慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	二つの仏文刑法草案とボアソナード
Sub Title	Deux avant-projets, composés en français, du Code pénal de 1882 et leur rédacteur, G.-E. Boissonade
Author	岩谷, 十郎(Iwatani, Juro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1991
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.64, No.1 (1991. 1) ,p.57- 80
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	利光三津夫教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19910128-0057

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.

二つの仏文刑法草案とボアソナード

岩谷十郎

序
一、旧刑法編纂とボアソナードの位置
(一) 司法省編纂過程概要
(二) 元老院刑法草案講義
1 その人的構成
2 刑法典編纂作業との交錯
二、司法省編纂過程における二つの仏文刑法草案
(一) 明治一〇年八月元老院上呈仏文刑法草案
1 「少数意見」の存在
2 「仏文草案原案」の想定
(二) 内閣文庫所蔵の手稿仏文刑法草案(写本)
結

序

明治一七年九月二八日に発刊された、東京法学校の機関紙『法律雑誌』第四一二号には、「刑法（旧刑法）第三八〇条ヲ解ク」（（　）内岩谷）と題した論文が掲載されている。[1] 強盗後の逃走中、共犯者を追捕者と誤認し軽傷を負わせたという設問事例がそこでは解説され、他条たる第二九六条との関連で強盗致死傷罪たる同三八〇条の文言から推察される趣旨として、死傷結果についての故意は不必要であるという解釈が導かれることに主眼が置かれている。[2] ところでここで注目するべきは、同記事が僅か一〇頁の紙幅にもかかわらず、その大部分が、旧刑法典の草案段階を示す「仏文草案」[3] とその「邦文草案」[4] 各条の検討に費やされ、今で言う立法沿革的考察が巧みに成功していることである。[5]

無論、こうした立法資料による解釈の枠組を推定するという基本的操作は、当時としても、例えば、富井政章『刑法論綱　全』（明治二二年）、宮城浩蔵『刑法正義』（同二六年）、井上正一『訂正　日本刑法講義』（同年）、勝本勘三郎『刑法析義　各論（上）』（同三二年）、小疇伝『刑法各論　完』（同三八年）などの理論書では当然の如く用いられている。そしてその論者の多くは、立法上の各種資料を通じて起案者たるボアソナードの意思を結局は窺おうとしているのである。[6] 中には、「ボアソナード氏乃チ政府ノ命ヲ承ケテ自ラ起草者ト為リ日本刑法、治罪法ノ二法ヲ起草シテ之ヲ政府ニ致セリ政府ハ之ヲ翻訳シテ元老院ニ送リ其審議ヲ経タリ」[7]（傍点岩谷）というように、ボアソナード起案草案の編纂過程における位置を単純すぎる程に割り切った見解もないわけではない。しかし、オリジナルの仏文草案レベルの条文趣意と邦文刑法典上のそれとが何らかの形で乖離しているという認識の出発点には、確かに、総てに共通するものが認められる。

しかも各論者の旧刑法典に対する評価にはいずれも厳しいものがある。例えばその一例として宮城は、「（然レトモ）刑法典ハ、学理上ヨリ推スモ、適用上ヨリ論スルモ、其欠点実ニ枚挙ニ遑アラス」と断ずる。なるほど、「ボ氏ノ

起案ハ之ヲ現行刑法典ニ比スレハ、其善良ナルコト数十等ヲ出」るが、それとて「因ヨリ不完全ヲ免カレ」るものではなく、「而シテ司法省之ヲ翻訳シテ、誤謬アルヲ免カレス、之ヲ修正増補シテ不良ヲ来シタルヲ免カレス、継テ元老院之ヲ審査修正シテ、益々不良ヲ致ス」結果となった。つまり彼によれば旧刑法典の編纂過程は、「修正スル毎ニ不完全ヲ呈スルニ至ルコトコソ不幸」であったとまでいうのである。[8] ここで問題とするべき点は、宮城のこうした所見の当否に直接関わるのではなく、一三年六月にフランスより帰朝した彼以降、旧刑法典の学理批判的検討の可能性が開け、その際に施される沿革的な理由付けに表れる、論者のボアソナードを中心に据えた「旧刑法編纂過程観」ともいうべき一種の「史観」なのである。

そこで本稿では、当該旧刑法の立法段階を記す多くの資料が公となった今日において、いかなる程度にそしていかなる仕方でボアソナードがその「起案者」としての役割を果すことが期待され、また実際に果し得たのか、編纂の行程をその手続き的側面から再検討してみる。このことを通じ、解釈の規範論的理由付の動機として（いわば立法者としての）ボアソナードの意思探求が図られる有効性が、事実的な編纂過程論の射程の中にいかに条件付けられるのかを窺うよすがとしてみたい。

一、旧刑法編纂とボアソナードの位置

（一）司法省編纂過程概要

かつて私は、旧刑法編纂過程[9]の司法省段階において作成されこそはしたが、未採用に終わった一草案を検討の対象にしたことがある。[10]「日本帝国刑法初案」（以下「初案」[11]）と名付けられた総論（名例）のみ僅か八二箇条に過ぎないこの未定稿草案は、ボアソナードによるフランス刑法の講義を聞きながら、直接的には日本人編纂委員―刑法草案取調

掛―のみの手で作案されたものであった。従って彼は、当初は編纂の中核から離れ、その周辺的位置に止めおかれていたのである。

ところで、その編纂方針を記した「起案ノ大意」第一項の宣言する「起案ノ目的」には、「欧州大陸諸国ノ刑法ヲ以テ骨子トナシ本邦ノ時勢人情ニ参酌シテ編纂スルコト」とあり、つまりは外国法と我が国の法との「折衷」が構想されていたことが分かる。[12] 作業自体は丁寧に進められたと考えられる。しかし、編纂開始後七ヵ月以上を経てかろうじて総論部分のみが上梓され、しかもそれでも審議未了の保留事項[13]を少なからず包蔵した同案は、到底元老院の採用するところとはなり得なかったと思われる。同時に、同掛の手際の悪さもクローズアップされたに違いない。なによりも、早急にかつ刑法典全編の完成が求められていたことに鑑みれば、ここに作業能率の向上を目指して何らかの編纂手順の見直しが図られて当然である。事実、そうした手続上の変更がもたらされた。即ち、ボアソナードの「単独」による草（原）案起草と、それを日本人委員との「合（会）議」に付し成案する[14][15]という周知の方法が、必要的に導入されざるを得なかったのである。[16] ここに、彼が実際に編纂に於いて果した役割がより積極的な意味をもち始めることになる。この新局面を迎えた編纂手続きが、本稿の主たる考察対象となる。[17]

（二）元老院刑法草案講義

1　その人的構成

明治九年六月三〇日、第一編「第一稿」のみが司法省から太政官に上呈され、その直後の七月四日より、ボアソナードは講義を再開する。[18][19] しかし今回の講義は、もはや母法たるフランス刑法についてではなく、順次成って来る刑法草案につき「賢明ナル立法官ノ参考ニ供スヘキ所ノ原則ヲ主トシテ」[20]解説することを目的としていた。

