近代法制度が確立されていったという構図への疑義が生じてこよう。本章で指摘するように、司法省もまた旧来の発想を残しながらも、近代法制度の構築を目指しており、両者の融和した結果としてアマルガムな旧刑法をはじめとした法制度が形成されていくものと強調したい。

### 三 旧刑法の特質と罪刑法定主義

前章までで指摘したように、明治政府が発足したからといって、直ちに西洋的制度が優位性を持ちえたわけではなかった。実際に、刑部省で編纂された新律綱領は明律を、司法省で編纂された改定律例は清律を、それぞれ参考としており、必ずしも西洋法を全面的に念頭におくようなものではなかったことは、明治初期の思想状況を十分に反映しているといえよう。その一方で、旧刑法には正当防衛などの律系統の刑法にはない、新たな規定が盛り込まれている。こうした律を参照としないような点が意識されていた要因として、ポワソナードの答申が影響したものとと思われる。

支那ノ刑法ノ甚タ残酷ニシテ、且細苛ナルコトハ、世ノ周ク知ル所ニシテ、其ノ重ナル原則ハ我日本ニ於テハ既シテ今日ハ死物トナリタルナリ。抑々彼國ノ刑法ハ、旧キ記念碑ナリ（中略）今之彼ニ取テ以テ律例ヲ改正ス可シト云ハ、之ヲ信スルニ於テ稍々厚キニ過ルカ如シ。

この史料において、ボワソナードは清の刑法が残酷な刑罰を科している点を批判し、中国の律に則って刑法を改正することに難色を示していることがわかる。こうしたボワソナードの答申を背景として、旧刑法編纂に際して中国の律が参考対象から外されていったものと思われる。このように旧刑法は中国の律を参照としないとする点において、これまでの刑法とは異なるものであつた。しかしながら、中国の律が参照とされないからといって、必ずしもすぐさま旧刑法の参考対象が西洋法へと切り替わっていったわけではない。

中国の律が捨象された後、すぐさま西洋法へと参考とする法典が移行しなかつた要因として、旧来からの「道徳」が念頭におかれたことが考えられる。旧刑法編纂にあつては、ごく初期の段階から「罪ト云フ語ノ本旨ハ、重罪ハ道德ト公益トヲ害スルコト最多ク、軽罪ハ重罪ヨリ一段其之ヲ害スルコト少キモノナリ」とされている。刑法は罰則の対象を規定するものであると同時に秩序の創出を企図するものである。こうした点からも秩序——刑法の条文——として道徳を盛り込むことが企図されていたのであろう。既に第一章で述べてきたように、儒学を含むような旧来的発想は維新後も為政者には意識されており、こうした発想が刑法にも反映されていたものといえよう。

実際に刑法の審議過程においても、尊属親への正当防衛の可否が問題化し、自然権的自己防衛を承認するボワソナードと儒学的秩序——孝——を承認する刑法草案取調委員との間で、議論が交わされ、結果として尊属親への正当防衛は旧刑法において否定されるにいたつた。また、こうした旧来的発想をより色濃く残存・機能させることに

なつていった原因として、旧刑法の性質が罪刑法定主義<sup>(36)</sup>であつたことも指摘できよう。罪刑法定主義では法の想定外にある事件が罰則の対象とはなり得ない。このことは逆説的には、何が遵守する基準——道徳・公益——であるのかを明確に意識させるものとなりえるといえよう。

しかしながら、罪刑法定主義は旧来的発想を残存させたのみではないことも指摘したい。旧刑法では罪刑法定主義を理念とする大陸法の影響をうけており、英米法の理念である common law は採用していない。罪刑法定主義と共に近代的法理念の一つとされる common law は、各地の慣習法を容認するものであり、判決においても各地の慣習が大きく左右する可能性を有するものであつた。<sup>(37)</sup> こうした各地の慣習を容認するという点は、統一的な法制度の確立を目指す政府ならびに司法省の企図するところと隔たるものであるといえよう。<sup>(38)</sup> すなわち、罪刑法定主義によつて、条文を細かく措定することにより、統一的法制度・法解釈が可能となつた点も指摘しておきたい。

このように旧刑法は、儒学を含む旧来的発想を有する一方で、統一的法制度・法解釈を可能とさせるような近代的な側面もまた有していたといえよう。こうした点から旧刑法が近代的な刑法への過渡的法典としての意義を有していたものといえよう。旧刑法が過渡的な刑法となつていった背景には、この時期の政策構想に西洋化と非西洋が綯交ぜとなつている点があつたことを強調したい。

