

治罪法草案から見た治罪法制定過程

綾部, 二郎
九州大学大学院法学府 : 修士課程

<https://hdl.handle.net/2324/1498235>

出版情報 : 九州大学, 2014, 修士, 修士
バージョン :
権利関係 :

治罪法草案から見た治罪法制定過程

法学府修士課程（職業人）

2LA12007N 綾部二郎

はじめに — 研究の視点と方法 —

- (1) 本論文で用いる主な資料と公開・公表されている仏文資料の研究の必要性
- (2) 日本近代法制史における法典編纂期の研究と他分野との交流の必要性
- (3) 治罪法仏文草案と日本語草案との関係
- (4) 治罪法関連年表
- (5) 本論各章の概説

1. 治罪法についての先行研究

- (1) 概要
- (2) 向井 健・矢野祐子「村田本『治罪法直訳』」における資料解題の問題
- (3) 沢登佳人・中川宇志「明治治罪法の本質」の視点
- (4) 利谷信義 「天皇制法体制と陪審制度論」

2. 1879（明治 12）年 Projet と治罪法草案直訳

- (1) 草案の外国人起草への転換
- (2) 治罪法草案作成過程
— 治罪法草案作成過程は刑法草案作成過程と同様の経過を辿ったか？ —
- (3) 1879（明治 12）年 Projet の記載ミスと治罪法草案直訳
- (4) 治罪法草案直訳と治罪法草案との関係
- (5) art.246bis の追加は Projet の印刷を遅らせたか？
- (6) 治罪法草案直訳への第二百四十六條（補）の追加と製本時期

3. 治罪法制定過程における治罪法草案審査局と内閣の役割

- (1) 治罪法草案審査局による修正
- (2) 審査局と民権派
- (3) 審査局と内閣の役割
- (4) 「責付」の規定追加の検討

4. 陪審条項の削除

- (1) 概要
- (2) 治罪法以前の司法改革
- (3) 陪審制度と律の刑罰思想
- (4) 井上毅の役割
- (5) 陪審条項削除の理由

5. 公定訳と 1882（明治 15）年 Projet

- (1) 公定訳の頒布
- (2) 訳語について—1 つの事例—
- (3) 1882（明治 15）年 Projet(Accompagné d'un Commentaire)出版の目的

6. 制定過程のわかりにくさと法典編纂事業における治罪法の位置づけ

- (1) 制定過程のわかりにくさ
- (2) 法典編纂過程における治罪法の位置づけ
- (3) 治罪法以前の司法改革と治罪法の関係

別表

治罪法仏文草案、治罪法公定訳対照表

はじめに — 研究の視点と方法 —

(1) 本論文で用いる主な資料と公開・公表されている仏文資料の研究の必要性

私の研究テーマは「治罪法制定過程」の研究である。

治罪法¹は、日本で初めて刑事手続²に関する 1 個の独立した法典として制定された。これ以後今日に至るまで、刑事手続は「刑事訴訟法」として独立した法典で規定されている。

治罪法は、ボアソナード³が起草した草案を基にして制定された。この制定の過程において、ボアソナードの考え方は、『1882 年 Projet』⁴中の各条文に付された **Commentaire** で明らかにされているが、日本人側で制定にかかわった人たちのそれぞれが、どのような考えをもち、さらに誰のどのような意向が制定作業にどのように影響を与えたかについて、現在のところそれを詳しく明らかにする資料が見当たらない。ボアソナードに関する代表的な著作である、大久保泰甫著『日本近代法の父 ボアソナア

¹ 明治 13 年太政官布告第 37 号、1882（明治 15）年 1 月 1 日施行。明治 23 年 10 月 7 日法律第 96 号刑事訴訟法により廃止。

² 『治罪法草案直訳』では、刑事訴訟手続法と訳されている。なお、「治罪」ではなく「刑事訴訟手続」の語を用いる意義につき、沢登佳人・中川宇志「明治治罪法の精神」p.75,76、『法政理論』（新潟大学）19 卷 3 号、1987 年、参照。

³ Gustave Emile Boissonade (1825 - 1910)。1873（明治 6）年来日、途中帰国を含めて 1895（明治 28）年まで日本に滞在。刑法典、治罪法典、民法典（人事編を除く）の草案を起草。

⁴ *Projet de Code de Procédure Criminelle pour l'Empire du Japon. accompagné d'un commentaire par Mr. G^{ve}. Boissonade. Tokio, Kokubunsya, 1882 (XV^e année du Meiji).* 法務図書館貴重図書目録 XB620 刑事手続法 7-A). 国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。復刻版が宗文館書店より 1984（昭和 59）年に「仏文・日本刑事訴訟法草案註解（ボアソナード文献叢書 ⑦）」として発行されている。本論文では『1882（明治 15）年 Projet』と記載する。

ド』(1977年、岩波新書)においても、拷問の廃止⁵と旧刑法について詳細な記述⁶があるものの、治罪法についての記述⁷は、陪審制が採用されなかったことにふれているぐらいである。

治罪法の制定過程に関し、日本人側の各委員・関係者の具体的な考え方を明らかにする資料が現在のところ見当たらないので、法務図書館貴重図書、国立国会図書館近代デジタルリブラリー、および国立公文書館デジタルアーカイブにより現在公開されている、『1879(明治12)年 *Projet*』⁸、『治罪法草案直訳』⁹、太政類典等の資料の検討によって、治罪法草案についての審議の過程の推移とその過程の中で問題となったところを推定していくほかはないと、私は考えるようになった。

そこで、法務図書館貴重図書、国立国会図書館近代デジタルリブラリー、および国立公文書館デジタルアーカイブにより現在公開されている資料を基に治罪法の制定過程を検討することにした。

さらに、この論文に取り組むにあたり、資料として2つの *Projet* の各条文と『治罪法公定訳』¹⁰の各条文との対照表を作成した¹¹。

治罪法は刑法とともに日本の近代化のために制定されたことはいうまでもないが、不平等条約¹²改正(とりわけ治外法権の撤廃)を目的にしていることは、1882(明治15)年1月に治罪法が刑法とともに施行されるとほぼ同時に条約改正予備会議が開催されたことから明らかである。公定訳は、不平等条約改正の前提として、治罪法の内容を相手国に知ってもらうという重要な意義をもっていた。公定訳と *Projet* を対比しそこで用いられている用語、語句を比較することで、治罪法制定当時、条約改正のために日本の法典を公定訳として外国語(フランス語)に翻訳せざるを得なかった状況のなかで、

⁵ 大久保『日本近代法の父 ボアソナード』p.96～p.112.

⁶ 大久保 前掲 p.112～p.120.

⁷ 大久保 前掲 p.120～p.122.

⁸ *Projet de Code de Procédure Criminelle pour l'Empire du Japon Présenté au Sénat par le Ministre de la Justice la 9^e mois de la 12^e année de Meiji. (Septembre 1879.)*, Tokio Imprimerie Seisibunsha 9^e mois de la 12^e année de Meiji. (Septembre 1879.) Traduction & reproduction réservées. 法務図書館貴重図書目録 XB620 刑事手続法 2-b)。2-A(上申された治罪法草案)の原本との記載がある。国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。本論文では『1879(明治12)年 *Projet*』と記載する。

⁹ 『治罪法草案直訳 ボアソナード氏起案』 法務図書館貴重図書目録 XB620 刑事手続法 1)。国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。なお同目録には、「11年か 650条(10年7月起草 11年末完成、大木総裁、委員長岸良、ほか6名、ボアソナード)訳者は井上操、高木豊蔵、大島三四郎、木下哲三郎(本文冒頭に日本帝国刑事訴訟手続法書草案とある)」と記載されている。本論文では『治罪法草案直訳』とする。

¹⁰ *Code de Procédure Criminelle. promulgué par Le Decret n° 37 le 7^e mois de la 13^e année de Meiji. (Traduction).* Tokio Imprimerie Impériale 3^e mois 14^e année de Meiji. Traduction & reproduction réservées. なおここでは国立国会図書館所蔵のものを用いた。本論文では、『治罪法公定訳』あるいは『公定訳』と記載する。

¹¹ 別表として添付

¹² 1858(安政5)年、日米修好通商条約を皮切りとして、オランダ・ロシア・イギリス・フランス各国と締結された通商条約(安政の5か国条約)。関税自主権の喪失と治外法権を主な内容としていた。浅古弘・伊藤孝夫・植田信廣・神保文夫編、『日本法制史』青林書院、2010年、p.252 参照。

ボアソナードに草案の起草を依頼した意味を改めて確認することができる^{13 14}。

また、これまで日本近代法制史の分野において、公開・公表されているフランス語で書かれた資料の分析・研究が、まったくと言ってよいほどなされてこなかった。公開されている資料が永年にわたって、いわば、「たな晒し」されている状態になっている。

確かに、1879（明治 12）年 *Projet* の日本語訳である『治罪法草案直訳』¹⁵、『1882（明治 15）年 *Projet*』の日本語訳である『治罪法草案注釈』¹⁶を見れば、その翻訳は原文に忠実に、意味もそのまま正確に伝えようとするものであり、井上操や森順正等翻訳を担当した人々の語学力と文章力には驚かされる¹⁷。翻訳を読めば治罪法草案や注釈の意味を理解できるように思える。

しかし、『治罪法草案直訳』について、「2. 1879（明治 12）年 *Projet* と治罪法草案直訳」、で検討するように、『治罪法草案直訳』第 111 条は誤訳ではなく原文の誤った箇所をそのまま訳している。このことは、原文である『1879（明治 12）年 *Projet*』と対比して初めて判明する。さらにこのことは『治罪法草案直訳』がボアソナードによる仏文草案作成と並行して作成されたであろう¹⁸ことも物語っている。

¹³ 『1879（明治 12）年 *Projet*』については 650 条すべてを打ち込んだが、『公定訳』については、まず『1879（明治 12）年 *Projet*』の条文を該当条文のところにコピーし、そのうえで『公定訳』を参照しながら条文の文言を合わせた。このことから『公定訳』はボアソナード作成の仏文草案で用いられている法律用語、表現を基にして作成されたであろうことを実感した。コピーとは別に新たに打ち込んだ条文はごくわずかであったが、フランス語で書かれているこれらの条文も、仏文草案がなければ、法律用語等の単語、あるいは表現の選択の段階から作成が不可能であったと思われる。ボアソナード作成の仏文草案は、いわば公定訳作成のために必要欠くべからざる「手本」であったと考えられる。

なお、公定訳と両 *Projet* の条文の対照は『1882（明治 15）年 *Projet*』の各条文に付されている番号と巻末の対照表をもとに行った。

¹⁴ 『1882（明治 15）年 *Projet*』の各条文には公定訳と対照できるように番号が示されており、巻末には条文対照表が付けられている。条文の対照から制定過程が具体的に明らかになることはないとはいえ、草案と制定された法典との違いを確認しておくことは基本的な事項である。これまでの先行研究のなかに *Projet* と公定訳との条文対比に焦点をあてたものは見当らなかった。

¹⁵ 向井健・矢野祐子「村田本『治罪法直訳』」p. 82、『法学研究』慶応大学 68 巻 9 号、1995 年、は、『治罪法草案直訳』の仏文原本は現在目にすることはできないと述べるが、条文数、条文の内容（特に art.111 の誤記のそのままの訳）、追加された条文（art.246bis）の反映などをみれば、本文のようにいうことができる。

¹⁶ ボアソナード氏 治罪法草案注釈 第 1－4・5 編 司法省 明 15（7-A）の訳 訳者は森順正、岩野新平、小山田詮太郎、法務図書館貴重図書目録 XB620 刑事手続法 7-B）。国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。

¹⁷ 沢登・中川「明治治罪法の精神」p.81 には「治罪法注釈の訳文はいずれも達意の名文で膝を叩いて感激すること屢々であるが、仏法学に疎遠の今の研究者には誤解を招く表現もある。できるだけ原文と照合すべきである」との記述がある。

¹⁸ 『治罪法草案注釈』自叙、では、『治罪法注釈』の原案である注釈が、ボアソナードの手稿が出来上がると同時に翻訳されたことしか述べられていないが、『治罪法草案直訳』についても仏文草案作成と並行して作成されたと考えるのが自然である。起草に着手後 5 か月で治罪法取調掛が設置されたのは、ボアソナードが仏文草案を書き上げるごとに翻訳し検討する目的であったと思われる。

『治罪法草案注釈』を例にとっても、自叙の中に、刑法・治罪法公布後、日本人の手になるさまざまな注釈書が出版されている状況を「新法ニ就キ老練ト謂ハンヨリ寧ロ偏向者ノ筆ニ成リシ無数ノ註解」¹⁹と評している箇所があるが、原文は

“c’est le nombre vraiment démesuré de Commentaires déjà publiés sur ces nouveaux Codes, par des plumes plus zélées qu’expérimentées.”²⁰ (démesuré は、辞書²¹では démesuré) となっている。

私訳を試みれば、「経験を積んだというよりもむしろ熱心な筆によって、これらの法典に関して、既出版された実に測り難い数の注釈」となる。ここで“zélées” (zéléの女性複数形) を「偏向」と訳すのは誤りではないが、zélé (英語の zealous) は通常、熱心な、あるいは真摯な、という意味で用いられており²²、zéléateur (英語の zealot) (熱狂者、信奉者)²³が用いられていれば「偏向者」という翻訳は適切であるが、zéléだけで偏向と訳すのは適切ではないと思われる。そこで、plus zélées qu’expérimentées の部分は、「老練ト謂ハンヨリ寧ロ偏向」ではなく「熱心さばかりで法典の内容を熟知していない」と考えるべきであろう。

『治罪法草案直訳』と『治罪法草案注釈』に共通する例を挙げれば、“agent de la force publique” を「公力者」、「la force publique」を「公力」と訳している (第 116 条、第 120 条、第 136 条、第 144 条、第 147 条)。現代の辞書によれば“la force publique” は「治安維持力」²⁴あるいは英語で“the police force”²⁵である。“agent de la force publique” は「治安維持機関」または「治安維持機関の職員」と訳すことになる。その意味で「公力者」はいわゆる警察組織よりも広い概念であると考えることができる。実際、『治罪法草案註解 第二編』の第 116 条の注釈 p. 37 では

「公力者或ハ長官ノ令に依テ兵力ヲ用フル所の軍士又ハ警察官」

『治罪法草案注釈』の該当箇所では、

「公力者又ハ其下役或ハ直接ノ命令ニ據リ公力ヲ指揮スルコトヲ得ベキ陸軍若シクハ警察ノ官吏」²⁶

として、公力者を警察組織よりも範囲の広いものとして記述している。原文は

“agent de la force publique, meme inférieur, ou d’un officier militaire ou de police qui peut *diposer* de la force publique par un ordre direct,”²⁷

しかし、『1879 (明治 12) 年 Projet』art.72 では、司法警察職員の中に“officier de gendarmerie”が含まれていなかった。それで、治罪法の該当箇所では、「司法警察官」

¹⁹ 『治罪法草案注釈』、自叙 p.8

²⁰ 『1882 (明治 15) 年 Projet.』 Avertissement, p.X

²¹ 『新スタンダード仏和辞典』大修館書店、1987 年。

『The Concise Oxford French Dictionary.』 second edition. 1980

²² 『新スタンダード仏和辞典』大修館書店、1987 年。

『The Concise Oxford French Dictionary.』 second edition. 1980

²³ 『新スタンダード仏和辞典』大修館書店、1987 年。

『The Concise Oxford French Dictionary.』 second edition. 1980

²⁴ 『新スタンダード仏和辞典』大修館書店、1987 年。

²⁵ 『The Concise Oxford French Dictionary.』 second edition. 1980

²⁶ 『治罪法草案注釈、第二編』、注釈第 199 号

²⁷ 『1882 (明治 15) 年 Projet.』 Commentaire, n°199.

或は「巡査」という文言になっている。

その後『1882(明治15)年 Projet』art.72(司法警察職員)で、“officier de gendarmerie”が、そしてその日本語訳である『治罪法草案注釈』第72条で「憲兵隊の職員」が、司法警察職員に含まれ、それにより「公力者」が警察組織よりも範囲が広いものとはつきり認識できるようになった。なお、1890(明治23)年刑事訴訟法(いわゆる旧々刑事訴訟法)第47条では、「憲兵将校、下士」が司法警察職員に加えられ、現行犯逮捕に関する第58条や令状執行に関する第84条等に、「憲兵卒」が加えられている。

このように見れば、「公力者」という日本語だけでなく *agent de la force publique* というフランス語を参照してはじめて、草案や注釈にいう「公力者」の意味を理解することができると思われる²⁸。

『治罪法草案直訳』や『治罪法草案注釈』を読むかぎり、現在のところ誤訳はないと私は思っているが、“la force publique”のようにそれまでの日本になかった概念を日本語に翻訳している以上、草案や注釈の理解を深めるためには原文である仏文を必ず参照しなければならないと考える。

(2) 日本近代法制史における法典編纂期の研究と他の分野との交流の必要性

治罪法と現行の刑事訴訟法との間には、旧刑事訴訟法²⁹の制定、第二次大戦後の占領下での日本国憲法制定に伴う旧刑事訴訟法の改正による現行法の制定という大きな出来事があり、両者に直接のつながりを認めることはできない。

しかし、現行刑事訴訟法の中に治罪法の規定を引き継いでいるということができる規定がある。現行刑事訴訟法第95条(勾留の執行停止)の規定である。

条文は、

第95条 裁判所は、適当と認めるときは、決定で、勾留されている被告人を親族、保護団体その他の者に委託し、又は被告人の住居を制限して、勾留の執行を停止することができる。

これに対応する旧刑事訴訟法の規定³⁰は

第118条 裁判所ハ検事ノ意見ヲ聴キ決定ヲ以テ勾留セラレタル被告人ヲ親族其ノ他ノ者ニ責付シ又ハ被告人ノ住居ヲ制限シテ勾留ノ執行ヲ停止スルコトヲ得
責付ヲ為スニハ被告人ノ親族其ノ他ノ者ヨリ何時ニテモ召喚ニ應シ被告人ヲ出頭セシムヘキ旨ノ書面ヲ差出サシムヘシ

²⁸ 向井健・矢野祐子「村田本『治罪法草案審査第二読会修正趣意書』」『法学研究』(慶応大学) 69巻3号、1996年、p.77、は、「公力者」が「巡査」に改められたことを訳語の改定だと記述しているが、公定訳にあっても *Projet*, art.136に対応する *Code Off.* art.122を除き仏文での表現も変えている(資料の該当箇所参照、*Code Officiel* art.122については治罪法第122条参照)。

²⁹ 大正11年 法律第79号。以下旧刑事訴訟法という。

³⁰ 『新刑事訴訟法 刑事訴訟規則 舊刑事訴訟法 対照条文』(刑事裁判資料; 第11号) / (最高裁判所刑事部, 1948)。国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。

旧々刑事訴訟法³¹の規定は

第 159 條 豫審判事ハ保釋ノ請求アルト否トヲ問ハス檢事ノ意見ヲ聽キ其ノ親屬又ハ故舊ニ責付スルコトヲ得
責付ヲ為スニハ親屬又ハ故舊ヨリ何時ニテモ呼出ニ應シ被告人ヲ出頭セシム可キ證書ヲ差出サシムヘシ

治罪法では、

第 219 條 豫審判事ハ保釋ノ請求アルト否トヲ問ハス檢事ノ意見ヲ聽キ其ノ親屬又ハ故舊ニ責付スルコトヲ得

この責付の規定は、治罪法草案審査局の審査の段階で新たに加えられたもので³²、治罪法にそのまま受け継がれた。

審査局の修正では

第 222 條 豫審判事ハ保釋ノ請求アルト否トヲ問ハス檢事ノ意見ヲ聽キ其ノ親屬又ハ故舊ニ責付スルコトヲ得

(各条文の数字はアラビア数字に変更)

と規定されており³³、条文の文言は治罪法とまったく変わらない。

さらに、この規定は、**Projet** との対応関係が見られない³⁴。

上記は個別の規定についてであるが、治罪法全体の把握に関して、沢登佳人・中川宇志は、「陪審削除の一点を除けば治罪法は確かに、近代刑訴法の基本的な理念・原則・構造をすべて一通り備えた、母法 C.I.C³⁵とその運用実態とをかなり正確に踏襲した、立派な近代法典として制定された」と述べる³⁶。

その一方、同論文は 1987 年時点で現行刑事訴訟法の運用が「調書裁判」だと述べている (p.4)。裁判員裁判³⁷が導入された今日にあっても、伝聞証拠排除 (憲法第 37 条)³⁸の例外を広く認める刑事訴訟法第 321 条、第 321 条の 2、第 322 条、第 324 条の改正の動きは見られない。法律の内容自体に「調書」の証拠能力を広く認めることを許し

³¹ 明治 23 年 10 月 7 日法律第 96 号。以下旧々刑事訴訟法という。

³² 修正趣意書 (復刻) では、「責付ハ我国在来ノ制ナルヲ以テ今其性質ヲ明記スルニ及ハス」と記されている 向井・矢野「村田本『治罪法草案審査第二読会修正趣意書』、『法学研究』(慶応大学) 69 巻 3 号、1996 年、p.115

³³ 『治罪法審査修正案』法務図書館貴重図書目録 XB620 刑事手続法 4・B)。国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収、表題は治罪法審査修正案第一編～第六編となっている

³⁴ 他に対応関係が見られないものに治罪法第 30 条があるが、これは (旧) 刑法第 114 条及び 115 条 (親属例) に対応するものである。また、高等法院に関する治罪法第 90 条 (新たに職員を命ずる場合) 第 91 条 (訴訟手続は通常の規則に従うこと) 欠席裁判の言渡書の送付に関する第 405 条 (本人またはその住所に送付) も対応関係が見られないが、それらは当然のものを確認する規定であり、完全に日本独自の規定といえるのは治罪法第 219 条だけである。

³⁵ Code d'instruction criminelle de 1808. (フランス治罪法典)

³⁶ 沢登・中川「明治治罪法 of 精神」p.64. 参照

³⁷ 平成 16 年 5 月 21 日「裁判審の参加する刑事裁判に関する法律」。平成 21 年 5 月 21 日より開始

³⁸ 伝聞法則は「反対尋問権」の保障に基づくもので、その点で直接主義・口頭主義とは異なる。平野龍一『刑事訴訟法』p.5～p.8 昭和 33 年 有斐閣、参照

ている現行刑事訴訟法に慣れてしまいがちな現在の目から、100 年以上も前に制定された治罪法の規定が「書証排除・直接主義・口頭主義」を基本にしていた³⁹ことを見ることで、治罪法の意義を再確認し、その理解も深めることができると同時に、現行憲法に沿った刑事手続の在り方についても何らかの方向性を示すことができると思われる。

他の分野との交流の必要性という点で、さらに例を挙げれば、「復権」の規定（治罪法第 470 条、[旧]刑法第 63 条）に関係する附加刑についての（旧）刑法⁴⁰第 31 条（剥奪公権）がある。これは刑罰に伴う資格制限を定めた規定である。この規定は現行刑法では削除され、刑罰に伴う資格制限は資格を定める個々の法律に委ねられた。現在でも国家公務員法（第 38 条第 2 号）、公職選挙法（第 11 条、第 11 条の 2、第 252 条）等は刑罰に伴う欠格事由を規定しているが、（旧）刑法第 31 条はそれらの規定のルーツにあたると考えられる。

（旧）刑法第 31 条に対応する *Projet de Code pénal*⁴¹の規定は

Art.39 La privation des droits civiques …（以下略）となっている。*droits civiques* の意味についてボアソナードは

「公権ハ民権ト混淆ス可カラサルモノナリ

…（略）… 民権ハ現時ニ至テハ私権ナリトス…（略）…

之ニ反シテ公権ハ〔獨リ国民ノミ特有〕スルモノナリ…（以下略）…」⁴²と述べている。仏文では

“ Les droits *civiques* ne doivent pas être confondus avec les droits *civils*.”

D’après l’étymologie latine (*civis*, “citoyen”), ces deux sorte de drots sembleraient propres aux citoyen ou nationaux d’un pays. Mais, en réalité, les droits civils appartiennent aussi étrangers, même au Japon (à part quelques exceptions) ; les droits *civils* sont donc aujourd’hui les droits *prives* (voir l’art. 44).

Les droits *civiques*, au contraire, sont “réservés aux seul nationaux.”⁴³

ここでは、それまで日本になかった *citoyen* という概念をどのようにして受け入れていくかという「法の継受」、「法思想の継受」の問題がある。また、国民の権利を「公権」と「私権」にはっきり分離できるかという法哲学上の問題もある⁴⁴

droits civiques を「公権」と訳したことは、1960 年代アメリカ合衆国で起こった “civil right movement” が「公民権運動」と訳されているように、現代にも影響を与

³⁹ 沢登・中川「明治治罪法の精神」p.35 参照。

⁴⁰ 明治 13 年 7 月 17 日太政官布告第 36 号。

⁴¹ *Proje de Code pénal pour l’Empire du Japon. Presente au Sénat par le Ministre de la Justice, le 8^e mois de la 10^e année de Meiji (Août 1877). Tokio Kokubunsha, 1879.* 法務図書館貴重図書目録 XB600 刑法 6-B)。国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。

⁴² 『ボアソナード氏 刑法草案注釈 上』第 92 号 p.218, 219. 法務図書館貴重図書目録 XB600 刑法 11-A)。国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。

⁴³ 『*Projet révisé de Code Pénal pour l’Empire du Japon.*』n°92. 復刻版（宗文館書店 1988 年 1 月 1 日発行）p.168.

⁴⁴ 三島淑臣、『法思想史〔新版〕』p.287～290, 青林書院 1993 年。本稿で言及する治罪法制定過程の問題と直接の関係はない。しかし、カントの思想における「私法（論）」と「公法（論）」の説明から、国民の権利を「私権」と「公権」にはっきりと分離できるかは、法哲学上重要な問題であることがわかる。

えている。

「剥奪公権」は現在では「刑罰を理由とする欠格事由」または「刑罰に伴う資格制限」いうことになるが、欠格事由または資格制限は、犯罪者の社会復帰にどの程度の障害になっているかという点で、今日においても刑事政策上重要な問題を提起している。

そもそも刑法・治罪法をはじめとする法典編纂は、日本の法律を西洋化・近代化していく出発点になっており、特に現行刑法は旧刑法を直接改正したものであり⁴⁵、現行民法も施行延期となった旧民法を土台にして制定されたことを考えれば⁴⁶、法典編纂期の研究には他の分野とくに実定法学との間での研究成果の交流が必要である。治罪法においても「責付」の規定は目に見える形で今につながっている。治罪法が仏文草案の段階から予審に弁護士の立会を認めなかった⁴⁷ことも、現在逮捕勾留中の被疑者の取調に弁護士の立会を認めないことにつながっていると思われる。また仏文草案の段階から明文化された密室監禁⁴⁸についても、旧刑事訴訟法の下では法律の規定からは姿を消したものの、実際は警察による長期の留置が常態化し、長期にわたる未決勾留も当たり前であった。旧刑事訴訟法の反省の上に制定された現行刑事訴訟法の下でも、逮捕後の拘束は留置とその後の勾留を合わせて 23 日に及ぶことが当たり前とされており、再逮捕があれば、拘束は 1 カ月以上にも及び、その間弁護士との接見も十分に保障されているとはいえない。密室監禁は法律の明文の規定としては姿を消したが、運用では継続しているとも受け取れる。

その一方、治罪法の規定自体は、裁判での書証排除・直接主義・口頭主義を採っているにもかかわらず、その後の運用で裁判は「調書」裁判化し、現在においても、伝聞証拠排除の例外を広く認める刑事訴訟法の規定の改正の動きは見られない。

このように、治罪法の規定で現在まで引き継がれているものと引き継がれなかったものの、及びその理由を明らかにするためには、治罪法を制定過程から研究する必要がある、制定過程で問題となった点をより深く解明するためには、実定法学との交流が必要であって、その交流によって治罪法の制定過程を含めた研究も深化すると考えられる。

⁴⁵ 西原春夫「刑法制定史にあらわれた明治維新の性格」『比較法学』3 巻 1 号 1967 年 p.79. には、「しかし、全体としてみると、現行刑法の規定の大部分は旧刑法の規定の改善されたものであり、…（中略）…、むしろ旧刑法の方に近似しているとさえいえるようである。」との記述がある。

⁴⁶ 大久保泰甫『日本近代法の父 ボアソナード』p.195 は、福島雅夫「明治民法典における損害賠償諸規定の形成」（『損害賠償責任の研究・上巻』二八頁）の「明治民法の全立法過程は、当然に旧民法の制定を第一読会とする第二読会としてつかまなければならない。」との記述を引用している。

⁴⁷ 治罪法では予審判事が強制捜査を行う。弁護士の立会の問題は今でいえば強制捜査における弁護士の立会の問題である。日本国憲法下での問題について、沢登佳人「憲法・刑事訴訟法英文によれば、検察・警察の取調を受けるとき、被疑者は弁護人のつきそい援助を求める権利を有する」『法政理論』（新潟大学）15 巻 2 号、1983 年

なお、ボアソナードは予審への弁護士の立会を時期尚早であるとして認めなかった。1882（明治 12 年）Projet. commentaire.n°250（Art.157 の注釈）。沢登・中川「明治治罪法の問題」p.90 参照。

⁴⁸ 『1879（明治 12）年 Projet.』 art.156 à 159. 治罪法第 143 条乃至第 145 条。

(3) 治罪法仏文草案と日本語草案との関係

『法務図書館貴重図書目録』⁴⁹の記述にしたがい、治罪法の仏文草案と日本語草案の対応関係についてまとめると

仏文草案	日本語草案
記載なし	『治罪法草案直訳 ボアソナード氏起案』
『Projet de Code criminel procédure』（仏文治罪法草案） 作成者の記載なし	『治罪法草案』 1879（明治12）年6月大木司法卿へ上呈 同年9月25日太政官に上申
記載なし	『治罪法草案註解』、第一編から第四、五編 1879（明治12）年10月から翌年1月にかけて上申
『1882（明治15）年 Projet』	『治罪法草案注釈』

「第1章 治罪法についての研先行研究」で検討する、向井 健・矢野祐子「村田本『治罪法直訳』」⁵⁰及び、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—」⁵¹が、井上操他訳の『治罪法草案直訳 ボアソナード氏起案』について「ボアソナード作成の仏文原案」が現存しないと述べ、1879年の『Projet de Code criminel procédure』や「Commentaire」に言及しないのは、法務図書館貴重図書目録の記述が根拠になっていると思われる。

これに対して、私は、『治罪法草案注釈』自叙の記述も参考に入れ

仏文草案	日本語草案
『Projet de Code criminel procédure』（仏文治罪法草案） ボアソナード作成	『治罪法草案直訳 ボアソナード氏起案』 井上操他訳
	『治罪法草案』 1879（明治12）年6月大木司法卿へ上呈 同年9月25日太政官に上申
Commentaire 1879（明治12）年初旬作成 仏文では印刷されなかった	『治罪法註解』、第一編から第四、五編 1879（明治12）年10月から翌年1月にかけて上申

⁴⁹ 法務図書館貴重図書目録 XB620 刑事手続法, 1), 2-A), 2-B), 3)

⁵⁰ 『法学研究』（慶応大学）68巻9号、1995年

⁵¹ 『早稲田法学会誌』第四七巻、1997年

『1882（明治15）年 Projet』 （『1879Projet』と Commentaire の再現）	『治罪法草案注釈』
---	-----------

と考えている。特に、『1879（明治12）年 Projet』、『治罪法草案直訳』、『治罪法草案』相互の関係については、第1章（2）と第2章で検討する。

（4）治罪法関連年表

治罪法草案の起草から治罪法の制定、公布、施行までを年表にまとめると

年	月	日	治罪法関係	その他
1877 (明治10)	7		起草着手（仏文） ⁵²	西南戦争
	8		Projet de Code pénal ⁵³ 上呈	
	11	28	日本刑法草案 ⁵⁴ 上申	
	12	不明	治罪法編纂委員会は治罪法取調掛に変更 （いずれも司法省内） ⁵⁵	
	12	25	太政官に刑法草案審査局 ⁵⁶ 設置	
1878 (明治11)		不明	治罪法草案完成 ⁵⁷ （仏文） 治罪法草案直訳（井上操他訳）完成 ⁵⁸	大久保利通暗殺される（5月14日、紀尾井坂の変）
1879 (明治12)		不明	Commentaire ⁵⁹ 作成（これが翻訳されて 治罪法註解 ⁶⁰ になる）	

