

Title	旧刑法における文書偽造罪の制定過程に対する一考察： 行為に関する規定を中心として
Sub Title	A study of enactment of forgery in the penal code of 1882 : addressed the provisions for acts
Author	高田, 久実(Takada, Kumi)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2013
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.96, (2013. 3) ,p.373- 405
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20130315-0373

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.

旧刑法における文書偽造罪の制定過程に対する一考察
——行為に関する規定を中心として——

高 田 久 実

- 一 はじめに
- 二 本稿の目的
- 三 司法省における議論から旧刑法の施行まで
 - (一) 司法省における議論
 - 1 文書偽造罪を構成する「行為」を定める規定の変遷
 - 2 議論からみる鶴田とボアソナードの理解
 - (二) 刑法審査修正案の検討
 - (三) 小 括
- 四 ボアソナードと鶴田の理解の根拠
 - (一) ボアソナード
 - 1 『刑法草案註釈』にみるボアソナードの理解
 - 2 行為の体系
 - 3 法定刑
- 五 結 語
 - (二) 鶴田とボアソナードの基本的な方針の相異
 - 1 新律綱領及び改定律例の規定
 - 2 新律綱領及び改定律例の運用
 - (1) 返済の意思
 - (2) 他罪との関係
 - 3 小 括

一 はじめに

わが国の明治期における諸法典の編纂の中で西欧の法典を模して最も早く完成し、司法の歴史における大きな転換点の一つとなった明治一五年施行の刑法典（以下、旧刑法と呼称）は、後に続く法典編纂や法制度の構築、法の運用の出発点として重要な考察の対象と考えられる。また、刑法の各論は「刑罰法規によって言語的に記述されている個々の犯罪について、同時代の社会的脈絡の中で、それぞれの固有の成立要件を検討し、明らかにすることを通じて、国家刑罰権を正当に行行使することの可能な範囲及び様態を確定すること」を主な役割とし、更には「市民に具体的な状況における行動の目安・基準となる行為規範を提示」するとともに「そこには含まれないが刑罰的保護の必要かつ妥当と考えられる範囲・様態に関する立法論的提案等を行う」ことが期待されている。すなわち、各論への検討は、特定の時代における社会秩序や、そこでの犯罪の実態及びそれに対する国家刑罰権の作用、国家が目指す社会秩序を明らかにすることにも繋がるといえよう。

以上を踏まえ、旧刑法の各論に対しては制定過程を焦点とした逐条的な研究が盛んに行われてきた。大別すると、第一に明治政府が構想した国家体制や支配秩序との関係に言及したものの⁽¹⁾、第二に当時の社会生活上における市民活動の実態と関連したものの⁽²⁾、第三に継受という主題の下で条文の性格を明らかにしたものという区別が考えられる。先学の蓄積によって様々な規定の性格と制定経緯が明らかになり、またこれらは共通してお雇い外国人ボアソナー⁽³⁾の意図や主張に対して日本側が修正を加えた結果、各条文が制定されたことを示している。明治政府の建設中において、国家構想やイデオロギー、固有文化や習俗へ直接的に関連する規定には当局の意図が強く反映することや、社会生活に関する規定には当時の社会状況と政府の施策を考慮した制定がなされること、新たな法概念を輸入する際には従前

の法的経験、思考との間に融合と反発が同時に発生すること等が実証されている。これらを参考とし、本稿では右の三分の全てと関連しうる文書偽造罪に言及したい。各々との関係性は次に示す通りである。第一の国家体制との関係では、近代公文書を素材とし、文書行政の運用を検討して文書の作成主体である組織への言及が近年、試みられるように⁽⁷⁾、文書を通して行政機関の性格やその施策を明らかにすることが可能と考えられる。すなわち、国家刑罰権の行使を規定する刑法によって保護を認められた文書を検討すれば、その文書を有効たらしめる国家の制度や国家の目した文書行政の態様、文書の機能を明らかにでき、発展すれば国家構想及び支配秩序の一側面を知ることでもできる。第二の社会生活上の活動については、その中で文書が果たす役割の重要性は瞭然としている。例えば、意思の表示及び固定、永続化や、取引の円滑化及び迅速化等、枚挙に遑が無い。そのような文書が活用された場面と役割を考察すれば、当時の社会生活の一端を明らかにすることができよう。また、文書偽造罪は古くその淵源をローマ法に持つといわれる⁽⁸⁾と同時に、近年では電磁的記録を客体とした類型が新設される等、「つねに古くして新しい問題点を包蔵し」、そのときどきの法の運用や世情を知るうえで重要な示唆にもなる。第三の法の継受という観点からは、文書偽造罪が各論の中で最も難解な分野の一つといわれ⁽¹⁰⁾、学理による解釈の補充が盛んに行われてきたことに注目したい。旧刑法の文書偽造罪はその立法と解釈の方法がフランスに倣った実質主義に立脚するといわれており⁽¹¹⁾、西欧諸外国の刑法典を参照としながらも、一八一〇年ナポレオン刑法典（以下、一八一〇年刑法典と呼称）へ主に依拠して作られた旧刑法においてその影響が具体的に表れる犯罪類型の一つである。その一方、旧刑法が施行される直前まで効力を有した新律綱領及び改定律例にも同罪は存在しており、律系刑法典から西欧系刑法典への転向と説明される旧刑法の性格を考察する個別具体的な事例になろう。

このような示唆に富んだ論題にもかかわらず、これまでは現行法の比較対象として採り上げられるに止まっていた⁽¹⁴⁾。しかし、右に挙げた論点に基づいて多角的且つ複合的な考察を行えば、文書偽造罪を通して、旧刑法の実定法として

果たした役割及び法典編纂史上の位置付けを知る端緒を開くことができると考える。その第一段階として、旧刑法における文書偽造罪の性格を知るために継受の様相に着目して考察を試みたい。

法の継受の様態に主眼を置いた研究を挙げると、まず霞信彦氏が妾への身体的暴行に関する規定に言及し、「同条を通じて旧刑法の位置づけをより明確にする一灯をとも」し、「これまで『仏刑法を継受した』という決まり文句の下で述べられてきた旧刑法の性格づけをもう一度見直し、該法典がいかなる意識の下に、いかなる法典を土台にして作られたかを」明らかにすることを目的として、「同条が仏刑法を土台としていながらも、決して仏刑法のみを源として作られたものではないという事実」と「必ずしも起草者ポアソナドの意図通りに運用されず、仏刑法から伝わるこうした規定が設けられた基本的な理念が、現実には忘れ去られてしまったという事実」を指摘した。⁽¹⁵⁾ 岩谷十郎氏は正当防衛等を取り上げ、編纂作業中の議論を媒介に「問題」を発見しかつその解答を模索した⁽¹⁶⁾ 結果、「第三の体系」として創出された旧刑法を「律型刑法とフランス刑法の amalgam」と評した。⁽¹⁶⁾ 末澤国彦氏は賭博罪に関し、日本の慣習的認識や実態を尊重したポアソナドの姿勢を前提に同罪が「西欧法を基調とした法典編纂作業の中でもかなり理想的な規定」であり、「規定内容については西欧法の継受が行われて」おらず、「旧刑法の制定は西欧諸国と対等な立場に立つために外見を整えるための立法」と説明した。⁽¹⁷⁾ 内乱罪をめぐる新井勉氏の一連の研究の中で特に編纂過程については、同罪は「フランス刑法第八七条を母法」としながらも「成立途中で、明治初年の国事犯の捉え方」朝憲紊乱の概念がとりこまれ⁽¹⁸⁾ ており、「日本刑法草案の和文とポアソナドの仏文草案は、いわば二重帳簿」として存在したと述べられている。また、新井氏には「政治形態とは直接関係の乏しい盗罪が、明治日本において外国法の風圧に暴されたとき、どのような形で刑法典のなかにおかれるか」という観点に立ち、旧刑法の同罪に「新律綱領・改定律例の盗罪の構成や条文に近づけようと努力が尽くされた」痕跡を明らかにして「法の継受における固有法の抵抗」の様相をまとめた労作もある。⁽¹⁹⁾ 福山好典氏は解釈論的観点から、自殺に関する罪をめぐる司法省での議論を検討

して編纂者間の意見を整理した。⁽²⁰⁾ これらの先行研究はボアソナードの意見が全面的に旧刑法へ取り込まれたわけではないことを明らかにし、旧刑法の性格への考察に重要な示唆を提示している。これを踏まえ、新律綱領と改定律例に規定されながらも、フランスの解釈論に倣って制定されたとする旧刑法の文書偽造罪へ考察を試みたい。

二 本稿の目的

今回は文書偽造罪の「行為」を採上げて考察を進めたい。⁽²¹⁾ 国家や政府の制度を根拠に役割を果たすことで刑法の保護対象となる文書そのものを論ずるにはそれらの背景も視野に入れた考察が必要だが、本稿の目的は異なる法及びそれに立脚した法的思考の間に見られる同調又は反発の様子から、旧刑法における文書偽造罪の性格を明らかにすることである。よって、具体的な制度とは一応切離した理論的な観点からその「行為」に焦点を絞り、より純粹な法及び法的思考を考察したい。そして検討の始点は、一八一〇年刑法典を母国の法に持つボアソナードと、日本人編纂者代表の鶴田晴司法省七等出仕の間で行われた司法省での議論とする。明治八年一月一七日の司法省布達で各府県へ旧藩時代の刑法の調査が命じられ、同年九月一五日に刑法草案取調掛が同省内に設置、二〇日に編纂方針たる「起草ノ大意」が決定し、旧刑法の本格的な編纂作業が開始されたが、一八一〇年刑法典と律系刑法典が旧刑法の文書偽造罪へ与えた影響を明らかにするには、両法の規定とそれに基づく法的思考が初めて対峙した彼らの議論が考察の出発点に相応しいと考える。

