

没収における犯罪行為「によって得た／
により得た」の史的考察（2）
——旧刑法の議論を手掛かりに——

桑 島 翠

はじめに

第1章 旧刑典

第1節 旧刑典立法過程

第2節 没収の枠組みの立法過程

第1款 旧刑法制定以前の没収制度

第2款 日本帝国刑法初案

第3款 日本刑法草案確定稿

(以上、181号)

第4款 刑法審査修正案

第5款 小括

第3節 旧刑典下の判例及び学説

第1款 判例

第2款 学説

第3款 制限的な方向性の背景

第4節 小括

第2章 現行刑典

第1節 現行刑典立法過程

第2節 没収の枠組みの立法過程

第1款 明治19年ボアソナード改正案・明治23年改正刑法草案

第2款 明治28年・30年草案

第3款 明治33年刑法改正案

第4款 明治35年刑法改正案及び第16回帝国議会貴族院審議

第5款 明治40年刑法改正案

第6款 小括

(以上、本号)

第3章 昭和16年改正

結びに代えて

第4款 刑法審査修正案

1877年11月に太政官に上呈された確定稿は、その後、太政官に設置された刑法草案審査局による審査に掛けられ、1879年6月25日に、修正案として太政官に上申される。修正案における没収の条文は、次の通りである。

第四十三條⁽⁸⁴⁾ 左ニ記載シタル物件ハ宣告シテ官ニ没収ス但法律規則ニ於テ
刑ニ没収ノ例ヲ定メタル者ハ各其法律規則ニ從フ

- 一 法律ニ於テ禁制シタル物件
- 二 犯罪ノ用ニ供シタル物件
- 三 犯罪ニ因テ得タル物件

第四十四條 法律ニ於テ禁制シタル物件ハ何人ノ所有ヲ問ハス之ヲ没収ス
犯罪ノ用ニ供シ及ヒ犯罪ニ因テ得タル物件ハ犯人ノ所有ニ係リ又ハ所有主ナ
キ時ノ外之ヲ没収スルコトヲ得ス

確定稿と比較すると、条文の位置、及び物件の所有者に関する規定が44条として新たに設けられている点以外には、条文の枠組みに変更点は見られない。また、鶴田皓旧蔵の刑法審査修正案註解を確認すると、盗取又は騙取した財物、偽造の品物を用いて交換した真正の品物が没収対象物の具体例として挙げられていることから、確定稿における没収の解釈とは大きく異なることが看取できよう。⁽⁸⁶⁾

1880年3月1日に、修正案は元老院の議定に付されるが、没収の条文に修正は出されなかったため、修正案における没収の条文がそのまま旧刑法典として成立し、1880年7月17日に太政官布告36号で公布された。

第5款 小括

以上、初案、確定稿、修正案と旧刑法典の立法過程を追い、没収の枠組みの変遷を確認した。本節では、立法過程において、没収対象物を犯罪との関

係で限定する制限的な方向性へと進んでいったことを確認できた。すなわち、初案においては、犯罪行為後の転売行為など、それ自体は犯罪ではない別の行為を介して得られた利益に対する没収が予定されていた。これに対して、確定稿及び修正案においては、犯罪によって得た利益から新たに別の利益が生み出されることは際限がなく、元々問題となっていた犯罪という不正の痕跡が不明確になるという理由から、没収対象を犯罪の直接の利益とし、犯罪行為それ自体から得られた利益のみが没収されることとなった。

第3節 旧刑法典下の判例及び学説

以上の立法過程を経て成立した旧刑法典は、1882年1月1日に施行された。以下では、旧刑法典下でどのような条文解釈がなされてきたかを、判例と学説に分けて確認する。

第1款 判例

旧刑法における取得物件の解釈に関して判断した判例の数は多くないが、発見し得た中で最も早い例は、大判明治20年11月26日⁽⁸⁷⁾である。大審院は、盗品を販売して得た代金を元手に購入した袷羽織他四品について没収を言い渡した原判決につき、旧刑法43条にいう「犯罪ニ因テ得タル物件」とは、犯罪によって直接に掌握し又は獲得した物件をいい、本件のような盗品を売却した代金で以て購入したものはこれに当たらないとして、原判決を破棄した。

このように、犯罪によって得た物件を、犯罪から直接に得た物件に限定する判例は、現行刑法典制定後にも散見される。例えば、明治42年7月3日の法曹会決議⁽⁸⁸⁾は、密造酒の売却代金の没収の可否が問題となったものであるが、同判例は、犯罪によって得た物とは、直接に犯罪によって得た物をいい、これを処分して取得した対価は含まないとしたうえで、密造酒を販売することは犯罪を構成しないため、この売却代金を没収することはできないと判断した。また、昭和8年7月12日の臺灣高等法院の判決⁽⁸⁹⁾は、貨物を密輸出後、仕向け地において当該貨物を売却して対価を得た事案につき、犯罪行為

により得た物とは、犯罪行為により直接に取得した物を指し、犯罪行為を組成した物、犯罪行為より生じた物、犯罪行為により得た物を処分して取得した対価は、これに含まれないと判断した。没収対象物を犯罪との関係で限定する制限的な方向性は、判例においてもある程度の理解を得られていたといえよう。

第2款 学説

1. 犯罪「二因テ」得タの解釈

旧刑法43条3号の犯罪「二因テ」得タル物件の当時の解釈であるが、大きく分けて、「因果性」と「直接性」との2つの特徴を見出すことができるだろう。まず、因果性につき、例えば龜山貞義は、犯罪「二因テ」得タル物件とは、「犯罪が原因と為り」犯人が不当に利得した物件を指すと述べる⁽⁹⁰⁾。また、立野胤政は、「罪を犯して」取り得たる物であると説明しており⁽⁹¹⁾、犯罪行為が物の取得に先行することが看取できる。また、後述するが、「二因テ」それ自体も原因結果の関係の意味で理解されている。それゆえ、犯罪「二因テ」得タというためには、犯罪を原因として物を取得したことが必要であると認識されていたといえよう。

