

## 「刑法新律草稿」に関する一考察

——彦根藩佐野領「刑法窺留」を素材として——

神 崎 直 美

### はじめに

明治政府は政権を掌握した直後から、早急に必要な刑法典の編纂に着手した。初めて制定した刑法典は「仮刑律」である。その原案が完成した時期は刑法事務局時代（慶応四年「一八六八」二月～同年閏四月。同年九月に明治に改元）であるが、以後も逐次、修正作業が施された。「仮刑律」は政府部内の裁判準則であり、地方から刑罰に関する伺いが上申された際に、その規準として利用されたものであり、一般には公布していない。その後

も、より完成した刑法典を編纂する作業が続けられる。

「新律提綱」は明治二年（一八六九）三月以降に編纂が始まり、同三年（一八七〇）二月に原案がまとまり、同年十月に確定稿が完成し、刑部省官内で裁判の準則として用いられるようになった。「新律提綱」は「新律綱領」と改名し、同年十二月に上梓して全国の府・藩・県に頒布された。明治六年（一八七三）六月には「改定律例」が全国に頒布され、同七月から施行された。このように、明治初期は、短期間の間に刑法典が次々に編纂された事は、周知の通りである。

ところで、右の著名な刑法典の他に、実は当時、もう

一つ刑法典が編纂されていたことが、昭和六十三年（一九八八）に明らかにされた。それは、「刑法新律草稿」である。「刑法新律草稿」は、それまでその存在すら知られていなかった。発見当時、この刑法典は、作成後に一度も用いられることなく、忘れ去られてしまったもので、幻の刑法典と位置づけられて、今日に至っている。

しかしながら、「刑法新律草稿」は、実は全く陽の目をみなかったものではない。利用されていた形跡が、地方文書の中に存しているからである。そこで本稿は、「刑法新律草稿」が利用されていた証拠となる事例を提示することを中心として、若干の私見を述べたいと思う。

## 一 「刑法新律草稿」について

はじめに、「刑法新律草稿」とは何如なる刑法典であるのか、簡単にふれておきたい。「刑法新律草稿」は、東京大学法学部法制史資料室が所蔵する史料である。昭和六十二年（一九八七）に高塩博氏が閲覧し、その存在を公表して、知られるようになった。同氏の研究による

①、「刑法新律草稿」とは、「仮刑律」を修正したもので、明治政府が初めての統一的な刑法典として、全国の府・藩・県に頒布することを予定して編纂したという。これが成立した時期は、明治元年十一月十三日から、翌二年正月二十日までの二ヶ月間にかけてであり、起草した場所は京都と推測されている。

しかしながら、「本法典は、何らかの理由で起草後すぐさま埋没してしまい、今日までの百二十年間、一度も陽の目をみなかった」②、「起草後ただの一度として用いられることなく、ただちに忘れ去られてしまったようである」と指摘されている。③「刑法新律草稿」の発見は、当時、新聞に取り上げられ、法制史の学会でも注目された出来事であったという。④

高塩氏は「刑法新律草稿」について、起草した時期、目的、起草における基礎資料、刑罰などを検討されて、「新出の『刑法新律草稿』について——『仮刑律』修正の刑法典——」（手塚豊編著『近代日本史の新研究』Ⅶ所収）と題した論文をまとめられた。この論文は後に、『増補 刑法沿革綜覧 日本立法資料全集 別巻二』に

も再録されている。さらに、日本法制史の概説書として、現在のところ最も新しい成果を収載し、かつ近代法に重点をおいて執筆された『青林法学叢書 日本法制史』にも、その存在についてごく簡単に記されている<sup>5)</sup>。

このように、論文集・資料集・概説書などに公表されることとなった「刑法新律草稿」の存在は、日本法制史の分野の研究者の間では、広く認識されるものとなり、明治初期刑法史の研究において、不可欠な史料の一つになったといえよう。

しかしながら、貴重な史料の発見であったにもかかわらず、その後、「刑法新律草稿」については新たな検討がなされることもなく、長きにわたり停滞したままである。それは、「刑法新律草稿」は、「起草後ただの一度として用いられることなく、ただちに忘れ去られてしまったようである」とみなされたことに原因があるろう。実際に運用されていないと位置づけられた刑法典は、研究対象として他の刑法典と条文を比較検討することや、その根幹にある法的な思想、編纂の背景などの考察は成しえないようが、刑法典研究において重要な課題である実際の運

用面に関する考察ができないので、研究対象としての展開はさほど望めない。「埋没」した法、「幻の刑法典」と位置づけられたことで、発見と同時に研究の進展に終止符を打ったも同然となってしまったものと思われる。

「刑法新律草稿」という存在そのものが、高塩氏により発見されるまでの間、近代の刑法典の一つとして学界で認識されていなかったことは確かであり、その意味で「幻の刑法典」とみなすことは妥当である。しかしながら、「起草後ただの一度として用いられることなく」という指摘には、一考の余地があるように思われる。その理由は、高塩氏の分析視覚のなかに、受け手側の史料、すなわち地方文書からのアプローチが全く見られないからである。それなしに全く用いられなかった刑法典と即断することには危惧を感じる。

しかも、「刑法新律草稿」は、近代初期における一連の刑法典編纂過程の流れの中で、「仮刑律」や「新律提要」など、いずれも内部準則として機能した刑法典の間に編纂されたと位置づけられるものである。新たな政権による刑法典の編纂は、まさに手探りの状態から出発し

