

Title	山県有朋の「刑法改正理由」意見書：明治法制史料拾遺(7)
Sub Title	A opinion to the "reasons to amend penal code" by Aritomo Yamagata
Author	手塚, 豊(Tezuka, Yutaka)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1970
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.43, No.5 (1970. 5) ,p.92- 103
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19700515-0092

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

資料

山県有朋の「刑法改正理由」意見書

明治法制史料拾遺(7)

手塚 豊

明治四十一年、大山梓編「山県有朋意見書」が公刊された。これは、明治、大正時代に、山県が元老あるいは閣僚などに提出した各種意見書を原文のまま覆刻したもので、その中には「厳密には建議書とは云えない」が「山県の主張を理解する」ための「¹⁾軍人訓誡」のごとき二、三の文書をふくみ、合計八十二種を収録、また、附録として山県の監修した「陸軍沿革史」を加え、それに大山博士の四十頁余の解題を併せると、全編七六〇頁余に及ぶ大冊である。軍部、政界に大きな足跡をのこした山県の意見書は、近代日本史の資料として寔に貴重である。かつて山県邸には、「建議要録」と題する意見書の控が保存されていた由であるが、戦災によつて失われたとのことである。大山博士の前掲編著は、その「建議要録の復元」²⁾をめざされたものであり、各方面に散在、保管されている文書を、丹念に探索、蒐集された努力には、敬意を表さずにおられない。かくして、

山県意見書は、その全部が網羅され、一書にまとめられた筈であったが、こうした編纂本の止むをえない通例として、若干の登載もれがあつたようである。同書出版の数カ月後、私は大山博士から「刑法改正理由」と題する内閣野紙十四枚の複写版をいただいた。登載もれの一本である。原本は、井上毅文書の中にあり、第一枚目の「刑法改正理由」と書かれた題名の下に「為山県」と書かれている。文章は、山県の意をうけた井上毅の筆に成るものと思われる。文書の表紙にもあるいは末尾にも、山県の名がでていないので、発見がおくれ、それがため前掲編著に登載がもれたのであろう。そして、大山博士は、その内容が山県意見書としては他に類例のない純然たる刑法関係のもの故、とくに私にその発表を慫慂されたのである。

この意見書の日附は、明治十六年十月であるが、当時、陸軍中将山県有朋は、参議で参事院議長を兼ね、井上毅は参事院議員であつた。³⁾山県の意見書を、井上が代つて起草することは、当然ありうるこ

とであつた。

井上毅の文書は、その大部分が「梧陰文庫」と称されて、現在、国学院大学図書館に寄託されている。しかし、なお井上家に所蔵されている文書もすくなくない。「刑法改正理由」は、井上家所蔵の文書である。国学院大学図書館は、昭和四十一年以降、井上の意見を収録した「井上毅伝史料篇」を逐次刊行している。しかし、それは井上自身の意見書に限られ、井上の代筆のものはふくまれていないので、明治四年から二十年までの意見書一八〇種を取めた「井上毅伝史料篇第一」（昭和四十一年）にも、当然のことながら、「刑法改正理由」は入っていない。

他方、徳富猪一郎編著「公爵山県有朋伝」には、かなり多くの山県意見書が、原文のままかあるいは摘要の形で引用されているが、その中にも、「刑法改正理由」はみあたらない。

要するに、山県の「刑法改正理由」意見書は、これまで全く公表されたことがなかつたとみていい。ここに、大山博士のおすすめにより、その全文を覆刻、発表する所以である。

周知のごとく、明治十五年刑法は、ポアンナードを中心として編纂された純然たる西洋式刑法典であつた。したがつて、それまで施行されていた「律」系統の新律綱領あるいは改定律例とは根本的にその様相を異にしている。そうした西洋式法典には、わが国固有の伝統に反する点があるとして、当時の守旧派の人達からつよい反撥があつたことは、容易に想像できるところである。刑法と共に施行された治罪法に対しても、その事情は同じである。とくに、両法典の

施行後、犯罪が急激に増加したことは、その原因が両法典のためではなく、維新後の社会変革による一時的混乱の現象であつたにも拘らず、両法典に対する非難に一層の拍車をかけたのである。

当時の立法機関であつた元老院においても、両法典に対する非難は相当はげしかつた模様である。両法典施行後約一カ年を経た十六年二月、同院では「刑法治罪法ノ改正儀」（海江田信義議官起草、号外第三十四号意見書）を議決、上奏、さらにその後五カ月を経た七月には、「刑法、治罪法ヲ廢シテ新律綱領改定律例ヲ復セラレンコトヲ請フノ儀」（津田真道議官起草、号外第三十六号意見書）を議決、上奏した。このような元老院内における刑法、治罪法の改正もしくは廃止論の動向については、それを反駁する意見と共に、かつて私が本誌に紹介したので、ここではくりかえさない。

刑法、治罪法に対する保守的立場からの反撥は、単に元老院内にとどまらず、広く政府部内にもあつたと思われるが、そうした史料は、いままでのところ、余り多く知られていない。後ちに述べる井上毅の種々の刑法改正意見書並にここに紹介する山県の意見書は、そうした見解の代表的なものとみていい。

さて、山県の「刑法改正理由」の内容をみるに、明治十五年刑法の欠陥として三点を指摘し、その改正を提案したものである。

(1) 皇室に対する罪と、内乱の罪を別々に規定したことに対する反対意見である。山県意見書によると、君主国では「君主ノ躬ヲ侵ス」「君主ノ位ヲ危クスル」「朝憲ヲ紊乱」するものは全て「叛逆ノ罪」であるから「同一ノ罪名」にすべきであるとする。

殊にわが国の「国体」からみると、「太政官ハ即チ天皇親臨ノ所」である故、「政府ヲ以テ皇室ト区分シ、政府ヲ顛覆スル事ヲ」「皇室ヲ干犯スルノ罪トナサ」ざることとは不可である。また、内乱は陰謀を罪とし、大逆は未遂のみを罪とし、予謀は罪としない⁽⁹⁾が、これは謀反謀逆は予謀をも罪としたわが古律の伝統に反する。さらに、「宮禁ノ尊嚴」から皇室に対する言葉は、「乘輿」「宮闕」というがごとく「婉曲」の字を用いるべきであり、「天皇、三后、皇太子ニ対シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル云々」という字句は「礼儀名分」に反するし、また「天皇三后皇太子ニ対シ不敬ノ所為アリタル者」の刑が「重禁錮」にすぎないのは、刑が軽すぎる。

