

Title	旧刑法における印章偽造罪の制定過程に関する一考察： 法継受の実証的様相
Sub Title	A study on the deliberation for the crimes of counterfeiting of seals in the former penal code enforced in 1882 : an empirical aspect of adoptating the laws
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.99, (2013. 12) ,p.231- 265
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20131215-0231

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.

旧刑法における印章偽造罪の制定過程に関する一考察

——法継受の実証的様相——

高 田 久 実

- 一 はじめに
- 二 旧刑法の編纂から抽出する鶴田とボアソナードの思考方法
 - (一) 行為類型の整理
 - (二) 司法省における議論
 - (三) 翻訳を介する邦文草案と仏文草案
 - (四) 審査局での修正
 - (五) まとめ
- 三 鶴田とボアソナードの理解の淵源
 - (一) 新律綱領・改定律例および伺・指令から抽出する印章偽造罪
 - (二) ボアソナードからみた一八一〇年刑法
 - (三) まとめ
- 四 おわりに

一 はじめに

明治一五年に施行された刑法典（以下、旧刑法と呼称）はわが国最初の西欧近代的法典と評される。^① もっとも、新律綱領と改定律例の影響や、模範とした一八一〇年ナポレオン刑法典（以下、一八一〇年刑法と呼称）の近代性に対する再検討の必要性も指摘されており、その正確な性格や位置付けは、さらなる研究を俟つところである。^②

本稿はその足掛かりとして旧刑法における印章偽造罪への考察を試みたい。同罪は独立した一節として現行刑法に規定されるが、文書偽造罪内の客体に有印文書と無印文書の区別が設定されているため、実質的に印章偽造罪が問題となるのは省略文書などの限定的な事例である。^③ しかし、旧刑法では通貨偽造罪の次章、文書偽造罪の前章として置かれ、官印偽造罪と官文書偽造罪を比すれば、前者により重い法定刑が定められている。^④ また、国家構想や習俗などへ直接的に関連する規定には当局の意図が反映することが「皇室ニ対スル罪」を素材に報告されているが、印章偽造罪には国璽御璽の偽造罪が定められており、その制定過程への検討は法典編纂と政治的要因の影響関係を明らかにする端緒となる。同時に、印章は江戸期の人々にも使用されており、^⑤ 社会生活に根付く客体がわが国初の西欧法典に規定された様相は、西欧法の継受における重要な事例と考えられる。しかしながら、以上のような多角的な論点を設定することが可能にもかかわらず、現状では現行法の比較対象として言及されるにとどまっている。^⑦ そこで本稿は、編纂に際し、日本人編纂者とお雇い外国人が初めて正式に対面した司法省での会議から、両者の思考方法の相異を抽出したうえで、それが同法の印章偽造罪の制定に与えた影響を明らかにし、西欧法の継受による成果と評されてきた旧刑法の性格を再考する小機としたい。なお、印章に対する学問上の正確な評価には、社会での使用実態とその効力の根拠となる制度への考察が必要であるが、旧刑法の性格を明らかにするという本稿の展望に鑑みて、今回は印章偽

造罪の客体として旧刑法上に規定された「印章」を取り扱うこととしたい。まず、制度と切離した考察が可能と考えられる、条文上の「行為の類型」に着目し、制定に際して働いた法的思考をより純粹な態様で捉える。そして、その思考の成立ちを検討する素材として、法令上で取り扱われる「印章」に言及したい。立法作業中の具体的な議論とその背景を明らかにすることにより、同罪を包含する旧刑法を性格付ける端緒を得るとともに、明治黎明期に法が生成される様相の照射を期し、論考を試みる。

二 旧刑法の編纂から抽出する鶴田とボアソナードの思考方法

(一) 行為類型の整理

旧刑法の編纂⁽⁸⁾は四段階に区別できる⁽⁹⁾。まず、明治八年九月一五日に刑法草案取調掛が司法省内に設置され、同省官吏の編纂委員が総則部分の草案を作成して元老院へ提出するも、内容不十分として返却されるまでを第一段階とする。その反省から明治九年五月に実質的編纂作業へ加えられたボアソナード⁽¹⁰⁾と日本人編纂委員の代表・鶴田皓司法省七等出仕⁽¹¹⁾の議論による草案の作成が第二段階である。そして、太政官内の刑法草案審査局（以下、審査局と呼称）における司法省最終草案「日本刑法草案」の修正を第三段階、元老院の最終調整を第四段階とする。各論に属する印章偽造罪は、第二段階から討論が始まり、元老院での修正もなく、審査局による「刑法審査修正案（以下、修正案と呼称）」と旧刑法の条文は同一である。よって、本稿は第二段階と第三段階を主に検討する。第二段階ではボアソナード起草の仏文草案を邦訳したうえで、通訳を介して彼と鶴田が議論を行い、ボアソナードが再び仏文で考訂するという行程のもと、印章偽造罪については七種の草案が作成された⁽¹³⁾。そして、第三段階では日本人のみで修正案がまとめられた。

以下ではこれらの草案と議論を考察する。

旧刑法の印章偽造罪は第二編「公益ニ対スル罪」の第四章「信用ヲ害スル罪」に置かれ、「第二節官印ヲ偽造スル罪」と「第四節私印私書ヲ偽造スル罪」に分かれる。客体は、官印に「御璽、国璽」、「各官署ノ印」、「産物商品等ニ押用スル官ノ記号、印章」、「書籍、什物等ニ押用スル、官ノ記号、印章」、「官ヨリ発行スル各種ノ印紙、界紙、及ビ郵便切手」が、私印には「他人ノ私印」が規定される。また、行為については、官印は「偽造シ、又ハ其偽印ヲ使用」、私印は「偽造シテ使用」が犯罪を構成する基本行為である。ただ、修正案で新設された私印偽造罪は司法省での言及がないので、その検討は後日に譲り、今回は官印の偽造に焦点を絞って、⁽¹⁴⁾編纂作業の全体を通じた検討を試みたい。また、官印偽造罪の行為は原則として一律に規定されるので、⁽¹⁵⁾特に断らない限り、⁽¹⁶⁾国璽を例にとって論を進める。まず、旧刑法の規定を左に掲げる。

第一九四条 御璽、国璽ヲ偽造シ、又ハ其偽璽ヲ使用シタル者ハ、無期徒刑ニ処ス

国璽偽造罪を構成する行為は印章を「偽造」するか、偽造印を「使用」することであり、一方が行われれば同罪が成立する。しかし、右に掲げるように、ボアソナードが司法省で最初に提示した第一案と、同省の最終案「確定稿」は異なる行為体系を示し、第一案は第一条で「贋造」、第二条で「贋造ノ情ヲ知テ官ノ文書ニ押シ又ハ之ヲ使用」を定めるが、確定稿では「偽造シ又ハ其偽造ノ印ヲ行使」となる。

第一案第一条 国璽及印章使府県ノ印ヲ贋造シタル者ハ重徒刑ニ処ス

前項ニ記載シタル贋造ノ国璽及ヒ官印ヲ内国ニ携帯シタル者モ亦同シ

第二条 贋造ノ国璽及ヒ官印ナルヲ知り故ラニ官ノ文書ニ押シ又ハ之ヲ使用シタル者ハ輕徒刑ニ処ス

確定稿第二二八条 国璽ヲ偽造シ又ハ其偽造ノ国璽ヲ行使シタル者ハ無期徒刑ニ処ス

第二二九条 官印省使府県及ヒ各裁判所ノ印ヲ偽造シ又ハ其偽印ヲ行使シタル者ハ重懲役ニ処ス

印章偽造罪を構成する基本行為を整理すれば、「偽造」⁽¹⁹⁾と「行使」⁽²⁰⁾という二個の行為を必要とする草案と、「偽造」か「行使」の一方でよいとする草案に分かれる。したがって、そこから導出される全体的な行為体系の構成も異なり、先に結論を言えば、この相違は鶴田とボアソナードの思考方法の相異に起因すると考えられる。よって、始めに印章偽造罪を構成する基本行為の変移を整理したうえで、行為体系をめぐる両者の対話から各々の思惟を抽出し、旧刑法の印章偽造罪に対する影響を明らかにする。

ところで、議論の出発点となったボアソナード起草の第一案では、第一条で「偽造」⁽²¹⁾のみの場合が規定され、そこから減等した法定刑が第二条の「贋造ノ国璽及官印ナルヲ知り故ラニ官ノ文書ニ押シ又ハ之ヲ使用シタル者」に定められるが、ここでは、第二条の「之」が文書を指示すると考える。印章の用途を外観的に捉えれば、「押す」という行為にほかならないが、それは前の文節に「文書ニ押シ」と既に表現されており、「又ハ之ヲ使用シタル」は印章を押す行為以外だと考えられる。よって、「之」は偽印が押された文書を指示し、当該文節は偽造印が押された文書を利用する行為を指すと理解したい。右の三類型は、条文中に規定される「偽造」と「行使」の具体的内容であるとともに、これらに基づいて議論が展開していると考えられる。そこで、本稿は各々に、印章を偽造することを「偽造」、偽造された印章だと知りながら文書に押すことを「押印」、偽造印が押されていると知りながらその文書を利用することを「偽印文書の利用」、と表記し、印章偽造罪を構成するとされた行為の検討を進める。

