

現行日本刑法第三十八条第二項の由来について

——旧中国の罪刑法定主義の「生きた化石」——

佐 立 治 人

目 次

- 一 唐名例律の本条別有制条の文言
- 二 唐律から日本律へ
- 三 唐律から明清律へ
- 四 清律から『新律綱領』へ
- 五 「日本帝国刑法初案」第二十七条
- 六 「日本刑法草案」第八十九条第三項
- 七 旧刑法第七十七条第三項
- 八 現行刑法第三十八条第二項
- 九 旧中国の罪刑法定主義の「生きた化石」

一 唐名例律の本条別有制条の文言

唐律の名例律、本条別有制条に「諸^すて本条、別に制有り、例（名例律を指す。佐立注。）と同じからざる者は、本

現行日本刑法第三十八条第二項の由来について

条に依る。即し当条、罪名有りと雖も、為すところ重き者は、自ら重きに従う。其れ本、応に重かるべくして犯す時知らざる者は、凡に依りて論ず。本、応に軽かるべき者は、本に従うを聴す。(原文。諸本条别有制、与例不同者、依本条。即当条雖有罪名、所为重者、自從重。其本応重而犯時不知者、依凡論。本応軽者、聽従本。)と定められている。この条文のうち、「本応重而犯時不知者」という文言の訓読文「本、応に重かるべくして犯す時知らざる者は」が、現行日本刑法の第三十八条第二項の表記平易化前の文言「罪本重カル可クシテ犯ストキ知ラサル者ハ」とほとんど同じであるから、唐名例律の本条别有制条と現行日本刑法の第三十八条第二項との間には連絡があると考えられる。本当に連絡があるのかどうか確認する前に、唐名例律の本条别有制条の「其本応重而犯時不知者、依凡論。本応軽者、聽従本。」という規定、及びそれに附された律疏(律の公定の注釈)を和訳しておきたい。唐律及び律疏は劉俊文点校『唐律疏議』(中華書局、一九八三年)を見た。和訳に当たっては、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)「名四九」を参考にした。

【原文】

其本応重而犯時不知者、依凡論。本応軽者、聽従本。

疏。議曰、仮有叔姪、別処生長、素未相識。姪打叔傷、官司推問始知、聽依凡人鬪法。又如別処行盜、盜得大祀神御之物。如此之類、並是犯時不知、得依凡論、悉同常盜斷。其本応軽者、或有父不識子、主不識奴。毆打之後、然始知悉、須依打子及奴本法、不可以凡鬪而論。是名本応軽者、聽従本。

【訓読】

其れ本、もと応に重かるべくして犯す時知らざる者は、凡に依りて論ず。本、もと応に軽かるべき者は、本に従うを聴す。

疏。議して曰く、も仮し叔姪有り、別処にて生長し、素より未だ相い識らず、姪、叔を打ちて傷つけ、官司の推問して始めて知らば、凡人鬪の法に依るを聴す。又た如し別処にて盜を行い、大祀神御の物を盗み得ば、此くの如きの類は、並びに是れ犯す時知らず、凡に依りて論ずるを得、悉く常盜に同じく断ず。其れ本、もと応に軽かるべき者とは、或いは父、子を識らず、主、奴を識らず、毆打の後、然して始めて知悉する有らば、須からく子及び奴を打つ本法に依るべし。凡鬪を以て論ず可からず。是れ本、もと応に軽かるべき者は、本に従うを聴す、と名づく。

【和訳】

罪を重くするべき事情があるのに、罪を犯した時にその事情を知らなかった者は、その事情がなかったとみなして罪を決める。罪を軽くするべき事情があるのに、罪を犯した時にその事情を知らなかった者は、その事情に拠って罪を決める。

疏（注釈）。議論して次のように解釈することになりました。例えば、叔父と姪（おい。自分の兄弟の男子）とがいて、それぞれが別の故郷で生まれ育ち、お互いに全く面識がなく、姪が叔父を打って傷つけ、官司が取り調べて、始めて二人が叔姪の関係にあることがわかったならば、姪が叔父を毆傷したときの規定（鬪訟律、毆兄姉条。姪が叔父を毆傷すれば流二千里、折傷すれば流三千里、刃傷すれば絞。）を適用せず、赤の他人同士で鬪傷したときの規定（鬪訟律、鬪毆以手足他物傷条、鬪毆折齒毀耳鼻条、兵刃斫射人条、毆人折跌支体瞎目条。毆傷すれば杖六十あるいは杖八十、折傷すれば徒一年あるいは徒一年半、刃傷すれば徒二年。）を適用します。

また、例えば、大祀の祭りに関係がない場所で窃盜を行い、大祀で祭られる神に供える物を、それとは知らずに盜

んで手に入れたならば、このような場合は、すべて「罪を重くするべき事情があるのに、罪を犯した時にその事情を知らなかった」場合であつて、「その事情がなかったとみなして罪を決める」ので、大祀で祭られる神に供える物を盗んだときの規定（賊盜律、盜大祀神御物条。大祀で祭られる神に現に供えている物を盗めば流二千五百里、供える予定の物、供えた後で引き下げた物を盗めば徒二年。）を適用したりはせず、すべて通常の窃盜に対する規定（賊盜律、窃盜条。盗んだ財物の額に応じて笞五十から加役流。）を適用します。

「罪を軽くするべき事情があるのに、罪を犯した時にその事情を知らなかった者」とは、例えば、父親が、相手が自分の子であることを知らず、主人が、相手が自分の奴であることを知らず、殴打した後で始めて、相手が自分の子、自分の奴であることを知つたならば、父が子を殴打し、主人が奴を殴打したときの規定（鬪訟律、毆詈祖父父母父母条、主殺有罪奴婢条に抛り、どちらも無罪。）を適用しなければならず、赤の他人同士で殴打したときの規定（鬪訟律、鬪毆以手足他物傷条。人を手足で殴つて傷つけないときは笞四十。他物で殴つて傷つけないときは杖六十。）を適用してはいけません。これが「罪を軽くするべき事情があるのに、罪を犯した時にその事情を知らなかった者は、その事情に抛つて罪を決める。」という文言の意味です。

姪（おい）が叔父を、叔父であると認識して、殴打して傷つけたならば、鬪訟律、毆兄姉条の「兄姉を殴る者は徒二年半。傷つくる者は徒三年。折傷する者は流三千里。刃傷及び折支し、若しくは其の一目を瞎する（全く失明させる）者は絞。（中略）伯叔父母・姑（おば）（父の姉妹）・外祖父母は、各々一等を加う。」という規定が適用され、叔父を傷つけると「傷」は出血させること。鬪訟律、鬪毆以手足他物傷条の本注に「血を見るを傷と為す。」と定義されている。

