

明治前期における行政警察的取締法令の形成

——違式註違条例から旧刑法第四編違警罪へ——

内 田 誠

はじめに

- 一 司法省警察と違式註違条例
 - 1 警察職制章程と違式註違条例
 - 2 司法省案警察規則と三府違式註裁判所構想
 - 二 内務省警察と違式註違条例
 - 1 内務省警察の成立
 - 2 内務省と司法省の対立
 - 3 「府県布達条規」違犯の違式罪化要求
 - 三 旧刑法第四編違警罪と治罪法
 - 1 違警罪の編纂
 - 2 「警察裁判権」の確立
- おわりに

はじめに

戦後になって着手され、今日、本格的な展開をみるようになった天皇制警察の科学的研究⁽¹⁾においては、行政警察の

明治前期における行政警察的取締法令の形成（内田誠）

問題が特殊に重要であると思われる。それは、戦前日本の警察史が、行政警察と司法警察をまず概念的に、次いで機構的に分離し、前者を警察の基本的性格を形作るものとしていく過程によって特徴付けられること、並びに、行政警察の広汎な権限に支えられた警察権力こそが、天皇制支配秩序の末端における維持装置をなしたと考えられることによる。行政警察は、いわゆる政治警察と、それを含まない狭義の行政警察——住民の日常的監視と掌握、営業・衛生・風俗等の日常的秩序の創建と維持——とに区分できるが、両者は相俟って警察的支配の内容をなしていたものである。

本稿は、天皇制警察の法史学的研究の一環として、狭義の行政警察と直接に関わりをもつ明治前期の行政警察的取締法令を、違式註違条例から明治一五年刑法（以下、旧刑法と略す）第四編違警罪の成立に至る過程に即して分析するが、以下にその分析の視角と射程について述べておこう。

近代天皇制国家が国内外の複雑な諸条件の下で形成されてゆく過程は、一つには、急速な資本主義化を目指して封建的領有制の解体及び資本の原始的蓄積を強行する道筋であった。人民の監視・掌握の警察的支配体制を確立することはその必須条件であり、土族反乱及び自由民権運動を中核とする人民闘争を屈服する過程で策かれ、その結果として確立された。明治二〇年代に形成された「散兵警察制」と市町村制の下で本格的に展開する行政警察的支配は、警察的支配体制の本質をなすものであり、人民の生活過程の万般に対する介入を内容とし、戸口調査の実施と行政警察的取締法令の発動という二つの法的形態に支えられていた。⁽³⁾

天皇制国家形成過程のもう一つの道筋は、「万国対峙」の下で世界資本主義への包摂を円滑に遂げることであり、急速な資本主義的発展の国際的条件を得ることであった。⁽⁴⁾この道程が不平等条約の改正という課題を必然化し、また、条約改正の前提としての立法事業（司法制度改革）に連なっていることは言うまでもない。⁽⁵⁾そして、五人組法や

村法を継承して明治初年に制定された違式誣違条例から、「泰西主義」にのっとった刑事法秩序の一分肢——軽犯罪法をなす旧刑法第四編違警罪が成立する過程において、警察的支配の不可欠の手段でもある行政警察的取締法令が形成されていったのである。

これら二様の道筋の交差点で形作られる行政警察的取締法令の歴史的な性格を、以下の二点の特徴に着目して分析することが、本稿の課題となる。⁽⁶⁾

その第一は、法令の違反者に対する処断が常に警察に委ねられ、便宜処分が行われたこと（いわゆる「警察裁判権」⁽⁷⁾）である。だが、警察による便宜処分を内容とする「警察裁判権」が、裁判所によらない、かつ体系的刑事手続法にのっとらない、処断方式として、理論上も実際上も定着するのは、明治一八（一八八五）年の違警罪即決例をまつことに注意しなければならない。そして、これらの法の内容の行政警察的取締目的による包摂といふいま一つの特徴についても、地方庁の警察的取締目的にとつての手段たる性格が形成されるのは、旧刑法第四編違警罪及び各地方の違警罪罰則の制定を画期とするのである。こうした諸特徴が生成する過程にあつては、権力分立原理にまつわる対立関係の特殊な展開の中で、諸特徴はその全的な顕現を阻まれ、不安定な状態に留められたというのが実際である。

さて、この対立は、主要には司法省と内務省の対立を「場」とし、「権力分立論」⁽⁹⁾に連なる論点をもつていた。本稿は、それぞれの場所で各論点の具体的様相の分析を行うけれども、次に述べるような、全体的な「権力分立論」の位相を解明する課題にも接続するものである。その課題とは、「権力分立論」の位相を、単に西欧的権力分立イデオロギーからの偏差の何程かをもつて論ずるのではなしに、現実の日本社会に存在した対立諸関係の総体的表現として分析することである。そこには、基本的階級対立とともに、藩閥間の対立関係⁽¹⁰⁾、また形成途上の官僚制内部にあって藩閥対立に規定されながらも固有の展開を遂げてゆく機構間対立⁽¹¹⁾、さらには、分立原理の採用をめぐる多様なイン

パクトを与える国際的（対立）関係などが、要素として登場するであろう。ともあれ、そうした議論の射程を念頭に置きながらも、ここでは、旧刑法第四編違警罪の成立及び違警罪即決例の制定に至る歴史的事象の枠内で分析がなされる。

- (1) 渡辺治「警察関係資料文献解題」（『法学セミナー増刊・現代の警察』日本評論社・一九八〇年、所収）参照。
- (2) 井上清「日本の警察」（『天皇制』東京大学出版会・一九五三年、所収）、一二三頁以下参照。
- (3) 大日方純夫「日本近代国家における警察力の形成」（『歴史学研究』四七〇号）参照。
- (4) 芝原拓自『世界史の中の明治維新』（岩波新書・一九七七年）、同『日本近代化の世界史的位置』（岩波書店・一九八一年）参照。特に後者は、日本の資本主義化過程を、他のアジア諸国と同じく、「世界的規模での破壊Ⅱ再編の社会的変革」という同一性のもとに展開した異質性と捉え、日本の異質性に「成功物語」という不当に肯定的な評価を与える「近代化」論に対して、最も水準の高い批判たりえている。
- (5) 利谷信義「近代法体系の成立」（『岩波講座・日本歴史』一六、一九七五年、所収）、一〇一頁参照。
- (6) 熊倉武「軽犯罪」（『法学理論篇』一三二）日本評論社・一九五〇年、宮内裕「治安警察法序説」(一)(二)(三)（『法学論叢』七九巻五号、八〇巻四、五号）、神谷力「明治初年における地方軽犯罪法制の研究」(一)(二)（『愛知学芸報告』八、一〇号）（以下、「研究」と略す）、同「地方違式註違条例の法的構造」(一)(二)（『社会科学論集（愛知教育大）』一六、一七号）、同「地方違式註違条例の施行と運用の実態」（『明治法制史政治史の諸問題・手塚豊教授退職記念論文集』慶応通信・一九七七年、所収）（以下、「実態」と略す）等は、本稿にとって直接の前提となる業績である。
- (7) 宮内前掲論文(一)、五一頁以下。しかし、同論文では「警察裁判権」なる語の内容については明確にされていない。
- (8) 神谷前掲「研究」は、愛知県違警罪罰則を対象としている。
- (9) 『マルクス主義法学講座第五巻』（日本評論社・一九八〇年）、第六章第三節「権力分立」（今井証三担当）は、権力分立論を「機能」「権力」「権限」の側面から分析する方法を呈示しており興味深い。
- (10) 原口清『日本近代国家の形成』（岩波書店・一九六八年）、一三二頁以下参照。
- (11) 有泉貞夫『明治政治史の基礎過程』（吉川弘文館・一九八〇年）と御厨貴『明治国家形成と地方経営』（東京大学出版会・一九八〇年）は、地方政策をめぐる政治状況を官僚機構や政党、宮中勢力などの対立を媒介としてダイナミックに描き出している。