(2) 兇悪犯に対する刑罰が寛大すぎることと、博徒の結党を重視しないことに対する反対意見である。山県意見書によると、わが国の文明の「民度」はまだひくく、兇悪犯罪が逐年増加しつつある状況のもとで、新刑法の刑は一般的に軽すぎる。とくに未成年者による兇悪犯が多いにもかかわらず、未成年者なるが故に刑の軽減を行うことは当をえないとする⁽¹²⁾。また、わが国には外国には例のない博徒集団があるにもかかわらず、刑法が、博徒の現行犯のみを罰し、博徒の「結党」そのものを十分に取締らないのは不都合である⁽¹³⁾というのである。

(3) 刑法が、わが国固有の倫理道徳をものがしっていると、それに対する反対意見である。例えば、刑法第七十五条に「抗拒ス可カラサル強制ニ遇ヒ其意ニ非サルノ所為ハ其罪ヲ論セス 天災又

ハ意外ノ変ニ因リ避ク可カラサル危難ニ遇ヒ自己若クハ親屬ノ身体ヲ防衛スルニ出タル所為亦同シ」とあるが、この規定は、子が自己の身体を防衛するため、その父母の生命を危くする場合にも適用があるが、それはわが国の倫理に反する。ポアソナードは、その場合を子の正当防衛であるとするが、それは東西倫理のちがいである。

山県意見書の内容を要約すると、以上の三つである。ところが、これらの内容は、実は井上毅の改正意見でもあつたことを注意すべきである。

まず、皇室に対する罪と、内乱の罪とを合併する意見は、すでに明治十四年十二月に井上が元老院議官鶴田皓に提出した「刑法意見」の中で、「古律ニハ謀反謀大逆謀叛之条ハ皆之を予謀之条ニ誅劔する事を務メ告て其既ニ事ニ発スル哉ヲ待て始めて罪を論スル之例ニあらざる也」⁽¹⁴⁾、然るに新刑法ハ、「其危害ヲ謀ル者ヲ罪せず此レ其名分ヲ謬ル一也」⁽¹⁵⁾、「宮闕ヲ毀リ又ハ放火スル之罪ヲ掲ケズ此其名分ヲ謬ル二也」⁽¹⁶⁾、「指ニ斥乘輿、情理切害ハ大宝律之所謂大不敬にして死ニ処する者也今新法ニハ漠然不敬之条ありといへとも其罪ハ重禁錮ニ止まる此其名分ヲ謬ル三也」⁽¹⁷⁾、「宮禁之尊嚴ハ敢テ指斥セズ乘輿ト云ヒ宮闕ト云ヒ是駕ト云フノ類其言ヲ婉曲ニシ敢テ直指セザルハ蓋人臣之礼也今新刑法ニ「天皇ヲ危害スル」杯之文字ハ幾ト古典ノ見ザル所なるのミならず亦立憲國ニ於テ天子神聖之主義ニもあらず此レ其名分ヲ謬ル四也」との理由を掲げ、また「皇室ニ対スル罪ト内乱トヲ分割シタルハ共和主義之精神ニして甚タ我国体ニ適當せず」との

立場から、次の二つの改正案を提案している。⁽¹⁴⁾

甲案

凡ソ朝憲ヲ紊乱シ国家ヲ危クセンコトヲ謀リ宮闕ヲ干犯シ悖逆ヲ行フコト不臣ノ事ヲ謀リ及乘輿ヲ指斥シ情理切害ナル者ハ死刑ニ処ス

乙案

一 条 宮闕ヲ干犯シ悖逆ヲ行フコトヲ謀リ及乘輿ヲ指斥シ情理切害ナル者ハ死刑ニ処ス
不敬ノ刑ヲ重罪トス

朝憲ヲ紊乱シ内乱ヲ興スコトヲ謀ル者ハ死

さらに、明治十六年に書いたと推定される「刑法改正意見案」において、これらの改正点を整理し、次のような改正案を掲げている（原文には修正箇所があるので、ここには、修正後の文言を示す）。

第一 第二編第一章ト 皇室ニ對 第二章 国事ニ関 第一節 内乱ニ関ト ヲ合セテ一章トナシ、「悖逆ノ罪」ト為ス 百二十一条ハ、即チ悖逆ノ一部トナス

第二 第一百六条ノ文ヲ改メテ「皇室ニ對シ、悖逆ヲ行フコトヲ謀ル者ハ死刑ニ処ス」トナス

第三 第一百六条ノ第二項ヲ加ヘ「本条ノ罪ヲ犯ス者ハ、第八十条 条 不論罪有恕ノ例ヲ用ヒズ^{十六歳以下罪ヲ有ムルノ条}」トナス

第四 第一百七十条 条ヲ改メテ「乘輿ヲ指斥シ、情理切実ナル者、及諸口悖逆ノ言ヲ為シ朝憲ヲ蔑如スル者ハ有期徒刑ニ処シ、其ノ教唆シテ人ヲ惑ハスノ情アル者ハ無期徒刑ニ処ス 皇室ニ對シ不敬ノ所為アル者ハ、重禁錮ニ処シ、情重キ者ハ輕

山原有朋の「刑法改正理由」意見書

懲役ニ処ス

皇陵ニ對シ、指斥及不敬ノ所為アル者、亦同シ」トナスヘシ

第三 ^(まゝ、五の誤りか) 第一百二十一条ノ文ヲ改メテ「政体ヲ變壞シ、邦土ヲ僭窃シ、及朝憲ヲ紊乱スルコトヲ謀ル者ハ無期流刑ニ処ス 前項ノ目的ヲ以テ兵乱ヲ興シタル者ハ左ノ區別ニ從テ処断ス」

(以下旧法原文ニ依ル)

