

旧刑法の制定と「皇室ニ対スル罪」

吉 井 蒼 生 夫

はじめに

帝國主義前夜の國際環境の中で、幕府政權を打倒することによって成立した維新政權は、国内の最底辺にまでおよんだ社会的動乱を抑え、自己の支配秩序を強権的に浸透・確立すべく、緊急に中央・地方の権力機構の整備・確立およびそれを担保する一群の治安法制の充實を企図した。

維新政權は変革の最中早くも一八六八年には仮刑律を編纂し、これにもとづいて各府藩県からの伺に対し指令を發した。とはいっても全国的に変革の嵐がふきあれているこの時期にあっては、幕府の刑法（御定書百箇条）や藩法も依然として行われており、刑法の統一は果されていない。こうした中で維新政權はつぎつぎに、版籍奉還、廢藩置縣、さらに秩祿処分、地租改正と大胆に封建的割拠制を打破し統一國家の樹立を図る政策を断行した。この過程に対応して統一刑法典の編纂も進められ、新律綱領、改定律例が制定・頒布された。維新変革が王政復古のスローガンのもとに行われたこともあって、この兩法典は律系統に属する。

他方、自ら権力の「内部淘汰」を進めつつ、國家的独立（Ⅱ条約改正）と國家的統一（Ⅱ統一法典の整備と司法制度の確立）

の歴史的課題を達成するため、明治政府は上からの資本主義化を強行し、それにとまなう新しい社会関係の形成・再編に対応しうる法制度の確立を図る必要にせまられた。この課題を明治政府は、ほとんど必然的に西欧諸国の経験に学び、その法制度・法技術を導入することによって果そうとした。刑法においても、この方針は採用され、西欧刑法にならった近代刑法典の編纂が要請された。実際、新しい社会関係の形成・再編の進行にもなつて、律系統の新律綱領、改定律例の不権衡・不備が顕著となつた。かくして、「泰西主義」Western Principlesにもとづく新しい刑法典の編纂が避けられなくなった。この編纂作業は、一八七五（明治八）年九月から司法省で開始され、同省において二年後の一八七七年一月に「日本刑法草案」が編纂され、その後、審査局の修正、元老院の審議をへて、一八八〇（明治一三）年七月公布、一八八二年五月施行の刑法（いわゆる旧刑法）に結実する。

旧刑法の制定は、近代法典としての体系性を備えた刑法典による支配秩序の体系化を意味する。したがつてその編纂過程においては、明治政府の支配秩序維持の構想が如実に反映され、中でも重大問題として終始一貫周到な配慮が加えられた規定の一つが「皇室ニ対スル罪」である。近代日本が、為政者によつて△天皇制▽国家として構築されようとしていたことから、該罪の規定の仕方、すなわち天皇を法的にどう保護するか、という問題は必然的に最も重要な課題となつた。

本稿は、司法省の編纂会議の様態を伝える『日本刑法草案会議筆記』をはじめとする旧刑法関係資料によつて、旧刑法に「皇室ニ対スル罪」が規定されるに至つた経緯を跡づけることをねらいとする。⁽¹⁾ けだし、該罪の編纂過程は天皇制国家形成の一側面を端的にあらわしている。

まず、明治初期刑法史と皇室に対する罪について概観することからはじめよう。

(1) 従来あまり知られることのなかつた旧刑法の編纂過程、さらにはこれに対するボワソナードの関与の実態に分析が加えられたのは比較的最近

近のことである。すなわちそれは、司法省の編纂会議の記録である『日本刑法草案会議筆記』をはじめとする旧刑法関係資料を用いた野村稔氏の「明治維新以後の刑法定史と未遂規定」(『早稲田法学会誌』二四卷、一九七三年)、これにつづく旧刑法の編纂過程そのものを研究対象とする新井勉氏の「旧刑法の編纂」(一)(二)(『法学論叢』第九八巻第一・四号、一九七五・七六年)の発表などによる。

なお、現存する『日本刑法草案会議筆記』は、早稲田大学図書館所蔵本(『早大本』)、京都大学図書館所蔵本(『京大本』)および最高裁判所図書館所蔵本(『最高裁本』)の三部であるが、これら三部の書誌的な説明については、早稲田大学鶴田文書研究会「解題」(『日本刑法草案会議筆記』第一分冊)参照。本稿における同資料の引用は、「早大本」を底本とする復刻本による。

一 明治初期の刑法史と八虐六議条

(一) 仮刑律の制定と八虐六議条

一 自らの支配秩序の維持・強化を目指して、維新政権が最初に制定した刑法典は、仮刑律(あるいは仮律とも呼ばれる)である。この刑法典は一八六八(明治元)年一月一七日に設置された刑法事務局(二月二日まで)、刑法事務局(二月三日より閏四月二〇日まで)の時代に原案が編纂され、それ以後、刑法官時代(閏四月二二日より翌一八六九年七月七日まで)に逐次修正が施されて、修正の大部分は、一八六八年一月頃に至って一応完了したという⁽¹⁾。その編纂に際して参酌したものは、養老律、唐律、明律、御定書百箇条等であるが、そのほかに肥後藩刑法草書が、編纂者の中に肥後藩出身者が多かったこともあって強い影響をおよぼしている⁽²⁾。この仮刑律は、刑法官等における執務上の準則として定められたものであるが、維新政権は、これにもとづいて各府藩県からの伺に対する指令を発し、刑法の統一を図ろうとした。

二 王政復古のイデオロギーのもとに編纂された仮刑律は、養老律にならってその「名例」の部分に八虐六議条をとりいれている。すなわち、

八 虐

一曰謀反 謂謀^ル謀^ル危^スニ
国家^ニ

二曰謀大逆 謂謀^ル謀^ル毀^スニ山
陵及宮闕^ニ

三曰謀叛 謂謀^ル謀^ル背^ク
国從^レ偽^ニ

…………… (省略)

六曰大不敬 謂毀^ス大社^ニ及盜^ス大祀神御之物乘輿服御物^ニ盜^ス及偽造神璽内印^ニ合^ス和御藥^ニ誤不^レ如^ス本方^ニ及封題誤若造^ス御膳^ニ誤^ス
犯^ス食禁^ニ御幸舟船誤不^ニ牢固^ニ指^ス斥乘輿^ニ情理切害及對^ス捍詔使^ニ而無^ス人臣之礼^ニ

…………… (省略)

六 議

一曰議親 謂皇親及皇帝五^ニ等以上親及太^ニ皇太^ニ后皇^ニ太后四等以上親・皇后
三等以上親^ニ

…………… (省略)

應議者犯罪

凡六議者、罪を犯す勾問断罪、奏 聞旨を請ひ、官司自ら擅にするを許さず、若、旨を奉して推問すれば、其罪状
を開具し、先、奏して議を請、議定る、猶奏 聞して 上裁を仰、若、朝臣犯す事有る、亦、自ら擅にするを許さ
ず、旨を奉し推問を経、直に議定
上請す、唯奏議之件を省く、

であり、該罪の刑はその「賊盜」に、たとえば、

謀反大逆

梟首 弑 君 父ハ磔

凡、謀反及び大逆を謀るものは、已行首従を分たす皆 磔 決 其財産は官に没す親屬情を知り首せざる者等は 大義容隠を許ざるを以て 凡人と同科 唯其親屬

縁坐之罪名は 律例明条有といへとも 事に臨其勢を考へ 参酌公論率ね 寛恕を要依て 予科条を立てす

若與り謀すと 情を知て、 故らに縦し及び隠し置ものは 親屬凡人 刎首 決、其凡訴へ出或は捕へ得官に告るものは 量て賞

を給す、訴へ出さる者は 答百遠流流三年

謀叛

凡、謀叛既に行ふものは、首従を分たす皆斬 決 其財産は官に没す親屬情を知り首せざる等 且縁若、 與り謀らす 情を

知て故らに縦し及び隠し置ものは 親屬凡人 刎首 決 其凡訴へ出或は捕へ得訴へ出るものは、量て賞を給す、訴へ

出てさるものは、答百遠流流三年

若、謀て未行はさるもの謀跡 顯著、造意之もの 刎首 決、従たるものは 答百遠流、情を知て訴へ出さるものは 答百徒三年、

とある。(3)その後、一八六八年一〇月晦日の行政官布達は、「磔刑ハ君父ヲ弑スル大逆ニ限」るべき旨を命じ、同年一

月二三日の達で、「一殺君父ノ大逆罪ハ臨期勅裁之上可處磔刑事ノ其他磔罪廃止之」とされた。(5)さらに、翌年(月日 缺)の刑部省上申では死刑の軽重を別けて、謀反謀大逆は磔、謀叛は梟(以下省略)とのべている。(6)

以上のように、維新政権によって最初に制定された刑法典である仮刑律には、八虐六議条が設けられ、量刑につい

ては、「君父ヲ弑スル大逆」だけは、一貫して、磔刑に処するものとされた。

(二) 新律綱領、改定律例の制定と八慮六議条の削除

一 仮刑律の制定後も、これにかわるべきより充実した刑法典の編纂が企てられ、一八七〇(明治三年)六月一日、新律綱領の草案である新律提綱が、「新律成功ニ付合六冊進達仕候宜御評議被仰付度奉存候也」として刑部省より太政官に進達された。⁽⁷⁾その後この新律提綱は、太政官における審査、修正、これにもとづく刑部省の修正をへて確定し、その名も新律綱領と改まり、二月二〇日「朕刑部ニ勅シテ律書ヲ改撰セシム乃チ綱領六卷ヲ奏進ス朕在廷諸臣ト議シ以テ頒布ヲ允ス内外有司其之ヲ遵守セヨ」との上諭とともに太政官に下附され、⁽⁸⁾同月二七日、各府藩県に頒布された。⁽⁹⁾これによって旧幕府法および仮刑律は廃止された。

新律綱領は、六卷、八四一四律、一九二条からなるが、仮刑律には存した八慮六議条は削除された。この「虐議ノ目」を冊去すべきか否かは、編纂者間で終始議論され、結局、一八七〇年九月、刑部省から「臣等謹テ命ヲ奉シ刑律ヲ編修スルニ虐議ノ目ニ至リ可刪可存ノ二議アリ省ニ於テ未タ決スル所アラス」として、「罪ノ輕重ハ自ラ本条アリ照シテ問擬ス可シ必シモ別ニ分類ヲ立テ名目ヲ設ルニ足ラス」、かつまた「抑刑罰ハ天下ノ至公至平其輕重ニ於テ毫モ意ヲ加フ可ラス」、それ故に「今所定ノ律虐議ノ目俱ニ刪去スルニ如ス」と主張する削除論者と、「凡罪名本条ニ於テ權衡アリト雖モ所犯亦各分類アリ虐議ノ如キハ所謂天理之所不容人道之所不齒故ニ常赦ニ於テ原サス應議ニ於テ減セス其法嚴ナリ今刪テ表セス何ヲ以テ律ノ天倫ニ原シ大義ヲ明ニスルヲ示サンヤ」、それ故「今律ヲ定メ親王以下衆人ト処断ヲ同フセント欲ス恐クハ人情ノ安セサル所皆存シテ刪ル可ラス」と反論する存置論者の対立について上裁が請われた。⁽¹⁰⁾これに対する同月一九日の太政官の指令(「虐議ノ目可刪旨被仰出候事」)により「虐議ノ目」は削除することになった。なお、新律綱領の草案にはこれらに関する規定が存置されていたと見え、⁽¹²⁾これを閲読した参議副島種臣

は、「本邦の如き、国体万国に卓越し、皇統連綿として古来嘗て社稷を覬覦したる者無き国に於ては、斯の如き不祥の条規は全然不必要である。速に削除せよ」と命じたと伝えられるが、⁽¹³⁾天皇親政イデオロギーの刑法への影響として注目される。また、新律綱領の編纂に携わった鶴田皓は、後年日本刑法草案の編纂会議においてこのてんに関して言及し、「日本ニテモ以前ノ刑法（仮刑律のこと―筆者注）ニハ之ヲ立タレモ現今ノ刑法（新律綱領、改定律例のこと―筆者注）ニハ以後此ノ如キ逆人ハナキ筈ナリト見做シテ之ヲ除キタリ」とのべている。⁽¹⁴⁾このように新律綱領の編纂段階にあっては、謀反・大逆のごとき罪は実際に起りえぬものとして、また何よりも明治政府の政策的見地から削除したものと見えよう。⁽¹⁵⁾