一 司法省警察と違式註違条例

明治四（一八七二）年七月、廃止された刑部省と彈正台に変わり、司法省が置かれた。その直後に断行された廢藩置県以降の中央集権化過程において、司法省は、各府県が大蔵省の下で行使していた裁判権と裁判事務を次第に吸収していき、⁽¹⁾同時に、警察管轄権を失った兵部省にかわり、唯一の中央警察組織ともなった。⁽²⁾翌五（一八七二）年八月に司法省に成立した警保寮は、七（一八七四）年一月に内務省へ移転するが、この間における警察制度と違式註違条例の展開を追うことがここでの課題である。

1 警保寮職制章程と違式註違条例

明治五（一八七二）年一〇月、警保寮職制章程が制定された。その職制は、大警視以下の官員を各府県及び各大区・小区に派出する「全国直轄方式」をとり、⁽³⁾章程は、「警保寮ヲ置クノ趣意ハ國中ヲ安靜ナラシメ人民ノ健康ヲ妨害者ヲ予防スルニアリ」とした。⁽⁴⁾また、章程の第六条は、「地方ノ規則ニ違反スル者ヲ違式トス違式ノ輕キ者ヲ註違トス違式註違ノ条例ハ各地方ノ民俗情勢ニ從ヒ便宜斟酌裁定スル」アルヘシ」とし、その違式註違条例は、警保寮職制章程・東京番人規則と並んで定められた。そして、東京違式註違条例（東京府達・明治五年一一月）が制定されることになる。東京違式註違条例は、五人組法や以前から東京府達として出されていた諸々の禁令をもとに、⁽⁵⁾都市的日常的秩序維持の禁令を集成した内容をもち、それらを二三箇条の違式罪目と二五箇条の註違罪目に整理して統一的な罰則基準の下においたものである。その内容には、「乗馬シテ猥リニ馳驅シ又ハ馬車ヲ疾駆シテ行人ヲ触倒ス者」「病牛死牛其他病死ノ禽獸ヲ知りテ販売スル者」「春画及ヒ其類ノ諸器物ヲ販売スル者」「田園種芸ノ路ナキ場ヲ通

行シ又ハ牛馬索入ル者」など、交通、営業、風俗、農村生活に関するものが多く、個々の禁条はどれも個別的具体的であり、中には儒教的教令条項⁽⁷⁾さえ含まれていた。かくして、警保寮の全国直轄方式でスタートした司法省警察の時代は、府内取締集団の形成（巡查、番人）に対応して、差しあたりは「市中取締」とも言うべき水準の警察活動を開始したのである。この意味で、未だ「行政警察」概念も未成立の時期であるにもかかわらず、行政警察的民衆支配の組織的展開にとって東京連式誣違条例が持つ意義は大きい。

ところで、連式誣違条例の違反者に対する処断権はどこにあったであろうか。警保寮職制は、大区小区制の下で警保寮から各大区に派出される少警視・権少警視が「連式以下ノ罪ヲ処断ス」とし、「其決シ難キモノハ決ヲ大警視ニ取ル」としている。大警視は、権大警視とともに各府県に派出される官員である。また誣違以下については各小区に派出される少警部・権少警部が処断し、「其決シ難キモノハ少警視ニ取ル」としている。即ち、基本的には各大区が処断の単位であり、多かれ少なかれ警保寮所屬の官員が処断権を握る制度となっていた。だが、これの評価にあたっては、最低、次の諸条件を考慮する必要がある。第一は、未だ行政警察と司法警察の分離が概念的にもなされていないこと、第二は、裁判制度の整備が未だ緒にいたばかりであること、そして第三に、この制度が、他ならぬ江藤新平司法卿の下で「司法立国主義」⁽⁸⁾を掲げる司法省の手になること、である。従って、警保寮官員による連誣犯処断を規定しているからといって、警保寮職制の内容を、単純に後の「警察裁判権」と同一視することはできない。むしろ、この段階は司法改革への過渡にあると考えた方が妥当であり、以下において我々は、この点について更に説得的な説明を見出すことになろう。なぜなら、警察による処断（＝裁判）という、司法改革と相矛盾する実態に対して、当の警保寮から、その解消に向けた方策が提案されるからである。

2 司法省案警察規則と三府違註裁判所構想

司法省は明治六（一八七三）年六月二十九日、福岡孝弟司法大輔の名で「警察規則案」⁽⁹⁾なるものの裁可を上申した。近年の諸研究⁽¹⁰⁾が示す通り、この「案」は「此節各所人民往々暴動之憂有之、畢竟取締向ニ於テ兼テ行届ノ手段無之」という状況を背景として、性急に提出されたものであり、情勢への對抗策たる警察制度の法制的枠組を「仏国之式」に基づいて再構築しようとしたものであった。そして、その要点が行政警察と司法警察の区別であり、特に前者の独自の位置付けであった。

「案」は、行政警察の目的を、「人民ノ健康ヲ保護シ國中ノ安静ヲ妨クル者ヲ予防スル」（第二条）ことに置き、それに対する司法警察を「行政警察予防ノ力及ハスシテ法律ニ背ク者アル時其犯人ヲ探求シテ之ヲ捕縛スル者」（第三条）と規定した。そして両者は「判然区域アリテ相混同スル事ナシ」（第五条）とされる。従って、「各所人民往々暴動之憂有之」という情勢への對抗策を、司法警察と区別された行政警察の予防的活動を独自に意義付けるところに求めたことは明らかである。ジョルジュ・ブスケの講説に忠実であり、「翻訳の域を脱しきれない」⁽¹¹⁾ものであれ、「案」において司法省は初めて「行政警察」を警察制度の中に位置付けたのであり、ここに「行政警察概念」が成立することになる。後に見るように、「案」は実現しなかったが、以後の警察制度の展開に明確な方向性を与えたものと評することもできよう。⁽¹²⁾

さて、「案」が掲げる行政警察活動（「行政警察ノ条目」）は、「市街ノ通行馬車ノ往来ニ差支ナキ事」「市街等ニテ物品ヲ売ル者ヲ視察スル事」「淫風ヲ制スル事」「牧畜及田園稼穡菓実ノ事」のように、交通取締、営業、風俗や農村生活に関するものを中心に、二一項目にわたっている。一見して明らかのように、違式註違条例が個々に規定し

た秩序違反行為を日常的な取締の観点にまとめ、列挙したものになっている。

ところで、このような行政警察と密接に係る違式註違条例の違反者に対する処断は、「案」の中でどのように規定されているだろうか。第一編第一章「行政警察管轄ノ事」は、いわば行政警察の組織規定であるが、その中には、警保寮直隸の三府（東京・京都・大阪）と県官を通じて同寮が「総提」する各県とを区別し、前者には警視警部を派出すること、後者では県聴訟課の典事などを警視警部と同等に取扱うことを定めている。各県では、区裁判所のある場合は区裁判所、ない場合は結局、聴訟課官員が違註罪犯を処断することになっているが、問題は、三府派出の警視警部中に違式註違裁判官（兼任）を置くとの規定があることである（第二編第一章「司法警察管轄ノ事」）。これに対応して、続く「司法警察ノ事」に「三府ニ於テハ違式註違裁判官ヲ兼ヌル警視警部違式註違ノ犯人ヲ処断ス」とあるのも、同様である。