以上から、本稿では「行為」を検討の対象に設定し、まず、司法省における鶴田とボアソナードの議論を整理し、彼らの共調又は対立の様子を明らかにする。次にそのような相違性又は共通性が生じた原因を探るために、両者の主張の根拠を探り、最後にそれらの見解を踏まえて、旧刑法の文書偽造罪を性格付ける要因に言及したい。以下で論じ

る文書偽造罪の行為は主に次の四者である。第一に文書を偽造又は変造するという広義の「偽造」⁽²⁴⁾、第二に偽造された文書を使用する「行使」、第三に「偽造」と「行使」をともに行う「偽造して行使」、第四に偽造に関与せずとも、偽造されたことを知りながらその文書を使用する「情を知って行使」である。これらの法的位置付けや関係性について特に議論が尽くされており、鶴田とポアソナードの理解が顕著に表れている。

付言すると、旧刑法の文書偽造罪は「信用ニ対スル罪」に分類され、客体ごとに第三節「官ノ文書ヲ偽造スル罪」(以下、官文書偽造罪と呼称)、第四節「私印私書ヲ偽造スル罪」(以下、私書偽造罪と呼称)⁽²⁵⁾、第五節「免状鑑札ヲ偽造スル罪」(以下、免状鑑札等の偽造罪と呼称)⁽²⁶⁾と区別されるが、行為に関しては章が立てられた順番に従って、まず官文書偽造罪に対して議論がなされ、続く私書と免状鑑札等の節ではそれに準じた規定が定められたので、以下では特に断らない限り、官文書偽造罪を採上げて言及する。

三 司法省における議論から旧刑法の施行まで

(一) 司法省における議論

1 文書偽造罪を構成する「行為」を定める規定の変遷

当局での旧刑法の編纂は四段階に区分できる。⁽²⁷⁾第一に日本人による司法省での草案作成、第二にポアソナードを編纂作業の中核に迎え入れた以降の司法省における各種草案の作成、第三に司法省から提出された「日本刑法草案」へ修正を加えた「刑法審査修正案」の成稿、第四に元老院での最終的な審査、という段階を経て旧刑法は公布、施行された。当初は司法省官吏の日本人編纂委員を中心として作業が行われ、その成果として総則部分の草案が元老院へ提

出されたが、内容不十分として返却された。このため、補助的立場であったボアソナードを明治九年五月に実質的な作業に加え、以後は日本人編纂委員の代表者とされた鶴田とボアソナードが議論しながら草案を作成することとなったが、各論に属する文書偽造罪への討論はそのときから始まったので、以降の各草案への検討を行う。

文書偽造罪を構成する基本行為を草案ごとにまとめると第一案「偽造」(偽造して行使)、第二案「偽造して行使」、第一稿「偽造」又は「行使」、校正第一案「偽造して行使」、第二稿「偽造して行使」、確定稿「偽造して行使」となる。以下では背景の議論を整理する。

まず、ボアソナードが提示した第一案には第一条に「偽造」⁽²⁸⁾を処罰すると記されていたが、第三条で、「偽造」のみの場合、第六条で「行使」のみの場合については、第一条の刑罰から一等減と規定されていたことから、基本的な行為として第一条に定められた「偽造」という文言には「偽造」と「行使」の両者を包含した「偽造して行使」が想定されていたと考えられる⁽²⁹⁾。しかし、前節の官印偽造罪の基本行為を「偽造して行使」と条文に明記することが決定されたので、それに倣うべきという鶴田の意見により、文書偽造罪も「偽造して行使」が基本的な行為として第二案に明文化された⁽³¹⁾。第二案は字句の体裁を整えたのみで内容的変更は無いまま、第一稿となり、同稿での条文構成は基本行為が「偽造して行使」、そこから一等を減じた処罰が科せられる行為として「偽造」と「行使」が各々に規定された。また、行為主体については、ボアソナードは第一案の基本類型を官吏がその職務上で官文書を偽造する場合としていたが、従前の「日本刑法」に従うべきという鶴田により、官吏以外の者による官文書の偽造することを基本類型、官吏がその職務上で行った場合を加重類型とすることが基本的な構成とされた。

しかし、第一稿への検討中に鶴田が「偽造」のみと「行使」のみの場合を同刑に処すことは「不権衡」であり、「偽造」のみは基本行為たる「偽造して行使」の未遂、「行使」のみの場合は基本行為と同刑を科すことを主張した⁽³³⁾。その内容を詳しくみると、まず、次の二つの理由を挙げて「偽造」のみを処罰する明文規定の削除を求めた。第一に

印章よりも文書の偽造は容易なので悪意無く行う者が多いと想定し、そのような者を処罰の対象外とし、第二に「偽造」には「偽造して行使」という基本行為の未遂として総則を適用させるためである。そして「行使」のみに対しては、「実害」⁽³⁵⁾の発生という共通点を理由に「偽造変造ノ情ヲ知テ施行シタル者ハ其施行シタル本罪ト同刑ニ為」すべしと求めた。これらの意見は採用され、「偽造」のみを処罰する明文は削除するとともに、「情を知って行使」を設置して「偽造して行使」と同刑を科すことが決定した。以降、これが文書偽造罪の行為体系の基本となり、司法省での最終案にあたる確定稿も同様の構成である。

以上の議論を背景として、文書偽造罪の行為に関する条文は第一案と確定稿⁽³⁶⁾では体系の構成が異なる。第一案は「偽造」という一語の下に「偽造して行使」が基本行為として想定され、「偽造」と「行使」が個別に行われる場合は各一等を減じた処罰が予定されていた。⁽³⁸⁾これに対し、確定稿は「偽造して行使」と明文化され、「行使」のみは基本行為と同刑に規定され、「偽造」のみを処罰する条文は存在しない。

2 議論からみる鶴田とボアソナードの理解

ここでは第一案と確定稿の相異を踏まえながらその背景にある鶴田とボアソナードの議論の内容を検討し、文書偽造罪の行為に対して両者が各々に持つ理解へ言及する。

鶴田は、貨幣や官印の偽造に就いて「他人ノ偽造シタル者ナリトモ其情ヲ知テ使用シタル以上ハ本罪ト同刑」にすべきであると第一案の検討時に述べており、⁽³⁹⁾「偽造」が無くとも「行使」のみによって同罪が構成されるとの理解が看取できる。そこで、この発言の直前に行われた貨幣偽造罪と官文書偽造罪での議論をみると処罰の要件に実害の発生が必要であることが鶴田によって繰返し主張されているので、⁽⁴⁰⁾文書偽造罪も同様に実害の発生を成立要件と考えていることがわかる。また、第一稿第二四二条の議論に際して、彼が示した「偽造」への説明をみると「此第一項ノ未タ施行セサル云々（官ノ文書公文ヲ偽造変造シテ未タ施行セサル者・注・筆者）ハ即チ総則中ノ「タンタチーフ」⁽⁴¹⁾ト為シ

之ヲ削ラントス」として、「偽造して行使」の未遂にあたる「偽造」へは総則の未遂犯罪が適用されて処罰の対象となるので、文書偽造罪中に「偽造」のみの場合を規定する必要は無いと述べている。⁽⁴²⁾つまり、鶴田は文書偽造罪の行為を「偽造」、「偽造して行使」、「行使」と段階的に解したうえで、実害発生の有無を基準として「偽造」と「偽造して行使」の間に線引きを行い、「偽造」は未遂⁽⁴³⁾、「偽造して行使」と「行使」は文書偽造罪を構成する行為と区別したと考えられる。

これに対し、ボアソナードは諸行為を個別的、並立的に捉えていると考えられる。ボアソナードが最初に作成及び提示した第一案には「偽造」と「行使」のみの場合が各々に基本行為から同様に一等減として規定されている。すなわち、「偽造して行使」を頂点として、その下に「偽造」と「行使」が並列している構図が看取できる。⁽⁴⁵⁾これは未遂に対するボアソナードの考え方もわかる。免状鑑札等の偽造罪の第一案第一二条「此一節ニ記載シタル未遂犯罪ハ法例ニ照シテ処断ス」という条文の具体的な適用例として「贋造ヲ為シ掛ケタル半途ノ場合」、「使用セントシテ仕損シタル場合」、「贋造シタル本人ニアラザル者ノ之ヲ使用セントシテ仕損シタル場合」を挙げ、「偽造」と「行使」が各々に未完成な場合を文書偽造罪の未遂として示している。⁽⁴⁶⁾すなわち、「偽造して行使」の未遂が「偽造」のではなく、「偽造」、「行使」は個別的、並列的に存在し、その上位に「偽造」と「行使」の両者が揃った「偽造して行使」が基本行為とされる。もっとも、議論をみるとボアソナードは自説を強固に主張せず、鶴田の意見を出来る限り考慮している。例えば、実害の未発生及び総則の未遂の適用を理由として明文規定の削除を求めた鶴田の主張により、「偽造」のみの規定が削除されたことは先述の通りである。

しかし、ここで「情ヲ知テ行使」という行為が確定稿第二三七条第三項に規定されたことに注目したい。第一項で「偽造して行使」、第二項で「変造して行使」が定められたが、第三項として偽造へ関与せずに「行使」のみを行う場合である「情を知って行使」への処罰が明言された。三者に対する刑罰は全て同様である。ところが、鶴田の理解に

立脚すると「情を知って行使」は敢えて明文を置かずとも当然に処罰の対象行為となる。なぜなら、実害の発生を以て「偽造して行使」が処罰されるのだから、同じく実害が発生する「行使」のみも当然に同刑が科される。反対に、ボアソナードの見解では「行使」と「偽造」は基本行為たる「偽造して行使」の低位として個別に存在し、減等して処罰されるべき行為なので、「情ヲ知テ行使」という条文は「行使」のみを処罰するために必要である。つまり、「情を知って行使」という規定は、鶴田には敢えて明文化化する必要の無いものであり、ボアソナードにすれば本来は基本行為たる「偽造して行使」の刑罰から一等を減ずるべき行為である。しかし、「行使」のみが処罰されるという結果自体は両者の理解に合致するので、折衷案として「情を知って行使」が規定されたと考えられる⁽⁴⁹⁾。

