

分ある乎、又ハ本来對モ可からざる者、母係り竟ニ無罪放免の宣告を爲すときハ假令ハ其間種々の手續きを爲し費用ハ消耗すと雖も素ニ裁判官檢察官等が全く無益の事を爲したるニ過ぎざればなり、然りと雖も仮令ハ刑罰を科す可き原因無きふもせよ苟も權利無くして他人ノ害を加ふたとたハ之れを償はざる可くらむといハ民法上の原則なれば茲ニ犯罪の事實あり従て損害あるときハ之れを償はざる可からざるハ固り其處なりとも是れ本條の依て起る所以なり

今更ニ犯人無罪放免を受くるも猶も實際の損害又ハ贓物の還給を爲さざる可からざる數例と示さんハ例ニ茲ニ甲者乙者ハ金若干を或期限を定めて貸與したるニ其返済期限經過後甲者ハ乙者ニ對シ督促を爲すも乙者ハ之れを返還せむ茲ニ於て甲者ハ爲以ゑらく乙者の性質たる之れを民事裁判所に訴ふるも身代限の處分を受くるが如たハ平氣なり而て其期限ニ必を辨償す可き契約なるふ之を辨償せざるのとあらず數回の督促をも馬耳東風ニ附し去るハ是れ必を始めより辨償せざる積りにて詐偽取財を行ふある者なりと確信し竟ニ乙者ニ對シ詐偽取財の告訴を爲し固り(固り誣告ハ非也)茲ニ於て乎乙者ハ獄舎ニ拘留せられ數度の審

問を受けしも素々斯る犯罪の事蹟存する様も非ざれば無罪放免の宣告を受けたりとせんニ此場合ニ於て假令ハ乙者ニ犯罪の跡無く放免せらる、と雖も先きニ借用せし借財ハ義務迄も免かる可きニ非らざるなり然らば則ち其所爲ニして罪とならざる場合ニも損害だに之れあらば賠償返還の義務を盡さざる可からざる也明くならん、元來竊盜罪ある者ハ他人の物件たることを知り、現ニ之を竊取し、而かも之れを以て自己の所有とするの意思あるを要する者トす然らば或人某の宴席ニ招待せられ酩酊して飯途ニ就く際己れの帽子と誤り他人の帽子を被りて飯宅せし場合の如たハ之を竊盜と云ふ可からむ故ニ其他人ハ之れ必を予が帽子を竊取したる者なりと思惟し竟ニ竊盜の告訴を爲したりとせんふ其人ハ必も無罪放免とある可し然も其無罪放免とありたるの故を以て此帽子と返還す可き義務をも免かる、の道理なきなり、其他智覺精神を喪失し是非を辨せずして罪を犯したる場合、若くハ十二歳未滿ハ幼者が犯罪せし時の如きハ之れに刑罰を科せむと雖も其犯罪の事實よりして他人ニ損害を加ふたる時ハ之れを償はざる可からざるあり

本條は賊物の還給とあるが漢學者の説に依れば賊の字に必ず盜まれたる物件に限り用ゆる語なりと云ふ果して然らむ此の文字に總當を欠くを以て被害者の所有物件と改めざる可うらむ其故如何んとされば若し犯人にして有罪の宣告を受けたる時之れを賊物と稱するを得可たも一犯人無罪放免の宣告を受けたる時之れを賊物と云ふ能はざる後の場合に被害者之れを還給するに及むざると誤解するの恐れあればなり然れ共若し予が説に従ひ被害者の所有物件と改めんよ犯人の有罪たるに無罪たるに關せも適用するを得て語弊を免かれ疑議を懐くの患なきあり

茲に一疑問あり曰く若し被害者より賊物の還給、損害の賠償等を請求せざる時に如何に之れを處分す可きやと蓋し裁判官の職務たるや人民より訴へ来る時始めて之に於て理非曲直を裁斷す可き者にして請求も無く訴訟も起らざる事件に關して裁判を降すと能はざる者とは確言し曰く裁判官の訴ふざるを之れを理せむ訴ふれば必も理すと夫も然り被害者の請求無きは裁判官に於て犯人を對し賊物の還給、又ハ損害の要償を爲す可しと宣告する能はざるあり故に犯人に於ても之れを爲すの義務を有る可し、但し之れに就ては第四十八條の「若し贓物犯人の手にある時に請求無しと雖も直ちに之を被害者に還付せし」とある場合の例外と知る可し

### 第四十七條 數人共犯に係る裁判費用、贓物の還給、損害の賠償に共犯人を以て之を連帶せしむ

本條の數人共犯なる文字中より當に正犯のみならず、從犯をも包含したる者と看做すを以て予は妥當なりと思惟するあり如何にとされば實際上數人相共し罪を犯す場合より正犯ある乎從犯なる乎不明瞭なる場合少なからざればなり例をば深夜人家に忍び入り盜を働るんと欲する者あり然も共其將さ忍び入らんと欲する際に見咎めらるゝと何らんを恐れ躊躇する際恰も好し一人其邊を通行する者あり故に此の人を捕えて其目的とする家の門前を見張らしめ人の来るや否やを視察せしめ置き己れは首尾能く財物を窃取し得て其中幾分を此の見張人へ分け與ふるとありと假定せよ其見張人の第百九條に所謂ゆる正犯を幫助し犯罪を容易ならしめたる者なれば之れを從犯と云はざる可あらむ然れ共現今の裁

判例の之れを正犯と爲せり、然るに其後犯罪の事實發覺して官の逮捕に違ひ被害者よりの犯人に對し贓物の還給を請求したるに正犯者の毫も財産を有せを從犯人の却て財産を有せしとあらば之れをして其金額の請求に應ぜしめざる可からむ尤も從犯人の他日、正犯者に對し相當の要償を爲すの權ありと雖も斯る正犯者の多くの身は一錢の蓄へだも非ざる可なれば假令ひ之れに向て請求するに雖も手數損と一單名義的の要償權を有するに過ぎざる可し斯くの如んば實に從犯人の不幸果して如何ぞや然りと雖も若し此の不幸を救濟せんとして其犯人の得たる利益の割合に應じて贓物の還給損害の要償等と科するとせん乎其數人の犯人に對しての或の公平なる可しと雖も被害者を取ての非常の損害を受くるとならん何んとかれば前例に徴して之れを云ふは財産を有せざる正犯人の却て多額の利益を得財産を有し充分要償還給の義務を盡し得る從犯人の少額の割前を得たる場合に被害者よ於て其從犯人の得たる小額の利益丈々の還給を受くるを得ると雖も其正犯人の得たる多額の利益に對し辨償を受くる能はざればかり、夫れ然り立法官たる者新に法律を規定するに當て犯人に對し公平なる乎

將た不公平なる乎の議論の姑く之れを闕き先づ第一に保護せざる可からざる者の果して何人ある乎の問題を決定せざる可からず而て此問題に對しては被害者を第一に保護を可しとの斷定を降さざる可うらむ果して然らば數人の共犯者中に對しては假令ひ不公平の点ありと雖も措て之を論ぜを被害者の迷惑を求し損害を受けざる如く保護せざる可からず又た之れに次ひては國家自らも其保護を受けざる可うらむ之れを要するに本條の趣意たるや數人共犯の場合に是等の者に裁判費用、贓物の還給、損害の賠償等、就き連帶の義務を科し以て一ふの被害者を保護して迷惑損害を受くることなるらしめ一に國家自らも其保護を受けざる可からずと云ふに在るべし、故に此の場合に其正犯たるに從犯たるを問はず又た其得たる利益の多少を不論苟も犯罪を遂げ、隨て損害を加へ官署の種々手數を煩したる者、に對し裁判費用以下の者を連帶に請求するを得可きあり」假りに數人共犯の場合に其共犯者中に於て各自の得たる利益は比例に應じて裁判費用以下の者を賠償せしめ、決て連帶義務を負はしめんとせん乎實際に於て何人幾許の利益を得たりし乎明瞭からざる者なり又た之れを精細に

取調べを以て之れを知るに道ありとせざるも其手續の繁雜に堪へざる可し是れ即ち共犯人一同に連帯義務を科する一理由として見るを得可きなり而て予が前述せる如く本條の正從犯の如何を問はず連帯せしむ可しと云ふ所以も蓋し茲に在るあり

茲母注意す可なり連帯義務なる者に決て之れを刑事に適用するに能はざる是れあり故に本條の連帯なる語は民法中の語を借り用ひたる者と知る可し其故如何んとおれば若し連帯を刑事に適用するとせん乎實に不都合ある結果を採すに至る可ければなり例へば茲に五人の共犯者中一人逮捕し逢ひ他の四人は逃亡しありや假定し各自一年の禁錮に該當するの犯罪ありとせんや若し之母所謂の連帯義務を適用せるとせば其捕われたる一人に五年の禁錮即ち五人前の刑罰を科し若し汝が斯る重罰を欲せざらんや他の四人を速かに逮捕し采る可しと云ふが如き事を爲し得るに至る可し然とせ雖も決して刑事に連帯義務を適用せると能はざるに刑に一人は止る可しとの原則に徴して明かあらん果して然らば本條の連帯は刑法中の民事の規則を規定したるに過ぎざるを知る可し

第四十八條 裁判費用贓物の還給損害の賠償の被害者の請求に因り刑事裁判所に於て之を審判するを得若し贓物犯人の手よりある時を請求なしと雖も直ちに被害者は還付す

本條に於て「裁判費用贓物の還給損害の賠償の被害者の請求に依り刑事裁判所にお於て之を審判せらるるを得」とある所以に人或は是等の數者たる事民事に屬するを以て民事裁判所に非ざれば審判するに能はざる者と誤解せんことを恐れて刑事裁判所にお於ても審判せらるるを得可しと規定したるに過ぎざるあり

治罪法第四百十條第七項を按んむるに「裁判所に於て請求を受たる事件に付し判決を爲さむ又ハ職權を以て判決を可き場合を除くの外請求を受ざる事件に判決を爲したる時」の上告を爲すを得可し一條件と爲せり然るに翻て本條を見れば「若し贓物犯人の手にある時を請求なしと雖も直ちに之を被害者は還付す」とありて正さば反對の事を規定したる者の如し是れ抑も如何なる道理なる乎蓋し純然たる民事上の義務の概ね契約より生ずるを以て其契約証書面に權利

者及義務者の姓名を記す可ければ權利者として義務者の姓名を知らざると無く  
 又た義務者として權利者の姓名を記憶せざるとなる可きあり、之れも反しく  
 刑事上犯罪に起因したる民事上の義務に關し、權利者即ち被害者たる者現に  
 權利を有しながらも其義務者即ち犯人の姓名を知らざるとあるに勿論時として  
 結果して盜まじしや否やを覺らざるとあらん又た之れを覺るも其贓物の猶ほ現  
 存する乎被告の手にある乎否やを知らざる由なきと往々之れあるあり如何にと  
 なれば苟くも強盜若くは竊盜等を働くと欲する者として其月某日汝の家を忍  
 び入て財物を掠奪を可し杯と通知する者あると無く勿論証書を以て盜と働く者  
 も猶更ら之れをかる可ければあり、夫れ斯く權利者即ち被害者たる者義務者即  
 ち犯人の姓名、犯跡、贓物の存否如何、等を知らざるとあらん、必むや贓物の還  
 給等と請求せざるとあらん然れ共假令之れを請求せざるもせよ其贓物現に  
 犯人の手にある以上の之れを犯人の有に假せしむ可きとあらざれば是非とも之  
 れと被害者との還附せざる可からず然らむ前述せる治罪法の明文と抵觸する  
 似たりと雖も決て抵觸するとなさなり其故如何となれば裁判官に於て斯く現

に贓物犯人の手にある母も係らむ被害者の請求無き所以に請求するの意思無  
 き非せしむ唯義務者の何人なる乎を知らざる母係り若し被害者母於て之れ  
 を知る母於て必むや之れを請求する母相違無しと推測し好し其實請求無き  
 之れと請求ありたる者と看做す可しては法文の趣意なればあり  
 本條に就き或る學者は左の如き説を爲せり曰く「被害者たる者其盜賊に係る物  
 件を何人の利益とするとも云ひ何人に對して贈與すとも述べむして只單に予  
 り一旦犯人の手に入りたる者の再び取るを欲せずとて其所有權を拋棄したる時  
 の之れを政府に没收せざる可らむ」と蓋し其意たる第四十三條の第三項に所  
 謂ゆる犯罪に因て得たる物件として而も第四十四條に規定せる所有主無き物  
 件をなるとの趣意を以て、又た曰く「若し之れを反して被害者たる者犯人の  
 情實を憫み汝が先き竊取せし物件を汝に還す可しと云ひ犯人も亦た有難し連  
 其厚意を謝したる時、拋棄の意思と承諾の意思と相一致したる者なきに假令  
 其物件を一旦被害者の手に入り再び轉じて犯人の手に入りたる場合、非むと雖  
 も一種の贈與契約成立したるとなれば之れを所謂ゆる犯罪に因て得たる物件を

云ふ能はむ故母之れを没収するに能はざるあり」と  
 予の第一の議論は就ての同意を表する能はざるなり蓋し第一の場合に於て之れを犯罪に因て得たる物件を云ふ能はざる可し其故如何んとなれば成程犯罪の當時に於ての其所有権の本所有主にありて犯人の單に占有権を有するに過ぎざるして決て所有権は得るものとせや勿論なり換言をれば之れを犯罪に因て得たる物件と云ふを得べし然れ共假令論者れ云ふるが如く所有主たる者漠然何人の利益の爲めは拋棄すと云はざるもせよ免は角其所有権を一旦拋棄したる時其物件の所有主なき物件となる可し然る時に前にも云へるが如く所有主無き物件の第一に之れを占有獲得しするものは販を可し而て其場合は犯人たる者先づ之れは占有せし事實と本所有主に於て所有権を拋棄したる事實と相合し其所有権は始めに犯人の手に移る可し果して然らんば之れを犯罪に因て得たる物件と云ふ能はざる可し既し之れを犯罪に因て得たる物件は非すとせば第四十三條に依て之を没収するに能はざらんと思考せらるゝあり

第五節 刑期計算

第四十九條 刑期を計算するは一日と稱するは二十四時を以てし一月と稱するは三十日を以てし一年と稱するは暦に従ふ

受刑の初日は時間を論せず一日は算入し放免の日の刑期は算入せず

刑期計算する者の何等の必要ありて之れを規定したるに思ふは若し各種の刑罰として皆な無期刑ならんば刑期計算なる制定も殆んど無用の長物たるに過ぎざる可し如何んとおれば無期刑に處せられたる犯人にして一旦図圖の中を救せらるゝや或る特典を受くる場合の外に其刑罰の犯人の死去を至る迄繼續して満期放免の期あらざれば之れは反して有期刑の場合に刑期計算の制定大に其必要を感じ可し其故は有期刑に於ては他日出獄の日あれば單に一年と稱するも一年の通常三百六十五日なるも閏年に三百六十六日あり、一月と稱するも大月の三十一日小月の三十日を以て殊に二月の如き平年の廿八日あるも閏年の二十九日あり、又た單に一日と稱するも前零時より午後十二時迄も

亦た一日の中なりとを夫れ斯く年月、日は差異ある以上、犯人は對し何年の刑に處し何月の刑に處すと宣告し置き之れを他日満期出獄せしむるに當り豫め其計算法を制定せざらん乎其刑期を何時より起算し何時に放免する乎漠として知る可からざるに至る可し是れ本條に於て此の制ある所以なりとを而て前述の如く同く一年と稱するも斯く日數に差異あるも係らざる本條に於ては曆に従ふとあるに錯雜を避けたるに依り、之に反し一月の禁錮に處すと宣告し其一月をも同く曆に従はん乎或は三十日の刑に服する者あり或は廿八日間服役し、放免せらるゝが如き弊を生むるに至る可し是を一月と稱するに三十日を以てする云々と規定せし所以なり故に四月十五日に禁錮一ヶ月に處せられたる者の五月十五日に放免せらるゝ都合とある可し、其他一日を稱する者も此理由に依りて推して知る可し

本條第二項に「受刑の初日の時間を論ぜ一日を算入し」とある所以に學者往々被告人の利益とあるが故なりと云ふり然れ共予に前にも屢云ふるが如く苟も被告人の利益を與ふ可き者、非を必ず之れを與ふ可故無くんば叶はざる可し故に予に單に漫然被告人の利益なりとの理由を以て説明するを好まざる思ふに他は、確然たる理由の存して然かく規定したるに相違なき可し蓋し受刑の初日の概ね前零時より執行せらるゝと無くして其日の正午若くは夕刻等に執行するからん而て斯く一日中の時間を遷延して執行する所以に固く被告人の情願も出るにあらざり又た被告人の所爲に起因したるも非ざるかり、只官署又は掛官の都合に依りて執行の時間を遷延したるに相違なき可し果して然らざらんば先方の都合に依りてたる影響を被告人の頭上を蒙らしむる道理なきや明かなり是を本項に於て受刑の初日の時間を論ぜ一日を算入するに爲したる所以なり

本條第二項の末文に「放免の日の刑期を算入せざり」とあるは是れ實に背理に甚しき者と云ふ可し其故如何んとなれむ今日犯人を放免す可き時日あるを以て今夜の零時後の假令一分一秒の間と雖も社會に故無く犯人は束縛される能はざるものとす、但し未決拘留の如き未だ犯跡の充分不明瞭なるにも係らざる人れ自由を束縛するに於ては社會の必要上に出でたるあり即ち未だ犯罪人なる乎否やの不明なる時、於ても犯罪の疑ひある者を拘留し一冊の證據は湮滅と防ぎ、一

に社會の危険を避けざる可からざる必要あるなり然りと雖も毫も斯る必要無  
 きに漫り一人類天賦の自由を束縛するに能はざるや明かならん、誠て本項の規  
 定を見るに其結果たる今日放免す可犯犯人を明日迄拘置せんとを得るに至る  
 可し是豈道理に適ふたるの法文と云ふを得可き乎予の千思万考を以て雖も之れは  
 正當の理由を附して説明する能はざるあり、予の思考する處に依れば放免の日  
 の夜間零時申達するを待つのを要なし故に其日の正午に至る時之れを放免する  
 と以て適當なりと信ぜざるなり而く是れ當に予の一家言に非ざして刑法草案第六  
 十一條第二項の「受刑の初日の時間を論せど一日は算入し放免の日は正午十  
 二時を以て一日とす」と規定したりしなり是れ實に當然の法文と云ふ可し

第五十條 刑の裁判確定したる後、非ざる之を

執行することを得ず

民事に於ては未だ裁判確定せずと雖も終審裁判より之れを執行するを得べし之  
 を得べしとありても是れ如何なる理由なる乎思ふ民事の裁判を未だ確定せざる

先て執行する所以の民事のとする假令は上告して前裁判の過失に出たるを  
 を發見すと雖も多くの財産上の取引は過ぎざれば左迄不都合なるべし刑事の  
 然らば若し斯く裁判の未だ確定せざるを先て執行せん乎例は他日大審院の上  
 告して大審院の前裁判を破毀し、他の裁判所に移して裁判せるとき或は被告人  
 の首を失ひ居るとあらん再言を以て刑の一旦之れを執行したる以上の死刑は勿  
 論他の刑と雖も決して之を舊時より復し、償ふ能はざるものなきは之れを執行  
 するに當りても猶々注意を加ふ可からざるものとす是れ本條の依て起る所  
 以なりとす

第五十一條 刑期の刑名宣告の日より起算す若し

上訴を爲したる者の左の例に従ふ

- 一 犯人自ら上訴し、其上訴正當なる時の前判宣  
 告の日より起算す其上訴不當なる時の後判宣  
 告の日より起算す
- 二 檢察官の上訴に係る者は其上訴正當あると否



とを別たを前判宣告の日より起算す  
 三上訴中保釋を得又は責付せられたる者の其日  
 數を刑期に算入するを得を

本條の刑期起算の問題と規定したる者なり元來有期刑の幾月若くは幾年の某刑  
 處を宣告する者にしあれば是非とも其刑期の何時より之れを起算を可き乎  
 の制を豫定せざる可うらば然らば無期刑なる者の終身放免するの期無きもの  
 なれば刑期起算の必要なき乎然り之れを有期刑に比する時に稍其必要少しと雖  
 も亦た全く必要なき非ざるなり其故の後條にも規定せる如く是等の無期刑と  
 雖も本刑の幾分を経過する時に假出獄等を許すの制あるを以て其刑の何時より  
 始まりし乎を探究するの必要ある可し然らば則ち刑期起算のとたる有期刑と  
 無期刑とを問ひを之れを豫定するの必要あるや明かならん  
 刑期を起算するに既に犯人其人の刑に處せられ居ることを知らざる可らず即  
 ち刑期の起算は爲さんと欲する時に犯人獄中に閉鎖せられ居ることを豫定するの  
 必要あり是れ本條の「刑期の刑名宣告の日より起算す」云々とある所以あり

刑期を起算するに犯人既に刑名の宣告を受けたる時より起算するに前述の  
 如く然らば一步を進めず未決拘留中の時間の之を刑期に算入す可き乎予が  
 此問題を起す所以に一國新た法律を制定する時に於ての必要を慮る者として  
 勿論現行法に於て未決拘留中の時間を刑期に算入せざるに抑も國家が新たの  
 條理に基き如何なる所爲の如何なる刑に處す可き乎を法律に規定するに當り立  
 法官たる者の未決拘留中の時間を本刑の豫算外に置きたる者にはあらざる可し例  
 せば其の事を犯す者の禁錮一年に處す可しと規定するときは未だ本刑に處せら  
 れざる以前の未決拘留中の時間を除きて他に滿一年として之れを規定したるも  
 のに非ずして其本刑に處する以前に於て未決拘留の如き者の先づ之れ無き者  
 として法律を立てたるものならん若し果して然らば何んを爲め未決中  
 犯人を拘留する乎蓋し之れを拘留する所以に犯人の利益の爲め非ずして社  
 會の必要上然るするに非ざんば證據の湮滅及び社會危險の虞あるを以て然れ  
 共社會の必要上にして之れを云ふべきもありなん犯人の上より之れを觀察す  
 れば其所爲に相當する刑期間の服役するの義務ありと雖も其未決中に拘留せら

る、の義務をかる可し而も我刑法の勿論歐洲各國の刑法に於ても未決中に拘留を爲し且其拘留中の時間を刑期に算入する處を然らば我刑法并に歐洲諸國の刑法の條理に適はざる乎然り決して條理に協ふたる法律に非ざる可し佛國に於ては輕罪の刑に該當する者乃未決拘留中の時間にして非常は長き且互る時々の之れを以て酌量減輕の一理由と爲す即ち裁判官が斯る犯人に刑を宣告するに當ては別に情狀を憫諒を可き者無しと雖も暗々裡に其未決拘留中の時間を本刑中に算入し例をば一年の禁錮に處せ可き犯人にして其未決拘留の時間六ヶ月をりし時の數等を減じて六ヶ月は禁錮に處するが如くするなり、又我刑法草案第六十三條より左の如く規定したり「實決の刑期に裁判確定し本犯の自由を停止したる日より起算を」若し刑罰中に入監したる者の左の區別に従て其日數を刑期に算入す「一輕禁錮に該する者の入監の全日數」二重禁錮に該する者の入監日數の四分の三」三重罪に該する者の入監日數の半」此條文に依れば未決拘留時間の幾分の猶本刑に算入せらるることとなり居りし之而て其第一項の輕禁錮に該する者の未決拘留中の全日數を刑期に算入すべしと爲したる所以に其本刑ある輕禁錮も

未決拘留中の時間も等しく自由と束縛せられ等しく定役を服せしめて前後同一の苦痛を受けたるに依てあり之れに反して第二項以下の重禁錮若くは重罪の刑に該當する者の未決拘留中の時間の其全日數を刑期に算入せずし或は其入監日數の四分の三、或は其半、せしたる所以に未決拘留中の定役を服せざるも其本刑に服するに至るに定役を服せざるを以て其前後の苦痛同一からざるに依らざるを非ざる、此の草案の精神たるや實に條理に適合せる總當の條文と云ふ可し然るに何を以て現行法の之れを削除して毫も未決拘留中の時間を本刑に算入せず刑名宣告の日より刑期を起算せると爲したる乎蓋し其理由たるや予の思考する處に依れば曰く若し草案の如く未決拘留中の時間を刑期に算入せざれば其犯人幸に有罪者ならば之れを本刑より差引計算するを得べし然れ共一旦疑ひを以て人を拘留し取調べを爲したるも毫も犯罪の證據之れ無くして無罪放免となるにあらば是等の犯人に罪無くして數月若くは數年間天賦の自由を束縛せられながら其本刑の科す可き者無きを以て之れと差引計算を爲す能はざるべく又た社會の何を以て之れを償ひ何を以て之を謝せんと欲する乎到底之

を償ひ之を謝するは由し無きの不都合に陥るべし」と云ふはある可し、若し草案  
 削除の理由をして予の説は太過かからしめば大に不公正なる考へと云ふ可し成  
 程論者の云ふるが如く過て無罪の者も拘留したるは實に不都合なるに相違なく  
 る可し然れ共若し此の不都合を償ふは道あり可ならん到底之れを償ふ能はざ  
 る場合即ち止むを得ざる場合なりは他は論術もなかるべし然るは一方は如何  
 に千思万考すも雖も止むを得ざる場合に不都合を生ずるを以て他の止むを得ざ  
 るに非ざる場合即ち有罪者も如き本刑より差引計算は爲すを得可き場合も  
 猶も其未決拘中の時間を刑期に算入せざると豈道理に適したるの議論ならん  
 や夫れ立法官が法を立るときは當り力能ふ可くんば實際施行するを得可き度迄  
 精々注意して規定せざる可からざる然れ共如何んしても立法官の力及ぶ能はざる  
 場合も亦た之れに逼て強て之れを行ふ可しとするも能はざる可し蓋し前述の  
 未決拘留時間を無罪者も及ばず可しとするが如きは殆んど立法官の力能はざ  
 るを強む、施行するに能はざることを猶も施行す可し、と逼るは類するを知らん  
 や夫れ然り予は速に草案の如く本條の改正せられんことを切望し堪ざる也」

刑名の公判廷に於て宣告する者なりと雖も上訴権の結果として直ちに之を執  
 行するに能はざる場合あり即ち一旦裁判官より犯人に對し刑名を宣告せると雖  
 も犯人自から若くは檢察官より上訴を爲すとあり而て斯く上訴を爲したる間に  
 若し犯人は身体を拘留すると無くして其自由を一任せると得ば其上訴中の時  
 間を刑期に算入を可からざるは勿論のとまりと雖も實際上訴中と雖も犯人を拘  
 留せざる可からざるなり然らば其間の日數之を刑期に算入を可き乎此  
 の事は關しては本條之れを三項に區別せり而て法文は姑く闕き先づ情理上より  
 論究せれば抑も上訴する者は何んが故に之れを許す乎蓋し單に一回の裁判を降  
 して確定せるとせば或は其裁判の疎略に失し或は過失を流るゝと何らんを恐  
 れて之れを許せしもの外ならざる可し約言すれば裁判の誤りを償はんが爲め  
 ありきすれば上訴を爲すは檢察官若くは犯人等の適きに有る可き權利と云ふ可  
 し既に之れを權利とせば此の權利を執行するに當つては稍々自由之れを執行  
 せしめんばあらむ若し夫れ汝の一の權利あり然れ共之れを執行する際には精  
 々注意せむべし大に危殆ありと云ふが如きときは寧ろ之を法律に規定せざ

るの優れるに加ふるなり然るに外國の法律并に我刑法に於ても犯人に上訴権を有せり而て若し犯人が前裁判に服せし時若し其上訴正當なる場合に前判宣告の日より上訴中の時日と刑期を算入を可し然れ共犯人の上訴不當なる場合に好し前判宣告の日より上訴中の時日と數十月を互るを之を刑期に算入せむと規定せるもの、如し果して然らんに實に危險極まる權利と云ひざる可らむ」抑も上訴なる者の犯人の利益の爲めなる乎將た社會の利益の爲めなる乎蓋し上訴の正否に犯人の能く識別する處に非を換言すれば前裁判に當否に犯人の敢て知る處に非を以て只其上訴を爲まじ當り上等の裁判所之れを審判を遂げ始めて前裁判の當否、上訴に正否を裁斷を可たのみ、且つ夫れ前述の如く素に上訴の道を開く所以に可成的裁判の誤りおからしめんとを欲するが爲め即ち社會の利益の爲めなれば時として犯人が前裁判の正當なるにも關らむ上訴することあらんが此時にも社會に犯人に對し汝に能く上訴を爲したりを適し其厚意を謝す可き、然るに斯る場合も於て汝に正當なる前裁判に對し何故上訴を爲せし乎と詰問し併せて其上訴中の時日を刑期に算入せずといふ豈不道理

千萬の咄しならむや況んや前裁判の不當なる時上訴したる場合に於てを、之れを要するに上訴権を附與するの制や甚だ善し然れ共法律に又た非常の危険を履むに非ざれば之れを執行すると能はざるべしと規定したるに非ざるなき乎の感なき能はざるなり以上の本條に關する全体の議論なり之れより條文に就き猶ほ一層其精神を探究せん

本條第一項に曰く「犯人自ら上訴して其上訴正當なる時に前判宣告の日より起算す其上訴不當なる時に後判宣告の日より起算す」と此の條文の後半即ち「其上訴不當なる時に後判宣告の日より起算す」と規定せるとは不當なるものに上訴論切議したる處に依て之を知るを得べし、然るに反對論者あり説を爲して曰く本項の規定に實に佛法と同一なり抑も上訴の道を洞通する所以に不當の裁判あらんことを慮りて之を設けざるあり故に前裁判の不當にして犯人の上訴正當なりと犯に勿論前裁判宣告の日より刑期を起算すべしと雖も若し前裁判の正當にして被告の上訴不當なる時も猶ほ之と同様の刑期起算法に依るべしとせん乎犯人たる者之れを奇貨措く可しと爲し妄りて上訴を企て從て正當なる裁判執行を

遷延せしめ自己の利益を謀らんと欲するもの踵を接して輩出するに至る可し果  
 し不然らんよ司法上の事務に茲に滯滞し其弊に堪えざるに至る可し茲を以て  
 斯く犯人の上訴正當なりし場合と否とを以て前判宣告の日より起算を可き者と  
 後判宣告の日より起算す可き者との標準と爲し此の種の狡獪社流をして奸策を  
 施すに處るからしめたるに外ならざるあり」と蓋し立禁者の意見も茲にありべ  
 し然りと雖も若し此の議論をして正當ならしめば寧ろ凡ての上訴と許さむと爲  
 きれば簡なるに加かざる可し而かも猶ほ上訴を全く許さむと爲さざる所以の者  
 何ぞや斯くの如くんば法律の親切なる者跡を絶つ可きを以て上訴を許したるに  
 外ならざる可し果して然らば社會に於て不當の裁判に對しては上訴せらるゝ  
 ことを喜ぶに相違あかるべし併し上訴必せしも前裁判の不當なる場合のみ起る  
 ものに非ざれば既而一旦上訴を許したる以上の精々其上訴の多らんとを希い  
 ざる可からず然るに本項規定の如く上訴は正當なる時に其上訴中の時間を刑期  
 に算入するも其上訴の不當なる時に全く此時間以て刑期に算入せざるとせば現に不  
 當の裁判と思惟せる場合にも人々危ぶんで上訴せざるに至るべし斯くの如くん