る。徒三年に一等を加えて流二千里が科される。叔父を折傷すると〔折傷〕は、本条の疏に拠れば、手足の指の骨や齒を折ること。流三千里が科される。流三千里に一等を加えて絞刑が科されることはない（名例律、称加減条に「加えて死に至るを得ず。」と定められている。）。叔父を刃で傷つけ、あるいは折支すると〔折支〕は、鬪訟律、殴人折跌支体瞎目条の疏に拠れば、四支の骨を折ること。絞刑が科される。絞刑に一等を加えて斬刑が科されることはない（名例律、称加減条の本注に「加えて絞に入る者は、加えて斬に至らず。」と定められている。）。

これに対して、姪が叔父を、叔父であるとは知らずに、殴打して傷つけたならば、鬪訟律、殴兄弟条の規定は適用されず、赤の他人同士で殴傷したときの規定である鬪訟律、鬪殴以手足他物傷条、鬪殴折齒毀耳鼻条、兵刃斫射人条、殴人折跌支体瞎目条の規定が適用され、手足で打って傷つけると杖六十、手足以外の他物で打って傷つけると杖八十、齒を折り、手足の指の骨を折り、湯火で傷つけると徒一年、二齒以上を折り、二指以上の骨を折ると徒一年半、刃で傷つけ、肋骨を折ると徒二年、折支すると徒三年が科される。

「盗得大祀神御之物」の「大祀」とは、唐の制度では、国家の祭祀は「大祀」「中祀」「小祀」の三等に分けられていて、「昊天上帝」「五方上帝」「皇地祇」「神州」「宗廟」の祭祀を指す（仁井田陞『唐令拾遺』東京大学出版会、一九八三年復刻版。一五九頁から一六一頁）。「神御」は、神が用いるという意味。大祀の祭りで神が用いるために供えてある物、供える予定の物、供えた後で引き下げた物を、それとは知らずに盗んだならば、賊盜律、盗大祀神御物条の「大祀神御の物を盗む者は流二千五百里。其れ神御に供せんと擬し、及び供して廢闕（引き下げる）こと）する（中略）者は徒二年。」という規定は適用されず、賊盜律、窃盜条の「窃盜して、（中略）一尺（約三十センチ。盗んだ財物の額を幅一尺八寸（約五十四センチ）の絹の長さで表す。）なれば杖六十。一疋（長さ四丈。約十二メートル）ご

とに一等を加え、五疋にて徒一年。五疋ごとに一等を加え、五十疋にて加役流。」という規定が適用される。

鬪訟律、毆冒祖父父母母条の「若し子孫、教令に違犯して、祖父母父母、毆殺する者は徒一年半。刃を以て殺す者は徒二年。故らこゝにに殺す者は各々一等を加う。」という規定に拠れば、父が子を故らこゝにに毆殺してさえ、徒二年が科されるだけである。そして、父が子を毆つたり傷つたりしたときの規定は存在しないから、父が子を毆打したときは無罪である。父が子を、自分の子と知らずに、赤の他人と思つて毆打したときも、赤の他人を毆打したときの規定である鬪訟律、鬪毆以手足他物傷条の「人を鬪毆する者は笞四十。傷つけ及び他物を以て人を毆る者は杖六十。」という規定を適用せず、無罪とするのである。

鬪訟律、主殺有罪奴婢条の「奴婢、罪有り、其の主、官司に請わずして殺す者は杖一百。罪無くして殺す者は徒一年。」という規定に拠れば、主人が越度のない奴婢を故らこゝにに殺してさえ、徒一年が科されるだけである。そして、主人が奴婢を毆つたり傷つたりしたときの規定は存在しないから、主人が奴を毆打したときは無罪である。主人が奴を、自分の奴と知らずに、赤の他人と思つて毆打したときも、赤の他人を毆打したときの規定である鬪訟律、鬪毆以手足他物傷条の規定を適用せず、無罪とするのである。

このように、律疏に挙げられている例では、事実を知らずに行おうとした犯罪と、実際に行つた犯罪とは、どちらも傷害罪、窃盜罪、鬪毆罪という同じ類型の犯罪であり、刑を加重・減輕する条件を含んでいるかいないかの違いがあるだけである。それもそのはずで、この律条の「凡に依りて論ず」という文言の「凡」とは、刑を加重・減輕する条件を持っていない対象という意味であるから、この律条の規定は、事実を知らずに行おうとした犯罪と、実際に行つた犯罪とが、刑を加重・減輕する条件を含んでいるかいないかの違いがあるだけの、同じ類型の犯罪である場合

だけに適用される規定なのである。よって、団藤重光『刑法綱要総論』（創文社、一九九〇年第三版）が「唐律以来、三八条二項に相当する規定の疏議には、構成要件の重なり合うばあいだけが例示されていたことを、注意しておかなければならない。」（第二編第四章第三節、三〇三頁注三四）と述べるのは正しい。

二 唐律から日本律へ

現行日本刑法第三十八条第二項が成立するに至る沿革については、既に佐々木和夫「事実の錯誤規定の沿革的考察」（専修大学大学院紀要『経済と法』第二十三号掲載、一九八六年）が詳しく説明しているけれども、佐々木論文は、同条第二項が旧中国律の規定を受け継いでいることを前提として説明しているので、本稿では、同条第二項が本来に旧中国律の規定を受け継いでいるのか、西欧刑法の規定を受け継いで、旧中国律の規定の文言を使って条文を作ったのではないのか、という点を確認するために、もう一度、同条第二項が成立するに至る沿革をたどりたい。

日本の大宝律は、法律書の形では全く現存せず、養老律は、法律書の形では、名例律の前半、衛禁律の後半、職制律の全条、賊盜律の全条、鬪訟律の三条しか伝わっていないが（新訂増補国史大系『律』吉川弘文館、昭和五十七年凡例）、唐名例律、本条別有制条の「其本応重而犯時不知者、依凡論。本応輕者、聽従本。」という条文が、大宝律及び養老律に受け継がれていたことは、これと同じ文言の逸文の存在に拠って知ることができる。『令集解』（国史大系本）卷十一、戸令、奴奸主条に引かれている「古記」に「案名例律云、其本応重而犯時不知者、依凡論。本応輕者、聽従本。」とあるのは、大宝名例律の逸文であり、一條兼良『令抄』（『群書類従』卷七十八）戸令第八、依律准犯時不知之法の項に「律云、其本応重而犯時不知者、依凡論。」とあるのは、養老名例律の逸文である（律令研究会編

