

現行「自首・首服」規定の成立過程

山 火 正 則

目 次

はじめに

- 一 章名の変更
- 二 自首減輕の対象となる罪の拡大とその任意性
- 三 財産犯に関する特例の不採用
- 四 首服
むすび

は じ め に

本稿は、「自首・首服」に関する現行刑法四二条の成立過程を明かにしようとするものである。⁽¹⁾ その際、帝国議會に提出された諸草案だけではなく、それに至る過程において作成された草案をも参照することにした。現行刑法の骨格がどの段階において形成されたかを知ること重要だと考えたからである。また、それらの草案についても理由書が

付され、あるいは意見が示されていることがあるからである。⁽²⁾

(1) 本稿は、文部省昭和六〇・六一年度科学研究費を受け、合計二一名による「現行刑法典の成立過程研究会」を組織し、研究を進めてきた成果のうち、わたくしの分担部分にかかわるものである。なお、すでに公表したものととして、「現行併合罪規定の成立過程」⁽¹⁾ 莊子邦雄先生古稀祝賀『刑事法の思想と理論』二一五頁以下(第一法規、一九九二)、「現行「通貨偽造ノ罪」規定の成立過程」⁽²⁾ 神奈二六卷二・三合併合二五一頁以下(一九九二)、「現行「有價證券偽造ノ罪」規定の成立過程」⁽³⁾ 福田平・大塚仁博士古稀祝賀『刑事法学の総合的検討下』五三一頁以下(有斐閣、一九九三)。

(2) 草案・理由書等の引用は、以下の略称によった。

明治二三年案改正刑法草案(明治二三年法律取調委員会作成、明治二四年一月第一回帝国議会提出。高橋治俊Ⅱ小谷二郎共編

『刑法沿革綜覧』七二頁以下所収(清水書店、一九三三)。松尾浩也増補解題復刻版(信山社、一九九〇)。

明治二三年案説明書改正刑法草案全説明書(明治二三年案の説明書)

明治二八年案刑法草案(明治二八年刑法改正審査委員会作成。内田文昭Ⅱ山火正則Ⅱ吉井蒼生夫編著『刑法「明治40年」』⁽²⁾

〔日本立法資料全集21〕一二六頁以下所収(信山社、一九九三)。

明治三〇年案刑法草案(明治三〇年司法省、国民にむけて刊行。内田ほか編著・前掲書一二六頁以下所収)

明治三〇年案解説書Ⅱ石渡敏一・勝本勘三郎校閲、中島晋治・大澤唯治郎共著『現行刑法對比改正刑法草案理由總則編之部』(法

政学会、一八九八)(明治三〇年案の解説書)

明治三三年案刑法改正案(明治三三年法典調査会作成。内田ほか編著・前掲書四六七頁以下所収)

明治三三年案参考書刑法改正案参考書(明治三三年案の理由書。内田ほか編著・前掲書四九四頁以下所収)

明治三四年案刑法改正案(明治三四年二月第一五回帝国議会提出案。高橋ほか共編・前掲書一六一頁以下所収、内田文昭Ⅱ山

火正則Ⅱ吉井蒼生夫編著『刑法「明治40年」』⁽³⁾〔日本立法資料全集22〕三三三頁以下所収(信山社、一九九四)。

明治三四年案参考書刑法改正案参考書(明治三四年案の理由書。内田ほか編著・前掲書六五頁以下所収)

明治三四年整理案刑法再整理案(明治三四年法典調査会作成。内田ほか編著・前掲書二七七頁以下所収)

明治三五年A案Ⅱ刑法改正案（明治三五年一月第一六回帝國議會提出案。高橋ほか共編・前掲書四三五頁以下所収）

明治三五年A案参考書Ⅱ刑法改正案参考書完（明治三五年A案の理由書）

明治三五年B案Ⅱ刑法改正案（明治三五年一月第一七回帝國議會提出案）

明治三五年B案参考書Ⅱ刑法改正案参考書完（明治三五年B案の理由書）

明治三九年案Ⅱ刑法改正案（明治三九年法律取調委員會作成）

明治四〇年案Ⅱ刑法改正案（明治四〇年一月第二三回帝國議會提出案。高橋ほか共編・前掲書一五五頁以下所収）

明治四〇年案理由書Ⅱ刑法改正政府提出案理由書（明治四〇年案の理由書。高橋ほか共編・前掲書二一九頁以下所収）

一 章名の変更

旧刑法は、自首に関する規定を第一編第四章「不論罪及ヒ減輕」中に第二節「自首減輕」として、第一節「不論罪及ヒ宥恕減輕」、第三節「酌量減輕」とともに定めていた。これに対して、現行刑法は、その章名を修正し、第一編第七章「犯罪ノ不成立及ヒ刑ノ減免」とし、ここにこれを規定した。酌量減輕に関する規定は、第一二章に移した⁽¹⁾。

もつとも、この章名の修正は、自首に関する規定に直接かわるものではなく、その用語が適切ではないとすることによるものであった。旧刑法が「不論罪及ヒ減輕ノ語ヲ以テ事實上罪ト爲ラサル場合及ヒ罪ト爲ルモ其刑ヲ免除シ若クハ法律上之ヲ減輕スル場合ヲ包含セシメタ」が、「其意義明瞭ヲ缺キ往々疑義ヲ生シタルコトアル」ためである。現行刑法は、これを改め、「罪ト爲ラサル場合ハ之ヲ犯罪ノ不成立トシ刑ヲ免除シ若クハ減輕スル場合ヲ以テ刑ノ減免ト爲シタ」のである⁽²⁾。たしかに、旧刑法が「其罪ヲ論セス」として「不論罪」としていたものは、責任無能力等についてであり、犯罪不成立の場合であった（第一節「不論罪及ヒ宥恕減輕」）。したがって、当時、これが刑の免除ではなく、無罪の意味であることをことさらに意識的に論じるものもあつた⁽³⁾。現行刑法は、責任無能力等の場合を「犯罪ノ不成立」

