

# 併合罪の吸収主義の成立について

——オルトラン説を土台にして——

佐 立 治 人

## 目 次

- 一 旧刑法の数罪俱発条の吸収主義の廃止
- 二 オルトランの説明
- 三 ヨセフィーナ刑法典第十五条
- 四 陪審員の設置に関する一七九一年の法律の一条文
- 五 一七九五年の罪刑法典の第四四六条
- 六 ナポレオン刑事訴訟法典第三六五条
- 七 唐律の二罪从重条
- 八 漢律の一人有数罪条
- 九 明清律の二罪俱發以重論条
- 十 罪刑法定主義と併合罪の吸収主義
- 十一 仮説の提出

## 一 旧刑法の数罪俱発条の吸収主義の廃止

明治十三年に公布された旧刑法の第一編第七章「数罪俱発」第一〇〇条第一項の「重罪軽罪ヲ犯シ、未ダ判決ヲ經ズ、二罪以上、俱ニ発シタル時ハ、一ノ重キニ從テ処断ス。」(句読点及び濁点を附けた。)という条文に定められている併合罪の吸収主義は、明治四十年に公布された現行刑法では採用されなかった。その理由について、明治四十年二月に第二十三回帝國議會に政府が刑法改正案を提出した際に配布された「刑法改正案参考書」に次のように記されている(日本立法資料全集26『刑法(明治40年)(6)』信山社、一九九五年。三〇七頁)。

現行法(旧刑法を指す。佐立注。)は、数罪俱発の場合に於て、違警罪を除く外は、所謂吸収主義に依り、数個の犯罪中、一の重に從て処断する主義を採れり。是を以て、一度罪を犯したる者は、其裁判確定に至るまで、幾度之と同等、若くは之より輕き罪を犯すと雖も、後の犯罪に対する刑は、常に第一の犯罪に対する刑に吸収せられ、後の犯罪は全く処罰を受くることなき結果を生ず。しかのみならず加之、一罪を犯したる者と数罪を犯したる者とは、常に同一の刑を以て処断せらるるに至り、頗る不当の結果を來たすを以て、改正案は此主義を排斥し、所謂併科主義を採り、一罪毎に各其刑を科することを原則と為したり。(片仮名を平仮名に変え、句読点及び濁点を附けた。)

この文章は、明治三十三年の「刑法改正案」の理由書の文章(日本立法資料全集21『刑法(明治40年)(2)』信山社、一九九三年。五二一頁)とほぼ同文である(山火正則「現行併合罪規定の成立過程」莊子邦雄先生古稀祝賀『刑

事法の思想と理論』所収、第一法規、平成三年。二二〇頁から一頁。

旧刑法の数罪併発条が定める吸収主義は、ボアソナードは、フランスの刑事訴訟法第三百六十五条第二項に由来する、と認識していたけれども、実は、清律の名例律、二罪併発以重論条に由来することは、前稿「旧刑法の数罪併発条の吸収主義の由来について」(本誌前号掲載)で説明した通りである。

ボアソナードは、併合罪の処断方法について、旧刑法の草案である『日本刑法草案』の編纂会議で、「現今、欧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、只仏国刑法而已のみの重きに従ふの原則に仍る。」(『日本刑法草案会議筆記』第I分冊、早稲田大学出版部、昭和五十一年。三三三頁。片仮名を平仮名に変え、句読点及び濁点を附けた。)と述べ、また、『刑法草按注解』上(明治十七年。日本立法資料全集8〔旧刑法別冊(1)〕)信山社、一九九二年。三一五頁)に「此原則(併合罪の吸収主義を指す。佐立注。)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、現に此法を廢止せり。」(片仮名を平仮名に変え、句読点を附けた。)と記している。

司法省第八局編輯『刑法表』(明治十六年。日本立法資料全集別卷二八八、信山社、平成十五年)の「数罪併発」の項を見ると、一八六七年に制定されたベルギー刑法の第六十一条に「重罪ヲ犯ス者、軽罪又ハ違警罪ノ一個若クハ一個以上、俱発スルトキハ、唯重罪ヲ以テ論ジ、其罪ヲ科ス可シ。」(句読点及び濁点を附けた。以下同じ。)、第六十二条の前半に「重罪数犯ノ者ハ、其重キニ從テ論ズ。」と定められており、ベルギー刑法では併合罪の吸収主義が採用されていたことが知られる。しかし、第六十二条の後半に「若シ其罪、有期徒刑・有期禁錮若クハ徒場駆役ニ該ル者ハ、本刑ニ一等ヲ加ヘテ五年ニ至ルコトアリ。」、第五十八条に「違警罪数個ヲ犯ス者ハ、其各犯罪条ニ從テ罪ヲ科

ス可シ。」第六十条に「数軽罪ヲ犯ス者ハ、其各犯ニ從テ刑ヲ科ス。但シ軽罪律中最モ重キモノヲ倍加スルニ過ギザルナリ。」と定められているように、ベルギー刑法では、重罪の併合罪の加重主義、違警罪の併合罪の併科主義、軽罪の併合罪の制限併科主義も採用されていたのである。

よつて、旧刑法の編纂当時、併合罪に対する処断方法は吸収主義を原則とすることを定めた刑事法典は、知られる限り、ナポレオン刑事訴訟法典及び清律、そして清律を継受した『新律綱領』しか存在しなかつたのである。それでは、併合罪の吸収主義は、いつ、どこで成立したのであろうか。