元老院議長有栖川宮熾仁親王の私邸[21]を会場としたこの講義は、「大抵、毎金曜日」に開かれ、一〇月五日[22]にボアソ

ナードが元老院に雇用された以降は同院で開講されることとなった。[23] その「私邸」が最初会場として設定されたことから、かつて「刑法改正局設置に関する建議」書を草し同法編纂に強い関心を示していた有栖川宮のイニシアティヴをその背景に感得できよう。[24] また後掲する表1でも明らかな通り、同講義出席者は多くの元老院議官と少数ながらも法制局官員の混成であって、同講義が司法省上呈の草案を後日、太政官に於ける審査及び元老院での審議を経ることを睨んでの準備講習として位置付けられていたことが分かる。実際、講義聴講者の一部は、太政官あるいは元老院、若しくはその双方に出席していたことが判明した（表中、〔備考〕Ⅱ・Ⅲを参照せよ）。こうした編纂過程の各局面を構成する各機関とその人員配置の有り様は、同講義が司法省に止まらずその後の編纂の全行程的展開を予定したものに他ならなかったことを示すのである。こうして、編纂における原案起草の動力源と、講義講師という役割をボアソナードという同一人物に担わせることにより、草案全体の趣意の一貫した理解を、邦人において容易ならしめるよう配慮が為されたのである。今日この講義内容は、刊本『刑法草案講義筆記』[25]（補注）（明治一六年）により知ることができる。次節にて若干の検討を加える。

2　刑法典編纂作業との交錯

ところで右『刑法草案講義筆記』と、高松宮蔵版『熾仁親王日記』（巻二・昭和一〇年）の記事および日付を対き合わせる作業によって講義の進行度合を確認することが可能になるだけではなく、当該日付の講義内で使用される草案を通じて、断片的ながらも草案会議の進捗経過との対照も不可能でなくなる。例えば、九年一〇月二四、二八日の熊本神風の乱、萩の乱勃発前後の時期に「第一稿」第二編「公益ニ関スル重罪軽罪」（外患罪）の編纂が着手されている。[26] 既に明らかにされている通り、「第一稿」編纂は第一・第三・第二編の順序に従い進められていたが、一方講義はこの時点で未だ第一編を終了してはいなかったのである。第一編の講述が終わるのが第一九回目講義、つまり一一月一

表Ⅰ　「元老院刑法草案講義出席者一覧」

出席者氏名	講義出席時本官	月／日	7／4	14	22	28	8／4	11	18	25	9／1	9	15	22	29	10／4	11	18	25	11／8	15	22	29	12／13
有栖川宮熾仁親王	元老院(議長)		○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○
陸奥　宗光	元老院(幹事)		○	○	○	○		「議官例員傍聴入来之事」				「議官已下例員来入之事」註4			「例人員来会之事」	「議官已下例員来会之事」	「刑法講義来聞」	「刑法講義聞会」	「刑法講義例会」	「刑法講義例会」	「刑法講義例会」	「刑法講義例会」	「刑法講義例会」	「刑法講義例会」
河野　敏鎌	元老院(幹事)		○		「陸奥幹事已下例之人員来集之事」		○		○	○	○		○	○										
柳原　前光	元老院(議官)		○	○		○	○		「河野幹事已下例員来会之事」	「河野敏鎌已下来会之事」	「河野幹事已下例員来入之事」		「河野幹事已下例員来会之事」	「河野幹事已下例員来入之事」										
斎藤　利行	元老院(議官)		○	○		○																		
佐々木高行	元老院(議官)					○	○																	
津田　　出	元老院(議官)					○	○																	
津田　真道	元老院(議官)		○	○		○	○																	
細川潤次郎	元老院(議官)		○	○		○																		
中嶋　信行	元老院(議官)		○																					
井上　　毅	太政官法制局(二等法制官→主事)註1			○		○	○																	
山崎　直胤	太政官法制局(四等→三等法制官)註2					○	○																	
島田　三郎	元老院(大書記生)			○		○																		
藤堂　良駿	元老院(中書記生)						○																	
栗本貞次郎	元老院(御用掛)註3		○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○

〔出典：『熾仁親王日記』(巻2)、『官員録』(明治9年／各月改)、『元老院日誌』など〕

［後註］　註1、2　『官員録』(明治9年6月改)→『同』(同年7月改)。

註3　9年6月19日元老院調査課翻訳掛下命／10年1月20日右御用掛免職；『元老院日誌』(明治9年6月／同10年1月)。上表に示す通り、12月13日の第22回講義に至るまで、口訳者を担当。『刑法草案講義筆記』によれば23回以降は、河津祐之(当時元老院権大書記官)および山崎が交互に担当した。

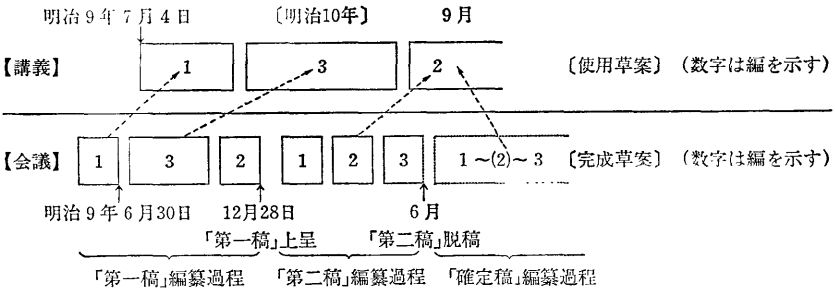
註4　この日、「河野・柳原・津田真道故障不参」なる記事あり。

［備考］　1　同表作成について、『熾仁親王日記』中、個人名が列示されているものには○(出席印)を、それに代わる記事が見られる場合には、その一部を括弧にて掲げおいた。その際、有栖川宮は日記執筆者として、栗本はボアソナードの口訳者として、記事の有無に拘わらず出席とした。

II　表中「出席者氏名」のうち、後日、明治10年12月25日に太政官に設置される「刑法草案審査局」の審査に臨んだ者は、陸奥・柳原・津田出・細川・中嶋・井上・山崎の各員である(浅古前掲「刑法草案審査局小考」に折り込みの同局関係者一覧表を参照)。

III　13年3月15日に始まる元老院審議には、柳原・斎藤・津田出・津田真道・細川の各員が出席している(明治法制経済史研究所編『元老院会議筆記』・前期第8巻、53頁)。

図　1



五日のことと推測され（表1を参照されたい）、無論そこでは第二編の草案は完成を見ておらず、従って講義も当然第三編に移行してゆかざるを得なかった。それは第二〇回目、同月二二日の時点[27]であると考えられる。もとより第一編の六月三〇日上呈時より遅れること僅か四日で開始された講義ではあったが、講義と会議の作業性質上の相違から、進捗の速度が相互にかみ合わないことはむしろ不可避的なことであった。ここで講義に使用された草案が、編纂過程中いかなる段階に属するものか一瞥を加えておくことにしよう。

上図中明らかな通り講義における使用草案は、第一編及び第二編については当該講義時に確定段階にあった草案を用いることとしていたようである（第一編は第一稿、第二編は第二稿と確定稿・図中矢印参照）。ただし第三編の講義はいささか微妙であった[28]。その講義は九年一二月二八日の「第一稿」全編上呈を境にし翌年に亙って二〇回持たれ、その間一三〇箇条についての講説があった。しかし同編条文総数の内余すところ約四〇数箇条のところで[29]、講義は第二編に移る。この事情は第四〇回の講義冒頭、ボアソナードにより次のように語られる。