次に、直接性については、ボアソナードの見解に従い、間接的な利得は際限がないこと、及び不正の原因の形跡が不明確になるという理由から、犯罪によって直接得た物件を没収の対象とし、間接に得た物件は没収しないという点で、学説に一致が見られる。例えば野中勝良は、第一の利益から第二の利益、第三の利益が次々に生じていき、最終的に不正の原因の形跡を知ることができないことを理由に、直接の利益のみを没収すべきと主張する⁽⁹²⁾。また、堀田正忠は、直接・間接を問わず、不正に犯人の利得となったものを剥奪すべきという見解に対して、犯人が、没収対象物を交換することで没収を免れる事態を防止することができるという一定の理解を示しつつも、過度に厳しい刑になる嫌いがあるとして、ボアソナードの見解を引用しつつ、直接の利益のみを没収すべきと結論付ける⁽⁹³⁾。

没収対象を犯罪と直接的な関係にある物件に限定する傾向は、供用物件の領域においても確認できる。例えば龜山は、旧刑法43条2号の犯罪ノ用ニ供シタル物件は、犯罪の手段である物件だと定義し、その中で、例えば賭博において使用されるサイコロその他の博具などの直接的に使用される物件と、賭博が行われている部屋等の間接的に使用されるに過ぎない物件を区別する⁽⁹⁴⁾。その上で、博具等犯罪に直接使用された物件を没収することは当然であるが、賭博が行われた部屋は、犯罪が発覚することを防止するために間接的に使用されたに過ぎない。仮に犯罪に間接的に使用された物件を没収するのであれば、窃盗が着用した頭巾、衣服、足袋に至るまで没収することになり、犯人の総資産を没収することと同義となるため、犯罪に直接使用された物件のみを没収すべきと龜山は主張する⁽⁹⁵⁾。ここでいう犯罪に直接使用された物件とは、構成要件該当行為に使用された物件を指すものと考えられよう。また、堀田も、間接に犯罪の用に供した物件を没収すると、没収の及ぶところが広きに失し際限がなくなることを理由に、犯罪の用に供した物件とは、直接に供した物件のみをいうと説明する⁽⁹⁶⁾。

犯罪「ニ因テ」得タの解釈において直接性が要求されている理由は、オルトラン及びボアソナードの見解で確認された、処罰の対象となる行為の厳格な解釈に影響を受けたものと思われる。龜山は、犯罪に間接的である行為を予備行為、犯罪に直接的である行為を実行の着手と位置づけ、予備行為は社会に実害を及ぼさないため、原則として不処罰であると説明する⁽⁹⁷⁾。このような説明からは、犯罪の準備行為である予備が不処罰であることを理由に、犯罪において準備の役割にある物件、すなわち犯罪に間接的に使用された物件は没収しないという考えは導出可能であろう。

2. 「ニ因テ」の因果関係論上の解釈

旧刑法43条3号は、犯罪「ニ因テ」得タル物件を没収の対象としているが、この「ニ因テ」それ自体が、旧刑法制定直後、どのように理解されていたかについても確認しておこう。例えば、旧刑法299条の殴打創傷致死罪に

における「因テ死ニ致シタル者」の解釈を見ると、殴打創傷の「為め」に被害者が死に至る⁽⁹⁹⁾、又は殴打創傷が「原因となりて」被害者が死に至る⁽¹⁰⁰⁾ことを指すとする記述が見られる。殴打創傷と致死結果が原因結果の関係にあることが必要とされており、それゆえ、旧刑法における「因テ」も、現在と同様、因果関係の意味で理解されていたといえよう。

第 3 款 制限的な方向性の背景

以上のように、旧刑法典の立法過程で見られた、没収対象物を犯罪との関係で限定する制限的な方向性は、判例・学説においても確認することができた。旧刑法における没収の解釈論が制限的な方向性へと展開していった背景としては、まず、犯罪者の一般財産に対する没収を認める、旧刑法制定以前の没収制度からの脱却が挙げられるであろう。すなわち、犯罪行為後の転売行為など、犯罪とは別の行為を介して得た利益、又は犯罪の発覚を防ぐ目的等で使用される、犯罪に間接的に使用された物件を没収すれば、没収の及ぶところが過度に広範となり、旧刑法制定以前の犯人の一般財産に対する没収と同義となりかねない。これを回避するという観点から、没収対象物を制限する流れが生じたものと思われる。また、旧刑法における没収規定が必要的没収であって、被告人に過酷な没収を回避しにくいという点も、制限的な方向性の一つの要因として挙げることができるであろう。

第 4 節 小括

以上、本章では、旧刑法の立法・判例・学説における、取得物件の解釈の展開を概観した。ここでは、わが国の刑法の近代化を目指した結果、没収対象物が徐々に制限されていった経緯を確認できよう。すなわち、旧刑法が制定される以前の没収制度は、犯罪者の一般財産を対象とした財産刑の一種であり、実際に行われた犯罪とは無関係に、犯罪者の土地や家屋などの財産を没収するものであった。その後、犯人の罪は子孫に及ぼすべきでないなどの、西欧における没収に関する思想を取り入れた結果、初案においては、犯

罪と一定の関係性を有する個別的な財産に対する没収へと制限された。しかし初案は、犯罪とは別の行為を介して得た利益も没収対象物に含めていた。さらに刑法の近代化が推し進められた結果、確定稿以降は、犯罪の直接の利益や犯罪に直接使用された物件など、犯罪と直接的な関係にある物件のみが没収対象とされた。

