

現行日本刑法の「教唆」と旧中国律の「造意」との関係について

佐 立 治 人

目 次

- 一 現行刑法の教唆条
- 二 旧刑法の教唆条
- 三 ボアソナードの説明
- 四 旧中国律の教唆の規定
- 五 井上毅とボアソナードとの問答
- 六 「造意」について
- 七 現行刑法の教唆条の正当性に対する疑い

一 現行刑法の教唆条

現行刑法第一編第十一章、共犯、第六十一条第一項に「人を教唆して犯罪を實行させた者には、正犯の刑を科する。」と定められている。これは平成七年に表記が平易化された条文であって、表記が平易化される前は「人ヲ教唆

現行日本刑法の「教唆」と旧中国律の「造意」との関係について

シテ犯罪ヲ実行セシメタル者ハ正犯ニ準ス」という条文であった。この条文は、旧刑法第一〇五条の「人ヲ教唆シテ重罪軽罪ヲ犯サシメタル者ハ亦正犯ト為ス」という条文を引き継いだものである。このことは、明治四十年二月に第二十三回帝國議會に提出された「刑法改正案」に附された「参考書」の第六十一条の項に次のように説明されていることから知られる。

「本条第一項は、現行法（旧刑法を指す。以下同じ。佐立注。）第五百条と同一の規定にして、所謂実行正犯を教唆したる場合の規定とす。現行法は（中略）文字稍不明なる虞あるを以て、之を修正せり。現行法は又、教唆者を正犯と為すと規定すれども、改正案は、正犯ニ準スと改めたり。是教唆者は実行正犯に非ざるも、其責任に於ては正犯と同一なることを明にするものなり。」（日本立法資料全集26『刑法（明治40年）（6）』信山社、一九九五年。三一―二頁。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。）

二 旧刑法の教唆条

旧刑法第一編第八章、数人共犯、第一節、正犯、第一〇五条の「人ヲ教唆シテ、重罪軽罪ヲ犯サシメタル者ハ、亦正犯ト為ス。」（句読点を附けた。以下同じ。）という条文は、次のような草案の変遷を経て成立した。

『日本刑法草案』第一編第八章、数人共犯、第一節、正犯、第一百八十八条では、第一項に「脅迫贈与結約威権其他、故意ヲ以テ人ヲ教唆シテ、重罪軽罪ヲ犯サシメタル者、亦正犯ト為ス。」、第二項に「論説ヲ公衆ニ演述シ、若クハ文書ヲ刊行公布シテ、国ノ安寧ニ関シ、又ハ人民ニ対シタル重罪軽罪ヲ犯スコトヲ教唆シタル者亦同シ。但法律ニ於テ別ニ教唆者ノ刑ヲ加重シ、又ハ出版演説ノ条例ニ依テ教唆ニ止ル者ヲ罰スルハ、各其法律条例ニ従フ。」という条文

が置かれている（『日本刑法草案会議筆記』第四分冊、早稲田大学出版社、昭和五十二年。第二十六卷三一—一八頁）。

『刑法審査修正案』第一編第八章、数人共犯、第一節、正犯、第百五条では、『日本刑法草案』第百十八条第二項の条文が削除され、同条第一項の条文の「脅迫」の前に「詐欺」二字が加えられ、「者亦」の間に「ハ」字が加えられ、「詐欺脅迫贈与結約威権其他、故意ヲ以テ人ヲ教唆シテ、重罪軽罪ヲ犯サシメタル者ハ、亦正犯ト為ス。」という条文になっている（日本立法資料全集36Ⅱ『旧刑法（明治13年）（4）Ⅱ』信山社、二〇一六年。二四八頁）。

『刑法審査修正案』を元老院で審議する前に作成された、『刑法審査修正案』の修正案の第百五条では、「詐欺脅迫贈与結約威権其他、故意ヲ以テ」の文言が削除され、「人ヲ教唆シテ、重罪軽罪ヲ犯サシメタル者ハ、亦正犯ト為ス。」という条文になっている（同上『旧刑法（4）Ⅱ』三三—三五頁）。この条文が元老院で可決され（同上三三五頁）、旧刑法の第一〇五条の条文となった。

