

Title	仮刑律の一考察
Sub Title	On the Japanese criminal code of 1868 (Kari-Kei-Ritsu)
Author	手塚, 豊(Tezuka, Yutaka)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1950
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.23, No.12 (1950. 12) ,p.1- 25
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19501225-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

仮刑律の一考察

手 塚 豊

一

慶應三年十月十四日、第十五代將軍徳川慶喜が大政奉還の奏聞をなすや、朝廷は翌十五日にこれを聽許し、國是を決定するため十萬石以上の諸侯の上京を命じた。慶喜は同月十九日、諸侯參集までの施政すなわち外交事務をはじめ緊急を要する國事の取扱ひに關して八ヶ條の伺書を提出したが、その第六條目に、

一 刑法之儀ハ召ノ諸侯上京之上御取極メ可相成ト存候得共夫迄ノ處ハ仕來通ニテ宣候哉

とある。新政府はこれに對して同月二十二日次のごとく回答した。

召之諸侯上京之上規則相定候得共夫迄之處ハ是迄之通り可心得候事

日本近代刑法史は、この指令にはじまるといつてよい。「是迄之通」というのは、幕府の天領には専ら幕府法が、各大名領地にはそれぞれ藩法が施行されていた徳川時代の慣例をいうのであるが、この指令はそのような舊幕時代の先例が暫定的に效力を有することを確認したものである。と同時に、新政府が可及的速かに刑法制定の企圖を有することを表明したものである。新政府の發足に當り、まず刑法が問題にせられたのは、當面の治安を確保する實際上の要求からではあるが、

「聖王ノ政ハ刑法ヲ大ナリト爲ス」というがごとき東洋的政治意識がここに露呈したものともみるべきであらう。⁽¹⁾三權分立の國家体制が整備しなかつた當時においては、刑法の編纂事業も、それを直接に運用する司法機關が擔當すべきであつたことはいふまでもない。新政府がはじめて官制を整えたのは翌明治元年一月十七日である。その三職分課の司法機關として刑法事務科が設けられた。その後官制は數カ月間にめまぐるしい變遷をたどり、刑法事務科も翌二月三日には刑法事務局となり、さらに閏四月二十一日の大改革で刑法官に改組された。この刑法官は翌年七月八日の刑部省設置までつゞいたのである。新政府部内における裁判の準則として假刑律、あるいは假律と呼ばれる刑法典が編纂されたのは、この刑法官設置前後のことである。それは一般に公布したものでもなく、また新政府が當初直接に管轄し得た舊幕府天領の一部に原則として行われたものにすぎないが、それにつゞく新律綱領(明治三年)、改定律例(明治六年)等、明治初期の社會を規律した一連の東洋法系刑法の先驅をなすもので、それらに及ぼせる影響は、これを輕視することができない。あたかもそれは明治民法に對する舊民法の關係に類似してゐる。假刑律の存在には論及せず、新律綱領を以て明治時代最初の刑法典とされる場合もすくないが、⁽²⁾その先驅として國內の一部に約二年半餘行われた假刑律は「頒布された刑典ではなかつたが、此れを明治政府最初の編纂刑法典と見るを得る」⁽³⁾のであつて、近代日本刑法史上忘るべからざるものといえよう。ところが、これについては、その制定の時期、編纂者等を明らかにする直接資料が、今日全く傳えられていない。わずかに、假刑律の本文を載せる法規分類大全の頭註に「假律ハ、刑法官ハ、假定ニシテ天下ニ布告セシ者ニアラス」^(傍點)とあるのが、その成立時期を示すたゞ一つの典據である。後に述べるように假刑律の存在を説く場合、それが刑法官において編纂せられたといわれることの多いのは、おそらくこの頭註にもとづくものであらう。けれども、法規分類大全は、はるか後年の編纂書であり(明治二十三年出版)、その説明は他に傍證のない限り必ずしも信をおきえないのである。

私は本稿において、その周邊の乏しい資料から假刑律成立の時期及び編纂者を推測し、且つその編纂の典據は、從來傳え

られるような明、清律及びわが大寶律、御定書等のみならず、さらに肥後藩刑法草書をあげうる點に關し若干の考察をこゝろみたいと思う。

(1) 小林好信「明治維新と刑法の撰定」法學論叢第四八卷第五號一一五頁。

(2) 小田切盛徳「日本刑法沿革史」(明治十五年刊)二〇頁以下。清浦奎吾「明治法制史」(明治三十二年)四八二頁以下。富井成章「法制史略」(開國五十年史上卷三八九頁以下)。「明治の法制」(新日本第二卷第九號一四八頁以下)。收健二「日本法制史概論」四〇〇頁以下。N. Hozumi, The Japanese Civil Code, 1912, pp. 37 ff. 等にみられる明治刑法史の項には、假刑律を掲げてゐない。一般に頒布され全國的に施行された刑法典としては、新律綱領がたしかに近代日本刑法の嚆矢である。

(3) 小早川欣吾著「明治法制史論」公法之下巻九八頁。

(4) この法規分類大全所載のものが(刑法門、刑律(一)五五頁以下)、假刑律の定本であつたが(以下大全、昭和二十年司法省刊の「近代日本刑事法令集」(司法資料別冊第一七號上卷二二七頁以下)には、舊司法省所藏の別の寫本が覆刻された(以下資料。資料本の原本には修正書入の部分が少ないので、大本本によつて補訂されている。また、その名稱は資料本では「假刑律」、大本本の本文は「假刑律」頭註には「假律」となつてゐる。制定當時から「假律」と呼ばれたこともあつたかどうか疑問もあるので、本稿では「假刑律」と呼ぶ。

二

假刑律成立の時期については、その編纂直後に刑法官または刑部省に入り、直接に當時の事情を聞知したであろうと思われる人々の間にも、刑事事務局時代(元年二月三日より、元年閏四月二十一日よ)とする説と、刑法官時代(元年閏四月二十一日より、元年七月八日まで)とする説とがある。明治二年十一月、刑部少録として登用された村岡良弼は、

二月三日(手塚註、明治元年)三職七科ヲ改テ八局ト爲シ……刑事事務局……時ニ七百餘年武斷專制ノ後ヲ承ケ刑獄ノ事濫酷ニ勝ヘズ、困テ假ニ刑名ヲ定メ以テ問擬ノ準則ト爲シ名ケテ假律ト曰フ。(1)

と述べ、刑事事務局時代に編纂されたとする。これに對して明治二年六月以降刑法官に出仕した村田保は、(2)

明治元年の二月に始めて刑法事務局と云ふものが出来て、七月に至つて刑法官と云ふものが出来た。それから同年の十一月に假刑律と云ふものを拵へた。其假刑律と云ふのは新律の出来る迄の假の刑律で、五六十枚しかないものであるが、それに據つて處分をして居つたのであります。⁽³⁾

刑法官ニテ唐明清、群書類集、令義解、肥藩刑典等、其他ノ書類ヲ參酌シテ新律制定迄假ノ刑律則假刑律ナルモノヲ編纂シ……各府縣ニテ慣例ナク決シ難キモノハ刑法官ニ問合セ、刑法官ニテハ刑名ヲ設定シテ回答セリ。⁽⁴⁾