⁵² 『治罪法草案注釈』自叙 p.5.『1882（明治15）年 Projet. 』Avertissement. 該当箇所参照

⁵³ 法務図書館貴重図書目録 XB600 刑法 6-B)。国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。

⁵⁴ 法務図書館貴重図書目録 XB600 刑法 7-A)。国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。

⁵⁵ 大久保泰甫『日本近代法の父 ボアソナード』p.120. 1977年、岩波新書。なお 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』、木鐸社 1983年）p.536. では『諸法典編纂沿革』を引用して治罪法編纂委員会の委員を明らかにしている。大久保泰甫『日本近代法の父 ボアソナード』では治罪法編纂委員会が、名称を変えただけで、そのまま治罪法取調掛に移行したような記述になっているが、利谷信義「天皇制法体制と陪審制度論」ではその点には触れられていない。

⁵⁶ 大久保『日本近代法の父 ボアソナード』p.115 参照。なお、国立公文書館デジタルアーカイブ、刑法草案審査の件。第五類、諸官進退、第六十二巻・明治十年十二月。

⁵⁷ 『治罪法草案注釈』自叙 p.5.『1882（明治15）年 Projet. 』Avertissement. 該当箇所参照

⁵⁸ 法務図書館貴重図書目録の記述による。

⁵⁹ 『治罪法草案注釈』自叙 p.9. 1882（明治15）年 Projet. Avertissement. p. x

⁶⁰ 法務図書館貴重図書目録 XB620 刑事手続法 3)。目録では明治12～13年成稿とする。国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。執筆者不明。条文に続いてすぐに注釈がなされている。また、注釈の対象になっている条文は大木司法卿に上呈され、太政官に上申された『治罪法草案』に記載されている条文である。

	6		治罪法草案全 650 箇条完成、大木司法卿に上呈 ⁶¹	
	6	25	刑法審査修正案 ⁶² 上申	
	8		Projet de Code Pénal ⁶³ 出版	
	9		Projet de Code de Procédure Criminelle 出版	
	9	25	治罪法草案、Projet de Code de Procédure Criminelle、を太政官へ上申 ⁶⁴	
	10	4	治罪法草案 第 1 編、を太政官に上申 ⁶⁵	
	10	24	元老院に治罪法草案審査局設置 ⁶⁶ 治罪法草案註解 第 2 編を太政官に上申 ⁶⁷	
	11	11	治罪法草案註解 第 3 編を太政官に上申 ⁶⁸	
1880 (明治 13)	1	15	治罪法草案註解 第 4 編、第 5 編 (合巻) を太政官に上申 ⁶⁹	
	2	27	治罪法審査修正案 ⁷⁰ 上申	

⁶¹ 法務図書館貴重図書目録 XB620 刑事手続法 2-A)。目録では『1879 (明治 12) 年 Projet』の訳と記載されている。国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。明治 12 年 6 月検事長岸良兼養から大木司法卿へ上呈の記載あり。

⁶² 法務図書館貴重図書目録 XB600 刑法 9-A)。国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。

⁶³ Proje de Code pénal pour l'Empire du Japon. Presente au Sénat par le Ministre de la Justice, le 8^e mois de la 10^e année de Meiji (Août 1877). Tokio Kokubunsha, 1879. 法務図書館貴重図書目録 XB600 刑法 6-B)。国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。

⁶⁴ 太政類典・第三編・明治十一年～明治十二年・第八十八巻・治罪・刑事裁判所。国立公文書館デジタルアーカイブ、治罪法草案編成ニ付キ上奏。ここに井上操他訳の治罪法草案直訳は含まれていない。

⁶⁵ 太政類典・第三編・明治十一年～明治十二年・第八十八巻・治罪・刑事裁判所。国立公文書館デジタルアーカイブ、治罪法草案編成ニ付キ上奏。

⁶⁶ 大久保『日本近代法の父 ボアソナアド』p.121. 太政類典・第三編・明治十一年～明治十二年・第八十八巻・治罪・刑事裁判所。国立公文書館デジタルアーカイブ、治罪法審査総裁及委員ヲ命ス

⁶⁷ 太政類典・第三編・明治十一年～明治十二年・第八十八巻・治罪・刑事裁判所。国立公文書館デジタルアーカイブ、治罪法草案編成ニ付キ上奏。

⁶⁸ 太政類典・第三編・明治十一年～明治十二年・第八十八巻・治罪・刑事裁判所。国立公文書館デジタルアーカイブ、治罪法草案編成ニ付キ上奏

⁶⁹ 太政類典・第四編・明治十三年・第五十八巻・治罪・刑事裁判所。国立公文書館デジタルアーカイブ、治罪法草案編成ニ付キ上奏。治罪法草案註釈第四編第五編合巻竣功ニ付進呈

⁷⁰ 『治罪法審査修正案』法務図書館貴重図書目録 XB620 刑事手続法 4-B)。国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。

			内閣 ⁷¹ による修正 ⁷²	
	4	9	元老院へ附議 この段階では陪審制は削除され、480 箇条となっていた	
	7	17	刑法典公布 治罪法典公布	
1881 (明治 14)	3		刑法公定訳（仏文） ⁷³ 出版 治罪法公定訳（仏文） ⁷⁴ 出版	(明治 14 年の政変)
	9	20	違警罪の裁判についての太政官第 48 号布告	
	10	12		国会開設の勅諭
	12	28	第 48 号を変更する太政官第 80 号布告（例外なく警察署長が違警罪の裁判を行う）	
1882 (明治 15)	1	1	刑法と同時に施行	条約改正予備会議開催（1 月 25 日～7 月 21 日まで、21 回）
			Projet(Accompagné d'un Commentaire) 出版（8 月以降？） 治罪法注釈（森順正他訳）	

(5) 本論各章の概説

治罪法に関する従来の研究では、治罪法制定過程の時系列にしたがっての詳細な検討はなされてこなかった。さらに『1879（明治 12）年 Projet』の検討、『治罪法公定訳』への言及を、先行研究のなかに見出すことができなかった。

そこで、時系列をふまえ、目次で挙げた点について考察する。

まず 1 として、先行研究について検討する。先行研究は主に 3 つの分野（法制史、刑事法、法社会学）からなされているが、私の見たところ、それぞれの分野の研究相互間の交流があるとは思えない。

制定過程を多角的に検討するためにも相互に関連をもたせるようにしていくことが

⁷¹ 1873（明治 6）年の官制改革で太政官左院に設置された、諸参議が構成する合議体。浅古 弘、伊藤孝夫、植田信廣、神保文夫編『日本法制史』青林書院、2010 年、p.255 参照。

⁷² 『治罪法修正趣意書 完』、法務図書館貴重図書目録 XB620 刑事手続法 6）。国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。第 1 条から第 184 条までで終わっている。

⁷³ Code Pénal promulgué par le décret N° 36, le 7^e mois de la 13^e année de Meiji. Tokio, Imp. Impériale, Meiji 14. 法務図書館貴重図書目録 XB600 刑法 10-A)。国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。

⁷⁴ Code de Procédure Criminelle. promulgué par Le Decret n° 37 le 7^e mois de la 13^e année de Meiji. (Traduction). Tokio Imprimerie Impériale 3^e mois 14^e année de Meiji.

今後必要である。そのために、日本近代法制史の分野においては、基本事項として、現在出版・公開されている資料相互の関係を整理し、各資料の間の関連性を検討しておくことが必要である。

先行研究については、上記の観点から、主として日本近代法制史の分野におけるものを検討する。

2では『1879（明治12）年 Projet』と井上操他訳の『治罪法草案直訳』について検討する。法務図書館貴重図書目録の記述によって推測すれば、『治罪法草案直訳』はボアソナードの仏文草案と並行して作成されたと思われる。そしてこの直訳は治罪法草案取調掛での審議のための原案として浄書されたものが配布されたか、あるいは版が作られ、印刷されたものが配布されたと想定することができる。ただ、大木司法卿に上呈された『治罪法草案』と『1879（明治12）年 Projet』とが上申されたときの上申書類のなかにこの直訳は含まれていない。この上申のときには、この直訳は現在目にできるような形で製本されていなかったとも考えられる。さらに、『1879（明治12）年 Projet』art.246bisが『治罪法草案直訳』に第246条（補）として反映されている。art.246bisの追加の時期によっては、『治罪法草案直訳』の作成時期についても再検討の必要が生じる。この直訳が現在目にすることができる形で製本された時期と、製本された意義について考察する。

3では治罪法草案審査局と内閣のそれぞれの役割について検討する。治罪法草案審査局の読会については、「村田本『治罪法草案第二読会修正主意書』」が向井健、矢野祐子の両氏により公表されている。

ここでの修正では陪審制は残されていた。しかしその後行われた内閣による修正で陪審制に関する条項が削除され、それに伴う修正も行われた。治罪法草案審査局の性格、および、審査局と内閣のそれぞれの役割についての考察も、治罪法の制定過程を考えるうえで重要である。

さらに、(2)で述べたように、この段階で「責付」の規定が付け加えられた。この規定は現行刑事訴訟法まで引き継がれている。この意味についても考察したい。

4では陪審制に関する条項の削除について検討する。陪審制の削除は、誰もが指摘するように治罪法制定過程における最大の問題であり、避けて通れないものである。

陪審制に関して井上毅の反対意見が有名であり、一般に、陪審制の削除に果たした井上の役割が強調されている。しかし、井上毅が治罪法制定の過程にどのように関与したかを明確に示す資料は、現在のところ見当たらない。また陪審制の削除について、その理由に井上の意見がどの程度反映されているかを示す資料も見当たらない。

治罪法制定過程のなかで最も重要な陪審制の削除についての検討も、推測の域を出ないのであるが、そのなかで可能な限り削除の理由を考察したい。

5では公定訳と1882（明治15）年 Projet(Accompagné d'un Commentaire)との関係について考える。治罪法の公定訳は法務図書館貴重図書の中には見当たらないが、国立国会図書館、法務図書館、内閣文庫でその存在を知ることができる。公定訳が出版さ

れてから 1 年半程度で、治罪法の施行後早くも 8 ヶ月、遅くとも 1 年以内に *Projet(Accompagné d'un Commentaire)* が出版された。刑法の *Projet (Accompagné d'un Commentaire)* が *révisé* というかたちで施行後 4 年、公定訳の出版から 5 年後に出版されたのとは対照的である。治罪法についてなぜ *Projet(Accompagné d'un Commentaire)* の出版が急がれたのか、その理由について考察したい。

最後に 6 で「制定過程のわかりにくさと法典編纂過程における治罪法の位置づけ」
として、治罪法制定過程についての私の見解をまとめる。

1. 治罪法についての先行研究

(1) 概要

これまでの治罪法の主な研究は、分野・研究者ごとに以下のようにまとめることができる。

日本法制史 …… 向井健、矢野祐子

刑事法 …… 青柳文雄、小田中聡樹、横山晃一郎、内田一郎、沢登佳人

法社会学 …… 利谷信義（陪審制の研究）

近代日本法制史の分野での先行研究として、古くは、小早川欣吾『明治法制史論 公法之部 下巻』¹「第四、第四章、第二章刑事訴訟法典の編纂過程」（p.1059 以下）があり、そこでは治罪法の内容が簡潔にまとめられている。しかし同書には『草案比照治罪法』²を参照したことは明記されているが、それ以外の参照文献は明記されていないので、同書についての検討は困難であった。

なお、『1882（明治 15）年 Projet』の口語訳を試みたものに、中村義孝、「ボアソナード刑事訴訟法典草案」³があるが、条文は 650 条全部について訳されているものの注釈は部分訳に止まっている。

ここで気づくように、近代日本法制史の分野における研究が意外に少ない。『Projet de Code (1882)』の復刻版が 1986 年に出版されてからかなりの時がたっているのに、これを素材とする研究にはほとんど手がつけられていない状態である。原因としては、治罪法の制定過程を具体的に明らかにする資料がまったくといってよいほど見つかっていないことにあると考えられる。その一方、既存の、復刻されたボアソナードの著作、法務図書館貴重図書、法務図書館、国立国会図書館及び内閣文庫で公開されている資料、特にフランス語や英語で書かれた資料は、近代日本法制史の分野では手つかずで、いわば「たな晒し」された状態である。新たな資料を探すことと既存の公開されている資料を研究することとは並行して行われなければならないが、近代法制史の分野では既存の公開されている資料の研究には重点が置かれていない。

そのなかで、向井健、矢野祐子両氏による「村田本『治罪法直訳』」⁴、「村田本『治罪法草案審査局第二読会修正趣意書』」⁵の発見、公表とこれらの資料の解説は、新資料の発見と既存の資料の隙間を埋めるという意味で、数少ない貴重な研究といえる。復刻された 2 つの資料には、当時の状況を知る上で重要な価値がある。また、

¹ 小早川『明治法制史論 公法之部 下巻』（巖松堂書店、1944） 国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収

² 大審院書記局、明治十九年

³ 『立命館法学』2009 年 2 号（324 号）

⁴ 向井健・矢野祐子「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』（慶応大学）68 巻 9 号、1995 年

⁵ 向井健・矢野祐子「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』（慶応大学）69 巻 3 号、1996 年

「村田本『治罪法直訳』」をもとにした矢野氏の「ボアソナードと、その法思想」⁶は、治罪法草案の制定過程をふまえて草案の内容の研究にまで踏込もうとするもので、そのような問題意識で書かれた論文は、法制史の分野ではこれが唯一であると私は理解している。

ただこれらの論文は、以下に見られるように、いずれも資料の解題に問題点が見られる。

ここでは主として、「村田本『治罪法直訳』」における資料の解題について検討する⁷。

(2) 向井 健 矢野祐子「村田本『治罪法直訳』」における資料解題の問題。

I. 復刻の問題

「村田本『治罪法直訳』」で復刻された『治罪法直訳』⁸が原資料を忠実に再現しているか否かが問題になる。

まず、旧漢字をそれに対応する当用漢字に改めたと思われる箇所が散見される。

旧漢字を当用漢字に改めただけであれば、資料の内容自体に変更を加えていることにはならず、復刻の際に漢字を改めたことを明記すれば問題ない。しかし、この論文にはそのことが明記されておらず、復刻自体の信用性に疑念を生じさせるおそれがないとはいえない。

第 301 条を例にとれば（条文の数字はアラビア数字に変更、以下同様）

村田本直訳

第 301 条 裁判ス可キ事件ノ目次（目録）ハ其訴ヲ受ケタル裁判所書記局ニ登記ノ
順序ニ従ヒ毎日ノ聴訟ノ為メ規定セラル可シ 然レ共其裁判所長ハ未決ノ勾留ヲ
短縮スルカ為メニハ職權ヲ以テシ重大ニシテ且 証 明 セラレタル事件ノ為メニハ
檢察官其他訴訟關係人ノ請求ニ因リテ其順序ヲ変更スルヲ得ヘシ

上申された治罪法草案

第 301 條 訴訟事件ハ書記局ノ簿冊ニ登記シタル順序ニ循ヒ之ヲ公判に付ス可シ
然レトモ裁判長ハ未決勾留ノ日数ヲ減縮スル為メ職權ヲ以テ其順序ヲ變更スルコ
トヲ得重要ナル事由ノ為メ檢察官其他訴訟關係人ノ請求アリタル時モ亦同シ

これらを比べて判断すれば、復刻版と原資料（原本）では、「条」（復刻）は「條」

⁶ 矢野祐子「ボアソナードと、その法思想—陪審制度をめぐる—考察—」『早稲田法学会誌』第四七卷、1997 年

⁷ 矢野 前掲 における解題（p.336～p.338）では「村田本『治罪法直訳』」でなされている解題がそのまま用いられているので、ここでは「村田本『治罪法直訳』」の解題を検討する。

⁸ 向井・矢野「村田本『治罪法直訳』」p.85. 以下。「治罪法直訳 三百一条ヨリ六百五十条マテ 村田保蔵書・ 村田」と記載されているが、「条」は「條」ではなかったかという疑問がある。

(原本)、「聴」(復刻)は「聽」(原本)、「權」(復刻)は「權」(原本)、「檢」(復刻)は「檢」(原本)、「変」(復刻)は「變」(原本)の違いがあると思われる。

村田本直訳は、治罪法草案審査局掛紙に浄書されている⁹ことから、手書きの資料であると推測されるが、使用されている漢字は恐らく旧漢字であったのではないかという疑問は当然生じる。

次に、改行による「項」の明確化の問題がある。

治罪法草案審査局の審査の対象となっている治罪法草案が「項」ごとに行を変えており、「項」を明瞭にしていることから、恐らくこの復刻版の原資料も「項」ごとに改行しているものと思われる。

「項」ごとの改行は、江戸時代末期から外国の法典を翻訳する際、「項」を明確に認識できるようにするため、すでに行われていた¹⁰。箕作麟祥訳の「仏蘭西法律書」¹¹も同じであり、1877(明治10)年の『日本刑法草案』¹²でも「項」ごとに改行がなされている。法案の翻訳を担当する者が「項」ごとに改行を行わないとは考えられない。

復刻版では「項」ごとに改行しているか否かが明瞭に示されていない。

恐らく条文中に1文字分のスペースが空いている箇所が、原資料で改行がなされているところだと、私は推測している¹³。

「村田本『治罪法直訳』」p.85以下で復刻されている資料に目を通す限り、当時の諸々の資料を見れば旧漢字の使用や「項」分けのための改行は常識であることから考えて、復刻・印刷の際、原資料の体裁に何らかの変更を加えた形跡があると見ることができるが、解題ではそこには触れられていない。

以上の点で、この復刻には、その方法自体にやや疑問が残る¹⁴。

II. 翻訳された範囲の問題

「村田本『治罪法直訳』」に収録されている条文は第301条から第530条までである。上申された治罪法草案では「第三編 公判」の部分に該る。

「村田本『治罪法直訳』」の解題では、第1条から第650条まで同系統の翻訳が存在し、ここに収録されているものはその一部であるとの明確な記述はなされていないが¹⁵、この「村田本『治罪法直訳』」が第301条から第530条までの訳に限定されてい

⁹ 向井・矢野 前掲 p.82.

¹⁰ 『和蘭政典』上、下、神田孝平訳 1848年校定、1868年出版。国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収

¹¹ 国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。「箕作麟祥」または「仏蘭西法律書」で検索可能。

¹² 法務図書館貴重図書目録 XB600 刑法 7-A)。国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。

¹³ 村田文書は貴重文書であって、原資料を直接閲覧する機会を得ることができなかったのも、このように推測した。

¹⁴ 向井・矢野「村田本『治罪法草案審査局第二読会修正趣意書』」でも、漢字は当用漢字になっているが、原本が旧漢字を用いているかについての説明はない。

¹⁵ 向井・矢野「村田本『治罪法直訳』」p.83 「審査局の審査修正作業の叩き台にする草案として使用する目的で、ボアソナードの仏文原案の翻訳本が何部か作成され、両者がその一部であった」との記述からは、同系統の翻訳が650条全体に及んでいたとも、及んでいなかったとも受け取れる。

ると述べてもいない。かえって、第 1 条から第 650 条まで全体に及ぶ同系統の翻訳が存在していたような表現をしている¹⁶。しかし、解題では、村田本および鶴田本¹⁷の表紙には、両者とも「(三百一条ヨリ至六百五十条)」の記載があるが、実際には村田本で第 530 条鶴田本では第 529 条の途中で終わっているとのことである¹⁸。第 531 条から第 650 条(上申された治罪法草案では、第四編 大審院ノ職務、第五編 裁判執行、復権及ヒ恩赦)まで訳されたと推測させる根拠は挙げられていない。第 1 条から第 300 条までの条文についても、村田本「治罪法直訳」と同じ系統の訳があったと推定する根拠が明らかにされていない。草案全部について同系統の訳があることを裏付ける資料が見つからない限り、現在のところ、村田本「治罪法直訳」で翻訳された草案は第 301 条から第 530 条までであって、それ以外に同系統の訳は存在しないと考えのほうが正しいと思われる。

Ⅲ. 「仏文の治罪法草案」について

「村田本『治罪法直訳』」解題(2)では、「現在まで、ボアソナード作成の『仏文の治罪法草案』は存在が確認されておらず、その内容は先述の井上・高木・大島・木下の共訳による刊本『治罪法草案直訳』を手がかりにしておき、窺知することができた」と述べられており¹⁹(引用のため「」は『』とした)、『1879(明治 12)年 Projet』には言及されていない。

上記「解題」の「現在まで、ボアソナード作成の『仏文の治罪法草案』は存在が確認されておらず」という直接の根拠は、法務図書館貴重図書目録に『治罪法草案直訳』と『1879(明治 12)年 Projet』との関係は記載されておらず、同 Projet は上申された『治罪法草案』の「原書」と記載されていることにある²⁰と思われるが、同論文ではこの点についての言及はなされていない。さらに、同論文にいう「ボアソナード作成の『仏文の治罪法草案』」が、ボアソナード自筆の手稿を意味するのか、刑法草案会議に提出された「原案(l'avant-projet)」に類するものが治罪法草案作成の過程でも存在したことを意味するのか²¹、あるいは『治罪法草案直訳』の「仏文原案」のことをいうのか明らかではない。

たしかに、ボアソナード自筆の手稿は現在まで確認されていない。しかし、以下に見

¹⁶ 向井・矢野「村田本『治罪法直訳』」p.82 この直訳が「少なくとも、審査局の審査修正作業の時点で(一二年一〇月より一三年二月頃まで)」用いられていたとの記述があるが、(一二年一〇月より一三年二月頃まで)というのは審査局の審査修正作業の全期間を含み、審査は『治罪法草案』の第 1 条から第 650 条までを対象にしていたので、村田本「治罪法直訳」と同系統の翻訳も第 1 条から第 650 条までがあったと受取することもできる。

¹⁷ 向井・矢野「村田本『治罪法直訳』」p.85, 注(22)によれば、早稲田大学図書館蔵「治罪法直訳」

¹⁸ 向井・矢野 前掲 p.83

¹⁹ 向井・矢野「村田本『治罪法直訳』」p.82

²⁰ 法務図書館貴重図書目録 XB620 刑事手続法, 1), 2-A), 2-B) 参照

²¹ 向井・矢野「村田本『治罪法草案審査第二読会修正趣意書』」p.74 には「治罪法編纂過程を概観する際に、つねに念頭におくべきことは、治罪法にさきんじて起草作業が開始された旧刑法の編纂過程と、ほぼ同様の手順を経ているという点である」との記述がある。しかし、同論文はその記述の根拠となる具体的な資料を示していない。治罪法制定過程の旧刑法制定過程と対比しての検討は、次の「2. 1879(明治 12)年 Projet と治罪法草案直訳」で行う。

るように、『1879（明治12）年 Projet』はボアソナードの自筆草稿をそのまま印刷したものであり、そこにボアソナード自身による条文の追加がなされている。また次章で見るように、『1879（明治12）年 Projet』 art. 438. (3^{al.}) はボアソナード自身による修正の結果である。これらのことから「ボアソナード作成の『仏文の治罪法草案』」は印刷された『1879（明治12）年 Projet』であるといえることができる。

例えば、『治罪法草案注釈』自叙、p.10 の〔附言〕に「一條ヲ追加シタル時ハ …（中略）… 第二百四十六條第二ハ既ニ千八百七十九年ノ草案中ニ現存セリ」との記載がある²²。これは、他でもなく、1879（明治12）年 Projet がボアソナードによって作成されたものであり、そこにボアソナード自身によって1つの条文が、art.246bis として追加されていることを示している。なお、この art.246bis、は上申された『治罪法草案』中にそれに対応する条文は存在しないが、『治罪法草案直訳』では、第二百四十六條（補）として訳が載っている²³。また、審査局の審査では「第二百四十六條之二（仏文ニ在リ）」（復刻版の記述による）と、art.246bis が審査の対象にされている²⁴。これについて、審査の段階で日本語訳が存在していたか、存在したとしてどのようなものであったかは不明である。

さらに、『治罪法草案註解 第三編』の中に第三百五十九條ノ二という条文とその注釈があり（p.127）、そこには「原案印刷ノ後之ヲ追加ス」との記述がある²⁵。この第359 條ノ2 の条文は『1879 年 Projet』には記載されていない。art.246bis が同 Projet に記載されていることと併せて考えれば、『治罪法草案註解』にいう「原案」とは印刷物である『1879 年 Projet』である。この記載からも『1879 年 Projet』が『治罪法草案』と『治罪法草案直訳』の「原案」であることがわかる。

『仏文の治罪法草案』を『治罪法草案注釈』と『治罪法草案』の「仏文原案」と考えれば、それはまさに、『治罪法草案』とともに上申された『1879（明治12）年 Projet』であって、「存在が確認されていない」ことにはならない。

また、『治罪法草案注釈』自叙のなかに

「修正案既ニ国典ト成テ實行セラル、ノ今日ニ方リ政府ハ原案ノ再板及ヒ其ノ初メ草案ニ附シテ日本譯文ノミヲ公ニセシ註解ノ佛文ノ印刷ヲ命シ …（以下略）…」という記述がある（p.8）

原文は、

“Aujourd’hui que les Projets révisés sont devenus des lois du pays et sont en pleine vigueur, le Gouvernement fait preuve d’une haute impartialité dans la recherche de la vérité, en ordonnant la réimpression des Projets originaux et la publication en français, pour la première fois, du Commenraire qui l’accompagnait dès l’origine et

²² 『1882（明治15）年 Projet』Avertissement, [e] 参照。

²³ 治罪法草案直訳に Projet の art.246bis に対応する条文が存在することは、法務図書館貴重図書目録に記載されている治罪法草案直訳の作成時期についても再検討することが必要である。これについては、「2. 1879（明治12）年 Projet と治罪法草案直訳」で検討する。

²⁴ 向井・矢野「村田本『治罪法草案審査局第二読会修正趣意書』」p.116. 第十七会 一月十一日の箇所。

²⁵ 向井・矢野、前掲 p.137. 参照。

qui n'avait encore été publié que dans la traduction japonaise.”²⁶

このことから、『1879（明治12）年 Projet』が「仏文原案」すなわち「仏文の治罪法草案」であって、『1882（明治15）年 Projet』は「仏文原案」と「仏文での注釈」を再現したものということができる。

なお、治罪法の草案作成過程で「原案（l'avant-projet）」が作成されたかについては、次の「2. 1879（明治12）年 Projet と治罪法草案直訳」で検討する。

IV. 村田本「治罪法直訳」の作成時期

この直訳の作成時期について、「村田本『治罪法直訳』」の解題（2）には、

「残念ながら、村田本『治罪法直訳』の作成時期を確定する資料は欠けるものの、それが、『治罪法草案審査局』の官用罫紙に浄書されているという事実は、少なくとも、審査局での審査作業の時点で（12年10月より13年2月頃まで）、村田本『治罪法直訳』が翻訳され参照されていたことを裏付けるものであろう。」²⁷（引用のため「」は『』に変更、数字はアラビア数字に変更）、との記載がある。

作成時期について検討する前提として、太政官に上申された資料と治罪法草案審査局に配布された資料を明らかにしておくことが必要である。

まず、1879（明治12）年9月25日に司法省より太政官に上申したのは、

治罪法草案 1冊

字書 横文 1冊

となっている²⁸。

字書 横文、については上申書の

「法草字書編輯ニ着手致シ居候ヘトモ未タ脱稿不致尤モ本稿ニ副ヘタル字書ハ別ニ可差出心得ニ候ヘトモ先以テ御照合ノ為メ佛語本相添此段上申仕候也」という記述から、横文というのは佛語本すなわち『Projet de Code de Procédure Criminelle（1879年 Projet）』であったと考えられる。字書が何を意味しているのか現在のところ不明であるが、おそらく『治罪法草案注釈』 第四編 第五編（合巻）の巻末にある「伊呂波順治罪法事項撮録表」（岩野新平訳）のようなものであったと想像することができる。司法省では、このような字書の作成に着手していたが、上申には間に合わなかったようである。

『治罪法草案註解』 第1編は、同年10月4日に、第2編は10月24日に上申された²⁹。

治罪法案審査局には、同年10月24日に、治罪法草案、佛語本（Projetのことと考えられる）、『治罪法草案註解』 第1編が、各5部ずつ配布されたようである。太政類典の中に「先般通達相成候治罪法草案同註解并横文字書トモ六部ノ内審査総裁柳原前光委員河瀬真孝津田出細川潤次郎村田保へ各一部宛配布候処部数不足ニ付左ノ四名

²⁶ Avertissement, p.IX

²⁷ 「村田本『治罪法直訳』」 p.82

²⁸ 太政類典・第三編・明治十一年～明治十二年・第八十八巻・治罪・刑事裁判所。国立公文書館デジタルアーカイブ、治罪法草案編成ニ付キ上奏。

²⁹ 太政類典・第三編・明治十一年～明治十二年・第八十八巻・治罪・刑事裁判所。国立公文書館デジタルアーカイブ、治罪法草案編成ニ付キ上奏。

へハ御省ヨリ直ニ配布方御取計可有…（中略）…十二年十月廿四日」という太政官書記官から司法書記官宛ての文書がある³⁰。不足の4名とは、鶴田 皓、名村泰蔵、昌谷千里、清浦奎吾である。

同年10月29日には『治罪法草案註解』第2編、5冊が配布され³¹、11月1日には9名全員に、治罪法草案、佛語本、治罪法草案註解 第1編、同第2編が行き渡ったようである³²。

同年11月11日には、『治罪法草案註解』第3編が上申されたとの記録があるが³³、審査局への配布の記録は見当たらない。同註解 第1編、第2編の配布から考えて、1週間以内には総裁以下委員全員に配布されたと思われる。

『治罪法草案註解』第4編、第5編（合巻）は翌1880（明治13）年1月15日に太政官に上申された³⁴。審査局への配布の記録は見当たらないが、同年2月27日に『治罪法審査修正案』が上申されたことから見て、日程を考慮すると1月15日当日のうちにかその直後であったと思われる。

字書の作成、配布についての記録は見当たらなかった。

これらをまとめると、記録から見て、治罪法審査局の審査資料は、
上申された治罪法草案
佛語本（Projet）
治罪法草案註解 第一編～第四・五編（合巻）
字書については不明
ということになると思われる。

村田本「治罪法直訳」の作成は早くとも、佛語本（Projet）が配布された1879（明治12）年10月24日以後だと思われる。それ以前に作成されて配布されたものであれば、それを示す何らかの記録があるはずだし、まして司法省や太政官から配布された審査資料が手書³⁵のものであるとは考えられない。

恐らく、「第三編 公判」の部分について、同年11月以降に司法省から字書が配布されたと仮定しても、字書の配布を待つ余裕のない段階でフランス語との対照を行う必要が生じ、急きよ審査局独自の判断で「柳生」他の人物³⁶に翻訳を命じ、その結果この

³⁰ 太政類典・第三編・明治十一年～明治十二年・第八十八巻・治罪・刑事裁判所。国立公文書館デジタルアーカイブ、治罪法草案編成ニ付キ上奏。

³¹ 太政類典・第三編・明治十一年～明治十二年・第八十八巻・治罪・刑事裁判所。国立公文書館デジタルアーカイブ、治罪法草案編成ニ付キ上奏。

³² 太政類典・第三編・明治十一年～明治十二年・第八十八巻・治罪・刑事裁判所。国立公文書館デジタルアーカイブ、治罪法草案ヲ総裁及委員へ分配。

³³ 太政類典・第三編・明治十一年～明治十二年・第八十八巻・治罪・刑事裁判所。国立公文書館デジタルアーカイブ、治罪法草案編成ニ付キ上奏。

³⁴ 太政類典・第四編・明治十三年・第五十八巻・治罪・刑事裁判所。国立公文書館デジタルアーカイブ、治罪法草案編成ニ付キ上奏。治罪法草案註解第四編第五編合巻竣功ニ付進呈

³⁵ 向井・矢野「村田本『治罪法直訳』」p.82 には「浄書されている」との記述がある。

³⁶ 村田本『治罪法直訳』p.83によれば、鶴田文書には「直訳柳生 四五一條ヨリ四七二條マテ一通り」という付箋がある、とのことである。

直訳が作成されたのであろう³⁷と、私は推測する。

この直訳は、現在のところ、審査局段階でなされた『1879（明治 12）年 Projet』の部分訳と考えるのが妥当であると、私は判断している。

V. 訳語の問題

「村田本「治罪法直訳」で、条文の文言に用いられている旧漢字が、復刻にあたり当用漢字に変更されているだけだとした場合には、少なくとも条文の内容自体は忠実に再現されていると見ることができる。

条文の内容に目を移せば、訳語に問題のある箇所がある。

例として第 433 条³⁸をとりあげる。

「村田本直訳」

第 433 条 公訴状ニハ左ノ事件ヲ記スヘシ

- 一 被告事件ノ事柄及ヒ^{キユルバピーテ} 罪^{シヤルジュ}ヲ重クシ又ハ輕クスヘキ状況ノ説明
- 二 被告人又若シ之アルナラハ其³⁹同正犯明瞭ナル指示シ及ヒ此場合ニ於テ重罪ニ各自ノ干預シタル性質及ヒ等級
- 三 被告人ノ^{デシヤルジュ}便利又ハ不便利ニ於テ糾問中取集メタル緊要ナル証拠又懲憑ノ申述ヘ公訴状ニハ被告人ノ差示シ事柄ノ法律上ノ罪名称刑法ノ法大⁴⁰ノ差示シ及重罪院ニ送付ノ命令又ハ判決ノ記載ヲ約言シテ之ヲ畢フヘシ 公訴状ニハ之ヲ記シタル官吏手署スヘシ

『治罪法草案』

第 433 条 公訴状ニハ左ノ條件ヲ記載ス可シ

- 一 被告事件ノ顛末及ヒ罪ヲ重クシ又ハ輕ク可ヘキ模様
- 二 被告人ノ氏名、年齢、身分、職業、住所、出生ノ地又共犯アルトキハ其氏名、年齢、身分、職業、住所、出生ノ地及ヒ重罪ニ干預シタル情状
- 三 豫審ニ於テ集取シタル原被ノ重要ナル証拠

又公訴状ニハ被告人ノ氏名、罪名、法律ノ正條及ヒ其事件ヲ重罪裁判所ニ移スノ言渡アリタルコトヲ略記シテ其結文ト為ス可シ
公訴状ニハ之ヲ作リタル官吏署名捺印ス可シ

『治罪法草案直訳』

第 433 条 公訴状ニハ左ノ事件ヲ記スヘシ

³⁷ 向井・矢野「村田本『治罪法直訳』」p. 83 では「急ぎの翻訳であったことを推測させる」と書かれている。

³⁸ 向井・矢野 前掲 p.104。（条文の数字はアラビア数字に変更）

³⁹ 『治罪法草案直訳』に照らせば、原資料の「其」の後に「共」の文字がなければならない。復刻の際見落とされたか、あるいは原資料で「共」の文字が抜け落ちていたかのいずれかであろう。

⁴⁰ ここは「大」ではなく「文」であろう。手書きである原資料を復刻する際に見誤ったのではないだろうか。

第一 被罪事件及ヒ^{キユルバビーテ} 罪^{アツキユセー} フ重クシ又ハ輕クス可キ情狀ノ説明

第二 被-罪-人又若シ共同正犯アルトキハ其共同正犯ノ明瞭ナル指示及ヒ此場

合ニ於テ重罪ニ各自ノ干預ノ性質及ヒ等級

第三 被罪人ニ罪責ヲ負ハシメ又ハ之ヲ免カレシメル豫審中ニ集取メタル緊要ナル證據又ハ懲憑ノ申述

公訴狀ハ被罪人ノ指示、事柄ノ法律上の名稱、刑法ノ法文ヲ指示シ及ヒ重罪院ニ送付ノ命令又ハ審判を約言シテ之ヲ畢フ可シ
公訴狀ニハ之ヲ記シタル官吏手署スヘシ

(条文の番号はアラビア数字に変更)

ちなみに『Projet』⁴¹は

art.433. L'acte d'accusation contiendra :

1° L'exposé des faits incriminés et des circonstances qui peuvent aggraver ou atténuer la culpabilité ;

2° La désignation précise de l'accusé, de ses co-auteurs ou complices, s'il en a, et , dans ce cas, la nature et le degré de la participation de chacun d'eux au crime ;

3° L'énoncé des principales preuves ou les indices recueillis dans l'instruction, soit à charge, soit à décharge.

