

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

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 武蔵野大学法学会 公開日: 2017-04-19 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/451

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—

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、本号）

第二節 明治一五年刑法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

序言

一、我国の現行刑法は、横領罪と背任罪を別異に扱い横領罪（二五二条）を第三八章「横領の罪」の下に背任罪（二四七条）を第三七章「詐欺及び恐喝の罪」の下に規定する。

明治政府は、発足にあたり当面の治安の確保の必要性から可及的速やかな刑法定定及び施行に迫られた。明治政府の依拠すべき刑法典は、従前の律令であり旧幕時代の幕府法や藩法の慣例であった。特に、最初の刑法典編纂は、裁判準則として律令を継受した假刑律である。

假刑律は、制定公布された新律綱領（明治三年）及び改定律例（明治六年）等の一連の東洋法系刑法の先駆をなす刑法典である。⁽¹⁾

現行刑法の旨意する背任罪規定は、フランス刑法にはなく明治一五年刑法にもなく、ドイツ刑法の影響を受けた明治三四年改正案及び明治三五年改正案に規定され現行明治四〇年刑法で規定されるに至った。

本稿は、横領罪と背任罪が現行法のかかる規定形式に至った変遷を明治初年からの刑法定定過程及び刑法改正事業を通して考察するものである。⁽²⁾

わが国の刑法改正事業は、以下の四期に区分することが出来る。⁽³⁾

第一期は、明治政府の成立にともない律令法系の假刑律、新律綱領、改定律例から明治一五年刑法定定に至る期である。『日本刑法草案会議筆記』及び明治一五年刑法のコンメンタールであるボアソナード『刑法草案註釋 下巻』等が参考になる。第二期は、明治一五年刑法から明治四〇年刑法定定に至る期であり、フランス刑法からドイツ刑法へと関心が移行した期である。この期は、数次の刑法改正案が活発に提案されており、明治

二三年改正刑法草案、明治三四年改正案及び明治三五年刑法改正案がある。第三期は、明治四〇年刑法制定から改正刑法假案成立に至る期である。この期は、『刑法改正ノ綱領』に基づく刑法改正事業が始動し、『刑法改正原案起草準備案(各則)』(昭和二年二月一日稿)、『刑法改正豫備草案(昭和二年)』、『刑法並監獄法改正起草委員会決議條項(刑法各則編第二次整理案)』(昭和一〇年)を経て『改正刑法假案(昭和一五年)』成立に至る。第四期は、改正刑法假案をベースに開始された改正刑法準備草案から改正刑法草案成立に至る期である。この期は、『改正刑法準備草案』(昭和三六年一二月)から法制審議会刑事法特別部会『改正刑法草案』(昭和四七年)を経て法制審議会『改正刑法草案』(昭和四九年)成立に至る。

明治一五年刑法制定過程においてポアソナードの作成した刑法案は、明治初年以降実務において継承されてきた法令法系の假刑律、新律綱領及び改定律例の視点から日本の実情に合わせて日本側委員から修正がなされておりフランス刑法の単なる継受とは言えない。⁽⁴⁾ その後の、刑法改正事業でもこの視点からの検討がなされ明治四〇年刑法も単なるドイツ刑法の継受ではない。

本稿は、刑法改正事業の経緯を踏まえて横領罪と背任罪の連関性について考察するにあたり右の四期の区分をベースにしつつ明治四〇年刑法成立の前後を踏まえ若干の修正を加え、法制史的視点から原資料を基に実証的に展開するものである。⁽⁵⁾

二、刑法改正事業の当初、横領罪と背任罪の連関性は、明治四〇年刑法とは視点を異にし横領罪と背任罪を「四一章 背任ノ罪」のもとに議論され規定されていた。論議が進行する中、刑法並監獄法改正起草委員会決議條項(刑法各則編第二次整理案)及び改正刑法假案においては、「四三章 横領及背任ノ罪」のもとに同一条文(四四二條)の一項二項として規定されている。⁽⁶⁾

戦後における横領罪と背任罪の連関性は、改正刑法準備草案、法制審議会刑事法特別部会『改正刑法草案』及び法制審議会『改正刑法草案』の各草案において「四〇章 横領及び背任の罪」のもとに背任罪及び横領罪を規定する。

三、財産犯の史的展開を横領罪 (Unterschlagung) 及び背任罪 (Untreue) を中心に概観する。

ローマ法では、furtum という觀念の下に「動産」に対する窃盜罪・強盜罪・横領罪などの財産権侵害が包括されており、背任罪という独立の犯罪概念は存在しなかった。

カロリーナ刑法 (Constitutio Criminalis Carolina, 1532) は、従前契約上の義務違反として処理されていた委託物横領を固有の横領罪 (一七〇条) として規定した。窃盜及び横領が所有権侵害を前提に領得罪として理解されるのに伴い、背任罪は furtum から離脱しローマ法の falsum に起源を有する普通法上の「虚偽の罪」 (crimen falsi) に組み入れられた。背任罪は、falsum に包括され、詐欺罪との近接性を有する犯罪概念となるに至った。

ドイツにおける独立の背任罪の規定は、一五七七年後見人の背信行為に関する帝国警察法 (Reich spolieordnung) が嚆矢であり、一七九四年プロイセン普通ラント法 (Das preussische Landrecht) 第二部第二章第一五節「可罰的私利行為及び詐欺による財産侵害」一三二九条以下に詳細な背任罪規定が置かれるに至った。一八五一年プロイセン刑法二四六条は、背任罪を信任濫用並びに財産侵害として規定した。一八七一年ドイツ刑法旧二六六条は、従前の各ラントの刑法を参考に個別的に背任行為を列挙する背任罪を規定する。ドイツでは、刑法改正事業が継続的になされ一九三三年の改正で現行二六六条の背任罪規定が置かれた。なお、フランス刑法四〇八条は、寄託物横領を背信罪 (abus de confiance) の一として規定する。⁽⁷⁾

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

一、背任罪は、明治三四年改正案以降ドイツ刑法の影響の下に規定された犯罪類型である。それまでの間は、窃盗罪を中心としてその特殊類型として横領罪が規定されているに過ぎない。但し、新律綱領職制律の「出納有違」、「那移出納」及び「私借官物」には、背任罪の思考の一端が見られる。

我国の従前の横領罪は、養老律に端を發し、明治初年には裁判実務の指針としての假刑律⁽⁸⁾を経て新律綱領及び改定律例の制定となる。

養老律は、賊盜律七において一般的な窃盜行為について窃盜条を規定し客体となる盗品を個別化し構成要件を詳細に規定する。長谷山彰教授は、養老律の構成要件が予想し得る犯罪態様の全てを詳細に上げる理由の一つとして「官吏の自由な判断を許さず、機械的な法条の適用を要請している」とされ、「律令の罪刑法定主義の目的は君臣の分を明らかにするところにある。君主が法を超越した裁量権を有するのに対して、臣下たる官僚には君主の示した統治の準則としての法を遵守して政治を行う『守法』の義務がかせられているのである。」と指摘される。⁽⁹⁾