以上から鶴田とボアソナードは文書偽造罪の行為に対して異なる理解を持ち、その折衷案ともいえる条文が設置されたことが明らかになった。しかし、当該条文は次に述べる刑法草案審査局で削除されてしまう。

(二) 刑法審査修正案の検討

司法省での最終案は日本刑法草案として明治一〇年一月二八日に太政官へ上呈された後、同案の審査を目的として日本人のみで構成された刑法草案審査局（以下、審査局と呼称）が修正し⁽⁵⁰⁾、一二年六月二五日には四編四三〇条から成る刑法審査修正案として太政官へ提出され、一三年三月に同案が元老院へ下付、四月に確定案が上奏され、七月一七日に旧刑法の公布となった。本稿の対象である文書偽造罪は元老院で変更が加えられた形跡は無く、重ねて、刑法審査修正案は旧刑法の条文と内容的相違が無いことから、同案が施行刑法の直接的且つ実質的な草稿といえよう。しかし、同案の具体的な編纂作業の様子は残念ながら不明なので、ここでは日本刑法草案との対比という形で検討を行いたい。

日本刑法草案⁽⁵¹⁾と刑法審査修正案⁽⁵²⁾の条文を比べると、鶴田とボアソナードの理解の相違が表れていると前節で推測し

た「情を知って行使」という条項が修正案で削除されていることがわかる。⁽⁵⁵⁾ 繰返しになるが、司法省の議論からは文書偽造罪の行為について、ボアソナードは「偽造して行使」を基本行為とし、その下で「偽造」と「行使」を個別的、並列的に理解していたが、鶴田は「偽造して行使」を基本行為としながらも、段階的、連続的に「偽造」「偽造して行使」「行使」を把握していた。鶴田の見解では実害を発生させる「行使」は明文規定が無くとも処罰可能な行為なので、刑法審査修正案での当該条項の削除は合理的といえる。反対にボアソナードの視点に立つと「行使」のみを処罰できなくなり、彼の見解と矛盾した修正といわざるを得ない。⁽⁵⁶⁾ つまり、ボアソナードが参加しない審査局で、鶴田の理解に沿う修正が加えられて旧刑法における文書偽造罪の行為に関する規定が完成したのである。⁽⁵⁷⁾

(三) 小括

文書偽造罪の行為に二個の見解が存在したことは『刑法訓令類纂並附則』⁽⁵⁸⁾にある明治一五年八月一六日の内訓からもわかり、文書の偽造者と共犯又は従犯の關係に無い者が偽造文書を行使した場合に対する処罰の疑義に対して、「行使」のみでも文書偽造罪の成立を認める指示がなされている。その解説では「他人ノ偽造ニ係ルヲ知り行使シタル者ノ件ニ付テハ刑法編纂ノ時ヨリ不備ト論スル者」と「官ノ文書以下ハ行使スルヲ専ラ責ムヘキ者トス故ニ他人ノ偽造シタル情ヲ知テ行使シタル者ハ己レ自ラ偽造セスト雖トモ偽造シテ行使シタルヲ以テ処分セサルヲ得スト論シタル者」がいたと述べたうえで、当局は「今之ヲ覆考スルニ法律ノ不備トシテ之ヲ不問ニ置クヨリ此論ニ從ヒ偽造シテ行使シタル者ヲ以テ論スルヲ穩当ノ解釈ト考量」すると明示する。⁽⁵⁹⁾ 管見の及ぶ限りでは、各論者の具体名を特定する情報は見当たらなかったが、これまで検討したボアソナードと鶴田の理解に各々が合致することを指摘したい。

以上を勘案すると、旧刑法における文書偽造罪の行為規定を制定過程からみると、形式はボアソナードが提示した西欧系刑法典に範をとるものの、内容には鶴田の主張が看取できよう。

四 ボアソナードと鶴田の理解の根拠

本章では鶴田とボアソナードの理解の根拠を探り、相違が生じた基因を検討したい。

(一) ボアソナード

1 『刑法草案註釈』にみるボアソナードの理解

ボアソナードは旧刑法の施行後に『刑法草案註釈』(以下、『註釈』と呼称⁽⁶¹⁾)を著し、施行刑法及び日本刑法草案に対する解説と批判を整理し、自身で再考した草案を載せた。そこで、ここでは同書にある彼の草案を主な対象として検討を進めたい。

さて、官文書偽造罪は第二三七条から第二三九条に規定され、第二三七条で官吏以外の者による行為について、四項を設けて処罰対象を列挙している。⁽⁶²⁾ 第一項に偽造、第二項に変造、第三項に官吏が官文書を作成する際に虚偽の事実を述べること、第四項に偽造又は変造に關与せずとも偽造文書であることを知りながら当該文書行使することを定め、各々に軽懲役を科す。そして、末文に「偽造ニ加功シ及ヒ偽用ヲナシタル者ハ軽懲役ノ最長期ヲ以テ論ス」と付言し、「偽造して行使」に、基本行為たる「偽造」と「行使」より重い処罰を設定する。また、官吏が行為主体の場合には第二三八条で重懲役を科す。

2 行為の体系

彼は、旧刑法では「偽造」のみ、「行使」のみ、官吏に対する虚偽申請を行う三者が不処罰だと難じ、「偽造」と「行使」には、道徳的悪 (mal moral) と社会的害悪 (mal social) の権衡から同程度の処罰性を認めて同刑を科す。⁽⁶⁴⁾ ま

た、第二三七条末文で「偽造して行使」へ、より重い処罰を規定することも併せると、この構造は司法省の議論から抽出した彼の理解と合致し、自説によって旧刑法を修正する姿勢がわかる。

3 法定刑

次に法定刑をみると、「偽造して行使」に対しては、基本類型として設定した、官吏以外の者による「偽造」又は「行使」への刑罰の最長期間を科すに止めている⁽⁶⁷⁾。加等としない理由は、加重類型である官吏が行為主体の場合への刑罰が重懲役であるので、基本類型に対する刑罰がそれを超えることを避けるためと説明する⁽⁶⁸⁾。また、官吏が行為主体の場合についても同様の行為体系を定めているが、その際に法定刑が加等にならないことについて次のように述べる。一八一〇年刑法典においては官吏による「偽造」のみに無期強制労働⁽⁷⁰⁾、官吏以外の者による偽造官文書の「行使」のみに有期強制労働⁽⁷²⁾が規定されるが、それが過度に「厳酷」(「sever」⁽⁷³⁾)であるという一般的な認識によって実際には減輕して処罰されていることを考慮して、本草案では一八一〇年刑法典の「厳酷」(「severe」⁽⁷⁴⁾)の緩和を目したとする⁽⁷⁶⁾。

そこで、一八一〇年刑法典⁽⁷⁷⁾の文書偽造罪⁽⁷⁸⁾をみると、公文書偽造罪、私文書偽造罪、旅券及び行程書偽造罪の三節に分立されるが、行為に関しては各節を通して同様に定められる。「偽造」と「行使」が個別の条文として設けられているものの、科される刑罰は客体ごとに「偽造」と「行使」で同様であり、両者に対して同程度の処罰性が認められているといえよう。例として、旧刑法で基本類型とされた官吏以外の者による場合をみると、「偽造」と「行使」が個別に行われた場合へ、各々に有期強制労働が科せられている⁽⁸⁰⁾。つまり、『註釈』内の草案は一八一〇年刑法典と同様の基本行為を設定したうえで、「偽造して行使」という行為類型を追加し、且つ全体的に法定刑を引き下げている⁽⁸¹⁾ことがわかり、同法典の改良というボアソナードの意図が看取できる。

4 小 括

『註釈』にみえるボアソナードの理論構成と、司法省での議論からわかるそれは基本的な方向性が合致し、並列する「偽造」と「行使」に比して高い処罰性を「偽造して行使」に認める。これは「偽造」と「行使」を基本類型とする一八一〇年刑法典の体系を基盤として「偽造して行使」を付加したものといえよう。また、法定刑についても一八一〇年刑法典の過度な「severe」(「厳酷」)を克服したと自負している。つまり、旧刑法における文書偽造罪の行為規定に対するボアソナードの目標は一貫して、一八一〇年刑法典の改善であったといえるのではないだろうか。⁽⁸⁵⁾

(二) 律系刑法典からみた文書偽造罪

次に鶴田の見解に対する検討を試みたいが、残念ながら刑法に対する鶴田の理解を体系的に示した著書は発見されていない。⁽⁸⁶⁾そこで、旧刑法を編纂する背後で現行法として運用されていた新律綱領と改定律例⁽⁸⁷⁾を考察の対象として採上げ、編纂への影響を検討したい。鶴田は万延二年から約一年半の間に律を学修し、その後も研鑽を積み、明治二年には大学校で教鞭をとるとともに、刑法官で刑律取調を命じられて新律綱領の編纂に参加し、施行後はその運用に携わった。⁽⁸⁸⁾青年時代に鶴田が培った律の法的思考は、新律綱領の作成に影響を与え、運用者として得た法的経験によって更に陶冶されたであろう。このような新律綱領とその補完関係にある改定律例は、鶴田の法的思考の淵源を探る重要な素材であると考え、その規定と運用を考察する。

1 新律綱領及び改定律例の規定

まず、文書偽造罪の条文⁽⁸⁹⁾を整理する。新律綱領では「官ノ文書」(以下、官文書と表記)に関する処罰が規定されるのみで、私書偽造が刑法典に規定されたのは改定律例である。新律綱領には官文書を「詐為シ、及び増減」⁽⁹⁰⁾することが基本行為とされ、減輕規定として「未ダ施行セザル者ハ、各一等」と定められる。つまり、「詐為シ、及び増減」

