

現行日本刑法第六十五条第二項の由来について

佐 立 治 人

目 次

- 一 現行刑法第六十五条第二項と旧刑法第一〇六条・第一一〇条
- 二 『日本刑法草案』第一百九条第二項・第二百三三條
- 三 『刑法審査修正案』第六六条・第一百十條
- 四 『新律綱領』の共犯罪分首從條
- 五 明清律の共犯罪分首從條
- 六 唐律の共犯罪本罪別條
- 七 ドイツ刑法に由来するという説に対して

一 現行刑法第六十五条第二項と旧刑法第一〇六条・第一一〇条

共犯者の中に身分によって刑を加重減輕される者がいる場合について、現行刑法第六十五条第二項は「身分によつて特に刑の輕重があるときは、身分のない者には通常の刑を科する。」と定めている。この条文は、平成七年に表記

が平易化される前は、「身分ニ因リ特ニ刑ノ軽重アルトキハ其身分ナキ者ニハ通常ノ刑ヲ科ス」という条文であった。現行刑法が制定されるに至る過程で、この表記平易化前の条文と同じ文言が最初に現れたのは、明治二十八年の「刑法草案」第八十一条但書である（日本立法資料全集21『刑法（明治40年）（2）』信山社、一九九三年。一四三頁）。この文言は、明治三十年の「刑法草案」第八十三条第二項（同上、同頁）、明治三十三年の「刑法改正案」第八十二条第二項（同上、四七五頁から六頁）、明治三十四年の「刑法改正案」第七十七条第二項（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。四十一頁）、第十六回帝国議會に提出された明治三十五年の「刑法改正案」第七十七条第二項（日本立法資料全集24『刑法（明治40年）（4）』信山社、一九九五年。四十頁）、第十七回帝国議會に提出された明治三十五年の「刑法改正案」第七十六条第二項（日本立法資料全集25『刑法（明治40年）（5）』信山社、一九九五年。三三〇頁）、明治四十年の「刑法改正案」第六十五条第二項（日本立法資料全集別巻2『増補刑法沿革綜覧』信山社、平成二年。一五六六頁）でも変わりが無い。

明治二十八年の「刑法草案」を作成するための司法省刑法改正審査委員会の審議で出された意見を記録した「決議録」の第五十一回（明治二十六年十一月十三日）・第五十二回（同年同月十五日）の項に、「第七十七条」として、「犯人ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加減ス可キトキハ他ノ正犯従犯及ヒ教唆者ニ及ホスコトヲ得ス」という条文草案が掲げられている。この条文草案は、文言は異なるけれども、その意味は、明治二十八年の「刑法草案」第八十一条但書の意味と同じである。そして、「決議録」の同項に、第七十七条の条文草案に続いて、「理由」として、「現行刑法（旧刑法を指す。佐立注。）は、共犯者の身分に依り刑を加減すべき場合に関し、正犯に就ては其加重すべき場合を規定するのみにして、又従犯に就ては其減輕すべき場合を規定するに止まり、共に其缺所あるを免れず。之れ本条の修正

を要したる所以なり。」と記されている（前掲『刑法（明治40年）（2）』九十六頁。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）。

また、明治三十三年の「刑法改正案」の理由書である「刑法改正案参考書」の第八十二条の段に、「第二項は現行法（旧刑法を指す。佐立注。）第六六条及び第六十条と同一の規定にして、現行法には減輕の場合に関する規定不備なるを以て、之を補充したるのみなり。」と記されている（前掲『刑法（明治40年）（2）』五二八頁）。この文章と全く同じ文章が、明治三十四年の「刑法改正案」の理由書である「刑法改正案参考書」の第七十七条の段（前掲『刑法（明治40年）（3）』一〇九十九頁）、第十六回帝國議會に提出された明治三十五年の「刑法改正案」の理由書である「刑法改正案参考書」の第七十七条の段（前掲『刑法（明治40年）（4）』九十五頁）、第十七回帝國議會に提出された明治三十五年の「刑法改正案」の理由書である「刑法改正案参考書」の第七十六条の段（前掲『刑法（明治40年）（5）』三八五頁）、明治四十年の「刑法改正案」の理由書である「刑法改正案参考書」の第六十五条の段（日本立法資料全集26『刑法（明治40年）（6）』信山社、一九九五年。三二三頁）に掲げられている。

