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

Title	旧刑法数罪俱発条と治罪法第一三条但書：手続法のなかにみる実体的規定をめぐって
Sub Title	SuzaiGuhatsu of the old penal code and the proviso to article 13 of the criminial procedure code of Japan in 1882: the substantive law in the procedural
Author	三田, 奈穂(Mita, Naho)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科
Publication year	2012
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.94, (2012. 9) ,p.1- 35
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20120915-0001

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.

旧刑法数罪俱発条と治罪法第一三条但書

——手続法のなかにみる実体的規定をめぐって——

三田奈穂

一　序
二　旧刑法数罪俱発条と治罪法第一三条
㈠　旧刑法制定過程における罪数論に関する議論
㈡　治罪法第一三条
三　治罪法下における連続犯の取り扱い
㈠　連続犯・継続犯をめぐる伺・指令
㈡　註釈書にみる連続犯・継続犯の概念
㈢　連続犯にかかる大審院判例
四　結　語

一　序

日本ではじめて西洋法が体系的に継受されたといわれる旧刑法については、日本法と西洋法の接続がみられる法として数々の研究がおこなわれてきた。[1] しかしその一方で、実体法である旧刑法と同年に並び施行された刑事手続法である治罪法の編纂過程の詳細や各条の内容については、不明な点が少なくない。[2] とくに、旧刑法の『日本刑法草案会議筆記』[3] に相当する綿密な会議記録が見つからないという事実は、治罪法研究の大きな障害となっている。

旧刑法より先の明治三（一八七〇）年に成立した新律綱領は、明治維新を経て近代的な統一国家をめざした明治政府が、はじめて編纂した統一刑法典であり、同六年には新律綱領の不備を補った改定律例が施行された。しかし、これら明治初期刑法はその基礎を東洋の「律」に置き、東洋主義的な刑罰思想のもとで成立したものといえる。[4] ここで留意しなければならないのは、「律」は刑事法典であって、現代の意味でいう実体法的な「刑法」とイコールのものではない、刑事手続規定をも含むものであるという点である。たとえば新律綱領「訴訟律干名犯義条」は、現行法には規定がみられないものの、旧（大正）刑事訴訟法第二五九条および第二七〇条にみえる祖父母・父母に対する告訴・告発の制限に関する規定と通じるものがあるといえる。[5]

東洋的な刑事法典を、刑法・治罪法という実体法と手続法（形式法）に分類することは、新律綱領・改定律例編纂の裏側でおこなわれていた箕作麟祥『仏蘭西法律書』いわゆる「六法」の翻訳の過程で認識されていった。西洋法に対する知見が広まるとともに、不平等条約改正問題という外交問題が重なって、西洋近代的な法典編纂が開始される。ここでいう「西洋」とは、フランスを意味するものであるが、もちろん、当時の法典編纂がフランス法一辺倒であったわけではない。旧刑法についても、『日本刑法草案会議筆記』中、西洋の諸外国刑法が散見され、多くの外国刑法

を参照した事実がうかがえる。そのようななかで、先達の研究は前述の通り、実体的視点に立脚し、律から旧刑法へある種の接続がみられるとの結論を導いてきた。[7] しかしその一方で、治罪法については、当時のフランス治罪法をモデルとして起草された、と一口で片付けられることが多い。[8] 治罪法の制定の歴史や同法の運用実態を詳らかにすることは、律との接続の有無を具体的に示す手がかりとなるのではないか。

本稿では以上を実証することを試みるため、治罪法の左に示す条文但書を素材として検討する。すなわち、

第一三条　公訴私訴期満免除ノ期限ハ犯罪ノ日ヨリ起算ス但継続犯罪ニ付テハ其最終ノ日ヨリ起算ス

同条は、公訴時効（公訴私訴の期満免除）の起算点に関する規定である。右にみえる「継続犯罪」の文言は、旧刑法・治罪法施行の翌年、本稿三以下で詳述する「連続犯」に係わる伺が地方裁判所から持ち出される端緒となった。

ところで、連続犯については、現行法には規定がない。もっとも、現行刑法制定当初は、第五五条に科刑上一罪の規定があったが、昭和二十二年の刑法改正によって同条は削除された。[9] 同条が規定されていた刑法第九章併合罪には、現在、罪数論について科刑方法を規定するのみで、当該行為が一個の罪なのか数個の罪なのか罪数を定める基準については規定がなく、学説も一定でない。[10] 改正前の連続犯規定は、現行刑法制定過程において新たに起草されたもので、旧刑法下には存在しなかった。現在では明文規定を欠くものの、連続犯を認識した取り扱い実務は続けられている。[11]

かつて現行刑法編纂にあたって、連続犯規定が実体法的領域として規定されたことは興味深い。というのも、旧刑法中には当該行為が一罪か数罪かに関する規定はなかったが、先掲の治罪法第一三条但書の「継続犯罪」は、当該行為の犯罪に関する種別の概念を導く潜在性を秘めており、手続的な観点から罪数論が発達する可能性があると指摘できるからである。[12]

そもそも、旧刑法は罪数論について吸収主義の原則を採用している。[13] この原則は、明治期の罪数論について次のような見解をもたらした。小野清一郎氏は旧刑法の吸収主義について、罪数論のうち連続犯については実益をもたらさない概念であったと指摘する。それは、吸収主義に従えば、「連続犯であろうとなかろうと、すべて最も重い法定刑をもって処断されるのであるから、実体的な重要性はない。ただ手続上公訴事実および既判力の範囲等に関連してその意味があるにすぎない」[14] からである。しかしそれでも旧刑法下において判例上に連続犯の概念が出現しないわけではなかった。虫明満氏が指摘するように、明治三十（一八九七）年、大審院において「明治二十九年十月上旬頃ヨリ同年十二月二十日迄ノ間ニ数回ニ犯シタルモノニシテ連続犯ト認メ一罪トシテ処断」すると判示され、法律上の明文規定を欠きながら、連続犯が認められた事例がある。[15] 加えて虫明氏はドイツと日本の連続犯理論を対比して、ドイツにおいては「併科主義回避の手段として登場」した概念であるが、日本においては、「理論的概念として出てきたにすぎない所に違いがある」と結論づけた。[16]

確かに従前の判例をたどれば、日本における連続犯の概念は、理論的に導き出されたものかもしれない。しかし、明治期の法律実務の詳細に視線を向けるとき、各裁判所が司法省へ法律の解釈についてたずねるために提起した伺や請訓などの存在を決して看過することはできない。[17] 旧刑法・治罪法の運用の現実は、各裁判所が独立して存在しながら、司法省に対して解釈の伺をたてつつ裁判を進めるというものであった。いわば治罪法が効力を有した明治十五年から同二十三年までの間は、憲法の議論も未だ尽くされておらず、裁判所の権限は限定的であった。そうしたなかで本稿において、治罪法第一三条を素材とした伺・請訓などの司法史料を検討することは、困難といわれている治罪法に係わる多面的な研究を前進させる緒ともなり、かつ、前近代からの日本の刑事手続の慣行と西洋法との関係を詳らかにする手がかりとなると考える。治罪法の施行期間はわずか八年であるが、その内容の大要は旧々（明治）刑事訴訟法に引き継がれており、その存在の後法への影響は、決して過小に評価することはできない。[18] ゆえに本稿では、治

罪法第一三条但書をめぐる罪数論を軸に、併せて当時の司法実務の実態についても考察を加えてみたい。[19]

二　旧刑法数罪俱発条と治罪法第一三条

前述のように、現行刑法においては、当該行為が一個の罪にあたるのか数個の罪なのかということについては、明文の規定は存在しない。しかし、概念上、即時犯、継続犯、連続犯、接続犯といった認識があることは疑いないといえる。旧刑法は、現行刑法の併合罪とは異なり、罪数論について「一ノ重キニ従」う吸収主義を採用した。連続犯の概念は、科刑上の実益がほとんどないため吸収主義の刑法では生じ得ないといわれる。それでは、実体法的観点からは発達しにくい概念が明治期において持ち出されるようになったのは何故か。この点について、序で既述の通り、小野清一郎氏は「手続上公訴事実および既判力の範囲等に関連して」発達を遂げたと指摘する。確かに公訴時効の起算点をめぐって、罪数論が持ち出されることは自然なことではあるが、旧刑法に規定された違警罪の併科主義に関する例外規定（第一〇一条）は、罪数論発達に寄与したものと考えられる。以下、旧刑法の同条をめぐる議論について概観する。

㈠　旧刑法制定過程における罪数論に関する議論

「律」系刑法は数個の犯罪が発生した場合について、「諸二罪以上俱発。以重者論。」[20]として、吸収主義の原則を採用した。この「二罪俱発」条は、その後「数罪俱発」条として成立した旧刑法の規定内容に影響を及ぼすこととなる。

旧刑法の編纂は、従来から三段階を経て編纂されたといわれる。第一に司法省における編纂、第二に司法省による確定稿を検討した刑法草案審査局での修正審議、第三に審査局において完成した審査修正案を審査した元老院での審

議である。このうち、司法省での編纂段階は日本人委員のみによる編纂とボアソナードが起草した原案を基礎に司法省出仕鶴田皓が討論して確定稿を作成していくという二段階にわかれるといわれる。[21] 司法省での第一段階では、会議の冒頭で草案の基本方針が定められた。なかでも、法文について、「文字ノ用法ハ従来慣行ノ律文ニ依ルコト」[22]とされたことは、「数罪俱発」という用語が採用された背景に大きく係わる。[23] 司法省第一段階での編纂においては、吸収主義に基づく「二罪俱発」条が制定され、[24] その後の第二段階では、多くの議論が重ねられて「数罪俱発」条が起草された。

