

牽連犯の来歴

——その3つの謎を解く——

江 藤 隆 之

- I 牽連犯をめぐる3つの謎
- II 第1の謎を解く
- III 第2の謎を解く
- IV 第3の謎を解く
- V 振り返り
- VI 結語

キーワード：牽連犯，ボアソナード，イタリア古典学派，ナポレオン治罪法，
スペイン刑法

I 牽連犯をめぐる3つの謎

1) 牽連犯という謎

刑法第54条第1項後段の牽連犯は実に不思議な規定である。その歴史や比較法的位置を探ろうと資料を開いてみると、これを外国に例のない日本独特の規定であるという記述⁽¹⁾や外国にあまり類例のないものであるという趣旨の記述⁽²⁾が見つかる。外国に「例がない」と「あまり例がない」ではまったく意味が異なる。そこでさらに調べてみると、スペイン刑法に例⁽³⁾があるとする趣旨の記述やスペイン刑法およびその影響を受けた中南米諸国の刑法に例があるという記述⁽⁴⁾も見つかる。それどころか、現行刑法制定時にスペイン刑法の規定を参考にしたのではないかとする論者⁽⁵⁾までいる。もし牽連犯規定が、スペイン刑法を参考に制定され、現在もスペイン刑法や

中南米刑法に存在するのならば、「外国法に例を見ない異色な立法例」⁽⁶⁾、「我が刑法独特の規定」⁽⁷⁾といわれるのはいったいどういうことであろうか。むしろ、外国法を母法に持つ国際的な規定であることになるのではないか。また、なぜこのような「例がない」、「あまり例がない」、「スペインにある」、「スペインおよび中南米諸国にある」という明らかに矛盾する言説が何ら疑問を呈されることなく併存しているのだろうか。実際のところ、私の知る限りでは、牽連犯規定は、日本の他に、スペイン、フィリピン、チリ、グアテマラ、ホンジュラス、ニカラグア、エルサルバドル、キューバ、赤道ギニア、プエルトリコの各刑法に存在する⁽⁸⁾。これらの国の刑法学は、いずれもドイツ刑法学の影響を直接にあるいはスペイン刑法学を通して間接に受けており、日本刑法学と共通する犯罪論体系を構築している。そして、——本稿の結論部分の先取りとなるが——牽連犯規定の源流も同一の日本刑法の兄弟規定（姉妹規定？）である。それなのに、なぜこれらの国々の刑法学の比較刑法的参照がなされないのか⁽⁹⁾、それどころか時に「類例がない」とまでいわれているのか、実に不可解である。

不思議は、このような歴史的・比較法的な謎にとどまらない。そもそも牽連犯はなぜ「牽連」犯と呼ばれているのだろうか。条文には「牽連」という言葉は使用されていない。一般的な日本語としても、手段と結果の関係を牽連と呼ぶ用法はない。同一効果を有するものとして同一条文に並んで定められているものが「観念的競合」と呼ばれていることを併せ考えてみれば、「牽連」犯というネーミングは幾分か奇妙である。並列されている概念が「観念的競合」なのであれば、——スペインにおける一般的名称たる“concurso medial”と同様に⁽¹⁰⁾——「手段的競合」とでも呼ぶのが自然ではないか。第54条第1項後段を牽連犯と呼ぶその由来はどこにあるのだろうか。

ここで本稿は、牽連犯の歴史にまつわる謎を3つに分割して提示する。

第1の謎は、「牽連犯思想はどこから来たのか」である。

第2の謎は、「第54条第1項後段の文言はどこから来たのか」である。

第3の謎は、『「牽連」という呼称はどこから来たのか』である。

これら3つの謎を解くことを本稿は目的とする。しかし、あらかじめ断っておくが、謎はすべて直接証拠によってクリアに解決されるわけではない。もしそういう類のものであれば先行研究がすでに解決していただろう。本稿は、間接証拠を地道に多く積み重ねることによる謎解きを試みる。それでも、本稿の結論の示すところのものは、ほとんど疑いのない説得力を持つものとなるだろう。

以下に、3つの謎それぞれをもう少し詳細に提示し、謎の大海を旅するおおまかな航海計画を示してから、謎解きを開始しよう。

2) 第1の謎——牽連犯思想はどこから来たのか

第1の謎は、「牽連犯思想はどこから来たのか」である。この謎は、「実体刑法における牽連犯思想が日本に公式に登場したのはいつか」を探究し、それを「誰がどこから持ち込んだのか」を指摘することによって一応の解決を見る。ただし、本稿ではここからさらに進んで外国における牽連犯思想の淵源まで突き止めることを試みる。

ここでまず本稿が対象にする「牽連犯思想」を定義しておこう。牽連犯思想とは、①手段と結果との関係にある数個の行為を、②まとめて科刑上の1個の単位とし、③実体法的に観念的競合と定義上区別することを志向する思想をいう。

定義①は、牽連犯と他の概念とを区別する本質的特徴である。

定義②によって、手段と結果との関係にある数個の行為に関するものであるとしても、それらを複数別個の科刑単位とする考え方は牽連犯思想ではないことになる。また、これとは反対に、数罪を分離不能な科刑上の一単位としてまとめて扱うのであれば、たとえ法定刑よりも刑を加重すべきであるとの帰結を導くとしても、それは手段・結果の关系到立つ数行為を科刑上の一単位とする考えに他ならないから、牽連犯思想である。⁽¹³⁾なお、本稿においては科刑上の一罪と解していれば足り、犯罪成立については一罪と解すると数罪と解するとを問わないことにする。⁽¹⁴⁾

定義③は、「実体法における牽連犯規定」を探るために欠かせない要件

である。牽連犯と観念的競合の関係区別は、スペインにおいて牽連犯を「不真正観念的競合」「concurso ideal impropio」や「手段の観念的競合」⁽¹⁵⁾「concurso ideal-medial」と呼ぶ学者が存在することや、もっとすすんで、牽連犯を観念的競合の一態様とする学者が存在することからもわかるように、⁽¹⁶⁾さほどはっきりとしているものではない。日本においても、仮に牽連犯規定を削除してもその一部については観念的競合として扱うことができる⁽¹⁷⁾とする見解があることは知られている。また、次のようなドイツの例からも、本定義の必要性が理解できる。周知のとおり、ドイツ刑法には牽連犯規定は存在しない。ところが、牽連犯のようなものが解釈上および実務上⁽¹⁸⁾一切排除されているかというそうでもない。というのも、ドイツの観念的競合論における「自然的行為単一 (natürliche Handlungseinheit)」の議論は、⁽¹⁹⁾牽連犯ともいうべき事案も含む余地を残しているからである。ドイツにおける自然的行為単一は、一般的には、単一の意味がある (Vorliegen eines einheitlichen Willens) とし、同種の個別行為が複数あり (Mehrzahl gleichartiger Einzelakte)、それらが時間的場所的密接性 (enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang) のある中で、客観的な観察者により単一であると認識しうる (Erkennbarkeit des Zusammenhangs der Einzelakte für einen objektiven Betrachter) 場合に成立すると考えられているが、⁽²⁰⁾そのすべての要件を求めるか否か、求めるとしてどの程度であるかについては必ずしも一致をみていない。BGH は、複数の異なる行為で異種の構成要件を実現した場合にもその適用範囲を広げ、住居侵入盗とその証拠隠滅目的の放火ですら、自然的行為単一が認められ、観念的競合であるとしたことがある。⁽²¹⁾もちろん、このような自然的単一概念の広がりについて反対がないわけではない。ロクシンは、同種行為間における自然的行為単一概念は認めつつも、異なる犯罪類型間の自然的行為単一の概念は「完全に放棄されるべき (sollte ... gänzlich aufgegeben werden)」⁽²²⁾という。フロイントは自然的行為単一の概念自体を回避しようとするが、それはまさにこのような概念適用範囲の広がりを防ごうとするからである。⁽²³⁾このように、牽連犯規定をもたない国においても、行為牽連の場合がまとめてひ

とつの科刑単位となることが一切排除されているわけではない。⁽²⁶⁾だからといって、このようなものを牽連犯思想に含めてしまうと「外国に例をみない立法」と評されてきた日本刑法牽連犯規定探究は意義を失ってしまう。そこで、本稿における牽連犯思想には、定義③を入れることで、「実体法的に観念的競合と定義上区別することを志向する」思想に限定する。

3) 第2の謎——文言はどこから来たのか

第2の謎は、「牽連犯の条文の文言はどこから来たのか」である。この謎は、後で確認するように、中野次雄がスペイン刑法から来たのではないかと推測していることから、当時の日本刑法立法者たちとスペイン刑法との接点を探ることで解決を試みる。まったく接点がないのであれば、日本刑法とスペイン刑法の規定は偶然似ただけであるということになるだろう。反対に、日本の立法者がスペイン刑法を参照したという証拠が見つければ、それで証明終了となろう。とはいえ、もっとも到達可能性の高い地点をあらかじめ見通せば、当時の日本刑法立法者とスペイン刑法との間に、参照関係はありそうではあるが、確証はないというものであろう。そのときは、ありうる可能性とその確からしさを間接証拠をもとに描写していくことにする。

4) 第3の謎——「牽連」という語はどこから来たのか

第3の謎は、『『牽連』という語はどこから来たのか』である。この謎は、現行刑法制定時に手段と結果の関係に牽連という語を使用していた人物を特定し、その人物がどこからその言葉を持ってきたと考えられるかを明らかにする。そして、そこからさらに進んで、「牽連」がヨーロッパ言語の訳語であることを証明し、その出典と原語を示す。

5) 航海計画

大海原に出る前には綿密な航海計画を立て、必要な物資を積み込むことが肝要である。まず、必要物資であるが、本稿では、引用・参照する資料

はその都度表示する。⁽²⁷⁾ただし、その際、古い邦語文献については適宜新漢字に直し、ひらがなに開き、句読点を打つこととし、外国語文献については資料の種類や論述の流れに従って邦訳を並んで掲げるか、本文中に紹介するか、内容が理解可能な程度に説明を付すことにする。⁽²⁸⁾

次に、我々の現在位置を確認しておきたい。それは現在の先行研究の到達点である。牽連犯の歴史について、最近の論者は詳しい言及をほとんどしていない。それでも、各種形式において言及しているものがある。ここでは、比較的詳しい記述がある教科書として山中敬一、コンメンタールとして高田卓爾および中谷雄二郎、コメントとして鈴木彰雄、講演として井田良の記述をそれぞれ確認しておきたい。この確認によって、牽連犯の沿革への言及は、ほとんど草野豹一郎、中野次雄、小野清一郎の3名の研究を起点としていることが明らかになる。そこで、続いて草野、中野、小野の記述をそれぞれ確認する。そこで確認されるのが我々の現在位置である。

航海計画は、ひとまずオーソドックスな手法を採ることくらいしか立てられない。すなわち、現行刑法制定時の資料を地道に参照して、そこに航路を発見する方法である。この航路は、草野、中野、小野がすでに通ったはずであり、彼らはその先に島を発見できなかったようであるが、出航前から怖気づいていても仕方ない。とにもかくにも、現在位置の確認から始めよう。

6) 現在位置の確認

a) 教科書・山中敬一『刑法総論』

山中敬一の教科書は、他の教科書の多くが牽連犯の来歴について何も触れないか他国に例をみない旨述べる状況の中で、⁽²⁹⁾スペイン刑法の名を挙げ⁽³⁰⁾る稀有な教科書である。山中は、牽連犯規定について「現行刑法の立法当時のスペイン刑法90条（現行71条）が参考にされたといわれている」⁽³¹⁾と書いている。また、注において「牽連犯の規定が明治31年度の70条から始まったものであることにつき」⁽³²⁾として草野の研究に言及している。簡潔な記述ではあるが、牽連犯の比較法研究の可能性を閉ざしておらず、歴史的

な経緯にも触れている点は教科書としての意義が大きいといえる。少なくとも山中の教科書で学んだ者は、牽連犯が世界的に孤立した規定であるとは思いただろう。ただし、残念なことに、山中が「現行71条」と書くスペイン刑法の牽連犯規定は、(山中の教科書第3版が発刊された当時の現行法上)正しくは「77条」であるので、この記述は誤りである。

山中の当該部分の注においては、草野および中野の記述を参照したことが表示されている。

b) コンメンタール・高田卓爾『注釈刑法』, 中谷雄二郎『大コンメンタール刑法』

高田卓爾は、牽連犯について「少なくとも明文規定をもつ立法例としては、ほとんど類例のないもので、わずかにスペイン刑法〔1944年〕71条(略)が見られるのみである」⁽³³⁾とする。高田は、スペイン語ではなく、ドイツ語に訳されたスペイン刑法の規定を参照しつつも、牽連犯の来歴については「正確なことは不明というほかない」⁽³⁴⁾という。ここで、根拠として掲示されている先行研究は、やはり草野と中野のそれである。

中谷雄二郎の『大コンメンタール刑法』における記述は、(正しい)変遷が見られるので、第2版と第3版とをそれぞれ確認しておく。

第2版では、中谷は「牽連犯を科刑上一罪とする立法例は、ほとんど類例がないものとされ、わずかにスペイン刑法71条(略)がみられる程度である」⁽³⁶⁾とし、前掲の高田を参考文献として挙げている。この版が刊行された時点では、スペイン刑法の牽連犯規定は第77条であるため、この点は誤りである。先行研究としては、高田の他に、草野と中野が掲げられている。

第3版では、記述が大幅に正しく修正されている。中谷は、「牽連犯を科刑上一罪とする立法例は、ほとんど類例がないものとされ、わずかにスペイン刑法77条(略)及びその影響を受けた中南米諸国の刑法にみられる程度である」⁽³⁷⁾という。ここでは、スペイン刑法の条文が正しく「77条」に修正されるとともに、「中南米諸国の刑法」に例があることにも触れられている。フィリピンや赤道ギニアには触れていないが、それでもこの第3版での中谷の記述は、スペイン刑法の条文を正しく示し、中南米諸国刑法⁽³⁸⁾

の存在にも触れている点において、私の知る限り近年の牽連犯に関する比較法的言及の中で最も詳しく正しい記述である。なお、ここで参照として挙げられている文献は、相変わらず前掲の高田の研究であり、その他、草野と中野の研究に言及されていることに変更はない。中谷がどのようにスペイン刑法の最新条文に触れ、中南米刑法に牽連犯規定があることを知ったのかは不明である。

c) コメント・鈴木彰雄「日韓刑事法シンポジウム、基調報告1：日本側コメント」

鈴木彰雄は、日韓刑事法シンポジウムにおいて韓国の李京烈が牽連犯に関する日韓比較の報告をしたときに、コメントを寄せている。そこで鈴木は、「牽連犯を科刑上一罪とする立法例は、比較法的にみればほとんど類例がなく、わずかにスペイン刑法とその影響を受けた中南米諸国にみられるにすぎないようである。(39) (40) (略) 当時のスペイン刑法を参考にして、わが国独自の牽連犯規定が設けられたといわれている(41)」という。ここで、鈴木が牽連犯の来歴に触れる時に掲げるのはやはり、草野と中野の研究である。(42) なお、鈴木が「スペイン刑法とその影響を受けた中南米諸国」を挙げるのは、直接この部分に注は打たれていないが、前述中谷のコンメンタール第3版を参照したものだろうと推察できる。中谷の研究は、そのひとつ前のページの注で「わが国の牽連犯をめぐる諸問題について」と先行研究を列挙する際に先頭で名を挙げられている。(43)

d) 講演・井田良「外国法(学)継受という観点から見た日本の刑法と刑法学」

ここまで、牽連犯の来歴について草野と中野に依拠しているものばかりを紹介した。ところが、私の知る限りでは、牽連犯の歴史にこれまで最も深く迫ったのは小野清一郎である。その小野清一郎の研究を紹介しつつ、草野と中野にも触れて簡潔かつ詳細な叙述に成功しているのが井田良の講演(44) (原稿化)である。実は、小野の研究を引きながらの井田の講演は、本稿の謎の一端をすでに一定程度解いているものであるとすらいえる。

井田は、牽連犯の規定について「中野次雄によれば、それはスペイン刑

法を参考にしたものである⁽⁴⁵⁾」と中野の見解を紹介しつつ、観念的競合の規定が実はボアソナード草案の中にあり、ボアソナードが観念的競合につき牽連犯の場合も含むような広い理解を示していたことにも触れ、「現行刑法の起草者は、このような解釈を無理のないものとするために、スペイン刑法の規定を参考に『牽連犯』を入れたとも理解することができる⁽⁴⁶⁾」⁽⁴⁷⁾という。

後に本稿も辿り着くが、牽連犯思想の日本刑法への導入者がボアソナードであるという理解は正しい。この指摘に辿りつくために、井田が名を挙げて言及している先行研究は小野清一郎のそれである。

結局のところ、牽連犯の来歴に関する先行研究の依拠資料を見てみれば、その基礎となる研究は、ほとんど草野、中野、小野の3名のものである。そこで、その3名が何を述べていたのかを確認する。

e) 草野豹一郎「牽連犯に於ける牽連性」

牽連犯が日本独特の規定であり、その来歴は謎であるという言説の起点は、おそらく草野豹一郎である。

草野は、「そもそも、刑法第54条第1項後段の牽連犯の規定たるや我刑法独特の規定なるが故に、まずその立法の経過から調べて行きたいと思うが、この牽連犯についての規定は明治31年案から始まったもののようである⁽⁴⁹⁾」と述べ、牽連犯を「我刑法独特の規定」と根拠を示さずに断定し、立法の始点を「ようである」という不確かな語尾とともに明治31年案に置いた。その後、明治40年案の理由書を引用し、「かくのごとき説明では何ら解釈上資するところはないといってよい。特に牽連犯について然りである⁽⁵⁰⁾」という。そして、その立法理由について「牽連犯の規定が現行法に設けらるるに至った所以のものは、旧刑法にありて行使の予備として不可罰のものと解されていた文書偽造を独立の犯罪とし、また詔書の偽造についてその当然の結果として立法上不問に付せられていた行使を独立の犯罪としたことに原因するといっても過言ではあるまい⁽⁵¹⁾」と推測を記している。

つまり、草野は、牽連犯規定は日本独特の規定であり、公式の制定理由は判然としないが、偽造罪と行使罪との関係によって制定されたもののだろ

うと推断するのである。この論稿以降、多くの研究者がこの推測を紹介し、この推測に賛同するような記述を各所にしている。⁽⁵²⁾しかし、本稿は草野の推測を素直に受け入れることができない。もし、文書偽造と行使との関係整理が真の立法目的なのであれば、各則の偽造罪の規定において定めるのが合理的である。文書偽造と行使との関係整理のために、特別法を含むすべての罪に原則として適用される総則に牽連犯規定を置くというのは、立法目的に対する立法手段としての合理性を著しく欠く。このような立法が選択される可能性はかなり低いといえるだろう。また、現にそのような理由によるのであれば、——立法技術として稚拙であるという点以外は——わざわざその旨を隠す必要もなく、議会などで公式に説明されているはずである。牽連犯規定ができたことで、偽造と行使の関係が整理されたのは事実であるとしても、その関係を整理するために牽連犯規定を制定したとは思われない。

なお、草野のこの文献を示しつつ文書偽造・行使の関係の他に、住居侵入と窃盗の関係整理を牽連犯規定の立法理由として挙げる者もいるが、⁽⁵³⁾草野自身は住居侵入と窃盗の関係整理は、牽連犯規定が置かれた結果として触れるのみであって、立法目的であるとは書いていない。⁽⁵⁴⁾草野は、立法理由の推測としては、文書偽造・行使の關係にしか触れていないのである。そもそも、旧刑法において、単純な住居侵入と窃盗が特別に一罪を構成していたということ自体が誤解である。旧刑法は、門戸等踰越等邸宅等侵入窃盗（第368条）と凶器携帯住居侵入窃盗（第370条）は結合犯として一罪とする規定を置いていたが、これらは加重住居侵入の一部（第171条若書第1号および第2号、第172条若書による前条若書第1号および第2号該当の場合）と窃盗罪との組み合わせであり、通常の昼間住居等侵入（第171条本文）や夜間住居等侵入（第172条本文）と窃盗罪とを結合して一罪としていたわけではない。そもそも、旧刑法には広範な吸収主義を採る数罪俱発規定がある以上、個々の罪をとりあげて「旧刑法時代はまとめて処理されていたから」というのは無意味である。どのような罪の組み合わせであれ、特別な規定のない限り、科刑上まとめて処理するのが旧刑法の在り

