慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	『各国刑法比照』をめぐる一考察
Sub Title	A study of Kakkoku-keiho-hisho, a comparative law book of the old penal code
Author	三田, 奈穂(Mita, Naho)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科
Publication year	2012
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.92, (2012. 3) ,p.35- 68
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20120315-0035

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.

『各国刑法比照』をめぐる一考察

三田奈穂

一　序
二　本　論
㈠　概　要
㈡　類書との比較
㈢　羅馬法について
㈣　日本刑法草案「外国関係処分」条項の存在
三　結　語

一　序

『各国刑法比照』は、明治十六（一八八三）年、太政官大書記官村田保[1]によって編集されたもので、全六冊から成る活字本である[2]。その内容は、前年に施行された刑法（以下、「旧刑法」と呼称する[3]）と、「古今各国ノ刑法」とを逐条的に対比してまとめたものといえる。「古今各国ノ刑法」とは、フランス・ベルギー・ドイツ・イギリス・オーストリア・イタリア・ロシア・スウェーデン・スイス・デンマーク・エジプト・インド・アメリカ合衆国・カリフォルニア・ブラジル・オランダ・トルコ・シチリア・ハワイ・スペイン・ローマ法・プロイセン・ザクセン・ヘッセン・メクレンブルク＝シュヴェーリン・ザクセン＝ヴァイマル＝アイゼナハ・テューリンゲン・ブラウンシュヴァイク・リューベック・ハンブルク・バイエルン・オルデンブルク・ブレーメン・シャフハウゼン・アッペンツェル・ベルン・チューリッヒ・ザクセン＝アルテンブルク・ヴュルテンベルク・バーデンの西洋型刑法と、唐律・明律・大宝律・仮刑律・新律綱領・改定律例・琉球新集科律・旧幕教令類纂・熊本藩刑法・和歌山藩国律・盛岡藩律・弘前藩刑法・仙台藩刑法・亀岡藩議定書・名古屋藩仕置定・新発田藩新律の東洋型の思想的背景を有する刑法を指す[4]。

『各国刑法比照』は、近世藩法史料のなかで類をみない「活字」として存在する史料として、これまでの研究では特に、藩法史料覆刻の補訂作業に供せられた。すなわち、仙台藩格例調や和歌山藩国律、名古屋藩定書などを覆刻するにあたっては、史料の状態から判読できない文字を補う目的で、『各国刑法比照』所収の各藩刑法が参照された[5]。明治四（一八七一）年設置の司法省によって蒐集・保存された史料を所蔵する法務図書館の『法務図書館所蔵貴重書目録』には、『各国刑法比照』について、「各国刑法と並んで藩刑法が対比されているのが特徴」で「出版部数が少く稀覯本である[6]」との説明がある。

こうして『各国刑法比照』は収録された古今各国刑法のうち、徳川時代の「藩刑法」に特化した研究がおこなわれてきた。その一方で『各国刑法比照』を直接の分析対象として扱った研究は認められず、作成の目的や全体的な収録内容の分析といった史料の本質を探る作業はおこなわれていない。しかし冒頭に掲げたように『各国刑法比照』には、断片的ではあるが実に多くの古今各国刑法の条文が掲載された。本稿では、その意味を問いたい。

近代日本法制史上、明治十四年の政変あたりから、フランス法からドイツ法への転換期を迎えたというのはおおまかな認識であろう。特に憲法については、伊藤博文の憲法調査がドイツでおこなわれ、明治政府の方針として依拠すべき「法」を、箕作麟祥『仏蘭西法律書』以来のフランス法からドイツ法へとシフトさせていったということは、争いないと考える。[7] 無論、右は単なる傾向であって、旧刑法についていえば全く盲目的にフランス法を受け入れていたわけではなく、ベルギーやイタリアなど西洋各国の刑法も積極的に参照された。[8] フランス人ボアソナードをはじめとするお雇い外国人の影響力には大きいものがあったが、彼らには決定権は存在せず、もっぱら日本人の手によってすべての法案は審査・修正されていたのである。本論で詳細について触れるが、司法省においては多くの外国法翻訳作業がおこなわれ、それらが当時の政府部内の重要な知識源となっていた。

以上を考慮するなら、当時翻訳された外国法をもとに作成された編纂物である『各国刑法比照』について分析をおこなうことは、当時の「立法」を理解する手がかりとなるのではないか。なかでも村田保は、旧刑法、治罪法、明治民法などの編纂に直接あるいは間接的に関与し、明治期の法典編纂において一目置くべき人物である。特に旧刑法については強力な主導権のもとで公布に導いた[9]が、その村田の編集物の内容を詳細に検討することは、明治政府の立法の方向性を知ることにつながるのではないか。本稿では、以上の問題を念頭に置きながら、これまでその史料的価値があきらかでないまま補足的に使用されてきた『各国刑法比照』について、なぜこのような印刷物が作成されたのか、またはこれら各国刑法にかかわる資料はどのようにして集められたのかといった点について考察を加え、明治刑法史

に一石を投じたい。[10]

二　本論

(一)　概要

村田保『各国刑法比照』は、旧刑法について、条文の内容に関係のある諸外国刑法および旧幕府法・藩刑法、明治初期に相次いで制定された復古主義的刑法を、該当する条文毎にまとめたものである。巻頭の参事院議長山県有朋による序文には「明治十六年」とあるが、出版事項は記載されていない。山県の序文は次の通り。

法ヲ立ルノ確ナルコトヲ要スルハ、法ヲ講スルノ精ナルニ在リ。法ヲ講スルノ道、一ニ曰之ヲ古今ニ徴ス、二ニ曰之ヲ各国ニ参ス。夫レ之ヲ古今ニ徴シ之ヲ各国ニ参シテ而シテ後之ヲ情理ニ折衷ス、以テ大過ナカルヘシ。村田書記官古今各国ノ刑法ヲ比シテ之ヲ日本刑法ニ対照シ、編テ一部トナシ、以テ法ヲ講スルノ資ニ供ス。乃チ命シテ之ヲ印刷ニ付シ、以テ僚官ニ頒ツ。

明治十六年六月　　参事院議長山県有朋[11]

右によれば、『各国刑法比照』は「村田書記官」すなわち当時太政官および内務省の大書記官であった村田保によって「法ヲ講スルノ資ニ供ス」ため作成され、明治十六（一八八三）年六月、参事院議長山県有朋によって「僚官ニ頒」たれた。[12] 参事院では、旧刑法施行直後より同法の全面改正の議論が生じており、[13] 冒頭の「法ヲ立ル」（立法）はこの時期の政府にとって喫緊のことであったと指摘できる。ただし、村田保は、明治十六年六月、参事院には出仕し

ていない。そもそも参事院は、明治十四年の政変の後、太政官に設けられた「法律規則ノ草定審査ニ参預スル」機関である。[14] 立法機関との位置づけにある元老院を牽制し、法令の解釈や法案の起草をおこなうなど広範な権限のもとでその職務を遂行した。[15] 村田は参事院設置当初、その前身である法制局に出仕しており、そのまま参事院議官に補任された。しかし同十五年九月には参事院を離れ、「太政官大書記兼内務大書記官」となり、同十六年『職員録』参事院の項にもその名はみられない。[16] つまり、『各国刑法比照』成立時には、村田保は参事院に出仕していないのである。一方で、同年五月頃、参事院では旧刑法改正案に関する総会議がおこなわれている。[17] すると、『各国刑法比照』の編集は参事院の旧刑法改正草案とは全く独立の事業なのであろうか。この問題についてはひとまず置き、これまでの研究においてあきらかとなっている点について概観する。

時代は遡るが、明治八（一八七五）年一月七日、司法省は当時施行されていた新律綱領・改定律例にかわる新しい刑法典編纂の参考に供するため、徳川時代の藩刑法の蒐集を各府県に命じた。明治八年司法省第一号達[18]である。これによって幕藩体制下における刑罰にかかわる法令が集められたが、結果的に制定された旧刑法は、当時のフランス刑法思想に理論的基礎を置くものとなった。[19] 手塚豊氏は、同司法省達によって蒐集された藩刑法の一部が『各国刑法比照』に引用された、とする。[20]

ところで、現在史料として残されている藩刑法の写本の系統は、大きく「三浦本」と「村田本」にわけられる。[21] この分類は平松義郎氏によるものであるが、三浦本は大正四（一九一五）年に京都大学三浦周行氏が作成した東京帝国大学附属図書館所蔵司法省旧蔵評定所記録の副本で、関東大震災の際に原本が焼失したものを指す。[22] 一方で、同じ原本から写しとられた史料に、村田本がある。村田本は、村田保旧蔵文書のなかにみられる藩刑法史料である。村田本の多くは慶應義塾大学図書館が所蔵し、同大学図書館には、『新発田藩新律』および『盛岡藩文化律　他九点』と題する簿冊が残されている。[23] 三浦本と村田本の関係について平松氏は、「村田本藩法の大部分と司法省・三浦本との間