ば裁判の信用なるもの夫れ將た何を以て之れを維持せんと欲する乎  
 本條第二項に曰く「檢察官の上訴に係る者は其上訴正當なると否とを別たせ前  
 判宣告の日より起算す」と此の法文に固り當然れと云ふ可し其故は前裁判の  
 正否を問ひて其上訴の當不當を別たせ檢察官の爲したる上訴なれば其結果より  
 犯人に苦痛を及ぼし損害を承せしむるの道理なればあり  
 茲に一疑問あり檢察官の上訴したるとき被告人も之れを附帶して上訴するとあ  
 り即ち被告に於て如何にも此の裁判に不正不理のものありと雖も若し上訴して  
 不當の上訴ありとせられれば一年の禁錮にて事済むもの二年の禁錮に服する  
 と一般の勘定とならんことを恐れ怨と吞んで其裁判に服従せんと欲せんとあらん  
 然るに公明正大なる檢察官も亦た被告と同感を起し上訴を爲したるを以て被告  
 も亦た其驥尾に附し附帶の上訴を爲すと實際儘ある處は例なりとす然るに其二  
 上訴を受々たる上等の裁判所の之れを不當と爲し前裁判を正當のものとして確認す  
 るとき當り其上訴中も被告の拘留せられたる時日の之と本項に依り刑期に  
 算入する乎將た前項の後半法文に依て之を算入せざる乎如何ん蓋し斯くの如

き場合其上訴の被告の爲せしものなる乎檢察官の爲したるものなる乎明々を  
らざるもの、如し這の法律明文を以て所謂ゆる刑法の被告人の利益の方  
に解釋をべしと説明するとき勿論本項に依て刑期の前裁判宣告の日より起算  
するを得可ければ簡易あるべし然れ共予が常ふ云ふ如く刑法の公明正大を主と  
する者なれば謾り且被告の利益若くは社會の利益のみを計る可きも非ず必  
ずや正當の理由あるありて始めて利益は與ふ可きあり然らば之れを如何  
に論決す可たと思ふも右の場合に先檢察官に於て上訴し被告の次いで之に附  
帯して上訴したるものなれば云々の其被告の上訴せし所以に檢察官の誘導喚發  
に出でたるものと云ふも敢て過言に非ざる可しされば檢察官の主なり被告人の  
從なり檢察官の上訴の主たる上訴にして被告人の上訴の附帯の上訴なり故に其  
上訴の何人の上訴なる乎と云々の勿論其從たる附帯たる被告の方より着眼するを  
要せむして全く檢察官の上訴と云ふ可きのみ果して之れを檢察官の上訴とせば  
本項に依り前裁判宣告の日より算入す可きものと云ふ可し  
然らば右と反對の場合即ち一の裁判に付き先づ被告より上訴したるに檢察官

も亦た次で成程該裁判の不當かりとし上訴したるに前例と同じく其上訴の趣意  
相立たば前裁判通過となる場合も於て其上訴中の時日の之を刑期に算入す可  
き乎如何ん此の場合も素と被告の上訴主たるものなれば本條第一項の後半  
に於て後判宣告の日より刑期を起算する社を正當あるに似たり然りと雖も抑  
も附帯の上訴なるものも其上訴の理由同一轍に出るものと實際稀有の事も屬せり  
即ち檢察官の理由と異なる点の白あり被告人の理由とする点も亦た白ありが  
如きことと絶て無くして稀れを見る處なり故に前裁判の不當あるに相違なしと  
雖も被告の上訴の理由とする点も亦た未だ盡さざる点ありとして檢察官に於て更  
に別の理由を以て附帯の上訴と爲すこと多かるべし然るに何ぞ圖らん其上訴の  
却下せられある時の之れを如何に爲す可き乎蓋し上訴の趣意にして被告人并  
に檢察官共に同一轍に出しとき前段の如く論決して差支へるかるべしと雖も  
後段の場合に其上等裁判所が上訴を却下せし場合に檢察官の爲しある上訴  
の理由相立たば、むして却下せられし乎果た被告人の理由不當なるの故を以て却  
下せられし乎を決定するを要すべし而て若し檢察官の上訴の理由相立たばして

却下せられし時の本項に依て後判宣告の日より刑期を起算せざる可うらむ、若し又た被告人の上訴に理由相立た、ずして却下せらるるときは第一項後半の條文に依り後判宣告の日より刑期を起算を可きものと思惟せらるゝなり

本條第三項に曰く「上訴中保釋を得又ハ責付せられざる者の其日數を刑期に算入せざるを得む」と保釋といハ保釋金を納むる者と納めて裁判宣告の降る間身体は自由を得るものにして責付といハ保証金を納むるを要せむして官署より親族故舊等預け置くも此を云ふ而て何故上訴中保釋又ハ責付せられたる者の其日數を刑期に算入せざる乎と云ふに這ハ其間身体の自由を得たるに依てなり

第五十二條 刑期限内逃走し再び捕ま就きたる者の其逃走の日數を除き前後受刑の日を計算す

本條に別ハ説明を要する迄も無く只刑期限内逃走したる日數と刑期に算入せざる所以ハ其逃走せし間の身体の自由を得たるものあれば斯く規定したるに外をらずと知るを以て足れり

第六節 假出獄

抑も假出獄の制を設けたるハ原則上誠ニ善し蓋し人類ある者の一の希望心を有せしを置かざる可うらむ若し夫れ無期徒刑に處せられたるときは如何に後悔懺悔するも亦た如何に亂暴根柢は爲すと雖も生涯獄舎の中を呻吟せざる可うらすとせん乎死刑以外の刑に處せられたる無期徒刑の囚徒に最早浮世の希望心を遮斷せらるしとなれば極惡非道の亂行を之れ事とせざる可し果して然からんハ犯人其人の不幸と云ハんよりも寧ろ社會の危險夫れ將た如何や茲は以て社會上の觀察よりして苟も汝にして善良の人となり過ちを改めんハ何時までも假出獄なるものを許す可しと爲し囚徒をして希望心を絶たしめざる時の社會の危險を避くるを得可き最上の政略と云ふ可なり、又た之れを囚徒の点より云ふときは假出獄ある制度を設け置き社會が汝を獄中に拘置する所以に汝が再び社會に對し危險の行爲を働かんと欲する恐れある間ハ刑罰なる者の決して汝を憎んで科す可き者ハ非也又た刑罰なる者の汝が曾て社會に與ふたる危險に對し復讐主義を以て之を科しざる可も非ざる可なり故に汝にして前非を悔ひて改せば何時でも假出獄と許す可しとせざるの便宜あり、若し夫れ一旦刑罰に處

せられたる時の社會に再び汝と交際せむ齒ひせずとせん乎彼の刑の從讐主義に非むとの原則を説明するに能はざるに至るべし、夫れ然り有期刑たるも無期刑たるを問ひて苟も一旦懺悔改改して善良の人と爲りし証跡だも存せんや何時母ても假出獄を許し若し又た汝母しと尚や一層善良の人と爲りたるべきの特赦を爲すべし其上尚ほ一層善良の人と爲りたるべきの特赦をも許すべしと爲し兎も角善良の人となるべし再び元の正當なる本國人と爲し社會に之れと齒ひして交際せむとせざる可しを是れ先づ假出獄の制を定め次ぎは特赦の法を規定し進んでの從權の道をを開きたる所以なり而て予が冒頭より於て假出獄の制の原則上實母善美なりと稱したる所以も亦た茲に在るなり

第五十三條 重罪輕罪の刑に處せらるる者獄則を謹守し改改の狀あるとたれ其刑期四分の三を經過するの後行政の處分を以て假りに出獄を許すことを得

無期徒刑の囚は十五年を經過するの後又同じ

流刑の囚は第二十一條に照し幽閉を免するの外假出獄の例を用ひす

假出獄の原則上美制良法あるとは前段に論ある處の如し然りと雖も茲母現行法の一大欠点とも云ふべきは刑期四分の三と乎若くは十五年を經過するときは假りに出獄を許す可しと一定の期限を規定したると是を蓋し犯人は假出獄を許す所以は懺悔改改して善良の民とあり最早之れを獄舎の外に放つも社會の危険ある可しと云ふに在り然らむ刑期の四分は三若くは十五年を經過せざれば改改せむ猶ほ斯る危険ありとは斷言する能はざらん又た必ずしも此の年限を經過せば社會は安心なり毫も危険を恐れなむとも限らざる可し故に曰く假出獄の期限を定むるは一大欠点なりと尤も本條をても右の年限と經過するとはは許すことを得とあれば之れを許すと許さざるとは行政官の胸中のみ在り然れ共行政官たる者如何母罪人ありと雖も朝三暮四顔を接し言を交ゆる者より怨を買ふことを甘んぜざる可き定期の年限に達するときは概ね之を許す可し然らば條文母は「許すことを得」とあるも其實「許す」と規定せるも同一なりとす、茲母於



て乎非常の弊害百出するに至るべし請ふ試ふ之を云はん往昔舊律の頃をひひは囚徒として破獄自殺等を發見したる者は刑期幾分を減等すと云ふが如き規定ありき、然るに若し同臭味の囚徒數名入獄したるときは勝を交ふく相議して曰く吾々は脱獄を謀らんと欲するも一人此の鐵柵石門を出るに非むんば到底策の施す可きをなし而て之を出るに妙策は汝今よりして或は首を繼るの真似を爲し或は茶碗の破片を以て天井を叩き假りて脱獄を擬すべしとすれば予は其都度之れを獄吏に密告す可し之れを密告する時は予は數等の輕減に逢ひ竟ては娑婆に出るを得可し既し娑婆に出るとを得ば予は他の同類を假りて獄外より聲援を爲す可し汝は獄内に在て之れを相圖りて脱獄を可しと策略竝に一決して之れを實際に施し奇功を奏したるもの多しと聞く、蓋し舊律に於て斯る規定を爲したる所以は牢獄の安寧を維持せんが爲めあるべし然りと雖も刑の減等若くは賞罰の方法等は之れを事實の問題即ち果して其者は眞實心底より悔改せし乎否かを察し若し果して眞實悔改せしとれば何時にても減等若くは出獄を許し之れに反する者は幾十年も之を許さざるを可かりとす故に豫め何年後は減等を可し幾年後は出

獄を許す可しとせるが如きは決して策の宜しきを得たる者非ざるなり而かも猶不之れを豫定せん乎其定期の年限内は巧みと謹慎を装ひ悔改と擬して官吏の慧眼を眩惑するに至り法律の期をる處の精神と齟齬をるに至り其社會若くは牢獄の安寧を保たんと欲する所以の者は却て其危險を招く所以と變るに至る可し是れ予が假出獄に一定の期限を定むるの不可を聲らる所以なり、終りに臨んで尙一言す可きは外國に於て國事犯人の如きは之れを無期徒刑若くは幾年の刑と定められざるとあり即ち國家擾亂の時の際しては昨日迄國事犯人として服罪せしめたる者も今日は之れを擧て國家樞要の任を帯びしめざる可あらざるとあり此時に當り本條の如く假出獄に一定の年限を定めん乎未だ其定期の年限に達せざる間は如何に犯人を宥恕せんや欲するも宥恕せざるに至る可し是れ亦た此の制度の欠典非就て生ずる處の一結果として見るを得可きをなり  
 本條第一項に無期徒刑の囚十五年を経過するの後も亦た同一やある所以に故の有期刑の如く刑期幾分を経過したる後と規定する能はざるに依れり、又た其第二項に「流刑の囚は第二十一條に照し幽閉を免れるの外假出獄の例は用ひず」とあ

るに既に流刑に幽閉を免むるの制度あるを以て其上假出獄なるを之れに適用するの必要なければあり

第五十四條 徒刑の囚假出獄を許さるゝと雖も仍

ほ島地に居住せしむ

本條に徒刑の囚假出獄を許されたるとき之れを如何なる場所へ置く可き乎の問題を規定しよるものと蓋し徒刑の囚假出獄を許さるゝと雖も之れを本土の人家稠密なる場所へ居住することを許さざして猶ほ島地に寂寥たる場所へ居住せしむる所以の一より之れを島地に於て開墾の業務を取らしめ犯人の自懲を促すが爲めあり又一ふに若し之れを本土へ居住せしむるときに幾分乎危険の恐れあればあり

第五十五條 假出獄を許さきたる者の行政の處分

を以て治産の禁の幾分を免することを得但本刑

期限内特別に定めたる監視に付す

假令に假出獄を許すと雖も之に牢獄中に在る時と同じく賄ひ等を附け置く能は

ざる可し故に本條に於て之れに治産の禁の幾分を許し以て其糊口の用を供せしむるあり又た本條但書の趣意に猶ほ幾分乎危険の虞あまればなり

第五十六條 假出獄中更に重罪輕罪を犯したる者

に直ちに出獄を停止し出獄中の日數に刑期に算入することを得

兼と假出獄を許したる所以に獄則と謹守し悔改の状ありしを以てより然るに其出獄中更に犯罪するが如き者の之を本條規定に如く停止し且つ其出獄中の日數を刑期に算入せざるに實に良法と云ふ可きなり

第五十七條 刑期限内更に重罪輕罪を犯したる者

は假出獄を許さず

本條に依れば彼の輕罪中に殴打創傷なる罪あり故に例えは重罪に處せられ現に服役中の者あるに當り豫ねて怨ある特務巡查の如きもの何乎犯を罪ありて同一の獄に降るとあらば人情として十中八九の者の必を先きの復讐を爲さんと欲し之れを殴打するものなしと云ふ可うらむ斯くの如き場合の實に情に於て

答む可た處なしと雖も所謂の刑期限内に再び輕罪を犯したる者なきは其刑期満限に至る迄の假出獄を許さるゝとあしきまは如何の獄則を謹守し如何の前非は悛改するも更ふ其甲斐なきや否か未だ然るく失望するも及むざるべし何となれば天皇陛下の特赦なるもの之れ何れを否か

第七節 期滿免除

期滿免除の素と民法の規則より出でたる者とを然れ共予は民法の期滿免除に立入て詳述するを好まざ故に先づ簡短に民法の期滿免除とい如何なる者ある乎を説き進んで刑法の期滿免除を講述する處あらんとす  
民法の期滿免除を約言すれば義務を免かれ若くは權利を得るの方法と云ふ可し我邦に於て之れは類する者の只だ出訴期限の制あるの之而て民法の期滿免除も二種あり一を免責時証と云ひ一を獲得時証と云ふ、免責時証とい例へば茲に貸金を爲しある者あり而て若し其人ふして果して貸金を爲したる者ならんとい必を數回に督促を爲し可き筈あるにさあ無くして幾十年に長き只の一度も其貸金に付き催促と爲さざりし所以のものに權利を有し乍ら之れを催促せざりしも非

を以て必だや全く權利あかりし乎然らざれば其長日月間を於て自らの權利を拋棄しあるは相違なし其證據は第一斯く長き時間の經過したるを以て証明を得可し故に斯る場合の最早負債主に於て其借財と權利者即ち債主に償却するは義務を免かれざるものと爲すなり、第二の獲得時証も稍之れと同じく即或る物件を正當に所有權を得たる證據ありと雖も既に此の物件を數十年間恰も真正の所有主の如く占有したるは其間若し他人ふ於て此物件に所有權を有せば必を之れが返還を請求するは相違なし然るは絶て其の事無き所以のものに其他人に權利無くしく占有者ふ真正の權利を得たる所以なり即ち其真正の所有者たる所以に斯く數十年間時間の經過したるは第一の證據ありと爲すは在り、猶や之れは就ての細則に民法に護るべし

是れより刑法の期滿免除を講ぜべし而て予は茲に所謂の刑法なる文字中に治罪法をも包含するものと知るべし故に刑法の期滿免除も二種あり即ち公訴に期滿免除及び刑の期滿免除是れあり而て公訴の期滿免除とい犯罪の跡あるも之れを罰せられたしと請求する能はざるもの係り、刑の期滿免除とい現に

犯罪存し裁判確定せるも之れに刑罰を加る能はざるものとき、夫れ然り此の二種の期満免除の明確に區別を要す而て其區別を要する点に彼の刑の期満免除と公訴の期満免除との期限の差異あること非ざるあり蓋し斯る期限の立法官の勝手規定したるものあればなり予が今ま學術上より明確に區別するを要すと云ふ所以に二者其起原を異しし理由を異しするの点にあり先づ公訴の期満免除を設けたる理由を説明せん

抑も立法官の如何なる理由を以て公訴の期満免除なるものを設けたる乎之れは設けたる理由たるや一として足らむと雖も其大体の理由の裁判の錯誤を恐れてあり而て裁判の錯誤の犯罪の事實最も曖昧なる時、生じ易し然らむ犯罪の事實最も曖昧として證據の不充分あると如何なる場合に存在する乎蓋し犯罪の事實明確にして其證據も充分なるの時に犯罪の當時に在り若し夫れ犯罪の當時を距ると數年若くは數十年の後に至らん乎其犯罪は當時に生存したる證據人も或は死亡せると無きを保せむ好し死亡せざるも人の記憶なる者の極めて薄弱あるものあれば假令ひ自己に關するにと雖も非常重大なる出来事、格別其他

のとき至ては數月若くは數年の後に至れば當時の時、日、場所、情况等茫乎として追想す可らざ夫れ人の自己の利害に關する既往の出来事すら時日の経過と共に母腦裡の記憶を去ると斯くの如し況んや犯罪に於ける證據人の如きの素と其事柄たる他人の事に係れば其犯罪當時に格別幾多の年月を経過し去りたる後、及んで漸次之れを遺忘し竟に消滅するに至る可し、夫れ然り犯罪當時より數十年の後に至り汝に曾て其の犯罪ありとし之れを罰せんとせん乎證據人の當時の事實を記憶せず證據物件も亦た隨て雲散霧消母版を可ければ勢ひ曖昧の事實不充分の證據に就て裁判を降さざる可からむ果して然らば裁判の錯誤を採し無辜を罰するの不幸を來すや明らなり、茲に於て乎治罪法に於て公訴期満免除ある制度を設る若干の歳月を経過するときに最早公訴を提起して之れを罰す可しと請求する能はざると爲し以て所謂ゆる寧ろ不刑に失するも無辜と罪をる勿れ其趣意を貫徹併せて政略上司法權の信用を失せざらんと力めたる所なり

以上の公訴の期満免除に就ての説明あり以下刑の期満免除に就て説明し且つ公

新の期滿免除と大ひは徑庭あることを講述すべし  
 思ふに刑の期滿免除は公訴の期滿免除に於けるが如く裁判の錯誤を恐れ證據の湮滅を慮りて之れを設けたる者非ざるあり其故如何んとあれば苟も一人に就て刑の期滿免除なる思想を懐くとき其犯人たる未だ公訴權の存在せる時母之れを審問して刑名の宣告を爲し將に刑の執行を遂げんと欲する時若くは既に刑の執行を爲しつゝある時其執行を適きく逃亡したる事を想像せざる可うらぞ果して然らば右の犯人に對する裁判の確定せる以て宣告書、調書、口供其他の證據物件等皆を備えて裁判所母存在するに相違なし既に是等の證據物にして具備したるんよ其犯人に對する證據湮滅せりと云ふ可あらざる又た數年若くは數十月以前に刑の執行を遁れたる人再び逮捕に就きたる時之れを罰すべしとするも決して裁判の錯誤あるが爲めなりと云ふ能はざらん如何んとなきは原裁判夫れ自かしく錯誤ありし場合に格別數十年間遁に居て長き時日を經過したるの故を以て之れを罰する時に裁判の錯誤ありと如何に千思万考をもるも想像する能はざるべし而も猶や強て裁判の錯誤ありと云はんと欲せば

斯く數十年を經過せし後之れを罰するときは或は犯人と同名異人の者ありて所謂ゆる人違ひを以て裁判を降すとありと想像せざる可からざる然りと雖も今日迄斯る奇談を耳にしたると無犯を以て之れが爲の刑の期滿免除を設けたりとの議論は吾人の承認する能はざる處なり  
 然らば刑の期滿免除は如何なる理由に基きたる乎此の理由は就き二説あり然れ共第一説は取るに足らざる第二説は取て以て眞の理由と爲まはるべし請ふ先づ第一説を掲げて之れを駁し次で第二説を講述せん  
 第一説は依れば抑も如何なる刑罰と雖も其執行を適きく潜伏せるときは仮令ひ現母其刑罰の執行を受けむと雖も其間心神常は平かならざる所謂ゆる風聲鶴鳴の驚き洋装外人を見ては捕吏と疑ひ其苦心焦慮の度たる現に刑の執行を受くるの苦痛と毫も徑庭あると云ふし然るに犯罪の當時と隔る數十年の後に至り之れは刑罰を加ん乎恰も二重の刑を科せると一般となり實は人情に背き苛酷に失せざるの甚しきものなりと云ふは在り若し假り論者の説の如き卑怯少膽の人ありて刑罰母等しき苦痛を感ぜしするも其者の罪たる死刑に該當するに其寛嚴の

差果して如何んぞや況んや通常の犯人に於ては其逃亡の當時社を或は恐懼を懐き苦痛をも感ず可けれ月を重ね歳と経るに從て斯る感覺の消散するに至るとや又況んや違警罪の如き微細の刑を遁れて逃亡したる者も於ては蓋し平氣然たるものなるべし、又た國事犯人に至ては逃きて海外に渡航せむ其逃れたる外國に於ては之れを優待す可く又は開明國に於ては萬國公法上國事犯人の逃きて何れの邦國に至るも互ひ舟之を本國に引渡さしむることあり居るなり其故に此種の犯人たる或は甲國に於ては有害者あるやも未だ知る可からむと雖も去て乙國に来るとたに決して之れを目するは有害者を以て可からざれむあり夫れ然り國事犯人刑の執行を遁れて足一旦本國を離るゝとさし之れを追跡するもの無く身一度外國に投ざれば其日本に居る際と比し非常の優待を受け快樂を極むるや疑ふ可くもあらむ之れを如何んぞ刑の執行を受くるの苦痛に之と遁れて嘗むる處の苦痛と同一なりと云ふを得可き乎、又た各種の犯人中論者の云えるや如き苦痛を感ずるの犯人之れありと假定するも蓋し極めて少數のものなる可し果して然からんば刑法の素と社會多數の爲め制定したるものとして決して斯る少數

者の爲めに設けたるもの非ざれば之れを以て刑の期滿免除と規定したるの理由と爲まじ足らざるや明かりなり

第二説曰く抑も刑罰なるもの優懲主義は非を以て自懲他戒の主義に基きしものあり、而て他戒主義即ち一人を罰し他人を戒めんと欲するは目的を貫かんとせば其犯人の如何なる故を以て罰せらるゝ乎を社會公衆に知らしめざる可からむ然るも例にむ茲に或人數年一日の如く其業を安んじ其職に従ひたるも突然之を逮捕して汝に數十年前以前に於て某の罪を犯したる状を以て其の刑を科す可しと宣告せん乎此者を熟知するの人の必むや一面に此犯人を憫諒するの念を生じ一面に彼の刑法に茲に一人あるれば必む罰を以てふ貴重の規則に悦服せると無く却て刑罰の苛酷を怨望するに至るべし是豈他戒主義を貫くの妙計あらんや、斯る犯人を罰するに於て自懲主義に能く之れを達すると得可き乎否亦之れ亦た他戒主義を貫く能わざると同一の結果を生む可し其故如何んとなれば斯く數十年間無事平穩に其業を營み再犯もせず踪跡も鞏まざりし所以のもれば以て其犯人の自懲を徴するに足らん若し夫れ刑の執行を遁れくるとり猶も前非を悔むを惡

行を之れ事とせん乎如何で乎斯く數十年の星霜を無事一經過し捕吏の着目も洩るゝとあらんや果して然からば之れ杖罰せざるも犯人既一自懲し居れり而かも猶ほ之れを罰して自懲せしめんとするの必要ある乎予は毫も其必要を見ざるを、今まや百尺の竿頭一步を進めて之れと論ぜば抑も刑罰なるもの社會公衆に於て萬目一瀉彼の犯人の實一斯る大逆無道は行爲あり之れを罰せざんむ何を以て社會秩序を維持するを得可きやと注意側目するるときふ之れを施しと社を自懲他戒の主義をも貫徹するを得可きや若し數十年の長き社會を將さず爲す可きの事即ち刑の執行を遁れ居るものを逮捕しと之れと罰す可き筈なるよさあ無くして毫も其爲も可き事を爲さざして斯く無數の星霜を經過しとる所以は者社會の之れを罰せると遺忘したるふ非をして何や果して然からむ久しく遺忘したる事を俄一思出しと之を罰すと雖も自懲他戒の主義を達する能はざる可し是れ即ち刑法に於て期滿免除なる制度を設け若干の年月を經過はるとたに假令は既往一顯然たる犯跡ありて而るも其裁判は確定し居るふも係はらず之れを罰せざる所以なり

刑の期滿免除を規定しとる理由に於て諸君の最も潜心注目も可き点に即ち社會が適さし爲す可き事を遺忘したるに依れると是れあり換言すれば何を以て社會が犯人を罰す可き事を遺忘したりや爲す乎曰く爲す可き事を爲さざりし事社を以て確實なる遺忘の證據と爲さし足れりと云はんのみ然り而て此点と記憶し置くとの最も必要なる場合の如何なる刑罰の期滿免除を得如何なる刑罰の之れを得る能はざる乎の問題を討究する時不在り蓋し一の事柄を遺忘するとし云ふは適さに或る事柄を爲す可き事之れを爲さざりし時一非せんば此語の生ぜ可し謂れなし夫れ然り社會が一旦犯人に對して刑名の宣告を爲したる後何の有形の所爲を施す可きに之れを施さざりしとき一限り之れを遺忘せりと云ふ可し若し又と宣告後社會の如何なる手續をも要せざる場合に勿論遺忘せると無くして犯人の絶えむ其宣告の如く服罪し居るものと思惟す可きあり然らば則ち社會の遺忘を想像し得る刑の期滿免除を得可く之れを想像せると能はざる刑の期滿免除ある恩典母浴せると能はざるものと云ふ可し然り然らば刑名の宣告後社會が猶ほ一の有形の所爲を要す可き刑即ち社會の遺忘を想像せ

るを得る刑とい何ぞや曰く有形の刑即ち人の身体に科するの刑是れなり刑名  
宣告後一の手續きを要せど何時よりも犯人の服罪し居る者と見做す可き刑即ち  
到底社會の遺忘を想像する能はざる刑とい何ぞや曰く無形の刑即ち人の權利に  
關する刑是れなり

第五十八條 刑の執行を遁れたる者法律に定めたる  
る期限が經過するに因て期滿免除を得

本條は只刑の期滿免除の何時より之れを得可き乎の問題を規定し、るゝ過ぎを  
して別は説明を要す可き点をし

第五十九條 主刑に左の年限に従て期滿免除を得

- 一死刑の三十年
- 二無期徒刑の二十五年
- 三有期徒刑の二十年
- 四重懲役重禁獄の十五年
- 五輕懲役輕禁獄の十年

六禁錮罰金の七年

七拘留料の一年

本條何故斯く刑罰の種類に應じ期滿免除の期限に長短の差異ある乎前述の如く  
刑の期滿免除の素と遺忘の基きたる者あり而て天然の情理に於て重大の出来事  
の永く人の腦裡に印し些細の事柄の早く人々の記憶を去るも亦おしあまは社會  
も亦た死刑徒流刑に該當するか如き重罪の永く之れを記憶をべし之を反して禁  
錮拘留に該當するが如き微々たる犯罪の速かき之れを遺忘するや明かかり是れ  
斯く刑罰の種類に應じて期滿免除の期限に長短の差異を立てたる所以あり

第六十條 剝奪公權停止公權及び監視は期滿免除  
を得す

附加の罰金は主刑と共に期滿免除を得  
没収の五年を経て期滿免除を得但禁制物は期滿  
免除の限に在らず

前條は規定せる有形の刑に單に刑名の宣告のを以て足れりとせを猶ほ他は或



る有形上の事柄を之れ不施さざる可らざる何んとなれば如何ふ小膽怯懦の輩と雖も單ふ汝を死刑に處せしむ可しと宣告するのみを以て眩目するものなかるべければ勢ひ之より斬絞等其手段を用ひざる可からざる其他徒刑と云ひ流刑と稱する者も之れが宣告後相當の手續を施して其刑を執行せざる可からざる故に社會が久しく是等の手續を怠りたる時之れを遺忘せりと爲し以て期滿免除を得せしめざる可からざる之れを反して本條の規定せる剝奪公權停止公權の如き無形の刑即ち人の權利を剝奪若くは停止せしむ可しと宣告し其宣告後の犯人常に其宣告通り衣服罪し居るものと見做し其宣告より他に社會が一の有形上の手續を執行せざるもの不在して假令ひ幾數年を経過すと雖も之れを以て刑の執行を遁れざるものと云ふ可うらむ從て之を遺忘せりと云ふ能はざる可し然らば則ち期滿免除を得可らざる固り當然の事と云ふ可し蓋し權利なる者素と無形にして我れ云々の權利ありと云ふも是れ只自己の腦裡に想像判斷せる止まて決して眼も觸れ肌も感ぜ可たもの非ざるなりされば此の無形の權利を剝奪すてふとも亦た無形の事柄たらざる可うらむ故に汝の公權を剝奪すべしと宣告

告せるときに其宣告は受けたる者の直ちに其權利を失ひ社會に之れを對し毫も有形の執行を爲すこと無きなり既ち社會が有形の執行を爲さざる者不在して第五十八條に所謂の刑の執行を逃るることあらざる可し是れ本條剝奪公權以下の期滿免除を得せしめざる所以なり

剝奪公權及び停止公權等二期滿免除を適用せざる事は道理に適すると前述の如し然れ共本條に於て監視も亦た是等と同一に期滿免除を得せしめずと規定したるに予の解する能はざる處あり抑も監視の規則を按ざるに單に監視に附す可しと宣告するのみを以て其効力を奏するもの非ざるを以て或は監視に附せられたる者をして毎月二回所轄警察署に到り其謹心なるを表し且つ官吏の認印を受くる可しと乎或は酒宴遊興の席に會し又は群集の場所に參會することを許さむと乎或は事故ありて其住居を轉じ若くは止むを得ざる事故ありて旅行せんと欲する時の警察署に具申して其許可を受く可し等の規則ありて所謂ゆる箱區畫の廣大なる牢獄と一般を然らむ即ち監視の無形の刑は非ざる完全なる有形の刑と云ふ可し既ち監視を以て有形の刑とせば其監視中監視の規則に違背したるときに

於て期滿免除を得むと爲すに格別一般に監視に期滿免除を得むと爲すに予れ其何の故たるを知る能はざるなり而て是當に予が主張するのみならず刑法草案第七十一條に於ては監視も亦た期滿免除を得るとなせしあり附加の罰金及び没收の如きも有形の刑なれば皆亦期滿免除を得るとせり但し禁制物に限り之れを得ざる所以のものに這り何時よても之れを没收す可き性質のものなればなり