旧刑法編纂の司法省第二段階で主導的役割を果たした鶴田皓は、もともと昌平校においても教鞭をとったことのある漢学者（律令学者）であり、[25] 新律綱領の編纂にたずさわった人物でもある。[26] このことから、旧刑法が吸収主義を採用した背景に律の影響があった点がうかがえる。しかし、もう一方で、当時日本が範としたフランス法においても同様の制度が採用されており、のみならず、数罪俱発に関する規定は、刑法ではなく治罪法に規定が設けられていた。[27] ただし、原案起草者であるフランス人ボアソナードが望んだのは、当時ヨーロッパ各国で普及していた、加重主義の方法を採ることであった。ボアソナードは数罪俱発条原案の起草にあたって、実に細かい加重主義による条文を起草した。[28] しかし、ボアソナードの起草内容が鶴田に受け入れられなかったことは、史料上明らかである。[29] その理由の最たるものは、「実務が煩雑になるから」、であった。鶴田はできるだけ、「一ノ重キニ従フトノ原則ヲ貫カサルヲ得サル」と考えていたのである。そのようななかででき上がった旧刑法第一〇一条は、いわばボアソナードと鶴田の妥協の産物であるといえよう。

旧刑法第一〇一条　違警罪二罪以上俱ニ発シタル時ハ各其刑ヲ科ス若シ重罪又ハ軽罪ト俱ニ発シタル時ハ一ノ重キニ従フ[30]

右は、現在の軽犯罪法に相当する違警罪について、例外的に併科主義を採用した規定である。鶴田は「違警罪の併科法を置くことについてはかなり難色を示し」ていたが、「違警罪は個々の諸規則に違反したものを罰するものであるため一つ一つを罰しないと意味がない」とするボアソナードの主張を受け入れて、[31] いわばボアソナードの説得に折れたかたちで成立した条項であるといえる。同条は、旧刑法中にみえる吸収主義の例外規定であるが、加えて、旧刑法施行の四日前には、次の規定を含む法令が発布された。

明治十四年太政官第七二号布告（十二月二十八日）
明治十五年一月一日ヨリ刑法施行候ニ付法律規則中罰例ニ係ルモノハ左ノ例ニ照シテ処断スヘシ（中略）
第五条　法律規則ヲ犯シタル者ニハ刑法ノ再犯加重及ヒ数罪俱発ノ例ヲ用ヒス[32]

右により、違警罪以外の法律規則に違反したものであっても、数罪俱発条を適用しない、すなわち例外的に併科主義を採用することが定められた。法律規則の例としては、讒謗律や新聞紙条例、集会条例などが挙げられる。[33]

(二)　治罪法第一三条

さて、序で述べた通り、治罪法第一三条但書には「継続犯罪ニ付テハ其最終ノ日ヨリ起算ス」との規定があった。同条にみえる継続犯概念は、旧刑法の罪数論とは直接関連なく、公訴時効の起算点との関係から設けられたものである。しかし、次章で述べる通り、手続法である治罪法に規定された「継続犯罪」の文言が、連続犯に対する実体法との接続を喚起することとなる。本節では、次章で検討する司法省伺から理解される治罪法第一三条の成立過程を概観したい。

治罪法の特徴は、その内容のほとんどがフランス刑事訴訟法を下敷きとして起草されたことにある。ただし、陪審制が採用されなかったことからわかるように、日本の社会事情を考慮した点は特筆すべきである。ここではひとまず、治罪法の編纂の歴史的経緯をふまえながら、第一三条但書に継続犯罪なる文言が採用された背景について検討する。

1　治罪法編纂過程の概要

治罪法の制定過程については不明な点が少なくないが、その概要は、戦前のものとして小早川欣吾氏の研究、近年のものとしては矢野祐子氏による研究に詳しい[34]。以下、主に小早川・矢野両氏の研究に依拠して治罪法の編纂過程を整理してみたい。

治罪法の編纂が公式の日程にのぼるのは、明治十（一八七七）年十二月十七日、司法省内に大検事岸良兼養[35]を委員長とする治罪法取調掛を設置したことに始まる[36]。しかし、それ以前にも準備作業がおこなわれている。すなわち、ボアソナードは同年七月より治罪法草案の起草準備を進めており[37]、また、さらに遡れば、旧刑法編纂の開始と位置づけられる明治八年司法省第一号達[38]は、治罪法をも対象とし発せられたものであるといえる[39]。

この点について矢野氏は自らの研究のなかで、治罪法も旧刑法と同様の編纂段階を経て成立したものではないかと指摘する[40]。すなわち、治罪法編纂においても司法省・治罪法草案審査局・元老院の三機関を経、司法省内での編纂については、御雇外国人による講義と並行した日本人編纂委員のみによる編纂と、その後のボアソナード原案を下書として法典を編纂するという二段階にわけられるとする。その根拠として挙げられるのが、早稲田大学図書館所蔵『治罪法草案第一稿』の存在である[41]。『治罪法草案第一稿』は、他の治罪法草案とは全く別系統の写本で、確かに日本人編纂委員のみによって起草された治罪法草案であるとの推測が可能である。

さて、司法省においてボアソナードが治罪法の原案起草を開始したのは、明治十年七月のことである。ボアソナードは同十一年末まで、一八〇八年仏国治罪法に基づいた原案を起草し[42]、公式の史料上にみえる同十年十二月十七日、

司法省内に設けられた岸良兼養を筆頭とする治罪法取調掛が修正を加えながら、太政官へ提出する草案を完成させていった。以上の作業は二年ほどかけておこなわれ、同十二年九月二十五日、「治罪法草案」（六五〇条）を脱稿、司法省から太政官へ奏進される。[43] 治罪法草案はその後、翌月二十四日に太政官内に設置された治罪法草案審査局での審査を受けることとなる。[44] 同審査局は、元老院・司法省・太政官のそれぞれから任命された委員によって構成された。元老院議官柳原前光を総裁とし、委員として議官河瀬真孝、司法大輔兼議官玉乃世履、陸軍少将兼議官津田出、議官細川潤次郎、司法省判事岸良兼養、検事鶴田皓、太政官権大書記官兼外務大書記官村田保、司法少書記官名村泰蔵、司法権少書記官清浦奎吾、判事昌谷千里らが任命された。[45] これら委員のうち、柳原・細川・津田・鶴田・村田・名村・昌谷は刑法草案審査局から引き継がれているが、刑法草案審査局と比べて、司法省メンバーが多数を占めていることは注目に値する。[46] 治罪法は旧刑法に比べて難解で、起草者たる司法省の説明を必要としたからかもしれない。この点について太政官法制局より治罪法草案審査局委員に任命された村田保[47]は、

（治罪法草案は大検事岸良が主任となり―筆者註）当時清浦奎吾氏其下ニ在リテ初ヨリ担任セシヲ以テ、奏任御用掛トシテ委員会ニ出席シ、終始説明ノ任ニ当リタリ、其他横田、亀山、内藤、堀田、橋本等ハ判任官ナルモ仏文翻訳又ハ執筆ニ従事シタル等ノ関係ヨリ特ニ之ヲ委員会ニ出頭セシメテ説明ヲ為サシメタリ[48]

と回顧する。すなわち、司法省にて編纂にたずさわった横田国臣、亀山貞義、内藤貞亮、堀田正忠、橋本胖三郎らも治罪法草案審査局での審査会議に出入りし、適宜説明等を加えた事実がうかがえよう。修正審査が終了したのは、同十三年二月二十七日のことである。太政大臣三条実美へ「治罪法審査修正案」（五三〇条）が上進された。[49]

治罪法草案審査局での審査はさほど議論が紛糾した様子もなく、「僅か三ヶ月程で審査を終」えた。[50] しかし、太政

官へ上進された治罪法審査修正案は、太政官法制局井上毅の反対意見によって陪審に関する条文を削除[51]、そのままの状態で元老院での審議に付されることとなる。明治十三年四月九日、「治罪法審査修正案」（四八〇条）は第一八二号議案として元老院で審議、元老院では大きな修正は施されず、第一読会、第二読会、第三読会を経て可決をみた[52]。こうして治罪法六編四八〇条は、同年七月十七日太政官第三七号布告として旧刑法とともに公布、同十五年一月一日に同じく旧刑法と並び施行されたのである。

制定された治罪法は、日本においておこなわれていた中国法に淵源を持つ刑事裁判取扱手続の諸慣習から脱却し、西欧法系特にフランス治罪法を母法として編纂された、日本最初の刑事裁判手続を規定した独立法典として位置づけられる[53]。以上の背景をふまえたうえで、治罪法第一三条の具体的な編纂経緯について検討を進めることとしたい。

2　「継続犯罪」の起源

治罪法の草案史料として現在明らかとなっているのは、ボアソナードの仏文原案を翻訳した「治罪法草案直訳」、司法省において完成し明治十二年九月二十五日に太政官へ奏進された「治罪法草案」および治罪法草案審査局において修正された「治罪法審査修正案[54]」の三草案と、前述の矢野氏の研究によって明らかとなった最初期のものと推定される『治罪法草案第一稿』である。『治罪法草案第一稿』すなわち日本人のみの編纂会議では、継続犯にかかわる議論は存在しなかったようで、特に条文としての起草は認められない。司法省第二段階において起草された二草案は、次の通りである。

治罪法草案直訳第一三条　期満免除ノ期限ハ犯罪ノ日ヲ包含シテ其以後ニ進行ス若シ罪ノ継続シタルトキハ其止ミタル日ヲ包含シテ其以後ニ進行ス

治罪法草案第一三条　期満免除ノ期限ハ犯罪ノ日ヨリ起算ス但継続犯罪ハ其最終ノ日ヨリ起算ス[55]

右の治罪法草案は治罪法草案審査局において修正が加えられるが、治罪法とは読点の位置に相違があるのみであるため、ここでは扱わない。両者に共通していえるのは、どちらも文体を除いて大意にほぼ変更はないということである。ただし、前者において「継続犯罪」の文言が「罪ノ継続シタルトキ」と翻訳された点は注目すべきである。ボアソナード仏文原案の所在は不明であるが、後掲の草案から、ボアソナードは「継続犯」ではなく「犯罪が継続している時」と起草したのではないかと考えられる。

ボアソナード起草の原案に右規定が設けられたことは、ボアソナードは起草当初から同種の規定を置くつもりであったと推測できよう。しかし、本条はフランス治罪法には存在しない。そもそも、ボアソナードの起草した治罪法草案は大筋でフランス法によっているものの、公訴の期満免除に関する規定はフランス治罪法のなかでは最後の方に規定が置かれ[56]、少なくとも草案の編成は母法とは異なるものであった[57]。ボアソナードが治罪法の草案起草に着手するよりも前におこなった司法省での治罪法講義では、期満免除の期日の算定（計算）方法について、冒頭から講義をおこなっている[58]。