(二) 司法省における議論

1 基本行為の変遷

第一案第一条は「偽造」のみを基本行為としたうえで、「押印」と「偽印文書の利用」が個々に行われる場合に「偽造」よりも軽い処罰を定める⁽²³⁾。だが、この行為体系に鶴田は改正を求めた。すなわち、実害がなければ処罰しないことを前提に、実害を直に発生させる「行使」が「偽造」とともに行われれば同罪の成立となるように、基本行為を「偽造シテ行使」へ改めようとした。ただ、「国璽即天皇ノ御璽ハ文字寸法ノ一定スル而已ナラス何千年以来相伝シテ万古不易」で「特別ニ論スヘキ者ナレハ只贋造シタル而已ニテ重ク罰シテ相当⁽²⁴⁾」と、その特殊性を理由に国璽偽造罪については例外的に「偽造」のみへの処罰を図った⁽²⁵⁾。だが、ボアソナードが客体ごとに要件を変えることを難じたので、第二案は、一律に「偽造」と「行使」の二個の行為が印章偽造罪の成立に必要と定められ、この構成は続く⁽²⁶⁾第一稿にも維持された。しかし、同稿への検討中、再び鶴田は変更を要求し、「偽造」または「行使」に改め、いずれか一方で同罪が成立するように求めた。「二千五百年來相伝」の「天皇ノ外所持スヘキ者ナク特別ノ印」たる国璽の重要性を理由に、「偽造」のみでの国璽偽造罪の成立を認め、処罰範囲の拡大を企図したのである。そして、それを可能とするために他の印章も同様の成立要件を認め、印章偽造罪全体に成立の早期化を許した。当初、ボアソナードは「偽造」のみでは「本犯夫丈ノ利益ヲ得ルコトナク又公衆ニ於テモ夫丈ケノ損害ヲ受クルコト」がなく、「贋造ニ止ル者ハ行使シタル者ヨリ輕ク罰セサルヲ得ス」と反対したが、「名村ノ仏語ヲ以テ詳述」を受け、「官印ハ已ニ贋造シタル以上ハ其幾度行使スルヤ知ル可カラス其害為スコト多⁽²⁸⁾」いと自らを納得させ、譲歩した。この結果、校正第一案では「偽造」または「行使」の一方で印章偽造罪が成立する。以降の変更はなく、旧刑法に至る。つまり、旧刑法における同罪の行為体系は国璽を基準に決定されたのである。

2 鶴田とボアソナードの思考方法の相異

(1) ボアソナードによる行為体系の構想

第一案は「偽造」を基本行為とし、「押印」と「偽印文書の利用」が個々に行われる場合には「偽造」より軽い処罰を定めたが、鶴田の意見に従い、第二案の基本行為は「偽造シテ不正ニ行使」に改められ、これは続く第一稿でも維持された。もっとも、第二案と第一稿の全体的な構成自体はボアソナードの意見が表れていると考えられるので、以下ではその思惟を抽出したい。両案の基本構成は同一なので、ここでは太政官へ提出された後者を主に検討する。まず、減輕類型を定めた第二三六条を左に示す。⁽³⁰⁾

第一稿第二三六条 前二条ニ記載シタル贋造ノ罪ヲ犯シ未タ行使セサル者ハ各本刑ニ一等ヲ減ス

贋造ニ与セスト雖モ情ヲ知テ贋印ヲ押用シタル者モ亦同シ

情ヲ知テ贋印ヲ押スル文書物品ヲ施用シタル者ハ二等ヲ減ス

基本行為の「偽造シテ不正ニ行使」の減輕類型として、第二三六条は、第一項「贋造ノ罪ヲ犯シ未タ行使セサル」、第二項「贋造ニ与セスト雖モ情ヲ知テ贋印ヲ押用」、第三項「贋印ヲ押スル文書物品ヲ施用」について、前二者を一等減、後者を二等減とする。さらに、ボアソナードは、減輕類型における「三者ノ区別」として、「第一官印ヲ贋造シタル者」、「第二贋造ノ官印ヲ押用シタル者」、「第三官印ヲ贋造セス又押用セスシテ之ヲ行使シタル者」を挙げ、「以上ノ内第三ノ者ハ之ヲ一等輕ク為ス」と解説した。これを踏まえると第二項は「偽印文書の利用」＋「押印」を表すと考えられる。なぜなら、「偽造」と「使用」の二個が結合した場合を基本行為とする第二三四条の減輕類型として、第二三六条第一項と第二項は一方のみが行われる場合を定めているのであり、つまり、同程度に批難される二

個の行為を足すと基本行為、そこから一方を除くと一等を減じた処罰が科される。また、第二項のさらなる減等類型として、第三項が存在する。第二案には第三項の該当条文はなかったが、同案への検討中、彼は次稿に「贋造及ヒ其印ヲ押スコトニ与セスト雖モ他人ノ既ニ押シタル文書ヲ不正ニ使用シタル者ハ二等ヲ減ス³¹⁾」と、「押印」せずに「偽印文書の利用」のみが行われる場合を二等減の処罰にする規定を追加すると述べており、それが第一稿第二三六条第三項になったと考えられる。つまり、第二三六条は第一項が「偽造」、第二項の「押用」が「偽印文書の利用」＋「押印」、第三項の「施用」が「偽印文書の利用」のみ、を表現しているのである。

以上をまとめてボアソナードの理解を整理すると、基本行為…「偽造」＋「行使（偽印文書の利用＋押印）」、一等減…「偽造」または「行使（偽印文書の利用＋押印）」、二等減…「偽印文書の利用」となる。各行為は個別、並列的に認識され、その組合せに従って印章偽造罪は成立する。また、「行使」は「偽印文書の利用」を主な内容とし、「押印」はそれに付随するに過ぎず、単独では犯罪の構成要素とならない。ここからは、第一案への検討を通して再構成された彼の理解を看取できる。実害の発生を処罰根拠にすることを求める鶴田の意見に納得して第二案を作成した際、「押印」は直に実害を発生させないと考え、「偽印文書の利用」と併発すれば罰するが、単独の場合では刑法の評価対象外にしたと推察できよう。以降、これは彼の基本的な思考の構造となる。

(2) 鶴田の法的思考に基づく行為の把握

先述のように、第一稿まではボアソナードの意見が基盤であった。だが、同稿への議論以降、鶴田が自説を主張し始めると、両者の思考方法の相違が明らかになる。

第一稿の減輕類型を定めた第二三六条は第一項が「偽造」、第二項が「偽印文書の利用」＋「押印」、第三項が「偽印文書の利用」であるということは先述したが、鶴田は第二項と第三項の削除を要求した。鶴田は「自分ノ贋造スルト否ラサルトニ拘ハラス之ヲ行使シタル者ハ総テ首条ノ「行使シタル者」ノ内ニ含蓄スルコトト見做シ此第二項及第

三項モ削ルヘシ⁽³²⁾」と、「偽印文書の利用」および「押印」ならびに「偽印文書の利用」のみの場合は基本行為の「偽造シテ不正ニ行使」に含まれると主張したのである⁽³³⁾。

『会議筆記』にはボアソナードを「説破シタリ」と記され、校正第一案には第一稿第二三六条に相当する規定はなく、ボアソナードが譲歩したようにもみえる。だが、校正第一案の基本行為は「偽造シ又ハ偽造ノ国璽ヲ押シタル文書ヲ使用シタル者」と明記され、さらに「記号極印」に限って、例外的に「押印」のみでも偽造罪が成立するとの但書が置かれた。つまり、ボアソナードは「押印」を印章偽造罪の行為から排除することによって、「行使」という一語の下で「押印」と「偽印文書の利用」が個々で行われた場合を処罰するという鶴田の理解を否定したのである。その結果、両者の対立はより明確になる。契機となった校正第一案第二三九条但書を次に示す。⁽³⁴⁾

第三三九条 文書及ヒ物産商品ニ押スヘキ前二条ニ記載シタル以外ノ官印記号極印ヲ偽造シ又ハ之ヲ不正ニ使用シタル者ハ輕懲

役ニ処ス

但シ偽造ノ記号極印ヲ物産商品ニ押シタルトキハ之ハ不正ニ使用シタル者トス

鶴田は但書の削除を求める。彼によれば、印章偽造罪は「偽造シタル以上使用シタル迄ヲ本罪」とし、「只其押シタル而已ノ者」は「偽造ト使用トノ中間ノ罪ニシテ自ラ其罪本ノ内ニ含蓄」する。よって、「殊更ニ但シ偽造ノ云々ノ記事云々」ト記スルニ及ハス⁽³⁵⁾と断じた。対して、ボアソナードは「官印ハ文書ニ押シテ使用シタルヲ以テ罪ト為スヘキ者」であるが、あくまで例外的に「極印記号ハ其物産商品ニ押シタル而已ヲ罪ト為ス⁽³⁶⁾」ものであると述べ、当該但書の必要性を主張した。

両者は「行使」を「偽印文書の利用」とする点で同様だが、行為体系の理解において次のように異なる。つまり、

鶴田は基本行為において、「偽造」と「行使」を時系列上に捉え、「偽造」と「偽印文書の利用」が同一に処罰される以上はその中間にある「押印」も一樣に取り扱い、「偽造」、「押印」、「偽印文書の利用」のいずれか一個で同罪は構成される。対して、ボアソナードは条文の文言通りに行為を並列的に捉え、「偽造」または「行使」の一方で同罪の成立とする。このように考えると、「押印」のみが行われた場合に対する印章偽造罪の成立の可否において、両者の思考の相違が表出する。前者に従えば、同罪は「押印」のみで成立するが、後者によれば、「押印」は同罪の処罰対象外となる。この相異が表れた当該但書の存否につき、意見が対立したのである。