たのであり、刑典編纂事業は作業を経るごとに、徐々に充実の度合いを高め、完成したものに近づいていくはずである。

したがって、これらと同様に、「刑法新律草稿」も法典そのものを全国に公布することはせず、内部準則として用いられ、地方からの伺いが上申された折には、それに対する返答の爲の拠所として用いていたものと、ひとまずは仮定して、しかるべき史料調査をする必要がある。内部準則であるならば、返答を受けた形跡は、それを必要としていた受け手側に、何らかの形で残るはずである。全く用いられなかったか否かは、地方文書の中から当該時期の刑法関係書類を調査してから、結論を出すべきであろう。

「刑法新律草稿」が完成して間もなく「新律提要」の編纂が始まり、明治三十年十月には「新律提要」が内部準則として利用されるので、明治政府側が「刑法新律草稿」を地方からの伺いに対する返答として用いたとしても、その期間はわずか一、二年足らずである。それに加えて、「刑法新律草稿」が制定された時期の国内情勢を考える

と、明治に改元したばかりの頃であるから、これを受け入れる地域は、新政府が管轄した地域、もしくは新政府の意にすぐに従う姿勢のある地域のみと、極めて限定されよう。ゆえに、「刑法新律草稿」が存在した形跡が残るのは、極めて稀であろう。

とはいえ、「刑法新律草稿」の条文を、若干ではあるが書き留めている受け手側の史料がある。それは宇都宮大学附属図書館が所蔵している「刑法窺留」である。その冒頭部分に、「刑法新律草稿」のいくつかの条文と同じ記載が存しているのである。次章で、この史料について説明したい。

- (1) 「刑法新律草稿」について高塩博氏がまとめたものは二点ある。「刑法新律草稿」の発見(『國學院大學日本文化研究所報』No.一四二、昭和六十三年)と、「新出の「刑法新律草稿」について——「仮刑律」修正の刑法典——」(手塚豊編著『近代日本史の新研究』VII所収、北樹出版、平成元年)である。前者は、後に同氏著『江戸時代の法とその周縁——吉宗と重賢と定信と——』(汲古書院、平成十六年)に再録している。後者の論文は、『増補 刑法沿革綜覧 日本立法資料全集 別巻二』

(信山社、平成二年)に、再録されている(再録には、補記が新たに付してある)。なお、『増補 刑法沿革総覧 日本立法資料全集 別巻二』には、「刑法新律草稿」の翻刻として、「附「刑法新律草稿」全文」と、写真版として「附「刑法新律草稿」写真版」が掲載されている。さらに、小林宏・高塩博編『熊本藩法制史料集』(創文社、平成八年)にも、附録として全文の翻刻が掲載されている。後者の論文について、本稿では以下で「高塩論文」として表記する。なお、この「高塩論文」を本稿で注記する際には、手塚豊編著『近代日本史の新研究』Ⅶに掲載した折の頁を示すこととする。

(2) 高塩論文一―二頁。

(3) 高塩論文一―四頁。

(4) 一例としては、東京新聞朝刊(昭和六十三年二月十六日)。発見当時の反響については、本章注(1)に示した高塩氏の「刑法新律草稿」の発見」に詳しい。

(5) 牧英正・藤原明久編『青林法学叢書 日本法制史』(青林書院、初版、平成五年)の三〇七頁。「刑法新律草稿」についての記述は、仮刑律が完成後も修正がなされた旨を説明したことについて、括弧書きで「(近年発見された「刑法新律草稿」はこの時の草案であるといわれる)」と記載してある。当該部分の執筆は、浅古弘氏による。

(6) 高塩論文一―五九頁。

## 二 「刑法窺留」と佐野代官大川家

まず、「刑法窺留」について、簡単に説明しておきたい。「刑法窺留」は、宇都宮大学附属図書館が所蔵する大川家文書(全二〇六点)の一つである。大川家は、近世において彦根藩(譜代大藩、石高は当初三〇万石、幕末には二〇万石、本貫地は近江国、この他に下野国と武蔵国などに飛地を有する)の飛地である下野国阿蘇郡佐野(約一万八千石、十五ヶ村)を統治する佐野役人を勤めた家である。当家の当主は、佐野役人として代官を勤めている。

彦根藩の佐野領を管轄として担当するのは佐野奉行であるが、佐野奉行は当地に在住していなかった。そこで、佐野奉行に代わって佐野代官が、当地の支配を補っていたのである。佐野代官は、当地の民政や財政、訴訟を担当していた<sup>2)</sup>。

幕末に大川家の当主であった大川次郎は、万延元年(二八六〇)には代官見習いを勤めており、その後、代

官に就任したようである。幕府瓦解後の藩制改革<sup>3</sup>を経た後、明治三年七月の「佐野職禄便覧」によると、大川次郎が田沼敬三郎と共に代官を勤めていたことが確認できる<sup>4</sup>。その後、明治三年十月の事務分課では、大川次郎は、須藤新三郎と共に、刑法と訴訟を担当しており、さらに同年十二月の職名の名称改正では、郡市掛を他四名と共に勤めている<sup>5</sup>。このように、大川家は佐野領の民政や刑事について担当していたので、「刑法窺留」という書類が、当家に伝わることとなったのである。

「刑法窺留」は、縦二三・二匁、横十六・五匁の堅帳である。これは、彦根藩佐野領の郡治所が、刑罰に関する書類を筆写して冊子にまとめたものである。書類の原本そのものではなく、書類の書留帳である。この内容は、「刑法窺留」という名称が示すように、主として、彦根藩が犯罪者の処罰について、明治政府側である刑法官や刑部省などに問い合わせた伺（御仕置伺書）である。その他に、明治政府側が発布した刑罰に関する達や布告、伺書に対する返答などが収録してある。