「前回（即ち第三九回—岩谷註）ノ講義ハ第三編ヲ続講シテ未タ篇ヲ畢ラス今又端ヲ改メテ第二篇ヨリ講シ始ムル所以ハ頃者司法省ニ於テ此刑法案ヲ改正シ既ニ論定シタレトモ第三篇ハ今改正中ナル故ニ向後案中ニ増減アルヘシ因テ司法省限リニテモ論定シタル者ヨリ講スル方便宜ナリト思ヒ今日ヨリ第二篇ニ戻リテ講述スルナリ」[30]

右引用中の「改正中」とは、「第一稿」審議を踏まえ、「校正案」から「第二稿」

が編まれるに至る過程を指す。即ち第三編については、会議の行方次第の極めて流動的な段階の草案が用いられていたのである。[31] この第三編については、恐らく「第一稿稿本化＝『日本文』化」以前の草案が用いられたと考えられる。あるいはその直訳調の条文体から、ボアソナードの手持ちの仏文草案が講義時に通訳者により翻訳されて用いられていたとも想像し得る。そして四一回講義にて林有造や、藤好静らの西南戦争に呼応した策動を指すと思われる「高知県ノ動揺」が触れられるが、これは講義が丁度五月から六月にさしかかった時点であることを示す。即ちこの時点で「第二稿」成案作業は、第三編に至る局面を迎えていたことになる。[32]

ところで「第二稿」が「仮ニ脱稿」したこの六月に第二編講義が開始される。その際、「既ニ論定シタ」草案が使用されたことは疑い得ない。それは部分的には校正案の面影を残すものや、条文上相前後するものも少なくないが、殆ど「第二稿」の正文に近い内容を持つことから確認できる。他方講義では、第一五七から一六八条にかけて規定される「海賊ノ罪」「奴隷売買」の各条を解説する為に、第四五・四六回の二回の講義を充てている。これは後述の通り、一〇年七月二一日に草案上削除が決定したものであるが、[33] 第四五回講義冒頭の、「（当該箇所は）初メ刑法中ニ掲載シ後ニ之レヲ廃ス」[34] なるボアソナードの言[35]に明白な通り、彼は同決定を承知の上で二回にも亘り詳説を加えていたことに注意したい。また、講義は七月四日から夏季休暇に入っていた。このことから、右の第四五回講義は、九月以降の休暇明け講義再開後[36]に当たっていたと推定されることにも注意しておきたいのである。[37] というのは、前二回に続く第四七回講義に於いては、[38] 同年一一月上呈の司法省段階の「確定稿」草案が既に用いられており、講義で使用されるテクストの形態が、司法省に於ける草案編集の段階的経過を如実に照らし出しているからである。

また講義筆記は、編纂におけるボアソナードの微妙な立場をも伝えている。彼は、一方では立法＝法典化という優れて実際的な場合思考的対処が必要とされつつも、他方では講義という、事柄の性質上いささかでも整然としてかつ順序立った体系的説明が要求される、異なる二つの場面を取り結ぶ地点に位置していたのである。彼は講義において、

司法省で成案される「国文」草案上の訳語について仏文草案との比較から逐一その適不適を評し、[39] その編纂状況が必ずしも自己の思惑通りに進まない時には、本来の「立法官」たる元老院議員の前で、司法省における決定について難渋の色を露にすることをためらっていない。[40] そうした彼の視点に立てば、編纂では、律系統刑法なる異質の法的思考との出合いによる変容が直接にしかも夥しく加えられるのに対し、講義では一応そうした「合議」結果を反省的に再構成し、その「結果」に賛同する限りで、あるいは飽くまで反対の立場を堅持するなりして、彼なりの体系的理由付から一貫した説明を施す機会が与えられていたに違いない。[41] そしていうまでもなく、講義される「草案」の内容は、もはやボアソナードの創意のみが作り出したものであるはずがなかったのである。ここに彼の創見と公式の刑法草案との乖離が生ずる原点があったとみるべきであろう。

次章では、以上の前提を踏まえ、編纂の全行程の内でも比較的早い時期に彼の為した立法上の自己主張が、いかなる仕方で示されたのかを、現存する二つの仏文刑法草案を手掛かりに検討してゆきたい。

二、司法省編纂過程における二つの仏文刑法草案

(一) 明治一〇年八月元老院上呈仏文刑法草案

1 「少数意見」の存在

明治八年九月に始まった司法省における草案編纂作業は、その始業より丸二年余りを経た一〇年八月に、元老院に上呈するべき仏文草案を持った。それは、表題として《Projet de Code pénal pour l'Empire du Japon（日本帝国刑法草案）》[42] とあり、後年刊本化され、[43] 現在に伝えられている。ところで、元老院に右仏文草案が上呈された期日に至る二箇月ほど前(即ち、一〇年六月中)には、刑法典中、違警罪を除く三篇・四七三箇条の「第二稿」草案が「仮ニ脱稿」

表2　「刊本仏文草案」収録の「少数意見」概要

	該当条文・章・節	標記	刊本仏文草案上の記載 『日本刑法草案直訳』上の記載	ボ・日本人委員との対立点／典拠（『会議筆記』巻・頁数）等	『註解』・『註釈』でのボの再言
I	§112 I～II 〔確〕§112～116	Ancien texte du Projet réservé par la minorité de la commission du Shi-hô-shô[C.D.S.]	司法省刑法草案委員ノ少数ニ因テ保存セシ旧成文	法条競合をめぐり、「吸収主義」（日）と「制限併科主義」（ボ）の対立／I・365以下	それぞれ「確定稿ノ旧文」・「刑法改正意見」として再論
II	§131 a)～i) 〔確〕§131のみ	Les modifications qui suivent [a-i] sont proposées par la minorité de C.D.S.	（委員の少数意見云々は訳出されず）	「皇室ニ対スル罪」に未遂減軽類型を設けるボとそれを不可とする日との対立／II・584	それぞれ、詳細に再論される
III	§146 bis 〔確〕§146のみ	§146に、bisが付されるのみで特別の標記はない	「第二　一四六条」とのみ標記される	特にボと日の間で論点が対立した痕跡はない	この§146bis　自体、全く触れず
IV	§154 bis 〔確〕§154のみ	Article proposé par la minorité de la Commission'	此ノ条ハ草案委員ノ少数ニ因テ起草セシモノナリ	外患罪の海外出兵をめぐる一箇条について、ボの自発的な取下を見る／II・726	『註解』では、再採用を主張・『註釈』には記述なし
V	Liv. II, Chap. III bis 〔確〕IIIのみ	Proposé par la minorité de la Commission	此ノ章ハ草案委員ノ少数ニ因テ起草サレシモノナリ	「海賊ノ罪」「黒奴売買ノ罪」の存置を求めるボとその実益を疑う日との対立／II・775	双方共に、委細に亙り再論を加える
VI	§213 bis 〔確〕§213のみ	Proposé par la minorité de la Commission	「第二　第二一三条」とのみ標記される	災害時の救済活動補助義務違反規定の存置／典拠なし	双方共に、触れる
VII	§257 bis 〔確〕§257のみ	Article proposé par la minorité de la Commission	草案委員ノ少数ニ因テ起草サレシモノナリ	偽証罪の一態様・対立点及び、削除事実の典拠なし	双方共に、再説を加えている