さて、互いは譲らず、第二稿には依然として当該但書が存置されたため、再び鶴田が削除を求めたが、ボアソナードは拒否した。結局、鶴田が「日本ニテモ物産商品ニ押用スル記号極印ハ其押用シタル而已ニテ即行使シタル者ト見做ス故ニ之レヲ殊更ニ断リ置クニ及ハス」と、仏文には存置してもよいが、自明の理である規定の存置は冗長になるので邦文では削除すると断った。⁽³⁷⁾ 額面通りに読めば、鶴田が翻意し、本条は特別に「押印」のみで処罰するが、他の印章では不処罰と認めたとも思える。だが、先述した彼の見解を斟酌すれば、自説を貫くために譲歩を見せて但書を削除し、例外規定の明文をなくすことで全条文の「行使」という語句に「押印」を包含させ、印章偽造罪全体において、「押印」のみへの処罰を可能にしようとしたと推考できる。⁽³⁸⁾

このように、鶴田は一連の行為を「偽造」→「押印」→「偽印文書の利用」と捉え、「偽造」または「行使」という体系によって両者が同じ処罰を受けるのであれば、中間に位置付けられる「押印」も同様の取扱いをするべきであると考えている。すなわち、彼は時系列的な思考を以て諸行為を理解しているのである。

(三) 翻訳を介する邦文草案と仏文草案

1 ボアソナード『刑法草按注解』にある「偽用」

前節の検討から、両者が考える行為体系の相異が判明したが、彼らはそれを認識していたのだろうか。まず、司法省最終草案の逐条解説書としてボアソナードが著した『刑法草按注解』⁽⁴⁰⁾（以下、『注解』と呼称）から彼の理解を抽出したい。

条文をみると、「国璽ヲ偽造シ又ハ偽造ノ国璽ヲ押シタル文書ヲ偽用シタル者ハ無期徒刑ニ処ス」⁽⁴¹⁾とあり、「偽用」という語句が使われている。これについて、「偽造ノ国璽ヲ使用スルトハ或ル文書ヘ之ヲ押シタルノ所為ヲ謂フニ非ス仮令ヒ他人ノ押シタルモノト雖モ偽造ノ国璽ヲ押シタル文書ヲ使用スル」ことであり、「本条ニ偽用ノ語ヲ用ヒテ以テ十分ニ之ヲ説明セリ」⁽⁴²⁾と、同罪を構成する行為が「偽印文書の利用」だと明示するために「偽用」という言葉を使ったと詳説する。つまり、彼には敢えて「偽用」という造語の作成を翻訳者に依頼する必要があったのである。⁽⁴³⁾

2 仏文草案にみる「行使」

次にボアソナードがまとめたと思われる刊本「元老院上呈仏文草案」と「手稿草案」を検討したい。付記されたボアソナードの持説「少数意見」⁽⁴⁴⁾や草案間の逐条的検討から、作成時期は次のように考証されている。⁽⁴⁵⁾すなわち、第二稿に対してその内容に関する審議を踏まえ、ボアソナードは仏文草案をまとめ、最終稿のつもりで、明治一〇年八月に元老院へ提出したが、その後も日本人編纂員は作業を継続して確定稿を完成させた。つまり、「日本人のみの手によって進められる」、「第二稿」審議をふまえた「日本文」化の作業には、彼は事実上関与できなかった」のである。そして、ボアソナードは「作業の行方を注意深くみやりながら、確定稿を意識した手稿草案を作ったが、同案は日本側が考える公式的手続上に位置しない「私家的稿本」だったため、彼の私的見解を付記できた。もっとも、元老院

上呈仏文案案は同一二年により多くの「少数意見」を付して刊行され、その訳書は元老院の審議に供された。⁽⁴⁶⁾ 以上の時系列に従い、諸草案を並べる。⁽⁴⁷⁾

第二稿 (明治一〇年六月成稿)

第二三六条 国璽ヲ偽造シタル者ハ無期徒刑ニ処ス

其之ヲ行使シタル者モ亦同シ

刊本元老院上呈仏文案案 (明治一〇年八月の上呈。同一二年八月に刊行)

228. Sera puni des travaux forcés à perpétuité celui qui aura contrefait le sceau impérial ou aura fait un usage frauduleux d'une pièce ou d'un acte quelconque revêtu dudit sceau contrefait.

手稿草案 (明治一〇年八月以降同年十一月までに筆記)

228. Sera puni des travaux forcés à perpétuité celui qui aura contrefait le sceau impérial ou aura fait un usage frauduleux d'une pièce ou d'un acte quelconque revêtu dudit sceau contrefait.

確定稿 (明治一〇年十一月完成)

第二二八条 国璽ヲ偽造シ又ハ其偽造ノ国璽ヲ行使シタル者ハ無期徒刑ニ処ス

このように、二つの仏文案案は同一であり、邦文案案同士も表現に若干の差異はあるが、内容に異同はない。ただ、仏文案案に「aura fait un usage frauduleux d'une pièce ou d'un acte quelconque revêtu dudit sceau contrefait」(偽印が付された証書、または何らかの文書を使用する場合⁽⁴⁸⁾)とあり、ボアソアナードが「偽印文書の利用」を意図していることは明白だが、邦文案案は単に「行使」と表記されるのみである。

3 小 括

鶴田とボアソナードは「偽印文書の利用」が印章偽造罪を構成する行為と考える点では合致する。しかし、各行為について、前者は時系列上に、後者は並列的に認識する。この相違は「押印」に対する評価の差異として表出し、鶴田は「押印」は単独で同罪を構成するが、ボアソナードは付随的な位置付けにとどめ、「押印」のみでは刑法上の評価の対象外と解する。校正第一案で「偽造シ又ハ其偽造ノ国璽ヲ押シタル文書ヲ不正ニ使用」と明記され、「記号極印」は例外的に処罰するという但書が新設されると、この相違が顕在化し、両者は対立した。そして、未決着下で作成された第二稿と確定稿の基本行為は「偽造又ハ行使」と表記されるが、仏文草案には依然として「偽印文書の利用」が規定される。以上を考慮すると、校正第一案では仏文を忠実に訳出したが、両者の理解の相違が判明したので、以降は仏文を直訳せず、鶴田の見解に沿う解釈が可能な邦語を表記し、意図的に仏文草案との相違を表現したのではないだろうか。⁽⁴⁹⁾

(四) 審査局での修正

1 修正案における変更点

司法省の最終案は「日本刑法草案」として明治一〇年一月に太政官へ上呈された後、日本人のみで構成された審査局で修正を加えられた。同一二年六月に太政官へ提出された修正案は、元老院の最終調整を経て、翌年七月に旧刑法として公布となる。印章偽造罪は、元老院での変更がないので、修正案が旧刑法の実質的な最終稿だが、その具体的な編纂議論が不明であるため、日本刑法草案との対比⁽⁵⁰⁾という形で検討を行いたい。

日本刑法草案からの変更は、第一に客体として御璽を追加、第二に私書偽造罪の節内に私印偽造罪を増加⁽⁵³⁾、第三に行為を表す語句の変化だが、前節との関係で第三点目に言及する。日本刑法草案は印章偽造罪の基本行為を「偽造」

または「使用」と定め、その体系は修正案でも同様だが、「行使」に代わって「使用」という語句が使われる。この「使用」の意味について、明治一七年刊行の堀田正忠『刑法釋義』には、「使用トハ文書ニ偽印ヲ押用スルヲイフ乎將タ之ヲ押用シタル文書ヲ使用スルヲイフ乎」との「甲乙二説」があり、「甲曰此刑法ニ所謂行使トハ俗ニ所謂用立テルノ義ナリト雖モ使用トハ単ニ用フルノ義」とするが、「乙曰偽印使用トハ偽印ヲ用立テルヲイフ」とある。甲乙の具体名を示す史料は残念ながら発見できなかったが、前章で示した鶴田とボアソナードの理解と各々が合致することを指摘したうえで、以下の論考を進めたい。

2 ボアソナードの行為体系からみる修正の評価

まず、「ある程度の体系的思考に基礎を置いて実用的な解釈論を展開している有効な手引書の最初のもの」で、「当時の法学徒や法律実務家に及ぼした宮城理論の影響力は相当大きかった」といわれる宮城浩蔵『刑法講義』の明治一七年版に着目する。印章偽造罪については、「使用シタル者云々トアルハ其文意宜キヲ得タルモノニアラス何トナレハ単ニ文面上ヨリ之ヲ見レハ偽造ノ御璽国璽ヲ使用スル如クナレトモ本条ノ精神ハ然ラス偽璽ヲ押捺シタルモノヲ使用スルノ意ナレハナリ故ニ偽璽ヲ押捺シタル文書物件ヲ使用スル者云々ト改ムルヲ可トス草案ハ如斯明記セリト雖モ審査修正ノ際本条ノ如ク改メタリ」と、旧刑法の「使用」という言葉を難じ、改正を要求する。

つまり、ボアソナードと同様に、同罪の構成行為を「偽印文書の利用」のみとし、審査局での変更を批判する。宮城による仏文草案への回帰は指摘されるところであり、当該論点について司法省でボアソナードと鶴田が対立したことを参酌すると、審査局における「行使」から「使用」への語句の変化は、前者の意にそわないと推察できる。

