

横領罪と背任罪の連関性についての法制史的一考察： 改正刑法假案の視座(二)

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 武蔵野大学法学会 公開日: 2020-07-21 キーワード: 作成者: 林, 弘正 メールアドレス: 所属:
URL	https://mu.repo.nii.ac.jp/records/1279

横領罪と背任罪の連関性についての法制史的考察

―改正刑法假案の視座― (一)

林 弘 正

序言

第一章 明治初年から明治二三年改正案における横領罪と背任罪の連関性

第一節 明治初年から改定律例に至る横領罪と背任罪の連関性(以上、五・六号)

第二節 明治一五年刑法成立に至る各草案における横領罪と背任罪の連関性

第三節 明治一五年刑法から明治三〇年改正案における横領罪と背任罪の連関性

第二章 明治三四年改正案から明治四〇年刑法における横領罪と背任罪の連関性

第一節 明治三四年改正案から明治三五年刑法改正案における横領罪と背任罪の連関性

第二節 明治三九年刑法改正案から明治四〇年刑法における横領罪と背任罪の連関性(以上、本号)

第三章 刑法改正事業における横領罪と背任罪の連関性

第四章 戦後における横領罪と背任罪の連関性

結語

第二節 明治一五年刑法成立に至る各草案における横領罪と背任罪の連関性

一・前節では、明治初年から改定律例に至る刑法改正事業第一期前半における横領罪と背任罪の連関性について考察を加えた。明らかにになった点は、新律綱領職制律「私借官物」では官吏の背信的行為を刑事制裁の対象とし背任罪の思考がみられた。改定律例職制律は、監臨主守の背信的財物ないし錢糧を私借等する行為に対し改正私借官物律第一〇五條及び私借官物條例一〇六條の二つの構成要件を規定し、背信的行為を刑事制裁の対象とする点である¹。

本節では、明治一五年刑法成立に至る各草案における横領罪と背任罪の連関性について考察する。この期は、西洋法制特にボアソナードによるフランス刑法の紹介がなされ、刑法草案取調掛との合議を経て明治一五刑法制定に至る刑法改正事業第一期後半の時期である²。

改定律例の完成後、「校正律例稿」が、「新律綱領」及び「改定律例」の改正案として左院刑法課において明治七年に作成されている³。

刑法立法作業は、明治八年五月、律令法系とは軌を異にし「泰西主義」に基づく「刑法改正ノ草案」を起草するため司法省に別局を設置し、大木喬任司法卿が同年九月一日刑法草案取調掛を任命したことを端緒とする⁴。

任命された刑法草案取調掛構成員は、四等出仕鶴田皓、五等判事平賀義質、六等出仕小原重哉、同藤田高之、七等出仕名村泰蔵、同福原芳山、同草野允素、八等出仕昌谷千里、同横山尚、裁判所中属洪谷文毅、十二等出仕濱口惟長の一一氏である⁴。

刑法改正ノ草案「起案ノ大意」は、「歐洲大陸諸國ノ刑法ヲ以テ骨子トナシ本邦ノ時勢人情ヲ參酌シテ編纂」することとし、「文字ノ用法ハ從來慣行ノ律文」に依拠し、日本人委員のみで草案を起草するとして「日本帝

国刑法初案」が作成され、司法省より正院に上呈された。同案は、明治九年五月一七日「改正刑法名例案」として元老院の議定に付されたが不完全であるとして未審議のまま返還された。

以後、刑法編纂は、ボアソナード作成の刑法原案をベースに刑法草案取調掛鶴田皓との質疑、討論の形式で進められる。⁵

ボアソナード作成の刑法原案は、「日本帝国刑法草案」「ボワソナート氏草」と記されている。⁶ 日本帝国刑法草案は、司法省刑法編纂課名で教師原案確定「日本刑法第一編」、教師原案確定「日本刑法第二編」、教師確定「日本刑法第三編」、教師確定「日本刑法第四編」影印版として刊行されている。⁷

財産犯に関する規定は、「日本刑法第四編」に編数を欠如する「財産ヲ害スル重罪輕罪」第一章盜罪に続き節数を欠如する「倒産、詐欺、取罪及ヒ背信ノ罪」の下に條数を欠如する左記二つの背信ノ罪の構成要件を規定する。⁸

日本帝国刑法草案（ボワソナート氏草）

編 財産ヲ害スル重罪輕罪

第 節 倒産、詐欺、取罪及ヒ背信ノ罪

第條 損料借受受寄代理質入借用ノ名義ニテ又ハ雇直ノ有無ヲ論セス人ノ工事ヲサス為メ又ハ其他元物ヲ返還シ又ハ代價ヲ以テ算計スヘキノ約定ニテ委託セラレ金額物件並ニ手形ヲ所有者又ハ其關係アル者ノ害トナルヘキ方法ニテ藏匿脱漏シ又ハ費消シタル者ハ背信ノ罪トナシ一月ヨリ二年ニ至ル重禁錮並ニ二百ヨリ二百二十円ニ至ル罰金ニ處ス

第條 己レニ属スル物件ト雖トモ裁判所ヨリ差押ヘラレ且其管守ヲ託サレタルニ所有者自ラ其物件ノ脱漏藏匿消費シタル者ハ前同刑ニ處ス

「日本刑法草案」〔確定稿〕（四編四七八条）脱稿までの経緯の概要は、ボアソナード作成の日本帝国刑法草案をベースに第一案が作成され、論議が重ねられた後、第二案が作成された。以上の検討の後、刑法草案第一稿（明治九年一二月始）が論議され、日本刑法草案第二稿（明治一〇年六月校正）を経て「日本刑法草案」〔確定稿〕（四編四七八条）に至る。

以下、その間の論議の経緯を『日本刑法草案会議筆記』のボアソナードと刑法草案取調掛鶴田 皓との質疑、討論を素材に検討する。

会議では、詐欺の倒産と詐欺取財は同性質であり背信ノ罪も同様であり、同一節中に規定するとする。その上で、詐欺取財及ヒ背信ノ罪の相違について、「背信ノ罪ハ犯人ニテ己ニ金銀等ヲ受取タル後現ニ之レヲ見テ始テ出来心ノ悪意ヲ生シタル者ナレトモ詐欺取財ハ犯人ニテ最初ヨリ悪意ヲ生シ詐欺ノ方法ヲ以テ金銀等ヲ渡サシムル様ニ仕向ケ受取タル者ナレハナリ」として道徳上の視点から論じた後、論点を両罪の量刑に転ずる。¹⁰

ボアソナードは、詐欺取財と背信ノ罪は類似するものの区別は判然としないと、量刑は背信の罪の方が軽いとす。鶴田は、両罪の量刑の差異を認めた上で詐欺取財の量刑を窃盜より軽く考へる。

ボアソナードと鶴田両者は、合議結果を反映した第一案第二節「詐欺ノ倒産詐欺取財及ヒ背信ノ犯罪」に九条の構成要件を規定し、逐条審議する。

第一案¹¹

第二節 詐欺ノ倒産詐欺取財及ヒ背信ノ犯罪

第三條 無実ノ成功ヲ希望セシメ又ハ無根ノ事故ヲ畏怖セシムル為偽リ姓名ヲ用ヒ又ハ偽リノ身分ヲ称シ其他偽計ヲ用

ヒテ金額物件又ハ義務ノ証券諸取書積放眉ヲ渡サシメタル者ハ詐欺取財ノ罪トナシ二月ヨリ四年ニ亘ル重禁錮並ニ四
 百ヨリ四百円ニ至ル罰金ニ処ス但シ文眉ヲ偽造シタル罪ノ重キハ重キニ依テ處断ス

第五條 還興シ又ハ計算スヘキ約束ニテ貸貸附託代理質人使用スヘキ賃借即チ預定ノ用法ヲ為スヘキ賃借ノ名義ニテ委託セラレタル金額物件ヲ所有者又ハ其關係アル者ノ害トナルヘキ方法ニテ盜取シ又ハ費消シタル者ハ一月ヨリ一年ニ至ル重禁錮並ニ二円ヨリ二十円ニ至ル罰金ニ處ス

第六條 己レニ屬スル物件ヲ裁判所ヨリ差押ヘラレ且其管守ヲ託シタルニ所有者其物件ヲ盜取シタル者ハ前同刑ニ處ス

第八條 若シ婢僕手代其他第三條ニ記載シタル者並ニ法律上又ハ裁判所ヨリ委託シタル管主者ノ其罪犯シタルトキハ背信ノ罪又ハ姓名ヲ記シ又ハ印ヲ捺シタル罪ニ一等ヲ加フ

鶴田は、第五條の文言についてポアソナードと以下の論議をする。

鶴田は、先ず賃貸の意は損料借であること及び附託の意は受寄であることを確認する。鶴田は、附託の例として「甲者ニテ所持ノ時計ヲ直ス為メ乙者へ附託シテ時計士へ持行カシムルノ類ニモ係ルヘキニ付日本ニテ所謂受寄トハ少シ異ル所アルニ似タリ」として、第五條に「受寄」の文言を加えなければ「只預タル而已ノ者」「背信ノ罪ナキニ似タリ」とし「受寄」の文言を加えることを主張し、了解される。鶴田は、更に、条文冒頭の長いフレーズの繋がりがどこに係るか質問した上で「使用スヘキ賃借即チ預定ノ用法ヲ為スヘキ賃借ノ名義」の意味が不分明であると指摘し、日本文の書法を熟考の上訂正するとする。¹²

ポアソナードと鶴田は、第一案の各条文毎に文言等について詳細に論議した上で、更に、第二案第二節の節名表記を「詐欺ノ倒産詐欺取財及ヒ背信ノ犯罪」と修正して二一條の構成要件を作成し重ねて論議する。

第二案¹³

第二節 倒産詐欺取財及ヒ背信ノ犯罪

第七條 損料借受寄代理買入借用ノ名義ニテ又ハ雇直ノ有無ヲ論セス人ノ工事ヲサス為メ人ト其他元物ヲ返還シ又ハ代價ヲ以テ算計スヘキノ約定ニテ委託セラレタル金額物件並ニ手形ヲ所有者又ハ其關係アル者ノ害トナルヘキ方法ニテ藏匿脱漏シ又ハ費消シタル者ハ背信ノ罪トナシ一月ヨリ一年ニ至ル重禁錮並ニ一円ヨリ二十円ニ至ル罰金ニ處ス