第六十一條 期滿免除は刑の執行を遁れたる日より起算す若し捕は就き再び逃走したる時の其逃走の日より起算し關席裁判に係る時は其宣告の日より起算す

刑の執行は遁れ二十年又は三十年をりの期限を経過する時の期滿免除を得るとするも之は起算法にして制定せざらん乎犯人中或は刑名宣告後未だ其刑を執行する以前に逃走するものならん又たは執行の途中より逃れ或は一旦捕は就き再び逃走して刑の執行を遁るものならん是時より當り其何如なる時より期滿

免除を起算を可乎之れを知る由しなかる可し是れ本條は依て起る所以に「期滿免除を設けたる理由に前述の如く社會が一旦刑の宣告を爲したる後ち或る有形の所爲を施す可き之れを施さざりしを以て社會に之れを遺忘しありと見做すに依れりされば其遺忘の何時より始まる可乎と云ふ其社會が有形の所爲即ち刑の執行を遁れたる日より漸次に遺忘するものと云はざる可うらむ是れ本條に於て「刑の執行を免むる時より起算す云々と規定しざる所以あり」又た「若し捕は就き再び逃走したる時の其逃走の日より起算し」云々とあるに假令ひ一旦刑の執行を遁るもの捕は就き再び逃走したる時の社會が之に對する遺忘の先きの執行を遁られたる時非ざりて彼は逃走したる時より始まるものと云はざる可からざるなり」關席裁判なるものに被告人の法廷に出席せざるも係らむ之れに對し裁判宣告を爲すものにして何時よても故障控訴上告を許すものなれば其裁判たる常に不確定のものとも故に通常の場合と異なりて刑の執行を遁るものと無かる可く又た捕は就き再び刑の執行を遁るものが如きを想像する能はざれば其裁判宣告の日より之れを起算するものとせざる可うらむるあり

是は本條末文の依て来る理由なりとす

第六十二條 刑の執行を遁れたる者一對し逮捕を命じざる時は最終の令狀を出したる日より期滿免除を起算す

期滿免除を設けたる趣意の善美あると前述する處の如し然りと雖も本條の如き條文を設くる以上の刑の期滿免除の實に有名無實として本條の爲の期滿免除全體の効力を抹殺したるものと云ふ可し之れを極言すれば寧ろ期滿免除ある制を設けざるの優れるに加かざる可し、請ふ然る所以を説ん治罪法第十四條を按むるに其大意を依れば公訴の期滿免除の刑事裁判所に於て檢察官若くは民事原告人より起訴の手續を爲す乎又ハ豫審若くハ公判の手續をありたるに因り其期限の經過を中斷すと雖も前後の日數を通算して法律に規定せる期限の二倍を超過を可からざる規定せり、是れ穩當の法文と云ふ可し其故の抑も公訴の期滿免除を設くる所以に裁判の錯誤を恐れ証據の湮滅を憂はてたり、然らば斯く檢察官等の起訴若くは豫審公判の手續を施すとき証據の湮滅すると無く從て

裁判の錯誤を惹き起さとも尠あかるべしと想像するを得べし然れ共猶も且つ其期限の二倍を超過せると能はざると規定したるに實に其用意周到ありと云つ可なり、翻て刑の期滿免除を起算するに何れの時一在る乎を觀察するに前條一あり如く刑の執行を遁れたる日より起算するものと故に社會が曾て犯人一對し刑の宣告を爲し將き一刑の執行を爲さんとし若くは現に執行中之れを遁れて其執行を免られ居る間即ち其犯人捕ら就るざる時間ハ所謂ゆる刑の執行を遁れ居るもの一相違なかる可し、然らば苟も犯人捕ら就るざる以上の期滿免除期限の經過を中斷す可きもの一非ど何んとおれば捕ら就らざる間の刑の執行を遁れ居るものおればなり、又た其刑の執行を遁れ居る間ハ假令ハ幾百の令狀を發せしむると雖も之れを以て刑の執行を遁れ居るもの一非どと云ふ能はざらむ單に令狀を發したるの故を以て之れを中斷す可きもの一非ざる可し、蓋し令狀あるものハ檢察官若くは豫審判事等一於て思ひ出し次第幾回一ても發し得可きものなり、彼の犯人ハ最早期滿免除を得るに期限一近寄りたれば一の令狀を發して其期限の經過を中斷せんことを企てるを得可し、且つ夫れ公訴の場合一の期限の二倍を超

過する能わざと規定せるも刑の期滿免除より此の規定なきを以て何時ふても令状を發して之を中斷することを得可なり、之れを要するに犯人捕ら就かざる間の刑の執行は適き居るものなり故に之れは對し令状を發するも刑の執行を適れ居るも乃非わざと云ふ可からず、然るに本條毋於ては最終の令状を發したる日の期滿免除を起算する事と爲し且つ其最終の日の何時迄とも境界を定めざるを以て到底犯人の期滿免除を得るの期無きに至り折角刑の期滿免除を規定しながらも人をして其恩澤沐浴するに能わざるに至らしめしものと云わざる可からざれば予が本條に依て刑の期滿免除全体の効力を抹殺し之れをして有名無實に假せしめたりと云ふ所以あり、此の事は關し刑法草案第七十三條乃規定に依るも猶予が上米説明せる如く捕ら就きたる時より期滿免除の効を失ふ即ち期滿免除の期限の經過を中斷するとせり然るに之れを本條の如く改正したるに予何の故たるを了解する能わざるなり

第八節 復権

第六十三條 公權を剝奪せらるる者は主刑の終

りたる日より五年を経過するの後其情狀に因りて将来の公權を得ることを得

主刑の期滿免除を得たる者の監視に付しとる日より五年を経過するの後亦同じ

抑も人の一旦罪を犯し惡を行ふと雖も必わざと再び其人の前非を悔ひて善人となるをなしと限られざるあり既に惡人變じて善人となれば社會の利益とある可し既に社會の利益とある人の刑罰に素と復讐主義に非ざるを以て此人を曰は復し社會公衆と同一の地位に齒ひせしめざる可うらむ、又た犯人の点より觀察せるときに若し一度罪を犯して刑罰に觸れたる以上の再び社會の人と一樣に交際する能わざとせん乎所謂ゆる毒喰ひの血途の俚諺に洩きを誰れも過ちを悔ひ善に移る者あらざる可し、茲を以て復権なる制度を設け諒令ひ一旦剝奪公權に達ふと雖も改過移善の實跡明かある時に將來の公權を復し社會の人と同一の資格を有せしむるを得可しと規定したるあり

「フレイアピクマシヨ」即ち復権なる語に彼の身代限人が其負債辨償の義務を盡

し修りたる場合と等しく一旦刑罰に依て失ふる能力を復すてふ幾あり、蓋し身代限を爲したる者之債主に對し其負債と辨償し終るゝ非むんむ官吏若くは代言人とあると能はざるものあれば殆んど重罪の刑に處せられたる者の剝奪公權を科せられらると一様あり、然りと雖も已きの懲苦地無犯が爲め財政の困難を極め他人財産を取り去られたるが如き身代限人と人の財産を掠奪したるが爲先重罪の刑に處せられたるが如き者と其結果を同ふするに至るに實に不都合の極なれば二者其公權を復するの点に於て大ひに徑庭あり即ち身代限人の債主に對しての義務者あれば之れに負債の辨償が終るとさし公權を復すると得可し、之れに反して剝奪公權を科せられたる犯人の社會に對しての義務者なきは復た社會に對して辨償の方法をかる可からず而て其辨償の方法とい他非む前非を悔ひ其志を改めて善人とあると是れなり、然らば後者は在ての改過移善の跡だに顯れば何時たりとも公權を復せしめざる可らざるべし、然り然れ共本條に於ては「主刑の終りたる日より五年を経過するの後に非ざれば復權を許さむ」とせり是れ如何なる理由ある乎予の假出獄と云ひ復權と云ひ

凡て犯人の悔改を奨励する方法に一定の期限を設くるとを好まざるあり、然れ共立法官思ふらく抑も剝奪公權を科するが如き犯人は社會に對し非常の害惡を加ふたる者あれば一朝一夕の悔改は以て永久の悔改を証するに足らざるを然かすに果して悔改せしむる否やは丁寧反覆して之れを取調べざる可らざる而て之れを確認するに到底一年や二年の時間を以て能くも可き様もあらざれば是非とも相當の時日を與ふざる可からず是れ本條に然かく規定したる所以あり、然り而て既に五年後に非ざれば復權を得ずせば其五年間の如何に悔改の實舉ると雖も未だ眞の悔改と推測する能はざるあり又た假令ひ五年を経過する後と雖も直ちに復權を得せしむるに非ざれば本條に規定せる如く其性情に依り始めて將來の公權を得るものと知るべし、之れを要するに本條に於ての必要ある問題に復權を得せしむるに多少の時間が必要なる乎將た悔改の實に舉らば直ちに復權を許す可き乎を決定するに在り而して前述の如く之に多少の時間を要するとせば其時間の長短を規定するに立法官の見込に一任せざる可からず、果して然らば本條は總當の法文と云ふ可なり乎

主刑の假令ハ期滿免除を得たるハもセヨ猶ホ之レハ監視を附して其行狀を視察  
シ一定の期限を經過したる後果して眞の悔改なるヤ否ヤを確認し始めて之レハ  
復權を得せしめざる可カラズ是モ本條第二項の依て起る所以ナリ

第六十四條 大赦ハ因て免罪を得たる者ハ直ちに

復權を得特赦ハ因て免罪を得たる者ハ赦狀中記

載するハ非されハ復權を得ず

赦ハ因て復權を得たる者ハ自ら監視を免れたる  
者トす

大赦を行ふの特權は何人ヲ屬する乎蓋シ帝國王國等ハ於ては概ね帝王の特權  
ハ屬シ民主政體レ國ハ於ては之レを立法院の議案ハ附シ議決の末法律ト爲した  
る以上非モんハ實行する能はざるナリ佛國の如きは大赦を行ふ特權は大統  
領ハ屬セシめて立法權議院の特有ハ係れるナリ之レハ反して特赦は帝國若ク  
ハ王國ハ於ては帝王の特權内ハ存シ共和國ハ於ては大統領之レを有せり夫レ  
斯ク大赦ト特赦との間之レを有する者ハ差異あるは如何なる理由の存するハヤ

蓋シ之レを設くるの理由を異ハすモ、請ふ先づ何故大赦あるものを設け  
如何なる場合ハ之レを行ひ又ハ之レを行ふたる後ち如何なる結果を生む乎ト  
説明し進んで特赦を設けたる原由及び其性質等を詳述し以て二者の異同を明カ  
シモ可シ

抑も大赦は國家變遷の時ハ當リ新君主曰君主ハ代て即位する乎若クハ甲黨倒  
て乙黨政權を掌握するの際に國事犯人ハ限て之レを適用し以て四分五裂せる政  
黨の怨を解くの一手段なりトす我邦ハ於てハ大赦の制ありしが之レを各種の  
犯罪ハ適用したりしナリ然レ共外國ハ於ては斯る廣濶の範圍ハ及ぶ大赦曾て之  
レあるト無く單ハ國事犯人ハ限て之レを施すものとモ然らば大赦を設くるの  
趣意たる人ハ依て設けたるもの非モ犯罪の性質ハ依て之レを設けたるものと  
云ふべし大赦は國事犯人に限り之レを適用し以て政黨の怨を解くハ爲め  
之レを施すものとせば此範圍内ハ於ては可成的廣く之レを及ぶし敵も味方も宥  
恕するハ非モんハ不可なり夫レ如何なる邦國ト雖も苟も其國ハ強大ナラ  
ん乎自國ハ反對する者を視ると平氣ナリ又如何なる君主若クハ執政者ト雖も己

れの権力強大且己れの度胸として確然あらんは自己に敵對するもの幾百万輩  
 出すると雖も毫も顧慮をるとなる可し、之を反して若し其國として少弱な  
 るとたは常に自國に反する者を恐れ自己の権力度胸の定まらざる若し執政者は  
 自己に敵を視ると蛇蝎も當ならざるべし、之を約言すれば自己の強弱を  
 以て敵を遇するに寛嚴の差異を生むるは大は一國小は一身と雖も毫も異あると  
 無きは蓋し數の免うべきざる所なるべし、往昔那翁三世は平生己れに反對すると  
 最も甚しき新聞社に保護金を投じ其紙上に於て帝の短所を誇り掲載せしめた  
 り是れ抑も如何なる政略なる乎と云ふ所斯く自己の短所と摘發公布するもの無  
 くんば之れを辯駁して自己の功績を發表して國民に知らしむるの機會を得ざれ  
 ばあり、之れを要するに大赦は前述の如く新に政柄を掌握する者が全く従來の  
 犯罪を遺忘し曾て己れに反對せし國事犯人を宥し以て政黨の怨を解く其在れば  
 之れを施すに當り敵と味方の差別無く悉く之れを許し以て己れ地位を堅固ふ  
 し己れの寛大を發表せざる可らむ、而て既に従來の犯罪を遺忘せる上からは  
 其刑罰をも遺忘せざる可らむ、又た既に刑罰を遺忘すると以て従來全く此の犯

罪無ありしものと可ければ好し大赦に依て放免せられたる者再犯するとある  
 も之きを再犯を以て論ざる能はざる也、明かあり、

大赦を設くるの趣意たる前述の如く犯罪の性質に依り之れに反して特赦は犯  
 罪の性質如何んに關せず單一人を目的として之れを規定し、する者とす故に國事  
 犯人と常事犯人とを問はざるなり、即ち一旦過て犯人となり其裁判は確定すと  
 雖も其人今日迄國家に對して盡せし功績は以て其犯罪を償ふに足れりと思惟せ  
 らる、とき其人に限りて特に死一等を減ざる場合の如き是れあり、往昔佛國の  
 元帥バゼーヌ共知政府に背れ那翁三世を助け王室の式微を挽回せんと欲し十八  
 万の兵を率ひ刃を劔として降を獨軍に請ふたとあり蓋し佛國に於て苟も  
 身を軍籍に列する者の所謂ゆる護國兵と稱し當時正當に成立せる政府に服従し  
 毫も政体に口を入れ政治の得失を談むる能はざるを以て若し是きを犯す者ある  
 ときは忽ち絶殺の刑に處せらる、あり茲を以て元帥の助けんと欲したる那翁は  
 一敗其位を失し共和政府取て之れに代りし以て元帥は身軍籍に列し、ながら政  
 治に關して自由の運動を爲したるの故を以て逆賊となり其罪死刑に該れり然り

と雖も時の裁判長マクマラン特ニ死一等を減じたるにあり今其故を尋る元帥の罪や大なりや雖も元帥は其始を眇々たる一兵卒より竟に累遷して大元帥となり其間粉骨碎身以て忠を國家に盡し埃及の役を始とし其奇功偉勳擧て數ふ可あらむ蓋し佛軍の雄名を全歐洲に赫々たらしめたる所以のものは元帥與て力ありと云ふ可し夫れ然り其從來の功績は以て其最後の大罪を償ふに餘りあるを以て斯く減等の特典を受くるに至りしなり之れは依る是を觀れば特赦は犯罪の性質如何に關らざる單に其人を目的とし而かも所謂ゆる功罪相償ふの場合に適用せるものたるや明かあらん

又た特赦は犯人の情狀憫諒す可き場合若くは裁判の錯誤ありしと思惟せらるる場合に適用せらるゝとあり其證據は他の上訴より一々其上訴期限の制限あるも特赦は限りて刑の言渡し確定したる後何時にても檢察官又ハ監獄長より犯人の情狀は司法卿具申するを得ればなり又た前述の如く大赦は刑罰犯罪共ニ宥せるものをなれば其者再び罪を犯すとあるも再犯を以て之れを論ぜざると雖も特赦は犯罪を宥せるもの非ざして刑罰を全く若くは幾部丈は免むるものなきを

前例の如き場合に再犯を以て論ぜらるるものなり又た通常特赦は赦免の如く其罪も其刑も悉く宥す可きものなり非ざるを以て特赦狀中特ニ記載せるに非ざれば復権を得ざるものなり(治罪法第四百七十條以下四百七十條以下參看)以上の所論に依て大赦は及ぶ處に其範圍廣潤にして其影響も亦た強大なるを知る可し之れは反して特赦は其範圍狹隘にして而るも其影響の薄弱なるを知る可し是れ前述の如く此の二特権を有する者ニ差異ある所以なり

第六十五條 復権の赦裁に非ざれば之を得可らざる

復権は赦免に依るも特赦に依るも又た主刑の終りたる日より五年後ニ於けるも皆を赦裁に非ざれば之を得可からざるなり

第三章 加減例

抑も加減例ある者の如何なる必要ありて之れを設けたる乎蓋し犯罪ある者の豫め其の所爲を働く者の其の刑に處すと確然一定を得ば加減例の如きも殆んど其用を視ざる可し然りと雖も今茲の一の犯罪あるときは加重す可し原由も



ある可く又た減輕す可し原由もある可く、且つ第七條以下に於て刑名を列記したりと雖も其刑名中より重罪輕罰違警罪の區別あり、又あ社會何れの處に至るも罪と爲し何人之れを見るに惡む可き所爲と爲し強盜竊盜殺人罪等一苦痛を與ふんが爲め定役を附加せる刑即ち常事犯人科を可き刑あり、又た小口人知の發達若くは其國の風土慣習に依て或は罪と爲り或は罪とならざるが如し懲戒をち地方犯と稱する犯罪に科す可き刑、大に國事犯の如き毫も之を對し懲戒を加ふ苦痛を與ふるの要無く只社會秩序を維持せんが爲め一單に入監せしむるが如し刑罰あり、夫れ然り若し加減例なるもこれを豫定せざらん乎常事犯人に付き加重減輕す可き原由あるに當り或は國事犯人に科す可き刑に以て加重若くは減輕を施さんも未だ知る可らば、又と輕罪の刑に該當す可き犯人に加重の原由ありせし之れに重罪の刑を科し、無期徒刑に該當す可き犯罪を加重して死刑と爲さんも未だ保を可からず、其他一等を加重するに云む一等を減輕すると云ふも何を以て標準を可し乎實際裁判官が犯人に刑は適用するに當り然乎として爲る所を知らざる可し是れ加減例を豫定し一定の標準を示したる所以なり

第六十六條 法律に於て刑を加重減輕し可き時は後の數條に記載しざる例に照して加減す但加えて死刑に入ることを得す

第六十七條 重罪の刑に左の等級に照して加減す

一 死刑

二 無期徒刑

三 有期徒刑

四 重懲役

五 輕懲役

第六十八條 國事に關する重罪の刑に左の等級に照して加減す

一 死刑

二 無期流刑

三有期流刑

四重禁獄

五輕禁獄

以上の法文に依れば死刑に該當し可き犯人を一等減輕して無期刑に處するを得ると雖も無期刑に該當し可き犯人に如何に加重し可き理由ありと雖も加えて死刑に至るを得ざるも如何なる理由なる乎左に之れを説く

思ふに死刑を一等減じて無期刑に降するは結構の事にして犯人も亦た不平を感ず可し、之れに反して同じ一等と雖も無期刑を加えて死刑に入るを得ん乎其差異實に一二等止まらざる可し其故如何となれば試みに犯人に向て汝に今即坐し命を絶ある、を欲する乎將た假令に終生獄中に呻吟するも猶も汝の生命を保つを欲する乎と問ひ、万口一致死を免かれ生を保んと答ふるや明らなり況んや無期刑に處せらるるも假出獄、免有罪、特赦、大赦等の制ありて再び娑婆に出で、自由の身となり白日青天を詠むるの希望心あるに於てをや、之れを要するに死刑と無期刑の差は僅か一等の差なると雖も其實幾百等其差あるも知る可からざる

從て其寛嚴雲壤月鼈も嘗ならず是れ第六十條の但書に於て「加えて死刑に入るを得る」と規定したる所以あり

斯く論じ来れば人或は云はん無期刑を加えて死刑に處せば其寛嚴の差當に數等不非ざるの理由に既に命と聞く然らば一步を進めて死刑を減じて無期刑に降する場合も亦た同く非常の差等あるに非ざるや而るも法律に於て之れを許す理由果して何れに存在する乎」と此疑問に對し例の如く犯人の利益ありと答へば明瞭にして且つ簡短ならん然る共予に斯くの如き答辨を爲すを好まざるあり蓋し吾人が立法官に對し出来可きことを望むは可なり立法官の力能く出来可からざることを望むは尤も不可なり抑も死刑に犯人たるもの極惡非道にして毫も憫諒を可き情狀無く宥恕す可き原由無き時限り万止むを得ずして之を科す可きものとす、故に若し其犯罪の適さる死刑に該當し可きも其情狀にして幾分乎減輕す可き点あらば決して之れに死刑を科す可き權利無かる可し、尤も死刑と無期刑との間非常の等差あるを以て死刑を減じて直ちに無期刑に降するは稍不權衡あるに似ありと雖も奈何んせん人智不完全にして死刑と無期刑との間別に一の階

級を挿むを得ざるは以て勢ひ減等の理由存るときは死刑を減輕して無期刑に處せざる可からざるあり、然るに之れをしも不當と爲し立法官に向ひ此の二刑の間一の階級を立つ可しと迫るが如きは何ぞ人類の出来可からざるを爲す可しと云ふに異ならんや是も無期刑を加重して死刑に入るを許さざると雖も死刑を減輕して無期刑に降すを許す所以あり、若し夫れ無妄論者ありて此の二刑の差實に著明なれば假令ひ死刑に該る犯人にして幾分の状情ありと雖も之を無期刑に減むるの彼是不權衡なれば寧ろ死刑に處す可しと云ふも亦あるも予は是等の説を誤謬と爲し假令ひ輕死に失し權衡を失ふも幾分乎減等を可し理由だに有らば必を減等とせしと主張せんと欲するなり

以上の第六十六條の末項及び第六十七條八條の一項二項に就て證明あり以下此二條の二項三項に就て論究せん

同二條の規定に依れば有期刑を一等加重するとき直に無期刑と爲すを得るとせり是れ實に慘酷の法律にして恰も無期刑を加へて死刑に入るを得ると何ぞ擇ぶ處あらんや何んとおれば有期刑に徒刑と流刑とを別たせ假令む其刑期長し

と雖も十二年以上十五年以下に過ぎざれば反して無期刑に至ては終身獄裡に閉鎖せられ畢生天日を視る能はざれば其寛嚴實に著るしき差異あればあり、茲を以て予は有期徒流刑に處す可き者若し加重の情状のあるとき十五年以上二十年若くは三十年に加重するを得せしむるも有期刑より一轉して無期刑に入るを得せしむ可らむと思惟するなり、然りと雖も無期徒、流刑に假出獄、免幽閉、特赦、大赦等の恩典あるに終身天日を視る能はざるの不幸ある可しを以て實際斯くの如く規定するも指したる不都合なかる可し乎

第六十九條 輕懲役に該る者減輕を可し時、二年以上五年以下

の重禁錮に處するを以て一等と爲す

輕禁獄に該る者減輕す可し時、二年以上五年以下の輕禁錮に處するを以て一等と爲す

本條に依れば重罪に刑たる輕懲役又は輕禁獄を減輕する時の輕罪の刑たる重禁錮又は輕禁錮に降すを得るとせり故に人或は其規定の寛大に失するを咎むる

ものあらん然りと雖も重罪の刑に處せられたる者に第三十一條以下に規定せる如く或は列し宣告を用ひむしく終身公權を剝奪せられ或は列し宣告を用ひむして其主刑の終る迄自から財産を治むることを禁止せられ或は列し宣告を用ひむして必む各本刑の短期三分一に等した時間監視に附せらるゝ等の嚴則あるありて彼の輕罪の刑なる禁錮に處せられたるもの、單に現任の官職を失ひ又は其刑期間公權を停止せらるゝが如き其他輕罪の刑に處せられたるもの、各本條に記載せるの外監視を付せらるゝと無しと云ふが如き寛大ある者の比に非ざるあり就中其重罪の刑に附加する剝奪公權は如き苟も之れを科す可き非必むや充分に其犯人より公權を剝奪せらるゝ足る可き資格を具備せる者即ち確然重罪の刑に該當を可き者と定まりたる者に限らざる可らむ再言すれば立法官の精神たる法律に豫定したる重罪以外の價值を有する者に限りて公權を剝奪す可しと云ふは外ならざるべし、若し夫れ皮想より觀察せらるゝとき、重罪の形狀を假裝せらるゝ其罪を犯せしに至るの原因たる種々の憫諒を可き事情より組成し何人と雖も地を易ふて犯人の境遇を接せらるゝとき、必む罪を犯せしならんと想像するを得るか如き原

因ある場合、之をとも純然たる重罪と等しく公權を剝奪す可き、非を既に是等の犯人に對し剝奪公權の勿論其他の附加刑をも純然たる重罪と同一に附加する能はむとせば假令に罪質を變じ輕きに失せらるゝ嫌ひありと雖も之れを減輕して輕罪に降せらるゝ可からず恰も是れ死刑と減じて無期刑に入るを許すは一般にして本條の依て起る所以も蓋し茲にあり

本條何を以て輕懲役又は輕禁獄に該する者を減輕するときは二年以上五年以下の輕禁錮に處するを以て一等と爲したる乎、蓋し禁錮は第二十四條第一項に規定せる如く輕、重禁錮を別たせ十一日以上五年以下と爲し仍も各本條に於て其長短を區別せらるゝを以て若し輕懲役又は輕禁獄に該する者に減等す可き情狀ある場合は本條の規定無からん乎或は之れを減輕して僅に十一日の輕重禁錮に降せんも亦た承だ知る可からざる果して然る時の實に輕きに失し罪と刑との權衡を失ふに至る可し是れ本條の規定ある所以なり

第七十條 禁錮罰金に該する者減輕を可し時は刑期金額の四分の一を減するを以て一等と爲し其加

重す可き時の亦四分の一を加ふるを以て一等と爲す

輕罪の刑を加えて重罪に入ることを得す但し禁錮を加えて七年に至ることを得

予曾て本條加減の方法たる例せば法文に於て其の罪を犯す者の一年以上四年以下の重禁錮に處すると規定せる場合の裁判官たる者其宣告書に於て刑法第何條に照し一年以上四年以下の範圍内に於て汝を重禁錮二年に處する者なりと書し先づ本刑を定め置き但し所犯憫諒を可成情狀あるを以て一等を減じ一年六ヶ月の重禁錮に處すと爲すものなりと信したり是れ蓋し學理に適したるものなればあり

然るもボアソナード氏の起稿に係る刑法草案第八十三條に依れば其「加減の方法に禁錮の長期短期罰金乃多數寡數を併せて之れを加減す」とあり然らば故に一年以上四年以下の刑より一等を減むる時の九ヶ月以上三年以下と爲し此範圍内に於て裁判官の九ヶ月の重禁錮に處するも三年若くは二年の重禁錮に處する

も其自由に一任せらるることなるべし果して然らむ刑法に於て切角憫諒す可き情狀ある時の減輕すてふ寛典を規定しなげらむ犯人の毫も其寛典に浴するの感覺を懐かざるに至るべし其故如何んとなれば假令ひ減等せられざるも一年迄は短期に減輕せらるるを得可き却て減輕せられたる爲め時として一年六ヶ月若くは二年三年の刑に處せらるるとあればなり而て是れ蓋し刑法草案のみならず現今の裁判例も斯く實行し來るとのときは予の勢ひ前説を變ぜざる可からざるに至り然りと雖も學理的より之れを觀れば素々彼の一年以上四年以下の其刑に處すとあるの立法官の豫定したる刑に先づ果して此の犯人に對して其範圍内ならず幾年の刑を科す可成乎と本刑を定め置き之れより加重減輕を爲さざる可からず何んとなれば其立法官の豫定したる刑の一般に規定したる者にして未だ個々の犯人に對しては定まりたる本刑として之れ無ければあり況んや前述の如き弊害を生むるに於てを

是れより本條第一項の「輕罪の刑を加へて重罪に入るとを得ま」と規定せる理を説明せん

抑も輕罪の刑と重罪の刑との其間大ひある差等あり即ち輕罪の刑中より於て身體  
 及び刑の假令一年の重禁錮とあり五年の禁錮とあるも僅くは刑期限内公權  
 を停止せられ現任の官職を失ふ位ひは過ぎざるを以て著るしき寛嚴の差無きな  
 り然れ共重罪の刑に至るは前述の如く各種の附加刑ありて生涯國民たるの分  
 限を失ひ特權を剝奪せられ容易に復權を得るの望み無きなり茲を以て若し輕  
 罪の刑に該當する者にして若し加重の原由ある場合も之れを加えて重罪の刑に  
 入るゝとを得るとせん乎犯人たる者非常の不幸を來せや明かなり夫れ然り此種  
 の犯人にして如何に加重す可也原由あるものもせよ素々輕罪たるもの外ならざれば  
 之をして終身國民たるは特權を失ひしむるが如きことを爲す無く之れをして刑期  
 満限の曉きより再び國民たるの特權を得るの地位を保たしめ其輕罪たるの罪質  
 を變ぜざらしむる様を爲すを要す若し夫其根本たる輕罪の罪質を變じて重罪と  
 爲し國民たるの特權を失ひざるの罪よりして之れを失ふは罪に入るゝを得ると  
 とせん乎猶も無期徒刑を加えて死刑に入るを許すと何ぞ異なるにあらんや是れ本  
 項を規定せる原由ありとす

第七十一條 禁錮を減盡したる時の拘留に處し罰  
 金を減盡したる時の料料に處す禁錮罰金を減し  
 て其短期十日以下寡數一圓九十五錢以下に及ぶ  
 時の亦拘留料料に處することを得  
 第七十二條 拘留料料に該る者加減す可き時の禁  
 錮罰金の例に照し其四分の一を加減するを以て  
 一等となす

違警罪の刑に加えて輕罪に入ることを得す但拘  
 留に加へて十二日に至ることを得減して一日以  
 下に降すことを得す料料に加へて二圓四十錢に  
 至ることを得減して五錢以下に降すことを得す

一罪に就て數種の減等を可也情狀あるとあり例せば自首減輕酌量減輕從犯未  
 遂犯二十歳未満の幼者三百九條以下に規定せる宥恕減輕等是を以て而て一

犯人に就て同時に斯くれば如き減等す可き情状の存する場合に如何なる方法を以て之れを減等す可き乎、學者の説に依れば例に茲に二年以上四年以下の重禁錮に處を可き犯人ありとせん、若し之より四等減を可き情状ある時の先づ本刑の三分一即ち一年六ヶ月以上三年以下となし而て又た其残りたる刑期より四分の一を減じて一年一ヶ月半以上二年三ヶ月と爲し遞次に減輕したる殘額よりして同時減等する時の數等減を可き情状ある時に皆無に至るの不都合あり例せば四年の重禁錮(短期あれ共錯雜を避くる爲の之を略す)より四等を減むる時に皆無となり若し五等を減す可き時に以て本刑の減す可き者無きに至る可し是れ後の方法に依らずして前の方法に依るべしと云ふ所以なりと