養老賊盜律は、一般的な窃盜行為に対して窃盜条を規定する。⁽¹⁰⁾

窃盜条

凡竊盜不_レ得_レ財。 笞五十。 一尺杖六十。 一端加_二一等_一。 五端徒一年。 五端加_二二_一等_一。 五十端加_二役流_一。

其有_三於一家類盜。 及一時而盜_二數家_一者。 並累而倍論。 倍。 謂_二一尺為_二二尺_一。 若有_二二處賊多。 累倍不_レ加_二重者_一。 止徒_二二重_一而斷。 其倍賊依_レ例惣徵。

養老律は、客体となる盗品を個別化し「大祀条」、「神爾条」、「外印条」、「詔書条」、「盗節刀条」、「禁兵条」、「仏像条」、「発塚条」、「山陵条」及び「盗官私馬牛条」の各構成要件を規定する。⁽¹⁾

大祀条

凡盗^二大祀神御之物^一者。中流。謂。供^二神御^一者。大社神宝亦同。供^二神御^一者。其擬謂。大幣。

レ供^二神御^一。謂。营造未^レ成者。若饗薦之具。已饗呈者。徒二年。饗薦。謂。祭幣酒

餽之属。饗呈。謂。已入^二祀所^一。經^二祀官省視^一者。未^二饗呈^一者。徒一年半。若盗^二釜

甑刀匕之属^一。並從^二常盗之法^一。謂。並不^レ用^レ供^レ神。故從^二常盗之法^一。言^二之属^一。謂。盤盂雜器之類。

神爾条

凡盗^二神璽^一者。絞。謂。踐祚之日。神璽。闕契。内印。馱鈴者。遠流。謂。貪利之而非^二行用^一者。

乘輿服御物者。中流。謂。供^二奉乘輿^一之物。服通^二衾茵之属^一。真副等。皆須^二監当^一之官。

部分擬^二進^一。乃為^二御物^一。稱^二之属^一者。旣褥之類。真副等。真。謂。見^二其擬^レ供^二服御^一。及供而供^レ服用^二之衣^一。副。謂。副式之服。

廢闕。若食將^レ御者。徒二年。將御。謂。已呈^二監当^一之官。擬^レ供^二服御^一。謂。营造未^レ成。及供而廢闕。謂。已供用事畢。

若食將^レ御者。謂。御食已呈^二監^一。擬^レ供^二食御^一。及非服而御之物者。徒一年半。擬^レ供^二食

当^二之官^一。擬^レ進。而盗及食者。擬^レ供^二食御^一。及非服而御之物者。謂。帷帳几杖。未^レ呈^二監当^一之官。及非服而御之物者。謂。帷帳几杖之属。若賊重者。各計^レ賊以^二常盗^一論。加^二二等^一。

未^レ呈^二監当^一之官。及非服而御之物者。謂。帷帳几杖之属。若賊重者。各計^レ賊以^二常盗^一論。加^二二等^一。

未^レ呈^二監当^一之官。及非服而御之物者。謂。帷帳几杖之属。若賊重者。各計^レ賊以^二常盗^一論。加^二二等^一。

未^レ呈^二監当^一之官。及非服而御之物者。謂。帷帳几杖之属。若賊重者。各計^レ賊以^二常盗^一論。加^二二等^一。

未^レ呈^二監当^一之官。及非服而御之物者。謂。帷帳几杖之属。若賊重者。各計^レ賊以^二常盗^一論。加^二二等^一。

未^レ呈^二監当^一之官。及非服而御之物者。謂。帷帳几杖之属。若賊重者。各計^レ賊以^二常盗^一論。加^二二等^一。

未^レ呈^二監当^一之官。及非服而御之物者。謂。帷帳几杖之属。若賊重者。各計^レ賊以^二常盗^一論。加^二二等^一。

外印条

凡盜^二外印及伝符^一者。徒二年。余印者杖一百。畜産印杖八十。亦謂、貪利之而
非^二行用^一者。余印。謂、諸司諸国之印。皆謂、籍以為財。不擬^レ行用。若將行用。
即從^二偽造。偽行用。規避之罪^一科之。

詔書条

凡盜^二詔書^一者。徒二年。官文書杖一百。謂、在^レ司尋常施行文書。有^レ印無^レ印等。重害文書加^二一等^一。
亦謂、貪利之無^レ所^二施用^一者。重害。謂、徒罪以上獄案。及婚姻。良賤。勲章。黜陟。授
官。除免之類。稱^レ之類^一者。謂、倉帳。財物。行軍大簿帳。及戸
籍。計帳之類。若欲^レ動^レ事盜者。自從^二增減之律^一。若盜^二隨身符^一者。加^二官
文書^一一等。即盜^二応^レ除文案^一者。依^二凡盜法^一。謂、計^レ贓
科^レ罪。

盜節刀条

凡盜^二節刀^一者。徒三年。謂、皇華出^レ使。黜^レ陟幽明^一。將軍奉^レ詔。宣^二威殊俗。皆執^二節刀。取信^二天下^一。宮殿門。庫藏。及倉
廩。筑紫城等鑰。徒一年。国郡倉庫。陸奥越後出羽等欄。及三閩門鑰同。宮城。
京城及官厨鑰。杖一百。公廨及国厨等鑰。杖六十。諸門鑰。答五十。謂、内外百
坊市門等。官有^二門禁^一皆是。亦謂、貪利之非^二施行^一者。

禁兵条

凡盜^二禁兵器^一者。徒一年半。弩。具裝者。徒二年。若盜罪輕。同^二私造法^一。盜^二

仏像条

余兵器及幡幟。儀仗^一者。加^二凡盜^一等^一。余兵器。謂。雖^二是官兵器。私家合^レ有者。若盜^レ下守^二衛宮殿^一兵器上者。又各加^二二等^一。謂。見用^レ守^二衛宮殿^一者。即在^レ軍。及宿衛相盜。還充^二官用^一者。各減^二一等^一。即在^レ軍。謂。行軍之所。若宿衛相盜。還充^二官用^一者。各減^二二等^一。若入^レ私者。各同^二上文盜法^一。

凡盜^二毀仏像^一者。徒三年。即僧尼盜^二毀仏像^一者。中流。為^三其盜^二毀所^レ事先聖形像^一故。加^二俗人之法^一。菩薩減^二二等^一。其非^二菩薩之像。盜^レ毀化生。神王之類。當^二不心為^レ從^レ重。有^レ賊入^レ盜^レ而供養者。己者。即依^レ凡盜法^一。若毀損功庸多者。計^レ庸坐賊論。各令^二修復^一。