方だったのであるから。

草野は、根拠を示すことなく牽連犯を日本独特の規定と断じ、立法理由を不明なものとし、(おそらく正確でない) 推測を示すことで、牽連犯の来し方に対する後続の探究をはからずも閉ざしてしまったように思われる。

f) 中野次雄「併合罪」

中野次雄の研究の扱いは——草野の研究の扱いと並んで——実に難しい。山中が「現行刑法の立法当時のスペイン刑法90条(現行71条)が参考にされたといわれている⁽⁵⁵⁾」と、鈴木が「当時のスペイン刑法を参考にして、わが国独自の牽連犯規定が設けられたといわれている⁽⁵⁶⁾」と、井田が「中野次雄によれば、それはスペイン刑法を参考にしたものである⁽⁵⁷⁾」という根拠はすべて中野に依拠している。これら、山中、鈴木、井田の記述を読んだ者は、日本刑法の牽連犯規定はスペイン刑法の規定を参考にしたとの印象を受けかねない。しかし、山中と鈴木が「といわれている」と、井田が「中野次雄によれば⁽⁵⁹⁾」と正当にも譲歩しているように、これは確実な根拠に基づくものではない。実際に中野の書きぶりを確認すればそれは明らかである。中野が、スペイン刑法について触れるのは、本文ではなく注においてである。その注の文言は、次のようになっている。いわく「牽連犯は外国の立法にも例が少く、これがなぜ現行刑法に採用されたかは興味ある問題である。(略)そして、立法例としては、当時のスペイン刑法90条が『ある罪が他の行為を実行するについての必要的手段であった場合』を観念的競合と同一に扱っていることが主として参考とされたのではないかと想像される⁽⁶⁰⁾」と。

中野がスペイン刑法を持ち出すのは、注における「想像」である。同論文では、たしかに前半部において数罪併発における刑の加重主義と吸収主義の比較法的・歴史的な検討は行われており、現行刑法定時の議論にも触れられている。しかし、牽連犯規定については比較法的・歴史的の研究が特にあるわけではなく、スペイン刑法に関する研究もない。本文では何も述べられておらず、注に根拠の提示なく「想像される」と述べるのみである。牽連犯規定が当時のスペイン刑法を参考にしたものであるというのは、

あくまでも中野の「想像」にとどまる。「参考にしたといわれている」として中野に触れるのは不正確な印象を読者に抱かせてしまうだろう。

私の知る限り、現行刑法の立法においてスペイン刑法を参照したことを直接的に指摘する文献はない。また、議会議事録や立法理由書などの資料の中にも、日本刑法制定時にスペイン刑法を参考にしたことを示す直接的な証拠はない。現行刑法制定の当初参照されたのは、公式な記録によれば、ドイツ、フィンランド、ハンガリー、イタリア、オーストリア、ベルギー、フランス1893年草案、オランダ、日本旧刑法である。また、1902(明治35)年の第16回衆議院特別委員会において改正案の母法はどこの法であるかという質問が平岡萬次郎からなされているが、その際は「オランダ、フィンランド、イタリア、ポルトガル、オーストリア」であると答弁されている。⁽⁶³⁾ 旧刑法制定時には、フランス、ベルギー、エジプト、ドイツを参照にした形跡やボアソナードによるイタリア刑法の参照があるものの、スペインの名は見当たらない。また、明治4年から明治22年までのデータを見ても、政治・法制関連のいわゆるお雇い外国人の主要人物中にスペイン人がいたという記録は見られない。⁽⁶⁶⁾

とはいえ、中野が牽連犯規定の制定の際にスペイン刑法が参照されたのではないかと想像したのも無理はない。そのように想像したくなるほど、日本刑法とスペイン刑法の規定は似ている。両者ともに、牽連犯を科刑上の一単位として、観念的競合と並べて同一条文に、観念的競合を前段、牽連犯を後段に規定している。その文章は、スペインに「必要な(necesario)」という修飾語が入っている以外は、ほぼ同一である。この類似性を偶然であると一蹴するのは躊躇を覚える。おそらく中野の想像は正しい。ただ、根拠が示されていないのである。そこで、本稿は、可能な限り根拠となりそうなものの提示を試みたい。

g) 小野清一郎『刑罰の本質について・その他』

先行研究として、小野清一郎の研究はかなり詳しく、正確である。牽連の来歴を小野はかなりのところまで明らかにしていた。

小野は、著書『刑罰の本質について・その他』に本稿の探究にとって重

要な3編の論文を収録している。第1に「唐律に於ける刑法總則的規定」であり、第2に「旧刑法とボアソナードの刑法学」であり、第3に「連続犯と包括一罪」である。

第1の「唐律に於ける刑法總則的規定」では、小野は旧刑法第100条の数罪併発規定、すなわち刑の吸収主義の淵源を律に見る。小野は律の規定を挙げたうえで「此の思想は我が旧刑法第100条の『重罪軽罪を犯し未だ判決を経ず二罪以上俱に発したる時は一の重きに從て処断す』という規定に至るまで保存された⁽⁶⁷⁾」という。

第2の「旧刑法とボアソナードの刑法学」では、旧刑法へのボアソナードの影響を探り、その最後に数罪併発例の成立過程を検討する。そこで、旧刑法に実現しなかったボアソナード案が掲げられ、観念的競合だけでなく牽連犯の場合も含むかなり広い科刑上一罪の提案がなされていたことを示す。この指摘は正しく重要である。⁽⁶⁸⁾

第3の「連続犯と包括一罪」では、小野自身が連続犯規定の削除に反対であったことが表明され、連続犯規定の小野の立場から見た合理性が説かれる。⁽⁶⁹⁾

小野の第1および第2の論稿は、本稿における第1の謎の探究の前半部に関するもので、本稿の当該部分は、小野の正しさを証明することになる。第3の論稿は、本稿の探究の結果明らかになる牽連犯思想のふるさとであるイタリア、フランス、スペインの古典学派の思想と小野の思想が——少なくとも科刑上一罪については——近いものである（と思われる）ことを示すものである。

小野の研究は、牽連犯の沿革に正しく迫ったものとして、探究の際の有力な羅針盤となる。

II 第1の謎を解く

1) 日本側から迫る

現行刑法の規定の由来を調べるためには、立法理由を参照すべきである。

非公式な理由説明ではあるが、探究の端緒として刑法研究者であり司法省法律取調委員であった勝本勘三郎⁽⁷⁰⁾による講述に耳を傾けよう。勝本は、牽連犯の場合について「まづ第一に、一つの法条に触れたる方面が他の法条に触れたる方面に対する手段たる関係を有する場合と然らざる場合とを分かち、手段たりし場合は、更に之を普通的手段たりし場合と然らざる場合とに分かち、普通的手段たりし場合に於ては目的たる行為それ自体の中に包含せらるるものと見るが故に、この場合に於ては単に目的たる行為一罪を構成するに過ぎず⁽⁷²⁾」と説明する。ここからは、手段と目的の関係に立つ場合は、一罪を構成するにすぎないという思想を読み取ることができる。しかし、この説明のみからでは、なぜ一罪を構成するにすぎないのかまったく判然としない。

さらにいくつかの史料を見ていくと、1901（明治34）年第15回帝国議会議会に提出された際に理由説明として同時に配布された「刑法改正案参考書」が目を引く。このときの案では、科刑上一罪規定が現行とは異なる第66条に置かれているが、内容は同一である。その立法理由は以下の通り説明されている。

「本条は、学説に所謂想像上の数罪俱発と称する場合および相牽連する犯罪に関する規定なり。現行法に於いては本条の規定を欠くがために解釈上すこぶる疑義を生ずることあるをもって、修正案に於いては新たに本条を設け、之を明らかにせり。本条は、一個の行為にして数個の罪名に触る場合およびある罪が他の罪の手段若しくは結果にすぎざる場合に在っては其の刑を併科するの必要なきをもってその罪名中最も重き刑を科することとし、特に吸収主義を採りたるものなり⁽⁷³⁾」

公式な説明は以上ですべてである。当時の立法案起草者が牽連犯について「刑を併科するの必要なき」と考えていたことはわかった。しかし、その根拠がどこからやってきたものなのかはまったく明らかでない。そこで、さらにこの前後の資料を紐解いても、現行刑法制定前後の公式記録にはこ

れ以上の言及はない。草野が立法案の理由書も解釈上資するところがない、⁽⁷⁴⁾としてその解決は「判例に待つ外はなかった」としたのは、これ以上の公式資料が見当たらなかったからであろう。

そこで、時代をもう少し遡ることにしたい。もう一度草野の記述を確認し、どこで探究が止まっているのかを明らかにして、それを手がかりに別の航路を探索してみよう。

草野は「牽連犯に付ての規定は明治31年案から始まったもののようである」⁽⁷⁵⁾という。たしかに、旧刑法には牽連犯規定は存在せず、現行刑法への改正論議の最初期にも牽連犯を制定する旨の公式の邦語の案は見られなかった。たとえば、1890（明治23）年刑法改正案⁽⁷⁶⁾にも、1893（明治26）年司法省刑法改正審査委員会の立案・審査の段階にも牽連犯規定は存在しなかった。⁽⁷⁷⁾現行刑法立法史の議会審議を見る限り、草野の指摘は正しい。

草野のいう「明治31年案」の原型は、司法省刑法改正審査委員会1895（明治28）年「刑法草案」である。この「刑法草案」こそ、司法省が公式に牽連犯規定を邦語の現行刑法案に登場させた最初のものである。ただし、同草案の第71条第1項には、現在の牽連犯規定のように具体的な要件が定められているわけではなく、その概念内容は一読しただけでは理解できない抽象的な形で書かれている。⁽⁷⁸⁾

1895（明治28）年「刑法草案」（司法省刑法改正審査会）

第71条第1項

一個又は牽連したる行為にして数個の罪名に触れたるものは其の最も重き刑を以て処断す。

この条文は、同委員会による1897（明治30）年の草案（翌年に帝国議会に提出されるものであり、草野のいうところの明治31年案）でも、条文の位置が変わり、若干の表現の修正はあるものの原則として維持されている。⁽⁷⁹⁾

1897（明治30）年「刑法草案」（司法省刑法改正審査会）

第70条第1項

一個の行為又は牽連したる行為にして数個の罪名に触れたるものは其の最も重き刑を以て処断す。

これらの案では、「牽連したる行為」とだけ書かれており、それが「手段・目的」の關係に立つことは明文化されていない。規定としては内容判然としない曖昧なものであるが、本条に関する法典調査会第3部の議論はさほど活発ではなかったようで、1899（明治32）年11月29日に行われた議論では、石渡敏一委員から第70条に連続犯の場合を入れることについての提案があったが、その法文を見て審議することに決したというのみである。⁽⁸⁰⁾「牽連したる」の意義について議論された形跡は見当たらない。

これが現在の条文のように手段・結果關係が明示されるようになるのは、1900（明治33）年の刑法改正案からである。⁽⁸¹⁾

1900（明治33）年「刑法改正案」

第69条

一個の行為にして数個の罪名に触れ又は犯罪の手段若しくは結果たる行為にして他の罪名に触るときは其の最も重き刑を以て処断す。

この案から、「牽連したる」が「一個の行為にして数個の罪名に触れ又は犯罪の手段若しくは結果たる」に変更された。その後、この条文は、位置については変更を加えられたものの、⁽⁸²⁾文言内容は成立まで維持され、口語化以前の現行刑法と同一である。たとえば、1904（明治34）年の刑法改正案は次の通りである。

1904（明治34）年「刑法改正案」⁽⁸³⁾

第66条

一個の行為にして数個の罪名に触れ又は犯罪の手段若しくは結果たる行為にして他の罪名に触るときは其の最も重き刑を以て処断す。

ここで当初の問題に立ち返ろう。この牽連犯規定は何のために何を参考にして置かれたのであろうか。この刑法改正案の理由書は先に見た通り、

条文をそのまま繰り返しただけで、なぜ「刑を併科するの必要」がないのかまったく明らかではなく、条文の文言が日本立法当局のオリジナルなのか、あるいは外国刑法や刑法学説に端を発するのも判然としないものであった。⁽⁸⁴⁾

一度立ち止まろう。これまでの探索は、勝本の改正理由に関する講述を確認した後、原則として「公式の邦語の改正案」に対象を限定してきた。それによれば、牽連犯規定の始まりは司法省刑法改正審査委員会1895（明治28）年「刑法草案」であるということになり、その地点で岩礁に乗り上げていた。⁽⁸⁵⁾

そこで、「公式の外国語の改正案」にも対象を広げ、時代を少し遡ってみよう。すると、1887（明治20）年に司法省法律取調委員会がフランス語で作成した刑法改正案⁽⁸⁶⁾が目にとまる。同案第115条は以下のように定めている。

1887（明治20）年司法省法律取調委員会刑法改正案
第115条

Si plusieurs infractions se trouvent réunies dans un seul acte ou si plusieurs infractions distinctes sont connexes, en ce que l'une a été commise pour faciliter l'exécution des autres ou pour assurer la fuite ou l'impunité de son auteur, la peine la plus forte est seule prononcée; sauf les cas où la loi a statué autrement.

本条は、「一つの行為の中に複数の犯罪が競合する場合、または1つの犯罪が他の犯罪の実行を促進し、もしくは行為者がその逃亡もしくは免責を確実のものとする関係において犯した場合、その最も重い刑を言い渡す。ただし、他に定める場合を除く」というものである。この規定は同じくフランス語で書かれた同委員会による1889（明治22）年の刑法改正案の第127条にほぼそのまま残されている。それでは、この案はどこから来たのか。さらにこの案を梃に時代を遡ってみる。すると、同案の現行刑法制定時期における初出は、1885（明治18）年ボアソナードの刑法改正案であること

がわかる。⁽⁸⁷⁾

1885（明治18）年ボアソナード案

第115条

1 個の罪を犯すに因て数多の刑名に触れたるときは法律上特に規定する所なきに於ては其最重の刑のみを科す。

第116条の 2

若し処断すべき数多の事件一個の犯罪中に湊合する時は「又はその罪の一にして他の罪の実行を容易ならしむるがために犯したるか或は本犯の逃走および免刑を鞏固ならしむるがためになしたるにより殊別なる数罪の附帯したる時は」単にその最重の刑を宣告すべし。ただし法律上特定せる場合はこの限りにあらず。

この第116条の 2 は、その文言からして、上掲フランス語案第115条と同じものである。ここに、観念的競合と「他の罪の実行を容易ならしむるがために犯したる数罪」が並列で科刑上一罪をつくっていることが看取できる。⁽⁸⁸⁾ 後者は、牽連犯よりも概念は広いが、——他の罪の実行を容易にする手段として罪を犯す場合の——牽連犯をその中に含むといえよう。

草野は牽連犯規定は明治31年案に始まるというが、もっと古く1885（明治18）年ボアソナード案にその思想を見ることができた。

1885年まで時代を遡れば、我々は、当時まだ産声を上げて間がなかった旧刑法との関連に目を向けざるをえない。現行刑法に登場した牽連犯規定の思想が、旧刑法制定直後に見られるのであれば、旧刑法中に牽連犯規定の萌芽がないかを探さなくてはならないだろう。

ここで、注目されるのは旧刑法第296条である。

1880（明治13）年旧刑法

第296条

重罪軽罪を犯すに便利なる為め又は已に犯して其の罪を免かる為め人を故殺したる者は死刑に処す。

この条文は、故殺に関する各則の規定であるが、これを総則に開くと、明治18年ボアソナード案の「その罪の一にして他の罪の実行を容易ならしむるがために犯したるか或は本犯の逃走および免刑を鞏固ならしむるがため」と同じものになる。ボアソナード案第116条の2は、文言上、旧刑法第296条を総則に開いたものである。現行刑法の牽連犯規定は、故殺に限定された各則上のもものではあれど、旧刑法第296条にその萌芽を見ることができる。旧刑法第296条と牽連犯とは文言上の隔たりがあまりにも大きいのではないかと疑問もありそうだが、旧刑法第296条がどのように理解されていたかをみれば、その距離はさほど遠くないことがわかる。宮城浩蔵は、旧刑法第296条について次ように述べている。すなわち「本条の故殺の罪は他の罪の原因となり若しくは結果となりて相関連するにあらざれば成立せず」⁽⁸⁹⁾（傍点原文通り）と。ここにいう「他の罪の原因となり若しくは結果となりて相関連する」——宮城は別の場所では「⁽⁹⁰⁾ 両個の犯罪間に原因と結果との関係あるとき」と表現している——が、牽連犯とまったく無関係であると考えの方が無理があろう。

では、旧刑法第296条はどこから来たのか。当時のヨーロッパ刑法の資料を探してみれば、1810年ナポレオン刑法典第304条の1832年4月28日改正の条文に由来していることが明らかになる。その条文は次の通りである。

Code Pénal de 1810 L. du 28 avril 1832

Article 304

Le meurtre emportera la peine de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il aura précédé, accompagné ou suivi un autre crime.

Le meurtre emportera également la réclusion criminelle à perpétuité, lorsqu'il aura eu pour objet, soit de préparer, faciliter ou exécuter un délit, soit de favoriser la fuite ou d'assurer l'impunité des auteurs ou complices de ce délit.

En tout autre cas, le coupable de meurtre sera puni de la réclusion criminelle à perpétuité.

ここにいう “Le meurtre emportera également la réclusion criminelle à perpétuité, lorsqu’il aura eu pour objet, soit de préparer, faciliter ou exécuter un délit, soit de favoriser la fuite ou d’assurer l’impunité des auteurs ou complices de ce délit.” は、箕作麟祥によれば「軽罪を犯す設備を為し又は其の罪犯を容易ならしめ又は其の罪を行うを以て目的と為し或は其の罪犯の首謀及び附従の逃走を助け又は其の刑を免れしむるを以て目的と為し故殺の罪を犯したる時は亦其の犯人を死刑に処す可し⁽⁹¹⁾」と訳され、中村義孝によれば「故殺が、軽罪を準備し、容易にしもしくは実行する目的、またはその軽罪の正犯もしくは共犯の逃走を助けもしくは不処罰を確保する目的をもっていたときは、同様に死刑が科せられるべきものとする⁽⁹²⁾」と訳される。この1810年ナポレオン刑法典第304条の1832年4月28日改正の文言が旧刑法第296条に受け継がれていることについては疑いようがない⁽⁹³⁾。

旧刑法第296条の故郷は、ナポレオン刑法典の1832年改正であり、それが、ボアソナードを通じて総論規定に開かれ、現行刑法の第54条第1項後段につながったといえそうである。

ここまで判明した画期を流れとして掲げるならば、以下の通りになる。

1832年	改正ナポレオン刑法典第304条（他の罪に関連する故殺に関する各則）
1880年	旧刑法第296条（他の罪に関連する故殺故殺に関する各則）
1885年	ボアソナード草案第116条の2（旧刑法第296条を総則に開く）
1887年	司法省法律取調委員会刑法改正案第115条（総則）
1897年	司法省刑法改正審査会刑法草案第71条第1項（観念的競合と「牽連」を並べる）
1900年	刑法改正案第69条（現在の規定の原型ができる）

ここで、さらに疑問を掘り下げる。ボアソナードは、現行刑法制定過程において、旧刑法第296条（フランス刑法第304条）を総則規定に開く提案を1885年にするが、その「牽連関係の規定を故殺にとどめず総論に開くべし」というボアソナードの考えはどこから来たのだろうか。現行刑法制定

時、すなわち旧刑法を改正するにあたりそのようなことを考え始めたのだろうか。それとも、結果的には第296条の各則規定に押し込められてしまう牽連犯思想だが、彼は旧刑法制定時からそのような考えを持っていたのだろうか。実は、旧刑法制定議論の早い段階で、牽連犯を総則において科刑上一罪とすることがボアソナードから提案されている。

旧刑法の元となる1877（明治10）年11月の「日本刑法草案」（確定稿）が編纂される過程で、1876（明治9）年5月から刑法編纂会議が開催された。その直前、つまりボアソナードが旧刑法編纂に全面的に関与する前、日本人だけによって作成された総則部分のみの未完成案たる「日本帝国刑法初案」⁽⁹⁴⁾（1876（明治9）年4月上申）が元老院から審議されずに司法省に返還されている。その後、刑法の編纂方針が変更され、日本人だけでなく、ボアソナードによる刑法講義や刑法編纂に関する助言を受けながら「日本刑法草案」⁽⁹⁵⁾を作成していくことになった。その編纂会議は、「ボアソナードが起草する草案を原案とし、それを基礎にまずボアソナードが自説を十分に陳述し、つづいて日本人編纂委員を代表する鶴田皓との間で質疑・討論を名村泰蔵の通訳を媒介として行い、この質疑・討論をもとにボアソナードが修正案を起草し、それについて再び鶴田との間で議論する」⁽⁹⁶⁾というものであった。このことは、日本刑法会議筆記巻1 凡例・略議でも確認できる。⁽⁹⁷⁾

このときボアソナードが起草した案とその解説にきわめて興味深い記録がある。草案の第115条を見てみよう。⁽⁹⁸⁾

1876（明治9）年刑法編纂会議ボアソナード案

第115条

一罪を犯すに因て数多の刑名に触〔れ〕たる時は一の重きに從いて処断す。

この条文案は、日本人起草者による「日本帝国刑法初案」には見られない規定である。⁽⁹⁹⁾したがって、本案が単に形式的にボアソナードの案であるということだけでなく、実質的にもボアソナード自身の考えに基づくもの