記録を開始したのは、明治二年八月であり、以後明治

五年（一八七二）正月までの記事を書き継いでいる。但し、「刑法窺留」に収録されている書類のうち、最も古い年記を持つものは明治元年九月である。これは、明治二年八月から「刑法窺留」を記し始めた際に、それ以前に発布されていた書類も収録して、以下に順次、書き継いだからである。

現在、「刑法窺留」として当家人書に所蔵されているのは、この一冊のみである。但し、表紙に「壹番」と冊数を明記した記載があるので、本来はこれに続くものが存在していたか、もしくは書き継ぐ予定であったが、実行されなかったかの、いずれかであったものと思われる。

(1) 大川家人書の目録は、栃木県教育委員会『栃木県史料 所在目録 第八集 河内郡三 宇都宮市（上）』（昭和五十三年）の二二三～六頁に収載されている。そのうち「刑法窺留」については、二二四頁に記載がある。史料番号は七一で、「刑法窺留（明治二年八月起、郡治所、刑法新律未定稿、抜粋）」とある。

(2) 彦根藩佐野領や佐野代官については、村上直「近世における彦根藩佐野領の成立と支配」『法政大学文学部紀要』No.23、昭和五十二年）や、『佐野市史 通史編 上

卷』(佐野市史編さん委員会、昭和五十三年)の六八七～七二五頁などに詳しい。

- (3) 『佐野市史 通史編 下巻』(昭和五十四年)の八四頁によると、彦根藩の藩制改革は、明治二年八月から着手したというが、実際には有名無実であり、明治三年五月に、更に藩制改革を藩知事名で行なうことにしたという。
- (4) 『佐野市史 資料編<sup>3</sup> 近代』(昭和五十一年)七六頁。
- (5) 『佐野市史 通史編 下巻』の八八頁。
- (6) 「刑法窺留」の表紙に、「起 明治二年巳八月 刑法窺留 壹番 郡治所」と記載がある。

### 三 「刑法新律未定稿抜粹」と「刑法新律草稿」の比較

ここで検討の対象とする「刑法新律草稿」の条文の部分を記した箇所は、「刑法窺留」の冒頭にある。当該部分分は、始めに「刑法新律未定稿抜粹」と表題を記している(写真1)。先に結論を言うと、以下で具体的に比較して示すように、その抜粹部分は「刑法新律草稿」の条文と同じ文章である。したがって、「刑法新律未定稿」とは、実は「刑法新律草稿」のことなのである。「草稿」

と「未定稿」という表記の違いはあるものの、これは単なる表現上の言い換えであり、実質は同じものである。そして、「刑法新律未定稿抜粹」とは、「刑法新律草稿」から抜粹したものである。

「草稿」という言葉は、下書という意味もあるが、刑法典の場合は熊本藩の「刑法草書」のように、後に本格的な刑法典が完成して公布されることを期待しつつ、当面の必要に応じるために、過渡的な状況の元で作成した法という意味がある<sup>1)</sup>。「刑法新律草稿」の「草稿」という意味について、高塩氏が「急場をしのご暫定的な刑法典として用いる予定であったと考えられる」と説明しておられる<sup>2)</sup>。仮の法で、今後完成した法ができるまでの間に用いる法という意味を、「未定稿」と言い換えたのである。

「刑法新律草稿」は、十二編一二〇条および附録からなる刑法典であるが、「刑法新律未定稿抜粹」はそのうちのごくわずかな部分を抜粹したものである。抜粹した項目は、「刑法新律草稿」の本文から五箇所である。このうちの二箇所には、「刑法新律草稿」を後に修正した



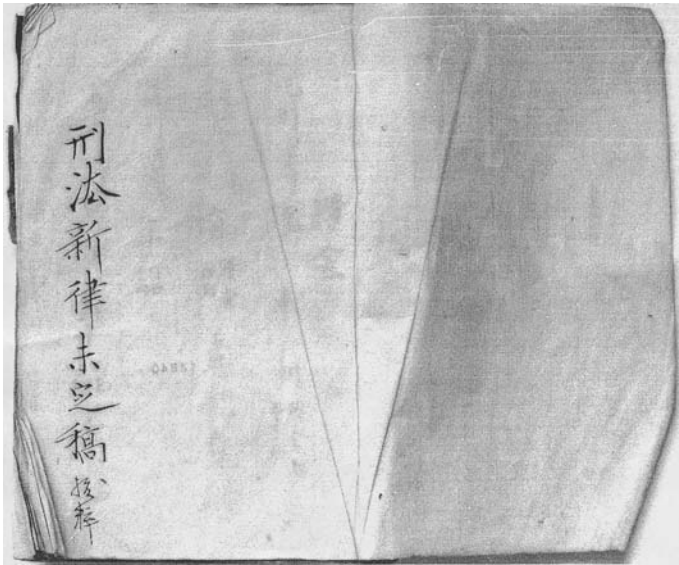


写真1 「刑法新律未定稿」の冒頭（大川家文書「刑法窺留」より）

部分と見られる記載も添えられている。「刑法新律草稿」から抜粋した部分の編目と各条文の名称は、名例凡條の五刑と、賊盜の強盜條・搶奪條・窃盜條・倉庫ヲ破條である。これらは「刑法新律未定稿抜粹」では、贖金、強盜條、搶奪條、窃盜條、倉庫ヲ破條と表記されている。贖金と表しているのは、五刑の記載の中から、贖金についてのみをまとめているからである。