杖八十。盜毀^二不相須^一。

発塚条

凡發^レ塚者。徒三年。發撤^レ即坐。已開^二棺槨^一者。遠流。謂。有^レ棺有^レ槨者。必須^二棺槨^一而^レ未^レ撤者。徒二年。雖^レ發^レ塚而^レ未^レ至^二棺槨^一者。其塚先穿。及未^レ殯。而盜^二屍柩^一者。徒一年半。其塚先穿。謂。先自穿陷。旧有^レ陳穴者。及未^レ殯。謂。屍猶在^レ外。而未^二殯埋^一。而盜^二屍柩^一者。謂。盜者元無^レ惡心。或欲^二詐代^レ人屍。或欲^レ別処改葬之類。此文既稱^レ未^レ殯。明上文發^レ塚。殯訖而發亦是。依^レ律。發^レ塚者。徒三年。既不^レ顯^二尊卑貴賤^一者。若尊長發^二卑幼之墳^一。不^レ可^レ重^二於殺罪^一。若發^レ尊長塚。拋^レ法止同^レ凡人。律云。發^レ塚者。徒三年。在於凡人。便減^二殺罪^一二等。若發^レ卑幼之塚。須^レ減^二本殺^一二等科^レ之。已開^二棺槨^一者。遠流。即減^二已殺^一等。發而未^レ撤。徒二年。計^レ凡人之罪。減^二死四等^一。卑幼之色。亦於本殺上減^二四等^一而科。若盜^二屍柩^一者。依^レ下減^二五等^一之例上。

其於^二尊長^一。盜^二衣服^一者。減^二二等^一。器物者以盜論。

山陵条

凡盗^一山陵内木^一者。杖一百。草者減^{二三}等^一。謂。帝皇山陵草木。不合^レ艾刈^一。而有^レ盜者。若盜^二他人墓塋

内樹^一者。杖七十。若其非^レ盜。唯止^レ斫伐者。准^下律毀^二伐樹木稼穡^一。各准^レ盜論^上。

盗官私馬牛条

凡盗^二官私馬牛^一而殺者。徒^二二年半^一。馬牛軍国所^レ用。故与^二余畜^一不^レ同。

養老賊盜律第七は、唐賊盜律三六監臨主守自盜條の規定を欠如している。

唐賊盜律三六監臨主守自盜條

諸監臨主守自盜、及盜^下所^二監臨^一財物^上者、若親王財物、而監守自盜、

亦同。加^二凡盜^一二等^一。三十疋絞。本条已有^レ加者、亦累加^之。

利光三津夫博士は、臨守盜について、「臨守盜とは、官吏がその有する公権力をもって、その公権力の支配下にある財物を盗み取る犯罪である。」と定義される。⁽¹²⁾ 利光博士は、唐賊盜律三六監臨主守自盜條の欠落理由を養老律の編纂者が母法である唐律から継受することはわが国の国情に適合しないと判断して削除したものと解される。即ち、「わが国においては、官僚勢力が強大であつて、臨守盜に対して、重刑を課し得ない事情があり、律の編纂に際して、寛刑を考慮せざるを得ない必要があつたものと思考せられるのである。」として「何か臨守盜に対して寛刑を以て臨むべしとする強い必要または思想が作用⁽¹³⁾」していたとされる。

監臨の定義については、名例律(下)に以下の規定がある。⁽¹⁴⁾

監臨条

諸稱^一監臨^一者。統攝。案驗。為^二監臨^一。謂。州。県。鎮。戍。折衝府等。判官以上。各於^三所部之内。総為^二監臨^一。自余。唯^レ撫^レ臨^一。統本司^一。及有^レ所^二案驗^一者。即^レ臨^二統其身^一。而不^レ管^二家口^一者。姦及取^レ財。亦同^二監臨之例^一。稱^二主守^一者。躬親保典為^二主守^一。雖^三職非^二統典^一。臨時監主亦是。

二、養老賊盜律は、「神爾条」及び「発塚条」に明らかかなように客体となる盗品や行為態様について詳細な構成要件を規定する。詳細な構成要件の文言は、「国民の裁判役は、前に述べたように、法律の言葉を発する口にすぎず」とするモンテスキューの理解⁽¹⁵⁾や現代的刑法観からは構成要件明確性の一例と短絡的に解される余地がある。然しながら、養老賊盜律の規定は、先に長谷山教授の指摘されるように養老律においては君臣の別を明らかにするところに眼目がある。現代刑法における構成要件明確性の要請は、禁止行為の明確化と国家刑罰権の抑制にあり、養老賊盜律の詳細な構成要件規定様式とは趣意を異にする。

三、假刑律の編纂時期及び編纂者は、必ずしも明確ではない。手塚博士は、編纂時期について刑法事務科・刑法事務局時代とし、編纂者は肥後藩の細川護久を中心に溝口孤雲、木村得太郎等同藩の関係者と解される。⁽¹⁶⁾

假刑律における横領罪に関する規定を検討する。假刑律における横領罪は、一般的な窃盜行為に関する窃盜

罪に対して主体ないし客体を特定する構成要件として規定されている。窃盜の一般規定は以下の通りである。⁽¹⁷⁾

竊盜

凡竊盜既ニ行フト雖モ未盜得サレハ答二十其盜得ルモノハ各已ニ入ルル之數ヲ計ヘ罪ニ科ス 假令ハ三人俱ニ盜イタ

ス至贓十貫文ナルヲ分ツテ各五貫文ヲ得ルトキハ五貫文ヲ以己ニ入ル之數トシ又各家ニオイテ盜致ス毎ニ其分ヲ得ルノ數ヲ合セ通算ス若二人三十貫文ヲ盜テ相分タス俱ニ飲食等ニ費用致スモノハ各同ク十貫文ヲ盜之罪ニ坐スルナリ監守常人盜贓科法モ如之

火難船ノ時ニ乘シ盜致スモノハ各二等ヲ加フ

	△ x	
一貫文以下		答三十
五貫文以下		答四十
十一貫文以下		答五十
十七貫文以下		答六十
二十三貫文以下		答七十
二十九貫文以下		答八十
三十五貫文以下		答九十
四十一貫文以下		答一百
四十七貫文以下		答六十徒一年
五十三貫文以下		答七十徒一年半
五十九貫文以下		答八十徒二年
六十五貫文以下		答九十徒二年半
七十一貫文以下		答百徒三年

親屬相盜

凡別居叔姪兄弟相盜モノハ各凡盜罪ニ五等ヲ減ス從兄弟ハ三等ヲ減ス同性無服ノ親ハ再從兄弟無服之親

ハ一等ヲ減ス親屬盜他ノ竊盜賊ト通算加重イタスヘ○若子孫弟姪他人ヲ語ラヒ己カ家之財物ヲ盜モノハ家長

ニアラスシテ壇ニ財ヲ費用スル之條ニ二等ヲ加ヘ罪咎一百ニ止ル他人ハ凡盜罪首從一等ヲ減ス子孫弟姪

誘ルモノハ自ら從財ヲ盜ヲ時ニ臨其家人ヲ殺傷セハ他人ハ自ら竊盜臨時人子孫弟姪縱へ情ヲ知ラスト雖モ自

ラ尊長卑幼ヲ殺傷スル本條ニ依ル若子孫弟姪臨殺傷セハ子孫等ハ自ら尊長卑幼ヲ殺傷スル本條ニ因ル他人縱へ情ヲ知ラスト雖モ

亦強盜條ニヨツテ論判財ヲ得サルニ係ラハ強盜財ヲ得サル其子孫他人相盜之本罪重キモノハ各重ニ從テ科斷ス○若奉公

人主家ノ財ヲ盜モノハ常人ニ二等ヲ加ヘ日雇加勢ノ者ハ一等ヲ加フ奉公人互ニ相盜モノハ加減ナシ

假刑律賊盜は、客体となる盜品を個別化した養老律を継受し「大祀神御ノ物ヲ盜」、「制書ヲ盜」、「山陵ノ樹木ヲ盜」及び「牛馬ヲ盜」等を規定し、新たな構成要件として「常人官物ヲ盜」、「内府及び公廨財物ヲ盜」及び「田野ノ穀麥ヲ盜」を規定する。⁽¹⁸⁾