と述べ、兩談話ともに刑法官時代説を主張している。明治刑法編纂史に關する諸論考で假刑律を説明する場合、刑法事務局時代説を採る者はきわめて少なく、わずかに「明治法制史論」(昭和十五年)における小早川欣吾氏⁽⁵⁾と、他には小林好信氏⁽⁶⁾があるにすぎない。兩氏ともにその典據は明示しておられないが、おそらく村岡説を参照されたのであろう。他はすべて刑法官時代とする説を述べている。例えば池田寅次郎博士は「刑法官においては、大寶律を骨子とする刑律を定めたのであるが、之は假律と云ひ、刑法官の假定であつて天下に布告せられたものでない」といわれている。さきに刑法事務局説を述べられた小早川欣吾氏も「續明治法制叢考」(昭和十九年)においては「『假律』が若し刑法官に於て假定されしものとする事が誤なしとすれば、『假律』の編纂は刑法官設置の年なる、閏四月二十一日以後の事ではない」とされ、一應の疑問を持たれつゝ前説を訂正されたのである。⁽⁷⁾

前節において述べたごとく直接資料の判明しない今日、そのいずれが眞實かを確實に決定することはできないが、この事情の解明に貴重なヒントをあたえるのは、天野御民著「法律沿革略史」⁽⁸⁾の左の一節であらう。

肥後藩ニ至テハ夙ニ刑律ニ心ヲ用ヒ支那清律ニ依テ參酌シ之ヲ施行シ當時列藩中ニテ獨リ超出シタリ故ニ以テ維新ノ初メ朝廷新律ヲ撰用スル肥後藩ノ人ヲ學テ之ニ充ツ又卓越ト云ハサルヘカラス⁽⁹⁾
(手塚點)

天野は刑部省時代に、權大錄の職に在り、直接に當時の事情を聞知したと思われる一人である。「維新ノ初メ」の「新律」といえば、假刑律かまたは新律綱領であるが、後者の編纂關係者には、かつて私が考證したごとく肥後藩出身者はいない。⁽¹⁰⁾

とすれば、この「新律」は假刑律を指すものといわなければならない。然らば明治初期の司法官廳に、肥後藩（熊本）出身者でいかなる人が在職したであろうか。この事實を追求すれば假刑律の成立時期と編纂關係者を推測する貴重な鍵があたえられるであろう。次に明治元年、刑法事務科、刑法事務局、刑法官に在職した主要なる官員の進退狀況を左に圖表として掲げてみよう。

前註 顯要職務補任錄（明治三十六年刊）、明治史要上卷（東大修補版）、司法沿革誌（昭和十四年版）、百官履歷（日本史籍協會本）等を参照して作成した。これらの原史料にも若干の異同があるので、その主なるものは備考に掲げた。また、退任年月日が明記されない場合は、廢官まで在職したものと考えた。なお、刑法官判事の氏名は史要及び補任錄には記事がないので、この項は司法沿革誌のみに據つた。

官廳名	開設年月日	氏名	出身地	就任日	退任日	備考
刑法事務局	一月十七日	長谷信篤 細川喜廷 十時維惠 津田信弘 木村貞通 (德太郎)	京都 熊本 柳川 熊本 熊本	一月十七日 同右 同右 同右 一月廿三日	二月三日 同右 同右 同右 (後述本文参照) 二月三日	十月六日辯事に轉 百官履歷にはこの就任記事なし。 司法沿革誌にはこの就任記事なし。
刑法事務局	二月三日	近衛忠房 長谷信篤 細川護久 蜂須賀茂韶 同右 同權輔 同判事 溝口貞直 (孤雲)	京都 同右 熊本 熊本 京都 京都 熊本	二月五日 同右 同右 三月四日 二月五日 同右	閏四月廿一日 三月七日 三月三日 閏四月廿一日 同右 同右	大津裁判所總督に轉、この就任記事は補任錄、百官履歷にはなし。 司法沿革誌の退任日は三月廿二日。 明治史要の退任日は三月十二日。 この就任記事は補任錄になし。

刑 法 官	開四月廿一日	刑 法 官 知 事	同 右	同 右	同 右	同 右	百官履歴の退任日は四月十八日 明治史要の就任日は二月七日
			同 右	同 右	同 右	同 右	
			同 右	同 右	同 右	同 右	
			同 右	同 右	同 右	同 右	
刑 法 官	開四月廿一日	刑 法 官 知 事	同 右	同 右	同 右	同 右	百官履歴の退任日は四月十八日 明治史要の就任日は二月七日
			同 右	同 右	同 右	同 右	
			同 右	同 右	同 右	同 右	
			同 右	同 右	同 右	同 右	
刑 法 官	開四月廿一日	刑 法 官 知 事	同 右	同 右	同 右	同 右	百官履歴の退任日は四月十八日 明治史要の就任日は二月七日
			同 右	同 右	同 右	同 右	
			同 右	同 右	同 右	同 右	
			同 右	同 右	同 右	同 右	
刑 法 官	開四月廿一日	刑 法 官 知 事	同 右	同 右	同 右	同 右	百官履歴の退任日は四月十八日 明治史要の就任日は二月七日
			同 右	同 右	同 右	同 右	
			同 右	同 右	同 右	同 右	
			同 右	同 右	同 右	同 右	

後註

(一) 太字の氏名は肥後藩關係者を示す。

(一) 明治史要及び補任録に據ると、刑法律務局出仕官員の最初の就任日は土倉を除き、全て二月二十日になつてゐるが、史要二十日の條に「職制ヲ更生スルハ、本月三日ニ在リ、官員ノ拜任ハ漸次本日ニ追フ、而シテ原記散逸其詳ナル得テ知ルヘカラス、但シ鈴印ノ宣旨ヲ賜フ、多ク本日ニ在ルヲ以テ姑ク此ニ收ム」(上卷二八頁)とあるごとく確實ではない。従つて司法沿革誌の「五日」を採つた。改任者はおそらく二月三日から出仕したものであらう。

(一) 後述のごとく、溝口孤雲が一月二十二日刑法律務掛に任ぜられたことは肥後藩の資料にて立證されるが、圖表作成の諸資料にはその記事を缺くので、この表には省略した。

この圖表は八月以後に出仕した官員の進退には及んでいない。というのは、同月、眞田信濃守(信濃、松代藩)の伺書に對する刑法官回答に「凡竊盜倉庫ヲ破事者盜得サレハ管五十既ニ盜得ル者二十金以下ハ管一百之新律相立候ニ付盜賊喜代太郎管一百之刑可申付候事⁽¹¹⁾」とあり、この「新律」は明らかに假刑律「倉庫ヲ破ル」條の正文を掲げてゐるのであつて、假刑律が八月以前に成立したことを確實に示してゐるからである。すなわち、假刑律が八月以前に成立したものとすれば、その編纂關係者もまた同月以前の出仕者中に、これを求めなければならぬからである。

前掲圖表が明らかに示すように、刑法官設置以後の出仕者には肥後藩關係者が皆無であるに反し、刑法律務科、刑法律務

局の時代には、同藩出身者が多數參加してゐるのである。天野御民の説が眞實を傳えたとすれば、假刑律編纂の時期はまさにこの時代でなければならぬ。他方、假刑律の編纂に肥後藩關係者が參加したと推定される傍證がある。それはその編纂資料として肥後藩の刑法が利用されたことである。前掲村田談話もそのことを述べているが、資料本假刑律の表紙裏に記載される「引用書目」⁽¹³⁾中にはたゞ一つの藩法として「肥藩刑典」が挙げられ、村田談話の正しさを立證している。徳川時代の各藩が独自の藩法を有したことは既に述べた。多くの藩は幕府法に準據した内容の法令を行つていたが、中には様式を異にした藩刑法を有したのも少なくない。肥後藩刑法、すなわち肥後藩刑法草書は、明律を典據とし藩独自の立場から編纂されたものであつて、徳川時代藩刑法の白眉である。⁽¹⁴⁾このような徳川時代の刑法は、御定書をはじめすべて司法の役人の裁判の遵則であつて、一般に公布したものではなく、對外的には一切秘密とされていたのである。後年、司法者が刑法編纂資料として各藩法の提出を命じた際にも、わずか十種ほどを集め得たにすぎない。⁽¹⁵⁾その衝に當つた村田保は次のように述べている。⁽¹⁶⁾

