

タイトル	旧刑法草案「刑法審査修正案」の成立について：新発見資料による再検討
著者	藤田，正；FUJITA, Tadashi
引用	北海学園大学法学研究，51(4)：421-453
発行日	2016-03-31

## 旧刑法草案「刑法審査修正案」の成立について

— 新発見資料による再検討 —

藤 田 正

はじめに

一八八〇（明治十三年）年七月、日本で最初の西歐風の近代法典として「刑法」「治罪法」が公布された。治罪法はその後の刑事訴訟法に相当する。この法典は、一八八二（明治一五）年一月一日から施行され、一九〇七（明治四〇）年に現行の刑法が公布されて翌年から施行されるまでほぼ四半世紀のあいだ日本の刑法典であった。

この刑法の編纂は一八七六（明治九）年四月司法省において始まり、司法省の作成した草案は、太政官に特別に設けられた刑法草案審査局において全面的に審査され、その後元老院審議を経て公布された。司法省草案「日本刑法草案」が完成して太政官に上申されたのが一八七七年一月、刑法草案審査局が「日本刑法草案」の審査を終えて「刑

法審査修正案」を上申したのが一八七九（明治一二）年七月、元老院が審議を終えたのは一八八〇（明治一三）年四月であった。元老院の審議においてはわずかな字句の修正のほかほとんど修正を受けていないので、「刑法審査修正案」の成立は、旧刑法そのものの成立を示す重要な過程であったと言える。同時に、これは、初めての西歐風法典を編纂するにあたって、従来 of 律令的表現を離れて、西歐風の法概念と法律技術によって自らの国家秩序編成を示すという、いわばこの時期の明治国家の自己認識を考察するうえでも重要である。

最近、その刑法草案審査局における審査の模様を示す資料が新たに発見され、これによって、従来必ずしも明らかでなかった刑法草案審査局の審査過程を明確にすることが可能になった。本稿では、この資料を用いて刑法草案審査局の作業過程とその内容を改めて整理し直し、刑法草案審査局における審査の全体を再検討することを試みる。

## 一 旧刑法の編纂過程——刑法草案審査局開設まで

明治一三年刑法（旧刑法）の編纂過程については、新井勉の一九七五年の論稿<sup>①</sup>によってその全体像が示され、その後、早稲田大学所蔵の鶴田皓旧蔵文書（所謂「鶴田文書」）に含まれる旧刑法編纂関係文書の復刻と研究によって、さらに詳細に明らかにされてきた<sup>②</sup>。筆者も参加したこの研究によって、旧刑法に関する基本的な資料の存在はおおむね判明し、その編纂過程も細部にいたるまで解明された。その結果、刑法の個別問題に関する具体的な研究が可能となり、日本における刑法理論史に新たな局面が開かれた。さらに、近年、慶應義塾大学所蔵の村田保旧蔵文書、所謂「村田文書」を用いた、編纂過程に関わる新たな研究成果も公表されている<sup>③</sup>。

以上の研究によると、明治一三年刑法の編纂過程は、司法省における草案作成段階、太政官に設けられた刑法草案審査局における草案審査段階、元老院における草案審議段階の三段階にわけられる。

第一の、司法省における草案作成段階では、フランス人法学者ボワソナードが「教師」として参加し、「日本刑法草案」が作成された。その過程で作成された多くの草案、ならびに編纂会議の記録である「日本刑法草案会議筆記」が残されており、「日本刑法草案」にいたる司法省段階における編纂過程は、ほぼ完全に判明していると言つてよいであろう。<sup>5)</sup>

また、第三の段階、元老院における審議経過については、元老院の「議案簿」、「修正案」、「議定上奏録」ならびに「元老院会議筆記」など一連の資料が残されており、かなりの程度まで詳細が明らかになっていると言つてよい。

ところが、第二の段階、太政官刑法草案審査局における草案審査段階については、その組織・人員、主要な論点などは諸資料によって明らかになっているものの、「日本刑法草案」から「刑法審査修正案」にいたる草案の修正過程が、必ずしも明らかになっているとは言いがたい。<sup>7)</sup>

まず、刑法草案審査局において「日本刑法草案」が審査されるにいたる経過を、簡単に整理してみよう。<sup>8)</sup>

「審査」の対象は、司法省の作成した「日本刑法草案」である。司法省では、一八七六(明治九)年九月に刑法草案取調掛を置いて西欧法に基づく刑法典の編纂作業を開始し、フランス人お雇い法学者G・E・ボワソナードの参加を得て「日本刑法草案」四編四七八条を完成し、一八七七(明治一〇)年一月末、太政官に、この草案四冊と「各国刑法類纂」七冊を上呈した。

太政官では、通常の法案の場合は、法制局における審査の後これをただちに元老院に下付してその審議に委ねるのが通例であったが、「日本刑法草案」については、特別の委員を任命して取調べをおこなわせることとした。すなわち、司法省の作成した草案をここで全面的に再検討するという方針をとつたのである。この方針の主唱者は伊藤博文ならびに井上毅であった。伊藤の指示<sup>10)</sup>に従つて、井上は刑法草案審査局設置に関する法制局稟議をまとめた(一八七七年

一二月一三日付稟議)。閣議の了承を経て、太政官の外局として「刑法草案審査局」が設置され、元老院中に開設された(一八七八年一月十四日付刑法草案審査局より太政大臣宛開設届)。総裁は参議伊藤博文、委員は元老院から四名、太政官から三名、司法省一名が選ばれ、期間六カ月で審査を完了する事が命じられた。

かくして、刑法草案審査局における「日本刑法草案」の審査が開始された。

## 二 刑法審査修正案の編纂過程

審査局による審査の経過は、以下の通りである。

村田保は、新律綱領以来明治政府による刑法編纂に深く関わり、刑法草案審査委員であつて、元老院における刑法案審議にあつては政府委員をつとめた人物である。その村田によると、審査局は、まず、「本邦ノ国体ニ関シ、或ハ外国ニ対スル等ノ事」について「予決問題トシテ」政府の意向を質した。これに対して、一八七八(明治一一)年二月二七日、審査局総裁伊藤博文が審査局において「内閣ヨリ上奏ヲ経テ決定スルコト左ノ如シ」として以下の四項目を「口達」したといふ。

- 一 皇室ニ対スル罪ヲ設クルコト
- 一 国事犯ノ巨魁ヲ死刑ニ処シ刑名ヲ區別シテ設クルコト
- 一 外国人関係ハ一切之ヲ削除スルコト
- 一 附加刑ハ之ヲ設クルモ政権ハ削除スルコト

その後、審査局は、同年六月二一日、同局設置の際に指示されたとおり六月中に審査を完了することはできない、との届を、太政官に出している(刑法草案審査総裁柳原前光より太政大臣三条実美宛「刑法草案審査本月中成功ヲ難期シ旨

御届)。審査委員に元老院議員を兼ねる者が多く、折から元老院では地方官会議において議決された議案の審議に忙殺されており、審査局の作業は暫時休止していた、というのである。

柳原の届にあるように、この年、四月一〇日から五月三日の間、第二回の地方官会議が開かれた。議長は伊藤博文であり、井上毅が御用掛を務めた。いうまでもなく伊藤は審査局総裁であり、井上毅は、伊藤とともに刑法草案審査局の設置に関与し、その審査内容に重大な関心をもっていたと思われる。それゆえ先述した村田の言う「口達」の成立にも関わったと推測しうる人物である。このときの地方官会議では、郡区町村編制法、府県会規則、地方税規則のいわゆる三新法の審議がおこなわれ、それらが議案として元老院に下付されていたのである。しかも、その後、大久保利通が暴漢に襲われて死亡するという事件があり(五月二四日)、伊藤博文は大久保の跡を襲って内務卿となった。刑法草案審査局の総裁が伊藤から柳原前光に交代した(五月二〇日、発令は二八日)のも、その故と考えられる。

その後の審査の詳細は明らかでないが、同年(一八七八年)一〇月一〇日付の刑法草案審査局伺<sup>13</sup>では、「右条件ハ重大事件ニテ当局ニ於テ専決難致候ニ付別紙本条相添伺條御指令相成度存候也」と、重大事件であつて審査局内では決定できない事柄であるとして、四点に互つて、条文案を添えて太政官の判断を伺っている。

第一は、死刑の時効について、草案では死刑の時効を三〇年としているが(第五八条)、これでは皇室に対する罪や祖父母父母に対する罪、また国事犯など、きわめて重い罪にも時効を認めることになる。他方、これらを時効の例外とすると、時効を与える罪がほとんどないことになる。これまでの案の通りでよいか。