『訳註日本律令(二)』東京堂出版、昭和五十年。二〇二頁から三頁。

團藤『刑法綱要総論』(前掲)は「わが刑法三八条二項は律の系統に由来する。唐律を継受した大宝・養老律では、其本_レ心_レ重_レ而犯時不_レ知者。依_レ凡論。本_レ心_レ輕者聽_レ從_レ本」とされていた(中略)。これが明治初年に仮刑律(原注。本条有罪名)、ついで新律綱領(原注。名例律下、本条別有罪名)に復活され、旧刑法七七条三項に受けつがれた(中略)。その後の草案ではこの規定は姿を消していたが(中略)、現行法にふたたび現われたのであった。(三〇二頁注三二)と述べている。しかし、『仮刑律』名例、本条有罪名条、及び『新律綱領』名例律、本条別有罪名条の規定が、大宝名例律及び養老名例律の規定を復活したのではなく、明律及び清律の名例律の規定を受け継いだものであることは、次節に説明する通りである。『仮刑律』及び『新律綱領』の立法者は、大宝律及び養老律の逸文を、参照したかもしれないが、立法の基礎にはしなかったのである。

三 唐律から明清律へ

唐名例律、本条別有制条は、洪武三十年(一三九七)に頒行された明律の名例律、本条別有罪名条に引き継がれた。同条に次のように定められている。明律は内田智雄・日原利國校訂『明律国字解』(創文社、一九八九年)を見た。

【原文】

其本_レ心_レ罪_レ重_レ而犯時不_レ知者、依凡人論。(本注。謂如叔姪別处生長、素不相識、姪打叔傷、官司推問、始知是叔、止依凡人鬪法。又如別处窃盜、偷得大祀神御之物、如此之類、並是犯時不知、止依凡論、同常盜之律。)本_レ心_レ輕者、聽

従本法。(本注。謂如父不識子、毆打之後、方始得知、止依打子之法、不可以凡毆論。)

【訓読】

其れ本、応に罪重かるべくして犯す時知らざる者は、凡人に依りて論ず。(本注。謂うところは、如し叔姪、別処にて生長し、素より相い識らず、姪、叔を打ちて傷つけ、官司推問し、始めて是れ叔なるを知らば、止だ凡人鬪の法に依る。又た如し別処にて窃盜し、大祀神御の物を偷み得ば、此くの如きの類は、並びに是れ犯す時知らず、止だ凡に依りて論じ、常盜の律に同じくす。)本、応に軽かるべき者は、本法に従うを聴す。(本注。謂うところは、如し父子を識らず、毆打するの後、方まさに始めて知るを得ば、止だ子を打つの法に依り、凡毆を以て論ず可からず。)

唐律及び律疏の文と比べると、ほとんど同じであるが、律疏の「或有父不識子、主不識奴、毆打之後、然始知悉、須依打子及奴本法。」という文の「主不識奴」「及奴」に当たる文言がない。明律の刑律、鬪毆、奴婢毆家長条に「若し奴婢、罪有り、其の家長(中略)、官司に告げずして毆殺する者は杖一百。罪無くして殺す者は杖六十・徒一年。」と定められており、明律は唐鬪訟律、主殺有罪奴婢条の規定を引き継いでいるのであるから、「主不識奴」「及奴」の文言を削らなければならないことはないのであるが、明律の戸律、戸役、立嫡子違法条に「若し庶民の家、奴婢を存養する者は杖一百。即ち放ちて良に従わしむ。」と定められているように、明朝では庶民が奴婢を所有することは禁止されていたから、明律の立法者は、この文言を残す必要はないと考えたのであろう。

また、唐律の「其本応重而犯時不知者、依凡論。」の「依凡論」が、明律では「依凡人論」になっている。これは明律の立法者の失敗である。なぜなら、「凡人」とは、刑を加重・減輕する条件を持っていない人、即ち赤の他人と

いう意味であるから、「凡に依りて論ず」ではなく「凡人に依りて論ず」と定めると、大祀神御の物とは知らずにそれを盗んだ場合が、この規定の対象から外れてしまうからである。

明律のこの規定は、乾隆五年（一七四〇）に完成した清律の名例律、本条别有罪名条に引き継がれた。明律の文と清律の文とを比べると、律の本文も注文も全く同じである（清律の本条别有罪名条の規定の解釈及び適用事例については、中村正人「清律誤殺初考」（梅原郁編『中国近世の法制と社会』所収、京都大学人文科学研究所、平成五年）、同「清律誤殺再考——刑罰軽減事由としての観点から——」（『金沢法学』第四十九巻第一号掲載、平成十八年）を参照）。

四 清律から『新律綱領』へ

宝暦十一年（一七六一）に完成した肥後熊本藩の『刑法草書』は、明律の本条别有罪名条を受け継いで、その名例の「本条に罪名有之候共、情緒二因て軽重斟酌之事」一条に、「本罪重候共、情緒軽者ハ輕に就て論定。（注。たとへハ叔父甥、別所に生長致、互に不相識、叔父を殴、追而叔父たることを知候ハハ、尋常闘殴と云を以論し、或ハ他所ニ而盗いたし、偶御物を盗取、御物たることを不知候ハハ、尋常之窃盜と云を以論定する之類。）」（句読点を補足した。）と定めている。『刑法草書』は京都帝国大学法学部日本法制史研究室編『近世藩法資料集成』第二卷「熊本藩御刑法草書附例」（昭和十八年）を見た。『刑法草書』の編纂については、高塩博「江戸時代享保期の明律研究とその影響」（池田温・劉俊文編『法律制度』日中文化交流史叢書2所収、大修館書店、一九九七年）を参照した。

「情緒軽者」という文言の意味がわかりにくいのが、注の内容が明律の注の内容と同じであるから、「犯時不知者」と

同じ意味に受け取つてよいのであろう。

明治元年に編纂された『仮刑律』名例、本条有罪名条に「若本罪重カルヘキモノ、其犯ス時知ラサルハ、輕ニ就テ論ス。(注。若叔姪別所ニ成長シ、互ニ相知ラス、叔ヲ毆畢テ始テ其叔タル事ヲ知ハ、凡人鬪毆ヲ以テ論ス。或ハ別所ニテ御物タル事ヲ知ラス、偶盜取モノハ、凡盜ニヨツテ論スルノ類ヲ云フ。)若輕カルヘキモノハ、本法ニ就テ輕ニ從フ。(注。人ヲ毆テ傷ヲ成ス後、始テ其子タルヲ知トハ、唯子ヲ打之法ニヨツテ論スルノ類ヲ云フ。)(句読点を附けた。))と定められている。『仮刑律』は『法規分類大全』第一編、刑法門、刑律に収められているものを見た。

