

旧刑法の数罪併発条の吸収主義の由来について

佐 立 治 人

目 次

- 一 旧刑法の数罪併発条
- 二 ボアソナードの誤解
- 三 ボアソナード原案の制限併科主義
- 四 鶴田皓の歎き
- 五 旧刑法の数罪併発条の吸収主義の由来
- 六 ナポレオン刑事訴訟法典の数罪併発条と旧刑法の数罪併発条との関係

一 旧刑法の数罪併発条

ある罪に対する判決が確定する前に、あるいは、ある罪が発覚する前に、その罪を犯した人が犯した、その罪を含む二個以上の罪、即ち併合罪に対する処断方法には、併科主義・加重主義・吸収主義の三つがある。併科主義は、各罪に当たる刑罰をすべて科する方法であり、加重主義は、各罪に当たる刑罰のうち最も重い刑罰を加重して科する方

旧刑法の数罪併発条の吸収主義の由来について

法であり、吸収主義は、各罪に当たる刑罰のうち最も重い刑罰だけを科する方法である。現行刑法では加重主義が原則であるが（吸収主義及び併科主義も採用されている）、旧刑法では吸収主義が原則であった（併科主義も採用されていた）。旧刑法第七章「数罪俱発」に次のように定められている（句読点及び濁点を附けた）。

第一〇〇条第一項 重罪軽罪ヲ犯シ、未ダ判決ヲ経ズ、二罪以上俱ニ発シタル時ハ、一ノ重キニ從テ処断ス。

第一〇二条第一項 一罪前ニ発シ、已ニ判決ヲ経テ、余罪後ニ発シ、其輕ク若クハ等シキ者ハ之ヲ論セズ。其重キ者ハ更ニ之ヲ論ジ、前発ノ刑ヲ以テ後発ノ刑ニ通算ス。（後略）

第一〇三条 数罪俱ニ発シ、一ノ重キニ從フ時ト雖モ、其没収及び徴償ノ処分ハ、各本法ニ從フ。

右の条文を『新律綱領』の名例律、二罪俱発以重論条、及び『新律綱領』の母法である清律の名例律、二罪俱発以重論条と比べてみる。『新律綱領』の二罪俱発以重論条に次のように定められている。

凡^{およそ}二罪以上、俱ニ発覚スレハ、一ノ重キ者ヲ以テ論シ、各等キハ、一二從テ科ス。若シ一罪先キニ発シ、已ニ論決ヲ経テ、餘罪後ニ発シ、輕ク、若クハ等キハ、論スルコト勿レ。重キハ、更ニ論シ、前罪ニ通計シ後数ニ充ツ。（後略）

清律の二罪俱発以重論条に次のように定められている。

【原文】

凡二罪以上俱発、以重者論。罪各等者、従一科断。若一罪先発、已經論決、餘罪後発、其輕若等、勿論。重者更論之、通計前罪、以充後數。其応入官賠償刺字罷職罪止者、各尽本法。(小注は略した。)

【訓読】

凡そ二罪以上、俱に発すれば、重き者を以て論ず。罪各々等しき者は、一に従いて科断す。若し一罪先に発し、已に論決を経、餘罪後に発すれば、其の軽く若しくは等しきは論ずること勿かれ。重き者は更に之れを論じ、前罪を通計して、以て後數に充つ。其れ応に入官・賠償・刺字・罷職・罪止すべき者は、各々本法を尽くす。

明律の名例律、二罪俱発以重論条も、右の清律の条文と同文である。

旧刑法第一〇〇条第一項の「二罪以上俱二発シタル時ハ、一ノ重キニ從テ処断ス。」という文言は、『新律綱領』の「二罪以上、俱ニ發覺スレハ、一ノ重キ者ヲ以テ論シ」、清律の「二罪以上俱發、以重者論。」という文言とよく似ている。旧刑法第一〇二条第一項の「一罪前ニ發シ、已ニ判決ヲ經テ、余罪後ニ發シ、其輕ク若クハ等シキ者ハ之ヲ論ゼズ。其重キ者ハ更ニ之ヲ論ジ、前發ノ刑ヲ以テ後發ノ刑ニ通算ス。」という条文は、『新律綱領』の「一罪先キニ發シ、已ニ論決ヲ經テ、餘罪後ニ發シ、輕ク、若クハ等キハ、論スルコト勿レ。重キハ、更ニ論シ、前罪ニ通計シ後數ニ充ツ」、清律の「一罪先發、已經論決、餘罪後發、其輕若等、勿論。重者更論之、通計前罪、以充後數。」という条文によく似ている。