第二は、「大赦、特赦、減輕赦」(第六三・六四条)の意義について。これらは律系刑法の用語を用いたのであるが、審査中の刑法草案が基礎としたヨーロッパ法、とくにフランス刑法の原語の意義と、律におけるこれらの語の意義が異なっている。刑法で用いる「大赦、特赦、減輕赦」の意義は、フランス刑法における語の意義に従つて定めてよい

第三は、「皇室ニ対スル罪」を設け（第二一六条、第二一七条）、天皇上皇三后皇太子に対する危害罪と不敬罪を設けたが、これでよいか。

第四は、「親属例」を置き（第一一五条）、草案中の親属の規定を統一し、従来の五等親の法によらない犯罪相容隠等の基準とした。ただし、刑法に限ったもので民法一般に及ぼす規定ではない。その可否を問う、であった。

太政官の指令は一〇月一九日、「伺之通相心得草案審定可致事」、すなわち、右のすべてにつき、審査局案の通り審査を進めよ、であった。

翌年一八七九年二月二七日、審査局は、法的身分としての妾を廃止するか否かについて、あらためて伺出た（同日付刑法草案審査総裁柳原前光伺、太政大臣宛<sup>(1)</sup>）。伺の表題は「妾名廃存ノ儀」である。この伺が出されたきっかけは、右の前年一〇月一九日太政官指令に従って置かれた「親属例」中に、「妾」の文字がみえず、従来妻と並んで「妾」として与えられていた法的地位が失われたことにある。太政官の決定であるにもかかわらず、政府内でこれに対する異論がおさまらなかつたため、再度、この伺が出されたものと思われる。

そもそも「親属例」は、当時の現行刑法典である新律綱領の律系の等親制を大幅に変更し、刑法上の親属関係を整理し直したものであった。民法そのほかの民事法規による親属の規定が存在しないために、刑法中で親属関係を規定せざるを得なかつた。「日本刑法草案」において、犯人蔵匿罪の免責事由として一定の親属範囲を規定していた（第一八七条）ものを、審査局では、親属範囲を独立の規定とし、総則中に置くこうとしたのである。すなわち、新律綱領の「五等親図」を西欧風の刑法典にふさわしい親属規定によって置き換えるものであった。

この度の審査局の伺は、あらためて「妾名廃存」の如何を、すなわち妾を廃止するか、あるいは復活させるか、を

問うている。第一一五条「親属例」、第三〇九条、第三五三条の三カ条について、妾を置かない場合を「原案」第一案とし、妾を置く場合を第二案として、二つの案を併記し、いずれをとるべきか太政官の決定を求めた。太政官では法制局に検討させ、法制局は審査局原案の通り妾を廃止すべきであると上申し(三月二五日付法制局上申)、この方向で方針が定まったものと思われるが、太政官から審査局への指令は遅れた。それは、妾はこれまで通り法的身分として置くべきである、との議論が、のちに元老院審議の際にもみられたように、政府内外に根強く存在していたためと思われる。たとえば、太政官大書記官尾崎三良、少書記官馬屋原彰ら四名の連名で出された妾名復活の意見書<sup>15</sup>が、三月二〇日に太政官内で「回覧」されていた。これは、「妾」の名は大宝令に始まるものであり、皇統以下、男系の血統を保存することを重視するわが国では、妾名を廃止すべきではないとの意見書であった。五月二八日、法制局はあらためてさらに長文の意見書を上申し、審査局案を擁護した。太政官は、結局、全て第一案、すなわち審査局の「原案」によつて審定せよと指令した。それは、刑法草案の審査が完了する直前、六月二三日のことであった。太政官指令がここまで遅れた理由は不明である。

かくして、一八七九(明治一二)年六月二五日「刑法審査修正案」が、刑法草案審査局総裁柳原前光から太政官に上申された。同局は、このとき、「右草案ニ附属スル諸規則等猶当局ニ於テ取調懸リ候残務モ有之依テ諸規則調済迄閉局不致」とし、「修正本」は活版の本とする、と届出ている。すなわち、刑法附属の諸規則につきなお審査局において取調べにかかっているのが、これが完了するまで閉局しない、というのであった(六月二五日刑法草案審査総裁柳原前光届出)。しかし、この後、司法省が作成した治罪法の草案について、刑法と同様、治罪法草案審査局を設けて行なうこととなり、同年一月からその審査が始まった。この治罪法草案審査局は刑法草案審査局とその委員がかなり重複しており、事実上、刑法草案審査局の作業は休止していたと考えられる。



刑法草案審査局は翌一八八〇年三月になって、すなわち刑法審査修正案が元老院に議案として下付された後、刑法の公布形式ならびに新刑法施行に伴う移行措置、「新旧比照例」の編纂について、太政官に伺い出た（三月一〇日）刑法草案審査局「刑法審査修正案ノ儀ニ付伺」<sup>(16)</sup>。この伺は太政官法制部の勘査を経て（三月二四日）、内閣の承認を経（三月二五日）、三月三一日にほほ伺の通りと指令された。

この間、特命全権公使としてロシアに赴任することを理由に柳原前光が審査局総裁を免ぜられ（三月二四日）、細川潤次郎に交代した。

### 三 刑法草案審査局諸草案の位置づけ

刑法草案審査局においては、審査の過程でいくつもの草案が作成されたと推測される。これまで知られているのは、早稲田大学所蔵「鶴田皓旧蔵文書」（以下、「鶴田文書」という）に含まれていたもの、法務省法務図書館所蔵のもの、国学院大学所蔵の井上毅旧蔵文書「悟陰文庫」に含まれるもの、そして慶應義塾大学所蔵の村田保旧蔵文書（以下、「村田文書」という）に含まれるものである。いずれも「日本刑法草案」の修正を経て「刑法審査修正案」が完成する過程で作成された諸草案とみられ、各条文を追ってそれらの先後、ないし因果関係をたどることによって、諸草案の系譜を明らかにすることができる。しかし、これら諸草案が、審査局における修正作業のどのような段階に作成されたものか、一年半に及ぶ審査局の作業段階に対応させて位置づけることは困難であった。

しかし、今回発見された新資料を利用することによって、前述した諸草案について、それぞれの関連を相当程度明確に位置づけることが可能になった。この新発見の資料は、国立国会図書館に所蔵されている草案である。所蔵にいたった経緯は不明ながら、「貴族院図書」の印があり、貴族院旧蔵本であったことが推定される。以下では、「貴族院

本」と呼ぶことにする。

本資料は、国立国会図書館に『刑法草案…五回』という表題で架蔵されている（架蔵番号W三三八―五）。和綴本の写本五冊からなり、いずれも紺色の表紙に表題を示す題簽だいせんがつけられ、帙ちっに納められている。板心に「刑法草案審査局」と刷られた二三行野紙に墨筆浄書されており、その多くに朱筆による加筆訂正がある。内容は、司法省による「日本刑法草案」から刑法草案審査局による「刑法審査修正案」にいたる諸草案と、その修正過程が窺えるもので、刑法草案審査局による審査過程をひとつのまとまった過程として示す貴重な資料である。

本資料が最近まで発見されなかった事自体、驚くべきことであるが、その理由としては、通常立法資料を所蔵する箇所になかったからとしか考えられない。本資料の来歴、国立国会図書館に所蔵されるに至った経緯などについて、この資料を管理している国立国会図書館古典籍資料室では受け入れの記録などもなく不明であるとのことであり、資料自体からもこの点を窺えるものは得られていない。唯一、各本に「貴族院図書」の印があるので、貴族院に所蔵されていたものがそのまま国立国会図書館に引継がれたものと推測できるのみである。ただし、貴族院旧蔵だとしても貴族院に所蔵されるに至った経緯など、今のところまったく不明である。本資料の作成の経緯については、用紙から判断して、刑法草案審査局において作成されたものとみられる。朱筆の書込み部分も浄書であるので、審査途中に用いられた草案本というより、審査が終了した後、各段階における修正箇所を示す書込みを加えて作成した本とみられる。

五冊の各冊の題簽は、第一冊が「一回刑法草案稿本自第一編至第四編」、第二冊が「二回刑法草案自第一編至第四編」、第三冊が「三回刑法草案自第一編至第四編」、第四冊が「四回刑法草案自第一編至第四編」、第五冊が「五回刑法審査修正案自第一編至第四編」となっている。ここでは、「一回」から「五回」まで、回数とみられる数字が表示されている。