であると判断して良いだろう。ボアソナードの本案は、結局旧刑法には実現しなかったが、ボアソナードがこの案を強く推していたことが伺える事実がある。それは、前掲の現行刑法制定時のボアソナード案（奇しくもこちらと同じ）第115条との類似性である。もう一度掲げてみよう。

1885（明治18）年ボアソナード案

第115条

1 個の罪を犯すに因て数多の刑名に触れたるときは法律上特に規定する所なきに於ては其最重の刑のみを科す。

見ての通り、若干の表現の違い（および訳の違い）はあれど、ボアソナードは旧刑法に採用されなかった自身の科刑上一罪規定を、現行刑法制定議論時において、実に9年越しに再び提案している。旧刑法時のボアソナードの提案が、強い提案であったことを伺わせるものである。ボアソナードは当初より——結果としては旧刑法に採用されなかった——刑の加重主義を主張していたが、その加重主義の例外をなす部分についての意見は旧刑法制定時も現行刑法制定時も変わることがなかったのだろう。

ここで2点の重要な疑問が生じる。第1に、本稿の探究にとって根源的な疑問であるが、ボアソナードの「1 個の罪を犯すに因て数多の刑名に触れたるとき」は牽連犯の場合を含むのかということである。もしこれが単に観念的競合の規定であるというのであれば、本案は牽連犯思想の原点であるとはいえなくなる。第2に、このような総則における規定は当時のフランス刑法にもなかったことに鑑みると、この案はフランス実定法由来でないことになる。すなわち、ボアソナードのオリジナルか、あるいはフランス以外のどこかから学んで日本に持ち込んだかのいずれかである。そのどちらなのだろうか。

この2点の疑問に答える鶴田とボアソナードの質疑応答がある。⁽¹⁰²⁾

まず、第1「ボアソナード案第115条は牽連犯を含む規定なのか」に関するやりとりを見てみよう。

鶴田「例えば盗罪を犯さんが為め人を闘殴し又は偽書を作る等種々の悪事を為すことあり、之は目的と為す所の一罪を犯さんが為め他の枝葉の数罪を犯したるものなり。此の数罪を亦併科せんとする時は実際に於て甚だ難事ならんと考えり。之は如何す可きや」

ボアソナード「盗罪を犯さん為め偽書を作り又は人を闘殴するが如き一罪を犯さんとする目的の為に数罪を犯したる時は其の目的たる一罪の重きに從て処断することと為す可し。例えば強姦の罪を犯したり但し夫ある婦なり之は強姦の罪を以て重しと為す可き時は強姦の刑を以て罰し又有夫姦を以て重しと為す可き時は有夫姦の刑を以て罰す可きなり。又たとえば人を讒毀し且つ闘殴したる時は讒毀の罪は消滅して闘殴の罪而已と為し其の刑を以て罰すべきなり」

鶴田は、結合犯と牽連犯を含む場合について質問している。これらに対して刑を併科すると実務において困難が生じるのではないかという質問である。これに対しボアソナードは、前段で結合犯および牽連犯につき「其の目的たる一罪の重きに從て処断することと為す可し」と答え、続けて観念的競合と思われる事例についても重い刑により処断すべき旨を述べている。讒毀・闘殴の説明の際に「罪は消滅して」と書かれている点に数罪説・一罪説の不分明の点はみられるものの、ボアソナードの趣旨は、牽連犯と観念的競合とをまとめて科刑上の一単位として扱うべき旨であるとみられる。ボアソナード案は、牽連犯を含むものであることが確認できた。これが、日本における牽連犯規定（案）の初出である。

では、この思想が旧刑法に採用されなかったのはなぜか。それは、旧刑法が数罪俱発について、ボアソナードの原則的に刑を加重し例外的に吸収する⁽¹⁰³⁾という提案を退け、鶴田の推す広い吸収主義を採用ことにしたからである。科刑上一罪規定は、数罪競合の場面における刑の併科・加重⁽¹⁰⁴⁾の例外としての性質を有する。そのため、数罪の場合に原則として広く刑を吸収

する原理を採用したならば、科刑上一罪規定自体が不要になる。かくして、科刑上一罪規定は、旧刑法時代には不要となり置かれなかった。それが、併合罪について制限加重主義を採用する現行刑法に至って、吸収主義にとどまる領域を示す規定として復活したのである。

なお、旧刑法が広く吸収主義を採用したのは、——ボアソナードはフランス治罪法第365条が「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」としているところから採ったのだらうと推測していたがそれは間違いであり——小野が指摘する通り、⁽¹⁰⁵⁾ 律の影響であると思われる。名例律（下）は、「諸二罪以上俱発。以重者論。」（二罪以上が俱発したときは、重いものをもって論ずる）と定めていた。これが唐律、養老律の時代からの律令法の伝統であった。現に、古賀廉造は、「数罪俱発の名称は、之を支那律に採る。支那律に於て同時に数個の犯罪併発したときは数罪俱発例として重きに從て処断するの規定あり」⁽¹⁰⁶⁾と説明している。この吸収主義は、旧刑法制定当初から評判の悪い規定であった。たとえば、富井政章は第16回貴族院会議で、「一度殺人ならば殺人という罪を犯せば、それより後はそれと同等または以下の罪を何程犯しても得である、いくつ罪を犯してもその中の1の重きものに対する刑を科するにとどめるという吸収主義であり……これは今日外国においてはほとんど唯一の例しかない不当な制度である」⁽¹⁰⁷⁾と述べている。このように、旧刑法において採られた吸収主義がすこぶる評判が悪かったため、現行刑法においては、刑の加重を原則としつつ、その質および量を併合罪の規定において制限するとともに、一部をなお吸収主義にとどめた。かくして吸収主義にとどまったのが科刑上一罪である。つまり、併合罪の方が現行刑法に新しく、科刑上一罪の方がむしろ、旧刑法の残滓である。こう考えると、科刑上一罪の思想の探究が現行刑法制定時の議論ではなく、旧刑法制定時の議論にまで遡ることになったことは当然の成り行きであった。

第2の疑問に移る。ボアソナードによる科刑上一罪思想は、ボアソナードのオリジナルであろうか。それともどこからかやってきたものであろう

か。ボアソナードは鶴田の質問への回答に次の注目すべき言葉を続けている。

ボアソナード「イタリア刑法第86条には右数罪中最も重き刑を以て罰すべきの主意を記せり」

科刑上一罪の思想が日本にはじめて登場した時、その参照先は、当時のイタリア刑法だった。ボアソナードは、ナポレオン刑法典1832年改正第304条の故殺に関する各則規定を知りつつ、それよりもさらに進んで故殺に限らず刑の吸収関係を総則に開いた当時のイタリア刑法第86条とをあわせて参照し、牽連犯を科刑上一罪とすることを提案したようである。

たしかに、ボアソナードは、当時のイタリア刑法を高く評価していた。彼は刑法編纂会議で次のように発言している。⁽¹⁰⁸⁾

ボアソナード「イタリア刑法を觀るに、各国の刑法に比すれば最後即ち近來制定せるものなり。故に仏国刑法とは大同小異と雖も粗良法多し」

つまり、イタリア刑法が各国の刑法を参照した最先端のものであるため、フランス刑法に似ているものの、良い規定が多いという。そうであれば、ボアソナードが当時のイタリア刑法を参照して、その条文を日本の刑法草案にも取り入れようとしたことは無理もない。

ここまでの探究で日本刑法の牽連犯がボアソナードによって持ち込まれたことが明らかになった。ここまでは、小野清一郎も——本稿ほどに細かく資料を提示してはいないが——おおよそたどりついていた。本稿は、小野の到達地点であるここから先、さらに当時のヨーロッパに舞台を移して淵源を探すことにする。

そこでまず、そのイタリア刑法第86条が具体的にどのような規定であったかを確認すべきである。

だが当時、イタリア刑法といえば、地方ごとに複数の法典が並列して⁽¹⁰⁹⁾いて、私自身当時のいくつかのイタリア刑法典（とというるもの）に当

たったが、イタリア語でボアソナードのいう第86条を発見することができなかった。⁽¹¹⁰⁾ おそらく、ボアソナードが示しているのは、1859年制定のサルデーニャ刑法典（1889年ザナルデッリ刑法典制定まで有効）を基礎として統一イタリア王国向けに改定された当時のイタリア王国刑法典であると思われるが、そのイタリア語の原典を参照することができなかった。そこで、⁽¹¹¹⁾ 当時日本において「イタリア刑法」として参照されていた刑法を日本の文献を元に調べたところ、1878（明治11）年司法省編集の『各国刑法類纂』に「伊太利新刑法」としてその第86条が掲げられていた。これが当時の司法省のいうイタリア刑法であることは間違いない。司法省の編纂した公式⁽¹¹²⁾の資料なので、その条文を引用する。

イタリア刑法（司法省『各国刑法類纂』による）

第86条

罪と称すべき数個の所行を為したる者は、その重き犯罪の為め定めたる刑に処すべし。

条文をみるとわかるように、これは刑の吸収主義を謳う科刑上一罪の規定ではあるが、牽連犯の規定そのものではない。ボアソナードは自ら認める通りこのイタリア王国刑法を参照にしたのであろうが、これが牽連犯思想のふるさとであると言い切るには躊躇を憶えるほどに抽象的な規定である。そもそもこれが、牽連犯規定であるのかについても不安が残る。そこで、さらに探究を進めたいが、日本の資料にはこれ以上のものがない。先行研究の探究がここで止まっているのもそういった理由からであろう。だが、我々はすでにスペインに類似の規定が存在することを知っている。では、スペインの刑法史を紐解けば、何かがわかるのではないだろうか。スペイン側から牽連犯思想に迫ってみよう。

2) スペイン側から迫る

ここまでの探究で、日本刑法第54条第1項後段の思想的淵源をボアソナードを追いかけて19世紀後半のイタリアにまでつなぐことができた。し

かし、当時のイタリア刑法に、吸収主義の規定は見られるものの、牽連犯の規定であると断言できるようなものは発見できなかった。それならば、スペイン刑法の牽連犯規定の淵源をたどって同じところにたどり着くかを検討してみれば、その思想的淵源はもっとはっきりするだろう。日本刑法がスペイン刑法の「条文の文言」を参照したかは後で別に検討するが、少なくとも思想的に同じ淵源のものなのか、それとも別のものなのかはここで探る価値がある。もし、日本とスペインの牽連犯規定が同根であり、かつスペインの文献が牽連犯思想の淵源はここだと明言しているのであれば、日本牽連犯思想の淵源もそこだということになるからである。

そこで、まずスペインの定評のある教科書において、牽連犯の思想的故郷が説明されていないかを概観してみる。

ミール・プッチは、牽連犯について、それが実在的競合であるように見えるにもかかわらず、観念的競合のように取り扱われることの根拠（fundamento）は、観念的競合と類似のものであり、それは「行為者の計画において統合されている複数の罪それぞれについて処罰するのは、同一意思に対する二重処罰となると考えた（カッラーラのような）古典学派の構想に対応するもの⁽¹¹³⁾」であるという。

ここでは、カッラーラの名前とともに古典学派（los clásicos）の思想が淵源であると挙げられている。カッラーラはイタリア古典学派の人であるから、まさにイタリアがその発祥の地として指示されているのである。さらに、別の教科書では、「この（引用者注：牽連犯の）概念の歴史的起源は、目的とする罪を犯すための手段であると考えられる罪があるとき、これら両方の犯罪を意思が統合すると考えるイタリア古典学派（escuela clásica italiana）の論者たちによるものであると通常いわれている⁽¹¹⁴⁾」と言及されている。スペインの牽連犯規定が思想的にイタリアに発するとすれば、日本刑法の牽連犯規定との歴史的関連性が見えてきそうである。

そこで、さらに専門論文でこれがどのように扱われているかも念のため確認しておきたい。ギナルテ・カバーダは、スペイン旧刑法時代の1989年に「犯罪の手段的競合」と題する牽連犯に関する詳細な論文を発表した。

その中で彼はスペイン刑法に牽連犯規定が導入されたのは1848年刑法典が
 最初である旨を述べている。彼は、当時のヨーロッパ諸国の刑法を、犯罪
 競合を一元的に取り扱う刑法（フランス、オーストリア、スイス、ポルト
 ガル）⁽¹¹⁷⁾と数罪と別に科刑上の一罪とを区別する刑法（イタリア、ドイツ、
 ベルギー）⁽¹¹⁸⁾とに分け、スペインを後者に分類する。さらに後者を、実在的
 競合と観念的競合とに2分するイタリア、ドイツ、ベルギー刑法と、実在
 的競合、観念的競合、手段的競合とに3分するスペイン刑法に区別する。⁽¹²⁰⁾
 そして、この手段的競合の規定を置いたのは、手段と目的との牽連（con-
 nexión de medio a fin）の場面では「目的の単一性が犯罪の単一性を導く」⁽¹²¹⁾
 と考えるカッラーラのようなイタリア古典学派（escuela clásica italiana）
 の論者たちの影響を受けたものであるという。このように、スペイン刑法
 の牽連犯規定の歴史的淵源は、ボアソナードが言及したようなイタリアの
 実定法の規定ではなく、カッラーラに代表されるイタリア古典学派の思想
 にあるとされている。⁽¹²³⁾

だが、これらのスペインの研究者たちの言説が1848年刑法がカッラーラ
 その人の影響を受けているという趣旨ならば本稿は賛同できない。ギナル
 テは、——あくまで例示としてだが——カッラーラの1886年の総論第1巻
 第6版にリファーしているが、1886年の教科書が1848年の刑法制定に影響
 を与えることはおよそ考えられない。ただし、カッラーラはイタリア古典
 学派の代名詞であるから、抽象的にイタリア古典学派の思想がスペイン刑
 法に影響を与えたという趣旨であれば理解可能である。おそらく、彼らは
 イタリア古典学派の代名詞としてカッラーラの名を挙げたのだろう。とは
 いえ、スペインの研究者が何度もカッラーラの名を出すのには意味がある
 に違いない。念のためカッラーラの記述を確認してみよう。

ギナルテがリファーしたものより古いカッラーラの著作で今私の手許に
 ある最も古いものは、ピサ大学教科書版の1863年『刑法綱要』⁽¹²⁵⁾である。こ
 の教科書は、本稿にとって極めて重要な書物である。というのも、同書は
 1876年、すなわちボアソナードが旧刑法に関連して牽連犯思想を導入する
 かのような主張をしたまさにその年、パリでフランス語訳が刊行されて

⁽¹²⁶⁾ いるからである。もし、ボアソナードがこのフランス語版を読んでいれば——これより早く制定されていたスペイン1848年刑法の場合と異なり——同書が日本刑法に影響を与えたもののひとつである可能性がある。そこで、同書のイタリア語版を読みながら、適宜フランス語訳にも言及しつつ論を進めていく。⁽¹²⁷⁾

カッラーラの『刑法綱要』には、「目的」(fine; fr. fin)と「手段」(mezzo; fr. moyen)の関係にある数罪は結合して一罪となる旨の記述がある。彼は、これを連続犯の理論 (la teoria del delitto continuato; fr. la théorie du délit continué) と同じ理由に基づくとして述べ、「結合の罪を犯すひとつの意思決定があるときは、ひとつの結合犯 (un delitto complesso; fr. un délit complexe) が生じるが、これはただ一罪 (un delitto solo; fr. un délit unique) である」⁽¹²⁸⁾ という。彼は、この教科書のいたるところで、「目的」および「手段」という語をセットで使用し、ひとつの意思によって目的たる罪と手段たる罪とが結合されて一罪となる旨を繰り返す。さらに、手段となった罪と目的となった罪とで、前者が重い場合、両者が等しい場合、後者が重い場合などに分類して詳細な説明を加えている。ここでは、連続犯・牽連犯および結合犯との関係は未整理であって、彼の挙げる例には、窃盗の目的で殺人 (l'omicidio a fine di furto; fr. l'homicide à fin de vol) を手段とする場合は、罪名も強盗 (latrocinio; fr. latrocinio) に変更された一罪が成立するというものなど——彼は連続犯・観念的競合・牽連犯を結合犯の一種として理解していたから——結合犯の説明である場合もある。⁽¹²⁹⁾ しかし、彼の論述の根底にひとつの意思に貫かれた目的と手段との関係に立つ複数の罪は、罪名が変更しようとしまいと、刑が加重されようとされまいと、まとめて一罪であるという思想があることは疑いようもない。⁽¹³⁰⁾

この思想内容を掘り下げるため、資料としては少し時代が近づいてしまいが、描写がより詳しい体系書の1897年『刑法綱要総論第1巻第8版』⁽¹³¹⁾ も開いてみたい。

まずは、カッラーラの(広義の)結合犯 (delitto complesso) ⁽¹³²⁾ に関する説明を聞いてみる。彼によれば、「行為の単一的競合によって、ひとつの

法が複数回侵害されている場合、その罪の分類は、我々の学問にとって重大な困難となる⁽¹³⁶⁾。そこでまず行為が「複数の異なる目的 (diversi fini)」によるものか、「ただひとつの目的 (un solo fine)」によるものかを区別しなければならぬ⁽¹³⁷⁾。後者の——つまり複数の行為がひとつの目的による——場合、一罪 (un solo delitto) である。その理由について、カッラーラは、注で結合犯理論に反対するティソーへの反論を試みる中で、次のように述べる。「もし意思行為が1個である場合に2個の罪としてみるならば、同一の決定を2度帰属させることになる⁽¹³⁸⁾」と。続けてカッラーラは、1個の意思が帰属される罪は1個であり、これは連続犯 (delitto continuato)⁽¹³⁹⁾の理論と同じ理由によるものであるという。それでは、連続犯の理論をカッラーラはどう説明しているのだろうか⁽¹⁴⁰⁾。

カッラーラによれば、連続犯の理論はトスカーナで——すなわち彼の学派において——生まれたものではない。それはすでに法規に見られるものであり、ウルピアヌスも2度の侮辱を1つの侮辱とする旨述べているとカッラーラはいう⁽¹⁴¹⁾。2つの罪が連続して犯された場合、それらが異なる目的によるものであれば、それらは2つの異なる犯罪である (“Sono due delitti distinti.”)⁽¹⁴²⁾。だが、ひとつの同一刑罰法規が繰り返し侵害されたとき、ひとつの目的がそれらの諸侵害を統一する。この考え方の起源は、3度目の窃盗で死刑とする法の運用を寛容化するため、一度の所為によって複数の物が盗まれたとしても「窃盗はひとつである」 (“Furtum est unum.”) とした実務にあると彼はいう⁽¹⁴³⁾。

このように、カッラーラは、結合犯、連続犯を同じ理由に基づく一罪であるとして、その理論的根拠を目的が複数の行為を結合することに、その現実的起源は古くからの実務に求める。そして、彼は、牽連犯もこの結合犯の一種であると捉えている。彼は、「ひとつの法を複数回侵害するとき、または純粹単一性のあるとき (たとえば武器が爆発して他の人も傷つけたとき)、もしくは他の犯罪の実行を促進するために犯された罪が手段と目的の関係にあるとき、結合犯である⁽¹⁴⁴⁾」という。ここでは、連続犯、観念的競合⁽¹⁴⁵⁾、牽連犯が、結合犯とされている。彼は、これらを一罪とする。

以上のように、イタリア古典学派を代表する学者カッラーラの記述に、牽連犯思想の萌芽を見ることができた。ここまで詳細に書かれていたら、スペインの研究者たちが牽連犯の思想的根拠に関連してカッラーラの名を挙げたくなるのは無理もない。私も当時のイタリアの資料に少なからず当たってみたが、この問題についてカッラーラほど詳しく書いている者は見つけられなかった。だが、カッラーラのこの1860年から1870年にかけて総論から各論まで次々と刊行された『綱要』のシリーズと1848年スペイン刑法典との時間的前後関係はどうしても覆しようがない。カッラーラのこれらの記述が、牽連犯思想を事後的に精緻化し後押しするにしても、先に制定された1848年スペイン刑法に影響を与えることはありえない。

そこで、カッラーラより前の時代で、カッラーラ思想原理に影響を与えた人物に誰かキーパーソンはいないかを探ると、イタリアの法制史学者であるマリオ・ズブリッコリが、18世紀改良主義とともにカッラーラの刑法思想を支える原理が根を張っている者としてジャンドメニコ・ロマニョージ⁽¹⁴⁷⁾、ジョヴァンニ・カルミニャーニ⁽¹⁴⁸⁾およびペレグリーノ・ロッシ⁽¹⁴⁹⁾の3名の名を挙げていることが目を引く。そこに、スペイン刑法史の文脈でも頻出するロッシの名前があるからである。