VIII	§ 286 bis 〔確〕§ 286のみ	Article proposé par la minorité de la Commission 此ノ条ハ草案委員ノ少数ニ因テ起草サレシモノナリ	過失による毒物販売・殺傷を独立した類型とするボと不要とする日の対立／III・1411	双方共に、詳説を加えている
IX	§ 385 II 〔確〕§ 385のみ	Addition proposée par la minorité de la Commission 此ノ条項ハ草案委員ノ少数ニ因テ起草サレシモノナリ	監護権者からの未成年者逃亡の処分をめぐって対立・尤も、ボの合意あり／III・2024	『註解』中にはない（§373までの解説のみ）
X	§ 389 bis 〔確〕§ 389のみ	Addition proposée par la minorité de la Commission 此ノ第二三百八十九条ハ草案委員ノ少数ニ因テ起草サレシモノナリ	親属姦不処罰の原則は、強姦には及ばないとするボと不体裁故に削除を求める日との対立／III・2077	『註釈』中で、削除につき触れる
XI	§ 391 〔確〕§ 391のみ	La minorité de la Commission a proposé de supprimer cette aggravation 草案委員ノ少数カ此増加（一等）ヲ廃止スルコトヲ欲セリ	もともと強姦を原因とした死傷結果につき刑罰を加重する旨、ボ自身が設置したもの／III・2090	『註釈』では、左の処置につき評価を与える
XII	§ 425 V 〔確〕§ 425のみ	Addition proposée par la minorité de la Commission 此ノ五項ハ草案委員ノ少数ニ因テ起草サレシモノナリ	特に、この第五項が会議上、挿入された形跡はなし	特になし
XIII	§ 438 bis 〔確〕§ 438のみ	Article proposé par la minorité de la Commission 此第二第四百三十八条ハ草案委員ノ少数ニ因テ起草サレシモノナリ	背任罪の一態様について、存置を求めるボと、削除を主張する日の対立／IV・2534	『註釈』には、削除の事実は再論されない

〔備考〕
・「該当条文・章・節」の〔確〕とは、確定稿における対応する条文番号を示す。
・『日本刑法草案直訳』は、まさに刊本の仏文草案を逐語訳した内容を持つ。『註解』とは、明治11年よりボアソナードが、司法省段階の確定稿草案について起筆したコマンテール、『刑法草案註解』を指す。『註釈』とは、『刑法草案註釈』（明治19年・司法省・上下二冊）を指す。
・太字の「ボ」はボアソナードを、「日」は日本人委員を表わす。

されている。[44] そして、右元老院上呈期日から三箇月後の一一月には「確定稿」草案（「日本刑法草案」全四篇・四七八箇条）が脱稿し太政官に上申されるのである。[45] したがって時期的には、本仏文草案はかかる「第二稿」から「確定稿」に至るまでの過渡的な段階に位置する存在であり、[46] その内容もまた、両稿の性質を併有するもののはずであることは予想のつくところである。[47][48]

ところで、従来から本仏文草案はボアソナードが起草したものであるとされている。[49] 既述した通り、編纂行程の進行態様から推察すれば、少なくとも仏語により認められた草案は――それが邦文法典の翻訳でない限り――何らかの形でボアソナードの手を介したもののはずであろう。しかし、ここでは起草者意思探求との関連から、当該草案が資料的にいかなる性質を有するものか若干明確にしておかねばならない。表2には刊本仏文草案上、その性質から正規の条文内に織り込まれず、各種表記を付された上で収載された、「草案委員ノ少数」による意見（以下「少数意見」）の概要を掲げている。

2 「仏文草案原案」の想定

表2に整理した「少数意見」の内その多くは、「第一稿」成稿後、より厳密には「第二稿」審議過程中に決定された加除修正に異議を唱えている。その経緯も、とりわけIとVの例に顕著であるのだが、もとよりボアソナードの発案に基づく立法案をめぐり、会議上日本人委員との間で原則的理解の相違が顕在化し、議事進行そのものが阻害される結果が生じ、草案上それらの削去のために、それぞれ応急の措置が図られていたことが注意を引く。[50][51] 彼によって初めて日本人側に提起された「第一案（第二案）」（あるいは「教師原案確定・日本帝国刑法草案」）から、「第一稿」を経て「第二稿」、そして「確定稿」に至るまで、条文総数の上でいささかの動揺が見られるものの、前述の「合議定案」方式に基づき、複数条文間での併合・削除についての合意が取り付けられたものはかなりの数に上るに違いない。しか

るに上に見た手続きで、「少数意見」として改めて「立案者」たる自らの意見を草案上に表明することは、少なくともそうした上掲諸条文に関連する限りにおいて、彼自身が司法省での「合議定案」結果にかなりの不満を抱いていた証左となろう。こうした仏文草案の「少数意見」について彼は次のような注目すべき言を残している。[52]

「司法省編纂委員ハ草案仏文印行ノ際（明治十二年、千八百七十九年）此条項ノ二三ヲ挿入シ『委員少数ノ発議ニ係ル律条』タル旨ヲ附記セリ」（傍点岩谷・以下同）

右をさらにその仏文原文に遡り試訳してみると、

「司法省の委員会草案が仏文で印刷された時（年・略）、われわれは、『委員会の少数により提示された条文』という註記と併せて、それらの条項の内幾つかをかろうじて付け加えさせることができた」[53]

と読めるのである。つまり右引用の伝える微妙な事実は、同草案の印刷時、即ち一二年八月の刊本化の時になって初めて、前掲表2の如くの様々な註記表示の仕方で、彼は自らの「少数意見」を仏文草案上に記すことが許されたということである。従ってこのことを素直に解すれば、本節冒頭で一言した一〇年八月には、こうした「少数意見」を、例え、全条文総数に占めるその比率がいかに微細なものであっても、紙面上には載せない仏文草案――従って、その限りで必ずしもボアソナードの支持を十分に取り付けたものではない――が、「司法省編纂委員ノ草案」（即ち、公式草案）として元老院に上呈されていたことになろう。これを本稿では「上呈仏文草案原案」（あるいは「原案」と略）と呼称することにする。

（二）内閣文庫所蔵の手稿仏文刑法草案（写本）

内閣文庫所蔵の《Projet de Code pénal》[54]と題する仏文草稿もまた、司法省段階におけるボアソナードの側から見た編纂過程の断面を窺うに適当な資料であろう。[55][56]内容的特徴を摘記すれば、刊本の仏文草案紙面上に採録される「少数意見」は、若干の例外を除き、収採されていない。これは前記の如く、一二年八月の刊本印行時に挿入された「少数意見」をその後取り除き、改めて筆写したとは考えにくい。しかるに、一見して認められる「草案」との類縁性から、両者の関係を軸に、邦文草案たる「第二稿」「確定稿」との関連が想定される。私は、「第二稿」および「確定稿」の総ての条文と、二つの仏文草案のそれを逐条的に比較対照し、そこに五〇余例のパターンを析出することを得た。その結果、この手稿草案の示す編纂経過の進捗度は、「原案」のそれを基本としつつも「原案」に比し、「確定稿」の条文形態を明らかに指向しているのである。従って、同本の成稿時期は、その上限を少なくとも「原案」以降（一〇年八月前後）に、その下限を「確定稿」成案直近の時期（同年一一月前後）に定め得ると推測される。