二 ボアソナードの説明

『日本刑法草案』第百十八条の、ボアソナードが最初に提出した原案が、どのような条文であったかは不明であるが、『日本刑法草案』第一稿の第百五条（『日本刑法草案』第百十八条に当たる。）が作成されるまでに交された、ボアソナードと鶴田皓との討論を読む限り、『日本刑法草案』第百十八条とボアソナードの原案とは、内容に大きな違いはなかったと考えられる。『日本刑法草案』第百十八条の原案について、ボアソナードは次のように説明している（『日本刑法草案会議筆記』第一分冊、早稲田大学出版社、昭和五十一年。三八四頁）。

此条は総て支那律に基きたるものなり。尤、伊太利亜刑法第七十六条及白耳義刑法第六十六条も皆大同小異なり。然し第二項の論説ヲ公衆ニ演述シ云々の主意は、白耳義刑法の右同条の主意に全く同じ。之を第一項の贈与結約云々の教唆者と同じく見做すは、至極道理に適當するものとす。何故なれば、其方法の異なる而已にて、他人を教唆する所の心実に於ては、固より第一項の贈与結約云々と異なることなければなり。(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。)

この説明に対して、鶴田皓は「然り。其方法の如何に拘はらず、教唆者は総て正犯と為すべきなり。」と答えている。そして、ボアソナードが「然らば此条の主旨に於ては異議なきや。」と尋ねると、鶴田皓は「然り。」と答えている(同上三八四頁)。

ボアソナードは、『日本刑法草案』第百十八条の原案について、「此条は総て支那律に基きたるものなり。」と説明し、鶴田皓もそれを否定していない。「支那律」とは清律を指す。しかし、清律にも明律にも、そして唐律にも、『日本刑法草案』第百十八条第一項及び第二項の条文に似た条文は見当たらない。一方、同条第一項の条文は、イタリヤ刑法草案第七十六条及びベルギー刑法第六十六条だけではなく、フランスのナポレオン刑法典第六十条の条文にもよく似ている。ナポレオン刑法典第六十条には「贈与、約束、脅迫、職権もしくは権限の濫用、陰謀もしくは詐術により、重罪または軽罪とされる行為を教唆しまたはその行為を犯すよう指示した者は、重罪または軽罪とされる行為の共犯として処罰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。一七三頁から四頁。原語を示す注を省いた。以下同じ。)、そして、同第五十九条に「重罪または軽罪の共犯は、重罪

または軽罪の正犯と同一の刑に処せられるべきものとする。」(同上二七三頁)と定められている。

一八七五年議定のイタリア刑法草案第七十六条には「左ニ記シタル者ハ、犯罪ノ附従トス。一、指令及ヒ挑唆ヲ為シ、褒賞ヲ与ヘ、又ハ之ヲ結約シ、又ハ脅迫恐嚇權威、又ハ其他ノ方法ヲ以テ、他人ヲシテ罪ヲ犯サンコトヲ決心セシメタル者。二、公ケニ演説ヲ為シ、又新聞或ハ書物ヲ貼付シ、或ハ分派シ、直ニ罪ヲ犯スコトヲ鼓動シタル者。」(司法省第八局編輯『刑法表』明治十六年。信山社、平成十五年復刻版。百六十五頁)、そして、同第七十七条第一項に「第七十六条ノ一項ニ記シタル附従ハ、正犯ヲ罰スル為メノ刑ヲ以テ罰ス可シ。」(同上同頁)と定められている。一八六七年制定のベルギー刑法第六十六条には「或ハ利ヲ以テ誘引、或ハ約ヲ結ビ、或ハ劫迫シ、或ハ威福ヲ擅ニシ、或ハ奸謀若クハ偽計ヲ以テ、軽重罪ヲ行ハシムル者。或ハ衆会公席ニ利害ヲ辨シ、或ハ路傍ニ議論ヲ揭示シ、或ハ印行書ヲ頒布シ、忽チ軽重罪ヲ犯サシムル者。以上ハ皆、造意者ヲ以テ論シ、其本刑ニ処シ(後略)」(同上百五十九頁から百六十頁)と定められている。

『日本刑法草案』第百十八条第二項の条文は、ボアソナードが、その主意はベルギー刑法第六十六条の主意に全く同じ、と述べているように、ベルギー刑法第六十六条の「衆会公席ニ利害ヲ辨シ」以下の文言(前掲)とよく似ている。また、イタリア刑法草案第七十六条第二項の文言(前掲)ともよく似ている。