L'acte d'accusation se terminera par un résumé contenant : la désignation de l'accusé, la qualification légale du fait, la désignation des textes de la loi pénale et la mention de l'ordonnance ou de l'arrêt de renvoi devant la cour criminelle.

L'acte d'accusation sera signé par l'officier qui l'aura rédigé.

「村田本直訳」の第1項第3号に、「^{デシヤルジュ}便利又ハ^{シヤルジュ}不便利ニ於テ」という文言がある。

これはルビから見て、“soit à charge, soit à décharge” の訳であると考えられる。

“charge” は「負担」「不利な事実」を意味する⁴²。“décharge” は反対に「負担の軽減」「責任の免除」を意味する⁴³。“soit à charge, soit à décharge” は「不利に、あるいは有利に」と訳することがあっても、「不便利にあるいは便利に」と訳することはで

きない。まして順番を変えて「^{デシヤルジュ}便利又ハ^{シヤルジュ}不便利ニ於テ」と訳していることには大いに違和感を覚える。

⁴¹ 国立国会図書館近代デジタルライブラリーで公開されているものを転記した。

⁴² 『新スタンダード仏和辞典』大修館書店、1987年。

⁴³ 『新スタンダード仏和辞典』大修館書店、1987年。

ちなみに、上申された『治罪法草案』での該当箇所は「原被ノ重要ナル証憑」となっており、井上操他訳の『治罪法草案直訳』の該当箇所は「罪責ヲ負ハシメ又ハ之ヲ免カレシメル」となっている。

「村田本直訳」のこの条文の翻訳の担当者は不明である。

上記で指摘した「村田本直訳」のこの部分は、明らかに誤訳と言ってよいと思われる。

なお、「村田本直訳」では、第1項第3号と第2項とが連続しているように見える。原資料では改行がなされているかどうか確認できないが、改行での区別は当然なされていると推測される。恐らく復刻の誤りであろう。

VI. 村田本「治罪法直訳」の資料としての価値

村田本「治罪法直訳」は審査局が独自に命じて作成させた1879（明治12）年 *Projet* の部分訳であり誤訳の部分もあると私は考えているが、そうであっても、いくつかの問題を提起する重要な資料であることには変わりない。

村田本「治罪法直訳」が提起する問題について考える。

① 治罪法審査局の委員たちが、1879（明治12）年 *Projet* と上申され審査対象となった治罪法草案との対比が必要であると考えていたこと。

とすれば、第1条から第300条まで（総則、裁判所の構成、捜査）についてはどのようにしたのか？

なぜ、第3編以後だけの訳を命じたのか？

② 恐らく、1879（明治12）年11月11日からそれほどたたないうちに『治罪法草案註解』第3編が配布されたであろうことから、読会は遅くとも同年12月中旬に開始されたと考えられる⁴⁴。

それまでに必要な字書は司法省から届けられたか？

もしかすると、字書のかわりに井上操他訳『治罪法草案直訳』のうち「総則」（第1条から第30条）、「第一編 防止裁判所ノ構成及ヒ管轄」（第31条から第105条まで）、「第二編 罪の捜索起訴及ヒ豫審」（第106条から第300条）が、審査の開始に間に合う時期⁴⁵に配布され、その時点では第三編以後の配布の時期が未定だったので、急きょ別に直訳を作成させた可能性も否定できない。

③ 村田本「治罪法直訳」には、“soit à charge, soit à décharge”を「^{デシヤルジュ}便利又ハ^{シヤルジュ}不便利ニ於テ」と誤訳している箇所が、第433条のほかにもある（第478条）。

誤訳ではないが、適切とは思えない訳語もある。「村田本直訳」では重罪院の“Président”を「上席人」と訳している（第452条以下）が、これは審議の対象にな

⁴⁴ 向井・矢野「村田本『治罪法草案審査局第二読会修正趣意書』」 p.85。第3会は明治12年12月22日に開催されている。

⁴⁵ 向井・矢野 前掲によれば、第2編の審査は明治12年12月22日に開始されており（第3会）、p.85、第3編の審査は同27日に開始されている（第7会）、p.94。

った治罪法草案のように「裁判長」と訳するのが普通である⁴⁶。

また、訳として不適切な箇所例として第 483 条を挙げ、草案、草案直訳、Projet と対照すると：

「村田本直訳」

第 483 条 若シ重罪ノ大イサ人ノ民法上ノ身分又ハ被告人若シクハ被告人⁴⁷ノ身ニ於ケル他ノ身分ニ管スル条件ニ依リ多少変換スルヲ得ルトキハ上席人ハ此事項ニ付キ弁論中ニ出シタル証拠ノ如何ニ拘ラス其別段ノ問題ヲナササルヘカラス刑法書第百九条ニ定メタル場合ニ於テ再犯加重ノ情状又ハ官吏ノ身分ニ付テモ亦前項ニ同シ

『治罪法草案』

第 483 條 被告人又ハ被害人ノ身分ニ因リ罪ヲ變更スルトキハ証憑ノ如何ニ拘ラス其身分ニ付キ各別ナル問題ヲ付ス可シ
刑法書百九条ニ定メタル再犯又ハ官吏タルノ身分ニ因リ加重ノ模様アルトキモ亦前項ニ同シ

『治罪法草案直訳』

第 483 條 若シ被罪人若クハ被害人の民^{エタシヴキル}-法-上-ノ-身-分又ハ他の身位ニ依リ重罪ノ輕重ヲ多少變換スルヲ得ルトキハ裁判所長ハ此事項ニ付キ辨論中ニ出シタル證據ノ如何ナルニ拘ラス別段ノ問題ヲナサハル可ラス
刑法第百九條ニ定メタル場合ニ於テ再^{レシジヴ}-犯又ハ官吏ノ身分ニ付テノ加重ノ情狀ニ於テモ亦前項ニ同シ

(条文の数字はアラビア数字に変更)

『Projet』

art.483. Lorsque la gravité du crime pourra se trouver modifiée, en plus ou en moins, par une condition relative à l'état civil des personnes ou par une autre qualité personnelle, soit dans l'accusé, soit dans la victime, le Président devra en faire l'objet d'une question distincte, quelles que soient d'ailleurs⁴⁸ les preuves fournies à cet égard aux débats.

⁴⁶ 治罪法草案直訳では、「裁判所長」と訳されている（第 452 条以下）が、特定の事件を裁判する法廷での“Président”であるから、訳語としては「裁判長」の方が適切であるように思う。このことから、治罪法草案直訳は、治罪法取調掛が治罪法草案を作成するための原案であったと推定される。

⁴⁷ この部分は「被害人」でなければ意味が通らない。もともと「被告人」であったのか、あるいは復刻の際誤って「被告人」としたのかは不明である。

⁴⁸ 国立国会図書館近代デジタルライブラリーで公開のものを転記。なお原文では *dailleurs* となっており、明らかに誤植であるので（1882 年 *Projet* では *d'ailleurs* になっている）、私の方で訂正した。

Il en sera de même de la circonstance aggravante de récidive, ou de la qualité de fonctionnaire, dans le cas prévu à l'article 109 du Code pénal.

この条文は、被告人と被害者の身分によって刑の重さが変わる場合の規定であるが、「村田本直訳」ではその意味が伝わらない。

とすれば、「村田本直訳」はどの程度参考にされたのか？

『治罪法草案直訳』を参照することができれば、「村田本直訳」は必要ないように思える。

④ 先の第 433 条の検討と③から、『Projet』の内容を検討するのに最も適しているのは井上操他訳の『治罪法草案直訳』である。

第 3 編（裁判）の審査は翌 1880（明治 13）年 1 月 13 日から行われたが⁴⁹、それまでに、井上操他訳の『治罪法草案直訳』のうち「第三編 罪ノ裁判」「第四編 破・毀・院ノ裁判」「第五編 裁判ノ執行 復・權 及ヒ 恩・赦」の部分が参照できる状態にあったかという問題が生じる。

清浦奎吾⁵⁰と名村泰蔵⁵¹が委員として参加していることから、字書が、司法省が当初予定していたような形で完成していなくても、『治罪法草案註解』も配布されおり、『治罪法草案直訳』を参照することができれば、彼らが、佛語本（Projet）の内容や草案に至った経緯を説明することができる。

『治罪法草案直訳』を委員が参照できる状態にあったとすれば、村田本直訳はとりあえず作成されただけであったと考えることができ、第 650 条までの翻訳を予定しながら第 531 条以下の翻訳がないことも納得できる。

⑤ 配布された、治罪法草案、佛語本（Projet）、治罪法草案註解 全 4 巻の印刷物は、審査終了後もそれぞれの委員が所持していたのか、あるいは回収され太政官あるいは司法省に返却されたのか？

もし、回収されたのであれば、村田文書や鶴田文書のなかに井上操他訳の『治罪法草案直訳』の存在が確認できないとしても⁵²、字書のかわりにその『治罪法草案直訳』が閲覧に供され、審査終了後に太政官あるいは司法省に返却された可能性も存在する。

上記の疑問が解決されれば、治罪法制定過程の具体的な姿が今よりも明らかにされるであろう。しかし、現在、私は上記の疑問を解決できるだけの資料を見つけることができない。

⁴⁹ 向井・矢野「村田本『治罪法草案審査局第二読会修正趣意書』」p. 121。第 19 会

⁵⁰ 利谷「天皇制法体制と陪審制度論」p.542, には「清浦は司法卿が要求した治罪法編纂委員からの参加である」との記述がある。

⁵¹ 名村は治罪法草案編纂委員に名を連ねておらず、治罪法草案取調掛に加わっていたか不明であるが、「仏国治罪法講義」には口譯として名が出ており、刑法取調掛では翻訳を行うという重要な役割を担っていた。

⁵² 村田文書は慶応大学内に、鶴田文書は早稲田大学内にあるが、それらの目録を確認することができなかったのも、私としては、現時点では本文のように述べるしかない。

VII. 小括

以上で、向井 健 矢野祐子「村田本『治罪法直訳』」における資料解題の問題の検討を終える。

向井 健 矢野祐子「村田本『治罪法直訳』」、矢野祐子「ボアソナードと、その法思想」における主張、すなわち、ボアソナード作成の「仏文治罪法草案」（上記Ⅲ．で検討したように、これが何を具体的に指しているのか明確ではない）は現存せず、村田本「治罪法直訳」がボアソナードの「仏文原案」にもっとも近い資料だという主張を検討するにあたり、法務図書館貴重図書に掲載された文献をはじめとして、現在公開されている諸資料に目を通す必要性を改めて認識した。その過程で、法文等で使用されている漢字の問題、条文での項ごとの改行の問題、また『治罪法草案直訳』の作成時期の再検討の必要性、さらには、治罪法草案審査局が審査にあたりどのような資料をもとにしていたかを明確にする必要性に気付いた。

その意味で、これら 2 つの論文は、私にとっては、検討材料として非常に有意義なものであった。

一方、「村田本『治罪法草案審査局第二読会修正趣意書』」で復刻されている資料は、参考資料としての価値が高い⁵³。

これが、現在の私の見解である。

(3) 沢登佳人・中川宇志「明治治罪法 of 精神」⁵⁴の視点

I. 概要

この論文の問題意識は、この論文が掲載された 1987 年の時点で見ても、現行の刑事手続きは「超糺問的」であるとし、そのルーツは治罪法を歪曲した解釈・運用にあり、そのような歪曲が生じた原因は陪審制度の不採用にあるとする⁵⁵。

「明治治罪法 of 精神」は 2 つの章に分かれる。

第一章では

青柳文雄「明治期におけるフランス刑訴の受容と修正（『法学研究』五〇巻二号、一九七七年、一～一四頁）」

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』二〇巻三号、一九七七年、五五～五七頁）」

小田中聡樹 『刑事訴訟法の歴史的 analysis（日本評論社、一九七六年）』

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』五一巻三～四合併

⁵³ 利谷「天皇制法思想と陪審制度」、三 治罪法の編纂過程と陪審制度、(1) 治罪法の編纂、注 (8) p.554 では「草案の変化の過程とフランス治罪法との比較については将来の課題としたい」と述べられている

が、「村田本『治罪法草案審査局第二読会修正趣意書』」で復刻されている資料は、一部とはいえその課題に充分応えるものであり、復刻されたものは、旧漢字を当用漢字に改めただけであることが明確にされていれば、第 1 級の資料であることには間違いはない。

⁵⁴ 沢登佳人・中川宇志「明治治罪法 of 精神」『法政理論』（新潟大学）19 巻 3 号、1987 年

⁵⁵ 沢登・中川 前掲 p.2 検察・警察の捜査を、超糺問捜査であるという。同 p.6 「検察・警察の超職権主義的捜査と恣意的有罪認定」なお、同 p.8, 36, 37 参照。

合、一九八五年、二一七～二四九頁）」

内田一郎 「刑事裁判の近代化—明治初期から旧刑訴まで—（『比較法学』三巻二号、一九六七年、一～三〇頁）」

吉田常次郎 「日本刑事訴訟法小史（『法学新報』七四巻九・一〇号、一九六七年、三三～五七頁）」

等の諸論文を批判することで、治罪法の内容を明らかにしようとする。

Ⅱ． 沢登・中川両氏による青柳氏に対する批判

沢登・中川両氏による上記諸論文に対する批判のほとんどは、青柳文雄「明治期におけるフランス刑訴の受容と修正」（この箇所では青柳論文という）に充てられている。

青柳論文は、「母法たるフランス法との差異を探」⁵⁶という観点から治罪法と明治刑訴法とを論じており、その考察は、治罪法の条文、治罪法下での実務、明治刑訴法にまで及んでいる。そして沢登・中川両氏は、主に大革命以後のフランス法との比較に基づいて、青柳論文でなされているそれらの考察を批判している。ここでは、治罪法制定過程と治罪法の条文の理解に関するものを検討する。

沢登・中川「明治治罪法の問題」（この箇所では沢登・中川論文という）は、青柳論文の構成の「順序と標題とを次のように改め」

- 1) 検察官制度
- 2) 予審と公判
- 3) 陪審制
- 4) 救済手続

上記の4つについて批判を行っている⁵⁷。

上記のうち、2) 3) 4) について、本稿では簡単に要約するに止め、批判の内容に立ち入らない。

2) 予審と公判では「裁判官の民刑交代」「予審調書の取扱い」について論じられているが、そこで挙げられている治罪法の条文に対応する草案の条文について、第3章で対照し条文の内容を検討する。

3) 陪審制では、フランスの陪審制度を「参審制度」だとする青柳論文に対して、人民主権の見地から批判がなされており、本稿で対象とする範囲を越えている。

4) 救済手続についても、沢登・中川論文は、人民主権の見地から批判を行っている。沢登・中川論文では、1987年当時フランスではそれ以前から重罪裁判に対する上訴は破毀院への上告のみであったことを踏まえて「陪審が下した事実認定に対しては上訴すべき裁判所は存在しない」と述べているが、そのフランスでは、2000年6月15日より重罪裁判について“Cour d’assises d’appel”への控訴が認められるようになった。上訴制度についてのフランス法との比較は再検討を要する。

したがって、ここでは、検察官制度についての検討を行う。とくに現行刑事訴訟法における検察官は、警察の捜査を検察官の指揮する(第193条、第194条)と同時に自らも捜査し裁判所の令状の下ではあるが自ら証拠を収集の権限を有している。そのうえ、検

⁵⁶ 青柳文雄「明治期におけるフランス刑訴の受容と修正」p.2.

⁵⁷ 沢登・中川 前掲 p.12 では、標題に用いられている数字はローマ数字であるが、ここではアラビア数字を用いた。

面調書（第 321 条）に証拠能力が付与されるという面では予審判事以上の権限を有している。治罪法における検察官の位置づけを確認しておくことは、現在の検察制度を考える上で必要であると思われる。

1) 検察制度

青柳論文は「二 検察官への信頼」として、3つの項目について説明する。沢登・中川論文にそってまとめれば、①証拠収集権限、②訴追裁量、③起訴の独占（私人訴追制度の存廃）である。このうち、「②訴追裁量」について、青柳論文では、「微罪不検挙という形で既に明治一八年に現れて」おり「当時の司法卿山田顕義…（中略）…の講演がそのはじめとされている」⁵⁸と述べられており、沢登・中川論文もその講演の内容の検証とそれ以後の訴追裁量の歴史の検討に基づき青柳論文を批判している。また、青柳論文は、「③起訴の独占（私人訴追制度の存廃）」について、明治刑訴法で「私人訴追」が廃止されたことを簡単に述べているだけで、民事原告人の起訴に関する治罪法第 110 条以下、公訴権と私訴権に関する治罪法第 1 条及び第 2 条、それらに対応する草案の条文と注釈（『治罪法注釈』及び『1882 年 Projet』）に言及していない。そして、沢登・中川論文は青柳論文に対して「確かに客観義務をもつ準司法官として位置づけられた検察官は、私人の訴追権を斥けて起訴独占へと進むことは客観義務の本家ドイツでも見られたことで、青柳の見解はその限りにおいて失当ではない」し、その上で「なぜそのような位置づけられたドイツ型検察官が歓迎」されたかと問題を提起し、「ドイツ型検察官こそ、絶対主義の代弁者たるにしふさわしかったから」⁵⁹と、その答えを述べている。

以上から、「②訴追裁量」、「③起訴の独占（私人訴追制度の存廃）」について両論文の内容を比較検討することは、「治罪法制定過程」をテーマにした本稿の範囲を越えているので、ここでは立ち入らない。そこで、ここでは「①証拠収集権限」についてのみ検討する。

証拠収集権限について、青柳論文は「検察官については治罪法第三四条がその職務として犯罪の捜査、公訴の提起、裁判執行の指揮、公益の保護を掲げていて、フランス治罪法にくらべると証拠収集の権能を奪っていない点で検察官の権限を広くしている」⁶⁰と述べる。

これに対し沢登・中川論文は、青柳論文は「フランス法でいう『証拠収集』権限とわが法で今日言われている『証拠収集』権限の意味を知らないために生じた誤解である」（引用のため「」を『』に変更、以下引用についても同様）と述べる。

沢登・中川論文によれば、「フランス法の観念では『証拠（preuves）』は予審又は公判で初めて、裁判の起訴として提出されるのであり、従ってその収集は主として予審判事…（中略）…の権限および義務に属し、検察官は原告として被告人同様、かくて収集された証拠を使って公判において弁論を行うことを以って、刑事訴訟法上の主たる任務とする」。そして予審前の段階では、「嫌疑の存在を証明する資料すなわち広義の『証拠』は、公的には未だ『証拠』ではなく…（中略）…『情報、案内、手引きないし参考

⁵⁸ 青柳、前掲 p.4

⁵⁹ 沢登・中川 前掲 p.24

⁶⁰ 青柳、前掲 p.4

資料 (renseignement) 』に過ぎない。正にこの意味において、フランスの検察官は『犯罪に関する情報を集める権限すなわち証憑を捜査する権限はあるが、証拠を収集する権限はない』と言われる」⁶¹と述べる。

沢登・中川論文によれば、「わが治罪法においても検察官は、フランス法に言う意味での『証拠収集』権限は持っておらず、単に情報収集ないし証憑捜査権限のみを持っていた」。これを裏付けるものとして、『治罪法草案注釈 第二篇』p.7 の記述を引用しているが、引用された箇所の前段落から参照するほうが、裏付けとしてはより確実である。

「検察官及ヒ其輔佐官ハ現行犯ノ例外ノ場合及ヒ急速ヲ要スルノ外被告人又ハ証人ヲ訊問ス可カラス又假令ヒ之ヲ訊問スルモ其訊問ヲ證スル調書ヲ作ル可カラスコトヲ以テ原則トス又家宅臨検、家宅搜索、物件差押ヘ並ニ之ニ就テ爲ス所ノ検証ノ手續等ハ總テ検察官ノ預ル所ニ非ス故ニ検察官ハ『證據ヲ聚集ス』ト謂フヲ得ス蓋シ該官吏ハ事實参考トナル可キ者ヲ集取スルニ過キス其事實参考トナル可キ者ハ即チ検察官ヲシテ豫審判事又ハ直ニ裁判所ニ訴フ可キ者タルコトヲ知ラシメ若クハ諸般ノ起訴ヲ爲ス可ラサルコトヲ覺知セシムル者ナリ (看第二百二十二條)

證據ノ正シク生スルハ獨リ豫審判事ノ面前又ハ裁判所ノ法廷ノミスノ如クシテ始テ正シト謂フ可キノミ何トナレハ検察官ハ刑事訴訟ノ原告人ノ職務ヲ行ハサル可カラサル者ナレハ自カラ己ノ陳述スル證據ノ豫備ヲ爲シ又ハ之ヲ創制スルヲ得サルナリ」(ルビ省略)

仏文では

"La ministère public et ses auxiliaires, en principe et sauf l'exception de flagrant délit ou d'urgence, n'interrogent pas le prévenu, ni les témoins, ou, s'ils le font, il ne dressent pas en forme un acte constatant ces interrogatoires ; ils ne font pas de visites domiciliaires, ne de prequisitions, ni de saisies, ni les constatations qui s'y rapporteraient ; on ne peut donc pas dire qu'ils "rassemblent les preuves ;" ils ne peuvent que recueillir renseignements ou éclaircissement qui leur apprendront s'il doivent saisir le juge d'instruction, ou le tribunal directement, ou s'abstenir de toute poursuite (voy. art. 122).

C'est devant le juge d'instruction ou devant le tribunal seulement que les preuves se produiront régulièrement.

Et il est juste qu'il en soit ainsi : le ministère public devant jouer le rôle de demandeur, le rôle d'une partie en cause, dans le procès pénal qui peut suivre, ne doit pas se préparer, se créer à lui-même des preuves de ce qu'il allègue. "⁶²

さらに、沢登・中川論文では、村田保『治罪法注釈』（巻三、一枚裏～二枚表）を引用し、治罪法における検察官は「証拠収集の権限」をもたないことを確認する⁶³。

『治罪法草案注釈』や『1882 年 Projet』、さらには村田保『治罪法注釈』を読む限り、

⁶¹ 沢登・中川 前掲 p.12.13

⁶² 『1882 年 Projet』n°187. p.212

⁶³ 沢登・中川 前掲 p.16.

沢登・中川論文の青柳論文に対する批判は正しい。

しかし、『治罪法草案注釈』や『1882 年 Projet』が広く一般に頒布されたことを示す資料は、現在まで確認されておらず、村田の『治罪法注釈』もどの程度広まったかを具体的に示す資料は確認できない。

当時の人々が検察官の証拠収集の権限を『治罪法草案注釈』のように考えていたかについては、さらに検討を要する。沢登・中川論文の青柳論文に対する批判の当否は、治罪法制定当時の人々の考え方の把握まで視野に入れた場合、今後の検討課題になると思われる。

Ⅲ. 横山晃一郎「明治五年後の刑事手続改革と治罪法」について

沢登・中川論文が批判の対象にしている、横山晃一郎「明治五年後の刑事手続改革と治罪法」（以下横山論文という）は、私が見るかぎり、治罪法の制定・施行と治罪法制定以前の司法改革との関連を検討する上で重要な研究である。

沢登・中川論文は横山論文について「成文治罪法の検証を省いて」⁶⁴いると批判する。この批判は正しいと思われるが、横山論文は、治罪法をそれ以前の治罪法の「改革された刑事訴訟」の体系化⁶⁵と見る視点に立って論を進めているように見える。沢登・中川論文による批判を読むかぎり、横山論文の視点そのものに対する批判を見出すことはできなかった。

横山論文については、「4 陪審条項の削除」のところで改めてとり上げる。

Ⅳ 沢登・中川論文 第二章について

第二章では、補遺として治罪法全体の構造について考察している。その考察は、訴権、訴追、予審、公判、不服申立制度と治罪法全体に及んでいる。この第二章も、第一章と同様に、比較法的な観点に立って説明がなされているので、その内容の検討には立ち入らないことにした。

Ⅴ. 「明治治罪法の精神」の視点

この論文は、フランス法とドイツ法を一まとめにして「大陸法」と呼び、大陸法系刑事手続は実体的真実主義と職権主義に結び付くという、従来の固定観念⁶⁶を捨て、治罪法の条文そのもの、『治罪法草案注釈』、『1882（明治 15）年 Projet』、さらには大革命以来のフランスの法制度を参照しながら、治罪法の全体像を明らかにしようとしている^{67 68}。このこと自体、研究の視点としては正しいと思う。

近代法制史の方でも、「明治治罪法の精神」で用いられている視点が採り入れられるべきであり、それが治罪法の多角的な検討につながると、私は考える。

⁶⁴ 沢登・中川 前掲 p.63

⁶⁵ 団藤重光『刑事訴訟法講義案,1』1941（昭和 16）年 参照

⁶⁶ 沢登・中川 前掲 p.7.