旧刑法第一〇三条の「數罪俱ニ發シ、一ノ重キニ從フ時ト雖モ、其沒収及ビ微償ノ処分ハ、各本法ニ從フ。」とい

旧刑法の數罪俱發條の沒収主義の由来について

う条文は、『改定律例』の名例律、二罪俱発以重論条例第七十一条の「二罪以上、俱二發覺スレハ、一ノ重キ者ヲ以テ論シ、各等キハ、一二從テ科スト雖モ、其贓物ノ追徴シテ、官ニ入レ、主ニ給シ、若クハ、棄毀器物ノ賠償ス可キ等ハ、各本法ヲ尽ス。」という条文を引き継いだものであるが、『改定律例』のこの条文は、「官ニ入レ」「賠償」「各本法ヲ尽ス」という語句が示すように、清律の「応に入官・賠償・刺字・罷職・罪止すべき者は、各々本法を尽くす。」という規定をもとにして作られた条文である。

このように見ると、旧刑法の数罪俱発条が、清律及び『新律綱領』の二罪俱発以重論条を踏まえて作られた条文であり、旧刑法の数罪俱発条が定める吸収主義が、『新律綱領』をはさんで清律に由来することは明らかである。ところが、旧刑法の草案である『日本刑法草案』の原案を起草したボアソナードは、『新律綱領』及び旧刑法の吸収主義はフランス法に由来する、と認識していたのである。これは一体どういふわけであらうか。

二 ボアソナードの誤解

ボアソナードが『日本刑法草案』の各条について説明した『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）の第一編第七章「数罪俱発」第百十二条の項に次のように記されている。片仮名を平仮名に変え（仏語以外）、句読点を附けた。

本章に論ずる所の原則は「ノンキユミュルペーン」(noncumul des peines 佐立注。) (原注。刑を併科せざる事) と名づくるものにして、犯罪の集りたる場合に係る。此時、其罪の刑を尽く科せず、唯其最も重きものを科す。是れ

を諸刑一に混ぜずと謂ふ。

此原則は既に日本に行はる。蓋し仏国の治罪法第六十五条（第三百六十五条の誤り。佐立注。）より借用せるならん。

此原則も亦誹議するものなきを得ず。而して白耳義・意大利・独逸等の如きは、現に此法を廃止せり。本案の起草者も、一時は之を廃止するに決して、新たに方法を設けたりしが、其方法の行ひ難きを見るに至りて、又元との如く、仏律の原則を用ることとなれり。（三二四頁から五頁）

ここでポアンナードは「此原則は既に日本に行はる。蓋し仏国の治罪法第（三百）六十五条より借用せるならん。」と述べている。『新律綱領』の二罪俱発以重論条の吸収主義は、フランスの刑事訴訟法の吸収主義をまねたものである、と言うのである。確かに、一八〇八年に公布されたナポレオン刑事訴訟法典の第三六五条第二項に、「複数の重罪または軽罪について有罪の証拠がある場合は、最も重い刑のみが言い渡されるべきものとする。」（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。九十六頁）と、併合罪の吸収主義が定められている。

しかし、『新律綱領』の編纂主任である水本成美が、『増輯訓点清律彙纂』の序文の中で、「蓋し新律綱領は、文、簡にして、意、深し。而して文の自る所は則ち清律。」と述べているように、『新律綱領』の母法は清律である。そして、前節に掲げた清律の二罪俱発以重論条と『新律綱領』の二罪俱発以重論条とを比べると、『新律綱領』の同条が清律の同条を継受した条文であることは一目瞭然である。よって、『新律綱領』の二罪俱発以重論条の吸収主義は、決してフランス刑事訴訟法第三百六十五条から借用したものではなく、清律の二罪俱発以重論条から受け継いだもの

