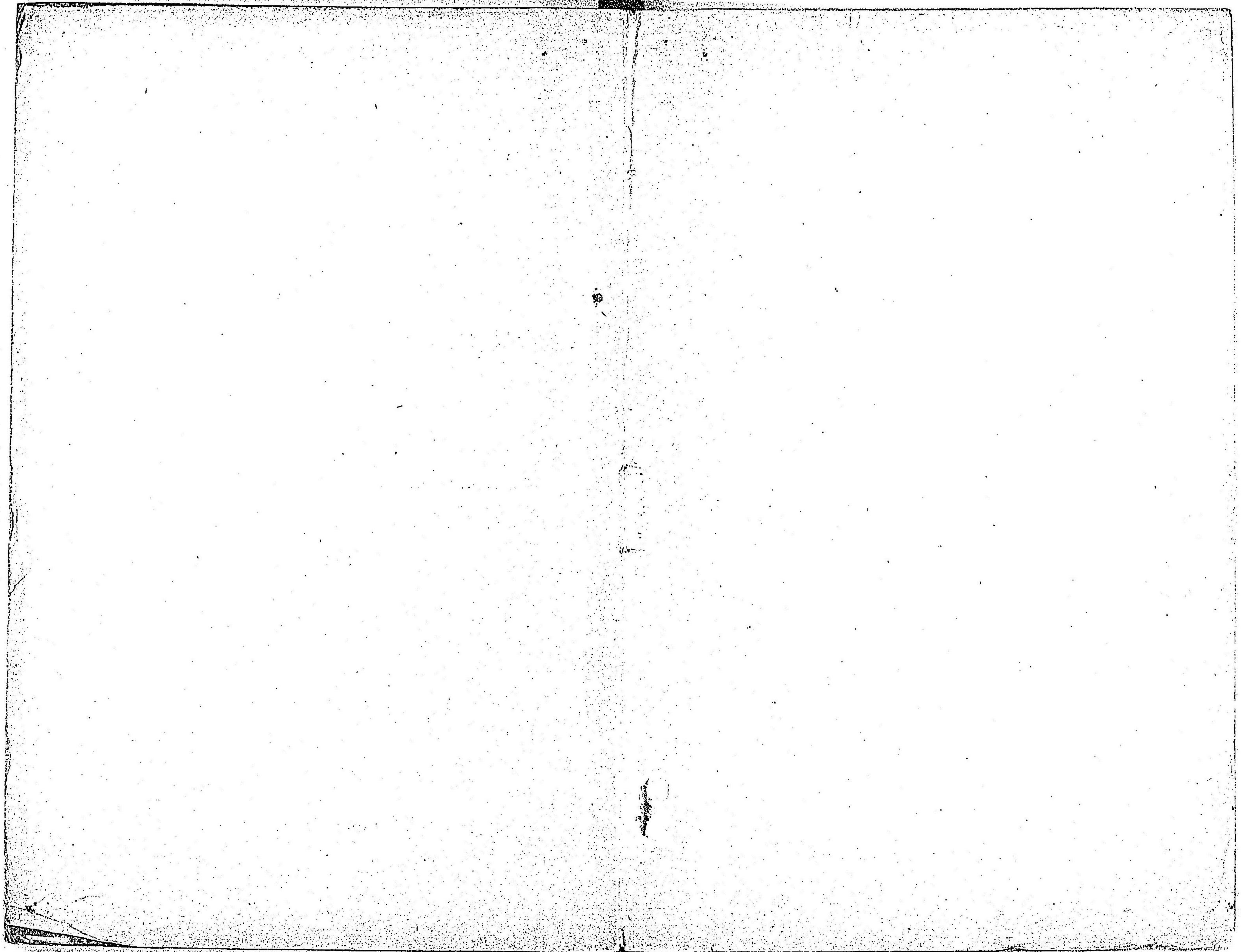


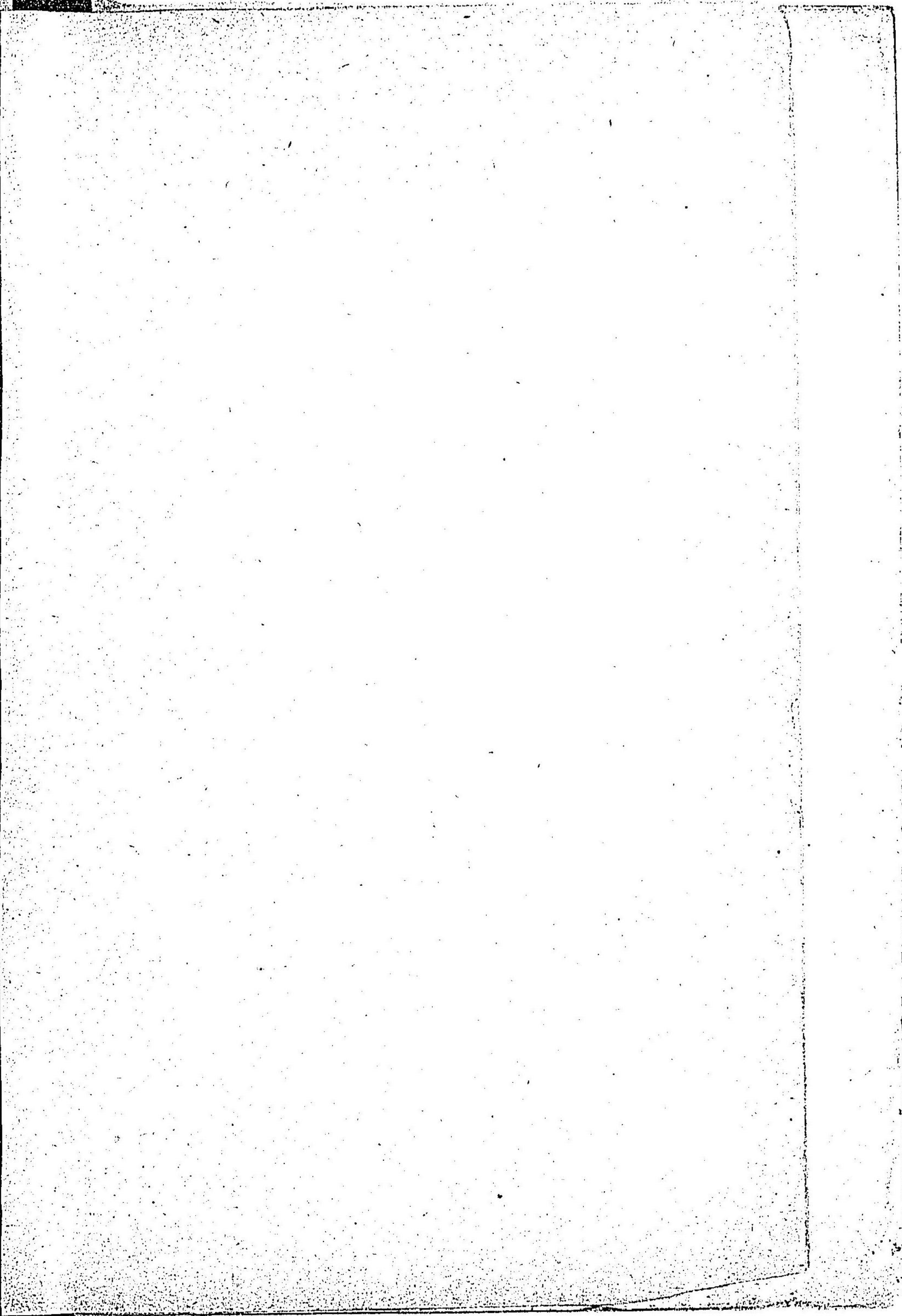
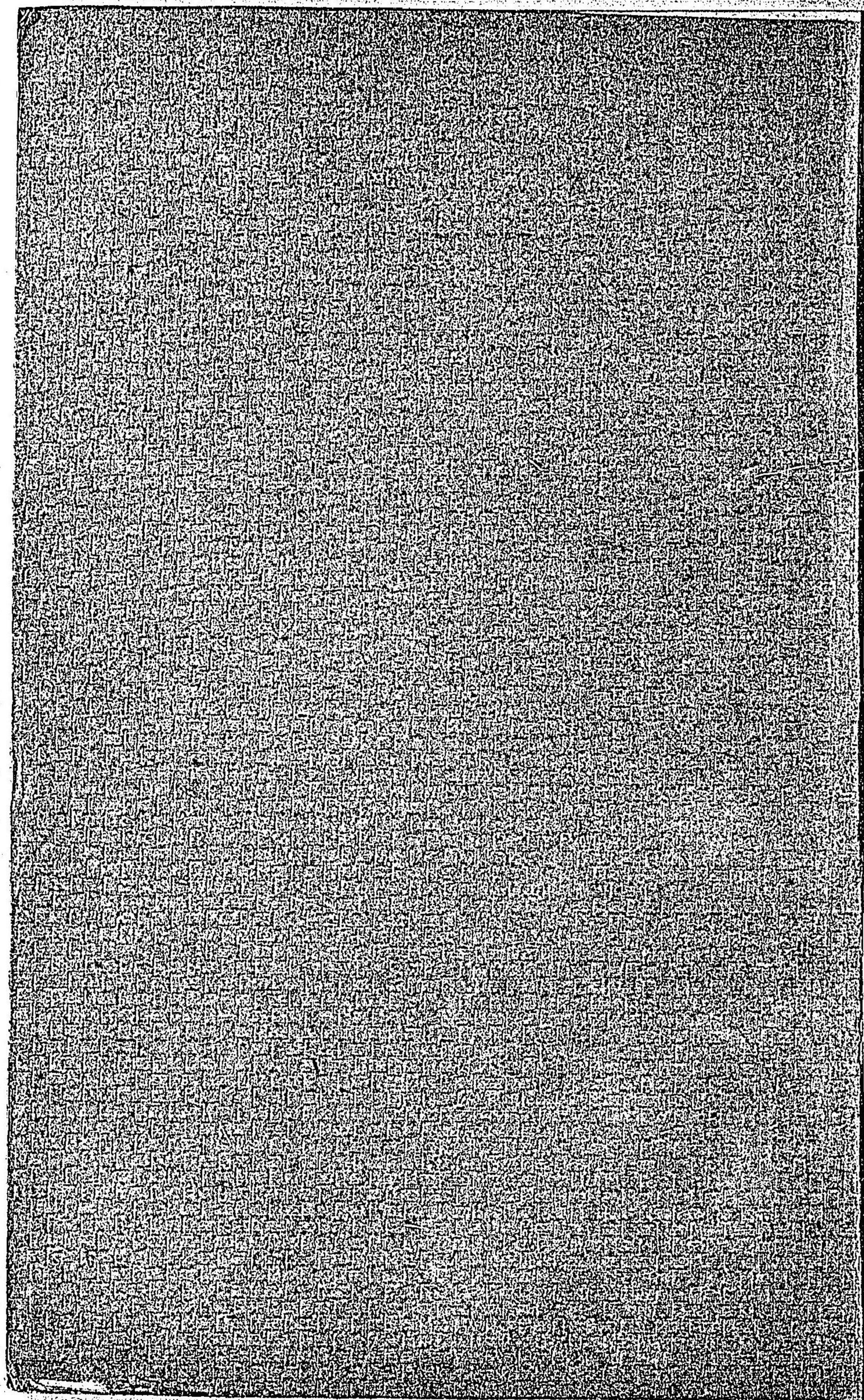
法學士加藤規衛先生並

現行
刑法講義

東京大學館發兌

252
427





緒言

一 本書ハ主トシテ判任文官、警察官、林務官其他ノ諸官吏登用試験準備ノ爲メ、刑法各條ノ註釋及シ幾多ノ學說ト判例トヲ掲ゲ、以テ志願者ノ便宜セリ。思フニ此種ノ著書世間多シト雖トモ、徒ラニ學理ニ偏シ或ハ實際ニ遠ク、充分ニ之レガ試験問題ヲ解シタルモノ至ツテ尠ナシ、著者深ク茲ニ鑑ミ以テ本書ヲ公ニセリ。

一 本書ハ晉ニ既上ノ志願者ヲ満足セシムルニ止マラズ、尙一般斯學ヲ研究スル者ノ爲メ、法文ノ順序ニ從ヒ、至難ナル文字ニハ一々解釋ヲ付シ、且之ニ適例判例ヲ加ヘ、時ニ問題ヲ掲ゲテ疑義ヲ明解シ、知名學者ノ處說ヲ示シテ各條ノ精神ヲ遺憾ナク了得セシメタリ。

一 本書註解中重複スル所アルモ、コトハ讀者ノ理解ヲ充分ニシムル爲メ、特ニ此煩ヲ避ケザリシニアリ、而シテ其學說ニ至リテハ、現ニ其有力ニシテ實

39 0 3

内交

目次

總論

刑法ノ本質及ヒ目的……………一頁

刑法ノ場所ニ關スル効力……………一

刑法ノ人ニ關スル効力……………二

刑法ノ時ニ關スル効力……………五

國家刑罰ノ意義……………六

第一編 總則……………八

第一章 法例……………八

第二章 刑例……………二

第一節 刑名……………二

際ニ用キラルモノ、ミヲ舉示セリ。若シ夫レ本書ヲ熟讀セバ、辯多ノ刑法
 問題ニ接シテ、諸氏ノ目的ヲ達スベキコトヲ、聊カ信ジテ疑ハズ。

明治三十九年七月

著者識

第二節 主刑處分……………一五

第三節 附加刑處分……………二二

第四節 懲償處分……………二六

第五節 刑期計算……………三三

第六節 假出獄……………三七

第七節 期滿免除……………四二

第八節 復權……………五三

第三章 加減例……………五九

第四章 不論罪及七減輕……………七〇

第一節 不論罪及七宥恕減輕……………七〇

第二節 自首減輕……………七四

第三節 酌量減輕……………八三

第五章 再犯加重……………八四

第六章 加減順序……………一三一

第七章 數罪俱發……………一三三

第八章 數人共犯……………一三九

第一節 正犯……………一三九

第二節 從犯……………一五二

第九章 未遂犯罪……………一五五

第十章 親屬例……………一六〇

第二編 公益ニ關スル重罪輕罪……………一六三

第一章 皇室ニ對スル罪……………一六三

第二章 國事ニ關スル罪……………一六五

第一節 内亂ニ關スル罪……………一六六

第二節 外患ニ關スル罪……………一六九

第三章 靜謐ヲ害スル罪……………一七一

第一節 兇徒聚衆ノ罪……………一七一

第二節 官吏ノ職務ヲ行フヲ妨害スル罪……………一七五

第三節 囚徒逃走ノ罪人ヲ藏匿スル罪……………一七七

第四節 附加刑ノ執行ヲ遁ル、罪……………一八〇

第五節 私ニ軍用ノ銃砲彈藥ヲ製造シ及ヒ所有スル罪……………一八一

第六節 往來通信ヲ妨害スル罪……………一八二

第七節 人ノ住所ヲ侵スル罪……………一八四

第八節 官ノ封印ヲ破棄スル罪……………一八六

第九節 公務ヲ行フヲ拒ム罪……………一八七

第四章 信用ヲ害スル罪……………一八九

第一節 貨幣ヲ偽造スル罪……………一八九

第二節 官印ヲ偽造スル罪……………一九七

第三節 官ノ文書ヲ偽造スル罪……………二〇五

第四節 私印私書ヲ偽造スル罪……………二〇九

第五節 免狀鑑札及ヒ疾病證書ヲ偽造スル罪……………二二三

第六節 偽證ノ罪……………二二五

第七節 度量衡ヲ偽造スル罪……………二三一

第八節 身分ヲ詐稱スル罪……………二二三

第九節 公選ノ投票ヲ偽造スル罪……………二三四

第五章 健康ヲ害スル罪……………二三五

第一節 阿片煙ニ關スル罪……………二三五

第二節 飲料淨水ヲ汚穢スル罪……………二三六

第三節 傳染病豫防規則ニ關スル罪……………二三七

第四節 危害品及ヒ健康ヲ害スベキ物品製造ノ規則ニ關スル罪……………二三八

第五節 健康ヲ害スヘキ飲食物及ヒ藥劑ヲ販賣スル罪……………二二九

第六節 私ニ醫業ヲ爲ス罪……………二三〇

第六章 風俗ヲ害スル罪……………二三〇

第七章 死屍ヲ毀棄シ及ヒ墳墓ヲ發掘スル罪……………二三三

第八章 商業及ビ農工ノ業ヲ妨害スルノ罪……………二三四

第九章 官吏瀆職ノ罪……………二三五

第一節 官吏公益ヲ害スル罪……………二三五

第二節 官吏人民ニ對スル罪……………二三七

第三節 官吏財産ニ對スル罪……………二四二

第三編 身體財産ニ對スル重罪輕罪……………二四四

第一章 身體ニ對スル罪……………二四四

第一節 謀殺故殺ノ罪……………二四四

第二節 歐打創傷ノ罪……………二五〇

第三節 殺傷ニ關スル宥恕及ヒ不諭罪……………二六〇

第四節 過失殺傷ノ罪……………二七〇

第五節 自殺ニ關スル罪……………二七一

第六節 擅ニ人ヲ逮捕監禁スル罪……………二七五

第七節 脅迫ノ罪……………二八〇

第八節 墮胎ノ罪……………二八三

第九節 幼者又ハ老疾者ヲ遺棄スル罪……………二八六

第十節 幼者ヲ略取誘拐スル罪……………二八九

第十一節 猥褻姦淫重婚ノ罪……………二九二

第十二節 誣告及ヒ誹毀ノ罪……………二九九

第十三節 祖父母父母ニ對スル罪……………三〇五

第二章 財産ニ對スル罪……………三〇七

第一節 竊盜ノ罪……………三〇九

第四編 違 警 罪

第二節 強盜ノ罪 三二三

第三節 遺失物埋藏物ニ關スル罪 三二六

第四節 家資分散ニ關スル罪 三二八

第五節 詐欺取財ノ罪及ヒ受寄財物ニ關スル罪 三二九

第六節 贓物ニ關スル罪 三三五

第七節 放火失火ノ罪 三三八

第八節 決水ノ罪 三三〇

第九節 船舶ヲ覆没スル罪 三三一

第十節 家屋物品ヲ毀壞シ及ヒ動植物ヲ害スル罪 三三三

現 行 刑 法 講 義

法 學 士 加 藤 規 衛 著

總 論

刑法ノ本質及ビ目的

刑法ハ國家刑罰權ノ實體ヲ定ムル法規方リ其目的トスル所ハ犯罪ヲ撲滅シテ、社會ノ安寧ヲ維持スルニ在リ、刑法ハ豫メ社會ノ妨害トナルヘキ事實ヲ一定シテ、付スルニ犯罪ナル名稱ヲ以テシ、其犯罪ヲ撲滅スルニ付一定ノ手段ヲ設ケテ、之レニ與フルニ刑罰ノ名目ヲ以テセリ。

刑法ノ場所ニ關スル効力

刑法ハ帝國内ノ犯罪ニ通用スルヲ原則トス、帝國内ノ犯罪トハ即チ(一)帝國ノ領地、(二)帝國ノ領海、通常條約ニ規定セラル、所ハ、干潮ノ際陸地ヨリ三海里ノ水面ヲ以テ領海トス(三)公海ニ於ケル帝國ノ艦船(四)外國ノ領海ニ在ル帝國ノ軍艦其他ノ國船、

(五)條約ニ因リ我領事ノ裁判權ノ行ハル、ノ外國領土、此場合ハ帝國人ノ犯シタル場
合ニ限ラル、(六)戰時我軍隊ノ占領シタル外國ノ領土等ニ其効力ヲ及ホス、之ヲ屬地
主義ト云フ。

刑法ノ人ニ關スル効力

日本刑法ハ日本帝國內ニ於ケル、一切ノ犯罪ヲ支配スヘキモノナルモ、國際上ノ慣例
若クハ條約ニ基ク特例及ヒ國法上ノ理由ニ基キ、之レガ適用ヲ受ケサル場合アリ、即
チ例外トスヘキモノ左ノ如シ。

一、天皇 夫レ天皇ハ國ノ元首ニシテ、統治權ヲ總攬シ、一切ノ國法ハ悉ク天皇ニ依
リテ制定セラル、故ヲ以テ國法カ天皇ヲ支配スル能ハサルヲ論ナシ、見ヨ憲法第三條
ノ規定ヲ、天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラストアルカ如キ、其趣旨亦茲ニ存ス、國法ハ
下ニ對シテ行ハルヘキモノニシテ、然カモ法ノ淵源タル天皇ガ、自ラ制定セラレシ法
則ノ支配ヲ受クル理由ナキハ敢テ喋々ノ辯ヲ俟タサルナリ、之ニ反シテ皇族ニ至リ
テハ、假令皇位ヲ繼承スヘキ皇太子ト雖モ、國法ノ淵源ト云フヲ得サレハ、勢ヒ國法ノ
支配ヲ受クヘシ、彼ノ攝政ノ如キ學者間ニ議論アルモ、天皇ト同一ニ看做スヘカラス

地位ニアレハ、余ハ刑法ノ支配ヲ受クヘシトノ説ヲ取ルモノアリ。

二、帝國議會ノ議員 帝國議會ノ議員ハ、議院内ニ於テ發言セシ意見並ニ表決ニ付キ
院外ニ於テ責任ヲ負ハサルコトハ憲法第五十二條ニ明言セリ、故ヲ以テ此範圍内ニ入
ルヘキ行爲ニ對シテ刑法ノ適用ヲ受クルコトナシ、然リ意見並ニ表決以外ニ於テ議員
ノ爲シタル行爲ハ、之ヲ無責任トスル能ハス、苟クモ刑法ノ條文ニ該當セハ處罰スルヲ
妨ケス、彼ノ院内ニ於テ爲シタル歐打ノ如キ、意見ノ表彰ト關係ナキ罵詈ノ如キ即チ
是ナリ、議員ノ發言カ其責ニ任セサルハ院内ニ於テ爲シタルモノニ限ルヘク、若シ同
一ノ言論ヲ院外ニ試ミ、又ハ刊行シテ弘布センカ、之ヨリ生スル責任ヲ負フハ論ナケ
ン。

三、外國ノ君主、大統領、家族及從者 外國ノ君主、大統領カ其本國ニ在任スル間ハ
勿論、假令我日本帝國內ニ左住中犯罪行爲アリトスルモ、國際慣例上裁判法ニ依ツテ
處斷スルコトヲ得サルモノトス、何故ニ然ルカ曰ク國際上公法甲國ト乙國トハ同等ナ
ルヲ原則トシ、同時ニ一國ノ元首タル君主、大統領モ亦同等ナルヲ原則トス、故ヲ以
テ同等ノ地位ニ在ル者ガ、同等ノ地位ニ在ル者ニ制裁ヲ加フル、國際情誼ニ反スルモ
ノナリ、若シ夫レ之ヲ處分シテ毫モ異ル所ナシトセンカ、感情ノ衝突トナリ遂ニハ國

家ノ親和ヲ維持シ難ケン、獨リ以上ノ君主、大統領ニ關スルノミナラス、其家族從者等モ同等ノ待遇ヲ與ヘテ、以テ國家間ノ情誼親睦ヲ計ルノ方針ヲ取ルニ至レリ。

四、外國ノ交際官 外國ノ交際官トハ信認セラレタル日本駐在ノ外國全權大使、公使代理公使、公使館附武官、書記官書記生ヲ云フ、是等ハ國際公法上治外法權ナルモノヲ有スル事ヲ認メ、之ニ刑事制裁ヲ科セサル所以ハ、方今ノ學說ニ於テハ只一國代表者タルカ爲メ、一國主權ヲ尊重スルノ國際間ノ禮讓ニ外ナラスト爲スニ殆ント決スルモノ、如シ、次ニ外國ノ領事官ハ通商貿易ニ關スル駐在官ニ過キササル者ナルカ故ニ、原則トシテ內國刑法ノ適用ヲ受ケサル可カラストナス、然レトモ現今多數ノ國ニ於テハ國際情誼ヲ尊重スルノ結果、相互主義ヲ採用シ、或ハ條約ヲ以テ特ニ明定スルニ至レリ、又外國ノ軍隊及ヒ外國ノ軍艦ノ如キ、刑法ノ適用効力ヲ波及セサルモノアリ、前者ハ一國主權ヲ代表スル武力ナルカ爲メ、後者ハ浮遊的領土主權ノ存在ヲ認定セラレカ爲メニ過キス、以上二者ハ共ニ軍隊又ハ軍艦トシテ此ノ特權ヲ認メラレタルニ過キササルカ故ニ、軍隊ヲ離レ軍艦ヲ出テタル時ハ、外國ノ一員タル資格ニ於テ內國法令ノ適用ヲ受ケサル可カラストス。

右ニ述ヘタル如ク一乃至四ハ、其ノ身分繼續スル艦又ハ軍隊トシテ駐在スル間、或ハ

軍艦ニ塔乗セル間ハ、絶對ニ他國法令ノ支配ヲ受ケサルモノトス、然レトモ此レ犯罪不成立ニ歸因スルニ非ラス、又責任無能力ノ爲メニモ非ラズ、只國家ノ禮讓情誼ニ基源スル所、之ニ對シテ正當防禦或ハ危難行爲アルハ勿論ナリ。

刑法ノ時ニ關スル効力

凡ソ公布セラレタル法令ハ、如何ナル時ヨリ効力ヲ發生スルモノナリヤ、又何時効力ヲ失滅スヘキモノナルヤニ關スル理論ハ、之レ時ニ關スル効力如何ノ問題ヲ生スル所以ナリ。

一、法令ノ實施ニ就テハ法例又ハ公文式ノ規定スル所ニ從フ場合ト、各法令其ノモノハ實施期日ヲ規定スル場合トノ二ニ過キス。

二、法令失効ノ場合換言セハ廢止ノ場合ニ於テハ(一)法律自身ニ於テ實施期間ヲ定メ其期間ノ滿了シタル時(二)法律ヲ適用スヘキ所ノ事物ノ消滅シタル時(三)新法令ヲ以テ廢止スル旨ヲ規定セル場合(四)新法令カ舊法令ト相抵觸矛盾セル場合ノ四ニ過キス。

原則トシテハ實施ヨリ失効ニ至ル迄ノ間ノミ効力ヲ有スルモノナレトモ、遡及効及ヒ

波及效ノ二例外アル事ヲ忘ル可カラス、遡及效トハ新法令カ實施前ニ遡リテ適用セラ
ル、場合ヲ云ヒ、波及效トハ廢止後尙ホ適用スル事アルヲ云フ、俱ニ被告人ノ利益ヲ
計リ、科罰ノ輕減ニ基本セルヨリ認メラレタル所ナリ。

國家刑罰ノ意義

社會ハ多數人類ノ共同生存ニヨリ成立シ、共同生立ニハ各人ノ意思範圍ヲ限定スルヲ
要ス、之レ人類ハ慾望ヲ有シ、其慾望相互衝突スルニ依テ體力ノ抑壓爭鬪ヲ免レズ、
而シテ之ヲ避ケンガ爲メニ意思ノ限界ヲ定メ、秩序ヲ保維スル準則ハ之レ法令ナリ、
社會ハ自ラ此法令ニ依テ此レガ限界ヲ定メ、法令ノ範圍ニ於テ初メテ國家ヲ組成スル
モノニシテ、國家ノ意思ハ前述ノ分界ヲ取テ以テ準則タルノ形式ニ依テ發表ス、此準
則ニ背戻スルハ秩序ヲ紊リ、各人法律ニヨリ保護セラレタル利益ヲ害スル者ナルカ故
ニ、是ニ對シテ背戻ヲ強制スルノ力ナカル可カラズ、此強制力ノ一部換言セバ、本法ニ
認メラレタル強制ヲ刑罰トシ、強制力ヲ刑罰權ト云フ、之ニ對シテ絕對主義(純正主義)
相對主義(實利主義)、目的主義、必要主義)及折衷主義ノ三大學理アリ、而シテ學者ノ
贊助ヲ博スルハ折衷主義ニシテ、我刑法亦此主義ニ則レリ、刑罰ハ如上ノ如キ性質ナ

ルガ故ニ適法平等相權衡ヲ保タシメ、長短且ツ分量ヲ規定シテ、一ニ秩序維持ノ目的ニ
添ハシメントスルニ外ナラス。

第一編 總 則

第一章 法 例

法例トハ刑法ノ總則中ノ法則ニ外ナラス、然リ刑法ノ編輯ヲ爲スニハ、先ツ刑法ハ如何ナルモノナルヤヲ明カニシ、次テ此規定ハ如何ナル範圍ニ及フヤヲ明示スルヲ要ス、故ニ一般ノ法律皆ナ法則ノ一章ヲ設クルヲ常トス。

第一條 凡法律ニ於テ罰ス可キ罪別ヲ三種ト爲ス

- 一 重罪
- 二 輕罪
- 三 違警罪

(解) 犯罪ヲ大別シテ重罪輕罪違警罪ノ三トナス、之レ實ニ罪ノ輕重ニ因リ審理其他ノ方法ニ鈔ナカラザル關係ヲ來スモノナルカ故ニ、豫メ區別シテ公平ニ科刑ノ目的ヲ達セントスルニ在リ、然レトモ刑法中ニ違警罪ヲ加ヘシハ聊カ古代ノ立法式ニ屬シ、文明國立法ノ趨勢ハ漸々重罪輕罪ノ二分主義ニ傾ケリ、而シテ違警罪ハ法地方警察其他ノ法規ニ一任ス可トス、後日刑法ノ改正ヲ計ルノ日必ラス此ノ如クナルヘキヲ信シテ疑ハス。

第二條 法律ニ正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ス

(解) 夫レ法律ナクンハ犯罪ナシ、從ツテ刑罰ナシ、憲法第二十三條ニ『日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ、逮捕監禁審問處罰ヲ受クルコトナシ』トアルモ、又此理ヲ明カセリ、況ンヤ刑法ハ民法ト反シ類似解釋ヲ爲スヘキモノニアラス、嚴格ナラサルヘカラス、即チ正條ナキ所爲ニ對シテ、決シテ處罪スルコトヲ得サル論ヲ俟タサルヘシ。

第三條 法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスコトヲ得ス。

若シ所犯頒布以前ニ在テ未タ判決ヲ經サル者ハ新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷ス(解) 抑モ刑法ハ其頒布セラル、ヲ俟テ、始メテ吾人ノ知り得ヘキ状態ヲ爲スモノニシテ、其施行期限ノ經過スルヤ、直チニ法律タル効力ヲ有ス、然リ法律ハ其効ヲ既往ニ及ホサズト云フ原則ハ、既得ノ權利ヲ害スル事能ハザル旨ヲ明示スルニ過キスト知ルヘシ、若シ既得ノ權利ヲ害スルコトナクンハ、其効ヲ既往ニ及ホスモ何ノ不可カアラン、訴訟法ノ如キハ其効ヲ既往ニ及ホスモ、既得ノ權利ヲ害セサルヲ以テ、舊法ノ下ニ起リタル既往ノ事件ヲ審理スルニ新法ヲ以テスルヲ本則ト

セリ、當ニ然ルノミナラス其犯罪ニ係ル者ト雖モ、舊法實施ノ際罪ヲ犯シタル者ヲ新法ノ發布後ニ於テ處斷スル場合ニハ新舊法ヲ比照シ、若シ新法ノ舊法ヨリ輕キトキハ新法ヲ以テ處斷スルモノニシテ、新法ハ即チ其効ヲ既往ニ及ホスモノトス、之レ前第二項ニ明カナリ、蓋シ新法ニ依ツテ處斷スルニ其刑舊法ヨリ輕キトキハ、法律ノ効力ヲシテ既往ニ溯ラシムルモ、犯罪人ノ既得權ヲ害スルコトナキノミナラス、却ツテ犯罪人ノ利益ナラン。

第四條 此刑法ハ陸海軍ニ關スル法律ヲ以テ論ス可キ者ニ適用スルコトヲ得ス

(解) 陸海軍人ノ犯罪ニハ、陸軍刑法海軍刑法ナルモノアレハ、之ニ依ツテ處斷スヘク、決シテ普通ノ刑法ヲ以テ適用スルコトヲ得ス、若シ然ラストセンカ特別法ノ特別法タル効用ヲ損スルニ至ルヘシ即チ本條ノ設ケアル所以ナリ。

第五條 此刑法ニ正條ナクシテ他ノ法律規則ニ刑名アル者ハ各其法律規則ニ從フ

若シ他ノ法律規則ニ於テ別ニ總則ヲ掲ケザル者ハ此刑法ノ總則ニ從フ
(解) 本條第一項ハ讀ンテ文字ノ如ク敢テ茲ニ註解ヲ下スノ要ナシ、他ノ法律規則ニ於テ其所爲ヲ罰スル旨ヲ明規シアレハ、勿論之ニ從フヘキハ當然ナリ、只他ノ法律規則ニ總則ヲ示サ、ル時ハ如何、此際ハ本刑法ノ總則ニ從ヒ處分スルヲ至當ト

ナス、何トナレハ彼レ又一ノ犯罪ナレハナリ。

第二章 刑 例

第一節 刑 名

刑名ナル文字ハ畢竟刑罰ト云フ意味ト同一ニシテ、犯罪者ニ對シテ科スヘキ制裁ニ外ナラス、而シテ刑罰及ヒ犯罪ノ定義ニ付テハ、前既ニ説明シタレハ茲ニ再ヒスルヲ欲セス。

第六條 刑ハ主刑及ヒ附加刑ト爲ス

主刑ハ之ヲ宣告ス

附加刑ハ法律ニ於テ其宣告スル者ト宣告セザル者トヲ定ム

(解) 刑罰罪ニ二種アリ、曰ク本刑ト之ニ附加スヘキ刑トス、而シテ是等刑罰ヲ適用スヘキ物体ニ付テ區別スルトキハ、生命刑、身體刑、自由刑、財産刑、名譽刑ノ五刑トナル、蓋シ刑罰ノ主張スル物体ハ、自由及財産ノ兩者ナルヲ以テ、自由刑財産刑ヲ最モ適當ナル刑ナリトスルハ、學說ノ一定スル所タリ、本條第二項中附加刑ヲ本刑ト共ニ、宣告スヘキ場合ト、宣告セズトモ科セラル、場合アリトハ、

三十二條、三十七條、三十九條ノ如キ即チ後ニ屬シ、他ハ多ク宣告スルヲ常トス。

第七條 左ニ記載シタル者ヲ以テ重罪ノ主刑ト爲ス

- 一 死刑
- 二 無期徒刑
- 三 有期徒刑
- 四 無期流刑
- 五 有期流刑
- 六 重懲役
- 七 輕懲役
- 八 重禁獄
- 九 輕禁獄

第八條 左ニ記載シタル者ヲ以テ輕罪ノ主刑ト爲ス

- 一 重禁錮
- 二 輕禁錮

三 罰金

第九條 左ニ記載シタル者ヲ以テ違警罪ノ主刑ト爲ス

- 一 拘留
- 二 科料

第十條 左ニ記載シタル者ヲ以テ附加刑ト爲ス

- 一 剝奪公權
- 二 停止公權
- 三 禁治産(民法施行法ヲ以テ削除)
- 四 監視
- 五 罰金
- 六 沒收

第十一條 刑ヲ執行シ及ヒ犯人ヲ檢束スル方法細目ハ別ニ規則ヲ以テ之ヲ定ム

(解)第七條ハ重罪ノ主刑ヲ規定シ、第八條ハ輕罪ノ主刑ヲ、而シテ第九條ハ違警罪ナルモノヲ示シ、第十條ハ附加刑ノ種類ヲ擧ケタリ、以上ノ刑ヲ執行シ、及ヒ犯人檢束ノ方法ニ付テハ、之レ元ヨリ助法タル手續法ノ規定ニ讓ルヘキモノナレ

ハ、主法タル本法ニ設クルノ必要ナケン、即チ第十一條ノ法文アル所以ナリトス。

第十二條 死刑ハ絞首ス但規則ニ定ムル所ノ官吏臨檢シ獄内ニ於テ之ヲ行フ

(解)本條ハ死刑執行ノ方法ヲ規定セリ、抑モ死刑ハ生命刑ナリ、學者間ニハ之レガ存廢論行ハレ、甲論乙駁一時ハ容易ニ解決スヘクモ見エサリシカ、今ヤ廢止論者ノ意ヲ強フスルニ至レリ、乞フ聊カ是等學說ヲ紹介セン。

一 廢止說 夫レ刑罰ノ目的種々アルモ、要ハ改過遷善ニ外ナケン、果シテ然ラハ若シ死刑ヲ執行セシ曉ヤ如何セン、懲治ノ實ヲ全フシ、依ツテ以テ改過遷善ノ實行ヲ期シ得ヘキカ、之レ廢止說ノ一ナリ、國家ハ犯人ヲ懲戒シテ、既ニ受ケタル損害ヲ補償セシムルニ務ムルヲ要ス、然ルニ何ソ計ラン死刑ヲ執行セバ、之レカ補償ヲ求ムル途ナキニ至ルヘシ、之レ國家ノ生存維持ニ反ストハ第二理由ナリ、死刑ハ假出獄ヲ設ケタルノ旨趣ニ反シ、取ルヘキ良刑ニアラストハ第三理由ナリ、死刑ノ痛苦ト罪惡ノ度ト權衡ヲ保ツニ於テ、初メテ正義ニ適フト云フト雖モ、何人モ死ヲ實驗シタルモノナシ、故ニ死刑ノ苦痛ヲ側ル能ハス、既ニ測ル能ハサル以上ハ、罪惡ノ度ト權衡ヲ保ツヤ否ヤヲ識ルニ由ナカラシ、之レ死刑ヲ廢止スヘ

キ第四理由ナリ。

二、存置說 死刑廢止ヲ主張スル論說ハ、極メテ夥多ナルニモ關セス、死刑存置說唯一ノ論鋒ハ、刑罰ノ目的ハ犯罪ヲ豫防シ良民ヲ威嚇スル精神ニ出ツ、若シ夫レ之レヲ存置セスンハ、此重罪犯者切リニ起リ、遂ニハ至ル所殺人ヲ演シ、社會ノ秩序ヲ維持スル能ハサルヘシ、我刑法カ死刑ヲ採用シタル所以ノモノ、實ニ死刑ハ正義ニ適ヒ、社會ニ利益アリト斷定シタルニ由來セスンハアラス。要スルニ死刑ハ犯者ヲ社會ノ犠牲トナシ、刑罰ノ本旨ニ背キ、全ク良刑ノ性質ヲ缺ク、蓋シ犯人ヲ以テ一ノ器械トナスカ如キハ、人生平等ノ原理ニ反ス、然レハモ人生平等ノ原理ハ、各人相互間ニハ行ハルヘキモ、國家ト一私人トノ間ニ行ハルヘキモノニアラス、是レ死刑ノ尙ホ現存スル所以ナリ。

第十三條 死刑ハ司法卿ノ命令アルニ非サレハ之ヲ行フコトヲ得ス

第十四條 大祀令節國祭ノ日ハ死刑ヲ行フコトヲ得ス

第十五條 死刑ノ宣告ヲ受ケタル婦女懷胎ナルトキハ其執行ヲ停メ分娩後一百日ヲ經ルニ非サレハ刑ヲ行ハス

第十六條 死刑ノ遺骸ハ親屬故舊請フ者アレハ之ヲ下付ス但式ヲ用ヒテ葬ルコトヲ許

サス

(解)死刑ハ刑罰中最モ重キ犯人ニ令科スヘク、一度執行セハ回復シ得サラン、宜シク慎重以テ加フルヲ可トス、殊ニ現行各國ノ制度ニ於ケル、ヨシ裁判確定スルモ、非常上告其他恩典等、確定判決ヲ減却スル方法アリ、故ニ死刑執行ハ特ニ司法大臣ノ命令ヲ俟ツモノトシ、假令確定スルモ大祀令節國祭ノ如キ日ニ相當セハ、之レヲ後日ニ執行スヘキハ情理トス、只茲ニ研究ヲ要スルハ十五條ノ法文是ナリ、懐胎セル婦女ニ對シ、分娩後一百日ヲ經ルニアラスハ、何故ニ死刑ヲ執行セサルカ、他ナシ一ハ生兒ニ哺乳期間ヲ與ヘ、一ハ兒母トノ愛情上普通ノ人性ヲ察シテ初メテ此規定ヲ見ルニ至レリ、然レトモ彼レ生兒カ百日ヲ經過セザルニ死去スルアラバ日ヲ俟タス直ニ刑ヲ執行シテ可ナラン、殊ニ日數ヲ百日ト制限スルハ、胎兒ノ發育上醫學的妨害アリトノ論者アリ、分娩後ノ養育ニ付テモ然リトス、故ニ歐洲諸文明國ノ法制ヲ見ルニ、何レモ此死刑囚ニ特典ヲ與ヒ敢テ分娩後一百日ノ制限規定ナシ、余ハ宜シク是等ニ大特典ヲ附與スルノ至當ナルヲ信シテ疑ハス。死刑執行ノ後ハ、其遺骸ハ親屬故舊ノ請ニ依リ下附スヘキモ、何故ニ式ヲ用ヒテ葬ムル能ハサルカ、之レ恐ラクハ國事犯者ノ如キ者ヲ埋葬スルニ方リ、棺槨ヲ美ニ