第八條 己レニ属スル物件ト雖トモ裁判所ヨリ差押ヘラレ且其管守ヲ託サレタルニ所有者自ラ其物件ノ脱漏藏匿消費シタル者ハ前同刑ニ處ス

鶴田は、第七條の文言についてポアソナードと以下の論議をする。

鶴田は、第七條の「雇直ノ有無ヲ論セス人ノ工事ヲサス為メ云々」は「甲者ノ普請スル時乙者ニ其普請入用ヲ預ケテ大工等職人ノ使方又ハ雇入方等ヲ委託シタル其乙者」の意であるかを尋ね、ポアソナードの同意を得てから、「代價ヲ以テ算計スヘキノ約定云々」に含蓄されるとして「雇直」以下の文言の削除を提案し了解される。次に、鶴田は、「手形ヲ所有者又ハ其關係アル者云々」の文言についてどの様な手形でありどの様な関係ある者かを問う。鶴田は、ポアソナードの「金額ニ換ルヘキ手形類」との回答を受け「只「手形」ト記スル而已ニテハ其意味ヲ尽サス」として「金額ニ換ルヘキ」との文言を入れることを提案し了解される。

第二案第七條は、日本帝国刑法草案（ポアソナード草）とはほぼ同一であり、第八條は全く同一である。

ポアソナードは、鶴田の第八條の文言「婢僕手代其他」は賊盜律第三條の「婢僕手代云々」の者かとの問いに「然リ」と肯定する。

以上の検討を経て刑法草案第一稿（明治九年二月始）に至る。

明治九年一二月、日本刑法草案第一稿は、四編五二四條から構成される。第四編は、「財産ニ對スル重罪輕罪」とし、第二章に「倒産詐欺取財背信ノ罪」として第四七二條から第四八五條の構成要件を規定する。¹⁴

ボアソナードと鶴田は、第二案全一一條を論議し、日本刑法草按第一稿を作成した。同草按は、第二節の節名表記を「倒産詐欺取財背信ノ罪」と修正し第四七二条以下第四八五条を作成し、逐条審議する。¹⁵⁾

日本刑法草按第一稿

第四編財産ニ對スル重罪輕罪

第二章 倒産詐欺取財背信ノ罪

第四百七十八條 質借典質恩借ノ物品又ハ受寄代理其他元品ヲ返還シ若クハ代價ヲ以テ計算スヘキノ契約ニテ委託セ

ラレタル金額物品及ヒ金額代用スル証券ヲ故ラニ藏匿脱漏シ又ハ費消シテ所有主又ハ委託者ノ損害ヲ為シタル者ハ背信ノ罪ト為シ一月以上二年以下ノ重禁錮ニ円以上二十円以下ノ罰金ニ處ス

第四百七十九條 自己所有ノ物品ト雖トモ裁判所ヨリ押住シ且其管守ヲ命セラレタル時其物品ヲ藏匿脱漏シ又ハ費消シタル者ハ前条ノ刑ニ處ス但罰金ヲ附加セス

第四百八十一條 僕婢其他第四百五十條ニ記載シタル者並ニ法律上又ハ裁判所ヨリ命シタル管守者第四百七十八條第四百八十條ノ罪ヲ犯シタル時ハ各本罪ニ一等ヲ加フ

以下、背信罪を検討する。

鶴田は、第四七八條の論議において先に検討した背信の罪と窃盜との量刑の検討をあげたのに対し、ボアソナードは背信の罪は対象の物品が既に支配下にあることで情状が軽いとす。鶴田は、委託物品の盜取は監守盜であるとして旧幕時代及び現在の重く処罰する規定と法運用の状況を説明する。¹⁶⁾

ポアソナードと鶴田は、第四七八条と第四七九条の文言調整をする。

明治九年一月二八日、司法省は、『日本刑法草案第一稿（四卷四編五二四條）』を正院に上申した。

明治一〇年一月一二日、司法省は、局課分掌改正により刑法編纂課を設置し、刑法の編纂作業が進められた。¹⁷

明治一〇年六月、日本刑法草案第一稿の論議を経て、三編四七三条からなる日本刑法草案第二稿が成立した。日本刑法草案第二稿第三編「人民ニ對スル重罪輕罪」第二章「財産ニ對スル罪」は、第五節の節名表記を「背信ノ罪」と修正し、第四四二条から第四四四条の構成要件を規定する。¹⁸

日本刑法草案第二稿

第三編 人民ニ對スル重罪輕罪

第二章 財産ニ對スル罪

第五節 背信ノ罪

第四百四十二条 質借典質恩借ノ物品又ハ受寄代理ノ契約ニテ委託セラレタル金額物品ヲ藏匿捌帶シ若クハ費消シ

タル者ハ背信ノ罪ト爲シ一月以上二年以下ノ重禁錮ニ円以上二十円以下ノ罰金ニ處ス

若シ水火震災其他非常ノ變ニ際シ委託ヲ受ケタル物品ニ係ル時ハ一等ヲ加フ

第四百四十三条 委託代理ノ名義ヲ以テ他人ノ記名又ハ捺印ノ白紙ヲ領置シ故意ヲ以テ偽ヲ其白紙ニ義務ノ証及ヒ

義務釈放ノ証若クハ収納ノ証ヲ記入シ其他本主ノ財産利益ヲ害ス可ク事件ヲ記入シタル者ハ背信ヲ以テ論ス

因テ金額物品ヲ得タル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス

若シ記名又ハ捺印ノ白紙ヲ窃取シテ此ノ罪ヲ犯シタル時ハ偽造文書ヲ以テ論シ重ニ從テ處斷ス

第四百四十四条 自己所有ノ物品ト雖トモ裁判所ヨリ押住シテ更ニ附託セラレタル時其物品ヲ藏匿脱漏シ又ハ費消

シタル者ハ背信ヲ以テ論ス但罰金ヲ科セス

二、司法省は、日本刑法草案第二編を経て新たに日本刑法草案を作成した。同草案は、第三編「人ノ身體財産ニ對スル重罪輕罪」第二章「財産ニ對スル罪」第五節に「詐欺取財及ヒ背信ノ罪」を規定する。詐欺取財は第四三四条に、背信ノ罪は第四三八条及び第四三九条に各行為態様を規定する。¹⁹⁾

日本刑法草案

第三編 人ノ身體財産ニ對スル重罪輕罪

第二章 財産ニ對スル罪

第四節 家資分散ニ關スル罪

第四百三十二條 家資分散ノ際ニ現在ノ財産及ヒ貸與ノ財産ヲ藏匿脱漏シ又ハ虚偽ノ負債ヲ増加シタル者ハ六月以上

五年以下ノ重禁錮ニ處ス

情ヲ知テ虚偽ノ契約ヲ承諾シ若クハ其媒介ヲ為シテ分散ヲ終成セシメタル者ハ共犯ヲ以テ論ス

此條ノ罪ヲ犯サントシテ未タ遂ケサル者ハ未遂犯罪ノ例ニ照シテ處斷ス

第五節 詐欺取財及ヒ背信ノ罪

第四百三十四條 人ヲ偽罔シテ無実ノ成功ヲ希望セシメ又ハ無根ノ事故ヲ畏怖セシメ其他偽計ヲ用ヒテ動産不動産

若クハ義務ノ詐欺取財ノ罪ト為シ二月以上二年以下ノ重禁錮ニ圓以上二十圓以下ノ罰金ニ處ス

若シ此條ノ罪ヲ犯ス為ニ官私ノ文書ヲ偽造シタル者ハ偽造ノ各本條ニ照シ重キニ從テ處斷ス

第四百三十八條 賃借恩借ノ物品又ハ典物受寄品其他委託ヲ受タル金額物品ヲ藏匿捌帶シ若クハ費消シタル者ハ背

信ノ罪ト爲シ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ圓以上二〇圓以下ノ罰金ニ處ス

若シ水火震災其他非常ノ變ニ際シ委託ヲ受タル物品ニ係ル時ハ一等ヲ加フ

第四百三十九條 自己ノ所有ニ係ルト雖トモ裁判所ヨリ差押ヘ更ニ付託シタル物品ヲ藏匿脱漏シ又ハ費消シタル者

ハ背信ヲ以テ論ス但家資分散ノ際ニ於テ此罪ヲ犯シタル者ハ第四百三十二條ノ例ニ照シテ處斷ス

第四百四十二条 此節ニ記載シタル罪ヲ犯サントシテ未タ遂ケサル者ハ未遂犯罪ノ例ニ照シテ處断ス

第四百四十三条 此節ニ記載シタル罪親屬相犯ス者ハ第四百二十三條ノ例ニ從フ

なお、司法省の作成した日本刑法草案の原案としてボアソナードは、仏文の草案を作成している。²⁰ 日本刑法草案の参考として付記する。

(参考) 日本帝国刑法典草案 *Projet de Code Penal pour l'Empire du Japon*

第五節 詐欺および背任にひとづつ (*De l'estroquerie et de l'abus de confiance*)

第四三八条 (背任) 質貸借 (*louage*)、寄託 (*depot*)、委任 (*mandat*)、質 (*gage*) または使用貸借 (*prétausage*) として自己に託されていた金銭、有価証券またはなんらかの動産を、不正に、横領し、隠匿しまたは浪費した者は、背任 (*abus de confiance*) で有罪とされ、一カ月以上一年以下の労働を伴った拘禁刑および二円以上二十円以下の罰金に処せられるべきものとする。〈395、f. 408〉

第四三九条 (差し押さえ物件の横領) 自己に属する物であっても司法機関により差し押さえられて、司法機関または債権者によってその管理が自己に委ねられている物を横領し、隠蔽しまたは消費した者も、背任の刑で処罰されるべきものとする。但し、その者が、破産 (*faillite*) 状態または支払い不能状態 (*deconfiture declaree*) にあると宣告されたときは、破産罪の刑に処すことを妨げない。〈396〉

第四四二条 (未遂) 本節に定められた軽罪の未遂は処罰される。〈397、f. 406〉

第四四三条 (刑の免除) 第四二三条に定められた刑の免除は、本節に定められた軽罪に適用される。〈398、f. 380〉

明治一〇年十一月、数次の校訂を経て、「日本刑法草案」〔確定稿〕(四編四七八条) が脱稿し、刑法編纂委

員鶴田 皓から大木喬任司法卿に上呈された。²¹その後、同月二八日、大木喬任司法卿から太政官に「日本刑法草案」四冊と参照のため類聚した「各國刑法類纂」七冊が上呈され、前年二月二八日上呈の「日本刑法草案」(第一稿)の却下が求められた。²²

明治一〇年二月二五日、太政官中に刑法草案審査局が設置され、参議伊藤博文が総裁となり、元老院から幹事陸奥宗光、議官細川潤次郎、同柳原前光、同津田 出の四氏、法制局からは大書記官井上毅、少書記官村田保、同山崎直胤の三氏、そして司法省からは司法大書記官鶴田 皓が委員に任命され、開局後六ヶ月で審査を終了すよう求められた。²³

刑法草案審査局は、司法省の作成した日本刑法草案を審査、差戻し五回に亘り修正を繰返した。従前、刑法草案審査局での修正は四回実施されたと解されていたが、国会図書館所蔵の「貴族院旧蔵本」が発見され五回の審査状況が明らかとなった。²⁴