3 村田保が捉えた「使用」

次に『刑法註釈』をみる⁽⁵⁸⁾。同書は、自身が参加した審査局での議論をもとに村田保が明治一三年に著した旧刑法の解説書であり、修正案の性格を知る重要な素材である。

さて、国璽偽造罪は「苟モ臣民タル者皇威ヲ憚カラス之ヲ偽造シ又ハ已ニ偽造シタル御璽国璽ヲ書類ニ使用スル時ハ其罪至重其章至惡ナレハ之ヲ無期徒刑ニ処ス⁽⁶⁹⁾」とされる。「国璽ヲ書類ニ使用スル」という記述を字義通りに読むと、「偽印文書の利用」ではなく、書類に国璽を使用、すなわち書類に国璽を押すという行為が表現されていることがわかる。つまり、「押印」のみで同罪が成立すると村田は述べており、これは先述した鶴田の理解と合致する。当該論点をめぐり、司法省で鶴田とボアソナードが対立し、かつ先述した宮城の解説も斟酌すると、ボアソナードがいない審査局において鶴田が「押印」のみで印章偽造罪が成立すると説明したため、同局にしか出席していない村田の記述と、司法省の議論から抽出した鶴田の見解が一致すると推考できる。

さて、旧刑法施行後に印章偽造罪と文書偽造罪の相異へ言及した鶴田の説明では、「官印ヲ偽造スルモノハ容易ク出来ルモノニア非ラス。多少ノ精行ヲ凝ラシテ始テ之ヲ偽造スルヲ得ヘキモノナリ。之ヲ手ツカラ紙筆ヲ採テ容易ニ偽造シ得ヘキ文書ノ偽造ニ比スレハ犯罪ノ決心深重ニシテ道德ニ背ク大ナリ⁽⁷⁰⁾」と、印章の偽造は、文書偽造罪のように「紙」を使うのではないと述べられる。つまり、印章偽造罪の客体は物体としての印類であり、これを前提とすれば「使用」とは印類を使うこと、すなわち「押印」となる⁽⁷¹⁾。対して、客体が「紙」である文書偽造罪の行為は「偽印文書の利用」である⁽⁷²⁾。このように、文書と印章は使用方法が外形的に相違すると認識されていた⁽⁷³⁾。

ただ、確定稿を見ると、両罪はともに「行使」という言葉が使われている。印章偽造罪に「偽印文書の利用」が意図されたことは先述したが、文書偽造罪にも同様に「偽印文書の利用」が構成要素として想定されていたと考えられる⁽⁷⁴⁾。だが、それでは一個の構成要素で異なる二個の犯罪類型が同時に成立することになる。そこで、鶴田は審査局で「行使」を「偽印文書の利用」、「使用」を「押印」と区別し、両罪の差異を明確にしたのではないだろうか。つまり、文言を変化させ、行為の差別化を図ると同時に、「押印」のみで印章偽造罪が成立するという自説をそこに反映させた⁽⁷⁵⁾と推考できる。

(五) まとめ

国璽を主眼に置く鶴田の意見により、司法省の最終稿は印章偽造罪を構成する基本行為を「偽造」または「行使」とした。鶴田とボアソナードはともに「行使」を「偽印文書の利用」としたが、行為体系の論理的構成が異なるため、「押印」への法的評価が相違する。鶴田は「偽造」↓「押印」↓「偽印文書の利用」と時系列に諸行為を捉え、⁽⁶⁵⁾「偽造」と「行使」が処罰される以上は、明文化されずとも、その中間にある「押印」は当然に処罰される。対して、ボアソナードは、文言通りに「偽造」と「行使」を並立する個別の行為と捉え、その組合せで同罪を把握する。また、「押印」は「偽印文書の利用」に付随するのみで、単独では処罰の対象外となる。このような両者の思考方法は「偽造シテ行使」を基本行為とする文書偽造罪からも同様に看取でき、⁽⁶⁶⁾少なくとも両罪に対して、両者は各々に一貫した思考の枠組みに則って編纂を行ったといえる。だが、この相違性へ積極的な議論はなく、仏文草案と邦文草案は隔たりが認められる。さらに、ボアソナードのいない審査局で、他罪との権衡を図る際に、「押印」のみが印章偽造罪を構成するという自説に適った修正を鶴田が施したと推察できる。このように、国璽を重視した彼が行為体系を決定し、かつ審査局での修正も彼の意図と合致するならば、旧刑法の印章偽造罪には鶴田の意図が強く反映しており、その事実は同罪の制定に対する実質的な決定権の所在を示唆していると推察できよう。

三 鶴田とボアソナードの理解の淵源

(一) 新律綱領・改定律例および伺・指令から抽出する印章偽造罪

前章では旧刑法の印章偽造罪に対し、鶴田とボアソナードが異なる思考方法を展開していたことが判明した。そこで、本章では司法省で特に議論となった行為体系と「押印」に着目しながら、各々の論理形成の背景を検討したい。

まず、鶴田の見解へ検討を試みたいが、刑法に対する彼の理解を体系的に示した史料は発見されていない⁶⁵⁾。そこで、旧刑法編纂中に現行法であった新律綱領と改定律例を考察の対象とし、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た。明治二年には大学校で教鞭をとるかたわら、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。鶴田が培った律の素養は、新律綱領の作成に影響を与えたとともに、その運用者として得た法的経験でさらに研鑽されたであろう。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・改定律例における印章偽造罪の規定

新律綱領の印章偽造罪は客体を官印と私印に分け、行為は共通して「偽造」と規定する⁶⁶⁾。だが、官印偽造の条文に「未だ行使セザル者ハ、各一等ヲ減ズ」と記されていることを踏まえて前文の「偽造」を解釈すると、そこには「偽造」と「行使」の二個の行為が内包されると考えられる。また、私印偽造罪には「行使」についての明文がないものの、明治七年第一九四号指令は私印も「偽造スルマテ未だ行使セサル者」は「官印ヲ偽造シ行使セサルノ例ニヨリ一等」減と明示する⁶⁷⁾。そこで、以下では新律綱領と改定律例における印章偽造罪の基本行為を「偽造」して「行

使」をとしたうえで、「行使」せずに「偽造」のみへの処罰は減等されると解し、論を進める。

偽造官印 凡官ノ印ヲ偽造スル者ハ、絞。省・台・寮・司・府・藩・県ノ印ハ、流一等。余ノ印ハ、徒一年。未ダ行使セザル者

ハ、各一等ヲ減ズ。財ヲ得ル者ハ各一盗一罪ヲ以テ、重キニ從テ論ズ。

2 指令と判例による印章偽造罪の取扱い

次に、新律綱領と改定律例の運用を整理する。⁽⁷²⁾ 検討対象は、両法が並行的に運用され始めた明治六年から、旧刑法の実質的な最終稿である修正案が完成した同一二年六月までに、「伺・指令裁判体制」⁽⁷³⁾を背景に、裁判所や府県が提起した疑義と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)⁽⁷⁴⁾と、現在閲覧できる刑事事件判例として大審院判決の中から、印章偽造罪の行為を主な争点としたものとする。⁽⁷⁵⁾

右の条件に合致するものは、印章偽造罪と文書偽造罪の区別を論点としており、その基本方針を最初に明示した明治七年第七五号指令は、「区戸長等ノ実印ヲ偽造スル者」は印章偽造罪、「文書ニ偽印スル者」は文書偽造罪と認めた。また、同年小田県伺とそれに答えた第一七九号指令はさらに詳述して、「偽印」を「偽証書ヲ作り之ニ有合ノ他印ヲ捺」すこととし、「全ク新タニ造刻」する「偽造」と区別した。つまり、印類の偽造が印章偽造罪を、「押印」が文書偽造を構成する。同一一年第二四号大審院判決でも、「官印ヲ模刻贋造スルモノト其贋造ノ印ヲ押捺シテ文書ヲ詐為スルモノトハ其犯罪各異ナリ」と述べ、前者を印章偽造罪、後者を文書偽造罪と判じた。⁽⁸⁰⁾ このように、印章偽造罪を構成する行為を印類の偽造に限定することが基本方針であった。⁽⁸¹⁾⁽⁸²⁾

さて、前章の検討を踏まえ、指令の基本方針について次の三点を指摘する。第一に「押印」が文書偽造罪を構成すること、第二に印章偽造罪の客体は印類であること、第三に「偽造」のみによる同罪の成立、である。特に第三点に

については新律綱領と改定律例の条文が「偽造」と「行使」の両者の結合で同罪の成立とすることに反する。

3 小 括

先述の通り、鶴田は当初、印章偽造罪の基本行為を「偽造」して「行使」とし、両者の行為が同罪成立に必要としたが、国璽の重要性を考慮して「偽造」のみへの処罰を可能とするために「偽造」または「行使」と改め、「偽造」↓「押印」↓「偽印文書の利用」と時系列的理解で、各々は独自に同罪を構成すると改めた。司法省で特に議論された行為体系と「押印」に着目し、彼の理解と本節における検討の関係を考える。