さて、新律綱領を編纂した刑部省は、この刑法典を暫定的な法と認め、自ら翌一八七二年の春には改定に着手し、同年七月の官制改革でこの作業は司法省に引き継がれた。同省では一八七二（明治五）年八月に第一次草案を、つづいて同年一〇月一三日、改めて第二次草案を太政官に進呈したが、該草案は左院の審議に附され、その結果につき附紙をもって表示したうえ司法省に差し戻された。⁽¹⁶⁾同省はこれにもとづいてさらに修正を加えて浄書し、同年一二月二八日、再びこれを上進した（第三次草案）。翌一八七三年五月三日には該草案の木版本が出来あがり、同月三〇日上諭を附して製本が完了、ここに改定律例は完成し、太政官では六月一三日、同官第二〇六号をもって頒布、七月一〇日より新律綱領と並びあわせて施行された。

改定律例は、三卷、一二四一四律、三一八条よりなり、内容において若干フランス刑法の影響が見られ、また各条に条数を附していることなど、新律綱領に比して新しさもみられるが、基本的に両法典はその系統を異にするものではない。ちなみに改定律例は、新律綱領をもとにしてこれを修正増補する形で制定されたのである。この改定律例において八虐六議条がないことは新律綱領と同様であった。

(三) 校正律例の編纂と謀反大逆律の創定

一八七三年七月一〇日より並び施行されることになった新律綱領と改定律例における不均衡の是正、さらに西欧刑法の規定をとりいれつつ時代に即応させることをねらいとして、両法典の改正案が左院において編纂された。校正律例がそれであり、その稿本（「校正律例稿」）が現在残されている。この校正律例は、結果として草案のまま葬られ施行されるには至らなかったが、旧刑法の編纂前の過渡的立法としてその内容には興味深いものがある。⁽¹⁷⁾

なかでも校正律例中、謀反大逆律の創定が企図され、その背景に、本草案の作成された時期から、自由民権運動の影響が推測されるてんで一層注目される。⁽¹⁸⁾

その「賊盜律」にみえる該律はつぎの通りである。⁽¹⁹⁾

謀反大逆律

謀反大逆律左ノ如ク創定スヘシ

凡謀反及ヒ大逆ヲ謀ル者ハ事由ヲ開具シ奏聞シテ

上裁ヨリ取ル

若シ法度ヲ変革シ及ヒ君側ノ姦臣ヲ掃除スル等ニ託言シ衆ヲ聚メ兵ヲ弄シ官ニ抵抗シ若シクハ賊兵ヲ援ケ或ハ軍器
錢糧ヲ供給スル者モ亦同

(四) その他——讒謗律——

以上は、仮刑律にはじまる明治維新以後の刑法典を中心とした制定史と八虐六議条の存否について概観してきたのであるが、本稿の主題に関する単行の刑罰法として讒謗律に触れておかねばならない。⁽²⁰⁾

讒謗律は、一八七五(明治八)年六月二八日の太政官布告第一一〇号をもって制定された⁽²¹⁾。この讒謗律は、同日制定の太政官布告第一一〇号新聞紙条例と相まって、言論の自由を抑圧し、民権運動弾圧の道具となったことはすでによく知られている。ところでその第一条・第二条・第三条は、のちの旧刑法第一一七条および第一一九条の一部に該当する。すなわち、旧刑法施行前の唯一の不敬罪に関する成文規定であった⁽²²⁾。その条文はつぎの通りである。

讒謗律

第一条 凡ソ事実ノ有無ヲ論セス人ノ榮譽ヲ害スヘキノ行事を摘発公布スル者之ヲ讒毀トス人ノ行事ヲ挙ルニ非スシテ悪名ヲ以テ人ニ加ヘ公布スル者之ヲ誹謗トス著作文書若クハ画図肖像ヲ用ヒ展観シ若クハ発売シ若クハ貼示シテ人ヲ讒毀シ若クハ誹謗スル者ハ下ノ条別ニ從テ罪ヲ科ス

第二条 第一条ノ所為ヲ以テ乘輿ヲ犯スニ渉ル者ハ禁獄三月以上三年以下罰金五十円以上千円以下⁽²³⁾二罰并セ科シ或ハ偏ヘニ一罰ヲ

科ス以下
之ニ倣ヘ

第三条 皇族ヲ犯スニ渉ル者ハ禁獄十五日以上二年半以下罰金十五円以上七百円以下

……………(省略)

これらの規定および、元老院における讒謗律の改正をめぐる論議⁽²³⁾は、旧刑法の制定過程でしばしば引きあいに出され、その影響は少くない。

このほか、不敬罪に該当する事件ならびに内乱、外患などの事件は、いわゆる国事犯の名称で一括して適宜処罰されて⁽²⁴⁾いた。なお大審院では後年この国事犯の処罰を習慣法によると考えていたといわれる⁽²⁵⁾。

(1)(2) 手塚豊「仮刑律の一考察」(『明治初期刑法史の研究』所収) 参照。

(3) 『日本近代刑事法令集 上』(司法資料別冊第十七号) 所収による。なお、八虐の「一日謀反^{謂レ謀レ危}」にみえる「国家」とは、「直接国家」

に皇帝・天皇などの尊号を指称するのを憚ったもの」という（日本思想大系3『律令』一六頁頭注）。

- (4) 『法規分類大全』刑法門二・刑律二、一四頁。
- (5) 同右、一一五頁。
- (6) 同右、一一八頁。
- (7) 『法規分類大全』刑法門二・刑律一、一九四頁。
- (8) 同右、一二九頁。
- (9) 手塚豊「新律綱領の施行に関する一考察」（『明治初期刑法史の研究』所収）参照。
- (10)(11) 『法規分類大全』刑法門二・刑律一、一一九頁。
- (12) このてんに関して、藤田弘道氏は「この草案（一八七〇年六月一日に太政官へ進達された新律提綱をさす―筆者注）には、八虐六議が規定されていた可能性は、きわめて大であるといえよう。」と推測されている（同氏「新律綱領編纂考」、手塚豊教授退職記念論文集『明治政治史の諸問題』所収、九五―一頁）。
- (13) 穂積陳重『法窓夜話』（河出文庫版）二六頁。
- (14) 『日本刑法草案会議筆記』第Ⅱ分冊、四七七頁。
- (15) このてんに関して石井良助氏は、「削除論者の主張は罪の軽重は本条があるから、別に八虐の分類を設ける必要なく、また刑罰は至公至平その軽重に毫も意を加うべからざるものであり、身分により差別すべきでないというのであるが、この議論が太政官を動かしたらしいことは注目すべきことといわなければならない」（同氏『明治文化史・法制編』二七八頁）と指摘する。また、新律綱領編纂における八虐六議条の削除について検討された利光三津夫・霞信彦の両氏は、「時期的な問題とも含めて明治三年九月に上呈された刑部省稟議、すなわち八虐六議の条の削除意見の裏面に、法適用の平等を唱える仏刑法の影響が、存在したという論は、憶測の域に止まるものとは思われない。」（利光・霞「八虐六議をめぐる諸問題」、前掲手塚豊教授退職記念論文集所収、一一〇七―一一〇八頁）と、八虐六議条削除の背景に仏刑法の影響があったと推測される。
- (16) 藤田弘道「足柄裁判所旧蔵『新律条例』考―改定律例の草案と覚しき文書について―」（『法学研究』第四十六卷第一・三号）、同「改定律例編纂者考」（『法学研究』第四十八卷第二号）参照。
- (17) 校正律例については、手塚豊「校正律例について」（『明治初期刑法史の研究』所収）参照。
- (18) 手塚氏は、校正律例草案が完成したのは一八七四（明治七）年一月か、もしくは一二月であったとされる（前掲「校正律例について」九頁）。また手塚氏は、校正律例稿本の謀反大逆律が、法定刑を規定せずに「上裁ヨル取ル」としたことについて、「司法当局の任意を以て出

来得る限りの極刑を科さんとする企図であった」と指摘される(同上、一〇二頁)。

- (19) 『日本近代刑事法令集 中』(司法資料別冊第十七号)所収による。
- (20) 讒謗律については、奥平康弘「日本出版警察法制の歴史的研究序説(4)」(『法律時報』昭和四十二年七月号)、手塚豊「讒謗律を巡る二つの大審院判例」(『法学研究』第四十二卷第十一号)、同「讒謗律の廃止に関する一考察」(『法学研究』第四十七卷第十号)参照。
- (21) 一八七五年一月一九日に、共存同衆総代として小野梓が万里小路通房とともに左院へ建白した「讒書律ヲ置ノ議」(国立公文書館蔵2A・31—8・建17)が制定のきっかけをなすといわれる。なお従来、影響を与えた母法はイギリス法であるとされていたが、奥平氏は前掲論文でフランス法の影響を指摘されている。
- (22) このてんに関して、手塚豊「明治十五年刑法施行直後の不敬罪事件(一)」(『法学研究』第四十四卷第七号)の「はしがき」参照。
- (23) 讒謗律の改正をめぐる論議については、「第百六十七号議案・讒謗律第一条中改正案」(『元老院會議筆記』前期第八卷)参照。
- (24) 手塚豊、前掲「明治十五年刑法施行直後の不敬罪事件(一)」の「はしがき」参照。
- (25) このてんに関して、尾佐竹猛『明治秘史疑獄難獄』は、「新律綱領及ヒ改定律例中国事犯ノ律ヲ掲載セス而シテ国事犯ノ罪ヲ治スルニ習慣法ニ依リ処分スルハ明治維新以還ノ習慣ニシテ即チ明治三年山口藩兵隊ノ国事犯及ヒ明治四年東西両京久留米柳河秋田等諸藩人民等ノ国事犯ヨリ以テ明治七年佐賀県人民ノ暴動等ニ至ルマテ皆習慣法ニ依ルノ例ナリトス」との議論が大審院において行われたことを紹介している(同書一四六頁)。なお、小田中聡樹「明治前期司法制度概説」(『日本政治裁判史録』明治・前)の「国事犯」の項参照。

二 旧刑法の制定と「皇室ニ対スル罪」

新しい社会関係の形成・再編に対応しうる近代法の体系を有した刑法典の編纂は、条約改正と相まって必然化した。律系統の新律綱領、改定律例の不権衡ならびに正条の不備は顕在化し、その破綻は著しさを増した。立法を専管することになった左院においてもこの事実が自覚され、議長伊地知正治は、一八七四年八月一四日に太政大臣三条実美に対し、「新ニ議律ノ局」を設け、各国刑法に習熟する者を委員として「完備ノ善律」を起草させるべきことを上申し⁽¹⁾ている。

前年九月には、旧刑法の編纂に終始中心メンバーとして活躍した鶴田皓が、井上毅らとともに欧洲から帰国し、一

一月には、「教師」ボワソナードが名村泰蔵に同行して来日していた。かくして近代刑法典編纂の機は熟してきた。一八七五(明治八)年三月一日、井上毅は「司法省改革意見」の中で「刑法モ、亦洋律ニ因ルベシ」と提言し、同年四月一四日に左院が廃止されると刑法の起草は司法省で行われることになった。

(一) 司法省の編纂作業——「日本刑法草案」——

(1) 「日本帝国刑法初案」の編纂

一 司法省では、一八七五(明治八)年五月の司法省職制章程第五条(「新法ヲ草案シ上奏シテ立法官ノ議ヲ求ムル事ヲ得ル事」)に従い、刑法改正の草案を起草するため、新たに別局を開き、同年九月一五日、司法卿大木喬任は、四等出仕鶴田皓・五等判事平賀義質・六等出仕小原重哉・同藤田高之・七等出仕名村泰蔵・同福原芳山・同草野允素・八等出仕昌谷千里・同横山尚・裁判所中属渋谷文毅・十二等出仕濱口惟長の各員に刑法草案取調掛を命じた。⁽³⁾

同月二十日、草案を起草する目的と方法を定めるため、司法卿、司法大輔山田顕義以下取調掛各員(福原七等出仕欠席)が別局に集会し、左のように「起案ノ大意」を決定するとともに、司法卿は纂集長に鶴田四等出仕を任命した。⁽⁴⁾

一起案ノ目的トナス所ハ欧洲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ヲ尤モ欧洲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ヲ

