

大逆罪における「加ヘントシタ」と謀議論

市 川 啓*

目 次

1. 問題の所在
2. 「加ヘントシタ」に係る大逆罪の制定史
 - (1) 前 史
 - (2) 旧刑法草案（明治10年（1877年））が誕生するまでの議論
 - (3) 旧刑法（明治10年（1880年））の制定に至るまでの議論
 - (4) 旧刑法の改正作業と刑法典（明治40年（1907年））の成立
3. 日本の刑法学者による「加ヘントシタ」の解釈
4. ドイツ刑法における Hochverrat
 - (1) 前 説
 - (2) Hochverrat の規定内容
 - (3) unternemen に予備は含まれるのか
 - (4) Hochverrat における謀議の解釈
 - (5) 準備に関する謙抑的な解釈
 - (6) ま と め
5. むすびにかえて

1. 問題の所在

本稿は、大逆罪における「加ヘントシタ」という文言の意義を明らかにし、そこに謀議が含まれるとすれば、いかに解釈すべきか論じるものである。

我が国において大逆罪は、「天皇、太皇太后、皇太后、皇后、皇太子又

* いちかわ・はじめ 立命館大学衣笠総合研究機構専門研究員

ハ皇太孫ニ対シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ処ス」と規定されていたが、明治憲法から現行憲法へ変わることに伴い¹⁾、昭和22年（1947年）法律124号によって削除された。それゆえ、現在まで我が国の大逆罪に関する研究は少ない。確かに、現行刑法にもはや大逆罪は存在しない以上、そのような犯罪類型の解釈については多くの者の関心を得られないかもしれない。しかし、歴史的に見れば、大逆事件では、まさに「加ヘントシタ」という文言の適否が問題となったのであり²⁾、その事実を目を向けるならば、この文言に係る大逆罪の制定史や理論史を紐解くことは、大逆事件の再検証の糸口になりうるであろう。

さて、これまでのところ、大逆罪の「加ヘントシタ」には未遂だけでなく、予備や隠謀（謀議）も含まれると解するのが通説であったが³⁾、そこで議論はストップしていた。しかし、よくよく考えてみれば、「加ヘントシタ」とは「加えようとした」ことであり、未遂を指すと考えるのが素直な解釈であろう⁴⁾。実際、「加ヘントシタ」という文言は、着手未遂（障害未遂）に関する旧刑法の第百十二条⁵⁾の「犯サントシテ」に近いことが認められる⁶⁾。それにもかかわらず、明治21年（1888年）に江木衷は「法

1) 現行憲法の国民主権の下では、天皇は単なる「象徴」であるし、天皇や皇族に対しても平等原則が適用されるべきと考えられたからである。大塚仁ほか編『大コメンタール刑法〔第二版〕第6巻〔73条～107条〕』（青林書店・1999年）6頁参照〔執筆：大塚〕。さらに改正にかかる当時の情勢などについて詳しくは、中野次雄『逐条改正刑法の研究』（良書普及会・1948年）98頁以下を参照されたい。

2) 専修大学今村法律研究室編『今村力三郎訴訟記録第三十一巻 大逆事件（二）』（専修大学出版局・2002年）423頁〔執筆：日高義博〕。

3) 例えば、泉二新熊『改正日本刑法論全 訂正四版』（有斐閣・1908年）531頁、牧野英一『刑法各論 講義案』（法政大学・1908年）2頁、岡田庄作『刑法原論 各論』（有斐閣・1920年）13頁、小野清一郎『刑法講義 各論』（有斐閣・1928年）7頁、草野野一郎『最新日本刑法各論』（高等試験聯盟本部・1930年）10頁など。

4) 松村明編『大辞林 第三版』（三省堂・2006年）によれば、「んとする」とは、①まさに、そうならうとしている、②そうするつもりだ、そうしようすることを意味する。

5) 旧刑法第百十六条 罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖モ犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ未タ遂ケサル時ハ已ニ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス

6) 新井勉『大逆罪・内乱罪の研究』（批評社・2016年）169頁。以下では、新井・大逆罪

文ニ『危害ヲ加ヘ又は加ヘントシタル』モノト明言スル以上ハ未遂犯ハ勿論未タ未遂ニ至ラサル予備陰謀ノ所為ト雖モ尚此罪ヲ構成スルニ足ルヘシ⁷⁾と述べ、「加ヘントシタ」を広く解釈していたのである。

では、なぜこのような拡大解釈が現れたのであろうか。江木の教科書は旧刑法の改正作業が着手されていた頃に出版されたことを勘案すれば、旧刑法の大逆罪では「加ヘントシタ」は未遂と解されていたところ、明治40年の刑法典の制定に向けて立法を方向づけるために江木がこのような解釈を示したのではないかと推察される。

さらに、「加ヘントシタ」に謀議が含まれるとしても、そこに含まれる謀議はいかに解釈すべきかという点は、実はこれまで明らかにされてこなかった。そこで、日本刑法が強い影響を受けたドイツ刑法におけるHochverratの規定やその謀議の意義を概観・検討し、日本の大逆罪における謀議の解釈指針の導出・提示を試みることにする。

2. 「加ヘントシタ」に係る大逆罪の制定史

まず、ここでは「加ヘントシタ」という文言に係る大逆罪の制定史を検討する。もっとも、大逆罪それ自体の制定史については、すでに吉井⁸⁾や新井⁹⁾によって詳らかにされているため、本稿は「加ヘントシタ」という文言（とくに大逆罪における未遂以下の行為）に関する議論に焦点を当て、本

と記す。

7) 江木衷『現行刑法各論』（博文社・1888年）21頁以下。江木の人物像およびその思想については、利谷信義「江木衷」潮見利隆編『法学セミナー増刊 日本の弁護士』（日本評論社・1972年）102頁以下、吉川ほか『刑法理論史の総合的研究』（日本評論社・1994年）67頁以下、小林好信「江木衷の刑法理論」大阪学院大学法学研究8巻2号（1983年）1頁以下、七戸克彦「現行民法典を作った人々（15）」法学セミナー667号（2010年）56頁を参照されたい。

8) 吉井蒼生夫『近代日本の国家形成と法』（日本評論社・1996年）117頁以下。以下では、吉井・近代日本と記す。

9) 新井・大逆罪123頁以下、163頁以下参照。

罪の制定史を概観・検討することとする。

(1) 前 史

さて、丸山眞男が論じた通り、そもそも何をもってして国家に対する反逆と定義するかという必要性は、通常は反逆者の側よりもむしろ反逆される側から起こってくることであり、その意味で反逆の諸形態は法概念とくに刑法的概念において明確に定義づけられる¹⁰⁾。この点、徳川時代に分散していた権力や栄誉、富、尊敬などの種々の価値観を、急速に天皇制ピラミッドの胎内に吸収し、天皇への忠誠に合一化していった日本帝国¹¹⁾にとって、どのように反逆を定義づけるのかという問題は喫緊の課題であったであろう。

周知の通り、明治維新は王政復古のスローガン下で行われたため、当初は律系統に属する仮刑律（明治元年（1868年））が制定された¹²⁾。そこでは唐律の十悪に由来する養老律令（718年）の八虐（謀反・謀大逆・謀叛・悪逆・不道・大不敬・不孝・不義）が、法系統的に異質な武家法が維新によって排除された後、近代的に模様替えされて再生されたのである¹³⁾。ただし、仮刑律は刑事行刑方針を示した政府部内の準則にとどまるものであった。そのため、新たに刑法典の編纂が進められ、明治3年（1870年）には新律綱領が、明治6年（1873年）には改定律例が定められた。しかし、これらの法典では——終始、議論はされたものの——上記の八虐は規定されなかった¹⁴⁾。その後、新律綱領と改定律例の不備・不権衡が顕著となる中、条約改正の必要性和相俟って、西欧刑法にならった近代刑法典の編纂

10) 丸山眞男『忠誠と反逆』（筑摩書房・1998年）13頁以下参照。以下では、丸山・忠誠と反逆と記す。

11) 丸山・忠誠と反逆98頁参照。

12) 吉井・近代日本119頁以下参照。

13) 丸山・忠誠と反逆14頁以下参照。

14) 吉井・近代日本122頁以下参照。付言すれば、丸山・忠誠と反逆45頁は、明治3年（1870年）の新律綱領でも明治6年（1873年）の改定律例でも謀反大逆の罪は不祥の条規であるため不要であると考えられたことを、維新動乱における忠誠対象（順逆）の混迷を象徴する話として引き合いに出している。

が要求されることとなった¹⁵⁾。

(2) 旧刑法草案(明治10年(1877年))が誕生するまでの議論

明治8年(1875年)、司法省は刑法改正の草案を起草するため、新たに別局を置き、鶴田皓らが刑法草案取調掛に命じられた。彼らは「教師」である *Boissonade* の講義や助言を受け、西欧諸国の刑法を学び、明治9年(1876年)に「日本帝国刑法初案」(第一編名例八十二条)¹⁶⁾を成立させた。しかし、これは元老院の議定に付されたものの、不完全であるという理由から未審議のまま返還されてしまったのである¹⁷⁾。

それゆえ、その後は *Boissonade* の原案をもとに、彼と鶴田との間で質疑・討論が行われ、そのうえで *Boissonade* が修正案を起草し、それについて再び鶴田との間で議論が交わされるという過程を繰り返し、草案が作成されるに至った¹⁸⁾。

このような草案の作成過程では、まず大逆罪の未遂の取扱いが問題となった。すなわち、鶴田は、天皇に対する罪だけは未遂犯であっても例外的に重く処罰すべきであると考えていたが¹⁹⁾、これに対して *Boissonade* は、天皇に対する罪をフランス刑法86条²⁰⁾と同じく尊属殺の刑で処断すべ

15) 吉井・近代日本128頁参照。

16) 早稲田大学鶴田文書研究会編『日本刑法草案会議筆記 第IV分冊』(早稲田大学出版部・1977年)2929頁以下を参照。

17) 吉井・近代日本129頁以下、大久保泰甫『ボワソナード』(岩波新書・1977年)114頁以下参照。以下では、後者の文献につき、大久保・ボワソナードと記す。

18) 吉井・近代日本130頁以下。さらに、*Boissonade* 述/同ほか編『刑法草按注解(上)』(信山社・1992年)5頁以下。以下では、吉井・刑法草按注解(上)と記す。

19) 早稲田大学鶴田文書研究会編『日本刑法草案会議筆記 第II分冊』(早稲田大学出版部・1977年)472頁下段。以下では、日本刑法草案会議筆記IIと記す。

20) 中村義孝編訳『ナポレオン刑事法典史料集成』(法律文化社・2006年)187頁以下によれば、1810年のフランス刑法典86条は、「皇帝の生命または身体に対する侵害または隠謀は、大逆罪とする。この重罪は、皇帝に対する反逆の罪として処罰され、さらに財産没収を伴う」となっていた。この点について、江口三角「フランス刑法小史」愛媛大学紀要(社会科学)3巻1号(1958年)60頁以下も参照。↗

きと考えたため²¹⁾、大逆罪も尊属殺の未遂に倣うべきであるし、総則で未遂犯（マンケイおよびタンターチフ²²⁾）に関する減等のルールを立てた以上²³⁾、大逆罪における未遂も原則通り減等すべきであると主張したのである。また、彼によれば、未遂犯に関する例外原理を刑法典の第二章の冒頭に掲げるのは不当であり²⁴⁾、しかも天皇を害そうと着手したものの、途中で自らの意思で中止する場合でも死刑に処せられるとなれば、むしろこれを遂げようとしてしまい、かえって大きな被害を生んでしまうと考えられ

▼ その後、1832年4月28日の法律12条および42条により改正を受け、以下のように規定された。

「86条 国王の生命または身体に対する侵害は、反逆の罪として処罰される。

国王家の家族の生命または身体に対する侵害は、死刑に処せられる。

国王の人格に対して公に犯されたすべての侮辱は、6ヶ月以上5年以下の拘禁刑および500フラン以上10000フラン以下の罰金に処せられるべきものとする。

犯人に対しては、さらに言い渡された拘禁刑と同じ期間、第42条に定められた権利の全部または一部を停止することができる。この期間は、犯人が刑の執行を終えた日から起算される。」

さらに、秋山晴夫訳『仏蘭西刑法典（司法資料第258号）』（司法省調査課・1939年）24頁によれば、86条は1853年6月10日の法律により以下の通り改正された。

「第八十六条 皇帝ノ生命若ハ身体ニ対スル危害ハ殺親罪ノ刑ニ処ス

皇族ノ生命ニ対する危害ハ死刑ニ処ス

皇族ノ身体ニ対する危害ハ隔離流刑ニ処ス

皇帝ニ対シ公然行ヒタル不敬ハ六月以上五年以下ノ禁錮並ニ五百フラン以上一万フラン以下ノ罰金ニ処ス

右ノ他刑期ニ等シキ期間第四十二条ニ定ムル権利ノ一部若ハ全部ヲ停止スルコトヲ得右ハ其ノ刑ヲ終リタル日ヨリ起算ス

皇族ニ対シテ公然行ヒタル不敬ハ一月以上三年以下ノ禁錮並ニ二百フラン以上五千フラン以下ノ罰金ニ処ス——刑一三、二九九、三〇二、三二三」

21) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・472頁上段。

22) タンターチフとは、日本刑法草案会議筆記Ⅱ・479頁で鶴田が挙げた設例によれば、「例へハ窃盗罪ヲ犯サントセシニ家人ノ眠り覚メタルカ為メ之ヲ犯スヲ得サル」場合であり、旧刑法125条の着手未遂に相当し、マンケイとは「毒薬ヲ與ヘタレトモ其毒薬ノ効ナキカ為メニ之ヲ犯スヲ得サル」場合であり、実行未遂に相当する。野澤充『中止犯の理論的構造』（成文堂・2012年）27頁も参照されたい。

23) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・472頁下段。

24) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・473頁上段。

た²⁵⁾。

このように両者の意見が真っ向から対立する中で、*Boissonade* は譲歩を見せる。すなわち、総則における未遂犯の規定はそのまましつつ、天皇に対する罪では未遂や未遂以下の予備に関する特別な減等法を立ててはどうかと提案したのである²⁶⁾。しかし、これに対して鶴田は、尊属殺における未遂の減等を引き上げ、これに大逆罪の未遂も従わせることを提案したため²⁷⁾、両者は改めて対立することとなった。*Boissonade* からすれば、未遂以下の予備・隠謀は尊属殺において処罰すべきものではないが、大逆罪はたいてい予備・隠謀を伴うものであるため、これに関する減等法を大逆罪の本条に続けて必ず規定すべきであった。ところが、鶴田は、大逆罪において予備・隠謀を特別に規定するだけでなく、そこに未遂も規定しなければ、「書法ノ体裁」を得られないと考えたのである²⁸⁾。もっとも、このような舌戦は、天皇に対する罪のマンケイについては便利法にしてはどうかという *Boissonade* の提案に、鶴田も同意したことで一応の決着を見ることとなり²⁹⁾、以下の通り、第一案が作成された³⁰⁾。

第二編 国事ニ対スル重罪軽罪並其刑

第一章 天皇ノ主権ニ対スル重罪並軽罪

第一条 日本 天皇皇后並皇太子ノ身体ニ対シタル重罪又ハ軽罪ハ卑属ノ親且尊属ノ親ノ一人ノ身体ニ対シ重罪又ハ軽罪ヲ犯シタル如ク第□□条ニ従ヒ処断ス

25) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・474頁上段、下段。

26) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・479頁下段。また、同書483頁下段以下も参照。

27) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・480頁上段。

28) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・480頁上段、484頁上段参照。

29) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・485頁上段。

30) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・493頁下段以下を参照。なお、空白部分は資料のままであるが、□□で記している。

第二条 皇威ヲ覆スヲ目的トナス重罪ハ重流刑並□□円ニ至ルマテノ罰金ニ処スルヲ得

第三条 皇嗣ノ順序ヲ換ヘルヲ目的トナス重罪ハ輕流刑並□□円ヨリ□□円ニ至ル罰金ニ処ス

第四条 前第二条第三条ニ従ヒ罰スヘキ重罪ハ犯サントセン端緒ニ於テ犯人ノ意外ノ景況ニヨリ中止シタルモノヲ云ウ

第五条 若シ第二条及ヒ第三条ニ記載シタル重罪ヲ犯サントスル設備ノ所為ノミナルトキハ本罪ニ一等ヲ減シ又二人以上ニテ商議決定シタル陰謀ノミナルトキハ本罪ニ二等ヲ減ス

若シ陰謀ヲ醸スヘキノ発言ヲナスト雖モ互ニ協議セサル発言ノミナルトキハ二年ヨリ五年ニ至ル輕禁錮並□□円ヨリ□□円ニ至ル罰金ニ処ス

この第一案では、前述の議論が反映されておらず、大逆罪におけるマンケイは便利法による減等になるとは規定されていなかった。そのため、*Boissonade* と鶴田との間の舌戦が再び始まることとなった。この点、*Boissonade* は、第一案を起草する際、尊属親に対する罪と同じく処断すると規定した後にこれと異なる内容の規定を立てることに疑問を覚えたと言明した³¹⁾。また、第一案では、天皇らの身体に対する重罪・軽罪（第一条）と異なり、「政事ニ関スル罪」、つまり皇威の転覆を目的とする重罪（第二条）と皇嗣の順序変更を目的とする重罪（第三条）では、すでにタンターチフの時点で本罪が成立するとみられ、第二条・第三条は「最重大ノ事」であるため予備・隠謀・発言も処罰の対象にすべきであると考えられた³²⁾。しかし、鶴田からすれば、第二条・第三条においてのみ予備・隠謀

31) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・497頁下段、498頁上段。

32) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・511頁下段。なお、第一条の罪と第二条・第三条の罪との

などが処罰され、第一条では処罰されないのは「不権衡」であった³³⁾。しかも、天皇を殺そうとする者は、たいてい内乱を企て、帝権を奪って政府を転覆しようとするであろうから、これを格別に重く処罰し、マンケイとタンターチフであっても死刑に処すべきであると鶴田は考えた³⁴⁾。このような発想は、フランスにおける大逆罪が「アツタンター」(筆者注: attentat を指す) という一語でもって未遂(マンケイ・タンターチフ)をも死刑の対象にしていたことと同様であった³⁵⁾。これに対して、*Boissonade* は、天皇を殺さずに政府転覆だけを試みる場合もある以上、やはり第一条の罪と第二条・第三条の罪は異なると考えていた³⁶⁾。

そのうえで、*Boissonade* は、天皇に対する罪ではマンケイまでを本罪と同刑にすべきであるという鶴田の意見³⁷⁾を勧案しつつ、タンターチフ以下を段階的に減等すべきであると主張した³⁸⁾。その際、*Boissonade* は、尊属殺において予備・隠謀などを規定し、大逆罪をこれに従わせることを志向していた³⁹⁾。おそらく彼は濫用の危険も考え、大逆罪に予備・隠謀などを規定することを嫌ったのであろう。しかし、鶴田や名村泰藏(通訳)とは話が噛み合わず、予備・隠謀を広く一般的に処罰することは内心の処罰であるとか、天皇に対する罪以外の通常罪では予備・隠謀は探知できないなどと批判されてしまった⁴⁰⁾。そのため、*Boissonade* は「親殺ノ本条ハ設備隠謀発言ノ刑ヲ置カス天皇ニ対シタル罪即本条而已之ヲ置カント

ㄨ違いについては、同書513頁を参照されたい。

33) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・512頁上段。それゆえ、鶴田は「第一条ノ罪モ亦必ス『マンケイ』以下設備ノ所為及ヒ陰謀ヲモ特別ニ重ク罰スル様ニ為シ之レヲ此条ヘ従セテ記スルハ如何」と提案したのであった。

34) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・514頁上段。

35) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・473頁上段。

36) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・514頁上段。また、同書517頁下段も参照。

37) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・514頁下段、515頁上段。

38) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・515頁上段。

39) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・516頁上段。

40) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・515頁下段以下参照。

ス」と述べ、天皇に対する罪だけは予備・隠謀を罰するべきであると主張したところ⁴¹⁾、鶴田は——第一案の第一条と第二条・第三条の区別に異を唱えつつも⁴²⁾——第一条（天皇に対する罪）において予備・隠謀を特別に罰することにひとまず従うこととなった⁴³⁾。その結果、以下の第二案が作成されることとなった⁴⁴⁾。

第一条 日本 天皇后及ヒ皇太子ノ身体ニ対シタル重罪又ハ軽罪ハ卑属ノ親其尊属ノ親ノ身体ニ対シ犯シタル重罪又ハ軽罪ノ如ク第□□条ニ依リ左ノ区別ニ従ヒ刑ニ処ス

此ノ重罪又ハ軽罪ヲ犯ス隠謀決議ヲ為シタル時其重罪又ハ軽罪ヲ誤機スル者ハ本罪ニ一等ヲ減スルヲ得若シ犯サントセシ端緒ニ於テ其所為ヲ中止シタル者ハ本罪ニ一等ヲ減ス但シ以上已レノ意外ノ景況ニ設備ノ所為ノミナルトキハ本罪ニ二等又ハ三等ヲ減ス

隠謀ヲ為スト雖モ未タ設備ノ所為アラサルトキハ本罪ニ三等又ハ四等ヲ減ス

隠謀ヲ醸スヘキ發言スル者アルト雖モ互ニ協議セサルトキハ四等又ハ五等ヲ減ス

第二条 皇朝ヲ覆シ又ハ日本管内ニ於テ皇權ヲ拒絶スルヲ目的トナス重罪ハ重流刑ニ処ス

裁判所ニ於テ尚犯人ニ五万円以上ニ至ラサル罰金ヲ言渡スヲ得

第三条 皇權及皇特權ヲ滅殺シ又ハ皇嗣ノ順序ヲ乱ルヲ目的トナス重罪ハ軽流刑ニ処ス

41) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・516頁上段、同頁下段。また、同書・517頁上段も参照。

42) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・517頁上段。

43) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・518頁上段。

44) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・533頁下段以下を参照。なお、空白部分は資料のままであるが、□□で記している。

裁判所ニ於テ尚犯人ニ四万円以上ニ至ラサル罰金ヲ言渡スヲ得

第四条 前二条ニ記載シタル重罪ハ其犯サントセシ所為アルニ於テハ直ニ前二条ニ従ヒ罰ス

犯サントセシ方法ノミニテ重キ情状アル重罪トナルヘキ時又ハ其重キ情状ヲ帯ヒル時ハ其重キ情状ノ刑ノミ第九十八条ニ従ヒ処断ス

第五条 若シ第二条及第三条ニ記載シタル重罪ヲ犯サントスル設備ノ所為ノミナルトキハ本罪ニ一等又ハ二等ヲ減シ又二人以上ニテ商議決定シタル隠謀ノミナルトキハ本罪ニ二等又ハ三等ヲ減ス

若シ隠謀ヲ醸スヘキノ発言ヲナスト雖モ互ニ協議セサル発言ノミナルトキハ三等ヲ減ス

この第二案では、第一条第一項と第二項以下との区別が問題となった。*Boissonade*によれば、尊属親に対する罪に従うと記した以上、一人で大逆罪を犯そうとした場合は尊属親に対する罪の未遂犯と同じように処罰すべきであるが、同条第二項では「隠謀協議」と記した以上、ここでは二人以上によるものが想定されており、この場合には特別にマンケイは一等減を便利法とし、タンターチフは一等減、予備・隠謀・発言は二等から五等の減等がなされるとした⁴⁵⁾。しかし、鶴田からすれば、一人の場合と二人の場合とを区別して「二様ニ罰スルハ太タ不都合」⁴⁶⁾であると考えられた。これに対して *Boissonade* は、二人の場合は一人を捕まえても残りの者が目的とする罪を再び犯す恐れがあるから重く罰すべきであると述べ、尊属親に対する罪においても一人の場合と二人の場合とを区別して重く罰すべきであると主張した⁴⁷⁾。彼としては、尊属親に対する罪において単独犯の

45) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・537頁上段以下を参照。

46) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・538頁上段。

47) 同上。

事例か共犯の事例かを区別して刑罰枠を設け、天皇に対する罪をこれに従わせようと試みたのであろう⁴⁸⁾。結局、このような立場を *Boissonade* が譲らないため、鶴田が「隠謀決議」の上に「二人以上」の語を加えるよう提案するにとどまった⁴⁹⁾。

このような議論の結果、以下の通り、第一稿が作成された⁵⁰⁾。しかし、これについては目立った議論は展開されなかった。第百十九条について言えば、これは二人以上の者が第百十八条の罪を犯そうとした場合に重く処罰するものであるという規定の趣旨を *Boissonade* が明らかにし、これに鶴田は「第一稿ノ俣ニ存シ置クヘシ」と述べるにとどまった⁵¹⁾。

第百十八条 天皇皇后及ヒ皇太子ニ対シタル犯罪ハ卑属ノ親其尊属ノ親ノ身体ニ対シテ犯シタル重罪軽罪ニ同シ

第百十九条 二人以上前条ノ重罪軽罪ヲ犯サント協議シテ已ニ其所為ヲ尽スト雖モ犯人意外ノ舛錯ニヨリ其目的ヲ遂ケサル時ハ本条ニ一等ヲ減スルコトヲ得若シ已ニ着手シ其犯情顕然タリト雖モ犯人意外ノ障礙ニ依リ之ヲ中止シタル時ハ本罪ニ一等ヲ減ス

已ニ設備ヲ為スト雖モ未タ着手セサル時ハ本罪ニ二等ヲ減ス

隠謀協議スト雖モ設備ノ所為アラサル時ハ本罪ニ三等ヲ減ス

隠謀ノ発言ヲ為スト雖モ協議セサル時其発言者ハ本罪ニ四等ヲ減ス

48) 現に日本刑法草案会議筆記Ⅱ・538頁下段では、「天皇ニ対スル本罪ニ迄特別ノ刑法ヲ立ツルハ殊ニ宜シカラス必ス尊属親ニ対スル重罪軽罪云々ト記セサル可カラズ」と述べている。

49) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・539頁上段。その後、第三案（同書550頁下段以下）が作成されていたが、そこでは「隠謀決議」の上に「二人以上」の語を加えてはどうかという鶴田の提案が反映されていなかったため、鶴田がそれを指摘したのであった。日本刑法草案会議筆記Ⅱ・551頁上段参照。

50) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・555頁上段以下参照。

51) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・561頁上段。

第二百二十条 皇室ヲ転覆シ又ハ皇権ヲ拒絶シ若クハ滅殺シ又ハ皇嗣ノ順序ヲ紊乱スルヲ目的ト為ス犯罪ハ重流ニ処シ且五十円以下ノ罰金ヲ附加ス

第二百二十一条 前条ニ記載シタル重罪ハ未遂犯罪ノ時ニ於テ乃チ本刑ヲ科ス

若シ已ニ設備ヲ為シテ未タ着手セサル時ハ本罪ニ一等ヲ減ス
隠謀協議スト雖モ設備ノ所為アラサル時ハ本罪ニ二等ヲ減ス
隠謀ノ発言ヲ為スト雖モ協議セサル時其発言者ハ本罪ニ三等ヲ減ス