シ旗旒ヲ翻ヘシ、正々堂々行列ヲ裝ヒテ葬ムルニ於テハ、人心ヲ動搖セシメ、治安ヲ妨害センコト明カナリ、即チ政略上之ヲ禁スルノ必要アレハナリ、第十六條ヲ設ケタル全ク茲ニ存ス。

第十七條 徒刑ハ無期有期ヲ分タス島地ニ發遣シ定役ニ服ス

有期徒刑ハ十二年以上十五年以下ト爲ス

第十八條 徒刑ノ婦女ハ島地ニ發遣セス内地ノ懲役場ニ於テ定役ニ服ス

第十九條 徒刑ノ囚六十歳ニ滿ル者ハ通常ノ定役ヲ免シテ體力相當ノ定役ニ服ス

(解)徒刑ハ自由刑ハ一種ニシテ、婦女囚ノ外ハ島地ノ監獄ニ送リテ定役ニ服センム、然レトモ地理上ヨリ觀察スレハ、我日本帝國自身モ東洋ノ一孤島ナレハ、所謂内地ト島地トノ區別又曖昧ナナリト云ハサルヘカラス、夫ノ英米佛等ノ如ク、傍ラ植民ノ目的ヲ以テ發遣スヘキ附屬ノ島地若ハ大陸ヲ有スルナラハ、其殖民地ヲ以テ島地ト云フモ可ナリ我國ニハ此ノ如キ殖民地ナキヲ如何セン、故ニ法律ノ所謂島地ナルモノハ、唯政府ノ認メテ島地トナス所ノ地方ナリト、解スルヨリ外ナカルヘシ、最後ニ定役ハ何故ニ刑罰タルノ性質ヲ有スルヤ、聊カ左ニ其理由ヲ説明セント欲ス。

(一) 定設ハ囚徒ノ自由ニ出テタルモノニアラス、法律カ強制シテ之ヲ執ラシムルモノ

(二) 囚徒カ定役ニ服シ、勞働スルヨリ生スル利益ハ悉ク之ヲ官廳ニ收メテ、囚徒ノ手ニ渡サザルコト

以上ノ二理由ヨリ、實ニ定役ノ刑罰タル性質ヲ有スル所以ニシテ、定役ノ苦痛ヲ以テ直ニ刑罰ナリト誤認スルニ至ツテハ、到底自由刑ノ自的ヲ發見スル能ハサルヘシ。

第二十條 流刑ハ無期有期ヲ分タス島地ノ獄ニ幽閉シ定役ニ服セス

有期流刑ハ十二年以上十五年以下ト爲ス

第二十一條 無國ノ流刑ノ囚五年ヲ經過スレハ行政ノ處分ヲ以テ幽閉ヲ免シ島地ニ於テ地ヲ限リ居住セシムルコトヲ得

有期流刑囚三年ヲ經過スル者亦同シ

第二十二條 懲役ハ内地ノ懲役場ニ入レ定役ニ服ス但六十歳ニ滿ル者ハ第十九條ノ例ニ從フ

重懲役ハ九年以上十一年以下輕懲役ハ六年以上八年以下ト爲ス

第二十三條 禁獄ハ内地ノ獄ニ入レ定役ニ服セス

重禁獄ハ九年以上十一年以下輕禁獄ハ六年以上八年以下ト爲ス

第二十四條 禁錮ハ禁錮場ニ留置シ重禁錮ハ定役ニ服シ輕禁錮ハ定役ニ服セス

禁錮ハ重輕ヲ分タス十一日以上五年以下ト爲シ仍ホ本條ニ於テ其長短ヲ區別ス

(解) 以上數條ハ一讀明白ナレハ茲ニ詳解セス、只一言スヘキハ現行法カ其刑期ニ固有ノ範圍ヲ定メタルト、一ハ數等減輕シタル結果、性質ヲ異ニスヘキ他ノ刑ヲ以テ、處分スルコトアル場合ノ缺點是ナリ、異性質ノ刑即チ重罪ノ刑ヲ減輕シテ禁錮ノ刑ヲ科スハ、刑ノ本旨ニ適ハサルモノニシテ、又刑期ノ範圍狹隘ニ失スルハ窮屈ニ失シ、立法官自カラ司法官ノ權限ヲ制限シ、良刑ノ性質ヲ充分利用スルコト能ハサルニ至ラン、故ニ本法改正ノ曉ニハ必ラス此邊ニ大變更ヲ見ルヘキハ、著者ノ信シテ疑ハサル所ナリ。

第二十五條 定役ニ服スル囚人ノ工錢ハ監獄ノ規則ニ從ヒ其幾分ヲ獄舎ノ費用ニ供シ

其幾分ヲ囚人ニ給與ス但現役百日以内給與ノ限ニ在ラス

第二十六條 罰金ハ二圓以上ト爲シ仍ホ各本條ニ於テ其多寡ヲ區別ス

第二十七條 罰金ハ裁判確定ノ日ヨリ一月内ニ納完セシム若シ限内納完セサル者ハ一

圓ヲ一日ニ折算シ之ヲ輕禁錮ニ換フ其一圓ニ滿サル者ト雖モ仍ホ一日ニ計算ス
罰金ヲ禁錮ニ換フル者ハ更ニ裁判ヲ用ヒス檢察官ノ求ニ因リ裁判官之ヲ命ス但禁錮
ノ期限ハ二年ヲ過クルヲ得ス
若シ禁錮限内罰金ヲ納メタル時ハ其經過シタル日數ヲ扣除シテ禁錮ヲ免ス親屬其他
ノ者代テ罰金ヲ納メタル時亦同シ

第二十八條 拘留ハ拘留所ニ留置シ定役ニ服セス其刑期ハ一日以上十日以下ト爲シ仍
ホ各本條ニ於テ其長短ヲ區別ス

第二十九條 科料ハ五錢以上一圓九十五錢以下ト爲シ仍ホ各本條ニ於テ其多寡ヲ區別
ス

第三十條 科料ハ裁判確定ノ日ヨリ十日内ニ納完セシム若シ限内納完セサル者ハ第二
十七條ノ例ニ照シ之ヲ拘留ニ換フ

(解)前各條讀ンテ字ノ如クアレハ解説セス、只罰金ト科料トノ差異ニ付テ一言セン
罰金ハ二十六條ニ規定スル如ク其額二圓以上ニシテ、科料ハ五錢以上一圓九十五
錢以下ナルコトハ、二十九條ニ示ス所ナリ、而シテ科料ハ常ニ主刑ニシテ違警罪
ノ第二級刑ナルモ、罰金ハ時ニ主刑タリ附加刑タルトノ二點ニ於テ確然タル區別

アリトス。

第三節 附加刑處分

夫レ附加刑ハ前十條ニ示ス如キ五種ノ刑ヲ意味シ、常ニ本刑ニ附隨シテ科スルモ
ノトス、曰ク財産刑ナルアリ、名譽刑アルアリ一様ナラス、然ラハ如何ナル場合
ニ如何ナル刑ヲ附加シ、又之ヲ附加サレタルトキハ如何ナル結果ヲ生スルカ、以
下順ヲ追フテ説ク所アラン。

第三十一條 剝奪公權ハ左ノ權ヲ剝奪ス

- 一 國民ノ特權
- 二 官吏ト爲ルノ權
- 三 勳章金位記貴號恩給ヲ有スルノ權
- 四 外國ノ勳章ヲ佩用スルノ權
- 五 兵籍ニ入ルノ權
- 六 裁判所ニ於テ証人ト爲ルノ權但單ニ事實ヲ陳述スルハ此限ニ在ラス
- 七 後見人ト爲ルノ權但親屬ノ許可ヲ得テ子孫ノ爲メニスルハ此限ニ在ラス

八 分散者ノ管理人ト爲リ又ハ會社及ヒ共有財産ヲ管理スルノ權
 九 學校長及ヒ教師學監ト爲ルノ權

(解) 剝奪ノ刑ハ單ニ重罪犯ニノミ科スヘキモノニシテ、又以上九種ノ權利ハ實ニ一體トシテ科スルニアリ、而シテ第一國民ノ特權トハ參政權ヲ意味シ、苟クモ國民タル資格ヲ以テ有スルモノニアラサレハ、刑法上之ヲ剝奪スルコトヲ得ズ、夫ノ土地所有ノ權及内地往來ノ權ヲ、我國ニテ外國人ニ與ヘサルハ、特別ノ法律アルニヨル、諸氏乞フ參政權ナルモノヲ除キテハ、所謂國民ノ特權ナルモノ無ト知ルヘシ、第二重罪犯者ハ爾後官吏ニ任命セラル、權ヲ失ヒ、第三ノ權利ヲ剝奪スルニハ國家カラ附與シタル榮譽ノ記號ナルヲ要ス、故ニ私立大學ヨリ附與セラレシ學位並ニ、外國政府ヨリ受ケシ勳章ノ如キモ、私人相互ノ間ニ於テ授與スル貴號ニシテ、所謂國家ノ授與セシモノニアラサレハ、國家ハ剝奪スルヲ得サルヘシ、第四外國勳章ヲ剝奪スルコトハ得サルモ、之ヲ佩用スルノ權ハ我政府ノ附與シタルモノナレハ從ツテ奪フコトヲ得ヘキハ論ナシ、第五兵士ハ官吏ト異ナリ、國民タルモノ、純然タル義務ニシテ、亦一方ヨリ云ヘハ國家ノ干城タル一ノ名譽タリ、法律ハ刑餘ノハニ向ヒ此權ヲ奪フテ兵士タルヲ許サス、第六刑餘ノ罪人ヲ裁判所

ニ於テ證人タラシメ、其陳述ヲ證據トシ、犯罪ヲ處斷スルトセハ、被告ヲシテ大ニ不快ノ感ヲ惹起セシムルノミナラス、彼等ノ言語ハ一般ニ信用スルニ足ラサレハ、豫メ法條ヲ設ケ證人タルノ權ヲ剝奪セリ、第七後見人ハ特別ノ信用ヲ要ス重罪ノ刑ニ處セラレタル者、何ヲ以テ此公職ヲ全フシ得ヘケン、然レトモ親族ノ許可ヲ得テ己レカ子孫ノ爲ニスルモノハ、敢テ此限ニアラサルヘシ、即チ但書アル所以ナリ、第八ニ示ス權利モ後見人ト同シク信用ヲ要ス、是等犯人ヲシテ其職ニ在ラシメンカ其危險蓋シ云フヘカラス、第九ノ權利剝奪モ前項ノ理由ト毫モ異ナラス、殊ニ學校長トナリ教師學監トナリ世ノ子弟教育ノ任ニ當ル者、既ニ重罪ヲ犯シナカラ此榮職ヲ與フルトセハ、父兄タル者ノ感情夫果シテ如何、當底社會ノ秩序ヲ保テ難キニ至ラシ、サレト絕對ニ他人ヲ教授スルコトヲ禁シタルニアラス、唯其位地ヲ占ムルヲ禁スルニ止メルモノト知ルヘシ。

第三十二條 重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒス終身公權ヲ剝奪ス

第三十三條 禁錮ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒス現任ノ官職ヲ失ヒ及ヒ其刑期間公權ヲ行フコトヲ停止ス

(解) 前二十二條「重罪犯者ニ向ツテ、別ニ宣告セストモ當然終身公權ヲ剝奪スヘキ

旨ヲ規定シ、後ノ三十三條ハ禁錮刑犯人ニ對シテ、現在ノ官職アレハ之ヲ失ヒ、且ツ刑期間ハ公權ヲ停止セラル、モノトス、其兩者ノ異ナル所以敢テ論ヲ俟タサルヘシ、只著者ノ遺憾トスル所ハ、刑法カ此停公權ヲ刑期滿限後ニ及ホサ、リシ事はナリ、毆米諸文明國ノ法制ヤ、實ニ刑期滿限何ケ年間公權ヲ停止スルコトヲ明ニス、希クハ我國監視ノ制ニ則リ、此停止公權ヲ放免後ニ及ホサンコトヲ切望スルモノナリ、知ラス改正ノ曉ヤ吾人ノ期シテ俟ツモノナリ。

第三十四條 輕罪ノ刑ニ於テ監視ニ付シタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒス監視ノ期限間公權ヲ行フコトヲ停止ス

主刑ヲ免シテ止タ監視ニ付シタル者亦同シ。

(解)木條ハ監視期間内公權ヲ停止ノコトヲ規定セリ、茲ニ疑問ナルハ監視ハ純然タル刑罰ノ性質ヲ有セストノ議論ノ起レルコト之ナリ、刑法附則第二十一條ニ曰ク、「監視ハ主刑ノ終リタル後仍ホ後來ヲ檢束スル爲メ、警察官吏ヲシテ犯人ノ行狀ヲ監視セシムルモノトス」ト、本條ハ「不十分ノ規定ト云フヘシ、何トナレハ監視ハ主刑ノ終リタル後ノミナラス、主刑ノ全免ヲ得タル者、(刑法四)死刑及ヒ無期ノ期滿免除ヲ得タル者、(全三十)仮出獄ヲ得タル者(全五十)ニ附加ス、其將來ヲ檢束シ警察

官吏ヲシテ行狀ヲ監視セシムルハ、主トシテ再犯ヲ防止スルニ在リ、監視ノ主タル目的既上ノ如クナルヲ以テ、純然タル刑罰ト云ハンヨリモ寧ロ警察處分ノ性質ヲ有スト論スルモノアリ、之レ實ニ不穩當ノ說タルヲ免カレス、試ミニ見ヨ、刑法第十條ニ監視ヲ附加ノ刑罰トスル明文アルニアラスヤ、既ニ此クアル以上ハ其目的ノ如何執行方法ノ如何、剝奪スル分量如何ヲ問ハス、國法上刑罰ニ非スト云フコトヲ得ス、論シテ茲ニ至レハ監視ヲ以テ警察處分ノ性質ヲ有スト云フ說ハ、刑象上缺點アルノミナラス、實質上ヨリ論スルモ、普通監視ハ何政ニ警察處分ト云フ必要ヤアル、人ノ自由ヲ剝奪シ再犯豫防ノ目的トハ云ヒ、犯罪ヲ理由トシテ痛苦ヲ與ヘ、特ニ之ヲ監獄内ニ於テ執行スル場合ニハ服役義務ヲ負ハシム、之ヲ刑罰ト云ハスシテ他ニ餘地ナキヲ信ストハ、岡田博士ノ教ユル所タリ。

第三十五條 重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒス其主刑ノ終ルマテ自ラ財產ヲ治ムルヲ禁ス(民法施行法十四條ニ於テ削除)

第三十六條 流刑ノ囚幽閉ヲ免セララル時ハ行政ノ處分ヲ以テ治産ノ禁ノ緩分ヲ免スルコトヲ得(同上)

第三十七條 重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒス各本刑ノ短期三分ノ一ニ

等シキ時間監視ニ付ス

第三十八條 輕罪ノ刑ニ附加スル監視ハ之ヲ宣告ス但各本條ニ記載スルノ外監視ニ付スルコトヲ得ス

第三十九條 死刑及ヒ無期刑ノ期滿免除ヲ得タル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒス五年間監視ニ付ス

第四十條 監視ノ期限ハ其刑ノ終リタル日ヨリ起算ス主刑ノ期滿免除ヲ得タル時ハ其捕ニ就キタル日ヨリ起算ス

若シ主刑ヲ免シテ止タ監視ニ付シタル時ハ其裁判確定ノ日ヨリ起算ス

第四十一條 監視ニ付セラレタル者其情狀ニ因リ行政ノ處分ヲ以テ假ニ監視ヲ免スルコトヲ得

第四十二條 附加ノ罰金ハ之ヲ宣告ス若シ一月内ニ納完セサル時ハ第二十七條ノ例ニ照シ輕禁錮ニ換ヘ主刑期限ノ後之ヲ執行ス

(解)前數條ハ一讀能ク明白敢テ疑義ナクハ、茲ニ詳解スルノ要ナシ、只少シク注意スヘキ四十二條ノ明文之ナリ、附加ノ罰金ヲ主刑宣告後一ヶ月内ニ納完セザレハ、二十七條ノ例ニ倣ヒ禁錮ニ換フモノトセリ、彌ッテ二十七條ヲ見ヨ、納完セ

サレハ一圓ヲ一日ニ折算シテ禁錮ニ換フヘク、但シ此換刑處分ハ二年ヲ過クルコトヲ得ストアリ、然レトモ富裕ナル者ニ向ツテハ罰金何ノ苦トスルアラン、中ニハ惡奸ノ一日一圓ヲ得ルハ容易ノ業ニアラス、寧ロ之ヲ納完セスシテ換刑處分ヲ受クルノ勝レルニ如カストスルモノアラン、之レ余カ此法條ニ規定セサル所以ナリ、殊ニ親族其他ノ者カ犯人ニ代テ上納スルヲ許スハ取リモ直サス犯人外ノモノニ刑罰ヲ苦ヲ及ホシ、犯人ハ刑罰ノ苦ヲ免カレタル如キ感ナキニアラス、犯人カ親族其他ノ者ヨリ金圓ヲ立換ヘ貰ヒ、自己ノ名義ヲ以テ納ムルハ不都合ナシト雖モ犯人ニアラサル親族其他ノ者ヨリ直接ニ政府ニ上納ヲ許スハ、聊カ學理ノ燈光ニ照シテ如何、余ハ此點ニ於テ切ニ改正ヲ俟ツモノナリ。

第四十三條

左ニ記載シタル物件ヲ宣告シテ官ニ沒收ス但法律規則ニ於テ別ニ沒收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沒收ス犯罪ノ用ニ

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沒收スルコトヲ得ス

(解)前二條ハ沒收ニ關スル法文ナリ、而シテ法律ニ於テ禁制シタル物件トハ、法律ニ於テ輸入輸出使用所持ヲ禁シタル物件ニシテ、鐵砲、彈藥、爆烈藥ノ類ノ如キモノ是ナリ、以上ノ物件ハヨシ犯人外ノ所有ニ屬スト雖モ、既ニ禁制シタルモノナレハ、何人カ所有スルモ違反ノ所爲トナルヘシ、犯罪ノ用ニ供シタル物件ハ、人体以外ノモノニ限ルコト論ヲ俟タス、然リ此物件ニシテ犯人ノ所有ニアラサルトキハ、之ヲ沒收スルニコト能ハス、若シ然ラストモ眞ノ所有者ハ意外ノ不幸ニ接スレハナリ、犯罪ニ因ツテ得タル物件ニ付テモ然リ、然レトモ之レカ所有者ノナキ場合ニ於テハ、勢ヒ政府ニ於テ沒收スルノ外ナキハ、説明ノ要ナケン。

第四節 徴價處分

犯罪ニ因ツテ被害其他ノ費ヲ生スルハ當然ニシテ、且是等ノ費用ハ一切加害犯人ニ於テ負擔セシムヘキハ論ナシ、蓋シ此ノ如クシテ初メテ被害ヲ償フコトヲ得ヘシ、之レ本節ノ規定アル所以ナリ。

第四十五條 刑事ノ裁判費用ハ其全部又ハ幾分ヲ犯人ニ科ス但其費用ノ額ハ別ニ規則ヲ以テ之ヲ定ム

第四十六條 犯人刑ニ處セラレ又ハ放免セラル、ト雖モ被害者ノ請求ニ對シ贓物ノ還給損害ノ賠償ヲ免カル、コトヲ得ス

第四十七條 數人共犯ニ係ル裁判費用贓物ノ還給損害ノ賠償ハ共犯人ヲシテ之ヲ連帶セシム

第四十八條 裁判費用贓物還給損害ノ賠償ハ被害者ノ請求ニ因リ刑事裁判所ニ於テ之ヲ審判スルコトヲ得若シ贓物犯人ノ手ニアル時ハ請求ナシト雖モ直チニ之ヲ被害者ニ還付ス。

(解)前三條中特ニ記慮スヘキ事柄ハ、被害者ハ假令犯人カ刑ニ處セラレ、ト放免サル、トヲ問ハス、贓物ノ返還損害ノ賠償ヲ請求スルノ權アルト、二ハ以上ノ請求ハ刑事裁判所ニ向ツテ爲シ得ヘキコト、三ハ贓物ノ犯人ノ手ニアルトキハ、敢テ被害者ヨリ請求ナクトモ被害者ニ還付セラル、コト是ナリ、更ラニ徴價處分ニ對スル大番院ノ判斷ヲ參考セシカ。

一、贓物賣却代金 贓物ヲ賣却シテ得タル金圓ハ、決シテ贓物ニ非ス。(二十四年七月官文書寫)

遺事件ニ付テ大審院カ下
シタル判決即ノ是ナリ

二、正犯從犯ノ責任 正犯從犯及教唆者ノ刑ニ輕重アルモ其責任ハ同一ニシテ、

損害賠償ハ連帶ヲ以テ負擔スヘシ (二十四年一月贓物寄
藏事件ノ判例ナリ)

三、贓金ニテ得シ物件 贓物ニアラス、故ニ被害者ニ還付スヘキモノアラス。

(二十四年十二月
ノ判決例ニ見ユ)

四、典物ノ還給 典物ヲ受ケ若クハ典物トシテ受取シ者、其贓物現存スルトキハ

典主ノ身分公商タルト否トヲ問ハス、還給ヲ拒ムコトヲ得ス。(二十六年四月十三
日詐欺取財件判決)

五、善意質取主ノ過失ノ責任 贓物ト知ラス質ニ取リタル者過失ニ依ツテ質物ヲ

紛失シタルトキハ、所有主ヨリ賠償ヲ求ムル能ハス。(二十七年窃盜事件
ニテ全院ノ判決例)

六、公訴裁判費用ノ負擔 訴訟費用ハ控訴費用ハ控訴理由アリトモ、無罪控訴ノ

外ハ負擔ヲ免カル能ハス。(二十七年私
印盜用事件)

七、妻ノ犯罪ニ因ル賠償 妻カ犯罪ニ因ツテ他人ニ損害ヲ加ヒタルトキハ、其夫

ハ民事擔當人トシテ、賠償ノ責任アリトス。(三十年私印盜
用事件ノ判例)

八、村長犯罪ト村ノ義務 村長ニシテ徵收シタル縣稅ヲ窃取シタルトキハ、村ハ

之ヲ辨償スヘキ義務ヲ生ス。(三十二年五月監守盜竊
告事件ニテ同院ノ判例)

九、四十八條ノ解釋 贓物犯人ノ手ニ在ルトキハ、被害者ノ請求ナシト雖モ直チ

ニ之ヲ所有者ニ還付ストノ四十八條ノ法文ハ、犯人カ其物件ニ付何等ノ權利ヲ有

セサル場合ニ適用ス、從ツテ質權者タル犯人カ一旦賣却シタル質物ヲ取戻シ、其

占有中ニ押收セラレタルトキハ、其贓物ハ質權者タル犯人ニ還付スヘキモノトス。

(三十四年六月委託物發
消事件ノ同院ノ判例)

以上ハ其重ナル判例ヲ紹介シタルニ過キス、然レトモ之ニ依ツテ其一般ヲ解釋ス

ルヲ得ヘケン。

第五節 刑期計算

人ハ法令ハ範圍内ニ於テ行動ノ自由ヲ有ス、然リ此自由ヲ檢束シ制限スルハ最モ
重大ナル人權問題ニ影響ヲ及ホスノミナラス、個人トシテ蒙ムル損害蓋シ渺ナシ
トセス、其結果延イテ國家經濟上至大ノ關係ヲ及ホスモノナルカ故ニ、決シテ輕
クニ觀過スヘカラス、夫レ此ノ如クナレハ、刑罪ハ何レノ時ニ終了スルカ、又何
レノ時ヨリ起算スルカ、其據ル所ヲ明規シ之カ所在ヲ明カニスルノ要アリ、之レ
本節ヲ規定シタル所以ニシテ、刑期計算ニ就テハ必ス之ニ準據スルヲ要ス、而シ

テ各場合ニ於テノ起算點并ニ終了等ハ、各其ノ法條ニ付テ、詳細ヲ解得セラルヘシ。

第四十九條 刑期ヲ計算スルニ一日ト稱スルハ二十四時ヲ以テシ一月ト稱スルハ三十

日ヲ以テシ一年ト稱スルハ曆ニ從フ

受刑ノ初日ハ時間ヲ論セス一日ニ算入シ放免ノ日ハ刑期ニ算入セス

(解)一日ト稱スルハ一晝夜ヲ意味シ、一ヶ月ト稱スルハ三十日ト規定シタルカ故ニ

二月ノ如キ二十八日ノミニテハ、此處ニ所謂一箇月ト云フ事ヲ得ス、又一年ハ曆

ニ從フテ計算スルモノトナシタル故、之又閏年ト平年トヲ區別シ、日數ニ依リ計

算スルコトヲ許サ、ルモノトス、而シテ初日ハ如何ニスヘキカ、午前一時ヨリ處

刑セラレタル者ト午後十一時ニ處刑セラレタル者ト、其期算日ヲ異ニスヘキカ、

本條第二項ハ受刑ノ初日ハ時間ヲ論セス、一日ニ算入スル旨ヲ規定シタリ、之少

シク不公平ノ感ナキニアラスト雖モ、各其時間ニ依ルモノトセハ非常ナル繁雜ヲ

來スヘク、又全ク顧ミサルハ、假ヘ犯罪人トハ云ヒ、之ニ對シテ甚タ苛酷ニ過ク

ルト云ハサルヲ得ス、茲ニ於テカ可成の被告人ノ利益ヲ保護センカ爲メ、カク、

恩惠の規定ヲ設ケタル所以ナリ。

然ラハ放免ハ何時之ヲナスヘキカ、本條第二項末段ニハ、放免ノ日ハ刑期ニ算入セストアルノミニシテ、之ヲ明記セサルカ故ニ、一ニ當局者ノ自由ノ裁量ニ任カセサルヲ得サルナリ、乍去刑期既ニ終了シ、自由ノ身トナル者ヲシテ、放免ノ時ヲ遷延スルハ、故ナク拘禁ヲ受クル者ニシテ、人道ヲ無視シ人權ヲ蹂躪スル甚シト云ハサル可カラス、然リト雖モ滿期ノ故ヲ以テ、夜間之ヲ放免スル時ハ、往々危険ヲ生スルノ恐レアルノミナラス、放免囚徒ノ方向ニ迷ハシムルモノナルヲ以テ、大ニ是等ノ情實ヲ參酌シ、一定ノ制限ヲ設クルノ必要ヲ生シ、特ニ監獄則第十條ヲ設ケテ放免ハ必ス午前十時前ナラサル可カラサル事ヲ規定シ、聊カ之カ不備ヲ補ヒタル所以ナリ。

第五十條 刑ハ裁判確定シタル後ニ非サレハ之を執行スルコトヲ得ズ

(解)本條ハ刑事訴訟法ノ一大原則ヲ取テ以テ規定シタル所以ナリ、抑モ刑ノ執行ニ裁判ノ確定ヲ必要トセル理由ハ、未タ國家ノ刑罰執行權ノ權ノ發生セサルカ爲メノミ、然ラハ刑罰執行權ノ發生ハ、裁判ノ確定未確定ニ相伴隨スルモノナル事ヲ知ラサル可カラス、何トナレハ國家ハ刑罰權ヲ有シ、犯人ニ對シ刑罰ヲ科スヘク又科シタル刑罰ヲ執行スル權利アリト雖モ、未タ犯罪ノ有無犯罪ノ性質罪名ノ如

何モ一定セサルモノニ對シテ之ヲ科シ之ヲ執行スルハ、法令ノ認メサル所ノミナ
ラス控訴或ハ上告等ニ依リ、刑期ニ長短ノ差ヲ生スルノミカ、罪質罪名ニ變更ヲ
及ホシ、爲メニ之ヲ科スヘキ罪名ヲ變シ、或ハ無罪トナル場合又少ナカラス、若
シ之ニ反シテ、裁判言渡後其ノ確定ヲ俟タスシテ執行セシカ、罪ナクシテ刑罰ニ
處セラル、ノ奇怪ナル現象ヲ顯出セン、コレ其規定ヲ設ケタル所以ナリ。

第五十一條 刑期ハ刑名宣告ノ日ヨリ起算ス若シ上訴ヲ爲シタル者ハ左ノ例ニ從フ

一 犯人自ラ上訴シテ其上訴正當ナル時ハ前判宣告ノ日ヨリ起算ス若シ其上訴不
當ナル時ハ後判宣告ノ日ヨリ起算ス。

二 檢察官ノ上訴ニ係ル者ハ其上訴正當ナルト否トヲ分タス裁判宣告ノ日ヨリ起
算ス

三 上訴中保釋ヲ得又ハ責付セラレタル者ハ其日數ヲ刑期ニ算入スルコトヲ得ス

(解)本條第一項ハ刑期起算點ヲ規定シタルモノニシテ、刑名宣告ノ日即チ裁判言渡
ノ日ヲ以テ刑期起算日トシタルナリ、固ヨリ五十條ニ規定セルカ如ク、裁判確定
セサル間ハ刑ノ執行ヲ許サスト雖モ、被告人ノ利益ヲ保護シタル、恩惠的ノ規定
ニ外ナラサルナリ、然レトモ之カ上訴ヲナシタル場合ハ如何、コハ二ツニ分チテ

論セサル可カラス。

(一) 犯人自ラ上訴シタル場合 此場合ヲ更ニ二箇ニ細別シテ説明セサル可カラス、

一ハ其上訴ノ正當ナル時、一ハ上訴ノ不當ナル場合はナリ、己ニ第五十條ニ於テ
説明シタルカ如ク、原則上裁判確定セサレハ刑ヲ執行スルヲ得サルモノナルカ故
ニ、事實刑ノ起算日トスルハ、即チコノ確定日ナルヲ要ス、然ルニ本條第一項ニ
ハ特例トシテ、起算日ヲ刑名ニ渡ノ日ト定メタルハ、被告人ニ附與シタル恩典ニ
外ナラサル事ハ、是又前述シタル所ノ如シ、而シテソノ上訴理由ナク不當ノ言渡ヲ
受ケタル場合ニ於テハ、原則ヲ適用シテ以テ、不當ト認メタル裁判ノ宣告日ヲ刑
期起算ノ初日トナシ、又前述ノ場合、即チ理由アリトシ、上訴ヲ正當ナリト認ム
ルトキハ、(上訴ノ期間中ハ尙ホ未決拘留者タルモノニレテ、勿論刑ノ執行ヲ受ク
ル者ニアラスト雖トモ) 被告人ノ利益ヲ計リ、特例ニ從前裁判ノ宣告日ヲ以テ
之カ起算日ト規定セラレタリ

如斯正不正當ノ差アルカ爲メ、刑期起算點ニ相違ヲ生ズルニ至リシハ、一ハ被告
人ノ利益ヲ計リ、一ハ濫訴ノ弊ヲ撓メントスルノ理由ニ外ナラス。

二 檢察官ノ上訴シタル場合 此ノ場合ニ於テハ其ノ上訴ノ正當ナルト將又理由

ナキ場合トテ問ハス、特例ニ從ヒ前裁判宣告ノ日ヲ以テ期算日トナシタルハソノ理由ノ如何ニ關セス、上訴ノ爲メニ裁判ノ確定ヲ妨ケ、其未決拘留セラレ且刑期
中ニ算入セラレサルモノトセハ、長ク被告人ノ自由ヲ妨害スルカ爲メ、拘留日ヲ
モ算入セシムルノ主旨ヲ以テ、恩惠的ニ前裁判宣告ノ日ヨリ起算セシムルニ過キ
ルナリ、以上二個ニ分チテ説明シタル如ク特例ヲ設ケシハ、只被告人ニ附與スヘ
キ恩惠ニ過キサルモノニシテ、實際ノ便宜ヨリカ、ル法規ヲ見ルニ至リシナリ、
若シ此説明ヲ誤リトナシ前裁判宣告ノ時ヲ以テ起算ノ原則トナサハ、上訴不當ナ
ル場合ニハ例外トナリ又無罪ノ言渡ヲ受ケタル時ハ國家ニ對シ相當ノ損害ヲ要求
スルノ權ヲ生セシムルニ至ラン、吾人ハカ、ル奇怪ナル法條ヲ設ケシトハ、決シ
テ信シ能ハサルナリ。
次ニ本條第二項第三號ノ規定スル所ニヨレハ、上訴中保釋又ハ責付セラレタル者
ハ、期間刑期中ニ算入セサル事ヲ明示セリ、元來未決拘留者ニ對シ恩惠トシテ前
述ノ如キ規定ヲ設ケタルニ過キス、然ルニ保釋ト云ヒ責付ト云ヒ、共ニ之ヲ得タ
ルモノハ、身ハ未決囚徒ニ外ナラスト雖モ、事實拘留セラレタル日數ナキカ故ニ
上訴ノ正否ニ關セス刑期ニ算入セサルハ勿論ノ事ナリトス。

第五十二條 刑期限内逃走シ再ヒ捕ニ就キタル者ハ其逃走ノ日數ヲ除キ前後受刑ノ日
ヲ計算ス

(解)逃走シタル日ト再ヒ縛ニ就キタル日トノ間ノ日數ハ、刑期間ヨリ控除スヘキモ
ノナル事ハ勿論ナリ、何トナレハ、事實刑ノ執行ヲ受ケ居ルニアラサレハナリ。

第六節 假出獄

罪惡ヲ犯シ刑罰ニ觸ル、者、必ラスシモ極惡非道ノ者ノミニ非ラス、又殘忍酷薄
ノ者ノミトモ限ルニアラス、只境遇ノ困憊ニ依リ或ハ一時ノ憤怒ニ乘シ、精神ニ非
常ナル刺戟ヲ受ケ、不測ノ犯罪ヲ構成スル事アリトセハ、其狀却ツテ犯罪ヲ餘義
ナクセシメタルニ、深キ全情ヲ假スヘキモノアラン、然リカ、ル非道ノ惡人タリ
トモ、改化遷善ノ情狀顯ハシタル者ヲシテ徒ニ囹獄ノ裡ニ苦マシムルハ、刑罰權
ヲ本旨ニ背反スルノミナラス、良心ノ喚發ヲ沮害スル少ナカラス、其結果幾多ノ
弊害ヲ生シ國家經濟上ニ蒙ル損害決シテ尠ナシトセス、當局者茲ニ鑑ミルアリ
假出獄ナル制度ヲ設ケテ、改悛ノ情明カナル場合ニ於テ、典獄ハ所屬長官ニ、所

屬長官ハ内務司法ノ無大臣ニ逐次上申シテ許可ヲ得、行政處分ヲ以テ假リニ出獄ヲ許スコトヲ得セシメタリ。

抑モ假出獄ノ命タル、固ヨリ刑期ヲ短縮セシムルノカアルモノニアラスト雖モ、施政上此ト同一ノ状態ニアラシメ、服役ヲ免シ自由ヲ與ヘ、常人ト等シキノ地位ニ置キ、活動ノ機ヲ與フルハ、之レ實ニ囚人ニ對スル一大恩惠ト云ハサル可キラスカ故ニ假出獄後囚人ニシテ改悛ノ情ナカラシカ、出獄命令ヲ取消ス事ヲ得ルハ論ナシト雖モ己ニ刑期ノ日數ヲ經過シタル者ニ對シテハ、服役ヲ終リタル者ト其結果等シク行政上ノ處分ヲ以テスルモ、尙再ヒ入獄ヲ命スルコトヲ得サルハ當然ナリ

而シテ假出獄ヲ許サレタルモノニハ、之ヲ許サレタル一ノ證票ヲ附與セララルモノニシテ、假出獄中復更ニ重罪輕罪ヲ犯サンカ、其裁判確定ヲ俟テ、現ニコレヲ檢束シ監視スル所ノ典獄ニ於テ停止ヲ言ヒ渡シ、且其證票ヲ取上ケ此旨ヲ所屬長官ニ、長官ハ更ニ内務及司法ノ最高長官ニ上申スル事初メノ如シ、而シテ假出獄ヲ停止セラレタル是等囚人ハ、集治監ニ入監スヘキヲ除クノ外、其ノ停止ヲ受ケタル土地ノ監獄ニ於テ、前刑ノ殘期并ニ新ナル犯罪ニヨリ、受ケタル刑期ト共ニ執

行ヲ命セララル、ニシテ、此ノ細則ハ他法令ニ參照シテ知ルヘシ、本節ハ即チ此ノ假出獄ノ實体的法規ヲ規定シタルモノニシテ、詳細ハ各法條ノ下ニ之レヲ知ラルヘシ。

第五十三條 重罪輕罪ノ刑ニ處セラレタル獄則ヲ謹守シ改悛ノ狀アル時ハ其刑期四分ノ三ヲ經過スルノ後行政ノ處分ヲ以テ假ニ出獄ヲ許スコトヲ得無期徒刑ノ囚ハ十五年ヲ經過スルノ後亦同シ

流刑ノ囚ハ等二十一條ニ照シ幽閉ヲ免スルノ外假出獄ノ例ヲ用キス

(解)本條一項ハ、即チ假出獄ノ條件ヲ規定シタルモノニシテ、重罪輕罪ノ刑ニ處セラレ、其刑期四分ノ三ヲ經過シ、又無期徒刑ノ囚人十五年ヲ經過シ、且ツ獄則ヲ謹守シ改悛シタルモノト認ムルトキハ、前述シタル如ク行政處分ヲ以テ假出獄ヲ命ス、此ノ如ク一定ノ期間ヲ制限シタル理由ハ極惡人ノ性々似而非改悛ヲ尙ヒテ出獄ヲ謀ルモノアルハ、事實上既ニ證明セララル、所ナルヲ以テ、實際遷善改悛シタル者ニ對シテハ甚ダ當ヲ得サルカ如キモ、之ヲ見ルノ明ヲ備フルハ容易ノ業ニ非サルヲ以テ、一定ノ制限ヲ設ケタル所以ナリ、而シテ似而非改悛者ノ如キ長歲月ノ間ニハ、自然ニ其ノ鋒銛ヲ表ハス可ク、又眞實悔悟シタルモノナランニハ、

其ノ之ニ堪ユ可キヲ以テ、カク規定シタルモノナリ、然レトモ適々改悛ノ情ナキ者ニ出獄ヲ命スル事アル結果ニ陥ル場合ナシト云フヲ得スト雖モ、全ク之ヲ許サ、ルカ爲メ生スル弊害ニ對シテ寧ロ利スル所アリ、之レ本條ヲ設ケタル所以ナリ。

次ニ刑流ノ囚徒ハ、有期ノ者三年無期ノ者五年ヲ經過其間獄則ヲ謹守シ、改悛ノ狀アルモノハ、假出獄ニ類似スル幽免ヲ命スル事アリコノ幽免ノ言渡ヲ受ケタルモノハ、一定ノ島地内ノ制限區域内ニ居住スルノ外、各其ノ業ヲ爲シ又自由ヲ得ル事仮出獄ノ場合ト同シ。

第五十四條

徒刑ノ囚ハ假出獄ヲ許サル、ト雖モ仍ホ島地ニ居住セシム

(解)假出獄ヲ許サレサル徒刑囚ト雖モ、島地ニ居住スルヲ許スノ精神ハ、四面陸地ニ連續セサルノミカ、交通ニ不便ナルカ爲メ、罪惡ヲ犯サントスルモ亦己ニ犯シテ免レントスルニモ、自然ノ障壁ヲ超ユルノ不便アリ、從テ間接ニ其自由ヲ束縛シ、惡心ヲ拘檢スルノ結果トナルヲ以テノ故ナン。

第五十五條

假出獄ヲ許サレタル者ハ(行政ノ處分ヲ以テ治産ノ禁ノ幾分ヲ免スルコトヲ得)但本刑期限内特別ニ定メタル監視ニ付ス(括弧内削除)

(解)本條ハ假出獄ヲ許シタル立法ノ精神ヲ貫徹シ、其ノ本旨ニ添ハンカ爲ノ規定ニ過キサルナリ、即チ假出獄者ト雖モ、財産ノ自由處分權ヲ有セザレハ、自己生計上業務上差支ヲ生スルガ如キ或ハ其他止ヲ得サル場合ニ於テハ、之ヲ許スモ敢テ弊害アルモノニアラス、之レ本條ニ行政ノ處分ヲ以テソノ必要ニ應ジ、此ノ禁ヲ解ク事ヲ許シタルニアリ、然レトモ只放任シテ之ヲ顧ミサランカ、刑餘ノ人トシテ社會ノ擧斥ヲ蒙ルヲ憤リ、自暴自棄ヲ起シテ、敢テ子孫ノ爲メニ計ルヲ忘レ、財產ヲ蕩盡スル等有害ナル結果ヲ惹起スルアルヲ以テ、特ニ本期限内別ニ定メラレタル監視ニ附スル旨ヲ規定シタル所以ナリ。

第五十六條

假出獄中更ニ重罪輕罪ヲ犯シタル者ハ直チニ出獄ヲ停止シ出獄中ノ日數ハ刑期ニ算入スル事ヲ得ス

(解)假出獄ハ第五十二條ノ逃亡ト其ノ趣ヲ異ニセルモノナレトモ、實際ニ於テ刑ニ服シタルニアラサル事ハ相同シ、且ツ假出獄ハ囚人ノ利益ヲ計リ、改悛ニ付與シタルハ特別ノ恩典ニ外ナラス、而シテ此ノ恩典ハソノ殘餘ノ刑期ヲ消滅セシムルモノニアラサルコトハ前既ニ説明シタル所ニシテ、只仮リニソノ執行ヲ停止スルニ過キサルモノナレハ、出獄ノ命ヲ取消サル、場合ニハ、コノ間ノ日數ハ當然