旧刑法の第一〇六条は「正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重ス可キ時ハ他ノ正犯從犯及ヒ教唆者ニ及ホスコトヲ得ス」、第一一〇条は第一項「身分ニ因リ刑ヲ加重ス可キ者從犯ト為ル時ハ其重キニ從テ一等ヲ減ス」、第二項「正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ減免ス可キ時ト雖モ從犯ノ刑ハ其輕キニ從テ減免スルコトヲ得ス」という条文である。これらの条文は、正犯の身分により刑を減輕するべきときにも、他の共犯者に刑の減輕を及ぼさないこと、從犯の身分により刑を加重減輕するべきときにも、他の共犯者に刑の加重減輕を及ぼさないことを明記していないので、そのことを明記した所掲の条文草案を提出したのであり、所掲の条文草案の趣旨は旧刑法第一〇六条及び第一一〇条を合わせた趣旨と同一

である、と明治二十八年の「刑法草案」の「決議録」及び明治三十三年以降の各「刑法改正案」の「参考書」は言うのである。

すると、現行刑法第六十五条第二項は、旧刑法第一〇六条及び第一一〇条を、文言を修正して引き継いだ条文であることになる。ということは、現行刑法第六十五条第二項の由来を知るためには、旧刑法第一〇六条及び第一一〇条の由来を尋ねなければならない、ということである。それでは、旧刑法第一〇六条及び第一一〇条は何に由来するのだろうか。

二 『日本刑法草案』第百十九条第二項・第百二十三条

旧刑法の草案である『日本刑法草案』（確定稿）を見ると、第百十九条第二項が「正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重ス可キ時ハ之ヲ他ノ正犯ニ及ホスコトヲ得ス」、第百二十三条が「身分ニ因テ其刑ヲ加重ス可キ者附従ト為ル時ハ其重キニ従テ一等ヲ減ス其他第百十九条ニ記載シタル正犯ノ例ニ同シ」という条文である（『日本刑法草案会議筆記』第IV分冊、早稲田大学出版部、昭和五十二年。三一一八頁・三一一九頁）。「其他第百十九条ニ記載シタル正犯ノ例ニ同シ」という文言がわかりにくいけれども、第百十九条第二項と第百二十三条とを合わせた趣旨は、身分による刑の加重を他の正犯従犯に及ぼさない、ということである。

しかし、『日本刑法草案』の第一稿を見ると、第百六条が「法律ニ於テ人ノ身分ニ依リ刑ヲ加重スル時連合ノ正犯其罪ノ重カル可キ事ヲ知リタル者ハ同ク加重ノ刑ヲ科ス」、第百十条が「正犯ノ身分又ハ所為ニ依リ其罪ノ重カル可キ原由アルコトヲ知タル附従ハ其重ニ従テ減等ス」「若シ附従ノ身分ニ依リ重カル可キ原由アリト雖モ之ヲ正犯及ヒ

他ノ附従ニ及ホスコトヲ得ス」となっている（同上、二九六〇頁から一頁）。第百六条と第百十条とを合わせた趣旨は、正犯の身分による刑の加重は、刑が加重される事情を知っている他の正犯従犯に及ぼし、附従（従犯）の身分による刑の加重は他の正犯従犯に及ぼさない、ということである。

『日本刑法草案』の第一稿を作成する時は、正犯の身分による刑の加重を、刑が加重される事情を知っている他の正犯従犯に及ぼすことになっていたのが、なぜ、その後、身分による刑の加重を他の正犯従犯に及ぼさないことになつたのであろうか。『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）に鶴田皓とボアソナードとの次のような討論が記録されている（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）。

鶴田 第一稿第百六条及右（第一稿の校正第一案を指す。佐立注。）第百十三条第一項に「人ノ身分ニ依リ云々（校正第一案第百十三条第一項の「云々」の箇所の文言は「一人若クハ数人ノ」である。同上、四〇一頁）刑ヲ加重スル情状アル時其連合ノ正犯其罪ノ重カルヘキ事ヲ知りタル者ハ加重ノ刑ニ処ス」と記したる主意と、前に論ずる所に就て之を熟考するに、成程、人の身分の加重を連合の他人に及ぼすとの原則を立つる以上は、左図の如（わかりやすく変えて左に掲げた。佐立注。）、甲、即、親の加重を乙に及ぼし、即、官吏の加重に累加し、又、甲乙二人加重を丙丁二人に及ぼし、之を累加せざるを得ざる道理なり。