一文字ノ用法ハ従来慣行ノ律文ニ依ルヲ

一仏国教師ボワソナード氏ヲシテ現今日本ニ施行スヘキ刑法見込書ヲ出サシメ今般纂集ノ草案トヲ比較シテ纂集ノ

助トナスヲ

一 仏国教師午前日ヲ定メ仏国ノ刑法ヲ講解シ其原由ヲ説明シテ纂集ノ助トナスヲ

一 各員別局集会ノ時限ハ毎日午飯後ヨリ第二時ニ至ル

同二十二日に、各員受持の刑法ならびに事務をつぎのように定めた。すなわち、独逸刑法・白耳義刑法白耳義刑法ニ鶴田、加利州典・蘭律小言蘭律小言ニ平賀、英律英律ニ小原、仏律仏律ニ藤田、独逸刑法独逸刑法ニ名村、埃及刑法埃及刑法ニ草野、英律英律ニ福原、加利州典加利州典ニ昌谷、埃及刑法埃及刑法ニ横山、独逸刑法独逸刑法ニ渋谷、白耳義刑法白耳義刑法ニ濱口とし、また「纂集刑法ノ本文ハ鶴田四等出仕草野七等出仕受持日誌比較表等ハ昌谷横山渋谷濱口相通シテ受持ツ」と定めた。⁽⁵⁾

かくて、同二三日以降「表目ノ事」、「罪ノ區別」「重罪刑名ノ種類」といった順に、「犯罪未遂ノ議」に至るまでは、はじめから全員の合議によって草案を起草していった。⁽⁶⁾ なおこの間、九月二五日からボワソナードの講義がはじめられた。その後、一二月一三日（この日、「第三章二十八条九条出来セリ」）に、これまでの起草手順は、「議論ノミ多クシテ無益ニ時日ヲ費スニ当ル」との理由で、翌一四日より名村七等出仕と福原七等出仕が下調をし、それをもとにして各員の合議に附するという方法で草案の起草が進められることになった。⁽⁷⁾ この編纂作業の成果が、「日本帝国刑法初案」（第一編名例八二条）である。この草案は、翌一八七六年四月二五日、司法省から正院に上呈され、さらに、同年五月一七日に「改正刑法名例案」として元老院の議定に附されたが、不完全であるとの理由で未審議のまま返還された。⁽⁸⁾

二 「初案」は、右にみたごとく、ボワソナードの講義や助言をうけながら、日本人委員だけで起草したものである。この初案の編纂過程で、各員は「皇室ニ対スル罪」につきどのように考えていたであろうか。もとより「初案」は第一編「名例」八二条だけの草案である以上、そこに明確な「皇室ニ対スル罪」の構想をみいだすことはできな

い。しかしながら、関連する条文およびその条文についての論議の中に若干の示唆をみいだすことができる。

まず第一に指摘しうるのは、「初案」の編纂にあたって「皇室ニ対スル罪」の存置が考えられていたことである。

すなわち、「初案」の第二章刑例の第七条は、「皇室及ヒ尊属ノ親ニ対シ罪ヲ犯シテ死刑ニ該ル者ハ頭所ニ於テ刑ヲ行フ」と規定する。また、『刑法編集日誌』の明治八年一〇月八日の「死刑ノ議」の項には、

一名村七等出仕父母ヲ殺シタル罪人ハ通常ニ循ヒ斬首ノミニ止ムルヤ又ハ外ノ法方ヲ以テ死ニ処スルヤト各員ニ向テ発言セリ各員論説異同アリ決セス鶴田四等出仕一体死ハ刑ノ極メニシテ死ヨリ加フ可キ刑ナケレハ假令君父ニ対シタル逆罪ト雖モ斬首ニ止メ但其処刑ノ式ニ至リ通常死刑ト區別ヲ立テ通常死刑ハ獄舎ニ於テ刑ヲ行フニ此罪ニ至テハ他ニ其場ヲ設ケ頭戮ニスルトカ又ハ死後ノ処分乃チ犯由牌ノ設立等ノ事ニ於テ通常ノ刑ト區別ヲ立ルトカニ為シテ如何ト発言セリ各員死ハ重大ノ刑ナレハ各国刑法并ニ各種ノ議論再考ノ上後日ヲ待テ決セント謂ヘリ依テ議モ暫ク相止メタリ

とあり、同年一月二七日の「皇室及ヒ尊族ニ対シタル死刑論」の項には、

一前十月七日死刑ヲ論定スル節君父ニ対スル逆罪ハ頭戮ニ処スルカ又ハ死後ノ処分ノ法式ヲ違ヘルカ後日ヲ待チ論定セント暫ク置キタリシカ今此章ヲ終ルニ臨ミ前事ヲ此章ニ置クコトニ決シ此議ヲ初メンカ頭戮ニ処スルニ同意スル人多シ依テ暫ク頭戮ト定メタリ

然ルニ君ト指ス人々ハ皇族以上父ト指ス人々ハ父母高曾祖父母ト本系ノ人ト定メント決議セリ

とあり、さらに、『刑法草按編纂日誌抜鈔』巻一の「皇室及ヒ尊族ノ親ニ対シタル死刑ノ再議」の項には、右の記述（要点のみ）に加えて、

一再訂ニ臨ミ左ノ如ク決議シタリ

一 皇室及ヒ尊族ノ親ト称スルヲ前日ノ議論モアリシニ於テハ何人マテ及フヤ其限ヲ立テ総規則ノ章ニ掲ケ置ク可シト一時ハ議論ニ及ヒシカ皇室ノ限ハ畢竟憲法ニ記載スヘキ者ニテ刑法ニ掲クヘキ者ニ非レハ皇族ニ対シタル罪ヲ定ムル本条ニ就テ此皇室ノ限ノ大概ヲ掲ケ尊族ノ親ト称スル方モ各本条ニ夫々掲ケ出サントスト謂フ議ナリとある。このように「初案」の編纂者達は、「皇室ニ対スル罪」の規定を設け、しかも第二に、該罪を尊属親に對する罪とともに最重の刑に処することを考えていたことがわかる。なお、「謀反大逆及ヒ内乱等日本國ノ安寧ヲ害スル重罪」についても明文化し、重刑に処することが企図されていた。⁽¹⁰⁾

(2) 「日本刑法草案」の編纂

一 一八七六年一月四日、司法卿大木喬任は刑法改正の議を上奏した。その中で大木は、「広ク各國ノ律書ヲ研シ比較考證以テ寰宇普通ノ成典」を編纂する必要とともに、「必ス当年中ヲ以テ古ヲ改メ新ヲ施ノ事ニ至ランヲ期ス」とのべている。⁽¹¹⁾このような司法卿の決意にもかかわらず、前年来およそ七ヶ月を要してこの年の四月までに成稿をみたものは、第一編名例八二条であり、しかも先にみたごとく、この「初案」は不完全であるとの理由で未審議のまま元老院から返還されてしまった。

そこで同年五月、これまでの編纂方法は大きく変更されることとなった。すなわち、ボワソナードの起草する草案を原案とし、それを基礎にまずボワソナードが自説をのべ、つづいて各員を代表する鶴田との間で質疑・討論を名村の通訳を媒介として行い、この質疑・討論をもとにボワソナードが修正案を起草し、それについて再び鶴田との間で議論をする、という過程を必要に応じて何回か繰り返して確定案を作成するという方法である。かくて編纂会議は、ボワソナードのイニシャチーブにより進められることになった。⁽¹²⁾

この編纂会議は、司法卿の督促もあって非常に急がれ、その成果はまず第一編総則一一七条となって、同年六月三

○日、正院へ上呈された。以後ひきつづき第二編以下第四編に至るまでの編纂がつづけられ、一月二十八日、四編五二四条⁽¹³⁾からなる「日本刑法草案第一稿」が正院に上呈された。この間、ボワソナードは、七月以降、元老院で草案についての講義を行っている。

翌一八七七(明治一〇)年一月二二日、司法省局課分掌の改正によって刑法編纂課が設けられ(同課は、五月二二日、刑法編纂掛と改称)、刑法の編纂作業を担当することになった。かくて同課で「第一稿」の検討がなされたが、編纂の方法はほぼ前年と変りなく、ボワソナードと鶴田との質疑・討論をもとにボワソナードが校正草案を作成し、両者の間で一定の決着をみた同年六月、三編四七三条の草案(「日本刑法草案第二稿」)が起草された。

ひきつづき「第二稿」について審議、修正し、八月一日に第一編の校正を終え、九月二八日にボワソナードに対し校了⁽¹⁴⁾、さらに第二編以下について同様の作業を進める一方、違警罪の編纂が行われた。この間、八月にボワソナードは「Projet de Code Pénal pour l'Empire du Japon (法務図書館・函架番号 B670 J 1-2)」を元老院に提出している。一一月稿を脱し、委員鶴田(司法大書記官)から司法卿大木へ四編四七八条からなる「日本刑法草案」(「確定稿」)が上呈された。同月二八日、司法卿より太政官に、「日本刑法草案」および「各国刑法類纂」(七冊)が上呈されるとともに先の「第一稿」の却下が求められた。

二 「日本刑法草案」第二編第一章は「天皇ノ身体ニ対スル罪」として三ヶ条の規定をおいている。つぎに、この規定に至るまでの過程を、(i)「第一稿」、(ii)「第二稿」、(iii)「確定稿」の三段階にわけて、ボワソナードと鶴田との議論および条文の変化をおってみよう⁽¹⁵⁾。

(i) 「第一稿」(第二一八条―第二二五条)

「第一章 天皇ノ身体及ヒ主権ニ対スルノ罪」が成稿をみるまでには、「第一案」から「第四案」まで作成され、

この「第四案」をもって「第一稿」とされた。

「第一案」を作成するにあたって、ボワソナードと鶴田との間で議論された主要な論点はずぎの通りである。(なお会議にあってこれらの論点は、相互に関連して論議されている。)

まず第一は、第二編の冒頭(第一章)には、「天皇ニ対シタル罪」を置くか、「外患ニ関スル罪」を置くか、についてである。

ボワソナードは、この問題につきフランス刑法に従わずに、ベルギー、イタリアなどの各国刑法にならって、「天皇ニ対シタル罪」を冒頭に置くことを主張した。これに対して鶴田は、日本および支那律も「外患ニ関スル罪」を最初に置いていること、さらに「各罪中国体ニ関スル罪ヲ以テ最重ト為シ天皇ニ対シタル罪ハ之レニ次クモノト為ス故ニ外患ニ関スル罪ハ即全国ヲ滅亡セントスルモノニシテ国体ニ関スルコト最大ナリ且夫カ為メ固ヨリ天皇ノ生命ニモ関スヘキモノナレハナリ」との立場から、「外患ニ関スル罪」を各罪中の初めに置くことを主張した。

これに対しボワソナードは、「支那律等右ノ如キ主意ヲ以之ヲ首ニ置クヘシト為スハ畢竟急進ノ共和論ナレハ一概ニ其説ヲ採ルヲ得スノ一体全国ノ主権ヲ有スル天皇ヘ対シタル罪ヲ以各罪中最重ノ罪ト為スヘキハ固ヨリ言フヲ俟タス」、そればかりか天皇を侵害すれば、「国家ノ大難ヲ引起スヘキコトナレハ之ヲ最重ノ罪トシテ首ニ置クヲ適當ナリトス」と説いた。これを大いに道理ある論としてうけ入れた鶴田は、「且ツ日本ハ元来立君ノ国体ニシテ天皇ヲ特別ニ尊崇スル訳ニ付天皇ニ対シタル罪ヲ首ニ置クヲ然ルヘシト考ヘリ」とのべ、さらにボワソナードが、「然リ最重ノ罪ニテ最重ノ刑即弑親罪ノ刑ヲ以罰スルモノナレハ必ス之ヲ各罪ノ首メニ置クヘシ且ツ欧羅巴各国ノ刑法ニモ適例アル書法ナレハ各国ニテ之ヲ見ルトモ決シテ非難スルコトナカルヘシ」と説き、結局ボワソナードの主張が通って、第二編の冒頭には、「天皇ニ対シタル罪」を置くことになった。

論点の第二は、最も重大かつ根本的な問題で、そもそも「天皇ニ対シタル罪」の規定を刑法中に存置すべきか否か、また存置するとした場合の該罪の刑をどうするか、である。この問題をめぐる議論は、新律綱領、改定律例に謀反大逆罪などの規定が設けられなかつたいきさつ、日本固有の国体、さらに各国刑法との関連などから、ボワソナーと鶴田の兩者において存置論と削除論とが二転三転する。