刑中ニ算入スル事ヲ得サルハ自明ノ理ニシテ、第五條第三項三號ノ保釋責付ノ場合ト相同シ。

第五十七條 刑期限内更ニ重罪輕罪ヲ犯シタル者ハ假出獄ヲ許サス

(解) 刑期未タ盡キサルニ、再ヒ重罪或ハ輕罪ヲ犯スカ如キハ、其ノ間ニ如何ナル情實アツトスルモ、權威ニ怖チス獄則ヲ守ラサルノ甚シキ極惡人ト云ハサル可カラズ、既ニ圜圍ノ中ニ於テスラ此クノ如キ者ハ、仮へ改悛ノ收アルカ如キモ、自由ノ身トナサハ、ソノ危險更ニ一層ヲ増サン、此ノ故ニ明カニ本條ニ規定シタル所以ナリ。

第七節 滿期免除

一、性質 期滿免除トハ學者之ヲ呼ンテ、時効ニ罹ルト云フ、時効トハ時ノ經過ニヨリ一旦成立シタル刑罰權ノ實體ヲ消滅スルノ謂ヒニシテ、犯罪成立ノ後ニ發生スヘキ事項ナリ、故ニ刑罰權ノ發生ヲ妨正スヘキ原因、並ニ訴訟權ニ障害ヲ興フル原因トハ全ク相異ナレリ。

犯罪必罰ハ千古ノ一大原則、敢テ全然之ニ從フニアラサレトモ、罪アレハ國家之

ニ對シテ刑罰權ヲ生シ、求刑權ヲ發ス、而シテ確定判決ハ刑罰ノ執行權ヲ生ス又前者ハ單ニ求刑權ヲ消滅セシムルモノノミニアラシテ、訴追ノ權ヲ沮却ス、故ニ前者ハ犯罪ニ對シテ公訴スル事ヲ得サルニ至リ、後者ハ刑ノ執行ヲ免ル、ニ至ル、然レトモ共ニ其ノ犯罪ヲ消滅セシムルノ力アルモノニアラサルナリ。

二、期滿免除ヲ設ケタル理由 或人ハ犯罪必罰ヲ金科玉條ト心付、刑罰ハ夫正義ノ要求ナリ、故ニ犯罪アレハ心スコスルニ刑罰ヲ以テセサル可ラスナシ、コノ說ヲ非認スル者アレトモ、ソハ陳腐ノ說ニ屬スルノミナラス、社會政策ヲ顧慮セサル條理一片ノ議論トシテ一般學者ノ認メサル所ナレトモ、其ノ此ヲ設ケタル理由ニ付テハ學說又多岐ニ分ル、今諸君ノ參考ニ資センカ爲メ、左ニ之ヲ列記シ、終リニ著者ノ信スル所ヲ述ブヘシ。

第一說 期滿免除ノ理由トスル所ハ、他ニ在ラス、犯者ハ刑罰ノ實行ヲコソ受ケサレ裁判又ハ刑ノ執行ヲ免ル、爲メ、多年ノ間日夜戰々競々トシテ其心中ニ大ナル煩悶ヲ生シ、執行ト同一ナル又ハ執行ヲ受クルヨリ、ヨリ多クノ苦痛ヲ感シ、別ニ其刑罰ヲ科セザルモ、既ニ刑罰ノ執行ヲ受ケタルト同一ノ影響アルヲ以テノ故ナリト、然レトモコハ甚シキ誤謬タルヲ免カレス、何トナレハ論者ノ言フ如キ

苦痛アルヤ否ヤハ人ニ關スル問題ナルヲ以テ、或ハ之ヲ苦痛ト感スル者モアルヘク又感セサル者モアル可シ、要スルニコハ人間内部ニ隠レタル精神作用ニシテ、其果シテ何レナルヤハ他人ノ關知スルヲ得サル所、從テ之ヲ以テ時効制度其モノ、根本ノ理由トナス事ヲ得ス。

第二說 此ノ說ニヨレハ、罪ヲ犯シタル時ヲ隔ツル事永ケレハ、其ノ長キニ從ヒ漸時社會ニ忘却セラル、ノミナラス、ソノ久シキニ彌ルトキハ、證據自然ニ煙滅シ、實際至當ノ處分ヲナスヲ保シ難シ、加之ナラス其ノ之ヲ處罰スルヲ得ルトセハ、再ヒ世人ノ記憶ヲ新ニ呼ヒ起シ、殺伐ノ氣ヲ煥發シ、其ノ弊恐ル可キモノアルカ故ニ、此ノ制度ヲ認メタルモノナリト。

果シテ然リトセハ、若シ證據及痕跡ノ顯然トシテ未タ社會ノ記憶ヲ脱セサル場合ニ於テハ、之ヲ如何ニス可キカ、論者ノ言ノ如クンハ、遂ニ此ノ期滿免除ナル制度ヲ設ケタル主旨ヲ沒却スルニ至ラン。

第三說 此ノ種ノ論者ハ曰ク、一度犯シタル罪惡ハ、之ニ依テ生シタル事實ハ、假令幾十年ノ歲月ヲ經過スルモ湮滅スルモノニアラスト雖モ、其ノ久シキニ亘ルニ然ヒ、單ニ歷史上ノ一事故ニ止リ、犯罪ハ長ク人口ニ膾炙セラル、事ナク、社

會ヨリ全ク忘却セラル、ノミナラス、其ノ間ニハ犯人既ニ改化遷善シ、犯罪ノ原因タリシ惡意モ亦棄却スルニ至リ、危險ノ慮レナキカ爲メ其ノ程度ヲ計リ、以テ之カ規定ヲ爲シタルナリト。

然レトモ未タ刑罰ニ處セラレサル間ニ、第二回又ハ三回ノ犯罪ヲ爲ストキハ、訴追或ハ處罰ヲ執行セラレサル第一回ノ犯罪ニ對シ、之カ改悛ヲナシタルニモアラズ、又此ノ如キハ其ノ危險ノ慮ナキモノト云フヲ得ス、而モ尙ホ之ニ對シテ期滿消除ヲ許スハ、論者ノ解、甚タ無意義ニ失スト云ハサル可ラス。

以上顧列シタル三ヶ條學說ノ、何ニモ首肯スルヲ得ストセハ、如何ナル理由ニ依テ此ノ期滿免除ヲ得ルモノナルカ、余輩ノ信スル所ニヨレハ、ソノ之ヲ設ケタル理由ハ長年月ヲ經過シタルカ爲メ、世人ノ記憶ニ止マラサルノ故ニアラス、改化遷善シタルモノト推定シテノ故ニアラス、又證據ノ湮滅スルノ故ニアラス、危險ナシト云フ故ニモアテスシテ、只單ニ刑事政策上公益ヲ保護スルカ爲ニ設ケラレタルモノニシテ、敢テ一私人ノ利益ヲ保護シ犯人其モノ、悔悟遷善ヲ認メテ、之カ制度ヲ設ケタル所以ニアラサルナリ、其罪ヲ犯シテヨリ爾後、幾十年ヲ經過シ尙ホ之ヲ訴追シ、處罰スル事ヲ得ルモノトセハ、社會ノ秩序ヲ紊亂スル事亦少

ナカラサルカ爲メノミ。

而シテ吾カ現行法上ニ於テ、期滿免除ニ關スル條項ハ一ハ訴追ノ條件トシテ、刑事訴訟法第八條ニ規定セリト雖モ、其ノ當ヲ得タルモノニアラス、何トナレハ、刑罰權ノ實體ヲ消滅セシメ、爲メニ求刑權ノ行使ヲ妨ケ、其ノ結果トシテ追訴スル事ヲ得サルモノナレハ、之ヲ刑法典中ニ列舉セサル可カラサルモノトス、第八條ニヨレハ第一、違輕罪六ヶ月第二、輕罪三ヶ年第三、重罪十ヶ年ニシテアルカ故ニ、此ノ間ニ求刑權ヲ遂行セサレハ終ニ刑罰權ヲ實行スル能ハサルニ至ラン、茲ニ注意ヲ要スヘキハ未タ訴追セラレス、而モ其ノ犯罪ノ内容及ヒ罪名ノ如何ヲモ一定セラレサルモノナルニ、之ニ對シ則カニ重、輕、違警罪ト三分シテ、各其罪質ニ伴フ追訴時效ヲ掲ケタルハ、甚タ當ヲ得ザル規定ナル事はナリ。

而シテ執行權行使ハ、先ニ說述シタルカ如ク裁判確定ノ後ナルカ故ニ、勿論各罪名判然タルモノナレハ、之カ各罪ニ對シ其ノ時効ニ長短ヲ付シ、此ノ期間經過セサレハ、期滿免除ヲ得サルモノトセリ、之レ本法第六十條第二項第三項並第五十九條ニ於テ一乃至七ニ規定スル所ナリ、如此罪質刑名ニヨリテ、短カキハ一年長キハ三十年トナシタル所以ノモノハ、其罪ノ輕重ニ依リ、世人ノ記憶ニ大關係ヲ

有シ、被害者一家ニ偉大ナル感動ヲ與ヘ、又犯人ノ行爲並ニ犯意ニ對シ恐怖ノ程度ヲ異ニシ、社會ニ對シ危險ヲ及ホスノ度ニ大差アルカ爲メニ外ナラス、而シテ何時ヨリ其ノ期限ハ開始スヘキカ、附加刑ハ如何ニスヘキカ等ハ、各法條ノ說明セル所ヲ以テ知ルヘシ。

第五十八條 刑ノ執行ヲ遁レタル者法律ニ定メタル期限ヲ經過スルニ因テ期滿滿免ヲ得

(解) 刑罰執行權ヲ遁レタルモノ、期滿免除ヲ得ント欲セハ、以下各法條ニ規定セル期限ヲ經過スルニアラサレハ、之ヲ得サル旨ヲ規定シタルモノナリ。

第五十九條 主刑ハ左ノ年限ニ從テ期滿免除ヲ得

- 一 死刑ハ三十年
- 二 無期徒刑ハ二十五年
- 三 有期徒刑ハ二十年
- 四 重懲役重禁獄ハ十五年
- 五 輕懲役輕禁獄ハ十年
- 六 禁錮罰金ハ七年

七 拘留料料ハ一年

(解)主刑トハ附加刑ニ對シテ命名シタルモノニシテ、一犯罪ニ主トシテ科スヘキ刑罰ヲ指ス、本條ハ此ノ主刑ノ期滿免除ヲ得ヘキ年限ヲ定メタルニ過キス、而シテ刑名ノ全ク相異ナルニ從ヒ時効ニ長短アルハ、前ニ説明シタルバ茲ニ再ヒセス。

第六十條 剝奪公權停止公權及ヒ監視ハ期滿免除ヲ得ス

附加ノ罰金ハ主刑ト共ニ期滿免除ヲ得

沒收ハ五年ヲ經テ期滿免除ヲ得但禁制物ハ期滿免除ノ限ニ在ラス

(解)本條ハ附加刑ニ對シテ、期滿免除ヲ得ルヤ否ヤヲ規定シタルモノニシテ、附加刑トハ主刑ニ附隨シテ之ヲ加スルモノナルカ故ニ此ノ稱アリ、而シテ此等附加刑ナルモノハ、主刑ト相對シテ獨立ノ一刑ヲ形成セルモノニアラスシテ、實ニ主刑ト共ニ同一體ヲ爲シ初テ一ノ刑罰ヲ成スモノナリ、故ニ主刑ノ處罰セラレサルニ獨リ附加刑ノミ科罰セラレ、理由ナシ、今若シ主刑ニシテ期滿免除ヲ得タリトセシカ、豈ニ附加刑獨リ成立存在スルモノナランヤ、必スヤ主刑ト共ニ運命ヲ共ニス可キモノナリ、然ルニ本條第一項ハ規定シテ曰ク、剝奪公權、停止公權及ヒ監視

視ハ期滿免除ヲ得スト、是レ甚タ理論ト相背馳スルノ甚タシキモノト云バサル可カラス、蓋シ立法者ノ之ヲ規定シタル理由ハ自由刑、生命刑ノ如キハ犯罪人ノ逃亡シタル時ハ其刑ヲ執行スル事ヲ得サルモ、此等附加刑ハ即チ然ラス、仮令逃亡其ノ他ノ事情ニヨリ主刑ノ執行ヲ得サル場合ト雖モ、尙ホ之ヲ執行スル事ヲ得ヘシ既ニ執行シ得ヘシトセハ、之ニ對シ期滿免除ヲ通用スヘキモノニアラスト云フニアルカ如シ、然レトモ早等附加刑トモ執行ヲ免レ得カラサルモノニアラス、即チ剝奪セラレタルモノ、選舉權ヲ行ヒ或ハ教師、學監等トナリタルトキハ、其執行ヲ免レタルモノト言ハサル可カラス、停止監視ノ場合ニ於ケル又之ト同シ、果シテ然ラハ立法者ノ理由トセル所ノモノハ甚タ根據ナキ説ト言ハサル可カラス、余ノ信スル所ニ依レハ、公權ヲ享有スル能力ノ回復ニハ、別ニ復權ナル制度アルカ故、若モ期滿免除ヲ得ルモノトセハ、時効ハ復權ノ一方法トナリテ、別節ノ復權制度ト相容シサル結果ヲ生スヘシ、而已ナラス一方ニ於テ附加刑ニ確定期間ヲ示セル規定ト又相背馳スルニ至ラン、之レ時効ニ依リ期滿免除ヲ受クルノ原則ヲ適用セサル所以ナリトス、又停止ノ場合ノ如キハ停止セラルヘキ條件ノ存續スル間ハ、法律上行使シ得ヘカラサル状態ニ在ルモノナルカ故ニ、之レ亦時効ノ爲メ

行使權ヲ回復シ得ラル、モノニアラス、次ニ監視ノ場合ハ其執行ヲ免レントスルモ監視セラルヘキ目的物ハ、被監視者ノ行動全般ナルカ故ニ其ノ執行ノ易々タルカ爲メ、期滿免除ノ恩典ニ與カラサルモノトス。

第二項ニ規定スル附加ノ罰金ニ付テハ前迷ノ附加刑ト異ナリ、原則ヲ其ノ儘適用シテ、時効ノ恩惠ヲ得モルノトモリ其理由トスル所ハ、主刑ト運命ヲ共ニスルモノナル事ハ初メニ説述シタルカ如シ、加之ナラス、第一項書載ノモノハ夫レ自身公益ニ關係スルモノナルカ故ニ、如此差異有ラシムル所以ナリ。

第三項ハ沒收ノ期滿免除ヲ得ル事ヲ規定セリ、而シテ立法者ノ理由トスル所ハ、主刑ト共ニ期滿免除ヲ得ルトスルトキハ些少ノ沒收ト雖モ、其ノ期限長キニ亘ル弊アリ、又短期ノ主刑ト其ノ運命ヲ共ニスルモノトセハ、往々沒收ヲ免レンカ爲メ反テ諸種ノ惡弊ヲ生スヘク、沒收スル事ヲ得サル場合頻々生スヘキカ爲メ、是等理由ヲ相綜合シ、之ヲ折衷シテカ、ル規定ヲ設ケタルモノナリト信ス、然レトモ爲ニ却テ不權衡ノ場合多ク、寧ろ主刑ト全然相同フスルニ如カス、然レトモ同シク沒收セラル可キモノノ中法禁物ハ此恩惠ニ與カルヲ得ス、何トナレハ、法禁物ノ製造又ハ所持スルコトヲ禁制シタルモノナルカ故ニ、其ノ狀態ノ存續スル限

リ、終始犯罪存立スルモノナレハ、時効ノ存在スル所以有ラサレハナリ、此レ理論上當然ノ結果ニシテ、法律ノ規定ヲ俟テ初メテ知ルヘキモノニアラス、即チ本條第三項但書ノ條文ノ如キハ全ク贅文ト謂ツヘシ。

第六十一條 期滿免除ハ刑ノ執行ヲ遁レタル日ヨリ起算ス若シ捕就キ再ヒ逃走シタル時ハ其ノ逃走ノ日ヨリ起算シ闕席裁判ニ係ル時ハ其宣告ノ日ヨリ起算ス

(解)本條及ヒ次條ハ共ニ時効起算日ヲ規定シタルモノニシテ、新改正刑法草案ニ於テ之ト同主趣ノ規定第四十三條ヲ設ケル際ニ當リ、議論三箇ニ別レタリト聞ク、今左ニ其ノ論旨ヲ掲ケテ諸君ノ參考トセン。

第一說 時効ハ刑ノ執行セラルヘキ日ヨリ起算スヘシトナスモノ。

第二說 時効ハ刑ノ執行ヲ遁レタル日ヨリ起算スヘシスルモノ。

第三說 確定判決ノ日ヨリ起算スヘシトスルモノ。

トノ三アリ、今第一說ニ從フトキハ死刑ノ如キ、裁判確定後直ニ執行スルモノニアラサル場合ニ於テ、若シ執行ヲ免レタル者ノ如キハ、終ニ幾十年ヲ經過スルモ時効ノ進行スルコトナキノ結果ニ陷ル可シ、然レトモ第二說ニ從フモ、未タ執行ニ着手セラレサル者ハ、又是ニ依ル能ハサルカ故ニ、期滿免除ノ恩惠ニ浴スルコ

ト能ハサル可シ、何トナレハ執行以前ニ於テ執行ヲ遁ル、ヲ得サルカ故ナリ、次ニ第三説ニ依レハ以上ノ弊害ヲ免ル、コトヲ得ヘシト雖トモ、執行ヲ免レタルモノ或ハ捕縛ヲ遁レタル者等ニ對シ、甚タ不權衡ノ條理トナルノミナラス、元來闕席裁判ノ如キ未タ確定判決トスル者ヲ得サル場合ニ於テハ、是亦終ニ時効ノ恩典ニ與カル事ヲ得サルコト、ナル可シ、故ニ何レノ法律ニ於テモ多クハ折表ノ主義ヲ取レルヲ見ル、吾現行法又然リ、本條ハ第二説ヲ取テ以テ原則トナシ、二三ノ例外アル事ヲ認メタリ、而シテ今本條前段ヲ解スルニ當リ、只通常ニ文理ノ解釋ヲ與フルハ甚タ狹義ニ失シ、前述ヘタルカ如キノ弊害ヲ生スルカ故ニ、勉メテ之ヲ廣義ニ解シ、刑ニ着手シタルモノ並ニ之カ着手セントスル者等ヲ包含セシメ、第三説ヲモ全然之カ内容ヲ爲スモノト解スルヲ至當ト信ス。

一段之カ執行ヲ遁ル、モ、天運全カラズ再ヒ就縛、後復逃走シタル時ハ其ノ逃走ノ日闕席裁判ヲ受ケタル者ハ、其宣告ヲ受ケタル日ヨリ起算スルコトハ本條末段ノ規定スル所ナリ、固ヨリ第六十二條ノ適用ヲ受クルハ論ヲ俟タス。

第六十二條 刑ノ執行ヲ遁レタル者ニ對シ逮捕ヲ命シタル時ハ最終ノ令狀ヲ出シタル日ヨリ期滿免除ヲ起算ス。

(解)本條モ前條ト等シク、期滿免除ノ起算点ヲ規定シタルモノニシテ、且ツ前條ノ例外ヲ設ケタルモノナリ、即チ檢事カ最終ノ逮捕狀ヲ出シタル日ヨリ起算スルモノトス。

第八節 復 權

本節ハ復權ニ關スル詳細ノ規定ヲ網羅シタルモノニ非ラスト雖モ、之レカ實例ニ關スル法規ヲ定メタリ、而シテソカ手續等ノ細則ニ至テハ刑事訴訟法第三百二十四條及第三百三十條ニ至ル七ヶ條ニ於テ規定セラレタリ、然レトモ元來復權ノ事タル大赦、特赦及ヒ減刑等ト同シク、天皇ノ大權ニ屬スルモノニシテ、大權命令ハ一ニ憲法ノ條項ニ基ツクモノナルカ故ニ、敢テ刑法ノ之ニ干涉スル事ヲ得サルヲミナラス、其之ヲ本節ニ規定シタルハ正當ヲ得サルモノナリ、乍然現行法典タルヤ未タ憲法ノ領布セラレサル以前ニ於テ、之カ制定ヲ見シモノナル故、絶對ニ非認スルハ其愚ヲ表白スルニ過キサルナリ。

抑モ復權トハ何ゾヤ、一度剝奪セラレタル公權ヲ回復セシムルカ如ク、復權ナルニ文字ニ拘泥シテ、思意スルナランカ、決シテ然ルモノニアラス、只權利ヲ得ルニ足

ル能力ヲ附與スルニ過キサルナリ、換言スレハ新ニ權利ヲ附與スルモノニシテ、剝奪セル權利ヲ回復セシメ又振興スルニアラサル事ヲ注意ス可シ、何トナレハ一旦之ヲ剝奪セラレタルトキハ、其ノ刑已ニ執行シ了リタルモノニシテ、恰モ死刑執行シ了リタルト同一ナリ、故ニ剝奪セル權利ヲ當分回復スルコトヲ得サルハ明カナリ、之此ノ節ノ特ニ必要ナル所以ナリ。

復權ハ以上ノ如キ性質ナルガ故ニ、其ノ結果トシテ、公權剝奪ト共ニ剝奪セラレタル勳章佩用權、年金授受權、官吏教師タルノ特權ハ、復權ノ爲メニ回復セラル、モニアラズ、然レトモ後日ニ至リ勳功ヲ立テタルトキハ、勳章ヲ授ケラルベク、又教師トナリ官吏トナルハ一ニ其ノ希望ニ依テ、之ヲナス事ヲ得ベキノミ、第六十三條第一項未段ニ將來ノ公權ヲ復スルコトヲ得ト規定シタルハ、蓋シ此ノ意ニ外ナラズ。

ハ、剝奪セラレタル公權ノ範圍内ニ限界セラル事之レナリ、其ノ結果トシテ他ノ犯罪ノ爲メニ、假ヘバ、新聞記者タルノ權利ヲ失フモノアリトスルモ、此ノ復權ノ爲メニ特權ヲ得有スル事ヲ得ルモノニアラザルコトヲ注意スベシ。

以上述べタル外、復權ノ効果トシテ顯著ナルハ即チ被監視者ハ監視刑ヲ免ル、事ヲ得ル事之レナリ、第六十四條第二項ハ明カニ之ヲ明記セリ、餘ハ各法條ニ就キ説明セバ宜シク參照セラルヘシ。

第六十三條 公權ヲ剝奪セラレタル者ハ主刑ノ終リタル日ヨリ五年ヲ經過スルノ後其ノ情狀ニ因リ將來ノ公權ヲ復スルコトヲ得

主刑ノ期滿免除ヲ得タル者ハ監視ニ付シタル日ヨリ五年ヲ經過スルノ後亦同シ

(解)公權ヲ剝奪セラレタル者ニシテ主刑ノ執行ヲ終リタル日ヨリ、又主刑ノ期滿免除ヲ得タル者ニシテ、監視ニ付セラル日ヨリ、共ニ五ケ年ヲ經過シ、而シテ其ノ情實ニ於テ公權ヲ附與スルモ、差支ナシト認メラル時ハ、公權ヲ附與セラル、コトアリ、今茲ニ復權ニ關スル手續順序ヲ畧説シ參考ニ資セン、刑事訴訟法第三百二十四條ノ規定スル所ニヨレバ、本條ニ規定スル期間經過シタル後、本人ヨリ司法大臣宛テ、現住地ノ地方裁判所檢事ニ復權ノ願書ヲ差出スベキ旨定メタリ、而

シテ願書ニ第三百二十五條ニ規定スル書類ヲ添附スルモノニシテ、之ヲ受領シタル
 検事ハ、一切必要事項取調べ、意見書ヲ添へテ之ヲ検事長ニ、検事モ亦取調べタ
 ル後意見ヲ添へテ之ヲ司法大臣ニ、該大臣ハ之ヲ檢閲シタル後意見ヲ附シ、茲ニ
 初メテ勅裁ヲ仰キ、裁可セラレタル時ハ裁可狀ヲ又初メノ如ク、逐次順ヲ踏ンデ
 之ヲ本人ニ下附シ、又却下セラレタルトキハ同順ニ只通牒ヲナスノミ、此レ本法
 第六十五條ニ復權ハ勅裁ヲ經ルニ非サレバ、之ヲ然スコトヲ得ズトノ旨ヲ規定シ
 タル所以ナリ。

第六十四條 大赦ニ因テ免罪ヲ得タル者ハ直チニ復權ヲ得特赦ニ因テ免罪ヲ得タル者
 ハ赦狀中記載スルニ非ラザレハ復權ヲ得ス

赦ニ因テ復權ヲ得タル者ハ自ラ監視ヲ免レタル者トス

(解)大赦トハ或種類ノ罪ニ對スル公訴權、及刑罰執行權ヲ拋棄セシメ、廢滅セシム
 ルノ大權命令ナリ、次ニ特赦トハ或ル囚人ニ對シ確定判決ヲ經タル罪ニ對シテ、
 刑罰ノ全部ヲ免除スルノ大命令ヲ云フ、以上定義シタル如キ性質ノ者ナルガ故ニ
 二者自ラ差異ナキ能ハズ、今聊カ讀者ノ記憶ヲ易カシメンガ爲メ、左ニ異同ヲ
 列記シテ以テ明瞭ナラシメント欲ス。

一、相等シキ点 大赦、特赦何レモ主權者ノ大權内ニ屬スル命令タル事之レナリ、
 學者ニ依リテハ大權命令ヲ以テ、刑ノ一部ヲ减免スルコトアルヲ、等シク特赦内ニ
 包含セシムモノアリト雖モ、著者ハ一般ノ學說ニ從ヒ刑ノ全部ヲ消滅スルモノ、
 ミテ特赦ト云ヒ、一般ノ刑免ヲ減刑トナシテ特赦中ニ入ラシメズ。

二、相異ナル點 其ノ目的物ヲ異ニス、大赦ハ或種類ノ犯罪ニ對シ概括的ニ發セラ
 ル、モノニシテ、犯罪ノ種類ヲ總括スルト、尙其ノ種類ノ中ニテモ、或一定ノ期間
 ヲ限リ、若クハ或一定ノ限界セル場合ニ對シテ大赦スルモ、大赦タルニ妨ゲナシ、
 而シテ特赦ハ或特定ノ人ニ對シテノミ是ヲ爲スモノナリ(一)其ノ目的ヲ異ニス、大
 赦ハ或種ノ犯罪ニ對スル追訴、又ハ裁判ヲ廢滅セシムル目的ノ爲メニ之ヲナシ、特
 赦ハ處罰セラレタル犯罪ニ關係ナク、只單ニ受ケタル刑ヲ消滅セシムルノ目的ヲ有
 スルニ過キズ、(二)手續ヲ異ニス、刑事訴訟法第三百三十一條ノ規定スル所ニ依レ
 バ、特赦ハ刑ノ宣告ヲナシタル裁判所ノ檢事又ハ、監獄署長ハ檢事ヲ通シテ、同シ
 ク司法大臣ニ申請シ、該大臣ハ申請書類ニ意見ヲ添へ上奏裁可ヲ請フモノナレト
 モ、大赦ハ即チ然ラズ(四)其性質ヲ異ニス、前ニ定義ヲ掲ゲテ説述シタルガ如ク、
 大赦ハ刑罰ノミナラズ 犯罪其ノモノヲ廢滅セシムルモノニシテ、之ガ大赦ヲ行フニ

敢テ其ノ時期ノ如何ニ關セザルナリ、或種ノ犯罪未タ追訴セラレザル時ニ於テハ、其公訴ハ將來途ニ提起スル事ヲ得サルノ状態トナリ、既ニ公訴起リ訴訟續行ノ時ニ於テハ之ヲ進行スル事能ハザルニ至リ、又訴訟既ニ終ラ告ゲ裁判最早終了シ、判決已ニ確定シタルトキニ於テハ其裁判全部消滅ニ歸ス、之レ犯罪アルモ無キト同一ナル状態ニ在ラシムルモノナレバ、犯罪ナキ所ニ公訴權發生ヲ認ムル事ヲ得ズ、且ツ又犯罪ナケレバ訴訟進行ノ目的物ナキニ至リ、裁判確定スルモ犯罪ナキニ獨リ刑罰ノ在スル理由ナキナリ、之ニ反シテ特赦ハカ、ル偉大ナル性質ヲ有スルモノニアラズ、只或犯罪ニ科シタル刑罰ノ存在ヲ抹殺スルノミニシテ、犯罪自体ヲ消滅セシムルノ力ナシ、從テ特赦命令ハ、裁判確定後刑ノ消滅前ナラザル可カラズ、此レ特赦ハ刑罰ヲ消滅スルノミナルガ故ニ、已ニ執行ヲ終リタル場合ニ於テハ、特赦何等ノ效力ナキモノトシテ無意義ニ終ラン、此レ特赦命令ヲ發スル所以ノ本旨ニ添ハザラシ。

終リニ臨ミ尙一言ヲ費スベキ事アリ、ソハ大赦ノ場合ニシテ、已ニ裁判確定シタルノミナラズ、刑ノ執行ヲモ終リタル場合ニ、猶此ノ命令ヲ發スル事ヲ得ルヤ換言スレバ、刑ノ執行ヲ終リタル者ニ對シテハ、大赦ハ如何ナル效果ヲ受クベキカノ問題

ナリ、然レトモ前再三述ベシガ如ク、大赦ハ刑ヲ消滅セシムル力アルノミナラズ、又好ク犯罪自身ヲ廢滅ニ歸セシムルノ效アルモノナレバ、此ノ場合ニ於テハ、只單ニ犯罪事實アリシ事ヲ滅殺シ、嘗テ犯罪ヲ成セシコトナキノ状態ニ復セシムルノ效果アルニ過ギズ、然レトモ彼ノ特赦ノ如ク無意義ナルモノニアラザルヲ注意セヨ、

(五)從ツテ其效果ヲ異ニス、大赦ハ前述シタルガ如キ偉力アルモノナルガ故、主刑ト共ニ附加スル剝奪公權ニ對シテハ、當然效力ヲ及ボシ、權利享有ノ能力ヲ附與セラル、モノトス、然レトモ特赦ノ場合ニ於テハ、特赦狀中特ニ記載シ置クニ非ザレバ復權ヲ得ザルナリ、而シテ大赦タルトヲ問ハズ又特赦タルヲ論セズ、何レニシテモ復權ヲ得タル特ハ、當然ノ結果トシテ監視モ共ニ之ヲ免除シタル者ト見做ス。

以上ハ此レ第六十四條ノ明規スル所、諸氏宜シク參照セラレヨ。

第六十五條

復權ハ勅裁ニ非ラサレバ之ヲ得ヘカラズ

(解)本條ハ復權ヲ詳説シタル際ニ論シタルガ如ク、復權ハ天皇ノ大權命令ニ屬スルモノニシテ、濫リニ之ガ復權ヲ許ス事ヲ得サルヲ規定シタルモノナリ。

第三章 加減例

本章ハ刑ノ適用ニ付テ生ズベキ加重減輕ノ方法ヲ規定セルモノナリ、而シテ何故ニ是等ノ問題ヲ生スルカ、法律ノ規定スル所又ハ、或範圍内ニ於テノ自由ノ裁判宣告ヲ以テ、其ノ犯罪ニ相當スル刑ヲ示定シ、科罰センガ爲メニ、起ル所ノ問題ナリ。

柳モ刑ヲ科スニ二ノ方法ヲ定ム、一ハ法律ニ何等規定スル所ナク、裁判官ノ自由ナル取捨伸縮ニ任ズルモノト、一ハ法律各條項ニ一々犯罪ニ對スル科罰ノ程度ヲ定ムルモノトノ二ナリ、前者ハ之ヲ放任主義ト云ヒ、後者ハ之ヲ法定主義ト云フ、達眼卓見ノ判官ニアラザレバ、放任主義ニテハ適當ノ科罰ヲナスコトヲ得ザルノミナラズ、被告ノ運命全然擧ゲテ判官ノ掌中ニアルガ故ニ往々非常ナル弊害ヲ生ズルノ恐レアリ、又法定主義ニヨルトキハ、其ノ情實ノ輕重等ニヨリ大ニ嘉スベキモノアリトスルモ、其ノ之ヲ動カス事ヲ得ズ、爲ニ之レ又少ナカラザルノ弊アリトナシ、現今多數ノ法制ニ於テハ皆一樣ニ折衷法ヲ取テ以テ規定ス、吾ガ現行刑法ニ於テモ亦之ニ則リ、各罪科罰ノ程度及其ノ範圍ヲ明示シ、此範圍内ニ於テ裁判官ノ自由取捨裁量ニ任セタリ、如此裁判官ノ伸縮ニ任カスルノミナラズ、法律自身モ亦之ヲ伸縮スル事ヲ規定スルガ故ニ、從テ其之ヲ適用スル上ニ於テ、實際困難

ナル加減ニ關スル問題ヲ生スルナリ、而シテ此ノ問題ハ分チテ二箇トナス、一ハ法規若ハ宣告ニヨリ一等或ハ二等ヲ加減スト云フ場合ニ於テハ、其一等又ハ二等ノ刑期然ラザレバ金額ハ若干ヲ以テ一等二等ト爲スカ、ト云フ問題ト、一ハ二種以上ノ加減ノ原因共存スル場合ニ何レヲ先ニシ何レヲ後ニスルカ、其ノ順序ヲ如何ニスルカノ問題ヲ生スベシ、前者ハ之ヲ加減例ト云ヒ後者ハ之ヲ加減順序ト云ヒ、第六章ニ於テ特別ニ規定セラレタリ、然リ立法上ノ議論トシテハカク別項ニ章ヲ設ケタルハ、其當ヲ得タルモノニアラズ、而シテ現行刑法ノ規定スル所ヲ見ルニ其刑ノ最高度ヲ示シ、且ツ如何ニ加重スルモ其ノ範圍ヲ超ユル事ヲ得サラシムルノミナラズ、第六十六條但書ニ於テ、加重ノ結果死刑ニ入ル、事、次ニ第七十條第二項ニ於テ輕罪刑ハ加ヘテ重罪刑トナスコトヲ得ズト規定シ、第七十二條第二項前段ニ於テ、違警罪ノ刑ハ加ヘテ輕罪刑ヲ科スル事ヲ得ザル旨、各之ヲ禁止セリ、之ニ反シテ減刑ハ死刑ヨリ順次其減等ノ差ニ依テ、重罪ヲ輕罪刑ニ輕罪刑ヲ違輕罪刑ニ減刑スル事ハ法ノ特ニ與ヘタル恩典トシテ、之ヲ爲スヲ認許セリ、而シテ加重ニ於テハ固ヨリ裁判上ノ加重ヲ認メズト雖トモ、法律上ノ加重ニハ、再犯加重、特別加重ノ二アルノミナラズ、特別加重ニハ又、身分ニ依ル場合及ヒ

客觀的事實ニ基ク場合アリ、醜テ減刑ニハ裁判上ノ減輕トシテハ酌量減刑アリ、法律上ノ減輕ニハ宥恕、特別、自首、未遂犯、從犯等ノ減輕アリテ、或ハ一等或ハ二等、三等ヲ減ズル場合アルベク、之レガ減等方法ハ即チ加例トシテ本節ノ規定スル所、其加減ノ詳細ハ本節各條ニ就テ知ルベシ。

第六十六條

法律ニ於テ刑ヲ加重減輕ス可キ時ハ後ノ數條ニ記載シタル例ニ照シテ加減ス但加ヘテ死刑ニ入ルコトヲ得ス

(解)此レ前説明ヲ讀ミテ詳知シタルベケレバ今茲ニ再說セズ、只但書ニ死刑ニ入ル、コトヲ得サル理由ヲ概說セン

夫レ身體生命ハ個人トシテ貴重ナルノミナラズ、國家ノ一員トシテ將タ社會ノ一分子トシテ尊重スベキモノナル事ハ、今更吾人ノ贅言ヲ俟タズシテ明カナリ、而シテ此尊重敬愛スベキ吾人ノ身體生命ヲ殺傷スル事ハ、一大罪惡ナル事モ亦吾人ノ喋々ヲ用セズ、現刑法中死刑アルガ爲凡百ノ犯罪人ヲ殺傷スルモ、敢テ嘔々ヲ要セズト爲スハ、未ダ一ヲ知テ其ノ二ヲ知ラザルモノ、言、顧慮スルノ論旨ニアラズ。

抑モ國家安寧ヲ維持スルノ上ニ於テ又、社會ノ秩序ヲ保持スルニ於テ、必要上國

家刑罰權ナルモノ、存在ヲ認メタルモノナル事、既ニ讀者ノ知悉スルトコロニシテ、而モ此刑罰權ノ存在ヲ認メ、犯人ヲシテ處罰ヲ科セシムル所以ノ主旨ハ、反座報復ノ爲メニアラズ、又徒ニ膺懲ノ爲ニモアラズシテ、實ニ國家施政上ノ一大政策ニ外ナラズ、此ノ故ニ國家ハ死刑ナル制度ヲ認ムルト雖トモ、死刑ハ一度是ヲナス時ハ復再ビ補足シ難ク之ガ回復ヲナスヲ得ズ、而モ社會ノ一分子ヲ艾除シ之ヲ刈去スルハ、個人ノ不利ナルノミナラズ、實ニ國家經濟上ニ及ホス損害又少ナカラズ、此ノ故ニ死刑ノ制タル可成的之ヲ避ケ、能フ可キ丈ノ力ヲ盡シテ之ガ改過遷善ヲ計リ、以テ利益ノ兩全ヲ企圖スル事策ノ最モ得タルモノト言ハザル可カラズ、今ヤ文化日々ニ進ミ人智又大ニ發達シ、生命ノ貴重ナルヲ知ルト共ニ、死刑ノ慘酷ニシテ利益ノ多カラザルヲ見、之ノ制度ヲ廢棄シ又廢棄セントスルモノ多シ、然レトモ社會ニ重大ナル害惡ヲ流布シ、而已ナラズ國家的制度ヲ以テシテハ好ク之ガ、改過遷善ノ目的ヲ遂行スル事ヲ得サル大惡非道ノ犯人ニ對シテハ、勢必要欠クベカラザルモノトス、夫レ如此目的ノ爲ニ設ケタル制度ナルガ故ニ、多少情狀ノ惡ムヘキアリトスルモ、ニ極刑ヲ科スルヲ許ス時ハ往々偉大ナル弊害ヲ醸スニ至ラン、然カ而已ナラズ極惡人ト雖モ、又改悛セザルモノニアラズ、改

峻ヲ敢テシタランニハ、國家ニ益スル所蓋シ尠少ト云フ可カラズ、立法者深ク茲ニ鑑ミルアリ、可成的被告人ノ利益ナラン事ヲ勉メテ、此規定ヲナシタル所以ナリ。

第六十七條 重罪ノ刑ハ左ノ等級ニ照シテ加減ス

- 一 死刑
- 二 無期徒刑
- 三 有期徒刑
- 四 重懲役
- 五 輕懲役

(解)犯罪ニ二種アリ、一ハ常事犯ト云ヒ、一ヲ國事犯ト云フ、從テ科スベキ刑罰ハ亦二種アル事第二章第一節ノ説明ニ於テ、讀者ハ己ニ知悉シタルナルベシ、且ツ本條一乃至五ニ掲ケタル刑罰如何ハ第二章第二節於テ、既ニ記臆セルモノトシ敢テ賞セサルベシ、而シテ本條ハ常事犯中重罪ニ科スベキ刑罰ノミニテ、之ガ加重ト減輕トノ如何ニヨリテ、輕懲役者ノ最高刑期ニ當ルモノ尙ホ加重ノ原因アリテ、最早該刑ニ加算ノ餘地ヲ存セザルニ、一等ヲ加算スヘキモノハ、四ニ示シタル重懲役

刑ニ處セラレ、マタ三次ハ二ト云フ順ニ加刑スルモノナリ、而シテ二ノ無期徒刑ニ相當スル者ハ仮令其ノ情狀重クシテ、充分加重スベキ理由アルトスルモ、死刑ニ處罰スル事ヲ得ザルハ前條ノ規定スル所ナリ、然レトモ之ニ反シテ減刑ノ場合ニ於テハ、一ヨリ一等ヲ減セラレタル者ハ二ノ無期徒刑ニ、又二ヨリ一等ヲ減セラレタル時ハ三ニ、カク減等ニ從フテ刑ヲ科スル事列擧ノ順ニ從フモノトス。

第六十八條 國事ニ關スル重罪ノ刑ハ左ノ等級ニ照シテ加減ス

- 一 死刑
- 二 無期徒刑
- 三 有期徒刑
- 四 重禁獄
- 五 輕禁獄

(解)本條國事犯人ニ科罰シタル刑ニ對シ、加重減輕ノ等級ニ從ヒ順次一ヨリ五、五ヨリ一ニ加減スルモノナル事前條ト同シ、而シテ此ノ刑罰ノ如何ナルモノナルカニ付テハ、第二章ノ説明ニ讓リテ茲ニ詳説セズ。