以上のことを、前述した明治五（一八七二）年一〇月の警保寮職制章程と比較して評価する場合、第一には、「全国直轄」を「三府直隸」に縮小し、他地域では、行政・裁判・警察の組織上権限上の混淆状態を追認した結果、違註罪犯処断も事実上、聴訟課官員に委ねることになった点、第二には、警視警部による違註罪犯処断を、三府では「裁判官」の名で行うとした点が問題になる。前者については、差しあたり、「全国直轄方式」に託された警察権の吸収という課題が余りに現実と遊離していたことの証左と把握すれば足りようが、後者を、特に我々が提起した、「警察裁判権」の成立過程における對抗的要素の吟味という目標にふさわしく解き明かすためには、次の史料、即ち「三府違註裁判所ノ儀ニ付伺」⁽³⁾を合わせ考えなければならない。

それは、司法省案警察規則の上申から約二週間後、明治六（一八七三）年七月一四日、「案」と同じく福岡孝弟によって伺出された。

三府違註裁判所ノ儀ニ付伺

現今東京ニ於テハ各大区ニ警視警部出張シ各小区ニ警部出張シ違式註違ノ罪犯ヲ処分致シ來候ニ付テハ警視警部ノ内ヲ分課シ違註裁判官ニ任シ且大区ノミニ於テ右罪犯ヲ処分致シ候テハ人民の疾苦^イ不少候間各大区警視出張所ヲ以テ違註裁判所本局ト為シ小区屯所ヲ以テ支局ト為シ従前ノ通違式註違ノ罪犯ヲ裁判致シ西京大阪モ同様トシ警部出張シ其課ヲ分チ違註裁判官ヲ任シ候様致度追テ区裁判所一般ノ規則ハ取調可相伺候ヘ共違式註違ノ儀ハ目今警視警部取扱來候間別紙之通規則取調候条至急御評決有之度此段相伺候也

明治六年七月十四日 司法大輔 福岡孝弟

太政大臣 三条実美殿

ここでは、前に検討した「案」に対応し、警視警部の中に違註裁判官兼任のものを定め、更に、警視出張所を本局、小区屯所を支局とする構想が示されているもの、現に定められている警視警部の違註罪犯処断を、ただ違註裁判官と名付けた警視警部が裁判の名目で行うに過ぎないように見える。そして、処断そのものは飽くまで従前の方法による、とされてもいるのである。しかし、この何の真の意義を見るためには、次の点にこそ注目する必要がある。前掲の伺に続く「三府違註裁判所規則案」(全六条^四)は、第二条で次のように記している。

第二条

出張ノ警視警部ヲ分課シ違註裁判官ニ兼任シ警視ハ各大区ニ在テ府裁判所判事ノ指揮ヲ受ケ其事務ヲ総理シ警部ハ各小区ノ支局ニ在テ違式以下ノ罪犯ヲ裁判シ其決シ難キ者ハ本局ニ送致ス可シ但本局所在ノ小区ハ本局

二直隸ス

（傍点筆者）

伺の意図は、単に名称の合理化に在ったのではなく、処断の全体を府裁判所判事の指揮下に置くことに在ったと考えられる。確かに、処断自体は警部が各小区屯所支局で行うのだが、管内の処断に関して「事務ヲ総理」する警視は、その任を府裁判所判事の指揮下で遂行せねばならない。明治五（一八七二）年の警保寮職制では警保頭を頂点とする寮内官僚のみで果たされるはずであった違註罪犯処断の任が、ここでは府裁判所判事の指揮権に包摂されている。以上から、「三府違註裁判所」の構想は、三府における違註罪犯処断を、司法制度の整備・司法権確立の課題に整合させようとしたものといえよう。勿論、この構想自体は妥協的な問題解決を選んだのだが、それでも「警察裁判権」否定の方向性を強く含んでいたことは疑えない。そして、この方向性は、司法省下に出發した警察制度にとつては、むしろ必然的なものであったと言ってよい。というのは、司法権の確立を課題としながら、他方で警察制度の構築を企てる司法省であつてみれば、警察制度の中に司法の論理を貫こうとするのも、また当然だからである。我々は、司法省下の警察がこうした試みを行ったことに注意しておくと同時に、それが、違式註違条例を刑律（刑事法）と捉える考え方を当然の前提としていたことにも留意しておこう。

司法省案警察規則は、上申後、左院で修正され、八月八日に法制課成案として提出されながら、九月八日の法制課長・財務課長連名の文書によって再検討を求められた。(i) 地方官・区戸長への負担増、(ii) 財政的保障の未確立が理由であつた。そして、一月一八日、「伺之趣今一応實際適宜ノ方法取調尚可申出候事」と指令され、破棄同然となつた。⁽¹⁵⁾ 「三府違註裁判所規則案」の方も、一度は左院で「異存無之」とされながら、法制課によって、(i) フランス治罪

法に照らして、警察官の裁判官兼任は不都合なこと、(ii)大阪京都は警視警部が未設置なこと、(iii)兼任しなくとも現状で差支えないこと、及び(vi)人員増減が財政問題を惹起しかねないことを理由として拒否され、一〇月七日、「伺之趣不被及御沙汰候事」として却下された。⁽¹⁶⁾

ともあれ、司法省警保寮による警察制度構築のプログラムは実現に至らず、それに伴い、違註罪の「警察裁判権」を否定する最初の試みも頓挫することになった。だが、行政警察を独自化させて「各所人民往々暴動之憂有之」という状況に対処する必要は、明治政府当局にとっていささかも減ぜられるものではなかった。明治七(一八七四)年一月、前年一月に設置が決まっていた内務省への警保寮移転は、警察制度の展開に画期をもたらしただけでなく、違註違條例にまつわる諸問題にも新たな条件を与えることになった。「処断権」問題の他に、地方庁との関係における「斟酌増減権」帰属の問題が起ころうとしていたのである。既に明治六(一八七三)年七月一九日、太政官布告第二五六号をもって制定された地方違註違條例の中で、各地方における斟酌増減は司法省警保寮に伺出ることになっていたが、そこに警保寮移転が引き金となつて起こつたのが、この問題である。

(1) 原口前掲書、一三二頁―一三九頁。横山晃一郎「刑罰・治安機構の整備」(福島正夫編『日本近代法体制の形成(上巻)』日本評論社・一九八一年。所収)、三〇九頁―三二二頁。

(2) 大日方純夫「内務行政としての警察」(『民衆史研究』一三)、五八頁。

(3) 大日方前掲論文、五八頁。

(4) 全国直轄といつても、実際は東京府下だけであり、また地方の警察活動も司法警察的なものに限られていた、とされる。大日方前掲論文参照。

(5) 「法規分類大全」(以下、「大全」と略す)刑法兩三、四頁―七頁。

(6) 「大全」刑法門三、一頁―四頁。

- (7) 例えば、註違条目中の「婦人ニテ謂レナク断髮スル者」（第三九条）
- (8) 原口前掲書、一三六頁。
- (9) 「公文録」（国立公文書館蔵）明治六年二月・司法省之部。
- (10) 「案」については、奥平康弘「日本出版警察法制の歴史的研究序説」(『法律時報』三九卷七号)による指摘の後、中原英典「明治六年・司法省の『警察規則』案」(上)(下)、「警察研究」四七卷一〇、一一号)による覆刻と紹介、大日方前掲論文による研究がなされている。
- (11) 中原前掲論文(下)、六六頁。
- (12) 奥平前掲論文、三八頁。中原前掲論文(下)、六六頁―六七頁。
- (13) (14) 「公文録」明治六年一〇月・司法省之部。
- (15) ↓註(9)。
- (16) ↓註(13)。
- (17) 「大全」刑法門三、五〇頁―五五頁。

二 内務省警察と違式註違条例

1 内務省警保寮の成立

明治六年政変、いわゆる「征韓論政変」は、以後の政治・経済に重大な影響を及ぼした。第一に、「政変」は、西南戦争に至る一連の士族反乱の直接的歴史的前提をなし、第二に、「民撰議院設立建白書」提出、愛国公党結成の契機となり、従って政治闘争としての自由民権運動を起動させ、更に、殖産興業の本格的展開の期をも画した。その中で、「政変」後の新たな支配体制を最も鮮明に表現する内務省が登場する。留守政府でも創設が検討されていたものであるが、参議大久保利通を実質的指導者とする政府の中枢的政策遂行機関として、内政一般と殖産興業及び治安・警察を管掌する強大な内務省の存在こそ、「政変」後の体制を特徴付けるものである。⁽¹⁾