まず、行為体系に言及する。新律綱領における印章偽造罪の基本行為は「偽造」と「行使」の両者が揃う場合と解釈できる。これは司法省の議論で最初に鶴田が示した理解と合致するが、指令が「偽造」のみで同罪の構成を認定することと矛盾する。つまり、当初の鶴田は新律綱領の条文に適う論理構成をしていた。しかし、司法省での議論中に国璽の重要性を理由に自説を翻し、その結果、「偽造」と「行使」の一方が行われれば同罪が成立すると旧刑法には規定された。ここで、第一稿への検討中に印章偽造罪の章内における自首規定の削除を求めた鶴田の発言に着目したい。彼は「日本ニテ国璽ヲ神器ト為シ特別ニ重ク論スルハ畢竟天皇ヲ尊奉スル」ためなので、自首による免減は不適当であり、「且實際ハ国璽贗造ノ罪ヲ犯ス者ナク又随テ此刑法ヲ用フルコトナシ之レヲ置ク」のは「畢竟法律上ヲ飾リタル迄ノコト」⁽⁸⁴⁾と、刑法上に国璽を規定する理由を「法律上ヲ飾」ることと述べる。旧刑法における印章偽造罪の行為体系の基準となった国璽の規定理由が右の通りならば、超法規的な要素が法体系に優先された場面が存在したといえる。もっとも、先述の時系列的な思考は一貫しており、あくまでそれが土台となって編纂作業が行われたといえる。

次に、「押印」の処罰性に言及する。前章で検討したように、鶴田は単独に偽造罪を構成する要素として「押印」をみなし、印類を客体としていた。つまり、彼と指令は「印類」を客体とすることと、⁽⁸⁵⁾「押印」を刑法による処罰対

象とする点で合致しており、新律綱領・改定律例に携わる者にとって「押印」への処罰は不自然でなかったと考えられる。そのうえで、鶴田は指令が「押印」を文書偽造罪の要素とすることを時系列的な思考方法に則つて是正し、「押印」を印章偽造罪の行為として位置付けたのである。そして、審査局で両罪のさらなる分離を企図し、「使用」の語句により、指令の是正と自説の反映を同時に実現したと推察できる。⁽⁸⁶⁾

以上を勘案すると、行為に対する時系列的な思考方法を背景に、指令を是正する意図や、国璽への嚴罰化などの自身の方針に従い、鶴田は旧刑法の印章偽造罪の制定に臨んだと推察できる。それと同時に、彼は一貫して行為を時系列上に捉えるという思考を保持していた。つまり、新律綱領・改定律例や指令は細心の注意が払われながらも、鶴田個人の意図が同罪の決定的かつ最終的な拠り所となつたのではないだろうか。

(二) ボアソナードからみた一八一〇年刑法

1 『刑法草案註釈』にみる行為の体系

次に、明治一九年『刑法草案註釈』（以下、「註釈」と呼称⁽⁸⁷⁾）を素材としてボアソナードに言及する。同書には旧刑法と日本刑法草案への批判を踏まえて再考した草案が掲載され、日本人に「濾過」⁽⁸⁸⁾されていない彼の理解を知るために有益と考えられる。

同書での印章偽造罪の基本行為は「偽造」して「偽印文書の利用」とされ、一方のみの場合は処罰が一等減となる。これは最初に提示した第一案や旧刑法と異なる行為体系である。旧刑法の基本行為は「偽造」または「使用」であり、結果として一八一〇年刑法典と同じ構成となった。⁽⁸⁹⁾だが、彼が司法省で最初に提示した第一案は「偽造」のみを基本行為とし、「偽印文書の利用」と「押印」を減等した処罰の対象と規定しており、ボアソナードは当初から一八一〇年刑法典を敷き写した立法を志していたわけではないとわかる。⁽⁹⁰⁾そこからさらに、鶴田との対話を通して自説を再構

成し、「押印」は独自に犯罪を構成しないと改め、第二案と第一稿を作成した。本書は両案に合致し、当該体系が彼の基本的理解と考えられ、彼は、「la justice」と「la raison」のもとに、仏刑法典と同様である旧草案を改良したと自負を覗かせる。また、「記号極印」だけは「押印」のみでも処罰するとした司法省校正第一案第二三九条但書が、自明の事柄と主張する「la majorité de la Commission」によつて削除されたことを批難し、本書第二三〇条第三項として再掲しており、排された自説の再起を図ったことが看取できる。

このように、彼は常に一八一〇年刑法典を意識し、その改良を志していたのである。

2 「timbres de l'Etat」の欠如

次に仏文草案を検討し、ボアソナードが考えた「印章」から、「押印」への評価を明らかにしたい。ここでは「手稿草案」を取り上げ、確定稿との比較を以て検討する。

第二二八条は「le sceau impérial」が国璽と訳され、概ね合致する。だが、第二二九条へ目を移すと、仏文の「des sceaux ou timbres de l'Etat, réservés aux Kwan, In, Shō, Shi, Fu, Ken, Saibanshō」が確定稿では「官印省使府県及々各裁判所ノ印」とされ、「timbres de l'Etat」に相当する邦語がなく、「timbres de l'Etat」の試訳は「国家の印紙」となるので、「印紙」という語句を探すと、第二三一条に「官ヨリ発行スル各種ノ印紙及ヒ郵便切手又ハ界紙」とある。しかし、これは仏文の同条「des papiers timbrés, des timbres-poste ou d'autres timbres mobiles」の「des papiers timbrés」を「官ヨリ発行スル各種ノ印紙」と訳したものである。よつて、やはり仏文草案第二二九条の「timbres de l'Etat」は邦訳されておらず、当該客体への議論も見当らない。

仏国の「timbre」とは、公債や証書等に付されるもので、一六三七年に導入され、間接税の一種である「le droit de timbre（印紙税）⁽⁹³⁾」を徴収する根拠や、公証の役割を担う。⁽⁹⁴⁾当初は証書に印章を押すという形式だったが、後に印紙として貼付されるようになった。⁽⁹⁵⁾一八一〇年刑法には印章偽造罪の客体として第一四〇条「plusieurs timbres

nationaux」第一四二条「les sceaux, timbres ou marques d'une autorité quelconque」と規定されており、ボアソナー⁽⁹⁶⁾もこれに従ったと考えられる。

さて、仏文第二三一条の「des papiers timbrés」が「官ヨリ発行スル各種ノ印紙」と邦訳されているので、印紙の存在とその処罰性は認識されているとわかる。わが国の印紙税制度は明治六年太政官第五六号布告「受取諸証文印紙貼用心得方規則」⁽⁹⁷⁾によって導入され、「人民互ニ諸証文手形書付類」等へ「印紙ヲ貼」すことが義務付けられた。そして、同年五月太政官第一五六号布告は第一項「贋造スル者又ハ贋造セシ者ト知テ是ヲ売買」、第二項「一旦相用消印セシ印紙ヲ再用」、第三項「帳簿類ヘ押用スル印章ヲ模擬シ又ハ之ヲ他人ヲ欺ク」を「偽造官印律」によって処罰することを定めた⁽⁹⁸⁾。しかし、相次ぐ改正を整理するため、「明治六年二月第五十六号以下追加及布告候証券印紙規則総テ相廢」し、同七年七月二九日太政官第八一号布告「証券印税規則」⁽⁹⁹⁾が制定され、同一七年改正までの基本法令となる⁽¹⁰⁰⁾。罰則は同規則内に規定され、「再用」と「偽造」に過料が科された⁽¹⁰¹⁾。しかし、第三項「帳簿類ヘ押用スル印章」に対する規定はなく、そのために同八年第一〇〇号指令は「旧証券印紙規則第九条第一二項ヲ犯ス者」は明治七年の証券印税規則で対応するが、同条第三項は官印偽造罪による処罰を指示した。つまり、「印紙」と「印章」は区別され、後者のみが刑法上で取り扱われたのである。このように、わが国の印紙は当初から貼付用の紙片であったとともに、一度は官印偽造律の客体とされながらも、改めて刑法による評価を否定された⁽¹⁰²⁾。新律綱領・改定律例下の指令と鶴田が印類を印章偽造罪の客体としたことも勘案すれば、印類として想定されていた刑法上の印章の一類型として「官署ノ印」と同列に印紙を位置付けることに日本人編纂者は抵抗を覚えたのではないだろうか⁽¹⁰³⁾。

ここで、ボアソナー⁽⁹⁶⁾が「記号極印」は例外的に「押印」のみで処罰すると解した理由をみたい。記号 (les marques) を「車、角型、生産物や商品などに押される、行政上の承認を与える標章、字句や組合せ文字」、極印 (les poinçons) を「その純度や品質を確認、保証するために金槌を使って金銀に押される微細な記号」と定義し、こ

れらを商品に押すのみで行為者は「l'avantage illicite」(不正な利益)を得るので「押印」のみを処罰するという⁽¹⁰⁵⁾。換言すれば、当該客体は「押印」のみで不正な利益が発生するが、他の印章は「押印」だけでは利益を発生させないので、印章偽造罪は不成立との理解を看取できる⁽¹⁰⁶⁾。また、鶴田がその象徴性を以て国璽偽造罪を規定する理由としたことは先述したが、ボアソナードは、実際にはほぼ発生しないと断りながらも、政治犯罪等に際して行われる可能性があり、国家や私人の利益を害する恐れがわずかながらもあることを同罪設置の理由として述べており、「intéret」と「dommage」を第一義的な契機とする⁽¹⁰⁷⁾。また、第一案検討中に、「院省府県以下ノ印ニ至テハ其贋造而已ハ實際ノ害ナケレドモ税関杯ニ於テハ之ヲ使用スレハ太タ害ヲ為スコトアリ⁽¹⁰⁸⁾」と、「院省府県以下ノ印」と「税関杯」の関連を示すボアソナードの発言が認められ、彼が印章偽造罪の客体を徴税との関係でも捉えていたことがわかる⁽¹⁰⁹⁾。つまり、ボアソナードは利益や権利に関するものを印章偽造罪の対象としており、彼にとって、徴税や公証と関連する「l'ombre de l'Etat」は印章偽造罪の客体として当然に規定されるべきものと推察できる。このように考えると、「印類」と「印紙」に実質的な差はなく、利益や権利を表す文書こそが重要となり、その結果、基本的に「押印」や「貼付」は権利義務や利益を文書に化体させる手段として付随的な行為にとどまる。