第六十九條 輕懲役に該ル者減輕ス可キ時ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ處スルヲ以

テ一等ト爲ス

輕禁獄ニ該ル者減輕ス可キ時ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ處スルヲ以テ一等ト爲ス

(解)本條ハ只減等ニ對シ減輕ノ方法ヲ明示シタル迄ナリ、即チ輕懲役ニ該ル者ニシテ一等ヲ減輕セラル、時ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ、輕禁獄ニ該ル者ニシテ一等ヲ減輕シタル時ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ處スルモノトス、而シテ二等減ズル時ハ法規ナキガ故明カナラズト雖トモ、信スル所ニ依レハ一等ヲ減シタル刑ヨリ又更ニ一等ヲ減スルモノナラン。

第七十條 禁錮罰金ニ該ル者減輕ス可キ時ハ各本條ニ記載シタル刑期金額ノ四分ノ一ヲ減スルヲ以テ一等ト爲シ其加重ス可キ時ハ亦四分ノ一ヲ加フルヲ以テ一等ト爲ス輕罪ノ刑ハ加ヘテ重罪ニ入ルコトヲ得ス但禁錮ハ加ヘテ七年ニ至ル事ヲ得
(解)本條ハ禁錮罰金刑ニ處セラレタル場合ニ於テ、加重スル時ハ如何スベキカニ答フル條規ニシテ、一等ヲ減ズルモノナルトキハ、科罰刑期ノ四分一ヲ減ジ、又加重スルトキモ其ノ四分ノ一ヲ加重ス、仮ヘバ五ヶ年ノ禁錮四圓ノ罰金刑ヲ附加セラレタル者ナル時、一等ヲ加重ス、輕セララル、モノハ、五ヶ年ノ四分ノ一即チ一ヶ年

ト三ヶ月ヲ増減シ、罰金ハ一圓ヲ増減シテ之ニ科スルモノトス、而シテ二等ヲ加減スベキ者ナル時ハ、刑期ニ於テハ二年六ヶ月、罰金刑ニ於テハ二圓ヲ増減スルモノナリ、學者之ヲ名ケテ單加單減法ト云フ、以上ノ如ク加減スルモノナル事ハ己ニ了解シタランモ、二等以上ヲ加重スル者ナル時ハ之ヲ如何ニスベキカ、本條第二項但書ハ之ニ答ヘテ曰ク七ヶ年以上ニ加重スル事ヲ得ズト、而シテ減等ノ場合ヲ規定セザルガ故ニ、減等ハ隨意ニ之ヲナシ、遂ニ科罰セラル事ナキニ至ルモ敢テ差支ナシト斷ゼザルヲ得ズ。

前説明シタルガ如ク、減等ハ自由ニ其ノ隨意ニ任カシ、加重ハ加ヘテ七ヶ年トナスヲ得ルノミナルガ故ニ、加重ノ結果重罪ノ刑ヲ科ス可キカ、否本條第二項ニハ明カニ之ヲ禁止セリ、故ニ禁錮ノ刑ニ處セラルヘキ者ニシテ加重セラル、トスルモ、禁錮刑期ノ擴大セラレタル範圍ヲ脱シ又ハ、重罪ヲ科セラル、コトナシ、之レ何ニ依ルカ、曰ク只被告人ノ利益ヲ計リ、科罰ノ濫用ヲ防止シタル理由ニ存スルノミ。

此ノ説明ヲ終ルニ當リ聊カ加減ノ方法ニ付テ、二箇ノ學說アルヲ以テ讀者ノ參考ニ資セン。

第一説ヲ單加單減法説トナス、而シテ之レガ加減ノ方法ハ常ニ科罰刑期罰金ヲ基
トシ一等ナル時ハ四分ノ一、二等ナル時ハ四分ノ二ト、順次減等ノ數ニ從ヒテ基
本刑ヨリ、加減スベキモノ即チ之レナリ。
第二説ハ遞加遞減法説ニシテ、之ガ加減ヲナス方法ハ一等加減刑ノ場合ノミ前説
ト同一ナレトモ、二等加減刑ノ場合ニハ少シク異ナレリ、即チ科罰刑期ヲ基本ト
シテ、四分ノ一ヲ加減シ、次ニ加減セラレタル刑期ヲ更ラニ基本トシテ、其ノ四
分ノ一ヲ増減シ、逐次此ノ順序ニ從フモノナリ。
右ニ述ベタル二説ノ、中何レガ其當ヲ得タルモノナルカハ諸君ノ判斷ニ任カセン、
然レトモ現行法ハ第一説ヲ採用セル事ヲ忘ル可ラズ。

第七十一條 禁錮ヲ減盡シタル時ハ拘留ニ處シ罰金ヲ減盡シタル時ハ科料ニ處ス禁錮
罰金ヲ減シテ其短期十日以下寡敷一圓九十五錢以下ニ及ブ時ハ亦拘留科料ニ處スル
コトヲ得

(解)本條ハ前條ノ單減法ニヨリ、一等毎ニ刑期ノ四分ノ一宛ヲ減シテ、禁錮刑ノ減
シ盡サレタル場合ヲ規定シタルモノニシテ、之ガ減盡シタル時ハ拘留ニ罰金刑ノ
減盡シタル時ハ科料ニ處スルモノトス、而シテ禁錮罰金刑減輕ノ結果十日以下並

ニ金額一圓九十五錢以下ニ及ブ時ハ拘留及科料ニ處スルモノトス、之レ尠少ナル
事由ノ爲メ、繁雜ナル手續ヲ避ケテ、便宜的ニカ、ル規定ヲナシタルモノトス。
第七十二條 拘留科料ニ該ル者加減ス可キ時ハ禁錮罰金ノ例ニ照シテ其四分ノ一ヲ加
減スルヲ以テ一等ト爲ス
違警罪ノ刑ハ加ヘテ輕罪入ルコトヲ得ス但シ拘留ハ加ヘテ十二日ニ至ルコトヲ得減
シテ一日以下ニ降スコトヲ得ス科料ハ加ヘテ二圓四十錢ニ至ルコトヲ得減シテ五錢
以下ニ降ス事ヲ得ズ。

(解)拘留科料ニ對スル加重減輕ノ方法又第七十條ニ規定セラル、禁錮罰金刑ト、其
ノ割合相同ジ、然レトモ是等違警罪ノ刑ト雖トモ矢張加重ノ結果ハ刑名ヲ變ジテ
輕罪ノ刑罰ヲ加スルコトヲ得ス、只拘留ノ範圍僅少ノ日數ヲ増加シ擴大ナラシメ
タルニ過ギス、故ニ仮令其情狀如何ニ重クシテ、加刑セサル可カラサルモノトス
ルモ十二日ヨリ多クヲ科罰スル事ヲ得ス、又減輕ハ他ノ輕罪ノ如ク或場合ニハ減
輕ノ結果零數刑トナリ、全處罰セラレザル者アルト異ナリ、最定期限刑ヲ一日ト
定メタルヲ以テ、減輕ノ結果全ク科罰セラレザルニ至ル者ト雖モ、尙ホ一日ノ拘
留ヲ免レザルモノトス、尤ニ科料ハ此最高限刑並ニ最低限刑ヲ明ホシタルガ故ニ、

此ノ限界ノ範圍ヲ超エテ加重減輕スル事ヲ得ザルハ拘留ト同理ナリ。

第七十三條 禁錮拘留ヲ加減スルニ因テ其ノ期限ニ零數ヲ生シ一日ニ滿サル時ハ之ヲ除棄ス

(解)刑法ノ精神ハ可成的犯罪ノ利益ナルベキヨリ、恩惠ヲ附與スルモノナルガ故ニ漸次減輕ノ結果、禁錮拘留刑ニ一日未滿ノ殘餘時間ヲ生ズル事アルベシ、カハル場合ニ於テハ即チ本條ヲ適用シテ之ヲ除キ、決シテ刑期ニ算入セザルモノトス。

第七十四條 附加ノ罰金ハ主刑ニ從テ加減シ其ノ金額ノ四分ノ一ヲ加減スルヲ以テ一等ト爲ス若シ減盡シタル時ハ止ダ主刑ヲ科ス

(解)本條ハ附加ノ罰金刑ニ關シテ規定シタルモノニシテ、其ノ加重減輕ハ主刑ト同シク一等減毎ニ、基本罰金ノ四分ノ一宛ヲ減シ、而シテ減シ盡シタル時ハ主刑ノミヲ科罰ス、此ノ点ハ第七十二條第二項ニ規定セル科料ノ減等ト異ナル所、加重ニ至テハ亦之ト同シ。

第四章 不論罪及減輕

第一節 不論罪及宥恕減輕

本節ハ犯罪不成立ノ場合ト、犯罪ハ成立スルモ特別ノ事情アルガ爲メ科罪ヲ宥恕シ減輕スル事アルヲ規定シタルモノナリ、而シテ犯罪不成立ノ場合即チ不論罪ニ於テハ「其罪ヲ論セス」トシテ各法文ニ規定シ、宥恕減輕ニ就テハ「其罪ヲ恕シ一等又ハ二等ヲ輕減ス」ル旨ヲ規定セリ、其理由トスル所ハ國權ノ擁護ヲ受ケ又ハ國家制度ノ威力ヲ藉ルニ違アラザル事情アルガ爲カ、否ラザレバ辨別力ノ欠缺或ハ未熟ナル者アルガ爲ニ歸責セザルノミ。

先キニ加減例ノ所ニ於テ列舉說述シタルガ如ク、輕減ニ幾多ノ種類アリ大別シテ裁判上ノ減輕、法律上ノ減輕トノ二トナス、法律上ノ減輕ニハ從犯減輕、未遂犯ノ減輕、自首減輕、特別減輕、宥恕減輕ノ五箇アリ、而モ宥恕減輕ニハ已ニ一言シタルガ如ク本節及ヒ人命犯ニ關スル宥恕及不論罪中ニ規定セル條項アリ、學者特ニ之ヲ分チテ、後者ヲ特別減輕ト名ケ特別自首輕ヲモ此ノ中ニ包含セシメタリ、如此同一ナル宥恕ニ關シテ第三編第一章第三節ト本節トヲ別チ規定シ、學者亦特別減輕、宥恕減輕ノ二箇トシテ分ツ所以ノモノハ插モ何ノ理有ツテ然ルカ、前ニ述ベタル如ク總則編中ノ本節ニ規定シタル宥恕云々ノ各條ハ、何レモ年齡如何ニ關ス、即チ弱年ニシテ未ダ頭腦發達セザル者ノミニ就テ規定セリ、之本節規定ノ

條項ハ全刑法ニ通シテ適用スベキモノ換言スレバ、本節ニ定メタル者何レノ犯罪ヲ爲ストモ、必ス弱年ノ故ニ宥恕セラベキモノトス、之ニ反シ第三編ニ規定セル宥恕ハ或他ノ事情ノ加ハル事ニ依テ、特ニ各規定セル場合ニ於テノミ減輕スヘキモノトス、學者ハ此ノ宥恕スベキ或事情ヲ挑發ニヨルト云ヒ、是等ノ減輕ヲ稱シテ挑發減輕ト云フ事、前己ニ一言シタル所ナリトス、又不論罪ニ於ケルモ亦之ト同ジク本節規定各犯罪ノ何レニモ適應引用セラル、ニ反シ、第三編中ニ規定スル所ノモノハ、唯單ニ規定ノ條項ニノミ限ラレタルモノトス。

抑モ不論罪トハ如何ナルモノナルカ、或事實ノ加ハル事ニ依テ犯罪タル要件ヲ沮却シ、犯罪形体ヲ供ヘナガラ犯罪トシテ處罰セザル所ノモノヲ云フ、然ラバ或事實トハ何ソヤ、本節七十五條乃至第八十條前段ニ規定セル事實ニシテ、即チ放任行爲、權利ノ執行、自由意思ノ喪失、事實ノ不知、知覺精神喪失、幼稚ナル辨別力之ナリ(ソノ、説明ハ各本條ニ護リ此處ニ省畧ス)今耶カ諸君ノ參孝ニ資センガ爲メ、不論罪ヲ理論ヨリ分別シタル說ヲ掲ゲン。

夫レ不論罪ハ分チテ二ツトス、一ハ各私人ノ棄權ニ出ツル不論罪、一ハ國家ノ棄權ニ出ツル不論罪之レナリ、前者ハ羅馬法ニ所謂『承諾ニ出タルノ所爲ハ權利ヲ

害スルモノニアラズ』テフ格言ヨリ出テタルモノトス、然レトモ縱ヘ本人ノ承諾ヲ得ルト雖トモ、猥褻行爲ヲナシ、人命ニ關スル所爲ヲナシタル者ノ如キハ不論罪ノ限リニ在ラズ、然ラハ如何ナル者ガ不論罪トナリ、如何ナル者カ犯罪トナルカノ標準ヲ定メザル可カラズ、凡ソ國家ニ刑罰權ノ存在ヲ最必要トシテ之ヲ認メザル可カラザル所以ノモノハ國權ヲ維持シ、社會ノ安寧秩序ヲ保護シ、以テ禍乱ヲ惹起スヘキ危險ヲ防遏セントスルニ外ナラズ、故ニ其ノ標準トスル所ノ者又此ヲ於テ他ニアラザルナリ、即チ或行爲ニシテ第三者ヲ害シ、國家ノ善良ナル風俗ヲ破リ、安寧秩序ヲ紊リ、社會ニ危險ヲ波及スルモノ、如キ、或ハ法律上賣買讓與ヲナシ得ベカラザル者ニ關スル時ハ不論罪トナラズ、故ニ此以外ノ場合ハ不論罪タルノ結果ヲ生ズ、後者ハ更ニ細分シテ三ツトス第一ハ、國家カ公權ヲ放棄シタルノミナラス尙ホ他人ノ權利ヲ侵害スル事ヲ命シタル場合第二ハ、國家カ公權ヲ放棄シタル場合第三ハ只ニ國家カ公權ヲ放棄シタルノミナラス、犯權ノ權利ヲ對手人ニ附與シタル場合ノ三種トス、第一ハ所謂權利行爲ナルモノニシテ第七十六條ノ場合ヲ督シ、第二ハ佛法學者ノ襲用シタル羅馬法中ノ『自由意思ノ喪失ハ其行爲凡テ無罪ナリ』トノ觀念ト、獨法學者ノ『危急ナル場合ニハ其ノ効力ヲ有

セズトノ裕言トテ以テ、解釋ヲ與フル所ノ第七十五條ヲ指シ、又第三ハ第三百十四條ノ正當防衛ノ場合ヲ指スモノトセリ。

第七十五條

抗拒ス可カラサル強制ニ遇ヒ其ノ意ニ非サルノ所爲ハ其ノ罪ヲ論セス。

天災又ハ意外ノ變ニ因リ避ク可カラサル危難ニ遇ヒ、自己若クハ親屬ノ身体ヲ防衛スルニ出デタル所爲亦同シ。

(解)學者ハ曰ク本條第一項ハ急迫危難ニ關スル條項ニシテ第二項ハ其ノ適用ニ過ギスト、又或學者ハ曰ク本條第一項ノ場合ハ行爲者自身ニ對スル反撃者ニアラズシテ、全ク之ニ關係ナキ第三者ニ對スル加害事實ヲ指示スルガ故ニ、之ヲ攻撃的緊急狀態行爲ト稱シ、第二項ノ場合ハ防禦緊急狀態行爲トナシ、民法七百二十條ノ適用ヲ受ケ、損害填補責任ナシトシ、且又該條ヲ二項ニ分別シテ曰ク、此ノ法條第七百二十條ニ規定セル條項トノ關係ヲ見ルニ該條ニ入ル可キ危難行爲ニ刑法ノ領域ニ於テモ正當行爲ニシテ、機利ノ實行タリト解セサル可カラズ、果シテ然ラハ第十五條第二項中ニ入ルベキ部分タルト、其ノ中ニ入ラザル部分タルトヲ問ハス凡テ之ヲ此罪トナサザル可カラズ、而シテ刑法ノ領域ニ於テ法律利益ノ侵害ヲ正當トナスハ、少シモ民法ノ規定ニ基カザル可カラズ、現行民法カ法益ノ毀損ヲ正

當トスナスハ第七百二十條ノ範圍内ニ入ルモノニ限定シ、此ノ限定外ノ者ニ就テハ該條適用ノ限ニ在ラズ、故ニ刑法條七十五條第二項ノ行爲ガ正當行爲タルノ範圍、即チ該條ニ該當スル場合ニ限定セラレ其以外ノモノハ凡テ之ヲ違法トナサ、ル可カラズ、カク論ジ來レバ民法第七百二十條以外ニ正當行爲ナルモノアル事ナク、又放任行爲トシタル條項ナキガ故、解釋論トシテハ如上ノ如ク論セザル可カラスト、次ニ他ノ或學者ハ曰ク、刑法ノ保護スル行爲ト云ヘバ、法令カ人ノ侵害ヲ禁制シ居ラザル可カラズ、又刑法ノ處罰スル行爲ト云ヘバ、法令ガ刑罰ヲ認ムル事ヲ得サル可カラズ、然ルニ本條ハ即チ然ラズ、只自然ノ成行キニ放任スルノ外ナキモノニシテ、放任其ノ自身ガ已ニ無罪タルモノナリ、然シテ第一項ハ抗拒ス可カラザル強制ニ遇ヒタル所爲ニシテ、其ノ意ニアラザルモノ、換言セバ自由意思ヲ喪失シタルモノト認ム可キ總テノ場合ヲ無罪トナシ、尙ホ第二項ニ於テ、天災又ハ意外ノ變ニヨリ云々トアルハ、一般學者ノ言フ如ク第一項ノ適用ヲ示スノ意ニ出テタルモノナルベシト雖トモ、所謂自由意思ヲ喪失シタル所爲ナルヤ否ヤニ關係ナキヲ以テ見レバ、客觀的無罪説ト主觀的放任主義トノ混合規定ナリト。

以上論述セル如ク、此ノ條項ノ範圍ト意義ニ就テハ學者ニヨリ其ノ說ヲ異ニスト雖トモ、最モ通俗ナル又一般多數ノ左担スル所ノ說ハ、立法者ノ精神ヲ酌ンテ此ノ規定ヲ設ケタル主旨ヲ取リ、佛法學者ノ餘流ニ倣ヒテ此條項ヲ規定シタルモノナルガ故ニ、最初ニ述ベタル說ノ如ク解スルヲ通常トス、然リ著者モ亦初說ニ贊スルモノナレトモ、其ノ條理ノ何レカ真ナルカ又何レガ當レルカハ讀者ノ研究判斷ニ任カセン、之レ現行法ノ解釋トシテハ、止ムヲ得サルモノナレバナリ。

著者ハ加此第二項ハ第一項ノ適用ヲ明示シタルニ過ギルノ觀念ヲ以テ、學者ノ命名シタル所謂緊急危難ニ就テ、説明スル所アル可シ。

一、緊急危難トハ何ゾヤ、之又一ノ法律利益ノ現在ノ危難ヲ避クルガ爲メ、他ノ法律利益ヲ害スルノ必要ニ迫レル狀態其ノモノヲ指シテ云フナリ、通常之ヲ正當ナル法益ノ衝突ト云ヒ又權利ノ衝突トモ云フ、カク正當ナル權利ノ衝突ニシテ相互ニ兩立シ能ハザル場合ナルガ故、一ヲ救済セントセバ必スヤ他ノ一方ヲ犠牲ニ供セザル可カラザル必要ノ狀態ニ外ナラス、夫レ法益ハ個人トシテ將タ國家ノ制度上之ヲ維持シ、之ヲ保護セザル可カラス、之ヲ害スルハ即チ法律ニ違背シ社會ノ秩序ヲ紊ルモノニシテ、處罰スベキモノナル事ハ勿論ナリ、然ルニ國家ノ公力モ

實際上之ヲ保護シ又維持スル事ヲ得ザル而已ナラズ、其ノ此ヲ請求セントスルモ得ベカラザル緊急ノ場合ニ於テハ、兩箇ノ法益ヲ維持シ之ヲ完フセシメン事不可能ニシテ必ズヤ其ノ一方ヲ拋棄シ其ノ蹂躪ニ任カセ、破壊ヲ寛容セザル可カラズ此ノ場合ニ於ケル加害行爲ヲ指シテ學者ハ急迫危難行爲ト云ヒ又緊急狀態行爲トモ云フ。

先キニモ既ニ言ヒシ如ク、本條ノ危難行爲ヲ以テ敢テ罪トナサ、ルニ就テハ二大派ノ學說ニ分カレタリ、一ハ吾ガ現行刑法典ノ取テ之ヲ則トリシ所ノ佛蘭西主義ノ解說ニシテ、一ハ新改正刑法草條ヲ起草スルニ當リ、參考ニ供シタル獨逸法學者ノ學說之レナリ、今此處ニ通例引用スル處ノモノニ付テ一言セン。

佛派學者ノ引用スルハ其ノ學說ノ淵源タリ羅馬ニ於テ起リタル事實ナリ、羅馬ニ於テハ家族制度ノ極端ナルモノ、盛ナル風習ニシテ、一家族ハ常ニ幾十幾百ノ血縁者相依リ相集テ一家ヲ形成シ、之ニ家長ナルモノアリテ一家ヲ代表シ一家ヲ統御シ、其ノ權力ノ強大ナル家族ノ生命身體學ゲテ家長ノ掌中ニアリ、從テ生殺與奪ノ權ハ家長ナル者ノ意思ノ自由ナル處分ニ任カセリ、此ノ故ニ家長ノ命令タル假令不可能ノ事實ナルモ將亦慘酷ノ任ニ堪ヘザル場合ト雖トモ、尙ホ家長ニ抵抗シ

其ノ命ニ從ハザルヲ得ズ若カ、ル場合ニ於テ家長ノ命ニ反カンカ、家長ノ意ニ背戻スルカ爲メ、家長ノ怒ニ觸ル、ノミナラズ、生命ヲ絶タル、ノ恐レアルナリ、今他人ノ物品ヲ強奪スヘキ事ヲ命セラレタルモノト假定セン、彼等ハ自己ノ生命ヲ愛ムガ爲メ、進ンデ不法行爲ト知リツ、モ尙ホ犯罪行爲ヲ成ス可シ、羅馬法ハカ、ル場合ニハ、家族ハ家長ノ命ニ服從セザル可カラザルノ地位ニ在リテ、之ヲ拒ムト云フ意思ノ自由ヲ有セザルガ故ニ無罪トナシタリキ、今ヤ此ノ思想ハ漸次發達シテ、何人ノ行爲タリトモ自由意思ナキ者ノ行爲ハ無罪ナリテフ觀念ヲ生スルニ至リ、其ノ結果カ、ル規定ヲ見ルニ至リシナリト。

次ニ獨法學派ノ引用ニ供セラレ、實例ハ、難破船大洋ニ漂流シ、糧盡キテ而モ其ノ供給ヲ他ニ仰グ事ヲ得ス、術策此處ニ儘キテ遂ニ弱年ノ者ヲ殺シ其肉ヲ食フテ飢ヲ凌ギタル事實發覺シテ裁判ニ付セラレタル事アリシモ、外部ノ危難急迫ニシテ他ニ取ル可キ道ナク、只自然ニ各人ノ法益ヲ完フスルコトニ任セザル可カラストシテ敢テ事ノ罪ヲ不問ニ付シタルヨリ之レ亦今日本條第二項ノ如キ規定ヲ生スルニ至リタルナリト。

以上二學派ニ依テ之ヲ見ルニ、將ニ溺レントスル二人ノ者、互ニ自己ノ生命ヲ全

フセンガ爲メ、水中ニ一枚ノ板ヲ爭フア其ノ一方ヲ溺死セシメタル場合ニ於テハ前者ハ抗拒スベカラザル強者ニ遇ヒテ意思ノ自由ヲ喪失シタル者ト解シ、後者ハ意思ノ自由ヲ缺クモノニアラスト雖トモ、何レモ不正ニ人ヲ害スル能ハスト云フ觀念ヲ有スルモ危難身ニ迫リ、公力ノ得テ保護シ救助シ得ベカラザル狀況ニ遭遇シツ、アル者ナルガ故ニ、自然ノ成行ニ放任セザル可カラス、法條即チ此ノ放任其ノモノヲ以テ無罪トシタルナリト解セザル可カラサルガ如シト雖トモ、立法上ノ純理トシテハ兎モ角、苟モ現行刑法典ヲ解釋スルニ當テハ、明文ト立法者ノ精神トヲ探究シテ以テ之ガ斷案ヲ下サ、ル可カラサルモノナレバ、前説明ノ如ク解スルヲ至當ト信ス。

二、第二項所載ノ其意ニ非ラサル所爲トハ、先ヅ之ガ説明ヲ與フ、前所爲トハ何ヲ指ス乎、如何ナルモノヲ云フ乎ニ付テ、少シク諸君ノ爲メニ解カン、學者ニ依リテハ所爲ト行爲トハ同一ニシテ、言語ノ差異ノミトシ之ガ内容ヲ別チテ意思ト意思發(動行爲ヲ意味ス)并ニ結果トヲ連鎖シ綜合シテ以テ行爲又ハ所爲ト云フ、又或學者ハ意思ト行爲トヲ連結シタルモノヲ行爲又ハ所爲ト稱シ、行爲ニ結果ヲ結ヒ付テ所爲トナシ、又所爲ナリトスル者ハ所爲ニ結果ヲ隨伴セシメテ之

ヲ行爲ナリト云ヒ、又或學者ハ只單ニ行動ヲノミ指シテ行爲若ハ所爲ナリトシ或ハ行爲ト結果ヲ連絡シテ之ヲ行爲又ハ所爲ト云ヒ、學者ニヨリテ其ノ取ル所ヲ異ニス今法文ニ依リテ之ヲ見ルニ所爲トハ吾人ノ行爲トスル所ニシテ意思ト意思ノ發動ト結果トヲ綜合シタルモノヲ云フガ如シ。

次ニ其ノ意ニ非ラストハ、幾度前説明中ニアガ如ク、意思ノ自由ヲ有セサル者(別ニ撰擇ノ自由ト名クル人アリ)ヲ云ヒ、全然意思ノ欠缺シタル場合ヲ云フニアラス例トナレバ無意ノ行意ハ所爲ニアラスシテ一ノ事實又ハ事件ニ外ナラサレバナリ然ラハ其ノ意ニ非ラズハ如何、即チ決意ヲ伴フ犯罪事實ノ認証ナキノ意ニシテ無意識ノ義ニアラス、無意ノ動靜ハ絶對ニ犯罪ヲ構成セサルモノナレバナリ、故其ノ意ニ非ラサルノ所爲トハ決意ナキ行爲ヲサス。

三、抗拒ス可カラサル強制ニ遇ヒトハ第二項ニ天災又ハ意外ノ變ニ因リ、危難身ニ迫リタル場合ヲ云フ、此ノ強制タル不測ノ危難ニ迫害ヲ受ケ、此レガ爲メ法益(法ノ保護スル利益)ヲ完フセンガ爲メ、國家ハ保護維持ノ任ヲ全フスル事ヲ得ス又自己ノ能ク公力ヲ藉リテ之ヲ避ケ之ヲ免レントシテ而モ得ラレザル状態ニシテ受動的ニ意思ノ自由ヲ制限セラレザル場合ヲ云フ。

四、危害ハ凡テ現在ニシテ避ク可カラザルコトヲ意味スル故ニ既往又ハ未來ノ危害ニ對シテニアラズ、何トナレバ既往ノ災危ニ關シテハ己ニ歷史上ノ一事實ニ屬シ緊急ノ状態ニ在リト云フヲ得ズ、又將來ノ危害ニ就テハ、之ニ施スベキ術策並ニ救濟手段ヲ講ズル事ヲ得ベク、又國家制度ノ公力ヲ藉リテ之ヲ避クル事ヲ得ベキガ故ニ危難ハ必ス現在ナラザレ可カラズ。

五、危難ノ原因ハ天災又ハ意外ノ變ナラザル可カラズ、故ニ水火震風又ハ人爲其他動物ノ迫害ハ有形物ノ侵害等凡百ノ場合ヲ包含スルモノナル事前述ノ如シ、而モ法文上正當ナルカハ之ヲ問ハザルガ故ニ、自己ガ不當ノ行爲ニヨリ招ギシ危難ト雖急迫ナル時ハ同シク本條ノ適用ヲ受クルモノト解セザル可カラズ。

六、緊急危難ハ自己若ハ親屬ノ身体ヲ防衛スルニ出デタルコト、害ノ程度ト危害ノ種類トハ明規セサル故、如何ナル法律利益ヲ毀損スルモ亦危害ノ程度ト之ニ依テ生スベキ加害ノ程度トノ輕重ハ、之ヲ問ハズ、且又危難防衛行爲ヲ必要トセシヤ否ヤハ考査スルノ要ナシト雖モ、只有形的體軀ニ對スル危難ナラザル可カラズ、而シテ法文ニハ單ニ身体トアル故、苟モ生命、身体、名譽節操ノ如キ有形的體軀ト同一體ヲナシ離ル可カラザル關係ヲ有スル一切ノモノヲ包含スト解セザル可カ

ラズ、而モ此ノ危難タル自己又ハ親屬ニ對シテノモノナラザル可カラズ、若他人ノ爲メニ緊急状態行ヲ爲サバ、ソハ一般ノ法規ニ照シ處罰セラルベシ、之レ本條ニ明カニ規定シ、自己又ハ親屬タル事ヲ必要條件トシタレバナリ。

七、危迫危難ノ例外 ト認ム可キモノハ、即チ一定ノ職務ヲ帶ブルカ、又ハ或ル一定ノ業務ニ從事スル者他ノ法令又ハ服務規定若ハ業務ニ關スル準則ニ依リ、或場合ニ之カ危難防衛行爲ヲ爲ス事ヲ得ザルモノナリ、例ヘハ汽船海洋ニ於テ難破シタリト假定セントカ、カ、ル場合ニハ船長並ニ他ノ船員ハ、乗客ニ對シテ之ガ防衛ノ手段ヲ取り、自己先ツ逃レテ他ヲ顧ミザル如キハ、服務準則ニ從ヒ處罰セラ、ル、モノ換言セバ急迫危難行爲ヲ認メラザルモノナリ。

以上所說シタル所ニ依テ、危迫危難ノ何物タルヤニ就テ諸君ハ己ニ了解シタルナラン、著者ハ尙ホ進テ參考ニ資センガ爲メ、正當防衛トノ差異ヲ擧ゲン。

一、第二百十四條ニ規定スル所ノ正當防衛ハ正當ナル法益維持ノ爲メニ不法不當ノ迫害ヲ排除スルモノニシテ、緊急危難行爲ノ場合ハ此ト少シク異レリ、即チ緊急危難ハ法益ノ衝突(權利衝突ト云フモ可ナリ)ヲ云ヒ、而モ其ノ法益タル何レモ正當ナル利益ニシテ、兩ナガラ法規ノ受持ヲ要スルモノナリ、之レ第三百十四條

ノ正當防衛ト分別スル所以ナリ。

二、正當防衛ハ人ノ侵害行爲ニノミ對シテナス者ナレトモ、緊急行爲ハ凡百ノ危難ニ對シテウヲナス、例ヘバ正當防衛ハ暴行人ヲ殺傷スル行爲ニ限定シ、緊急行爲ハ他動物ノ迫害ヲ受ケ止ムヲ得ズ其ノモノヲ殺傷シタル場合ハ勿論、必要上其ノ動物以外ニ緊急加害爲ヲナスモ敢テ處罰セラル、モノニアラズ。

第七十六條 本屬長官ノ命令ニ從ヒ其職務ヲ以テ爲シタル者ハ其ノ罪ヲ論セズ

(解)本條ニ規定スル所ノモノハ、前條説明中佛法學派ノ引用ニ據ル實例トシテ擧ゲタル家長ト畧ホ相似タリ、官設元來本條ハ前條中ニ包含セラレ居リタリシヲ引放チテ別條トナシ此處ニ特ニ規定シタルニ過キズ、學者ハ常ニ本條ヲ指シテ權利行爲ト云フ、蓋シ、其ノ職務ノ範圍内ニ於テハ之ガ義務タルト同時ニ權利タルガ故ニ此ノ權利ヲ執行スルノ義務アルモアリ、而シテ此ノ職務執掌ニ當リ本屬長官ノ命ニ從ヒ、或ニ犯罪ヲナシタル時ヲ想像シ、カ、ル場合ニハ如何ニシテ之ヲ處罰スベキカ、又權利執行行爲トシテ不問ニ歸スヘキカ、ヲ規定シタルモノナリ。官公吏其ノ職務ヲ執行スルニ當リテハ、其ノ依ル所ニ途有ツテ存ス、一ハ職務ノ執行ニシテ、二ハ懲戒行爲之レナリ、苟モ此ノ箇ノモノハ共ニ通常職務中ニ包含

セラル、モノニシテ、職權ノ内容ヲナスモノナリ、抑モ此ノ職權ノ由來スル所固ヨリ法規ニ準據スルハ勿論ナレトモ、其ノ執掌スル所ノ職務ヲ細ニ觀察スル時ハ直接ニ法令ニヨリテ附與セラレタル職務ノミナラズ、本屬長官ヲ通ジテ換言セバ命令ニヨリテ、間接ニ法規ニ據テ執行スル場合アリトス、而シテ本條ニ所謂權利行為タルニハ、必ス本屬長官ノ命ニヨリテ犯罪事實ノ形体ヲ有スル加害行為ヲナシタル場合ノミトス、

以上概説シタルガ如ク、權利行為トシテ常ニ本條ノ適用ヲ受クベキ者ハ、本屬長官ノ命令アリタルコト、下級吏員ノ職務行為タルコト、ノ二要件ヲ具備スルモノナラザル可カラズ、左ニ二要件ニ就テ説明セン。

一、本屬長官ノ命令ハ國家事務ニシテ上級官公吏ノ權限内ニ屬スルモノナラザル可カラズ、此ノ故ニ長官ノ私用ハ命令ト云フヲ得ズ、又上長官ノ法令ニ委任セラレタル範圍ヲ超へ、一定ノ形式ヲ踏マサルモノハ、同ジク長官ノ命令タル效ナキモノトス、只此所ニ注意スベキハ、一定ノ形式ヲ具備セル手續ヲ必要トセルニ不拘、下級吏員ガ此ノ形式ヲ踏マザルモ、之ヲ執行スルモノナル事ヲ誤解シテ爲シタル場合ニ於テハ、正常ナル權利行為トシテ本條ノ適用ヲ受クルモノニアラズシ

テ、第七十七條第二項ノ罪トナルベキ事ヲ不知ヲ以テ無罪タル事はレナリ。

二、命令事項ハ形式上屬官ノ職務限内ニセザル可カラズ、之レ一定ノ範圍ニ於テノミ其ノ職務官公吏タルモノナレバナリ、然レトモ同ジク上官ノ命令ニシテ下級官公吏ノ職務ニアラズトスルモ、其ノ命令ニ絕對服從ノ義務アルモノハ、又本條ノ適用ヲ受クルモノトス、次ニ上官ノ職權内ノ事項ニ關シ、認定ヲ誤レル事ヲ知ルト雖モ之ヲ執行シタル場合ハ如何、或學者ハ意見ヲ陳述シ用キラザル場合ニ執行シタル者ナラサル可カラズ何トナレバ之レ止ムヲ得ザルノ状態ニアルモノナレバナリト言フ、乍然意見陳述ハ決シテ此等ノ責任解除タルノ條件ニアラザルヲ知レバ此ノ論ノ常否ハ判明スベモ、若シ又命令ニ假裝シテ使喚シ、下級吏員之ヲ知テ而モ執行シタル場合ニ於テハ、純然タル犯罪トシテ處罰セラル、可シ、而シテ下級吏員ノ職務職務執行タル法令處定ノ範圍内ニ於テ一定ノ形式ヲ具備セザル可カラザルハ勿論ナリ。

此處ニ説述ノ用ヲ見ザレトモ序ナレバ一言セン、上官ノ命令ニ依リタルニアラズシテ法令ニ依リ直接ニ職務範圍内ニ含マシメラレタル事ニ關シ、執行シタル場合ニハ如何、前述シタルガ如ク固ヨリ權利行為トシテ欠クル所ナキガ故無罪タル事

當然ナリ、然レトモ無罪トスルニ付テハ本條ヲ適用スル事ヲ得サルハ明カナリ、之レ本條ハ長官ノ命ニ依リタル場合ノミヲ規定シタルモノナル事、已ニ述べタル所ノ如シカ、ル場合ニハ只單ニ法令ヲ執行センカ爲メ無罪ト云リトスノ外ナシ。

第七十七條

罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其ノ罪ヲ論セズ但シ法律規則ニ於テ別ニ罪ヲ定メタル者ハ此限ニ在ラス

罪ト爲ス可キ事故ヲ知ラズシテ犯シタル者ハ其ノ罪ヲ論セズ

罪ノ重カル可クシテ犯ス時知ラサル者ハ其ノ重キニ從テ論スル事ヲ得ス

法律規則ヲ知ラサルヲ以テ犯スノ意ナシト爲スコトヲ得ス

(解)本條第一項ハ故意ノ有無ニ關スル條項ニシテ、第二項第四項ハ錯誤ノ場合ヲ規定シ、第三項ハ加重條件ノ不知ニ關スル條規ヲ設ケタルモノナリ、著者ハ先ツ讀者ニ了解ヲ易カラシメンガ爲メ第一故意、第二錯誤、第三ニ加重事故ノ不知ヲ論ス可シ。

第一故意 凡ソ犯罪ハ有責違法ノ行爲ナラザル可カラズ、其ノ行爲ヲ違法トシテ有責ナラシムルニハ、本人ニ責任能力アルノミナラズ故意又ハ過失アル事ヲ要ス

而シテ、法文中「意ナキノ所爲」トアルハ罪ヲ犯スノ意即チ故意ナキノ謂ヒニシテ、絶體ノ無意識ナルノ義ニアラズ、前第七十五條ヲ説明スルニ當リ已ニ詳述シタルガ如ク、其ノ「意ニ非ラザル」トノ意トハ其文字相同シト雖モ、字義ニ至テハ相異ルモノナリ、即チ第七十五條ノ意ハ本條ノ意ノ如ク故意ヲ指示スルニアラス、又之ガ有無ニ就テ云唯スルモノニモアラズ、唯自由撰擇ヲ制限セラレタル挾義ノ意思ヲ指シ、本條ニ於ケル意ハ故意ヲ指ス。

抑モ故意トハ犯罪ノ事實ノ認識ヲ以テ爲ス決意ヲ云ヒ、又決意ヲ伴フ犯罪事實ノ認識ヲ云フ、此ノ二者ハ共ニ故意共ノモノニ付テノ意義ナレドモ、決意ト認識ト何レカヲ主トシテ觀察シタルヨリ、カクノ如ク相異ル所ノモノトナルニ過ギズ、而シテ事實ノ認識トハ行爲ニ法律的效果ヲ聯結スルノ原由トナルヘキ事實ノ豫見換言セバ意思ノ發動ニ連結スヘキ結果ノ豫見之ナリ、此ノ結果ノ豫見タル固ト結果ノ觀念ト、之ヲ意思發動トニ連結スルノ觀念トヲ以テナル、故ニ若シ一定ノ動靜ヲ刑罰加重條件トナス時ハ、其ノ動靜ニ付キ觀念ヲ有スルニアラナレバ、加重セラル可キ犯罪ノ故意アリト云フヲ得サレドモ、通常犯罪ノ故意タルニハ差支ナキモノトス、此ノ場合ハ即チ本條第三項ニ規定スル所ナリ。

以上ノ説明ハ學者ノ所謂觀念主義乃至豫見主義ノ犯意論ト云ヒ、犯罪事實ノ觀念ノ外尙ホ犯罪事實ノ希望アルニ非ラザレハ犯罪ノ故意成立セズトスル說ハ之ヲ希望主義乃至意欲主義ノ犯意論ト云フ、然レトモ著者ハ之ニ贊セズ。
故意ハ夫レ右ニ述ベタルガ如キ體質ヲ供フルモノナレドモ、之レガ體様ハ一ニシテ止マラズ今左ニ之ヲ述ベシ。

動意ヲ大別シテ二トナス、一ハ確定ノ故意ニシテ一ハ不確定ノ故意ナリ、而シテ其ノ之ヲ分ツノ根源ハ即チ犯罪事實ノ觀念ノ確定不確定ニ從伴ス、詳言スレバ犯罪事實ノ認識(結果ノ豫見)ノ内容タル、結果ノ觀念ト之ヲ意思發動ニ連結スル所ノ觀念トノ確定ナルト、不確定タルトニヨリモ各別箇ニ此ノ二ノ何レカノ故意ヲ成立セシム、此ノ二箇ノ故意ル固ヨリ犯罪事實ノ觀念ニ由來スルモノニシテ、其ノ觀念ノ確定不確定ニヨリテ定マルモノナルガ故ニ、兩個ノ觀念ノ相容レザルモノアル事明カナリ。

而シテ學者ハ此ノ二大別ノ外、更ニ不確定ノ故意ヲ三分シテ、(一)概括ノ故意、(二)擇一ノ故意、(三)未必ノ故意トナセリ、(一)ハ事實ニ對スル觀念ガ概括的ノミニ確定スベキ場合、例ヘハ人ヲ殺サントノ決意ヲナシタル者ノ如キ、何人ヲ問