まず、ボワソナーが、「仏国刑法第八十六条ノ皇帝ノ生命云々尊屬親ヲ弑スル者ノ刑ヲ以テ罰スヘシトノ主意ハ日本刑法ニモ必ス置カサルヲ得サルヘシ之ハ最モ大切ノ事ナレハ殊更ニ詳議ヲ尽サムル可カラス」と提案したのをうけて、鶴田も「然リ現今ノ刑法ニハ天皇ニ対シタル罪ノ明文ナケレ_レ此刑法ニハ必ス之ヲ置カントス」と主張した。また該罪の刑については、ボワソナーの「天皇ニ対シタル罪ノ刑ハ矢張仏国刑法ノ如ク弑親罪ノ刑ト同シク為スヘキヤ」との問に対して、鶴田は「然リ刑法中最重ノ刑ヲ用ヒントス」と答え、かくていったんは、「天皇ニ対シタル罪」を存置すること、また該罪には最重の刑（弑親罪と同じ刑）を用いることが兩者の間で確認された。

ところが、つづいて「天皇ニ対シタル罪」の未遂犯について刑を減刑すべきか否かをめぐってボワソナーと鶴田は激しく対立し、そこで鶴田に対してボワソナーは、「古来天皇ヘ対シ之ヲ殺シ又ハ之ヲ傷シタル犯人アリシヤ」、また「天皇ニ対シタル罪ノ『タンタチーフ』迄ニ止リタルモノ凡ソ何人程アリシヤ」と日本の歴史における「天皇ニ対シタル罪」の発生について質問した。鶴田は前者の場合はずかであり、また後者の場合は幾人もあったが、「然シ何レモ日本ノ未開以前ノ事ナリ故ニ近古以来ハ絶テ天皇ニ対シタル罪ヲ犯ス者ナシ今後ハ殊ニ亦タ然カラシ」と答え、この説明をうけたボワソナーは、古代ギリシャの刑法に弑親罪の刑がないことの例をひきあいに出しながら、「故ニ日本ニテモ従前天皇ニ対シ罪ヲ犯シタルモノナシトナレハ矢張其刑法ヲ立テス万一其罪ヲ犯ス者アリタレハ通常殺人罪ノ刑ニテ罰シテ可ナリノ何故天皇ニ対シタル罪ノ刑法ヲ立テサルヘシトナレハ日本ハ皇統連綿ノ国体ニ

テ古来其罪ヲ犯ス者ナキノ証ト為スニ足ルヘク然ル時萬国ニテ殊ニ日本ノ国体ヲ感賞スヘキ訳ナレハナリ」と、一転して今度は「天皇ニ対シタル罪」を刑法上に存置しないことを主張した。

このようなボワソナードの主張に対して鶴田は、「日本ニテモ以前ノ刑法ニハ之ヲ立タレモ現今ノ刑法ニハ以後此ノ如キ逆人ハナキ筈ナリト見做シテ之ヲ除キタリ然ルニ各国刑法ニモ皆天皇ニ対シタル罪ヲ記セリ故ニ之ヲ記セサレハ法律中ノ欠文ナラントスルノ不都合アリ仍テ今後ハ又更ニ之ヲ立テントス」と該罪を規定しなければ法典が欠文になるとして存置を主張。ボワソナードは、現行刑法に該罪の規定がないこと、さらに日本の歴史上、ことに近年に至ってはほとんど該罪に対する犯人がいなくても同様であり、加えて一八七六（明治九）年六月中の天皇の北海道巡幸が無事であったことをあげて、「全国中一人ニテモ天皇ニ対シテ罪ヲ犯スモノナキヲ証スルニ足ルヘシ」とし、また刑法中にこの罪を設けなければ、「西洋各国へ対シテ最モ日本ノ国体ノ美ヲ誇ルニ足ルヘシ」と再び自説の正当性を説いた。この論をうけて鶴田は、「然リ開闢以来皇統連綿ノ国体ヨリ論スレハ古往今来天皇ニ対シ罪ヲ犯ス者ナキ筈ナレハ此刑法ヲ省クヘシトノ説モ一理ナキニアラス然シ又日本ニテ此刑法ヲ立テサレハ若シ天皇ニ対シ罪ヲ犯ス者アリタル時之ヲ通常ノ殺人罪ノ刑ニ処セス其時々ノ情勢ニ而已從ヒ法律ニ拘ハラス却テ残酷ノ刑ニ処スルニ至ルヤモ知ル可カラサルノ恐レアリ故ニ必ス刑法中へ判然ト之ヲ掲ケ置カントス」と執拗に存置を主張した。そこでボワソナードは鶴田の主張に従うことにするとともに、「天皇ニ対シタル罪」の刑を刑法上においては最も重い刑である弑親罪の刑とする以外にないこと、そうだとすれば、「天皇ニ対シタル罪」の未遂犯罪は弑親罪と同じく減等しなければならぬと主張して再び鶴田と対立し、両者互いに譲らず尚熟考すべきことになった。

熟考の末、ボワソナードは、先の理由およびエジプトの刑法に「天皇ニ対シタル罪」の明文がないことをあげて、暫くこのエジプト刑法にならうべきことを主張した。このような再三にわたるボワソナードの主張をうけて鶴田は、

「成程国体上ヨリ論スレハ之ヲ刑法ニ置カサル方其罪ヲ犯ス者ナキ美事ヲ各国ヘ示スニ足り至極面白キ好論ナリ依テ先ツ其説ニ従フヘキヤトモ考ヘリ」とひとまずボワソナードの説に従うことになった。

しかしまた、不敬罪ならびに「帝位ヲ奪ヒ又ハ皇嗣ノ順序ヲ紊ル等ノ」国事犯の存否をめぐる議論をきっかけに「天皇ニ対シタル罪」の存否がむし返され、結局ボワソナードが、「然ラハ皇嗣ノ順序ヲ紊サントスル罪ハ刑法ヘ掲ケ置カサルヲ得サルヘシ然シ之ヲ掲ケ置クニ付テハ天皇ニ対シタル暴行以上ノ罪モ亦タ掲ケ置カサルヲ得サルヘシト思考ス因テ前数次ノ議ニ付テ尚之ヲ熟考スルニ元来立法上ヨリ論スレハ仮令天皇ニ対スル罪ト雖モ人民ノ絶テ犯シ能ワサル者ニアラサレハ或ヒハ犯ス者ナキニアラス然ラハ予メ之ヲ慮リ刑法ヘ掲ケ置カサルヲ得ス」と説いて該罪の存置を提案したのでうけて、鶴田も「然リ之ヲ全ク刑法ヘ掲ケ置カサルモ刑法中ノ欠典ナラントスレハ貴説ノ如ク兎モ角モ各国刑法ト同シク掲ケ置クトモ宜シカルヘシ」との見解を示し、ここに「天皇ニ対シタル罪」を刑法中に存置することが両者の間で確認された。

そこでこの「天皇ニ対シタル罪」の刑についてであるが、以上の議論で明らかのように、該罪の刑を刑法上最重の刑である弑親罪の刑と同じくすることでは、ボワソナードと鶴田の間に見解の相違はない。両者が激しく対立したのは、該罪の未遂犯に対する刑を減等するか否かをめぐってであった。

ボワソナードは、第一編総則中に「タンタチーフ」を二等減、「マンケイ」を一等減にする」とある原則に背反しないように、また、折角中止しようとした気持が却って必ず為し遂げるとの考えになり大害を生ずる恐れがあるとの理由から減等を強く主張した。これに対して鶴田は、「然シ天皇ニ対シタル罪文ケハ仮令名例ノ原則ニ背クトモ已ニ着手シタル以上ハ通常ノ『タンタチーフ』以上ト違ヒ已遂ノ本罪ト同ク罰センコトヲ要スノ一体天皇ヲ害セントスル悪人ナレハ決シテ本心ヨリ半途ニ中止スヘキ者ニアラス故ニ之ハ必ス特別ニ重ク罰セサル可カラス」と主張。しかし、ボ

ワソナードは再び、「弑親罪ノ刑ニ同シ」と記すとすれば、「タンタチーフ」及び「マンケイ」をも総て弑親罪と同じく減等しなければならぬ、また、この条文に限って特別の法を設けて原則をはずし、第二編の冒頭におくのは不都合であると説いて、「天皇ニ対シタル罪丈ケハ『タンタチーフ』及ヒ『マンケイ』ヲモ特別ニ重ク罰スルノ法ヲ設ケンヲ要ス」と強硬に主張する鶴田に対し頑として譲らない。結局最終的に、ボワソナードが「タンタチーフ」を法律上の一等減とし、「マンケイ」は「一等ヲ減スルヲ得ル」と記し、これを「便利法」としてはどうかと提案したのでうけて、鶴田が、「然ラハ天皇ニ対シタル罪ヲ特別ニ重ク罰スルノ主意ヲ得タリトス故ニ先ツ其説ニ従フヘシ」とのべ、この問題についての一応の決着をみるようになった。

論点の第三は、皇后、皇太子および皇族に対する罪の扱いである。

まず、それぞれの罪についてボワソナードはつぎのように説く。すなわち、「皇后ニ対シタル罪ハ固ヨリ天皇ニ対シタル罪ト同刑ニ為スヘキナリ何故ナレハ日本人民ニテ天皇ヲ父トシ視レハ皇后モ亦タ母トシ視ルヘキモノナレハナリ」、「皇太子モ亦タ然ラン何故ナレハ将来必ス天皇ノ位ヲ嗣クヘキ者ナレハナリ」、「又皇族ニ対シタル罪モ刑法ニ掲ケ置クヘキヤ然シ弑親罪ノ刑ニ同シ」トハ為シ難シ故ニ之レハ通常ノ殺人罪ト同シク為スヘキモノナリ然ラハ固ヨリ謀殺故殺等ノ區別ヲ為ササル可カラス」と。これに対し鶴田は、皇后ならびに皇太子に対する罪については異論を唱えなかつた。ただ「皇族ニ対シタル罪」は、これを通常の刑を以て罰することとなす以上、「之ヲ刑法ニ特書セサルトモ宜シカラシ」と主張し、ボワソナードもこれに同意した。

第四は、不敬罪をめぐるものである。

まず、先の議論との関連で、「天皇ニ対シタル罪」を設けないとした場合、この不敬罪を刑法上に存置すべきかどうか議論された。両者ともに、当初不敬罪を刑法中に置くことで一致したが、ボワソナードは再考してつぎのよう

に主張した。すなわち、「天皇ニ対シタル暴行以上ノ罪ヲ刑法ニ掲ケ置カサルハ最モ美事ナリ然ラハ其罪ノ内重キ者ヲ掲ケ置カスシテ軽キ者而已ヲ掲ケ置クハ太タ不都合ナリ故ニ不敬ノ罪モ亦刑法ニ掲ケ置カス而シテ若シ行幸ノ時ニ方リ不敬ヲ為ス等ノ罪ハ警察ノ取締規則に仍テ之ヲ罰セントスノ又新聞紙等ニ記載シタル不敬ノ罪ハ出版條例中ノ罰法ニ依テ之ヲ罰セントス」と。これに對して鶴田は、不敬罪の存置を主張したが、いったん「余論ハ暫ク置キ天皇ニ對シタル罪ニ付テハ貴説モ一理ナキニアラス故ニ先ツ總テ刑法ニ掲ケ置カサルコトニ決スヘキヤ」、とボワソナードの主張をうけ入れることになった。

その後、一転して「天皇ニ對シタル罪」を刑法上に存置することになったため、不敬罪も掲げ置くことになった。そこでボワソナードは、不敬罪には「出版上ノ誹謗ヲ以テ不敬ヲ為スコト」と、「直ニ演舌ノ罵詈ヲ以テ不敬ヲ為スコト」とがあり、前者の不敬は「出版条中へ其罰則ヲ設ケ之レニ依テ罰スヘシトノコトヲ刑法ヘ記スル而已ニテ其刑名等ノ細目ハ記スルニ及ハサルヘシ」と提案し、鶴田もこれに同意した。

つぎに不敬罪に対する刑について、両者はフランス刑法にならって重禁錮とすることでも一致したが、その長期を五年とするか三年とするかで対立した。結局ボワソナードの主張する五年となすことにし、また、「過失殺傷ノ外ハ誤テ犯シタル罪ハ固ヨリ重禁錮輕罪ヲ以テ論セサル」こと、監視の期限を定めるにはおよばないこと、罰金を加すること（このてんについて、はじめ鶴田は反対であったが、ボワソナードの主張が通った）が確認された。