ロッシは、スペイン刑法史に頻繁に名前の挙がる人物である。ロッシは、イタリアの——先ほどの人名ではなく地名としての——カッラーラ出身で、フランスに亡命し、ジュネーヴ大学、コレージュ・ド・フランス、パリ大学などで教鞭を採った経済学者、政治家、法学者である。スペインの検察官で刑法学者のサーラテ・コンデによれば、まさに我々が探究の対象としている1848年スペイン刑法典は、その制定の際に1819年ナポリ刑法および1830年ブラジル刑法⁽¹⁵¹⁾の他、ロッシの影響を受けているという。ロッシは、1829年にフランス語で刑法の書籍を上梓している。ロッシは、カッラーラ⁽¹⁵⁰⁾の思想に影響を与えており、牽連犯規定を持つ1848年スペイン刑法典に影響を与えており、かつフランス語で著作を記している。そのパリで出版されたロッシの1855年のフランス語で書かれた教科書⁽¹⁵⁵⁾を確認したところ、“notre savant ami”（我が学友）としてオルトランに言及している。オル⁽¹⁵⁶⁾

トランからボアソナードにつながることに思いを致すと、日本とイタリア古典学派とのフランスを通じてのつながりを見いだせるよう思われる。⁽¹⁵⁷⁾

ロッシは、フランスにおいては新古典学派といわれる折衷主義の流れに属する。ベッカリーア、ベンサム流の功利主義的思考に抵抗しつつ、カント、ヘーゲル流の絶対主義も採らない古典学派である。彼の刑法理論は、⁽¹⁵⁸⁾まとめると次のようなものである。

- ①政治的秩序は、道徳的秩序を実現するための手段であり、社会秩序は、世界の道徳的秩序を維持・発展させることに服する。
- ②立法者は、同時に指導者の役割も果たす。そのため、大衆の意見および慣習に対して力強く行動する。
- ③社会正義が道徳秩序に寄与しないままに秩序と教育の手段となるのなら、それは誤謬の学校、隷属の道具となりうる。
- ④したがって、実定刑法の諸要素を理解するためには、政治的問題と道徳的問題との両方を同時に解決する必要がある。

それでは、ロッシと1848年スペイン刑法はどのようにつながるのであろうか。ここでのキーパーソンはホアキン・フランシスコ・パチェコ・イ・グティエレス・カルデロンである。⁽¹⁶⁰⁾

パチェコは、スペインの政治家、法学者、作家であり、1847年には首相と外務大臣⁽¹⁶¹⁾（国務大臣）とを兼務し、1848年刑法の立法に直接関与した。その後も外務大臣をさらに2度務め、司法大臣も務めるなど、イサベル2世統治下の政治家として重要な人物である。また、刑法学者としての活動も精力的で「法学および法律学報」(Boletín de Jurisprudencia y Legislación)にいくつもの論稿を寄稿した。⁽¹⁶²⁾ 彼が1848年に刑法典に与えた影響は、スペイン刑法の大部分に残っており、そのため今なおパチェコの刑事立法に関するコメントが刑法学者に参照されることがあるほどの重要人物である。⁽¹⁶³⁾

パチェコもまた、ロッシと同様の折衷主義を主張していた。パチェコに

よれば、刑罰は「害による害」(mal por mal)であるが、これは、絶対主義に根差したヘーゲルによる「否定の否定」(Negation der Negation)⁽¹⁶⁴⁾あるいは「侵害の侵害」(Verletzung der Verletzung)⁽¹⁶⁵⁾と表現は似ているが、内容として異なる考えである。パチェコは、功利性により修正された応報(retribución moderado por la utilidad)⁽¹⁶⁶⁾を主張した。すなわち、正義と功利の折衷的な主張である。パチェコは「害による害は、その実現があれば我々を満足させ、その欠如があれば我々を虚しくする……根源的な原則は絶対正義であり、それは科すことのできる刑罰の限界を我々に示すのである」⁽¹⁶⁷⁾といて、まず絶対正義を刑罰の根源的な原則として置く。だが、このような絶対正義を刑法における唯一の指針とはしない。パチェコは次のように続ける。「しかし、たとえそれが第1の原則でないとしても、重要な役割を果たす別の原則がある。それは、公共の功利(utilidad pública), 便益(conveniencia), 国民の一般的利益(bien general de la nación)である」と。

パチェコとロッシは正義と功利の折衷主義に基づく古典学派に属するという点で、共通項を持っていた。アントン・オネカは、パチェコはロッシをその折衷主義への親近感と刑法および刑事訴訟法への素養から「ソウルメイト」(alma gemela)⁽¹⁶⁸⁾と感じたに違いないと評する。

その傍証がある。1837年、パチェコはアテネオ・デ・マドリードで数度講演(unas lecciones)し、そこで受講生に対してロッシの『刑法概論』(Traité de Droit Pénal)⁽¹⁶⁹⁾をととても熱心に(muy encarecidamente)薦めたとの記録がある。⁽¹⁷⁰⁾このように、ロッシがとりわけパチェコを通じてスペインの立法に影響を与えたことは、間違いない。

加えて、スペインへのロッシの影響はパチェコを通じたものととどまらない。というのも1839年には、カイェターノ・コルテスによって彼の『刑法概論』(Traité de Droit Pénal)はスペイン語訳されている。フランス新古典学派の刑法学は、1848年刑法典制定前の時期、スペイン刑法学において一大潮流となっていたのである。

かくして、スペイン刑法と日本刑法との底流に共通するフランス新古典

学派——それがイタリア古典学派のカッラーラにも影響を与えた——の思想的影響が浮き彫りになった。⁽¹⁷¹⁾

なお、1848年スペイン刑法典がなぜ観念的競合と並べて牽連犯規定を置いたのかについては、明確な史料——すなわち立法者パチェコ自身による1848年刑法典の解説書⁽¹⁷²⁾——を示しながら、説明することができる。それは、必然的な関係に立つ数罪をひとつのまとまりとして加重主義の例外とするためである。

見逃してはならないことは、1848年スペイン刑法において牽連犯に関する規定は、吸収主義を定める第77条だけではないということである。第10条に次のような規定が置かれている。

1848年スペイン刑法

第10条 加重情状であるのは：

第11号 他の罪を遂行するための手段として罪を実行したとき

第77条 前条の規定〔訳者注：数罪を犯した行為者に対して各刑を併科する旨の規定〕は、1個の行為が2個以上の罪を構成し、またはそれらのうちのひとつが他の罪を犯すのに必要な手段であるときは適用しない。これらの場合には、その最も重い罪の刑の最も重いものを適用して処断する。

一見してわかるように、1848年スペイン刑法は、牽連犯に対して2段階構えを採っていた。すなわち、①ある罪と別の罪が単純な手段・目的の関係に立つときは刑を加重する、②ある罪と別の罪が手段・目的の関係に「必然的に」立つときは刑を吸収する。では、なぜ後者②が観念的競合と並べられることになったのか。それは、1つの罪を犯したら別の罪が「必然的に伴う」という点で、両者に違いはないからである。つまり、(当時の)スペインにおいて刑を吸収するタイプの牽連犯の本質的要素は「必要な手段であることである。パチェコは、数罪の数罪たる理由を「他方がなく⁽¹⁷³⁾でも起こりえた」ことに求める。彼は、刑法第10条第11号に触れるときには「他の罪を遂行するための手段となった罪は結果として加重される」⁽¹⁷⁴⁾と

いい、第77条については第10条の要件に加えて手段たる罪が「必要であったということが追加されている」という。⁽¹⁷⁵⁾必要であるならば、それは「他方がなければ起こりえなかった」、「ひとつの罪を犯せば必然的に付随する」ので、観念的競合と変わらないことになる。それゆえ、パチェコは、第77条解釈の実務的な難しさの所在は「手段の必要性 (necesidad del medio)」⁽¹⁷⁶⁾があったか否かの認定になるだろうと予想している。

現に、今日まで牽連犯規定を有するスペイン刑法の影響を受けているすべての刑法において手段の「必要性」が規定されている。スペイン語ではなく英語の刑法を持つフィリピンにおいても「必要な手段」(a necessary means)であることが明文で求められている。これに対して、日本刑法においては、——制定の際にスペイン刑法を参照したか否かは後の探究にゆずるとして——「必要性」が実定法上定められていない。私の知る限り、牽連犯規定を置く刑法で、刑の吸収型牽連犯を認めるにあたり「必要性」を規定していない刑法は、日本刑法しかない。⁽¹⁷⁷⁾では、日本刑法においても手段・結果の必要性を解釈上求めるか否かは、本稿の探究を終えた後に改めて別稿で検討する。

3) 解のまとめとさらなる探究

以上のように、刑法総則における牽連犯の思想がイタリア・フランスの折衷主義的古典学派に由来することはおそらくもう間違いない。スペインの立法に事実的に影響を与えたのはロッシであり、理論的に詳細な説明を加えたのはカッラーラである。カッラーラは、ひとつの意思に担われた諸行為を2度処罰することは二重処罰の禁止に反するとみていた。

以上の説明は、刑法の総則規定としての牽連犯思想の淵源についてである。

だがここで、各論的な法定はナポレオン刑法の1832年改正において既に見ることが出来ることに注意を促しておく。我々は2つのことを同時に扱っている。各則における規定と、それを総則にまで開く思想とである。カッラーラは後者の代表であるが、その挙げる例は、侮辱や窃盗の実務に

基づくものあるといていた。すなわち、各則として一定の犯罪間を結びつけて理解しようとするものは——実務上の必要性から——ローマ法に古くからあったとカッラーラは指摘している。それを総論的に一般化する可否かというところに、思想上の争点があるといえる。

ここまでの探究の主要事項を年代順に表にすると次の通りである。

ローマ法	古い実務（特定の罪についてまとめて処理する慣例をもつ）
1829年	ロッシ『刑法概論』（パリで刊行。新古典学派。スペインおよびカッラーラに影響）
1832年	改正ナポレオン刑法典第304条（他の罪に牽連する故殺に関する各則）
1837年	パチェコ「アテネオ・デ・マドリッド講演」（ロッシとスペイン刑法を結ぶ）
1839年	スペイン語版ロッシ『刑法概論』
1848年	スペイン刑法典制定（総則に牽連犯規定を持つおそらく世界最初の刑法典）
1860年	カッラーラ『刑法綱要』シリーズ刊行（目的が数罪を結合するという思想）
1876年	フランス語版カッラーラ『刑法綱要』
1876年	刑法編纂会議ボアソナード案（旧刑法への牽連犯を含む科刑上一罪規定の提案）
1880年	旧刑法第296条（他の罪に関連する故殺故殺に関する各則）
1885年	ボアソナード草案第116条の2（1876年案の現行刑法への提案）
1887年	司法省法律取調委員会刑法改正案第115条（ボアソナード案の反映）
1897年	司法省刑法改正審査会刑法草案第71条第1項（観念的競合と「牽連」を並べる）
1900年	刑法改正案第69条（現在の規定の原型ができる）

ここで第1の謎の探究を終えたいところだが、あとひとつだけ疑問を付

け加えておく。それは、刑法典にこのような規定が登場したのは各則について1832年改正ナポレオン刑法典、総則について1848年スペイン刑法典のことだが、刑法典以外にこのような規定はなかったのかである。

もちろん、実体刑法から外れる領域は、本稿に定義した「牽連犯思想」ではない。だが、ここでは一言触れておきたいと思う。というのも、後で検討するように「牽連犯」という語の発生起源がそこに見られるからである。

問：1832年改正ナポレオン刑法典以前、刑法以外の法典に牽連犯類似規定は見られないか。

答：1808年ナポレオン治罪法典（フランス治罪法）に類似規定がある。

ナポレオン治罪法典については後に詳述する。

これまでの探究により、手段と目的との関係に立つ数罪をまとめてひとつの単位にしようという思想が、日本現行刑法制定時に突如として現れた日本独自のものでないことは十分に証明できたと思われる。

Ⅲ 第2の謎を解く

1) 謎と解明の方向性

日本の牽連犯規定も、スペインのそれも、同根であった。思想的根拠が共通であるとして、それだけでは説明のつかない規定の類似性がここでターゲットとなる謎である。

日本刑法第54条第1項後段は、科刑上一罪をひとつの条文にまとめ、前段に観念的競合、後段に牽連犯を規定する。すなわち、「1個の行為が2個以上の罪名に触れ、又は犯罪の手段若しくは結果である行為が他の罪名に触れるとき」（制定時：「一個ノ行為ニシテ数個ノ罪名ニ触レ又ハ犯罪ノ手段若クハ結果タル行為ニシテ他ノ罪名ニ触ルルトキ」）である。スペイン刑法は1848年から現在まで冠詞の有無など細かい点に違いはあれど、⁽¹⁷⁸⁾「1個の行為が2個以上の罪を構成し、またはそれらのうちのひとつが他

の罪を犯すために必要な手段であるとき」との文言⁽¹⁷⁹⁾が使用されているが、ただの偶然で片付けるには日本刑法に似すぎている。これは牽連犯規定を有する他の刑法においても同様で、冠詞や前置詞のわずかな違いはあれど、邦訳すればまったく同じ文言になる規定を有している⁽¹⁸⁰⁾。英語で制定されているフィリピン刑法第48条は、罪が重罪と非重罪に区別されるためにその見た目はやや異なるが、邦訳すれば「1個の行為が2個以上の重罪または非重罪を構成し、またはそのひとつの侵害行為が他の罪を犯すにつき必要な手段であるとき」となり、同一の文言であるといいうる。日本刑法とスペイン刑法系刑法の規定は（スペイン刑法系にとっては本質的である）「必要な」が入っているか否かの違いはあるものの、基本的に同じであるといってよいだろう。中野次雄が、スペイン刑法を参照したのではないかと推測したのも無理はない。

そこで、いったい、誰がどのタイミングでどのようにスペイン刑法（あるいはスペイン刑法の影響下にある刑法）を参照し得たのかが問題となる。

先に結論を述べておけば、旧刑法および現行刑法制定時にスペイン刑法を直接参考にしたという史料は見当たらない。現行刑法制定の当初参照されたのは、ドイツ、フィンランド、ハンガリー、イタリア、オーストリア、ベルギー、フランス1893年草案、オランダ、日本旧刑法である⁽¹⁸¹⁾。また、1902（明治35）年の第16回衆議院特別委員会において改正案の母法は「オランダ、フィンランド、イタリア、ポルトガル、オーストリア」であると答弁されている⁽¹⁸²⁾。旧刑法制定時には、フランス、ベルギー、エジプト、ドイツ⁽¹⁸³⁾を参照にした形跡やボアソナードによるイタリア刑法の参照があるものの、スペインの名は見当たらない。また、1871ないし1872（明治4）年から1889（明治22）年までのデータを見ても、政治・法制関連のいわゆるお雇い外国人の中にスペイン人がいたという記録は見られない⁽¹⁸⁴⁾。このように、スペイン刑法が参照されたという確実な史料が出てこない以上、現行刑法第54条第1項後段に当時のスペイン刑法第90条が影響を与えていることの確定的な立証は本稿においては断念するしかない。

しかし、当時のスペイン刑法は1870年の制定であり、第90条に日本刑法

と文言上かなりの部分が一致する科刑上一罪の規定があることに鑑みると、すでに指摘したように、偶然の一致で切り捨てることは困難であるようにも思われる。

そこで、スペイン刑法を参照した可能性につながりそうな事実をいくつか示しておこう。

2) 一定の可能性の示唆

a) 現行刑法制定前に登場した日西の隣国関係

一般にはあまり注目されていないことだが、日本とスペインは現行刑法制定の直前の数年間、隣国であった。1895（明治27）年8月7日、日本とスペインは国境を画定する条約「国境確定ニ関スル日西両国宣言」に調印した。これにより、日本領台湾（当時）とスペイン領フィリピン（当時）との国境をバシー海峡に置くことが決定した。その数年後にはフィリピンは独立運動・アメリカ領編入と状況が変わっていくが、日本とスペインとがわずかな期間ながら隣国関係にあった事実は揺るがない。また、フィリピンにおける刑法はスペイン刑法を移植したものであったため、台湾を領土編入する以前にも、日本の近くにスペイン刑法が存在していたことは疑いようがない。

もちろん、当時のスペインは海外領土の大半をすでに失っており長引く混乱から没落気味であったため、日本はスペインにあまり関心を寄せはしなかったようであるとはいえ、かつてヨーロッパの大国であり、フィリピンをまだ領有していたスペインに日本が完全に無関心であったことはないだろう。たとえば刑法関連ではないが、宮城浩蔵は『各国対照府県制群制原論完』⁽¹⁸⁷⁾において、スペインの制度を参照している。

b) 岡田朝太郎

日本刑法とスペイン刑法を直接結びつける可能性のある人物として岡田朝太郎の名を挙げる。

岡田は1935（昭和10）年に1928年スペイン刑法を司法省調査課から翻訳

刊行している。⁽¹⁸⁸⁾この刊行自体は現行刑法制定後だが、その前書きにおいて1870年スペイン刑法典について「小生の日本訳刊行本あり」と記している。⁽¹⁸⁹⁾つまり、岡田は、1870年スペイン刑法を翻訳して刊行していたのである。ところが、その出版年は不明である。⁽¹⁹⁰⁾もし仮に岡田の翻訳刊行が牽連犯の具体的文言が案に盛り込まれた1900（明治33）年に間に合っているとすれば、岡田の手になる外国法典の翻訳を当時の司法省や立法関係者が一読もしなかったはずはない。なお、1900年は、岡田がちょうどヨーロッパから帰国する年である。もちろん、岡田がヨーロッパ留学以前に翻訳していた可能性もある。⁽¹⁹¹⁾⁽¹⁹²⁾岡田は1893年から東京帝国大学法科大学および和仏法律学校の講師として活動していたからである。

さらに、西英昭の手になる岡田の文献目録を見ると、彼についてさらに興味深い事実がわかる。岡田は、1928年スペイン刑法、1870年スペイン刑法の翻訳の他に、スペイン刑法系の刑法典としてフィリピン刑法、ペルー刑法、⁽¹⁹⁴⁾チリ刑法、⁽¹⁹⁵⁾ボリビア刑法を翻訳しており、ベネズエラ刑法とパナマ刑法の評を記している。⁽¹⁹⁶⁾これらの翻訳は、いずれも現行刑法制定後のことであるため、直接現行刑法制定の資料となったわけではないが、岡田のスペイン語圏の刑法典に対する強い関心を伺わせるものである。また、岡田が記した『比較刑法』においても、⁽¹⁹⁷⁾年表にスペイン語圏の刑法の名が挙げられている。具体的には、ボリビア、ペルー、スペイン、メキシコ、チリ、グアテマラ、キューバ、コスタリカ、パラグアイ、ホンジュラス、エルサルバドル、⁽¹⁹⁸⁾ドミニカ共和国、⁽¹⁹⁹⁾フィリピン、アルゼンチン、ウルグアイ、コロンビア、エクアドル、ニカラグア、ベネズエラである。この本の出版年は奥付もなく不明であるが、⁽²⁰⁰⁾この年表の最後は1912年であるため、おそらく現行刑法制定後の刊行であると思われる。その点で、同書が現行刑法制定に影響を与えたとはいえないが、岡田がスペイン語圏の刑法に強い関心を抱いていたことは確認できる。

岡田が、——スペイン語圏の刑法を翻訳する前であるかもしれないが——現行刑法制定に早い段階から影響を与えていたこともまた疑いようがない。当時、刑法の専門家は日本に岡田朝太郎と勝本勘三郎の2名しか

いない旨の記事が讀賣新聞に掲載されたり、帝国議会でも日本の刑法家は岡田と勝本兩名しかいない旨の発言がなされている。そして、その帝国議会において、現行刑法の草案に「岡田の意見が入っている」という趣旨の三好退蔵の発言が確認できる。⁽²⁰¹⁾ 仮に、岡田のスペイン刑法典の翻訳刊行自体が現行刑法制定よりも後のことであったとしても、刑法制定時に岡田が何らかの役割を果たした可能性はなお残るだろう。

ここで、岡田の関与の有無や岡田の手になる資料の出版年が確定できない一因となっているであろう事実について付記しておく。すなわち、岡田朝太郎の刑法研究資料約3000点は、明治大学図書館に寄贈されたが、1923（大正12）年9月1日、関東大震災で——同図書館にあったボアソナード文庫とともに——焼失した。⁽²⁰⁴⁾

ただし、岡田朝太郎本人の刑法理論としては、牽連犯をまとめて一罪とすることについて反対の立場であったようであり、積極的に関与したというにはなお躊躇もある。

c) 村田保

村田保は、旧刑法と現行刑法の両立法に深く関わった人物である。彼は、旧刑法制定時には、太政官五等議官、法制局、日本刑法草案審査委員、内閣委員などとして関与し、ドイツ・ベルリンでベルナーに学び、現行刑法制定には刑法改正案特別委員などとして関わっている。今回の疑問の探究における最重要人物といっても過言ではない。

旧刑法制定時、村田が数罪併発の吸収主義を審査するにあたり参照した外国刑法は、三田奈穂の研究によれば、ドイツ刑法、ベルギー刑法、オーストリア刑法、カリフォルニア刑法、ブラジル刑法である。ここに、スペイン刑法は含まれていない。村田保による『刑法註釈』を参照したが、外国刑法を参照したことについてはおろか、牽連犯の事案が挙げられていることもなかった。⁽²¹⁰⁾