抜粹の方法は、条文の必要箇所のみを抜粋して寄り集めた場合や、条文を忠実に抜粋したもの、条文の抜粹に若干の欠落がみられるものなど、その方法は様々である。以下に、「刑法新律未定稿抜粹」と「刑法新律草稿」の当該部分を、具体的に示して比較してみよう。<sup>③</sup>

まず、「刑法新律未定稿抜粹」の贖金の記述をあげておこう。

	贖金	
死刑 <sup>三等</sup>	梟斬	勿 <sup>贖金百</sup>
流刑 <sup>三等</sup>	七年 <sup>贖金百兩</sup>	五年 <sup>同八十兩</sup>
徒刑 <sup>三等</sup>	二年 <sup>同四兩</sup>	三年 <sup>同六兩</sup>



答刑三等 百十二兩 五十六兩 式十式歩  
 謹慎三等 百日 五十日 廿日  
 遠慮三等 十五日 十日 七日

「 答刑六等  
 三日 五日 七日 九日 十一日 十三日  
三朱 二朱 一朱

十五日 廿日 廿五日 三十日  
百疋 四文 一分二朱  
 卅日 六十日 九十日 一百二十日  
六文 三分  
(張紙)

これらの記述は、「刑法新律草稿」の名例凡條の五刑から、贖金に関する記述をそれぞれ抜き出して、寄せ集めて抜粋したのである。そこでこれに該当する「刑法新律草稿」の箇所を示しておこう。なお、「刑法新律未定稿抜粋」に引用されていない部分については、(略)と記して省略することにする。

名例凡條

五刑

死刑三等 梟 斬 勿贖金百三十兩

(略)

流刑三等 七年贖金百兩 五年贖金八十兩 三年贖金六十兩

(略)

徒刑三等 二年贖金四十兩 一年半贖金三十兩 一年贖金二十兩

(略)

答刑三等 百贖金十二兩二歩 五十贖金六兩二歩 二十贖金二兩式歩

(略)

答刑三等 十五日 十日 七日

(略)

自裁

(略)

謹慎三等 百日 五十日 二十日

(略)

遠慮三等 十五日 十日 七日

(略)

右を比較すると次のことがわかる。「刑法新律未定稿抜粋」の贖金の記述は、「刑法新律草稿」の名例凡條の死刑・流罪・答刑の贖金の部分と全く同じである。徒刑

については、「刑法新律未定稿抜粹」は、三等と記しながら二年の場合しか記していないが、記載がある部分は「二年<sup>同四</sup>」とあり、「刑法新律草稿」と同じ記述である。謹慎と遠慮は、自裁の箇所の謹慎・遠慮の記述と同じである。これらの箇所の一致は、まさしく「刑法新律草稿」からの抜粹ゆえといえる。

但し、「刑法新律草稿」では、名例凡條の死刑・流刑・徒刑・笞刑・笞刑の五刑と自裁の禁錮・謹慎・遠慮の等級と贖金、刑罰についての説明をそれぞれ記しているが、「刑法新律未定稿抜粹」は、自裁のうち禁錮については抜粹していない。

「刑法新律未定稿抜粹」の笞刑に関する記述は、張紙として贖金の箇所の末尾に位置している。その記述は、七日・十日・十五日・二十日・三十日・五十日の六等であり、それぞれに贖金の額が付してある。一方、「刑法新律草稿」の笞刑の箇所は、十五日・十日・七日の三等であり、贖金の記載はない。張紙で示した部分は、「刑法新律草稿」の本文が完成した後に、修正した事項と思われる。

次に、「刑法新律未定稿抜粹」の強盜条を示しておきたい。

#### 強盜条

強盜トハ、兇器棍棒ヲ執持シ、若クハ暗夜ニ火ヲ携ヘ、公然トシテ門戸ヲ打破リ、兇悍ノ仕業アル者也、未タ盜得サルモ、主従ヲ分タス<sup>年流三</sup>、盜得候者<sup>勿</sup>、依テ財ヲ奪フ者、同罪ナリ、○若竊盜者捕ヲ拒キ、及ヒ人ヲ殺傷スル者、或ハ婦女姦汚スル者、亦准之、○党類ノ内、助力格闘セス、及ヒ殺傷姦汚ノ情ヲ知ラサル者、竊盜本条ニ依テ論スヘシ、○竊盜者、財主ニ追逐セラレ、財ヲ棄テ走り、依テ捕ヲ拒ク者、罪人拒捕ノ本条ニ依テ、科断スヘシ、