る点に注目すべきである。すなわち、これは、刑法草案審査局においては草案の審議が五回に互っておこなわれ、五種類の修正草案が作成されたことを示しているように見える。元老院審議の際、政府委員であった村田保は、審査局は日本刑法草案の逐条審査に入ったが、この審査は四回に互ったと、すなわち、刑法草案審査局では「第四回ノ審査ヲ経テ」刑法審査修正案を作成したと述べている。<sup>17)</sup>この、「刑法審査修正案」成立にいたる審査局の審査は四回に互ったという村田の説明は、同局における審査作業に関するこれまでの理解に決定的な影響を与え、有力な見解はすべてこれに従ってきた。

しかし、現在知られている草案諸本の先後関係を検討し、諸草案のそれぞれが作成された審査段階を推定することは、これまでは困難であった。それを可能にしたのが今回発見された「貴族院本」である。すなわち、これを基準に諸草案を位置づけてゆくことによつてはじめて、刑法草案審査局における審査段階を諸草案に対応させて理解できることとなった。「貴族院本」は、前述のごとく、刑法草案審査局における審査過程で作成された草案類を同局自身が整理し、一揃いの書類としてまとめたものと考えられる。この点は、鶴田文書本等々の既知の諸草案にはない特徴である。したがって、「貴族院本」の草案整理を基準として他の諸草案の審査過程上の位置づけを検討することが妥当である。かくして、ここでは、刑法草案審査局における草案審査は、村田が言う四回ではなく、全体で五回に及んだものと考え、「貴族院本」の草案整理に従うこととする。

「貴族院本」を概観すると以下のごとくである。

その第一冊は、最初に「日本刑法草案目録」があり、続いて、第一編から第四編までの草案が綴じられている。第一編では、三種の草案が続けて綴じられており、いずれも墨筆浄書した草案に朱筆による加筆訂正を施したものである。その第一は「日本刑法草案」の表題で、日本刑法草案を修正したものであり、第一条から第一三〇条まで、第二

は「刑法」の表題で第一条から第一一四条まで、第三は「刑法」の表題で第一条から第一一五条までの草案である。第二編以降は、日本刑法草案を墨筆浄書した草案に朱墨の加筆訂正が施されたもので、第二編が第一三一条から第三二六条まで（訂正後は第一一六条から第二八九条まで）、第三編は第三二七条から第四七二条まで（訂正後は第二九〇条から第四百二十四条まで）、第四編は、第四七三条から四七八条まで（訂正後は第四二五条から第四三〇条まで）である。

第二冊は、第一編は第一条から第一一五条まで、第二編は第一一六条から第二八七条まで、第三編は第二九〇条から第四二四条まで、第四編は第四二五条から第四三〇条までの草案である。

第三冊は、第一編は第一条から第一一五条まで、第二編は第一一六条から第二八七条まで、第三編は第二八八条から第四二〇条まで、第四編は第四二一条から第四二六条までの草案である。

第四冊は、第一編は第一条から第一一五条まで、第二編は第一一六条から第二八六条まで、第三編は第二八八条から第四一九条まで、第四編は第四二〇条から第四二六条まで（訂正後は第四二〇条から第四二五条まで）の草案である。

第五冊は、第一編は第一条から第一一五条まで、第二編は第一一六条から第二九一条まで、第三編は第二九二条から第四二四条まで、第四編は第四二五条から第四三〇条までの草案である。

以下では、各冊を、「貴族院Ⅰ」「貴族院Ⅱ」「貴族院Ⅲ」「貴族院Ⅳ」「貴族院Ⅴ」と呼び、とくに第一冊の第一編については、三種の草案をそれぞれ「貴族院Ⅰa」「貴族院Ⅰb」「貴族院Ⅰc」と呼ぶことにする。

さて、刑法草案審査局における審査過程で作成されたものとして、以下の諸本がすでに知られている。<sup>18)</sup>それらが貴族院本のどの本に対応するかを検討し、あわせて各本にその編纂時期の手がかりを求め、推定してみよう。以下では、

説 既知の草案を作成時期の順に検討してみる。

論 (1) 「刑法再訂本 第一編」

早稲田大学図書館所蔵の鶴田皓旧蔵文書（鶴田文書）中の一冊、「刑法審査修正 第一稿」（架蔵番号ワ一三一六 四六七―一）に（8）「刑法草案修正稿本」とともに綴込まれている。

「司法省」板心の二三行罫紙に墨筆浄書した草案に、朱筆でおびたらしい修正が加えられている。

第一編第一条から第一一九条（未遂犯）までの草案である。条文の修正・削除・挿入の後も、条番号を訂正していない。墨書は、おおむね貴族院 I a 訂正後または同・I b 訂正前にあたる。全体に、墨書が I a 訂正後のものは朱書が I b 訂正前と一致し、墨書が I b 訂正前のものは朱筆は I b 訂正後ならびに I c 訂正後が混在している。自首条（第八七、八八条）、酌量減輕／＼正犯では、墨書が I b 訂正前、それ以外は墨書が I a 訂正後である。なお、いずれにも現れないものがある（第七四条、未遂犯など）。第九章 未遂犯罪では、第一一四条の墨書が I b 訂正前で朱訂がない。第一一五条・第一一八条の墨書が I a 訂正前（第一二五条、第一二九条）で、朱訂後が I b 訂正前、第一一六条の墨書が I a 訂正前（第一二六条）で、この条は朱筆削除、第一一七条は墨書が I a 訂正前（第一二八条）で、この条は朱筆削除、第一一九条は、墨書が I a 訂正前（第一三〇条）で朱訂なし、I a 訂正前の第一二七条（悔悟中止）は消滅している。

全体として、この「再訂本」における修正を整理したのが貴族院 I b とみられ、貴族院 I b の成立過程を示すものと考えてよい。

なお、この本とほぼ同じものが、次の（2）「刑法（草案）」である。

(2) 「刑法(草案)」

法務省法務図書館所蔵の細川潤次郎旧蔵文書である「吾園叢書」の第一四冊(架蔵番号XB100—G—1—1)に綴込まれた草案で、目録では「刑法(草案) 一—七七条」となっている。

表題は「刑法」で、「刑法草案審査局」板心の一三行野紙一三枚に、第一編第一条から第七七条までが墨筆浄書されている。書入れなどはない。本文は貴族院Ib訂正前に相当する。

(3) 「(司法省ヨリ廻送) 刑法修正案」

「鶴田文書」中の「日本刑法草案 写本」の第二冊(架蔵番号 W1316466—1)に綴込まれたものである。これには、合計で一編の草案が綴込まれており、第一から第一〇までは、司法省における「日本刑法草案」の編纂過程で作成された草案類であるが、その末尾、第一番目に綴られているのが本草案である。

第一編、第一条から一—四条(未遂)までの草案である。表紙にあたる第一葉に「刑法修正案」と表題が記され、朱筆で「司法省ヨリ廻送」と書き加えられている。「刑法草案審査局」板心の一三行野紙に浄書された草案に朱筆の書入れがある。

この本の墨書は、貴族院Ib訂正後ないしIc訂正前である。朱筆はIc訂正後に相当する。すなわち、第一編の第一回審査がこれによって完了したことを示す本である。

この本とほぼ同じものが、次の(4)「刑法修正案」である。

## (4) 「刑法修正案」

「吾園叢書」の第一四冊（架蔵番号XB一〇〇、G二一―一四）に綴込まれた写本である。

表題は「刑法修正案」、「刑法草案審査局」板心一三行罫紙に第一条から第一一四条までを墨筆浄書した草案に朱筆で書入れがある。

この本は、用紙、朱筆書入れ部分までが(3)の鶴田文書本と一致している。表題に「司法省ヨリ廻送」とあるのも一致している。なお、この本には、末尾の余白に鉛筆で〈Revised in 3<sup>d</sup> July 11<sup>th</sup> maige〉と書入れがあり、この本の審査が明治一一年七月三日に終わったらしいことが知られる。

## (5) 「刑法草案」

「吾園叢書」第一四冊（架蔵番号XB一〇〇、G二一―一四）に綴込まれた写本である。

表題は「刑法草案」、「刑法草案審査局」板心の一三行罫紙に浄書された草案の三つの断片が含まれている。すなわち、第二編第九章第三〇四から三二六条まで、第三編第一章第一節第三二七から三三三条まで、第四一〇から四二三条までの三つである。朱訂はほとんどない。

