

# 妊婦の死刑執行を延期する旧刑法の規定の由来について

佐 立 治 人

## 目 次

- 一 旧刑法第十五条
- 二 『日本刑法草案』第二十条
- 三 『刑法審査修正案』第十五条
- 四 「百日」規定の淵源
- 五 消えた「百日」規定

## 一 旧刑法第十五条

我が国の有識者は、知りもしないのに、旧中国法について悪く語りたがる人が多い。ある有識者は「支那法思想の影響による残虐な刑罰を廃して、(中略)死刑の方法も縛り首だけに限定し、懐胎中の婦女子の死刑には一定の制限を設けたりして、(中略)国民の権利と自由保護の方向を強く打ちだしたことは、特筆すべき旧刑法の特徴である

妊婦の死刑執行を延期する旧刑法の規定の由来について

う。』（『早稲田大学図書館紀要』第二号掲載の某論文。昭和三十五年）と述べている。「懐胎中の婦女子の死刑に」「一定の制限を設け」る旧刑法の規定は、第十五条の「死刑ノ宣告ヲ受ケタル婦女懐胎ナル時ハ其執行ヲ停メ分娩後一百日ヲ経ルニ非サレハ刑ヲ行ハス」である。旧中国法の刑罰は残虐であるから、国民の権利と自由とを保護するような規定は旧中国法には存在しない、と言わんばかりであるが、実は、旧刑法のこの条文は旧中国律の条文に由来するのである。

## 二 『日本刑法草案』第二十条

旧刑法の草案である『日本刑法草案』の第二十条では、「死刑ニ該ル婦女懐胎ト申スル時ハ其執行ヲ止メ分娩ノ後又ハ医師二人懐胎ニ非サルノ証ヲ述ルニ非サレハ刑ヲ行ハス」となっており（『日本刑法草案会議筆記』第1分冊、早稲田大学出版部、昭和五十一年。八十頁）、「分娩後一百日を経るに非ざれば」という文言がない。『日本刑法草案』の編纂会議でポアソナードが「仏国にては、死刑に処せらるべき婦女は、分娩を待て死刑に行ふ、と刑法には記すれども」と述べ、また、「埃及の刑法は、仏国の刑法と同じく、其懐妊の証ある時は、分娩の後に至り死刑に処す、と記せり。」と述べているから（同上、八十一頁。片仮名を平仮名に変え、句読点及び濁点を附けた。）、『日本刑法草案』第二十条は、フランス刑法及びエジプト刑法を参考にして作られたことが知られる。ポアソナード氏講義・元老院訳述『刑法草按注解』上（明治十七年。信山社、一九九二年。一〇三頁）第二十条の項でも「本条は、仏国の法律及び其他、仏国の例を採りたる諸国の法を参照して制定したる者なれども」（片仮名を平仮名に変え、読点及び濁点を附けた。）と述べられている。

フランス刑法は、一八一〇年ナポレオン刑法典第二十七条の「もし、死刑を宣告された女性が、自分が妊娠していることを申告し、それが立証されたならば、彼女は、出産の後でなければ、刑を受けない。」(原文。Si une femme condamnée à mort se déclare et s'il est vérifié qu'elle est enceinte, elle ne subira la peine qu'après sa délivrance.) という規定である。エジプト刑法は、『各国刑法類纂』(司法省蔵版、明治十一年。五十八頁)に拠れば、第三十条の「若し、死刑を言渡されし婦女、懐胎なりと述べ、真に其証ある時は、出産の後迄、其処刑を延ばす可し。」(片仮名を平仮名に変え、句読点及び濁点を附けた。)という規定である。

『各国刑法類纂』に分類収録されている、各国の刑法の和訳された条文は、『日本刑法草案』作成時に参照されたものである。「死刑」の項に掲げられている条文のうち、妊婦に対する死刑執行を出産後まで延期することを定めるものは、フランス刑法第二十七条、エジプト刑法第三十条、ベルギー刑法第十一条、カリフォルニア刑法第一千二百二十五条及び第一千二百二十六条、イギリス刑法第三百二十五条(何を指すのか不明。)であるが、これらはいずれも、出産後、一定の期間を経なければ、死刑を執行しない、とは定めていない。