だが、村田が旧刑法制定後、現行刑法制定前の1883（明治16）年に刊行した『各国刑法比照』⁽²¹¹⁾にはスペインの名がある。『各国刑法比照』は、日

本旧刑法の各条文を並べ、そこに類似の各国の刑法条文を並べる全6冊からなる逐条資料集であるが、その比照対象となった刑法は非常に多く、フランス、ベルギー、ドイツ、イギリス、オーストリア、イタリア、ロシア、スウェーデン、スイス、デンマーク、エジプト、インド、アメリカ、カリフォルニア、ブラジル、オランダ、トルコ、シチリア、ハワイ、スペイン、ローマ法、プロイセン、ザクセン、ヘッセン、メクレンブルク＝シュヴェーリン、ザクセン＝ヴァイマル＝アイゼナハ、チューリンゲン、ブラウンシュヴァイク、リュベック、ハンブルク、バイエルン、オルデンブルク、プレーメン、シャフハウゼン、アッペンツェル、ベルン、チューリッヒ、ザクセン＝アルテンブルク、ヴュルテンベルク、バーデン、唐律、明律、大宝律、仮刑律、新律綱領、改定律例、琉球新集科律、旧幕教令類纂、熊本藩刑法、和歌山藩国律、盛岡藩律、弘前藩刑法、仙台藩刑法、亀岡藩議定書、名古屋藩仕置定、新発田藩新律である。この対象数は、類書、たとえば『刑法表』⁽²¹³⁾や『各国刑法類纂』⁽²¹⁴⁾に比べて格段に多い⁽²¹⁵⁾。本稿にとってとりわけ重要な特徴は、類書には収録されていない「スペイン」が比較対象となっている点である。

この『各国刑法比照』の存在によって、現行刑法制定関係者のうちの一人である村田保および司法省にはスペイン刑法典の条文が届いていたことが証明される。もちろん、本書は、あくまで旧刑法と各国刑法との条文対比であり、本書が現行刑法制定に直接参照された証拠になるわけではない。だが、少なくとも、現行刑法制定時以前に、スペイン刑法が立法関与者の手許に資料として存在したことまでは証明できるのである。

3) 第2の謎のまとめ

日本刑法立法者が、牽連犯規定を置くときにスペイン刑法を参照したとする直接的な証拠は見つからなかった。だが、中野の推測を本稿はさらに進めることに成功したと考える。日本とスペインは現在考えられているよりも（距離的に）近く、さらに立法者の中には、（当時すでにそうであったかは不明だが）少なくとも後にスペイン語圏の刑法の翻訳に従事する者

や、スペイン刑法典の条文を所有していた者がいたことを明らかにした。また、司法省の資料に旧刑法の規定をスペイン刑法（を含む各国刑法）と比較したものがあることを指摘した。断言できないが、当時の立法者が条文を作成するにあたり、スペイン刑法の文言を参照した可能性は十分にあると考えられる。

この謎を締めくくるにあたり述べておきたい推測がある。岡田も、村田もベルリンでベルナーに刑法を習い、帰国後スペイン刑法に触れている。もしかしたら、当時のベルリンにスペイン関連の資料または人物が存在したのかもしれない。なお、日本現行刑法公布に2年遅れて1909年にはドイツで1870年スペイン刑法典のドイツ語訳が刊行されているが、それとの関連——たとえばその刊行に先立ってドイツにおいてスペイン刑法翻訳ないし参照の機運があったか否かなど——も不明である。この点は、今後の探究課題としたい。

IV 第3の謎を解く

1) 日本における「牽連」の定着

牧野英一の2冊の著作『改正刑法通義』⁽²¹⁷⁾と『刑法提要全』⁽²¹⁸⁾は、面白い対比をなしている。両者とも警眼社発行の現行刑法に関する書籍であるが、刑法公布後施行前の1907（明治40）年8月に出版された前者には、第54条第1項後段について説明はあるものの、牽連犯という言葉は使われていない⁽²¹⁹⁾。巻末の索引の「ケ」の欄は「刑事責任、刑罰、刑事学、結合犯、結果犯、減刑、減軽、建造物、検視、決闘」ですべてである⁽²²⁰⁾。この時期に、第54条第1項後段を「牽連犯」と呼ぶことが少なくとも牧野には定着していなかったことが伺える。ところが、そのわずか3年後の1910（明治43）年12月に出版された後者において牧野は、第54条第1項後段に「牽連犯」の見出しを打って説明し、巻末の索引にも「現行犯」と「継続犯」との間に「牽連犯」を載せている⁽²²¹⁾⁽²²²⁾。

すでに本論文の最初に問題設定した際に述べたように、手段・結果の関

係に限定して「牽連」の語が当てられていること自体が不自然である。牽連とは「連なり続くこと。また、ある関係でつながっていること」という意味なのだから、連続犯や結合犯の概念と名称上区別しづらい⁽²²³⁾。牽連犯という言葉が法的な意義をずばりと言い表しているわけでもない⁽²²⁴⁾。むしろ、同条文に並んで定められている「観念的競合」と並べて「手段的競合」や「目的論的競合」とした方が自然であり、簡明であろう。それなのに、なぜ牽連犯という語が定着したのか、以下に探っていく。

まず、現行刑法が制定されたときに、第54条第1項後段を説明するにつき早い段階で「牽連」の語が当てられた理由の一端はこれまでの探究で明らかになっていることを指摘する。すでに示した通り、1895（明治28）年案では「牽連したる」となっていたものを1900（明治33）年案から「犯罪の手段若しくは結果たる行為」と現行の方式に改めたという経緯がある。したがって、1900（明治33）年案にいう「犯罪の手段若しくは結果たる行為」という文言が1895（明治28）年案の「牽連」の意義を具体的に説明したものであると理解されても不思議はない。牽連の語は現行条文にないというものの、案の段階には存在したのである。

だが、問題はこれで解決といえるほど単純ではない。それは、1895（明治28）年案と1900（明治33）年案とを当該条文だけでなくその全体を俯瞰してみたときに、重大な相違が見つかるからである。この相違の意味を検討しなければならない。本稿の疑問を共有してもらうため、両案の条文を並べてみよう。

1895（明治28）年「刑法草案」

第71条第1項

一個又は牽連したる行為にして数個の罪名に触れたるものは其の最も重き刑を以て処断す。

〔江藤注：罪数に関する規定はここまで〕

1900（明治33）年「刑法改正案」

第69条第1項

一個の行為にして数個の罪名に触れ又は犯罪の手段若しくは結果たる行為にして他の罪名に触るときは其の最も重き刑を以て処断す。

第70条

連続したる数個の行為にして同一の罪名に触るときは一罪として之を處断す。

〔江藤注：罪数に関する規定はここまで〕

ここで気になるのは、「牽連」の語が消え、手段的競合が明文化されるのと同時に、次条に「連続犯」の規定が登場したことである。ここから、1895（明治28）年案の「牽連」という言葉は、我々のいう牽連犯と連続犯との両方を含む意味で用いられたのではないかという疑問的仮説が浮上する。本来1895（明治28）年案は、「手段的競合」と「連続的競合」とをとともに「牽連」という言葉で括っていたところ、1899（明治32）年11月29日法典調査会における石渡敏一委員の提案を受けて、1900（明治33）年に「連続的競合」が別条に書き出されたため、「牽連たる手段的競合」規定が同条に残ったのではないか。つまり、現在の我々は手段的競合を狭義の意味で牽連犯と呼んでいるが、本来「牽連」は連続犯を含むもっと広い射程の言葉だったのではないだろうか。

この仮説に関連して、立法に多大な影響を及ぼした磯部四郎の『改正刑法正解』⁽²⁹⁵⁾に興味深い記述を見つけることができる。現行第54条第1項後段につき磯部は「本条の此の規定は相牽連する犯罪中の一部に付き規定したるもの」⁽²⁹⁶⁾という。続けて磯部は牽連関係を4つに分ける。磯部の分類の見出しを掲げてみる。⁽²⁹⁷⁾

磯部四郎『改正刑法正解』（六合館・1907年）による牽連関係の分類

1. 一個の犯罪行為が他の犯罪行為の手段たる場合
2. 一の犯罪行為が他の犯罪行為の結果たる場合
3. 法律の規定に依り数個の行為概括せられて一罪と為すとき
4. 連続犯に係るとき

ここでは、結合犯⁽²²⁸⁾や連続犯が「相牽連する犯罪」に取り込まれている。磯部によれば、これらの相牽連する犯罪のうち、1および2の場合のみを取り出して規定したのが第54条第1項後段である。磯部は、牽連という語を広義に使用し、第54条第1項後段をその「一部」⁽²²⁹⁾と解している。こうなれば、先の仮説もただの思いつきの域を出てひとつの説得力を持つことになる。

また、もう少し古い時代に遡れば、現在の牽連犯に該当すると思われる場合について、連続犯の語を当てている論者もいる。富井政章は、「連続犯は各自に犯罪と為るべき所為より成るものなりと雖も目的の一なるに基づき法律上一罪として之を罰する」⁽²³⁰⁾という。ここでは、目的が一つである場合の複数の所為が連続犯と称されている。我々は、ここで、カッラーラが連続犯と牽連犯（そして結合犯）を区別していなかったことを想起する。当時、牽連犯と連続犯は現在ほどに判然と区別されていなかった。⁽²³¹⁾むしろ同一のものとして理解されてもいたのである。すると、1895（明治28）年案に用いられた「牽連」が本来は連続犯を含む概念であった可能性は十分に考えられる。

さらに、牽連の語が専門用語ではなく、一般的な日本語としても用いられていたことの証拠を挙げ、この概念の当時における不定着ぶりを傍証したい。小疇傳は、その教科書において「牽連」という語を使用するが、それは牽連犯とも連続犯ともまったく無関係の文脈においてである。すなわち、「行為とは人類の意思に牽連（Zurückführbaren）する外界の変状なり」⁽²³²⁾と述べている。もし仮に当時、牽連の語に刑法学的な意味があったならば、小疇はこのような記述を避けたであろう。小疇は、現行法上の牽連犯態様の数罪については、「数個の行為が法規に依って単一なる罪を為す場合」⁽²³³⁾として、「連結」の語を使い、連続犯と並列して記している。⁽²³⁴⁾やはり当時、現在の意味での「牽連」は定着しておらず、牽連と連続の語には現在ほど明確な学術的区別があったとはいえないようである。

ここまでの検討で、「牽連」の語は、当時は「つながって関連する」という日本語本来の意味で使用されることもあり、学術的に使用されるとし

でも連続犯と明確に区別されているわけでもなく、学術的には現在の用法に限定されて定着していたわけでないことがわかった。

1895（明治28）年案の「牽連」には（おそらく）連続的競合も含んでいたが、1900（明治33）年案において別条建てがなされたので、現行刑法第54条第1項後段のものだけについて特に牽連犯と呼ぶ用法が残り、刑法制定後しばらくの間に定着してきたものであると思われる。こう考えれば、ここで解くべき謎へのアプローチ方法が見えてくる。「牽連」は、当初から手段・結果の関係を意味を有する刑法総論固有の術語ではなく、やや広い意味で使われていた。となれば、用語の語源を探る旅は、刑法総論から少し視野を広げて行うべきことになる。刑法周辺で使用されていた「牽連」という言葉が刑法に流入してきた可能性もある。そこで、「牽連」が立法過程において刑法総則規定に流入してくる源を探るべく、探究を刑法総論の外へと広げてみる。まず注目すべきは、旧刑法第296条およびそれに対する学説上の呼び名である。

旧刑法第296条は「重罪軽罪を犯すに便利なる為め又は已に犯してその罪をかるる為人を故殺したる者は死刑に処す」と規定していた。この罪を、磯部四郎は、「連続犯と称すべきもの」と説明し「本条の罪は二罪若しくは三罪連続して故殺の罪は他の罪の結果となり又は原因となりて其の関密接の⁽²³⁵⁾関係あるを要す」という。やはり、磯部は原因と結果との関係を「連続」と呼んでいる。このような中で、第296条を「牽連故殺」と繰り返し呼ぶ者がいる。勝本勘三郎である。

勝本は「牽連故殺」（原文「牽聯」）と繰り返し呼んでいる⁽²³⁶⁾。しかも、勝本は意図せずに偶然これを「牽連故殺」と呼んでいるのではない。勝本は「牽連故殺」を見出しに採用した上で、「余がここに所謂牽連故殺とは」⁽²³⁷⁾と書いている。これは「牽連故殺」と呼ぶことに対するこだわりの表明、あるいはネーミングの主張である。そこに「本条の故殺罪とその目的とするところの重罪軽罪とは互いに原因結果の⁽²³⁸⁾関係あるを要する」と説明を加える。勝本は原因・結果の関係に対して「牽連」と名付けているのである。ここに、現行刑法以前に、旧刑法各論において原因結果の関係を「牽連」

と呼ぶ用語法を見つけることができた。⁽²³⁸⁾

さて、牽連の語が旧刑法時代に遡ることができるのなら、そこからさらに探究の手を広げていけば原語にたどり着くことができるだろう。そこで、訴訟法に目を移してみよう。

藤谷智次郎は、『法律全書論題正解刑事訴訟法』⁽²⁴⁰⁾において、「牽連事実を定むる方法」の節を設け、「甲者が乙者を殺したるや否やの疑件に対しては、乙者の殺されたる夜、甲者が乙者の家に侵入せりとの事實は、牽連事實なり⁽²⁴¹⁾」とし、「要するに牽連事實は、直接間接に権原事實の原因たるべき事實、及び結果たるべき事實⁽²⁴²⁾」(傍点原著通り)であると述べている。これは、明治刑事訴訟法(いわゆる旧々刑事訴訟法)に関する記述であるが、すでにこの時点で現在の牽連犯にあたる数罪が例として挙げられ、それが刑事訴訟法上牽連事実と銘打って紹介されている。⁽²⁴³⁾ どうか、刑法における牽連は、刑事訴訟法における牽連と関係がありそうである。その使用の最初期の例を求めてこれを更に遡っていくと、治罪法時代にまで遡ることができた。それを確認してみよう。

治罪法第39条は以下の通り定めていた。

治罪法第39条

左の場合に於ては附帶の犯罪なりとす。

- 1 同一の場所に於て同時に一人又は数人にて数罪を犯したる時
- 2 数人通謀して日時又は場所を異にし数罪を犯したる時
- 3 自己又は他人の犯罪を容易にする為め又は其罪を免るる為め他の罪を犯したる時

この規定について立野胤政は次のように解説している。すなわち、「附帶犯罪とは数罪相牽連する者を云う⁽²⁴⁴⁾」と。立野は続けて「第1項は、時と場所との間に於て牽連したる犯罪なり……第3項の場合は其の目的一に出て数罪牽連する者なり⁽²⁴⁵⁾」という。当時は罪を重罪、軽罪、違警罪とに区別し、それぞれ管轄を重罪裁判所、軽罪裁判所、違警罪裁判所に分配していた。⁽²⁴⁶⁾ そのとき、被告人が複数の犯罪行為、たとえば重罪と軽罪を行った

ときの管轄分配が問題となる。そこで、治刑法第38条は、同一の被告人に対して複数の罪について同時に起訴があったときは、事件をまとめて最も重い罪に対応する裁判所の管轄とすることを定め、続く第39条で同時の起訴でなくても事件をまとめて重い罪に対応する裁判所の管轄とできるように「附帯犯罪」を定めていたのである。この「附帯犯罪」規定が置かれている理由は「犯人の情状、刑の軽重を折衷斟酌し及び犯罪事件を審明するに於て至便なるが為め」⁽²⁴⁷⁾すなわち訴訟経済である。

治刑法第39条を説明するのに「牽連」の語を使うのは、立野だけではない。織田純一郎注釈『治刑法註釈』⁽²⁴⁸⁾では、39条に列举されているものを「凡て数罪牽連するものをいうなり」(原文「牽聯」)⁽²⁴⁹⁾としている。磯部四郎校訂・小笠原美治注釈『治刑法註釈』⁽²⁵⁰⁾でも、織田のものと同じく「凡て数罪牽連するものをいう」(原文「牽聯」)⁽²⁵¹⁾という。このように、数罪の関連を「牽連」と表現することは、すでに治刑法時代に見られるのである。⁽²⁵²⁾

つまり、「牽連」は、治刑法・訴訟法においては罪の関連性・附帯性を説明する際に使用されていたもので、それが旧刑法の第296条を説明するために学説において使用され、1895(明治28)年案の総則に採用されたが、1900(明治33)年案が連続犯を別建てにして「牽連」の位置に手段的競合を規定したことによって概念が磨かれ、現在の専門用語としての限定的な意味をもって定着するに至ったのである。

もちろん、探究はここで止まらない。引き続き治刑法の説明に使われた「牽連」のヨーロッパにおける原語を探る。

2) 「牽連」の原語

ここまでの探究を基にすれば、「牽連」がヨーロッパのどの単語の訳語として日本に入ってきたのかを確定することはさほど困難ではない。先ほどの磯部四郎校訂・小笠原美治注釈『治刑法註釈』を開けば、治刑法第39条の説明の項に「仏治刑法第227条」を参照すべき旨が表示してある。⁽²⁵³⁾フランス治刑法と日本治刑法との対応を表にして掲載している福鎌芳隆編纂『治刑法比鑑』にも、治刑法第39条の対応条文は、フランス治刑法の第227

条であるとされている。⁽²⁵⁴⁾では、当時のフランス治罪法第227条にはどのような文言が使用されていたのか。以下に、第227条およびそれに関連する第226条とついでに参照しておくべき第365条をあわせて示す。

1808年ナポレオン治罪法典（フランス治罪法典）

Art. 226.

La cour statuera par un seul et même arrêt sur les délits connexes dont les pièces se trouveront en même temps produites devant elle.

Art. 227.

Les délits sont connexes, soit lorsqu'ils ont été commis en même temps par plusieurs personnes réunies, soit lorsqu'ils ont été commis par différentes personnes, même en différents temps et en divers lieux, mais par suite d'un concert formé à l'avance entre elles; soit lorsque les coupables ont commis les uns pour se procurer les moyens de commettre, les autres, pour en faciliter, pour en consommer l'exécution, ou pour en assurer l'impunité.

Art. 365.

Si ce fait est défendu, la cour prononcera la peine établie par la loi, même dans le cas où, d'après les débats, il se trouverait n'être plus de la compétence de la cour d'assises.

En cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte sera seule prononcée.