そこで、ボアソナードが述べたという「此条は総て支那律に基きたるものなり。」という言葉は、筆記者の聞き違いではないか、と考えたのであるが、そうではない。『日本刑法草案』の各条文を解説した『刑法草案按注解』(上巻。明治十七年。信山社、一九九二年復刻版)の中で、ボアソナードは、『日本刑法草案』第百十八条について、「時としては、一人、一罪を犯すことを決して、他人、其教唆により、之を施行することあり。仏国の法は、教唆する者を看

て、唯に附従となしたり。勿論、該法に於ては、之を附従とするも、刑を軽くするに非ず。然れども、斯く名くる時は、教唆者の役目を軽くするが如し。是れ不正の考へなれば、近來の法律は之を採用せず。本条は、此点に於て、日本旧來の法律に従ひ、教唆者を正犯とせり。實に此徒は第一の犯者なり。犯罪の思考を以て、其思考なき犯者に勧めたる者なり。猶豫せる犯者をして心を決せしめたる者なり。」(三三五頁。片仮名を平仮名に変え、句読点を附けた。)と述べている。

「日本旧來の法律」とは『新律綱領』を指す。『新律綱領』は清律を母法とする刑法典である。よつて、右の解説から、『日本刑法草案』の編纂會議でボアソナードが述べた「此条は総て支那律に基きたるものなり。」という言葉は、『日本刑法草案』第百十八條の條文のうち、「人ヲ教唆シテ、重罪輕罪ヲ犯サシメタル者、亦正犯ト為ス。」という文句が清律の條文をもとにして作られた、という意味であることがわかる。

「正犯」とは、『日本刑法草案』第百十七條の「二人以上連合シテ、現ニ罪ヲ犯シタル者ハ、皆、正犯ト為シ、各自ニ其刑ヲ科ス。」という條文に拠れば、犯罪を實行して法定刑を科される者である。そして、「人ヲ教唆シテ、重罪輕罪ヲ犯サシメタル者」は、自らは犯罪を實行しない者である。すると、ボアソナードの言葉が正しければ、清律及び『新律綱領』の中に、自らは犯罪を實行せず、他人を教唆して犯罪を實行させた者に対して、犯罪を實行した者が科される法定刑と同じ刑を科する、と一般的に定める條文が存在するはずである。ところが、以下に説明するように、清律及び『新律綱領』に限らず、唐律、明律の中にも、そのように一般的に定める條文は存在しないのである。

四 旧中国律の教唆の規定

他人に犯罪を教唆して、犯罪を実行させた者に対する処分を定めた旧中国律の条文として、以下に掲げるものが存在する。

唐名例律、老小及疾有犯条に「九十以上、七歳以下、雖有死罪、不加刑。即有人教令、坐其教令者。（九十以上、七歳以下は、死罪有りと雖も、刑を加えず。即し人の教令する有らば、其の教令する者を坐す。）」と定められている。明律及び清律の名例律、老小廢疾收贖条の規定も、「即」が「其」になっている以外は同文である。善悪を判断する力が乏しい老人幼児に教唆指示して犯罪を実行させた者に対しては、その犯罪に対応する刑を科し、犯罪を実行した老人幼児には刑を科さない、という意味である。

明律及び清律の吏律、職制、官員襲廢条に「若將異姓外人乞養為子、瞞昧官府、詐冒承襲者、乞養子、杖一百、發邊遠充軍。（中略）他人、教令者、並与犯人同罪。（若し異姓の外人を將て、乞養して子と為し、官府を瞞昧し、詐冒承襲する者は、乞養の子は杖一百、邊遠に發して充軍す。（中略）他人の教令する者は、並びに犯人と同罪。）」と定められている。異姓養子であるのに、実子あるいは同姓養子と詐って、父親の武官を承襲することを教唆指示して、それを実行させた者に対しては、実行犯に科する刑と同じ刑を科する、という意味である。

唐賊盜律、造畜蠱毒条に「造畜蠱毒、及教令者、絞。（蠱毒を造畜し、及び教令する者は絞。）」、明律及び清律の刑律、人命、造畜蠱毒殺人条に「造畜蠱毒、堪以殺人、及教令者、斬。（蠱毒の以て人を殺すに堪うるを造畜し、及び教令する者は斬。）」と定められている。蠱毒を造畜した者と、教唆指示してそれを実行させた者との両方に死刑を科