ハズ只單ニ人ヲ一種ニ對スル概括的觀念ノ許ニ確定セラレタ決意ノ如キ即チ是レナリ、(二)ハ數多ノ事實中何レカ實在スベシトノ觀念ニヨリ成立スル場合、例ヘバ多數ノ人集合セル場所ニ向ヒ、石ヲ投ジテ歐打セントスル時、即チ何レカニ歐打ナル結果ノ生スベキヲ豫見セル時ニ於テハ、此ノ概括ノ故意一名一般ノ故意ニ存立スベシ、次ニ(三)ノ場合ハ犯罪事實ノ必在(殊ニ結果ノ必成)ヲ期セスシテ、之ヲ存シ得ベシ又結果ノ生ズベシト爲スニ止マルトキハ、犯罪事實ニ付テ未必ノ觀念アルモノトス、而シテ事實ノ實在スルモ其働作ヲ止メタルノ觀念アル時ハ、之レ此ノ故意ヲ成立セシムルモノトス、例ヘバ或家ニ放火セントスルニ當リ、其ノ戸締ノ嚴重ナルヲ見、之レ空家ナラント考ヘ又或干物等アルガ爲メ住居人アラントモ考ヘ、半信半疑逡巡ノ上、好シ住居人アルモ放火セントノ働作ヲ止ムルノ意思ナキ場合ニハ此ノ未必ノ故意ノ存在スル事ヲ認メ得ベシ。

以上ノ四種ハ故意ヲ心理上ヨリ分類シタル者ナレドモ、更ニ之ヲ意思發動(行働)ノ上ヨリ之ヲ分類スルトキハ、作爲不作爲ノ故意トナルヘシ、或學者ノ所謂有意犯無意犯ナルモノ之レナリ、之レ犯罪行爲ハ常ニ積極的行爲ト消極的行動トノ何レカニ依ラザルベカラザルモノナレバナリ。

一、作爲犯ノ場合ニ於テ自己ノ意思發動ガ結果ニ聯結セラルベキ所ノ觀念ト犯罪事實タル結果ノ觀念トヲ包含セル結果ノ豫見ナカル可カラズ、而シテ結果ノ豫見タルベキ行動ト結果ノ聯結セル觀念トハ、此ノ行犯ノ場合ニ於テハ即チ因果關係ノ親念ニシテ更ニ詳言セバ、自己ノ意思發動ニヨリ結果タル事實ノ表ハルベキヲ豫知スルノ觀念ヲ云フ、例ヘバ人ヲ殺サントシテ刀ヲ抜キ之ヲ斬ラントスル場合ニ、刀ヲ以テ斬ルノ行爲ハ即チ意思ノ發動ニシテ、斬レバ死テフ結果ノ表ハルベキ關係ヲ指シテ因果律ト云フ、死犯罪事實ノ結果ナリ、此處ニ指示シタル此ノ因果關係ノ觀念ハ即チ行犯ニ於ケル故意ナルモノナリ、故ニ死テフ結果ヲ豫見セズ只人ヲ斬ル場合ニハ或條件ノ下ニ人命犯ノ未遂犯ヲ成立セシムルカ、否ラザレバ、結果犯ヲ成立セシムルモノナリ。

二、不作爲犯ノ場合ニ於テ外國ノ進行ニ放任シ之ヲ遮斷スベキ行爲ヲ爲サマルガ爲メニ或結果ヲ完成セシムルニ至ルコトヲ認識スルヲ謂フモノニシテ、此ノ認識ガ即チ不行犯ノ故意ナリ、學者ノ常ニ引例スル事實ヲ取テ參考ニ資セン、今汽車ガ疾走シ來レルニ際シ、墜落セル橋梁ノ信號係、自己ノ職務ヲ利用シ之ヲ顛覆セシメンガ爲メ、危險ノ信號ヲ爲サマリシガ爲メ、汽車ハ橋梁ヨリ顛倒シテ徹底

トナレリ、此場合ニ於テ信號係ガ危險テフ信號ヲナサマリシトノ消極的行爲即チ不作爲ニシテ、此ノ靜止ノ状態ニ出來スベキ觀念ト、之ヲ爲サマルニ於テハ汽車ハ墜落スベシトノ事實ガ此ノ犯罪ノ結果ナリ、此ノ結果ノ觀念トガ、所謂不作爲犯ノ故意ヲ形成ス、而シテ此ノ結果ト行動ヲ取ラザリシ靜止トハ其ノ關係ニ於テ、因果ノ連鎖ナシ、外國ノ進行因果ヲ遮斷セザルガ爲メ、引例ニ付テ云ヘバ、汽車ノ疾走ハ因ナリ、墜落ハ果ナリ、此ノ因果ヲ遮斷スベキ行爲ノ信號ナリ、故ニ約言セバ、外國ノ物界ノ因果關係ヲ遮斷セザル觀念ト、之ニ伴フ決心トガ相包含シテ初メテ不行犯ノ故意ヲ成立セシムルモノナリ。

以上ハ之レ各種ノ場合ニ於ケル故意ヲ列示詳解シタルニ過ギズ、既ニ故意ハ如此モノナルガ故ニ其ノ結果トシテ、(一)犯罪ノ故意ハ行爲ニ對スル法律上ノ效果ヲ認識スルヲ要セズ、何トナレバ法ハ或事實ニ適用セラル、ニ過ギザルモノニシテ事實其物ニ包含セラル、モノニアラズ、然ルニ犯罪タル結果ノ豫見ニ依テ成立スル一ノ事實ニ過ギザルモノナルガ故ニ、之ヲ別箇ノ適用法文ヲ認識セザルモノ謂フ以テ故意アラズト云フヲ得ズ、(二)犯罪ノ故意ハ亦主觀的事實ヲ認識セザルガ爲メ成立セサルモノニアラズ、何トナレバ先キニ故意ノ要件ヲ列舉シタルガ如ク、

故意ニ自己ノ身分年令ノ認識ヲ必要トセザルモノナレバナリ、(三)又犯罪要素ニ
 アラザル事實ノ認識ヲ必要トセス、例令バ殺人犯ノ場合ニ其ノ對人ノ年齢容貌職
 業地位等ノ事實ヲ認識セルモ、苟モ人ヲ殺スノ觀念ニ對シテハ、只人タルヲ認識
 スレバ可ナリ。

一、予謀ト故意トノ關係 故意ニ就テハ最早諸君ノ了解スベキ程度迄説了シタリ
 然レトモ認識ヲ伴フ決心ヲ故意ナリト謂ヒシノミニテハ、豫謀トノ差別ニ困難ス
 ベシ何トナレバ豫謀モ決意ヲ伴フ認識タルニ相違ナクレバナリ、故ニ著者ハ諸君
 ノ爲メニ之ヲ明瞭ナラシムルノ義務アルガ故ニ此處ニ一言スベシ、夫レ故意ハ一
 時ノ精神上ニ及ボス激動ニ因テ傷害ノ決意ヲ惹起スルモノニシテ、外圍ノ刺戟ト
 決意トノ間何等ノ觀念ノ介在セザルヲ云ヒ、豫謀トハ之ニ異ナリ多數ノ觀念力互
 ニ競争シ、他ヲ排除シテ決意ヲ形成スルヲ云フ、而シテ此ノ觀念ノ競争ハ法語ニ
 放テハ熟慮ト云フ此ノ熟慮ハ決意ノ前後タルハ豫謀タルニ影響ナシ、何トナレバ
 令人ヲ殺害セントスル者、怨恨、嫉妬、利害、道德等ノ情力又ハ觀念ガ相互ニ競争
 シ、然ル後決意スル場合ハ即チ豫謀アリト云フヲ得ベシ、又一段決意シタル後ニ
 於テ如何ニシテ如何ナル方法或ハ手段ニ依テ之ヲ殺サン乎ノ副タル決意(假リニ

之ヲ名付ク)ヲナス事アリ、此ノ手段ニ對スル決意ハ故意ト云フ事ヲ得ザルハ故
 意說明ト此ノ引例ノ場合トヲ比較セバ明カナラン、學者ニヨリテハカ、ル場合ニ
 ハ手段ノ決心ヲナシタル時初メテ豫謀ナルモノハ形成スルモノニシテ、如何ナル
 場合ニテモ必ス最後ノ決意タラザル可カラズト云フモノアレトモ、ソハ一理アリ
 テ少シク穩當ヲ失スルモノト云ハザル可カラズ、何トナレバ數多ノ觀念ノ競争ヨ
 リテ決意セラレタルモノガ、尙ホ更ニ手段ニ就テ觀念ノ競争ヲナシ決意スル時ハ
 豫謀ナルモノハ己ニ殺人行爲ヲ決行スベキ、決意ヲナシタル時ナラザルベカラザ
 レバナリ、故ニ豫謀ナルモノハ最後ノ決意ノミニモアラズ、又豫謀後尙豫謀アル
 事ヲ妨グズト信ズ。

二、動機ト故意トノ關係 精神ヲ激動シ刺戟シ以テ決意ヲ促シタル觀念ハ之ヲ動
 機ト云ヒ、又法術語上遠因トモ云フ、動機ハ常ニ決意ノ原因ニシテ分リ易ク云ヘ
 バ決心ノ理由タルモノ即チ是レナリ、然モ犯罪ニハ例外ノ場合ヲ除ク外凡テ此ノ
 故意ノ存在ヲ必要トナスモノナレドモ、法文中何々ノ目的ヲ以テ又ハ何々ノ爲メ
 ニ何々ヲ圖リ等ノ文字アル場合ニ於テハ、動機モ亦一ノ罪素タルヲ失ハズ法律ハ
 時トシテ他ノ意味ニ使用スル場合アル故注意スベシ。

抑モ一犯罪事實ニ於テ觀察スルニ、結果ノ原因ハ決心ナリ、決心ニヨリテ意思發
 動ヲ來タシ結果タル事實此處ニ表ハル、而シテ決心ノ原因ハ何カ、例ヘハ人ヲ殺
 シタルモノニ就テ云ハ、故意ヲ促シタル動機トハ何カ、更ニ換言セバ何ノ爲メ
 ニ何ノ目的ニテ人ヲ殺シタルカノ問ニ答フルモノ即チ決心ノ原因ナルベシ、或ハ
 嫉妬ノ爲ニ或怨恨ノ爲ニ又利慾ノ爲ニ殺シタルモノナリト云ハ、其ノ嫉妬、怨
 恨、利慾ハ即チ決心ノ原因ナラン、此ノ原因ヲ稱シテ動機ト云ヒ、結果ノ原因タ
 ル決意ノ原因ナルガ故之ヲ結果ノ方面ヨリ觀察シテ遠因ト名付ケタルニ過ギズ、
 第二過失 過失トハ認識シ得ルベキ事實ヲ認識セザルヲ云フ、而シテ罪責ヲ生ス
 ベキ過失ハ其ノ依テ來ス所ニ途アリ、一ハ現在ノ事實ヲ認識セザル場合ニシテ他
 ハ意思發動ニ伴フテ生ズベキ結果ノ認識ヲ欠ク場合即チ之ナリ、少シク注意ヲ拂
 フ時ハ事實ヲ認識シ得ラルベキニ拘ハラス行爲ニ隨伴スル事實ノ認識ヲ缺キタル
 モノヲ云フモノナルガ故ニ、全然意思欠缺セル術語名ノ無意ノ動靜トハ異ナルモ
 ノナリ、例ヘバ人ヲ鹿ナリト信シテ銃殺シタル場合ノ如キハ認識スベキ結果タル
 事實ヲ認識セザリシモノナリ、然レトモ此場合ニ於テ若シ認識シ得ベカラザル狀
 況ニ在ル時ハ過失ヲ以テ問フ事ヲ得ズ、或學者ハ此ノ場合ヲ不可抗力ト名付ケタ
 リ。

如此認識シ得ベキ場合ニ認識セザルハ、注意ノ欠缺ニ起因ス、然ラバ其ノ注意
 ノ標準ハ之ヲ如何ニ定ムベキヤ、此ニ付テ三箇ノ學說アリ、左ニ摘記シテ參考ニ
 資セン、

第一說抽象的標準說 此ノ說ニ從フ時ハ凡百ノ人或一定ノ場合ニ、幾何ノ注意ヲ
 拂フベキヤヲ標準トシテ其ノ注意ノアリシヤ否ヤヲ定ムルモノナリ、此ノ如ク標
 準ヲ定ムル時ハ日常注意深キ者ト、輕卒ナル者トノ間ニ非常ナル不公平ノ結果ヲ
 生ズ何トナレバ深重ナル人ハ眞實過失アリタル場合ニ於テモ尙ホ普通ノ注意ニ匹
 敵スル場合常ナル可シ、爲メニ過失アルモ其責任ヲ負フ事殆ントナカルベシ、然レ
 トモ輕忽ナル性質ノ者ニ至テハ即チ然ラバ、日常ノ注意ハ勿論、自己ノ全力ヲ注
 テ大ナル注意ヲ拂ヒシ場合ニ於テモ尙ホ普通人ノ通常ノ注意ニ劣ル可キ場合アラ
 ン、如此場合ニ於テハ輕忽ナル者ハ實際注意ニ注意ヲ加ヘタルニ不拘、過失ニ對
 シテ常ニ歸責セラルベシ、此レ輕忽ナル者ニ對シテ不能ノ事ヲ強ユルト一般其ノ
 不權衡ヤ知ルベシ、

第二說具體的標準說 此ノ說ニ從ヘバ、各人ノ注意ヲ標準トスルモノニシテ、一

定ノ場合ニ於テ果シテ本人ノ爲シ得ベキ注意ヲ拂ヒシヤ否ヤニ依テ責任ヲ定ムルモノトス、故ニ此說ニ從フ時ハ常ニ慎重ナル者ハ普通人ノ注意ノ程度ト同等ナル結果ヲ過失ニヨリテ生ゼシメシトスルモ、尙ホ過失ノ責ニ任セラルベク、普通人ノ過失輕忽者ノ最モ注意ノ上生ジタル過失ニ優ル可シ、而シテ常ニ其ノ責ヲ歸セラルベシトセバ輕忽者ニ利ニシテ沈重謹慎ナル者ニ薄シト云ハサル可カラズ、此處ニ於テカ第三說ノ表ハレタル所以ナリ。

第三說折衷說 本說ハ第一第二說ヲ折衷シタルモノナリ即チ其ノ標準ハ、物界ノ存在狀況ノ如何ニ就テハ抽象的客觀的注意ヲ標準トナシ、本人ニ付テハ具體的主觀的注意ヲ標準トナス、換言平易ニ言ヘバ前者ハ常識ヲ以テ注意シ能フベキ程度ニアリタルヤ否ヤヲ判斷シ、後者ハ本人ガ果シテ注意ヲ取リシヤ否ヤニ付人ノ知能ニ依リテ之ヲ判定スベキモノトス、故ニ其結果トシテ第二說ト異ナラズト雖トモ、之ガ公平ノ規定ヲ設ケ權衡ヲ失モサラシムル事至難、否不能ト云フヲ得ベシ、現行刑法典ニ於テ採用シ規定シタルモノハ即チ此第三說ニ依ル。

次ニ過失ニシテ過失ニアラズ、故意ニシテ故意ニアラサル一種混合犯罪アリ、學者之ヲ名付テ結果犯ト云フ、或學者ハ單ニ認識アル過失ト認ムベキ過失トヲ別チ

認識アル過失ハ自己ノ認識シタル以外ノ結果内部又ハ外部ノ事情ニヨリ發生シタル場合ヲ云フ、斯豫見シタル事實ヨリ、ヨリ以上ノ結果ヲ生ジタル場合ニ於テハ認識以外ノ事實ノ偶發セル結果ニ對シテモ豫見シタル事實ト俱ニ歸責セシムルモノナリ。

第三錯誤 錯誤ハ觀念ト對象トノ齟齬ナリ、觀念トハ五官ノ媒介ニ依リ一度腦裡ニ印象セラレタル現象ヲ或機曾ノ爲ニ再ヒ現出スルモノヲ云フ、對象トハ此觀念ヲ以テ更ニ感官ノ介在ニヨリテ物界ノ或物ニ比スベキ心裡ノ作用ニ外ナラズ、而シテ錯誤ヲ分別シテ二箇トス、一ハ事實ノ錯誤ト云ヒ、又一ハ法律ノ錯誤ト云フ著者モ多數學者ニ倣ヒテ之ヲ二箇ニ分別シテ、其ヲ詳説スベシ。

一、事實ノ錯誤 トハ本人ノ知ル所ト其ノ指ス所ノ現象ヲ云フ場合ニシテ、實在スル事實ヲ認識セズ、又ハ實在セザル事實ヲ實在スト認信スルガ如キヲ云フ、而シテ事實ノ錯誤ヲ法定事ニ關スル錯誤、具體的事實ニ關スル錯誤トニ分別ス。
(甲)法定事實ニ關スル錯誤ノ場合、此ノ場合ハ法律ニ於ル抽象的ニ「何々ヲ爲シタル時ハ」又「何々ヲ行ヒタル時ハ」ト法律的ノ效果ヲ連結スベキ爲ニ特ニ指定シタル事實ヲ認識又ハ幻覺スル場合ヲ指ス、而シテ法定ノ犯罪事實ガ實在スル場

合ニ、之ヲ認識セザル時ハ結果ノ發生ヲ全ク豫期セザルノミナラズ、且事實ニ對シテ行動ヲ取りシモノト云フ事ヲ得ズ、此ノ場合ニハ犯意ナキモノナルガ故ニ過失犯ヲ成立セシムル場合ナル可シ、又加重條件タル事實ニ對シテノミ認識セズ幻覺スル時ハ、只其ノ加重事實ニ對シテハ加重原因ノ犯意ナキモノトシテ故意ノ成立ヲ認めズ、縱令ハ人ヲ殺サントシ誤ツテ尊屬親ヲ殺シタル場合ノ如キ、親タルガ故ニ加重セラルベキ犯意ナキモノトシテ、責任ヲ負フコトナシ、次ニ幻覺ノ場合ニ於テハ時トシテ幻覺シタル事實ノ未遂犯ヲ成立セシムル場合アレドモ、其ノ他ノ場合ハ必ス目的タル事實ノ不在ナルガ故ニ、歸責セラル、事實ナシ、又現實ニ實現シタル事實ト、具體的ニ本人ノ觀念シタル事實トノ間ニ於テ、錯誤ノ生シタル場合ニ、何レノ事實モ各法條ノ一ニ該當スル時ハ、一定ノ條件ノ下ニ之レ又觀念シタル未遂犯ヲ成立セシムルカ、否ラザレバ現實ノ事實ニ對スル過失犯ヲ成立セシムルモノトス、(乙)具體的事實ニ關スル錯誤ノ場合、此ノ場合ハ抽象的概括的觀念ニ於テ同一ニシテ觀念ト現在事實トニ於テ只其ノ目的物ヲ異ニシタル場合ナルガ故ニ、錯誤ヲ生シタル点ハ只甲ヲ殺サントシテ、乙ヲ殺シタル場合ナルガ故ニ、概括的ニ之ヲ觀察セバ苟モ殺人タル行爲ニ欠クル所ナク、全然法定事實

ニ符合スルモノニシテ、特定ノ人ナラナリシコトノミニ止マル、故ニ殺人タル犯意ニ付テハ故意アリト云フヲ妨ゲス。

此等ノ場合ニ關シテ錯誤ガ故意ヲ退却シ、犯罪ヲ不成立ニ終ラシムルヤ否ヤニ關シテハ左ニ摘記スル三箇ノ學說アリ。

第一說本人ノ觀念シタル事實ト、現實ノ事實トハ其ノ目的トナリタルモノニ相違アリテ特定行爲ヲ完成セサリシト雖トモ、何レモ同一ナル種類ニシテ、概括的ニ法定事實中ニ包含セラルベキモノナレバ、刑法所定ノ事實タル性質ニ於テ少シモ異ナル所ナキガ故ニ故意アリトシテ其ノ行爲ヲ成立處罰スルニ支障ナキモノトスベシ、甲人ヲ統殺セントシテ發砲シタルニ乙人ヲ殺シタル場合ノ如キ即チ之レナリト。

第二說 觀念上ノ事實ト實在ノ事實トノ間ニ具體的ノ相違アルモ、其相違ガ犯罪タルノ要点ニ關スル事項ナル時ハ假令法律上客觀的方面ヲ具足スルモ、故意アリト云フヲ得ズ、從テ其ノ行爲ノ成立ヲ阻害スルモノトス、此處ニ要點ト稱スルハ或事實存在スルナラバ又實在セザルナリ、其ノ事ヲ行ハズトノ意思ヲ緊ラシムル所ノ條件即チ之レナリ、例ヘバ親愛ナル乙ヲ友ナラバ之ヲ殺スニ非ラザリシニ

甲タル仇敵ト思ヒ誤リテ之ノ行爲ヲ決行セシナリトノ場合ニハ、仇敵タル事ガ殺人行爲ノ要點ナリ、故ニ抽象的人命犯トシテ處罰セラル、ハ當然ナレトモ、自己ノ觀念ニ印押セラレタル事實ニ對スル犯罪ニ對シテハ、具體的ニ目的物ノ錯誤アリタル場合トシテ、乙ヲ殺シタルノ責ニ任セザルモノナリ、此ノ理論ヲ推シテ以テ論セバ實際問題ニ對シ敢テ差支アル事ナシ。

第三說 此ノ說ハ錯誤ヲ分チテ目的物ノ錯誤及行爲或ハ手段上ノ錯誤ノ二トス、而シテ目的物上ノ錯誤ハ、認識シタル事實上ノ目的物ニ對シ、豫期シタル結果ヲ生ズルモ其目的ノ實質ニ付テノ判斷ヲ誤解シタルニ起因ス、故ニ物質的具體的ニ之ヲ觀察セバ本人豫見シタル結果タル事實ハ表顯セラレタルモノナルガ故、之ニ對シテ故意ノ存スルコト明カナリ、例ヘバ甲ヲ乙ト誤解シテ殺害シタル場合ノ如キ是ナリ。

手段上ノ錯誤ハ其ノ結果タル、目的物タル事實ノ認識ヲ誤リタリト同一ニ歸スルモノナドモ、其間ノ消息ニ於テハ全然異ナレリ、即チ此ノ場合ニハ、觀念ノ向フ所ノ目的物ト別異ノ目的物ニ豫期シタル結果ノ發生シタル場合ニシテ、目的物上ノ錯誤ニアラズシテ只或外部ノ故障ノ爲メ本人ノ豫期セザル結果ノ表ハレタルニ過ギズ、例ヘバ弓ヲ以テ人ヲ殺サントシ矢ヲ放チシニ風力ノ爲メ其ノ進路ヲ妨ゲラレ爲メニ他人ヲ殺シタル場合、或ハ本人ノ技能拙劣ナルガ爲メニ意外ノ人ヲ射殺シタル場合ノ如キ、常ニ本人ハ觀念ニ存スル事實ニ對スル罪ノ未遂犯ヲ成立セシムルニ止マリ、決シテ發生シタル結果ニ對スル故意アリト云フヲ得ザル可シ故ニ之カ罪責ヲ負フ事ナキ自明ノ理ナリ、而シテ上三箇ノ學說中通常第三說ハ最モ汎ク唱道セラル。

二、法律ノ錯誤法律ノ錯誤ハ實在ノ法則ヲ實在セズトシ又實在セザル、法則ヲ實在スト認識シ又ハ幻覺スル場合之レナリ、而シテ此ノ場合ハ(一)自己ノ行爲ヲ有責違法ノ行爲タラシムヘキ法則ニ付テノ錯誤、(二)犯罪事實又ハ刑罰加重條件タル事實ヲ規定セル法則ニ付テノ錯誤ノ、二箇ニ分別シテ説明スベシ、

(一)ノ場合 二於テハ多ク言フヲ用セス羅馬法ノ格言ニモ、錯誤ハ行爲者ヲ利セス又錯誤ハ犯罪ヲ不成立トナスノ力ナシ、トノ言誠ニ深理ヲ含メルモノト云フヲ得ベシ、即チ此ノ場合ハ法則ノ實在スルヲ實在セスト認識シタル場合換言セバ事實ニ適用スヘキ法則ヲ知ラザル義ニシテ、不知ヲ以テ罪責ヲ免ル、事ヲ得ズトノ謂ヒナリ、又法則實在セザルヲ實在スト幻覺シタル場合ニ於テハ、其ノ行爲ヲ違

法ヲラシメ犯罪ヲ成立セシムルコトヲ得ス、何トナレバ正當行為ヲ有責違法ナリト誤信シタリ、トハ云ヘ事實正當行為ナルガ故ニ之ニ刑罰ヲ付スベキ理由ト、法規ノ有ラザレバナリ、羅馬ヲ特ニ成立セシムルノ力ナシ、ト宜哉一言ニシテ萬言ニ優サリ、言ヒ儘シテ餘蘊ナシ。

(二)ノ場合 有責違法ノ行為ヲラシメ又ハ刑罰加重ノ條件ヲ規定シタル其ノ事實ノ原因タル法律關係ノ不識ハ、以テ犯意ヲ忘却シ犯罪ヲ不成立ニ終ラシム、例ヘバ、現行民法ニ依レバ賣買ノ效力ハ登記スルニアラザレバ、第三者ニ對抗スル効力ヲ有セザレドモ、當事者間ニ於テハ合意ト共ニ權利ノ移轉スルヲ誤解シ、登記セザル間ハ尙ホ自己所有ニ歸セルモノトシ、之ヲ他人ニ賣渡シタル場合ニ於テハ如何、之ノ刑法ニ於テ冒認罪ヲ認メ、他人ノ所有物ヲ賣却スル者ヲ罰スルト雖トモ、其ノ權利ノ移轉セルヤ否ヤハ一ニ民法ノ規定ニ依テ定マルモノナルガ故ニ其ノ之ヲ知ラザルガ爲メ又ハ誤解シタルガ爲メ、爲シタル犯罪ハ、某ノ犯罪事實ノ原因タル所有權如何ノ規定ニヨリテ定マル、上ニ述べルガ如キ場合ニ於テハ、常ニ意アラザルモノシテ、犯罪ヲ成立セシメタルモノナリ。

以上故意 錯誤、過失ノ三箇ノ場合ヲ論述シ了リタリ、而シテ本條第一項前段ハ故意ナキ場合ヲ規定シ犯意ヲ阻却スベキ錯誤及過失ノ特ニ規定セラレタル時ノミ刑罰ヲ科スルモノナルコトヲ其ノ後段ニ規定シタルモノナリ、又第二項第四項ハ共ニ錯誤ノ場合ヲ規定シ、前者ハ事實ニ(錯誤事實ノ不知詳言セバ實在セザル事實ヲ實在スト幻覺シ或ハ實在スル事實ヲ實在セズト誤信シタル場合)ヲ規定シ後者ハ法律不知ノ場合(法則ノ實在ヲ實在セズト誤信シ、實在セザル法則ヲ實在スト幻覺シ又ハ各法條ニ前提タル原因ノ規定ヲ誤解シタル場合)ヲ規定シタルモノニシテ第三項ハ例ヘバ甲ヲ殺サントシテ親ヲ殺シタル場合ニ於テ、親タルハ刑罰加重ノ條件ナレトモ、殺人行爲ノ際之ヲ認識セザル時ハ、刑ノ輕キ普通殺人罪ヲ以テ問ヒ、又竊盜スル故見張セヨト言ハレ、見張ヲナシ居リシニ、賊ハ強盜ヲ働ケリ、カ、ル場合ニハ強盜ノ從犯トシテ重キ刑罰ニ處スルヲ得ズトノ旨ヲ規定シタルモノナリ。

第七十八條 罪ヲ犯ス時知覺精神ノ喪失ニ因テ是レヲ辨別セザル者ハ、其ノ罪ヲ論セズ

(解)夫レ犯罪ハ無意識ノ動作ニアラズ、又只意思ノ存在セルノミ行動ニアラズ自由ヲ制限セラレタル意思ノ發動ニアラズシテ、全ク決意ヲ伴フ犯罪事實ノ認識ヲ

ナシタル意思ナカル可カラズ、而モ此ノ意思ニシテ内部生理上又ハ外部壓迫ニヨリ精神作用ニ障礙ヲ來タシ五感ノ知神經完全ナラサル場合又ハ全然缺損シタルモノナル時ハ、辨識力ナキ者トナシ、其罪ヲ問ハザル事ヲ規定シタルモノ即チ本條ナリ、

然レトモ此等精神作用ノ缺損シタル者ノ中ニモ一、精神病者ニ、夢幻中ノ行動三狂醉中ノ行動四、或種ノ過度ノ感激等アリテ、故障ノ種類亦一ニシテ止マラズ、或ハ病的ナルト又非病的ナルト人爲的ナルト生理的ナルト、將タ喪神ノ持續的状況ニアルト一タルトヲ問ハズ、苟モ知覺欠缺ニヨリ辨別力ナキ者ハ、其ノ間ニ犯シタル犯罪行為ニ對シテハ、凡テ無責任タリ、故ニ此等ノ無責任ノ状態カ、本人ノ責ニ歸スベキ事由ニヨリテ生シタル時ト雖トモ、亦責任ヲ負フモノニアラズ、然レドモ責任能力アル場合ニ爲シタル行動カ、己ニ述ベタル如キ無責任ノ状態ニ於テ爲ス行動ニ對シ原因タル時ハ、依リテ生シタル結果ヲ客觀的ニ前行動ニ連結シ、歸責セシムルモノナリ、之レ少ク穩當ヲ欠クガ如ク見ユレトモ、其ノ全體ヲ一括シテ之ヲ仔細ニ觀察スル時ハ敢テ怪ムニ足ラザルノ理由ヲ悟ルベシ、例ヘハ臆病ナル者人ヲ殺サントシテ殺ス事ヲ得ズ、自ラ精神興奮錯亂ノ状態ニ陥ラシメ

ラシメントシテ、大酒ヲ仰ギ熟醉シテ後決行シタル者ノ如キ適例ナリ。

又犯罪ノ前後ニ於テ、喪神ノ状態ニ陥ルモ罪ヲ犯ス時辨識力ヲ備ヘル者ハ其ノ責ニ任セサル可カラサル事ハ法文上理論上明カナリ、而シテ此等ヲ判定スルノ困難ナルハ健康者ト不健康者トヲ分ツ事ノ困難ナルト同ジク、只常識ヲ以テシテハ之ヲナス事ヲ得ズ、宜シク専門ノ醫術家ノ鑑定ニ委ネサル可カラザルナリ。

第七十九條 罪ヲ犯ス時十二歳ニ滿サル者ハ其罪ヲ論セズ但シ滿八歳以上ノ者ハ情狀ニ因リ滿十六歳ニ過ギサル時間之ヲ懲 場ニ留置スルコトヲ得

(解)本條並ニ第八十一條ニ至ル法條ハ精神ノ不成熟者トシテ全然又ハ幾分ノミノ責任ヲ負ハサル者ノミニ關ス、抑モ精神ノ不成熟者ヲ分チテ攻法學上ニ大別ス、一ハ精神發育不充分ナル者、二ハ精神ノ發育ヲ妨ゲラレタル者之レナリ、而シテ本條乃至第八十一條ハ前者ヲ、第八十二條ハ後者ノ場合ヲ規定シタルモノナリ。

熟各國法制ヲ見ルニ丁年未滿ニ對シ、刑罰ヲ科スルニ付テ各責任年齢ヲ規定セサルモノナシ、然レトモ其年齢ノ標準ハ氣候風俗習慣等ニ依リ敢テ一定セズ、第一主義ニ於テハ一生ヲ二期ニ分チ責任ノ有無ヲ決ス、第二主義ハ一生三期トス、一ハ無責任ニ辨識力ノ有無ニ依ル、無責任並ニ輕減、三ハ全責任アリトナシ、第三

ノ主義ハ四期ニ分チ、一ハ全然無責任、二ハ辨別力ノ有無ニヨリ無責任又ハ最減等、三ハ普通減等、四ニ至テ初メテ全責任ヲ負フモノトセリ、吾ガ現行刑法典ハ即チ第三ノ主義ニ從フテ規定シタルモノナルコト明カナリ。

本條ハ第一期即十二歳未満ノ幼者ハ、知能發育最モ不充分ニシテ辨別力ニ乏シク殆ント欠缺ノ状態アルヲ以テ仮令犯罪行為ヲナスト雖トモ、必スシモ惡意アリテノ故ニアラスシテ、多クハ惡戯ヨリ生スル場合トス、是ノ故ニ刑法ハ之ヲ不問ニ附シ、敢テ犯罪トシ刑罰ヲ科セサルナリ、然レドモ八歳以上ノ兒童ニシテ家或ハ朋友其他四邊ノ狀況ヲ鑑ミ、又其ノ知能ノ發達如何等ノ諸多ノ事情ヲ綜合シ、適當ナラスト認ムル者ハ滿十六歳ニ滿サル期間内之ヲ懲治場ニ留置セシム、然レトモ留置場ハ監獄ト異ナルモノニシテ、留置ノ宣告ヲ受ケタリトスルモ、又留置セラレシトスルモ、決シテ犯罪タルガ爲メ科罰ノ主義ニ依テ之ヲナスモノニアラズ、全ク此等ノ少年ヲ改過遷善ノ目的ヲ以テ訓誨教導スルガ爲メ之ヲ留置スルニ過キズ。

第八十條 罪ヲ犯ス時滿十二歳以上十六歳ニ滿サル者ハ其所爲是非ヲ辨別シタルト否トヲ審案シ辨別ナクシテ犯シタル時ハ其罪ヲ論セス但情狀ニ因リ滿二十歳ニ過キ

ザル時間五ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得

若シ辨別アリテ犯シタル時ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ二等ヲ減ス。

(解) 本條ハ第二期年齢者並ニ之ガ科罰ノ方法ヲ規定シタルモノニシテ、十二歳以上十六歳未満ノ者ハ、事實ニ付キ善惡正邪並ニ結果ヲ隨伴スル行動ニ付キ是非ノ辨別力アルヤ否ヤヲ調査シ、而シテ知能稍發達シ、其ノ辨別力アリテ而モ尙ホ犯罪行為ヲナシタル場合ニ於テハ之ニ刑罰ヲ科スヘキハ勿論ナリ、然レトモ年尚幼ニシテ分別定マラズ、稍トモスレバ一時ノ激情ニヨリ前後ノ關係ヲ忘レ、意外ナル犯罪ヲ犯スモノハ實上往々之レ有ルヲ豫メ察シ、此事情ヲ諒シテ本刑ニ二等ヲ減スルモノトス、而シテ明カニ法上有恕トアルハ、法定上ニ於テ其ノ罪ヲ寬容スルノ意ナルガ故ニ、他ニ如何ナル事情アルトキモ必ス裁判官ハ二等ヲ輕減スル義務アルモノトス、次ニ若シ犯人ニシテ辨別力ナキ幼稚ノ頭腦ナル時ハ其ノ罪ヲ問ハサル事理論上明文上明カナリ、然レトモカ、ル不良ナル危險ナル少年ヲシテ社會ニ放置スルハ、甚ダ安寧保持ノ上ニ於テ穩當ナラズト思意スル時ハ滿二十歳ニ至ル迄ノ間ニ於テ、適當ト認ムベキ期間懲治場ニ留置シ社會ト分離セシム、但シ懲治場ハ犯罪拘禁ノ監獄ト異ナル事ハ、前條說明ニ於テ了知シタルナラン。

第八十一條 罪ヲ犯ス時十六歳以上二十歳ニ滿サル者ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減ス。

(解) 本條ハ第三期年齢ヲ規定シタルモノ者シテ、滿十六才以上二十歳未滿者ハ知能ノ發達シテ辨別力稍完全ニ近ツキタル者ナレドモ、未タ年少氣銳ノ詭ヲ免ル能ハザル者ニシテ、一時ノ客氣ニ驅ラレ、不測ノ犯罪ヲ犯ス事常ナリ、ノミナラズ人間ノ大切ナル修養時代ニ闇黒世界ニ依寄セシムル事社會改策ノ得タルモノナラズ且ツ監獄必ズシモ改過遷善ノ場所ト云フヲ得ザルノミナラズ、反テ種々ノ惡風ニ感染スルモノ事實頻ヤトシテ皆人ノ知ル所此等ノ事情ヲ察シ、僅少ニテモ刑期ヲ短カラシメントシテ、カク法律上ノ宥減等ヲ特ニ設ケタルニ過キズ、然レトモ純理ヨリ云フ時ハ、第四期即チ滿二十歳以上ノ者必ズシモ知能完全ニ發育シ辨識ニ富ム者ト云フヲ得ズ、滿二十歳ナルガ故ニ必ズシモ、知能發育充分ナラズト云フ所以ナシ、故ニ理論一途ニ走リテ之ヲ決セントセバ、苟モ辨別力ヲ有シ、故意又ハ過失ニヨリ犯罪ヲ構成シタル場合ニ於テハ、其ノ年齢ニ關セズ之ヲ處罰スルヲ正當トスル雖トモ、カクナス時ハ一々犯罪ニヨリ各人ノ知能ノ發達如何、辨識力ノ如何、又其ノ犯シタル事實ニ對シテノ是非ノ分別如何等種々繁ニ流ル、ノ憂

ヲ避ケ、寬嚴其ノ間ヲ取テ、以テ年齢ニ等差ヲ附シテ、如此規定シタル所以ナリ。

第八十二條 瘖啞者罪ヲ犯シタル時ハ其罪ヲ論セス但情狀ニ因リ五年ニ過キサレバ時間之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得。

(解) 本條ハ精神不成熟者中、精神ノ發育ヲ妨ケラレタル者ヲ規定シタルモノニシテ其年齢ニ拘ハラズ、苟モ辨識力ヲ有セザル者ハ、現行法ニ於テ之ヲ無責任トナス而シテ此ノ場合ニ相當スル者ハ法文上唯瘖啞者ノ一アルノミ、己ニ瘖啞者ト云フ故ニ瘖ニシテ啞ナル者ナラザル可カラズ、其レ瘖トハ聽能ノ欠損ヲ意味シ、啞トハ語能ノ欠缺セルヲ指ス、而シテ法文ニ於テ其ノ年齢及ヒ之レガ原因ノ發生セル時期ヲ規定セザルガ故ニ、生來ナル者將タ疾病其ノ他ノ原因ニヨリテ瘖啞者トナリタル者ヲも含ムガ如シ、然レトモ其ノ年齢ニ制限ナキモ一般ノ學者ハ幼稚ノ時期ヲ以テ要件トセリ、何トナレバ辨識力發達シタル後、此ノ状態ニ陥リタルモノトスルモ、凡百ニ就テ已ニ常識ヲ備ヘタルモノニシテ瘖啞トナリタルガ爲メ、一段修得シタル能ヲ失フモノニアラザル故、無責任ノ限ニ在ラズト、是レ一理アル論ナレドモ其ノ幼稚時代ノ年數ヲ規定セサル可カラズ、換言セバ何歳迄ニ不具ニ

陷リタルモノ、ノミガ、無責任トナルヤハ之レ又標準ヲ定ムル事至難ノ業ニ屬スヨシ又一定ノ年齢ヲ制限シタリトスルモ、將タ一ニ裁判官ノ心證又ハ常識ノ判斷ニヨリテ之ヲ認定スルニ任カストモ、尙ホ立法上ノ非難ヲ免レズ、何トナレバ近爾社會ノ進歩著シク之等不具ノ徒ヲ養成師導スル教育方法稍完備シタル今日、不具者ト雖トモ、五感完全ナル者ニ優ルノ知能ヲ具備シタル者又決シテ少ナカラズ、而已ナラズ之レガ立法ノ精神タル語能聽能ノ欠缺ノ爲メニ心神發育ニ偉大ナル障礙ヲ來タシ、爲メニ辨識力ノ欠損スルノ常態ニアル者トシテ、刑法上無責任トシタルモノナレトモ、敢テコハ瘖啞者ニノミ限ラレザルニ、ソヲ顧ミザリシハ大ナル法ノ不備タル所ト信ス、以上所論ノ如ク瘖啞者必ズシモ知能全然欠員スルモノ、ミニアラズ、且ツ瘖啞者中心モ惡癖アル者アリテ風俗ヲ紊リ、社會ノ安寧ヲ害スル不良ノ徒アルニ鑑ミ、立法者深ク這般ノ情實ヲ察シ、情狀ニ因リ五年ニ過キサル期間内之ヲ懲治場ニ留置スル事ヲ得ベキモノト定メタリ、如此留置年間ヲ定メタルノ理由ハ彼等可憐ノ徒ヲモテ暗黒ノ許ニ長ク困マシムルノ慘酷ナルヲ察シ、又短キニ失スル時ハ社會ノ危險ノ大ナルヲ以テ其ノ中庸ヲ取テ規定シタルモノナルベケレド、其ノ理由トシテ甚ダ薄弱ナリト言ハサル可カラズ。

第八十三條 違警罪ハ滿十六歲以上二十歲ニ滿サル者ト雖トモ其罪ヲ宥恕スルコトヲ得ズ。

滿十二歲以上十六歲ニ滿サル者ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減ス十二歲ニ滿サル者及ヒ瘖啞者ハ其罪ヲ論セズ。