被害者 甲の親

犯人 甲Ⅱ子 固有の加重＋官吏の加重

乙Ⅱ官吏 固有の加重＋子の加重

現行日本刑法第六十五条第二項の由来について

丙ニ常人 子の加重十官吏の加重

丁ニ常人 子の加重十官吏の加重

ボアソナード 実に然り。而して之を累加するは過酷なり。仍て右第二項（校正第一案第百十三条第二項「前項ニ記載スル種類ノ加重スヘキ情状数箇アルトキト雖止タ一ノ重キ加重刑ヲ科ス」。同上、四〇一頁）に於て、之を断り置かん」とす。

鶴田 然し教師の前説の如く為す時は、例ば甲の固有の加重は、乙に、官吏なる固有の加重ある故に、及ぼさず、丙丁に、固有の加重なき故に、而已のみに及ぼすべき場合に於て、若し乙の固有の加重軽くして、甲の固有の加重重き時は、丙丁は自ら加重の身分にあらざれども、其重き加重を受くるの不幸を得、乙は自ら加重の身分なれども、其軽き加重而已に止るの幸を得るの不権衡を生ぜんとす。然し之を累加するは過酷なり。故に之を熟考するに、身分の加重を他人に及ぼす時は、到底、不権衡を生ずるか、過酷に失するかの弊害あるを免れざるなり。仍て身分の加重を他人に及ぼすとの法を全く廢するは如何。

（中略）

ボアソナード 然らば、身分の加重は、総て他の正犯附従に及ぼさざることと為すとも、法律の原則に背にもあらざる故に、先づ貴説に従はんとす。（以上、同上、四一三頁から四頁）

ボアソナードは、鶴田皓の意見に従つて、校正第二案第百十條第二項「正犯ノ身分ニ依リ加等スル者ハ之ヲ他人ニ及ホスコトヲ得ス」を起草し、「前日の貴説に従ひ、身分の加重は総て他人に及ぼさず、即、正犯の身分の加重は他

の正犯附従に及ぼさず、又、附従の身分の加重は他の正犯附従に及ぼさざることに改めたり。」と述べ、これに鶴田皓は「然らば最も此方の欲する所の意に適せり。」と答えた(同上、四一四頁から五頁)。そして、『日本刑法草案』の第二稿の第百十六條第二項「正犯ノ身分ニ依リ別ニ刑ヲ加重ス可キ時ハ之ヲ他ノ正犯ニ及ホスコトヲ得ス」、第百二十條「人ノ身分ニ依テ罪本重カル可キ者附従ト為ル時ハ其重ニ從テ一等ヲ減ス」、第百二十一條「附従ノ所為又ハ身分ニ依リ刑ヲ加重ス可キ時ハ第百十六條ニ記載シタル正犯ノ例ニ從フ」(前掲『日本刑法草案會議筆記』第IV分冊、三〇四三頁・三〇四四頁)が作成され、次いで前掲の『日本刑法草案』(確定稿)第百十九條第二項及び第百二十三條が作成された。この第百十九條第二項について、ポアンナードは「第二項の、身分の加重を他の共犯に及ぼさざるは、仏国刑法より寛にして且つ簡なり。」と述べている(前掲『會議筆記』第I分冊、三九六頁)。

『日本刑法草案會議筆記』に記録されているポアンナードと鶴田皓との討論を読む限り、『日本刑法草案』の第一稿を作成した後で、身分による刑の加重を他の共犯者に及ぼさないことになったのは、既存の法律の規定を採用することになったからではなく、鶴田皓の論理的思考に従ったからであるように見える。しかし、そうではない。

三 『刑法審査修正案』第百六條・第百十條

明治十年十一月に司法卿に上申された『日本刑法草案』は、太政官の外局として設けられた刑法草案審査局で審査修正され、『刑法審査修正案』が作成され、明治十二年六月に太政官に上進された(日本立法資料全集36 I『旧刑法』(明治13年)(4) I 信山社、二〇一六年。第一部第一章第一節)。