ところで、編纂過程におけるボアソナードの意思を窺う手掛かりとして、本手稿草案はいかなる意義を持ち得るか。それに回答するには、なによりも本草稿の立法草案としての性質を見極めることが肝要である。そこで、まず手稿草案に記載される「少数意見」に気をつけたい。その数は、前表2に掲げたⅠ・Ⅳ・Ⅷ・Ⅻの四例に過ぎない。しかし、その背景として、「確定稿」を目指し内容的には一段と完成度を高めつつも、同時に改正の意思表明たる「少数意見」がすぐさま織り込まざるを得なかった状況が推察される。換言すれば、手稿草案（正確にはその原本）をボアソナードが作成した時には、そうした反論を草案上挙示するについての「自由」を彼は獲得していたことになる。つまりこのことは、編纂の全体の流れが、邦文草案上の「第二稿」→「確定稿」への展開過程（即ち、校正作業＝「日本文」化）にあり、[57]その主導権が邦人委員の手中に握られていたとき、彼の着案はもはや主流的意味合いを持ち得なかったことを物語るのである。従って、私は、結果として一つの私的見解の域を出なかったと思われる「少数意見」を一部でも包含

するこの手稿草案は、その限りで既に、十全たる司法省「公式」草案としての性格を見い出し難い、「私家本」的存在にとどまらざるを得なかったのではないかと推考している。

本稿第一章で少しく言及した通り、編纂作業に並行して進められていた講義も、一一年一月一八日には打ち切られる。これは編纂がいよいよ司法省段階から太政官刑法草案審査局に移り、それに伴いボアソナードに対し註釈書の執筆とその提出が依頼された[58]——これ即ち、編纂行程に対し彼の影響力が殆ど行使し得なくなったことを意味する[59]——からなのである。こうした中で、彼は「少数意見」を次第に形成し、公開する機会を窺ったに違いない[60]。

結

以上、旧刑法の司法省における編纂過程、とりわけボアソナード参画後に行われた草案趣旨の講義や、二つの仏文草案についての極めて雑駁な解題的考察を試みてきた。もはや再言するまでもなく、旧刑法は邦人編纂委員とボアソナードとが「合議定案」を重ねた末に成稿していったものであり、この意味では、まさに「ボアソナード刑法草案」というまとまった草案が、ある歴史的な一時点において形成され、提起され得るような存在などではなかったことが明瞭となる[61]。本稿でも極めて流動的に進められる編纂作業の中で、ボアソナードがいささかなりとも自己の創案の実現が図られるよう、講義や「少数意見」を介し、繰り返し要求し続けていた姿を窺い得たのではないかと考える。

無論、司法省の段階に限っても、彼の手元に置かれた仏文草案が、オリジナルとして手続きの上で尊重されることはされ、確かに邦文草案に全体的な条文編成の骨格を、起案から最終的な確定草案に至るまで結果的に一貫して与え続けたことは続稿で提示する通りである[62]。同時代の外国人学者により、等しく「フランス的」なる評価が与えられるのは、この限りでボアソナードの影響が基体となったことを的確に見抜いているからに他ならない[63][64]。しかし彼が批判

的創見を徐々に形成し、結果として実現されなかったとしても終始その多くを抱き続け、彼の旧刑法改正意見たる『刑法草案註釈』において体系づけていることは記憶されてよい。そしてそうした「少数意見」は旧刑法典の理解の上からは二義的なものとはいえ、ボアソナードの刑法学のトータルな把握にはけっして閑却し得ないものである。[65]

法典編纂論的事実として、彼はまさに一人の起草・編纂委員の地位に止めおかれた「主宰者」であったと言える。[66] 本稿冒頭に掲げた旧刑法解釈の批判的視点の多くが起点としていたボアソナードの註釈書は、もはや編纂段階の事実経過を忠実に辿ったものではない。それは上述の如くの邦人委員との合議結果を所与の条件として、規範論的に再構成されたボアソナード個人の体系論が自己展開する場であったはずである。[67] 即ちここに、我が国における西欧刑法的解釈の出発点が置かれ、ボアソナード自らがその要石となる端緒があったのである。

(1) 正文は「強盗人ヲ傷シタル者ハ無期徒刑ニ処シ死ニ致シタル者ハ死刑ニ処ス」

(2) 正文は「重罪軽罪ヲ犯スニ便利ナル為メ又ハ已ニ犯シテ其罪ヲ免カルル為メ人ヲ故殺シタル者ハ死刑ニ処ス」

(3) 無論、当該事例の論点はこれに止まる訳ではない。しかし、本記事が別の既発表論文に対し駁論を展開したものであり、もとより三八〇条の適用不可を念頭に置いたものであったことは付記しておきたい。前掲『法律雑誌』、八頁。

(4) ここでいう「仏文草案」とは後述する「刊本仏文草案」であり、論者はそれを直訳して引照している。また「邦文草案」として引用しているのは、これも後述する司法省段階の「確定稿」草案（「日本刑法草案」全四七八条）である。

(5) 一例に過ぎないが、こうした傾向が実務でも行われていたことは、かつて拙稿『「擬律ノ錯誤」に関する一試論—明治一五年刑法施行直後に『正条ナシ』とされた無銭飲食・宿泊事例—』『慶應義塾大学大学院法学研究科論文集』二九号（平成元年）でも紹介した通りである。

(6) 例えば宮城前掲書中、随所で「仏文草案」やボアソナードの「再閲修正案」が引かれ、直接の彼への質問も試みられる。

(7) 古賀廉三『改版　刑法新論』（明治三六年・初版同三一年）、五頁。

(8) 宮城浩蔵「現行刑法改正論」（明治二四年）、『明治大学百年史』（第一巻・史料篇Ⅰ・昭和六一年）、三二〇頁所収。彼は、明治二三年五月一四日より刑法起草委員を召命している。その結果同年一二月に完成したのが、いわゆる「明治二三年改正刑法草案」である。尚、「旧刑法」改正作業／明治四〇年公布・四一年施行の「現行刑法」編纂作業の沿革史的概観は、杉山晴

康・吉井蒼生夫編『刑法改正審査委員会決議録・刑法草案（明治二十八年・同三十年）』（早稲田大学比較法研究所　叢書第一八号）（平成元年）、二七一頁以下に得られる。

(9) その各局面については、本稿後註11所掲の各論考を参照されたい。

(10) 以下、拙稿「旧刑法編纂過程―司法省段階―におけるボアソナァド主宰の端緒」『慶應義塾大学大学院法学研究科論文集』二六号（昭和六三年）にて展開される。以下引用にあたっては、「前稿」とも略称する。

(11) 本稿で用いる編纂途次の各草案は、特にことわりのない限り早稲田大学鶴田文書研究会編『日本刑法草案会議筆記』Ⅳ（昭和五二年覆刻）巻末に収められたものに依拠する（尚、本稿における同資料引用の際に用いる略記法は、前稿一〇二頁註13を参照されたい）。また、基本的な編纂の手続的側面―日付・担当機関など―は、右『会議筆記』Ⅰ収載「解題」、新井勉「旧刑法の編纂」(一)(二)『法学論叢』九八巻一号、四号（昭和五〇、五一年）、浅古弘「刑法草案審査局小考」『早稲田法学』五七巻三号（昭和五七年）を参照のこと。

(12) 結局、日本人自らが定立したこの目標は、日本人委員のみの手では具現され得ない。

(13) 前稿九八頁の表3参照。

(14) 前稿では、穂積陳重の分類に従い、これを「分担起草合議定案」→「単独起草（立案）合議定案」様式への転換ととらえた。尚、新採用にかかる後者の方法は、「法典ノ主義貫通シ起草ノ順序手続等ニシテ其宜シキヲ得」るものであると説明される。福島正夫編『明治民法の制定と穂積文書』（昭和三一年）、一一七頁。