## 二 オルトランの説明

ボアソナードの刑法の師であるオルトラン (J. Ortolan) は、併合罪の吸収主義のはじまりについて、『刑法の諸要素』(Éléments de Droit Pénal, Paris, 1886) の中で、次のように説明している(第一冊第一卷第二部第四編第一章「数罪の併合、または反復について」第二節「実定法及び判例によれば」第一一六一号。五五一頁から二頁)。和訳に当たつては、ラルトラン著井上正一訳『仏国刑法原論』第一帙下卷(明治二十一年。日本立法資料全集別卷一三五、信山社、平成十一年。五九七頁から九頁)を参考にした。

### 【和訳】

ウルピアヌスに由来する格言(『学説彙纂』第四十七卷第一章「私的な違反について」第二法文の「同時に起こつた複数違反は、決して、いずれかの違反の不罰が許されるということをもたらさない。なぜなら、違反は、他の違

反によっては罰を軽減しないからである。」というウルピアヌスの学説を指す。佐立注。）は、全く反対の意味をもつ、一つの別の法格言が、同時に、古い判例の中で通用していた、という状況を妨げなかった。その法格言とは「より大きな罰は、より小さな罰を吸収する。（原文。Major poena minorem absorbet.）」というものである。ただし、この法格言は、通説によれば、複数の刑罰が、それ自体の性質により、あるいは当時の慣習により、並立することができず、そのため、併科を行うことができず、吸収を行わざるを得ないことになった場合についてのものである、と理解されていた。

にもかかわらず、その点について、複数の刑罰が並立できない場合から、複数の刑罰が並立できないのではない場合にも、この法格言を適用するために、そして、この法格言を、併合罪の一般的で抑制的な規則として、刑罰の併科の規則の代わりに用いるために、この法格言をより広い意味に理解することの正しさを主張した幾人かの刑法学者が存在した。この意見は、とりわけドイツで賛同を得た。カロリーナ即ちカール五世の刑事法典（原注。一五三〇年・一五三二年の）に置かれている一つの独特の規定は、ドイツの判例がこのような方向に向かうことに貢献した（原注1）。（後略）

（原注1）第一六三条「一つの窃盗行為について、前の諸条に定められている加重情状の一つ以上が存在するとき、最も厳しい加重に従って、刑罰が宣告される。」（後略）

右の説明の中で、「より大きな罰は、より小さな罰を吸収する。」という法格言を併合罪の一般的な規則として用いる方向にドイツの判例が向かうことに貢献した法規としてオルトランが掲げているカロリーナ刑事法典第一六三条は、

オルトラン自身が「Lorsque dans un vol il y aura plus d'une des circonstances aggravantes …」と訳しているように一つの窃盗行為 (un vol) が複数の加重情状を持つときに適用される法規であつて、併合罪に対する処断方法を定めた法規ではない。カロリーナ刑事法典が定める窃盗行為の加重情状とは、塙浩訳「カルル五世刑事裁判令(カロリーナ)」（塙浩著作集4『フランス・ドイツ刑事法史』所収、信山社、平成四年）に拠れば、救助を求める悲鳴をあげられたこと、追跡が行われたこと、現行犯逮捕されたこと、住居に登床したこと、住居を破開したこと、武器を携行したこと、再犯であること、三犯であること、五グルデン以上の価値の物を盗んだことである（第一五七条から第一六二条）。カロリーナ刑事法典の原文は、H. Zoepfl 編 Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. nebst der Bamberger und der Brandenburger Halsgerichtsordnung, 1883 に収載されているものを見た。

このように、オルトランは、カロリーナ刑事法典に至る西欧諸国の成文刑法の中に、併合罪の吸収主義を定めた法規を見出すことができなかつたのである。それもそのはずで、罪刑法定主義が存在せず、罪刑擅断主義に従つて裁判が行われていた時代に、併合罪の処断方法の中で最も抑制的な吸収主義を用いることを裁判官に命ずる法規を作ろうとする立法者はいなかつたであろう。オルトランが「古い判例の中で通用していた（原文。eüt cours…dans l'ancienne jurisprudence）」と述べる「より大きな罰は、より小さな罰を吸収する。」という法格言は、複数の刑罰が並立できない (incompatibles) 場合、例えば、それらが死刑と追放刑とである場合についてのものであるから、当然前のことを言っているに過ぎず、ナポレオン刑事訴訟法典第三六五条第二項が定める併合罪の吸収主義につながるものではあるまい。

### 三 ヨセフィーナ刑法典第十五条

それでは、西欧諸国の刑事法の中で、最初に併合罪の吸収主義を定めた法規はどれであろうか。オルトランは、前掲『刑法の諸要素』（同上第一一六二号）で次のように述べている。前掲井上正一訳（五九九頁）を参考にして訳した。

#### 【和訳】

結局、我々は、過去の吸収の規則を、十八世紀の啓蒙哲学の影響 (*les inspirations*) のもとに布告された一つの刑法典の中に置かれている法律の明文の中に見出だす。それは、オーストリアのための（原注。一七八七年一月一日の）、皇帝ヨーゼフ二世の刑法典の第十五条である。「もし犯罪者が、異なる数個の罪によって有罪であるときは、刑罰は、最も厳しく罰せられる罪を考慮して科されなければならない。」

しかし、足立昌勝「ヨセフィーナ刑法典」試訳（一）（『法経論集』第四十一号掲載、静岡大学法経短期大学部、一九七八年）に拠れば、ヨセフィーナ刑法典第十五条には、オルトランが掲げた条文に続いて、「しかし同時に、処罰の加重のために、すべての犯罪が留意されなければならない。」と定められている（足立訳、六十八頁）。よって、この条文が定める併合罪の処断方法は、純粹な吸収主義ではなく、裁量加重主義とも呼ぶべき処断方法である。けれども、この条文が定める併合罪の処断方法の中に吸収主義が含まれているのは事実であるから、オルトランに従っ