以上を踏まえて、次章では、現行刑法典制定以降の議論の展開を追い、取得物件の解釈がどのように変化していったかを明らかにしていく。

第2章 現行刑法典

第1節 現行刑法典立法過程

旧刑法は1882年1月1日より施行されるが、その施行前後において早くも、政府部内において改正の必要性が指摘され、1907年に現行刑法典が成立するまでに多くの改正案が起草された。⁽¹⁰¹⁾

旧刑法施行後最初の全面的な改正といえるのが、1882年末から1883年の初めにかけて司法省により作成され、太政官に上申された司法省改正案であるが、没収の条文に関して、改正案は出されなかった。

司法省・参事院において旧刑法の改正作業が進められる中、ボアソナードは、確定稿の注釈書である刑法草按注解に、さらに修正・増補を加えた、旧刑法に対する改正案（以下、「明治19年ボアソナード改正案」とする）、及びその注釈書である「刑法草案註釋」を完成させた。⁽¹⁰²⁾ 司法省では、このボアソナードの刑法改正案をもとに、これに修正を加える形で改正作業が進められた。その後の方針転換により、ボアソナードの改正案をもとに全面改正を行うのではなく、旧刑法施行後の実際において不都合・不備の点を改正する、一部改正を行うこととされた。⁽¹⁰³⁾ その後、1890年12月3日に、司法大臣山田顕義から内閣総理大臣山縣有朋に対して、新たな改正草案である明治23年改正刑法草案が提出され、翌年1月17日に同改正案は第1回帝国議会（衆議院）

に提出されたが、会期終了で審議未了となった。⁽¹⁰⁴⁾

その後司法省は、本格的に改正作業に取り組むため、1892年1月13日に刑法改正審査委員会を設け、改正案の立案・審査を開始した。⁽¹⁰⁵⁾改正作業の結果、1895年12月に脱稿された明治28年草案、及び同改正案について、大審院以下各裁判所及び検事局からの意見などをもとに修正を加えた、明治30年草案が作成された。⁽¹⁰⁶⁾しかし、弁護士会による刑法改正反対の動きや、刑事訴訟法改正案の作成の遅れなどを理由に、改正案の議会提出は見合わせられた。⁽¹⁰⁷⁾

その後の改正案の編纂は、1899年3月に再編された法典調査会第三部の調査・審議に委ねられた。⁽¹⁰⁸⁾法典調査会第三部は、第一回刑法連合会の決定を受けて、明治30年案を原案とする旧刑法の根本的改正を行う方針のもとに、改正案の作成に当たった。⁽¹⁰⁹⁾刑法改正作業の過程で、明治33年刑法改正案、明治34年刑法改正案(第15回帝国議会提出)、明治35年刑法改正案(第16回帝国議会提出)、明治35年刑法改正案(第17回帝国議会提出)が作成されたが、審議中に会期が尽きる、又は衆議院が解散するなどの要因により、いずれも審議未了となり成立には至らなかった。⁽¹¹⁰⁾

刑法改正案が議会を通過することができなかった背景には、貴衆両院における改正反対派の議員を支えた、在野法曹を中心とする刑法改正反対運動がある。特に刑法改正に強く反対していた花井卓蔵は、法典調査会は、民法、商法及び付属法律の制定を終えた時点で、すでに目的を達成しているとして、その廃止を強く主張した。⁽¹¹¹⁾法典調査会は経費節減の必要等から規模の縮小が図られ、第17回帝国議会が解散された1903年1月1日に廃止された。⁽¹¹²⁾法典調査会が廃止された後は、1906年6月に設置された、法律取調委員会によって再び改正作業が開始される。⁽¹¹³⁾この委員会によって、明治39年刑法改正案が作成され、当該草案の審議の後、第23回帝国議会において明治40年刑法改正案が提出される。⁽¹¹⁴⁾この刑法改正案に修正が加えられた結果、現行刑法典が成立した。

以上のような改正の過程において、没収の条文に変更が確認できる時期は、明治19年ボアソナード改正案の時点からであるため、以下、同改正案以

降の没収の展開を確認していきたい。

第2節 没収の枠組みの立法過程

第1款 明治19年ボアソナード改正案・明治23年改正刑法草案

刑法草案註釋上巻によれば、明治19年ボアソナード改正案における没収の条文は、次の通りである。

第五十五條⁽¹¹⁵⁾ 没収ハ當然ニ行フモノニ非ス必ス左ノ物件ニ對シ裁判所ヨリ宣告スルヲ要ス

第一 其何人ニ屬スルヲ問ハス法律ニ反シテ製造産出又ハ占有シタル物件

第二 犯罪ヲ行フノ用ニ供シタル物件

第三 犯罪ニ因リ直接ニ得タル物件但シ第二項及ヒ本項ノ場合ニ於テハ其所有權ノ犯人ニ屬スルカ或ハ其所有者ノ分明ナラサルトキニ非サレハ没収スルコトヲ得ス

以上記スル所ハ總テ法律ノ特別ナル正條ニ因テ命シタル他ノ格段ナル没収ノ妨トナル可カラズ

すでに確認したが、旧刑法における没収の条文は以下の通りである。

第四十三條 左ニ記載シタル物件ハ宣告シテ官ニ没収ス但法律規則ニ於テ別ニ没収ノ例ヲ定メタル者ハ各其法律規則ニ従フ

一 法律ニ於テ禁制シタル物件

二 犯罪ノ用ニ供シタル物件

三 犯罪ニ因テ得タル物件

旧刑法と明治19年ボアソナード改正案における没収の条文を比較すると、まず、明治19年ボアソナード改正案では、「没収ハ當然ニ行フモノニ非ス」

として、没収の必要的適用を否定する旨が明文化されている点が大きく異なる。この点につき、ボアソナードによる具体的な説明はなされていない。しかし、ボアソナードが、没収の適用如何によっては過酷な結果になり得る場合があることを認めており、また、違警罪について没収を言い渡すためには、法律の特別な条項が必要とされるという点から、一定の場合には没収を言い渡さないという趣旨で規定されているものと思われる。

