

# 明治前期における「雇人」の盗罪

——旧刑法制定まで——

藤 田 正

はじめに

明治三年頒布された新律綱領は、旧幕府法をうけ継ぎつつ明清律に依って編纂されたものであり、いわゆる封建刑法としての数々の特徴を有していた。<sup>(2)</sup> そのうちのひとつに、ここに取上げる「雇人盗家長財物律」がある。すなわち、商家の番頭・手代・丁稚、農家の雇い人・作男、手工業者の弟子奉公人、華士族の家令など、また下男・下女などの家内使用人等々、雇傭関係における被傭者を対象とし、それらの者が雇傭主の財産を窃取した場合に一般の窃盗より重く罰するという規定である。

この規定は、他の、身分秩序に関わる多くの規定——華士族に寛刑を施す閏刑（官吏にも適用される）、家族内の長幼親疎の序列や、また官吏の地位の序列に従った刑の序列、等——とならんで、身分と職業の一致・固定化という

封建社会のあり方に対応したものである。しかし、維新以降の急激な社会的・政治的変動がこうした封建刑法のそのままの存続を許さなかったのはもとよりであって、とりわけ社会的身分の流動化と密接であったこの種の規定においてそのことは顕著に現れる。

「雇人盗」の規定は、刑法体系が西欧法の導入によって新たな編成を示す旧刑法の制定まで基本的には存続するものの、その間には幾多の変遷がみられる。以下、この変遷を追うことによって、明治国家がいかなるものを「雇人盗」として捉え、これをいかに秩序づけんとしていたかをみよう。<sup>(3)</sup>

## 一

明治三年一月に頒布された新律綱領は、その賊盜律中に「奴婢盜家長財物」の条を置き、次の如く規定していた。

凡奴婢雇人家長ノ財物ヲ盗ム者凡盜ニ準シテ論スツツカカリニ管守者ハ一等ヲ加ヘ罪流三等ニ止ル

すなわち、使用人・雇い人がその雇い主の財産を盗んだ場合には、一般の窃盜よりも重く罰する、という規定である。明治初年に新政府の定めた「仮刑律」では、「親屬相盜」条で、「奉公人」について「若奉公人主家之財ヲ盗モノハ常人ニ二等ヲ加ヘ日雇加勢ノ者ハ一等ヲ加フ」としていた。この、使用人・雇い人が雇い主の財産を盗む類型を親屬相盜（同一親族内の者相互間の窃盜、親兄弟のものを盗む類）の一類型とするのは明清律にならったものであるが、明清律ではその場合凡盜に一等減ずるとするのに対し、仮刑律が二等内至一等加え、としているのは、いわば原

則の変更であつて、後にふれる問題がすでにここにみられる。新律綱領では、仮刑律のこの項が独立されたのである。

「奴婢」・「雇人」については、名例律中「称奴婢雇人」条に定義規定がある。

凡官吏並ニ華士族ノ家ニ給侍役使スル男女ヲ奴婢ト称シ卒庶人ノ家ニ役使スル者ハ雇人ト称シ奴婢ト称スル事ヲ得ス

ここで「奴婢」と「雇人」の別は、その雇主の身分による区別である。それは雇い主の身分差のうちに、雇備条件等の社会的に定型化された雇い人の態様の差をも含むことを前提していると考えられる。後にこの「雇人」の定義が動揺を続けることに見る如く、身分秩序の維持を柱とする律はその基礎たる身分そのものを自らは定型化し得ない、という問題の萌芽がここにすでに示されている。

「管主者」<sup>アツカリニシ</sup>は、ここでは「家長」にその財物の保管・管理を委託された者をさすが、その前提には「監守」の概念がある。「監守」とは「監臨主守」の略であり、「監臨」とは、官庁の（上級）官吏が自己の支配下にある人及び物に対する立場をいい、同時に特定の事案について自己の支配下に入った人及び物に対する立場をもいうとされ、また「主守」とは、官庁の（下級）官吏が具体的に管理する官物や囚人に対する立場をいうとされる。<sup>(4)</sup>「監守」は、したがって、官吏の犯罪に関する概念であり、これを問題とするものでは、賊盜律中の「監守自盜」（監守が自己の管理下にあるものを自ら盜む）・「常人盜」（監守以外の者が官物を盜む）、職制律中の「私借官物」（後述）各条が代表的である。

「凡盜」は一般の盜盜をさし、「準シテ論ス」という場合は、名例律「称同罪」条によって、一般の量刑は同等に

扱うが、刑の上限が流三等となる。<sup>(5)</sup>

この条について、明治五年十一月一四日、司法省は太政官に次の如き伺を提出した（『法規分類大全』—以下「大全」と略称する—刑法門一・二二二頁）。

「今般人民保護ノ為メ年季奉公人身売買ニ均シキ類ハ」嚴禁せられ、また「娼妓芸妓ヲ解放スルニ至リ向今後雇人等皆本分自主ノ權ヲ保有スル事ヲ得テ家長ト雖トモ束縛牽制スル事ヲ得サル」こととなった。本来ならば、「雇人タル者」従来以上に「信誼ヲ以テ其義務ヲ尽スニ注意スヘキ筈」であるのに、「本分自主ノ權ヲ得ルニ因リテ遂ニ心得違ヲ致シ劫テ家長ヲ欺罔侮蔑シ其財物ヲ竊取スル者アルニ於テハ」家長はその「權利ヲ失ヒ」、結局再び雇人を「束縛牽制」する弊に陥るだらう。そうなつては、「上下相保チ各々權利ヲ得セシムル御趣意ニ相戾」ることになるので、奴婢盜家長財物律の改正が必要である。

この伺は左院で審議の上、十一月二〇日「異存無之候」と答申され（同上）、二七日太政官三六六号を以て次の改正が布告された（同上）。

改正雇人盜家長財物条（……）(1)

凡人ニ雇ハル者其家長ノ財物ヲ盜メハ凡盜ニ一等ヲ加ヘ管守者ハ又一等ヲ加ヘテ死ニ入ル其管守者私ニ自ラ借用シ及ヒ人ニ貸与スル者モ亦同シ

雇人盜家長財物附例（……）(2)

凡旅店貸藏及ヒ雇工船戸脚夫馬子車丁等人ノ寄託スル財物ヲ盜ム者ハ并ニ管守者ト罪同

まず、名称が「奴婢盜……」から「雇人盜……」に変更された。後述する司法省四二号布達にみる如く、「奴婢」の概念は消滅し、従来の奴婢・雇人ともに「雇人」の概念に包摂されることとなった。(1)では、新律綱領が凡盜に準ずるとした雇人盜を、凡盜に一等加重することとし、これに伴って管守者は凡人に二等を加えることとなった。また、刑の上限も引上げられ、流三等（＝懲役一〇年）から死刑も科すこととされた。さらに、「管守者」が家長の財物を「私借」する類型を新設し、盜と同じく論ずることとした。(2)は、仮刑律の「日雇加勢ノ者」の概念を拡張し、一時的な委託契約に基づく財物の管理者である者もここにいう「管守者」とみなすこととし、それらの者による横領犯も雇人盜の一類型として凡盜に二等を加える、とした、新設の規定である。いずれの点も新律綱領に比して著しい重刑化である。

さらに、この布告と同日、司法省は第四二号布達を以て「人ニ雇ハル者」等の定義を行なう（後述）とともに、改正の趣旨について次のように説明した（大全・刑法門一・二二一―二頁）。

「先般人民保護ノタメ年季奉公ノ類ヲ制禁シ雇人等自主ノ權ヲ得ル」ことになり家長がこれを「従前ノ如ク……束縛牽制スル事ヲ得サル」こととなった。従来は「雇人ヲ責ムルノ律末タ嚴ナラサルヲ以テ」「勢ノ然ラシムル所」により「家長タル者束縛牽制シテ僅ニ雇人ヲ使役セサルヲ得ス」という状態であったのに、「雇人ヲ責ムルノ律」はそのままに「年季奉公ノ類」のみを禁止するときには、「雇人等独リ自主ノ權ヲ得テ家長ハ却テ自主ノ權ヲ失」うことになる。すなわち、雇人に対する規制を強めて「雇人等ヲシテ畏避スル所ア」らしめ、かつ「人ニ事ルノ義務ヲ尽」らしめ、他方家長も「亦タ之ヲ使役シ之ニ委託スルノ權利ヲ失フ事無」からしめて「上下両ナ

カラ保護ヲ得セシムルノ御趣意」である。

右の布達は先の司法省伺と同趣旨であつて、年期奉公に規制を加えた五年一〇月二九五号布告によって被傭者の地位が強化され、家長<sup>II</sup>雇傭者の従来の地位が脅かされることを恐れた司法省—太政官の姿勢が、この改正にみる著しい重刑化となつて現われたとみることができると恐れるは、この時点ではむしろ観念的であつて、当時の刑法体系上も、たとえば雇人が家長の「教令ニ違犯スル」場合の家長の懲戒権を認めている（懲戒して致死の場合も新律綱領で答五〇、改定律例で徴役七〇日、過失致死は無罪、と著しく軽い——闘毆律中「毆家長」条）など、両者の身分差にもとづいて刑法上の地位に著しい差があつたことはよく知られている。また当時の実際の雇傭関係をみても、雇傭者は被傭者の親あるいは親族等の身元保障を期待でき、また多く被傭者に同居義務を負わせ、内至は居所指定権を有していたとみられるなど、単なる雇傭関係を越えた優越した地位を依然として有していた。<sup>(7)</sup>