(解)第七十八條乃至第八十二條ニ規定スル所ノモノハ重輕罪ニ該當スル場合ニ於テ此等知能ノ不完全又ハ幼稚、欠損ノ徒ヲ如何ニスベキヤニ對シテノ責罰方法ヲ規定シタル者ナレドモ、本條ハ即チ違警罪ヲ犯シタル此等ノ徒ヲ如何ニ處罰スベキヤヲ規定シタルモノナリ、而シテ此場合ニハ滿十二歲以上十六歲未滿ノ者ト雖トモ、重輕罪ノ場合ニ於ケル時トハ異ナリ、識別力ノ如何ニ關セズ、此レガ全責任ヲ歸セシムト雖トモ、弱年ニシテ知能未タ發達充分ナラズ、且ツ往々輕卒ニ走リ易ク、其情狀又察スベキノ點アルヲ以テ唯一等ノ宥恕減刑ヲ與フルニ過キズ此ノ故ニ滿十六以上ノ者ハ當然ノ結果トシテ、全然責任能力アルモノト見做シテ歸責セシム、此レ違警罪ハ殆ンド警察罰ノミニシテ輕微ナル犯罪ナルガ故、各人少シク注意スルノ能力アル者又ハ多少ノ辨識力ヲ具ヘタル者ハ之ヲ避ケ得ベキノミナラズ、輕微ナル犯罪ニ對シテハ敢テ幼少ナリトノ理由ヲ以テ恩典ヲ與フルノ必要ナ

ク、又警察罰ノ本來ノ性質トシテ、敢テ其ノ意思ノ有無ニ關シテ責任ヲ輕重セシムル者ニアラザルガ故ニ、本條ヲ設ケテ之ガ處罰ノ道ヲ明カニシタルニ過ギス、然レトモ意識機關ノ未タ發育ノ餘地ヲ存セザル弱年者及ビ精神狀態ニ故障ヲ生ジ辨別力欲損セラル者ノ如キハ、意思アルモ、無キニ等シク、此等ノ者ニ對シテ歸責セシムルハ其タ酷ナルガ故、假令意思如何ニ不拘警察罰ハ適用スベキモノトハ言ヘ、特ニ之ヲ免除シテ犯罪ヲ不成立ニ終ラシム、之レ本條末段ニ十二歳ニ滿ナル幼者及ビ瘡ニシテ且啞ナル者ハ、其罪ヲ論ゼザル旨ヲ規定シタル所以ナリ。

第八十四條

此節ニ記載スルノ外特別ノ不論罪宥恕減輕ハ各本條ニ於テ之ヲ記載ス。

(解) 本條ハ敢テ多辯ヲ用セズ一讀明了ナリ、然レトモ一言ヲ要スルハ不論罪宥恕減輕ニ本節ノ規定ノ適用セラル、ヤ否ヤニ就テナリ、夫レ總則ハ何レノ法典ニ付ナ之ヲ見ルモ何レノ國法ヲ參照スルモ、皆各法條ニ亘リテ適用セラルベキ純理條規ノ一般ヲ蒐集羅列スルモノニシテ、例外規定特別法條ヲ除キテハ殆ント總則ノ規定ニ依リテ初メテ解スルヲ得ベキモノナル事トナレリ、吾法典皆此ニ從テ各ノ卷首先ツ總則ヲ規定セリ、故ニ現行刑法典ニ於テモ本節ニ規定スル所ノモノハ全刑法典ニ通シテ不論罪トスベキヤ、宥恕減輕スヘキモノヤヲ定ムル標準ノ原理ニ至

テハ即チ之ニ依ラザル可カラザルニ反シ、第三編第一章第三節ニ規定スル不論罪及宥恕減輕ノ場合ノ如キ、何レノ法條ヲ讀破スルモ、本節ノ規定セル原則ヲ適用スベキ餘地ナク、爲メニ法典編纂ノ理論ヨリ其ノ順序配列ヲ論スルトキハ該三節ニ規定スルモノハ全部又原理ヲ取テ以テ本節ニ規定セザル可カラザルニ、此ノ如ク別箇ニ規定シタル所以モノハ抑モ何ノ理由ゾ、立法者ハ此ノ理ヲ敢テ知ラザルニ非ラズト雖トモ、事人命犯ニ關スルモノナルガ故ニ、該編第一章ニ身體ニ對スル罪トシテ人命犯ノミヲ網羅シ規定シタル順序トシテ深キ理由アルナシ、此故ニ本條ニ於テ本節ヲ適用スル事ヲ得サル特別ノ場合ハ之ヲ各本條ニ讓ルトノ規定ヲ設ケタル所以ナリ。

以上著者ガ説述シタル間ニ責任ト云ヒ、又時トシテ責任能力ナキ者トノ法語ヲ使用シタルガ故、諸君ノ爲メニ此處ニ聊カ一二ノ學説ヲ掲ケテ諸君ノ參考ニ資セ

ン。
夫レ犯罪ハ常ニ一定ノ刑罰ヲ伴フ、苟モ意思發動ニヨリ犯罪タルベキ事實ヲ發生シタル時ハ、其生シタル結果ニ對シ、行動ニ就テ國家刑罰權ノ發動ヲ隱起シ、法令違反ノ故ヲ以テ一定ノ刑罰ヲ科ス、之ノ刑罰ヲ科スヘキ結果ヲ行爲者本人ニ連

結スルヲ歸責ト云ヒ通俗ニ責任ヲ歸スルト云フ、又責任ニ任ズルトモ云フ、術語ハ最後ノ語ヲ取リテ單ニ責任ト云フ皆之レ同一語ナリ、然レドモ刑罰ハ絶對ニ犯罪者ト目スヘキ者ヲ科罰スルニアラズ、又客觀的ニ犯罪ノ形體ヲ具足スルモ必ズシモ結果ヲ本人ニ連結シ、科罰セザル可カラザルノ理ナシ、何トナレハ犯罪ハ故意過失タルノ罪素ヲ沮却シ犯罪ヲ不成立ニ終ラシメタルヲ科セザル場合アレバナリカ、ル場合ヲ稱シテ無責任ト云フ。

シテ法令ニ違反セル犯罪行為ニ對シ、其責任ニ任ズルカ將任ゼナルカヲ定ムルノ標準ヲ名付ケテ責任能力ト稱シ、責任能力ノ有無ハ法律上ノ效果ニ對シテ責任ニ任スヘキ必要所定ノ適格ヲ有スルヤ否ヤニ存ス、學者ハ常ニ此ノ適格者ヲ責任能力者不適格者ヲ責任無能力者ト稱シ、術語上之ヲ約シテ前者ヲ能力者ト云ヒ、後者ヲ無能力者ト呼ブ、讀者此理ヲ齟齬シテ疑問ヲ氷解セラル可シ。

第二節 自首減輕

抑モ自首減輕トハ犯罪事實又ハ犯人ノ如何ナルモノナルカヲ、搜查權ヲ有スル官署又ハ官吏ガ知ラセザル間ニ、犯人自ラ進ンデ其ノ犯罪ヲ告知シタルニヨリ、

特別ノ恩典ヲ以テ科罰ヲ輕減スルモノヲ云フ、故ニ嫌疑ヲ受ケ推問セラレタルガ爲メ犯罪ヲ爲セシ事ヲ告グル如キハ此ノ中ニ入ラズ何トナレバ之ヲ法語ニ所謂自首ナル場合ナレバナリ、又本範圍規定ヲ通覽スルニ、其告知ノ手續ノ方式ヲ記載セル條項ナキガ爲メ、口頭ヲ以テスルト書面ヲ以テスルト將タ形容ヲ以テスルトニ關セズ、苟モ當該官廳又ハ官吏ニ自己ノ犯罪ヲ申告シ知ラセシムルヲ得レバ可ナリ、然ノミナラズ、自首ハ必ズシモ自ラ出頭シテ當局者ニ申達スルノ意義ニアラズシテ、自首ノ自首タル所以ハ即チ自己ノ犯罪ヲ告知スルニアルモノナレバ、他人ヲ代理告知ヲナスモ亦自首タルノ要件ニ背戾スルモノニアラズ、然レドモ只單ニ代人關係ノ存在ナクシテ他人ガ自己ノ犯罪ヲ告知シタル場合ニハ、決シテ自首シタルモノト云フヲ得ザルヤ明カナリ、何トナレバ此場合ハ告訴或ハ告發ニ屬スルモノナレバナリ。

以上ハ自首ニ關スル大要ナリ、然レトモ其之ヲ認メタル所以ノ理由ハ如何、或者ハ曰ク自首減輕ハ犯人ノ真心悔悟ニヨリ、科罰ヲ受クルヲ良心ニ對シテ屑シトノ觀念ヲ以テ自ラ進ンデ申告シ來ル者ナルガ故ニ、最早彼等ハ社會ニ對シテ危險ヲ隱起スヘキ者ニアラズ、而シテ其ノ衷情亦大ニ察スヘキ點アルノミナラズ、之ヲ

處罰スルモ改悛シタル後ニ於テハ嚴酷科罰スルノ要ヲ見ザルモノナルガ故ニ、法律ハ特ニ自首減輕ヲ認メテ刑罰ヲ輕カラシメタルナリト、此ノ說絶對ニ非認スベキモノニアラズ、取テ以テ之ガ規定ノ理由ノ一トナス可シト雖モ、之ノ主張ニミ盲從スル時ハ其弊害蓋シ些少ナラザルベシ、何トナレバ、真心悔悟ノ念ナク只單ニ幾分ノ減輕ヲ得ンガ爲メ自首シタル場合ノ如キ、社會ニ出ツル事一日早カラシメバ一日ノ危険害惡ヲ流ス者ナル故、敢テ減輕ヲ與フルノ理ナキニ至ラン、若シ又唯ニ悔悟遷善シタルノ理由ヲ以テ科罰ヲ減輕スルモノナランニハ、發覺ノ前後ヲ問フノ必要ナキニ至ラン、又或者ハ曰ク自首ヲ認メタルハ犯罪捜査ノ費用ト勞力トヲ省クノミナラズ、犯罪ノ證明ヲ明確タラシムルガ故ニ政策上之ヲ認メタルナリト、然レトモ費用及ビ勞力ノ經濟ト犯罪證明ノ明確トヲ期スルノミノ目的ヲ以テ之ヲ認メタルモノト信ズル能ハズ、何トナレバ、單ニ如上二箇ノ爲メニ不良ノ徒ノ出獄ヲ早メ、社會ニ害毒ヲ流布セシムルハ餘リニ拙政策ナルガ故ナリ、俗諺ニ一文愛ミノ百損ト其之ニ譬喻シテ餘リアランカ、然レドモモ亦絶對ニ不可ナラザルノミナラズ、取テ以テ理由ノ一部タルヲ失ハズ、或學者ハ曰ク、可及的速ニ眞ノ犯人ヲ處罰スルノミカ無辜ノ民ヲ處罰スル危險ヲ防遏スルニ在リト、然

レトモ著者ノ信ズル所說ハ以上述べ來リタル理由全般ヲ包含スルノミナラズ、尙他ニ一大理由アリテ存ズ、夫レ社會ニ危害ヲ生ゼシメ安寧ヲ紊リ秩序ヲ害スルガ如キ不良ノ徒ヲシテ、社會ニ潛匿スル事一日長カラシメバ、彼等多クノ不良ノ徒ハ毒ヲ喰ハハノ諺ノ如ク、益々社會ノ危険ヲ増殖シ國家綱基ヲ破ルノ恐レアルベシ、此ノ故ニ減輕ナル一ノ特典ヲ與へ、犯人ヲシテ可成的自首スル事ヲ獎勵シ、一日モ早ク此等不良ノ徒ヲ網羅セン、事ヲ計リタル刑事政策上ニ起因シタルニシテ述二三ノ說ノ如キハ之ニ隨伴シテ生ズヘキ附加ノ理由ニ過ギス、然レトモ適々善良ナル者ニシテ、犯罪行爲ヲナシ良心ノ呵嘖ニ堪ヘズ、自首スル者ノ如キハ不良ノ徒ノ如ク、日一日社會ニ害毒ヲ流布スルモノニアラサルガ故ニ、著者ノ所論ニ反對スベキモノアレドモ、ソハ百中ノ一ニモ過ギザル少數ノ例外アルヲ根源基礎トスルハ妥當ト信ズルヲ得ズ、著者ハ更ニ進ンテ各法條ニ就キ説明スル所アラシ。

第八十五條 罪ヲ犯シ事未タ發覺セサル前ニ於テ前ニ自首シタル者ハ本刑ニ一等ヲ減

ス但シ謀殺故殺ニ係ル者ハ自首減輕ノ限ニ在ラス。

(解)「事未タ發覺セザル前」トハ、犯罪又ハ犯人ノ何人ナルヤ否ヤ、當該官廳又ハ官

更ノ知悉セザル場合ヲ云フモノニシテ、世評ニ喧傳セラレ、ヤ否ヤハ之ニ關セス而シテ「官ニ自首シタル者」ノ「官」ハ當該官廳官吏ヲ指シ、次ニ自首ハ自己ハ代理人ヲ以テ犯罪ヲ告知スルヲ云フ、先ニ既ニ述べタルガ如ク自首スルノ方式ハ明文ニ規定ナキヲ以テ如何ナル手段ヲ以テ告知スルモ敢テ自首タルヲ妨ケズ、只知了シ得ヘキ程度タルヲ要スルノ一事間接ニ制限シ居ルノミ、又當該官廳ハ犯罪搜查權ヲ有スル司法機關ノ謂ニシテ官吏トハ司法權ヲ間接直接ニ委仕セラレタル者ヲ指ス、以上説明シタル所ニ準據シテ自首シタル者ハ刑期一等ヲ輕減セラレ、モノトス、然レトモ此處ニ例外アリ、本條末項ニ規定シタル所ノモノ即チ之ナリ、然ラバ何故ニ謀殺ニ係ル犯人ハ此ノ自首輕減ノ特典ニ與カルヲ得サルカ、立法者ノ説明スル所ニ依レハ二ヶノ理由アリ、(一)ハ犯人受刑ヲ甘シテ實行スルモノナル事、(二)ハ犯人逮捕ニ關シ普通犯罪ニ對シ反テ容易ナル事、之レナリト、之レ一理アル言ナレトモ、乍然(一)ノ場合ノ如キ必ズシモ減等ニヨリ弊害ヲ多クスルモノニアラズ、又事情大ニ察スベクキ改悛ノ結果自首スルモノアラン、而シテ其ノ此ヲ許スト許サマルトハ果シテ科罰ヲ甘受スル者ノミナランニハ、毫末モ影響スル所ナシ、而已ナラズ、上説ノ如キ理由ノ爲メ減輕ヲ設置スルモノトセバ、

彼ニ許シ此ニ許サマルハ其ノ妥當ナルヲ知ラザルナリ、(二)ノ場合ノ如キ赤坂ノ「ラアジ」殺シ近クハ男三郎ノ殺人ノ如キ、重大事件ハ犯人ノ逮捕ニ容易ナリトナスハ其ノ當ヲ得タルモノニアラズ、國家經濟上ヨリ見ルモ、社會危險ノ排除ヨリ論ズルモ又司法機關ノ運用敏活ナルヲ愈ブ點ヨリ云フモ、證據蒐集ノ方面ヨリ觀察スルモ、自首ヲ許シタル主旨ヨリスルモ刑事政策トシテ之ヲ許ス爲ニ生スル利益ハ此ヲ許サマルニヨリテ生ズル弊害ニ比較シテ蓋シ甚大ナリ、之レ自首ヲ認メタル所以ニ添ハサルヲ遺憾トスル所ナリ。

第八十六條 財産ニ對スル罪ヲ犯シタル者自首シテ其贓物ヲ還給シ損害ヲ賠償シタル時ハ自首減等ノ内仍ホ本刑ニ二等ヲ減ス其全部ヲ還償セスト雖モ半數以上ヲ償還シタル時ハ一等ヲ減ス。

(解)抑モ本條ハ凡テノ財産ニ對スル罪ニ關シテ規定シタルモノニシテ、其ハ犯罪ノ主眼トスル所ハ單單ニ、人ノ所有所持ヲ侵害スルノミノ單純ナルモノニアラズシテ、全然他人ノ經濟上精神ニ對スル積極消極的ノ價值ヲ剝奪スルモノナルガ故ニ若シ之ノ價值ヲ有スル全ク同一物又ハ代替物或ハ之ト同等スヘキ通貨ヲ返還センカ、被害者ノ利益ニ毫末モ影響スル所ナク、己ニ來シタル實害ハ填補セラレ、被

害者ハ一ノ苦痛ヲ感ズル事ナカルベシ、故ニ徒ニ國家法規ニ戻リ社會ニ危險ヲ慝起シタリトノ爲ニ本刑ヲ絶對ニ科罰スルモノトセバ甚ダ犯人ニ對シテ、殘酷ナリト云フベシ、而已ナラズ、贓物ヲ返還シ損害ヲ填補スルモ尙ホ之ヲ爲ササル者ト其ノ刑ヲ同科センカ、犯人進ンデ之ヲナスモノ無キニ至リ被害者ニ對シテ實ニ測ル可カラザル損害ヲ蒙ラシメン、如此ハ爲政ノ道ヲ得タルモノト決シテ云フヲ得ズ立法者此處ニ觀ル所アリテ、自首減輕ノ外仍ホ本刑ニ二等ヲ減ス主旨ヲ規定シタル所以ナリ、又其ノ損害ノ全部ヲ返還辨償セザルト雖トモ、過半ヲ還償シタル場合ニハ一等ヲ輕減セラル、ノ恩典ニ與カルヲ得、然レトモ半數以下ノ償還ハ何等ノ特典ニ與カルヲ得ズ是レ一見スルトキハ甚ダ其ノ當ヲ得ザルガ如キ觀ナキニアラズト雖、詳細ニ之ヲ觀察スル時ハ又大ニ自首スベキ理ナキニアラズ、何トナレバ若シ之ヲ許ストセバ犯人ハ自己ノ刑罰ノ輕減ヲ望ミ、形式ニ過ギザル返還ヲナスノ弊ヲ生ズルノ恐アレバナリ、次ニ諸君ノ爲メ字解ヲナシ了解ニ易カラシメン抑モ贓物トハ何ゾヤ、本法第二編第二章第六節贓物ニ關スル罪ノ法條ヲ究攻スルニ第三百九十九條ニハ強竊盜ノ贓物云々トアリ、而シテ第四百一條ニハ詐欺取財其地ノ犯罪ニ關シタル物件云々ト規定セリ、カク犯罪ヲ分別シ一方ハ物件ト云ヒ

方ハ贓物ト特ニ規定スル所以ノモノハ、明カニ其名稱ヲ異ニスルモノナル事ヲ知了スルニ足ラン、此ノ如ク論スルトキハ贓物トハ強竊盜ニヨリテ得タル所ノ物ノ指捕スベモノナル事一點ノ疑ヒナシ、果シテ然ラバ財產ニ對スル罪云々理論上強竊盜ヲ指スモノナル事自明カナリ、若シ如上ノ理論ニ誤ナシトセンカ、詐欺其ノ他ノ犯罪ニヨリテ得ル物件ニ就テハ返還賠償ヲナストモ輕減ノ恩典ニ與カラザルモノト言ハサル可カラズ、此ノ如ンバ前者ヲ遇スルニ甚ダ厚ク後者ヲ待ツニ薄シト言ハザル可カラズ、立法者ノ意豈カ、ル非理論ナルモノナランヤ、抑之ナラズ本條ノ例外ニアラザル次條ニ於テハ犯罪ニ對シテ何等範圍ヲ限界セシ點ヲ認ムルヲ得ザルガ故ニ、廣ク一般ノ犯罪ニ就テ規定シタルモノト解セザル可カラズ、而モ次條ハ被害者ニ首服セル場合ニシテ一私人ニ對スル場合ニハ犯罪ヲ廣義ニ解シ、權限アル官衙吏員ニ對スル場合ハ最モ狹義ニ解シ、只強竊盜ノミニ解ザルヲ得ザル結果トナリ、公私各相顛倒ノ法條ヲ設ケタルモノト想像スルヲ得ズ、故ニ本條ニ所謂財產ニ對スル罪トハ次條トノ關係ニ於テ權衡上之ヲ廣義ニ解シテ、一般ノ犯罪ヲ意味シ贓物ハ又一切ノ犯罪ニヨリテ得タル物全体ノ意義ニ解スルヲ至當ト信ス、次ニ返還トハ剝奪シタル品物其物ノ保有所持ヲ原狀ニ復スルヲ云ヒ、賠

リ、裁判官ノ自由ナル裁量ニ任カセ、事情ヲ酌酌シテ本刑ノ一等ヲ減輕スルヲ云フ、抑モ裁判官ノ酌酌スベキ事情トハ、犯罪事實ヨリ觀察スル時ハ其ノ結果ニ對シテハ遠因ト稱スルモノ即チ是レナリ、學者ハ常ニ決意ノ前提スル動機ト云フ、此ノ遠因(動機)タル必スシモ嘉ミスベキモノナキニ非ラズ或ハ孝子貧困ノ極親ヲ養フニ財ナク惡事ト知リツ、財物ヲ竊取スル者アルベク、或ハ夫ノ放蕩ヲ耳ニシ嫉妬ノ結果激情ニ驅ラレテ不測ノ犯罪ヲナス者アル可ク、或ハ他人ニ罵詈セラレ耐忍スル能ハズシテ之ヲ毆打スル場合ノ如キ、其犯罪決意ノ動機タルヤ亦諒トスベキ所ナキニ非ラス、且ツカ、ル徒ハ敢テ惡人ナルガ爲メ犯罪行爲ヲナセシニ非ラズシテ實ニ事情ノ止ムヲ得ザルニ起因シタル物ナルガ故、他ニ危險ヲ匿避スベキ性質ヲ有スルモノニ非ラズ此レ特ニ本節ヲ設ケテ裁判官ノ自由ナル酌量ニ任カセテ減輕ヲ許シタル所以ナリ、而シテ酌量減輕ト其ノ實質ヲ同フスルモノ之ヲ裁判上ノ特別減輕ト云フ、特別減輕トハ特種ノ犯罪ニ就テ或特別ノ事情アル場合ニ限り、斟酌裁量シテ任意ノ減輕ヲナス事ヲ許シタル場合ヲ云フ、

第八十九條 重罪輕罪違警罪ヲ分タス所犯情狀原諒ス可キ者ハ酌量シテ本刑ヲ減輕スルコトヲ得

價トハ同價格アル代替物ヲ以テスルノ意義ナリ、殊ニ何々シタル時ハトアル故ニ單ニ返還スベキ意義アルノミニテ未タ之ヲ現實ニナサマル時ハ、此ノ特恩ヲ蒙ル得ザル事勿論ナリ。

第八十七條 財産ニ御スル罪ヲ犯シ被害者ニ首服シタル者ハ官ニ自首スルト同シク前二條ノ例ニ照シテ處斷ス

(解)本條ハ前條説明中ニ引用シタルガ如ク財産ニ對スル犯罪全般ヲ意味ス、而シテ自己ガ犯人タリ又犯シタル罪ヲ告知スルニ當リ、官衙官吏ニ對シテナスヲ自首ト云ヒ、一私人タル被害者ニ對シテナスヲ首服ト云フニ過ギズ、而シテ此ノ規定ヲ設ケタル理由ハ被告ニ自己タルヲ告知スルハ悔悟ノ念ニ堪ヘズシテ此舉ニ出テタルモノハ推定スルニ外ナラズ、其他ハ全然別ニ條ト相同シナルガ故ニ別ニ説明セズ。

第八十八條 此節ニ記載スルノ外本條別ニ自首ノ例ヲ掲ケタル者ハ各其本條ニ從フ

第二節 酌量減量

現行法ニ於テ認ムル所ノモノニ二種アリ(一)ヲ裁判上ノ減輕ト云ヒ(二)ヲ法律上ノ減輕ト云フ、既ニ述べタルガ如シ、而シテ裁判上ノ減輕ハ法律上ノ減輕ト異ナ

法律ニ於テ本刑ヲ加重シ又ハ減ス可キ者ト雖モ其酌量ス可キ時ハ仍ホ之ヲ減輕スルコトヲ得

(解)第一項ハ別ニ説明ノ要ヲ見ズ、第二項ハ加重科罰スベキ時モ、法定ノ減輕ヲナスヘキ際モ、尙ホ酌量スベキ事情アル時ハ、之ヲ減輕スル事ヲ許シタル法條ナリ、

例ヘハ竊盜ヲナシタル者ハ二ヶ月以上四年以下ノ重禁錮ニ處セラル、者、二人以上行爲ヲ共ニシタルノ廉ヲ以テ一等ヲ加フベキモ、其情狀酌量スベキ者アル時ハ之ヲ減輕スル事ヲ許シ、又二十歳未滿ノ故ヲ以テ宥恕減輕一等ヲ受ケタル者更ニ酌量スベキモノアル時ハ之ガ減輕ヲ與ヘラル、モノトス。

第九十條 酌量減輕ス可キ者ハ本刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス

第五章 再犯加重

夫レ加重ニハ輕減ノ場合ト異ナリ、裁判上ノ加重ナルモノヲ認メズ、此レ裁判官ハ法律ノ運用機關ニシテ立法機關ニ非ラズ、立法部ハ別ニ憲法ニ規定スル所、此ノ故ニ別ニ法規ヲ定メラザル以上ハ、裁判官ノ自由加重ヲナス事ヲ得ザルモノ

トス、本法ニ於テ加重ヲ認メタルハ唯法定加重ノ一途ノミ、而シテ法定加重ニ二種アリ、一ヲ再犯加重ト云ヒ一ヲ特別加重トス、特別ノ加重ハ各條約ニ定メタル犯罪ニ限ラレ、再犯加重ハ重、輕、違警ノ各罪ニ對シテ之ヲ認ム、如上二個ノ加重原因ヲ比較スルニ前者ハ客觀的事實ニ基キ或ハ特別ナル身分ニ基キテ加重スル場合ナリ、例令他人ト自己ノ親ヲ殺シタル時ハ、他人ハ通常ノ人命犯ニ問ヘル、ノミナレドモ、自己ハ親殺トシテ子タル身分ニ基キ一等ヲ加重セラベシ、又兇器ヲ持シテ脅嚇シタル罪ノ如キハ客觀的事實ニ基キ加重科罰セララル、モノトス、後者ハ即チ然ラズ、再犯タル身分ニ基キテ刑罰ヲ加セラル、此ノ故ニ前者ハ特別ノ法條ニ限ラレ、後者ハ一般ノ犯罪ニ通用セララル、蓋シ其ノ之ヲ認メタル理由ハ、處刑セラル、モ改悛ノ實ヲ擧ケズ、再ビ之ヲ犯ス如キハ尙一層ノ懲罰ヲ科シ好ク改過還善ノ實ヲ擧ゲシメ社會危險ヲ除斥セントスルノ刑事政策ニ基キタルニ外ナラス又三度四度漸次同一犯罪ヲ犯ス者ノ如キハ累犯者ト稱名スベキ惡癖者ニシテ、之カ改善ヲ計ル事至難ニ屬スベキ者ナルガ故犯罪數次ニ從テ、其科罰ヲ逐次加重シ可成的彼等不良ノ徒ヲシテ、苦痛ニ堪ヘズ良心ヲ煥發セシメントスルノ意ニ外ナラズ。

右ニ述ベタルガ如ク加重ヲ許スト重モ、第六十五條但書、第七十條第二項前段及
ヒ第七十二條第二項前段ノ規定ニ準據スベキモノナル事勿論ナリ、斯ク罪名ヲ變
更スルヲ許サズト雖モ、法律ニ定メラレタル刑罰範圍ノ擴張ヲ超エザル程度ニ於
テ本刑ヲ加重スルハ隨意ナリ、以上ノ如ク罪名ノ變更ヲ許サズシテ刑罰範圍ノ擴
張ヲ許シタル所以ノモノハ、勉メテ犯人ノ利益ヲ計リタル恩惠ニ外ナラズ、一例
ヲ取テ諸君ニ示サンカ、輕罪ノ最高加重年限ハ七年ナルガ故ニ、罪質ヲ變シテ重
罪ノ刑トナサンカ、刑期異ナラズト雖モ、當然終身公權喪失スベシ、然モ輕罪ナ
ランニハ尙ホ一時公權ノ停止ヲ命ゼラル、ニ過ギサルノ實益ヲ存ズ、而シテ本節
ハ即チ再犯加重ノ科罰方法ヲ規定シタルモノナルガ故ニ、其詳細ハ各條ニ付テ見
ル可シ。

第九十一條 先ニ重罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯重罪ニ該ル時ハ本刑ニ一等ヲ加フ

(解)重罪ノ處刑ヲ受ケ、尙ホ改悛ノ實情擧カラズ、再度又ハ其レ以上罪ヲ犯ス者
ノ如キハ、積惡狂暴ノ者ナルガ故之ヲ加重スルハ此ノ一事ノミニテモ當然ナリ、
又敢テ多言ヲ要セズ。

第九十二條 先ニ重罪輕罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯輕罪ニ該ル時ハ本刑ニ一等ヲ加

フ
(解)一度處刑ヲ受ケ再度尙ホ罪ヲ犯スガ如キ者ハ尙懲改ノ實擧ラズ社會ノ危險ヲ
度々匿起スル者ナルガ故ニ加重スル事又勿論ナリ

第九十三條 先ニ違警罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯違警罪ニ該ル時ハ本刑ニ一等ヲ加
フ但一年內再ヒ其違警罪裁判所ノ管轄地內ニ於テ犯シタルニ非サレハ再犯ヲ以テ論
スルコトヲ得ス

(解)元來違警罪ハ警察罰ヲ云フモノニシテ、社會ノ危險ヲ隱起スヘキ事實ヲ豫防
スルカ爲メ設ケラレタルモノナリ、罪質此ノ如ク、又犯罪ノ體容此ノ如ク輕微ナ
ルノミナラス、故意過失ノ有無ニ關セサルカ故ニ、敢テ不良ノ徒ニアラストスル
モ、長歲月ノ間ニ於テハ往々此ノ種ノ罪ヲ犯ス事アリ、然ルヲ尙ホ再犯ヲ以テ問
フガ如キハ甚ダ妥當ヲ失スト信ス、乍併短期間內再三同刑辦ニ觸ルカ如キハ注意
ヲ欠クノミナラズ、社會ニ危險ヲ起懸スルノ恐アルヲ以テナリ、之レ本條但書ヲ
設ケ、同裁判所管轄內ニ於テ、一年期間內ニ同罪ヲ犯シタル時ハ再犯ヲ以テ論ズ
ルモノナリ右ノ如ク範圍地ヲ限界スル所以ハ各府縣ニヨリ風俗習慣ノ異ナルニ從
ヒ各地特別ノ法條アル故誤テ之ニ觸ル、モノアルヲ免レズ、此レ管轄地ヲ限ラレ

タル理由ナリ

第九十四條 再犯加重ハ初犯ノ裁判確定ノ後ニ非ザレハ之ヲ論スルコトヲ得ズ

(解)本條ハ再犯トシテ論スベキ時期ヲ定メタル法規ニシテ、必ス初犯ノ裁判確定スルヲ要ストセリ、其ノ理由ハ裁判確定セザル間ハ上訴ニヨリテ或ハ犯罪不成立ニ終ルヤ未タ知ル可カラズ、然而已ナラズ再犯加重ハ犯罪ニ科スベキ刑罰ヲ加重スルノ意ナルガ故ニ、犯罪アル事確タルモ、刑期ノ定マラザル間ハ再犯アルモ實際上ニ於テ加重ス可キハ法ナカル可シ、此ノ故ニ裁判ノ確定ヲ要ストナセシハ誠ニ其ノ當ヲ得タルモノナリト信ズ、以上ノ理由ニヨリ闕席裁判ヲ受ケタル後犯罪ヲナスモ再犯ヲ以テ處斷スル事ヲ得ズ

第九十五條

刑期限内再ヒ罪ヲ犯スニ因リ刑ヲ宣告シタル時ハ先ツ其定役ニ服ス可キ者ヲ執行シ定役ニ服セサル者ヲ後ニス若シ初犯再犯共ニ定役ニ服スル刑ニ該ル時又ハ共ニ定役ニ服セサル刑ニ該ル時ハ先ツ其重キ者ヲ執行ス罰金科料ニ該ル者ハ順序ニ拘ハラス各之ヲ徵收ス

(解)本條ハ初犯ノ刑罰執行中ニ際シ、再ビ犯罪ヲナシ、此ニ對シテ裁判ノ宣告シタル時ハ如何ナル方法ニ依テ執行スルカヲ規定シタルモノニシテ、如此場合ニハ

定役アルモノハ定役ナキモノヨリ先ニ執行シ、前犯後犯何レモ定役ニ服スルモノナルカ否ラザレバ、定役ナキ科罰ナル時ハ、輕キモノハ重キモノニ吸收包容セラレ、其ノ最モ多キ刑罰一ヲ執行スルモノナリ、學者之ヲ名附ケテ吸收主義ト稱ス而シテ罰金科料ニ該ル者ノミハ順序ニ關セズ、各全部ヲ徵收ス、學者之ヲ稱シテ併科主義ト云フ。

第九十六條

陸海軍裁判所ニ於テ判決ヲ經タル者再ヒ重罪輕罪ヲ犯シタル時ハ初犯ノ非常律ニ從ヒ所斷シタル者ニ非タレハ再犯ヲ以テ論スル事ヲ得ス

(解)抑モ法律命令ニ違反スル時ハ、科罰スル旨ヲ規定セル條項ニ限り國家ノ刑罰權ノ活動ヲ隱起シ、求刑權ノ運用ヲ來スニ至ル事諸君既ニ之ヲ知ル、然レトモ科罰規定ノ條項ハ其體容事項決シテ同法典中ニ蒐集網羅セラル、モノ、ミニアラズ、種々ノ法律中ニ散在規定セラル、モノナリ、故ニ刑罰權ノ發動ハ豈徒ラニ本刑法ノミナラシ哉、然レトモ各種ノ法律命令ハ其ノ起因スル所ハ同シク國家主權ノ意思發表ニシテ、各科罰規定ノ如キ皆等シク刑罰權ナル根本ノ基礎ヨリ支杖スルモノナルガ故ニ、其ノ種類異ナリテ甲法ニ觸ル、モ乙法ニ觸ル、モ等シク犯罪ナルガ故之ガ確定裁判後丙法ニ違背スルモ、再犯タルヲ失ハズト云フ事ヲ得ベシ、以

上ハ是レ刑罰權ヨリ立論シタル純理ナレトモ、形式上各種ニ分類シ規定シタル以上ハ其ノ主趣蓋シ形式ヲ亂ス事ヲ許サ、ルニ起因スル所ナリ、各法凡テ如此性質ヲ供ヘ居ルガ故ニ、通常人ガ普通刑法ニ規定セサル犯罪ニシテ陸軍治罪法中ノ犯罪ヲ犯ス時ハ、之ヲ通常裁判所ニ於テ審理シ普通刑法ヲ適用スル事ヲ得ズ、從テ其適用ノ法條ヲ異ニシタル時ハ後犯普通刑法ニヨリ處罰スルモ、結局再犯ト云フ事ヲ得ザルナリ、如上ハ法規分類ノ形式ヨリ論シタル説明ニ過ギズト雖トモ、蓋シ立法者ノ精神モ亦此處ニ由來ス、故ニ各法ニ於テ他ヲ準據引用スル場合ニ於テハ凡テ此レガ規定ヲ特ニ用ユル所以ナリ、本條ノ如キモ亦其ノ一ニ過ギサルモノナレバ別ニカ、ル法規ナキモ事明瞭ニシテ敢テ疑問ヲ生セザル所ナレバ新刑法草案ノ如キ之ヲ削除セリ

第九十七條 大赦ニ因テ免罪ヲ得タル者ハ再ヒ罪ヲ犯スト雖モ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス

(解)大赦ニ就テハ已ニ第二章第八節ノ復權ヲ論スル際説述シタルカ如ク、特赦トハ異リ唯々刑罰ノ全部ヲ免除スルノミニ非ラズシテ、實ニ犯罪ニ對スル法律上ノ效果ノ全部ヲ絶滅スルモノナルガ故ニ、縱令裁判已ニ確定スルモ、其確定裁判全體

ヲ却滅セシメ全然犯罪ヲ嘗テ犯セシ事ナキ状態ニ回復セシムルモノナルガ故ニ其後ニ至リ再ヒ犯罪ヲ爲ス場合アリト雖モ、之ヲ再犯トシテ論ズル事ヲ得ザルハ明カナリ、何トナレバ再犯タルニハ前犯既ニ裁判確定ヲ要シ、確定裁判アルハ犯罪アルガ爲メナリ、然ルニ大赦ニ依テ犯罪ヲ滅却スレバ、之ニ對シテ勿論裁判アルヘキ筈ナク、審理中ノモノハ進行ヲ斷絶シ裁判アリタルモノハ、其ノ確定スル事由ヲ失ヒ確定シタルモノハ其裁判ヲ消滅セシムルモノナルガ故ナリ、本條ハ即チ此ノ旨ヲ規定シタルニ過キス。

第九十八條 三犯以上ノ者ト雖モ其加重ノ法ハ再犯ノ例ニ同シ

(解)三犯以上ノ犯罪ヲ學者稱シテ累犯ト云フ而シテ本條ハ之等ノ場合ニ如何ニシテ加重スベキカノ方法ヲ規定シタルモノナリ別ニ説明ヲ要セス。

第六章 加減順序

凡ソ一犯罪ニ對シ、二種以上加減ノ原因共存スル場合ニハ、法規適用上其間ニ先後ノ順序ヲ立テザル可カラズ、之レ法ハ秩序維持ニ對スノ規定ナルガ故ニ、法自身之ヲ不問ニ附スハ法タルノ精神ニ悖ルモノナレバ、此ガ爲特ニ本章ニ於テ之ヲ

規定シタル所以ナリ、然レトモ斯ノ如ク順序ヲ明規スルガ故ニ、立法者ノ精神ヲ誤解シテ之レ遞加減法ヲ認メタル結果斯ノ如ク其順序ヲ定ムル必要起リタルモノナリ、何トナレバ加減ノ方法顛倒シタル時ト、二等以上減等スルモノト二等ヲ減スルモノトヲ先後スルトノ結果ニヨリテハ、其刑期上至大ノ影響ヲ及ホスガ爲之レ此ノ規定ヲ要スル所以ナリ、若シ然ラズシテ單加減法ヲ採用シタルモノトセバ敢テ此等加減ノ方法顛倒スルモ刑期ニ毫末ノ影響ナケレバナリト、此レ本章ヲ見テ立論スル時ハ著者モ亦カク論斷セザルヲ得ズト雖モ、第三章加減例ヲ見テ本章ヲ論スルトキハ或論者ノ所論ノ誤レル事ヲ知ル可シ、本章ハ其ノ加減順序ヲ定メタルノミニシテ之ガ加減ノ方法ヲ規定シタルニ非ラズ即チ語ヲ換ヘテ云ハ、加減ノ方法ハ第三章ニ示ス所ニシテ必ラス其方法ニ從ハザル可カラズ、既ニ該節ヲ説明スルニ當リテ述べタルガ如ク、本法ハ單加減法ヲ採用シタルモノナルガ故假令本章ニ於テ之カ順序ヲ定ムルトモ強テ遞加減法ヲ認メタルモノトシテ論ズル事ヲ得サルナリ、而シテ順序ハ第九十九條ニ規定スル所之ヲ讀ミテ知ルベシ

第九十九條 犯罪ノ情狀ニ因リ總則ニ照シ同時ニ本刑ヲ加重減輕ス可キ時ハ左ノ順序ニ從テ其刑名ヲ定ム但從犯及ヒ未遂犯罪ノ減輕等其他各本條ニ記載スル特別ノ加重

減輕ハ其加減シタル者ヲ以テ本刑ト爲ス

- 一 再犯加重
- 二 宥恕減輕
- 三 自首減輕
- 四 酌量減輕

(解)本條第一項前段ニ於テハ、本法第四章第五章第八章第九章ニヨリ、科罰期間ヲ定メントスル時ハ、其ノ加重減輕スベキ順序ハ一乃至四ヲ定ムル順ニ從テ事ヲ規定シタルモノナリ、而シテ從犯未遂犯ノ場合ノ如キ學者ノ所謂從犯減輕未遂犯減輕ハ之ヲ如何ニスベキカ、但此等ヲ規定シテ曰ク、各本條ニ記載スル特別ノ加重並ニ減輕ノ如キハ其加重減輕ヲ爲シタルモノヲ以テ本刑トナシ、尙ホ本章ニ規定スル一乃至四ニ至ル加減ノ情狀アル時ハ其ノ本刑トナシタルモノヨリ加重シ又ハ減輕ス。

第七章 數罪俱發

數罪俱發トハ同一犯人ニ付テ確定判決ヲ經サル多數ノ犯罪ノ併存スルヲ云フモノ

ニシテ、確定裁判ヲ經タル以前ノ犯罪タルト以後ノ犯罪タルトハ固ヨリ論ナシ、
 只要スル所ハ未タ確定裁判ナキモノニ限ル、以上述べタルガ如ク、數罪俱發ノ要
 素トシテ裁判ヲ受ケサル二以上ノ犯罪ナカル可カラザレトモ、此ノ犯罪タルヤ單
 一ノ行爲ニ付キ單一ノ犯罪ヲ成立シタルモノ、多數ヲ云フノミナルヤ、又然ラサ
 ルモノ有ルヤニ就テハ大ニ説明スルノ用アリ。