「刑法新律草稿」の強盜條は、左記の通りである。

#### 強盜條

強盜トハ、兇器棍棒ヲ執持シ、若クハ暗夜ニ火ヲ携ヘ、公然トシテ門戸打破リ、兇悍ノ仕業アル者也、

未タ盜得サルモ、主従ヲ分タス<sup>年流三</sup>、盜得候者ハ刎、

依テ人ヲ殺ス者即決梟、藥ヲ以テ人ヲ昏迷セシメ依

テ財ヲ奪フ者、同罪ナルヘシ、○窃盜者捕ヲ拒ミ、

及ヒ人ヲ殺傷スル者、或ハ婦女姦汚スル者、亦准之、

○黨類ノ内、助力格闘セス、殺傷姦汚ノ情ヲ知ラサ

ル者、窃盜本條ニ依テ論スヘシ、○窃盜者、財主ニ

追逐セラレ、財ヲ棄テ走り、依テ捕ヲ拒ム者、罪人

拒捕ノ本條ニ依テ、科断スヘシ、

右を比較すると、「刑法新律草稿」には「盜得候者ハ

刎」と「依テ財ヲ奪フ者…」の間に、「依テ人ヲ殺ス者

即決梟、藥ヲ以テ人ヲ昏迷セシメ」があるが、その部分

が「刑法新律未定稿抜粹」では欠落している。その他、

「刑法新律草稿」の「同罪ナルヘシ」「拒ム者」が、「刑

法新律未定稿抜粹」では「同罪ナリ」「拒ク者」と、若

干の違いがあるものの、引用部分は大部分が同じである。

したがって、「刑法新律未定稿抜粹」の強盜条も、「刑法

新律草稿」の当該条文を引用したとみなしてよからう。

次に、搶奪条である。まず、「刑法新律未定稿抜粹」

の搶奪条である。

搶奪条

搶奪トハ、人ノ途中ニテ、人ノ財物ヲ搶奪スル者也、

其罪<sup>年流三</sup>、贓ヲ數ヘ、本罪流三年ヨリ重キ者ハ、窃

盜罪条ニ二等ヲ加ヘシ、○依テ人ヲ殺傷スレハ、刀

杖ニ限ラス、強盜ヲ以テ論断ス、○若シ失火・難船ノ

時、救護ニ託シ、財物ヲ奪取者、罪亦准之、○又官

物ト知ナカラ、搶奪スル者ハ、罪ヲ得ト得サルトヲ

分タス刎、

「刑法新律草稿」の当該部分は左記の通りである。

搶奪条

搶奪トハ、人ノ不意ニ出テ、又ハ其力ヲ用ヒ、人家

ニ押入り、或ハ途中ニテ、人ノ財物ヲ搶奪スル者、

其罪<sup>年流三</sup>、贓ヲ數ヘ、本罪流三年ヨリ重キ者、窃盜

條ニ二等ヲ加フヘシ、○依テ人ヲ殺傷スルハ、刀杖

ニ限ラス、強盜ヲ以テ論断ス、○若シ失火・難船ノ

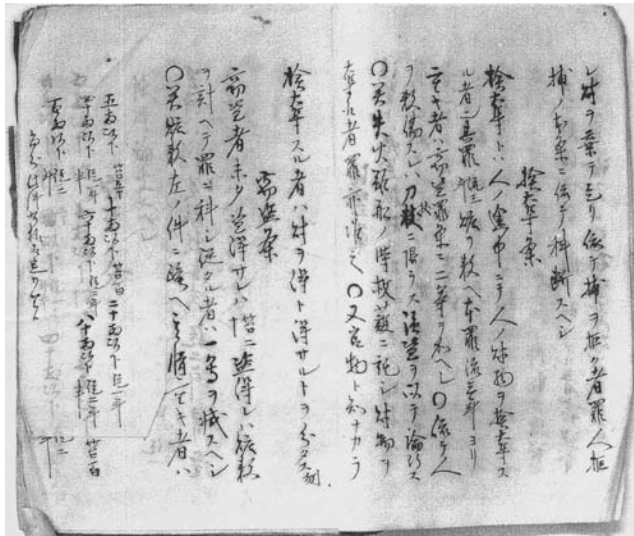


写真2 「刑法新律未定稿」の強盜条末尾と搶奪条、窃盜条  
 左の窃盜条に張紙が見える (大川家文書「刑法窺留」より)

時、救護ニ託シ、財物ヲ奪取者、罪亦准之、○又官物ト知ナカラ、搶奪スル者ハ、罪ヲ得ルト得サルトヲ分タス例、

「刑法新律未定稿抜粹」には、「刑法新律草稿」の冒頭の「不意ニ出テ、又ハ其力ヲ用ヒ、人家ニ押入り、或ハ」が欠落しているが、それ以外は、「窃盜罪条」が「窃盜條」と若干の違いがあったり、「加ヘシ」「殺傷スレハ」「得ト」が、「加フヘシ」「殺傷スルハ」「得ルト」など、両者の仮名使いに若干の差異があるものの、大部分は同文で同じ内容である。

搶奪条と強盜条の箇所については、「刑法新律未定稿抜粹」からは若干の脱落部分が見られるものの、いずれも「刑法新律草稿」の引用とみて間違いない。

次は、窃盜条である。「刑法新律未定稿抜粹」の当該部分からである。

窃盜条

窃盜者、未タ盜得サレハ<sup>十</sup>管<sup>二</sup>、盜得レハ<sup>十</sup>管<sup>二</sup>數ヲ計ヘ

テ罪ニ科シ、從タル者ハ、一等ヲ減スヘシ、○若脏  
數左ノ件ニ踰ヘ、其情重キ者ハ、臨時論決スヘシ、

テ罪ニ科シ、從タル者ハ、一等ヲ減スヘシ、○若シ  
脏數左ノ件ニ踰ヘ、其情重キ者ハ、臨時論斷スヘシ、

窃盜ノ分

窃盜ノ分

五兩以下十答二 十兩以下十答五 十五兩以下 答百  
 廿兩以下年徒一 三十以下年徒一 四十兩以下年徒二  
 六十兩以下年流三 八十兩以下年流五 百兩以下年流七  
 「五兩以下 答五十 十兩以下 答百 二十兩以下 徒一年  
 四十兩以下 徒二年 六十兩以下 徒二年 八十兩以下 徒二年  
 百兩以下 徒二年」