『日本刑法草案』第百十九條第二項の「之ヲ他ノ正犯ニ及ホスコトヲ得ス」から「之ヲ」が削られ、「正犯」の後に

「従犯及ヒ教唆者」が加えられ、『刑法審査修正案』第百六条の「正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重ス可キ時ハ他ノ正犯
 従犯及ヒ教唆者ニ及ホスコトヲ得ス」という条文になり、『日本刑法草案』第百二十三条の前半の「身分ニ因テ其刑
 ヲ」が「身分ニ因リ刑ヲ」、「附従」が「従犯」に変えられ、後半が全く変えられて、『刑法審査修正案』第百十條第
 一項の「身分ニ因リ刑ヲ加重ス可キ者従犯ト為ル時ハ其重キニ從テ一等ヲ減ス」、同條第二項の「正犯ノ身分ニ因リ
 刑ヲ減免ス可キ時ト雖モ従犯ノ刑ハ其輕キニ從テ減免スルコトヲ得ス」という条文になった（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。二四八頁・二四九頁）。『刑法審査修正案』の第百六条と第百十
 条とを合わせた趣旨は、『日本刑法草案』の第百十九條第二項と第百二十三條とを合わせた趣旨と同じで、身分によ
 る刑の加重を他の共犯者に及ぼさない、ということである。『刑法審査修正案』第百十條第二項は、さらに、正犯の
 身分による刑の減免は従犯に及ぼさないことを明記したのである。『刑法審査修正案』第百六条は旧刑法第一〇六条
 と同文であり、『刑法審査修正案』第百十條第一項・第二項は旧刑法第一一〇條第一項・第二項と同文である。

『刑法審査修正案』は明治十三年三月から四月にかけて元老院で審議され、元老院は同年四月十七日に修正案を上
 奏した。元老院の修正案は閣議で了承され、同年七月十七日に『刑法』（旧刑法）が公布された（前掲『旧刑法（明
 治13年）（4）I』第一部第二章）。早稲田大学図書館所蔵鶴田皓旧蔵文書の中に、元老院での審議のための参考書と
 して作成されたと思われる、『刑法審査修正案註解』第一編と題された稿本が含まれている（函架番号ワ13六四六八）。
 この『註解』の著者の名は記されていないが、文章の書き振りから見て、この『註解』の著者は、刑法草案審査委員
 であり、複数ではなく一人であり、『日本刑法草案』の編纂には参加していない者であると考えられる。おそらくは
 井上毅であろう。その『刑法審査修正案註解』第一編の第百六条の段に次のように記されている（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。

本条、正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重ス可キトキとは、例へば、二人以上の正犯の中、一人、再犯に係る者あり。又、二人以上、共に往来通信を妨害するに該り、一人、其事務に関する官吏あり。又、二人以上、共に人を毆打創傷するに該り、一人、其毆打創傷を受くる者の子孫ある等のときの如し。再犯者、官吏、并に子孫等は、各其身分に因り、刑を加重して処断す可しと雖も、他の正犯従犯并に教唆者は、加重す可き身分に非ざるを以て、たゞ假令其共犯中に加重す可き身分の者あるを知るも、亦通常の刑に従ひ処断す可き者とす。

本条は、西洋各国の法になき所の者にして、畢竟、旧法より取用する所の者なり。甚だ道理に適したる法と謂ふ可し。

これに拠れば、第六六条の規定は、西洋各国の法には存在しないものであつて、「旧法」即ち『新律綱領』から引き継いだ規定である、というのである。「旧法」が『新律綱領』を指すことは、『註解』第一編の第三条の段に「旧律とは新律綱領、改定律例等にして」とあることからわかる。

四 『新律綱領』の共犯罪分首従条

『刑法審査修正案』第六六条が「旧法」即ち『新律綱領』から「取用」した条文は、『新律綱領』名例律、共犯罪分首従条の次のような一節である（句点及び濁点を附けた。）。

現行日本刑法第六十五条第二項の由来について

若シ共ニ罪ヲ犯シテ、首従ノ本罪、各別ナル者ハ、各本律ノ首従ニ依テ論ズ。仮令バ、甲、他人ヲ引テ、共ニ兄ヲ殿テバ、甲ハ、弟殿兄律ニ依リ、他人ハ、凡人闘毆ニ依テ論ズ。又卑幼、外人ヲ引キ、己レノ家ノ財物ヲ盗メバ、卑幼ハ、私擅用財律ニ、二等ヲ加ヘ外人ハ、凡盗ノ従ニ依テ論ズルノ類。

この条文は、兄を殴った弟である首犯甲の身分による刑の加重を、身分のない従犯に及ぼさず、自分の家の財物を盗んだ首犯である卑幼の身分による刑の減輕を、身分のない従犯に及ぼさない、と云うのである。逆に言えば、従犯の身分による刑の減輕を身分のない首犯に及ぼさず、従犯の身分による刑の加重を身分のない首犯に及ぼさない、と云うのである。つまり、身分による刑の加重減輕は、身分のない他の共犯者に及ぼさない、という趣旨である。

