

1-692 90-232

法學士奧村政雄著

新刑法正義 完

明治大學出版部發行

明治
40 8 26
印交

自序

本書説ク處ハ刑法々規ノ梗概ニシテ仔細ヲ盡サス
ト雖モ亦新刑法々理ト意義トノ大要ヲ傳ヘテ充分
ナリト信ス

本書ハ簡明ヲ主トシ學説及ヒ參考書ノ羅列ヲ避ケ
タリ是レ著者ノ意ニアラサレハ也

明治四十年八月

著

者

新刑法正義目次

總論

丁數

第一章 刑法ノ沿革

一

第二章 改正ノ起因

七

第一節 社會狀態ノ變化

八

第二節 舊刑法規定ノ非點

一二

第三章 改正ノ要點

二〇

本論

二五

第一編 總則

二五

第一章 法例

三一

第二章 刑

六八

目次

第三章	期間計算	一〇三
第四章	刑ノ執行猶豫	一〇七
第五章	假出獄	一一六
第六章	時效	一二五
第七章	犯罪ノ不成立及ヒ刑ノ減免	一三〇
第八章	未遂犯	一五六
第九章	併合罪	一六一
第十章	累犯	一七五
第十一章	共犯	一八二
第十二章	酌量減輕	一九三
第十三章	加減例	一九五
第二編	罪	二〇一

二

第一章	皇室ニ對スル罪	二〇三
第二章	内亂ニ關スル罪	二〇八
第三章	外患ニ關スル罪	二一四
第四章	國交ニ關スル罪	二二二
第五章	公務ノ執行ヲ妨害スル罪	二二七
第六章	逃走ノ罪	二三〇
第七章	犯人藏匿及ヒ證憑湮滅ノ罪	二三九
第八章	騷擾ノ罪	二四八
第九章	放火及ヒ失火ノ罪	二五三
第十章	溢水及ヒ水利ニ關スル罪	二六八
第十一章	往來ヲ妨害スル罪	二七三
第十二章	住居ヲ侵スル罪	二七八

目次

三

第十三章	秘密ヲ侵ス罪	二八〇
第十四章	阿片煙ニ關スル罪	二八三
第十五章	飲料水ニ關スル罪	二八六
第十六章	通貨偽造ノ罪	二九〇
第十七章	文書偽造ノ罪	三〇〇
第十八章	有價證券偽造ノ罪	三一五
第十九章	印章偽造ノ罪	三二八
第二十章	偽證ノ罪	三三二
第二十一章	誣告ノ罪	三三五
第二十二章	猥褻姦淫及ヒ重婚ノ罪	三三七
第二十三章	賭博及ヒ富籤ニ關スル罪	三三六
第二十四章	禮拜所及ヒ墳墓ニ關スル罪	三四〇

第二十五章	瀆職ノ罪	三四三
第二十六章	殺人ノ罪	三四五
第二十七章	傷害ノ罪	三五一
第二十八章	過失傷害ノ罪	三五八
第二十九章	墮胎ノ罪	三六二
第三十章	遺棄ノ罪	三六四
第三十一章	逮捕及ヒ監禁ノ罪	三六五
第三十二章	脅迫ノ罪	三六六
第三十三章	略取及ヒ誘拐ノ罪	三六八
第三十四章	名譽ニ對スル罪	三七三
第三十五章	信用及ヒ業務ニ對スル罪	三七八
第三十六章	竊盜及ヒ強盜ノ罪	三八〇

第三十七章	詐欺及ヒ強喝ノ罪	三九〇
第三十八章	横領ノ罪	三九四
第三十九章	贓物ニ關スル罪	三九六
第四十章	毀棄及ヒ隱匿ノ罪	三九八

新刑法正義目次

新刑法正義

法學士 奧村政雄君講述

總論

第一章

刑法ノ沿革

刑法ハ國家主權ノ作用ニ基キ人類社會及ヒ國家ノ存在ニ有害ナルモノヲ膺懲除去スルヲ目的トセルヲ以テ苟モ吾人々類カ集團シテ社會ヲナシ國家ヲ形成スルニ至レハ必ス刑律ノ法アリ各國各地ノ風俗人情ニヨリ各特有ノ發達ヲ爲セリ故ニ刑法ヲ學フ者ハ先ツ其沿革ヲ知ラサル可カラス吾國刑律ノ沿革ハ大要四期ニ分ツコトヲ得

第一期 固有法時代即チ國初ヨリ太寶令發布以前ニ至ル間

此時代ニハ刑律ノ法典ナルモノナク法官ノ意ニ從テ犯罪者ヲ處分セリ我國當時尙祭政一致ニシテ刑罪悉ク宗教的分子ヲ包含シ神意ヲ穢ス者皮膚病者其他諸種ノ不淨者ハ政治的意義ヲ包メルト否トヲ問ハス凡テ之ヲ犯罪トセリ彼ノ大稜ノ言葉ヲ見ルモ其例ニ乏シカラサルヲ知ラン

第二期 支那法繼受時代(即チ太寶令時代ヨリ鎌倉開府ニ至ルマテノ時期)

推古帝ノ朝佛教一度傳來シテヨリ支那文物盛ニ輸入セラレ孝德帝ノ時ニ至リテハ社會ハ一般ニ支那文物ニ心醉シ歴史ヲ重ンセス沿革ヲ惜マス遂ニ固有ノ法制ヲ打破シテ八省百官ヲ設ケ漸次支那法律的法典編纂セラレ茲ニ始メテ成文律ヲ見ルニ至レリ其重モナルモノハ

一 近江令(天智帝)

二 太寶律及ヒ太寶令(文武帝) 此律令ハ隋唐ノ刑律ヲ模セシモノニシテ多少ノ修正ヲ加ヘタリト雖モ大體ニ於テ唐律ト稱スルコトヲ得ンカ而シテ其當時實行サレシヤ否ヤハ疑問ナレトモ其法典トシテノ價值ハ當時代第一流ノモノナリ其後政治上ノ變動ノ爲メ多少形ヲ變セシコトアリシモ明

治十五年現行刑法改正マテ其命脈ヲ保テリト云フコトヲ得ンカ律ハ全編ヲ分チテ十二トシ第一、名例律(編則)第三、職制律(官吏ノ犯罪等)第六、擅興律(内亂、兇徒聚集等)第七、賊盜律、第八、鬪訟律、第九、詐欺律、第十一、捕亡律、第十二、斷獄律等其重モナル部分ハ今日ノ刑法的ノモノナリ

三 養老律令(元正帝)

四 弘仁格(嵯峨帝)

五 貞觀格及ヒ式(清和帝)

六 延喜格及ヒ式

第三期 武家法時代(即チ鎌倉開府時代ヨリ徳川氏末マテ)

頼朝政ヲ執リシ以來兵政ノ權全ク武門ニ移リ武人跳梁ヲ極メ殆ント一定ノ法規ナク專恣ナル時代ニシテ王朝ノ成典未タ全ク絶滅セルニアラスト雖モ法學殆ント衰頹ノ極度ニ達シ又多少ノ變化ヲ見ルニ至レリ而シテ刑事法規ハ僅カニ他ノ部門ノ法規及ヒ道德ト混シテ諸種ノ規定ノ中ニ存セリ

一 貞永式目 北條泰時ノ編纂ニ係ル所謂武家法ナリ鎌倉時代ハ此掟ニヨ

リテ一切ヲ處理セリ

二 建武式目 建武年間足利尊氏二階堂道昭ニ命シテ編纂セシメタル規定ニシテ其性質貞永式目ニ同シ此規定ハ其後多少ノ變化ヲ見シト雖モ足利氏全盛時代ニハ科刑ノ標準トナレリ

其後戰國ノ世ニ至リ干戈ヲ斯レ事トシ刑法ヲ願ル者ナキ有様ナリシモ大諸侯ノ下ニハ又二三ノ刑法學者アリ貞永、建武等ノ式目ヲ參酌シテ自國ノ民ト國是トニ基キ編纂セル家法トモ稱ス可キモノアリ北條早雲、武田信玄ノ家法、朝倉氏、長宗我部氏ノ家法等皆其例ナリ

三 御定メ書キ百ヶ條 德川氏ニ至リテモ亦唐律ニ則リ元和寛政中御定メ書百ヶ條ヲ編纂セリ當時刑法學者唐律ノ研究ニ力ヲ盡セシ爲メ此規定モ亦太寶律ノ流ヲ汲ミ支那法系ヲ脱セス而シテ德川氏ニ至リテハ從來二種ノ死刑ヲ増加シテ五種トナシ刑モ亦殘酷ヲ極ムルニ至レリ磔、火刑ノ如キ是ナリ此二刑ハ支那刑ニアラス此當時已ニ歐洲ノ交通開ケ耶蘇ノ隆盛ヲ見タル時代ナルヲ以テ夫レ或ハ歐洲刑罰ノ輸入ニアラサルカ

第四期 歐洲法典ノ繼受時代

明治維新以後今日ニ至ルマテノ間トス而シテ其前半ニ於テハ頻ニ佛法ヲ輸入シ後半ハ獨法跳梁ノ時代ナリ舊刑法ハ前半期ニ作成セラレタルモノニシテ佛國法理ヲ代表シ改正刑法ハ即チ獨國法理其主部ヲ占ム而シテ新舊刑法カ如何ナル途ヲ經テ武斷的家法ヨリ推移セシヤハ改正刑法解釋上大ニ關係アルヲ以テ簡單ニ茲ニ其名目ヲ列舉シ讀者研鑽ノ資ニ供セン

一 假律 德川氏政權ヲ奉還スルヤ明治元年武家法及ヒ明清律ヲ參酌シテ法典ヲ編成シ名ケテ假律ト云フ

二 新律綱領 假律ニ太寶律ノ規定ヲ參酌シテ編成セルモノ、明治三年ノ發布ニ係ル

以上二法典ハ第三期ニ屬スルモノナリト雖モ唯維新以後ノ刑法變遷ノ有様ヲ明瞭ニセンカ爲メ第四期ニ編入セリ讀者誤ルコトナカレ

三 改定律令 明治六年五月ノ頒布ニ係リ多少歐洲ノ法理ヲ輸入セルモノナキニ非スト雖モ其要點ハ主トシテ新律綱領ト同シク唐明清律ニアリ故

ニ國情慣習ニ適應セサル點尠カラス新興國家ハ良刑法ヲ望ムコト切ナリ
而シテ其結果トシテ生シタルモノヲ舊刑法トス

四 舊刑法 ボアソナード氏佛文ヲ以テ其原案ヲ起シ審査委員ノ討議ヲ經
テ之ヲ元老院ノ議ニ附シ元老院ニ於テハ刑法草案審査局ヲ設ケ其審査ヲ
爲スコト約四回明治十三年一月同院ノ決議ヲ得七月十一日ヲ以テ布告セ
ラレ明治十五年一月十五日以降今回ノ改正ニ至ルマテ二十有六年間施行
セラレタリ然レトモ時勢ノ進歩ハ一日モ靜止セス風俗人情日ニ變リ
制度文物年ト共ニ革マリ爲メニ斯ク審議セラレタル法典モ施行後幾グモ
ナクシテ實際ト學理トニ背馳スル處多ク遂ニ明治二十五年一月ヲ以テ其
審査ニ從事シ四閱年ノ後明治二十八年十二月之ヲ結了シ其成案ヲ公示セ
リ是レ即チ司法省案ト稱スルモノナリ當時獨逸學派漸ク盛ニシテ遂ニ別
ニ法典調査會ノ制度ヲ新設シ刑法改正案ノ調査起案ヲ爲シ三十三年十二
月第十五議會ニ提出セラレシモ審議ニ至ラスシテ閉會トナリ次ノ十六議
會ニニタヒ提出セラレ貴族院ヲ通過セシモ衆議院ハ審査ヲ終ル能ハサリ

六

キ政府ハ更ニ審議改修ノ末三タヒ第十七議會ニ提出セシモ不幸解散ニ遭
遇シテ議決ニ至ラス之ヲ第三草案ト稱スヘシ而シテ二十三議會ニ四タヒ
提出シ始メテ兩院ノ協賛ヲ經四十年四月之カ公布ヲ見ルニ至レリ

五 改正刑法 舊刑法ヲ主トシ之ニ大修正ヲ加ヘ改削加除之カ欠點ヲ補足
シテ完璧タラシメンコトヲ期セリ然レトモ斯ノ如キ大法典ハ凡テ人ノ
満足ヲ買フ如ク編纂シ得ヘキモノニアラス又多少ノ欠點ハ免ル可ラサル
處タルヲ覺悟セサル可ラス而シテ之ヲ舊刑法ニ比スルニ其文言ニ於テ科
刑ニ於テ時勢ニ適應シ學理ト實際トニ投合セル點ニ於テ雲泥ノ差アリト
稱スヘク現存世界各國法典中最モ進歩完備セルモノナリ然レトモ判官自
由裁量ノ餘地廣大ナルヲ以テ之カ運用惡キニ失スルトキハ舊法ニ勝ル害
惡ノ點少カラス之カ救濟ハ一ニ良法官ヲ得ルト刑事訴訟法及ヒ監獄則ノ
改正ニアリ

第二章 改正ノ起因

舊刑法ハ頒布後已ニ二十有五年ノ星霜ヲ經タルコト是ナリ蓋二十有五年ノ星霜ハ必スシモ長シト云フ可ラスト雖モ此年月ニ於ケル吾國家社會ノ急劇ナル進歩ト變化トハ到底二十有餘年前ノ法規ヲ以テ律ス可ラサルニ至レリ是レ舊刑法改正ノ必要起リシ所以ニシテ詳言スレハ(一)社會ノ進歩ハ舊刑法ノ豫想セサル事物ヲ生産セシコト並ニ(二)二十餘年ノ經驗ハ舊法典ノ規定其モノ、不當ヲ發見セシコト是ナリ

第一節 社會狀態ノ變化

立法ハ社會ノ現況ニ依據スルモノニシテ社會推移スレハ從テ其狀況ヲ變シ或ハ立法當時豫想ス可ラサリシ新事物ヲ發生シ或ハ消滅セシムルニ至ル立法者亦人ナリ該博ナル智識ト精緻ナル頭腦ヲ以テスト雖モ何ソ克ク將來ニ於ケル事物ノ發生又ハ其廢滅ヲ豫想スルヲ得ンヤ是レ即チ社會狀態ノ變化カ法律ヲ改變スル有力ノ根據トナル所以ナリ而シテ其最モ著シキモノヲ舉クレハ

第一 內國制度ノ變化

舊刑法制定當時ニ於テハ吾國家ノ行政組織ハ主トシテ官府組織ナリシヲ以テ法律ノ豫想スル所單ニ官公吏ニ止マル然ルニ其後歐洲自治ノ制度ヲ模倣シ町村會、府縣會ヲ開キ明治二十三年ニハ憲法實施セラル、ニ至リ憲法政治ノ結果官吏、公吏ノ外ニ帝國議會議員、市町村會議員其他各種ノ委員等多クノ公務員ヲ見ルニ至レリ此等ノ議員、委員等ノ公務員ハ官公吏ナル言葉ノ中ニ網羅スル能ハサルヲ以テ其收賄行為ハ之ヲ罪トスルコト能ハス其濫職ノ行為ハ之ヲ科刑スル能ハス而シテ公務員ノ此等ノ行為ハ官公吏ノ收賄又ハ濫職ノ行為ト果シテ若干ノ差異カアル帝國議會、府縣、市町村會議員、委員ノ職務ノ執行ヲ妨害スル爲メ又ハ此等ノ者ヲシテ或處分ヲ爲サシムル爲メ暴行又ハ強迫ヲ爲シタル行為ハ官吏ニ對シテ爲ス處ノ舊刑法第三百三十九條ノ行為ト何等ノ區別アリトスルヤ其他文書偽造罪ノ如キ官文書偽造ト云フ觀念ヲ以テハ狹キニ失ス斯ノ如ク舊刑法ハ廣ク公務員ノ行為又ハ公務員ニ對スル行為ヲ豫想セサリシハ官公吏以外ノ公務員ヲ豫想セサリシ當然ノ結果ナリト雖モ亦其一缺點ト爲スコトヲ憚ラス故ニ官公吏及ヒ其他ノ公務員ニ對シ

況ク一般的ニ規定スルコトハ現時ノ社會ニ於テ急務トスル處ナリ

第二 國際關係ノ密接

現時ノ國際關係ノ密接ハ亦刑法改正ノ一原因タリ舊刑法編纂當時ニアリテハ吾國權未タ大ニ伸ヒス隨テ諸外國トノ關係亦密接ナル能ハスシテ内外國交渉事件ノ如キモ殆ント其發生ヲ豫想スル必要ヲ見サリキ殊ニ當時ハ舊條約ノ時代ニシテ國民多數ノ希望タリシ條約改正未タ行ハレス所謂治外法權即チ領事裁判制度ハ行ハレタル時代ナルヲ以テ我國ノ法律ハ外國人ニ對シテハ之ヲ執行スルコトヲ得サリシナリ故ヲ以テ國際刑法ニ關スル規定國交ニ關スル罪ニ付キ規定ヲ缺ク然ルニ條約ハ已ニ改正セラレ國威ハ發揚シ國權ハ年ト共ニ伸張シ外國關係日ニ益々密接ヲ加ヘ外國人ニ對シテ日本ノ刑法ヲ施行シ外國領土内ニ於テモ尙ホ或範圍マテハ我刑法ヲ以テ律セスンハ以テ我帝國並ニ帝國臣民ノ生命ト福利トヲ完全ニ保護スル能ハス殊ニ來遊ノ外國君主大統領若クハ使臣ノ如キ貴顯ニ對シ暴行若クハ侮辱ヲ加フルコトアリ其來遊ノ目的如何ヲ問ハス國交ノ圓滿ヲ保ツ爲メニハ常人ト同様ニ

處分スルハ不可ナリ要スルニ國際刑法規國交ニ關スル罪ニ付キテノ法規ハ今日ニ於テ最モ必要トスル處ナリ

第三 新事物ノ發生

近ク二三十年間ニ於ケル世界ノ物質的進歩ハ實ニ人智以上トス殊ニ我國ノ進化ハ世界ノ嘆服スル所タリ故ニ舊刑法ヲ以テ律スル能ハサルモノ少カラス交通機關ノ發達ハ舊刑法第二編第三章第六節ヲ以テ包括スル能ハス商工業ノ發達ハ瓦斯蒸汽電氣力ヲ應用スルニ至リ此等ノ事ニ關スル犯罪ハ亦全ク舊刑法ニ其規定ヲ缺ク例ヘハ電力竊取ノ如キ單ニ學者ノ頭腦ヲ痛ムルニ過キス

第四 自他法典トノ調和

舊刑法發布以來民法商法ノ大法典ヲ始メ種々ノ法律制定セラレ舊刑法ハ之ト調和セサル條項少カラサルニ至レリ例ヘハ親族例ノ如キモ其一ナリ民法ニハ直系尊屬或ハ直系卑屬ナル言ヲ用フルモ其範圍ヲ明定セラレタルカ爲メ刑法ニ不完全ニシテ特別ナル親族例ヲ規定スルノ必要ナキカ如キ其他軍

律又ハ特別法トノ關係ノ如キ是ナリ詳細ハ後章ニ於テ自ラ明ナラン

第二節 舊刑法規定ノ非點

社會狀態ノ變遷進步ニ直接ノ關係ナク主トシテ二十五年間ノ經驗ト外國ニ於ケル立法例ノ進步等ヲ考合シテ舊刑法ノ規定其宜ヲ得サルヲ感スルニ至レリ

第一 刑ノ範圍狹少ニ過クルコト

大體ヨリ之ヲ論スルトキハ罪ノ輕重ト刑ノ輕重其權衡ヲ得サルコト是ナリ即チ舊刑法ニ於テハ刑ノ範圍ヲ定ムルコト狹少ニ過キタルヲ以テ千差萬別ノ犯情ニ應シタル刑ヲ科スルコト能ハス是レ主トシテ百年ノ古昔ニ立案セル佛蘭西刑法ノ影響ナリトス何故ニ佛蘭西刑法ハ斯ク切盛主義ヲ採用セルヤハ沿革ニ依テ來ル處アリ久シク君主專制ノ治下ニアリテ法官ノ專恣ハ其反動トシテ人權保護ノ精神トナリ犯罪ニ對シ確定不動ノ刑ヲ法定シ裁判官ノ權力ヲ制限セルコト是ナリ此他裁判例發達セス裁判官ニ廣キ權限ヲ與フルモ十分ニ之ヲ應用スル能ハサリシコト等モ亦其一原因ナラン然レトモ當

時ニ於テハ有名ナル刑法典ナリシヲ以テ諸國之ニ模シ之ヲ範トセルヲ以テ皆其影響ヲ受ク舊刑法ハ多少此點ニ留意シ刑ノ範圍ヲ法定シ裁判官ヲシテ各犯罪ノ情狀ニ從ヒ刑ヲ加重スルノ自由ヲ得セシメタリト雖モ刑ノ範圍ヲ定ムルコト狹少ニ過キ克ク刑法ノ目的ヲ達スル能ハス其一例ヲ示サンニ赤貧者アリ此子捨テサレハ此身餓ユ此身飢ユレハ此子育タス此子捨ツルニ忍ヒス遂ニ親子共ニ死シテ樂土ニ遊ハント決心シ先ツ子ヲ殺シ而シテ自己ノ自殺ヲ企テタルニ當リ不幸ニシテ故障ノ爲メニ之ヲ遂クル能ハサルニ至レリ此人犯情大ニ憫諒スヘキモノアリト雖モ舊刑法ハ尙十二年以上十五年以下ノ有期刑ヲ科セサル可ラス是レ刑ノ範圍ヲ極限スルノ弊ナリ而シテ數十年來ノ經驗ト學問ノ進步ハ此等不當ノ點ヲ改正シ何レノ國モ刑ノ範圍ヲ擴張スルノ方針ヲ採ルニ至レリ固ヨリ罪ノ輕重ハ或ハ放火罪、殺人罪、竊盜罪ト云フ如ク或程度マテハ罪名ニヨリテ定マルヘキモ實際其輕重ヲ來スモノハ犯情即チ其罪ヲ犯シタル目的、動機、犯人ノ性質、習慣、其他種々ノ事情即チ犯情是ナリ故ニ罪種ヨリ云フトキハ極メテ重キモノト雖モ情狀ヨリ之ヲ觀察ス

ルトキハ甚々輕キモノアリ前例ノ如キハ即チ其一ニシテ罪種ヨリ云フトキハ謀殺罪ニシテ極メテ重キ且ツ憎ムヘキ罪ナルカ如キモ決シテ然ラサルモノナルコト最明カナル所ナラン之ニ反シ拘摸ヲ業トスル者三タヒ刑ヲ受ケ尙未タ改善スル所以ヲ知ラス更ニ新ニ之ヲ犯ス裁判官其情狀ヲ重シトシ之ニ加刑セントスルモ禁錮二月十五日以上ヲ以テスル能ハス拘摸日ニ増加シ刑法ノ存在スル所以ヲ失ス要スルニ舊刑法ノ如ク切盛主義ニ刑ノ範圍ヲ狭少ニスルトキハ刑法ノ大目的タル罪ノ輕重ニ應シテ刑ノ輕重ヲ定ムルコトハ絶對ニ不可能ニシテ刑事政策上採ラサル處ナリ是レ舊刑法ノ改正セラレタル最モ著シキ點ナリトス

然レトモ刑ノ範圍ヲ擴張シ裁判官ノ自由裁量ノ餘地ヲ充分ニシ其權限ヲ廣大ニスルトキハ弊害亦隨テ之ニ伴フコトヲ覺悟セサル可ラス弊害トハ何ソ濫用ノ弊是ナリ即チ自由裁量ノ餘地廣クナルトキハ或範圍ニ於テハ全ク法ナキニ等シキヲ以テ裁判官ハ其權力ヲ濫用シ或ハ然ラサルモ同一同等ノ罪質犯情ニ對シ甲法院ニテハ二ヶ年ノ禁錮ヲ宣告シ乙裁判所ニテハ一ヶ年ヲ

宣告シ判例ノ統一ヲ缺クニ至ラン而シテ之ヲ救フノ策ハ他ナシ良裁判官ヲ得ルト訴訟法及ヒ監獄則ノ改正ニヨリテ之カ大部分ヲ改ムルヲ得ンカ

第二 數罪俱發

數罪俱發ニ關スル舊刑法ノ規定ハ亦罪ノ輕重ト刑ノ輕重ト權衡ヲ失スル著シキ一例ナリ即チ未タ確定判決ヲ經サルニ以上ノ犯罪アル場合ニ於テ舊刑法ハ吸收主義ヲ採用シ一ノ重キニ從テ處斷スルコト、セリ故ニ一度重罪ヲ犯シタル者ハ其犯罪ニ付判決ヲ受クルトキハ前犯ト同等若クハ之ヨリ輕キ犯罪ヲ爲スト雖モ法律上其責任ヲ負擔セシムルコトヲ得スサレハ此間ニ犯罪セサルハ恰モ損失スルカノ如キ感覺ヲ犯人ニ起サシメ犯罪ヲ獎勵スルノ結果ヲ見ル是レ實ニ不當ノ規定ト云フ可シ是レ亦佛國刑法ノ影響ニシテ佛國刑法ハ革命ノ反動トシテ極端ナル寬刑主義ヲ採リタル結果ナリト雖モ社會ノ安寧ヲ防護スル必要上ヨリ云フトキハ決シテ其目的ヲ達セルモノト云フ可ラス數罪俱發ニ對スル處分ハ如何ナル場合ニモ制限的併科主義ナラサル可ラス是レ舊刑法ノ改正ヲ要セシ點ニシテ現時ノ歐洲中主ナル諸國ノ刑