この本の墨書は、おおむね貴族院Ic訂正後である。

## (6) 「刑法草案の断片」

「吾園叢書」第一四冊（架蔵番号XB一〇〇、G二一―一四）に綴込まれた写本である。

(5) の第一のもの(第二編第九章第三〇四から三二六条まで)の異本である。ただし、こちらには朱訂がある。この本では、朱訂後が貴族院Ic訂正後である。

(7) 「刑法第二編第一章草案」

「吾園叢書」第一四冊(架蔵番号XB一〇〇、G二一一一四)に綴込まれた写本である。

「司法省」板心の一〇行青色罫紙に、表題の第一一六から一三五条までが墨筆浄書されており、朱筆訂正入り。表紙に「明治十一年八月廿一日審査畢」とある。

この本では、朱訂後が貴族院Ic訂正後である。

(8) 「刑法草案修正稿本」

「鶴田文書」中の一冊、「刑法審査修正 第一稿」(架蔵番号ワ一三一六四六七一一)に(1)とともに綴じ込まれている。

全四編の刑法草案で、第一から四三〇条まで。第一編の表紙に「刑法草案修正稿本 第一編」とあり、その右に朱筆で「審査局 窪田校本第二ノ調査」と書込みがある。第三編の表紙には「刑法修正案 第三編」とある。第二編と第四編には表紙がない。「刑法草案審査局」板心の一三行罫紙に墨筆浄書したものに、朱筆・墨筆での書込みがおびただしく、貼込みもある。条数は、第一編が第一条から第一一五条、第二編が第一一六条から第二八九条、第三編が第二九〇条から第四二四条、第四編が第四二五条から第四三〇条である。

この本は、おおむね、墨書が貴族院Ic訂正後であり、朱訂が貴族院II訂正前にあたる。なお、墨訂があるもの



は、それが貴族院Ⅲとなる。

この本には二つの異本がある。一つは(9)「刑法草案修正稿本」、他の一つは、(10)「刑法草案修正稿本 第一編」(第一編のみ)である。

(9) 「刑法草案修正稿本」

「吾園叢書」第一三冊(架蔵番号XB一〇〇—G二—一—一三)に綴られている。

全四編四三〇条の草案で、「刑法草案審査局」板心の二三行罫紙に墨筆浄書した草案に、書人および貼込がある。浄書された草案はおおむね貴族院Ⅰc訂正後であり、第一編の朱訂が貴族院Ⅱ訂正前にあたる場合と貴族院Ⅲと異なる場合とがある。(8)「刑法草案修正稿本」の異本とみられるが、第二編、第三編では書入れが一致しない。朱訂が貴族院Ⅲ訂正前にあたる場合と貴族院Ⅳとなる場合とがある。これはむしろ(11)「刑法審査修正第二稿」の書入と一致することが少なくない。

(10) 「刑法草案修正稿本 第一編」

国学院大学が所蔵する井上毅旧蔵文書「梧陰文庫」中にある(架蔵番号B一九五四)。

(8)の異本であるが、こちらは「司法省」板心の二三行罫紙に浄書されている。第一編一一五条の草案である。ただし、朱訂はない。表紙に「第二修正」とある。

(11) 「刑法審査修正 第二稿」

「鶴田文書」中の一冊（架蔵番号 ワ二三―六四六七―二）。

白板紙の表紙に「刑法審査修正 第二稿」と外題がある。第一葉の表題は「刑法」とあり、「刑法草案審査局」板心の二三行罫紙に墨筆で浄書したものに朱筆の書入れがある。全四編、第一条から第四二六条までの刑法草案。第一編が第一条から第一一五条であるが、第一一六条が朱筆で追加されている。第二編は第一一六条から第二八七条、第三編が第二八八条から第四二〇条、第四編が第四二一条から第四二六条である。

この本は、おおむね墨書が貴族院Ⅲに対応し、朱訂が貴族院Ⅴにあたる場合と、墨書が貴族院Ⅳに対応し、朱訂が貴族院Ⅴにあたる場合とがある。

この本による第四回審査後、第五回審査のテキストが作られたが、鶴田文書の中には残っていない。(12) 「刑法修正案 全」がそれにあたる。

(12) 「刑法修正案 全」

「吾園叢書」第一四冊（架蔵番号XB一〇〇、G二一―一四）に綴られている。

「刑法草案審査局」板心の二三行罫紙に墨筆浄書したものに第二編まで朱訂入り。全四編、第一条から四三〇条までの刑法草案である。

第二編までのおおむね墨書が貴族院Ⅲに対応し、朱訂が貴族院Ⅴにあたる。第三編第四編は墨書が貴族院Ⅴにあたる。

上記の諸本のうち、作成時期の推定が可能なものは、まず、(3) (4) の二本で、これらは同一の時期に作成されたと推定され、(4) の末尾に鉛筆書きで残された書込み、「Revised in 3<sup>d</sup> July 11<sup>th</sup> maige」によつて、これらが、一八七八年七月三日までに作成されたことがわかる。貴族院 I c はこの頃までに成立したと考えられる。すなわち、第一回の審査である。

第一回の審査では、とくに第一編について、貴族院本には三種類の草案が残されている。すなわち、貴族院 I a、貴族院 I b、貴族院 I c であるが、貴族院 I a の墨書は「日本刑法草案」であるから、審査の結果作成されたものとしては、貴族院 I a の訂正後と、貴族院 I b、貴族院 I c の三つである。この三つは上記諸草案ではそれぞれ(1)と(3)とほぼ同じである。(3) に記された「司法省ヨリ廻送」の文言や、(1) (4) に「司法省」板心の罫紙が使われていることなど、刑法草案審査局の活動の初期、とくに第一編の審査には、司法省が深く関わっていたことが推測される。

次に、(5) (6) (7) の三本は、貴族院 I c の訂正後に相当するとみられるが、(7) には、表紙に「明治一一年八月廿一日審査畢」とあり、これらはこの時までで作成されたと思われる。刑法草案審査局は、官員の暑中休暇に合わせて、七月一日から八月九日まで三〇日間の休暇をとる旨届け出ており、この三本は、休暇明けに作成されたものであるうか。

次に、(8) (9) の成立時期は、一八七八(明治一一)年一〇月一〇日以前であると推定される。(8) の墨書の条文が、この日付をもつ刑法草案審査局<sup>(21)</sup>に引く条文と一致するからである。また、朱筆訂正後の条文が一八七九年二月二七日付審査局伺(妾名存廃ノ儀ヲ候ス)中の条文案と一致するので、修正はこの時までに関わっていたと考えられる。

(8) (9) の墨書の条文は、貴族院Ⅰc訂正後に一致するので、貴族院Ⅰc訂正後の成立時期もこれと一致する。同様の推定から、その朱訂はおおむね貴族院Ⅱに一致するので、貴族院Ⅱの成立は、右の一八七九年二月二十七日付審査局伺より以前であると考えられる。この伺には、第一一五条、第三〇九条、第三五三条の三カ条の条文が掲載されており、これらが貴族院Ⅱの墨書草案に一致しているのである。すなわち、第二回の審査である。

なお、貴族院Ⅰc訂正後に初出の「親属例」が、(8) (9) には現われている。ところが、(9) 吾園叢書本にみる「親属例」第一一五条は、墨筆・朱筆訂正ともに貴族院本ならびに(8) 鶴田文書本とは一部で異なっている。また、朱筆で第一一六条が書入れられており、この条文は、鶴田文書本では(11) の書込みにおいてみられ、貴族院本では貴族院Ⅴに初めて登場し、「刑法審査修正案」では第一一五条となったものである。

(11) では、第一一五条(親属例)についてみると、前出の明治一二年二月二十七日付太政大臣宛刑法草案審査局伺(妾名存廢ノ儀ヲ候ス)に引く条文と、条番号・条文ともに同一である。また、第一一六条が朱筆で追加されているのは、法制局からの照会に対する明治一二年三月七日付の刑法草案審査局答申<sup>23</sup>に対応していると考えられる。すなわち、この第一一六条は、法制局からの質問に触発されて追加された条文であると考えられ、この日付のころに付されたものと考えられる。この条は、貴族院Ⅳではなく、貴族院Ⅴにおいて初めて現れる。

この草案(11)は、貴族院本の草案の配列から見ると、第四回の審査にあたる。すなわち、これまで知られていた草案では、第三回審査を示す草案がなかったことになる。

なお、すでに述べたように、上記二月二十七日付審査局伺に対して太政官から指令が与えられたのは六月二十三日付であり、ここで第一一五条に規定する親属から妾を排除することが確定した。