ちなみに、刑事法領域における時効には、刑の時効と公訴の時効があり、現行法において前者は刑法（実体法）、後者は刑事訴訟法（手続法）に規定される。旧刑法と治罪法にも類似の規定があったが、旧刑法編纂の初期段階においては、日本人編纂委員は二つの期満免除を一つのものと考え、公訴の時効についても現在のドイツのように刑法中に条文を設けようとしていた[59]。この点、フランス治罪法にあった吸収主義の規定が最終的に旧刑法中に規定されたこととは対照的である。

加えてボアソナードには、治罪法施行後も同法第一三条を修正する意志がみられない。明治十五年の『治罪法草案註釈』[60]には、「期満免除起算ノ日」として次の規定が置かれる。

第一三条　期満免除ノ期限ハ犯罪ノ行ハレタル日ヨリ其日ヲ込メ又若シ犯罪カ連続セル時ハ其止ミタル日ヨリ其日ヲ込メテ起算スル者トス[61]

右の治罪法草案註釈は、従来の「継続」を「連続」と誤訳ないしは誤植している。本翻訳は冒頭に掲げられた条文であって、註釈に従えば、継続犯・連続犯の区分は明確であった。

凡ソ期限ヲ算計スルヤ――中略――継続犯罪ニ関シテハ此点ニ附キ未タ必シモ其規則ヲ挙テ悉ク異ニスルニ至ラサレトモ其之ヲ適用スルニ於テ少シク之ヲ差異スル所アリ則チ此種ノ犯罪ニ就テハ其止息セル日ニ至テ始メテ期満免除ノ起ル者トスル是ナリ

凡ソ継続犯罪タル其類多カラス○公益ニ関スル罪ヲ以テ之ヲ言ヘハ一揆内乱ノ罪、法ニ背ク軍器兵機ノ運搬若クハ所蔵スルノ罪、度量衡偽造ノ罪、違法ノ集会、浮浪ノ罪等、ナリトシ私益ニ関スル罪ヲ以テ言ヘハ無故人ヲ監禁スル罪等ナリトス

二三ノ犯罪ニ就キ此点ヨリ監察ヲ下スニ其性質頗ル疑ハシクシテ論議ス可キ者アリ贓物隠瞞ノ罪ノ如キ初メ之ヲ託セラルヽニ方リ既ニ其罪ヲ得ルヲ免カレスト雖モ亦贓物占有ニ就テモ其罪ナシトス可カラス幼者誘拐ノ罪ノ如キモ亦然リト雖モ右二个ノ場合及ヒ其他之ニ類似セル場合ニ於テハ其犯罪ハ初メ不正ノ所行ヲ為シタル時ノミニ在テ成立スル者ト謂フ可ク其継続ノ性質を帯フルハ誘拐変シテ監禁トナリ贓物隠瞞ノ際ノ如キハ其物件再三移転シタルコトアルヲ要ス然レトモ贓物ノ移転ハ其罪継続ト謂ハスシテ寧ロ連続ト謂フ可シトス

連続犯罪ハ屢々誤テ継続犯罪ト混同スル所ノ者ニシテ其性質固ヨリ異ナルコトナク其罪悪ヲ行フノ目的ニ至テモ亦相同シクシテ多少ノ時日ヲ隔テ累次犯ス所ノ罪ヲ謂フ貨幣贋造及ヒ行使ノ罪、乞丐ノ罪、禁制物売買ノ罪及ヒ平素行フニ非サレハ法律ニテ之ヲ罰セサル罪即チ彼ノ法ニ背キ医術ヲ施シ又ハ収生術ヲ行フノ罪ノ類是ナリ

総テ上文説述シ来リタル場合ニ在テハ期満免除ノ起算法ヲ異ニシテ被告人ニハ不利トナル者ナリ蓋シ其犯罪日夜間断ナキ者ニシテ所謂ル継続犯ナル時ハ則チ其罪悪ノ底止セサル限ハ決シテ期満免除スルコトヲ得ス若シ又多少ノ時間ヲ経テ累行セル者ニシテ所謂ル連続犯ナル時ハ一犯罪ノ在ル毎ニ更ニ其期満免除ノ起算ヲ新ニス是ヲ以テ其犯罪中初ノ二三ハ既ニ期満免除シタルニ最終ニ近キ者ハ尚ホ未タ免除セサルコト有ル可シ[62]

当時の学界における即時犯・継続犯・連続犯の認識については後述するが、冒頭の草案における‘elle est continu’[63]を「連続セル」と訳出したのは、翻訳者森順正[64]による誤訳あるいは印刷による誤植である。治罪法の註釈書が少ないなかで、本書が司法官に広く親しまれることは、継続犯と連続犯の区別に関する詳細な註釈がありながら、両概念の誤認が起こりうる状況を創出したと考えられる。現行法の視点によれば、「連続犯はふるく継続犯とも呼ばれ」、継続犯と連続犯の概念は混同されていた[65]とみなされる原因は、右にあるのかもしれない。

さて、次にボアソナードが治罪法第一三条に「継続犯罪」規定を設けた理由について考えてみたい。継続犯については、ボアソナードの講義および警視庁において当時おこなわれていたグロースの講義のどちらにも、具体的な言及がみられない。この点について、ボアソナードは草案起草時に、フランスの学説を条文化したともいわれている[66]。清浦奎吾はそのことについて、

ボアソナードは自家の（治罪法――筆者註）草案を提出すると共に、恰も大学における講義同様に、各委員に対してその説明若しくは註解を加へ、或はフランス人オルトランや、ホウスタン・エリーの説又はブーフの説等、等を引用し[67]（後略）

と回顧する。確かに、当時のエリーの註釈書には継続犯に関する言及がみられ、ボアソナードがフランスの学説をそ

のまま条文に起草したと推測できる。

フォーステン・エリー（Faustin Hélie）はフランスの法律家で一八七二年より七四年にかけて大審院（破毀院）刑事部長に就任した人物である。[68] 日本において翻訳された代表的な註釈書に、『仏国刑律実用』[69]がある。同書には、当時のフランス治罪法における公訴時効の起算点について、次のような註釈が加えられた。[70]

> 此規則ハ又継続犯罪ニモ亦之ヲ適用ス但シ其犯罪ヲ完ク終リ又ハ止メタル日即チ其最終ノ所為アリタル日ヨリ起算スルノミ故ニ不法ニ人ヲ監禁シ兇徒ヲ隠匿シ又ハ流浪スル罪ハ其之ヲ止メタル日ヨリ起算ス然レトモ誘拐、重婚、背信、脱獄、兵卒逃亡、犯姦、高利貸、誣告ノ罪ハ決シテ継続ノ罪ニ非ス従テ其犯罪ノ日ヨリ起算スナリ[71]

ボアソナードがエリーの註釈書を受けて条文化したのかどうかは断定できないが、以上の経緯で治罪法第一三条但書が成立[72]したこととし、次章へと論を進めたい。

三　治罪法下における連続犯の取り扱い

明治十七（一八八四）年五月三十日、太政官より司法省に対して、「連続犯継続犯処分方」に関する指令がくだされた。その内容は、「司法省連続犯罪ノ処分法ヲ稟候ス批シテ継続犯罪ト同ク治罪法第一三条ニ依ラシム」[73]というものである。すなわち、連続犯は治罪法第一三条に規定のある継続犯と同様に一事件として処分するということである。[74] 本指令によって、連続犯の処分は明文の規定を欠きながら、各裁判所において継続犯と同様に扱われることとなった。ここではまず、右指令が発された経緯を明らかにしていく。

(一) 連続犯・継続犯をめぐる伺・指令

太政官による「連続犯継続犯処分方」指令の発端は、弘前始審裁判所および福岡県によって出された以下の問い合わせ[75]による。明治十七年一月二十日、弘前始審裁判所は司法省へ次のような「請訓」を提起する。

烟草税則違犯ノ儀ニ付請訓

第一条　烟草税則第四十六条此規則ヲ犯シタル者ニハ刑法ノ云云数罪俱発ノ例ヲ用ヒスト之レアリ因テ仮令ハ同則第十四条ニ違犯シ貼用ノ印紙ニ消印セサルモノアランニ若シ甲乙丙ノ三日ニ三箇ノ違犯アリシトキハ其時日毎日ナルト数日ヲ隔ルトヲ論セス一日ノ所為ヲ一罪トナシ三罪ナリト相心得可然哉将タ通シテ一罪ナリト相心得可然哉

第二条　前条若シ三罪ナリト相心得可キ儀ニ候ハヽ仮令製造人ノ店舗ニ於テ一日ニ発シタルモ尚ホ第三十八条ニ依リ各自五円以上五十円以下ノ処罰致ス可キ儀ト相心得可然儀ニ候哉

第三条　第一条三日ノ所為若シ又一罪ナリト相心得可キ儀ニ候ハヽ仮令甲乙丙ノ小売人ニ売捌キ然シテ先キニ甲ノ手ヨリ発見シ処断ヲ経ルノ後乙丙ノ手ヨリ又発見スルモ後判ハ只売捌代価ヲ追徴スルニ止メ処罰ニ及ハサル儀ト相心得可然儀ニ候哉

第四条　第一条若シ三罪ナリト相心得可キ儀ニ候ハヽ第三十五条売渡者第三十六条違犯者モ同断ノ儀ト相心得可然儀ニ候哉

第五条　第三十五条売渡者甲乙丙ノ三人ニ売捌キ先キニ甲者ノ手ヨリ発見シ已ニ処断ヲ経ルノ後乙丙ノ手ヨリ発スルモ其所為一日ニ係ルトキハ後判ハ第三条同断ノ儀ト相心得可然哉

右差係リタル事件モ候ニ付至急御指図相成度此段御内訓ヲ請候也

弘前始審裁判所八戸支庁

明治十七年一月二十日　　検事代理　検事補齋藤彝三郎

司法卿山田顕義殿[76]