とすることにより、その意義を明確にしたわけである。

現行刑法成立過程における明治二三年案は、旧刑法の用いる章名に右のような問題があったためか、これを改めてはいるが、「除刑又ハ減刑ノ理由」とするにすぎなかった。しかも、酌量減輕に関する規定もそのままこの章に残していた(八一条)。「犯罪ノ不成立及ヒ刑ノ減免」とする章名の修正は、明治一八年案以降行われたものである。ところが、この「犯罪ノ不成立」に対応する個々の規定が現行刑法まで一貫して「之ヲ罰セス」という表現であったため、明治三〇年案をめぐる、異論が出されたことがある。「凡ソ犯罪ノ不成立ナルモノハ……未タ犯罪ト云フヘキモノニアラサルナリ」、「之ヲ罰セストハ單ニ刑罰ヲ科セサルノ意ニ過キスシテ其犯罪ノ成否ヲ言明スル言辭ニアラサル」ものであり、「『之ヲ罰セス』トノ語ハ犯罪ノ不成立ナル場合ト刑ヲ全免スル場合トヲ包含セシメタルモノ、如クニシテ益々錯雜粉交ノ感ナキ能ハサル」というものである。⁽⁴⁾これに対しては、「罰セサルト刑ヲ科セサルトハ決シテ全一ノモノニアラス即チ罰セサレハ犯罪ニアラスト雖トモ刑ヲ科セサルカ故ニ犯罪ニアラスト云フコトヲ得ス」という反論がなされている。⁽⁵⁾しかし、異論は、「罰セサルト刑ヲ科セサル」とを同一のものとしたわけではなく、「罰セス」には犯罪不成立と刑の免除とが含まれるとすぎない。むしろ、異論にみるべきものがあるように思われる。⁽⁶⁾しかし、いずれにしても、現行刑法における違法阻却事由や責任阻却事由に定められた「之ヲ罰セス」の意味は、章名の「犯罪ノ不成立」により、解釈論的に限定されたものとなったのである。また、これを犯罪不成立とすることは、理論的な根拠を有するものでもある。

(1) これとは逆に、旧刑法が総則に規定していなかった正当防衛に関する規定を総則中の本章に移した。旧刑法がこれを第三編第一章第三節「殺傷ニ関スル宥恕及ヒ不諭罪」として規定していたのを(第三一四条ないし第三一六条)、「正當防衛ニ關スルモノハ總

則ニ於テ規定ス可キモノ」としたのである（明治四〇年案理由書二一四一頁。さらに、田中正身「刑法釋義上卷」三九九頁（西東書房、一九〇七、復刻版（信山社、一九九四））。すでに、明治三三年案においても、「凡ソ正當防衛ノ爲メニ罪トナルヘキ所爲ヲ行フハ殺傷ノ場合ニ於テ最モ多シト雖モ亦之カ爲メニ人ヲ制縛スルコトアリ監禁スルコトアリ其他財産ヲ毀壞スルコトアリ而シテ此何レノ場合ニ於テモ之ヲ罪トシテ論スヘカラサルハ當然ナリ」とされていた（明治三三年案説明書二六頁以下）

(2) 明治四〇年案理由書二一四〇頁。さらに、明治三三年案参考書五一五頁、明治三四年案参考書八六頁、明治三五年A案参考書五六頁、明治三五年B案参考書五四頁。なお、旧刑法が「不論罪及ヒ減輕ノ語ヲ以テ……罪ト爲ルモ其刑ヲ免除シ（た）……場合ヲ包含セシメ」ていたかについては、疑わしいものがある。現行刑法には、過剰防衛・過剰避難について、刑の免除に関する規定がある。

(3) この点について、宮城浩藏「刑法正義上卷」五二三頁以下（講法会、一八九三）。さらに、旧刑法が刑に関するものである「減輕」と犯罪に関するものである「不論罪」を並べ、「不論罪及ヒ減輕」としたことについても、「不當ノ行文ト謂ハサル可ラサル」と指摘する。

(4) 明治三〇年案解説書一四四頁以下（著者評）。

(5) 明治三〇年案解説書一四五頁（校閲者評）。

(6) しかし、違法阻却事由や責任阻却事由について、改正刑法準備草案も改正刑法草案も「これを罰しない」と規定している（改正刑法準備草案一二条以下、改正刑法草案一三条以下）。これに対して、ドイツ刑法は、「責任なく行為したもの」（二〇条、三五条一項）、「違法に行爲したものとはならない」（三二条一項、三四条一項）とする。

二 自首減輕の対象となる罪の拡大とその任意性

旧刑法は、謀殺・故殺の場合を除き、自首を刑の必要的減輕事由とし、「本刑ニ一等ヲ減ス」としていた（八五条）。これに対して、現行刑法は、このような罪種による自首の取扱いの区別をしないとするとともに、自首減輕を必要的なものから任意的なものへと改めた。要するに、刑法四二条一項の自首規定は、旧刑法の定めていた財産犯の場合の