警保寮の移転は、内務省の実際の省務開始が府県に布達された明治七（一八七四）年一月一〇日の前日になされた。この移転こそは内務省による警察権掌握を目指す川路利良の構想⁽²⁾の実現であるが、「政変」による征韓派参議や警保寮首脳⁽³⁾の辞職も移転の一条件をなしていた限りで、「政変」の所産であつたともいえよう。

内務省警保寮成立と、続く東京警視庁設置により、警察の中心に行政警察が座ることになった。まず警保寮は、以前のように全国の警察を直轄するのではなく、全国の行政警察に属する事務を管理するものとなり、首都警察たる東京警視庁は、その事務章程⁽⁵⁾の中で「警保ノ趣意」を行政警察に求め、行政警察の内容を「権利」「健康」「風俗」と「国事」に分別した。このことは、土族反乱や人民の抵抗を政治的に抑圧する任が、日常的秩序の維持・創建の活動と区別されながらも、「行政警察」という同一性の下に捉えられていることを示している。

さて、内務省警保寮成立によって行政警察が警察の中心に据えられたことを受け、違式註違条例をめぐる問題が新たに生じたが、次にそれを見よう。

2 内務省と司法省の対立

明治七（一八七四）年五月四日の司法省伺⁽⁶⁾には、次のようにある。

違式註違条例ノ儀ハ律例ノ権衡ニ比較シ当省ニ於テ取調ヘ伺出ノ上御領布相成候次第ニ有之固ヨリ刑法中ノ一部分ニシテ之ヲ違反スル者ハ裁判官に於テ処断スヘキノ所現今違註裁判所ノ設ケ未タ無之ニ付当分警保官吏ニテ処断スルヲ得ルト雖モ成律ヲ管掌スルハ当省ノ主務ニ候ヘハ律上ノ不備ヲ増補スル等ノ事ハ総テ当省ニテ取調ヘ伺出儀ト相心得右条例改正案先般相伺候処内務省ヘ引送り同省ヨリ伺出候様可申談旨御指令有之就テハ刑法ノ一部分内

務省へ御委任ノ筋ニ相成各省ノ事務混淆致シ権限不相立且違式註違条例ハ律例ト相牽連シ候者ニ付若シ之ヲ分離スル時ハ實際施行上其権衡等不都合ヲ生シ可申尤警察上ニ付各地ノ形状ニ從ヒ地方官ニテ適宜細目ノ定規ヲ立候ハ可然候へ共違式註違条例ヲ改正増補スル如キハ當省ニ於テ草案ヲ起シ相伺并ニ其擬律等ノ儀各地方ヨリ伺出候分ハ則チ裁判上ノ事ニ候間當省ニテ指令致シ相当ニ可有之ト存候依之内務司法ノ権限区界判然相立事務兩岐ニ不相跨候様御処分有之度此段猶又相伺候也

見られるように、この伺は、違式註違条例が刑律の一部分に他ならないという論理を中心に、及ぶべき全論点に互っている。即ち、(i)警察官による処断は違註裁判所未設置ゆえの臨時的措置であること、(ii)違式註違条例の改正増補は司法省の権限であり、地方官は「細目ノ定規」しか制定できないこと、(iii)「擬律」（＝適用）も裁判と関わる以上、司法省の権限に入ること、そして、これらの点からみて、(iv)「刑法ノ一部分内務省へ御委任」の現実を正し、両省権限の区界を明示すべきこと、である。言うまでもなく、司法省のこの不満は、警保寮移転後の事態変化についてのものだが、以下にその変化と変化の意味について振り返っておこう。

第一は、明治七（一八七四）年一月一四日の警保寮職制事務章程⁽⁷⁾にある、次の規定である。

第二条 凡テ警保ノ條例規則ヲ創立改正シ或ハ違式註違ノ條例ヲ増減スル等ノ重件ハ卿ノ指図ニ由テ草案ヲ起スヲ得ヘシ

第二は、同年一月一九日の達第八号⁽⁸⁾である。

明治六年七月第二百五十六号布告違式註違条例ノ儀ハ各地方實際ニ適當候様斟酌増減致シ警保寮へ稟議シ自今其
地方長官ノ名ヲ以布達可致此旨相達候事 但シ時宜ニヨリ警保寮ノ意見ヲ以斟酌増減等協議スヘキ議モ可有之事

以上二つを総合すれば、警保寮移転後の様子が窺える。それは、違式註違条例の「斟酌増減」については内務卿——
警保寮——地方官というタテ系列で一元的に処理され、司法省は事実上、どこにも容喙できないことを意味した。

しかも第三に、明治七（一八七四）年三月二十八日、内務省から「主務錯雜」の解消と違式註違条例関係書類の引渡
を要求する伺⁹が出され、容れられたことである。その伺によれば、「既ニ当省へ警保寮被置候上ハ違式条例等地方警
備ニ属スル事件ハ総テ当省ニテ取調当然」ということになる。先に示した五月四日付司法省伺は、まさしくこうした
状況の転換を期して出されたものであった。

さて、その司法省伺を審議した左院は、同年六月一八日付上申で、司法省の論理と基本的に相反する次のような主
張¹⁰を行った。

元來違式以下ノ所断¹⁰ハ地方警察官吏ノ職務ニシテ自ら司法省裁判所トハ區別有之仮令別ニ違註裁判所御設立相成
候トモ亦内務省ノ所轄至当ノ儀ト存候但シ違式註違罰条ハ自ら法律ニ連引致候儀モ可有之候ニ付内務省一己ノ見込
ヲ以テ伺出候トモ一応司法省ノ評議ヲ経可然或ハ時々司法省ノ見込ヲ以内務省へ協議之上伺出候儀モ差支無之ト存
候

これによれば、前述した司法省伺の四つの論点は悉く否定される。「斟酌増減」について「一応ノ評議」や「司法

省ノ見込」による発議を認めるなどの点もあるが、全体として何が否定されたことは覆うべくもない。だが、興味深いことに、この上申には法制課のものともみられる「意見」⁽¹¹⁾が付されていた。しかも、その内容は左院の上申と反対であり、つまり司法省の側に立っていたのである。この「法制課意見」は、「内務司法両省権限ニ相関候儀ニ付両省ノ職制章程ニ就テ其分界ヲ立ツルノ外有之間敷」との立場から、各職制章程を検討し、内務省側には違式註違条例を「施行スル規則」以外、律例起草権を否定する。そして、そのような職掌に反するこれまでの諸措置をすべて取消すよう求めている。法制課のこの論理も、「其罪目十中八九ハ刑法ノ部分」である違式註違条例が、刑法に他ならず、「一般施政規則ノ部内」になどないという点を中心にしてゐる。

この対立は、まさしく内務省と司法省の職掌ニ権限上のものであり、内務省・警察・地方庁という内務行政担任者が、他の国家機関を圧倒する程の強大な権限を集中してゆく一過程とみることが出来る。だが他方で、こうした趨勢にもかかわらず、内務省への権限集中に抵抗する潮流が存在したことは重要であると言えよう。

さて、左院の議を経て、七月四日、「違式註違ノ如キハ現地ノ振合ニ依リ其条例ノ改正増減ヲ起草スルハ内務省ニテ取扱可然」と指令されるに及び、司法省伺の主張は否定される。以後、違式註違条例の「斟酌増減権」をめぐる対立が表面化することはなかった。違式註違条例ニ刑法の把握にたつて改正増補権を握ろうとする意図は、最早いかにしても実現しえなかつたのである。

