

ノ甚シカリシカチ

### 第二款 自由刑ノ區別

(二百四十三) 現行刑法ノ採用スル自由刑ハ其數十二期間、執行ノ方法、執行ノ場所主刑タルト附加刑タルトニ依リテ相互ノ別ヲ立ツ故ニ又此四點ヨリ觀察スル時ハ(一)無期自由刑、(二)定役アル自由刑、(三)定役ナキ自由刑、(四)中間ノ自由刑、(五)島地ニ發遣スル自由刑、(六)島地ニ發遣セサル自由刑、(七)主刑自由刑、(八)附加ノ自由刑ノ四類ニ大別スル事ヲ得

#### 第一項 無期ノ自由刑、有期ノ自由刑

(二百四十四) 現行刑法ノ採用スル自由刑ヲ期間ヨリ觀察シテ區別スル時ハ無期ノ自由刑、有期ノ自由刑ノ二トナル

(二百四十五) 無期ノ自由刑、無期ノ自由刑ハ無期徒刑、無期流刑ノ二種トス兩者ノ等シキハ囚人ノ畢生ヲ期間トスルコト島地ニ發遣サル、コト死刑ニ亞キ重罪ノ主刑タルコトノ點ニ在リテ其異ナルハ無期徒刑ハ非國事犯ニ適用シ無期流刑ハ國事犯ニ適用スルコト無期徒刑ニハ定役アリ無期流

刑ニハ定役無キコト(一七二〇)ノ二點ニ在リ

(二百四十六) 無期ノ自由刑ヲ批難スル者曰ク(一)人ノ生命ハ長短甚シキ差異アリ然ルニ無期ノ自由刑ハ犯人身死シテ初メテ消滅スルモノナルカ故ニ五年ノ執行ヲ受ケ或ハ十年ノ執行ヲ受ケテ刑ノ消滅スル者アリ甚シキハ二十年三十年間執行ヲ受ケ尙鐵窓ニ呻吟スル者ヲ生シ夫ノ刑ニ希望スヘキ均一平等ノ性質ヲ缺ク事極メテ夥シ(二)犯人ヲシテ悛改復善ノ念ヲ生セシムモノハ一ニシテ足ラサシ然レトモ其再ヒ社會ニ出テ良民ト相齒セント欲スル念願ニ獎勵サル、チ最モ重ナルモノトス然ルニ無期ノ自由刑ハ畢生復社會ニ出ツルヲ許サ、ルモノナルカ故ニ失望自棄ノ結果到底自新ノ心ヲ生セシムル能ハサルノ缺點アリト

先ツ第一ノ批難ニ解答ヲ試ミン論者ハ無期ノ自由刑ヲ以テ均一平等ノ性質ヲ缺ク批難アリト云フ實ニ其言ノ如シ然レトモ有期ノ自由刑ト雖モ之ヲ執行スル間ニ犯人ノ死亡スルハ敢テ奇シカラサル事實ニシテ同シク均一平等ナル能ハサルニ何チ苦ミテ獨リ之ヲ無期ノ自由刑ノ缺點トナスカ

生命ノ長短ハ人力ヲ以テ奈何トモスル能ハス刑ハ均一平等ナル事ヲ希望  
 スルモ實際人力ニ依リテ行フ能ハサル均一平等ヲ希望スル法理アラザヤ  
 實際ハ無期ノ自由刑モ均一平等ナラス有期ノ自由刑モ平等均一ナラス其  
 均一平等ナラサルヲ甘シテ有期ノモノト共ニ無期ノ自由刑ヲ採用スル  
 理由奈何(一)犯罪ト刑罰トハ其間權衡ヲ保タサル可カラス死刑ハ嚴ニ失シ  
 有期ノ自由刑ハ寬ニ失スル多クノ場合ヲ處分スルニ無期ノ自由刑ノ外良  
 刑アル事無シトハ純正主義ノ論者ハ勿論正義賠償ノ謬見ヲ棄ツル能ハサ  
 ル折衷主義ノ論者ノ動モスレハ無期自由刑ヲ辯護スル語ナリ是果シテ正  
 確ナル法理ト云フヲ得ルカ無期ノ自由刑モ有期ノ自由刑モ平等均一ナル  
 能ハサルハ事實ニ於テ一點ノ疑ナキニ拘ハラス之ヲ執行セハ罪惡ノ度ト  
 權衡ヲ保ツト云フ單ニ法文ノ上ノ權衡ニ満足シ之ヲ以テ正義ニ叶ヒ賠償  
 ノ法ニ適ストナス殆ソト戲言ニ類スルモノアリ空理空論ノ弊爰ニ至ツテ  
 極レリト謂ツ可シ論者或ハ曰ハソ執行ノ期間ニ實際長短アルモ無期終身  
 タルノ一點ハ總テ一ナリ是ニ依リテ受クル犯人ノ苦痛豈獨リ不平等均一

ナルヲ得ソヤト非ナリ或ル刑ニ依リテ痛苦ヲ感スルノ度ハ人ニ依リテ差  
 異アリ無期ノ刑ヲ受ケテ平然自若タル者アレハ短期ノ刑ヲ受ケテ痛苦煩  
 悶死モ尙及ハサル如ク感スル者アリ論者ノ言亦事實ヲ觀察セサル空論ノ  
 ミ「ヤドロウ」言ハスヤ假想ハ事實ニアラスト(二)無期ノ自由刑ハ關係的不治  
 ノ罪人及ヒ社會ニ小害ヲ與フル絶體的不治ノ犯人ニ科スル抑壓手段トシ  
 テ初メテ最良ノ刑罰ナリ絶體的不治ノ犯人アルヤ否ヤハ今日ノ科學未ダ  
 之ヲ識別セシムルノ程度ニ達セス然レトモ一日之ヲ識別スル方法ヲ得ハ  
 更ニ其中ニ就テ社會ニ大害ヲ與フル者ト小害ヲ與フル者トヲ區別シ甲ハ  
 死刑ニ處セサル可カラズ乙ハ終身獄ニ投シ再ヒ罪ヲ犯ス途ヲ失ハシメサ  
 ル可カラズ夫ノ賠償論者ノ謂フ如ク罪小ナリト雖モ絶體的不治ノ者類  
 ル以上ハ短期ノ刑ヲ受クルニ依リテ責任ヲ盡シタリト云フヲ許サレヌシ  
 テ其主觀的ノ理由ニ依リ罪ヲ犯ス能ハサルヲクノ手段ヲ受クヘキ責任ナ  
 カラサランヤ關係的不治ノ罪人トハ今日ノ刑罰制度ニヨリ改心ノ効ヲ奏  
 スル能ハサルモノヲ謂フ其執行ヲ了ルニ依リテ責任ヲ盡シタリトスル多

年ノ謬見ハ遂ニ累犯ノ數ヲ増加セシメ殆ント社會ノ堪ユル能ハサル困難ヲ醸セリ既往ノ事蹟ニ徴シ到底現存スル刑ニ懲リサル以上ハ罪ヲ犯ス途ヲ失ハシムルノ外今日ニ於テ施スヘキ手段無シ

今ヨリ第二ノ批難ニ答ヘン修身復社會ニ出ツル望ミ無キ時ハ事實犯人自新ノ念ヲ杜絶セシムル恐アリ爰ニ於テカ現今ハ假出獄ノ制アリテ刑期限内ト雖モ改心シタル者ハ放免スヘキヲ誓ヒ以テ一日モ早ク悔改セン事ヲ希望スル所以ヲ明ニス假出獄ノ事ハ述ヘテ後ニ在リ

〔二百四十七條〕 有期ノ自由刑 有期ノ自由刑ハ有刑徒刑、有刑流刑、重懲役、輕懲役、重禁獄、輕禁獄、重禁錮、輕禁錮、拘留、監視ノ十種ナリ其中有期徒刑、有刑流刑、重懲役、輕懲役、重禁獄、輕禁獄ノ六種ハ重罪ノ主刑ニシテ重禁錮、輕禁錮ノ二種ノ輕罪ノ主刑拘留ハ違警罪ノ主刑ナリ獨リ監視ハ附加刑ニシテ重罪、輕罪ニ通シテ適用セラル(七八九、一〇條)

〔二百四十八〕 有期ノ自由刑ニシテ重罪ノ主刑タル者ニハ法律カ盡ク最長期ト最短期トヲ設ク即チ有期ノ徒刑流刑ハ共ニ十二年以上十五年以下重

懲役、重禁獄ハ共ニ九年以上十一年以下輕懲役、輕禁獄ハ共ニ六年以上八年以下ヲ其期間トス(刑七<sup>2</sup>、二二<sup>2</sup>、二三<sup>2</sup>、二三<sup>2</sup>條)而シテ重罪ノ主刑タル有期自由刑ノ期間ハ必ス其刑名ニ伴フカ故ニ第二編以下ノ各本條ニ於テ復ヒ其最長期ト最短期トヲ示スヲ例ヘハ十二年以上十五年以下ノ有期徒刑ニ處ス七年以上八年以下ノ輕禁獄ニ處スト云フ類ノ條文ナクシテ單ニ輕禁獄ニ處ス又ハ有期徒刑ニ處スト云フ此ク云ヘハ又其期間輕禁獄ハ六年以上八年以下有期徒刑ハ十二年以上十五年以下タル事ト知ルヘシ重罪ノ主刑タル有期自由刑六種ハ何レモ其刑名ニ固着スル期間ヲ有スル故ニ裁判官ハ先ニ示シタル六年以上八年以下九年以上十一年以下十二年以上十五年以下ノ範圍内ニ於テ隨意ニ科スヘキ刑ノ期間ヲ一定スル職權アリ故ニ若シ法律カ……ノ罪ハ有期徒刑ニ處スト規定シタル時裁判官ハ直ニ有期徒刑ノ名ニ固着スル十二年ト十五年以下ノ期間ノ範圍内ニ於テ〔二十三年若クハ十四年若クハ十二年ノ有期徒刑ニ處スト〕宣告スル事ヲ得〔二百四十九〕 有期ノ自由刑ニシテ輕罪ノ主刑タル重輕禁錮、違警罪ノ主刑

タル拘留ニモ亦最長期ト最短期トアリ即チ禁錮ハ十二日以上五年以下、拘留ハ一日以上十日以下トス刑二四、二八條(一)然ルニ輕罪違警罪ノ主刑タル有期自由刑ノ期間ハ重罪ノ主刑タル有期自由刑ノ期間ト異ナリ必シモ其刑名ニ固着セス其最長期ハ五年又ハ十日ノ規定アリト雖モ加重ノ結果トシテハ七年又ハ十二日トナリテ尙刑名ヲ變セサルコトヲ得刑七〇、七二、七三條(二)爰ニ於テカ刑法ハ第二編以下ニ於テ單ニ禁錮ニ處ス又ハ拘留ニ處スト云ハスシテ各本條ニ更ニ其最長期ト最短期トヲ示シ例ハ一日以上三日以下ノ拘留ニ處ス一年以上四年以下ノ禁錮ニ處スト規定セリ刑二四、二八、二九條(二)此ノ如ク輕罪違警罪ノ主刑タル禁錮拘留ハ刑名ニ固着スルノ期間ナキカ故ニ各本條ヲ示定サレタル長短ノ範圍内ニ於テノミ裁判官ハ隨意ニ科スヘキ刑期ヲ一定スルヲ得テ夫ノ重罪ノ主刑タル有期自由刑ノ如ク直ニ其期間ノ長短ノ範圍内ニ於テ隨意ニ科スヘキ刑期ヲ定ムル能ハス(二百五十)重罪輕罪ノ刑ニ通シテ附加スル自由刑ハ監視是ナリ監視ノ期間ハ主刑タル有期自由刑ノ如ク必スシモ最長期ト最短期トヲ有セスシテ

豫メ法律カ之ヲ一定シ裁判官ニ其伸縮ヲ許サ、ル事アリ輕罪ノ刑ニ附加スル場合ニノミ各本條ニ於テ其長短ヲ示サル我判官ハ此場合ニ限リ長短ノ範圍内ニ於テ隨意ノ期間ヲ一定スル事ヲ得

第二項 定役アル自由刑、定役無キ自由刑、中間ノ自由刑

(二百五十一) 定役トハ自由刑執行ノ方法トシテ法律ノ強制スル勞働、禁錮、懲役、重禁錮ニ定役アリ流刑、禁獄、輕禁錮、拘留ニ定役無シ監視ニハ定役アルコトナシ定役ヲ實施スルニ就テ起ル問題ハ總テ第四章刑ノ執行ノ部ニ説明シ爰ニハ定役ヲ科スル理由定役ヲ科セサル理由ヲ論セント欲ス(二百五十二) 定役アル自由刑——非國事犯ノ主刑ノ中徒刑、懲役、重禁錮ニハ定役アリ定役ハ囚人ヲ強制シテ一定ノ勞働ニ就カシムルモノナルカ故ニ(Constan 氏之ヲ批難シテ曰ク)人ヲシテ其好ムト否トニ拘ラス強テ一定ノ勞働ニ就カシムルハ自由ヲ剝奪スルニ過キテ宗教ノ恩澤ト文明ノ輿論トニ依リテ迹ヲ斷チタル奴隸ノ制度ヲ復活セシムルモノナリト(エリイ氏七八

號此ノ如キ批難ハ定役ヲ科スル主旨ヲ辯明セハ容易ニ除去スル事ヲ得ニ  
 國事ニ關セサル罪ノ重ナルモノニ定役アル刑ヲ科スルニ至レルハ亦正  
 義賠償ノ觀念ニ因由セスンハアル可カラス即チ非國事犯ノ犯罪十中八九  
 ハ背徳ノ程度最モ大ナルカ故ニ之ニ科スル刑罰ノ痛苦モ亦從ツテ多カラ  
 サル可カラストナシ爰ニ自由刑中定役アルモノヲ設ケ以テ犯罪ト權衡ヲ  
 保タノ事ナカムル形迹條文ニ徴シテ明ナリ而シテ折衷主義ノ論者ハ正義  
 ト共ニ利益ヲ以テ刑罰ノ基礎トスルカ故ニ定役ヲ附スルハ只ニ痛苦ヲ増  
 サン爲ノミナラサル理由ヲ辯シテ曰ク「定役ハ犯人ニ成規ノ勞働ヲ強制ス  
 之ヲ執行スルニ方リテハ秩序ト規律トヲ以テスルカ故ニ懶惰ノ氣象ヲ鋤  
 去シテ勞働ノ慣習ヲ養成シ秩序規律アル生活ニ慣ラス利益アリ」ト

我刑法モ右ニ述フル折衷主義ノ理論ヲ以テ徒刑懲役重禁錮ニ定役ヲ附  
 シタルハ燎々火ヲ見ルヨリ明ナリ然レトモ到底謬見タルヲ免レサル正義  
 ト云フ絶體的觀念ト人ニ依リテ効力ニ差異アル利益ト云フ關係的事實ト  
 ナ折衷セント試ミシカ故ニ豫期シタル利益ハ實際ニ之ヲ舉クル克ハサル

ニ至リ人ヲシテ定役ヲ設ケシ主旨ノ在ル所ヲ解スルニ困マサルヲ得サル  
 ニ至ラシメタリ

惟フニ定役ヲ附スルハ論者ノ所謂懶惰ノ氣象ヲ鋤去シテ勞働ノ慣習ヲ  
 養成シ又秩序規律アル生活ニ慣ラス」ト云フ語ヲ以テ其主旨ヲ云ヒ盡セシ  
 者ナラン何故ニ斯カル事實ヲ希望スル必要アルカ多數ノ犯人中其氣象ノ  
 懶惰ニシテ勞働ヲ慊ヒ而モ非分ノ快樂ヲ得ゾト欲スルカ爲ニ罪ヲ犯スニ  
 至リ之ヲ再犯ニ陥ラサラシメシトセハ勢ヒ根治法ヲ施スノ外好手段ナキ  
 ナ以テナリ若夫夫ノ獄内ノ一室ニ隔離獨居セシムル如キ他ノ定役ナキ  
 手段ニ依リ能ク惡癖ヲ鋤除シ再犯ノ危險ヲ去ル事ヲ得ハ社會何ノ名義ニ  
 依リ何ヲ理由トシテ強テ定役ヲ強制スルヲ得ルカ此一點ニ至リテハ例令  
 折衷主義ノ論者ト雖モ決シテ之ヲ左右スル事ヲ許サズ正義ト共ニ利益ハ  
 刑罰ノ基礎ナリト云フニアラスヤ然ラハ惡癖ヲ除キ再犯ヲ防シ利益ナケ  
 レハ定役ヲ附ス可キ根據ナシト云フノ已ムヲ得サルニ至ラスシテ何ソ  
 定役ニ依リ惡癖ヲ除キ再犯ヲ防キ得ルハ惰懶不規律ノ爲ニ罪ヲ犯スニ

至リシ者ナラサル可カラス然ラハ其効ヲ奏スルト否トハ重ニ人ニ關スル主觀的ノ事實ニシテ犯罪事實ニ伴フ客觀的ノ事實ニ非ス論シテ爰ニ至レハ現行法カ自由刑ノ中ニ定役アルモノヲ認メタルハ適當ナリト雖モ專ラ罪質ト對當セシメタルハ亦改正ヲ希望セサル可カラサル缺點ナルヲ知ル

(二百五十三) 定役無キ自由刑 定役無キ自由刑ノ中流刑禁獄ハ專ラ國事犯ノ主刑ナリ、輕禁錮ハ國事犯非國事犯ニ適用シ、拘留ハ一般ニ非國事犯ニ科スルヲ原則トス要スルニ定役無キ自由刑ハ總テ國事犯ノ刑ナリト云フ克スト雖國事犯ニ科スル自由刑ニハ定役アル者無シト云ハサル可ラス

(二百五十四) 國事犯ノ自由刑ニハ何故ニ定役ヲ附セサルカ富井博士之ヲ説明セラレテ一點ノ餘マス所無シ博士曰ク「本來國事犯ノ性質タル萬人ノ賤ム罪ニ非ス名義ノミト雖モ私利ヲ抛テ天下萬民ノ爲ニセントスル者ナレハ屈辱ヲ本質トスル刑ハ全ク之レニ適當セス固ヨリ國事犯ハ直接政治社會ノ秩序ヲ紊亂セントスル者ナレハ其害ノ重大ナル事ハ常事犯ノ比ニ非ス然レトモ其處分法ハ專ラ之ヲ社會ヨリ遠ク殘黨ト通謀スルノ機會ヲ

得ル事克ハサラシムルヲ以テ最上トス力役ノ屈辱ヲ受ケジムルハ其刑罰ノ目的ト背馳シ策ノ得タルモノト謂フ可カラサルナリ」ト眞ニ其言ノ加ク國事犯人ハ己レノ意見ヲ以テ政治上ノ秩序ヲ維持スル上策トナシ之ヲ貫徹セシメシカ爲ニ死モ且ツ辭セスシテ賊名ヲ甘受スルニ至レル者ナリ之ニ科スヘキ刑罰ニ勞働ヲ附スルモ何ソ素志ヲ翻シ滿腔ノ熱血ヲ冷却セシムルニ足ランヤ其之ヲ獄ニ投スルハ抑壓ヲ主タル目的トスヘキノミ悛改自新ノ法ハ犯者自ラ考究スルヲ俟テ可ナリ

起草者「ボアソナード」先生ハ反對論者ノ一人ナリ國事犯ノ自由刑ニモ定役無カル可カラサル理由ヲ示シテ曰ク「定役無ケレハ懲戒ノ効ヲ奏スル克ハス」ト(改革六四號)惟フニ定役ノ痛苦ハ非國事犯ノ如キ懶惰不規律ノ多キヲ占ムル場合ニ多少鑑戒ノ効ヲ奏スル事アラソ國事犯人ノ如ク自ラ進ソテ盤根錯節ニ當ラントスル者ニ對シテハ全ク之ヲ期スル克ハサラン

(二百五十五) 輕禁錮並ニ拘留ニ定役ヲ附セサル理由如何折衷主義ノ學者ヲシテ之ヲ説カシメナハ或ハ亦罪刑ノ權衡ヲ保タシムル爲メ背德加害ノ

程度低キ者ノ爲ニ設ケタリト言ハシ然レトモ余輩ヲシテ之ヲ云ハシメナ  
 ハ、倭改ノ効ヲ奏スルニ必要ナル場合ノミ定役ヲ附シ却テ定役無キ別居獨  
 慎ノ制ニ依リ自新ヲ促シ得ル者若シハ抑壓スルヲ眼目トシ必スシモ改心  
 ノ途ヲ講スルヲ主旨トスル必要ナキ者ニ對シテハ定役ナキ自由刑ヲ科セ  
 サル可ラス此理論ニ照シテ現行法ヲ通覽スル時ハ改正ヲ希望スル點ハ定  
 役無シト定メタル自由刑ニ就テモ亦少ナカラス

(二百五十六) 中間ノ自由刑——自由刑ノ中或ハ定役アリ或ハ定役ナキ中  
 間ノ自由刑ハ唯一ノ監視アルノミ其所謂定役無キ監視トハ之ヲ監獄ノ外  
 ニ於テ執行スル場合ニシテ定役アル監視トハ監獄ノ内ニ於テ執行スル場  
 合ヲ謂フ後ニ詳ナリ茲ニ注意スヘキ點アリ前段ニ説明スル定役無キ自由  
 刑ハ之ヲ科セラレタル者自ラ好シテ役業ヲ採ラシムル時ハ司獄  
 官之ヲ許可ス可キ成規ナルカ故ニ事ノ實際ヲ云ハ、同シク場合ニ依リ役  
 業アル學役業ナキ事アリト雖モ其役業タル法律ノ強ヒテ採ラシムル所ニ  
 非サルヲ以テ定役ナキ自由刑ト名ツクルニ害無シ茲ニ中間ノ自由刑ト名

クル監視ハ此ノ如キ性質ニ非シテ監獄外ニ於テ執行スル時ハ法律カ役  
 業ヲ強制セス監獄内ニ執行スル時ハ法律カ役業ヲ強制スル(刑附三、二、四、七  
 カ故ニ中間ノ自由刑ヲ命名シタルナリ

(二百五十七) 島地ニ發遣スル自由刑——徒刑流刑ハ有期無期ヲ分タス島  
 地ニ發遣ス徒刑ニ定役アリ流刑ニ定役無シ(刑一七、二〇條)以テ之カ區別ヲ  
 立テ徒刑ハ非國事犯ニ流刑ハ國事犯ニ適用ス(刑六七、六八條)是刑法ノ文面  
 上ニ存スル所ナリ

(二百五十八) 島地發遣ヲ一要素トスル自由刑ハ如何ナル主旨ヨリ之ヲ設  
 クルカ本問ニ就キ我立法者ノ抱懷セシ主意ト學理上維持スルニ足ル主義  
 トヲ區別シテ論究スル所アラントス

我刑法ハ折衷主義ヲ採用ス故ニ徒刑流刑ニ島地發遣ト云フ要素ヲ加ヘ  
 シハ亦以テ正義ニ叶ヒ利益ヲ保持スルニ足ルト斷定シタルカ爲メノ(一)  
 以テ正義ニ叶フトシタルハ他ナシ内地ニ執行サル、ト絶海無人ノ孤島ニ  
 執行サル、トハ之ヲ受クル者ノ痛苦ニ甚シキ差異アリ故ニ同シク重罪ト

雖モ其中ニ就キテ稍罪惡ノ大ナルモノハ島地發遣ヲ一要素トシタル自由刑ニ處シ犯罪ト刑罰トノ權衡ヲ保タシムト云フ是ナリ(二)以テ利益ヲ保持スルニ足ルトシタルハ痛苦ノ大ナルカ爲ニ世人ヲ鑑戒シ犯人ヲ自新セシムル事ヲ得ルノミナラス囚人ヲ使役シ荒蕪ノ地ヲ開拓スル便宜アリト認定シタルニ因由セスンハアル可カラズ

學理上自由刑ニ島地發遣ノ要素アルヲ主張スルニ足ル場合ハ惟フニ累犯者並ニ國事犯ノ二ニ過キカラズ(一)累犯者ハ第一項ニ一言セシ關係的不治ノ犯人タルヲ推測セシム假令逃去ヲ防ク手段アリトスルモ之ヲ良民ノ枕ヲ高フスヘキ内地ニ置カンヨリ絶海ノ孤島ニ貶謫スルノ優レルニ如カス况ンヤ犯人ノ自ラ脱獄スルハ之ヲ防ク手段アリトスルモ到底人力ヲ以テ水火震災ノ如キ開放ヲ必要トスル事變ヲ防ク能ハサルニ於テヤ島地發遣ヲ苦痛ノ手段トナシ若クハ開拓ノ道具トナサントスルハ刑ノ目的ヲ推究スルニ疎ナラサル無キカ(二)國事犯人ハ通常非國事犯人ノ如ク酷薄不頼ノ徒勤シ之ヲシテ痛苦自新ノ意ヲ生セシメンニハ遠ク親戚故舊ニ隔リ

人情ノ羈絆ニ依リテ跳ラントスル意馬ヲ繋カシムルノ最モ上策ナルノミナラス内地交通ノ便アル獄ニ留ムレハ殘黨之ヲ救出サント欲シテ暴舉ヲ企ツル危險アルヘク犯人自ラモ要街樞府ニ近ケル便宜アルカ爲ニ死ヲ決シテ脱獄ヲ謀ル恐ナシトセス此恐ヲ除キ彼ノ危險ヲ豫防スルニハ遠ク本國ヲ離レシムルニ優ル政策ナシ

(二百五十九) 徒刑ハ島地發遣ヲ一要素トス之ニ例外アリ徒刑ノ婦女ハ島地ニ發遣セス内地ノ懲役場ニ於テ定役ニ服スト(刑一八條)婦女ニシテ徒刑ニ處セラル、モノハ一ケ年ニ僅々七八十名内外ナリ之カ爲ニ島地ニ女檻ヲ設クルトスレハ手數ト費用トニ堪ユ可カラズ(二)而シテ之ヲ内地ニ置クモ脱檻越獄ノ患甚シ是右ノ例外アル所以ナラン

(二百六十) 島地ニ發遣セサル自由刑 刑法ノ文面上島地發遣ヲ要素トセサル自由刑ハ懲役禁獄禁錮拘留ナリ附加ノ監視ハ之ヲ伴フ主刑ノ島地ニ發遣セラル、モノナルト否トニ依リ或ハ内地ニ於テ或ハ島地ニ於テ執行セラル但シ之ヲ執行スル爲ニ特ニ島地ニ發遣ス可シト云フ規定ナキカ



故ニ此點ニ就テ中間ノ性質ナシ  
 (二百六十一) 禁獄ハ國事犯ノ主刑ナリ國事犯人ハ島地ニ發遣スルヲ可ト  
 ス但シ國情ノ許サ、ル所アラハ止マンノミ懲役禁錮拘留ハ非國事犯ノ主  
 刑ナリ累テ非國事犯ヲ犯シ悔改ノ見込無キニ於テハ之ヲ貶シテ島地ニ  
 永住セシムルヲ可トスルハ前段ニ述フル如シ現行法ハ島地發遣ヲ以テ痛  
 苦ヲ増ス爲ノ要素トナシ罪惡ノ大ナルモノニ對立セシメタルト同一ノ理  
 由ニ依リ如何ナル累犯者ト雖モ再犯加重ノ結果徒刑ニ處セラレサル以上  
 ハ之ヲ島地ニ發遣セシムル事無シ其懲戒ノ迹無キヲ知リツ、良民ノ間ニ  
 放テテ更ニ罪ヲ犯スニ及ヒ獄ニ投スルノ狀殆ト見處ニ類ス

第三項 主刑タル自由刑、附加ノ自由刑

(二百六十二) 主刑タル自由刑、附加ノ自由刑、自由刑十二種ノ中獨リ監視ヲ  
 除キ無期有期ノ徒刑、流刑、重輕ノ懲役、禁獄、禁錮及ヒ拘留ノ十一ハ主刑ナリ  
 其要素並ニ性質ニ關スル現行法ノ規定其批評ハ前既ニ説明シタリ  
 附加ノ自由刑ハ只監視ノミ(一)監視ノ種類(二)監視ハ刑罰ナルカヲ論セン

ナルヲ得ンヤト非ナリ或ル刑ニ依リテ痛苦ヲ感スルノ度ハ人ニ依リテ差  
 異アリ無期ノ刑ヲ受ケテ平然自若タル者アレハ短期ノ刑ヲ受ケテ痛苦煩  
 悶死モ尙及ハサル如ク感スル者アリ論者ノ言亦事實ヲ觀察セサル空論ノ  
 ミ「アドロウ」言ハスヤ假想ハ事實ニアラスト(二)無期ノ自由刑ハ關係的不治  
 ノ罪人及ヒ社會ニ小害ヲ與ラル絶體的不治ノ犯人ニ科スル抑壓手段ト一  
 個ノ刑罰ト云フヲ得ルカ

(二百六十三) 監視ノ種類 監視ニハ普通監視ト特別監視トノ二種アリ附  
 加ノ自由刑トイフヘキハ只一ノ普通監視アルノミ兩者之ヲ附スヘキ場合  
 ナ異ニシ期間ナ異ニシ場合ニ依リテ其成立スル要素ナ異ニス  
 甲 普通監視ト特別監視トハ之ヲ附スル場合ニ區別アリ(一)普通監視ハ重  
 罪ノ刑ニ處シタル者監視ヲ附加スル明文アル輕罪ノ刑ニ處シタル者死刑  
 並ニ無期徒刑ノ期滿免除ヲ得タル者刑三七、三八、三九條主刑ヲ全免シ只監  
 視ニ付スル明文アル場合刑四〇條(一)ニ附加ス(二)特別監視ハ重罪輕罪ノ刑  
 ニ處セラレタル者獄則ヲ謹守シ悔改ノ狀アリテ假出獄ヲ許サレタル時ニ

限リ之ヲ附ス(刑五五條)

乙 普通監視ト特別監視トハ期間ヲ異ニス(一)重罪ノ刑ニ處セラレタル者ニ附加スル監視ノ期間ハ法律上一定ス即チ本刑ノ三分ノ一ナリ宣告ヲ要セス(刑三七條)輕罪ノ刑ニ處セラレタル者ニ附加スル監視ノ期間ハ法律上一定セス各條ハ明文ニ之ヲ示セリ宣告スル事ヲ要ス(刑三八條)即チ宣告シテ一定シタル者ナリ死刑無期刑ノ期滿免除ヲ得タル者ニ附加スル監視ノ期間ハ又法律上一定ス五年ナリ宣告ヲ要セス(刑三九條)以上ハ普通監視ニ就テ言ヘリ(二)特別監視ハ本刑ノ殘期ヲ期間トス先ニ言ヘル如ク特別監視ハ假出獄ヲ得タル者ニ附スルモノナリ假出獄ハ重罪輕罪ノ刑ニ處セラレ少クモ其四分ノ三ヲ經過シ又ハ十五年ヲ經過シタル後(刑五三條)悛改ノ狀アルニ依リ殘期間ノ執行ヲ免スルモノナルカ故ニ必ス其出獄ヲ得ル日ニハ何程ノ期間ノ執行ヲ免セラレタルカノ點一定ス特別監視ノ期間ハ即チ其殘ル期間ト同一ナルモノナリ(刑五五條但)

重罪ニ附加スル普通監視ノ期間ハ本刑ノ三分ノ一ナリ(刑三七條)所謂本刑

六七

トハ法律カ第二編以下ニ示セル刑ヲ云フカ實際ニ申渡サレタル刑ヲ云フカ刑法第九十九條ノ例ニ從テ定ムルノ外ニ途ナシ故ニ從犯未遂犯並ニ特別ノ加重減輕ハ其加減シタルモノヲ本刑トス

假出獄ヲ得タル者ニ附スル特別監視ノ期間ハ本刑殘期間内ナリ(刑五五條)爰ニ所謂本刑トハ實際ニ申渡サレタル刑ヲ謂フ故ニ條文ニハ十二年以上十五年以下ヲ期間トスル有期徒刑ヲ科シタル者從犯未遂犯特別ノ加重減輕又ハ再犯加重宥恕自首減輕酌量減輕等總テ刑ヲ加重減輕スル原因ニ依リ加減スヘキ時ハ之ヲ加減シ實際ニ八年ノ輕懲役ニ處セラレテ其四分ノ三ヲ經過シ假出獄ヲ得ハ殘ル四分ノ一即チ二年ヲ特別監視ノ期間トス輕罪ニ附加スル監視ノ期間ニ限リ最長期最短期アリテ各本條ニ示サハル故ニ宣告ヲ俟ツテ初メテ刑期一定ス(刑三八條)此他ノ場合ハ先ニ述フル如ク法律上刑期一定シ又裁判官ハ必ス之ヲ科セサル自由ナキカ故ニ宣告スル必要ナシ(刑三七三九條)主刑ヲ全免シタル場合并ニ輕罪ノ刑ニ處セラレタル者ニ附加スル監視ノ期間通常六ヶ月以上二年以下トス(刑一二〇一二)

六、一三五、一九一、一九二、二〇一、二〇七、二一一、二九一、三七六、三八四、三九四、四〇〇、四〇八條其中一、二、六及ヒ、一九二ノ場合ヲミ六月以上三年以下ナリ)

丙 普通監視ト特別監視トハ共ニ監獄内ニ於テ執行スル事アリ又監獄外ニ於テ執行スル事アリ監獄内ノ監視ハ普通監視タルト特別監視タルトニ依リ要素ヲ異ニセリ獨リ監獄外ノ監視ノミ兩者ノ要素ニ區別アリ

監視ニ附スル者住居無キカ引取人無キカ又ハ住居遠地ニ在テ歸着スル資力ナキ時ハ監獄内ニ於テ之ヲ執行ス(刑附三二、四七條)此場合ニハ普通監視タルト特別監視タルトニ論ナク必ス工業ヲ營ムカ或ハ監獄ノ使役ニ供セラル、事ヲ要シ(同條)兩者ノ區別ハ之ヲ附セシ原由ト期間トノ二點ニ在ルノミ

此場合ノ被監視人ハ懲治場ニ留置スル明文アリ(刑附三二、四七條)故ニ懲治場留置ノ名ヲ下スモ敢テ不可ナシト雖モ只執行ノ場所ヲ異ニシタル監視ナルヲ以テ夫ノ幼者瘠弱者ノ留置ト性質同シカラス監視ノ刑罰ナルヤ否ヤハ後ニ詳ナリ

監視ニ付スル者住居アルカ引取人アルカ又ハ遠地ノ住居ト雖モ歸着スル資力アル時ハ監獄外ニ於テ執行ス此場合ノ監視ハ成立要素トシテ六個ノ積極義務ト三個ノ消極義務トアリ

六、積極義務ヲ列舉センニ(一)豫メ一定ノ住所ヲ定メサル可カラス(刑附二二條)(二)一定ノ度數所轄ノ警察署ニ到リ其謹慎ナル事ヲ表シ監視ノ票ヲ出シ官吏ノ認印ヲ受ケサル可カラス但疾病又ハ已ム事ヲ得サル事故アリテ警察署ニ到ル事能ハサル時ハ其事由ヲ届出ルヲ要ス(刑附二七條)(三)轉居セント欲スル時ハ警察署ノ許可ヲ受ケサル可カラス(同條)(四)旅行セント欲スル時ハ亦警察署ノ許可ヲ受ケル必要アリ(五)許可ヲ得テ旅行セハ先方地ノ警察署ニ出テ旅券ヲ示シ官吏ノ認印ヲ受ケ限定ノ日數内ニ歸來リ直チニ旅券ヲ警察署ニ還納セサル可カラス(刑附三〇條)(六)旅行中天災又ハ疾病等ニ因リ臨時淹滞シタル時ハ事由ヲ其地ノ警察署ニ具申シ官吏ノ證書ヲ受ケ歸着ノ日旅券ニ添へ警察署ニ差出スヘキ事是ナリ

三個ノ消極義務トハ(一)酒宴遊興ノ席ニ會シ又ハ群集ノ場所ニ參會スル克

ハス(二)警察署ノ許可ナクシテ轉居スル克ハス(三)警察署ノ許可ナクシテ旅行スル克ストイフ是ナリ

監獄外ノ普通監視特別監視ハ下ニ述フル義務ノ三點ニ就テ差異アリ(一)普通監視ニ付セラレタル者ハ毎月二回所轄警察署ニ到リ謹慎ヲ表シ監視票ニ認印ヲ受クルヲ要シ(刑附二七條)特別監視ニ付セラレタル者ハ每週一度同一ノ義務ヲ盡サ、ル可カラス(同四四條)(二)普通監視ニ付セラレタル者ハ所轄警察署ノ許可ヲ得レハ他府縣ニ移轉スル事ヲ得(同七二)特別監視ニ付セラレタル者ハ他ノ府縣ニ移轉スルノ許可ヲ受クル事無シ(同四四條第三但)(三)普通監視ニ付セラレタル者許可ヲ得レハ何處ヘモ旅行スル事ヲ得(同二七、三〇條)特別監視ニ付セラレタル者ノ往復二日程ノ外ニ旅行スル事ヲ得ル克ハス(同四四條第四)一日程トハ片道四里ヲ謂フ(明治一八年一二月二五日警視廳達)其他ハ兩者同一ノ義務ヲ負擔ス前號ノ説明ニ就キテ知ル可シ

〔二百六十四〕監視ハ刑罰ナルカ 刑法附則第二十一條ニ曰ク監視ハ主刑

ハ終リタル後仍ホ將來ヲ檢束スル爲メ警察官吏ヲシテ犯人ノ行狀ヲ監視セシムルモノトス(ト本條ハ不十分ナリ監視ハ主刑ノ終リタル後ノミナラス主刑ノ全免ヲ得タル者(刑四〇二條)死刑無期刑ノ期滿免除ヲ得タル者(刑三九條)假出獄ヲ得タル者(刑五五條)ニ附加ス其將來ヲ檢束シ警察官吏ヲシテ行狀ヲ監視セシムルハ主トシテ再犯ヲ未發ニ防止スルニ在リ

監視ノ主タル目的再犯ヲ豫防スルニ在ルヲ以テ純然タル刑罰ト云フヨリモ寧ロ警察處分ノ性質ヲ有ストハ屢先輩ノ説ニ見ユル所(Garand氏二〇〇號)刑法正義上卷三五六頁ニシテ我輩モ嘗テ之ヲ至當ト考ヘシガ後熟考シテ其頗ル不妥當ナルヲ識レリ此説ハ止マ特別監視ニ就テノミ唱導スルヲ得ン普通監視カ純然タル刑罰ニ非スト云フ説ハ形象上ハ批難ト實質上ハ批難ト免レス(一)我刑法第十條ニ監視ヲ附加ノ刑罰トスル明文アリ既ニ立法者ニ於テ刑罰タルヲ明言スル以上ハ其目的ノ如何執行方法ノ如何剝奪スル自由ノ分量如何ヲ問ハスシテ國法上刑罰ニ非スト云フヲ許サス故ニ監視ハ警察處分ノ性質ヲ有スト云フ説ニ形象上ノ缺點アルハ更ニ疑