特別減輕の規定（八六条）の廃止をも含め（後述、三参照）、旧刑法「第八十五條及ヒ第八十六條ヲ合シ之ニ修正ヲ加ヘタモノ」となっている。⁽¹⁾

自首減輕の対象から謀殺・故殺の罪を除外することについては、すでに旧刑法の成立過程において、ポアソナードが強く反対していたことであつた。ポアソナードは、司法省内に設置された刑法草案編纂會議における鶴田委員との議論において、謀殺犯人の自首にも、「三ツノ便益ヲ為スノ道理アリ」とし、その第一が「直チニ真ノ罪人ヲ見出スノ便益ヲ得ルコト」、第二が「真ノ罪人ヲ見出サ、ル故ニ冤罪人ヲ捕ヘ『ソサイチー』ノ騒ギヲ起サントスルノ害ヲ生セサルノ便益ヲ得ルコト」、第三が「真ノ罪人ヲ見出シタルカ為メ同類ノ居所ヲモ糾問シテ之ヲ捕縛シテ社会ノ害ヲ防クノ便益ヲ得ルコト」であり、「以上三ノ便益ヲ為シタルモノナレハ其自首ニ仍テ之ヲ輕減スルノ原則ヲ立ツヘキ道理ノ存スル」として、⁽²⁾その自首減輕を認めるべしと主張した。⁽³⁾自首減輕を便益を得るためのものとし、その根拠が政策目的にあることを理由として、謀殺犯人の自首にも刑の減輕をすべきであると考へたのである。

自首減輕の根拠を行為者の悔悟の情にあるとする鶴田委員が「自首ニ仍テ其罪ヲ免スノ原因ハ畢竟其罪ヲ犯シタル悪心ヲ善心ニ改メタルヲ以テ道德上ヨリ善道ニ導クノ道理ヲ主トシテ法律ニ之ヲ立ツヘシト為スナリ」と主張したのに対して、⁽⁴⁾「自首ノ一等減ハ犯人ノ改心ノ有無ニ拘ハラズ又公益ト道德トヲ害スルノ有無ヲ論セス『ソサイチー』ノ手数ヲ省クノ便益ヲ得ルヲ以テ輕減ヲ与フヘキモノ」とし、自首減輕の根拠が政策目的にあることを繰り返している。また、「一体謀殺等其害ヲ償ヒ得サルノ罪ニテモ自首ヲ用ユルト云フハ実地ニ於テ到底行ハレ難シト考ヘリ」という主張に対して、⁽⁵⁾「三ツノ便益ヲ得ル道理アル以上ハ總テノ罪ニ付自首ヲ用ヒサル可カラス」とし、これを斥けている。このようにして、一八七八年（明治二年）の日本刑法草案には、自首減輕から謀殺・故殺の罪を除外する規定を置かないことになつたのである（九六条）。⁽⁶⁾ポアソナードは、右草案に関する注釈を行なつた際にも、その趣旨を繰り返し

述べている。⁽⁷⁾

しかし、元老院に開設された刑法草案審査局の審査においては、謀殺・故殺の罪を自首減輕から除外するという修正が加えられ、⁽⁸⁾これが旧刑法となった(八五条)。結果的には、人命を旧に復し、蘊生させることが不可能であることを根拠として、殺人の自首赦宥を認めないとしていた鶴田委員の主張が容認されたことになる。⁽⁹⁾旧刑法がこれを除外した理由は、必ずしも明らかではないが、村田委員の註釈によると、その罪の重大性を考慮したものとされている。⁽¹⁰⁾しかしまた、旧刑法施行後の学説においては、「全く其罪ノ重大ナリト云フニ非スシテ」、当初から自首を期して罪を犯す者の予想されない他の犯罪(例えば、窃盜罪)とは異なり、「人ヲ謀殺シ若クハ故殺スル者ハ當初ヨリ自首セント欲シテ罪ヲ犯ス者多キヲ以テ自首減輕ノ恩典ヲ與フレハ此罪ヲ犯ス者甚タ多キヲ加ヘテ法律ハ犯罪ヲ誘導スルカ如キ結果ヲ生スヘシ……是レ即チ我立法者ノ例外ヲ設ケタ所以ナリ」と解するものも多かった。⁽¹¹⁾しかし、いずれにしても、ボアソナードは、旧刑法施行後の改正案作成に際して、あらためて自首の便益性を詳細に展開し、旧刑法が「最初刑法草案編纂委員ノ排斥セシ例外ヲ再ヒ採用セリ」、「之ニ關スル吾人ノ駁論ハ一層堅固ナルモノトス」と強く反発した。⁽¹²⁾学説の多くも、これを不当・条理の転倒などと批判していた。⁽¹³⁾

しかし、旧刑法改正のために、第一回帝国議會に提出された明治二三年案は、自首を必要的減輕とする態度を維持したうえ、「法律ニ於テ死刑又ハ無期徒刑スル重罪ニ付テハ自首ノ爲メ減輕ヲ行ハス」とした(八〇条三項)。自首減輕の対象となる罪の範囲をむしろ縮小するものであった。罪の重大性が強調されたのである。

これを改め、現行規定の方向へ歩を進めたのは、司法省内に設置された刑法改正審査委員会の作成した明治二八年案である。「罪ヲ犯シ未タ官ニ發覺セサル前ニ於テ自首シタル者ハ其刑ヲ減輕スルコトヲ得」とし、自首減輕の対象となる罪を限定せず、且つこれを任意的なものとした(五七条)。明治二〇年案、明治二三年案は、これをそのまま継承

した(ともに、五七条一項)⁽¹⁴⁾。これについて、この明治三三年案の理由書は、自首減輕の対象となる罪から「謀殺、故殺ニ係ル者ヲ除外スル理由ナシ」とし、また、旧刑法が「自首者ニハ必ラス本刑ニ一等ヲ減スルカ爲メ始メヨリ自首減等ヲ期シテ罪ヲ犯スノ恐アル」ため、「之ヲ改メ罪ノ種類ヲ問ハス自首シタルモノハ其刑ヲ減輕スルコトヲ得ル」こととし、その「弊ヲ一掃シ且自首本來ノ目的ヲ達セントスルモノナリ」としている⁽¹⁵⁾。