予の前説に服する能は必だ後の方法即ち四年は本刑より四等減す可き情状ある時の四年を四分して同時に減輕するの方法に依らざる可あらむと信ぜざるなり蓋し減輕す可き情状唯一の時即ち一等を減む可き時の本刑の四分一に價ひするも若し減輕す可き情状同時多數集合する時に其一等宛の價値唯一の場合より

も廉價と爲る可き道理無あるべし其故如何んともなき若し刑罰をして物品の如く其供給少き時の價む高直となり其供給多き時の價ひ下直と爲るが如きものあらしめば學者の説或は其當を可べしと雖も只奈何んせん刑罰ある者の決して物品の市價に於けるが如く需用供給の消長に依て其價格を上下し物品の少きを重し即ち一等減の時の高價に買ふ可しと雖も物品の多なる時即ち數等減の時の廉價に非ざれば購むと云ふ能はざるを、されば一等減の時にして本刑の四分の一あれば四等減なり五等減あるも猶本刑の四分の一ならざる可からむ、然るに學者の説に従ふ時に一等減の時に本刑の四分の一數なるも等減の時に始めの一等又けり本刑の四分の一にして其他は既に本刑より四分の一を減じて残りたる數の四分の一を減等する方法なきは恰も刑罰を以て物品の市價に於けると同一視したる者と云ふ可し是豈理屈に適するの議論あらんや、且夫れ學者の若し予が主張する説に従ふ時は四年の刑期より四等を減する時に皆無と爲り五等減の時に本刑より減む可きもの無きに至るとの点を以て喋々すると雖も既に法律に於て本刑の四分の一を加減するを以て一等と爲すと規定せる以上の右の

例に於て皆無とあるも何の妨げ乎之れあらん、又た五等減の時に本刑既し皆無し既しあるを以て一等丈けの減を可き本刑無きに至るの不都合ありと云ふも是れ亦た如何んともする能はざる可し然るに其如何んともすると能はざるを猶ほ如何ん乎も可しと主張するに難きを立法官に求むるものと云ひざる可うらむ是れ予が學者の説に感服する能はざる所以なり

然りと雖も立法官思ふらく假令ひ減等を可き情狀夥多あるも其本来の犯罪の猶ほ現存するに相違無し然らば如何に各種の情狀あるも其情狀の爲め全く罪質を皆無とする能はずと是れ第七十一條に於て「禁錮を減盡したる時の拘留に處し罰金を減盡したる時の科料に處す」云々又た第七十二條に於て「拘留を加えて十二日乃至るを得減して一日以下に降すを得を科料に加えて二圓四十錢に至るを得減して五錢以下に降すを得を」云々と規定したる所以なり是れ蓋し總當の注文なるべし

第七十二條第二項に「違警罪に於て輕罪に入るとを得す」と規定せる理由に輕罪に停止公權を始めとし種々の附加刑ありと雖も違註罪に於て此等の附加

刑無じ即ち二罪の間寛嚴其度を異しざるを以て如何に加重す可き情狀の存すは逆爲めに罪質を變じ可からざると云ふに在り

第七十三條及び第七十四條に別し説明すると無きを以て之れを略す

第四章 不論罪及び減輕

第一節 不論罪及び宥恕減輕

抑も刑罰を科するを得るに法律を以て豫定したる罪たらざる可うらむ而て若し皮想の觀察を降すとき法律上豫定したる罪の假面を装ふと雖も其罪を構成する元素にして欠くる處あらん乎。決して之れに刑罰を科する能はざるべし、然らば凡ての罪は構成を可き元素とい如何なるものなる乎の問題を決定するの必要なるは猶ほ民法に於て契約の成立に必要なる原素を探究するの必要なると一般なるべし、蓋し佛法に於て一般契約の成立に必要なる元素三あり即ち契約者双方の承諾、契約の原由、契約の目的、是れなり而て此の三元素たる凡て一般の契約に必要なる元素なれば各種の契約に至るに猶ほ此の他に特別なる元素を要するものとす、譬ふば契約の一種なる賣買に於ては賣主の其實却品の所有主たる



を要し買主の必ず其物品の代償は支拂はざる可からむと云ふが如し其他賃貸契  
 約なり何なり凡そ各特別の元素を要するもれと知る可し、契約の成立は必要な  
 る元素を要し而て其元素たる一般の者と特別の者と別あると上陳の如し、然  
 るに刑法も亦た是れと等しく各種の犯罪を通じて一般に必要なる元素あり蓋し  
 本節に規定したる場合の如き此の一般の元素の一二に欠くる處あるが爲め全  
 く其罪を論ぜざる乎或は宥恕して數等を減可きとを規定したるなり、而て茲  
 に所謂の一般の犯罪を構成するに必要なる元素の外猶ほ各種の犯罪を構成す  
 るものに亦た特別の元素を要すると恰も前例の賣買契約に於けるが如し例は窃  
 盜罪を構成するに一般の元素の外他人の物件たることを知り、其占有を失はし  
 むるの意思を以て窃取するとは要し、謀殺犯を構成するに謀の謀ると及び其  
 目的とする人の生命は絶つを要するが如し、(既遂犯の場合を云ふ)然らば其  
 一般の犯罪を構成するに必要なる元素とい如何ん論ふ左に之を説ん  
 第一罪を犯すの意思を要す  
 第二意思の自由を要す 即ち罪を犯さざるも自己の自由意思より出でざ  
 る可からむ故に若し罪を犯さざらんと思ふるも犯さざるを得ず、止まらんと欲  
 するも止まざるを得ざるが如き場合を犯したるときに此の元素は欠くる處ありと  
 云ふ可し

第三善惡邪止の識別力を要す  
 如何なる犯罪たりとも必ず以上の三元素を具備せざる可からむ故に若し其中一  
 を欠くときは決して其罪の成立すると無効ものとす、然れ共第七十七條に規定  
 せる場合即ち罪を犯すの意なきの所爲と雖も別は法律規則に於て其罪を定むた  
 るものに猶ほ是れを罰せしめり、然らば此の場合に右の第一元素を欠くと雖  
 も猶ほ之れを罰するものなきを原則の例外と云はざる可からむ、猶ほ此の事  
 關しては同條を説明する際に詳述す可し

備て予が是より辯せんと欲する條文より右元素中の一二を具備せざるものを規  
 定せり、即ち第七十五條及び六條に犯人の意思の自由無効場合を豫定し、第七十  
 七條に罪を犯すの意思無き場合を豫定し、第七十八條、九條、及び第八十二條等は  
 犯人たるもの物の善惡邪止を識別するの能力無き場合を豫定したるあり

第七十五條 抗拒を可らちる強制に遇ひ其意  
 は非ざるの所爲は其罪を論せず  
 天災又ハ意外の變に因り避く可らざる危難に  
 遇ひ自己若くハ親屬の身體を防衛するに出たる  
 所爲亦た同じ

本條第一項に所謂ゆる抗拒す可からざる強制に遇ひ其意は非ざるの所爲と第  
 三百十四條に規定したる身體生命を正當に防衛し己むとを得ざるに於て暴行人  
 を殺傷したる場合、如何なる差異ある乎蓋し正當防衛に於てハ所謂ゆる權  
 利の執行にして犯罪たるや否やを論ずる必要なきなり換言すれば其所爲たる  
 當に宥恕する位ハ其事止まらざ人類天賦固有の權利を執行したるに外ならざ  
 るなり之れに反して本條第一項の抗拒を可からざる強制に遇ひ其意は非ざる  
 の所爲たる犯罪ハ何處迄も犯罪たるに相違なし只其罪を論ぜざる所以の者ハ先  
 きに示したる第二の元素なる意思ハ自由無ければなり即ち不本意なれば罪に犯  
 すに至りしものなればなり然り然らば所謂ゆる抗拒を可からざる強制に遇

ハ其意に非ざるの所爲トハ如何なる場合ある乎左ふ例を舉て説明せん  
 例ハ茲に凶事犯を企る者あり劍戟銃礮を提げ或者を強制して曰く汝の所有せる  
 金錢財寶を悉く指出し且つ予は從軍して官軍攻撃の役に服せよ若し汝にして予  
 の命令に寸毫も違背するとあらん乎電刀一閃汝の頭ハ既に汝の者非ざるべ  
 し、と斯る強制を受けて其命に應じ賊に與し官軍に抗するが如き者は勿論自づ  
 好んで爲したるとに非ず從はざらん乎二ツ無き生命を奪はる可ければ止むを得  
 むして茲に到りたるもの、外ならざるべし、約言すれば斯る猖獗を極めたる強  
 制ハ其強制せらる、者を取てハ所謂ゆる抗拒を可からざる強制にして其強制に  
 從ひ官軍に抗敵するが如き所爲ハ所謂ゆる其意は非ざるの所爲と云ふ可し、然  
 らば一歩を進め、斯る強制に遇ふたる者は正當防衛權を有せざる乎若し其強  
 制を爲したる賊徒に對して自己の生命身體は正當に防衛し己むを得むして犯し  
 たる場合の如きは勿論正當防衛權を執行しざるものと云は得ん、然れ共前例乃  
 場合は賊徒に對して犯したる所爲を以て賊徒の強制に逢ひ不本意ながらも官軍  
 等に敵對せし場合なれば決して正當防衛權の存する謂れ無かるべし否を之れを

以て權利の執行を爲したりと抗辯せんと能はざるあり、果して然らば犯罪の  
徹頭徹尾犯罪なり、只彼の犯罪の構成に必要なる一元素即ち意思の自由無犯の点  
を以て罪とし論ぜざるのみ

人或は云はん本項の場合何故之れを罪として論ぜざる乎是等の者は刑罰を科  
して社を正當なるに非ざる其故如何んとを此の種に犯人たる其強制を爲す  
如き不正の者も對して謹んで服従し却て正當なる官軍若くは他の人に對しては  
害惡を加ふるものなきを之れを道徳に照さば果して如何ん蓋し道徳に必ず是等  
の人を咎めて云はん汝の何を以て我生命を助からんが爲め却て他の正當なる人  
に害惡を與ふるや何故汝の汝の身を殺して正當なる他人を救助せざるやと  
此の詰問に對しては犯人の左右を顧て他と云ふより外詮術をかざるべしと  
成程論者の云ふが如く身を殺して仁を爲すは聖賢君子の所業にして自己一身狀  
救はんが爲め他人を殺すが如きは卑劣不仁の所爲たるや疑ひなかるべし然り  
と雖も前より人の強制に遇ひ後より劍戟の襲撃に逢ひ従ふは命あり従はざれ  
む命無く實に人生の浮沈存亡は只一心の決斷如何んに係るが如き際望し一身

を犠牲に供し他人を救はんを欲するが如き志士仁人の時の古今文運の消長は關  
わらむ十萬若くは百萬人中の一人ある可し然りと雖も刑法に斯る十萬若くは  
百萬人中絶て無くして稀きに有るが如き人物を標準として之を規定したるも  
の非ざりて社會普通の人類を標準として規定したるに相違なかるべし、約言  
をれば刑法あるもの普通の人類を標準とす、果して然らば斯る強制に遇  
ふ時十中八九の人の凡て其命に従ふ他の正當なる人に害惡を施す可き人情  
あり既に之れを社會多數の人情とせば法律に人情を違ふの事を以て人民に強  
可くも非ざれば斯る犯人に對しては立法官たるもの其處爲の卑劣不仁あるも  
係らざる人情を酌み涙を吞んで其罪を論せずと爲したる所以なり

是れより本條第二項の「天災又は意外の變因り避く可からざる危難に遇ひ自  
己若くは親屬の身体を防衛するに於てたる所爲亦た同じ」とある場合を説明を  
可し蓋し前項の抗拒は可からざる強制に遇ひると其強制たる人より来るものな  
り之れに反して本項の強制たる人非ざりて天變地異より来るものと云ふ可し

而て本項を説明する學者主として例を難船の場合に假する予も亦其類に倣ひ取て以て之れを例とせん即ち茲に驚濤怒濤を蹴て快走するの漁船あり遇ふ其船底暗礁に觸き今や將さふ沈没の不幸に遭遇せんとすると犯人あり舳舟を浮べて難を避けんと欲するものあり又た後より此の舳舟に依て露の命を助からんとするものあり然れ共此の舳舟や其形少にして到底現に乘組み居る數人の外搭載を許さむ若し強く後との一人を乗組ましめん乎全船の人を擧て滅亡せざるを得ざるが如き場合ありとせん此の時、當り先きの乗組員の後の者を船舷より海中に刻落し竟に之れをして溺死せしめ自分漸く其生命を助かりたる場合の如くに本項に所謂ゆる天災又の意外の變に因り避く可うらざる危険に遭遇したることなまば之れを無罪と爲す可なり蓋し道徳上より論むるべきに自己の生命を助からんが爲め他人を害するが如き所爲たる實に卑劣極まるに於て之を無罪とせるが如きは猶不都合の甚したるものあるに似たり然れ共斯る場合に際しては犯人の思想たる他人の生命に大切なる乎又た其人を害するの事柄たる正當なる乎否やを熟考するの暇なく只其意思たる己れの一命を助うらんと欲す

るの一点に蝟集し且つ他人を殺するに非ざれば到底自己の生命を保つを得ず即ち他人を殺害するに自己の生命を保つに避く可うらざる場合ありせば斯る所爲を爲すも亦た社會多數の人情ありと云ふ可し既に之れを人情とせば是れ亦前項と同じく罪として論む可きは非ざるなり然りと雖も若し犯人にして其所爲の惡事たるを熟知し且つ避くるを得可き之れを避けざして犯したる場合の如くに本項に依り之れを無罪と爲すの限りは非ざる可し

往昔羅馬に於て人の性の善乎惡乎を試檢せんと欲しざるものあり其者時の羅馬法皇に請ひ現に死刑に該當す可き犯人二人の中ち一人丈けを今や哀れ刑場の露と消えんとする頃を計り王の特赦狀を以て之れを免刑し他の特赦の恩典に與らざる囚人の舉動を窺ひ居たりし其囚人に此の特赦の他人に及んで自己に及ばざるを不當として非常の亂暴及び不平を訴ふあり茲に於て乎曩きの試檢者の始めて其の性の惡あるを發見しざりと云ふ其故如何となれば若し假り一人の性として彼の孟子の説く如く善からしめん耶何も自分が死刑の執行に逢ふて此土を辭するに當り他人が其相伴と爲すと否とを自己に於て何れかあらん

即ち自己と死を共にする者あるも復た現に死す可かりし人許されて死を己のみ死刑に處せらるるは逆秋毫も不平を鳴らし亂暴を働く謂れある可く又他人の死刑に處せらるゝと否と此しも自己に利害の關係せざるをなきべし而かも猶不斯く不平亂暴を是れ事とし以て自己の死刑に相伴する者無きを怨むるは是れ人の性の惡たる明証ありと云ひざる可からず若し人の性の惡たることをして過りなりしめば前二項の場合に於て犯人に望む身棄て、仁を爲す可し己れの一命を抛て他人の身体を救護せよと命するが如きは實に人の性情に背き苛酷を失するも必と云ひざる可からず是れ亦た不論罪と爲すの一理由として見るを得可きあり

以上説明したる場合の自己の身体を防衛したるとは係り然れ共本項に於ては實に自己の身体と防衛する場合は限らば其範圍を一層擴張して親屬の身体を防衛したる場合も亦た同じく不論罪とせり而て親屬を第百十四條及び五條に規定しあるものにして其範圍たる實に廣且つ大と云ふ可し佛法に於ては斯る場合の親屬は尊屬親、卑屬親、及び配偶者、及び兄弟以下の等親に及びざるなり

り二法何れ乎道理に適合する乎抑も天災又は意外の變に因り避く可からざる危難に遇ひ親屬の身体を防衛したる場合をも是等の危難に際し自己の身体を防衛したる場合と同一に不論罪を爲す所以の者は何ぞや他は父母妻子の危難に罹りたるときの感覺たる恰も自己に是等の危難を受けたると同一の感覺を生むるに普通人の情なりと爲せばなり然るに本項の所謂ゆる親屬なる語に第百十四條及び五條の親屬を適用せん乎苟も親屬の名稱と有る者の危難に罹りたる場合に凡て自己又は父母妻子等の危難に罹りたる時と同一の感覺を生むる者と見做さざる可うらむ是豈不當の推測に非や、一步を進めて之れを云えば畢竟自己以外なる親屬の身体を防衛しざるときは自己に危難の迫りたる時と同一の感覺を生む可しとの推測に基くものなれば若し故舊なれば朋友なれば非常の危難に遭遇する際其身体を防衛するが如きは其感覺たる彼の疎速の親屬に優ると万々ある場合ありとせば此の場合も親屬ならざるを以て本條を適用すると能はざる乎否を々適用するを得可し然れ共茲に注意す可きは父母妻子の如き近親(我刑法の明文に依れば苟も親屬なれば親疎の別なしと雖も)の身体を防衛し

たる時は其防衛者の感覺たる果して自己の危難に遇ふたる時と同一なるや否やと審究するに及ばざるなり如何んとせば法律を以て斯る感覺を生む可しと豫定しあるとされければなり之れを反して疎遠の親屬又ハ故舊朋友等の危難に遭遇したる場合ハ其身体を防衛したる時は豫審判事及び公判判事たる者必キ二個の問題を審判せざる可からず即チ第一ハ被害者は果して避く可からざる危難に遭遇したりしや否やを審かよし既ハ此の事審かあるときは第二ハ被害者と防衛者并ニ防衛者と加害者の平素に於たる交際を亂し且つ防衛者は果しく現場に於て自己に受けたる危難と同一の感覺を惹き起したるや否やを取調べざる可からず若し此の二條件并して充分の証明を得ば本條に依り無罪とあるや勿論あり若し又ハ防衛者たるも或第二の如き感覺を惹き興したるが爲めハ非むして無て加害者に對する怨恨を晴さんと企て居たるハ時なる哉斯る好機會に投じられたれば天災を奇貨措く可しと爲し之れを殺して怨を報じたる場合の如きは固り本條の正面の中せざるべし此の問題たる正當防衛の場合にも多く生む可きなり之れを要するハ近親と遠親とは之れを確然區別す可きものあるハ本項に於て漠然

親屬云々と規定し直ちハ親屬例を適用せしめんと欲するが如きは實に不都合の甚しきものをなれば本項は予が前述せる如く其親屬の範圍を狹隘に解釋するを以て適當ありと信するあり

第七十六條 本屬長官の命令に從ひ其職務を以て爲したる者の其罪を論せず

何故本屬長官の命令に從ひ其職務に以て爲したる事柄に關しハ其罪を論ぜざる乎是れ前條と同じく其犯人ハ意思の自由無さを以てなり而て本條に於ては單ハ本屬長官の命令に出でたるものと規定したる共法律の命令に出でたる場合も亦た本條に含蓄するものと解して差支あるべし如何んとあれば治罪法の規則に依りて司法警察官又は巡查等其職務を行ふに當り重罪輕罪の現行犯あることを知りたるに命令又は命令を待たむして被告人と逮捕するが如きハ治罪法第百條(檢察官が起訴の手續に爲すが如き)全百七條以下(豫審判事が被告人に對し令狀を發するが如き)全百十八條以下)場合は本屬長官に命令に非ずして法律の命令に出でたる場合と云はざる可からず而て斯くの如き法律の命令に出

でたる事柄を行ひたる時と雖も勿論本屬長官の命令に従ひ其職務を以て行ふた  
る場合と等しく之れを不論罪と爲す可きは理の最も見易きこと一屬すればあり、  
然るに本條單一に本屬長官の命令に従ひたる場合を規定して法律の命令に出でた  
る場合を規定せざるは之は法律の欠典と云はざる可らざり、此の事たる刑法草案  
第八十三條に於て規定せしむ審査の際削除せられたるあり、然れ共仮令ひ法律  
の明文無きも法律の命令に出でたる場合は本條に含蓄せるものと解す可きは治  
罪法の各條を見ても明かあること信するあり

前條を講むる際に説明したるが如く正當防衛の場合には權利の執行するを以て  
毫も其防衛を爲したる者一過失あると無し、之を反して不論罪の場合には權  
利の執行に非ざりて本人一多少の過失ありと雖も犯罪の構成に必要なる或る一  
二の條件を具備せざるを以て之を罪として論せざるなり、夫れ然り不論罪の  
一部に位ひるる本條に於ても毫も法律の命令に違はず毫も本屬長官の命令に瑕  
瑾無きときは其命を受けて行ふたる官吏若くは配下の屬吏たるものは勿論正當  
の事を爲したるものにして其間罪と爲る可きや否やの疑問を拂むべし無く又

た毫も本人一過失あると無きは恰も正當防衛の場合と同やらん故に斯る場合  
には罪の成立するに無きや明りにして不論罪たる乎否やの議論は事無用一屬し  
本條は豫定したる處に非ざるなり、然らば本條は如何なる場合を豫定したる  
ものある乎蓋し本條に豫定したる事は本屬長官の命令たる幾分乎其職務に違ふ  
ざるに其命令に従ふて其職務を行ふたる者は當時斯くの如き不正の命令たるを  
知らざり正當の命令と信んじて行ひしが後日母至り全く正當ならざる命令たりし  
とき乎若くは眞母法律の命令に出でたる者と思惟して爲したる事柄は其實法律  
の命じたる範圍外に一歩は踏出したる場合約言を被告に其人に幾分乎過失  
の存したるを想像せざる可からず、然らば何を以て斯も過失の存するかも  
係はらば本條之れを不論罪と爲す乎と云ふに本屬長官の命令たる果して正當な  
る乎否やは屬吏に於て之を知るに由し無く又た不當の命令と知るも之は拒むの  
權無し既し之を知るに由し無く又た拒むの權無き場合一爲したる事柄は犯者其  
人の所爲たる全く意思の自由無くして行ふるものと云はざる可からず是れ本  
條に於て其罪を論ぜむを規定したる所以なり、法律の命令に出でたるものと思

惟して行ふたるに其實法律の命令を出でざりし場合を以て不論罪を以ての理由の後段に至て之を説く可し

茲に困難なる問題あり彼の陸海軍の規則に依れば兵士たるもれは上官の命令を拒むの權無く又た其命令の正否を取調ふるの權も之れ無きなり然るに一將校あり兵士に對し彼の通行人を砲打す可しと命令し兵士の其命令に従ふて之れを砲殺したるときは本條に依て不論罪たる可きや否や蓋し此時に當り兵士の意中を察せるときは若し其命令に違背したるときは或は其上官より苛虐の取扱ひを受く可き恐れあるを以て行ふたるものと云む前述の如く命令を拒み又た其命令の正否を争ふの權無きを以て幾分乎情狀酌量し理由とある可きも決して不論罪とすると能はざるべし如何となれば是等の命令ある法律上及び事實上に於て不當なるも最も明瞭なればなり

又た官吏が法律の命令を執行するに際し往々其命令に違ふとあり例をば檢察官に於て被告事件を重罪なりと思惟して豫審判事豫審を命じ豫審判事の之れに依て被告人を招喚して審問を爲し且つ其審問中之れを拘留し置きたり然るは豫

審終結の申渡しを爲し之れを公判廷に廻したるは正當防衛等に出でたるを以て無罪放免の言渡しを受けたるとありとせんは其召喚、審問、拘留等乃手續の皆を之れを法律の命令に背きしものと云はざる可あらむ何んとなれば法律に決して無罪の者對し斯る手續を爲す可しと命ぜらるるをなければなり此の場合に於て若し故意を以て被告人の無罪なることを知るも之れを拘留したるときは擅人を監禁したる罪に問はるべし然れ共若し是等の人のして當初に有罪者なりと思惟して人を拘留し若くは正當に法律の命令を執行する積りを以て爲したるは後日に至り初めて有罪者なりしと又ハ法律の命令に違ふたる執行を爲したると判然たる場合の之れを不論罪と云はざる可からず何を以て之れを不論罪と云ふ乎蓋し各種の司法官たるもの此の者の犯罪人なりと思惟したるときは社會の秩序を維持せんが爲め之に對する相當の手續を爲さざる可あらむ決して手を束ねて傍觀するの自由無し是れ之れを不論罪と爲す所以なり蓋し通常人民に在てハ告訴告發を爲す可き義務を負はざるを以て仮令ハ犯人なることを知り仮令ハ現に損害を加えられたるも之れを等閑に附するを得可し茲を以て苟も人を



告訴告發したるも被告人無罪又は免訴の言渡しを受たるときは假令ひ惡意を挿まざりしと雖も重き過失に由てたるときは要償の責任を負はざる可らむ  
 (治罪法第十六條)且つ夫れ通常人民たるもの人を告訴告發せんと否と其自由權内に在て存するものかれを一旦告訴告發を爲して然かも故意に由て之れを傍觀せるの自由無くして必らむ相當の手續きを爲すの義務あり故に現に有罪者なりと信んじ其身體を束縛したるも其者他日に至り無罪となるときは過失ありと云はざる可らむ然れ共苟も故意に存せざれば要償の責任無きこと勿論(治罪法第十七條)之れを本條に依て不論罪と爲さざる可からざるあり然りと雖も是れ單に官吏のみならず通常人民に於ても斯くの如き場合あり例をば茲に俄ら發狂する者ありて非常の狂暴を逞ふし動もすれば害惡を他人に加ふんとするの恐れある場合は是が親屬たるもの官署に届出るは暇無くして之れを一室に閉ぢ込めたるべきに所謂囚人を擅に監禁したる罪と爲すと能はざして本條に依り之れを不論罪とせざる可からむ如何となれば斯る所爲たる

親屬たるもの、正さし爲す可きこととして又た適さし爲す可きの必要存し決して之れを傍觀坐視せるの自由無ければなり

第七十七條 罪を犯す意無きの所爲は其罪を論せず但法律規則に於て別は罪を定めたる者の此限にあらす

罪となる可き事實を知らずしく犯したる者の其罪を論せず  
 罪本重ある可くして犯す時知らざる者は其重たしに従て論ずることを得す

法律規則を知らざるを以て犯すの意なくと爲すことを得す

本條の罪を犯すの意思無き場合を規定したるものなり而て本條に所謂ゆる「罪を犯すの意なきの所爲」ある語に極めて廣濶の意義を有し彼の犯罪の構成に必

要なる犯罪の意思、意思の自由、善惡非正の識別心等の三原素を欠く場合を包含するものと云ふ可し、換言せれば第七十五條の抗拒す可らざる強制に遇む其意に非ざるの所爲、天災又ハ意外の變に因り避く可からざる危難に遇ひ自己若くハ親屬の身体を防衛するに於てたる所爲、第七十六條の本屬長官の命令に從ひ其職務を以て爲したる者、第七十八條の罪を犯す時知覺精神の喪失に因て是非を辨別せざる者、等數個の場合に凡て本條に所謂の「罪を犯すの意なきの所爲」ある一語に取着するものと云ふ可し

論者動もすれば曰く本條の「罪を犯すの意なきの所爲」は出でたるるとき之れを無罪とする所以に他人に害を及ぼすは意思無くして偶々事、他人の害を爲すに至りしを以てなり即ち罪を犯すの意思といへば他人を害するの意思なり他人を害するの意思ハ實に犯罪構成の「元素なり」と若し仮りに論者の説を是認せば他人を害するの意思ハ如何なる犯罪に於けるも一般に之れを必要とせざる可らむ若し或る犯罪に此の意思を要するも或る犯罪に之れを要せざるとあらん乎決して他人を害するは意思ハ一般の犯罪を構成するに必要なる元素と云ふ能はざ

る可し、夫れ然り通常の犯罪に於てハ其罪を犯すの意思を必要とするも他人を害するの意思を必要とせむ只或る特種の犯罪に限り他人を害するの意思を必要とせりされば此の特種の犯罪に限り要する處の他人を害するの意思なるものハ以て一般の犯罪を構成するに必要なる元素と云ふと能はざるべし、請ふ例証を擧げて之れを明かすせん例云ハ窃盜犯を構成するに自己に不正の利得を得んと欲するの意思を要すと雖も他人をして迷惑せしめんとするの意思即ち他人に害せんとするの意思ありや否やを問はざるなり、又た國事犯の如きに至てハ他人を害せんと欲するの意思なきのみならず却て社會公衆をして塗炭の域より救ひ出さんと欲するハ美意あるものあり而も猶之れを罪とせる處を以て之を觀れば國事犯に就てハ人は害するの意思を必要とせざるや明かならん、又ハ人の健康を害す可き物品を用ひて水質を變じ又ハ腐敗せしめたる罪(二百四十四條)の如きも單に其罪を犯すの意思を必要とす共他人を殺さんと欲するが如く害惡の意思を必要とせざるあり若し又た是等の意思あらん乎毒殺罪に問ふ可きものにして此罪を組成するものハ非ざるあり、之れ亦依て是れを觀

れば一般の犯罪に就ては其罪を犯すの意思と必要とするも他人を害するの意思を必要とせざるや明るなり、然らば他人を害するの意思を要する犯罪といふ如何なる者ぞと云ふは彼の謀殺、故殺、誹謗、誣告等の罪に必ち他人を害するの意思を要する若し此の意思として欠くるとあらん乎或は罪質を變じ或は全く罪を構成せざるとあるなり例せば謀殺、故殺等の場合も若し人を殺すの意思をかりせば過失殺傷となる可く、又た誹謗の場合も若し其人を辱らしめんと欲するは意思無くして單に坐興し言ふが如きは誹謗罪を組成せむ、又た誣告の時も他人を罪に陥れんと欲するの意思無くして誣告罪とあらずして全く無罪のものとなし、之れを要するは他人を害するの意思、或る特種の犯罪に限りて必要なる原素として一般の犯罪を構成するに必要なる原素と非ざるあり、一般の犯罪を構成するに必要なる原素の罪を犯すの意思に在り是れ本條に於て「罪を犯す意なきの所爲は其罪を論せず」と規定したる所以あり、

本條に於て「罪を犯す意なきの所爲は其罪を論せず」と規定し罪を犯すの意思あるものに犯罪を構成するの一要素たるを前段に詳述せる處の如し然るは此の法

文に但書と加え「但法律規則に於て別に罪を定めたる者に此限に在らず」と爲し此の罪を犯すの意思なる一原素を欠くも猶罪とするを規定せり然らば其「法律規則に於て別に罪を定めたる者」とい如何なる場合を曰く無意犯即ち過半の違註罪罰則、及び懈怠犯の如き是きなり是等の罪たる皆な意思の有無を問はずして罰する者あれば本條之れを例外としたり然るも茲に注意すべきは無意犯中の懈怠犯に如きは何時でも決して罪を犯すの意思存在せざるべきに限るべし、若し罪を犯すの意思存在するとあらん乎決して此の罪に非ざるあり例へば過失殺傷罪と組成するもの全く人を殺すの意思無き時限り若し人を殺すの意思あらん乎過失殺傷罪に在らむして謀殺若くは故殺罪となる可し、然らば何故人を殺すの意思無くして犯したる者をも猶之れを罰するにやと云ふは這の犯罪の結果を罰するに非むして人の應に注意すべき義務あるに其注意を怠りて人を殺すに至りたるにあれば其不注意の應即ち懈怠過誤だけを罰するに外ありざるあり、