無シ(二)實質ヨリ論スルモ普通監視ハ何故ニ警察處分ト云フ必要アルカ六個ノ積極義務ト三個ノ消極義務トヲ負擔セシメ他ノ自由刑ニ比シテ分量コソ異ナレ同シク人ノ自由ヲ剝奪シ再犯豫防ノ目的トハ言イナカラ犯罪ヲ理由トシテ痛苦ヲ與フ特ニ之ヲ監獄内ニ於テ執行スル場合ニハ服役義務ヲ負ハシム我輩ハ之ヲ刑罰ニ非スト云フ餘地ナキヲ信スルモノナリ然リト雖モ假出獄ヲ與ヘタルモノニ附スル特別監視ハ全ク行政警察上ノ處分ニ過キスシテ附加ノ自由刑ト言フ能ハス(草案註釋一二七號)(二)若シ附加刑ヲラシメハ第三十七條以下ノ區別ニ從ヒ或ル場合ニハ宣告スルコトヲ必要トセン而ルニ特別監視ハ決シテ宣告スル事ナシ(二)第五十五條ニ特別ニ定メタル監視ト言ヒ暗ニ其刑法第十條ニ規定スルモノト同シカラサルヲ示セリ(三)特別監視ハ方法ノ異ル附加ノ監視ニ非サルヲ以テ特別監視ヲ了レル後更ニ附加ノ監視ヲ執行セサル可カラス(刑附四六條)此ノ如ク特別監視ハ附加ノ自由刑ト云フ克ハサルニ拘ラス爰ニ論スル所以ハ他ナシ對照比較ノ便ヲ計リ監視ノ名アルモノニシテ普通監視ト性質ヲ異ニスル所

ヲ示サンカ爲ノミ

### 第三節 財産刑附徵償處分

#### 第一款 財産刑總論

(二百六十五) 財産刑ハ國家カ犯罪ヲ理由トシテ一私人ノ資産ヲ徵收スルモノナリ現行法ハ罰金科料沒收ノ三種ヲ認ム科料ハ違警罪ノ主刑ニシテ沒收ハ附加刑ナリ罰金ハ輕罪ノ主刑トナル事アリ又單ニ附加刑トナル事アリ何レモ犯罪ヲ理由トシ國家ハ國家タル資格ヲ以テ私産ヲ徵發スルモノナルカ故ニ其宣告アルト同時ニ變シテ債權者ト云フ民法上ノ人ト成ル事ナシ此一點ハ恰モ夫ノ公用徵收ノ法理ニ類似スルモノアリ

(二百六十六) 財産刑ハ金錢ヲ徵收スル刑ト誤解ス可カラズ前ニ述フル如ク我刑法ノ財産刑ニハ罰金科料沒收ノ三種アリテ罰金科料ノ二ハ常ニ金錢ヲ徵收スルヲ目的トスト雖モ沒收ハ之ニ依リテ金錢ヲ徵收スル事アリ金錢外ノ物品ヲ徵收スル事アリ

#### 第二款 罰金並ニ科料

〔二百六十七〕 罰金科料ヲ包括シタル定義ヲ下サハ「國家カ犯罪ヲ理由トシテ一私人ヨリ金錢ヲ徵收スル刑罰ナリ」ト云フヲ得ン而シテ罰金ト科料トヲ比較スルニ其犯罪ヲ理由トシ國家カ一私人ノ金錢ヲ徵收スルニ在ルノ一點ハ兩者同一ナリト雖モ(一)罰金ハ其額二圓以上ニシテ科料ハ五錢以上一圓九十五錢以下ナルト(二)科料ハ常ニ主刑ニシテ違警罪ノ第二級ノ刑ナリト雖モ罰金ハ時ニ主刑タリ附加刑タルトノ二點ニ於テ確然タル區別アリ(刑八、九、一〇、二六、二九條)

〔二百六十八〕 罰金ニ二圓ト云フ最下額ノ規定アリテ最高額ノ制限無キ(刑二六條)理由ハ(一)罰金ヨリ上ハ金錢ヲ徵收スル財産刑ナキヲ以テ最高額ヲ示サ、ルモ上級ノ刑ノ最下額ト交錯混同スル慮ナキト(二)或ル場合ニハ最高額ノ何程ニ上ルカヲ豫定シ難キトノ二點ニ在リ第二ノ理由ハ第九十三條ニ其例アリ情ヲ知リテ偽造變造ノ貨幣ヲ行使セシ者ハ行使額二倍ノ罰金ニ處スル規定ナルヲ以テ其行使ヲ俟タサレハ罰金ノ額ヲ知ル克ハス(〔二百六十九〕 罰金ハ二圓以上科料ハ五錢以上一圓九十五錢以下ナリ其範

圍ニ於テモ尙裁判官ハ隨意ノ額ヲ申渡ス事ヲ得ルニ非ス第二十六條第二十八條ノ末文ニ依リ法律ハ更ニ第二編以下ノ條文ニ於テ第九十三條ノ如キヲ除カハ最高額ト最下額トヲ示シ例ハ五錢以上五十錢以下ノ科料ニ處ス又ハ十圓以上五十圓以下ノ罰金ニ處スト云フ如ク規定ス其範圍内ニ於テノミ裁判官ハ隨意ノ額ヲ一定シ申渡ス事ヲ得舊幕時代ノ裁判官ノ過料ヲ申渡スニ付キ其額ニ何等ノ制限モ無カリシトハ雲泥ノ相違アリト謂フ可シ

〔二百七十〕 罰金ノ最下額ハ二圓ニシテ科料ノ最高額ハ一圓九十五錢ナリ刑ヲ適用スルニ方リ加重若シハ減輕ノ結果一圓九十六錢以上一圓九十九錢以下ノ金額トナリタル時ハ罰金ナルカ科料ナルカ本問ハ區別シテ答ヘサル可カラス(一)若シ二圓以上ノ罰金ヲ輕減シタル結果ナレハ罰金ノ名稱ヲ留ムル事ヲ得ン何トナレハ一圓九十五錢以下ニ及ヘハ科料ニ處スト規定セラレタレハナリ(刑七一條)(二)之ニ反シテ一圓九十五錢以下ノ科料ヲ加重シタル結果ナレハ尙科料ト稱スル事ヲ得ン何トナレハ科料ハ加重ノ結

果トシテ二圓四十錢ニ迄至ル事ヲ得レハナリ(刑七二條)

(二百七十一) 罰金并ニ科料ハ宣告スル事ヲ要ス科料ハ常ニ違警罪ノ主刑ニシテ罰金ハ輕罪ノ主刑タル事アリ(刑八條)總テ主刑ノ宣告ヲ要スルハ第六條第二項ノ明言スル所ナリ又罰金ハ附加刑タル事アリ附加刑ハ宣告スルモノトセサルモノトヲ豫メ示スノ主義刑六條(三)ニ依リ第四十二條ヲ以テ附加ノ罰金ノ宣告ヲ要スル事ヲ明言ス此ノ如ク總テノ場合ニ罰金科料ノ宣告アルヲ要スルハ他ナシ第九十三條ノ如キ場合ヲ除キ一般ニ最高額ト最下額トヲ設ケ其範圍ニ於テ裁判官ニ加減スルノ餘地アラシメタル結果宣告セサレハ徵收スル金額ヲ知ル能ハサルカ故ナリ

(二百七十二) 附加ノ罰金ハ附加ノ監視ヲ科スル主旨ト少シク異ル所アルニ似タリ監視ハ主トシテ再犯豫防ノ目的ニ出テ多少ノ自由ヲ剝奪スルハ必スシモ之ヲ以テ苦痛ヲ與ヘント欲スルニアラス故ニ通常主刑ヲ了リタル後之ヲ執行スト雖モ附加ノ罰金ハ自由ヲ剝奪スルト同時ニ犯人ノ金錢ヲ徵發セスンハ主刑ノ効ヲ全カラシムル能ハスト判定シタル場合ニ通常

之ヲ科スルカ故ニ主刑ト共ニ宣告シ主刑ノ執行時間ニ拘ハラヌ一定ノ時間内ニ上納セシム即チ初ヨリ痛苦ヲ與ヘ懲改示例ノ効ヲ奏セシメントスル主旨主刑ニ於ケルト異ナル所ナキヲ以テ一ニ學者ハ補充刑ノ名稱ヲ付セリ

(二百七十三) 違警罪ノ主刑タル科料ハ常ニ拘留ノ豫備トシテ其傍ニ置カレル條文ニモ幾日ノ拘留又ハ若干ノ科料ニ處スト言ヘリ(刑四二五條以下)故ニ此場合ニ在リテハ裁判官ニ於テ拘留ニ處スルト科料ニ處スルトノ自由アリ從テ罰金ヲ宣告シ納完期限後檢事ノ求アリテ初メテ輕禁錮ニ換フルコトヲ得ルノ制トハ大ニ趣ヲ異ニス後ノ制ハ換刑處分ノ名アリ我科料ノ制ハ補充刑ノ制ト名シルヲ得ンカ主刑タル罰金ニ就テハ例外トシテ科料ニ等シキ補充主義ヲ採用ス(刑四一八四二一條)

第一項 罰金科料カ刑罰タルヲ知ル標準

(二百七十四) 凡ソ刑法ノ條項ニ…罰金ニ處ス…又…罰金ヲ附加ス…又…科料ニ處ス等ノ語ヲ用ヒタル場合ノ罰金科料ハ刑罰タル事一點モ疑ナシ

科料カ違警罪ノ主刑タル事ハ第九條ニ罰金カ輕罪ノ主刑タル事アルハ第八條ニ附加刑タル事アルハ第十條ニ明言スル所ニシテ特別ノ理由ナケレハ同一ノ法典中之ヲ別ノ意義ニ使用セントハ到底解釋シ得サル所トス故ニ罰金又ハ科料ト云フ語カ刑法ノ制裁トシテノミ使用サル、モノナレハ別ニ其刑罰タルヲ知ルノ標準ヲ論究スル必要ナシト雖モ罰金又ハ科料ノ名稱ヲ以テ金錢ヲ徵收スル場合ハ刑法外ノ法律規則ニ其例酷ク多シ而モ常ニ刑罰ノ性質ヲ有セサルヲ以テ爰ニ之ヲ識別スル標準ヲ明ニスル必要アリ

罰金又ハ科料ノ名ヲ以テ金錢ヲ徵收サル、モノカ刑罰タルヲ識ル標準ハ三點ヨリ成立ス曰ク國家カ禁令、又ハ命令、ハ制裁トシタル事曰ク裁判官カ被告ノ責任ヲ審案シ特ニ宣告スルヲ要スル事刑六刑四二曰ク犯罪ハ制裁トナシタル事はナリ(ハウス氏二卷七六三號以下)ガロオ氏一卷三五〇號此標準ヲ以テ罰金又ハ科料ノ語ヲ用ヒタルモノハ刑罰ナルヤ否ヤヲ判決スルヲ得

### 第二項 罰金科料カ刑罰タル結果

(二百七十五) 刑法ニ規定スル罰金科料ハ勿論假令特別法ニ其規定アルモノト雖モ一個ノ刑罰タル以上ハ反對ノ明文無キ限り刑罰ニ關スル原則ヲ適用セサル可ラス故ニ(一)之ヲ宣告セシムハ先ツ被告ニ就テ無責任ノ原因ノ有無ヲ審案シ犯罪ノ成立ヲ證明シタル上犯人一身ニ對シテ爲サ、ルヲ得ス(二)犯罪ヲ證明スル必要アルカ故ニ被告ノ行爲ヲ禁シ又ハ命シタル明文ヲ示サ、ル可カラス(三)罰金科料ノ刑罰タル場合ハ之ニ對スル公訴ハ刑事訴訟法第八條ノ時効ニ依リテ消滅シ刑罰其者ハ刑法第五十九條ノ期滿免除ニ依リテ消滅ス但シ此點ニ付テハ時ニ特別法ニ反對ノ明文アリ(四)終ニ一ノ注意スヘキハ數罪俱發並ニ再犯加重ニ關スル規定ノ適用ナリトス罰金科料カ刑罰タル場合ト雖モ若シ特別法ニ其規定アルモノナル時ハ此數罪俱發ト再犯加重トノ規定ノミハ之ニ適用セサルモノナリ(明治十四年十二月第七十二號布告第五條)

(二百七十六) 刑ハ一身ニ止ル故ニ罪金科料カ刑罰タル以上ハ犯人ニ非サ



レハ之ヲ科スル能ハス犯人ニ對セサレハ執行スル能ハス犯人身死スレハ  
 公訴モ消滅シ刑罰モ消滅ス從ツテ刑罰ノ性質アル罰金科料ハ相續人ヨリ  
 徵收スル能ハサルナリ(刑附二〇條)此點ニ付キ佛國刑法ニハ我刑法附則第  
 二十條ノ如キ明文ナキカ故ニ多數ノ學者判決例ハ罰金科料ノ宣告確定後  
 犯人死亡スレハ相續人ヨリ徵收スル事ヲ得トナス其理由ハ「宣告ニ依リ國  
 庫カ債權者トナリシモノトシ民法ノ原則ニ依ルト云フニ在リト雖モ此說  
 ハ佛國刑法ノ解釋トシテモ不妥當ナラン罰金科料ハ國家カ國家タル資格  
 ナリテ徵發スルモノナリ之ヲ宣告スルモ同時ニ忽チ民法上ノ債權者トナ  
 ル理アラゾヤ犯人ニ在命ニ宣告シタルノミニテ能ク刑ノ目的ヲ達シ得タ  
 リシナラハ相續人ヨリ徵收スル必用ナク未タ目的ヲ達シ得サリシモノト  
 スルモ犯人以外ノ者ニ何ノ痛苦ヲ加フル必要カアル

日本刑法ノ解釋トシテ尙且ツ罰金科料ハ其宣告確定スレハ政府カ犯人  
 ニ對スル債權者トナルモノトスル學者アリ(刑法正義上卷三六六頁)政府若  
 シ債權者トナルモノナラハ犯人カ罰金科料ヲ辨濟セサル時民事裁判所ニ

訴ヘ之ヲ履行セシムヘキヤ犯人死亡シタル場合ニ相續人ヨリ之ヲ徵收セ  
 サル規定(刑訴二〇條)ハ何ヲ以テ説明スヘキ一旦獲得シタル債權ハ何時復  
 ヒ犯人ノ資産ノ中ニ返リシヤ學者能ク此三點ニ答フル途アルカ

(二百七十七) 罰金科料カ刑罰タル時ハ二人以上連合シテ之ヲ制裁トシタ  
 ル禁令命令違反ノ所爲ヲナシタル者ニ對シ各自ニ全額ヲ徵收セサル可カ  
 ラス(刑一〇四條)此點ハ數人共犯ノ説明ヲナシタル後一層明瞭トナラン故  
 ニ會社其他何等ノ名義ヲ以テ團結シタル者ト雖モ其一團體ニ對シ罰金科  
 料ヲ宣告セシメテ之ヲ組織シタル者各自ニ全額ヲ負擔セシム刑罰タル罰  
 金科料ハ連帶シテ支拂フ克ハス但シ反對ノ明文ナラハ之ニ從フヘキノミ

第九十三條ノ場合ハ此原則ノ例外タルカ如クニ見ユ現ニ之ト同一ノ  
 場合ヲ判決スルニ方リ佛國大審院ハ例外トシタル事アリト云フ(Garraud)氏  
 一卷五十五頁然レトモ其偽造變造ノ情ヲ知り五人連合シテ五萬圓行使シ  
 タル時之ニ十萬圓ノ罰金ヲ科スルハ同シク犯人ノ各自ニ全額ヲ徵收スル  
 モノニ非スヤ一人ノ行使額ヲ調査シ其二倍ノ罰金ヲ科スルニ過キサレハ

何チ苦ミテ例外ト云フノ必要カアル

### 第三項 罰金科料ノ利害

(二百七十八) 罰金科料ハ(一)身ニ適切ナラサルヲ以テ犯人チ懲改スル克ハ  
ス世人チ懲戒スルニ足ラサル弊アリ(二)之ヲ宣告スルモ資力無キ者ニ對シ  
テ執行スル克ハス(三)特ニ犯人ノ貧富一様ナラサルノ結果平等均一チ缺ク  
ト是罰金科料ノ短所トシテ往々批難サル、所ナリ

罰金科料ノ短所ハ之チ補フ道ナキカ、罰金科料ニ對スル第一ノ批難ハ身ニ  
適切ナラヌシテ犯人チ懲改スル克ハス其人チ警戒スル事難シト云フニ在  
リ然レトモ之チ科スル犯罪ノ選擇宜シキチ得ハ自由刑モ及ハサル長所ア  
リト信ス試ニ思ヘ嫉妬怨恨義俠其他之ニ類スル起動者ニ因リテ人チ殺傷  
セント欲スル如キ者ニ金錢ヲ以テ制裁トスル禁令命ヲ設ケナハ其効無  
キヤ固ヨリ論チ俟タスト雖モ夫ノ情チ知リテ偽造變造ノ貨幣チ行使シ、制  
規チ變更シタル度量衡チ用ヒテ商品チ買取り、納稅チ免レテ收入チ増サン  
トスル等總テ利慾ノミニ基ク犯罪チ罰スルニ金錢ヲ以テシ且ツ之チ補フ

ニ犯罪捜査ノ綿密ト裁判執行ノ嚴格トヲ以テセハ世人モ罪アラハ必ス發  
覺シ發覺セハ得ント欲シタル所ヨリ失フ所多キチ覺悟スルニ至リ何ソソ  
懲改示例ノ効ナカラシヤ加之ナラズ利慾ノミニ基ク犯罪ニ自由刑チ制裁  
トセソカ僅少ナル日數チ鐵窓ニ暮スヨリモ寧ロ不義ノ富チ愛スル者アリ  
テ却ツテ懲改示例ノ果チ收ムル克ハサラン是ニ由リテ之チ觀レハ罰金科  
料ニ對スル第一ノ批難ハ其實罰金科料ノ缺點トナス克ハスシテ之チ科シ  
タル犯罪ノ選擇如何ニ拘ハルモノナリ現行法ノ規定モ所謂犯罪ノ選擇ニ  
就テハ甚シク誤ナキモノ、如シ

罰金科料ニ對スル第二ノ批難ハ資力無キ者ニ對シテ執行スル克ハス  
云フニ在リ然レトモ資力無キ者ニ罰金科料チ執行スルハハナル不便ハ逃去  
シタル犯人ニ自由刑チ執行スル克ハサル不便ト全ク同一ナラスヤ而シテ  
罰金科料ニ至リテハ他ニ之チ換フル適當ノ手段タニアラハ寧ロ其不便少  
シト謂ハサル可カラス現時何處ノ刑法ニモ其手段ノ設ナキハナシ但方法  
ニ少差アルノミ我刑法ハ禁錮ニ換フル制度チ採用ス換刑處分ハ罰金科料

ハ執行上ハ手段ニ過キサルヲ以テ我輩ハ之ヲ第四章ノ説明ニ讓ラン  
 罰金科料ニ對スル第三ノ批難ハ犯人貧富ノ度懸隔スル爲メニ均一平等  
 ナクシト云フニ在リテ此一事ハ罰金科料ニ對スル批難ノ燒點ナリオルト  
 ラン氏ノ如キハ之ヲ救済スル一策ヲ示シテ曰ク「犯罪ニ依ツテ金額ヲ定メ  
 ントスルカ故ニ平等均一ヲ缺クノミ若シ犯人ノ何日分又ハ幾月分又ハ何  
 年分ノ收入ヲ徵收スルノ策ヲ採ラハ全ク其弊ナカラント」(同氏ノ一四〇三  
 號)現今ノ規定ニ比スレハ氏ノ策ハ固ヨリ一層均一ヲ得ルニ近カラント雖  
 モ亦全ク缺點ナキニ非ス凡ソ資産ノ効能特ニ金錢ノ効能ハ額ヲ加フルニ  
 從ヒ或點迄遞加スルモノニシテ必スモ百圓ノ効能ハ一圓ノ百倍トスル  
 克ハス之ヲ物ニ喩フレハ物理學上ノ力一ト二ト相加ルニ三トナラスシテ  
 自乗ノ和ヲ平方ニ開キタルモノト成ルニ似タリ若シ氏ノ説ノ如ク犯人ノ  
 何日何月何年ノ收入ヲ徵收スルモノトセシカ富者ニ酷トナリテ亦均一平  
 等ヲ缺カン實際ノ計算ニ困難ナルヲ氏ノ策ノ缺點トスル説(刑法正義上卷  
 二九六頁)ノ如キハ探ルニ足ラス

實數ニモセヨ比例數ニモセヨ犯罪ノ輕重ト罰金科料ノ金額トノ間ニ  
 ミ權衡ヲ保タン事ヲ是力ムルハ亦正義ノ妄想ニ基ク謬論ナリ罰金科料ト  
 雖モ刑罰タル以上ハ犯人ヲ懲戒スルニ足ルヲ又限度トセサル可カラズ犯  
 人ヲ懲改スルニ必要ナラハ其時初テ資産ノ何分ノ一ハ幾日分ノ收入ヲ標  
 準トシテ之ヲ徵收スヘキノミ百萬ノ富ヲ有スル者ト雖モ一錢ヲ失ツテ生  
 命ニ關スル程ノ痛苦ヲ感スル者天下ニ其人無シトセス此ノ如キ者ニ對シ  
 テ巨額ノ金額ヲ徵收センハ必要ノ度ヲ超過シタル者ト云ハスシテ何ソヤ  
 論シテ爰ニ至レハ罰金科料ヲ設クヘキ眞ノ主旨ニ適ヒ其効ヲ全カラシメ  
 ノニハ亦最下額ト最高額トヲ設ケ其間ノ差額ヲ十分大ニスルカ又ハメシ  
 ランブルグ、サクソン、ベイマルブロンズ、サクソニエツク「刑法德川百ヶ條」  
 如ク全ク額ヲ定メス裁判官ヲシテ各被告事件ニ付キ犯人ノ性癖、境遇、身代  
 等ニ應シ適宜ノ言渡ヲナサシムルヲ最良手段トスヘキナリ但今日ノ科學  
 ノ程度犯人ヲ主觀的ニ觀察スルノ法ヲ與ヘサルカ故ニ現行法ニ二三ノ修  
 正ヲ加ヘ高低ノ差額一層大ナラシメテ暫ク満足スヘキノミ

### 第四項 沒收

〔二百七十一〕沒收ニハ一般ノ沒收(Confiscation generale)ト名クルモノアリ特別ノ沒收(Confiscation speciale)ト名クルモノアリ  
 部若クハ其幾部ヲ官ニ沒入スル制度ニシテ羅馬ニ於テハ死刑ノ宣告ヲ受ケタル者ニ對シ常ニ之ヲ科シタリ我國ノ徳川時代ニ關所ト名ケシモノ、中ニハ所謂一般ノ沒收ヲ含ミ之ヲ重追放及ヒ自裁下手人以外ハ死刑ニ處セラレタル者ニ當然科シタル趣ハ(百ヶ條第二十五頗ル羅馬法制ニ類似ス佛國ニ於テモ往昔ハ汎ク適用セラレシ事迹アリト雖モ千七百九十年ニ一度廢止サレ千八百十年ニ再設サレテ千八百十四年以後永ク全廢サル、ニ至レリ我國ニ於テモ明治三年以後之ヲ廢セラル現時何故ニ一般ノ沒收ハ各國共之ヲ廢シタルカ他無シ刑ハ一身ニ止マルト云フ原則ニ反シテ若シ資産ハ全部ヲ沒收スレハ犯人ハ外其一家一族ニ必然痛苦ヲ與フルヲ以テナリ

〔二百八十〕現時我國ヲ初メ各國ノ法制ニ採用サル、沒收ハ特別ノ沒收ニ

シテ我輩ノ本項ニ說明セント欲スルモノモ亦是ナリ何故ニ特別ノ沒收ト云フ名稱アルカ他無シ夫ノ一般沒收ノ如ク犯人ノ資産ノ全部又ハ其幾部ヲ徵收セスシテ豫メ法律規則ノ明文ニ依リ示定セラレタル物品ノミヲ徵收スルカ故ナリ而シテ之ヲ犯人ノ資産幾部ト定メテ徵收スル一般ノ沒收ト混同ス可カラズ價格ヨリ推シテ云ハハ特定シタル物品ヲ徵收スルモ亦是レ犯人ノ資産ノ一部ヲ徵收スルモノナリト雖モ彼ニ在リテハ物品確定セラレス此ニ在リテハ一々特定シタル物品ヲ徵收ス其結果偶々全部ノ資産ヲ徵收スルニ至ルモ敢テ特別ノ沒收タルニ害ナシ我國徳川時代ノ關所ハ時ニ此特別ノ沒收ノ意味ヲ有ス田畑屋敷モ特定シ家財現金ヲ取上ケサリシ關所ノ如キハ即チ是ナリ故ニ特別ノ沒收ハ必スシモ現行法ニ依リ創メテ設立サレシモノニ非ス

〔二百八十一〕沒收ハ裁判官之ヲ宣告セサル可カラズ(刑四三條)當然死刑其他ノ主刑ニ附加セシメ犯人ノ資産全部又ハ幾部ヲ包括シテ沒入スル往昔ノ一般ノ沒收ト異ナリ現刑法ノ採用スル所ハ特別ノ沒收ナリ法律カ明ニ

示定シタル物件及ヒ條件ヲ具フル場合ニ非サレハ沒收スルヲ得ス、官ニ沒入シタル物件カ果シテ法律ノ沒收ヲ命シタルモノナルカ法律ノ命スル條件ヲ具ヘテ沒入シタルカノ二點ヲ證明スル必要アルヨリ宣告シテ初メテ沒收スルノ制ヲ採リシモノナリ

(二百八十二) 沒收シタル物件ハ如何ニ處分スルカ檢事ノ命令ニ因ル(刑訴三二〇條三)檢事ハ沒收スヘキ各物件ニ對シ法律カ沒收ヲ命シタル主旨ヲ推究シテ以テ適當ノ處分ヲナサシメサル可カラズ即チ民間ニ下附シテ害無キ者ハ公賣セシムルモ可ナリ、執達吏、沒收品ノ公賣ニ當ル事ヲ得(執規三條)害アル物ハ民間ニ下附ス可カラズト雖モ當局者間ノ參考ニ供スルニ足ル物ハ永ク貯藏セシム可ク貯藏スル必要ナクハ破毀セシメサル可カラズ沒收品ノ中衣類並ニ食物ノ如キハ近隣ノ慈善病院又ハ育兒養老院等ニ贈與セシムル如キハ頗ル好手段ナラン(佛國一八四四年五月三日附法律第三條參考)

### 第四節 能力刑

(二百八十三) 我輩カ茲ニ能力刑ト命名シタルハ剝奪公權、停止公權、禁治產ノ三附加刑ナリ何故ニ之ヲ能力刑ト名ケタルカ他無シ此等ノ刑罰カ直接ニ剝奪<sup>剥奪</sup>トスルモノハ公權ヲ享有スル能力自ラ私權ヲ行使スル能力ニアリテ名譽並ニ財産ニ及フハ間接ノ結果ニ過キスト信シタレハナリ

#### 第一款 剝奪公權

(二百八十四) 刑法第三十一條ハ剝奪公權ニヨリ剝奪スヘキモノ九種ヲ列舉ス然ルニ剝奪公權モ亦一個ノ刑罰ナリ(刑一〇條)從ツテ該條ニ示サ、ルモノヲ剝奪スル能ハサルヤ論ヲ待タス(草案註釋九二號、刑法論綱二六二頁)九種ノ剝奪スヘキモノ如何第一項トシテ之ヲ論ス可シ

(二百八十五) 剝奪公權ハ一ノ附加刑ナリ(刑一〇條)如何ナル者ニ如何ナル方法ヲ以テ如何ナル期間公權ヲ剝奪スルカ第三十二條ハ之ニ答ヘテ曰フ重罪ハ刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒテ終身公權ヲ剝奪ス(ト宣告ヲ用ヒサルハ他無シ之ヲ附加スヘキ者並ニ期間豫メ法律ノ規定ニ依リテ確定シ裁判官ニ取捨伸縮ノ自由無キヲ以テノ故ノミ)之ヲ當然重罪ノ刑ニ

處セラレタル者ノ終身刑トナシタルノ可否ハ第二項ニ論究セン

〔二百八十六〕刑法第三十二條ハ剝奪公權ヲ附加スヘキ者ヲ示スニ方リ重罪ノ刑ニ處セラレタル者……ト云ヒ重罪ヲ犯シタル者ト云ハス故ニ第二編以下ノ各本條ニ重罪トシテ掲ケタル罪ヲ犯セシ者ト雖モ輕減シテ輕罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ公權ヲ剝奪スル限ニ非ス而シテ輕減シタル原因カ宥恕タルト酌量減輕タルトハ問ハサルナリ

〔二百八十七〕第三十二條ハ重罪ノ刑ニ處セラレタル者……ハ公權ヲ剝奪スト汎言シタルカ故ニ死刑ノ宣告ヲ受ケタル者モ其中ニ含ムヤ論ヲ俟タス故ニ死刑ノ宣告ヲ受ケテ執行ヲ受クル迄ノ間ハ勿論偶執行ヲ遵レ其極期滿免除ヲ得ルニ至ラハ終身附加ノ剝奪公權ノ刑ノミナ科スヘキナリ

第一項 剝奪公權ハ何ヲ剝奪スルカ

〔二百八十八〕剝奪公權ニ因テ剝奪スヘキモノ九種アリ曰ク國民ノ特權曰ク官吏ト爲ルノ權曰ク勳章年金位記貴號恩給ヲ有スルノ權曰ク外國ノ勳章ヲ佩用スルノ權曰ク兵籍ニ入ルノ權曰ク裁判所ニ於テ證人ト爲ルノ權

曰ク後見人トナルノ權曰ク分散者ノ管財人トナリ又ハ會社及共有財産ヲ管理スルノ權曰ク學校長及ヒ教師學監トナルノ權(刑三一條)是ナリ其權ト云ヘルヲ能力ト解スルノ至當ナルハ述ヘテ後ニ在リ

〔二百八十九〕第三十一條ハ剝奪公權ニ因テ剝奪スヘキモノ九種ヲ列舉シ何レモ之ニ權ト云フ語ヲ付シタリ爰ニ於テカ其權利ト示フ意味ナリヤ否ヤノ點ヲ決スル必要ヲ生ス(一)凡ソ或ルモノヲ剝奪スト云フニハ剝奪サルヘキ者カ既ニ之ヲ有スルモノナラサル可カラス山賊モ裸體ノ旅人ヨリ衣類ヲ剝クハサラン巷賊モ無一物ノ囊裏ヲ探ツテ金錢ヲ奪フ克ハサラン(二)又權利トナルニハ反對ノ衝突ヲ退ケテ國家ノ保護スル行爲不行爲ナラサル可カラス此二點ヨリ觀察シ第三十一條ニ所謂權ハ能力ニ外ナラサルナ一言セン

剝奪スルモノ、第一ハ國民ノ特權ナリ其一タル參政權ノ如キハ國家カ反對ノ衝突ヲ退ケテ保護スル點ヲ見ルニ固ヨリ廣義ノ權利ノ中ニ含蓄セラル、ナリ然レトモ其權利ハ年齡資産其他一定ノ條件ヲ具ヘテ初メテ發

生スルモノナリ未タ其條件ヲ具ヘザル間ハ唯將來之ヲ具フル時權利ヲ獲得スヘシ獲得スル事ヲ得ト云フ能力アルニ過キス未タ獲得セザル權利ハ國家ノ全能ナルモ剝奪スルニ途ナシ剝奪スル所ハ既ニ有スル所ノ能力ナリ而シテ既ニ其能力ニ因リ其權利ヲ得タルモノニ對シテハ能力ヲ奪ハルルカ故ニ權利ヲ喪フニ至ル第二官吏トナルノ權以下モ此理ヲ布延セハ盡ク能力ヲ剝奪スルノ意味ニシテ法文ノ權ト云フ文字ヲ削リ之ヲ能力ト云フ語ニ換フレハ法理ノ在ル所ヲ知ルニ足ラン

〔二百九十〕 能力ハ亦國家ノ保護ヲ受ケ反對ノ衝突ハ公力ニ訴ヘテ退クル事ヲ得此一點ヲ以テ云ハ、能力モ權利ナリ然リト雖モ文字ノ撰擇ナ此ノ如ク無制限ニナサハ權利ヲ享有スル權利アリ權利ヲ享有スル權利ノ上ニ權利ヲ有スト云ハサル可カラサルニ至リ思想複雜シ理論混同シ遂ニ主旨ノ在ル所ヲ失ハシムルニ至ラン第三十一條第一ノ如キ國民ノ特權ト云ヒ國民ノ特權ヲ享有スルノ權ト云ハサルニ就テモ其失フ所ハ權利ニ非スシテ能力ナリト云フニ如カス

畧言スレハ剝奪公權ハ九種ノ公權ヲ享有スル能力ヲ剝奪ス故ニ此能力ニ因リ既ニ公權ヲ享有シタル者ニ對シテハ能力ヲ剝奪セラレタル結果トシテ公權其者ヲ喪失シ未タ公權ヲ享有セザル者ニ對シテハ將來他ノ條件ヲ具フルモ能力アリトイフ一條件ヲ缺クカ爲ニ公權ヲ享有スル克ハスト云フニ歸ス

公權剝奪ハ公權其者ヲ喪失スルカ之ヲ享有スル能力ヲ喪失スルカ區別ノ一大實益ハ複權ニヨリ剝奪公權ヲ解カレタル場合ニ存ス

第二項 剝奪公權ヲ重罪處刑者ニ終身附加スルノ可否

〔二百九十一〕 重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ宣告ヲ用ヒス終身公權ヲ剝奪セラレタル者ニ對シテ重罪ノ刑ニ處セラレタル者ニ限リ(一)重罪ノ刑ニ處セラレタル者ノ中ニハ何等ノ區別ヲ立テス(二)而シテ學說上動モスレハ之ニ名譽刑ノ稱ヲ付スルハ一ニ歴史上ノ理由アルノミ佛國刑法同一ノ主義ヲ採リテ Oltra 氏ニ「不幸ナル羅馬以來ノ遺物ナリ」ト評セラル之ニ倣ヒシ我

刑法ヲ氏ニ評セシメハ「名譽刑ト名ケザリシ一點ハ一步ノ改良ナリ」ト云フナルヘシ

(二百九十二) 剝奪公權ヲ當然重罪囚ニ附加シテ如何ニ破廉耻漢ト雖モ輕罪囚ニ附加セラレサルハ草案ノ例ニ倣ヒ草案ハ佛國刑法ノ例ニ倣ヘリ(草案四〇條佛刑八條)

重罪ヲ犯ス程ノ者ハ到底悔改復善ノ見込ナシ故ニ之ニ科スル刑罰ハ痛苦ノ大ナルモノ耻辱ヲ與フルニ足ルモノヲ選ヒ以テ罪惡ト權衡ヲ保タシメサル可カラス之ニ反シテ輕罪ヲ犯ス者ノ如キハ其情一般ニ輕ク將來改心ノ望無キニ非ス故ニ其刑罰ハ罪惡ニ反座スル苦痛ヲ與フルト同時ニ懲改ノ効アルモノヲ擇フヘシト是佛國刑法カ刑罰ニ施體ノ刑(Peine Afflictive)加辱ノ刑(Peine Infamante)懲治ノ刑(Peine Correctionnaire)ノ三類ヲ設ケシ思想ナリ(然ルニ懲改ノ効ハ有無ハ必スシモ罪惡ノ大小痛苦ノ深淺ニ伴ハサルハ事實アルハミナラス重罪囚人中却ツテ改心ノ迹ヲ見ル者多ク輕罪囚人中犯罪ニ犯罪ヲ重ネ尙改心ノ志ヲキキ公言スル者アルト(二)名譽ハ各人固

有ノモノニ非ス各人ノ學術技藝其他ノ才能ニ對シテ世人ノ與フル好評ニ過サルヲ以テ之ヲ毀損シ之ヲ剝奪セントスルハ事實不能ノ業タルトノ二點ヲ注意セハ佛國ノ刑罰制度ハ其思想ニ於テ其名稱ニ於テ批難スヘキノ個所無キヲ得ンヤ

我刑法ハ幸ニシテ名譽刑又ハ加辱刑ト言ハス剝奪公權ニ此ノ如キ名稱ヲ付セザリシハ佛刑法ニ比シ一ノ進步ヲ加ヘタルモノナリト雖モ之ヲ輕罪囚人ニ附加スル事アルノ規定ヲ設クルニ至ラザリシハ輕罪以下ノ犯人ノミ懲治ノ見込アリト云フ空論ニ出テシカ刑罰嚴ニ失スルトノ正義ノ妄想ニ基キシカ其果シテ輕罪以下ノ犯人ニ惡癖ヲ固持ナル者アルヤ否ヤハ事實論ナリ宜シク主觀的實驗ノ方ヲ取ラサル可ラス其罪刑ノ間ニ權衡ヲ失スルト云フ思想ハ空理空論ナリ試ニ重罪囚人ノミ公權ヲ剝奪スルノ制ハ能ク正義論者ノ所謂權衡ヲ保テ得タルヤ否ヤヲ問ハン女子ハ數多ノ國民ノ特權ヲ享有スル能力ナキニ非スヤ草案註釋ニ云フ如ク囚人ノ位置ヲ同一ナラシムト云フハ(草案九二號以下)即チ犯罪ト刑罰トカ平均ヲ保タサ



ル事ヲ自白スルモノニ非サルカ犯罪以前各人ノ位置同シカラズ  
〔三百九十三〕 剝奪公權ヲ重罪囚ノミニ附加スルノ非ナル斯ノ如シ然レト  
モ之ヲ終身刑トナシタル點マテ批難スル學說ハ批難アルヲ免レズ一旦之  
ヲ附加サル、モ復權ニ依テ回復ノ途ヲ設ケアルニ非スヤ

第二款 停止公權

〔三百九十四〕 停止公權ノ性質ハ一言ニ言現ハサハ有期ノ剝奪公權又ハ公  
權ヲ享有スル能力ノ中斷ト謂ツヘキナリ剝奪公權ハ第三十一條ニ列舉セ  
ル九種ノ公權享有ノ能力ヲ喪失セシム而シテ無期ノモノナリ停止公權モ  
亦同様九種ノ公權享有ノ能力ヲ喪失セシム但シ彼ニ異ナルハ彼ハ重罪囚  
ニ附加サル、モ此ハ禁錮ニ處セラレタル者輕罪ノ刑ニ於テ監視ニ付セラ  
レタル者主刑ヲ免シ止メ監視ニ付セラレタル者ニ附加セラレ(二)彼ハ犯人  
ノ畢生ヲ期間トスルモ此ハ禁錮ノ刑期監視ノ刑期ヲ期間トスルノ二點ニ  
在リ(刑三三三四條)但シ勳章位記貴號及ヒ現任ノ官職ニ付テ例外アルモノ  
トス