明治三四年案は、この明治三三年案に若干の文言的修正を施すにとどめ、「罪ヲ犯シ未タ官ニ發覺セサル前自首シタル者ハ其刑ヲ減輕スルコトヲ得」とした(五四条一項)。そして、これが明治三五年A案五四条一項、明治三五年B案五三条一項、明治三九年四六条一項、明治四〇年四二条一項へと繼承され、現行規定となったのである。その立法理由が明治三三年案のそれと同じ趣旨であることはいうまでもない⁽¹⁶⁾。

ここにおいて、旧刑法が謀殺・故殺の罪を自首減輕から除外した理由と考えられた罪の重大性への配慮とこれを除外しないことによる謀殺・故殺犯の増大への懸念は、いずれもその必要性なしと考えられたことになる。後者については、改正理由にも明らかのように、その減輕を必要的なものから任意的なものに改めたことによって、これを解消できるとされたものと思われる。司法省内に設置された法律取調委員会であった磯部博士も、「裁判所ハ必ス各事件ニ付キ之ヲ適用スヘキニ非ス即チ犯人自ラ自首ノ減輕ヲ豫期シテ犯シタル情状アルモノノ如キ之ヲ適用スルノ限ニ非ス」としている⁽¹⁷⁾。もちろん、必要的減輕から任意的減輕への改正理由は、犯罪一般について述べられたものであった。しかし、謀殺・故殺犯の増大への懸念も、これによって解消できることはいうまでもないであろう。

前者の罪の重大性への配慮については、自首減輕の根拠を政策目的に求めることによって、これを考慮するまでもないとしたものと思われる。自首減輕の根拠が政策目的にあることを明確にするときには、罪の重大性を考慮する必要はなくなるからである。自首減輕の根拠については、第一六回帝国議会・貴族院刑法改正特別委員会において、政

府委員が「減刑ノ理由ハ犯罪ノ發覺ヲ容易ナラシムル目的ニ出テタ積リテアリマス」とし、それが政策目的にあることを明言している⁽¹⁸⁾。すでに、明治三〇年案についても、「自首減輕ノ制度ヲ設ケタル所以ハ主トシテ犯罪捜査手續ト費用トヲ省畧スルノ利便ヲ計リ公益上設ケタル者」と理解されていた⁽¹⁹⁾。また、右磯部博士も、「自首減輕ノ規定ヲ設ケタルハ有罪ヲ不問ニ付シ無罪ヲ逮捕、處罰スルノ弊害ヲ豫防スルニ在リ」とし、また「犯人自首ヲ爲シタルトキハ以テ犯罪捜査ノ勞費ヲ省クコトヲ得ヘシ比レ比規定ヲ要スル所以ナリ」としていた⁽²⁰⁾。

なお、自首減輕の根拠が政策目的にあることは、現行刑法制定当時の学説のほぼ共通の認識でもあった⁽²¹⁾。しかし、その後、行為者の改悛をことさらに挙げるものが現われ、これが最近の学説の一般的傾向になっている⁽²³⁾。もつとも、いずれも、これが自首減輕の要件であることは否定するか、あるいは積極的に要件とすることはない。おそらく、自首制度に関する東洋の律の伝統を強く意識しながらも、⁽²⁴⁾刑法四二条一項が明文上これを要件とはせず、罪が「未だ官に發覺せざる前」の自首を規定していることによるものであろう⁽²⁵⁾。しかし、自首制度そのものが東洋の律の伝統に由来するものだとしても、現行刑法の定める自首減輕の根拠が東洋の律の伝統そのものに拘束されるものであるか否かについては、検討の余地があるように思われる。行為者の改悛を自首減輕の根拠とした場合には、何ゆえにそれが酌量減輕ではなく、法律上の減輕としての自首減輕でなければならないのかという問題を生じさせることにもなる⁽²⁶⁾。

(1) 明治四〇年案理由書二一四六頁。さらに、明治三三年案参考書五一九頁、明治三四年案参考書六〇頁以下、明治三五年A案参考書六六頁以下、明治三五年B案参考書六五頁、田中・前掲「一」注(1)五三二頁以下。

(2) 早稲田大学鶴田文書研究会編『日本刑法草案會議筆記第一分冊』二六七頁(早稲田大学出版部、一九七六)。

(3) これは、自首を刑の全免とすることの可否をめぐる議論から始められた。ポアソナードは、「曾テ日本ノ刑法ニ自首律アルコトヲ

聞ケリ 之レハ最モ良法ナリ」、「自首ヲ以テ其罪ヲ有ルスノ原則ハ最良法ナリトス」として、自首制度を高く評価しながらも、「然シ餘リ進ミ過キタル法律ナリト考ヘリ」とし、刑の全免に強く反対した(早稲田大学鶴田文書研究会編・前掲注(2)二六四頁)。盗罪の場合にのみ刑の全免を認めるといふ妥協をしたこともあるが、結局、「之ヲ全免スルハ宜シカラス」とし、「其刑ヲ四等二分チテ減輕スヘシ」とする主張を貫いた(同二六六頁)。そして、この刑の減輕としたことに関連して、あらためて犯罪一般にこれを広めることを主張したのである。「自首ヲ以テ減輕等スルノ法ヲ立ツル以上ハ盜罪而已ニ限ラス仮令其罪ヲ償フコト能ハサルモノニテモ裁判所ニテ未タ其犯人ノ何人タルヲ知ラサル以前ニ自首スル時ハ社會ノ為ニ大便宜ヲ得ルニ付之ヲ減輕等スヘキモノトス」とし、謀殺についても、「必ス一等ヲ減輕スルコト、為スヘキナリ」としたのである(同二六七頁)。