「本重カルヘキ」ではなく「本罪重カルヘキ」とあり、また、主人が自分の奴とは知らずに毆打した場合が挙げられていない点から、この条文は、唐律ではなく、明律あるいは清律の条文を受け継いだものであることがわかる。この条文に当たる明律の条文と清律の条文とは全く同じであり、また、『仮刑律』の編纂者は明律と清律とのどちらも参酌したから(中山勝『明治初期刑事法の研究』慶應通信、平成二年。二十一頁から二頁)、この条文が明律の条文を受け継いだのか、清律の条文を受け継いだのか、断定することができない。

また、「輕ニ就テ論ス」「御物タル事ヲ知ラス」「偶盜取」などの文言は、熊本藩の『刑法草書』の文言を取り入れたものである。手塚豊「仮刑律の一考察」(『手塚豊著作集』第四卷『明治刑法史の研究(上)』)所収、慶應通信、昭和五十九年)は「仮刑律の構造と内容に対する刑法草書の影響はさわめて大きい。この事実こそは、その編纂者が肥後藩の関係者であったことよりする当然の帰結であるというべきであらう。」(二十七頁)と述べている。

明治三年十二月に中央地方の官庁に頒布された『新律綱領』の名例律、本条別有罪名条に「其罪、本重カルヘクシテ、犯ス時、知ラサル者ハ、凡人ニ依テ論ス。假令ハ、叔、姪、別処ニ生長シテ、素相識ラス、姪、叔ヲ打傷シ、官

司推問シテ、始テ其叔ナルヲ知レハ、止タ凡人鬪法ニ依ル。又別処ニ窃盜シテ、大祀神御ノ物ヲ、偷得ル如キ、并ニ犯ス時、知ラサレハ、止タ凡盜律ニ依テ論ス。其罪、本輕カルヘキ者ハ、本法ニ従フコトヲ聽ス。仮令ハ、父子ヲ誅ラス、毆打ノ後、始テ子ナルコトヲ知ル者ハ、止タ父打子法ニ依ル。凡毆ヲ以テ論ス可ラス。」と定められている。『新律綱領』は『法規分類大全』第一編、刑法門、刑律に収められているのを見た。

この条文は、「其本重カルヘクシテ」ではなく「其罪、本重カルヘクシテ」とあり、また、「凡ニ依テ論ス」ではなく「凡人ニ依テ論ス」と定めて、明律の立法者の失敗を踏襲しており、また、「行盜」ではなく「窃盜」、「盜得」ではなく「偷得」、「本ニ従フコトヲ聽ス」ではなく「本法ニ従フコトヲ聽ス」とあり、さらに、主人が自分の奴とは知らずに毆打した場合が挙げられていない点から、唐律ではなく、明律あるいは清律の条文を受け継いだものであることがわかる。そして、『新律綱領』の本条別有罪名条のうち、この条文の前に置かれている「若シ本条、罪名アリト雖モ、其心規避スル所アリテ、本罪ヨリ重ケレハ、其重キ者ニ従テ論ス。」という条文の「心」字が、清律の本条別有罪名条の小注（「其（小注。心）有所規避」）の語と同じであり、「心」という注は明律の本条別有罪名条にはないから、『新律綱領』の本条別有罪名条は、清律の本条別有罪名条を受け継いだものである（中山勝前掲著書、六十頁）。『新律綱領』の本条別有罪名条のこの条文に当たる大宝律及び養老律の条文は、「其本応重而犯時不知者、依凡論。」「本応輕者、聽従本。」或有父不識子、主不識奴。」しか遺っていないから（前掲『訳註日本律令（二）』二〇二頁）、大宝・養老律を復活して『新律綱領』のこの条文を作ることにはできないのである。しかも、『新律綱領』の編纂者は、大宝・養老律の母法である唐律及び律疏ではなく、中国の当時の現行法である清律の本条別有罪名条を受け継いで、この条文を作ったのである。

五 「日本帝国刑法初案」第二十七条

明治八年九月、司法卿大木喬任は、鶴田皓を纂集長に任命し、ヨーロッパ大陸諸国の刑法を骨子とし、我が国の時勢人情を参酌して、新しい刑法の草案を編纂することを司法省別局の刑法草案取調掛に命じた。取調掛は、ボアソナードの講義や助言を受けながら、日本人委員だけで草案を作成した。第一篇、名例八十二条が完成し、「日本帝国刑法初案」と名づけられ、明治九年四月に司法省から正院に上呈され、同年五月に「改正刑法名例案」の名で元老院の審議に付されたが、審議されることなく返還された（『日本刑法草案会議筆記』第1分冊「解題」早稲田大学出版部、昭和五十一年。十頁から十一頁。日本立法資料全集29『旧刑法「明治13年」(1)』第一部第一章第二節、信山社、一九九四年）。

その「日本帝国刑法初案」の第一篇第二章、刑例に第二十七条として「罪本重カル可クシテ犯ス時知らサル者ハ常律ニ依テ処分ス」という条文が置かれている（前掲『日本刑法草案会議筆記』第1分冊、第一卷十六頁）。刑法草案取調掛の編纂会議の記録である「刑法草按編纂日誌抜鈔」（『日本刑法草案会議筆記』第4分冊、第二十四卷所収、早稲田大学出版部、昭和五十二年）の「不知シテ犯ス罪ハ常律ニ依ルノ議」の項（第二十四卷二八八三頁）に拠れば、この条文を置くか置かないかの議論があった。酌量減輕の法（「初案」第五十八条）を置くので、この条文は必要ない、という意見が出されたが、「此条は、掲げ置くを宜しと思ふ。父と知らず、皇族と知らず毆打し、人の妻たるを知らず姦したる者の如し。其知らざる者を、知て犯したるに引附るは、道理に当らず。且甚だ酷なり。」（片仮名を平仮名に変え、句読点及び濁点を附けた。）という意見が通つて、この条文を置くことが決まった。「刑法草按編纂日誌

抜鈔」については『旧刑法「明治13年」(1)』(前掲)第一部第二章「資料解題」を参照した。

清律の「本応軽者、聽従本法。」に当たる文言が削られたのは、この条文がはじめてであるが、なぜ削られたのかわからない。

「日本帝国刑法初案」の第一篇第二章、刑例に第二十七条としてこの条文が置かれていることに対して、井上毅は、「初案」の写本に書き込んだ修正意見の中で、「忽ち支那律の一条を挿む。前後の条項と顧照せず。人を目眩せしむ。今、移して総則中に入るべし。」(片仮名を平仮名に変え、句読点を附けた。)と述べて、第十三章「総則」を設けて、第六十九条として、「犯セル罪、本ト重カル可シト云トモ犯セルトキ実ニ知ラザル者ハ常律に依テ処分ス、本ト輕カル可キ者ハ犯セルトキ知ラズト雖モ亦本法ニ従フ」という条文を提案している。清律の条文の本文を「初案」の条文の文言で修正した条文である。井上毅の修正意見は『旧刑法「明治13年」(1)』(前掲)所収「資料3」「井上毅「初案」修正意見」を見た。