大祀神御ノ物ヲ盜

凡大祀神御ノ祭器帷帳并ニ饗薦ノ品等ヲ盜モノ監守常人首從ヲ分タス皆斬○若未神御ニ進メヌ并ニ營造

未成ラス若ハ祭詔ル之品及ヒ其餘ノ官物ヲ大祀御用ニ係ル盜モノ〔答百〕徒〔三〕年〔若賊ヲ計ヘ本罪〕年〔答

百徒三〕ヨリ重キモノハ常人盜罪ニ一等ヲ加フ死ニ到ラハ加ヘス

制書ヲ盜

凡制書ヲ盜モノハ首從ヲ分タス皆斬官ノ文書ヲ盜モノハ答百五十款(二百)若規避スル處ノ情有ルモノハ官錢等侵
避或ハ賄ヲ受ケ人ノ爲ニ其重キニ從テ論ス其事盜ム所軍機重大之干ルモノハ刎首但盜取而已因テ刎首ニ止ム若盜テ用ル
其罪ヲ避ケシムルヲ云處有リ其事重キモノハ其重ニ從テ臨時

判論

山陵ノ樹木ヲ盜

凡山陵内ノ樹木ヲ盜モノハ流(答百徒)三年○若賊ヲ計ヘ本罪ヨリ重キモノハ盜罪ニ一等ヲ加フ若監守常人
盜伐賊ヲ計

ヘ本罪徒二(答百徒三)年ヨリ重キハ則官ニ保ル山林盜伐條上ニオイトテ各一等ヲ加フ若未盜
得スト雖既ニ毀伐イタスモノハ其毀伐スル處ヲ以賊ヲ計ヘ盜伐條ニヨツテ罪ニ坐ス

牛馬ヲ盜

凡牛馬ヲ盜モノ假令原野ニ放牧セシムルモノト雖モ守者ノ有無ニ不拘賊ヲ計ヘ竊盜ヲ以論シ二等ヲ加
フ其盜トコロ官ニ係ラハ常人官物ヲ盜ヲ以論シ二等ヲ加フ盜テ殺スモノハ官私ヲ分タス徒二(答百徒三)年若賊ヲ
計ヘ本罪答百徒ヨリ重キモノハ官私盜罪二等ヲ加フ○若牛馬之官私ヨリ盜取或ハ自己ノ牛馬剝モノハ〔斬〕絞罪

常人官物ヲ盜

凡常人官吏ト雖モ他官ノ官物ヲ官物ヲ盜之手段既ニ行ヒ未盜得サルモノハ帶刀以上ハ職祿ヲ奪ヒ廢シテ庶
人ト爲ス帶刀盜モノハ總テ此條ニ入ル以下之者ハ答二十(四十)既ニ盜得ルモノハ

菱	符	△
一七兩以下答百	常人官物ヲ盗ム□	一貫文以下
一十五兩以下徒一年半		五貫文以下
一十三兩以下流三年		九貫文以下
一五十兩以下流七年		十三貫文以下
		十七貫文以下
		二十一貫文以下
		二十五貫文以下
		二十九貫文以下
		三十三貫文以下
		三十七貫文以下
		四十一貫文以下
		四十五貫文以下
		四十九貫文以下
		五十三貫文以下
		答五十
		答六十
		答七十
		答八十
		答九十
		答一百
		答六十徒一年
		答七十徒一年半
		答八十徒二年
		答九十徒二年半
		答百徒三年
		答百近流
		答百中流
		答百遠流
		一五兩以下答五十
		一十兩以下徒一年
		一二十兩以下徒二年
		一四十兩以下流五年

若賊右ニ踰ヘ其情重キモノハ臨時判決

内府及ヒ公廩財物ヲ盜

凡内府禁裏ノ内庫ヲ云及ヒ所々公廩官庫ニ忍入盜イタスモノハ財ヲ得スト雖モ首從ヲ分タス〔皆斬〕官吏請込之官府ト雖モ公事

ニヨツテ入ルニアラス故ラニ盜之造意ヲ以忍入ルモノハ外人ト同ク本條ニ依ル若公事ニヨ

ツテ入り偶人ノ見ハサルヲ伺ヒ盜イタスハ則監守自盜ニ常人ニ係ラハ常人盜ヲ以科斷ス若内府之財物ヲ盜ハ故ラニ忍入ラ

スト雖トモ亦皆〔斬〕刑首宥テ〔答百徒五〕流三年ニ坐ス若未盜得ス及財物未タ内庫ニ納メサレハ其乘輿服御之物ヲ盜ニ係

ラハ宥メス〔斬〕答若盜得サレハ〔答百遠流〕徒三年

田野ノ穀麥ヲ盜

凡田野ノ穀麥ヲ盜モノハ守者之有無不拘賊ヲ計ヘ竊盜ニ準シテ論シ一等ヲ加フ○其菓葉ヲ盜若ハ山野

木石之類他人既ニ工力ヲ用置ヲ盜モノ亦竊盜ニ準シテ論ス加減○若工力ヲ加ハサル竹木等ヲ盜イタスモノハ

竊盜罪一等ヲ減ス

若官ニ係ル山林ノ竹木ヲ盜伐スルハ掛リ役人ハ官吏其監臨主守之官物ヲ盜條ニ依リ其餘之者ハ掛リ役人之外ハ官

吏常人常人官物ヲ盜ト云ニ準シ各一等ヲ減ス盜伐ノ竹木等自ラ工力ヲ用ヒ高價ニ轉賣スルモヲ分タスノハ唯其元木代錢見積ヲ以賊ニ計ハ罪ニ科ス

假刑律賊盜は、養老律に欠如していた主体を個別化した身分犯の構成要件として「監守自盜」を規定した。

監守自盜

凡官吏其監臨主守スル處ノ官物盜之手段既ニ行ヒ未盜得サルモノハ帶刀以上ハ其職祿ヲ奪ヒ廢シテ庶人ト爲ス帶刀以下之者ハ笞五十既ニ盜得ルモノハ

<p>一貫文以下 銅錢ヲ以數ヲ立以下倣之</p> <p>四貫文以下</p> <p>七貫文以下</p> <p>十貫文以下</p> <p>十三貫文以下</p> <p>十六貫文以下</p> <p>十九貫文以下</p> <p>二十二貫文以下</p> <p>二十五貫文以下</p> <p>二十八貫文以下</p> <p>三十一貫文以下</p> <p>三十四貫文以下</p> <p>三十七貫文以下</p>	<p>笞六十</p> <p>笞七十</p> <p>笞八十</p> <p>笞九十</p> <p>笞一百</p> <p>笞六十徒一年</p> <p>笞七十徒一年半</p> <p>笞八十徒二年</p> <p>笞九十徒二年</p> <p>笞百徒三年</p> <p>笞百近流</p> <p>笞百中流</p> <p>笞百遠流</p>	<p>一五兩以下笞百</p> <p>一十兩以下徒二年</p> <p>一二十兩以下流五年</p> <p>十兩云々徒一年半</p> <p>次條一等ツツ可減欺</p>
---	--	--