## おわりに

本稿では旧刑法の持つ意義を同時代の思想的文脈との関連のもとで検討してきた。旧刑法編纂を企図する司法省は、明治維新後も旧来的道徳観に基づく治者意識と明治政府のスローガンである西洋化が混在するという両義的な



思想状況の中におかれていた。司法省を取り巻く様々な思想は、明治初年においては必ずしも相反していたわけではない。本稿で取り上げた井上毅や木戸孝允らは非西洋的意識を持ちながらも、積極的に西洋社会を評価するような一面も有していた。こうした点からもわかるように、明治初年は必ずしも西洋と非西洋という二項対立的な思想状況ではなく、両者が融和しながらも政治制度を構想していく点に特質があったといえよう。こうした思想的状況を背景として、儒学的側面も含みつつ、近代刑法の一階梯としての旧刑法が成立したものと見える。

また、旧刑法は尊属親への正当防衛の否定といった儒学的発想にも依拠しており、岩谷氏の指摘にあるように、その性格は儒学的発想と西洋的発想のアマルガムであった。こうした岩谷氏の指摘に基づき、本稿では旧刑法の特質についても言及してきた。これまでの研究の多くが、旧刑法の理念は罪刑法定主義にあつたとし、近世的法体系の延長線上<sup>99</sup>または大陸法受容の萌芽<sup>100</sup>として捉えられてきた。しかしながら、旧刑法の性質は、西洋的か非西洋的かという二項対立で片付けることができるようなものではない。

たしかに明治初年の法体系の整備は、条約改正のための西洋化を伴う国内改革という側面を有していた<sup>101</sup>。しかしながら、こうした国家目標は常に西洋化を念頭に置くような官僚層のみによって担われていったわけではない。実際に司法省において旧刑法の編纂に携わった法制官僚の殆どに西洋を実際に見聞するような経験があつたわけでも、西洋法の専門的教育を受けているわけでもない<sup>102</sup>。西洋の法制度に対する知識や理解が充分備わつていたといえないなかで、官僚的意識には儒学的発想を残しつつ、国家目標として西洋化が企図されていった結果、西洋と非西洋の融和的な法制度が構想されていったのである。

旧刑法がアマルガムなものでありながらも一面には西洋的な発想を包含するものであつた。こうした近代的な法制度を有しながらも、なぜ現行刑法の起草が必要とされていったのであろうか。この点は今後の課題としたい。明

確な国家モデル——それ自体も政局のもとで紆余曲折を経て成立したのだが——が確立されていない明治一四年政変以前の時代においては、政治制度の構想は政局の影響などの様々な可変的な要素に基づき変化していく。<sup>(4)</sup>こうした点からも条文上の解釈による方法ではなく、明治一四年政変前後の流動的な政局との関連や、司法省の状況という点についても目配せしながら論じていく必要があるように思われる。

## 註

- (1) 例えば、高橋秀直「留守政府期の政治過程」(『人文論集』二九卷一号、一九九三年)、関口栄一「司法省と大蔵省」(『法学』五〇巻一号、一九八六年)が留守政府期を中心に検討されており、拙稿「明治初期の政局と裁判所設置構想」(『ヒストリア』二三四号、二〇一二年)は、維新政権期から大久保政権にかけての裁判所設置構想の変遷を検討している。
- (2) 団藤重光「刑法の近代的展開」(弘文堂、一九四八年)。
- (3) 新井勉「旧刑法の編纂(一)」(『法学論叢』九八巻一号、一九七五年)、同「旧刑法の編纂(二)」(『法学論叢』九八巻四号、一九七六年)。
- (4) 三田奈穂「旧刑法の成立と村田保」(『政治法学論究』七九巻、二〇〇八年)。
- (5) また、浅古弘「刑法草案審査局小考」(『早稲田法学』五七巻三号、一九八二年)では、元老院における刑法編纂過程が詳述されている。
- (6) 岩谷十郎「旧刑法編纂過程」(慶応義塾大学大学院法学研究科論文集)二六号、一九八六年)、新井勉「旧刑法における内乱罪の新設とその解釈」(『日本法学』七二巻四号、二〇〇七年)、三田奈穂「旧刑法」『数罪俱発』条成立に関する一考察」(『政治法學論究』七六巻、二〇〇八年)など。
- (7) 刑法編纂に着手した時期の政局とその影響については、口頭報告「旧刑法編纂の契機とその背景」(二〇一一年度東アジア近代史学会大会報告)がある。口頭報告の要旨については、『東アジア近代史学会ニューズレター』(二〇一二年)を参照。
- (8) 吉井蒼生夫「近代日本の国家形成と法」(日本経済評論社、一九九六年)。