『新律綱領』の共犯罪分首従条のはじめに「共ニ罪ヲ犯ス者ハ、造意一人ヲ以テ首ト為シ、隨従者ハ、従ト為シ、一等ヲ減ズ。」と定められており、『新律綱領』の「首」犯は、旧刑法や現行刑法の「正犯」と比べて、共犯者の中のただ一人に限られる、という違いがあるけれども、『日本刑法草案』及び『刑法審査修正案』の作成者は、身分による刑の加重減輕を身分のない他の共犯者に及ぼさない、という『新律綱領』の共犯罪分首従条の趣旨を採用したのである。すると、旧刑法の第一〇六条及び第一一〇条、その文言を修正して、その条文を引き継いだ現行刑法第六十五条第二項は、『新律綱領』の共犯罪分首従条の趣旨を引き継いだ条文であることになるのである。

明治政府が作った最初の刑法典である『仮刑律』の名例、犯罪首従条は、『新律綱領』の共犯罪分首従条と同じ内容の条文である。泉健子「刑法六五条の歴史的考察（一）」（『一橋論叢』第六十八卷第二号掲載、一九七二年。二一四頁）は「仮刑律のかかる規定（犯罪首従条の「若、俱に罪を犯し、首従之本罪自ら各別なるは、各其本罪に就、首

従を分て論ず。」という規定を指す。句読点及び濁点を加えた。佐立注。)は、現行刑法六五条二項(中略)とほぼ趣旨の規定と言ふことができ、すでに明治初期の法制である仮刑律のうちに、「身分と共犯」に関する法規として、現行刑法と同趣旨の規定が存在していたことは、まことに驚きに耐えない。」と述べているけれども、現行刑法第六十五条第二項は、旧刑法を経由して、『新律綱領』の共犯罪分首従条の趣旨を引き継いだ条文であり、『新律綱領』の同条と『仮刑律』の犯罪分首従条とは同じ内容であるから、『仮刑律』の同条と現行刑法第六十五条第二項とが同じ趣旨であるのは当然なのである。

『新律綱領』の共犯罪分首従条と『仮刑律』の犯罪分首従条とが同じ内容であるのは、『新律綱領』も『仮刑律』も清律をもとにして作られたからである。『新律綱領』の同条と『仮刑律』の同条とは、清律の名例律、共犯罪分首従条を受け継いだ条文である。すると、現行刑法第六十五条第二項は、旧中国の律の条文に由来することになる。

五 明清律の共犯罪分首従条

前節に掲げた『新律綱領』名例律、共犯罪分首従条の一節のものになったのは、清の乾隆律の名例律、共犯罪分首従条の次のような一節である。

【原文】

若共犯罪而首従本罪各別者、各依本律首従論。(小注。仍以一人、坐以首罪。餘人坐以従罪。)(本注。謂如甲引他人、共毆親兄、甲依弟毆兄、杖九十・徒二年半。他人依凡人鬪毆論、笞二十。又如卓幼引外人、盜己家財物一十兩、

卑幼以私擅用財加二等、笞四十。外人依凡盜從論、杖六十之類。)

【訓詁】

若し共に罪を犯して、首從の本罪、各々別なる者は、各々本律の首從に依りて論ず。(小注。仍お一人を以て、坐するに首罪を以てす。餘人は坐するに從罪を以てす。)(本注。謂うところは、如し甲、他人を引きて共に親兄を殴らば、甲は、弟、兄を殴るに依りて、杖九十・徒二年半。他人は、凡人の鬪毆に依りて論じ、笞二十。又た、如し卑幼、外人を引き、己の家の財物一十兩を盜まば、卑幼は、私ひそかに擅まひそかまに財を用いるを以て二等を加え、笞四十。外人は、凡盜の從に依りて論じ、杖六十の類なり。

この清律の条文は、明律の名例律、共犯罪分首從条の一節を引き継いだものである。明律の条文と清律の条文とを比べると、明律の条文には小注がなく、清律の本注の「又如卑幼引外人」以下の「一十兩」が、明律の本注では「二十貫」に、「以私擅」が「依私擅」に、「杖六十」が「杖七十」になっている他は、同じである。右の清律の条文が引き継いだ明律の共犯罪分首從条の一節は、唐の開元二十五年律の名例律、共犯罪本罪別条の次節に掲げる一節、及びそれに附された疏文を引き継いだものである。

六 唐律の共犯罪本罪別条

唐開元二十五年律の名例律、共犯罪本罪別条の冒頭の節、及びそれに附された疏文に次のように定められている。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