法ハ此制限的併科主義ニヨルモノ多シ

第三 累犯

刑法ノ目的ハ社會ノ秩序ヲ維持スルニ在リテ犯罪ハ公ノ秩序ヲ紊亂スルモノナルヲ以テ一方ニ於テ未發ニ之ヲ豫防スルト同時ニ他方ニ既發ノ犯罪ヲ鎮壓スルノ方法ヲ採ラサル可ラス而シテ國家カ豫防シ鎮壓スルニ拘ラス其犯罪ヲ再ヒシ三タヒスル者ハ擬スルニ嚴刑ヲ以テシ之ヲ匡正シ秩序ノ維持ヲ計ラサル可ラス而シテ舊刑法ハ再犯ハ刑罰ヲ附加スル旨ヲ規定スト雖モ未タ當レリト云フ可ラス再犯ノ害ハ夙ニ學者政治家ノ憂慮セル處ニシテ數十年來ノ統計ニ照スニ年々増加ノ傾向アリ之ヲ防遏スルニ當リ單ニ刑罰ヲ加フルノミニテハ彼ノ犯罪ヲ營業的ニ爲ス者ニ對シテハ何等懲罰ノ目的ヲ達スル能ハサルモノ多シ故ヲ以テ歐洲諸國ニ於テハ或ハ監獄制度等ノ改良ニヨリ多少其弊ヲ減スルト雖モ我國ノ如ク監獄ノ設備、免囚保護ノ事業未タ充分ナラサル國ニ於テハ再犯ノ處分ヲ有效ナラシメ以テ其弊害ヲ矯正スルコトハ甚タ必要ノコトタリ故ニ再犯ノ加重ヲ充分ニ重クシテ長ク監獄ニ禁

置スルノ必要アリ是レ亦舊刑法ヲ持續シ能ハサルノ點ナリトス

第四 罪ノ區別

罪ノ區別モ亦佛國刑法ニ倣ヒ重罪、輕罪、違警罪ノ三種ニ分テリ佛國ニ於テハ犯罪ノ種類ニヨリテ重罪裁判所、輕罪裁判所、違警罪裁判所ニ分レ居ルヲ以テ實際上此區別ノ必要ヲ見ルト雖モ我國ニ於テハ裁判管轄其他ノ點ニ於テ必要ナキノミナラス所謂重罪ト輕罪トハ本來ノ性質ニ於テ區別アルモノニ非ス然ルニ舊刑法ハ此區別ヲ採用セルカ爲メニ此三種ノ罪ハ刑名並ニ刑期ヲモ異ニスルモノト爲シ輕罪ノ刑ハ重罪ノ刑ヨリモ必ス短期ナルモノト定メ加重減輕ノ場合ニモ輕罪ヲ加重シテ重罪ト爲スコトヲ得ス等ノ規定ヲ爲シタルカ故ニ重罪ニシテ犯情ヲ酌量シテ其最短期ニ輕減スルモ尙甚タ重キニ過キ輕罪ヲ加重シテ最長期ニ至ルモ尙輕シト思惟スル場合ニ於テモ裁判官ハヨリ以上ノ科刑ヲ爲ス能ハス其間甚タ權衡ヲ得サルノ結果ヲ見ルニ至ル要スルニ此區別ハ無益有害ノモノナルヲ以テ除去スルヲ至當トス

第五 刑名多キニ過ク

尙刑法一般ニ涉ル缺點ノ一トシテ數フヘキハ罪名多キニ過タルコト是ナリ
 即チ自由刑ヲ分チテ無期及ヒ有期徒刑ノ外ニ重懲役アリ輕懲役アリ重禁錮
 アリ輕禁錮アリ又重輕禁獄アリ又更ニ無期及ヒ有期ノ流刑アリト云フ有様
 ニシテ極メテ煩雜ナル區分ヲ爲セリ然ルニ徒刑及ヒ懲役ハ實際ニ於テ殆ン
 ト相異ル處ナク流刑モ亦適當ノ島地ナキ爲メ殆ント其實ナク流刑ト禁獄ニ
 ハ輕重ノ區別アリト雖モ是レ單ニ刑期ノ長短アル點ニ過キスシテ罪質ノ差
 ニ非ス斯ノ如ク罪名ノ多キニ過クルコトハ全ク實益ナキノミナラス煩雜ニ
 シテ有害ナルモノナレハ近世ノ立法思想ニ背馳スルノ制度ト云ハサル可ラ
 ス若シ強テ效果上ノ區別ヲ爲サントスルトキハ監獄ノ組織ト囚徒ノ取扱ヲ
 一々區別スルノ外ナク之カ爲メ非常ニ多額ノ費用ヲ要スルニ至ラン故ニ斯
 ノ如キ罪名ハ速ニ之ヲ廢止セサル可ラス是レ改正ヲ要セシ第五ノ點トス

第六 舊刑法ノ不備

以上舊刑法ノ規定其モノ、不當ナルコトヲ述ヘタリ而シテ尙此他ニ舊刑法
 中重要ナル事項ノ規定ヲ全ク缺キ或ハ不要ノ規定ヲ爲セルモノ尠カラス其

全ク缺如セルモノハ

- イ 刑ノ執行猶豫ノ規定ナキコト是ナリ刑ノ執行猶豫トハ刑ノ言渡ヲ受ケ
 タル者ニ對シ一時其執行ヲ猶豫スル制度ニシテ宣告ヲ受ケタル者ニ對シ
 刑罰ヲ以テ威嚇スルト同時ニ他方ニ於テ善行ヲ獎勵スル方法ニシテ刑事
 政策トシテ最も必要ノ制度ナリトス
- ロ 外國人又ハ日本人カ外國ニ於テ罪ヲ犯セシ場合ニモ日本刑法ニヨリ罰
 スルヲ要スル場合少カラス舊刑法ニ此規定ヲ缺キシハ治外法權ノ時代ニ
 制定サレシモノナルヲ以テ咎ムヘキニアラスト雖モ今日ニ至リ一日モ缺
 ク可ラサル所ノモノナリ
- ハ 正當防衛ヲ殺傷ニ關スル不論罪トシテ各論ニ掲ケ或一部ノ罪ニ限レル
 コトハ最も法理ニ反スル所ナルカ故ニ宜シク總則中ニ掲クヘキナリ
- 更ニ不要ノ規定ト稱スヘキ二三ヲ舉クレハ
- ニ 大赦、特赦、復權ハ大權ノ行動ニ屬スルヲ以テ敢テ刑法ヲ以テ規定スヘキ
 モノニアラス

ホ 親族例 特ニ刑法ニ定ムルノ必要ナシ宜シク一般法ニ其規定ヲ讓ルヘキナリ

ヘ 監視及ヒ公權剝奪

以上ハ刑法一般ニ亘ル非難不備ノ點ニシテ尙各章各節各條ニ就テ仔細ニ論議スルトキハ殆ント完膚ナキノ有様ナリ是レ改正ノ必要アリシ所以ニシテ本論ノ講義ニ於テ一々比較論評シテ學者ノ了解ニ便益アラシメン乎然ラハ果シテ此等ノ缺點ヲ補ヒ得タルカ如何ナル點ニ於テ舊刑法ト異レルカヲ知ルヲ得ヘシ尙ホ其大要ハ次章ニ於テ述ヘン

第三章 改正ノ要點

本論ニ於テ改正ノ諸點ハ其都度之ヲ論スヘシト雖モ舊刑法ニヨリテ研究セル學者ノ爲メニハ茲ニ一括シテ一般ニ亘ル改正ノ點ノ最モ著シキモノ、ミヲ說述スルモ亦無益ノ業ニアラサルヲ信ス敢テ重複ヲ願ミサル所以ナリ

一 官吏公吏ヲ公務員ニ改メシコト(第九頁參照)

二 國際的規定ヲ設ケシコト(第一〇頁參照)

三 正當防禦ヲ總則ニ置キシコト 舊刑法ハ正當防禦ヲ以テ特種ノ不論罪ナリトシテ之ヲ殺傷ニ關スル規定中ニ入レ之ニ種々ノ制限ヲ附シタリ然レトモ何ソ身體生命ヲ防禦スルノ行爲ニ限ルノ必要アラシヤ或場合ニ於テハ生命ヨリモ大切ナルモノアラン君主ノ命ニヨリ貴重品ヲ保護スル場合ノ如キ亦其一例ナラン故ヲ以テ現行法ハ之ヲ總則ニ掲ケタリ

四 幼年者ノ責任 舊刑法ハ十二歳マテヲ無責任者トシ十二歳以上十六歳以下ハ辨別ノ有無ニヨリ責任ヲ負ハシメ十六歳以上二十歳以下ハ之ヲ輕減スルコト、セリ然ルニ改正刑法ハ十四歳マテヲ責任無能力トシ十四歳以上ハ全責任ヲ負ハシメ敢テ輕減時代ヲ設ケス

五 累犯ヲ懲役ニ限リ尙加重ノ程度ヲ非常ニ高クセシコト

六 教唆者ヲ教唆シタル者ヲ罰シタルコト

七 附加刑ヲ沒收ニ限リタルコト 舊刑法ハ種々ノ附加刑ヲ科シタリ罰金沒收剝奪公權停止公權等皆是ナリ本法ハ此等ノ附加刑ヲ以テ不必要ナリト爲

シ罰金ハ凡テ之ヲ主刑ニ限ルトシ剝奪公權停止公權ハ憲法上大權事項ナリトシテ之ヲ除キ監視ノ制ヲ廢シ單ニ沒收ノミヲ存シタリ

八 併合罪ノ處罰ハ舊刑法ニ吸收主義ヲ原則トセシモ理論ニ流レ實際ニ用ヲ爲サ、ルヲ以テ改正刑法ハ併科主義ヲ原則トシテ規定ヲ設ケタリ

九 科料ノ金額及ヒ拘留ノ日數ヲ高メタルコト

十 刑ノ執行猶豫ハ刑ノ言渡ヲ消滅セシムル效力ヲ有ストセラレタルコト

十一 違警罪ノ規定ヲ廢シタルコト 元來違警罪ハ形式罪ナルヲ以テ其罪目

ハ一國內ニアリテモ土地ノ事情人情風俗開明ノ程度ニヨリ之ヲ異ニセサル可ラス到底之ヲ一定不變ノ法典ニ於テ概括規定スルノ不能タルヲ免レス之ヲ各地方ノ命令規則ニ一任スルニ如カス故ニ改正刑法ハ舊刑法第四編ヲ削リテ之ヲ採ラス

十二 舊刑法ハ各個ノ犯罪ニ對スル規定ヲ爲スニ當リ之ヲ數編ニ分チ財產ニ對スル罪身體ニ對スル罪公益ニ對スル罪私益ニ對スル罪等ノ區別ヲ爲スト雖モ爲メニ些少ノ利益ナキノミナラス反テ煩累ヲ來スヲ以テ此等ノ區別ハ

全然廢止シテ單ニ第二編罪ト題シ唯其便覽ノ爲メ種類ヲ同シクスル罪ニ關スル規定ヲ集メ之ヲ四十章ニ分チ章名ヲ附シタルニ過キス

十三 陸海軍々法選舉法其他特別法ニ規定サレタル公選投票偽造ノ罪銃礮彈藥ヲ製造シ及ヒ所有スル罪等其他此種ニ關スル規定ハ之ヲ刑法ニ規定スルトキハ反テ牴觸解釋難ノ場合生スルヲ以テ悉ク之ヲ削レリ(舊刑法第二編第三章第五節同第九節同第四章第七節同第八節同第九節等)

本論

第一編 總則

本編ハ舊刑法第一編ト同シク各般ノ罪ニ共通スル規定ヲ收メタリ分チテ十三章トシ(第三章案ハ之ヲ八章ニ分テリ)第一章法例ニ於テハ國交ニ關スル罪、國際刑法々規、刑法ノ遡及力(第六條)、特法ト一般規定ノ效力(第八條)等ニ亘リテ規定シ、第二章刑ニ於テハ刑ノ種類、刑ノ輕重、各種ノ刑ノ刑期金額及ヒ其執行ニ關スル規定ヲ設ケタリ、第三章ハ期間計算ト題シ刑期及ヒ時効期間ノ計算ニ其適用ヲ有セシメ、第四章ヲ刑ノ執行猶豫、第五章ヲ假出獄、第六章ヲ時効トシ第七章ヲ犯罪ノ不成立及ヒ刑ノ減免ト題シ緊急行爲、職務行爲及ヒ正當防禦ニ出ツル行爲ハ犯罪トナラサル旨及ヒ心神喪失者、瘖啞者、幼年者等ノ無能力者ニ對シ刑ヲ免除シ自首者ニ對シテハ刑ヲ減輕スル等刑ノ不成立及ヒ減免ニ關スル凡テノ場合ヲ網羅セリ第九章ノ併合罪ハ舊刑法ノ所謂數罪俱發ニシテ再犯ハ之ヲ累犯ト改メ第十章ニ規定シ懲役ニ限リタリ其他第十一章ハ共犯ニシテ第十二章ハ

酌量減輕第十三章加減順序ト各數條ノ規定ヲ設ク而シテ其舊刑法ト異ナル點ヲ舉クレハ舊刑法ノ第一編總則ヲ章節ニ分ツ法制ヲ廢棄シテ單ニ章ノミニ分ツ法制ヲ採用シ(第二回草案迄ハ章節ニ分チタルモ第三回草案ヨリ此法制ヲ執レリ)舊刑法第二章第一節刑名ヲ第二章刑ト改題シ刑ノ種類(第九條)刑ノ輕重第一〇條)刑ノ處分方法及ヒ沒收(第一九條)其他刑期計算(第二一條)等ニ就テ規定シ舊刑法ノ第二章法例中刑名、主刑處分(第二節)ヨリ第五節刑期計算ヲ第三章ト爲シ刑期計算ト改題シテ刑期及ヒ時效ノ計算ニ適用ヲ有セシメ第四章ヲ刑ノ執行猶豫トセリ此制度ハ已ニ單行法トシテ明治三十八年三月三十一日法律第七十號ヲ以テ公布セラレタル處ノモノ今回多少其範圍ヲ擴張セラレタリ元來禁錮等ノ如キ輕微ノ刑ニ處セラレタルモノニシテ已ニ悔悟セル犯人ニ對シテハ強テ科刑スルノ必要ナキノミナラス反テ惡結果ヲ來スコトアルヲ以テ斯ノ如キ短期自由刑ノ弊ヲ避ケンカ爲メニ此新制度ヲ採用セリ(第三草案ハ刑ノ執行猶豫及免除ト題シ新法第四章及第五章ヲ包括セリ)同第二章第七節期滿免除ヲ他ノ法律ノ用語ニ一致セシメテ時效ト改題シテ之ヲ第六章ト爲シ尙同章第八

節復權ニ關スル規定ハ憲法上大權事項ニ關スル規定ニシテ刑法ノ干與スヘキ處ニアラストノ主旨ヲ以テ之ヲ除キ(第三草案ハ之ヲ存セリ)同第四章不論罪及ヒ減輕、同第九章未遂犯罪、第七章數罪俱發、第五章再犯加重及第八章數人共犯、第七章犯罪ノ不成立及刑ノ減免、第八章未遂罪、第九章併合罪、第十章累犯及第十一章共犯トナシ同第四章第三節酌量減輕ヲ獨立ノ一章トシテ第十二章ヲ規定シ最後ニ加減例ト題シ舊刑法第三章加減例及第六章加減順序ヲ合セタリ而シテ同第十章親族例ハ民法ノ一般規定ニヨル可キモノトナシ茲ニ之ヲ削除シテ載セス

尙改正刑法カ舊刑法並ニ第一第二第三草案ニ通シテ異ル處ヲ述フレハ舊刑法ニハ附加刑處分ト題シ罰金、沒收及公權剝奪、監視ノ規定ヲ設ケタリ然レトモ公權剝奪ハ其多クハ大權事項ニ屬スルモノニシテ或ハ官吏、勳章、年金、貴號等ヲ有スルノ權、外國勳章ヲ佩用スルノ權等皆然リ故ニ之ヲ削ルヲ以テ至當トス又選舉權喪失ノ場合、兵籍ニ入ル資格ノ消滅等ニ付テ規定スト雖モ斯ノ如キハ之ヲ選舉法若クハ徵兵令等ノ特別法ニ規定スルコト至當ナリトス第二草案迄ハ徵

償處分ヲ設ケタレトモ刑事訴訟法ニ規定スルヲ以テ至當ナリトシ第三草案ヨリハ之ヲ削レリ監視ノ制度ノ精神ハ免囚ヲ保護スルノ趣意ニ出ツルト雖モ其要旨ハ放免後直チニ善良ノ民ト伍セシムルトキハ良民モ危險ノ念ヲ生シ交際ヲ避クルニ至ルヲ以テ親族故舊若クハ友人等刑期滿限後直チニ引取り謹慎セシムルニ於テハ一ハ再犯ノ惡意ヲ發スルノ防止トナリ一ハ社會良民モ漸々危險心ヲ去リ監視滿期ノ際ニ至レハ全然良民ト伍ヲ同フスルニ至ル可キ一見良好ノ制度ナルカ如キモ實際ノ結果ニ至リテハ前述ノ如ク全ク反對ノ現象ヲ呈スルヲ以テ斷然之ヲ廢止セリ大赦特赦等ノ規定モ亦改正刑法ニ至リ始メテ廢止セル處ニシテ其理由ハ已ニ之ヲ述ヘタリ監置懲治處分ニ關スル規定ハ何故ニ之ヲ削リタルヤト云フニ監置ハ危害ヲ豫防スル爲メノ規定ニシテ固ヨリ刑罰ニアラス加之精神病者ニ對シテ監置ノ處分ヲ必要トスルコトハ單ニ其刑法上ノ犯罪アル場合ノミニ限ラス假令犯罪行爲タリトモ監置ヲ必要トスル場合少カラス現ニ精神病者監護法ニ因リ精神病者ニ對シテハ監置ノ處分ヲ爲シツアルニアラスヤ何ソ特ニ之ヲ刑法ニ規定スルノ要アラシヤ之ト等シク幼年

者ニ對シテ懲治スルコトモ亦固ヨリ刑罰ニ非ス例ヘハ民法ニハ裁判所ノ許可ヲ得テ懲治場ニ入ル、コトヲ得ル旨ヲ規定シ又感化法ニ於テモ幼年者ヲ感化院ニ入ル、コトヲ得ル旨ヲ規定セリ斯ノ如ク幼年者懲治ノ必要ハ單ニ其犯罪行爲アル場合ニノミ限ラサルヲ以テ其犯罪行爲アル場合ニ限り特ニ刑法上ノ處分ヲ規定スルモ決シテ完全ト云フ可ラス殊ニ刑事裁判所ヲシテ此等幼年者ニ對スル懲治處分ヲ爲サシムルトキハ社會ハ目スルニ犯罪人ヲ以テシ之ヲ人外者トシテ疎外スルニ至リ幼年者ヲシテ益社會ノ冷酷ト僻見トヲ抱カシムルニ至リ反テ犯罪ノ分子ヲ製造スルノ因トナルヲ以テ幼年者ノ感化上決シテ適當ノ方法ト云フ可ラス是レ懲治ノ制度ヲ刑法ヨリ削リタル理由ナリトス次ニ幼年者ノ犯罪行爲ニ付テノ刑ノ輕減如何ニ關シ第三草案迄ハ十四歲以上二十歲未滿ノ者罪ヲ犯シタル場合ニハ其刑ヲ減輕スルコトヲ得ル旨ヲ規定セリ然ルニ改正刑法ハ之ヲ削レリ其理由トスル處ヲ尋ヌルニ改正刑法ニ於テハ幼年者ノ責任年齡ヲ變シテ十四歲未滿ハ凡テ之ヲ罰セサルコト、シ十四歲以上ニ達スルトキハ普通一般の智能モ大ニ發達スルモノナリ殊ニ改正刑法ニ於テハ

多クノ場合ニ於テ刑ノ範圍ヲ廣クセルヲ以テ幼年者罪ヲ犯シタル場合ニ於テ各條ノ刑ノ範圍内ニテ幼年者ニ相當ノ刑ヲ科スルコトヲ得尙犯情ニ照シテ重キニ過タルコトアルトキハ酌量減輕ノ途開カレタルヲ以テ十四歳以上二十歳未滿ノ者ニ對シテモ特ニ法律上減輕ノ規定ヲ置クノ必要ナシトノ趣意ニ基ケリ殊ニ十八歳未滿ノ者ト雖モ常人以上ニ智能發達シ犯情加重スヘキ者アルニ拘ラス舊刑法ノ如キ規定ヲ爲ストキハ幼年者タルノ故ヲ以テ是非トモ輕減セサル可ラサルニ至ル是レ改正法カ舊法ヲ襲踏セサリシ所以ナリトス又第三草案ニ於テハ未遂罪ハ輕減スルコトヲ得ル旨ヲ規定セルモ之ヲ改メテ未遂犯ノ場合ニハ法律上必ス輕減スルコト、セリ尙正當防禦ニ關シテハ之ヲ身體生命ニ限ルノ必要ナキヲ以テ一般的ニ總則ニ於テ之ヲ掲ケ天災其他事變ニヨル刑法第七十五條ノ場合ノ如キハ之ヲ自己又ハ親族ニ限ルノ理由ナキヲ以テ一般ニ廣ク之ヲ應用スル規定ヲ設ケタリ其他未決拘留ノ日數ヲ本刑ニ算入スルコトノ規定、期間ノ計算ニ關スル規定、刑ノ執行猶豫ニ關スル規定、加減例ノ規定等ニ於テ多少第三草案ト異ル處アリ其詳細ハ各章各條ノ下ニ於テ比較說示スル

處アルヘシ

第一章 法例

改正刑法モ亦舊法ト同シク總則第一章ヲ以テ法例トシ其下ニ刑法ノ效力ニ關スル規定ヲ爲セリ凡ソ國家ハ領土、人民、主權ノ三者ヨリ成ル主權ハ即チ統治ノ作用ヲ行フモノニシテ法ニヨリテ之ヲ行フ、法ハ國家統治ノ必要上發生スルモノナレハ法アレハ必ス被治者及領土ニ對シ一定ノ效力ヲ定メサルヘカラス法ハ國家ノ狀勢ト共ニ推移スルモノナレハ必ス其有效ニ存續スヘキ期間ヲ生スヘク隨テ時ニ關スル一定ノ效力ヲ有セサルヘカラス刑法ハ法ノ一分派ニシテ凡テ法ニハ土地ニ關スル效力、人ニ關スル效力及ヒ時ニ關スル效力アリトセハ刑法ニモ亦此三種ノ效力ナカル可ラス是レ改正刑法カ舊法ト同様總則第一章法例ナル名題ノ下ニ此三種ノ效力ニ關スル規定ヲ爲セル所以ナリ而シテ其第八條(舊刑法第五條)ニ本法ノ總則ハ他ノ法例ニ於テ刑ヲ定メタルモノニ亦之ヲ適用ス但シ其法令ニ特別ノ規定アルトキハ此限ニ在ラストシテ以テ本法ノ他

ノ法令ニ對スル效力ヲ定メタルハ是レ國法ノ調和ヲ保タンカ爲メノ便宜ニ基

第一 時ニ關スル效力

刑法ノ時ニ關スル效力亦終始アリ其效力ノ發生ハ公布ノ日ニアルヲ一般トス然レトモ公布式施行法其他特別法規ニヨリ制限セラレ、ヲ通常トス而シテ一旦其效力ヲ發セシ以上ハ何人ト雖モ之ヲ熟知スルモノト看做シ刑法ヲ知ラサルノ故ヲ以テ犯罪行爲ノ責任ヲ免ル、コトヲ得ス蓋シ刑罰法規ヲ了得明解スルコトハ專門ノ學者ト雖モ尙不能トスル處之ヲ知ラサルヲ以テ罪責ナシトセハ千百ノ刑法々規ヲ規定スト雖モ遂ニ一人ノ違背者ヲモ罰シ難カルヘク刑名法律ヲ學フ者ナキニ至リ遂ニ司法官ノ外社會ハ囚徒ナキニ至ラン故ニ近世立法ハ刑法ノ不知ハ免責ノ理由タラスト爲スヲ原則トセリ故ニ時ニ關スル刑法ノ效力發生ハ公布ニ始マリ廢止ヲ以テ終ルヲ原則トス而シテ其效力ハ絶對的ナリ人ニヨリテ適用ノ時期ヲ異ニセス(第八條説明參照)

第二 土地ニ關スル效力

刑法ノ效力ハ如何ナル土地ノ範圍ヲ支配スルヤヲ說カン刑法ハ國家社會ノ秩序ヲ維持シ公衆ノ生命身體財産ノ安寧ヲ保護センコトヲ趣旨トスルモノナリ國家ハ土地人民及主權ヨリ成立ス故ヲ以テ主權領土及人民ヲ中心トシ之ニ關係ヲ及ホスヘキ凡テノ害惡行爲ハ凡テ刑法ニテ處罰スヘキモノナリ然レトモ今日列國交通頻繁ニシテ國際關係密接スルニ及ヒテ此原則ヲ實際ニ適用スルニ當リテ多少ノ變化ヲ見ルハ止ムヲ得サル處トスサレハ刑法ノ土地ニ關スル效力ハ今ヤ多クハ國際關係ヨリ觀察シテ所謂國際刑法ナル國際法ノ一分科トシテ研究セラル、ニ至レリ而シテ此問題ニ關シテハ古來學者種々ノ學說ヲ唱道シ各國ハ自國ノ見解ニ從ヒ刑法ノ基礎タル主義ヲ定メタリ其主義ヲ分チテ三トス初學者參考ノ爲メ其大要ヲ摘記セン

一 屬地主義 現今尙英米ノ採用スル處ノモノニシテ刑法ノ土地ニ關スル效力ニ付テノ學說中最先ニ發生セルモノナリ屬地主義ハ讀ンテ字ノ如ク一國ノ刑法ハ其國內ニ生シタル犯罪ニ限り其犯人ノ内國人タルト外國人タルトヲ分タス凡テ之ヲ支配シ毫モ外國ニ於テ犯シタル犯罪ニ及ハスト

- 爲ス學說ヲ云フ然レトモ屬地主義ヲ採ルトキハ自國民カ國外ニ於テ爲シタル犯罪行爲ニ適用スル能ハサルヲ以テ交通ノ便開ケ一國ノ臣民ニシテ諸外國ニ寄寓スル者日ニ多キヲ加フル現時ニ在テハ到底國家社會ノ秩序ヲ維持スルコト能ハス是レ學者カ單純ナル屬地主義ヲ非難スル所以ナリ
- 二 屬人主義 苟モ自國臣民ノ犯罪ハ其犯行地ノ國內タルト國外タルトヲ問ハス凡テ之ヲ支配シ外國臣民ハ縱令內國ニ在住スル時ト雖モ之ヲ支配セスト云フニアリ、夫レ刑法ハ一國ノ秩序ヲ維持スルコトヲ目的トスルモノニシテ其目的ヲ達センニハ其國籍ノ如何ヲ區別セスシテ凡テ國內ニ於テ犯罪行爲ヲ爲シタル者ハ假令外國人ト雖モ之ヲ處罰スルノ必要アリ又自國臣民ノ外國ニ於ケル犯罪行爲ヲモ悉ク處罰スルト云フハ無用ノコトニシテ又不能ノコトタリ是レ屬地主義ト同様非難アル處ナリ
- 三 折衷主義 屬人主義ニアラス屬地主義ニアラサル主義ヲ茲ニ折衷主義ト名ケン、折衷主義ヲ更ニ分チテ二トス
- イ 任意主義 任意主義トハ犯罪行爲ノ他地ニ於テ犯サレタルモノナル