また、1号の物件についてみると、「法律ニ於テ禁制シタル物件」から「法律ニ反シテ製造産出又ハ占有シタル物件」へと違反の態様が具体的にされている点が異なる。これは、「禁制シタル物件」という文言が、不分明・不精密であるという、「刑法修正案意見書」におけるボアソナードの見解を反映したものと考えられる。すなわち、一定の物件の所持を禁止し、さらに当該物件を没収するためには、当該物件の製造が禁止されていれば足りる。このような意識からボアソナードは、「禁制」の内容を具体化し、物件の製造、産出、占有のいずれかが禁止されているのであれば、当該物件の帰属如何を問わず没収できるものとした。⁽¹²⁰⁾

3号の物件については、利得から新たに利得が生み出される事態は際限がなく、犯罪という不正の痕跡を追跡できなくなることから、犯罪の直接の利得のみを没収の対象とするという、確定稿においても確認されたような説明がなされている。⁽¹²¹⁾

その後作成される、明治23年改正刑法草案における没収の条文は、以下の通りである。

⁽¹²²⁾
第三十七條 左ニ記載シタル物件ハ受刑者ノ所有ニ屬スルトキハ之ヲ没収ス

- 一 法律ニ於テ成立ヲ禁制シタル物件
- 二 犯罪ノ用ニ供シタル物件但無意ノ輕罪若クハ違警罪ニ付テハ特ニ定メタル場合ニ非ザレハ之ヲ没収セス
- 三 犯罪ニ因リ直接ニ得タル物件

本條ノ規定ハ法律規則ニ於テ別ニ定メタル他ノ没収ノ妨ケトナルコトナシ

第三十八條 法律ニ於テ成立ヲ禁制シタル物件ハ受刑者ノ所有ニ屬セサル
トキト雖モ又刑ノ言渡ナキトキト雖モ特ニ宣告シテ之ヲ没収ス

1号の物件をみると、「禁制」の内容において「成立」のみが規定されており、「刑法修正案意見書」におけるボアソナードの意見の影響を見て取ることができよう。また、2号の物件につき、「無意ノ輕罪若クハ違警罪」の場合は、特段の規定が存在しない限り没収を命じない旨が定められている。これは、明治19年ボアソナード改正案における「没収ハ當然ニ行フモノニ非ス」の類型が具体化されたものであると考えられる。

第2款 明治28年・30年草案

1892年に設けられた刑法改正審査委員会の審議過程においては、ドイツ、フィンランド、ハンガリー、イタリア、オーストリア、フランス、オランダの各国刑法及び刑法草案が参照された。⁽¹²³⁾ヨーロッパにおける最新の刑法を参考にした改正作業の結果、明治28年・明治30年草案が作成された。没収につき、両草案における条文は同一であり、内容は以下の通りである。

⁽¹²⁴⁾
第二十五條 左ニ記載シタル物件ハ之ヲ没収スルコトヲ得但犯人ノ所有ニ係リ又ハ所有者ナキトキニ限ル

- 一 犯罪ヲ組成シタル物件
- 二 犯罪ノ用ニ供シタル物件
- 三 犯罪ニ因リ得タル物件

第二十六條 輕罪ノ刑ニ付テハ別段ノ規定アルニ非サレハ没収スルコトヲ得ス

1号の物件についてみると、明治28年・30年草案において初めて、「犯罪ヲ組成シタ」という、現行刑法でいう組成物件と同様の枠組みが使用されている。これは、刑法改正審査委員会の決議録によれば、いわゆる罪体を没収可能とする旨を明確にしたものと説明される。⁽¹²⁵⁾すなわち、旧刑法が成立した時点では、罪体に対する没収の可否につき見解が分かれていたため、罪体の没収を認めることでこれまでの議論に決着をつけたものと思われる。しかし、この「組成」という枠組みは、以降明治39年刑法改正案まで採用されていない。⁽¹²⁶⁾

また、26条については、没収の適用を原則として否定する犯罪類型が、軽罪に限定されているが、条文の趣旨は決議録においては確認できなかった。

第3款 明治33年刑法改正案

先述の通り、明治28年・30年草案は議会への提出を見送られ、その後再編される法典調査会第三部によって、明治33年刑法改正案が作成される。同改正案における没収の条文は、以下の通りである。

⁽¹²⁸⁾
第二十七條 法律ニ於テ所有又ハ所持ヲ禁シタル物件ハ何人ニ屬スルモノト雖モ之ヲ没収ス

第二十八條 左ニ記載シタル物件ハ之ヲ没収スルコトヲ得但其物件犯人以外ノ者ニ屬セサルトキニ限ル

- 一 犯罪行為ニ供シ又ハ供セントシタル物件
- 二 犯罪行為ヨリ生シ又ハ之ニ因リ得タル物件

第二十九條 軽罪ノ刑ニ付テハ別段ノ規定アルニ非サレハ没収ヲ附加スルコトヲ得ス

没収は3つの条文に分割され、27条は、所有・所持が禁止されている物件

をその所有者を問わず没収する旨、28条は、これまでのいわゆる供用物件、取得物件に加え、新たに「犯罪行為ヨリ生シ」た物件を任意的に没収する旨、29条は、軽罪については原則として没収の適用を否定する旨が、それぞれ定められている。