である、と断言することができる(小野清一郎「旧刑法とボアソナードの刑法学」『刑罰の本質について・その他』所収、有斐閣、昭和三十年。四六五頁)。

ボアソナードは『日本刑法草案』の数罪俱発条(第一百十二条から第十六条)についても「仏律の原則を用ることとなり」と述べている。『日本刑法草案』の数罪俱発条は多少修正されて旧刑法の数罪俱発条(第一〇〇条から第一〇三条)となったから、ボアソナードの認識が正しければ、旧刑法の数罪俱発条の吸収主義はナポレオン刑事訴訟法典第三六五条第二項から借用したものである、ということになる。果たしてそうなのであろうか。『日本刑法草案』の数罪俱発条はどのようにして作られたのであろうか。『日本刑法草案』及び旧刑法の数罪俱発条の成立過程については、三田奈穂「旧刑法「数罪俱発」条成立に関する一考察——司法省段階における編纂を中心として——」(『法学政治学論究』第七十六号、慶応義塾大学大学院法学研究科、二〇〇八年)、「旧刑法の成立と村田保——数罪俱発条を手掛かりとして——」(同上第七十九号、二〇〇八年)に詳しい説明があり、参考にした。

三 ボアソナード原案の制限併科主義

『日本刑法草案』の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』(第一分冊。早稲田大学出版部、昭和五十一年)の『日本刑法草案』第七章、数罪俱発、第一百十二条の項に、併合罪の処断方法についてのボアソナードの次のような説明が掲げられている。片仮名を平仮名に変え、句読点及び濁点を附けた。

元来「来」はもと「年」に誤る。佐立注。以下同じ。）、一度、罪を犯したる後、尚ほ数罪を犯すは、悪事に強き悪人なれば、必ず重く罰せざる可からざるものなり。然し又夫れ丈の悪人にて数罪を犯すに至る迄、之を其儘に爲し置くは、社会に於て等閑の過ちなきにあらず。仍て其等閑の過ちをも顧み、乗除する時は、併科するにも及ばざるに似たり。（中略）

仍て仏国刑法（ナポレオン刑事訴訟法典第三六五条第二項を指す。）の如く、一つの重きに従ふと為すべきかなれども、又全く一の重に従ふと為すも、亦真に適當を得たるものにあらず。何故なれば、一罪と数罪とは、公益を害するの多少と其罪の軽重との異なるは固より言を須たず。且つ此の如き悪人は、公衆に於ても特に惡むべきものと爲せば、之を真に一罪而已を犯したるものと均しく論ずべきものに非ず。然し又「一の重きに従ふ」と「併科する」とを比較して、其中間の適當を取るは甚だ難事なり。然し之を折衷して最も適當の道理を取らざる可からざるものとす。

（中略）

現今、歐羅巴各国の刑法にては、大抵、併科するの原則を用ゆれども、只仏国刑法而已一の重きに従ふの原則に仍る。之は甚だ竟に失するものとす。故に右併科の原則を用ひんとす。尤其併科の原則に取除の法あり。（三三二頁から三頁）

このように説明して、ボアソナードは、併科主義を原則とし、吸収主義を例外とする処断方法を定めた条文原案を提出した。その条文原案は、次に掲げる「日本刑法草案第一稿」第一百一条及び第一百二条となった（前掲『會議筆記』第I分冊、三三一頁から三四一頁。句読点及び濁点を附けた）。この処断方法をボアソナードは「制限ある併科

(*cumul limite*)」「寛裕なる併科 (*cumul temperé*)」と呼んだ(ボワソナード氏起稿『刑法草案註釈』上卷、司法省、明治十九年。四七九頁)。