(第百二十一條以下、更ニ修正ヲ要スノ罪トナシ、又ハ兵乱トナシ 第百

二十八條ニ於テハ「内乱ノ目的」ニ関セザル十字ヲ削ル等)

第四 第二節ヲ改メテ「第二章 謀反ノ罪」トナス 関スル罪ニ

これらの改正理由として、井上は「政府ハ即チ天子ノ政府ニシテ、邦土ハ即チ天子ノ邦土、而シテ其朝憲ト謂ヘルハ、天子ノ朝憲ニ非スシテ何ソ」「君主ヲ危クスル者、亦国事犯中ノ重キ者ナリ、夫レ政府ヲ顛覆シ、朝憲ヲ紊乱スル者、君位ヲ危クスル者ニ非スシテ何ソ」「皇室ト政府ト、曾テ兩岐アルニ非サルナリ」「我国旧法、下ニシテ上ヲ犯シ、臣民ニシテ皇室又ハ政府ヲ犯ス者、之ヲ叛逆トシ、処スルニ極刑ヲ以テス云々」と述べている。

次に、井上が明治十五年刑法の兇悪犯に対する法定刑が、一般的に軽いと考えていたかどうかは明らかでないが、彼は賭博犯については特別の関心をよせていた。明治十六年十月、ボアソナード宛に諮問した「刑法改正ニ係ル井上毅問議案」の中で、次のごとく述べている⁽¹⁷⁾（⁽¹⁷⁾句讀点。手塚）。

我国ニ賭博党ナル者アリ。賭博ヲ以テ結党ノ機械トシ、一ノ首領ヲ立テ、同夥ノ徒ハ其首領ト父子ノ約ヲ為シ、死ヲ以テ誓ヲ結

ヒ、同惡相助クルノ便ヲ為シ、党多キ者ハ千万ニ升ルニ至ル。而シテ財産ヲ劫奪シ、婦女ヲ拐略シ甚シキハ多衆強盜シ、而シテ互相窩藏シ、隠蔽シ、良民ニ報讐シ、官吏ニ抵抗シ、社会ノ其勢ヲ懼レテ、敢テ告発捕拏スルコト無キニ至ルヲ以テ期トス。旧幕ノ時、此賭博党ノ害、都鄙ニ蔓延シ、人民ノ^(不明)苦スル所トナリ、田舎ニ至テハ、幾ト行政官吏ノ手ヲ束ヌル所トナルニ至リタリ。一新ノ時ニ、嚴刑ヲ用ヒテ之ヲ防圧シ、其巨魁ヲ誅劔シタリシカハ、一時、縱ヲ絶ツノ状ナリシニ、不幸ニシテ彼等ノ余燼ノ殘党ハ刑法ノ賭博ノ条ノ寛ナルヲ伺ヒ、現行犯ノ外、罪トナラザルヲ知り、近日、再タヒ團結ヲ企テ其勢撲殺シ難ク、更ニ旧幕ノ時ノ慘状ヲ現スルニ至ラントセリ。

井上は、博徒集団に嚴罰を以てのぞまなければ、賭博の鎮圧は不可能と考えたようである。未成年者の件については、明治十四年に書いたと推定されている「新刑法施行意見」の中で、「十六以上二十以下ノ犯罪一等減ハ社会ノ患害ヲ為サン何トナレハ人殺シ附火強姦等十八九ノ者過半ナレハ也 右十八九罪人ノ多ケレハトテ刑ヲ酌ニスルモ妥当ナラサルヘシト雖モドウイフ惡事ヲシテモ殺サレヌコトヲ知ラハ兇暴益甚カラシ」と述べ、「十六歳以上二十歳ニ滿サル者」の刑を当然に一等減とする刑法第八十一条に反対している。¹⁸⁾

また、刑法第七十五条の件についての井上の意見は、とくに子が親に対する場合だけでなく、全般的にその規定そのものに反対していた。明治十六年の起草と推定されている「刑法七十五条意見案」において、井上は「此条ハ此皆自己ノ禍害ヲ免レンカ為ニ其禍害ヲ他

人ニ移スモノニシテ殺身成仁ノ義ト正ニ相反ス」「凡ソ人刑法第七十五条ノ如キ時機ニ際シテハ恐懼ニ迫リ其本心ノ自由ヲ失フ者ナリト是レ刑法家偏理ノ論ニ係ルノミ徳教ヲ以テ之ヲ云フトキハ人ノ人タル所以ノ者ハ其節義ニ存ス豈危難ノ日ニ臨テ本心ノ自由ヲ失フヘケンヤ」との立場から、「刑法第七十五条不論罪ノ条ハ刑法ノ本源ニ関シ最モ改正ヲ要スル者ナリ」と断定している。¹⁹⁾

以上に述べたごとく、山県意見書の内容は、井上がすでに述べている意見と、ほとんど一致している。山県の發議が、井上の日頃の所見と一致したため、彼がその意見書の起草を担当したとみるよりも、むしろ井上が積極的に自己の所見を山県に上申し、その同意をえて、山県名義の意見書を起草したとみるべきであろう。

明治十五年刑法は、施行前後の頃からすでに司法省内で改正の議があり、数次の草案が作られ、政府はその修正案を参事院の議に付し、十六年五月、参事院総會議を通過した草案が内閣へ上申されたことは、すでに別の機会に、私が考証したところである。²⁰⁾この審議の過程で、井上は参事院議官として司法省原案の修正に参加、参事院通過案の内容には、彼の所見がかなりの範囲でとり入れられている。例えば、第七十五条は削除、皇室に対する罪と内乱に関する罪は、第一章の悖乱の罪に併合、皇室に対する罪を、予謀一般までに拡大し、第二百六十一条の「博場ヲ開張」又は「博徒ヲ招結シタ」者の「三月以上一年以下ノ重禁錮」は、「輕懲役」に改められ、またあらたに「同夥者」を「三月以上二年以下ノ重禁錮」「十円以上百円以下ノ罰金ヲ附加」する規定が増補され、さらに第二六一条が