維新後になりまして段々各藩の刑法書と云ふものを取集めたことがあります。所が幕府の時分に於ては、寺社奉行とか町奉行とか評定所吟味役とか留役と云ふ如き者は今日の裁判官にして、法律に關することは親子兄弟と雖も話をせぬと云ふ誓ひを立てて在るのであるから、何人といへども法律も知ることではできないのである。故に各藩に法律を集めるにも、或は中には焼き棄てて仕舞つたと云ふやうな類がある。私なども刑法書は大部集めて居りますが中には其跡を見る事が出来ぬものがあります。

これは明治政府の基礎も確立した明治八年のことである。況んや維新直後、新政府の威令きわめて不充分の時、立法資料として藩法の提出を命ずることは不可能のこととみななければならぬ。にもかゝらず、假刑律の編纂に藩法としてたゞ一つ「肥藩刑典」が使用、参照されたことは、編纂關係者自身が肥後藩の要人であつたことを示すものにほかならない。

要するに假刑律は刑法事務局、刑法事務局時代に肥後藩の世子細川護久を中心とし、溝口孤雲、木村得太郎等同藩關係者⁽¹⁷⁾の手によつて編纂されたとみるべきであらう。公卿出身の近衛忠房、長谷信篤、徳島藩主の蜂須賀茂韶等の高官は別として、

柳川藩士の十時維惠、岡山藩士の土倉正彦、因幡藩士の荒尾成章等もそれに協力はしたであろうが、編纂の主動權は前述の人々の手に握られていたものと考えられる。

- (1) 村岡良弼「明治刑制沿革略」(皇典講究所刊本)五頁、六頁。その官歴は「樸齋翁年譜」(歴史地理第二九卷第二號一九三頁)に據る。
- (2) 村田の刑法官出仕事情については拙稿「新律綱領編纂關係考」本誌第二一卷第一二號四四頁。
- (3) 村田保「法律の沿革」(明治二十六年刊)三頁。
- (4) 村田保「法制實歴談」法學協會雜誌第三二卷第四號一四一頁。
- (5) 小早川欣吾「明治法制史論」公法ノ部下卷九八一頁、九九七頁。
- (6) 小林好信、前掲論文一一九頁。
- (7) 池田寅次郎「法典編纂」(岩波日本歴史講座)一一頁。同様の見解は岡田朝太郎「日本刑法論」(明治二十七年)九〇頁。泉二新熊「舊刑律と新刑法」法學協會雜誌第二七卷第四號一一一頁。小笠原欽明「刑法發達史についての一考察」歴史科學第四卷第四號六三頁。岡琢郎「近代刑法沿革略誌」(前掲司法資料上卷二頁)、團藤重光「刑法の近代的展開」四頁等にみられる。三浦周行博士は「明治元年に刑法局が置かれて……是時に假刑律なるものが編纂された」(續法制史研究一三一頁)といわれるが、刑法局という官廳名はない。刑法事務局又は刑法官の誤記であらう。
- (8) 小早川欣吾「新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて」(續明治法制叢考所收)三頁。
- (9) 天野御民「法律沿革略史」(明治十年刊)十七枚目。
- (10) 拙稿、前掲論文、五三頁以下。
- (11) 法規分類大全、刑法門、刑律八四頁、八五頁。
- (12) 小早川氏もこの點を指摘されている。前掲論文三頁、四頁。
- (13) 前掲「司法資料」二二八頁。
- (14) 刑法草書は、寶曆四年肥後藩主細川越中守重賢によつて制定されたものである。詳しくは牧健二「肥後藩刑法草書の成立」(法學論叢第四八卷第五號一頁以下)、金田平一部「熊本藩刑法草書考」(法政研究第一二卷第二號一六五頁以下)等參照。
- (15) この時蒐集せられたものは、幕府の御定書以外に、琉球新集科律、熊本藩刑法草書、和歌山藩國律、盛岡藩律、弘前藩御刑法牒、仙臺藩刑法、龜岡藩議定書、名古屋藩仕置定、新發田藩新律、中村藩罪案寫等のみであつた。

(16) 村田前掲「法律の沿革」三頁。

(17) 溝口孤雲は漢學者であつたが、海外の事情にも明るく、長く藩の家老をしていた(長岡護美談「長岡雲海公傳」卷二、二七九頁)。維新當時は京都に在つて國事に盡力した。當時六十歳であつたといわれる(熊本市史、六〇八頁)。木村徳太郎は地位の低い藩士であつたが、學力は勝れていた(小橋元雄談、「史談會速記録」七九輯五六頁)。刑法事務局判事退任後、富高縣知事に任ぜられた。兩名の詳しい傳記を知る資料を、私は持つていない。識者の御教示を得たい。

三

次に、その事情を肥後藩側の資料によつて確めてみたい。藩の世子細川護久が刑法事務總督に任命されたのは、前掲圖表のごとく一月十七日であるが、在京の溝口孤雲、三宅藤右衛門は同月二十日在藩の家老中老宛次のごとく報じている。⁽¹⁾

一 世子去ル十七日依召御參内之處刑法事務惣督江被爲蒙仰候右者王政律令之振合ニ相成候哉又ハ徳川之振合洋法坏茂御交與申合ニも有之哉品ニより候而ハ其邊心得候人物至急ニ出京も可被仰付何様得斗御模様相親候上様子可申達候間先左様御聞置候様存候
新刑法の基本方針の如何によつて、藩中より世子の補佐役としての適任者を選出せんとする心組がみられる。護久の就任の日、津田山三郎(信弘)は刑法事務掛に登用された。⁽²⁾

〔一〕新録自筆狀

(正月二十日發溝口三宅兩人より通報の稜書)
同十七日

一 世子依御參内之處刑法事務惣督被仰付候事
但津田山三郎徴士被仰付刑法事務掛被仰付候事

つづいて一月二十二日には溝口孤雲、翌二十三日には木村徳太郎が同じく刑法事務掛に任ぜられた。⁽⁸⁾

〔二〕新録自筆狀

(慶應四年田中八郎兵衛持越稜書)

同(正)月廿二日

一 孤雲得太郎徹士被仰付可爲刑法事務掛旨被仰出候 得太郎ハ廿三日也

溝口の任命は、前掲圖表の資料にはいずれも記載がない。しかし、この原史料が存在する以上は、確實とみななければならぬ。⁽⁴⁾「京都並江戸返達御用扣」によると、津田はその數日後すなわち一月二十二日に陸海軍務掛を命ぜられている。この時、刑法事務掛の方は退任したのか兼任したのか明らかでないが(前掲圖表の諸資料に)、後掲「林新九郎日録」にその名の記述が見出せないから、おそらく刑法事務掛から軍務掛へ轉任したのであろう。したがつて彼は假刑律の編纂には參與しなかつたものと考えたい。さらに二十三日には廣田貞右衛門、岡松辰吾が刑法書調方を命ぜられた。⁽⁵⁾

〔一新録自筆狀〕

(戊辰正月廿七日京發他筆狀溝口三宅より家老中老當り)