28条については、これまでの「犯罪ニ因り得タル物件」を「犯罪行為ヨリ生シ又ハ之ニ因り得タル物件」へと改めることで、没収物の意義を明確にする意図があったと説明される。⁽¹²⁹⁾この「犯罪行為ヨリ生シ又ハ之ニ因り得タ」という枠組みは、以降の改正案においても維持されていく。また、同条の没収スルコトヲ「得」というのは、没収の必要性がない場合には、没収手続きを行わないという趣旨で定められている。特に没収対象物に価値がない場合は、これを没収することで却って無用の手続きを増やすことがあるため、そのような事態の回避が念頭に置かれている。⁽¹³⁰⁾

29条については、軽罪が、罪責が重大でない軽微な犯罪であるため、原則として没収を適用する必要がないことを示したものと説明される。⁽¹³¹⁾

第4款 明治35年刑法改正案及び第16回帝国議会貴族院審議

法典調査会による刑法改正案はいずれも成立せず、1906年6月に設置された法律取調委員会による改正作業を経て、ようやく現行刑法が成立する。そのため、法典調査会による改正案は、現行刑法への成立に大きく影響を与えたわけではない。しかし、第16回帝国議会に提出された明治35年刑法改正案（以下、単に「明治35年刑法改正案」とする）は、その逐条審議において、没収の位置づけに関する議論を引き起こした。犯罪行為「によって得た／により得た」の解釈を直接論じているわけではないが、わが国の没収制度の沿革を明らかにするという観点から、以下では、明治35年刑法改正案の概要と、その逐条審議の内容を確認していきたい。

1. 没収の条文

明治35年刑法改正案における没収の条文は、以下の通りである。

第二十五條⁽¹³²⁾ 法令ニ於テ所有ヲ禁シタル物ハ之ヲ没収ス

左ニ記載シタル物ハ之ヲ没収スルコトヲ得

- 一 犯罪行為ニ供シ又ハ供セントシタル物
- 二 犯罪行為ヨリ生シ又ハ之ニ因リ得タル物

没収ハ其物犯人以外ノ者ニ屬セサルトキニ限ル

第二十六條 拘留又ハ科料ノミニ該ル罪ニ付テハ特別ノ規定アルニ非サレハ没収ヲ科スルコトヲ得ス但前條第一項ニ記載シタル物ノ没収ハ此限ニ在ラス

明治33年刑法改正案と比較すると、没収の適用を原則として否定する犯罪類型が、軽罪から拘留・科料に当たる罪へと変更されている点を除けば、条文の内容に大きな変化は見られない。

2. 刑法改正案特別委員における質疑

明治35年刑法改正案は、刑法改正案特別委員⁽¹³³⁾による修正を経て、貴族院本会議において審議される。この特別委員会では、改正反対派の委員と改正賛成派の委員とで激しい議論が行われ、没収においては、特にその位置づけについて議論が行われた。

皮切りとなったのは、1902年1月31日の刑法改正案特別委員⁽¹³⁴⁾における富井政章の発言である。すなわち、富井によれば、「法令ニ於テ所有ヲ禁シタル物」は、いわゆる禁制物であって、これは、没収又は刑罰を用いずとも、警察処分として取り上げることができる物である。そのため、「法令ニ於テ所有ヲ禁シタル物」⁽¹³⁵⁾の没収規定は、特に必要がないと指摘がなされた。これに対して政府委員の倉富勇三郎は、禁制物であることを理由に直ちにこれを取り上げることは、所有権を侵害する恐れがあると説明した。すなわち、倉

富は、例えば、爆発物を所有している者が、爆発物の所持罪によって裁判にかけられたとしても、当該爆発物の所有が許されていることが明らかになった場合は、それを被告人に返還することが当然であると指摘する。⁽¹³⁶⁾

その後、同年2月4日に行われた刑法改正案特別委員会において、没収を付加刑に位置付けるべきではないという見解が主張される。

例えば、村田保は、没収によって取り上げられる物は、その多くは価値がない財産であることを根拠に、没収の付加刑という位置づけに対して疑問を呈する。⁽¹³⁷⁾ さらに村田は、帯刀を禁止する廃刀令とのアナロジーから、物件を行為者から取り上げる没収に、主刑・付加刑等の刑名を付けるべきではないとも主張した。⁽¹³⁸⁾ また、松岡康毅は、所有を禁止されている物の没収は、刑罰ではなく警察上の取締りで十分であり、その限りで、「法令ニ於テ所有ヲ禁シタル物」の没収は削除するべきと主張する。⁽¹³⁹⁾

以上のような、没収を刑罰ではなく警察上の処分として理解する見解は、旧刑法の学説においてすでに確認される。例えば、富井は、旧刑法43条1号の禁制物の没収は行政警察上の処分であって、刑罰に関する規則を適用することができないと説明したうえで、次の帰結を導く。すなわち、①犯人が死亡した場合は、その相続人に対して当該物件の没収を言い渡すことができる、②何人の占有を問わず没収できる、③犯罪事実の徴憑がある以上は、被告人に無罪又は免訴の言い渡しがあったとしても、これを没収できる、というのがこれである。⁽¹⁴¹⁾ また、野中も、禁制物の没収は警察処分であると理解したうえで、富井と同様の帰結を導く。⁽¹⁴²⁾

このように、刑法改正案特別委員の間では、少なくとも「法令ニ於テ所有ヲ禁シタル物」の没収については、付加刑に当たらないとする見解が広がっていたのであるが、この理解に反対したのが、倉富である。倉富は、法律上所有が禁じられている物件であれば、警察上の処分でこれを取り上げることができる点は認めつつも、実際に問題となっている物件の所有が禁じられているか否かを判断するためには、やはり裁判手続きが必要であると述べる。⁽¹⁴³⁾ さらに倉富は、憲法による所有権の保障を引き合いに出し、たとえ法律上所