ところで、明治八（一八七五）年三月になると、民衆の行政警察的支配の全国的達成を期して、行政警察規則が制定される。その内容は東京警視庁職制の地方版といったものであり、内務省警保寮の目指す警察の地方的確立に向けられていた。そして、同年一二月の一部改正で、警部による府県警察事務分掌と違註罪即決処分権が規定された。⁽¹⁴⁾

「村と警察分署とが機構的に結合して、戸長——巡査という系列の日常的取締機構が、村方内部に形成され」、各⁽¹⁵⁾

府県の警察が次第に確立してくるなかで、違式註違条例に関わる重大な問題が持ち上がる。それが、次に述べる「府県布達条規」違犯の違註罪化要求である。

3 「府県布達条規」違犯の違註罪化要求

違式註違条例の「斟酌増減権」を内務卿——警保寮——地方官が掌握したことは、刑法の一部分として司法省が作定した同条例を地方官が行政上乃至行政警察上の目的に合わせて調整することを可能にした。そして、違式註違条例違犯者の処断が警察官吏に委ねられていたことは、自ら手を加えた法令に基づき自ら裁くことを行政に可能とさせる、頗る便利な法的武器が誕生したことになる。しかるに内務行政の担任者たちは、彼らにとつてのこうしたメリツトを飛躍的に拡大させるため、新たな要求を持ち出すようになった。

史料を総合すると、「府県布達条規」を違式註違条例同様に取扱おうとする動きは、明治九（一八七六）年七月、当時の警視庁が行つた内務省あて上申に始まること⁽¹⁶⁾がわかる。その翌年五月に内務省伺、続いて一二（一八七九）年三月に再度の内務省伺⁽¹⁷⁾が出され、結果としては、いずれも太政官の拒否するところとなっている。ここでは、まず最後の内務省伺とそれに対する指令とを見ることにしよう。

府県庁ヨリ布達スル条規ニ違犯スル者処分方之儀伺

府県庁ヨリ布達スル条規ニ違背スル者処分方ニ付中警視安藤則命ヨリ別紙之通申出候右ハ違註罪ヲ以テ論シ度旨既ニ去ル明治十年五月中相候所御聞届不相成候然ルニ其節モ縷陳候通り地方庁ノ布達スル条規ニ違フモ違註条目ヲ犯スモ固ト同一種質ノ違犯ニシテ其処分ノ權衡モ亦少異アルナシ且ツ夫レ警察官ヲシテ違註罪モ科断セシムル場

合ハ該官吏ハ即違註裁判官ナリ然ルヲ其之ト同種類ノ犯違者ニシテ該官吏ニ処分セシメス之ヲ地方裁判官ノ処分ニ附スルハ特ニ便ヲ得サル耳ナラス抑モ亦其当ヲ得スト云可シ就テハ自今地方庁施行スル布達ニ違背スル者ハ都テ違註罪ヲ以テ科処候様御詮議相成度別紙布告案並中警視安藤則命上申書類相添此段相伺候也

明治十二年三月廿七日 内務卿 伊藤博文

太政大臣 三条実美殿

追テ現今地方庁ニ於テ施行スル条規中罰金ノ明文ヲ掲クルモノアリ右ハ本文御決定相成候ハ々々都テ削除方当省ヨリ可相違見込ミ有之候此段添テ申進候也

ここで「府県ノ布達スル条規」違反者を警察官の処断に委ねるべきことの理由とされているものは、次の二点である。それらは、(i)「府県ノ布達スル条規」が「違註条目」と性質上同一であり、量刑上も近似していること、(ii)違註罪を処断する警察官は裁判官であること、である。こうした主張の背景には、第一には「府県ノ布達スル条規」が地方庁の行政乃至行政警察取締の目的に従って頒発される状況、言い換えれば行政が「条規」（＝法律）を有力な一手段として遂行されてきていること、第二には、前にみたように、違式註違条例が内務省——府県の判断によって「斟酌増減」され、府県官である警察官の処断するところとなっていることがある。そして、この二つの背景が重なりあい、府県庁による地方支配の過程で統合されようとしていることを見るのはたやすかるう。このような状況をさらに端的に示すものが、前掲の伊藤博文による同文が言及し、上申に際して添付された「中警視安藤則命上申書」（明治一二年二月二二日付）である。その中に次のような部分がある。

違註罪目設施ノ權ハ既ニ地方庁ニ屬スレハ其條規トスヘキモノヲ取ツテ悉ク之ヲ違註罪目ニ掲載センニハ其処斷ノ權ハ全ク地方官ニ歸シ復タ裁判所ニ送致スヘキ者ナキニ至ラン

こうした脅迫的ともとれる安藤の文面には、次のような論理上の無理が含まれている。即ち、安藤の言にもかかわらず、地方庁の有しているのは「違註罪目設施權」ではなく、違註罪目の「斟酌増減權」にすぎないのである。仮に「設施權」まで有しているのであれば、「其條規トスヘキモノヲ取ツテ悉ク之ヲ違註罪目ニ掲載」すればよいのだから、上申も何も無意味化してしまう。従つて、實質的な「設施權」を得ることこそが何の目的でなければならぬ。たとえ「斟酌増減權」が実際には無制約的な「設施權」として機能させうるものであったとしても、そうした現実を「斟酌増減權」のイデオロギーでは包摂し尽せない以上、「設施」の機能も不十分たらざるをえないだろう。そして、「斟酌増減權」は、「違式註違條例Ⅱ刑法」という論理に支えられたものであり、その意味で、地方庁の行政警察取締目的をそこに全面展開するには余りに狭すぎる権限であつたと考えられる。伊藤や安藤の主張は、違式註違條例が「府県布達條規」と同質であると言ふことによつて、「條例Ⅱ刑法」の論理に攻撃を加えながらも、その論理の真向うからの否定である「違註罪目設施權」の直接的な要求は避け、實質的な設施權を「府県布達條規」違反の違註罪化によつて実現しようとしたものである。

さて、以上の内務省・警察側の主張を否定した論理を次に見ていかなければならないが、その前に、「府県布達條規」違反者の処断に関する太政官布告(一〇一年第一三号布告)⁽¹⁹⁾を掲げておこう。

各府県庁ヨリ布達スル所ノ條規ニ違反スル者ハ裁判官ニ於テ壹円五拾錢以内ノ罰金ヲ科スヘシ 右布告候事

「中警視安藤則命上申書」の四ヶ月後に出された一〇年一月の一三号布告で、太政官は、「府県布達条規」違反の処罰を独自の罰金額をもって、しかも裁判官のなすべきものとして法定してしまつたのである。その後の二度にわたる内務省伺が、この布告の改正を目指してなされたことは言うまでもない。

二度目の内務省伺を審按した太政官法制局は、内務省伺の二つの論点をいずれも否定した⁽²⁰⁾（明治一二年五月二九日）。即ち、かの一三号布告は「政府ノ布令ト地方庁ノ布達トノ罰令ヲ異示」したものであり、違註条例は初めから地方庁の布達ではないこと、また警察官は裁判官ではありえず、「目今違註裁判所ノ設ケナキヲ以テ当分其処分ヲ地方官ニ委任シタルハ不得已」ことであること、更に、処断権の委任ができるのは、違註条例の改正増補が内務卿に届けられ、人民にも知らされ、かつ、処断が現行犯に限定されているからである、と注目すべき内容を示している。従つて、地方庁が独自に制定しうる条規まで処断権を委任することはできないのであり、仮に委任されたとすると、「或ハ恐ル地方長官擅ニ制定シ之ヲ朝ニ発シ夕ニ其属官即警察吏ヲシテ処断セシムルナキヲ保スヘカラス」ということになる。

明治一二（一八七九）年六月六日、太政官は内務省伺に対し、「伺之趣再応ノ申立ニ候へ共十年第拾三号布告ハ違註罪ト同視スヘカラサル儀ト可心得事」と指令し⁽²¹⁾、この問題に決着をつけた。