⁽²⁵⁵⁾
【中村義孝訳】

第226条

法院は、単一旦つ同一の判決（arrêt）により、その書類が同時に提出されている牽連性のある軽罪（délit connexe）について裁判すべきものとする。

第227条

同時に複数の者が集まって軽罪が犯されたとき、あるいは事前に多数の

者の間でなされた共謀の結果それらの者により異なったときに異なった場所で軽罪が犯されたとき、または他の犯罪を犯す手段を手に入れもしくは他の犯罪を犯すことを容易にし、または犯罪の実行を完遂もしくはは不処罰を確実にするために犯人が複数の軽罪を犯したときは、それらの軽罪は牽連性がある。

第365条 その行為が、法律により禁じられているときは、弁論の後に、それがもはや重罪院の管轄に属さないことが判った場合でも、重罪院は法律に定められた刑を宣告すべきものとする。

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。

第226条に“les délits connexes”という言葉が使われ、第227条の冒頭に“Les délits sont connexes”で始まる文があることが確認できる。この“connexe(s)”(名詞形“connexion”)こそ、「牽連」という語の原語である(中村は、正当にも、「牽連」という語を当てて訳している)。

なお、福鎌芳隆編纂『治罪法比鑑』に掲載されているフランス治罪法典の訳文によれば「附帯の罪犯なりとす」⁽²⁵⁶⁾であり、「牽連」と「附帯」はフランス語においては同じ言葉であったことも明らかとなる。すなわち、治罪法第39条が「附帯の犯罪」と定め、それを立野胤政が「牽連したる犯罪」といていたのは、つまるところ単なる換言であり、フランス語ではまったく同じ言葉だったのである。

「牽連」の語が、関連・附帯する罪という意味でのフランス治罪法(ナポレオン治罪法典)“connexe”の訳語として、治罪法の注釈に使用され、それが旧刑法第296条を経由し、現行刑法の立法段階で連続犯の意味が取れて現在の意味になって定着したことは、間違いないだろう。すなわち、牽連犯の名称の出典は、フランスの刑事訴訟法(治罪法)⁽²⁵⁷⁾である。フランス治罪法に淵源があれば、それが明治の初頭に日本に入ってきてても不思議はない。

ここで、現在でも牽連犯規定を有するスペインでの語の使用状況も概観

してみよう。それは、この探究結果が誤りではないことの傍証となりうるからである。

現行スペイン刑法は、以下の通り観念的競合（concurso ideal）⁽³⁵⁸⁾とならんで牽連犯を定義している。

第77条第1項

前2条の規定は、1個の所為が2個以上の罪を構成し、またはそれらのうちの1つの罪が他の罪を犯すにつき必要な手段であるときは適用しない。

スペイン刑法学においては、この「それらのうちの1つの罪が他の罪を犯すにつき必要な手段であるとき」(cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro)の規定を、“delito medio”⁽³⁵⁹⁾（手段犯），“concurso medial”⁽³⁶⁰⁾（手段的競合），“concurso instrumental”（手段的競合），“concurso teleológico”（目的論的競合）または“concurso ideal impropio”（不真正観念的競合）などと呼んでいる。このように、スペイン刑法学は“conexión”の語を牽連犯と対応する概念の名称そのものには当てていない。ところが、牽連関係を説明する際に、“conexión”の語が頻出する。⁽³⁶¹⁾たとえば、最近も最高裁は、必要な手段であるかを検討する際に、“una conexión instrumental de carácter objetivo”（客観的性質の手段的牽連）を要求すると述べている。この“conexión”の語は、——本稿のこれまでの探究を傍証するかのように——スペインにおいて訴訟法上の用語として使用されているのである。スペイン刑事訴訟法（Ley de Enjuiciamiento Criminal）第17条は、次のように定めている。

スペイン刑事訴訟法

第17条

第1項

それぞれの犯罪はおのおのの単一の事件を形成する。

ただし、牽連犯は、捜査および立証が事案とともにその解決が明確性お

および訴訟責任の決定のために容易になるとき、訴訟の過度の複雑性または遅延が想定される場合を除き、同一の事件として捜査され起訴される。

第2項

管轄の帰属および競合した管轄の分配において、次のものは牽連犯とみなす。

(略)

3号 他の罪を犯しまたはその実行を容易にする手段として犯された罪

4号 他の罪の不処罰を得るために犯された罪

(略)

本条は、ひとつの罪がひとつの事件⁽²⁶³⁾を形成する原則を確認しつつ、牽連犯(delitos conexos)の場合は、事件がまとめてひとつとなることを規定している。その理由は、その規定ぶりからも容易に理解可能な通り、——明治治罪法の立野の解説でも確認したのと同様に——管轄の問題と訴訟経済である。

では、この“conexión”はどこから来たのか。スペイン現行刑訴法は、1882年制定である。当時、スペイン刑事訴訟法制定にあたっては、1808年ナポレオン治罪法典が参照されている。⁽²⁶⁵⁾ナポレオン治罪法の“délits connexes”がスペイン刑訴法において“delitos conexos”と呼ばれていること⁽²⁶⁷⁾に疑いはない。日本とスペインは、ここでも兄弟(姉妹?)であるといえる。

なお、19世紀イタリアのカッラーラの教科書にも、“connessione di mezzo a fine”(手段と目的の牽連)というかたちで“connessione”(つまり、フランス語の“connexion”, スペイン語の“conexión”)が使用されていることをここに付記しておく。⁽²⁶⁸⁾牽連の語の原語が“connexion”であることは間違いないだろう。

ここで、1885(明治18)年ボアソナード案第116条の2をもう一度見てみよう。そこには、「数罪の附帯したる時」との文言が使用されている。この「附帯」は、1887年司法省法律取調委員会刑法改正案第115条を見る

と明らかな通り原語は“connexe(s)”である。つまり、現行刑法制定時に「“connexe”(牽連)」の語が登場したのは「牽連したる」とした1895年刑法草案が最初ではなく、少なくとも1885年にはすでにボアソナード案に(「附帯」という別の言葉に訳されることで隠れて)使用されていたということになる。歴史の偶然によっては、第54条第1項後段は、「牽連犯」ではなく「附帯犯」だったかもしれない。

「牽連犯」という言葉は現行刑法には使用されていない。だが、概念内容は違えど、その言葉は「附帯の犯罪」として治罪法典には使用されていたのである。

法典に使用されている「牽連犯」と同源の言葉の例

“délits connexes”(ナポレオン治罪法典)

“delitos conexos”(スペイン刑事訴訟法典)

「附帯ノ犯罪」(治罪法典)

この探究の最後に、現行フランス刑訴法においても、2000年代の改正を経てなお、牽連犯の言葉は、ナポレオン治罪法時代の姿をほぼそのままに、たとえば“Les infractions sont connexes ……”と書き出す第203条などに残っていることを付記しておく。⁽²⁸⁸⁾

V 振り返り

長い航海だったので、ここでこれまでの航路を簡潔に振り返ろうと思う。

この探究は最初に、牽連犯の規定が刑法制定時に突如として登場した世界に類例をみない規定ではなく、19世紀後半および20世紀初頭のヨーロッパ刑法学の文脈、とりわけイタリア古典学派およびフランス新古典学派の系譜の中に根づいたものであることを明らかにした。たしかに、刑法の総則規定に手段と結果の關係に限定された牽連犯規定を有する刑法典は、日本刑法のほかにはスペイン刑法典およびその影響下にあるいくつかの刑法典しか見当たらない。しかし、それはまったく偶然の結果であり、その他

の国の刑法典に牽連犯規定が置かれる可能性がなかったわけではないといえるだろう。

日本旧刑法は、律の伝統の影響もあって刑の吸収主義を採用した。その後、制限加重主義へと移行する際に、なお科刑上の吸収主義に留まるべき領域として観念的競合、手段的競合、連続犯の3領域が想定された。これらはすでに旧刑法制定前から制限加重主義を主張するボアソナードによってフランスおよびイタリア刑法を参考に科刑の一単位として吸収されるべきであると主張されていた領域であり、さらに遡ればカッラーラが「結合犯」(*delitto complesso*)の名のもとに一罪としていた3類型である。したがって、用語法が整理される前の広義の用法においては、これらすべてが牽連犯(手続法上の最広義では共同正犯なども含まれうる)であった。そして、——本稿では直接は紹介しなかったが、明治時代の文献を紐解けばすぐに発見できるように——まず「観念的競合」が「想像的競合」あるいは「想像上の数罪俱発」として概念の独立性を獲得する。続いて、現行刑法制定過程において第55条が連続犯と呼ばれることになる。このことにより、概念として特に名づけられないまま第54条第1項後段に残された手段的競合の場合のみが、牽連犯と呼ばれるに至ったと推察される。

現行刑法立法者が立法にあたり当時のスペイン刑法を参照したことについては、直接的な証拠はない。ただし、当時の立法者の一人である岡田朝太郎が、——時期的に立法後であるかもしれないが——スペイン刑法の翻訳に携わっていたこと、またやはり立法者の一人である村田保がスペイン刑法の条文を入手しており、それを比較刑法の資料のひとつとしていたことは明らかにした。参照の可能性は高いといえよう。

また、「牽連犯」の語がナポレオン治罪法典に由来するフランス語“*délits connexes*”の訳語であることは間違いない。それが治罪法においては「附帯の犯罪」と訳されたこと、したがって現行刑法の「牽連犯」と治罪法の「附帯の犯罪」は、語源としては同一であることは証明されたと思われる。

以上のような経緯によって制定された牽連犯を、現行刑法制定時に突如

としてあらわれた日本独自の規定であり、そのために比較法的研究、歴史研究はできないというのは不正確であるというのが本稿の探究結果である。

VI 結語

本稿の意図は、牽連犯研究に新しい航路を拓くことであった。それは、達成されたと思われる。たしかに、スペイン刑法の規定が直接参照された証拠は見つけ出すことはできなかった。だが、スペイン刑法と日本刑法の規定とが同根であることの証明は十分できたといえる。スペイン刑法の文献が、スペインの牽連犯規定はイタリアに範をとったものであると述べ、日本刑法に牽連犯を持ち込んだボアソナードもまたイタリアに範をとったものであると述べているのであるから。となれば、牽連犯の研究に、比較法の道があることが示されたことは間違いない。以下の3点について具体的にありうる道を示しておこう。

- 1 スペイン刑法やその影響下にある刑法は法定的に「必要な手段」であることを求めているが、日本においても「必要な手段」に限定する解釈をすることについて検討の余地がある。牽連犯の成立には一定の限定を付されるべきことが実務上も学説上も承認されているのであるから、「必要性」による限定を比較法的手法を用いて検討することは意味がないことではないだろう。
- 2 牽連には主観的牽連と客観的牽連があるが、日本の現在の見解はほぼ一致して客観的牽連性を要求する。⁽²⁷⁰⁾ このことは、スペインにおいても同様である。日本ではあえて牽連の客観性・主観性の争いに触れる教科書は少なくなったが、スペインでは今でも多くの教科書が牽連の客観性・主観性の問題があることについてページを費やしている。⁽²⁷¹⁾ 歴史的にイタリア古典学派は、意思が手段たる罪と目的たる罪とを統合すると考えており、主観的牽連も当初の牽連思想において重要な役割を担ったようである。本稿では詳しく触れなかったが、旧刑法のいわ

ゆる牽連故殺についても、目的たる罪が現に犯されたことが必要か、それともそれは現に犯されずとも目的であることで足りるのかについて争いがあった⁽³⁷²⁾。私自身は日西の通説と同じく客観的牽連を要求する立場に賛同するものの、主観的牽連性がまったく不要であるということにもなお躊躇を覚えるところ、今一度、牽連犯として取り扱うことの本質的根拠と牽連の主観性および客観性について理論的な整理をするきっかけを本稿は与えるだろう。

- 3 日本はかつて改正刑法草案において牽連犯の立法的削除を試みたことがある⁽²⁷³⁾。この試みを好意的にとらえる見解も、否定的にとらえる見解もあるところ、スペインにおいては1995年の現行刑法制定時になお牽連犯規定を残した。スペインにおいては牽連犯の概念は立法的に削除すべきものであるとは考えられていない。ただし、牽連犯の概念を維持しつつ刑については具体的に加重を可能とする改正を2015年に行った。このように牽連犯概念を維持しつつ刑の単純な吸収を予定しない刑法典は、他にもグアテマラやホンジュラスなどにある。もちろん、日本と同様に刑を加重せずに吸収するチリやキューバのような例もある。科刑上一罪として扱うとしても、立法上吸収主義を採用する必然性はない。仮に併合罪の制限加重主義を改正し、併科主義を採用することが将来においてあるとすれば、その際に科刑上一罪に制限加重規定を設けることも可能であろう。このことを比較法は教えてくれる。

最後に、冒頭に掲げた3つの謎について本稿がたどり着いた解答を簡潔に掲げておく。

第1の謎：牽連犯思想はどこから来たのか。

解：イタリア古典派・フランス古典派からボアソナードを通じて日本にもたらされた。

第2の謎：第54条第1項後段の文言はどこから来たのか。

解：確かな立証はできないが、当時のスペイン刑法を参照した可能性がある。

第3の謎：「牽連」という呼称はどこから来たのか。

解：1808年ナポレオン治罪法典の“connexe”の訳語である。

かくして、日本刑法第54条第1項後段は歴史的断絶および比較法的孤立から救われた。

(了)

注

- (1) たとえば、団藤重光『刑法綱要総論』第3版(創文社, 1990年)462頁は、「諸国の立法例にはこの種のはみあたらない」といい、川端博『刑法総論講義』第3版(成文堂, 2013年)667頁は「外国法に例を見ない異色な立法例」といい、草野豹一郎「牽連犯に於ける牽連性」『刑事判例研究』3巻(巖松堂, 1940年)177頁以下は、「牽連犯の規定たるや我が刑法独特の規定なる」のであり、立法案の理由書も解釈上資するところがないため、その解決は「判例に待つ外はなかった」という。
- (2) 只木誠『罪数論の研究』補訂版(成文堂, 2009年)286頁は「牽連犯の規定は、ほとんど他国に類例をみない特異なもの」といい、鎮目征樹「§54」西田典之=山口厚=佐伯仁志編集『注釈刑法第1巻総論』(有斐閣, 2010年)758頁は、「国際的にみても、立法例としてはほとんど類例がない」という。
- (3) 中谷雄二郎「§54」大塚仁=河上和雄=佐藤文哉=古田佑紀『大コンメンタル刑法第4巻』第2版(青林書院, 1999年)337頁以下、山中敬一『刑法総論』第3版(成文堂, 2015年)1066頁。
- (4) 中谷雄二郎「§54」大塚仁=河上和雄=中山善房=古田佑紀『大コンメンタル刑法第4巻』第3版(青林書院, 2013年)270頁以下、鈴木彰雄「日韓刑事法シンポジウム, 基調報告1: 日本側コメント」比較法雑誌51巻2号(日本比較法研究所, 2017年)55頁以下。
- (5) 中野次雄「併合罪」日本刑法学会編『刑事法講座7巻補巻刑法(V)』(有斐閣, 1953年)1391頁以下。

- (6) 川端・前掲注(1)667頁。
- (7) 草野・前掲注(1)117頁以下。
- (8) ここでは、目的と手段との関係に立つ数罪をまとめて科刑上の1単位として扱う規定を牽連犯規定としてカウントする。
- (9) たとえば、住居侵入と殺人、文書偽造と詐欺などについて、スペインの通説的見解によれば、それぞれに罪が成立しつつも、総則上の“concurso medial”規定によって科刑上一罪となる。Gerardo Antonio Gamarra de Baya, *Cuestiones Penales de la Parte General del Derecho Penal*, vol. 1, 2013, p. 45. なお、これらの刑法のうち、キューバ刑法のみ、牽連犯を観念的競合より前に規定し、前段と後段ではなく、a文とb文に分けるなど、規定形式が若干異なる(10条)。プエルトリコ刑法は、一見すると表現が異なっているが実質的な違いはない(71条a項)。また、赤道ギニアは、スペイン旧刑法(1967年改正版)をそのまま現在も使用している。
- (10) チリ刑法へのドイツ刑法学の影響を検討したモノグラフとして、Jean Pierre Matus Acuña, *Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Penal chilena, Recepción de la dogmática alemana en Chile desde 1940 hasta hoy*, 2012. がある。同書では、マイヤー、メツガーがスペイン語圏に与えた影響や、マウラッハ、ヴェルツェルなどの目的的行為論のチリへの影響と現在のチリでのドイツ刑法学の受容が紹介されている。
- (11) 日本法の影響下にあった、台湾刑法および韓国刑法のいずれも、現在は牽連犯規定を削除している。台湾について陳子平『刑法總論』(元照, 2017年)721頁以下参照, 韓国について李京烈(氏家仁訳)「日韓刑事法シンポジウム, 基調報告1: 牽連犯・牽連関係に関する比較研究: 住居侵入を手段とする他の犯罪を中心として」比較法雑誌51巻2号(日本比較法研究所, 2017年)27頁以下参照。
- (12) P. ej. Antonio Obregón García y Javier Gómez Lanz, *Derecho Penal. Parte General, Elementos Básicos de Teoría del Delito*. 2. ed., 2015, p. 308; SSTs81/2020, 28/2020 (roj: SSTs 617/2020, 286/2020) y otras. スペイン語の“medial”は「中間の」といった意味を持つが、本稿では“medio”の形容詞として「手段の」と解した。
- (13) 牽連犯を科刑上の一単位とすることは維持しつつ、刑の重さについては刑のシステムの変更や時代に合わせて改正を加える刑法がある。スペイン刑法の2015年組織法1号(LO 1/2015)による改正もそうであった。
- (14) 牽連犯規定があっても成立上一罪説と成立上数罪説とはなお争いうるからである。なお、成立上数罪説に立つことを明らかにするため、牽連犯

- を“concurso real medial”（手段的実在的競合）と呼ぶ論者もいる。Antonio Zárate Conde y Eleuterio González Campo, *Derecho Penal Parte General*, 2015, p. 387.
- (15) P.ej. Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal Parte General* 9. ed., p. 499. は“Concurso ideal impropio”と“Concurso ideal-medial”の語法の両方を掲載している。
- (16) Joaquín Cuello Contreras y Borja Mapelli Caffarena, *Curso de derecho penal Parte General*, 3. ed., 2015, p. 239s. は、観念的競合の3態様として、複数の行為が同質である場合、手段—目的関係（reclación medio-fin）の場合、競合の競合（concurso de concursos）すなわちかすがい現象（efecto abrazadera）の場合とを挙げている。
- (17) スペインにおいては、牽連犯が実在的競合なのか、観念的競合なのか、独自の競合なのかについての争いもある（あるいは、かつて激しくあった）。
- (18) 法務省刑事局編・法制審議会『改正刑法草案の解説』（1975年）111頁。牽連犯も広義の観念的競合であるとするものとして、鈴木茂嗣『刑法総論』第2版（成文堂，2011年）286頁。なお、台湾において牽連犯規定が削除されたときの説明にもこの理由が用いられている（陳・前掲注(11) 724頁以下参照）。
- (19) ここで小説を挙げるのは奇異に映るかもしれないが、ドイツのベストセラー作家であり弁護士でもあるシーラッハによる短編小説“Der kleine Mann”も参照。Ferdinand von Schirach, *Der kleine Mann*, in: Strafe, 2018, Taschenbuchausgabe, 2019, S. 83ff.（邦語訳は、フェルディナント・フォン・シーラッハ〔酒寄進一訳〕「小男」『刑罰』所収（東京創元社，2019年）93頁以下）。
- (20) Vgl. z. B. Manfred Maiwald, *Die natürliche Handlungseinheit*, 1964.
- (21) Vgl. Ralf Eschelbach in-Satzger/Schluckebier/Widmaier *StGB*, 4. Aufl., § 52 Rn. 58.
- (22) BGHSt NStZ, 1997, 276. さらに，BGHSt 22, 67 は，犯罪行為後に警察から逃れるために犯した数個の行為について「ひとつの統一された行為意思に担われている（von einem einheitlichen Handlungswillen getragen）」ためすべての行為について「自然的行為単一がある（liegt... eine natürliche Handlungseinheit vor.）」とした。
- (23) いくつかのBGHの判決は，自然的行為単一の概念を広く解することを拒否しているようである。z. B. BGH NJW 1995, 1767.