第一百一条 罪ヲ犯シ、未ダ裁判ヲ經ズ、二罪以上、俱ニ発スル時ハ、各自ニ其刑ヲ科ス。

然トモ、左ニ記載スル諸件ハ、各其區別ニ從テ処断ス。

一 二罪以上ノ違警罪、俱ニ発シ、科料ニ該ル時ハ、各其刑ヲ科スト雖モ、併セテ十円ニ過ルコトヲ得ズ。其拘留ニ該ル時ハ、併セテ十日ニ過ルコトヲ得ズ。

二 軽罪・違警罪、俱ニ発シタル時ハ、止ダ軽罪ノ刑ヲ科ス。

三 二罪以上ノ軽罪、又ハ軽罪ニ減輕スベキ重罪ノ俱ニ發シタル時ハ、各其刑ヲ科スト雖モ、其刑名同キ者ハ、一ノ重キニ併セテ、其長期多数ニ過ルコトヲ得ズ。

若シ重禁錮・輕禁錮ノ俱ニ發シタル時ハ、各其刑ヲ科スト雖モ、先ヅ重禁錮ヲ執行シ、其經過シタル日數ハ、仍ホ輕禁錮ノ期限ニ算入ス。

四 重罪・軽罪、俱ニ發シタル時ハ、止ダ重罪ノ刑ヲ科ス。

然トモ剥奪公権・重禁錮、俱ニ發スル時ハ、各其刑ヲ科ス。

五 二罪以上ノ有期重罪、俱ニ發シタル時ハ、各其刑ヲ科スト雖モ、其刑名同キ者ハ、一ノ重キニ併セテ、其長期ニ過ルコトヲ得ズ。

若シ懲役・禁獄ノ俱ニ發シタル時ハ、各其刑ヲ科スト雖モ、先ヅ懲役ヲ執行シ、其經過シタル日數ハ、仍ホ禁獄ノ

期限ニ算入ス。

六 二罪以上無期ノ重罪、又ハ無期・有期ノ重罪、俱ニ發シタル時ハ、重ニ從テ、一ノ無期ノ刑ヲ科ス。

然ドモ流刑・懲役、俱ニ發スル時ハ、各其刑ヲ科シテ、先ヅ懲役ヲ執行ス。

第二百二条 一罪、前ニ發シ、已ニ論決ヲ經テ、餘罪、後ニ發スル時モ、亦前条ノ例ヲ適用ス。

若シ前發ノ刑輕クシテ、後發ノ刑重キ時ハ、其經過シタル実決ノ日數ヲ以テ、後發ノ刑期ニ算入ス。前發ノ刑、罰金・科料ニシテ、後發ノ刑、実決ニ該ル時ハ、金額ヲ還付シテ、後發ノ刑ヲ科ス。

四 鶴田皓の歎き

『日本刑法草案』編纂委員の鶴田皓は、編纂會議でのボアソナードとの討論で、併合罪の吸収主義を一貫して主張した。「日本刑法草案第一稿」第一百一条を見て、鶴田皓は次のような意見を述べた（前掲『會議筆記』第I分冊、三四六頁。条文以外は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）。

此条の初段に於て「二罪以上、俱發シタル時ハ、各自ニ其刑ヲ科ス。」と記し、併科を原則の本旨と為したれども、以下数項中、真に併科するもの少く、却て一の重に從ふもの多し。故に「各自ニ其刑ヲ科ス」との原則を改め、「一ノ重キニ從フ」と為し、而して次段に於て「然レドモ左記載スル云々」と記し、併科を以、一の重きに從ふ原則の取除（例外。佐立注。）と為すと書法マツに記せんとす。

これに対してボアソナードは、吸収主義は「はなはただ覺に失せりとす。」（同上書、三四七頁）と述べ、かつ、次のように反論した。

一の重きに従ふと為す時は、例へば、最初、重き罪を犯したる者にて、其最初より軽き罪は何度犯したりとも犯し徳に為るべきことを覺悟し、しばしば屢罪を犯すの弊害を生ずる恐あり。故に必ず併科せざる可からざるものとす。（同上書、三四九頁）

この反論に対して鶴田皓は次のように述べた。

已に重き罪を犯したる上は、其以下軽き罪は幾度犯すとも犯し徳なりとして、数罪を犯す如き悪人は、先づ公衆中に多くあるべきものにあらず、と見為さざるを得ず。仮令、たとひ万一、其弊害を生ずるとも、刑の不権衡なるが為めに大に酷に失せんよりは、寧ろ寛に失するを可なり、と考へり。然し、必ず併科せざる可からざるとなれば、已むを得ざるに付、併科の法と為すべきなれども、此条の各項は、大に校正を加へざるを得ず。（同上書、三五〇頁）

「此条の各項は、大に校正を加へざるを得ず。」という鶴田皓の意見に対しては、ボアソナードは「然り。」（同上書、三五〇頁）と答えた。そして、ボアソナードは、「仏国法律学者「ウルトラン」の説も、数罪俱発は其一の重きに従ふの道理なし、故に必ず併科すべきとの論なれども、然らば之を如何して併科すべきとの定説なし。故に此併科の法

は甚難事なり。仍て自分も熟考して校正したるものなり。」(同上書、三五〇頁)と述べて、「日本刑法草案第一稿」第一百一条及び第一百二条の「校正第一案」を提示した。次いで、「校正第一案」に対する鶴田皓の意見を踏まえて、「校正第二案」を起草した。鶴田皓は「校正第二案」をじっくりと黙読して、次のような歎声を発したという。