井上毅が「忽ち支那律の一条を挿む。」と述べているから、「初案」第二十七条は、『新律綱領』ではなく、清律の本条別有罪名条をもとにして作られたらしい。

六 「日本刑法草案」第八十九条第二項

明治九年五月、刑法草案の編纂方法が次のように変更された。まず、ポアソナードが各条文のフランス文の原案を起草し、それを和訳した原案について、鶴田皓が日本人委員を代表して、名村泰蔵の通訳でポアソナードと討論を行い、その討論を承けてポアソナードがフランス文の修正案を起草し、それを和訳した修正案について、再び鶴田皓が

ボアソナードと討論を行い、必要があれば、この過程をさらに何度か繰り返し、最後の修正案を確定案とする、という方法である。確定案はさらに、刑法の条文としてふさわしい文に整えられた。同年十二月、四編五二四条の「日本刑法草案第一稿」が正院に上呈された。右と同じ編纂方法で「第一稿」に対する修正作業が行われ、明治十年六月、三編四七三条の「日本刑法草案第二稿」が成った。「第一稿」「第二稿」を編纂する時に鶴田皓とボアソナードとが行った討論の記録が『日本刑法草案会議筆記』である。「第二稿」に対しては、ボアソナードを交えずに修正作業が行われ、同年十一月、「確定稿」である「日本刑法草案」が刑法編纂委員から司法卿に呈出され、司法卿はそれを太政官に上呈した。「日本刑法草案」の編纂については、日本立法資料全集30『旧刑法「明治13年」(2) I』(信山社、一九九五年)第一部第一章・第三章・第四章を参照した。

「日本刑法草案」の確定稿の第八十九条第二項に「罪ト為ル可キ事実ヲ知ラスシテ犯シタル者ハ其罪ヲ論セス」、第三項に「罪本重カル可クシテ犯ス時知ラサル者ハ其重キニ從テ論スルコトヲ得ス」という条文が置かれている(前掲『日本刑法草案会議筆記』第四分冊、第二十六卷三二一四頁)。旧刑法第七十七条第二項・第三項と同じ条文である。『日本刑法草案会議筆記』第I分冊(前掲)第三卷、「日本刑法草案」第八十九条の項に拠れば、この第八十九条第二項・第三項の二つの条文は、「日本刑法草案第一稿」を編纂する時にボアソナードが起草した草案を和訳した草案(以下、「原案」と呼ぶ。)では、「若シ犯人犯スノ意ナク、止タ其犯罪ノ一箇又二箇以上ノ性質ニ関シ、又ハ犯人ノ犯シタル事ノ一箇又ハ二箇以上ノ模様ノ罪トナルヘキ、又ハ其罪重カルヘキ事ヲ知ラスシテ為シタルトキモ亦同シ。」(句読点を附けた。)という一つの条文であった。「亦同シ」とは、この条文の前の項に「犯人犯スノ意ナクシテ罪ヲ犯シタルトキハ罰ス可カラス」とあるのを指す(二四三頁から四頁)。

この条文について、ボアソナードは「一罪にて其重き性質、又は其模様を数箇含みたる内、其一箇又は二箇以上あることを知らずして犯したる時は、其知らざる罪丈けは軽く為すべきことを云ふ。」(片仮名を平仮名に変え、句読点及び濁点を附けた。以下同じ。)と説明し、さらに例を挙げて詳しく説明している(二四四頁)。ボアソナードの説明に対して、鶴田皓は「然らば日本文にては、其罪ノ重カルヘキコトヲ知ラスシテ犯シタル時ハ云々、と記する而已にて十分に其主意を發し得べし。」と述べている(二四四頁)。この意見に対して、ボアソナードは、「右の主意は成るべく詳記せんを要す。」と反論し、「仏国の刑法には此主意を総則中の正条として掲げざる故に、故意を以て為さざる時は之を赦宥する等のことを各本条に於て一々掲げたり。」(二四四頁)と述べて、フランス刑法の総則中にはこのよ
うな条文が存在しないことを教示している。

ボアソナードのこの教示に対して、鶴田皓は「日本の旧刑法にても此主意は各本条に記せるなれども、成程、法例中に記するを以て便利なりとす。」(二四五頁)と応じているが、これは、原案の文言のうち「罪トナルヘキ」「事ヲ知ラスシテ為シタルトキモ亦同シ」について言っているのであって、「其罪重カルヘキ事ヲ知ラスシテ為シタルトキモ亦同シ」について言っているのではない。「日本の旧刑法にて」「各本条に記せる」規定とは、例えば『新律綱領』人命律、毒薬殺人条に「情ヲ知テ毒薬ヲ売ル者ハ、同罪。(中略)知ラザル者ハ、坐セズ。」と定められているうちの「情ヲ知ラザル者ハ坐セズ。」という規定のことである。

鶴田皓は、ボアソナードからさらに説明を受けて、「然らば、日本の現今の刑法にて、其知ラサルモノハ罪セス、と云主意と同じことなるべし。故に各本条に於て一々此主意を記するよりは、法例中へ明文を掲げ置くべきならん。」(二四五頁)と述べて、確定稿第八十九条第二項の「罪ト為ル可キ事実ヲ知ラスシテ犯シタル者ハ其罪ヲ論セス」と

いう条文に当たたる条文を設けることに賛成した。確定稿第八十九条第三項の「罪本重カル可クシテ犯ス時知ラサル者ハ其重キニ從テ論スルコトヲ得ス」という条文に当たたる条文を設けることは、鶴田皓にとっては言うまでもないことであつた。

続けて鶴田皓は「然し、此章草按の書法にては、其主意を誤解するの恐あらんとす。」(二四五頁)と述べた。この意見に対して、ボアソナードは「然らば、獨乙の刑法の第五十九条の書法の如く為すとも可なり。此書法にて解し得べき(「キ」をもと「カ」に誤る。)か。(原注。此時、名村より獨乙の刑法を示す。)(二四五頁)と答えた。「獨乙の刑法」とは、一八七一年五月十五日に制定され、翌年一月から施行された「ドイツ帝国刑法典」である。その第五十九条に「(第一項)人若し可罰行為を犯す際に値り、法律上の成罪要件に属する事情、又は処刑を加重する事情の存在することを知らざりしときは、其情状は之を其實に帰す可きものに非ず。(第二項)過失に因り犯したる行為を罰する場合に付ては、其(事情の)不知、自身過失に基くの咎有らざるもの限り、右の規定を適用す。」(岡田朝太郎訳。『比較刑法』上巻、信山社、平成十六年復刻版。五五六頁。片仮名を平仮名に変え、句読点及び濁点を附け、「(第一項)」「(第二項)」を加えた。)と定められている。