- (24) Claus Roxin, Strafrecht AT., Bd. 2., 2003, S. 814.
- (25) Georg Freund, Strafrecht AT., 2. Aufl., 2009, S. 437.
- (26) 本稿の探究に関しては傍論となるので注に回すが、日本刑法は牽連犯規定を持ち、観念的競合から牽連の場合を完全に除外することで、観念的競合外延の明確化に貢献しているように思われる。牽連犯規定は、しばしば削除論の対象となり、邪魔者扱いされるが、法的安定性に貢献しているといえるであろう。もし牽連犯規定を削除すれば、現実的な対応として観念的競合の概念を広げる必要が出てこよう。この点、小野清一郎が、牽連犯規定を削除するのであれば、「観念的競合は……極めて寛かに解されなければならない」ということには理由がある（小野清一郎『刑罰の本質について・その他』（有斐閣、1955年）467頁）。
- (27) 本稿で使用される資料のうち、資料集として数が多く何度も参照されるものに、信山社の『日本立法資料全集』シリーズがある。これについては、煩雑になるのを避けるためここに書誌情報を掲載し、後に引用する際は、「資料〇〇」と巻号だけで表示することにする。本稿執筆にあたり資料集として参照した日本立法資料全集は以下の通りである（引用するものもしないものも含む）。
 内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫『日本立法資料全集20 刑法（1）-I [明治40年]』（信山社、1999年），同『日本立法資料全集20-2 刑法（1）-II [明治40年]』（信山社、2009年），同『日本立法資料全集20-3 刑法（1）-III [明治40年]』（信山社、2009年），同『日本立法資料全集21 刑法（2）[明治40年]』（信山社、1993年），同『日本立法資料全集22 刑法（3）-I [明治40年]』（信山社、1994年），同『日本立法資料全集23 刑法（3）-II [明治40年]』（信山社、1994年），同『日本立法資料全集24 刑法（4）[明治40年]』（信山社、1995年），同『日本立法資料全集25 刑法（5）[明治40年]』（信山社、1995年），同『日本立法資料全集26 刑法（6）[明治40年]』（信山社、1995年），同『日本立法資料全集27 刑法（7）[明治40年]』（信山社、1996年），西原春夫＝吉井蒼生夫＝藤田正＝新倉修編著『日本立法資料全集29 旧刑法（1）[明治13年]』（信山社、1994年），同『日本立法資料全集30 旧刑法（2）-I [明治13年]』（信山社、1995年），同『日本立法資料全集31 旧刑法（2）-II [明治13年]』（信山社、1995年），同『日本立法資料全集32 旧刑法（3）-I [明治13年]』（信山社、1996年），松尾浩也増補解題，倉富勇三郎＝平沼騏一郎＝花井卓蔵監修，高橋治俊＝小谷次郎共編『増補 刑法沿革綜覧 日本立法資料全集別巻2』（信山社、1990年）。なお，史料の資料を見ているので，本稿では「史料」

- も「資料」も使用するが、どちらも「歴史の資料」という程度の意味で使っている。
- (28) 本稿で使用されている外国語の資料については原則としてすべて私が原典または資料集に当たり訳したものである。ただし、ナポレオン治罪法典(フランス治罪法)やイタリア王国刑法典など先行研究から訳を引用したものもある。それらについてはその都度表示する。また、ごく一部であるがラテン語(ウルピアヌスおよびローマ法上の実務慣例)については、原典に当たることができなかったので、カッラーラのイタリア語から引いたものとなっている(これについては、そのように表示してある)。
- (29) たとえば、高橋則夫『刑法総論』第4版(成文堂, 2018年)534頁, 西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法総論』第3版(弘文堂, 2019年)454頁, 山口厚『刑法総論』第3版(有斐閣, 2016年)408頁など。
- (30) たとえば、川端・前掲注(1)667頁。
- (31) 山中・前掲注(3)1066頁。
- (32) 山中・前掲注(3)1066頁。
- (33) 高田卓爾「§54〔観念的競合・牽連犯〕I」団藤重光責任編集『注釈刑法(2)のⅡ総則(3) §§38~72』(有斐閣, 1969年)616頁。
- (34) 推測だが、おそらく、山中の教科書におけるスペイン刑法に関する「現行71条」という記述はここにあるいはこの後に紹介する中谷の第2版の記述から来たのではないだろうか。
- (35) 高田・前掲注(33)616頁。
- (36) 中谷・前掲注(3)337頁以下。
- (37) 中谷・前掲注(4)270頁以下。
- (38) 本稿も世界中の刑法をチェックしたわけではないので、見逃しは当然あるだろう。
- (39) 李・前掲注(11)27頁以下。
- (40) 鈴木彰雄「日韓刑事法シンポジウム, 基調報告1: 日本側コメント」比較法雑誌51巻2号(日本比較法研究所, 2017年)55頁以下。
- (41) 鈴木・前掲注(40)57頁。
- (42) 鈴木・前掲注(40)57頁。
- (43) 鈴木・前掲注(40)56頁。
- (44) 井田良「外国法(学)継受という観点から見た日本の刑法と刑法学」早稲田大学比較法研究所編『日本法の中の外国法』(成文堂, 2014年)139頁以下。
- (45) 井田・前掲注(44)142頁。

- (46) 井田・前掲注(44)142頁以下。
- (47) 井田・前掲注(44)143頁。
- (48) 正直に述べれば、小野と井田の文章に触れた時、本稿の発表を断念しようかと考えたほどである。しかし、史料を多く示しつつ、ボアソナードからさらに先に進むことによって本稿にも学問的に十分な意義が生じるだろうと思い直し、書き進め発表することにした。
- (49) 草野・前掲注(1)177頁。
- (50) 草野・前掲注(1)179頁。
- (51) 草野・前掲注(1)183頁。
- (52) たとえば、只木・前掲注(2)286頁、川端・前掲注(1)667頁など。
- (53) たとえば、中野・前掲注(5)1391頁以下もそのようにいう。
- (54) たしかに、草野は、偽造と行使について述べた直後に窃盗と侵入について触れている。しかし、前者は立法目的として推断する文脈で、後者は牽連犯規定が置かれた結果としての文脈で触れられているのである。草野・前掲注(1)138頁。
- (55) 山中・前掲注(3)1066頁。
- (56) 鈴木・前掲注(40)57頁。
- (57) 井田・前掲注(44)142頁。
- (58) 山中・前掲注(3)1066頁、鈴木・前掲注(40)57頁。
- (59) 井田・前掲注(44)142頁。
- (60) 中野・前掲注(5)1391頁以下。
- (61) 「資料21」9頁。
- (62) 平岡は、「この母法というのはどここの国の刑法でございますか」と質問している（「資料別巻2」1323頁）。
- (63) 「資料別巻2」1323頁。
- (64) 「資料29」98頁、123頁など。
- (65) ボアソナードがイタリア刑法に言及していることは本文で示した。それ以外にも、たとえば、法律取調委員であった岡田朝太郎、勝本勘三郎にはイタリア留学経験がある。
- (66) たとえば、梅溪昇『お雇い外国人——政治・法制』（鹿島研究所出版会、1971年）237頁の表および255頁以下の一覧表が挙げる政治・法制関連の主要お雇い外国人については、1871（明治4）年から1889（明治22）年までの間で、37名おり、その内訳は、フランス16名、イギリス7名、アメリカ4名、オランダ2名、ドイツ7名、イタリア1名である。なお、その雇入れ時期については、フランス人は前半に固まっており（16名全員が

1880(明治13)年までに雇い入れられている), ドイツ人は後半に固まっている(7名中6名が1881(明治14)年以降に雇い入れられている)などの特徴がみられる。梅溪が「主要お雇い外国人」として挙げていない政治・法制関連のお雇い外国人の中にもスペイン人は見られない。

- (67) 小野・前掲注(26)340頁以下。
- (68) 小野・前掲注(26)446頁以下。
- (69) 小野・前掲注(26)305頁以下。
- (70) 国立公文書館のアーカイブでは発見できなかったが、1906(明治39)年6月9日讀賣新聞朝刊記事に、刑法改正について法律取調委員のうちの一人に勝本勘三郎が任命されたことが確認できる。
- (71) 勝本勘三郎『改正刑法講話』(巖松堂, 1912年)
- (72) 勝本・前掲注(71)131頁以下。
- (73) 「資料22」95頁。
- (74) 草野・前掲注(1)177頁以下。
- (75) 草野・前掲注(1)177頁。
- (76) 「資料別巻2」72頁以下。
- (77) 「資料21」93頁に同案の「数罪俱発」に関する規定が載っているが、科刑上一罪はない。
- (78) 「資料21」142頁。
- (79) 「資料21」142頁。
- (80) 「資料21」189頁以下。
- (81) 「資料21」475頁。
- (82) 明治34年の第15回帝国議会上に提出された「刑法改正案」および明治35年第16回帝国議会上提出の「刑法改正案」では第66条(「資料24」39頁)に、明治35年第17回帝国議会上提出の案(ただし本案は議会上解散のため審議されていない。「資料21」年表参照)では第65条に(「資料25」329頁)置かれるなどの変遷を経て、明治39年第23回帝国議会上提出の「刑法改正案」で現在の第54条に置かれることになる。
- (83) 「資料別巻2」173頁。
- (84) それゆえ、草野・前掲注(1)179頁は、「此の如き説明では何ら解釈上資する所はない」というのであった。
- (85) 草野・前掲注(1)177頁は「牽連犯に付ての規定は明治31年案から始まったもののようである」という。草野のいう「明治31年案」は刑法改正審査委員会明治28年案から30年案を経て帝国議会上に提出された明治31年案を意味していると思われる。

- (86) 「資料集20-2」237頁以下。この司法省法律取調委員会の詳細は不明であるが、委員長は井上馨、委員として西園寺公望、三好退蔵、ボアソナード、カーキード、ルードルフが任命されたようである。案の多くはボアソナードの提案が採用されたといわれている。「資料20-2」5頁参照。
- (87) 「資料20-2」77頁。
- (88) 「資料20-2」23頁の内田による指摘も参照。
- (89) 宮城浩蔵『刑法正義下巻』第5版（講法会出版，1895年）622頁。
- (90) 宮城・前掲注(89)623頁。
- (91) 箕作麟祥訳『仏蘭西法律書』（翻訳局，1876年）521頁。
- (92) 中村義孝編訳『ナポレオン刑事法典史料集成』（法律文化社，2006年）260頁以下。
- (93) 旧刑法第296条の解釈のためにフランス刑法第304条を引くのはしばしば行われていた。たとえば、宮城・前掲注(89)623頁。なお、同様の規定は現在もドイツ刑法第211条第2項やスペイン刑法第139条第1項第4号にみられる。
- (94) 「資料29」10頁（藤田による「資料解題」）参照。
- (95) 「資料32」3頁参照。
- (96) 「資料32」3頁。
- (97) 「資料32」24頁。
- (98) 「資料32」315頁。
- (99) 「日本帝国刑法初案」において「二罪俱発」は第6章（第45条ないし第47条）に規定されているが、第45条が数罪俱発の吸収主義を採用することを定めるもの、これは刑法編纂会議におけるボアソナード案第113条に対応するものであり、第115条に対応するものではないといえよう。「日本帝国刑法初案」の「二罪俱発」につき、「資料29」54頁参照。
- (100) 現行刑法制定時のボアソナード案の同条には、校者曲木如長による「刑零」との書き込みがあり、それは当時の現行刑法（旧刑法）に存在しない旨を示している。「資料20-2」77頁，53頁。
- (101) 現行刑法制定時の方のボアソナード案について、曲木如長は、フランス刑法に例のある場合はそのように書き込んでいるが、同条にはフランス刑法に例があるという書き込みはない。「資料20-2」53頁。
- (102) 「資料32」315頁以下。
- (103) 数罪俱発の制定過程については、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76号（2008年）547頁以下参照。

- (104) 当時、「併科」に字義通りの「併科」と「加重」とが概念的に混在していたと推察するものとして、三田・前掲注(103)569頁。
- (105) 小野・前掲注(26)340頁以下。ボアソナードの考えは誤解であると小野も指摘している。同465頁。三田奈穂「旧刑法数罪俱発条と治罪法第一三条但書：手続法のなかにみる実体的規定をめぐって」法学政治学論究第94号(2012年)6頁は、鶴田が「漢学者(律令学者)」であり、新律綱領の編纂にたずさわった人物でもある」ことから、「旧刑法が吸収主義を採用した背景に律の影響があった点がうかがえる」と指摘する。同時に「ボアソナードの起草内容が鶴田に受け入れられなかったことは、史料上明らかである」とも指摘し、鶴田がボアソナード案を受け入れなかった最たる理由を「実務が煩雑になるから」であったとする。妥当な指摘であろう。なお、同所では、同時に「当時日本が範としたフランス法においても同様の制度が採用されて」いたことも述べられている。
- (106) 古賀廉造『増補5訂版刑法新論 総論之部』(和仏法律学校出版部, 1900年)653頁。
- (107) 1902(明治35)年2月18日刑法特別委員会における富井政章発言(第16回貴族院会議録)「資料別巻2」518頁。なお、原文には明らかな誤植があったため適宜直した(「徳」→「得」,「舊襲主義」→「吸収主義」)。さらに、ルードルフなどの外国人も数罪俱発条の改正を主張していた(「資料20」506頁)。
- (108) 「資料32」25頁。
- (109) イタリア王国成立直後の刑法典の並立とその後のザナルデッリ法典の制定について、マリオ・ズブリッコリ〔小原耕一訳〕「国家統一から第二次世界大戦後までの刑法の理想と思想」パオロ・グロッシ＝村上義和編『イタリア近代法史』(明石書店, 1998年)203頁以下参照。
- (110) 執筆現在、新型コロナウイルスの影響で、渡欧することができず、文献収集にも限界がある。イタリアの中央図書館などのデータベースも見したが、見つけることができなかった。
- (111) トスカーナ刑法と両シチリア(ナポリ)刑法については原典に当たり、それでないことを確認した。
- (112) 『各国刑法類纂』(司法省, 1878年)602頁以下を適宜ひらがなに開いて引用した。当時の日本の立法者が現に参照したイタリア刑法の条文である。
- (113) Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 10. ed., 2016, p. 677.
- (114) v. Antonio Sólón Rudá, *Breve historia del Derecho penal y de la crimi-*

- nología, 2018, pp. 265ss.
- (115) Estrella Escuchuri Aisa, El concurso de leyes y de delitos, Derecho Penal Parte General, 2.ed., 2016, p. 344.
- (116) Gumersindo Guinarte Cabada, El concurso medial de delitos, en Estudios Penales y Criminológicos, N. 13, 1988-1989, p. 155.
- (117) たとえば、オーストリア刑法についてザイラーは、「行為者によって実現された複数の構成要件は、観念的競合か実在的競合かに区別できる。刑罰適用にとって、実在的競合か観念的競合かは重要でない。いずれのケースにおいても第28条の規則が適用される」という。Stefan Seiler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, S. 37f. スイスでも、学説においては行為単一と行為複数との観点から不真正競合を区別しようとするものがあるものの、シュトラーターテンヴェルトは、「そのような区別はしなくてよい (Diese Unterscheidung empfiehlt sich nicht.)」という。Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT. I, 3. Aufl., 2005, S. 479.
- (118) これは、ドイツでいうところの“Differenzierungsprinzip” (区別原理) を採るか“Einheitsstrafenprinzip” (単一刑原理) を採るかという分類である。Vgl. Roxin, a.a.O. (Anm. 24), S. 798. 台湾において同様の観点から区別し、台湾、ドイツ、日本をともに区別原理 (同書では「区別原則」と呼ぶ) に分類するものとして、林鈺雄『新刑法總則』(元照出版, 2019年) 576頁。同書では、スイス、オーストリア、ドイツ少年法を挙げて対立する「単一原則」とする。
- (119) Guinarte, nota 116, pp. 157s.
- (120) Guinarte, nota 116, p. 158.
- (121) Guinarte, nota 116, p. 159
- (122) Guinarte, nota 116, p. 159.
- (123) ここで、もうひとつ明らかにしたであろうことを追記しておく。スペインの刑法学者たちも牽連犯規定の「イタリアの古典学派の論者たち」とはいうものの、イタリア刑法やイタリア刑法典とはいわない。この点からも、ボアソナードがイタリア刑法典を具体的に示したことは不正確であった (あるいはそういう趣旨でボアソナードは言及したのではない) ということになる。
- (124) Guinarte, nota 116, p. 159.
- (125) Francesco Carrara, Programma del Corso di Diritto Criminale, 1863.
- (126) Francesco Carrara, Traduction par Paul Baret, Programme du Course de Droit Criminel, 1876. 同書を指示する際は、イタリア語版の掲示の後

ろに (fr.) でページを示す。

(127) 同書の単語について原語を表示する際は、前注の文献指示と同様にイタリア語を表示し、続けて (fr.) でフランス語を表示する。

(128) Carrara, nota 125, pp. 89ss; fr. p. 90.

(129) 現行イタリア刑法第81条2文はひとつの同じ計画された罪を犯すにつき複数の罪を異なるときに行ったとしても観念的競合 (concorso formal) と同様に (まとめて加重して) 処罰する規定を有しており “reato continuato” と呼ばれている。連続犯と訳すが、牽連犯を含まないわけではない (ごく簡単な入門書であるが, Claudio Mellone, *Il diritto penale in 9 lezioni*, 2019, pp. 86s. を参照した)。なお, 三田・前掲注(105)10頁以下は, フランス治罪法の従来「継続」を「連続」とは区別されてきたのにこれを混同する「森順正による誤訳あるいは印刷による誤植」(13頁)があるという。たしかに, この文脈においては (そして現代の文脈においても) 三田の指摘通りであるように思われる。だが, 『『連続犯はふるく継続犯とも呼ばれ』, 連続犯と継続犯の概念は混同されていたとみなされる原因は, 右にあるのかもしれない』という推察にはただちには賛同できない。というのも, そもそも “continu” 系の言葉は伝統的に連続犯と継続犯の両者に使用されていたものであり (というのも, 連続犯の概念の出所もカッラーラに帰されるからである。V. José María Luzón Cuesta, Alejandro Luzón Cánovas y María Luzón Cánovas (actualizado), *Compendio de Derecho Penal Parte General*, 24. ed., 2018, p. 230.), 19世紀前半のヨーロッパ刑法学において連続犯と継続犯とはしばしば混同して呼ばれていたのである。現在でもイタリアおよびスペインではそうである (スペインにおいては, 現行スペイン刑法第74条に定義がある “delito continuado” が連続犯であり, “delito permanente” が継続犯である。その差は, 時効の進行について, “delito continuado” は「最後の行為が行われた日から」, “delito permanente” は「違法状態が終了した日から」数えると定めるスペイン刑法第132条1項の文言からも明らかである。連続犯には “delito continuo” という言い方もあったが, “delito continuado” との区別が難しいので近年では使用が避けられている。ちなみに, “delito continuado” の概念には集合犯も含みうる。“delito continuado” の法的性格については, Carlos María Landecho Velasco y Concepción Molina Blázquez, *Derecho Penal Español Parte General*, 10. ed., 2017, pp. 533s. にフィクション説, 現実説, 法的現実説の対立がごく簡単に紹介してある)。なお, ポルトガル刑法第30条第2項は, 外的に同一性がある状況において行われた同質の同一保護法益に向けた, 同一構成

要件または異質構成要件を充足する複数の罪は“crime continuado”として一罪であるとの規定を有するが、この“crime continuado”はむしろ集合犯の意味合いが強いように思われる。当時のフランスについては、たとえば、Joseph Louis Elzéar Ortolan, *Éléments de Droit Penal*, tome 2, 3. ed., 1864, p. 286. における“délits continus”の用法を見ると、拐取、違法な勲章の所持、不法な医業などが例に挙げられており、たしかに単純な連続犯とは異なるものの、現在のような継続犯というよりも営業犯、集合犯も含まれているように思われる。現に、三田も論文で触れる横田国臣『治罪法講義』（金港堂、1880年）50頁以下は継続犯として「一揆暴動」を挙げているが、一揆暴動は現在の理解では継続犯というよりは、集合犯である。このように、ヨーロッパにおいても連続・継続（そして集合）は未分離であり、当時の日本でも分離しているように見えて完全には未分離であったというべきであろう。

- (130) Carrara, nota 125, p. 90; fr. p. 91.
- (131) Carrara, nota 125, p. 91; fr. p. 92.
- (132) Carrara, nota 125, p. 91; fr. p. 92.
- (133) 3頁にわたり、そのことが延々と書かれている。なお、おそらく、一罪か数罪という争点においては、現在ほど明確に「犯罪成立上の一罪」と「科刑上の一罪」は区別されていなかったように思われる。日本においては岡田朝太郎「一罪ト數罪トノ區別ニ就テ」法政新誌47号（1901年）1頁以下の6頁において、「手段としたる所為は実行の所為に吸収されて別罪をなさない」との见解を紹介の上批判的に検討している。この記述は、本稿の探究にとって重要なものであるようにも思われるが、岡田は「従来学者實際家の幾分の間に行われている」と紹介するだけで、具体的な人物名や文献名を出していないため、詳細がわからなかった。ヨーロッパ帰国直後の岡田の講演録であるから、日本の話でない可能性もある。
- (134) Francesco Carrara, *Programa del Corso di Diritto Criminale Parte Generale*, vol. 1, 8. ed., 1897.（初版は1859年）
- (135) 本稿ではカッラーラのいう“delitto complesso”を「結合犯」と訳した。“complexo”は現在では強盗罪などの結合犯そのものを指す言葉（“reato complesso”または“reato composto”として使われるのが一般的である）だからである（スペインにおいてもおいても“delito complejo”や“delito compuesto”は結合犯を意味する）。しかし、カッラーラの「結合犯」は本文で説明する通り観念的競合や牽連犯を含む広い概念であることに注意が必要である。

- (136) Carrara, nota 134, p. 167.
- (137) Carrara, nota 134, p. 167.
- (138) Carrara, nota 134, p. 168.
- (139) Carrara, nota 134, p. 169.
- (140) Carrara, nota 134, p. 169.
- (141) Carrara, nota 134, p. 448.
- (142) Carrara, nota 134, p. 449.
- (143) Carrara, nota 134, p. 448. 3度の窃盗で死刑となったのはカロリーナ
刑事法典においても同様である（上口裕『カロリーナ刑事法典の研究』
（成文堂，2019年）404頁以下参照）。
- (144) Carrara, nota 134, p. 84.
- (145) Carrara, nota 134, p. 168.
- (146) ズブリッコリ，前掲注(109)208頁。
- (147) Gian Domenico Romagnosi (1761-1835). 哲学者，経済学者，法学者。
刑法に関する主要な著作は，*Genesi del Diritto Penale*, 1791. その人生に
ついては，v. Sólon, nota 114, pp. 255ss.
- (148) Giovanni Carmignani (1768-1847). 法学者。刑法に関する主要な著
作は，*Saggio di Giurisprudenza Criminale*, 1795. その人生については，v.
Sólon, nota 114. pp. 258ss.
- (149) Pellegrino Rossi (1787-1848). 肩書き等については本文中で触れる。
その人生については，v. Sólon, nota 114. pp. 262ss.
- (150) ズブリッコリ・前掲注(109)209頁。
- (151) イニェスタ・パストールの学位論文要旨（学位論文要旨が公開されて
おり，本稿執筆段階ではそれによりのみアクセスできた。全編にアクセス可能
になり次第入手して読むつもりである）によれば，1848年刑法が影響を受
けている外国刑法典は，1803年オーストリア刑法，1810年フランス刑法，
1819年両シチリア刑法（サーラテがいうところのナポリ刑法），1830年ブ
ラジル刑法であるという。Emilia Iñesta Pastor, *El Código Penal español de*
1848, Universidad de Alicante, 2005, su resumen.
- (152) Zárate y González, nota 14, p. 59.
- (153) ズブリッコリ・前掲注(109)209頁。
- (154) Zárate y González, nota 14, p. 59.
- (155) Rossi, *Traité de Droit Pénal*, 2. Éd., 1855.
- (156) Rossi, op. cit., p. civ.
- (157) オルトランの教科書を読んだが，オルトラン自身の詳細な見解を得る