⁶⁷ 沢登・中川 前掲 p.9～10。

⁶⁸ その意味で、この沢登・中川「明治治罪法の精神」は、先に引用した、利谷の「フランス治罪法との比較」という「将来の課題」に応えるものの 1 つである。

(4) 利谷信義 「天皇制法体制と陪審制度論」⁶⁹

この論文は、おそらく法の継受という問題意識から書かれたものと思われるが、その内容は、豊富な資料⁷⁰を用いた実証的なものである。

この論文については、「3. 司法省審査局と内閣のそれぞれの役割」、「4. 陪審条項の削除」、のところで改めて検討する。

また、同じ著者による「条約改正と陪審制度」という論文⁷¹があり、治罪法制定後の外交交渉と陪審制度との関係を扱っている。これについては、「5. 公定訳と 1882 (明治 15) 年 Projet」、のところでとり上げる。

⁶⁹ 日本近代法制史研究会編『日本近代国家の法構造』に収録、木鐸社 1983 年

⁷⁰ たとえば、治罪法編纂の時期、陪審制の採用を予定した司法省の作業等が『諸法典編纂沿革 (稿本)』に基づいて記述されている (p.536, 538 等)。

この『諸法典編纂沿革 (稿本)』は法務図書館の蔵書検索の対象外のため、直接確認することができなかった。

⁷¹ 『社会科学研究』33 巻 4 号、1981 年、所収。

2. 1879（明治 12）年 Projet と治罪法草案直訳

（1）草案の外国人起草への転換

I 刑法と治罪法への取り組み方の違い

条約改正に向けた具体的な法典編纂作業は、まず刑法典、治罪法典の編纂作業からはじまった。

これら両法典の編纂作業のプロセスの解明に資する資料のうち、現在目にすることのできるものに、『仏国刑法講義』¹、『仏国治罪法講義』²がある。

これらは、日本人の手による草案起草のための勉強会での内容を記録したものと見ることができる³。

『仏国刑法講義』では、始めに日本人側から「律と泰西の法律との折衷」という方針が提示され、ボアソナードが質問に答える形をとっている。その一方『仏国治罪法講義』では、第五号（明治八年二月二十八日）から、質問が散見されるが、大部分はボアソナードによる説明に終始している。

おそらく、当時の人々の関心は、罪刑法定主義や類推解釈の禁止という近代刑法の基本原則を理解することと、その基本原則にそって具体的な犯罪行為と刑罰を定めることにあり、それまでの「律」では実体法と手続法を一緒に規定していたこともあって、刑事手続を独立の法典で扱う必要は認めても、その意義について十分理解していなかったと思われる。

この『仏国治罪法講義』は、第一號 明治八年二月八日から第三十一號 明治八年十二月四日までとなっており、第 1 条から第 216 条まで、日本人側からの質問が散見されるものの、ほとんどが当時のフランス治罪法の逐条解説になっている。但し第 216 条については「第二百十六條ハ前會ニ於テ已ニ説キ了リタリ故ニ之ヲ略ス」となっている。

『仏国治罪法講義』で挙げられている翻訳された条文は、私が見る限り、箕作麟祥訳『佛蘭西法律書 治罪法』⁴で翻訳された条文と同一である⁵。

このように日本人の手による法典編纂のための準備が行われていたが、結局、日本人

¹ 国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。弘令社翻刻版 2 件と岡島真七翻刻版 1 件が収録されている。見やすいのは、『佛國刑法講義第一号（明治八年九月二十五日）～第十六号（明治八年十一月十二日）後第一号（明治八年十二月十日）～後第十六号（明治九年四月八日）

Boissonade, Gustave Emile 講義（司法省/弘令社, 1881-01-01）』である。

なお、いずれの版においても、講義の最初に、佛国法律博士ボアソナード講義、名村泰蔵口譯の記載がある。

² 国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。司法省、明治 11 年 5 月。講義の最初に、佛国法律博士ボアソナード講義、名村泰蔵口譯の記載がある。

³ 大久保泰甫『日本近代法の父 ボアソナード』p.56. 1977 年、岩波新書。ここでは手塚豊「明治一一年法案編纂過程の一考察」（『滝川博士還暦記念論文集・日本史編』、八四一頁）を引用して（p.198 付註（17）参照）法典編纂準備のためであったと述べている。

⁴ 国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。文部省 明治 8 年 12 月。

⁵ 大久保前掲 p.56. には「箕作麟祥の翻訳した『佛蘭西法律書』をテキストとして使用したものと推定されている」との記述がある。

の手による両法典の草案の起草は放棄され、起草はボアソナードに依頼されることになった。

II 草案の起草方針の転換

『日本近代法の父 ボアソナード』によれば、ボアソナードへの草案起草の依頼は、まず、刑法典からはじまった。同書によれば、1876（明治 9）年司法省刑法草案取調掛の作成した草案が、元老院から「不完全である」という理由で審議されないまま差し戻されたことで、司法省は方針を大転換してボアソナードに草案の起草を依頼することにした⁶。

同書の記述によれば、元老院が審議せず差し戻したのは取調掛の草案が「不完全」であるという形式的なものであって、そこから実質的な理由を窺い知ることはできない。

実質的な理由は推測の域を出ないが、日本人が草案を起草すれば、草案の起草だけでも多大な時間を要する（半年で 82 条）。その草案に検討を加えて法律にするまでにはどのくらい時間がかかるかわからないだけではなく、刑法典編纂に続く法典編纂作業そのものの計画が立てられなくなる。さらに、条約改正のためには、できあがった法典が欧米の国々に理解されなければならないが、草案の段階から日本語のみで作成された法典ではどの程度正確に翻訳できるかわからないし、仮に正確に翻訳できたとしても、それが条約改正の前提として認められるかという問題もある。少なくとも刑法典に関して、日本人による起草では「百年河清を待つ」に等しいと当時の日本政府が判断したと見ることができる。

はじめから外国語（フランス語）でそのままだでも法律として通用するような草案ができれば、そこに当時の日本の実情を考慮して加除修正することは容易である。また欧米諸国の人々が理解できるように「公定訳」をつくることも、外国語の草案を参照しながらできるので、はじめから日本語でつくられたものを翻訳することに比べて正確且つ迅速に行うことができる⁷。それで、ボアソナードが、当時日本政府の最高責任者大久保利通の信頼も厚く、博識で経歴も申し分なく、日本の事情にもいくらか通じていることから、司法省は彼に草案の起草を依頼したものと思われる。

治罪法については、刑法のように当初日本人作成の草案が提出されたかは不明であるが、1877（明治 10）年に草案の起草がボアソナードに依頼され、同年 7 月より草案の執筆が開始された。

なお、民法典についても、同書によれば、1878（明治 11）年に箕作麟祥と牟田口通照を中心とした草案が完成したが、翌 1879（明治 12）年 3 月に草案の起草がボアソナードに依頼されることになった⁸。ボアソナードは、同年初めには *Commentaire* の執筆を開始しており、それが終わるとすぐに民法草案の執筆を開始した。

（2）治罪法草案作成過程

—治罪法草案作成過程は刑法草案作成過程と同様の経過を辿ったか？—

⁶ 大久保 前掲 p.114.

⁷ 両 *Projet* と公定訳との対照表を作成したことで、そのことを実感することができた。

⁸ 大久保 前掲 p.134.

I 問題の所在

大木司法卿に上呈され太政官へ上申された『治罪法草案』を作成する過程で、ボアソナードと治罪法取調掛の委員との間で質疑が行われたかについて、刑法における『日本刑法草案会議筆記』⁹に類する資料は治罪法に関して見つかっていない。また質疑が行われたことを具体的に示す記録等の資料も見つかっていない。そこで、現在のところ、刑法草案作成の際になされたような質疑は治罪法草案作成に際してなされなかったという他はないと思われる。

ところが、利谷信義「天皇制法思想と陪審制度論」は、『治罪法草案註解第三編』第438条の註解を例に出して「『治罪法草案直訳』の前にいま一つ草案があった可能性がある」¹⁰と指摘する。利谷のいう「いま一つの草案」があった可能性があれば、治罪法草案作成過程においても、その草案をたたき台とする何らかの会議があった可能性が生じることになる。

この部分は、

『治罪法草案註解 第三編』 第四百三十八條註解
「初め草案に於テハ裁判所々属ノ代言人アラサル場合ニ於テハ裁判所長市邑ニ名望アル者ヲ撰擧シ以テ被告人ヲシテ辨護人ナカラシメ且隣市邑ノ代言人ヲ命センカ爲メ重罪裁判所ノ開廳ヲ遅延スルノ弊ヲ救ハントシタリ然レトモ遂ニ此ノ法ヲ採ラス」

その結果

『Projet』の規定は、
art. 438. (3^{al}.)

A défaut d'avocats inscrits, le Président de la cour invitera le Président du tribunal civil le plus voisin à désigner d'office un avocat de son tribunal.

『治罪法草案直訳』では
第438条（第3項）

右登簿代言人ナキトキハ院ノ裁判長ハ最近ノ民事裁判所ノ長ニ其裁判所所屬ノ代言人ヲ職權ヲ以テ撰ム可キコトヲ請求ス可シ

『治罪法草案』では
第438条（第3項）

若シ其代言人アラサルトキハ裁判所長ヨリ最近ノ始審裁判所長ニ其所屬代言人中ヨリ辨護人ヲ撰任ス可キコトヲ請求ス可シ

に改められた。

⁹ 早稲田大学鶴田文書研究会；第1分冊—第4分冊、早稲田大学出版部、1976-1977

なお、国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収のものは最高裁本。

¹⁰ 利谷信義「天皇制法体制と陪審制度論」p.554. 三（1）注（7）。ここでは、註解の二七八 - 二七九頁としているが二八七 - 二八八頁ではないだろうか。国立国会図書館近代デジタルライブラリー、該当箇所参照。

また、『治罪法草案注釈』の自叙に

「我輩ハ司法省編纂委員トノ論議ニ因リ大ニ輔翼セラレタルコトハ欣然公言スル所ナリ嗚呼若シ之カ輔翼微セハ其細目ニ至ルマテ我輩ノ業焉ンソ能ク其全キヲ致サンヤ」¹¹

“Nous nous empressons, d’ailleurs, que la discussion avec les commissaires du *Shi hô shô* nous a été d’un grand secours et que, sans elle, notre travail aurait été moins complet dans ses détails.”¹²

との記述がある。

この記述は、民法草案の起草について述べている箇所の中にあるが、治罪法草案の起草にあたっても、司法省とボアソナードの間に何らかのやりとりがあったものと推定される。ただ、そのやりとりが「刑法草案会議」のような正式の会議であったとする資料や記録は現在のところ確認できない。そこで、治罪法草案作成過程におけるボアソナードと司法省との「論議」は、随時の問い合わせのようなものであったと考えるのが妥当であると思われる。上記第 438 条第 3 号の場合、翻訳の際かあるいは日本語草案作成の際、当初の案（弁護人がいないとき名望ある者を裁判所長の職権で弁護人に任命すること）では何か不都合が生じると、司法省よりボアソナードに伝えられ、ボアソナードも納得の上、上記のような規定になったものと推測することができる。

『1882（明治 15）年 Proje』n° 554bis（art. 438 の注釈の追加）の記述

“On avait d’abord songé à permettre au Président de confier la défense à une personne notable de la ville, pour éviter un double écueil, celui de laisser l’accusé sans défenseur et celui de requérir un avocat d’une ville voisine, ce que eût un retard pour la session.”

（上記註解の記述に対応）

を参考にして当初の条文を推測すれば、例えば、

A défaut d’avocats inscrits, le Président de la cour désignera d’office une personne notable de la ville comme un avocat.

のようなものであったと思われる。

当初の条文が上記のようなものであったとすれば、これを『Projet』のように修正することは容易であり、「もう 1 つの草案」の可能性を考えるまでもないと思う。

II. 1879（明治 12）年上申の Proje de Code de procédure criminelle（仏文治罪法草案）と 1877（明治 10）年作成・上呈の Projet de Code penal（仏文刑法草案）

『Projet de Code penal』（仏文刑法草案）が作成されるまでの経過の概略は、『刑法草案注釈』¹³第五号の〔附言〕に記載されている。

「草案編纂ニ付テハ司法省ニ於テ委員ヲ置キ司法卿大木参議總裁ト爲リ當時司法大輔タリシ山田中將委員長ト爲リ司法書記官鶴田、名村、昌谷等ノ諸君並ニ本記者ヲ以テ之ヲ組織シタリ而シテ本記者は原案及ヒ可決案ノ佛文編纂ヲ命セラレタリ其後鹿兒島ノ役起リ山田中將東京ヲ出發セラレタルヨリ鶴田君ヲ以テ委員長ニ任セラ

¹¹ 『治罪法草案注釈』自叙、p.7

¹² 『1882（明治 15）年 Proje.』Avertissement. p. IX

¹³ 『ボアソナード氏 刑法草案注釈 上』法務図書館貴重図書目録 XB600 刑法 11 - A)。国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。

レタリ

編纂ノ事業ハ千八百七十五年九月ニ起リテ千八百七十七年七月ニ終リ稿成テ政府へ上呈シタリシニ政府ハ更ラニ太政官書記官元老院議官ニ之カ審査委員ヲ命シ舊委員ニ命スルニ原案ノ維持ヲ以テセリ

本記者ハ此審査委員中ニハ加ハラサリシ」

“La Commission institué, à cet effet, au ministère de la justice, sous la présidence d'honneur de Mr. Oghi, *Sangi* et Ministre de la justice, se composait de Mr. le Général Yamada, alors vice-ministre de la justice, président, de MM. Tsourouda, Namura et Sakaia, secrétaires au même ministère et de l'auteur de ces lignes, chargé de l'avant-projet et de la réduction en français du text adopté.

Les événements de Satuma ayant, plus tard, appelé le Général Yamada loin de Tokio, la présidence fut confiée à Mr. Tsourouda.

La travail commencé en Septembre 1875 fut terminé en Juillet 1877 et transmis au Gouvernement qui le soumit à une Commission nouvelle composé de secrétaires du *Daijokwan* (Conseil du Gouvernement), de membres du Sénat (*Genro-in*) et des membres de l'ancienne commission chargés de soutenir le premier Projet.

L'auteur de ces lignes ne fit pas partie de cette Commission de Révision¹⁴. “

ここでわかるのは：

- ① ボアソナード自身、「佛国刑法講義」の開始日、1875（明治8）年9月25日から、彼を中心にした刑法編纂作業が開始したと考えていること；
- ② 刑法草案作成にあたってはボアソナード作成の仏文の「原案（l'avant-projet）」が存在したこと；
- ③ さらに、「可決案の佛文編纂（la réduction en français du text adopté）」がボアソナードに命じられたこと；
- ④ La travail から始まる段について私訳を試みると

「1875年9月に開始されたその編纂作業は1877年7月に終了し、政府に移管された。そして政府はその作業を、太政官の書記官、元老院の議官及び当初の草案を擁護する責任を負った旧委員会の委員によって構成される、新たな委員会に付託した」

『Projet de Code pénal』（仏文刑法草案）が1877（明治10）年7月に完成し、元老院に上呈されたことは、仏文でははっきりと述べられていないが、注釈の「稿成テ政府へ上呈シタリ」という記述は仏文草案上呈の事実を述べていると受取ることができる。

ただ、注釈で“soutenir”を“support（英）”，“back up（英）”¹⁵の意味の日本語ではなく「維持」と訳していることから、ボアソナードが、自分の意思が最後まで尊重されるように強く希望していることを示す仏文とは異なり、彼の強い希望は伝わりにくい。

以上の③、④より、『Projet de Code penal』（仏文刑法草案）は、司法省内の刑法

¹⁴ 『Projet révisé de Code Pénal pour l'Empire du Japon. 』 n°5 (b) 復刻版（宗文館書店 1988 年 1 月 1 日発行） p.5.

¹⁵ いずれも『The Concise Oxford French Dictionary.』 second edition. 1980

草案会議（仏文では「委員会 la Commission」）での「可決案（text adopté）」、すなわちボアソナードと日本人委員との間で合意の成り立ったものを、仏文にしたものである。

なお仏文の「原案（l'avant-projet）」について、現在その存在は確認されておらず、それが第何稿まで作成されたのか、さらにそれが印刷物であったか否かは現在のところ不明である。

これに対して、『Projet de Code de procédure criminelle』（仏文治罪法草案）では：

- ① 「原案（l'avant-projet）」について何の言及もない；
- ② 先に見たように、司法省委員（治罪法草案取調掛の委員）との「論議（discussion）」はあったが、この *Projet*（仏文治罪法草案）が「可決案の佛文編纂（la réduction en français du text adopté）」の結果作成されたとは述べられていない；
- ③ 編纂開始時期に関する『治罪法注釈』自叙の
「此草案ノ編纂ハ司法省ニ於テ千八百七十七年七月（明治十年七月）ニ其業ヲ起シ千八百七十八年ノ末ニ至テ全ク成功セリ」

“La préparation de ce *Projet*, commencée au ministère de la justice, en Juillet 1877 (7^e mois de la ^x^e année de *Mei ji*) a été terminée à la fin de l'année 1878.”

（注記号 [a] , [b] は省略）

との記述では、「編纂ノ事業（la travail）」ではなく「此草案ノ編纂（la préparation de ce *Projet*）」が司法省で1877年7月（明治10年7月）に開始されたと述べられている。

この *préparation* は執筆と考えるべきである¹⁶。なお、仏文の本文では司法省で執筆が開始されたとしか書かれていないが、仏文の注 [b] では司法省の委員に「本記者 l'auteur de ces lignes」も加わっている。ここで「本記者」というのはボアソナードのことであり、*auteur*（英語で *author*）は著者、作者を意味する。したがって、上記の文章は、司法省の委員であるボアソナードがこの仏文草案の著者として執筆を開始したと読むことができる。

以上より、*Projet de Code de procédure criminelle*（仏文治罪法草案）の起草は、*Projet de Code pénal*（仏文刑法草案）の起草とは異なり、「可決案の佛文編纂（la réduction en français du text adopté）」の結果ではなく、あえて言えば、司法省との間で何らかのやりとりがあったと推測されるものの、ほぼ完全に、ボアソナードの手に委ねられていたと考えることが可能である。

また、ボアソナードが起草した草案は、当初は彼自身による手書きの草稿であったと考えられるが、日本語へ翻訳する前に仏文で印刷され、翻訳担当者は印刷物となった仏文草案を日本語に翻訳した可能性も否定できない。『治罪法注釈』自叙の中に、註解の起草について、

¹⁶ 『新スタンダード仏和辞典』大修館書店、1987年。ouvrage en préparation を「執筆中の著作」と訳している。

「此註解ヲ編述スルヤ啻ニ三閱月ヲ以テ脱稿ス可キノミナラス尚ホ日々草稿ノ儘ニ¹⁷譯者ニ交付スルヲ要し謄本タモ坐右ニ備ヘ置クコト能ハサリシ」¹⁸

“outre qu’il n’a pu y être consacré que trois mois, a peine, c’était encore une condition très-défavorable que l’obligation de livre, jour par jour, littéralement, notre manuscrit aux traducteurs japonais, sans en pouvoir même garder une copie sous nos yeux¹⁹”

との記述がある。

この、恐らく 1879（明治 12）年の 1 月以後の時点では、日本語による「註解」の作成が急がれていたものと思われる。それゆえ、この註解は仏語では印刷されず草稿から直接日本語に翻訳したもののみが印刷・製本された。

ボアソナードがわざわざこのような記述を行ったことについて、逆に見れば、註解の作成に比べまだ時間に余裕のあった条文の作成時期—1877（明治 10）年 7 月～1878（明治 11）年末まで—には、ボアソナードの手書きの草稿は先ず仏文で印刷されていた可能性が強い。

III. Projet（仏文草案）と日本語草案

刑法の場合 *Projet*（仏文草案）は「可決案の佛文編纂 (*la réduction en français du text adopté*)」の結果であり、治罪法の場合そうではないことをさらに検討するため、*Projet de Code penal*（仏文刑法草案）と『日本刑法草案』、*Projet de Code de procédure criminelle*（仏文治罪法草案）と『治罪法草案』について、それぞれ例として条文を挙げ、仏文と日本語文を対照する。

まず、刑法について、有名な「内乱罪」の規定²⁰は

『*Projet de Code pénal*』

art.134. Tous individus coupables d’avoir pris part à une guerre civile, à une insurrection ou à une sédition armée, ayant pour but, soit de renverser la dynastie impériale du Japon ou de changer l’ordre légal de succession au Trône, soit de soustraire à l’autorité impériale une portion quelconque de territoire du Japon ou de ses dépendance, soit de diminuer les droits et prérogatives de l’Empereur dans le gouvernement du pays, seront, suivant la nature de leur participation, punis comme il suit :

1^o De la déportation perpétuelle et d’une amende de 500 à 5000 yens, ceux qui auront été les instigateurs du crime et ceux qui auront exercé un commandement en chef dans la guerre civile, dans l’insurrection ou dans la sédition ;

2^o De la déportation temporaire et d’une amende de 100 à 1000 yens, ceux qui auront exercé tout autre commandement, tout emploi ou fonction comportant autorité ;

¹⁷ 原文では「儘」と「譯」との間の文字が不明であるが、この部分には「ニ」が入ると考えられる。

¹⁸ 『治罪法草案注釈』自叙、p.9

¹⁹ 『1882（明治 15）年 *Projet*. 』 *Avertissement*, p. x

²⁰ 大久保泰甫『日本近代法の父 ボアソナード』p.119. 参照。

3° De la détection majeure, ceux qui, sans exercer aucune des commandement ou emplois susénoncés, auront participé à l'insurrection.²¹

『日本刑法草案』

第百三十四條 國家ヲ顛覆シ又ハ邦土ヲ僭竊シ其他朝憲を蔑如シ若クハ皇嗣ノ順序ヲ紊亂スルコトヲ目的と爲シ内亂ヲ起シタル者ハ左の區別ニ從テ處斷ス

- 一 内亂ノ教唆者及ヒ其首魁ハ無期流刑ニ處シ五百圓以上五千圓以下ノ罰金ヲ附加ス
- 二 内亂ニ與シテ群衆ノ指揮ヲ爲シ其他威權アル職務ヲ爲シタル者ハ有期流刑に處シ百圓以上千圓以下ノ罰金ヲ附加ス
- 三 内亂ニ與スト雖モ指揮ヲ爲サス及ヒ威權アル職務ヲ爲サハル者ハ重禁獄に處ス

この条文では、少なくとも、仏文と日本文との間での用語の対応関係は確認できる。主なところでは：

日本刑法草案	Projet de Code pénal
國家ヲ顛覆シ	renverser la dynasite impériale du Japon
邦土ヲ僭竊シ	soustraire à l'autorité impériale une portion quelconque de territoire du Japon ou de ses dépendance
朝憲を蔑如シ	diminuer les droits et prérogatives de l'Empereur dans le gouvernement du pays
皇嗣ノ順序ヲ紊亂スル	changer l'ordre légal de succession au Trône ²²
内亂ヲ起シタル者	Tous individus coupables d'avoir pris part à une guerre civile, à une insurrection ou à une sédition armée
教唆者	les instigateurs ²³ du crime
首魁	ceux qui auront exercé un commandement en chef

『日本刑法草案会議筆記』の該当箇所を見れば、第 134 条について、草案とまったく同じ文言の案をめぐっての論議が記されている²⁴。上記対応関係から仏文草案は「可決

²¹ 『Projet de Code pénal pour l'Empire du Japon. 』国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収、

²² これは、皇帝と皇族に対する罪の§（パラグラフ）にある、1810 年フランス刑法第 87 条第 2 項 “détruire ou de changer le gouvernement, ou l'ordre de successibilité au trône” の文言そのままの表現である。

「朝憲を蔑如シ」に対応する仏文は、同第 2 項の “détruire le gouvernement” と同第 3 項の “s'armer contre l'autorité impériale” を合わせたような表現である。

（旧）刑法の「内乱罪」の規定は、内戦、内乱そのものと、それに伴う破壊、略奪の防止を目的とする、1810 年フランス刑法 Libre III, Titre Premier, Section II. § II. と、皇帝と皇族に対する罪を定める同§1. を合わせたような規定になっている。

²³ 現代の辞書では「扇動者」となる。『新スタンダード仏和辞典』大修館書店、1987 年、参照

²⁴ 国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収の最高裁本「五」参照。

案の佛文編纂 (la réduction en français du text adopté) 」の結果であるということが出来る。なお、『日本刑法草案会議筆記』では討議の過程において仏文の「原案 (l'avant-projet) 」が何稿作成されたかについての言及は見られない。

『治罪法草案』の規定について、ここでは、沢登佳人、中川宇志「明治治罪法 of 精神」²⁵— 第一章、A、II、(二) 予審及び公判における証拠の取扱い (2) —で述べられている「治罪法の証拠規則」に関する条文、第 335 条から第 337 条までをとり上げる。捜査段階での調書²⁶を公判でどのように取扱うかは現在でも大きな問題である。現在では、特に捜査段階での証人の供述調書について、憲法第 37 条第 2 項 (反対尋問権の保障、伝聞証拠排除の原則) と刑事訴訟法第 321 条第 2 項 (検面調書) との関係が問題にされているが²⁷、草案のこれらの条文は「直接主義、口頭主義」の立場から予審調書の取扱いを規定している。

以下『Projet de Code de procédure criminelle』(仏文治罪法草案) と『治罪法草案』の条文それぞれについて対比する (条文の数字はアラビア数字に変更) 。

art.335. Toutes les prevues à charge et à décharge admises devant le juge d'instruction le sont également devant les juridiction de jugement.

第 335 條 豫審ニ於テ許用ス可キ証憑ハ公判に於テモ亦之ヲ許用ス可シ

ここでは、“à charge et à décharge” に対応する日本語がない。

art.336. Si l'infraction a déjà été l'objet d'un instruction préparatoire, les procès-verbaux et autre acte de constatation dressés au cours de ladite instruction, par les officiers compétents et en bonne forme, seront lus par le greffier, si l'une des parties le requiert, ou d'office, si le Président estime que la lecture puisse en être utile à éclairer le tribunal.

Toutes les déclarations portées auxdits procès-verbaux, même portant sur des faits vus ou entendus par les officiers eux-mêmes n'auront que la force de témoignages à charge ou à décharge, et pourront être combattues par toutes preuves contraires.

Les officiers qui ont rédigé lesdits procés-verbaux pourront toujours être cités comme témoins par le ministère public, par la partie civile, par l'inculpé, et même appelés d'office par le tribunal.

Le juge d'instruction ne pourra être appelé que d'office ou avec la permission du tribunal et seulement pour donner des explications sur le

²⁵ 『法政理論』 (新潟大学) 19 卷 3 号、1987 年

²⁶ 治罪法において、被疑者の召喚、勾留、証人の証言の聴取、家宅搜索は予審判事の権限であって、予審は予審判事による強制捜査と見なければならないが、当時から日本人側では予審を捜査ではなく裁判と見ていた。磯部四郎『現行日本治罪法講義』上、p. 199 (博聞社、1889)、井上操『治罪法講義』中、p.2 (知新社 1886) (いずれも国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収) 参照。

²⁷ 平野龍一『刑事訴訟法』p.214 (有斐閣、昭和 33 年) 参照

sens de ses procès-verbaux.

第 336 條 裁判長ハ事實ヲ分明ナラシムルニ必要ナリト思料スルトキハ檢察官其他訴訟管係人ノ請求ニ依リ又ハ職權ヲ以テ豫審中規則に循ヒ管轄官吏ノ作りタル調書及ヒ檢証書類ヲ朗讀セシムルコトヲ得
是等ノ書類ハ原被証人の供述と同一ノ効ヲ有ス又反証アルトキハ之ヲ辨駁スルコトを得
調書ヲ作りタル官吏ハ檢察官其他訴訟管係人ヨリ証人トシテ之ヲ呼出シ又は裁判所の職權を以テ之ヲ呼出スコトヲ得
豫審判事ハ裁判所の職權に依リ又は檢察官其他訴訟管係人ヨリ裁判所の允許ヲ得タル上ニテ其調書の説明の爲メニ非サレハ之ヲ呼出スコトヲ得ス

上記条文において：

第 1 項で、“Si l’infraction a déjà été l’objet d’une instruction préparatoire” に対応する日本語がない；

第 2 項で、“Toutes les déclarations” に対応する日本語がない；

第 3 項、第 4 項については、仏文と日本語文との間に完全な対応関係が見られる。

art.337. Les témoins qui auraient été entendus dans l’instruction pourront être de nouveau cités ou appelés, pour être entendus de la même manière.

Chacune des parties pourra aussi requérir la lecture des dépositions recueillies dans l’instruction, si le témoin n’a pas été cité, ou si, ayant été dûment cité, il n’a pas comparu, ou même, si le témoin ayant comparu, il paraît utile de faire la rapprochement des deux dépositions.

Le Président pourra toujours ordonner d’office ladite lecture.

第 337 條 豫審ニ於テ訊問シタル証人ハ同一ノ法式ニ循ヒ更ニ之ヲ呼出スコトヲ得
豫審ニ於テ録取シタル証人ノ供述書ハ更ニ其証人ヲ呼出サ、ル時証人呼出シヲ受ケ出廷セサル時又ハ豫審及ヒ公判ニ於テノ供述ヲ比較ス可キ時ハ之ヲ朗讀セシムルコトヲ得
裁判長ハ職權を以テ其ノ供述書ヲ朗讀セシムルコトヲ得

この条文では：

第 1 項で、“pour être entendus de la même manière” が『治罪法草案』では「同一ノ法式ニ循ヒ」となっているが、この日本語での表現では、仏文が採用する直接主義、口頭主義の原則²⁸（予審はあくまで証拠の収集であって、その証拠の評価は公判で行うので、“pour être entendus” は、公判で証人の尋問—hearing—を行うことを意味する）が明確にされていない。このことは、第 3 項で、仏文にある“ladite”²⁹に対応す

²⁸ 沢登・中川「明治治罪法の精神」p. 35, 36、は、村田保の『注釈』を引用して、この規定及びそれを受け継ぐ治罪法第 286 条は書証排除・直接主義・口頭主義の原則を述べたものだとする。

²⁹ 沢登・中川 前掲 p. 33 は、裁判長による職権による予審調書の朗読の命令は、その前の項（同

る日本語が何を指すのかあいまいな「其ノ」という表現になっていることにも附合する。

以上、『Projet de Code de procédure criminelle』（仏文治罪法草案）と『治罪法草案』との関係を見ると、仏語と日本語との間には対応関係は見られるものの、『日本刑法草案』におけるようなはっきりした対応関係は見られない。これは、治罪法草案作成の過程で、ボアソナードとの間で「刑法草案会議」に類するものが行われなかったことを示している。

IV. 日本人によって付け加えられた条文

『1882（明治15）年 Projet de Code procédure criminelle』と『1886（明治19）年 Projet révisé de Code pénal』の巻末には、公布された法典の条文との対照表が載っている。このなかで、公布された法典（Code Officiel）にあって Projet には対応するものがない条文の数は、親属例に関する刑法第114条、第115条、治罪法第30条は別にして、治罪法が第90条、第91条、第219条、第405条の4つである³⁰のに対し、刑法典のほうは、第70条、第87条、第118条、第201条、第204条、第212条、第234条、第281条、第291条、第333条、第345条、第381条、違警罪に関する第425条第9号乃至第11号、第429条14号、と総則と重罪・軽罪で12の条文、違警罪の「号」まで含めると16になる。

刑法典でのこれらの条文についての公定訳を見れば、日本人で制定作業に関わった人々の刑法に対する関心が高かったことがわかる。以下、日本人の手によって付け加えられた条文を列挙する。

Code pénal promulgué（公布刑法典）

art.70. Dans tous les cas où l'emprisonnement et l'amende correctionnels doivent être abaissés ou élevés par degrés, le calcul se fait à raison d'un quart par degré, en plus ou en moins, sur le *minimum* et le *maximum* de chacune de ces deux peines, telles qu'elles fixées par la loi.

Les peines correctionnelles ne peuvent être portées aux peines criminelles, par l'effet de l'élévation graduelle ; toutefois, le *maximum* de l'emprisonnement peut être porté à 7 ans.

art.87. Si le coupable d'une infraction contre les biens d'autrui, s'est dénoncé à la partie lésée, le bénéfice des deux articles précédents lui est accordé comme s'il s'est dénoncé à l'autorité.

art.118. Tout attentat commis contre la personne des membres de la famille impériale est puni de mort ; la tentative sera punie des travaux forcés à perpétuité.

art.201 Dans les divers cas où la peine correctionnelle sera prononcée par

論文では、第1項が追加された『1882（明治）15年 Projet』を基にしているので、本文草案の第2項は第3項、第3項は第4項になっている）の場合に限定される、と述べる。

³⁰ 治罪法の公定訳については、資料の該当箇所参照。

application des dispositions de la présent section³¹, la condamné sera, en outre, soumis à la surveillance de la police pendant 6 mois à 2 ans.

art.204 Sera puni de la réclusion³² mineure, tout particulier qui, ayant contrefait des titres d'obligations de Trésor, des titres de propriété foncière ou des actes authentiques, ou, les ayant falsifiés, en aura fait un usage frauduleux.

La peine sera élevée d'un degré, s'il s'agit des titres d'obligations du Trésor qui ne sont pas nominatifs.

art.212. Dans tous les cas où la peine correctionnelle sera prononcée par application des dispositions de la présente section³³, le coupable sera en outre , soumis à la surveillance de la police pendant 6 mois à 2 ans.

art.234. Quiconque, par corruption, aura obtenu ou donné un vote sera puni d'un emprisonnement simple de 2 mois à 2 ans et d'une amende de 3 à 30 yens.

art.281. Tout officier qui, en cas d'inondation, d'incendie ou de tremblement de terre, ayant négligé de délivrer des prisonniers, leur aura causé la mort ou des blessures, sera puni des peines des coup et blessures volontaires augmentées d'un degré.

art.291. Dans tous les cas où une peine correctionnelle sera prononcée par application des dispositions de la présente section³⁵, le coupable sera, en outre, soumis à la surveillance de la police pendant 6 mois à 2 ans.

art.333. Quiconque aura, par menace ou par artifice, fait avorter une femme sera puni d'un emprisonnement avec travail de 1 an à 4 ans.

art.345. Sera puni de la réclusion mineure celui qui, ayant dérobé ou détourné un mineur de 20 ans, l'aura livré à un non-Japonais.

art.381. Si un viol a été commis à l'occasion du vol force ouverte, la peine sera celle des travaux forcés à perpétuité.

art.425. Seront punis de 3 à 10 jours d'arrêts ou de 1 yen à 1 yen 95 sens d'amende.