已に再三の協議を尽すと雖も、尚、此条中の支離錯雜したる書法を見るに、教師は法律学に熟して得意なりと雖も、其学力丈の法律を書に筆して、条理井然と編纂する所の大文字には乏しく不得意なるべし、と考へり。(同上書、三三七頁から八頁)

ボアソナードは、次いで「校正第三案」を起草し、鶴田皓との討論を経て、「日本刑法草案第二稿」第七章、数罪俱発、第一百一十一条及び第一百二条を作成した。鶴田皓は、「第二稿」に対して次のような意見を述べ、併科主義をやめ、吸収主義だけを用いることを主張した。

右第七章数罪俱発の本条は大に改正せんことを要す。一体は、併科法を以、煩雜の區別を為すよりは、一の重きに從ふ法而已を以て、簡易に為さんとす。何故なれば、併科法は、已に第一稿以前より再三再四の討論を尽し、数回の校正を加へて、稍く第二稿を成すと雖、尚を不都合の廉々ありて、彼此の權衡を得ざる所少からず。到底、其權衡を得る能はざるものと思考すればなり。

且、併科法を以、煩雜の區別を為すとも、畢竟、一の重きに從ふの主意を免かれざればなり。(同上書、三六五頁)

から六頁)

ボアソナードが「一体、二罪俱発は、何れの法に為すとも、真に適當を得ず。到底、多少の弊害なきを免れざるなり。」(同上書、三七三頁)と述べると、鶴田皓は「然り。而して其弊害なきを免れざる以上は、重きに失するより、寧ろ軽きに失する方、刑法の本旨なるべし。」(同上書、三七三頁)と答えた。通訳を務めた名村泰蔵がここで次のように発言した。

以上の主意(鶴田皓の意見。佐立注。)を以て、教師へ反復詳説したれども、第二稿の如き併科法に据へ置くべし、との論を飽迄主張する故に、到底、両議の一致することなかるべし、と考へり。仍て、此刑法には一の重きに従ふ法に立て置、併科法の草案は、之を別に副て、正院へ上申するの手續に為すは如何。之を教師に説きたるに、亦た已に承諾せり。(同上書、三七三頁)

鶴田皓も名村泰蔵の提案に賛成したので、「日本刑法草案」の数罪俱発条には吸収主義を定めることとなり、ボアソナードが起草した「第二稿」の数罪俱発条は、完成した『日本刑法草案』に添えて太政官に上申することとなった。

五 旧刑法の数罪俱発条の吸収主義の由来

完成した『日本刑法草案』の第七章、数罪俱発、第百十二条の「重罪軽罪ヲ犯シ、未ダ裁判ヲ経ズ、二罪以上、俱

ニ発スル時ハ、一ノ重キニ從テ処断ス。」(句読点及び濁点を附けた。以下同じ。)という条文は、旧刑法第一〇〇条第一項の「重罪輕罪ヲ犯シ、未ダ判決ヲ經ズ、二罪以上、俱ニ發シタル時ハ、一ノ重キニ從テ処断ス。」という条文と比べて、後者の「判決」が前者では「裁判」になっている以外、ほとんど同じである。『日本刑法草案』第一百四十一条の「一罪、前ニ發シ、已ニ論決ヲ經テ、餘罪、後ニ發シ、其輕ク若クハ等キ者ハ、之ヲ論ゼズ。其重キ者ハ、更ニ之ヲ論ジ、前發ノ刑ヲ以テ、後發ノ刑ニ算入ス。」という条文は、旧刑法第一〇二条第一項の「一罪、前ニ發シ、已ニ判決ヲ經テ、余罪、後ニ發シ、其輕ク若クハ等シキ者ハ、之ヲ論ゼズ。其重キ者ハ更ニ之ヲ論ジ、前發ノ刑ヲ以テ、後發ノ刑ニ通算ス。」という条文と比べて、後者の「判決」「等シキ」「通算」が前者では「論決」「等キ」「算入」になっている以外、同じである。また、『日本刑法草案』第一百六条の「数罪、俱ニ發シ、一ノ重キニ從フ時ト雖モ、其没収ス可キ物品ハ、各おの本法ヲ尽ス。」という条文が、旧刑法第一〇三条の「数罪、俱ニ發シ、一ノ重キニ從フ時ト雖モ、其没収及ビ徵償ノ処分ハ、各本法ニ從フ。」という条文のもとになったことは一目瞭然である。