する、という意味である。

唐鬪訟律、教令人告事虚条に「教令人告、事虚応反坐、(中略)以告者为首、教令为徒。(人を教令して告せしめ、事、虚にして応に反坐すべきは、(中略)告する者を以て首と為し、教令は従と為す。)」と定められている。他人に教唆指示して、人を誣告させたときは、誣告を實行した者が首犯とされ、法定刑を科され、教唆指示した者は従犯とされ、法定刑より一等軽い刑を科される、という意味である。一方、明律及び清律の刑律、訴訟、教唆詞訟条では、「教唆詞訟、(中略)増減情罪、誣告人者、与犯人同罪。(詞訟を教唆し、情罪を増減して、人を誣告せしむる者は、犯人と同罪。)」と定められている。他人を教唆して、人を誣告させた者に対しては、誣告を實行した者に科する刑と同じ刑を科する、という意味である。また、唐鬪訟律、教令人告事虚条の続きに「即教令人、告總麻以上親、及部曲奴婢告主者、各減告者罪一等。被教者、論如律。(即し人を教令して、總麻以上の親を告せしめ、及び部曲・奴婢をして主を告せしむる者は、各々告する者の罪より一等を減す。教せ被るる者は、論ずること律の如し。)」と定められている。他人に教唆指示して、その親族や主人を訴えさせた者に対しては、教唆されて自分の親族や主人を訴えた者が科される法定刑よりも一等軽い刑を科する、という意味である。

唐詐偽律、詐教誘人犯法条に「詐教誘人使犯法(本注。犯者不知而犯之。)、及和令人犯法(本注。謂共知所犯有罪。)、即捕若告、或令人捕告、欲求購賞、及有憎嫌、欲令人罪、皆与犯法者同坐。(詐りて人を教誘して法を犯さしめ(本注。犯す者、知らずして之れを犯す。)、及び和して人をして法を犯さしめ(本注。共に、犯すところ罪有るを知るを謂う。)、即ちに捕え、若しくは告し、或いは人をして捕告せしめ、購賞を欲し求め、及び憎嫌有り、罪に入れしめんと欲するは、皆、法を犯す者と同じく坐す。)」と定められている。また、明律及び清律の刑律、詐偽、詐教誘

人犯法条にも「諸人設計用言、教誘人犯法、及和同令人犯法、却行捕告、或令人捕告、欲求給賞（清律は「給賞」を「賞給」に作る。）、或欲陷害人得罪者、皆与犯法之人同罪。（諸人、計を設け、言を用い、人を教誘して法を犯さしめ、及び和同して人をして法を犯さしめ、却りて捕告を行い、或いは人をして捕告せしめ、給賞を欲し求め、或いは人を陷害して罪を得しめんと欲する者は、皆、法を犯すの人と同罪。）」と定められている。賞金を得る目的で、あるいは人を罪に陥れる目的で、他人をだまして、罪を犯しているとは知らずに罪を犯させ、または、罪を犯すことを承諾させて罪を犯させた者は、罪を犯した者が科される刑と同じ刑を科される、という意味である。

戴炎輝「清律に於ける共犯」（『国家学会雑誌』第八十五卷第五・六号掲載、一九七二年）は、唐律の詐教誘人犯法条について、「教令者と被教令者の間に於て、詐誘が行なわれたか否かを論ずることなく、みな該条を適用することができる。故に該条は広く教令者と被教令者の処罰に関する一般原則である。即ち両者の間に於て首従を分けることなく、教令者と被教令者（原注。所謂「犯法者」）は同じ処罪トクに処せられる。」（三十三頁から四頁）と述べ、また、清律の詐教誘人犯法条についても、「教令犯の原則的規定である」（四十頁）としている。

しかし、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。（名四三）二六一頁）が、唐律の詐教誘人犯法条について、「被教唆者を犯罪人に仕立てること自体（中略）を目的とする極めて特殊な形態の教唆と、教唆をもって準備した上で、被教唆者が罪を犯すのを見届けてこれを官憲に告発する（中略）ことを構成要件とする一個の罪を規定したものであって、通常の意味での共犯に関する規定ではない。」と説明するように、唐律及び明清律の詐教誘人犯法条は、「教令者と被教令者の処罰に関する一般原則」を定めたものと受け取れることはできないのである。