(12) は(11) とほぼ同じものだが、第一一四条、第一一五条に置かれた「親属例」は、これまでにみた諸草案、伺

指令にみたものとは異なる特異な条文であり、成立時期などは不明である。「親属例」は、刑法草案の本体とは別に、さまざまな案において検討されたとみるべきであろう。貴族院本において、「親属例」は貴族院Ⅰc訂正後の条文が、貴族院Ⅱ、貴族院Ⅲ、貴族院Ⅳにおいてそのまま維持されており、貴族院Ⅴにおいて最終形が現われるので、親属例の様々な案は貴族院本からは窺えない。

以上、貴族院Ⅰ～Ⅴと対比することによって、すでに知られていた諸草案から得られた審査過程に関する情報がより確かなものとなり、それら修正過程を完全に追跡可能なものとすることができた。

#### 四 刑法審査修正案の「日本刑法草案」との対比

「日本刑法草案」から「刑法審査修正案」への変化はおおよそ以下の通りである。

先に述べた「予決問題」に対する「口達」に従って、国外犯、外国人の国内犯など、外国ないし外国人に関わる条文が全体から削除された。第一編「総則」では、多くの条文で規定が統合ないし概括化され、条文数が若干減少したが、内容では大きな変化はない。なお、「自首減輕」が独立の節とされた。注目すべき点は、末尾に親属例が追加されたことである。これは、明治十一年一〇月一九日の太政官指令（先述）を受けたものである。親属例は、先に触れたように、民法規定が存在しない時期に、刑法中の親属身分の基準とするために設けられたものであり、日本刑法草案では犯人蔵匿隠避罪のうちに置かれていた。それまで刑法上の親属身分規定としては、新律綱領に五等親図があった。五等親図は律令法の親属規定（たとえば養老令のそれ）を承けており、完全な男系の親属規定であり、等親制も令制のものであった。これに対し、親属例では、「配偶者ノ兄弟姉妹及ヒ其配偶者」のように親族間の親疎は男女で同等であり、「伯叔父姑舅姨姪甥」といった令制以来の親属呼称も廃している。親属呼称は、単なる血縁上の親疎を示すもの

となり、律的ないし儒教的価値序列を示す等親制を含まなくなったので、男女の非対称性も解消されたのである。<sup>(21)</sup>

第二編「公益ニ関スル重罪軽罪」では、先に述べた「予決問題」に関する太政官の指令に従って、大きな修正を受けた。まず第一章が「天皇ノ身体ニ対スル罪」から「皇室ニ対スル罪」となった。刑罰も、「日本刑法草案」では天皇の身体に対する危害罪を祖父母父母に対する罪と同等のものとする、すなわち最も重い刑罰を科す、としているのに対し、「刑法審査修正案」では、「天皇三后皇太子ニ対シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル」を一般の犯罪から區別して特別類型の犯罪行為とし、一律に「死刑ニ処ス」ものとした。また、不敬罪においても、「日本刑法草案」が「御前ニ於テ公然不敬ノ所為アル者」と規定した面前性と公然性の条件が「刑法審査修正案」では取り除かれ、「不敬ノ所為」が全く無定形の行為として規定された。さらに、皇族に対する危害罪と不敬罪が追加された。

第二編の第二章「内乱ニ関スル罪」では、「首魁」と「教唆者」の刑が無期流刑から死刑に変更され、内乱に関する自首減免の規定が削除され、また、内乱類似の行為ないし内乱に付随する行為の規定が概括化され、条文数も減少した。内乱罪の規定から「皇嗣ノ順序ヲ紊乱スルコト」が削除された。これによって、天皇の地位は内乱罪の問題から完全に切り離された。<sup>(22)</sup> 第三章「国ノ静謐ヲ害スル罪」(「日本刑法草案」では第四章)では、冒頭第一節に「兇徒聚衆ノ罪」が加えられ、「往来通信ヲ妨害スル罪」が第一節から第六節に移された。犯人藏匿罪の免責事由として置かれていた親属規定は削除され、第一編末尾の親属例となった。囚徒逃走罪と犯人藏匿罪が大幅に整理されたほか、浮浪罪(無産及ヒ乞丐ノ罪)が削除され、違警罪の一項目に移された。また、「人ノ住所ヲ犯ス罪」の加重要因であった「皇城門ニ入りタル」が、「官署」と「皇居禁苑離宮行在所及ヒ山陵内」に拡大された。「公務ヲ行フヲ拒ム罪」に徴兵忌避の行為が追加された。第五章「一般ノ信用ヲ害スル罪」では、公文書偽造罪で詔書偽造が特別類型として加えられ、私文書偽造罪に私印偽造が加えられた。第六章「一般ノ健康ヲ害スル罪」から「埋葬規則ニ関スル罪」(墓地外への埋

葬)が除かれた。第七章「一般ノ風俗ヲ害シ及ヒ教法ニ対スル不敬ノ罪」が「風俗ヲ害スル罪」となり、そのうちから墳墓発掘罪が独立の章とされた。第九章「官吏瀆職ノ罪」中「官吏人民ニ対スル罪」では拘束中の者に対する暴行脅迫に関するいくつかの類型が削除された。

第三編では、冒頭の殺人罪で節名が「謀殺毒殺故殺ノ罪」から「謀殺故殺ノ罪」となった。<sup>(27)</sup>全体に犯罪の規定が概括化されており、とくに窃盗・強盗や放火罪では「日本刑法草案」の詳細な行為態様の区分はかなり整理された。

第四編違警罪では、第二編から削除された浮浪罪が第四二五条に追加されたほか、項目の入替えや表現の変更などが加えられている。なお、第四編違警罪は、「日本刑法草案」で置かれたもので、従来「違式註違条例」など行政警察上の諸規則としてあった軽微な犯罪の取締規則を、刑法中に組み入れ、刑法犯として治罪法の手続によって処分することとしたものであった。ただし、一八七二(明治一五)年の刑法施行の際には、違警罪は各警察署において扱うものとされた。<sup>(28)</sup>

## 五 元老院審議から刑法の公布へ

刑法草案審査局は、一八七九(明治一二)年六月二五日付で太政官に刑法修正案を上申した。「刑法審査修正案」である。その後、刑法に続いて編纂作業が進んでいた治罪法の草案審査が治罪法草案審査局においてすすめられたため、委員がほとんど重複している刑法草案審査局の活動は休止状態に入った。

元老院への議案の下付は、治罪法の審査終了を待って、一八八〇年三月一日になった。

それに先立って、太政官では刑法審査修正案を元老院に下付する件を検討した。内閣において草案に対する異論が抑え難かったものか、一八八〇年二月七日、刑法審査修正案を各参議に廻附し、それぞれ異存のある箇所は附箋を付

して、これを併せて元老院に下付する、とした。

三月一日、「刑法審査修正案／右其院議定ニ被付候事」と刑法審査修正案が議案として元老院に下付された際、当初は「但参議大木喬任寺島宗則意見附箋ノ分爲参考付セラレ候事」とされていた。つまり、大木喬任・寺島宗則両参議の意見が附箋として付されているので、これを参議の参考にせよ、というのであった。ところが、三日、太政官は元老院に対してその附箋を付した両参議の意見を返却するよう求めた。理由は不明である。元老院はただちにこれを返却したが、翌日、太政官は「用済二付」これを再び元老院に「返却」している。さらに、六日になって、議案下付の表書きを、但書のない、単に議案下付のみを記したものと取替え、かつ大木・寺島両参議の「意見附箋」を付した二冊を返還するよう、太政官から元老院に申入れがあり、あらためて「刑法審査修正案／右其院議定ニ被付候事」とのみ記した元老院への差が出された。<sup>29)</sup>

この間の事情は不明であり、そもそも、大木喬任・寺島宗則の二参議の「意見」なるものも発見できていない。

元老院は、三月一五日午前九時三〇分から第一読会を開くことを決め(三月二一日元老院届出)、三月二二日には、内閣委員として法制部より太政官大書記官の村田保が推薦され、これが元老院に通達された。

かくして、一八八〇年三月一五日、刑法審査修正案の審議が始まり、第一読会が開かれた。<sup>30)</sup> 審議に先立って、内閣委員である太政官大書記官村田保による刑法審査修正案の編纂に関する説明があった。これは、刑法審査修正案の編纂過程についての貴重な資料とされている発言記録である。その後、委員を選んで法案全体を検討し、修正案を作成することとなった。修正委員として、議長の名指により秋月種樹、津田出、水本成美、大給恒、鶴田皓<sup>31)</sup>の五名が選ばれたところで、第一読会は終了した。