そして、*Boissonade* と鶴田との論争は、第二稿の第百三十条（第一稿の第百十九条に相当）に関して再開された⁵²⁾。すなわち、鶴田は、やはり一人の場合と二人以上の場合を区別して処罰することに納得できず、尊属親に対する罪に従うと前条で記しながら、次条に別のルールを立てることは矛盾であると批判したのであった⁵³⁾。

また、このような規定は天皇を厚く保護するためであるという *Boissonade* の説明⁵⁴⁾ に対して、鶴田は、もしそのような趣旨であるならば、一人の場合でも未遂や予備・隠謀なども特別に重く処罰し、すべて便利法による減等にすべきであるし、もしそうすべきでないならば、未遂犯以下といえども、これをまったく尊属親に対する罪と同じく処罰すること

52) 紙幅の都合により本文での言及は割愛するが、第一稿の後、校正第一案（日本刑法草案会議筆記Ⅱ・577頁上段以下）では、第一稿の第百十九条に相当する規定において「隠謀」という言葉が明記されるにとどまった。同書578頁上段参照。その後、当該規定は、第二稿においては以下の通りとなった。同書580頁下段参照。

「第百三十条 二人以上隠謀協議シテ前条ノ重罪輕罪ヲ犯サントシ已ニ其所為ヲ尽スト雖モ事後意外ノ外錯ニ因リ其目的ヲ遂ケサル時ハ本刑ニ一等ヲ減スルヲ得若シ已ニ其所為ヲ行ヒ未タ遂ケサルノ際本犯意外ノ障碍ニ因リ之ヲ中止シタル時ハ一等ヲ減ス

已ニ設備ヲ為スト雖モ未タ其事ヲ行ハサル時ハ三等ヲ減ス

隠謀協議スト雖モ設備ノ所為アラサル時ハ三等ヲ減ス

隠謀ノ発言ヲ為スト雖モ協議セサル時其発言者ハ四等ヲ減ス」

53) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・580頁下段以下参照。

54) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・581頁上段。

にして、第二稿の第百三十条を完全に削除すべきであると反論したのである⁵⁵⁾。

この点、これまでの鶴田は、すでに見た通り、天皇に対する罪の未遂犯罪は特別に重く処罰すべきであるという立場をとっていたが、一人の場合と二人以上の場合との区別に拘泥する *Boissonade* との論争⁵⁶⁾の中で、鶴田は、第二稿の第百三十条を削り、未遂犯罪以下であっても尊属親に対する罪に従わせる方が「刑法上ノ体裁ニ於テ安カナラン」⁵⁷⁾と考えるに至ったのであろう。しかも、天皇に対する謀殺に着手したものの、それを遂げなかった者に対して減等法を用いるというのは、「却テ世道人心ニ背馳スル場合」があるため、当該犯罪に対する未遂は「刑法上ニ判然ト示シ置カサル方日本ノ實際ニ於テハ大ニ便利ナル事アルヘシ」と主張したのである⁵⁸⁾。

このような鶴田の主張に納得しない *Boissonade* であったが、通訳の名村から説得を受け、仕方なく譲歩してしまい、尊属親に対する重罪軽罪に同じと記した以上、「貴説ノ如ク天皇ニ対スル罪ハ未遂犯罪已下ニ至ル迄総テ尊属親ニ対スル罪ト同シク而シテ設備及ヒ陰謀ノ発言ヲモ全ク罰セルコト、為スヘシ」と述べたのである⁵⁹⁾。こうして *Boissonade* と鶴田との激しい議論は幕を閉じることとなった。

その結果、「日本刑法草案」が明治10年（1877年）11月に完成し、司法卿へ提出された⁶⁰⁾。日本刑法草案の皇室に対する罪は、以下の通りであ

55) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・581頁上段以下。このような鶴田の主張に対して *Boissonade* は、未遂犯罪をもすべて尊属親に対する罪と同じく論じる場合、予備以下を罰することができなくなってしまうと指摘するもの、鶴田は、一人の場合は予備が処罰されず、二人以上の場合にのみ予備が処罰されるのは不都合ではないのかと批判したのであった。同書582頁上段参照。

56) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・582頁下段以下の議論も参照されたい。

57) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・582頁下段。

58) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・583頁下段。

59) 日本刑法草案会議筆記Ⅱ・584頁上段。

60) 吉井・近代日本133頁、同・刑法草按注解（上）14頁、新井・大逆罪135頁参照。

る⁶¹⁾。上述の議論の結果、そこでは大逆罪における未遂犯規定は置かれず、それに伴って予備・隠謀の減等に関する規定なども明文で規定されずに終わったことが見てとれよう⁶²⁾。

第二編 公益ニ関スル重罪軽罪

第一章 皇室ニ対スル罪

第三百十一条 天皇皇后及ヒ皇太子ノ身体ニ対シタル犯罪ハ子孫其祖父母父母ノ身体ニ対シタル重罪軽罪ニ同シ

第三百十二条 天皇皇后皇太子ノ御前ニ於テ公然不敬ノ所為アル者ハ三月以上五年以下ノ重禁錮二十円以上二百円以下ノ罰金ニ処ス

其御前ニ非スト雖モ刊行ノ文書又ハ公然ノ演説ニ於テ不敬ノ所為アル者ハ二月以上二年以下ノ重禁錮十円以上百円以下ノ罰金ニ処ス

第三百十三条 此章ニ記載シタル罪ヲ犯シ軽罪ノ輕ニ処セラレタル者ハ一年以上三年以下ノ監視ニ付スルヲ得

(3) 旧刑法(明治10年(1880年))の制定に至るまでの議論

以上のような議論を経て誕生した日本刑法草案は、その後、刑法草案審査局において修正を受けることとなった。その審査局は、日本刑法草案が誕生した翌月である明治10年(1877年)12月に太政官中に設けられたのだが、その際 *Boissonade* は審査局のメンバーから外され、基本的には彼抜きで審議が進められた⁶³⁾。この審査局の審議によって草案には「重大な修

61) 日本刑法草案会議筆記 IV・3120頁上段以下、吉井・刑法草按注解(上)61頁参照。

62) それゆえ *Boissonade* は、大逆罪の未遂や予備・隠謀を段階的に減等すべきであるという自らの見解を仏文草案(Projet de Code Penal pour l'Empire du Japon)の中に「少数意見」として書き込んだのであった。中村訳「日本帝国刑法典草案(1)」立命館法学329号(2010年)297頁以下を参照されたい。

63) 吉井・近代日本149頁、同・刑法草按注解(上)7頁、大久保・ボワソナード115頁参照。

正」⁶⁴⁾が加えられ、大逆罪もまったく様変わりしてしまった⁶⁵⁾。

刑法草案審査局は、皇室に対する罪などを同局では専決できない「予決問題」として扱い、政府に上奏裁を仰ぎながら逐条審議を進めていった。そして、審議・修正の結果、明治12年（1879年）6月に刑法関係修正案が誕生した⁶⁶⁾。その後、明治13年（1880年）1月より刑法関係修正案は元老院の審議に付されたが、皇室に対する罪に関しては大きな修正を受けることはなかった⁶⁷⁾。そのため、明治13年（1880年）7月に公布された旧刑法における「皇室ニ対スル罪」は、ほぼ刑法関係修正案のまま、以下のように規定された⁶⁸⁾。

第二編 公益ニ関スル重罪軽罪

第一章 皇室ニ対スル罪

第一百六条 天皇三后皇太子ニ対シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ処ス

第一百七条 天皇三后皇太子ニ対シ不敬ノ所為アル者ハ三月以上五年以下ノ重禁錮ニ処シ二十円以上二百円以下ノ罰金ヲ附加ス

64) 吉井・刑法草按注解（上）14頁。

65) もっとも、審査局に関する日誌や会議録は未だ発見されておらず、審査の具体的な内容を知ることはできない。早稲田大学鶴田文書研究会編『刑法審査修正関係諸案』（早稲田大学比較法研究所・1984年）191頁参照。以下では、刑法審査修正関係諸案と記す。

66) 吉井・近代日本151頁、大久保・ボワソナード116頁参照。なお、刑法審査修正関係諸案212頁によれば、刑法関係修正案における大逆罪は、以下のように規定されていた。

「第一百六条 天皇皇后及ヒ皇太子ニ対シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ処ス

第一百七条 天皇皇后及ヒ皇太子ニ対シ不敬ノ所為アル者ハ三月以上五年以下ノ重禁錮ニ処シ十円以上百円以下ノ罰金ヲ附加ス

山陵ニ対シ不敬ノ所為アル者亦同シ

第一百八条 皇族ニ対シ危害ヲ加ヘタル者ハ死刑ニ処ス其危害ヲ加ヘントシタル者ハ無期徒刑ニ処ス」

67) 吉井・近代日本154頁、新井・大逆罪138頁。

68) 松尾浩也増補解題／高橋治俊・小谷二郎共編『増補刑法沿革綜覧』（信山社・1990年）〔初出：1923年〕18頁以下参照。以下では、松尾・沿革綜覧と記す。

皇稷ニ対シ不敬ノ所為アル者亦同シ

第一百八条 皇族ニ対シ危害ヲ加ヘタル者ハ死刑ニ処ス其危害ヲ加ヘントシタル者ハ無期徒刑ニ処ス

旧刑法の大逆罪は日本刑法草案と異なり、祖父祖父母（つまり、尊属親）に対する罪とは関係なく規定されている⁶⁹⁾。この点で草案は、フランス刑法の大逆罪のように尊属殺の規定へ従属させることに拘泥した *Boissonade* の思想を排斥したと言えよう。また、御雇外国人 *Otto Rudolf* の意見書⁷⁰⁾では、旧刑法の第一百六条に掲げる所為は第一百七条のそれと異なり、何を指すのか明知できないため、なお詳密に規定すべきであると指摘され、ドイツ刑法の大逆罪を参照するよう推奨されていた⁷¹⁾。

そこで特に問題となるのは、「加ヘントシタ」という文言である。この文言は、審査局における最初期の草案（刑法草案審査局一回刑法草案稿本）で登場していたことが確認されるものの⁷²⁾、この文言の意味するところは決して自明ではない。もっとも、その手がかりとなるのは、刑法草案審査局のメンバーであった村田保の教科書（明治13年（1880年））における記述である。すなわち、「天皇三后及ヒ皇太子ノ玉体ニ対シ危難傷害ヲ加ヘタ

69) 新井・大逆罪138頁, 168頁以下参照。

70) この意見書は、明治17年（1884年）11月から明治23年（1890年）10月の間、とくに *Rudolf* が司法省顧問になった明治18年（1885年）8月以降に作成された可能性が高いと分析されている。佐竹宏章「詐欺罪における構成要件の結果の意義及び判断方法について(2)」立命館法学377号（2018年）230頁参照。以下では、佐竹・詐欺罪(2)と記す。

71) 内田文昭ほか編『刑法〔明治40年〕(1)-I』（信山社・1999年）508頁。以下では、内田ほか・刑法(1-I)と記す。付言すれば、同じドイツ人である *Albert Friedrich Berner* は、皇帝に対する危害罪と皇帝以外（三后・皇太子）に対するそれを一律に死刑とすることを非難し、後者については終身（自由刑）以下にすべきであり、また死刑も謀殺に限るべきであると論じていた。内田ほか・刑法(1-I) 483頁参照。

72) 西原春夫ほか編『旧刑法〔明治13年〕(4)-I』（信山社・2016年）158頁によれば、大逆罪は「至尊上皇三宮及ヒ東宮ニ対シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ処ス」に改まっている。

ル者ハ（謀故殺段打創傷若クハ健康ヲ害ス可キ物品ヲ施用シ其他監禁脅迫遺棄等ノ罪ヲ云フ）勿論之ヲ加ヘントシタル未遂犯罪ノ時ト雖モ死刑ニ処ス」⁷³⁾と述べられており、「加ヘントシタ」は未遂を意味するとはっきり記されているのである。また、立野胤政が編者となったコンメンタールでも、天皇の「性命身体ニ対シ直接ト間接トノ別ナク一切ノ危難傷害トナルコトヲ加ヘタル者及ヒ加ヘント欲シテ未タ遂ケサル者ト雖モ皆重罪ノ死刑ニ処スル者トス」と述べられており⁷⁴⁾、さらに高木豊三は、「加ヘントシタ」=未遂という理解に基づき、天皇に対する危害の既遂犯とその未遂犯とを同じく死刑に処することを「不権衡」であると批判していたのである⁷⁵⁾。

従って、「加ヘントシタル」は——少なくとも旧刑法の制定直後は——未遂と理解するのが多数であったと考えられる。そうであるからこそ、Boissonade は、『刑法草按注解』において旧刑法の大逆罪では予備・隠謀が処罰されないことを指摘し、未遂以下の減等に関する規定を導入すべきであると主張していたのである⁷⁶⁾。

(4) 旧刑法の改正作業と刑法典（明治40年（1907年））の成立

以上に見てきた通り、少なくとも大逆罪に関しては *Boissonade* の案を退けた旧刑法であったが、施行後すぐに改正論の逆風にさらされることとなった。そのため、早くも明治15年（1882年）に司法省は実務上の差し支えが少なくないとして、政府に刑法の一部改正案を提出し、そしてその一部改正案を政府は参事院の法制部に審査させた⁷⁷⁾。その審査の過程で、法制部議官であった井上毅は、鶴田への書簡において旧刑法の大逆罪では危害を謀る者を罰していないという問題意識を明らかにしていた⁷⁸⁾。そして

