

進みすぎた法律

——ボアソナードと名例律自首条——

佐 立 治 人

目 次

- 一 現行刑法の自首条の由来
- 二 進みすぎた法律
- 三 ボアソナードの無理解
- 四 旧刑法の自首条の立法趣旨
- 五 「発覚」の意味
- 六 現行刑法の自首条の立法趣旨
- 七 名例律自首条と罪刑法定主義
- 八 名例律自首条の復活の提案

一 現行刑法の自首条の由来

現行日本刑法の第四十二条に定められている自首の制度は、刑法の教科書ではその説明にわずかな頁しか割かれな

進みすぎた法律

一 (二五六)

いけれども、刑法に関心を持つ専門外の有識者にとっては、刑法が定める制度の中では最もなじみがある制度であろう。そして、例えば「わが刑法は明治初年には律の影響の下にあった。新律綱領(明治3)・改定律例(明治6)はこれに属する。その後ヨーロッパ思想の影響を受け、ポアソナードの起草した旧刑法(明治13太告36、明治15施行)はナポレオン法典を基礎としたものであったが、明治四一年一月一日から施行された現行刑法(明治40法45)は、ドイツその他の国の刑法典を参考にしている。」(我妻栄編集代表『新版新法律学辞典』有斐閣、昭和五十六年。二九二頁、刑法の項)という説明を読むと、専門外の有識者の多くは、自首の制度を定める刑法第四十二条は、西欧諸国の刑法典に由来する、と考えるのではなからうか。

しかし、実際は、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」(『続明治法制叢考』所収、山口書店、昭和十九年)や、小野清一郎『全訂刑法講義』(有斐閣、昭和二十一年)が指摘するように、現行刑法第四十二条は、旧中国の律に由来する条文なのである。小早川論文は「犯人自ら進んで其の犯罪を告知する自首に対し、刑罰を減免する条(『新律綱領』『改定律例』及び旧刑法の自首条を指す。佐立注。)は全く支那法系の条文と断じて差支へなかる可く、現行刑法(中略)亦、此流を多分に酌みて此原則を採用せしものであらうと推察されるのである。」(前掲書、八十三頁)と述べている。また、小野著書は「自首を以て刑の減免の原由と為すことは東洋の法制に存する伝統であつて(注に唐律の名例律の自首条を掲げている。佐立注。)、西洋の法制に於て見ること能はざるところである。」(前掲書、三〇八頁)と述べている。

具体的に言えば、明治四十年に公布された現行刑法の第四十二条第一項の「罪を犯した者が捜査機関に発覚する前に自首したときは、その刑を減輕することができる。」(平成七年に表記が平易化される前は「罪ヲ犯シ未タ官ニ発覚

セサル前自首シタル者ハ其刑ヲ減輕スルコトヲ得」という条文は、明治十三年に公布された旧刑法の第八十五条の「罪ヲ犯シ事未タ發覺セサル前ニ於テ官ニ自首シタル者ハ本刑二一等等ヲ減ス但謀殺故殺ニ係ル者ハ自首減輕ノ限ニ在ラス」という条文を改正したものである。その旧刑法第八十五条は、『新律綱領』名例下、犯罪自首条の「凡罪ヲ犯シ、事未タ發覺セスシテ、自ラ出首スル者ハ、其罪ヲ免ス。贓アル者ハ、仍ホ追徵シテ、官物ハ、官ニ入レ、私物ハ、主ニ給ス。」「其人ヲ損傷シ、及ヒ賠償ス可ラサルノ物ヲ毀棄シ、若クハ姦スル者ハ、並ニ自首ノ律ニ在ラス。」という条文を改正したものである。『新律綱領』のこの条文は、乾隆五年（一七四〇）に成つた清律の名例律、犯罪自首条の「凡て罪を犯し、未だ發せずして自首する者は、其の罪を免ず。猶お正贓を徵す。（中略）其れ人を損傷し、物に於いて賠償す可からず、事發して逃に在り、若しくは関を私越度し、及び姦する者は、並びに自首の律に在らず。（原文。凡犯罪未發而自首者、免其罪。猶徵正贓。（中略）其損傷於人、於物不可賠償、事發在逃、若私越度関及姦者、並不在自首之律。）」という条文を受け継いだものである。清律の右の条文は、洪武三十年（一三九七）に頒行された明律の名例律、犯罪自首条の条文（清律の「姦者」が「姦并私習天文者」となっている以外は清律と同文。）を引き継いだものである。そして、明律の条文は、開元二十五年（七三七）に成つた唐律の名例律、犯罪未發自首条の「諸て罪を犯し、未だ發せずして自首する者は、其の罪を原す。（本注。正贓は猶お徵すること法の如し。）（中略）其れ人に於いて損傷し、物に於いて備償す可からず、即しくは事發して逃亡し、若しくは関を越度し、及び姦し（本注。私度も亦た同じ。姦とは良人を犯すを謂う。）、並びに私かに天文を習う者は、並びに自首の例に在らず。（原文。諸犯罪未發而自首者、原其罪。（本注。正贓猶徵如法。）（中略）其於人損傷、於物不可備償、即事發逃亡、若越度関及姦（本注。私度も亦同。姦謂犯良人。）、并私習天文者、並不在自首之例。）」という条文を引き継いだものである。