とは文書を「偽造」し、かつ当該文書を「行使」する行為を指すと考えられる。私書偽造は改定律例第二四六条に「詐為シ、及ビ増減」が基本行為とされ、「偽造」のみへの明文は無いが、明治七年一〇月二八日付の足柄裁判所伺とそれに対する指令で官文書偽造罪に準じて基本行為への処罰から一等を減じると明言されている⁽⁸⁸⁾。つまり、新律綱領と改定律例における文書偽造罪の基本行為は「偽造して行使」であり、そこから一等を減じた処罰の対象として「偽造」のみが想定される。また、官文書に限っては「其当該ノ官司」が偽造文書と「知テ聽行スル」ときは「詐為シ、及ビ増減」した場合と同刑に処すと定められている。「聽行」とは「其偽又ハ増センヲ知テ。差止メモセザル」ことであり、偽造文書と知りながらも官吏がその職務上で当該文書を行使するとき、すなわち「情を知って行使」には基本行為の「偽造して行使」と同刑が科される。

このように、新律綱領と改定律例では未分化ながらも文書偽造罪の行為が段階的に捉えられている⁽⁹⁰⁾。ここで、司法省での議論から抽出した鶴田の理解を想起すると、同罪の行為体系が両法と酷似していることがわかる。鶴田は「偽造して行使」を基本行為とし、実害の発生という観点から「行使」のみが行われた場合を基本類型と同視し、「偽造」のみは未遂として理解していたが、この枠組みは本節で述べた新律綱領及び改定律例と類似している。すなわち、段階的な理解によって同罪の行為を把握し、「行使」のみと基本行為たる「偽造して行使」が同様の処罰がなされる点で両者に共通性が見出せるのである。

2 新律綱領及び改定律例の運用

次に新律綱領及び改定律例の実際の運用を整理し、旧刑法の編纂作業の背後における両法の運用に検討を加え、旧刑法との関連性を考えたい⁽⁹¹⁾。よって、新律綱領と改定律例の両法が並行的に運用されることとなった明治六年から、旧刑法の実質的な最終稿である刑法審査修正案が元老院に提出された明治一二年六月までの運用を対象とする⁽⁹²⁾。その素材として「伺・指令裁判体制」⁽⁹⁴⁾を背景にして明治六年から同一一年の間に各裁判所や府県から提起された法の適用

に関する疑義及びそれに対する明法寮からの回答を登載した『司法省日誌』(以下、「日誌」と呼称⁽⁹⁵⁾)と、現在閲覧可能である刑事事件の判例⁽⁹⁶⁾として明治八年以降の大審院判決の中から、文書偽造罪に関する標題を掲げ、且つ「行為」を主な争点にしているものを整理した。管見の及ぶ限りで下記に述べる事案を確認したところ、それらは他罪との関係について言及されたものであった⁽⁹⁷⁾。

(1) 返済の意思

まず、最も早い日付を確認できる事例は『日誌』の明治七年八月二四日付の島根県伺とそれに対する回答⁽⁹⁸⁾で、偽造した証書で借金をしたときに返済の意思が無い場合には詐偽取財条によって処罰されるが、返済の意思が存在したのであれば文書偽造罪が成立し、その負債については民事裁判での対処が明言される⁽⁹⁹⁾。また、明治八年二月九日付の広島県伺⁽¹⁰⁰⁾では、返済の意思は「其資力アリテ直ニ償却スル目的アル者」に限らず、「其金直ニ出来スル目的無之者ニ候ヘ共一時ノ究⁽¹⁰¹⁾迫ニ依リ貸借スルコトニシテ追々償却セント申出ル者」にも認められている。このように、文書を「偽造」して当該文書を「行使」した際に、返済の意思が無い場合は詐偽取財条が成立し、返済の意思がある場合は文書偽造罪が成立することが支配的な見解であったとわかる⁽¹⁰²⁾。大審院でも同様に、明治一二年四月二二日判決第七一号「詐偽私文書ノ件」⁽¹⁰³⁾で裁決の際に「償還ノ意アリシヤ又ハ詐欺スル意ヤヲ審定」する必要性が確認されている。

しかし、明治一一年九月一二日判決第二三九号「私ノ文書ヲ詐為セシ件」⁽¹⁰⁴⁾では、返済の意思が無い場合には詐偽取財条が適用されることを確認したうえで、偽造証書で借り受けた金員を返済するため、さらに他の証書を偽造する行為には、改定律例第二四六条が適用されるが、その偽造文書を使って「抵当トセシ罪ハ雑犯律不応為重」⁽¹⁰⁵⁾が成立している。その際、「偽造」には私文書偽造罪が、金員借用行為に返済の意思がある場合には雑犯律不応為条⁽¹⁰⁶⁾、無い場合には詐欺取財条が成立するという説明がされている。すなわち、文書偽造罪は「偽造」のみを以て成立し、返済の意思の有無に依じて「行使」に詐偽取財条か雑犯律不応為条の成立が選択的に認められており、先に挙げた事例とは異

なる判断が示されている。

そこで、「行使」へ言及せずに文書偽造罪のみが成立する事例を探したところ、次の三件を発見した。まず、明治八年第六号司法省裁判所言渡⁽¹⁰⁾では、水油を買い入れる際に自ら偽造した「身元引受証書ヲ差入ルル科」に私文書偽造罪が成立するものの、損害の発生等には言及がない。次に明治八年第一三号司法省裁判所言渡⁽¹¹⁾では為替に関する「証書ノ文意ヲ書替金子ヲ詐取ントスル科」に私文書偽造罪が言渡され、騙し取るうとした段階で文書偽造罪が成立することが看取できる。また、明治八年第三八号司法省裁判所言渡⁽¹²⁾では他人に「申聞モ致サス同人名前ノ書面ヲ取拵ル科」に対して私書偽造罪が認められ、「偽造」のみが構成要素となっている。このように、金員における損害が無い「偽造」のみで文書偽造罪成立している。

つまり、当初は「偽造」と「行使」が明確に分離しておらず、他罪と区別するために返済の意思の有無が問題とされ、返済の意思がある場合に文書偽造罪が成立すると解されたが、徐々に、損害が生じない結果というものが文書偽造罪を構成すると認識されるようになり、更に進んで、損害の生じていない状況、すなわち結果が生じる前段階が文書偽造罪を構成する要素として理解されるに至ったのではないか。換言すれば、結果を発生させる手段こそが文書偽造罪の本質であり、その手段性を表徴する「偽造」が同罪の主たる構成要因となったと同時に、結果を直接的に発生させる「行使」は他罪を構成させる要素に移行したのである。その際に返済の意思が有する働きは損害の相殺であり、文書を使用する「行使」に認められる処罰性の打消しであったと考えられる。そこで、文書偽造罪と他罪が同時に成立⁽¹³⁾すると判断された事例を次に紹介したい。

(2) 他罪との関係

まず、新律綱領の賊盜律中に「官私ヲ詐欺シテ財物ヲ取ル者ハ、並ニ贓ニ計ヘ、窃盜ニ準シテ論ズ」と規定される詐欺取財条との関連に言及する⁽¹⁴⁾。明治十一年二月七日判決第二四号「地券証ヲ偽造セシ件」⁽¹⁵⁾をみると、地券を偽造し

た行為に対し詐為官文書条、その地券で金員を詐取した行為に詐欺取財が言渡される。また、偽造した地券を抵当として金員を借りた事例に対する明治十一年一月二八日判決第一五号⁽¹¹⁾では、地券に押す臬印を偽造したことに偽造官印条、許可無く他人名義で地券を偽造したことに詐為官文書条、当該地券での金員借用に詐欺取財条が認められる。このように、文書の「偽造」に官文書偽造罪、その偽造文書によって金員を詐取する行為に詐欺取財条が成立する。

次に改定律例第二四七条対詔上書詐不以実条例⁽¹²⁾をみたい。同条は官吏が文書を扱う際に人民が虚偽申請することを処罰する。明治十一年五月三十一日判決第一四三号「私ノ文書ヲ詐為シ自首セシ件」⁽¹³⁾の事案の概要は、甲が乙の実印を預かっていることを知った丙による証書偽造の提案に端を發し、甲が自儘に乙の印を白紙に押して丙に渡し、丙は受け取った用紙が偽造物と丁に告げたうえで乙から金員を借りた旨を丁と共に記載した後、丙と丁は債務の履行を求めて当該偽造証書を裁判所へ提出したものである。各々に対して成立した犯罪は、甲には窃盜条と改定律例第二四六条、丙には他人の印の持出しに窃盜条、証書の偽造に改定律例第二四六条、出訴に改定律例第二四七条及び詐欺取財条、丁には私書偽造、丙の「従」として出訴したことに改定律例第二四七条及び詐欺取財条が認められる⁽¹⁴⁾。つまり、偽造証書の債務実行を求めて裁判所へ提出すると、「偽造」へ文書偽造罪が、裁判所へ提出した行為に改定律例第二四七条と詐欺取財条が適用される。

3 小括

当初は未分化であった「偽造」と「行使」の分離が進行し、「偽造」が文書偽造罪を構成する要素となったことが右の事例からわかった。しかし、これは文書偽造罪の基本行為を「偽造して行使」とし、「偽造」のみには一等を減じた処罰を定める新律綱領と改定律例の規定と矛盾しており、条文と乖離した運用がなされていたといわざるを得ない⁽¹⁵⁾。