第一節で説明したように、前段に掲げた旧刑法第一〇〇条第一項・第一〇二条第一項・第一〇三条の条文が、清律及び『新律綱領』の二罪俱發以重論条を踏まえて作られた条文であることは明らかである。ということは、旧刑法のこれらの条文のもとになった、これらの条文とほとんど同文の、前段に掲げた『日本刑法草案』第一百十二条・第一百四条第一項・第一百六条の条文は、清律及び『新律綱領』の二罪俱發以重論条を踏まえて作られたものであるはずである。『日本刑法草案会議筆記』を読む限り、『日本刑法草案』編纂会議でのボアソナードとの討論で、鶴田皓が清律の二罪俱發以重論条の条文に言及したのは、「日本刑法草案第二稿」第一百一十二条第十二項「没収ハ、数罪俱發ノ時ト雖モ、各自ニ之ヲ科ス」について、「之を別条、即第一百六条と為して、数罪俱發の末条に置くべし。而して此条は、

支那律（清律を指す。佐立注。）の書法に倣ひ、「各本法ヲ尽ス」と記すべし。」（前掲『会議筆記』第1分冊、三八二頁）と述べた一度だけである。けれども、「日本刑法草案第一稿」第百一条をめぐる討論で、鶴田皓は「仏国刑法及日本従前の刑法（『新律綱領』を指す。）にても、一罪の重きに從て罰することと為せしものなれば、矢張、其重きに從ふ法に為し置かんとす。」（同上書、三四七頁）と述べ、『新律綱領』に言及しているから、『日本刑法草案』のこれらの条文が清律及び『新律綱領』の条文を踏まえて作られたものであること、言い換えると、『日本刑法草案』の数罪俱発条、及びそれを修正した旧刑法の数罪俱発条が定める併合罪の吸収主義が清律に由来することは疑いない。

それでは、フランスの刑事訴訟法の規定と旧刑法の数罪俱発条とは関係があるのだろうか、ないのであるか。関係があるとすれば、どのような関係であろうか。関係がないとすれば、なぜ、ボアソナードは、『日本刑法草案』の数罪俱発条について、「仏律の原則を用ることとなれり。」と述べたのであろうか。

六 ナポレオン刑事訴訟法典の数罪俱発条と旧刑法の数罪俱発条との関係

第二節に書いたように、ボアソナードは、『日本刑法草案』の数罪俱発条が定める併合罪の吸収主義は、ナポレオン刑事訴訟法典の数罪俱発条に由来する、と認識していた。ナポレオン刑事訴訟法典の第二部「裁判について」第二編「陪審に從うべき諸事件について」第四章「審理、判決および執行について」第二節「判決および執行について」第三六五条第二項に「数箇の重罪または軽罪の証拠がある場合には、最も厳しい刑罰だけが宣告される。（原文。En cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte sera seule prononcée.）」と定められている。ナポレオン刑事訴訟法典の原文は Code Criminel de la France, Band 1, Keip Verlag, 2003 に収められているものを見

た。

この条文と清律の二罪俱発以重論条の「二罪以上、俱に発すれば、重き者を以て論ず。(原文。二罪以上俱発、以重者論。)」という条文と『日本刑法草案』第百十二条の「重罪軽罪ヲ犯シ、未ダ裁判ヲ経ズ、二罪以上、俱ニ発スル時ハ、一ノ重キニ從テ処断ス。」という条文とを比べると、『日本刑法草案』第百十二条の条文は、ナポレオン刑事訴訟法典第三六五条第二項の条文と清律の二罪俱発以重論条の条文とを合わせて作ったものであるように見える。併合罪の吸収主義を貫くならば、清律の条文だけをもとにして作ればよいが、『日本刑法草案』第百十三条に「違警罪、二罪以上、俱ニ発スル時ハ、各自ニ其刑ヲ科ス。若シ重罪又ハ輕罪ト俱ニ発スル時ハ、一ノ重キニ從フ。」(旧刑法第一〇一条とほぼ同文。)と定められているように、違警罪だけの併合罪には併科主義を用いることにしたので、ナポレオン刑事訴訟法典第三六五条第二項の条文を『日本刑法草案』第百十二条の条文に採り入れたのである。