非現行犯とされた⁽²⁴⁾。そのほか、この草案では官吏監守盜(第二八九条)の「輕懲役」が「重懲役」に、強姦致死(第三五一)条)の「無期徒刑」が「死刑」に、家宅侵入窃盜(第三三八)条)の「六月以上五年以下の重禁錮」が「二年以上五年以下ノ重禁錮」に、兇器携帯家宅侵入窃盜(第三七〇)条)の「輕懲役」が「重懲役」に、強盜(第三七八)条)の「輕懲役」が「重懲役」に、強盜強姦(第三八一)条)の「無期徒刑」が「死刑」に修正されるなど、全般的に刑罰の強化がめだつている⁽²⁵⁾。この参事院通過案は、閣内で廻覧されたが、結局、なんらかの事情で(一説にはポアソナードの反対⁽²⁶⁾)、廃案となつたものである。明治十六年十月、井上が参事院議長山県の名で、意見書を書いていることは、その時点においてすでに参事院議決案の廃案が決定しており、それがため、井上は自己の所見の重点を山県意見書に托し、その実施を強力に政府へ働きかけんとしたものと考えられる。しかし、この意見書が実際に政府へ提出されたのか、それとも単に起草だけで終つたのか、その辺の事情は明らかでない。

他方、井上は、山県意見書の内容に自己の所見を若干増加し、それをポアソナードに示して回答をもとめている。前に述べた「刑法改正ニ係ル井上毅問議案」が、それである。ポアソナードは、当時の立法事業に絶大な影響力をもつていたのである⁽²⁷⁾。

以上に述べたごとく、山県の「刑法改正理由」意見書は、明治十五年刑法施行当初における保守的立場からの代表的意見書の一つであり、すでにその内容は、当時政府部内で準備された改正案の中に

織りこまれていたものであるが、結局、それは、賭博罪の部分のぞいては、実現をみずに終つた。賭博罪については、当時の博徒の横行に手を焼いた政府が、刑法一部改正の手段によらず、翌十七年一月四日、賭博犯処分規則(太政官布告第一号)を別に定め、刑法における賭博罪(第二六〇条第二一一条)の効力を一時的に停止した⁽²⁸⁾。この規則は、賭博犯の処置を「行政警察」の対象として各地方長官の所管へ一任したもので、賭博犯に対し、とくにその博徒集団に対しては「博徒ニシテ党類ヲ招結シ又ハ賭場ヲ開張シ又ハ兇器ヲ携帯シ又ハ四隣ニ横行スル者ハ一年以上十年以下ノ懲罰及ヒ五十円以上五百円以下ノ過料ニ処ス」(前掲規則第一)と、非常な嚴罰を以てのぞんでいる。山県意見書は前にも述べたごとく、内閣に提出されたものかどうか明らかでないが、いずれにもせよ、山県の意見は、賭博犯に対する政府の措置に、相当の影響をあたえたものと思われる。

なお、井上⁽²⁹⁾、山県らの保守的立場からの十五年刑法に対する批判は、後ちの江木衷博士の「国粹主義的刑法論」に、一連の系譜となつて、つながっていることを附言しておく。

- (1) 大山梓編「山県有朋意見書」(昭和四十一年)・はしがき一頁。
- (2) 前掲書・はしがき一頁。
- (3) 「頭要職務補任録」上巻・二三頁、四五頁、下巻・三六三頁。
- (4) 前掲書・上巻・四六頁。
- (5) 徳富猪一郎編著「公爵山県有朋伝」中巻には、参事院議長時代の事蹟がくわしく述べられているが、「刑法改正理由」については言及されて

いない(八九〇頁以下参照)。坂本箕山「元帥公爵山県有朋(大正十一年)も、また同様である(四七四頁以下参照)。

(6)(7) 拙稿「元老院内における新律綱領、改定律例復活反対意見書——明治法制史料雑纂(九)——」・本誌第三四卷一・八五頁以下参照。

(8) 明治十五年刑法は、第二編「公益ニ関スル重罪、軽罪」の第一章に「皇室ニ対スル罪」をおき、第二章に「国事ニ関スル罪」(第一節内乱ニ関スル罪、第二節外患ニ関スル罪)をおいている。

(9) 内乱罪の場合は、陰謀の「予備」または「予備ニ至ラサル者」までも処罰の対象にしているが(第二二五条)、不敬罪の場合には、それについての規定がない。

(10)(11) 第一一六条に「天皇三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」、第一一七条に「天皇三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」とある。

(12) 第八十一条に「罪ヲ犯ス時満十六歳以上二十歳ニ満サル者ハ其罪ヲ宥シテ本刑ニ一等ヲ減ス」とあり、必ず「一等級」になつた。したがつて、どんな兇悪犯の場合にも死刑はありえない。

(13) 第二六〇条に「賭場ヲ開帳シテ利ヲ図リ又ハ博徒ヲ招結シタル者ハ三月以上一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」、第二六一一条に「財物ヲ賭シテ現ニ博奕ヲ為シタル者ハ一月以上六月以下ノ重禁錮ニ処シ五円以上五十円以下ノ罰金ヲ附加ス其情ヲ知テ房屋ヲ給与シタル者亦同シ但飯食物ヲ賭スル者ハ此限ニ在ラス」とある。この第二六一一条は現行犯のみを処罰の対象にしている。

(14) 「井上毅伝、史料編第一」(昭和四十一年・二六七頁以下。同書の編者は「新刑法の公布は十四年なるをもつて、本文書の起草は同年末よ

り翌十五年に及ぶと推定」し(前掲書・二六九頁)、「十二月三十日」の日附だけあるこの文書の年代を「十四年」としている(前掲書・二六七頁)。しかし、十五年刑法の公布は、十四年ではなく、十三年七月十七日(太政官布告第三六号)であるから、「十三年」と考えることもできる。