には明らかに転写本と底本との関係が認められる」と結論づけた。[24] すなわち、明治八年司法省第一号達によって藩刑法が蒐集され、それをもとに村田本という転写本が作成され、村田本から『各国刑法比照』に引用がおこなわれた。加えて平松氏は、本来ならば漢字平仮名交じりで記されているはずの藩刑法が、漢字片仮名を使用して記されている点を指摘し、『各国刑法比照』は旧刑法の「解釈・比較のためのかなり尨大な参考資料であった」とする。中国・日本関係の東洋刑法に限っていえば、「列挙の順序は律系統の刑法典を先に出して、中国律、日本律、および琉球律とし、中央政府の統一法典および新政府のいわば付庸の邦の法典を並べ、次に江戸期幕藩の固有法的性格の濃厚な分裂政権の法規が続く」とし、そのうえで、村田本『旧名古屋藩定書』をはじめとする村田保旧蔵文書の藩刑法にかかる写本について、「各国刑法比照のごとき条文対照を既に目標として設定していた」、すなわち転載を前提として作成されたものではないかと推測する。[25]

藩刑法の収集については、村田自身が明治二十六（一八九三）年に日本法律学校（現日本大学法学部）でおこなった特別講義において、次のように回顧する。

> 寺社奉行とか町奉行とか評定所吟味役とか留役というごとき者は今日の裁判官にして、法律に関することは親子兄弟といえども話をせぬという誓いを立ててあるのであるから、何人といえども法律を知ることはできないのである故に、各藩に法律書を集めるにも、或は中には焼棄てて仕舞ったというような類がある。私なども刑法書は大分集めて居りまするが（傍点は筆者による）、中には其跡を見る事が出来ぬものがあります[26]

右によれば、『各国刑法比照』に収められた藩刑法は、村田が個人的に蒐集できたものと考えられよう。一方で、伝記『村田水産翁伝』には次のような記述がみられる。

明治七年二月（村田は――筆者註）左院五等議官を命ぜられ、刑法改正専務を仰附けられ、後、刑法取調局の設置せらるるや、各国刑法を基礎とし、三等出仕松岡時敏氏の意見を参考として、新刑法草案の作成に従事し、同十二月に至りて漸く結了し、左院副議長伊地知正治氏に復命す。「各国刑法比照」五巻は、実に当時の調査に係るものなり[27]

廃藩置県後、太政官が設置した立法府に相当する左院において「校正律例」と呼ばれる刑法草案が作成された[28]。この校正律例は旧刑法にとってかわられ、結局陽の目をみることはなかったが、当時左院法制課に出仕していた村田保は、校正律例起草の中心的な役割を果たしたと考えられている。ここで注目したいのは、『各国刑法比照』が「明治七年」の校正律例起草「当時の調査に係るもの」を編集したという記述である。しかし、先行研究のいうように藩刑法の蒐集時期が明治八年であるとするなら、その前年の調査資料をもとに『各国刑法比照』が編集されたとするこの記述の信ぴょう性については、疑いを挟まざるを得ない。また、『各国刑法比照』は全六冊から成り、同九年に出版された村田の『律例権衡便覧』（全五冊[29]）と混同したのではないかとも考えられ得る。伝記には他にも誤記が認められ、右記述を全面的に支持することはできない。ただし、伝記以外に直接的に編集の内容をあきらかにする具体的な史料は見いだせない現状にある。

手塚豊氏は、『各国刑法比照』を参事院編集の「大調査書」と評価する[30]。しかしこの見解では、新刑法起草のための調査書であるのか、「法律規則ノ疑義ニ付省使庁府県ノ質問ニ答ヘ説明を与フ」[31]、すなわち法令の解釈のためのものであるのかがはっきりしない。平松義郎氏は、漢字・平仮名交じりの文章で起草されたはずの徳川時代の法令が、漢字片仮名交じりに修正されている点[32]について指摘し、村田が「諸刑法典の法条・法規を集中的に収集しようとし」あるいは「諸種の刑法を法条・法文の形で認識しようとした[33]」と、立法のための調査書であることを暗示する。

以上のように、先行研究および現在あきらかとなっている史料からは、『各国刑法比照』の具体的な編集経緯を詳

らかにすることができない。そこで次節では、収録された諸外国刑法の内容を検討することでその手がかりとしてみる。ここにおいては、法務省に残された各国の刑法を比較してまとめた三つの編集物、『刑法表』・『各国刑法類纂』および『各国刑法比較纂集』を用いて考察を加える。

(二)　類書との比較

1　『刑法表』

『刑法表』[34]は、司法省で作成された『各国刑法比照』と同年月の序文が付された史料である。明治十六年六月司法省第八局において編集されたが、おもに西欧型刑法を比較対象としフランス・ドイツ・エジプト・イタリア[35]・ベルギー・イギリス・ロシア・スウェーデン・インド・清・プロイセン・オーストリアの各刑法が引用された。旧刑法の個々の条文に相当する諸外国刑法の規定を表にしてまとめたものである。この『刑法表』は、旧刑法を軸に各国刑法を類別対比する『各国刑法比照』と似かよった特徴を持ちながら、本質的には異なった性格を有する。第一に、対象として挙げられた外国刑法が『刑法表』では西欧型のもの（清を除く）十二ヶ国にとどまっているのに対して、『各国刑法比照』ではドイツ・スイス各邦でおこなわれていた刑法を含む四十ヶ国にのぼる外国刑法を引用し、さらに、東洋の古代律や藩刑法をも漢字片仮名交じりの条文形式にして列挙した。第二に、三十年間「専売ノ権」を付与される版権を『刑法表』は申請し所有しているのに対して[36]、『各国刑法比照』にはその形跡がみられない。以上を考慮すると、司法省において作成された『刑法表』は、当時の「司法官」すなわち立法にかかわる司法官僚に加えて、判事や検事といった裁判に直接に関与する幅広い層を対象とする参考資料として作成され、印行・出版されたものといえる[37]。事実、『刑法表』は大学をはじめとする多くの研究機関で所蔵される。静岡地方裁判所掛川支部が静岡大学附属図書館に寄贈した明治期刊行図書のなかにも『刑法表』の存在が認められ、明治期の裁判所において『刑法表』が

法令解釈のための資料として供されていた傍証となろう。[38] それに対して『各国刑法比照』には版権も奥付もなく、政府の「内部資料」として印行されたものである可能性が高い。[39] 先述のように法務省目録は『各国刑法比照』について、「出版部数が少く稀覯本である」と評するが、そもそも『各国刑法比照』が実際に一般向けに出版されたものとは考えにくいのである。

『刑法表』を編集した司法省第八局は、「常ニ法律規則ノ改良ニ注意シ総テ其増補改正及ヒ創制スヘキ者ハ之ヲ調査シテ卿ニ具申シ其裁決ヲ受テ之ヲ処弁ス」ることを職掌とする。[40] その職務のみに着目すれば、参事院と似かよったところがある。しかし、『各国刑法比照』は、『刑法表』と同じ目的で作成された「参考資料」ではない。その内容に目を向けたとき、たとえば『各国刑法比照』に収められた盛岡藩律などは旧幕府の御定書百箇条を継受したもので、個別の事件に対する法解釈に一役買うとは考え難いからである。すなわち、『各国刑法比照』は、『刑法表』のように実際の法の適用に際して疑義が生じた場合における解釈の指針を示したものとはいえない、実務における参考資料とは異なるものであるとの指摘が可能となる。

2 『各国刑法類纂』

次に、『各国刑法類纂』[41] と比較して考察してみたい。『各国刑法類纂』は、旧刑法編纂史のなかでよく参照される史料である。くり返しになるが、明治八年司法省第一号達により旧藩刑法が蒐集され旧刑法の編纂に供されたが、結果的には、旧刑法は西欧特にフランス刑法から多くの規定を継受した。旧刑法の編纂過程はおおまかに四つの段階に分けることができる。司法省は当初、日本人編纂委員のみで編纂をおこなったが、なかなか進捗がみられないことから、お雇い外国人ボアソナードに原案を起草させ修正を加えることによって草案を完成させていくよう方針を転換した。完成した草案は、太政官に上呈され、村田保も審査委員の一人であった刑法草案審査局において修正が加えられ、最終的に元老院の審議を経て公布となった。『各国刑法類纂』は、旧刑法草案起草の司法省での初期段階において、個

別内容の「軽重権衡ノ得失」を議論する目的で、類似する条項を類別対比してまとめられ、司法省の確定稿「日本刑法草案」を上呈するに際して添付されたものである。『各国刑法比照』に匹敵する多くの外国刑法が利用された一方で、「皇朝支那ノ律ハ已ニ熟スル所故ニ、概ネ省略ニ従フ」とされた。[42]

『刑法表』と『各国刑法類纂』は、西洋型刑法を重点的に蒐集しているという点で、同系統の史料といえる。また、両書はのちに一般向けに出版されたという共通点がある。ところで明治初頭、徳川時代の政策もあって、西洋諸国の法律に関する知識はほとんど無かった。新律綱領のような「律」に基づく法典が制定されたのもこうした背景によるもので、外国法の翻訳は急務の作業であった。そのようななかで、明治二年、政府は箕作麟祥にフランス刑法の翻訳を命じ、司法卿江藤新平のイニシアチブで翻訳は急がれ、刑法・民法・憲法・商法・治罪法・訴訟法の六法から成る『仏蘭西法律書』が完成、巷で重宝がられることとなる。[43] 村田保も箕作の翻訳を受けて、「是は十分考えすはなるまい研究をせねはならぬと云ふ考へか起つて、それから段々支那の法律はかりては往かぬ」ということを誰となく唱えるようになった、と回顧する。[44] そうしてやがて、フランスのみならず多くの外国法が翻訳されていく。司法省に出仕した加太邦憲は当時の外国法翻訳の状況を、次のようにふりかえる。