〔三百九十五〕 停止公權ハ有期ノ剝奪公權ナリ故ニ公權ヲ行使スル能力ヲ  
喪失スルモノニ非スシテ其期限間公權ヲ享有スル能力ヲ喪失ス行使スル  
能力ヲ失フトナスト享有スル能力ヲ失フモノトナストハ其間著シキ差別  
アリ(一)若シ之レヲ行使スル能力ノミヲ喪失スルモノトセンカ獄中ニ在テ  
國府縣市町村會ノ議員ニ選舉セラル、事ヲ得出獄又ハ監視ヲ了ルノ日直  
チニ運動スル事ヲ得ン年金恩給ノ如キハ其間官ニ於テ貯蓄シ停止公權ヲ  
解カレタル時一時ニ下附セサル可カラサルニ至ラン(二)之ニ反シテ享有ス  
ル能力ヲ有期ニ中斷サル、モノトセンカ其間ニ選舉サル、事ヲ得ス其間  
ハ年金恩給ヲ受クル克ハス而シテ數多ノ特別法ニハ此第二ノ主旨ニ基キ  
タル規定アルカ故ニ遂ニ停止公權ハ公權ヲ享有スル能力ヲ中斷サル、モ  
ノ即チ一時剝奪サル、モノタルヲ知レリ

停止公權ハ禁錮又ハ監視ヲ了ル迄公權ヲ享有スル能力ヲ喪失スル故ニ  
其能力ニ依リ未ダ公權ヲ享有セザリシ者ニ對シテハ其間新ニ之ヲ享有ス  
ル克ハサラシメ其能力ニ依リ既ニ公權ヲ享有セシ者ニ對シテハ禁錮又ハ

監視ヲ了ル迄能力ト公權トヲ共ニ失ハシメ期間ヲ過キテ能力ヲ回復スル  
ト共ニ公權其者ヲ回復セシム(亦一例外アリ次號ヲ見ヨ)

〔二百九十六〕 停止公權ハ禁錮又ハ監視ヲ了ル迄公權ヲ享有スル能力ヲ喪失セシム而シテ一般ニ期限ヲ經過シ能力ヲ回復スルト共ニ先ニ失ヒシ公權其者ヲモ回復セシム此ノ終ノ點ニ付テ一ノ例外アリ公權ヲ停止サル、ノ當時官職ヲ負ヒシ者(官吏ノ身分アル學校長、教師、學監亦同シ)ハ之ヲ有スル能力ヲ喪フカ故ニ官職其者ヲモ喪失ス而シテ期間ヲ了ル迄能力無キカ故ニ新ニ任命サル、事ヲ得スト雖モ期間ヲ經過スレハ能力ヲ回復シ新ニ任命サル、ノ障トナラス獨リ先ニ失ヒシ官職カ能力ト共ニ回復セルノ一點他ノ公權ト異ナル所アリ

〔二百九十七〕 停止公權ハ一時公權ヲ享有スル能力ヲ喪失セシム是一般ノ原則ニシテ勳章、位記、貴號ニ至リテハ此點ニ付キ或場合ニ例外アリ即チ未ダ公權ヲ享有セサル者ニ對シテハ享有ノ能力ヲ奪フノ結果期間ヲ了ル迄新ニ之ヲ授クル克ハスト雖モ既ニ公權ヲ享有シ勳章、位記、貴號アル者ニ對

シテハ享有ノ能力ヲ奪ハス之ヲ行使スル、能力ヲ奪フト解釋スヘキニ似タリ何トナレハ享有ノ能力ヲ失フトスレハ一時勳章、位記、貴號ヲ返上セシメサル可カラサルニ實際此ノ如キ事無ク止タ囚人タル間傍書ニ位記、貴號ヲ付シ勳章ヲ佩用スルヲ禁スルニ過ギサルヲ以テナリ

### 第三款 禁治産ノ定義

〔二百九十八〕 現行刑法ニ就テ禁治産ノ定義ヲ下サハ重罪ノ主刑ノ終マテ財産ニ關スル私權ヲ自テ行使スル能力ノ剝奪ナリト云フ事ヲ得(刑三五條)〔二百九十九〕 甲 禁治産ハ財産ニ關スル私權ヲ行使スル能力ノ剝奪ナリ凡ソ私權ハ必スシモ財産ニ關スルモノ、ミニ非ス結婚ヲ爲スノ權、養子ヲ爲スノ權、子ヲ認知スルノ權ノ如キ亦私權ノ一種ニ過キスト雖モ刑法ニ所謂禁治産ハ此ノ如キ私權ヲ行使スル能力ノ剝奪ニ非スシテ止タ財産ニ關スル私權ノ行使能力ヲ剝奪スルモノトス財産ニ關スル私權トハ物權人權ノ義ニシテ所有權並ニ債權ハ其最モ著明ナルモノナリ  
財産ニ關セサル私權ヲ行使スル能力ハ之ヲ失ハサルカ故ニ重罪ノ囚人獄

中ニ在ル間結婚ヲ爲シ養子ヲ爲シ子ヲ認知スルモ敢テ法律ノ禁スル所ニ非ス但刑ノ執行ヲ中止スル能ハサルカ故ニ自ラ式ヲ舉ケ若クハ公證人役場又ハ區役所等ニ到リ其手續ヲ爲ス等ノ事ヲ許サ、ルハミ結婚ヲ爲スモ夫婦同居スルヲ得スシテ何等ノ利益モ無キ如クナリト雖モ私生子カ父母ノ結婚ニ依テ嫡子トナリ妻ノ身分ヲ有シタル者カ場合ニ依テ財産ヲ相續スル等其効果ニ於テ必スシモ無用ノ業ニ非ス

〔三百〕乙 禁治産ハ財産ニ關スル私權ヲ自ラ行使スル能力ノ剝奪ナリ財産ニ關スル私權ヲ享有スル能力ノ剝奪ニアラス故ニ重罪ノ囚ト雖モ財産ニ關スル私權其者ヲ喪失スル事無シ若シ之ヲ享有スル能力ノ剝奪トスレハ私權其者ヲモ喪失シ所有權又ハ債權等ヲ失フ事夫ノ公權ヲ享有スル能力ヲ剝奪サレタル者カ公權其者ヲモ喪失シ位記貴號勳章ヲ返上シ選舉被選舉ノ權ヲ失フ如クナラサル可カラズ然レトモ禁治産ニアリテハ止メ財産ニ關スル私權ヲ行使スル能力ノ喪失ニ過キサルヲ以テ所有權又ハ債權ノ如キハ依然其手ニ存シ獨リ之ニ依テ自ラ賣買贈與等ノ行使ヲ爲ス能ハ

サルノミ

〔三百一〕丙 禁治産ハ財産ニ關スル私權ヲ自ラ行使スル能力ノ喪失ニ過キス換言スレハ行使能力全體ヲ失フニ非スシテ自身行使スル能力ノミヲ喪フ此點ニ付テハ恐ク反對ノ議論沸起スヘント雖モ自身行使スル能力ノミノ喪失トセスシテ行使スル能力全體ノ喪失トセハ重罪ノ主刑ノ了リマテ後見人ハ何ノ名義ニ依ツテ重罪囚ノ債權ノ履行ヲ請求シ得ルカ利息ヲ取立テ得ルカ重罪囚ノ得タル工錢ノ幾分ヲ以テ買入品ヲナシ得ルカ家族其他ノ者ニ贈與金ヲナシ得ルカ

〔三百二〕丁 禁治産ハ重罪ノ主刑ノ了マシテ其期間トス故ニ苟モ重罪ノ主刑タル以上ハ徒刑流刑懲役禁獄ノ如キ自由刑ノ執行中ハ勿論死刑ノ宣告ヲ受ケタル者ト雖モ其執行ヲ了ルマテハ自ラ財産ニ關スル私權ヲ行使スル能力ナシ死刑ノ宣告後逃去シタル者ニ對シテ此一點ハ大ニ實益アルモノナリ

〔三百三〕 以上述フル所ニ違ヒ重罪ノ囚徒自ラ財産ニ關スル私權ヲ行使シ

ナル時如何ナル制裁アルカ其契約取引ヲ無効トス而シテ民法上幼者又ハ  
 瘋癲白痴ニ對シ自身產ヲ治ムル能力ヲ剝奪スル主旨ハ此等ノ無能力者ヲ  
 保護スルニ在ルヲ以テ契約取引ノ取消ヲ請求シ得ルハ獨リ其無能力ノミ  
 ニ止ルト雖モ刑法上重罪囚ニ附スル無能力ハ公益ニ基ク一ノ刑罰ナルガ  
 故ニ要約者諸約者雙方共ニ取消ヲ請求スル事ヲ得之ヲ絶對無効ト稱スル  
 事アリ

(三百四)理由 何故ニ重罪囚ニハ禁治產ノ附加刑ヲ設クルカ若シ彼等カ  
 自ラ私權ヲ行使スル事ヲ禁セスンハ(一)之ニ依リテ多少ノ愉快ヲ買フ事ヲ  
 得刑ノ痛苦ヲ減スル恐アリ(二)獄吏其他ノ者ニ賄賂ヲ納レ待遇ヲ寬ナラシ  
 メ甚シキハ脱獄ノ便宜ヲ得ル危險アリ磯部氏之ヲ名句ニ綴ツテ曰ク冥府  
 之事亦黃白之所左右ト又曰ク金鑰能開鐵石之門ト(同氏五九四頁)此二點ヲ  
 理由トスルカ故ニ主刑ノ了ルマテテ期間トスト

右ノ理由ハ草案ノ註釋(一七九頁)ニ見ニ續キテ一般ノ著書ニ納レラル(刑  
 法論綱二六八頁井上氏三九三頁磯部氏五九四頁刑法正義三五〇頁其痛苦

ヲ減スルト云フノ點ハ暫ク措キ待遇ヲ寬ナラシメ脱獄ノ機會ヲ買フ恐ア  
 リト云フニ至リテハ實驗上實ニ至當ノ見解ナリシヲ確ムルニ足ル現時ノ  
 如ク既ニ重罪囚ニ自ラ產ヲ治ムル事ヲ禁シテスラ先ツ低キ司獄官ヨリ機  
 會ヲ買ヒ脱獄後一定ノ金額ヲ贈與スルノ例ナキニ非ス若シ治產ノ禁ヲ解  
 カハ其弊ヤ底止スル所ナカラソ然リト雖モ我輩ハ試ニ尙一ノ理由ヲ附セ  
 ントス學者動モスレハ曰ク停止公權ノ如キハ法律ノ規定ヲ設ケサルモ刑ノ執  
 在レハ實際ニ停止サル、モノナリ若クハ法律ノ規定ヲ設ケサルモ刑ノ執  
 行ニ依リ事實治產ヲ禁セラルト是レ宜シク注目スヘキノ個處ナリ凡ソ終  
 有ハル者ハ中間ヲ有セサル可カラハ *puia la fin, a le moyu* 權利アル者ハ行  
 使スル手段ナカシテ可カラス之ヲ獄中ノ事ニ應用スルニ既ニ產ヲ治ムル能  
 カヲ奪ハスノハ之ヲ運用スル手段ヲ與ヘスシテ可ナランヤ能力アルニ拘  
 ラス運用ノ手段ヲ與ヘサラハ之ヲシテ不當ニ有名無實ナラシムルモノト  
 ス然ルニ自ラ產ヲ治ムル手段ヲ與ヘントスレハ或ハ他人ト接見セシメ或  
 ハ之ヲ監督スル吏員ヲ置キ或ハ刑ノ執行ノ時間ヲ變化セシムル等遂ニ刑

ノ執行ヲ空シク數多ク費用ヲ増加シ得ル所無クシテ失フ所多キ故ニ此手段ヲ與フル克ハサルノ一點ハ遂ニ能力ヲ失ハシムルノ已ムヲ得サルニ至ラシムルモノニアラサル無キヲ得ンヤ

右何レノ理由ニ依ルモ果シテ治産ノ禁ハ之ヲ重罪ノ囚徒ノミニ限ルヘキモノナリヤ禁錮ノ囚徒ハ贈賄ノ結果待遇ヲ寬ナラシムルノ恐ナキカ脱獄ノ便宜ヲ買フ危險ナキカ治産ノ手段ヲ與フルニ困難ナキカ我刑法カ之ヲ重罪囚ニ限レルハ惟フニ禁治産ハ刑罰ナルヲ以テ狀情重キ重罪囚ノミニ附加シテ罪刑其權衡ヲ保タント云フ賠償主義ニ出テタルモノナラン

### 第三章 刑ノ適用

#### 第一節 總論

##### 第一款 定義

百五 刑ノ適用トハ法律ノ規定又ハ裁判ノ宣告ヲ以テ犯罪ニ相應スル刑罰ヲ示定スルヲ謂フ例ヘハ法律ノ規定カ甲罪ニ死刑ヲ科シ乙罪ニ徒刑ヲ科スル如キ是刑ノ適用ナリ其死刑ヲ科シタル甲罪又ハ徒刑ヲ科シタル

乙罪ニ或ル條件ノ添附スル時更ニ法律ノ規定ヲ以テ甲罪ニ徒刑ヲ乙罪ニ懲役ヲ科スル如キ亦是刑ノ適用ナリ次ニ裁判ノ宣告カ法律ノ明文アルナ理由トシ或ハ明文無シト雖モ裁判官ニ職權アルナ理由トシ犯罪ニ相應スルト思料セシ刑ヲ言渡スモ亦是刑ノ適用ニ外ナラズ

##### 第二款 加重減輕

三百六 法律ノ規定カ或ル刑ヲ科シタル犯罪ニ更ニ其罪惡ノ程度ヲ大ナラシムル事情ノ加ハル事アリ罪惡ノ程度ヲ小ナラシムル事情ノ加ハル事アリ何レモ亦或ハ刑ヲ重クシ或ハ刑ヲ輕クセサレハ折衷主義ノ所謂罪刑ノ權衡ヲ保ツクハス此ノ如ク一犯罪ノ罪惡ヲ加フル事情ハ名ケテ加重ノ原因ト云ヒ一犯罪ノ罪惡ヲ減スル事情ハ名ケテ減輕ノ原因ト云フ之ニ因テ法律ノ規定自身カ刑ヲ加重スレハ名ケテ法律上ノ加重ト云ヒ刑ヲ減輕スレハ法律上ノ減輕ト云フ若シ之ニ反シテ法律ノ與ヘタル範圍ニ於テ裁判官カ裁判ノ宣告ニ因リ刑ヲ重クスレハ是裁判上ノ加重ニシテ刑ヲ輕クスレハ是裁判上ノ減輕ナリ

加重ノ原因ニシテ犯罪總體ニ通スルモノハ一般加重ノ原因ト云フ或ル種類ノ犯罪ノミニ關スルモノヲ特別加重ノ原因ト云フ同一ノ思想ニ因リ犯罪總體ニ適スル減輕ノ原因ハ一般減輕ノ原因或ル種類ノ犯罪ノミニ關スルモノハ特別減輕ノ原因ト云フ

一般ノ加重又ハ減輕ノ原因ハ總則ノ中ニ規定セラル然レトモ總則ニ規定スル減輕ノ原因ハ必スシモ一般ニ通スルモノノミニ非ス各本條ニ記載スル加重又ハ減輕ノ原因ハ特別ノモノナリ但シ特別減輕ノ原因ハ時ニ總則ノ中ニ規定セラル

〔三百七〕 加重減輕ノ問題カ主刑全體ニ對シテ適用アルハ論ヲ俟タスト雖モ附加刑ニ就テハ獨リ附加ノ罰金ニ對シテノミ其適用アルモノトス即チ主刑ヲ加重スレハ同時ニ附加ノ罰金ヲ加重シ主刑ヲ減輕スレハ附加ノ罰金ヲ減輕ス(刑七四條)其理由他ナシ附加ノ罰金ハ罪惡ノ程度ト平均セシメ犯人ニ痛苦ヲ與ヘテ以テ主刑ノ効ヲ全カラシメントスル趣旨ニ出ツレハナリ

〔三百八〕 附加刑ノ一タル沒收ニ對シテハ加重并ニ減輕ノ問題ヲ生セズ沒收ハ法律ノ規定(刑四三條)ニ依リ沒入スヘキ物件確定シ裁判官ハ只ダ或ル物件カ法律ノ沒收ヲ命シタル條件ヲ具フルヤ否ヤヲ審案スルノミニシテ一旦其條件ヲ具フルト認定シタル條件ハ之ヲ沒收セサルヲ得サルカ故ニ加重減輕ノ適用ヲ生セサルナリ

〔三百九〕 實際ニ言渡シタル主刑ノ如何ニ依リ法律カ期間ヲ一定シタル附加刑ニ對シテハ亦加重減輕ノ問題ヲ生セズ何トナレハ實際ニ言渡ス刑ハ法律上ノ加重減輕ハ勿論裁判上ノ減輕ヲモ實行シ終レル場合ヲ假想シテ初メテ之ヲ知ルヘキカ故ニ既ニ加減ノ問題ヲ決定シ終レルト同然ナレハナリ故ニ(一)重罪ノ刑ニ處セラレタル者ニ當然終身附加スル剝奪公權(刑三二條)(二)禁錮ヲ申渡サレタル者ニ其刑期限間當然附加スル停止公權(刑三四條)(三)實際ニ申渡サレタル重罪ノ主刑期限間當然附加サル禁治産刑(三五條)(四)重罪ノ刑ニ處セラレタル者ノ刑期三分ノ一ニ均シキ期間當然附加スル監視(刑三七條)(五)死刑無期徒刑ヲ申渡サレ其期滿免除ヲ得タル者ニ當然五

年間附加スル監視(刑三九條)ニ對シテハ加重減輕ノ問題ヲ生セス何レモ加重スヘキハ加重シ減輕スヘキハ減輕シタル場合ヲ假想シ而シテ法律カ期間ヲ一定シタルヲ以テナリ

(三百十) 獨リ輕罪ノ刑ニ附加スル監視ハ各本條ニ最短期ト最長期トヲ設ケ前段ニ述ヘシ監視ノ如ク法律其期間ヲ一定セサルカ故ニ加重減輕ノ適用アリテ主刑ヲ加重スレハ監視ノ期間ヲ延長シ之ヲ減輕スレハ期間ヲ短縮スヘキニ似ダリト雖モ溯テ監視ヲ設ケタル主旨ヲ考フル時ハ其然ラサル所以ヲ知ルニ難カラス嘗テ一言セシ如ク監視ハ主トシテ犯人ノ舉動ヲ觀察スルヲ眼目トス之ニ因リテ犯人ニ痛苦ヲ與フルハ執行上已ムヲ得サルニ出ツ爰ニ於テカ其期間ノ如キモ罪惡ノ大小ニ依リテ伸縮スル必要ナク再犯ノ恐アルヤ否ヤヲ鑑識シ得ルヲ限度トスヘキナリ各本條ヲ見ルニ一般ニ六ヶ月以上二年以下ヲ期間トシ稀ニ六ヶ月以上三年以下ヲ期間トス再犯ノ恐ノ有無ヲ見ルニハ之ヲ延長シテ五年十年觀察スルノ要ナシ之ヲ短縮シテ僅々一二ヶ月觀察スル如キハ有名無實ノ觀察ナリ論シテ爰ニ

至ラハ輕罪ノ刑ニ附加スル監視ノ期間ハ法律カ其最長期最短期ヲ破ル能ハスト定メタルヤ殆ト疑ナカラン止マ其期間内ニ於テ或ハ長ク或ハ短ク宣告スルコトヲ得ルカ故ニ法律上ノ刑期間内ニ於ケル加重減輕ノ問題アルノミ

### 第二節 加重

(三百十一) 刑ノ加重ニハ裁判上ノ加重アリ第一款ニ之ヲ述ヘシ又法律上ノ加重アリ法律上ノ加重ハ犯人ノ身分ニ因テ起ルモノト犯罪事實ノ狀況ニ因テ起ルモノトアリ又犯罪全體ニ通スルモノト或ル犯罪ニ限ルモノトアリ第二款ニ於テ之ヲ述ヘ先ツ加重全體ニ通スル原則ヲ一言セシ(三百十二) 刑ノ加重ハ裁判上ノモノタルト法律上ノモノタルトヲ問ハス其結果罪質ヲ變スル事ナシ(一)凡ソ裁判官ハ法律ノ示定セル刑期金額ノ最高度ヲ超越スル能ハス爰ヲ以テ裁判上ノ加重ノ結果違警罪變シテ輕罪トナリ輕罪變シテ重罪トナル事無シ(二)裁判官ノ爲ス能ハサルモノト雖モ立法者ハ之ヲ爲ス事ヲ得即チ裁判ノ宣告ハ刑ノ最高度ヲ超越スル能ハスト

雖モ法律ノ規定ハ往々刑一等又ハ二等ヲ加フルノ結果刑ノ最高度ヲ超越スル事ヲ命ス法律ノ規定ニ因リ刑一等又ハ二等ヲ加フルノ結果刑ノ最高度ヲ越エ之ニ何等ノ制限モ無クハ違警罪ノ刑ハ輕罪ノ刑ニ變シ輕罪ノ刑ハ重罪ノ刑ニ變シ遂ニ罪質ヲ變スル事アリ得ヘシト雖モ法律ハ更ニ規定ヲ設ケ加重ノ結果刑ノ最高度ハ超越スルモ罪質ヲ變スル迄ニ超越スル事ヲ禁シテ曰ク違警罪ノ刑ハ加ヘテ輕罪ニ入ル事ヲ得ス(刑七二條<sup>1</sup>)輕罪ノ刑ハ加ヘテ重罪ニ入ル事ヲ得ス(刑七〇條<sup>2</sup>)ト是ニ由リテ之ヲ觀レハ法律上ノ加重モ亦罪質ヲ變スル場合ナク更ニ概括シテ云ハハ加重ノ結果罪質ヲ變スル事無シト云フニ歸ス

第一款 裁判上ノ加重

〔三百十三〕 裁判上ノ加重トハ被告事件ノ狀況ニ應シ裁判ノ宣告ヲ以テ重キ刑ヲ科スルヲ謂フ而ルニ法律カ裁判官ノ職權ヲ定ムルニ方リテ所犯情狀輕キモノアルトキハ一等又ハ二等ヲ減スル事ヲ得ル明文(刑八九九〇條)アルニ拘ハラズ所犯情狀重キモノアルトキハ一等又ハ二等ヲ加フル事ヲ許

セシ規定ナシ之ヲ許シタル明文無キノ一事ハ以テ裁判官カ所犯ノ情狀重キヲ理由トシ一等又ハ二等ヲ加重スル能ハサルノ確證ニシテ之ヲ破リタル判決ハ盡ク破毀スヘキナリ裁判官ノ職務ハ既ニ存在スル法ヲ適用スルニ在リテ存セサル法ヲ設クル能ハス

〔三百十四〕 裁判ノ宣告ヲ以テ一等又ハ二等ヲ加フル能ハサルヲ以テ所犯情狀如何ニ重シト判定スルモ裁判官ハ法律カ其ノ犯罪ニ科シタル刑ノ最高度ヲ超越スル克ハス此點ニ關シテハ一モ例外ナシ故ニ例ヘハ科料ハ一圓九十五錢ヲ最高額トシ刑二九條禁錮ハ五年ヲ最長期トス(刑二四條法律カ之ニ一等又ハ二等ヲ加フル事ヲ命セサル場合ニ裁判ノ宣告ヲ以テ一圓九十五錢ヲ超越シタル科料五年ヲ越シタル禁錮ニ處シタル時ハ總テ破毀ノ理由アルモノトス

此ノ如キ理由アルヲ以テ科料ハ加ヘテ二圓四十錢ニ至リ(刑七二條禁錮ハ加ヘテ七年ニ至ル事ヲ許シタル條文刑七〇<sup>2</sup>)ハ全ク法律上ノ加重ノ結果トシテ刑期金額ノ最高點ヲ越ス場合ニ通用スヘキモノトス



(三百十五) 所犯ノ情狀重キキ理由トシ刑ノ最高度ヲ超越スル克ハサルカ故ニ若シ裁判官刑法ノ各本條ニ記載シタル最高度ヲ越ヘタル刑ヲ科セント欲スル時ハ先ツ第一ニ之ヲ許シタル明文ヲ搜索シ第二ニ明文アリシトキハ判決文ニ之ヲ示サ、ル可カラズ若シ其一ヲ缺カハ破毀スヘキ不當ノ裁判ナリ故ニ(一)法律ノ明文ヲ俟タズ裁判ノ宣告ヲ以テ刑一等級以上ヲ加ヘタルカ(二)明文アルモ判決文ニ之ヲ示サスシテ一等級以上ヲ加ヘタル刑ヲ言渡シタル裁判ハ上告ノ理由アルモノトス

(三百十六) 法律ノ明文ニ記載シタル刑期金額ノ最高度ニ上ルハ裁判官ノ職權内ニアリ既ニ其自由ニ放任シテ且ツ最高度ニ上ル可キ原因ヲ示サ、ハ場合ニハ何テ理由トシテ之ニ上ルモ亦自由ナリ

我刑法ハ刑罰權ノ基本ニ關シ折衷主義ヲ採リ罪惡ノ度ト刑罰ノ度ト權衡ヲ保タシムル主旨ヲ以テ刑罰ニハ十カ八九最高度ト最低度トヲ設ケタリ故ニ其希望スル所ハ各罪中特ニ罪惡ノ度ノ高キ時刑ノ最高度ヲ適用セシメントスルコアルヤ疑キ容レズ

而レトモ最高度ニ上ル可キ理由ハ通常明文ヲ以テ限ラサルカ故ニ裁判官ハ罪惡ノ度ノ如何ニ關セス專ラ懲改ノ見込ナキ犯人ト思料シタルノ一事ニ因リ最高度ニ上ルモ固ヨリ其自由ナリ

第二款 法律上ノ加重

(三百十七) 法律上ノ加重トハ犯罪ノ狀況ニ應シ法律ノ規定カ刑ヲ重クスルヲ謂フ犯罪ハ犯人ノ身ニ添附スル事情ニ因テ情狀重キヲ加フル事アリ之ヲ主觀的加重ト云フ又犯罪事實ニ添附スル事情ニ因テ情狀重キヲ加フル事アリ之ヲ客觀的加重ト云フ其一般ノ犯罪ニ通スルモノハ一般加重ニシテ或ル犯罪ニ限ルモノハ特別ノ加重ナリ

法律カ刑ヲ加重スル時ハ一等級以上ヲ加フルモノトス即チ最高度以上ニ上ル是裁判上ノ加重ト異ナル所ナリ蓋シ最高度最低度ヲ有スル刑ヲ科シタル時更ニ重キ刑ヲ科セントスレハ最高度ヲ越エテ一等級以上ヲ重クスルノ外ニ加重スルノ方法アル事無シ  
法律上ノ加重ト雖モ加重ノ結果罪質ヲ變スルニ至ラサルハ前既ニ一言セ

リ而レトモ裁判上ノ加重ト異ナリ禁錮ノ最高度タル五年ハ變シテ七年ニ上リ拘留ノ十日ハ變シテ十二日ニ科料ノ一圓九十五錢ハ變シテ二圓四十錢ニ上ル事アルモノトス重罪ノ主刑ハ最高度ヲ越ユルニ從ヒ刑名ヲ變ス是先ニ重罪ノ主刑ノ最高度ハ刑名ニ固有ノモノト云ヘル所以ナリ

第一項 主觀的加重客觀的加重

(三百十八) 裁判上ノ加重ハ刑ノ最高度ヲ越ユス且ツ其最高度ニ上ルヘキ原因ニ通常制限ナキヲ以テ主觀的ノ原因ニ依ルモ客觀的ノ原因ニ依ルモ之ヲ論スル必要ナシ之ニ反シテ法律上ノ加重ハ刑一等級以上ヲ加フル結果必然最高度ヲ越ユ且ツ其原因ハ法律ニ一定ノ制限アリ結果ニ著シキ區別アルヲ以テ其主觀的加重ト客觀的加重トハ何タルヲ知ラサル可カラス(三百十九) 主觀的加重 法律上ノ主觀的加重トハ犯人ノ身ニ添附スル事情ヲ理由トシ法律ノ規定カ刑一等級以上ヲ重クスルヲ謂フ犯罪全體ニ通スルモノト或ル犯罪ニ限ルモノトアリ 法律カ主觀的原因ニ依リ犯罪總體ノ刑ヲ加重スルモノハ再犯ノ一アルノ

ミ再犯ハ刑一等級ヲ加重セラル(刑九一條以下)初犯者カ犯スモ再犯者カ犯スモ竊盜ハ竊盜ニシテ故殺ハ故殺タルカ故ニ再犯ハ犯罪事實ニ添附スル加重ノ原因ニ非スシテ再犯者ノ身ニ添附スル加重ノ原因タルヲ知ル可シ再犯ノ事ハ第三編ニ見ユ

法律カ或ル犯罪ニ限リテ刑ヲ加重スル主觀的原因ハ例ヘハ第六十七條ニ示セル官吏雇人職工タル身分第七十四條ニ於ケル看守者タル身分毆打創傷罪ニ於ケル豫謀刑三〇二條ノ如キ是ナリ

(三百二十) 客觀的加重 法律上ノ客觀的加重トハ犯罪事實ニ添附スル事情ヲ理由トシ法律ノ規定カ刑一等級以上ヲ重クスルヲ謂フ

犯罪事實ニ添附スル事情ヲ理由トシテ法律ノ規定カ犯罪總體ノ刑ヲ加重シタルモノナシ故ニ略シテ我刑法上客觀的的一般加重ナシト曰フヲ得

或ル犯罪ヲ限リ法律カ客觀的事情ヲ理由トシテ刑ヲ加重シタルモノハ一ニシテ足ラス例ヘハ家宅侵入罪ニ於ケル皇居禁苑刑一七三條脅迫罪ニ於ケル兇器刑三二七條強盜罪ニ於ケル兇器又ハ二人以上ノ連合刑三七九條

ノ如キハ其例ナリ

(三百二十一) 區別ノ實益 法律上ノ加重カ主觀的ノ原因ニ基クト客觀的ノ原因ニ基クト區別スルハ數人共犯ノ場合ニ一大實益アリ第六條ニ曰ク「正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重ス可キ時ハ他ノ正犯從犯及ヒ教唆者ニ及ホスコトヲ得ス」ト該條ニ「正犯ノ身分ニ因リ……刑ヲ加重ス可キ時……」ト云ヘル身分ハ單ニ官吏又ハ子孫若クハ職工雇人等ノ資格ノミチ云フニ非スシテ汎ク犯人ニ添附シタル刑ヲ加重スヘキ事情ト云フ義ナリ畧シテ云ハ、主觀的加重ノ原因ト云フ意味ナリ此ノ如ク主觀的加重ノ原因ハ之ヲ身ニ添附シタル者ノミ刑ヲ加重サレト共ニ犯シタル他ノ犯人ノ刑ヲ加重スル事無シト雖モ客觀的原因即チ犯罪事實ニ添附スル加重ノ原因ハ連合シテ之ヲ犯シタル者全體ノ刑ヲ加重スルヲ原則トス故ニ例ヘハ甲乙丙ノ三人連合シテ強盜ヲ犯シタリトセンニ其二人以上タルノ點ハ犯罪事實ニ添附スル加重ノ原因即チ客觀的加重ノ原因ナルカ故ニ第三百七十九條第二項ニ因リ甲乙丙三人第三百七十八條ノ輕懲役ニ一等ヲ加ヘ重懲役

ニ處セラルト雖モ其中甲一人再犯者ナリシトセンカ再犯ハ第九十一條以下ノ條件ヲ具フル時一等ヲ加重スヘキモノナリト雖モ主觀的加重ノ原因ニ過キサルヲ以テ第六條ニ因リ甲一人ノ刑ヲ加重スルニ止ル(明治十七年十一月二十二日司法省訓示此主觀的事情カ加重ノ原因トナルト犯罪ノ特別成立要素トナルトハ宜シク區別セサル可カラス後ニ詳ナリ)

第二項 一般加重特別加重

(三百二十二) 加重ノ原因ハ犯人ノ身ニ添附スルモノナルト犯罪事實ニ添附スルモノナルトニ因テ主觀的加重ト客觀的加重トニ二大區別スル事ヲ得ルハ第一項ニ述フル如シ更ニ其觀察ノ點ヲ異ニシ犯罪全體ニ通スルモノタルカ或ル種類ノ犯罪ニ限ラル、モノナルカノ點ヨリシテ一般加重ト特別加重トニ二分スル事ヲ得

加重ノ原因ヲ主觀的客觀的ト一般ノモノ特別ノモノトニ分ツハ只觀察ノ點ヲ異ニシタル迄ニシテ之ヲ別種ノ加重原因ト誤解ス可カラス即チ一般ニシテ且ツ主觀的加重ナルモノアリ特別ニシテ且ツ主觀的ノモノ特別ニ

シテ且ツ客觀的ノモノアリト知ル可シ

〔三百二十三〕一般加重、我刑法ガ犯罪全體ニ通シ刑罰加重ノ原因トシタルモノハ唯々再犯ノ一アルノミ再犯トハ其所爲ニ付キ有罪ノ確定裁判ヲ受ケタル後再ヒ罪ヲ犯シタル状態ヲ謂フ即チ犯人ノ身ニ添附スル事情ナルカ故ニ一般加重タルト同時ニ主觀的ノモノトス總則第九十一條以下ニ其規定アリ我輩ハ其詳細ヲ第三編ニ讓ル

〔三百二十五〕特別加重、特別加重ノ原因ハ各本條ニ規定アリ其種類一ニシテ足ラスト雖モ之ヲ大別シテ犯人ノ身ニ添附スルモノ即チ主觀的特別加重ノ原因ト犯罪事實ニ添附スルモノ即チ客觀的特別加重ノ原因トノ二トナスコトヲ得區別ノ實益ハ前號ニ見ユ

主觀的特別加重ノ原因ハ第六十七條ノ場合ニ於ケル官吏、雇人、職工タル身分、第七十四條ニ於ケル看守者タル身分、毆打創傷罪ニ於ケル豫謀三〇二條ノ如キヲ云フハ前既ニ一言セリ其他第三百三十二條ニ於ケル醫師、穩婆、藥商タル身分、第三百三十八條ニ於テ給料ヲ得保養ヲ託セラレタル事モ

亦其例ナリ

客觀的特別加重ノ原因モ既ニ其一二ノ例ヲ示セリ即チ第七十三條ノ皇居禁苑、第三百三十三條ノ凶器、第三百二十七條ノ凶器又ハ二人以上タルコト是ナリ其他第七十一條ノ第三項以下ノ事情、第二百四條ノ無記名公債證書、第二百七十八條ノ日數、第三百二十二條ノ日數、第三百六十九條ノ二人以上タルコトノ如キ又其適例ナリ

〔三百二十六〕主觀的ノモノタルト客觀的ノモノタルトヲ問ハス特別加重ノ原因ハ之ヲ〔甲〕罪種成立要素ト區別セサル可カラズ〔乙〕又罪樣成立要素ト區別セサル可カラズ區別ノ標準ヲ示スニ先チ罪種成立要素ト罪樣成立要素トノ區別ヲ一言セン

罪種成立要素トハ各犯罪即チ第二編以下ニ於テ竊盜ノ罪、墮胎ノ罪ト云ヘル如キ法律上ノ名稱ヲ有スル一種ノ犯罪ノ成立ニ限リテ必要ナル要素ヲ謂フ

罪樣成立要素トハ右一種ノ犯罪中ニ於テ更ニ或ル體樣ヲ具ヘタルモノ限

リテ成立ニ缺ク可カラサル要素ヲ謂フ例ハ竊盜罪ニハ田野ニ於テ其產物ノ竊盜(三七二條)牧場ニ於テ牧獸ノ竊盜(三七四條)贓額五圓未滿ノ屋外竊盜(明治二十三年十月第九十九號法律第一條)等ノ體樣アリ墮胎罪ニハ妊婦自身ノ墮胎罪(三三〇條)他人ニ墮胎セシメタル罪(三三一條)暴行ニ基ク過失墮胎罪(三三四條)暴行ニ依ル故意墮胎罪(同條)等ノ體樣アリ罪樣成立要素トハ此等ノ體樣中一ノ特定シタル體樣ノミノ成立要素ヲ指スモノナリ

(三百二十七) 甲 特別加重ノ原因ト罪種成立要素トハ左ノ二點ニ因リ區別スル事ヲ得ン

(一) 罪種成立要素ハ其一ヲ缺カハ無罪又ハ別種ノ罪トナル之ニ反シテ特別加重ノ原因ハ之ヲ缺クモ之ヲ具フルモ罪種ヲ變スル事無シ例ハ竊盜罪ニ於テ他人ノ財産ナルコト之ヲ握取シタルコト惡意アルコトノ三ハ共ニ竊盜ト云フ犯罪中ノ一種ノ成立要素ナルカ故ニ其一ヲ缺キ惡意無クハ無罪トナラシ自己ノ財産ナラハ亦通常無罪ナルヘキカ第三百八十八條以下ノ罪若クハ第三百九十六條ノ罪トナル場合モ是レアル可シ之ニ反シテ

テ犯人ハ多數タル事ハ或ル體樣(刑三六六、三六八條)ヲ具ヘタル竊盜罪ノ加重ノ原因ニ過キサルヲ以テ之ヲ缺キ一人ニテ犯スモ竊盜罪ナリ二人以上ニテ犯スモ竊盜罪ナリ第三百六十二條第二項及第三百六十三條ニ於テハ特別加重ノ方式(次號ヲ見ヨ)ヲ用ユルモ其實罪種要素タルコトハ此標準ニ照シテ知ル可シ

(二) 罪種成立要素ハ法律カ其一以上ノ形狀如何ヲ定ムルニ因リ更ニ同種ノ犯罪中一定ノ體樣ヲ具ヘタルモノトナル略言スレハ罪種成立要素ハ罪樣成立要素ノ基礎ナリ之ニ反シテ特別加重ノ原因ハ之ヲ具フルモ體樣ヲ異ニシタル同種ノ犯罪トナラズ畧言スレハ特別加重ノ原因ハ罪樣成立要素ニ非サルモノトス例ハ竊盜罪ニ於テ他人ノ財産ナルコト之ヲ握取シタルコト惡意アルコトノ三ハ共ニ罪種成立要素タルコト前ニ言ヘル如シ今法律カ其中ノ一以上ノ形狀ヲ定メ他人ノ財産ハ田野ノ產物タルコトヲ明言スルニ依リ第三百七十二條ニ示ス所ノ竊盜罪即チ竊盜罪中ノ田產盜ト云ヘル一定ノ體樣ヲ具ヘタルモノトナル然ルニ犯人ハ多數ハ或ル竊