なお、(1)の「私ニ自ラ借用シ及ヒ人ニ貸与スル者」というのは、職制律中「私借官物」条の類型をとり入れたものである。新律綱領の当該条は次の通りである。

凡監臨主守私ニ監守スル所ノ官物ヲ借用シ若クハ人ニ転借スル者証書ナキハ監守盜ニ準シテ論シ罪流三等ニ止ル証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罪亦同

右の如く、官吏による横領に類する行為を、それが「借用」であることを証する「証書」のある場合は、盜罪と區別した「私借」の類型に該るものとし、官吏の盜罪より二等を減ずるとしたものであるが、この「私借」の概念を雇人の

犯罪に導入したのが、上記の改正である。

この条は六年二月次の如く改正され（一五日）、同月一七日太政官五八号を以て布告された。

凡監臨主守監守スル所ノ官ノ財物ヲ私ニ借用シ若クハ人ニ転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

この改正を上申した同年一月二五日付司法省伺は、改正の理由について、前記五年十一月の雇人盜家長財物条改正によつて、雇人による家長の財物の私借の方が官吏による官物の私借よりも重くなつたので、「權衡適當」するよう改正する必要がある、と述べている（大全・刑法門一・二二三頁）。その結果、この改正では、新律綱領が明清律にならつて「証書」の有無によつて扱いを分けていたのをやめ、すべて「証書」なきものとして扱うこととし、しかも綱領が監守盜に準じて論じ刑の上限を流三等としていたのを監守自盜と同じく論ずることとした（死刑まで科す）。また、非監守人による私借の場合「情ヲ知ル者」は監守人と同等に扱われ、「自己ノ物ヲ以テ官物ニ抵換スル者」も同様となつた。すなわち、「私借」の類型は、名のみ残るものの実質的には否定されたのである。この条は、改定律例に至つて、私借の対象が「錢糧」であるものについて「事未タ發覺セスシテ完備スル」場合の特例を設けた（第一〇六条）ほか、そのまま引きつがれた（第一〇五条―後出）。

上記の「改正雇人盜家長財物条」について、六年五月、すなわち改定律例公布の直前、さらに改正の議が起つた。五月二日司法省は、本条の規定によれば「平民ノ監守者」と「官ノ監守者」との間に不權衡が起き「甚不都合」につき、至急改正したい、との伺を太政官に提出した（大全・刑法門一・三一二頁）。すなわち、右条によれば雇人盜は凡盜

に一等、管守者はさらに一等を加えるのであるから、凡盜よりも一等重い常人盜および二等重い監守盜と量刑の点ではそれぞれ同等である。ところが贓の価額が一〇〇円を越えようと価額の区切り方がそれぞれ異なるため、贓の価額が等しくても量刑に差が出てきてしまう。例えば、雇人の管守者が家長の金二〇〇円を盗んだ場合凡盜に二等加えて絞に該るが、官吏である監守が官金一五〇円を盗んだ場合は終身懲役である。贓の多い「平民ノ監守者」の方が少ない「官ノ監守者」よりも重くなる、というのが理由であった。

太政官は五月一七日付指令でこの改正をまとめ、これがそのまま改定律例（明治六年六月一三日太政官二〇六号布告）「雇人盜家長財物律」第一四三条となった。次の如くである。

#### 雇人盜家長財物律

第四百十三條 凡雇人家長ノ財物ヲ盜ム者ハ常人盜ヲ以テ論シ管守者自ラ盜ム者ハ監守盜ヲ以テ論ス若シ管守者私ニ自ラ借用シ及ヒ人ニ転借餽送スル者罪亦同シ

右の改正は、窃盜・監守盜・常人盜で一〇〇円以上の贓の価額の区切り方が異なることによって生じる「不都合」を回避せんとしたのであるが、その方法は、右の如く雇人盜に監守盜・常人盜の類型を適用するものであった。先述の雇人盜の重刑化がこの結果を招いたのである。これによって、ともかく「不都合」は回避されたが、しかし、本来官物に対する官吏の犯罪に関する類型である監守・常人盜を私人間の盜罪に適用した点は、重大な変更であって、後に問題となる点である。

また、前記五年一月の「雇人盜家長財物附例」は、改定律例第一四四条となって、次の如く改められた。



## 雇人盗家長財物条例

### 第四百四十四条

凡客塵倉戸ハタコヤカンクラヤ及ヒ工人舟子脚夫馬丁車力等一時雇ヲ受クル者ト雖モ其寄託スル所ノ財物ヲ盗ムハ并

ニ管守者ト罪同シ

「附例」と対比すると、「一時雇ヲ受クル者ト雖モ」の規定が新たに加わっている（この点は後述）。

## 二

すでにみた如く、改定律例によって雇人盗の種類・量刑ともに確定したが、この後、行為者たる「雇人」の意義をめぐって種々の議論が起った。

先にふれた五年一月の司法省布達四二号では「雇人」について次の如く定義していた。すなわち、五年一月太政官三六六号「改正雇人盗家長財物条」にいう「人ニ雇ハル者」とは、「諸官員並宮華士族ノ家令扶従執事随従僕婢農工商等ノ番頭手代丁稚一切男女ノ年雇月雇日雇ニ至ル迄ヲ概シテ申ス」、また、「附例」にいう「旅店貸蔵」云々とは「人ノ寄託ヲ受ケ管守者ニ均シク其物品ヲ大切ニ取扱類ヲ申ス」。ただし、前記改定律例第一四四条で「附例」が一部変更され、「一時雇ヲ受クル者」という規定が加えられたことよって、右の雇人の定義のうち、「一切男女ノ年雇月雇日雇ニ至ル迄」の、少なくとも「日雇」は第一四三条にいう「雇人」から除かれ、その者が「管守者」であったときのみ第一四四条によって「雇人」とみなされる、との変更があったとみるべきである。<sup>(8)</sup>ところが、司法省は六年一月一日一九〇号布達で、上記四二号布達による「雇人」の定義は「不都合ノ儀有之ニ付今後戸籍届済以上

ノ者ヲ雇人ト称ス可ク候」とした（大全・刑法律門一・三四四頁）。すなわち、今後は「雇人」とはその旨の戸籍届出のあったものに限る、としたのである。

そもそも明治四年の「戸籍法」では、同居の被傭者は雇傭主の籍に入るとされ、同じ被傭者でも通いの者は別の戸籍に編成された。また他管から来た者は、滞在九〇日以上に及べば「寄留」の手続が必要で、その際「戸主傭主請人等証印スル」必要があった。<sup>(9)</sup>しかし、この時点で「雇人」の定義を戸籍届出の有無によってなし得るとしたのは、次の税則によってそれを敲密に把握し得ると考えたためであろう。

この年の初め、すなわち明治六年一月三〇日太政官三一号布告「僕婢馬車人力車駕籠乗馬遊船等諸税規則」（以下「僕婢税則」と略称）は、その第一条で「皇族ノ外華土族平民ニ至ル迄家事用向ニ使用致シ候從僕ノ類」（第一則）および「下婢」（第二則）に課税することとし、そのため、かかる「僕婢」の「生国出所姓名年齢等」を「各其主人」より戸長へ届出ること（第四則）としていた。さらに、無届で「僕婢」を抱置いた者に過料として税額の五倍を課す、とする罰則規定（第五条）を含んだ。ただし、「農工商其職業ノ為メ使用致シ候分」、すなわち「農ノ作男工ノ弟子商ノ手代等ノ類」は男女とも無税とされた（第三則）から、実際には、この「僕婢税則」によって捉え得るのは、五年一月の司法省布達四二号でいう「諸官員並宮華士族ノ家令扶從執事隨從僕婢」等のうち「僕婢」の部分、すなわち下級の家内使用人の、しかも限られた部分であり、右布達の「農工商等ノ番頭手代丁稚」等は捕捉の対象外であった。こうした限定にも拘らず、この税則は「雇人」を捉える有力な根拠とみなされていた。<sup>(10)</sup>

しかし、右に述べた如く、すべての雇人が戸籍上あるいは税則上登録される訳ではないときに（ましてや届出によ

ってその身分が創設されるのではないときに)、その登録されない雇人をいかに扱うか、という問題をこの一九〇号布達は惹起した。この点について布達の直後から続々司法省に出された地方庁の「伺」に対し、翌七年二月初旬同省は一斉に指令を与えた。まず、京都裁判所への指令で、伺のいう「手代番頭ト称スル」「日々雇主ノ家ニ通勤スル者」について「家令家扶番頭手代ノ類ハ同居各居ニ論ナク雇人ヲ以テ処分ス可シ」とし<sup>(11)</sup>、東京裁判所への指令で、右の「家令家扶番頭手代」等を除く「其他ノ雇人」と「僕婢」については「届済以上」の原則によるが「届ケ未済ノ者ハ凡盗ヲ以テ論スヘシ」とした<sup>(12)</sup>。さらに、滋賀県への指令で、「僕婢税則」に關しても、僕婢のうち届出があつたもののみ「雇人」とみなすことを確認した<sup>(13)</sup>。以上、布達直後の伺指令によつて、「家令家扶番頭手代」等の上級使用人は「同居各居ノ論ナク」、「其他ノ雇人」「僕婢」等の下級家内使用人は「戸籍届済」の者のみ、あるいは「僕婢税則」上の届出ある者のみが、改定律例第一四三条にいう「雇人」に該るものとなつた(日雇等「一時雇」の者は、それが「管守者」であつた場合にのみ第一四四条によつて「雇人」とみなすこと、前述の如くである)。かくして、司法省布達一九〇号の、雇人盗律にいう「雇人」を「戸籍届済以上ノ者」に限定する、という趣旨は明らかになつた。