> 翻訳につき当時の状況を一言せんに、本邦近世の文化は即ち西洋文明の輸入にして、万の制度・文物を一度に輸入することなれば、洋書の翻訳急を要したるも、明治初年は洋学者の数少なきを以てその需要を充たす能わざりしが、十年前後には洋学者も増加し、二十年前後までは盛んに翻訳を為し、やや訳書も揃い、制度・文物皆これによりて緒に就き、進歩発達の途を開きたり。然れども、当時はその輸入する事項につき未だ識見もなければ善悪の区分も立たず、無暗に模倣せんとして、これ、日も足らざるの有様なりき。故に世人はこの過渡期を翻訳時代と称したり[45]

『各国刑法比照』に収録された外国刑法が翻訳されたのは、まさにこの「翻訳時代」のことである。続いて加太は、明治二十二年の明治憲法発布およびその直後より盛んになった法典論争によって、西洋の法律をそのまま日本に適用することに対する非難が高まり、「一般思想の著しく発達し来り、始めて西洋の文物を、我が風俗は素より進歩の程度に応じて咀嚼し得るに至れる」とする。加太の翻訳は「司法省に献」じ、「司法省において印刷に附し、各法衙に分賦」するものと、「私にこれを出版す」るものとあった。司法省から出版されたものは、「過渡時代のものなれば、今は価値あるものにあらず、されども一時は参考として大いに役立ちたり」。自費出版のものも翻訳語の追求や研究のために用いられたようである。

そうした状況と藩刑法の事情とを鑑みると、「官版」である『各国刑法比照』は、司法省翻訳の外国刑法を借用した可能性が考えられる。フランス刑法にかぎって言えば、『各国刑法比照』および『各国刑法類纂』の両書は、同一の底本、すなわち『仏蘭西法律書』より規定を引用する。箕作麟祥『仏蘭西法律書』には、初訳本・校正本・増訂本の三種類が存在するが、『各国刑法比照』・『各国刑法類纂』は両書ともに、校正本『仏蘭西法律書』を底本とした。[46] しかし、その他すべての各国刑法が同様の底本を利用しているわけではなく、特にドイツ各邦刑法については顕著な差異がみられる。それでは引用に供された史料は何か。ここで、次にかかげる史料に注目したい。

3 『各国刑法比較纂集』

法務図書館が所蔵する『各国刑法比較纂集』[47]は、ドイツを中心としたヨーロッパ刑法の翻訳・調査過程で作成された史料である。史料には、「元老院ニ於テ「フルベッキ」氏口授」との朱書がある。オランダ系アメリカ人フルベッキは、多くの外国法翻訳にたずさわり内閣文庫などにもその足跡が残されているが、もとは布教のため来日した宣教師であって、法律の専門家ではなかった。それゆえ、近代日本法制史の領域では、ボアソナードやロエスラーに比して、フルベッキの果たした役割は必ずしも重視されていない。この点についてはじめて言及したのは、大橋昭夫およ

び平野日出雄両氏である。[48] 事実、フルベッキはフランス語でナポレオン法典を読んでおり、箕作麟祥は『仏蘭西法律書』翻訳の過程においてわからないところをフルベッキに質問していた。[49] 大橋・平野両氏はフルベッキが口述した外国法をいくつか紹介するが、そのひとつに国立公文書館所蔵内閣文庫『独逸聯邦及各国刑法比較書』がある。[50] フルベッキが元老院に雇われていた明治八年より同十年までの間に翻訳したものと推定し、改定律例や旧刑法の制定に大きく貢献した可能性を示唆する。

法務図書館が所蔵する『各国刑法比較纂集』は、前掲の内閣文庫『独逸聯邦及各国刑法比較書』をもとに作成された簿冊である。[51] 冒頭には、「独逸聯邦及各国刑法比較書」との墨書に朱書で「独逸聯邦及」および「書」に抹消線が引かれ、「纂集」の文字が加えられた。両書の大きな違いは、その分量である。『独逸聯邦及各国刑法比較書』は九四丁の簿冊一冊のみで、第三十まである目次のうち第七までしか本文がない。その一方で、『各国刑法比較纂集』は『独逸聯邦及各国刑法比較書』の七倍以上にのぼる七一三丁、全三冊から成る膨大な調査史料である。法務省の目録は「明治二十年前後の文書と思われる」との説明を付す。[52] フルベッキが元老院に雇われたのは先述の通り同十年までであり、なぜこのような解題を付したのか定かではない。しかし、膨大な量の『各国刑法比較纂集』をひもとくと、そのなかに、氏家とか今村といった、『独逸聯邦及各国刑法比較書』にはみられない人物が登場する。そして何より『各国刑法比較纂集』と『各国刑法比照』に収められたドイツ各国刑法は、語句がすべて一致するわけではないが、両者は共通の資料をもとに作成された関係が認められるのである。[53] 以下『各国刑法比較纂集』の背景について検討する。

フルベッキが元老院にて「口授」した『独逸聯邦及各国刑法比較書』を筆記したのは、元老院権大書記生光増重健である。光増重健通称三郎は、天保十二（一八四一）年正月生まれの三潴県士族で明治元年より同十年官を辞するまで新政府に出仕するが、その役職は書記などの雑用がおもなものであった。[54] フルベッキ翻訳の筆記には、光増のほか

にも数名かかわった人物がいるものの[55]、明治九年一月以降光増は、「只一人ニテウュルベッキ氏対訳引受居」っていた[56]。光増の出仕した元老院「調査課」は、「既定ノ法令規則ヲ詳明ニシ旧典古記中ノ法律ニ関スル者ヲ編纂シ各国ノ法律ヲ研精シ且洋籍ヲ翻訳」し、また、「雇外国人ヲ管理シ之ニ就テ疑義ヲ質問シ翻訳ヲ命シ口訳ヲ筆記ス可シ」[57]という職掌である。フルベッキは聖書の翻訳をおこなうなど語学能力に優れていたことで知られ、光増が従事したのはおそらく、フルベッキの言葉を筆記するという書記としての作業であった。このほか『独逸聯邦及各国刑法比較書』をめぐる光増重健とフルベッキにかかわる史料は少ないが[58]、公文録に興味深い史料がある。すなわち、明治九年六月二十三日、元老院雇の光増を「司法省へ採用被致度」とする文書である[59]。司法省へ光増が借りだされることについて元老院は「差支無之」と許可したが、光増は「病患」のため出頭せず、同年十月の再度の照会がおこなわれた。その後の光増の活動は定かではないものの、翌十年に新政府を「廃官」となっている[60]。

司法省が光増重健を指定して元老院に人材の借りだしを依頼したのは、おそらく、光増のフルベッキにかかる法律知識が重用されたからであろう。特に明治九年五月には、ボアソナードを中心とする法典編纂が開始し、同年十二月二十八日、旧刑法草案「第一稿」が校了する[61]。司法省において、当時としては手に入りにくいドイツ各邦の刑法をフルベッキの知識に求めたことは容易に考えられる。光増が司法省へ出仕できなくとも、写本の送付で法律知識の授受は可能となる。以上のように考えれば、司法省旧蔵書を引き継ぐ法務図書館が『独逸聯邦及各国刑法比較書』と類する写本を数種所蔵する経緯にも納得できる。

さて、司法省においてフルベッキによる法律知識が求められた可能性を示唆したが、法務図書館所蔵『各国刑法比較纂集』はあくまでも『独逸聯邦及各国刑法比較書』を下敷きとしてあらたに書き加えられた稿本である。先述の通り、史料中には、「氏家訳」とか「今村研介訳稿」といった具体的に翻訳にたずさわった人名が散見される[62]。

今村研介は、嘉永二（一八四九）年六月五日長州に生まれ、明治八（一八七五）年二月十八日に陸軍省一三等に補

せられたのが政府への初出仕である。[63] 同年八月には司法省に出仕、同十三年に依願免官となるまで司法省で働いた。その後、内務省御用掛、衛生局事務などを歴任し、翌十四年五月七日、太政官法制部に勤務、同年十月二十七日には参事院書記生に任命された。同二十年に司法参事官となるまで、今村は太政官、おもに参事院で法典編纂の御用掛や制度の取調などをおこなっている。山脇玄[64]とともに『独逸六法』[65]の翻訳書を出版するなどドイツ語の翻訳能力に長けていた。一方の「氏家」は、姓のみで判然としないが、明治十年代から二十年代にかけて司法省に出仕した人物に三等属「氏家邦憲」なる者の名がみえる。あるいは『独孛政典』[66]の出版にたずさわった「氏家禎介」なる人物であろうか。氏家禎介は明治政府に出仕した形跡はないが、今村研介との共通点がある。すなわち、村田保も栄誉会員を務める独逸学協会員なのである。[67]

『各国刑法比較纂集』は、フルベッキ口述の『独逸聯邦及各国刑法比較書』をもとに作成されたものであるが、すべてがフルベッキの翻訳によるものではない。フルベッキが入手した何らかの資料を今村と氏家が翻訳することで全体を完成させたのか、あるいはフルベッキが中断した作業を今村と氏家が引き継いだのかは定かではないが、いずれにせよ、先述のように「明治二十年前後の文書」というのは誤りであろう。『各国刑法比照』に引用された条文に、『各国刑法比較纂集』に摘示される条文と同じものが大量に引用されている点は、『各国刑法比較纂集』は少なくとも明治十六年頃までには翻訳が終了し、村田保は何らかの形で『各国刑法比較纂集』あるいはその写本を入手して『各国刑法比照』の各国刑法の転載に供したと考えられる。