右は、係争中の事件である「烟草税則」[77]違反行為を三日にかけて犯したときの罪数について、司法省に処分の基礎となる内訓を請うものである。そして翌月二十日には、福岡県より司法省へ次の伺[78]が提起された。

違警犯処分之義ニ付伺

一　茲ニ県設違警罪目ニ違犯シ各所ニ於テ郷貫氏名ヲ詐称シ各廛ニ投宿スルコト数十次ニ及ヒタル末其罪同時ニ発覚シタルモノ有之如斯性質異ナラサル同一ノ罪目ヲ犯スモ刑法第百一条ニ従ヒ各別ニ其刑ヲ科スヘキモノニ有之候哉

一　前項各別処分スルモノトセハ一罪毎ニ其言渡ヲ為スヘキモノナルヤ又ハ刑期ヲ合シテ言渡ヲ為スモ苦シカラス候哉

右差掛リタル義有之ニ付至急何分之御指揮相成度候也

明治十七年二月二十日　　福岡県令岸良俊介

司法卿山田顕義殿[79]

旧刑法は地方の実情を考慮して、最終条において地方独自の違警罪制定を認めている。[80]これに伴って福岡県では、明治十四年十二月二十二日、「福岡県違警罪目」[81]を制定し、翌年一月一日、旧刑法・治罪法とともに施行した。違警罪の裁判は各警察署およびその分署でおこなわれていた[82]ため、右伺は県令から発せられている。県設違警罪違反行為が十数回に及ぶ場合であっても、それぞれの行為を一罪として言渡しの判決をすべきかについて、司法省の指令を請うた。

司法省は明治十七年三月二十七日、以上の問い合わせに対する回答を作成すべく、太政官に次のような伺を立てた。左の伺が認められ、同年五月三十日、指令として発せられたのである。

爰ニ軽罪ニシテ数回同一ノ官署ニ対シ属籍身分ヲ詐称シ又ハ烟草税則ニ違犯シテ数十次ニ数十人又ハ同一ノ人ニ不足印紙ノ烟草ヲ売渡シ若シクハ違警罪ニシテ県設違警罪目ニ違犯シ数十所ニ於テ郷貫氏名ヲ詐称シ旅廛ニ投宿シタルカ如キハ各数事件トシテ処分センカ諸罰則若クハ違警罪ニ付テハ同時ニ数十罪ヲ科セサルヲ得サルニ至リ同一ノ事件ニシテ其刑期金額ハ幾年又ハ幾百円ヲ科スヘキ場合ヲ生スルコトアリ又刑法ニ定メタル重軽罪ニ付テハ数罪俱発ノ例ニ依ラサルヲ得サル等実際事実取調ノ繁冗ナル而已ナラス刑ノ権衡ヲ失シ裁判管轄ヲ定ムルノ法意ニ戻リ不都合少カラス尤モ継続犯罪ハ一事件トシテ之ヲ罰ス可キハ治罪法第一三条ノ法意ニテ判然タリ連続犯罪ニ付テハ其明文ナシト雖トモ前文引例ノ如キハ即チ連続犯罪ト称スヘキモノニシテ其所為ハ継続セサルモ意思ノ継続シタルモノナルニ因リ仍ホ継続犯ト均ク一事件トシテ処分ス可キ者ト考量候ヘ共将来連続犯罪ノ処分一定致置度御参照ノ為メ別紙福岡県伺幷弘前始審裁判所請訓書写相添差出候条至急御指令相成度此段奉伺候也

司法卿山田顕義

但地券書換又ハ証券印紙貼用等ノ犯則ノ如ク法律ニ於テ意思ノ継続如何ニ拘ハラス事物ノ員数ニ因リ刑ヲ増加ス可キ罪ハ別事件トシテ数刑併科ス可キハ勿論ノ事ト考量候

明治十七年三月二十七日

太政大臣三条実美殿[83]

右伺の要旨は次の通り。違警罪・法律規則違反の数罪俱発は併科するものであるが、事件によっては刑期や罰金の金額が数年あるいは数百円にのぼる場合がある。この場合、数年の定役は違警罪の主刑である拘留の、また数百円の罰金は科料の最高刑を超え、重軽罪の数罪俱発が吸収されることとの「刑ノ権衡」が失われてしまう。さらに、併科は個々の行為の取調を繁雑にし、便宜的に違警罪の裁判権を県に委譲していることの意味がなくなる。しかし、継続犯罪は治罪法第一三条によって、一事件として扱うことが定められている。連続犯罪については明文規定は存在しないが、弘前始審裁判所や福岡県による例は連続犯罪というべきものであって、「其所為ハ継続セサルモ意思ノ継続シタルモノナルニ因リ仍ホ継続犯ト均ク一事件トシテ処分ス可キ」と考えられる。今後のために連続犯罪の処分方法を一

定すべく、指令を仰ぎたい。

司法省の意向としては、「取調ノ繁冗」を防ぎ、「刑ノ権衡」を維持するために、連続犯は一罪として処分したいというものであった。そしてその根拠として挙げられたのが、治罪法第一三条但書の継続犯罪に関する規定である。これはすなわち、手続法上起算点の基準を明確にするために設けられた規定が、いわば実体法としての連続犯概念の成立を認めることにつながり、太政官の指令によって法令に準じるかたちで運用されることとなったことを示している。

明治初期の刑事裁判は、霞信彦氏が提唱したように裁判官の提起した法の解釈適用に係わる様々な疑問（伺）を司法省が回答（指令）することによって擬律科刑をなす「伺・指令裁判体制」がとられていた。[84] 岩谷十郎氏はこの点をさらに敷衍させ、明治十二年の「内訓条例」によって類似の裁判体制が旧刑法・治罪法施行後も継承されたことを指摘する。[85] 内訓条例は同二十三年に廃止されたが、少なくとも治罪法が有効であった期間は、司法省の指令が、法令としての機能（法源性）を有したといえよう。すなわち、本節で扱った指令は、治罪法下で有効な広義の「法」として扱われたのである。

(二)　註釈書にみる連続犯・継続犯の概念

当時の連続犯に関する知識はボアソナード註釈において得ることが可能であったが、本節では、学界において連続犯・継続犯がどのように認識されていたのかについて概観する。

治罪法編纂で供された註釈書を除いて挙げられる最も古いものに、明治十三年に刊行された治罪法編纂委員横田国臣『治罪法講義』[86]がある。[87] 同書の治罪法第一三条の項には、次のような註釈が加えられた。

一　継続犯罪トハ幾日ヲ経ルト雖トモ其所為ト時間トヲ分別シ度数ヲ以テ計ルコト能ハサル事件ヲ謂フ即チ一揆暴動陰ニ兵器弾薬ヲ儲蔵シ又ハ故ナク人ヲ監禁スル等ノ罪ナリ

一　連続犯罪トハ累次累犯ニシテ其事件ハ各同一ナリト雖モ各一罪ト認ムルコトヲ得ヘキ事件ヲ謂フ即チ宝貨ヲ偽造スルコト偽造ノ宝貨ヲ行使スルコト応禁物ノ売買規則ニ背キ医術分娩術ヲ行フ等ノ罪ナリ

継続犯罪連続犯罪ノ期満免除ノ期限ニ付キ起算法ノ差異

一　継続犯罪ハ其最終ノ日ヨリ期満免除ノ期限ヲ起算ス何トナレハ犯罪ノ時間幾千日ナルモ一罪ニシテ一罪未タ終ラサル間ニ経時効ヲ得ルノ理ナカル可シ

一　連続犯罪ハ累次別ニ期満免除ノ期限ヲ起算ス何トナレハ累犯ノ時間ヲ合算スル時ハ幾千日ナルモ固ヨリ数罪ナレハ最終ノ一罪ヨリ経時効ヲ得ルノ理ナカル可シ[88]

横田は継続犯と連続犯を明確に区分したうえで、連続犯については一罪毎に公訴時効を認定するものであると述べている。これは、前節の太政官指令にいう、連続犯は治罪法第一三条に準じて処断すべしとの方針とは異なることが指摘できる。

さらに後年の明治十九年、関西法律学校の創立者として知られる井上操によって『治罪法講義』[89]が刊行された。同書は、「でりー、あんすたんたね」‘délit instantane’を「即時犯罪」、「でりー、こんちにゃー」‘délit continu’を「継続犯罪」、「でりー、しゅくせしふ」‘délit succession’を「連続犯罪」と翻訳し、連続犯については「是レ継続犯罪ノ変態ナリ」と説明する。また、「継続犯罪ノ解ニ於テハ世間往々異論アリテ未タ確定セス又刊行ノ書中ニモ註解ナキニハアラサレト簡短ニシテ恐クハ未タ其義ヲ尽ササルナルヘシ」[90]ともある。

井上操『治罪法講義』で特に注目すべきは、「地券書換ヲ為サス証券印紙ヲ貼用セサル罪ハ十六年五月十四日司法省内訓ニテモ之ヲ継続犯罪ナリトセラレタリキ」[91]との記述である。右にいう司法省内訓はすなわち、

証券印紙規則違背者ハ都テ本則ヲ履行セサル（則チ罰則第七条ノ如キ印紙ヲ貼用セサル）間ハ仍ホ継続犯罪ナルヲ以テ公訴期満免除ヲ与ヘサル[92]

との指令を、司法省より大審院裁判所および警視庁・府県（東京府を除く）へ発したものである。右指令は、明治十五年十月二十六日に前橋軽罪裁判所検事代理検事補五十嵐匡里より提起をみた伺に基づく。継続犯にかかる実体的規定を欠くなかで、右内訓は、継続犯の具体的な取り扱いに関する依るべき法を各裁判所に示したものとなった。井上が註釈書において右内訓を掲げたのは、内訓の有する法源性を示唆するゆえであろう。[93]

㈢　連続犯にかかる大審院判例

このように、連続犯処分方に関する太政官指令は法令としての機能を有することがわかった。最後に、当時大審院において連続犯事件がどのように判示されたのか、若干述べておく。