³¹ 第二編、第四章、第二節、官印ヲ偽造スル罪。

³² réclusion の誤りである。誤植の可能性もある。

³³ de の誤り。誤植と思われる。

³⁴ 第二編、第四章、第四節、私印私書ヲ偽造スル罪。

³⁵ 第二編、第九章、第三節、官吏財産ニ對スル罪

n° 9 Ceux qui auront commis des voies de fait³⁶ sans qu'il soit résulté aucune blessure ou maladie ³⁷;

n° 10 Les femmes ou les filles qui auront exercé la prostitution clandestine et ceux qui auront favorisé ladite prostitution, en leur prêtant sciemment un local ³⁸;

n° 11 Ceux qui auront été trouvé cahés dans une maison non habitée ;

art.429. Seront punis de 5 ans à 50 ans d'amende :

n° 14 Ceux qui auront posé des affiches ou écritures quelconques sur les propriétés d'autrui ³⁹;

上記のうち、違警罪に関する art.425. n° 9 を除く 15 個の条文は、非常に良くできている、と私は考える。これだけの条文を日本側独自で作成できたのは、「刑法草案会議」での質疑の結果であると思われる。

V. 小括

以上の検討から、治罪法草案作成の過程は刑法草案作成の過程とは異なっていたと見るのが妥当である。

治罪法草案の起草は、刑法草案の起草とは異なり、ほぼ完全にボアソナードの手に委ねられたが、このことは、刑事手続を刑法典とは別の独立した法典で規定するという、日本で初めての試みに起因したと思われる。

(3) 『1879（明治 12）年 Projet』の記載ミスと治罪法直訳

現在、印刷・製本された形で残っている井上操他訳の『治罪法草案直訳』について、法務図書館貴重図書目録では明治 11 年末完成とされているが、『治罪法草案直訳』そのものに日付は記載されていない。同目録が明治 11（1878）年完成としているのは、この直訳が、ボアソナードが手稿を作成するごとに、その手稿を翻訳したものと推定しているということができる。この直訳はその都度印刷されたかあるいは取調掛の日本人委員の人数分浄書されたか、いずれかの形で、治罪法取調掛に草案作成の原案として提出されたものと考えられる。また、この『治罪法草案直訳』には『1879（明治 12）年 Projet』art.246bis の訳である第 246 条（補）が加えられている。この追加は 1879（明治 12）年 6 月に大木司法卿に上呈された『治罪法草案』には反映されていない。とすれば、この直訳が第 246 条（補）を含んでいる現在の形で印刷・製本されたのは、法務図書館貴重図書目録が記述する 1878（明治 11）年末ではなく、翌 1879（明治 12）年、『治罪法草案』の印刷が同年 5 月末か 6 月の月初あたりだとすれば、早くても同

³⁶ des voies de fait は des voies de fait violent ではないだろうか。

³⁷ 第四百二十五条第九号は、「人ヲ殴打シテ創傷疾病ニ至ラサル者」となっている。

³⁸ 同条第十号は、「密ニ賣淫を爲シ又ハ其媒合容止ヲ爲シタル者」となっている。

³⁹ 第四百二十九条第十四号は「人家の牆壁ニ貼紙及ヒ樂書シタル者」となっている。

年6月以降ではないかと推測される。

第111条を見ると、この直訳がボアソナードによる仏文での起草からそれほど時間が経たないうちに作成されたと（直訳として作成されたものが手書きのままであったか、あるいは印刷されたものか不明であるが）推測することができる。

『1879（明治12）年 Projet』と治罪法直訳の該当箇所を対比する（条文の番号はアラビア数字に変更）。

『1879（明治12）年 Projet』

Art.111. Tout particulier et tout fonctionnaire **dans** l'exercice de ses fonctions qui acquièrent la connaissance ou le soupçon d'une infraction peuvent en faire la dénonciation aux autorités judiciaires, soit du lieu de l'infraction, soit du lieu où ils se trouvent, en suivant les règles déterminées aux articles 108 et 109.

Les officiers qui auront reçu la dénonciation procéderont comme il est dit à l'article 107.

『治罪法草案直訳』

第111条 ^{バルチキュリエ}常・人及ヒ職務執行中ノ官吏ハ犯罪ノ認知又ハ嫌疑シタル場合ニハ
第百八條及ヒ第百九條ニ定メラレタル規則ニ從テ其告發ヲ犯罪ノ場所或ハ
犯人所在地の ^{オートリテー、デュヂシエル}司・法・權ニ之ヲ爲スコトヲ得
告發ヲ受ケタル官吏ハ第百七條ニ記シタル如キ處分を爲ス可シ

『治罪法草案』

第111条 何人ニ限ラス犯罪アルコトヲ認知シ又ハ犯罪アリト思料シタルトキ
ハ第百七條第百九條ノ規則に循ヒ其所在ノ地又ハ犯罪ノ地ノ豫審判事、檢事
又ハ司法警察官ニ告發スルコトヲ得。
告發ヲ受ケタル官吏ハ第百七條ニ循ヒ其處分ヲ爲ス可シ

第110条との関係でいえば、第111条は官吏の職務執行外についての規定であり、『Projet』自体が誤っており、『直訳』はその誤ったところをそのまま訳している。

この箇所について、取調掛による草案では「何人ニ限ラス」という表現になっている。なお、『1882（明治15）年 Projet』ではこの箇所は **hors** l'exercice de ses fonction（職務執行外）と訂正されている。

（4）治罪法草案直訳と治罪法草案との関係

現在目にすることができる『治罪法草案直訳』と『治罪法草案』からそれらが作成さ

れた順序を確定することは困難である（『治罪法草案直訳』そのものには作成日が記されていない）。

しかし、その内容を比べてみると、『治罪法草案』は『治罪法草案直訳』を推敲して作成されたように見える。さらに『1879（明治12）年 Projet』と『治罪法草案直訳』との内容を比較すれば、『治罪法草案直訳』はまさに『Projet』の直訳になっていることがわかる。

『治罪法草案』、『治罪法草案直訳』、『1879（明治12）年 Projet』について、それらの内容だけから判断すれば：

『1879（明治12）年 Projet』→ 『治罪法草案直訳』→ 『治罪法草案』
の順になると思われる。

以下、例を挙げて検討する。

まず、治罪法で導入された裁判官の民事担当者と刑事担当者の交代（民刑交代）に関する条文をとりあげる。民刑交代について、沢登佳人、中川宇志「明治治罪法の本質」によれば、「わが国では規定上すぐに姿を消した」⁴⁰民刑交代の意義は、刑事事件ばかり扱う裁判官は被告人を有罪と見做してしまう傾向があるので、交代によってそのような傾向を防止し、「被告人の無罪の推定」を確実にすることにある⁴¹。

草案の条文は
『Projet』

art.67. Les fonctions de juge correctionnel sont conférées pour un an, dans chaque tribunal d'arrondissement, à un ou plusieurs juges-titulaires, par le Président, sur l'avis du tribunal et du Commissaire du Gouvernement, réunis en cahmbre du conseil.

Elles ne peuvent être conférées au même juge pendant plus de deux ans consécutifs, ni être rendues au même juge une troisième fois, avant que tous les juges du tribunal aient été appelés à remplir lesdites fonctions pendant un an au moins.

『治罪法草案直訳』

第67條 懲治裁判官ノ職務ハ郡ノ各裁判所ニ於テ ^{シヤンプル、チュ、コンセイユ} 會 - 議 - 局 ニ於テ集會シタル裁判所ト政府ノ目代トノ意見ニ依リ裁判所長ヨリ一名又ハ數人ノ本官裁判

⁴⁰ 沢登・中川 同論文 p.25。裁判所構成法（明治23年2月10日法律第6号）に裁判官の民刑交代の規定がなく、同年に制定された旧旧刑事訴訟法でも民刑交代の規定がないことを指していると思われる。

⁴¹ 沢登・中川 同論文 p.26 27。「民刑交代の目的を、1791年〔フランスの〕新刑訴法典の提案趣旨説明の中でデュポールは次のように説明している。①職務への馴れが惹き起す一種の無感覚の防止。②官吏の数従って経費の増大防止。③裁判官の平等性の維持。④裁判官が民刑にわたり法律を完全に熟知していることにより信頼され、地位が高まり、優秀な人材が競って裁判官になるようにすること。」そしてボアソナードが治罪法で民刑交代を導入しようとした意図は、デュポールの説明の①と同じだという。

官ニ一年間ヲ期シテ委任ス可シ
此職務ハ繼續シテ二年間以上同一ノ裁判官ニ委任スルヲ得ス又裁判所ノ總テ
ノ裁判官ノ中ニ少クモ一年間同上ノ職務ヲ行フコトニ任セラレサルモノアル
ニ於テハ三回目ニ同一ノ裁判官ニ此職務ヲ任スルヲ得ス

『治罪法草案』

第 67 條 輕罪裁判所判事ノ職務ハ會議局ニ於テ判事全員及ヒ檢事ノ意見を聽キ
タル上ニテ裁判所長ニヨリ始審裁判所一名又は數名ニ滿一年間之ヲ委任ス
然レトモ更ニ滿一年間其ノ職務を繼續セシムルコトヲ得但判事各員滿一年間
同上ノ職務ニ従事セサル以前ニ三度同一ノ判事に之ヲ委任スルコトヲ得ス

(条文の数字はアラビア数字に変更)

『治罪法草案直訳』と『治罪法草案』とを比較しても内容は変わらないが、『治罪法草案』の方が、日本語としては読みやすい。これは『治罪法草案』が『治罪法草案直訳』を推敲して作成された結果だと考えることができる。

ここで、“Commissaire du Gouvernement”を『治罪法草案直訳』では「政府ノ目代」と訳しているが、『治罪法草案』では「檢事」になっている。

「檢事」という用語は「司法職務定制」(明治 5 年 8 月)において用いられている。恐らく“procureur impérial”の訳語だと思われる⁴²。箕作麟祥の『仏蘭西法律書 治罪法』でも、同様に檢事と訳されている⁴³。

他方、上記と同時期に“procureur”は「目代」とも訳されている⁴⁴。井上毅も「目代」と訳している⁴⁵

当時、訴追官“procureur”には「檢事」と「目代」の 2 系統の訳があったと思われるが、「檢事」に統一されたことを『治罪法草案』は示している⁴⁶。

なお、ボアソナードは、輕罪裁判所と重罪裁判所で檢察官(ministère public)の職務を行う者を“Commissaire du Gouvernement”(『1882 年 Projet』では“commissaire du Gouvernement”)としたが、1808 年フランス治罪法を見る限り、“procureur impérial”を用いる方が普通であるように見える。『1879 (明治 12) 年 Projet』、『1882 (明治 15) 年 Projet』の双方において、控訴院と破棄院で檢察官の職務を行う者については“Procureur général”の語が用いられている(art.77, art.96)。ちなみに、現

⁴² 「司法関係機関の組織、職務権限をフランス法に範をとり定めた」と、横山晃一郎「明治五年後の刑事手続改革と治罪法」p.51 は述べる。

なお、「司法職務定制」の意義について同論文は p.51 で「わが国裁判権の統一と裁判制度の組織化、近代化に最初の礎石をすえた歴史的法典であった」とする。

⁴³ 1808 年フランス治罪法 art.9 とそれに対応する箇所参照

⁴⁴ 山口亮介「明治初期における『司法』の展開過程に関する一試論」p.518, 519.『法政研究』(九州大学)第 77 巻第 3 号

⁴⁵ 「佛國警察制度考」、「佛國司法三職考」 いずれも、井上毅傳編集委員会編『井上毅傳 史料編第三』国学院大学図書館、1966 年 所収

⁴⁶ “日本ニ於テハ「ミニステール、ピウヴリツク」ヲ檢察官ト云ヒ「コンミセール、デウ、グーベルヌマン」政府ノ目代ヲ檢事ト云ヒ「ペロキユールゼネラル」ヲ檢事長ト云フ” 『治罪法注釈』第 33 条の注釈〔第七十三號〕〔附言ノ一〕

在のフランス刑事手続法典 (Code de procédure pénale) でも、訴追官は “*procureur de la République*” (art.39-1. etc.) である。“*commissaire du Gouvernement*” は行政裁判に関する法典で規定されていたが、2009 年 2 月 1 日より “*rapporteur public*” と名称が変更されている。

“*commissaire du Gouvernement*” の制度は 1831 年フランスで「検察官の行う捜査を指導する者」でとしてつくられ、後に「論告を行う責任を負った王室委員」の制度となった。正式に “*commissaire du Gouvernement*” と呼ばれるようになったのは 1849 年からである。しかし、現在は政府の委員でもなく、検察官でもない⁴⁷。

“*commissaire du Gouvernement*” が当初より行政裁判に関係していたかについて、私は現在把握できていないが、ボアソナードが来日した 1873 (明治 6) 年当時のフランスでは、刑事裁判と行政裁判双方に関係していたのではないと思われる。ボアソナードが “*commissaire du Gouvernement*” という語を用いたのは、日本でもフランスに倣った行政裁判制度が形成される可能性があることを念頭においていたものと推測される⁴⁸。

もう 1 つ、民事原告人の起訴に関する条文をとり上げる。

近時犯罪被害者の刑事訴訟への参加が社会的に強く要請され、平成 19 年、現行刑事訴訟法に「被害者参加」の規定が新設され、同時に犯罪被害者による加害者への賠償請求も容易になった⁴⁹。さらに、賠償の実効性を確保するのに必要な加害者の預金口座の開示についても、大手金融機関が弁護士の照会による開示の求めの応じるようになってきた⁵⁰。

その一方、起訴についての権限自体は、検察審査会法の改正による強制起訴の制度が 2009 (平成 21) 年 5 月 21 日より導入されたが、検察官による起訴独占は維持されたままである。

これに対し、治罪法は被害者訴追を認めていた。具体的には被害者が民事原告人となって予審開始の申立てを行い、申立てを受けた予審判事が加害者の取調や証拠収集を行い、その結果、必要と認めれば公判に付すことになる。

予審の制度のない現行刑事訴訟法の下で被害者訴追を認めても証拠収集に限界があり実効性に乏しい。それでも、治罪法が被害者訴追を認めていたことを確認しておくことは、犯罪被害者と刑事裁判との関係を考える上で重要であると思われる。

そこで、民事原告人の起訴に関する草案第 125 条について、条文を対照する。この条文は治罪法第 110 条にほぼそのままの形で受け継がれたが、旧旧刑事訴訟法では削除された。

⁴⁷ 「Décret du 7 janvier 2009: le « commissaire du Gouvernement » meurt le 1er février 2009 : que vive le « rapporteur public » (enfin on l'espère)」 Publié le 8 janvier 2009 par CPDH *par Serge Slama* (<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/>) 参照 (Google, Yahoo france のいずれでも Décret du 7 janvier 2009 で検索可能)。

⁴⁸ 『治罪法草案注釈』第 18 号 (第 4 条の注釈)、『1882 (明治 15) 年 Projet』n°18. 参照。

⁴⁹ 「犯罪被害者の権利利益保護を図るための刑事訴訟法等の一部を改正する法律」平成 19 年 6 月 27 日法律第 95 号

⁵⁰ 『毎日新聞』2014 年 (平成 26 年) 11 月 8 日。

『Projet』

art.125. Lorsque la partie lésée par un crime ou un délit veut poursuivre, conjointement avec l'action publique, la réparation du dommage à elle causé, elle doit le déclarer expressement, soit dans la plainte même, soit dans un acte subséquent adressé au juge d'instruction et notifié à l'inculpé.

Si l'action publique n'a pas encore été intentée, la constitution de la partie civile saisit le juge d'instruction des deux actions.

Dans tous les cas, le juge d'instruction donne connaissance au Commissaire du Gouvernement de la constitution de la partie civile.

『治罪法草案直訳』

第 125 条 重罪又ハ輕罪ニ因テ損害セラレタル者公訴ニ附・^{コンジョワントマン}帯・シテ損害ノ

^{レパレーション}賠・償ヲ訴ヘントスルトキハ^{エクスプレスマン}顯 - 然ト其事ヲ告訴狀或ハ告訴ノ後豫審
裁判官ニ宛テ及ヒ被告人ニ通知シタル書面中に陳述ス可シ
公訴ノ未タ起ラサルトキ民事原告人トナルニハ私訴ト公訴トノ二者ヲ同
時ニ裁判官ニ爲ス可シ
何レノ場合ニ於テモ豫審裁判官ハ政府ノ目代ニ民事原告人ノアルヲ知ラ
シム可シ

『治罪法草案』

第 125 条 重罪又ハ輕罪ノ被害人公訴に附帶シテ私訴ヲ爲サントスルトキハ告
訴ト共ニ之ヲ申立テ又ハ告訴ヲ爲シタル後其旨ヲ被告人ニ通知シ豫審判
事之ヲ申立ツ可シ
公訴未タ起ラサル時ト雖モ豫審判事直ニ被害人ヨリ民事原告人タル申立
ヲ受ケタルトキニハ私訴ト同時ニ公訴ヲ受理シタルモノト看做ス可シ
豫審判事ハ何レノ場合ニ於テモ直ニ被害人ヨリ民事原告人ト爲ル可キノ
申立ヲ受ケタルトキハ其旨ヲ檢事ニ通知ス可シ

(条文の数字はアラビア数字に変更)

それぞれの条文の第1項と第3項を比較すると、『治罪法草案直訳』はまさに『Projet』の直訳となっており、『治罪法草案』は、『Projet』の意味を保ちながら日本語として読みやすくしている。

第2項について、『治罪法草案直訳』では“saisit le juge d'instruction des deux actions.”の訳に問題がある。第2項の直訳を試みれば：

「公訴がまだ提起されていなかったとしても、民事原告人の申立⁵¹はそれら2つの訴

⁵¹ 『新スタンダード仏和辞典』大修館書店、1987年は、constitution de partie civile を「損害賠償請求の訴訟」と訳している。

権を予審判事に係属させた⁵²。」

すなわち、公訴が提起されていないとき、民事原告人による私訴（損害賠償の請求）の提起は公訴の提起を伴うということである。この意味で、『治罪法草案直訳』の「私訴ト公訴トノ二者ヲ同時ニ裁判官ニ爲ス可シ」との訳は適切ではない。

これに対して『治罪法草案』の「同時ニ公訴ヲ受理シタルモノト看做ス可シ」という文言は、『Projet』の意味を正確に伝えている。

なお、ここでも、「政府ノ目代」が「検事」に変更されている。

これを見ても、『治罪法草案』は『治罪法草案直訳』をたたき台にして作成されたと考えることができる。加えて、『治罪法草案』作成のための治罪法草案取調掛での審議の際、仏文草案（恐らく『Projet』のゲラとして印刷されていた可能性が強い）が参照されていたことも推定できる。

(5) art.246bis の追加は Projet の印刷を遅らせたか？

(4) での検討から、『Projet』（仏文草案）については、ボアソナードが一定の範囲で（恐らく編別であろう）原稿を書き上げるごとに、その原稿は仏文で印刷されていた可能性が強かったと、私は考える。1879（明治 12）年の始めには最終校正ができる程度に印刷の準備ができていたと思われる。

恐らく、司法省は仏文刑法草案とほぼ同時に仏文治罪法草案を出版する予定であったと思われる。仏文刑法草案の出版が 1879（明治 12）年 8 月であったので、仏文治罪法草案の出版も同年 7 月あるいは 8 月に予定していたのではないだろうか。現に、公定訳の出版は刑法・治罪法とも 1881（明治 14）年 3 月である。

ところが、ボアソナード自身により art.246bis の条文が『Projet』に追加された。当時の印刷技術を考えると、この追加によりそれ以後の条文のところはすべて組み換えを余儀なくされた⁵³。

ここで、art.246bis の追加の時期が問題になる。これが 1879（明治 12）年の 3 月ぐらいまでなら、出版は同年 7 月に間に合うと思われる。出版が 9 月になったことを考えるとその追加は、『治罪法草案』にこの追加が反映されていないことも考慮に入れると、恐らく、*Commentaire*⁵⁴を書き上げた後しばらくして、『治罪法草案』の印刷の段階かその後であろうと推測される。もしかすると、同年 6 月末か 7 月初旬に本刷りの段階に入ろうとする直前に、ボアソナードから追加の申し出があり、該当箇所の原稿が印刷所に提出され版の組み換えがなされたのが同年 7 月下旬か 8 月初旬だったかもしれないことも、可能性として否定できない。『1879（明治 12）年 Projet』に誤植が

⁵² saisir (saisit の原形) は、「saisir (誰々) de (何々)」で、「(何々)を(誰々)の審理に委ねる」の意味がある。『新スタンダード仏和辞典』大修館書店、1987 年

⁵³ 『印刷の葉』交進社印刷所編（交進社、1936）p.25. 「後に附加削除などがあると、それが各頁に涉つて影響し來つて、非常な手間を要するやうになります。」 国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収

⁵⁴ *Commentaire* は、『治罪法草案注釈』自叙、によれば、仏文草案の起草を終えた後 3 か月で作成されねばならなかったのが、恐らく 1879（明治 12）年の 3 月末か 4 月上旬には仕上がっていたと思われる。

多いのも、この追加による版の組み換えが影響しているかもしれない。

また、この追加によって『治罪法草案』の上申も遅れたと推測される。『治罪法草案』が大木司法卿に上呈されたのが 1879（明治 12）年 6 月であって、太政官に上申されたのは同年 9 月 25 日である。当初は同年 7 月に上申する予定ではなかったかと思われる。3 か月先に上申予定のものを上呈するとは考えにくい。『Projet』（仏文草案）を『治罪法草案』の参考として、両者同時上申することが決まっていたので、『治罪法草案』の上申を遅らせて『Projet』（仏文草案）の上申に合わせたと推測することができる。

ボアソナードによる『Projet』（仏文草案）への art.246bis の追加は、『Projet』（仏文草案）の印刷・上申を遅らせただけでなく、『治罪法草案』の上申も遅らせたと考えることができる。

（6）治罪法草案直訳への第二百四十六條（補）の追加と製本時期

I. 『治罪法草案註解』から見た『治罪法草案』と『1879（明治 12）年 Projet』との関係

『治罪法草案註解』で注釈の対象となっている条文は『治罪法草案』の条文である⁵⁵。また、法務図書館貴重図書目録 XB620 刑事手続法 2-A), 2-B)では、2-A)（『治罪法草案』）は 2-B)（『1879〈明治 12〉年 Projet』—仏文草案—）の訳、2-B)は 2-A)の原書と記載されている。これらのことから、司法省は『治罪法草案』を『1879（明治 12）年 Projet』（仏文草案）の日本語訳と考えていたと推測される。

一方、『治罪法草案直訳』について、それはあくまで『治罪法草案』の「下書き」的な性格の内部資料であって公表の対象ではないと、司法省は判断していたものと思われる。

II. 『治罪法草案直訳』の印刷・製本

先に検討したように、『治罪法草案直訳』が『治罪法草案』の「下書き」的なものであったとして、なぜ、印刷・製本されたかという疑問が生じる。

恐らく、第 1 章で検討したように、治罪法草案審査局の委員からの強い要請があったことによると、私は推測する。

本章で検討したように、『治罪法草案』は「可決案の佛文編纂 (la réduction en français du text adopté)」の結果作成された仏文草案の日本語訳ではないので、治罪法草案審査局の委員たちは仏文草案と対照する必要があると考えていたと思われる。審査局独自に草案の直訳を作成させた（第 1 章でとり上げた「村田本直訳」）のは、その表れである。

III. 『治罪法草案直訳』の印刷・製本時期

『治罪法草案直訳』の完成時期について、『治罪法草案』には反映されていない『1879（明治 12）年 Projet』（仏文草案）art.246bis が「第二百四十六條（補）」として『治

⁵⁵ 法務図書館貴重図書目録 XB620 刑事手続法, 3) 「12 年 9 月の草案 (2-A) に対する註解 12-13 年に成稿」との記載がある。

罪法草案直訳』に反映されていることから考えても、『法務図書館貴重図書目録』XB620 刑事手続法 1) の「11 年か 650 条 (10 年 7 月起草 11 年末完成… (略) …)」という記載は再検討を要する。

『治罪法草案直訳』が治罪法草案審査局の要請によって印刷・製本されたとすれば、その時期は 1879 (明治 12) 年 10 月下旬あたりと推測される⁵⁶。印刷・製本がこの時期であるとすれば、第二百四十六條 (補) の追加も可能である。『治罪法草案註解』第 3 編が治罪法草案審査局に配布されたのは同年 11 月 11 日であった。とすれば、同年 10 月下旬には『治罪法草案註解』第 3 編まで校正が終了していたと考えられるので、印刷にも余裕ができたであろう。

『治罪法草案直訳』は編別に分けて印刷・製本され、治罪法草案審査局に配布されたものと、私は推定している。『治罪法草案註解』第 3 編が配布された時点では、第 1 編、第 2 編分の『治罪法草案直訳』が配布されたと考えられる。第 1 章で検討したように、村田本直訳は第 3 編以後を予定し、第 4 編、第 5 編については作成された形跡がないことから、『治罪法草案直訳』は編別に印刷・製本され配布されたと見ることができる。『治罪法草案直訳』の第 3 編から第 5 編についても、同年のうちに配布された可能性が強いと思われる。

『治罪法草案直訳』は、『1879 (明治 12) 年 Projet』 (仏文草案) の直訳であるだけに、『治罪法草案』に比較して、日本語とフランス語との対応関係がわかりやすい。当時の司法省の担当者たちは、公定訳を作成するうえで『治罪法草案直訳』が大いに役立つであろうと考えたことは、容易に想像できる。

そこで、太政官あるいは司法省は、治罪法草案審査局に配布された『治罪法草案直訳』を審査終了後に回収し、公定訳作成のための資料として、全編を合わせて 1 冊にまとめるように製本し直したのであろう。その 1 冊にまとめられたものが、現在目にすることのできる『治罪法草案直訳』であると推測される。

⁵⁶ 向井・矢野「村田本『治罪法草案審査第二読会修正趣意書』」p.137. 第二十四会 一月十八日のところに「第三百五十九条ノ二 (註解ニ在リ)」という記述がある。『治罪法草案註解』の該当箇所には「原案印刷ノ後之ヲ追加ス」 (第三編 p.127) とあり、この追加は『治罪法草案直訳』には反映されていない。ここに言う「原案」が「仏文草案 (1879 年 Projet)」を意味するならば、『治罪法草案註解 第三編』の原稿が最終的に仕上がったのは 1879 (明治 12) 年 9 月末あたりではないかと思われる。『治罪法草案直訳』については、あくまで印刷された「仏文草案 (1879 年 Projet)」の翻訳にとどめたものと思われる。

3. 治罪法制定過程における治罪法草案審査局と内閣の役割

(1) 治罪法草案審査局による修正

I. 概要

『治罪法草案直訳』をもとに治罪法取調掛により作成され、大木司法卿に上呈された『治罪法草案』は、1879（明治 12）年 9 月に太政大臣に上申された。翌 10 月、元老院に治罪法草案審査局が設置され、修正のための審査が行われることになった。草案上呈語、治罪法草案審査局の審査段階から草案の審議にはボアソナードは参加しなかった。

第 2 章で検討したように、『治罪法草案』作成の過程は、ボアソナードが起草した草案すなわち 1879（明治 12）年 *Projet* を日本語に翻訳し、その内容を維持しながら日本語による草案を作成する過程であった。

治罪法草案審査局による審査から、日本側による草案の内容の検討が始まった。

審査局での議論の経過については、向井・矢野「村田本『治罪法草案審査第二読会修正趣意書』」¹により、「治罪法草案審査第二読会修正趣意書 自一至二」が公表されている。この公表された部分は、治罪法草案（大木司法卿に上呈、太政官に上申）の第 30 条から第 404 条までを対象にしている。修正意見について誰が述べたのか具体名は記されていない。

修正の結果、条文数は 530 条になった。

II. 主な修正

向井 健・矢野祐子「村田本『治罪法草案審査第二読会修正趣意書』」の解題では、審査局での修正点四点が挙げられている。

- ① 司法官に対する裁判手続きの特則（草案第 49 条から第 54 条まで）の削除。
- ② 高等法院の裁判官に元老院議員を加えること
- ③ 予審控訴を廃止し故障のみとすること
- ④ 被告人の保護規定の増加

以下これらの点について検討する。

①草案第 49 条から第 54 条までの削除について

「村田本『治罪法草案審査第二読会修正趣意書』」では、まず第 49 条の審査のところに「罪ヲ犯シタル者司法部内ノ人ニシテ其罪ヲ裁判スル者亦司法部内ノ人タルニ因リ公平を維持スルコト能ハサル恐レアリと為スカ 然ル時ハ何故司法卿ノ為メニ特別ナル管轄ヲ設ケサルカ 抑モ違警罪ハ事軽小ナルヲ以テ斯ノ如キ鄭重ナル規則を設クル時ハ其犯人却テ迷惑スルニ至ル可シ 故ニ違警罪ニ付テハ通常ノ規則ニ従フト為セリ」²とある。さらに、第 51 条の審査のところでは「抑モ裁判官ハ一國ノ法ニ背ク者ヲ罰スルカ為メ上裁ヲ以テ任スル者ナレハ縦令被告人ノ位高キモ為メニ公平ヲ失ス可キ者ニ

¹ 向井健・矢野祐子「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』（慶応大学）69 巻 3 号、1996 年

² 向井・矢野「村田本『治罪法草案審査第二読会修正趣意書』」p.87.

非ス」³との記述がある。

『治罪法草案註解』の第49条の注釈では「若シ裁判事務に與ル官吏罪ヲ犯シタルトキハ社會并ニ被告人の爲メニ充分獨立公平ヲ維持スルノ保護ヲ以テ裁判セサル可カラス蓋シ我草案ニテハ法官罪ヲ犯シタルトキハ概_テ其在職ノ法廳ヲ總轄スル上等ノ法廳ニテ之ヲ裁判ス」⁴と述べられているが、「公平」を維持するにはボアソナードが提案した方法に限られないので、審査の記述の通り司法官に対する特則を設ける必要はないように思われる。さらにその当時、大審院判事の職にある者が1年程度で上等裁判所や府県裁判所に転出しており⁵、また個々の裁判官と司法省との間に「伺・指令」の関係が存続していた⁶こともあって、裁判所の審級と個々の裁判官の職階との関連性が希薄であり、そのことも審査にあたった委員たちに影響したのであろう。

司法官に対する特則について、第四会では決定が保留され⁷、第八会で修正案が提出されたが⁸、『治罪法審査修正案』では削除されており、治罪法でも草案にあった特則は削除されたままであった。

「審査」の記述のなかで私が注目するのは「何故司法卿ノ為メニ特別ナル管轄ヲ設ケサルカ」という箇所である。この記述から、この当時、司法卿は司法官の頂点に位置し、裁判官も司法卿の下に位置する官吏と考えられていたと見ることができる。実際1877（明治10）年の段階においても「司法省は大審院を『司法省の諸部ノ一』と考え、司法省は『各裁判所又ハ各裁判官ニ指令スル』権限を確保し、司法卿は『諸裁判官ヲ監督シ庶務ヲ総判シ及検事を管摂シ検務ヲ統理スルコト』や裁判官任免の権限を掌握していた。裁判官は法令の解釈適用の疑義については従来どおり司法省の指示を仰がねばならず、明治12（1879）年2月には内訓条例の成立を見るのである」⁹（引用のため「」を『』に変更）。これを敷衍すれば、裁判官も警察官と同じく行政権の一部をなし、警察官が内務卿の統制下にあるのと同じく裁判官は司法卿の統制下にあると考えられていたといえることができる。

治罪法の規定では、草案の段階から、強制捜査を独立した裁判官（予審判事）が「令状」に基づいて行うことで、裁判官により捜査のコントロールが行われることになっているが、審査委員たちがその意義をどの程度理解していたか、疑問を生じさせる。

② 高等法院の裁判官に元老院議官を加えること

修正は、その理由を高等法院が「皇族大臣等」を裁判することに求めている¹⁰。ただ、審査局段階での修正では高等法院の核心である高等陪審は維持されているのでそれほど大きな変更ではないと思われる。

³ 向井・矢野「村田本『治罪法草案審査第二読会修正趣意書』」p.87.

⁴ 『治罪法草案註解』第一編 p.187, 188.

⁵ 岩谷十郎「訓令を仰ぐ大審院」（『明治日本の法解釈と法律家』第二章、慶應義塾大学出版会）2012年 p.133. 同書表3、p.88

⁶ 岩谷前掲 p.73.

⁷ 向井・矢野 前掲 p.87.

⁸ 向井・矢野 前掲 p.97.

⁹ 浅古弘、伊藤孝夫、植田信廣、神保文夫編『日本法制史』青林書院、2010年 p.275.

¹⁰ 向井・矢野 前掲 p.93.