さらに、不敬罪の構成要件につきボワソナードは、「此不敬ハ公ケニ為シタルニアラサレハ罪ト為スヲ得サルモノトス故ニ密カニ為シタル者ハ仮令書面ヲ以テ誹謗スルトモ天皇ノ手ヘ直チニ触レヘキモノニアラス又或ハ之レニ触ルムコトアルトモ速ニ唾棄スル迄ノコトナリ」と説いたのに対し鶴田も同意した。なお鶴田の提案で出版上の不敬もここに掲げ置くことになった。

以上のような論点に加えて、「元来天皇ニ対シタル罪ニ付テハ不祥ナル各種ノ語ヲ以テ記スルニ忍ヒサルモノナレハ成丈ケ簡易ニ記シ置其細目ノ明文ハ総テ尊屬親ニ対スル本条ニ譲ルヘ」きこと（ボワソナード）、国事犯の規定を「天皇ニ対シタル罪」につづけて掲げ置くこと、などが確認された。

そこで、「然ラハ総テ以上ニ議スル所ノ主意ニ基キ仏国刑法第八十六条ノ天皇ニ対スル罪及ヒ同第八十七条ノ政府ヲ覆ヘシ又ハ皇嗣ノ順序ヲ紊ル等ノ罪ノ正条ヲ起草スヘシ故ニ尚其起草ニ付テ詳議セントス」（ボワソナード）として、ここによろやく「第一案」が作成されることになった。

つぎに、この「第一案」から「第四案」（「第一稿」）に至る、ボワソナードと鶴田との質疑・討論における主要な論点をみてみよう。

まず、両者の了解事項として「天皇ニ対シタル罪」の表記には、とりわけ「不詳ノ字面ヲ諱避^(タマ)」し、簡略化するこゝとに終始意が注がれた。したがってこの観点から字句の修正について議論が交された。

第二は、「天皇ニ対シタル罪」の「マンケイ」および「タンタチーフ」以下、設備・陰謀・発言は減等すべきか否かである。すなわち、尊屬に対する罪と同様に処断すべしとするボワソナードと、「天皇ニ対スル罪丈ケハ『マンケイ』及『タンタチーフ』以下ヲ総テ特別ニ重ク罰スル様ニ為サンコトヲ要ス」とする鶴田とは激しく対立し、「双方ノ意見十分ニ徹底セサル所」あつて相譲らず、再三再四議論がたたかわされた。

「皇威ヲ覆スヲ目的ト為ス重罪」および「皇嗣ノ順序ヲ換ヘルヲ目的ト為ス重罪」の未遂犯罪以上についての規定をめぐっても両者は対立し、ボワソナードがフランス刑法の書法に従つて独立の条文となすことを主張したのに対し、鶴田は日本文の書法上その必要がないと反論。また、これらの重罪の「マンケイ」及び「タンタチーフ」は減等すべしと強硬に主張するボワソナードに対し、鶴田は、「天皇ヲ殺サントスル者ハ俱不載天ノ最重ノ罪ナリ而シテ大

抵内乱ヲ企テ帝權ヲ奪ヒ政府ヲ覆サントスル者ナリ故ニ國家ノ公益ヲ害スルコト最大罪ナリ然ラハ其最重ノ罪ニシテ自ラ帝權ヲ奪ヒ政府ヲ覆サル政事罪ニモ関スル最大罪ナレハ之レヲ格別重ク論シテ誤機ト『タンタチーフ』ト迄ヲモ死刑ニ処スルノ法ヲ立テ其嚴ニ之ヲ制禦スル所ノ主意ヲ示ストモ不可ナカルヘシト考ヘリ」と主張する。これに対し、ボワソナードがヨーロッパ各国刑法の例をもつて反論すると、鶴田は妥協案として、「教師ノ説モ一理アリ然シ日本ノ国體ニテハ天皇ニ對シタル罪ノ誤機ト『タンタチーフ』トヲ以テ全ク親ニ對シタル罪ノ誤機ト『タンタチーフ』ト同シク為スハ如何ニモ不都合ナラント考ヘリ故ニ天皇ニ對シタル罪ノ誤機丈ケハ必ス本罪ト同刑『タンタチーフ』ハ一等減設備陰謀ヲ二等減ト為シテ特別ノ法ヲ立ツルハ如何」と提案したが、ボワソナードはうけ入れなかつた。

その後、この「第一案」をめぐる議論をふまえた「第二案」の説明で、ボワソナードは、「天皇ニ對スル罪ト雖モ一人ナル時ハ總テ尊屬親ニ對スル罪ト同シク『マンケイ』ハ一等減『タンタチーフ』ハ二等減ト為スヘキナレモ二人以上ナル時ハ即第一項ノ如ク『マンケイ』ハ一等減ヲ便利法ト為シ『タンタチーフ』ハ一等ヲ減シ其以下設備陰謀[○]言[○]ヲモ二等ヨリ五等迄ノ減等法ヲ以テ之ヲ罰スヘキモノト為ス」とのべ、これに対する鶴田の質疑にボワソナードは頑として自説を通し譲ることがなかつた。そこで、「教師ハ自説ヲ主張シテ執拗ナリ故ニ先ツ其説ニ從ヒ置クハ如何」との名村の提案により、鶴田は、やむをえずボワソナードの説に従うことになった。その後「第三案」から「第一稿」へ至る過程では、条文の表現および体裁上の手直しが加えられるにとどまつた。

第三は、「皇威ヲ覆スヲ目的ト為ス重罪」（国事犯）の刑を死刑とするか流刑とするかである。

ボワソナードは、現今ヨーロッパ各国刑法が、漸次国事犯の死刑を廃し流刑に処していることを説き、さらに「政事ニ對スル罪ハ固ヨリ刑法上ニ於テモ嚴ニ防カサル可カラス然シ之ヲ防クニ死刑ヲ以スルハ道理ニ於テ適當セス何故ナレハ政事ニ對シ之ヲ犯スノ道理如何ニ付テ論スル時ハ其正理ノ存スル所ハ果シテ政府ニ在ルカ又犯人ニ在ルカ正邪

曲直ノ分界ニ至テハ人智ノ能ク審案シ得ヘキニアラサレハナリ」、「一体重流刑ハ政事罪ヲ罰スル最重ノ刑ナリ然ルニ尚之ヲ死刑ニ処スルハ過酷ニ失スル而已ナラス太タ不適當ナルモノトス」として、各国刑法にならって日本刑法においても、「皇威ヲ覆スヲ目的ト為ス重罪」を重流刑に処することを主張した。これに対し鶴田は、この罪に「死刑ヲ廢シ流刑ニ処スルハ太タ不都合ナリ」として死刑に処することを主張。さらに、「皇威ヲ覆ス罪」と通常の内乱罪との論議をへて、「一体ハ『天皇ノ身体即天皇ヲ殺傷シタル罪』又ハ皇統即天皇ノ一家ヲ亡サントシタル罪又ハ皇威即天皇ノ威權ヲ奪ヒタル罪丈ケハ之ヲ死刑ニ処シテ之ヲ此条以上ニ置キ内乱即政府ヲ覆シ又ハ例ハ九州カ蝦夷地ニ割拠シテ旗ヲ挙ケ土地ヲ略取シ又ハ占有シタル類ノ罪ハ流刑ニ処シテ之ヲ後条ニ置カントス」と主張したが、結局、ひとまずボワソナードの説に従うことになった。

また、ボワソナードは、該罪を流刑に処して罰金を附加することを主張した。鶴田は反対の意を表明したが、ここでも、「教師ハ国事犯ノ罪ニ罰金ヲ附加スヘシトノ説ヲ主張シテ執拗ナリ故ニ先ツ其説ニ從ヒ置クハ如何」との名村の提案に従うことになった。

なお、「第二案」の質疑において、国事犯の具体例をとりあげて、鶴田は再度死刑を廢することの不都合を主張したが、ボワソナードは、「国事犯ハ必ス死刑ヲ廢セサルヲ得ス」とし、その上で、「假令国事犯ノ方法ニ出ルト雖モ放火決水謀殺毒殺等ハ別ニ通常罪ノ重キ刑ヲ以テ罰スヘキナリ」、また、「鬪争ヲ為サムル官吏ヲ謀殺シ又ハ公ケノ建造物及海陸軍ノ製造所ヘ放火シタルノ類ハ假令国事犯ノ時ト雖モ死刑ニ処セサルヲ得ス」として、これら国事犯中の死刑に処すべきものにつき一条を設けて特書することにした。その後、「第三案」に対する議論で、鶴田はこれらの罪を内乱罪中に置いてはどうかと提案したが、「先ツ此所ニ掲ケ置キ後章ノ都合ニ依テ転置スルカ又ハ後章ニテハ此条ニ從テ処断ス」ト記スヘシ」とのボワソナードの説に従うことになった。

第四は、国事犯の自首を免罪するかどうかである。この自首免罪の規定については議論の末、各国刑法の規定するところであるとするボワソナードの説に、ひとまず鶴田は従うことになった。

第五は、不敬罪についてである。

まず、不敬の内容について、ボワソナードから、フランス語には、「ウートラージ」(暴行)、「アンジュスチー」(罵詈)、「ヲフヘンス」(不敬)の三語の区別があるとの説明があったが、日本文にその適當の訳語がないとして、「然り日本文ニ其適當ノ訳語ナキ以上ハ已ムヲ得サルニ付総テ不敬ノ罪ト記シ右三語ノ区別ハ裁判官ノ監定ニ依リ本刑ノ範圍中ニテ之ヲ輕重スルコトヲ為スヘシ」(ボワソナード)ということになった。

つぎに、ボワソナードは、「言語動作ヲ以テ公然ト天皇ノ目前ニ於テ直接ニ為シタル」不敬は重禁錮に処し、「新聞紙又ハ公然ノ演舌ヲ以テ天皇ノ目前ニアラス間接ニ為シタル」不敬は輕禁錮に処することを主張し、前者の不敬は「第一条ノ天皇ノ身体ニ対スル罪ノ餘流ナリ故ニ通常罪トシテ重禁錮ニ処ス」、また後者の不敬は「第二条ノ国事犯ノ餘流ナリ故ニ輕禁錮ニ処ス」との説明を加えた。これに対し鶴田は、両者の不敬とも輕禁錮に処することを、また「第二案」に対する議論においては、後者の不敬を讒謗律と比較して重禁錮となすべきことを主張したが、ボワソナードの説に従うことになった。なお、罰金については、両方の不敬とも同額とする鶴田の主張が通った。

以上の議論をもとに「第四案」を作成し、これをもって左の「第一稿」が起草された。⁽¹⁶⁾

第一稿

第二編 公益ニ関スル重罪輕罪

第一章 天皇ノ身体及ヒ主權ニ対スルノ罪

第百十八条 天皇皇后及ヒ皇太子ノ身体ニ対シタル犯罪ハ卑屬ノ親其尊屬ノ親ノ身体ニ対シテ犯シタル重罪輕罪ニ

同シ

第一百九条 二人以上前条ノ重罪輕罪ヲ犯サント協議シテ已ニ其所為ヲ尽スト雖モ犯人意外ノ舛錯ニヨリ其目的ヲ遂ケサル時ハ本罪ニ一等ヲ減スルコトヲ得若シ已ニ着手シ其犯状顕然タリト雖モ犯人意外ノ障礙ニ依リ之ヲ中止シタル時ハ本罪ニ一等ヲ減ス

已ニ設備ヲ為スト雖モ未タ着手セサル時ハ本罪ニ二等ヲ減ス

陰謀協議スト雖モ設備ノ所為アラサル時ハ本罪ニ三等ヲ減ス

陰謀ノ発言ヲ為スト雖モ協議セサル時其発言者ハ本罪ニ四等ヲ減ス

第一百二十条 皇室ヲ顛覆シ又ハ皇權ヲ拒絕シ若クハ減損シ又ハ皇嗣ノ順序ヲ紊乱スルコトヲ目的ト為ス犯罪ハ重流ニ処シ且五十円以下ノ罰金ヲ附加ス

第一百二十一条 前条ニ記載シタル重罪ハ未遂犯罪ノ時ニ於テ乃チ本刑ヲ科ス

若シ已ニ設備ヲ為シテ未タ着手セサル時ハ本罪ニ一等ヲ減ス陰謀協議スト雖モ設備ノ所為アラサル時ハ本罪ニ二等ヲ減ス

陰謀ノ発言ヲ為スト雖モ協議セサル時其発言者ハ本罪ニ三等ヲ減ス

第一百二十二条 第一百二十条ニ記載シタル犯罪ノ方法ニ出ルト雖モ左ノ諸件ノ所為アル者ハ死刑ニ処ス若シ減輕ス可キ情状アル時ハ徒刑又ハ懲役ニ処ス

- 一 人ノ住居シタル家屋又ハ公立ノ建造物及ヒ陸海軍ノ製造所若クハ政府ノ船舶ニ放火シタル者
- 二 火藥又ハ地雷火水雷火ヲ激發セシメタル者
- 三 戦争ニ関セサル官吏又ハ其他ノ者ヲ謀殺毒殺シタル者