て、ヨセフィーナ刑法典第十五条を、西欧諸国の刑法の中で最初に併合罪の吸収主義を定めた法規であると認めてよいであろう。

足立前掲「試訳」は、ヨセフィーナ刑法典の特徴について、「罪刑法定主義を採用し（原注。公布勅令・第一条）、モンテスキューが主張したような意味で、裁判官を厳格に法律に拘束させた（原注。第二三条）」（六十二頁）と述べている。しかし、ヨセフィーナ刑法典が罪刑法定主義の要件を充たしているとは評価することはできない。第一条に「法律に違反するすべての行為が、刑事犯なのではない。本法に刑事犯と規定されている法律に違反する行為のみが、刑事犯とみなされ、扱われるべきである。」（足立訳、六十五頁）と定められているから、ヨセフィーナ刑法典は、罪刑法定主義の要件のうち、各犯罪の内容があらかじめ法律の中に定められていること、という要件は充たしている。けれども、第十三条に「刑事裁判官は、法律で悪行に関する刑罰の量と種類が厳格に明文で定められているときは、法律の字義通りの執行に拘束される。」（足立訳、六十八頁）と定められていることからわかるように、ヨセフィーナ刑法典には、「悪行に関する刑罰の量と種類が厳格に明文で定められて」いない条文が置かれている。例えば、第五十三条は「騒擾・騒乱の罪（中略）においては、軍法会議の手續が採用されなければならず、ここでは犯罪と犯罪者をいろいろと考慮してすべての種類の刑罰を行なうことができる。」（足立訳、七十六頁から七頁）と定めている。それどころか、第二十一条に「鎖刑、公共労働を課した懲役刑、懲役刑（中略）は、犯罪者の状態に応じて、期間の延長もしくはより一層厳しいものを附加させることにより、これを加重することができる。」（足立訳、七十頁）と定められているように、ヨセフィーナ刑法典は、裁判官が裁量で法定刑を加重することを許しているのである。よって、ヨセフィーナ刑法典は、罪刑法定主義の要件のうち、各犯罪に対する刑罰があらかじめ法律の中に定められているこ



と、という要件を充たしていないのである。

ヨセフィーナ刑法典の冒頭に掲げられている一七八七年一月十三日の公布勅令に、「犯罪と刑罰との間に合理的な均衡を与え、その印象が一時的に終らないように両者に一定の関係を定めるために、犯罪と刑罰に関する一般法を命令でもって公布する。」(足立訳、六十四頁)と宣言されている。ヨセフィーナ刑法典の立法者は、犯罪と刑罰との「合理的な均衡」を、各犯罪とそれぞれ釣り合う刑罰をあらかじめ法定することによってではなく、裁判官が裁量で法定刑を加重することを許すことによっても、達成しようとしたのである。ゆえに、併合罪の処断方法についても、ヨセフィーナ刑法典の立法者は、吸収主義を採用しただけではなく、吸収主義による刑罰を裁判官が裁量で加重する処断方法をも採用したのである。問題は、併合罪の吸収主義という発想を、ヨセフィーナ刑法典の立法者がどこから得たのか、ということである。

#### 四 陪審員の設置に関する一七九一年の法律の一条文

次に、フランスの刑事法の中で、最初に併合罪の吸収主義を定めた法規はどれであろうか。オルトランは次のように述べている(同上書第一一六三号前半)。前掲井上正一訳(五九九頁)を参考にして訳した。

#### 【和訳】

我がフランスでは、一七八九年の革命の後で、軽罪または違警罪の諸法律も、一七九一年の刑法典も、後に、一八〇〇年の刑法典も、併合罪についての規則を定めなかった。ただ、憲法制定議会在、陪審員の設置に関する一七九一

年の法律の中で、重罪院の活動に関して、及び、被告人の責任をめぐる口頭弁論の過程で明らかにされた新しい罪に関して、その法律の一つの規定を設けただけであった。その結果、その規定の趣旨に従って、来たるべき規則は、最も重い罪に当たる刑罰は、より軽い罪に当たる刑罰を吸収する、というものであることになった（原注3）。

（原注3） 刑事裁判、及び陪審員の設置に関する一七九一年九月二十九日の法律、第七編「審理と証拠」とについて「第四十条「もし被告人が、起訴状の中に記された事実が認定されたと（陪審から。佐立注。）宣告されたときは、彼は、（口頭弁論によって彼の責任が明らかにされたところの。オルトラン注。）新しい事実を理由として、再び訴えられることができる。しかし、もし彼が、第二の罪が認定されたと宣告されるならば、彼は、それによって、第一の罪に当たる刑罰よりも、第二の罪に当たる刑罰の方が重い場合にしか、（第二の罪に当たる。佐立注。）刑罰を受けない。その場合には、彼は（第一の罪に対する。佐立注。）判決の執行を（第二の罪に対する判決が下されるまで。佐立注。）延期される。（第二の罪に対する判決が下され、第二の罪に当たる刑罰の方が重いことが明らかになったときは、第一の罪に対する判決が科する刑罰は執行されない。佐立注。）」

刑事裁判、及び陪審員の設置に関する一七九一年九月二十九日の法律は、沢登佳人「邦訳・大革命期フランスの刑事訴訟立法（その一）、治安警察、刑事司法および陪審員の設置に関するデクレ（一七九一年九月一六——一九日）」（『法政理論』第十七巻第一・二号掲載、新潟大学、一九八四年）の翻訳がある。オルトランが引用する同法律第七編第四十条は、A. A. Caratte, *Lois Annotées ou Lois, Décrets, Ordonnances, 1789 à 1830*, Paris を見て確認した。本条の和訳に当たっては、沢登訳を参考にした。