鶴田皓は「然り。獨乙の刑法の如くなれば、少し解し易し。」(二四六頁)と述べて、ドイツ刑法第五十九条の文言をまねることに賛成したが、ボアソナードは「然し獨乙の刑法の書法にては不十分なり。何故なれば、犯すの意ありて犯したること而已にて、犯すの意なくして犯したることを記せず。故に其主意を尽さざるなり。」(二四六頁)と述べて、それに反対している。ボアソナードからさらに説明を受けて、鶴田皓は「右の主意は十分に了解せり。一箇二箇云々と記する時は煩文に失し、却て分明を欠かんとす。故に日本語にては相当の書法を用ひて、少しく簡易に記す

べし。」(二四七頁)と答えた。

以上の討論の結果、前に掲げたボアソナードの原案の条文は、「日本刑法草案第一稿」で、第七十五条第二項の「若シ有心ニ出ルト雖モ罪ト為ル可キ事タルヲ知ラサル者ハ其罪ヲ論セス」、同条第三項の「罪本重カル可クシテ犯ス時知ラサル者ハ其重ニ從テ論スルコトヲ得ス」という二つの条文となつた(前掲『日本刑法草案會議筆記』第四分冊、第二十五卷二九五三頁から四頁)。この第七十五条第三項の条文と旧刑法の第七十七条第三項の条文とを比べると、「重ニ」と「重キニ」とが異なる他は全く同じである。旧刑法の第七十七条第三項の条文は、「日本刑法草案第一稿」で成立したのである。

「日本刑法草案第一稿」の第七十五条第三項の条文が、『新律綱領』の条文の「凡人ニ依テ論ス」という文言や、「日本帝国刑法初案」の条文の「常律ニ依テ処分ス」という文言を用いず、「其重ニ從テ論スルコトヲ得ス」という文言を用いたのは、ドイツ刑法第五十九条の「処刑を加重する事情の存在することを知らざりしときは、其情状は之を其責に帰す可きものに非ず。」という条文を参考にしたのであろう。

旧刑法第七十七条第三項の条文となる「日本刑法草案第一稿」第七十五条第三項の条文の原案の「其罪重カルヘキ事ヲ知ラスシテ為シタルトキモ亦同シ」という条文が、明清律もしくは『新律綱領』の本条別有罪名条、あるいは「日本帝国刑法初案」第二十七条をもとにして作られたことを示す発言は、『日本刑法草案會議筆記』の中に全く記録されていない。しかし、ボアソナードが、原案の「主意」はフランス刑法の総則中の正条として掲げられていない、と述べており、また、ドイツ刑法の「書法」をまねることに反対しているから、原案のこの条文はフランス刑法やドイツ刑法に由来するものではない。司法省第八局編『刑法表』(明治十六年。信山社、平成十五年復刻版)日本刑法

第七十七条の項を見ても、旧刑法第七十七条第三項と同じ内容の外国刑法の規定は掲げられていない（清律の本条別有罪名条が掲げられていないのは不可解である）。よって、原案のこの条文は、明清律以外の外国刑法に由来するものではない。

それでは、これは、ボアソナードが、旧中国律の規定と関係なく、独自に考案した条文なのであろうか。しかし、ボアソナードは、『ボワソナード氏起稿、翻訳校正、刑法草案註釈』上巻（司法省。明治十九年三月にボアソナードが書いた「上書」が巻頭に掲げられている。）の「緒論」第六号で、「支那刑法の如きは、日本に於て最も熟知する所にして、且つ該法の区域広きに因り、固より之を参照するに怠らざりし。」（八頁。森順正訳。片仮名を平仮名に変え、句読点及び濁点を附けた。）と述べている。また、ボアソナードは、「日本帝国刑法初案」の編纂を手伝ったのであるから、「初案」第二十七条が「支那律」即ち清律の本条別有罪名条の規定をもとにして作られたこと、そしてその規定の内容を知らなかったはずはないのである。すると、ボアソナードは、清律の規定を知った上で、それと同じ内容の条文を考案したことになるから、原案のこの条文は、清律の規定を受け継いだものである、とすることができるのである。「日本帝国刑法初案」の纂集長であった鶴田皓は、ボアソナードが清律の規定を知った上でこの条文を考案したことを知っていたから、この条文に清律の規定の文言を用いることを提案したのである。

なお、「日本刑法草案」第八十九条第三項のボアソナードが作成したフランス文草案（日本立法資料全集31『旧刑法（明治13年）（2）』Ⅱ所収「元老院上呈仏文刑法草案」「手稿仏文刑法草案」信山社、一九九五年。四六〇頁・五七九頁から八〇頁）を直訳すれば次のようになる。「もし被疑者が一個または数個の、違反の加重事情を知らなかっただけであれば、彼はその加重事情に結びつけられた刑罰の加等を受けない。」

七 旧刑法第七十七条第三項

「日本刑法草案第二稿」の第八十九条第三項では、「第一稿」の第七十五条第三項の条文に「其重キ情ヲ」の文言が加えられ、「第一稿」の条文の「其重ニ」から「其」字が削られ、「罪本重カル可クシテ犯ス時其重キ情ヲ知ラサル者ハ重ニ從テ論スルコトヲ得ス」という条文となった（前掲『日本刑法草案会議筆記』第四分冊、第二十五卷三〇三八頁）。「日本刑法草案」の確定稿の第八十九条第三項では、「第二稿」の条文から「其重キ情ヲ」の文言が削られ、「第二稿」の条文の「重ニ」が「其重キニ」に変えられ、「罪本重カル可クシテ犯ス時知ラサル者ハ其重キニ從テ論スルコトヲ得ス」という条文となった（同上、第二十六卷三二一四頁）。太政官の刑法草案審査局で「日本刑法草案」が審査され、それに修正を加えて作成された「刑法審査修正案」の第七十七条第三項でも、この条文がそのまま維持され（日本立法資料全集36（Ⅱ）『旧刑法（明治13年）』（4）Ⅱ 信山社、二〇一六年。二四六頁）、元老院の審議でも、この条文に対する修正意見は出さず（同上、二九九頁・三三四頁）、この条文は、明治十三年七月に公布された『刑法』即ち旧刑法の第七十七条第三項の条文となった。

「日本刑法草案」の各条文についてポアソナードが説明した『刑法草按注解』（上巻。日本立法資料全集8、信山社、一九九二年）の第八十九条第三項についての説明は、それと同文である旧刑法第七十七条第三項に対しても当てはまる。ポアソナードはそれについて次のように説明している。