本條第二項に曰く「罪と爲る可き事實を知らずして犯しある者の其罪を論せず」

と是れ抑も如何なる場合なる乎例えバ人あり處女と信じて姦通したるに人の妻なりし場合の如し此の時ハ處女と姦通するハ意ありと雖も人の妻と姦通するの意無し換言すれば人の妻と姦通するハ罪と爲る可きも處女と姦通するハ罪と爲らざる母處女なりと信じて姦通したるときハ所謂ゆる罪と爲る可キ事實を知らずして犯したるものと云ふ可し、又た彼の官吏が法律を執行するの當時ハ在つてハ法律ハ協ふたる適當の處置と信ず毫も惡意なくして人を逮捕若くハ監禁したる母後日に至り始めて法律ハ背ル職權ハ違ふたる所置を爲したることを知りたるときも亦た前例と異なるとなきなり、之れを要するに是等ハ所爲たる皆ハ罪を犯すの意思を以て之れを罪とし罰せざると知るべし

本條第三項ハ曰く「罪本と重かる可くして犯す時知らざる者ハ其重きに從て論むるを得ず」とあり之れを例解すれば本條故意を以て人を殺したるとハ無期徒刑ハ處す(第二百九十四條)ると雖も若し子孫として其祖父母、父母を故殺したる時ハ謀殺と等しく死刑ハ處せらる、者とす(第二百六十二條)然れ共若し夫れ子孫たる者が幼少の時他方ハ流寓したる等の故を以て全く其祖父母若くハ

父母なると知らずして他人と信じて故意を以て之れを殺したるハ其實祖父母若くハ父母たりしときハ所謂ゆる「罪本重かる可くして犯すとき知らざる者」なれば其重死刑ハ處す可きハ非ずして無期徒刑ハ處するが如し

本條第四項ハ曰く「法律規則を知らざるを以て犯すの意なしと爲ることを得ず」とあり何故斯く規定したる乎蓋し錯誤ハ法律上の錯誤と事實上ハ錯誤との區別あり民法ハ於てハ二者共ハ責任を免る、の原由と爲すを得可しと雖も刑法上ハ於てハ法律上の錯誤即ち予ハ他人の物件を掠奪するも法律ハ予を罪せずと信じて之を掠奪したりと云ふが如きハ決して無罪の口實と爲すと能はざるあり、之れハ反して事實上の錯誤即ち此の物件ハ自己の所有物なりと信じて取り取りたるハ其實他人の物件なりし場合の如きハ之れを不論罪を爲すあり、然らば一步を進めて何故法律規則を知らずして犯したる場合即ち法律上の錯誤ハ以て無罪の口實と爲さざる乎と云ふハ若し夫れ一方ハ於てハ其の所爲あるものハ其の刑を科すと規定しながら一方ハ於てハ予ハ法律規則を知らざりしを以て罪を犯すの意をかりし若し予が法律規則を知りたらんハ決して斯る事ハ爲さ

りしかりとの口實を許容するとせん乎何を以て法律の効力を保ち社會の秩序を保つを得可き乎是れ法律の何人と雖も之れを知らざる可うら否を知るものと見做し假令實際之れを知らむして犯したる者も有罪の責任を免うれしめざる所以なり

第七十八條 罪を犯す時智覺精神の喪失は因て是

非を辨別せざる者の其罪を論せず

本條の犯罪構成は必要ある善惡邪正の識別心を欠く場合あり思ふ本條の場合に於ては自うら或る事を爲す意思もありつらん又他人の脅迫を受けて罪を犯すに至りたる者非ざれば自由もありしに相違なかる可し而かも之れを以て不論罪の一に加へたる所以の罪を犯す時知覺精神を喪失したるが爲め從て善惡邪正を辨別するに能はざること依れり蓋し人をして犯罪の責任を負はしめんと欲せむ完全なる智能を有し此の事の惡なりと知りつ、犯し此の事の善なりと知りつ、爲さざるが如き場合に限らざる可うら若し夫れ其自から爲るとの是非善惡を識別せざる者對し犯罪の責任を負はしむ刑罰を科するとせん乎恰

も犬馬に向て刑罰を加ふるも同じく毫も刑罰の刑罰たる効果を有するとおかるべし

知覺精神の喪失とは如何なる者を云ふ乎其最も著明なる者を總稱して狂人と云ふと得べし然れ共假令本采の狂人は非ざるも一時知覺精神を喪失する者もあるん又た其狂人中にも種々區別あり左之れを詳述すべし

第一白痴(イデアチズム) 白痴とは性采の馬鹿にして終生不治の疾病あり此の者も益槍乎として身体何れの場所も知覺を備ふる乎明かならず又と物に觸れ事ふ當るも毫も感覺を有せず即ち全く知覺精神を喪失せるもの屬せり而も斯くの如き者罪を犯すに至りし時の殆んど其犯罪の時知覺精神を喪失して是非を辨別せざりし否やを確むるの必要無く勿論之れを無罪と爲す可きなり然りと雖も白痴も亦た自ら輕重の別あり前述の如き白痴其人の姑く闕た之れに比して其知覺精神を喪失したる度の薄さものあり即ち通常人は比すれば非常は感覺鈍しと雖も人の器械と爲て罪を犯し得るが如き者あり是等の者罪を犯したる時の酌量減輕の原由たる可たも本條に依り全く知覺精神の喪失したる者と爲し

不論罪と爲すに能はざる可し  
 第二瘋癲 這は眞の狂人の言ひにして平生細心小膽にして且つ神經の過敏ある其人極度ふ達し全く智覺精神を喪失したる者を云ふ然れ共此種の狂人たる絶えむ智覺精神を喪失するもの非ず時として精神靜寧にして其智覺更に通常人と異なるも無く毫も瘋癲人たるの形跡を止めざるもあり故に是等の者を犯しざるべきに其犯罪は當時果して智覺精神を喪失したるや否やを審究し若し之れを喪失たりしと明瞭なる場合より不論罪たる可也若し犯罪の當時精神靜寧ありしとき決して之れを不論罪と爲すに能はざるあり  
 民事上は於て平常狂人を見做されたる者例せば禁治産を受け若くは之れを受けざるも現に瘋癲病院に入院せる者或は爲めは後見人を置られる者等刑法上果して如何なる影響を及ぼす可也乎蓋し民事上は於て平常狂人と認められたる者と否とに依て舉証の責任に大ひなる差異を生ぜべし即ち民事上は於て平常狂人と認められたる者罪を犯すに至りしとき法律上犯罪の時智覺精神を喪失せし者と見做さるゝを以て犯人自から予に犯罪の時全く智覺精神を喪失したり

と証明するに及ばざるものとす然りと雖も此の法律上の推測たるや確定動のす可からざるの推測に非ざれば檢察官より此の推測に關し反証を舉るとを得可し例せば被告人に成程民事上治産の禁を受け平常狂人たるに相違なかるべきも其犯罪の時全く智覺精神を具備したるに相違無し其故に被告に對する謀殺事件の事實を按ざるも平常宿怨を懷きし被害者を郊外に待伏せ覆面して其面を他に認めらるゝを防ぎ、藪陰に潜んで之れを要撃したり、若し假りに被告をして犯罪は當時智覺精神を喪失したる者たらしめ、斯る巧妙の手段を施す可き謂れなかる可しと云ふの類即ち是れ也、又た時として、斯く民事上の禁治産を受け平常狂人と認めらるゝもの犯罪したる場合と雖も其犯罪の性質は於て犯時全く狂人非ずして智覺精神を備ふて犯しざりと推測するを得可き場合あり例せば此種の者にして貨幣を偽造し其微妙精功なる實に直貨を欺くが如き場合、或は詐偽取財を働きたる場合の如きは其犯罪の成立到底犯者智能の働きと技術の働きと相和する乎若くは二者其一を備ふべきに能はざるとあるに蓋し檢察官が是等の場合より反証を舉るに敢て困難のといふ非ざる可し何んとをれば前述の如く

其犯罪の性質と方法とに依て智覺精神の喪失したりしや否やを決定するを得可  
 ければ、之れを要するは民法上は於て常に狂人なりと認め居る者と否とを  
 問ひ苟も犯罪の時智覺精神の喪失に因て是非辨別無く罪を犯すに至りし者  
 の何人と雖も不論罪たる可きを以て此点に於ては民法上より狂人と認められ居  
 るものと否をらざる者との區別を立る必要なきあり然りと雖も被告人の果し  
 て犯罪の時智覺精神を喪失したりしや否やの問題を生じたる場合の民法上よ  
 り斯く認定せられたるもの先づ一應犯罪時智覺の喪失を爲したる者と認められ  
 自ら此事を証明するに及ばざる利益あり、之れを反して若し斯る民法上の認  
 定を受けざる通常人が犯罪の當時智覺精神の喪失せるを以て犯罪の責任を免  
 かれんと欲せば被告人自ら此の事と証明せざる可からざるなり  
 第三「モノマニイ」 「モノマニイ」とい或る一事に狂して他事に狂せざる者  
 を云ふ佛國のペーヨーある人あり予曾て氏の行政法に關する著書を讀みし其  
 卓論妙説に感したることあり然れ共氏は一僻あり即ち人を見れば皆を己れは暗  
 殺せんことを恐るゝが故に常に一室に閉居して讀書著述に從事し決して戸外に

出ること無しと云ふ、又予曾て佛國に一女あり人と爲り敢て常人に異なる處を  
 して雖も只他人の進むる飲食物の皆を己れを毒殺する者と疑ひ一片の内半椀の  
 茶と雖も人の餐するものに決して之れを飲食すること無く常に自ら飲食物を  
 充せる袋を首に掛けて歩行せしと云ふ是れ皆か一種の「モノマニイ」なり、然れ  
 共是等の狂人たる自己の身体を防衛するものなきは他人に妨害を施すことなき  
 あり我日本人中動もそればかり根性を有し人笑ふに己れを笑ふに非ざる乎を疑  
 ひ、人閑談をれば事己れに關するあらんと思ふが如た者を亦た此種に狂人と云  
 ひざる可からず、右を反して他人に害惡を與ふるもの「モノマニイ」あり例せば  
 人を見れば直に殴打を加ふんと欲し、財物を目撃すれば直ちに盜まんことを望  
 むが如た、又た一令の出る毎に其正否を問ひを反對を試みんと欲するが如きは  
 皆を他に害惡を加ふるもの「モノマニイ」ありと云、而して是等の犯人罪を犯した  
 る時果して智覺精神を喪失したるや否やの疑問を生ずることあり此れ場合の  
 裁判官たるもの若し犯罪の事實の果して「モノマニイ」と結合し「モノマニイ  
 一一の結果よりして罪を犯すに至りしや否やを審究せざる可からず決して單に

平素「モノマニイ」ありしとの故を以て此の問題を決すること能はざるあり、故母果して犯罪の原因「モノマニイ」之れを爲し犯罪の事實の實母「モノマニイ」の結果を出でたること判然たれば之れを犯罪の時智覺精神の喪失に因て是非を辨別せざりし者と云はざる可からむ既に此は事明かれば本條母依て之れを不論罪と爲す可きあり

第四「ソルマンビル」<sup>ソルマンビル</sup>「ソルマンビル」といふ寢狂の極に達し睡眠中母種々の事を爲す狂人あり蓋し此種の狂人の概ね未だ精神の成熟せざる幼童を學校に入れて微妙の學藝を研究せしむる乎、或は神經に虚弱若くは過敏ある人が困難錯雜の業務に従事するよとして其外部の刺激に全身の神經及び腦髓を衝動し其身体に睡て寸毫の感覺無きも獨り神經のみ夢中に活動するものとす、昨年の事、ありけん平素の琴瑟相和し愛情の密なる漆膠管ならざる夫妻の者あり然る母夫たる者一夜其妻が他人と姦通しざりと夢に直に妻を殺害し始めて其夢中の出来事ありしを覺り警察署に自首したるとあり此の事如何に落着を告げざるやを聞知せざりしが全く「ソルマンビル」の一種なるべし、又た彼の睡眠中母勉強し、散步

し犯罪するが如き者の皆を此の類ありとす、而て此種の狂人に就て注意す可た要点的彼の吾人が今ま東京に在る乎と思ふに直ちに母長崎に遊び、山岳を跋渉する乎と思ふに忽ち河海に掉ちが如く毫も原因結果の連脈無き夢と異して必ず平素思惟せしと乎若くは企てたるを爲す者として決して平生思ひもせむ企てもせざるを睡眠中は働きし實例無きあり、されば亦或説を爲す者あり曰く若し此種の狂人罪を犯したる時の刑法上必む之を罰せざる可からむ如何んとなれば豫め思ふ若くは企てたる意思に其睡眠中よ發して罪を犯したる者なきは所謂ゆる意思と行為と合同、またるものなればあり」と然れ共予に此説母服するを能はざるを、而て此種の犯人に意思の存する点に予も亦た之れを承認する者あり然れ共意思と行為と合同したりと爲すに母過れり蓋し人の意思なる者の四肢五管を以て包括せらるる四肢五管の意思を支配するものあり故母意思の發動せんと欲するときは四肢五管の必む之れを抑制を可しと雖も人の睡眠中の四肢五管凡て其活動を止め感覺を失して意思を支配し意思の發動を抑制するを能は



を然せば睡眠中に爲したる所爲の之れを單獨なる意思の働作と云ふ可く決して四肢五管の支配を受たたる意思の活動と云ふ可からず約言はれば此場合より決して意思と行爲と合同したる者非ざるあり果して然からば睡眠中の犯罪は之れを一方より云ふときのみ單獨の意思なるを以て罰すると能はむ、又た他の一方より云ふときのみ凡る人に犯罪の責任を負はしめんと欲せば四肢五管を以て意思の發動を抑制す可き之を抑制せざるに限り然るは睡眠中より意思の發動を應に支配し適に抑制を可たの四肢五管の活動を止る感覺を失したる者あれば之れを以て四肢五管が意思の發動を抑制を可するを得可きは抑制せざりし者と爲し犯罪の責任を負はしむると能はざるなり、更に一步を進めて之れを論むを抑制も人の身体なる者の單一意思のみを以て成立する者非は四肢五管の勿論或は自由心或は抑制心等種々雑多の者を以て組成したる者なり而て人の睡眠中の單一意思の活動するものとして其他の者の全く其感覺を失し活動を止めたる者なれば人として人非むと云ふも敢て過言に非ざるべし斯の如き者の罪を犯したる場合に責任を負はしめんとする豈夫れ適理の議論なりと云ふを得べけんや

以上狂人の種類を講了せり而て茲に又一種一種の狂人あり之れを稱して醉狂若くは酒亂と云ふ之れを三種に別て説明をべし

第一種 平常の人と爲り卑怯少膽にして酒力を假るは非ざれば到底素面を以て物を言ひ事を爲すと能はむ而て一旦飲酒を試るや直ち前後を忘却し夢我夢中となりて亂暴を働くが如き者あり、斯くの如き者人を殺さんと欲するを真面目に之れを果すと能はざるを以て酒を吞て大に酔ふなり大に酔ふの極に夢中となり竟ひに其目的とせる人を殺害するとあらん斯る犯人の之を彼の「ソンマンピル」と等しく犯罪の時の智覺精神を喪失しざる者と爲し不論罪と爲す可き乎否々斯る醉狂者の犯罪と「ソンマンピル」の犯罪と全く其基礎を異にするを以て後者に不論罪と爲すを得可きも前者の之れを謀殺と問はざる可からず、今ま然る所以を説んば罪を犯す時智覺精神を喪失しざる点の二者毫も異なる處無し然れ共「ソンマンピル」は在ては罪を犯すの意思を以て寝たる非ざるなり又た河入と雖も罪を犯さん逆床と就くもの無かるべし且つや前にも述べたる如く

單獨の意思を以て罪を犯したるとするに之れを不論罪とせざる可うらず、之を以て反して斯る醉狂人の罪を犯すに至りしハ罪を犯すの意思を以て酒を呑みたる者なれば酒を器械に使用し此の器械を以て罪を犯したる恰も人を殺さんと欲し刀劍を購ふも同様しく酒を呑むハ豫備の所爲を云ふ可く又た其殺さんと欲する意思たる繼續したるものなれば之れを謀殺と處せざる可うらむ

第二種 平常酒の有害物あるを悟り禁酒したる者あり然るハ人あり強て之れハ飲酒を勧めたるを以て止むを得む之れハ従ひて思ひを鯨飲したるが爲め非常ハ酩酊せり而て酩酊の餘夢中と爲て人を殺したることありとせば如何ハ之れを處斷す可乎這ハ全く犯人が咎む可き点も無く且つ智覺精神の喪失ハ因て罪を犯すに至りたる者と爲し之れを不論罪と爲さざる可からざるなり

第三種 酩酊するときハ酒醉に依て動もまれば暴行するが如き者あり是等の者列ハ罪を犯すハ意無くして飲酒を爲したる末夢中と爲て人と殺したる場合ハ如何ん、蓋し人を殺すの意思なきを以て謀殺と問ふこと能はざる可きも過失殺傷を以て論ずるを得可し其故如何んとおれむ抑も飲酒を爲せば酩酊し酩酊する

ときハ亂暴を人に加ふるが如き醉ある者の豫め飲酒を節して人ハ害惡を加ふざるの義務あるハ相違なし然るも斯る注意を爲すの義務を怠り自から好んで飲酒を爲し竟ひ夢中と爲て人を殺すに至りしが如き者ハ其注意を欠ぐの点を以て之れを過失殺傷と問はざる可うらざればあり然からば此の理論を「ソルマンビル」に適用するを得可乎決して適用するを得ざる可し如何んとおれば人の睡眠するハ天性として吾人の決して睡眠を可うらざるの義務なきあり然るを此種の犯人が對し汝ハ睡眠を可うらざるの義務を欠きたる故汝が人を殺害したるハ過失殺傷なりと言ふと能はざればあり

第七十九條 罪を犯す時十二歳以上満さる者の其罪

を論せを但滿八歳以上の者は情狀に因り滿十六歳以上過さる時間之を懲治場ハ留置するを得

第八十條 罪を犯す時滿十二歳以上十六歳に滿さ

る者は其所爲是非を辨したると否とを審察し辨別無くして犯したる時は其罪を論せず但情狀

よ因を満二十一歳に過ぎざる時間之を懲治場  
留置することを得  
若し辨別ありて犯したる時は其罪を宥恕して本  
刑に二等を減す

第八十一條 罪を犯す時満十六歳以上二十一歳小  
満ざる者は其罪を宥恕して本刑に一等を減す

第七十九條以下第八十一條迄は幼年者の犯罪に就き或は全く犯罪の責任無きと  
を規定し或は其責任あるも幾分の宥恕減輕を附與することを規定せり而て何故  
幼年者の犯罪に就て斯くの如く規定しざる乎論者動もすれむ幼年者の白痴瘋  
癲者と等しく全く犯罪の意思無きが爲なりと云ふり然りと雖も予の信する處に  
依れむ幼年者の當り充分の意思を有するのみならず大人に比すれば一層強大の  
意思を備ふるに相違なかるべし如何んとなせば大人に在ての斯る事を云ひ云々  
の事を行ふときハ迷惑を他人に蒙らしむるとなれば不名譽を己れに采まるとな  
れや前後を考ふ斟酌を爲すと雖も幼者は在ての然からず前後の思慮無く他人に

迷惑を被らしむるや否やを斟酌せざ一意自己の欲する處を達せんとするものな  
きむなり之を依て是れを觀む幼年者の犯罪の責任を負はしめざるの理由ハ  
意思無死の故に非らむして別に其理由の存せずんば非ざるなり然らむ幼年者  
と大人と同一の責任を負はしめざるの理由ハ意思の自由無死が爲めなる乎若し  
幼年者の犯罪にして第七十五條に所謂の抗拒す可らざる強制に遇ふ乎或ハ  
天災又ハ意外の變に因り避く可らざる危難に遇ふたるときは自己又は親屬の  
身体を防衛するに出于たる所爲ならんふに勿論意思の自由無死が爲めなりや云  
ふを得ん然も共斯る場合に不論罪とするに獨り幼年者に限らず大人と雖も同一  
のとなれむ之れを以て幼年者犯罪の責任を解釋せると能はざる可し況んや前數  
條の幼年者に係る法文に斯る場合を豫定しざるに非ずして通常の場合を規定し  
たるに於てとや茲を以て幼年者にして前述せるが如き場合に非ずして罪を犯し  
たる時ハ如何なる点を以て之れを觀るも意思の自由なかりしも然と推測する能  
はざるに多辨を要せむして明かならん夫れ斯く幼年者の犯罪ハ犯罪の意思あ  
り又た意思の自由も存するに何を以て之を不論罪と爲す可き乎曰く幼年者の犯

罪の意思意思の自由を具備す可しと雖も彼の一般犯罪の構成に必要な原素即ち善惡邪正の識別心を欠くを以てあり然りと雖も單に幼年者と云ふも何歳迄を幼年者とし何歳以上を丁年者と爲は可き乎又た何歳迄の全く不論罪にして何歳以上の宥恕減輕止まる乎は決定するに非ざらんハ裁判官が法律を適用するに當り茫然として其標準を知るに由しあからん是れ七十九條以上之れが規定を爲したる所以なり

佛法に依れば幼年者と丁年者の區別は付き民法と刑法とに依て差異あり民法は於ては滿二十一歳迄を以て幼年者即ち不能力者と爲し滿二十一歳以上に至り始めて丁年者即ち能力者と爲せり是れに反して刑法は於ては幼年者の年齢を三期に區別せり即ち十四歳以下の先づ善惡邪正の識別心無きものと見做し十四歳以上十六歳迄は常に識別心ありて罪を犯しざる者を見做すと雖も未だ充分の識別心を備ふざるを以て幾分宥恕の原因と爲まことし十六歳以上に至れば民法上は能力者と等しく全く識別心を有して罪を犯したる者と見做し之は本刑を科すると爲せり

右佛法の第一欠典は人生れて十四歳迄を一期と爲し先づ善惡邪正の識別心無きものと見做すを雖も若し識別心ありて罪を犯すに至りしとの反証を擧るときの之れを罰するを得るの嫌があるを是れなり果して然らば幼年の年齢僅ら一二歳の小兒の母の懷中に抱かれ母の乳房を齧切りたるが如き場合にも醉狂ある檢察官又は豫審判事等の職務に熱心せる餘り斯る頑童を一應裁判所引致し果して識別心を有して罪を犯したるや否やを審問することを得るの奇蹟を見るに至るべし之れ豈佛法の欠典に非ざや抑も人の何歳迄乎は白痴、瘋癲者と等しく全く識別心を備ふざるの時期あるといはれを實際に徴し道理に訴ふるも明かあるとありされむ法律を以て若干の年齢迄は全く識別心を欠く者と見做し決しく識別心ありしとの反証を許はと無く之れを不論罪とせざる可からむ我刑法の茲に見るあり第七十九條に於て「罪を犯す時十二歳未滿する者の其罪を論せま」と規定せり之は重大に佛法に優る處あるなり

佛法第二の欠典は民法の丁年者と刑法の丁年者とを區別を立ると是れあり即ち前述の如く民法の能力者は滿二十一歳以上となし刑法の能力者は滿十六歳以上

と爲したるの實に解す可からざる」と云ふ可し其理由を解する者の説曰く佛  
 法に於て民法上の丁年者を二十一歳以上と爲し二十一歳以下を未丁年者と爲し  
 丁年者の凡ては責任に任む可きも未丁年者の凡ての責任を負ふと無く所謂ゆる  
 不能力者と爲したる所以の抑も民事上は於て彼の事物の損得の如何ん此の契約  
 上の結果の如何ん今日借財するときは明日如何なる影響が自己の頭上に墮落し  
 来るや等の錯雜困難なる問題を按じ事の將來に關する者を見定むるに充分の經  
 験と智識とを積まざる可からざる而て是等の經驗智識たるや二十一歳以下に在て  
 は未だ充分の之れを備ふる者と見做したるあり」之れに反して刑事上の事柄  
 たる民事上の錯雜困難なる者に似せしめて簡短なる事柄をれば苟も善惡邪正の識  
 別心を備ふれば以て其責任に任ぜしむるに足れり而て此の識別心を備ふるに至  
 るの年齢に於て民法の丁年者即ち二十一歳に達するを待たず十六歳に達せれば  
 充分之れを備ふるものにして人苟も白痴瘋癲非ざれば此年齢に達し猶ほ識別  
 心を備ふる可と推測するに能はざらん是れ丁年者に民事を刑事に就き區別を立て  
 刑事に付ては十六歳以上の者の犯罪せるとき本刑を科する所以あり」と

論者々民法上の丁年者に附するの理由に甚だ善し然れ共刑法の丁年者に附する  
 の理由に至ては實に不當の甚だしき者と云ふ可し蓋し人十六歳以上は達しぬも  
 は論者の言ふるが如く多少の識別心を備ふるに相違なうる可きも彼の丁年者が  
 有する完全の識別心と同一視せると能はざる可し論者には刑事上の事柄の簡短  
 なるを以て單に識別心を有すれば之に責任を負はむ可しと云ふと雖も此事を行  
 ふ時の他人に如何なる害惡を加ふ彼の事を言ひて被害者の親族に如何なる迷惑  
 を感ぜしむる乎等の問題に民事上の困難なる問題に一步も譲るとある可し  
 果して然れば刑事上に充分の責任を負しめんと欲せば單に識別心を備ふるのみ  
 にては未だ以て足れとせむ必ず是等の困難なる問題を解するに充分なる智識  
 と經驗とを具備せざる可からざる而て是等の智識と經驗を具備するに十六歳に達  
 するを以て充分なりとするに能はざる可き必し民法と同じく二十一歳以上と爲  
 すの穩當なるや明かならん是れ予が論者の説を批難して止まざる所以なり  
 以上論じたる佛法の不備なるを佛國學者の夙に喋々批難して止ざる處よし  
 て又た裁判官も法典の不備を攻撃して餘蘊を残さざるなり夫れ斯く學者の批難

をる佛法を其儘擧て我國に移すの道理なきや明かあり茲を以て立法官の佛法典  
 此爲し倣ひせして幼年者を四期に區別し以て其責任を異にせり即ち第一十二歳  
 以下の者の全く識別心無き者と見做を以て如何あると爲をも決して識別心  
 在て犯したりとの反証を擧るとを許さず從て斯る幼年者の罪を犯したる場合  
 の檢察官若くは豫審判事たる者の之を裁判所に呼出し果して識別心ありて犯  
 したるや否やを審問するを許さざるあり、又た滿八歳以上の者の情状に因り  
 滿十六歳に過ぎざる時間懲治場は留置すると得ると雖も八歳以下の者は在て  
 の之れをら爲をも許さずとせり、(第七十九條)第二十二歳以上十六歳以下の幼  
 年者は立法官先づ識別心無き者と見做せしむるも必ずしも識別心無しとも云ひ難  
 きは此種の幼年者罪を犯すとき果して識別心ありて犯したるや否やを審問  
 し若し識別心無くして犯したる者の之を不論罪と爲し若し之れありて犯したる  
 者の之れを罰すと雖も其罪を宥恕して二等を減せり蓋し此時期の佛法の第一期  
 ある十四歳迄の幼者と同一の之を規定せしなり、(第八十條)第三十六歳以上二  
 十歳以下の幼年者の善惡非止の識別心ある者と見做すを以て犯罪の責任を負ふ

可き者とせり然れ共之れを丁年以上の者に比すれば猶未だ精神の成熟せざる處  
 あり猶未だ智識經驗の充分發達せざる處あるが故に從て其の事を犯す時自己  
 并に被害者若くは其親屬等に如何なる影響を及ぼす乎を看破すると能はざる可  
 ければ幾分乎其責任を軽くし宥恕減輕と爲すとせしなり、(第八十一條)第四  
 十歳以上の者の之れを丁年と稱し凡て犯罪の責任を負はざる可からざるあり、  
 第七十九條に於ての罪を犯す時十二歳に滿たざる者の其罪を論せずと規定し第  
 八十條に於ての罪を犯す時十二歳以上十六歳に滿たざる者の其所爲是非を辨  
 別たしるや否やを審察して有罪無罪を決定し若し辨別無くして犯したる時其  
 罪を論せずと爲したり、然りと雖も茲に注意す可きは丁年者の所爲にして假令  
 ひ刑法に於て責任を負はざるとも民法上猶責任あるが如く右の幼年者の所爲を  
 不論罪と爲す所以に決して毫も責む可き處なしと爲るは非を只其所爲たる刑法  
 を以て罰を可き文けの分量無しと見做せるに茲を以て好し刑法を以て罰す可き  
 分量無しとするも所謂ゆる三ツ子の心百迄の俚言の如く其情状に依り若し今乃  
 時母當て懲戒を加はむんば他日如何なる惡漢兇徒と爲らんも知る可からむと思

惟せらるゝとき、之れは相當の懲戒法を施さざる可らむ。又た民法上の責任を有し可き、丁年者、異なるとなり。是れ右の二條に於て其を罪を論せざるも猶ほ其情状に依り之を懲治場へ留置することを許したる所以なり。而て第七十九條に於て懲治場へ留置せざるを得る者、八歳以上の者、限り八歳以下の者、に決して懲治場へ留置せざるも許さざる所以、是等の幼年者たる恰も木石の動くが如き者として之れを懲戒するも其益無ければなり。然る共此懲治場へ留置せざるとたるや假令ひ法廷に於て檢察官の請求に因り裁判官より之れを命ぜり雖も純然たる裁判に非ずして一は行政處分に過ぎむ。從て亦た之を刑罰と同一視せざると能はざるあり其故如何んとあきば其懲治場へ留置せざるを命ぜるに當てや本刑状免むと雖も云々の情状あるを以て懲治場へ留置せしむる理由を明示せしむ及び、又々其宣告に就き不當と思惟するも凡て上訴を許さむ。又た刑罰に非ざるは以て曩に懲治場へ留置せられたる者後日罪を犯すとあるも再犯加重の例を適用せる能はむ。又々同一の理由に基き剝奪公權停止公權等を科せしむるに非なければあり。

第八十二條 瘖瘂者罪を犯したる時は其罪を論せず但情状に因り五年以上過さざる時間之を懲治場へ留置することを得

瘖瘂者罪を犯したる時の何故之れを十二歳以下の幼年者と同一く不論罪と爲す可し乎之を國手へ聞く本條中の瘖瘂者といはれ共生米單純の瘖者即ち發音器の活動せざる者あると無し而かも猶ほ言語を發せる能はざる所以に瘖者即ち生米聽音の器械完備せざるは以て曾て他の言語を聽きしと無く從て言語を爲すと能はざるに依り、若し之れを反して瘖者の言語を發せる能はざるに口舌の活動せざるが爲めありとせば「ア」の一語も發せると能はざるべし故に瘖瘂者と云ふ時の必を生米若くは幼稚の時より耳、口二器の活動せると能はざる者、限り「と果して此説をして誤りかからしめば是等の者の罪を犯したる時其罪を論ぜるに固り至當のものと云ふ可し如何んとされば抑も人の智能力なる者に自から言語を發し他人の言語を聽くは非ずんば決して發達せると能はざらん然るは是等の瘖瘂者たる者は人類必須の二器を欠ぎ曾て他人の言語を聽きたると無く曾