盜罪ノ加重ノ原因ニ過キサルヲ以テ之ヲ具ヘタル二人以上ノ竊盜罪ハ刑ヲ加重シタル竊盜罪ト云フ可ク體様ヲ異ニシタル竊盜罪トイフ克ハサルナリ其當否ハ左ノ論ニ就テ見ル可シ

(三百二十八) 乙 特別加重ノ原因ト罪様成立要素トハ左ノ點ニ由リ區別スル事ヲ得ズ

(一) 特別加重ノ原因ハ文字ノ如ク常ニ刑ヲ加重ス之ニ反シテ罪様成立要素ハ如何ハ時ニ刑ヲ輕クシ時ニ刑ヲ重クス例ハ竊盜罪中ノ一體様ヲ成立セシムル田野ニ於ケル產物(三七二條)ト云フ要素ハ刑ヲ輕クシ持兇器ト云フ要素ハ刑ヲ重クス(三七〇條)特別加重ノ原因ハ特ニ此刑ヲ重クスル罪様成立要素ト區別スル必要アリ左ノ如シ

(二) 特別加重ノ原因ハ法律カ之ヲ示ス方式アリ一等ヲ加フ又ハ二等ヲ加フト云ヒ直ニ刑名ヲ掲ケサル是ナリ之ニ反シテ罪様成立要素ト具備シタル場合ハ通常法律カ刑名ヲ直言ス例ハ第三百六十九條ノ二人以上ト云フ條件ハ加重ノ原因ナルカ故ニ刑名ヲ直言セス一等ヲ加フト云フト

雖モ第三百七十條ノ持兇器ト云フ條件ハ罪様成立要素ナルカ故ニ刑名ヲ直言シ輕懲役ニ處スト云ヘリ

(三) 特別加重ノ原因ハ之ヲ具フルモ第七十二條第二項第七十條第二項ハ制限アリテ罪質ヲ變セス之ニ反シテ罪様成立要素ヲ具ヘタル場合ニハ法律カ刑名ヲ直言スルヲ以テ固ヨリ右ノ制限外ナリ例ハ再犯ノ身分ヲ有スル者二人以上第三百六十七條ノ竊盜罪ヲ犯スモ其二人以上タルノ點ハ特別加重ノ原因ナルカ故ニ(第九十九條)制限ナクシテ再犯加重ノ後ニ特別加重ヲナスト假定スルモ第七十條第七十二條ノ制限アル以上ハ加重ノ場合ノ禁錮ノ最長期七年ヲ超過セハ七年ヲ止メ進ンテ輕懲役ニ入ル克ハス之ニ反シテ持兇器トイフ條件ハ竊盜罪ノ一體様成立要素ナルヲ以テ法律ハ刑名ヲ直言シ刑名ヲ直言シタル結果罪質ヲ變シ重罪トナス(三七〇條)

此第三ノ點ニ特別加重ノ原因ト罪様成立要素トヲ別物ト解釋セシムルニ付キ最モ有力ナルモノト信ス前示持兇器竊盜罪ヲ解シテ法律カ刑ヲ加重

シタルモノトセハ何故ニ第七十條第七十二條ノ制限ヲ受ケシメサリシカ  
 之カ適當ナル理由ヲ發見スル克ハサラン特別加重モ亦法律上ノ加重ナリ  
 一方ニ於テ之ヲ理由トシ罪名ヲ變ス可ラスト云フ明文ヲ設ケ其例外アル  
 ナ云ハス他ノ一方ニ於テ忽チ其原則ヲ捨テタリトハ云ヒ難カラシ  
 (二百二十七) 罪種成立要素并ニ罪樣成立要素ト加重ノ原因トチ區別スル  
 ハ數人共犯ノ場合ニ一大實益アリ(1)若シ加重ノ原因ニシテ且ツ主觀的ノ  
 モノナレハ共犯人中此原因アル者ヲケ刑ヲ加重サレ他ノ共犯人ニ及ホス  
 事無シ(2)反之罪種成立要素又ハ罪樣成立要素ナランカ假令主觀的ノモノ  
 ト雖モ之ト共ニ犯シタル者一同ニ同一ノ刑ヲ科セサル可ラス(3)獨リ客觀  
 的ノモノハ加重ノ原因ナルモ罪種成立要素又ハ罪樣成立要素ナルモ共犯  
 一同ニ影響ス

(二百二十八) 區別ノ實益加重ノ原因チ一般ノモノト特別ノモノトニ分ツ  
 實益二個アリ(1)其一ハ名稱ニ示サル、如ク犯罪總體ニ通スルト特種ノ犯  
 罪ニ限ラル、トノ點ニ存シテ(2)其二ハ加重ノ原因ト減輕ノ原因トノ共存

シタル場合ニ加減ノ順序ヲ定ムルノ點ニ在ルニアリ一般加重ノ原因タル  
 再犯加重ハ特別加重ヲシタル後ニ於テスルモノトス

### 第二節 減輕

(二百二十九) 減輕ハ裁判上ノモノ一種法律上ノモノ四種アリ裁判上ノ減  
 輕ハ名ケテ酌量減輕トイフ法律上ノ減輕モ其中二種ハ一定ノ名稱アリ曰  
 シ宥恕曰ク自首他ノ二種ハ未遂犯ノ減輕ト從犯ノ減輕ト是ナリ其中未遂  
 犯ノ減輕ハ既ニ第一編ニ說明セリ從犯ノ減輕ハ第三編ニ說明ス可ケレハ  
 爰ニ之ヲ詳論セス以下裁判上ノ減輕即チ酌量減輕ト法律上ノ減輕中宥恕  
 減輕ト特別ノ減輕及ヒ自首減輕ノ性質并ニ効力チ一言セン

(三百三十) 裁判上ノ減輕即チ酌量減輕ハ一般ノモノナリ重罪輕罪違警罪  
 ニ通スルモノトス其原因ニハ制限無シ故ニ主觀的事實ニ本キテ減輕スル  
 事アリ客觀的事實ニ元キ減輕スル事アル可シ罪質ヲ變セス  
 法律上ノ減輕中(1)從犯未遂犯ノ減輕ハ犯罪事實ノ形狀ニ本ク客觀的減輕  
 ニシテ罪質ヲ變スル効力アリ重罪ト輕罪トノミニ適用スヘク違警罪ノ從

犯并ニ未遂犯ハ罪トナラサルナリ而レトモ其重罪輕罪全體ニ通スル減等ナルカ故ニ一般ノ減輕ト稱ス可シ(2)宥恕減輕ハ刑法總則ニ掲クルモノハ重罪輕罪違警罪ニ通スル一般ノモノナリ(刑八〇條20、八三條20)刑法第三編ニ掲ケテ殺傷罪ニ限レル特別ノモノアリ(刑三〇九條以下)共ニ犯人ノ年齢又ハ辨別一部ノ喪失ト言フ如キ主觀的ノ減輕ナリ罪質ヲ變セス(3)狹義ノ特別減輕ハ刑法第二編以下ニ特別ノ名稱ナシシテ法律カ刑ヲ減等シタルモノヲ謂ヒ一般ニ犯罪事實ノ情況ニ基ク客觀的減輕ナリ罪質ヲ變ス(4)自首減輕ハ殺傷以外ノ犯罪ニ限リテ適用セシムルモノナリ(刑八五條)此一點ヨリ云ハ、特別ノモノナリ而シテ自首シタルナ理由トスル主觀的ノ減輕ニシテ罪質ヲ變スル事無シ

第一款 酌量減輕

第一項 酌量減輕ヲ設ケシ理由

(三百三十一) 酌量減輕ヲ設ケシ理由ナ一言ニ言盡クサハ(刑罪ト刑罰トノ權衡ヲ保タシムル爲ナリ)トイフヘキノミ夫レ犯人ノ情實犯罪事實ノ狀況

ハ千態萬様ナリ理論ヲ以テ豫メ盡ク之ヲ列舉シ罪惡ノ低度ヲ測定シテ總テノ犯罪ニ動カス可ラサル刑ヲ科センハ到底人力ノ及フ所ニアラス爰ヲ以テ立法者ハ其犯人ノ情實犯罪事實ノ狀況ニ就キ豫メ理論ヲ以テ測定シ得ル限り之ヲ測定シ遂ニ第二編以下ノ規定アルニ至リシヲ見ルト雖モ既ニ立法者ニ於テモ之ヲ以テ各一事件ノ罪惡ノ程度ニ相應シタルモノト斷定セサル證據ハ多數ノ刑ニ最高度ト最低度トヲ設ケ裁判官ヲシテ其間ニ伸縮ノ自由ヲ有セシメタルニ依テ明ナリ

多數ノ刑ニ最高度ニ最低度トノ設アリ裁判官ハ常ニ其最低度ニ下ルノ自由アルヲ以テ若シ高低ノ差大ナル事而蘭刑法ノ有期自由刑ノ如クナラハ必スシモ酌量減輕ノ制ヲ設クル必要ナカラシテ我刑法ノ如キハ刑期金額ノ長短多寡頗ル狹隘ニシテ例合同一ノ體様ヲ有スル犯罪ト雖モ到底此ノ如キ狹隘ナル刑期金額ノ範圍ノ内ニ總テノ犯人ノ情實犯罪事實ノ狀況ニ基ク罪惡ノ程度ヲ網羅スル能ハサルヤ必セリ既ニ刑ノ最低度ニ下ルモ尙罪刑ノ權衡ヲ保ツクハスンハ一等又ハ二等ヲ減スルノ自由ヲ與フル



ハ折衷主義ノ論理ノ應ニ然ラシムヘキ所トス是酌量減輕法ヲ採ルニ至レル理由ノ第一ナリ

刑罰中生命刑無期ノ刑ハ最高度最低度ナシ即チ裁判所カ伸縮ノ自由ヲ有セサル刑ナリ一方ヨリ見レハ犯人ノ情實犯罪事實ノ狀況ニ因テ罪惡ノ程度ノ千種万様ナルハ總テノ犯罪ニ通スル原理ナルニ他ノ一方ニ死刑無期刑ノ如ク伸縮ノ自由ナキ刑ヲ科シタル以上ハ結局一等又ハ二等ヲ減シ下級ノ刑ニ換フルノ自由ヲ與フル外罪刑ノ權衡ヲ保タシムル途ナキヤ論ヲ俟タス是酌量減輕法ノ採ルニ至レル第二ノ理由ナリ

以上陳述スル處ヲ略言スレハ(1)罪刑權衡ヲ保タサル可ラス(2)罪惡ノ程度ハ犯人ノ情實犯罪事實ノ狀況ニ因テ異ル(3)法律ノ科シタル刑ハ總テノ犯人ノ情實犯罪事實ノ狀況ニ應セシムルニ足ラス(4)故ニ酌量減輕法ニ依リ一等又ハ二等ヲ減シテ罪刑ノ權衡ヲ保タシムトイフニ在リ折衷主義カ刑罰權ノ基礎タル事若シ眞理ナラハ此論理ハ必定動カス克ハス

第二項 酌量減輕ヲ與フヘキ原因

二百三十二 如何ナル原因ヲ具フル時ハ酌量減輕ヲ與フル事ヲ得ルカ第八十九條ハ之ニ答ヘテ「……犯處情狀原諒ス可キ者……」ト汎言ス而シテ刑法ノ全部ヲ通覽スルモ一個條トシテ之ニ制限ヲ加ヘタル明文ナキカ故ニ裁判官ハ先ツ(1)主觀的原因即チ犯人ノ情實ヲ審案シ例令ハ竊盜犯人ニアリテモ親ノ飢渴ヲ救ハントスルニ出テタル者若クハ十六歳ヲ越ユル僅ニ一二個月ニシテ二等ノ宥恕ハ尙其權衡ヲ保タスト思料スヘキ者刑法上ノ丁年ニハ相違ナキモ二十歳ヲ越ユル僅々數個月ニ過キサル者等ニ減等ヲ與ヘ得ルハ全ク反對論ナキ處ナリ(2)次ニ客觀的原因即チ犯罪事實ノ狀況原諒スヘキモノアル理由トシテ減輕スルコトヲ得ルヤ我輩ハ固ヨリ積極ノ說ヲ採ルモノナリ華壇ニ於テ一枝ノ美花ヲ折リ神殿ニ於テ一厘ノ青銅ヲ竊取シタル者ノ如キハ一般ニ十一日以上二月以下ノ重禁錮(明治二十三年十月第九十九號法律)ノ最低度モ尙重キニ失スト考フ即チ單ニ犯罪事實ノ狀況輕キ理由トシ減輕ヲ與フルニ於テ何ノ障害ナキノミナラス寧ロ第八十九條ノ希望スル處ニ適スルモノト斷言スルヲ憚ラサルナリ

而ルニ一派ノ學說ハ酌量減輕ヲ設ケタル主旨立法者カ犯人ノ情況即チ主觀的原因ヲ豫測スル能ハサルニ出ツト認メタル結果裁判官ハ客觀的原因ヲ口實トシテハ酌量減輕ヲ與フ可キモノニアラストイフノ已ムヲ得サルニ至リテ遂ニ此ノ如キ說ヲ主張セリ(刑法正義六二三頁)此說ノ左袒スル能ハサルハ前號ノ所論ニ既ニ其主旨ヲ舉ケタリ(1)各種ノ犯罪事實ノ狀況ヲ盡ク豫見スル能ハサルハ各種ノ犯人ノ情實ヲ盡ク豫見スル能ハサルトモ差別アルヲ認メス(2)第八十九條カ單ニ「所犯情狀原諒スヘキ者」ト汎言シテ他ニ之ヲ制限シタル條項ナキハ裁判官ニ於テ或ハ主觀的原因ニ依リ或ハ客觀的原因ニ依リ酌量減輕ヲ與ヘ得ルノ證據ト解シテ何ノ不都合アルカ我輩之ヲ識ラス

第三項 酌量減輕ヲ與ヘ得ル範圍

(三百三十三) 酌量減輕ヲ與ヘ得ル範圍ハ三ノ問題ヨリ論究スルヲ要ス(1) 重罪、輕罪、違警罪ノ別ナシ之ヲ與ヘ得ルカ(2) 減輕シテ幾等ヲ下シ得ルカ(3) 減等スヘキ基本ノ刑如何

(三百三十四) (一) 第一ノ問題ハ第八十九條第一項ノ規定アルカ爲ニ解釋

上ノ一點ノ疑ヲ留メス曰ク「重罪、輕罪、違警罪ヲ分クス……酌量シテ本刑ヲ減輕スル事ヲ得」ト即チ酌量減輕ハ犯罪總體ニ適用スルヲ得テ或刑法上一モ例外アルヲ無シ案スルニ佛國千六百七十年ノ刑法ハ刑ノ適用上放任主義ヲ採シカ故ニ加重減輕共ニ裁判官ノ隨意ナリシカ千七百九十年ノ刑法ハ法定主義ニ移リ千八百十年ノ刑法ハ其中間ヲ採リ一方ニ於テハ刑ニ最高度ト最低度トヲ設ケ他ノ一方ニ於テハ輕罪事件ニノ酌量減輕ヲ許シタリキ而ルニ該刑法ハ重罪ト違警罪トニ酌量減輕ヲ與ヘサリシ結果嚴ニ過シク法律ハ裁判官ニ於テ其適用ヲ枉ケ無罪ヲ申渡スノ弊害ヲ生セリ爰ニ於テ千八百二十四年ト千八百三十二年トノ二回ノ單行法ニ依リ遂ニ一般ノ犯罪ニ酌量減輕ヲ許スニ至レリ

我國ニ於テ酌量減輕ヲ一般ノ犯罪ニ適用スルノ主義ハ明治七年十二月十八日ノ布告以來存在スル所ニシテ現行法ノ新設シタルモノニアラス(三百三十五) (二) 第二ノ問題ハ減輕シテ幾等ヲ下シ得ルカトイフニ在リ

第九十條之ニ答ヘテ曰ク酌量減輕ス可キ者ハ本刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス  
ト即チ酌量減輕ニ依リテ下シ得ル刑ノ等級ハ二等迄ニシテ三等四等下  
ス能ハス

二等又ハ二等ヲ減ストイフ文式ハ法律上ノ減輕ニモ時ニ使用スル事アリ  
裁判上ノ減輕(即チ酌量減輕)ト法律上ノ減輕(則チ宥恕自首未遂犯ノ減等)ト  
ヲ通シ二等ヲ減スルト一等ヲ減スルトハ裁判官ノ隨意ナリト雖モ法律上  
ハ減輕ハ少クモ一等ヲ下ラサルヲ得ス裁判上ハ減輕ハ其一等ヲ下ルト否  
トニ就テ既ニ裁判官カ自由ナルヲ以テ彼ト此トハ差別アルヲ知ル可シ  
(三百三十六) 減輕セサル刑期金額ノ最短期最寡額ヨリモ一等ヲ減輕シタ  
ル刑期金額ノ最長期最多額カ長ク又ハ多キ場合ニ酌量減輕ニ依リ一等ヲ  
減輕スト宣告シナカラ減輕セサル刑期金額ノ最短期最寡額ヨリ長キ又ハ  
多キ刑ヲ申渡ス事ヲ得ルカ  
本問ハ重罪ノ主刑ニ付テハ起ラサル問題ナリ何トナレハ重罪ノ主刑ハ總  
テ一等ヲ減スルニ依リ下級ノ刑ニ變シ下級ノ刑ノ最長期ハ常ニ上級ノ刑

五〇

ノ最短期ヨリモ長ケレハナリ

之ニ反シテ輕罪ノ主刑タル禁錮罰金并ニ違警罪ノ主刑タル拘留科料ヲ減  
輕スル際ニハ屢々起リ得ル事實ナリ禁錮罰金拘留科料ハ法律ノ示シタル  
刑期金額ノ四分ノ一ナ一等トス(七〇、七二條)故ニ假令ハ二年以上五年以下  
ノ禁錮(二二一條)ノ一等ヲ減シタルモノハ一年六ヶ月以上三年九月以下  
ノ禁錮トナリ一等ヲ減シタル刑ノ最長期三年九月ハ減セサル刑ノ最短期  
二年ヨリ長キコト一年九ヶ月ナリ又二十圓以上二百圓以下ノ罰金(三一  
七條)ノ一等ヲ減シタルモノハ十五圓以上百五十圓以下ノ罰金トナリ一等  
ヲ減シタル刑ノ最多額百五十圓ハ減セサル刑ノ最寡額ヨリ多キコト百三  
十圓ナリ本問ハ則チ此ノ如ク一等ヲ減シタル刑ノ最寡額カ減セサル刑ノ  
最低度ヨリ多キ場合ニ酌量シテ一等ヲ減ストイヒナカラ減セサル刑ノ最  
低度ヨリ多キ刑ヲ言渡シ得ルカトイフニ在リ我輩ハ消極論(刑法正義六三  
一頁)ヲ贊成ス其理由ノ根據ハ酌量減輕ヲ設ケタル主旨ノ中ニ胚胎セラル  
夫レ立法者カ酌量減輕ヲ設ケタルノ趣意ハ法律ノ示シタル刑ノ最低度(死

刑、無期刑ハ暫ク之レヲ除キヨリ、モ尙ホ罪惡ノ程度輕小ナル犯罪アリ得ヘシト判定シタル結果ナリ若シ立法者ニ於テ凡百ノ罪惡ノ程度法律ノ示シタル刑ノ最高度最低度ノ内ニ含マレ得ルモノト判定セハ何ソソ裁判ニ依テ一等又ハ二等ヲ減スル酌量減輕ノ法ヲ設ケンヤ刑ニ最高低ノ兩度ヲ設ケタルノミニテ可ナリ果シテ然ラハ裁判官ニ於テ法律ノ示シタル刑ノ最低度ヨリ多キ刑期金額ヲ相當ト認ムル以上ハ酌量減輕ヲ與フル必要ナシト認定シタルト如何ナル差別カアル論シテ爰ニ至ラハ酌量シテ一等ヲ減ストイヒナカラ減輕セサル刑ノ最低度ヨリ多キ刑ヲ言渡サハ上告且破毀ノ理由アルヲ知ルニ足ラン

而ラハ上告并ニ破毀ニ如何ナル辭ヲ用フヘキカ他ナシ酌量減輕ハ法律上ノ刑期金額ノ最短期最寡額ヨリモ一層低キ刑ヲ科セスノハ罪狀ト刑苦ト權衡ヲ保タザル時ニ於テノミ之ヲ使用セシムル主旨ヲ以テ設ケラレタルモノトス果シテ然ラハ罪狀ニ應スルモノトシテ實際ニ申渡シタル刑カ法律上ノ刑ノ最低度ヨリ多キ時酌量シテ一等ヲ減ストイヘルハ酌量減輕法

五三

ヲ不當ニ適用シタルモノニシテ刑事訴訟法第二百六十八條及ヒ第二百六十九條第十ニ依リ上告又ハ破毀ノ理由アルモスト云フ可キノミ

(三百三十七) (三) 第三ハ減輕スヘキ基本ノ刑如何換言スレハ情狀ヲ酌量シ一等又ハ二等ヲ減スル時ハ如何ナル刑ヨリ一等又ハ二等ヲ減スルカトイフ問題ナリ

第九十條ニ曰ク酌量減輕スヘキ者ハ本刑ニ一等又ハ二等ヲ減スルト本刑トハ各本條ニ記載シタル刑又ハ之ヨリ從犯未遂犯并ニ特別ノ加重減輕ヲ加減シテ殘レル刑ヲ謂フ而シテ他ニ加減ノ原因アレハ酌量減輕ハ最後ニ施行スヘキモノナルカ故ニ酌量減輕ノ減等ニ基本トナルヘキ刑ハ三個ノ場合ニ就テ同シカラス

重罪ハ刑名一ヲ一等トス酌量減輕ハ最後ニ於テスヘキモノナルカ故ニ第九十九條ノ順序ニ從ヒ酌量減輕ノ前ニ來ル自首減輕ヲ施シ殘リタル刑ヨリ一等又ハ二等ヲ減スヘキモノトス

輕罪ノ刑ハ各本條ニ記載スル刑期金額ヨリ其四分ノ一ヲ減スルヲ一等ト

ナルト雖モ之ニ從犯未遂犯并ニ特別ノ加重減輕ノ原因加ハレハ之レヲ加減シテ殘レル刑ノ四分ノ一ヲ一等トス故ニ(1)再犯加重宥恕減輕自首減輕ト酌量減輕ト併發シタル時ハ各本條ニ記載シタル刑期金額ヨリ其四分ノ一ヲ減スルヲ一等減トス換言スレハ此場合ニ酌量減輕ノ基本トナルハ各本條ノ刑ナリ(2)反之從犯未遂犯并ニ特別ノ加重減輕ト酌量減輕ト併發シタル時ハ各本條ノ刑ヨリ從犯未遂犯ノ特別加減ヲ施シタル刑カ酌量減輕ノ基本トナルモノナリ

違警罪ニ付テハ從犯未遂犯ナシ又特別ノ加重減輕ナシ故ニ其酌量減輕ノ基本トナル刑ハ常ニ第四編ノ本條ニ記載スルモノトス

第二款 宥恕減輕特別減輕

〔三百三十八〕ユクスキニズ 宥恕ト言フ語ハ其意味ノ廣狹ニ因リ大ニ之ニ含蓄スル所ヲ異ニス(1)或ル學者ハ之ヲ法律上ノ刑ノ減免ト解セリ宥恕ノ語ヲ斯ノ如ク解スル時ハ裁判上ノ減輕即チ酌量減輕ト相對スル語ト成リ我刑法ニ所謂宥恕減輕ノ名稱アルモノ、外ニ自首ニ基ク刑ノ減免各本條ニ記載スル特

別ノ減輕並ニ刑ノ全免ハ勿論從犯未遂犯ノ減輕モ亦其中ニ含ムモノトス何トナレハ從犯未遂犯ノ減等ハ亦法律上ノ減等ニ外ヲラサレハナリ(2)次ハ自首減免從犯未遂犯ノ減等酌量減輕ノ如キ法律上一定ノ名稱アル減輕ヲ除キ刑法ニ宥恕ノ稱ヲ付シタルモノ及ヒ一定ノ名稱ナキ各本條ノ刑ノ減免ヲ併稱スル是ナリ宥恕全免ト稱スル如キハ此思想ヨリ出テタルモノトス(3)第三ハ止テ刑法カ宥恕ノ稱ヲ附シタル減免ノミチ宥恕トスル是ナリ解釋論トシテ此ノ第三ノ意ニ因リ最モ狹ク解スルヲ至當ト考フ故ニ此最狹義ノ宥恕ノ中ニハ自首減輕酌量減輕ノ如キハ勿論假令法律上ノ減免ト雖モ宥恕ノ名無キモノハ之ヲ含マサルモノト知ル可シ

第一項 宥恕減輕并ニ特別減輕ノ性質

〔三百三十九〕 宥恕減輕トハ主觀的原因ニ依リ刑法上特ニ宥恕ノ稱ヲ付シテ刑ノ一部ヲ免シタルモノヲ謂フ故ニ(1)其法律上ノ減輕タル點ハ自首減輕從犯未遂犯ノ減輕各本條ニ記載セル特別ノ減輕ト同一ニシテ酌量減輕ト異ル所ナリ(2)主觀的原因ニ基クノ點ハ自首減輕ト同一ニシテ從犯未遂

犯ノ減等特別ノ減輕酌量減輕ト異ル所ナリ(3)宥恕ノ稱アルハ各本條ニ記載セル特別ノ減輕中單ニ特別減輕ト稱スヘキモノトノ區別ノ標目ナリ又總則ニ記載セル他ノ法律上ノ減輕トノ區別ノ標目ナリ

(三百四十)宥恕減輕ハ刑法總則ニ掲クルモノト其第三編ニ掲クルモノトアリ(1)總則ニ掲クルモノハ二十才以下十六才以上ノ幼者(刑八一條)及ヒ十六才以下十二才以上ノ幼者(刑八〇條20八三條20)ノ二トス重罪輕罪違警罪ノ區別并ニ辨別ノ有無ニ因テ本刑ヨリ一等又ハ二等ヲ減スルコトハ第一編ニ説明セリ畧言スレハ年齡ニ基キ宥恕ノ名ヲ以テ法律カ刑ノ一部ヲ免シタルモノナリ(2)刑法第三編ニ掲クルモノハ暴行ヲ受ケ互ニ毆打創傷シ、姦通ヲ覺知シ、晝間ノ家宅侵入ヲ防止スルニ出テタル等ノ殺傷ニ關スル刑一部ノ免除ナリ(刑三〇九條以下)此等ノ場合ニ法律カ刑ノ一部ヲ免スルハ犯人カ激怒又ハ恐怖ノ爲辨別ノ一部ヲ喪失シタル理由トシタルモノニシテ亦主觀的ノ事情ニ出テ法律カ宥恕ノ名ヲ付シタル減輕ナリ本刑ニ二等又ハ三等ヲ減スルモノトス

(三百四十一)特別ノ減輕トハ廣ク之ヲ解スレハ法律カ或ル種類ノ犯罪ニ限リテ刑ノ一部ヲ免スルモノヲ謂フ故ニ自首減輕ノ如キ之ヲ總則ノ中ニ規定セルニ係ラス謀故殺以外ノ犯罪ニ限リ適用セシムル(文明刑八五條)アルヲ以テ嚴格ニ言ハ、廣義ニ所謂特別ノ減輕ノ中ニ含まルト謂フ可シ然リト雖モ現行刑法ノ解釋上ハ用語トシテ特別ノ減輕ト言フ時ハ一層狹キ意味ヲ有シ單ニ自首宥恕トイフ如キ一定ノ名稱無キ刑一部ノ免除ヲ謂フ各本條ニ記載スルモノニテ一般ニ所爲ノ形狀即チ客觀的ノ事情ニ基ク減輕ナリ

(三百四十二)同シク法律上ノ減輕テアリナカラ一ハ宥恕ノ名ヲ付シ一ハ何等ノ名稱ヲモ付セサルハ立法者ノ意アツテ爲シタル事ト信セラル他ナシ其主觀的原因ニ基クモノト客觀的原因ニ基クモノトチ名稱ニ因リテ形式上容易ニ識別セシメントシタル是レナリ果セル哉宥恕減輕ノ稱ヲ付シタルモノニ客觀的ノ事情ヲ理由トシタル減輕無シ而シテ之ニ別名ヲ付シ更ニ何等ノ利益アルカ次ノ説明ヲ見ル可シ

### 第二項 宥恕減輕ト特別減輕トノ區別ノ實益并ニ宥恕減輕ノ基本トナル刑罰

三百四十三 自首減輕從犯未遂犯ノ減輕ハ暫ク之ヲ省キ同シク法律上ノ減輕タルヲ一方ニ宥恕ノ名ヲ付シ一方ニ何等ノ名稱ヲ付セサルハ名稱ハ因リテ其主觀的減輕タルト客觀的減輕タルヲ知ラシムルノ意ニ出ツ之ヲ知ラシムルハ立法者ニ於テ客觀的減輕カ罪質ヲ變シ主觀的減輕カ罪質ヲ變セサルノ主義ヲ採リタルカ爲ナリ第九十九條ニ徴シテ知ル可シ各本條ニ記載スル特別ノ減輕ハ一般ニ客觀的事情ニ基クモノナリ直接ニ犯罪成立ノ一要素タル所爲ノ狀態ニ關スルモノナルヲ以テ第九十九條ハ之ヲ從犯未遂犯ト同列ニ置ケリ而シテ各本條ニ記載シタル刑ヨリ從犯未遂犯特別ノ減輕ハ之ヲ減輕シタルモノヲ以テ本刑ト爲シ各本條ノ刑罰同様ノ効力アラシメタルヲ見ル罪質ヲ變スルニ足ルトセシヤ知ル可シ宥恕減輕ハ總テ主觀的事情ニ基クモノナリ第九十九條ハ之ヲ再犯加重自首減輕ノ如キ總テ主觀的事情ニ基ク加減ノ原因ト同列ニ置キタルヲ見テ

モ其罪質ヲ變スル効力無シトシタル一端ヲ窺ヒ知ル可ク而シテ減輕ヲ施スヘキ基本ノ刑ハ特別減輕ト併發スレハ其特別減輕ヲ施シテ殘レル刑ナリトス

三百四十四 刑法第一編第四章第一節及ヒ第三編第一章第三節ニ宥恕減輕ヲ掲グルニ方リ何レモ本刑ニ一等二等又ハ三等ヲ減スヘキ明文アリ何ヲ本刑ト言フカ場合ヲ區別セサル可ラス

宥恕ノ外ニ減輕ノ原因ナキ場合並ニ自首減輕酌量減輕(並ニ再犯加重)ト併發シタル場合ニ宥恕減輕ヲ施スヘキ基本ノ刑ハ各本條ニ記載セル刑罰ナリトス

反之宥恕減輕カ自首酌量並ニ再犯外ノ加減ノ原因即チ犯從未遂犯並ニ特別ノ加重減輕ト併發シタル時其減輕ノ基本トナル刑ハ各本條ノ刑ニ從犯未遂犯特別ノ加重減輕ヲ施シテ殘レル刑罰ナリ

### 第三項 「宥恕全免」ト「不論罪」トノ異同

三百四十五 我刑法カ宥恕ノ名ヲ付シ刑ヲ全免シタル例ハ一ヶ條モ無シ

而レトモ宥恕全免ト云フ語ハ一般ニ學者ノ使用スル所ナリ其意味廣狹ノ二様アリ(1)ハ法律上ノ刑ノ全免ト言フ義ニシテ無罪ト對立スルモノナリ故ニ其中ニハ自首ニ元ク刑ノ全免ト法律上ノ名稱ハ無クトモ犯罪成立シテ刑罰ノミチ全免スルモノトチ含蓄ス(1)ハ自首全免ノ如キ法律上ノ名稱無クシテ罪アルニ拘ラス刑ヲ全免スルノミチ含蓄セシム

我輩ノ爰ニ宥恕全免ノ稱ヲ藉用シテ不論罪トノ異同ヲ示サント欲スルハ右第二ノ狹義ニ於ケル刑ノ全免ノ意ナルヲ以テ自首全免ハ其中ニ含蓄セサルモノト知ル可シ

三百四十六 我刑法カ不論罪ト言フ題名チ付シタルハ第一編第四章第一節ト第三編第一章第三節トノ二ヶ所ナリ而シテ「其罪ヲ論セス」ト言フ語ハ右二ヶ所ノ外第五百五十三條第三百七十七條第三百八十七條第三百九十八條等ニ使用セラル爰ニ於テカ不論罪ト宥恕全免トハ如何ナル異同アルカチ明ニスル必要アリ

我刑法カ不論罪ト名ケタルモノ、中ニハ(1)權利行為ニ出テタル無罪ヲ意

味スル場合アリ第七十六條及ヒ第三百十四條是ナリ(2)無責任ノ行為ニ出テタル無罪ヲ意味スル場合アリ第七十五條第七十七條第七十八條第七十九條第八十條第八十二條第八十三條是ナリ(3)宥恕全免ヲ意味スル場合アリ第五百五十三條ノ如シ

由是觀之我刑法ノ所謂不論罪ノ中ニハ權利行為無責任行為宥恕全免ノ三チ含蓄スト雖モ此三者ハ其性質明ニ區別アリ

權利行為ト無責任行為トノ區別并ニ區別ノ實益ハ第一編第三章第四節ニ詳論セリ即チ其間ニ著シキ差別アリト雖トモ一方ヨリ見レハ犯罪ノ一般成立要素チ缺クニ基ク無罪タルハ點ハ一ナリ是レ宥恕全免ト同シカラサル所トス

宥恕全免ハ犯罪成立シタルニ拘ラス法律ノ明文ニ因リ刑ノ全部チ免スルヲ謂フ之ニ反シテ無罪ノ一タル權利行為ハ無權利ト謂フ成立要素チ缺キ無責任行為ハ辨別自由犯意ノ一チ缺キタル爲ニ初ヨリ犯罪成立セサルモノナリ即チ一ハ罪アリテ刑無キモノニシテ一ハ罪ナキカ故ニ刑無キモノ



トス

(三百四十七) 宥恕全免ト無罪トハ右ニ述フル如キ區別アルカ故ニ左ノ結果ヲ生ス(1)宥恕全免ハ犯罪成立シタルニ拘ラス法律カ刑ヲ全免スルモノナリ凡ソ罪アレハ刑罰アルチ原則トスルカ故ニ宥恕ヲ名トシ刑ヲ全免セントスレハ必ス之ヲ許シタル明文ヲ舉示セサル可ラス之ニ反シテ無罪ハ罪成立セサルカ故ニ刑ナキモノナリ犯罪成立要素完備シタルヤ否ヤヲ審案シ有罪無罪ヲ決スルハ裁判官ノ職權ナルカ故ニ之ヲ審案シ其一ヲ缺クト認定シタル時ハ必スシモ之ヲ無罪トシタル明文ヲ示スニ及ハス無罪ト宣告スヘキナリ宥恕全免ト無罪トハ共ニ豫審ノ決定ニ於テ免訴ノ言渡ヲナスヘキハ一ナリ而レトモ宥恕全免ハ刑事訴訟法第六十五條第六ニ所謂法律ニ於テ其罪ヲ全免スルトキト言ヘルニ該當シ無罪ハ同條第二ニ所謂被告事件罪ト爲ラサルトキト言ヘルニ該當ス(3)無罪ノ一タル權利行爲ハ之ニ關係シタル者全體罪ト爲ラス之ニ反シテ宥恕全免ト無罪ノ一タル無責任行爲トハ之ニ關係シタル他ノ無責任ノ原因ナキ者宥恕全免ノ原因

ナキ者ハ必スシモ無罪ト斷言スル克ハス

### 第三款 自首減輕

(三百四十八) 自首ハ犯人自ラ未發ノ犯罪ヲ官ニ告知シ縛ニ就キタルチ理由トシテ法律カ刑ヲ減輕又ハ全免スル制度ナリ案スルニ自首減輕ノ制ハ歐洲ノ刑法ニ於テモ二三ノ犯罪ニ限り之ヲ採用スル例ナキニ非スト雖トモ之ヲ汎ク適用スルハ支那法系ニ屬スル刑典ノ特色ナリ現行刑法カ之ヲ總則ニ置キ汎ク謀故殺以外ノ犯罪ニ適用スル如キモ全ク支那法理ヲ拆衷シタル既往ノ影響ニシテ自首制度ノ沿革ヲ知ルニハ歐羅巴法理ニ溯ル必要ナシ

### 第一項 自首ヲ刑罰減免ノ原因トシタル理由

(三百四十九) 現行法カ刑ヲ減輕シテマテ自首ヲ獎勵シタル理由ハ(I)有罪ヲ不問ニ附シ(2)無辜ヲ逮捕處罰スルノ二大弊害ヲ豫防セントスルニ在リ夫レ罪アリテ逮捕ヲ免ル、コトヲ得ルトセンカ有罪必罰ノ言必スシモ事實

ナラサルノ感ヲ生シ官ノ威嚴ト信用トヲ殞スヘク又萬一ニ天網ヲ免ル、  
 ノ希望ヲ以テ罪ヲ犯ス者増加セサルヲ保セス此弊ヲ除カントシテ犯人ノ  
 捜査并ニ之ヲ逮捕ヲ急カンカ罪ヲキ者ヲ疑ヒ之ヲ引致シ之ヲ審問スルカ  
 如キ危険ナシトセス甚シキハ被嫌疑者ニ於テ十分ニ無罪ノ證憑ナク無實  
 ノ冤罪ヲ蒙ルノ恐亦是無シト斷言スル能ハサルナリ而ルニ此ノ如キ弊害  
 ハ眞ノ犯人官ノ手裡ニ入ルニ因テ全然除去スル事ヲ得ルモノナルカ故ニ  
 僅々刑ヲ減輕シテ自首ヲ促スハ實ニ有益且ツ功妙ナル手段ト謂ハサル可  
 ラス

右ノ手段ニ依リ犯人速ニ自首スルトキハ別ニ第二級ノ利益ヲ生ス曰ク犯  
 罪捜査ノ勞費ヲ省クコトヲ得

〔三百五十〕自首ハ亦刑罰全免ノ原因トナルコトアリ第八十八條ハ第二編  
 ニ此事アルヲ豫言ス其理由ハ右ニ述フル處ト同シカラス法律カ刑ヲ全免  
 シテマテ自首ヲ獎勵シタル場合ヲ見ルニ其罪質何レモ早ク官ニ於テ之キ  
 知ラスンハ保償ス可ラサル大害ヲ生スヘキモノナラサルハナシ(一二六一)