(三) まとめ

以上の考察から、旧刑法における印章偽造罪の制定に表れた鶴田とボアソナードの思考の相異について、次の点を指摘したい。第一に、法典編纂作業に対する異なる方向性である。鶴田は新律綱領・改定律例の条文に基づいて立法に臨むが、その重要性を理由に国璽偽造罪を厳罰化するため、その構想を変えた。そのかたわら、法体系においては他罪との権衡を図り、時系列的な思考で行為の分化を進めた。対して、ボアソナードは母国の法典に基づいた草案を提示するが、鶴田との議論を通して、同法典の改良という志向を強める。第二に、両者が考える「印章」の相違であ

る。鶴田はその重要性を以て国璽を基準とした印章偽造罪全体の行為体系を設定したが、換言すれば、印章偽造罪における客体の性格はその象徴性に帰結するといえる。だが、ボアソナードは権利や利益を表徴するものとして客体を理解していたと推考できる。

四 おわりに

前章までの考察により、旧刑法の印章偽造罪について次の事実が明らかとなった。まず、鶴田は当初、新律綱領・改定律例と指令の乖離の是正を志すが、その重要性を理由に国璽を基準として、印章偽造罪全体の行為体系を再設定する。もっとも、行為体系を時系列的に把握することは一貫しており、その思考方法に変針はない。対して、ボアソナードは諸行為を並列かつ個別に捉え、その組合せで同罪の構成を理解し、編纂の目的は一八一〇刑法の改善と推量⁽¹⁰⁾できる。また、両者の想定する印章の性格も異なり、ボアソナードは権利義務を発生させる手段として考えるが、鶴田は国璽の重要性に着眼する。特に、国璽については、その使用されるべき範囲が法制上で明確になるのは明治一三年⁽¹¹⁾であり、旧刑法の編纂中には法的根拠が明文上に整っていなかったにもかかわらず、そのような超法規的な存在ともいえる客体が基準となって、旧刑法における印章偽造罪の行為体系が決定されたのである⁽¹²⁾。如上の相異は「押印」という行為に対する処罰の可否にあらわれる。そして、日本側が自説を条文に反映させるために敢えて原文と異なる邦訳を行ったと考えられる場面や、審査局における修正と鶴田が持つ理解の合致などが確認でき、鶴田の意見が制定に際して大きな要因となったといえよう。

以上を斟酌し、旧刑法における印章偽造罪の制定過程について、次の六点を指摘したい。第一に、鶴田自身の思考や意識が編纂作業において大きな要因となったこと、第二に、国璽の重要性が重視されて法体系が構成されたこと⁽¹³⁾、

第三に、編纂に供される外国語資料が原文に必ずしも忠実ではない翻訳をなされ、立法作業が進んだこと、第四に、条文の解釈に際して働く思考の枠組みは容易に変化しないこと、第五に、客体の規定にはその歴史的背景や経緯が反映されること、第六に語句の選定によって未分化であった行為の認識をより明確にしたこと、である。第二ないし第六点は第一点へ帰結すると考えられるが、中央政府や司法制度が漸次に確立されゆく明治黎明期における法典編纂で展開された法の生成の様相を示唆しているといえよう。つまり、立法作業に際して、編纂者個人が持つ裁量の余地が大幅に存在し、その結果、印章偽造罪の客体や行為体系は、形式上では仏法に類似するものの、その内実には律系刑法の要素や思考が認められる。特に、翻訳文の乖離⁽¹⁵⁾と、客体の歴史的背景や法令の変遷がその規定に影響することはそれを顕著に示しており、旧刑法の性格を再考する端緒になろう。

しかしながら、今回は旧刑法の印章偽造罪に関する編纂議論および法典に規定された内容の考察にとどまってしまったため、次稿では同時代の社会的要因や単行法令にも考察を広げたいと考える。そして、他の犯罪類型に対する言及も積み重ね、より多角的かつ重層的な論考のもと、さらに具体的な考究を行うことを今後の課題とし、本稿の結論とする。

- (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)に詳しい。
- (2) ミニシンボジウム「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)。なお、高田久実「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——」(『法学政治学論究』九六号、二〇一二)三七四—三七六頁には各論分野の先行研究が整理されている。
- (3) 松宮孝明「印章偽造罪と文書偽造罪」(『立命館法学』二〇〇四、六号)。小林敬和「印章偽造罪における2つの問題」(『愛媛法学会雑誌』二〇〇五、三三・三三・四号)。

- (4) 「各官署ノ印」は重懲役、「官ノ文書」は輕懲役(石井紫郎、水林彪編『日本近代思想体系7 法と秩序(以下、『法と秩序』と呼称)』岩波書店、一九九二、三九三頁)。
- (5) 吉井蒼生夫「旧刑法の制定と「皇室ニ対スル罪」」(吉井前掲書) 一六〇頁。
- (6) 例えば、百姓印については千葉真由美『近世百姓の印と村社会』(岩田書院、二〇一二)。また、石井良助『印判の歴史』(明石書店、一九九一)に明快な説明がある。
- (7) 山火正則「現行「印章偽造の罪」規定の成立過程」(『刑事法学の課題と展望』成文堂、一九九六)。
- (8) 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)を基本的に参照する。
- (9) 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、一九九〇)一七頁。
- (10) ボアソナードの来歴は大久保泰甫『ボアソナード』(岩波書店、一九七七)を参照。
- (11) 鶴田の来歴は鶴田徹『続元老院議官鶴田皓——近世と近代を結んだ思考——』(鶴鳴社、二〇〇八)等を参照。
- (12) 法制経済史研究所編『元老院會議筆記』前期第八巻(一九六四)五三一—一三四頁。
- (13) 早稲田大学鶴田文書研究会編『日本刑法草案會議筆記』第Ⅰ—Ⅳ分冊、校異表(早稲田大学出版部、一九七六)を参照し、特に断らない限り、頁数は印章偽造罪の議論を収めた第二分冊を示す。固有名詞を除き、旧字体略字体は常用漢字に直して引用する。
- (14) 例えば、官印の一種、戸長役場印の研究状況は丑木幸男『戸長役場史料の研究』(岩田書院、二〇〇五)。「印章」への体系的な研究はさらなる研鑽を俟つところである。
- (15) 紙幅のため、印章偽造罪の一類型とされた盗用や再貼用については後日に検討する。
- (16) 田山茂「御璽および国璽の由来」(『レファレンス』二二二号、一九六九)を参照。
- (17) 『法と秩序』三九三頁。
- (18) 『會議筆記』一一一六、一一一八頁。
- (19) 『會議筆記』には「贋造」とあるが、後に「偽造」となる。議論の内容からはその変化に意味は見受けられないので、引用箇所以外は「偽造」と表記したい。詳細は高田前掲論文、注(28)、三九五頁を参照。
- (20) 第一案の「使用」に相当する確定稿の語句は「行使」だと思われる。だが、残念ながら、司法省段階におけるこの言葉の変化を積極的に示す史料は発見できなかった。そこで本稿では、引用箇所を除き、便宜上、司法省の議論においては、統一

して「行使」と表記し、「偽造」と対置すると規定された行為として考えた。

(21) 第一条第二項「内国ニ携帯シタル者」はすぐに削除されるので今回は言及しない。

(22) 『会議筆記』 一一一八頁。

(23) 『会議筆記』 一一一八頁。

(24) 『会議筆記』 一一二一頁。

(25) 『会議筆記』 一一二一頁。

(26) 『会議筆記』 一一二一頁。

(27) 『会議筆記』 一一三一頁。

(28) 『会議筆記』 一一三四、一一三五頁。前掲山火論文でも指摘されている。

(29) 『会議筆記』 一一一八頁。

(30) 『会議筆記』 一一三八頁。

(31) 『会議筆記』 一一三一頁。

(32) 『会議筆記』 一一三九頁。

(33) 第一稿第二三四条の議論で基本行為を「偽造」または「行使」と改めるとされたので、「偽造」のみを定めた第二三六条第一項は当然に削除された(『会議筆記』 一一三八頁)。

(34) 『会議筆記』 一一三五頁。

(35) 『会議筆記』 一一四五頁。

(36) 『会議筆記』 一一四三頁。

(37) 『会議筆記』 一一四五頁。

(38) 『会議筆記』 一一五五頁。

(39) 官印盗用罪をめぐる議論からも同様の理解が看取できる。同罪は当該官印を所有する資格なき者による自儘の使用を処罰するものだが、その定義に両者は対立する。校正第一案二四一条は一項「不正ノ所為ヲ以テ真正ノ国璽官印記号極印ヲ得テ之ヲ不正ニ使用スル者」、二項「真正ノ国璽官印ヲ押スコトニ与セスト雖モ其押シタル文書ヲ不正ニ使用スル者」につき、各々偽造罪から一等減の処罰が定められたが、ボアソナードが「元来此条ノ罪ハ只押シタル而已ニテ罪ト為スヘキ者」とし