廣田 貞右衛門

岡 松 辰 吾

右者暫滯京被仰付今度若殿様刑法事務總督被爲蒙仰付候付御刑書しらへ御用掛被仰付旨

右之通去ル廿三日及達候

この取調は二十七日に完了し、太政官へ提出された。

〔一新録自筆狀〕

(慶應四年正月廿八日京發田中八郎兵衛草打ニ而同年二月六日着持越評議稜書之内)

一 刑法事務總督被爲蒙仰候付而之事

但一旦ハ他之御分職ニ御願替之思召被爲在候得共實ニ御家御相應之御職掌ニ付其儘御動上之方ニ相決既ニ廣田貞右衛門岡松辰吾江御用懸被仰付柱礎大略之ゑらべ一冊出來今日大政官江被差上候右寫ハ追而差出可申候

〔坂本彦兵衛日記〕

正月廿七日 一 刑法概略しらへ一冊出來今日上ル

廣田貞右衛門については、私は遺憾ながら知るところがない⁽⁷⁾。岡松辰吾（甕谷）は肥後藩著名の漢學者、律令學に造詣がふかく藩の刑法方を勤めたこともあつた。彼が刑法の調査役選ばれたのは、新政府が編纂せんとする刑法の基本方針が、前掲溝口等の言葉を借りていえば「徳川之振合洋法杯」よりも「王政律令」に決定したことを意味し、岡松は藩中の最適任者であつたにちがいない⁽⁸⁾。この刑法「柱礎」、「刑法概略」がどのような内容を持つていたかはわからないが、四日間であつたことからみれば、改正要綱のごとき草案であつたものと想像される⁽⁹⁾。假刑律の基本的構成はこの時に成つたものとみていい。さらに「林新九郎日録」⁽¹⁰⁾には、

一同^(班)廿七日 雨（前略）三職分部等紛々創業ノ是非未可知刑法事孤雲太夫初木村裁決有之タル由^(傍註)
とあり、刑法の事は溝口、木村の兩名が専ら擔當したことが記されている。彼等は前記「刑法柱礎を基礎」にして編纂をすゝめたのであらう。

このように肥後藩側の資料は、世子護久の刑法事務總督就任を機會に、いちはやく新刑法の編纂が同藩關係者によつて開始された事實を立證している。されば假刑律は、刑法事務科、刑法事務局の時代に主として肥後藩出身者が編纂したとする前述の推定は、これによつて一層確實となるであらう。

このような推測を認めるとするも、なお假刑律の最終的成稿の時期は、刑法官時代であつたのではなからうかという疑問が生ずるかも知れない。この點はいかに理解すべきであらうか。そもそも假刑律は一箇の固定的な完成法典ではない。何となれば、その正條を一見すればわかるように最初の原案の量刑に幾多の修正、加除を加えた痕跡が各所にみられ、中には「未決」のほり紙が附されている部分もある⁽¹¹⁾。また或る部分には同一個所に二つの符筆が附されてそれ〴〵異なつた修正條文を掲げる場所もある⁽¹²⁾。これによつて判斷すれば、修正は同一時期に行われたものではなく、少くとも二回以上に互つて行われたものと考えられる。いま、その修正時期を推測することは困難であるが、前掲辰八月眞田信濃守に對する回答「凡竊

盜倉庫ヲ破事者盜得サレバ⁽¹³⁾笞五十、既ニ盜得ル者二十金以下ハ笞百……」(傍點)の條文は、修正後の文言であることから考えると(原案傍點の部分が笞七十)、修正が八月以前から始められていることだけは確かである。また修正の「符箋」に、「青」「西」「濱」「桑」等の文字が附加されている個所がある。⁽¹³⁾これは修正論議の参加者、あるいは修正案提出者の氏名の頭字ではないかと思われる。「青」は青木信寅(權判官事)、「濱」は濱田篤藏(判事試補)、「西」は西田秋作(捕亡司判司事)、「桑」は桑原衛士之助(權判事)であろう。これらは刑法官設置後の五月から翌二年二月までの間に登用された人々である。⁽¹⁴⁾これは改正論議が刑法官時代にも行われたことを物語っている。さらに注意すべきは元年十一月十三日の太政官達である。太政官はこの達で各府藩縣に對し「新律御治定迄別紙四刑各三等ヲ以テ假ニ輕重ヲ配當シ當節左ノ通處置イタシ候事」と指令し、死、流、徒、笞の四刑名を定め、死刑は梟首・刎首・絞首、流刑は七年・五年・三年、徒刑は二年・一年半・一年、笞刑は百・五十・二十の各三等に區分し、官人諸藩士等の刑は刎首・自盡・流・禁錮已下の事と定め、火附・強盜人を殺すものは梟首に、強盜・百兩以上の窃盜・強姦は刎首に、窃盜はその被害五十兩以上は徒罪、二十兩以上は笞百、一兩以上は笞五十、一兩以下及盜を欲して未だ盜み得ざる者は笞二十に處し、其他の犯罪の處分も右に準知すべき事、死罪は奏裁を経たる後刑すべき事、但梟刑の内姑も聞き難き事情ある者は其府に即決し追て奏聞之事、盜罪には流罪を除き、火刑は永く之を廢止し、君父を弑するの大逆罪は臨期勅裁の上磔刑に處すべき事、其他の磔罪は之を廢し、絞首は秋季に至り一時に之を刑し自然御大禮等にて赦令あるときはこれを免さるべき事等を命じた。⁽¹⁵⁾これは新政府がはじめて具體的な犯罪處刑方針を全國に指示した注目すべき達であるが、その内容は全體において假刑律殊にその修正後の量刑に準據したものである。されば假刑律修正の大部分は、この頃に至つて一應完了したものとみられる。⁽¹⁶⁾前掲村田談話が假刑律の成立時期を元年十一月とするのは、このことを誤り傳えたものであらう。⁽¹⁷⁾

このように假刑律は最初の原案に、逐次修正を施していつたいわば流動的な法典であり、その修正は刑法官時代にも盛に

行われたことは疑う餘地がない。⁽¹⁸⁾ 私が刑法事務科、刑法事務局の時代に編纂せられたと推定するのは、その改正以前の原案をいうのである。そして刑法事務科の時代はわずか二十日間にすぎないから、原案完成の時期はそれから約三カ月つづいた刑法事務局の時代と考えるのが妥當であろう。

- (1) 改訂肥後藩國事資料卷七、八七八頁、八七九頁。
- (2) 前掲書、八七九頁。
- (3) 前掲書、卷八、一九頁。
- (4) 前掲書、二〇頁。津田信弘は文政七年生、陸海軍々務掛、軍防事務局判事、北陸道征討參謀、熊本藩權大參事を經て、後に左院五等議官、宮内少丞を歴任、明治十年野に下つてからは百五十一銀行頭取となつた人である。
- (5) 前掲書、二八頁。
- (6) 前掲書、五五頁、五六頁。
- (7) 廣田は刑法官開設後、刑法官判事試補(五月五日—五月二十二日)を勤めたことがある(前掲國事資料卷八、六一八頁、六八九頁)。その地位からみて若年の下級藩士であつたと想像される。司法省開設後、司法權大錄、司法權少判事等に歴任した熊本縣人廣田勝規と同一人物なりや否や。識者の御教示を乞いたい。
- (8) 岡松辰、字は芹盈、別字を壘谷、通稱は辰吾、豐後高田の人。熊本藩主細川昭邦に漢學を侍讀す。明治維新後、大學小博士に任ぜられたが一年にして去る。明治九年二月再度上京、紹成書院を開いて漢學を教授す。後ち文部省御用掛を勤務したが、明治二十八年二月七十六歳で歿す。英蘭二語にも通じていたといわれる。「壘谷遺稿」八卷、「莊子考」三卷等の著がある。(竹林貫一編「漢學者傳記集成」一二四八頁以下)。彼は平川清古と相並んで「肥後法學者の先蹤」であつた(武藤智雄「明治初年の法學塾」法律春秋第三卷第二號、二二頁)。法學博士岡松參太郎氏はその嗣子である。
- (9) 岡松には、自傳として「自壽序」(日本大家論集第三卷第四號、一三六頁以下)があるが、この調査事業については述べるところがない。
- (10) 前掲國事資料卷八、五六頁。
- (11) 例えば徒流人又犯の條(前掲司法資料、二四五頁)、主人を毆の條(同前、二七一頁)、祖父母父母を毆の條(同前、二七三頁)等。
- (12) 例えば窃盜の條(同前、二五九頁)。