九二、二二六條)即チ被害者ヲ救フニ急ニシテ犯罪必罰ノ原則ヲ枉ケサレハ  
 遂ニ良民ヲ殺スノ恐ヲ去ル克ハサレハナリ

### 第二項 自首ノ條件

〔三百五十一〕自首トハ未タ發覺セサル自己ノ犯罪ヲ官ニ告知シ己ヲ逮捕  
 シ得ル位置ニ置キタルヲ謂フ此定義ニ依ラハ(1)自己ノ犯罪アルコト(2)未  
 タ發覺セサルコト(3)官ニ告知スルコト(4)自己ヲ逮捕シ得ル位置ニ置キタ  
 ルコトノ四條件ナクンハ自首ナルモノ、成立スル克ハサルヲ知ルニ足ラ  
 ン

〔三百五十二〕(一)自首ノ成立スルニハ第一ニ自己ノ犯罪アリ之ヲ官ニ告知  
 スル事ヲ要ス凡ソ一私人カ官ニ犯罪ヲ告知スルハ獨リ自首ノ場合ニ止ラ  
 ス告訴告發ノ場合ニ於テモ其例ヲ見ルナリ(刑訴四九、五三條)而ルニ官ニ告  
 知スル犯罪カ告訴告發ノ場合ニ在リテハ他人ノ所犯ニ係ルト雖モ自首ノ  
 場合ニ在リテハ自己ノ所犯ニ係ルノ區別アリ此一點ハ自首ト告訴告發ト  
 ノ異ル要所ナリ既ニ自己ノ所犯ヲ告知スルノ點カ自首ノ一特色タル以上

ハ其成立上先ツ自己ノ犯罪アルヲ要スルヤ論ヲ俟タス

〔三百五十三〕(二)自首ノ成立スル第二ノ條件トシテ官ニ告知シタル犯罪カ未ダ發覺セザリシモノナラサル可ラス是第八十五條ノ明言スル所ナリ如何ナル事實アルトキハ發覺シタルモノト云フ可キカ犯罪ノ事實アリシコトト犯人ノ誰タルコトノ二點ヲ官ノ知了シタル時ハ即チ發覺シタルモノナリ而シテ官カ犯人ノ誰タルヲ知レル場合ハ當然亦犯罪ノ事實アリシコトヲ知ルヘキモ犯罪ノ事實ノミヲ知テ犯人ノ誰タルヲ知ラサル場合アルカ故ニ此二點ハ區別シテ見ルヘキナリ本問ハ二大實益ヲ有ス(1)第八十五條ノ發覺ト云ヘル意義ヲ誤解シ其發覺トイフ可ラサルモノヲ發覺トシ發覺トイハサル可ラサルモノヲ發覺ニアラスト判決スレハ上告并ニ破毀ノ理由アリ畧言スレハ發覺シタルモノトイフヘキヤ否ヤハ法律論ナリ(2)發覺シタル後ニ自首スルモ減免ノ利益ヲ得ス

〔三百五十四〕(三)自首ノ成立スル第三ノ條件トシテ未ダ發覺セサル自己ノ犯罪ヲ官ニ告知スル事ヲ必要トス(1)其第一ノ理由ハ亦自首減免ノ制ヲ設

ケタル主旨ニ溯リテ之ヲ考ヘサル可ラス前既ニ一言セシ如ク自首ヲ以テ減免ノ原因トシタルハ主トシテ有罪ヲ不問ニ附スル弊害ヲ除クニ在リ官ニ告知セスンハ官之ヲ逮捕スル能ハス逮捕スル能ハスンハ之ヲ罰スルノ途ナク遂ニ自首ヲ設ケタル主意ニ戻ラン(2)第二ノ理由ハ第八十七條ノ規定ヲ參照シテ知ル可シ該條ハ官ニ首服セスシテ被害者ニ首服シタル場合ヲ規定シ其減輕ノ法ハ自首ノ場合ト同一ニスルノ文意ナリ官以外ニ首服シタルモノハ畢竟眞ノ自首ニ非サルヲ以テ特ニ自首ニ准シテ刑ヲ減スル明文アルモノトス由是觀之官ニ告知スルノ點ハ亦自首ノ成立上缺ク可ラサルヲ知ル可シ

〔三百五十五〕第八十七條ニ曰ク財産ニ對スル罪ヲ犯シ被害者ニ首服シタル者ハ官ニ自首スルト同ク前二條ノ例ニ照シテ處斷スト本條ノ場合ハ官ニ首服スルニ非スシテ被害者ニ首服シタルモノナルカ故ニ自首ニ非ス自首ニ非サルカ故ニ特別ノ明文ヲ以テ之ヲ自首ニ准シタリ而シテ一旦法律ノ規定ニ依リ自首ニ准セラレタル以上ハ減輕ノ法ハ勿論加減ノ順序ニ至

リテモ純粹ノ自首ト同一ニ論セサル可ラス  
 (三百五十六) (四) 自首ノ成立スルハ、條件トシテ犯人ハ自己ヲ逮捕シ得ル位置ニ置キタル事ヲ必要トス故ニ自身罪ヲ犯シ其未タ發覺セサル間ニ官ニ之ヲ告知スルモ外國ヨリ他人ニ依頼シテ申告セシメタル如キ若クハ氏名住所ヲ隱シタル書面ヲ以テ通知シタル如キハ以テ自首シタルモノトイフ能ハサルナリ右ノ條件ハ法文ニ明示セス學說ニ斷言シタルモノナシト雖モ自首ヲ減輕ノ理由トシタル主旨ニ照ラサハ容易ニ之ヲ知り得ヘシ自首減輕ヲ設クル主旨ハ有罪ヲ罰シ無辜ヲ刑スル恐ヲ防クニ在リ唯ニ犯罪事實アルコト又ハ犯人ノ誰タルコトヲ告知シタルハトテ官ハ直ニ之ヲ罰スル能ハス無辜ヲ刑スル恐ヲ去ル能ハス從ツテ其告知ヲ自首トシ告知者ニ減輕ノ利益ヲ與フヘキ必要ヲ見サルナリ果シテ然ラハ右ノ條件カ自首ノ成立ニ必要ナルハ自首ヲ設クル主旨ノ命スル所トイハスシテ何ソヤ然レトモ自己ヲ逮捕シ得ル位置ニ置キタル以上ハ必スシモ犯人自身ニ官ニ出頭シテ申告シタル事ヲ必要トセス書面ヲ以テスルモ代人ヲ差立ツル

モ全ク自首ノ効アリト信スルナリ

### 第三項 自首ノ効力

(三百五十七) 未タ發覺セサル自己ノ犯罪ヲ官ニ告知シ自己ヲ逮捕シ得ル位置ニ置キタル時ハ即チ自首シタルモノナリ自首スレハ刑ノ適用ノ上ニ如何ナル影響アルカ(1) 謀故殺以外ノ犯罪ナラハ刑一等等ヲ減ス(2) 謀故殺ナラハ自首スルモ法律上減輕ヲ得ス(3) 財産ニ對スル犯罪ニ就テハ自首減輕ノ外ニ法律上ノ減輕ヲ併セ得ルコトアリ(4) 各本條ニハ自首ヲ以テ刑ノ全免ヲ與フル原因トシタル場合ヲ見ル(5) 而シテ自首ニ基ク減免ハ亦法律上ハ減免ナリト雖モ主觀的ノモノナルカ故ニ我刑法ノ解釋トシテハ罪質ヲ變スル効力ナシトスルヲ可トス

(三百五十八) 謀故殺以外ノ犯罪ノ自首 前第三項ニ述ヘタル四個ノ條件ヲ具ヘ且ツ謀故殺以外ノ犯罪タル時ハ一般ニ刑一等等ヲ減ス而シテ其一等ヲ減スルハ第八十五條ノ命令ナルカ故ニ裁判官ハ減輕ヲ與フルト否トノ自由ナク常ニ之ヲ與ヘサル可ラサルナリ

前第三項ニ述ヘシ四個ノ條件ハ自首ノ成立ニ必要ナルヲ以テ同時ニ自首減輕ヲ與フルニ必要ナルハ論テ俟タズ減輕ヲ與スルニ必要ナル以上ハ判決文ニ之ヲ示サ、ル可ラス之ヲ示サスシテ單ニ自首シタルカ故ニ第八十五條ニ依リ刑一等ヲ減スト宣告セハ上告并ニ破毀ノ理由アル裁判ナラン假令ハ自首シタル旨ヲ判決文ニ記入スルモ其日時并ニ自首シタル官署ヲ記載セスノハ發覺セサル前ニ自首シタルヤ否ヤヲ知ルニ途ナク從テ自首ノ成立ニ必要ナル第二ノ條件ヲ具ヘタルヤ否ヤヲ判定シ難キ不備ノ裁判ナリ又單ニ或ル等親ヲ有スル者犯人ニ代リテ首服シタル旨ヲ記入スルモ犯人之ヲ依頼シ自己ヲ逮捕シ得ル位置ニ置キシヤ否ヤヲ知ルニ途ナク自首ノ成立ニ必要ナル第四ノ條件ヲ滿タシタルヤ否ヤヲ判定シ難キ不備ノ判決文ナリ

然レトモ自首ノ日時明瞭ニシテ犯罪發覺ナル以前タルニ疑ナクハ犯罪ノ時ト自首ノ時トノ間ニ數多ノ日子ヲ隔テサルモ自首減輕ヲ與フル障害トナラス故ニ今日人ヲ毆打シ明日自首スルモ官ニ於テ犯罪事實アリシコト

三三

犯人ノ誰ダリシコトヲ知ラサル時ハ減輕ノ利益ヲ與フヘキナリ多少ノ日子ヲ隔テスノハ果シテ官ニ於テ犯罪并ニ犯人ヲ知ル克ハサルヤ否ヤヲ斷定スル克ハス從ツテ自首ヲ刑罰減輕ノ原因トシタル理由ヨリ推サハ減輕ヲ與フルニ付キ犯罪ノ時ト自首ノ時トノ間ニ一定ノ日子ヲ隔テサル可ラストイフ條件ヲ加フルハ實ニ至當ノ論ナリ(草案九七條註釋)然レトモ明文ニ其規定ナキ以上ハ現行刑法ノ解釋上此ノ如キ條件カ必要ナリトイフヲ許サス是レ自首ノ時ト犯罪ノ時トノ接近スルハ減輕ノ障害トナラストイフ所以ナリ若シ誤テ反對ノ說ヲ採ラシカ數日ヲ隔テシガ故ニ自首ノ効アリ三日ヲ隔ツルノミニ過キサレハ自首ノ効無シトイフ如キ不當ノ解釋ヲナスニ至ラン

右ノ論旨ハ准現行犯ニ關スル規定(刑訴五七條)ニ依リ制限ヲ受ク犯罪ノ時ニ接近シテ現行犯ニ准スヘキモノハ犯罪アルト同時ニ發覺シタルモノニシテ其時官ニ對スル自白ヲ自首トスル克ハサルナリ

〔三百五十九〕 謀故殺罪ノ自首 第八十五條但書ニ曰ク謀殺故殺ニ係ル者

ハ自首減輕ノ限ニ在ラスト故ニ第三項ニ述ヘタル四個ノ條件ヲ完備シテ  
自首シタル者ト雖モ其罪謀殺又ハ故殺ナル時ハ減輕ノ利益ヲ得ル能ハサ  
ルナリ

何故ニ謀故殺ヲ自首減輕ノ限ニ在ラスト規定セシヤ惟フニ立法者ノ意ハ  
(1)謀故殺罪ノ如キハ世間ニ暴露シ易ク刑ヲ減免シテマテ自首ヲ促ス必要  
ナシトセシニハ非サルカ若シ此ノ如キ理由ニ出テシナラハ我輩之ヲ賛成  
スル能ハス謀故殺ノ如キ大罪ト雖モ事實犯人ヲ知ラスシテ止ムノ例アリ  
遠クハ廣澤參議ノ暗殺者近クハ「ラアヂ」氏ノ殺害人ノ如キハ如何然レドモ  
又他ノ一方ヨリ見ルニ謀故殺ノ如キハ比較的其犯人ヲ知ルニ難カラス從  
ツテ草案ノ如ク犯罪後若干ノ日ヲ隔テ、尙發覺セサル場合ニ自首スレハ  
減輕ノ利益ヲ與フルモノトスルニ更ニ何等ノ弊害アル事ナシ全ク之ヲ自  
首減輕ノ例外トスル理由アルヲ見ス(2)然ラスノハ謀故殺ノ如キハ往々初  
ヨリ自首スルノ意ヲ以テ之ヲ犯シ警ヲ報ヒ怨ヲ晴ラサントスル者アルカ  
故ニ刑ヲ減スレハ一層之ヲ獎勵スルニ等シト判定シタルコトハ非サルカ我

三五

輩ハ此理由モ亦遠ニ賛成スル能ハス初ヨリ自首スル程ノ決心ヲ以テ謀故  
殺罪ヲ犯スモノハ既ニ其刑ヲ受クル事ヲ甘シスルモノナリ假令減輕ヲ與  
ヘスト規定スルトモ之ヲ恐レテ犯罪ノ念ヲ斷ツカ如キハ稀ナル可シ一歩  
ヲ進メテ一定ノ時日ヲ經過スルモ犯人ヲ知ラサル場合ニ減輕ヲ餌トシ自  
首ヲ誘フヘキ必要ハ依然タリ

論シテ爰ニ至レハ謀故殺罪ヲ自首減輕ノ例外トシタルハ不當ノ規定ナル  
ヲ知ル通常此ノ如キ大罪人ヲ不問ニ附スルコトナキモ斷シテ絶無トハイ  
フ能ハサルカ故ニ一定ノ時日經過シ未タ犯人ヲ誰タルヲ知ラサル間ハ自  
首スレハ謀故殺ニ就テモ自首減輕ノ例ヲ用フル規定ヲ設ケサル可ラス  
(三百六十) 對財産罪ノ自首 罪ヲ犯シテ未タ發覺セサル以前官ニ自首シ  
レハ謀故殺罪ニ非サルヨリハ總テ刑ニ等ヲ減セラル故ニ財産ニ對スル罪  
ト雖モ單ニ發覺以前ニ官ニ自首シタルノミナレハ刑一等等ヲ減セラル、ニ  
止ル然ルニ此種ノ犯罪ニ付テハ刑一等等ハ外更ニ一等又ハ二等ヲ減スル場  
合ト官ニ首服セサルモ尙ホ自首ニ均シキ減輕ヲ與フル場合トアリ

〔三百六十一〕(一)財産ニ對スル罪ヲ犯シタル者自首シテ其贓物ヲ還給シ損害ヲ賠償シタル時ハ自首減輕ノ外仍ホ本刑ニ二等ヲ減ス其全部ヲ還償セスト雖モ半數以上ヲ還償シタル時ニ一等ヲ減スト(八六條)此規定ニ付キ二三ノ注意スヘキ點アリ(1)凡ソ財産ニ對スル罪ヲ犯ストキハ之ニ因テ贓物ヲ得且ツ他ニ損害ヲ生セシムルコトアリ此ノ如キ場合ニ自首減輕ノ外仍ホ刑ニ二等ヲ減セラル、ニハ其贓物ト損害トノ價格全體ヲ償ハサル可ラス(2)贓物ト損害トノ價格ノ半額以上ヲ償ハ、自首減輕ノ外一等ヲ減セラレ(3)例令贓物ノミチ還給スルカ又ハ損害ノミチ賠償スルモ其價格贓物損害トノ合價ノ半ニ達セサルハ止テ自首減輕ヲ得ルノミナリ即チ財産ニ對スル罪ヲ自首シ且ツ贓物損害全部ヲ還償スレハ合セテ三等ヲ減セラル半額以上ヲ還償スレハ合セテ二等ヲ減セラレ半額ニ達セサルハ止テ自首ノ一等減ノミチ得ルモノトス

三百六十二 贓物ノ還給損害ノ賠償ヲ減輕ノ原因トシテ成ル可ク加害者ヲシテ任意ニ之ヲ還償セシメントスル政策ナリ故ニ例令ニ自首スルモ自

ラ進ンテ贓物ヲ還給セス損害ヲ賠償セス官ノ爲ニ贓物ヲ取上ケラレ已ムヲ得スシテ之ヲ還給シ自己ノ財産ヲ差押ヘラレテ不本意デカラ損害ヲ賠償シタル者ニハ還償ノ減等ヲ與フル克ハサルナリ

〔三百六十三〕 犯罪成立シタル以上ハ損害ヲ償フモ尙本刑ヲ受ク是原則ナリ第八十六條ハ此原則ニ對スル例外ナルヲ以テ嚴格ニ解釋セサル可ラス該條ハ自首シテ且ツ贓物損害ヲ還償シタル場合ニ規定スルカ故ニ自首セズシテ逮捕サレタル場合ニハ例令任意ニ之ヲ償還スルモ法律上減等ヲ得ヘカラス止テ裁判官カ酌量減輕ヲ與フルヤモ知ルヘカラサルノミ

〔三百六十四〕(一)財産ニ對スル犯罪ニ限リ被害者ニ自首シタルモ官ニ自首シタルト同一ニ看做スモノトス(八七條)官ニ自首シタルト同一ニ看做スカ故ニ(1)財産ニ對スル罪ヲ犯シ未タ發覺セサル前ニ被害者ニ自首スレハ刑一等ヲ減ス(2)被害者ニ首服シ且ツ贓物損害ノ全部ヲ還償スレハ刑三等ヲ減シ半額以上ヲ還償スレハ二等ヲ減ス

三百六十五 自首減免ノ結果 自首減免ハ法律ノ規定ニ基ク減免ナリ宥

恕ト其性質ヲ同フス只ニ宥恕ト性質ヲ同フスルノミナラズ宥恕ノ語ヲ廣義ニ用フレバ自首減免モ亦之ヲ宥恕減免ト名クル事ヲ得從テ罪質ヲ變スル事無シ我刑法ハ起草者ノ說ノ大部分ヲ容レ減輕ノ原因中客觀的ノモノ即チ犯罪事實ノ形狀ニ基クモノト主觀的ノモノ即チ犯人ノ身ニ添附スル事情トニ二分シ客觀的減輕ノミ罪質ヲ變スル効力アリテ主觀的減輕ハ罪質ヲ變スル効力無キ主義ヲ採レルハ第八十九條加減ノ順序ヲ定ムル條文ニ顯ハレタリ自首減免ハ既遂又ハ未遂ノ犯罪ヲ終局シタル後其發覺スル以前ニ官ニ自首シタル主觀的事情ニ因リ刑ヲ減免スルモノナルカ故ニ既ニ往事ニ屬スル罪質ヲ變シ重罪ヲ輕罪ニ輕罪ヲ違警罪ニ改ムル事無シ我刑法ノ解釋トシテ實ニ斯クノ如クナラサル可ラズト考フ

第一節 加減例并ニ加減順序

第一款 加減例

三百六十六 加減例ハ何チ刑一等又ハ二等ト言フカハ問題ヲ決シタル規定ナリ故ニ加重ノ原因ト減輕ノ原因トカ競合スルト否トチ問ハス總テ一

等ト稱スルモノ、標準ハ之ニ因テ定メサル可ラス但加重ト減輕トノ原因カ競合スレハ第九十九條加減順序ノ規定アル爲メニ其間ニ先後ヲ生シ基本ノ數ヲ異ニスル場合アリト知ル可シ

三百六十七 重罪ノ刑ハ國事犯ト非國事犯トニ依リ加減スヘキ刑ノ階級ヲ異ニス是現時文明國ノ刑法ノ一般ニ採用スル所ナリ

非國事犯ノ重罪ノ刑ハ左ノ等級ニ照シテ加減ス(刑六七條)

- 一、死刑
  - 二、無期徒刑
  - 三、有期徒刑
  - 四、重懲役
  - 五、輕懲役
- 國事ニ關スル重罪ノ刑ハ左ノ等級ニ照シテ加減ス(刑六八條)
- 一、死刑
  - 二、無期徒刑



三、 有期流刑

四、 重禁獄

五、 輕禁獄

右ノ例ニ照シテ一等ヲ加フレハ其ノ上級ノ刑ヲ科シ一等ヲ減スレハ下級ノ刑ヲ科ス即チ刑名一ハ一等ナルカ故ニ一等ヲ加減スル毎ニ刑名ヲ變スルチ原則トス但シ加重ノ場合ト減輕ノ場合トニ各一ノ例外アリ而シテ重罪ノ刑ハ死刑ヲ除クノ外ハ各刑名固有ノ期間アルチ以テ加減ノ結果上級ノ刑ノ最短期ト下級ノ刑ノ最長期ト交錯スル事無シ

〔三百六十八〕 輕罪ノ主刑タル禁錮罰金違警罪ノ主刑タル拘留科料ヲ加減スルニハ各本條ニ記載スル刑期金額四分ノ一ヲ一等トス(刑七〇、七二條) 禁錮ノ如キハ其期間十一日以上五年以下トナスノ規定(刑三四條)アリト雖モ各本條ヲ見レハ更ニ之ヲ二月以上四年以下若クハ一年以上五年以下トイフカ如キ期間ニ小分シ其種類三十ノ上ヲ越セカ故ニ重罪ノ主刑ノ如キ一刑名ニ固有ノ刑期ナシ換言スレハ同シク禁錮ニシテ最長短期ヲ異ニス

ルモノ一ニシテ足ラス罰金以下ノ刑亦同シ是其各刑期金額四分ノ一ヲ一等トシテ加減セシムルニ至リシ所以ナリ

刑期金額ニハ何レモ最高度ト最低度トノ二點アルチ以テ一等即チ四分ノ一ヲ加減セントスレハ其二點ヲ伸縮セサル可カテ左ノ如シ

○二月以上四年以下重禁錮(刑三六六條)ニ一等即チ四分ノ一ヲ加フレハ

二月十五日以上五年以下ノ重禁錮トナル

○二月以上四年以下ノ重禁錮ニ一等即チ四分ノ一ヲ減スレハ

一月十五日以上三年以下ノ重禁錮トナル

○二十圓以上二百圓以下ノ罰金刑三一七條)ニ一等即チ四分ノ一ヲ加フ

レハ

二十五圓以上二百五十圓以下ノ罰金トナル

○二十圓以上二百圓以下ノ罰金ニ一等ヲ減スレハ

十五圓以上百五十圓以下ノ罰金トナル

〔三百六十九〕 右ハ一等ヲ加減スル場合ニ就テ説明セリ二等以上ヲ加減ス

ル場合ニハ如何ナル數ニ依ル可キカ加重ノ原因ト減輕ノ原因トカ競合シタル場合ハ第九十九條ノ規定ニ依リテ決スヘシ我輩ハ第二款ニ於テ之ヲ説明スヘシ爰ニ言フ所ハ同一原因ニ基キ二等ヲ加重スルカ又ハ減輕スル場合ニハ如何ナル數ニ依ルカノ問題ヲ決セント欲スルナリ

本問ニハ通加通減方ト遞加遞減方トノ二說アリ通加通減法ニ依レハ同一原因ニ依リテ三等以上ヲ加減スル時ハ加減セントスル等ノ數ヲケ四分ノ一ヲ加ヘテ加減スヘシトイフニ在ルカ故ニ二等ヲ減セントスレハ二個ノ四分ハ一即チ四分ハ二ヲ減シ三等ヲ減セントスレハ三個ノ四分ハ一即チ四分ハ三ヲ減シ結局四等ヲ減シテ零トナリ四等ヲ加ヘテ二倍トナル計算方ナリ之レニ反シテ遞加遞減方ハ二等以上ヲ加減スルトキハ一基本ノ數ヨリ一等即チ四分ノ一ヲ加減シ得タル所ノ數ヲ更ニ基本トシテ其ノ四分ヲ一ヲ加減シ漸次斯クノ如ク計算スヘシトイフニ在ルヲ以テ一等ヲ減スレハ四分ノ三トナリ二等ヲ減スレハ其ノ四分ノ三ヨリ更ニ四分ノ三ノ四分ノ一即チ十六分ノ三ヲ減スヘシト言フニ歸シ減輕ノ際ハ何等ヲ減スル

モ零トナルコト無ク加重ノ際ハ僅々ノ加等ニシテ甚シク刑期全額ヲ増加ス

右通加通減ノ方ト遞加遞減ノ方トハ互ニ得失ナシトセス然レトモ同一原因ニ依ル二等以上ノ加重又ハ減輕ハ我刑法上通加通減方ニ依ルノ說ニ一致ス

〔三百七十〕 附加刑中罰金以外ノモノニ加重減輕ノ問題ノ適用ナキハ既ニ説明セシ所ナリ而シテ附加ノ罰金ハ主刑ニ從テ加減シ其金額ノ四分ノ一ヲ加減スルヲ以テ一等ト爲ス其計算ノ上ニ困難ヲ生スル事ナキハ主刑タル罰金ニ同シ(刑七四條)

〔三百七十一〕 輕罪ノ刑ヲ加減スルニ方リ一等ト稱スルハ各本條ニ記載スル刑期金額ノ四分ノ一ナリトス故ニ其四分ノ一ヲ知ル基本ノ數ハ原則トシテハ各本條ニ記載スル刑期金額ヲ謂フト雖モ加重減輕ノ原因ニ因リ右原則ニ一定ノ制限アリ若シ加重若シハ減輕ノ原因中從犯ノ減輕未遂犯ノ減輕特別ノ減輕特別ノ加重ノ四者アラシカ其之ニ因テ加重シ若シハ減輕

シタルモノヲ基本トシ其四分ノ一ヲ一等トス  
 右從犯未遂犯并ニ特別ノ加重減輕ハ其加減シタルモノヲ基本トシ之カ四分ノ一ヲ一等トスル制限ハ獨リ輕罪ノ場合ニ關スルモノニシテ違警罪ニ其適用ナシ何トナレハ違警罪ノ從犯未遂犯ハ之ヲ罰セス(刑一〇九一一三條)又之ニ對スル特別ノ加重減輕ナケレハナリ(刑四二五條以下)故ニ違警罪ノ刑期金額ノ一等即チ四分ノ一ヲ知ル基本ノ數ハ常ニ本條即チ第四百二十五條以下ニ記載スル刑期金額ナリトス

### 第一項 加重例

(三百七十二) 前既ニ述フル如ク刑ヲ加減スルニ當リ重罪ノ刑ハ刑名一ヲ一等トシ輕罪違警罪ノ刑ハ各本條ニ記載スル刑期金額四分ノ一ヲ一等トナスト雖モ之ヲ加重スルニ就テハ一定ノ制限アリ爰ニハ其加重ニ對スル制限ヲ説明セン

(三百七十三) 違警罪ノ刑 違警罪ノ刑ハ加ヘテ輕罪ニ入ルコトヲ得ス(刑七二條<sup>20</sup>)我立法者カ斯ノ如キ制度ヲ設ケタル理由ヲ如何ニ解セハ解釋ノ

當チ得ヘキカ

加重ノ結果違警罪ノ刑ヲ變シテ輕罪ノ刑ヲシムレハ嚴ニ失スルノ恐アルカ故ニ此制限ヲ設ケタリトイフノ說ハ本問ニ對シテ必定起ルヘキ答ナリト雖モ未ダ以テ解釋ノ當チ得タルモノトイフ能ハス立法者ニ於テ此制限ヲ設ケタルニ拘ラス之ヲ破リタル時ハ初メテ嚴ニ失シタルモノトイフ事ヲ得其之ヲ設ケタリシ場合ニ加重ノ結果違警罪ノ刑ヲ輕罪ノ刑ニ變スルハ立法者ノ命スル至當ナル加重ナルノミ嚴ニモ失セス寬ニモ失セス  
 刑法制定ノ初立法者カ此制限ヲ置キシハ罪質最モ重キ場合ヲ假想シ刑ノ最高度ヲ定メタルカ故ニ輕罪ノ刑ニ入ル程ノ加重ヲ必要トスル場合無シト認定シタルニ因ル此ノ如ク解セスハ右ノ制限コソ却ツテ不當ニ刑ヲ輕クシタル規定ナリトイフノ已ムチ得サルニ至ラン  
 (三百七十四) 立法者ハ違警罪ノ刑ヲ加ヘテ輕罪ノ刑ニ入ル程ノ場合ナシト認定シ第七十二條第二項ノ規定ヲ設ケタリト雖モ輕罪ノ例ニ入ラスシテ違警罪ノ刑ノ最高度ヲ高メサレハ或場合ニ罪刑ノ權衡ヲ保ツ能ハスト

判斷シ(1)拘留ヲ加ヘテ十日ニ至ル事ヲ得(2)科料ハ加ヘテ二圓四十錢ニ至ルコトヲ得ト規定セリ(刑七二條20但)

拘留ノ最長期ハ十日ナリ(刑二八條)以テ輕罪ノ禁錮ノ最短期十一日ト區別ス然レトモ右第七十二條第二項但書アルカ爲メニ十日ノ最長期ヲ有スル拘留ハ一等ヲ加フレハ十二日十二時間トナルモ之ヲ禁錮ニ處セスシテ依然拘留ノ執行ヲ受ケシム而シテ十二日ニ超過シタル部分ハ右規定ニ基キ之ヲ除棄シ十日ニ三等ヲ加フレハ十七日十二時間トナルモ亦十二日ヲ超過シタル部分ハ切棄ルナリ是加ヘテ輕罪ニ入ル能ハサルノ結果トス  
科料ノ最多額ハ一圓九十五錢ナリ(刑二九條)以テ罰金ノ最寡額二圓ト區別ス然レトモ加重ノ結果トシテハ二圓四十錢ニ至ルコトヲ得ルナリ即チ加重セサル場合ニハ最多額ノ一圓九十五錢以上ニ達シタル科料アル事ナシト雖モ之レニ一等以上ヲ加ヘタル結果トシテハ二圓四十錢ニ達スルマテ科料ノ名稱ヲ止ムルコトヲ得若シ二等ヲ加ヘ二圓九十二錢五厘トナラハ二圓四十錢ヲ超過シタル部分ハ切棄テサル可ラス是加ヘテ輕罪ニ入ル能ハサル結果ナリ

ハサル結果ナリ

(三百七十五) 輕罪ノ刑 輕罪ノ刑ハ加ヘテ重罪ニ入ルコトヲ得ス(刑七〇條)其理由違警罪ノ刑ニ就テ述ヘシ所ニ同シ但シ禁錮ハ加ヘテ七年ニ至ル事ヲ得(全條)

禁錮ハ加ヘテ七年ニ入ル事ヲ得ルカ故ニ加重シタル場合ノ禁錮ノ最長期ハ重罪ノ主刑ノ最下級ニ位スル輕懲役輕禁獄ノ最短期六年ト交錯スルコト二年尙之ニ禁錮ノ名稱ヲ留メテ如何ナル利益アルカ刑名ヲ變セサル結果罪質ヲ變スルニ至ラス從テ重罪ト輕罪トノ區別ヨリ生スル利益ヲ有スルモノナリ

加重ノ結果タル禁錮ノ最長期ハ七年ナリ七年以上ノ最長期ヲ有スル禁錮ナシ他ノ一方ニ於テ加重ノ結果重罪ノ最下級ノ刑ニ入ル能ハサルヲ以テ假令ハ五年ノ禁錮ニ二等ヲ加ヘ七年ト二分ノ一ヲ算出シ得タル時ハ七年ヲ超過スル部分ヲ切棄テサル可ラス

(三百七十六) 重罪ノ刑 重罪ハ國事犯ト非國事犯トニ就テ二列ノ主刑ア

リ一等ヲ加フル毎ニ上級ノ刑ヲ科スルハ先ニ言ヘル如シ(六〇七號)然レトモ重懲役重禁獄ニ三等ヲ加ヘ有期徒刑流刑ニ二等ヲ加ヘ無期徒刑流刑ニ一等ヲ加ヘタル結果死刑ヲ科ス能ハス(刑六六條)但略言スレハ如何ナル場合ト雖モ加重ノ結果トシテハ死刑ヲ宣告スル能ハサルナリ蓋シ死刑ハ補償スヘカラス且ツ取消ス可カラサル點ニ於テ著シク其ノ性質ヲ異ニシ當ニ自由刑ヲ加重シタルモノトイフ能ハサルカ故ニ此制限ヲ見ルニ至リシナラン(草一五一號)刑法論綱三一五頁)

第二一項 減輕例

(三百七十七) 先ニ述フル如ク刑ヲ加減スルニ當リ重罪ノ刑ハ刑名一ナリ等輕罪違警罪ノ刑ハ各本條ニ記載スル刑期金額又ハ從犯未遂犯特別ノ加重減輕ヲ加減シテ得タル刑期金額四分ノ一ナリ一等トスル原則ニ加重ノ場合ニハ一定ノ制限アリ而ルニ減輕ノ場合ニモ亦一定ノ制限アルヲ以テ茲ニハ減輕ニ對スル制限ヲ一言セン

(三百七十八) 重罪ノ刑——重罪ハ國事犯ト非國事犯トニ就テ二例ノ刑アリ

リ一等ヲ減スル毎ニ下級ノ刑ヲ科スル先ニ言ヘル如シ而シテ加重ノ場合ニハ無期徒刑ヨリ死刑ニ入ルコトハ明文(刑六六條)之ヲ禁スト雖モ減輕ノ場合ニ死刑ヨリ無期徒刑ニ下ルコトハ之ヲ禁スル明文ナシ明文ナキノ一事ハ之ヲ許シタルノ證トス減輕ノ際重罪ノ刑ニ制限アルモノハ其ノ最下級ノ輕懲役輕禁獄ナリ

重罪ノ最下級ノ刑タル輕懲役輕禁獄ハ六年以上八年以下ナリ(刑二二〇)二三條<sup>2)</sup>之ヲ減盡スレハ輕罪ノ主刑タル禁錮ニ下ラサルヲ得ス禁錮ノ期間ハ十一日以上五年以下ナリ最短期スル六年タル輕懲役輕禁獄ヨリ僅ニ一等ヲ減シ十一日ノ禁錮ニ處スルコトアラハ寬ニ失スト認定シ我立法者ハ一ノ制限ヲ設ケテ曰ク輕懲役ニ該ル者減輕ス可キ時ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ處スルヲ以テ一等ト爲スト又曰ク輕禁獄ニ該ル者減輕スヘキ時ハ二年以上五年以下ノ輕禁錮ニ處スルヲ以テ一等ト爲スト(刑六九條)即チ加ヘテ重罪ニ入ルコトヲ得スト雖モ減シテ輕罪ニ入ルコトハ差支ナキナリ

〔三百七十九〕 輕罪ノ刑——第七十一條ニ曰ク禁錮ヲ減盡シタル時ハ拘留ニ處シ罰金ヲ減盡シタル時ハ科料ニ處ス禁錮罰金ヲ減シテ其短期十日以下寡數一圓九十五錢以下ニ及フ時ハ亦拘留科料ニ處スルコトヲ得〔ト本條ハ輕罪ノ主刑タル禁錮ト罰金トヲ輕減スルニ就テ二個ノ場合ヲ假想セリ〕

第一ハ禁錮罰金ヲ減輕スルニ當リ其最高度最低度共ニ拘留科料ノ最高度ヨリ低キ場合はナリ〔1〕此場合ニハ第七十一條ノ首文ニ依リ直ニ拘留科料ニ處スルコトヲ得而シテ減輕ノ計算上拘留科料ノ最低度ニ迄達スレハ其最低ノ度ヲ科スルモ差支ナク夫ノ重罪ノ最下級ノ刑ハ一等ヲ減シ輕罪ノ禁錮ハ最短期ニ下ル能ハストイフニ類似スル制限ナシ〔2〕次ニ該條ノ首文ハ減輕ノ結果罰金ノ最多額最寡額共ニ科料ノ最多額一圓九十五錢以下ニ達シタル時科料ニ處スヘキノ義カ罰金ノ最寡數二圓以下ニ達スレハ科料ニ處スヘキノ義カ之ヲ明言セスト雖モ末文ノ語ヨリ推スニ科料ノ最多額一圓九十五錢ヨリ以下ニ達スレハ初メテ科料ニ處スヘキノ法意ト解スヘキナリ拘留禁錮ハ其最短期ト最長期ト相接スルカ故ニ此ノ如キ問題ヲ生

二六

スルコトナシ

二七

第二ハ禁錮罰金ヲ減輕スルニ因リテ其最低度ノミ、拘留科料ノ最高度ヨリモ低キ場合はナリ〔1〕此場合ニ最低度ノミヲ見レハ拘留科料ノ區域ニ入り最高度ノミヲ見レハ依然禁錮罰金ノ區域ニ在リ而シテ我裁判官ハ第七十一條ニ依リ拘留科料ニ處スルモ差支ナキカ故ニ止タ其範圍ノミニ就テハ禁錮罰金タルカ拘留科料タルカヲ知ルニ由ナク實際ニ宣告シタル期間ヲ見テ初メテ刑名ヲ知ルヘキナリ〔2〕禁錮ノ最短期ト拘留ノ最長期トハ相接スルカ故ニ困難ナシ禁錮ノ最短期十一日ヲ終レハ直ニ拘留ノ最長期十日ニ入ル之ニ反シテ罰金ノ最寡額二圓ハ之ヲ減盡スルモ直ニ科料ノ最多額一圓九十五錢ニ達スルコトナシ爰ニ於テ第七十一條ノ末文ハ「其寡數一圓九十五錢以下ニ及フトキハ——科料ニ處スルコトヲ得」ト規定セリ此規定アルカ故ニ罰金ヲ減シ計算上一圓九十六錢以上一圓九十九錢以下ノ端錢ヲ生スル場合ハ仍ホ罰金ノ稱ヲ留ムルコトヲ得

〔三百八十〕 違警罪ノ刑——拘留ノ最短期ハ一日ナリ科料ノ最寡額ハ五錢ナ

リ減輕ノ結果一日又ハ五錢以下ノ端數ヲ生スレハ之ヲ除棄シ刑ヲ全免ス  
 ヘキカ第七十二條第二項ハ之ニ答テ「拘留ハ」減シテ一日以下ニ下ス  
 ナ得ス科料ハ「減シテ五錢以下ニ降スコトヲ得ス」ト云フ故ニ全免ハ常ニ  
 明文アルヲ要シ減輕ノ結果トシテハ少クモ一日ノ拘留五錢ノ科料ニ處セ  
 ラルヘキナリ