凡ソ犯罪ハ單一ノ所爲ニ伴フニ單一ノ結果ヲ伴フ事通常ニ屬スレトモ、時ニ多數
 ノ結果ヲ生スル事ナシトセズ、學者是ヲ稱シテ想像上ノ數罪ト云ヒ、細別シテ二
 トナシ一ヲ同稱ノ想像上ノ數罪ト云ヒ、一ヲ異種ノ想像上數罪ト云フ、前者ハ例ヘ
 バ一發ノ彈丸ヲ放チ甲ヲ殺シ乙ヲ殺シ丙ヲ傷ケタル場合ノ如キ、後者ハ一發ノ銃
 丸ヲ放チ一人ヲ殺シ戸ヲ破リ茶碗ヲ毀シテ犬一匹ヲ傷ケタル場合ノ如シ、此レニ
 付テ三說アリ、(一)一所爲數箇ノ結果ヲ隱起シタル時ハ、所爲ト結果トノ因果關
 係數多成立ス故ニ犯罪ノ數ハ結果ノ數ト同數ナリト、(二)假令數箇ノ結果發生ス
 ルモ許一所爲ナルガ故一罪ヲ構成スルニ過ギスト、(三)各發生シタル結果ニ付キ
 法律上別箇ニ評價シテ最モ重キモノヲ取ルナリト、故ニ第三說ニ從フ時ハ結局一
 罪ナレトモ假リニ數罪ト見做ストノ說ニ外ナラズ、而シテ通常學者ハ第三說ヲ是

認シ其結果ノ同種ナルト異種ナルト差ニヨリ、同種又ハ異種ノ想像上ノ數罪ト云
 フ然レトモ法律上一罪ト認ムベキモノナルガ故數罪俱發ノ例ニ從フ事ヲ得ス、此
 ノ數罪俱發ヲ稱シテ或學者併合罪ト云フ。

次ニ學者ニヨリテハ、一所爲ニシテ多數ノ法條ニ觸ルヲ法律ノ競合ト云ヒ、數罪
 俱發ノ例ニ倣ハントスル者アレトモ、ソハ誤謬ノ甚シキモノナリ、斯ル場合ニ於
 テハ常ニ程度ノ高キモノ又ハ重キ法條ニ吸收セラレ、豫備未遂ノ適用法ハ既遂ニ
 適用スヘキ法條ニ吸收セラレ、通常法ハ特別法ニ除付セラレ、變則法ハ正則法ニ
 優リ復法ハ單法ヲ排除シテ、常ニ一罪一科ノ原則ニ包含セラレ、決シテ數罪俱發
 ノ例ニ從フモノニアラズ。

其他連續犯ノ如キ同種類ニ屬スル多數ノ行爲カ、同一法律利益ニ對スル事、及ビ
 法律上同種ノ方法ヲ以テ實行セラル、場合ハ又數罪ヲ構成セス、若シ又否ラザル
 場合ハ即チ連續犯ニ有ラズシテ純然タル數罪俱發トナル可シ、又結合犯ノ如キニ
 簡以上ノ行爲何レモ各獨立シテ各別ノ法益ヲ侵害シタル場合ニ、法律ハ之ヲ合體
 シテ一罪トナス場合アル事ヲ忘ル可カラス、例ヘハ強盜罪ノ竊盜ト脅迫罪トノ結
 合シタルガ如シ、又慣行犯ノ如キ同種ノ行爲ヲ繰返シテ爲スニ因リ成立スルモ亦

一罪ナルガ故ニ數罪トシテ俱發ノ例ニヨル事ヲ得ズ、如上ノ如ク一所爲一結果ヲ
 匿起シ一罪ヲ構成スルモノ、外數罪俱發ト云フ事ヲ得ザルモノトスレバ、數行爲
 ニヨリ數多ノ結果ヲ發生シ、又數多ノ犯罪ヲ成立セシムル時ハ如何、曰ク必スシ
 モ數罪俱發ト云フ事ヲ得ス、然ラバ如何ナルモノハ、數罪トシテ論ズル事ヲ得サ
 ルカ曰ク(イ)、明文ヲ以テ或種ノ犯罪行爲ヲ他ノ犯罪行爲ニ吸收セシメ又ハ要素
 中ニ包含セシメタル時、例ヘバ門戸ヲ損壞シテ竊盜ヲ爲シタル場合ニ、門戸損壞
 ハ一罪ヲ構成セシメズシテ竊盜中ニ包含セシムルガ如シ、(ロ)明文ナクモ或種ノ
 行爲カ通常或他ノ行爲ノ手段トナル事ヲ認メタルトキ、例ヘバ竊盜罪ニ於ケル家
 宅侵入ノ如ク、要素トシテ抽象的ニ掲ケラレタル事實ニアラズ、(ハ)或種ノ犯罪
 行爲カ他ノ犯罪行爲ノ結果ナル時、財産ニ關スル罪ヲ犯シ後ニ之ヲ處分スル事盜
 賊ノ贓物處分ノ如キ場合之レナリ、以上(イロハ)ノ場合ノ外ハ數行爲ニヨリテ數
 罪ヲ成立セシメタル時ハ常ニ數罪俱發ノ例ニヨル。
 右ニ説述シタルガ如ク數罪俱發ノ性質並ニ體容ハ略ボ解セラレタル可シ、著者ハ
 尙ホ進シテ、其ノ處分方法ニ付キテ一言セン、固ヨリ此ガ科罰ノ方法タル法條ニ
 因ル事勿論ナレトモ、然レトモ之ガ根本ノ主義ニ依リテハ各法條ノ當否如何ヲ知

ル可キガ故ナリ、凡ソ數罪俱發ヲ罰スルニ學説ニ派ニ分ル、(一)併科主義、(二)
 吸收主義、(三)加重主義トス、併科主義ニアリテハ各罪ニ對スル刑罰ヲ全然科ス
 ルモノ吸收主義ニアリテハ各刑ノ中最モ重キ一箇ノ刑ヲ科シ、加重主義ニ於テハ
 法律ノ制限シタル範圍内ニ於テ最モ重キ刑ニ加重ヲナスモノ之レナリ、而シテ吾
 カ現刑法ニ於テ採用スル所ノモノハ、重罪輕罪ニ有テハ吸收主義ニ依リ違警罪ニ
 付テハ併科主義ニヨル、以上數罪俱發ニ關スル説明ヲ終ラス、科罰方法ハ法條ヲ
 讀ンテ解セラルベシ。

第百條 重罪輕罪ヲ犯シ未タ判決ヲ經スニ罪以上俱ニ發シタル時ハ一ノ重キニ從ツテ
 處斷ス

重罪ノ刑ハ刑期ハ長キ者ヲ以テ重トナシ、刑期ノ等シキ者ハ定役アル者ヲ以テ重ト
 爲ス

輕罪ノ刑ノ刑ハ其所犯情狀最重キ者ニ從テ處斷ス

(解)第一項ハ吸收主義ヲ明規シタルモノ第三項ハ第一項ノ適用ヲ規定スルニ止マリ
 第二項ハ重罪刑期ノ輕重ヲ定メタルニ過ギズ別ニ説明ノ要ヲ見ス。

第百一條 違警罪二罪以下俱ニ發シタル時ハ各其刑ヲ科ス若シ重罪又ハ輕罪ト俱ニ發

シタル時ハ一ノ重キニ從フ

(解)前段ハ加重主義ニ從フ事ヲ明規シ若シ以下ハ、吸收主義ニ從フ事ヲ明示シタルニ過ギズ

第二百二條

一罪前ニ發シ己ニ判決ヲ經テ餘罪後ニ發シ其輕ク若クハ等シキ者ハ之ヲ論セス其重キ者ハ更ニ之ヲ論シ前發ノ刑ヲ以テ後發ノ刑ニ通算ス但前發ノ刑罰金科料ニ該リ己ニ納完シタル者ハ第二十七條ノ例ニ明シ折算シテ後發ノ刑期ニ通算ス

若シ前發ノ罪ヲ判決スル時未タ發セサル罪再犯ノ罪ト俱ニ發シタル者ハ其再犯ト比較シ一ノ重キニ從ヒ前發ノ刑ヲ通算セズ

(解)本條ニ所謂餘罪トハ、順次甲乙丙ノ犯罪アリト假定セバ、其内最後ノ丙罪ノミ發覺シ刑ノ執行ヲ命ケタリトセンガ、甲乙ノ犯罪ハ即チ餘罪ト名ス、而シテ餘罪ノ刑輕キカ又ハ等シキ時ハ別ニ刑ヲ科セス、只重キ時ハ前處分セラレタル刑期ヲ扣除シタル餘日ヲ執行ス但書ニ於ケル亦此理ニ外ナラズ、若シ餘罪再犯ト共ニ發覺シタル時ハ其何レカ重キヤヲ比較シ、其重キニ從テ科罰シ、前發ノ刑ヲ扣除セス。

第二百三條

數罪俱ニ發シ一ノ重キニ從フ時ト雖モ其沒收及ヒ徵價ノ處分ハ各本法ニ從

(解)沒收ニ就テハ第三節第四十三條第四十四條ヲ參照シ、懲價ニ付テハ第四節ノ說明ヲ參照セラルベシ

第八章 數人共犯

第一節 正犯

自己ノ犯罪行為ニ對シ獨立ニ罪責ヲ負フ時ハ常ニ正犯タリ獨派ノ學者ハ常ニ之ヲ二箇ニ分別シテ之ヲ論ス、(一)直接正犯、(二)間接正犯即チ是レナリ、今茲ニ其大要ヲ示サン。

(一)直接正犯トハ何ソヤ 直接正犯トハ現ニ自己ノ故意又ハ過失ニ因リ行フ所ノ行為ニシテ、之ガ罪責タル又自己ノ獨立シテ、負擔スベキモノナリ、然レドモ現實ニ自己ノ行ヒタル行為ヲ云フノミニ限ラズ、人類行為ニ非ザル他ノ動物ヲ利用シ又意思ニ基カザル他人ノ行為ヲ利用シタル場合ニ於テモ、本人自ラ手ヲ下シテ實行ニ與カル時ハ直接正犯タルヲ失ハズ。

(二)間接正犯トハ何ゾヤ 間接正犯トハ自ら手ヲ下サズシテ、他人ノ行爲ヲ利用シタル場合ニ 自己ノミ其ノ犯罪タル結果ノ罪責ヲ負フヲ云フ、右ノ定義ハ客觀的方面ヨリ觀察シタル所ノ者ニシテ、主觀的ニ云ハバ他人ニ犯意ナキ場合又ハ罪責ヲ沮却スル原因アル場合ニノミ間接正犯タリ、故ニ間接正犯ハ教唆犯又ハ從犯ト異ナル、以上述べタル理論ニヨリ間接正犯ヲ成立セシムルニハ、(甲)責任無能カ者ヲ使喚シテ犯罪行爲ヲナサシメタル時、(乙)責任無能ト同一ノ收能ニ陥レ、以テ其行爲ヲ利用シタルトキ、(丙)緊急状態行爲ヲ利用シタル時、(丁)犯罪ノ事實ニ對シ何等ノ觀念ヲ有セザル(故意ナキ場合)ヲ使用シタル時ハ、何等ノ意思發動ニ對シ結果トハ間ニ果ノ關係直接ニ發生シ、其ノ生シタル結果ト行動ト意トヲ連續シテ以テ責ニ任ズ若シ利用セラレタル他人、其ノ犯罪ニ對シテ意思アラシカ語ヲ換ヘテ言ハバ、犯罪ハ實ヲ認識セル決意(故意)アラシカ、因果關係ヲ中斷スルガ故ニ、教唆犯トシテ處分セラルベシ、決シテ間接正犯ヲ成立セシメズ、以上正犯ニ就テ學說ノ概要ヲ述ベタリ、而シテ其共犯教唆犯ニ就テハ各本條ヲ説明スル時ニ讓ル。

第四百條 二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハ皆正犯トナシ各自ニ其刑ヲ科ス

(解)本條ハ共犯ノ場合ニ如何ニ刑ヲ科スベキカニ就テ規定シタル所ニシテ、各自簡ニ科罰セラル、旨ヲ明示セリ、然レトモ如何ナル者ガ共犯ナルカ如何ナル方法ニ至リ各自ニ科罰スベキカ、ニ就テハ明文簡ニシテ、其詳細ヲ盡サマルガ故ニ、諸君ノ爲メニ之ヲ解カン。

現時共犯ヲ論アル者大要三派ニ分ル、(一)主觀說トナシ、(二)客觀說トナシ、(三)折衷說トナス

(一)主觀說 主觀的主義ニ於ケル學派ニ於テハ曰ク、苟モ同一ナル事實ニ對シ、共同的犯罪ノ觀念(故意)アルニ於テ成立ス、換言スレバ各人ノ間ニ於テ自己ノ行動ト、他人ノ活動トガ相俟テ犯罪ノ事實ヲ完成スルノ觀念アル時ハ、常ニ共犯トス、學者ハ之ヲ稱シテ意思ノ連結ト云フ、意思ノ連結ハ即チ相互加擔ノ認識之レナリ、而シテ敢テ客觀的方面ヲ問ハザルナリ、此ノ結果相互ノ間ニ認識ヲ異ニスル場ニ於テハ、此ノ相同シキ部分ニ就テノミ共同犯罪ヲ成立ス、故ニ共同犯罪ノ意思ハ通謀ト異ナル、通謀トハ二人以上ノ間ニ於テ、豫メ故意ノ合致アルモノヲ云フモノニシテ、相互加工ノ認識ヲ以テ成立スル意思ト其ノ趣ヲ異ニスル事明カナラン、又教唆犯ノ場合ニハ教唆者ノ意思ト被教唆者ノ意思トノ間ニ於テ、意思

ト意思トノ連絡ヲ生ズルモノナルガ故ニ前述所説ヲ以テ真ナリトセハ、又共犯タルヲ失ハズ、之レ客觀的方面ニ於ケル事實ニ加工スルヲ要セズトナスヨリ生ジタル論結トス。

(二)客觀說 本説ハ即チ前説ト全然相反スルノ議論ニシテ、之ガ共犯タルヤ否ヤハ凡テ客觀的事實ニ相互加工シタリヤ否ニ因テ決シ、其ノ意思ノ通謀ハ勿論單獨ナル意思ノ連絡ヲモ必要ト認メザルナリ、而シテ如何ナル客觀的事實アラバ、共犯トシテ欠クル處ナキカバ、前述ノ議論ヨリ生ズル疑問ナリ。

夫レ正犯タルニハ或ハ實ノ實行又ハ着手ニヨリテ生ズル結果ヲ、本人ニ連結シテ罪責ヲ負ハシムルモノナル事ハ諸君ノ既ニ知悉スル所、此ノ故ニ苟モ正犯トシテ論ズルニハ着手以上ノ行爲アル事ヲ必要トス(但シ豫備ヲ罰ス場合ニ就テ此ノ主論ヲ貫徹セバ豫備ニ着手シタルトキナル)、去レバ共同ノ正犯タル亦之ト同ジク實行又ハ着手アル事ヲ要スルヤ勿論ナリ、之ヲ要スルニ實行ニ入ルベキ動作又ハ之ニ近接シタル行動(着手)以外ノ動作ハ、從犯タル事アルモ、共同正犯タル事ナシ然レドモ如何ナル行爲ガ實行又ハ着手行爲ナルカ、其之ヲ定ムルニハ、其動作ト動作當時ニ於ケル外圍ノ状態トヲ觀察シテ、具体的ニ決定セザル可カラズ、或場

合ニ於テハ豫備行爲トスベキモノモ共同ニ之ヲナス時ニ於テ着手以上ノ行爲トアル事アレバナリ、假令人ヲ殺サントスルノ意思ヲ以テ、刀ヲ殺人行爲ヲナス者ニ授クル場合ノ如キ普通單獨ノ犯罪ニ於テハ、眞實ノ豫備行爲ニ過ギサルモ、現場ニ於テ之ヲ授クルニ於テハ純然タル着手行爲ナレバナリ、若シ此ノ論ニ從ハシニハ相互犯人ニ於テ毫末モ他ニ自己ト同一ノ行爲ヲナス事ヲ知ラザル場合ニ於テモ尙ホ且ツ共同正犯ヲ成立セシムベシ、假ハ竊盜表ヨリ家屋内ニ入り産内ノ財物ヲ竊取シタルト同時ニ、全ク知ラザル他ノ盜賊裏ヨリ來リテ臺所ノ財物ヲ竊取シ犯人共ニ他ニ自己ト同一行爲ヲナス者アル事ヲ知ラザルモ、共同正犯トシテ處罰セザルヲ得サル結果トサル、加之ナラズ過失ニ對シテモ亦共同犯成立スル事トナリテ非論理タル事當然ナリ。

(三)折衷說 本説ハ如上説述シタル(一)ト(二)トヲ具備スル事ヲ要件トシ、之ヲ具備セザルニ於テハ共同正犯成立セズトナスノ説ナリ、即チ共同正犯ハ主觀的ニ觀察スレハ、各自ノ間ニ与スル意思ノ連結換言セバ、相互犯罪事實ニ加工スルノ認識ナカル可カラズ、又客觀的方面ヨリ觀察スレバ、自己ノ意思發動ガ他人ノ意思ニヨル活動ヲ俟テ一ノ犯罪事實ヲ完成スルモノナル事ヲ要ス、前説ヲ取テ之ヲ

言ハハ主觀的意思ニハ一説ヲ主張ヲ具備シ客觀的行動ト結果タル事實ニ對シテハ第二説ノ説明事項ヲ具備セザル可カラズト云フニアリ、而シテ相互認識セル意思ノ共通ノ範圍内ニ就テハ、相互他人ノ實行ニ對シテ其行為ヲ利用シ故意ヲ遂行スルモノニシテ、其情恰モ人爲ニ非ザル他ノ動力ノ加ハラテ、罪素タル事實ヲ完成シタル場合ニ其結果ノ發生ヲ自己ニ歸スルガ如ク、其ノ生ジタル結果ニ付テノ罪責ヲ各自己ニ歸セザル可カラズ。

共同正犯ハ右ノ如キ理由ナルヲ以テ、到底單獨ニテハ正犯トナル能ハザル者ト雖トモ、他人ト共同の行為ヲ爲スニ於テ、正犯者トナル事アルハ婦女或男子ト共同ニ他ノ女子ヲ強姦スルニ當リ、其實行々爲ニ與カルニ於テハ即チ此ノ共同正犯ヲ成立セシム、然レトモ法文ニ於テ或身分ガ犯罪構成ノ必要條件タル時ハ身分ナキ者ハ、共同正犯者タラザルナリ、

以上共同正犯ノ骨子ヲ説明シ終リタリ、而シテ其處分ニ至テハ既ニ論ジタルガ如ク、各自其發生セシタル全部結果ニ對スル罪責ヲ負ハザル可カラザル事ハ明カナリ、此ノ結果トシテ單ニ一部ニノミ加工シタル者ト雖トモ又、全部ノ罪責ヲ負擔セザル可カラズ、次ニ多數共同犯罪者中或一人中止シタル時ニ於テハ如何ニ此

ヲ處分スベキカ、客觀的ニ之ヲ觀察スレバ、其ノ行為ノ性質上未遂タル事明カナリ、而モ之ヲ罰セザル所以ハ主觀的ニ觀察スレバ、自己ノ意思ニ因リテ其動作ヲ止メ、又ハ結果ヲ防止シタルニ歸因ス、此ノ故ニ中止者ハ所罰セラレザルモ、他ノ正犯者ハ未遂犯タルニ欠クル所ナキガ故ニ、中止者ニ關係セズ他ノ犯罪者ハ各自其ノ罪責ヲ負ハサル可カラズトス身分ニ依ル場合ト雖モ、亦根本ノ法理ニ至テハ之ト異ナルナシ、此ノ場合ハ特ニ第六百六條ニ規定セルヲ以テ就テ一讀スベシ

第百五條 人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者ハ亦正犯ト爲ス

(解)本條ハ教唆ニ關スル規定ニシテ教唆ヲ正犯トナシ刑罰ヲ科スルモノナル事ヲ規定セリ

抑モ教唆トハ何ソヤ、教唆トハ故意ヲ以テ人ヲシテ罪ヲ犯スノ決意ヲ生セシムル動作ヲ云フ、學之ヲ約言シテ造意ト命名ス、現行法ニ從ハバ教唆ハ重罪輕罪ノミニ限ラレ、違警罪ニ於テハ教唆行為ヲ認メズ、以上ノ如ク教唆ハ單ニ造意ヲ目的トスルモノナルガ故ニ、他人ヲシテ犯罪決意ヲ爲サシメバ、教唆、爲ハ完了ス、此ノ結果トシテ本人既ニ故意存在スル時ハ此ニ對シテ教唆ナルモノナキハ當然ナリ、今教唆ヲ客觀的方面ヨリ觀察セバ、他人ノ犯罪決意ト造意者トノ間ニ、因果

ノ關係ヲ生スルガ故ニ、其結果ヨリ見ル時ハ間接ニ因果ノ關係ヲ形成ス、詳言セバ結果ト本人ノ決意トハ因果ノ關係タリ、而シテ其決意ト造意者ノ行為トハ又因果關係ノ状態ニアリ爲ニ之ヲ主觀的ニ觀察シテ、客觀的ノ事實ヲ造意者ニ連絡セシムル時ハ、結果ニ對スル罪責ヲ負ハザル可カラザルハ當然ナリ、而シテ造意者爲サシメントスルノ手段ト方法ニ就テハ法規特ニ規定アルナシ、故ニ贈與ヲ約シ權勢ヲ利用シ脅迫ヲ加ヘテ、以テ造意セシムルモ、亦文章、形容、及言語ヲ以テスルモ、苟モ犯罪決意ヲ惹起セシムレバ即チ教唆行為タルニ差支ナシ。

然レトモ其被造意者ニ於テ教唆セラル、事ヲ認識スルノ要ヲ見ズト雖モ、造意者ハ是ニ反シテ自己ノ教唆ニ因テ、他人ニ造意セシムルトノ觀念ヲ存セザル可カラズ、法語ヲ以テ之ヲ言ハ、自己ノ意思發動ト他人犯罪決トノ間ニ、因果ノ關係ヲ生スル事ヲ認識スルヲ要ス、若シ否ラズシテ漫然他人ノ決意ニ原因ヲ與フルトモ犯罪ノ本質トシテ責ニ任セザルハ之レ亦勿論ナリ、然ラバ竊盜ヲ教唆シテ被教唆者ヲ決意セシメ其結果強盜ヲ働キタル場合ハ如何、之レ本人ノ行為ト教唆者ノ觀念トガ相齟齬シタル場合ニシテ、如斯時ニ於テハ教唆者ハ、自己ノ教唆シタル犯罪事實ノ觀念ニ對シテノミ責任ヲ負ヒ、其ノ加重スベキ又ハ重刑ヲ受クベキ部分

ニ對シテハ、固ヨリ罪責ナシ、若モ又其ノ行為ト造意者ノ意思トガ全然相異ル時ハ、教唆犯ノ成立ヲ沮却スルハ當然ノ理ナリ。

以上説述シタルガ如ク、教唆ハ本人ニ造意ノ原因ヲ與ヘ、本人ハ此ノ原因ニ基キテ決意スルモノナルガ故ニ、犯人ノ發生セシメタル結果ノ原因ニ非ラズ、故ニ其關係タル直接ノ因果關係ニ非ラザルヲ以テ、獨立シテ罪責ニ任セザル、事ナシ、若シ獨立ニ罪責ニ任セラル、事アリトセバ、ソハ教唆犯トシテノ罪責ニ非ラズ、何トナレバ本人ニ於テ責任無能力ナル場合カ、否ラザレバ故意ナキ者ヲ利用シタル場合即チ間接ノ正犯タル場合ナレバナリ、故ニ之カ處分ヲ論スル者常ニ主從ノ關係ヲ立ツ、著者モ亦之ニ從ツテ説明セン、夫レ教唆ハ被教唆者ノ犯罪行為ニ隨伴シテ、初メテ處罰セラル、モノナル事ハ、前述ノ説明ニヨリテ明カナリ、之レ學者ガ被教唆者ノ行為ヲホトシ、造意者ヲ從タル者ニナス所以ナリ、此ノ故ニ主タル行為ノ犯罪、造意者ノ教唆シタル決意ノ一部ニ過ギザル時ハ、從タル教唆犯ニ就テモ其ノ一部ノ結果ニ過ギザル罪責ヲ負フニ止マル、又本人ノ實行ヲ爲ラ中止シタル時ハ、中止ハ刑ノ全免ニアラズシテ、犯罪其モノ、成立ヲ沮却スルモノナレバ、從テ教唆犯ヲ成立セシムル事ナリ。

右ニ述ベタル所ノモノハ、主タル行爲ニ對スル從タル犯罪トシテノ説明ナリ、而シテ以下ニ説明セントスル所ハ、前者ト異ナリ、教唆ハ爲其モノニ付テ二三ノ場合ヲ論ゼン。

一、教唆犯ニ未遂犯アルカ 已ニ述ベタルガ如ク、教唆犯ハ造意ヲ以テ目的トシ本人ニ犯罪ノ決意ヲ慝起スルニヨリテ、完成スルモノナルガ故ニ、此ノ決意ヲ爲サシムル事ヲ得ザル時ハ、即チ教唆行爲ノナキト同一ノ状態ニアルヲ以テ、當局教唆犯ノ成立スルカ否カノ二途ニ出テズ、從テ教唆犯ノ未遂ナシ。

二、教唆犯ニ中止犯アルカ 前述ノ如ク或ル不成立ノ二途ニ出テザルモノナレバ已ニ造意セシメタル以上ハ、自己ノ犯罪ニ對シテハ中止スルノ手術ナシ、只中止ト認ムベキハ、本人ノ犯罪行爲ハサシメザルカ、又ハ爲シタル犯罪ヲ消却セシメントスルニ外ナラズ、カ、ル場合ニ於テハ教唆犯成立セズ、然レトモ此ノ成立セザル所以ハ、敢テ教唆ノ中止ト云フノ意味ニアラズシテ、本人ノ成立ヲ妨ゲタル行爲トシテ、教唆犯成立セザルノミ。

三、教唆犯ニ對シテ教唆者アルカ 學者ハ只一言ニ認メズト斥ケ願ミサルヲ常トスレトモ、又或學者ニ因リテハ、之ノ場合ニ間接教唆犯成立ストナシ、其ノ關係

ヲ説明スルニ本人ノ犯罪ニ連絡シテ曰ク、教唆犯ヲ教唆スルニアラズシテ、主タル犯罪ヲ間接ニ教唆スルナリト、然レトモ著者ハ此ノ論ニ服スル能ハス、何トナレバ教唆犯ヲ教唆スルハ、造意セシムベシトノ認識ヲ以テ、教唆セントノ決意ヲ惹起スルモノニシテ、教唆者ガ本人ヲ教唆スルノ意思ト異ナル、故ニ余ハ教唆者ノ教唆ハ有リ得ルト信ズ、而シテ此ガ罪責ヲ定ムルノ標準ハ、間接ニ發生事實ヲ連絡シテ之ガ科罰ヲ定ムルモノナリ、故ニ犯罪ニ對シテ同一ニ歸着ス、而シテ之ガ處分方法ハ次條以下三ヶ條ニ規定ス、以テ參照セララル可シ。

第百六條 正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重スヘキ時ハ他ノ正犯從犯及ヒ教唆犯ニ及ホスコトヲ得ス

(解)凡ソ犯罪アレバ刑罰之ニ伴フハ既ニ從來ノ説明ニ於テ罰スル者、又二人以上相互加工ノ認識アル場合ニ於テモ、單獨ノ犯罪ト同ジク、其生ジタル全部ノ犯罪ニ對シテ各自ニ其ノ犯罪責ヲ負ハシムルトモ、第百四條ヲ説述スルニ際シ一言セシ所ニ依テ諸君ハ已ニ了解シタルナラン、而シテ共同正犯ノ場合ニ於テ特別ナル身分ヲ犯罪ノ要素トスル場合、又ハ或身分アルニ因テ、刑罰加重ノ條件トナス場合ノ如キ時ニ他ノ共同正犯者ニ如何ナル影響ヲ及ボスカ、又從犯(從犯ノ何タルヤハ

第二節器犯ノ所ニ於テ詳論セン就テ見ル可シ)及ヒ教唆者ニ對シ、主タル行爲者ニ加重條件タル身分アル時、又犯罪ノ要素ニ或身分ヲ必要トスル時、並ニ從犯及ヒ教唆者此ノ身分アル場合ニ於テハ、主タル行爲者ニ如何ナル影響ヲ及ボスベキカニ就テ攻究スルノ要アリ、余ハ便宜上各場合ニ分チテ其ノ骨子ヲ述ベン、

一、共同正犯ノ場合 罪責各自負擔スル事ハ説明シタルガ如シ故ニ此ノ結果トシテ共犯者中刑ヲ加減スベシ特別ノ身分アル時ハ、其ノ正犯者ニ影響ヲ及ボサス何トナレバ結果ニ對ツテ各自全責任ヲ負フ者ナレドモ、身分上ノ關係ハ之ヲ歸責セシムル事ヲ得ザル結論ヲ得レバナリ、是レ第百四條末段ヨリ生ズル當然ノ結果ナリ、又或一人ニ犯罪ノ要素タル身分ヲ具備セル場合ニ於テハ如何、此ノ場合ニモ尙ホ他ニ影響ヲ及ボサズト論ズルヲ穩當ト信ス、

二、從犯及教唆犯ノ場合 此場合ヲ二ニ分ツ、(一)主タル行爲者ニ身分アル場合之ヲ更ニ細別シテ、(イ)身分ヲ犯罪要素トナス場合、此場合ニハ假令從犯者ニ身分ナキモ主タル行爲ハ完全ニ犯罪トシテ成立シ、爲ニ從犯モ亦同ビク成立ス翻テ主タル行爲者ニ要素タル身分ナキ場合ニ於テハ、從犯者ニ此ノ身分アルモ犯罪セズ、此結果相互何等ノ影響スル所ナシ、(ロ)身分ガ加減ノ條件ニ過ギサル時ハ、

何ニ身分アルモ共同正犯ノ場合ト同一ニ論シテ其ノ影響ヲ受ケズト論ズルヲ至當トス(前條參照) (二)從タル行爲者ニ身分アル場合、ニ於テハ罪素タル時モ、加減ノ條件タル時モ、何等ノ影響ヲ主タル行爲者ニ與ヘズ、然ルトモ加減ノ條件アル場合ニ於テハ、從犯ハ自身ハ加重輕減アル事ヲ忘ル可カラズ

第七七條 犯人ノ多數ニ因リ刑ヲ加重ス可キ時ハ教唆者ヲ算入シテ多數ト爲スコトヲ得ス、

(解)本法ニ於テ共犯ハ、同一ノ犯罪タルモ單獨犯ニ比シ加重ノ條件トシテ、科罰セラル、モノナリ、而シテ從犯ハ元來主タル行爲ノ成立ニヨリ、之ニ隨伴シテ成立スルモノニシテ其結果ヲ從犯者ニ連結シテ科罰スルト雖モ、許實行ニ加工シタル者ニ非ス此ノ結果トシテ從犯者タル教唆者ヲ算入シテ多數トナシ、以テ多數タル故ニ刑罰ヲ加重スル事ヲ得ス。

第八八條 事ヲ指定シテ犯罪ヲ教唆スレニ當リ犯人教唆ニ乘ジ其指定シタル以外ノ罪ヲ犯シ又ハ其現ニ行フ所ノ方法教唆者ノ指示シタル所ト殊ナル時ハ左ノ例ニ照シテ教唆者ヲ處斷ス

- 一 所見教唆シタル罪ヨリ重キ時ハ止タ其指定シタル罪ニ從テ刑ヲ科ス
- 二 所犯教唆シタル罪ヨリ輕キ時ハ現ニ行フ所ノ罪ニ從テ刑ヲ科ス

(解)此等ノ場合ニ於テ前説明シ來リタル各條ニ、其理由散在スル故、ソヲ熟讀セバ本條ハ明瞭ナル可キ故、別ニ説明セズ

第二節 從犯

從犯トハ他人ノ犯罪ヲ幫助シ容易ナラシムル行爲ヲ云フ、而シテ如何ナル行爲ガ幫助又ハ容易ナル行爲トナルカハ、第百九條ノ説明ニ讓ル、然レドモ幫助シ又ハ容易ナラシムル行爲ヲ罰スルハ、主タル犯罪ナカル可カラズ、故ニ主タル行爲ノ罪ト爲ナラザル場合ニ從犯ヲ認メザルハ當然ナリ、且正犯中止シタル時ハ從犯モ亦其利益ヲ受タル事勿論ナリ、如此從犯ト正犯トヲ區別シ、之ヲ所罰スル根本ノ理由ニ至テハ二箇ノ主義アリ、(一)主觀主義、此ノ說ニ依ル時ハ正犯タルモ、從犯タルモ等シク犯罪行爲ノ加工ナルガ故、其行爲ノ輕重並ニ實行ニ近接スルヤ否ヤニ因テ、區別ヲ立ツル事ヲ得ス、故ニ行爲ノ上ヨリ之ヲ分別スル事ヲ得ザルモノナレバ、之ガ標準ヲ各自ノ意思如何ニ因セザル可カラズ、此結果已レ自ラ罪ヲ犯サントノ故意アル者ハ犯正者トナシ、他人ノ犯罪ヲ幫助容易ナラシムル意思ナル時ハ、從犯者ナリト、(二)客觀主義、此ノ說ハ犯人行爲ノ輕重ニヨリ二者ヲ

區別スルノ主義ニシテ、實行、着手、豫備、タルトヲ問ハス、犯罪完成ニ重大ナル影響ヲ及ボス時ハ常ニ正犯タルベク、輕小ノ影響ヲ及ボスノミナル時ハ、從犯タルベシトナス者ト、其罪犯ニ對スル行爲ニ就テ、條件ト原因トヲ區別シ、原因ヲ與フル行爲ヲ正犯トシ條件ヲ與フル行爲ヲ從犯ト爲ス者トノニアリ、而シテ現刑法第百九條ハ右ノ内、第二說ノ前說ヲ取テ之ニ多少ノ制限ヲ加ヘタル者ナリ、即チ本刑法所定ノ法條ニ於テハ、只犯罪豫備行爲ヲ幫助シ容易ナラシメタル場合、ノミ、從犯トシテ所罰ス、蓋シ其理由トスル所ハ、輕小ナル影響ヲ與フルノミニシテ、尙ホ正犯ト同一ニ所罰スルハ、科罰上權衡ヲ失スルガ爲ノ單純ナル理由ニ基クニ過ギズ、

然ラバ如何ナル場合ニ幫助行爲アリタリトスルカニ就テハ、教唆犯ノ場合ニ論述シタル如ク、主觀的方面ト客觀的方面トヲ具足スルヲ要ス、換言スレバ他人ノ犯罪ヲ幫助シ容易ナラシムルノ意思ト、此ノ意思ニ基キテ爲シタル行動トノ具備ヲ必要トスル者ナリ。

第百九條 重罪輕罪ヲ犯スコトヲ知テ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ其他豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタル者ハ從犯ト爲シ正犯ノ刑ニ一等ヲ減ス但

正犯現ニ行フ所ノ罪從犯ノ知ル所ヨリ重キ時ハ止タ其知ル所ノ罪ニ照シ一等ヲ減ス

(解)本條ヲ解スルニ二箇ノ方法アリ、(一)器具ヲ給與シ又ハ誘導指示スト云フガ如キハ、皆豫備行爲ヲ例示シタルニ過キズト爲スノ解釋タリ、或有力ナル學者ハ之ヲ批難シテ曰ク、幫助及ヒ容易ナル文字ハ其效用ヲ失フト云ヘドモ、ソハ誤解ノ甚シキ者ナリ、何トナレバ幫助又ハ容易ナル語ハ、豫備ノ所爲ノ犯罪形體ニ及ホス客觀的ノ狀態ヲ明示シタルニ止マレハナリ、(二)其主眼點ヲ幫助又ハ容易ナル語ニアリトナス、故ニ此結果トシテ、豫備行爲ヲ以テ助力シタル者ト雖モ、犯罪ニ重大ノ影響ヲ及ホスモノナル時ハ、從犯トシテ所罰スル者ニアラズ、故ニ器具ヲ給與シ、又ハ誘導指示等ハ、其影響ノ輕小ナルモノ、ミヲ列示シタル者ナリト解スルノ說ナリ、其ノ何レニ解驚スルモ其ノ結果ニ少カラザル差異ヲ生ズルガ故ニ、何レガ當レルカハ諸君ノ判斷ニ任カセン、然レトモ著者ハ前說ヲ取ル、次ニ但書ノ場合ニ於テハ教唆ノ所ニ於テ説明シタル所ニ同一理由ナルガ故茲ニ省ク就テ見ル可シ。

第一百十條 身分ニ因リ刑ヲ加重ス可キ者從犯ト爲ル時ハ其重キニ從テ一等ヲ減ス

正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ減免ス可キ時キ雖モ從犯ノ刑ハ其ノ輕キニ從テ減免スルコトヲ得ス

(解)是レ從犯ノ助力ヲ以テ完了ス故ニ、正犯ノ身分ニ因リ減免セラレ、場合ナリト雖モ、從犯ニ影響ヲ及ボサザル事ヲ規定シタルモノニシテ、第百六條ノ理由ト同シ故ニ此處ニ省略スベシ。

第九章 未遂犯罪

未遂犯トハ犯罪ノ實行ニ着手スルモ、未ダ結局ニ至ラザルモノヲ云フ、抑モ未遂犯ト既遂犯ニ對スル語ニシテ、犯罪タルベキ所爲ヲ實行シ、既ニ其結果ヲ生シタルモノヲ既遂犯トセハ、未遂犯ト前主義ヲ以テ當ヲ得タルモノト信ズ、然リ而シテ未遂中重罪ノ所爲ニ當ルモノニテ之ヲ罰シ、輕罪ノ行爲ノ法律ガ罰スルモノト罰ヒザルモノトス、違警罪ハ全ク罰セズトセリ、犯罪ニヨリテハ未遂犯モ尙本刑ヲ科シ未ダ未遂犯タラザル豫備ノ行爲ダニ罰スル法條ヨリ、是等ヲ各條說法ノ下ニ讓ラン。

第一百十一條 罪ヲ犯サンコトヲ謀リ又ハ其豫備ヲ爲スト雖モ未タ其事ヲ行ハサル者ハ

其刑ヲ科セス

(解)未遂犯ニ二種アリ、一ハ犯罪ノ着手ニ止ヨリ未ダ効果ヲ生ゼザルモノ、一ハ犯罪ヲ實行スルモ尙犯罪タルノ効果ヲ生ゼザルモノ是ナリ、前者ヲ着手ノ未遂犯ト稱シ後者ヲ實行ノ未遂犯トシテ、即チ缺効犯タリ、本條ヘ犯罪者ガ單ニ犯罪ノ豫備ヲ爲シタルノミニシテ、其事ヲ行ハザル場合ヲ意味シ、然レトモ前陳スル如ク若シ本條ニ刑名アレバ之ニ因ツテ處分スルコト當然ナリトス。

第百十二條 罪ヲ犯サントシテ既ニ其事ヲ行フト誰モ犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ未タ遂ゲサル時ヲ已ニ遂ゲタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス

第百十三條 重罪ヲ犯サントシテ未タ遂ケサル者ハ前條ノ例ニ照シテ處斷ス

輕罪ヲ犯サントシテ未タ遂ケサル者ハ本條別ニ記載スルニ非サレト前條ノ既ニ照シテ處斷スルコトヲ得ス

違警罪ヲ犯サントシテ未タ遂ケサル者ハ其罪ヲ論セス

(解)百十二條中事ヲ行フト雖モトアルハ、單ニ着手ニ止マル場合及ビ實行ヲ終リタル場合ヲ併稱ス、障礙トハ着手シテ未タ遂ケザリシ者ヲ云ヒ、舛錯トハ實行スルモ尙ホ其効果ヲ見ル能ハザラシモノヲ云フ、前者ハ純然タル未遂犯ニシテ後者ハ

缺効犯ナルモ、未遂犯ノ一種トナセリ、然リ缺効犯ニ付テハ學者間ニ左ノ論アリ (一)第一説 犯罪ノ缺効犯トナルニハ犯罪ヲ遂クルニ必要ナル所爲方法ヲ盡シタル後ナルコトヲ要ス、其所爲方法タル犯人ガ知ルト否トヲ問ハズ、唯其所爲ヲ終リタルコトヲ要スト、此説ニ從ハンカ、自己ノ思料足ラス或ル所爲ヲ以ツテ人ヲ殺スニ足ルト信シ實行セシニ、何等ノ効果モ生ゼザルトキハ之ヲ、缺効犯ニアラズト謂ハザルベカラズ、又人ヲ毒殺センカ爲メ毒藥ヲ備メタルニ毒藥ノ分量足ラズシテ、其目的ヲ達セザリシガ如キ、未遂犯ニシテ缺効犯ニアラザルナリ、此ク論ジ來レバ到底缺効犯ノ存在ナカルベシ