ここで、司法省の議論でみた鶴田の理解を想起すると、「偽造して行使」が基本行為としたうえで「行使」のみの

場合は被害の発生という観点から基本行為と同様の刑罰を科すが、「偽造」は未遂として適用は総則に譲ると彼は解していた。また、旧刑法の施行後に行われた質疑応答⁽¹⁰⁾の中で鶴田は「偽造」のみが行われる場合への明文がない理由について、文書偽造罪は「使用セサレバ罰ヲ科セス」として「偽造」が基本的な処罰対象でない⁽¹¹⁾と説明している。この二つの考え方は新律綱領と改定律例の規定にある文言と合致するが、判例及び指令の見解とは対照的である。すなわち、文書偽造罪の行為に対する鶴田の理解と、新律綱領と改定律例の運用に表れた解釈は異なり、反対に両法に規定された行為体系の枠組みと鶴田の理解は基本的に同じである。また、先述したように旧刑法の規定は鶴田の理解と基本的に一致するので、旧刑法の規定は鶴田の理解及び新律綱領と改定律例の条文に類し、反対に新律綱領と改定律例の運用とは趣旨を異にする⁽¹²⁾。

(三) 鶴田とボアソナードの基本的な方針の相違

本章の考察から、旧刑法における文書偽造罪の行為に関する規定について次の二点を指摘したい。第一にボアソナードは母国の法典の改良を旨し、第二に当時の日本では現行法の運用に条文との乖離が存在したが、旧刑法の規定はその現行法の条文構成と同等性が認められる。これを勘案すると、両者の姿勢が異なることを推察できよう。ボアソナードは改善した一八一〇年刑法典の編纂を旨したが⁽¹³⁾、鶴田は提示された草案を参照しながらも、わが国における条文と運用の乖離を考慮していたのではないだろうか。

五 結 語

司法省における鶴田とボアソナードの議論から両者が異なる枠組みで旧刑法における文書偽造罪の行為を捉えてい

たことを明らかにし、その起因を彼らの母国の法典における規定とそこで培った法的思考に求めた。また、両者には編纂方針にも隔たりがあったことも推察でき、現状の改善という向上的な目的をともに持ちながらも、文書偽造罪の行為に限ればその現状が、鶴田には当時のわが国でみられた条文と判例の乖離であり、ポアソナードには一八一〇年刑法典の規定であったのである。わが国の文書偽造罪の歴史において、西欧系法典の外的形式や法的思考、理論体系が移入された旧刑法は重要な転換点であったが、その内容には律系刑法典が反映していることが明らかになったといえよう。旧刑法中の多数の条文にみられる律系刑法典の影響は先学にも指摘されているが、旧刑法から現行法へ切り替わる際に立脚する立場をフランスで支持されていた実質主義からドイツの形式主義に転向したといわれ、一八一〇年刑法典に倣って作成された旧刑法においてフランス式という要素が具体的に表れるはずの当該犯罪類型ですら、その内実が律系刑法典に近いことは旧刑法の性格を考えるうえで興味深い事実であろう。

以上を踏まえ、次稿では刑法で保護された文書を検討し、文書に期待された機能や社会における役割の実態を明らかにして旧刑法の文書偽造罪に対する更なる考察を試みたい。

- (1) 吉井蒼生夫「近代日本における西欧型刑法の成立と展開」(同『近代日本の国家形成と法』日本評論社、一九九八) 一〇一頁。
- (2) 伊東研祐『刑法講義各論』(日本評論社、二〇一一) 一一二頁。
- (3) 吉井蒼生夫氏は「樹立されつつある国家構想の刑法への反映」とともに「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「皇室ニ対スル罪」の制定過程を論じた(『旧刑法の制定と「皇室ニ対スル罪」』(吉井前掲書、所収) 一六〇頁)。また、内田誠氏は天皇制国家の警察的支配体制の要因として違警罪の編纂過程に着目し、国家秩序が統合される様相を「不平等条約の改正と国内の支配秩序の維持・強化の必要、更には、資本主義的関係に対する法制度を形成する必要」という歴史的条件を持ち、「泰西主義」による立法事業の一環」と評した(『明治十五年刑法第四編違警罪の編纂とポアソ

- ナード」〔法研論集〕三三、一九八四）五九頁、「明治前期における行政警察的取締法令の形成」〔早稲田法学会誌〕第三卷、一九八二（二五頁）。矢野祐子氏はボアソナードには日本固有の法文化を温存する意志があったが、それでもなお、家父長権の強化と間接的支配の実効性を欲した明治政府の指針に沿う修正が日本側になされたと説明した（旧刑法における「祖父母ニ対スル罪」の成立）（杉山晴康編『裁判と法の歴史的展開』啓文堂、一九九二、四〇二頁）。
- (4) 藤原明久氏が二重抵当と抵当権の公証について、フランス法と中国法を参照としながらも、多発する犯罪の実情や公証に対する信用性の向上を図った政策的配慮などを踏まえた日本側の意思が反映された規定が作られたことを述べた（明治13年公布「刑法」(旧刑法)の二重抵当罪規定の成立と抵当権の公証）『修道法学』二八卷二号、二〇〇六。また、藤田正氏は「身分と職業の一致・固定化という封建社会を象徴する犯罪」として「雇人盗」を検討し、「開港以来の経済的発展、維新前後の政治的変動に伴う人口と身分の流動化に対応を目指した」施策を背景に雇人の地位が変遷する様子を論じた（明治前期における「雇人の盗罪」——旧刑法制定まで——）『早稲田法学』五七卷三号、一九八二）。
- (5) ミニシンポジウム「近代日本の法典編纂——一八八〇年刑法(旧刑法)を再読する——」〔法制史研究〕四七号、一九九七)では法の継受と旧刑法の編纂が包括的に考察された。
- (6) ボアソナードの来歴は大久保泰甫『ボワソナード』(岩波書店、一九七七)を参照。
- (7) 中野目徹「本書の課題と方法」、「文書行政からみた明治太政官制」(同『近代史料学の射程』弘文堂、二〇〇〇)。
- (8) 成瀬幸典「文書偽造罪の史的考察(一)」〔法学〕六〇号、一九九六、一二八頁。
- (9) 川端博「文書偽造罪の理論」(立花書房、一九九九)三頁。
- (10) 安平政吉「文書偽造罪の研究」(立花書房、一九五〇)一九頁。
- (11) 磯部二郎「改正刑法正解」(六合館、一九〇七)三一五—三一九頁。安平前掲書一四、三七頁以下。磯部は「形式主義」(「独逸主義」)は文書偽造罪を「文書ノ形式ヲ詐ルノ罪」、「実質主義」(「仏国主義」)は同罪を「文書ニ依リテ真実ヲ詐ルノ罪」と解するとし、「旧法ハ右実質主義ヲ採用セルモノタルコト一般ノ定説タリ本法ハ果シテ如何余ハ其ノ所謂偽造、変造ノ罪トハ正ニ刑事主義ニ抛リタルモノタルヲ信スル」と述べる。もともと、安平は両国が単一の主義に傾倒せず、相手の見地から修正を加えつつ運用していると説明する。
- (12) 前掲吉井「近代日本における西欧型刑法の成立と展開」一〇二頁。
- (13) 前掲吉井「近代日本における西欧型刑法の成立と展開」一〇二頁。

- (14) 山火正則「現行「文書偽造の罪」規定の成立過程」(『西原春夫先生古稀祝賀論文集第三卷』成文堂、一九九八)、同「現行「有價證券偽ノ罪」規定の成立過程」(『刑事法学の総合的検討(下)』有斐閣、一九九三)。
- (15) 霞信彦「明治十五年刑法第三二一条に関する一考察」(同「明治初期刑法の基礎的研究」慶應義塾大学法学研究会叢書、一九九〇) 五九頁。
- (16) 岩谷十郎「旧刑法の編纂における「旧なるもの」と「新なるもの」」(同「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、二〇一二) 二六六、二六七頁。
- (17) 末澤国彦「旧刑法における賭博罪の成立について——西洋法継受の視点から——」(『法学研究年報』二八卷、一九九九) 一九四—一九八頁。
- (18) 新井勉「明治日本における内乱罪の誕生」(『日本法学』七〇巻四号、二〇〇五) 一五八、一五九頁。
- (19) 新井勉「西欧刑法の継受と盗罪(1)——(4)法の継受における固有法の抵抗」(『日本法学』六七—一四、二〇〇一—二〇〇二) 四、四三頁。
- (20) 福山好典「旧刑法における自殺ニ関スル罪の制定過程」(『早稲田大学大学院法研論集』一三八号、二〇一一)。
- (21) 今回は条文にあらわされた「行為」の種類に主眼を置く。「行為」という概念自体がいかに捉えられていたのかということとも興味深い。紙幅の関係から稿を改めて検討を試みたい。
- (22) 鶴田皓の来歴は鶴田徹「続元老院議員鶴田皓——近世と近代を結んだ思考——」(鶴鳴社、二〇〇八)等を参照。
- (23) 「起草ノ大意」は「刑法草案編集日誌」(早稲田大学鶴田文書研究会編「日本刑草案会議筆記」(以下、「会議筆記」と呼称)別冊、早稲田大学出版部、一九七六)三頁に所載。また、以下では特筆しない限り、文書偽造罪の議論を収めた第II分冊の頁数を示し、旧字体略字体は常用漢字に直して引用する。編纂の経緯については、新井勉「旧刑法の編纂(一)」、(二)、「法学論叢」九八巻一号、四号、一九七五、一九七六)を基本的に参照とする。
- (24) 条文中規定された「増減変換」も包含して、「偽造」という文言を本稿では使う。
- (25) 司法省の最終案である「確定稿」では、「第三節私書ヲ偽造スル罪」という標題だが、後述する刑法草案審査局で「私印」が客体に追加されたので名称も変更された。ここでは主に司法省での議論を検討するので、理解の統一を図るために「私書偽造罪」と呼称する。
- (26) 確定稿をみると「第四節免状鑑札及ヒ保証状ヲ偽造スル罪」という標題になっているが、理解を円滑にするために「免状