しかし、これを實際に施行してみた段階で次の如き問題が起つてきた。すなわち、理論上は上述の如く決定したとしても、實際に戸籍届出のない雇人が犯罪を犯したとき、これを凡人として処断するのは、たまたま雇主が届出を怠つたことを僥倖とするものであつて承服し難いという現場からの意見である。雇主はむしろ課税を伴う税則上の届出を忌避する傾向があつたとみられるから、これは無視し得ない主張であつた。司法省は、明治七年五月二五日付の小

倉県に対する指令<sup>(14)</sup>（五月一五日付伺）では、「数月雇ワレオル者ト雖モ戸籍届ナキトキハ……凡盗ヲ以テ科断シ可然哉」という伺に、従前の方針通り「伺ノ通」と回答し、かつ、届出を怠った雇主について、僕婢罰則「第五条ニ依テ処置スヘシ」と指示している。ところが五月三〇日付白川県への指令<sup>(15)</sup>（五月二日付伺）では、「僕婢罰則ニ照準シテ戸籍届ヘキ者ニ係ル雇人其届未済ニ家長ノ財物ヲ盗メハ律例第四百三十三条ニ依ル其無届ニテ抱ヘ置ク雇主ハ僕婢罰則ニ依ルヘシ」と回答して、従来態度を一変させた。この白川県伺は、「当初年期ヲ定メ其完全ク雇人ナルニ只雇人ノ届洩ト云ヲ以凡盗ノ論決ハ雇主ノ権理ヲ失ハシムルノミナラス雇人ヲシテ雇主ノ重ヲ知ラサラシムルノ訳ニ相当リ又他律ノ権衡ニモ不釣合ニ有之候間右様ノ類ハ雇主届洩ノ不念ヲ責メ……違令輕ニ問ヒ贖罪ニ科シ犯人ハ仍ホ雇人ヲ以テ判決致シ度如何可有之哉」と述べ、司法省の方針の矛盾を突いてその変更を要求するものであった。すなわち、身分差にもとづく刑罰の区別を体系化した当時の刑法にあって、その基礎たる社会的身分の如何はいわば社会的に自明の事実たることが前提されていた。維新後の身分的流動によってその自明性が失われゆく中で、司法省は身分変動の「届出」によってこれに対応せんとしたものの如くであるが、自らの意思に基づく「届出」を身分規制の根拠とすることは、右の刑法理念と、本来なじまない性質の事柄であった。さらにこの場合は、法規上も身分的変動のすべてが登録される訳ではないから「届出」の有無によって身分関係を律するのは原理的にも現実的にも無理であった。司法省は、先に指令を与えた滋賀県（前述）に対しても改めて達書<sup>(16)</sup>を示し（五月三一日付）「昨六年十二月廿四日付伺戸籍未済ノ雇人ハ凡人ヲ以テ論スト及指令候処若シ家長届ケス僕婢罰則ヲ犯スニ該レハ届未済ト雖モ雇人盜家長財物律ニ依リ処分シ……此段更ニ及御達候也」と指示した。かくして、「僕婢」等は届出があつた者のみを「雇人」とみなすの

を原則とするが、たとえ届出がなくとも事実上雇人である者は「雇人」とみなす、というのが新たな方針となった。ここにおいて、一九〇号布達の実質的意味は失われたといつてよい。

なお、届出を怠った雇主の処罰について、前記五月二十五日付小倉県への指令および五月三〇日付白川県への指令では僕婢税則第五条によるとしているが、しかし、税則上「無税」の者の場合、その第五条にいう「過料トシテ一ヶ年定税ノ五倍ツ、可為差出事」は不可能である。この点は、八年一月九日付大分県への指令<sup>(17)</sup>(七・一一・一七何)に至つて、「違式ノ輕ニ問ヒ聴贖」する(贖金七五錢にあたる)とした。

「僕婢税則」が明治八年二月廃止される(太政官二七号布告)と、上記の「届出」を基準とする方針は維持し難くなつた。九年五月二二日度会県への指令(八年二月四日付伺、指令までに半年を要していることに注意)で、司法省は「雇人双方許諾ノ上期限ヲ定メ雇使スル者雇人トナスヘシ」と指示、「右税則已ニ廃セラレタル上ハ御布達モ自ラ消滅センモトシ」という度会県の意見を容認して、先の一九〇号布達を事実上撤回した。ただし、右の「雇人」に「日雇ノ者」を含まない(九年月日欠飾磨県への指令<sup>(18)</sup>)。点は変らない。やがて、司法省は右の方針に沿つて一九〇号布達の改正を企図し、明治十年二月七日その旨を太政官に伺出て(大全・刑法門一、三四五頁)、同年二月司法省布達甲第一号を以て六年一二月の一九〇号布達を改正し、「今後戸籍届済ノ有無ニ拘ハラズ雇主雇人相許諾シテ一月以上ノ期限ヲ定メ雇使スル者ハ雇人ヲ以テ論ス」とした<sup>(19)</sup>(大全・刑法門一・三四四頁)。ここにおいて、先の九年五月の「雇主雇人双方許諾ノ上期限ヲ定メ雇使スル者」との「雇人」の定義は、より具体的に「一月以上ノ期限」との規定を与えられたのである。

## 三

明治八年三月、司法省はこの雇人盗家長財物律の改正を企図した。その理由を太政官への何で次の如く述べる（三月一日付、大全・刑法門一・三五七頁）。すなわち、現行律では雇人盗は監守盗・常人盗を以て論ずるとするが、「苛酷ニ相渉」り「死ニ入ル者モ寡甚憫然ノ至」である。改正を急いで「処刑允当ヲ得セシメ度」い。さらに、これとともに私借官物律および雇人が家長の財物を私借する例も改正したいが、後者は雑犯律中「費用受寄財産」条に入りたい。また改定律例第一四四条（雇人盗家長財物条例―前出）は窃盗の条に移したい。

これをうけた太政官法制課では次の如く答申して、これを元老院の審議に付すべしとした（四月二九日付、同上書）。すなわち、司法省の「苛酷」の論はもつともであるが「其他之ニ類スル者少カラス、且先般律例改正ノ儀同省ヨリ上申有之、此条ハ即チ其一ニ付」<sup>(20)</sup>「今この条のみを改正するのは適當でない。しかし、「元老院ノ意見如何トモ難計且固ヨリ旧法改革ニ関スル儀ニ付同院ノ會議ニ付セラレ可然哉」。

当時元老院が設置されたばかりであり、<sup>(21)</sup>「議事条例」等が一応整えられた後、七月二四日司法省案が「改正雇人盗家長財物律議案」として元老院に下付された（『元老院日誌』―以下「日誌」と略称する―明治八年卷之四、国立公文書館蔵）。ところが、周知の元老院職制・章程の改定をめぐる太政官と元老院との争い、すなわち、独立した立法機関たる位置を獲得せんとする元老院と、これを行政府に從属的な位置に止めようとする太政官との争いの中で、七月五日開院式を行ない一部議案の審議に入ったものの、夏期休暇（八月一日～九月一〇日）ののち、職制・章程改正まで會議中

止の旨が九月一二日太政官より達せられた。その後一月二五日に至って新しい職制・章程が達せられ、これに伴って先に下付された一〇件の議案は、同日返上されることになった。<sup>(23)</sup>改正雇人盗家長財物律もその一つである。<sup>(24)</sup>

その後、太政官によって議事条例等諸条例が制定され（二月二日）、翌明治九年一月を以て開院する旨が達せられて（同日）、一二月二八日、改めて第一号の議案が下付された（「日誌」）。

改正雇人盗家長財物律の議案は、九年一月一五日下午付された。「改定律例第百五条第百六条第百四十三條第四十四條改正増加ノ議案」である。原案には「改定律例第百五条第百六条第百四十三條第百四十四條ヲ删除シ別紙ノ通改正増加ス」とあり、右の四ヶ条について次の如き修正案が示された（『元老院會議筆記・前期第一卷』。以下「筆記」と略称）。

#### 改正雇人盗家長財物律

雇人家長ノ財物ヲ盗ム者ハ窃盜ヲ以テ論ス管守者ハ一等ヲ加ヘ罪懲役終身ニ止ル

#### 雇人盗家長財物条例

凡雇人家長ノ財物ヲ管守シテ私ニ自ラ私用シ及ヒ人ニ借ス者証書ナキハ窃盜ニ準シテ論ス証書アルハ二等ヲ減シ

罪懲役三年ニ止ル

#### 窃盜条例

凡客塵倉戸及ヒ工人舟子脚夫馬丁車力等其寄託ヲ受ル所ノ財物ヲ盗ム者ハ并ニ窃盜ヲ以テ論シ一等ヲ加ヘ罪懲役

終身ニ止ル

#### 改正私借官物律

明治前期における「雇人」の盗罪（藤田）

凡監臨主守監守スル所ノ官物ヲ私ニ借用シ若クハ人ニ借ス者証書ナキハ監守盜ニ準シテ論ス証書アルハ二等ヲ減シ罪懲役三年ニ止ル其借ル者監守人ニ非サレハ証書ノ有無ヲ分タス竊盜ニ準シ一等ヲ減シ罪懲役二年半ニ止ル若シ自己ノ物ヲ以テ官物ニ抵換スル者罪亦同

この政府原案についてみると、まず「雇人盗家長財物律」は、先の改定律例第一四三条によって一旦重くしたものを、類型・量刑ともに新律綱領とほぼ同じく引戻したものと見える。綱領では管守者の場合の刑の上限を「罪流三等ニ止ル」とあったのを、終身懲役までとした点が異なるのみである。