(15) これを「結果」から略記すれば、まずボアソナードによるフランス刑法上の検討条文の趣旨紹介・合議による検討―『第一案』『第二案』等のボアソナードによる起案―邦人委員との合議―『第一稿』完成（九年一二月二八日上呈）―合議―ボアソナードによる校正作業『校正案』作成―『第二稿』作成（一〇年六月）―合議―『確定稿』脱稿・上呈（同年一一月）という流れである。

(16) ここでは、こうしたお雇い外国人による明治期における周知の立法態様が、日本人により経験的に獲得されていったものであることに注目しておきたい。

(17) 本稿では、旧刑法第一編「第一稿」が九年六月三〇日に太政官に提出された直後から、翌年一一月二八日に全四編「確定稿」が同官に上呈されるまでの司法省段階を主たる検討対象期間として定めている。同段階は、旧刑法編纂とボアソナードの関連を緊密な位相の下に描き出すという本稿の目的に適した種々の素材を提供すると思われ、後に解題を試みる二つの仏文草案もまた、そうした過程から産み落とされたものである。

(18) 高松宮蔵版『熾仁親王行実』（巻上・昭和四年）、二八九頁。
(19) 後掲表1を参照のこと。尚、本文ですぐ後に述べることと関連するが、七月四日は火曜日であることを付言しておく。
(20) 本文後掲『刑法草案講義筆記』、一頁。
(21) 大久保泰甫氏の紹介にかかる、外務省外交史料館所蔵のボアソナードの履歴書には、この「私邸」での講義が一八七七（明治一〇）年に行われた旨記されるが、これは彼の記憶違いではなかろうか。大久保泰甫「ボワソナードにかんする若干の新資料―フランスにおける調査の報告を中心にして―」『東西法文化の比較と交流』（野田良之先生古稀記念・昭和五八年）、二〇二頁。
(22) 前掲『熾仁親王行実』（巻上）、二八九頁。『元老院日誌』（明治九年一〇月）、五日の条に「条約書」写しがある。
(23) 九年一〇月一〇日に定まった「刑法講義質問手続」（『元老院日誌』、同日の条参照）には、講義は毎月水曜日正午から二時まで開かれ（翌年一月一五日に改められる）、質問は議長（恐らく有栖川宮であろう）の選任にかかる委員のみが許され、他に質問を希望する者は予めその委員に申し出、委員の判断により委員を介してすることが出来た。
(24) いわゆる彼の「刑法改正局設置構想」については、浅古前掲「刑法草案審査局小考」、三八三頁、拙稿前掲「旧刑法編纂過程―司法省段階―におけるボアソナァド主宰の端緒」、八九頁。
(25) 『刑法草案講義筆記』（ボアソナード講義／栗本貞次郎・山崎直胤・河津祐之口訳、明治一六年）には講義回数が記載されるものの、講義日付は略されている。
(26) 新井前掲「旧刑法の編纂」(一)、六三頁、六五頁註11、『会議筆記』II六九七―D～六九八―A。第一稿の条文番号では、第一二九条近辺である。
(27) 当該講義中、ボアソナードは、「予此刑法案ヲ第百七十五条迄稿シ畢リテ之レヲ司法省ニ呈シタリ」とも述べる。即ち、第一稿の仏文草案が通し番号上一七五箇条を数える段階に達していたと解してよかろう。尤も会議全体の進行は、同年一二月一九日の時点で、第一稿上第一五〇条以下となる「黒奴売買ノ罪」にさしかかったとみえ（『会議筆記』II七四八―B欄外註）、同月二八日上呈が「厳命」されていたとすれば、第二編の残り約二〇〇箇条を僅か一〇日前後で仕上げた計算になる。尚、同二編末二章分（第一稿上では三七箇条分に相当）は、一二月二六日、七日の編纂で、京都大学所蔵『司法省筆記』一二冊頭註には、「其未タ論議ヲ尽サス匆卒ニ失スル処アルニ似タリ」とある（新井前掲「旧刑法の編纂」(一)、六五頁註12）。尚、本稿前掲表1も参照されたい。
(28) 尤も、条文の趣意・編成は、第一稿のそれに既に極めて類似した形態を示す。

(29) 第一稿（全五二四箇条）の条文番号の上では、第四七七条までである。
(30) 前掲『刑法草案講義筆記』、六〇九頁。
(31) 「頃日司法省ニ於テ此刑法ヲ訂スルニ第三篇第三条…予ト委員トノ間ニ異説ヲ生セリ」とは、第三八回講義時の彼の言葉である。まさに編纂における校正作業の結果、条文構成が後に大いに変更されることを見越して、とりあえずその時点までで固まった草案（＝邦人委員との間で合意が形成されたもの）を講義用テクストとして用いていたのであろう。
(32) つまりは、第二稿は第一・第二・第三編の順で編纂されたことがわかる。
(33) 『会議筆記』Ⅱ巻末に収められる「第二稿」には、第一五七から一六五条が同二罪の該当部分であったが、この部分はそっくり削除され、その前後の条文の番号が整合しないままになっている。最終的な削除の決定が七月末であったとすれば、六月中に脱稿した第二稿には載せられていたはずである。作業の応急性が暗示される。
(34) 『刑法草案講義筆記』、六七五頁。
(35) 右引用箇所に続き、「是レ実ニ廃スルニアラス単行セント欲スルナリ」との発言は、彼が自からの着案に執着する態度を示す。政府草案に対する立法官としての元老院による修正提案の可能性に期待して、ボアソナードは同条の趣意を力説する。
(36) 『元老院日誌』（明治一〇年七月）、四日の条、「毎週木曜日会集ボアソナード氏刑法講義ハ方今議官人少且炎暑烈シキヲ以テ姑ク休会」、『同日誌』（同年九月）、二〇日の条、「木曜日会集ボアソナード氏刑法講議（ママ）ハ自今毎日曜日ト改ム」とある。尚、因に同日付直後の日曜は九月二三日であり、同四五回講義は同日に開かれたのであろうか。
(37) 右註とも関連するが、第四二回講義冒頭にて、「第一章ノ首条ニ就キ司法省ト余トノ間ニ意見ヲ異ニシタリキ其異議アル所ハ休暇ハ間司法省ニテ改正アリト聞キ之レヲ怪メリ其一唯一条重大ナル者アリテ之レヲ敢ニ司法省ニ詰談セリ講フ之レヲ各位ニ略陳セン（以下略）」（傍点岩谷）とボアソナードは述べる。本文にて若干言及したように、林有造らの事件が第四〇回講義にて引例されたとすれば、この第四二回講義におけるボアソナード発言は、講義休暇前であると仮定してよかろう。
(38) 前々註の所見を前提にすれば、同四七回講義時は、一〇月にかかっていたとみてよい。翌月上呈予定の確定稿条文が、第二編あたりまで漸次形成されてきているのであろう。確定稿条文番号の上では、第一五八条から第一七七条までが該当する。
(39) 例えば、任意に気のついたものに限っても、第五条二項「犯人日本ヘ帰リ来リシ時」の訳文→「故意（volontairement）ニ本国ニ在ル」という意味に限定する（第三回講義、以下数字のみ）、第三一条では「原文（仏文）ニハ他人ト隔絶スルコト無ク」の字があることの指摘（六）、第三二条九項は「国字刑法案此項ヲ欠」いており、「司法省ニ於テ大ニ議論」したが、再案として「政事ニ関スル新聞紙ノ社長タル権」なる原文（仏文）が提示された（七）、第五五条に、「仏文『別ニ宣告ヲ用ヒス』