四 兵器ヲ持セサル兵卒又ハ使節及ヒ虜ト為リ質ト為リタル人其他抗拒スルヲ能ハサル者ヲ殺シタル者

第二百二十三条 第二百二十条ニ記載シタル犯罪ノ方法ニ非スシテ別ニ余罪ヲ犯シタル者ハ第一百一条ノ例ニ照シテ処断ス

第二百二十四条 第一百八条第二百二十条ニ記載シタル犯罪ノ陰謀ニ與シタル者未タ着手セス且未タ發覺セサル前ニ於テ官署ニ自首シ其正犯附従ヲ告知シタル時ハ本罪ヲ免シ五年以上十年以下ノ監視ニ附ス

陰謀已ニ發覺シ又ハ捕ニ就クノ後ト雖モ其重キ正犯附従ヲ捕獲スルノ補助ヲ為シタル者モ亦同シ

第二百二十五条 天皇后皇太子ニ対シ公然直ニ不敬ノ所為アル者ハ三月以上五年以下ノ重禁錮五円以上五百円以下ノ罰金ニ処ス

天皇后皇太子ノ目前ニ非スト雖モ刊行ノ文書又ハ公然ノ演説及ヒ言語ニ於テ不敬ノ所為アル者ハ三月以上五年以下ノ輕禁錮五円以上五百円以下ノ罰金ニ処ス

(ii) 「第二稿」(第一一九条—第二二一条)

「第二稿」は、「第一稿」に対する校正のための議論をもとに「校正第一案」を作成し、それに対する論議をふまえて起草された。そこでのボワソナードと鶴田とでたたかわされた議論の主要な論点はつぎの通りである。

第一は、第一二〇条(「第一稿」の「皇室ヲ顛覆シ云々」の国事犯を、第三章内乱罪の第一三四条の前へ置くか(鶴田の提案)どうかである。

この問題について鶴田は、「此第一百八条(天皇后及ヒ皇太子ノ身体ニ対シタル罪—筆者注)ハ日本人民ニテ天皇ヲ父母ノ如ク尊ヒ且親ム者ト見做シ尊属ノ親ノ身体ニ対シタル重罪輕罪ニ同シト為シ之ヲ死刑ニ処スル故ニ全ク国事犯ニアラス通常罪ナリ然シ常人ニ対スル罪ト違ヒ国家ノ安危ニ関スル故ニ此第二編ノ公益ニ関スル重罪輕罪ノ内ニ置キタ

ルモノナレハ自ラ其道理ナキニアラス／然シ此第百十八条ハ通常罪ニシテ第百二十条ハ国事犯ナリ其通常罪ト国事犯ト性質ノ異リタル罪ヲ同シク此第一章中ニ混同シテ置クハ太タ不都合ナラスヤ」と問いかけた。これに対しボワソナードは、「第百二十条ノ罪ト雖モ畢竟天皇ニ而已関スル罪ナリ故ニ仏国刑法第八十六条以下ノ例ニ倣ヒ天皇ノ身体ニ対スル罪ノ章中ニ置キタル訳ナレハ之ヲ二章ニ分ツハ十分ナラス」と弁明したが、結局鶴田に押しきられ、「然ラハ貴説ニ従ヒ第一章中ヲ分チ即第百十八条ノ罪ハ天皇ノ身体ニ対スル罪ト為シ之ヲ第一章ニ存シ置キ第百二十条以下ノ罪ハ第三章ノ第百三十四条ノ罪ト共ニ内乱ニ関スル罪ト為スヘシ而シテ第三章内乱ニ関スル罪ヲ第二章外患ヲ醸成スル罪ノ前ニ置キ其位置ヲ前後スヘシ」(ボワソナード)ということになった。⁽¹⁷⁾

第二は、第一一八条の未遂犯罪および自首免罪の規定を削除するかどうかである。

これにつき鶴田は、前者を尊属親に対する罪の未遂犯罪と同じくし、また後者を「天皇ノ身体ニ対スル罪ハ通常罪ニ付其通常ノ自首律ヲ用ヒ」ることとして、それぞれの規定を削除することを提案した。これに対し、ボワソナードは、前者の規定については「二人以上ニテ犯サントシタル時ニ限り重ク罰スルノ法ナリ」とのべ、また後者の規定は、「通常ノ自首律ハ事後ノ自首ニシテ且犯人一己ノ自首ニ止ルナレモ此条ノ自首ニハ事前ノ自首ニシテ且他ノ共犯ヲ訴ヘルコトヲ兼子タリ故ニ天皇ノ身体ヲ大切ニ保護スル点ヨリ論スレハ必ス之ヲ用ヒサルヲ得ス」として、それぞれの規定の存置を説き、鶴田もこれに従うことになった。

第三は、不敬罪についてである。

まず条文の位置については、第一の議論との関連で、「天皇ノ身体ニ対スル罪ノ本条ニ続ケ置ク」ことになった。つぎに、刑についてであるが、鶴田はさきに、第二項の刑名を第一項と同じく重禁錮になすことを主張したが、やむおえずボワソナードの主張通り軽禁錮としたとして、「其刑名ヲ異ニスル以上ハ刑期モ之ヲ区別シ第二項ノ軽禁錮

ヲ短ク為スハ如何」と提案した。これに対しボワソナードは、「然ラハ第二項ノ刑名ヲ第一項ノ刑名ト同シク重禁錮ニ改メ又其刑期モ短ク二月以上一年以下ト為スヘシ依テ其刑期ニ準シ罰金ノ科数モ減シ二百円以上二百円以下ト為スヘシ」と主張した。

以上の議論をふまえて、「日本文」を作成し、これを左の「第二稿」とした。

第二稿

第二編 公益ニ関スル重罪軽罪

第一章 天皇ノ身体ニ対スル罪

第二百二十九条 天皇皇后及ヒ皇太子ノ身体ニ対シタル犯罪ハ子孫其祖父母父母ノ身体ニ対シタル重罪軽罪ニ同シ

第三百十条 二人以上陰謀協議シテ前条ノ重罪軽罪ヲ犯サントシ已ニ其所為ヲ尽スト雖モ事後意外ノ舛錯ニ因リ其目的ヲ遂ケサル時ハ本刑ニ一等ヲ減スルコトヲ得若シ已ニ其事ヲ行ヒ未タ遂ケサルノ際本犯意外ノ障碍ニ因リ之ヲ中止シタル時ハ一等ヲ減ス

已ニ設備ヲ為スト雖モ未タ其事ヲ行ハサル時ハ二等ヲ減ス

陰謀協議スト雖モ設備ノ所為アラサル時ハ三等ヲ減ス

陰謀ノ発言ヲ為スト雖モ協議セサル時其発言者ハ四等ヲ減ス

第三百十一条 第二百九条ニ記載シタル犯罪ノ陰謀ニ与シタル者未タ其事ヲ行ハス且發覺セサル前ニ於テ官署ニ

自首シ其共犯人ヲ告知シタル時ハ本刑ヲ免シ五年以上十年以下ノ監視ニ付ス

陰謀已ニ發覺シ又ハ捕ニ就クノ後ト雖モ其重キ共犯人ヲ捕獲スルノ補助ヲ為シタル者亦同シ

第三百十二条 天皇皇后皇太子ニ対シ公然直ニ不敬ノ所為アル者ハ三月以上五年以下ノ重禁錮十円以上二百円以下

ノ罰金ニ処ス

天皇后皇太子ノ目前ニ非スト雖モ刊行ノ文書又ハ公然ノ演説及ヒ言語ニ於テ不敬ノ所為アル者ハ二月以上二年以下ノ重禁錮五円以上百円以下ノ罰金ニ処ス

(iii) 「確定稿」(第一三二条—第二三三條)

「第二稿」に対する議論の主要な論点はつぎの通りである。

第一は、再び、天皇に対する罪の未遂犯罪以下の規定および自首免罪の規定を削除すべきかどうかである。

鶴田は、「之ヲ熟考スルニ第百二十九条ニ於テ天皇ニ対スル本罪ヲ『祖父母父母ニ対スル重罪輕罪ニ同シ』ト為シタルニ付其未遂犯罪以下ト雖モ亦タ總テ祖父母父母ニ対スル罪ト同シク論スルコトト爲シ此第百三十条ハ全ク之ヲ削ラントス」、また、「日本ニテハ古来天皇ニ対スル罪ヲ犯シタル者ナシ故ニ今後ト雖モ實際ハ決シテ之レヲ犯ス者ナシトスノ故ニ殊更ニ煩擾ナル法ヲ設クルヲ要セス」、さらに、「元来天皇ニ対シ已ニ謀殺ヲ行ハン為メニ着手シタル者ハ仮令其目的ノ罪ハ遂ケサルトモ之ニ減等法ヲ用ヒ本罪ト同刑ニ処セサルハ却テ世道人心ニ背馳スル場合アラントス故ニ此未遂犯罪ノ法ハ刑法上ニ判然ト示シ置カサル方日本ノ實際ニ於テハ大ニ便利ナル事アルヘシ」と主張した。これに対してボワソナードは、「大ニ天皇ヲ尊崇スルヨリ特別ニ保護スル主意ニ出テタル者ニ付日本ノ国体ニ於テハ殊ニ適當スヘシト思考ス」、また、「古来天皇ニ対スル罪ヲ犯シタル者ナキハ畢竟天皇ニテ自ラ政事ノ實権ヲ執ラサル故ナルヘシ然ルニ其實権ヲ執ラレタル以上ハ将来或ハ之ヲ覬覦スル者ナシトモ言ヒ難シ故ニ二人以上ノ未遂犯罪丈ケハ尊屬ニ対スル罪ヨリ重ク罰セントス」と弁明した。

そこで名村がボワソナードの説得を行い、それにもとづいたボワソナードの「然ラハ貴説ノ如ク天皇ニ対スル罪ハ未遂犯罪已下ニ至ル迄總テ尊屬親ニ対スル罪ト同シク而シテ設備及ヒ陰謀ノ發言ヲモ全ク罰セサルコトト爲スヘシノ

元来第一稿以前ハ天皇ニ対スル罪ハ総テ特別ニ重ク罰スヘシトノ貴説ナリシ故ニ此未遂犯罪以下ニ至リ特別ノ法ヲ立テタル訳ナリノ然ルニ今日ニ至リ之ヲ削ルヘシト論セラルルハ不都合ナリ然シ一体ノ条理上ヨリ論スレハ第二百二十九条ニ於テ『尊属親ニ対スル重罪軽罪ニ同シ』ト為ス以上ハ其未遂犯罪以下ト雖モ総テ之レニ同シク為ス方穩当ナラン」との議によつて、本条は削除されることになった。

ついで、未遂犯罪以下の規定が削除されることになった以上、自首免罪の規定(第一三二条)も削除すべきだとの鶴田の主張によつて、この規定もまたはずされることになった。

第二は、不敬罪についてである。

鶴田は「此第三百三十二条中『公然直ニ』ノ字ハ妥カナラサルニ付直チノ字丈ケハ之ヲ削ラントス」と主張。これに對してボワソナードは、あくまで「公然ノ字ハ省クヲ得ス直ノ字モ亦タ省クヲ得ス」と反論した。そこで鶴田が再び、「兎モ角モ『公然直ニ』ノ字ヲ連記スルハ妥カナラス故ニ先ツ直ノ字ヲ置キ公然ノ字ヲ省カントス」と主張したのに対し、ボワソナードは、「然リ公然ノ字ハ之レヲ省クモ格別ノ差支アルニモアラス」と答え、さらに鶴田の提言で、日本文には、「直」の字にかえて「御前」とすることになった。