- ことはなかった。ただし，“*délits connexes*”（本稿の検討の結果「牽連犯」の原語であることが明らかになる治法上の「附帯の犯罪」）という言葉は（もっぱら訴訟法的に）使用していた。Ortolan, op. cit., pp. 286, 437, 454 et 475.
- (158) フランスにおける新古典学派の概略について邦語で読めるものとして、中野正剛『未遂犯論の基礎——学理と政策の史的展開——』（成文堂、2014年）特に17頁以下、および末道康之「フランス新古典学派の未遂犯概念に関する一考察」南山法学41巻3・4号（2018年）285頁以下。なお、末道の論稿にはロッシ（末道の表記によれば「ロッシー」）の名が登場し、その見解の概要も紹介されている。
- (159) まとめ方については、Sólon, nota 114, pp. 264s. を参照した。
- (160) Joaquín Francisco Pacheco y Gutiérrez Calderón (1808-1865). パチェコと1848年刑法について、主に José Antón Oneca, *El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 18, 1965, pp 473ss. を参照しながら描写する。パチェコのアテネオ・デ・マドリードの講演録は、1885年の5版と1854年の2版と1842年の初版の3つを確認することができた。
- (161) 当時の呼称では「国务大臣」（Ministro de Estado）であるが、外務大臣（現在の「外務、EU、協力大臣」（Ministro/a de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación）に相当する。
- (162) Antón, nota 160, p. 479.
- (163) Antón, nota 160, p. 495. このアントン・オネカの論稿は旧刑法時代のものであり、この状況の描写自体がやや古くなった（21世紀になってパチェコに積極的に言及する論者はあまり見られなくなった）が、それでも1848年刑法の影響はなお現刑法典にも続いているため、参照がないわけではない。
- (164) Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 97. (Suhrkamp 文庫の stw 607, S. 186. を参照した)
- (165) Hegel, a.a.O. (Anm. 164), § 101. (Suhrkamp 文庫の stw 607, S. 192. を参照した)
- (166) Antón, nota 160, p. 480.
- (167) Joaquín Francisco Pacheco, *Estudios de Derecho Penal, Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*, 1885, 5. ed., pp. 46s.
- (168) Antón, nota 160, p. 478.
- (169) 1820年設立のマドリード文芸協会。スペインの知識人の活動の中心と

なった。

- (170) Antón, nota 160, p. 479. 私自身、調査の過程で、パチェコの講演録において、パチェコがロッシの教科書を参照文献として挙げている箇所を見つけた。Joaquín Francisco Pacheco, Estudios de Derecho Penal, Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid, 1842, p. 46. 2版では p. 24.
- (171) 私は、小野清一郎の「連続犯と包括一罪」(小野・前掲注(26)305頁以下所収)に、この学説の流れに連なるものを見るのである。小野は、連続犯規定の削除を「立法上の誤」(305頁)といい、「連続した数個の行為で同一の罪名に触れるようなものは、行為者における同一の犯罪的性格の表現と見られ、それ故にそれを一罪として処断することを相当とする」(308頁)という。
- (172) Joaquín Francisco Pacheco, El Código Penal concordado y comentado, 1848.
- (173) Pacheco, nota 172, tomo 1, p. 436.
- (174) Pacheco, nota 172, tomo 1, p. 437.
- (175) Pacheco, nota 172, tomo 1, p. 437.
- (176) Pacheco, nota 172, tomo 1, p. 437. この書籍が発刊された当時はまだ刑法施行前なので、予想の形(動詞の未来形)で書かれている。
- (177) だがもちろん、世界中の刑法典を確認したわけではないので見落としがある可能性はある。
- (178) 1848年においては“el uno”だったものが現在では“uno”になっている。
- (179) スペイン1995年刑法の文言とホンジュラス刑法第36条のこの部分の文言は全く同じである。チリ刑法第75条とニカラグア刑法第90条は、“medio”に定冠詞をつけて“el medio”としている以外は同じである。
- (180) チリ刑法第75条とニカラグア刑法第90条は、“medio”に定冠詞をつけて“el medio”としている以外は同じである。グアテマラでは前置詞“para”の代わりに“de”が使われている。それ以外は同じである。
- (181) 「資料21」9頁。
- (182) 「資料別巻2」1323頁。
- (183) 「資料29」98頁、123頁など。
- (184) ボアソナードがイタリア刑法に言及していることは本文で示した。それ以外にも、たとえば、法律取調委員であった岡田朝太郎、勝本勘三郎にはイタリア留学経験がある。
- (185) 注(66)参照

- (186) 川成洋『スペイン通史』（丸善出版，2020年）227頁は、「当時のスペインはすでに三流国としてピレネーの南に逼塞していたので，脱亜入欧を国是とする日本はスペインを相手にしなかったようだ」と評する。
- (187) 宮城浩蔵『各国対照府県制群制原論完』（政治学講習会出版，1890年）
- (188) 司法省調査課『司法資料第194号 1928年スペイン刑法』（司法省調査課，1935年）
- (189) 司法省調査課・前掲注(188)まえがき2頁。
- (190) 法務図書館に3冊蔵書がある『日文西班牙刑法』であろうと思われるが，これは出版年不明である。なお，今回は新型コロナウイルスによる緊急事態宣言の影響もあって，法務図書館の『日文西班牙刑法』に直接当たることができなかった。当たることが出来たらもう少し詳細が分かったかもしれない。なお1870年スペイン刑法は，ドイツ語訳が1909年にドイツで出版されている（Alfredo Hartwig übers., Spanisches Strafgesetzbuch vom 17. Juni 1870, 1909.）ので，その再訳の可能性もなくはないであろうことを想像している。
- (191) 岡田朝太郎のヨーロッパ留学については，西英昭「岡田朝太郎の欧州留学について」法政研究84巻1号（2017年）238頁以下参照。なお，読売新聞に岡田朝太郎の留学出発を報じる記事が載っていた。1897（明治30）年3月20日付読売新聞によれば，岡田は同年3月21日にフランスの郵船に乗り，横浜からマルセイユに向けて出発したようである。
- (192) また，その留学中にスペイン刑法を知った可能性もある。スペイン1870年刑法は，多くのヨーロッパ刑法を参照して作られている。当時のコンメンタールを開くと，フランス刑法，オーストリア刑法，ナポリ刑法，ブラジル刑法，バイエルン刑法，ベルギー刑法，スウェーデン刑法，ポルトガル刑法，プロイセン刑法，イタリア刑法などに頻繁に触れている（P. ej. Salvador Viada y Vilaseca, Código Penal reformado de 1870, tomo II, 4. ed., 1890.）。この頃，ヨーロッパ各国とスペインとの間に立法学的・学術的交流があったことは間違いなく，ヨーロッパに滞在していれば，文献上も人的にもスペイン刑法に触れる機会もあっただろう。
- (193) 西英昭「岡田朝太郎について：附・著作目録」法史学研究会会報15（2011年）151頁以下。
- (194) 西・前掲注(193)158頁参照。いずれも刊行年は不明である。
- (195) 西・前掲注(193)155頁参照。西の目録によれば「波利維亜刑法法典」は法学協会雑誌，37巻8号ないし12号，38巻1号，3号，8号ないし10号に1919年から1920年の間に掲載されたようである。

- (196) 西・前掲注(193)155頁参照。西の目録によれば、「委内瑞拉合衆国新刑法法典概評」は法学協会雑誌, 35巻2号, 4号, 5号, 7号, 9号に1917年に、「一九一九年巴奈馬共和国刑法法典略評」は『富井先生還暦祝賀法律論文集』(有斐閣)に1918年に掲載されたようである。
- (197) 「資料別巻315」として再刊されている岡田朝太郎『比較刑法上巻』(発行年不明)1頁以下「各国現行刑法施行年表」および625頁以下による修正。
- (198) 岡田は、聖查耳婆道耳 San-Salvador と表記している。
- (199) 岡田は、聖都民谷 San-Domingo と表記している。
- (200) 西英昭もこれを不明とする。西・前掲注(193)188頁。
- (201) 1903(明治36)年4月29日讀賣新聞「東西兩京の大学48岡田対勝本」。なお、この記事は斬馬劍禅のペンネームで書かれているが、読売新聞主筆で明治大学教授(後に早稲田大学教授)の五来欣造である。
- (202) 1902(明治35)年2月18日刑法特別委員会第16回貴族院會議録(「資料別巻2」)526頁。
- (203) 「資料別巻2」526頁。
- (204) 浮塚利=吉田千草=梅田順一「明治大学図書館史:1886-1945一年譜編一」図書の譜(2005年)114頁。
- (205) 岡田・前掲注(133)6頁以下。この論稿において、岡田は手段・目的の関係を主観的に考える見解および客観的に考える見解の両方を検討し、どちらも退けている。ただし、「明文のある場合」は別であると述べているので、立法論的に反対であったかは——反対しそうな書きぶりではあるが——判然としない。
- (206) 三田奈穂「旧刑法成立と村田保——数罪俱発条を手掛かりとして——」法学政治学論究第79号(2008年)131頁以下参照。
- (207) 西・前掲注(191)233頁以下参照。
- (208) 「資料別巻2」において貴族院刑法改正特別委員に名前が挙げられている。
- (209) 三田・前掲注(206)148頁。
- (210) 村田保『刑法註釈 巻2』(内田正栄堂, 1881年)第7章。
- (211) 村田保と『各国刑法比照』については、三田奈穂「『各国刑法比照』をめぐる一考察」法学政治学論究92号(2012年)35頁以下参照。三田は、『各国刑法比照』を、「単に旧刑法の内容を解釈するためのものというよりも、将来的には旧刑法の改正を視野に入れて作成された『立法資料』である、と私は考えたい」という。

- (212) 『各国刑法比照 一』（司法省，1883年）冒頭「各国刑法引書」参照。
ただし，数罪俱発を定める100条については，スペイン刑法は掲げられていない。同書 2 卷308頁以下参照。
- (213) 『刑法表』（司法省，1883年）。
- (214) 『各国刑法類纂』前掲注(112)。
- (215) 類書との詳細な比較については，三田・前掲注(211)42頁以下参照。
- (216) Hartwig, a.a.O. (Anm. 190)。
- (217) 牧野英一『改正刑法通義全』（警眼社，1907年）
- (218) 牧野英一『刑法提要全』（警眼社，1910年）
- (219) 牧野・前掲注(217)108頁以下。
- (220) 牧野・前掲注(217)巻末索引28頁以下
- (221) 牧野・前掲注(218)62頁以下。
- (222) 牧野・前掲注(218)巻末索引 7 頁。
- (223) 当時，連続犯と継続犯が混同されていたことについてはすでに触れた。
混同されていたからこそその用語法であろう。
- (224) ただし，同じ漢字文化圏である台湾においても，「牽連犯」という語はまったく同じ意味で使用されている（たとえば，陳・前掲注(11)721頁以下参照。）ため，ひとたび定着してしまえばさほど違和感があるものではないのかもしれない。しかし，やはり語の原義から考えれば，「なぜ牽連という言葉が手段・結果の関係としての牽連に限定されて使用されているのか」は依然として疑問たえよう。なお，台湾においては，2005（民國94）年 2 月改正時に牽連犯規定が削除されていることに注意が必要である。その理由について，王皇玉『刑法總則』（新學林，2019年）604頁は，「牽連犯の認定と適用範囲について，学説と実務とで見解の争議が絶えず，その混乱を回避するため」と説明している。
- (225) 磯部四郎『改正刑法正解』（六合館，1907年）。
- (226) 磯部・前掲注(225)113頁。
- (227) 磯部・前掲注(225)113頁以下。
- (228) 磯部は強盗強姦を例に挙げている。
- (229) 磯部・前掲注(225)113頁。
- (230) 富井政章『刑法論綱』訂正再版（岡島書店，1895年）337頁以下。
- (231) あるいは現在も判然としていないのかもしれないが。
- (232) 小疇傳『日本刑法論総論之部』訂正増補 2 版（日本大学，1906年）411 頁。
- (233) 小疇・前掲注(232)430頁。

- (234) 小嶺・前掲注(232)440頁以下。なお、この記述は立法者が各則上認めたものに限るという前提である。
- (235) 磯部四郎講述・井上経重筆記『日本刑法講義筆記』第3巻・第4巻(奎文堂, 1989年・復刻版, 信山社, 2011年) 337頁。
- (236) 勝本勘三郎『刑法析義各論之下巻』(有斐閣, 1900年) 17頁, 同『刑法各論全』(京都法政大学, 1903年) 489頁。
- (237) 勝本「刑法各論全」前掲注(236)489頁。
- (238) 勝本「刑法析義各論」前掲注(236)18頁。
- (239) ただし、勝本は、これを主観的に理解しており、目的たる犯罪は現に行われる必要はなく、それが故殺の目的でありさえすれば足りるとしていた。勝本「刑法各論全」前掲注(236)495頁以下。主観的理解に反対し、現に罪を犯したことが必要であると解するものとして、江木衷『現行刑法各論』(博聞社, 1889年) 279頁。
- (240) 藤谷智次郎『法律全書論題正解刑事訴訟法』(有斐閣, 1892年)。
- (241) 藤谷・前掲注(240)73頁。
- (242) 藤谷・前掲注(240)74頁。
- (243) 明治刑事訴訟法について、牽連の語を使用している他の文献として、高野卯八『証明法原理』(有斐閣, 1892年) 72頁以下など。
- (244) 立野胤政『治罪法註釈』(東京書林, 1881年) 50頁。
- (245) 立野・前掲注(244)50頁。なお、引用文中「項」は原文ママである。現在では、号と呼ばれるであろうが、他の資料を見ても、これは当時「項」と呼ばれていたようである。
- (246) 治罪法第38条。
- (247) 立野・前掲注(244)50頁以下。
- (248) 織田純一郎『治罪法註釈』第4版(出版社不明・出版人坂上半七, 1882年)
- (249) 織田・前掲注(248)79頁。同書は、牽連(原語「牽聯」)の文字に2度ルビを打ち、注釈的ルビを「イリクミ」と、読みを表すルビを「ケンレン」としている。
- (250) 磯部四郎校訂=小笠原美治注釈『治罪法註釈』(弘令社, 1882年)。
- (251) 磯部=小笠原・前掲注(250)141頁。
- (252) ただし、磯部=小笠原・前掲注(250)141頁が「時と場所との間に於て牽連」と書いているように、その用法は——もちろん——現行刑法のような手段・結果の関係に限定するものとはなっていない。
- (253) 磯部=小笠原・前掲注(250)141頁。

- (254) 福鎌芳隆編纂『治罪法比鑑完』（東京上等裁判所取蔵版，1881年）61頁。
- (255) 中村・前掲注(92)77頁および96頁。
- (256) 福鎌・前掲注(254)61頁。福鎌は、フランス治罪法典第227条の訳を「附帶の罪犯なりとす」とし、並べて日本治罪法39条の「附帶の犯罪なりとす」とを掲載している。ここでは「罪犯」と「犯罪」の語が異なっているが、これをどのように使い分けていたのか（といっても、日本治罪法の方は条文通りなので、むしろフランス治罪法の訳としてなぜ「犯罪」ではなく「罪犯」を使用したのか）は私には明らかでない。
- (257) たとえば、当時のフランス刑事法の概説本である Emile Acolas, *Les Délits et les Peines*, 1887, p. 59. は、“Délits connexes et délits non connexes”（牽連犯と非牽連犯）との見出しを打ち、刑事訴訟法上牽連犯となる要件は3つあると述べ、その3に「他の罪を犯すにつき、それを容易とし、または実行し、もしくは免責を得るための手段として犯したとき」としている。
- (258) 形式的競合（concurso formal）とも。形式的競合の語については、たとえば（ポルトガル語であるが）ブラジル刑法第70条の見出しが使用している。“Código Penal Brasileiro Art. 70- Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.”
- (259) P.ej. Landecho y Molina, nota 129, p. 532. なお，“delito medio”は「牽連犯」と訳すことも不可能ではない。形容詞としての“medio,-a”は、名詞としての“medio”の形容詞形であるが、名詞としての“medio”には「真ん中」、「半分」、「手段」、「媒体」などの意味がある。これに対して「牽連」は、「連なって続くこと」、「ある関係でつながっていること」の意味がある。“(delito) medio”は、「手段を媒体としてつながっている（罪）」といった意味であり、「ある関係（日本刑法においては手段・結果関係）でつながっている（罪）」という「牽連（犯）」と訳出することもできなくはない。しかし、本稿で示す通り、「牽連」の語は“medio”系の語の由来ではなく“conexión”系の語由来である。
- (260) SSTS 81/2020, 28/2020 (roj: SSTS 617/2020, 286/2020) y otras; Ga-

marra, nota 9, p. 45.

- (261) P. ej. “conexión teleológica” en Escuchuri, nota 115, p. 344, “conexión íntima” en Muñoz, nota 15, p. 499.
- (262) STS 500/2019 (roj: 3314/2019)
- (263) ここにいう事件とは、事実的な意味ではなく、ひとつの捜査・審理の対象となる法的に構成された事件の意である。公判の場面においては「訴因」に近い。
- (264) 訴訟における競合の問題として, v. p. ej. Gonzalo Quintero Olivares, Frmán Morales Prats (colaboración), Parte General del Derecho Penal, 5. ed., 2015, pp. 537s.
- (265) Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- (266) P. ej. v. Jordi Nieva Fenoll, Fundamentos de Derecho Procesal Penal, 2012, p. 8.
- (267) 「欧州各国, とりわけ直接にフランス, 間接にイタリアの影響を直接受けて近代法典を整備し, ドイツの影響下で学説を発展させ, 強権的な統治における刑の濫用を経験し, その後民主主義国となって引き続きドイツの理論を参照しながら刑法理論を築いている」という説明が日本・スペインどちらの国にも当てはまる。
- (268) Carrara, nota 134, p. 84.
- (269) 第203条は, 他の罪を手段として罪を犯したとき, 他の罪の遂行を容易にするために罪を犯したとき, 罪責を免れるために罪を犯したときなどを “connexes” (牽連する) と定めている。条文は次の通り。“Les infractions sont connexes soit lorsqu’elles ont été commises en même temps par plusieurs personnes réunies, soit lorsqu’elles ont été commises par différentes personnes, même en différents temps et en divers lieux, mais par suite d’un concert formé à l’avance entre elles, soit lorsque les coupables ont commis les unes pour se procurer les moyens de commettre les autres, pour en faciliter, pour en consommer l’exécution ou pour en assurer l’impunité, soit lorsque des choses enlevées, détournées ou obtenues à l’aide d’un crime ou d’un délit ont été, en tout ou partie, recelées.” なお, 実体法的には牽連犯規定を削除した韓国についても, 刑事訴訟法第208条第2項に牽連犯様の概念が残っているといえるように思われる。さらに, ブラジル刑事訴訟法第76条第2号も訴訟における牽連規定である。ポルトガル語で “conexão” が用いられている。

(270) なお、古くは日本において牽連の客観性と主観性とはひとつの重要な争点であった。たとえば、吉川経夫「5科刑上一罪」木村亀二編『体系刑法辞典』（青林書院新社、1966年）325頁など参照。教科書では、大塚仁『刑法概説（総論）』第3版増補版（有斐閣、2005年）483頁以下参照。なお、ここで触れるのが適切であるかはわからないが、大塚仁は、「もうに、牽連犯は、本来、数罪にあたるものであるが、その数罪の間に、罪質上、一方が他方の手段・原因であり、また他方が一方の目的・結果である点において、結合犯に近い密接な関係が見受けられ」るために制定された規定なのではないかと想像する（同484頁）。根拠が示されていないため、大塚の想像にすぎないと思われるが、牽連犯思想の歴史的には大塚の想像は結果として正当である。

(271) P.ej. Quintero, nota 264, p. 537.

(272) 注(239)参照。

(273) この試みは成就しなかったが、台湾で牽連犯規定が削除されたことにつき、台湾の教科書の中には、日本の改正刑法草案に掲げられた理由を挙げつつ説明するものもある（陳・前掲注(11)724頁）。となれば、改正刑法草案の試みはまったく何の結果も生まなかったというわけではないといえよう。

(274) ただし、これらの結論についていくつか注意的譲歩をしておく。第1の謎については、本稿はカッラーラ、ロッシまで探究したが、その他の人物、特にそれ以前の人物の思想的関与がある可能性は否定されていない。カッラーラによれば、ローマ法に見られたというのであるから、あるいはローマ法の探究が課題として残されているのかもしれない。第2の謎については、確実な史料が見つからないという点、何度も強調しておきたい。第3の謎については、ナポレオン治罪法典までたどり着いたが、それ以前の法典をすべて調べたわけではない。ナポレオン治罪法典よりも古いところから由来する（そうであれば、ローマ法？）可能性もまだ残されている。