(三)　羅馬法について

以上、法務図書館に残された類書をもとに『各国刑法比照』に収録されたヨーロッパ刑法について検討したが、先掲の三つの史料には「羅馬法」は収められていない。ここで項を改めて『各国刑法比照』にローマ法が掲載された理

由について検討を加える。

『各国刑法比照』には当時の現行ヨーロッパ刑法を多数収録する一方で、十世紀以上も昔のローマ法が収められた。三十三項目にわたる規定が逐条列挙されたが、これはきわめて珍しいことである。というのも、いわゆるローマ法は民事の法として認識されるもので、そのなかからあえて「刑法」だけ、刑事法のみを抜き出して検討する学問的重要性は非常に低いと考えられるからである。[68]

ところで明治十三（一八八〇）年六月、村田保は、旧刑法が元老院での審議を終了し公布される運びとなるとすぐに、法律調査のためドイツへ派遣されることとなる。同年五月四日、「太政官権大書記官村田保外一名法律並地方編成法取調トシテ独逸国へ被差遣」ことが奏上され、[69]同年六月十日、仏国郵船に乗船しマルセイユ経由でドイツの首都ベルリンへ向かった。ドイツでは、出来上がったばかりの旧刑法に関する意見交換や、憲法や行政裁判法といった新たに制定する法律研究をおこなっている。

滞在は当初の予定よりも二ヶ月あまり延長が許され、[70]翌十四年七月十六日、英国ピーオー会社汽船で帰国した。このドイツでの法律調査の内容は、明治二十（一八八七）年に『独逸法律書』（全九六巻）[71]として刊行され、その後の法制に大きく寄与することとなる。この『独逸法律書』第九五巻には、「羅馬刑法」と題する二五〇頁にものぼる調査資料が収められた。これは、明治十四年一月初旬から三月下旬まで「在伯林大学大博士「ベル子ル」氏ニ就テ聞キタル日本刑法会議附録」[72]の一部であって、羅馬法に関するベルナーの註釈や規範内容、制定に至った経緯などを収録した。そして何より特筆すべきは、『各国刑法比照』に含まれる羅馬法の大部分と『独逸法律書』所収「羅馬刑法」との間には、内容的に同一の底本を使用した関係が認められる。すなわち、『各国刑法比照』に引用された羅馬法の規定は、すべて『独逸法律書』所収の羅馬刑法の内容と一致するのである。このことは、列挙された各国刑法の多くが司法省での旧刑法の編纂過程において蒐集されたものである一方で、『各国刑法比照』には、旧刑法制定後、明確な

目的意識のもとでおこなわれたドイツでの法律調査の成果が盛り込まれたことを意味する。すなわち『各国刑法比照』は、フランス法を中心として諸外国刑法と比較しながら各条を起草するという旧刑法編纂当初とは、異なった知見のもとで作成されたということが指摘できる。

㈣　日本刑法草案「外国関係処分」条項の存在

ここまで『各国刑法比照』編集の事情をさぐるため、収録された各国刑法に基づいた分析をおこなったが、ここで『各国刑法比照』がどのような目的で作成されたのかを示唆するひとつの条文に注目したい。くり返しになるが『各国刑法比照』は、旧刑法を軸に「古今各国ノ刑法」を逐条的に対比させたものである。しかしそのなかには、旧刑法に規定の無い条項がひとつだけ収録される。すなわち旧刑法の司法省確定草案である「日本刑法草案」から抜粋された「外国関係処分」に関する条項である。

明治十（一八七七）年十一月二十八日、司法省において完成した「日本刑法草案」は太政官へ上呈された。そのうち第四条から第八条は、現行刑法にも類似の規定のある、刑の場所あるいは人に関する適用範囲を示す条項である。同条項はその後の審査機関である刑法草案審査局において、「外国人関係ハ一切之ヲ削除スルコト」[73]との明治政府の方針に従って削除され、旧刑法には規定されていない。その日本刑法草案「外国関係処分」条項は『各国刑法比照』中、旧刑法第四条と第五条の間に挿入された。しかも、『各国刑法比照』に日本刑法草案が引用されたのは、「外国関係処分」条項のみ、他に類をみない。日本刑法草案が旧刑法として成立するまで、四十八条の条文が削除され、その他も修正が加えられたが、そのうち、同条項のみが収録されたのは特筆すべきことであろう。

外国関係処分　日本刑法草案ヨリ抜抄

日本人ハ外国ニ在テ日本国ノ安寧ニ関シ又ハ日本ノ貨幣及ヒ貨幣ニ代用スル銀行ノ証券ヲ偽造変造シ若シクハ国璽官印記号極印ヲ偽造スル重罪軽罪ヲ犯シタル者ハ日本ノ法律ニ依テ処断ス

若シ其罪ヲ犯シタル外国ニ於テ已ニ確定ノ裁判ヲ受ケタル者ハ再ヒ之ヲ裁判スルコトナシ

日本人外国ニ在テ前条ニ記載シタル以外ノ重罪軽罪ヲ犯シタル時ハ左ノ条件ノ具備スルニ非サレハ日本ノ法律ニ依テ処断スルコトヲ得ス

一罪ヲ犯シタル国ニ於テ未タ確定ノ裁判ヲ受サル時

二犯人日本国ニ帰来リ又ハ外国ヨリ交付ヲ得タル時

三日本国ノ法律及ヒ罪ヲ犯シタル国ノ法律ニ照シテ重罪軽罪ト為ス可キ時

四被害者又ハ外国政府ヨリ日本政府ニ告訴告発ヲ為シタル時

五罪ヲ犯シタル国ニ於テ大赦ヲ受サル時

六罪ヲ犯シタル国ノ法律ニ照シ公訴ノ期満免除ヲ経サル時

日本人ハ外国政府ヨリ処刑ノ為メニ交付ヲ求ムト雖モ之ヲ交付セス

外国人日本管内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ハ日本ノ法律ニ依テ処断ス

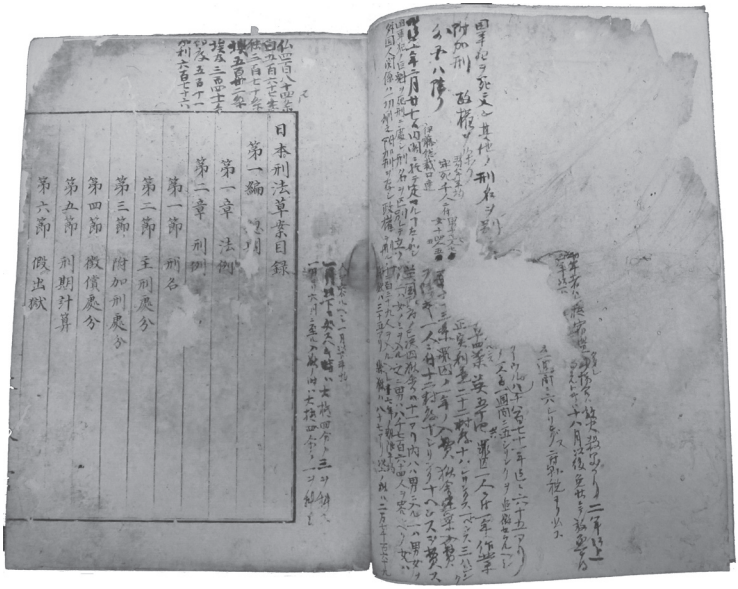
外国人外国ニ在テ日本国ニ対シ第四条ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者ハ外国ニ於テ確定ノ裁判ヲ受ケスシテ日本国ニ来ル時ハ日本ノ法律ニ依テ処断ス[74]

続いてフランス治罪法、ベルギー・ドイツ・イギリス・オーストリア・ロシア・スウェーデン・カリフォルニア・プロイセンの各国刑法、一八六六年のイタリア刑法草案の他、ドイツ連邦・スイス連邦の各州法[75]に加えて、唐律・明律・清律・大宝律の関連条文が引用された。なぜ「外国関係処分」のみ日本刑法草案より引用・収録したのかについて明文はない。

そもそも旧刑法の成立過程において日本刑法草案「外国関係処分」条項が削除された背景には、幕末に締結された一連の不平等条約の改正問題が大きくかかわっている。同条が削除されたのは、司法省での編纂ののち元老院での審議を円滑ならしめるために設けられた刑法草案審査局（以下、「審査局」とも呼称する）においてである。[76] 審査局総裁伊藤博文の口達によって「総則第四条以下外国ニ関スルノ箇条」は削除されることとなった。ところが当初、こうした国外犯や外国人の国内での犯罪に関する規定は、旧刑法の編纂においてもかなり早い段階から起草されていた。すなわち、司法省でボアソナードが編纂に加わる以前の日本人のみによっておこなわれた起草作業では、「内外交渉犯罪」という名称で起案され、一定の成稿をみる。[77] ボアソナードが編纂に加わった後は、いくつかの修正が加えられ、最終的には日本刑法草案第四条から第八条までが起草され、存置されたまま太政官へ上呈された。しかし結局のところ審査局での削除を受け、元老院を通過し、削除されたままの状態で旧刑法が成立する。そうして削除された条文がどのような経緯で『各国刑法比照』に復活したのか、村田の真意をあきらかにする直接的な史料はみあたらない。そこで、ここでは審査局における「外国関係処分」条項の削除をめぐる史料上あらわれる議論の変遷をたどることで、その手がかりを得たい。