以上の議をふまえて、ここに「日本刑法草案」(「確定稿」)が起草された。

日本刑法草案

第二編 公益ニ関スル重罪軽罪

第一章 天皇ノ身体ニ対スル罪

第三百三十一条 天皇皇后及ヒ皇太子ノ身体ニ対シタル犯罪ハ子孫其祖父母父母ノ身体ニ対シテ犯シタル重罪軽罪ニ同シ

第三百三十二条 天皇后太子ノ御前ニ於テ公然不敬ノ所為アル者ハ三月以上五年以下ノ重禁錮二十円以上二百円以下ノ罚金ニ処ス

其御前ニ非スト雖モ刊行ノ文書又ハ公然ノ演説ニ於テ不敬ノ所為アル者ハ二月以上二年以下ノ重禁錮十円以上百円以下ノ罰金ニ処ス

第三百三十三条 此章ニ記載シタル罪ヲ犯シ輕罪ノ刑ニ処セラレタル者ハ一年以上三年以下ノ監視ニ付スルヲ得

(二) 審査局の修正作業——「刑法審査修正案」——

一 「日本刑法草案」が上呈された翌一二月、「司法省ヨリ刑法草案上申候處右ハ速ニ元老院ノ議ヲ經御頒布相成度因テ猶一層ノ修正ヲ加ヘ精確ヲ求ムル為メ且空議遷延スルノ患ヲ避ル為ニ太政官ニ於テ刑法草案審査委員ヲ被設其委員ハ元老院司法省法制局ヨリ被撰任更ニ総裁トシテ參議中ヨリ一人ヲ被命右委員開局ヨリ六箇月ヲ期シ審査卒業ノ上更ニ元老院議定ニ被附候様有之度此段仰裁候也」との法制局伺⁽¹⁸⁾にもとづいて、太政官では、同月二五日、同官中に刑法草案審査局を設け、參議伊藤博文を総裁と為し、元老院幹事陸奥宗光・同議官細川潤次郎・同津田出・同柳原前光・太政官大書記官井上毅・司法大書記官鶴田皓・太政官少書記官村田保、同山崎直胤を委員に任じ、総裁に対し開局後六ヶ月を期して審査を終了するように達した⁽¹⁹⁾。その後、翌一八七八年二月二八日に司法大輔山田頭義が、同年六月一四日に元老院議官中島信行が委員に加えられた。また同七八年一月から三月にかけて、元老院御用掛小田切盛徳・司法少書記官名村泰蔵・判事昌谷千里・元老院少書記官細川広世らが御用掛に、その他久與三(兼勤御用掛)外若干名が雇を命ぜられた⁽²⁰⁾。なお、ボワソナードはこの審査修正作業からはずされている。

審査局は、設置の翌年一月一四日、元老院中に開設され、各国の刑法や各裁判所の意見など⁽²¹⁾、さらに審査局と並行し

て修正作業を行っていたと推測される司法省の修正案を参考として、逐条の審査、修正を開始するとともに、まず、「本邦ノ国体ニ関シ、或ハ外国ニ対スル等」の重大問題については「予決問題」として政府に上申したが、この問題の処置につき、同年二月二七日に指令をうけた。委員村田保は「法制実歴談」⁽²³⁾の中で、この間の事情について、つぎのようにのべている。

同審査局ハ、総則第四条以下外国ニ関係スルノ箇条ト、第三編第一章ニ天皇ノ身体ニ対スル罪ト、第二章内乱ニ関スル罪ニ、国事犯ノ首魁ヲ無期流刑ニ止メ、国事犯ニハ総テ閏刑ヲ用フルコトトシタルヲ見テ、是レ本邦ノ国体ニ関シ、或ハ外国ニ対スル等ノ事ニシテ、刑法改正中最モ重要ノ問題ナリトシ、之ヲ予決問題トシテ其処置如何センコトヲ先ツ政府へ上申セシ処、同十一年二月二七日伊藤刑法草案審査総裁出局ノ上、上申ノ件ハ内閣ヨリ上奏ヲ經テ決定スルコト左ノ如シト口達セリ

- 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權ハ削除スルコト

さらに審査局では、一〇月一〇日、同局による修正案のうち同局で専決できない重大問題（期満免除、赦宥、皇室に對する罪および親屬に関する議）⁽²⁴⁾ について太政官に伺を立てたところ、同月一九日に、「伺ノ通相心得草案審定可致事」との指令があり、また翌一八七九年二月二七日の親屬例中妾に関する議の伺に對し、六月二三日、「伺ノ趣妾ニ係ル刑法ノ条章ハ第一案ニ依リ審定スヘシノ但妾ノ子其父母ニ於ケル權義ハ仍ホ従前ノ通タルヘシ」との指令が⁽²⁵⁾ された。このように審査局では、重大問題について太政官に上奏裁を仰ぎながら、逐条審議を進め、⁽²⁶⁾ 「審査修正第一稿」、

「同第二稿」をへて、六月二五日に審査を完了し、七月四日、総裁柳原前光⁽²⁷⁾より太政大臣三条実美に、四編四三〇条からなる「刑法審査修正案」が上進された。

二 つぎに、右の審査局の修正作業によって、「日本刑法草案」第二編第一章「天皇ノ身体ニ対スル罪」の規定がどのように修正されたかをみてみよう。

まず、先にみたごとく、「予決問題」として内閣にその処置の判断を仰いだ結果、皇室に対する罪は存置することに決定した。そこで審査局では、該罪についての審議、修正に取り組み、一八七八(明治二一)年八月二一日に、左のような「修正案」を起草した。⁽²⁸⁾

第一百六条 至尊^{上皇(朱書)}三宮及ヒ東宮ニ対シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ処ス

第一百七条 至尊^{上皇(朱書)}三宮及ヒ東宮ニ対シ不敬ノ所為アル者ハ三月以上五年以下ノ重禁獄ニ処シ十円以上百円以下ノ罰

金ヲ附加ス

第一百八条 皇族ニ対シ危害ヲ加ヘタル者ハ死刑ニ処ス其危害ヲ加ヘントシタル者ハ無期徒刑ニ処ス

第一百九条 皇族ニ対シ不敬ノ所為アル者ハ二月以上四年以下ノ重禁獄ニ処シ五円以上五十円以下ノ罰金ヲ附加ス

第二百十条 此章ニ記載シタル罪ヲ犯シ軽罪ノ刑ニ処セラレタル者ハ一年以下ノ監視ニ付ス

審査局では再び、この修正案のうち第一一六条・第一一七条につき、一〇月一〇日、同局で専決できない問題の一つとして太政官に指令を仰いだ。すなわち、「同第一百六条ニ皇室ニ対スル罪ヲ設ケ至尊上皇三宮及ヒ東宮ニ対シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ処シ不敬ノ所為アル者ハ三月以上五年以下ノ重禁獄ニ処シ十円以上百円以下ノ罰金ヲ附加スト掲載候事ニ評定致シ候ヘ右ハ重大ノ事件ニ付如何相心得可然哉」と、「別紙」本条を添えて伺を立てた。⁽²⁹⁾これに対し、「伺ノ通相心得草案審定可致事」との指令が「別紙」本条とともに下され(第一一六条・第一一

七条ともに無修正)、審査局の修正案は一応承認を得たのである。

その後さらに、この「修正案」をもとにして審査、修正を行い、「刑法審査修正第一稿」を作成した。これは右の「修正案」に朱筆で再修正をほどこしたものである。⁽³⁰⁾

刑法草案修正稿本(第一稿)

第二編 公益ニ関スル重罪軽罪

第一章 皇室ニ対スル罪

第一百六条 天皇皇后(朱書) 至尊上皇三宮及ヒ東宮ニ対シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ処ス (至尊上皇三宮および東宮

の文字朱抹。上欄外に「上皇二字不妥刪去テ至尊ノ内ニ有リト見做スヲ再議」とある。)

第一百七条 天皇皇后(朱書) 至尊上皇三宮及ヒ東宮ニ対シ不敬ノ所為アル者ハ三月以上五年以下ノ重禁獄ニ処シ十円以上百円以下

ノ罰金ヲ附加ス(至尊上皇三宮、東宮および獄の文字朱抹。)

山陵ニ対シ不敬ノ所為アル者亦同シ(この項は朱で新たに書き加えられた)

第一百八条 皇族ニ対シ危害ヲ加ヘタル者ハ死刑ニ処ス其危害ヲ加ヘントシタル者ハ無期徒刑ニ処ス

第一百九条 皇族ニ対シ不敬ノ所為アル者ハ二月以上四年以下ノ重禁獄ニ処シ五円以上五十円以下ノ罰金ヲ附加ス

(獄の字朱抹。)

第二十條 此章ニ記載シタル罪^{輕(朱書)}ヲ犯シ^{輕罪ノ刑ニ処セラレタル者ハ}二年以下ノ監視ニ付ス(最初、「輕罪ノ刑ニ

処セラレタ」の文字が朱で抹消されたが、「輕罪ノ刑ニ処」の文字は復活され、朱で書き加えられた「輕」の字が抹消され

ることになった。すなわち本条は結局「此章ニ記載シタル罪ヲ犯シ輕罪ノ刑ニ処スル者ハ六月以上二年以下ノ監視ニ付ス」と修正された。)

この「第一稿」は、その後「刑法審査修正第二稿」さらに「刑法審査修正案」（確定稿）において、該条文については一字一句の修正もうけることなく、元老院の議に付せられることになる。

(三) 元老院の審議

(1) 元老院の審議

一 一八八〇（明治二三）年三月一日、「刑法審査修正案」は元老院の議に付せられた。⁽³¹⁾これに先だつて、二月二八日に司法卿大木喬任は元老院議長に転じ、三月一日には鶴田皓が元老院議員を兼任することになった。同月五日、「第七十四号議案・刑法審査修正案」の第一読会が開かれた。議長は大木喬任、出席議員は、一番玉乃世履・二番齊藤利行・三番大久保一翁・五番柳原前光・八番細川潤次郎・九番神田孝平・一〇番水本成美・一一番伊集院兼寛・一二番岩下方平・一五番大給恒・一六番林友幸・一七番秋月種樹・一八番東久世通禧・一九番津田出・二一番河瀬真孝・二四番山口尚芳・二七番楠本正隆・三〇番鶴田皓であり、内閣委員として太政官権大書記官村田保がこれに加わった。⁽³²⁾

「第一読会」においては、内閣通牒文と刑法目録との朗読につづいて、まず内閣委員村田保が、刑法審査修正案が成稿をみるに至った所以として、「刑法設立ノ沿革ト現行ノ律例ヲ廃シ之ヲ設クルノ理由及ヒ更ニ掲ケタル新法ノ著シキ要点」を陳述し、速かに決議上奏されることを希望した。⁽³³⁾つづいて、「畢竟此法案ヲ議定スルニハ首尾相顧ミ權衡宜キヲ料リ其微妙ナル所ニ注意セサル可ラス若シ夫各条ニ就テ彼此修正セハ或ハ大ニ其面目ヲ失フニ至ル可キニ依リ本官ハ委員ヲ選ミ全部ノ修正ヲ托センコトヲ建議ス」との柳原前光の提案に全員が賛成し、これにもつづいて議長は、秋月種樹・津田出・水本成美・大給恒・鶴田皓の五議員を修正委員とした。⁽³⁴⁾

これらの委員の手になる修正案は、「第二読会」(三月二十九日—四月二日)、および「第三読会」(四月六日—四月十六日)において審議、修正された。前者では、第一四一条の官吏侮辱罪をめぐって、後者では、第一一四条の親屬に妾を存置すべきか否かをめぐって激しい論議がくりひろげられた。

四月一三日、元老院に対し、「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議ハ急施ヲ要スルニ付本月二十七日マテニ議定可有之此旨及照会候也」との照会があり、⁽³⁵⁾かくて元老院では、四月一六日に審議を終了し、翌一七日、本案は「本院修正朱書ノ儘」⁽³⁶⁾上奏された。

二 この元老院の審議において、第二編第一章「皇室ニ対スル罪」(第一一六条—第二一〇条)の規定はほとんど修正されなかった。

「第二読会」において、議官齊藤利行は、讒謗律との関係から第一一七条をつぎのように修正すべきであると提案した。すなわち、「讒謗律ノ如キハ単行ノ法律ト為サシテ之ヲ刑法ニ入ルムヲ可トス当初司法部ニテ起草セシ原本ヲ以テ其参照斟酌ニ供スルトキハ其意全備スルモノト如シ仍テ第一百七七条ニ『天皇三后皇太子ノ御前ニ於テ公然不敬云々』ト為シ其第二項ハ司法部ノ原案第三百三十二条第二項ヲ挿入シ『其御前ニ非スト雖モ刊行ノ文書又ハ公然ノ演説ニ於テ不敬ノ所為アルモノハ二月以上二年以下ノ重禁錮十円以上百円以下ノ罰金ニ処ス』ト為サント欲スルナリ而シテ第三百五十八条ニ参照スルニ該条ニハ即チ其身分ノ區別ヲ論セス一般ニ冠ル所ノモノナリ豈ニ別ニ讒謗律ヲ単行スルニ及ハンヤ」とのべ、第一一七条を「日本刑法草案」の該条に復せんことを主張したが、この齊藤の動議は一人の賛成者も得られず消滅した。⁽³⁷⁾