鑑札等の偽造罪」と統一して呼称する。

(27) 震前掲書、一七一―一八頁。

(28) 第一案の官文書偽造罪については「偽造」という日本語が使われるが、「免状鑑札及ヒ保証状ヲ偽造スル罪」では「贋造」という文言が使われる。第一案「免状鑑札及ヒ保証状ヲ偽造スル罪」の検討における鶴田の説明では、従来の邦語の区別では「贋造」は「真正ノ物ニ模擬シテ造ル」ことや「斯ノ如ク為スヘシト想像スル所ノ手本」がある場合として貨幣等に使われるが、「偽造」は「其模擬スヘキ真正ノ物ナク別ニ偽リノ事柄ヲ記シテ造リタル」ことなので「医師ノ証書」等に使われる文言と述べられる（『会議筆記』一二二三頁）。そして、それまでの議論では意識して使い分けていなかったが今後は右の区別を踏まえ、文書偽造罪は「贋造」を使うことが確認され、続く第二案ではそのようになった（同書一一六八頁）ものの、第一稿では「偽造」に戻っている（同書一一七〇―一二三八頁）。しかし、その理由は明記されず、貨幣偽造罪や官印偽造罪も同様に第一稿から「偽造」の語句に統一されるが、その表記方法には言及されていない。もっとも、条文や議論の内容は第一稿以降の「偽造」と第一案での「贋造」に異なる意味があるとは考えにくく、本稿では統一的理解を図るために、確定稿中の「偽造」という語句で表記する。

(29) 『会議筆記』一一六一頁。

(30) 『会議筆記』一〇六六頁、一一二二頁。

(31) 『会議筆記』一一六四頁。新律綱領と改定律例には一語に「偽造」と「行使」が含まれており、翻訳の互換性を考察する興味深い事例であろう。詳しくは後述。

(32) 『会議筆記』一一六三頁。

(33) 『会議筆記』一一七〇頁。

(34) 「鶴田検事講述 刑法質問録」（鶴田前掲書）では、旧刑法施行後の質疑録の中で鶴田は文書の「偽造」のみへの明文が無い理由を、偽造が難しい印章と比べて「紙筆ヲ採テ容易ニ偽造」できるので「使用セサレバ罰ヲ科セス」と説明している（一八三頁）。

(35) 「実害の発生」の具体的内容については本稿の目的と紙幅を鑑みて他日に検討を譲る。

(36) 『会議筆記』一一六一頁。

(37) 『会議筆記』一一六〇頁。

- (38) 第一案では、第一条で官吏が行為主体の場合を基本類型として軽徒刑を科し、第三条で「偽造」のみの場合を「一等減」、第六条で官吏が「行使」のみをした場合を重懲役、それ以外の者が「行使」のみを行った場合は軽懲役と規定された。官吏を主体とすると、「偽造」のみと「行使」のみの場合は同様に「偽造して行使」から一等減とされていた。
- (39) 『会議筆記』一一六四頁。
- (40) 「偽造」を基本行為とした第一案の貨幣偽造罪へ鶴田は「日本従前ノ刑法ニテハ贋造罪ハ其贋金銀ヲ行使シタル以上ヲ以テ其本罪ト為シ其以前ハ假令之ヲ鑄上ケタリトモ未タ行使セサルハ其本罪ト為ササルナリ故ニ此刑法ニテモ右従前ノ例ニ倣ヒ行使シタルヲ以テ本罪ト為サントス何トナレハ假令贋造スルトモ未タ行使セサル以前ハ其實際ノ害ヲ為ササルモノナレハナリ故ニ只贋造シタル而已ノ罪ハ行使シタル罪ヨリ一層軽ク為サ、ルヲ得サルヘシト思考ス」(『会議筆記』一〇六六頁)と主張した。
- (41) 「タンタチーフ」とは総則の未遂犯罪の一種で「罪ヲ犯サントシテ已ニ所意ヲ盡スト雖モ意外ノ舛錯ニ因テ之ヲ誤機スル事」(『会議筆記第一分冊』四四〇—四四九頁)である。
- (42) 『会議筆記』一一七〇頁。
- (43) 水林彪「新律綱領・改定律例の世界」(『日本思想体系 法と秩序七』岩波書店、一九九二)によると、行為を段階的に理解する方法は新律綱領・改定律例にもみられる。
- (44) 鶴田が「タンタチーフ」の語句の頻繁な使用からも、文書偽造罪の検討中に彼が総則の未遂を想起したと推察できる。
- (45) 『会議筆記』一一六一頁。
- (46) 『会議筆記』一一二五頁。
- (47) 日本刑法草案の注釈書としてポアソナードが著し、明治一二年に刊行された『刑法草按注解』からもわかる。「唯偽文書ヲ造リタルニ止マリ若クハ真正ノ文書ヲ変造シタルニ止マリテ其文書ヲ行使セス亦其着手ヲモ為ササリシ者及ヒ之ヲ行使シタル者ノ付従タラサリシ者ハ本法ノ問ハサル所ナリ蓋シ目的ナク且ツ利益ナクシテ此ノ如キ犯罪ヲ企ツルハ固ヨリ之レアル可カラサルノ事ニシテ若シ之レアルモ狂人ノ所業タルケレバナリ」(四六頁)とあるように、「偽造」のみの場合は文書偽造罪が成立せず、同罪の未遂にすらならない。つまり、ポアソナードは明文規定を置かない限りは「偽造」のみの処罰はできないと考えていたのであり、第一案で「偽造」のみへの処罰規定を設置した姿勢と合致する。
- (48) 『会議筆記』一一五二頁。

- (49) もっとも、次の論点はポアソナードが自説を通した。確定稿での免状鑑札等の偽造罪には「第二四九条 免状鑑札疾病証書ノ偽造変造ニ与セスト雖モ其情ヲ知テ之ヲ行使シタル者ハ偽造ノ刑ニ照シテ一等ヲ減ス」という規定があり、官文書偽造罪と私書偽造罪は「情を知って行使」を「偽造して行使」と同様の刑に処すが、免状鑑札等の偽造罪は一等減としている。これは、ポアソナードが同罪の客体の特殊性に着目したためと考えられる。本節の客体には免状や鑑札の他に疾病証書等も含まれると彼は考えており、国民の重要な義務である公務（主に兵役など）を免れるために虚偽の疾病証書を作成することは重要視すべき問題だが、このような疾病証書の偽造などは親族によって代理されることが多いので一等減が適当と主張したのである（『会議筆記』一二八頁）。第二稿での同条を検討する際に鶴田は本条の削除を主張したが、ポアソナードは頑なに拒否したので（『会議筆記』一二五三頁）、確定稿では存置されたが、刑法草案審査局では削除される。詳しくは後述。
- (50) 浅古弘「刑法草案審査局小考」（『早稲田法学』五七卷三号、一九八二）、に詳しい。
- (51) 法制経済史研究所編『元老院会議筆記』前期第八卷（一九六四）五三一―三四頁。
- (52) 前掲浅古を参照。
- (53) 第二三七条「官ノ文書及ヒ官吏ノ公文ヲ偽造シテ行使シタル者ハ輕懲役ニ処ス。真正ノ官文書ニ記載シタル条件及ヒ月日姓名等ヲ変換シテ行使シタル者亦同シ。情ヲ知テ行使シタル者亦同シ」（西原春夫他編『旧刑法（2）Ⅱ部』信山社、一九九五、八二七頁）。
- (54) 第二〇三条「官ノ文書ヲ偽造シ又ハ増減変換シテ行使シタル者ハ輕懲役ニ処ス。其官ノ文書ヲ毀棄シタル者亦同シ」（早稲田大学鶴田文書研究会編『刑法審査関係諸案』早稲田大学比較法研究所叢書第一四号、一九八四、二一九頁）。
- (55) 他に、行為に毀棄を加え、証書を客体とした条文を新設したという変更点もある。しかし、本稿の目的から今回は「情を知って行使」の削除を採上げ、他二点は稿を改めて検討したい。また、日本刑法草案「第二四九条 免状鑑札疾病証書ノ偽造変造ニ与セスト雖モ其情ヲ知テ之ヲ行使シタル者ハ偽造ノ刑ニ照シテ一等ヲ減ス」も無くなっているが、官文書偽造罪における「情を知って行使」の削除に準じたと考えられる。
- (56) 前掲新井「西欧刑法の継受と盗罪(3)法の継受における固有法の抵抗」一八三頁では盗罪についても、審査局における修正は司法省段階の編纂における鶴田とポアソナードの対立箇所を端を免すると述べられている。
- (57) 明治一九年刊行されたポアソナードの『刑法草案註釈』（詳しくは後述。以下、『註釈』と呼称）では、「情を知って行使」の削除について興味深い記述がある。まず、邦訳には「本稿ハ最初日本文ノ旧草案ニハ記載アリタレドモ仏文ノ旧草案

ヲ印刷スルニ方リ不注意ニヨリ之ヲ印刷ニ植ルコトヲ忘レタリ故ニ今復々茲ニ之ヲ設クレドモ他ノ増補ノ如ク今復定標(記者言フ定標トハ正常ノ首尾ニ)の括弧ヲ記スコト)ヲ以テ之ヲ指示セサルナリ(七九頁)とある。

ところで、旧刑法に対する手稿の仏文草案は、第二稿と確定稿の間にボアソナードによって書かれた「元老院上呈手稿仏文草案」と「手稿仏文刑法草案」の現存が確認されている。彼は司法省の最終案と思って前者を執筆したが、その後日本人編纂委員から多少修正されて確定稿の脱稿となったので、彼は個人的な修正意見を付した後者をまとめなおした(岩谷十郎「仏文草案から見えた旧刑法編纂の展開」(前掲西原編『旧刑法』(2) I部)。