### 三 『刑法審査修正案』第十五条

完成した『日本刑法草案』は、明治十年十一月、大木司法卿に上呈され、翌明治十一年一月から明治十二年六月まで、元老院内に開設された刑法草案審査局で審査修正され、同年同月、『刑法審査修正案』が三条太政大臣に上呈された(前掲『日本刑法草案会議筆記』第1分冊「解題」十一頁)。その『刑法審査修正案』の第十五条では、『日本刑法草案』第二十条が修正されて、「死刑ノ宣告ヲ受ケタル婦女懐胎ナル時ハ其執行ヲ停メ分娩後一百日ヲ経ルニ非サ

妊婦の死刑執行を延期する旧刑法の規定の由来について

レハ刑ヲ行ハス」という条文になつてゐる（日本立法資料全集36Ⅱ『旧刑法（明治13年）』（4）Ⅱ 信山社、二〇一六年。二四一頁）。この条文は旧刑法第十五条と全く同じである。この条文の立案理由について、『刑法審査修正案註解』第一編（早稲田大学図書館所蔵、鶴田皓旧蔵文書）は次のように述べてゐる。この条文は旧刑法第十五条と同文であるから、この条文の立案理由は旧刑法第十五条の立法趣旨でもある。

本条は、旧法に従ひ、兒子の生育を慮るために設くる者なり。清律の註に曰、所生の子を乳する、已に百日に滿れば、子、哺乳続命す可し。然後、刑を行ふ。と。論者曰、本犯、罪状、悪む可しと雖も、既に兒子を生育するに於ては、復た寛典の処分を奏請するを得、と。是れ本条の餘意を發する者なり。（片仮名を平仮名に変え、句読点及び濁点を附けた。）

「旧法」は『新律綱領』断獄律、婦人犯罪条の「若シ懷孕ノ死囚ハ穩婆ニ看視セシメテ、後ニ監禁ス、産ノ期ニ臨メハ、親屬鄰保ニ責付シ、産後一百日ヲ待テ、乃刑ヲ行フ、未タ産セスシテ、決スル者ハ、徒一年半、産シ訖ルモ日限未タ滿スシテ、決スル者ハ、杖八十、失誤スル者ハ、各三等ヲ減ス、」という条文を指す。『新律綱領』のこの条文は、清の乾隆律の刑律、断獄下、婦人犯罪条の「若シ婦人懷孕し、（中略）若シ死罪を犯さば、穩婆をして禁に入りて看視せしむるを聴し、亦た産後百日にして乃ち刑を行うを聴す。未だ産せずして決する者は杖八十。産し訖わり、限未だ滿たずして決する者は杖七十。其れ限を過ぎて決せざる者は杖六十。失する者は各々三等を減ず。（原文。若婦人懷孕、（中略）若（小注。孕婦）犯死罪、聽令穩婆入禁看視、亦聽産後百日乃行刑。未産而決者、杖八十。産訖、

限未滿而決者、杖七十。其過限不決者、杖六十。失者（小注。失於詳審而犯者）、各減三等。」（順治律の婦人犯罪条も同文。）という条文を継受したものである。

「清律ノ註」とは、沈之奇撰『大清律輯註』（康熙五十四年（一七一五）の自序がある。）を指す。その卷二十八、刑律、斷獄、婦人犯罪条の項に「母、死罪を犯すも、子は則ち辜無し。故に當に刑を行うべき者は、必ず其の産後、並びに生むところの子に乳するを待つ。已に百日を満たさば、子、食を哺み、命を續く可し。然る後に刑を行う。（中略）既に其の胎を生前に保ち、復た其の子を産後に全うす。仁の至りなり。（原文。母犯死罪、子則無辜。故当行刑者、必待其産後、并乳所生之子。已滿百日、子可哺食続命。然後行刑。（中略）既保其胎於生前、復全其子於産後。仁之至也。）」と注記されている。『大清律輯註』は『中国律学文献』（社会科学文献出版社）第五輯所収、洪弘緒増訂、乾隆十一年（一七四六）刻本を見た。

「論者」はボアソナードを指すであろう。ボアソナードは『日本刑法草案』の編纂会議で「仏国にては、死刑に処せらるべき婦女は、分娩を待て死刑に行ふ、と刑法には記すれども、多くは分娩の後は、特典を以て一等を減じ、無期の徒刑と為すなり。之は其生子は固より罪なきものなれば、之を養育せしめんが為めの主意なり。」（前掲『日本刑法草案会議筆記』第1分冊、八十一頁。片仮名を平仮名に変え、句読点及び濁点を附けた。）と述べている。