73) 村田保『刑法註釋（上巻）』（信山社・2015年）〔初出：1880年〕巻三、二葉。

74) 立野胤政編『刑法註解』（山中市兵衛等・1880年）136頁。

75) 高木豊三『校訂 刑法義解（第二編）』（信山社・1996年）〔初出：1882年〕343頁以下。

76) 吉井・刑法草按注解（上）392頁以下参照。

77) 新井・大逆罪139頁以下参照。

78) 内田ほか・刑法（1-I）436頁。付言すれば、山県有朋も改正意見の中で「百十六条曰ク

実際、明治16年(1883年)にまとめられた「太政官調査修正案」では、「原文ハ危害ヲ加ヘ奉ラントシタル者ニシテ始メテ罰アルカ如ク其権衡ヲ得タル者ニアラサルナリ」という理由から、大逆罪は「皇室ニ対シ悖逆ヲ謀ル者ハ死刑ニ処ス」と規定されたのであった⁷⁹⁾。

その後、このような非常に大雑把な大逆罪の規定は、司法省改正案⁸⁰⁾および太政官再調査案⁸¹⁾を経て、参事院改正案⁸²⁾にも引き継がれた。しかし、参事院改正案について参事院議長であった山県有朋から意見を求められた *Boissonade* は、同案に厳しい批判をぶつけた⁸³⁾。すなわち、「皇室ニ対シ悖逆ヲ謀ル」の意義が不明瞭であり、もし「企図ヲ組成シタル」という意味なのであれば、「企図シタル」と記載すべきであるが、そのような意義であったとしても、単に企図だけでは既遂もしくは未遂として罰することはできないため、刑法の総則に反してしまうと批判したのである。また、いかにして企図を証明するのかという点も問題であり、嫌疑もしくは推測のみで処罰してしまうという危険も指摘され、最終的には、「此ノ如キ条款ノ単ター箇ニテモ存スルトキハ日本刑法ハ遂ニ世界中最モ野蛮ナル法律中ニ排置セラル、ニ至ル可シ」と強く非難したのであった⁸⁴⁾。

このような厳しい批判を下した *Boissonade* は、明治19年(1886年)、旧刑法の改正案とそのコンメンタール(Projet révisé de code pénal pour l'Empire du Japon)を完成させたのであった⁸⁵⁾。そこでは、大逆罪は以下

「ク危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ云々加ヘントスルトハ即チ未遂犯罪ノ文例ナリ」と述べていることが確認される。同・刑法(1-I)442頁。

79) 内田ほか編『刑法〔明治40年〕(1)-III』(信山社・2009年)446頁。以下では、内田ほか・刑法(1-III)と記す。

80) 内田ほか・刑法(1-I)98頁参照。

81) 新井・大逆罪160頁注(69)によれば、太政官際調査案は、おおよそのところ内田ほか・刑法(1-I)248頁以下所収の「第三十三号総会議議案」の内容と同じであるとされる。

82) 内田ほか・刑法(1-I)192頁。

83) 内田ほか・刑法(1-I)22頁以下参照。

84) 内田ほか・刑法(1-I)475頁。

85) 内田ほか編『刑法〔明治40年〕(1)-II』(信山社・2009年)4頁参照。以下では、内

のように規定された⁸⁶⁾。

第三百三十一条 天皇、皇后、皇太后、皇太子即チ帝位ノ承継者ニ対シテ犯シタル総テノ重罪又ハ軽罪ハ〔左ニ掲クル変更ヲ以テ〕……卑属親其尊属親ニ対シテ犯シタル重罪又ハ軽罪ト同一ニ之ヲ罰ス可シ

第一款 天皇、皇后（即チ天皇、皇后、皇太后）又ハ皇太子ニ対スル重罪軽罪ヲ犯ス為メニ二人若クハ数人ニテ隠謀ヲ企テ又ハ同謀決心シ且其罪ヲ犯スニ当リ犯人意外ノ情状ニ因テ犯罪ノ効ヲ欠キタル時ハ刑一等ノ減輕ヲ為スト否トハ裁判所ノ適宜ニ委ス

第二款 前述隠謀ノ場合ニ於テ同一ノ方法ヲ以テ中止セル未遂犯（即チ犯罪ノ着手ヲ中止セルヲ云フ）アルトキハ単ニ刑一等ヲ減ス

第三款 若シ其隠謀ニ付キ予備ノ所為ノミヲ行フニ過キサルトキハ刑二等ヲ減ス

第四款 若シ其隠謀ニ付キ未タ予備ノ所為ヲ行ハサリシトキハ刑三等ヲ減ス

第五款 一人ノ決心ヲ以テ予備ノ所為ヲ行ヒシトキモ亦同シ

第六款 第三百三十一条ニ記載シタル重罪又ハ軽罪ノ一ヲ犯サンカ為メ隠謀ヲ組成スルノ發言ヲ為シ而シテ其發言ニ承諾ヲ得サリシトキハ其重罪又ハ軽罪ノ刑ニ四等ヲ減シ以テ之ヲ其發言ノ本犯ニ科ス可シ

第七款 前数款ニ記載シタル隠謀ノ一ニ加ハリテハンザイニ着手セサリ前

↘田ほか・刑法（1-II）と記す。

86) 内田ほか・刑法（1-II）80頁以下。

及ヒ其事件ニ付キ未タ搜索ノアラサリシ前ニ自ラ捕ニ就キ官庁ヘ隠謀ヲ告
発シ而シテ其同謀人ヲ指名シタル者ハ宥恕及ヒ免刑ヲ得可シ

第八款 既ニ搜索ヲ始メ且捕ニ就キシ後ト雖モ犯罪ニ着手セサル前ニ官庁
ヲシテ隠謀ノ本犯ヲ拿捕スルヲ得セシメタル者モ亦小同シ

この草案において *Boissonade* は、鶴田との編纂会議で諦めざるを得な
かった箇所や審査局の修正によって削除されてしまった箇所の復活を図っ
た⁸⁷⁾。すなわち、フランス刑法と同様に尊属親に対する罪に対応した処罰
規定を置くことに拘り、また大逆罪の未遂以下(予備・隠謀など)について
は、旧刑法では処罰されないため、特別規定を設けて段階的に減等するこ
とを予定したのである⁸⁸⁾。

そして、この *Boissonade* の改正案がたたき台となって改正作業が進め
られることとなった⁸⁹⁾。その背景には、明治19年(1886年)、条約改正交渉
との関係で外務省に法律取調委員会が設置され、*Boissonade* もその委員
の一人だったという事情があった⁹⁰⁾。その後、明治20年(1887年)5月の
「刑法草案修正説明」では、大逆罪に関する2つの修正案が出された。

[第一案]⁹¹⁾

第三百三十一条 天皇、皇后、皇太后、皇太子ニ対シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘン
トシタル者ハ死刑ニ処ス其予備隠謀ヲ為シタル者ハ無期徒刑ニ処シ隠謀ノ
発議ニ止リタル者ハ有期徒刑ニ処ス

87) 内田ほか・刑法(1-II)14頁参照。

88) *Boissonade* 著/森順正ほか訳『刑法草案註釋(上)』(有斐閣・1988年)〔初出:1886年〕569頁以下参照。

89) 内田ほか・刑法(1-II)5頁参照。

90) 内田ほか・刑法(1-II)6頁、大久保ほか『ボワソナード民法典の編纂』(雄松堂出版・1999年)113頁以下参照。後者について以下では、大久保ほか・民法典の編纂と記す。

91) 内田ほか・刑法(1-II)213頁上段参照。

第三百三十一條ノ二 皇族ニ対シ危害ヲ加ヘタル者ハ死刑ニ処シ危害ヲ加ヘントシタル者ハ無期徒刑ニ処シ其予備隠謀ヲ為シタル者ハ有期徒刑ニ処シ隠謀ノ發議ニ止リタル者ハ重懲役ニ処ス

〔第二案〕⁹²⁾

第三百三十一條 天皇、三后、皇太子ニ対シ犯シタル総テノ重罪又ハ輕罪ハ左ニ記載シタル變更ヲ以テ第三編第一章第十三節ニ從ヒ卑屬親其ノ尊屬親ニ対シテ犯シタル重罪又ハ輕罪ト同一ニ之ヲ罰スヘシ

- 一 天皇、三后、皇太子ニ対スル犯罪ニシテ犯人意外ノ情状ニ因リ其犯罪ノ効ヲ欠キ若クハ未タ遂ケサル時ハ仍ホ本刑ヲ科ス
- 二 其犯罪ノ予備ニ止マル時ハ本刑ニ二等ヲ減ス
- 三 二人以上隠謀ヲ為シ予備ニ至ラサル時ハ本刑ニ三等ヲ減ス
- 四 其隠謀ノ發言ヲ為シ同意ヲ得サル時ハ本刑ニ四等ヲ減ス
- 五 其隠謀ノ予備ヲ為スモ犯罪着手前及ヒ起訴前犯人官ニ自首シタル時ハ本刑ヲ免シ六月以上五年以下ノ監視ニ付ス

上記修正案は、概ね *Boissonade* の草案を受け容れた形で大逆罪を規定している。もっとも、第二案は、*Boissonade* の見解に沿って細かく段階的な減等方式を用いているのに対し、第一案は、旧刑法の大逆罪の文言を維持しつつ、そこに予備・隠謀の処罰、隠謀の發議に関する処罰を追加している。もっとも、そこでは予備と隠謀が区別されておらず、大雑把な規定ぶりである。この点、すでに *Boissonade* が鶴田との議論で指摘していた通り⁹³⁾、予備は一人でも、隠謀は二人以上の者が必要なのであり、その点が看過されていたのではなからうか。

そして、明治20年に法律取調委員会が司法省に移管された後⁹⁴⁾、明治22

92) 内田ほか・刑法（1-II）215頁上段参照。

93) 日本刑法草案会議筆記II・537頁上段以下参照。

94) 内田ほか・刑法（1-II）5頁参照、大久保ほか・民法典の編纂144頁以下参照。

年には *Boissonade* の草案に対する修正に基づき、仏文の刑法草案 (Projet révisé de code pénal) が出されることとなった⁹⁵⁾。その翻訳は、以下の通りである⁹⁶⁾。

第四百十一条 天皇、三后、皇太子及ヒ皇太子妃ノ生命ニ対シテ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ処ス

其他総テ陛下又ハ殿下ノ身体ニ対シテ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ無期懲役ニ処ス

第四百十二条 親王及ヒ内親王ノ生命ニ対シテ危害ヲ加ヘタル者ハ死刑ニ処ス

前項ノ罪ヲ犯シテ未タ遂ケサル者ハ無期懲役ニ処ス

其他総テ親王及ヒ内親王ノ身体ニ対シテ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ無期懲役ニ処ス

第四百十三条 前二条ニ記載シタル重罪ノ一ニ付予備ノ所為ヲ行フニ過キサル場合ニ於テハ既遂ノ危害ニ付テ定メタル刑ニ一等若クハ二等ヲ減ス

前同一ナル重罪ノ一ヲ犯スカ為メニ二人若クハ数人ニテ隠謀ヲ企テタル時ハ本刑ニ二等若クハ三等ヲ減ス

前同一ナル重罪ノ一ヲ犯スカ為メ単ニ隠謀ヲ組成スルノ発言ヲ為シタルニ過キサル時ハ本刑ニ三等若クハ四等ヲ減ス

ここでは、第四百十一条において天皇らの生命に対する危害罪と身体に対するそれが区別され、前者には死刑が、後者には無期懲役が予定された。前者に関しては、第四百十二条第一項および第二項と比較すれば、「加ヘントシタル」場合は未遂を意味しており、この場合でも死刑が予定

95) 仏文草案における大逆罪については、内田ほか・刑法(1-II)287頁を参照。

96) 内田ほか・刑法(1-II)371頁以下参照。

された」と解釈される（実際、後述の明治23年草案でも「已遂、未遂ヲ分タス」という文言が確認される）。また、予備・隠謀・発言については、それぞれ段階的な減等（しかも幅のある減等）が予定されており、この点は *Boissonade* 草案の方針を踏襲していることが窺えよう。

以上のような法律取調委員会の改正案は、元老院での審議を経て、明治23年（1890年）12月に「刑法改正草案」（以下、明治23年草案と記す）が完成した⁹⁷⁾。そこでは、大逆罪は以下のように規定された⁹⁸⁾。

第百十八条 天皇、三后、皇嗣、皇嗣ノ妃及ヒ摂政ノ生命ニ対シ危害ヲ加ヘタル者ハ已遂、未遂ヲ分タス死刑ニ処ス

其身体ニ対シ危害ヲ加ヘタル者ハ已遂、未遂ヲ分タス無期懲役ニ処ス

第百十九条 前条ニ記載シタル以外ノ皇族ノ生命ニ対シ危害ヲ加ヘタル者ハ死刑ニ処シ若シ未遂犯ニ係ルトキハ無期懲役ニ処ス

其身体ニ対シ危害ヲ加ヘタル者ハ無期懲役ニ処シ若シ未遂犯ニ係ルトキハ一等有期懲役ニ処ス

第百二十条 前二条ニ記載シタル重罪ノ予備ヲ為シタル者ハ未遂犯ノ刑ニ一等ヲ減シ其二人以上陰謀ヲ為シタルニ止マル者ハ二等若クハ三等ヲ減ス

このような明治23年草案の大逆罪規定は、天皇らに対する危害罪の客体を変更・拡大したが、基本的には上述の法律取調委員会の案をベースにしており、天皇らの生命に対する危害罪と身体に対するそれを区別し、そのうえで、前者については既遂であろうが未遂であろうが死刑による処断を予定した。また、予備や隠謀については、段階的に減等することが規定されている（もっとも、隠謀に関する発議（発言）は除かれた）。