そして、先に五年十一月の改正で新設され、改定律例で「雇人盗家長財物条例」（二四四条）とされた、「客塵倉戸及ヒ工人舟子脚夫馬丁車力等」による盜罪を「竊盜条例」として新設した。すなわち、倉庫業、運送業、手工業等の各業者が委託された物品を横領した場合の類型を雇人盗から竊盜の一類型へと移したのである。それまで一時雇の「雇人」による犯罪としていたものを、独立の類型としたもので、前述八年三月司法省伺の具体化とみることができ。しかも、五年十一月の「附例」では雇人盗の管守者の場合と同様とみなされ（凡盜に二等を加え、死刑まで科す）、その後改定律例では雇人盗本条の改正に伴って監守盜とみなすと改められていた（第一四四条）のが、ここで竊盜に一等を加えることとされ、上限を終身懲役とされたことは、雇人盜律と同様刑の軽減をはかったものといえる。

また「雇人盗家長財物条例」は新設の条文で、改定律例第一四三条の後半、家長の財物を私借する場合を独立の条文としたものである。その類型の構成は新律綱領「私借官物」条の監守人の場合にならったもので、雇人の行為が盜ではなく一時の借用であることを証明する「証書」の有無によって場合を分け、「証書」なきものは竊盜に準じ、そ



のあるものは二等を減じ、刑の上限を懲役三年とするものである。改定律例一四三条後段は「若シ管守者私ニ自ら借用シ及ヒ人ニ転借餽送スル者罪亦同シ」とあつて、家長の財物を私借した管守者を監守盗と同等に処罰するものであつた。これは新律綱領になかつた類型で、前述の如く、五年一一月の改正に至つて（私借官物条の規定にならつて）付け加えられたものである。それが、此度の「雇人盗家長財物条例」の新設においては、本律（雇人盗罪）が監守盗から窃盗に引き下げられたのに伴つて、私借の場合もまた窃盗に準ずることとし、しかも「証書」の有無を論じようとしたものである。

さらに、これに伴つて私借官物律の方も改められ、新律綱領とはほぼ同じ構成に引戻されることになつた。改正案の表題にある改定律例第一〇五条は「改正私借官物律」であり、その条文は次の如くである。

凡監臨主守監守スル所ノ官ノ財物ヲ私ニ借用シ若クハ人ニ転借シ及ヒ自己ノ物ヲ以テ官物ニ抵換スル者ハ監守自盗ト罪同其監守人ニ非スシテ借用シ情ヲ知タル者ハ罪同知ラサル者ハ坐セス

また、同第一〇六条は「私借官物条例」であり、

凡監臨主守監守スル所ノ錢糧ヲ私ニ借用シ若クハ人ニ転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応為ニ問ヒ輕重ヲ分ツ

とあつた。この私借官物律は六年二月一七日（太政官五八号）を以つて改正が布告されたのであるが、それが五年一一月の雇人盗家長財物律改正を契機とした事は前述の通りである。すなわち、この時の雇人盗家長財物律の重刑化に伴つて、官物と私物の権衡を整えるために改正され重刑化が図られたものであつた。此度の改正案では、監守人は「証

書」の有無によって、「証書」なき者は監守盗に準じて論じ、そのある者はこれより二等を減ずる点で新律綱領と同じであり、刑の上限を懲役三年とする点は、綱領（上限は流三等＝懲役一〇年）と較べて著しく引下げられている。非監守人の場合も、改定律例では情の知・不知を分ち、情を知る者は監守盗と同じ、知らざる者は無罪としていたのを、ここでは、情の知・不知を分たず一律に窃盗に準じて論じ、一等を減じて科刑するとしており、新律綱領が一律に常人盗とみなし二等を減ずるとしたのと量刑の点では等しくなった（常人盗自体は窃盗よりも一等重い）。さらに、この類型を常人盗とみなさず窃盗として構成した点は、律令的な「官」の觀念の変容乃至より一般的な窃盗類型への移行とみることもできるだろう。

かくして、改正案は、まず、量刑の点で改定律例における重刑化を否定し新律綱領の線まで立戻ったこと、第二に、具体的な量刑の多少に拘らず、基本となる犯罪類型をおおむね「窃盗」によって構成しようとしていること、の二点が特徴的であるといえる。果して、この政府案をうけた元老院における審議も、主としてこの二点をめぐって争われた。

#### 四

元老院では、明治九年一月二三日に第一読会<sup>(25)</sup>が行われ、二八日第二読会から逐条審議に入った（日誌）。

まず「改正雇人盗家長財物律」の審議では、家長の財物を盗んだ雇人を一般の窃盗として論ずることに批判が集中した。雇人と家長の間には特殊の関係があり、決して「外人」の犯罪と同視し得ない、というのである。すなわち、

雇人と家長の間には「君臣主従」の如き「情義」があり、また恩養を受けているという「義」がある。あるいは、家長から家内の一定の事柄を任されている雇人には守るべき「信義」がある。雇人が家長の財物を盗もうとすればそれは容易なのであって、これに乗じて右の「情義」・「義」・「信義」に背くことは重大であり、それは「彼ノ墻ヲ踰ヘ壁ヲ穿テ盗ム者」と同列に論ずる事はできない。したがって、雇人を信任してその財物の管理を任せねばならない家長を保護するためにも、また「信義ヲ人民ニ教ユル」ためにも、一般の盗罪よりも重くしなければならぬ。これが議官達の意見の大勢であった。

ここでは、「雇人」と「家長」の関係を、主從制的な関係として捉える観点と家族主義的な観点、さらには雇傭関係自体にもとづく債務契約関係の観点とが混在しており、議論の中では、それぞれの議官の内部においてもそれが区別されていなかった。

なお、刑法は「信義ヲ人民ニ教ユル道」（壬生基修発言中）であるという観念は、上記の家長と雇人の関係を特別に信義を重んずべきものとし、雇人にその尊重を要求する論理とともに、諸議官の発言の随所にみられる。たとえば、この条の議論の中で、佐野常民が「雇人ト家長トノ間ハ其情宜自ラ君臣主従ノ如シ外人ト異ナリ然ルニ外人互ニ盗ム者ヲ以テ論スル時ハ自ラ雇人ヲシテ家長ヲ輕ンセシムルニ至リ其情宜ヲ割クノ理ニ当リ人ヲ教ユルノ道ニ非ス一体律ハ人ノ惡ヲ懲スノ主意ナレハ第一其主意ニ背ケリ」（筆記）八頁と述べているのは、道徳と未分化の刑事責任の観念に基づく刑法の理念をよく現わしている。

この政府案に対する反対論者は、雇人盗は一般の盗罪よりも重くすること、具体的には、改定律例の重刑化の方向

を守り、雇人盗に監守盗・常人盗を適用することを主張し、ただ刑の上限を終身懲役とすることで幾分かの軽減を図ろうとした。その、雇人盗を監守盗・常人盗を以て処断する論理は、家長の財産を管理している雇人は官物における「監守」に等しい、また、家長の財産を管理する立場にない雇人は官物における「常人」に等しい、というものであった。すなわち、雇人と家長の財物との関係を、全体として、官吏と官物との関係になぞらえ、その財物を管理する立場にあるか否かによって、雇人盗が監守盗或は常人盗に比定し得るとしたのである。これは、一見すると、身分秩序の維持を目的とする律令法の体系に沿った合理的な解決の如くである。律は、官物を一般の財物と区別して刑法上も特殊な保護を与え、かつ官吏の職務上の故意過失による規律の逸脱を広く忠誠義務違反として捉えようとし、また、家族内の長幼親疎の序列に従った刑の軽重の序列を有する（殺・鬪・姦などにみるそれらの類型は雇人・奴婢をも対象とする）という、周知の特徴を有していた。しかし、「家族」に関わる局面では「門内ノ事ハ恩ヲ以テ義ヲ裁シ、門外ノ事ハ義ヲ以テ恩ヲ制スル」（第三説会の佐野常民発言、「筆記」一七頁）の原則をも有した。すなわち、親属相盗・雇人盗などは、（恐らくは「門内」における家長の家族成員―奴婢・雇人を含む―に対する懲戒権を前提して）一般の窃盗より軽く扱うのを例としたのである。したがって、ここにみえる議論は、「家長」の権威をいかに擁護するかを論じて、むしろ律の原則から逸脱した方向でそれを果さんとするものであることが判る。それは、監守者乃至管理者の、管理者としての義務の共通性に着目し、対象が官物であると私物であることに拘わらず、また、行為者の身分の官吏と私人とに拘わらず、管理義務違反として捉える点で、本来の、背任の類型に接近しているともみられる。しかし、ここでの議論の筋から言えば、前述の雇人盗の捉え方をめぐる議論と同様、主従制的・家族主義的・雇傭契約的

な各観点の混在がここにもみられるのであり、むしろ、律令法体系本来の家族主義的秩序の内容がすでに部分的に変化していた（すなわち、雇人盗が親属相盗から切離され、かつ一般の盗罪より重く処断される<sup>(26)</sup>）ために、監守・常人盗と雇人盗が接近する結果になったことによる、とみるべきであろう。

もとより、当時の「雇人」の実態は流動性を強めていたとみられるのであって、例えば、「如何ニモ雇人ハ月給等ヲ受ケ自ラ主従ノ義アリト雖トモ其内ニハ一日雇ヒ等種々ノ差等アリテ輕キモノアリ然レハ総テ之ヲ論スルトキハ外人相互ニ盗ムノ律ヲ以テ論シ管守者ハ又一等ヲ加テ不可ナルナシ」（第二読会における佐々木高行発言、「筆記」八頁）とする意見もあった。すなわち、今や「雇人」一般に過重な義務の遵守を期待し得ない、とするものであったが、むしろ少数派に止まった。