以上のように、内務省と警察による「府県布達条規」違反の違註罪化要求は、結局、受け入れられなかつた。内務省警察の成立以来、行政警察を中心とした警察制度が地方的に確立してくる中で、違式違註条例は府県庁・警察の行政乃至行政警察的取締目的に従属する法としての性格を強め、内容上の「斟酌増減権」と手続上の「警察裁判権」をともに行政と行政警察が掌握してきたものであつた。だが、同条例を完全に地方行政と行政警察の従属下に置こう

とする一連の試みは成功しなかった。この時点においては、未だ、違式註違条例は飽くまで国家的刑事法と捉えられ、従って処断権の警察への委任についても、司法制度確立過程における過渡的措置であるとする考え方が、最高意思決定においても勝っていたのである。

次に進む前に確認しておくべきことが一点ある。これまで述べてきたように、内務省・警察による「府県布達条規」⁽²²⁾ 違犯の違註罪化の目論見は失敗したのだが、個別的な形では、違註条例の中に「規則」が包摂されることがあったという点である。勿論、「斟酌増減」の枠内でなされたことではあるが、最初、「規則」の類を一切含まず、専ら個別的禁令のみで成っていた違式註違条例に、確実な変化が兆していたことに注意しておかなければなるまい。

- (1) 大霞会編『内務省史』(一九七一年)一卷一編「通史」(大久保利謙担当、佐藤竺「行政制度(法体制準備期)」)『講座日本近代法発達史』9、勁草書房・一九六〇年、所収) 参照。
- (2) 警視総監官房記録課編『警視庁史稿』上巻、一八九四年、一二頁―一五頁。川路の「建議案」自体は、「司法省警保寮による行政警察管學を前提していることにつき、大日方前掲論文「内務行政としての警察」、六一頁。
- (3) 大日方「形成期警察力の内部構造」(『日本歴史』三八七号)、六二頁―六七頁。
- (4) 「大全」官職門・官制・内務省二、三五〇頁。
- (5) 警視庁総監官房文書課記録係編『庁史編纂資料』二、一九三七年、一〇頁―一一頁。
- (6) 「大全」刑法律門三、五九頁。
- (7) 「大全」官職門・官制・内務省二、三五〇頁―三五二頁。
- (8) 「大全」刑法律門三、五五頁。
- (9) 「大全」刑法律門三、五八頁。
- (10) 「公文録」明治七年七月・司法省之部。
- (11) 「公文録」明治七年七月・司法省之部はこの「意見」を法制課のものとして収録しているが、「大全」刑法律門三では「左院議案」となっている。

明治前期における行政警察的取締法令の形成(内田誠)

いる（五九頁―六〇頁）。

(12) 「大全」刑法附三、五九頁。

(13) (14) 「法令全書」明治八年、五三九頁―五四一頁。

(15) 神谷前掲論文「実態」、一九三頁。

(16) (17) (18) 「公文録」明治十二年六月・内務省之部。

(19) 「法令全書」明治一〇年、一二頁。

(20) (21) ↓註(16)。

(22) 「大全」刑法附三（七頁―二九頁）は、警視庁達や東京府達をもって違式註違条例の追加と削除がくり返されたことを示しているが、制定された規則が条例に組込まれた場合（例えば、「豚肉営業規則」（明治八年、警視本署甲第三六号）と、逆に規則の制定により、対応する条項が削られ、異なつた基準の罰則が成立した場合（例えば、「旅人宿規則」（明治一〇年、警視本署布達甲第六九号）のあったことがわかる。

三 旧刑法第四編違警罪と治罪法

江藤新平の下野後は後景に退いた親の強かつた法典編纂事業も、「大久保独裁の矛盾を回避するため、元老院、大審院、地方官会議を設置し、漸次立憲政体を立てるといふ詔書を發布した一八七五（明治八）年四月以降」⁽¹⁾再び前面に登場する。そこにはまた、「立法事業の左院専管」⁽²⁾の終了と司法省による立法事業の再開・活発化という新たな案件の下に、条約改正にとって不可欠の「泰西主義」による立法と司法制度改革の課題が伴っていた。明治八（一八七五）年九月に編纂が開始され、一三（一八八〇）年七月に公布をみた旧刑法（明治一三年太政官布告第三六号により公布、一五年一月一日施行）は、そうした立法事業の最初期に関わるものであり、刑事訴訟法典である治罪法（同一三年太政官布告第三七号により公布、一五年一月一日施行）とともに刑事法秩序の根幹を形作つた。

今日、旧刑法の研究は、鶴田皓旧蔵文書の影印版覆刻が公刊されたこと（早稲田大学鶴田文書研究会編『日本刑法

草案會議筆記』早稲田大学出版部・一九七六年）などにより、編纂過程の中心部分であるボアソナードと日本側委員の會議記録が知られるようになったため、長足の進歩を遂げつつある。そのもとで、様々な観点からする旧刑法研究⁽³⁾が生まれており、本稿もその対象からすれば、当然違警罪編纂部分の分析を通して旧刑法の本質をめぐる議論に参加しなければならぬところだが、紙幅の都合によりこれを別稿に譲り、ここでは若干の編纂過程での議論を紹介しながら、行政警察的取締法令としての違警罪にかかわる結論的叙述に留めたい。

1 違警罪の編纂

かつて、熊倉武教授は、旧刑法第四編違警罪について、「ナポレオン刑法の規定した違警罪条項を形式的・表見的には模写しながらも、より多く東洋的教令式の条項をくわえ、さらに多分に封建的明治官僚の人民支配のための行政警察的取締規定がとりいれられている」と述べた⁽⁴⁾。「東洋的教令」というのは、儒教的なものを念頭に置かれているのであろうが、違警罪条項自体にそのようなものはみえておらず、むしろ日本刑法草案編纂過程では、ボアソナードの決定的とも言うべき影響の下で、それらは周到に排除されたのである⁽⁵⁾。筆者は、違警罪の特徴は、かえって「行政警察的取締規定」にこそ見るべきで、つまるところ違警罪は、行政警察的取締法令の集成、あるいは、一定の処罰規準の下に類別・整理されたという意味で、その体系⁽⁶⁾といってよいのではないかと考える。そして、その性格は、以下に述べるように、直接間接に含みこまれた膨大な行政警察的取締法令に示されていると考える。

第一に、諸規則の直接的包摂である。違警罪の全六条（旧刑法第四二五条——第四三〇条）の内、地方違警罪を規定した末条を除く五箇条七一項目に包含された規則は全部で七つある。「伝染病予防規則」、「公園ノ規則」などであるが、日本刑法草案の編纂の段階では、一八もの規則が提起され、次第に整理され、また地方の規則に委ねるなど

して七つにまとめられたものである。

第二に、間接的な包摂である。これは、違警罪末条に関わるものであるが、包摂のされ方に二形態がある。

第四三〇条 前数条ニ記載スルノ外各地方ノ便宜ニヨリ定ムル処ノ違警罪ヲ犯シタル者ハ其罰則ニ從ツテ処断ス

この規定に基づく包摂の第一の形態は、各地方（府県）の違警罪罰則⁽⁷⁾である。このいわゆる地方違警罪は、旧刑法違警罪との重複を含め、各府県の違警罪条項をその「便宜ニヨリ」定めたもので、地方ごとの取締目的に全面的に従属するものであった。第二の形態は、各県で独自に制定される行政法規、例えば、道路取締規則のようなものが、その違反者に対する処断を違警罪にならって行い旨を、大抵はその規則の末条において宣明する形態である⁽⁸⁾。この最後の形態こそ、明治九年以来警察と内務省が求めてやまなかつた「府県布達条規」違反の違註罪化の目論見に連なるものである。勿論、これだけでは、単に行政法規と罰則を結合しただけであり、かの「警察裁判権」は含まれていないのだが。