(15) 前掲書・三四四頁以下。

(16) 前掲書・三四三頁以下。

(17) 太政官十三行算紙十枚の文書で、梧陰文庫所蔵本(B1931「梧陰文庫目録」・二二五頁)である。

(18) 前掲井上毅伝・二二二頁。

(19) 前掲書・三三五頁以下。

(20) 拙稿「明治十六年・参事院の刑法改正草案——明治法制史料拾遺(3)」・本誌第四二卷一〇号・六〇頁以下参照。

(21) 拙稿・前掲参事院草案・六七頁。

(22) 第一章「悖乱ノ罪」を、第一節「皇室ニ対スル罪」、第二節「謀反ノ罪」、第三節「謀叛ノ罪」、第四節「外交ヲ妨害スル罪」に分けている。また第一一六条は「皇室ニ対シ悖逆ヲ謀ル者ハ死刑ニ処ス」と、予謀をふくめた文言に改められ、さらに第一一七条の「皇室ニ対シ不敬ノ所為アル者云々」に、「其情重キ者ハ輕懲役又ハ重懲役ニ処ス」が追加された(拙稿・前掲参事院草案・七二頁)。

(23) 拙稿・前掲参事院草案・八二頁。

(24) 第二六一一条の「財物ヲ賭シテ現ニ博奕ヲ為シタル者云々」の「現」が削除された(拙稿・前掲参事院草案・八二頁)。

(25) 拙稿・前掲参事院草案・八三頁、八六頁、八九頁、九〇頁。

(26) 拙稿・前掲参事院草案・六四頁。

(27) これに対するポアンナードの回答は明らかでない。

(28) 明治二十二年六月十日・法律第一七号で、この規則は廃止された。後に宮城浩蔵博士は、この賭博犯処分規則について「此規則へ 其刑極メテ苛酷加之治罪上一般被告人ニ与ヘタル弁護人任用、控訴上告等諸種ノ權利ヲ奪ヘリ。実ニ人ヲシテ一見野蠻的法律タルヲ慨セシム。凡ソ此ノ如キ法律ハ、一時ノ必要ニ迫ラレテ設ケタル者ナレハ其必要ナキニ至レハ、一日モ早ク之ヲ廃止セサル可カラズ。爾來、年ヲ経ルニ從ヒ、博徒殆ト其跡ヲ絶チ、賭博ハ唯普通人ノ間ニ行ハル、ニ過キサルヲ以テ、終ニ二十二年法律第十七号ニテ此規則ヲ廃止セリ」(「刑法正義」下巻・明治二十六年・五〇四頁)と述べている。

(29) 梅溪昇教授は、井上の思想を分析し「井上が歴史的國体をヨーロッパ的規範である立憲制の採用によつて規範化し、天皇を主権者とするに當つて、本来、家族道徳である儒教道徳を國家道徳として擴張使用せんとしたところ、井上における『近代性』の特質と限界があつた。…井上が市民社会の進展、資本主義的要素の増大につれて、みずから維持せんとする儒教道徳がどのような影響を被るかについて遠く将来を見究めることなく、それをもつて明治國家の觀念的支柱としたことは、やがて明治國家の構造面に内在する君主制要素と立憲制要素との矛盾・対立の激化とともに、思想面においても市民社会の進展・成熟につれて市民社会の思想との乖離を招く結果を導くに至つたものである」(明治前期政治史研究・昭和三十八年・三二七頁—三三八頁)と述べておられる。井上の十五年刑法に対する批判と改正意見の多くは、正にそうした思想的立場からの発想であり、それがため、二十年以降、ますます増大した市民社会的要素を背景にして作られたいくたびかの改正草案に、ほとんどなんの影響をもあたえずに終つたのである。

(30) 明治二十三年、第一帝國議會に、刑法改正案が提出されんとする際、井上が書いた「刑法中倫理ニ係ル条項ノ改正ヲ要スル義」(裕蔭文庫

山県有朋の「刑法改正理由」意見書

Brigade) 前掲目録・二二五頁)には、なお、不敬罪の中の「天皇皇后…」の文字は「乘輿」「宮闕」と改めること、不敬罪の予謀の処罰、親屬例の廃止、第七十五条を修正し、祖父母、父母に対する殺傷には特別宥恕をみとめない意見などが、みえてゐる。しかし、その時の刑法改正案(審議未了)には、このような井上の見解は、全く採り入れられていない(なお、註29・参照)。

(31) 佐伯千仞、小林好信「刑法学史」・「日本近代法発達史」第十一巻、二二三頁以下、江木の刑法に関する主著「現行刑法原論(明治二十六年)は、「冷灰全集」第一巻(昭和二年)三九七頁以下に覆刻されている。

前註 句読点は、手塚が附したものである。

刑法改正理由

為山県

新刑法ノ公布ハ、外国法学家ノ賛揚スル所ニシテ、呼テ東洋文明ノ徵表トナスニ至ル。今公布ノ後、未タ数年ナラザルニ之ヲ改正スルハ、中外ノ人民ニ幾分ノ論柄ヲ假スノ事タルヲ免レザルハ、論ヲ待タズシテ知ルヘキナリ。然シナカラ此ノ弱点アルニ拘ラズ、他ノ一方ニ於テ、至テ已ムヲ得ザルノ理由アリテ、彼此ノ輕重ヲ比較スルトキハ、果シテ改正ノ断行セザルヘカラザルコトヲ發願スヘシ。即チ左ニ開陳スル所ノ如シ。

第一 刑法ハ国法中ノ最も重要ナル者ニシテ憲法ニ次キ、又、憲法ヲ左右スル者ナリ。故ニ刑法ハ必建國ノ体ト、相符合スルコトヲ要スヘシ。凡ソ君主世ヲ統フルノ國ニ在テハ、洋ノ東西ヲ問ハズ、臣民ニシテ不禮ノ罪ヲ犯ス者アレハ、処スルニ反逆ノ名ヲ正サザル

者ハアラズ。又、君主ヲ干犯スルト、国憲ヲ紊乱スルトヲ以、同一ノ罪名ヲ正サ、ル者ハアラザルナリ。是レ其故何ソ乎。蓋君主ヲ干犯スルハ、至テ諱ムヘキノ事ニシテ、苟モ為ニ正条ヲ設クルトキハ、叛逆ノ極刑ヲ正シ、天人容レザルノ大義ヲ明ニスルニ非サレハ、以テ人心ヲ警肅シ、凜乎トシテ、懼ル、所ヲ知ラシムルニ足ラザレハナリ。又君主ハ、國ノ元首ニシテ、君主ノ躬ヲ侵スト、君主