ト又何人ノ犯シタルモノトヲ問ハス一國ハ任意ニ之ニ刑法ヲ適用シ得ヘシト爲スモノヲ云フ然レトモ內國民ノ外國ニ於テ爲シタル犯罪行爲ハ自國ニ對シテ何等ノ關係ヲ有セサルコトアルノミナラス內國民ノ外國ニ於テ犯シタル犯罪行爲ハ一國ノ任意ニ之ヲ訴追スヘキモノト爲スヲ以テ其訴追スルモノト否ラサルモノトノ區別極メテ曖昧ナリ故ヲ以テ任意主義ハ未タ充分ノ研究ノ餘地ヲ存ス

ロ 自衛主義 屬人主義屬地主義ハ未タ以テ自國ノ國家社會ノ秩序ヲ保ツコト能ハサルヲ以テ學者茲ニ一新主義ヲ案出セリ之ヲ自衛主義又ハ現實主義ト名ケン此主義ハ內國ノ法益即チ自國又ハ自國臣民ノ利益ノ傷害ノミヲ罰スルモノニシテ且ツ國內ニ於ケル法益ノ傷害ハ常ニ之ヲ罰ス可シト云フニアリ即チ苟モ日本國內ニ於テ罪ヲ犯シタル以上ハ其外國人ノ行爲ニ係ル場合ト雖モ之ヲ日本ノ刑法ニヨリテ處斷スヘク國外ニ於ケル犯罪ト雖モ或モノハ之ヲ日本ノ刑法ニテ處罰スルニ非スンハ到底日本ノ必要ヲ充スコト能ハスト爲スニアリ而シテ改正刑法亦此

主義ヲ採レルヲ以テ茲ニ更ニ此主義ヲ詳説セシ

内國ニ於ケル刑法ノ效力ハ所謂屬地主義ナラサル可ラス即チ苟モ内國ニ生シタル犯罪行為ナランカ其犯人ノ自國民ナルト外國人ナルトヲ問ハス凡テ内國刑法ノ適用ヲ受クルモノトス是レ一國統治權ノ當然ノ效力ニシテ且ツ刑法ノ目的ヲ達スルニ必要ナル手段ナレハナリ

外國ニ於ケル效力 一國ノ刑法ノ目的ヲ達センニハ單純ナル屬地主義ニノミ依ル可ラス或ル場合ニハ屬人主義ニヨル必要アリト雖モ假令自國臣民ノ行為ト雖モ全ク自國々家ノ自衛ニ關係ナキ犯行ハ之ヲ罰スルノ要ヲ認メス又外國臣民カ外國ニ於テ犯セル行為ト雖モ自衛ノ必要上之ヲ處罰スヘキ場合多々ナルヲ以テ茲ニ自國法益自衛ノ必要ヲ程度トシテ處罰權ノ範圍ヲ定メタリ(改正法第一條乃至第五條)

尙最後ニ内國ニアラス外國ニアラス公海上ニ於ケル犯罪ハ如何公海ハ何國ノ國權モ及ハサル處ナルヲ以テ自國船舶内ノ犯罪ハ之ヲ自國法ニテ處罰スヘキヲ至當トス

要スルニ一國刑法ハ自國ノ安寧秩序ヲ保護スルノ要具ナルヲ以テ隨テ其目的ニ適應スルモノナラサル可ラス故ニ其效力ハ國家ノ組織分タル主權、領土、臣民ノ三者ヲ中心トシ及ヒ之ニ關係アル法益ヲ保護スルコトヲ得ル程度即チ國家自衛ノ程度ニ於テ其效力ヲ波及スルモノトスルヲ以テ最モ至當ノコトトス

第三 人ニ關スル效力

前述ノ如ク刑法ノ效力ノ基本タル主義ニ屬人主義、屬地主義、折衷主義ノ區別アリ刑法カ其何レノ主義ヲ採用スルヤニヨリテ又人ニ關スル效力ヲモ異ニス即チ屬地主義ノ刑法ハ其效力單ニ當該國ノ領土内ニ在留スル内外國民ニ止マリ屬人主義ノ刑法ノ效力ハ内國及ヒ外國ニ在ル自國臣民ニ止マル尙任意主義ヲ採ル刑法ノ效力ハ内外臣民ヲ區別セス又内國ニ在ル者ト外國ニ在ル者トヲ問ハス凡テ犯罪行為ヲ爲シタル者ニ及ホスコトヲ得ヘク而シテ自衛主義ヲ採用スル刑法ノ效力ハ自國ノ領土内ニ在留スル内外國臣民及ヒ特種ノ犯罪行為ヲ爲シタル在外國ノ内國臣民又ハ在外々國民ニ及フヘシ然レ

トモ此等ハ單ニ各國刑法カ原則トスル處ニ過キスシテ國法上國際法上必スヤ種々ノ除外例ヲ認メサル可ラス即チ

一 主權者又ハ攝政

二 領事裁判ノ特權ヲ有スル國民 此特權ハ優等國ヨリ劣等國ノ國法ヲ不安ナリトシ以テ自國臣民ノ犯罪ハ自國々法ヲ以テ之ヲ處罰スヘキモノトナシ其裁判權ヲ該國駐在ノ自國領事ニ委シタルヨリ此稱起レリサレハ領事裁判ノ特權ヲ有スル國民ノ犯罪行為ニ對シテハ犯罪人カ當該國ニ在留スルトキト雖モ之ニ當該國ノ刑法ヲ適用スルコト能ハス即チ當該國ノ刑法カ屬地主義又ハ自衛主義又ハ任意主義ヲ採用スルモ尙特殊ノ國際條約ノ結果トシテ其特權ヲ有スル外國民ノ犯罪行為ニ對シテ當該國ノ刑法ヲ適用スルコト能ハサルナリ我國ノ如キモ曾テ歐洲各國ヨリ此屈辱ヲ受ケ居リシカ近年ニ至リ全ク之ヲ排除セリ今ヤ我國ハ支那朝鮮ニ對シ領事裁判權ヲ有ス

三 帝國議會議員 憲法第五十二條ニ曰ク兩議院ノ議員ハ議院ニ於テ發言

シタル意見及ヒ表決ニ付キ院外ニ於テ責ヲ負フコトナシ但議員自ラ其言論ヲ演說、刊行、筆記又ハ其他ノ方法ヲ以テ公布シタルトキハ一般ノ法律ニヨリ處分セラレヘシト是レ兩院議員カ議院ニ於テ發言シタル意見及ヒ表決ニ付キ縱令刑法上ノ罪目ニ該當スルモノナリト雖モ其責任ナキコトヲ示セルモノナリ

四 外國ノ君主、大統領、攝政、使節及此等ノ者ノ隨行員、在留ノ外國官吏、軍隊等

ニ對シテハ內國刑法ヲ適用スルコトナシ蓋シ國際關係上ノ情誼ニ基クモノニシテ當然ノ權利ニアラサルナリ
最後ニ研學者ノ參考トシテ罪人引渡ニ就テ一言スルモ亦無益ニアラス抑々刑法ノ效力範圍ハ上述セルカ如シ然ルニ近時國際間ニ在リテハ合意ニ因リテ特殊ノ條約即チ引渡條約ヲ締結シテ自國ノ自衛條件ヲ傷害セル犯人ノ引渡ヲ外國政府ニ對シテ要求スル場合ニハ當該政府ハ其犯人ヲ引渡スヘキ旨ヲ定メタリ換言スレハ國法上其刑法ヲ適用シ得ル人ニ對シテ之ヲ適用セサル例外ノ場合ヲ認メタリ之ヲ犯人引渡ト云ヒ此條約ヲ引渡條約ト云フ夫レ引渡條約トハ

一國家ヨリ其領土内ニ在留スル犯人ヲ外國ニ交付スル國際間ノ契約ヲ云フ元
 來一國カ其國獨特ノ統治權ヲ有シ其統治權ノ作用トシテ其國ノ刑法ヲ制定シ
 タルモノナレハ内外國民ノ別ナク苟モ此刑法ノ罪目ニ觸ル、行爲ヲ爲ス者ア
 ランカ國家ハ其刑法ノ規定スル所ニ從ヒ處罰スルコトヲ得ヘシ然リト雖モ國
 際間ノ關係ハ恰モ同等權利者間ノ關係ノ如シ單ニ其自由又ハ其權利ヲ伸張シ
 テ以テ共同生活ノ美果ヲ收ム可ラス此ニ於テカ此種ノ條約ヲ生シ一國ヨリ犯
 人引渡ノ請求アル場合ニ於テハ其請求ヲ受ケタル國家ハ縱令其犯人ハ自國刑
 法ノ適用ヲ受クヘキ者ナリトスルモ成ル可ク之ヲ請求國ニ引渡シ該國家ノ刑
 法ノ適用ヲ受ケシムヘキナリ而シテ此點ニ關シ(一)自國臣民ハ外國處罰ノ爲メ
 ニ外國ニ引渡スコトナシ(二)政治的犯人(所謂亡命者)ハ假令外國臣民ト雖モ其犯
 罪ノ審理判決ノ爲メニ外國ニ引渡スコトナシ(三)違警罪ノ犯人ハ通常引渡スコ
 トナシト云フカ如キ二三ノ制限ヲ設ケ之ニ觸レサル範圍内ニ於テ犯人ヲ引渡
 スヘキモノトス故ニ例ヘハ米國人ニシテ日本貨幣ヲ偽造シ逃走シテ英國ニア
 ル場合ニ於テハ日本ハ英國政府ニ對シ其引渡ヲ請求スルコトヲ得ルナリ是レ

其犯人ハ英國政府ノ臣民ニ非ス其犯罪ハ政治的ニモアラズ而シテ處罰ノ爲メ
 ニ英國ニ留置スヘキ理由ナキヲ以テナリ

本章ニ就テ改正ノ要點ヲ舉クレハ舊刑法ハ第一條ニ於テ所謂罪ノ三別主義ヲ
 採リ重罪、輕罪、違警罪ノ三種トセリ然レトモ此區別ハ固ヨリ罪質上準據スヘキ
 標準ノ有ルアルニアラス唯科スヘキ刑名若クハ刑期金額ヲ異ニスルニ過キス
 故ニ重罪輕罪ノ區別ヲ廢止シテ罪ヲ重罪及ヒ違警罪ニ區別スル法制ヲ生シタ
 リ然レトモ此區別モ亦性質上何等ノ差異ナキモノト爲シ改正刑法ニ於テハ罪
 ニ何等ノ區別ヲ設ケサルノ法制ヲ採用セリ、サレハ改正刑法ハ舊法第一條ニ相
 當スル規定ヲ設ケサリシナリ況ンヤ三別主義ニ認ムル刑法ニ於テスラ斯ノ如
 キ規定ヲ設クルノ必要ナキニ於テオヤ

犯罪及ヒ刑罰ヲ定ムルニ擅斷主義ト法定主義トノ二アリ擅斷主義トハ裁判官
 其職權ヲ以テ隨意ニ罪ノ有無ヲ決シ適宜ノ刑ヲ宣告スル制度ヲ云ヒ法定主義
 トハ豫メ明文ヲ以テ罪トナル行爲及ヒ之ニ科スヘキ刑ヲ定メ裁判官ハ唯之ヲ
 適用スル職權ノミヲ有スル制度ヲ云フ現今文明國ノ法典ニアリテハ此制度ヲ

採用セサルモノナク舊刑法第二條ノ規定ノ如キハ解釋上明瞭ニシテ敢テ規定ヲ待タサルヲ以テ改正刑法ハ之ヲ削レリ第四條ノ規定モ特法、通法ノ關係上明白ノ事項ニ屬シ敢テ規定ヲ俟タサルヲ以テ之ヲ刪除セリ

舊刑法ハ刑法ノ土地又ハ人ニ關スル效力ニ付キ何等ノ規定ヲ設ケザリシハ甚シキ欠點トス故ヲ以テ改正刑法ハ第一條乃至第四條ニ於テ之ヲ規定シ第五條ニ於テ外國裁判ノ效力及ヒ外國ニ於ケル刑ノ執行ノ效力ヲ規定シ第七條ニ於テ公務所及ヒ公務員ノ意義ヲ示シタリ

第一條 本法ハ何人ヲ問ハス帝國内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニ之ヲ適用ス
帝國外ニ在ル帝國船舶内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニ付キ亦同シ

【字義】 本法……………本刑法ヲ云フ

帝國内……………日本帝國領土、領海内ヲ云フ領土トハ國權ノ及フ土地ノ範圍ヲ云ヒ領海トハ領土ヲ圍メル附近ノ水面ヲ云フ領海ノ範圍ニ關シテハ國際法學者間種々ノ說アリ又國ニヨリ主權ナ異ニシ或ハ干潮ノ際海岸ヨリ三哩間ト云ヒ或ハ海岸ヨリ砲彈ノ達スル距離ナリト云フ多クハ前說ヲトル帝國領土トハ本國ハ勿論臺灣、樺太及租借地ヲモ包含スルヤ否ヤニ關シテハ少シク說明ヲ要ス予ノ見チ以テスルトキハ臺灣及樺太ハ勿論帝國内ナリ然レトモ此等ニ地ニハ特別法規例ハハ三十九年法第

三十二號)アリ爲メニ特法對通法ノ原則トシテ此等ノ土地ニハ此等ノ特別法規行ハレ本刑法ハ其適用ヲ見サルナリ而シテ租借地タル滿州ノ如キハ其實際上ノ如何ハ論外トシテ支那主權ノ及フ所帝國内ト云フヲ得サルハ言チ俟タス

帝國船舶……………如何ナル船舶ハ帝國ノ船舶ナルヤハ商法若クハ國際法ノ問題ニ屬ス

ルヲ以テ詳説スルノ必要ナシ唯其意義ヲ明ニスレハ足ル如何ナルモノヲ以テ自國ノ船舶トスルヤニ付キ亦種々ノ主權アリ或ハ自國ニ於テ製作セシモノハ凡テ之ヲ自國船舶ナリト云ヒ或ハ自國人ノ所有ニ係ルモノハ製作所ノ如何ヲ問ハス自國船舶ナリトスル主權アリ而シテ我國ニ於テハ如何ナル主權ヲ採リタルヤ帝國船舶トハ如何ナルモノヲ包含スルヤ船舶法第一條ニ曰ク

左ノ船舶ヲ以テ日本船舶トス

- 一 日本ノ官廳又ハ公署ノ所有ニ屬スル船舶
 - 二 日本臣民ノ所有ニ屬スル船舶
 - 三 日本ニ本店ヲ有スル商會社ニシテ合名會社ニ在リテハ社員ノ全員、合資會社及株式合資會社ニ在リテハ無限責任社員ノ全員、株式會社ニアリテハ取締役ノ全員カ日本臣民ナルモノ、所有ニ屬スル船舶
 - 四 日本ニ主タル事務所ヲ有スル法人ニシテ其代表者ノ全員カ日本臣民ナルモノ、所有ニ屬スル船舶
- 商會社ノ規定ニ從ヒ設立セタル合資會社ニアリテハ業務擔當社員ノ全員カ日本臣民ナルモノ、所有ニ屬スル船舶ヲ以テ日本船舶トス
- 本臣民ナルモノ、所有ニ屬スル船舶ヲ以テ日本船舶トス
- 罪……………トハ法律ニ依リ刑ヲ科シテ禁制シ又ハ命令スル行爲ヲ云フ
- 罪ヲ犯ス……………トハ罪ヲ行フヲ云フ

【釋義】 舊刑法ノ欠如ヲ補足シタル規定ニシテ本條第一項ハ本法ノ效力ヲ及
 ホスヘキ土地ノ範圍ニ關スル原則ヲ規定シ帝國臣民ナルト又ハ外國人ナルト
 ヲ區別セス我帝國內ニ在リテ罪ヲ犯シタル者ハ本法ノ支配ヲ受クヘキ旨ヲ定
 メタリ

一國法律ノ及フヘキ土地ノ範圍ニ付テハ種々ノ主義アリ(三三頁參照)一國ノ領
 土ヲ基點トシ其領土内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ハ國籍ノ如何ヲ論セス内國法律
 ヲ適用スヘシト爲ス主義ヲ屬地主義ト云ヒ苟モ自國臣民ナルトキハ其所犯地
 ノ内外國タルニ關係ナク凡テ之ヲ處罰スルニ反シ外國臣民ノ犯罪ハ假令内國
 ニ於テ犯セシ場合ト雖モ之ヲ不問ニ附スト爲ス主義ヲ屬人主義ト云フ而シテ
 國內ニ對スル刑法ノ效力ニ關シテハ屬地主義ニヨルヘキコトハ前已ニ之ヲ述
 ヘタリ(三六頁參照)改正刑法亦此主義ヲ採用シ日本國內ニ生シタル犯罪ニ付テ
 ハ犯人ノ誰タルヲ問ハス常ニ我法律ヲ適用スルコトヲ原則ト定メタルハ最モ
 事宜ニ適セル立法ト稱スヘシ

第二項ハ帝國外ニアル帝國ノ船舶内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ニ付テモ亦原則ト

シテ本法ヲ適用スヘキコトヲ定メタルモノナリ抑モ帝國船舶カ一度我領土ヲ
 離ル、ヤ船舶内ニ生シタル犯罪ニ付キ刑法ノ效力ヲ定ムルニ非サレハ頗ル疑
 義ヲ生スルノ虞アリ而シテ領土外ニアル自國船舶ニ關シテハ場合ヲ分テテ之
 ヲ論スルヲ要ス

一 公海上ニアル場合 國際法ノ大原則トシテ一國獨立權ノ活動區域ハ其領
 土ト範圍ヲ同フスト爲セリ然レトモ自國船舶ニ對シテハ其公海ニ在ル場合
 モ之ニ管轄權ヲ及ホスヘキモノトス是レ獨リ船舶ニ對スルノミナラス其船
 内ノ自國民ハ勿論外國人ト雖モ一切自國ノ管轄權内ニ在ルモノトセラル是
 レ今日國際法學者ノ異論ナキ處而シテ其法理ニ至リテハ或ハ商船領土主義
 ヲトリ商船ハ軍艦ト同シク浮動セル領土ナルカ故ニ自國主權ノ下ニノミ立
 ツヘキモノトシ且ツ軍艦ト同一ナル特權ヲ得ヘシト主張シ(高橋氏五〇一)或
 ハ曰ク元來公海ハ何レノ國家ニモ屬セス又何レノ國モ獨リ主權ヲ行フ能ハ
 サルニヨリ其海上ニアル船舶ハ其本國ノ管轄ニ屬セシメ以テ之カ保護ヲ爲
 シ又其行爲ニ對シテ本國ヲシテ責任ヲ負ハシムルノ外ナキナリ必要上國際

慣例トシテ公海上ノ自國船舶ヲ自國ノ管轄下ニ置クコト、ナリタリト爲ス所謂必要主義論者はナリ本條第二項ハ此必要主義ヲ採リ帝國船舶内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ハ本法ヲ適用スル旨ヲ規定セリ

二 他國ノ領海内ニ在ル場合 換言スレハ領海ニ碇泊スル商船ヲ所在國ノ司法管轄權下ニ置クヘキヤ否ヤニ付テハ國際法上種々ノ主義アリ外國商船ハ其碇泊國ノ司法警察權ニ服従ス若シ國家ニシテ其領海内ニ在ル船舶ニ對シ此等ノ權ヲ行使スルヲ得サルモノトスレハ是レ其主權ヲ減損スルモノニシテ沿岸地方ノ秩序ヲ維持スルコト能ハス故ヲ以テ領海内ニアル船舶ハ凡テ内外ヲ問ハス之ヲ支配スト爲スハ英國ノ主義ナリ又自國法律ノ秩序ヲ紊亂スルカ救助ヲ求メラレタル場合ノ外ハ假令自國ノ港灣内ニ於テスルモ外國ノ商船内ニ起リタル乗組人相互間ノ犯罪ニ對シ裁判權ヲ行使セスト爲スハ佛國主義ナリ此佛國主義ニ多少ノ修正ヲ加ヘ領海ニ在ル外國船舶ハ其碇泊國ノ司法警察權ニ服スヘキヲ原則トスレトモ(1)地方公安ニ關スルモノ(2)船舶ヨリ救助ヲ求ムルトキ(3)船舶乗組員外ニ關係スル事件ニ限リ管轄權ヲ及

ホシ其他ノ場合ハ之ヲ其船舶ニ一任シテ一切干涉セサルノ方針トス現ニ日本ニ於テモ日本ト獨逸及白耳義トノ領事職務規定ニ兩締盟國ノ總領事云々……ハ專ラ本國商船内ノ秩序ヲ保持スルコトニ任シ云々……其起リタル紛擾カ陸上若クハ港内ノ安寧秩序ヲ妨害スヘキ性質ナルカ若クハ其國人民或ハ乗組員ニ非サル者ノ關係シタルトキノ外地方官長ハ之ニ關係スルコトヲ得サルモノトスト規定シ外部トノ關係ナキ限リハ船舶内ニ起リタル事件ハ其船籍國ニヨリテ之ヲ受理スルコトヲ認メタリ(外部ト關係アル事件ハ國際事件トナル故ニ之ヲ內國法ニテ受理スト規定スルモ何等ノ益ナキコト、ナル)改正刑法ハ此法理ヲ實現セルモノナリ而シテ斯ノ如キ規定ヲ刑法ノ成文トシテ編纂セルハ我改正刑法ヲ以テ嚆矢トス亦可ナラスヤ
要スルニ本條ハ帝國領土及ヒ帝國船舶内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ハ其國籍ノ如何ヲ問ハス日本刑法ニテ處罰スルヲ原則トスル旨ヲ明言セルモノタルコトヲ知ルヘシ

第二條 本法ハ何人ヲ問ハス帝國外ニ於テ左ニ記載シタル罪ヲ犯シタル

者ニ之ヲ適用ス

- 一 第七十三條乃至第七十六條ノ罪
- 二 第七十七條乃至第七十九條ノ罪
- 三 第八十一條乃至第八十九條ノ罪
- 四 第四百十八條ノ罪及ヒ其未遂罪
- 五 第五百十四條、第五百十五條、第五百五十七條及ヒ第五百五十八條ノ罪
- 六 第六百六十二條及ヒ第六百六十三條ノ罪
- 七 第六百六十四條乃至第六百六十六條ノ罪及ヒ第六百六十四條第二項、第六百六十五條第二項、第六百六十六條第二項ノ未遂罪

【釋義】前條ニ於テ帝國内ニ生シタル罪ニ關スル規定ヲ設ケタリト雖モ帝國外ニ於テ生シタル罪ト雖モ尙之ヲ處罰スルノ必要アルヲ以テ本條ニ於テハ所謂自衛主義ヲトリ上配七項ノ特種ノ犯罪ニ對シテハ外國ニ於テ犯シタルトキモ尙本法ヲ適用スヘキコトヲ規定シタリ抑モ一國々法ハ其國領土内ニ限リテ效力ヲ有スルヲ原則トスルモノニシテ假令特種ノ犯罪ニ限ルトハ云ヘ外國領土

ニ對シ其權力ヲ及ホスコトハ其國主權ノ侵害ナルヲ以テ之ニ付キ特別ノ理由ナカル可ラス之ヲ説明スルニ當リ分テ二トス

第一 外國ニ在ル帝國臣民ノ犯罪 一國刑法ハ自國ノ安寧秩序ヲ維持スルヲ以テ目的トスルモノナリ外國ニ在ル帝國臣民ノ犯罪行為ハ自國ノ安寧ニ何等ノ影響ヲ及ホサ、ルモノ多シ而シテ悉ク之ヲ處罰スルハ刑法ノ目的ノ必要以外ニ超越スルノミナラス他國ノ主權ヲ尊重スルコト甚シキヲ以テ内亂ニ關スル罪、皇室ニ關スル罪、通貨ノ偽造等自國ノ安寧ニ重大ナル關係アルモノ、ミヲ處罰スヘシトスルハ今日學者ノ等シク認ムル處ナリ改正刑法ハ第二條及ヒ第三條ニ於テ此主義ニヨリ規定ヲ設ケタリ

第二 外國ニ在ル外國人ノ犯罪 此犯罪ヲ處罰スルハ一國自衛ノ必要ニヨル(是レ予カ前ニ自衛主義ト命名セシ處ナリ、三五頁參照)萬國々際法會議モ亦國際刑事管轄ヲ自衛ノ理由ニヨリ是認セリ其議決ニ曰ク、各國ハ其領域外ニ於ケル外人ノ行為カ其刑法ニ反シ其國家ノ社會的存在ヲ攻撃シ若クハ其安全ヲ危クシ而シテ犯罪地ノ刑法カ之ヲ罰スルノ規定ヲ欠クトキハ之ヲ罰スル

ノ權ヲ有スト、英國學派ハ之ニ反對シテ自國刑法ニヨル犯罪行為カ自國領域内ニ來リタル後ナリトスルモ自國法ニヨリ尙ホ他國內ニ於ケル行為ヲモ支配セントスルハ明カニ當該他國ノ獨立權ヲ侵害スルモノナリ(ウエストレーキ氏)或ハ曰ク刑事裁判管轄權ハ法ヲ知ルノ義務ト範圍ヲ同クセサル可ラス(高橋博士)一國ニ在留スル者ハ其國ノ法ヲ知ルノ義務アリ故ニ國家ハ其領域内ニ在留スル凡テノ人ニ對シテ裁判管轄權ヲ有ス然レトモ何人モ外國ニ在留セスシテ外國ノ法ヲ知ルノ義務ナシ故ニ其領域内ニ在ル外國人ニ對シテハ管轄權ナシ云々ト云フニアリ換言スレハ義務ハ責任ノ基礎ナリト云フニアリ吾人ハ帝國內ニ在ルカ故ニ帝國々法ニ服從スルノ義務アリト爲スニアリ是レ所謂屬地主義ヲ主張スル處ノ舊說ニシテ採ルニ足ラサルコトハ屢々之ヲ述ヘタリ尙義務ハ責任ノ基礎ナリトスルハ是レ本末ヲ顛倒セルノ證ナリ有責者ナルヲ以テ義務生ス無責者安ソノ義務ヲ負フヲ得ンヤ責任ハ義務ノ本ナリ殊ニ法律周知ノ義務云々ハ今日法理ノ許サ、ル處ニシテ萬國々際法會議ノ議決ハ實ニ至當ノコト、ス夫レ領域外ニ在ル外人ニシテ自國ノ安