本条が定める併合罪の吸収主義は何に由来するのであろうか。定め方が全く異なるので、ヨセフィーナ刑法典第十  
五条ではないであろう。すると、わずか数年違いというほぼ同じ時期に、オーストリアとフランスとの二国で、互い  
に関係なく、併合罪の吸収主義をそれぞれの刑事法に採用したことになる。これは単なる偶然であろうか。

## 五 一七九五年の罪刑法典の第四四六条

オルトランは続いて次のように述べる（同上書第一一六三号後半）。前掲井上正一訳（五九九頁から六〇〇頁）を  
参考にして訳した。

### 【和訳】

共和暦四年霧月<sup>フリュニメル</sup>（三日。西暦一七九五年十月二十五日。佐立注。）の犯罪及び刑罰の法典、そして最後に、一八  
〇八年の刑事訴訟法典は、（陪審員の設置に関する一七九一年の法律第七編第四十条と。佐立注。）同じ定め方に従っ  
た（原注1）。そして、その結果、刑法典の総則の中に法律によって定められるべきであった、抑制の法律のこの重  
要な問題（併合罪の処断方法。佐立注。）について、我々は刑法典の中に一つの条文も持っていないのである。ただ、  
刑事訴訟法典（ナポレオン刑事訴訟法典を指す。佐立注。）の二つの条文（原注。第三六五条・第三七九条）が、「陪  
審に委ねられる事件について」の編に、そして「判決及び執行について」の節に置かれているだけである。

（原注1） 共和暦四年霧月三日の犯罪及び刑罰の法典、第七編「判決及び執行について」第四四六条「有罪判決に  
先立つ口頭弁論の間に、証拠によってか、証人の陳述によってか、起訴状の中に記された事実とは別の事実について、

被告人が被疑者とされたときは、重罪裁判所は、重罪裁判所が開廷される地の陪審指導判事の前に、この新しい事実を理由として、被告人が訴えられることを命ずる。ただし、これは、この新しい事実が、第一の事実よりも厳しい刑罰に値する場合だけである。」

オルトランは引用していないが、罪刑法典第四四六条には、オルトランが引用した文章に続いて、「この場合、裁判所は、新しい事実に対する判決の後まで、第一の刑罰の執行を延期する。」と定められている。

共和暦四年霧月三日の犯罪及び刑罰の法典は、沢登佳人・藤尾彰・鯨越溢弘「邦訳・大革命期フランスの刑事訴訟立法（その二）、罪刑法典（一）（革命暦四年霧月三日）」〔『法政理論』第十七卷第四号掲載、新潟大学、一九八五年〕の翻訳がある。オルトランが引用する同法典第二卷第七編第四四六条は、前掲 *Lois Annotées ou Lois, Décrets, Ordonnances, 1789 à 1830.* を見て確認した。本条の和訳に当たっては、沢登・藤尾・鯨越訳を参考にした。

本条は、前節に掲げた陪審員の設置に関する一七九一年の法律の第七編第四十条をもとにして作られたのであろう。後者では、第一の犯罪事実をめぐる口頭弁論の間に第二の犯罪事実が発覚したときは、第一の犯罪事実に対する裁判に続いて、第二の犯罪事実に対する裁判が行われ、その上で、それぞれの犯罪事実に対する刑罰を比べて、重い方を科するのである。一方、本条では、第二の犯罪事実に対する刑罰が、第一の犯罪事実に対する刑罰よりも重いと考えられるときだけ、第二の犯罪事実に対する裁判が行われ、実際に第二の犯罪事実に対する刑罰の方が重いときは、その刑罰を科し、軽いときは、第一の犯罪事実に対する刑罰を科するのである。

一八〇八年に公布されたナポレオン刑事訴訟法典の第三七九条は、本条を改正した条文である。前者では、第二の

犯罪事実について、被告人に拘留中の共犯者がいるときにも、第二の犯罪事実に対する裁判が行われる、と定められている。ナポレオン刑事訴訟法典第三七九条は、前稿「旧刑法の数罪併発条の吸収主義の由来について」（本誌前号掲載）第六節に掲げてある。

## 六 ナポレオン刑事訴訟法典第三六五条

オルトランは、続いてナポレオン刑事訴訟法典第三六五条について次のように述べている（第一一六四号・第一一六五号第一段）。前掲井上正一訳（六〇〇頁から二頁）を参考にして訳した。

### 【和訳】

しかし、一八〇八年の立法者は、一七九一年の立法者及び共和暦四年霧月の立法者を全く模範としながらも、彼によつて採用された規則（併合罪の吸収主義。佐立注。）を、より正確な方法で定めることを望んだ。そして、彼は次のように定めた。刑事訴訟法典第三六五条「…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。」

政府の発言者は、立法院の前で、この規定について次のように述べるにとどまった。「この草案は、刑罰の併科を採用しないことを明白に決定しました。…今日まで、刑事裁判所は、法律の明文に従うよりはむしろ、判例に従つて、刑罰の併科を自らに禁じてきました。しかし、このような事柄については、すべて法律によつて決定されるべきです。」（原注②）（後略）

(原注2) 一八〇八年十一月二十九日の立法院の審議での、フォール氏による理由説明。Locre 第二十五巻、七七頁に見える。

このオルトランの記述を読む限り、ナポレオン刑事訴訟法典第三六五条の立法者は、併合罪の処断方法として吸収主義を採用した理由を示していない。オルトランが引用するフォール (Faure) による理由説明は、Locre 編 *Legislation civile, commerciale et criminelle* 第十四冊 (一八三六年。Verlag Keip 一九九〇年) *Code d'instruction criminelle* 第二巻第二編第十部第十章 *Exposé de motifs* (一〇四頁) を見て確認した。十八世紀末から十九世紀初めにかけてのフランスの刑事法の立法者が、併合罪の処断方法として、なぜ吸収主義を採用したのか、オルトランの説明を読んでも、結局わからずじまいなのである。