ノ位ヲ危クスルト、政府ヲ顛覆シ朝憲ヲ紊乱シテ、以テ君主ノ權利光榮ヲ害スルト、其事、各殊ナリト雖、均シク叛逆ノ罪タルコトヲ免レザレハナリ。今、我カ新刑法ニ設クル所ノ正条ニ曰、「天皇三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」ト、言ヲ立ルコト平単ニシテ、其意、常人ニ比ヘテ等ヲ加フト謂フカ如キ耳。是レ其大義ヲ正シ、名分ヲ明カニスルノ意、焉クニカ在ル乎。

第二篇第一章ハ、専ラ皇室ニ対スルノ罪ヲ挙ケ、第二章ハ、国事犯ノ名ヲ掲ケ、政府ヲ顛覆シ、邦土ヲ僭窃シ、朝憲ヲ紊乱スルヲ以テ（仏語訳本ニ朝憲ヲ紊乱スルノ句ヲ訳シテ「政府ニ於ケル皇帝ノ權利光榮ヲ減ス」トナス。夫レ内乱ハ、兩党相闘フノ名ナリ。古ヨリ國ヲ覆シ、世ヲ乱ラントスル者、誰レカ名義ヲ内乱ニ仮リ、以テ叛逆ノ稱ヲ避ルコトヲ欲セザル者ゾ。今、刑法既ニ明カニ内乱ノ名ヲ認メテ、政府ニ対スル政党ノ争トナシ、判然、皇室ニ対スルノ罪ト相區別ス。将来、不軌ノ徒ヲシテ、以テ口実ヲ藉ルコトヲ得セシメントス。是レ其暴ヲ禁シ、乱ヲ誅スルノ義、焉クニカ在ル乎。嘗テ聞ク、仏国三世那破倫ハ、既ニ共和ノ主義ヲ以テ憲法ヲ立テタリ。而シテ其改正刑法ニ於テハ、却テ皇帝ヲ侵害スルノ条ヲ以テ、仍ホ他ノ政府ヲ顛覆シ、朝憲ヲ紊乱

スル等ノ条ト同シク、一章ノ中ニ掲ケタリ。是レ彼国刑法論者ノ其憲法ノ主義ト、相矛盾スルヲ以テ、遺憾トスル所ナリト。今、乃チ彼レニ遺憾トスル所ヲ以テ、之ヲ我レニ満足シ、以テ理論ノ快ヲ取り、其専美ニ誇ラント欲スル者ノ如シ。而シテ其害ノ及フ所、実ニ測ルベカラザルナリ。

（後註¹）
各国刑法参照後ニ附録ス。

以上、各国ノ刑法ヲ比照シテ以テ之ヲ論スル者ナリ。今又、更ニ一步ヲ進メテ、専ラ我カ国体ヲ以テ之ヲ謂ハン歟。第一 我カ国宮府一体、太政官ハ即チ天皇親臨ノ所ニシテ（現行太政官章程） 皇室ト政府ト兩岐アルニ非サルナリ。而シテ将来国憲制定ノ日、政府ヲ以テ皇室ニ属シ、政府ヲ以テ議院政党ニ属セザルハ、蓋不易ノ理ナルヘキカ如シ。今、刑法ニ於テハ、反テ政府ヲ以テ皇室ト区分シ、政府ヲ顛覆スルノ事ヲ以テ、別ニ一種ノ罪名トナシ、皇室ヲ干犯スルノ罪トナサズ、此レ豈我カ政体ト相矛盾スル者ニ非ス乎。第二 我國ノ古典ニ徴スルニ（大宝律） 謀反謀逆ハ皆之ヲ予謀ノ間ニ（二人以、上俱謀） トヲ務メ、其既ニ発スルヲ待テ、始メテ罪ヲ論スルノ例ニ非サルナリ。然ルニ新刑法ハ他ノ重罪ノ例ト均シク、未遂犯罪ヲ刑スルニ止メ（百十六条曰危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ云々、 其予謀ヲ誅スルニ至ラズ。且内乱ニ於テハ、之ヲ陰謀ノ際ニ罰シテ、而シテ大逆ニ於テハ、反テ之ヲ闕ク。其輕重ノ間、果シテ何ノ義ナルコトヲ知ルベカラズ。此レ新法ノ我カ 祖宗ノ憲典ト相背馳スル者ナリ。第三 宮禁ノ尊嚴ハ乘輿ト謂ヒ、宮闕ト謂フノ類、其言ヲ婉曲ニシテ、敢テ直指セザルハ、人臣ノ礼ニシテ又國体ノ寓スル所ナリ。
（大宝律ニ天

加フト謂ハズシテ指斥トテ乘輿トテ情理切害者ト謂ヒ兇ヲ行、然ルニ新刑法ノ言ヒ害ヲ加フト謂ハズシテ謀毀宮闕ト謂ヘル是ナリ
ヲ立ルハ、我が国古來相伝フルノ禮儀名分ト相反スルコト、何如ソ乎天皇三后皇太子ニ對シ危害ヲ加ヘ。第四 旧典ニ謀大逆ノ外ニ、大不敬ノ条アリ。即チ乘輿ヲ指斥シ、情理切害ナルカ如キハ、亦重罪トナシ、此レヲ以テ極刑ニ処セリ。今、新法ニ危害ノ条即大ノ外、唯不敬ノ条アルノミ。而シテ其罪ハ重禁錮三月以下ニ止マルニ過キズ。此レ果シテ人心ヲ維持シテ、恭敬ノ義ヲ永遠ニ訓導スルノ道ナラン乎大板御写真ヲ汚スノ獄ノ如キ擬。今、縦使、古ニ泥ミ旧ニ拘ルヘカラズトモ、寧斟酌シテ其衷ヲ取り、以テ我カ無式ノ国體ヲ愛惜保守スベカラザラン乎。