まず、第二稿への検討直後に書かれた「元老院上呈手稿仏文草案」の刊行本(岩谷氏の考証に従い、文書偽造罪については原本と刊行本での相違はないと考える)における第二三七条を見ると、日本文確定稿の第二三七条第三項の「情ヲ知テ其偽造変造ノ文書ヲ行使シタル者亦同シ」が記載されていない(前掲西原編『旧刑法』(2) II部)四九一頁)。次に、その後、確定稿が上呈される直前に書かれたボアソナードの「私家的草稿本」とされる「手稿仏文刑法草案」の同条には「Sera encore puni de la même peine tout particulier qui, bien que n'ayant pas participé à la fabrication ou à la falsification, aura fait de la pièce fausse un usage frauduleux.」(同書六四四頁)とあり、こちらには日本文の第二稿、確定稿と同様に第三項が存在する。すなわち、手違いによって「情を知って行使」が抜落ちたのは前者の「元老院上呈手稿仏文草案」であるといえよう。そこで改めて先の『註釈』の仏文を見てみると、「Cet alinéa avait été, par inadvertance, omis à l'impression de la 1^{re} édition française du Projet ; il se trouvait dans le texte japonais. Nous le rétablissons ici, mais sans le marquer du signe habituel de nos additions. (Projet révisé du Code Pénal pour l'Empire du Japon accompagné d'un Commentaire par Mr. G^{ve} Boissonade, 1886, p. 700. 詳しくは後述。以下、Projet révisé du Code Pénalと呼称) (試訳「本条項は不注意によって最初の仏文草案の印刷時で抜け落ちてしまったが、日本文の草案では規定されていた。ここで改めて訂正したい。ただ、通例として他の追加点に付している印は付さない。）」とあり、ボアソナードが当該条項を本来は一貫して規定されるべきものと考えていたことがわかる。修正局での削除はボアソナードの意に沿わないことがここからもわかる。

- (58) 司法部内同盟編纂『刑法訓令類纂並付則』(明治一七年、以下、『訓令類纂』と呼称)。
- (59) 内訓については岩谷十郎「司法官の近代法適用をめぐる逡巡」(同前掲書)に詳しい。
- (60) 『訓令類纂』四四五頁。
- (61) 明治一九年に司法省より刊行。ここでは有斐閣から一九八八年に覆刻されたボアソナード文献双書に依拠し、仏文は双書

- (17) 邦訳は双書^⑨から引用する。
- (62) 『註釈』六五頁。
- (63) 「偽用」という語句の初出は印章偽造罪で、仏文では「*aura sciemment fait usage d'une pièce ou d'un acte revêtu dudit sceau sans avoir participé à la contrefaçon*」(Projet révisé du Code Pénal, p. 672)と表記される。これは印章偽造罪を構成する行為を、押印で足りるとする見解と偽印が押された文書の使用を必要とする見解のうち、ポアソナードが後者の支持を明言するために使われた(p. 673)。よって、文書偽造罪中の「偽用」も偽造文書の使用を意味する邦訳といえよう(『註釈』五五頁)。
- (64) ポアソナードは折衷主義の刑法理論に立脚し、応報主義と功利主義の結合を標榜して道徳的悪と社会的害悪の権衡から刑罰の裁定を図ろうとしていた。佐伯千偲＝小林好信『刑法学史』(『講座日本近代法発達史』二巻、勁草書房、一九六七)二二二―二二八頁に詳しく。
- (65) 『註釈』七九頁。Projet révisé de Code Pénal, pp. 699-700.
- (66) もっとも、未遂が処罰されるのは「行使」だけで、「偽造」が半途の場合は(*danger*)が無いので未遂としても処罰されないと付言している(Projet révisé de Code Pénal, p. 701)。「偽造」に対する未遂も処罰対象と説明した司法省の議論とは異なり、更なる言及には「危険」の概念への考察が必要だが、紙幅のため、他日に譲りたい。
- (67) 『註釈』は重罪の刑罰を「第一死刑、第二無期徒刑、第三有期徒刑、第四無期徒刑、第五有期徒刑、第六重懲役、第七軽懲役、第八重禁錮、第九軽禁錮」と順位付けた。官文書偽造罪の基本類型に科せられる軽懲役は六年以上一〇年以下、国内の「懲役場」で「苦役」に服することなので、「偽造して行使」は一〇年の軽懲役となる(『註釈上巻』九八頁)。
- (68) 重懲役は一年以上五年以下の懲役である(『註釈上巻』一〇二頁)。
- (69) 『註釈』八〇頁、Projet révisé de Code Pénal, p. 701.
- (70) 『註釈』八五頁。
- (71) 第一五条(中村前掲書、一五二頁)。
- (72) 第一九条(中村前掲書、一五四頁)。
- (73) 『註釈』八六頁。Projet révisé de Code Pénal, p. 705.
- (74) 一八一〇年刑法典が厳格であるという評価はその施行以来、広くいわれてきた。例えば、塙浩訳「フランス近代の刑法

史」(R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. I, 3^{éd.}, 1913) では、同法典を「フランスでも、また外国でも、刑法学者の総ては可罰的行為の面でもまた科刑の面でも、フランス刑法典が過度の峻厳性を持つものであることを認める点では一致して」おり、改良のために「懲罰体系の緩和」が行われたが、それでも「なお、ヨーロッパで最も峻厳な立法の一つ」と説明している(堀前掲書、一六九頁)。これを踏まえて、ポアソナードが一八一〇年刑法典を「厳酷」と評した『註釈』をみると、彼が既存の法典への批判を考慮していたことが看取できる。

(75) 『註釈』八五頁。Projet révisé de Code Penal, p. 704.

(76) 『註釈』八五、八六頁。Projet révisé de Code Penal, pp. 704-705.

(77) ナポレオン・ボナパルトによって進められた法典編纂事業の結果、一八〇八年に刑事訴訟法典、一八一〇年に刑法典が完成した。同刑法典は、一七八九年八月の「人および市民の権利の宣言」を前提として作られた一七九一年刑法典の近代性がより明確に規定され、罪刑法定主義、刑罰の公平化、刑罰の一身性等が明文化された。犯罪者から社会を防衛することを目的とし、犯罪の予防を通して社会の安定と所有権の保護を確実にしながらも、政府の政治的な手段という側面も有しており、最も重い罪には国家の安全を害する罪が位置付けられていた。また、革命前の恣意的な法の運用を警戒して一七九一年刑法で採用された固定刑がかえって柔軟な裁判の弊害になった反省と、ナポレオンが許可した範囲内での処罰を確保することで彼の権力を強化するために、一定の犯罪は定められた最高刑と最低刑の間で裁判官が状況に応じて刑罰を裁定した。ガローは一八一〇年刑法典の長所には簡明性、厳刑及び刑の執行の免除の規定、有期刑の振幅性を挙げ、短所には峻厳性の過度、矯正という理念の欠如を指摘している。中村義孝『ナポレオン刑事法典史料集成』(法律文化社、二〇〇六)、滝沢正『フランス法』(三省堂、二〇一〇)、山口俊夫『概説フランス法(下)』(東京大学出版会、二〇〇四) 所収堀浩訳「フランス近代の刑法史」(同『フランス刑事法史』信山社、二〇〇〇)等を参照。

(78) 条文は中村前掲書、一〇—二一八頁を参照した。

(79) 本来であれば、学説や判例、他法典に言及が必要だが、本稿の目的は一八一〇年刑法典と律系刑法典がわが国で対峙した様子とその結果としてまとめられた旧刑法の性格への考察であり、文書偽造罪に関する司法省での議論中に一八一〇年刑法典の規定を主な比較対象とするポアソナードの姿勢を考慮して、同法典の条文に焦点を絞る。フランスにおける文書偽造罪は前掲堀岡「フランス刑法における文書偽造罪」に詳しい。

(80) 官吏が公文書を偽造した場合は無期強制労働が科せられているが、これは加重類型として規定されていたと考えられる。

- なげなら、私文書偽造罪と旅券及び行程書偽造罪をみると、これらの場合も「偽造」と「行使」が別個の条文ながらも同刑の処罰が規定されており、官吏以外によってなされた官文書偽造罪と同じ構成となっているからである。よって、「偽造」と「行使」に同等の処罰を科すことが基本的な行為体系であるといえよう。
- (81) 一八一〇年刑法典は強制労働を死刑に次ぐ刑罰に位置付けており(中村前掲書、一五二頁)、基本類型の官吏以外の者による偽造罪を軽懲役と規定する「註釈」が法定刑を軽減されていることがわかる。付言すると旧刑法も官文書偽造罪の基本行為に軽懲役を科し、官吏による場合には重懲役を科している。「註釈」と同様だが、旧刑法では重懲役が九年以上一年以下、軽懲役が六年以上八年以下と規定されている(石井紫郎・水林彪編『日本近代思想体系七法と秩序』(以下、「法と秩序」と呼称)、岩波書店、一九九二、三八二頁)。
- (82) 一八一〇年刑法典の不備を補って旧刑法の編纂に取り組んだボアソナードの姿勢は岩谷氏や末澤氏も指摘している。岩谷十郎「旧刑法第三一四条編纂過程とその「素材的事例」の関係——正当防衛の摂取——」(慶應義塾大学大学院法学研究科論文集「二三号、一九八五」一八九、二〇二頁。前掲末澤、一九四、一九五頁)。
- (83) 鶴田前掲書、二二頁。
- (84) 編纂過程は藤田弘道『新律綱領・改定律例編纂史』(慶應義塾大学出版会、二〇〇一)。
- (85) 鶴田前掲書、二二頁。
- (86) 条文は「法と秩序」二九九頁を参照。
- (87) 律系刑法典の未遂は犯罪類型に応じて個別に規定されていた(野村稔「明治維新後の刑法定史と未遂規定」『未遂犯の研究』成文堂、一九八四)。
- (88) 『司法省日誌十一』二八六頁。
- (89) 近藤圭蔵(増補)『皇朝律例彙纂第五卷』三二頁。
- (90) 水林彪「新律綱領・改定律例の世界」(「法と秩序」)では、両法が「想定する犯罪は、時間的な流れの中で一連のものとして行われる様々な行為ないし状態を諸モメントとして含」み、「謀殺が最も重大な犯罪と観念」されていたことを理由に「謀殺の諸モメントをそれぞれ別個の刑罰に結びつける必要から生み出され」、「多段階のおよび多次元的な違法評価の要請が細かな犯罪論を生み出し」、「謀殺よりも相対的に軽微と観念された犯罪となると、犯罪行為の捉え方は大まかになっていく」と述べている(四八二、四八五頁)。処罰の対象となる行為を段階的に理解する思考方法は文書偽造罪も同様といえよ