(13) 強盜の條の符箋に「瀆」「桑」とあり(同前、二五六頁)、倉庫を破るの條の符箋に「青」「西」とあり、牛馬を盜むの條の訂正個所に「青」とある(同前、二六〇頁、二六一頁)。

(14) 青木信寅は元年五月二十五日刑法官判事試験に任ぜられ、十二月朔日權判事に進んだ(青木信寅官歴書に據る)。私は瀆田篤藏、西田秋作、桑原衛士之助の官歴書を見る機会を持たないが、彼等は「明治元年官員錄」(維新日誌第二期第六卷一五一頁)には記載がなく、明治二年二月の「官員錄」(三一頁、三二頁)にその氏名をはじめて見出し得るから明治改元の九月八日以降翌二年二月までの間に刑法官に就任したのであらう。

(15) 前掲法規分類大全、一一五頁。

(16) 小早川氏は「假律」が……種々の改正を見たのは元年十月二十九日頃ではなからうかと推定するのである(「前掲法制史論九八頁」といわれる。その根據は明示しておられないが、十月晦日の行政官達に、修正後の假刑律の一部が取入れられたためであらうか。辻敬助氏が「明治監獄年譜」元年十月の條(刑政第五卷第四號二二頁)に、この行政官達の内容を「假律」「假刑律」と呼んで記載されているのは不正確である。若し、それが「假」の「刑律」の意味ならば、まぎらわしい用語例である。

(17) 岡琢郎氏も「假刑律」の制定の日が明治元年十一月十三日であるとする説の根據は茲にあるのではなからうか(「前掲司法資料四頁」といわれるが、その説の主張者は述べておられない。「十一月十三日」(傍點手塚)と日附まで明示した主張を私は未だ見ない。

(18) 明治二年一月、刑法官定を以て元年十一月十三日の前掲達の一部を改正した(「前掲法規分類大全」一六頁)。この改正では窃盜の刑が重くされている。ところがこの改正は大本本、資料本はいずれの假刑律の正條にも訂正文が加えられていない。この點からみると、大本本、資料本に伝えられる假刑律は、二年一月以降の改正を記入しない寫本とも一應考えられる。もしそうであるならば、三年九月十九日、太政官指令で廢止された八唐六議の條に省略の附箋が存する事實を(大本本資料本共に同じ)如何に解すべきか、この指令に先立ち刑法官部内ではすでに廢止されていたものであらうか。後考を待ちたい。

四

假刑律は十二編百二十四條目から成つてゐる。もし答、徒、流、死の四刑を合せて一條目とみれば百二十一條目である。その内容が「概ね大寶律並に明清律に異なるなく、間々公事方御定書の規定する所を加味」したものであることは、すでに小早川教授の詳しい論考が存することとて、こゝでは改めて論ずることを避けたい。たゞ私が次に考察したいのは、前節で

述べたごとくその編纂に利用、参照された肥後藩刑法がどのような役割を果し、またどのような影響を假刑律の内容に投げかけているかの點である。まず假刑律の編名を唐律、明律、肥後藩刑法草書(以下刑法算書と略稱す)、新律綱領と對比して掲げてみよう。

新律綱領		假刑律		刑法草書	
上下	例制婚盜命毆言訟賊偽姦犯亡獄	上下	例制婚盜命毆言訟賊偽姦犯亡獄	例賊偽亡姦毆命犯	例盜詐奔犯毆人雜
	名職戶賊人鬪罵訴受詐犯雜捕斷		名賊毆命訟亡姦賊偽獄姦犯		
			名賊鬪人訴捕犯受詐斷婚雜		
明 律 (I)		唐 律 (I)		唐 律 (I)	
	制式 役宅姻庫程借塵	名例律	例禁制婚庫與盜訟偽亡獄	名例律	例禁制婚庫與盜訟偽亡獄
	職公 戶田婚倉課錢市	吏 律	名衛職戶既擅賊鬪詐捕斷	吏 律	名衛職戶既擅賊鬪詐捕斷
	祀制 衛政津牧驛	戶 律		戶 律	
	祭儀 官軍關既郵	禮 律		禮 律	
	盜命毆言訟賊偽姦犯亡獄	兵 律		兵 律	
	賊人鬪罵訴受詐犯雜捕斷	刑 律		刑 律	
	造防 營河	工 律		工 律	

後註

(I) 唐律には高祖武德年間にはじめて制定された武德律をはじめ貞觀律、開元律、永徽等があるが(東川徳治「支那法制史論」二八九頁)、わが大寶、養老の律が母法とした唐律は「唐律疏議」に伝えられる永徽律であり、それは十二編三十卷から成る。圖表はその編名を示す。大寶律は唐律の二編宛を一巻として六卷、十二編、養老律は名例を二卷に分け、既庫と擅興、詐偽と雜、捕亡と斷獄をそれぞれ併せて一巻宛とし、他は一編一巻に數え、計全十卷十二編より成つていた(瀧川政次郎「律令の研究」三六〇頁、三六一頁)。従つて編名は唐律、大寶律、養老律共に同じである。

假刑律の一考察

(Ⅰ) 明律には吳元年の律、洪武七年の律、洪武二十二年の律、洪武三十年の律等があるが(舊朝鮮總督府編「校訂大明律直解」附錄、解説六頁以下)、わが國に早くから傳えられたのは洪武三十年律であり、有名な荻生徂來の「明律國字解」に用いられたのもこの律である。圖表もその編名に據る。

(Ⅱ) 肥後藩刑法草書は八編九十四目から成る。その全文は京大法學部編「近世藩法資料集成」第二卷(昭和十八年刊)に覆刻されている。刑法草書が明律に準據したものであることはすでに述べた。しかし、その編名が示すように明律全般を受容したのではなく、とくにその刑律に範を採つたことは疑う餘地がない。その理由を牧健二博士は次のように説明されている。⁽²⁾

明律は郡縣の大帝國の公法であり、刑法草書は封建治下の一藩主の秘法であつたから、明律を參酌しても抄出受容の程度であつた。…明律の重視した官吏と軍人の刑法及び國家的公事に關する刑法は草書には原則として之を收めず、常人の普通犯罪を律することを以て本位とした。