また、現行刑法第四十二条第二項の「告訴がなければ公訴を提起することができない罪について、告訴をすることができる者に対して自己の犯罪事実を告げ、その措置にゆだねたときも、前項と同様とする。」(平成七年に表記が平易化される前は「告訴ヲ待テ論ス可キ罪ニ付キ告訴權ヲ有スル者ニ首服シタル者亦同シ」という条文は、旧刑法第八十七条の「財産ニ対スル罪ヲ犯シ被害者ニ首服シタル者ハ官ニ自首スルト同ク(中略)処断ス」という条文を改正したものである。その旧刑法第八十七条は、『新律綱領』名例下、犯罪自首条の「若シ強窃盜、及ヒ詐偽シテ、財物ヲ取り、事主ノ処ニ於テ首服シ、或ハ枉法、不枉法ノ贓ヲ受ケ、過ヲ悔ヒテ、本主ニ還付スル者ハ、官司ニ自首スルト同ク、皆其罪ヲ免ズ。」という条文を改正したものである。『新律綱領』のこの条文は、清律の名例律、犯罪自首条の「若シ強窃盜・詐欺して人の財物を取りて、事主の処に於いて首服し、及び人の枉法・不枉法の贓を受け、悔過して回付して主に還す者は、官司を経て自首すると同じ。皆、罪を免ずるを得。(原文。若強窃盜詐欺取人財物、而於事主処首服、及受人枉法不枉法贓、悔過回付還主者、与経官司自首同。皆得免罪。)」という条文を受け継いだものである。清律の右の条文は、明律の名例律、犯罪自首条の条文(清律と同文。)を引き継いだものである。そして、明律の条文は、唐律の名例律、盜詐取人財物首露条の「諸テ人の財物を盜詐取して、財主に於いて首露する者は、官司を経て自首すると同じ。其れ餘贓の応に坐すべきの属に於いて、悔過して主に還す者は、本罪より三等を減じて之れを坐するを聴す。即し財主の応に坐すべき者は、罪を減ずること亦た此れに準ず。(原文。諸盜詐取人財物、而於財主首露者、与経官司自首同。其於餘贓応坐之属、悔過還主者、聴減本罪三等坐之。即財主応坐者、減罪亦準此。)」という条文を改変したものである。

このように、現行刑法第四十二条第一項及び第二項は、旧中国の律に由来する条文なのである。しかも、旧中国の

律以外の他国の刑法の規定を取り入れた形跡は見当たらないのである。

二 進みすぎた法律

竹原亨「自首の性格と機能——自首の研究（1）——」（『国学院法研論叢』第二十九号掲載、二〇〇二年）は「自首制度は律令法に由来するものである。これが、欧米化した現代わが国の法制になぜか残存しているのである。」（四十七頁）「なぜ、旧刑法（原注。日本初の近代的刑法典）以降も律令法の規定が——形を変えつつ——温存されたのかが問われねばならない。」（六十二頁）と問題提起している。

この問いに対しては、馬鹿馬鹿しく聞こえるかもしれないが、ボアソナードが『新律綱領』及び『改定律例』が定める自首制度を誉めちぎったからではなからうか、と答えたい。明治九年五月から同十年十一月まで行われた旧刑法の草案編纂会議でのボアソナードと編纂委員鶴田皓との討論を記録した『日本刑法草案会議筆記』（第1分冊。早稲田大学出版部、昭和五十一年）の「日本刑法草案」第九十六条の項に、両者の次のような発言が掲げられている。片仮名を平仮名に変え、濁点及び句読点を附け、発言者の名を加えた（以下同じ）。

鶴田「日本刑法にて従前用ゆる所の自首律を置かんことを要す。」

ボアソナード「曾て、日本の刑法に自首律あることを聞けり。之れは最も良法なり。（後略）」

此時、日本刑法の自首律を名村（泰蔵。佐立注。以下同じ。）より教師（ボアソナードを指す。）へ訳示す。ボアソナード「自首を以て其罪を宥るすの原則は再良法なりとす。然し餘り進み過ぎたる法律なりと考へり。」

鶴田「此自首律は日本にて従前用ゆる所の法律なれば、今後之を廢するを得ず。故に更に協議を尽し、尚ほ適當の自首律を置かんことを要す。」(二六四頁)

名村泰蔵がボアソナードに訳示した「日本刑法の自首律」とは、『新律綱領』名例の犯罪自首条及び『改定律例』名例の犯罪自首条例である。『新律綱領』の母法は清律であるから(中山勝『明治初期刑事法の研究』(慶應通信、平成二年)第一部第一章から第三章)、『新律綱領』の犯罪自首条は清律の名例律の犯罪自首条を継受した条文である。『新律綱領』の犯罪自首条に「罪ヲ犯シ、事未タ發覺セスシテ、自ら出首スル者ハ、其罪ヲ免ス。」と定められているのを訳示されて、ボアソナードは、自首を理由に罪をゆるす原則は「最良法」ではあるが、あまりにも進みすぎた法律であると考え、と応じたのである。