有が禁じられている物件であったとしても、裁判を経ずに直ちにこれを取り上げることは、適切でないとも主張する⁽¹⁴⁴⁾。

倉富の見解は、禁制物件の相対性に影響を受けたものと思われる。例えば、龜山によれば、禁制物件は、あへん等の私有所持が絶対的に禁止されている物件と、陸海軍の用に供する銃火器・弾薬のように、官許を得ればこれを製造・販売・所持することができる物件とに区別される⁽¹⁴⁵⁾。龜山は後者の物件を相対的禁制物件と呼び、当該物件の私有所持が正当な手続きを経て許可されている場合は、禁制物件に該当するとしてもこれを没収できないと説明する⁽¹⁴⁶⁾。また、龜山は、禁制品の没収を行政処分として理解する立場に対しては、被告人が免訴等で存在しない場合でも、裁判所は物件に対して没収を宣告しなければならないという奇観を呈するとして批判する⁽¹⁴⁷⁾。また、宮城浩藏も、毒薬を例に挙げ、毒薬の所有者が医師や薬を取り扱う商人である場合は、毒薬を没収できないとして、禁制物件に該当するとしても、直ちにこれを没収できない場合を指摘する⁽¹⁴⁸⁾。

以上の、禁制物件の該当性が認められたとしても、直ちにこれを没収できない場合が存在するという指摘は、以降の改正案の作成においても採り入れられていく。

第5款 明治40年刑法改正案

1. 没収の条文

第17回帝国議会の解散とともに法典調査会が廃止された後は、1906年6月に設置された法律取調委員会によって再び改正作業が開始された。この委員会によって作成された刑法改正案は、明治40年刑法改正案として第23回帝国議会に提出された。当該改正案は、まず貴族院で審議された後、修正を加えて可決され、衆議院に送付された⁽¹⁴⁹⁾。その後、さらに衆議院において修正を加えて可決され、刑法改正案が貴族院に戻された。しかし、貴族院が衆議院の修正案に対して不同意の決定を行ったため、刑法改正案に関する両院協議会が開かれたうえで調整がなされ、改正刑法が成立に至る⁽¹⁵⁰⁾。明治40年刑法改正

案における没収の条文は、以下の通りである。

⁽¹⁵¹⁾
第十九條 左ニ記載シタル物ハ之ヲ没収スルコトヲ得

- 一 犯罪行為ヲ組成シタル物
- 二 犯罪行為ニ供シ又ハ供セントシタル物
- 三 犯罪行為ヨリ生シ又ハ之ニ因リ得タル物

没収ハ其物犯人以外ノ者ニ屬セサルトキニ限ル

第二十條 拘留又ハ科料ノミニ該ル罪ニ付テハ特別ノ規定アルニ非サレハ没収ヲ科スルコトヲ得ス但前條第一項第一號ニ記載シタル物ノ没収ハ此限ニ在ラス

19条1項1号において、「犯罪ヲ組成シタ」という枠組みが使用されているように、明治40年刑法改正案の没収の条文は、現在の一般刑法典の没収の条文とそれほど異ならないことが分かる。この「組成」という枠組みは、明治40年刑法改正案の理由書を見ると、没収の適用を制限する趣旨であると説明される。すなわち、旧刑法43条1号は、所有を禁止している物件として、「法律ニ於テ禁制シタル物件」の没収を定めていた。しかし、単に所有を禁止していることを理由に物件を没収する場合、当該物件が犯罪と何ら関係がない場合も没収可能となる。⁽¹⁵²⁾これは、旧刑法44条のように、禁制物件を何人の所有を問わず没収する場合には、犯人以外の者が所有する禁制物件に対しても没収を言い渡さなければならず、当事者がいないにもかかわらず没収手続きがなされるという状況が発生する。それゆえ、刑法改正案においては、禁制物件の没収に関する手続きは行政処分に委ね、いわゆる罪体に当たる犯罪行為を組成した物のみを没収する旨が定められた。⁽¹⁵⁴⁾これは、先の第16回帝國議會貴族院審議において確認された、禁制物件であっても、裁判を経てこれを取り上げるべきだとする、倉富らの見解に影響を受けているものと考え

られる。

「犯罪行為ヨリ生シ又ハ之ニ因リ得タル物件」については、没収物の意義を明確にするという、明治33年刑法改正案と同様の説明がなされている。⁽¹⁵⁵⁾ また、20条についても、事態が軽微であることを理由に、拘留・科料のみに当たる罪については、原則として没収の適用を否定するという、明治33年刑法改正案と同様の説明がなされている。⁽¹⁵⁶⁾

2. 第23回帝国議会衆議院審議

明治40年刑法改正案における没収規定は、以上の条文の内容で貴族院を通過し、衆議院において審議されるのであるが、⁽¹⁵⁷⁾ ここにおいて再び、物件の没収を付加刑ではなく、行政処分によって行うべきだとする主張がなされる。花井卓蔵は、当時の法律において、裁判を経ずとも犯罪に関係する物件を行政処分によって没収する例はいくらでもあるから、没収を付加刑に置く必要はないと主張した。⁽¹⁵⁸⁾ また、望月長夫も、没収が財産刑であるという観点から、明治40年刑法改正案に対する疑問を示す。すなわち、19条1項1号の「犯罪行為ヲ組成シタル物」の大部分は、法律において所有等を禁じられている物であって、何人の財産でもない。それゆえ、「犯罪行為ヲ組成シタル物」を被告人の手から取り上げて、これを「財産」刑であると解釈することは不合理であると主張した。⁽¹⁵⁹⁾