かくして、元老院では、「改正雇人盗家長財物律」について反対論の趣旨に沿って原案を修正することに決定した。以下の三ヶ条の議論もまた同様の展開をみせた。

「雇人盗家長財物条例」では、雇人盗律にあわせて、管守者の私借の「証書」なき場合について、原案では窃盜に準ずるところを、監守盗を以て論ずるとし（「証書」は「憑証」に改める）、「証書」ある場合の減二等を減一等とする、というように、原案より重くしてむしろ改定律例の水準を維持すべし、とみえる論が大勢を占めた。刑の上限もそれぞれ終身懲役・懲役一〇年（原案は三年）とする。また、原案では非管守人の場合を挙げていないのに対し、これもこの条の対象とし「証書」の有無を分たず常人盗として論ずべきである、とする、改定律例にもみえない重刑化も主張された。

次の「窃盜条例」については、「馬丁脚夫等ノ一時人ノ托ヲ受クル者」までも雇人盜に準じて扱うのは酷である、あるいは「一時見ス知ラスノ者ノ寄託ヲ受クル」者と「恩義モア」る雇人とは同一視できない、とする意見もあったが、寄託を受けて財物を預る者の責任は重くすべしとの議論が大勢を占め、原案が支持された。原案は「窃盜ヲ以テ論シ一等ヲ加ヘ罪懲役終身ニ止ル」となっており、これを雇人盜に準じての扱いであるとみるのは、先の雇人盜律の修正の意向（管守者は監守盜、その他は常人盜とする）をふまえ、その量刑の多少のみに着目したのであらう。

最後の「改正私借官物律」では、原案よりやや刑を重くし、さらに、犯罪の対象が「錢糧」であるか「什物」であるかによって区別する、明清律の方式を採用するとの意見が大勢を占めた<sup>(27)</sup>。すなわち、「錢糧」の場合は、「憑証」の有無で分け、そのない場合は監守盜を以て論じ、ある場合には一等を減じ、刑の上限を終身懲役とする、また、犯人が監守ではない場合常人盜に一等を減ずる、とした。その結果、修正案（後出）にみるように、全体として改定律例よりは軽くなる（監守の「憑証」ある場合の減一等、刑に上限を設けた点、監守にあらざる者を常人盜に減一等とした点）が、原案より重くなった（原案は、「証書」ある場合減二等、刑の上限は懲役三年、監守にあらざる者の刑の上限は二年半）。「什物」の場合は、「錢糧」に比して軽くしてよいとの議論から、坐贓<sup>(28)</sup>の類型が適用されることとなり、また「極メテ軽キ者」は違式に問ふこととした。以上、修正意見は監守盜・常人盜の類型を基礎として私借官物を構成するもので、この点、原案が非監守者について窃盜の類型を適用することを試みているのと対照的である。

第三読会（二月二日）では各条についての以上の議論をまとめ、佐野常民・秋月種樹・松岡時敏の三議員を「修正委員」に選んで（日誌）修正案を作製することとなった<sup>(29)</sup>（ただし、「窃盜条例」のみは原案可決である）。この修正

案は「決議会」（二月三日）にかけられた。次の如くである（筆記）。

#### 改正雇人盗家長財物律

凡雇人家長ノ財物ヲ盗ム者ハ常人盗ヲ以テ論シ管守者ハ監守盗ヲ以テ論シ並ニ罪懲役終身ニ止ル

#### 雇人盗家長財物条例

凡雇人家長ノ財物ヲ管守シテ私ニ借用シ及ヒ人ニ借ス者憑証ナキハ管守盗ヲ以テ論シ罪懲役終身ニ止ル憑証アルハ一等ヲ減シ罪懲役十年ニ止ル其借ルモノ管守人ニ非サレハ憑証ノ有無ヲ分タス常人盗ヲ以テ論シ一等ヲ減シ罪懲役七年ニ止ル

#### 改正私借官物律

凡監臨主守監守スル所ノ錢糧ヲ私ニ借用シ若クハ人ニ借ス者憑証ナキハ監守盗ヲ以テ論ス憑証アルハ一等ヲ減シ罪懲役終身ニ止ル其借ル者監守人ニ非レハ憑証ノ有無ヲ分タス常人盗ヲ以テ論シ一等ヲ減シ罪懲役十年ニ止ル

#### 私借官物条例

凡監臨主守監守スル所ノ器具什物ノ類ヲ以テ私ニ借用シ若クハ人ニ転借シ及ヒ之ヲ借ルモノ懲役五十日五日ヲ過クレハ坐贓ヲ以テ論シ二等ヲ減ス其所犯極テ輕キ者ハ情ヲ量リ違式ニ問ヒ輕重ヲ分ツ若シ自己ノ物ヲ以テ官物ニ抵換シ若クハ典売スルモノ並ニ錢糧ヲ私借スル者ト罪同

「決議会」では、右の修正案の逐条審議が行われた。この日、特に内閣委員として太政官法制局から一等法制官鶴

田皓が出席し、政府原案の擁護につとめた。<sup>(31)</sup>

それぞれの条文の審議においてまず鶴田が発言を求め、最初の「改正雇人盗家長財物律」では六点に互って修正案を批判した。その要点は、(1)修正案が苛酷であること、<sup>(32)</sup>(2)常人盗・監守盗は官物に関わる犯罪の名であって、単に量刑上の区分ではない、したがって、私人間の犯罪である雇人盗に（単純に権衡が合うからといって）適用するのは誤りである。(3)雇人と家長の関係は「親属ニ近」いのであって、窃盜より重くする理由がない、の三点であった。

次の「雇人盗家長財物条例」でも、「官」と「私」の混同、修正案が重すぎることを述べ、最後の「改正私借官物律」および「私借官物条例」（原案は「改正私借官物律」の一ヶ条）については、修正案が重すぎることを、修正案の「錢糧」と「什物」の区別の仕方が誤っていること、などを述べた。いずれも、最初の雇人盗律における論点と関わり、その敷衍ともみられるものであるから、最初の条の帰趨が全体を決した。

議論では、殆ど全ての議官がこの鶴田の弁に反対した。その大要は前述の第二・三説会までの議論に紹介した通りであるので、ここでは、鶴田の批判に対する反駁をみよう。雇人盗律の論点の(1)（苛酷である）については、いずれにせよ改定律例よりは軽くなっている（本条でいえば刑の上限を終身懲役で止めたこと）、と反論する。(2)（「官」と「私」の区別）については、前述の、雇人の地位を官吏の地位に比定する議論がくり返され、さらに、「方今ノ慣用ニテハ監守盗ト云フモ亦タ常人盗ト云フモ共ニ一ノ盗名ニ過キス」（陸奥宗光発言、「筆記」二六頁）とも述べられていゝる。すなわち、監守・常人盗の概念はもはや空洞化しており、単に重い刑を科すべき罪目の名、ひいては重い刑そのものをさす名となっている、というのである。(3)（雇人と親属の関係）については、前述の紹介のくり返しであり、



一層嚴に取締る必要があることが述べられた。

かくして、雇人盗律以下すべて元老院の修正案が可決された。鶴田の批判は、「官」と「私」の區別を強調し、また、修正案の苛酷であること、今回の改正は刑の輕減を趣旨とすること<sup>(33)</sup>をくり返し主張するにとどまり、修正案の細部における不備を指摘しはするものの、雇人盗そのものの論理に立入るものではなかった。元老院の各議員が修正案を維持することに頑なであることもあって、彼の主張は元老院の容れるところとならなかったのである。

元老院の修正案は二月一五日上奏された。これに対し、法制局では一ヶ月後の三月一五日、次の如き議案を提出した（大全・刑法門一・三五八頁）。

別紙元老院雇人盜家長財物及私借官物律例修正案熟考候処同院ニ於テ修正相成候目的ハ多分改定律例ニ憑準シテ折衷スルモノニ有之司法省ニ於テ改正ヲ要スル本旨ニ無之且付箋ノ通不都合モ有之候間尙又同院ノ再議ニ付セラレ可然哉意見書相添へ仰高裁候也

すなわち、元老院の修正決議は改定律例に引きつけての修正であって、司法省の改正の意図に反すること、かつ「付箋」で指摘した如き「不都合」もあるから、「再議ニ付」す、すなわち、元老院に差戻すべきである、というのである。これをうけて、正院では、四月七日付元老院への達で、元老院の「修正ノ儀御允裁難相成更ニ再議ニ被付候事」（同上）と再議を命じたのである。

元老院には政府原案と元老院修正案および修正案に対する「内閣ノ意見」ならびに「内閣ノ付箋」<sup>(34)</sup>が下付され（第一八号議案）、かつ内閣委員として法制局から此度は一等法制官村田保が出席し、政府案の弁明と維持につとめた。

元老院における該案の第二次審議は、四月一三日の第一読会から始まった。村田が審議の冒頭で「内閣ニ於テモ曩ニ議定ニ付セラレシ節ハ委員ノ弁明ヲ欠クヲ以テ改正ノ主意ノ不貫徹ヨリ遂ニ此ノ如キ不都合ヲ生セシナラント察シ故ニ此度ハ委員ヲシテ改正ニ要用ノ廉ヲ陳述シ且本院ノ修正ヲ論セシメントス」（筆記「一六三頁」）と述べた如く、今回の審議においては終始彼が議論に介入し、修正案の攻撃にとめた。そのこともあって、また、すでに一度議論した事案でもあり、あるいは議官の増加もあってか、かなり活発な議論がなされた。四月一三日第一読会が開かれた後、一八日と二〇日に第二読会、二七日に第三読会が開かれ、ここで再修正に決して五月八日、修正決議會が開かれた。この間の議論の要点を次にみよう。