元來、東洋法系の律は教令法である令に對立し、國家秩序違反の全般に互つて、制裁を規定したものであつて廣い意味からいえば刑法であるが、その目的は教化懲肅の方便たるに在りとせられた。従つてその内容のかんりの部分は國家統治の任に當る官吏の不正違法行爲の取締法に當てられている。しかし、わが封建時代の武家法においては、刑法の第一目標は領民の犯罪を抑壓し領内治安を確保、維持することであつて、役人を取締る場合には、彼等の權威を失墜せしめざるようおのずから一定の限界があつた。牧博士が「一言にして言へば刑法草書は刑法方^(肥後藩の裁判職名、手塚註)の刑法であつて、律では無かつたのである。」といわれるのはその意味である。刑法草書がその典據の主たる對象を、一般國民の違法行爲を罰する部分の多い刑律に求めたのはそれがためであつた。その場合にも、官吏の行爲に關する罰則の多い斷獄、受贓の編をはじめ訴訟、捕亡編は、編名として採らず、その一部を削小して名例、雜犯に入れた。刑律以外からは兵律の關津編を奔亡に改作し、戸律中から若干のものを雜犯その他に組み入れたにすぎない。罵言編を全然採らない理由は明らかでないが、それが鬪毆と結びつく場合が多いものと考えられたのかも知れない。⁽⁴⁾要するに刑法草書は明律から主として純粹な刑法的部分を採用入れ、それに

藩獨自の立場から若干の新規定を織り込んだ封建時代にふさわしい簡約な武家の刑法典であつたのである。

いま、假刑律の編名をみるに、名例編は別として他はほとんど明律の刑律のそれに該當している。わずかに異なる點は刑法草書と同じく刑律中の罵言編がなく、その代りに戸律中から婚姻編を採り、且つ編の配列に若干の異同があるにすぎない。編名のみからいえば、刑法草書の場合よりもはるかに刑律に近い。刑法草書と假刑律を比較すると、いずれも明律の刑律を主たる典據の對象とし、唐、明律、わが大寶、養老律及び新律綱領において重要な地位を占める職制編を缺く點に、著しい類似がみられる。職制編は官吏の職務上の犯罪を主として規定したものであつた。兩者が共に罵言編を缺くことも決して偶然の一致とはいえないであらう。また、各編の條目の名稱は、新律綱領の純然たる漢文體に較べて、刑法草書、假刑律は各所に假名交りの文言を使用している。例えば綱領の「夜無_二故人_一人家_二」(賊盜)(律)は「夜中無故して人家ニ入ル」(刑法草書編假刑律)、_{編假刑律}「威逼致_レ死」(人命)(律)は「人を威逼して死に致す」(刑法草書及_二假刑律人命編_一)、_{賊盜編}「人を欺て法度を犯しむ」(刑法草書)(詐偽編)とあるの類である。これも類似點の一つに數えられるであらう。

このように刑法草書と假刑律の間には、その基本的構造と様式において、かなりの共通點があるが、これは假刑律の編纂者が明律受容の態度を刑法草書に學んだためと考えられるのである。

次に各條目の具體的内容における兩者の關係を考究してみよう。律系統の刑法は、唐律をはじめ新律綱領に至るまで笞、杖、流、徒、死の五刑制度である。この中で笞、杖は身體刑であるが、その差異は笞は十から五十まで杖は六十から百までのそれ〴〵五段階宛あることと、その器具の大小である。₍₆₎ところが刑法草書は杖刑を規定せず、笞刑を十から百までの十種に合っている。兩者には本質的な相違がないから煩を避けて笞刑のみに統一したのであらう。假刑律においてもまた杖刑はなく、十種の笞刑を規定している。これは刑法草書に準據したものと考えられる。死刑の種類について律の刑法の原則は唐律以來、絞、斬二種であつた。₍₆₎しかし、刑法草書は刎首、斬罪、斬梟、磔、焚の五種を規定している。假刑律も刎、斬、磔、

焚、梟首の五種を規定し、⁽⁷⁾ 劊法は身臚處を略⁽⁷⁾異か、手塚註す、斬法は「袈裟斬」と註記している。律の斬は「身首異處」する方法であつたから、それが劊首に該當する。この死刑の種類も假刑律が刑法草書に模したものであろう。また律の刑法では、累犯加重の原則を有していない。その理由は律の思想的背景をなす儒教が人の性は善なりとする人生觀を基礎にしていたためといわれている。⁽⁸⁾ けれども社會防衛の見地からは、社會的危險性の重い累犯者を加重して罰することは必然の要請であり、應報的立場からすれば累犯者に重い道義責任を負わしむることも當然である。刑法草書が律の傳統に反して、名例編に累犯加重の一般的原则を掲げたのは、そのような見解に従つたのであろう。⁽⁹⁾ この原則規定は假刑律に傳えられた。兩者の規定を對照すれば判然とするであらう。

前註 以下に引用する假刑律の條文は、全て修正前の文言を示す。

刑法草書

名例・再犯

- 一 御物並年貢之品を再盜取候ハ、再犯之條ニ不拘都而死刑
- 一 再犯再々犯共ニ罪狀同じきハ、再犯之例に依て論定^{初犯再犯再々犯共ニ盜賊を犯し若毎犯罪狀變り候とも、情において比類する茂同前初犯隱田、再犯盜賊、再々犯盜賊、再犯盜賊を犯す類}、^{初犯盜賊を犯す類}、再犯再々犯共ニ各別なるは再犯之例ニ不拘、各本罪に就て論決^{たとハ初犯盜賊、再々犯盜賊之類}
- 一 答七十以上之再犯ハ初犯之刑に四等を加て刺墨ニ至る、若再犯之罪初犯之罪より重ハ、再犯之當罪に四等を加ふ^{たとハ初犯之罪なるは、初犯之三十に再犯之罪四等を加へ七十なるへきに、再犯初犯より重ハ、答五十之刑を犯候ハ、五十之當罪に、尙又再犯之罪四等を加へ答九十、或ハ初犯答五十之再犯答九十なるへきニ、再犯答七十之罪を犯候ハ、七十之當罪ニ、尙又再犯之罪四等を加へ答六十、一年ニ至る類}
- 一 答六十以下之再犯者刺墨に至らず、再々犯者六等を加へ刺墨に至る、再犯之罪徒に入るものハ刺墨を加ふ、再三犯ハ死刑に

假刑律

名例・再犯同罪

凡、再び同罪を犯すものは初犯之罪に三等を加ふ、若再犯之罪初犯より重きものは、再犯當罪に加へ、三犯以上は五等を加ふ、若毎犯罪狀異るとも情緒比類するも亦同じ^{若初犯隱田再犯盜賊、因て死に至るもの、每犯罪狀を犯し死に云る之外比類罪加等を入}、一等を減ず、若毎犯罪狀各別なるは各本罪を以論決す、加等之限にあらす、

入る

一 御物を盜に非ずして、初犯刺墨之者再犯ハ左腕に刺墨

もちろん兩者には多くの相違がみられる。例えば刑法草書にては再三犯は加重の結果、原則として全て斬になるが、假刑律では加重して死刑に該當するときは一等を減じて遠流になること及び加重の方法が刑法草書よりも假刑律が寛大である點等である。しかし、同一犯罪と「情緒比類」する犯罪の累犯を加重して罰すること（罪狀異なる累犯は）、或は條文そのものの文言をみれば、假刑律が刑法草書に準據したことは明白であらう。