て「不正ニ使用スル為メ之ヲ押シタル者」を処罰する項の新設を提案する。だが、鶴田は明文化すれば「戯レニ押シタル者」が処罰の対象になると反対し、「仮令其押シタル者ノ明文ヲ置カサルトモ其真ニ不正ニ使用スル為メナル時ハ」、「第一項ノ「盗用ノ罪」ト為スト云フ内ニ含蓄スル者ト見做」すと、悪意で「押印」をする場合は当然、一項に「含蓄」され、「盗用ノ罪」を構成すると述べる。本文で抽出した彼の理解と合致しよう。ボアソナードは盗用罪を「得ルト押スト使用トノ三ツノ原因ヲ以テ成立ツ者」と、個別的な行為の組合せで理解しており、本文の指摘と同様である（『会議筆記』一一四七頁）。

(40) 藤田正「刑法草按注解」資料解題（西原春夫他編『日本近代立法資料全集8「旧刑法別冊（1）」』信山社、一九九五）を参照し、本稿での引用は同書に依拠する。

(41) 西原前掲『旧刑法別冊（1）』四三頁。

(42) 西原前掲『旧刑法別冊（1）』四三頁。

(43) 訳語に対するボアソナードの不满は指摘されるところである（岩谷十郎「二つの仏文刑法草案とボアソナード」〔『法学研究』六四巻一号、一九九二〕六四頁、七五頁）。

(44) ただし、印章偽造罪に「少数意見」はない（西原前掲『旧刑法（2）Ⅱ部』二九頁以下）。

(45) 岩谷十郎前掲「二つの仏文刑法草案とボアソナード」、同「内閣文庫所蔵旧刑法手稿仏文草案——ボアソナードの編纂過程関与の実態——」〔『法学研究』六四巻九号、一九九二〕、同「仏文草案から見た旧刑法編纂の展開」（西原前掲『旧刑法（2）Ⅱ部』二九頁以下）に、その史料の性格が詳説される。

(46) 岩谷前掲「仏文草案から見た旧刑法編纂の展開」三三—四〇頁。

(47) 西原前掲『旧刑法（2）Ⅱ部』四九〇、六四一頁。『会議筆記』一一二二、一一四四頁。

(48) 全文の訳語は「国璽を偽造し、又はその偽印を付した証書若しくは何らかの書類を不正に使用する者は無期徒刑に処す」。第一案第二条、第二案第三条での邦訳を考慮すれば、原文に沿う厳密な翻訳が技術的に不可能であったとは考え難い。

(49) 当初、偽造罪の行為は共通に「使用」と表記されていたが、第一稿で一律に「行使」とされた。だが、校正第一案で印章偽造罪のみが再び「使用」と表記される。「校異表」によれば京大本と最高裁本も同様である。第一稿の検討中に基本行為が「偽造」して「行使」となったこと、「押印」のみでの処罰が日本側で明確になったこと、等が理由として考えられるが、積極的に示す史料は発見できなかった。さらなる調査を試みる。

- (50) 浅古前掲論文を参照。
- (51) 前掲西原『旧刑法(2) II部』八二七頁。
- (52) 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)二二九頁。
- (53) 私印偽造罪の基本行為は「偽造」して「使用」とされ、官印と異なる体系が定められる。私印と官印の区別について興味深い問題だが、紙幅の関係で考察は他日に譲る。
- (54) 堀田正忠『刑法釋義』(警視庁蔵版、明治一七年)四四〇、四四一頁。堀田はボアソナードの高弟とされ、同一七年前後は大審院検事を務めていた(飯田泰三「堀田正忠」法政大学大学史資料委員会編『法律学の夜明けと法政大学』法政大学、一九九三)。同一七年前大審院判決第一五一三号に同旨の対立が見られる。もつとも、大審院は明示的に判断せず、下級審に戻した(『大審院刑事判決録』二六卷、東京法学院、一一二頁)。
- (55) 澤登俊雄「宮城浩蔵の刑法理論」(吉川経夫・内藤謙・中山研一・小田中聰樹・三井誠編著『刑法理論史の総合的研究』日本評論社、一九九四)二六頁。
- (56) 宮城浩蔵『刑法講義』(明治法律学校、明治一七年)六七〇頁。
- (57) 岩谷十郎「宮城浩蔵の刑法講義」(村上一博編著『日本近代法学の揺籃と明治法律学校』日本経済評論社、二〇〇七)は、明治二六年刊行『刑法正義』への検討から抽出される宮城の仏文草案への志向を『刑法講義』にも指摘する(同書、八五頁)。
- (58) 村田保『刑法註釈』明治一三年。村田保については三田奈穂「旧刑法の成立と村田保——数罪併発条を手掛かりとして——」(『法学政治学論究』七九号、二〇〇八)に詳しい。
- (59) 村田前掲書、三〇頁。
- (60) 「刑法質問録」(鶴田前掲書、一八三頁)『會議筆記』一一七〇頁に同旨の発言。
- (61) 高田前掲論文を参照。
- (62) 審査局の作業を示す史料として慶應義塾大学図書館所蔵村田文書の有効性が指摘され、特に「日本刑法草案全四冊(以下、「村田草案」と呼称)(JR-19A-425-22-1~4)と、そこでの修正を淨書した「刑法草案(審査修正書入)」(JR-19A-425-23)は、「稿本」の域を超えて会議録的」とされる(三田前掲論文)。日本刑法草案の条文と合致する村田草案の国璽偽造罪には、青墨で三点の修正が書込まれるが、本稿の検討を考慮し、「行使」が「使用」に変更された点に着目する。

当該条文の下部には黒墨で「使用トスヘシ偽貨ノ行使ト誤ラ生セン施行トスヘシ」とあり、通貨偽造罪との差異化の意図がわかる。村田草案の通貨偽造罪も日本刑法草案と合致し、基本行為は「偽造シテ行使」であるが、その具体的内容を説明する書込みはない。これは、基本行為が同じ文書偽造罪も同様である。連続して置かれる偽造罪で印章偽造罪のみが「行使」から「使用」に変更されており、通貨と文書に対し、印章は異なる性質だと認識されたのである。なお、「施行」の語句は通貨偽造罪の欄外墨書に屢々使われるが具体的な説明はなく、旧刑法の条文でも使われていない。具体的な検討は稿を改める。

- (63) 通貨、文書偽造罪とともに「偽造」して「行使」が基本行為である。前者の客体には貨幣と紙幣が想定されるが、後者の想定する行為が「偽印文書の利用」ならば、両罪は「客体を利用に供する」ことを行為にする点で合致する。対して、印章偽造罪は印類を客体とし、使用方法是「押す」である。使用方法で印章は通貨や文書と異なるため、偽造罪の中で同罪のみが基本行為の語句を「使用」に変えられたのではないか。

- (64) 高田前掲論文を参照。

- (65) 水林彪「新律綱領・改定律例の世界」(『法と秩序』)は両法の「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、「多段階のおよび多次元的な違法評価」の展開を指摘する(四八二頁以下)。

- (66) 高田前掲論文を参照。

- (67) 鶴田前掲書、二一頁。

- (68) 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)。

- (69) 鶴田前掲書、二一頁。

- (70) 「法と秩序」、三〇〇、三〇五頁。なお、改定律例での印章偽造罪関連条文は、新律綱領の官印偽造罪の法定刑を絞から懲役終身へ変えた第二四八条である。

- (71) 日本史籍協会編『司法省日誌七』(東京大学出版会、一九八三)二八五―二八六頁。

- (72) 編纂との関係は、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」(『慶應義塾大学大学院法学研究科論文集』二三号、一九八五)二〇一、二〇二頁。

- (73) 「伺・指令裁判体制」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』

七六卷七号、二〇〇三)を参照。

- (74) 前掲『司法省日誌』全二〇巻。その性格は沼正也「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』三和書房、一九八〇、六八二頁)。

- (75) 霞前掲書、四八頁、註(1)。

- (76) 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、文生書院) 一―四巻を参照した。掲載される個人名は甲乙丙に代替する。

- (77) 当該論点を掲げる最も早いものは明治六年指令(『日誌一』六五〇頁)だが、すぐに取消されるので(『日誌四』六二頁)、紙幅の関係から今回は旧刑法編纂時に基本方針であった指令から検討を始める。同様に、印章偽造罪の行為について言及している同年指令(『日誌二』五五七―五五八頁)、明治六年指令(『日誌三』一〇〇―一〇一頁)、翌年指令(『日誌四』三五一―三五九頁)についても、稿を改めて検討したい。

- (78) 『日誌六』五五〇、五五一頁。指令は「区長戸長等ノ実印」、「出稼券送籍状財物借貸等ノ文書」を私文書とみなすが、後に送籍状は官文書、区戸長印は官印とされる(明治七年指令『日誌九』八七―八八頁。同年指令『日誌九』三〇八―三〇九頁。同年指令『日誌一〇』一〇九―一一一頁。明治一〇年指令『日誌一〇』六一〇―六一二頁。翌年指令『日誌一六』六三一―六四頁)。この変更は改めて検討する。

- (79) 『日誌一〇』六八七―六八八頁。もともと、伺は両者には「只僅ニ彫刻スルト仮用トスル別アルノミ」なので、成立する犯罪を区別してはならないと主張する。

- (80) 『判決録二』、六六―六七頁。同旨に明治一一年判決第一五号(同書、四四頁以下)。

- (81) 印章を客体とする犯罪類型に官印棄毀罪があるが、明治七年山口県伺が同罪の客体が「其印ヲサシ候哉又ハ文書題中故文書ニ押スト所ノ印影ヲサシ候哉」と問うと、指令は「印類ヲ謂フ印影ヲ謂ニ非ラス」と答える。刑法上とともに印章を客体とする犯罪への当該指令は本文の推察を傍証するのではないか(『日誌一〇』二九二―二九四頁)。