当分、此件右様相定御座候」

(筆者注：「」で記した部分は窃盜ノ分の上に位置する張紙)

次に、附録である。この附録は、窃盜条の中の窃盜ノ  
分について、本文完成後に修正したものである。

窃盜

右に相当する「刑法新律草稿」の箇所として、本文お  
よび附録の窃盜の記述を、以下に示しておこう。まず、  
本文である。

窃盜條

窃盜者、未夕盜得サレハ十答二、盜得レハ脏數ヲ計ヘ

欲盜不得盜者及  
 壹兩以下 答二十  
 五兩以下 同五十  
 拾兩以下 同一百  
 二十兩以下 徒一年  
 四十兩以下 同一年半  
 六十兩以下 同二年  
 八十兩以下 同二年半

百両以下	徒三年
百両以上	斬罪
千両以上	梟示
窃盜ニ依テ人ヲ	
殺傷スル者強盜	
ヲ以テ論ス	梟示
掬摸スル者	窃盜ニ同シ

この条は、「刑法新律草稿」の本文中の「若シ」「論断」の部分で、「刑法新律未定稿抜粹」では、「若」「論決」と記しているように、ごくわずかな差異があるが、大部分は同じ文章である。窃盜之分は、「刑法新律未定稿抜粹」には、さらに後に変更があったため、張紙が添付してある（写真2）。その下の本紙に記した部分は、「刑法新律草稿」と同文である。しかも、「刑法新律草稿」では、「四十両以下年流二」と、徒とすべき部分を流と誤記していたが、「刑法新律未定稿抜粹」は、正しく「四十両以下年徒二」と記している。

ところで、この「刑法新律未定稿抜粹」の張紙の記述

は、「刑法新律草稿」附録の窃盜と一致する部分がある。張紙には、脏数が五両以下・十両以下・二十両以下・四十両以下・六十両以下・八十両以下・百両以下の場合の刑罰が示してある。張紙の百両以下は、徒二年と記してあるが、それより軽い八十両以下は徒二年半とあるので、本来は「百両以下年徒三」とすべきところを誤記したものである。したがって、「刑法新律草稿」附録の窃盜の五両以下から百両以下までの記述は、これと全く同じ内容であるといえる。したがって、張紙の内容は、「刑法新律草稿」の本文が完成した後に、修正として作成されたものであることは確かである。

但し、張紙の末尾に「当分、此件右様相定御座候」という独自の記載があり、さらに「刑法新律草稿」附録の窃盜は、その文頭と文末に、未遂の場合と脏数が一両以下の場合、百両以上・千両以上など、「刑法新律未定稿抜粹」の張紙にはない記述がある。したがって、張紙は「刑法新律草稿」の附録から写したのではなく、むしろ、附録が完成する以前に作成されていた修正案を傳達されて、それを写したものと思われる。

最後に、倉庫ヲ破条を見てみよう。まず、「刑法新律未定稿抜粹」である。

倉庫ヲ破条

窃盜者、倉庫ヲ破リ、未夕盜得サレハ<sup>八</sup>年<sup>一</sup>、盜得レ<sup>ハ</sup>年<sup>二</sup>、若<sup>ハ</sup>賊數本罪徒二年ヨリ重キ者ハ、盜罪二、  
二等ヲ加ヘシ

次に、「刑法新律草稿」の当該部分である。

倉庫ヲ破條

窃盜者、倉庫ヲ破リ、未夕盜得サレハ<sup>八</sup>年<sup>一</sup>、盜得レ<sup>ハ</sup>年<sup>二</sup>、若<sup>シ</sup>賊數本罪徒二年ヨリ重キ者、盜罪二、  
二等ヲ加フヘシ

この条は、「刑法新律草稿」の「若シ」「加フヘシ」の部分で、「刑法新律未定稿抜粹」では「若」「加ヘシ」と記載されているように、仮名使いの差異がごくわずかにあるものの、大部分は同文である。

以上で明らかのように、「刑法新律未定稿抜粹」のそれぞれの文章は、「刑法新律草稿」の当該部分と見事に一致する。したがって、「刑法新律未定稿」とは、まさに「刑法新律草稿」のことだったのである。

(1) 熊本藩の「刑法草稿」の「草書」という表現について、金田平一郎氏は「後の完成を期する略制であり、又試案であるとの、謙遜の心意に出たものであつたらしく考えられる」(熊本藩「刑法草稿」考『法政研究』第十二巻第二号、一六五頁、昭和十七年)と説明されている。高塩氏は、「草書」を「未完成の法典」(資料翻刻 熊本藩「御刑法草書附例」(上))、『國學院大學日本文化研究所紀要』第七十三輯、二六七頁、平成六年。同箇所は、小林・高塩編『熊本藩法制史料集』の「解題 I」(熊本藩「刑法草稿」の成立過程)の七三頁に相当)、<sup>1</sup>「熊本藩「刑法草稿」の成立過程——三種の堀平太左衛門草書ならびにその翻刻——」、『國學院大學日本文化研究所紀要』第六十五輯、二二九頁。同箇所は、『熊本藩法制史料集』の「解題 I」(熊本藩「刑法草稿」の成立過程)の二五頁に相当)ものと説明された。小林宏氏は、「草書」を「大綱のみを規定した過渡期的な法典」(熊本藩「刑法草稿」私考)、『國學院大學日本文化研究所紀要』第七十三輯、五頁。同論文は、『熊本藩法制史料集』の「解説 I」にも収載されており、当該部分の