すると、結局、唐律及び明清律、そして清律を母法とする『新律綱領』の中には、自らは犯罪を実行せずに、他人を教唆して犯罪を実行させた者に対して、犯罪を実行した者が科される法定刑と同じ刑を科する、と一般的に定める条文は存在しないのである。それでは、なぜ、ボアソナードは、そして鶴田皓までもが、そのような条文が旧中国律の中に存在する、と誤解したのであろうか。

五 井上毅とボアソナードとの問答

明治八年九月から九年四月にかけて、司法省刑法草案取調掛で、ボアソナードから指導を受けながら、日本人委員だけで、初めて西欧流の刑法草案を作成した。この草案は、「日本帝国刑法初案」と呼ばれ、第一編名例八十二条だけであった。明治九年四月二十五日に司法省から正院に上呈され、五月十七日に元老院の議定に付されたが、審議せずに返還された(前掲『日本刑法草案会議筆記』第1分冊「解題」)。おそらく、その頃であろう、井上毅は、清律とフランス刑法とを比べて、清律が優れていると考えられる点を四つ挙げ、ボアソナードに質問状を送り、意見を求めた。ボアソナードは一八七六年(明治九年)五月二十五日付の手紙で回答した。この問答は、井上毅「刑法問答」(『国家学会雑誌』第四卷第四十五号掲載、明治二十三年)、その原稿の鰯刻を含む「ボアソナード氏刑法意見」(国学院大学日本文化研究所編『近代日本法制史料集』第九所収、昭和六十二年)で見ることが出来る。

この問答で、井上毅は、フランス刑法よりも清律の方が優れている点の一つとして、「仏律にては、他人を教令して罪を犯さしめたる者は、従(原注。コンプリス)を以て論ず。」(片仮名を平仮名に変え、濁点を補った。以下同じ。)というのに対し、「漢律(清律を指す。佐立注。)にては、造意者は首と為して論ず。」という点を挙げてい

この点について、ボアンナードは「我が仏律、犯罪を教令したる者を以て、其の従犯となしたるに止めたるの甚だ平允ならざるは、遺憾なりと云ふ可し。実に其の罪を教令したる以上は、所謂原謀者にして、主犯を以て論ず可きなり。是れ示さるる所の清律に定むる所たり。」と答えている。

「他人を教令して罪を犯さしめたる者は、従を以て論ず。」という「仏律」は、第三節に掲げたナポレオン刑法典第五十九条及び第六十条である。Compliceを井上毅は「従」と訳し、前掲中村義孝訳は「共犯」と訳している。「造意者は首と為して論ず。」という「漢律」は、清律の名例律、共犯罪分首従条の「共犯罪者、以造意为首、随従者減一等。(共に罪を犯す者は、造意を以て首と為し、随従する者は一等を減ず。)」という条文である。共同して犯罪を實行したときは、罪を犯すことを最初に決意した者一人を首犯として、その者に法定刑を科し、それ以外の者は、従犯として、法定刑よりも一等級の刑を科する、という意味である。

井上毅は、清律の「造意」をフランス刑法の「他人を教令して罪を犯さしめたる者 (ceux qui...auront provoqué à cette action ou donné des instructions pour la commettre)」と同じ意味に受け取った上で、フランス刑法では教令者は従犯であるが(ただし、正犯と同じ刑を科される)、清律では「造意」即ち教令者は首犯として法定刑を科される、という違いがある、と認識したのである。もし、井上毅のこのような理解が正しければ、清律の共犯罪分首従条の「共に罪を犯す者は、造意を以て首と為す。」という条文は、他人に教唆指示して犯罪を實行させた者は、自らも犯罪を實行したか否かに関わりなく、首犯として、犯罪に対応する法定刑を科される、という意味であることになり、清律の中に、他人に教唆指示して犯罪を實行させた者に対しては、犯罪に対応する法定刑を科する、という一般原則が定められていることになる。しかし、次節で説明するように、井上毅の理解は正しくないのである。

六 「造意」について

清律の共犯罪分首従条の「共に罪を犯す者は、造意を以て首と為し、随従する者は一等を減ず。」という条文は、明律の名例律、共犯罪分首従条の条文をそのまま引き継いだものであり、明律の条文は、唐律の名例律、共犯罪造意為首条の条文をそのまま引き継いだものである。