議案のうち、修正案に付された「意見」と「付箋」は、(1)雇人盗に関して、官物と私物を同一視する改定律例の誤りを改めるのが今回の改正の本旨であり、これを再び改定律例に依拠して修正するのはその本旨に背く、(2)雇人盗条例について、「私借」と「真盗」を区別するのが目的の改正であるのに、量刑を等しくしては意味がない、(3)私借官物について、(2)と同じ批判に加えて、「錢糧」と「器物」を区別した修正案の方式は實際上無意味のみならず、甚しい不権衡（量刑のアンバランス）を招く、とした。村田の議論も主として右の論点を敷衍したものであった。

(1)について村田は、本来盗罪の内官物に関わるもののみが監守・常人盗となるので、雇人盗はもとより窃盗を以て論ずべきものである、と主張して、雇人盗は重く罰する必要がある「凡盗」とは区別せねばならない、とする多くの議官と対立した。ただ、何故に雇人盗は重くあらねばならないかについて、「主従ノ恩義」を根拠とする多くの議官に対して、「然レモ君臣主従ノ事ハ昔物語ニシテ今日ノ話ニ非ス」（津田真道、「筆記」一七一頁）あるいは「主従恩義ノ

分」も変わってきた（大給恒、同上）として政府原案を支持する意見や、「恩養ノ方ヨリ論」ずればむしろ軽くすべきである（佐々木高行、同上、また、一七四―五頁）とする意見もあった。雇人盗を重くすべしとする者は、右の君臣主従の義の他に、「盗ミ易キヲ盗ム」あるいは「一体雇人ハ家長ノ信任ヲ受タル者ニテ路傍ノ外人ト同視スヘカラス」（河野敏謙、同上書、一七四頁）を論拠とした。これらの議論を整理して、陸奥宗光が、雇人盗は一般の窃盗より軽くすべきであるとする新律綱領の態度は「道義上」の議論であつて、「支那日本」の伝統である君臣主従の分を重じ、雇人と家長の関係を兄弟・主従の如くみるものである。他方、これを重く論ずべきであるとする改定律例の態度は、雇人の態様が変化し、主従の関係というより官吏の如くなりつつある事にもとづいており、「交際上」よりの議論である。これは「西洋ノ風」に近いので、「支那ノ風」で考えるべきか「西洋ノ風」かといえは「百般ノ事都テ西洋ノ風ニ向フ」中で、雇人の責任を重く論ずべきである、と述べ、「主従恩義ノ分」からすれば重くなる、とする論者に対して、「恩義ノ方ヨリスレハ軽キ方ナリ」と反論している（同上書、一六六、一七二頁）のが、元老院に於けるこの問題の捉えられ方をよく示していると思われる。前述の如く、そこには主従制的・家族主義的な各観点が混在しており、雇傭契約にもとづく「交際上」の観点もまた、前二者から一応切離されたとはいへ、十分に明確となつてはいない。その「交際上」の観点からする（雇人盗を重くすべきであるとする）主張の正当化は、しかも、歴史的進化の方向にもとづく優劣によつて、端的に云えば「西洋ノ風」であることによつて、そして、実は「西洋」と「支那日本」の事実上の優劣にもとづいてなされているのであつて、その結果、ここでは雇人盗の論理が十分つきつめられることがない。ともあれ、元老院では、監主・常人盗の名称を法文から排除する点では内閣の主張に譲歩を示し、ただし、量刑の

点では窃盜に一等を加え管守者はさらに一等を加えるとして、實質的に変更しなかつた。

(2) 雇人盜条例（雇人による家長の財産の私借）および(3)私借官物律については、第二読会で重大な修正案がとび出した。すなわち、「私借」とは本来窃盜とみなすべきもので、官物・私物を問わず私借の条は削るべし、とするものであつた。明清律で私借官物を監守盜を以つて処罰しているのは、実は錢糧の私借のみであるが、錢糧の場合はこれを盜罪とみなすべきである。それ以外の器物の私借は、實際上その行為自体が困難で、軽微なものであれば刑法上掲げる程のことはない。漠然と「官物」と規定するのはかえつて混乱のものであるし、また、實際にこの条の適用を受けた事例は新律綱領頒布以來わずか三件にすぎない。それ等とても犯情からすれば他の条文で処罰し得る、というのが理由であつた（陸奥宗光など）。これに対し村田は、「私借」は實際にあるので、それらをすべて盜とみなすのは亂暴であり、また、新律綱領以來の規定であつて今急に廃止すると裁判上不都合である、と主張して對抗したが、私借が實際にあるとするのは名があるから実もあるとする論であり、裁判上も不都合はない筈であると退けられた。かくして、第三読会において、「雇人盜家長財物条例」「改正私借官物条例」ともに削除する事に決定したのである。

この第三読会では、前記「改正雇人盜家長財物律」について、中島信行と水本成美を修正委員に選出し（日誌）、彼らによる修正案が五月八日開かれた修正決議会にはかられ、可決された。左の通りである（筆記）二〇二―三頁。

#### 改正雇人盜家長財物律

凡雇人家長ノ財物ヲ盜ム者ハ窃盜ヲ以テ論シ一等ヲ加ヘ管守者ハ又一等ヲ加ヘ並ニ罪懲役終身ニ止ル

この雇人盜律の再修正案と政府原案可決となつた窃盜条例は、翌九日上奏され、一五日、法制局から異議なき旨の

議案が出て（大全・刑法門一・三六〇頁）、明治九年五月一九日太政官七四号を以て布告された。

### むすびにかえて

以上みた如く、新律綱領において、旧幕以来の刑法と明清律の摂取によって、封建刑法としての特徴を示していた「雇人盗」の類型は、基本的には旧刑法にいたるまで存続するのである。しかし、その過程で、あるいは重刑化が試みられ、あるいは軽減が企てられるなど決して安定した類型として存在しなかった。大別すれば改定律例までの重刑化の過程とそれ以降の軽減の試みの過程である。本稿では、前者を司法省を中心とする法令の改廃と伺・指令の中で、後者を元老院における審議を中心に見てきた。

「雇人盗」によって捉えらるべき「雇人」の内容も転変をとげ、新律綱領における一般的な規定から、より具体的に規定せんとする過程、それを簡略化して「届出」を要件とする試みを介して、再び一般的な規定へと回帰する過程を経た。それは、「雇人盗」の類型を維持せんとする限りで、一時的な契約関係にもとづくものを別類型として折出しつつ、基本的には雇主―雇人間の継続的雇傭関係、就中人格的（支配）関係を前提とせんとするものであった。これは、当時の雇人盗の類型によって守らるべき秩序の理解において主従制的・家族主義的・雇傭契約的諸関係の各局面が混在する如く、開港以来の経済的發展に伴う、そしてまた維新前後の政治的変動に伴う、人口と身分の流動化に対応せんとするものであったろう。戸籍記載乃至届出を「雇人」の要件とする方式は、かかる流動的な雇傭Ⅱ身分関係にあって人格的（支配）関係の存否を形式的側面から捉える試みであったと考えられるが、「雇人」であるか否か、

すなわち雇傭関係の存否を「届出」の有無によって決定せんとする非現実的な試みは間もなく失敗し、結局雇傭関係の存否の事実そのものを「雇人」の基準とするに至る。ここにおいて、雇主—雇人関係がすなわち人格的（支配）関係であることを事実において想定する、「雇人盗」の類型が本来有すべき前提は、その関係を法的に推定するところまで後退せざるを得なかったといひ得るだろう。

この「雇人盗」についての諸改正が一段落した明治九年五月、おりしも司法省によるフランス刑法を範とする刑法編纂が、ポアソナードを「教師」に迎えて本格化する<sup>(35)</sup>。編纂会議においては、ポアソナードと日本人委員（鶴田皓）の双方が「奴婢」等による「家主」の財物の窃取を一般の窃盗より加重することを主張したが、それぞれの根拠は微妙に喰い違った。ポアソナードの方が「家主ノ安心ニ乗シタル」、すなわち「背信」を根拠とするのに対し、鶴田は「家主ノ恩誼ニ背キタル」点をあげる。この微妙な対立は鶴田の譲歩によってさして表面化しないまま、「日本刑法草案」では、窃盗の加重要因として「奴婢」等と「家主」との相互の窃盗をあげることとなった<sup>(36)</sup>。ところが、刑法草案審査局における修正でこの加重要因が削除された結果、旧刑法は「雇人盗」の類型をいかなる意味でももたないのである。

また、倉庫・運送業者・日雇いなど一時的な契約関係にある者による窃盗は、「監守盗」とともに、背任・横領に包摂せしめられた。「雇人盗」のあるものも同様である。ただし、旧刑法の背任・横領の類型は、むしろ新律綱領・改定律例における「費用受寄財産」条（雑犯律中）に親近性をもつことに注意すべきであろう<sup>(38)</sup>。

「雇人盗」の類型は、かくして、法文上は一般の窃盗と背任・横領の類型の中に解消し、犯人の身分にもとづく構成から、その行為そのものに着目した構成へと転換をとげたといえる。しかし、この法文上の転換がこれを運用する

精神の転換を必ずしも意味しないことは、先のボアソナードと鶴田との「対立」が示しており、問題はその解釈・適用の領域に移ったのである。

なお、本稿では、当時の雇傭関係の実際や戸籍制度との関連、現実の「雇人盗」律適用の状況、さらには当時の刑法体系全体の変化などふれるべくしてなし得なかった点が多い。不十分の誹りを免れ得ないが、今後の課題としたい。

(1) 小早川欣吾「新律綱領及び改定律例の編纂過程と其の判決に就いて」、『統明治法制叢考』昭和一七年所収、参照。

(2) 平野義太郎「明治刑法発達史」、明治史料研究連絡会編『明治権力の法的構造』昭和三四年所収（なお初出は「歴史科学」第四巻第四号、昭和一〇年）、福島正夫『日本資本主義と「家」制度』昭和四二年、二三八頁以下、参照。