四三)を参考にした。

【原文】

共犯罪而本罪別者、雖相因為首從、其罪各依本律首從論。

疏。議曰、謂五服內親、共他人毆告所親、及侵盜財物、雖是共犯、而本罪各別。假有甲勾他人乙、共毆兄、甲為首、合徒二年半。乙為凡鬪從、不下手、又減一等、合笞二十。又有卑幼勾人盜己家財物十疋、卑幼為首、合笞三十。他人為從、合徒一年、又減常盜一等、猶杖一百。此是、相因為首從、其罪各依本律首從論。此例既多、不可具載。但是相因為首從、本罪別者、皆準此。

【訓誥】

共に罪を犯して本罪、別なる者は、相い因りて首從と為ると雖も、其罪は各々本律の首從に依りて論ず。

疏。議して曰く、謂うところは、五服内の親、他人と共に所親を殴り、告し、及び財物を侵盜するは、是れ共に犯すと雖も、本罪は各々別なり。假有^{たとえ}ば甲、他外人の乙を勾して共に兄を殴らば、甲は首たり、合に徒二年半たるべし。乙は凡鬪の徒たり、下手せず、又た一等を減じ、合に笞二十たるべし。又た、卑幼、人を勾して己の家の財物十疋を盜む有らば、卑幼は首たり、合に笞三十たるべし。他人は從たり、合に徒一年たるべし。又た常盜より一等を減じ、猶お杖一百たり。此れ是れ、相い因りて首從と為るは、其の罪は各々本律の首從に依りて論ずることなり。此の例、既に多し、具載す可からず。但そ^{およ}是れ相い因りて首從と為り、本罪、別なる者は、皆、此れに準ず。

【和訳】

共に罪を犯して、共犯者それぞれが当てはまる罪が異なるときは、互いに関係があつて首犯と従犯となるけれども、共犯者の罪はそれぞれ、共犯者それぞれが当てはまる罪の首犯と従犯として決定する。

疏。議論して次のように解釈することになりました。五服（親族の五段階の等級）内の親族が、親族ではない人と共に、別の親族を殴り、告発し、財物を侵盜しますと、犯人である親族と親族ではない人とは共犯ですが、それぞれが当てはまる罪は異なります。たとえば、甲が、親族ではない人である乙を仲間に取り入れて、共に兄を殴りますと、甲が首犯で、徒二年半を科されます（鬪訟律、殴兄弟条。兄弟を殴る者は徒二年半）。乙は凡鬪（親族ではない人同士の間）か。鬪訟律、鬪殴以手足他物傷条。人を鬪殴する者は笞四十。）の従犯で、手を下さなかつたときは、さらに一等を減じ、笞二十を科されます（鬪訟律、同謀不同謀毆傷人条の疏の問答に、同謀して人を殴つたときは、手を下した者は、元謀も元謀ではない者も笞四十を科されるが、手を下さなかつた者は、元謀ではなければ、二等を減じ、笞二十を科される、と述べられている）。

また、卑幼が、親族ではない人を仲間に取り入れて、自分の家の財物十疋（一疋は絹の単位。一疋は四丈。四丈は約十二メートル。絹の幅は一尺八寸。約五十四センチ。）を盗みますと、卑幼が首犯で、笞三十を科されます（賊盜律、卑幼将人盜己家財条。同居の卑幼、人を将いて己の家の財物を盗む者は、私に輒りに財物を用いるを以て論じ、二等を加う。他人は常盜の罪より一等を減ず。戸婚律、同居卑幼私輒用財条。同居の卑幼、私に輒りに財物を用いる者は、十疋にて笞十。十疋ごとに一等を加え、罪止杖一百。自分の家の財物十疋を盗んだ卑幼は、笞十に二等を加えて、笞三十を科される。）。親族ではない人は、窃盜の従犯として、徒一年に当てられ（賊盜律、窃盜条。窃盜して、（中

略)五疋なれば徒一年。五疋ごとに一等を加う。十疋を窃盜すれば、首犯は徒一年半、従犯は一等を減じて徒一年の刑を科される。)、さらに、常盜の罪から一等を減じ、杖一百を科されます(前掲賊盜律、卑幼將人盜己家財条。他人は常盜の罪より一等を減ず。窃盜十疋の従犯の刑である徒一年から一等を減じて杖一百。)

これが本条の「相因りて首従と為るは、其の罪は各々本律の首従に依りて論ず。」の意味です。共に罪を犯して、共犯者それぞれが当てはまる罪が異なる、という例は多いので、すべて記載することはできません。互いに関係があつて首犯と従犯となり、共犯者それぞれが当てはまる罪が異なるときでありさえすれば、皆、この規定を適用します。