以下、五回の修正経緯を検討する。

刑法草案審査局一回刑法草案稿本²⁵

第五節 詐欺取財及ヒ背信ノ罪

第三百九十四條 受寄ノ財物及ヒ借用物又ハ典物其他委託ヲ受ケタル金額物件ヲ費消シタル者ハ一月以上二年以下ノ重禁錮ニ處ス

若シ詐欺ノ所為アル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス

第三百九十六條 自己ノ所有ニ係ルト雖トモ官署ヨリ差押ヘ更ニ付託シタル物件ヲ藏匿脱漏シタル者ハ一月以上六

月以下ノ重禁錮ニ處ス但家資分散ノ際ニ於テ此罪ヲ犯シタル者ハ第三百八十八條ノ例ニ照シテ處斷ス

刑法草案審査局二回刑法草案稿本²⁶

第五節 詐欺取財及ヒ受寄財物ニ関スル罪

節名表記を変更する。条文は、刑法草案審査局一回刑法草案稿本と同一である。

刑法草案審査局三回刑法草案稿本²⁷

第五節 詐欺取財及ヒ受寄財物ニ関スル罪

第三百九十二條 受寄ノ財物借用物又ハ典物其他委託ヲ受ケタル金額物件ヲ費消シタル者ハ一月以上二年以下ノ重

禁錮ニ處ス

若シ騙取拐帶其他詐取ノ所為アル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス

第三百九十三條 自己ノ所有ニ係ルト雖トモ官署ヨリ差押ヘタル物件ヲ藏匿脱漏シタル者ハ一月以上六月以下ノ重

禁錮ニ處ス但家資分散ノ際此罪ヲ犯シタル者ハ第三百八十五條ノ例ニ照シテ處斷ス

刑法草案審査局四回刑法草案稿本²⁸

節名表記は同一であるが、条文数は一条繰り上がり、第三百九十一條、第三百九十二條となる。条文文言は、刑法

草案審査局三回刑法草案稿本と同一である。

刑法草案審査局五回刑法草案稿本²⁹

節名表記は同一であるが、条文数は一条繰り上がり、第三百九十條、第三百九十一條（参照条文は第三百八十五條）

となる。

条文文言は、刑法草案審査局三回刑法草案稿本と同一である。

日本刑法草案は、更に論議を経て刑法修正案（四編四三〇条）となる。

刑法修正案は、日本刑法草案第五節「詐欺取財及ヒ背信ノ罪」の節名表記を「詐欺取財及ヒ受寄財物ニ関ス

ル罪」に修正し、「背信ノ罪」は「受寄財物ニ関スル罪」と修正される。³⁰
刑法修正案

第二編 公益ニ関スル重罪輕罪

第九章 官吏瀆職ノ罪

第三節 官吏財産ニ對スル罪

第二百八十九條 官吏自ら監守スル所ノ金穀物件ヲ竊取シタル者ハ輕懲役ニ處ス

因テ官ノ文書簿冊ヲ増減變換シ又ハ毀棄シタル時ハ第二百五條ノ例ニ照ラシテ處斷ス

第二百九十條 租稅其他諸般ノ入額ヲ徵收スル官吏故サラニ正數外ノ金穀ヲ徵收シタル者ハ二月以上四年以下ノ重

禁錮ニ處シ五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス

第二百九十一條 此節ニ記載シタル罪ヲ犯シ輕罪ノ刑ニ處スル者ハ六月以上二年以下ノ監視ニ付ス

第三編 身體財産ニ對スル重罪輕罪

第二章 財産ニ對スル罪

第一節 竊盜ノ罪

第三百七十七條 夫婦祖父母子孫及ヒ其配偶者又ハ同居ノ兄弟姉妹互ニ其財物ヲ撰取シタル者ハ竊盜ヲ以テ論スル

ノ限りニ在ラス

若シ他人其共犯ト為テ財物ヲ分チタル者ハ竊盜ヲ以テ論ス

第四節 家資分散ニ関スル罪

第三百八十八條 家資分散ノ際其財産ヲ藏匿脱漏シ又ハ虚偽ノ負債ヲ増加シタル者ハ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ

處ス

情ヲ知テ虚偽ノ契約ヲ承諾シ若クハ其媒介ヲ為シタル者ハ一等ヲ減ス

第五節 詐欺取財及ヒ受寄財物ニ関スル罪

第三百九十條 人ヲ偽罔シ又ハ恐喝シテ財物若クハ証書類ヲ騙取シタル者ハ詐欺取財ノ罪ト為シ二月以上四年以下ノ重禁錮處シ四圓以上四十圓以下ノ罰金ヲ附加ス

因テ官私ノ文書ヲ偽造シ又ハ増減變換シタル者ハ偽造ノ各本條ニ照シテ重キニ處斷ス

第三百九十五條 受寄ノ財物借用物又ハ典物其他委託ヲ受ケタル金額物件ヲ費消シタル者ハ一月以上二年以下ノ重

禁錮ニ處ス

若シ騙取拐帶其他詐欺ノ所為アル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス

第三百九十六條 自己ノ所有ニ係ルト雖トモ官署ヨリ差押ヘタル物件ヲ藏匿脱漏シタル者ハ一月以上六月以下ノ重

禁錮ニ處ス但家資分散ノ際此罪ヲ犯シタル者ハ第三百八十八條ノ例ニ照シテ處斷ス

第三百九十七條 此節ニ記載シタル罪ヲ犯サントシテ未タ遂ケサル者ハ未遂犯罪ノ例ニ照シテ處斷ス

第三百九十八條 此節ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者第三百七十七條ニ掲ケタル親屬ニ係ル時ハ其罪ヲ論セス

第三百九十五條の構成要件的行為は、「受寄ノ財物借用物又ハ典物其他委託ヲ受ケタル金額物件ヲ費消」する行為である。委託を受けた金額物件の費消行為は、寄贈者及び委託者との関係では背信行為である。節名表記変更は、行為を中心に捉えるか、関係性を中心に捉えるかの差異である。

三、横領罪と背任罪の連関性の視点からボアソナード草案、日本刑法草案を経て刑法修正案に至る条文の変遷を考察する。

横領罪と背任罪の連関性についての視点からの条文比較表

法典名	節	受寄財物	自己所有物
日本刑罰法案 (ボアソナード草案)	倒産、詐欺、取罪 及び背信ノ罪	<p>第五條 還與シ又ハ計算スヘキ約束ニテ貸借附託代理質入使用スヘキ貸借即チ預定ノ用法ヲ為スヘキ貸借ノ名義ニテ委託セラレタル金額物件ヲ所有又ハ其關係アル者ノ書トナルヘキ方法ニテ盗取シ又ハ費消シタル者ハ二月ヨリ一年ニ至ル重懲並ニ二円ヨリ二十円ニ至ル罰金ニ處ス</p>	<p>第六條 己レニ屬スル物件ヲ裁判所ヨリ差押ヘラレ且其管守ヲ託サルニ所有者自ラ其物件ノ脱漏藏匿消費シタル者ハ前同刑ニ處ス</p>
第案	倒産詐欺取財及 背信ノ犯罪	<p>第七條 損料借受委託代理質入借用ノ名義ニテ又ハ雇直ノ有無ヲ論セス入ノ事ヲサス為メ入ト其他物ヲ返還シ又ハ代價ヲ以テ算計スヘキノ約定ニテ委託セラレタル金額物件並ニ手形ヲ所有者又ハ其關係アル者ノ書トナルヘキ方法ニテ藏匿脱漏シ又ハ費消シタル者ハ背信ノ罪トナシ一月ヨリ一年ニ至ル重懲並ニ二円ヨリ二十円ニ至ル罰金ニ處ス</p>	<p>第八條 己レニ屬スル物件ト雖トモ裁判所ヨリ差押ヘラレ且其管守ヲ託サルニ所有者自ラ其物件ノ脱漏藏匿消費シタル者ハ前同刑ニ處ス</p>
日商法草案接第稿	倒産詐欺取財背 信罪	<p>第四百七十八條 貸借典質借 物品又ハ受寄代理其他 借金返還シ若クハ代價ヲ以テ計算スヘキノ契約ニテ委託セラレタル金額物件及ヒ金額代用ナル証券ヲ故ニ藏匿脱漏シ又ハ費消シテ所有者又ハ委託者ノ損害ヲ為シタル者ハ背信ノ罪ト為シ一年以上以下ノ重懲並ニ二円以上二十円以下ノ罰金ニ處ス</p>	<p>第四百七十九條 自己所有ノ物品ト雖トモ裁判所ヨリ押在シ且其管守ヲ命ゼララルタル時其物品ヲ藏匿脱漏シ又ハ費消シタル者ハ前条ノ刑ニ處ス但罰金ヲ附加セズ</p>

日本刑罰草案 第 編	背信罪	第四百四十二條 質借典質恩借ノ物受ハ受寄代理ノ契約ニテ委託セラレタル金額物品ヲ藏匿擱帯シ若クハ費消シタル者ハ背信罪ト爲シ一月以上二年以下ノ重禁錮ニ罰以上二十円以下ノ罰金ニ處ス 若シ水火震災其他非常ノ變ニ際シ委託ヲ受ケタル物品ニ係ル時ハ二等ヲ加フ	第四百四十四條 自ラ所有ノ物單雖トモ裁判所ヨリ差押シテ更ニ附託ラレタル時其物品ヲ藏匿脱漏シ又ハ費消シタル者ハ背信ヲ以テ論ス但罰金科セズ
日本刑罰草案	詐欺取財及ヒ背信罪	第四百三十八條 質借恩借ノ物受ハ典物受寄其他委託ヲ受ケタル金額物品ヲ藏匿擱帯シ若クハ費消シタル者ハ背信ノ罪ト爲シ一月以上二年以下ノ重禁錮ニ罰以上一〇圓以下ノ罰金ニ處ス 若シ水火震災其他非常ノ變ニ際シ委託ヲ受ケタル物品ニ係ル時ハ一等ヲ加フ	第四百三十九條 自ラ所有ニ係ルト雖トモ官署ヨリ差押ヘタル物品ヲ藏匿脱漏シタル者ハ第四百三十三條ノ例ニ照シテ處斷ス
刑罰草案	詐欺取財及ヒ受寄財物ニ関スル罪	第三百九十五條 受寄ノ財物借用物又ハ典物其他委託ヲ受ケタル金額物品ヲ費消シタル者ハ一月以上二年以下ノ重禁錮ニ處ス 若シ騙取擱帯其他詐欺ノ所爲アル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス	第三百九十六條 自ラ所有ニ係ルト雖トモ官署ヨリ差押ヘタル物品ヲ藏匿脱漏シタル者ハ一月以上六月以下ノ重禁錮ニ處ス但罰金科シテ論ス タル者ハ第三百八十八條ノ例ニ照シテ處斷ス
明治一五年刑法	詐欺取財ノ罪及ヒ受寄財物ニ關スル罪	第三百九十五條 受寄ノ財物借用物又ハ典物其他委託ヲ受ケタル金額物品ヲ費消シタル者ハ一月以上二年以下ノ重禁錮ニ處ス 若シ騙取擱帯其他詐欺ノ所爲アル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス	第三百九十六條 自ラ所有ニ係ルト雖トモ官署ヨリ差押ヘタル物品ヲ藏匿脱漏シタル者ハ一月以上六月以下ノ重禁錮ニ處ス但罰金科シテ論ス タル者ハ第三百八十八條ノ例ニ照シテ處斷ス