寧ヲ紊シ秩序ヲ亂ス行動ヲ企畫シ或ハ實行スルコトナシトセス而シテ斯ノ如キ場合ニ於テ之ヲ鎮壓防止スルノ方法ナクンハ何ニヨリテ自國ノ安全ヲ期スルコトヲ得ンヤ故ヲ以テ今日ノ國際關係ハ自衛權ノ作用ヲ認メ此等犯罪ノ上ニ必要ノ程度マテ一國刑法ヲ及ホスコトヲ得トセリ

本條ハ誠ニ此主義ヲ標榜セリ而シテ必要ノ程度ハ之ヲ抽象的ニ説述スルノ愚ヲ棄テ專ラ實際ノ便宜ニ鑑ミ法典ノ體裁如何ヲ顧ミルニ違アラスシテ其罪ヲ規定スル各條項ヲ引用シ之ヲ明確ニシタリ

一 第七十三條乃至第七十六條ノ罪 皇室ニ對スル罪ニシテ天皇、太皇太后、皇太后、皇后、皇太子、皇太孫及皇族ニ對シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者或ハ不敬ノ所爲アリタル者ヲ處罰スルノ規定ニシテ神宮又ハ皇陵ニ對スル不敬ノ所爲ヲモ併セテ罰セリ

二 第七十七條乃至第七十九條ノ罪 内亂罪ニ關スル規定ニシテ政府ヲ顛覆シ又ハ邦土ヲ僭竊シ其他朝憲ヲ紊亂スルコトヲ目的トシテ暴動ヲ爲シタル罪及ヒ此等ノ罪ノ豫備、陰謀若クハ幫助ノ行為

- 三 第八十一條乃至第八十九條ノ罪 外患ニ關スル罪ニシテ外國ニ與ミシテ自ラ本國ニ抗敵シ若クハ通謀シテ戰端ヲ開クニ至ラシメタル罪其他軍需ノ供給ヲナシ或ハ軍機ヲ漏泄スル等ノ罪
- 四 第四百十八條ノ罪及ヒ其未遂罪 通用ノ貨幣、紙幣若クハ銀行券ヲ偽造變造行使シタルモノ
- 五 第五百十四條、第五百十五條、第五百十七條及ヒ第五百十八條ノ罪 官文書公務所ノ文書圖畫等ヲ偽造變造シ行使シタルモノ若クハ公務員ニ對シ虛偽ノ申立ヲ爲シ權義ニ關スル公正證書ノ原本ニ不實ノ記載ヲナサシメタル等ノ罪
- 六 第六十二條及ヒ第六十三條ノ罪 有價證券ノ偽造變造ニ關スル罪
- 七 第六十四條乃至第六十六條ノ罪及ヒ第六十四條第二項、第六十五條第二項、第六十六條第二項ノ未遂罪 印章偽造ニ關スル罪ニシテ行使ノ目的ヲ以テ御璽、國璽、公務所ノ印章、記號若クハ他人ノ印章、署名ヲ偽造シタル罪

右ノ中第一號乃至第三號ハ主權ノ侵害ニ關シ、第四號、第五號ハ政務ノ紊亂ニ主トシテ關係ヲ有スル事項タリ、第六號、第七號ハ社會ノ安寧秩序ニ直接ノ關係ヲ有スルモノニシテ、此等ノ事項ハ多少ハ外國ノ領土權ヲ侵害スルトハ云ヘ帝國ノ存在ニ重大ノ關係ヲ有スルヲ以テ之ヲ處罰スルコト、セシハ至當ナリ

第三條 本法ハ帝國外ニ於テ左ニ記載シタル罪ヲ犯シタル帝國臣民ニ之ヲ適用ス

- 一 第八八條、第九九條第一項ノ罪、第八八條、第九九條第一項ノ例ニ依リ處斷ス可キ罪及ヒ此等ノ罪ノ未遂罪
- 二 第一百九條ノ罪
- 三 第一百五十九條乃至第六十一條ノ罪
- 四 第六十七條ノ罪及ヒ同條第二項ノ未遂罪
- 五 第七十六條乃至第七十九條、第八十一條及第八十四條ノ罪
- 六 第九十九條、第二百條ノ罪及ヒ其未遂罪
- 七 第二百四條及ヒ第二百五條ノ罪

- 八 第二百十四條乃至第二百十六條ノ罪
 - 九 第二百十八條ノ罪及同條ノ罪ヲ犯シ因テ人ヲ死傷ニ致シタル罪
 - 十 第二百二十條及ヒ第二百二十一條ノ罪
 - 十一 第二百二十四條乃至第二百二十八條ノ罪
 - 十二 第二百三十條ノ罪
 - 十三 第二百三十五條、第二百三十六條、第二百三十八條乃至第二百四十一條及ヒ第二百四十三條ノ罪
 - 十四 第二百四十六條乃至第二百五十條ノ罪
 - 十五 第二百五十三條ノ罪
 - 十六 第二百五十六條第二項ノ罪
- 帝國外ニ於テ帝國臣民ニ對シ前項ノ罪ヲ犯シタル外國人ニ付キ亦同シ
- 【釋義】前條已ニ論シタルカ如ク一國ノ刑法ハ自國ノ安寧秩序ヲ維持スルニアリ社會人民ノ權義生命身體財產ヲ保護伸張シ干涉抑壓スルハ即チ安寧秩序ヲ保ツ唯一ノ策ニシテ國家自衛ノ方法ナリ、第二條ハ内憂外患並ニ安寧ニ直接關

係アル場合ヲ規定シ本條ニ於テハ間接ノ場合ヲ規定セリ、サレハ其效力ノ範圍モ自ラ異リ第一項ハ屬人主義ヲトリ第二項ノ規定ハ自衛主義ニヨリタルモノニシテ帝國外ニ於テ生命身體自由財產又ハ信用ニ關スル罪ヲ犯シタル帝國臣民及ヒ外國人ニ對シテモ亦本法ヲ適用スヘキモノトセリ蓋シ國外ニ於テ生シタル罪ハ其公海自國船舶上ニ於ケル外ハ之ヲ本法ヲ以テ支配セシムルノ必要ナシト雖モ刑法ハ公ノ秩序維持ヲ目的トスルヲ以テ此種ノ罪ト雖モ帝國ノ秩序維持ニ害アルモノナルトキハ其秩序維持上必要ナル限度ニ於テ之ニ本法ヲ適用スヘキモノトス而シテ改正刑法ハ帝國外ニ於テ又ハ外國人カ帝國臣民ニ對シ帝國外ニ於テ犯シタル生命身體自由財產又ハ信用ニ關スル罪ノ如キハ帝國ノ秩序維持ニ障害ヲ及ホスコト至大ナルヲ以テ本條ノ規定ヲ爲シ之カ防止ヲ計レリ

而シテ本條モ亦漠然タル抽象的ノ語ヲ以テ其處罰條項ヲ規定スルコトヲ爲サス前條ト同一ノ理由ニヨリ各條項ヲ引用シテ其所謂生命身體自由財產又ハ信用ニ關スル罪ナルモノヲ明確ニシタリ今其罪目ヲ掲出スレハ

- 一 第八條第九條第一項ノ罪、第九條第九條第一項ノ例ニ依リ處斷ス可キ罪及ヒ此等ノ罪ノ未遂罪 放火ノ罪ニシテ人ノ現住又ハ現在スル建造物其他ニ放火スル罪ノ既遂及未遂、自己ノ所有物ナラサル建造物其他又ハ自己ノ所有ニ係ルト雖モ法定ノ權利又ハ義務ヲ設定シ又ハ負擔セシメタル建造物ニシテ人ノ現住又ハ現在セサル物ニ放火スル罪ノ既遂及ヒ未遂、激發スヘキ物ヲ破裂セシメテ前掲二罪ノ目的タル物ヲ損壞シタル罪
- 二 第九十九條ノ罪 溢水ニ關スル罪
- 三 第五十九條乃至第六十一條ノ罪 行使ノ目的ヲ以テ他人ノ印章若クハ署名ヲ使用シテ權利義務又ハ事實ノ證明ニ關スル文書若クハ圖畫ヲ偽造シ又ハ他人ノ印章若クハ署名ヲ有スル權利義務又ハ事實證明ニ關スル文書若クハ圖畫ヲ變造シタル罪及ヒ前掲文書又ハ圖畫ヲ行使シタル罪、醫師ノ公務所ニ提出スヘキ死亡届、診斷書等ノ虛偽ノ記載等ニ關スル罪
- 四 第六十七條ノ罪及ヒ同條第二項ノ未遂罪 行使ノ目的ニテ他人ノ印章又ハ署名ノ變造、偽造ノ罪及ヒ其未遂罪

- 五 第七十六條乃至第七十九條、第八十一條及ヒ第八十四條ノ罪 男又ハ女ニ對シ猥褻ノ行爲ヲ爲シタル罪ノ既遂及ヒ未遂、婦女ヲ姦淫シタル罪ノ既遂及ヒ未遂並ニ重婚罪
- 六 第九十九條、第二百條ノ罪及ヒ其未遂罪 人ヲ殺シタル罪ノ既遂及ヒ未遂
- 七 第二百四條及ヒ第二百五條ノ罪 人ノ身體ヲ傷害シタルモノ及ヒ身體ノ傷害ニヨリテ人ヲ死ニ致シタル罪
- 八 第二百十四條乃至第二百十六條ノ罪 醫師、產婆、藥劑師、藥種商等婦女ノ囑託若クハ承諾ヲ受ケテ墮胎シタル罪及ヒ承諾ヲ受ケスシテ墮胎セシメタル罪
- 九 第二百十八條ノ罪及ヒ同條ノ罪ヲ犯シテ人ヲ死傷ニ致シタル罪 老幼若クハ疾病者保護ノ責任アル者之ヲ遺棄シタル罪及ヒ因テ人ヲ死傷ニ致シタル罪
- 十 第二百二十條及ヒ第二百二十一條ノ罪 逮捕、監禁ノ罪及ヒ因テ人ヲ死傷

ニ致シタル罪

- 十一 第二百二十四條乃至第二十八條ノ罪 略取及ヒ誘拐ノ罪
 - 十二 第二百三十條ノ罪 公然事實ヲ指摘シテ人ノ名譽ヲ毀損シタル罪
 - 十三 第二百三十五條、第二百三十六條、第二百三十八條乃至第二百四十一條及ヒ第二百四十三條ノ罪 他人ノ財物ノ竊取、強取、準強取、奪取又ハ其財物ノ取還ヲ拒ミ逮捕ヲ免レ或ハ罪跡ヲ湮滅セン爲メ暴行強迫ニヨリ人ヲ死傷シタル罪、強盜強姦ノ罪及ヒ此等ノ罪ノ未遂
 - 十四 第二百四十六條乃至第二百五十條ノ罪 詐欺及騙取罪並ニ強喝ヲ用ヒ又ハ欺罔シテ財産上ノ利益ヲ得又ハ他人ニ之ヲ得セシメタル罪ノ既遂及ヒ未遂
 - 十五 第二百五十三條ノ罪 業務上自己ノ占有スル他人ノ物ノ横領罪
 - 十六 第二百五十六條第二項ノ罪 贖物ノ運搬寄藏ヲ保ヲナス罪
- 本條第二項ハ自衛ノ主義ニヨリ在外ノ帝國臣民ヲ保護スルノ目的ニ出テ第一項各號列記ノ罪ヲ帝國臣民ニ對シ外國人カ犯シタル場合ニモ本法ヲ適用スヘキモノトシタルハ實ニ帝國臣民ヲ保護スルノ完全ナル法制ト云フヘシ然レトモ本條第一項各號列記ノ罪ハ外國ニ於テ犯スコトヲ得ル殆ント凡テノ罪ヲ網羅シタリ而シテ此等ノ罪ヲ外國人カ外國ニ於テ犯シタル場合モ尙之ヲ日本刑法ニヨリテ處罰スヘシトスルハ少シク刑法ノ效力ヲ擴張スルニ過キ他國ノ主權ノ侵害重キニ失セサルカ但第五條ノ規定ハ之ヲ調和スル安全辦ナレハ同條ニ於テ更ニ論スル處アラシ

第四條 本法ハ帝國外ニ於テ左ニ記載シタル罪ヲ犯シタル帝國ノ公務員ニ之ヲ適用ス

- 一 第一百一條ノ罪及ヒ其未遂罪
- 二 第一百五十六條ノ罪
- 三 第九十三條、第九十五條第二項、第九十七條ノ罪及ヒ第九十五條第二項ノ罪ヲ犯シ因テ人ヲ死傷ニ致シタル罪

【字義】公務員……公務員ト稱スルハ官吏、公吏、法令ニヨリ公務ニ從事スル議員、委員、其他ノ職員ヲ云フ(第七條)
帝國ノ公務員……有テ日本政府ノ行政機關トナレル官公吏ハ勿論日本法律ニヨリ

テ公務ニ従事スル議員委員其他ノ職員ニシテ内國臣民タルト外國臣民タルトハ敢テ問フ處ニアラスト信ス故ニ第十七議會ニ提出セル草案理由書ニ本條ハ屬人主義ニヨリテ云ヘルハ少シク穩當ナラサル文字ニアラサルカ

【釋義】 本條モ亦前二條ト同シ理由ニヨリ同シク海外ニ於ケル犯罪ヲ處罰スルノ規定ニシテ前二條ニ列舉セル罪種ハ主トシテ一般普通人ニ對スル處罰條件ナリ而シテ本條ニ於テハ單ニ公務員ニノミ適用アリトセリ其列舉スル處ヲ見ルニ悉ク公務員タル身分アルカ爲メニ犯罪トナルモノニシテ普通人ノ之ヲ犯スモ全ク無罪ナルカ或ハ他ノ條文ニ適合スル罪ニシテ本條列舉ノ犯罪トナラサルモノ、ミナリ是レ茲ニ本條ヲ設ケテ前二條ト同様ノ趣旨ニヨリ特ニ公務員ニ對スルモノヲ列舉シ其遺漏ヲ補ヘリ即チ

- 一 第一百一條ノ罪及ヒ其未遂罪 被拘禁者ヲ看守護送スル者之ヲ逃走セシメタル罪ノ既遂及ヒ未遂因ニ一言シ置クヘキハ此種ノ罪タル第九十九條、第一百條ヲ第二條及ヒ第三條中ニ列舉セサリシハ蓋シ不完全ノ點ニアラサルカ
- 二 第五十六條ノ罪 公務員其職務ニ關シ行使ノ目的ヲ以テ虛偽ノ文書又ハ圖畫ヲ作り又ハ變造シタル罪

三 第九十三條、第九十五條第二項、第九十七條ノ罪及ヒ第九十五條第二項ノ罪ヲ犯シ因テ人ヲ死傷ニ致シタル罪 公務員職權ヲ濫用シテ人ヲ使
用シ妨害ヲ爲セル罪被拘禁者ニ對シテ亂暴セル罪及ヒ之ニヨリテ人ヲ死傷
シタル罪及ヒ收賄ノ罪

本條ハ單ニ公務員カ犯セル場合ニ付テノミ之ヲ規定スト雖モ此等ノ犯罪ハ私人モ尙之ヲ犯スコトヲ得ルコト公務員ニ異ラス其害毒モ亦同一ノ影響アルヘキヲ以テ之ヲ私人ニモ適用スルヲ以テ正當ナリト思惟ス本法之ニ及ハサリシハ少シク不足ノ感アリ尙注意スヘキハ公務員ト雖モ前二條ノ罪ヲ犯セル場合ニハ普通人ト同様ニ處罰セラルヘク本條列舉ノ罪ハ特ニ公務員ニアリテ始メテ犯スコトヲ得ルカ故ニ之ヲ別ニ規定セシニ過キス此等ノ罪ノ外々國ニ於テノ犯罪行為ニ付テハ公務員タルノ故ヲ以テ無責任ト云フノ意ニアラス

第五條 外國ニ於テ確定裁判ヲ受ケタル者ト雖モ同一行為ニ付キ更ニ處罰スルコトヲ妨ケス但犯人已ニ外國ニ於テ言渡サレタル刑ノ全部又ハ一部ノ執行ヲ受ケタルトキハ刑ノ執行ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得

【字義】 外國ニ於テ……

確定裁判……現行ノ刑事裁判制度ハ一回ノ審議判決ヲ以テ終結スルモノト爲サス
シテ二回又ハ三回迄ハ事實上及ヒ法律上ノ不服ノ點ヲ覆審セシムル組織ナリ例ヘ
ハ地方裁判所ニテ第一審ノ判決ヲ受ケシ者之ニ不服アルトキハ一定ノ期間内ニ控
訴院ニ控訴シ控訴院ノ判決ニ對シ法律ノ點ニ不服アル者ハ大審院ニ出訴スルヲ得
ルカ如シ故ニ一度裁判アルモ尙確定セサルモノナリ而シテ確定裁判トハ上訴期間
ヲ經過シタルカ或ハ上訴ノ方法ヲ盡シテ已ニ勅カスニトナリ得サルニ至リタル裁判
ヲ云フ而シテ確定シタル瞬間ヨリシテ其裁判ノ認容シタル處ヲ執行スルコトヲ得
ルモノナリ

同一行為……當該行為ノ意ナリ同種ノ行為ノ意ニアラス

刑ノ全部又ハ一部ノ執行ヲ受ケタル時……言渡サレタル刑ハ通常全部執行ヲ
受クルモノナレトモ又恩赦、假出獄等ニヨリ一部ノ執行ニ終ルコトアリ

【釋義】

以上數條ニ列舉セル處ノ犯人所在地ノ法律ニ抵觸シ之カ處罰
ヲ規定セルモノ少カラサルヘシ然レトモ科刑ノ程度輕キニ過キタルモノアラ
シ又或ハ全ク犯罪ト認メサルモノアルヘク未タ以テ充分ニ我國家刑法ノ要求
ヲ充タス能ハス殊ニ外國法ニヨリ外國ニテ處罰セラレタルヤ否ヤハ單純ナル
一ノ事實ニ過キスシテ吾法律ト何等關係ナシ故ヲ以テ我刑法ヲ適用スル以上
ハ外國裁判所ニ於テ確定裁判ヲ受ケタル者ト雖モ當該行為ニ付キ我刑法ニ照

シ更ニ之ヲ處罰スルコトハ敢テ妨ケナキ處ナリ然レトモ犯人ハ一個ノ行為ニ
付キ兩度ノ處分ヲ受クル不幸ニ遭遇スヘクシテ酷ニ失スルノ恐ナキニアラス
故ニ本條ハ本文ニ於テ外國ノ確定裁判ヲ受ケタル者ト雖モ同一ノ行為ニ付キ
更ニ之ヲ處罰スル旨ノ原則ヲ定メ但書ニ於テ已ニ外國裁判所ニ於テ刑ノ全部
又ハ一部ノ執行ヲ受ケタル犯人ニ付テハ日本裁判所ハ更ニ刑ヲ言渡ス際刑ノ
執行ヲ減免スルコトヲ得ヘキ旨ノ除外例ヲ認メタリ

本條ハ第二條乃至第四條當然ノ結果ニシテ敢テ之ヲ規定スルノ必要ヲ見サル
ノ冗文ナリト雖モ推スルニ立法者カ但書以下ノ規定ヲ誘引スルカ爲メニ役立
ツニ過キス第二條乃至第四條ハ刑法ノ效力ヲ伸張スルニ過キタルヤノ感アリ
ト雖モ本條但書ニ依テ以テ之カ調節ヲ計ル誠ニ至當ノ規定ナリ

第六條 犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ變更アリタルトキハ其輕キモノヲ適用
ス

【字義】

犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ變更アリタルトキ……單ニ刑ヲ變更セル法律ヲ
發セラレタルノ意ニアラス、變更アリタルトキトハ變更セラレタル法律ノ實施セラ
レタルトキヲ云フ實施セラレサル間ハ舊刑法獨リ效力ヲ有スルモノニシテ新刑法

【釋義】 例ハ三十九年ニ罪ヲ犯シ四十二年ニ至リテ始メテ發覺シ或ハ未タ確定判決ヲ受ケ居ラザリシ場合ニハ犯罪當時ヨリ四十二年ニ至ル迄ノ各種ノ刑法ヲ比較對照シ其中輕キモノヲ以テ罪ヲ斷ス而シテ刑ノ輕重ハ改正刑法ニテハ第十條ノ例ニヨル

舊刑法第三條ハ本條ト其趣旨ヲ同フス舊刑法第三條ニ於テハ新舊ノ法ヲ比照シ云々ト規定セルヲ以テ只二回ノ刑法改變アリタル場合ノミヲ豫想セシヤノ疑ナキ能ハサルヲ以テ本法ハ單ニ其輕キモノヲ適用スト修正シテ其欠點ヲ補綴シ且ツ適用スト云フトキハ其裁判確定前ナルコトモ亦明白ナルヘキヲ以テ舊法ノ未タ判決ヲ經サル云々ノ文字ヲ刪レリ

尙舊刑法第三條第一項ニ法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスコトヲ得サル旨ヲ規定シ法律不遑既往ノ原則ヲ示セリ然レトモ是レ言ヲ俟タサル處ニシテ若シ法律ニシテ其發布以前ノ人類ノ行為ニ遑及ストセンカ誰レカ安ンシテ社會ニ棲息スルコトヲ得ンヤ誰レカ信シテ行動スルコトヲ爲サン法律不遑既往ハ

社會安寧秩序ノ維持上最モ必要ナル原則ナルヲ以テ敢テ之ヲ明文ニ規定スルノ必要ナシトノ趣旨ヲ以テ本法ハ之ヲ削除セリ

然レトモ立法者ハ各立法當時ノ社會ノ狀況ニ鑑ミ一定ノ行為ニ對シ秩序ノ維持ニ相當ナル刑ヲ科スルモノナルヲ以テ立法者ハ其行為ニ對シ改正刑法ノ規定ヲ適用スルヲ以テ社會ノ秩序ヲ維持スルニ足ルト爲スモノト云フコトヲ得ヘク理論上未タ裁判ヲ受ケサル行為ニ對シテハ其行為當時ノ法律ヲ適用スヘキモノトスルモ改正刑法ニ於テ行為者ニ利益ナル規定ヲ設クル場合ニ付キテハ之ニ除外例ヲ設ケ改正刑法ヲ適用スルヲ妥當ナリトス已ニ此理論ニヨリ此除外例ヲ認ムルモノトスレハ其後ニ於テ尙數回刑法ノ改正アリタル場合ニ科刑ニ輕重ノ差アリトスレハ其規定中最モ輕キモノヲ適用セサル可カラス是レ近時各國ノ立法ニ於テ多少ノ例外ヲ設クル處ニシテ本條ハ此理論ヲ表明セルモノナリ

第七條 本法ニ於テ公務員ト稱スルハ官吏、公吏、法令ニ依リ公務ニ從事スル議員、委員其他ノ職員ヲ謂フ

公務所ト稱スルハ公務員ノ職務ヲ行フ所ヲ謂フ

【字義】官吏

ナリトハ任命ノ手續ニ因リ官制ノ定ムル國家ノ政務ヲ執行スヘキ職務ヲ有スル時間内ハ官吏ニシテ然ラサル時間ハ官吏タル資格ニアラサルナリ

公吏

處分アリテ官吏ニアラサル個人ノ身分ヲ云フ官吏ノ身分ハ専ラ大權ノ命令タル處分アリテ官吏ニ因リテ定マリ公吏ノ身分ハ選舉ヲ基礎トスルモノ多數ヲ占ム

公務

國若クハ公共團體又ハ地方自治體ノ關係事項ヲ公務ト云フ官吏、府、市、町村、長、助役等ノ職務ハ勿論市町村會議員、衛生委員、所得稅調查委員等ノ與カル所ハ皆公務ナリ尙商業會議所議員ノ如キモ公務員ニシテ會議所ハ公務所ナリ

【釋義】

本法ハ官吏ニ代フルニ公務員ナル文字ヲ以テセリ本條ハ此公務員ノ定義ヲ示シテ官吏、公吏、法令ニ依リテ公務ニ従事スル人々ヲ云フモノトシ公務所トハ公務員ノ職務ヲ行フ所ヲ云フト規定セリ

蓋シ舊刑法ハ官吏及ヒ官署ノミニ關スル規定ヲ設ケタルヲ以テ明治二十三年法律第百號ヲ以テ公吏及ヒ公署ハ刑法上之ヲ官吏及ヒ官署ト同視スル旨ヲ規定シ其缺點ヲ補綴シタリト雖モ其他ノ職員ニシテ刑法上之ヲ官吏ト同視スヘキモノ敢テ尠シトセス然レトモ此等ノ職員ノ種類ニ至リテハ議員、委員等其種

類多様ニシテ一々之ヲ列舉スルコトハ到底不可能ニ屬スト謂ハサル可ラス故ニ本條ニ於テ新ニ公務員及ヒ公務所ナル語ヲ設ケ官吏、公吏、法令ニヨリテ公務ニ従事スル議員、委員其他ノ職員ヲ公務員ト指稱シ此等ノ者ノ職務ヲ行フ所ヲ公務所ト稱シ以テ汎ク國家ノ公務ニ従事スル職員又ハ公衙ニ共通スル規定ヲ設クルノ便宜ヲ計レリ