(二)第二説 此説ノ根據ハ犯罪ヲ行フニ當リ、自カラ必要ナル行爲ナリト信シ、之レヲ爲サバ可ナリト、此説又適當ヲ失ス、何トナレバ蓋犯人自身ガ罪ヲ犯スニ充分ナリト思料シテ行ヘバ、夫レニテ充分ナリト云フニアアルガ如シ、然ラバ前條ニ於ケル其毒殺センガ爲メ、備メタル毒藥ノ分量ノ僅少ニシテ、到底人命ヲ絶ツニ足ラザルモ、苟クモ犯人自ラ行フニ充分ナリトシテ、之ヲ使用センカ、即チ犯罪ヲ構成セリト云フノ結論トナル、此説ヲ假例センガ毒ヲ爲サン爲メ將サニ食セシトスル食卓上ニ毒藥ヲ盛りタルモ、之ヲ食セザルトキハ缺効犯トナルベキモ、犯

人何レノ日カ來ツテ食スベシト信ジテ、毒藥ヲ床下ニ入レ置タル場合モ、尙ホ未遂犯トシテ、罰セザルベカラザルニ至ラン、誠ニ奇怪ナル説ト難セザルヲ得ザルベシ。

(三)第三説 此説ニヨレバ犯罪ノ手段ガ巧妙ナルヲ要セズ、犯人自ラ罪ヲ犯スニ必要ナル行為ナリト信ジタルヤ否ヤヲ問フコトナリ、唯犯人ガ直接ニ犯罪タル結果ニ對シテ所爲ヲ執行シ終レバ充分ナリトスルニアリ、此説ハ簡單ニシテ的確ナル學理ヨリ未遂犯ヲ論ズルモノニシテ、近世學者ノ採用スル所ナリ、此説ニ從ハバ犯人ガ犯罪ヲ遂グルニ必要ナル方法ヲ盡シタルヤ否ヤヲ問ハズ、又犯人ガ犯罪ヲ爲スニ必要ナル所爲ナリト自カラ信ジタルヤ否ヤヲ論セズ、唯其犯罪タル結果ヲ生ズベキ所爲ニ對シテ、直接ニ關係スル行為ヲ實行スレバ、敢テ其犯罪タル結果ヲ生ズルヤ否ヤヲ論セズ、未遂犯トシテ罰スルモノトス、我刑法ハ即チ此説ニ據リタルモノ、如シ。

又茲ニ一種特別ノ中止犯ナルモノアリ、犯人一旦犯罪所爲ノ實行ニ着手スルモ、犯人自ラ之ヲ中止シテ、其目的タル結果ノ發生ヲ防止スル場合ヲ云フ富井博士ハ中止犯ノ定義ヲ下シテ曰ク、障礙又ハ舛錯ナキ内ニ犯人自己ノ意思ヲ以テ犯罪ノ實行ヲ中止シタル時ヲ云フト、而シテ之ヲ罰セザル理由ハ蓋シ左ノ如シ。

一、法理上ノ理由 中止犯ハ犯人ガ有スル犯意ノ幾分ハ犯罪ノ着手ニヨリテ、外形ニ顯ル、ト雖モ、未タ實行セザル部分即チ外形ニ顯ハレザル意思ハ取消シ得ベケレバ、犯人ニシテ既ニ着手セシ犯罪タル所爲ヲ中止スルトキハ、犯人ノ真心ハ未タ充分外形ニ發露シタルモノト謂フヲ得ズ、從ツテ法律ハ自由ニ之ヲ取消シ得セシムベシ。

二、政略上ノ理由 犯人一度犯罪ニ着手スルモ、中途ヨリ犯罪ヲ中止スルハ誠ニ嘉スベキ事柄ニシテ、常ニ法律ノ希望シテ止マザル所、然ルニ中止犯ヲモ全刑ヲ以テ罰スルトセバ、犯人偶々良心起リテ中止スルモ、一旦着手セシ以上ハ最早刑ヲ免カル能ハズトセバ、寧ロ其所爲ヲ實行シ終ラントスルニ至ラン、此ノ如クバ却ツテ犯人ヲ増加スベシ、我刑法ハ着手未遂ノ中止犯ノミヲ無罪トシ、缺効犯ノ中止ハ其刑ヲ減ズルトセシハ當ヲ得タリ

百十三條ニヨレバ重罪ノ未遂ハ凡テ罰セリ、何故ニ然ルカ、或學者ハ重罪ノ犯狀重ナリト云フノ説ヲ取ルアリ、又重罪ノ場合ハ着手ノ證據明白ナルモノアルベク、之ヲ擧グルニ難カラザルガ故ニ、一般其未遂犯ヲ罰スト論ズルアルモ、余ハ是等

ノ説ニ反ス、即チ重罪ノ未遂ハ其未遂ノ所爲ニ因テ、已ニ國家ノ生存ニ一定ノ危險損害ヲ與フルモノナリ、國家ノ生存ニ對スル危險ト云ヒ損害ト云フハ、必ズシモ社會ニ現ハレタル有形ノ害迹ヲ云フニアラズシテ、主觀的ニ犯人ガ社會ニ危險ナル事客觀的ニ未遂ノ所爲ニ伴フ世上ノ畏懼恐怖等、何レモ吾人ノ國家ト云フ政治的結社生活ニ不適當ナル事實ヲ總稱スルガ故ニ、重罪ノ場合ハ其未遂ノ所爲ト雖モ已ニ此ノ如キ一定ノ國家的危險損害アリトシテ所罰セバ、初メテ學理ニ適合セントハ岡田博士ノ主張スル所ニシテ、余モ聊カ之ニ服スルモノナリ。

第十章 親屬例

第一百四條 此刑法ニ於テ親屬ト稱スルハ左ニ記載シタル者ヲ云フ

- 一 祖父母父母夫妻
- 二 子孫及ヒ其配偶者
- 三 兄弟姉妹及ヒ其配偶者
- 四 兄弟姉妹ノ子及ヒ其配偶者
- 五 父母ノ兄弟姉妹及ヒ其配偶者

- 六 父母ノ兄弟姉妹ノ子
- 七 配偶者ノ祖父母父母
- 八 配偶者ノ兄弟姉妹及ヒ其配偶者
- 九 配偶者ノ兄弟姉妹ノ子
- 十 配偶者ノ父母ノ兄弟姉妹

第一百五條 祖父母ト稱スルハ高曾祖父母外祖父母同ジ父母ト稱スルハ繼父母嫡母同

シ子孫ト稱スルハ庶子曾玄孫外孫同ジ兄弟姉妹ト稱スルハ異父異母ノ兄弟姉妹同

シ 養子其養家ニ於テ親屬ノ例ハ實子ニ同ジ

(解)本條ハ親屬ノ範圍ヲ規定セリ、蓋シ之ヲ明カニセザル時ハ、親屬間ニ於ケル種々ノ犯罪ニ關シテ、刑罰ヲ科スル上ニ不便尠ナカラザレバナリ、只茲ニ一言スベキハ刑法上ノ親屬ハ、民法上ノ親屬ト異ナル一點是ナリ、民法七百二十五條ニヨレバ親屬ノ種類ヲ(一)六親等内ノ血族、(二)配偶者、(三)三親等内ノ姻族トセリ、二者ヲ比較セバ刑法上ノ親屬ハ至ツテ廣シ、然レトモ余ハ寧ロ民法ノ如キヲ欲シテ止マザルモノ、社會ノ發達進歩ハ此ノ如キ關係アルモ、實際之ヲ親族トシテ交

際シ、且親誼ヲ厚フスルコトナケレバナリ。

第二編 公益ニ關スル重罪輕罪

第一章 皇室ニ對スル罪

抑モ本罪ハ在位ノ天皇ニ對スルト、其他ノ皇族ニ對スルトノ區別ニ依リ、性質上國事犯ニ屬スルモノト常事犯ニ屬スルモノトノ二者ヲ包含ス、然リ犯罪ノ目的ハ國事ニ出ツルト私事ニ出ヅルトヲ問ハズ、苟モ一國ノ君主タルヲ知リツ、之ヲ害スルトキハ、其所爲直接主權者ヲ害スル罪ニシテ、其名譽ヲ損スルモノハ、主權者ノ威嚴ヲ損スルノ罪ナリ、刑ノ寬嚴如何ヲ問ハス、之ヲ以テ一私人ニ對スル犯罪トナスコトアルベカラザルハ、我師江木博士ノ教ユル所ナリ、要スルニ君主ニ對スル犯罪ヲ以テ、一ノ國事犯トセザルベカラザルハ、當ニ理論上當然ナルノミナラズ、我國古來沿革ノ自ラ然ラシムル所ニシテ、大寶律令ノ所謂大逆罪ナルモノハ、眞ニ帝國ニ於ケル國法ノ原理ヲ得タリ、只我現行法ニ公然大逆罪ノ一種ノモノヲ認メザリシハ遺憾ナリ。

第一百十六條

天皇三后皇太子ニ對シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ處ス

(解)皇室ニ對スル國事犯ハ、在位ノ天皇ニ對シ危害ヲ加ヘ、又ハ加ヘントスル罪及

ビ、不敬ノ所爲ヲ爲ス、此罪ヲ犯スコトヲ得ヘキモノハ、日本皇室ニ誠忠ヲ盡ス、義務アル者ニ限ル而シテ外國人ハ日本ニ滯在中ニ本國土上ノ管轄ヨリ此義務ヲ負フモトス、然リ犯罪ノ物件ハ在位ノ天皇ノ生命身體自由及ヒ名譽トス、故ニ三后皇太子及ビ其他ノ皇族ニ對スル罪ハ常事犯ニシテ國事犯ニアラズ、其犯意ヤ危害若クハ不敬ヲ加フル故意アルヲ要シ、過失ニ係ル罪ヲ問ハズ其所爲タル法文ニ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタルモノト明言セバ、既逐犯ハ勿論未ダ既逐ニ至ラザル豫備陰謀ノ所爲モ此罪ヲ構成ス。

第十七條 天皇三后皇太子ニ對シ不敬ノ所爲アル者ハ三月以上五年以下ノ重禁錮ニ處シ二十圓以上二百圓以下ノ罰金ヲ附加ス

(解) 在位ノ天皇ニ對スル不敬罪ハ國事犯ニシテ、其他ノ不敬ハ常事犯タリ、茲ニ疑問ナルハ外國ノ皇族ニ對スル不敬罪ハ如何、余ハ外國ノ皇族ト雖モ此身分ヲ有スル以上ハ我法律上之ヲ皇族ト認ムベク從ツテ皇族ニ對スル罪トシテ處斷スルヲ至當トセン、或ハ外國ノ皇族ヲ我國ニ於テ皇族ト認ムルハ、朝廷ノ儀式上ノ事ナリト云フモノアラン、然レトモ一國ガ他國ノ皇族ヲ皇族ト認ムルハ國際法上ノ通規タリ、決シテ儀式上ノ事ニ止マラストス、外國ノ君主ガ我國内ニ於テ犯シタル罪

ヲ問ハザルハ、法律上君主ノ身分ヲ認ムルモノニアラザルナキカ、然ラバ即チ外國ノ君主ニ對スル犯罪ハ國事犯トシテ罰スル能ハザルモ、身分上ヨリ皇族ニ對スル常事犯トシテ、罰スルコソ至當ナル解釋ナルベシ、然レドモ今日ノ實例ハ之ニ反スルト聽ク蓋シ穩當ヲ失スルモノナリ。

第十八條 皇族ニ對シ危害ヲ加ヘタル者ハ死刑ニ處ス其危害ヲ加ヘントシタル者ハ無期徒刑ニ處ス

第十九條 皇族ニ對シ不敬ノ所爲アル者ハ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處シ十圓以上百圓以下ノ罰金ヲ附加ス

第二十條 此章ニ記載シタル罪ヲ犯シ輕罪ノ刑ニ處スル者ハ六月以上二年以下ノ監視ニ付ス

(解) 百十八條ノ所爲ニ對シテハ、同シク死刑又ハ無期徒刑ニ處スベキモ、性質上常事犯タルハ前説明ニヨツテ知ラルベシ、百十九條ハ理論上ヨリ云ヘバ此罪ヲ未逐犯ナリトスルヲ至當トス、他ハ法文明白ナレバ茲ニ論議セズ。

第二章 國事ニ關スル罪

國事犯トハ國家ノ政治上ノ秩序ヲ紊亂スル所爲ヲ云フ、國事犯ハ廣狹二義ニ用ユ廣義ヨリセバ在位ノ天皇ニ對スル罪、朝憲紊亂及ビ邦上僭竊ノ罪外國ニ對スル罪及ビ公權ノ施行ニ抗拒スル罪ノ四者ヲ包含シ、狹義ニ於テハ君主ニ對スル危害罪及ビ朝憲紊亂、邦土僭竊ノ罪ヲ謂フ、我刑法ハ専ラ内亂外患ニ關スル罪ノミヲ以テ通常之ヲ國事犯トスルモノ、如シ、以下論ゼントスルモノ、亦狹義ノ國事犯ノ性質如何ニ在リ

第一節 内乱ニ關スル罪

第二百一十一條

政府ヲ顛覆シ又ハ邦土ヲ僭竊シ其他朝憲ヲ紊亂スルコトヲ目的ト爲シ内亂ヲ起シタル者ハ左ノ區別ニ縱テ處斷ス

- 一 首魁及ヒ教唆者ハ死刑ニ處ス
- 二 群衆ノ指揮ヲ爲シ其他樞要ノ職務ヲ爲シタル者ハ無期流刑ニ處シ其情輕キ者ハ有期徒刑ニ處ス
- 三 兵器金穀ヲ資給シ又ハ諸般ノ職務ヲ爲シタル者ハ重禁獄ニ處シ其情輕キ者ハ輕禁獄ニ處ス

四 教唆ニ乘シテ附和隨行シ又ハ指揮ヲ受ケテ雜役ニ供シタル者ハ二年以上五年以下ノ輕禁錮ニ處ス

(解)内亂罪ハ國家ノ内部關係ニ於ケル、存在ニ對スル攻撃ナリ、然リ朝憲紊亂トハ國家統治權ノ主體及ビ統治權ノ活動ノ大本ニ關スル、憲法上ノ制度ヲ紊亂スルコトヲ云ヒ、政府ヲ顛覆ストハ、帝國ノ君主國體ヲ變更スルハ勿論、現在ノ皇統ヲ改メテ他ノ皇統ヲ立テントスルカ如キ然リトス、又邦土ヲ僭竊ストハ即チ日本邦土ノ一部ヲ押領シ帝國主權ノ命令ヲ拋斥スルコトヲ云フ、而シテ其目的タル朝憲紊亂ノ結果發生ヲ希望スル義ニシテ、犯人ガ擧兵行爲ハ茲ニ原因スルニアルヲ要ス、刑ノ制裁ニ付テハ法文一讀明白ナレバ、茲ニ詳説スルノ要ヲ見ズ。

第二百二十二條 内亂ヲ起スノ目的ヲ以テ兵器彈藥船舶金穀其軍備ノ物品ヲ劫掠シタル者ハ已ニ内亂ヲ起シタル者ノ刑ニ同シ

第二百二十三條 政府ヲ變亂スルノ目的ヲ以テ人ヲ謀殺シタル者ハ兵ヲ擧グルニ至ラズト雖モ内亂ト同ク論シ其教唆者及ヒ下手者ヲ死刑ニ處ス

第二百二十四條 前三條ノ罪ハ未遂犯罪ノ時ニ於テ乃チ本刑ヲ科ス
(解)百二十二條中劫掠トハ、暴行又ハ脅迫ヲ以テ物品ヲ奪取スルヲ云ヒ、其特性ト

シテ多人數共同犯タルコトヲ想像シタルガ故ニ、劫掠ナル文字ヲ用ユ、然レトモ犯罪ノ實質ニ至ツテハ、強盜罪ノ強取ナル所爲ト差ナシ、百二十三條中ノ變讀ト顛覆トハ如何ナル差アルヤ、曰ク變亂ハ稍々小ナル事實ヲ想像シタルモノナリト信ズ、然レトモ同條ノ犯罪タル必ラズ謀殺シタル人ガ國家施政上必要ノ關係ヲ有スル者ナラザルベカラズ、即チ國家ノ施政上ノ變亂ヲ來スニ足ラザル人ヲ殺シタルニ於テハ到底此罪ヲ成立セス、然シテ前三條ノ犯罪ハ假令未遂ト雖モ、本刑ヲ科スルコトハ忘ルベカラズ。

第二百二十五條 兵隊ヲ招募シ又ハ兵器金穀ヲ準備シ其他内亂ノ豫備ヲ爲シタル者ハ第三百二十一條ノ例ニ照シ各一等ヲ減ズ

内亂ノ陰謀ヲ爲シ宋ダ豫備ニ至ラサル者ハ各二等ヲ減ス

第二百二十六條 内亂ノ豫備又ハ陰謀ヲ爲スト雖モ未タ其事ヲ行ハサル前ニ於テ官ニ自首シタル者ハ本刑ヲ免シ六月以上三年以下ノ監視ニ付ス

第二百二十七條 内亂ノ情ヲ知テ犯人ニ集會所ヲ給與シタル者ハ二年以上五年以下ノ輕禁錮ニ處ス

第二百二十八條 内亂ニ乘シテ人ノ身體財産ニ對シ内亂ノ目的ニ關セザル重罪輕罪ヲ犯

シタル者ハ通常ノ刑ニ照シ重キニ從テ處斷ス

(解)百二十五條ニ内亂ノ豫備陰謀ノ所爲ヲ規定セリ、豫備トハ朝憲紊亂ヲ目的トスル舉兵行爲ノ準備ニシテ、陰謀トハ其豫備前ニ内亂ヲ爲スノ企テ云フ、而シテ百二十八條ハ内亂ノ目的ニ關セザル重罪輕罪ヲ犯シタル、人ノ身體財産數對シ犯シタル所爲ナルコトヲ要ス、内亂犯人ガ内亂ノ際既上ノ罪ヲ犯シタルトキハ如何、内亂罪ト通常罪トノ數罪俱發ヲ以テ處分スベキカ、曰ク然ラズ、刑法ハ特ニ罪トシテ第三百二十一條ノ刑ト通常犯トヲ比較シ、重キ刑罰ヲ本罪ニ科スヘキモノトナシタリ、只特ニ注意スベキハ法文ニ内亂ニ乘ズトアルヲ以テ、本罪タルニハ必ラズヤ内亂ノ實行セラル、際ニ、起リタルコトヲ要スルモノトス。

第二節 外患ニ關スル罪

第二百二十九條 外國ニ與ミシテ本國ニ抗敵シ又ハ外國ト交戰中同盟國ニ抗敵シ其他本國ニ背叛シテ敵兵ニ附屬シタル者ハ死刑ニ處ス

(解)本罪ノ成立ハ交戰中ニアルコトヲ要ス、交戰中トハ實際ノ戰爭中ヲ云フノミニアラズシテ、或ル外國ヲ以テ敵國ト公認シタル時ヲ指ス、而シテ本罪主体ハ日本

人氏及ヒ日本在留ノ外國人タルコトヲ要ス、其軍人軍屬ニ係ル場合ハ、陸海軍刑法ニ依テ處斷ス其物体ハ外國ニ對スル日本ノ主權ナリ、以上ノ法文ハ之ヲ明示スルニ止マリ、元來忠誠ナル臣民ノ、未ダ嘗ツテ認メザルハ實ニ外國ニ對スル我國ノ誇トスル所ニシテ、余亦深ク論ズルヲ欲セズ。

第三百三十條 交戰中敵兵ヲ誘導シテ本國管内ニ入ラシメ若クハ本國及ヒ同盟國ノ都府城塞又ハ兵器彈藥船艦其他軍事ニ關スル土地家屋物件ヲ敵國ニ交付シタル者ハ死刑ニ處ス

第三百三十一條 本國及ビ同盟國ノ軍情機密ヲ敵國ニ漏泄シ若クハ兵隊屯集ノ要地又ハ道路ノ險夷ヲ敵國ニ通知シタル者ハ無期徒刑ニ處ス

敵國ノ間諜ヲ誘導シテ本國管内ニ入ラシメ若クハ之ヲ贓匿シタル者亦同シ

第三百三十二條 陸海軍ヨリ委任ヲ受ケ物品ヲ供給シ及ヒ工作ヲ爲ス者交戰ノ際敵國ニ通謀シ又ハ其路遺ヲ收受シテ命令ニ違背シ軍備ノ缺乏ヲ致シタル時ハ有期徒刑ニ處ス

第三百三十三條 外國ニ對シ私ニ戰端ヲ開キタル者ハ有期徒刑ニ處ス其豫備ニ止ル者ハ一等又ハ二等ヲ減ス

第三百三十四條 外國交戰ノ際本國ニ於テ局外中立ヲ布告シタル時其布告ニ違背シタル者ハ六月以上三年以下ノ輕禁錮ニ處シ十圓以上百圓以上ノ罰金ヲ附加ス

第三百三十五條 此章ニ記載シタル罪ヲ犯シ輕罪ノ刑ニ處スル者ハ六月以上二年以下ノ監視ニ付ス

(解)百三十條ハ敵國ニ助勢スル罪ニシテ、法文中本國及ヒトアルコト、併セテノ意ニアラズシテ若クハノ義ナリ、又同盟國トアルハ例示文ニ外ナラズト知ルベシ、百三十一條ハ秘密洩洩ノ罪ニシテ、特ニ戰時ニ限ルコト明白ナリ、百三十二條ハ軍備ノ缺點ヲ致スノ罪ニシテ、條中及ヒノ接續詞ヲ用ヒタルハ、之レ亦若クハノ義ニ解セサルベカラズ、百三十三條ノ罪ハ毫末モ日本ノ主權ヲ害スルナク、直接ノ被害者ハ外國ノ主權タルヲ以テ、其實外國ニ對スル罪ナルベク、即チ外患ニ對スル罪ニアラズ、他ハ法文一讀明白ナレバ茲ニ煩ヲ避ケテ省略セン。

第三章 靜謐ヲ害スル罪

第一節 兇徒聚衆罪

本章ニハ社會ニ對スル罪ヲ規定セリ、而シテ兇徒聚衆罪ニ二種アリ、一ハ多數集合ノ罪即チ兇徒多衆ヲ嘯聚シ暴動ヲ謀リ、官ノ説諭ヲ受クルモ仍ホ解散セザルノ所爲ニシテ、二ハ多數暴動ヲ爲スノ罪即チ兇徒多衆ヲ嘯集シ、官廳ニ喧鬧シ、官吏ヲ強迫シ又ハ村市ヲ騷擾スル等ノ所爲ナリ、然レトモ第一ノ罪ハ自ラ第二ノ罪ニ包含セラルベキヲ以テ、寧ロ第二罪ヲ説クニ於テ充分ナルベシ。

抑モ此罪ノ主體ハ必ラズ多數ノ人衆タラザルベカラズ、此犯罪ハ公安ヲ妨害スルニ在リ、故ニ犯罪物体ニ對スル損害ハ、公罪ノ恐愕トナルニ足ルベキモノタルヲ要ス、角力其他ノ遊戯ヲ爲ス多數ノ集合ハ此犯罪ヲ構成セズ又他人ノ所有セル木石等ヲ自己ノ所有ト稱シテ多人數ヲ雇入レ、之ヲ運搬スルガ如キハ現ニ權利ナキニハ相違ナカルベキモ、公安ヲ害シ公衆ヲ恐怖セシムルナキヲ以テ此罪ノ構成ヲ見ズ、其所爲タル暴行ハ之ニ加フル犯罪ニヨリ、公私ノ性質ヲ異ニス、例令ハ官廳ヲ破壊シ官吏ヲ強迫スルガ如キハ公ノ性質アルベク、私人ノ財産ヲ奪ヒ又ハ工業場ヲ破壊セシトスルモノ、如キハ、私ノ鬭爭タルニ止マル、然レトモ此罪ノ成立ニハ性質ノ公私如何ヲ論セズ、其犯罪タル暴行ヲ爲スノ故意アルヲ以テ充分トシ目的ノ如何ニ關係スル所ナシ、從ツテ其手段ヤ多數共同力ノ手段ニ出テタル暴行

タルヲ要ス、故ニ多數人衆ノ集合スルモ、各人個々獨立シテ爲シタル暴行ハ此罪トナラズト知ルベシ。

第三百三十六條 兇徒多衆ヲ嘯聚シテ暴動ヲ謀リ官吏ノ説諭ヲ受クルト雖モ仍ホ解散セサル者首魁及ヒ教唆者ハ三月以上三年以下ノ重禁錮ニ處ス附加隨行シタル者ハ二圓以上五圓以下ノ罰金ニ處ス

第三百三十七條 兇徒多衆ヲ嘯聚シテ官廳ニ喧鬧シ官吏ニ強迫シ又ハ村市ヲ騷擾シ其他暴動ヲ爲シタル者首魁及ヒ教唆者ハ重懲役ニ處ス其嘯聚ニ應ジ煽動シテ勢ヲ助ケタル者ハ輕懲役ニ處シ其情輕キ者ハ一等ヲ減ス附加隨行シタル者ハ二圓以上二十圓以下ノ罰金ニ處ス

(解) 百三十三條ニ暴動ヲ謀リトアル以上ハ、其冠頭ニアル兇徒ノ文字ハ勢ヒ無用ニ屬ス、何トナレバ兇徒トハ其嘯集ノ目的ガ暴動ヲナスアルニ依テ、附スル所ノ名稱ナレバ重復ノ感ナキ能ハズ、暴動トハ百三十七條ニ云フ官廳ニ喧鬧シ、官吏ニ強迫シ又ハ村市ヲ騷擾スル如キ、其他總テ嘯聚シタル多衆ノ共同力ニ依リ、人及ビ物ニ對スル暴行脅迫ヲ指ストハ小疇學士ノ持説ニシテ、余モ之ニ服スルモノナリ又謀リト云フ文字中ニハ陰謀ハ云フニ及バス豫備着手未遂ヲモ包含ス、又官吏ノ

説諭ヲ受クルトアルハ、其官吏トハ暴行ヲ慰撫鎮制ストノ職權アルモノニ限レリ
例令、府縣知事、郡區長、警察官ノ如キ著例ナルモノトス、百三十七條中官廳ニ
喧鬧シトハ、多數ノ人連合ヲ以テ省府縣廳郡役所警察署其他ノ官廳ニ押寄せ、喧
騒暴動スルコトヲ意味シ、官吏強迫シトハ、多人數ガ集合シテ強ヒテ官吏ニ對シ
其職務ニ屬スル事項ヲ請願スルヲ云フ、又村市ヲ騷擾シトハ或村市民ヲシテ、其
堵ニ安ズル能ハザラシムルヲ謂フ、然カモ其原因ヤ法律ニ制限ナキヲ以テ、種々ノ
事實ヨリ起ルコトアルハ論ヲ俟タズトナス、他ハ讀ンデ字ノ如シニ別解説スルノ
要ナシ。

第三百二十八條 暴動ノ際人ヲ殺死シ若クハ家屋船舶倉庫等ヲ燒燬シタル時ハ現ニ手ヲ
下シ及ヒ火ヲ放ツ者ヲ死刑ニ處ス

首魁及ヒ教唆者情ヲ知テ制セサル者亦同シ

(解)法文中暴動ノ際トアルハ、即チ暴動ヲ爲スニ當リト云フ義ニ外ナラズ、故ニ暴
動ニ與カラザル者ガ暴動ノ際此ノ所爲アルカ、假令暴動者ナルモ暴動ノ終リタル
後ニ於テ他人ヲ殺死スルガ如キハ之ニ包含セズ、茲ニ疑問トスベキハ、暴動ノ際人
ヲ毆打創傷シ又ハ器物ヲ毀損シタル場合ハ如何、法文ニハ暴動ノ際ニ於ケル謀故

殺放火ノミヲ規定シテ敢テ茲ニ及バザル以上ハ、百三十七條ノ暴動ノ行爲中ニ包
合サル、モノナルヤ否ヤ、曰ク此場合ハ百三十七條ニ規定スル暴動罪ノミヲ構成
スルモノト信ズ、即チ毆打創傷器物毀損ノ如キモ、亦暴動ノ一種ト認ムレバナリ

第二節 官吏ノ職務ヲ行フヲ妨害スル罪

第三百二十九條 官吏其職務ヲ以テ法律規則ヲ執行シ又ハ行政司法官署ノ命令ヲ執行ス
ルニ當リ暴行脅迫ヲ以テ其官吏ニ抗拒シタル者ハ四月以上四年以下ノ重禁錮ニ處シ
五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス

暴行脅迫ヲ以テ其官吏ノ爲ス可カラサル事件ヲ行ハシメタル者亦同シ

第四百十條 前條ノ罪ヲ犯シ因テ官吏ヲ毆傷シタル者ハ毆打創傷ノ各本條ニ照シ一等
ヲ加ヘ重キニ從テ處斷ス

第四百十一條 官吏ノ職務ニ對シ其目前ニ於テ形容若クハ言語ヲ以テ侮辱シタル者ハ
一年以上一年以下ノ重禁錮ニ處シ五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス

其目前ニ非スト雖モ刊行文書圖書又ハ公然ノ演説ヲ以テ侮辱シタル者亦同シ

(解)百三十九條及ヒ百四十條ハ官吏ニ抵抗スルノ罪ヲ規定シ百四十一條ハ官吏ヲ侮

辱スルノ罪ヲ規定セリ、抵抗トハ官吏ノ命令處分ニ反對シテ、之ニ服從セザルコトヲ意味ス、故ニ假令官吏ニ對シ暴行強迫ヲ加フルモ、之ニ抗拒スルナクシテ其命令處分ハ謹シデ之ニ服從シタランカ、唯常人ニ對スル場合ト等シク、單ニ暴行強迫ノ罪アルニ過ギザルベシ、他ハ法文ヲ一讀シテ明白ナルモ、官吏侮辱罪ニ付テハ聊カ論ズベキアリ。

官吏侮辱罪ハ、官吏タルノ名譽ヲ毀損スル罪ナリ、法文中其職務ニ對シトアルハ官吏ノ官吏タル資格ニ於ケル名譽ヲ指示シ、形容トハ身体ノ舉動姿勢ヲ云ヒ、言語トハ吾人ノ口中ヨリ發スル音聲ノ總稱ナリ、而シテ侮辱ノ所爲タル名譽ヲ毀損スベキ言語文書ヲ公ケニスルモノニシテ、例令ハ公示ノ書狀ヲ用キズ、密封シテ文書ヲ以テ官吏ノ私邸ニ送附スルカ如キハ、素ヨリ此罪ヲ構成セズ、ヨシ之ヲ第三者ニ公表セザルモ、官吏ノ目前ニ於テスルモノハ仍ホ此罪ヲ構成ス、元來此罪ハ常人ニ對スル誹毀ト異ナリ、惡事醜行等事實ヲ摘發スルコトヲ要セザルヲ以テ、事實ノ有無ヲ問フノ必要ナキナリ、而シテ侮辱罪タル所爲中ニ誹毀ノ所爲ヲ包含スルコトヲ得ベシト雖モ、誹毀罪ノ所爲中ニハ必ラズシモ侮辱罪タルベキ所爲ヲ包含スルモノニアラズト知ルベシ、終リニ公吏ニ對スル侮辱ハ官吏ニ對スル侮辱ト

同シク、論ズルコトハ二十三年法律百號ニ明示セリ。

第三節 囚徒逃走ノ罪及ビ罪人ヲ藏匿スル罪

第四百二十二條 既決ノ囚徒逃走シタル者ハ一月以上六月以下ノ重禁錮ニ處ス

若シ獄舎獄具ヲ毀壞シ又ハ暴行脅迫ヲ爲シテ逃走シタル者ハ三月以上三年以下ノ重禁錮ニ處ス

第四百二十三條 既決ノ囚徒徒走ノ罪ヲ犯スト雖モ再犯ヲ以テ論セス其刑期限内再ヒ徒走シタル者ハ再犯ヲ以テ論ス

第四百二十四條 未決ノ囚徒入監中徒走シタル者ハ第四百二十二條ノ例ニ同シ但原犯ノ罪ヲ判決スル時ニ於テ數罪俱發ノ例ニ照シテ處斷ス

第四百四十五條 囚徒三人以上通謀シテ徒走シタル時ハ第四百二十二條ノ例ニ照シ各一等ヲ加フ

第四百四十六條 囚徒ヲ逃走セシムル爲メ兇器其他ノ器具ヲ給與シ又ハ徒走ノ方法ヲ指示シタル者ハ三月以上三年以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス囚テ囚徒ノ逃走ヲ致シタル時ハ一等ヲ加フ

第四百七十七條 囚徒ヲ却奪シ又ハ暴行脅迫ヲ以テ囚徒ノ逃走ヲ助ケタル者ハ一年以上五年以下ノ重禁錮ニ處シ五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ限加ス
若シ重錮ノ刑ニ處セラレタル囚徒ニ係ル時ハ輕懲役ニ處ス

第四百四十八條 囚徒ヲ看守シ又ハ護送スル者囚徒ヲ逃走セシメタル時ハ亦前條ノ例ニ同シ

第四百四十九條 前數條ニ記載シタル輕罪ヲ犯サントシテ未タ遂ケサル者ハ未遂犯罪ノ例ニ照シテ處斷ス

第四百五十條 看守又ハ護送者其懈怠ニ因リ囚徒ノ逃走ヲ覺ラサル時ハ二圓以上二十圓以下ノ罰金ニ處ス

若シ重罪ノ刑ニ處セラルタル囚徒ニ該ル時ハ三圓以上三十圓以下ノ罰金ニ處ス

(解)囚徒トハ刑罰執行ノ爲メ又ハ、犯罪審理ノ爲メ、國法ノ下ニ拘禁セララル、所ノモノ、總稱ナリ、逃走トハ囚徒ヲ拘禁監督スル公力ノ區域ヲ不法ニ離脱スル所爲ナリ、已決ノ囚徒ガ入監中逃走スルモ、決シテ再犯ヲ以テ處分セズ、別ニ一罪トシ其刑期限内再ビ徒走スレバ再犯トナリ、未決ノ囚徒ガ入監中逃走セシ場合ニ於テハ、原犯ノ罪狀定マル時數罪俱發トシテ處分セラル、コトハ百四十三條及百

四十四條ニ明示スル所ナリ、百四十八條ハ犯意ヲ以テ囚徒ヲ徒走セシタル場合ニシテ、次ノ百五十條ハ懈怠ノ結果囚徒ヲ逃走セシタル場合ヲ示セリ 何レモ一讀明瞭取テ解説ノ要ヲ見ズ。

第四百五十一條 犯罪人又ハ逃走ノ囚徒及ヒ監視ニ付セラレタル者ナルコトヲ知テ之ヲ藏匿シ若クハ隱避セシメタル者ハ十一日以上一年以上以下ノ輕禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス

若シ重罪ノ刑ニ處セラレタル囚徒ニ係ル時ハ一等ヲ加フ

第四百五十二條 他人ノ罪ヲ免レシメンコトヲ圖リ其罪證ト爲ル可キ物件ヲ隱蔽シタル者ハ十一日以上六月以下ノ輕禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス

第四百五十三條 前二條ノ罪ヲ犯シタル者犯人ノ親屬ニ係ル時ハ其罪ヲ論セス

(解)百五十一條ハ罪人藏匿ノ罪ヲ規定セリ、藏匿トハ犯人ニ對シテ發見ヲ避クル場所ヲ與フルノ義ト知ルベシ、隱避トハ藏匿以外ニ方法ヲ盡シテ、犯人ノ發見若クハ逮捕ヲ妨害スル行爲ヲシテ妨害ノ方法ニ就テハ、法律上何等ノ制限ヲ設ケズ然リ然レドモ犯人ノ親屬ニ係ル場合ニハ政略上之ヲ罰セザルモノトス

第四節 附加刑ノ執行ヲ遁ルノ罪

第一百五十四條 公權ヲ剝奪セラレ又ハ公權ヲ停止セラレタル者私ニ其權ヲ行ヒタル時ハ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上十圓以下ノ罰金ヲ附加ス
第一百五十五條 監視ニ付セラレタル者其規則ニ違背シタル時ハ十五日以上六月以下ノ重禁錮ニ處ス

第一百五十六條 前二條ノ罪ハ其刑期限内再ヒ犯シタル時ニ非サレハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス

(解)附加刑ノ執行ヲ遁ル、所爲ヲ罰スルニ、更ラニ他ノ刑ヲ以テスルハ囚徒逃走罪ヲ罰スルハ同シク理論上當ヲ得ザルモ、是等ハ茲ニ詳説セズ、只第一百五十五條ニ付テ、法曹曾ハ監視規則違反罪ヲ以テ、罪質繼續犯ニアラズシテ、則時犯ナリト決議セリ、余モ聊カ之ニ贊スルモノナリ、蓋シ監視規則ノ執行ト監視自身ノ執行トハ其間大差アリ、之ヲ同視スベカラズ、監視規則ハ監視自身ノ執行即チ犯人ノ行狀ヲ視察スルニ便宜ナル爲メ、特ニ設ケタル規則ニシテ、監視ノ外向ホ別ニ犯人ヨリアル權利ヲ剝キ、又ハアル義務ヲ以テ犯ハニ負ハシムルモノナリ、故ニ前

百五十五條ハ監視規則ニ違背スルノ罪ヲ定メタルモノニシテ、監視ノ執行ヲ遁ルノ罪ヲ定メタルモノニアラズト知ルベシ。

第五節 私ニ軍用ノ銃砲彈藥ヲ製造シ及ヒ所有スル罪

第一百五十七條 官命ヲ受ケス又ハ官許ヲ得スシテ陸海軍ノ用ニ供スル銃砲彈藥其他破裂質ノ物品ヲ製造シタル者ハ二月以上二年以下ノ重禁錮ニ處シ二十圓以上二百圓以下ノ罰金ヲ附加ス其之ヲ輸入シタル者亦同シ

前項ノ物品ヲ私ニ販賣シタル者ハ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ處シ十圓以上百圓以下ノ罰金ヲ附加ス

第一百五十八條 前條ノ罪ヲ犯スト雖モ職工又ハ雇人ニシテ止タ正犯ノ使命ニ供シタル者ハ各本刑ニ照シ二等ヲ減ス

第一百五十九條 前二條ノ罪ヲ犯サントシテ未タ遂ケサル者ハ未遂犯罪ノ刑ニ照シテ處斷ス

第一百六十條 第一百五十七條ニ記載シタル物品ヲ私ニ所有シタル者ハ二圓以上二十圓以下ノ罰金ニ處ス

第六十一條 第一百五十七條ニ記載シタル物品ノ製造ニ供シタル器械ニシテ單ニ其用

ニ供スヘキ者ハ何人ノ所有ヲ問ハス之ヲ沒收ス

(解)本節ノ各條下ニ於テハ、官ノ命令ニモアラザレバ、又官許ヲモ受ケズシテ陸海軍用ノ銃砲彈藥其他破裂質物ヲ製造、輸入、販賣シタル者、之レガ職工雇人ニシテ正犯ノ使令トナリタル者、及ビ單ニ前述ノ物品ヲ所有シタル者ニ對スル、制裁ヲ規定セリ、而シテ是等犯罪ノ用ニ供シタル器械ニシテ、單ニ夫レノミニ供セラルベキモノハ、所有者ノ誰タルヲ問ハズ沒收セラル、モノトス。

第六節 往來通信ヲ妨害スル罪

第六十二條 道路橋梁河溝港埠ヲ損壞シテ往來ヲ妨害シタル者ハ二月以上二年以下

ノ重禁錮ニ處シ二圓以上二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス

第六十條 偽計又ハ威力ヲ以テ郵便ヲ妨害シ若クハ之ヲ阻止シタル者ハ亦前條ニ同シ

第六十四條 電信ノ器械柱木ヲ損壞シ又ハ條線ヲ切斷シテ電氣ヲ不通ニ致シタル者

三月以上三年以下ノ重禁錮ニ處シ五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス

若シ器械柱木條線ヲ損壞シテ電信ノ妨害ヲ爲スト雖モ不通ニ至ラサル時ハ一等ヲ減ス

第六十五條 瀛車ノ往來ヲ妨害スル爲メ鐵道及ヒ其標識ヲ損壞シ其他危險ナル障礙

ヲ爲シタル者ハ重懲役ニ處ス

第六十六條 船舶ノ往來ヲ妨害スル爲メ燈臺浮標其他航海ノ安寧ヲ保護スル標識ヲ

損壞シ又ハ詐僞ノ標識ヲ點示シタル者ハ亦前條ニ同シ

第六十七條 前數條ニ記載シタル罪其事務ニ關スル官吏及ヒ雇人職工自ラ犯シタル

時ハ各本條ニ照シテ一等ヲ加フ

第六十八條 第六十二條ノ罪ヲ犯シ因テ人ヲ殺傷シタル者ハ毆打創傷ノ各本條ニ

照シ重キニ從テ處斷ス

第六十九條 第六十六條ノ 罪ヲ犯シ因テ瀛車ヲ顛覆シ又ハ船舶ヲ覆没シタル時ハ

無期徒刑ニ處シ人ヲ死ニ致シタル時ハ死刑ニ處ス

第七十條 此節ニ記載シタル輕罪ヲ犯サントシテ未タ遂ゲサル者ハ未遂犯罪ノ例ニ

照シテ處斷ス

(解)第六十二條ニ損壞シテ往來ヲ妨害シタル者云々トアレバ、ヨシ損壞スルモ妨害