それでは、『日本刑法草案』第百十四条第一項の「一罪、前ニ発シ、已ニ論決ヲ経テ、餘罪、後ニ発シ、其輕ク若クハ等キ者ハ、之ヲ論ゼズ。其重キ者ハ、更ニ之ヲ論ジ、前發ノ刑ヲ以テ、後發ノ刑ニ算入ス。」という条文は、ボアソナードの所謂「仏律の原則」と関係があるのであるのか。ボワソナード氏起稿『刑法草案註釈』上巻(前掲、四五三頁)に、『日本刑法草案』第百十四条のもとになった条文として、フランス刑事訴訟法第三百七十九条が挙げられている。ナポレオン刑事訴訟法典の第二部第二編第四章第二節第三七九条に次のように定められている。和訳に当たっては、中村義孝編訳『ナポレオン刑事法典史料集成』(前掲、九十七頁)を参考にした。

第一項 有罪判決に先立つ口頭弁論の間に、証拠により、あるいは証人の陳述により、被告人が起訴された重罪とは

別の重罪について、その被告人が被疑者にされるときは、もし、新しく明らかになった重罪が、はじめの重罪よりも重い刑に当たるとすれば、または、もし、被告人に拘留中の共犯者がいるならば、重罪院は、新しい事実を理由として、本法典に規定されている手続に従って、その被告人が訴追されることを命ずる。

第二項 この二つの場合には、検事長は、第二の訴訟についての判決が下される時まで、はじめの重罪に対する刑を宣告した判決の執行を延期する。

この条文は、第二項を読むと、『日本刑法草案』第百十四条と同じく、ある罪が発覚して、判決が下された後で『日本刑法草案』第百十四条第一項の「已ニ論決ヲ経テ」は、判決が下されたり、刑罰が執行されたりした後で、という意味である。「論」は判決を下すこと、「決」は刑罰を執行することを意味する。余罪が発覚した場合の処断方を定めたものであるように見えるが、そうではない。第一項に「有罪判決に先立つ口頭弁論の間に（原文。pendant les débats qui auront précédé l'arrêt de condamnation）とあるように、この条文は、『日本刑法草案』第百十二条と同じく、ある罪に対する判決が下される前に、その罪を含む複数の罪が発覚した場合の処断方法を定めたものに他ならない。ある罪を審理している間に別の罪が発覚すれば、『日本刑法草案』第百十二条では、両方の罪をまとめて審理して、一番重い刑罰を科する一つの判決を下すのであるが、ナポレオン刑事訴訟法典第三七九条では、前に発覚した罪と後で発覚した罪とを分けて審理して、それぞれに対して刑を当てる二つの判決を下し、重い方の刑を執行するのである。よって、ナポレオン刑事訴訟法典の第三七九条をもとにして『日本刑法草案』第百十四条を作ることではできないのである。すると、『日本刑法草案』第百十四条第一項の条文及び、それとほぼ同文の旧刑法第一〇

二条第一項の条文は、清律及び『新律綱領』の二罪俱發以重論条の条文だけをもとにして作られたことになるのである。

それでは、ナポレオン刑事訴訟法典の数罪俱發条は、第三六五条第二項の条文が『日本刑法草案』第一百十二条の条文、及びそれを修正した旧刑法第一〇〇条第一項の条文に採り入れられた以外は、『日本刑法草案』の数罪俱發条及びそれを修正した旧刑法の数罪俱發条とは関係がないのであろうか。『日本刑法草案』及び旧刑法の数罪俱發条はナポレオン刑事訴訟法典の数罪俱發条をもとにして作られたものではなかった、という意味では、関係がない、と断言しなければならぬ。

しかし、ボアソナードが併合罪の制限併科主義を「執拗」(前掲『會議筆記』第1分冊、三六六頁)に主張したにもかかわらず、そして、フランス以外のヨーロッパ諸国は皆、併合罪の併科主義を採用していたにもかかわらず(同上書、三三三頁・三四八頁・三四九頁)、清律及び『新律綱領』が定める併合罪の吸収主義を鶴田皓が譲らなかつたのはなぜか、と考えると、その理由は、教師ボアソナードの母国であるフランスの刑事訴訟法が、清律と同様、併合罪の吸収主義を定めている事実によって、清律及び『新律綱領』が定める併合罪の吸収主義を維持することに自信を持ったからではなからうか。もし、そうであるならば、ナポレオン刑事訴訟法典の数罪俱發条は、清律及び『新律綱領』が定める併合罪の吸収主義を旧刑法に採用する根拠となった、という意味では、旧刑法の数罪俱發条と大いに関係がある、と言うことができる。