## 七 唐律の二罪従重条

オルトランは全く知らなかったであろうが、中国では、ナポレオン刑事訴訟法典より千年以上も前から、併合罪の吸収主義を定める条文が刑法典の中に置かれていた。唐の開元二十五年(七三七)に頒行された律の名例、二罪従重条に次のように定められている。唐開元二十五年律は、劉俊文点校『唐律疏議』(中華書局、一九八三年)を見た。本条の和訳に当たっては、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)、西田太一郎『中国刑法史研究』(岩波書店、昭和四十九年)第十章「併合罪について」を参考にした。

## 【原文】

諸二罪以上俱発、以重者論。(本注。謂非応累者。唯具条其状、不累輕以加重。若重罪応贖、輕罪応居作・官当者、以居作・官当為重。) 等者、從一。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、以充後数。即以贓致罪、類犯者、並累科。若罪法不等者、即以重贓併滿輕贓、各倍論。(本注。累、謂止累見発之贓。倍、謂二尺為一尺。(後略)。(中略) 累併不加重者、止從重。其応除・免・倍・没・備償・罪止者、各尽本法。

## 【訓読】

諸<sup>す</sup>て二罪以上、俱<sup>とも</sup>に発すれば、重き者を以て論ず。(本注。応に累<sup>たま</sup>ぬべきに非ざる者を謂う。唯だ其の状を具条するのみ。輕きを累ねて以て重きに加えず。若し重罪<sup>も</sup>応に贖すべく、輕罪<sup>も</sup>応に居作・官当すべき者は、居作・官当を以て重しと為す。) 等しき者は一に從う。若し一罪、先に発し、已に論決を経て、餘罪、後に発すれば、其の輕き<sup>も</sup>若しくは等しきは、論ずる勿<sup>な</sup>し。重き者は更に之れを論じ、前罪を通計して、以て後数を充<sup>み</sup>たす。即し贓<sup>も</sup>を以て罪を致し、類りに犯す者は、並びに累科す。若し罪法、等しからざる者は、即ち重贓を以て輕贓に併滿す。各々倍論す。(本注。累とは、止だ見発の贓を累ぬるを謂う。倍とは、二尺を一尺と為すを謂う。(後略)。(中略) 累併して重きに加えずる者は、止だ重きに從う。其れ<sup>も</sup>應に除・免・倍・没・備償・罪止すべき者は、各々本法を尽くす。

## 【和訳】

二つ以上の罪が一緒に発覚したときは、重い罪に從つて判決を下す。(本注。贓額を合計すべき罪(後出)ではな  
い罪についてである。一番重い罪以外の罪は、判決文の中に罪状を列挙するだけである。軽い罪を重い罪に積み重ね  
ることはしない。もし、重い罪に贖(実刑を銅で贖う処分)が許され、軽い罪が居作(労役)あるいは官当(官と引

き換えに実刑を免除する処分)に当たるときは、居作・官当に当たる罪を重い罪とする。) 罪の重さが等しいときは、一つの罪に従って判決を下す。もし、一つの罪が先に発覚し、判決が下され、あるいは刑が執行されてから後で、余罪が発覚したときは、その余罪が、先に発覚した罪と比べて軽く、もしくは等しければ、その余罪について判決を下さない。余罪の方が重ければ、判決をやり直して、重い余罪に従って判決を下し、前の判決が科した刑を後の判決が科した刑に算入する。

もし、贓物を得たことが理由で罪になる贓罪(強窃盗罪、賄賂を受贈する罪等)を、発覚前にいくつも犯したときは、どの贓罪であっても、贓額を合計して二で割って、刑を導き出す。もし、贓罪の重さが同じでないときは、重い罪の贓額を軽い罪の贓額に合併して二で割って、刑を導き出す。(本注。贓額を合計する(原文。累)とは、現に発覚した罪の贓額だけを合計する、という意味である(いくつかの贓罪を犯し、そのうちのいくつかが先ず発覚したときは、先ず発覚した罪の贓額を合計して二で割って、刑を導き出し、判決を下す。後で残りの贓罪が発覚したときは、後で発覚した罪の贓額だけを合計して二で割って、刑を導き出し、前の刑と比べて重ければ、後の刑を科する判決を下し、前の刑を後の刑に算入する。佐立注。))。二で割る(原文。倍)とは、二尺を一尺にする、という意味である。(後略。)(中略)合計・合併して刑を導き出しても、それぞれの罪の中で最も重い罪に当たる刑よりも重くならないときは、ただその最も重い罪に従って判決を下す。

除名・免官・倍備(盗贓の額の二倍を償わせること)・没官・備償・罪止(刑を加重しないこと)の処分は、いずれも、それぞれの罪を定めた条文の規定通りに行う。



現行日本刑法第四十五条が定める併合罪は、ある罪に対する判決が確定する前に、その罪を犯した人が犯した、その罪を含む二個以上の罪であるが、唐律の二罪従重条が定める併合罪は、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である（滋賀前掲、一七二頁）。

本条の律文に附された本注に「唯だ其の状を具条するのみ。（一番重い罪以外の罪は、判決文の中に罪状を列挙するだけである。）」と記されているから、本条が定める併合罪の吸収主義は、罪を吸収するものではなく、刑を吸収するものであることが知られる。本注とは、律の本文にはじめから附されている注であつて、律の本文と同じ効力を持つ。

本条が定める併合罪に対する処断方法は、併合罪の中に複数の贓罪が含まれていないときは、一番重い罪を選んで、その罪に当たる刑を科し、併合罪の中に複数の贓罪が含まれているときは、贓額を合計・合併して二で割ることによつて導き出した刑と、それぞれの贓罪及び贓罪以外の罪の中で一番重い罪に当たる刑とを比べて、一番重い刑を科する、というものである。