記述は一三三頁」と説明されている。

(2) 高塩論文の一六頁に指摘されている。

(3) 「刑法新律未定稿抜粹」は、宇都宮大学附属図書館が所蔵する大川家文書の「刑法窺留」(史料番号七二)による。「刑法新律未定稿抜粹」には読点がないが、本稿では便宜的に読点を施した。「刑法新律草稿」の引用に際しては、『増補 刑法沿革綜覧 日本立法資料全集 別巻二』に収載されている「附「刑法新律草稿」全文」と「附「刑法新律草稿」写真版」を利用した。各箇所の引用頁は、下記の通りである(以下では、「全文」「写真版」と略す)。名例凡條の五刑は、「全文」は六九〇七一頁、「写真版」は九〇十四頁。強盜條は、「全文」は八一頁、「写真版」は四一〇二頁。搶奪條は「全文」は八一頁、「写真版」は四二〇三頁。窃盜條と窃盜之分は、「全文」は八一〇二頁、一〇五〇六頁、「写真版」は四三〇四頁、一〇九〇一〇頁。倉庫ヲ破條は、「全文」は八二頁、「写真版」は四四頁である。

## おわりに

以上のように、「刑法新律草稿」は「刑法新律未定稿」として、その部分が彦根藩佐野領の地方官のもとに伝わっていた。したがって、明治政府側は「刑法新律草稿」を、

刑法官もしくは刑部省の内部準則として確かに利用しており、必要に応じて地方に当該部分を示していたのである。ささやかな事例であるとはいえ、起草後、早々に埋没してしまい、実用がなかったとみなされていた「刑法新律草稿」が、実は利用されていたことを示す、確固たる証拠であるといえよう。

彦根藩の飛地である佐野領に伝わっていたということは、当時の彦根藩が「刑法新律草稿」の存在を、部分的ながら認識したということになる。彦根藩は、幕末に佐幕から勤皇へ転じ、鳥羽・伏見の戦いや戊辰戦争に新政府側として活躍した藩である。当時は、全国的な刑法典が一律化しておらず、近世以来の各地の刑法に依っていた地域もある。そのような中で、彦根藩は新政府側に政治的にも近い立場をとった藩である。刑罰についても、即刻、新政府側の指示を仰いだのは、然るべき成り行きといえよう。

ところで、彦根藩佐野領に「刑法新律草稿」の部分だけが伝わっていたという、その状態に注目しておきたい。抜粹として賊盜、すなわち盗みに関する条文が四ヶ条と、

贖金についての記述だけが抜粋として書き留められていた点である。贖金として記載されていた事項は、各刑罰に対する代替措置としての貨幣額である。刑罰が確定した事項全てに対応するものであり、特定の犯罪に関する条文ではない。したがって、「刑法窺留」に記載された「刑法新律草稿」の抜粋部分に見られる犯罪の種類は、賊盗に関する規定に限定されているといえよう。これは、当時佐野領で盗みについて対処すべき必要があったため、当地から新政府側に、その判断の正否を問い合わせ、それに対して新政府側が返答として、当該条文を通過したためであろう。実際、「刑法窺留」には、盗みについての事例が、その後他にもいくつか収載されている。

さらに、「刑法新律未定稿抜粋」の張紙にも注目したい。張紙は、答刑と窃盗ノ分として存した。張紙については、次のように考えられる。一応の完成を見た「刑法新律草稿」は、その細部は未だ完備していないところもあったが、必要に迫られて内部準則として利用されていた。不備な部分については、さらに充実をはかるべく、修正作業を継続した。佐野領は、「刑法窺留」を記録し

始めた明治二年八月以降に修正部分を知ったので、既に書き留めていた部分に張紙をして、記載したのでであろう。張紙として記載されている箇所は、「刑法新律草稿」の本文が完成して当該部分が佐野領に伝わった後に、さらに修正した事項である。本文の部分が地方に知らされた後に、さらに修正が施される時間的な余裕が存在したということは、「刑法新律草稿」が用いられていた期間が、短期間とはいえ何如ほどか存したということである。これは、確かに一定期間、「刑法新律草稿」が中央政府から地方に対する返答として機能していたことの証拠になる。

しかも、修正作業は度々なされていたようである。一度修正した箇所であっても、さらに修正を徹底して、より充実した条文にするよう試みていたようである。それは、「刑法新律未定稿抜粋」の窃盗ノ分の張紙と、それに相当する「刑法新律草稿」の附録からうかがわれる。まず、「刑法新律未定稿抜粋」の張紙の文末に「当分、此件右様相定御座候」と記されていることに留意したい。張紙の内容は、暫定的なものであるというのである。つ

まり、当初決定した本文に対して、当面は張紙の内容のように修正するが、いずれまた修正するつもりなのである。そして、修正を重ねて決定したものが、「刑法新律草稿」附録の窃盜の記述なのである。

前述したように、張紙に記載された五兩以下から十兩以下の記載内容と全く同じ内容が附録にも見られ、附録にはその共通記載に加えて、さらにその前後に相当する脏数についての刑罰が新たに加わり、より充実した体裁になっていた。このように、修正は本文完成後に何度か——窃盜ノ分で確認できるだけでも少なくとも二回——繰り返されていたのである。