- (82) 印章を偽造して金銭借用等をした場合、「返済ノ意」があれば詐欺取財は不成立となり、印章偽造罪のみが成立した(『日誌一〇』一九九頁。『日誌一八』三四頁)。これは、偽造のみによる印章偽造罪の成立を促したと考えられる。高田前掲論文を参照。

- (83) 霞信彦「自首条の適用をめぐる若干の考察」(『法学研究』六〇号、一九八七)、矢野祐子「旧刑法における自首条の成立

(上、下)」「法研論集」五六、五七号、一九九〇)。

(84) 『会議筆記』一一四一、一一四二頁。

(85) 現行刑法下の学説は「印影だけを意味するのか、印類をも含むのか」を争うが、旧刑法下は「印類だけを意味する」とするものと、印影をも含むものとするもの」に分かれる(山火前掲論文、三八頁以下)。つまり、旧刑法下では当然に印類が客体和認識されており、新律綱領と改定律例と同様であるといえる。大審院判決明治三十七年(れ)第二四五一号(大審院刑事判決録)一〇輯、二四四八頁以下)等の印影と印類の關係を示す判決にも言及し、施行後の運用を踏まえ、旧刑法の性格に対する検討を試みたい。

(86) 司法省案から修正案への推移は印章偽造罪を構成する行為が分化する過程ともいえよう。一個の言葉の下に未分化に捉えられた行為を、語句の変化によってより明確に認識しようとする試みは「定義」という営為ともいえるのではないだろうか。

(87) 本稿ではボアソナード文献双書(有斐閣、一九八八覆刻)に依拠し、仏文は双書⑦『Projet révisé de Code Pénal pour l'Empire du Japon』(以下、『Projet Révisé』と呼称)、邦訳は双書⑨『刑法草案註釈』下巻(以下、『註釈』と呼称)から引用する。

(88) Projet Révisé, p. 678.

(89) ボアソナードが来日以前に認識していたと思われる一八一〇年刑法典は、第一四〇条「一つもしくは複数の国家の印紙(imbr national)」、樹木の検印(marque forestière)に用いる国家の極印(marteau de l'État)、金銀の地金(matières d'or ou d'argent)の検印に用いる証印、第一四二条「様々な種類の食品もしくは商品に政府の名において押印するために用いられる検印」「いずれかの官庁の公印、印もしくは検印」を定め、各々に「偽造」または「使用」を処罰する(中村義孝編著『ナポレオン刑事法典史料集成』法律文化社、二〇〇六、二〇七―二〇八頁)。

(90) 仏文の第一案で「押印」と「偽印文書の利用」を減等とした具体的な動機は不明である。仏国での学説や判例の動向を踏まえた具体的な検討を後日に試みたい。

(91) 「contrefaçon」や「usage frauduleux」を並列に扱って、同等に処罰することには肯定的な見解もあり(Chauveau (A.) et Hélie (F), Théorie du Code Pénal, tome2e, 1872, Paris, p. 297)。ボアソナードが母国の学説を超えて自説を構成する姿勢を看取できる。

(92) Projet Révisé, p. 681.

- (93) 「Le droit de timbre」に対し、流通税の視点から説明するものは中里実「フランスにおける流通税の歴史」(『税大ジャーナル』一一号、二〇〇九)・Ignatiu Wadsworth Brock, *Financing the Sun King, The French Review*, vol. 7, No. 5, pp. 395-401, 1934. なお「timbre」は公証制度からの考察も必要だが、紙幅の関係から他稿で論じた。
- (94) M. Saint Bonnet, *Nouveau Dictionnaire de Droit Français, l'usage de tout le Monde*, Paris, 1872, p. 588.
- (95) 二宮宏之「印紙税」『摺の覚書』(『二宮宏之著作集第二巻』岩波書店、二〇一一)参照。
- (96) 「timbre national」と「le timbres d'une autorité」は解釈で区別され、前者が国家の名称を、後者は印紙を行使する官吏や公的機関の印を表示する、等といわれた (Chauveau et Hélie, *ibid.* pp. 298-300) (Garçon (É.), *Code Pénal annoté tome1*, Paris, 1952, p. 519)。
- (97) 明治財政史編纂会編纂『明治財政史第六巻租税(二)(以下、『明治財政史』と呼称)』(明治財政史発行所、一九二七)。四四九—四五六頁。
- (98) 『明治財政史』四五六、四五七頁。
- (99) 『明治財政史』四七七頁以下。
- (100) 『明治財政史』五〇二、五〇三頁。
- (101) 『明治財政史』四八七頁。
- (102) 『日誌一七』三八九—三九二頁。
- (103) 明治六年規則は「印紙ヲ贋造スル者又ハ贋造セシ者ト知テ之ヲ売買致ス」とされたが、官印偽造律の行為と整合が図られた様相については改めて検討したい。司法省第二案と校正第一案は、印紙偽造罪の行為のみを「使行」と表記する(『会議筆記』一一三〇、一一四三頁。意図的な差異化であるかを含めて、他稿で論じた)。
- (104) 印紙税制度の進展は必ずしも円滑でなかった(『明治財政史』四六三以下、四七七頁)。このような実施実態や規則内に罰則規定が置かれた理由は改めて検討する。
- (105) *Projet Révisé*, p. 681.
- (106) この理解は仏国の判例で示されるが、反対説も見られる (Chauveau et Hélie, *ibid.*, pp. 300-302)。自身の判断に基づき、判例の補充を草案に反映する姿勢がわかる。
- (107) *Projet Révisé*, p. 677. 『註釈』、五〇頁。この考え方は仏国では少数説ではなかったと思われる (Chauveau et Hélie, *ibid.*,

pp. 296-297)。

- (108) 『会議筆記』、一一二二頁。
- (109) だが、「税」の語句は、『会議筆記』中の印章偽造罪の議論には以降、みられない。仏文草案で当該印章に並列する「*timbres de l'Etat*」が一律に訳出されていないこと、「註釈」の解説では一貫して「*sceau*」と「*timbre*」が並列して表記されていること、仏国の「*timbre*」の歴史的経緯、等を考慮すれば、『会議筆記』上の表記はないが、ボアソナードが「*timbre*」と発言していたとの推察も否定できないのではないだろうか。
- (110) ボアソナード口述「性法講義完」(司法省蔵版宗文館書店、一九八六復刻)五頁参照。
- (111) 田山前掲論文、一一八頁。明治一九年勅令第一号公文式で規定がさらに整備される。
- (112) 中野目徹氏は明治二三年三月上奏裁可「行幸中における法律勅令の裁可公布の方法に関する件」をめぐるボアソナード意見書「御璽ハ御巡幸ノ際御携帯ト察セラル。国璽ニ在テハ決テ然カラザルベシ。欧州ニ於テハ日本程国璽ヲ神聖視セザレドモ、尚ホ之ヲ携帯スルコトアルヲ聞カズ。況ンヤ之ヲ重ズルコト他国ノ比ニアラザル日本ニ於テオヤ。」を挙げ、「国璽ヲ神聖」の認識を指す。彼が鶴田との議論を想起したとすれば、旧刑法の編纂が後の法令にわずかも影響を与えた場面が存在したといえるのではないか(同「御璽御名の登場」『近代史科学の射程』弘文堂、二〇〇〇、三二〇頁)。
- (113) 明治政府が構想した支配秩序と旧刑法の関係は、吉井蒼生夫「旧刑法の制定と「皇室ニ対スル罪」」(吉井前掲書)、内田誠「明治十五年刑法第四編違警罪の編纂とボアソナード」『法研論集』三三卷、一九八四、矢野祐子「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』敬文堂、一九九二)等を参照。
- (114) 岩谷十郎「司法官の近代法適用をめぐる逡巡」「不応為条廃止論考」「擬律ノ錯誤」をめぐる試験的考察」「判決文の近代化」(『明治日本の法律家と法解釈』慶應義塾大学法学研究会、二〇一二)は、司法官を主体的契機に設定し、「中国律」様式の刑法から西欧型刑法への刑法の様式的構造的転換」に際して「法思考上の相当な模索と修練」(二一五頁)を余儀なくされた法適用の様相を論考し、混乱や問題を惹起したことを示す。
- (115) 「使用」の意味について、岡田朝太郎『日本刑法論完』(有斐閣、明治二八年、三六九頁以下)、勝本勘三郎『刑法析義』(講法会、同三二年、四五一頁以下)、小疇傳『大審院判例批評日本刑法論各論』(日本大学、同三八年、二九二頁)も、仏文草案を挙げて説明する。だが、それはあくまで自説の補強であり、例えば岡田は「使用」が「押印」でないとして挙げた三個の根拠の一つとする(三七〇頁)。本文でみた編纂中のボアソナードの姿を併せると、彼は旧刑法に携わる者の参考に

とどまっていたのではないか。また、同三五年（れ）第一五〇二号判決では「印章偽造罪ノ行為ハ行使ノ手段」であり、「偽造ト行使ト併発」の場合は「目的タル行使ノ所為」で同罪の成立と示され（『大審院刑事判決録』八卷下、九頁以下）、条文と異なる語句が使われ、かつ行使を偽造の手段とする。立法、学理、運用をめぐる立体的な論考を今後の課題としたい。

高田 久実（たかだ くみ）

所属・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——」『法学政治学論究』第九六号（二〇一三年）