刑法草案審査局の審査委員には村田保も含まれる。しかし、審査局での具体的な審議の様子は、司法省での会議筆記が残されていることと対照的に、その模様を記した史料がみつかっておらず、旧刑法にかかる重要な修正が施された審査機関であることが認識されながら、実証的な研究はいまだ進展していない。しかし筆者は近年、慶應義塾大学図書館所蔵の村田文書のなかに、日付や「鶴田氏曰く」の文言といった、いわば審査局の会議記録的な要素を持ち合わせたものが存在するということを発表した。[78] 特にそのうちの村田本「日本刑法草案　全四冊」は、修正にあたって実際に参照した外国刑法に関する具体的な書入が認められ、当時の談話や回顧録といった伝聞でしか知り得なかった審査の様子の、具体的な痕跡があきらかとなる史料と位置づけられる。ちなみに刑法草案審査局の史料とみられるも

写真１　慶應義塾大学図書館所蔵　村田本「日本刑法草案　全四冊」（見返）



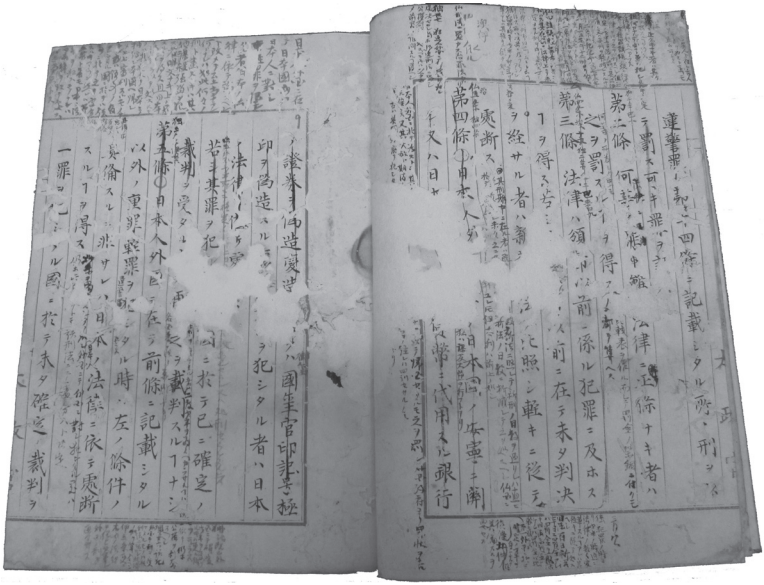
※印刷のため、写真には色調と背景に若干の修正を施した。

のは断片的に発見されている[79]が、村田本「日本刑法草案　全四冊」は、従来紹介されてきた他の史料の様式とは異なり、太政官橙色十行罫紙を使用し[80]、審査局が開局されてからかなり早い時期に作成され、菅見の限り「外国関係処分」の削除の過程を知ることができる、唯一の史料である。

村田本には、朱・青・黒によるいくつかの書入が認められる。このうち、朱墨によるものは開局された明治十一（一八七八）年一月十四日から同月末頃までの書き込み、青墨は三月以降の会議での決定事項を記したものである。上部余白などにみられる墨筆は外国刑法に関するものである。

村田本「日本刑法草案　全四冊」の冒頭には、「伊藤総裁口達」・「明治十一年二月廿七日内閣ニ於テ定マルコト左ノ如シ」・「外国人関係ハ一切刪之」とある（写真1）。この記述に従えば、公文書上には残されていない内閣からの「口達」によって、明治十一年二月二十七日に外国人関係の条文は削除するとの決定が下された。史料では、第四条・第五条

写真２　村田本「日本刑法草案　全四冊」（八丁裏・九丁表）



※印刷のため、写真には色調と背景に若干の修正を施した。

の下に朱での丸が認められながら、そのうえから青で抹消線が引かれている（写真2）。もともと太政官内に設置され、内閣を超える権限を有さない刑法草案審査局において、青墨による条文の抹消は当然のことといえよう。

ところでこの「伊藤総裁口達」とのメモ書きは、史料を扱う実証的な研究分野において非常に重要な示唆を与えてくれると思料する。そもそも明治政府の行政機関は、公文書の授受によってその事務が遂行された。それは、江戸幕府統治下においても存在した手限と黄紙の関係にもみられる、上位機関の専決事項に対する伺と、それに対する指令をくだすことによって機能するものである。明治初期の裁判に限っていえば、霞信彦氏の指摘のように、伺・指令裁判体制とも呼べる司法省と各裁判所との間で法令の解釈をめぐってさまざまな文書のやりとりがあった[81]。審査局は、先述のように旧刑法の草案が元老院において滞りなく審議を進められるように設置されたものである。審査委員は、起草にたずさわった

司法省・その後の審議を担当する元老院・そして太政官法制局の各機関から選出されたが、その実は法制局が審査の主導権を握っており、元老院で法案が覆されることのないよう設置されたものであった[82]。明治期には、六法典に限っても数多の草案が起草され多くの機関がそれぞれの権限のもとでその試案を作成したが、「構想を持つ」ということと、それを「実行に移す」ことができるというのは、全く別物である。審査局総裁は参議伊藤博文である。太政官からの審査委員が総裁となるというのは、旧刑法制定を実行に移すための体制固めが出来上がったということを意味する[83]。史料に残された伊藤博文の「口達」は、役職を「兼任」しているからこそできるもの、そして公文書には残されない各機関のやりとりがあったということを想像させる。すなわち、明治政府の文書行政にひそむ官僚組織の陰の実態を示唆するものといえよう。

さて、かくして「伊藤総裁口達」によって日本刑法草案「外国関係処分」条項は削除されたが、その経緯が読み取れる村田本「日本刑法草案　全四冊」九丁表には、興味深い書入がある。すなわち、上部余白の朱書と九行目の青書である（写真2）。朱墨による記述は次の通り。

日本□（人外）国ニ在テ日本国或ハ日本人ニ対シ重□（軽）罪ヲ犯シタル者ハ、日本ノ法律ニ依テ論スヘシト改メテ至当ナラン、何トナレハ如此何々ノ刑ト画スルトキハ、其他謀殺強盗ヲ犯ス者明文ナキ上ハ別スルコトヲ得ス、且日本ノ□□（法律）ヲ以テ処スルモノハ其犯人ヲ日本ニテ捕獲シ本国ヘ帰シタル上審判スルモノナラン、或ハ領事ノ発遣シタル国ニ於テハ領事ニ於テ之ヲ処分スルコトアラン、然レハ第五条ト雖モ日本ノ法□（律）ヲ犯スモノナレハ日本律ヲ以テ処スルヲ当然トス[84]

右から、外国において日本あるいは日本人に対する犯罪が日本人によっておこなわれれば、現在の軽犯罪法にあたる違警罪を除いて、いかなるものであっても日本の法律で処断することが妥当であるという内容が読みとれる。これは、

村田の手による、審査局における正式な会議の予備のために作られた朱墨の書込である。その後、内閣の削除決定によって条文は削除されるが、同丁九行目には興味深い青書がある。すなわち、

（日本人
此条ヲ掲□ケスシテノ処シ外国ニテ外国ニ対シ犯シタル罪ハ
仍ホ此条ヲ欠□□□クトモ該刑法ニテ処分スト決定

条文上は明記しないが、実務上は草案どおりの運用とするよう決定した、とある。

旧刑法は公布後すぐに改正案が作成され、明治二十四（一八九一）年には帝国議会に旧刑法の改正案が提出された。同法案は結果的には審議されずに終わるが、そのなかには「外国関係処分」に類似する条項の存在が認められる。不平等条約改正のためやむなく削除された同条であるが、外国人法律学者からの批判も少なくなかった[85]。冒頭で触れたが、明治十六年五月、参事院は結果的には廃案となる旧刑法の改正案を起草した。吉井蒼生夫氏は、この「参事院総会議提出案」に対するボアソナードの意見書の存在を指摘する[86]。参事院総会議提出案には外国関係処分条項にかかわる内容について特に明記はないが、ボアソナードは次のような意見を述べている。旧刑法に外国関係処分条項が存在しないのは「余カ常ニ異ム」ものであって、「日本刑法ニ明文ナキカユヘ欧州ニ於テ盗又ハ殺人ノ罪ヲ犯シタル日本人ハ特別ノ条款ナキモ之ヲ日本ニ於テ罰シ得可シト信スルハ誤解タルヲ免カレサルナリ[87]」。このボアソナードの意見は、村田本にみられる日本刑法草案の属人主義規定について「此条ヲ欠クトモ該刑法ニテ処分ス」とする書き込みが、政府の共通の認識（誤解）であったと裏付けるものとなろう。

では、村田が「外国関係処分」条項を『各国刑法比照』にあえて引用したのは、同条が旧刑法に見えないペンで記

された条文であることを示しているからなのであろうか。先に羅馬法の底本として明治十三年より一年にわたっておこなわれた村田のドイツでの法律調査が用いられたことを述べたが、村田の回顧録には次のような記述がある。