このようにみると、直接的包摂は違式註違条例内での諸規則の成立を、間接的な包摂の第一は、「斟酌増減」による地方的な内容調整を、また第二は、前述したように「府県布達条規」違反の違註罪化要求を、各々、萌芽的水準から本格的水準へとエスカレートさせたものであることが理解されるだろう。その主役が、直接的包摂よりも間接的包摂の方にあることも容易に見てとれる。

2 「警察裁判権」の確立

前に触れたとおり、旧刑法第四編違警罪が行政警察的取締法令を集成し体系化したといふことは、しかし、それだけでは単に行政法規と罰則を結合したにすぎない。そうした法令すべてが、その違犯者処断を警察の便宜処分に委ねるに至ったことが、併せて重要である。なお、ここでは、従来の警察官による処断を確認することでは足りず、旧刑法と同時に公布された治罪法の刑事手続を排除することを通じて、はじめて「警察裁判権」が確立できたといふところに特徴がある。

確立した「警察裁判権」を警察による便宜処分と捉える本稿は、従来、やや単調に把握されてきた「警察裁判権」固定化の道筋を、新たな史料の助けも借りて、多少とも精密化することを企てる。

旧刑法と治罪法がともに明治一三（一八八〇）年七月一七日に公布されてから、施行される一五（一八八二）年一月一日までの間、明治政府は、治罪法上のいくつかの留保を行った。⁹⁾ その一つが今問題にしようとする違警罪裁判の問題であった。治罪法は、その第四九条から第五三条までの五箇条に「違警罪裁判所」を、また、第三二一条から第三四六条に至る二六箇条に「違警罪公判」を、それぞれ法定したが、それだけでなく、全編において裁判の審級構造の中に違警罪裁判を位置づけていた。結果から言えば、違警罪裁判に関する規定は、諸先学の研究が示す通り、明治一四（一八八一）年九月二〇日に出された二つの太政官布告（第四四号・第四八号¹⁰⁾）と、同年二月八日の太政官布告第八〇号¹¹⁾）によって部分的に留保されたのである。

まず、警察による違警罪裁判の方は、第四八号布告によって、「当分三府五港ノ市区ヲ除クノ外」と限定付きで、府県警察署または分署が行うものとされ、第八〇号布告による改正に至って「三府五港ノ市区ヲ除クノ外」という限定がはずされた。次に、便宜処分の方は、第四四号布告により、「違警罪ノ審判ニ関スル一切ノ手続ハ治罪法ニ従フヘシト雖モ実際已ムヲ得サル場合ハ当分ノ内便宜取計ラヒ其裁判言渡ニ付テハ総テ上訴ヲ許サス」（傍点筆者）と法

定されるに至つた。前者は「当分ノ内」、後者は「實際已ムヲ得サル場合ハ当分ノ内」という限定が、各々付されてきたことに注意しておこう。

従来の諸研究は、以上の三つの布告をもつて「結局警察裁判権は維持せられた」とか、「治罪法中違警罪に関する規定はすべて従前と変化のないように施行されたのであった」として⁽¹³⁾いる。しかし、布告が出された後、地方庁の中には、「本県警察署ノ義ハ元来人少ノ義ニ付」と理由を述べた上、「迎モ鄭重ナル治罪法ノ手続ヲ履行スルコトハ實際難被行存候」として、わざわざ便宜処分の願を伺出すところもあつたのである。⁽¹⁴⁾これは一体、何を意味しようか。旧刑法・治罪法の施行から一年六箇月が過ぎた明治一六（一八八三）年六月二日、司法卿（大木喬任）と内務卿（山田顯義）が連名で行つた上申（「違警罪審判ニ関スル公達案上申」⁽¹⁵⁾）にはこう記されている。

違警罪ノ儀ハ明治十四年第八十号ヲ以テ当分ノ内府県警察署及ヒ其分署ニ於テ裁判スヘシト公布相成候ニ付客年一月已来実施ノ処従前違註罪ノ取扱ト異リ其審判ハ都テ治罪法ノ手続ニ依ラサルヲ得サルヲ以テ輕微ノ罪犯ナルモ尚鄭重ノ審判ヲ要スルニヨリ人民ノ苦情官吏ノ繁雜実ニ云フヘカラス尤モ實際不得已場合ハ便宜取扱フヘキ旨十四年第四十四号公布ノ趣モ候得共平常ノ場合ニ在テハ無論本法ヲ尽サルヲ得サル義ニテ其罪質ト審判ノ手続トハ甚シキ庭逕ト云フヘシ（中略）故ニ該公布ヲ一層改良セラルヘキハ甚便利ナレ且改正ハ容易ノ業ニアラサル次第ト被存候ニ付一般人民ニ対シテハ依然實際已ムヲ得サル場合ノミトシ官吏ニ向テハ都テ便宜ノ取扱ヲ為スヘキ様御達相成度（後略）

（傍点筆者）

ここでは、かの第四四号布告は限定に力点を置いて、つまり「實際已ムヲ得サル場合」でなければ発動しえないも

のとして捉えられている。否、むしろ便宜処分は實際上認容されないとさえ考え、人民には秘匿したままという欺瞞策を弄しながら、便宜処分の解禁を期して出したものが、この公達案上申であろう。前述の地方庁の伺にあるような事態は決して例外ではなく、内務司法兩卿をして対策を講ずることの必要性を痛感せしめる程の深刻さがそこに含まれていたと考えられる。

以上のことから明治一四（一八八一）年の三つの布告が意味するところを総括すると、それは「治罪法中違警罪に關する規定はすべて従前と変化のないように施行された」と言えるものでなく、少なくとも当初は、警察による、通常は治罪法の手続にのっとった裁判を意味していたとすることができよう。勿論、これはそのようなシステムが甚だしく混乱したことを前提して、はじめて言えることではあるが。条約改正と密接な関係をもって制定された治罪法の規定をあらさまに覆すことは、「警察裁判権」をそれ自体で一元的に規定することのなかつた諸布告の能くならずるところではなかつた。

もう一点、「公達案上申」が兩卿連名であることについて注意すべき点がある。本稿はこれまで、「警察裁判権」をめぐる論理的対抗を一つの基軸としてきたのだが、警察が便宜処分を行うことに関する、司法省（卿）の論理的説明は、常に「司法改革過程における過渡的臨時的措置」であつたはずであり、「権力分立論」をその背景にもつものであつた。その論理は、司法省案警察規則と、三府連註裁判所構想の内容に、また内務省との権限紛争の中に、その都度貫かれてきたといえる。だが、「公達案上申」にあつては、かつての論理は雲散霧消し、かえつて主張の基礎に「罪質ト審判ノ手続」の「甚シキ庭逕」を置くなど、以前の論敵に接近した観さえある。「警察裁判権」に関する司法省（及びその論理の体現者）と内務省の対立は、この時点ではもはや問題ではなくなり、兩卿連名の上申という象徴的なきごとの中に帰一してしまつたのである。

「公達案上申」は、参事院（議長山県有朋）の審議を経て、結局実現しなかった。それは「上申書中ニ人民ノ苦情官吏ノ繁雜実ニ言フヘカラストアルハ即チ實際已ヲ得サル場合ニシテ便宜処分ヲ為シ得ヘキハ勿論ニ付決シテ差支ヲ生スルノ理由ナキ者トス」という理由からであった。従つて、布告第四四号で充分であるというわけである。かくして、かの「公達案上申」にみられた治罪法と現実の違註罪処断手続とのギャップは、差しあたりは明治一四年の三つの布告の解釈を徹底する形で埋められることになった。以上から、少なくとも三つの布告に関する「中央―地方」の共通理解という点からみた場合、この時点以前に「警察による便宜処分」という共通理解が成立したことはなかった、といつてよからう。