て自らら言語を發すると能はざる者ふしあれば智能を發達す可き謂れ無く善惡  
 邪正の識別力を備ふ可き謂れざる可し然らば此種の人物が反令ひ法に觸れ  
 罪を犯すと雖も固り刑法上の責任を負はしむべきに非ざれむあり  
 予の前段に於て瘖瘂者ある者の生來若くは幼稚の時より耳、口、二管の活動する  
 と能はざる者に限るを以て智能の發達せむとせし智能として發達せむんば善惡  
 邪正の識別力あり然らば其者罪を犯せし之れは不論罪とせざるべしとせざる  
 を説けり然りと雖も時として丁年より達し瘖瘂者と爲る者も亦尠しやせむ是等  
 の輩に前述べ同一の論法を用ゆると能はざらん何んともせば其未だ瘖瘂者と  
 ならず以前に當て他人の言語を聽た自から言語を發せると得たれば既に  
 充分の智能を發達せしめたる者と云ふを得べきに非ざらん茲に於て乎草案第九十  
 四條に於て「生來又は幼稚の時より瘖瘂の者罪を犯したる者の其罪を論せず」  
 云々と規定し以て丁年以上に至り瘖瘂となりたる者の不論罪の限り非ざると  
 を明くしたり然れ共立法官の有意乎無意乎の知らざれ共兎も角「生來又は幼  
 稚」云々の文字を削除し其生來又は幼稚より瘖瘂者となりしや又も丁年以上

に及んで瘖瘂の者となりしや否やと問はざれば凡そ之れは不論罪の原由と爲せり新  
 舊二法の優劣果して如何ん予の斷然現行法に左袒せんと欲するなり左に之れを  
 説かん

抑も現時の裁判に被告人をして社會と同等の證據權力等を以て社會と同等の  
 辯護權を得せしめざる可からず即ち一方の社會の代理ある雄辯達識の檢察官  
 が充分の證據を擧げ充分の權力を有し充分の辯護を爲しおがら一方の被告人  
 たる者之れに匹敵するの證據を擧ぐると能はざる之れは相對するの權力を有せむ  
 之れを辯駁するの辯護權を得ると能はずんば之れは眞正の裁判と稱するを得ざ  
 る可し夫れ然り今後如何に學術開々智識進々瘖瘂者をして文章形容を以て能  
 く其意思を發表せしむるに至らしむるにせよ又た如何に熟達せる通辯を之れに附  
 するにせよ決して通常人と等しく能く其言のんと欲する處の意思を發表し以  
 て自己を辯護せむと能はざるに固より論を待たざるあり而かも猶不之れに通常  
 人と同一の責任を負はしむるを得可き手否を決し之れを負はしむると能はざ  
 るあり世人常云ふ我と我身を防禦するの力無死者を毆打し以て自かし得た



内と爲る者を卑怯未練の所業ありと彼の自から辨護するを能はざるの瘖瘂者を罰するの何方自ら防禦するを能はざる者を毆打して寤寤せしむると稱む處あらん也是れ予が凡て瘖瘂者の罪を論じ可からざると爲す理由の一なり從來能く言ひ能く聴く通常の智能を有したる者一旦口言ふ能はず耳聴く能はざるの不幸に陥ると雖も其智能の變動を與ふるとなき乎否を非常の變動を與ふ曾て充分の智能を有したる者も大に其減却を見る可きあり試み終生不治の病痾に罹りたる者の十中八九氣拔々精神變じ復た舊時の人非ざるを見れば思ひ半ば過ぎん是れ予が此種の犯人を不論罪と爲す理由の二なり前段に詳述せる處に依て之を觀れば丁年に至り瘖瘂となりたる者の智識の如何に發達するも幼年者若くは白痴瘋癲者と其度を同ふするからん況んや生來若くは幼時より此疾に罹りたる者に於てや決して幼年者、白痴瘋癲者の上に出るとなきや明々白々たる事實なり是れ予が其不論罪を主張する所以の三なり、以上三個の理由に依て予は現行法の瘖瘂者を不論罪と爲るに生來又幼時より此疾に罹りたるに丁年母至て罹りたるを問はざるの制度に左袒せんと欲するなり

論者或は云はん茲に智識の充分備はりたる者落魄失望の餘故ら自ら求めて毒藥を吞み瘖瘂者となりたる者あり斯の如き者の罪を犯したる時も猶ほ不論罪と爲す可きや否や」と然りと雖も斯くの如き者は萬一或は之れあらん然れ共予が常に冒道する如く刑法を犯する者は斯く万一に存するが如き者を以て標準とせざるに非ざるを以て若し論者の云ふるが如き充分の智識を備ふる瘖瘂者輩出して罪を犯すとあるも他の九千九百九十九人を以て標準と爲し之を不論罪と爲す何の不可あると乎之をあらん

第八十三條 違警罪に滿十六歳以上二十歳に滿する者と雖も其罪を宥恕をすることを得ず

滿十二歳以上十六歳に滿する者は本刑より一等を減す十二歳に滿する者及び瘖瘂者の其罪を論ぜず

以上の法文の輕罪以上は係り本條の違警罪のみに就て規定しざるなり而て罪を犯せしむる十六歳以上二十歳に滿する者は第八十一條に於て其罪を宥恕して一等

を減せと規定したるも本條違警罪に限りては此年齢に於ても宥恕するを得むと爲し、又罪を犯す時十二歳以上十六歳に滿ざる者は第八十三條に於て是非を辨別しざるを審察し辨別無くして犯したる時は其罪を論ぜむ若し辨別ありて犯したる時は本刑に二等を減せと規定したるも本條違註罪に就ては是非を辨別したるや否やを問はず一等を減せと爲したるは如何なる理由なる乎、蓋し違註罪なる者は國の安寧幸福を保たんが爲め規定したる規則に違背したる罪にして其之を罰する所以は國の安寧幸福を害するの所爲を惡むが爲めにして何人之れを犯したるや否やを問ふを要せざるなり約言すれば他の犯罪に就ては犯人の意思、犯罪の所爲等は標準として之れを罰すと雖も違註罪に就ては單に其所爲の之を罰し犯人の意思如何に關せざるあり、されば犯人に於て果して是非善惡の識別心ありて犯したるや否やを審察するの必要あり既に之れを審察するの必要なくんむ其犯人の丁年者あると幼年者あるとに依て刑を輕重をるの必要もあかるべし是れ本條に然かく規定しざる所以なり、然り然れ共假令に違註罪にせよ彼の智能を有せむ識別心を備ふを恰も木石に等しき者に至て

は全く犯罪の責任を負はしむ可きに非ず是れ本條末項に於て「十二歳に滿ざる者及び瘖瘂者は其罪を論せず」と規定したる所以なり

第八十四條 此條に記載するの外特別の不論罪宥恕減輕は各本條に於て之を記載す

本節に規定せる不論罪及び宥恕減輕は所謂ゆる一般の不論罪、一般の宥恕減輕なり而て一般の不論罪及び宥恕減輕は一般に如何なる場合にも適用する者とす、之に反して各本條に記載せる特別の宥恕減輕は或る特種の場合に限り適用する者とす然り而て特別の不論罪とは身体生命を正當に防衛し已むを得ず暴行人を殺傷したる場合、(第三百十四條)財産に對し放火其他の暴行を防止する爲め乎、或は盜犯を防止し又は盜賊を取還する爲め乎、或は夜間故無く人の住居したる邸宅に入り若くは門戸塙壁を踰越損壞する者を防止する爲め止むを得む人を殺傷しある場合、(第三百十五條)等の如し、又た特別の宥恕減輕とは第三百九條以下第三百十二條に規定したる場合の如し是れなり

第二節 自首減輕

自首減輕の制度は速く其源を明、清の律令に發し流れて我舊法に入り竟に現行法に規定せらるに至れり而て此制度は佛國には絶て其形跡を止めずと雖も而かも實際罪を犯して自首する者は減輕するあり然りと雖も明清の律令若くは我舊法に於て自首減輕法を規定したる理由と現行法に於て之を規定したる理由との大ひに其趣きを異しせり請ふ先づ支那律及び我舊法に自首減輕法を規定したる理由を説き進んで現行法に之を規定したる理由を講ぜべし

支那律及び我舊法の自首減輕法を設けたる理由に曰く抑も人一旦罪を犯すと雖も其事の發覺せざる前よ於て官に自首する者の之れを彼の罪を犯して巧に其跡を韜み妙に其影を暗まし猶其過を遂げんと欲する者に比すれば大ひに其の情狀の宥恕す可た處あり約言をれば自首する者の曾て罪を犯せし事を悔悟せし者なり既に其過を悔ひ其非を改むる以上の之を減輕せざる可らずと云ふあり

此理由たるや往時の如く刑典を秘密とし人民をして如何なる所爲を働かば如何なる刑罰を受く可き乎を知らしめざる時代ならんよ適當にして毫も批難すべきたる可し然れ共今日の如く刑法を公布し自首する者の何等を減輕可し

と明定せる時代よ於て此理由を以て自首減輕法の理由に適用すること能はざる可し如何にとあれは豫め自首する者の何等を減輕可しと規定したる以上の人民たる者凡て之れを熟知すべし之れを熟知して自首する者の必も其過を悔ひ自ら善心に立返りたるとの証據と爲し足らざるは否を寧ろ減輕せられんことを欲して自首しある者と爲すの適當なるに加かざらん試に統計上よ依て之れを見るに自首者の自首減輕法に適用せざる犯罪より少くして之れを適用する犯罪より多し然らば自首減輕を適用せざる犯罪に就て自首する者の或は真心悔悟し出でたりと云ふを得可きも之れを適用する犯罪に就て自首する者の單に減輕を希望して然る者よ外ならざる可し果して然らば支那律及び我舊法の理由を以て現行法の自首減輕法に適用せんと欲するにても亦誤れりと云ふ可し

然らば現行法の自首減輕法を規定したる理由如何ん左に之れを論究をべし

第一僥倖ししく刑罰を免か、者無きに至ると自首する者の何等を減輕をべしと規定し自首を奨励する時の假令に犯人に其刑罰を減等せしむる、も苟も罪を犯したる者の概ね刑罰を受くるに至るの利益あり思ふに如何に刑法完備し如何

に治罪法整頓をせしむるも必ずしも茲に一犯人あれば之れを逮捕し決して犯人をして法網と腕を脱せしむる能はざらむるが如きこと望む可くも非を果して然らむるも法權の信用を失し社會人民の危險を招くに至るや明かなり然れ共若し豫め自首せざる者の刑罰重く自首せる者の刑罰輕しと約束するときは自首者續々輩出して彼の僥倖毋して刑罰を免かれ有罪にして法網を脱する者を拒ぎ被害者も亦た犯罪の犠牲に供せらるゝの不幸を免かるゝに至るべし是も自首減輕法を規定したる理由の一なり

第二裁判の錯誤は以て無辜を罰するの恐れ無きこと 斷訟聽獄の制度不充分あるが爲の輕き刑罰を受く可き者重き刑罰に處せらるゝ如きは猶ほ忍ぶ可きも實際罪を犯さざる者對し裁判の錯誤は以て刑罰を科するに至るゝ然る能はざらん然るも自首減輕法なる者を規定し犯人の自首に依て刑罰は施すとせば希くは裁判の錯誤を避け無辜を罰するの不幸は免かるゝに至るべし如何んとなれば罪を犯さざる罪を犯したり連自首せる者に實際稀有のことと爲すべしなり是れ自首減輕法を設けたる理由の二なり

第三一罪を犯して其罪跡を掩ひ刑罰を免かれんが爲め更に數罪を犯すの憂ひ無きこと 若し罪を犯して自首するも自首せむして逮捕に逢ふも其刑罰は輕重無くんば誰れ乎自ら罪を犯して自ら訴ふ刑罰を受けんと欲する者あらんや當り自首せる者無きのみあらむ一罪を犯して其罪跡を隠蔽し刑罰を免れんが爲め更に他罪を犯すもの多きに至るべし然るも若し自首者に與ふるも減輕は恩典を以てせば斯る弊害を一洗するの利益あり是れ自首減輕法を規定する理由の三なり

自首減輕の制度を設けたる以上三個の理由あるに依り既に三個の理由ある所以に之れを設けたるに失當に非む而も三個の理由ある所以に三個の利益ある所以に之れは可成的自首せしむる様は獎勵せざる可からむ之れを獎勵するは可成的犯人の苦痛を輕くし喰ひするも利を以てせざる可からず之れを爲す如何ん曰く刑罰を減輕するより他の方策なかるべし是れ第八十五條以下の依て起る所以なり又た自首減輕を設けし主たる理由は以上三個の利益に基くと雖も此他之れと設けし附從の理由あり即ち官署が犯人を搜索するの勞力を省き從て之れに關する費用を減むる等の利益あること是なり

第八十五條 罪を犯し事未だ發覺せざる前よ於て  
官よ自首したる者の本刑よ一等を減す但謀殺故  
殺よ係る者の自首減輕の限よ在らす

自首したるとたよ減輕するの何時よても可なる乎否を自首の効力の前述三個の理由を具備するときよ非ざんば不可なり三個の理由を具備する時とい罪を犯したる者未だ何等の嫌疑をも受けを發覺もせざる場合即ち犯人の何人ありやと云ふことの不明なる場合を云ふ、若し夫れ犯人既よ捕われに就きたる時よ於て予の云々の罪を犯せりと自首する時も猶よ自首の効ありと爲し減輕の理由と爲すを得るとせん乎之を三個の理由を具備したる者と云ふ能はざらん如何んとされば犯人既よ捕われに就くときよ審問以上之を罰するを得可ければ自首を待つ必要無く、又た人違ひ等を以て裁判の錯誤を求し爲めよ無辜と罰するが如きと實際之れあかる可く、又た一罪を犯して之れは隠蔽せんが爲め他罪を犯す等の恐れあければあり、之を要するに既よ犯人の何某なりてふ事實の確知せらるしときよ右三個の理由を具備したる時よ非を然れば本條「事未だ發覺せざる

前よ於て」とい犯罪事實未だ發覺せざる時を云ふ非をして犯人の誰れとる乎の發覺せざる時と解釋せざる可から蓋し詐偽取財、又い偽証罪の如き錯雜しある者を除くの外い假令い犯人の何人なる乎い未だ發覺せむと雖も犯罪事實なる者の容易に發覺をべし例へば予が物品を窃取せられありとの事實の一片の盜難届を以て發覺し、君の友人が殺されたりと云ふが如き事實も犯罪後速かよ發覺するが如し、然れ共犯罪の事實發覺するも犯人の誰たる乎の事實發覺せんば人違ひを爲すともあらん、逃亡するともあらん而かも猶よ犯罪の事實發覺したる後の自首の効ふしとせむ折角自首減輕法規定し乍らも之を適用するに能はざるよ至る可し是れ予が前述の解釋を爲す所以あり(草案第九十六條參考)予の前段よ於て自首減輕を適用するに三個の原由を具備するときよ非むんを不可なるを説けり然らば一步を進めて自首する者を減輕するに如何なる犯罪の勢力を有し三個の理由に如何なる犯罪の勢力を有せざる乎と云ふに蓋し罪愈重き者の自首減輕愈勢力を有し之れを適用すると最も必要ありと云ふんのと其故如何んとされば此種の犯人よ於ける刑罰の最も重ければ之れを免せんが爲め

他罪を犯せしめたる可し、又た罪重く刑重き者程裁判の錯誤と避くるの必要ある可し換言すれば些細の犯罪に就ては假令は裁判に錯誤あるもせよ犯人畢生の名譽を傷くるが如きと分かる可しと雖も之れを反して重罪犯の如き者に就き一旦裁判の錯誤を以て刑罰を科するとあらん乎社會の何を以て之れに謝し司法權の信用の何を以て之れを維ぐを得可きや、且つ夫は犯人の最も逃走し易く最も逮捕し難き重罪犯に加くゆるし然れば此種の犯人に對しては可成的逃走せしめざるが如き方策を講ぐ以て他或主義を貫徹せざる可らむ、然らば此數者を除き僥倖にして刑罰を免かる、者無く、裁判の錯誤を以て無辜を罪すると無く、一罪を犯し其罪跡を蔽ひ刑罰を免かるが爲め更に他罪を犯せしめたるに似せしめんと欲せば是等の重罪犯人程自首減輕を適用するの必要ある可く自首減輕の勢力を逞ふるを得可きや明ららん、然るに本條但書に於て「但謀殺故殺に係る者の此限に在らむ」を規定したるに實に不當の甚しき者あらん予は前述の理由に基き謀殺故殺と雖も猶も自首減輕を適用するの必要ありとする者へ否を此種の犯罪に自首減輕を適用するの必要あるとの他種の犯罪よりも一層上

位を占むべしと信する者あり何んとなれば若し此種の犯人に之れを適用せしむれば其罪跡を韜晦せんが爲め更に如何なる罪を犯すやも未だ知る可からざればなり

第八十六條 財産に對する罪を犯したる者自首して其贓物を還給し損害を賠償したる時の自首減輕の外仍ほ本刑に二等を減す其全部を還償せすと雖も半數以上を還償したる時の一等を減す

本條の犯人より被害者に對し贓物を還給する乎若くは損害を賠償したるとき通常の自首減輕の外尚も數等を減輕を可しと爲し可成的犯人をして是等の事を爲さしめ以て被害者の利益を計りたる條文なりとす、而て本條の末段に「全部を還償せむと雖も半數以上を還償したる時の本刑に一等を減す」とあるが半數以下例せば千圓を窃取したる代りに一圓だけ還償したる時の如何んと云ふに勿論此場合の減等の限りに非ざるなり蓋し本條の被害者の利益を計りたる者なれば其還償額の被害者たる者の利益ある時に非ざるに適用すると能はざらん

物又は損害の幾分を還給するを以て被害者の利益とす可き乎と言ふは這の立法官の專斷否を見込み一任せざる可からむ而て立法官の其還償額の贓物又は損害の半數以上を以て被害者利益あるものと規定しある可なり之れを要する半數あり四分の一なり免角一定の制限を設くるに必要のことなるべし

第八十七條

財産に對する罪を犯し被害者首服

したる者の官は自首すると同く前二條の例に照して處断す

本條の實に總當ならざる法文と云ふ可し若し夫れ現行法をして舊法の如く財産に關する罪に犯人と被害者との示談に依て事落着し或する者なりしめば猶可なり然れ共現行法に於ては刑罰に被害者の爲め非を被害者の意見に依て公訴權を左右すると能はざる者なれば(告訴を待て受理を可き事件を除き)假令犯人より被害者首服すと雖も之れを以て官は自首したる者と同一の者と見做すが如き理由を見出すと能はざる可し若し犯人より被害者首服し被害者より官は其旨を告ぐるときは本條の如く規定するも亦た差問へある可きが之れ

は反して犯人の被害者首服し且つ全部の還償を爲し被害者の自己に害をたの故を以て之れを官に告げざる時も猶本條に依り減等する者とせん乎社會の之れを知らざるを以て罰するを得ざる可く假令之れを罰するを得るも數等の減輕を爲さざる可らむ斯くの如くんば公訴權の恰も被害者の左右するを得可きが如き奇觀を呈するに至る可し茲は以て予は本條を改正して「財産に對する罪を犯し被害者首服し被害者より官は其旨を告知したる時の前二條の例に照して處断す」云々と爲さんとを切望に堪ざるあり

竿頭一步を進めて之れと論むれば犯人の被害者首服したる場合の犯人と被害者との間には計算濟みとなる可れも未だ犯人と社會との計算濟みとならざるあり、又斯く犯人より被害者に對して首服すと雖も被害者の素と之れを官に訴ふるの義務無き者なれば決して罪人藏匿罪を組織せざるべし蓋し罪人藏匿罪を組織するに官の搜索する罪人と隱匿するてふ原素を要すれ共此場合の未だ官に於て斯る罪人の有無を知らざる者あり罪人の有無を知らざれば搜索す可れ謂れなし搜索する謂れなければ之を告げざるも罪人隱匿罪を組織するに由な

かるべし、且つ夫れ一步を譲りて被害者より首服し其贓物又ハ損害の全部を還給したるときハ本條の如く規定するも亦た可なりとするも素と官ノ手を假らずしハ犯人と被害者とハ示談より出るとなれば實際ハ還給せむして表面上還給したる乎の如た示談を爲すと無しとも斷言し難からん、之れを要するハ前述の如くハ被害者たる者竟ハ公訴權を左右せるの弊害を生ぜらるのみならず亦た私訴と公訴とハ全く別種の者にして毫も相關係するとなしとの原則ハ牴觸するに至る可し、又思ふ斯る場合より決して予ハ前述せる自首減輕ハ要する三個の理由を一も具備せざるなりと是れ予が本條を評して總當からざる法文と爲る所以なり

第八十八條 此節に記載せるの外本條別ハ自首の

例を掲けたる者ハ各其本條に従ふ

此節に記載せるの外本條別ハ自首の例を掲けたる者トハ第百二十六條ハ於テ「内亂の豫備又ハ隱謀を爲すと雖も未だ其事と行ハざる前ハ於テ官ハ自首したる者ハ本刑を免し六月以上三年以下の監視ヲ付す」とあるが如た、第百九十二條ハ於テ「貨幣を偽造變造し及ヒ輸入取受したる者未だ行使せざる前ハ於テ官ハ

自首したる時ハ本刑を免し六月以上三年以下の監視ヲ付す」とあるが如き、第百二十六條ハ於テ「此節に記載したる罪を犯したる者其事件の裁判宣告前より至らざる前ハ於テ自首したる時ハ本刑を免す」とあるが如き場合を云ふ、而テ自首しざるが爲め本刑ハ免すとの法文ハ如何なる場合母ても只政略上の一理由ハ基く者と知るべし即ち茲ハ罪を犯るときハ必む之れを罰せんとせんよりも寧ろ其刑を免じて社會の危險を避けざる可からむ若し然からむんむ所謂ゆる毒藥ハ、血迄と云ふが如く何處迄も其犯罪の企を繼續し決して自首する者無きに至る可し然るときハ好し刑罰の基本を貫徹するを得可たハ社會の危險と刈除せる由し無し茲を以テ此種ハ犯人自首するときハ其本刑を免し以テ社會將來の危險を避けんと欲せる政略上の一手段より出でたる者也

第三節 酌量減輕

何を以テ酌量減輕なる者と法文ハ規定せる乎蓋し立法官の法を立て刑罰を規定するや一般の犯罪ハ就き一般ハ其々の罪を犯したる者ハ其々の刑ハ處すと規定したるも未だ個々の犯人ハ就き一々情狀ヲ審視して規定したる者ハ非ざるあり



否か之れを規定せんと欲するも規定すると能はざる可し、誠ニ犯人が罪を犯すに至りし原由を觀察し情状を探究せるときは實ニ千狀万態として或は其所爲たる犯人一個の意思より出るも未だ全く其責任を犯人一人に歸せんと能はざる場合あり或は其情状の眞ニ憫諒す可き者あり或は毫も憫諒する處無き者ありされば裁判官たる者個々の犯人に對し刑罰を適用するに當り直ちに立法官の豫定したる刑罰を科し其情状の如何んを顧みざるが如きこと固り爲す可からざること云ふ可し茲に於て乎立法官たる者豫め其の罪を犯す者の其の刑に處すと規定し置き且つ裁判官に許を以て若し犯人の情状酌量を可き者あるときは減等することを得るの特權を以てするの必要を感じるに至れり是も酌量減輕ある者の規定ある所以なり

裁判官たる者酌量減輕を爲さんと欲せば或は犯人の慣習如何ん、或は教育の有無、意思の良否、被害者の舉動として罪を犯さしむるに至りしや否や、犯人と被害者の關係、等を審究せざる可からず左に之れを詳述すべし

犯罪の原由如何んを知らんと欲せば先づ犯人の成り立ち即ち生來如何なる慣習より成長しある乎を審みよせざる可からず何んをば抑も人たる者の幼時より慣習となりたるもの深く腦裡に印銘して其人死に至る迄の行爲上母大ひるる勢力を有せざるなり、試み婦女に於ける貞操の事を云はん彼の中等社會の婦女の如き如何に能く幼時より薰陶せらるゝも己れを圍繞する者の皆を不徳不義の動物として其見聞する處の者の皆卑猥厭ふ可きの者非ざるに在り然れば此種の動物に接し此種の事物に接して起りたる感情若くは慣習に永く婦女其人と相伴ふに相違なき斯くの如き婦女が貞操を紊り不貞を働くも毫も咎む可き謂れ無く之れを咎むる者あれば却て其咎むる人の過ちと云はざる可からず、之れに反して彼の身は貴紳富豪の家で生れ其見もし聞もしまる事物の皆を貞女たり良婦たるに適し其相接するの人の凡て道徳に厚く高尚な風を帯ぶるが如き中人となりし者一旦誤て貞操を破り節義を欠くとあらん乎毫も其情状の憫む可き處無く之を前記の中等社會の婦女が貞操を破りたるに比すば實に月露の差ありと云ふ可し

前段の例証に只一婦の貞操を破りたる場合母關り然れ共此理由を移して一

殺の犯罪に適用するを得可し例せば父母の教育其當を得ざりしが爲を竟か惡漢  
 となし罪を犯すに至りしや如き類是れあり、又た犯罪の一種の遺傳病と云ふも  
 可なり即ち父母の品行修さまらざるが爲め自然其子の腦裡に侵染し來て罪を犯  
 せしに至る者實際極めて多し此種の犯人を彼の父母の善良の人あるが上に其身の  
 充分の教育を受た如何に思考するも善良の人となる可き善の者や罪を犯したる  
 は比較せば前者の大いに其情狀の酌量を可し無ありと雖も後者は毫も宥恕す可  
 し情狀なかるべし

以上の説明に犯罪前の情狀として犯罪の時の情狀に非ざるあり是れより犯罪の  
 時の情狀が酌量減輕の理由となる可き場合を講述せん

犯人の意思が如何に動いて罪を犯したる乎を決定して酌量す可き情狀の有無を  
 取捨するにあり換言すれば不正の利得を得んと欲するの意思を以て罪を犯した  
 る点に同一なるも斯る意思を發動せしむたる原因は何れの邊に在る乎を決定し  
 以て酌量減輕を適用を可し者と否らざる者とを區別せんとあり例せば自己の怠  
 惰心よりして世を氣樂に送らんと欲し他人の財物を窃取するが如き者の決して

酌量減輕す可き情狀なきや勿論なり然れ共親の貧困と黙視するに忍びぞして  
 窃盜を働いたるが如き者の其情狀たる大に酌量を可き處あるが如し

被害者の舉動よりして罪を犯すに至らしめたる時の酌量減輕の一理由となる  
 あり例せば被害者の不注意よりして過失殺傷に遭ふたるが如き、又被害者た  
 る者店頭に金貨を并列し恰も他人の窃取を求むるが如き行爲を爲したるに偶ま  
 る身の貧困を患ひ投身せんと欲する者此場所を通行し不圖惡心を發して之を窃取  
 したるが如き、或他人を見れば直ち愚弄せんと欲するが如き奇癖ある者此奇  
 癖の爲め他人の殴打する處と爲りしが如き、場合の之れを通常の過失殺傷、窃  
 盜、殴打等と比すれば其犯人の情狀大いに酌量可きものあるが如し

被害者と犯人との關係に依り酌量減輕の理由とあるにあり即ち婢僕が其主人の  
 財物を窃取したるが如き場合は是れなり然れ共佛國刑法に依れば此種の犯人は通  
 常の窃盜犯より其刑を加重せり、但し若し主人が其婢僕を過すと極めて苛酷  
 なる時例せば食事を給せざるが如き取扱ひを爲したるが爲め婢僕が之を盜食  
 したる場合の如き酌量を可き情狀ありとするが如し

成文法の時勢に伴はざるにあらざれば、裁判官が酌量減輕を用ゆるにあり蓋し成文法ある者の一旦之れを規定するも朝三暮四に改正するに能はざる者あれば成文法の一度政府と人民との間に成立し百年前より一種の法典となりてより百年後の今日に至る迄繼續する者其例乏しとせむ茲に於て乎成文法の往々時勢の進歩と相伴はざるの弊害を生むるに至るべし、現に佛國法典の如くに未だ電信、寫真、鐵道、蒸氣等の發明無き百年以前の編纂に依り然るに文化の進歩の駟馬も加ふに爾來是等發明ありしが爲め有形無形に事物共に進化し従く百年以前に必要ありし法文も今既に其必要去り往時の重刑に處せざる可からざる者を今日の斯く重刑に處するの必要なきもの極めて多し茲に於て乎裁判官たる者斯く必要去り苛酷に失するの法文を直ちに犯人に適用を可からざるに至り酌量減輕を適用するの必要を生むるに至れるなり

夫れ前述の如く成文法の時勢と共に進歩せざるの傾向あるが爲め英吉利の如き慣習法を以て國と爲る處の學者の之れを以て成文法を攻撃するの聲城鏗聲せむせり成文法の時勢と進歩せざるの吾人之れを知れり殊に知らず彼輩慣習法論者の往々百年以前の判決例を引用して裁判を降し以て自ら怪まざるを去れば時勢と共に進歩せざるの獨り成文法のみの特有物に非ざるや明らなり

論者説を爲して曰く仮令成文法の時勢は後れ法律の苛酷に失するも裁判官をして其儘之れを適用せしめ立法官が法律の瑕瑾を覺り竟に法律を改正するの必要を感じるに至るの地步を築く可からざるを然るに裁判官をして成文法の時勢に後れ苛酷に失するの故を以て之れに酌量減輕を適用せしめむ恰も裁判官に許すは立法官の職務を以てするの弊害を生む可しと然りと雖も抑も立法官たる者の前述せし如く一般に法律を成定すと雖も個々の犯人に就く之れを規定したるに非ざれば裁判官が法律と實地を運用し個々の犯人に適用するに當り若し其犯人の事情の酌量す可き者ある乎或は其法律の時勢は後れ苛酷に失することあらば其權内に於て酌量減輕を適用し以て法律の不備を補ふに毫も批難す可き處なかるべし

第八十九條 重罪輕罪違警罪を分たす所犯情狀原諒す可き者の酌量して本刑を減輕するを得

法律に於て本刑を加重し又ハ減輕す可犯者と雖も其酌量す可き時の仍ほ之を減輕することを得本條に凡ての犯罪に就き若し情狀の酌量す可犯者有ると其の前段に於て講述したる理由に基き本刑を減輕せんと得ると規定したるあり酌量減輕の制度に佛國刑法第四百六十三條に於て一般の犯罪に適用せんと規定せり然れ共斯く一般の犯罪に酌量減輕を適用せんと得ると佛法に規定するに至りたるハ一朝一夕の事と非ざるなり蓋し一の原則を立て一の法文を規定しとるときは容易に了解するを得て人々至難の感情を惹かずと雖も其原則を立て法文を規定するに至りしハ實に幾多の沿革を経るに非ざらんば成効す可き者非む之を例せば彼の「人の自由あり」と云語に現今三尺兒童も熟知するところなるが此語は斯く兒童に至る迄熟知せしむるに至りしハ幾許の生靈を犠牲に供し幾千年の變遷を経始めて確乎不拔の確言と爲したる乎に未だ容易に知る可からざるが如し夫れ然り始め佛國刑法に於て酌量減輕の制度と一般の犯罪に適用せんと規定せんとするに當てハ反對の説を爲す者あり曰く抑も輕罪以下に者に就て若し情