ボアソナードはまた、別の箇所で、「自首律は良法なれば、後來は仏国に於ても之を用ひんことを企望す。」(二六八頁)「自首律は未だ各国に比類なき良法なり。」(二六九頁)と発言している。さらに、「自首律は、日本法律にては旧法なれども、歐羅巴各国の法律より論ずれば全く新法なり。然らば其新法を別に一章として立つる^上旨は、歐羅巴各国にて殊更に著目すべきなり。然らば此新法を立たることを歐羅巴各国へ^上誇衒(見せびらかす)する様に見ゆるの恐れあらんとす。」(二七〇頁)とまで述べている。ボアソナードからこれだけ誉めてもらえると、刑法草案に自首条を入れることに鶴田委員も自信を持ったに違いない。西欧諸国の刑法典の中に自首条が存在しないという状況の下では、ボアソナードが『新律綱領』の自首条をこれほど高く評価しなければ、新しい刑法典の中に自首条を立てようとする日本人立法者の意思は続かなかつたのではなからうか。

ところが、ボアソナードは、『新律綱領』の自首条をこれだけ誉めちぎっておきながら、その自首条及び『新律綱領』の母法である清律の自首条の立法趣旨を、全く理解することができなかったのである。

三 ボアソナードの無理解

旧中国の律の自首条がなぜ、ある人がある罪を犯した事実が官司に発覚する前に、その罪を犯した事実をその人が官司に自首すれば、その罪をゆるす、と定めているかと言えば、唐律の名例律、犯罪未発自首条に附されている律疏（律の公定の注釈。永徽四年（六五三）に成った。）が、「過ちて改めず、斯れ過を成す。今、能く過ちを改め、来たりて其の罪を首す。皆、まさに原すを得べし。（原文。過而不改、斯成過矣。今能改過、来首其罪。皆合得原。）」と、『論語』衛靈公の「過而不改、是謂過矣。」の文を挙げて説いているように、犯した罪を悔い改めないときに、はじめて、その罪は刑罰を与えることが必要な罪になるのであって、犯した罪を悔い改めたときには、犯人に刑罰を与える必要はない、と律の立法者は考えるからである。

犯した罪を悔い改める、ということの意味は、罪を犯したことを後悔して、以後は罪を犯さないようにすることと、罪を犯したことによって生じた損害を回復することとである。ゆえに、損害を回復することができない罪を犯したときは、犯した罪を悔い改めることができない、即ち後悔しても取り返しがつかないので、自首しても罪はゆるされない（滋賀秀三訳註「名例」律令研究会編『訳註日本律令五』所収、東京堂出版、昭和五十四年。「名三七」一二三五頁。矢野祐子「旧刑法における自首条の成立」早稲田大学大学院『法研論集』第五十六号、一九九〇年。八十五頁）。第一節に掲げたように、唐律の自首条に「人に於いて損傷し、物に於いて備償す可からざるは、（中略）並びに自首の

例に在らず。」、明律及び清律の自首条に「人を損傷し、物に於いて賠償す可からざるは、(中略)並びに自首の律に在らず。」と定められている。

旧刑法の草案編纂会議で日本人委員を代表してポアソナードと討論した鶴田皓は、若い頃に唐・明・清律を学んだことがあり、また、『新律綱領』の起草委員であっただけに(『日本刑法草案会議筆記』第1分冊(前掲)所載「解題」の第四節「鶴田皓略伝」)、旧中国の律及び『新律綱領』の自首条の立法趣旨を正しく理解していた。『日本刑法草案会議筆記』(前掲第1分冊)草案第九十六條の項に次のような鶴田委員の発言が記録されている。「殺傷等の如き、人に害を係け、再び旧に復す可からざる罪は、固より自首するとも赦有せざるなれども、盜罪の如き、例へば、前夜他の人家へ忍び入り、金額を盜取し、翌日に至り、其犯罪の悪事たることを悔悟し、之を自首して、其金額を償ひたれば、其事主へ全く害を係げざるものなれば、其盜罪を全く赦有するとも不可なる可し、と考へり。」(二六五頁)

一方、ポアソナードは、發覺前に自首すれば罪をゆるすのは、犯人が罪を悔い改めたからである、という旧中国の律及び『新律綱領』の自首条の立法趣旨をどうしても理解することができなかった。ポアソナードは次のように發言する。「自首律は本人の悔悟、良心に復したるを以て本旨と為す可からず。何故なれば、たと假令之を自首するとも、真に良心に復したるや否やは外人の認得べきものにあらざればなり。故に前に説きたる所の便益を得を以て本旨と為すべし。」(前掲『會議筆記』I、草案第九十七條の項。二七九頁) 罪を犯したことを犯人が後悔しているかどうかは他人にはわからないのであるから、犯人が罪を悔い改めたという理由で、發覺前に自首すれば罪をゆるす、という制度はおかしい、と言っているのである。