## 八 漢律の一人有数罪条

唐律が定める併合罪の吸収主義の由来は、漢律まで溯る。程樹德『九朝律考』（中華書局、一九六三年。六十八頁）が指摘するように、『春秋公羊伝』莊公十年二月条に附された何休の注に、「猶律一人有数罪、以重者論之。（猶お律に、一人、数罪有らば、重き者を以て之れを論ず、とあるがごとし。）」と記されている。何休は後漢の人であるから、この律は漢律である。漢律のこの条文が前漢の初めに既に定められていたことが、出土竹簡から明らかになった。

一九八三年十二月から行われた、湖北省江陵県の張家山二四七号漢墓の発掘で、その槨室内から、「二年律令」と題された五百二十六枚の竹簡が発見された(『張家山漢墓竹簡』(二四七号墓) 文物出版社、二〇〇一年。「前言」「二年律令釈文注釈」一三三頁)。そのうち「具律」(後世の律の「名例律」に当たる。)と題された竹簡に属する第九十九号竹簡は、「一人有数」「罪毆以其重罪<sub>二</sub>之」と記された二つの断片から成る(同上書「二年律令図版」十五頁、「二年律令釈文注釈」一四八頁)。「毆」は「也」である。「<sub>二</sub>」は重文符号である。「以其重罪<sub>二</sub>之」は「以其重罪罪之(其の重罪を以て之れを罪す)」と読む。

富谷至編『江陵張家山二四七号墓出土漢律令の研究(訳注篇)』(朋友書店、二〇〇六年。「具律」《九九》注①)は、この「二年律令」第九十九号竹簡について、「切れ目は完全に分離。間に何か缺けている可能性もあるが、ここですながつて、簡頭が缺けている可能性もある。」と述べている。もし「一人有数」の文字と「罪毆以其重罪<sub>二</sub>之」の文字とが直接つながるのであれば、この竹簡に記された具律の条文は「一人有数罪毆、以其重罪罪之。(一人、数罪有らば、其の重き罪を以て之れを罪す。)」であることになり、『春秋公羊伝』の何休の注が引く漢律の条文とよく似ていることになる。もし「一人有数」の文字と「罪毆以其重罪<sub>二</sub>之」の文字とが直接にはつながらなくても、「以其重罪罪之(其の重き罪を以て之れを罪す)」という文言から見て、この竹簡に記された律文が併合罪の吸収主義を定めたものであることは疑いない(富谷編同上書「具律」《九九》解説)。

「二年律令」の「二年」は前漢の呂后二年(前一八六)であると推断されている(前掲『張家山漢墓竹簡』「二年律令釈文注釈」一三三頁)。すると、中国では、ナポレオン刑事訴訟法典より実に二千年も前から、併合罪の吸収主義を定める条文が律の中に置かれていたのである。

なお、堀毅「唐律溯源改」（瀧川政次郎博士米寿記念論集『律令制の諸問題』所収、汲古書院、昭和五十九年）は、漢律が定める併合罪の吸収主義は秦律から引き継いだものである、と推定している。

## 九 明清律の二罪俱發以重論条

唐律の二罪従重条は明律に引き継がれた。洪武三十年（一三九七）に頒行された『大明律』の名例律、二罪俱發以重論条に次のように定められている。洪武三十年の明律は、懷效鋒点校『大明律』（法律出版社、一九九九年）を見た。

### 【原文】

凡二罪以上俱發、以重者論。罪各等者、従一科断。若一罪先發、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。（本注。謂如二次犯竊盜、一次先發、計贓一十貫、已杖七十。一次後發、計贓四十貫、該杖一百。合貼杖三十。如有祿人、節次受人枉法贓八十貫、内四十貫先發、已杖一百徒三年、四十貫後發、難同止累見發之贓。合併取前贓、通計八十貫、更科全罪、断從処絞之類。）其心入官・賠償・刺字・罷職・罪止者、各尽本法。（本注略）

### 【訓読】

凡て二罪以上、俱に發すれば、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、先に發し、已に論決を経て、餘罪、後に發すれば、其の輕き若しくは等しきは、論ずる勿し。重き者は更に之れを論じ、前罪を

通計して、以て後数を充たす。（本注。謂うところは、如し、二次、窃盗を犯し、一次、先に発し、贓を計るに十貫、已に杖七十。一次、後に発し、贓を計るに四十貫、杖一百に該る。合に杖三十を貼くべし。如し、禄有る人、節次に人の枉法贓八十貫を受け、内四十貫、先に発し、已に杖一百徒三年。四十貫、後に発せば、止だ見発の贓を累ぬるに同じくすること難し。合に前贓を併せ取り、八十貫を通計して、更めて全罪を科し、断じて絞に処するに従うべきの類なり。）其れ心に入官・賠償・刺字・罷職・罪止すべき者は、各々本法を尽くす。（本注略）