刑法草書の鬪毆編には「扶持人を毆」の規定がある。明律にはこれにそのまゝ該當する規定はない。封建制度においては、領主は主君であり、その家來すなわち役人は主君の扶持で生活する扶持人であつた。百姓町人のごとき當時の政治的被支配者の身分にある者が、廣い意味の政治的支配者たる武士すなわち扶持人の身體を侵害する行爲は、その政治的秩序の破壊と考えられたことが、この規定の置かれた理由であらう。また「主を殺す」「奉公人主を殊並主奉公人を殺」の條も、明律（人命）の「謀殺」制使及本管長官」及び「謀殺」祖父父母」中の奴婢及雇工人に關する犯罪の項を參考にはしたであらうが、封建制度下における政治的秩序を保護する立場から別の形に改作されたものとみていい。これら刑法草書の規定は假刑律に受けつがれている。

刑法草書

扶持人を毆（鬪）

一 卑賤之者足輕段之扶持人を毆候者笞六十徒一年、因て殘疾不具之體ニ成候ハ、刎首

役人段之者を毆候ハ、刺墨笞八十徒二年、獨禮段之者を毆候者刺墨笞百徒三年、士席之人を毆候者刎首即決

假刑律の一考察

假刑律

帶刀人を毆（鬪）

凡、卑賤之者、帶刀人を毆つは笞六十徒一年、若、毆て殘疾以上ニ至及び、帶刀士分以上之人を毆ものは刎首、死に至るは斬、若無官僧尼・浮浪人を毆ものは笞五十、毆傷（笞五十）重きものは鬪毆條に一等を加ふ、若、帶刀人、卓賤之者より不法之振舞に逢、因

附

別當村庄屋を其掛り之者毆候ハ、足輕段之扶持人を毆候に准す

一 有官之僧侶社人由緒有之浪人且陪臣中小姓以上を毆候は、前條之見合を以論定

一 無官之僧侶社人たり共佛事神事ニ關り候者、或ハ陪臣歩若黨浪士之類を毆候は答五十

但刀を帶すへき場所に刀を不帶、僧侶ハ袈裟衣を不着類ハ平人を以論、且陪臣足輕ハ帶刀たり共無苗に准す

主を殺す(人)

一 主を殺んと巧ミ巧之筋既に行ひ候ハ、首從不分斬^{即決} 既ニ殺候ハ磔^{即決}、妻子者雜戸ニ附す

奉公人主を殺並主奉公人を殺(命)

一 農商家之奉公人巧候而主を殺候者斬^{梟首}

若巧之筋行ひ既ニ傷候共未死ハ刺墨^註俱^註即決、未傷ハ刺墨答百徒三年

一 町在之者無罪奉公人を殺んと巧ミ、巧之筋既ニ行ひ候共未傷ハ答七十、既ニ傷候ハ、關毆條に依て重に就て論定、既ニ殺候ハ、刎首、若罪有之共殺間敷者を故らに殺候者、臨時判決

手塚註 傷害未死が刺墨だけでは、未傷の場合と均衡が取れないから、字句の脱稿があるのか。

て殺傷するものは無論、^{理論決せず威力に任せ} 擅に殺傷する者は處時

主を殺並主奉公人を殺(命)

凡、主人を殺さんと謀り、巧之筋、既に行ふもの^{傷の有無並首從を分たす} 皆斬^{梟首} 既に殺すもの皆磔^{即決}
若、主人謀て家來を殺すもの答八十徒二年

農商家之奉公人、巧を以、主人を殺すもの斬、若傷ける共未死せされは刎首^{即決} 未、傷けされは答百徒三年、若奉公人を殺さんと謀り、巧之筋、既に行ふとも、未、傷けされは答五十、既に傷る者は關毆條によつて、重に就て、論判、既に殺す者は刎首、

刑の量刑その他の點で、種々の相違はあるが、ほとんど同一文言の規定も隨所にみられるのであり、假刑律がその立法趣旨及び様式を刑法草書に學んだことは疑う餘地がなからう。また刑法草書の「一 凡姦者傍人是を見分し、自己罪に伏候上、

初て姦之罪名を加ふ」(名例編)は明律にみられない規定であるが、假刑律に「凡、犯姦は傍人を見届自己罪に伏するを待て姦の罪名を加ふ、唯姦を指すものは無論若職官等淫行之聞有之職に居らしめ難きもの」(犯姦編)として傳えられた。

次に假刑律の規定中、明らかに明律に準據したと思われる條項において、刑法草書がどのような役割を果たしたかを考えてみたい。まず二三の條項を例示するが、同じく明律に準據した新律綱領の規定を參考として掲げてみよう。

明 律

夜無_レ故入_二人家_一(盜賊)

凡夜無_レ故入_二人家内_一者杖八十。
主家登時殺死者勿_レ論。其已就_二拘執_一而擅殺傷者減_二鬪殺傷罪_一二等。
至_レ死者杖一百徒三年。

新律綱領

夜中無故して他人之家に入(賊盜)

凡夜故ナクシテ。人家ニ入ル者ハ。
笞三十。家主。即時ニ殺死スル者ハ。論スルコト勿_レレ。其已ニ拘執ニ就クヲ。擅に殺傷スル者ハ。鬪殺傷ニ。二等ヲ減ス。

刑法草書

夜中無故して他人之家に入(賊盜)

一 夜中無故して潜に他人之家内に入候者笞四十、主家即時致打擲候は無構、因而死に至候ハ、笞八十、若既に捕得旨趣相分候後擅に殺候者ハ各其本條に就て論之條ニ就て論之餘者准之但捕候者を拒互に相毆て死に至候ハ、強盜を殺に論す

假刑律

夜中無故して人家に入る(盜賊)

凡、夜中無故して、潜に他人の家に入るもの笞三十、主家即時毆打するものは無論、因て死に至るものは笞八十、若兇賊之形狀實に怪しむべき主家情急防衛に係り即時に殺死せらる、は一概に若、既に捕に就、旨趣相分之後、擅に殺死するものは、各本條に就て論す爲に入りたるものは盜賊を殺す、捕に拒互に相毆て死に至るは、強盜を殺すに准す、無論

恐嚇取_レ財(前同)

凡恐嚇取_二人財物_一者。計_レ賊准_二窃盜_一論。加_二一等_一免_レ刺。若期親以下。自相恐嚇者。卑幼犯_二尊長_一以_二凡人_一論。尊長犯_二卑幼_一亦依_二親屬相盜律_一遞減科_レ罪。

恐嚇取_レ財(前同)

凡恐嚇シテ。人ノ財物ヲ取ル者ハ。賊ニ計ヘ。窃盜ニ準シテ論シ。一等ヲ加フ。罪流三等ニ止ル。若シ二等親以下。自ラ恐嚇スル者。卑幼。尊長ヲ犯スハ。凡人ヲ以テ論

詐欺を以他人之物を取(前同)

一 人を詐欺し財物を取、又は他人之物を我物と云懸て奪取、事を構てねだり懸て取、或ハ巧なる手段をいたし掛人を信せしめ出させて取之類、並に賊を計へ

人を詐欺して財を取(前同)

凡、人を詐欺して財を取、又は人々之物を我と云懸て奪取、或は事を構へ、ねだり掛て取、若は巧なる手段を仕掛け、人を信せしめ、財を出させ取之類、並に賊を計へ、

假刑律の一考察

シ。尊長。卑幼ヲ犯スハ。親屬相盜律ニ依リ。遞減シテ。罪ヲ科ス。

詐欺官私取財(前同)

凡用レ詐欺官私。以取レ財物者。并計レ贓准。窃盜論。免刺。若期親以下自相詐欺者。亦依レ親屬相盜律。遞減科罪。若監臨主守。詐取所ニ監守之物者。以ニ監守自盜論。未レ得者減ニ二等。若冒認及誑局。騙拐ヲ帶人財物者。亦計レ贓准。窃盜論。免刺。