大審院は明治十九年十月二十一日、連続犯の公訴時効の起算点について、「連続犯ノ公訴期満免除ノ期限ハ犯罪最終ノ日ヨリ起算ス」[94]と判示した。これは、同十七年に発せられた先述の連続犯罪処分法については「継続犯罪ト同ク治罪法第一三条ニ依ラシム」とする指令に基づくものと考えられる。しかし、判例はその七年後、大きく変化する。同二十三年十一月、大日本帝国憲法の施行に伴って治罪法は改正されたが、同条の内容はそのまま引き継がれていた。同二十六年一月十六日、大審院は「委托金費消件」において、「数年間継続シテ即時犯ヲ犯シタルモノヽ時効ハ継続犯ノ如ク犯罪最終ノ日ヲ以テ之カ起算点トナスヘキモノニ非ス」[95]と判示した。

費消罪ハ継続犯ニアラスシテ即時犯タルヤ論ヲ俟タス只意思ハ継続スルヲ以テ連続犯トシ継続犯一事件ノ如ク処分スルハ可ナリ

ト雖モ連続犯ヲ純然タル継続犯ノ如ク犯罪最終ノ日ヨリ時効ヲ起算スルハ不可ナリ何トナレハ連続犯ハ本来即時犯ノ連続スルニ過キサレハ其連続ノ故ヲ以テ軽罪三年以前ノ即時犯ヲ継続犯トスルヲ得サレハナリ要スルニ即時犯ハ連続スルモ即時犯タルノ性質ヲ失ハス――中略――数年間継続シテ犯シタルノ故ヲ以テ之ヲ継続犯ト混スヘカラス則チ即時犯ノ連続シタルモノナレハ是レ連続犯タリ故ニ継続犯ノ如ク犯罪最終ノ日ヲ以テ時効ノ起算点トナスヘキモノニアラス

すなわち、同二十六年の大審院判例では、先の指令の内容が否定され、もはや効力を有していないことがわかる。それは、先述の通り同二十三年に内訓の法としての機能が否定されたことによる。こうして、連続犯が継続犯と同様の公訴時効の起算点を持つとする指令は廃止され、以後、連続犯概念は判例および学界を通じて理論構成されていくこととなる。

四　結　語

以上、旧刑法・治罪法下における連続犯の取り扱いについて、可能な限り当時の史料をもとにその内容を明らかにした。要約すれば、そもそも、明文規定を欠く連続犯が認められたのは、弘前始審裁判所および福岡県による伺が端緒となり、手続的煩雑さおよび刑が不当に重くなりすぎることを防ぐためであった。司法省はその実体的根拠を、治罪法第一三条に規定のあった継続犯に求める。裁判所の判断を拘束した明治十七年の指令は、連続犯の公訴時効の起算点についても、継続犯と同じように処断される旨を定める法としての機能を有した。指令が効力を失った後は、理論的に継続犯と連続犯の科刑の問題と公訴時効の起算点の問題を明確に区別するように変化していく。

本稿では、従来は旧刑法（実体法）と治罪法（手続法）とにわけて考えられてきた明治期の法制について、治罪法

の手続的規定が実体法的内容に及ぼした影響について検討した。旧刑法は罪数論について吸収主義を採用していたが、治罪法第一三条但書に規定された「継続犯罪」の文言は、罪数論としての「連続犯」を認める実体的根拠となったのである。

ボアソナードが同条を制定したのは、当時のフランス法学説を受けてのものであったと推測できる。その一方で、旧刑法に鶴田皓が渋々受け入れた併科に関する例外規定が存在したことは、連続犯にかかわる事件の処断を複雑にする契機となった。こうした事実は、従来、「律」的吸収主義のもとでは発達し得なかったとされる連続犯概念が、実務的要請から、司法省において実体・手続の枠組みを超えて解決策（解釈）を模索し、概念を形成させていったことを示しているのである。

（1）代表的な研究に、霞信彦『明治初期刑事法の基礎的研究』（慶應義塾大学法学研究会叢書五〇、慶應義塾大学法学研究会、一九九一）、吉井蒼生夫『近代日本の国家形成と法』（日本評論社、一九九六）、岩谷十郎『明治日本の法解釈と法律家』（慶應義塾大学法学研究会叢書八三、慶應義塾大学法学研究会、二〇一二）等がある。

（2）近年刊行が進められている信山社の日本立法資料全集『刑事訴訟法制定資料全集』「刊行の辞」においても、治罪法や旧々刑事訴訟法の制定過程に関する研究は、旧刑事訴訟法および現行刑事訴訟法の立案・制定過程を跡付けようとする試みに比べて、本格的な資料収集さえほとんどおこなわれていないと指摘する（井上正仁・渡辺咲子・田中開編著『刑事訴訟法制定資料全集　昭和刑事訴訟法編（一）』（日本立法資料全集一二一、信山社、二〇〇一）、i・ii頁）。

（3）早稲田大学鶴田文書研究会編『日本刑法草案会議筆記』（全六冊、早稲田大学出版部、一九七六）。

（4）石井良助編『明治文化史　法制編』（洋々社、一九五四）、二八四頁。

（5）新律綱領訴訟律干名犯義条の規定は次の通り。

凡子孫。祖父母父母ヲ告ケ。妻妾。夫及ヒ夫ノ祖父母父母ヲ告ル者ハ。実ヲ得ルト雖モ。徒二年半。誣告スル者ハ。絞。若シ二等親ノ尊長。及ヒ外祖父母ヲ告ル者ハ。実ヲ得ルト雖モ。杖九十。三等親ノ尊長ハ。杖八十。四等親ノ尊長ハ。杖

七十。妻ノ父母ハ。杖六十。其告ラルヽ二等三等親ノ尊長。及ヒ外祖父母。若クハ妻ノ父母ハ。幷ニ自首ニ同ク。罪ヲ免ス。四等親ノ尊長ハ。本罪ニ。三等ヲ減ス。若シ誣告ノ罪。重キ者ハ。各誣ル所ノ罪ニ。三等ヲ加ヘ。罪。流三等ニ止ル。（後略）（内閣記録局編『法規分類大全』五四、刑法門第一冊（原書房、二〇一〇）、一八〇頁）

旧刑事訴訟法（大正十一年法七五）祖父母・父母に対する告訴・告発の禁止規定は次の通り。

第二五九条　祖父母又ハ父母ニ対シテハ告訴ヲ為スコトヲ得ス

第二七〇条　第二五九条ノ規定ハ告発ニ付之ヲ準用ス（『法令全書』大正十一年五月、法律第七五号）

祖父母父母に対する告訴・告発の禁止規定が設けられたのは、「日本ノ順風美俗ヲ維持スル」という儒教的思想が背景にあったが、旧刑事訴訟法制定の過程において、同条は法律で制定するべきものではないとの反対意見も根強くあった（『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員会議録』（法曹会、一九二二）、五四四―五六四および八六三・八六四頁）。訴訟律干名犯義条も建前上は儒教に基づいて規定される（律令研究会編代表滝川政次郎『訳註日本律令　七　唐律疏議訳註編三』（東京堂出版、一九八七）、三七五・三七六頁）。律と旧刑事訴訟法の両規定の接続を示す確たる資料はみあたらないが、その内容を検討すれば、同義であることが指摘できる（石井紫郎・水林彪校注『法と秩序』（日本近代思想体系七、岩波書店、一九九二）、二八七―二八九頁）。旧刑事訴訟法の制定過程および律の手続的規定については、小田中聰樹『刑事訴訟法の歴史的分析』（日本評論社、一九七六）を参照のこと。花井卓蔵「刑事訴訟法要義序」（林頼三郎『刑事訴訟法要義　総則』所収、中央大学、一九二五）においても、「（新律）綱領は其大部分に於て刑法なりと雖も、捕亡律、断獄律は実質に於て刑事訴訟法の範囲に属す」（四頁）とある。

なお、刑事実体法と手続法の関係については、古くから議論が蓄積されてきた。近年の刑事法領域における実体法と手続法の交錯を正面から取り扱った研究に、「一連の行為をめぐる実体法と手続法の交錯」（小田直樹「共同研究にあたって――問題意識と若干のコメント――」・深町晋也「『一連の行為』について――実体法の視点から――」・大久保隆志「『一連の行為』と訴訟的評価」（刑法雑誌、五〇―一、二〇一〇））がある。ちなみに西洋においても、「一罪なるか、数罪なるかの問題は、一個の刑罰を科すべきか数個の刑罰を科すべきか（又は加重刑を科すべきか）の問題からでて来た」、すなわち実体法から離れて手続法の分野で発達したものである（瀧川幸辰「罪数概論（一）」（法学論叢、三―二、一九二〇）、四頁）。

（6）　近年刊行されたものとして、岩谷十郎「刑法典の近代化における『旧なるもの』と『新なるもの』」（前掲『明治日本の法解釈と法律家』所収）がある。岩谷氏は旧刑法を、律型刑法とフランス刑法のアマルガムと結論づけた（二六七頁）。

（7）前註（1）のほか旧刑法に関する研究史については、拙著「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）、五七〇・五七一頁に詳しい。

（8）ただし、フランスと日本の治罪法の大きな違いに、陪審制は存在しないという事実がある。手塚豊「法規分類大全〈治罪門〉解題」（内閣記録局編『法規分類大全』五七、治罪門第二冊所収、原書房、二〇一〇）、小田中聰樹「明治憲法下の刑事手続――治罪法（一八八〇）、旧々刑事訴訟法（一八九〇）、旧刑事訴訟法（一九二二）――」（法学教室、一二一、一九九〇）。治罪法に関する先行業績については、後註（34）も併せて参照されたい。

（9）昭和二十二年刑法改正（『法令全書』昭和二十二年十月、法律第一二四号）。

（10）日本における罪数論の学説の対立については、只木誠「観念的競合の一罪性とその根拠」（『罪数論の研究』補訂版所収、成文堂、二〇〇九）、四〇―四六頁に詳しい。

（11）渡辺育男「未遂事犯の掘り下げ捜査と捜査情報及び資料の集中管理による捜査活動への活用について――連続犯に対する捜査を中心として――」（警察学論集、四四―六、一九九一）。

（12）連続犯制定の理由は、実務の疑義を避けるためである（「刑法改正政府提出案理由書」（松尾浩也増補解題・倉富勇三郎・平沼騏一郎・花井卓蔵監修・高橋治俊・小谷二郎共編『増補刑法沿革綜覧』日本立法資料全集別巻二、信山社、一九九〇）、二一五二頁を参照）。