(3) なお、後論の理解に便ならしむるため「七贓囚」を掲げておきたい。新律綱領・改定律例の刑罰体系の特徴のひとつは、強盗・窃盗・収賄などにおいて「贓」によって科刑が異なる点にある。「贓」とは不法に取得した財物をさすが、この贓の多少と量刑とを対応させたのが「七贓囚」である。ここに掲げたのは、新律綱領の「七贓囚」と改定律例の「改正七贓例囚」を合わせ、行論に必要なもののみ抜き出したものである。（次頁）

新律綱領の「五刑」（答・杖・徒・流・死）は、明治五年四月の「懲役例囚」を経て改定律例では終身懲役が新設され、死刑を除いてすべて懲役刑となった。最上段の新律綱領の刑と次段の改定律例の対応はこれを示す。この表によって、たとえば、窃盗で贓の価額が二五円のもの懲役八〇日に該るが、何らかの要因によって「一等ヲ加フ」とされる場合は九〇日に処されることになる。なお、終身懲役の欄は改定律例におけるその新設に伴う改定を示す。

(4) 名例律中「称監臨主守」条。この唐律以来の概念の理解は、滋賀秀三『唐律疏義訳註篇一』（律令研究会編『訳註日本律令・五』昭和五四年）三一九—二六頁、による。なお、小早川・前掲・一三一頁参照。

(5) なお、前注の滋賀・訳註三一七—一九頁、参照。

(6) 明治五年一〇月二日太政官二九五号布告をさす。いわゆる娼妓解放令である。  
 この布告は、(1)「従来年期奉公等種々ノ名目ヲ以テ奉公住為致」るものを人身売買として禁止し、(2)「農工商ノ諸業習熟ノ為メ弟子奉公」させる場合も、契約期間につき七年間を限度とする、(3)また、「平常ノ奉公人」は一年ごとの契約とする、そして最後に、(4)「娼妓芸妓等年季奉公人一切解放可致右ニ付テノ貸借訴訟總テ不取上候事」と規定したものであった。

杖					笞					五刑
100	90	80	70	60	50	40	30	20	10	(新律綱領)
100日	90日	80日	70日	60日	50日	40日	30日	20日	10日	懲役 (改定律例)
20円	10円	1円以上	1円以下							監守盗
30円	20円	10円	1円以上	1円以下						常人盗
40円	30円	20円	10円	1円以上	1円以下					窃盗
160円	140円	120円	100円	80円	60円	40円	20円	5円以上	5円以下	坐贓

(7) これが、第四項の娼妓の人身売買禁止を目的としており、それは、この年六月におきた「マリア・ルス号事件」の際日本に人身の売買による娼妓の存在することが諸外国の前に明らかにされた事を契機として、政府部内での禁止論が強まったことを背景とすること、また、実際にはこの布告後も娼妓の実態は変らなかつたこと、等につき、牧英正『近世日本の人身売買の系譜』（昭和四五年）第四章に詳しい。

(8) 服藤弘司「明治前期の雇傭法」（金沢大学法文学部論集・法経篇八、昭和三五年）による。なお、同論文は被傭者の刑法上の地位についても詳しい。

(9) 明治七年一月二八日付司法省指令（置賜県へ）、外岡茂十郎編『明治前期家族法資料』（以下『家族法資料』と略称）別巻一、二七二―三頁、参照。

(9) 福島正夫「明治四年戸籍法の史的前提とその構造」（同編『戸籍制度と「家」制度』昭和三四年、所収）など参照。なお、この項で述べる戸籍届出と雇人身分の関係につ



死 (斬・梟)	終身	流			徒				
		三等	二等	一等	3年	2年半	2年	1年半	1年
					3年	2年半	2年	1年半	1年
200円	150円	100円	90円	80円	70円	60円	50円	40円	30円
250円 300円	250円	110円	100円	90円	80円	70円	60円	50円	40円
300円 —	300円	120円	110円	100円	90円	80円	70円	60円	50円
					千円	800円	600円	400円	200円

(15) 『同右』別巻一、二九一—二頁。

(16) 近藤圭造『増補皇朝律例彙纂』明治十年、七一丁裏。

(17) 『家族法資料』第一卷第二冊、二九四—五頁。

(18) 『同右』第一卷第二冊、五八九—五九〇頁。

(19) なお、『法規分類大全』の載せる一連の文書の日付は、司法省何が二月七日、法制局議案および太政官指令が九日、そして司法省布達が五日である。この齟齬の理由は不明。

明治前期における「雇人」の盗罪（藤田）

いて、沼正也「家族関係法における近代的思惟の確立過程」  
 (『財産法の原理と家族法の原理』同著作集第二巻、昭和五年、所収) が別の観点からであをが詳細な検討を行なっている。

(10) 例えば、この税則が廃止された後、司法省への明治八年二月四日付渡会県伺中に、「明治六年第九十号ヲ以テ今後戸籍届済以上ノ者ヲ雇人ト称スヘキ旨御布達有之所：唯僕婢税則ニ傭人ノ出入ヲ届クル事アルヲ以テ前条ノ御布達アリシ儀ニ有之歟」とある(『家族法資料』別巻一、三三四頁)。司法省自身も同様であることにつき後掲明治一〇年二月七日付司法省伺、参照。

(11) 『家族法資料』第一卷第二冊、一五四—五頁。

(12) 『同右』別巻一、二七五頁。

(13) 『同右』別巻一、二七六—七頁。

(14) 『同右』別巻一、二九〇—一頁。

(20)

この点は、先の司法省伺中に「先般律例調書中ニモ御改正ノ儀伺置キ候処」とあるのと対応すると考えられる。

『日本近代刑事法令集、中』（岡塚郎編、司法資料別冊第一七号、昭和一七年）に収められた「校正律例稿」には、本案について次のようにある。（同書三四二―三頁）

改正雇人盗家長財物律

第四百十三條第二百二十條雇人家長ヲ毆死スル者懲役終身ト有之ニ対シ此条雇人ノ盜罪ヲ死ニ処スル事甚不權衡ナリ宜ク綱領ヲ復立スヘシ

雇人盗家長財物条例

第四百十四條削ルヘシ

この校正律例稿は、成立の由来等不明の点が多いが、新律綱領および改定律例の改正要綱であつて、明治七年初以降編纂が始められ、同年十月か十二月までに脱稿したとされている（手塚豊「校正律例について」、『明治初期刑法史の研究』所収、昭和三一年）。ここに示した法制課議案および司法省伺中の文言は、校正律例を基礎とした刑法全体の改正作業を想定したものであろうか。ともあれ、校正律例稿で示された改正の方針と先の司法省伺が一致していることは明らかであり、また、後述の、元老院に下付された改正案はこの校正律例↓司法省伺の具体化とみられ、「綱領ヲ復立」する内容となつてゐる。

(21)

すなわち、八年一月の大阪會議の結果、四月一四日左院が廃されて元老院が設けられ、同二五日同院職制・章程が定められるとともに議官が任命された（大全・官職門一〇・三一―五頁、および「日誌」）。章程第一条に曰く、「元老院ハ議法官ニシテ新法ノ設立旧法ノ改正ヲ議定シ及ヒ諸建白ヲ受納スル所ナリ」。また、同第七条に曰く、「新法ノ設立旧法ノ改正ニ拘ラス議案ハ總テ天皇陛下ヨリ付与セラルヘシ縦令本院ノ起草ニ出ルト雖モ直ニ之ヲ會議ニ付ス可カラス」。上記法制局議案は、これを踏まえてのものであろう。しかし、元老院が翌九年一月まで實質的に機能しなかつたことは本文にふれる通りである。

(22)

大全・官職門一〇・六三―五頁。以上の、いわゆる元老院権限問題については、稲田正次『明治憲法成立史』上巻（昭和

三五年）第六章を参照。

(23) 『元老院日誌』による。なお、これによれば、八年中に下付された議案は一件あるが、このうち煙草税則案は、先一九月一日「詮議ノ次第有之候条返戻可致」との指示によって返上された。

(24) ただし、この「改正雇人盗家長財物律」の返上の理由について、のちにこの案が改めて元老院に下付された際の法制局議案が、次のように述べている。(九年一月一日付法制局議案、大全・刑法門一・三五七頁)

八年三月一五日付司法省伺(前出)にいう改正案は、「一タヒ元老院會議ニ付セラレ候ヘ凡其改正案中權衡ニ於テ猶穩当ナラサル廉」があり、「司法省主任ノ者」と協議した結果、更に改正して改めて元老院の議定に付したい。

これによれば、先に元老院に下付した案は不都合であったためさらに改正した、というのであって、元老院創設時の混乱とは無関係の如き口吻である。

実際に、このとき司法省が作製し元老院に下付されたと思われる案は次の如くであつて(公文録・明治九年五月司法之部  
二)八年三月司法省伺の具体化とみられ、九年一月に改めて下付された政府案とはやや異なる。

#### 改正雇人盗家長財物律

凡雇人家長ノ財物ヲ盗ム者ハ窃盜ヲ以テ論シ管守者自ラ盗ムハ一等ヲ加ヘ加ヘテ罪懲役終身ニ入ル

#### 費用受寄財産條例

凡雇人家長ノ財物ヲ管守シテ私ニ自ラ借用シ及ヒ人ニ借ス者証書ナキハ窃盜ニ准シテ論ス証書アルハ二等ヲ減シ罪懲役三年ニ止ル

#### 窃盜條例

凡客塵倉戸及ヒ工人舟子脚夫馬丁等其寄託スル所ノ財物ヲ盗ム者ハ並ニ窃盜ヲ以テ論シ一等ヲ加ヘ加ヘテ懲役終身ニ入ル

#### 改正私借官物律

凡監臨守主監守スル所ノ錢糧ヲ私ニ借用シ若クハ人ニ借ス者証書ナキハ監守盜ニ準シテ論ス証書アルハ二等ヲ減シ罪懲役三年ニ止ル其借ル者監守人ニ非サレハ証書ノ有無ヲ分タス窃盜ニ準シ一等ヲ減シ罪懲役二年半ニ止ル