（ベルナー博士がいうには――筆者註）此の法案は私の眼玉で、欧羅巴人から是れは斯うだが、之を是非とも日本に行えとは言わない、日本の慣習も民情も知らぬから、是が適当であるとか、斯う云う風に改正なさいとは私は言わない、ソレは其国の人でなければ迚も外国人が他の国の法律を作る事は出来ない、唯欧羅巴人の眼より見れば斯様に思うと云うだけしか言えない[88]

村田はベルナーのいう、法律はその国の人が作るべきであるとの考え方に非常に心を打たれたようである。以上を考慮するなら、外国関係処分条項は、むしろその条項の重要性を認識して盛り込まれたものではないだろうか。ドイツ帰国後に編集された『各国刑法比照』は、単に旧刑法の内容を解釈するためのものというよりも、将来的には旧刑法の改正を視野に入れて作成された「立法資料」である、と私は考えたい。

三　結　語

明治二十五（一八九二）年八月、法典論争のさなかに発行された『法学協会雑誌』には、次のような一節が掲載されている。

上帝の冥助に依り、余は他日古今各国の法律は総て之を蒐集し、其法規を類別対比したる法律全図（Theatrum legale）を製出せん事を期す[89]

余とは、ドイツの哲学者、ライブニッツのことである。これは、後に現行民法の起草にたずさわることとなる穂積陳重が執筆した文章のなかにみえるもので、穂積はライブニッツを「法学革命の預言者」とし、「歴史法学比較法学の主唱者」であるとした。

法典論争とは、明治期にただひたすら近代化すなわち西欧化されていった日本の法典、特に民法・商法に対して警鐘を鳴らしたものとして知られる。論争が激化する明治二十年代半ばよりも十年ほど前に作成されたのが、本稿の分析対象とした『各国刑法比照』である。ドイツに学んだ村田保が、ライブニッツのいう「法律全図」の創出をめざして『各国刑法比照』をまとめたのかどうか、明確な史料は見いだせない。しかし、西洋刑法からドイツの各州刑法、羅馬刑法、古代律から江戸期の藩刑法に至るまで「古今各国の法律」を「類別対比」した『各国刑法比照』は、新しい日本にふさわしい刑法を模索するために編集されたものなのではないかとの想像を誘起させる。

村田保がドイツに滞在している明治十三年から十四年にかけて、日本は政治的な転換期であった。なかでも明治十四年の政変は、それまで優勢だったフランスあるいはイギリス学からドイツ学へと準拠理論の転換をみた契機と考えられる。[90] 事実、同年に独逸学協会が設立され、ドイツ学優位へと変化した。しかし、本稿でみてきたように、同十三年の時点で村田保や山脇玄がドイツへ法律調査に出発し、あるいはそれよりも前の段階でフルベッキにドイツ連邦の刑法の翻訳を命じていたことを考えると、フランス法主流であったとしても、法制の場においてドイツ法の選択肢も存在していたことが指摘できる。

旧刑法は、ボアソナード草案が下敷きとなっていることから、フランス法の影響を強く受けるものである。明治政府の立法事業はかなり早い段階からすすめられたが、刑事法にかぎっていえば、明治三年に新律綱領、同六年には改定律例と、およそ広義の法典と呼べるものが制定された。そのようななかで旧刑法が編纂された背景には、幕末の不平等条約改正のためには近代化した法典編纂が必要であること、[91] あるいは西洋の法律知識の流入によって、西洋型の

「刑法」・「治罪法」の方が「律」よりも合理的に裁判をすすめられること[92]などがある。当面のお手本としてフランス法が大きな役割を果たしたが、一方でイギリス法やドイツ法などの「取調」も進められた[93]。

明治十二年、井上馨の外務卿就任にともなって、それまでの不平等条約改正方針に転換期が訪れる。すなわち、条約改正のために近代化した法典編纂を約束することは主権侵害で内政干渉を引き起こすとの見解が台頭、明治二十年代には法典論争となって現れる。旧刑法には存在しない「外国関係処分」が、この条項のみが『各国刑法比照』に転載されていることを考慮するなら、本書は単なる参考資料ではない。不平等条約改正のため無分別に削除された「外国関係処分」条項をあらためて『各国刑法比照』に盛り込むことで、同条項は日本においても規定されるべきであること、体系的な近代刑法には必要な条項であることを示した。すなわち、旧刑法の欠陥を認識して意図的におこなわれたのである。

ドイツから帰国した村田は、「国粋論」に傾倒するようになる。ベルナーの助言によって「法律は国民の手で起草するべきである」との意識を強め、法典論争でも貴族院議院において延期法案を提出するなど旧民法・商法典施行延期派の急先鋒として活躍した。村田保を通じて『各国刑法比照』をみていくと、本書は、旧刑法を題材としてその法的意義をさぐり、将来的には旧刑法の改正をも視野に入れて作成された資料ではないか、と考えられよう。すなわち『各国刑法比照』は、旧刑法の一部あるいは全部の改正を促す「立法資料」と位置づけられるのである。

以上、『各国刑法比照』をあきらかにする手がかりとして、関係史料をめぐるさまざまな問題について論じてきた。本稿で扱った史料はいずれも断片的なもので、今後さらなる史料の博捜ないしは研究の進展が求められよう。明治政府内でおこなわれた「取調」すなわち現在でいうところの調査というのは、それぞれの機関において個別的におこなわれていた一方で、双方で翻訳書あるいはお雇い外国人などの人物の貸し借りがおこなわれており、知識の共有がおこなわれていた。各機関での取調は、相互に直接に密接に関係しているものではないが、「翻訳時代」と呼ばれる明

治十年代までは、外国の知識を共有することは重要なことであった。本稿で提示した元老院と司法省や参事院議長山県有朋と村田保、独逸学協会をめぐる人的関係などは、今後、個々の詳細な分析が必要となろう。特に、『各国刑法比照』と参事院における旧刑法改正案との関係については、史料に基づいたさらなる検討を要する。また、『各国刑法比照』所収の各刑法は古今・各国と時代と場所を縦断するものであって、ひろい視野に基づいた分析が必要である。[94] さらに、本稿で示した原本の探究は、写本の前後関係など、法務省などに残される諸史料の成立時期を特定する材料となろう。

このように、『各国刑法比照』については多くの課題が残されているが、本書をあえて研究の俎上に乗せることで、さらなる研究の進展を期すことができるのではないか。

（1）村田保は、明治初期から中期にかけて法制官僚として活躍した。明治十八年の元老院議官任命を経て同二十三年貴族院議員となる。法典論争に際しては延期派の急先鋒となり、シーメンス事件では第一次山本権兵衛内閣を捨て身で糾弾するなど、激情の人物として知られる。生前に著された伝記として、大日本水産会編『村田水産翁伝』（大日本水産会、一九一九）がある。本稿で扱う村田保と旧刑法との関係については、拙著「旧刑法の成立と村田保――数罪俱発条を手掛かりとして――」（法学政治学論究、七九、二〇〇八）を参照されたい。

（2）四六判、計三三六一頁。

（3）明治十三年七月十七日公布、同十五年一月一日施行。旧刑法は、明治四十一年十月一日の現行刑法の施行に伴って廃止された。

（4）『各国刑法比照　一』所収「各国刑法引書」の列挙順による。原文は左の通り。

仏蘭西　白耳義　独逸　英吉利　墺地利　伊太利　魯西亜　瑞典　瑞西　丁抹　埃及　印度　合衆国　加利堡爾尼　巴西　児　和蘭陀　土耳格　細々利　布哇　西班牙　羅馬法　普魯西　搦遜　挨塞　メクレンブルグスエーリン　サクソンバイマールアイゼナック　チューリング　ブロンズウイク　リフベック　ハンブルグ　バエールン　ヲルテンブルグ　不来梅　シヤフハウゼン　アッペンチエール　ベルン　ズリック　サクソンアルテンブルグ　ウールテンブルグ　バーデン　唐律

明律　大宝律　仮刑律　新律綱領　改定律例　琉球新集科律　旧幕教令類纂　熊本藩刑法　和歌山藩国律　盛岡藩律　弘前藩刑法　仙台藩刑法　亀岡藩議定書　名古屋藩仕置定　新発田藩新律

引書には掲げられていないが、このほか清律や監獄則などの引用も認められる。

(5) 手塚豊『明治刑法史の研究　中』（慶應義塾大学出版会、一九八五）所収「明治初年の和歌山藩刑法」一二四頁、「和歌山藩国律」一五八頁、「刑法局格例調考」一九六頁。また、手塚豊教授退職記念論文集編集委員会編『明治法制史政治史の諸問題』（慶應義塾大学出版会、一九七七）所収平松義郎「維新期名古屋藩の徒刑史料――村田本『旧名古屋藩定書』――」では、『各国刑法比照』と村田本『旧名古屋藩定書』との比較がおこなわれた（五八八頁）。

(6) 法務図書館『法務図書館所蔵貴重書目録』（法務図書館、一九七三）一四頁。目録の整理は手塚豊氏を中心におこなわれた。『各国刑法比照』は、国立公文書館所蔵内閣文庫に十二部の所蔵が認められるほか、慶應義塾大学、中央大学、筑波大学の各大学附属図書館が六冊完本を所蔵する。法務図書館には、一・四・五巻の所蔵が認められる。本稿を執筆するにあたっては、慶應義塾大学図書館所蔵『各国刑法比照』（全六冊）を参照した。