（13）旧刑法の罪数論に関わる研究としては、小野清一郎「旧刑法とボアソナードの刑法学」（福井勇二郎編『杉山教授還暦祝賀論文集』所収、岩波書店、一九四二）および前掲拙著「旧刑法『数罪俱発』条成立に関する一考察」および拙著「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、七九、二〇〇八）がある。

（14）小野清一郎「連続犯と包括一罪」（法曹時報、三―一〇、一九五一）、二〇頁。現行法においても罪数論における実体的研究が低調であることは問題視されていた。理由としては、罪数は具体的な事案と密接に関わり極めて実務的な性格を有し、適正な量刑を決めることに偏重しがちであったことなどが挙げられる（中山善房「罪数論の現状」（団藤重光・斎藤壽郎監修『刑事裁判の課題』所収、有斐閣、一九七二）、一六七頁）。村崎精一「刑法における法条競合論」（金沢大学法文学部論集法学編、一四、一九六七）、六〇頁も併せて参照のこと。

（15）虫明満『包括一罪の研究』（成文堂、一九九二）、一五五頁。

（16）前掲虫明『包括一罪の研究』、一五六頁。なお、虫明氏の研究は日本とドイツの制度との比較について次のような着想を

誘起する。本稿で述べたようにドイツの連続犯の概念は併科主義回避のための理論であるが、条文の規定の方法は、「そもそも一罪数罪の区別が前提となっていないことに気づく」（一二五頁）。すなわち、ドイツの条文が問題としていることは、当該行為が一個の行為か数個の行為かにあり、一罪か数罪かということには全く関知していないのである。一方で、日本においては連続犯の一罪性について、種々の学説が提示されている（前掲只木「観念的競合の一罪性とその根拠」）。旧刑法は罪数論について「数罪俱発」の文言を使用したが、これは、律のなかに「二罪俱発」条が存在したことによる。この文言が採用された背景には、本稿二で述べるように「条文の文は律に依る」との旧刑法編纂方針に基づくが、一方で、範をとったフランス法は吸収主義を採用していることを建前として、罪数論についてはボアソナードの意向を退けて吸収主義を採用した。それは翻訳語について、異論無く「数罪俱発」の文言が採用されることとも根底でつながっている（前掲拙著「旧刑法『数罪俱発』条成立に関する一考察」、五七〇頁）。もっとも、「数罪俱発」の文言は旧刑法改正によって姿を消したが、「俱発」の用語削除の一方で、「数罪」の文言は現行刑事訴訟法第九条第一項第一号中に残されている。これは、ドイツの学説に従えば本来的には「行為」を基準としなければならないにもかかわらず、「一罪」・「数罪」の区別にとらわれる契機となったのではないかとの考えを想起させる。（後註（20）参照）

(17) 明治八年までの司法省明法寮を中心とする体制については、霞信彦「明治期における刑事裁判について――伺・指令裁判体制を中心に――」（法学研究、七六―七、二〇〇三）、同十二年の「内訓条例」を中心とする体制については、岩谷十郎「明治十五年前後の訓令システム概観」（前掲『明治日本の法解釈と法律家』所収）に詳しい。

(18) 前掲小田中『刑事訴訟法の歴史的分析』、一〇・一一頁。

(19) 本稿において史料より引用をおこなう場合、旧字・合字・異体字等はすべて新字に改めて表記する。既出の史料・文献等については、重複を避けるため前掲「〇〇〇」と省略することとする。

(20) 名例律逸文（『唐律疏議』）、井上光貞・関晃・土田直鎮・青木和夫校注『律令』（日本思想体系新装版、岩波書店、一九九四）、四七頁。

ちなみに、日本においては江戸時代まで、「罪」と「刑」の概念が混淆していたことはよく知られる。古代においては、中国律の「五刑」を継受する際に、「五罪」とした。「犯罪あるところ刑罰あり。罪・刑両者は恰も影の形に添う如く離るべからざる関係に在ったため、両者は同視され」た（佐々波与佐次郎「本邦古代の罪・刑」青山法学論集、七―四、一九六六、一〇九頁）。二罪俱発にいう「罪」がどういうものであったのかについては、「其一事分為二罪。罪法若等。則累論。罪法不

等者。則以重法併満軽法。」（前掲『律令』、四八頁）の規定より、犯罪と刑罰の区別がなされていることがわかる。「『事』というのが訳せば〝犯罪〟であり、『罪』とは『罪法』すなわち刑罰算定法」と解することができる（律令研究会編・滋賀秀三訳註『訳註日本律令　五　唐律疏議訳註篇一』（東京堂出版、一九七九）、二八八頁）。もし、「二罪俱発」条が古代において唐律をそのまま継受したなら、「五罪」の概念と大いに矛盾したのではないかと推測される。その意味においては、明治初期刑法のなかで「五刑」と規定し、「罪」が犯罪類型のみを表すこととなったのは、画期的なことといえる。

(21) 前掲『日本刑法草案会議筆記』第Ⅰ分冊、一〇・一一頁。

(22) 「起案ノ大意」（前掲『日本刑法草案会議筆記』別冊『刑法編集日誌　日本帝国刑法草案』所収）、四頁。

(23) 前註（16）および（20）参照。

(24) 前掲拙著「旧刑法『数罪俱発』条成立に関する一考察」、五五一頁。

(25) 鶴田皓の略歴は、「鶴田皓略伝」（前掲『日本刑法草案会議筆記』第Ⅰ分冊所収）を参照。

(26) 藤田弘道「新律綱領編纂考」および「改定律例編纂者考」（『新律綱領・改定律例編纂史』所収、慶應義塾大学出版会、二〇〇一）。

(27) フランス治罪法の吸収主義に関する規定は次の通り。

第三六五条後段

若シ被告人ニ数箇ノ重罪及ヒ軽罪アル時ハ其中ノ最重ナル罪ニ因テ其刑ヲ定ム可シ（箕作麟祥訳『仏蘭西法律書』「治罪法」、一八七四）

365. (condition) En cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte sera seule prononcée. (L. Rodonneau, 'Corps de Droit Français, Civil, Commercial et Criminel.' Paris, 1880–1881、四一〇頁)

なお、フランス法において治罪法に規定のあった同条が日本法では刑法中に収められることについては、鶴田とボアソナードの間で「刑法中ニ入レテ当然ナリ」とされた（前掲拙著「旧刑法『数罪俱発』条成立に関する一考察」、五五二頁）。

(28) 詳細は、前掲拙著「旧刑法『数罪俱発』条成立に関する一考察」に詳しい。

(29) 前掲『日本刑法草案会議筆記』第Ⅰ分冊、三六五・三六六頁。

(30) 前掲『法規分類大全』五四、刑法門第一冊、四〇四頁。なお、同条は次の日本刑法草案を修正してできあがったものである。

第一一三条　違警罪二罪以上俱ニ発スル時ハ各自ニ其刑ヲ科ス若シ重罪又ハ軽罪ト俱ニ発スル時ハ一ノ重キニ従フ（前掲『日本刑法草案会議筆記』第Ⅰ分冊、三八〇頁）

(31) 前掲拙著「旧刑法『数罪俱発』条成立に関する一考察」、五六七頁。

(32) 『法令全書』明治十四年、一三二頁。

(33) 背景に、当時激しさを増した自由民権運動弾圧との関係を想起させる（前掲小田中『刑事訴訟法の歴史的分析』、一一頁）。讒謗律と旧刑法の適用関係については、手塚豊「讒謗律の廃止に関する一考察」（『明治刑法史の研究　下』慶應通信、一九八六）に詳しい。

(34) 小早川欣吾『明治法制史論公法之部　下巻』（巌松堂書店、一九四〇）、矢野祐子「ボアソナードと、その法思想――陪審制度をめぐる一考察」（早稲田法学会誌、四七、一九九七）。それ以前の治罪法に関する代表的な研究として、司法省刑事局「旧刑法、治罪法及旧刑事訴訟法編纂沿革　（一）・（二）」（法曹会雑誌、八―八・九、一九三〇）。このほか、治罪法編纂をめぐる史料解題としては、松田信男「館蔵・法典編纂関係資料目録並解題　鶴田皓旧蔵旧刑法・治罪法編纂関係原資料　法典調査会議事速記録・其他法典編纂関係複製資料」（早稲田大学図書館紀要、二、一九六〇）。治罪法の編纂過程をめぐる研究として、前述の研究に加えて、青柳文雄「フランス刑訴、ドイツ刑訴の特色――治罪法、明治刑訴、大正刑訴への影響を通じて――」（上智法学論集、二〇―三、一九七七）、横山晃一郎「明治五年後の刑事手続改革と治罪法」（法政研究、五一―三～四、一九八五）、沢登佳人・中川宇志「明治治罪法の精神」（法政理論、一九―三、一九八七）、向井健・矢野祐子「資料　村田本『治罪法直訳』――治罪法編纂過程の基礎的研究――」（法学研究、六八―九、一九九五）、向井健・矢野祐子「資料　村田本『治罪法草案審査第二読会修正趣意書』――治罪法編纂過程の基礎的研究――」（法学研究、六九―三、一九九六）。陪審制度の導入をめぐる議論の過程で治罪法について言及した研究の代表的なものに、利谷信義「天皇制法体制と陪審制度論」（日本近代法制史研究会編『日本近代国家の法構造』所収、木鐸社、一九八三）がある。

(35) 岸良兼養は、明治二年の弾正台にはじまり、刑部省・司法省に出仕、同十年検事長に補任、同十二年大審院長となる。同十六年には元老院議官に任命されたが、その数ヶ月後四十七歳で病没した。弟は福岡県令（同十五―十九年）の岸良俊介。来歴については、大植四郎編『明治過去帳』（新訂版、東京美術、一九七一）、一八〇頁を参照。