【和訳】

二つ以上の罪が一緒に発覚したときは、重い罪に従って判決を下す。罪の重さがそれぞれ等しいときは、一つの罪に従って判決を下す。もし、一つの罪が先に発覚し、判決が下され、あるいは刑が執行されてから後で、余罪が発覚したときは、その余罪が、先に発覚した罪と比べて軽く、もしくは等しければ、その余罪について判決を下さない。余罪の方が重ければ、判決をやり直して、重い余罪に従って判決を下し、前の判決が科した刑を後の判決が科した刑に算入する。（本注。この条文の意味は次の通り。例えば、二度、窃盗罪を犯し、一つの窃盗罪が先に発覚し、贓額を計算して十貫であつたので、杖七十の判決が下され、執行されたとする。もう一つの窃盗罪がその後で発覚し、贓額を計算して四十貫であつたので、杖七十の判決が下され、執行されたとする。もう一つの窃盗罪がその後で発覚し、贓額を計算して四十貫であつたので、杖一百に当たる。すると、杖三十を追加して執行しなければならない。一方、例えば、俸給をもらっている官吏が、折々、ある人から賄賂を受けて法を枉げ、贓額が八十貫であつたとする。そのうち四十貫が先に発覚し、杖一百徒三年の判決が下され、執行された。残りの四十貫がその後で発覚したとすると、「ただ現に発覚した罪の贓額だけを合計する」場合と同じ扱いにすることはできない。前の贓額四十貫を併せて、通計して八十貫として、あらためて、全八十貫の賄賂を受けて法を枉げた罪を科し、絞刑に処する判決を下さなければ

ならない。等々。)入官(没収のこと)・賠償・刺字(入墨)・罷職・罪止(刑を加重しないこと)の処分は、いずれも、それぞれの罪を定めた条文の規定通りに行う。(本注略)

この明律の条文を唐律の二罪従重条と比べると、この条文の「二罪以上俱発」から「通計前罪以充後数」までは、「罪各等者、従一科断」が唐律では「等者、従一」となっている他は、唐律と全く同じである。しかし、唐律の本注の「謂非応累者。唯具条其状、不累輕以加重。若重罪応贖、輕罪応居作・官当者、以居作・官当為重。」という規定を引き継いでいないので、軽い罪の罪状を判決文の中に列挙するのかどうか、贖が許される重い罪と贖が許されない軽い罪とではどちらが重いのか、この明律の条文を読んでもわからない。また、唐律の「即以贓致罪、頻犯者並累科。若罪法不等者、即以重贓併滿輕贓、各倍論。(本注。累、謂止累見發之贓。倍、謂二尺為一尺。)」という条文を引き継いでいない。

本注の「如有祿人節次受人枉法贓八十貫」以下の文は、唐律の二罪従重条の律疏の問答の文をもとにして作られた文である。それを知らないとい、この本注の文に出てくる「難同止累見發之贓(止だ見發の贓を累ぬるに同じくすると難し)」という文言の意味がわからない。実際、荻生徂徠『明律国字解』(内田智雄・日原利国校訂、創文社、一九六六年。九十一頁)は、「止累見發之贓」の「止」を「上」字の誤りである、と誤解している。

贓罪の併合罪に対する処断方法について、明律では、刑律、賊盜、窃盜条に「但そ財を得る者は、一主を以て重しと為す。(本注。一主を以て重しと為すとは、謂うところは、如し二家の財物を盗み得たらば、一家の贓多き者に從いて罪を科す。)、刑律、受贓、官吏受財条に「有祿人。枉法贓、各主なれば、通算して全科す。(本注。謂うところは

は、(中略)如し十人の財を受け、一時に事発すれば、通算して一処と作し、其の罪を全科す。」「枉法贓、各主なれば、通算して折半して科罪す。(本注。謂うところは、(中略)如し十人の財を受け、一時に事発すれば、通算して一処と作し、折半して科罪す。)、坐贓致罪条に「坐贓にて罪に致り、各主なれば、通算して、折半して科罪す。」と定められている。

明律の二罪俱発以重論条は、清の順治三年(一六四六)に成った順治律(『大清律集解附例』)にほとんどそのまま引き継がれた。順治律の名例、二罪俱発以重論条に次のように定められている。順治律は『中国珍稀法律典籍統編』第五冊(黒龍江人民出版社、二〇〇二年)に収められているのを見た。

### 【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(小注。所論決之)罪、以充後(小注。発之)数。(本注。謂如二次犯窃盜、一次先発、計贓一十兩、已杖七十。一次後発、計贓四十兩、該杖一百。合貼杖三十。如有禄人、節次受人枉法贓四十兩、内二十兩先発、已杖六十徒一年。二十兩後発、難同止累見發之贓、合併取前贓、通計四十兩。更科全罪、徒三年。)其心(小注。贓)入官、(小注。物)賠償、(小注。盜)刺字、(小注。官)罷職、罪止者、(小注。罪雖勿論、或重科、或従一、仍)各尽本法。(本注略)

これを明律の二罪俱発以重論条と比べると、順治律の二罪俱発以重論条では、小注が加えられ、贓額の単位が貫か

ら両に変わり、例として挙げられている有祿人の枉法贓の総額が八十貫から四十両に変わり、それに応じて、刑が絞から徒三年に変わっている、という違いがあるだけである。

雍正七年（一七二九）に頒行された雍正律（『大清律集解附例』）を経て、乾隆五年（一七四〇）に成った乾隆律（『大清律例』）の二罪俱發以重論条では、順治律同条の本注の「難同止累見發之贓」の文言が削除され、「更科全罪、徒三年。」の後に「不枉法贓及坐贓、不通計前科。」の文言が加えられた。吳壇『大清律例通考』（馬建石・楊育棠主編『大清律例通考校注』中国政法大学出版社、一九九二年、二八五頁）に拠れば、「難同止累見發之贓」の文言が削除されたのは、語意が明らかでなく、その意味が後の「併取前贓通計」の中に包含されているからである、という。