修正委員の修正案は、三月二四日、議長に提出された。これを受けて、三月二九日、第二読会が開かれた。第二読



会では、この修正案について審議がすすめられた。第二読会は、三月三〇日、四月二日と開かれ、多くの条文に修正案（修正委員による修正案に対する修正案）が出されたが、すべて否決され、全四編全部の審議を終わり、第二読会を終えた。

第三読会は四月六日に開かれた。第一一四条まで進んだところで、先の、四月二日第二読会の際に提起されていた「妾」の復活提案がなされた。盛んな議論がかわされ、結局、「妾」を復活することに決し、その修正案を作成する委員を決定した。柴原和、水本成美、玉乃世履、大給恒、津田出の五名である。ここでこの日の審議を終えた。

一〇日後の四月一六日、第三読会の続きの会が開かれた。「妾」の復活にかかわる、修正委員による修正案の審議から始まった。修正は、第一一四条の「親属例」に「妾」を追加し、これに関連して夫妻にかかわる、姦通、重婚、親属相盜について併せて修正したものである。第一一四条、第三一一条、第三五三条、第三五四条、第三七七条の五ヶ条の修正案が審議の対象となった。「妾」の復活を求める議官らは、家督の継承を確実にするために妾によって得た子が私生ではなく嫡出であるとの法的取扱が必要なのであって、これは皇胤の確保のためにも必要な事柄である、これは古代以来「数百年來ノ風俗」であって、欧米の文明に適う制度が必要とされるともにわかに改変すべきではない、「妾」は存置すべきものである、との主張を、じつに多様な論点をもちだして主張した。しかし、現今の文化が発展してきたなかでは、「妾」を妻と併列して法的に保護するのは「文明発達」の方向に逆行する、あるいは、親属中に「妾」を置くと親属関係の秩序全体が混乱する、といった反対論によって、結局、「妾」の復活は否決された。条約改正のために「文明国」化を果たすことが明治政府の課題であり、西欧法に準拠した法制度が必要であることは逃れようがなく、そこに「妾」が置かれる余地はなかったのである。ほかに、第一一七条、第一七三条、第四一八条、第四二六条、第四二七条、第四二九条、第四三〇条の各条で語句の修正がなされて、全部の審議が終わり、これで元老

院の審議は終了した。

元老院は、翌四月一七日、下付された印刷本の「刑法審査修正案」に修正部分を朱書した形で修正案を太政官に上申した。

元老院修正案は、太政官法制部における審査を経て四月二〇日「不都合無之」とされ、翌二一日、閣議において了承され、四月三〇日、諸大臣、参議の署名により天皇の裁可を受けて、公布されることとなった。もつとも、公布は、治罪法と併せてなされたので、七月一七日である。

### 終りに

本稿では、明治一三年公布の刑法（旧刑法）の編纂過程、とくに刑法草案審査局における審査過程を全面的に再検討することができた。これは、新たに発見された資料を利用することによって、初めて可能になった。この再検討の作業を通じて、従来四回おこなわれたと考えられてきた審査が実は五回に互っていたことが明らかになり、これまで知られていた多くの草案類を審査過程上に正しく位置づけることができたのである。その結果、従来推測するしかなくあった諸草案の連関と各草案の審査段階を、ほぼ確実に示すことができた。

併せて元老院の審議過程を検討し、議案の元老院下付から審議、上奏にいたるまでの詳細を確定することができた。これもまた、従来用いられてこなかった元老院関係の資料の利用によるものである。

### 【付論：刑法附則の編纂】

刑法附則は、刑法の附属法令であって、刑法公布の後、公布され、刑法と同時に施行された。

刑法附則は、刑法審査修正案の作成が終わった後の刑法草案審査局において編纂された。刑法草案審査局は、審査修正案を上進した後、完成した刑法草案を「刑法審査修正案」として活版本とすること、また「右草案二附属スル諸規則等」につき、なお審査局において取調べにかかっているので、これが完了するまで閉局しないこと、を届出ている（明治二十二年六月二十五日刑法草案審査総裁柳原前光届出）。しかし、この後、治罪法について、刑法同様、司法省が作成した草案を審査するため治罪法草案審査局が設けられることとなり（同年九月三日）、同年十一月からその審査が始まった。同局の委員は刑法草案審査局とかなり重複しており、この間、事実上、刑法草案審査局の作業は休止していたと考えられる。

刑法草案審査局は、先述の通り、一八八〇（明治一三）年三月になって、すなわち刑法審査修正案が元老院に議案として下付された後、刑法の公布形式ならびに新刑法施行に伴う移行措置、「新旧比照例」の編纂について、太政官に伺い出た（明治二十三年三月一日付、刑法草案審査局伺「刑法審査修正案ノ儀ニ付伺」）。この伺は太政官法制部の調査を経て（三月二四日）、内閣の承認を経（三月二五日）、三月三十一日にはば伺の通りと指令された。

そして、一八八一年二月二四日、刑法草案審査局は刑法附則の草案全七〇条を太政官に上進した。<sup>(35)</sup>「委員」として記されているのは、判事昌谷千里、太政官権大書記官名村泰蔵、検事兼議官鶴田皓、陸軍少将兼議官津田出、元老院幹事細川潤次郎の五名である。同草案は、太政官法制部の審査を経て修正を加えられ、九月二十九日になって全六三条として、一八八二年一月一日より施行するとの布告案を添えて、法制部から上申された。その後、閣議決定（十一月九日）を経て裁可された後、元老院の検視に付され（十一月五日）、元老院からの検視上奏（十一月三日、検視会と同日）がなされた。さらに参事院の審査に付された模様で、二月六日に参事院から「該案ノ通御裁可相成可然哉」との上申があり、内閣書記官局ならびに内閣における承認（二月八日）を経て、ようやく二月一四日、閣議決定された。

かくして、刑法附則は、一二月一九日、翌年一月一日より施行することが公布された。

なお、刑法附則上申の日、一八八一年二月二十四日、刑法草案審査局はその閉局を届け出、刑法草案審査委員の被免を願出た。被免の辞令が出たのは三月一日である。

この前後から、太政官では司法省の稟議を受けて刑法・治罪法の施行手順を検討しており、法制部では、明治一五年一月一日施行の布告案をまとめている（一八八一年六月二五日）。

【注】

- (1) 新井勉「旧刑法の編纂（一）、（二）」、『法学論叢』九八巻一号、同四号 一九七五年
- (2) 早稲田大学鶴田文書研究会編『日本刑法草案会議筆記』（早稲田大学図書館資料叢刊1 早稲田大学出版部一九七六・一九七七年）に付された「解題」、吉井蒼生夫「旧刑法の制定と皇室に対する罪」、『神奈川法学』一三―三、一九七七年、霞信彦「明治一五年刑法三一一条に関する一考察」、『法学研究』五二―一、一九七九年、浅古弘「刑法草案審査局小考」、『早稲田法学』五七―三、一九八二年、早稲田大学鶴田文書研究会編『刑法審査修正関係諸案』（早稲田大学比較法研究所）一九八四年の「解説」など。
- とくに、前掲吉井論文は、旧刑法編纂の様相を詳細かつ具体的に明らかにしたものととして特筆される。
- (3) 三田奈穂「旧刑法『数罪俱発』条成立に関する一考察——司法省段階における編纂を中心として」、『法学政治学論究』七六、二〇〇八年、同「旧刑法の成立と村田保——数罪俱発条を手掛かりとして」、『法学政治学論究』九四、二〇一二年
- (4) 司法省刑法編纂会議においてボワソナードと日本人委員、とくに纂集長であった鶴田皓との間に交わされた議論を記録したものが「日本刑法草案会議筆記」である。鶴田皓旧蔵の本が早稲田大学図書館に所蔵されており、その写真版に解説を付した刊本が、前注（二）に掲げた『日本刑法草案会議筆記』である。その諸本については、同書を参照されたい。また、日本立法資料全集『旧刑法』（3）I Ⅳ、一九九六―二〇一〇年（信山社）に、活字化して覆刻した。
- (5) 司法省編纂段階の諸草案は、法務図書館所蔵の諸草案、諸記録ならびに国学院大学図書館所蔵「梧陰文庫」（井上毅旧蔵文書）、最