若賊數右ニ踰ヘ其情重キモノハ臨時判決

四、明治政府は、裁判実務の指針である假刑律を経て編纂した新律綱領を明治三年一月二七日全国に頒布した。⁽¹⁹⁾ 新律綱領は、暫定的な応急処置法である。⁽²⁰⁾ 新律綱領の詳細は、編纂過程と編纂者の分析により明確となる。⁽²¹⁾

なお、『刑法新律草稿』は、假刑律を修正し新律綱領に至る草稿として重要な資料である。⁽²²⁾

新律綱領職制律は、「出納有違」、「那移出納」及び「私借官物」の各構成要件において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る。⁽²³⁾

職制律

出納有レ違

凡官物ヲ出納シテ、給收違フコト有ル者ハ、ワタシウケトル 虧餘スルフツクアマル

所ノ物ヲ計ヘ、坐賊ヲ以テ論ス

那移出納

凡官吏、錢糧等ノ物ヲ出納スルニ、チヤウシワリン 文案勘合アリテ、

那移ス可ラス、若シ文案勘合ニ依ラス、カカヘ 那移出納シ、

還テ官用ニ充ル者ハ、賊ニ計ヘ、坐賊ヲ以テ論ス

私ニ借官物一*

*六年太政官第五十八號ヲ以テ改正

凡監臨、主守、私ニ監守スル所ノ官物ヲ借用シ、若クハ人ニ轉借スル者、證書ナキハ、監守盜ニ準シテ論シ、罪、流三等止ル、證書アルハ、二等ヲ減ス、其監守人ニ非スシテ借ル者ハ、常人盜ニ、二等ヲ減シ、罪、徒三年ニ止ル、若シ自己ノ物ヲ以テ、官物ニ抵換スル者、ヒキカフル罪亦同

新律綱領賊盜律は、窃盜罪の各類型について規定するが「窃盜」において所謂現行法の事後強盜の構成要件のように暴行脅迫を要件とする厳格な規定ではないが、事後強盜の一類型とみられる規定が創設されている。

賊盜律

竊盜

凡竊盜財ヲ得サル者ハ、笞四十、財ヲ得ル者ハ、贓ヲ分タスト雖モ、贓ヲ併セテ、罪ヲ科ス、從タル者ハ、各一等ヲ減ス

其臨時、捕ヲ拒ク者ハ、強盜ヲ以テ論ス、若シ事主覺オスマレテ逐スルニ財ヲ棄テ逃走スルヲ、追逐シ、因テ捕ヲ拒ク

者ハ、犯人拒捕律ニ依ル

スリ
掏摸スル者、罪同

若シ盗ニ因テ、過失傷スル者ハ、凡鬪傷ニ、一等ヲ加ヘ、罪、流三等ニ止ル、死ニ至ル者ハ、絞

一兩以下、笞五十

一兩以上、杖六十

一十兩以上、杖七十

二十兩以上、杖八十

三十兩以上、杖九十

四十兩以上、杖一百

五十兩以上、徒一年

六十兩以上、徒一年半

七十兩以上、徒二年

八十兩以上、徒二年半

九十兩以上、徒三年

一百兩以上、流一等

一百一十兩以上、流二等

一百二十兩以上、流三等

三百兩以上、絞○三犯、五十兩以下ハ、流

捕亡律

三等、五十兩以下ハ、絞*

*十年第二十五號布告ヲ以テ本項改正

罪人拒レ捕*

*十年第二十五號布告ヲ以テ改正

凡罪ヲ犯シテ逃走シ、追捕ヲ拒ク者ハ、各本罪上ニ、二等ヲ加ヘ、罪、流三等ニ止ル、本罪死スヘキ者ハ、常律ニ依ル、捕吏ヲ毆チ、折傷以上ニ至ル者ハ、絞、殺ス者ハ、斬、從タル者ハ、各一等ヲ減ス

若シ罪人、兇器ヲ持テ、拒捕スルニ、捕吏之ヲ格殺シ、及ヒ囚逃走スルニ、捕吏之ヲ逐殺シ、若クハ囚追逐ニ因テ窘迫シ、自殺スル者ハ、竝ニ論スルコト勿レ

若シ罪囚、逃走スト雖モ、已ニ拘執ニ就キ、及ヒ拒捕セサルニ、捕吏之ヲ殺シ、或ハ折傷スル者ハ、各鬪殺傷ヲ以テ論ス、若シ死罪ニ該ル罪人ヲ、捕吏一時忿激シテ、擅殺スル者ハ、杖九十

新律綱領賊盜律においては、「養老律」「大祀条」、「禁兵条」、「山陵条」、「盜官私馬牛条」及び假刑律「大祀

神御ノ物ヲ盗、「山陵ノ樹木ヲ盗」、「牛馬ヲ盗」及び「田野ノ穀麥ヲ盗」を継受して「盗大祀神御物」、「盗兵器」、「盗園稜内草木」、「監守自盗」、「常人盗」、「盗官私牛馬」及び「盗田野穀麥」が規定された。新たな構成要件としては、「盗乘輿服御物」、「盗官文書」及び「盗官印」が規定されている。

賊盜律

盗ニ大祀神御物一

凡大祀ノ神御物、及ヒ大社ノ神寶ヲ盗ム者ハ、皆絞、
其神御ニ供セントシテ、營造未タ成ラサル者、及ヒ供
祭已ニ訖リ、廢闕スル者ハ、皆徒二年、若シ饗薦ノ具、
饌呈セントシテ、祀所ニ入ルル者ハ、皆徒二年、未タ
祀所ニ入レサル者ハ、皆徒一年半、已ニ廢闕スル者ハ、
皆杖九十、釜甑刀匕ノ屬ハ、各盜罪ニ、一等ヲ加フ