「犯罪の全部を構成せず、唯道徳或は社会の害を増す所の加重情状に於ても前の如し（加重情状を知らないときは、それに対応する罪を論じない）。其加重情状とは、即ち盗罪には、財物、主人の所有たるとき（草案第四一一条の

一)、故殺には、被殺者、殺者の尊属親なるとき(草案第四〇四条)、幼者に対する罪には、法律に定めたる年齢の區別(例えば草案第三八〇条・第三八一条の幼者を略取誘拐する罪。)是れなり。

但し、前条の理を反対にして、加重の情状ありと誤信したる犯人に、重き刑を科することなし。故に、主人の物を盗むの意を以て他人の物を盗みたる家僕、父を殺すの意を以て他人を殺したる子は、其誤信せる加重の情状を論ずることなし。(中略)是れ道德の害、小なる故に非ず。社会の害、小なればなり。」「二四三頁から四頁。片仮名を平仮名に変え、句読点を附けた。括弧内は佐立注。)

この説明は、明清律や『新律綱領』の本条別有罪名条についての説明としても通用する。「草案」第八十九条第三項には、明清律の本条別有罪名条の「本、応に軽かるべき者は、本法に従うを聴す。」に当たる文言がないけれども、ポアンナードは、明清律のこの文言について説明すると同じように、「草案」第八十九条第三項は、「加重の情状ありと誤信したる犯人に、重き刑を科することなし。」、言い換えると、罪を軽くするべき事情があることを知らずに罪を犯した者に対しては、その者が犯そうとした重い罪に対応する刑ではなく、実際に犯した軽い罪に対応する刑を科する、という趣旨である、と説明するのである。

八 現行刑法第三十八条第二項

明治二十三年に作成され、翌年一月に第一回帝国議会で提出された「改正刑法草案」の第六十七条では、旧刑法第七十七条第三項が「本人相当ノ注意ヲ缺クコトナクシテ刑ヲ加重ス可キ事実ヲ知ラサルトキハ其加重ノ事実ニ該ル可キ刑ヲ受ケサルモノトス」と改められている(日本立法資料全集20—3『刑法(明治40年)』(1)Ⅲ)信山社、二〇

○九年。一六六頁)。この条文の「本人相当ノ注意ヲ缺クコトナクシテ」という文言は、ドイツ刑法第五十九条第二項の規定(第六節に掲げた。)をもとにして作られたものであろう(田中正身『改正刑法釈義』上巻、第一編、総則、第三十八条の項。明治四十年。平成六年復刻版、信山社)。

司法省の刑法改正審査委員会が明治二十八年に作成した「刑法草案」、及び、それに修正を加えて、明治三十年に司法省により公刊された「刑法草案」の、旧刑法第七十七条を改正した第五十一条では、旧刑法第七十七条第三項に当たるとの規定が置かれていない(日本立法資料全集21『刑法(明治40年)(2)』信山社、一九九三年。一三八頁から九頁)。その理由は、刑法改正審査委員会「決議録」(同上書所収、八十八頁)第三十九回、第五十七条の項に拠れば、旧刑法第七十七条第三項は同条第一項の「適用」(含まれる、という意味であらう。)に過ぎないからである、という。しかし、「罪本重カル可クシテ犯」した行為は、軽い罪を犯そうと思つて重い罪を犯した行為であるから、「罪ヲ犯ス意ナキノ所為」ではない。よつて、旧刑法第七十七条第三項を同条第一項の「適用」と言うことはできない。

明治三十四年二月に第十五回帝国議会に提出された「刑法改正案」の、旧刑法第七十七条を改正した第四十八条でも、旧刑法第七十七条第三項に当たるとの規定が置かれていない(日本立法資料全集22『刑法(明治40年)(3)』I信山社、一九九四年。三十九頁)。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」の第四十八条、及び明治三十五年十二月に第十七回帝国議会に提出された「刑法改正案」の第四十七条も、明治三十四年の「刑法改正案」の第四十八条と同文である(日本立法資料全集24『刑法(明治40年)(4)』信山社、一九九五年。三十七頁。同上25『刑法(明治40年)(5)』信山社、一九九五年。三二七頁)。

明治三十九年六月に司法省に設けられた法律取調委員会に、同年七月に置かれた起草委員会が作成した「刑法改正

案」では、第四十条として「罪ヲ犯ス意ナキ行為ハ之ヲ罰セス但法律ニ特別ノ規定アル場合ハ此限ニ在ラス」「法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト為スコトヲ得ス但情状ニ因リ其刑ヲ減輕ス」という、第十七回帝國議會に提出された「刑法改正案」の第四十七条から最後の「ルコトヲ得」を削った条文が立てられ、第四十一条として次のような条文が立てられている（日本立法資料全集26『刑法（明治40年）（6）』信山社、一九九五年。一二九頁）。

犯罪事實犯人ノ信シタル所ト異リタル場合ニ於テハ左ノ例ニ依ル

- 一 所犯人ノ信シタル所ヨリ重ク若クハ之ト等シキトキハ其信シタル所ニ從テ処断ス
- 二 所犯人ノ信シタル所ヨリ輕キトキハ其現ニ犯シタル所ニ從テ処断ス

清律の「本応罪重」や旧刑法の「罪本重カル可クシテ」の「重」は、同じ犯罪類型の中で刑が加重される、という意味であるが、この条文の「所犯人ノ信シタル所ヨリ重ク」の「重」は、加重の意味だけではなく、ある類型の罪に対応する刑が、別の類型の罪に対応する刑よりも重い、という意味をも含んでいるのであろう。

起草委員会が作成した「刑法改正案」を明治三十九年十一月から十二月にかけて法律取調委員会が審議した。十一月二十一日の同委員会委員総会で、第四十一条に対して次のような審議が行われた（同上書、一七三頁。条文を除いて片仮名を平仮名に変え、句読点を附けた。）。

江木（衷）委員 本条削除。

富井(政章) 委員 賛成。

古賀(廉造) 委員 賛成。

委員長(松田正久司法大臣) 採決すべし。

江木委員の削除説に賛成者は挙手。挙手者十一人。多数にて可決す。

勝本(勘三郎) 委員 本条削除に決する以上は、第四十条の二項として、左の一項を加へたし。

罪本重カルヘクシテ犯ス時知ラサルトキハ重キニ從テ論スルコトヲ得ス

磯部(四郎) 委員 賛成。

委員長 採決すべし。勝本委員の説に賛成者は挙手。挙手者十一人。多数にて可決す。

その後、十二月二十六日の法律取調委員会委員総会で、勝本勘三郎委員が第四十一条の復活を提案したが、賛成少数で否決された(同上書、二五二頁)。犯そうとした罪と実際に犯した罪とが異なる類型の罪であるときにも適用できる条文が否決され、両者が同じ類型の罪であるときだけに適用できる条文が可決されたのである。勝本委員が第四十一条の代わりに提案して可決された第四十条第二項の文言は、法律取調委員会の幹事から起草委員会委員長の穂積陳重に送られた通牒では、「罪本重カルヘクシテ犯ス時知ラサルトキハ」ではなく「罪本重カル可クシテ犯ス時知ラサルモノハ」になっている(同上書、一〇三頁)。