「前に説きたる所の便益」とは、犯人が自首すれば、「ただ直ちに真の罪人を見出すの便益」、「真の罪人を見出さざる故

に冤罪人を捕へ、「ソサイチー」（原注。社会）の騒ぎを起さんとするの害を生ぜざるの便益」、「真の罪人を見出したるが為め、同類の居所をも糺問し、之を捕縛して社会の害を防ぐの便益」（前掲『会議筆記』I、草案第九十六条の項。二六七頁）という三つの便益である。そして、ボアソナードは、「以上、三の便益を為したるものなれば、其自首に仍て之を軽減するの原則を立つべき道理の存するものとす。」（同上）、「三つの便益を得る道理ある以上は総ての罪に付、自首を用ひざる可からず。」（同上、二六九頁）と主張する。自首制度の存在理由は社会のための便益であり、そうであるからには、損害を回復することができない罪を含む全ての罪について、発覚する前に犯人が自首すれば、刑を免除するのではなく、軽減するべきである、と言うのである。

ボアソナードは「支那律の自首も必ず改心の為め而已のみにて之を宥恕するにあらず。社会の妨害を為すべき一個の悪人を坐いながら捕へ、無益の手續を省きたる便益を得る故なるべしと考へり。故に必ず其罪の種類に仍り差別を為すべきものにあらず。」（同上、二六八頁）と述べる。確かに、唐律の犯罪未発自首条の「即もし自首するも実ならず、及び尽くさざる者は、不実不尽の罪を以て之れを罪す。死に至る者は一等を減ゆるするを聽きす。」という条文に附された律疏に「其の自ら悔心有り、罪状、首に因りて発するが為めに、故に死に至るは一等を減ゆるするを聽きす。」（原文。為其自有悔心、罪状因首而発、故至死聽減一等。）とあり、自首した時に隠していた犯罪事実が死刑に当たる場合は一等を減じて流三千里を科する理由として、「悔心がある」ことと並んで、犯罪事実が自首のおかげで発覚したことが挙げられている。しかし、この理由は、この条文を立てたことだけの理由であり、唐律の自首条全体、ひいては明清律及び『新律綱領』『改定律例』の自首条全体の立法趣旨は、罪を悔い改めた犯人に刑罰を与える必要はない、ということである。

ボアソナードはまた「治罪法の十分に行届かざる国にては成丈け自首律を用ゆべし。然らば冤罪を受けるものなき

の公益あらんとす。」(同上、二六九頁)と発言している。旧中国及び日本の犯罪捜査体制に対するボアソナードの侮りを示す発言である。神判に頼って犯人を決定していた過去のフランスでこそ、自首と引き換えに刑を減免する制度があればよかつたであろう。フランスで神判が行われていた頃、中国では、早くから発達していた法医学の知見を用いて、合理的な犯罪捜査が行われていたのである。野澤充「刑法典における一般的自首規定の制度根拠——明治期以降の規定を素材に」(『法政研究』第八十四卷第三号掲載、九州大学、平成二十九年)は「ボアソナードの上記の言説(右掲の発言を指す。佐立注。)からするならば、「自首規定を置くことは、『当該国家の捜査機関の捜査能力(中略)が未熟である』ということを示すものである」ということになりはしないだろうか。」(九十七頁注一〇七)と述べている。

四 旧刑法の自首条の立法趣旨

旧刑法の草案編纂会議で鶴田委員は、「元来、教師の説は、自首を以て其罪を宥恕するは、全く裁判上と被害者及び社会の便益を得るの多少に仍て之を用ゆる而已を本旨と為して論ずるものにて、本人の悔悟、良心に復したるを以て之を宥恕する本心にあらず。故に、大に日本の自首律の主意とは異なることある訳なり。然し、先づ教師の説に従ひ、其主意を以て、此自首律を取調ぶることと為さんとす。」(前掲『会議筆記』I、草案第九十七条の項。二七九頁)と述べて、一旦、『新律綱領』及び旧中国律の自首条の立法趣旨から離れて、ボアソナードの意見に従って、自首条の草案を検討することにした。しかし、鶴田委員は、最後まで、『新律綱領』及び旧中国律の自首条の立法趣旨に従って旧刑法の自首条の草案を作成する意欲を失うことはなかった。『会議筆記』(前掲第一分冊)草案第九十七条

の項の終わりに、ボアンナードと鶴田委員との次のような討論が記録されている。

ボアンナード「自首を以て其罪を宥恕するは改心の有無に仍て論ずるにあらざるは、曾て反復説きたる如し。畢竟、事主へ贓品を返還せしむる主意なれば、其効あるものと為す。(後略)」

鶴田「支那・日本に於て自首律を用ゆるは、全く其犯人の悪心を改め、善心に移るを勧めんとの主意なり。」

ボアンナード「然し、必ず、財産を返還せしむるの主意にあらず、とも云ひ難し。已に支那律にも、其財産を返還せざれば之を全免せざるものなればなり。」

鶴田「之は其改心を証せしむるの主意なり。何故なれば、若し其財産を費消したる上、自首したる時は、之を真に改心したる者と見做し難き理なればなり。(後略)」

よつて、明治十年十一月に太政官に上呈され、同十一年一月から十二年六月まで刑法草案審査局で審査された「日本刑法草案」の第九十六条「罪ヲ犯シ、事未タ發覺セサル前ニ於テ、自ラ官ニ首服シテ捕ニ就ク者ハ、其罪ヲ宥恕シテ、本刑ニ等ヲ減ス。(後略)」(句読点を附けた。)の立法趣旨は、罪を犯した事実が発覚する前に自首すれば、社会のために便益をもたらずので、褒美として刑を軽減する、ということと、罪を犯した事実が発覚する前に罪を悔い改めて自首したのであるから、刑罰を与える必要が少なくなる、ということとの両方である、と行うことができる。