盗ニ兵器一

凡兵器ヲ盗ム者ハ、賊ニ計ヘ、竊盜ヲ以テ論ス、官ノ
兵器ハ、一等ヲ加ヘ、守衛ノ兵器ハ、又一等ヲ加フ

盗ニ園陵内草木一

凡園陵内ノ草木ヲ盗ム者ハ、皆杖一百、若シ賊ニ計ヘ、
ミササキ

本罪ヨリ重キ者ハ、各盜罪ニ、一等ヲ加フ

監守自盜

凡^{アラシクヤクテ}監臨、主守、自ラ監守スル所ノ、財物ヲ盜ム者ハ、
首從ヲ分タス、賊ヲ併セテ、罪ヲ論シ、竊盜ニ、二等

ヲ加フ

一兩以下、杖七十

一兩以上、杖八十

一十兩以上、杖九十

二十兩以上、杖一百

三十兩以上、徒一年

四十兩以上、徒一年半

五十兩以上、徒二年

六十兩以上、徒二年半

七十兩以上、徒三年

八十兩以上、流一等

九十兩以上、流二等

一百兩以上、流三等

二百兩以上、絞

常人盜

凡常人、官ノ財物ヲ盜ミ、財ヲ得サル者ハ、笞五十、
バンシテオキト。

財ヲ得ル者ハ、首從ヲ分タス、賊ヲ併セテ、罪ヲ論シ、

竊盜ニ、一等ヲ加フ

一兩以下、杖六十

一兩以上、杖七十

一十兩市以上、杖八十

二十兩以上、杖九十

三十兩以上、杖一百

四十兩以上、徒一年

五十兩以上、徒一年半

六十兩以上、徒二年

七十兩以上、徒二年半

八十兩以上、徒三年

九十兩以上、流一等

一百兩以上、流二等

一百一十兩以上、流三等

二百五十兩以上、絞

盜ニ官私牛馬一

凡常人、官ノ既闌牧場ノ牛馬ヲ盜ム者ハ、賊ニ計ヘ、
ウマヤシゴギヤ

常人盜ニ準シテ論シ、監守人、自ラ盜ム者ハ、監守盜ニ準シテ論シ、民間ノ牛馬ハ、竊盜ニ準シテ論ス、竝ニ罪、流三等ニ止ル

盜ニ田野穀麥一

凡田野ノ穀麥菜菓、及ヒ人ノ看守スルコト無キ、器物ヲ盜ム者ハ、竝ニ贓ニ計ヘ、竊盜ニ準シテ論ス、罪、流三等ニ止ル

若シ山野ノ柴草木石ノ類、他人、已ニ工力ヲ用ヒテ、斫伐積聚スルヲ、擅ニ取去フル者モ、罪亦同

盜ニ乘輿服御物一

凡乘輿ノ服御物ヲ盜ム者ハ、皆絞、其服御ニ供セントスル者、及ヒ既ニ供シテ、廢闕スル者、若クハ食御ニ供セントスル者ハ、皆徒二年、帷帳ノ屬ハ、皆徒一年半

盜ニ官文書一

凡官ノ文書ヲ盜ム者ハ、皆杖一百、省臺寮司府藩縣ノ

文書ハ、竝ニ二等ヲ減シ、餘ノ文書ハ、各五等ヲ減ス、

重事ニ關スル文書ハ、各一等ヲ加フ、規避スル所アル

者ハ、重キニ從テ論ス

ハカリモケル

盜ニ官印一

凡官ノ印ヲ盜ム者ハ、皆流三等、省臺寮司府藩懸ノ印

ハ、皆徒三年、餘ノ印ハ、杖八十

五、暫定的な応急処置法であつた新律綱領は、施行後の改正条項を集成し、明治四年春以来刑部省から司法省に引継がれ改定律例の編纂に着手した。⁽²⁾ 改定律例は、明治六年七月一〇日より新律綱領と並行して施行された。改定律例は、わが国では初めての条文の数字表記された刑法典である。

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て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條を規定する。

職制律

改正私借官物律*

*九年第七十四號布告ヲ以テ賊盜律監守自盜ノ部ニ編入ス

第五百五條 凡監臨、主守、臨守スル所ノ、官ノ財物ヲ、

私ニ借用シ、若クハ人ニ轉借シ、及ヒ自己ノ物ヲ以テ、官物ニ抵換スル者ハ、監守自盜ト罪同、其監守人ニ非スシテ、借用シ、情ヲ知ル者ハ、罪同、知ラサル者ハ、坐セス*

*十年司法省丁第三十二號達參看

私借官物條例

第六六條 凡監臨、主守、監守スル所ノ、錢糧ヲ私ニ借用シ、若クハ人ニ轉借シ、及ヒ之ヲ借ル者、事未タ發覺セスシテ完備スル者ハ、止タ犯情ヲ量リテ、不應爲ニ問ヒ、輕重ヲ分ツ

改定律例賊盜律は、新律綱領を継受しながらも文言を若干整理するとともに構成要件によつてはより詳細に規定する。なお、改定律例では絞を懲役終身に変更するなど法定刑の軽減がなされている。