起草委員会は、法律取調委員会委員総会の議決に従って「整理案」を作成し、十二月二十九日の同委員会委員総会に提出した。「整理案」では、第四十条第二項は「罪本重カル可クシテ犯ストキ知ラサル者ハ其重キニ從テ処断スル

コトヲ得ス」となっており(同上書、九十二頁)、現行刑法第三十八条第二項の表記平易化前の条文と全く同文である。旧刑法第七十七条第三項と比べて、「犯ス時」が「犯ストキ」、「論スル」が「処断スル」に変えられている。「論」も「処断」も伝統的な漢語であり、「論」は旧中国律の本文の用語でもある。「論」は罪を決するという意味であるから、「論」と「処断」とは同じ意味である。ゆえに「処断スル」は「論スル」と同じ意味なのであるが、「論スル」では旧中国律の用語になじみがない人にはわかりにくい、と思われたのであろう。

起草委員会の「整理案」は同日の法律取調委員会委員総会で可決された。起草委員会の「刑法改正案」を「整理案」に従って修正して法律取調委員会が作成した「刑法改正案」が、明治四十年二月に第二十三回帝国議会に提出された。この「刑法改正案」では、「罪本重カル可クシテ」の条文は第三十八条第二項に置かれている(同上書、二六三頁・三〇四頁)。この「刑法改正案」の理由書である「刑法改正案参考書」は、第三十八条第二項について「現行法(旧刑法を指す。佐立注。)第七十七条第三項同一趣旨ナリ」と述べている(同上書、三〇四頁)。

「刑法改正案」に対する貴族院の修正議決と衆議院の修正議決とが一致しなかったため、両院協議会が開かれ、「刑法改正案両院協議会成案」が議決された。その「両院協議会成案」が、明治四十年三月二十五日に貴族院で可決され、翌二十六日に衆議院で可決され、改正刑法即ち現行刑法が成立した。もとの「刑法改正案」の第三十八条第二項は修正を被らなかつたので、そのまま現行刑法の第三十八条第二項となった(日本立法資料全集27『刑法(明治40年)』(7)信山社、一九九六年。三五五頁・三三五頁)。

現行刑法の立法過程については、前掲『刑法(明治40年)』(1)Ⅱ『同(2)』(3)Ⅰ『同(4)』(5)『同(6)』(7)の解説を参照した。

九 旧中国の罪刑法定主義の「生きた化石」

以上に記した事実から、現行日本刑法第三十八条第二項の条文が、唐律の名例律、本条别有制条の規定、直接には清律の名例律、本条别有罪名条の規定に由来することを確かめることができた。

旧中国の律では、罪刑法定主義に基づいて、それぞれの罪に対して一つの刑が定められていた。そして、旧中国の家族制度や身分制度などの社会制度に応じて、殺人罪や盗罪、姦罪などそれぞれの犯罪類型に対して、刑を加重したり減軽したりする条件が定められていた。唐律の「其本応重而犯時不知者、依凡論。本応軽者、聽従本。」という規定や、これを引き継いだ清律の規定は、刑を加重したり減軽したりする条件に当てはまる事実が存在することを知らずに、その事実を対象とする罪を犯した者に適用する規定である。よって、これらの規定を適用するには、犯そうとした罪と実際に犯された罪とが同じ犯罪類型に属する罪でなければならぬのである。そして、これらの規定は、罪刑法定主義の目的を果たすのに役立つ限度を越える刑は科さない、という罪刑法定主義の要請に従って置かれているのである。罪刑法定主義の目的とは、人民を官吏の横暴から守ることと、人民が罪を犯すことを避けることができるようにすることとの二つである。

旧刑法の第七十七条第三項及び現行刑法の第三十八条第二項は、清律の規定を受け継いだ規定であるから、犯そうとした罪と実際に犯された罪とが同じ犯罪類型に属する罪であるときに適用される規定である、と理解しなければならぬ。旧刑法では、皇室に対する罪（第一一六条から第一二〇条）、官吏を殴傷する罪（第一四〇条）、懐胎の婦女を殴打する罪（第三三四条）、幼者を略取誘拐する罪（第三四一条から第三四五条）、祖父母父母に対する罪（第三六

二条から第三六五条)等、同じ犯罪類型の中で刑が加重される罪が多少定められているから、旧刑法第七十七条第三項は、その使い道が少ないということはない。

ところが、現行刑法では、はじめは存在した皇室に対する罪(第七十三条から第七六条)、外国の元首・使節に対する罪(第九十条、第九十一条)、尊属殺の罪(第二〇〇条)が削除され、同じ犯罪類型の中で刑が加重・減輕される罪は、放火罪(第一〇八条から第一一〇条)、現住・非現住建造物等浸害罪(第一一九条、第二二〇条)、同意殺人罪(第二〇二条)、不同意墮胎及び同致死傷罪(第二二五条、第二二六条)、未成年者を売買する罪(第二二六条の二第二項、同第四項)その他ぐらゐしか存在しない。そのため、現行刑法第三十八条第二項は、その使い道が少ないのである。

なお、現行刑法第三十八条第二項のものと条文である「罪本重カル可クシテ犯ストキ知ラサル者ハ其重キニ從テ処断スルコトヲ得ス」を、平成七年に平易化して「重い罪に当たるときは行為をしたのに、行為の時にその重い罪に当たることとなる事実を知らなかった者は、その重い罪によって処断することはできない。」としているが、「重い罪」という言葉は誤解を招く。「刑が加重される罪」としなければならない。この平易化条文は「刑が加重されるべき罪であることを犯行時に知らなかったならば、その加重罪を当てることはできない。」とでも変えるべきである。

使い道が少ないにもかかわらず、現行日本刑法の中に置かれ続けている第三十八条第二項は、罪刑法定主義の要請に従って設けられた旧中国の律の規定を受け継いだ条文である。旧中国の罪刑法定主義が消滅した現在、現代日本の裁判で実際に適用されているこの条文は、旧中国の罪刑法定主義の「生きている化石」と呼ぶのがふさわしい。