ノ語アリ宜シク挿入スヘシ」（八）、第八九条の「国文日本刑法草案第二項ノ下ニ注文アリ仏文ノ載セサル処…宜シク削ルヘシ」（一六）、第九九条の「訳文中此一項ヲ脱ス須カラク挿入ス可シ」（一七）、第一〇七条の「国文刑法案此知ラザル者許スノ項ヲ脱ス仏文刑法案ニハ第百七条ノ四項ニ之レアリ」（一九）〔以上第一編〕と見え、更に、coup/blessure の対応語としての「殴傷」に、毒物による「身体毀損ノ字ヲ加ヘテ初メテ完全ナルヲ得」（二二）との意見も表す。

なお、近時、我が国の近代刑法導入に際して、外国法的思惟を自国語に翻訳し理解するために、明治初年刑法に示される「旧律令系」学問が重要な役割を果したとする、国語学的知見が表されている。藁科勝之「明治前期刑法用語の成立とその背景—総則部分の語彙を中心として—」『文経論叢・人文科学篇』Ⅵ〔弘前大学人文学部〕（昭和六二年）、一頁以下。また、松井利彦「明治初期の法令用語と造語法」『広島女子大学文学部紀要』第一九号（昭和五九年）、二七頁以下。

(40) 第一七条につき、衆人監視の下での尊属殺行為者死刑執行が司法省で討議されたが、ボアソナードは「固ヨリ不服ナリ」との反意を示し（五）、「司法省ニ於テ種々議論」を重ね吸収主義を採用した第一〇一条以下の数罪俱発につき、制限併科方式を主張して譲らない彼は、「司法省ノ旨ニ雷同スル能ハス」こと強調しその非につき縷説を加えるが、その勢いが過度に失し、「司法省ノ旨ト私考ト混淆シテ此刑法案ノ条ヲ誤説」する結果となる（一九）。さらに尊属殺の未遂減軽を否とする司法省と「諸説紛々」が生じ自己の意見を開陳する（二〇）。また、第一三〇、一四一条も「司法省委員ト予トノ間ニ説ノ牴牾ヲ生」じ、「司法省ト大井（マヽ）ニ論シタリ」、「司法省モ六回迄ハ同意ナリシカ七回ニテ廃スルノ説」に与した旨詳説する（四〇・四二）。

(41) ボアソナードにとって、元老院議員の面前は、絶好の自己主張の場であり得たと同時に、本来立法官たる彼らの言質を獲得することにより、編纂成果を自己有利に展開してゆく希望をも与えられる場であったのである。例えば、自招・過剰防衛規定の位置につき、司法省案に対し改正案を「余ヨリ申告ス可キ」であるが、「議官諸君ノ意如何ナルヤ若シ此改正ヲ以テ可ナリトセハ予ハ将ニ其旨ヲ具ヘテ司法省ニ陳セン是レ諸君ノ名我言ヲ重カラシムレハナリ」（二五）と述べ、更に、前註でも引例した最後者の「皇室ニ対スル罪」への彼の反対意見も、元老院議官「各位ニ略陳」した後、「司法省ノ意ニ協同セザレハ司法省ヲシテ之レヲ廃案セシメン」との決意を示す。また、編纂会議では否認されたことが明らかであるにも拘らず（Ⅲ一六四〇—C—D）、「予ハ旧ヲ存シテ（無論、否決された自己提出案—岩谷註）他日議官諸君ノ裁定ヲ俟ントス」（三八）と彼の編纂会議決定に対する強い反意をあらわにする。

(42) かかる訳題は私が付したものである。続けて、《présenté au Sénat par le Ministre de la Justice, le 8 mois de la 10e année de Meiji (Août 1877)》とある。

(43) その発行所および発刊年については、次のように記される。《Tokio. IMPRIMERIE KOKUBUNSHA. 8e mois, 12e

année de Meiji (Août 1879)》

(44) 『日本刑法草案会議筆記』の実際の筆記者にして編集者でもある岡崎撫松の記すところでは、「十年一月ヨリ六月迄第一稿ニ付校正スル所ノ者ヲ…同年六月（校正）一頓スル所ノ稿」を指している。最初より、上呈を目指した草案ではなかったことに注意したい。尚、前註15も参照されたい。

(45) 明治一三年三月一五日に元老院で行われた刑法草案（「刑法審査修正案」）審査第一読会席上、村田保の刑法編纂の沿革説明の折、「十年十一月三十日ニ至リ稍ク全部成功セシ旨ヲ上申セリ」と述べている（明治法制経済史研究所編『元老院会議筆記』前期第八巻）。通常はこの確定稿上呈を以て、司法省段階における編纂は終業したものと解されており、次註に挙げるボアソナードの書き残した認識と、かなりのずれがあることが指摘されている。新井前掲「旧刑法の編纂」㈠、九八頁註22。

(46) 尤もここで留意するべきは、「編纂ノ事業ハ千八百七十五年九月ニ起リテ千八百七十七年七月ニ終リ稿成テ政府ヘ上呈シタリシニ…」（傍点岩谷）とするボアソナードの認識である。この「政府」の語が示すところのものは必ずしも分明でないとしても、そこに上呈される以前の司法省段階における編纂が、ともかくも七月に終業したという箇所に注目したいのである。この時期は丁度八月に当該仏文草案が元老院に上呈される時期とも接続している。司法省『ボワソナード氏刑法草案註釈』（上巻・明治一九年刊）・緒論、七頁。Boissonade (G.-E.) *Projet révisé de Code pénal pour l'Empire du Japon*, Tokyo, 1886. p. 5, note (b). 以下、《Projet révisé》と略。

(47) 紙幅の制約上、編纂過程に於ける当該草案の資料的位置付けを証示する具体例は、次節にて触れる「手稿仏文草案」の解題と共に続稿に委ねることにする。

(48) 新井前掲「旧刑法の編纂」㈠、六六頁註25では（同論文、六九頁註1も同旨か）、確定稿と本仏文草案は同一なるものとして説明されるが、わたくしはむしろ浅古前掲論文、三八六頁註10にも指摘されるとおり、両草案は本来異なる段階に位置するべきものであることを前提として考えている。

(49) 法務図書館『法務図書館所蔵・貴重書目録（和書）』、五二頁。また本草案は、ボアソナードが提出したものであるとするのが、浅古前掲論文、三八六頁註10。

(50) 実際例えば、数罪俱発（法条競合）の編纂では、二刑の内その重きに従うことを原則とするいわゆる吸収主義を主張する日本人編纂委員側と、それを制限的ながら併科する主義を唱えるボアソナードが真っ向から衝突し双方とも譲らなくなった為、太政官上呈時には二案とも併記することで会議の進行が確保されたこともある（『会議筆記』Ⅰ三七三―C）。もしこうした手続きが実際に踏まえられ、その上で不採用で決定していたとしたならば、わざわざ印行時に「少数意見」と銘うち改めて

その異論の存在を明るみに出すような行為に出るものであろうか。私は、日本人委員側との協議が前提とはいえ、時間的な事情も重なり、日本人側からのボアソナードとの合意形成についての消極的な姿勢がここに感知できるのではないかと考える。