97) 内田ほか・刑法（1-II）12頁参照。

98) 内田ほか・刑法（1-III）170頁以下、松尾・沿革綜覧90頁以下参照。

ここで注目すべきは、理由書(改正刑法案説明書)である。というのも、旧刑法の大逆罪における「加ヘントシタ」という文言は未遂を意味するのか、それとも未遂以下も含むのか明瞭ではなく、もし前者であれば、予備・隠謀を不問に付すのは不当であるし、他方でもし後者であれば、予備・隠謀も死刑に処せられるのは峻厳であると論じられているからである⁹⁹⁾。つまり、立法当局は、旧刑法の「加ヘントシタ」という文言の不明確さをはっきり認識しており、そのうえで、未遂と予備・隠謀を区別し、それぞれを段階的に減等することを志向していたのである。

付言すれば、明治20年(1887年)に法律取調委員会が外務省から司法省に移管された頃、すでに(明治19年(1886年)3月より)江木は司法省参事官・刑事局兼務であったし、明治21年には各論の教科書を出版している。それにもかかわらず、明治23年草案の段階では、江木衷の見解のように「加ヘントシタ」に予備・隠謀も含まれ、これも死刑に処せられるとは考えられていないことも確認されよう。このような解釈は、明治23年草案より後に通説化していったのである。

しかしながら、明治23年草案は、明治24年1月に第1回帝国議会(衆議院)に提出されるものの、議決に至らずに会期終了となってしまった¹⁰⁰⁾。その後、司法省では新たに組織された刑法改正審査委員会は、明治25年(1892年)1月より改正作業に着手し、明治28年(1895年)12月になって明治28年草案を脱稿した¹⁰¹⁾。しかし、この草案はおよそ4年もの歳月を費やし、各国の刑法典を参照して作成されたにもかかわらず¹⁰²⁾、大逆罪については旧刑法とほとんど変わっていないのである¹⁰³⁾。つまり、立法者

99) 内田ほか・刑法(1-III)207頁参照。

100) 内田ほか・刑法(1-II)13頁、新井・大逆罪172頁参照。

101) 内田ほか編『刑法〔明治40年〕(2)』(信山社・1993年)5頁、9頁参照。以下では、内田ほか・刑法(2)と記す。

102) 内田ほか・刑法(2)8頁以下、31頁以下参照。

103) 内田ほか・刑法(2)145頁上段によれば、明治28年草案における大逆罪は、「第九十条 天皇、三后、皇太子、皇太孫ニ対シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ処ス」、

はこれまでの改正論から踏襲論に移行したのである。実際、明治28年草案に至るまでの「刑法改正審査委員会決議録」によれば、「本条ハ甚タ漠然タル規定ニシテ用語ノ範圍更ニ分チ難シ之ヲ以テ多少修正ヲ加ヘントノ説出テシモ本条ハ猥リニ臣子ノ議スベキ所ニアラサレハ暫ラク現行法ノ儘存セシム」¹⁰⁴⁾と述べられていることが確認されるが、「臣子ノ議スベキ所」ではないというのが実質的な理由だったのか疑われるところであろう。

このような明治28年草案は全国の裁判所・検事局に送付され、彼らに意見を具申させることとなった。そして、その意見を踏まえて修正され、社会一般に公表されたのが明治30年草案である¹⁰⁵⁾。しかし、広く意見を聞いたにもかかわらず、明治30年草案の大逆罪も明治28年草案と同じように規定された¹⁰⁶⁾。また、その時期には弁護士協会や一部の裁判官から刑法改正に反対する声があったものの、結局、法典調査会では全面改正が志向されたという動きがあったのだが¹⁰⁷⁾、大逆罪については旧刑法の規定を踏襲することになったというのは不可解である¹⁰⁸⁾。さらに、改正条約の実施に対応して法体制を補修する任務を担った法典調査会によって作成された明治33年草案でも大逆罪の規定形式は維持された¹⁰⁹⁾。

「第九十二条 皇族ニ対シ危害ヲ加ヘタル者ハ死刑ニ処シ危害ヲ加ヘントシタル者ハ無期懲役ニ処ス」と規定されていた。

104) 内田ほか・刑法(2) 103頁。

105) 内田ほか・刑法(2) 9頁、同ほか編『刑法〔明治40年〕(3)-I』(信山社・1994年) 5頁。後者につき、以下では、内田ほか・刑法(3-I)と記す。

なお、明治30年草案は、旧刑法における「総則」「公益ニ関スル重罪及ヒ輕罪」「私益ニ関スル重罪及ヒ輕罪」「違警罪」という4つの編別から「総則」「罪名」という2つの編別へ移行し、条文数も旧刑法の全430条から全322条へ大幅に削減しており、内容的に見ても明治40年(1907年)公布の刑法典の原型を為すと評価されている。同・刑法(2) 10頁を参照されたい。

106) 内田ほか・刑法(2) 145頁下段参照。

107) 内田ほか・刑法(2) 10頁下段参照。

108) ただ、この疑問を解消する資料は、管見の限り見当たらない。

109) 明治33年草案の大逆罪規定については、内田ほか・刑法(2) 476頁以下参照。明治33年草案にかかる理由書(刑法改正案参考書)では、「本章ハ現行法第二編第一章ノ規定ヲ少シク修正シタルニ止リ其趣旨ニ於テハ全く同一ナリ」と記されているだけであり、なぜ

その後、明治34年草案の大逆罪では「三后」が個別に記載され¹¹⁰⁾、また明治35年草案では「皇太子」の後ろに「又ハ」の接続詞が加えられただけであり¹¹¹⁾、基本的な言い回しは維持された。この明治34年草案は第15回帝国議会に提出され、貴族院本会議や貴族院刑法改正案特別委員会で審議されたものの、激しい刑法改正反対運動に支援された議員らの反対もあり、会期終了となってしまった¹¹²⁾。

また、明治35年草案も第16回帝国議会に提出され、貴族院本会議ならびに同刑法改正案特別委員会において慎重に審議されたが、衆議院にて審議未了となってしまった¹¹³⁾。付言すれば、第16回帝国議会貴族院委員会における第八会議では、菊池武夫が「此所ニハ『加ヘ』ト云フコトカ書イテアリマシテ、百十三条(報告者注：公務執行妨害罪)ニハ「為シ」トカイテアル、『為シ』ト書イテアル所モアリ『加ヘ』ト書イテアル所モアルカ、是ハ矢張り何か意味ニ違カアルト云フコトニナルノカ」と質問したところ、これに対して政府委員の古賀廉造は、「此皇室ニ対スル罪ハ成ルヘク現行法ノ儘テ宜シクハアルマイカト云フ積リテ已ムヲ得ナイ文字丈ヲ変ヘタノテアリマス、『加ヘ』ト云フ字モ現行法ノ字ヲ襲用シタノテアリマス」と答えており¹¹⁴⁾、やはり大逆罪については旧刑法の規定形式を踏襲する方向であったことが確認される。

さらに、第16回帝国議会貴族院の修正をほぼ採用した改正案が第17回帝

ㄨ踏襲論を採ったのかという点については言及されていない。同・刑法(2)532頁以下参照。

110) 明治34年草案の大逆罪規定については、内田ほか・刑法(3-I)42頁もしくは松尾・沿革総覧174頁以下参照。また、明治34年草案にかかる「刑法改正案参考書」については、内田ほか・刑法(3-I)103頁以下を参照されたい。

111) 明治35年草案の大逆罪規定については、内田ほか編『刑法〔明治40年〕(4)』(信山社・1995年)40頁以下もしくは松尾・沿革総覧449頁以下を参照されたい。前者につき、以下では、内田ほか・刑法(4)と記す。また、第16回帝国議会に提出された明治35年草案にかかる「刑法改正案参考書」は内田ほか・刑法(4)99頁以下を参照されたい。

112) 内田ほか・刑法(3-I)7頁、同・刑法(4)5頁。

113) 内田ほか・刑法(4)3頁参照。

114) 松尾・沿革総覧962頁参照。

国議院に提出されたものの、衆議院の解散によりこれも審議未了のまま終わってしまった¹¹⁵⁾。そのため、司法省は明治39年（1906年）6月に新たに法律取調委員会を設置し、草案を作成させた¹¹⁶⁾。この委員会が作成した草案（明治39年草案¹¹⁷⁾）は、第23回帝国議院に提出されることとなった¹¹⁸⁾。その際、衆議院の委員会における小委員会の第三回会議では、板倉中は『『危害ヲ加ヘ』ト云フ文字カ、実ニ非常ニ広イ文字テアル、危害ナル言葉ノ中ニハ、無限ニ広キコトヲ網羅シテ居ルノデアリマス、随ツテ其次ニ又……『加ヘントシタルモノハ』ト云フハ、加ヘント欲シタルモノニ又這ルノデアリマスカ、然ラサレハ若シ行ニ発シタルモノノミト云フコトデアラハ『加ヘントシタルモノ』ト云フノハ無用ノ文章ニナラウト思フ』と述べ、起案の趣旨を問うたところ、政府委員の倉富勇三郎は、『『加ヘントシタルモノ』此ノ文字ハ、現行ノ刑法ノ文字ヲ其儘襲用シタルノデアリマス、ソレテ成程危害ヲ加ヘントシタルモノト云フ文字ハ、余程其範圍ハ広ク思ハレマスカ、唯今御説ノ通りニ単純ニ考ヘテ居ルトコロノ意思マテヲ、此処ニ含ンテ居ルモノトハ現行法ノ解釈トシテ、私共考ヘナイノデアリマス』と回答しており¹¹⁹⁾、立法者は大逆罪について踏襲論であったことがここでも窺えよう。

その後、この改正案が貴衆両院を通過したため¹²⁰⁾、明治40年公布の刑法典では旧刑法とほぼ同様の言い回しの大逆罪が置かれ、「加ヘントシタ」

115) 内田ほか編『刑法〔明治40年〕(5)』（信山社・1995年）3頁、10頁参照。

116) ここでの法律取調委員会は、1906年（明治39年）1月7日に成立した第一次西園寺公望内閣の司法大臣であった松田正久が、司法省において刑法改正案の調査を行うため、同年6月8日、貴族院議員や衆議院議員、学者および弁護士の中から24名を選び、囑託したものである。内田ほか編『刑法〔明治40年〕(6)』（信山社・1995年）8頁以下。以下では、内田ほか・刑法（6）と記す。

117) 内田ほか・刑法（6）132頁参照。

118) 内田ほか・刑法（6）8頁以下。

119) 松尾・沿革綜覧1908頁以下参照。

120) より詳しくは、内田ほか・刑法（6）10頁以下、同ほか編『刑法〔明治40年〕(7)』（信山社・1996年）5頁以下を参照されたい。

という文言は維持されたのであった¹²¹⁾。

第七十三条 天皇、太皇太后、皇太后、皇后、皇太子又ハ皇太子孫ニ対シ
危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ処ス

第七十五条 皇族ニ対シ危害ヲ加ヘタル者ハ死刑ニ処シ危害ヲ加ヘントシ
タル者ハ無期懲役ニ処ス

3. 日本の刑法学者による「加ヘントシタ」の解釈

以上の通り、大逆罪の「加ヘントシタ」という文言に係る制定史を検討した。ここでは、この文言に関して日本の刑法学者がいかなる解釈を示していたのか確認することにした。

すでに述べた通り、旧刑法が制定された直後の村田保の教科書では、「加ヘントシタ」は未遂を意味すると明言されていた。そして、このような解釈は、他の教科書やコンメンタールにおいても同様であったことが確認される。そうであるからこそ、*Boissonade* は、旧刑法の大逆罪では予備・隠謀が不処罰になってしまうことを指摘したうえで、未遂以下を段階的に減等していくべきであると主張していたのである。

ところが、このような *Boissonade* の見解にほとんど従う形で改正作業が進められて明治23年草案が作成されたにもかかわらず、それ以降の改正作業では、旧刑法の大逆罪を変更しない方針になったことは、すでに見たところである。この点、当時の文献を精査する限り、「加ヘントシタ」には予備・隠謀も含まれると主張し始めたのは、明治21年(1888年)に出版された江木衷の教科書であった¹²²⁾。当時、国粹主義的な思考の持ち主であった江木は、酌量減輕の余地が認められていた旧刑法の大逆罪規定に不

121) 大塚ほか・前掲注(1) 3頁参照。

122) 江木衷『現行刑法各論』(博文社・1888年) 21頁以下参照。

満を持っていた¹²³⁾。そのことも斟酌するならば、旧刑法の公布・施行直後は「加ヘントシタ」を未遂と解する見解が通説だったことに反して、立法動向を方向づける解釈¹²⁴⁾として、予備・隠謀も含まれると論じられたのではないかと考えられる。

これに続き、江木と同様の解釈を表明したのは、なんと後に大逆事件の筆頭弁護人となる磯部四郎¹²⁵⁾であった。磯部によれば、「加ヘントシタル者」は「未遂犯ニ至ラサル者ヲ包含スルモノト解釈」すべきであり、仏文案で規定されていた予備・隠謀の処罰規定は削除されたが、その精神までを削除したわけではなく、予備・隠謀を「加ヘントシタ」という用語の中に含ませただけであるという¹²⁶⁾。しかし、すでに見た通り、*Boissonade* は未遂・予備・陰謀・発議を段階的に減等するという考えであり、これらも一律に死刑に処するという趣旨でなかったことは明らかである。