- (9) 前掲吉井「近代日本の国家形成と法」、藤田正「明治一三年刑法の近代的性格」(『法制史研究』四七号、一九九七年)、藤原明久「明治一三年公布「刑法」(旧刑法)の二重抵当罪規定の成立と抵当権の公証」(『修道法学』二八卷二号、二〇〇六年)、矢田陽一「旧刑法における教唆犯規定の沿革」(『法学研究論集』二九号、二〇〇九年)など。
- (10) 刑法編纂時の政局については、前掲「旧刑法編纂の契機とその背景」を参照。
- (11) 前掲吉井「近代日本の国家形成と法」。
- (12) 岩谷十郎「旧刑法編纂における「旧なるもの」と「新なるもの」」(『法制史研究』四七号、一九九七年)。こうした岩谷氏の論考は三阪佳弘・三成賢次・佐藤岩夫「ポストモダンか近代法の再生か?」(『法の科学』一二号、一九九四年)らの指摘する西洋法体系を基準として日本近代法が成立したことへの疑問と関連した研究動向であったといえよう。
- (13) 中山勝「明治初期刑事法の研究」(慶応通信、一九九〇年)。
- (14) 水林彪「解説」(石井紫郎・水林彪校注「法と秩序」(岩波書店、一九九二年))。
- (15) 新律綱領・改定律例の編纂に携わった法制官僚については、藤田弘道「新律綱領・改定律例編纂史」(慶応義塾大学出版会、二〇〇一年)を参照。
- (16) 前掲岩谷「旧刑法編纂における「旧なるもの」と「新なるもの」」。
- (17) 勝田政治「内務省と明治国家形成」(吉川弘文館、二〇〇二年)、柏原宏紀「工部省の研究」(慶應義塾大学出版会、二〇〇九年)など。
- (18) 内閣官報局「法令全書」第一卷、六五―六七頁。一八六八年三月。
- (19) 小川和也「牧民の思想」(平凡社、二〇〇八年)、池田勇太「明治初年における木下助之の百姓代改正論について」(『史学雑誌』一八八卷六号、二〇〇九年)、拙稿「江藤新平の政治思想」(『日本歴史』七六五号、二〇二二年)。
- (20) 真辺将之「近代国家形成期における伝統思想」(『早稲田大学大学院文学研究科紀要』第四分冊、四七号、二〇〇一年)。沼田哲「元田永孚と明治国家」(吉川弘文館、二〇〇五年)。
- (21) 例えば、一八七五年七月二八日には「村田保判法改正の事に付、来談」(『日本史籍協会編「木戸孝允日記」三卷、二二五頁)、一八七五年八月一七日には山田顕義司法大輔が「司法中の事件」(前掲『日本史籍協会編「木戸孝允日記」三卷、二二四頁)についての相談を木戸に持ちかけている。

(22) 前掲日本史籍協会編「木戸孝允日記」三卷、四六八頁。一八七六年二月二十四日。

(23) 前掲池田「明治初年における木下助之の百姓代改正論について」。

(24) 井上毅「司法制度意見書」(井上毅伝記編纂委員会「井上毅伝」史料編第一、一九一―二四頁)。なお、本史料の起草は一八七四年。

(25) 佐佐木高行「大法典の議」(津田茂磨「明治聖上と臣高行」(自笑会、一九二八年)、三〇四―三〇八頁)。本史料の起草は一八七三年。

(26) 前掲真辺「近代国家形成期における伝統思想」、前掲池田「明治初年における木下助之の百姓代改正論について」、坂本一登「明治天皇の形成」(明治維新史学会編「講座明治維新四 近代国家の形成」、有志舎、二〇一二年)など。

(27) 大木喬任の同には次のようにある。

本省職司法ニ在リ、成法ノ得失適否ニ関スル者固ヨリ其建議スヘキ所、乃チ職制ニ拠リ、新タニ新法ノ草案ヲ起シ、以テ進奏スル所アラント擬ス、更ニ委員ヲ命ジ、広ク各国ノ律書ヲ研シ、比較考証其上其厚則ヲ究メ、以テ寫字普通ノ成典ヲ編シ、必ス当年中ヲ以テ古ヲ改メ新ヲ施ノ事ニ至ランヲ期ス。(「刑法改正議」、一八七六年一月四日(国立公文書館所蔵「公文録」、明治九年一月司法省伺)。