## 十 罪刑法定主義と併合罪の吸収主義

それでは、旧中国の律は、なぜ、併合罪の吸収主義を採用したのであろうか。旧刑法の草案である『日本刑法草案』の編纂会議で、併合罪の吸収主義を採用することを主張した鶴田皓は、「然し、先づ一の重さに従ふと為すべき方なり。畢竟、最初一罪を犯したる時、直ちに之を捕へて罰せざるは、政府の落度もあるべきなり。然るに、其数罪を犯したる後に至り、之を重く罰するは、教へずして罪みするものなり。」（『日本刑法草案會議筆記』第1分冊、早稲田大学出版部、昭和五十一年、三四九頁。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。「教へずして罪みするもの」とは、『論語』堯曰の「不教而殺、謂之虐。」を踏まえた言葉である。しかし、旧中国の律については、その立法者が、『論語』のこの思想に従って、併合罪の吸収主義を定めたことを示す証拠は見当たらない。旧中国の律が併合罪の吸収主義を採用したのは、旧中国の律が罪刑法定主義を採用したことの結果に他ならない、

と考えるべきである。犯罪とそれに対応する刑罰とをあらかじめ成文の法律の中に定めて公開する罪刑法定主義の目的は、官吏の横暴から人民を守ることと、人民が罪を犯さないようにすることとの二つである。罪を犯した者に刑罰を与えること自体が目的ではないのである。罪を犯した者に刑罰を与えるのは、罪刑法定主義の目的を実現するための手段に過ぎない。そして、人民が罪を犯さないようにすることは、各人民がたくさんの罪を犯さないようにすることではなく、各人民が一つも罪を犯さないようにすることである。すると、一人が犯した数個の罪が同時に発覚したときは、そのうちの最も重い罪に当たる刑罰だけを与えることこそが、各人民が一つも罪を犯さないようにするという目的を実現するための、必要かつ十分な手段である、ということになるのである。よって、併合罪の処断方法のうち、吸収主義こそが、罪刑法定主義の目的を実現するために最も適切な処断方法であり、併科主義はもちろん、加重主義もまた、罪刑法定主義の目的を実現するためには過剰な処断方法なのである。

## 十一 仮説の提出

中国では、併合罪の吸収主義を定めた律の条文が、紀元前二世紀の漢代から存在し続けたのに対して、西欧諸国では、併合罪の吸収主義を定めた刑事法典の条文が、十八世紀末から十九世紀初めにかけて、オーストリアの一七八七年のヨセフィーナ刑法典、フランスの陪審員の設置に関する一七九一年の法律、一七九五年の罪刑法典、一八〇八年のナポレオン刑事訴訟法典の中に突如として出現した。この十八世紀末の時期は、フランス人権宣言第八条が罪刑法定主義を提出した一七八九年の直前直後に当たる。つまり、西欧諸国では、罪刑法定主義が初めて公布されたのとは同時に、併合罪の吸収主義がオーストリアとフランスとの刑事法典の中に定められたのである。



前節で説明したように、併合罪の処断方法のうち、罪刑法定主義の目的を実現するために最も適切な処断方法は吸収主義である。よって、オーストリアとフランスとの刑事法典（ヨセフィーナ刑法典は罪刑法定主義の要件を充たしていないけれども）が併合罪の吸収主義を採用したのは正しい。それにしても、昔から罪刑擅断主義、厳刑主義の刑事裁判を行ってきた国の刑事法典で、罪刑法定主義を採用した途端に、併合罪に対する処断方法として、併科主義でも制限併科主義でもなく、吸収主義を採用したのは、唐突ではなからうか。併科主義であっても、罪刑法定主義の目的を実現するためには過剰であるというだけで、罪刑法定主義と矛盾するものではないのである。実際、罪刑法定主義を採用した他の西欧諸国の刑法典では、併合罪に対する処断方法として、制限併科主義あるいは加重主義が採用されているのである（司法省第八局編輯『刑法表』明治十六年、信山社、平成十五年。一四六頁から八頁。岡田朝太郎『比較刑法』下巻、信山社、平成十六年復刻版。一二二頁から一三二頁）。

唐突と言えば、そもそも西欧で十八世紀になってはじめて罪刑法定主義が語られるようになったことが唐突である（別稿で説明するように、マグナ・カルタは罪刑法定主義の淵源ではない）。西欧諸国の刑法典の中で最初に罪刑法定主義に従って編纂された刑法典は、フランスの一七九一年の刑法典である（この刑法典については、内田博文・中村義孝共訳「フランス一七九一年刑法典」『立命館法学』一九七一年第二号掲載を参照）。この刑法典には併合罪の処断方法は定められていないが、陪審員の設置に関する一七九一年の法律の条文に併合罪の吸収主義が定められた。つまり、西欧で初めて罪刑法定主義に基づく刑法典が作られた時、併合罪の処断方法として採用されたのは、中国の律と同じ吸収主義であったのである。この事実を認識するならば、次のような仮説を提出せざるを得ないのである。

それは、西欧の罪刑法定主義は、西欧古来の法律学の蓄積から自然に生まれたものではなく、中国の罪刑法定主義

が、中国で活動していた西欧人宣教師からの情報等によって、中国から西欧に輸入されたものであり、十八世紀末から十九世紀初めにかけてのオーストリア及びフランスの刑事法典の条文に定められている併合罪の吸収主義は、そのことを示す痕跡である、という仮説である。中国の罪刑法定主義が、清律の内容についての情報と一緒に、西欧の知識者層にもたらされたため、西欧で初めて罪刑法定主義に基づく刑事法典を編纂する際、その立法者に対して清律の内容が影響を与えた、と考えるのである。ヨセフィーナ刑法典の立法者は、中国から伝わった罪刑法定主義についての理解が不十分であったのであろう。

この仮説が正しいかどうかを確かめるためには、ヨセフィーナ刑法典、フランスの一七九一年の刑法典、一七九五年の罪刑法典の条文を清律の条文と比べて、その中に清律の内容の影響を受けて作られたと考えることができる条文が、併合罪の吸収主義を定める条文の他にも存在するかどうかを調べなければならない。