また、岡田朝太郎も、「本条ノ危害ヲ加ヘントシタル者トイフ語ハ頗ル汎博ナルカ故ニ」未遂だけでなく予備も含まれると解釈すべきであると主張した。すなわち、これは旧刑法第百十一条¹²⁷⁾の一例であると論じたうえで、「草案ニ於テハ本条ノ罪モ予備犯ト未遂犯トハ既遂犯ヨリ刑ヲ遞減スヘシトイウ主義ナリシカ故ニ其第三百十一条第一項以下ニ予備ヲ罰スルノ明文ヲ置ク必要アリシト雖モ確定ノ際同等ノ刑ニ処スル主義ヲ採リシ結果単ニ『加ヘントシタル者』ト云ヒ以テ自ラ其中ニ予備ヲ罰スル精神ヲ含

123) 佐伯千仞/小林好信「刑法学史」鶴飼信成ほか編『日本近代法発展史〔第11巻〕』（勁草書房・1974年）233頁以下参照。手短には、吉川ほか・前掲注（7）75頁以下参照。

124) 佐竹・詐欺罪（2）232頁注（245）の指摘によれば、江木は、旧刑法典390条では要求されていなかった「財産上ノ利得ヲ図ル意」が詐欺罪に必要であると明言していた。

125) 村上一博「弁護士磯部四郎と刑法」高岡法学17巻1・2号（2006年）194頁以下を参照。

126) 磯部四郎『改正増補 刑法講義 下巻第一分冊』（信山社・1999年）〔初出：1893年〕40頁参照。なお、磯部の刑法学については、谷口貴都「明治前半期の刑法学と磯部四郎」村上ほか編『磯部四郎研究 日本近代法学の巨擘』（信山社・2007年）119頁以下参照。

127) 旧刑法第百十一条 罪ヲ犯サンコトヲ謀リ又ハ其豫備ヲ爲スト雖モ未タ其事ヲ行ハサル者ハ本條別ニ刑名ヲ記載スルニ非サレハ其刑ヲ科セス

マシムルニ至レルナラン」と述べていた¹²⁸⁾。このような主張は、明治33年(1900年)より岡田の留学先となる¹²⁹⁾ *Franz von Liszt* の影響によるものかもしれない。後述する通り、*Liszt* もライヒ刑法典82条の *unternehmen* は、未遂よりも広い領域を把握するものであり、予備の一部も含むと解していたのである。しかし、旧刑法の第百十一条が問題となる他の箇所(例えば、内乱罪¹³⁰⁾ や私戦予備罪¹³¹⁾、通貨偽造の予備罪¹³²⁾)でははっきり「予備」と記されており、しかもその刑は減等されているのであるから、大逆罪の「加ヘントシタ」を第百十一条の例と捉え、既遂と同じく予備も死刑に処せられると解釈するのは無理があろう。

このように拡大解釈は問題を抱えるものであったにもかかわらず、次第に通説化していくこととなった。例えば、岡田と同じく *Liszt* に強い影響を受けた小疇傳¹³³⁾ は、おおよそ刑法は人の内心状態を強制すべきものではない以上、「罪ヲ犯スノ決意ヲ形クルモ未タ其決意カ所為ニ顕ハレサル以上ハ処罰セサルコトハ刑法上ノ大原則」であると言いつつ、大逆罪では、特にその危険を予防するために予備・隠謀をも処罰する例外が設けられているのであり、「加ヘントシタ」には予備・隠謀が含まれると論じていた¹³⁴⁾。また、古賀廉造や勝本勘三郎も同様の解釈を示している

128) 岡田朝太郎『日本刑法論完 各論之部〔訂正増補再版〕』(信山社・1995年)〔初出：1895年〕14頁参照。また、同『刑法講義案 各論』(有斐閣・1902年)2頁でも同様の主張が確認される。

129) 吉川ほか・前掲注(7)181頁参照。

130) 旧刑法第二百五条 兵隊ヲ招募シ又ハ兵器金穀ヲ準備シ其他内亂ノ豫備ヲ爲シタル者ハ第二百一一条ノ例ニ照シ各一等ヲ減ス

内亂ノ陰謀ヲ爲シ未タ豫備ニ至ラサル者ハ各二等ヲ減ス

131) 旧刑法第三百三三条 外國ニ對シ私ニ戦端ヲ開キタル者ハ有期流刑ニ處ス其豫備ニ止ル者ハ一等又ハ二等ヲ減ス

132) 旧刑法第八十六条 前數條ニ記載シタル貨幣ノ偽造變造已ニ成テ未タ行使セサル者ハ各本刑ニ照シ一等ヲ減シ其未タ成ラサル者ハ二等ヲ減ス

若シ偽造ノ機械ヲ豫備シテ未タ着手セサル者ハ各三等ヲ減ス

133) 吉川ほか・前掲注(7)221頁以下、226頁以下参照。

134) 小疇傳『刑法各論』(警察監獄學會・1902年)11頁以下。

た¹³⁵⁾。

以上のように見る限り、「加ヘントシタ」に予備・隠謀が含まれるという解釈は、明治28年草案が登場する少し前から次第に有力化していったことが確認される。つまり、このような学説の趨勢は、大逆罪の未遂以下の段階的な減等を予定していた明治23年草案がボツになって以降、旧刑法の大逆罪を踏襲することを志向した立法動向と対応関係にあったのである。

ここで問題となるのは、このような学説の趨勢や立法動向の背景には、何があったのかということである。この点、「明治14年の政変」以降に政府の文教政策がフランス法からドイツ法へとシフトし、大学内部でもドイツ法への関心が高まり¹³⁶⁾、明治15年（1882年）には名村によるドイツ刑法典の翻訳¹³⁷⁾が出され、明治21年（1888年）にはドイツ刑法学に影響を受けた江木の刑法各論が出版されている¹³⁸⁾。つまり、「加ヘントシタ」に関する立法・学説の趨勢は、ちょうどドイツ法への関心が高まった時期の中にあつた。では、大逆罪に関する学説と立法の動向は、ドイツ刑法における Hochverrat の解釈論に影響されたものだったのであろうか。この点を明らかにするため、次節ではドイツの Hochverrat の生成史や規定内容を概観し、予備・陰謀はどのように解されていたのか明らかにすることにしたい。

4. ドイツ刑法における Hochverrat

(1) 前 説

はじめに、本節が検討対象とするライヒ刑法典の Hochverrat は、日本

135) 古賀廉造『刑法各論』（和仏法律学校・1903年）11頁以下、勝本勘三郎『刑法各論全』（京都法政大学・1903年）15頁以下を参照。

136) 大久保・ボワソナード124頁以下、吉川ほか・前掲注（7）183頁注（12）参照。

137) 名村泰蔵訳『独逸刑法』（司法省・1882年）。

138) 付言すれば、小野清一郎『刑罰の本質について・その他』（有斐閣・1955年）412頁は、「フランス法学の影響が圧倒的であつた明治二十年代において逸早くドイツ法学を学び、其の要素を我が刑法学にとり入れた江木の功績は大なるものがある」と評している。

の大逆罪と全く同一ではなく、日本で言うところの大逆罪と内乱罪を包摂するものであったという点には注意が必要であることを述べておこう¹³⁹⁾。そのことは、後述の規定内容からも窺えよう。以下では先行研究に倣い、Hochverrat には内乱罪、Landesverrat には反逆罪という訳語を宛がうことにしたい¹⁴⁰⁾。

さて、そもそも国家に対する反逆の範疇的分化は、それぞれの国家の歴史的發展と密接に関連している¹⁴¹⁾。そのため、ライヒ刑法典のHochverrat の諸規定を見る前に、その生成史にも若干触れておくことにしたい。

国家の存立に対する攻撃は、もちろん古代ギリシャ法やローマ法でも可罰的行為であったが、内乱罪と反逆罪は概念的に明確に区分されていなかった¹⁴²⁾。そして、いずれの法においても国家に対する反逆行為は最も可罰的な犯罪であり、死刑に処せられていた。そこでは、国家は国王の人格において具体化されており、支配者は国家と同義であったため、反逆行

139) 新井・大逆罪123頁以下。新井によれば、ヨーロッパ諸国の諸規定と異なり、日本における大逆罪・内乱罪の区別は特殊であり、それは明律や清律の謀反・大逆の概念を下地とするものであったとされる。丸山・忠誠と反逆14頁以下も参照。

140) 山口林之助「内乱罪(西独)」社会科学論叢(長崎大学学芸学部)16号(1967年)1頁以下、川口浩一「ドイツ刑法各則の改正——対照表と新条文の試訳(4)」奈良法学会雑誌11巻4号(1999年)53頁以下、勝亦藤彦訳「アドルフ・ユリウス・メルクルにおける義務の衝突の源泉と正義の希求」山梨学院ロー・ジャーナル12号別冊(2017年)128頁、132頁を参照されたい。

141) 丸山・忠誠と反逆19頁参照。

142) Horst Brune, Hochverrat und Landesverrat in rechtsvergleichender Darstellung auf Grund der neuesten strafrechtlichen Entwicklung, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 375, 1937, S. 4; siehe auch Volker Bützler, Staatsschutz mittels Vorfeldkriminalisierung: eine Studie zum Hochverrat, Terrorismus und den schweren staatsgefährdenden Gewalttaten, 2017, S. 176 以下では、前者の文献を Brune, Hochverrat und Landesverrat, 後者の文献を Bützler, Staatsschutz と記す。なお、ローマ法以降の Hochverrat に関する歴史についてより詳しくは、vgl. Hyun-Wook Cho, Hochverrat und Landesverrat: Eine rechtsgeschichtliche, rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und koreanischen Strafrecht, 2000, S. 6 ff.

為は支配者に対する攻撃を意味していた¹⁴³⁾。

当初ローマ法では *Perduellio*（内なる敵を意味し、*Hochverrat* に相当する）と *Proditio*（売国行為を意味し、*Landesverrat* に相当する）の区別はなく、国家犯を実行した者は法秩序の外に置かれ、敵として扱われていたが、国家体制の変動に伴って独立した犯罪としての *Proditio* が登場した。そして共和制のはじまりにおいて、長く続いた王国を再び打ち立てる、もしくは同種の権威を創り出すという目的は、*Perduellio* の処罰に至った。王国の支配を求めることは、当時、共和制にとって最も大きな危険だったのである。その後、後期共和制において *Perduellio* に代わり、権威的な諸機能の侵害や反逆、国家に対する侮辱といった諸行為を包括する *crimen maiestates* という犯罪が現れ、帝政期においても維持されることとなった¹⁴⁴⁾。

他方で、ゲルマン法では、フランク王国の時代にはじめて内乱罪が姿を現し、公共体の安全を意識的に危殆化する者は、公共体が国民に負わせるところの忠誠義務に反したとして、背信（*Verrat*）を理由に処罰されていた¹⁴⁵⁾。このようなゲルマン法思想は、ローマ法の継受を経て *crimen maiestates* の観念と融合することとなった。ただし、そこでは権威という観点の下、内容的に異なる種々の構成要件が刑罰の下に置かれていたため、いまだ内乱罪と反逆罪との区別は知られていなかった¹⁴⁶⁾。

その後、十八世紀合理主義哲学と『主権観念』の展開に伴って、君主に対する侵害行為と国家の対外的安全に対する裏切行為との間の範疇的な区分が意識されるようになり¹⁴⁷⁾、1794年のプロイセン一般ラント法（*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*; 以下では ALR と記す）において初めて内乱罪と反逆罪がはっきり区別されることとなった¹⁴⁸⁾。す

143) Vgl. *Bützler*, Staatsschutz, S. 176, 177.

144) Vgl. *Bützler*, Staatsschutz, S. 178, 179.

145) Vgl. *Bützler*, Staatsschutz, S. 179; *Brune*, Hochverrat und Landesverrat, S. 4.

146) Vgl. *Bützler*, Staatsschutz, S. 180; *Brune*, Hochverrat und Landesverrat, S. 5.

147) 丸山・忠誠と反逆18頁参照。

148) 岡本洋一「19世紀プロイセンの刑事法規における *Hochverrat* と *Landesverrat* につ

なわち、内乱罪(第2部第20章92条)は、「国家体制の暴力的変革を目指し、もしくはその元首の生命ないしは自由に向けられた企図」¹⁴⁹⁾と定義され、他方で反乱罪(第2部第20章100条)は「それを通して国家が他の諸国に対して外部的危険と不安定に晒されるところの企図」¹⁵⁰⁾と定義されたのであった。このように国家の内的存立に向けられた攻撃と外的存立に向けられた攻撃を区別することは——1813年のバイエルン刑法典や1851年プロイセン刑法典への継受を経て¹⁵¹⁾——最終的に1871年のライヒ刑法典に受け継がれることとなった¹⁵²⁾。

(2) Hochverratの規定内容

以上のような発展を経て生成された、ライヒ刑法典の内乱罪はどのようなものであったのか。その規定内容(80条および81条)に目を向けることにしたい¹⁵³⁾。

149) 以下——プロイセン一般ラント法から1851年のプロイセン刑事法典まで」関東学院法学9巻3・4号(2000年)37頁以下参照。岡本によれば、ALRのHochverratでは、国家元首と国家の基本的体制は並列的に置かれており、国王という個人も国家の基本体制の1つの制度として保護しようとした。ここでは国王個人を国家と同一視する絶対主義的な国家観から距離が取られつつも、人民と君主との合意という意味での啓蒙絶対主義における社会契約論が基礎となっていたという。

149) 原文については、vgl. Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, 1794, Bd. 4., Zweyter Theil, Zwanziger Titel: Von den Verbrechen und deren Strafen, §92 (S. 1187). 以下では、ALRと記す。なお、後掲注(150)も含め、訳語については足立昌勝「プロイセン一般ラント法第二部第二〇章(刑法)試訳(一)——付プロイセン刑法史研究の意義と課題——」静岡大学法経短期大学部法経論集51巻(1983年)20頁、22頁も参照した。

150) Vgl. ALR, §100 (S. 1188).