この何を契機の一つとして、司法省では旧刑法の編纂が企図されていた。なお、裁判所設置構想と旧刑法編纂の関連については、前掲拙稿「明治初期の政局と裁判所設置構想」を参照。

(28) 旧刑法編纂に着手した直接的契機については、前掲口頭報告「旧刑法編纂の契機とその背景」を参照。

(29) 早稲田大学鶴田文書研究会編「刑法編纂日誌・日本帝国刑法草案」(早稲田大学出版部、一九七二年)、三頁。一八七五年五月

(30) 東京大学史料編纂所編「保古飛呂比」六卷、二一八頁一八七五年三月二四日付佐佐木高行宛鶴田皓書簡。

(31) 「刑法編纂日誌」(前掲早稲田大学鶴田文書研究会編「刑法編纂日誌・日本帝国刑法草案」)、四頁。一八七三年九月二〇日。

(32) 井上毅「笞杖刑ノ存廢ニ関スルボアソナード氏答議」(國學院大學日本文化研究所編「近代日本法制史料集」第九卷)。ここで井上は笞杖刑について、「輕罪ニ至テハ其大ニ懲役ノ法ニ優レル所アルヲ覺フルナリ」として、その優位性を述べている。

(33) ボワソナード「漢律ト欧律ノ比較ニ関スルボアソナード氏答議」(前掲國學院大學日本文化研究所編「近代日本法制史料集」第九卷、一八一―一八七頁)、一八七六年五月二五日。

- (34) 早稲田大学鶴田文書研究会編「日本刑法草案会議筆記」一卷、二八―二九頁。
- (35) この条文については、前掲若谷「旧刑法編纂における「旧なるもの」と「新なるもの」」を参照。
- (36) 旧刑法第二条には、「法律二正条ナキ者ハ、何等ノ所為ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ズ」としている。また、内藤謙「日本における「古典学派」刑法理論の形成過程」（法学協会編「法学協会紀念論文集」第二巻、有斐閣、一九八三年）では、旧刑法の意義を罪刑法定主義の宣言、身分を念頭においた刑罰の廃止、酌量などの軽減規程の設置、兇徒聚衆罪の設置といった近代性と天皇制国家に即した法典であるとする評価を下した。
- (37) 明治初年に各地で独自の刑法が施行されていた点については、手塚豊「明治刑法史の研究」中巻（慶応通信、一九八五年）において、神奈川県刑法・東京府刑法などを紹介している。
- (38) 統一的法制度が企図されていた点については、拙稿「司法省におけるフランス法受容の端緒」（『国史学』二〇九号、二〇一三年）。
- (39) 前掲若谷「旧刑法編纂における「旧なるもの」と「新なるもの」」。
- (40) 例えば、西原春夫「刑法制定史にあらわれた明治維新の性格」（『比較法学』三巻一号、一九六七年）など。
- (41) 松井芳郎「条約改正」（福島正夫編「日本近代法体制の形成」下巻、日本評論社、一九八二年）。なお、領事裁判制度が異なる法制度を有する西洋と日本の間の協調システムであると同時に、日本が「列国公法」を受け入れることで西洋を中心とした国際法秩序においては下位にあったことは、森田朋子「開国と治外法権」（吉川弘文館、二〇〇五年）において詳述されている。
- (42) 刑法草案取調会議において洋行経験があるのは、鶴田皓と名村泰蔵の二人のみである。鶴田は一八七二年の司法省使節団、名村は幕末期の幕府使節団と一八六九年の二度にわたって渡欧している。なお、司法省使節団については、藤田正「明治五年の司法省視察団」（『史叢』三七号、一九八六年）が詳細を明らかにしている。
- (43) 鶴飼政志「明治維新の理想像」（鶴飼政志・川口暎弘編「きのうの日本」、有志舎、二〇一二年）においては、明治維新史研究者が依拠してきた通説のイデオロギー性について問題提起している。鶴飼氏は、明治維新の評価に理想的なシナリオが潜在しており、明治維新史の評価が図式的なものとなっている点を指摘し、明治維新を理想としてではなく、紆余曲折の所産として評価すべきと疑義を呈している。