③ 予審控訴を廃止し故障のみとすること

草案では、軽罪裁判所に会議局を置き、予審判事の決定に対して会議局への異議申し立て（故障 = *opposition*）の制度を設け（art.258 à 281）、さらに予審判事による予審終結の決定及び会議局の決定に対して控訴院への控訴（*appel*）を認める（art.282 à 294）。その上で控訴院の決定に対する上告（*pourvoi en cassation*）を可能にしている（art.295 à 300）。

これについて「鄭重ニ失シ却テ日時遷延從テ未決拘留ノ期ヲ長フスル等許多ノ弊害アリ」というのが修正意見である。そこで、会議局に控訴裁判所と同一の権限を与え、会議局の決定に対しては「上告」のみを認めることにした¹¹。

確かに、草案では「鄭重」に過ぎるように見える。ちなみに、現代のフランス刑事手続法では予審上訴を扱う会議局は控訴院に置かれ、予審上訴は控訴院会議局が取扱っている¹²。その意味で修正意見には問題がないように思われる。ただ、後の刑事訴訟法¹³（いわゆる旧々刑事訴訟法）が予審上訴を廃止し、予審終結の決定に対してのみ検察官と被告人とに「抗告」を認め（第 172 条以下）、民事原告人による異議申し立てを排除したことを考えると¹⁴、この審査の時から予審に対する異議申し立てそのものが軽視されていたようにも考えることができる¹⁵。

④ 被告人の保護規定の増加

向井 健・矢野祐子「村田本『治罪法草案審査第二読会修正趣意書』」の解題には、

「（４）被告人の保護規定の追加」として

「（a）重罪公判のみならず全ての公判への弁護人制度の拡充」

「（b）忌避申立期間の延長」

「（c）公開裁判」

が挙げられている¹⁶。

Ⅲ. 重罪裁判所と重罪公判に関する規定

審査局での審査の結果、『治罪法草案』の条文数が 650 条であったのに対し、『治罪法審査修正案』では 530 条に減らされた。

ここで、治罪法制定過程において最大の問題とされている陪審制度について、『治罪

¹¹ 向井・矢野 前掲 p.119. 第 268 条についての箇所参照。

¹² Code de procédure pénale. art.185 à 187-3, art.191. et suiv. なお控訴院会議局は *chambre de l'instruction* という名称になっている。ちなみにボアソナード草案での（軽罪裁判所）会議局は *chambre de conseil* (art.260) である。

¹³ 明治 23 年 10 月 7 日法律第 96 号

¹⁴ 向井・矢野 前掲 p.120. 第 275 条についての意見の中に「民事原告人ハ民事ノ点に付キ上訴ノ権ヲ有スルモ濫リニ刑事ニ立入ル可キ者ナラス」という記述がある。

¹⁵ 先の第 268 条についての箇所で「夫レ予審ノ言渡ハ公判ノ言渡ノ如ク人ノ是非曲直ヲ決スル者ナラス」との記述がある。向井・矢野 前掲 p.119.

¹⁶ 向井・矢野、前掲 p.81, 82.

法草案』と『治罪法審査修正案』における「重罪裁判所」と「重罪公判」の箇所の条文数を比較すれば；

「重罪裁判所」	……	『治罪法草案』	第 83 条～第 92 条、計 10 カ条
	……	『治罪法審査修正案』	第 70 条～第 79 条、計 10 カ条
「重罪公判」	……	『治罪法草案』	第 430 条～第 530 条、計 101 カ条
		『治罪法審査修正案』	第 375 条～第 456 条、計 82 カ条。

審査局での修正で目立つところでは、『治罪法審査修正案』第 395 条で、それに対応する『治罪法草案』第 452 条の陪審心得が削除されている。また欠席裁判に関して、『治罪法審査修正案』第 452 条以下は『治罪法草案』の第 521 条から第 530 条までの規定を修正している。仏文草案においても欠席裁判では陪審は用いられていないことを考えれば、『治罪法審査修正案』第 452 条以下の修正は陪審制度に変更を加えたものではない。

陪審制度自体でいえば、『治罪法審査修正案』にあっても、陪審員の全体名簿に基づき重罪公判の会期ごとの陪審員名簿がつくられ、その名簿に基づき事件ごとに陪審員が抽選で選出されることが規定され、そしてそのようにして選出された陪審員が各事件の有罪・無罪を決することが規定されている。

陪審制度に関するかぎり、『治罪法審査修正案』では『治罪法草案』の規定をほぼそのまま踏襲していると見ることができる。

(2) 審査局と民権派

I 陪審制度の維持

審査局での審査では陪審制は維持され、その後の内閣の審査で陪審制は削除された。

利谷「天皇制法体制と陪審制度論」によれば、審査局における審査の段階ですでに井上毅による陪審制削除のための介入があったが、当時の元老院の書記官であった小野梓を中心とする共存同衆、同大書記官であった沼間守一を中心とする嚶鳴社の陪審制賛成の動きが井上の介入を防いだと分析されている。同論文では、共存同衆の会員の大半は官吏であり、嚶鳴社の社員も官界と民間にまたがっており、これらは体制内改革派とみるべきであり、陪審制度賛成論は体制内改革派の一つの重要な目標たりえ、少なくとも審査局での審査の時点では井上毅の介入を防いだという点で一定の成果があった¹⁷と述べられている。

しかし審査局のメンバーは、総裁に柳原前光、審査委員として、津田出、細川潤次郎、河瀬真孝、鶴田皓、村田保、名村泰蔵、昌谷千里、清浦奎吾等が名を連ねており、同論文によれば後に玉乃世履が追加された。このメンバーの中に当時自由民権派と目される者、あるいは自由民権派の影響下にあった者は見出されない。また、当時、これらのメンバーの中に井上毅のように積極的に陪審制反対論を唱えた者はいないが、民権派のように積極的に賛成論を唱えた者もない。審議の結果をみても、全体の条文数は大木司法卿に上呈された草案の 650 条から 530 条に減らされているにもかかわらず、重罪裁

¹⁷ 利谷「天皇制法体制と陪審制度論」p.549.

判所と重罪裁判に関するところは、陪審心得を削除した以外、陪審条項については、ほとんど手がつけられていない。恐らく、審議の前提として陪審制の大幅な改正または削除は議論しないことになっていたのではないかと、私は推測する。これは、ボアソナードが「刑事陪審論の答議」¹⁸で、陪審制の不採用は条約改正交渉の大きな妨げになると述べたのが影響していると考えるのが最も自然であろう。利谷、同論文も条約改正交渉への影響という点に言及している¹⁹。もちろんボアソナードは外交官ではなくお雇い外国人教師である。しかし、日本政府がボアソナードに草案の起草を依頼したのは条約改正の前提となる法典の作成のためであり、そのボアソナードが陪審制の導入を「最モ至大ナル改正」²⁰と位置づけ、その不採用は条約改正交渉の妨げになると言えば、日本人側の草案審査担当者による陪審制の取扱いには慎重にならざるをえない。陪審制度をどうするかは、当時最も高度な政治的判断を要する事項の一つであったと考えられる。それで審査局の審議では、陪審制度の大幅な改正または削除の判断はせずに、この問題を内閣に先送りしたと考えるほうが妥当である。

民権派の影響で陪審制が維持されたと、利谷「天皇制法体制と陪審制度論」は分析しているが、その一方で、同論文は条約改正交渉への影響にも言及していることから、民権派の影響だけでなく、政治的な判断もまた重視すべきであると考ええる。

II. 民権派の陪審制度賛成論

利谷、同論文は、当時の陪審制度賛成論を紹介し²¹、それらに共通するものとして「陪審をして専制支配による人権侵害の防壁とするとともに、国民の人権思想を高めその主体性を確立し、かかる自覚した国民による国家統合を実現する手段とする点にある」とまとめる²²。

同論文の中で引用されている賛成論は、職業裁判官は政府の官吏であって、職業裁判官のみに判断を委ねたままでは政府の専制を防ぐことができないとし、職業裁判官による裁判と陪審裁判を対立させている。しかし、陪審裁判における職業裁判官（＝裁判長、陪席裁判官）の役割は重要であり、裁判長による適切な訴訟指揮や説示がなければ、陪

¹⁸ 花井卓蔵、「満鉄事件を論ず、附陪審法案に就て」『訟庭論草』、無軒書屋、1931年 国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収（表題は訟庭論草第1）。「附陪審法案に就て」p.71

¹⁹ 利谷「天皇制法体制と陪審制度論」p.541。「この点が政府当局に大きな影響を与えたことは想像に難くない」

²⁰ 1882年 *Projet. Introduction. 5* “le plus grande innovation”

²¹ 利谷「天皇制法体制と陪審制度論」で取り上げられている陪審制度賛成論は：

（以下ページ番号は、利谷「天皇制法体制と陪審制度論」におけるものである）

明治九年七月一〇日の『郵便報知新聞』に掲載された矢野文雄の社説「陪審論」（p.525, 526.）；
共存同衆の馬場辰猪の陪審制度論 （p.527）.；

明治十一年八月六日付『朝野新聞』の小松英太郎の論説（p.528.）；

『郵便報知新聞』明治十一年一二月三日、四日の社説「今日ノ急務」（p.529.）；

『東京横浜毎日新聞』明治十一年一二月二五日、金子堅太郎「陪審官ヲ置クベキ論」（p.529, 530.）；

『東京横浜毎日新聞』明治十一年一二月二七日、二八日号、社説「陪審官ヲ置クノ利害」（p.530, 531.）

²² 利谷 前掲 p.532.

審裁判の目的である公正な事実認定は実現しえない。職業裁判官と陪審は決して相対立するものではなくお互いが協力して公正な裁判のために務めるものである。

刑事裁判において「無罪の推定」に基づき被疑者・被告人の身体の拘束を必要最小限度にとどめ、裁判を公正かつ迅速に行うことが、個人の生命・身体的自由にとって不可欠である。民権派の人々の間には陪審制度を定めた憲法草案を作成した者もいたが²³、大勢は国会開設を見据えて国民の政治参加に力を注いだ。民権派の人々から適正な刑事手続に関する主張がなされたことは確認できない²⁴。このことは、「憲法義解」で参考としてその名を挙げられ、当時イギリス保守党の理論家であった A.V.ダイシーが、その憲法論で「法の支配」について説明する際、真っ先に「人身保護令状」を取り上げた²⁵ことと対照的である。

(3) 審査局と内閣との役割

上記の検討から、審査局段階での治罪法草案の審査では、条約改正への影響の存否の確認という政治的判断に重きが置かれ、審査局には、陪審制には大幅な変更を加えずそれ以外の部分について検討する役割が与えられ、陪審制に関する検討は内閣の役割とされたとは私は推測する。

(4) 責付規定の追加の検討

I. 「責付」

審査局による修正の段階で「責付」の規定が保釈の箇所（『治罪法審査修正案』第3編第3章第9節）に追加された（第222条）。これについて向井 健・矢野祐子「村田本『治罪法草案審査第二読会修正趣意書』」の解題では、先に掲げた4点が審査局における草案修正の方向であるとした上で、その注で「この他、日本の在来の制度が審査局で新たに盛り込まれた例として責付制度がある」と述べる²⁶。

「はじめに」で述べたように、「責付」の規定は審査局の段階で新たに追加されたもので、実質的に唯一草案と対応関係のない規定であり、そうでありながらその規定は現行の刑事訴訟法の「勾留停止」の規定にまでつながっている。但し、草案や治罪法では保釈と「責付」は捜査段階（予審は予審判事の行う強制捜査である）で身体を拘束された被疑者（治罪法では予審に付された被疑者を「被告人」とする）の拘束からの解放に関するものであるが、現行法では、保釈や勾留停止は、捜査段階では問題にならず、起

²³ 利谷「天皇制法体制と陪審制度論」p. 563 以下参照。

²⁴ 丸山真男「日本の思想」（『日本の思想』岩波新書 1961 年所収）p.42. 「『よしやシビルはまだ不自由でもポリチカルさえ自由なら』とうたって、私的領域における自律—社会的底辺における近代的人間関係の確立—よりも参政権の獲得に熱中した自由民権運動家の論理」（傍点省略、引用のため「」は『』に変更）との記述がある。

²⁵ A. V. Dicey, “Introduction to the Study of the Law of the Constitution”. 10th Edition Chapter V. Macmillan Education LTD. 1959.

²⁶ 向井・矢野、同論文、解題四、p.84 注（5）

訴後（公判に付されることが決定した後）の本来の意味での被告人についてのみの問題として取扱われている。

治罪法の制定過程全体を通じて、陪審制度の削除が最大の問題であることは確かであるが、審査局段階では、現行制度への影響という点から見て、「保釈」の節に「責付」の規定を追加したことが最も大きな修正点であると、私は考えている。そこで、以下「責付」と「保釈」について考察する。

審査局での修正意見では「責付ハ猶ホ保釈の如ク禁錮以上ノ刑ニ該ル可キ被告人ニ対シ行フ者ニテ其保釈ト異ル所ハ保証金ヲ必要トセサルト被告人ノ請求ニ因ラサルトノ二点ナリ 然レトモ責付ハ我国在来ノ制ナルヲ以テ今其性質ヲ明記スルニ及ハス」²⁷となっている。

この修正趣意書の記述からは「責付」が具体的にどのようなものとして考えられていたか不明であるが、尾佐竹猛『明治文化史としての日本陪審史』²⁸には「宿預け（責付）」、「親戚保管（保釋）」の記述があり、さらに同書では「官員の中に保管（保釋）」の表現も用いられている²⁹。これらは「廣澤參議暗殺事件」についての記述の中にある。「宿預け」はおそらく被告人を実家に預けること、「親戚保管」は親戚に預けることであると思われる。「宿預け」も「親戚保管」も、何度も厳しい拷問を受けた被告人について犯人と断定するだけの理由が見つからず身柄拘束の必要がなくなったと判断できる場合に提案された方法であった。しかし、実際には参座の決定で無罪となるまで被告人は勾留されていたようである³⁰。

尾佐竹、同書は 1926（大正 15）年に出版されたものであるから、治罪法以前の「廣澤參議暗殺事件」についての審議がなされた 1873（明治 6）年から 1875（明治 8）年当時に、「保釈」や「責付」という語が用いられていたか不明であるが、いずれにせよ同書で用いられている「保釈」も「責付」も被告人の預け先が異なるものの、長期にわたる徹底した取調（大抵拷問を伴う）の後、被告人を拘留施設に拘束しておく必要がないと裁判官が判断した場合に、判決までの間被告人を親族等の管理下においておくものであったと思われる。

審査局での修正審査の結果である『治罪法審査修正案』第 222 条の「親屬又ハ故舊ニ責付」という文言は、治罪法以前の「宿預け」、「親戚保管」及び「官員の中に保管」を「責付」の一言にまとめたものということができる³¹。この『治罪法審査修正案』第 222 条は治罪法第 219 条にそのまま引き継がれた。

治罪法第 219 条をあらためてここに掲げ公定訳と対比すると：

第 219 條 豫審判事ハ保釋ノ請求アルト否トヲ問ハス檢事ノ意見ヲ聽キ其ノ親屬又ハ故舊ニ責付スルコトヲ得；

²⁷ 向井・矢野「村田本『治罪法草案審査第二読会修正趣意書』」p.115.

²⁸ 邦光堂書店、1926 年。国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収

²⁹ 尾佐竹、同書 p.104～106.参照

³⁰ 尾佐竹、同書 p.106. によれば、司法省からは被告人の拘留の必要なしとの意見が出される一方で、警視庁から反対意見が出された。

³¹ 清浦奎吾『治罪法講義』随聴隨筆自十二号至三十号 p.724.「責付ハ縦前ノ親屬保管ト同一ニシテ」
なお、井上操『治罪法講義』中 p.353.も責付について「是レ我国ニ於テ古來ヨリ用フル所ノ預ト同一」と述べる。いずれも国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。

(条文の数字をアラビア数字に変更)

art.219. Le juge d'instruction peut, sur les conclusions du Commissaire du Gouvernement, mettre l'inculpé en liberté sous la garde de ses parents ou alliés ou de ses amis dans le cas même où il n'y a pas de demande de mise en liberté.

ちなみに、この規定をそのまま引き継いだ 1890 (明治 23) 年刑事訴訟法第 159 条第 1 項の仏語訳³²も同じである。

「責付」という日本語は“mettre l'inculpé en liberté sous la garde”と訳されている。しかし“mettre (物) sous bonne garde”は「(物)を安全に保管すると」という意味であり³³ liberté (自由) と sous la garde (保管) を同時に用いている公定訳の表現には疑問があるが、“sous la garde”という表現は、治罪法以前の被告人の「預け」や「保管」の考え方をそのまま残しているように見える。

II. 保釈制度の導入

保釈の規定が日本で初めて、明文として、導入されたのは、明治 10 年の「保釈条例」³⁴である。「保釈」という用語は、『仏国治罪法講義』第十九號が「被告人ヲ假リニ赦宥スル事及ヒ保證ノ事」としていたことから、「保証金納付を条件とする釈放」の意味で「保証」と「釈放」とを組み合わせてつくられたと思われる。横山晃一郎「明治五年後の刑事手続改革と治罪法」(p.696)では、この「保釈条例」についても「先取りされた治罪法の姿」と位置付けている。

「保釈条例」の第 3 条は：

第 3 條 被告人タル者及ヒ其保證人タランと欲スル者ハ何時ニテモ保釋ヲ願フコトヲ得ヘシ

裁判官は速カニ之ヲ許否スヘシ事由ナクシテ遷延五日ヲ過ルコトヲ得スと規定されており；

治罪法第 210 条は；

第 210 條 豫審判事ハ豫審中勾留狀又ハ收監狀ヲ受ケタル被告人ノ請求ニ因リ檢事ノ意見ヲ聽キ何時ニテモ呼出ニ應シ出廷ス可キノ證書を差出サシメ保釋ヲ許スコトヲ得

被告人無能力ナル時ハ親屬又ハ代人ヨリ保釋を求ムルコトヲ得
(条文の数字をアラビア数字に変更)

³² “Code de Procédure Pénal du Japon Promulgué le 7e jour 10e mois de la 23e année du Meiji Traduction Officielle 1892” 司法省記録課、国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収

³³ 『新スタンダード仏和辞典』大修館書店、1987 年。

³⁴ 太政官布告明治十年第十七號 (二月九日)『法令全書』明治 10 年 p.13. なお、小早川欣吾『明治法制史論、公法之部 下巻』p.1066 には「本法は元老院會議に於て九年十月三十日に『保釋法ヲ設クル意見書』が可決せられ…(中略)…再度元老院會議を經由して (十年二月二日)、發布せられた」(引用のため「」は『』に変更)との記述がある。

『仏国治罪法講義』第十九號明治八年十月四日の箇所を見れば、保釈条例はボアソナードを通じて当時のフランス治罪法を参照したうえで制定された³⁵ということができる。

しかし、「保釈条例」では「裁判官」に「糾問判事」が含まれているか明らかではない。

また、同条例第3条2項は、解釈次第で「事由」があれば5日以上いくらでも保釈の可否の決定を行わないことを可能にしているように読み取れる。さらに、「保釈条例」では裁判官による保釈の可否の決定に対する異議申し立てや上訴が認められていない。条文の文言そのものだけを比較すれば、「保釈条例」と治罪法とはまったく異なっている。それでもなお、この「保釈条例」はボアソナードの影響のもと、フランス法を参照して制定され、治罪法に先行して制定されたと見る事ができる。また、“*liberté provisoire*” という「原語」について、『治罪法草案直訳』では「假自由」、『治罪法草案』では「假釋」と訳されていたものが、審査局の審査の段階で「保釋」となったのは、すでに「保釈条例」が施行されていたことによるということができる。このように考えれば、当時の人々は治罪法の保釈に関する諸規定を「保釈条例」の延長と見ていたと思われる。「保釈条例」はその意味で「先取りされた治罪法の姿」であったと見ることも可能である³⁶。

Ⅲ. 保釈についてのボアソナードの説明

保釈についてボアソナードが説明しているものとして、ここでは『仏国治罪法講義』と『治罪法草案注釈』を取り上げる。

『仏国治罪法講義』第十九號明治八年十月四日の箇所では、保釈に関するフランス治罪法第113条以下の条文が1865年に改正されたことと、その改正の意味が説明されている。

第113条について改正前と改正後を対比すると

1808年

Article 113. La liberté provisoire ne pourra jamais accordée au prévenu lorsque le titre de l'accusation emportera une peine afflictive ou infamante.³⁷

³⁵ 『仏国治罪法講義』第十九號明治八年十月四日 p.301.以下参照。なお、小早川 前掲 p.1067 には「我國の保釋の制は佛國の制度を繼受したものであらうと考へられる」との記述がある。

³⁶ 沢登佳人・中川宇志「明治治罪法 of 精神」p.63. は、横山、同論文は、治罪法以前の用語と治罪法での用語とを混同している、と批判する。たしかに *Projet* や日本語草案、注釈を読むかぎり、同じ日本語を用いるとしても、従前の意味とはかなり異なっている。しかし、横山、同論文から、治罪法制定当時の日本の人々が、治罪法が定めた制度について、陪審制度以外は、それまでの改革の結果形成された制度の延長と考えていた、と読取ることも可能ではないだろうか。

³⁷ フランス治罪法の条文は

“Jean-Paul DOUCET Ancien professeur des Facultés de droit Ancien titulaire de la rubrique de Droit criminel à la Gazette du Palais” <http://www.ledroitcriminel.free.fr/>を参照した。

但し、1856年の改正について参照することはできなかった。

私訳を試みる³⁸：

第 113 条 訴追の罪名が体刑または名誉刑を含むとき、保釈は決して認められない。

Article 114. Si le fait n'emporte pas une peine afflictive ou infamante, mais seulement une peine correctionnelle, la chambre du conseil pourra, sur la demande du prévenu, et sur les conclusions du procureur impérial, ordonner que le prévenu sera mis provisoirement en liberté, moyennant caution solvable de se représenter à tous les actes de la procédure, et, pour l'exécution du jugement aussitôt qu'il en sera requis.

La mise en liberté provisoire avec caution pourra être demandée et accordée en tout état³⁹ de cause.

私訳を試みる：

第 114 条 行為が体刑又は名誉刑ではなくただ軽罪の刑しか伴わない場合、会議局は被疑者の請求と検察官の意見にもとづき、あらゆる訴訟行為に出席することを担保するために納付される保釈金と引き換えに、そして必要があればすぐに判決を執行するために、被疑者が保釈されることを命ずることができる。
保釈は、どんな場合でも、請求され認められることが可能である。

1865 年

Article 113 (*Ainsi remplacé, L. 14 juillet 1865.*) En toute matière, le juge d'instruction pourra, sur la demande de l'inculpé et sur les conclusions du procureur impérial, ordonner que l'inculpé sera mis provisoirement en liberté, à charge, par celui-ci, de prendre l'engagement de se représenter à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement aussitôt qu'il en sera requis.

En matière correctionnelle, la mise en liberté sera de droit, cinq jours après l'interrogatoire, en faveur du prévenu domicilié, quand le maximum de la peine prononcée par la loi sera inférieur à deux ans d'emprisonnement.

La disposition qui précède ne s'appliquera ni aux prévenus déjà condamnés pour crime, ni à ceux déjà condamnés à un emprisonnement de plus d'une année.

『仏国治罪法講義』での訳⁴⁰

第百十三条〔千八百六十五年左ノ如ク改ム〕如何ナル罪犯ニ付テモ下吟味掛裁判役被告人ノ求メニ因リ且検事の申立ニ従ヒ其被告人假リニ赦宥スル事ヲ言渡

³⁸ 箕作麟祥『仏蘭西法律書 治罪法』では 1865 年に改正された条文のみ訳されており、改正前の条文は掲載されていない

³⁹ 前掲サイトでは“état”となっているが、“état”でなければ意味が通じないので訂正した。

⁴⁰ 箕作麟祥『仏蘭西法律書 治罪法』の訳も同じ。

スヲ得可シ但シ被告人ハ言附ヲ受ケ次第吟味ノ席ニ出テ且裁判ノ執行ノ爲メ出席ス可キノ盟約ヲ爲スコトヲ必要トス
輕罪ニ付キ二年間ノ禁錮以下ノ刑ニ處セラル可キ罪ヲ申立テラレシタル時ハ定マリタル住所アル被告人間糾ヨリ五日ノ後ニ至リ當然假リ赦宥ヲ得可シ
既ニ一度重罪ノ爲メ刑ヲ言渡サレタル被告人又ハ既ニ一度一年以上禁錮ノ刑ヲ言渡サレタル被告人ニハ前項ノ規則ヲ通シ用フ可カラス

『仏国治罪法講義』の説明によれば、フランス治罪法では1865年の改正により重罪、輕罪を問わず保釈が認められるようになった。さらに、2年以下の禁錮にあたる輕罪で訴追された者は、当然に (de droit) 保釈が認められることになった⁴¹。

治罪法草案では、予審の段階で；

まず、重罪、輕罪、現行犯、非現行犯を問わず、拘留状によって拘束されている被疑者 (l'inculpé placé sous mandat de dépôt) の請求により、予審判事は保釈の可否を決定できること (art. 230. 1^{er}.al.) ；

被疑者が収監状によって拘束されている場合は (Si l'inculpé est placé sous mandat d'arrêt) 、保釈の可否を決定するにつき、あらかじめ検事の意見を聞かなければならない (ibid.2^eal.) ことを定める；

次に保釈金について定め (art.231. à 233.) ；

さらに、保釈金没収の場合を規定する (art.234. à 237.) 。

治罪法草案において、保釈制度について説明している第 230 条の注釈 (n° 336) を要約すれば、まず、被疑者 (l'inculpé) は無罪と推定されるが、判決は確定するまで未決拘留 (une détention préventive) の下に置かれるには理由があるという。被疑者の逃亡の恐れがあるからである。

しかし、訴追された罪が重大ではない場合、あるいは被疑者が真正な証拠 (preuves de sincérité) を提出する場合には、予審判事は被疑者が予審と公判に出廷することを確約ことを条件に保釈 (liberté provisoire) を認めることができる、と述べる。

さらに、保釈の制度は欧米諸国で広く行われているので、日本の草案もこの保釈の制度を導入した。

なお、治罪法では「被疑者」ではなく「被告人」という語を用いているが、これは、治罪法が予審開始の請求を「起訴」 (第 107 条、第 110 条) と言い、予審に付された被疑者を「被告人」としている (第 118 条以下) ためである。予審段階では被疑者はまだ公判に付される前であるから「被疑者」とよぶ方が適切である。

被疑者が収監状によって拘束されているときの保釈については、あらかじめ検事の意見を聞かなければならない。これについて『仏国治罪法講義』では「検事ノ意見と相違スルトモ苦シカラサル如ク見ユレトモ之ハヨロシカラス… (中略) …此狀ニ於テソノ意見ニ従フトナクトモ即チ検事ノ意見ニ従ハサルヘカラスナリ」と述べられている。その一方治罪法草案注釈では、収監状による拘束についての保釈の場合にのみ検察官は意見を述べなければならず、その意見は保釈の請求に一致する必要はないと述べられている

⁴¹ 『仏国治罪法講義』 p.306.以下参照

が、予審判事が検察官の意見に従わなければならないとは述べられていない。

草案注釈のこの部分の仏文は：

“Il faut aussi, mais seulement quand il y a mandat d’arrêt, que le ministère public donne ses conclusions à l’égard de la main-levée ; du reste, il n’est pas nécessaire qu’elles soient conformé à la demande”

『仏国治罪法講義』が収監状の場合の保釈について検事の意見に従うとしたのは、フランス治罪法第 94 条によれば収監状は検事の意見に従い発行されると規定されているので、保釈の場合も検事の意見に従わなければならないという理由からである。他方収監状に関する草案第 142 条は、収監状の発行に際して、予審判事は予め検察官の意見を聞かなければならないが、検察官の意見には拘束されない。

草案第 142 条の解釈について、『治罪法草案注釈』では；

他又豫審判事収監狀を發スルニハ必シモ檢察官ノ論結ヲ聞カサル可カラス然レトモ亦必ス其論結ト同儀^{コンフアルム}ノ意見ヲ以テスルニ非サレハ判事該令狀ヲ發スルヲ得サル者ト信ス可カラス即チ茲ニハ他ノ事項ニ於ケルカ如ク原告人ノ請求スル所ニ反シテ裁斷ヲ下スヲ得可シ唯檢察官ノ意見ヲ聽キ以テ事實ヲ審明スル耳⁴²

この部分の仏文は；

Du reste, il ne faut pas croire que le juge ne puisse délivrer le mandat d’arrêt que sur des conclusions *conforme* du ministère public ; ici, comme en tute autre matière, le juge est libre de décider autrement que ne le requiert l’accusateur⁴³

上記「注釈」にはわかりにくいところがあるので、私訳を試みれば；

さらに、その判事は検察官と同じ結論に基づいてしか収監状を発行できないと考える必要はない；ここでは、他のあらゆる点と同じく、その判事は訴追者がそれを請求しなくても自由に決定することができる。

なお、向井・矢野「村田本『治罪法草案審査第二読会修正趣意書』」は、解題での先の注の箇所ですら「予審手続きの中で予審判事が被告人を収監状をもって勾留する場合には検事の承諾が必要とされるが、この承諾が得られなかった場合、予審判事は被告人の請求なくして勾留を解かねばならない。その際治罪法草案では『仮釈』の語を用いていたのを改め『責付に付す』としたのである」⁴⁴（引用のため「」を『』に変更）と述べている。

しかし、収監状の発行に検事の同意が必要ないことは草案でも明らかであり、治罪法でもその解釈は引き継がれている。草案第 142 条に対応する治罪法第 128 条について、村田保は、検事の意見を聞くことで手続を「鄭重」にするとだけしか述べていないが⁴⁵、

⁴² 『治罪法草案注釈』第二編 p.142

⁴³ 1882（明治 15）年 Projet. n°235. 復刻版 p.272.

⁴⁴ 向井・矢野「村田本『治罪法草案審査第二読会修正趣意書』」p.84.

⁴⁵ 村田保『治罪法注釈』巻 3、第 128 条の注釈参照。

磯部四郎は、予審判事は検察官の意見に拘束されないと述べる⁴⁶。

また「仮釈」という語は“*liberté provisoire*”の訳であり、すでに「保釈条例」があるので「保釈」という訳に改めたと考えるのが妥当である。「責付」は草案とは別に審査局段階で新設された規定であるから、『治罪法草案』には、当然、「責付」についての条文は存在せず、『治罪法草案注釈』にも「責付」に関する条文も注釈も掲載されていない。

草案は『仏国治罪法講義』とは異なり、収監状の場合も検察官の意見に拘束されず、予審判事は保釈の可否を決定することができると思われる。

なお、草案は、フランス治罪法とは異なり、民事原告人に対して被疑者の保釈の通知を必要としていない。

第 233 条の注釈 (n° 338) では、保釈金の納付は義務 (*obligatoire*) であり、予審判事の決定はその裁量に委ねられている (*décision facultative*) と述べる。したがって、治罪保草案では、フランス法と異なり当然の (*de droit*) 保釈はみとめられてない。

IV. 保釈についての日本人委員の考え方

審査局の修正意見では保釈について、「凡ソ保釈の性質タル保証金を出サシメ以テ被告人ノ勾留ヲ解クニ在リテ保証金ナク勾留ヲ解クハ責付ナリ」⁴⁷としか述べられていないので、審査局の委員たちが保釈の性質や趣旨についてどのように考えていたのか判断することはできない。審査局の委員の一人である村田保は『治罪法注釈』で、被告人の逃亡あるいは証拠隠滅の恐れのないときには即時「勾留ヲ解キ自由ニ復ス可シ」と述べる⁴⁸。

ここでの「被告人」は予審に付された「被疑者」であるが、日本人側は予審を裁判であると考えていたことから、保釈の対象は被告人として裁判官の尋問を受ける者と考えていたものと推測される。

保釈の起源について私は把握していないが、少なくとも「人身保護法」(Habeas Corpus Act 1679) 以来保釈は人身保護令状 (Writ of habeas corpus) と一体をなすものと考えられてきた。この場合の保釈の請求は、被告人自らが裁判を受ける権利を行使することを意味し、保証金(保釈金)の納付は法廷に出頭する証しを被告人自らが示すことである。保釈は許可されない場合もあるので、「権利」ということはできないが、保釈の請求があれば原則として許可されなければならない。『仏国治罪法講義』にも「[アメリカ][英ニテハ佛國ヨリ猶假リ出獄ニ於テ便利ナリトス]如何ナル犯人ニテモ保証金ヲ出セハ必ラス假リニ出獄セサルヲ得サルコトトス判事ニテ之ヲ拒ムコトヲ得ス」との記述がある⁴⁹。同書では、その後に、英米では重大な犯罪の場合過大な保釈金のため出獄が不可能になる場合のあることも述べられている⁵⁰。

⁴⁶ 磯部四郎『治罪法講義』上 p.290, 291. 参照

⁴⁷ 向井・矢野「村田本『治罪法草案審査第二読会修正趣意書』」p.113.