(7) 近年刊行された日本法制史の概説書（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、二〇一〇）においても、「明治十四年の政変は政府内でプロイセン型の憲法制定方針が確立をみる画期となった」（二五九頁）とある。

(8) 旧刑法に関する研究は多数あるが、代表的なものに、新井勉「旧刑法の編纂」一・二（法学論叢、九八―一・四、一九七五）がある。また、西原春夫・吉井蒼生夫・藤田正・新倉修編著『旧刑法〔明治十三年〕』（日本立法資料全集二九―三五、信山社、一九九四―二〇一〇）は旧刑法に関する史料を網羅的に紹介し、解題を付したものといえる。最新の研究には、拙著「旧刑法『数罪俱発』条成立に関する一考察――司法省段階における編纂を中心として――」（法学政治学論究、七六、二〇〇八）がある。

(9) 前掲拙著「旧刑法の成立と村田保」は、村田保について、旧刑法制定の陰の立役者であったことを指摘する。村田は後述する刑法草案審査局において太政官より派遣されて実務的役割を担い、さらにはその後の元老院会議のなかで「内閣委員」として旧刑法を速やかな成立に導いた。

(10) 本稿において史料より引用をおこなう場合、旧字・合字・異体字等はすべて新字に改めて表記する。また、既出の史料・文献等については、重複を避けるため前掲「〇〇〇」と省略することとする。

(11) 『各国刑法比照　一』巻頭。句読点は筆者による。

（12）編集の経緯や史料の果たした役割などに関する公文書や日記類といった史料は管見のかぎりみあたらない。個人所蔵のものなどを含めたさらなる史料の博捜が求められる。大方の教示を請う。

（13）手塚豊『明治刑法史の研究　上』（慶應義塾大学出版会、一九九四）所収「明治十六年・参事院の刑法改正草案」、吉井蒼生夫『近代日本の国家形成と法』（日本評論社、一九九六）一〇三―一〇六頁、新井勉「明治十六年参事院の刑法論小考――明治政府の憲法構想と刑法秩序の不整合序説――」（日本法学、六三―一、一九九七）六―九頁。ちなみに旧刑法は、現行刑法の公布をみる同四十年に至るまで「明治二十三年改正刑法草案」（高橋治俊・小谷二郎編『刑法沿革綜覧』日本立法資料全集別巻二、信山社、一九九〇）をはじめとする多くの改正草案が起草された。現行刑法制定に至る過程において、旧刑法の改正作業と新法制定作業の区別をどこに求めるかについては、前掲吉井『近代日本の国家形成と法』に詳しい。

（14）明治十四年十月二十一日太政官第八九号達「参事院章程」第一条（内閣記録局編『法規分類大全　第一編』「官職門　官制　太政官内閣二」）。

（15）参事院に関する代表的な研究に、山崎丹照『内閣制度の研究』（高山書院、一九四二）がある。

（16）村田の任官履歴は、国立公文書館所蔵「職務進退　元老院　勅奏任官履歴原書」および『職員録』による。

（17）前掲手塚「明治十六年・参事院の刑法改正草案」二二四頁。

（18）明治八年司法省第一号達「各旧藩習慣ノ法律類似ノ罰則存在ノ分取調差出サシム」（『法令全書』明治八年）。

（19）旧刑法の性格については諸説あるものの、フランス刑法を下敷きとして起草したとするのは共通の見解である。

（20）前掲手塚「刑法局格例調考」二〇六頁。

（21）この分類は、主に前掲平松「維新期名古屋藩の徒刑史料」五八一―五八七頁による。三浦本は、「字体、製本の体裁とも、比較的丁寧、かつ良好」であった（平松義郎監修・京都大学日本法史研究会編『近世法制史料集』（創文社、一九七三）所収平松義郎「近世法制史料集　序」六・七頁）。なお、このほかいくつか断片的にみつかっている藩刑法の写本があるが、ここでは扱わない。

（22）三浦周行『続法制史の研究』（岩波書店、一九二五）所収「失はれたる近世法制史料」および前掲平松「近世法制史料集序」。なお、三浦本藩法史料は中沢巷一監修・京都大学日本法史研究会編『藩法史料集成』（創文社、一九八〇）として復刻された。このほか、牧健二氏も三浦本を利用して京都帝国大学法学部日本法制史研究室編『近世藩法資料集成』（全三冊、京都帝国大学法学部紀要、一九四二―四四）を刊行した。

(23) 慶應義塾大学図書館所蔵「村田文書（仮称）」は、未整理のものであって、正式な目録は作成されていない（前掲拙著「旧刑法の成立と村田保」一四二頁）。
(24) 前掲平松「維新期名古屋藩の徒刑史料」五八六頁。
(25) 前掲平松「維新期名古屋藩の徒刑史料」五八五―五八七頁。
(26) 村田保講談会筆記「法律の沿革」（『講義録』一〇号、一八九三）三頁。
(27) 前掲『村田水産翁伝』二二頁。
(28) 校正律例については、手塚豊氏が「校正律例について」（前掲『明治刑法史の研究　上』）において詳細な研究を残している。
(29) 村田保『律例権衡便覧』（全五巻、法制局蔵版、一八七六）。
(30) 前掲手塚「刑法局格例調考」二〇六頁。
(31) 「参事院章程」第八条第二。
(32) 仮刑律についても同様である。その後の新律綱領は、漢字片仮名交じりの形式で制定された。なお、村田保は新律綱領の制定にも関与している（前掲手塚『明治刑法史の研究　上』所収「新律綱領編纂関係者考」）。
(33) 前掲平松「維新期名古屋藩の徒刑史料」五八六・五八七頁。
(34) 『刑法表』（司法省、一八八三）。近年、『日本立法資料全集　別巻二八八』（信山社、二〇〇三）として覆刻された。
(35) イタリアのみ、一八六八年草案と新刑法の双方を比較に応じて掲載する。
(36) 版権取得については、内務省図書局「明治十七年一月分　出版書目月報　第七三号」に、「司法編輯　刑法表　西洋形大本一冊　同三円四十銭　司法省」と掲載された（木村毅監修・明治文献資料刊行会編『明治前期書目集成　第三分冊』明治文献、一九七一）。
(37) 『刑法表』例言には、旧刑法の参考資料である旨の記述がみられる。
(38) 静岡大学付属図書館『静岡地方裁判所掛川支部寄贈図書目録　明治期刊行法律書』（静岡大学付属図書館、一九八六）。
(39) 注（6）で述べた通り、『各国刑法比照』は内閣文庫に多数の所蔵が認められるが、他機関にはほとんどみあたらない。ちなみに版権は当時、すべての出版物が取得したものではなかったが、村田保は自著『刑法註釈』・『治罪法註釈』（それぞれ全八巻、内田正栄堂、明治十三年）の出版に際して版権取得の申請書を提出している（国立公文書館所蔵「公文録　明治

十三年　官員六月」所収「権大書記官村田保刑法并治罪法註訳出板板権願ノ件」）。

(40) 明治十四年十二月十五日司法省決議「第八局処務規程」第一条（前掲『法規分類大全』「官職門　官制　司法省一」）。前月二十八日の司法省達では、「法律規則ノ増補改正ニ関シ之ヲ調査スルヲ掌ル」とされていた。

(41) 『各国刑法類纂』（司法省蔵版、明治十一年六月印行）。なお、本書は明治十三年一般向けに出版される。

(42) 『各国刑法類纂』巻頭。ただし、ごくわずかではあるが皇朝律例と清律の条項も引用された。

(43) 中田薫『法制史論集　第三巻下』（岩波書店、一九七一）所収「仏蘭西法輸入の先駆」および手塚豊『明治民法史の研究下』（慶應義塾大学出版会、一九九一）所収「フランス法典の移入」。『仏蘭西法律書』が現在の「六法」の語源となったのは有名な話である。

(44) 前掲村田「法律の沿革」六頁。

(45) 加太邦憲『自歴譜』（岩波書店、一九八二）所収「翻訳書の事」一二二頁。

(46) 本稿では、明治八年翻訳局訳、印書局印行の校正本を使用した。箕作の訳語の変遷については、川口二三世「明治初期の西洋法律書の翻訳――箕作麟祥『仏蘭西法律書』の訳語について――」（国語国文、六三―一二、一九九四）に詳しい。

(47) 筆者も製作スタッフを務める霞信彦監修『法務史料展示室だより　歴史の壺』（二一、法務省大臣官房司法法制部、二〇一〇）には、法務図書館所蔵『各国刑法比較纂集』に関する史料紹介がある。

(48) 大橋昭夫・平野日出雄『明治維新とあるお雇い外国人フルベッキの生涯』（新人物往来社、一九八八）。両氏は、フルベッキが幕末維新期に活躍した外国人として高い知名度をほこりながら、その具体的な業績については詳細な研究がおこなわれていないことについて、次のように分析する。すなわち、教育・法律・政治・宗教など広域にわたる分野にかかわりながら、その果たした役割が「みな周辺の領域の助言にとどまったとみなされて、研究者が本腰を入れて研究する対象にならなかった」（二九三頁）。ただし、同書には改定律例を改定律令と称するなどの誤記が散見され、細かな表記において正確さの信憑性に危うさを含むものといえる。