(36) 司法省編『司法沿革誌』（法曹会、一九三九）、四四頁。

(37) ボアソナード著・森順正訳『治罪法草案註釈　第一編』（明治十五年）、五頁。仏文のものは、G. E. Boissonade, 'Projet

de Code de Procedure Criminelle pour l'Empire du Japon' accompagné d'un commentaire. Tokio, Kokubunsha, 1882. 仏文と日本語訳文との対比については、前掲矢野「ボアソナードと、その法思想」、三三二・三三三頁を参照のこと。

(38) 「各旧藩習慣ノ法律類似の罰則ノ存在ノ分取調差出サシム」（『法令全書』明治八年）。同達は『法規分類大全』のなかで、「各藩法律治罪ノ慣習法ヲ取調へ差出サシム」（治罪門第一冊、一二四頁）と記述された（前掲横山「明治五年後の刑事手続改革と治罪法」、六九二頁）。なお、明治八年司法省第一号達において蒐集された藩刑法については、拙著「『各国刑法比照』をめぐる一考察」（法学政治学論究、九二、二〇一二）に詳しい。

(39) 治罪法の編纂過程は、前掲司法省刑事局「旧刑法、治罪法及旧刑事訴訟法編纂沿革」中に記された出典の明らかでない史料（一一六・一一七頁）によって、その起点をめぐり議論が生じている。編纂者の一人として御雇外国人ジュスランの名前が挙げられていることは注目すべきである。ジュール・ジュスラン（Jules Jouslain）は明治九年に司法省が招聘したフランス人検事で、来日前は植民地サイゴンの検事職にあった。ジュスランは司法省が雇用した唯一の「検職（検事）顧問」である。招聘の理由は、治罪法あるいは検事職制などの立法に従事させるためであったが、「法律の研究、取調べに就いては、多く邦人以上に出でぬので、意気軒昂たる委員等に敬遠せられて、遂に解雇せられて了った」と伝えられる（井上正明『伯爵清浦奎吾伝　上巻』（伯爵清浦奎吾伝刊行会、一九三五）、八六・八七頁）。司法省を解雇され帰国したのは、明治十年七月二十四日である。履歴の詳細については、池田真朗「司法省御雇外人ジュール・ジュスラン」（法学研究、四八―四、一九七五）に詳しい。

(40) 前掲矢野「ボアソナードと、その法思想」、三二八頁。

(41) 前掲矢野「ボアソナードと、その法思想」、三三一頁。なお、本草案のデジタル画像は、早稲田大学図書館による「古典籍総合データベース」にて閲覧が可能である〈http://www.wul.waseda.ac.jp/kotenseki/html/wa15/wa15_06302/index.html〉。

(42) 前掲『治罪法草案註釈　第一編』、五頁。

(43) 前掲『司法沿革誌』、四九頁。

(44) 村田保「法制実歴談」（法学協会雑誌、三二―四、一九一四）、一四四頁。

(45) 前掲小早川『明治法制史論公法之部　下巻』、一〇七〇頁。なお、前掲司法省刑事局「旧刑法、治罪法及旧刑事訴訟法編纂沿革　（一）」には、「治罪法草案審査委員被仰付候事」として、総裁に柳原、委員に津田・細川・河瀬・鶴田・村田・名村・昌谷・清浦に対する明治十二年十二月二十四日付の辞令が掲げられている（一二一頁）。

(46) 設置当初の刑法草案審査局委員は、元老院より五名、司法省より一名、太政官より三名の合計九名で構成された（浅古弘「刑法草案審査局小考」（早稲田法学、五七―三、一九八二）、三八四頁）。

(47) 村田保の略歴については、拙著「旧刑法の成立と村田保」および「『各国刑法比照』をめぐる一考察」に詳しい。

(48) 前掲村田「法制実歴談」、一四四頁。清浦奎吾は大正七年におこなわれた村田保の喜寿の祝辞において当時を回顧し、村田の法律に対する細かい記憶力や凝り性であることに圧倒されたと述べている（大日本水産会編『村田水産翁伝』（大日本水産会、一九一九）、一三六・一三七頁）。

(49) この間、草案の註釈書として『治罪法草案註解』（全四冊）が逐次太政官へ奏進された。明治十二年十月四日に第一編、その後に第二編、同年十二月十一日に第三編、翌十三年一月十五日に第四編および第五編が提出されている。なお、『治罪法草案註解』やボアソナードの治罪法註釈とは別に、御雇外国人ガンベ・グロース（Gambet Gross）が警視庁にて明治九年十月十二日より同十一年七月八日にかけておこなった『仏国治罪法講義』がある。詳細は、手塚豊「警視庁御雇外人ガンベ・グロース」（『明治史研究雑纂』所収、慶應通信、一九九四）に詳しい。

(50) 村田保講談会筆記「法律の沿革」（講義録、一〇、一八九三）、八頁。

(51) 前掲利谷「天皇制法体制と陪審制度論」、五四二―五四八頁。

(52) 議論の詳細は、元老院会議筆記刊行会編『元老院会議筆記』（前期第八巻、元老院会議筆記刊行会、一九六四）三三七―三五六頁を参照。

(53) 前掲石井『明治文化史　法制編』、四三六頁。前掲『元老院会議筆記』には、会議における内閣委員清浦奎吾による説明のなかに、草案の特徴を「仏独墺埃諸国ノ法ヲ参酌シ我現行ノ法律及ヒ慣習ヲ裁衷」（三三九頁）したものであるとする記述がみられる。

(54) 前掲小早川『明治法制史論公法之部　下巻』、一〇七二頁。なお、このうち前二草案は治罪法とともに一冊の本にまとめられ、大審院書記局『草案比照治罪法　完』として明治十九年十一月に印行された。扉には、「禁翻刻売買」とある。凡例には、「本書ハ現行治罪法ニ基キ治罪法草案及同直訳ヲ以テ之ニ対照比較セシ者ニシテ専ラ本院審理ノ参考ニ供スル者ナリ」と記されており、大審院での参考図書として使用されたことがうかがえる。

(55) 前掲『草案比照治罪法』、八頁。

(56) 当時の公訴時効に関するフランス治罪法は次の通り。

第六三七条　死刑又ハ無期ノ施体ノ刑又ハ総テ施体或ハ加辱ノ刑ヲ言渡ス可キ重罪ニ付テノ刑事ノ訴及ヒ民事ノ訴ハ其重罪ヲ犯シタルヨリ満十年ヲ以テ期満免除ノ期限ナリトス但シ其期満免除ヲ得ルニハ其十年ノ時間吟味ノ手続又ハ告訴ノ手続ヲ受ケサルコトヲ必要ナリトス

若シ其十年ノ時間ニ吟味ノ手続又ハ告訴ノ手続ヲ受ケタル儘ニテ其裁判言渡ヲ受ケサル時ハ最終ノ吟味ノ手続又ハ告訴ノ手続ノ日ヨリ満十年ヲ以テ刑事ノ訴及ヒ民事ノ訴ノ期満免除ノ期限ナリトス但シ其吟味ノ手続又ハ告訴ノ手続ニ全ク管セサル者ニ付テモ亦同一ナリトス（前掲『仏蘭西法律書』治罪法）

637. L'action publique et l'action civile résultant d'un crime de nature à entraîner la peine de mort, ou des peines afflictives perpétuelles, ou de tout autre crime emportant peine afflictive ou infamante, se prescriront après dix années révolues, à compter du jour où le crime aura été commis, si dans cet intervalle il n'a été fait aucun acte d'instruction ni de poursuite. S'il a été fait, dans cet intervalle, des actes d'instruction ou de poursuite non suivis de jugement, l'action publique et l'action civile ne se prescriront qu'après dix années révolues, à compter du dernier acte, à l'égard même des personnes qui ne seraient pas impliquées dans cet acte d'instruction ou de poursuite.（前掲 'Corps de Droit Français, Civil, Commercial et Criminel'、四三五頁。）

(57) 治罪法における公訴期満免除の内容については、原田和往「公訴時効制度の歴史的考察」（早稲田法学会誌、五四、二〇〇四）、一六九―一七四頁を参照。

(58) 講義は明治八年二月八日より同年十一月二十九日まで、三十回にわたっておこなわれた。詳細は、ボアソナード講述・名村泰蔵訳『仏国治罪法講義』（明治十六年）にて知ることができる。近年、『日本立法資料全集　別巻一二三』（信山社、一九九九）として復刻された。

(59) 前掲『日本刑法草案会議筆記』第Ⅳ分冊、二九二〇―二九二二頁。司法省第一段階で成立した初案は、「已決未決ヲ別タス捕ニ就クノ日ヲ以テ棄捐ノ限リト定メン」（二九二二頁）との方針で起草された。刑事手続法に公訴時効の規定が置かれたことは、日本の時効理論の成立範囲を狭めるものとなったと、松尾浩也氏は指摘する（「公訴の時効」（日本刑法学会編『刑事訴訟法講座第一巻　訴訟の主体・捜査』所収、有斐閣、一九六三）、二一三頁）。道谷卓「公訴時効――歴史的考察を中心として――」（関西大学法学論集、四三―五、一九九五）、一四四―一四六頁も併せて参照のこと。

(60) 前註（37）参照。

(61) 前掲『治罪法草案註釈　第一編』、一六・一七頁。草案の原文は次の通りである。
13. Le délai de la prescription court depuis et y compris le jour où l'infraction a été commise, et, si elle est continue, depuis et y commpris le jour où elle a cessé.（前掲ボアソナード 'Projet de Code de Procedure Criminelle pour l'Empire du Japon' accompagné d'un commentaire、一〇頁）

(62) 前掲『治罪法草案註釈　第一編』、一〇四―一〇七頁。

(63) 現代語に翻訳した中村義孝訳「ボアソナード刑事訴訟法典草案」（立命館法学、三二四、二〇〇九）は、該当箇所を「犯罪が続行されているとき」と翻訳する（二〇九頁）。

(64) 森順正は文久三（一八六三）年生れの東京士族で、ボアソナード来日後には堀田忠正、岩野新平とともに私邸住み込みの書生となった。明治十四年十二月、司法省雇となる。森の略歴については、原禎嗣「東京市鉄管詐欺事件にまつわるもう一つの詐欺事件について」（法学論集、六八、二〇一一）、一八三頁に詳しい。同論文は、明治二十九年から同三十一年にかけて、当時検事として活躍した森が、詐欺取財で有罪判決を受け、実刑となった裁判の経緯について論じたものである。
なお、治罪法の翻訳は特に難しいものであったと伝えられる。たとえば「現行犯」'flagrant délit' という訳語は、翻訳者ははじめ「罪がそこに燃えている」と説明し、形の無いものが燃えるはずがないと議論になり、しばらくして「現に罪が犯されて居る」という意味であることがわかって、成立した（前掲『伯爵清浦奎吾伝　上巻』、八四頁）。