完成した旧刑法の第八十五条「罪ヲ犯シ、事未タ發覺セサル前ニ於テ、官ニ自首シタル者ハ、本刑ニ等ヲ減ス。但、謀殺故殺ニ係ル者ハ、自首減輕ノ限ニ在ラス。」(句読点を附けた。)の立法趣旨も右と同じである。刑法草案審

査局で作成された「刑法審査修正案」の第八十五条は、完成した旧刑法の第八十五条と同文であるので（日本立法資料全集36Ⅱ『旧刑法(4)Ⅱ』所収「刑法審査修正案」信山社、二〇一六年。二四七頁）、「修正案」第八十五条の立案理由は旧刑法第八十五条の立法趣旨でもある。野澤前掲「刑法典における一般的自首規定の制度根拠」（七十八頁）に引用されている刑法草案審査局『刑法審査修正案註解第一編』の第八十五条の註解に次のように記されている。

「本刑法（「刑法審査修正案」を指す。佐立注。）、「自首減輕の法を設けたるは、本犯悔悟自新の意を賞するのみならず、自から其罪を首出するときは、第一、政府に於て犯人并に其共犯を探索捕獲するの人数を省き、第二、自首するを以て其真犯を獲るが為め、冤罪を他人に及ぼすの害を除く。第三、其真犯を獲るを以て、世人をして安心せしむる等の理由あるに因て、其人に加へたる害を旧に復するを得ざる者も仍ほ、其自首を以て減輕等を与ふることに定めたり。」（片假名を平假名に変え、句読点及び濁点を附けた。）

「修正案」第八十五条、即ち旧刑法第八十五条の立法趣旨も、ボアソナードが主張する立法趣旨と鶴田皓が理解する立法趣旨との両方であることが知られる。

五 「発覚」の意味

次に現行刑法第四十二条の立法趣旨について考えたいが、その前に、『新律綱領』の自首条で用いられて以来、旧刑法及び現行刑法の自首条でも用いられている「発覚」という語の意味を確認しておきたい。

唐・明・清律の自首条の「罪を犯し未だ発せずして自首する者（原文。犯罪未発而自首者）」という文言に当たる『新律綱領』の自首条の文言は、「罪ヲ犯シ、事未タ発覚セスシテ、自ら出首スル者」であり、旧中国律の自首条の

「発」に当たる語が「発覚」になっている。旧中国律で用いられている「発」の語の意味は、唐名例律、更犯条の律疏に「已に発するとは、已に告言を被るを謂う。其の、令（獄官令。佐立注。以下同じ。）に依り、応に三審（誣告ではないことを確かめるために、日を更めて三回、告言させる手続。）すべき者は、初告も亦た是れ発し訖るなり。（原文。已発者、謂已被告言。其依令応三審者、初告亦是発訖。）と定義されているように、ある人がある罪を犯したと他人から名指しで官司に訴えられることである。そして、もう一つ、私人から訴えられること無く、ある人がある罪を犯したと官司から裁判の対象として指名されることも「発」である。官司が私人からの訴えを待たず、ある人がある罪を犯したと確信して、裁判の対象として指名することを、律文は「挙」と称する（滋賀秀三訳註「名例」（前掲）（名二九）一七二頁）。つまり、「罪を犯し未だ発せずして自首する者」の「発」とは、ある人がある罪を犯したと私人から官司に対して、もしくは官司から、裁判の対象として指名されることである。

「発覚」の語は、早くも『史記』に出てくる。例えば、同書卷八、高祖本紀に「九年、趙相の貫高らの事、発覚す。三族を夷らぐ。」とある。唐律の捕亡律、知情藏匿罪人条の本注の「事、発す。（原文。事発。）」という文が、同条に附された律疏では、「罪、始めて発覚す。（原文。罪始発覚。）」という文に置き換えられている。「事発」の「発」は「犯罪未発」の「発」と同じ意味であるから、「発覚」は「犯罪未発」の「発」と同じ意味であることがわかる。『新律綱領』の自首条の「発覚」は、清律の自首条の「発」の言い換えに過ぎないのである。『新律綱領』の編纂者がなぜ「発」を「発覚」に言い換えたのかわからない。もしかすると、「発覚」の「発」に、私人からの訴えの意味を持たせ、「覚」に、官司が犯罪を覚知するという意味を持たせたのかもしれない。あるいは、発生の発と区別するためであろうか。

旧刑法の自首条の「発覚」は『新律綱領』の自首条の「発覚」を引き継いだ用語であり、現行刑法の自首条の「発覚」は旧刑法の自首条の「発覚」を引き継いだ用語であるから、旧刑法及び現行刑法の自首条の「発覚」も、文理解釈としては、『新律綱領』の自首条の「発覚」、唐・明・清律の自首条の「發」と同じ意味、即ち、ある人がある罪を犯したと私人から官司に対して、もしくは官司から、裁判の対象として指名されること、という意味に受け取らなければならぬ。よって、現行刑法の自首条の「発覚」について、平谷正弘「自首についての若干の検討」(中山善房判事退官記念『刑事裁判の理論と実務』所収、成文堂、一九九八年。四六六頁)が、発覚の対象は、犯罪事実及び犯人であり、犯人の所在を含まないとする判例・通説を、「発覚」の文理解釈から妥当であると述べるのは正しい。