(4) 早稲田大学鶴田文書研究会編・前掲注(2)二六八頁。

(5) 早稲田大学鶴田文書研究会編・前掲注(2)二六九頁。

(6) もっとも、「親殺ノ罪丈ケハ取除ヒテ自首ヲ以テ減輕セサルヘシ」としている(早稲田大学鶴田文書研究会編・前掲注(2)二六八頁)。一八七七年(明治一〇年)・日本刑法草案四〇七条参照(右草案については、早稲田大学鶴田文書研究会編「日本刑法草案会議筆記第IV分冊」(早稲田大学出版部、一九七七)参照)。

(7) ボアソナード講義II元老院訳述「刑法草按注解上」吉井蒼生夫II藤田正II新倉修編著「刑法草按注解上」[日本立法資料全集8](信山社、一九九二)第二部二七〇頁以下。「或ハ云フ自首スル者ヲ宥恕スルハ前非ヲ悔ヒタリトノ意ニ出ツルナリト此説甚タ謬レリ」、「余思フニ其理由ハ社會ノ二大危難ヲ避クカ為メナルノミ」、「犯人罰ヲ免ル、ノ患ヲ妨グ其一ナリ若シ犯人罪ヲ免ルレバ法律効ナクシテ良民畏懼スベシ」、「犯人刑ヲ逃レテ無辜者冤ヲ受クルノ患ヲ防グ其二ナリ犯人刑ヲ逃レテ無辜者冤ヲ受クルハ文明國ノ最大不幸ト云ハザル得ズ」、「然リ而シテ犯人自首シテ縛ニ就カバ一ハ良民ノ心ヲ安ンジニハ裁判ノ誤謬ヲ妨グヲ得ン」。

(8) 刑法再訂本第一編八七条、刑法草案修正稿本八四条、刑法審査修正第二稿八五条、刑法審査修正案八五条(右諸草案については、早稲田大学鶴田文書研究会編「刑法審査修正関係諸案」(早稲田大学比較法研究所、一九八四)参照)。その修正は、一八七八年(明治一年)の大久保利通暗殺事件に関するボアソナードの意見書を契機としたものであったとされている(浅古弘「刑法草案審査局小考」早法五七巻三号三九五頁(一九八二))。その「刑法再訂本第一編」作成との関連性について、矢野裕子「旧刑法に置ける自首条の成立」早稲田大学大学院法研論集五七号一二〇頁以下(一九九二)。

(9) 早稲田大学鶴田文書研究会編・前掲注(2)二六五頁、二六九頁。

- (10) 村田保『刑法註釋卷二』三三三丁以下(内田正榮堂、一八八〇)。さらに、太田津郎『刑法義解二』三二丁(華井、一八八一)、立野胤政編輯『刑法註解』一〇一頁(東京書林、一八八二)、田中宗雄『龜頭刑法註釋』三〇丁(四書堂、一八八二)。
- (11) 宮城浩藏・前掲「一」注(3)六一四頁以下(なお、後掲注(21)参照)。さらに、富井政章『訂正再版刑法論綱』三〇七頁(岡島書店、一八九三)、龜山貞義『刑法講義卷之一』三三三頁(講法會、刊年不詳)。なお、これと罪の重大性とを並列的に挙げるものとして、高木豊三『刑法義解二』二二四頁(博聞社、一八八〇)、宮城浩藏『刑法講義第一卷』五四五頁以下(明法堂、一八八七)。
- (12) ボアソナード著||森順正他訳『刑法草案註釋上卷』三八六頁(司法省、刊年不詳)。
- (13) 堀田正忠『刑法釋義』六九八頁以下(警視廳藏版、一八八四)、岡田朝太郎『日本刑法論完』六五三頁以下(有斐閣書房、訂正増補三版、一八九五)、古賀簾造『刑法新論』五八九頁(東華堂、一八九九)。なお、旧刑法が故殺の罪を自首減輕から除外することを批判するものとして、林正太郎『日本刑法博議』四一四頁以下(日本書籍、一八八九)。さらに、一定の条件を付したうで、謀殺・故殺の罪についても自首減輕を認めるべしとする。
- (14) そのほか、旧刑法が「罪ヲ犯シ事未タ發覺セサル前ニ於テ官ニ自首シタル者」と定めていたのを「罪ヲ犯シ未タ官ニ發覺セサル前ニ於テ自首シタル者」と改めている。これについては、「自己以外ノ者ニ其犯罪ノ發覺セシ片ハ未タ官ニ發覺セサルモ減輕ノ限りニ非ストノ解釋ヲ爲スノ止ムヲ得サルニ至」るが、「自首減輕ノ制度ヲ設ケタル所以ハ主トシテ犯罪捜査手續ト費用トヲ省畧スルノ利便ヲ計リ公益上設ケタル者ナレハ他人ノ之ヲ知ルト否トニ關セス官ニ發覺セサル以前ニ自首スルトキハ即チ之方制度ヲ設ケタルノ旨趣ヲ貫徹スルヲ得ヘキヲ以テ改正按ハ之ヲ改正」したとされている。明治三〇年案解説書一七四頁。
- (15) 明治三三年案参考書五一九頁。
- (16) 明治三三年案についての理由が明治三四年案についても繰り返され、これに文言上の修正をしたにすぎないものが各草案の理由とされていくことになる。明治三四年案参考書九〇頁、明治三五年A案参考書六六頁、明治三五年B案参考書六五頁、明治四〇年案理由書二一四六頁。
- (17) 磯部四郎『改正刑法正解』八九頁(六合館、一九〇七)。
- (18) 高橋治俊||小谷二郎共編『刑法沿革綜覽』八九九頁以下所収(清水書店、一九二三)。松尾浩也増補解題復刻版(信山社、一九九〇)。
- (19) 明治三〇年案解説書一七四頁。