第二 刑法ハ以テ兇暴ヲ禁シ、良民ヲ護シ、國ノ安寧ヲ保持セントス。國ノ刑法ニシテ、此ノ目的ヲ達スルコト能ハサレハ、其ノ之ヲ達スル迄ノ限ハ、之ヲ改正スルハ、治國ノ道ニ於テ已ムヘカラザル者ニ非ス乎。明治十一年以來、全國被害統計ニ拠ルニ、人ニ殺サル者、十一年ハ三百二十三人、十二年ハ三百六十六人、十三年ハ四百十八人、十四年ハ四百七十一人ニシテ、昨十五年ハ、即チ五百十九人ノ多キニ升レリ、人ニ傷ケラレシ者、十一年ハ千八百八十八人ニシテ、十二年ハ千九百五十四人、十三年ハ二千三百十四人、十四年ハ二千七百七十八人、十五年ハ則チ五千四百九十二人ノ多キニ升レリ、強盜ヲ被リシ者、十一年ニ四千八百九十三人、十二年ニ六千〇十四人、十三年ニ六千七百六十五人、十四年ニ七千三百三十四人、十五年ニ九千七百二十二ナリ。窃盜ヲ被リシ者、十一年ニ十九万四千五百五十人、十二年ニ二十一万八千三百六十五人、十三年ニ

二十三万四千〇〇四人、十四年ニ二十一万九千五百九十九人、十五年ニ二十万三千六百五十二人ナリ拘摸註偽ハ仍。放火ヲ被リシ者、十一年ニ千九百七十二人、十二年ニ二千五百〇七人、十三年ニ三千二百九十四人、十四年ニ三千七百四十二人、十五年ニ三千〇三十六人ナリ。我カ現在ノ警察ト統計トノ完全ナラザルヲ以テ、前ニ述ヘタル表記ヲ以テ、未タ確實ナラズトスルモ、然レトモ、我カ今日ノ民度ハ、猶文明ノ下点ニ在テ、兇暴邪惡ノ徒、年ヲ逐フテ増進スルモ、曾テ退減スルコトナキノ状ハ、是レヲ以テ、概略ヲ了知スヘキナリ。若シ外國人ノ皮相ニ由リ、日本ノ開化ヲ贊揚シ、殊ニ日本刑法ノ美ヲ稱嘆スル者ニ向テ、試ニ此ノ統計表ヲ披示シタランニハ、將タ何等ノ感想ヲ起スヘキ乎。刑法家ノ説ニ、刑ノ寬嚴ハ、犯罪ノ増減ト全ク關係ナシト謂フ。此レ或ハ然ラン。但タ歐洲ニ於テモ、陸軍ノ刑法ハ、普通ノ刑法ヨリ嚴ナルニ非ス乎。試ニ歐洲ノ政事家ヲシテ、支那以東ノ邦國ニ、數年間ノ居住ヲナシ、而シテ都鄙ノ民情民度ニ通熟スルノ後、我カ國ノ為ニ計畫セシメハ、果シテ彼ノ刑法理論家ノ如ク、世界無比ノ寬良優美ナル法律ヲ、施行スルニ適當ナル邦土ト為サン歟。夫レ事固ヨリ歐洲ニ適スルモ、我カ國ニ適セザル者アリ。我國ノ現況ニ拠ルニ、放火賊盜ノ罪ヲ犯ス者ハ、却テ二十歳未満ノ者多シ。山口県ニ、一人ニシテ六人ヲ刃殺シタル者アリ。其二十歳ニ滿タサルヲ以テ、法官ハ新法ニ拠リ八十、一等ヲ減シ、之ヲ無期懲役ニ処シタリ。博徒ノ害ハ、旧幕以來、地方ノ大患タリ。夥党聯結シ、死ヲ以テ相約シ、良民ヲ仇視シ、郷里ニ横行シ、兇惡ノ淵藪タリ。而シテ出没機變、巧ニ聚散ヲ為ス。此レノ嚴法

ヲ設ケテ、以テ之ヲ制圧シ、其根株ヲ抜クニ非サレバ、以テ兇勢ヲ撲滅スルニ足ラサルナリ。今ノ法、現行賭博ヲ罰シテ、博徒ノ結党ヲ罰セス。而シテ地方ノ警察、幾ト手ヲ束子タリ、此レ亦歐洲法律家ノ全ク知ラザル所ナリ。凡ソ此類、東西風土ノ殊別ヨリ生スル者ナリ。今敢テ再タヒ旧律ヲ復シ、寛ヲ変シテ、猛ト為サント謂フニハ非ス。唯タ強窃盜ノ条ノ如キ、博徒ノ条ノ如キ、以テ暴ヲ禁シ、良ヲ護スルノ緊要ナル目的ヲ、達スルニ足ラザル者ヲ改正シ、中外人民ノ為ニ、政府ノ義務ヲ尽サンコトヲ望ムナリ。

第三 刑法ノ倫理道德ニ関ル者ハ、其國ノ固有ノ風教ヲ敬重スヘキハ、理ノ当然ナリ。回顧スルニ、前日刑法審査ノ時、事ノ倫理ニ関ル者、匆々ニ看過シ、只タ一事一件ノ上ニ止マル者トナシ、其論理脈絡ノ及フ所、世道人心ニ向テ、巨大ナル影響ヲ及ボシ、根本ノ改革ヲ促スニ至ルコトヲ、思想セザル^(まじ)シナリ。今、其一、ニテ拳ケンニ、第七十五条、抗拒スヘカラサル強制ニ遇ヒ、其意ニ非サル所為ハ、其罪ヲ論セス。天災又ハ意外ノ変ニ因リ、避クヘカラザル危険ニ遇ヒ、自己若クハ親屬ノ身体ヲ防衛スルニ出タル所為、亦同シトアリ。此条ヲ讀ム者、誰カ其父子ノ倫理ニ迄、關係スルコトヲ思ハシ乎。然ルニ三百六十五条ニ祖父母父母ニ対シタル殺傷ノ罪ハ、特別宥恕及不論罪ノ例ヲ用フルコトヲ得ズト云。夫、既ニ特別宥恕及不論罪ノ例即チ第三百九条ヨリ第三^三、用ヒズト云フトキハ、反對ニ於テ、其不論罪例ノ普通ニシテ、特別ニ非サル者ハ^{第七十}、之ヲ父子ノ間ニ適用スルコト明ナリ。今、七十五条ヲ実犯者ニ擬律シテ、天災又ハ意外ノ変ニ因リ、避クヘカラザル危険ニ遇ヒ、自己ノ身体ヲ