第八條

本法ノ總則ハ他ノ法令ニ於テ刑ヲ定メタルモノニ亦之ヲ適用ス但其法令ニ特別ノ規定アルトキハ此限ニ在ラス

【釋義】

刑罰法令ハ種々ノ法典中ニ便宜規定セラレ單ニ刑法ト稱スル本法ニ限ラス例ヘハ陸海軍刑法ノ如キ烟草專賣法ニ於ケル罰則等ノ如キ是ナリ而シテ本法ノ總則ハ刑罰法令ニ關スル一般ノ場合ヲ綜合的ニ規定セルモノナルヲ以テ凡テノ刑罰法令ニ之ヲ適用スヘキ性質ノモノニシテ單ニ本法ニ限ルモノニアラス彼ノ幼年者ノ責任ノ如キ、正當防禦不論罪ノ如キ、軍律タルト專賣法タルトニ關係スルコト敢テ之ナシ是レ本條ニ於テ本法ノ總則ハ他ノ法令ニ於テ刑ヲ定メタルモノニモ亦之ヲ適用スヘキコトノ原則ヲ示セル所以トス

然レトモ特ニ他ノ刑罰法令ニ於テ本法總則ト異リタル規定ヲ設ケタル場合ニハ之ヲ適用スルコト能ハサルヘシ是レ本法總則ハ一般的规定ナルヲ以テ一般法ハ特別法ニ效力ヲ讓ルトノ原則ニヨリ先ツ特別規定ヲ適用スヘキコト論ナキ所是レ本條但書ヲ附スル所以ナリ

本條ハ舊刑法第五條ト其規定ノ趣旨ヲ同フス唯舊刑法第五條第二項ヲ本條ノ本文トシ第一項ヲ本條ノ但書ト爲シタルノミ又舊刑法ニ法律規則トアルヲ改メテ法令ト爲シタルハ今日ニ於テ規則ノ名目ヲ以テ公布スル形式ナキノミナラス舊刑法ノ意モ亦單ニ法令ト云フニ過キサレハナリ

第二章 刑

刑トハ國家主權ノ作用ニヨリ犯罪者ニ對シ科スル處ノ制裁ナリ從來刑ノ定義ヲ與フルモノ多ク或ハ曰ク國家カ犯罪ノ制裁トシテ一私人ニ與フル處ノ苦痛ヲ云フ(谷野學士等多數ノ學者)ト述ヘタリ然レトモ今日ノ刑罰制度ノ趣旨ハ必スシモ囚人ニ對シテ苦痛ヲ與フルコトヲ目的トセス主トシテ勸善懲惡ヲ促ス

ノ方法ト爲スニアリ隨テ已ムナクハ苦痛ヲ與フルト雖モ必要ナル場合ニハ快樂ヲ與フルヲ妨ケサルナリ故ニ苦痛ナル語ハ之ヲ避クルヲ良トス或ハ曰ク刑トハ國家カ犯罪ノ制裁トシテ一私人ノ利益ヲ剝奪スルヲ謂フ(岡田博士等)ト不可ナリ元來利益トハ主觀的ノ語ニシテ客觀的ノ文字ニアラス或事物ニ遭遇シタル人其人ノ一身上ニ見地ヲ立テ、云フ處ノ語ナリ故ニ甲ニトリテハ金錢ヲ有スルコト利益ナルモ乙ニトリテハ不利ナル場合アルヘシ利益ハ一定不動ニ決定スヘキモノニアラスサレハ刑罰ハ必スシモ犯人ノ爲メニ不利益ナルモノニ限ラス社會ニ立チテ衣食スルコト能ハス勞働ヲ欲セサル懶惰ノ惡漢ハ監獄ニアリテ心配ナク衣食スルコトヲ得ルヲ以テ反テ利益トスルモノアリ利益ハ苦痛ト同シク感情ヲ言現ハスノ語ナリ故ニ余輩ハ之ヲトラス單ニ犯罪者ニ對シテ科スル處ノ制裁ナリトセリ必スシモ苦痛ナリ利益ナリト制限スルノ必要ナシ犯罪者ノ犯罪行爲ニ對スル制裁ナレハ足レリ

犯罪行爲ニ對スル科刑ノ方法種々アリ或ハ犯罪行爲者以外ノ者ニ制裁ヲ及ホスモノアリ或ハ直接犯罪行爲者ニ限ルモノアリ古昔各國ニ採用セラレタル緣

坐ノ如キ累ヲ親子ニ及ホシ或ハ九族ヲ滅スルノ類アリ舊刑法ノ反坐ハ此緣坐ニ起因スルノ語ナリ然レトモ科刑ハ犯罪行為者ヲ懲善導シテ以テ社會ノ秩序安寧ヲ保持スルニアルヲ以テ之ヲ罪科ナキ者ニ及ホシ制裁ヲ加フルハ科刑ノ目的ニ反スルノミナラス條理ニ背クコト甚シキモノナルヲ以テ現今緣坐ノ制ヲトルモノナシ而シテ犯罪者ニ對シ直接ノ制裁ヲ與フルニ種々ノ方法アリ』

第一 體刑

一 犯罪行為者ノ生命ヲ奪フ方法即チ死刑 生命刑ハ刑罰ノ極度ナリト雖モ其理論ニ適否スルヤ否ヤニ付テハ蓋シ異論アリ即チ或ハ曰ク生命ハ神與ノモノナリ之ヲ奪フハ天理ニ反スト或ハ曰ク死刑ヲ存スルモ犯罪者ヲ滅スルノ實益ナク殊ニ裁判ハ過誤ナキヲ保セス然ルニ死刑ノ執行ヲ終ルトキハ最早回復ノ道アルナシ故ニ死刑ハ之ヲ廢止スヘシト然レトモ多クハ感情上ヨリ算出セル議論ニシテ論據頗フル薄弱ナリ抑モ刑罰ノ目的ハ勸善懲惡以テ社會ノ秩序ヲ保持スルニアリ故ニ國家ノ制度ヲ以テシテハ到底改心セシムルノ方法ナク且ツ社會ニ重大ナル害惡ヲ與フル大惡不治

ノ犯人ノ如キニ對シテハ死刑ヲ適用スルヲ以テ最モ良策ト信ス蓋シ死刑ノ性質ハ一方ニ於テハ本人ノ生命ヲ奪フニヨリテ再ヒ罪ヲ行フコトヲ得サラシムル最モ正確ナル方法ナルト他ノ一方ニ於テハ生命ヲ斷ツト云フ極メテ極端ナル制裁ニシテ之ニヨリ社會ノ害惡ヲ除キ若クハ犯意ヲ懺サシムヘキハ確カニシテ實利主義ヨリ論スルモ亦死刑制度ハ存續スヘキモノト云ハサル可カラス

二 犯罪行為者ノ身體ヲ毀損スル方法即チ身體刑 笞杖、黥刑等古來頻繁ニ行ハレタル刑種ナリト雖モ近時ニ至リテハ科刑ノ客體(犯罪行為者)ニ永久消ス可ラサル痕跡ヲ殘留セシムルコト及ヒ慘酷ニ過クルコト等ノ點ヨリ一般ニ條理ニ反スルモノト思惟セラレ漸次之ヲ廢止シテ今ヤ開明諸國ノ刑法ニ於テハ全然其痕跡ヲモ見スト斷言スルコトヲ得ヘシ然レトモ死刑モ亦身體刑ノ一種ニシテ共ニ其性質ヲ同クシ唯程度ノ差アルニ過キス而シテ身體刑ハ條理ニ反ストシ全然之ヲ廢止セルニ拘ラス獨リ死刑ノミ之ヲ存置スルハ畢竟理論ヲ以テ解ス可ラサル現象ニシテ專ラ便宜ニ根據ス

第二 犯罪行為者ノ自由ヲ剝奪スル方法即チ自由刑 現時一般ニ採用セラル、自由刑ハ主トシテ居住ノ自由ニ對スル剝奪制限ニシテ懲役、禁錮、拘留等即チ是ナリ自由刑ハ比較的近時ノ發達ニ係ルト雖モ其性質上慘虐ナラス且ツ分割シ得ル等種々ノ長所ヲ有スルヲ以テ夙ニ一般法理ニ是認セラレ急速ノ步調ヲ以テ各國刑法ノ採用スル所トナリ今ヤ自由刑ハ刑罰ノ大部ヲ占ムルニ至レリ

第三 犯罪行為者ノ財産ヲ毀損スル方法即チ財産刑 古來ヨリ行ハレタル科刑ノ方法ニシテ條理上非難スヘキナシ現今各國ニ採用スル處ノモノハ罰金、科料及沒收ノ三トス

第四 犯罪行為者ノ享有權ヲ剝奪スル方法即チ能力刑 所謂公權剝奪等ノ種類ニシテ種々ノ特權ヲ剝奪制限スルニアリ改正刑法ニ之カ規定ヲ削リシハ無用ナリトセルカ爲メニアラスシテ特別法ニ規定スヘキモノト爲セルガ故ナリ

改正刑法ハ本章ニ於テ科刑ノ種類ヲ定メ左ノ三種ノ刑ヲ採用セリ

- 一 生命刑 第九條ニ所謂死刑ニシテ第十一條以下ニ之カ執行法ヲ規定セリ
- 二 自由刑 懲役、禁錮、拘留ニシテ第十二條以下ニ之カ規定ヲナセリ
- 三 財産刑 罰金、科料並ニ附加ノ沒收ニシテ第十五條、第十七條、第十九條ニ於テ之ヲ規定セリ

本條ハ舊刑法第一編中第一節、第二節及ヒ第三節ノ規定ヲ總括シテ刑ノ種類、刑期及ヒ其執行ノ大則ヲ定メタリ即チ舊刑法並ニ第三章案迄ハ本章ニ於テ附加刑トシテ剝奪公權、停止公權及ヒ監視ノ制度ヲ存シタリト雖モ本法ハ之ヲ廢止セリ蓋シ剝奪公權及ヒ停止公權ハ天皇大權ノ發動ニ屬スヘキモノニシテ刑法ニ規定スヘキモノニアラス監視ハ元來免囚者ノ行為ヲ監督保護スルノ趣意ニ出テシト雖モ實際ノ結果ハ全ク反對ニシテ却テ再犯ヲ促スノ嫌アルヲ以テ之ヲ削除セリ(總論第三章改正ノ理由參照)

尙舊刑法ト異ル點ヲ擧クレハ刑ノ種類ヲ制限シテ單ニ死刑、懲役、禁錮、拘留、罰金、科料トシ刑期金額ヲ定ムルニ小刻主義ニヨラス未決拘留日數ノ計算方法等ニ

對シテモ亦仔細ノ規定ヲ設ケタリ

第九條 死刑懲役、禁錮、罰金、拘留及ヒ科料ヲ主刑トシ沒收ヲ附加刑トス

【字義】

主刑ニ附隨シテ科セラル、モノナリ恰モ物ノ主物ニ對スル從物ノ如シ然レトモ附加刑ハ時ニ單獨ニ適用ヲ見ルコトアリ即チ第十九條ノ所謂犯罪行為ヲ組成シタル物件ノ如キハ犯罪者ノ誰ナルヤ不明ノトキト雖モ尙沒收セラル、モノナリ

【釋義】

本條ハ刑名ニ關スル規定ニシテ舊刑法第六條乃至第十條ノ規定ヲ綜合シタルニ過キス而シテ改正刑法モ亦刑ニ主刑及ヒ附加刑ノ區別ヲ設ケタリ本法ハ尙死刑ヲ存置シタリ蓋シ死刑ヲ設クル可否ニ付テハ從來學說ノ未タ一致セサル處ニシテ外國ニ於テモ一二之ヲ廢止シタル立法例ナキニ非スト雖モ今日ノ狀況ハ未タ之ヲ全廢スルコトヲ許サス夫レ死刑ノ刑トシテ慘刻ニ過クルコトハ爭フ可ラサル事實ナリト雖モ之ヲ從來ノ實驗ニ徵シ又之ヲ理論ニ鑑ミルニ刑トシテ充分ナル成果ヲ舉クルニ足ルコトモ亦疑ヲ容レヌ(第七〇頁參照)是レ本條死刑ヲ存置セシ所以ナリ

本法ノ新ニ認メタル自由刑ハ懲役及ヒ禁錮ニシテ懲役ニハ定役ヲ科シ禁錮ニ

ハ定役ヲ科セス前述ノ如ク舊刑法ハ重罪、輕罪ノ自由刑ヲ分テ數種ト爲シ定役アル自由刑ハ無期、有期ノ徒刑、重懲役、輕懲役及ヒ重禁錮トシ定役ナキ自由刑ハ無期、有期ノ流刑、重禁獄、輕禁獄及ヒ輕禁錮トシ刑期ノ長短ニ依リ僅ニ其輕重ヲ區別スト雖モ其執行ノ方法ニ至リテハ殆ント其輕重ヲ區別スヘキ標準アルコトナシ斯ノ如ク自由刑ニ多數ノ階級ヲ設ケタル結果トシテ刑期ノ範圍狹隘ニ失シ現時殆ント其弊害ニ堪ヘサルモノアリ(總論第三章第二節舊刑法規定ノ非參照)改正刑法カ重罪、輕罪、違警罪ノ區別ヲ廢止シタルハ專ラ因リテ以テ自由刑ノ刑期ノ範圍ヲ擴張セント欲シタルニ在リ是ヲ以テ本條ニ於テハ舊刑法ノ徒刑、懲役及ヒ重禁錮ヲ合シテ之ヲ懲役ト爲シ流刑、禁獄及ヒ輕禁錮ヲ合シテ之ヲ禁錮ト爲シ定役ノ有無ニ依リテ判然二者ヲ區別シタリ定役ノ有無ヲ以テ自由刑ヲ區別スル法制ニ付テハ多少ノ議論ナキニアラスト雖モ國事犯人ノ如キハ單ニ之ヲ拘禁スルコトヲ以テ足レリトス故ニ定役ヲ科スヘキ刑ト之ヲ科セサル刑トノ區別ヲ定ムルモ亦已ムナキナリ

罰金ヲ以テ刑ノ一種トナスハ舊刑法ト一般ナリ唯改正刑法ハ主刑タル罰金ト

附加刑タル罰金トノ間ニ何等實質上ノ差異ナキヲ以テ特ニ附加ノ罰金ヲ認メ
ストナセシハ至當ナリ

拘留及ヒ科料ハ違警罪ノ主刑タルモノニシテ改正法ハ之ヲ存置シタリ附加刑
ニ於テハ公權剝奪、監視等ハ之ヲ廢止シ沒收ノ制度ハ舊刑法ノ儘之ヲ存セリ(第
一九條釋義參照)

第十條 主刑ノ輕重ハ前條記載ノ順序ニ依ル但無期禁錮ト有期懲役トハ
禁錮ヲ以テ重シトシ有期禁錮ノ長期、有期懲役ノ長期ノ二倍ヲ超ユルト
キハ禁錮ヲ以テ重シトス

同種ノ刑ハ長期ノ長キモノ又ハ多額ノ多キモノヲ以テ重シトシ長期又
ハ多額ノ同シキモノハ其短期ノ長キモノ又ハ寡額ノ多キモノヲ以テ重
シトス

二個以上ノ死刑又ハ長期若クハ多額及ヒ短期若クハ寡額ノ同シキ同種
ノ刑ハ犯情ニ依リ其輕重ヲ定ム

【字義】 有期……有期トハ長短ニ拘ラス刑期ニ年月ノ制限アルモノヲ云ヒ無期ト

ハ年限ニ制限ナク犯人ノ生存中刑スルモノニシテ死亡ト共ニ刑期終了ス
長期ノ二倍ヲ超ユル云々……犯罪ニ對スル刑法科刑ノ定メハ凡テ何年月以上何

年月以下ト云フ如ク其間ニ斟酌ノ餘裕ヲ存セリ例ヘハ第九十九條ニ拘禁者ヲ奪取
シタルモノハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ストアリ此ニ所謂長期トハ五年ヲ指シ

長期ノ二倍ヲ超ユルトハ五年ノ二倍ニシテ十年以上ノ懲役ナリ
長期ノ長キモノ……例ヘハ第一百一條ノ刑期ハ一年以上十年以下ノ懲役タリ其長
期ハ十年ナリ之ヲ同種ノ刑タル第九十九條ノ懲役ノ長期ニ比スルニ第一百一條ノ長
期十年ヲ以テ長シトセサル可ラス

多額ノ多キモノ……罰金及科料モ刑期ト同様五十圓以下ノ罰金若クハ科料ニ處
ス(第二〇八條)或ハ五百圓以下ノ罰金又ハ科料ニ處ス(第二〇九條)等ト定メタリ而シ
テ多額トハ第二百八條ノ五十圓或ハ第二百九條ノ五百圓ニシテ此二者ヲ比較スル
トキハ第二百九條ノ多額五百圓ハ第二百八條ノ多額五十圓ニ比シテ多キヲ以テ此

場合ニ第二百九條ノ五百圓ヲ以テ多額ノ多キモノトス
若シ二條ノ刑ヲ比較シテ其多額同シキハ多額ノ同シキモノトス三條以上ヲ比
較スル場合亦同シ

寡額ハ多キモノニ付テモ亦同様ニシテ寡額トハ各條ニ定メタル罰金又ハ科料ノ最
低額ヲ云フ數個ノ刑ヲ比較シテ其最低額カ他ノ刑ノ最低額ニ比シ多額ナル場合ニ
該刑ハ寡額ノ多キモノタリ以テ重シトスヘシ

犯情……犯罪行為ヲ爲スニ至リタル原因即チ本人ノ境遇、場合等一切ノ事情狀況ヲ
云フ其遠因タルト近因タルトヲ問ハサルヘシ

【釋義】 併合罪(第四七條)累犯(第五六條)三項等同一犯人ニシテ同時ニ數個ノ犯

罪ニ付キ裁判ヲ爲スコトアリ斯ノ如キ場合ニ於テハ刑ノ輕重ヲ定ムルノ必要起ル是レ本條ニ於テ主刑ノ輕重ヲ定ムルノ標準ヲ示スモノニシテ舊刑法ノ缺如スル處ナリ其規定ノ事項ハ概ネ明瞭ニシテ第一項但書ヲ除ク外殆ント規定ノ必要ナシ唯或ハ疑義ノ生スルアランコトヲ恐レテ明示セルモノナリ

第一項ニハ主刑ノ輕重ハ第九條ニヨリ死刑ヲ以テ最重トシ懲役、禁錮、罰金及ヒ拘留之ニ次キ科料ヲ以テ最輕ノ主刑トスル旨ノ原則ヲ示セリ然レトモ死刑ヲ除クノ外懲役、禁錮各刑期ニ長短アリ無期ノ禁錮アリ有期ノ懲役アリ(第一二條、第一三條、第一四條參照)又禁錮ハ勞務ニ服セス懲役ニ定役アルモ未タ禁錮ノ無期ニ亘ルモノハ以テ有期ノ懲役ヨリ輕シト爲ス可ラス五年ノ懲役ヲ以テ禁錮十五年ヨリ重シト云フ能ハス是レ本條但書ノアル所以ニシテ無期ノ禁錮ト有期ノ懲役ト比較スル場合ニ於テハ禁錮ヲ以テ重シトシ又共ニ有期ナル場合ニ於テ禁錮ノ長期カ懲役ノ長期ニ二倍スル場合ニハ禁錮ヲ以テ重シトシ第一項本文ニ對スル例外ヲ設ケタリ

第二項及ヒ第三項ハ同種ノ刑ニ付キ規定シタルモノニシテ更ニ刑期ノ長短、金額

額ノ多寡ニ差異アル同種ノ刑ト然ラサル同種ノ刑トニ付テ規定シ

- 一 差異アル同種ノ刑(第二項)ハ長期ノ長キモノ又罰金ニ於テハ多額ノ多キモノヲ以テ重シトシ長期又ハ多額ノ同シキモノハ其短期ノ長キモノ又ハ寡額ノ多キモノヲ以テ重シトセリ
- 二 同種ノ刑ニシテ刑期金額ノ長短多寡ノ相等シキモノハ犯情ニヨリテ其輕重ヲ定ムルコト、セリ

第十一條 死刑ハ監獄内ニ於テ絞首シテ之ヲ執行ス

死刑ノ言渡ヲ受ケタル者ハ其執行ニ至ルマテ之ヲ監獄ニ拘留ス

【釋義】 本條乃至第二十一條ハ刑期並ニ刑ノ執行方法ヲ規定ス本條第一項ハ舊刑法第十二條ト同シク死刑ノ執行ニ關スル規定ニシテ舊刑法ハ死刑ハ絞首、絞首、絞首、絞首ニヨリ一旦絶命ノ後蘇生シタル場合ニハ之ヲ免刑スヘキストセルヲ以テ絞首ニヨリ一旦絶命ノ後蘇生シタル場合ニハ之ヲ免刑スヘキモノナルヤ否ヤノ疑義ヲ生ス然レトモ死刑ノ執行ハ生命ヲ剝奪スルヲ謂ヒ奪命ノ方法タル絞首ヲ謂フニ非ス是ヲ以テ改正刑法ハ絞首、絞首、絞首、絞首ニ依リ一旦絶命シタル後蘇生スルコトアルモ更ニ絞首シテ生命ヲ絶ツ

ヘキコトヲ明カニセリ

八〇

第二項ハ死刑ノ言渡ヲ受ケタル者ハ其執行マテ之ヲ獄舎ニ留置スル旨ヲ規定スレハ直ニ執行シ得ルモノニ非サルヲ以テ特ニ此明文ヲ設クル必要起リシ所以ナリ
舊刑法第十三條乃至第十六條ニハ死刑ノ執行ハ司法大臣ノ命ヲ受クルニ非サレハ行フ能ハス大祀禮節ノ日並ニ妊婦ハ分娩後一百日ヲ經サレハ執行スル能ハサル等ノ規定アリ然レトモ此等ノ條文ハ悉ク刑ノ執行上ニ關スル手續ニシテ監獄則上ニ掲記スヘキモノタリ改正刑法ニ之ヲ削リシハ至當ノ事ナリ

第十二條 懲役ハ無期及ヒ有期トシ有期懲役ハ一月以上十五年以下トス
懲役ハ監獄ニ拘置シ定役ニ服ス

【釋義】 本條ハ懲役ノ刑期及ヒ執行ニ關スル規定ナリ第一項ハ懲役ノ刑期ヲ定メテ有期及ヒ無期ト爲シ有期懲役ハ一月以上十五年以下ニ亘ルモノト爲セリ有期懲役ニ關スル規定ハ一見其範圍甚タ廣濶ニ失スル觀ナキニアラスト雖モ舊刑法ト比較スルトキハ却テ其範圍狹隘トナリタルコトヲ發見スヘシ懲役

ハ舊刑法ノ徒刑懲役及ヒ重禁錮ヲ併合シタル刑ナリ而シテ有期徒刑ハ十五年以下ニシテ重禁錮ハ十一日以上ナルヲ以テ改正刑法ノ懲役ニ該當スル舊刑法ノ刑ハ十一日以上十五年以下ノ範圍ヲ有スルモノト爲ルヘキナリ然ラハ改正刑法ハ刑ヲ短期限ニ區別セス又數多ノ刑名ヲ附セスト雖モ畢竟其範圍ニ於テ十九日ヲ狹隘ニシタルモノト云フヘシ

論スル者アリ曰ク舊刑法ハ數个ノ刑名刑種ニ區別シ刑ノ範圍ヲ狹隘ニシタリト雖モ改正刑法ハ單一刑名ノ下ニ之ヲ包容セルヲ以テ其範圍廣キニ失スルノ如ク廣汎ナル自由裁量ノ餘地ヲ裁判官ニ與フルハ危險ノ極ナリト誠ニ然リ然レトモ今日ノ裁判制度ハ判官ノ外ニ檢事アリ辯護士アリ三審ノ訴ヲ經テ而シテ尙非常上告再審ノ制アリ不當ノ刑期ヲ科スルコト萬アル可ラス殊ニ舊刑法ノ如ク刑期金額ノ範圍ヲ制限シテ自由裁量ノ餘地ヲ存セサルカ爲メ實際ニ伴ハサル科刑ヲ爲スコト屢ナリニ比スレハ其勝ルコト萬々ナリト云ハサル可ラス(總論第三章參照)唯恐ル控訴者日ニ多キヲ加ヘ隨テ一審判決ノ變更セラル、モノ多ク遂ニハ第一審裁判所ハ有テ無キカ如ク終ニ其威嚴ヲ失墜スルニ至

ランカ

第十三條 禁錮ハ無期及ヒ有期トシ有期禁錮ハ一月以上十五年以下ト

ス

禁錮ハ監獄ニ拘置ス

【釋義】 本條ハ禁錮ノ刑期及ヒ執行ニ關スル規定ナリ第一項ハ禁錮ノ刑期ヲ定メ之ヲ無期及ヒ有期トシ有期禁錮ハ一ヶ月以上十五年以下ニ亘ルモノト爲セリ刑期範圍ノ廣狹ニ付テモ亦前條ト同一ニ説明スルコトヲ得本法ハ舊刑法ノ流刑禁獄、輕禁錮等定役ニ服セシメスシテ單ニ獄舎ニ留置スルモノ凡テヲ禁錮ナル刑名ノ下ニ包括セリ已ニ本章ノ首ニ於テ論シタルカ如ク舊刑法ノ刑名ノ區別ハ何等實質上ノ差異ナク根據ナキ處殊ニ流刑ノ如キハ昔時ノ遺名ニ過キスシテ其實際ニ於テハ禁錮ナルヲ以テ本法ハ之ヲ刪除シ凡テ之ヲ禁錮ノ下ニ包容セリ

第二項ハ禁錮ノ執行方法ヲ規定セリ舊刑法第二十條第一項、第二十三條第一項及ヒ第二十四條第一項ノ一部ニ該當シ監獄ニ拘置スト規定シタリ其懲役ト異

ル處ハ禁錮ハ刑ノ效力トシテハ定役ヲ科セサル點ニアリトス

第十四條 有期ノ懲役又ハ禁錮ヲ加重スル場合ニ於テハ二十年ニ至ルコ

トヲ得之ヲ減輕スル場合ニ於テハ一月以下ニ降スコトヲ得

【釋義】 禁錮及ヒ懲役ハ罪ノ輕重ニ從ヒ一ヶ月以上ニシテ最長期ハ無限ニ達ス而シテ法ハ之ヲ有期及ヒ無期ニ分チ有期ノ刑ハ長期ヲ十五年トセリ故ニ一ヶ月以上順次輕重ニ從ヒ十五年ニ至ルト雖モ十五年ナル期限ト無期限トノ間ハ其懸隔甚シク此間尙數等ノ階段ヲ要ス然ルニ第十二條及ヒ第十三條ノ規定ニヨルトキハ十五年ノ懲役又ハ禁錮ハ輕キニ過キ而カモ無期ハ重キニ過クト思惟スル場合ニ於テモ尙無期ノ禁錮懲役ニ處スルカ然ラサレハ十五年ノ刑ニ止ムルカノ二者其一ヲ擇ハサル可ラスシテ犯情ニ相當ナル科刑ヲ爲ス能ハサルヘシ是レ本條ニ於テ有期ノ懲役又ハ禁錮ハ二十年ニ至ルコトヲ得トシ以テ無期有期ノ等差懸隔ノ調和ヲ計リシ所以ナリ