もはや司法省と内務省の対立という場に顕現することさえなくなったこの論理的対抗、つまり違警罪の処断に関わる権力分立問題も、しかし、対立解消の一元的形式は未だ見出していなかった。その解消を示すものこそ、明治一八（一八八五）年の違警罪即決例に他ならない。違警罪即決例は「明治十四年九月第四十四号布告及同年十二月第八十号布告ヲ廃止」し、自らは、「警察署長及ヒ分署長又ハ其代理タル官吏ハ其管轄地内ニ於テ犯シタル違警罪ヲ即決スヘシ」（第一条より）、「即決ハ裁判ノ正式ヲ用ヒス被告人ノ陳述ヲ聴キ証憑ヲ取調ヘ直チニ其言渡ヲ為スヘシ」（第二条より）との規定を中心として、「警察裁判権」を一元的に法定した。そして、「警察裁判権」を臨時措置ではなく恒久的処断方式として法定するためには、治罪法との間に一定の折り合いを付けておかねばならなかった。それが、「上訴の解禁」である。かつて一四年第四四号布告で留保された治罪法の規定の内、上訴について、「即決ノ言渡ニ対シテハ違警罪裁判所ニ正式ノ裁判ヲ請求スルコトヲ得」（第三条より）とすることで、同法との「整合性」をはかったのである。だが、よく知られているように、制度上の上訴解禁が現実の上訴を解禁したわけではなかった。即決によって拘置された者が正式裁判請求を期限内になしうる保証はどこにもなかったし、現実にはしばしば不可

能であったからである。⁽¹⁸⁾「警察裁判権」がこうして治罪法と折り合いを付けたことは、これが八・一五に至る六〇年間に互って存続する上での制度的一条件をなしたと考えられる。というのは、明治二二（一八八九）年の大日本帝国憲法発布以後、違警罪即決例の合「憲」性は、上訴の道が制度上開かれていることによって常に根拠づけられたからである。⁽¹⁹⁾

旧刑法第四編違警罪が行政警察的取締法令を集成し、違警罪即決例が「警察裁判権」を一元的かつ治罪法と整合的に法定することによって、明治前期の行政警察的取締法令は確立された。そしてそれは、明治憲法を中心とする国家支配秩序の有機的構成部分となっていたのである。

(1) 利谷信義前掲論文、一〇一頁。

(2) 向井健「明治初年における民事訴訟法典の編纂」〔総合法学〕六一、一四頁参照。

(3) 野村稔「明治維新以後の刑法制定史と未遂規定」〔早稲田法学会誌〕二四卷、新井勉「旧刑法の編纂」〔一〕〔法学論叢〕九八卷一、四号、早稲田大学鶴田文書研究会編『日本刑法草案会議筆記』「解題」(杉山晴康・野村稔・吉井蒼生夫・藤田正執筆)による編纂過程の研究の後、吉井蒼生夫「旧刑法の制定と『皇室ニ対スル罪』」〔神奈川法学〕一三卷三号、霞信彦「明治十五年刑法附路罪に関する一考察」〔慶応大学院法学研究科論文集〕「一九七四年」所収、同「明治一五年刑法三一一条に関する一考察」〔法学研究〕五二卷一号)などが生まれた。なお、渡辺治「天皇制国家秩序の歴史的研究序説」〔社会科学研究〕三〇巻五号)も、覆刻された「日本刑法草案会議筆記」に対する分析を一つの土台としている。

(4) 熊倉前掲論文、二八頁。

(5) 日本側の提案した草案である「違警条例」審議の中でボアソナードは、「婦人ニテ謂レナク断髪スル者」(東京連式註違條例の第三九条地方連式註違條例の第四八条に各々註違罪目として含まれていたものであり、ここから「違警条例」にも含まれることになったと思われる)の削除を要求し、実現している。(『日本刑法草案会議筆記』第四分冊、二七八九頁)。また、神谷前掲論文「研究」(二)は、愛知県について、「果の違警罪罰則の施行により、従来の連式・註違罪目が違警罪目に統一整備されると共に、郷村法度以来の伝來的な儒教的教令条項が削除され

て、この県の軽犯罪法が人民支配の行政警察的取締規制としての、地方の刑罰法令へ純化するに至ったのである。」（八七頁）と述べている。勿論、これらの法が発動される際に、他の「封建的」社会規範や法意識を媒介とした点は、独自に考察されなければならない。

(6) このような意味で、第四編違警罪においても、旧刑法は西欧の刑法理論の反映の面が強いといえよう。もともと、違警罪の編成を飽くまで「公私」の区別に対応させようとしたポアンソードの主張が「純化したヨーロッパ近代」の象徴であるなら、そのような編成を最終的に拒否した第四編違警罪の性格はより深い考察を要するであろう。この分析は後の課題とせざるをえない。この点で渡辺前掲論文は、「支配の合理的性格と人格的な支配イデオロギーの乖離・その使い分け」（九〇頁）に天皇制国家の秩序の特殊性をみており、興味深い。

(7) 愛知県における具体例の研究として、神谷前掲論文「研究」が重要である。

(8) 神谷前掲論文「研究」(二)、七六頁以下参照。

(9) 染野義信「司法制度（法体制確立期）」（講座日本近代法発達史）2、勁草書房・一九五八年、所収、二二頁―二三頁。

(10) (11) 「大全」刑法門三、七二頁―七三頁。

(12) 宮内前掲論文(二)、五二頁。

(13) 染野前掲論文(二)、二二頁―二三頁。

(14) 国立国会図書館蔵『刑法治罪法例指令録』(CZ-711-09) 第一号、二一。

(15) (16) 「公文録」明治一六年八月・内務省之部。

(17) 「大全」刑法門三、八三頁―八五頁。

(18) 末弘敏太郎「これでも差支ないのせうか？」（法律時報）二卷二一号）参照。

(19) 柴田義彦編著「思想取締關係法令判例学説総攬」（巖松堂・一九三三年）は、違警罪即決例第一条に関する学説として、「違警罪即決例カ憲法ノ規定ニ違反スルコトナキヤハ学者ノ間ニ議論アル処ナリ然レトモ即決処分ヲ受ケタル者若シ其ノ処分ニ不服アルトキハ正式ノ裁判ノ請求ヲ為スコトヲ得ヘク此ノ請求アリタルトキハ即決処分ハ効力ヲ失ヒ本件ハ第一審ノ裁判所ニ移ルヲ以テ憲法第二十四条（日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ権ヲ奪ハル、コトナシ——内田註）ノ原則ニ抵触スルモノニ非ス（高橋雄毅著、六八頁）」なるものを載せている（二六八頁）。なお、引用された高橋の著書とは、『改定警察法大綱』（松華堂・一九三二）をさす。

おわりに

天皇制警察の法史学的研究として出発した本稿は、明治前期の行政警察的取締法令が警察的支配体制に対してもつ意味を探るために、違式註違条例から旧刑法第四編違警罪（及び違警罪即決例）に至る法的発展過程を、警察制度と重ね合わせながら跡付けてきた。警察の便宜処分服し、秩序維持目的に対してその手段となる、というこれらの法の本質的特徴は、この法的発展の中で生成し、未発達な状態から、ついには天皇制国家の警察的支配体制の重要な部分を担う法形態となった。同時にまた、この過程には、権力分立原理に根ざす対立が展開する場という側面があったけれども、その対立は、明治憲法を中心とする国家支配秩序に吸収されることになったのである。

戦前日本の全時期に互る行政警察的取締法令の展開を追うことに加えて、戸口調査の法的発展を分析することが、この分野の法史学にとり、次の課題となろう。

〔一九八二年九月三〇日脱稿〕

〔付記〕 本稿は、昭和五六年度・法制史学会秋期研究大会における筆者の報告を土台として、執筆したものです。