現在の刑事訴訟手続では、逮捕された時、もしくは公訴が提起された時が、官司から裁判の対象として指名された時、即ち発覚した時である。告訴・告発された時が、私人から官司に対して裁判の対象として指名された時であることは言うまでもない。

六 現行刑法の自首条の立法趣旨

明治三十五年一月に第十六回帝国議会に提出された「刑法改正案」(日本立法資料全集24、内田・山火・吉井編著『刑法(4)〔明治40年〕』所収、信山社、一九九五年。)の第五十四条は、現行刑法の自首条即ち第四十二条第一項・第二項の表記平易化前の条文と同文である。この「刑法改正案」を審議する貴族院刑法改正案特別委員会、菊池武夫委員と政府委員の古賀廉造との間で次のような質疑応答があったことが、「明治三十五年二月一日貴族院刑法改正案特別委員会議事速記録第七号」(同上所収、三五五頁から六頁)に記録されている。改正案の文言以外は片仮名を

平仮名に変え、句読点を補った。

○菊池武夫君（前略）此自首に付て、「此刑ヲ減輕スルコトヲ得」と云ふのだから、しない場合もあるやうに思はれますが、一体、自首と云ふもので刑を減ずると云ふのは、どう云ふ主意で減ずると云ふことになるか、是は現行法（旧刑法を指す。佐立注。）と違ふから、念の為に伺ひます。

○政府委員（古賀廉造君）減刑の理由は、犯罪の發覺を容易ならしむる目的に出でた積りであります。もともと罪を犯した者で、当然知れるものならば、官より發覺せられて罰せられるより、自ら名乗り出て、少なくとも減刑を受けたいと云ふ事情を酌んで、之を設けて置いたならば、捜査の便利を得るであらう、斯う云ふ積りであるのです。併ながら又一方に於て、縱令、^{たとひ}捜査の便宜を与へても、其罪にして、少しも恕すると云ふことが出来ない、と云ふやうな事があつたならば、其情状の最も憎むべきものであつたならば、自首しても恕しない、斯う云ふ積りであります。

古賀委員の回答を読むと、現行刑法の自首条は、捜査の便宜をもたらしたから褒美として刑を減ずる、というボアソナードが主張する立法趣旨に従つて作られたことが知られる。しかし、それだけであろうか。第四節で示したように、旧刑法の自首条の立法趣旨は、ボアソナードが主張する立法趣旨と鶴田皓が理解する立法趣旨との両方である。そして、旧刑法の自首条の規定が現行刑法の自首条の規定に変更されたことが、現行刑法の立法趣旨から鶴田皓が理解する立法趣旨を排除した結果であることを示す形跡は見当たらない。

犯人が罪を悔い改めれば、刑罰を与える必要が少なくなるから刑を減輕する、ということが、現行刑法第四十二条

の立法趣旨の一つであることを認める論者であつても、同条に、犯人の悔悟を自首が成立する要件とする文言が存在しないことを理由に、この立法趣旨は従たるものに過ぎず、現行刑法第四十二条の主たる立法趣旨は、自首することによつて捜査に便宜をもたらした犯人に褒賞を与える、ということであると考えられる論者が多い。しかし、それを言うならば、「罪を犯し、未だ発せずして自首する者は、其の罪を原す。」という文言から始まる唐名例律、犯罪未発自首条にも、犯人の悔悟を自首が成立する要件とする文言は存在しないのである。それでは、この条文の立法趣旨が、犯人が罪を悔い改めれば、刑罰を与える必要がなくなるので、罪をゆるす、というものであることがどうしてわかるかと言つと、条文に附された公定の注釈である律疏に、「今、能く過ちを改め、来たりて其の罪を首す。皆、合に原すを得べし。」と記されているからである。ゆえに、現行刑法第四十二条に、犯人の悔悟を自首が成立する要件とする文言が存在しないことは、犯人が罪を悔い改めれば、刑罰を与える必要が少なくなるから刑を減輕するという立法趣旨が、現行刑法第四十二条の従たる立法趣旨に過ぎないと考える理由にはならないのである。

なお、旧中国律及び『新律綱領』の自首条で「悔」字が使われている箇所は、唐名例律、盜詐取人財物首露条の「其れ餘臟の^まに坐すべきの属に於いて、過ちを悔いて（原文。悔過）主に還す者は、本罪より三等を減じて之れを坐するを聴す。」、明律及び清律の名例律、犯罪自首条の「若し強盜盜詐欺して人の財物を取りて、事主の処に於いて首服し、及び人の枉法不枉法の臟を受け、過ちを悔いて（原文。悔過）回付して主に還す者は、官司を経て自首すると同じ。皆、罪を免ずるを得。」、「新律綱領」名例下、犯罪自首条の「若し強盜盜、及ヒ詐偽シテ、財物ヲ取り、事主ノ処ニ於テ首服シ、或ハ枉法、不枉法ノ臟ヲ受ケ、過ヲ悔ヒテ、本主ニ還付スル者ハ、官司ニ自首スルト同ク、皆其罪ヲ免ス。」だけである。