⁴⁸ 村田保『治罪法注釈』巻5 第3編 犯罪ノ捜査起訴及ヒ予審 第九節保釈、国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。

⁴⁹ 同書、p.308.

⁵⁰ イギリスの権利章典(1689年) I. 10. アメリカ合衆国憲法修正第8条(1791年確定)は過

ボアソナードは、『仏国治罪法講義』や『治罪法草案注釈』を読む限り、被疑者の請求があれば保釈を原則にするとまでは考えていなかったと思われる。

ボアソナードの考え方を推測するうえで、現在のフランス刑事手続法を参考にする。

現行フランス刑事手続法の第 137 条から第 150 条で、予審段階で被疑者を取調べるための拘束を認めることが規定されている。

まず、取調を受ける者はすべて、無罪と推定され、自由なままである (*Toute personne mise en examen, présumée innocente, demeure libre.*) ことが原則である (*Art.137.1^{er}al.*)。予審の必要性和 (公共、被害者、本人の) 安全の必要があれば取調を受ける者は司法統制による義務 (*obligations du contrôle judiciaire*) を課されるか、あるいは指定された住居で電子監視の対象とされる (*ibid.2^eal.*)。未決勾留 (*détention provisoire*) は例外である (*ibid.3^eal.*)。

保証金については司法統制の中で定められているが (*Art.138. 2^eal.11^o*)、必須のものはない (*Art.138. 2^eal.本文*)。

現行フランス法は、被疑者の身体的自由は犯罪捜査 (公訴権の行使) という公共の利益によって制約を受けるとの考えが根底にあるように見える。もちろん現行法は「無罪の推定」による「人身の自由」を原則にしている。現在より 100 年以上前のボアソナードも、「無罪の推定」による被疑者の「人身の自由」と「公共の利益」との調和という考え方をしていたと思われる。令状に関する草案第 133 条以下は、拘束時間、日数に配慮し、また令状の執行に強制を伴う場合には被疑事件の重大性や公共の利益に配慮しなければならないことを述べている。ただ、ボアソナードは、現在のフランス法よりも、公共の利益に重点を置いているように見える。ボアソナードが生きていた時代のフランスは、治罪法が改正されたように、被疑者の人身の自由の保障を拡大しようとしていた過渡期であり、ボアソナードは過渡期の人であったということができる。

以上に対して、日本人側は、被疑者の請求も保証金の納付も必要としない「責付」と被疑者による請求と保証金の納付を前提とする「保釈」とを同じ性質のものと考えていることから、保釈は裁判官が被告人に与える恩典であると考えていたと思われる。審査局の委員ではないが、井上操は「保釋ナル者ハ被告人ニ自由ヲ得セシムルーノ寛典ナリ」⁵¹と述べている。

V. 保釈は本来捜査段階から認められるべき

保釈の請求は、元来、被疑者として拘束された段階で行うことができるものである。現在代表的なものとして、イギリスでは *Bail Act 1976*, *Criminal Justice Act 2003*. フランスでは *Code de procédure pénal*⁵²等を挙げることができる。

治罪法を文字通り読めば、重罪又は軽罪について、現行犯以外は予審判事の発する勾留状と収監状によってのみ 48 時間を超える被疑者の拘束が可能であるので (第 118 条以下)、予審段階で保釈請求ができるということは、まさに保釈請求は被疑者として

大な保釈金を禁じている。なお、GHQ による日本国憲法草案 (マッカーサー草案) 第 35 条には過大な保釈金を禁じる規定があったが、内閣草案の段階でこの条文自体が削除されている。

⁵¹ 井上操『治罪法講義』中 p.353. (知新社 1886) 国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。

⁵² 保釈金の納付を条件とする保釈の制度は規定されていないが、未決勾留を例外としている。

48 時間を越えて拘束されることになった時点で行われることになる。重罪又は軽罪の現行犯の場合、司法警察官は被疑者を速やかに検事に送付しなければならず（第 205 条）、検事は 24 時間以内に受取った被疑者を予審判事に送付しなければならないので（第 206 条）、保釈請求が予審段階で可能になるとしても、被疑者には不利益にはならない。違警罪の場合は、その刑は 10 日以下の拘留か 1 円 95 銭以下の罰金刑であるから被疑者の拘束は必要ない（第 118 条以下に違警罪は含まれていない、なお第 107 条 1 項 3 号参照）。治罪法の規定では、予審に付された被疑者を「被告人」としており、保釈請求は文言上「被告人」にしか認められないが実質的には被疑者として拘束された段階で保釈の請求が可能である。

しかし、治罪法以前において「廣澤参議事件」における被疑者の取調に見られるように拷問を伴う長期にわたる拘束が当然のように行われ、裁判自体が被告人の追及の場であり、捜査と公判の分離は意識されていなかった。後に予審判事の制度にならい「糺問判事」の制度をつくったものの、糺問判事が置かれていない裁判所もあり、糺問判事が強制捜査をコントロールしていたとは到底認められなかった。さらに、審査局の審査の段階においても、裁判官は警察官と同じく行政権の一部であると考えられていたようであった。これらのことから見れば、治罪法の規定が、その施行後、厳格に運用されたとは考えられない。治罪法施行以後、警察による捜査段階での被疑者の拘束がどの程度の期間に及んだかについて、私は現在のところその具体的な資料を見つけることができなかった。しかし、現行刑事訴訟法が逮捕後の留置の期間を 72 時間と定めたことが画期的であったといわれていることから考えて、警察による被疑者の長期にわたる拘束は旧刑事訴訟法下で突然生じたものではなく、治罪法制定以前から常態化しており、治罪法制定によってもかわらなかったと見るのが適切であるように思われる。治罪法自体は警察による被疑者の長期の拘束を認めていないので、法文の規定どおりに解釈すれば、当然に、警察による拘束に対して保釈の規定の適用は予定されていない。さらに、「保釈」や「責付」を裁判官が与える「恩典」であることに加えて、そこに裁判官は司法省の管轄そして警察は内務省の管轄という「縦割り」の考慮が入れば、当時の人々には警察による拘束の段階での保釈請求には思いが至らなかったと推測される。

VI. 現在への影響

審査局段階で責付規定を追加したことの現在への直接の影響は、現行刑事訴訟法第 95 条の「勾留されている被告人の親族、保護団体その他の者に委託し」てなす「勾留の執行停止」に及んでいる。

現行刑事訴訟法は第 90 条で裁判所の職権による保釈を認めているので、第 95 条の「勾留の執行停止」は、保証金を納付させることが不可能か、不適當な場合にその機能を發揮すると考えられている⁵³。

直接の影響の他に、私が、現在にまで深刻な影響を与えていると考えているのは、治罪法が「被告人」にしか保釈請求を認めなかったことである。先に述べたように治罪法を文言の通り適用すれば、実質的には保釈は被疑段階で認められなければならない。あたかも「被告人」という言葉が独り歩きして、現行刑事訴訟法に至っても公判に付された段階でしか保釈請求は認められないと規定されることになったように見える。

⁵³ 『法律實務講座 刑事編 第二巻』p.292.

弁護士の助力を受けることについても、「はじめに」で述べたように同様の問題がある。

現行刑事訴訟法の下でも、逮捕・勾留された被疑者は拘束され弁護士の立会もないまま、20 日以上警察官や検察官の取調を受けることになり、「不利益供述を強要されない権利」（憲法 38 条参照）がいわば骨抜きになっている。これは治罪法が予審段階の被疑者を「被告人」と規定したのに遠因があると、私は考える。

4. 陪審条項の削除

(1) 概要

治罪法制定過程における最大の問題は、治罪法草案審査局による修正案までは存在した陪審条項を、内閣段階で削除し、陪審制を採用しないまま治罪法として公布、施行されたことである。『治罪法修正趣意書 完』では日本の開明の程度が陪審を採用するまで至っていないことを陪審制不採用の理由にしている¹。その箇所の記述は

「陪審ハ歐米各國ニ行ハレルモノニシテ其制ノ善美ナルヤ固ヨリ疑ヲ容ル可ラスト雖モ我カ國ニ於テハ開明ノ程度人民ノ貧富ヲ察スルニ未タ陪審ヲ設クルノ時ニ非ス故ニ之ヲ削除セリ」

となっている。

ところが、陪審裁判は中世のイギリスやゲルマン諸国で騎士や僧侶の間で行われていた「同輩による裁判」に起源を発していることを考えると、「開明の程度」を陪審条項の削除の理由にすることには疑問がある。しかし、当時の人々はイギリス、フランス、アメリカ合衆国ように近代化していた諸国が陪審制度を採用していることを知っており、その当時の日本は陪審制を採用するまでに近代化していないと考えていたのかもしれない²。

陪審条項削除の実質的な理由は、現在の段階では推測の域を出ない。

実質的な理由を考える前提として、明治期における治罪法以前の司法改革について、それが公判における陪審制度の採用を含んでいたかという観点から検討する。

(2) 治罪法以前の司法改革

I. 横山晃一郎「明治五年後の刑事手続改革と治罪法」³に基づく検討

治罪法制定過程との関連でそれ以前の司法改革を分析しているのは、横山晃一郎「明治五年後の刑事手続改革と治罪法」（以下横山論文という）であり、ここでは、この論文に基づいて治罪法以前の司法改革を概観する。但し、この論文では捜査機関と捜査手続についての記述が中心になっているので、裁判官の養成については、岩谷十郎『明治日本の法解釈と法律家』⁴をもとに検討する。

¹ 草案第 86 条の修正の最後でこのように述べられている

² 大正 7 年、臨時法制審議会において当時の原敬首相は、その挨拶の中で次のように述べている。
「文明諸國中に此制度なきもの殆んど之れなし而して我國の此憲法實施の今日に於て此制度を採用するを以て最も適當の事なりと信ず、裁判の公正は之を疑ふに非ずと雖も國民をして法律上全然無關係の位置に居らしむるは憲法上適の制度なりと云ふ可らず」『立憲政友会報国史、上巻』p. 152 立憲政友会報国史編纂部編（立憲政友会報国史編纂部、1931）国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。

治罪法制定の当時においても、日本政府の一部の人たちは、日本の「開明の程度」が陪審を採用するに至っていないと真剣に考えていたのかもしれない。

³ 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』（九州大学）51 卷 3～4 合併号、1985 年

⁴ 岩谷十郎『明治日本の法解釈と法律家』慶応義塾大学出版会、2012 年 3 月 30 日

Ⅱ．江藤新平の司法改革

「江藤前司法卿ノ司法省ニ在ルトキニ、果決鋭爲、一舉シテ進ムノ勢アリ、…（中略）… 江藤氏敗ルハニ及ヒテ、…（中略）…、以テ兩-三-年ヲ閑却スルニ至レリ」

井上毅は明治8年3月11日付の「司法省改革意見」⁵の冒頭でこのように述べている。

ここでは明治維新から治罪法までの司法改革について、一般になされているように、江藤新平が司法改革を牽引した時期と、江藤が下野して以後を区別して考える⁶。

横山論文によれば、維新政府にとって最大の政治課題であった不平等条約改正のためには、裁判権の統一、裁判制度の近代化＝西欧化、列強の容認する裁判基準の創出が不可欠であった⁷。

これを、司法省に裁判権を集中することで推し進めたのが江藤新平であった⁸。

江藤は「司法台構想」⁹をまとめていたが、1871（明治4）年7月9日、政府は、刑部省と弾正台を廃して、行政官庁としての司法省を設置した。

1872（明治5）年4月、江藤が初代司法卿に就任し、司法制度改革は急速な展開を見せることになった¹⁰。その結果同年8月3日司法省職制並ニ事務章程いわゆる「司法職務定制」が制定された。

江藤の「司法台構想」について、山口亮介「明治初期における『司法』の形成に関する一考察」¹¹（引用のため「」を『』とした）は、江藤が「司法台」を構想するにあたり、「権力分立」と「司法権の独立」の概念を基礎に置き¹²、具体的な官制については律令を参考にしていたと分析している¹³。

他方、「司法職務定制」はフランスやオランダなどの制度を参酌して作成されたと言われている¹⁴。

横山論文によれば、「司法職務定制」は検事制度の導入によって「刑事手続弾劾化」

⁵ 井上毅傳編集委員会編『井上毅傳 史料篇第一』国学院大学図書館、1966年 所収

⁶ 横山「明治五年後の刑事手続改革と治罪法」も、江藤が牽引した時代と、江藤退陣後の時代に分けて検討がなされており、江藤退陣によって「江藤の路線は、途中で挫折した」と述べる（p.684）。

⁷ 横山、前掲 p.679.

⁸ 横山、前掲 p.679 には「裁判権を現実に司法省の下に集中し、これを司法省統制下に再編成すること」との記述がある。

⁹ 浅古弘、伊藤孝夫、植田信廣、神保文夫編、『日本法制史』青林書院、2010年 p.270 では「司法権を天皇大権の一とし、立法、行政の二権から別立させて、司法台を新設し、全国に裁判所を設けて、裁判事務の統合集中を図ろうというものであった」と記述されている。

¹⁰ 浅古、伊藤、植田、神保編、『日本法制史』 p.271

¹¹ 法制史学会『法制史研究』59号（2009年）

¹² 山口、同論文は、『聯邦志畧』など当時の欧米の政治制度や政治思想に関する翻訳書を取りあげ、それらが江藤の「権力分立」や「司法権の独立」の理解にどのような影響を及ぼしたかを検討している。

¹³ 山口、同論文 p.96, 97.

¹⁴ 浅古、伊藤、植田、神保編、『日本法制史』 p.270 p.271. 参照

横山、前掲 p.671. は「司法関係機関の組織、職務権限をフランス法に範をとり定めた」と述べる。

山口亮介「明治初期における『司法』の展開過程に関する一試論」『法政研究』（九州大学）第77巻第3号は、「司法職務定制」の制定にあたり、1872（明治5）年に来日したジョルジュ・ブスケ（Georges Hilaire Bousquet）の影響が大きく、また、その制定の過程でオランダの制度との対照が行われたと述べている（p.517 参照）。

へ踏みだすものであったが¹⁵、審理手続についてはなお旧来の制度を踏襲していた¹⁶。

「司法職務定制」の審理手続では、「判事」(= 裁判官)は「推問」すなわち被告人の追及を、場合によっては「拷問」を用いて(第 52 条)、行うものとされている(第 93 条)。

このような手続は、翌明治 6 年 2 月 24 日の「断獄則例」¹⁷にも受け継がれた。

以上を見る限り、司法省の設置やそれに続く「司法職務定制」の制定は、裁判権の統一と、犯罪取締のための組織を主にフランスの制度を参考にして形成していくことを目的とするものであって、裁判手続の変革まで含むものでなかった。

III. 参座

横山論文では、参座による裁判には触れられていない。

しかし、1873(明治 6)年と 1875(明治 8)年に行われた参座による裁判は、日本における「陪審最初の試み」¹⁸といわれているので、この箇所では参座について検討する。なお現在のところ、これらの参座に関する事実関係を詳細に記述しているのは、尾佐竹猛『明治文化史としての日本陪審史』と思われるので、同書の記述を参考にして参座についての考察を行う。

1873(明治 6)年「榎村正直事件」¹⁹について参座が設けられた。小野組の転籍を認めた京都裁判所の決定を京都府庁が無視したため、司法省が京都府参事の榎村正直等を罪に問おうとしたことから、その審理のため参座が設けられた。

尾佐竹、同書、によれば、司法省は明治 6 年 9 月 15 日臨時裁判所の設置を太政官に請求し²⁰、同じ日付で陪審裁判を行うことも提起した²¹。その後、司法省は陪審取消を上申した。結果として、同年 10 月 9 日参座規則が公布された²²。しかし、参座による審理中同年 12 月 29 日に太政大臣の命令により参座は解散され²³、審理は通常の手続に

¹⁵ 横山、前掲 p.680 では「検事の原告的地位、不告不理は、なお明確でなく、又、審理は被告人に対する糾問中心であり、刑事弁護は認められなかった」と記述されている。

¹⁶ 横山は、前掲 p.681 で「司法職務定制」第 93 条断獄順序を例に出して「捜査手続に比し審理手続の古色、覆うべくもない」と述べる。さらに「拷問」を認める第 52 条も引用している。

¹⁷ 司法省布達第十六号

横山は、前掲 p.628 で、「断獄則例」は「従来の手続の継続、具体化であった」が、その一方獄庭における平等取扱いの条文化(第十則)、傍聴者の許可(第一、第二、第五則)、裁判官の「回避」(第十一則)、拷問の緩和(第十五則)を挙げ、「法の前の平等、公正な裁判、裁判の公開、手続の人道化—これらの諸規定が、こういう近代的刑事裁判への方向性をもっていたことは疑いない」と述べる。

¹⁸ 尾佐竹猛『明治文化史としての日本陪審史』p.26. 邦光堂書店、1926 年。国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。

なお、花井卓蔵、「満鉄事件を論ず、附陪審法案に就て」『訟庭論草』、無軒書屋、1931 年 国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収(表題は『訟庭論草第 1』)。「附陪審法案に就て」p.7 以下で「四 明治六年及八年に行はれたる参座制度は陪審制度なり」として、参座を陪審の制度だと述べる。

¹⁹ 「小野組転籍事件」とも呼ばれる(浅古、伊藤、植田、神保編『日本法制史』p.354)。

²⁰ 尾佐竹、前掲 p.49

²¹ 尾佐竹、前掲 p.50

²² 尾佐竹、前掲 p.56

²³ 尾佐竹、前掲 p.90

よるものになり、榎村正直等には有罪の判決が下った²⁴。

次いで、1875（明治8）年、「廣澤参議暗殺事件」の審理のため参座が設けられた。明治4年1月9日に参議廣澤眞臣が暗殺された事件の裁判である。

「始め事件の嫌疑者に對し警察側は極力有罪を主張し、判事側は無罪を主張し、兩々相持して下らず、之を解決する手段として設けられたのが参座である」²⁵。

この事件の場合、参座の投票により、被告人の無罪が決定した。

これらの参座は「孰れも司法部と他の行政部との確執に由って設けられたといふことが出来る」²⁶。いずれも、特別に設けられた臨時裁判所で用いられたものである。

参座の制度は、もともと陪審を参考にして設けられたので、参座が有罪・無罪を決するという点では陪審制に近い。しかし、参座の構成員は政府によって任命された官員である。この点で、陪審員が地方議員等から抽選で選出される高等陪審、あるいは陪審員が市民から抽選で選出される陪審制とは異なっている。

さらに両事件については、特別に臨時裁判が設けられ、そのつど「参座規則」が制定されており、参座は特別な裁判のためだけに設けられた例外的な制度であった。

以上のように考えると、明治6年と同8年の「参座」は特定の特別な事件のための臨時に設置された裁判所で、いわば「政治的な妥協の産物」として、設けられたものであって、通常の裁判に用いることは想定されていなかった。その意味で「参座」は通常の裁判での陪審制につながらなかったと思われる。

IV. 大久保政権下での司法改革

江藤が下野した後、政府のリーダーとなった大久保利通は、1873（明治6年）に警察を司法省から切り離し内務省の管轄下においた。

その後、1875（明治8）年1月から続けられた大阪会議の結果、同年4月14日立憲政体の詔書²⁷が発せられ、「審判ノ權ヲ鞏ク」するため大審院が設置されることになり²⁸、司法省から裁判権が分離された。

また、これに先立つ1874（明治7）年1月「検事職制章程司法警察規則」²⁹により、検事と司法警察のそれぞれの職務の内容・分担も定まってきた。さらに翌1875年5月司法省より達として「司法省及検事並大審院諸裁判所職制章程」³⁰が布告された。横山論文によれば、このような太政官布告と司法省達は、「檢察官を弾劾主義の担い手として純化する側面を持つもの」であった³¹。

²⁴ 尾佐竹、前掲 p.91 以下

²⁵ 尾佐竹、前掲、p.95

²⁶ 尾佐竹、前掲、p.95.

²⁷ 太政官布告第明治八年第五十八號、法令全書（明治八年）p.81.

²⁸ 「大審院諸裁判所職制章程」太政官布告第明治八年第九十一號（五月二十四日）、法令全書（明治八年）p.100 以下

なお、第九十二號は「今般東京大阪長崎福島四ヶ所へ上等裁判所ヲ設置被置」法令全書（明治八年）p.106.

第九十三號は「今般大審院並ニ上等裁判所ヲ被置候ニ付控訴上告手續…（略）」法令全書（明治八年）p.107 以下、である。

²⁹ 太政官布告明治第七年第十四號（一月二十八日）、法令全書（明治七年）p.263.

³⁰ 司法省達明治第八年第十號（五月八日）、法令全書（明治八年）p.1752. 以下

³¹ 横山、前掲 p.689.

さらに糾問判事の制度も導入された³²。

V. 改定律例第 318 条の改定―「口供結案」から「証」へ―

大久保政権下での司法改革の進行と同時期に、ボアソナードにより、強く拷問廃止を求める意見が出された³³。さらに井上毅も拷問廃止の意見を述べた。井上毅の意見は「拷問廃止意見案」³⁴として残されている。「拷問廃止意見案」では拷問（拷訊）を「陋習野俗」とし、これを廃止しなければ「國法を以テ外國ノ民ヲ統治」できない、すなわち条約改正など覚束ないと述べる。そして拷問（拷訊）を廃止する以上「凡ソ罪ヲ斷スルハ口供結案ニ据ル」³⁵と定める改定律例第 318 条を廃止することが必要であるという。

「だが、ボアソナード建白書から一年、太政官から布告されたのは、ただ、改定律例第三一八条の改定だけであった」³⁶（傍点は省略）。法律から拷問〔拷訊〕の規定が削除されたのは、1879（明治 12）年 10 月 8 日の太政官布告第四十二号においてであった。

改定律例第 318 条は「凡ソ罪ヲ斷スルハ証ニ依ル」と改正され、それに伴い司法省達で「断罪証拠条件」³⁷が布告された。「この司法省達が、ボアソナードの案にもとづくことは、誰の目にも明らか」³⁸であり、捜査や裁判を近代化することにつながったが、陪審制度の導入にはつながらなかったと思われる³⁹。

VI. 治罪法以前の司法改革と陪審制度

横山論文をもとに治罪法以前の司法改革を概観するかぎり、治罪法以前の司法改革は裁判権の統一、それに伴う裁判機構、検察、警察の機構の整備であって、それは中央集権のもと統一された国家として犯罪を取り締まるための制度を整備していく過程であった。そこでは、被疑者の自白を得ることを主要な目的とする捜査、裁判官による被告人の追及という旧来からの慣行は維持されており、明治 9 年に改定律例第 318 条が改正され「断罪証拠条件」を定める司法省達が公布されたにもかかわらず、陪審制度の採用など眼中にない状態である。

横山、前掲 p.687～p.689 では、「検事職制章程司法警察規則」における検事は、明治 5 年「司法職務定制」における検事がフランスの制度を模範にしたのに対して、プロイセンに倣ったものであるとし、「司法省及検事並大審院諸裁判所職制章程」における検事は、犯罪捜査、検挙の第一線から退き、訴追官庁にすぎなくなったと分析する。そして、「フランス型検察官からドイツ型検察官へ、捜査・訴追機関から訴追機関性の重視へ」（p.689）と述べる。

³² 司法省達明治九年第四十七號（四月二十四日）「糾問判事職務假規則」、法令全書（明治九年）p.1389.

司法省達明治九年第四十八號（四月二十四日）「司法警察假規則」、法令全書（明治九年）p.1391.

³³ 大久保泰甫『日本近代法の父 ボアソナード』第 3 章 5「拷問廃止の建白」参照。

³⁴ 『井上毅傳 史料篇第一』

³⁵ この改定律例第 318 条は、被疑者・被告人を「恐入らせ」るものであり拷問は「恐入らせ」る手段であった。尾佐竹猛『明治文化史としての日本陪審史』p.89 参照。

³⁶ 横山、同論文、p.699.

³⁷ 司法省達明治九年第六十四號（八月二十八日）法令全書明治九年 p.1400.

³⁸ 横山、同論文、p.701.

³⁹ 井上毅「拷問廃止意見案」では、拷問の廃止と陪審とを切り離して考えている。

VII. 裁判官の養成

陪審裁判において裁判長となる職業裁判官の役割は極めて重要である。治罪法では削除されたボアソナードの草案の該当箇所においても、裁判長は陪審員に陪審心得を読み聞かせ（art.446）、証人尋問と証拠の取調の順序を定め（art.467, 474）、評決の対象を明確化する（art.476 以下）。草案では陪審員に予断を抱かせないような公正な訴訟指揮が規定されている。公正な訴訟指揮を行うには、具体的な刑事手続法の規定が存在するだけでなく、裁判官の独立が保障されていなければならない。

ここで、治罪法以前の裁判官のありかたを見ると、刑事手続の近代化に大きく踏み出したといわれる「司法職務定制」と「断獄則例」のもとでの裁判官は「悪行をなした者を懲らしめることを職務とする行政官（警察官・検察官）」⁴⁰であった。1875（明治8）年に大審院が創設され、裁判権が司法省から分離されても、岩谷十郎によれば、「大審院はその設立の当初から、例えば『司法権独立は結構であるが、司法省より独立するのは不可である』との跛行した司法権独立論の下に置かれ」⁴¹ていた（注記号省略、引用のため「」を『』に変更）。

岩谷は「今日、明治初期の刑事司法システムを『伺・指令裁判』の名の下に理解し、その綿密な資料的再構成が進められている」⁴²と述べ、『申明類纂』⁴³を検討しながら「伺・指令裁判」の内実を明らかにしようとしている。そしてその上で、裁判（官）の独立の達成ということ「自体が、明治国家によって果されるべき課題として意識されていたのか」⁴⁴との問題を提起している。続く「司法官の近代法適用を巡る逡巡」⁴⁵では、「内訓条例」⁴⁶に言及し、『申明類纂』⁴⁷をとりあげ、1882（明治15）年、旧刑法施行の年における裁判官と司法省との伺・指令の関係について検討している。

岩谷十郎『明治日本の法解釈と法律家』に基づいて、治罪法制定以前と治罪法施行時期の裁判官のあり方について概観するかぎり、明治政府は「裁判官の独立」を近代的な司法制度の確立にとって必要不可欠なものと考えていなかった。治罪法以前の司法改革は裁判官の養成ということにおいても、陪審制度の導入の方向には向かっていなかった。

VIII. 小括

⁴⁰ 水林彪「新律綱領・改定律例の世界」（『日本近代思想大系第七巻 法と秩序』岩波書店、1992年）p. 463。なおこの後に「裁判所はそのための行政機関であり、断獄は罪責追及という行政の過程にほかならない」という記述が続く。

⁴¹ 岩谷十郎「訓令を仰ぐ大審院」（『明治日本の法解釈と法律家』第二章、慶應義塾大学出版会、2012年）p.67.

なお、当該引用文は岩谷による、三谷太一郎『近代日本の司法権と政党』（塙書房、1980年）、尾佐竹猛「司法権の独立と大審院の創設」（『法曹界雑誌』第15巻第10号）、菊山正明「明治八年の司法改革」（『早稲田法学』第66巻第1号、1990年）からの引用である。

⁴² 岩谷「訓令を仰ぐ大審院」p.69.

⁴³ 『律令申明類纂甲』『律令申明類纂乙』国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収。

⁴⁴ 岩谷 前掲 p.135.