- う。
- (91) 事例と編纂の関係は前掲岩谷「旧刑法第三一四条編纂過程とその「素材的事例」の関係」後註、二〇一、二〇二頁を参照。
- (92) 復刻刊行編集調査会編・司法省「明治前期大審院刑事判決録」(以下、「判決録」と呼称、一九八七年、文生書院)一―四巻を参照した。所載の個人名は甲乙丙に代替する。
- (93) 本稿の対象とする期間中の裁判所の構成及び構想に関しては、三阪佳弘「明治九・十年の裁判所機構改革」(法制史研究)三八号、一九八九)に詳しい。
- (94) 「伺・指令裁判体制」については霞信彦「明治初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)七六巻七号、二〇〇三)を参照。
- (95) 日本史籍協会編『司法省日誌』一―二〇巻(東京大学出版会、一九八三)を参照。『日誌』の性格については沼正也「家族関係法における近代的思惟の確立過程(その一)」(司法省指令の形成をめぐる明法寮の役割)(財産法の原理と家族法の原理(新版))三和書房、一九八〇、二二〇頁註(1)、六八二頁)。
- (96) 霞前掲書、四八頁、註(1)。
- (97) 広義の詐偽から詐欺罪や文書偽造罪が分化する過程や、二罪俱発の運用なども重要な論点であるが本稿の主題を鑑みて他に考察を譲り、文書偽造罪の構成に焦点を絞る。
- (98) 『日誌十』六一〇―六一二頁。
- (99) 同様の主旨が確認されている事案として明治九年第六号指令、明治八年四月三〇日付秋田県伺(『日誌十八』一〇四―一〇六頁)。
- (100) 『日誌十五』二七六―二七七頁。
- (101) 援引が許された明治七年一月以降なので(霞信彦「司法省日誌」登載指令の援引をめぐる一考察(「研修」五六五号、二〇〇七、一〇頁以下)、当該記事は模範となり、文書偽造罪成立の判断基準を返済の意思の有無に求めることが一般的であったといえよう。
- (102) 『判決録四』二二七―二二〇頁。
- (103) 『判決録三』二〇〇―二〇四頁。
- (104) 「ある行為を罪とし、それに科せられるべき刑が規定されている条文」にあたらない場合を処罰する(「法と秩序」三二一―

- 三二二頁)。
- (105) 『日誌十四』 一一一—一二二頁。
- (106) 『日誌十四』 二五三—二五五頁。もっとも、この言渡は既に甲に下されていた決定が後になって乙による犯罪であったことが判明して、刑の言換えを述べたものである。
- (107) 『日誌十五』 四一九頁。
- (108) 二罪俱発については三田菜穂「旧刑法『数罪俱発』条成立に関する一考察——司法省段階における編纂を中心として——」(『法学政治学論究』六七号、二〇〇八)に詳しい。
- (109) 『法と秩序』 二三四、二三五頁。
- (110) 『判決録二』 六六一—七一頁。
- (111) 『判決録一』「県印ヲ偽造セシ件」三一三—三一四頁。
- (112) 『法と秩序』 三〇〇頁。
- (113) 『判決録二』 三八四—三八九頁。
- (114) 類似の事例に明治一年九月二七日判決第二五四号「戸長ノ奥書ヲ詐為セシ件」。
- (115) 紙幅のため、条文と異なる判例の運用がなされた理由の考察は他日に譲りたい。
- (116) 「鶴田検事講述 刑法質問録」(鶴田前掲書)。
- (117) これを鑑みると、条文と解釈が乖離した現状の反動又は克服として、次に効力を有する法典で現行法の条文に忠実な規定の設置が目されたという推測が可能ではないか。
- (118) この姿勢はポアソナード口述・井上操訳『性法講義完』(司法省蔵版・明治一〇年)(宗文館書店、一九八六復刻)五頁にもみえる。
- (119) 司法省での編纂作業で補助的立場にあったポアソナードが行った講義の冒頭で日本人編纂者は旧刑法の編纂の目的に「我
国従前ノ刑律ト歐羅巴各国トノ刑律ヲ折衷シ其基礎ト体裁トヲ改正」を挙げている(ポアソナード述「仏国刑法講義」弘礼
社、明治一四年、一頁)。
- (120) 旧刑法を「律型刑法典ノ延長」と評する意見も指摘されている(手塚豊『明治刑法史の研究(上)』慶應通信、一九八四、
二六六頁)。

(121) 牧野前掲書、一五一—一六四頁。

(122) 管見の及ぶ限りであるが、文書偽造罪の構成要件に「実質」と「形式」という言葉をわが国で初めて用いたコンメンタールは勝本勘三郎『刑法析義各論之部上巻』（明治三二年、明治法律学校出版部講法会）と思われる。勝本は「文書ト云フ形式ヲ詐ハルノ罪」を甲、「文書ニ憑リ真実ヲ詐ハルノ罪」を乙として、甲は「形式ノ上」から、乙は「実質ノ上」から同罪の成立を制限すると説明し、旧刑法は後者を採用していると述べ、その根拠に、ポアソナードの仏文草案での「悪意又ハ詐欺ノ使用」という明文規定の存在、明治一六年内訓での「真実ヲ變更スルコト、他人ニ害ヲ加フルノ意思、及ヒ害ヲ生スルヲ得ヘキ」という構成要件の明言、二〇五条及び二〇九条二項に定められた「事実ノ詐リタル裏書ヲ為ス」ことへの処罰、という三個の要因を挙げる（四六六—四八〇頁）。そして、「形式主義」及び「実質主義」の文言は牧野英一『刑法通義』（警眼社、一九〇七）と磯部前掲書『改正刑法正解』（六合館、一九〇七、三一五—三一九頁）がコンメンタールでの初出とされる（前掲山火「現行「文書偽造の罪」規定の成立過程」参照）。磯部は同書で実質主義を仏国主義、形式主義を独逸主義と明言し、旧刑法は前者に立脚していたが、現行刑法は転向して後者を採用すると強調し、現行法の対比として旧刑法の実質主義を挙げ、それからの離脱として現行法の形式主義を説明する。その際、旧刑法が実質主義に基づくとする理由には勝本が提示した先述の三個の根拠をそのまま列挙する。牧野は形式主義を「文書ノ形式ノ真正ヲ保護スルモノト解スルモノ」、実質主義を「文書ニ因リ表示セラルル事実又ハ思想ノ真正ヲ保護スルモノ」（一九九頁）とし、自身は後者に立つと述べるが、特定国が立脚する立場等へは言及しないが、『刑法各論上巻』（一九五〇、有斐閣）で前者をドイツ、後者をフランスの学説と明言する（一五一、一五二頁）。（しかし、安平前掲書はフランスは形式主義により、ドイツは実質主義により互いに修正を加えているとする。四二、四八頁）

磯部が「実質主義」という語句をフランス式の解釈論の代名詞として使う以前は、フランスの解釈論に做った構成要件として三要素を列挙する説明の仕方が主流で、例えば宮城浩蔵は明治一七年刊行『刑法正義』（明治大学創立百周年記念学術叢書第四巻）で「一真実ニ違フ事、二人ノ害スルノ意アル事、損害ヲ生スル事又ハ生シ能フ事」（六七五頁）を挙げ、勝本が指摘した内訓でも同様の三要件が明示される。つまり、この三要件を以て同罪が成立すると解されていたことを、勝本の「実質」という語句を使って象徴的に「実質主義」と遡って名称したと推察できる。しかし、『会議筆記』にはポアソナードが「創造ノ偽造ト現物ノ偽造」を紹介し、前者を「書面上ノ文意ヲ差略スルノ類」（同書一一六四頁）と述べたと記載されるので、記録からはむしろ鶴田が実害発生の必要性を説いたことが看取でき、更にその意図が律系刑法典に起因すること

は本論で考察した通りである。また、旧刑法が「実質」主義に基づく根拠として、勝本が挙げた仏文草案の「悪意又ハ詐欺ノ使用」とは元老院上呈仏文刑法草案と手稿仏文刑法草案にある「un usage frauduleux」（前掲西原編『旧刑法（2）II部』四九〇、六四四頁）を指すと思われるが、司法省の確定稿には「frauduleux」にあたる邦語は無い。『会議筆記』にある第二案には「不正・使用（傍点・筆者）」（同書、一一六八頁）という語句があるが、それ以降は一貫して「不正」の邦語が見当たらないことを考慮すると、翻訳の失念や「frauduleux」に相当する邦語を翻訳者が知らなかったという可能性は低く、何らかの意図を以て翻訳の必要性が否定されたのではないか。換言すれば、旧刑法の編纂過程ではフランスの「実質主義」はあまり意識されておらず、あくまで律系刑法典を基盤に文書偽造罪は捉えられていたのではないか。フランスの同罪を「権利又は法的効果をもつ事実を証明し得る文書に対する、法律に規定された方法の一によってなされた、他人に損害を惹起する性質を持つ、その真性の不正な改変」（「フランス刑法における文書偽造罪」『法学研究』六八巻三号、一九九五、七二頁）と述べ、彼国が純然な実質主義というわが国の通説的見解へ疑問を提示した島岡まな氏の論説も参考として更に検討したい。

高田 久実（たかだ くみ）

所屬・現職 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

最終学歴 慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

所屬学会 法制史学会、日本古文书学会

専攻領域 日本法制史（近代）