(49) もっとも箕作はフルベッキの回答に対して、なかなか要領を得なかったようである（前掲加太『自歴譜』所収「司法省明法寮に入学、法学を修めし事」一〇二頁）。

(50) 国立公文書館所蔵『独逸聯邦及各国刑法比較書』（フルベッキ選、光増重健編、元老院旧蔵）は内閣文庫に二冊の所蔵が認められる。太政官橙色十三行罫紙、全九四丁。

(51) 法務図書館所蔵『独逸各国刑法比較纂集』（全三冊および全五冊）は同系統の写本とみられる。
(52) 前掲『法務図書館所蔵貴重書目録』一四頁。
(53) 両者の違いは、たとえば「ヲルデンブルグ」刑法第一条「法律上徒刑ヲ以テ罰スヘキ所業ハ之ヲ重罪トス」が「法律ニ於テ重懲役ノ刑ヲ以テ罰ス可キ所業ヲ重罪トス」と、旧刑法の制定に伴う体裁の修正にかかわるものが多い。
(54) 光増重健の任官履歴は、前掲「職務進退　元老院　判任官以下履歴原書　転免死亡ノ部」に詳しい。
(55) 国立公文書館所蔵内閣文庫『コードナポレオン附録目次』（フルベッキ選、富島永誉・光増重健編）および『仏国森林法』（フルベッキ訳、河内信朝・光増重健編）など。
(56) 前掲「公文録　職務進退・元老院　分課録　明治九年」所収「権大書記生光増重健当分宿直ヲ差許サルヽノ件」。
(57) 前掲『法規分類大全』「官職門　官制　元老院」所収明治八年十二月九日元老院議長達「議長事務局条例」。
(58) Griffis, William Elliot, *Verbeck of Japan*, New York, 1900. はフルベッキがお雇い外国人として多くの外国法や註釈書の翻訳にたずさわったこと、元老院では激務を強いられていることに言及する書簡が見受けられるものの、具体的な内容を示す史料はみあたらない。高谷道男編訳『フルベッキ書簡集』（新教出版社、一九七八）についても同様である。
(59) 前掲「公文録　職務進退・勅奏判等外雇　進退往復録　明治九年」所収「御院権大書記生光増重健当省ヘ採用致度云々司法省ヨリ照会同上回答同二十四日本人所労ニ付出頭難相成届出候旨ヲ更ニ回答ス同十月三日再応照会アリ」。
(60) 光増は九州出身の士族であることから、廃官の理由は西南戦争との関係が考え得るが、病床にあったともあり、詳細は不明である。
(61) 前掲新井「旧刑法の編纂　一」六三頁。
(62) 一冊目の第五・第六・第七および二冊目の第十に「氏家」の文字が、二冊目第十一および三冊目第十三・第十四・第十五・第十六・第十七に「今村研介」とある。
(63) 今村研介の略歴は、国立国会図書館所蔵「明治二十年　官吏進退十一　司法省一」に詳しい。
(64) 山脇玄は、嘉永二（一八四九）年福井藩医の長男として生まれ、明治三年より七年間ドイツに留学し、法学博士の学位を修得する。帰国後、明治政府のもとで、司法省・法制局・参事院の官職を歴任し、貴族院議員となる。同四十一年、ドイツ皇帝ウィルヘルム二世より王冠一等勲章を贈られる。妻房子は山脇学園初代校長である。
(65) 山脇玄・今村研介訳『独逸六法』（東京独逸学協会、一八八五・八六）。

(66) ヒュウ・デ・グレー著・中根重一訳『独孛政典』（氏家禎介、一八八三―八六）。

(67) 独協学園百年史編纂室『独協百年　第一号』（独協学園百年史編纂委員会、一九七九）所収「独逸学協会改正定款および会員名簿」。独逸学協会は明治十四年設立である。

(68) ただし、ローマ刑事法領域に関する研究が存在しないわけではない（塙浩『フランス刑事法史』（信山社、二〇〇〇）所収R・フォン・ヒッペル「ローマ刑事法」、Y・ボンジェール「ローマ刑事法」、M・カーザー「ローマ刑事法概観」）。ローマ法が日本に紹介された経緯については、森征一「山本謙三訳・英人参駝児斯註『需斯知尼安帝法典』（全二十冊）をめぐって」（法学研究、四八―三、一九七五）に詳しい。西洋法制史については、慶應義塾大学数本将典氏に有益な示唆を頂戴した。

(69) 前掲「公文録　明治十三年　官吏進退」「外一名」というのは山脇玄のことである。

(70) 国立公文書館所蔵「太政類典　明治十四年　外国交際・開港市」所収「太政官権大書記官村田保外一名独逸国滞在」。

(71) 村田保・山脇玄『独逸法律書』（全十冊、内務省、一八八八）。近年、『日本立法資料全集　別巻四五七―四六五』（二〇〇七―一〇）として覆刻された。

(72) 『独逸法律書』（第九冊、四三一頁）。明治十四年一月上旬より三月下旬まで、ベルリン大学正教授、アルベルト・フリードリヒ・ベルナーと旧刑法に関する意見交換をおこなった。その様子は、「一週間に三回づつ数ヶ月間私と相会して逐条同氏の意見を承り又は質問もあり云々」という具合である（前掲村田「法律の沿革」一六頁）。

(73) 村田保「法制実歴談」（法学協会雑誌、三二―四、一九一四）一四三頁。

(74) 『各国刑法比照　一』二一・二二頁。

(75) 搠遜、挨塞、メクレンブルグスエリン、チューリング各邦、ブロンズウィク、不来梅、ハンブルグ、バヒエール、瑞西シヤフハウゼン州、アッペンチエル州、ベルン州、ズリク州が挙げられた。

(76) 審査局については、浅古弘「刑法草案審査局小考」（早稲田法学、五七―三、一九八二）に詳しい。

(77) 早稲田大学鶴田文書研究会・早稲田大学編『日本刑法草案会議筆記　第Ⅳ分冊』（早稲田大学出版部、一九七七）所収「刑法草案編纂日誌抜抄」（二九二四―二九二七頁）および「日本帝国刑法初案」（二九三八・二九三九頁）。

(78) 前掲拙著「旧刑法の成立と村田保」一四四頁。村田本「日本刑法草案　全四冊」は、現在あきらかとなっていない刑法草案審査局の具体的な審査・修正の流れを、村田保という人物を通じて分析できる新しい史料といえよう。詳細は次稿に譲る。

(79) 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叢書一四、一九八四）。
(80) 近代文書の様式については、田口慶吉「近代太政官文書の様式について」（北の丸、一九、一九八七）、中野目徹『近代史料学の射程　明治太政官文書研究序説』（弘文堂、二〇〇〇）に詳しい。
(81) 霞信彦「明治初期における刑事裁判について――伺・指令裁判体制を中心に――」（法学研究、七六―七、二〇〇三）。
(82) 前掲拙著「旧刑法の成立と村田保」一三七頁。
(83) 明治憲法制定過程における枢密院の役割と似かよった側面を有する。
(84) □は史料の状態により判読できない文字である。読点は筆者による。
(85) たとえば、お雇い外国人オットー・ルードルフは「此刑律適用地域ノ境界ニ関シテハ一モ規定シタルモノナシ」と批評する（内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫編『刑法〔明治四十年〕（1）―I』日本立法資料全集二〇、信山社、一九九九）。
(86) 吉井蒼生夫「資料　ボアソナード氏刑法修正案意見書」（神奈川法学、二七―二・三、一九九二）。
(87) 前掲吉井「資料　ボアソナード氏刑法修正案意見書」二七三頁。
(88) 前掲村田「法律の沿革」一六頁。
(89) 法斎隠士「法窓雑話」（法学協会雑誌、一〇―八、一八九二）。修正のうえ、穂積陳重『法窓夜話』（有斐閣、一九一六）に再録された。
(90) 山室信一『法制官僚の時代　国家の設計と知の歴程』（木鐸社、一九八四）二六三頁。
(91) 中村菊男『近代日本の法的形成　条約改正と法典編纂』（有信堂、一九六三）五五―五九頁。
(92) 前掲村田「法律の沿革」七頁。
(93) 「民事慣例類集」の編纂はその最たるものである（手塚豊・利光三津夫編『民事慣例類集』慶應義塾大学法学研究会叢書二四、慶應義塾大学法学研究会、一九六九）。
(94) たとえば『各国刑法比照』に収められた大宝律は、養老律との混同が認められるが、本稿では詳細な検討は加えていない。

〈付記〉史料閲覧に際してご協力を賜った、慶應義塾大学図書館および法務省法務図書館ならびに関係諸機関にこの場を借りて謝意を表したい。本研究の一部は、筆者のおこなった日本古文書学会第四十二回大会での発表をもとに、慶應義塾大学平成二十一年度博士課程学生研究支援プログラムによる研究助成を受けて執筆されたものである。

三田　奈穂（みた　なほ）
所属・現職　中央学院大学法学部兼任講師
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
所属学会　法制史学会、日本古文書学会
専攻領域　日本法制史（近代）
主要著作　「旧刑法『数罪俱発』条成立に関する一考察――司法省段階における編纂を中心として――」『法学政治学論究』第七六号（二〇〇八年）
「旧刑法の成立と村田保――数罪俱発案を手掛かりとして――」『法学政治学論究』第七九号（二〇〇八年）