高裁判所図書館所蔵の明治期資料などにみることが出来る。これら諸草案については、上記「会議筆記」とともに、日本立法資料全集『旧刑法』(一)～(三)既刊七冊、一九九二～二〇一〇年(信山社)に整理・収録した。これによって、司法省における編纂過程での草案の変遷を、それをめぐる議論とともに、追うことができる。

(6) いずれも、国立公文書館所蔵。「元老院会議筆記」について注30参照。これは、明治法制経済史研究所編『元老院会議筆記』として復刻されている。明治一三年刑法の審議経過は、同書「前期第八巻」中「第一七四号議案刑法審査修正案」にみることが出来る。

(7) 刑法草案審査局において作成された草案類の主要なものは、前掲「鶴田文書」に含まれており、それらは、かつて早稲田大学鶴田文書研究会編『刑法審査修正関係諸案』(早稲田大学比較法研究所一九八四年)として復刻されている。このほか、法務図書館所蔵の草案類と、国学院大学所蔵「梧桐文庫」ならびに慶應義塾大学所蔵「村田文書」に含まれる草案、そして国立国会図書館所蔵の草案が、刑法草案審査局において作成されたものとして、現在知られている草案の全てである。

(8) この点については、筆者もかつて学会報告において詳細を検討し(吉井蒼生夫・藤田正一九七七年度法制史学会研究大会報告「旧刑法の編纂とその意義」、早稲田大学鶴田文書研究会『刑法審査修正関係諸案』に審査過程と資料に関する「解説」を付した。ほか)、前掲、浅古「刑法草案審査局小考」(前注2)が詳細である。また、前掲三田論文には、慶應義塾大学所蔵の村田保旧蔵文書を用いて新たな知見が示されている(前注3)。

(9) 元老院では、刑法草案の審議に備えて、明治九年七月から、ボアソナードに依頼して元老院議員を対象とする刑法講義をおこなった。その各回の講義録は小冊子として元老院議員に配布された。のち、栗本貞次郎、河津祐之、山崎直胤の訳で『刑法草案講義筆記』として明治一六年に刊行されている。

(10) 明治九年一二月七日付、井上毅宛伊藤博文書簡(『井上毅伝 史料編 第五』二二頁(国学院大学図書館、一九七五年))

このとき、伊藤博文は法制局長官、井上毅は法制局主事である。この書簡で、伊藤は井上毅に対し、大木喬任司法卿との間に特別委員による司法省草案の取調べを内約したこと、元老院・司法省・法制局から委員を選出すること、取調べの日数を定めておくこと、委員による取調べ後は元老院の審議に付すこと、「委員局」は大政官中に置くこと、委員に必ず鶴田皓を含めること、を指示した。

他方、司法省は「日本刑法草案」を各裁判所に送って意見を求めている。「委員局」における審議に反映させようとしたのであろう。最高裁判所図書館にいくつかの裁判所に保存されていた「日本刑法草案」があり、それらに一八七七年一二月九日付大木司法卿名の「本案二付意見有之候ハ、条件ヲ詳記シ来十一月二月上旬迄二可被差出候」との達が付されている。

(11) 元老院から陸奥宗光・細川潤次郎・津田出・柳原前光、太政官から井上毅・村田保・山崎直胤、司法省からは当初鶴田皓のみであつ

たが、開設時には司法省から名村泰藏・昌谷千里が御用掛として追加された。また、二月末には司法大輔山田顕義も委員に加えられ、六月、元老院議官中島信行が委員に追加された。このほか、元老院・太政官法制局・司法省から御用掛のスタッフが数名ずつ任命されている。

(12) 村田保「法制実歴談」『法学協会雜誌』三三巻四号、また、三田前掲「旧刑法の成立と村田保——数罪俱発条を手掛かりとして」一四六頁によると、慶應義塾大学所蔵の村田保旧蔵本に、この口達の書き込みがあるという。

(13) 「刑法草案中期満免除并大赦特赦及ヒ皇室ニ対スル刑名等ノ儀ニ付伺」(明治十一年十月 公文録 局之部 全) 国立公文書館 二A—10—(公) 二二四六)

(14) 「刑法草案中妾ニ係ル条章廃存ノ件」(明治十二年六月 公文録 局之部 全) 国立公文書館 二A—10—(公) 二四二八)

この資料には、刑法草案審査局の伺(明治十二年二月二七日付)、法制局の議案(同年三月二五日付)、その太政官における決裁(同年三月二五日付)、内閣書記官局の議案(同年五月二八日付)、その太政官における裁可(同年六月一七日付)、太政官指令(同年六月二三日付)というように、伺に始まって指令に至る一連の文書が収められている。ここには太政官における審議各段階の文書が含まれており、この時期の太政官における立法過程ないし政策決定過程を窺い得るものとしても興味深い。

(15) この意見書は、前注の書類に含まれている。

(16) 『明治十三年三月 公文録 局之部 全』国立公文書館 二A—10—(公) 二八〇七

(17) 元老院における刑法審査修正案の審議冒頭、政府委員村田保による刑法案成立の由来の説明のうち。復刻版『元老院会議筆記』前期第八巻、五七頁。

(18) 刑法草案審査局において作成された諸草案のうち、(1)、(3)、(8)、(11)は、すでに復刻されている。前注7を参照。

(19) 法務図書館 XB—100、G—21—1—1四は、細川潤次郎旧蔵文書「吾園叢書」の第一四冊である。これには、以下の八種の草案が綴り込まれている。各草案の頭に付した番号は筆者が便宜のために付したものである。

一、「刑法修正案 全」(第一〜一五条)

「刑法修正案 第貳編」(第一一六〜二八六条(朱訂後は第二九一条まで))

「刑法修正案 第三編/第四編」(第二九二〜四二四条(朱訂後は第四百二五〜四三〇条))

二、「刑法修正案」(第一〜一四条)

三、「刑法第二編第一章草案」(第一一六〜一三五条)

四、「刑法草案」(第二編第九章第三〇四〜三二六条、第三編第一章第一節第三二七〜三三三条、第四一〇〜四二三条)の三つの断片、

断片(第九章第一節第三〇四〜三二六条)

五、「刑法」(第一編 総則第一〜七七条)

なお、吾國叢書については、手塚豊の整理にかかる『貴重書目録』がある。

(20) 明治一一年七月九日届出。「当局暑中休暇届」による(明治一一年七月 公文録 局之部二 国立公文書館 二A一〇一(公

二二四四)

(21) 前注13参照。

(22) 前注14参照。

(23) 前注14の文書、すなわち、妾の存否を決定するに至った一連の文書に含まれる。

(24) 親属例の最初の案では、令制以来の親属呼称である「伯叔父姑舅姨姪甥」が用いられている。これらは、令制の呼称としては、「伯叔父姑」は父方の親族であり、父より年長の父の兄弟・父より年少の父の姉妹・父より年少の父の姉妹である。「舅姨」は母方の親族であり、母の兄弟・母の姉妹である。「姪甥」は兄弟の男子・姉妹の男子、を指す。それぞれの親等も直系の親族秩序を示している。しかし、同じ呼称を用いているが、親属例では、元来含まれていた男系中心の親族秩序を排除し、たとえば、配偶者の「伯叔父姑舅姨姪甥」も同様に親属としている。したがって、令制と同じ親属呼称を用いながら、それぞれの意味するところは異っていたことが想定される。すなわち、「子孫」や「姪甥」には男子のみならず女子も含むものとして立案されていたとみるべきだと考える。同じ語を用いながら、これらの語の意味するところに変化があったとすれば、編纂者の親属観に決定的な変化があったとみなければならぬ。

親属例の条文は、その後の審査局における修正を経て、用語法を決定的に変化させて令制の呼称を廃し、たとえば「姪甥」は「父母ノ兄弟姉妹ノ子」の内に含まれることとなった。ここで言う「子」は女子も含むと考えられる。これによって、刑法草案審査局は、律的親属観との決別を用語の上で示したのであり、親属例を律的に読むことを排したのである。先に触れた、妾の「復活」が可能な段階は、とうに過ぎていたのである。

(25) 天皇に対する犯罪は、「日本刑法草案」の編纂当初、最初に成立した「日本刑法草案 第一稿」(明治九年一二月上申)では「天皇ノ身体及ヒ主権ニ対スル罪」として、天皇に対する身体危害罪と不敬罪ならびに内乱罪が一章になっていた。すなわち、天皇に対す



る罪は国家権力そのものに対する罪と区別されていなかった。しかし、その後、この「第一稿」の審議の段階から、第二編の冒頭が第一章「天皇ノ身体ニ対スル罪」と第二章「国ノ内乱ニ関スル罪」とに分割され、天皇に対する罪は、天皇個人の身体と身分的権威を保護する犯罪に純化した。本文に示した修正は、これを完成させるものであった。