右表は、日本帝国刑法草案（ボワソナート氏草）から明治一五年刑法制定に至る経緯を横領罪と背任罪の連関性の視点から第一案、第二案、日本刑法草案第一稿、日本刑法草案第二稿、日本刑法草案、刑法修正案及び明治一五年刑法を比較検討するものである。

考察の対象とする構成要件は、横領罪と背任罪の連関性の視点から受寄財物に関する構成要件に限定する。尚、自己所有物に関する構成要件を参考に掲記する。

受寄財物に関する各構成要件について検討する。

ボアソナード草案は、節名を「倒産、詐欺、取罪及ヒ背信ノ罪」とし、対象物を「委託された金額、物件、手形」

とし、それらを「藏匿脱漏シ又ハ費消」する行為を構成要件の行為とする。同草案は、委託に至る経緯を「損料借受寄代理質入借用ノ名義ニテ又ハ雇直ノ有無ヲ論セス人ノ工事ヲサス為メ又ハ其他元物ヲ返還シ又ハ代價ヲ以テ算計スヘキノ約定」と詳細に規定する。更に、行為について「所有者又ハ其関係アル者ノ害トナルヘキ方法」での「藏匿脱漏シ又ハ費消」と規定する。

第一案は、節名を「詐欺ノ倒産詐欺取財及ヒ背信ノ犯罪」とし、第五条において対象物を「委託セラレタル金額物件」とし、それらを「盗取シ又ハ費消」する行為を構成要件の行為とする。同草案は、委託に至る経緯を「還興シ又ハ計算スヘキノ約束ニテ賃貸附託代理質入使用スヘキノ賃借即チ預定」とし、ボアソナード草案より簡明に規定する。

第二案は、節名を「倒産詐欺取財及ヒ背信ノ犯罪」とするが、条文文言はボアソナード草案と同一である。

日本刑法草案第一稿は、節名を「倒産詐欺取財背信ノ罪」とし、対象物を「委託セラレタル金額物品及ヒ金額代用スル証券」とし、それらを「藏匿脱漏シ又ハ費消」する行為を構成要件の行為とする。同草案は、委託に至る経緯を「賃借典質恩借ノ物品又ハ受寄代理其他元品ヲ返還シ若クハ代價ヲ以テ計算スヘキノ契約」とする。日本刑法草案第二稿は、節名を「背信ノ罪」とし、第四四二条において対象物を「委託セラレタル金額物品」とし、それらを「藏匿捌帯シ若クハ費消」する行為を構成要件の行為とする。なお、同条は、「水地震災其他非常ノ変」という状況下での当該行為に対しより重く処罰し「一等ヲ加フ」とする。

司法省刑法草案取調掛での論議を経て作成された日本刑法草案は、第三編「人ノ身體財産ニ對スル重罪輕罪」第二章「財産ニ對スル罪」第五節「詐欺取財及ヒ背信ノ罪」とし、第四三八条において対象物を「委託ヲ受タル金額物品」とし、それらを「藏匿捌帯シ若クハ費消」する行為を構成要件の行為とする。同草案は、委託に至る経緯を「賃借恩借ノ物品又ハ典物受寄品其他委託」とする。

日本刑法草案は、刑法草案審査局との論議を経て刑法修正案となった。

同修正案は、第三編「身體財産ニ對スル重罪輕罪」第二章「財産ニ對スル罪」第五節「詐欺取財及ヒ受寄財物ニ関スル罪」第三九五条において受寄財物を規定する。同修正案は、節名においてポアンナード草案以降用いられていた「背信ノ罪」の文言を排し「受寄財物ニ関スル罪」に変更した。第三九五条は、対象物を「受寄ノ財物借用物又ハ典物其他委託ヲ受タル金額物件」とし、それらを「費消」する行為を構成要件的行為とする。同修正案は、非常に簡明な文言で規定されている。

四、刑法取調掛鶴田 皓とポアンナードの論議は、ポアンナードの原案をベースに展開された。ポアンナード原案は、フランスで施行されていた刑事法及び民事法を始めとする私法を前提としており、未だ民法等の制定されていない状況下での刑法立法作業では、文言等の補充が必要であった。³¹

更に、ポアンナードの原案の文言は、正確を期すため冗長であり再三に亘って鶴田との間で文言の意味の確認が繰り返された。鶴田は、日本の状況を踏まえつつフランス法の翻訳ではなく日本語として了解可能な文言を考案し、結果として構成要件の明確性が担保されるに至った。

明治一五年刑法制定に至る経緯は、論議の状況を示す『日本刑法草案筆記』、吾園叢書『日本刑法草案』、同『刑法修正案全』、『刑法審査修正關係諸案』及び新たに発見された刑法草案審査局刑法草案稿本五回を明らかにする国会図書館所蔵「貴族院旧蔵本」等多くの資料に依拠し解明されている。

第三節 明治一五年刑法から明治三〇年改正案における横領罪と背任罪の連関性

一、明治一二年六月二五日、刑法草案審査総裁柳原前光は、太政大臣三條實美に刑法修正案（四編四三〇条）

を上申した。明治一三年三月一日、同修正案は、第一七四号議案として元老院の議定に付され、明治一三年三月一五日開催第一読会以降、同年四月六日及び同月一六日開催第三読会で全ての審議が終了した。

元老院は、太政官からの督促を受け同月一七日下付された刑法修正案（刑法審査修正案）に修正の字句を朱書して上奏した。閣議の承認を経て同年七月一七日太政官布告第三六号で刑法が公布され、翌明治一四年七月八日太政官布告第三六号で刑法・治罪法が明治一五年一月一日施行することとなった。³²

明治一五年刑法は、刑法草案審査局の五回の修正を経て作成した刑法修正案を採用して第二編公益ニ関スル重罪輕罪第九章官吏瀆職ノ罪第三節で官吏財産ニ對スル罪として官吏の職務上取扱う財産の窃取行為に関する構成要件を規定する。更に、第三編身體財産ニ對スル重罪輕罪第二章財産ニ對スル罪第一節で竊盜ノ罪を、第五節詐欺取財ノ罪及ヒ受寄財物ニ關スル罪で詐欺取財ノ罪を規定する。

明治一五年刑法

第二編 公益ニ関スル重罪輕罪

第九章 官吏瀆職ノ罪

第三節 官吏財産ニ對スル罪

第二百八十九條 官吏自ら監守スル所ノ金穀物件ヲ竊取シタル者ハ輕懲役ニ處ス因テ官ノ文書簿冊ヲ増減変換シ又ハ毀棄シタル時ハ第二百五條ノ例ニ照ラシテ處斷ス

第二百九十條 租税其他諸般ノ入額ヲ徵收スル官吏正数外ノ金穀ヲ徵收シタル者ハ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處

シ五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス

第二百九十一條 此節ニ記載シタル罪ヲ犯シ輕罪ノ刑ニ處スル者ハ六月以上二年以下ノ監視ニ付ス

第三編 身體財産ニ對スル重罪輕罪

第二章 財産ニ對スル罪

第一節 竊盜ノ罪

第三百七十一條 自己ノ所有物ト雖モ典物トシテ他人ニ交付シ又ハ官署ノ命令ニ因リ他人ノ看守シタル時之ヲ竊取シタル者ハ竊盜ヲ以テ論ス

第五節 詐欺取財ノ罪及ヒ受寄財物ニ關スル罪

第三百九十五條 受寄ノ財物借用物又ハ典物其他委託ヲ受ケタル金額物件ヲ費消シタル者ハ一月以上二年以下ノ重禁錮ニ處ス

若シ騙取拐帶其他詐欺ノ所爲アル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス

第三百九十六條 自己ノ所有ニ係ルト雖トモ官署ヨリ差押ヘタル物件ヲ藏匿脱漏シタル者ハ一月以上六月以下ノ重禁錮ニ處ス但家資分散ノ際此罪ヲ犯シタル者ハ第三百八十八條ノ例ニ照シテ處斷ス

第三百九十七條 此節ニ記載シタル罪ヲ犯サントシテ未タ遂ケサル者ハ未遂犯罪ノ例ニ照シテ處斷ス

第三百九十八條 此節ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者第三百七十七條ニ掲ケタル親屬ニ係ル時ハ其罪ヲ論セス

第三百九十五條は、受寄財物ニ關スル罪の構成要件であり、ボアソナード作成の「日本帝国刑法草案」を検討する第一案の論議において鶴田から「受寄」の文言を挿入する必要が提案され、第二案に採用された経緯がある。

二、明治二三年改正刑法草案は、司法省の法律取調委員会で作成された。同草案は、第三編「私益ニ關スル罪及ヒ輕罪」第六章「財産ニ對スル罪」第四節において詐欺取財及背信ノ罪について規定する。

明治二三年改正刑法草案

第三編 私益ニ關スル重罪及ヒ輕罪

第六章 財産ニ對スル罪

第四節 詐欺取財及背信ノ罪

第三百七十七條 自己又ハ他人ヲ利スルノ意ヲ以テ賃貸、寄託、使用、貸借、質其他容假ノ名義ニテ交付セラレタル金穀、物件ヲ隱匿、消費シタル者ハ背信ノ罪ト爲シ一月以上三年以下ノ有期禁錮及ヒ五圓以上五〇圓以下ノ罰金ニ處ス

第三百七十八條 自己ノ所有ニ屬スル物件ト雖モ裁判所ヨリ差押更ニ保管ヲ託セラレタルモノヲ隱匿、消費シタル者ハ背信ヲ以テ論ス

第三百七十九條 寄託又ハ代理ノ名義ヲ以テ他人ノ印類又ハ捺印若クハ署名アル白紙ヲ預リ不正ニ寄託者又ハ委託者ノ利益ヲ害シ得ヘキ証書ヲ作りタル者ハ背信ヲ以テ論ス

第三七七条は、背信の罪として対象物を「賃貸、寄託、使用、貸借、質其他容假ノ名義ニテ交付セラレタル金穀、物件」とし、それらを「隱匿、消費」する行為を構成要件的行為とする。

本条は、対象物が明確になると共に消費のみならず隱匿行為をも明示し、犯罪の実態に即応するものである。政府は、明治二四年一月一九日開催第一回帝國議會衆議院での刑法改正論議に際し、明治二三年改正刑法草案の「刑法案説明書」において改正・変更の要点として六四項目を挙げ説明する。³³