ボアソナードは『刑法草案註釈』上巻（司法省。一八〇頁）で「頒布の条文（原注。第十五条）（旧刑法第十五条を指す。佐立注。）は仏国の法制を模範としたるものなり。唯だ日本旧法に依拠し、懐胎の婦女に分娩後一百日の猶予を与ふ。」（森順正訳。片仮名を平仮名に変え、句読点及び濁点を附けた。）と説明しているけれども、『刑法審査修正案註解』が「本条ハ旧法ニ從ヒ兒子ノ生育ヲ慮ル為メニ設クル者ナリ」と述べているように、『刑法審査修正案』

妊婦の死刑執行を延期する旧刑法の規定の由来について

第十五条即ち旧刑法第十五条は、フランス刑法第二十七条ではなく、『新律綱領』の婦人犯罪条をもとにして作られた条文なのである。そして、『新律綱領』の婦人犯罪条は、清律の婦人犯罪条を受け継いだ条文であるから、旧刑法第十五条は、清律の婦人犯罪条に由来する条文である、とすることが出来る。『日本刑法草案』第二十条はフランス刑法第二十七条を参考にして作られたのであるが、刑法草案審査局で清律に由来する条文に差し替えられたのである。

#### 四 「百日」規定の淵源

明律（洪武三十年（一三九七）律）の刑律、断獄、婦人犯罪条は、清律の婦人犯罪条と同文である。明の王肯堂撰『律例箋釈』卷二十八、刑律、断獄、婦人犯罪条の「聴産後百日乃行刑。」の条文について、「蓋し孕婦は応に死すべしと雖も、生むところの子は罪無し。亦た産後百日を待つは、其の子の、乳を失うが為めなり。百日の外に至れば、則ち以て哺食して存活す可し。故に乃ち刑を行う。仁の至りなり。（原文。蓋孕婦雖死、而所生之子無罪。亦待産後百日者、為其子之失乳也。至百日之外、則可以哺食而存活。故乃行刑。仁之至也。）」と説明している。『律例箋釈』は『中国律学文献』（黒龍江人民出版社）第二輯所収『王儀部先生箋釈』を見た。

明律の婦人犯罪条は、唐律（開元二十五年（七三七）律）の断獄律、婦人懷孕犯死罪条の「婦人、死罪を犯し、懷孕し、当に決すべき者は、産後百日にして乃ち刑を行うことを聴す。若し未だ産せずして決する者は徒二年。産し訖わり、限未だ満たずして決する者は徒一年。失する者は各々二等を減す。其れ限を過ぎて決せざる者は、奏報して決せざるの法に依る。（原文。婦人犯死罪、懷孕、当決者、聴産後百日乃行刑。若未産而決者、徒二年。産訖、限未満而決者、徒一年。失者、各減二等。其過限不決者、依奏報不決法。）」という条文を引き継いだものである。「奏

報して決せざるの法」とは、断獄律、死囚覆奏報決条の「死罪囚、(中略)即し奏報して応に決すべき者は、三日にして乃ち刑を行うを聴す。(中略)即し限を過ぐれば、違ふこと一日なれば杖一百。二日ごとに一等を加う。」という規定を指す。

出産後百日経つてから死刑を執行する、という法規は北魏まで遡る。『魏書』卷一一一、刑罰志に「世祖(太武帝)在位四三三(四五二)即位す。刑禁、重きを以て、神麤中(四二八(四三二))、詔して司徒の崔浩をして律令を定めしむ。(中略)大辟を分ちて二科と為し、死・斬とす。死は絞に入る。(中略)婦人、当に刑すべくして孕めば、産後百日にして乃ち決す。(原文。婦人当刑而孕、産後百日乃決。)」と記されている。『魏書』卷四上、世祖紀、神麤四年(四三二)十月戊寅条に「詔して司徒崔浩をして律令を改定せしむ。」とある。神麤四年に定められた「律令」の中に、絞・斬の死刑に当たたる罪を犯した婦人が懐胎しているときは、出産後百日経つてから刑を執行する、という規定が置かれていたのである。