- (20) 磯部・前掲注(17)八七頁。
- (21) 小疇伝『改正日本刑法論聴則』一一二頁(清水書店、一九〇八)、彦坂秀『新刑法要説』一九六頁(金港堂、一九〇八)。さらに、勝本勘三郎『刑法要論聴則』五八五頁以下(有斐閣書房、一九一三)、大場茂馬『刑法論』一三四三頁(中央大学、一九二二)。
- 旧刑法における自首減輕の根拠についても、これを政策目的に求めるのが一般的であった(宮城・前掲注(11)五四一頁以下、林・前掲注(13)四〇八頁以下、富井・前掲注(11)三〇五頁以下、岡田・前掲注(13)六三八頁以下、龜山・前掲注(11)三五〇頁、古賀・前掲注(13)五九三頁)。犯人の悔悟の情を挙げるものもあつたが(村田・前掲注(10)三三三丁、高木豊三・前掲注(11)二二〇頁、田中・前掲注(10)三〇丁、立野・前掲注(10)一〇〇頁)、自首する者が必ずしも悔悟した者とは考えられないこと、明文上、悔悟が要件とされていないことを理由として、否定されていた。
- なお、自首減輕の根拠を政策目的にあるとしたうえで、この制度じたいを非難するものとして、宮城・前掲「一」注(3)六一〇頁以下。
- (22) 例えば、泉二新熊『日本刑法論総論』八二三頁(有斐閣、一九二四)、小野清一郎『刑法講義全』二七〇頁以下(有斐閣、一九三二)。
- (23) 例えば、団藤重光『刑法網要総論』五二五頁(創文社、第三版、一九九〇)、福田平『全訂刑法総論』三一六頁(有斐閣、増補版一九九二年)、大塚仁『刑法概説(総論)』四七九頁(有斐閣、訂正増補版、一九九二)。
- (24) 前出注(22)。さらに、田宮裕『注釈刑法2のII』(団藤重光編)四三八頁以下(有斐閣、一九六九)。
- (25) 昭和四九年・改正刑法草案四九条一項は、発覚後の自首減輕をも規定する。「発覚前の自首と発覚後の自首とは、犯人の悔悟という点でも検挙の必要という点でもそれほどの違いがなく」などとされている(法務省刑事局編『法制審議会 改正刑法草案の解説』九六頁(大蔵省印刷局、一九七五))。「自首という行為にあらわれる犯人の悔悟という点」が考慮されたのである(法制審議会刑事法特別部会第二小委員会議事要録(三)二七六頁、法制審議会刑事法特別部会『改正刑法草案附同説明書』一三〇頁(法曹会、一九七二))。しかし、発覚後の自首減輕を規定した改正刑法準備草案五〇条一項については、「特に犯罪捜査を容易にするという政策的な理由」が強調されていた(刑法改正準備会『改正刑法準備草案附同理由書』一二八頁(大蔵省印刷局、一九六一))。
- (26) 改悛の情を中核にすえて自首の効力を理解することに対する批判として、福田雅章『刑法四二条一項の自首が適用された事例』ジュリ八六二号一五一頁(一九八六)。

三 財産犯に関する特例の不採用

旧刑法は、財産犯に関する自首減輕の特例を定め、財産犯が「自首シテ其贓物ヲ返還シ損害ヲ賠償シタ」ときは、自首減等に加えて、なお本刑に「二等ヲ減ス」とし、「其全部ヲ還償セスト雖モ半數以上ヲ還償シタ」場合は、「一等ヲ減ス」としていた（八六条）。現行刑法は、これを全面的に削除した。

旧刑法の財産犯に関する特例は、刑法草案編纂会議におけるボアソナードと鶴田の議論の末に、規定されることになったものである。その立案の過程においては、そのような特例を規定することについて、特に異論は認められない。当初の議論の中心は、旧に復することの可能な罪に関する自首を刑の全免とすべきか否かということにあった。ボアソナードは、その全免には絶対反対であった。鶴田委員が盗罪を犯した者が悔悟して自首し、その償環を行った場合、全免することが可能であると主張したのに対し、ボアソナードは、「仮令其損害ヲ償フト雖モ被害者ニテ已ニ受ケタル損害ノ幾分カハ到底免レサルモノ」であり、「其盜マレタル時間中ハ事主ニテ目前ノ都合ヲ欠キ多少ノ不便利ヲ生セルモノニテ……其不便利ヲ生シタル丈ケハ之ヲ罰セサル可カラサル」ものとして、「之ヲ全免スルハ必ス不可ナルモノトス」と主張した⁽²⁾。自首―贓物償還について、鶴田委員が悔悟の情を強調したのに対し、ボアソナードは、客観的な損害の発生に着目して全免に反対、減輕に止めるべきであるとしたのである。この減輕とすべきであることから、これを旧に復することの可能な罪の場合に限定する必要はないとする主張があらためて展開されることになったのである⁽³⁾。そして、この自首減輕の罪の対象を一般化しようとしたことに関連して、謀殺等の罪と盗罪等の罪の場合の均衡を維持するために、減輕の程度に差を設けることにしたのである⁽⁴⁾。自首そのものに期待される政策目的のほかに、贓物返還・損害賠償のもたらす政策目的が考慮されたことになる。そこにおける議論が日本刑法草案九七条に結実し⁽⁵⁾、

それが旧刑法八六条の基本的方向を形成していったのである。⁽⁶⁾しかし、刑法草案審査局の審査を経て、旧刑法が自首減輕の対象から謀殺・故殺の罪を除外したため、このボアソナードの財産犯の特例に関する主張の前提は考慮されな
いまま、その結論だけが残ったことになる。