第六二項目は、「詐欺取財ノ罪及ヒ受寄財物ニ關スル罪ニ改正ヲ加ヘタルコト」として、詐欺取財に關する明治一五年刑法第三九二条及び第三九三条について「第三百九十二條及ヒ第三百九十三條ニ記載シタル所為果タシテ詐欺ノ方略ヲ以テ人ヲ錯誤ニ陥レ不正ノ利益ヲ得タルモノナリトセハ則チ純然タル詐欺取財ナリ別ニ詐欺取財ヲ以テ論スト言フニ及ハサルナリ」として両罪を削除すると説明する。第三七七条の背信罪についての説明はなされていない。

明治二三年改正刑法草案は、第一回帝国議会会期終了により議決に至らなかった。

明治二五年一月一三日、司法省は、刑法改正審査委員会を設置し、司法省参事官横田国臣、判事亀山貞義、司法大臣秘書官曲木如長、司法省参事官馬場愿治を委員に任命し、改正案の立案・審査にあたらせた。その後、司法省総務局長三好退蔵を委員長に任命し、委員に司法省参事官倉富勇三郎、検事古賀廉造、同石渡敏一を補充し、検事森順正を刑法改正取調事務兼務を命じ組織を強化した。³⁴

刑法改正審査委員会は、明治二五年一月二三日開催第一回より明治二七年一月二九日開催第七六回まで逐条審議が行われていたことが刑法改正審査委員会決議録により確認できる。³⁵

同委員会は、明治二七年五月三一日開催五四回より第二編罪名の審議に入ったが、明治二七年一月二九日開催第七六回では第二編第五章公権ニ對スル罪第三節犯人蔵匿及ヒ罪證隱蔽ノ罪の審議をしている。刑法改正審査委員会決議録は、逐条審議の途中で終了しているので資料としては確認出来ないが実際には第二編の最後まで実施されていたものと推測される。

明治二八年案は、司法省民刑局長横田国臣のイニシアティブのもと、倉富勇三郎、古賀廉造及び石渡敏一の三名が中心になって起草した。

明治二八年案は、二編三二八条から構成され、第二編罪名第一章財産ニ對スル罪第二節の節名表記を「占有物横領ノ罪」とし、第三百七条及び第三百八条において初めて横領罪との罪名を採用した。³⁶

明治二八年案

第二編 罪名

第一章 財産ニ對スル罪

第二節 占有物横領ノ罪

第三百七條 他人ノ爲メ占有スル動産又ハ不動産ヲ横領シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

自己ノ動産ト雖モ官署又ハ公署ヨリ保管ヲ命セラレタル場合ニ於テ之ヲ横領シタル者亦同シ

第三百八條 業務上他人ノ爲メ占有スル動産又ハ不動産ヲ横領シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス

前項ノ罪ヲ犯シ六月以上ノ懲役ニ處ス可キ者ニハ剥奪公權ヲ科シ之ヲ監視ニ付ス

第三百九條 遺失物又ハ漂流物其他人ノ占有ヲ離レタル動産ヲ得テ之ヲ横領シタル者ハ第三百七條ノ例ニ依ル

第三百十條 本節ノ罪ニハ第二百九十二條第一項ヲ適用ス

第三百十一條 本節ノ罪ヲ犯シタル者ニハ再犯例ヲ適用ス

第三百七條は、単純横領罪の構成要件であり、第三百八條は業務上横領罪の構成要件である。

明治三〇年一月二八日、司法省は、二編三三二條から構成される明治二八年案をベースとする明治三〇年案を刊行した。

明治三〇年案は、第二編罪名第一四章財産ニ對スル罪第二節「占有物横領ノ罪」とし条文数が第三一一条から第三一五條に変更しただけで条文の文言は明治二八年案と同一である。

明治三〇年案

第二編 罪名

第一四章 財産ニ對スル罪

第二節 占有物横領ノ罪

第三百十一條 他人ノ爲メ占有スル動産又ハ不動産ヲ横領シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

自己ノ動産ト雖トモ官署又ハ公署ヨリ保管ヲ命セラレタル場合ニ於テ之ヲ横領シタル者亦同シ

第三百十二條 業務上他人ノ爲メ占有スル動産又ハ不動産ヲ横領シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス

前項ノ罪ヲ犯シ六月以上ノ懲役ニ處ス可キ者ニハ剥奪公權ヲ科シ之ヲ監視ニ付ス

第三百十三條 遺失物又ハ漂流物其他人ノ占有ヲ離レタル動産ヲ得テ之ヲ横領シタル者ハ第三百七條ノ例ニ依ル

第三百十四條 本節ノ罪ニハ第二百九十二條第一項ヲ適用ス

第三百十五條 本節ノ罪ヲ犯シタル者ニハ再犯例ヲ適用ス

司法省は、明治三〇年案を直ちに議会に提出することを検討したが、弁護士会の刑法改正反対の動向や刑事訴訟法改正案の作成の遅延から、政府は議会提出を見合わせ明治三二年三月に再編された法典調査会第三部の調査・審議に委ねた。

法典調査会第三部は、刑法及び刑事訴訟法の起案審議を担当する。法典調査会第三部の構成員は、部長横田国臣、刑法及び刑事訴訟法起草委員倉富勇三郎、古賀廉造、石渡敏一の三名、委員小松原英太郎、穂積陳重、長谷川喬、富井政章、三好退蔵、村田保、高木豊三、小河滋次郎の八名に続いて、重岡薫五郎、江木衷、尾崎三良、都築馨六、三浦安、前田孝階、富谷銚太郎、土方寧、馬場愿治、小宮三保松、河村讓三郎、長森藤吉郎、岡田朝太郎の諸氏が任命された。³⁷

明治三二年五月三〇日開催第一回法典調査会第三部会は、審議の対象を巡り論議し、現行明治一五年刑法を改正するか修正加除をするかを総委員会（刑法連合会）の決議に委ねることとした。³⁸

明治三二年六月六日開催第一回刑法連合会では、法典調査会第三部長横田国臣の審議の対象を現行明治一五年刑法を改正するか修正加除をするかの提案を審議し、「別段改正案ヲ起コスヲ相当トスル」との提案が可決された。³⁹

法典調査会第三部は、明治三〇年案を審議の対象として明治三四年三月一五日開催第一一九回まで逐条審議を重ね、重要事項については刑法連合会の審議決定に委ねた。

第二章 明治三四年改正案から明治四〇年刑法における横領罪と背任罪の連関性

第一節 明治三四年改正案から明治三五年刑法改正案における横領罪と背任罪の連関性

一、法典調査会第三部は、二編三〇〇条から構成された明治三四年改正案を作成した。同案は、第二編罪のもとに第一四章「財産ニ對スル罪」第一節「賊盜ノ罪」として第二八二条に初めて背任罪の構成要件を規定し、第二節「占有物横領ノ罪」として第二八九条単純横領罪及び第二九〇条業務上横領罪の構成要件を規定する。

明治三四年改正案

第二編 罪

第一四章 財産ニ對スル罪

第一節 賊盜ノ罪

第二百八十二條 他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者本人ニ損害ヲ加ヘ又ハ自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖ル目的ヲ以テ

権限外ノ行爲ヲ爲シ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキハ十年以下ノ懲役ニ處ス

第二節 占有物横領ノ罪

第二百八十九條 他人ノ爲メ占有スル動産又ハ不動産ヲ横領シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

自己ノ動産ト雖トモ官署又ハ公署ヨリ保管ヲ命セラレタル場合ニ於テ之ヲ横領シタル者亦同シ

第二百九十條 業務上他人ノ爲メ占有スル動産又ハ不動産ヲ横領シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス

本條ノ罪ヲ犯シタル者ニハ公權剥奪及ヒ監視ヲ附加スルコトヲ得

第二八二条の改正理由は、「他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者私利ヲ當ミ又ハ委任若シクハ代理ノ權限ヲ超越シ之カ為メ本人ニ損害ヲ加フルコト往往ニシテ見ル所ナリ此等ノ場合ニハ民事上損害賠償ノ道ナキニアラスト雖トモ又民事上救済ノ目的ヲ達セラルコト少ナシトセス加之其行為ノ治安ヲ害スルコト本節及次節ニ於テ規定セラレタル他ノ罪ト異ナルコトナシ是殊ニ本條ヲ置キテ其弊ヲ防止セントスル所以ナリ」として新設する。¹⁰⁾

第二節占有物横領ノ罪は、現行明治一五年刑法第二章第三節及び第五節中の受害財物ニ關スル罪を合して修正を加えている。以下、第二八九条及び第二九〇条の改正理由について検討する。

第二八九条第一項及び第二九〇条は、現行明治一五年刑法第三九五条の対象が動産のみであるのに修正を加え、不動産をも対象とし、費消又は拐帶等に至らぬ行為をも横領として構成要件的行為とする。第二八九条第二項は、現行明治一五年刑法第三九六条の藏匿又は脱漏の文言の意義が狭いので横領との文言を用いて意義を明らかにする。

第二九〇条は、業務上他人の物を占有する者が前条第一項を犯した場合より罪状が重いとす新設規定である。第二項は、量刑を重くした上で公権剥奪及ヒ監視を附加刑とする。

政府は、明治三四年二月八日第一五回帝國議會に明治三四年改正案を提出し、貴族院刑法改正案特別委員会で審議中に会期が終了した。

貴族院刑法改正案特別委員会の構成員は、委員長徳川家達、副委員長村田保、委員丹羽長保、岡内重俊、清浦奎吾、三好退蔵、松岡康毅、名村退蔵、平田東助、馬屋原彰、都築馨六、菊池武夫、高木豊三、富井政章、穂積八束の一五氏で、明治三四年二月一五日より同月二六日までの七回の議事速記録が残されている。¹¹⁾

明治三四年一月法典調査会第三部は、明治三四年改正案に修正を加えた「刑法再整理案」を作成した。¹²⁾

二、法典調査会第三部は、刑法再整理案を基に更に修正し二編二九九条より構成される明治三五年刑法改正案を作成した。⁴³

政府は、明治三五年一月二五日明治三五年刑法改正案を第一六回帝国議会で提出し、貴族院本会議では改正反対派と改正賛成派の議員との間で激しい論議が交わされた。貴族院刑法改正案特別委員会で審議し修正議決され、衆議院に送付され審議されたが会期終了で同案は審議未了となった。

明治三五年刑法改正案

第二編 罪

第三十五章 賊盗ノ罪

第二百八十一條 他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者本人ニ損害ヲ加ヘ又ハ自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖ル目的ヲ以テ其任務ニ背キタル行爲ヲ爲シ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキハ一〇年以下ノ懲役ニ處ス

第三十六章 占有物横領ノ罪

第二百八十八條 他人ノ爲メ占有スル物ヲ横領シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

自己ノ物ト雖トモ公務所ヨリ保管ヲ命セラレタル場合ニ於テ之ヲ横領シタル者亦同シ

第二百八十九條 業務上他人ノ爲メ占有スル物ヲ横領シタル者ハ一年以上一〇年以下ノ懲役ニ處ス

前項ノ罪ヲ犯シタル者ニハ公権剥奪及ヒ監視ヲ附加スルコトヲ得

第一六回貴族院刑法改正案特別委員会の構成員は、委員長徳川家達、副委員長村田保、委員黒田和志、丹羽長保、尾崎三良、岡内重俊、三好退蔵、松岡康毅、名村退蔵、小松原英太郎、奥山政敬、菊池武夫、高木豊三、富井政章、兒玉淳一郎の一五氏である。⁴⁴