詐欺取財(前同)

凡官私ヲ詐欺シテ。財物ヲ取ル者ハ。并ニ贓ニ計ヘ。窃盜ニ準シテ論ス。罪。流三等ニ止ル。二等親以下自ラ相詐欺スル者モ。亦親屬相盜律ニ依リ。遞減シテ。罪ヲ科ス。若監臨。主守。監守スル財物ヲ詐取スル者ハ。監守自盜ヲ以テ論ス。未タ得サル者ハ。其詐取セント欲スル數ヲ計ヘ。二等ヲ減シ。罪ヲ科ス。若シ人ノ財物ヲ。冒認シテ。己ノ物ト爲シ。及ヒ誑騙。局騙。拐帶スル者モ。亦贓ニ計ヘ。窃竹ニ準シテ論ス。罪。流三等ニ止ル。親屬ナラハ。亦親屬相盜律ニ依リ。遞減シテ。罪ヲ科ス。

詐教誘人犯法(偽詐)

凡詐テ人ヲ教誘シテ。法ヲ犯サシメ。卻テ自ラ捕獲シ。若クハ告舉シ。或ハ人ヲシテ。捕告セシムル者ハ。法ヲ犯ス人ト同罪。

窃盜を以論決
若人を恐懼せしめ迫らしめて
取候ものハ一等を加ふ

窃盜に准して論す 若無罪之恐嚇
して迫て取ものは、一等を加ふ、
卑幼、尊長を犯すは凡人に一等を
加へ、尊長、卑幼を犯すは、
本罪
上加ふ 親屬相盜條に依、減科す

人を欺て法度を犯しむ(偽詐)

一 詐而人を教へ法度を背しめ、
制禁を犯しむるもの、皆犯人と
同罪

人を教へ欺き法を犯しむ(偽詐)

凡、詐て人を教へ欺き、法を犯し
むる者は、犯人と同罪

詐教誘人犯法(偽詐)

凡諸人設レ計用レ言。教ニ誘人ニ犯
法。及和同令ニ人犯法。却行ニ捕
告。或令ニ人捕告。欲ニ求給賞。或
欲テ害人ニ得罪者。皆與ニ犯法
之人ニ同罪。

後註 新律綱領は明治三年十二月頒布當時の律文に據る。

この四律を對照すればわかるように、新律綱領はほとんど明律の直譯體であるが、刑法草書と假刑律はそれに比較するとはるかにくだけた日本文であり、内容的にも類似している。すなわち假刑律が明律を繼受する場合、直接には刑法草書に據つたことが明瞭となるであろう。いゝかえれば假刑律は刑法草書を觸媒として明律を採り入れたのである。このような事例は假刑律の「婦女犯罪」「監守自盜」「墳墓發掘」「強盜盜の宿」「宮殿内忿爭」「父祖之奉養を缺」「親屬相姦」「主家之婦ニ姦す」「詐て官員と稱す」「詐て死と稱す」等、刑法草書と重複する條項の多くにみられる。

以上に述べたごとく、假刑律の構造と内容に對する刑法草書の影響はきわめて大きい。この事實こそは、その編纂者が肥後藩の關係者であつたことよりする當然の歸結であるといふべきであろう。とはいへ、私は從來多くの學者によつていわれてきたような大寶律、明、清律、御定書の影響を否認せんとするものではない。八虐六議の條に現われているわが古律の復活、藩臣僧侶の閔刑における御定書の模倣、その他全編にみまざる明、清律の影響は、きわめて顯著であつて否定すべくもない。しかし、それらに比較して優るとも劣らざる強い影響を、肥後藩刑法草書が與えている事實を、こゝに私は強調したのである。

- (1) 小早川、前掲法制史論九八〇頁以下。なお「新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて」(前掲明治法制叢考所收)にも、しばしば假律の内容に論及されている。
- (2) 前掲「藩法資料集成」解題一頁、二頁。
- (3) 牧、前掲「肥後藩刑法草書の成立」四〇頁。
- (4) 牧、前掲論文四三頁。
- (5) 管は「大頭徑二分七厘、小頭徑一分七厘、長三尺五寸」。枕は「大頭徑三分二厘、小頭徑二分二厘、長三尺五寸」(明律條)。
- (6) 尊屬殺人のごとき特殊の場合には、絞、斬以外に、身體を寸斷する「陵遲」という極刑も行われた(明律人命)。

(7) 火罪は元年十一月十三日の達で廢止され、磔は、新律綱領の施行で廢止された。

(8) 瀧川政次郎「律令制度」(岩波日本歴史)一六頁、六八頁。

(9) 幕府法では、累犯加重の一般的規定はないが、個別的にはそのような處置を行つていた(高柳眞三「徳川時代刑法の概観」司法資料別冊第九號八五頁以下)。藩法では和歌山藩國律、盛岡藩律、弘前藩御刑法牒、龜岡藩議定書、名古屋藩仕置定等に個別的な再犯加重の規定がみられる。

(10) 唐律では「詐欺官私以取財物」は詐僞(卷二)に、「恐喝取人財物」は賊盜(卷十)に入つていた。わが古律もこれに準じて「恐喝條」は賊盜律に「詐欺取財物條」は詐僞律に入れた。しかし明律は兩者共に賊盜に入れている。新律綱領はそれに倣つたのである。刑法草書、假刑律は兩者を一ヶ條にまとめて盜賊、賊盜に入れた。

五

周知のごとく明治維新は、思想的には二つの面を内包していた。一つは「復古」の聲に象徵される王朝制度の復活であり、他は「維新」の叫びに照應する西洋文明への憧憬であつた。明治時代が辿つた途は、この新舊兩思想が大きな渦をえがきながら、次第に後者へ引きづられてゆく過程である。維新直後、刑事を重視する傳統と、當面の治安を確保する實際上の要求にせまられて、まず刑法典の編纂が企圖されたとき、まだ西洋刑法の具體的認識もほとんど存在しなかつたこととて、王朝時代の律が想起されたのはきわめて當然であつた。そしてわが王朝の律が唐律を典據とした先例に従い、當時もつとも完備した律として知られた明律(清律はほとんど同じである)が直接の母法として考えられたことも想像に難くない。すでに徳川時代には一部の學者の間に、明律令の研究は相當盛に行われ、二三の藩にはその系統の藩刑法もみられたが、就中肥後藩刑法草書はその典型であつた。新政府が律の復活を企圖した際、同藩の者を選用了ことは、天野御民のいうごとく寔に「卓越」した人事と評さねばならぬ。かくして假刑律は編纂せられたのであるが、早急の期間に作成されたものとして甚だ不完全な法典であつたことは否定できない。明治二年三月あらたに新律綱領の編纂が開拓された理由はそこにある。なお假刑律については、そ

の施行範圍、新律綱領への影響等、考究すべき問題も多いが、こゝでは從來看過されてきたその編纂時期、編纂者及び肥後藩刑法草書の影響についての一試論を提供するにとどめ、他は次の機會を待ちたい。

(1) 西洋刑法の先驅として佛蘭西法の内容が移入されたのは、新律綱領編纂開始後のことである。詳しくは拙稿「佛蘭西法典の移入」歴史と生活第六卷第五號三二頁以下参照。

(2) これらの事情は、小早川欣吾「明律令の我近世法に及ぼせる影響」東亞人文學報第四卷第二號一頁以下に詳しい。

後記 本稿は、昭和二十五年年度慶應義塾學事振興資金の補助をうけた「明治初期刑法の研究」の一部である。

(十一月二十日稿)