明治前期における「雇人」の盜罪(藤田)

若シ監守人監守スル所ノ什物等私ニ借用シ若クハ人ニ借シ及ヒ之ヲ借ル者ハ証書ノ有無ヲ分タス各懲役三十日借ル所ノ物価ヲ計ヘ重キ者ハ坐贓ヲ以テ論シ二等ヲ減ス

(25) 「議案朗読規則」（九年一月二三日、大全・官職門一〇・七一頁）によれば、第一読会では議案を朗読するのみで、第二読会に至って逐条の審議を行ない、第三読会で各議員が一度ずつ自己の意見を述べた上で決議することとされていた。

なお、本案の『元老院會議筆記』には第一読会が掲載されておらず、第二読会からの記録があるのみである。

(26) この点は、前述の「仮刑律」ですでにあらわれていた（『奉公人』『日雇加勢ノ者』への加重）が、さらに近世の法にまで遡り得る。すなわち、中沢巷一監修『藩法史料集成』（昭和五五年）に収められた限りで見れば（したがってわずかの例からではあるが）、幕末のいくつかの藩の刑法は奉公人の盗罪を一般の窃盗よりも加重している。とりわけ熊本藩刑法草書がこの点で詳細である。

近世の雇傭関係が主従制的側面をもつとされていた事はすでに指摘されており（石井良助『日本法制史概説』他）、それ故に奉公人の主人に対する犯罪への刑罰が著しく加重されたと云われるのであるが、近世におけるこの「奉公人の犯罪」の捉え方がこの時点でどのように影響しているか、別の機会に論じたい。

(27) この修正が注(24)に掲げた司法省の原案とみられるものに近いことが注目されるが、両者の関係は検証できていない。

(28) およそ不法に取得した財産を「贓」とよぶが、「坐贓」とは、律に該当する罪名がなくとも不法とみなされる財産の取得があった場合に、その「贓」の額に応じて刑を科す類型である（新律綱領「七贓図」説明および受贓律中「坐贓受罪」条）。法文からは、特に官吏による、取賄に当らない程度の不法所得を目的とした如くであるが、それに限られた訳ではない。

次の「違式」は、軽罪の一般的な処罰規定で、新律綱領断獄律「違令」条および改定律例「違令条例」で規定する。後者第二八八条に曰く「凡式ニ違フ者ハ懲役二十日軽キ者は一等ヲ減ス」。

(29) 「議案修正条例」第三条「修正ノ意見ヲ発スル者アリテ衆議可トスルトキハ議長ヨリ委員ヲ命シテ修正案ヲ作ラシム可シ」。この条例は明治八年一月二二日「元老院議長幹事職務条例」「議事条例」「議案檢視条例」とともに元老院に達せられた（大全・官職門一〇・六八―九頁）。

明治八年十一月の元老院章程によつて、「参議省使長官及法制官」は「其主任ノ事案ニ就キ」元老院の會議において「内閣ノ委員トシテ」「議案ノ理趣ヲ弁明ス」ることが出来るものとされた(第八條)。

二月二日の第三説会で原案修正に決し、修正委員によつて修正案が起草されると、二月九日、元老院は上申してこの修正案と付属の意見書を正院に示し、來たる一三日に決議會を開く旨予告している(大全・刑法律門一・三五七—八頁)。この点は前注「議案修正條例」第五・六條に従つたものである。

第五條 修正案ナルトキハ之ヲ議長ニ進メ議長命シテ之ヲ印刷シ各議官ニ分付シ併セテ第二次會ヲ開クノ日ヲ報知シ又其一部ヲ内閣ニ送り内閣委員ノ檢照ニ供ス内閣委員修正案ニ叶同セサルトキハ意見書ヲ作り内閣ヲ經テ議長ニ答覆スル事ヲ得其意見書ヲ作ルニ要用ナル時間ヲ得ル為メニハ本案會議ノ期ヲ緩クスル事ヲ求ムル事ヲ得或ハ又意見書ヲ作ラスンテ會議ニ臨ミ原案ヲ主持スルコトヲ得

第六條 第二次會ニ於テ書記官ハ先ツ逐條原案ヲ讀ミ次ニ修正案ヲ讀ミ次ニ内閣委員ノ意見書ヲ讀ミ修正委員考案ヲ陳シ内閣委員原案ヲ主持シ而シテ後衆議官逐條修正ノ可否ヲ決ス

なお、このとき鶴田が出席した事等につき次の書簡がその間の事情をうかがわせる。

雇人盜家長財物律改正に付元老院より修正案を上申し、猶明十三日右修正案議定之届御坐候。然るに右修正案に不都合之廉相見へ、主任之鶴田意見有之に付明日院議に出頭し原案を主張する筈に本日局議いたし候。因而是鶴田事内閣委員之場に而元老院條例中修正案第五條、第六條に依り相心得候而苦からず候歟。右奉申上候。万一不都合に被思召候は、明早迄に細川潤次郎宅迄に(駿河台北甲賀町一番)御垂示被成下度候。敬白

二月十二日

法制官中

伊藤長官殿

人々御中

追而元老院へは主任一人出頭之議今日申遣置候也。

明治前期における「雇人」の盜罪(藤田)

（明治九年二月一二日付、伊藤博文宛井上毅書翰、伊藤博文関係文書研究会編『伊藤博文関係文書一』昭和四八年、三〇四頁）

右の書翰は、二月一三日の決議会を前に、元老院の修正案に対する意見を法制局から鶴田が出席して述べることに、それについては上記の議案修正条例第五・六条に従ってとり行うこと、の確認を法制官（井上毅）から法制局長官伊藤博文に求めたものである。元老院の草創期にあつて、議案修正条例が実際に適用されるのは初めてであつたため、このような措置がとられたものと思われる。この中で、法制局において鶴田がこの改正問題について「主任」であつたらしいこと、右の事柄を「局議」によつて決定したらしいこと、がうかがえる。なお、当時井上毅は二等法制官、細川潤次郎は一等法制官、鶴田は司法大丞兼一等法制官であつた。

(31) 内閣委員の発言が『元老院會議筆記』に記されているのは、このときの鶴田のものと、第二次審議（後出）における村田保のもののみであるが、例えば二月二日第三説会における佐野常民の発言中に「郷ニ委任法制官ノ説明アリト雖モ」〔筆記〕一六頁〕とあるように、同書に掲載されない第一説会において原案の説明等に内閣委員が出席したことがあつたものと思われる。この他にも、この二月一三日決議会に提出された修正案について修正委員の説明があつたらしい。〔雇人盗家長財物条例〕についての鶴田発言中、同書、二八頁。なお、前注「議案修正条例」第六条参照〕の『會議筆記』では掲載されていない。

(32) その際鶴田は、さきに新律綱領撰定の際に「総テ明清律ヨリハ一二等輕クスヘキ勅アリテ」全体に明清律より軽くしたのである、と述べている〔筆記〕三一頁〕。彼は、水本成美を中心に行われた新律綱領の編纂に村田保・村岡良弼らとともに参加した（手塚豊『明治初期刑法史の研究』昭和三十一年、藤田弘道『新律綱領編纂考』手塚退職記念『明治政治史』昭和五二年所収、参照）のであつたが、ここにいう「勅」は、明治二年九月二日、集議院に律書撰定を下問した詔勅（大全・刑法門一・三頁）をさすと思われる。ただし、右の詔勅およびこれをうけて出された、刑部省に新律の撰定を命ずる違（二〇月七日付、同上書、四頁）のいづれにも「明清律ヨリハ一二等ヲ輕クスヘキ」といった具体的文言がある訳ではない。

(33) 前注参照。

(34) この「内閣ノ意見」、「内閣ノ付箋」は前記法制局議案にいう「付箋」、「意見書」と同じものである（前掲公文録による。注(24)参照）。すなわち、正院では、法制局が提出したものをそのまま元老院に下付したものとされる。

(35) 旧刑法の制定過程については、新井勉「旧刑法の制定(一)・(二)」法学論叢九八巻一・四号、昭和五十一年、野村稔「明治維新以後の刑法制定史と未遂規定」早稲田法学会誌二四巻、昭和四八年、早稲田大学鶴田文書研究会編『日本刑法草案会議筆記』「解題」、同書第一分冊所収、昭和五十一年を参照。とくに刑法草案審査局以降については、吉井蒼生夫「旧刑法の制定と『皇室ニ対スル罪』」神奈川法学一三巻三号、昭和五十三年を参照。

(36) 以上、前掲『日本刑法草案会議筆記』第四分冊。

(37) 「刑法草案修正稿本」「刑法審査修正第二稿」(以上早稲田大学図書館蔵)、「刑法草案修正稿本」「刑法修正案 全」(以上法務図書館蔵)、などによる。審査修正過程における諸草案の位置づけについては、差当り前掲吉井論文ならびに早稲田法學本号所載浅古論文を参照されたい。

(38) 八年三月の司法省伺およびこれに付された司法省原案が、注(24)に掲げた如く、雇人による家長の財物の「私借」を「費用受寄財産条例」としていたことは、両者の横領罪としての共通性に着目したものであろう。