第一六回貴族院刑法改正案特別委員会では、菊池武夫議員から第二八一条について「他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者」には広範な人が含まれるとし、「本人ニ損害ヲ加ヘ又ハ」を削除するとの修正案が提案された。富井政章議員は、修正案では狭く漏れる例について質問し、古賀廉造及び石渡敏一両政府委員から累次の例について説明された後、原案通り可決した。⁴⁵

第一六回帝国議会衆議院は、同年二月二六日本会議「刑法改正案第一読会」で刑法改正案委員会を設置した。

衆議院刑法改正案委員会の構成員は、委員長尾崎行雄、理事内藤正義、花井卓蔵、望月長夫の三氏、委員石黒涵一郎、西原清東、安藤亀太郎、大塚成吉、丸山嵯峨一郎、関信之介、東良三郎、山下千代雄、持田直、大東義徹、青柳四郎、望月長夫、伊藤直純、鮫島相政、藤沢幾之輔、重岡薫五郎、関直彦、武市庫太、奥繁三郎、平岡萬次郎、後藤文一郎、鳩山和夫、中村彌六、高梨哲四郎の二四氏である。⁴⁶ なお、同年三月五日第四回刑法改正案委員会において審議の効率化を図り調査委員として西原清東、鳩山和夫、藤沢幾之輔、後藤文一郎、平岡萬次郎、花井卓蔵、鮫島相政の七氏が選出され、互選で鳩山和夫が委員長となった。⁴⁷

衆議院刑法改正案委員会は、五回の審議を重ねたが会期切迫により審査が終了出来ない旨の報告を衆議院議長にし、議長は三月九日開催の本会議で衆議院刑法改正案委員会の報告をした。

明治三五年刑法改正案は、衆議院において審議未了となった。

政府は、明治三五年一月二八日第一七回帝国議会上に第一六回貴族院刑法改正案特別委員会で明治三五年刑法改正案を若干修正した二編二九八条を提出した。

政府は、明治三五年刑法改正案の条文数を修正した上で改正案の理由書を第一七回帝国議会上に提出した。詐欺罪及び横領罪についての提案理由は、以下の通りである。⁴⁸

「第二百八十條ハ新ニ設ケタル規定ニシテ他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者私利ヲ營ミ其任務ニ背キタル行爲ヲ爲シ本人ニ損害ヲ加フルコト往往ニシテ見ル所ナリ之等ノ場合ニ於テハ理論上民事訴訟ニ依リ損害賠償ヲ求ムル途ナキニアラスト雖トモ事實上ハ概ネ救済ナキト同一ニ歸ス加之其行爲ノ治安ヲ害スルコト敢テ本章及ヒ次章ニ於テ規定スル罪ニ讓ラス是特ニ本條ヲ置キテ其弊ヲ防止セントスル所以ナリ」

第三六章について、「本章ハ現行法第三編第二章第三節第五章中ノ受寄財物ニ關スル罪ノ規定ヲ合シ之ニ修正ヲ加ヘタルモノナリ」と説明する。主要な修正として「一 現行法ハ受寄財物消費罪ニ關シテハ唯金額物件ニ關シテ規定ヲ設クト雖トモ本案ハ本章ニ於テ他人ノ爲メ占有スル物ヲ横領シタル罪ト爲シタリ（中略）三 現行法ハ受寄財物ニ關シ業務上他人ノ爲メ占有スル場合ト否ラサルモノトノ區別ヲ爲サスト雖トモ業務ニ因リ他人ノ爲メニ物ヲ占有スル場合ト異ナリ自ラ保管ノ責アルノミナラス一方ニハ交通取引ヲ妨ケ社會ノ信用ヲ害スルコト甚大ナルヲ以テ本案ハ此二者ヲ區別シ格別ノ規定ヲ設ケタリ」との理由を挙げる。

「第二百八十七條第一項ハ現行法第三百九十五條ニ修正ヲ加ヘタルモノニシテ他人ノ爲メ占有スル物ヲ不法ニ横領シタル場合ノ規定ナリ但現行法第三百九十五條末段ノ規定ハ其必要ナキヲ以テ之ヲ刪除シタリ、本條第二項ハ現行法第三百九十六條ニ相當スルモノニシテ現行法ハ自己ノ所有物ト雖トモ官署ヨリ差押ヲ受ケタル場合ニ其物件ヲ藏匿又ハ脱漏シタル場合ノ規定ナリ雖トモ藏匿又ハ脱漏ナル語ハ其意義尙狭キコト前述ノ費消又ハ拐帶ナル語句ニ同シキヲ以テ本案ハ之ヲ改メテ横領ト爲シ其他文字ニ修正ヲ加ヘ意義ヲ明ニ爲シタリ但同條但書ハ其必要ナキヲ以テ之ヲ刪除シタリ」

「第二百八十八條ハ新ニ設ケタル規定ニシテ業務上他人ノ爲メ占有スル者カ前條第一項ノ罪ヲ犯シタル場合ニシテ前ニ挙げタル如ク其情状重キヲ以テ特ニ本條ニ於テ之ヲ規定シ其刑ヲ重クシタリ、第二項ハ附加刑ノ規定ニシテ本條ノ罪ハ特ニ其情状重シト認メタルヲ以テ之ニ公権剝奪及ヒ監視ヲ附加シ得ト爲シタルナリ」

政府提案明治三五年刑法改正案理由書は、第三五章賊盜ノ罪第二八〇条背任罪、第三十六章占有物横領ノ罪

第二八七条単純横領罪及び第二八八条業務上横領罪の規定の経緯を詳細に説明する。第二八〇条及び第二八八条は新設規定である。特に、第二八八条は、第二八七条の特別類型としての身分犯であり加重類型である。

第一七回帝国議會は、貴族院本會議において刑法改正案の第一讀会が開催された当日に衆議院解散となり刑法改正案は成立をみなかった。

政府は、日露戦争等の影響から刑法改正案の議會提出を見送っていた。

明治三十九年六月、司法省は、法律取調委員会を設置し刑法改正作業を進展させた。

法律取調委員会の構成員は、委員長松田正久司法大臣、委員南部甕男、都築馨六、栗原省吾、穂積陳重、横田国臣、倉富勇三郎、河村讓三郎、穂積八束、平沼騏一郎、古賀廉造、岡田朝太郎、岡松参太郎、勝本勘三郎、小疇傳、谷野格、中川孝太郎、三好退蔵、村田保、富井政章、一木喜徳郎、磯部四郎、菊池武夫、奥田義人、高木豊三、鳩山和夫、山根正次、岸本辰雄、江木衷、關直彦、元田肇、花井卓蔵、岡野敬次郎、常松英吉、小河滋次郎の諸氏である。なお、起草委員会が設置され、委員長穂積陳重、委員都築馨六、倉富勇三郎（執筆主任）、平沼騏一郎（相談役）、常松英吉（相談役）、岡田朝太郎（相談役）、谷野格（相談役）、磯部四郎、菊池武夫、鳩山和夫、江木衷、花井卓蔵の一二氏である。⁴⁹

法律取調委員会は、明治三十九年六月一日第一回委員總會を開催し、委員長に松田正久司法大臣を推薦し、主査委員七名を主査委員長の名とした。刑法主査委員会の委員氏名は定かでないが、花井卓蔵、岡田朝太郎、江木衷、菊池武夫の四氏は議案を提出していることから判明している。委員会の調査方針については、「既成刑法改正案を基礎とし主査委員を設け修正の範囲及び修正事項を調査し委員会の議事に付す」との見解と「現行刑法と既成刑法改正案の何れも基本と定めず主査委員を設け新たに別個の改正案を編纂し本會議の議案とする」との見解について採決し、前者の見解に決した。⁵⁰

刑法主査委員会は、明治三五年刑法改正案に対する修正項目を議案として一〇号とりあげる。議案第四号は、花井卓蔵委員による修正項目であり、第四において「欺罔騙取罪及ヒ之ニ類スル罪ヲ賊盜ノ罪ト分離シ別ニ章ヲ設クルコト」をあげる。議案第四号第四は、主査委員會議決項目三二項目の第三〇として記載される。⁵¹

法律取調委員會議事日程は、明治三九年七月一六日開催第二回法律取調委員会委員總會議事日程に三二項目記載し、議案第四号第四は第三〇項目として挙げられている。⁵²

法律取調委員会は、同年七月一九日第五回委員總會を経て、同年一月七日開催第六回委員總會以降第二次審議に入り、同年一二月二九日開催第二八回委員總會まで審議を重ねた。同年一二月一〇日開催第一九回法律取調委員会委員總會以降、条文毎に纏め刑法取調委員會議決修正條項を五回に分けて審議する。

刑法取調委員會議決修正條項(五)は、第三七章の章名について「詐欺ノ下ニ「及ヒ恐喝」ノ四字ヲ追加ス」とし、第三八章の章名について「占有物」ノ三字削除」とする。第二七一条について「第二項「不法ニ財産上ノ利益ヲ得」ヲ「財産上不法ノ利益ヲ得」ト修正ス」とする。第二七八条について「他人ノ爲メ占有スル物」ヲ「自己ノ占有スル他人ノ物」ト修正ス」とする。第二八〇条について「其他」以下ヲ「其他占有ヲ離レタル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ一年以下ノ懲役又ハ云々ト修正ス」とする。⁵³

詐欺罪及び横領罪は、刑法取調委員會議決修正條項(五)として同年一二月二六日開催第二七回委員總會で審議される。議決修正條項(五)として提案された第三七章の章名変更は否決され、第二七一条第二項ヲ「財産上不法ノ利益ヲ得」と修正することは了承された。第二七二条の文言について磯部委員より「他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ其任務ニ背キタル行爲ヲ爲シ」云々の意味に修正することを起草委員会に託したいとの提案が了承される。第二八〇条「其他占有ヲ離レタル他人ノ物ヲ横領シタル者」との修正及び刑期「一年以下」との修正が了承された。

法律取調委員会委員総会日誌は、同総会の議事録ではあるが記載内容は審議結果を記載するメモ程度であり審議の経緯を詳細に知ることは出来ない。第三章で検討する刑法改正事業における資料群に比し余りにも簡略な資料である。

第二節 明治三十九年刑法改正案から明治四〇年刑法における横領罪と背任罪の連関性

法律取調委員会は、明治三十九年刑法改正案第二編二八九条を作成し、明治三十九年一月七日第六回委員総会より明治三十九年二月二十九日第二八回委員総会まで審議を重ね、明治三十九年刑法改正案二編二六五条を作成した。