狀の原諒す可き者あらば之れに酌量減輕を適用せらるも亦た不可なることありべし然れ共彼の重罪に無期徒刑に該當するが如き天下の大罪人に對し憫諒す可き情狀ありて之れを減輕せんとせん乎何を以て一人を刑して他人を戒むるに基礎を保つ可きと且つ夫れ立法權と司法權との嚴に區別す可き者なるに立法官が其の罪を犯す者の其の刑に處すと規定したる者を只司法官たる裁判官の意見に依て犯人の情狀を酌量して減輕せるときに當に同一の罪を犯し同一の情狀ある者や甲の減等せしむる、乙の減等せられざるが如き危険あるのみならず司法官が立法官の權限を侵す者と云はざる可からず故に曰く酌量減輕を一般の犯罪に適用するに大いに不可なり」と云ふに在り蓋し千八百二十四年以前佛國に於てハ死刑に該當する犯人に限り酌量減輕を適用せんとをかり然るに一般の犯罪に酌量減輕を適用せんとに就き斯く反對論者ハ氣焰旺盛を極むるに係らむ現今の如く之れを一般の犯罪に適用せんとするに反對論はいつし乎敗亡し版したるに抑も如何なる原因ある乎夫れ前述の如く此犯罪に就てハ裁判官に許す酌量減輕を適用せらるを得るも彼の犯罪に就てハ之れを適用せんとを得

と規定したるが爲め裁判官の素と罪の有無を判定するの職權を有する者なれば、若し其酌量減輕を爲ると能はざる犯人ありて裁判官が直に其者の情狀を憫諒し到底有罪と爲るを忍びむと思惟するときは之れは無罪の宣告と爲し犯人の何等の刑をも科せざるが如き弊害を生むるに至りしを、就中く斯くの如き弊害の最も嬰兒殺母多かりき即ち嬰兒殺母の出産後直に小兒を殺害するの罪にして刑法上死刑に該當する者なれば裁判官の殆んど之れを刑罰を科せざりしを、今其故を尋るに裁判官意をらく抑も天地間を生とし生ける者誰れ乎其子は親愛せざる者あらんや之れを親愛するの天然自然の人情なり然るに人の父母たる者此人情に背たり最愛の子女を殺害するに至るの好し人を殺したるの罪跡あるもせよ必む智覺精神を喪失したるを相違なし智覺精神を喪失して罪を犯したる者とせば決して之れを刑罰を加ふ可からむとの理由に基き十中八九は皆を此種の犯人を無罪とせしたるなり然り而て佛國に於て斯く嬰兒を殺害するに至れる原因の奇妙なる名譽心よりしく故に至る者にして我邦俗の如く之れを養育するの費用を得ると能はざるを非む如何んとせば佛國及び其他の邦國に於ても

貧院若くは育兒院等の設置あるあれば若し身貧困にして其子を養育するに能はざると死に之れを養育するの道あれむるなり然らば其所謂ゆる奇妙なる名譽の爲めは嬰兒を殺害するとい如何なる故ぞと云ふに曰く歐洲諸國の風習として正當の結婚式を擧げざる者が私通野合母依て所謂ゆる私生の子を設くるときは其父母自身に之れを以て非常な不名譽のこと、思ひ他人も亦た其假夫假婦を擯斥し大いに之れを汚辱するあり當り父母他人が之れを汚辱と爲すのみならず法律も亦た之れを汚辱を加へたり法律が之れを汚辱を加るとは私生の子に正當の相續權を有せむと爲すと是れなり然らば私生の子に他の權利を得ざる乎と云ふは相續權を除いては凡て公生の子と同一の權を有せり這は實に權利の權衡を失はざる者と云ふ可し夫は斯る事情よりして嬰兒殺の罪を犯す者頻繁なるに至りしが其罪を犯すの意たる決して其子を惡んで然るに非む世人及び法律が卒ひて以て此罪を犯さしめたる者と云はざる可からず然らば其犯人の情狀の輕きとい之れと尋常一般の謀殺、故殺、又は強盜等と比し可くも非ざるの勿論のことに非ざるや夫れ然り強盜、謀殺、故殺も死刑、嬰兒殺も死刑と處を可しとするは立法官

の法典に於て規定せる處なりと雖も而も裁判官たる者が忍んで之れに同等の刑を科せんと能はざらん然らば逆之を死刑より減等せんとするも法律の酌量減輕の特権を裁判官に許さざるは奈何んせん故に裁判官の其職權を以て斷然此種の犯人に無罪の宣告は爲すに至れり茲に於て乎千八百二十四年嬰兒殺犯人に限り裁判官の酌量減輕を爲すを許すと認められ然れ共猶ほ他の死刑に該當する犯罪に就き酌量減輕を爲すに能はざるが爲め裁判官(陪審官も包含す)が曾て嬰兒殺の犯人に於けるが如く憫諒す可き種々の情狀あるときは往々無罪放免の宣告を爲したるあり之を要するに立法官が法律を立るに當り死刑に該當する犯罪に酌量減輕の適用を許さざるを其許さざるの故を以て裁判官が死刑の宣告を爲すに忍びざる爲め之れを無罪と爲したるとい皆を極端に走りたる者と云ふ可し斯く死刑に該當する犯罪に限り酌量減輕を許さざるが爲め實際無數の弊害を醸成したると前述の如し故に千八百三十二年刑法再審査の際に凡て一般の犯罪に就き情狀の原諒す可き者あるときは酌量して減輕を爲すを得せしむるに及べり是れは是き佛國刑法第四百六十三條を規定したる沿革に於て我現行

法の規定も之れに倣ふる者と知るべし

是れより本條二項を説明すべし凡そ一個の犯罪に就ても見る處は点種々の異狀を呈する者をも例せば初犯の刑罰に懲りをもし再犯をもる者の法律上之れを惡む可き情狀ありとし其刑を加重せざる可らざるも亦た一方より觀察する時に其再犯せし情狀真に原諒す可き者あるとあらん斯くは如き場合の一方は惡む可き情狀あるを以て法律上加重を可き者なれば好し他の一方は原諒す可き情狀あるも之れが減輕を爲す可らざるの疑惑と生ずるもの之れ無しとせず茲に於て乎本條二項を規定し斯る場合にも猶ほ酌量減輕を適用すると得可しと爲し以て人の疑惑を解きたるに過ぎざるなり

第九十條 酌量減輕す可き者の本刑は一等又は二等を減す

前二條に於ては情狀の原諒す可き者あるを以て減輕するを得と規定せるも其所謂ゆる減輕なる者の何等減輕す可き乎明瞭ならざ故に本條に於て減輕す可き者ハ本刑に一等又は二等を減する旨を定め以て其標準を示したるあり而て一

等又ハ二等と爲したる所以ハ素々酌量減輕のとなまハ全く無罪と爲ま可きハ非ざればなり

### 第五章 再犯加重

再犯ある語ハ廣狹二様の意義を有せり即ち普通の狹隘なる意義ハ依レバ同性質の過ちを再び爲したる者を云ハ廣濶なる意義ハ依レバ裁判の有無ハ係ハらむ免ハ角過ちを再びし其過ちの同性質なるや否やを問ハむと云ふ母在リ然カラハ刑法上の再犯なる語ハ以上二個の中何モ其意義を有する乎蓋シ一方より觀察モレハ刑法の再犯ある語ハ廣濶の意義を有する者と云ふ可シ如何んトおれハ前ハ竊盜を働キ後チハ毆打爲シ前後全く性質を異シしたる場合ト雖モ猶ホ之レを再犯として加重すれむをリ然レ共亦他の一方向より觀察すモハ狹隘の意義を有する者モ云ハざる可カラモ如何んトなレハ第九十四條母規定せる如ク再犯加重ハ初犯のとき既ハ裁判ヲ受ケ猶ホ之レハ懲リモして再び罪を犯したる者ハ限レバなり

抑モ刑法に於テ何んガ爲メハ再犯加重なる者を制定したる乎立法官意モらく其

の罪を犯したる者ハ其の刑を科セバ利目キ、メあらんと思惟して法律を規定せり而テ之レを初犯者ト科したるに立法官の豫想外ハ出テ再び罪を犯モガ如キ者あらん乎先ハの刑罰ハ利目おかりし者と云ハざる可ウラズ既に先きの刑トして利目無クハ初犯者よりハ一層嚴重なる刑罰を科するハ非モんハ到底充分の利目を有可シ是レ再犯加重なる制度の依テ來る所以なり果シモ然カラハ刑法上の再犯ある語ハ先ハ所謂ハ狹隘の意義を有せる者と云ふを得可シ何んトおれハ前の裁判ハ懲リテ前の刑罰ハ利目おかりしを以テ之レハ刑罰を加重モト云ふハ在レバ前後の犯罪同性質を帶ぶる時ハ非モんハ前裁判ハ懲リざりハ前刑罰ハ利目おかりしと云ふと能ハざればハ之モを再説すれば前の盜罪ハ投じたる藥劑ガ利目おかりしとて後の毆打犯ハ一層烈劇なる藥劑を投じるモ毫モ其効おさや明らカラざれば是非トモ前後ハ犯罪同一の性質を帶ビ前ハ普通の藥劑を投じて利目おかりし故後母一層利目あるの藥劑ハ投じとの理論ハ基クハ正當あるハ似たり現に獨逸刑法第二百四十四條、第二百五十條、第三百六十四條ハ於テハ前モ盗犯又ハ詐偽取財、其他信用を害する罪ト犯シ更ハ同一の罪を犯サトキハ非

されば再犯加重を以て論ずるを得むとの旨を規定し、葡萄牙刑法第八十五條  
 にも之と同一の之を規定せり、夫と右二國の刑法に於て前後同一の性質を帯ぶ  
 る犯罪に非ずんば、再犯を加重せむと規定したるに實に情理に適したる法律と云  
 ふ可し、然らば一步を進めて佛蘭西及び日本の刑法に於て之れと同一の規  
 則を規定せむして免ふ角一旦罪を犯して其裁判確定したるに再び罪を犯したる  
 と其前後の犯罪同性質あるを否とを問ひて加重を可しと規定したるに不公  
 不理の法律なる乎否未だ然る可断言を可からざる者あり、請ふ左に之れを説ん  
 前述の如く盜罪と毆打犯の如く全く異性質なる極端と極端とを以て比較すると  
 きに之れを再犯加重を以て論ずるに條理に違ふと甚し、然る者に似たり然りと雖も  
 若し夫と罪質の相似たる者を取て比附援引するときは、何れの点乎犯罪の連脈を  
 通ぜざる者なるべし例せば詐欺取財と毆打とに全く犯罪の連脈無きに似たり  
 と雖も詐偽取財と盜盜とを比較するときは、其性質相似たる處あり即ち二者皆な  
 他人の財物を不正に利得せんと欲するの意思同一なきはあり、故て盜盜を働か  
 し者能く其罪跡を隠蔽し得く先づ安心と思ふとき偶々其事實を熟知する者ある

を覺り或は自己の犯罪を告發するとあらんを恐む之を毆打したりと假定せよ素  
 と盜盜と毆打との全く無關係者たるも係らざる場合と二者互ひに犯罪  
 の連脈を通つたる者と云ふを得可し、されば若し獨逸、葡萄牙等の如く前後同性  
 質の犯罪に非ざれば再犯を加重せむとせば其前後の犯罪の原素に殆んど同一な  
 るも僅少なる差異に依り折角再犯加重の制度を設けながらも到底之れを適用す  
 るに能はざるが如き反對の結果を生ずるに至るべし、夫れ然り獨逸、葡萄牙の法  
 律に理論に適するも實際に適せず佛蘭西日本の制度に或は幾分の理論に協はざ  
 る嫌ひあるも大に實際に適す既に實際に適せしむべき之を實行し以て自懲  
 他戒の二主義を貫徹せざる可うらむ是れ予が佛、日二法の規定に不公不理なり  
 と斷言するに能はむと主張する所以あり  
 茲に一問題あり即ち抑も再犯を加重するに如何なる理由に基く乎若し初犯に科  
 したる刑罰の不足なりしが爲め再犯の場合に決り以前に罪を犯したるとあり連  
 不足勘定を爲さしむる者なる乎、若し果して然りとせば實に不道理千萬のこと  
 らずや抑も或る學者は刑法を名けて或は禁止法と云ひ或は命令法と稱すと雖も



刑法の素と一の約束法たるを過ぎず何んとなれば刑法の何れの部分を閱讀するも「他人の財物を窃取し」<sup>スル</sup>とも「人を謀殺を可し」とも絶て之れあるとあり只「他人の財物を窃取しある者ハ幾年の禁錮ヲ處す」<sup>スル</sup>豫め謀て人を殺したる者ハ死刑ニ處す」云々とあればなり、然からば初犯の場合ニ於て一旦約束通り刑を科したる以上の其者再び罪を犯しされむ逆先きハ罪を犯したるとあるの故を以て本刑ニ加重するハ實ニ不都合千萬と云ひざる可あらざる、且つ夫れ前述の如く以前の犯罪を理由として再犯加重するとせば一事再理せずとの原則ハ背くに至る可し、夫れ然り先きハ窃盜罪を以て罰せられたる者再び毆打の罪を犯したるときハ以前の窃盜罪ハ處せられたる事實ハ全く取除き始えて毆打犯ニ觸れたる者と同一の刑ニ處せざる可あらざる」と云ふあり

然りと雖も立法官が其の罪を犯す者ハ其の刑を科すと規定するハ當り其刑期ハ標準ハ初犯の者を標準として之を規定する乎再犯の者を以て標準とし之を規定しざる乎、立法者の眼中必ぞ初犯者ニ在て再犯者ニなるべし換言すれば立法官の刑期を定めたるハ初犯丈々を標準と爲し一般の場合を規定したる者ニして

再犯ハ如左特別の者を以て其尺度と爲したるハ非ざるあり、然からば刑法全体の刑罰ハ一般の場合即ち初犯者ニ適用する爲め設けたる者と云ふ可し一般の場合ニ適用す可き者ハ必ぞ一般の者ニ限りて適用せざる可うらず決して之を特別の場合即ち再犯者ニ適用せると能はざるあり、夫れ然り一般の場合ニ適用せ可き刑罰を以て到底特別の者を懲戒するに足ざるとあらん乎立法官ハ社會の秩序を維持する爲め特別の制度を規定するの特權なかる可うらず如何んとなれば一般の場合ニ社會ハ安寧を保つハ權利あれば獨り特別の場合ニ限り此權利を有するとかしてハ理由なきむ、蓋し大抵此位の刑罰を此者ニ科せるときハ不良の行爲を止む可しと見做して規定したる刑ハ一般の場合なり然るハ之を止まらざして猶不良の行爲を繼續する者ハ特別の場合と云ひざる可からむ既に之れを特別の者とせむ若し之を對して特別の取扱ひを爲すとならん乎何を以て立法官の責任を盡すを得可き乎、且つ夫れ再犯者の情狀たる之れを初犯の者ニ比せれば實ニ惡む可く答む可き点多かる可し然らば之を對して加重するも何の不可乎之れあらん是れ再犯加重なる制度の止む可あらざる所以なり

第九十一條 先き重罪の刑に處せられたる者再

犯重罪に該する時の本刑に一等を加ふ

本條ハ立法官が餘程腦漿を悩ましたる條文なりと如何んとあれば重罪の種々の區別と輕重あれば其重罪の刑毎に區別を立て、再犯加重を爲す可き乎將た重罪の犯罪毎に區別を可き乎の点を定むると困難なきあり、然れ共立法官の斷然此問題を決定し兎も角先き一旦重罪の刑に處せられたる者再犯重罪に該する時の一等を加重す可しと爲し犯罪に依て區別を立てず又た重罪中の輕重を問はざるとせしめしあり、然れば何故然かく規定せし乎と云ふは抑も重罪の刑に佛國刑法に於ては加辱施体刑即ち犯人の權利を剝奪して其名譽に汚辱を與ふ犯人の身体に苦痛を感ぜしむる者と爲せし程あれば先き一旦斯くの如き重罪の刑に處せられたる者再び重罪を犯すが如き者の一層嚴重なる刑罰を科するの必要ありと爲せしめしあり

茲に注意を可きは本條に所謂ゆる先き重罪の刑に處せられたる者との單に重罪の刑に該當する罪を犯したる者の云ひは非を以て實際重罪の刑に處せられたる者を云ふあり故に若し先き重罪を犯したるも酌量減輕、自首減輕等も依て輕罪に減等せられたる者再び重罪を犯したるときは之を加重を可しは非ざるあり、其故如何んと云ふは好し先き重罪を犯すもせよ實際輕罪の刑に處せられたる者が再び重罪を犯せば逆先きの刑に懲りざりし先きの刑に利目あかりしと云ふと能はざればあり

第九十二條 先き重罪輕罪の刑に處せられたる

者再犯輕罪に該する時は一等を加ふ

先き重罪輕罪の刑に處せられたる者が再び輕罪を犯したると先きの重罪の刑に利目ありたる者と云ふ可し何んとなれば再び重罪を犯さずして輕罪を犯したればあり、然れ共之れとも初犯の者と比すると先きの其情狀の重きや勿論あれば猶も一等を加重す可しと爲しざるあり此点の佛國刑法も亦た同一ありとす

第九十三條 先き違警罪の刑に處せられたる者

再犯違警罪に該する時の本刑に一等を加ふ但一年

内再び其違警罪裁判所の管轄内に於て犯したる時に非ざるは再犯を以て論ずることを得ず

抑も違警罪なるもの一名地方犯と稱し其性質殆んど一地方を限りて罪とす可き者として其土地を離るゝときい決して罪とすべからず若し夫如何なる場所へ行くも之れを罪とし先き鹿兒島違警罪裁判所の管轄内に於て違警罪を犯し再び青森違警罪裁判所の管轄内に於て之を犯したる時も猶ほ再犯加重す可しとせん乎斯る制度は無効と販し去らんのみ如何んとなせば若し前述の如くんば日本國中の有ると凡ゆる違警罪裁判所は日本國中に有ると凡ゆる違警罪犯者の姓名を通知せざる可からむ又た其通知を受けたる裁判所に於て之れを帳簿に登錄し置き他日其管内に於て違警罪犯者の顯れたると此の用は供せざる可からざ斯くするときは爲め巨額の費用と非常の繁雜を来すに至るや明々なり然れ共費用と繁雜とは價ひをるの効能をれを猶可なり決して其効能もなく利益もあかるべし是も本條に於て單に其土地の秩序を保たんが爲め一年内再び其違警罪裁判所の管轄内に於て犯したる時は非ざれば再犯を以て論ずると能はざると規

定したる所以なり之れは要件を此に此法文たる一は便宜法に過ぎざると雖も抑も亦た情理上適き然る可きこと云ふべし

第九十四條 再犯加重は初犯の裁判確定の後非

ざるは之を論ずるを得ず

本條に何時再犯を加重する乎を決定せし者あり若し本條の規定無くんば單に再犯を加重するも何時之れを加重する乎を知る可からず何んとなれば先き一一旦刑處せられたる者再び罪を犯したる場合乎或は先き刑期は終りたる後に再び罪を犯したる時乎將た初犯の裁判宣告を受けたる後ある乎或は一一旦罪を犯したるときに其裁判の確定するを問はざる乎之れを知由しなけれはなり茲を以て本條に初犯の裁判確定後直ちに加重す可しとせしが之れを道理上より云ふときは初犯の刑期を終りたる者再犯したる時始めて加重するを以て可なりとす如何んとなれば醫師が患者に對し處方書のみを附與するも之れを以て疾病を醫すると能ざるが如く仮令初犯の裁判確定後雖も其刑期を終るの後非ざるを果して前きの刑罰に犯人を對して利目ありしや否やを

知る由しを知らん之れを知る由しなくして加重せらるる素と再犯加重せる制  
 度を設けたる趣意は背くの嫌ひあり、然りと雖も若し斯くの如く刑期の  
 終る後再犯したる者に限りて加重せむとせば實際再犯者に加重せむと能はずし  
 て無数の弊害を醸すに至るべし例せば先た一罪を犯したる者其刑期中再び罪  
 を犯したるとき前述の理論を用ひなば犯の刑期終りを告ぐる迄再犯の罪に對  
 する裁判を延期せざる可からざるが如き不都合を生ぜ可し然れ共是れ只裁判  
 を一時延期せざるのとならんのみ猶可なり時としく犯人其刑期中死亡する乎  
 又ハ逃亡して刑の期滿免除を得る等のとありて到底再犯の罪を罰するに能はざ  
 るとなしとせば是れ豈弊害の甚しき者乎非也、夫れ然り本條に於てハ現刑  
 處せられたるを以て自懲、他戒の効を奏せしや否やを卜す事非也して單  
 再裁判宣告を受けたる時犯人の充分其刑罰の效能に感服せざる可からざる  
 之れハ感服せざるして再び罪を犯すに至りしハ先きの刑罰に懲りざる者と見做し  
 ざるハ外ならずと知るべし

第九十五條 刑期限内再び罪を犯すハ因り刑を宣

告しする時は先つ其定役ハ服せ可た者を執行し  
 定役に服せざる者を後にす若し初犯再犯共に定  
 役ハ服せざる刑ハ該る時又は共ニ定役ハ服せざる  
 刑ハ該る時は先つ其重た者を執行す

罰金科料に該る者ハ順序に拘りず之を徴収を

若し刑期限内に於てハ決して罪を犯すを得ずして刑期を終りたるるときに限り再  
 び罪を犯すを得る者とせば本條ハ不用ニ返す可し如何んとされハ斯くの如くハ  
 ハ前後の罪に對する刑罰を同時ニ執行すると無効ハ勿論何きを先きニ執行す可  
 きやの疑問も起らざればなり、蓋し刑期限内に再び罪を犯すが如き者の實際甚  
 だ尠なる可しと雖も未だ必ずしも之れなきを保せず例せば前犯の處刑中假令  
 ハ別段の罪を犯さるも逃走するところハ已決囚徒の逃走罪に再犯を以て論ぜ  
 ざるハ刑期限内再び逃走したるとハ再犯と以て論ぜ可く(第四百四十三條)又ハ  
 其逃走中罪跡を踏まんが爲めに別罪を犯すともあらん斯る場合ハ前後の刑を  
 科して執行せざる可からず、而て其前後の刑同性質なるとき例せば孰れも罰金

の刑に減る乎或は前犯罰金の刑に減り後犯科料の刑に減るが如きときは之れを同時に徴集するを得可し又も前後の刑何れも定役に服する乎或は之れに服せざる刑に減る時の先づ其重き者を執行すべきを以て左迄困難を感ずるとあるべし然りと雖も若し初犯に定役に服せざる刑に減り再犯に定役に服する刑に減る時もあらん或は全く之れを反する場合もありなん此場合も前犯の刑を執行し終りたる後再犯に刑を執行す可き乎將に其前後の順序を依らざる重き刑罰より先づ執行す可き乎の疑問を生じ可し茲に於て乎本條は是等の疑問を決して刑期の長短に關らず又た重罪輕罪の區別をも爲さず先づ定役に服す可き刑を執行す可しと爲し又た前後定役に服する刑に減る乎又は定役に服せざる刑に減る時の先づ其重き者即ち刑期の長き者を先づ執行すべしと爲したるあり何故斯く規定したる乎と云ふは犯人の苦痛を感ずると大ひなる者より先づ執行すべしとの趣意に過ぎざるなり若し然かく規定せずんば再犯者たる者却て初犯の者よりも或る時間苦痛を免かれ又は氣樂の思ひを爲すが如き弊害を生ずればなり例えは甲者の初犯の刑に定役に服せざる者なりしは其刑期中乙者と共し再び罪

を犯し其刑罰に定役に服する者と假定せんは若し本條の如く規定せむして甲者に對しては初犯の刑の執行を終りたる後再犯の罪と執行すとせん乎再犯者たる甲者の初犯の刑期の終る迄定役に服せむと雖も初犯者たる乙者に却て定役に服するが如き不權衡を生ずるに至る可し然れ共是も當に再犯者が初犯者より一時氣樂の思ひを爲すが如き不權衡を生ずるのみならず或は刑期限内病死する乎或は大赦に逢ふ乎或は逃亡して刑の期滿免除を得る等の場合あらば僥倖も再犯の刑に服すると無く却て初犯者よりも幸福の地位を占むるに至るべし是れ本條の如く規定するとの止む可からざる所以なり

第九十六條 陸海軍裁判所に於て判決を経たる者

再び重罪輕罪を犯したる時は初犯の非常律に従ひ處断したる者より非ざるは再犯に依りて論ずることを得す

陸海軍に従事する純粹の軍人々陸海軍固有の罪に觸れて判決を経たる者再び通常の重罪輕罪に犯したる場合は再犯を以て論ず可きや本條に於ては初犯の罪

常律に從ひ處斷せられたる場合、非むんば再犯を以て論ずるを得ずと規定せり、今其故を尋ぬるに本采再犯加重なる者を適用するに初犯の時科せらるる刑に懲りずして再犯せし者故之より刑罰を加重せざる可うらすとの趣意なれば少くも前後の犯罪連脈を通ずる乎同性質を帯びざる可からざる然れ共此理論徹頭徹尾貫徹せんと欲せば到底再犯加重の制度も空文に屬するを以て普通犯の罪に在ては前後の犯罪多少の性質を異にする處あるも先づ之れを同性質の者と見做し加重するを要せし予が前述する處の如し、然りと雖も軍事犯と常事犯との其性質非常の差異あるが上海陸軍人の所謂ゆる服従の義務なる者嚴格母して此義務を破りし者の亦た極めて嚴刑に處せらるゝ者とす然るも初犯の時此特種の法律に依て判決せられたる者再び常律の罪を犯せば之れを再犯を以て論ずとせん乎實に再犯加重を亂用する者と云はざる可からず是れ本條の設けある所以あり

右と反對の場合即ち未だ軍人たらざる前常律に觸れ其刑期を終りたる後ち軍人と爲り軍律を犯しとらるれば再犯を以て論ず可き乎這の明文なしと雖も前段の

理由に基き同一の論決を爲さざる可からず、然らば一步を進めて右と同一の場合に若し陸海軍固有の罪を犯したるに非むして常律を犯し陸海軍裁判所に於て裁判する時に猶も再犯加重を用ひざるや否や此場合の再犯加重を適用せざる可からず如何んとなれば前述の如く再犯加重を適用する乎否やの標準に初犯常律に依り判決せられ再犯の陸海軍固有の罪を犯したる乎否のらざれば初犯の軍律に依り判決せらるる再犯常律を犯しとる場合は限れずして其裁判管轄の如何んか再犯加重を適用するに否と母毫も關係なき者なればなり

第九十七條 大赦に因て免罪を得たる者の再び罪を犯すと雖も再犯を以て論ずることを得ず

大赦なる者の舊罪を消滅し舊惡を遺忘する者とす既ち舊罪を消滅し舊惡を遺忘せれば之れに對する刑罰も消滅せざる可うらす斯くして罪を免うれば刑は遁れたる者再び罪を犯すも再犯を以て論ず可からざるに大赦自然の結果と云はざる可からず是れ本條の規定ある所以なり、蓋し大赦ある者の確定裁判の効力を烏有に返する者と云はざる可うらす如何んとなれば大赦の曾て確定裁判を経て現ふ

服役中の者と雖も之れを無罪とせればなり

公訴の期満免除を得たる者再び罪を犯したる時の再犯加重を以て論ぜ可き乎否  
か論ぜざるを得む然るらば刑の期満免除を得たる者再び罪を犯したるときは如何  
ん此場合の再犯加重を以て論ぜざるを得可し、何んが爲め此二者の間斯る差  
異ある乎曰く前數條に規定したる法文を詭味するに再犯加重を適用するに現  
在刑の執行を受たるとを要せむして現に一旦裁判を受た其裁判の確定しある  
ときは要する者とすれむ公訴の場合の未だ法律の望む處の裁判を爲さざるが  
故に假令は期満免除を得たる後ち再び罪を犯すも再犯を以て論ぜると能はざる  
あり、之れは反して刑の期満免除を得たる者再び罪を犯したる時の曾て一回の  
裁判を経其裁判の確定したる者おきば再犯を以て論ぜ可き充分の理由存すべし  
是れ公期の期満免除と刑の期満免除と差異ある所以の一なり

第九十八條 三犯以上の者と雖も其加重の法は再

犯の例に同じ

人或は疑はん再犯の時一等を加ふるとは既に命を聞たり三犯以上の時の其比例

再犯り刑を加重す可き乎即ち三犯の二等を加え四犯の三等を加え五犯六犯以上  
も之れに準じて加重するや否や、と然れ共斯くする時の刑罰非常の重犯を加へ  
所謂の罪と刑との權衡を失するに至るべし是れ本條に三犯以上と雖も其加重  
の法は再犯の例に倣ひ單に一等を加重すと爲せし所以なり

茲に一問題あり曰く外國に於て我日本人重罪又は輕罪を犯し其外國の裁判を受  
けたる後該國に再び罪を犯したる時の再犯加重を適用す可きや否や、と這は日  
本刑法に明文無く又た外國の刑法に於ても概ね明文無し只伊太利刑法草案第八  
十條に明文を掲げ再犯を以て論ぜべからむと爲せるのみ、此主義を賛成する者の  
説に依れば凡そ外國の裁判なる者の本國の裁判上は何等の効力を有する者に非  
ず若し假りに効力ありとせん乎恰も外國の裁判權を以て本國の裁判權を横奪せ  
しむる者と同じ是れ豈條理に適したる事ならんや故に苟も再犯加重を適用せん  
とならば初犯の罪を處するも本國の裁判を以てしざる時期限らざる可らむと  
と云ふもあり、此説たる例の主權論より導かざたる説なるべきも大ひなる誤解  
と云はざる可らむ今其誤解たる所以を説んば元來外國に於て罪を犯して該國

る際本國の法律を以て罰するを得るゝ未だ外國の確定裁判を経ざる時、限り故に一旦外國の確定裁判を経たるるときは假令ひ之れは輕き刑罰を科するも無罪とも再び本國の法律を以て罰するを得ざるに佛國治罪法第五條に於て明示する處として一事再理せざるの原則に基きたるなり然るに論者には此場合も亦た外國が我裁判權を横奪すと云ふ可き乎、夫れ外國の確定裁判を経ざる者の再び本國の法律を以て處斷するを得ずとするも外國に於て罪を犯し其外國の裁判を受け返國して再び罪を犯したる者、再び加重は適用す可しともるも外國の裁判權の効力が本國の裁判權の上、及び其結果に至る同一ならずや、予は右の場合に再犯加重を適用すと雖も何も外國より我裁判權を横奪せらる者として喋々するの必要なしと思考するなり否を再犯を以て論する社を却て再犯加重を設きたるの趣意は協ふと云ふ可し何んとなれば再犯加重は先きの刑に懲りざる者先きの刑の利目あかりし者、科する者なれば假令ひ其犯地及び裁判所は内外の差別社とあれ一旦裁判を経る者再び罪を犯しよるときは前の刑に懲りざりし前の刑の利目あかりしと云ふを得可きばなり、然り然らば我現行法も於