⁴⁵ 岩谷『明治日本の法解釈と法律家』第三章

⁴⁶ 「司法省達」明治十二年二月二十四日『法規分類大全』（官職問・官制・司法省一）p.183～184. 国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収（法規分類大全〔第14〕）。

⁴⁷ 『刑法申明類纂』国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収（刑法申明類纂一一一法令、一二法令）。

以上のように治罪法以前の司法改革を概観するかぎり、その改革は、陪審制度の導入とはまったく無縁であったと私は考える。

(3) 陪審制度と律の刑罰思想

I 歴史的背景

刑事陪審は中世のイギリスやゲルマン諸国で騎士や僧侶の間で行われていた「同輩による裁判」に起源を発していることはよく知られているが、もっとも早く陪審裁判が市民にまで適用されるようになったイギリス、そしてイギリスに倣い大革命後に陪審裁判をとりいれたフランスでは、領主となった騎士たちは貴族階級を構成した。その一方市民も階級を構成し、中央集権化が進行していく時代に、国王、貴族階級とともにいわゆる「三部会」を構成していた。

他方日本では、ヨーロッパの騎士と比較される武士について、戦国時代には、いわゆる戦国大名たちが、イエズス会宣教師の目には、ヨーロッパにおける領主、あるいは王のように映った⁴⁸が、日本の武士たちは階級を構成しなかった⁴⁹。そして武士たちによる「同輩による裁判」も行われなかった。まして、商人・農民などの民衆も市民階級を構成せず、イギリスやフランスに見られるような「三部会」は存在しなかった。

II. 王政復古と「律」の復活

明治維新前まで「同輩による裁判」の伝統のないところで、維新後、秩序維持のため、全国一律に適用される「刑法」の制定の必要に迫られた明治政府は、「仮刑律」、「新律綱領」「改定律例」など、「刑律」を制定した。明治維新は「王政復古」でもあったので、「刑律」の制定は自然な成り行きであった。また、前時代の江戸時代には、「律令」の復元が幕府の意向のもとに行われ、「唐律疏義」の復元・出版もあって、幕末までに「律令」の復元は完了していた⁵⁰。これとは別に、「大明律」や「清律」の研究も進み、「刑法草書」を制定・実施した熊本藩のように「明清律」をもとにした藩法を制定したところもあった⁵¹。

III. 「律」の刑罰思想と「陪審制度」

「律」は、中国において春秋戦国時代以来長い年月を経て形成されてきたが、その基本となる思想は、「賞罰」というように刑罰を賞とともに君主の治国の最も重要な手段とすることであった。刑罰権は君主のみに属するものであった⁵²。

「律」に従う限り、刑事裁判は君主によって任命された官吏が行うべきものであって、

⁴⁸ 牧健二「初期耶蘇會士の大名國王觀と其の効果」『法制史研究』4号（1954年）

⁴⁹ 牧健二「日本の封建制度に對する開國以前における西洋人の理解及び解釋」p.176.『法制史研究』1号（1951年）

⁵⁰ 瀧川 政次郎、小林 宏、利光 三津夫「律令研究史」一江戸時代（利光 三津夫執筆）『法制史研究』15号（1965年）参照

⁵¹ 浅古 弘、伊藤孝夫、植田信廣、神保文夫編『日本法制史』p.180, 218. 参照

⁵² 中田薫「律令法系の發達について」補考」p.1, 2.『法制史研究』3号（1953年）

たとえ貴族が処罰の対象であったとしても「同輩による裁判」は認められず、まして君主が任命した裁判官と庶民とが共同して裁判を行う陪審裁判など論外である。

「仏国刑法講義」にみられるように条約改正に向けた刑法典の編纂においても、1876（明治9）年の段階でさえ「律と泰西の法との折衷」が基本方針であった。ボアソナードに草案の起草を依頼した時点で、条約改正へ向けた「律」とは全く異なる西歐式の法律の制定が前面に出て従来からの基本方針は表立っては表明されなくなったが、日本人側の深層心理の中では存続していたように見える⁵³。

このように、「同輩による裁判」が存在しなかったという日本の伝統、明治維新の「王政復古」による「律」の復活ということを考えると、治罪法制定の当時、刑罰思想の面においても陪審制度は受入れが難しいものであったと思われる。

ただ、当時の人々は、イギリス、フランス、アメリカ合衆国が陪審制を採用していることを知っており、近代化が進めば陪審制の採用も必要になると考えていたのかもしれない。後の1918（大正7）年、「陪審法」の制定のための臨時法制審議会での原敬首相の挨拶の中での「文明諸國中に此制度なきもの殆んど之れなし」という言葉がそのことを表している。

（4）井上毅の役割

ボアソナードが「最モ至大ナル改正」⁵⁴と位置付けた重罪裁判への陪審の導入は、内閣の審査段階で不採用になり、陪審に関する条文の削除とそれに伴う修正が行われ、治罪法正文になった

大久保『日本近代法の父 ボアソナード』⁵⁵は陪審の不採用に井上毅が果たした役割が大きいと述べ、利谷「天皇制法体制と陪審制度論」⁵⁶は井上の行動を審査局段階から詳細に検討している。それら以外にも、治罪法における陪審制の削除についてを論じるときに井上の役割を重視するものがある⁵⁷。そこで、井上毅の見解を検討する。

井上毅傳に掲載された「治罪法意見」は、明治12年10月27日に提出されたと推定されている。「治罪法意見」のなかに、以前に井上がボアソナードに質問し答えとともに新聞に掲載されたとの記述があるが、その質問と答えは「陪審論」⁵⁸（日付不明）と

⁵³ 西原春夫「刑法制定史にあらわれた明治維新の性格」『比較法学』3巻1号1967年p.65. は、「律」の系統の刑法が旧刑法施行まで続いたことについて「この時期の刑法はあくまで暫定的なものであり、明治維新の思想を刻印したものでないことは事実であろう。しかし、このように封建的性格の強い刑法が、大政奉還後十年余の長きにわたって施行を続けたという事実は、何としてもわれわれの興味を喚起せざるをえない」と述べる。

⁵⁴ 1882年 *Projet. Introduction. 5* “le plus grande innovation”

⁵⁵ 大久保、同書は「その（重大な反対論）牛耳を執ったのは…井上毅」であると述べる。p.121

⁵⁶ 利谷、同論文は、「治罪法審査局と井上の介入」として井上の行動を詳細に検討している。p.542以下。但し、内閣段階における井上の役割については「草案を内閣の中に止め、内閣の手で陪審制度を削除するという非常手段に訴えた」としているが、審査局段階での検討のような詳細な記述はなされていない。

⁵⁷ 沢登・中川「明治治罪法 of 精神」p.106 参照。

⁵⁸ 花井卓蔵、「満鉄事件を論ず、附陪審法案に就て」『訟庭論草』、無軒書屋、1931年 国立国会図書館近代デジタルライブラリー所収（表題は訟庭論草第1）。「附陪審法案に就て」に所収 p.71

ボアソナードによる「刑事陪審論の答議」⁵⁹（1877（明治10）年11月21）から主要なところを推定できる。

これらの論点をまとめると⁶⁰

	陪審論	刑事陪審論の答議	治罪法意見
1	無知な小民は法廷の立派さや法服の美しさに威圧され正しい判断ができない。	法廷は決して盛美ではない。法廷が厳粛なのは、静粛ななかで対質弁論の自由を確保することにある。	
	陪審は国民代表ではない。	陪審は国民代表による裁判ではない。陪審裁判を国民裁判というのは、同等の人民自らが裁判するという意味	12人では衆とするには足らない。
2	衆論は正理に適さない。	例として決闘の例を出すのは正しくない。日本の刑律に決闘罪の条文はない。陪審が決闘の罪について無罪と決定するのは、裁判の不当を正そうとするときである。	
3	事実問題と法律問題を判然と区別することはできない。	判然と区別できない場合にも、陪審に委ねるほうがよい。法理は弁論中に明らかになる。検察官と弁護人の弁論により、普通の人であれば、理解できるようになる。	法を知らない者たちに判断を委ねることは、法律を制定する趣旨に反する（法ヲ設クル義ト相反ス）。陪審は、素人が医者に代わって病気を診断するようなもの。
4	陪審員の内心に依拠すれば公平さは失われる。	質問者が危惧することは、かえって職業裁判官について存在する。	陪審は職業裁判官に信を置かない。無法状態を招く。
5	陪審は寛容に過ぎる。	陪審が寛容であるのは、陪審が有益であることを示している。	

陪審論では言及されていない点

刑事陪審論の答議で陪審反対の意	刑事陪審論の答議
-----------------	----------

参照

⁵⁹ 前掲、「附陪審法案に就て」に所収 p.77 参照

⁶⁰ 利谷「天皇制法体制と陪審制度論」では、二（2）陪審制度反対論、の箇所で、井上毅の「陪審論」の内容を要約し（p.522, 533.）、三（3）井上・ボアソナード陪審制度論争、の箇所で、ボアソナードの「刑事陪審論の答議」の内容を要約している（p.540, 541）。

見として取り上げられているもの	
日本人には未だ国政に参加する習慣がない。	陪審名簿に載せる要件を制限するところから始めればよい。 はじめから完成した制度はない。 除々に改良していくべきだ。
	陪審制の不採用は条約改正交渉の大きな障害になる。

井上毅の陪審裁判に対する批判は、陪審裁判は衆論をもって決し、職業裁判官に信を置かない旨であるが、この批判が的外れであることは、当時、少しでも外国の事情に通じている者には理解できたと思われる。先に述べたように、陪審制が機能するためには職業裁判官に対する信頼が不可欠であり、その裁判官が独立して公正な訴訟指揮を行うことが必要である。

ボアソナードに対する批判で的を射ているのは、「陪審論」で述べられていないところ、すなわち、「日本人には未だ国政に参加する習慣がない」という当時の日本の現状である。この部分は、井上毅の「陪審論」や「治罪法意見」には見られないので、ボアソナードが井上に反論する機会に井上以外の者から提起されていた陪審に対する反対論を一緒に取り上げたものと考えの方がよいと思われる。

陪審制削除のために井上毅が活動し、陪審制に対する反対論を展開したことは事実である。しかし、井上毅の当時の政府内での立場や影響力についてはわかりにくいところもあり、井上毅が陪審制削除に決定的な役割を果たしたと断定することはできないであろう⁶¹。

(5) 陪審条項削除の理由

陪審条項削除の理由を考えると

- ・日本には「同輩による裁判」の伝統がなかったこと
- ・明治維新後、律に基づいた「刑律」を制定したこと
- ・維新以来治罪法以前の司法改革が、陪審制度の導入とはまったく無縁であったことが根底にあったように思われる。

また現実の問題として、

- ・陪審員の全体名簿は有権者名簿と連動するが、国会開設の時期は当時未定であったこと
- ・財政上の理由から陪審を行うことができるように裁判所の施設を整えることが困難なこと

もあったと思われる。

このように考えると、当時の政府の中枢にいた人たちの関心は、陪審制度の不採用が条約改正に影響を及ぼすか否かであり、影響を及ぼさないのであれば陪審制度は採用しないというものであったと、私は推測している。

現存する資料を見る限り、この点について最も影響を与えたのは、当時政府の顧問で

⁶¹ 島善高は（書評）木野主計『井上毅研究』で「そもそも井上は絶えず官界にあって文書を作成し、また発言をしているのであって、上司の政治方針や時々の政治情勢を抜きにしてそれらの文書や発言の真意を汲み取ることは出来ない」と述べる。『法制史研究』46号（1996）.p.190.

あったイギリス人ロバート・ブレーダーによる、日本で陪審制度を採用するのは時期尚早であるとの意見であったと思われる。利谷「天皇制法体制と陪審制度論」では、井上毅がブレーダーの意見を翻訳した「陪審法意見」を治罪法審査局総裁柳原前光に送ったが功を奏さなかった、と述べている⁶²。但し、利谷、同論文では「ピードン氏陪審答議書…（以下略）」と記述され、「ピードン」と「ロバート・ブレーダー」が同一人物かは確認できていないとする⁶³。利谷、同論文では、井上とロバート・ブレーダーとの間の交流の存否、さらに交流があったとしてもその内容、について具体的に確認されていないことになる。

そもそもロバート・ブレーダーの意見は、専制政治のもとでは陪審制度は機能せず、陪審制の採用よりも民主政治の確立が先というものであって、井上の反対論、すなわち陪審制は無法状態をもたらすとの主張、とは内容を異にする⁶⁴。

「治罪法修正趣意書 完」における陪審条項削除は、「開明の程度」を理由としている点で、ブレーダーの意見と軌を一にしている。ブレーダーに対し意見を求めた経緯とそれを主導した当時の政府の指導者、及び「陪審法意見」を参照した者が具体的に明らかにされない限り、井上とブレーダーの意見を結び付けるのは困難であろう。

この「時期尚早」という理由について、ボアソナードも結局反論しなかった。

『治罪法草案注釈』の大木参議宛上書に「該篇ニ就テ考レハ日本ニ在テ今尚早キニ似タルニ因リ廢棄セラレタル諸點彼ノ陪審制度ノ如キモ時機ノ来ルニ於テハ更ニ採用スルコト有ル可キヲ以テ豫メ之ヲ熟察玩味スル手段ヲ得可シ」という記述があるのはその表れである。

なお、Projet の該当箇所は、

“On y trouvera , en meme temps , le moyen de revoir et de méditer de nouveau les parties qui , aynt paru prématurées pour Japon , ont été supprimées , mais pourront être reprises quand le moment sera venu , comme , par exemple , l'institution de Jury”

また、横田國臣は当時を回想して

「余輩等亦此陪審制を以て刑典の執行上有益にして且つ必要なりと信じ元老院に於ける審査會も亦之を良制度として採容せんことを議決したりき。然れども此の制度たるや先づ其人選を厳格にせざるべからず換言すれば陪審員たる人物を選択するに非常の困難と多大の費用を要するが故で時の内閣は治罪法草案の中より此の制度に関する部分を削除したり」（明治四十二年法律新聞第五八六號「陪審制を排して情實裁判所設置に及ぶ」）⁶⁵と述べている。

⁶² 利谷、前掲 p.546

⁶³ 利谷、前掲 p.556

⁶⁴ 利谷、前掲 は「ブレーダーの意見は井上とほぼ軌を一にする」としながら「結論において井上と等しい」と述べる。しかし、井上は陪審制度そのものに反対しているのに対し、ブレーダーは日本における陪審制の採用は時期尚早であるとする。

⁶⁵ 尾佐竹猛『明治文化史としての日本陪審史』p.162.

5. 公定訳と 1882（明治 15）年 Projet

（1）公定訳の頒布

1980（明治 13）年 7 月 17 日に治罪法は刑法と共に公布された。

治罪法の公定訳は翌 1881（明治 14）年 3 月付けで出版された。

なお 1880（明治 13）年には民法草案（物権の部、仏文）も出版されていた。

刑法、治罪法の公定訳、民法草案（仏文）は、当時の条約改正へ向けた日本の取り組みを欧米諸国に示したもので、恐らく一般に販売されたのではなく、欧米各国の公使館等に頒布されたと思われる。

その上で、1882（明治 15）年 1 月 25 日から 7 月 21 日まで 12 回にわたる条約改正予備会議が、井上馨外相の主催で開催された¹。

（2）訳語について—1 つの事例—

公定訳のもとになった治罪法の文言は、治罪法審査局、内閣、元老院の審査を経て確定されたものである。公定訳の作成は、日本人による審査を経た文言を再度フランス語に訳す作業である。そこで、例として 1 つの言葉を取りあげ、仏文原案(1879 年 Projet) で用いられた文言が公定訳ではどのようなになっているかを検討する。

ここでは「検閲」という言葉を取り上げる。

「検閲」という言葉は、現在“*censorship*”の訳とされている（日本国憲法第 21 条の英文参照）。一方、治罪法では第 117 条第 1 項、第 137 条第 2 項、第 140 条第 2 項で「検閲」という文言が用いられている。

治罪法第 117 条第 1 項は（以下、条文の数字をアラビア数字に変更）

第 117 條 検事ハ豫審中何時ニテモ豫審判事ニ請求シテ訴訟書類を検閲スルコトヲ得
但二十四時内ニ之ヲ還付ス可シ

これは原案（Projet）第 238 条がもとになっている。

art.238. A toute époque de l'instruction, le Commissaire du Gouvernement
pourra demander au juge d'instruction communication de la procédure
commencée, sans pouvoir garder le dossier plus de 24 heures.

『治罪法草案直訳』では

第 238 條 豫審中如何ナル時ニ於テモ政府ノ目代ハ豫審裁判官ニ始メタル訴訟手續
ノ交・^{コミュニケーション}通ヲ願フヲ得但シ二十四時間以上一件綴書ヲ留メ置クヲ得ス

『治罪法草案』では

第 238 條 検事ハ豫審中何時ニテモ豫審判事ニ請求シテ訴訟書類を検閲スルコトヲ
得但二十四時内ニ之ヲ還付ス可シ

『治罪法審査修正案』では、『草案』の表現はそのままにして予審終結の節から予審総

¹ 利谷信義「条約改正と陪審制度」『社会科学研究』33 卷 4 号、1981 年 p.4 参照

則の箇所に移され第 120 条 1 項に変更されている。条文の位置の変更の理由は、向井・矢野「村田本『治罪法草案審査局第二読会修正趣意書』」においても確認できなかった。

公定訳では

art.117. A tout époque de l'instruction, le Commissaire du Gouvernement pourra demander au juge d'instruction communication de la procédure commencée, sans pouvoir garder le dossier plus de 24 heures.

公定訳は、条文の置かれている位置と番号は異なるものの、表現は原案 (Projet) とまったく同じである。

ここで「検閲」という文言について、その推移をみれば、
communication (Projet) → 交通 (『治罪法直訳』) → 検閲 (『治罪法草案』『治罪法審査修正案』 治罪法) → communication (公定訳)
となっている。

communication には「(開架式図書の) [館内] 貸出、閲覧」の意味がある²。訴訟書類のような重要書類は紛失などの防止からそれが置かれているところからの持ち出しは厳しく禁じられるのが現代の常識であるが、仏文原案 (Projet) の“pouvoir garder (保管することができる)” という表現から、ボアソナードは検察官への訴訟書類の貸出を認めていたように思われる。

「検」も「閲」も調べるという意味であるので、ここでの「検閲」は「予審での訴訟書類を閲覧して詳しく調べる、そして、必要があればその書類を裁判所から貸出してもらう」との意味に理解することができる。

次に治罪法第 137 条第 2 項を見ると (以下、条文の数字をアラビア数字に変更)

第 137 條 (第 2 項)

何レノ場合ニ於テモ監倉長ハ令狀を檢閲シテ被告人を受取り其證書ヲ渡ス可シ
これは勾留状又は収監状による収監についての規定である。

原案 (Projet) は

art.150. (2^eal.)

Dans tous les cas, le gardien-chef de la prison sera tenu, sur l'exhibition du mandat, de recevoir l'inculpé et d'en donner récépissé.

『治罪法草案直訳』では

第 150 條 (第 2 項)

何レノ場合ニ於テモ監倉ノ^{ガルジャンセーフ}長^(ママ)ハ令狀ノ差出ヲ定ケタル後チ被告人ヲ受

取り其受^{レセビツセ}-取-證-書ヲ渡ス可シ

『治罪法草案』では

第 150 條 (第 2 項)

何レノ場合ニ於テモ監倉長ハ令狀を檢閲シタル上ニテ被告人を受取り其證書ヲ渡ス可シ

『治罪法審査修正案』での表現は治罪法と同じであるが、『草案』第 150 条が第 140

² 『新スタンダード仏和辞典』大修館書店、1987 年。

条に変更され第 150 条第 2 項は第 140 条第 2 項になっている。

公定訳は

art.137.(2^oal.)

Dans tous les cas, le directeur de la prison sera tenu, sur l'exhibition du mandat, de recevoir l'inculpé et d'en donner récépissé.

公定訳では“le gardien-chef”が“le directeur”に変えられているものの、内容の変更は行われていない。

ここで「検閲」という文言について、その推移をみれば、

exhibition (Projet) → 令状ノ差出ヲ定^(ママ)ケタル (『治罪法草案直訳』) → 検閲 (『治罪法草案』『治罪法審査修正案』 治罪法) → exhibition (公定訳) となっている。

exhibition には「(書類の) 提示」という意味があるので³、原案 (Projet) の“sur l'exhibition du mandat”は「令状の提示にもとづき」ということになる。『治罪法草案直訳』の「令状ノ差出ヲ定ケタル」という表現は私には理解し難いので、原文の私訳を試みれば、

「いずれの場合にも、監倉の長は、令状の提示にもとづき、被疑者を受取り、その受取証を渡さなければならない」

となる。

『治罪法草案』以後の「検閲」という文言は、監倉の長の側から見た表現であり、令状を「検閲」して受取るとは、「監倉の長は令状の記載をよく確認して」被疑者を受取るという意味になると思われる。

ここでの「検閲」は「(令状の) 記載をよく確認すること」の意味に理解することができる。

治罪法第 140 条第 2 項の場合 (以下、条文の数字をアラビア数字に変更)

第 140 条 (第 2 項)

書翰書籍其他ノ書類ハ豫審判事ノ検閲ヲ經タル後ニ非サレバ被告人ト外人ト之ヲ授受スルコトヲ許サス但豫審判事ハ其書類ヲ留置クコトヲ得

治罪法第 140 条第 1 項は勾留状及び収監状によって拘束されている被疑者の接見等に関するもので、その第 2 項は書翰等の扱いについて定める。

原案 (Projet) は

art.153.(2^oal.)

Les lettres, livres et autres documents écrits ne pourront être échangés entre les personnes du dehors et l'inculpé qu'après avoir été communiqués au juge d'instruction qui pourra les retenir provisoirement.

『治罪法草案直訳』では

第 153 条 (第 2 項)

書翰、書籍其他ノ書類ハ豫審判事ニ通達シタル上ニ非レハ外人ト被告人トノ間

³ 『新スタンダード仏和辞典』大修館書店、1987 年。

ニ交換スルヲ得ス豫審裁判官ハ暫^{プロビソワールマン} - 時留メ置クコトヲ得

『治罪法草案』では

第 153 條 (第 2 項)

書翰書籍其他ノ書類ハ豫審判事ノ檢閱ヲ經タル上ニ非サレバ被告人と外人ト之
ヲ授受スルコトヲ許サス但豫審判事ハ其書類ヲ留置クコトヲ得

『治罪法審査修正案』での表現は治罪法と同じであるが、『草案』第 153 條が第 143 條に変更され第 153 條第 2 項は第 143 條第 2 項になっている。

公定訳は

art.140.(2^{éal}.)

Les lettres, livres et autres documents écrits ne pourront être échangés entre
les personne du dehors et l'inculpé qu'après avoir été examinés au juge
d'instruction qui pourra les retenir provisoirement.

公定訳では、原案 (Projet) の “communiqués” が “examinés” に変更されている。
もともと原案 (Projet) art.153 には 4 つの項があり、『治罪法草案直訳』では第 3 項
にある “examinés” という言葉が「檢閱」と訳されているが、『治罪法草案』では
“communiqués”、“examinés” 両方とも「檢閱」と訳されている。

communiquer は「(文書などを) 見せる」という意味がある⁴。それで、“après avoir
été communiqués” は『治罪法草案直訳』の訳である「通達シタル上」というよりも
「(予審判事が) 目を通した後」とするほうが妥当であると思う。

examiner は「検査する、審査する」という意味である⁵。予審判事が「目を通す」こ
とは、予審遂行に支障をきたすか否か判断することを前提にしているので、「検査・審
査」と同じ意味と考えることができる。公定訳が “communiqués” を “examinés” に
変更したことでも条文の内容に変更はない。

なお、原案 (Projet) art.153 には 4 つの項があったが、『治罪法草案』では第 4 項
が削除された。第 4 項の削除の理由は現在のところ不明である。『治罪法審査修正案』
では『治罪法草案』の第 3 項が削除された。審査局での削除の理由は、第 3 項は治罪
法で規定するには「鄭重」過ぎるので、「監獄則」に譲るというものであった⁶。

ここで「檢閱」という文言について、その推移をみれば、

“communiqués (Projet, art.153.2^{éal}) → 通達 (『治罪法直訳』) → 檢閱 (『治
罪法草案』『治罪法審査修正案』 治罪法) → examinés (公定訳)

examinés (Projet, art.153.3^{éal}) → 檢閱 (『治罪法草案直訳』) → 檢閱 (『治
罪法草案』) → 第 3 項は削除

(3) 1882 (明治 15) 年 Projet(Accompagné d'un Commentaire)出版の目的

『1882 (明治 15) 年 Projet』が出版されたのは、恐らく早ければ同年 8 月、遅くと

⁴ 『新スタンダード仏和辞典』大修館書店、1987 年。

⁵ 『新スタンダード仏和辞典』大修館書店、1987 年。

⁶ 向井・矢野「村田本『治罪法草案審査第二読会修正趣意書』」p.102. 参照

も同年内であったと推測される。治罪法の公定訳が出版されてから 1 年半程度、法律が施行されてから 1 年もたたないうちに草案とその注釈が製本された形で公表されたのは異例である。

ボアソナードによる *Avertissement* (自叙) では、施行された治罪法の解釈・運用に役立てることが主な目的である旨が述べられているが、日本政府としては、起草者であるボアソナードが作成した草案を理解したうえで当時の日本の実情に合わせて治罪法を制定したことを示すのが目的であったように思われる。この *Projet* は、広く日本国内で有償または無償で頒布されたのではなく、欧米各国の公使館等に頒布されたと推測することができる。利谷「条約改正と陪審制度」には、オーストリー＝ハンガリーのザルスキが、『治罪法草案註解』（おそらく仏文の『1882 年 *Projet*』であると思われる）を参照して、外国人居留者に陪審適用することの可否を論じていたことが記載されている⁷。

なお、同『*Projet*』では、各条文について治罪法の正文との対照がなされており、巻末にも条文対照表が載せられている。当時公定訳が出版されていたことから、こここれらの条文対照は、ボアソナード自身が記入、作成したか、少なくとも彼のチェックのもとで行われたと考えることができる。

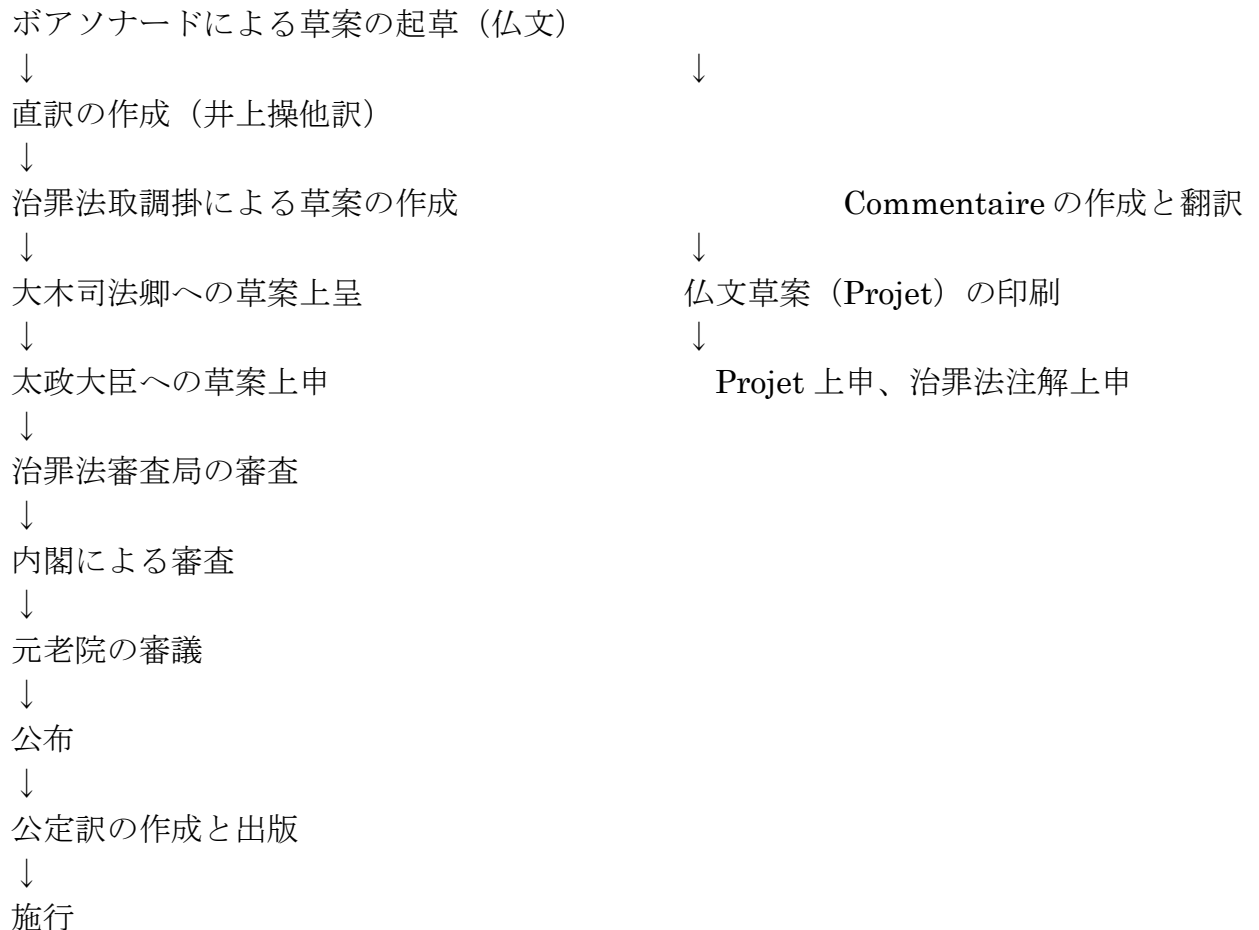
⁷ 利谷、同論文 p.27～p.29

6. 制定過程のわかりにくさと法典編纂過程における治罪法の位置づけ

(1) 制定過程のわかりにくさ

I.

これまでの検討から 1877(明治 10)年 7 月以降の治罪法制定の流れをまとめると、以下の通りである。



II.

日本語での草案の作成からその草案の法典化の流れと、仏文草案の印刷から **Projet** 作成の流れとは、全く別々の進行をたどったといえることができる。すなわち、**Projet** は「可決案の佛文編纂 (la réduction en français du text adopté)」ではなく、『治罪法草案』も「可決案」の日本語による編纂ではないことを、それらの作成の過程が物語っている。

そうでありながら、出来上がった法典は、公定訳をみればわかるとおり、陪審条項の削除は別にして、1879 年 **Projet** の編別と条文の配列をほとんど踏襲しており、各条文の文言も **Projet** の文言をそのまま用いている場合が多い。

治罪法は、ボアソナード起草の仏文草案を印刷製本した『1879 年 **Projet**』とその訳である『治罪法草案』を基にして急ごしらえで制定された感は否めない。あたかも、「治罪法」の制定は暫定的なものであって、施行後それほど間があかないうちに修正するこ

とを予定しているかのようなものである。

その理由として考えられるのは：

- 1) 刑事手続について「治罪法」という独立の法典を制定したのは、日本の歴史上初めてであったこと；
 - 2) 治罪法制定当時、裁判所構成法の起草も行われておらず、裁判所構成法の内容によって「治罪法」は修正される可能性があったこと；
 - 3) 治外法権撤廃に向けた条約改正交渉の結果によっても、「治罪法」は修正される可能性があったこと、
- の3点である。

当時、条約改正を最大の政治課題にしていた日本政府にとっては、ヨーロッパ式の刑法典と、それまで日本にはなかった独立の刑事手続法典、しかもヨーロッパ法に基づいた法典を制定し、公定訳を作成したという事実がもっとも大事であったと思われる。

Ⅲ. 制定過程のわかりにくさ

治罪法の制定にあたって、編、章、節の構成は原案（1879年 *Projet*）を踏襲しており、条文の配列もほぼそれに倣っている。しかし、治罪法第5条、第21条、第29条は他の編から総則編に移されている。これらの条文の移動は審査局段階でなされているが、これについて審査委員の誰が提案したのかは明らかではない。

審査局段階での「責付」の規定の追加、内閣段階での陪審条項の削除についても、誰が提案し、メンバーの間で具体的にどのような議論がなされたか現在まで明らかにされていない。

特に内閣段階での具体的な審議内容が明らかにされていないことは、当時政府の中枢で指導的立場にあった人々の刑事手続に対する考え方を、治罪法の規定との関係において具体的に把握することを困難にしている。

さらに、当時政府の指導的立場にいた人々が、治罪法を、法律の文言に従い厳格に運用する意図をもって制定したのかという疑問がある。

年表で示したように、治罪法の施行前の1881（明治14）年太政官第80布告が、違警罪について警察署長が裁判することができると規定したことを見れば、いっそうその疑問が大きくなる。違警罪の刑は10日以下の拘留か1円95銭以下の罰金刑であるとはいえ、刑罰にはかわりない。警察が刑罰を課すなど現在では考えられないが、治罪法でも刑罰を課すのはあくまで裁判官である。

なお、違警罪の扱いについては、当分の間の措置であった1881（明治14）年太政官第80布告が、1885（明治18）年に違警罪即決例にかわり、それが敗戦後の1947（昭和22）年6月に廃止されるまで存続した。

1882（明治15）年1月、治罪法が施行されたとほぼ同時に条約改正予備会議が行われたことも考慮に入れば、当時政府の指導的立場にいた人々は、法律の厳格な運用を行うためというよりも、条約改正交渉を進めるために治罪法を制定したように見える。

（2）法典編纂過程における治罪法の位置づけ

治罪法の制定は急ごしらえの感は否めないが、それまで全く制定した経験のない刑事手続法典を、外国人による外国語の草案 → 日本語訳の作成と日本語による草案の作

成 → 法典の制定 → 公定訳の作成、というプロセスでもって制定し、欧米諸国に法典の内容を知らせることができたことは、それ以後の法典編纂作業を進める上での有益な経験になったと思われる。

(3) 治罪法以前の司法改革と治罪法の関係

治罪法の制定過程を考えるうえで、本論文は、草案（仏文、日本語）、修正案、治罪法正文、公定訳の条文の対照を中心にした。ただし、責付条項の追加と陪審条項の削除については、明治維新から治罪法が制定されるまでの、いわゆる治罪法以前の司法改革の内容との関係も視野に入れて検討した。

治罪法の各条文の文言を見る限り、同じ日本語が用いられていても、治罪法以前の司法改革によってつくられた制度によるものとはかなり異なっている印象を受けた。しかし、責付条項の追加と陪審条項の削除について検討するなかで、当時の人々が、治罪法に規定されている制度が、それまでの改革によって作り出された制度と異なる全く新しい制度であると考えていたとはいえないと感じた。

治罪法以前の司法改革と治罪法との関係について、団藤重光は「治罪法以前にも證據法の改革、拷問の禁止、国家訴追主義、不告不理の原則の樹立等、断片的ながら『改革された刑事訴訟』が漸次、我が國にも形を整へて來たのであるが、治罪法はこれを體系的に規定することになったのである」（引用のため「」を『』に変更）と述べている¹。横山晃一郎「明治五年後の刑事手続改革と治罪法」も団藤と同じ視点に立っているように見える。これに対して沢登佳人、中川宇志「明治治罪法の問題」は、治罪法はそれ以前の司法改革によってつくられてきた制度を一新させるものだとする²。

治罪法制定過程を検討する上で、治罪法以前の司法改革の内容を視点に置いておくことは、責付条項の追加と陪審条項の削除についての検討で見たように、重要である。治罪法は「改革された刑事訴訟」の体系化か否かという問題については、治罪法施行前の刑事手続の実態、制定された治罪法の規定そのもの、さらに施行後の運用の実態と治罪法の規定との乖離をより詳細に検討しなければ結論を出すことができないが、この問題は今後の検討課題としたい。

以上

¹ 団藤『刑事訴訟法講義案,1』1941（昭和16）年

² 沢登・中川「明治治罪法の問題」は p.60～p.63 で、清浦奎吾が「法案説明中において新設の大項目」として掲げた、「刑事附帯ノ民事ノ訴」「再審制度」「裁判公行」をもって従来の制度を一新するものだと述べる。さらに「重罪公判に弁護人の必要的選任」「証拠開示」を取りあげ、治罪法は「証拠開示の完全性の点で現行法を遥かに凌駕している」と述べる。