政府は、明治四〇年二月二日第二三回帝國議會に法律取調委員会の作成した明治三十九年刑法改正案二編二六五条を提出した。

明治三十九年刑法改正案

第二編 罪

第三十七章 詐欺及ヒ恐喝ノ罪

第二百四十八条 他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ

其任務ニ背キタル行爲ヲ爲シ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキハ五年以下ノ懲役又ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス

第三十八章 横領ノ罪

第二百五十三條 自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

自己ノ物ト雖トモ公務所ヨリ保管ヲ命セラレタル場合ニ於テ之ヲ横領シタル者亦同シ

第二百五十四條 業務上自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス

刑法改正政府提出案理由書は、背任罪及び横領罪について左記のように改正理由を説明する。⁵⁴
刑法改正政府提出案理由書

第三十七章 詐欺及ヒ恐喝ノ罪

第二百四十七條乃至第二百五十二條

理由 本章ハ現行法第三編第二章第五節中詐欺取財ニ関スル部分ニ該當ス

(中略)

本章修正ノ主要ナル点ヲ挙クレハ左ノ如シ

左ニ各本條修正ノ理由ヲ説明セン

(中略)

第二百四十八條ハ新タニ設ケタル規定ニシテ他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者私利ヲ當ミ其他任務ニ背キタル行爲ヲ爲シ本人ニ財産上ノ損害ヲ加フルコト往々ニシテ見ル所ナリ此等ノ場合ニ於テハ理論上民事訴訟ニ依リ損害賠償ヲ求ムル途ナキニアラスト雖トモ事実上ハ概ネ其救済ナキト同一ニ歸ス加之其行爲ノ治安ヲ害スルコト敢テ本章及ヒ次章ニ於テ規定スル罪ニ讓ラス是特ニ本條ヲ置キテ其弊ヲ防止セントスル所以ナリ

第三十八章 横領ノ罪

第二五三條乃至第二五六條

理由 本章ハ現行法第三編第二章第五節中ノ受寄財物ニ關スル罪ノ規定ヲ合シ之ニ修正ヲ加エタルモノナリ

本章修正ノ主要ナル点ヲ挙クレハ左ノ如シ

一 現行法ハ受寄財物ヲ費消スルカ又ハ騙取拐帶等ノ行爲ヲ爲スニ非サレハ罪ト爲ササルヲ以テ單ニ受寄ノ財物ヲ自己ノ物ト爲シタル場合ニ在リテハ何等ノ罪ヲモ構成セス故ニ被害者ハ唯民事上ノ救済ヲ求ムル外ナク其保護極メテ薄弱ナリシヲ以テ改正案ハ改メテ費消又ハ拐帶スルニ至ラストモ既ニ横領ノ行爲アリタル場合ニハ之ヲ罪ト爲シ以テ此弊害ヲ濟ヘリ

二 現行法ハ受寄財物ニ關シ業務上他人ノ爲メニ占有スル場合ト否ラサルトノ區別ヲ爲サスト雖トモ業務ニ因リ他人ノ爲ニ

物ヲ占有スル場合ハ通常ノ場合ト異ナリ自ラ保管ノ責アルノミナラス一方ニハ交通取引ヲ妨ケ社会ノ信用ヲ害スルコト甚大ナルヲ以テ本案ハ此二者ヲ區別シ各別ノ規定ヲ設ケタリ

左ニ各本條修正ノ理由ヲ説明セシ

第二百五十三條第一項ハ現行法第三百九十五條ニ修正ヲ加エタルモノニシテ他人ノ爲メ占有スル物ヲ不法ニ横領シタル

場合ノ規定ナリ但現行法第三百九十五條末段ノ規定ハ其必要ナキヲ以テ册除シタリ、本條第二項ハ現行法第三百九十六條ニ相當スルモノナリ現行法ハ官署ヨリ差押ヲ受ケタル自己ノ所有物ヲ藏匿又ハ脱漏シタル場合ノ規定ヲ設クト雖トモ藏匿又ハ脱漏ナル語ハ其意義尚ホ狭キコト前述ノ費消又ハ拐帶ナル語句ニ同シキヲ以テ本案ハ之ヲ改メテ横領ト爲シ其他文字ニ修正ヲ加工意義ヲ明確ナラシメタリ但同條但書ハ其必要ナキヲ以テ册除シタリ

第二百五十四條ハ新タニ設ケタル所ニシテ業務上他人ノ物ヲ占有スル者カ前條第一項ノ罪ヲ犯シタル場合ニシテ前二挙ケタル如ク其罪状重キヲ以テ特ニ本條ニ於テ之ヲ規定シ其刑ヲ重クシタリ、現行法ノ監守盜ノ如キハ当然本條中ニ包含セラルヘキモノナリ

明治三九年刑法改正案は、明治二八年案、明治三〇年案、明治三四年改正案及び明治三五年刑法改正案の系譜として第二五三条單純横領罪及び第二五四条業務上横領罪の構成要件を規定する。

二、第二三回帝国議會貴族院は、明治四〇年二月二日第一読会を開催し、刑法改正案特別委員会で同月四日から一二日まで審議し、同月一八日第二読会及び第三読会を経て若干の修正を加え可決した。⁵⁵

第二三回帝国議會衆議院は、貴族院からの回付を受け、明治四〇年二月二日政府提出の刑法改正案の第一読会を開催し、刑法改正案委員六三名を選出し、翌二二日第一回刑法改正案委員会において委員長及び理事の互選が行われ磯部四郎が委員長に選出された。同委員会は、委員長指名による一八名からなる特別調査委員会を設置し、鳩山和夫が委員長に推薦された。刑法改正案委員会は、同年三月一日まで一〇回開催され、第四

回から第八回までは特別調査委員会である。⁵⁶

衆議院は、刑法改正委員会の若干の修正を受け三月一日第二読会及び第三読会を経て若干の修正を加え可決し、貴族院に回付した。

貴族院は、三月一九日開催の本会議において衆議院の修正に同意しない議決をした。三月二三日両院協議会が開催され、衆議院側から元田肇、奥田義人、花井卓蔵の三氏、貴族院側から村田保、富井政章、一木喜徳郎の三氏が議長磯部四郎から交渉人に指名され、協議の結果、両院の修正項目について譲歩・妥協が成立し、両院協議会成案が満場一致で可決した。⁵⁷

明治四〇年刑法

第三十七章 詐欺及ヒ恐喝ノ罪

第二百四十七条 他人ノ爲メ其事務ヲ處理スル者自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ其任務ニ背キタル行爲ヲ爲シ本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキハ五年以下ノ懲役又ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス

第二百五十条 本章ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス

第三十八章 横領ノ罪

第二百五十二条 自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

自己ノ物ト雖トモ公務所ヨリ保管ヲ命セラレタル場合ニ於テ之ヲ横領シタル者亦同シ

第二百五十三条 業務上自己ノ占有スル他人ノ物ヲ横領シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス

三、明治一五年刑法は、第三九五条で背任罪を規定する。その後、明治二八年案以降の刑法改正論議は、横領罪規定の新設が論点となった。明治三〇年案、明治三四年改正案、明治三五年刑法改正案及び明治三九年刑法

改正案は、横領罪の構成要件について単純横領罪及び業務上横領罪新設の論議を重ねた。

明治四〇年刑法は、第三七章詐欺及ヒ恐喝ノ罪に第二四七条背任罪規定を第三八章横領ノ罪に第二五二条単純横領罪及び第二五三条業務上横領罪を規定する。

註

1 拙稿「横領罪と背任罪の連関性についての法制史的考察―改正刑法假案の視座―」(二)、「武蔵野法学五・六号(二〇一六年) 一二八頁及び一三六頁参照。明治九年太政官第四八号布告は、職制律を廃止し、同年太政官第七四号布告は、改正私借官物律第一〇五條及び私借官物條例一〇六條を規定する。新田一郎「律と刑法のあいだ」、酒巻匡他編著『井上正仁先生古稀祝賀論文集』、有斐閣、二〇一九年、三七頁以下参照。

2 岩谷十郎「二つの仏文刑法草案とポアソナード」、法学研究六四卷一号(一九九一年) 利光三津夫教授退職記念号、五七頁以下、特に、五九頁以下参照。

3 「校正律例稿」は、旧司法省に所蔵されていたが、法務図書館に移管され手塚豊博士が整理された。手塚豊「校正律例について」、法学研究二二卷四号(一九四九年) 二六頁以下参照(手塚豊『明治初期刑法史の研究』、慶応義塾大学法学研究会、一九五六年所収)及び司法省秘書課編「校正律例稿」『日本近代刑事法令集中巻』、司法省秘書課、一九四五年、二九七頁以下参照。「校正律例稿」について、慶應義塾図書館マイクロ資料リスト参照 (<http://www.mtrialib.keio.ac.jp/micro/info.php?ID=621>)。

4 『日本刑法草案会議筆記別冊 刑法編集日誌 日本帝国刑法草案』、早稲田大学出版部、昭和五一年、三頁参照。

5 『日本刑法草案会議筆記 第一分冊』、早稲田大学出版部、昭和五一年、一〇頁以下及び中村義孝(訳)「ポアソナード刑事訴訟法典草案」、立命館法学三二四号(二〇〇九年) 一九〇頁以下、同(訳)「日本帝国刑法典草案(一)」(Projet de Code Penal pour l'Empire du Japon)、『立命館法学三二九号(二〇一〇年) 二六一頁参照。

- 6 前掲註4 『日本刑法草案会議筆記別冊 刑法編集日誌 日本帝国刑法草案』、三〇頁参照。
- 7 前掲註4 『日本刑法草案会議筆記別冊 刑法編集日誌 日本帝国刑法草案』、二九頁以下、五八頁以下、一一五頁以下及び一三七頁以下参照。
- 8 前掲註4 『日本刑法草案会議筆記別冊 刑法編集日誌 日本帝国刑法草案』、一四六頁参照。
- 9 『日本刑法草案筆記 第IV分冊』、早稲田大学出版部、昭和五十一年、〈第二十卷〉二四四頁以下参照。
- 10 前掲註9 『日本刑法草案筆記 第IV分冊』、〈第二十卷〉二四四七頁参照。
- 11 前掲註9 『日本刑法草案筆記 第IV分冊』、〈第二十卷〉二四五頁以下参照。
- 12 前掲註9 『日本刑法草案筆記 第IV分冊』、〈第二十卷〉二四六五頁以下参照。
- 13 前掲註9 『日本刑法草案筆記 第IV分冊』、〈第二十卷〉二四七七頁以下参照。
- 14 前掲註9 『日本刑法草案筆記 第IV分冊』、〈第二十五卷〉三〇一八頁参照。
- 15 前掲註9 『日本刑法草案筆記 第IV分冊』、〈第二十卷〉二四九三頁以下参照。
- 16 前掲註9 『日本刑法草案筆記 第IV分冊』、〈第二十卷〉二五〇四頁以下参照。
- 17 『法規分類大全』 刑法門一、刑法総論八頁参照。
- 18 前掲註9 『日本刑法草案筆記 第IV分冊』、〈第二十五卷〉三〇九一頁以下参照。
- 19 日本刑法草案の各条文は、吾園叢書『日本刑法草案』別冊十八参照。本資料は、法務図書館蔵のマイクロフィルム(XB100 G22)である。前掲註9 『日本刑法草案筆記 第IV分冊』、〈第二十六卷〉三二六三頁以下参照。
- 20 参考として紹介するのは、ポワソナードによるProjet de Code Penal pour l'Empire du Japonの翻訳である。本条文は、司法省編纂の草案の原案(ポアソナードが作成)であり、その後の修正の叩き台である。中村義孝(訳)『日本帝国刑法典草案(一)』(Projet de Code Penal pour l'Empire du Japon)、『立命館法学』三三〇号(二〇一〇年)一七九頁及び一八一頁以下参照。なお、条文の表記は、「草案の条文を中心に行っている。改正草案については、右寄せにして短いものは、本文中で)ポイントを落とささらに括弧「」で括って条文ごとの末尾に注(*)を入れてある。特に改正草案の条文を示