第七十二條第二項但書ハ減輕結果ノ一日以下ノ拘留五錢以下ノ科料ニ處  
 ス可ラサルヲ規定ス此規定ハ第七十三條ニ禁錮拘留ヲ加減スルニ因テ其  
 期限ニ零數ヲ生シ一日ニ滿タサル時ハ之ヲ除棄ス「ト言ヘル規定トテ混視  
 ス可ラス第七十三條ハ止メ加減ノ結果一日未滿ノ端數ヲ生シタル時ハ之  
 ナ宣告シ執行セシメス除棄スヘキコトヲ命シタルモノニシテ加減計算上  
 ニハ漫ニ其端數ヲ切棄ツ可ラサルナリ第七十二條第二項但書ノ制限ハ減  
 輕ノ極一日未滿五錢未滿ノ刑期金額ヲ得タルモ之ヲ宣告シ執行セシム可  
 カラサルヲ規定スルニ外ナラス

〔三百八十一〕拘留ハ減輕ノ極一日以下ノ時間ヲ得ルモ切上ケテ一日ノ拘

留ニ處シ五錢以下ノ額ヲ得ルモ切上ケテ五錢ノ科料ニ處ス又禁錮拘留ハ  
 加減ノ結果若干ノ日數ト一日未滿ノ時間トヲ得タル時ハ其一日未滿ノ時  
 間ヲ除棄スト雖モ獨リ科料ハ之ヲ加減シタル結果幾十錢ト一錢未滿ノ端  
 數ヲ得タル時ト雖モ之ヲ切棄ツル明文ナシ故ニ何厘ノ端數ト雖モ漫ニ之  
 ナ切棄ツル能ハサルナリ

〔三百八十二〕附加ノ罰金 附加ノ罰金ハ主刑ニ從ヒ金額四分ノ一チ一等  
 トシテ加減ス罰金ノ下ニ位スル附加ノ金錢刑ナシ故ニ之ヲ減盡シタル時  
 ハ主刑ノミチ科スヘキナリ(刑七四條)

右ハ第七十四條ニ明文ノ存スル所ナリト雖モ附加ノ罰金モ亦四分ノ一チ  
 減スルチ一等トスルガ故ニ之ヲ減盡スル場合ハ即チ四等ヲ減スル場合ナ  
 リ然ルニ附加ノ罰金ハ亦主刑ヲ減スルトキト之ト共ニスルニアラサレハ  
 單獨シテ減セラル、能ハサルカ故ニ右ノ場合ハ亦主刑モ四等ヲ減セラレ  
 タルモノト想像セサルヘカラス輕罪ノ禁錮ハ主刑ハ一日ノ拘留ト知ルヘ  
 シ重罪ノ刑ニ於テハ初メテ右條文ノ十分ナル適用アルヲ見ル

### 第三項 自由刑ノ加減計算法

三百八十三 自由刑ヲ申渡スニ先チ加減例ノ規定ニ從ヒ其期間ヲ計算スルノ際往々一日一ヶ月一年ニ端數ヲ生スル事アリ從テ何時間ヲ一日トスルカ何日ヲ一ヶ月トスルカ何日若クハ何ヶ月ヲ一年トスルカトイフ問題ヲ決定シ置カサル可ラス

刑法第一編第一章第五節ニ刑期計算ト題シタル規定ハ刑ヲ申渡サレタル後之ヲ執行スヘキ時間ヲ示シタルモノナリ故ニ右ノ規定ハ刑ヲ申渡ス以前ノ刑期計算ノ上ニハ直ニ適用スル能ハス而レトモ他ノ一方ヨリ見レハ宣告ノ時實際ニ執行スル能ハサル刑期ヲ申渡ス可ラサルヤ論ヲ俟タス從ツテ宣告ノ計算方ハ執行時間ヲ一定シタル該節ノ規定ニ制限サルハヤ明カナリ此論旨ニ依リ左ノ結果ヲ生ス

刑ヲ申渡スニ先チ其期間ヲ計算セントシテ一日ニ端數ヲ生スレハ一日ヲ二十四時間トシテ計算シ計算ノ際ハ漫ニ之ヲ除棄ス可ラス二個以上ノ端數相合シテ二十四時間ヨリ多クナリタル時ハ更ニ之ヲ日位ニ切上ク可シ

而シテ結局算出シタル所若干ノ日數及ヒ一日ニ滿タサル時間ナル時ハ其時間ヲ除棄シテ宣告シ(刑四九七三條算出シタル所止タ一日ニ滿タサル時間ノミナル時ハ之ヲ一日ニ切上ケテ宣告スルヲ要ス(刑七二條)故ニ五十時間ノ拘留ニ處スト宣告シタル裁判ハ破毀シテ更ニ二日ノ拘留ニ處スト宣告シ十二時間ノ拘留ニ處スト宣告シタル裁判ハ破毀シテ一日ノ拘留ニ處スト宣告スヘキナリ

一ヶ月ニ端數ヲ生スレハ一ヶ月ヲ三十日トシテ計算シ一日ニ滿チタル時間ハ之ヲ除棄ス可ラス曆ノ示定スル一ヶ月ノ日數ハ三十一日ト三十日ト二十九日ト二十八日トノ四様アリト雖モ刑法上ノ一ヶ月ハ常ニ三十日ナリ而シテ一日ニ滿タサル時間ハ前段ニ言フ如ク之レヲ除棄スト雖モ一ヶ月ニ滿タサル日數ハ如何ナル場合ニモ之レヲ除棄ス可ラス又之レヲ一ヶ月ニ切上ク可ラス論シテ茲ニ至レハ一ヶ月ヲ超過シ十二月ニ滿タサル刑期ハ月數ヲ以テ宣告スルモ日數ヲ以テ宣告スルモ敢テ上告并ニ破毀ノ理由トナラサルヲ知ルニ足ルヘシ即チ三ヶ月ノ禁錮ニ處スト言フ代リ



ニ九十日ノ禁錮ニ處スト宣告スルモ之ニ觸ル、條項ナキノ一事ハ即チ破毀ノ理由トスル能ハサル所以ナラン

三百八十四 刑法上ノ一ケ年ハ刑法上ノ一ケ月ヲ十二合併シタルモノナリヤ若シ此ノ如ク解スレハ八ケ月ニ其四分ノ二ヲ加フレハ十二ケ月トナリ刑法上ノ一年トナル可シ又刑法上ノ一年ヲ十二ニ分割シタルモノハ刑法上ノ一ケ月トナルカ若シ此ノ如ク解スレハ一年ノ十二分ノ一ハ刑法上ノ一ケ月ニシテ四分ノ一ハ刑法上ノ三月トナル可シ

刑ヲ宣告スルニ先チ其期間ヲ計算スルニハ右ノ方法ニ依ルモノトシ裁判所ニ於テモ之ヲ用ヒ學者モ其ノ當否ヲ疑ハサルニ似タリ即チ(1)刑法カ月數ヲ以テ刑期ヲ定メタルモノヲ加重スルノ結果其數十二ニ滿ツレハ十二ケ月ノ刑トイハスシテ一年ノ刑トシテ計算且ツ宣告シ(2)刑法カ年數ヲ以テ刑期ヲ定メタルモノヲ輕減スルノ結果之ニ分數ヲ生スレハ一年ノ十二分ノ一ハ刑法上ノ一ケ月其四分ノ一ハ刑法上ノ三ケ月ト計算且ツ宣告シ大審院モ之ヲ是認セリ恐ク是我立法者ノ採用セシ所以ナラン其當否ハ別

問題ナリ

### 第二款 加減順序

三百八十五 一被告事件ニシテ同時ニ加重ノ原因トナ具ヘタル時ハ加重ヲ先ニスルカ減輕ヲ先ニスルカ或ハ先後ノ順序ヲ立テス相殺スルカ加重ノ原因ノミ若シハ減輕ノ原因ノミト難モ其種類ヲ異ニスルコト例ヘハ宥恕減輕ト酌量減輕若クハ特別加重ト再犯加重ト併發シタル如キ場合ニ甲加重ノ原因ハ乙加重ノ原因ヨリモ先ニ計算スル必要ナキカ、乙減輕ノ原因ハ甲減輕ノ原因ヨリ後ニ計算スル必要ナキカ斯ノ如ク二個以上ノ加重原因若クハ減輕原因若クハ加重原因ト減輕原因トノ併發シタル場合ノ計算方ヲ定ムルモノハ加減順序ノ規定是レナリ

三百八十六 加減順序ハ第一編第六章ニアリ第六章ハ止マ第九十九條ノ一ケ條アルノミ曰ク犯罪ノ情狀ニ因リ總則ニ照シ同時ニ本刑ヲ加重減輕ス可キ時ハ左ノ順序ニ從テ其刑名ヲ定ム但シ從犯及ヒ未遂犯罪ノ減等其他各本條ニ記載スル特別ノ加重減輕ハ其加減シタル者ヲ以テ本刑ト爲ス

刑法(總則) 刑罰ノ適用

- 一 再犯加重
- 二 宥恕減輕
- 三 自首減輕
- 四 酌量減輕

〔三百八十七〕右第九十九條ノ計算方ハ如何ニスヘキカ即チ本條但書ノ加減ト本文ノ加減ト併發シタル時ハ如何ニ計算スヘキカ三說アリ(1)第一說ニ曰シ但書ノ加減中ニ特別加減ハ之ヲ先ニシ他ハ其後トシテ遞加遞減シ之ヨリ得タル所ヲ基本トシテ本文ノ加減ヲ法文ノ順序通りニ通加通減シ本文ノ加減ハ相殺ス可ラスト(2)第二說ニ曰シ但書ノ加減ハ其間ニ於テ相殺シ之ニ因テ得タル所ヲ基本トシ本文ノ加減ヲ通加通減ス可シ但シ本文ノ加減ハ又其間相殺スル事ヲ得ト(3)第三說ニ曰シ但書ノ加減ハ相殺シ之ニ因テ得タル所ヲ基本トシ本文ノ加減ヲ法文通りニ相殺セスシテ通加通減スヘシト第一第二ノ說ハ採ラス

〔三百八十八〕我輩ノ至當ト信スル計算方ハ第三說ニシテ(1)但書ノ加減ハ

相殺スル事(2)但書ノ加減ノ結果ハ本文ノ加減ノ基本トナル事(3)本文ノ加減ハ法文ノ順序通りニ通加通減スル事(4)本文ノ加減ハ相殺ヲ許サ、ル事ノ四點ヨリ成立ス之ニ因テ十六歳以上二十歳以下ノ者(刑八一條)二人以上連合シテ(刑三六九條)第三百六十七條ノ罪ヲ犯サシドシテ遂ケス(刑一一二條)且ツ從犯ニ該リ(刑一〇九條)自首シタル上ニ(刑八五條)情狀ノ酌量スヘキモノアル時(刑八九九〇條)ノ計算ハ如左

第三百六十七條ノ刑+I(三六九條ノ特別加重)-1又は2(未遂犯)-1(從犯)=本刑-1又は2=イ

イ=但書ノ加減ノ結果

$$イ + \frac{1}{4} \text{(再犯加重)} = ロ \quad ロ - \frac{1}{4} \text{(宥恕)} = ハ$$

$$ハ - \frac{1}{4} \text{(自首)} = ニ \quad ニ - \frac{1}{4} \text{又ハ} \frac{1}{2} \text{(酌量)} = 答$$

## 第四章 刑ノ執行

### 第一節 總論

〔三百八十九〕刑ハ其効ガチ生スルニ就キ實形的ニ執行スルコトヲ要スル

モノト然ラサルモノトアリ實形的ニ執行スルコトヲ要スルモノハ生命刑、自由刑、財産刑是ナリ宣告アレハ當然其効力ヲ生シテ實形的ノ執行アルヲ要セサルモノハ能力刑ノ一アルノミ能力刑ハ實形的ノ執行ヲ要セサルヲ以テ本章特ニ之ヲ論セズ

(三百九十) 刑罰ノ適法ナル執行アルニハ執行ノ職權アル者カ執行シ得ル時期ニ於テモサル可ラス爰ニ於テカ何人カ執行權ヲ有スルカ執行權ハ何日ヨリ發生スルカト云フ二問ヲ決セサルヲ得ズ

(三百九十一) 何人カ執行權ヲ有スルカ刑ヲ言渡スハ判事ノ職權ナリト雖モ之カ執行權ヲ有シ必要ナル指揮ヲ與フルハ檢事ノ職ナリ即チ……刑ヲ言渡シタル裁判所ノ檢事又ハ上告裁判所ヨリ命ヲ受ケタル裁判所ノ檢事……刑ノ執行ヲ指揮ス(罰金、科料、沒收品……)ハ檢事ノ命令ニ依リ之ヲ徵收スルヲ要シ亦沒收品ノ處分モ檢事之ヲ爲ス(刑訴三二〇條)

刑ノ執行指揮ヲ與フルハ檢事ノ職權ナリト雖モ檢事自カラ執行スルコトナク生命刑、自由刑ハ司獄官又ハ警察官ヲシテ之ヲ執行セシメ財産刑ハ通

常執達吏ヲシテ之ヲ執行セシム有効ニ執行サル、ヤ否ヤヲ監督スルハ亦檢事ノ職權ナリ(裁、構、六條)能力刑ハ實形的ノ執行ヲ要セサルカ故ニ此ノ如キ問題ヲ生セズ

(三百九十二) 執行權ハ何日ヨリ發生スルカ刑ハ裁判確定シタル後ニ非サレハ之ヲ執行スルコトヲ得ズ(刑五〇刑訴三一七條)故ニ裁判確定ノ日ハ執行權發生ノ日ナリ裁判言渡ハ上訴期間内ニ上訴セサレハ上訴期間滿了ノ日ニ確定ス上訴期間ニ上訴スレハ之ニ對スル終審ノ判決アリタル日ニ確定ス(關席判決ニ對シテハ例外アリ詳細ハ刑事訴訟法ニ就テ知ル可シ)

(三百九十三) 執行權發生シタルトキハ其日ヨリ檢事ハ執行命令ヲ發シ相當官吏ニ執行セシメ得ルヲ原則トス(刑訴三一九、三二〇條)但シ之ニ例外ト制限トアリ死刑ノ執行命令ハ司法大臣之ヲ發シ罰金科料ハ納完期限内ニ強制執行ノ命令ヲ發スル能ハス

(三百九十四) 刑ノ執行ニ付テハ以上畧述シタル執行權ノ所在并ニ發生ノ日ノ外ニ又常ニ場所ト方法ト執行時間トノ問題ヲ生ス刑ノ性質ニ依リ特

別ノ規定アリ以下生命刑自由刑財産刑ニ就キ此三問題ヲ研究セント欲ス  
第二節 生命刑ノ執行

(三百九十五) 死刑ヲ採用スルトキハ立法上三個ノ重要ナル問題ヲ生ス曰  
ク如何ナル方法ニ依テ執行スヘキ曰ク執行ハ公ニスヘキカ密ニスヘキカ  
曰ク何時迄ニ執行スヘキカ各國各時代ノ刑法カ此三問ニ就テ決スル所ヲ  
比照スルニ千差万別實ニ一大著書ヲ以テスルニ非サレバ其詳細ヲ盡クス  
能ハス

(三百九十六) 現時ハ文明國ニ於テ死刑執行ノ方法絞斬二者其一ヲ出テス  
佛蘭西獨逸白耳義埃地利等ハ斬ヲ用ヒ佛刑一二、一三、獨刑一三、白刑八條英  
吉利巴西兒合衆國等ハ絞ヲ用ユ(巴刑三八、合刑五三、二五條魯西亞ハ宣告ノ  
際方法ヲ定ムル規定ナリ(魯刑二〇條)我國ハ絞殺ノ方法ヲ採用ス(刑一二條)  
蓋シ成ル可ク速ニ犯人ノ生命ヲ斷ツヲ可トス往時ノ如ク執行ノ方法ニ因  
リ多ク痛苦ヲ與ヘテ脅嚇ノ効ヲ奏セントスルハ害アルモ益アルヲ見サル  
ナリ

(三百九十七) 我刑法ハ斷然密行スルコトニ決セリ(刑一二條)但即チ死刑場  
ハ監獄ノ一隅ニ設ケ墻壁ヲ以テ外見ヲ防キ(監施細三六條)執行ノ際ハ刑  
場ノ警戒ヲ嚴ニシテ執行ニ關スル者ノ外刑場ニ入ルコトヲ許サス...若シ  
正當ノ理由アリテ之ヲ見ント欲スル者ハ必ス...立會官吏ノ許可ヲ得タル  
コトヲ必要トス

(刑附、二條)

(三百九十八) 死刑ハ司法大臣ノ命令アラサレハ執行スルコトヲ得ス然ラ  
ハ死刑執行權發生ノ日ハ裁判確定ノ日ナリヤ司法大臣カ執行命令ヲ發シ  
タル日ナリヤ我輩ハ一般ノ原則ニ從ヒ裁判確定ノ日ナリト考フ蓋シ執行  
命令ハ司法大臣ニ非サレバ之ヲ發スル克ハスト雖モ是執行權ノ所在ニ關  
スル問題ニシテ執行權發生ノ時ニ關スル問題ニ非ス其執行權發生ノ時ニ  
關スル問題ハ刑法第五十條ト刑事訴訟法第三百十七條トニ因リ裁判確定  
ノ日ト決スヘキナリ執行權發生ノ時ハ即チ裁判權確定ノ日ナルカ故ニ其  
日ヨリ職權アル者即チ司法大臣ハ直チニ執行命令ヲ發スルコトヲ得區別

ノ實益ハ期滿免除ノ場合ニ存スルアリ  
 (三百九十九) 死刑ハ司法大臣ノ命令後三日内ニ執行ス可キモノナリト雖  
 モ大祝令節國祭ノ日ハ之ヲ遠慮セサル可ラス(刑一四條)刑法附則第四條ニ  
 列舉ス元始祭、孝明天皇祭、紀元節、春季皇靈祭、仁孝天皇祭、六月大  
 祓、秋季皇靈祭、神宮神嘗祭、天長節、後桃園天皇祭、新嘗祭、光格天  
 皇祭、十二月大祓是ナリ而シテ大祝トハ大嘗會ヲ謂ヒ、令節トハ紀元  
 節、天長節、國祭節ヲ謂ヒ、國祭トハ元始祭、神嘗祭、新嘗祭等ヲ謂フ  
 法律ニ記載スル大祝令節國祭ハ右ノ如シ故ニ之ヲ避クレハ法律上死刑ヲ  
 執行スル克ハストイフニ非スト雖モ三日ノ間ハ何レノ日ヲ選ムモ亦差支  
 ナキカ故ニ假令ハ 皇后陛下御降誕ノ日、皇太子殿下御降誕ノ日ノ如キ  
 ハ當局者ノ注意ヲ以テ遠慮スベキヲ可トス亦必ス實際ニハ遠慮スルナル  
 可シ  
 何故ニ大祝令節國祭ニハ死刑ヲ執行スルコトヲ禁スルカ國民ノ擧ケテ慶  
 賀スル日ニ獨リ犯人ノ親屬ヲシテ流涕悲泣セシムルハ人情ノ忍ハサル所

ナルカ故ナリトハ右禁令ノ理由トシテ往々學者ノ唱導スル所ナリト雖ト  
 モ未ダ盡クサ、ルノ憾アリ若シ右ノ理由ノミニ基ク禁令ナリトセハ立法  
 上親屬無キ者ハ大祝令節國祭ノ當日死刑ヲ執行スルモ差支ナキ規定ヲ設  
 シヘキニ至ラン況ンヤ祭日ノ中ニハ其趣旨慶賀スヘキニ非ス齋戒沐浴シ  
 テ吊意ヲ表スヘキモノアルニ於テオヤ今此二點ヲ觀察シ禁令ノ理由ヲ察  
 スルニ全國民ノ擧ケテ祝賀若シハ齋戒スヘキ一日ハ神聖ヲ汚サ、ル爲ナ  
 ル可シ一人ノ刑死者アルハ一國ノ不幸ニシテ之ガ執行ハ已ムヲ得サルニ  
 出ツ豈好ミテ神聖ナル一日ニ刑死者ノ屍體ヲ横フル必要アリ  
 (四百) 「死刑ノ宣告ヲ受ケタル婦女懷胎ナル時ハ其執行ヲ停メ分娩後一百  
 日ヲ經ルニ非サレハ刑ヲ行ハス」(刑一五條)是刑ハ一身ニ止ルノ原則ヨリ出  
 ツルモノニシテ各國ノ刑法ハ右同一ノ制限ナキハ無シ(佛刑二七、白刑一  
 獨刑訴四〇九、印刑訴三〇六、土刑一八、巴西兒刑四三、瑞西刑第三款……)其分  
 娩後ノ猶豫期間ヲ一百日ト定メタルハ唐、明、清、大寶ノ刑律、假刑律、新律綱領  
 ノ例ナリ清律ノ註ニ曰「若シ孕婦死罪ヲ犯サハ婆實ニ入視セシム母ハ死罪

ヲ犯スモ子ハ辜無シ故ニ刑ヲ行フハ必ス其産後並ニ所生ノ子ヲ乳スルヲ待ツ可キナリト孕婦ヲ殺ス可ラサル趣旨ハ右清律ノ註ニ謂ヘル如ク胎子罪ナク之ヲ殺ス可ラサルカ故ナリ

〔四百一〕 刑法第十五條ノ制限アルカ故ニ若シ死刑ノ宣告ヲ受ケタル婦女懐胎ト申スル者ハ醫師及ヒ産婆ヲシテ之ヲ検査セシメ果シテ懐胎ナル時ハ檢事ヨリ司法大臣ニ上申シテ其執行ヲ停メ産後一百日ヲ經テ更ニ司法大臣ノ命令ヲ受ケ決行スヘシ(刑附五條)

〔四百二〕 産後一百日ノ猶豫ヲ與フル理由如何清律ノ註ニ曰ク「已ニ百日ヲ滿チ子ノ哺食ヲ命ヲ續ク可キニ至リテ後刑ヲ行フ可シト我刑法ノ規定モ同一ノ趣旨ニ出ツル如ク解スル者アリ」(井上氏二九四頁)

百日ノ猶豫ヲ與フル趣旨嬰兒ヲ哺育セシムルニ在リトスレハ百日以内ニ嬰兒死亡シタルトキ百日ヲ俟タズシテ死刑ヲ執行セシムルコトヲ得ト結論セサルヲ得ス是明ニ刑法第十五條刑法附則第五條ニ反キタル解釋ナリ該二條ハ更ニ出産後嬰兒ノ死亡シタルト否トヲ區別セス

百日ノ猶豫ヲ與フルハ一般學者ノ言フ如ク母子共ニ之ヲ憐ム精神ニ出ツルナリ分娩ハ婦女ノ大事ニシテ其痛苦疲勞一大疾患ヲ病ムニ異ナラス起臥歩行モ自由ナラサル病者ヲ死ニ處センハ人情ノ堪ユル處ニ非サルナリ(二五年一〇月二七日司法省指令)

〔四百三〕 刑死者ノ遺骸ハ往時一般ニ下付ヲ許サ、リキ然レトモ遺骸ニハ罪ナシ之ヲ棄テ之ヲ暴スモ毫絲ノ益アルヲ見ス却テ之ヲ親屬故舊ニ下付シテ無害ノ宗教心ヲ満足セシムルハ人情ヲ憫ムノ趣旨ニ適フカ故ニ親屬故舊ニシテ之カ下付ヲ請フ者アレハ下付スルコトヲ許スナリ(刑一六條)

〔四百四〕 刑法第十六條但書ニ曰ク「……式ヲ用ヒテ葬ルコトヲ得ス」ト如何ナル意義カ些少ノ讀經送葬ノ式ヲモ之ヲ用ユルコト能ハサルノ意義カ該條但書ノ趣旨ハ刑死者ノ遺骸ヲ葬ルニ壯大美麗ナル儀式ヲ營ミ公然法律ヲ蔑視シ社會ニ抗敵スルガ如キ舉動ヲ許サ、ルニ在ルノミ蓋シ多數ノ兇徒惡漢ニ首領ト仰カレタル者ノ如キハ其配下ノ情トシテ成ル可ク其式ヲ壯ニシ死後ノ名ヲ得セシメントスルナキヲ保セス特ニ國事犯ニ死刑ヲ

採用スル我國ノ如キハ一派一黨ノ長ニシテ刑場ノ露ト消ヘタル際其同志者善ヲ盡クシテ冥福ヲ祈リ美ヲ盡クシテ式ヲ飾リ陰然良民ニ同情ヲ表セシムル一手段トナスカ如キ危險アリ是レ但書ノ禁アル所以トス

右ニ述フル如キ趣旨ノ禁令ナリトスレハ一ノ結果ヲ生ス他ナシ遺憾ノ下付ヲ得タル親族故舊カ僧侶神官ヲ招キテ些少ノ引導讀經ヲ爲サシメ質素ニ送葬ノ式ヲ營ムカ如キハ但書ノ禁スル所ニアラサル是ナリ當ニ之ヲ禁セサルノミナラス現時遺憾ノ下付ヲ許スハ主トシテ此ノ如ク事ニ害ナキ宗敎心ヲ満足セシムル爲ナリトス

(四百五) 親族故舊若シ壯大ナル儀式ヲ用ヒ葬ヲ爲サントシタル時ハ如何ナル制裁アルカ刑法並ニ特別法ニ之ヲ罰スル明文ナシ故ニ既ニ之ヲ遂ケタル者ニ對シテハ刑ノ科スヘキナシト雖モ此ノ如キ企アルヲ聞知シタル時當該官吏ハ刑法第十六條但書ヲ理由トシ行政上之ヲ禁止セシムル職權アルモノナリ

### 第三節 自由刑ノ執行

(四百六) 刑ノ執行ハ其刑ヲ言渡シタル裁判所ノ檢事又ハ上告裁判所ヨリ命ヲ受ケタル裁判所ノ檢事ノ指揮ニ因リテ之ヲ爲スヘキモノナリ(刑訴三一九條)然レトモ檢事自身ハ執行ノ指揮ヲ與フル迄ニシテ司獄官之ヲ執行スルモノトス故ニ刑ノ執行ハ司法官タル檢事ノ指揮ト行政官タル典獄ノ職權トヲ俟テ初メテ之ヲ完キニ爲シ得ルナリ

右ノ注意ノ中ニ自ラ刑ノ執行ニ關スル檢事ノ職權ト典獄ノ職權トノ分界ヲ合審セリ即チ執行ノ指揮ヲ爲スハ檢事ノ職ナルカ故ニ言渡確定シタル囚人ヲ甲ノ監獄ニ護送シ何々ノ刑ヲ執行セシムルノ命令ヲ發スル如キハ檢事之ヲ司リ其命令ニ從ヒ如何ナル監房ニ起臥シ如何ナル役業ニ就カシムルカノ如キハ典獄之ヲ司ル其檢事ノ命令ナキ者ハ典獄決シテ之ヲ獄ニ入レ刑ヲ執行スル能ハス(監六條)ガロオ氏二卷三九頁

(四百七) 自由刑ノ執行ニ就テモ亦死刑ノ執行ニ於ケル如ク重要ナル三ノ問題ヲ生ス時ク如何ナル場所ニ於テスヘキカ曰ク如何ナル方法ニ依ル可キカ曰ク何時ヨリ何時迄執行スヘキカ右三問中自由刑執行ノ場所ト方法

トノ二問ハ合シテ監獄制度ノ問題トナルモノトス

### 第三款 日本監獄制度

#### 第一項 場所ノ組織

〔四百八〕 刑法ノ文面ニハ徒刑、流刑ヲ島地ノ獄ニ於テ執行セシメ懲役、禁獄、禁錮、拘留ヲ内地ノ獄ニ於テ執行セシメントセリ(刑一七、二〇、二二、二三、二四、二八條)果シテ其規定ノ實際ニ行ハレ居ルヤ否ヤヲ知ラシムニハ勢ヒ監獄制度ノ大要ヲ一言セサル可カラズ

〔四百九〕 現行監獄則ハ明治二十二年七月十一日勅令第三十三號ヲ以テ發布セラレ同時ニ明治十四年ノ第二監獄則ヲ廢セシモノナリ同第一條ニ曰ク監獄ヲ別テ左ノ六種ト信ス

一、集治監 徒刑、流刑及舊法懲役終身ニ處セラレタルモノヲ拘禁スル所トス

二、假留監 徒刑、流刑ニ處セラレタル者ヲ集治監ニ發遣スル迄拘禁スル所トス

三、地方監獄 拘留、禁錮、禁獄、懲役ニ處セラレタル者及ヒ婦女ニシテ徒刑ニ處セラレタル者ヲ拘禁スル所トス

四、拘留監 刑事被告人ヲ拘留スル所トス

五、留置場 刑事被告人ヲ一時留置スル所トス但警察署内ノ留置場ニ於テハ罰金ヲ禁錮ニ換フル者及ヒ拘留ニ處セラレタル者ヲ拘禁スルコトヲ得

六、懲治場 不論罪ニ係ル幼者及瘠弱者ヲ懲治スル所トス  
ト而シテ監獄ハ内務大臣之ヲ監督シ集治監ハ北海道廳長官内地ニ在ルモノハ假留監ト共ニ内務大臣直ニ管理シ其他ノ監獄ハ警視總監、北海道廳長官及府縣知事ノ管理ニ屬ス(同二三條)

〔四百十〕 全國ニ存在スル地方監獄ノ數ハ凡ソ百六十箇所各府縣便宜ノ地ニアリ集治監ハ四箇所其名稱所在地設置命名ノ日附左ノ如シ

名稱	位 設	設置命名日附
一 三池集治監	福岡縣三池郡下里村	明治十六年三月三日

刑法(總則) 刑罰 刑ノ執行



二 東京集治監 府下南葛飾郡小菅村 明治十二年四月一日

一七號達

三 宮城集治監 宮城縣宮城郡小泉村 同上

四 北海道集治監 四ヶ所 明治二十四年八月十六日

同本監 石狩國樺戸郡舊稱樺戸集治監 明治十四年八月十日

七〇號達

同<sup>空知</sup>分監 石狩國空知郡舊稱空知集治監 明治十五年六月十五日

三六號達

同<sup>釧路</sup>分監 釧路國川上郡舊稱釧路集治監 明治十八年九月二十一日

五二號達

同<sup>網走</sup>分監 北見國網走郡最奇村

地方監獄并ニ集治監ノ外ニ假留監ト名クルモノアリ明治十七年七月七日附第六十二號達ニ曰ク兵庫縣下兵庫ニ假留監ヲ設監シテ内務省ノ直轄

トナシ東京、宮城、三池ノ三集治監ノ中ニ假留監ヲ附設シ北海道集治監ニ發遣スヘキ囚徒ヲ一時拘留スルノ所ト相定メ候此旨相達候事ト右四ヶ所ノ假留監置中兵庫ニ在リシモノハ昨二十六年廢セラレタリ

第二項 定役

(四百十一) 徒刑、懲役、重禁錮ニ定役アリ(刑一七一八、二二、二四條)監ノ内外ニ於テ從事スルモノト別アリ又男囚ト女囚トニ就テ一様ナラス

(四百十二) 徒刑、懲役ノ囚六十歳ニ滿ツル者ハ通常ノ定役ヲ免シ其體力相當ノ定役ニ服ス(刑一九、二二條)蓋シ定役ニ服セシムルハ單ニ痛苦ヲ大ナラシムルカ爲ニ非ラスシテ勞働ノ慣習ト規律アル生活ヲ養成スルニ在ルカ故ニ體力ニ應セサル勞務ヲ科シ徒ラニ之ヲ苦ムル必要アラサルナリ特ニ折衷主義ノ論鋒ヲ以テ言ハ、體力ニ相當シタル役業ヲ科セスンハ刑ノ權衡ヲ保ツクハサル可シ

刑法ニハ單ニ徒刑、懲役ノ囚徒ニ就テノミ六十歳以上ノモノハ定役ヲ免スト云ヘリ而レトモ體力不相當ノ役ニ就カシムヘカラサルハ重禁錮ノ囚ト

雖モ異ル所アラズ監獄則ハ右刑法ノ缺點ヲ補ヘルコト前段ニ云ヘル如シ  
 [四百十三] 刑法附則第十一條ニヨレハ流刑ノ囚ハ幽閉中典獄ノ許可ヲ得  
 テ任意工業ヲナスコトヲ得ルナリ流刑ノ外禁獄、輕禁錮ノ如キモ亦定役ナ  
 シ而シテ禁獄又輕禁錮ニ處セラレシ者ト雖モ許可ヲ得テ作業ヲナシ得ル  
 ハ亦刑法附則第十七條及第十九條ノ明言スル所トス獄内ニ幽閉サレ探ル  
 所ノ業ナキトキハ閑暇無聊ノ極却テ痛苦ヲ増スコトアリ之ヲ救フニ就役  
 ナ許スハ頗ル適當ノ處分ナル可シ但作業ノ種類ハ典獄ノ許ス所ニ任スヘ  
 キナリ

典獄ノ許可ヲ得ス流刑、禁獄、輕禁錮等ノ囚人ノ探ル業務ハ定役ト云フ可ラ  
 ス何トナレハ法律ハ強制スル所ニ在ラサレハナリ

[四百十四] 監獄ノ内外ニ於テ囚徒ニ各種ノ役業ヲ採ラシムルニ就テハ一  
 國ノ經濟上注意ス可キ點アリ蓋シ囚人ヲ監督スル者ハ官ヨリ一定ノ俸給  
 ナ受ケ囚人ニ給スル衣食賃銀ハ良民ニ與フル所ニ比シテ廉價ナリ其勞働  
 ニ規律アル到底私立會社等ノ企テ及ハサル所ナルカ故ニ勢ヒ監獄ニ於テ

製出スル物品ハ他ヨリ廉價ナリトス茲ヲ以テ局ニ當ルモノ十分ニ意ヲ注  
 カスノハ民間ノ同事業ト競争ヲ起シ不知不識ノ間ニ民業ヲ奪フノ不幸ヲ  
 見ルニ至ラン余監獄ヲ巡見スル毎ニ必ス一二ノ製作品ヲ購ヒ人ニ對シテ  
 之レカ評價ヲ求ムルニ一般ニ其廉ナルヲ聞キテ驚カサルハナリ茲ニ當局  
 者ノ注意ヲ望マスンハアル可カラス

### 第三項 工錢

[四百十五] 現行刑法第二十五條アルニヨリ工錢ノ一部ハ必ス之ヲ給與セ  
 サル可ラスト雖モ給與スヘキ額ハ監獄則ニ依リテ一定スルモノトス而ル  
 ニ現行刑法實施以來監獄則ニ一回ノ改正アリシ爲メ工錢給與ノ法モ又一  
 回變化ヲナセリ即チ左ノ如シ  
 前監獄則(六九五號)ニヨレハ(1)各種ノ工錢ハ其他普通ノ傭工錢ヲ標準トシ  
 各自ノ技能ニ應シ一日若干錢ト定メ(同五四條)(2)定役ニ服スル囚徒現役一  
 百日ヲ經レハ始メテ各自ノ工錢ヲ料定シ之ヲ十分シテ其一分ヲ與ヘ餘分  
 ハ之ヲ監獄ニ収メ(3)定役ニ服セサル囚徒及未決囚ニシテ作業スルモノ、

工錢ハ十分シテ其三ヲ監獄ニ收メ其七分ヲ與フ定役ニ服スル囚徒ニシテ當日ノ科程ヲ畢テ仍ホ作業スル者科程外ノ工錢ハ之ニ準スルノ規定ナリ(同五一條)

現行監獄則ニヨレハ(1)各種ノ工錢ハ其他普通ノ傭工錢ニ照シテ各自ノ技能ト就役時間トニ應ジ一日若干ト定メ(監施細五十一條)(2)定役ニ服スヘキ囚人現役一百日ヲ經レハ始メテ各自ノ工錢ヲ料定シ之ヲ十分シテ重罪囚ニハ其二分輕罪囚ニハ其四分ヲ與ヘ餘分ハ監獄ノ費用ニ供シ(3)無定役囚懲治人及ヒ刑事被告人ニシテ作業スル者ノ工錢ハ之ヲ十分シテ其六ヲ與ヘ其餘分ハ監獄ノ費用ニ供ス定役ニ服スル囚人ニシテ科程以外ノ作業ヲナス時ノ工錢並ニ免役者ニ於テ囚人ヲ炊事掃除病者ヲ看護其他監獄ノ用ニ供スル時ノ工錢ハ亦之ニ準スルノ規定ナリ(監二施細五二條)

(四百十六) 刑法第二十五條但書ニ曰ク「現役百日以内ハ給與ノ限ニ非ス」ト現役トイフ明文アルカ故ニ一百日以上ノ期間ヲ存スル自由刑ニ處セラレタル者ト雖モ未決拘留ノ爲メ監獄ニ在テ定役ニ服スル日數一百ニ滿タ

五三

サレハ工錢ヲ給與サルノ限ニ在ラス亦現役百日ヲ越ユル時ハ假令僅々二三日間ノ工錢ト雖モ之ヲ給與セサルヲ得サルナリ(前監五一現監二二條)右ノ制限ヲ設ケタルノ理由如何(1)或ハ曰ク入獄ノ日短カケレハ出獄後生業ニ就クニ困難ヲ感セサルノミナラス給與ヲ受クルモ其額些少ニシテ出獄後生業ノ資本トナシ若クハ歸國ノ旅費トナスニ足ラサルナリ進ンテ資本並ニ旅費ニ十分ナル金額ヲ與フルトセンカ終ニ給與ノ不公平ト經費ノ不足トヲ生スルニ至ラン是レ第二十五條但書ノ規定アル所以ナリト(2)我輩惟フニ右ノ觀察モ理由ノ一ヲラント雖モ仍ホ別ニ他ノ理由ノ加ハルアラシカ定役一日ノ工錢額ヲ定ムルハ就役時間ノ外各囚人ノ技能ヲ標準トセサル可ラス(監施細五一條)各囚人ノ技能ヲ視察スルニハ少クモ一百日位ハ役業ニ就カシメサルヲ得サルナリ

然リト雖トモ我立法者ハ現役一百日間工錢ヲ與ヘサルノ制限ヲ以テ亦痛苦ヲ與フル一手段ト見做シタルナキヤノ疑アリ刑法附則第十八條ヲ見ルニ服役限内更ニ罪ヲ犯シ再ヒ定役ニ服スル者後犯ノ刑期一百日以内ハ

工錢ヲ給與セズトイフ規定アリ其前犯ノ刑期並ニ現役日數ノ一百日以上タルト否トヲ區別セズシテ後犯ノ刑期ノ始メノ一百日間ノ工錢ヲ與ヘサルハ到底前段ノ理由ヲ以テ解スル克ハス痛苦ヲ大ナラシムル一手段トシタルカ如シ