防衛スル為ニ、其父母ノ生命ヲ危クシタル者、其罪ヲ論セスト為サシニ、又、誰レカ、其、我カ固有ノ倫理ヲ滅絶スルノ甚シキコトヲ、驚嘆セザル者アラン乎。然ルニ歐洲ノ人ヨリシテ之ヲ見レハ、却テ我カ驚ク所ノ者ヲ平視シテ、以テ当然トナシ、我カ当然視スル所ノ者ヲ以テ、奇怪ノ事トナス者、比々是ナリ。即チボアソナード氏ノ説ニ拠ルニ、第三百六十五条ハ、歐洲法律家ノ嚴酷ナリトノ判断ヲ免レザルノ条タリ^{父母ニ対シ特別宥恕及不論罪ヲ用ヒサルノ条}。而シテボアソナード氏ハ之ニ繼イテ、又、曰、正当防衛ノ場合ニ於ケル弑親罪ハ、一ノ權利ヲ行フモノニハ非サル歟ト。即チ正当防衛ノ已ムヲ得ザルニ由リ、父母ヲ弑スル者ハ、子ノ權利ヲ行フニ出ル者トナセリ。論シテ此ニ至レハ、多言ヲ要セズシテ、東西倫理ノ説、決シテ相混和スルコト能ハザルコト、明白ニシテ、火ヲ觀ルカ如クナラン。其他ノ條款、事、父子夫婦ノ際ニ関ル者、猶多シ。今一々枚挙セズ。夫レ孝ヲ以テ治道ノ原ト為スハ、歴代帝王ノ遺訓ニシテ、我カ民ノ今日ニ至リ、遵依敬重シテ、以テ社会ノ幸福ヲ為ス者ナリ。而シテ刑法ハ、則、暗々ノ際ニ之ヲ移動シ、之ヲ變易シ、嘗テ愛惜ヲナサズ、教育ニ於テハ、則之ヲ誘ヒ、之ヲ導キ、刑法ニ於テハ、則之ヲ毀ル。我國ノ美風良俗宇内ノ俱ニ環視スル所ノ者ニシテ^{歐洲亦我國民父母ニ孝ナルスル者多シ}、刑法ハ、則乖イテ相馳ス。若シ百年論定マルノ後、或ハ斷シテ、固有ノ倫理綱常ヲ以テ、道德ノ源ト為スニ疑ヒナカラシメハ、此ノ大義ヲ湮晦シタル者ハ、必、今日ノ刑法ナルコトヲ発見セン。吾人若シ旧俗ヲ存シ、旧礼ヲ保チ、祖宗ノ教ニ遵依シテ、以テ後ノ君子ヲ待タント欲セハ、焉ソ刑法ノ倫理ニ関ル条章ヲ改正セ

ザルコトヲ得ン乎。ポアソナード氏ノ改正案三百六十五條追加ニ、

(後註②)

妻其夫ノ祖父父母ニ対スル犯罪ハ、子孫、祖父母父母ニ対スル条ノ例ニ同シト謂ヘルヲ評シテ、曰「媳婦ノ弑親罪及其他ノ犯罪ニ対シ実女ト同一視セラル、ハ余ノ是認セザル所ナリ。然レトモ、是レ日本風俗ノ然ラシムル所ナルカ故ニ、敢テ異論ヲ唱ヘザルナリ」ト。

即チポアソナード氏モ亦各國ノ刑法ハ、各々其國ノ風俗ヲ敬重シ、其國ノ教育ト相併行スルノ当然ナルコトヲ知ル者ノ如シ。

親屬例ノ全ク我風俗倫理ト相矛盾シタルコトハ、第四百十、別ニ一紙ノ論トナシテ、以テ本議ノ混雜ヲ避ケタリ。而シテ親屬例ノ民法ニ屬スヘクシテ、刑法ニ載スヘカラザルコトハ、ポアソナード氏ノ固ヨリ唱道スル所ナリ。

以上三項ハ、以テ刑法ヲ改正セザルヘカラザル已ヲ得ザルノ重要原因トナスニ足ラン。其他現行法ノ仏訳日本刑法ト其意義ヲ殊ニシテ、而シテ仏訳ヲ優レリト為ス者、及既ニ外國ニ流伝シタルノ後ニ、更ニ修正ヲ經タルノ条章ニシテ、其外國ニ流伝シタル者、却テ其正シキヲ得タル者ハ、務メテ外國訳本ニ從テ、以テ現行法ヲ墜牾センコトヲ欲ス。

若シ、果シテ刑法ノ改正ヲ以テ要用ナリトセハ、其一日ヲ晚クスルハ、寧ロ一日ヲ早クスルノ猶較物議ヲ少クスルニ足リ、且多少試験ノ後、政府ハ改良潤色スルニ意ヲ以テ、人民ニ明示スルニ足ルニ若カザルヘシ。嘗テ聞ク、羅馬ノ國ヲ治ムルトキニ、新ニ法律ヲ施ストキハ、一年ヲ以テ試験ノ期トナセリト。此レ亦免ルヘカラザルノ事ナリ。若夫、治安行政ノ点ニ至テハ、此ノ事以テ緩慢

ニ付スヘカラザルハ、更ニ弁論ヲ待タズ、其条約改正ニ就キ、外國トノ關係ノ如キ、詳細ナル説明ヲ作り、外國公使ノ覽ニ供シ、以テ我カ内治ノ至テ已ムヲ得ザルニ出タルコトヲ知ラシムル等、其方法ナキニシモ非サルヘキナリ。

明治十六年十月

後註(一) この附屬文書は、不明である。

(2) 参事院通過案第三六五條追加を指す(拙稿・前掲参事院草案八頁参照)。

後記 この意見書の發表を私に懇懇された大山博士の御厚意を深謝する。