151) Eingehend *Bützler*, Staatsschutz, S. 182 ff.

152) Vgl. *Brune*, Hochverrat und Landesverrat, S. 5; siehe auch *Reinhard von Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich: nebst dem Einführungsgesetze, 1897, S. 123. 以下では、後者の文献につき、*Frank*, StGBと記す。

153) 原文については、vgl. Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich: vom 1. Januar 1872, mit sorgfältig bearbeitetem Sachregister, 1871, §§80 u. 81 (S. 17 f.). 以下では、RStGBと記す。

80条 皇帝，自らの領邦君主（Landesherrn）に対して，もしくはある連邦国家（Bundesstaat）に在留する間にその領邦君主に対して実行された謀殺もしくは謀殺の未遂は，内乱罪として死刑に処する。

81条 80条の諸事例のほか，以下のことを企図した（*unternimmt*）者は，内乱罪を理由に終身の重懲役もしくは終身の禁固刑に処せられる。

- 1) 連邦諸侯（*Bundesfürsten*）を殺害する，監禁する，敵国に引き渡す，もしくは統治を不能ならしめる。
- 2) ドイツ帝国，連邦国の体制，もしくはそこに存する王位継承を暴力で変更する。
- 3) 連邦の領地を全部もしくは部分的に他の連邦国に暴力的に合併する，ないしはその一部を全体から引き外す。
- 4) ある連邦国家の領地を全部もしくは部分的に他の連邦国家に暴力的に合併する，ないしはその一部を全体から引き外す。

減輕事情がある場合は，禁固刑は5年を下回ることはない。

禁固刑に並んで，在職の公的職務（*bekleideten öffentlichen Aemter*）に対する諸権利および公選（*öffentlichen Wahlen*）に由来する諸権利の喪失を言い渡すことができる。

まず，ライヒ刑法典80条では，皇帝や領邦君主などに対する謀殺のみならず，謀殺の未遂をも死刑に処すると規定されており，その限りでは日本の大逆罪の規定様式を彷彿とさせるかもしれないが，ライヒ刑法典の *Hochverrat* はこれだけではない。次いで81条では，国家体制の転覆や王位継承の暴力的変更，領地の暴力的変更などの企図が処罰の対象とされており，内容的には日本の内乱罪に相応する。それゆえ，既述の通り，ドイツの *Hochverrat* は，日本で言うところの大逆罪と内乱罪を包含していると見られるのである。

また，皇帝らに対する謀殺および謀殺未遂（80条）においてのみ死刑に

処せられ、国家体制の暴力的変更の企図(81条)は終身刑(終身の重懲役もしくは終身の禁固刑)で処断されたことから窺えるように、あらゆる内乱行為を一律に死刑に処するのではなく、可罰性に依じて段階的に処罰することが予定されていたのである。

(3) *unternehmen* に予備は含まれるのか

ここで問題となるのは *unternehmen* (企図する) の解釈である。これが予備・隠謀を含むのかと言えば、そうではない。82条では、「それを通して内乱罪が既遂となるところの企図と見做されるのは、それを通して計画が直接に実行にもたらされるべきすべての行為である」¹⁵⁴⁾と規定されており、これは81条の「企図」に関する注釈であると考えられていた¹⁵⁵⁾。

この規定は、沿革的に見れば、プロイセン刑法典62条¹⁵⁶⁾を引き継ぐものであった¹⁵⁷⁾。すなわち、ALR(第2部第20章92条)では、国家体制の暴力的変更などに向けられた企図が内乱罪であると規定されており、未遂のみならず、「実行の開始」前に存する準備行為も「企図」の中に含まれていたが、プロイセン刑法典1828年草案(第2章第1節3条)が「内乱的な目的の達成に向けて行われた行為が結果を発生させたことは、内乱の既遂にとって必要ではない」¹⁵⁸⁾と規定したことから、未遂との関連性がはじめて姿を現すこととなった。もっとも、このような規定ぶりでは、終了未遂だ

154) Vgl. RStGB, §82 (S. 18).

155) Vgl. *Friedrich Oskar von Schwarze*, *Commentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 1871, S. 291; siehe auch RGSt 5, 60, 68. 以下では、前者の文献を *Schwarze*, *Commnetar* と記す。

156) Vgl. *Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten: nebst Gesetz über die Einführung desselben*. Vom 14. April 1851, 1851, §61 (S. 25).

157) Vgl. *Thomsen*, *Über Versuch und Unternehmen beim Hochverrat*, *Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart*, Bd. 3, Heft 2, 1883, S. 127.

158) Vgl. *Entwurf des Criminal-Gesetz-Buches für die Preußischen Staaten*, 1828, Zweiter Titel, Erster Abschnitt, §3, in: *Werner Schubert / Jürgen Regge* (Hrsg.), *Gesetzrevision (1825-1848)*, 1. Abt., Bd. 1, 1981, S. 291.

けが既遂犯として認められるにすぎないと考えられたため¹⁵⁹⁾、1830年草案ではよりはっきり、「内乱的な目的の達成のために、他の犯罪では未遂(48条)として処罰される行為が実行されるだけで、内乱罪は既遂となる」¹⁶⁰⁾と規定された。ここで注目されるのは、この草案において一般的な未遂概念の参照が開始されたことであり¹⁶¹⁾、1833年修正草案と1836年修正草案においても維持された¹⁶²⁾。

しかし、1836年草案に係る枢密院の刑法改正委員会における審議では、企図という ALR 的な表現はあまりに不明確で包括的であり、内乱的な目的を目指す全ての企図、つまり最も遠い準備行為も既遂の内乱罪として死刑に処せられるのは行き過ぎであると判断された¹⁶³⁾。その結果、1843年草案143条では、内乱罪の実行のために「それを通して犯罪的な計画が直接に実行にもたらされるであろう」¹⁶⁴⁾行為が行われた場合には既遂とみなされるという規定が置かれることとなった。このようにして1851年のプロイセン刑法典62条に近い言い回しが登場し、その後の草案においても維持されたのである¹⁶⁵⁾。

159) Vgl. *Theodor Goldammer*, Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten, aus den amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuches, Theil II, 1852, S. 16.

160) Vgl. Entwurf des Straf-Gesetz-Buches für die Preußischen Staaten, 1830, §144., in: *Schubert / Regge* (Hrsg.), Gesetzrevision (1825-1848), 1. Abt., Bd. 2, 1982, S. 491.

161) Vgl. *Romuald Paczkowski*, Das „Unternehmen“ des Hochverrats im Verhältnis zu Versuch und Vorbereitung, 1901, S. 50.

162) Vgl. Revidierter Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Königlich-Preußischen Staaten, 1833, §116 (S. 19); Revidierter Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Königlich-Preußischen Staaten, 1836, §146 (S. 40).

163) Vgl. Berathungs-Protokolle der zur Revision des Strafrechts ernannten Kommission des Staatsraths, über den Zweiten Theil des Entwurfs des Strafgesetzbuchs, 1840, in: *Schubert / Regge* (Hrsg.), Gesetzrevision (1825 - 1848), 1. Abt., Bd. 4, 1994, S. 310, 312.

164) Vgl. Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, nach den Beschlüssen des Königlich-Preußischen Staatsraths, 1843, §143 (S. 25).

165) 例えば、1847年草案では、「内乱罪は、それを通して犯罪的計画が直接に実行にもたらされるべきすべての行為によって既遂となる」という規定(81条)が置かれていた。➤

以上のような規定の沿革から見れば、ライヒ刑法典82条では、通常の犯罪で未遂となる行為が、内乱罪では既遂として扱われるということが明文で定められているのであり、その限りで内乱罪における未遂は、既遂犯の構成要件に取り込まれていると考えられた¹⁶⁶⁾。

それゆえ、多くの学説は、企図はライヒ刑法典43条¹⁶⁷⁾の未遂と同義であると考えていた¹⁶⁸⁾。ところが、これに反対していたのは、*Liszt*であった。すなわち、立法者は彼に馴染みのある「未遂」という技術的な表現に代わって別のものを選び、ある意図を結びつけようとしたのであろうから、*ununternehmen* と *versuchen* をまったく同一視することは誤りであり¹⁶⁹⁾、

↘ Vgl. Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten: nebst dem Entwurf des Gesetzes über die Einführung des Strafgesetzbuches und dem Entwurf des Gesetzes über die Kompetenz und das Verfahren in dem Bezirke des Appellationsgerichtshofes zu Köln, 1847, §80 ff., in: *Schubert / Regge* (Hrsg.), *Gesetzrevision (1825-1848)*, 1. Abt., Bd. 6, 1996, S. 753.

166) Vgl. *Schwarze*, *Commnetar*, S. 291; siehe auch *Friedrich Christian Oppenhoff*, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 2. Aus., 1872, S. 202. 以下では、*Oppenhoff*, *Das StGB* と記す。

付言すると、*Oppenhoff*, *Das StGB*, S. 203 によれば、企図によって犯罪は即座に既遂となるため、中止やそれによって生じる不可罰は問題となりえないという。これに対して、*Zachriä* は、内乱罪においても既遂と未遂は区別されるべきであると主張していた。Vgl. *Heinrich Albert Zachriä*, *Ueber den Versuch des Verbrechens des Hochverraths*, in: *Archiv des Criminalrechts Neue Folge*, Jahrgang 1838, Zweite Stück, S. 221 ff., bes. S. 239 ff.

167) ライヒ刑法典43条は、以下の通り規定されていた。Vgl. *RStGB*, §43 (S. 9 f.).

「43条 重罪もしくは軽罪の実行の開始を含むところの行為を通して、重罪もしくは軽罪を犯すという決意を表明させた者は、意図された重罪もしくは軽罪が既遂に至っていない場合、未遂を理由に処罰される。

しかしながら、軽罪の未遂は、法律がこれを明示的に規定する諸事例においてのみ処罰される。」

168) Siehe z. B. *Berner*, *Lehrbuch des deutschen Strafrechtes*, 6. Aufl., 1872, S. 336; *Karl Binding*, *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Bd. 2, 1877, S. 454. 以下では、前者の文献を *Berner*, *Lehrbuch* と記す。

169) Vgl. *Franz von Liszt*, *Die falsche Aussage vor Gericht oder öffentlicher Behörde: nach deutschem und österreichischem Recht*, 1877, S. 176, 177.

82条の「企図」には実行行為の開始を直接に準備する行為も含まれる、つまり「企図」は未遂よりも広い範囲を把握しており、未遂領域と直に接している準備行為も含まれると主張していた（ただし、83条以下との関係で、すべての準備行為が企図に含まれるとしていたわけではない¹⁷⁰⁾。

しかし、このような拡張的な理解は、規定の沿革的に見ても無理であろう。企図という表現は ALR の名残なのであり、*Berner* が述べる通り、法律上の表現方法は、未遂と既遂との同一処罰を意図したものにすぎないのである¹⁷¹⁾。また、*Liszt* 説に対しては、80条と81条の論理的な関係を考慮するならば、81条に当てはめられるべき諸事例は明らかに軽く可罰的である以上、80条よりも早い段階で可罰性の段階が始まることはないはずであるという批判が浴びせられ¹⁷²⁾、多くの支持を得ることはなかった。

もっとも、「企図」を未遂と同一視する通説に対しては、82条の「直接に」という文言によって通常の未遂概念は意識的に制限されており、実行に向けた行為の直接的な関係性を時間的・手段的に要求すべきであるとの主張¹⁷³⁾がなされていた。そのことに鑑みれば、企図は未遂と同一ではなく、未遂よりも狭いものとして限定解釈する余地も残されていたと考えられる。

(4) Hochverrat における謀議の解釈

このように「企図」に準備行為が含まれないとしても、これがまったく不可罰だったわけではない。すなわち、ライヒ刑法典83条1項では、「複数人が内乱罪の企図の実行を合意した場合、82条によれば可罰的である行為

170) Vgl. *Liszt*, Das deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs und der übrigen strafrechtlichen Reichsgesetze unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1881, S. 393.

171) Vgl. *Berner*, Lehrbuch, S. 336.

172) Vgl. *Frank*, StGB, S. 125.

173) Vgl. *Schwarze*, Kommentar, S. 291; ähnlich *Oppenhoff*, Das StGB, S. 202; *Frank*, StGB, S. 125.

の開始に至っていないとしても、5年を下回らない重懲役もしくは禁錮に処せられる¹⁷⁴⁾と定められていたのである。また、84条では、内乱の準備のために外国政府と関係を持つことや、帝国もしくは連邦国家に委ねられた権力の濫用、人材の徴募もしくは戦闘手段の訓練が83条の適用対象になることが明記され、また85条1項では、「群衆の前で公然と」であろうと、「文書もしくはそのほか表現物を流布し、公然と掲示し、ないしは公的に作成すること」を通してであろうと、82条によって可罰的となる行為の実行へと誘発することが処罰の対象とされた。さらに86条では、そのほかすべての内乱的な企図を準備する行為が刑罰の下に置かれていた¹⁷⁵⁾。

この点、*Berner*によれば、83条では単なる準備や実行について事前に話し合うだけでなく、内乱罪の企図の実行がすでに合意されたということが要求されており、企図の一般的定義から排斥されるものが比較的高い可罰性を理由に、可罰的な内乱罪の謀議(Hochverrathskomplot)の対象になりうると説明される¹⁷⁶⁾。

ここで重要なのは、「合意」が要求されている点である。これは、謀議の締結段階での未遂処罰を認める立法動向が*Berner*によって批判される中で、実際に謀議概念が共犯の章から姿を消し、各則の内乱罪においてのみ意味をもつことになったという理論史¹⁷⁷⁾に深く関わる。

*Berner*によれば、あらゆる謀議は3つのリズムの下で観念される。つまり、第一のリズムに当たる謀議の設立段階では、同じ意思傾向を持ち合わせる諸個人の下で、ある者に他者の意向が伝えられ、これがさしあたりの相互了解への第一歩となる¹⁷⁸⁾。その際、各個人は、自らの参加を何か

174) Vgl. RStGB, §83 (S. 18).