〔四百十七〕第二十五條ニヨレハ定役ニ服スル囚人ニシテ現役百日以上ニ亘レハ凡工錢ノ一部ヲ給與スルヲ要ス故ニ無期徒刑ト雖モ工錢ヲ給與サルヘキハ勿論ナリ工錢ヲ給與スル理由ノ第一第二ハ又無期徒刑ノ囚ニ適用スルコトヲ得ルモ獨リ第三ノ理由ハ一見其適用ナキカ如シ何者無期ノ囚ハ畢生獄ニ在ルカ故ニ放免後ノ生業ノ資本ニ歸國ノ旅費ヲ給スル必要ナクハナリ而ルニ無期徒刑ノ囚ト雖モ假出獄ノ恩典ニヨリ出獄スルナキヲ保セサルノミナラス父母妻子ノ扶助其他正當ノ費用ニ充テントシ(監二五條)或ハ官給以外ノ食物ヲ欲スル等ノ事情(監施細六二六三條)アルハ他ノ囚人ト異ルナキヲ以テ同シク工錢ハ之ヲ給與セサルヲ得ス

〔四百十八〕工錢給與ノ問題ヲ了ルニ望ンテ一ノ注意スヘキ點アリ老若婦

女不具者等體力ノ十分ナラサル者ハ場合ニ依リ假令ハ刑期長ク親屬故舊無キ等給與額ノ割合ヲ増加スルノ規定アルヲ至當ト信スル是ナリ(刑法論網二五三頁)其技能並ニ收益金ノミヲ標準トシテ盛壯健全ナル者ト同一ノ割合ニ工錢ヲ與レハ放免後ノ旅費又ハ資本トナスニ足ラサル可シ

第二款 刑期計算

〔四百十九〕刑法第一編第二章第五節ニ刑期計算ト題シタルハ自由刑ノ執行期間ヲ定ムルヲ主トシタル規定ナリ執行期間ヲ定ムルトハ假令ハ六ヶ月ノ重禁錮ニ處スルノ宣告確定シタル者ハ六ヶ月間内地ノ獄ニ入レ定役ニ服セシム可キカ六ヶ月ノ中ヨリ未決拘留ノ日數若干ヲ控除シ六ヶ月以内ノ時間執行ス可キカヲ決スルノ類ヲ謂フ從テ執行期間ヲ定ムルニハ刑期ノ起算點ヲ定ムサルヲ得ス右ノ場合ニ就テ六ヶ月ノ刑期ヲ執行ノ日ヨリ起算セハ全六ヶ月間執行スルヲ要シ未決拘留若クハ裁判宣告ノ日ヨリ起算セハ六ヶ月ヨリ少キ時間執行ヲ受ケテ放免セラル可シ爰ニ以テ刑期計算ノ章ニハ刑起算點ト執行期間計算法トヲ規定セリ

〔四百二十〕無期徒刑 無期流刑ノ如キ犯人ノ終身ヲ期間トスル自由刑ニ在リテハ一見刑ノ起算點並ニ執行期間計算法ヲ定ムル必要ナキカ如シト雖モ然ラス無期徒刑ノ四十五年ヲ經過スレハ假出獄ヲ許サ、ルコトアリ(刑五三條)無期流刑ノ囚五年ヲ經過スレハ幽閉ヲ免セラル、事アリ(刑二一條)其假出獄若シハ免幽閉ヲ與ヘントスルコ方リ十五年若シハ五年ヲ經過シタルヤ否ヤヲ決セントスルニハ必ス刑期ノ起算點ト執行期間ノ計算法トヲ定メサル可ラス

〔四百二十一〕刑法ニ所謂刑期計算ノ規定ハ主トシテ自由刑ノ執行期間ヲ定ムルニ就キ實用アリ故ニ我輩モ亦之ヲ本節ニ論述ス然リト雖モ能力刑ノ中停止公權並ニ禁治産ニ對シテハ間接ニ其適用アル事ヲ注意セサル可ラス何者右二個ノ能力刑ハ主タル自由刑ト期間ヲ同ウスルヲ以テナリ(四百二十二)刑法ニ刑期計算ト顯シタル規定ト先ニ刑ノ適用ヲ論スルノ際説明シタル刑期金額ノ計算法(六二四號)トナ同一視ス可ラス彼ハ刑ヲ加減スルニ方リ刑期金額ハ如何ニ計算スルカノ問題ヲ決シタルモノナルカ

故ニ宣告スル以前ニ於テノミ其必要ヲ見此ニ所謂刑期計算ハ執行期間並ニ刑期起算點ヲ定ムルモノニシテ宣告ノ後ニ於テノミ其實用アリ彼ハ自由刑財産刑ニ通シ此ハ主トシテ自由刑ノ執行ニ關ス

第一項 刑期起算點

〔四百二十三〕自由刑ハ他ノ刑ノ如ク裁判確定後ニ非サレハ執行スル克ハス(刑五〇)刑訴三一七條而テハ裁判ヲ以テ宣告シタル刑期ハ實際執行ヲ始メタル日ヨリ起算シ宣告シタルタケノ時間執行スヘキカ即チ宣告シタル刑期ヲ執行期間トスルカ我刑法ハ刑名宣告ノ日ヨリ起算ス(刑五一條)ト規定シタルカ故ニ宣告シタル刑期ヨリ宣告ト執行トノ間ノ日數ヲ控除シタルモノヲ執行期間トスヘキナリ何故ニ斯ノ如キ規定ヲ説ケタルカ未決拘留ノ日數ノ一部ヲタケハ宣告日數ヨリ控除シテ執行セシムルヲ便宜ト規定シタルニ由來ス

未決拘留ノ日數ヲ控除シテ執行期間ヲ定ムヘキヤ否ヤニ就キ三說アリ第一說ニ曰ケ未決拘留ハ刑罰ノ執行ニ非ス從テ之ヲ控除シテ執行期間ヲ

定ムヘキニ非スト第二説ニ曰ク未決拘留ハ實際ニ於テ刑罰ト異ル所ナキ  
ヲ以テ之ヲ控除シテ執行期間ヲ定ム可シト第三説ニ曰ク未決拘留ハ被告  
人ノ自由ヲ剝奪ス然レトモ待遇寛ニシテ眞ノ刑罰トハ異リ結局其幾分ヲ  
控除シ執行期間ヲ定ムルカ至當ナリト

我刑法第五十一條ニ刑期ハ刑名宣告ノ日ヨリ起算スト定メタルハ是第  
三説ノ趣旨ヲ入レ未決拘留日數ノ一部分ヲケテ控除シ執行期間ヲ定メシ  
ムル精神ナリ裁判ハ宣告アルモ直チニ執行スル能ハス(刑五〇條)其確定ス  
ル迄ノ間ハ一定ノ場所ニ留置セラレ自由ヲ剝奪サルルカ故ニ宣告シタル  
刑期ヨリ其日數ヲ控除シ殘ル日數間執行スルヲ至當ト認メタルモノナリ  
〔四百二十四〕未決拘留ハ被告人ノ自由ヲ剝奪ス而レトモ刑ノ執行ニ比シ  
待遇寛ナリ故ニ其日數ノ幾分ヲ控除シテ執行期間ヲ定メサル可ラスト刑  
法第五十一條首文ノ規定ハ此思想ニ出テタルモノナリ他ニ之ヲ説明スル  
ニ足ル理由無シ爰ニ於テカ忽チ一ノ批難ヲ生ス未決拘留カ自由ヲ剝奪ス  
ルト待遇ノ寛ナルトノ二點ヨリ其日數ノ幾分ヲ控除シ執行期間ヲ定ムヘ

キ必要アラハ何故ニ刑名宣告前ノ未決拘留ハ之ヲ刑期ヨリ控除セサルカ  
宣告後ノ日數ハ通常短ク宣告前ノ日數ハ往々長シト

草案第六十三條ハ右ノ批難ヲ避クル爲ニ一ノ規定ヲ企テ、曰ク輕禁錮  
ニ該ル者ニハ未決拘留ノ日數全部ヲ控除シ重禁錮ニ該ル者ニハ其四分ノ  
三ヲ控除シ重罪ノ自由刑ニ該ル者ニハ其二分ノ一ヲ控除ス可シト

草案ノ主義ハ果シテ全ク批難ヲ免ル、事ヲ得ルヤ何故ニ輕禁錮ニ該ル  
者ニハ未決拘留ノ日數全部ヲ控除スヘキカ共ニ定役無ク痛苦ノ度同一ナ  
リトイフニ在ラハ何故ニ重罪ノ自由刑中定役無キ流刑禁獄ノ者ニモ同シ  
ク其全部ヲ控除セサルカ一步ヲ進メテ根本ノ思想タル定役ナキカ故ニ輕  
禁錮ト未決拘留ト痛苦ノ度同一ナリトイフ點ハ果シテ正當ナルカ未決拘  
留ノ間ハ白衣ヲ着スル事ヲ得美味ノ差入ヲ許サレ(監三八條監施細八九條)  
數多ノ點ニ於テ輕禁錮ノ執行ヨリ待遇ノ寛ナルハ疑ナキ事實ナルニ非ス  
ヤ

草案ヲ辯護スル爲ニ人或ハ曰ハン未決拘留ノ痛苦若シ輕禁錮ヨリ寛ナ

ラハ草案ノ趣旨ヲ採リ其計算法ヲ捨テ輕禁錮ニ該ル者ニハ未決拘留ノ日數ノ四分ノ三ヲ控除シ重禁錮ニ該ル者ハ其ノ二分ノ一ヲ控除スルカ如キ規定ヲ設クレハ可ナラント未タ以テ遽ニ贊同スルニ足ラス若シ草案ノ真意ノ在ル所ヲ採ラントナラハ各被告人ノ未決拘留ノ間ニ狀況ニ應シテ計算テ異ニスルノ已ムヲ得サルモノアリ被告人若クハ其親屬故舊富者ナラハ未決拘留ノ間ニ衣食ヲ美ニシ痛苦ヲ減スル事アル可キモ自貧ニ人ノ助ケル者無キ拘留者ノ痛苦ハ輕禁錮ト隔タル實ニ些少ト謂フ可シ此ノ如ク各被告事件ノ場合ニ應シテ初メテ未決拘留ノ間ノ痛苦ヲ知ルニ足ル時ハ到底動カス可ラサル法律ノ明文ヲ以テ控除ス可キ日數ヲ定ムルノ却ツテ不公平ナルハ知ル可シ獨逸刑法第六十條ハ未決拘留日數ノ全部又ハ一部ヲ控除スルト否トハ全ク裁判官ノ自由トセリ亦以テ立法上ノ參考トナスニ足ラン

〔四百二十五〕被告人當初ノ宣告ニ屈セス上訴シタル時ハ刑期ハ前判宣告ノ日ヨリ起算スヘキカ本問ヲ決スルニ方

リ我立法者ノ採用シタル思想ハ上訴ノ爲ニ執行ヲ停止セシメタルニ付キ刑訴二五三、二七二條犯人ニ責ムヘキ點無ケレハ前判宣告ノ日ヨリ起算シ犯人ニ責ムヘキ點アレハ後判宣告ノ日ヨリ起算シ以テ正當ナル上訴ヲ獎勵ストイフニ在リ此思想ニ基キ刑法第五十一條ニハ左ノ如キ規定アルヲ見ル

〔犯人自ラ上訴シテ其上訴正當ナル時ハ前犯宣告ノ日ヨリ起算ス其理由ハ他ナシ犯人ノ上訴正當ナラハ即チ先ノ宣告不當ナリ上訴シテ執行ヲ停止セシメタルニ付キ犯人ニ責ムヘキ點無シ加之此場合ニモ後判宣告ノ日ヨリ起算スト規定センカ結局放免ノ日ノ後ル、チ悲ミ正當ノ理由アルニ拘ラス上訴セスシテ止ミ訂正スヘキ裁判ハ訂正サレスシテ止ム危險アリ〕  
 〔犯人自ラ上訴シテ其上訴不當ナル時ハ後判宣告ノ日ヨリ起算ス〕犯人ノ上訴不當ナラハ先ノ宣告正當ナリ之ヲ上訴シテ執行ヲ停止セシメタルハ犯人ニ責ム可キ點アルノミナラス此場合ニ於テモ前判宣告ノ日ヨリ起算スト規定センカ未決拘留ノ間ハ待遇寛ナルニ乘シ成ル可ク其時間ヲ長カ

ラシムル爲ニ不當ノ上訴濫起スル恐ナキ能ハス  
 「檢察官ノ上訴ニ係ル者ハ其上訴正當ナルト否トヲ分タス前判宣告ノ日ヨリ起算ス」  
 檢察官ノ上訴ハ犯人ノ意思ニ反スルト否トニ拘ラヌ上訴スル職權アリ  
 檢察官ノ職權ヲ以テシタル上訴不當ナランカ檢察官ニ責ムヘキ點アルモ犯人  
 ニハ關係ナシ其上訴正當ナランカ先ノ裁判官不當ノ宣告ヲナシタルモノ  
 ニシテ爲ニ執行ヲ停止セシムルモ犯人ニ責ムヘキ點ナシ故ニ此場合ニハ  
 上訴ノ正不正ニ拘ラヌ前判宣告ノ日ヨリ起算ス

〔四百二十六〕犯人自ラ上訴シ其上訴不當ナレハ後判宣告ノ日ヨリ起算ス  
 是レ立法者カ犯人ニ責ムヘキ點アルノミナラス反對ノ規定ヲ採ラハ不當  
 ノ上訴濫起スル恐アリト認メタルカ爲ノミ而レトモ犯人ハ固ヨリ法律ニ  
 通曉セサルモノ多シ假令其上訴不當ナリシトスルモ實際犯人ニ責ムヘキ  
 過失ナキ場合アラソ總テノ場合ニ上訴ノ結果ノミニ付犯人ニ過失アリト  
 認定スルハ不當ノ規定ナラサルナキカ一見頗ル有力ノ批難ナルカ如シト  
 雖モ我輩ハ寧ロ現行法ノ規定ヲ贊成セントス他無シ裁判ノ際ハ通常法律

ニ通曉シタル檢察官立會フアリ場合ニヨリテハ被告ノ利益ヲ保護スル辯  
 護士代理人ノアルアリ(刑訴二四二、二二四條)テ不當ノ宣告アレハ犯人ノ外  
 ニ上訴スルヲ得ルナリ現行法ノ規定ハ時ニ犯人ニ上訴ヲ躊躇セシムルコ  
 トアリトスルモ爲ニ訂正スヘキ裁判漫ニ訂正サレシテ止ム恐ナキノミ  
 ナラス反對ノ規定ヲ設クレハ法律ニ通曉セサル者多キ犯人ハ理由ノ當否  
 ナ考ヘス上訴スル危險アリ裁判事務ノ滯滞ヲ避クヘキ必要ヨリ考フルモ  
 後ノ危險ハ十分ニ豫防ノ策ナカル可ラス

〔四百二十七〕刑罰ハ刑名宣告ノ日ヨリ起算ス是全ク立法者カ宣告ノ日ヨ  
 リ實際執行ヲ初メタル迄ノ間ノ未決拘留日數ヲ控除スルヲ至當ト認メタ  
 ル結果ナリ從ツテ刑名宣告ノ當時若クハ其後ニ未決拘留ヲ免レタル時ハ  
 別ニ起算點ヲ定メサル可ラス二個ノ場合ニ付テ明文アリ

第五十一條第三ニ曰ク「上訴中保釋ヲ得又ハ責付セラレタル者ハ其日數  
 ナ刑罰ニ算入スルコトヲ得ス」ト保釋并ニ責付ニ關スル規定ハ刑事訴訟法  
 第五百十條以下ニ詳ナリ保釋又ハ責付ノ日數ヲ刑罰ニ算入セサルハ他ナ



シ犯人未決監ニ收監サレサルカ故ニ執行期間ヨリ之ヲ控除スル理由ナキニ由ルノミ右第五十一條第三ノ明文ト同條第一第二ノ制限トチ合セテ一ニノ場合ニ其適用ヲ試ミン(1)前判宣告ノ日ヨリ先ニ保釋責付セラレ上訴中續イテ保釋責付セラレタル時犯人自ラ上訴シタル者ナレハ上訴ノ正當ナリシト否トチ分チ上訴ノ正當ナリシ場合ニハ前判宣告ノ日ヨリ起算スヘキモ保釋責付中ノ日數ヲ控除スル必要ヨリシテ保釋責付ノ止ミシ日ヨリ起算スヘキナリ從ツテ上訴ノ判決宣告ノ日ヨリ先ニ刑期ノ起算點ヲ見ル事アラシク檢事ノ上訴ニ係ル時亦同シ上訴ノ不當ナリシ場合ニハ後判決宣告ノ日ヨリ起算スル必要ヨリシテ保釋責付中ノ日數ハ勿論後判宣告前ニ保釋責付ヲ取消サレ收監サル、トアリシトスルモ其日數ハ之ヲ執行期間ヨリ控除スル克ハサルナリ(2)前判宣告ノ當時未決監ニ在リシ者後保釋責付セラレタル時ハ亦一ノ區別ヲ爲シ犯人自ラ上訴チナシ其上訴正當ナリシ場合又ハ檢事上訴チナシタル場合ニハ前判宣告ノ日ヨリ起算シ止マ保釋又ハ責付中ノ日數ヲ執行期間ニ算入セサルノミ之ニ反シテ犯人自ラ

上訴チナシ其上訴不當ナル時ハ後判宣告ノ日ヨリ起算スヘキノ結果後判宣告以前ノ日數ハ收監中ト保釋責付中トチ問ハス執行日數ニ算入スル能ハサルナリ

〔四百二十八〕第五十二條ニハ刑期限内逃去シ再ヒ捕ニ就キタル者ハ其逃去ノ日數ヲ除キ前後受刑ノ日ヲ計算ストイヘリ刑期限内トハ如何ナル意義ヲ有スルカ第五十一條ニ刑期ハ刑名宣告ノ日ヨリ起算スト云フ規定アルカ故ニ刑名宣告ノ日ヨリ執行結了迄ノ間ハ即チ刑期限内トス裁判ハ宣告確定セラレハ執行チナスコトヲ得ス從テ宣告ノ日ヨリ確定ノ日迄ハ刑ノ執行ニ非スシテ收監セラル可シ其間ニ逃去スレハ宣告ノ日ヨリ逃去ノ日迄チ刑期ニ算入スルナリ

〔四百二十九〕刑期限内再ヒ罪チ犯シ初犯再犯共ニ監視ニ附ス可キ時又ハ監視ノ期限内再ヒ罪チ犯シ更ニ監視ニ付スヘキ時ハ並ニ主刑滿限ノ後前後ノ期限ヲ通算シテ監視ヲ執行ス可シ(刑附三、四條)

〔四百三十〕刑法附則第三十五條ニ曰ク罰金ヲ禁錮ニ換ヘタル者監視ニ付

スヘキ時ハ其禁錮ノ日數ヲ監視ノ期限ニ算入ス可シト故ニ五十圓ノ罰金ト二日ノ監視トニ處セラレタルモノ換刑處分ヲ受クレハ五十日ノ禁錮日數ヲ監視期間タル二月ニ算入シ残り十日ノ監視ニ付セラル可キナリ即チ換刑處分タル禁錮ト監視ト共存スレハ其監視ノ刑期ハ換刑處分ノ初マリタル日ヨリ計算ス

然レトモ本條ハ如何ナル場合ニ適用アルカ此點ヲ注意セサル可ラス罰金ヲ主刑トシ監視ヲ附加スル場合ヲ見當ラス從テ該條ハ主トシテ附加ノ罰金ヲ禁錮ニ換フル場合ヲ假定シ而シテ其主刑ニ因リ附加シタル監視ノ起算點ヲ換刑處分執行ノ日ヨリ起算セシムルノ法意ト解スヘキナリ何故ニ監視期間ノ起算點ヲ換刑處分執行ノ日ニ溯セタル他ナシ主刑了ルノ後附加ノ罰金ヲ禁錮ニ換ヘテ獄内ニ止ムレハ監視ヲ執行スルト同様ニ犯人ノ舉動ヲ觀察シ得ルヲ以テナリ(明治十五年十二月二十八日司法省内訓參照)

第二項 執行期間計算法

(四百三十一) 刑期ヲ計算スルニ一日ト稱スルハ二十四時ヲ以テシ一月ト稱スルハ三十日ヲ以テシ一年ト稱スルハ曆ニ從テ(刑四九條)故ニ曆ニ依レハ月ニ大小アルモ刑法上一月ハ常ニ三十日ナリ一年ト稱スルハ曆ニ從テ即チ本年一月一日一年ノ重禁錮ニ處スル宣告アリ犯人上訴セサルカ上訴シテ勝テ得タル時ハ本年十二月三十一日ヲ以テ執行期間ヲ終ルモノナリ閏年ニ在リテハ犯人一日多ク執行ヲ受ク是計算ニ便ナル大利益ニ比シ些少ノ犠牲ト謂フヘキノミ然リト雖モ右ノ規定アルカ爲ニ我輩ヲシテ一大疑問ヲ生スルニ至ラシメタル事ハ述ヘテ先ニ在リ一般ノ學者實際家ハ第四十九條一年ニ曆ニ從テ規定ヲ以テ獨リ宣告後執行期間ヲ計算法ノミヲ示シタルモノトシ宣告前加減計算ノ際ハ刑法ノ一月ハ十二個即チ三百六十日チ一年トスルノ說ヲ採用ス若シ此ノ如クナレハ一年ノ刑ヲ減シ月數ニ下ル時ハ計算外ノ數日ノ利益ヲナシ十二ニ滿タサル月數ヲ加重シ十二月トナリ一年ト宣告サルレハ犯人ハ閏年ニ於テ一日ノ損失アルノミナラス加重ノ際通常五六

日ノ損失ヲナス可シ  
 (四百三十二)「受刑ノ初日ハ時間ヲ論セズ一日ニ算入シ放免ノ日ハ刑期ニ算入セス(刑四九條20)受刑ノ時間ヨリ起算シ一日二十四時ノ計算ヲ以テ執行スル時ハ夜半ニ放免スルカ如キ場合ヲ生シ犯人ノ歸宅又ハ投宿ノ爲メ言フ可ラサル不便ヲ生スルト計算ノ上ニ甚シキ手數ヲ生スルトノ短所アリ放免ノ日ハ刑期ニ算入セサルカ故ニ執行ヲ終レル翌日ニ解放スルヲ要ス午前十一時前ニ放免スヘキナリ(監一〇條)

第三款 假出獄免幽閉假免監視

(四百三十三) 假出獄免幽閉ハ(1)刑期限内ニ獄外ノ生活ヲ營マシムルモノニシテ自由刑ヲ受ケタル囚徒ニ改心スレハ改心スルヲケ己ニ利アルヲ知ラシメ以テ自新ヲ促ス政策ナリ即チ未タ之ヲ得サル間ハ之ヲ得ントスル希望ノ爲ニ復善スルコトアルヘク既ニ之ヲ得タル者ハ之ヲ失ヒ再ヒ獄ニ投セラル、恐ヨリシテ再犯ノ惡念ヲ抑壓ス可シ其悔改ノ狀アルヤ否ヤハ全ク事實論ニシテ當該官吏ノ認定ニ放任スルノ外良策ナキカ故ニ假出獄

ヲ許サ、ルハ囚人ノ權利ニ非ラス之レヲ許スト否トハ吏員ノ權内ニ在リ  
 第五十三條第一項ノ「假ニ出獄ヲ許ス」又ハ「許サ、ル可ラス」ト云クシテ假ニ出獄ヲ許スコトヲ得トイヘルハ明ニ此意ヲ表示ス免幽閉ニ於ケル第二十一條ノ規定モ亦同シ(2)假出獄ハ犯人ノ自新ヲ促スノ外獄舎ノ生活ヨリ自由ノ境涯ニ遽變スルヨリ生スル弊害ヲ避ケントスルニ在リ獄舎ノ生活ヨリ急遽ニ自由ノ境涯ニ入レハ久シク苦楚艱難ニ局促セシ反動ニ放逸遊惰ヲ極メ自治ノ途ヲ失テ再ヒ罪ヲ犯スニ至ルノ恐ナキ克ハス假出獄ハ普通生活ニ因ルニ先テ試ニ半自由ノ境涯ヲ履マシムルモノニシテ實ニ右ニ述フル如キ弊害ヲ豫防スル事ヲ得可シ(刑法正義四四八頁ガロオ氏一卷二八三號以下)我獄制上感化主義ヲ折衷シタル點ハ獄内ノ教育並ニ賞與ヲ除ケハ假出獄ヲ以テ最モ著シキモノトス(國家學會雜誌八四號一〇五頁参照)

第一項 假出獄ヲ許スニ足ル條件

(四百三十四) 前段ニ一言セシ如ク假出獄ヲ許スト否トハ吏員ノ權内ニ在

リ而レトモ之ヲ許サント欲スルトキハ四個ノ條件ヲ具ヘサル可ラス(1)流刑外ノ重罪輕罪ノ主タル自由刑ニ處セラレタル者ナル事(2)獄則ヲ遵守シ悔改ノ狀アル事(3)無期徒刑ノ囚ハ十五年他ハ刑期四分ノ三ヲ經過シタル事(4)刑期限内更ニ重罪輕罪ヲ犯サ、リシ事はナリ

〔四百三十五〕 甲 第五十三條第一項ニ重罪輕罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ假ニ出獄ヲ許スコトヲ得トイフ明文アリ流刑ニ對シテ例外アルハ同條第三項ニ其規定アリト雖モ仍ホ汎キニ失ス重罪ノ主刑タル死刑ニ處セラレタル者、輕罪ノ主刑タル罰金ニ處セラレタル者及ヒ附加ノ監視ニ假出獄ノ適用ナキヤ明ナリ

違警罪ノ主刑タル拘留ニ假出獄ノ適用ナキハ本條ニ重罪輕罪ノ刑ニ處セラレタル者トイヘルニ依テ明瞭ナリ其理由他ナシ拘留ノ最長期ハ十日ニシテ加重ノ結果トシテ十二日ヲ越ス克ハス僅々十日若クハ十二日ノ四分ノ三行狀ヲ觀察スルモ悔改ノ有無ヲ認定スル克ハサルナリ特ニ斯ノ如キ刑ハ假出獄ヲ制ナキモ悔改ヲ妨グル恐ナシ

七〇

第五十三條第一項ハ「重罪輕罪ノ刑ニ處セラレタル者」トイヒ「重罪輕罪ヲ犯シタル者」ト言ハス從テ輕罪ノ刑ヲ減輕シ實際違警罪ノ刑ニ處シタルトキハ假出獄ノ適用ナキヤ亦論ヲ俟タス

〔四百三十六〕 乙 「…獄則ヲ遵守シ悔改ノ狀アル者ニ非サレハ假出獄ヲ許ス可ラス假出獄ノ制度ヲ採用シタル趣旨ニ照シテ此條件ノ最モ必要ナルヲ知ル可シ之ヲ審案スルハ平當犯人ニ接スル司獄官ニ如ク者ナキカ故ニ獄則ヲ遵守スルヤ否ヤ悔改ノ狀アルヤ否ヤノ認定ハ一ニ司獄官ニ委任セラル司獄官ハ之カ觀察ヲ精ナラシムル爲ニ常ニ一定ノ書類ヲ調製スル任務アリ(監施細、一三條)狀行録身上簿是ナリ

〔四百三十七〕 丙 假出獄ヲ許スニハ囚徒カ十分ニ悔改シタルノ狀アルヲ要ス果シテ悔改シタルヤ否ヤヲ知ルニハ多少ノ時間其品行ヲ觀察スル必要アリ我立法者カ囚徒ノ品行ヲ觀察スルニ必要ト認メタル時間ハ無期徒刑ニ對シテハ少クモ十五年流刑外ノ重罪輕罪自由刑ニ對シテハ刑期四分ノ三ナリ(刑五三條12)

右十五年又ハ四分ノ三ノ計算ニ付キ特別ノ規定ナシ故ニ第五十一條ノ原則ヲ適用シ上訴セサル場合ハ刑名宣告ノ日ヨリ上訴シタル場合ハ犯人ノ正當ナル上訴又ハ檢事ノ上訴ナレハ前判宣告ノ日ヨリ犯人ノ不當ナル上訴ナレハ後判宣告ノ日ヨリ起算シタル十五年又ハ四分ノ三ヲ謂フモノト解ズヘキナリ

〔四百三十八〕 假出獄ヲ許スハ悔改ノ狀アル者ナラサル可ラス刑期内更ニ重罪輕罪ヲ犯ス如キ者ハ即チ悔改ノ狀ナキモノト認定シ我刑法ハ之ニ假出獄ヲ與ヘサルノ明文ヲ置ケリ〔刑五七條〕重罪輕罪ヲ犯シタル者ト明言スルカ故ニ明文ノ上ニ就テ言ハ、違警罪ヲ犯シタルハ假出獄ヲ許スハ妨トナスト雖トモ之カ爲ニ悔改ノ狀ナシト認定ザルレハ事實假出獄ノ妨トナル事アラシ

〔四百三十九〕 右刑法第五十七條ノ制限ハ敢テ不當ナリト言フニ非ラスト雖トモ輕罪ニ付キ有意犯ト無意犯トノ區別ヲ立テサリシハ學者間既ニ一定ノ批難アリ凡ソ惡癖ヲ翻シタル犯人ハ勿論未ダ苟且ニモ法律ニ違反シ

タル事無キ者ト雖トモ過失殺傷失火ノ如キ不意ノ過失アルハ人生ノ免カレサル所之ヲ以テ惡癖アルノ推測ヲ下ス能ハサルヤ論ヲ俟タス本條ハ單ニ其重罪輕罪ヲ犯シタル者トイヒ輕罪ハ故意ヲ以テ犯シタルコトヲ必要トスル明文ナキカ故ニ苟モ刑期限内輕罪ヲ犯シタル者ハ總テ假出獄ノ妨トナルモノ、如シ十數年間獄則チ謹守シ今ヤ司獄官吏カ假出獄出願ノ手續ヲ爲サント欲スルノ際過ツテ火ヲ失シ人ヲ傷ケハ復此恩典ヲ受クル能ハサルニ至ラン豈酷ニ失スル規定ナラスヤ

〔四百四十〕 愛蘭土法ニ依レハ假出獄ヲ與フル前ニ一般ニ中間獄ニ入ラシムルモノトス換言スレハ先ニ中間獄ニ入ラシムル一事ヲ以テ假出獄ヲ與フルノ一條件トナセリ此中間獄ノ制ハ愛蘭土法ノ特色ナリト聞ク中間獄トハ他ニ非ス監獄内ニ一定ノ作業場ヲ設ケ獄舍ノ生活ニ於ケル最上ノ寬待ヲ與ヘテ職務ヲ取ラシメ以テ獄外ノ生活ニ適應セメシナル建設物ナリ先ニ述フル如ク獄舍ノ生活ヨリ急速ニ獄外自由ノ境遇ニ移レハ久シク局促タリシ反動ハ却テ放逸ニ流レシメ易シ假出獄ヲ與ヘタル者ニハ當然特

別監視ヲ附スト雖トモ仍ホ獄外自由ノ境遇ニ大差ナキヲ以テ其以前中間獄ニ投シ十分ニ行狀ヲ觀察スルノ傍急遽ノ自由生活ニ移ラシムルヲ避クルハ甚ク巧名ナル制度ト謂ツ可シ

### 第二項 假出獄ノ効果

〔四百四十一〕 假出獄ハ囚人トシテ執行期限内ニ獄外ノ生活ヲ營マシメ出獄中更ニ重罪輕罪ヲ犯スト否トテ未必條件トシ在外日數ヲ刑期ニ算入セシムルモノナリ即チ(1)出獄中更ニ重罪輕罪ヲ犯サンカ直チニ出獄ヲ停止サレ在外日數ヲ刑期ニ算入スル克ハス(刑五六條)(2)之ニ反シテ出獄中更ニ重罪輕罪ヲ犯スコトナカランカ假出獄ノ期間ニ終テ告クルト共ニ主収ノ執行ヲ了スルモノナリ是在外日數ヲ刑期ニ算入スル結果ニ外ナラス而シテ假出獄ノ期間ハ本刑ノ殘期間ナルカ故ニ再ヒ重罪輕罪ヲ犯スコトナク假出獄ノ期間終ル時ハ即チ本刑ニ終テ告クル時ナリ此ノ如ク出獄中重罪輕罪ヲ犯スト否トノ未必條件ニ由テ左外日數ヲ刑期ニ算入スルト否トノ効果アルハ假出獄ニ條件付放免ノ一稱アル所以ナリトス

〔四百四十二〕 假出獄ヲ許スハ悔改ノ狀アリト認定シタル結果ナリ然ルニ出獄中再ヒ重罪輕罪ヲ犯シタル時ハ事實ヲ以テ先ノ認定ノ非ナキヲ示スニ外ナラサルヲ以テ出獄ヲ停止スルハ可ナリ然レトモ輕罪中有意犯ト無意犯トノ別ヲ立テス苟モ出獄中重罪輕罪ヲ犯セハ直チニ出獄ヲ停止セサル規定ノ如キハ頗ル酷ニ失スル嫌アリ此點ニ就テモ第五十七條ニ輕罪ノ無意犯ヲ除カサルト同シク學者間一定ノ批難アルモノトス

〔四百四十三〕 假出獄ヲ許サレタル者ハ行政ノ處分ヲ以テ治産ノ禁ノ幾分ヲ免スルコトヲ得(刑五五條)是獄外ノ生活ヲ許シタル實効ヲ生セシムルニ付キ欲ク可ラサル規定ナリ自治ノ方法ヲ容易ナラシメント欲スレハ幾分ノ禁治産ヲ解カサル可ラス但シ禁治産ハ重罪ノ刑ニ處セラレタル者ニ當然科セラル、附加刑ナリ(刑三五條)從テ假出獄ヲ得治産ノ禁ヲ解クノ必要アル者ハ獨リ重罪ノ刑ニ處セラレタル重罪ノ刑ニ處セラレタル者假出獄中自ラ財産ヲ治メ若クハ職業營マントスルトキハ所謂警察所ニ申請シ許可ヲ受クヘシ(刑附四一條)假出獄ヲ與ヘタル監獄ヨリ許可ヲ受クルニ非ス

仍ホ家屬ヲ招キ同居スルヲ請フ時ハ之ヲ許スコトヲ得(刑附一三條)

(四百四十四) 假出獄中更ニ重罪輕罪ヲ免シタル時ハ直チニ出獄ヲ停止サル(刑五六條)而シテ其出獄中重罪輕罪ノ刑ニ對シテハ假出獄ヲ與フル克ハサルノ點ニ注意セサル可カラス何トナレハ假出獄ハ本刑ノ殘期ヲ其期間トスルカ故ニ假出獄中ハ本刑期限内更ニ重罪輕罪ヲ犯シタル者假出獄ヲ許ス克ハサルヲ以テナリ(刑五七條)

(四百四十五) 假出獄ヲ許サレタル者ハ……本刑期間内特別ニ定メタル監視ニ付ス(刑五五條)特別監視ノ附加刑ニ非サルト成立要素ノ何タルトハ前既ニ一言セリ而シテ付スル理由ハ一方ニ於テ監視并ニ逮捕ノ便ニ供シ一方ニ於テ放逸遊惰ニ流ル、ノ弊ヲ豫防スルニ在リ每週一度所轄警察所ニ到リテ謹慎ヲ表シ酒宴遊興ノ席ニ參列セサルヲ要スル(刑附四四條)如キハ獄舎ノ境遇ヨリ自由生活ニ遽變スル餘弊放逸ニ流ル、ルノ恐アルヲ豫防シ豫メ住所ヲ定メ移轉旅行ニ制限ヲ加ヘ(刑附四二四四條)如キハ監視并ニ逮捕ヲ便スルニ外ナラス

(四百四十六) 徒刑ノ囚ハ假出獄ヲ許サル、ト雖モ仍ホ島地ニ住居セシムル(刑五四條)其精神タルヤ右特別監視ニ於テ住所ヲ定メ濫リニ移轉旅行スルヲ禁スルト異ル所アルヲ見ス出獄中ノ行狀ヲ視察スルニ便ニシテ更ニ重罪輕罪ヲ犯セハ直ニ逮捕入監セシメ再ヒ島地ニ發道スル費用ト手數トヲ省クノ益アリ

然リト雖モ刑法第五十四條ノ規定ハ今日殆ト其實用ナキモノ、如シ(1) 刑法ニハ徒刑ノ囚ヲ島地ニ發道スル明文アルモ監獄則ニ於テハ集治監ニ入レテ之ヲ執行スル事ヲ許シ集治監ハ内地ニ在ルモノ尠カラス現ニ内地ノ集治監ニ於ケル徒刑囚ニ假出獄ヲ許シ内地ニ居住セシメタル例アリ(2) 假出獄ヲ許セバ當然特別監視ニ付スルヲ要シ特別監視ニ付スレハ必ス豫メ住所ヲ定メサル可ラス住所ヲ選定スルニ方リ典獄ハ島地ニ在ルモノハ島地ニ相當ノ位置アルヤ否ヤヲ審案シ内地ニ在ルモノハ内地ニ相當ノ場所アルヤ否ヤヲ審案スルコトヲ得其島地ニ在ル者ハ必ス島地ニ居住スヘキモノトスレハ往々親屬舊故頼ルヘキ者無キ爲ニ言フ可ラサル不便ナ

釀スコトアラン

要スルニ懲治ノ見込ナキ者ニ限り島地ニ發遣スルノ主義ヲ採ラハ之ニ假出獄ヲ適用セサルカ之ヲ適用スルモ内地ニ歸來ル克ハサラシムルモ可ナリ現行ノ實際ニ就テ言ハ、刑法第五十四條ヲ削除セサル可ラ少クモ刑期滿限若干ノ間更ニ罪ヲ犯サ、リシ者ハ内地ニ回ルヲ許シテ可ナラン〔四百四十七〕假出獄ヲ許サレタル者ト雖モ獄外ニ適當ナル住居又ハ引取人ナキ時ハ懲治場ニ留置セラレ(刑附四七條)此場合ニハ定役ヲ免シ適宜ニ隨意ノ業ヲ執ラシムル等刑ノ有形的執行ヲ免スル迄ニシテ假ニ獄ヲ出テシムルニ非ス

第三項 免幽閉

〔四百四十八〕刑法第二十一條ニ曰ク無期流刑ノ四五年ヲ經過スレハ行政ノ處分ヲ以テ幽閉ヲ免シ島地ニ於テ地ヲ限り居住セシムルコトヲ得○有期流刑ノ囚三年ヲ經過スル者亦同シ下其趣旨ノ在ル所ハ流刑外ノ重罪輕罪ノ自由刑ニ假出獄ヲ與フルト大同小異ナリ然リト雖モ本條ニハ假出獄

ニ關スル第五十三條ノ如キ獄則ヲ遵守セシ後改ノ狀アル時トイフ條件ヲ加ヘサルト有期流刑ハ三年、無期流刑ハ五年ノ後免幽閉ヲ許シ得ルノ點トニ付キ一言セサルヲ得ス

免幽閉ト雖モ漫ニ獄則ヲ遵守セシ後改ノ狀ナキ者ニ付與ス可ラサルヤ論ヲ俟タスト雖モ流刑ハ國事犯ノ刑ナリ國事犯人ハ一時ノ政策上後改ノ狀ノ有無ニ拘ラス之ヲ免セスノハ却テ不安ヲ招シカ如キ時期アリ然ラサルモ賊勢日々ニ衰ヘ再ヒ錦旗ニ抗スル克ハサルニ至リ試ニ幽閉ヲ解イテ再舉ノ有無ヲ審案スル必要ニ遭遇スルコトナキヲ保セス此ノ如キ事情ハ全ク國事犯ニ於テ見ルヲ得ヘキ特色ナルカ故ニ其刑罰タル流刑ニ免幽閉ヲ與フルニハ獄則謹守後改ノ徵候アルヲ必要條件トセサリシニハ非サルカ(反對論刑法正義四五三頁磯部氏四九七頁)

右ノ理由ノミヲ以テハ流刑ノ囚ニ限り五年若クハ三年ノ後幽閉ヲ免シ得ルノ規定ヲ解スル能ハス蓋シ刑法編纂ノ際ハ流刑ハ必ス島地ニ於テ執行スル豫定ナリシカ故ニ逃走并ニ再舉ノ恐少シト認定シ遂ニ流刑ニ相當



スル非國事犯ノ徒刑ヨリハ短キ期間ノ後行政處分ヲ以テ幽閉ヲ免シ得ル  
規定ヲ見ルニ至レルモノカ

〔四百四十九〕 免幽閉ノ效果ハ假出獄ノ效果ト異ル所アリ其家屬ヲ招キ同  
居スルコトヲ得ルカ如キ(刑三六條)ハ兩者全ク同一ナリト雖モ(1)免幽閉ヲ  
得タル囚人ハ特別監視ニ付セラル、コトナシ(刑五三、五五條ノ結果)(2)ノ地  
ヲ限り居住セシムル者ハ監獄近傍ノ地ヲ限り典獄ノ監督ノ下ニ生活スヘ  
キ等ノ特例アリ(刑附一四條第二十一條ニ)島地ニ於テ地ヲ限り居住セシ  
ムルコトヲ得トイヘルハ空文ニ過キス流刑ノ囚ニシテ内地ノ集治監ニ在  
ル者アリ得レハナリ(監一條)

### 第四項 假免監視

〔四百五十〕 流刑ニ免幽閉アリ流刑外ノ重罪輕罪ノ主タル自由刑ニ假出獄  
アルト同趣旨ニ依リ附加ノ監視モ亦行政處分ヲ以テ限内假ニ之ヲ免スル  
コトヲ得第四十一條ニ監視ニ付セラレタル者其情狀ニ依リ行政處分ヲ以  
テ假ニ監視ヲ免スルコトヲ得ト言ル是ナリ本條ハ止マシ其情狀ニ依リ...