(51) 例えば「海賊ノ罪」及び「黒奴売買ノ罪」双方とも、ボアソナードの提案に基づくものであり、第一稿まで審議は一応進められる。しかし前者につき「賊盗律」、後者については、その条文設置の実益に深い疑問を差し挟みながらも、もとより「畧売律」の中にそれぞれ入れて論ずるべき性質のものであるとして、両案の削除を強く主張する日本人委員との間で確執が生ずる。結局、両罪ともこれを存置するか削除するかについての一致した見解が得られぬまま、明治一〇年七月二一日―即ち当該仏文草案の元老院上呈直前―に刑法編纂会議通訳者名村泰蔵（当時、元老院少書記官）が、ボアソナードの居宅に赴き削除の意向を伝えるという、慌ただしくかつ一方的な形で本編の草案への不登載が決定した経緯がある（『会議筆記』Ⅱ七七五―D）。

(52) 前掲『刑法草案註釈』（上巻）・自叙、五頁。

(53) 《Projet révisé》, p. III, note (e). 後半傍点部分の原文は、"…nous avons obtenu d'y faire insérer quelques-unes de ces dispositions…" である。

(54) 第一頁目、冒頭に記されている。表紙には題字は掲げられない。

(55) 尤も、この四つ折り判、皮装の、上下二巻からなる手書きの「刑法草案」それ自体は、その資料としての出自、成立年月日、及びその作成者の氏名を知る為には、何も語らない。私は、続稿にて同本の内容的解題・紹介及びその全文の覆刻を施すつもりであるが、以下本文ではその結果のみ記すことにしたい。

(56) 『内閣文庫洋書分類目録・仏書篇』（昭和四三年刊）の伝えるところによると、同資料は「ボアソナード自筆」にかかる手書き草稿であるとされるが、私は若干の疑問を持つ。写本として伝わる同資料は、創案者は彼だとしても筆写者を別の人物に想定することを妨げない。これも又、続稿にて論ずる。

(57) この第二稿から確定稿に至る邦文草案の変遷は、『（日本刑法草案会議筆記）附録刑法草案会議記』（早稲田大学図書館所蔵・鶴田文書内の一史料）に綴られる各草案に委細に施された朱字による書き込みを手掛かりにすることにより、克明に跡付けることが出来る。かかる史料と、『会議筆記』に収録される編纂記録、及び本文にて紹介した二つの仏文草案を重ね合わせることにより、外国語草案とその邦訳、及び審議結果がそれぞれ連動し、一つの邦文草案紙面上に、密接な連環の下に合一してゆく経過が読み解ける。続稿にて具体例を挙げ検討する予定である。

(58) 浅古「前掲刑法草案審査局小考」、三八六頁註10。「註釈書」とは『刑法草案註解』である。

(59) 前掲『刑法草案註釈』（上巻）六六六頁には、「黒奴売買ノ罪」「海賊ノ罪」を含む一章が削除された経緯が示されているが、

仏文原文の《Projet révisé》p. 514 には、「政府と元老院の合同委員会に非公式的 (officieusement) にも〔本章の〕草案が付されることをかろうじて得たのである」とある。おそらくその委員会とは、一〇年一二月二五日に開設された、司法省・太政官法制局・元老院所属の各員から構成された、刑法草案審査局を指すのであろう。司法省の公式草案たる「確定稿」にて削除された意見を、改めて非公式的に上申する機会が、彼には残されていたのであろう。『刑法草案註解』では、来る元老院の審議で該意見が、再び取り上げられるよう希望をつないでいるのである。

(60) これは、一三年三月に始まる元老院審議での、参考資料として刊本化が企図されたと考えられ、これを好機として彼は自己の納得の行かない点を「少数意見」として、本来の「立法官」たる同院に諮ったのであろう。従って、同院に於ける刑法講義から、彼の同院に対する姿勢は一貫していたのである。

(61) 新井前掲「旧刑法の編纂」(一)、六七頁。

(62) 近刊の本誌上に掲載される予定である。

(63) なお一二年八月に印行された刊本仏文草案に基づき、当時の我が国に於ける刑事立法改革の状況を紹介した外国語講演録あるいは論文として、さしあたって次のものを挙げることが出来る。Lefort (J.), *La réforme du Droit pénal au Japon*, *Revue de Droit international et de législation comparée*, Tome XII, 1880, pp. 224-227., *La réforme du droit criminel au Japon*, *Revue générale du Droit, de la législation et de la Jurisprudence en France et à l'étranger*, 1880, pp. 344-347., Desjardins (A.), *Compte rendu des projets de Code pénal et de Code de procédure pénale préparés pour l'Empire du Japon*, *Bulletin de la société de Législation comparée*, Tome IX, 1880, pp. 234-260. など。尚、右に紹介したいずれの記事も短いものであるが、「少数意見」についての言及・評価などはおよそ為されていない。

(64) 施行された旧刑法典については、Van Hamel (G.-A.), *La Législation pénale du Japon*, *Revue de Droit international et de législation comparée*, Tome XIV, 1882, pp. 490-523. Mayer (S.), *Das Neue Strafrecht des Kaiserreichs Japan*, *Österreichische Monatsschrift für den Orient*, Bd IX, 1883, S. 51 ff., Raner (S.), *Das Strafgesetz und die Strafprozeßordnung*, *Archiv für Strafrecht*, 1882, S. 30 ff. 又、『刑法草案註釈』については、Desjardins (A.). "*communication d'une étude sur le Projet de Code pénal japonais*", *Bulletin de la société de Législation comparée*, Tome XVI. 1887, pp. 223-241. などがある。

(65) 小野清一郎「旧刑法とボアソナードの刑法学」『刑罰の本質について・その他』(昭和三〇年)、四二五頁以下。

(66) ボアソナード自身がかように述べていることには注意しておきたい。尚、前註63で掲出した文献の内、後二者は、ボアソ

ナードの一定の影響の下に当該草案が編纂されたことについて触れ、彼をかかる草案を準備した司法省における編纂委員会の「一員」として位置付けることは忘れてはいない。とりわけ、最後者は比較立法協会の機関雑誌であり、当該草案を初めとして数多くのボアソナードによる立法成果が誌上報告され、そうした有力な情報源としてボアソナード自身が考えられることから〔V. Noda (Y.), *Gustave Boissonade, comparatiste ignoré; in Problèmes Contemporains de Droit Comparé*, Tome II, Tokio, 1962, p. 253 (note 1)〕、おそらく当該仏文草案についても彼の述べ伝えたところが、上記紹介報告の内容を構成したのであろう。

(67) 江口三角「問題思考と体系思考」〔実定法学の側から〕星野英一・田中成明編『法哲学と実定法学の対話』（平成元年）、一八八頁以下参照。

（補註）本稿脱稿後、最高裁判所図書館明治文庫所蔵の『ボアソナード仏国刑法講義筆記　写』（『明治文庫目録』昭和五八年・九〇頁）とある史料が、実は本稿にて紹介した元老院での「刑法草案講義」を記録したものであることが確認された。本史料は、三冊の綴りから成っており、版心に「高知裁判所徳島支庁」（同支庁は明治九年一一月一三日に開庁）の文字を持つ罫紙に墨書浄書され、三冊ともそれぞれ「高知裁判所管内脇町区裁判所」（同区裁判所は、翌一〇年一月二三日に徳島支庁管内に開庁）の蔵書印が押されていることから、一六年に刊行された『刑法草案講義筆記』以前に筆写されたものとの推測もできないことはない。しかし、内容的に同刊本と異なるところはなく、また書誌的にも刊本を超える特徴点は認められない。

〔付記〕本稿は、平成元年度本塾学事振興資金による研究補助を受けた研究成果の一部である。