而シテ二十年トハ如何ナル標準ニヨリ之ヲ定メタルヤ立法者ノ意思ヲ知ル能ハスト雖モ推スルニ滿二十歳ノ成年カ犯罪行爲ニヨリ二十ヶ年ノ禁錮又ハ懲

役ニ處セラレタリトセンニ二十ケ年ノ刑期満了ノ日ハ四十歳トナルヘシ而シテ人間自由ノ生活ヲ爲スモ尙通常五十歳以上ノ生命ヲ保ツコト能ハス況ンヤ二十年間圜圜ノ中ニ於テ四十歳迄苦役スルハ殆ント無期ノ刑ト同様ニ見做スコトヲ得ヘク二十歳以上ノ者ニ就テハ復言ヲ俟タサルヘシ故ヲ以テ本法ハ標準ヲ此點ニトリテ二十ケ年トセン所以ナラン尙第五十七條ノ規定ハ第十二條及ヒ第十三條ノミナラス第十四條ノ制限ニ觸レサル範圍ニ於テ長期ノ二倍ヲ科スルコトヲ得ルモノト解スヘシ故ニ累犯ノ場合ニハ四十年ノ懲役ニ處スルコトヲ得ト云フヘシ

刑ヲ減輕スル場合モ亦前述セシト同様一ケ月ノ刑ハ重キニ過クル場合アルヘシ斯ノ如キ場合ニ之カ減輕ノ途ヲ設ケスンハ權衡ヲ失シタル科刑タルヘキヲ以テ一月以下ニ降スコトヲ得トセリ

第十五條 罰金ハ二十圓以上トス但之ヲ減輕スル場合ニ於テハ二十圓以下ニ降スコトヲ得

【釋義】 罰金ハ財産刑ノ主刑ニシテ其額ヲ二十圓以上トシ最上額ヲ定メス蓋

罰金ハ各犯罪ニ對シ其最上限ヲ定メタルモノナキニ非ス然レトモ例セハ第五百十二條ニ規定セシ如ク偽造貨ナルヲ知リ行使ノ目的ヲ以テ之ヲ他人ニ交付シタル者ハ其名價ノ三倍以下ノ罰金又ハ科料ニ處セララルヘシ而シテ此場合ノ罰金額ハ交付セル名價額ニ比例シ交付スル額ハ決シテ制限セラルヘキニ非ス幾百億萬圓タル場合モ想像スルコトヲ得ヘク罰金ハ其三倍トセルヲ以テ隨テ最上限ヲ豫定シ能ハサル理ナリ此ノ如キ場合ハ獨リ偽造貨幣ノ場合ノミニ限ラス或ハ釀酒稅煙草專賣等多クハ此方針ヲ以テ罰金額ヲ計算スルヲ以テ罰金ノ最上額ハ豫メ之ヲ定限スルコト能ハサルナリ(國稅滯納者處分法參照)本條但書ハ懲役及ヒ禁錮ニ付キ前條但書ヲ設ケタルト同一ノ理由トス本條ハ舊刑法第二十六條ヲ修正シタルモノニシテ舊刑法ハ罰金ヲ二圓以上ト爲シ科料ヲ五錢以上一圓九十五錢以下ト爲シタルヲ以テ一圓九十九錢九厘以下一圓九十五錢一厘以上ハ罰金ニモアラス又ハ科料ニモアラサルノ奇觀ヲ呈シタリ改正案ハ此法制ヲ妥當ナラストシ罰金ヲ二十圓以上トシ科料ヲ二十圓未滿ト爲シタルノミナラス其科スヘキ金額ハ之ヲ各本條ニ於テ規定スヘキコトハ當然ノコ

トナルヲ以テ舊刑法第二十六條ノ「仍ホ」以下ノ語句ヲ删除セリ

第十六條 拘留ハ一日以上三十日未滿トシ拘留場ニ拘留ス

【釋義】 舊刑法第二十八條ニ「拘留ハ拘留場ニ留置シ定役ニ服セス其刑期ハ一日以上十日以下ト爲シ仍ホ各本條ニ於テ其長短ヲ區別スル旨ヲ規定セリ本條亦其趣旨ヲ同フス唯其期間ヲ一日以上三十日未滿ト改メタリ是レ舊刑法ハ一日以上十日以下ノ期間ト爲シ之ヲ加重スヘキ場合ト雖モ尙十二日ニ至ルヲ得ルニ過キスシテ實際上其範圍狹隘ニ失スルヲ以テナリ

尙茲ニ一言スヘキハ禁錮ト拘留トノ差別是ナリ改正刑法ニ於テハ禁錮ハ犯人ヲ拘留スルニ止マリ定役ニ服セス拘留モ亦同ク單ニ犯人ノ自由ヲ剝奪スルニ止マル故ニ此二者ノ制裁ハ實質上何等ノ差異ナシ唯形式ニ於テ異ルノミ即チ刑期ニ於テ長短アルコト其一ナリ、拘留ノ場所ヲ異ニスルコト其二ナリ拘留ハ拘留場ニ拘留シ禁錮ハ監獄ニ拘留ス拘留場ノ設備ハ監獄ニ比シ頗ル簡單ニシテ監獄ニアリテハ教悔、教育、説示其他種々ノ方法ヲ以テ犯人改善ノ途ヲ講スト雖モ拘留ハ單ニ當該官吏カ形式的一片ノ訓戒ヲ爲スコトアルニ止マリ敢テ此

等ノ設備ナシ且ツ留置ノ場所ハ必スシモ獄舎ニ限ラス警察署及ヒ特設留置場等ニ於テスルコトモアルヘシ

拘留ト禁錮ト拘留ノ場所ヲ區別セシ理由ニ至リテハ刑事政策ノ問題ニシテ論述スヘキノ限ニ在ラスト雖モ其要領ハ蓋拘留ニ處セラル、如キ微罪ハ悪性ノ人ニ非スト雖モ往々ニシテ犯シ易ク隨テ一々之ヲ獄舎ニ收容ストスルトキハ其煩多言ア可ラサルノミナラス禁錮ノ重キ刑ニ處セラレタル弊惡ノ者ト起居セシムルトキハ其風ニ感染シテ反テ犯人ヲ製造スルノ恐アルヘキヲ以テ拘留場ヲ特設シテ斯ル微罪者ノ拘留所ニ充ツルモノナリ

終リニ注意スヘキハ舊刑法ハ拘留ヲ以テ違警罪ノ主刑トシ之ヲ第九條ニ規定セリ然レトモ改正刑法ニ於テハ拘留ヲ以テ違警罪ノ主刑ニ限ラス輕微ノ犯罪者ハ之ヲ獄舎ニ投スルヲ以テ策ノ得タルモノニアジストナシ違警罪ト等シク拘留場ニ留置スルノ方針ヲ採レリ(第二〇八條參照)

第十七條 科料ハ十錢以上二十圓未滿トス

【釋義】 本條ハ舊刑法第二十九條ヲ修正シタルモノニシテ舊刑法ハ科料ノ金

額ヲ五錢以上一圓九十五錢以下ト定メ加重ノ結果二圓四十錢ニ過キサラシムルヲ以テ其範圍頗ル狹隘ニ失スルノミナラス經濟狀態ノ進歩著シキ今日ニ於テ一圓九十五錢ハ社會生活ノ程度ニ比シ低キニ過クルトナシ改メテ十錢以上二十圓未滿ト爲シタリ

科料モ亦拘留ト同シク舊刑法第九條ハ之ヲ以テ違警罪ノ主刑ニ限リシト雖モ改正刑法ハ之ヲ違警罪以外ノ犯罪ニモ用ヒタリ(例之第三〇四條第二〇六條第二〇八條第二〇九條等)

而シテ罰金ト科料トハ何故ニ之ヲ區別セシヤ吾人其理由ヲ發見スルニ苦ム改正刑法ニ於テハ沒收ニ付キ第二十條ニ規定セル如キ利益ヲ享ケシメ又一ヶ年ニシテ時効ニヨリ消滅ス(第三二條)トセリ然レトモ此等ノ場合ニ強テ科料ノ文字ヲ用フルノ要ナク二十圓以下ノ罰金トシテ可ナリ二十圓以下ノ罰金トスルト二十圓以下ノ科料ト規定スルト何等ノ差異カアル吾輩ハ形式上實質上トモ此二者ノ區別ヲ爲スノ必要ナシト主張スル者ナリ或ハ曰ク科料ハ違警罪ノ主刑ナルヲ以テ假ニ其他ノ罪ニ科刑スルコトアリトスルモ罰金ト區別シ置クノ

必要アリト夫レ或ハ然ラン然レトモ刑法々典中ヨリ違警罪ニ關スル規定ヲ全然除キタル改正刑法ニアリテハ同種ノ犯罪ニ對シ實質上ニ差別ナキ罰金ト科料トヲ區別シテ科刑スルノ要ナカルヘシ

第十八條 罰金ヲ完納スルコト能ハサル者ハ一日以上一年以下ノ期間之

ヲ勞役場ニ留置ス

科料ヲ完納スルコト能ハサル者ハ一日以上三十日以下ノ期間之ヲ勞役場ニ留置ス

科料ヲ併科シタル場合ト雖モ留置ノ期間ハ六十日ヲ超ユルコトヲ得ス
罰金又ハ科料ノ言渡ヲ爲ストキハ其言渡ト共ニ罰金又ハ科料ヲ完納スルコト能ハサル場合ニ於ケル留置ノ期間ヲ定メ之ヲ言渡スヘシ

罰金ニ付テハ裁判確定後三十日内科料ニ付テハ裁判確定後十日内ハ本人ノ承諾アルニ非サレハ留置ノ執行ヲ爲スコトヲ得ス

罰金又ハ科料ノ言渡ヲ受ケタル者其幾分ヲ納ムルトキハ罰金又ハ科料ノ全額ト留置日數トノ割合ニ從ヒ其金額ニ相當スル日數ヲ控除シテ之

ヲ留置ス

留置期間内罰金又ハ科料ヲ納ムルトキハ前項ノ割合ヲ以テ殘日數ニ充ツ

留置一日ノ割合ニ滿タサル金額ハ之ヲ納ムルコトヲ得ス

【字義】

勞役場……トハ勞役ノ場所ヲ云フ蓋シ罰金若クハ科料ニ處スヘキ犯罪ハ他ノ犯罪ト異リ其性質正シ易キモノ多キヲ以テ之ヲ換刑處分ヲ爲スニ當リ禁錮拘留等ト混合シテ此等ノ犯人ト同居セシムルハ惡風ニ感染セシムルノ恐アルヲ以テ特ニ勞役場ヲ設ケ此等ノ犯人ヲ別居セシメ之ニ適宜ノ勞役ヲ爲サシメ其賃金ハ之ヲ犯人ニ與ヘ其賃金ヲ以テ罰金科料ノ幾分ヲ償ハシメ以テ可成苦痛ヲ減輕スルノ方針ヲとり且ツ身體ヲ怠惰ナラシメサルノ方法ヲ講シタリ

科料ヲ併科シタル場合……一ノ科料ヲ科シタル上ニ更ニ他ノ科料ヲ科スルヲ云フ或註釋家中科料ト罰金拘留若クハ禁錮等ト併科シタル場合ヲ云フト主張スル者アリト雖モ是レ愚論ノ甚キモノナリ本項留置ノ期間ハ六十日ヲ超ユルコトヲ得スト云ヘルヨリ推理スルトキハ深ク論究ヲ俟タスシテ二以上ノ科料ヲ併科シタル場合ニ限ルコトヲ知ラシム

【釋義】

罰金又ハ科料ハ金額ヲ徵收スルコトヲ目的トスル刑ナルヲ以テ犯人ニシテ財産ヲ有セサル場合ニハ其目的ヲ達スルコト能ハス此場合ニ於テ採ルヘキ方法ニアリ即チ換刑ノ處分トシテ(第一)犯人ヲ拘禁スルコト(第二)勞役法是

ナリ第一ノ方法ハ舊刑法ノ採レル處ニシテ罰金又ハ科料ヲ換算シテ輕禁錮又ハ拘留ニ處スヘキモノトス(舊刑法第二七條、第三〇條、第二草案第一六條、第一九條)然ルニ其結果ヲ見レハ財産アル者ハ換刑ヲ免ルヘシト雖モ財産ナキ者ハ常に自由刑ニ處セラル、ノ不幸アルヲ免レサルノミナラス罰金又ハ科料ヲ以テ輕禁錮又ハ拘留ニ換フル法制ナルヲ以テ被告人ハ徒ニ獄中ニ呻吟スルニ止マリ國家ハ爲メニ却テ幾分ノ經費ヲ損耗スルコト、ナリ金刑本來ノ趣旨ニ反スルコト甚シク時ニ或ハ監獄拘留場等ニ於テ他囚徒ニ接見シ惡風ニ感染スルコト少カラス是ヲ以テ改正刑法ハ勞役法主義ヲ採リ罰金又ハ科料ヲ納ムルコト能ハサル犯人ハ之ヲ他ノ刑ニ換フルコトヲ廢シ特ニ勞役場ナルモノヲ設ケテ此處ニ彼等ヲ留置シテ其自由ヲ制限スルト共ニ適當ノ勞役ニ從事セシメ其利得ヲ以テ罰金又ハ科料ノ幾分ニ充ツ而シテ勞役場ニ服役スル期間ハ罰金ハ一日以上一年以下ニ科料ハ一日以上三十日以下トシ裁判官ノ認定ヲ以テ罪ノ輕重ニヨリ適宜之ヲ定ムルコト、セリ

舊刑法ハ罰金又ハ科料ノ金額ト禁錮又ハ拘留ノ日數トノ割合ヲ定メ一日ヲ一

圓ニ折算スト規定セルヲ以テ若シ罰金又ハ科料ノ金額大ナル場合ニ於テハ罰金又ハ科料ノ一部ハ事實上之ヲ拋棄スルト同一ノ結果ヲ生ズ改正刑法ハ此法制ヲ執ラス裁判所ヲシテ罰金又ハ科料ノ額ニ應シ一日以上一年以下ノ期間内若クハ一日以上一月以下ノ期間内ニ於テ適宜ニ留置ノ日數ヲ定メシムルコト、爲セリ舊刑法ハ禁錮ノ期限ヲ二年ニ限ルト雖モ近來ノ立法例ハ之ヲ短縮スルノ傾向アルノミナラス實際上酷ニ過クルノ虞アルヲ以テ之ヲ一年ニ短縮セリ

第三項 科料ハ改正刑法ニ於テハ之ヲ併科スルコト、爲シタルヲ以テ各科料ニ付キ留置日數ヲ定ムルコト、ナサハ或ハ不當ノ長期ニ達スルノ虞ナキニアラス此ヲ以テ第三項ニ於テ其期間ハ二ヶ月ニ制限シタリ

第四項 舊刑法ハ罰金又ハ科料ヲ完納セサル者ニ付完納スルト否トハ之ヲ本人ノ自由ニ任ス其結果財産アル者ト雖モ往々之ヲ完納セシテ換刑ヲ請求スルコトナキニ非スシテ罰金又ハ科料ノ目的ヲ達スル所以ニアラス改正刑法ハ此法制ヲ非トシ財産アル者ニハ必ス金錢ヲ納メテ以テ罰金又ハ科料ノ目的ヲ

達センコトヲ期シ財産ナキ者ニ限り始メテ換刑シテ之ヲ留置スルコト、シ罰金又ハ科料ヲ完納スルコト能ハサル場合ニ於テ留置ノ期間ヲ定メテ之ヲ言渡ス旨ヲ明規セリ

第五項ハ換刑處分執行ノ期日ヲ定メテ罰金ニ付テハ裁判確定後三十日以内科料ニ付テハ裁判確定後十日以内ニ完納セサルトキハ留置ノ處分ヲ爲スコトヲ得トシ若シ前記期間内ニ勞役場ニ留置セントスルトキハ本人ノ承諾ヲ得サル可カラストセリ舊刑法ハ罰金完納ノ期限ヲ一ヶ月トシ(第二七條)科料完納ノ期限ヲ十日トシ(第三〇條)而シテ此期間内ハ假令本人ニ於テ換刑ノ處分ヲ望ムト雖モ之ヲ執行スル能ハス常ニ其期限ヲ嚴守セシメタルハ事宜ヲ得タル法制ト云フ可ラス改正刑法ハ此點ヲ改メ本人ノ承諾アルコトヲ條件トシテ前記期限内ト雖モ留置ノ處分ヲ爲シ得ヘキモノト規定シタリ最モ事宜ニ適シタル法文ト云フヘシ

第六項ハ罰金又ハ科料ノ言渡ヲ受ケタル者(例之九十圓ノ罰金ニ處ス若シ之ヲ完納セサルトキハ一ヶ月間勞役場ニ留置ス)其金額(例之九十圓)ヲ納付スルコト

能ハスシテ唯其幾分(例之六十圓)ヲ納メタル場合ハ罰金又ハ科料ノ金額(九十圓)ト留置日數(三十日間)トノ割合ニ從ヒ其金額(六十圓)ニ相當スル日數(二十日)ヲ控除シテ(十日間)之ヲ留置スル旨ヲ規定セリ是レ舊刑法ノ全ク欠如セル規定ナリトス尙留置期間内ト雖モ或ハ親戚故舊ノ周旋ニヨリテ才覺納金スルコト可能トナルコトアリ是ヲ以テ第七項ニ於テ留置期間内罰金又ハ科料ヲ納ムルトキハ前項(例之一日三圓)ノ割合ヲ以テ殘日數ニ充ツトセリ而シテ斯ノ如キ法制ヲ認メタル結果或ハ留置一日ノ割合ニ充タサル金額ヲ納ムル者ナキヲ保セス之ヲシテ留置一日ニ當ラシムルトセハ納者ハ不當ノ利得ヲ爲スヘク之ヲ留置一日ニ當ラシメストスレハ國家ハ不當ノ利得ヲ爲スヘシ故ニ改正刑法ハ第八項ヲ設ケ留置一日ノ割合ニ滿タサル金額(前例例之二圓五十錢)ハ之ヲ納ムルコトヲ得ストシ以テ交互ノ平衡ヲ保テリ

第十九條 左ニ記載シタル物ハ之ヲ沒收スルコトヲ得

- 一 犯罪行爲ヲ組成シタル物
- 二 犯罪行爲ニ供シ又ハ供セントシタル物

三 犯罪行爲ヨリ生シ又ハ之ニ因リ得タル物

沒收ハ其物犯人以外ノ者ニ屬セサルトキニ限ル

【字義】 犯罪行爲……(第三八條參照)

【釋義】 本條ハ舊刑法第四十三條及ヒ第四十四條ニ相當スル規定ナリ(第三草案第二五條)沒收ハ改正刑法唯一ノ附加刑ニシテ本條記載ノ三場合ノ外ハ之ヲ執行スルコト能ハス以下各場合ニ付テ説明セン

第一 犯罪行爲ヲ組成シタル物 組成トハ構成要素ノ意ニシテ物其物カ犯罪行爲ノ構成成分ナルモノヲ云フ例ヘハ貨幣偽造罪ニ於テハ偽造變造貨ヲ作出スルニハ常ニ法令ニテ禁止セル行爲ヲ爲スヲ要ス即チ偽造變造貨幣ヲ作出スルコトナクシテ偽造罪成立スルコトナシ故ニ此場合ニ於ケル作出セラレタル偽造變造貨ハ犯罪ノ成立ニ欠ク可ラサルモノナリ斯ノ如ク物件ノ存在カ犯罪成立ノ要件トナル場合ニ此物ヲ稱シテ犯罪行爲ヲ組成シタル物件ト云フコトヲ得ヘシ

本條第一項第一號ニ該當スル舊刑法第四十二條第一號ニ於テハ單ニ法律ニ

於テ禁制シタル物件トシ其物ノ所有ヲ禁スル物ナリヤ否ヤヲ明示セザリシカ爲メ往々疑義ヲ生セシヲ以テ第三草案第二十五條第一項ニ於テハ法令ニ於テ所有ヲ禁シタル物ハ之ヲ沒收スト改メタリ然レトモ絶對ニ所有ヲ禁セラレタル物ナシ只所有スルコトヲ禁セラレタル者カ禁ヲ犯シテ所有スルコトヲ許サ、ルノミ許可ヲ得テ所有スルコトハ毫モ差支ナシ畢竟スルニ禁ニ觸レ罪ヲ犯シテ所有若クハ所持スル物即チ此物ヲ所持スルコト或ハ作出スルコトカ或種ノ犯罪ヲ爲ス場合ニ限り沒收スヘキモノナリ故ヲ以テ改正刑法ハ此點ヲ明カニシ犯罪行爲ヲ組成シタル物ト改メタリ

第二 犯罪行爲ニ供シ又ハ供セントシタル物 犯人カ罪ヲ犯スニ付キ直接ニ使用シ又ハ使用セントシタル物件ヲ云フ例ヘハ殺人用ニ供シタル兇器、放火ニ用ヒタル石油等ノ如シ然レトモ此物件モ亦屢々其性質ヲ明カニスル能ハサル場合ナシトセス門戶墻壁ヲ踰越スルカ爲メニ用ヒタル梯子ハ何人モ竊盜又ハ家宅侵入罪ノ用ニ供シタル物ナルコトヲ疑ハスト雖モ對岸ノ倉庫ヲ破壊センカ爲メニ河ヲ渡シタル舟ハ未タ以テ直チニ沒收ノ條件ヲ具備セリ

ト云フ可ラス盜人カ財物搜索ノ爲メニ用ヒタル携帯電燈ハ犯罪ノ用ニ供シタル物タルコトヲ疑ハスト雖モ犯人ノ携帯セル近視眼鏡ハ未タ以テ犯罪用ニ供シ又ハ供セントシタル物品ナリト断定スルコト能ハサルヘシ要スルニ直接若クハ特ニ其犯罪行爲ニ關係アル場合ニ限ルヘキモノナルヲ以テ犯人カ之ヲ使用シタル方法如何ニ因リ沒收ノ目的トナルモノナレハ裁判官ノ認定ヲ俟テ後ニ定マルナリ

舊刑法ハ單ニ犯罪行爲ニ供シタル物件トシタルヲ以テ供セントシタル物ハ之ヲ沒收スルコトヲ得ス然レトモ斯ノ如キ物ハ犯罪用ニ供シタル物件ト等シク將來再ヒ罪ヲ犯ス爲メニ使用シ犯罪ヲ遂行シ易カラシムル恐アルヲ以テ假令現實犯罪行爲ニ使用セサル物件ト雖モ一旦犯罪ノ用ニ供セントセシ物件ハ直チニ之ヲ沒收シ將來ノ危險ヲ豫防スル必要アリトシ改正刑法ニ於テ又ハ供セントシタル物ナル文字ヲ附加セルハ適當ノ改正ナリ

第三 犯罪行爲ヨリ生シ又ハ之ニ因リテ得タル物 犯罪行爲ニヨリ生シタル物トハ犯罪行爲カ發生ノ原因トナリシ物ヲ云フ犯人ノ所得トナリシ物タル

ト否トヲ問ハス例ヘハ河川法ノ禁ヲ犯シ火藥ヲ水中ニ投シテ爆發サレタル魚ハ即チ犯罪行爲ニヨリ生シタル物ニシテ之ヲ拾ヒ取りシ者ノ誰タルヲ問ハス凡テ之ヲ沒收スヘキナリ、犯罪行爲ニヨリ得タル物件トハ犯罪ヲ行ヒテ而シテ取得シタル物件ヲ云フ例ヘハ竊盜ヲ爲シテ得タル金錢物品、遺失物ヲ拾得シテ占領シタル物件、賄賂ニヨリテ得タル物件若クハ狩獵法違反ニ因リテ獲得シタル鳥獸ノ類ノ如シ乞食ノ貰錢ハ多少ノ議論アリト雖モ犯罪行爲ニヨリ得タル物件ナリ、淫賣婦ノ淫賣料ハ之ニ反シ犯罪ニ因リテ生シタル物件ナリトス凡ソ犯罪ニヨリ生シタル物又ハ得タル物ニシテ其沒收スヘキ物ハ必ス犯罪ニ直接シタル物ナラサル可ラサルハ前號ニ於テ述ヘタル處ナリ、犯罪ニ因リテ得タル後若クハ犯罪ニ因リテ生シタル後其物件ノ性質種類ヲ變更シタルトキハ沒收ノ目的トナル可キモノニアラサルナリ例ヘハ犯罪行爲ニ因リテ得タル金錢ヲ以テ衣服ヲ購ヒシ場合ニハ最早沒收ノ目的物ナシ』以上各號ノ條件ヲ一々之ヲ精密ニ論述スルトキハ甚タ興味アリ又最モ疑義アル問題起ルト雖モ茲ニ之ヲ論述スルノ暇ナシ

終リニ沒收ノ性質如何ニ付キ略述センニ沒收ノ性質ニ二アリ

一 犯罪ヲ組成シタルニ非スシテ犯人ノ所有ニ係ル物ヲ目的トスルトキハ沒收ハ罰金ノ性質ヲ有ス

二 犯罪行爲ヲ組成スル物ヲ沒收ノ目的トスルトキハ警察處分ノ性質ヲ有ス』罰金ノ性質ヲ有スルトキハ沒收ハ單純ノ刑罰ナルヲ以テ其目的ハ犯人ノ不正ノ利得ヲ禁制シ且ツ犯罪ノ再發ヲ豫防セントスルニアリ故ニ沒收ハ犯罪ノ宣告ヲ受ケタル者ニ對スルニ非サレハ之ヲ適用スルコトヲ得ス又犯人以外ノ者ノ所有ニ係ル物件ハ之ヲ沒收スルコトヲ得ス是レ罰金ノ性質ヨリ來ル當然ノ結論ニシテ本條第二項ニ於テ沒收ハ其物犯人以外ノ者ニ屬セサルトキニ限ル旨ヲ規定セル所以ナリ