またさらに齊藤は、第一一九条についても「本条ニ於テ『皇族ニ対シ刊行ノ文書又ハ公然ノ演説ニ於テ不敬ノ所為アル者ハ二月以上二年以下ノ重禁錮ニ処シ十円以上百円以下ノ罰金ヲ附加ス』トノ修正ヲ為サントス」との提案をし

たが、この動議も賛成者がなく消滅することになった。⁽³⁸⁾

その後、「第三読会」において、議員水本成美は第一一七条につき、「第一百七条第二項ノ山陵ヲ『皇陵』ト修正ス可シ從來至尊存生中ハ乗輿或ハ車駕ト称スルモ本案ハ已ニ天皇后皇太子ト直指ス然ラハ皇陵トスルモ敢テ不敬ニアラサル可シ」と提案した。この修正動議は全会一致で可決された。かくて第一一七条の第二項は、「皇陵ニ対シ不敬ノ所為アル者亦同シ」とすることになった。⁽³⁸⁾

(2) 刑法の公布、施行

一 上奏された元老院の修正案（「刑法審査修正案」に朱書で修正を施したものは、法制部に回付され、四月二〇日、「右ハ不都合無之ニ付修正ノ通り御布告相成可然哉」との同部の稟議を得、⁽³⁹⁾また五月一日には、外務省から刑法等の速やかな公布が要請されたこともあって、⁽⁴⁰⁾同年七月一七日、太政官布告第三六号をもって刑法が、同第三七号で治罪法がともに公布された。翌一八八一（明治一四）年七月八日、太政官布告第三六号で「刑法治罪法来明治十五年一月一日ヨリ施行候条此旨布告候事」とされた。⁽⁴¹⁾かくてここに近代刑法典の公布、施行が実現することになった。

二 第二編第一章「皇室ニ対スル罪」の規定は左のごとくである。なお、第一一六条および第一一七条の規定中、「刑法審査修正案」では「皇后」となっていたものが、「三后」になった。

刑法

第二編 公益ニ関スル重罪軽罪

第一章 皇室ニ対スル罪

第一百六条 天皇ニ后皇太子ニ対シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ処ス

第一百七条 天皇ニ后皇太子ニ対シ不敬ノ所為アル者ハ三月以上五年以下ノ重禁錮ニ処シ二十円以上二百円以下ノ

罰金ヲ附加ス

皇陵ニ対シ不敬ノ所為アル者亦同シ

第一百八条 皇族ニ対シ危害ヲ加ヘタル者ハ死刑ニ処ス其危害ヲ加ヘントシタル者ハ無期徒刑ニ処ス

第一百九条 皇族ニ対シ不敬ノ所為アル者ハ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ処シ十円以上百円以下ノ罰金ヲ附加ス

第二百十条 此章ニ記載シタル罪ヲ犯シ軽罪ノ刑ニ処スル者ハ六月以上二年以下ノ監視ニ付ス

(1) 国会図書館憲政資料室蔵「伊藤博文文書」二七一。

(2) 『井上毅伝』史料篇第一、五六頁。

(3) ↓(7) 『刑法編集日誌』(『日本刑法草案会議筆記別冊』)による。

(8) この間の事情については明らかではないが、司法省が草案を起草し、それを正院に上呈してさらに元老院の議定に付するという、編纂手順そのものに対する批判も原因しているらしい。このてんに関し、一八七六年五月の元老院議長有栖川熾仁の太政大臣三条実美に対する上申書

『明治天皇紀』第二、三三三—三三五頁) 参照。

(9) 『日本刑法草案会議筆記』第Ⅳ分冊、二九二—九三頁。なお、「改正刑法名例案」第七条も同文である(『梧陰文庫』文書部B—1992)。

(10) たとえば、第七六条は、「日本人外国ニ在テ謀反大逆及ヒ内乱等日本国ノ安寧ヲ害スル重罪ヲ犯シ又ハ国璽及ヒ政府ノ印信貨幣印紙公債證書若クハ官許ヲ得タル銀行ノ證券等ヲ贗造スル重罪ヲ犯ス者ハ外国ニ於テ裁判ヲ経タルヲ除ク外第七十五条ノ一項ヨリ四項ニ至ル条件ノ備具スルヲ要セス其罪ヲ論ス」と規定する。

(11) 『法規分類大全』刑法門一・刑法総、六頁。

(12) この編纂方法の変更をもたらした原因として、第一に「初案」作成の経験から、日本人委員だけの手によっては早急に近代的な体系をもつた刑法典を起草できないことが確認されたこと、第二にボワソナードにイニシャチーブをとらせることで、条約当事国に対し法典編纂の信用をとりつけることがねらいとされたことなどが考えられる。

(13) 『日本刑法草案会議筆記』(『早大本』)では、「刑法草案第一稿 五百一拾三条」と表記してあり(同第Ⅳ分冊、二九四—頁)、また岡琢郎

「近代刑法沿革略誌」(『日本近代刑事法令集上』)も「刑法改正草案五百二十三条」と記している。なおこのてんに関し、鶴田文書研究会、前掲「解題」(第一分冊、二二頁) 参照。

(14) 早稲田大学図書館蔵「日本刑法草案」(函架番号ワ13—六四六六、(1)(2) 参照。

- (15) 以下とくにことわらない限り、引用資料は『日本刑法草案会議筆記』第Ⅱ分冊、四六八頁から五八六頁による。
- (16) 「第一稿」以前のボワソナード諸草案のうち、「第一稿」を作成するための「確定」草案を集めたものが「日本帝国刑法草案」(『日本刑法草案会議筆記』別冊)であるが、これをみるとボワソナードは第二編第一章については第六案まで作成したことがわかる。
- (17) なお、鶴田はここでの議論の中で国事犯を死刑に処すべきだとする論をむしろ返している。
- (18) 『法規分類大全』刑法門一・刑法総、八頁。
- (19) 同右
- (20) 国立公文書館所蔵「公文録」による。なお、この審査局の構成メンバーについては、吉井蒼生夫・藤田正「旧刑法の制定とその意義」(一九七七年度法制史学会研究大会報告)において、詳細な検討を加えた。
- (21) 「日本刑法草案」はこれに対する意見を徴するため各裁判所に送付された。たとえば最高裁判所図書館所蔵の「日本刑法草案」(用紙は新潟裁判所新発田支庁)には、「第四千七百七十二号 刑法草案一部致送付候条本案ニ付意見モ有之候ハ、条件ヲ詳記シ来十一年二月上旬迄ニ可被差出候 明治十年十二月十九日 司法卿大木喬任」との文がある。
- (22) 早稲田大学図書館蔵「刑法審査修正」(写本二冊)の中に「刑法再訂本第一編」(野紙は司法省)と書かれた草案があり、これは「日本刑法草案」に司法省内で手を加えたものと思われる。また「日本刑法草案」(写本二冊)には「司法省ヨリ廻送」と朱書された「刑法修正案」(野紙は刑法草案審査局)がとじ込まれている。これらの修正案が存在していることから、確定稿を上呈した後も、司法省では独自にその修正作業を行っていたものと思われる。
- (23) 『法学協会雑誌』三二巻四号。なお、穂積・前掲『法窓夜話』二六一―二九頁、参照。
- (24) 『法規分類大全』刑法門二・刑律三、三七九―三八〇頁。
- (25) 同右、三八三―三八四頁。
- (26) 途中、地方官会議の影響で審査修正作業は遅れた。このてんに関し、一八七八年六月一日の「刑法草案審査局総裁柳原前光届」(『法規分類大全』刑法門一・刑法総、八頁)参照。
- (27) 一八七八年五月二八日、伊藤の内務卿就任にともない、総裁は柳原に代った。
- (28) この草案は、法務図書館所蔵の「吾園叢書」一四(函架番号XB100G2 1-14)の中にとじ込まれており、朱筆で「明治十一年八月廿一日審査畢」と書かれている。なお、野紙は司法省である。
- 本草案が、至尊・三宮・東宮といった文字を用いているのは、天皇・皇后・皇太子などの文字を直接指称するのを意識的に避けたものと思われる。

(29) この何の草稿と思われるものが、「刑法草案之儀ニ付伺」(前掲「吾園叢書」一四)である。この草稿では、実際に提出された伺より一項目少ない。

(30) 早稲田大学図書館所蔵「刑法審査修正第一稿」による。

(31) 『法規分類大全』刑法門二・刑律四、四四二頁。

(32) 『元老院會議筆記』前期第八卷、五三頁。その後の読会において出席議員は若干入れかわっている。

(33) (34) 同右、五六―六〇頁。

(35) 『法規分類大全』刑法門一・刑総、九頁。

(36) 同右、刑法門二・刑律四、四四二頁。

(37) (38) 『元老院會議筆記』前期第八卷、七〇―七一頁。

(38) 同右、一二三頁。これと関連して、第一七三条の「山陵」も「皇陵」と修正された(同上、一三四頁)。

(39) 『法規分類大全』刑法門二・刑律四、四四二頁。

(40) 同右、治罪門一・刑事諸則、一九九頁。

(41) 同右、刑法門二・刑律四、四四二―四四三頁。

むすびに代えて

これまで、旧刑法の編纂過程にそくして「皇室ニ対スル罪」の規定の変遷をみてきた。そこでは、編纂の各段階で終始該罪を刑法上に存置すべきか否か、存置するとした場合にいかん規定するかが問題とされ、周到な論議、修正を行うとともに、つねに重大問題として上奏裁を仰いだ。結局、審査局の修正段階で最終的に存置することが決定することになったが、このことは政府当局者の間で該罪が起こる可能性を認めていたこと、さらに天皇の政治的役割が増大化していることの反映である。事実、旧刑法の編纂過程は、権力自らの「内部淘汰」とブルジョア民主主義運動^{II}自由民権運動の展開を背景としており、ことに審査局の修正が行われた一八七七年末から一八七九年の時期には、天皇

を中心とする権力と国民との関係をどう法的に確定するかをめぐって激しい闘いが、自由民権運動と明治政府（政府部内での対立を内包する）との間でくりひろげられた。このことは、権力による支配の根幹をなす刑法にも当然反映する。他方、近代法の体系を有する刑法である以上、そこには天皇に対する規定を存置せざるをえない、つまり天皇を法的な存在として規定せざるをえないのである。かくて、最早この段階にあっては、ありうべからざることをとして「皇室ニ対スル罪」を削除すべしとする論を行いうる条件はなくなっていた。

そこで存置する以上、該罪をどう規定するかが問題となるが、政府および編纂に携わった日本人委員は、司法省の編纂以来終始、該罪の未遂犯罪以下に至るまでいかに重罰に処するか、また犯罪の構成要件をどう不明確化（たとえば、不敬罪について単に「不敬ノ所為アル者」とした）するかに意を注いだ。司法省の編纂を指導したボワソナードは、おそらくその「第二稿」以降「確定稿」に至って自らの意図したものはほど遠い草案となったことに憂慮したであろう。審査局の修正段階においては、該罪の対象が皇族にまで拡張され、山陵に対する不敬罪も加えられた。このようにして、現実の危険から天皇を法的に保護するための「皇室ニ対スル罪」の規定には、自由民権運動に対して作られた単行刑罰法（たとえば讒謗律）の経験などに学びながら最大の配慮がなされた。それは樹立されつつある国家構想の刑法への反映であり、天皇制に敵対する勢力に対する防波堤としての機能を期待されたものであった。

△附記▽ 天皇制国家の形成に関連づけて「皇室ニ対スル罪」を評価するためには、その編纂過程に視角を限定している本稿の分析だけでは不十分である。実施過程、さらに明治四〇年刑法への過程などの分析を今後の課題としていきたい。

なお、本稿の作成にあたっては、北海学園大学専任講師の藤田正氏から有益な教示をうけた。記して感謝の意を表したい。

（一九七八年二月稿）