「共に罪を犯す者（共犯罪者）」とは、共同して犯罪を實行した者、という意味である。「犯罪（罪を犯す）」が、犯罪を實行する、という意味であることは、律の中での「犯罪」という語の使われ方から見て疑いない。すると、「造意」は実行犯の一人でなければならぬ。唐賊盜律、謀殺人条に「造意者、雖不行、仍為首。（造意する者は、行わずと雖も、仍お首と為す。）」、明律及び清律の刑律、人命、謀殺人条に「其造意者、身雖不行、仍為首論。」という例外規定が置かれていることから、「造意」は実行犯であることが原則であることを確かめることができる（戴炎輝「清律に於ける共犯」前掲。三五五頁）。滋賀秀三訳註「名例」（前掲。名四二二―二五二頁）は「造意者は同時に実行行為者である場合もあれば、犯行現場に臨みさえしない場合もある。」と述べるけれども、実行犯ではない者が「造意」として処罰されるのは、例外規定がある場合に限る。原則としては、「造意」に当たる者は、実行犯の中の一人であり、必ず「首」犯とされるのである。

井上毅は「造意」と教令とを混同したのであるが、確かに、造意者は必ず教唆指示を行わなければならない。そうしないと、他人と共に犯罪を實行することができないからである。戴炎輝「清律に於ける共犯」（前掲。三五五頁）が「教令と造意の差異は、教令者が実際の行為に参加しないのに対し、造意者はさらに一歩すすんで実行行為に参加

した点にある。」と説明するのは正しい。

それでは、自らは犯罪を實行せず、他人に教唆して犯罪を實行させた者は、旧中国律ではどのような扱ひを受けるのであろうか。第四節に掲げた規定に当てはまる場合はそれらの規定が適用される他、殺人を教唆して實行させた者に対しては、唐律の賊盜律、謀殺人条の「造意者、雖不行、仍為首論。」、明律及び清律の刑律、人命、謀殺人条の「其造意者、身雖不行、仍為首論。」の規定が適用され、強盜竊盜、及び恐喝取財等、盜に準じる罪を教唆して實行させた者に対しては、唐律の賊盜律、共盜併贓論条の「共盜者、(中略)造意及從、行而不受分、即受分而不行、各依本首從法。若造意者不行、又不受分、(中略)造意者為從。(共に盜む者は、(中略)造意及び從、行いて分を受けず、即しくは分を受けて行わざるは、各々本の首從もとの法に依る。若し造意する者、行わず、又た分を受けざれば、(中略)造意する者は從と為す。)、明律及び清律の刑律、賊盜、盜賊窩主条の「強盜窩主造意、身雖不行、但分贓者、斬。若不行、又不分贓者、杖一百流三千里。(中略)竊盜窩主造意、身雖不行、但分贓者、為首論。若不行、又不分贓者、為從論。(強盜の窩主(隠れ家の主。佐立注。)、造意するは、身、行わずと雖も、但そ贓おぼを分かつ者は斬。若し行わず、又た贓を分かたざる者は杖一百流三千里。(中略)竊盜の窩主、造意するは、身、行わずと雖も、但そ贓を分かつ者は首と為して論ず。若し行わず、又た贓を分かたざる者は、從と為して論ず。)」という規定が適用される。

以上の場合の他は、自らは犯罪を實行せずに、他人に教唆して犯罪を實行させた者に対しては、犯罪の輕重に応じて、唐律の雜律、不応得為条、明律及び清律の刑律、雜犯、不応為条の「ま應に為すを得べからずして之れを為す者は笞四十。事理重き者は杖八十。」の規定が適用されるであろう。陶安「唐律共犯概念再考」(『法制史研究』59掲載、平成二十二年)は、「共に罪を犯す者」(中略)は、實行に関わっていた者に制限されたのではなからうか。」(一五

五頁)と正しく理解しているけれども、「唐律は、それらの特例(本稿第四節及び本節に掲げた規定を指す。佐立注。)を除いては、「罪をそそのかす」行為についてそもそもそれを「可罰的なるもの」の範疇に分類していなかったのではなからうか。」(一五一頁)と述べるのは言い過ぎであらう。