- していないものは、草案と改正草案の条文が同じであることを意味している。なお、各条文の末尾に〈〉で括弧で示してある数字の最初のもは旧刑法の条文番号であり、その後にある数字はフランスの刑法典その他の法律の条文番号である。前掲註5同(訳)「日本帝国刑法典草案(一)(Projet de Code Penal pour l'Empire du Japon)」立命館法学三二九号(二〇一〇年)二六三頁参照。本ポアソナードの仏文草案は、明治一五年刑法との対比も示され、参考となる。
- 21 その経緯は、吾園叢書『日本刑法草案』別冊一八冒頭に記載されている。吾園叢書は、細川潤次郎の所蔵する日本刑法草案の成立経緯を示す資料である。本資料は、法務図書館蔵のマイクロフィルム(XB100 G22)である。
- 22 早稲田大学鶴田文書研究会・杉山晴康・吉井蒼生夫・浅古弘・藤田正『刑法審査修正關係諸案』早稲田大学比較法研究所、昭和五九年、一九二頁参照。
- 23 浅古弘「刑法草案審査局小考」、早稲田法学五七卷三号(一九八二年)三七九頁以下参照。特に、三八五頁註(二)は、刑法草案審査局設置に際しての伊藤博文から井上毅に対する指示について紹介する。浅古論文三八〇頁註一の「刑法審査修正案」二〇冊一覧表は、興味深く特に使用用紙の記載は各条文の制作過程を示唆する。
- 24 本資料の来歴について、藤田は刑法審査局における審査過程で作成された草案類を同局自身が整理し、一揃いの書類として纏めたものと解している。藤田正「刑法審査修正案の成立」、西原春夫他『旧刑法(明治一三年)(四)』一(日本立法資料全集三六一―I)、信山社、二〇一六年、五頁以下参照。従来四回と解されていた時の審査状況及び刑法審査修正案(四編四三〇条)成立過程について、前掲註23浅古弘「刑法草案審査局小考」、三八八頁以下参照。
- 25 前掲註24西原春夫他『旧刑法(明治一三年)(四)』一、二一八頁以下参照。
- 26 前掲註24西原春夫他『旧刑法(明治一三年)(四)』一、二六三頁参照。
- 27 前掲註24西原春夫他『旧刑法(明治一三年)(四)』一、二九九頁参照。
- 28 前掲註24西原春夫他『旧刑法(明治一三年)(四)』一、三三四頁以下参照。
- 29 前掲註24西原春夫他『旧刑法(明治一三年)(四)』一、三七三頁参照。
- 30 刑法修正案の各条文は、吾園叢書『刑法修正案全』十四、法務図書館蔵・マイクロフィルム(XB100 G21)による。

- 前掲註22『刑法審査修正關係諸案』は、刑法修正案を刑法草案審査修正案と称する。早稲田大学鶴田文書研究会・杉山晴康・吉井蒼生夫・浅古弘・藤田正『刑法審査修正關係諸案』、二二三頁参照。
- 31 前掲註9『日本刑法草案筆記第IV分冊』、〈第二十卷〉二四五頁及び二四五七頁参照。
- 32 吉井蒼生夫「元老院の審議と刑法の公布・施行」、前掲註24西原春夫他『旧刑法（明治一三年）（四）Ⅰ』、一九頁以下参照。元老院の審議の経緯について、西原春夫他『旧刑法（明治一三年）（四）Ⅱ（日本立法資料全集三六一Ⅱ）』、信山社、二〇一六年、二八五頁以下参照。
- 33 内田文昭、山火正則、吉井蒼生夫編著『刑法（明治四〇年）（1）Ⅲ（日本立法資料全集二〇一三）』、信山社、二〇〇九年、二二一頁以下参照。
- 34 内田文昭「刑法改正委員会・法典調査会の刑法改正作業」、内田文昭、山火正則、吉井蒼生夫編著『刑法（明治四〇年）（2）（日本立法資料全集二二）』、信山社、一九九三年、五頁以下参照。
- 35 前掲註34内田文昭、山火正則、吉井蒼生夫編著『刑法（明治四〇年）（2）』、四五頁以下参照。刑法改正審査委員会決議録は、同委員会の委員の一人であった倉富勇三郎が整理保存していたものである。杉山晴康・吉井蒼生夫編『刑法改正委員会決議録 刑法草案（明治二八年・同三〇年）』、早稲田大学比較法研究所、一九八九年参照。
- 36 前掲註34内田文昭、山火正則、吉井蒼生夫編著『刑法（明治四〇年）（2）』、一七九頁以下参照。
- 37 内田文昭「刑法改正委員会・法典調査会の刑法改正作業」、前掲註34内田文昭、山火正則、吉井蒼生夫編著『刑法（明治四〇年）（2）（日本立法資料全集二二）』、一〇頁参照。
- 38 前掲註34内田文昭、山火正則、吉井蒼生夫編著『刑法（明治四〇年）（2）』、一八三頁以下参照。
- 39 前掲註34内田文昭、山火正則、吉井蒼生夫編著『刑法（明治四〇年）（2）』、二七二頁以下参照。
- 40 法典調査會編纂『刑法改正案理由書 附刑法改正要旨』、上田屋書店、一九〇一年、二二三頁以下参照。
- 41 内田文昭、山火正則、吉井蒼生夫編著『刑法（明治四〇年）（3）Ⅰ（日本立法資料全集二二）』、信山社、一九九四年、一六七頁以下参照。

- 42 前掲註41内田文昭、山火正則、吉井蒼生夫編著『刑法〔明治四〇年〕(3)・I』、三七七頁以下参照。
- 43 明治三五年刑法改正案は、『刑法沿革綜覧』(大正一二年)では、第三章賊盜ノ罪は、第二七二條から第二七七條まで規定し、第三六章占有物横領の罪は、第二八八條から始まる。明治三五年刑法改正案の第二七八條から第二八七條まで欠落する(四七四頁)。尚、『増補 刑法沿革綜覧』(平成二年)では欠落部分について官報による補正がなされている(松尾浩也『「刑法沿革綜覧」増補復刻解題」六頁参照)。
- 44 内田文昭、山火正則、吉井蒼生夫編著『刑法〔明治四〇年〕(4)』(日本立法資料全集二四)、信山社、一九九五年、一五七頁以下参照。
- 45 高橋治俊・小谷二郎『刑法沿革綜覧』、清水書店、大正一二年、一一九六頁以下及び前掲註44内田文昭、山火正則、吉井蒼生夫編著『刑法〔明治四〇年〕(4)』、一五八頁以下参照。貴族院刑法改正案特別委員会での審議について、前掲註44内田文昭、山火正則、吉井蒼生夫編著『刑法〔明治四〇年〕(4)』、一五八頁以下参照。
- 46 衆議院刑法改正案委員会の構成員について、明治三五年二月二六日開催第一六回帝國議會衆議院本會議「刑法改正案第一読会」議事速記録、内田文昭、山火正則、吉井蒼生夫編著『刑法〔明治四〇年〕(5)』(日本立法資料全集二五)、信山社、一九九五年、五二頁以下参照。
- 47 前掲註46内田文昭、山火正則、吉井蒼生夫編著『刑法〔明治四〇年〕(5)』、一六八頁以下参照。
- 48 条文数は、前掲明治三五年刑法改正案より一条少なくなっている。前掲註46内田文昭、山火正則、吉井蒼生夫編著『刑法〔明治四〇年〕(5)』、四三七頁以下参照。
- 49 内田文昭、山火正則、吉井蒼生夫編著『刑法〔明治四〇年〕(6)』(日本立法資料全集二六)、信山社、一九九五年、八七頁以下参照。
- 50 前掲註49内田文昭、山火正則、吉井蒼生夫編著『刑法〔明治四〇年〕(6)』、一一五頁以下参照。なお、總會で了承された主査委員会は、起草委員会と同一と考えられる。
- 51 前掲註49内田文昭、山火正則、吉井蒼生夫編著『刑法〔明治四〇年〕(6)』、一〇〇頁以下参照。

- 52 前掲註49内田文昭、山火正則、吉井蒼生夫編著『刑法（明治四〇年）（6）』、九七頁以下参照。なお、明治三十九年七月一八日開催第四回法律取調委員会委員総会において第三〇項についての記述は見当たらない。前掲註49内田文昭、山火正則、吉井蒼生夫編著『刑法（明治四〇年）（6）』、一二二頁参照。
- 53 前掲註49内田文昭、山火正則、吉井蒼生夫編著『刑法（明治四〇年）（6）』、一〇七頁参照。
- 54 高橋治俊・小谷二郎『刑法沿革綜覧』、清水書店、一九二三年、二二二頁以下参照。
- 55 前掲註49内田文昭、山火正則、吉井蒼生夫編著『刑法（明治四〇年）（6）』、三六九頁以下参照。
- 56 刑法改正案委員会及び特別調査委員会会議録について、内田文昭、山火正則、吉井蒼生夫編著『刑法（明治四〇年）（7）（日本立法資料全集二七）』、信山社、一九九六年、二九頁以下参照。
- 57 衆議院修正案についての貴族院の審議について、前掲註56内田文昭、山火正則、吉井蒼生夫編著『刑法（明治四〇年）（7）』、三二九頁以下参照。両院協議会成案会議の審議について、前掲註56内田文昭、山火正則、吉井蒼生夫編著『刑法（明治四〇年）（7）』、三六一頁以下参照。田中正身『改正刑法釋義上巻』、明治四〇年、西東書房、同『改正刑法釋義下巻』、明治四一年、西東書房は、沿革として明治二三年修正案、明治三四年修正案、明治三五年修正案及び明治三五年修正案修正を、参照条文として欧米刑法及び唐・清律を、釋義として立法理由を、疑問及び説明、異説等を紹介する。日本立法資料全集別巻三五及び三六に所収。