共犯者の身分による刑の加重減輕を他の共犯者に及ぼさない、というこの規定は、罪刑法定主義の要請に従つて作られた規定である。罪刑法定主義の目的の一つは、あらかじめ犯罪とそれに対する刑罰とを定めて公開し、人民が刑罰を避け、罪を犯さないようにすることであるから、罪刑法定主義に基づく刑法の規定は、人民が自分の行為の結果を予測しやすいものでなければならぬのである。

日本の養老律の名例律にも唐の開元二十五年律と同じ「共犯罪而本罪別者、雖相因為首従、其罪各依本律首従論。」という条文が存在した(逸文。律令研究会編『訳註日本律令(二)』東京堂出版、昭和五十年。(名例律四三))。養老律は唐の永徽二年(六五一)に頒行された律が母法であるから(瀧川政次郎『律令の研究』刀江書院、昭和四十一年復刻版。第一編第五章第三節)、この条文は唐永徽律から受け継いだものである。

中西縁「共犯と身分についての一考察——歴史的展開を中心として——(二・完)」(『同志社法学』第三十五卷第

三号掲載、一九八三年。一二九頁)は「現行刑法制定時に議会に提出された草案理由書において、政府は、六五条(中略)二項は旧刑法一〇六条と一一〇条を引継ぐものであると説明している。この旧刑法の規定は、フランス刑法に基いて身分犯一般の連带的取扱いを採用しようとしたポアソナードの意見を退けて、日本人編纂委員が強く主張したものであった。というのはわが国では唐律の影響を受けて千年以上にわたり、加重的身分犯に関与した非身分者を個別的に取扱う伝統が存在し、またこの取扱いの方が優れていると考える意見(後掲の井上毅の意見。佐立注。)もあつたからである。」と述べている。現行刑法第六十五条第二項の由来が唐律まで遡ることを見抜いた点は慧眼であるが、「わが国では唐律の影響を受けて千年以上にわたり、加重的身分犯に関与した非身分者を個別的に取扱う伝統が存在し」たことの根拠が示されていない。唐律を母法とする養老律の行用は、中世に入って断絶したのであり、旧刑法の第一〇六条及び第一一〇条は、直接には、清律を母法とする『新律綱領』の規定に由来するのである。

また、中西「同上(一)」(『同志社法学』第三十五卷第二号掲載、一九八三年。九二頁)は、唐律の「共犯罪而本罪別者、雖相因為首從、其罪各依本律首從論。」の条文について、「唐律のこの原則の背景には、当時の儒教的家族道徳観があつたことを忘れてはならないだろう。(中略)儒教道徳は、道徳的要請であるため当事者だけに作用したところから、唐律では身分が要素となつている犯罪は身分者しか犯しえないという思想が生まれ(中略)たのである。」と述べているが、意味がわからない。前段で説明したように、唐律のこの規定は、罪刑法定主義的要請に従つて作られたものであつて、儒教道徳とは関係がない。

七 ドイツ刑法に由来するという説に對して

以上に説明したように、現行日本刑法第六十五条第二項は、旧刑法の第一〇六条及び第一一〇条、『新律綱領』の共犯罪分首従条、清律の共犯罪分首従条、明律の共犯罪分首従条と遡つて、唐律の共犯罪本罪別条に由来するのである。

ところが、西田典之『共犯と身分』（成文堂、昭和五十七年。十四頁から五頁注（8）。二〇〇三年新版同頁同注も同文。）は「現行六五条二項は旧刑法一〇六条・一一〇条を継承したものであるが（中略）、旧刑法の範とされたフランス刑法にはこれに相当する規定はなく、旧刑法の起草者ポアソナードによって意識的に加えられたものである（原注。司法省刊「ポアソナード氏刑法草案註釈」上巻（一八八六年）五二五丁以下参照）。ポアソナード自身は、この規定の出自を明らかにしていないが、彼が師事したオルトランの教科書（中略）には望ましい立法例としてドイツ刑法五〇条が引用されているところから考え、旧刑法の規定、従つて現行六五条二項もドイツ刑法五〇条を母法とするものといつてよいであろう。」と述べ、現行日本刑法第六十五条第二項はドイツ帝国刑法典第五十条に由来する、と主張している。