て斯くれば如き場合に再犯加重と適用するを得る乎否か之れを適用はると能わざるに伊國刑法草案と同一視せざる可からず其故如何んとするは苟も再犯加重を適用せんやなれば刑罰に明文なる可うらむ然るに九十一條以下毫も明文の見る可犯者なければかり假りに此場合も再犯加重を適用をべしとせむ第九十一條より「重罪の刑を處せられたる者再犯加重は減る時、本刑を一等を加ふ」第九十二條より「重罪輕罪に處せられたる者再犯輕罪は減る時、本刑を一等と加ふ」とあれ共其日本國民が罪を犯したる外國の法律に於て我刑法同様罪を別て重罪、輕罪、違警罪と爲せば可なり若し之れ無くんば何を標準として再犯を加重す可き乎を知るに苦むべし茲に於て乎近來改正の着手中の刑法より此事を明記せりとぞ

第六章 加減順序

第九十九條 犯罪の情狀に因り總則に照し同時に本刑を加重減輕は可犯時の左の順序に従て其刑名を定む但從犯及び未遂犯罪の減等其他各本條



に記載を有する特別の加重減輕の其加減したる者を以て本刑と爲す

- 一 再犯加重
- 二 宥恕減輕
- 三 自首減輕
- 四 酌量減輕

本章の先きより加減例と説明するに際し既に講了したりと信するを以て今更た之れを贅せむ

### 第七章 數罪俱發

數罪俱發の時の其刑を合科す可き乎將た數罪中其重き者を罰し他の輕き罪の之を其中に包含せしむ可乎歐洲の著明なる邦國に於ては半に其刑を合科し半に一の重き者從ふ者とせり即ち白耳義刑法第五十八條以下、獨逸刑法第七十四條以下、葡萄牙刑法第八十七條以下、伊太利刑法草案第八十條以下に於ては合科説を取り、和蘭、西班牙、佛蘭西、等の一の重き者を罰すとせり、蓋し白耳義以下

邦國の刑法を制定するに遙か佛蘭西の後あり然るに何故佛法に倣はして合科説と取りたる乎其説に曰く數罪俱發の再犯の如く初犯に既に裁判判決を経たる者に非ざるに加重するの理由なる可し然る共素と各犯罪毎に刑罰を科するの理由ある者なるに數罪犯したるが爲め其中一の重き者のみを罰するの理由果して何れに存する乎毫も其理由の存するにあらず可し而かも猶之を實行せん乎其輕き罪に就ては恰も罪を犯すの專賣特許を得たるに等しく實に社會の危險是より甚しければ可し、之れに反して數罪俱發せる場合母於て刑を合科する時の犯人たる者一罪毎に刑を受くるの恐れあるを以て容易に數罪を犯すが如き弊風を生むると勿る可し」と云ふにあり、始め我刑法を起草する際に當ても合科説を採用す可しとの説行はれしが理論に姑く闕き實際之れを實行するに能はざるを以て遂に佛法に倣ひ一の重き者のみを罰するにとり、其故如何んと云ふ母例せば茲に五十有餘の老人數罪を犯し其刑を合科せるときは實に三十年以上の刑期に及ぶとありと假定せよ果して自懲主義に貫徹するを得可乎假り之れを貫徹するを得るとするも若し無期刑に該る罪を數罪犯し

たる者あるとたひ決して之れを合科すると能はざる可し是れ合科説の實際を施  
 行すると能はむと云ふ所以なり且つ夫れ罪の輕重に従ひ能く刑の權衡を保つ  
 可しとの刑法の大原則に非ざる若し合科説に従ふとさし罪と刑との著し  
 き權衡を生むるに至る可し試問にん窃盜罪を十回犯したる者と強盜人を傷  
 したる者何れ乎重きぞ勿論強盜人を傷したる者を以て重き者とせざる可から  
 ず一に貨幣偽造罪に百の輕微の罪より重き何人も容易に首肯する處なるべ  
 し然るに若し其刑を合科するときは輕き十回の窃盜罪に重き一回の盜強犯よ  
 りも重き刑罰を受け輕犯百の輕微なる犯罪の重き一貨幣偽造罪よりも上刑を  
 科せらるゝ如き不都合を來すや明らるゝ一步を進めて之れと云へむ犯者が  
 一罪を犯したるとき政府に空しく之を捕えて刑罰を科せざる可からざる  
 其數罪を犯すに至る迄不問に附し去りたるに政府の過失と云はざる可からざる  
 己の過失を以て其各數罪に刑を合科するに實に不當の極と云はんのみ是れ反  
 對論者の氣焰盛んあるも係らず我刑法に佛法を採用したる所以ありとす  
 茲に注意す可なり抑え數罪俱發するときは一の重きに從て處斷するに重犯罪のみ

を罰し他之を不論罪とせざるに非ざるして其實他の輕き罪を一の重き罪の中一吸  
 収含蓄せしむるに過ぎざる是れなり故に若し其重きに從て處斷し犯人の服役  
 中裁判の錯誤を發見し犯人に全く他人ありしと判然たるときは非常上告等の手  
 續を経て一の重き皮囊を剝ぎ去らざる可からざる然れ共其之れを剝ぎ去りたるの  
 故を以て他の輕き罪迄不問に附す可き非ざる如何んとされむ前述の如く數罪俱  
 發するときは一の重きに從て處斷するに其重き罪の中一の他の輕き罪を収含蓄  
 せしめたる者なればなり果して然らば裁判官たる者數罪俱發のときは一の重  
 き罪のみに罰するに當り他の輕犯罪に就ても一々本刑を定め置き是等不時の事  
 變に備ふざる可からざる亦た自明の事實を云ふ可し但し方今我國の裁判例  
 の單に重犯者の本刑は定むるのみして他の輕犯罪に就ては本刑を定め置くとお  
 しと聞けり

第百條 重罪輕罪俱犯し未だ判決を経ず二罪以  
 上俱に發したる時は一の重犯に從て處斷す  
 重罪の刑に刑期長き者を以て重と爲し刑期の等

し犯者の定役ある者を以て重と爲す  
輕罪の刑は其處犯情狀重き者より從て處斷す

本條第一項に於て「二罪以上俱に發したる時一の重た母從て處斷す」とあり然らむ刑の輕重の何を以て標準と爲し可き乎若し夫れ刑罰の種類をして單一ならしめ重罪の刑とし云えは皆亦定役に服し皆亦刑期を等ふせば刑の輕重の一目瞭然たる可し然し共刑の施体の者あり罰金に者あり長期の者あり短期の者あれば法律を以て此標準は確定するに非むんは裁判官は實際法律と適用するに際し茫然依る處を知らざる可し若し夫れ法律に於て此標準を豫定せば單に理論に依て輕重を判決を可しとせん乎非常の弊害を無數の繁雜を醸成するに至るべし例えは罰金千圓の刑に該る罪と重禁錮三十日に該る罪と俱發したる時何れを以て重しと爲し孰れを以て輕しと爲す乎若し之れを法律に豫定せずして理論に依て決定するとせば個々の犯人に依て其輕重を定めざる可かり即ち名譽を重むる犯人に取てり三十日は禁錮よりも千圓の罰金を以て遙かに輕しと爲す可く之れに及し名譽の何者あるを知らざる下等社會に在てり千圓の愚か百圓の換り母

三十日の禁錮に處せらるゝを以て輕しと爲すに相違ある可し、又た例えは百日の重禁錮と百五十日の輕禁錮の何れ乎重た乎と云ふも之れを法律に豫定せずして單に理論のみを依て決定するとき同一の弊害と繁雜を免るゝと能はざるべし是れ本條二項以下の依て起る所以なり

本條第二項に重罪の刑に付き其輕重の標準を定めたるあり重罪の刑に死刑及び無期刑の勿論輕重の差別を立るの必要ありと雖も有期刑に流刑と禁錮とに定役無く徒刑と懲役とに定役あり又た此數者中ふに刑期に長短の差あり故に其輕重の標準を一定するに非むんは數罪俱發の場合に適用の困難を來す可し、茲に於て本項に刑期に長き者と短き者と俱發するとき定役の有無を問はず前者を以て重しと爲し刑期等しくして一の定役有り一の定役無き者俱發するとき定役ある者を以て重しと爲すと規定せしあり、然らむ何故に定役の有無を問はむ刑期の長き者の短き者より重しと爲す乎と云ふは人身の自由ある者の極め貴重の者にして此貴重なる自由を一日ふても長く束縛するに其價幾許あるや知る可からずされば此場合一の長期の者を以て重しと爲し定役の有無に至てり

之を論ずるに足らざると見做したるなり、又た刑罰等しくして一は定役有り  
一は定役無きとき前者を以て重しと爲したる所以の勿論定役ある者の定役無き  
者より比して苦痛を感ずると大ひなればなり

予は立法上本條に追加を可たしとありと思惟せり即ち本項に依れを「重罪の刑は  
刑期長き者を以て重しと爲し刑期の等しき者の定役ある者を以て重しと爲す」とあ  
り故に時として五年の重禁錮に該當する通常犯罪(定役あり)を犯し置き其定  
役を免うれんが爲め之より一層重き國事犯を企て八年の輕禁獄に處せられんと  
を希望する者輩出するに至る可し、元來數罪俱發例を設けるの趣意たる前述せ  
る如く數罪の刑を合科するときは爲めに罪と刑との權衡を失ふ可なれば其俱發  
せし數罪中の重き者の中より輕き者を吸收含蓄せしめ單に重き罪のみを罰す可し  
とあるふあり、然れ共中非は吸收含蓄すると能はざる者あり即ち前例の如き場  
合は五年の刑と八年の刑とを合科す可からざるは勿論のことなりと雖も其定役  
無き八年の輕禁獄中は定役有る五年の刑は到底含蓄せしむると能はざる者と  
す故に是等の場合は五年間又は先づ定役を服せしめ殘期三年間は純然たる

禁獄の刑即ち定役を服せざるの刑に處せざる可からざれば然らざらん  
到底前  
述れ弊害を削除せんと能はざらん

本條第三項に曰く輕罪の刑は其所犯情狀最も重き者に從て處斷す」とあり然れ  
共違ひ所犯の情狀如何んに依て處斷するに非ず其實其所犯の罪に科す可た刑の  
性質の輕重に依る者とを、而て前にも陳べたる如く其適用の際數罪中何れと重  
しと爲し何れを輕しと爲す乎を判定するに至難を感ぜ可し今左に二三の例を掲  
げて然る所以を説ん

第一一人として二罪を犯したる者あり而て一罪は一年以上三年以下の輕禁錮に  
該り一罪は六月以上二年以下の輕禁錮并に罰金千圓を附加するとありと假定せ  
よ孰れを重しと爲し何れを輕しと爲す可き乎此場合は一罪は罰金の附加あ  
りと雖も刑期短かく一罪は罰金の附加無きも刑期長きを以て其刑期の長き者を  
以て重しとせざる可らざる如何んとなせば千圓の金圓は巨額なりと雖も時機に  
投合されば一擧手一投足の勞を以て得ることを得べし然れ共一旦奪はれたる自由  
は再び回復するを得ず約言すれば自由は金錢より貴重なる者と云はざる可ら

むされば罰金の有無は拘はらむ自由を剝奪せると長死者を以て重き者とせざる可うらざればなり

又た二罪俱發の場合に其二罪の最長期と最短期と同一ならずして輕重を決するに困難なるとあり例せば一罪は二月以上一年以下の重禁錮に當り一罪は十一日以上二年以下の重禁錮に該る罪俱發したるときに如し此場合は前者の最短期は後者の最短期より長しと雖も其最重期に至ては後者却て前者より長し之れを如何んせば可ならん乎、元來一の刑罰に幾月以上幾年以下の刑に處すと規定し長期短期の範圍を立てたる所以は立法官意えらく其範圍中には假令同一の罪と雖も種々情狀を異にしたる犯人あらんとを豫想し以て裁判官をして實地適用に便ならしめんと欲したる者なり例せば同く是れ窃盜なり然れ共或は百万圓を窃取したる者もありなん或は一錢を窃取したる者もありなん蓋し各種の犯罪中窃盜の如く種類多く範圍廣き者は後たあるべしとも覺えを然れば違旧律の如く其窃取せる金額の多少に依り其刑罰を二三ふせると能はざるべし如何んとされば假令一百万圓盜むも又た一二圓を盜むも被害者の迷惑を感じる度の多少は被

害者其人の貧富如何んか依て差異あれむなり即ち無告の貧民が恰も虎の子を養ふが如くして貯蓄したる金二圓を窃取せられたると巨万の財産家が一百万圓を竊まれたるとい却て貧民の方迷惑を感じるべし、夫れ然り窃盜に就ては極めて其長短期の範圍を廣濶と爲し裁判官をして是等の事情を酌み實際適用の便に供せしめざる可からむ此点より觀察する時に現行法が窃盜の刑に就き長短期の範圍を規定したるに稍狹隘の嫌ひを能はざるあり、夫れに擬置き前述の問題に就きて裁判官が本條を適用し其最重期の長死者を以て重しとするや明かなり如何んとされば立法官の豫定せし本刑と云ふに最重期に在て最短期に非ざれむなり

第百一條 違警罪二罪以上俱に發したる時に各其

刑を科す若し重罪又ハ輕罪と俱に發したる時は

一の重たに從ふ

輕罪以上の刑に一の重きに從て處斷せると以上の法文母規定する處の如し然るに獨り違警罪に限り二罪以上俱に發したるときに各其刑を科すとせし如何

ある理由ある乎、蓋し違警罪の刑の最重期は僅かに十日の拘留に過ぎずと雖も理論上仮令ひ輕けむと適合科するの道理なきに似たり且つ夫れ素と數罪俱發一の重さに従て處斷すと規定したる所以に之れが刑罰を合科するときの非常の重刑を爲るの弊を生むるに依れり然るに違警罪の刑は輕微なるも拘留十日は該る違警罪を百回犯したるときは實に十日の拘留に處せざる可からざる果して然らば違警罪として却て輕罪の刑を凌ぐが如き重刑と爲るに至る可し然りと雖も之れを實例に徴するは一人として百回も違警罪を犯したる者なし否か六ヶ月の公訴期限内に於て而るも同一の管轄内に於て斯く數回違警罪を犯し得可しとい想像だも爲ると能はざる可し抑も違警罪ある者の警察規則の違反者たるに過ぎざれば單に理論のみ拘泥し數罪中の一の重さ者のみを罰す可しと爲るときは警察の規則無効を假し人民の危險夫れ將も如何んども是れ本條に於て「各其刑を科す」と規定したる所以なり然らば違警罪と重罪又は輕罪と俱發したるときは如何ん此場合も於ては本條に在る如く一の重犯者即ち重罪若くは輕罪のみを罰せざる可からざる其故如何んとなせば素と重罪又は輕罪の俱發したるときは一の重さ者のみを罰せると以上の法文にて明かり然れば好し違警罪と俱發したるをもせよ各其刑を科す可からざるは明白の事實に屬せしむるなり

第二百二條 一罪前は發し已に判決を経て餘罪後

發し其輕く若くは等したる者之を論せず其重き者之更し之を論し前發の刑を以て後發の刑に通算す但前發の刑罰金料料は該り已に納完したる者は第二十七條の例に照し折算して後發の刑期に通算す

若し前發の罪を判決する時未だ發せざる罪再犯の罪と俱に發したる者は其再犯と比較し重きに從ひ前發の刑を通算せず

本條第一項の前半は往々實際に生ずる問題なり今ま例を掲て之れを説明すれば例えは茲に禁錮一年に該當する罪發覺して裁判を終りたる後ち又た其犯人が他に犯す罪ありしと發覺するにあらん此時に當り若し後の罪として六ヶ月若

くば一年の禁錮に該當せるとたゞ法文の所謂ゆる「軽く若くば等しき時」をれば後發發覺したる罪の別段の處斷を爲すとなきなり然れ共若し後發發覺したる罪にして前發の罪即ち既發禁錮一年に處せられたる罪より重きとき例せば五年の禁錮に該當するときは之れを不問に付せむして前後の刑を通算するなり前後の刑を通算するとの前發の罪既に判決を経て六ヶ月間服役したる後餘罪發覺したるときは其餘罪の刑五年より前發の刑の服役済の者を扣除し四年六ヶ月の刑に處するが如し

本條第一項の後半即ち但書以下は意義に後發の刑前發の刑より重きを以て前後の刑を通算する際若し前發の刑罰金科料に該り而かも之れを納完したる者あるときは其罰金と犯人を返却して後發の刑のみを科すると無くして第二十七條の例に照し一圓を一日に折算し後發の刑期より其日數丈けを扣除すべしと云ふに在り、本来先きに五十圓の罰金に處せられ已に納完したる後一年の禁錮に當る罪發覺したる時一年の禁錮のみを處せられ已に納完したる後一年の禁錮に當る罰金の犯人を返却せざる可あらざ然るに斯く一圓は一日に折算して前後の刑を

差引を可しを爲したるに如何なる理由なるや蓋し何れの邦國の制度を見るに一旦國庫に上納せしめたる金圓の再び其上納者に返却せむ而く此事たる勿論刑事は罰金に對し然るのみならず民事上の納税規則の場合にも亦た等しく適用せし例せば處有權移轉の場合印紙税則、記録税則等も依て徵集したる金額に反令ひ其事無効に屬すと雖も政府に決して之れを還付すると無きや如し今其故を尋ぬるに若し夫れ民間の契約が一旦成立せし以上の何時迄も有効に成立せる者ならん可なり然れ共一旦締結したる契約も對手の爲無能力者なりしと取消さるゝとあり、又た賣買の場合に買戻契約なる者あり而く此契約を爲し置た契約を通り買戻しを爲るときは曾て契約せざる當時と同一の地位に復する者とす又た解除條件を附したる契約の場合に若し其條件到着し契約を解除したるときは前例と同一の結果を生ずるに至るべし然り而て始め是等の契約を締結し契約証書を認むる乎登記を爲すが如た場合にも必ず印税を上納せざる可からざる共若し他日其印税を納めたる事實即ち契約等の無効に反したる場合にも曾て契約無かりし者と見做すを以て既上納したる印税に之れを契約者に還附せざる

可からず併し契約ある者の何時無効に成す可乎固より豫知す可き一非也然るに其豫知す可からざる契約を締結したる當時印税を上納せしめ置た他日其契約の無効に成するときは一々還附の勞を取らざる可うらむとせん乎政府は是等契約者の爲め何時金圓取返しの訴訟を受くるやも知る可からず又た出納の帳簿に常に繫縛を加ふ歳入歳出の精算を爲すと能はざるに至らん蓋し年々歳入歳出の確定するに一國の利益なれば好し多少の迷惑を感じる者あるよもせよ一度國庫に入りたる金圓は再度上納者に返還せずと爲したるなり之れは是れ本條第一項の但書の依て起る所以あり

本條第二項の意義は例は前發の罪に一年の禁錮に該り再犯と共に發覺したる罪に一年六ヶ月の禁錮に該り再犯の罪に一年三ヶ月に該るときは前發の刑と通算せると無く一の重き一年六ヶ月に處しつまり前發の刑文に罰せざると爲したるなり茲に於て乎實際適用の際權衡宜しきと失ふとあるべし其故は若し再犯無き場合ならば餘罪の一年六ヶ月に處すきは充分なるべしと雖ども其再犯なる者の何時たりとも罰す可き者なるを以て餘罪の一年六ヶ月と再犯の一年三ヶ月とを合科する時に實に二年九ヶ月となるに非ざるに本項の規則に從ふと

きの一の重き一年六ヶ月文科せざる可うらざるあり果して然らば幸而餘罪が再犯と共に發覺したる爲め犯人に一年三ヶ月の儲けを爲すに至るの不都合を醸す可し故に予は斯くの如き論理に反する法文を置くの必要なしと斷言するは躊躇せむ否を全く之を削除せざる可からずと思惟するなり

**第百三條 數罪俱に發し一の重きに從ふ時と雖も其没收及び徵償の處分の各本條に從ふ**

仮令ひ主たる犯罪の俱發したると一の重き者のみ罰す可しとせむも犯罪に依て得たる物件、犯罪の用ひ供したる物件、法律に因て禁制する物件、等を没收する場合、若くは裁判費用等を徵償する場合迄此例に依るの道理をかる可し何んとなれば没收の勿論徵償處分の如きは眞に附加刑に非ざるを眞の附加刑に非ざるを主刑と其取扱を同するの必要なければなり是即ち本條の規定ある所以なり

**第八章 數人共犯**



我刑法の數人共犯を別て正犯從犯と爲したり而て共犯を正犯從犯と區別するの必要ある乎果して之れありとせば如何なる方法を以て之を區別す可き乎の疑問を生む可し請ふ先づ共犯を正、從二犯に區別するの必要を説かん

第一刑法の原則曰く正犯無くんば從犯無し之きと反して從犯の有無は正犯の存在に關係せずとあり何んが爲めは正犯無くんば從犯無き乎曰く素と從犯ある者の主たる正犯の存在は依り始めに成立する者あり然らば正犯無くして從犯の成立をもと無きや喋々論辨を費すを要せざる可し之れは反して正犯の獨立獨行の者なれば固り從犯の有無は依て其成否を變可き非ざるや明かならん然りと雖も此原則たる一般の場合に適用す可き者にして或る特種の場合に適用すると能はざる者とを特種の場合といふ正犯の身分は依り不論罪の理由と爲り其刑を免ぜらるゝとせ即ち假令は正犯が正犯として罰せられざるべきを雖も從犯の成立は毫も妨げ無きと是れなり、之れを要するは正犯無くんば從犯無し之の原則は全く正犯の罪跡だも之れ無きやせし從犯の成立すると無しと解せざる可からむ

第二百七條は依れば「犯人の多數は因り刑を加重可き時の教唆者を算入して多數と爲すとを得す」とあり然らば此場合も從犯を算入して多數と爲し刑を加重するを得可き乎法は明文無しと雖も法理上決して從犯を算入すると能はざるなり然らば何んが爲めは同條は於て獨り教唆者のとのみを規定し從犯は及ばざるやと云ふは是れ他なし從犯を算入すると能はざるは勿論也とされ共我刑法の教唆者を正犯と爲したるを以て故らば假令は正犯たる教唆者と雖も是等の場合の之れを算入して多數と爲すと能はざるを斷りたる毋過ざるあり其故如何んとされば我刑法の從犯者の第百九條は明記せる如く重罪輕罪を犯すことを知て器具を給與し又ハ誘導指示し其他豫備し所爲を以て正犯を幫助し犯罪を容易ならしめある者を云ふべきは言ハ陰武者の職務を取る者と云はざる可からむ讒て第三百七十條の強盜二人以上共犯したるが如き場合も其刑を加重する所以の者の罪を犯すは易く且つ屢被害者を威迫するの傾向あるが爲めなり果して然らば現は犯罪は加功せざる教唆者若くは從犯が幾百人あれば連之れを以て罪を犯すは易く被害者を威迫するの傾向ありと爲すと能はざらん然ら

は則ち法に明文無しと雖も從犯を算入して多數と爲せし能はざるや明のなり」  
 以上二個の場合あると以て數人共犯を正犯、從犯の二種を區別するの必要ある  
 なり然しむ一步を進めて如何なる方法と以て正犯從犯を區別する乎法文にも規  
 定せる如く正犯を組成するより二人以上現に罪を犯す乎否からざるを教唆  
 して重罪輕罪に犯さしめたる者たるを要す學術的の之れを云ふば正犯は二種あ  
 り即ち有形は正犯及び無形の正犯是れ有り有形の正犯とい現に罪を犯したる者  
 即ち下手者と云ふなり無形の正犯とい人を教唆して重罪輕罪を犯さしめたる者  
 即ち教唆者を云ふ又從犯とい第百九條にある如く現に罪を犯さず又た教唆も爲  
 さざる者を云ふ之而て此下手者を正犯と爲せし大いに注意を可きことなり只二  
 人以上現に手を下して罪を犯したるの之をならむ其三人以上の意思共通も亦非  
 らば之を正犯と爲す能はざる是れなり例をば甲乙二者共強盜を働かば乙者  
 が被害者を捕縛したるときは先づ甲乙二者意思の共通ある者と見做すを得可  
 らば双方皆正犯と見做すを得べし然れ共若し同一の場合に於て乙者被害者  
 を殺害したるときは其強盜するとい甲乙二者の意思共通せしと更無疑ふ可  
 し

も非ざれば共乙者殺害したる点に就ては果して甲者と意思の共通ありしや否や  
 を事實に徴し確めざる可からず若し其殺害の点に就て甲乙二者意思の共通あ  
 らば其共犯第三百八條に強盜人を死傷致したる者の死刑に處すては法文に依り  
 處斷せらるべし之れを反して若し意思の共通無き場合の甲者の單に強盜の罪  
 に問て是乙者の同條に依て處斷せらるべし」佛國刑法第六十條に依れば教唆者  
 を以て從犯と規定したり是れ實に背理の甚しき者と云はざる可からず其故如何  
 んとなれば私か他人をして罪を犯すの意思を決定しむる者と之れに從て現に  
 手を下して罪を犯したる者と其心狀果して如何なる差異ある乎勿論教唆者の如  
 きは惡んでも猶ほ餘りある者なれば共下手者に至ては云はる人の御先に使用せら  
 れざる者なれば前者に比して非常輕微の罪と爲さざる可からず而かも教唆者を  
 以て從犯と爲すに至ては不都合の甚しき者非ざる也然りと雖も斯く佛國刑法  
 上の教唆者を以て從犯と爲し乍ら實際を探究するとき猶ほ下手者と同等の刑  
 罰を科すると爲り居るなり故に佛國刑法を批難するに單に法文に基礎とする  
 には猶ほ可なりと雖も其實際の斷例を見ると殆んど無用の批難とるに過ぎざ  
 り

るべし、然らば我刑法も佛國刑法も倣ひ教唆者を以て從犯とせむして之と正犯と爲しざる理由如何ん是れ他あり若し之れを從犯とするときは第九條の規定せる如く正犯の刑より一等を減ぜざる可からざるに至ればあり」教唆とい如何ある事實の存在に依り成立する乎單に意見を陳べ若くは心添へを爲すを以て成立する乎或は教唆と意見の陳述又ハ心添へ等とい差異あるや否や例えは若し予をして君の位置に立しめば彼れを殺害を可し併し予の意見を取ると否とい固り汝の決心如何ん在りと云ひたるも君が之れに依て遂に其指定の人を殺害したるが如き場合も予の教唆者の責任を負ふ可き乎、是等の疑問の事實の問題に屬するに似たりと雖も之を法理上より決定するを得可し抑も教唆ある者の被教唆者をして充分罪を犯すの意思を決定せしむる丈けは吹込みたるときも成立する者とす被教唆者をして是非とも罪を犯さざるを得ざるが如き場合も迫らしめざるを要を決して單純なる意見若くは心添への教唆者の責任を負はしむるに足らざるなり、教唆の何者たるや就ては第九條五條の規定せるが刑法草案第九十八條にハ條にハ一層周密に之れを明記せり即ち同草案第九十八條曰く「脅迫贈與結

約威權其他故意を以て人を教唆して重罪輕罪を犯さしめたる者亦正犯と爲す」と之れに依て是れを觀れば教唆の單に意見陳述若くは心添への云ひは非ずして充分被教唆者をして犯罪に決心を爲さしむるに足る可き手段を用ひたるときに限るや益明らならん、而て同條の脅迫とい汝子の命を奉せむ可なり若し然らば予汝を殺害せんと脅迫するが如き場合を云ひ贈與とい所謂ゆる喰ひするに利を以てもるが如き場合を云ひ結約とい若し余の命は如くせば他日汝に若干の報酬を與ふ可しと約束するの類を云ひ威權とい例えは主人の婢僕に於ける長官の屬官に於ける後見人の被後見人に於ける父母に子女に於ける關係の如く多少被教唆の身上を支配するの威權を有する人の被教唆を爲しある場合を云ふあり故に斯くの如き威權を有せざる人が威權を有する人の爲したると同一の事を爲すも之れを教唆といせざる可し、然り而て茲に注意を可きとい脅迫と贈與若くは結約との區別を爲すを要するときは其故に脅迫の場合にハ屢其被教唆者たる者第七十五條に所謂ゆる抗拒を可からざる強制に遇ひ其意に非ざる所爲を行ひ不論罪の原因と爲るとあり然れ共贈與若くは結約の場合にハ教唆者及び

被教唆者皆正犯として決して不論罪の原由とすると無けり

第一節 正犯

第四百四條 二人以上現に罪を犯したる者は皆正犯と爲し各自其刑を科す

本條の正犯の何者たる乎を説明したる者あり而て本條に依れば正犯の必き現に罪を犯したる者即ち下手者に限るや明かなり、(教唆者を正犯と爲すと曰ふ次條にあり)然れ共本條の爲め奇妙なる結果を實際に目撃するとあり例へば盜あり或る家に入らんと欲すれ共人の見咎めんとを恐れて躊躇する際一人其邊りを通行する者あるを以て之を以て門番を爲せしめたる場合に、方今の裁判例に依て此見張をも猶正犯と爲す者れ如し是れ蓋し本條に於て「現に罪を犯したる者」正犯と爲し「云々」とあるに依てあるべし、然りと雖も法理上并ふ本條の解釋上より論ずるも之れを正犯と爲すの穩當ならざるや明かなり如何んとかれは斯く見張を爲したる者を決して盜と共し現に罪を犯したる者、非を以て單に正犯を幫助し犯罪を容易ならしめたる従犯に過ぎざれむなり

第四百五條 人を教唆して重罪輕罪を犯せしめたる者の亦正犯と爲す

教唆の何者たる乎の數人共犯の總論に於て講ずしを今更た贅せを以て本條に於て「重罪輕罪を犯せしめたる者」とありて違警罪を教唆したる場合を規定せざるに何故なる乎の問題を決定せしむるの必要を説く蓋し違警罪なる者の素と意思の有無若くは善惡を問はず單に其所爲のみを以て罰するものなれば何人の教唆に依て斯く罪を犯せしめしやを探究するの必要なし是れ本條に於て違警罪を教唆したる場合を規定せしめて其教唆者の罪を問はざると爲したる所以あり、又由一の注意す可なり法文に明記せざるも彼の懈怠不注意等を以て罰する犯罪に於て教唆者なかるべし如何んとかれば是等の犯罪たる素と無意の者なり無意の犯罪を教唆して犯罪の意思を決定せしむるに能はざればなり然らば本條に於て重罪輕罪とあれ共違は是れ有意犯の之を指定したる者にして無意犯に其例外と云ふも可なり但し予が茲に所謂ゆる無意犯といふ全く犯罪の意思無き場合のみを意味する者にして彼の意思の有無を問はずして罰する無意犯例せば税則違反