現行刑法第四十二条第一項が、自らが罪を犯した事実が捜査機関に発覚する前に自首することを自首成立の要件としていることを理由に、現行刑法の自首条の主たる立法趣旨は、自首することによって捜査に便宜をもたらしたので、褒賞として刑を減輕する、ということである、と考える論者が多い。罪を悔い改めたから減刑されるのであれば、発覚後に罪を悔い改めて自首しても減刑することができる、と定めるべきであるのに、そうは定められていないし、発覚後に自首しても捜査に便宜がもたらされないから、発覚前に自首することを自首成立の要件とした、と言うのである。

しかし、捜査に便宜をもたらしたことに對する褒賞を立法趣旨とするのであれば、発覚後に自首しても、犯人を搜索する手間を省くことができるのであるから、自首成立の要件を、発覚前に自首することに限らない方がよい。一方、罪を悔い改めたことによる処罰必要性の減少を立法趣旨とするのであれば、発覚後に自首しても刑を減輕することができる、と定めてしまうと、発覚後に自首した者に対して、罪を悔い改めて自首したのではなく、減刑を期待して自首したのではないかと疑わざるを得ないので、自首成立の要件を、発覚前に自首することに限る必要がある。

旧中国律の自首条が「犯罪未發」を自首成立の要件と定めたのは、次のような理由によるであろう。人間は誰もが多少は、自分だけは大丈夫という楽天性を持っている。自分が罪を犯して、その事実がまだ発覚しないうちは、自分が犯人であることが最後まで官憲に知られずに済む見込みがあると思うものである。そのような見込みがあると思つているにもかかわらず自首するのであるから、自首する理由は罪を犯した行為を後悔したことである、と考えることができる。清の康熙五十四年（一七一五）に成つた沈之奇著『大清律輯注』の卷一、名例律、犯罪自首条の項に、「未だ發せずして首するは、是れ事、本より隱す可くして、真心より悔過す。（原文。未發而首、是事本可隱、而真心

悔過。) (和訳。まだ発覚しないうちに自首した、ということとは、自分が罪を犯した事実を実際、隠し通すことができぬのに、心から過ちを後悔した、ということです。) と注記されている。『大清律輯註』は『北京大学図書館蔵善本叢書』所収本 (北京大学出版社) を見た。

旧中国律の自首条の「犯罪未発而自首者」という文言が、我が国の『新律綱領』の自首条に受け継がれて、「罪ヲ犯シ、事未タ発覚セスシテ、自ラ出首スル者ハ」という文言になり、この文言が旧刑法第八十五条に引き継がれて、「罪ヲ犯シ事未タ発覚セサル前ニ於テ官ニ自首シタル者ハ」という文言になり、この旧刑法の文言が現行刑法第四十条に引き継がれて、「罪ヲ犯シ未タ官ニ發覺セサル前自首シタル者ハ (表記が平易化されて「罪を犯した者が捜査機関に発覚する前に自首したときは)」という文言になったのである。ということは、現行刑法第四十二条は、旧中国律の自首条の「犯罪未発而自首者」という文言を維持している、ということであるから、現行刑法の立法者が意識していたか否かに関わらず、現行刑法第四十二条の「自首」の語は、旧中国律の自首条の「自首」の語が持つ「犯した罪を悔い改めて自首する」という意味を維持していることになるのである。

山火正則「現行「自首・首服」規定の成立過程」(『神奈川法学』第三十巻第一号掲載、一九九五年。一五九頁) は「自首制度そのものが東洋の律の伝統に由来するものだとしても、現行刑法の定める自首減輕の根柢が東洋の律の伝統そのものに拘束されるものであるか否かについては、検討の余地があるように思われる。」と述べる。それはその通りであるが、現行刑法第四十二条の由来を踏まえた同条の正しい文理解釈をまずは行わなければならない。

七 名例律自首条と罪刑法定主義

第二節に掲げたように、ポアンナードは旧刑法の草案編纂会議で「自首律は未だ各国に比類なき良法なり。」「自首律は、日本法律にては旧法なれども、欧羅巴各国の法律より論ずれば全く新法なり。」と発言した。

犯した罪を自首すれば刑を減免する規定が、当時、ヨーロッパ諸国の刑法典の中に全く存在しなかったわけではない。一八一〇年に公布されたナポレオン刑法典では、謀反罪や通貨偽造罪を犯した者が自首すれば刑を免除する規定を、それぞれの罪を定めた条文に加えている（『刑法対照大全』明治十七年、百四十頁。中村義孝編訳『ナポレオン刑事法典史料集成』法律文化社、二〇〇六年。一九三頁・二〇六頁。ナポレオン刑法典第一〇八条・第一三二条）。また、司法省第八局編輯『刑法表』（明治十六年印行。平成十五年復刻版、信山社。百十六頁・百三十一頁）に拠れば、一八五二年に布告されたオーストリア刑法の第四十六条に、「犯人の性質に関する減等の情状」の一つとして、「逃亡し易き、若くは発覚され難き際に於て、其重罪を自首せし者」（第八項）が挙げられている。