結局のところ、花井等の主張は少数で否決されるのであるが、⁽¹⁶⁰⁾ 望月が指摘したように、法律において所有等を禁じられている物については、占有・所有等の法律上保護される権利を認めることができない。そのため、これを没収する場合、被告人の如何なる権利を剥奪することになるのかが問題とされた。これに対し、政府委員の平沼騏一郎は、所有を禁じた物を没収する場合、法律上の所有権を剥奪することにはならないが、現に占有・所持しているというその占有所持を奪う結果になると説明した。⁽¹⁶¹⁾ さらに平沼は、被告人の占有所持を法律上の権利とみるのか、一つの事実とみるのかについては議論が存在するが、法案においては一つの権利であるとみているとも説明し

(162)
た。

以上の通り、明治40年刑法改正案の没収規定は、衆議院審議において原案の通り可決されたため、両院協議会においても審議の対象とならず、そのまま改正刑法として成立に至る。

第6款 小括

以上、現行刑法典の立法過程を追い、没収の枠組みの変遷を確認した。本節で確認できた没収の枠組みの大きな変遷として、禁制品の没収が挙げられる。すなわち、刑法改正の初期の段階では、禁制品の没収は、禁制品が誰の所有に属するかを問わず行われる旨が条文に定められており、このような没収を行政処分と理解する学説も存在した。しかし、禁制品の所有者が誰であるかによって没収の適否を決める学説の影響や、憲法による所有権の保障の観点から、没収をやはり付加刑に位置付けるべきとする見解が、次第に影響力を有した。最終的に、禁制物件の没収に関する手続きは行政処分に委ね、いわゆる罪体に当たる犯罪行為を組成した物のみを没収する旨が定められた。

また、本稿の本来の検討対象である「犯罪ニ因り得タ」の枠組みの変遷については、現行法の生成物件に当たる「犯罪行為ヨリ生シタル物」の没収が加えられた限りであり、取り立てて大きな変化は確認されなかった。

(84) 原典を参照し得なかったため、西原春夫ほか編『旧刑法〔明治13年〕(4)―Ⅱ』(信山社、2016年)243頁に紹介されているものを参照した。

(85) 早稲田大学所蔵の文書であり、同大学の古典籍総合データベースを通じて、デジタル化されたものを閲覧した。引用の頁数については、表紙を除き、表紙を開いた扉の頁を一頁目とし、見開きの片側を一頁ずつと数えたものを記載する(以下、鶴田皓旧蔵『刑法審査修正案註解』として引用する)。

(86) 鶴田皓旧蔵『刑法審査修正案註解』67頁。

(87) 増島六一郎編『裁判粹誌3 大審院判決例』(文生書院、1994年：原著1889年)254頁。

(88) 法曹記事19巻7号44頁。

- (89) 法律評論22巻185頁。
- (90) 龜山貞義『刑法〔明治13年〕講義 卷之一』(信山社、2002年：原著1898年) 290頁。
- (91) 立野胤政『刑法註解〔改正増補再版〕』(信山社、2011年：原著1882年) 48頁。
- (92) 野中勝良『刑法彙論 総則之部』(信山社、2007年：原著1897年) 158頁。同旨として、井上操『刑法〔明治13年〕述義 第一編(上)』(信山社、1999年：原著1883年) 544頁、磯部四郎『改正増補 刑法(明治13年)講義 上巻第一分冊』(信山社、1999年：原著1893年) 628頁以下、龜山・前掲注(90) 290頁。
- (93) 堀田正忠『刑法釋義 第壹篇』(信山社、2000年：原著1883年) 389頁以下。
- (94) 龜山・前掲注(90) 286頁以下。
- (95) 龜山・前掲注(90) 286頁以下。
- (96) 堀田・前掲注(93) 384頁。
- (97) 龜山・前掲注(90) 139頁以下。
- (98) 旧刑法時代を含めた、日本の戦前における学説及び大審院判例に見られる因果関係の判断構造に検討を加えた論稿として、大関龍一「刑法上の因果関係論に関する戦前日本の学説と大審院判例(1)」早稲田法学95巻2号(2020年) 197頁以下。
- (99) 宮城浩藏『刑法〔明治13年〕講義〔四版〕 第二巻』(信山社、1998年：原著1887年) 489頁、磯部四郎〔井土經重筆記〕『日本刑法講義筆記 第三巻・第四巻』(信山社、2011年：原著1889年) 348頁。
- (100) 高木豊三『校訂刑法〔明治13年〕義解(第三編・第四編)』(信山社、1996年：原著1882年) 827頁。
- (101) 内田文昭ほか編『刑法〔明治40年〕(1) — I』(信山社、1999年) 4頁以下〔吉井蒼生夫〕。
- (102) 内田文昭ほか編『刑法〔明治40年〕(1) — II』(信山社、2009年) 4頁〔吉井蒼生夫〕。
- (103) 吉井・前掲注(102) 6頁以下。
- (104) 吉井・前掲注(102) 12頁以下。
- (105) 内田文昭ほか編『刑法〔明治40年〕(2)』(信山社、1993年) 5頁〔吉井蒼生夫〕。
- (106) 明治28年草案・明治30年草案については、内田・前掲注(105) 16頁以