このように、妊婦の死刑を出産後百日経つてから執行する旧刑法第十五条の由来は、五世紀前半の北魏の「律令」まで遡るのである。

## 五 消えた「百日」規定

司法省の刑法改正審査委員会が作成し、明治二十八年十二月に脱稿した「刑法草案」では、旧刑法第十五条が修正されて、第十一条第二項の「死刑ノ言渡ヲ受ケタル婦女懐胎ナルトキハ分娩後別段命令アルニ非サレハ之ヲ執行スルコトヲ得ス」という条文になり、「二百日ヲ経ル」の文言がなくなっている(日本立法資料全集21『刑法(明治40年)

妊婦の死刑執行を延期する旧刑法の規定の由来について

(2) 『信山社、一九九三年。一三一頁)。この条文の立案理由について、「刑法改正審査委員会決議録」第七回(明治二十五年二月二十四日)に次のように記されている(同上、五十一頁)。

現行刑法(旧刑法を指す。佐立注。)第十五条は、婦女懐胎ナル時ハ分娩後二百日ヲ経ルニ非サレハ刑ヲ行ハス、とし、日数に制限を設けたるが故に、如何なる事情あるも、其日数内は死刑の執行を為し能はず。又、其日数を經過したるときは、既に必ず之を執行せらるるもの如し。然るに、此日数に制限を附するは、胎児の發育上、医学的妨害を為すは、既に世人の認識する所なるのみならず、欧洲諸国に於ては、嬰兒養育の爲め、多くは此死刑囚に特典を与へらるるの例となり居れり。本邦は敢て其例に倣はんとするにあらずと雖も、兎に角、其日数に制限を置くは不可なり。又、命令後、執行前、懐胎なることを知り、執行を延期したる場合に於ては、独り日数経過の一事を以て、其期間情状の如何に係はらず、最初の命令に基き、直ちに之を執行せしむるは、其母子の爲め、稍々憫然の至りに付、是等の場合に於ては、須らく其情状を詳査し、死刑の必要あるものに限り、更に命令を下し、其命令に基き執行せしむることと為さんが爲め、現行刑法第十五条は、本条二項の如く、修正を要したり。(条文以外は、片仮名を平仮名に変え、句読点及び濁点を附けた。)

「此日数ニ制限ヲ附スルハ胎児ノ發育上医学的妨害ヲ為スハ既ニ世人ノ認識スル所」とある。ボアソナードは、明治十六年七月に山県有朋に送った「刑法修正案意見書」の中で、「其分娩後一百日間刑を停止するの事たる、遂に之を赦免するに至らざれば、之が辨解の辞なかる可し。蓋し小児を乳養するの時間は、少なくとも一周年を要すれば、



此期限は不充分なり。」と述べている（日本立法資料全集20『刑法（明治40年）（1）』I 信山社、一九九九年。四五六頁。片仮名を平仮名に変え、句読点及び濁点を附けた）。確かに、平山宗宏他編『育児の事典』（朝倉書店、二〇〇五年。一一九頁）に拠れば、乳児の離乳が完了する時期は通常、十三カ月を中心とした十二から十五カ月ごろである。すると、旧刑法第十五条を修正するのであれば、「分娩後二百日」を「分娩後一年」に改めればよい。ところが、刑法改正審査委員会は、「決議録」で「兎二角其日数ニ制限ヲ置クハ不可ナリ」と述べ、日数規定を外して、「分娩後別段命令アルニ非サレハ之ヲ執行スルコトヲ得ス」という条文を立案したのである。これでは、分娩後すぐに死刑執行命令を下すことが可能になり、その結果、乳児を生母の母乳で育てることができなくなる。この条文は、旧刑法第十五条の改悪であり、千五百年近く前の北魏の「律令」よりも劣った規定である、と言わざるを得ない。

なお、「命令後、執行前、懐胎なることを知り、執行を延期したる場合に於ては、独り日数経過の一事を以て、其期間情状の如何に係はらず、最初の命令に基き、直ちに之を執行せしむる」とあるのは誤解である。明治十五年施行の「刑法附則」の第五条に「死刑ノ宣告ヲ受ケタル婦女懐胎ト申スル者（中略）果シテ懐胎ナル時ハ検察官ヨリ司法卿ニ上申シテ其執行ヲ停メ産後一百日ヲ経テ更ニ司法卿ノ命令ヲ受ケテ執行スヘシ」と定められており、出産後百日経ってから執行される死刑は、最初の執行命令に基づいて直ちに執行されるのではなく、新しい執行命令を受けて執行されることになっていた。