七 現行刑法の教唆条の正当性に対する疑い

第五節に掲げたように、ポアソナードは、井上毅の質問に答えて、「実に其の罪を教令したる以上は、所謂原謀者にして、主犯を以て論ず可きなり。是れ示さるる所の清律に定むる所たり。」と述べている。ポアソナードは、井上毅の誤まった教示を受けて、清律の共犯罪分首従条の「共に罪を犯す者は、造意を以て首と為す。」という条文は、犯罪を教唆指示して実行させた者に対しては、自らも犯罪を実行したか否かに関わりなく、犯罪に対応する法定刑を科する、という意味である、と誤解したのである。鶴田皓も、この条文をこのような意味に誤解していたことは、『日本刑法草案』の編纂会議で、ポアソナードが第百十八条の原案について、「此条は総て支那律に基きたるものなり。」と発言したのを正すことなく、「其方法の如何に拘はらず、教唆者は総て正犯と為すべきなり。」と発言していることから知られる。

鶴田皓は、「其方法の如何に拘はらず」と述べているように、清律の共犯罪分首従条の「造意」が意味する教唆指示は、方法の如何を問わない、と理解しており、それ故に、編纂中の刑法草案でも、犯罪を教唆して実行させた者に対しては、教唆の方法の如何を問わず、正犯として法定刑を科する、と定めるべきである、と考えていた。それに対して、ポアソナードは、『日本刑法草案』第一稿第百五条の粗案では、ベルギー刑法第六十六条に倣って、教唆者が

正犯とされる教唆の方法を、「贈与、結約、擅権、姦謀」に限っていた（前掲『日本刑法草案会議筆記』第1分冊、三八五頁。ボアソナードは「脅迫」の語を入れ忘れた、と思われる。）『日本刑法草案』第二稿第一百五條でも「脅迫贈与結約威權奸謀ヲ用ヒ、人ヲ教唆シテ」となっており、教唆者が正犯とされる教唆の方法が限られていた（前掲『日本刑法草案会議筆記』第四分冊、三〇四三頁）。

ところが、『日本刑法草案』確定稿第百十八條では、第二稿第百十五條の「奸謀ヲ用ヒ」が「其他故意ヲ以テ」に変更られて、「脅迫贈与結約威權其他、故意ヲ以テ人ヲ教唆シテ」という文言になった（前掲『日本刑法草案会議筆記』第1分冊、三八九頁。同第4分冊、三一八頁）。これでは、「どんな方法を用いても、故意に人を教唆して」という意味になり、また、教唆は故意に行うものであることは言うまでもないから、「脅迫、贈与、結約、威權」という、教唆の方法を限定する語、そして「故意」の語を置く意味がない。第二節に書いたように、『刑法審査修正案』の修正案の第百五條で、「詐欺脅迫贈与結約威權其他、故意ヲ以テ」の文言が削除されて、「人ヲ教唆シテ、重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ、亦正犯ト為ス。」という条文になったのであるが、それも当然である。この条文がそのまま旧刑法第一〇五條の条文となり、そして、「重罪輕罪」が「犯罪」に、「犯サシメタル」が「実行セシメタル」に、「亦正犯ト為ス」が「正犯ニ準ス」に変えられただけで、旧刑法第一〇五條の条文が現行刑法第六十一條第一項の条文（表記平易化前）となったのである。

すると、現行刑法の教唆條は、旧刑法の教唆條を引き継いで、清律の「共に罪を犯す者は、造意を以て首と為す。」という条文は、他人を教唆して犯罪を実行させた者に対しては、自らも犯罪を実行したか否かに関わりなく、また、教唆の方法の如何を問わず、犯罪に対応する法定刑を科する、という意味である、という旧刑法の立法者の誤解を踏

襲して作られたことになるのである。

第一節に掲げた「刑法改正案」参考書は「教唆者は実行正犯に非ざるも、其責任に於ては正犯と同一」と述べるけれども、本当にそうなのであろうか。教唆するだけで犯罪を實行しない者よりも、教唆されて犯罪を實行した者の方が悪質なのではなからうか。現行刑法の教唆条の、自らは犯罪を實行せずに、他人を教唆して犯罪を實行させた者に対して、一律に、犯罪に対応する法定刑を科する、という定めは、正当なのであろうか。このような定めになったのは、もともと、旧刑法の立法者が清律の条文の意味を誤解していたからなのである。ということは、現行刑法の教唆条が成り立つための主たる根拠が、はじめから存在しない、ということなのである。よって、現行刑法の教唆条の正当性を疑わざるを得ないのである。