犯罪行爲ヲ組成スル物ハ其成立存在ヲ以テ社會ノ爲メニ危險アリト爲シ之ヲ沒收スルモノナレハ是レ其目的犯人ノ不正ナル利得ヲ禁シ犯罪ノ再發ヲ豫防スルニ非スシテ全ク物件其物ノ普通人間ニ存在成立スルコトヲ不可ナリトセルニアルヤ明カナリ故ニ犯罪事實成立スルトキハ犯人ノ處罰セラレ

ト否トニ拘ラス沒收ヲ爲スコトヲ得ヘク必スシモ犯人ノ所有タルヲ要セ
ス何人ノ所有ニ屬スルヤ不明ノ場合ニモ亦之ヲ行施スルコトヲ得

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

【釋義】 舊刑法ハ拘留及ヒ科料ヲ以テ違警罪ノ主刑トシ違警罪ニ對シテハ附
加刑ナシトセリ本法ハ違警罪ノ規定ヲ削除シ且ツ拘留及ヒ科料ヲ違警罪ニ限
ラサルヲ以テ恰モ拘留及ヒ科料ニモ亦第十九條ニヨリ附加ノ沒收ヲ適用スル
ナキヤノ疑アリ蓋シ拘留又ハ科料ノミニ該ル罪ハ事態輕微ナルヲ以テ此種ノ
罪ノ犯人ニ對シ常ニ沒收ヲ適用スルノ必要ナキノミナラス附加ノ沒收刑過大
ニシテ罪ノ輕重ト權衡ヲ失シ酷ニ流ル、場合多シ本條ニ於テ拘留又ハ科料ノ
ミニ該ル罪ニ付テハ特別ノ規定アルニ非サレハ沒收スルコトヲ爲サル旨ヲ明
定シ以テ疑義ヲ明カニセリ唯犯罪行為ヲ組成シタル物ノ沒收ハ其性質上寧ロ
行政處分ニ屬スヘキモノニシテ罪ノ輕重ト何等直接ノ關係ヲ有セス是レ拘留

又ハ科料ノミニ該ル罪ニ付キテモ例外トシテ沒收ヲ科スルコトヲ得セシメタ
ル所以ナリ

第二十一條 未決拘留ノ日數ハ其全部又ハ一部ヲ本刑ニ算入スルコトヲ
得

【字義】 未決拘留……犯罪ハ裁判確定シテ始メテ罪ノ有無輕重定マリ又始メテ刑
ヲ執行スルコトヲ得被告人ハ其間獄舎ニ拘留ス之ヲ未決拘留ト云フ
本刑……確定裁判ニヨリ宣告セラレタル刑ニシテ犯人ニ對シ執行力ヲ生シタル刑
ナリ

【釋義】 未決拘留ハ刑罰ノ執行ニアラスト雖モ被告人ノ自由ヲ剝奪シ實際ニ
於テ刑罰執行ト異ナルコトナシ是ヲ以テ未決拘留日數ヲ刑期ニ算スヘキヤ否
ヤニ付キ刑罰ノ執行ニアラスト云フ點ニ重キヲ置ク者ハ刑期ニ算入ス可ラス
トナシ又被告人ノ自由剝奪ニ着眼スル者ハ之ニ反對シ學說立法例區々タリ故
ニ刑法々典トシテ此點ヲ明定シ疑義ヲ避クルノ必要アリ舊刑法ハ第五十一條
ニ於テ刑期ノ起算點ニ付キ特別規定ヲ設ケタルノ結果未決拘留日數ヲ刑期ニ
算入スルニ至ルヘシト雖モ未決拘留日數算入ノ法制ヲ認メタルモノニ非ス特

別ノ規定ナキ以上ハ之ヲ認メサルモノト云ハサル可ラス改正刑法ハ舊刑法第五十一條ノ法制ヲ廢棄スルト共ニ第二十一條ニ於テ未決拘留ノ日數ヲ其全部又ハ其一部本刑ニ差入スルコトヲ得ル旨ヲ規定シ明カニ未決拘留算入ノ法制ヲ認メタリ蓋シ未決拘留ヲ受クルハ國民一般ノ義務ニ屬ス然ラハ未決拘留日數幾年ノ久シキニ及フト雖モ被拘留者ハ之ニ對シ何等ノ報償ヲ期待シ能ハサルヤ明確ナリ然レトモ又未決拘留ハ裁判所ノ事務ノ繁閑ニヨリ伸縮セラルヘク殊ニ未決拘留ヲ受クルハ被拘留者ニ、リテハ刑ノ執行ヲ受クルト大差ナシ故ニ理論上未決拘留ニ對シ何等ノ報償ヲモ與フル餘地ナキニ拘ラス之ヲ刑期ニ算入シテ多少其苦痛ヲ減輕スルハ刑事政策上敢テ無用ノ業ニアラスト信ス是レ本條ヲ設ケタル理由ナラン尙ホ近時ノ立法ハ一方ニ於テ刑ノ宣告ヲ受ケタルトキハ其刑期中ニ拘留日數ヲ算入スルト共ニ一方ニ於テハ未決拘留ヲ受ケタル者無罪又ハ免訴ノ宣告ヲ受ケタルトキハ之ニ金錢上ノ賠償ヲ與フル法制ヲ採用スル者少カラス

第三章 期間計算

凡ソ刑ハ裁判確定ノ後ニ非サレハ之ヲ執行スルコトヲ得ス執行ノ效力ヲ生スルニ非サレハ刑期ヲ計算スル能ハサルハ前已ニ述ヘタリ而シテ刑期ノ起算點ニ付キ第二十一條ノ例外規定アリ然レトモ刑期々間ハ如何ナル計算方法ニヨルヘキカ民法第百三十八條ニ期間ノ計算法ハ法令裁判上ノ命令又ハ法律行為ニ特別ノ定メアル場合ヲ除ク外本章ノ規定ニ從フトシ第百三十九條以下數條ノ規定ヲ設ケタリ故ニ何等ノ規定ナキトキハ民法ニヨルヘシ然ルニ刑法ハ特別ノ規定ヲ爲ス必要アリトシ本章ニ於テ期間計算方法ニ關シ三ヶ條ノ規定ヲ設ケタリ

第二十二條 期間ヲ定ムルニ月又ハ年ヲ以テシタルトキハ曆ニ從ヒテ之ヲ計算ス

【釋義】 本條ハ舊刑法第四十九條第一項ト其規定ヲ同シクシ期間ヲ定ムルニ月又ハ年ヲ以テシタルトキハ曆日ニヨリ之ヲ定ムヘキモノトセリ例ヘハ三月

十一日ヨリ一ヶ月ト云へハ四月十日迄ニシテ明治四十年五月十五日ヨリニケ
年ト云へハ明治四十二年五月十四日迄トス其間年ニ閏年アリ或ハ月ニ大小ア
リト雖モ敢テ問フ處ニアラス是レ最モ便利ナル計算法ナルヲ以テナリ

第二十三條 刑期ハ裁判確定ノ日ヨリ起算ス

拘禁セラレサル日數ハ裁判確定後ト雖モ刑期ニ算入セス

〔釋義〕 舊刑法第五十條ニ曰ク刑ハ裁判確定シタル後ニ非サレハ之ヲ執行ス
ルコトヲ得スト然レトモ犯罪ノ有無刑期ノ長短ハ確定裁判ヲ待チテ始メテ明
カトナリ始メテ刑罰執行ノ效力ヲ生スルハ理ノ當然ニシテ敢テ規定ノ必要ナ
シ故ニ本法ハ之ヲ刪除シタリ刑期確定シ刑罰執行ノ效力ヲ生シタルトキハ直
チニ刑ヲ執行スヘキモノナルヲ以テ期間ハ此時ヨリ進行ストスルヲ正當トス
是レ本條第一項ニ於テ刑期ハ裁判確定ノ日ヨリ起算ストセシ所以ニシテ舊刑
法第五十一條ノ規定モ亦同様ナリ然レトモ同第五十一條ハ刑期ハ刑名宣告ノ
日ヨリ起算スルコト、爲シ特ニ上訴ノ場合ニ關シ煩鎖ナル規定ヲ設ケタリト
雖モ改正刑法ハ之ヲ採用セス蓋シ一方ニ於テ裁判確定後ニ非サレハ執行セサ

ルコトヲ示シ他ノ一方ニハ上訴ニヨリテ萬一ノ僥倖ヲ射ントスル弊害ヲ防遏
セントスルノ趣旨ニ出テタリ抑モ舊刑法ハ檢事上訴ノ場合ト犯人上訴ノ場合
トニヨリ期間ノ計算法ヲ異ニシ檢事カ上訴スルトキハ常ニ前判宣告ノ日ヨ
リ起算シ犯人カ上訴シテ其上訴正當ナルトキモ亦前判宣告ノ日ヨリ起算スル
コト、定メラル、ヲ以テ縱令檢事カ上訴シテ前判決ハ不當トナルモ刑期ハ前
判決ノ日ヨリ起算セラル、ヲ以テ犯人ハ却テ其刑期ニ付キ不當ノ利益ヲ受ク
ルコト、ナリ犯人ノ上訴シタル場合ニ於テモ僅カニ手續ニ於テ小瑕疵アル爲
メ其上訴正當トナリ其間ニ受ケタル未決拘留ノ期間ハ時トシテ刑期ヲ超過ス
ルコトアリテ犯人ハ刑ノ宣告ヲ受ケタルニ拘ラス全ク其執行ヲ免ル、コトア
リ或ハ少クトモ未決拘留ノ日數ヲ刑期ニ算入スルカ爲メニ甚シク其執行日數
ヲ減殺セラレ隨テ不當ノ利益ヲ受クルニ至ル是ヲ以テ犯人ハ上訴ニヨリ僥倖
ヲ萬一ニ期シ以テ苦役ヲ免レントスル弊ヲ生シタリ故ニ此弊ヲ矯正セントス
ルニハ刑期ハ必ス裁判確定ノ日ヨリ起算スト爲サ、ル可ラストシ此規定ヲ設
ケタリ(第二一條參照)

然レトモ欠席裁判其他犯人逃走シテ現在セサル場合ニ於テモ尙第一項ノ規定ノ適用ヲ受ケ不拘禁中モ尙期間進行スヘシトスルトキハ拘禁セラレタル者ト然ラサル者トノ間ニ甚タシキ不權衡ヲ生スルノミナラス逃走ヲ企テサルハ結局犯人ノ損失タルヤノ感ヲ起サシメ刑事政策上採ラサル所ナルヲ以テ拘禁セラレサル日數ハ假令裁判確定後ト雖モ經過日數ヲ刑期ニ算入スヘキモノニ非ス是レ第二項ノ規定ニシテ正ニ第一項ノ例外規定ナリ(舊刑法第五二條第三草案第二八條)

要スルニ刑期ハ裁判確定ノ日ヲ初日トシテ起算スルヲ原則トシ二ノ例外アリ

- 一 未決拘留ノ日數ハ裁判官ノ認定ニヨリ其全部又ハ一部ヲ刑期ニ算入スルヲ得ヘキヲ以テ此場合ニハ起算點ハ裁判確定ノ日以前ニ遡ルコトアリ(第二一條)

- 二 拘禁セラレサル日數ハ確定裁判後ト雖モ刑期ニ算入スヘキニ非サルヲ以テ欠席判決ヲ受ケタル場合又ハ刑期中逃走シタル場合ニ於テハ起算點ハ裁判確定ノ日以後ニアリ(第二三條第二項)

第二十四條 受刑ノ初日ハ時間ヲ論セス全一日トシテ之ヲ起算ス時効期間ノ初日亦同シ

放免ハ刑期終了ノ翌日ニ於テ之ヲ行フ

【釋義】 本條ハ舊刑法第四十九條第二項ヲ修正シ且時効期間ノ初日ノ計算ニ關スル規定ヲ新設セルモノナリ舊刑法ニハ放免ノ日ハ刑期ニ算入セスト云ヒ改正刑法ニハ放免ハ刑期終了ノ翌日ニ於テ之ヲ行フト云フト雖モ是レ唯文字ノ差異アルノミ其趣旨ニ至リテハ毫モ變更スル處ナシ

民法第四百十條ニハ期間ヲ定ムルニ月又ハ年ヲ以テシタルトキハ期間ノ初日ハ之ヲ算入セストセリ而シテ本法ハ之ヲ採用セス初日ハ時間ヲ論セス全一日トシテ計算スヘキ旨ヲ規定ス蓋シ初日ヲ算入セサルトキハ犯人ニ對シ宣告セラル刑期以上ニ過重ニ加刑スルコト、ナリ面白カラサルヲ以テ特ニ民法ニ對スル例外規定ヲ設ケタル所以ナリトス

第四章 刑ノ執行猶豫

執行猶豫トハ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ニ對シ或種ノ行爲ヲ爲サ、ルコトヲ條件トシ一時其執行ヲ猶豫スルヲ云フ此制度ハ千八百七十八年北米合衆國マサチセツト州ニ於テ考試(The Probation)ナル名稱ニヨリ創始セラレ其後佛英白澳等ニ採用セラレ特別單行法ヲ以テ之カ規定ヲナセリ

其他瑞西刑法案伊太利及那威ノ特別法、匈牙利刑法案等ニ繼受セラレ今ヤ各國競フテ此制度ヲ設ク我國ニ於テハ明治三十八年三月三十一日法律第七十號ヲ以テ已ニ單行法トシテ公布セシ處第七十號ニ多少ノ修正ヲ加ヘ改正刑法ニ於テ之ヲ採用セリ

凡ソ刑法ニヨリ同一刑ニ處セラレタル犯人ト雖モ等シク道德ノ墮落者ヲ以テ目ス可カラス其犯情ヲ異ニスルヲ以テ或ハ單ニ刑ノ宣告ニヨリ非常ノ苦痛ヲ感スヘク或ハ自己ノ收監ニヨリ家族ノ飢ニ迫ルヲ思ヒ科刑ニ優レル苦痛ヲ感スルアラン斯ノ如キハ多クハ一時ノ激情ニヨリ他ヲ顧慮スルノ暇ナキ刹那ニ於テ一度刑法ニ違反シタルモノナリ此等ノ者ニ對シテハ執行ヲ威嚇スル判決其モノカ充分ナル制裁トナリ畏怖ト希望トヲ與フルニヨリ懲戒ノ目的ヲ達シ

得ル場合少カラス殊ニ短期刑ハ犯人ニ感化ヲ及ホスコト極メテ薄弱ナルノミナラス入監ハ反テ墮落的影響ヲ伴フカ故ニ屢々豫期ニ反スル結果ヲ生スルコトアリ即チ一度入監スルトキハ世人ハ之ト伍スルコトヲ耻チ之ヲ信用セサルヲ以テ假令一旦悔悟セル者ト雖モ遂ニ自棄墮落スルニ至ル是ヲ以テ上述ノ如キ犯情ノ罪人ニ對シテハ必スシモ即時執行ヲ爲サス裁判官ノ公平ナル判斷ニ委シ犯人ノ一定期間内ニ於ケル行狀ニヨリ判決執行ノ運命ヲ定ムルコト毫モ不可ナルヲ見ス然レトモ其法律上ノ根據ハ假出獄ト同シク單ニ刑事政策ニ依據シ刑法上ノ大則ニ違反スルモノタルヲ免レヌ

刑ノ執行猶豫ニ關シ學說立法例區々タリ大別シテ條件附有罪判決主義條件附恩赦主義及ヒ折衷主義ノ三トス

一 條件附有罪判決主義 條件附有罪判決主義トハ其名稱ノ自指セルカ如ク法律上有罪判決其モノヲ條件ニ繫ラシムルモノナリ即チ裁判所カ一定ノ犯人ニ對シ有罪判決ヲ爲スモ一定ノ期間内其執行ヲ猶豫スルコトヲ言渡シタル場合ニ於テ犯人カ其期間内ニ別ニ一定ノ有罪判決ヲ受クルコトナクシテ

期間ヲ經過シタルトキハ法律上當然先ノ有罪判決ヲ消除シ之ニ反スルトキハ先ノ有罪判決ヲ執行スルモノトス此主義ハ獨逸ヲ除ク外白耳義佛蘭西等歐洲大陸諸國ノ多ク採用スル處ナリ

二 條件附恩赦主義 條件附恩赦主義トハ一定期間ノ善行ヲ條件トシテ犯人ニ假恩赦ヲ與ヘテ一時刑ノ執行ヲ猶豫シ犯人カ其期間ヲ無事ニ經過スルトキハ恩赦ヲ確定ナルモノトシテ全ク刑ノ執行ヲ免除シ(判決其モノニアラス)之ニ反スルトキハ恩赦ナカリシモノトシテ刑ヲ執行スルモノヲ云フ此主義ハ獨逸各聯邦ノ採用スル處ナリ

三 折衷主義 折衷主義ハ條件附恩赦主義ト同シク條件ニ繋ルモノハ刑ノ執行ノミニシテ刑ノ言渡其モノニ非ス隨テ條件到來ノ效果ハ單ニ刑ノ執行免除タルニ止マリ刑ノ言渡其モノヲ消除スルコトナシ唯條件附恩赦主義ト異ナル點ハ執行猶豫ヲ言渡ス者ハ裁判所ニシテ即チ其言渡ハ一ノ裁判タルコト是ナリ
然レトモ折衷主義並ニ恩赦主義ハ純然タル刑ノ執行猶豫ニシテ刑期間再ヒ

罪ヲ犯サ、リシ場合ニ於テ單ニ刑ノ執行ヲ免除セララル、ニ過キス有罪宣告其モノハ效力ヲ持續スルヲ以テ更ニ犯罪アル場合ニ於テハ再犯トナリ前科者タル名ハ遂ニ消滅スル時テキヲ以テ假令執行猶豫ノ恩惠ヲ受クルト雖モ尙社會ヨリ排撃セララル、コトアルヘク犯人ヲシテ自然ニ僻見ニ陥リ社會ヲ怨嗟スルノ念慮ヲ起サシムルニ至リ折角ノ良法制モ爲メニ其主旨ヲ完フスル能ハサル可キヲ以テ刑事政策トシテ完全ノモノト云フ可ラス是ヲ以テ改正刑法ハ舊法ノ主義ヲ排シ刑期間内品行方正ニシテ無事ニ刑期ヲ終リタル場合ニハ全然判決ノ效力ヲ失ハシムルコト、セリ故ニ單純ナル執行ノ猶豫ニアラスシテ條件附裁判言渡ナリ此主義ニヨルトキハ執行猶豫ニヨリ免刑處分ヲ受ケタル者ハ社會ニ立チ世人ト伍シテ職ヲ執リ交ヲ結フコトヲ得改善獎勵ノ效果著シク再犯豫防ノ方策トシテ最モ適當ノ法制ナリト信ス
第二十五條 左ニ記載シタル者二年以下ノ懲役又ハ禁錮ノ言渡ヲ受ケタルトキハ情狀ニ因リ裁判確定ノ日ヨリ一年以上五年以下ノ期間内其執行ヲ猶豫スルコトヲ得

- 一 前ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトナキ者
- 二 前ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトアルモ其執行ヲ終リ又ハ其執行ノ免除ヲ得タル日ヨリ七年以内ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトナキ者

【字義】

處セラレタルコト……トハ必スシモ執行ヲ受ケタルコトヲ必要トセス宣告ヲ受ケタルコトアレハ則チ足ル

執行ノ免除ヲ得タル日ヨリ……トハ前ニ處セラレタル禁錮又ハ懲役ノ宣告ヲ受ケタル日ヨリ起算スルニアラス其宣告ヲ受ケタル刑ノ執行ヲ終リタル日若クハ免除サレタル日ヨリ起算シテ今日犯罪ノ日マテ七年間以上ノ隔リアレハ則チ足ル

【釋義】

本條ハ二年以下ノ懲役又ハ禁錮ノ言渡ヲ受ケタル者ニ對シテハ其前ノ經歷如何ニ因リ或ハ其刑ノ執行ヲ猶豫スルコトヲ得ル旨ノ規定ニシテ其犯罪以前ノ經歷ニ關シテハ犯人カ現犯ノ日ヨリ溯リテ七年以内ニ禁錮懲役等ニ處セラレサルコトヲ要ス

本條ニ於テ禁錮懲役ノミノ執行ヲ猶豫シ比較的輕キ罰金ニ付キ此法制ヲ認メサリシハ何故ナルヤ元來執行猶豫ノ制度ハ專ラ短期自由刑ノ執行ニ伴フ弊害

ヲ避クルノ方針ニ出タルモノニシテ刑ノ輕重ニ重キヲ置ケルニアラス故ヲ以テ拘留料ノ如ク罰金以下ノ輕キ刑ト雖モ財產刑ニ對シテハ執行猶豫ノ適用ナシ而シテ罰金ノ如キモ勞役場ニ留置シテ執行スル場合ニハ拘留ト同シク行政處分ヲ以テ出場ヲ許スコト、セルヲ以テ執行猶豫ノ適用ナシト雖モ甚シキ不都合ヲ見ス是レ本法執行猶豫ノ恩典ヲ罰金ニ及ホサ、リシ所以ナリ

予輩ヲ以テ之ヲ見ルニ刑ノ執行猶豫ハ專ラ短期自由刑ノ執行ニ伴フ弊害ヲ避クルノ主義ニ出テタリト云ハ、短期自由刑以外ノ刑ニ處セラレタル者ニ之ヲ及ホスハ主義ニ反スヘシ然レトモ刑ノ執行猶豫ハ刑法ノ理論ニ背馳シ單ニ刑事政策ノ問題ナルヲ以テ其範圍ヲ擴張シテ同時ニ犯人ノ名譽心ヲ利用スル方策ヲトリ短期自由刑ノミニ制限セサルヲ策ノ得タルモノナリト信ス(例之獨逸佛蘭西等ノ法制)殊ニ自由刑ト財產刑ト併科スル主義ヲ採リタル(例之我改正刑法第二百五十六條第二項ニ於テ十年ノ懲役ト千圓ノ罰金トヲ科シタル)場合ニハ自由刑ニ對シ執行猶豫ヲ爲スモ財產刑タル罰金ハ猶豫ノ恩典ニ浴スル能ハス爲メニ判決ハ其半面ノ效力永久ニ存續スルヲ以テ斯ノ如キ刑ニ對シテ執

行猶豫ノ制度ハ充分ナル感應力ヲ與フル能ハサルノ不都合ヲ見ルヘク我改正
刑法カ罰金ニ執行猶豫ヲ與ヘサリシハ美玉ノ一瑾ト稱スヘキカ

第二十六條 左ニ記載シタル場合ニ於テハ刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ取消ス

可シ

- 一 猶豫ノ期間内更ニ罪ヲ犯シ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルトキ
- 二 猶豫ノ言渡前ニ犯シタル他ノ罪ニ付キ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルトキ
- 三 前條第二號ニ記載シタル者ヲ除ク外猶豫ノ言渡前他ノ罪ニ付キ

禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコト發覺シタルトキ

【字義】

猶豫ノ期間……第二十五條ノ規定ニヨリ一年以上五年以下ニ於テ其罪狀ニ從ヒ裁判官ノ認定ニヨリ刑ノ執行ヲ猶豫スル年限ヲ宣告ス之ヲ猶豫ノ期間ト云フ

禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルトキ……犯罪ヲ爲シ又ハ之ヲ發見セラレハコトアリト雖モ未タ判決ヲ經サル間ハ處セラレタルモノト云フ可ラス處セラレタルトキトハ確定判決ヲ受ケタルトキト云フ意ナリ(第二十五條字義參照)

【釋義】 刑ノ執行猶豫トハ屢々前述セルカ如ク一定ノ條件ノ下ニ一定ノ期間

其執行ヲ猶豫スル制度ニシテ一般ニ消極行爲ヲ以テ其條件トス故ニ此條件ニ牴觸スル或種ノ行爲ヲ爲ストキハ條件成就セサルモノトシ猶豫ノ宣告ヲ取消サルヘキモノナリ

本條ハ執行猶豫ノ取消ニ關スル規定ニシテ取消ノ原因ハ左ノ三トス

- 一 猶豫ノ期間内更ニ罪ヲ犯シ禁錮以上ノ刑ノ言渡ヲ受ケタルコト
- 二 猶豫ノ言渡前ニ犯シタル他ノ罪ノ爲メニ猶豫期間内禁錮以上ノ刑ノ言渡ヲ受ケタルコト
- 三 猶豫ノ言渡後ニ至リ第二十五條第二號ノ要件ヲ具備セサルコト發覺シタルコト即チ猶豫ノ言渡前他ノ罪ニ付キ禁錮以上ノ刑ノ言渡ヲ受ケ其執行ヲ終リ又ハ其執行ノ免除ヲ得タル日ヨリ七ケ年ヲ經過セサルコト猶豫期間内ニ發覺シタルコト 是レ執行猶豫ヲ爲ス條件ニ漏レタレハナリ

以上三个ノ原因ノ一アル場合ニ於テハ裁判所ハ猶豫ノ言渡ヲ取消スヘキモノトス是レ此等ノ犯人ニ對シテハ其刑ノ執行ヲ猶豫スル必要ナケレハナリ

第二十七條 刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ取消サル、コトナクシテ猶豫ノ期間

ヲ經過シタルトキハ刑ノ言渡ハ其效力ヲ失フ

【釋義】 本條ハ刑ノ執行猶豫ノ效力ヲ規定シタルモノナリ即チ第二十五條ノ資格ヲ與ヘタルカ爲メ裁判所ヨリ執行ノ猶豫ヲ宣告セラレタル者第二十六條ノ條件ニ牴觸スルコトナカリシカ爲メ其言渡ヲ取消サル、コトナクシテ猶豫期間ヲ經過シタルトキハ此後如何ナル事由アルモ其刑ノ執行ハ永久ニ受クルコトナキノミナラス刑ヲ言渡サレタル判決其モノハ效力ヲ失スルモノトセリ蓋シ刑ノ執行猶豫ノ效力ニ關スル法制ニ二アリ一ハ刑ノ言渡ノ效力(判決)ヲ消滅セシムルモノニシテ一ハ刑ノ執行ノミヲ免除スルモノナリ而シテ執行ノミヲ免除スルトキハ判決ハ其效力ヲ持續スルヲ以テ犯人ハ尙前科者タルノ名稱ヲ免レヌ爲メニ種々ノ惡感化ヲ及ホスコト少カラサルヲ以テ斷然舊法ノ主義ヲ棄テ改正刑法カ判決ノ效力ヲ消滅セシムルノ方針ヲ採リシハ適當ノ立法ト云フヘキコトハ已ニ上述セル所ナリ