この旧刑法八六条については、学説も、これを赃物返還・損害賠償を速やかに行わせることによる実害発生の阻止・減少という政策目的から理解するのが一般であった。⁽⁷⁾しかし、立法論としては、この規定を積極的に評価するものは少なく、むしろ、それが貧富の差による不権衡をもたらすことになる⁽⁸⁾とか、一個人の私益を保護するものであり、刑法の性質に悖戻する⁽⁹⁾とか、實際上奇怪な結果が生じることになる⁽¹⁰⁾とする批判的見解の展開されていたことが注目される。確かに、例えば、「金五十圓ヲ竊取シ官ニ自首シタル者ハ本刑ニ一等ヲ減シテ四十五日以上三年以下ノ重禁錮ニ處セラル、」のに対し、「金千圓ヲ竊取シ自首シテ六百圓ヲ被害者ニ償還シタル者ハ本刑ニ二等ヲ減シテ一月以上二年以下ノ重禁錮ニ處セラレ、」⁽¹¹⁾「五十圓ヲ得タル者ノ刑ヨリモ却テ重キニ至ル」⁽¹²⁾ことになるのは、処断刑上の権衡を失するといわざるを得ないであろう。

このような状況に対応するかのように、明治二三年案は、はやくも財産犯人の自首に関する特例規定を削除している(八〇条一項)。旧刑法によると、自首した財産犯人がただちに赃物返還・損害賠償した場合は、本刑から二等又は三等を減ぜられ、これに対して、被害者の請求により赃物返還・損害賠償した場合には、単に一等だけ減ぜられるにすぎないが、「被害者ニ於テハ其何レノ場合ニ於テモ既ニ贓物ヲ取還シ損害ノ賠償ヲ受ケタル上ハ何等ノ損害モ之ナカルヘシ要スルニ是等私益上ノ事ニ由リ刑罰ニ影響ヲ波及セシムルハ不當ノ規定ナル」という理由によるものであった。⁽¹²⁾しかし、旧刑法の意図するものが速やかな赃物返還・損害賠償による実害発生⁽¹³⁾の阻止・減少にあったとすれば、この理由はやや表面的にすぎるようにも思われる。

しかし、いずれにせよ、その後の草案もそのような特例をもつことはなく、現行刑法へと至った。その理由書は、「損害ヲ賠償スル程度ニ從テ減等ノ度ヲ異ニスル如キハ其規定細微ニ過キ弊害ヲ生スル虞アリ」と指摘し、これを改めたとしている。⁽¹³⁾ 旧刑法に対する批判的見解の指摘していた処断刑上の権衡問題などが考慮されたのであろう。

- (1) 早稲田大学鶴田文書研究会編・前掲「二」注(2)二六六頁。
- (2) 早稲田大学鶴田文書研究会編・前掲「二」注(2)二六七頁。
- (3) 前述、「二」注(3)参照。
- (4) 早稲田大学鶴田文書研究会編・前掲「二」注(2)二六八頁。
- (5) それまでの経緯として、刑法草案第一稿八三条、刑法草案第二稿九七条(各草案については、早稲田大学鶴田文書研究会編・前掲「二」注(6))。
- (6) それまでの経緯として、刑法再訂本第一編八八条、刑法草案修正稿本八五条、刑法審査修正第二稿八六条、刑法審査修正案二稿八六条(各草案については、早稲田大学鶴田文書研究会編・前掲「二」注(8))。
- (7) 龜山・前掲「二」注(11)三五四頁。さらに、立野・前掲「二」注(10)二〇一頁、宮城・前掲「二」注(11)五四六頁、岡田・前掲「二」注(13)六五六頁。なお、太田・前掲「二」注(10)三三二頁、高木・前掲「二」注(11)二三四頁。
- (8) 「法理ニ適シタル規定」とするものとして、龜山・前掲「二」注(11)三五四頁。
- (9) 宮城・前掲「二」注(3)六一六頁以下。自首制度に一般的に批判的であるが、この規定の不都合を指摘することにより、益々これを非難する。
- (10) この規定の削除を求めるものとして、堀田・前掲「二」注(13)七〇〇頁以下。
- (11) 堀田・前掲注(10)。
- (12) 明治二三年案説明書三八頁。
- (13) 明治四〇年案理由書二一四六頁。さらに、明治三三年案参考書五一九頁、明治三四年案参考書九〇頁、明治三五年A案参考書六

四 首 服

旧刑法は、財産犯について被害者に首服した場合を自首と同じように処断するとしていた(八七条⁽¹⁾)。これに対して、刑法四二条二項は、親告罪について告訴権者に首服した場合を自首と同じ効力をもつものとした。旧刑法が財産犯についての被害者への首服のみを規定したのは、おそらくすでに自首―赃物返還・損害賠償に基づく特別減輕を規定していたことに関連するものと思われる。このことは、財産犯に関する旧刑法八六条の「規則ヲ設ケタルカ故ニ之ヲ設ケタルニシテ他ニ充分アル理由ナカルヘシ」とするものがいたことからも、理解されることである。また、財産犯人が「贓物ヲ還給シ損害ヲ賠償スルハ官ニ自首スル場合ニ限ラス寧口實際ニ於テハ被害者ニ對シ直接ニ之ヲ爲スコト多キニ居ラン因テ被害者ニ首服シ還償ヲ爲シタル場合ニ於テモ仍ホ此特別ノ減輕ヲ與フルコト、爲シタリ」とするものも、これと同じ趣旨を示すものであろう。⁽³⁾ そうだとすると、財産犯に関する特例を規定しないことにした現行刑法には、旧刑法のような首服規定を置く理由はなくなつたといえよう。

しかし、その改正―現行刑法の立案過程においては、首服規定を全面的に廃止するのではなく、自首と同じ實質を有する首服に関する規定を設ける方向が採られることになつた。すでに、明治三三年案は、「被害者ノ告訴ヲ待テ訴追ス可キ罪ニ付テハ犯人其被害者ニ首服シ且官ノ處分ヲ待ツヲ以テ自首ノ効アリトス」と規定していた(八〇条二項)。親告罪に関する首服規定である。親告罪における告訴が訴訟条件であるとの前提のうえに、被害者への首服が真犯人の告訴を容易にし、真犯人を訴追することを可能とするから、官に自首することと實質的に変わるところはないと考えられたのである。