明治政府は、「仮刑律」の不備な部分をとり急ぎ修正した「刑法新律草稿」を、当時、全国に向けて公布こそはしていないものの、各地域から問い合わせがあった場合には、これによって判断を下すように、その折々に当該箇所を提示していた。つまり、「刑法新律草稿」は、「仮刑律」が刑法官や刑部省の内部準則として機能していたという、その在り方も踏襲していた。さらに、一応の完成を見た後も、さらにより充実した刑法典をめざし

て、修正作業を続行していた点も共通していた。

「刑法新律草稿」は、現実としては内部準則にとどまったものの、その編纂過程においては、全国の府・藩・県に頒布することをめざしていたと思われる。編纂時に頒布の意志があったことについては、高塩氏が指摘されているように、「府・藩・県トモ、其旨ヲ領得シ」(名例の流刑)、「府・藩・県モ、其任ニ当ル者、此旨ヲ体認シ」(名例の新律趣意)、「刑法官員ニ備ル者、末々マテ深く心得ヘキノ誠ナリ」(名例の刑官心得)という記載などから窺える。

地方に頒布して施行するつもりで編纂したものの、完成した時点で検討したところ、未だ完成した刑法典としては至らないとみなされたため、内部準則に留まったのではなからうか。とはいえ、これを地方に対する指示の根拠として利用していたという事実は、「刑法新律草稿」が、「仮刑律」の不備を修正して補うという目的については、達成したからであろう。

ところで、「刑法新律草稿」は、編纂開始・完成、およびその存在について、『法規分類大全 刑法門』など

政府側の公的な記録類に記載がなく、他に写本もなく、東大所蔵本が唯一の存在であることは、高塩氏が既に指摘されている<sup>⑤</sup>。さらに同氏は「仮刑律」と「刑法新律草稿」の条文を比較検討されて、「刑法新律草稿」は「仮刑律」を修正・整備した刑法」とも述べておられる<sup>④</sup>。

「刑法新律草稿」が、「仮刑律」の不備を修正・整備することを目的としたものであるということは、新たに刑法典を編纂する事業ではない。編纂開始・完成に関する公的な記録がないということは、「刑法新律草稿」は「仮刑律」の不備を当面補う作業の延長線上に結実した修正版だからこそなのではなからうか。

「刑法新律草稿」の完成と利用について、注目したい記事がある。それは、佐佐木高行日記として名高い「保古飛呂比」の明治二年十月七日の部分である。「西京ニ於テ横井平四郎等関係ニテ假律出来タルヲ以テ執行セルモ、一體假律ハ甚ダ不都合ナルコトナレバ、色々議論アリ、自分ドモノ考ニハ、一日モ假律ヲ以テ執行スルコトハ不條理ナルコトニテ」という記述がある<sup>⑤</sup>。

この記事でとりわけ注目したいのは、「假律出来タル

ヲ以テ執行セルモ」という部分である。「假律」が「刑法新律草稿」であるならば、文字通りに読むと、「刑法新律草稿」は作成されて法として利用されていたという意に他ならない。明治二年十月という時期も、「刑法新律草稿」が完成していた時期と一致する。この記事は、「刑法新律草稿」が「仮刑律」の修正版として完成をみて、なんらかの形で——すなわち、全国への頒布・公布でなくとも、刑部省の内部準則として——利用されていたことを示すものではなからうか。「甚ダ不都合ナルコトナレバ、色々議論アリ」とは、多々、不備な箇所があるので、様々に検討すべき点があるので修正を試みていると理解でき、まさしく「刑法新律草稿」が完成した後も、修正を重ねた様子と一致している。

ちなみに高塩氏は、右に掲げた部分の「西京ニ於テ横井平四郎等関係ニテ假律出来タルヲ以テ執行セルモ」を引用して、「横井小楠が刑律の起草に何らかの形で関与したことを語っているのかも知れない」と述べて、「刑法新律草稿」を起草した関係者として横井小楠が指摘できるかもしれないという可能性を示されるに留めている<sup>⑥</sup>。

しかしながら、この佐佐木高行日記の記述は、「刑法新律草稿」が完成して、法として利用されていたことの、さらなる裏づけになるのではなからうか。

今後の課題としては、他の彦根藩領内にも「刑法窺留」のような史料の存在を調査すること、さらに、他の地域からも同類の史料を広く確認する作業が必要であろう。

地方からの伺いの返答として、部分的に通達された「刑法新律草稿」を、各地域で実際にどのように対処していたのかという点は、事例を探して詳しく検討したいものである。前述したように、史料としての残存数には限界があるものの、小さな事例が少しずつでも確認され、集積されることによって、「刑法新律草稿」の実行状況を解明することができるのではなからうか。

編纂関係者についても、何らかの関与の可能性が指摘されている横井小楠に関して、明治元年時点の行動や人間関係などを丹念に検討することにより、何らかの手がかりが少しなりとも浮かび上がってくることも期待できよう。

「刑法新律草稿」の研究が、近代法史研究の中で、新

たに展開することを祈念しつつ、攔筆したい。

(1) 修正部分は、佐野領にどのような経緯で伝えられたのだろうか。政府側が、かつて当該部分について指示した地方に追って通達したのか、それとも佐野領がその後、同様の件で問い合わせをした折にその返答として偶然知るところとなったのか、明確なことは現在のところ不明である。

(2) 高塩論文一五頁。

(3) 高塩論文一五五頁。

(4) 高塩論文一八頁。

(5) 東京大学史料編纂所編纂『保古飛呂比 佐佐木高行日記 四』（東京大学出版会、昭和四十八年）一七三頁。

(6) 高塩論文一五九頁。