賊盜律

盜大祀神御物條例

第二百二十二條 凡大祀大社ノ神御神寶ヲ盜ム者ハ、皆絞、改テ懲役終身

第二百二十三條 凡伊勢神宮、及ヒ宮中神殿ノ神御神寶

ヲ盜ム者ハ、例ニ依リ、懲役終身ニ處スル外、官幣、

國幣大社ノ神御神寶ヲ盜ム者ハ、懲役十年、中社ハ、

懲役三年、小社ハ、懲役二年半、府縣社ハ、懲役百

日、郷社ハ、懲役九十日、贓ニ計ヘ、重キ者ハ、各

盜罪ヲ以テ論ス

盜乘輿服御物條例

第二百二十四條 凡乘輿ノ服御物ヲ盜ム者ハ、皆絞、改

テ懲役終身

盜官印條例

第二百二十五條 凡私ノ印ヲ盜ム者ハ懲役七十日、因テ

財ヲ得ル者ハ、贓ニ計ヘ、各盜罪ヲ以テ、重キニ從

テ論ス

常人盜條例*

*第二百六十七號ヲ以テ監守盜條例及常人盜條例ヲ制定シ九年

第二百六十八號ヲ以テ右二條例ヲ改正シ第二百六十六條ヲ削除ス

第二百六十九號ヲ以テ監守盜條例一條ヲ定ム

第二百二十六條 凡常人、官ノ財物ヲ盜ム者、二百五十

兩以上、絞ニ處スル律ヲ改メ、二百五十圓以上、懲

役終身、三百圓以上、絞

竊盜條例*

*第二百六十六號及九年第七十四號布告ヲ以テ竊盜條例ヲ定ム

第三百三十五條 凡竊盜、三百圓以上、及ヒ三犯五十圓

以上、絞ニ處スル律ヲ改メ、竝ニ懲役終身

第三百三十六條 凡竊盜、再犯、財ヲ得サル者ハ、律ニ

依リ、一等ヲ加ヘ、三犯以上、財ヲ得サル者ハ、懲

役三年

第三百三十七條 凡二人以上、共ニ竊盜ヲ爲シ、事主ニ

覺逐セラレテ、一人ハ、逃走シ、一人ハ、抗拒スレ

ハ、抗拒スル者ヲ以テ、罪人拒捕律ニ科ス

第三百三十八條 凡事主、盜犯ヲ捕得シテ、私縱私和ス

ル者ハ、情ヲ量リ、違式輕重ニ問ヒ、贖フコトヲ聽

ス、若シ別ニ、財ヲ受ル者ハ、贓ニ計ヘ、枉法ニ準

シ、財ヲ過スル人ハ、説事過錢ニ準シ、各重キニ從

テ論ス

第三百三十九條 凡盜賊ヲ以テ、竊ニ、事主ニ投還スル

者ハ、未得財ヲ以テ論シ、懲役四十日、若シ贓、虧

缺スルコトアル者ハ、虧缺スル所ノ數ヲ計ヘ、盜罪
ヲ科ス

盜官私牛馬條例

第四百十條 凡官私牧場ノ牛馬ヲ盜ム者ハ、律ニ照シテ、罪ヲ科シ、懲役十年ニ止ルヲ除ク外、其官ノ厩
闌ノ牛馬ヲ盜ム者ハ、常人盜ヲ以テ論シ、監守人自
ラ盜ム者ハ、監守盜ヲ以テ論シ、民間厩闌ノ牛馬ハ、
竊盜ヲ以テ論ス、若シ盜テ殺ス者、官ニ係ルハ、懲
役一年、私ニ係ルハ、一等ヲ減ス、賊ニ計ヘ、本罪
ヨリ重キ者ハ、前ニ照シ、各盜罪ヲ以テ論シ、一等
ヲ加フ

第四百十一條 凡官ノ牛馬ヲ故殺スル者ハ、懲役百日、
民間ノ牛馬ハ、一等ヲ減ス、若シ賊ニ計ヘ、本罪ヨ
リ重キ者、官ニ係ルハ、常人盜ニ準シ、私ニ係ルハ、
竊盜ニ準シテ論シ、竝ニ罪、懲役十年ニ止ル

親屬相盜條例

第四百十二條 凡文武百工技藝ノ人、受業師ノ財物ヲ
竊取スル者ハ、竊盜ニ準シテ論シ、罪、懲役十年ニ

止ル、其各居ニ係ル者ハ、竊盜ヲ以テ論ス、若シ強
奪スル者ハ、凡人強盜ヲ以テ論ス

六、本節では明治政府樹立後、政府として治安維持等のため新たな刑事立法の必要性から当面従前の律令法系を踏襲して假刑律、新律綱領及び改定律例での対応を図り次のステップへの準備も司法省で整えていた経緯について考察した。

律令法系の諸規定を対象に横領罪と背任罪の連関性を考察することには、国家刑罰権の規制をも対象とする近代刑法との根本的視点の相違から異論も提起されよう。然しながら、立法行為は、当事者である構成員の法的思考を等閑視しては実効性を持ちえないのも歴史的事実である。明治初期の法対応がその典型である。

本節では、横領罪と背任罪の連関性という視点から假刑律、新律綱領及び改定律例の諸規定を考察した。

刑法解釈学は、条文の歴史の来歴をも踏まえ解釈と並行して裁判実務の運用をも視野に入れその正当性を検討することが求められる。假刑律、新律綱領及び改定律例の考察では、各条文の検討は可能であるが裁判実務の運用については大審院開設までは限定的である。新律綱領及び改定律例の下では、大審院が開設されるまでは明法寮を中心に「伺・指令裁判」との形式で裁判実務が運用されていた。⁽²⁵⁾

註

- (1) 假刑律の編纂等について、手塚豊『明治初期刑法史の研究』、慶應通信、昭和三十一年、三頁以下参照。手塚豊博士は、假刑律の編纂典拠として明、清律及び大寶律、御定書、肥後藩刑法草書を挙げられる。
- (2) 平野龍一博士は、横領罪及び背任罪両罪の条文上の位置付けの論議は不要であると指摘される。平野龍一「横領と背任」〔平場安治博士還暦祝賀・現代の刑事法學上〕、有斐閣、一九七七年、三八八頁以下所収。参照。平野博士のその後の論稿として、平野龍一「横領と背任、再論「背信説」克服のために」〔刑事法研究、最終巻〕、二〇〇五年）三四頁以下参照。
- (3) 拙著『改正刑法假案成立過程の研究』、成文堂、二〇〇三年、一頁参照。
- (4) 小野清一郎「舊刑法とポアソナードの刑法學」、『杉山教授還暦祝賀論文集』、岩波書店、昭和一七年、四三頁以下参照（同「刑罰の本質についてその他」、有斐閣、昭和三〇年、四二五頁以下所収）、霞信彦『明治初期刑事法の基礎的研究』、慶應通信、平成二年、一七頁註（一）、岩谷十郎「旧刑法編纂過程―司法省段階―におけるポアソナード主宰の端緒」、慶應義塾大学大学院法学研究科論文集第二六号（昭和六二年）八七頁以下、芝原邦爾「財産犯罪の体系と背任罪の理解」〔植松博士還暦祝賀 刑法と科学 法律編〕、有斐閣、昭和四六年）五七九頁以下、特に五八八頁註（15）参照。岩谷論文は、司法省刑法草案取調掛の作成した「日本帝国刑法初案」の編纂過程について資料を駆使して詳細に考察する中でポアソナードは「纂集ノ助」として参画していたに過ぎないと指摘する。
- (5) 横領罪及び背任罪の先行研究として、吉田常次郎「横領罪について」、法学新報四〇巻六号（昭和五年）五〇頁、瀧川幸辰「背任罪の本質」、民商法雑誌第一巻第六号（昭和一〇年）一五頁、木村亀二「背任罪の基本問題」、法学志林第三七巻第八号（昭和一〇年）一一五頁、牧野英一「横領罪と背任罪」、国家試験昭和一〇年三月一日号（昭和一〇年）（同「刑法研究第九」、有斐閣、昭和一五年、三四九頁以下所収）、同「背任罪の本質」、国家試験昭和一二年七

(6)

月一日号(昭和一〇年)(同『刑法研究第九』、四〇九頁以下所収)、江家義男「背任罪の研究」、早稲田法学二二卷(昭和一八年)(『江家義男教授刑法論文集』、昭和三四年、八三頁以下所収)、同「背任罪の解釋的考察」、早稲田法学二三卷(昭和三三年)(『江家義男教授刑法論文集』、一四九頁以下所収)、同「背任罪の立法的考察」(木村博士還暦祝賀・刑事法学の基本問題(下))『昭和三三年』所収、『江家義男教授刑法論文集』、一三二頁(2)以下所収)、吉田常次郎「横領罪と背任罪」、法学新報六八卷四号(昭和三六年)一頁、内田文昭「横領と背任」、『刑法講座第六卷』、有斐閣、昭和三九年、九五頁、前掲註(4)芝原邦爾「財産犯罪の体系と背任罪の理解」、前掲註(2)平野龍二「横領と背任」、同「横領と背任、再論」『背信説』克服のために」、林幹人「財産犯の保護法益」、東京大学出版会、昭和五九年、木村光江「財産犯論の研究」、日本評論社、昭和六三年、上掲一高「背任罪理解の再構成」、成文堂、平成九年、内田幸隆「背任罪の系譜、およびその本質」、早稲田法学会誌第五一卷(平成一三年)一〇三頁以下、同「背任罪と横領罪との関係」、早稲田法学会誌第五二卷(平成一四年)四九頁以下、伊東研祐「特別背任罪の解釈規程について」昭和一三年商法罰則改正と改正刑法假案」、島大法學五六卷四号(平成二五年)二二頁以下、樋口亮介「ドイツ財産法講義ノート」、東京大学法科大学院ローレビュー八卷(平成二五年)一四四頁以下、菅沼真也子「ドイツ判例に見る背任罪の故意」、比較法雜誌第四六卷第四号(平成二五年)二八三頁以下等参照。わが国の背任罪の立法過程について、前掲江家義男「背任罪の研究」、一〇四頁以下、内藤謙「二四七条前注」(団藤重光『注釈刑法(6)』、有斐閣、昭和四一年、二六八頁以下、前掲註(4)芝原邦爾「財産犯罪の体系と背任罪の理解」、五八八頁註(15)、安里全勝「横領罪と背任罪の区別についての考察(一)」、山梨学院大学法学論集七号(一九八四年)三四頁以下、前掲上掲一高「背任罪理解の再構成」、一一六頁以下参照。