しかし、犯した罪を自首すれば一般的に刑を減免する制度を定める条文、即ち自首条は、一八六六年に版行されたロシア刑法の第三百三十四条第一款・第二款（前掲『刑法表』百三十一頁から二頁。アニシモーフ著・寺田実訳『魯西亞刑法』上巻、司法省蔵版、明治十五年。平成二十一年復刻版、信山社。一〇七頁）が出現するまでは、ヨーロッパ諸国の刑法典の中には存在しなかったのである（ポアンナードはロシア刑法に自首条が置かれていることを知らなかったであろう。）。

それでは、なぜ、旧中国の律には自首条が立てられていたのに、ヨーロッパ諸国の刑法典には自首条が立てられて

いなかっただのであろうか。それは、旧中国には古来、罪刑法定主義が存在したのに対して、ヨーロッパ諸国には、フランス人權宣言第八条が議決されるまで、罪刑法定主義が存在しなかつたからである。どういふことかと言うと、旧中国の律は、官吏の横暴から人民を守るために、かつ、人民が刑罰を避けることができるようにするために、立法者はあらかじめ、それぞれの罪に対応する刑、及び刑を減免加重する条件を定めた法律を制定し、裁判官は必ず、ある罪を犯した者に対して、法律の定めに従って、その罪に対応する刑を科し、あるいは、その刑を減免加重しなければならぬ、という罪刑法定主義の要請に従って作られていた。旧中国律の自首条は、刑を減免するための条件はあらかじめ定めておかなければならぬ、という罪刑法定主義の要請に従って設けられた条文の一つなのである。

一方、ヨーロッパ諸国では、十八世紀末にフランス人權宣言第八条によつて罪刑法定主義が提出され、その後、罪刑法定主義に基づく刑法典がヨーロッパ諸国で編纂され、施行されるまでは、罪刑擅断主義、と言つて悪ければ、罪刑裁量主義の裁判が行われ、裁判官が自らの裁量で判決を下すことができる範囲が廣大であつた。ゆえに、刑を減免加重する条件を定めた法律をあらかじめ設けておく必要がなかつたため、犯人が自首すれば刑を減免する、という法律も存在しなかつたのである。その結果、罪刑法定主義に基づく刑法典を初めて編纂する時に、立法者は、そのような規定を思い浮かべることができなかつたのである。

八 名例律自首条の復活の提案

旧刑法の自首条は、刑の必要的減輕を定めているから、酌量減輕を定める第八十九条と區別して立てる必要がある。ところが、現行刑法の自首条は、刑の任意的減輕を定めており、その点では、酌量減輕を定める第六十六条と同じで

ある。しかも、団藤重光編『注釈刑法(2)のII総則(3)』(有斐閣、昭和四十四年)〔自首・首服〕第四十二条の注釈(田宮裕執筆)が述べるように、「自首は情状(原注。犯罪後の)」として量刑に斟酌することができ、かつ、そうすればよいのであつて、数ある情状理由の中から、自首だけを選び出して法律上の減輕理由とする特殊の理由もない(四三九頁)のである。ゆえに、現行刑法では、旧刑法とは異なり、酌量減輕の条文と區別して自首減輕の条文を立てる必要はないのである(野澤前掲「刑法典における一般的自首規定の制度根拠」九十七頁から八頁)。それにもかかわらず、自首減輕の条文を別に立てたのは、第二節に書いたように、ボアソナードが『新律綱領』の自首条を譽めちぎったからではなからうか。

現行刑法の自首条がこのような不必要な存在に成り下がったのは、もとをただせば、旧刑法及び現行刑法の立法者が、ボアソナードが主張する自首条の立法趣旨、即ち、自首すれば社会に便益をもたらすから褒美として刑を減ずるという立法趣旨を受け入れて、自首制度の対象をすべての罪に広げる一方、自首の効果を刑の減輕にとどめ、さらには、減刑されるべきではない悪質な罪を犯した者が減刑されるのを防ぐ必要があるため、自首の効果を刑の任意的減輕にとどめてしまったからである。

これに対して、旧中国律及び『新律綱領』の自首条の立法趣旨は、罪を悔い改めて自首した者、即ち、罪を犯したことを後悔して自首し、同時に損害を回復した者に対しては、刑罰を与える必要がないので、刑罰を免除する、というものである。ゆえに、旧中国律及び『新律綱領』の自首条は、損害を回復することができる罪だけを自首制度の対象とし、自首の効果を刑罰の全免としてしているのである。このような自首制度は、これから先の我が国に存在するのが望ましいのではなからうか。将来、刑法を改正する時に、損害を回復することができる罪だけを対象とする自首制度

を定めた条文を設けることを提案したい。現在の自首条は廃止して、損害を回復することができない罪を犯して自首した者は酌量減輕の対象とする。このようにすれば、旧中国律及び『新律綱領』の自首条の立法趣旨も、ボアソナードが主張する自首条の立法趣旨も、両方活かすことができる。