法典調査会が明治三十三年に作成した「刑法改正案」の第十二条第二項は、明治二十八年の「刑法草案」の第十一条第二項と同文である（前掲『刑法（明治40年）（2）』四六九頁）。その立案理由について、「刑法改正案参考書」に次のように記されている（同上、五〇一頁）。

妊婦の死刑執行を延期する旧刑法の規定の由来について

現行法は、分娩後一百日ヲ経ルニ非サレハ刑ヲ行ハス、と定めたるも、修正案は、此規定を改め、別段ノ命令アルニ非サレハ之ヲ執行スルコトヲ得ス、と為したるは、現行法の如く、一百日との限定あるときは、却て犯人をして絶望の苦痛を受けしむるのみならず、期限来れば直に執行するの虞あるを以てなり。(条文以外は片仮名を平仮名に変え、句読点及び濁点を附けた。)

「現行法ノ如ク一百日トノ限定アルトキハ却テ犯人ヲシテ絶望ノ苦痛ヲ受ケシムル」とあるが、分娩後一百日を経なければ死刑を執行しないと定められているときの方が、分娩後でなければ死刑を執行しないと定められているときよりも、死刑囚の絶望の苦痛が大きい、となぜ考えることができるのか、わからない。「期限来レハ直ニ執行スルノ虞アル」とあるが、これが誤解であることは、前段で説明した通りである。

法典調査会が作成し、明治三十四年二月に第十五回帝国議會に提出された「刑法改正案」(日本立法資料全集22『刑法(明治40年)』(3) I 所収、信山社、一九九四年)では、妊婦の死刑執行を延期することを定める条文がなくなっている。この「刑法改正案」を作成した法典調査会で、妊婦の死刑執行を延期する規定を刑事訴訟法に移すことが決まったのであろう。明治四十一年三月に公布された「刑法施行法」の第四十八条に、刑事訴訟法(明治二十三年十一月施行)の中に、第三百十八条ノ三の第二項として、「死刑ノ言渡ヲ受ケタル婦女懐胎ナルトキハ分娩後司法大臣ノ命令アルニ非サレハ執行ヲ為スコトヲ得ス」という条文を加えることが定められている(『法令全書』)。この条文は、明治三十三年の「刑法改正案」の第十二条第二項と比べて、「別段命令アルニ非サレハ」が「司法大臣ノ命令アルニ非サレハ」に、「之ヲ執行スルコトヲ得ス」が「執行ヲ為スコトヲ得ス」に変わっているだけである。

大正十三年一月施行の刑事訴訟法では、第五百四十三條第二項に「死刑ノ言渡ヲ受ケタル婦女懐胎ナルトキハ法務總裁ノ命令ニ因リ執行ヲ停止ス」、同條第三項に「(前略)分婁ノ後法務總裁ノ命令アルニ非サレハ執行ヲ為スコトヲ得ス」と定められている。この条文は、明治四十一年に刑事訴訟法に加えられた第三百十八條ノ三の第二項と比べて、二項に分けられ、「司法大臣」が「法務總裁」に変わっているだけである。

昭和二十四年一月施行の現行刑事訴訟法では、第四百七十九條第二項に「死刑の言渡を受けた女子が懐胎しているときは、法務大臣の命令によつて執行を停止する。」、同條第三項に「(前略)出産の後に法務大臣の命令がなければ、執行することはできない。」と定められている。この条文は、大正十三年施行の刑事訴訟法の第五百四十三條第二項・第三項と比べて、文語表記から口語表記に変わり、「婦女」「分婁」「法務總裁」が「女子」「出産」「法務大臣」に変わっているだけである。この条文の内容は、明治二十八年の「刑法草案」の第十一条第二項の内容と同じであり、この条文に拠つて、出産後すぐに死刑執行命令を下すことが可能である。二十一世紀の現行法であるこの条文に対しても、五世紀の北魏の「律令」よりも劣つた規定である、と言わざるを得ないのである。