団藤重光博士は、横領罪と背任罪を同一の章に規定する改正刑法假案及び改正刑法準備草案の規定様式を「わが国における独自の発展として注目に値する」と指摘される(団藤重光「刑法綱要各論(増補)」、創文社、昭和五九年、五〇六頁参照)。

- (7) 木村亀二博士は、ドイツの刑法改正事業での論議において背任罪に関する根本的問題が論議されていると指摘される(前掲註(5)木村亀二「背任罪の基本問題」、法学志林第三七卷第八号三頁参照)。前掲註(5)江家義男「背任罪の研究」、八六頁以下、前掲註(5)吉田常次郎「横領罪と背任罪」、法学新報六八卷四号二頁以下及び内田文昭『刑法各論上巻』、青林書院新社、一九七九年、二三八頁以下参照。背任罪を巡る刑法改正事業の詳細について、前掲註(5)上寫一高「背任罪理解の再構成」、一頁以下及び二一〇頁以下参照。なお、内田教授は、「わが国の伝統的なものが生かされている」として強盗強姦罪を挙げられる(同書二四二頁参照)。
- (8) 假刑律は、各府藩縣からの刑事事件の処断及び罪囚の取扱い等に関する何に對する指令の典拠として運用されていたと解されている。前掲註(3)拙著『改正刑法假案成立過程の研究』、一三二頁参照。
- (9) 長谷山彰『日本古代史―法と政治と人と』、慶應義塾大学出版会、二〇一六年、一五一頁以下参照。
- (10) 井上光貞他『律令』日本思想大系三、岩波書店、一九七六年、一〇六頁参照。
- (11) 前掲註(10)井上光貞他『律令』、一〇〇頁以下参照。
- (12) 利光三津夫『律令及び令制の研究』(復刻版)、名著普及会、昭和六三年、三一頁参照。
- (13) 前掲註(12)利光三津夫『律令及び令制の研究』(復刻版)、四二頁以下参照。
- (14) 前掲註(10)『律令』五〇頁参照。
- (15) モンテスキューの文言は、『法の精神』第一編「国制との関係において政治的自由を形成する法律について」第六章「イギリスの国制について」で論及されている。モンテスキュー(訳：野田良之、稲本洋之助、上原行雄、田中治男、三辺博之、横田地弘)『法の精神(上)』、岩波文庫、一九八九年、三〇二頁参照。根岸国孝訳は、「国民の裁判官は、前述のごとく、法のことを述べる口にすぎず」とする(モンテスキュー『法の精神』、河出書房新社、二〇〇五年、一五七頁)。セルジュ・ドシ(石井三記訳)「モンテスキューの有名な喩え」法律の口としての裁判官」について、法政論集二五六号(二〇一四年)三二八頁以下参照。

- (16) 前掲註(3)拙著『改正刑法假案成立過程の研究』、一三一頁以下参照。編纂者について、前掲註(1)手塚豊『明治初期刑法史の研究』、一〇頁参照。
- (17) 『増補刑法沿革綜覧』(増補解題・松尾浩也、監修・倉富勇三郎、平沼騏一郎、花井卓蔵、編集・高橋治俊、小谷二郎)、信山社、平成二年、二二三九頁以下参照。『刑法沿革綜覧』(監修・倉富勇三郎・平沼騏一郎・花井卓蔵、共編・高橋治俊・小谷二郎)は、大正二二年三月三〇日清水書店から発行されているが、明治三五年刑法改正案三十五章賊盗ノ罪第二七八条強盜強姦罪以下二八七条までが脱落していた(同書四七四頁)。松尾浩也博士は、増補復刻版解題に於いて欠落条文を官報により補正した他、『刑法新律草稿』を新たに収録すると共に利便性を図り法律案・会議録の細目次及び索引を付したことを記されている(『増補刑法沿革綜覧』解題六頁参照)。
- (18) 前掲註(17)『増補刑法沿革綜覧』、二二三〇頁以下参照。
- (19) 新律綱領の全国頒布日については、明治三年二月二〇日とする見解と二七日とする見解が対立している。又、施行状況については今日の法施行とは状況を異にし、各地で相違があり全国的な施行は廢藩置県後と考えられる。前掲註(1)手塚豊『明治初期刑法史の研究』、五三頁以下参照。新律綱領頒布直後の施行状況について、藤田弘道『新律綱領・改定律例編纂史』、慶應義塾大学出版会、二〇〇一年、九〇頁以下参照。
- (20) 明治三年七月一八日刑部省伺において新律綱領は「明治ノ本律ニ非ス」「百代ノ準繩不朽ノ成憲ハ仍ホ漢洋諸律ニ酌量シ爾後緩々撰定致度候」と理解されている。前掲註(1)手塚豊『明治初期刑法史の研究』、八二頁及び八六頁註(1)参照。
- (21) 新律綱領編纂過程について、前掲註(19)藤田弘道『新律綱領・改定律例編纂史』、三頁以下参照。新律綱領編纂者名について、前掲註(1)手塚豊『明治初期刑法史の研究』、三三三頁以下参照。
- (22) 『刑法新律草稿』について、高鹽博『新出の『刑法新律草稿』について―假刑律―修正の刑法典―』(手塚豊編著『近代日本史の新研究Ⅶ』、北樹出版、平成元年所収)。なお、前掲註(17)『増補刑法沿革綜覧』巻末には、『刑法新律

草稿』全文と写真版が掲載されている。

(23) 前掲註(5) 江家義男「背任罪の研究」、一〇五頁参照。

(24) 前掲註(1) 手塚 豊『明治初期刑法史の研究』、八二頁及び前掲註(19) 藤田弘道『新律綱領・改定律例編纂史』、二五三頁以下参照。

(25) 姦通罪を対象とした「伺・指令裁判」について、前掲註(3) 拙著『改正刑法假案成立過程の研究』、一三六頁以下参照。