175) Vgl. RStGB, §§84 ff. (S. 18 f.).

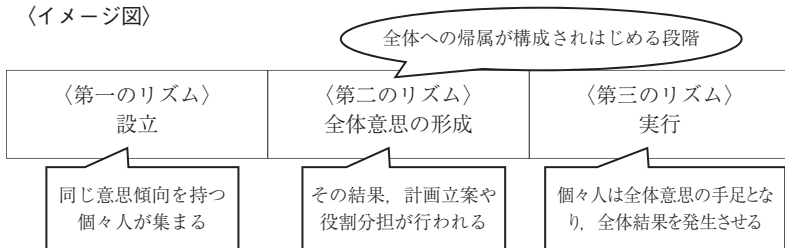
176) Vgl. *Berner*, Lehrbuch, S. 337.

177) この点について詳しくは、拙稿「19世紀ドイツにおける謀議概念に関する一考察(2・完)」立命館法学384号(2019年)668頁以下を参照されたい。

178) Vgl. *Berner*, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa, 1847, S. 393. 以下では、*Berner*, Theilnahme と記す。

しらの方法で表明するか、推断的な行為により知らせることで結合の構成員となる。この時点では、ある構成員が単独で実行したことは、常に個人にのみ帰属される¹⁷⁹⁾。各人が自らの行為を通して全体の答責性（全体への帰属）を根拠づけるのは、第二のリズムなのである。この段階では、当初一致したにすぎなかった複数の意思が、統一的に実行すべき行為のための1つの全体意思に変化し、それによって、集まった複数の主体は統一的に実行すべき行為のための1つの主体となる¹⁸⁰⁾。その中で、結合者らは実行に関する共通の計画を立案し、結果の実現における役割を各人に分け与えようと試みるのである¹⁸¹⁾。そのうえで、第三のリズムである実行の段階では、各人の意思は全体意思を自らに反射的に映し出し¹⁸²⁾、個々の主体はかの1つの主体の担い手として現れ、言い換えれば、共通の意思を実現するための手足として現れ、最終的な帰結として全体結果（Gesamterfolg）を生じさせることとなるのである¹⁸³⁾。

〈イメージ図〉



179) Vgl. Berner, *Theilnahme*, S. 414. このような Berner の謀議論によれば、単なる謀議の締結（つまり、第一のリズム）は未だ実行の開始ではないため、この時点で手を引いて計画全体を破綻させた者は、犯罪的結合に対する共犯（犯人庇護）の刑罰からも解放されるべきであろうと論じられた。Vgl. *ders.*, *Theilnahme*, S. 477 f.

180) Vgl. Berner, *Theilnahme*, S. 422.

181) Vgl. Berner, *Theilnahme*, S. 423, 440.

182) Vgl. Berner, *Theilnahme*, S. 422. 全体意思は、即座にすべての個人において全体決定として受け入れられており、諸個人に向けた全体の即時的反射としてのみ考えられる。Vgl. Berner, *Theilnahme*, S. 443.

183) Berner, *Theilnahme*, S. 422, 443, 456.

このような *Berner* 説から、内乱罪における謀議の成立要件を演繹することができる。すなわち、Hochverrat の企図に向けた「合意」が認められるためには、集まった主体らが単に話し合うだけでなく、相互に教唆(作用)し合うことで、個々の意思が1つの全体意思になったと言えるほどに強固なものになっていなければならない。そのような全体意思の形成の結果として、共通の計画の立案や各人への役割分担が行われている必要がある。また、相互の教唆という表現が用いられている以上、謀議においてはいわゆる「順次共謀」は認められないとも考えられる。

(5) 準備に関する謙抑的な解釈

以上のようにして未遂以下の行為の要件論を打ち立てることは、刑事訴追が行き過ぎてしまう危険に直面していたライヒ裁判所¹⁸⁴⁾にとっても関心事であった。

例えば、被告人らは、革命的思考(Most)によって計画された企図の促進を目的としたグループの形成を通して、近代的な社会秩序を暴力的に破壊し、それによってドイツ帝国の体制も暴力的に変更することの企図を準備したとして告発された事案において、ライヒ裁判所は、グループ形成それ自体やそれに向けた活動は内乱的な企図の準備の準備であるという理由からライヒ刑法典86条の適用可能性を否定した弁護側の主張を退け、内乱的な企図を準備するすべての行為が刑罰の下に置かれているとしつつ¹⁸⁵⁾、86条が適用されるためには、特定の企図の準備が求められるとして、内乱的な企図の攻撃客体が確定していることや、このような企図の実行が明確な最終目標として視野に入っていることを要求し

184) *Brune*, Hochverrat und Landesverrat, S.18 f.; siehe auch *Hellmuth von Weber*, Die Verbrechen gegen den Staat in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, in: *Otto Schreiber* (Hrsg.), Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben : Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929), Bd. 5: Strafrecht und Strafprozeß, 1929, S. 180 f.

185) Vgl. RGSt 5, 60, 67 f.

た¹⁸⁶⁾。

また、パリの愛国者連盟 (Ligue des Patriotes) の構成員となり、その目的のために出資金を支払い、または収集することによって、ドイツ帝国の領地の一部をそこから引き外し、暴力的に他の国家 (フランス) に合併するという内乱的な企図を準備したとして告発された事案でも、ライヒ裁判所は、86条の意味での内乱的な企図の準備にとっては、完全に決定された、具体的な内乱的企図の準備および促進が重要であるが、ドイツ帝国の土地を暴力的に引き離すという企図の実行のための特定の時点が視野に入っている必要はないと論じ、本件では戦争の勃発にとって最も都合がよかったであろう時期が実行の時点としてはっきり考えられており、このような時点は著しく遠いものとはみなされなかったということを証拠調べが明らかにしたと述べたのである¹⁸⁷⁾。

(6) ま と め

以上の通り、ドイツの Hochverrat では、皇帝らに対する謀殺もしくは謀殺未遂のみが死刑に処せられ、そのほか国家体制を暴力的に変更する行為などの企図は終身刑に処せられ、可罰性の程度に応じた段階的な処罰が予定されていた。また、内乱罪では未遂が既遂として例外的に扱われることに関する「企図」の定義規定 (82条) や、企図の実行の合意に関する規定 (83条) が置かれ、とくに問題となる準備行為については84条と85条に別途定められていた。これらの点からすれば、ドイツの内乱罪においては、日本の大逆罪規定よりもはるかに大きな明確性への配慮が窺われるのであり、企図と合意と予備が明文上区別されている点では19世紀の自由主義の影響が見出される¹⁸⁸⁾。

また、学説では、82条の企図について、「直接に」という文言に着目し

186) Vgl. RGSt 5, 60, 69; dazu zustimmend RGSt 41, 138, 143.

187) Vgl. RGSt 16, 165, 169; dazu wohl zustimmend RGSt 41, 138, 142.

188) Vgl. *Bützler*, Staatsschutz, S. 12.

た限定解釈が示されていたことからすれば、当該規定の適用に対する慎重な態度や解釈の努力が窺える。83条の「合意」の意味内容についても、*Berner* の謀議論によれば、単なる協議では不十分であり、全体意思が形成され、それに基づいて共通の犯行計画が立案され、役割が分担されることが要求されるという点も重要である。

また、ライヒ裁判所も86条の「準備」を認めるためには、準備の対象となる企図の特定性を求めており、具体的には、攻撃客体が定まっており、最終目標としての企図の実行が視野に入れられていたことや、犯行時期が著しく遠い未来にないことを要求していたのである。

従って、このようにして「合意」や「準備」に関する意味内容を詰める努力が判例と学説によってなされていたのである。これは、「加ヘントシタ」には予備・隠謀も含まれると論じて思考を停止させていた日本の議論とは大きく異なるであろう。また、*unternehmen* に予備の一部も含まれるという *Liszt* の見解は歪んだ形で日本に影響を与えたと推察することもできるが、ドイツの *Hochverrat* に関する議論の多くは黙殺されてしまったと見受けられる。

5. むすびにかえて

一 以上の考察から明らかとなることを手短かにまとめておこう。まず、大逆罪における「加ヘントシタ」にかかる制定史の検討から、非常に不思議な動向が浮かび上がった。すなわち、旧刑法では、大逆罪における未遂以下を段階的に減等するという *Boissonade* の見解は採用されず、天皇らに対して危害を加えまたは「加ヘントシタ」者を処罰する規定が置かれ、その文言は未遂を指すという解釈が通説であった。しかし、*Boissonade* の見解を概ね採用した明治23年草案が審議未了により廃案となって以降、「臣子ノ議スベキ所」ではないという「理由らしからぬ理由」から、旧刑法の大逆罪を改正せずに踏襲する立場が採られ、その結果、「加ヘントシ

タ」という文言は明治40年の刑法典にも引き継がれることとなった。

二 しかも、このような立法動向における改正論から踏襲論への変更にほぼ対応する形で、「加ヘントシタ」には予備・隠謀も含まれるという解釈が通説化していくこととなった。つまり、「加ヘントシタ」という文言は変わらず、その解釈だけが変わっていったのである。

このような解釈は、国粹主義的な思想を持つ江木によって明治21年にはじめて主張されて以降、磯部や岡田、小疇らにも支持され、明治40年頃には通説となった。とくに岡田や小疇は *Liszt* の影響を強く受けた者であり、その *Liszt* は、ドイツでは少数説ながら *unternehmen* は未遂と同義ではなく、未遂に直接に接する予備も含まれるとして拡張解釈を示していたことも看過してはならない。

いずれにせよ、ここではなぜ予備・隠謀も処罰の対象となることが大逆罪に明記されず、「加ヘントシタ」という一語で済まされたのかという点が問題となる。この点につき、予備・隠謀をも処罰対象にするという仏文草案や明治23年草案の精神を「加ヘントシタ」という一語の中に含ませただけであるという説明（磯部、岡田）も見られる。しかし、それはミスリードを招くものである。というのも、上記の諸草案では、大逆罪の予備・隠謀も既遂と同じく死刑に処すのではなく、未遂以下の行為を段階的に減等することが志向されていたからである。

三 翻って見れば、そもそも *Boissonade* は——旧刑法の草案を作成する段階でも明治18年の草案の段階でも——処罰の確保と罪刑法定主義との両立を狙い、大逆罪における中止未遂や予備・陰謀、発議、自首、逮捕後の捜査協力のそれぞれの場合を段階的に減等する規定を置き、濫用されがちなこの種の規定に法律の枠をはめようとしたのだが、このような発想は「日本の神秘主義の前に拒絶された」¹⁸⁹⁾と見られる。つまり、「皇室ニ対スル罪」の規定には、天皇および天皇を中心とする国家体制を敵対勢力から

189) 吉井・刑法草按注解（上）22頁。

保護する防波堤としての機能が期待されており¹⁹⁰⁾、大逆罪の「加ヘントシタ」という曖昧不明確な文言を用いることに体制側の利益があったのであろう。

それゆえに、ドイツ刑法学への関心が高まっても、Hochverratの規定形式や解釈論はほとんど参考にされなかったと考えられる。ライヒ刑法典の内乱罪では、皇帝らに対する謀殺もしくは謀殺未遂のみ死刑に処せられ、そのほか国家体制を暴力的に変更する行為の企図は終身刑(終身の重懲役もしくは終身の禁固刑)に処せられ、可罰性の程度に応じた段階的な処罰が予定されていた。そして、通常の犯罪では未遂となる行為を例外的に既遂として扱うという趣旨の下、「企図」の定義規定が置かれ、さらに未遂以下の合意(謀議)や準備行為の処罰に関する規定も置かれ、明確性の要求への配慮が窺えよう。このような立法形式を参考にすべきであることは、*Rudolf* や *Berner* によって指摘されていたにもかかわらず、当時の(とくに明治23年草案以後の)明治政府にとっては採用し難いものだったと考えられる。

四 ただ、明治28年草案以降の「立法者意思」によれば、大逆罪の「加ヘントシタ」という一語の中に未遂以下の隠謀も含まれるとしても、それで漫然と終わってはならない。というのも、隠謀に関する解釈の問題がまだ残されているからである。

まず、隠謀については、*Berner* の謀議論¹⁹¹⁾から析出される通り、陰謀が成立するためには、当初一致したにすぎなかった個々人の意思が「全体意思」と言えるほどにまとまり、その結果として陰謀の参加者らの間で共同の計画が立てられ、役割分担が決められたことが要求される。

付言すれば、予備に関しても、準備の対象となる企図の特定性を要求し

190) 吉井・近代日本160頁。

191) 付言すれば、当時 *Berner* の謀議論は大逆罪の「加ヘントシタ」の解釈では援用されなかったが、もう少し後になって草野豹一郎の共同意思主体説に影響を与えることとなった。さしあたり、草野『刑事判例研究 第1巻』(巖松堂書店・1934年)83頁以下、同『刑法総則講義 第2分冊』(勁草書房・1952年)156頁、164頁を参照されたい。

たライヒ裁判所の裁判例を参照し、攻撃客体が定まっており、最終目標としての企図の実行が視野に入れられていたかどうか、また犯行時期が著しく遠い未来になかったかどうかという点を検討すべきであろう。

以上のような（当時でも十分参照可能な）解釈論からすれば、大逆事件において大逆罪の謀議はどの点に認められ、どの点で認められないのか、改めて検証することができるのではないかと考える。本稿が、大逆事件の再検証に少しでも資することを願う。