ドイツ帝国刑法典第五十条は「もし法律が、ある行為の処罰を、その行為を犯した者の一身上の身分または事情に従つて、加重し、または減輕するならば、これらの特別な犯行情事は、それが存在する正犯またはその共犯者（共同正犯、教唆犯、幫助犯）に効果を及ぼさなければならぬ。」といふ条文である（先行諸説を参考にして訳した）。

西田著書は「旧刑法一〇六条・一一〇条」は「旧刑法の起草者ポアソナードによって意識的に加えられたものであ

る。」と述べて、根拠として司法省刊『ボアソナード氏刑法草案註釈』上巻の五二五丁以下を挙げてゐるが、その箇所にはそのようなことは書かれていない。第二節に記したように、『日本刑法草案』の編纂会議で、身分による刑の加重を他の共犯者に及ぼさないことを提案したのは、ボアソナードではなく、日本人委員の鶴田皓であったのである。實は、ボアソナードは、『日本刑法草案』の編纂会議に臨んだ時、ドイツ刑法第五十条を知っていただけではなく、井上毅から教えられて、清律の共犯罪分首従条も知っていた。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)に拠れば、首犯の身分による刑の加重減輕を従犯に及ぼす、というフランスの法律学者の説よりも、首犯の身分による刑の加重減輕を従犯に及ぼさないことを定める、清律の「共に罪を犯して首従の本罪、各々別なる者は、各々本律の首従に依りて論ず。」という条文の方が優れているのではないか、という井上毅の質問に対して、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次のように回答した。一八七六年五月は『日本刑法草案』の編纂会議が始まった月である。

今、貴意に於ては、清律、罪犯各人の身分に従て、各別に其の罪を論ずるの法を以て優れりとせられたり。

然れども、(中略)予は、殺尊属親罪の従は、尋常故殺の従にあらず、と信ず。斯の甚だ悪むべきの大罪に共犯したる者は、(中略)尋常故殺よりも其兇悪なること重を加ふべし。然るに清律に拠れば、此の加重の情状は措て問はざるが如し。是れ、予が清律を以て非なりとする所以なり。(中略)

今、又、縦令示さる所の説を以て是なりとするも、其の依る可きの規範を求むるは、清律に在らずして、却て意(イタリヤ)国の新律(原注。第七十八条)、及日耳曼律(原注。第五十条)に在り。但だ日耳曼律は稍や明瞭を缺くの処あるも、

要するに其の原則を一にせり。(六四二頁から三頁。片仮名を平仮名に変え、句読点及び濁点を附けた。)

「意国の新律」は、一八七五年議定のイタリア王国刑法草案であり、その第七十八条は司法省第八局編輯『刑法表』(明治十六年刊。信山社、平成十五年復刻版。百六十一頁から二頁)に掲げられているが、身分による刑の加重が、加重すべき身分を知っている正犯従犯に及ぶ、と定められている。

ボアソナードは、清律の共犯罪分首従条の一節とドイツ刑法第五十条との趣旨が同一であることを認識した上で、清律ではなくドイツ刑法に「依る可きの規範」を求めるべきである、と井上毅に答えたのである。ボアソナードは井上毅の質問に対する回答を次のように締め括っている。

足下に勸む。日本律の改正を清国に求むるを要せず。反て清国人をして貴国の進歩に倣はしむ可きなり。(中略) 貴国の進歩する所は即我が泰西律の在る所なり。思ふに清国人は事を泰西に模倣するを耻ぢ、必ず貴国に習ふことある可きなり。(六四四頁から五頁)

ボアソナードのこの予言が見事の中したことはさておき、「貴国の進歩する所は即我が泰西律の在る所なり。」というボアソナードの信念は、『日本刑法草案』の日本人編纂委員である鶴田皓にも伝わっていたに違いない。それにもかかわらず、『日本刑法草案』の編纂会議で鶴田皓は、身分による刑の加重を他の共犯者に及ぼさないことを提案する根拠として、清律も挙げなかつたけれども、ドイツ刑法も挙げなかつたのである。もしドイツ刑法を根拠とした

のであれば、必ずドイツ刑法を挙げるはずである。清律を根拠としたのであれば、ボアソナードの前で強いて挙げる必要はないのである。よって、『刑法審査修正案註解』第一編の第百六条の段に、『刑法審査修正案』第百六条は、「旧法」即ち『新律綱領』から「取用」したものである、と記されているのは信じてよいのであって、現行刑法第六十五条第二項は、ドイツ刑法第五十条に由来するのではなく、遡れば唐律の共犯罪本罪別条に由来するのである。