なお、前注2に掲げた吉井1977を参照。

(26) 「兇徒聚衆ノ罪」は直接には新律綱領の賊盜律「兇徒聚衆」条に由来するものである。「日本刑法草案」にこの罪は置かれていないが、その編纂過程ではいくつかの犯罪の加重要因として、多衆による行為が置かれている場合があった。

「兇徒聚衆ノ罪」と似てみえるものに「匪徒結夥ノ罪」がある。司法省における「日本刑法草案」の編纂過程で第一稿に姿をみせていた。第一稿では「国ノ静謐ヲ害スル罪」の第七節として置かれていたが、これは、「匪徒」すなわち無法の輩が徒党を組んだものを対象としたもので、第二稿において「此一節ハ本邦引擬スヘキ実例ナキニ依リ削除ス」として削除されたのである。

(27) 「日本刑法草案」では、殺人罪の規定、すなわち第三編第一章「身体ニ対スル罪」の第一節「謀殺毒殺故殺ノ罪」の初条が「豫メ謀テ人ヲ殺シタル者」すなわち謀殺罪であり、殺人の一般規定ではない。「日本刑法草案」が範としたとされるフランス刑法では、殺人罪は故意殺の規定、すなわち殺人の一般規定から始まる。論理的展開からみても「日本刑法草案」の殺人罪規定は不自然であると言わざるを得ない。「刑法審査修正案」でも、冒頭を謀殺とする構成は変えなかつたので、論理的には整合しないままである。

なお、これは、新律綱領で殺人罪を規定した「人命律」が「謀殺」から始まっていることと関連するのであるか。新律綱領では、殺人罪の規定は「謀殺」から始まり、「故殺」は同じ「人命律」中に殺人類型の一として置かれている。ただし、新律綱領における「故殺」と、「日本刑法草案」以降の「故意ヲ以テ人ヲ殺シタル」が厳密には一致しないことについては、水林彪による新律綱領の注釈を参照（石井紫郎・水林彪『法と秩序』日本近代思想体系7、岩波書店 一九九二年、二五二頁）。

(28) 第四編違警罪は、治罪法の規定によれば治安裁判所を違警罪裁判所として審判することとされていたが、実際にはそうならなかつた。一八八一（明治一四）年九月の違警罪審判手続（太政官四四号布告）では、

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、實際已ムヲ得サル場合ニ於テハ、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、此旨布告候事

と、当分の間治罪法によらない便宜取り計らいを許すとし、その「便宜取計ラヒ」とは、同日の太政官布告によつて治罪法中、違警罪裁判ノ儀ハ、当分三府五港ノ市区ヲ除クノ外、府県警察署又ハ警察分署ニテ裁判可致候、……すなわち、府県警察署ないし警察分署において裁判することであつた。ここで「三府五港」とは東京・大阪・京都・函館・新潟・



神奈川・兵庫・長崎を指す。これらを除くとは、すなわち、外国人のいない、あるいはその眼のないところでは「便宜取計ラヒ」に  
よるとしたのである。さらに、一八八五（明治一八）年九月には先の違警罪審判手続に替えて違警罪即決例を定めて、警察署長に違  
警罪犯人の即決処分権を与え、「当分ノ内」の「便宜取計ラヒ」が恒久的な制度となった。

違警罪即決例

第一条 警察署長及び分署長又ハ其代理タル官吏ハ其管轄内ニ於テ犯シタル違警罪ヲ即決スヘシ

この問題は、取り締まる側が、従来行政警察的取り締まりを行ってきたような場合に治罪法の刑事手続きを要することを嫌い、  
より自由な取締りの形態を望んだ、という、戦前日本国家の反人権的な性格を示すものとして取上げられることが多い。しかし、実  
際には、治罪法の施行に合わせて全国に多くの裁判所と、裁判所ごとの判事・検事や職員を用意することが、法曹養成の面からも難  
しく、何より財政的に困難であるという事情があった。司法省は数度にわたり、刑法・治罪法施行にともなう経費の見積を添えて大  
蔵省に特別予算の請求をおこなっているが、すべて拒否されたのであった。

(29) 『明治十三年 議案録 上』国立公文書館、元老院関係書類 二A一三四一五(単)一九五。

(30) 以下、元老院における審議の経過は『元老院会議筆記』による。『元老院会議筆記』は、国立公文書館所蔵。元老院が作成した議事  
録であるが、議事速記ではなく、要領を記したものと考えられる。議案ごとに、審議された法案と各議員の発言など、議事の様子を  
記しており、元老院における議案審議の様子を知ることができる。元老院の会議において作成されたものを活版印刷したもので、こ  
の頃は各一五〇部を印刷して太政官初め各所へ配布したという。なお、復刻本がある。注6参照。

(31) 鶴田は、この直前、三月一日付で元老院議官兼任の辞令を受けた。刑法審査修正案の元老院審議にそなえることであろう。な  
お、参議兼司法卿であった大木喬任が、同年二月二十八日に元老院議長を兼任することになったのも、同じ理由であろうか。

(32) 『明治十三年 修正案 全』国立公文書館所蔵、元老院関係書類 二A一三四一四(単)一八六五。

(33) 四月七日に提出された修正案の審議が一六日まで持ち越された理由は不明である。この間、元老院では、地方官会議で議決された  
議案や税制など、連日審議が続いており、かなり多忙な時期であったが、議事日程の決定についてはわかっていない。他方、太政官  
からは、四月一三日付で、二七日までに議決するようにと求められている。本文は

御照会案

其院議定ニ被付候刑法審査修正案及ヒ治罪法審査修正案ノ儀ハ急施ヲ要スルニ付本月二十七日迄ニ議定可有之此旨及照会候也

明治十三年四月十三日 太政大臣

議長大木喬任殿

というものである。

(34) 注30と同じ。

(35) 『明治十四年公文録 太政官十二月第一』国立公文書館 二A―一〇(公)二九二七。

\* (後注) 本稿で紹介した新発見の「刑法審査修正案」(貴族院本)は、日本立法資料全集『旧刑法』(4)(信山社、近刊予定)において全文が覆刻される。

## Sur la naissance du projet de l'ancien Code pénal japonais (projet révisé du Code pénal)

— réflexion appuyée sur les documents récemment découverts —

Tadashi FUJITA

Le gouvernement Meiji a promulgué le Code pénal en juillet 1880 (Meiji 13). Il s'agit du premier code japonais de style européen. Ce Code restait valable jusqu'à 1908 (Meiji 41), l'année où le Code pénal actuel a été appliqué.

Si l'on examine de près le processus de la codification du Code pénal, tout a commencé en avril 1876 (Meiji 9) au ministère de la Justice où plusieurs versions des articles ont été successivement élaborées, pour arriver à son dernier projet, qui a été ensuite passé au cabinet (Dajokan) en novembre 1877. Au Dajokan ce projet a été examiné en tous points dans un comité spécialement formé en vue d'une étude approfondie. A notre connaissance, il y existe une dizaine d'avant-projets censés être rédigés dans ce comité au cours des dix-huit mois. Au bout de longues délibérations, le comité a finalement rendu leur "projet révisé du Code pénal" au Dajokan en juillet 1879 (Meiji 12). La dernière étape avant la promulgation, c'est au Sénat où de vives discussions se sont élevées entre une vingtaine de sénateurs, surtout sur la place de maîtresse (mekake) dans la famille. Le Sénat a terminé sa délibération en avril 1880.

En ce qui concerne les détails du travail dans le comité du Dajokan, nous avons récemment découvert de nouveaux documents à la Bibliothèque de la Diète, qu'on appellerait désormais "Kizokuin-bon" à titre provisoire. Ces archives nous ont permis de revoir l'ensemble de l'étude effectuée dans ce comité en examinant chaque étape de travail. Tout cela n'était possible que par ces archives miraculeusement découvertes. Pour ne citer qu'un exemple, nous savons maintenant que cinq séances ont eu lieu pour examiner le projet du ministère de la Justice, tandis que l'on croyait longtemps qu'il n'y en avait que quatre selon ce que Murata Tamotsu, un des membres du comité, avait écrit dans un article pour une revue. En plus, à propos de ces avant-projets mentionnés plus haut, les documents "Kizokuin-bon" ont rendu possible de les distribuer à chaque séance, ce qui ne semblait pas faisable avant cette découverte.