- 下〔山火正則〕。
- (107) 吉井・前掲注（105）10頁。
 - (108) 吉井・前掲注（105）10頁。
 - (109) 吉井・前掲注（105）10頁以下。
 - (110) 各改正案の作成の経緯については、内田文昭ほか編『刑法〔明治40年〕（3）—Ⅰ』（信山社、1994年）5頁以下〔吉井蒼生夫〕、内田文昭ほか編『刑法〔明治40年〕（4）』（信山社、1995年）3頁〔吉井蒼生夫〕、内田文昭ほか編『刑法〔明治40年〕（5）』（信山社、1995年）9頁以下〔吉井蒼生夫〕。
 - (111) 内田文昭ほか編『刑法〔明治40年〕（6）』（信山社、1995年）5頁以下〔吉井蒼生夫〕。
 - (112) 吉井・前掲注（111）6頁。
 - (113) 吉井・前掲注（111）6頁。
 - (114) 内田文昭ほか編『刑法〔明治40年〕（7）』（信山社、1996年）5頁以下〔吉井蒼生夫〕。
 - (115) 内田・前掲注（102）64頁。
 - (116) ボアソナード（森順正＝小山田銓太郎＝中村純九郎訳）『刑法草案註釋上巻』（宗文館書店、1988年：原著1886年）247頁。
 - (117) ボアソナード・前掲注（116）248頁。
 - (118) 原典を参照し得なかったため、吉井蒼生夫「ボアソナード氏刑法修正案意見書」神奈川法学23巻2・3号（1992年）263頁以下に紹介されているものを参照した。
 - (119) 吉井・前掲注（118）279頁。
 - (120) ボアソナード・前掲注（116）245頁。
 - (121) ボアソナード・前掲注（116）245頁以下。
 - (122) 原典を参照し得なかったため、内田文昭ほか編『刑法〔明治40年〕（1）—Ⅲ』（信山社、2009年）163頁に紹介されているものを参照した。
 - (123) 吉井・前掲注（105）8頁以下。
 - (124) 原典を参照し得なかったため、内田ほか編・前掲注（105）134頁に紹介されているものを参照した。
 - (125) 原典を参照し得なかったため、杉山晴康＝吉井蒼生夫編『刑法改正審査委員会決議録：刑法草案（明治二十八年・同三十年）』（早稲田大学比較法研究所、1989年）を参照した。
 - (126) 杉山＝吉井編・前掲注（125）67頁。

- (127) 罪体の没収を否定した判例として、大判明治19年11月17日(増島六一郎編『裁判粹誌 2 大審院判決例』(文生書院、1994年:原著1889年)329頁以下)、大判明治23年2月4日(同編『裁判粹誌 8 大審院判決例』(文生書院、1994年:原著1890年)29頁以下)、大判明治23年2月20日(同書48頁以下)が存在する。また、学説においても、井上・前掲注(92)542頁、宮城浩藏『刑法〔明治13年〕講義〔四版〕第一卷』(信山社、1998年:原著1887年)320頁は罪体の没収を否定するが、毒物を用いた殺人の場合はその毒物を没収できないという批判が向けられている。
- (128) 原典を参照し得なかったため、内田ほか編・前掲注(105)471頁に紹介されているものを参照した。
- (129) 内田ほか編・前掲注(105)508頁。
- (130) 内田ほか編・前掲注(105)507頁。
- (131) 内田ほか編・前掲注(105)508頁。
- (132) 原典を参照し得なかったため、内田ほか編『刑法〔明治40年〕(4)』・前掲注(110)35頁に紹介されているものを参照した。
- (133) 議長近衛篤磨によって指名された刑法改正案特別委員は、徳川家達、黒田和志、丹羽長保、尾崎三良、岡内重俊、三好退藏、松岡泰毅、名村泰蔵、村田保、小松原英太郎、奥山政敬、菊池武夫、高木豊三、富井政章、児玉淳一郎の15名であり、委員長には徳川家達が、副委員長には村田保が選出された。これについては、内田ほか編『刑法〔明治40年〕(4)』・前掲注(110)6頁。
- (134) 刑法改正案特別委員会の議事録については、倉富勇三郎ほか監修・高橋治俊=小谷二郎編(松尾浩也増補解題)『増補刑法沿革綜覧』(信山社、1990年)621頁以下を参照した。
- (135) 高橋=小谷編・前掲注(134)672頁以下。
- (136) 高橋=小谷編・前掲注(134)673頁。
- (137) 高橋=小谷編・前掲注(134)730頁。
- (138) 高橋=小谷編・前掲注(134)737頁。
- (139) 高橋=小谷編・前掲注(134)739頁。
- (140) 富井正章『刑法〔明治13年〕論綱 全』(信山社、1999年:原著1889年)340頁以下。
- (141) 富井・前掲注(140)342頁以下。
- (142) 野中・前掲注(92)143頁。
- (143) 高橋=小谷編・前掲注(134)740頁。

- (144) 高橋=小谷編・前掲注（134）740頁以下。
- (145) 龜山・前掲注（90）284頁以下。
- (146) 龜山・前掲注（90）285頁以下。
- (147) 龜山・前掲注（90）280頁。なお、この指摘は、明治35年刑法改正案の理由書にも盛り込まれている。これについては、内田ほか編『刑法〔明治40年〕（4）』・前掲注（110）74頁。
- (148) 宮城・前掲注（127）317頁以下。
- (149) 吉井・前掲注（111）11頁。
- (150) 吉井・前掲注（114）7頁以下。
- (151) 原典を参照し得なかったため、内田ほか編・前掲注（111）261頁に収められているものを引用した。
- (152) 原典を参照し得なかったため、内田ほか編・前掲注（111）295頁に収められているものを引用した。
- (153) 内田ほか編・前掲注（111）295頁。
- (154) 内田ほか編・前掲注（111）295頁。
- (155) 内田ほか編・前掲注（111）295頁。
- (156) 内田ほか編・前掲注（111）295頁。
- (157) 衆議院の刑法改正案に対する第一読会においては、63名の委員により、鄭重な審査が行われた。これについては、吉井・前掲注（114）5頁以下。
- (158) 内田ほか編・前掲注（114）87頁。
- (159) 内田ほか編・前掲注（114）101頁。
- (160) 内田ほか編・前掲注（114）103頁。
- (161) 内田ほか編・前掲注（114）108頁。
- (162) 内田ほか編・前掲注（114）108頁。