このような明治二三年案の首服規定は、現行刑法へ向けての基本的方向を決定したものと理解して良いように思われる。明治二八年案は、明治二三年案の要件とした「且官ノ處分ヲ待ツヲ以テ」を削除したほかは、これとほとんど同じ内容のものを規定し、「被害者ノ告訴ヲ待テ訴追ス可キ罪ニ付テハ其被害者ニ首服スルヲ以テ自首ノ効アリトス」とした(五八条)。また、その後の明治三〇年案、明治三三年案も、これに文言上の修正を施しただけで、ほぼ同じ体裁のものゝ規定している(ともに、五七条二項)。明治三〇年案については、「元來親告罪ハ他ノ犯罪ト異ナリ直接利害ノ關係ヲ有スルモノハ被害者ニ存スルヲ以テ此場合ハ毫モ官ニ自首シタルト異ナラサルヲ以テ」規定されたものであると理解されている。⁽⁴⁾ やや不明確なものもあるが、親告罪における告訴が訴訟条件であることを前提にしたものであることだけは確かであろう。明治三三年案の理由書は、端的に、「親告罪ノ性質上頗ル適當ナル規定ナレハナリ」としている。⁽⁵⁾

その後、明治三四年案が首服の相手方を被害者から告訴権者に改め、文言上の整理をして、「告訴ヲ待テ論ス可キ罪ニ付キ告訴權ヲ有スル者ニ首服シタル者亦同シ」と規定した(五四条二項)。その理由書は、「親告罪ノ性質上頗ル適當ナル規定ナレハナリ」としたうえ、「而シテ告訴權ヲ有スル者ニ首服シタル者ヲ以テ官ニ自首シタル者ト同一ニ見做スハ其間ニ差別ヲ設クルノ必要アラサレハナリ」としている。⁽⁶⁾ この明治三四年案は、そのまま明治三五年A案五四条二項、明治三五年B案五三條二項、明治三九年案四六條二項、明治四〇年案四二條二項となり、現行法となったものである。⁽⁷⁾

(1) 旧刑法の首服規定は、その成立過程における日本刑法草案には、まだ見当たらないものであった。刑法草案審査局の第一回審査において、この種の規定をおくものとされ、刑法草案修正稿本がこれを規定し(八六条)、刑法草案修正第二稿(八七条)、刑法審査

修正案(八七条)を経て、旧刑法へ至ったものである(それまでの経過について、刑法再訂本第一編八八条、司法省ヨリ廻送刑法修正案八六条参照)。

なお、日本刑法草案九六条のいわゆる自首規定は「自ら官ニ首服」といい、同九七条の財産犯に関する特例規定は「自首」という表現を用いていた。刑法草案審査局の第一回審査において、それぞれに対応する表現が「官ニ自首」、「自首」に改められた(刑法草案修正稿本八四条、八五条。それまでの経過について、刑法再訂本第一編八七条・八八条、司法省ヨリ廻送刑法修正案八四条・八五条参照)。

(2) 堀田・前掲「二」注(14)七〇九頁。旧刑法八六条とともに削除すべしと主張する。

(3) 龜山・前掲「二」注(12)三五八頁以下。

(4) 明治三〇年案解説書一七四頁以下。

(5) 明治三三年案参考書五一九頁。

(6) 明治三四年案参考書六一頁。

(7) したがって、明治三四年案についての理由が全く同じく、あるいは文言上の若干の修正をして繰り返されていくことになる。明治三五年A案参考書六七頁、明治三五年B案参考書六五頁以下、明治四〇年案理由書二一四六頁。さらに、田中・前出「二」注(1)五三三頁。

むすび

旧刑法に対する現行刑法の自首規定の特徴として、減軽の対象となる罪の一般化、減軽の任意性、財産犯に関する特例の削除が挙げられる。首服については、親告罪について告訴権者に告知することにしたことである。自首・首服規定は、その内容を一新し、全面的に改められたことになる。

自首規定のうち減軽の対象となる罪の一般化・減軽の任意性については、明治二八年案において、その基本的方向が確立された。その後の現行刑法へ至る各草案は、単に文言上の整理・調整を施したものにすぎない。これに対して、

明治二三年案は、旧刑法を基本的に継承したものであった。しかし、減軽の対象となる罪をより限定しており、現行刑法にとっては、旧刑法以上に逆行的なものであった。その意味において、明治二八年案は、現行刑法の基礎をなすものであり、重要な地位を占めるものである。

財産犯に関する特例の削除については、明治二三年案もすでにこれを実現していた。現行刑法の基礎がここで作られたことになる。全体的にみて、現行刑法の基本的性格は、明治二八年案以降確立したと想定されるが、⁽¹⁾ そうだとすれば、これは異例だということになる。しかも、明治二三年案は、自首規定そのものについては、旧刑法を基本的に継承したものであった。それにもかかわらず、これを逸速く削除したのは、それだけこの特例規定に不都合のあることが強く意識されたためであろう。

首服規定についても、明治二三年案がその基本的方向を決定していた。財産犯に関する特例の削除に関連して、旧刑法の首服規定を削除することは当然のことであったが、それにとどまらず、現行刑法の基礎となる新たな規定が作成されていたことには、注目すべきものがある。

また、現行刑法における自首減軽が政策目的を根拠とする認識のもとに規定され、その制定当時の学説の多くもこれを共通にしていたにもかかわらず、大正時代後半から倫理的な意味を有する行為者の改悛をことさらに強調する学説がみられるようになり、現在に至っているのには、興味深いものがある。

(1) 内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫編著『刑法「明治四〇年」2』〔日本立法資料全集21〕一八頁〔山火〕(信山社、一九九三)。