ト言フ所謂其情狀トハ監視規則ヲ謹守シ悔改ノ狀アルヲ謂フモノナリ(刑  
附三六條)

〔四百五十一〕 輕罪ノ刑ニ於テ監視ニ付セラレタル者ハ其期間内公權ヲ停  
止セラシ(刑三四條第四十一條ニ依リ假ニ監視ヲ免シタル時ハ其間ハ停止  
公權ヲ解シヘキカ凡ソ假免監視ノ如キ行政處分ハ反對ノ明文ナケレハ他  
ノ附加刑ヲ左右スル克ハサルヲ原則トス監視ハ假ニ免スルコトヲ得トア  
ルモ其刑期限内繼續スヘキ停止公權ヲ假免シ得ル明文ナシ故ニ假免監視  
ノ間ハ依然公權ヲ停止サルヘキモノナリ(明治十六年三月十四日參事院ヨ  
リ内務省ヘ説明)

〔四百五十二〕 假ニ監視ヲ免セラレタル者其期限内重罪輕罪ヲ犯シ更ニ殘  
監視ヲ執行スル時ハ假免監視中ノ日數ヲ控除シテ執行スヘキカ算入シテ  
執行スヘキカ司法省ハ控除スヘキノ指令ヲ下セリ(明治十五年六月二十六  
日警視廳ニ對シ我輩ハ先七六五號)ニ免幽閉ニ付テ述ヘタル所ト同一ノ理  
由ニ依リ反對ニ解スルヲ至當ト述フ

### 第四節 財産刑ノ執行

〔四百五十三〕 刑ヲ宣告スルハ判事ノ職權ニシテ刑ノ執行ヲ司ルハ檢事ノ職權ナリ財産刑ニ就テモ亦同シ故ニ罰金科料及沒收ノ執行ハ之ヲ言渡シタル裁判所ノ檢事又ハ上告裁判所ヨリ命ヲ受ケタル裁判所ノ檢事ノ指揮ニ因テ爲スヘキモノトス(刑訴三二〇條)然レトモ金圓若シハ物品ヲ徵收スルノ任務ハ司獄官ニ在ラスシテ執達吏ニ在リ(執規三條)

〔四百五十四〕 刑ノ言渡確定スレハ直チニ之ヲ執行スルヲ原則トス(刑訴三一九條)直チニ之ヲ執行ストハ即座ニ執行權發生スルノ意ヲ明ニシタルモノナリ財産刑モ亦刑ノ言渡確定スレハ即座ニ執行權發生スルカ財産刑中沒收ニ對シテハ何等ノ反對ヲモ規定セサルカ故ニ確定ノ上ハ直ニ強制シテ執行ノ實ヲ舉グルコトヲ得ヘク其手段並ニ期間ニ制限ナシ獨リ罰金科料ニ付テハ一定ノ制限アリ曰ク罰金ハ裁判確定ノ日ヨリ一月内ニ完納セシム科料ハ裁判確定ノ日ヨリ十日内ニ完納セシム附加ノ罰金ハ主刑タル罰金ノ例ニ同シト(刑二七三〇、四二條)此ノ如ク納完期間ヲ附シタル結果ト

六二

シテ限内ハ強制シテ執行スル克ハスト雖トモ之ヲ以テ執行權ノ發生ヲ妨クル効力アリトスル克ハス執行權ハ一般原則ニ從ヒ裁判確定ノ日ニ發生シ止テ執行ニ強制手段ヲ用ユルハ納完限内之ヲ禁スルモノト解スヘキナリ其執行權カ裁判確定ノ日ニ發生スルトナスト納完限日發生スルトナストハ刑ノ期滿免除ニ關シ區別ノ實益アルノミナラヌ犯人カ限内任意ニ納完シタル場合ノ効力如何ニ一大區別ヲ生ス裁判確定ノ日ニ執行權發生スルトセハ限内ニ爲シタル任意ノ納完ハ執行トシテ効力アリ反之期間滿了ノ日ニ執行權發生スルトセハ其以前ニ爲シタル納完ハ執行トスル効力ナシ執行權發生セスシラ適法ナル執行事實アルヲ得ンヤ

〔四百五十五〕 罰金ハ裁判確定ノ日ヨリ一月以内ニ納完スルヲ要ス其一月ノ起算點裁判確定ノ日ニ在ルハ第二十七條ニ明文アリト雖トモ所謂一月ノ日數如何ハ該條ニ規定セス反對ノ規定ナキ以上ハ第四十九條ヲ適用シ一月ヲ三十日ト計算スルヲ要セン

然ラハ科料ノ納完期限タル十日ハ同シシ第四十九條第一項ニ依リ二百

四十時内ト解釋スヘキカ第三十條ニハ「……裁判確定ノ日ヨリ……」ト云ヒ確定ノ時間ヨリト言ハサルノミナラス裁判ノ確定スルモ日ヲ以テ計算シ時ヲ以テ計算スル事ナシ又自由刑ノ執行ニ就テモ時ヨリ時ニ計算セス日ヨリ日ニ計算スル主義ヲ採用セルヲ以テ見レハ右十日ハ裁判確定ノ日ヨリ日數十個ヲ謂フノ義ニシテ二百四十時ヲ言フニ非サルヤ知ルヘシ

〔四百五十六〕換刑處分—罰金科料ハ之ヲ執行セントスルモ犯人無資力ナルコトアリ或ハ資力ヲ隠蔽シテ納完セサルコトアリ此ノ如キ場合ニハ現時一般ニ犯人ノ身體ヲ拘束スル制度ヲ採用ス犯人ノ身體ヲ拘束スルノ一事ハ多數ノ刑法其軌ヲ一ニスル所アリト雖モ其趣旨ニ至リテハ必スシモ一樣ナラス假ニ一ヲ脅迫主義ト名ケ一ヲ換刑主義ト名クルヲ得ン脅迫主義ハ文字ノ示ス如ク犯人ノ身體ヲ拘束スルヲ以テ罰金科料ヲ收メシムル脅迫手段トナスモノニシテ此場合ノ拘束ハ一種ノ擔保ナリ直チニ之ヲ罪金科料ノ代リトナスニ非ス古ハ民事商事ノ債務ヲ履行セサル場合ニ於テモ債務者ノ身體ヲ拘束シ以テ一種ノ擔保トナス制度アリシカ佛國ハ千八

百六十七年以後之ヲ民事商事ニ適用スル事ヲ止メ獨リ刑事上ノ罰金科料ヲ納完セサル場合ニノミ適用シ今日仍ホ之ニ依レリ(佛一八六七年七月二二日附法律)此ノ如ク身體ノ拘束カ單ニ罰金科料ヲ納完セシムル脅迫手段若クハ擔保トナス趣旨ニ出ツレハ理論上數日又ハ數月拘束サル、モ爲ニ罰金科料ノ上納額宜告ノ當時ト増減アル可ラス亦實際無資力タル事ヲ證明スルハ初ヨリ若クハ中途ヨリ拘束ヲ廢セサルヲ得サルナリ(ガセオ氏二卷六一頁以下)

換刑主義ハ犯人ノ身體ヲ拘束スルヲ以テ罰金科料ニ換フルモノトス此ノ場合ノ拘束ハ必スシモ脅迫手段又ハ擔保ニ非スシテ罰金科料執行ノ一方法ナルカ故ニ一日拘束サルレハ若干ノ金額ヲ上納シタルト同一ノ効果ヲ生セシメサル可ラス從テ數日又ハ數月ニシテ罰金科料ノ執行ヲ了レルニ等シカラシムヘキナリ我刑法カ裁判確定後十日内ニ科料ヲ一月内ニ主刑若クハ附加ノ罰金ヲ納完セサル者ハ「一圓ヲ一日ニ折算シ之ヲ輕禁錮(又ハ拘留)ニ換フ其一圓ニ滿サル者ト雖モ仍ホ一日ニ計算ス(刑二七三〇、四

二條ト規定シタルハ換刑主義ヲ採用シタル結果ナリ若シ佛國ノ例ニ倣ヒ脅迫主義ヲ採用セハ何ソ一圓ナ一日ニ折算セシムルコトヲセンヤ(刑法論網二五四頁ニ我換刑處分ヲ論スルニ方リ佛國ノ例ニ倣ヒト言ヘルハ安ナラス)白、獨、蘭、和、伊等少差アル迄ニシテ總テ換刑主義ヲ採用ス(白刑四〇四、獨刑二八、二九、埃刑訴七、二六六和刑二三、二五、伊刑一九條)

(四百五十七) 科料罰金ヲ拘留又ハ輕禁錮ニ換フル時ハ一圓ナ一日ニ計算シ其一圓ニ滿タサル者ト雖モ尙ホ一日ニ計算ス故ニ科料ニ換ヘタル拘留ノ期限ハ通常二日ヲ出テス其加重ノ結果二圓四十錢ニ達シタル場合ト雖モ三日ヲ超過スル事無シ之ニ反シテ罰金ハ其額何千圓ノ多キニ達スル事アルヤモ計ル可ラス若シ如何ナル場合ニモ一圓ナ一日ノ輕禁錮ニ處センカ數年ノ長キニ達シ甚シキハ禁錮ノ最長期五年ヲ以テモ仍ホ足ラサル場合ヲ生セン是事實酷ニ失スルノミナラス禁錮ノ最長期ニ五年ノ制限ヲ付シタル規定ト衝突シ又罰金ヲ禁錮ヨリ輕シトシタル第九條ノ法意ニ相應セサルニ至ルヲ以テ換刑處分タル輕禁錮ノ期限ハ二年ニ過クル事ヲ得ス

ト決定セリ(刑二七條<sup>20</sup>)

(四百五十八) 罰金科料ヲ輕禁錮拘留ニ換フルハ執行上ノ處分ナリ故ニ期限内ニ納完セサル者ト雖モ直ニ裁判ヲ用ヒ事實ヲ證明シ條文ヲ引用シテ之ヲ宣告スルニ非ス止タ……檢察官ノ求ニ因リ裁判官之ヲ命スル迄ナリ(刑二七條<sup>20</sup>三〇、四二條)

(四百五十九) 罰金ノ換刑處分ニ付キ第二十七條第一項ニハ……限内納完セサルモノハ一圓ナ一日ニ折算シ之ヲ輕禁錮ニ換フ……ト言ヒ其他ヲ言ハス禁錮ハ十一日以上ニシテ罰金ハ二圓以上ナリ(刑二四、二六條)一圓ナ一日ニ折算スル方リ禁錮ノ最短期十一日ニ相當スル金額十一圓以下ノ罰金ハ仍ホ之ヲ輕禁錮ニ換フヘキカ

第七十一條ニ禁錮ヲ減盡シタル時ハ拘留ニ處ス……トイフ規定アリト雖トモ該條ハ固ト刑ヲ加減スル際ノ規定ニシテ減輕ノ結果十日以下ノ日數トナレハ拘留ニ處スヘキヲ命シタルノミ十圓以下ノ罰金ニ換フル禁錮ノ如ク初ヨリ日數十日以下ニ相當スル場合ニハ直チニ之ヲ引用スル克ハス

然リト雖モ第二十四條ニ禁錮ノ期間ヲ十一日以上五年以下ト定メタル以上ハ其期間外ニ於テ仍ホ禁錮ノ名稱ヲ留メントスレハ時ニ之ヲ明言スルヲ至當トス我立法者ハ此方針ヲ取り加重ノ結果トシテハ七年ノ禁錮アリ得ル事(刑七〇條<sup>2</sup>)各本條ニハ禁錮ノ期間必スシモ十一日以上ト一定セサル事(刑二四條)換刑處分タル輕禁錮ニ二年以上ノ期間ナキ事(刑二七條<sup>2</sup>)等一々之ヲ明言セリ由是觀之第二十七條ニ換刑處分タル輕禁錮ノ最短期カ十日以下ニ至リ得ルコトヲ明言セサルハ即チ第二十四條第二項ノ原則ニ立戻リ十日以下ノ禁錮ナキ證據ニシテ反對ノ明文ナキカ故ニ十圓以下ノ罰金ハ拘留ニ換フ可キモノト解釋セサルヲ得ス論シテ爰ニ至レハ第二十七條ニ單ニ罰金ハ……輕禁錮ニ換フ……トイヘルハ狹キニ失スルモノト言フヘキナリ

(四百六十) 禁錮限内犯人自ラ罰金科料ヲ納メスト雖モ親屬其他ノ者代テ上納スレハ亦既ニ經過シタル日數ヲ控除シ禁錮拘留ヲ免セラル(刑二七<sup>3</sup>)

三〇、四二條) 犯人以外ノ者ニ代納ヲ許スモ以テ刑止一身ノ原則ニ反スルモノ

六六

ノニアラス犯人ニ非サレハ罰金科料ト雖モ之ヲ宣告シ執行スル事ナシ代納者ニハ此等ノ刑ヲ科シタルニ非スシテ犯人ハ之ヨリ貸與又ハ贈與ヲ受ケタルニ過キス

(四百六十二) 親屬其他ノ者ハ受刑者ニ代リ罰金科料ヲ上納スルコトヲ得ト雖モ其方法ニ一ノ制限アリ受刑者ノ爲ニ新聞紙ニ廣告シ公然義捐金ヲ募集シテ以テ代納スルハ法律之ヲ許サス(新聞紙條例一七條)是公然社會ニ坑敵スルノ意ヲ表シ法律ヲ蔑視シタルモノニシテ之ヲ禁スルハ死刑者ノ遺骸ヲ式ヲ用ヒテ葬ルコトヲ許サ、ルト同一轍ニ出ルモノナリ佛國モ同様ノ制限アリ(佛一八八一年七月二九日附出版條例四〇條)

(四百六十二) 一月又ハ十日ノ納完期限ヲ過クレハ無資力ニシテ上納スル克ハサリシ者モ資力ヲ隱蔽シテ上納スルヲ欲セサリシ者モ共ニ當然輕禁錮又ハ拘留ニ換フヘキカ

本問ノ位置ヲ誤解スヘカラス(1)換刑處分タル輕禁錮又ハ拘留ハ裁判官ノ命令アリテ初メテ執行スル事ヲ得而シテ裁判官ハ檢事ノ請求アリテ初

メテ換刑處分ヲ命スル事ヲ得ルナリ(刑二七條<sup>2</sup>)故ニ本問ハ納完期限後ハ  
 檢事ニ於テ犯人ノ資力ノ有無ヲ問ハス換刑處分ヲ請求セサル可ラサルヤ  
 否ヤヲ決セントスルニ外ナラス(2)次ニ第二十七條ハ「限内納完セサル者  
 ハ…輕禁錮ニ換フ」ト言ヒ「禁錮ニ換フル者ハ…檢事ノ求ニ因リ裁判官之  
 ナ命ス」ト言フカ故ニ假令資力ヲ隱蔽シテ上納セサリシ者ト雖モ檢事ニ  
 於テ換刑處分ヲ請求セント欲セハ之ヲ爲スコトヲ得而シテ請求アリタル  
 時裁判官之ヲ退クル克ハサル事亦明ナリ…更ニ裁判ヲ用ヒス…裁判官之  
 ナ命ス…ト言フニ因テ知ル可シ止マ問題トスル所ハ檢事換刑處分ヲ欲セ  
 サル時ハ先ツ強制執行ヲ命スル事ヲ得ルヤ否ヤノ一點ニ在リ  
 …多數ノ學者ハ犯人ノ無資力ナルト資力ヲ隱蔽シタルトチ問ハス納完期  
 限ヲ過クレハ當然輕禁錮又ハ拘留ニ換フヘキモノト解釋セリ其根據ノ重  
 ナルモノハ(1)限内納完セサル者ト言ヒ納完スル克ハサル者ト否トチ區別  
 セス(2)限内納完セサル者ハ輕禁錮ニ換フト云フ命令的ノ規定アリテ草案  
 ノ如ク換フルコトヲ得ト云フ任意的ノ規定ナシ(3)輕禁錮ハ罰金ヨリ重キ

カ故ニ之ヲ彼ニ換ヘテ資力ヲ隱蔽シタル制裁トナスト言フ三點ニ在ルモ  
 ノ、如シ(刑法論綱二五五頁磯部氏五三一頁、井上氏三五七頁以下參照)右第  
 一ノ論旨ハ有力ナラサルニ非ス然レトモ字句ニ拘泥スルニ過キ罰金科料  
 ナ設ケタル趣旨ヲ忘却シタル無キヤノ感アリ況ンヤ條文ニ爲サ、ルト爲  
 ス克ハサルトハ必スシモ用語ヲ區別セサルニ於テオヤ第二ノ論旨ハ本問  
 ナ決スル根據トナス能ハス草案第三十四條ハ檢事ノ求アル時裁判官ニ其  
 求ヲ退クルト否トノ自由ヲ與ヘントシ現行法ハ之ヲ改メ檢事ノ求アレハ  
 裁判官必ス換刑處分ヲ命セサル可ラサルモノトナシタリト雖モ納完期限  
 後檢事カ必ス換刑處分ヲ請求セサル可ラサルヤ否ヤノ一點ハ草案現行法  
 共ニ之ヲ明言セサルナリ第三ノ論旨ハ換刑處分タル輕禁錮ト單獨ノ輕禁  
 錮トノ輕重ヲ誤認シタルノ批難ナキ能ハス單獨ノ輕禁錮ハ第九條ノ順序  
 ナ見ルモ罰金ヨリ重シトシタル趣旨ヲ窺知スルニ足ラン而リト雖モ換刑  
 處分タル輕禁錮ハ最長期ヲ二年ニ制限シ又停止公權ヲ附加セサル(此點ハ  
 反對アリ)等單獨ノ輕禁錮ヨリ輕キ所アルノミナラス罰金ニ換刑ヲ設クル

趣旨ハ納完セサル制裁トシテ重キカ加ヘタル刑ヲ科セんとスルモノニ非  
 ス  
 夫レ罰金ニハ禁錮ニ見サル効アリ禁錮ニハ罰金ニ見サル効アルカ故ニ  
 立法者ハ各自ノ長所ヲ利用シ或罪ハ禁錮ニ或罪ハ罰金ニ處シ其適用ヲ異  
 ニシタルニ非スヤ然ラズンハ何ナ苦ソテカ別種ノ刑ヲ採用シ別種ノ適用  
 ナナサン此一點ハ場合ニ依リ罰金科料ト禁錮拘留ト其何レヲモ隨意ニ科  
 シ得ル條項アルニ徴シテモ識ルヲ得ヘシ(刑四一八、四一九、四二一、四二五條  
 以下)然ラハ其已トナリ得サル場合ニ非ズハ輒ク資力アル者ニ換刑ヲ爲ス  
 可ラサルヤ疑ヲ容レス反對論者ノ如ク字句ト沿革トニ注意セサル可ラザ  
 ルハ論ヲ俟タスト雖其字句ニ於テ明ニ反對ノ規定ナキ以上ハ自由刑ノ傍  
 ニ罰金ヲ設ケタルニ大要旨ヲ滅却スル克ハサルナリ  
 然リト雖モ他ノ一方ニ於テ資力ヲ隠蔽シタル者ハ納完期限後必ス強制  
 執行ヲ施サ、ル可ラサル命令的ノ規定ニモ是ナキカ故ニ此ノ如キ者ニ對シ  
 檢事直チニ換刑處分ヲ請求スルハ違法ト云フニ非ス亦裁判官ハ資力アル

ナ理由トシ檢事ヲ求テ退シル能ハス但シ問題トスル所ハ爰ニ非スシテ檢  
 事換刑處分ヲ請求セズ強制執行ヲ施サント欲スル時ハ之ヲ爲スノ職權アリ  
 リヤ否ノ一點ニ在リ

檢事ノ求アル時裁判官ハ換刑處分ノ命令ヲ拒ム能ハス然レトモ檢事ハ  
 納完期限後ハ如何ナル場合ト雖モ換刑處分ヲ請求スヘシトイフ命令的ノ  
 規定ナキノミナラス刑ノ執行ヲ司ル檢事ノ請求アリテ始メテ裁判官之カ  
 命令ヲ下スノ規定ヲ設ケタルハ即チ檢事ニ換刑處分ヲ適用スヘキ事情アリ  
 リヤ否ヤヲ審案セシムル法意ヲラズシテ何ゾ況ンヤ資力ヲ隠蔽シタル者  
 ニ迄期限後ハ當然換刑スルモノトモ單獨ノ罰金ヲ設ケタル趣旨ニ反ス  
 ルニ於テオヤ(明治十八年十月七日警視廳第五二號達參照)  
 (四百六十三) 資力ヲ隠蔽シタル犯人ニ對シテハ納完限内ト雖モ強制執行  
 ヲ爲シ得ルヤ  
 本問ヲ決センニハ先ツ罰金科料ヲ納完ニ二月又三十日ノ期限ヲ附シタ  
 ル理由ヲ決セサル可ラズ或ル論者ハ曰ク右一月又二十日ハ罰金科料ノ上

納猶豫期限ニ非ス換刑處分ヲ行ヒ得ル期限ナリ故ニ限内ト雖モ資力ヲ隱蔽シタル犯人ノ如キハ之ニ對シ強制執行ヲナシテ可ナリ止メ納完ニ至ラサルモ右ノ期限ヲ經過セスハ換刑處分ヲ爲ス能ハス(刑法汎論二九一頁)

我輩ハ此說ヲ贊スル能ハス明文ヲ以テ一月又ハ十日ヲ限リ納完スルコトヲ許シタル以上ハ資力ナキモノカ之ヲ調達スル爲ナルト資力アル者カ或事情ニ因リ即座ニ請求ニ應セサルトニ論ナク共ニ一月又ハ十日ノ間ハ猶豫ヲ與ヘサル可ラス換言スレハ右期限ハ上納猶豫期間タルト同時ニ換刑處分ヲ執行スル能ハサル期間ナリ否猶豫期間ナルカ故ニ其間ハ漫ニ換刑處分ヲナス能ハサルナリ從テ一月又ハ十日ノ期間以内ハ強制執行ヲナス能ハス反對論ハ直接ニ明文ニ反スルモノナリ

### 第五章 刑罰若クハ刑罰執行權ノ消滅

(四百六十四) 現行法ノ解釋上刑罰若クハ刑罰執行權ノ消滅スヘキ原因(1) 刑ノ執行結了(2) 犯人ノ死亡(3) 後發ノ刑ノ宣告確定(4) 非常上告並ニ再審(5)

大赦(6) 特赦(7) 復權(8) 期滿免除ノ八種トイフ事ヲ得可シ又大赦特赦復權ノ三ハ之ヲ恩典ト總稱スルコトヲ得

右八種ノ原因中刑ノ執行結了シテ犯人其刑ヲ免カルハ恰モ民法上債務者カ債務ヲ辨濟シテ義務ヲ免ルカ如シ故ニ刑ノ執行ノ結了ハ刑ノ消滅スル當然ノ原因ニシテ草案第六十八條モ之ヲ第一ニ掲ケタル所以ナリトス然レトモ執行ニ關スル問題ニ既ニ前章ニ論究シタルヲ以テ本章ニ再ヒ之ヲ論セス而シテ刑ノ執行ノ結了外ノ七種ノ原因ハ恰モ民法上債務ノ辨濟以外ノ義務消滅ノ原因ニ似タル所アリ(刑法論綱三五〇頁以下節ヲ分テテ研究セン)

### 第一節 犯人ノ死亡

(四百六十五) 罪ヲ犯シタルモノ死亡スル時ハ刑ヲ適用スヘキ目的物權ヲ失フカ故ニ刑事裁判若シハ其効力ニ影響ヲ及ホスヤ明ナリ然レトモ其有罪判決ノ確定スルニ先テテ死亡シタルト確定ノ後死亡シタルトニ付テ効力ノ點ニ一大區別ヲキ能ハス



有罪ノ判決確定前ニ被告人死亡スレハ公訴權消滅ス何トナレハ公訴ハ犯罪ヲ證明シ刑ヲ適用スルコトヲ目的トス被告人ノ死亡ハ刑ヲ適用スルキ目的物ヲ喪フカ故ナリ(刑訴一六條)而シテ法律ノ目ヨリ見レハ有罪ノ判決確定シテ初メテ有罪人トナルヲ以テ其確定前ニ死亡シタル被告人ハ法律上ノ良民トシテ死亡シタルニ外ナラス故ニ(1)檢事未ダ公訴ヲ提起セサル中ニ死亡スレハ將來復之ヲ起ス克ハス(2)裁判ノ中途ニ死亡スレハ死亡ノ時ヨリ訴訟ノ進行ヲ止メ(3)既ニ判決アリシ後ト雖モ上訴期間内ニ死亡スレハ判決消滅ス(4)上訴中ニ死亡スレハ死亡ノ一事ヲ以テ上訴裁判所ハ訴訟ノ進行ヲ止メ前判ハ消滅ス

有罪ノ判決確定後ニ犯人死亡スレハ刑罰若クハ刑罰執行權消滅ス刑罰ハ執行ノ時ニ發生ス故ニ有罪ノ判決確定シ既ニ執行ヲ初メタル後ニ犯人死亡スレハ其時刑罰消滅ス而シテ執行權ハ判決確定ノ時ニ發生ス故ニ有罪ノ判決確定シ未ダ執行ヲ初メタル中ニ犯人死亡スレハ其時執行權消滅シ刑ハ發生セスシテ止ムモノナリ現行法ニ草案第六十八條第二ノ如ク犯

人ノ死亡カ刑罰若クハ刑罰執行權消滅ノ原因タルヲ明言シタル條項ナキハ事理明晰之ヲ特言スル必要ナキカ爲ノミ刑ヲ執行スルキ目的物體消滅スレハ刑罰若クハ刑罰執行權モ亦消滅スルニ何ノ疑アラシヤ

(四百六十六) 佛蘭西刑法及ヒ草案ノ主義(同六八條第二項) 罰金科料ニ就キ例外ヲ設ケテ曰ク罰金科料ノ宣告確定スレハ國家ハ債權者トナリ犯人ハ債務者トナル故ニ債務者タル犯人辨濟セスシテ死亡スレハ相續人ヨリ辨濟セシメサル可ラスト我刑法ノ解釋書ニ此主義ヲ贊成シタルモノアリ(刑法正義三〇九頁以下)少シモ罰金科料ノ宣告確定スレハ國家ハ犯人ノ債權者トナルトイフノ一點ハ一二學者ノ暗ニ贊成スル所トス(刑法汎論二九一頁、井上氏三六八頁)

罰金科料モ亦刑罰ナリ犯人ノ金錢ヲ徵發スルヲ手段トシテ以テ國家ハ犯罪ノ制裁トス故ニ他ノ刑罰ト其基礎ニ於テ性質ニ於テ効力ニ於テ差別アル理アラシヤ罰金科料ニ限り宣告確定スルト同時ニ國家カ犯人ノ債權者ト爲ルトイフ根本ノ思想既ニ一大謬見ヲ含蓄ス縱令其宣告確定スルモ國

家ハ國家トシテ刑罰權ヲ行使ス可キ主體ナリ犯人ハ犯人トシテ刑ヲ受ク可キ責任ヲ負フ而ラハ犯人死亡セハ刑ヲ受クヘキ物體消滅シ罰金料料モ亦消滅スルニ何ノ障害カアル相續人ハ犯人ニ非ス罰金料料モ刑ニテ刑ハ犯人一身ニ止ルヲ要セハ相續人ニ罰金料料ノ上納義務無シ(刑法論綱ニ二五二頁附二〇條)

第二節 後發ノ刑ノ宣告確定

〔四百六十七〕 刑法第二百二條ニ曰ク「一罪前ニ發シ已ニ判決ヲ經テ餘罪後ニ發シ……其重キモノハ更ニ之ヲ論シ前發ノ刑ヲ以テ後發ノ刑ニ通算ス」ト草案第六十八條ニ刑罰消滅ノ第三ノ原因トシテ「輕キ前發ノ刑重キ後發ノ刑ニ混同シタル時」ト言ヘルハ右數罪俱發ノ處分上輕キ一罪ノ判決後ニ判決ノ重キ餘罪發覺シタル場合ヲ想像シ其重キ後發ノ刑ノ宣告確定スレハ輕キ前發ノ刑消滅ストイフニ外ナラス  
草案ノ主義ヲ駁スルノ論ニ曰ク(1) 法文ニ前發ノ刑ヲ通算ス(刑一〇二條)ト言ヘルハ隱然其消滅セサルヲ示スモノナリ(2) 數罪俱發一ノ重キニ從ツテ

夫

處斷スルハ數罪ニ對スル處分ナリ前發ノ輕キ刑ト雖モ消滅ストイフハ安ナラス(3) 數罪俱發ノ處分上一ノ重キ刑ノ執行ハ同時ニ他ノ輕キ刑ヲ執行スルモノトス故ニ前發ノ輕キ刑ハ消滅セスシテ重キ後發ノ刑ノ執行ニ依テ執行セラルト(刑法論綱三五〇頁薩陞氏五二〇頁)右第三ノ論旨ハ其實第二ノ論旨ト同一思想ニ出ツルモノナリ第一ノ論旨ハ第二ノ論旨ノ當否ヲ定メサレハ其是非ヲ知ル能ハス  
駁論第二ノ點ニ言ヘル如ク數罪俱發一ノ重ニ從テ處斷スルハ敢テ輕キヲ問ハサルノ義ニ非ス數罪ニ對スル處分ナリ數罪ニ對スル處分ナルカ故ニ却テ一罪ノミニ對スル刑ハ消滅スル場合ヲ生スルニ非サル無キカ  
凡ソ數罪俱發ハ數罪カ裁判確定前ニ盡ク發覺シタル場合ト一罪ニ對スル判決確定後餘罪發覺シタル場合トニ大別スルコトヲ得  
裁判確定前ニ數罪盡ク發覺シタル場合ニハ一ノ最モ重キ刑ノ中ニ他ノ刑罰混同シ消滅ストイフ克ハス何トナレハ一ノ重キ刑ハ數罪ニ對スル處分ナルノミナラス他ノ輕キ刑罰若クハ其執行モ亦未ダ發生セサルカ故ニ

消滅スル事ナシ是起草者ノ明言セラル、所ナリ(同二〇六頁末段)

之ニ反シテ一罪ニ對スル裁判確定後ニ餘罪發覺シタル場合ニハ前發ノ犯罪ニ對シテ既ニ獨立ノ刑罰若クハ執行權發生セリ他ノ一方ニ於テ後發ノ罪重ク之ニ對スル刑ノ宣告確定スレハ前發ノ犯罪ヲモ包括シ數罪ニ對スル處分ヲ施シタルモノナルカ故ニ先ノ獨立ノ刑罰若クハ執行權消滅セサルヲ得ス而ラスンハ前發ノ罪ニ對シ二重ノ制裁アリト言フノ已ムヲ得サルニ至ラン駁論第二ノ趣旨ニ數罪俱發一ノ重ニ俱フハ餘罪ノ刑ヲ免スルニ非ス數罪ニ對シ處分スルモノナリト言ヘリ數罪俱發一ノ重キ後發ノ處分ニ從フハ即チ前發ノ餘罪ニ對スル處分ヲモ含蓄スルカ故ニ一罪ニ二重ノ制裁アリ得サル結果論者ノ言ハ却ツテ前發ノ餘罪ニ對スル獨立ノ刑罰若クハ其執行消滅ノ理由トナルニ非スヤ

### 第二節 非常上告并ニ再審

〔四百六十八〕 法律ニ於テ罰セサル所爲ニ對シ刑ヲ言渡シ又ハ相當ノ刑ヨリ重キ刑ヲ言渡シタル第一審又ハ第二審ノ裁判確定後其事件ノ上告ヲ受

クルノ權アル裁判所ノ檢事ハ司法大臣ノ命令又ハ自己ノ職權ニ依リ上告ヲ爲スコトヲ得期間經過シ確定シタル裁判ニ許シタル上告ナルヲ以テ非常上告ノ名アリ(刑訴二九二條)

非常上告ハ裁判確定シタル場合ニ生スル上訴ナルノミナラス其理由トスル所ハ先ノ判決カ罪トナラサル所爲ニ刑ヲ言渡シタルカ「相當ノ刑ヨリ重キ刑ヲ言渡シタルカ」ノ二點ニ限ルヲ以テ常ニ刑罰若クハ其執行權ハ既ニ發生シタル事ヲ知ル可シ

非常上告ノ理由アリトスル時ハ原判決ヲ破毀ス(刑二九二條刑罰ト言ヒ其執行權ト言ヒ共ニ判決ノ結果タルカ故ニ非常上告ニ依リ原判決ヲ破毀サルレハ原判決ニ出テタル刑罰并ニ執行權消滅ス其刑ヲ減輕シタルニ過キサルモノト雖モ亦同シ原判決ノ重キ刑消滅シテ後ノ刑發生シ無形ニ通算スルモノト解セサル可ラス

〔四百六十九〕 再審ハ重罪又ハ輕罪ノ刑ヲ言渡シタル裁判確定後刑事訴訟法第三百一條ニ列舉セル六個ノ事實ヲ理由トシ被告人ノ利益ノ爲ニ第三

百二條ニ列擧シタル者ノ爲シ得ル非常上訴ナリ  
 再審ハ前段ニ述フル非常上告ト同シク判決確定後ニ非サレハ之ヲ爲ス能  
 ハス然レトモ(1)非常上告ハ不當ニ法律ヲ適用シタルヲ理由トスルモノニ  
 シテ再審ハ不當ニ事實ヲ認定シタルヲ理由トスルモノナリ(2)非常上告ハ  
 重罪、輕罪、違警罪ノ別ナク爲シ得ル上訴ニシテ再審ハ重罪、輕罪ノ刑ヲ言渡  
 サレシ場合ニノミ爲シ得ル上訴ナリ(3)非常上告ハ原判決ノ上告ヲ受クル  
 ノ權アル裁判所ノ檢事又ハ司法大臣ノミ之レヲ提起スル事ヲ得再審ハ其  
 ノ他ニ之レヲ提起シ得ルモノアリ(刑訴三〇二條)詳細ハ刑事訴訟法ノ範圍  
 ニ屬ス如斯再審ハ非常上告ト異同アリト雖モ裁判確定後即チ刑罰又ハ其  
 ノ執行權發生シタル後ニ於テノミ生スル上訴ナルカ故ニ再審ノ訴成立シ  
 原判決破毀サルレハ刑罰若クハ其ノ執行權消滅スルノ一事非常上告ニ同  
 シ

### 第四節 恩典

〔四百七十〕 我輩カ恩典ノ總稱ヲ付シ本節ニ論セントスルモノハ大赦特赦

復權ノ三ナリ而シテ憲法第十六條ニ所謂減刑ハ特赦ノ中ニ包括セシメン  
 ト欲ス草案ニ之ヲ區別シタルハ前ニ一言セシ如シ  
 恩典ハ何レモ裁判若クハ法律ノ効力ヲ殺クモノナルカ故ニ我國ニ在リテ  
 ハ總テ 天皇ノ大權ニ屬ス憲法第十六條ニ明文アリ  
 恩典ハ總テ公益ニ基キ 天皇ノ大權ヲ以テ附與シ給フモノナルカ故ニ犯  
 人若クハ被告人ハ之ヲ拒絕スル克ハス一私人ノ利益ノミヲ目的トセサル  
 モノハ一私人ノ意思ヲ以テ左右スル克ハサル是一般ノ原則ナリ

### 第一款 大赦

〔四百七十一〕 大赦トハ主權ノ命令ヲ以テ或ル種類ノ所爲ヲ犯罪ト認メサ  
 ルニ基ク刑法ノ刑事上ノ効力ヲ取消スヲ謂フ  
 〔四百七十二〕 大赦ノ定義ニ「或ル種類ノ所爲ヲ犯罪ト認メサルニ基ク刑  
 法ノ刑事上ノ効力……」ト言ヘルハ其民事上ノ効力ト區別センカ爲メナリ  
 凡刑法カ或ル種類ノ所爲ヲ犯罪ト認ムル時ハ(1)刑事上ノ効力トシテ犯罪  
 ノ證明刑ノ適用ヲ目的トスル訴即チ公訴權(刑訴一條)ヲ生セシメ、裁判官ハ