(65) 香川達夫『総合判例研究草書　刑法（13）』（有斐閣、一九五九）、六頁。

(66) 前掲矢野「ボアソナードと、その法思想」には、「事実関係の判断を『知能』により、犯人の責任要素の判断を良心により行うとする区別は、フォスタン・エリーの刑法理論をボアソナードが踏襲したもの」との指摘がある（三四七頁）。

(67) 前掲『伯爵清浦奎吾伝　上巻』、八五頁。

(68) 学生時代のエリーは、レンヌ大学においてトゥリエ（Charles Bonaventure Marie Toullier）に師事した。弁護士を経てパリで博士の学位を取得、その後司法省に入省する。その間、'Théorie du Code Pénal'（Paris, 1871–1872. Chauveau, Adolphe との共著）などの執筆をおこなった。エリーの来歴については、Pierre Larousse, 'Grand Dictionnaire Universel du XIXe Siècle.' Gnève-Paris, 1982、一五〇・一五一頁を参照。

(69) フォースタン・エリー著井上操・一瀬勇三郎・亀山貞義合訳『仏国刑律実用　治罪法之部』明治十五年印行。近年、『日本立法資料全集　別巻四三八』（信山社、二〇〇七）として復刻された。

(70) 条文は、前註（56）参照。

(71) 前掲『仏国刑律実用』、一二〇四頁。筆者はその他フランス治罪法の当時の学説を見つけられなかった。大方の教示を請う。なお、フランスの刑事法については、G. ステファニ・G. ルヴァスール・B. ブーロック著・澤登俊雄・澤登佳人・新倉修訳『フランス刑事法〔刑法総論〕』（成文堂、一九八一）を参照。

(72) これは、当時のフランス刑事訴訟法よりも先進性を有するものであったと評価される（前掲松尾「公訴の時効」、一九九頁）。

(73) 国立公文書館所蔵『公文類聚』明治十七年司法省（一）。

(74) 前掲『法規分類大全』五四、刑法門第一冊、四六三―四六五頁。なお、太政官の指令は「伺ノ通」というものであって、本文中の素案は司法省にて作成されたものである。

(75) 本節で扱う裁判所・県および司法省の往復文書は、『法規分類大全』のほか、国立公文書館所蔵『公文録』および『公文類聚』に収録される。『法規分類大全』では「請訓」や「稟候」の文字が、「伺」に修正されて掲載されている。

(76) 国立公文書館所蔵『公文録』明治十七年司法省（一）。

(77) 明治十五年十二月二十七日太政官第六三号布告。問題となる条文は次の通り。

第一四条　刻烟草ヲ玉造ニ為ストキハ帯印紙ヲ以テ結束シ其封緘ノ箇所及印紙ノ彩紋ヘカケ製造人ノ印章ヲ以テ消印シ箱詰又ハ紙包ハ封緘ノ要部ニ印紙ヲ貼用シ製造人ノ印章ヲ以テ之ニ消印ス可シ

第三五条　烟草営業者ニシテ無印紙又ハ不足印紙ノ刻烟草ヲ所持シ又ハ売渡シタル者ハ十円以上百円以下ノ罰金ニ処シ仍ホ其売渡代価ヲ追徴ス之ヲ貸与譲与シタル者モ同ク其罪ヲ論ス

第三六条　帳簿ノ登記ヲ詐テ脱税ヲ謀リ若クハ脱税ノ便ヲ与ヘタル者又ハ届書ニ詐偽ノ記載ヲ為シタル者ハ十円以上百円以下ノ罰金ニ処ス

第三八条　第六条第一四条第一五条第二一条第二四条ニ違犯シタル者及第二三条ニ違犯シテ帳簿ノ閲製ヲ怠ル者ハ五円以上十五円以下ノ罰金ニ処シ仍ホ犯罪ニ係ル烟草ハ之ヲ没収シ之ヲ売捌キタル者ハ其代価ヲ追徴ス

第四六条　此規則ヲ犯シタル者ニハ刑法ノ不論罪及減軽再犯加重数罪俱発ノ例ヲ用ヒス（『法令全書』明治十五年、八七・九〇・九一頁）

(78) 『公文類聚』には「稟候」とある。

(79) 前掲『公文録』明治十七年司法省（一）。

(80) 第四三〇条　前数条ニ記載スルノ外各地方ノ便宜ニヨリ定ムル所ノ違警罪ヲ犯シタル者ハ其罰則ニ従テ処断ス（前掲『法規分類大全』五四、刑法門第一冊、四四一頁、福岡県警察史編さん委員会編『福岡県警察史　明治大正編』（福岡県警察本部、一九七八）、八五二頁）

特徴および効果については、前掲小田中「刑事訴訟法の歴史的分析」、三一八頁を参照。

(81) 全文は前掲『福岡県警察史　明治大正編』八五二―八五四頁。本伺の該当条文は次の通り。

第二条　左ノ諸件ヲ犯シタル者ハ、二日以上五日以下ノ拘留ニ処シ、又ハ五十銭以上一円以下ノ科料ニ処ス

三　定リタル住居ナク、平常営生ノ産業ナキ者ヲ知リテ宿泊セシメタル者

(82) 明治十四年太政官第八〇号布告（前掲『福岡県警察史　明治大正編』、八五四頁）。「違警罪ノ儀ハ――中略――治安裁判所ニ於テ裁判スヘキ処、当分ノ内府県警察署及ヒ其分署ニ於テ裁判セシムヘシ」とされた。

(83) 前掲『公文録』明治十七年司法省（一）。なお、司法省ではこの間、烟草税則「御起按ノ主意致承知度」大蔵省へ照会をおこなっている。照会をおこなったのは、名村泰蔵である。これに対して大蔵省は、「無印紙不足印紙ノ煙草ヲ所持シテ之ヲ売渡シ又ハ売渡シテ其時日或ハ買受人ヲ異ニシタル如キハ総テ御見込ノ通一罪ヲ以問フヘキ筋ト見込候」と回答した。

(84) 前掲霞「明治期における刑事裁判について」、四・五頁。

(85) 前掲岩谷「明治十五年前後の訓令システム概観」、一四五―一四八頁。

(86) 横田国臣『治罪法講義』（金港堂、明治十三・十四年）。近年、『日本立法資料全集　別巻一二一』（信山社、一九九九）として復刻された。横田国臣は、明治九年司法省出仕、同十九年に法律研究のためドイツへ留学、その後、検事総長および大審院長を歴任した。司法部内における治罪法、刑事訴訟法の立法に尽力した大功労者として知られ、「自分の思った事は何処までも実行する底の人」で、そのため懲戒免職になったこともあると伝えられる（「薨去せられし横田男」『法律新聞』二〇九二号、大正十二年二月二十八日）。横田に関する最新の業績に、小貫芳信「『最高不倒距離』の人　横田国臣」（法曹、七三二、二〇一一）がある。

(87) 治罪法が公布された明治十三年に刊行された註釈書は管見のかぎり、越山益三訓『治罪法俗解』（全四巻、錦森堂）、立野胤政編輯『治罪法註解』（全五巻、東京書林）、堀田正忠『治罪法釈義』（全三巻、警視庁蔵版）、村田保『治罪法註釈』（全八巻、内田正栄堂）および前掲横田『治罪法講義』の五冊である。

（88）前掲横田『治罪法講義』、五〇・五一頁。

（89）井上操『治罪法講義』（全三巻、知新社、明治十九年）。近年、『日本立法資料全集　別巻一〇七―一〇九』（信山社、一九九八）として復刻された。井上操は司法省法学校正則科第一期生としてボアソナードに学び、フランス語が堪能であったことで知られる。明治十年司法省出仕、同十四年にはエリーの『仏国刑法実用』を翻訳。その後大阪控訴院部長まで昇進したが、同二十七年の落馬事故をきっかけに退官、同三十八年五十九歳で逝去した。略歴については、園田寿「井上操の刑法理論」（関西大学法学論集、三・四・五、一九八七）を参照。

（90）前掲井上『治罪法講義』、二六一・二六二頁。

（91）前掲井上『治罪法講義』、二六七頁。

（92）慶應義塾大学図書館所蔵司法部内同盟員編纂『治罪法訓令類纂並監獄則』（同盟印刷、明治十七年十一月）、五六・五七頁。本書には、明治十四年より同十七年九月までの司法省指令および内訓が収録されており、凡例には「本書ハ同盟者謄写ノ労ヲ厭ヒ之ヲ印刷ニ付セリ故ニ売品ニアラス」とある。慶應義塾大学図書館所蔵本には、秋田地方裁判所図書印がある。なお、明治二十八年より以前の判例の出典については、前掲霞『明治初期刑事法の基礎的研究』、四八頁を参照。

（93）ただし、前註（92）にあるように、すべての訓令が一般に公開されていたわけではないことに注意すべきである。

（94）魚山徳次朗・溝淵正気編・亀山貞義閲『実用訴訟法典：法令・判例・内訓・回答・決議・対照』（明治法律学校講法会、明治二十七年）、一〇頁。

（95）「裁判粹誌大審院刑事判決例　第八巻之上」（ばりすとる法学士法学博士弁護士増島六一郎編纂『裁判粹誌』所収、裁判粹誌社、明治二十七年）、三―五頁。

三田　奈穂（みた　なほ）
所属・現職　中央学院大学法学部兼任講師
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
所属学会　法制史学会・日本古文書学会
専攻領域　日本法制史（近代）
主要著作　「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』第七六号（二〇〇八年）
「旧刑法の成立と村田保――数罪俱発案を手掛かりとして――」『法学政治学論究』第七九号（二〇〇八年）
「『各国刑法比照』をめぐる一考察」『法学政治学論究』第九二号（二〇一二年）