第五章 假出獄

假出獄トハ現ニ獄舎ニ拘禁セラレ刑ノ執行ヲ免レ居ル犯人ニ對シ一時其刑ノ執行ヲ中止シ獄舎ヲ出テシムルノ制度ヲ云フ故ニ假出獄ハ刑ノ執行ノ一部ノ免除ナリヤ又ハ刑ノ執行ノ一部ノ猶豫ナリヤニ付キ學者間一定ノ見解ナシ然レトモ假出獄ハ要スルニ刑ノ執行ヲ停止シ一定ノ條件ヲ履行スルトキハ之ヲ免除シ然ラサルトキハ新ニ殘餘ノ刑ノ執行ヲ命スルモノナルヲ以テ刑ノ執行猶豫ト其效力ヲ異ニスト雖モ等シク刑ノ執行猶豫ナリト云フモ不當ノ解釋ニ非サルヘシ此制度ハ其源ヲ英國ニ發シ現今文明諸國ニ於ケル刑法ノ多ク採用スル處ナリ判官カ若干ノ刑期ヲ言渡シ其執行ノ途中ニアル者ヲシテ可及的改悛セシムルノ方便トシテ刑期ノ未タ滿了セサルニ拘ラス獄外ノ生活ヲ試ニ許スノ制度ナリ蓋シ犯人ニシテ眞ニ悔悟遷善ノ情顯著ナル者ヲ永ク獄舎ニ拘禁スルノ必要ナキノミナラス出獄ノ望ナキトキハ反テ自暴墮落スルヲ以テ斯ノ如キ犯人ニ對シ假出獄ノ恩典ヲ與フルトキハ犯人ノ改悛感化ノ上ニ至大ノ影響ヲ及ホスヘク殊ニ獄舎ノ苦境ヨリ自由ノ境涯ニ激變スルニヨリ苦境ニ踟躕セル反動トシテ放逸遊惰ニ流レ遂ニ生活ノ途ヲ失ヒ再ヒ罪ヲ犯スニ至ル是ヲ

以テ我國ニ於テモ明治五年以來此制度ヲ採用シ獄則ヲ謹守シ改悛ノ狀充分ナル犯人ハ一定ノ期間ヲ經過シタル後行政處分ヲ以テ假ニ出獄ヲ許スコト、セリ然レトモ前述セルカ如ク其法律上ノ根據ニ至リテハ刑ノ執行猶豫ト等シク單ニ刑事政策上ノ問題ニ過キス

假出獄ハ行政處分ヲ以テ判決ノ效力ヲ破ルモノナルヲ以テ學者往々ニシテ司法權ノ侵犯ナリト稱シ之ヲ論擊スルモノアリ然リト雖モ司法權ハ法律ニヨリ極限セラレ判決ノ效力ハ法律ニ抵觸スル能ハス假出獄ハ政策ニ基ク便宜法制ニシテ之カ處分ヲ行政官廳ニ委シタルハ亦法律ノ定ムル處行政權ヲ以テスル司法權侵害ニ非サルナリ其特赦大權ノ侵犯ナルヲ以テ違憲ノ法制ナリト爲ス

說ニ對シテハ余輩聊カ所論アリ夫レ特赦ハ大權事項ノ一ニシテ刑ノ執行ヲ免除ス然レトモ刑ノ執行免除ハ皆特赦ナリト云フヲ得ス刑ノ執行ヲ免除スル方法種々アリ其中大權ニヨリテ免除セラル、コトヲ特赦ト稱スルニ過キサレナリ故ニ法律カ當然ニ刑ノ執行ヲ免除スルハ特赦ニ對スル侵犯ニアラス蓋シ處罰ニ關スル事項ハ法律ヲ以テ規定スルヲ憲法上ノ原則トスルモノニシテ刑ノ

執行猶豫ハ處罰ニ關スル事項ナルカ故ニ其方法效力ヲ法律ヲ以テ規定スルハ憲法ノ認ムル處タレハナリ若シ此事ヲ否認センカ彼ノ刑ノ期滿免除ノ如キモ亦違憲ノ制度ト云ハサル可ラサルニ至ラン故ヲ以テ余輩ハ假出獄ハ違憲ノ制度ニ非サルコトヲ主張スルモノナリ(刑ノ執行猶豫ニ付テモ亦同様ニ論スルコトヲ得)

第二十八條 懲役又ハ禁錮ニ處セラレタル者改悛ノ狀アルトキハ有期刑ニ付テハ其刑期三分ノ一無期刑ニ付テハ十年ヲ經過シタル後行政官廳ノ處分ヲ以テ假ニ出獄ヲ許スコトヲ得

【字義】 處セラレタル者……第二十五條、第二十七條ニ於テ處セラレタルノ字義ハ既ニ之ヲ述ヘタリ處セラレタルトハ確定裁判ノ宣告ニヨリ有罪判決ヲ受ケタルコトヲ云フ然レトモ本條處セラレタル者トハ其判決ニヨリ其執行ヲ受ケツ、アル者ヲ意味ス是レ本文「假ニ出獄ヲ許スコトヲ得」ノ文字ヨリ自然ニ極限セラレタル文字ナリ若シ之ヲ普通ニ解釋スルトキハ拘禁セラレ居ラサル者ヲモ含ムコト、ナルヲ以テナリ

【釋義】 本條ハ舊刑法第五十三條ヲ修正シタル規定ニシテ舊刑法ハ獄則ヲ謹守シ改悛ノ狀アルコトヲ條件トスト雖モ改悛ノ狀アル者ハ畢竟獄則ヲ遵守ス

ヘキヲ以テ改正刑法ハ改悛ノ状アルコトノミヲ以テ要件トセリ而シテ舊刑法ハ有期刑ニ付テハ其刑期ノ四分ノ三無期刑ニ付テハ十五年ヲ經過シタル後假出獄ノ恩典ヲ與フルコト、ナシタリト雖モ苟モ改悛ノ状アル囚人ナリトセハ斯ノ如ク長ク在監セシムル必要ナキノミナラス其在監期間ヲ長クスルハ囚人ヲシテ自暴自棄ニ陥ラシムル弊害アルニ過キハ故ニ改正案ハ有期刑ニ付テハ其刑期ノ三分ノ一無期刑ニ付テハ十年ニ之ヲ短縮セリ

或ハ曰ク犯人ノ改悛セルヤ否ヤヲ見ルニ必スシモ其刑期ニ正比例セサル可ラサルノ理由ナシ三ヶ月ノ刑ニ處セラレタル者ヲ一ヶ月試験スト雖モ果シテ改悛セルヤヲ見ル容易ニアラサル可ク如何ニ無期ノ犯人ト雖モ十年間之ヲ徵スルノ必要ナカルヘシト理ニ於テ或ハ然ラン然レトモ本條定ムル處ノ期間ハ單ニ改悛ノ状アルヤ否ヤヲ試ムルノ時間ニ非スシテ又應報懲戒ノ意味ヲ有スルヲ以テ之ヲ刑期ニ正比例セシメタリ本文ニ於テモ改悛ノ状アルヲ見タルトキハ云々トシ認定ノ時期ヲ限定セサルヲ以テ未タ刑ノ執行ニ着手セサル以前ヨリ改悛ノ状アリシコトアラン或ハ已ニ刑期ノ三分ノ一ヲ經過セル後ニ於テ認ム

ルコトアラン而シテ前ノ場合ニハ尙三分ノ一ノ刑ノ執行ヲ必要トシ後ノ場合ハ即日ヨリ假出獄ヲ言渡シ得ルヲ以テ此期間ハ犯人ノ改悛如何ノ試験的期間ニ非スシテ應報的懲戒的ノ意ニ出テタルモノト云フヲ穩當トス

第二十九條 左ニ記載シタル場合ニ於テハ假出獄ノ處分ヲ取消スコトヲ得

- 一 假出獄中更ニ罪ヲ犯シ罰金以上ノ刑ニ處セラレタルトキ
 - 二 假出獄前ニ犯シタル他ノ罪ニ付キ罰金以上ノ刑ニ處セラレタルトキ
 - 三 假出獄前他ノ罪ニ付キ罰金以上ノ刑ニ處セラレタル者ニシテ其刑ノ執行ヲ爲スヘキトキ
 - 四 假出獄取締規則ニ違背シタルトキ
- 假出獄ノ處分ヲ取消シタルトキハ出獄中ノ日數ハ刑期ニ算入セス

【字義】

假出獄取締規則……未タ其制定ナシト雖モ本法ハ其規定ヲ豫想セリ

【釋義】

本條ハ假出獄取消ノ原因ヲ規定シタルモノニシテ元來假出獄ヲ許ス

ハ獄則ヲ遵守シ改悛ノ狀充分ニシテ之ヲ獄舎ニ拘禁スルノ必要ヲ認メサルヲ以テナリ然ルニ本條第一項第一號乃至第四號ノ行為アリタル場合ハ改悛ノ狀アリト認ムルコト能ハス更ニ之ヲ拘禁スルノ必要アリ故ニ假出獄ノ處分ヲ取消シ再ヒ之ヲ拘禁シ得ル旨ヲ規定シ其實際ノ適用ハ裁判官ノ認定ニ委セリ舊刑法ハ第五十六條ニ於テ假出獄取消ノ原由ヲ規定シ單ニ更ニ重罪又ハ輕罪ヲ犯シタルコトト爲スト雖モ改正刑法ハ尙他ノ原由ヲ附加シ且ツ其範圍ヲ廣クシ出獄前並ニ出獄後ニ於テ罰金以上ノ刑ニ處セラレタル者ニ付テモ亦假出獄ヲ取消スコト、セリ但第二項ノ出獄中ノ日數(即チ假出獄ノ言渡ヲ受ケタル日ヨリ其取消アリタル日迄)ヲ以テ刑期ニ算入セサルコトハ舊法ト全然同一ナリ而シテ第一號ノ原因ヲ掲ケタルハ出獄中更ニ犯罪ヲ爲シ罰金以上ノ刑ニ處セラレタルトキハ眞ニ改悛ノ狀アリト認ムヘカラサルヲ以テナリ第四號亦同シ第二號ハ第二十六條第二號ト其主旨ヲ同クス第一號ハ出獄中ニ於テ犯シタル罰金以上ノ刑ニ處セラレタルトキハ假出獄ヲ取消スヲ以テ假出獄前ノモノニ付テモ之ヲ取消ス必要アリ而シテ本號ハ單ニ假出獄前トシ入獄中ナルト入獄

以前ナルトノ區別ナシ然レトモ入獄中犯罪行為アルトキハ獄則ヲ遵守改悛スルノ狀アリト認ムヘキニ非ス故ニ本號ノ適用ハ入獄前並ニ入獄中ノ犯罪カ現ニ執行ヲ受ケ居ル罪ノ判決後ニ發覺セル場合ナラサル可ラス
 第三號ヲ規定セシハ假出獄前他ノ罪ニ付キ罰金以上ノ刑ニ處セラレ其刑ヲ執行スヘキ者ニ付テハ假出獄ヲ許可スルノ理由ナケレハナリ本號モ亦第二號ニ於テ論セシト同様ノ理由ニヨリ現在執行中ノ犯罪ノ判決以前ニ犯シタル罪タラサル可ラス尙本號ニ禁錮以上トセスシテ罰金ヲモ包含セシメタルハ不常ニ非サルカ

第三十條 拘留ニ處セラレタル者ハ情狀ニ因リ何時ニテモ行政官廳ノ處分ヲ以テ假ニ出場ヲ許スコトヲ得

罰金又ハ科料ヲ完納スルコト能ハサルニ因リ留置セラレタル者亦同シ
 【釋義】 本法ハ禁錮及ヒ懲役ニ付キ假出獄ノ恩典ヲ附與シタルヲ以テ比較的輕キ拘留ニモ亦一種ノ恩典ヲ附與セサルヲ得ス是ヲ以テ本條第一項ニ於テ拘留ノ言渡ヲ受ケタル者ニ對シテハ執行猶豫ノ如キ複雜ナル規定ニヨラス何時

ニテモ行政處分ヲ以テ假ニ出場ヲ許スコトヲ得ト爲シタルナリ
第二項モ同一ノ理由ニ基キタル規定ニシテ罰金又ハ科料ヲ完納シ得サル爲メ
留置セラレタル者ニ對シテモ亦行政處分ヲ以テ同一ノ恩典ニ浴セシメタリ舊
刑法ハ本條ニ相當スル規定ヲ置カサリシハ欠點ナリ
終リニ本章ヲ通覽スルトキハ種々ノ疑義起ラン

- 一 假出獄ノ效果即チ第二十七條ニ相當スル規定ヲ置カサリシコト
- 二 第二十九條第一項第一號及ヒ其他ニ於テ假出獄中ナル文字ヲ用ヒタレト
モ其期限ニ制限ナキヲ以テ永生假出獄ト見ルヘキカ
- 三 第三十條ハ假ニ出場ヲ許スコトアルヘキ旨ヲ表示セリ故ニ取消ノ場合ナ
カル可ラス更ニ如何ナル時期ヲ以テ假定ハ實際ト化スルヤ

蓋シ立法者ハ凡テ之ヲ行政官廳ノ自由裁量ニ委スルノ意ナラン然レトモ余輩
ヲ以テ之ヲ見ルニ假出獄ハ執行猶豫ノ如ク輕微ノ犯罪ニ極限スルコトナク凡
テノ犯罪ニ適用セラル、モノナルヲ以テ特ニ之ヲ重視セサル可ラス加之判決
ノ效力ヲ動カスモノナルヲ以テ一定ノ限度ニ於テ自由裁量ノ範圍ヲ極限スル

ノ必要アリ而シテ規定此ニ及ハサリシハ甚シキ欠點ト云フヘシ

第六章 時效

時效トハ時ノ經過ノ效力ノ謂ニシテ刑事法上ニ於ケル時ノ經過ノ效力ヲ刑事
法上ノ時效ト云フ、二種アリ一ハ訴追ノ時效ニシテ(刑事訴訟法第八條第一〇條
參照)一ハ刑ノ執行ノ時效ナリ而シテ訴追ノ時效トハ犯罪後一定ノ時ノ經過ニ
ヨリ公訴ヲ提起シ能ハサルコトヲ云フリスト、マイエル等ハ國家ノ刑罰請求權
ノ消滅事由トナシ刑法ノ範圍ニ屬スルモノト論スレトモ刑法ハ科刑ヲ規定ス
ルモノニシテ國家ノ刑罰請求權又ハ科刑ノ條件ヲ規定スルモノニアラス要ス
ルニ訴追ノ時效ハ刑事訴訟法ニ屬スヘキモノト斷スルノ外ナシ刑ノ執行ノ時
效即チ刑ノ時效トハ一定ノ時ノ經過ニヨリ科セラレタル刑ノ執行權ヲ消滅セ
シムルモノニシテ刑ノ執行免除ノ一事由タリ是レ本章ニ規定スル處ノ時效ニ
シテ其理由ニ至リテハ學說分ル(一)或ハ行爲者ハ其日時間悔悟又ハ發覺ノ畏怖
ニ因リ刑ト同一若クハ刑以上ノ苦痛ヲ受ケタルカ爲メナリト云ヒ(二)或ハ行爲

者ハ其日時間充分ニ懲戒セラレタルカ爲メナリト説キ(三)或ハ犯罪調査ノ證據物散失スルカ爲メナリト説ク皆其一端ヲ見タル僻論ナリ蓋シ時効一般ノ上ヨリ論スルトキハ時ノ經過ハ證人又ハ證據品ノ滅滅スルノミナラス被害者ノ感情和ラキ世人亦犯罪事實ヲ遺忘シ犯人タルヲ知ラスシテ生スヘキ平和ノ關係増加シ除リニ古キ犯罪ニ對スル處罰ニ付テハ世人寧ロ犯人ヲ憫ミ刑ヲ惡ムノ狀アリテ之ヲ處罰スルハ彼我共ニ害アリテ益ナキヲ以テ此ニ一定ノ期間ヲ經過セル場合ニハ其刑ノ執行ヲ免除スヘキモノトセリ或ハ疑フ者曰ク然ラハ何故ニ刑期ニ之ヲ正比例セシメタルヤト然レトモ小事件ハ忘レ易ク大事件ハ人ノ記憶ニ止マルコト比較的ニ長シ是ヲ以テ上述ノ理由ニヨリ刑期ヲ標準ニ探リシ所以ナリ

第三十一條 刑ノ言渡ヲ受ケタル者ハ時効ニ因リ其執行ノ免除ヲ得

【釋義】 本條ハ舊刑法第五十八條ト同一趣旨ノ規定ニシテ唯文字ヲ異ニスルニ過キス時ノ經過ノ效力ハ法律ニ因リ附與セラルヘキモノナルヲ以テ本條ニ於テハ法律ニ定メタル云々ナル文字ヲ削リ單ニ時効ニ因リトセリ而シテ前述

セルカ如ク時効ハ刑ノ執行ノ免除ニシテ執行猶豫ノ如ク判決ノ消滅ニ非サルヲ以テ其後犯罪アルトキハ再犯トナルモノナリ

第三十二條 時効ハ刑ノ言渡確定シタル後左ノ期間内其執行ヲ受ケサル

ニ因リ完成ス

- 一 死刑ハ三十年
- 二 無期ノ懲役又ハ禁錮ハ二十年
- 三 有期ノ懲役又ハ禁錮ハ十年以上ハ十五年、三年以上ハ十年、三年未満ハ五年
- 四 罰金ハ三年
- 五 拘留、科料及ヒ沒收ハ一年

【釋義】 刑法上ノ時効ハ刑ノ執行ノ免除ノ一事由ニシテ一定ノ期間ノ經過ヲ要スルコトハ已ニ述ヘタリ本條ハ舊刑法第五十九條ニ多少ノ修正ヲ加ヘタルモノニシテ第一號乃至第五號ニ於テ其期間ヲ定メタリ舊刑法ト異ル處ハ第二號ノ無期刑ノ期間ヲ稍短縮セリ第三號ノ期間ハ自由刑ノ刑期ノ範圍ヲ擴張シ

タル結果當然隨伴スヘキモノニシテ其期間ハ適宜之ヲ斟酌セリ第四號及ヒ第五號ノ罰金及ヒ沒收ノ時效期間ハ舊刑法ノ七年並ニ五年ヲ永キニ失ストシ之ヲ短縮セシモノナリ

第三十三條 時效ハ法令ニ依リ執行ヲ猶豫シ又ハ之ヲ停止シタル期間内ハ進行セス

【釋義】 元來刑事時效ノ制度タルヤ前述セルカ如ク不法ニ刑ノ執行ヲ免レタル者ニ適用スルカ爲メニ之ヲ設ケタルモノニシテ執行猶豫假出獄等其他ノ方法ニヨリ正規ニ其執行ヲ免シ若クハ停止シタルモノニ對シ斯ノ如キ制度ヲ設クルノ必要ナク理由ナシ故ニ其停止若クハ免除ノ日數ハ之ヲ時效期間中ニ計算スルコトヲ得ス例ヘハ第二十五條ニヨリ五ケ年間執行ノ猶豫ヲ得タル者四年十ケ月目ニ至リ第二十六條ニヨリ取消サレタル場合ニ於テ此犯人ハ更ニ二ケ月ヲ經過スルトキハ拘禁ヲ免レ居ルコト前後五年トナル可シ然レトモ最初ノ四年十ケ月ハ猶豫ノ爲メノ停止ナルヲ以テ之ヲ算スルコトヲ得ス更ニ四年十ケ月ヲ經過セサル可ラストセリ

舊法ハ停止ニ關シ何等ノ明文ヲ設ケスト雖モ第五十八條ニ刑ノ執行ヲ逃レタル者ト云ヘルヨリ見ルトキハ不法ニ執行ヲ受ケサルヲ意味スルヤ明カナリ是假出獄ヲ許サレタル者ノ如キハ刑ノ執行ヲ遁レタル者ト云フ能ハサレハナリ

第三十四條 時效ハ刑ノ執行ニ付キ犯人ヲ逮捕シタルニ因リ之ヲ中斷ス
罰金科料及ヒ沒收ノ時效ハ執行行為ヲ爲シタルニ因リ之ヲ中斷ス

【字義】 逮捕……本條ニ所謂犯人ノ逮捕ハ逮捕權アル者正式ノ手續ニヨリ逮捕セルモノタルヲ要ス逮捕權アル者トハ檢事及ヒ檢事ノ命ヲ受ケタル警察官並ニ其囑託ヲ受ケタル地方長官等トス而シテ必ス逮捕狀ヲ犯人ニ示スコトヲ要ス他即ノ爲メニ逮捕セラル、コトアルモ本條ノ逮捕ニ非サルナリ

執行行為……刑ノ執行ヲ爲ス官吏ノ罰金刑等ノ執行ニ關スル行為ヲ云フ

【釋義】 本條ハ舊刑法第六十一條及ヒ第六十二條ト同シク時效ノ中斷ニ關スル規定ナリ不法ニ刑ノ執行ヲ免レタル犯人ニ對シテハ裁判所ハ之ニ對シ執行ヲ強制セサル可ラス而シテ自由刑ニアリテハ犯人ヲ拘禁シテ以テ執行セサル可ラサルヲ以テ之ヲ逮捕スルコトヲ要ス一旦犯人ヲ逮捕シタルトキハ直チニ刑ヲ執行スルヲ以テ原則トスルカ故ニ第二一條釋義參照逮捕後モ尙時效ノ進

行ヲ認ムヘキノ理由ナシ是レ本條第一項ニ於テ時効ハ刑ノ執行ニ付キ犯人ヲ逮捕シタルニヨリ中斷スト規定セシ所以ナリ然ルニ舊刑法ニ於テハ檢事ヨリ逮捕狀ヲ發スルコトヲ以テ中斷ノ原因ト爲シタルハ理由ニ乏シク且ツ不公平ノ結果ヲ生シ或ハ事實上時効期間ノ到來ヲ不能ナラシムルノ虞アルヲ以テ改正刑法ハ之ヲ修正セリ

罰金科料及ヒ沒收等ノ財産刑ノ執行ニ至リテハ逮捕ヲ必要トセス是レ特ニ第二項ニ於テ執行行爲ヲ爲シタルニ因リ中斷スル旨ヲ規定セル所以ナリ元來此等ノ刑ハ可分的ノモノナルヲ以テ其幾分ヲ執行スルモ尙全部完納ニ時日ヲ要スルヲ以テ其間ニ時効到來ノ恐ナシトセス此ヲ以テ執行行爲ニヨリ中斷セラレ隨テ時効ハ常ニ最後ノ執行行爲ヨリ更ニ其進行ヲ始ムヘキモノト規定セリ

第七章 犯罪ノ不成立及ヒ刑ノ減免

舊刑法第一編第四章中自首減輕、不論罪及ヒ宥恕減輕、第三編第一章第三節殺傷ニ關スル特別ノ宥恕及ヒ不論罪ノ規定ヲ綜合規定シタルモノ名ケテ犯罪ノ不

成立及ヒ刑ノ減免ト云フ蓋シ本章規定ノ事項ハ一方ニ刑法ニ於テ犯罪タルコトヲ認メタルト同一ノ外觀若クハ要素ヲ具備スルニ拘ラス或ハ行爲者ノ身分ニヨリ或ハ外部ノ狀況ノ爲メ或ハ斯ノ如キ行爲ヲ行フノ義務若クハ權利ヲ法律ニ於テ認メタルカ爲メ犯罪主體ノ罪責ヲ除却減輕スルヲ以テナリ而シテ罪責除却ノ原因ハ或ハ行爲者ノ權利ニ屬スルコトアリ或ハ義務ニ屬スルコトアリ共ニ法令ニヨリ公認セラレタルカ若クハ命令セラレタルモノナラサル可ラス而シテ其重ナルモノヲ舉クレハ

甲 犯罪不成立ノ場合

第一 行爲者ノ義務ニ基ツク場合

- 一 職務行爲 法律命令若クハ所屬長官ノ命令ニ服從シテ特種ノ行爲ヲ爲スヘキ義務ヲ有スル場合はナリ例へハ角力醫師、軍人ノ行爲是ナリ
- 二 公務執行行爲 職務以外ノ公務ヲ行フ場合ヲ云フ例へハ醫師若クハ商人ニシテ傍ラ町村會議員若クハ府縣會議員タル者カ其議員タル資格ニ於テ本職以外ノ公務ヲ執行スルカ如キ是ナリ(第三五條字義參照)

第二 行為者ノ權利ニ基ツク場合

一 懲戒權

二 國民一般ノ權 例へハ現行犯人ノ逮捕ノ如キハ國民一般何人ト雖モ之ヲ行フコトヲ得

第三 放任行為

放任行為中他ノ法益ニ影響ヲ及ホスモノト然ラサルモノトアリ其影響ヲ及ホスモノハ即チ緊急行為トス蓋シ緊急ノ場合ニ二箇ノ法益兩立スル能ハサルトキハ法ハ其一ヲ保護シテ他ヲ害スヘキ理由ナク之ヲ自然ノ成行ニ放任スルノ外ナシ故ニ學者或ハ之ヲ緊急狀況權ト云フ罪トナラス

乙

- 刑ノ減免ハ不成立ト異リ有罪者カ宣告セラレシ刑罰ノ執行ヲ減輕シ若クハ刑罰ノ執行ヲ全然免除スルニアリ而シテ本法ニ認メタル減免ノ原因ハ
- 一 精神病者 全然若クハ完全ナル意思ヲ發表スル能ハサルヲ以テナリ
- 二 瘖啞者 五官ノ機能充分ナラサルヲ以テ常人ト同一ニ律ス可ラス
- 三 幼年者 智力充分ニ發達セサルヲ以テ刑ヲ免ス

四 自首 犯罪ヲ發見スルニ容易ナル爲メ政策上之ヲ減免ス而シテ其減輕

ノ方法順序ハ本編第十三章ニ規定シ其程度輕重ハ各本條ニ於テ規定セリ

第三十五條 法令又ハ正當ノ業務ニ因リ爲シタル行為ハ之ヲ罰セス

【字義】

法令ニ因リ爲シタル行為……法令トハ國家ノ意思ト見ルヘキ法律命令ヲ云フ法令ニヨリ爲シタル行為ニシテ或ハ行為者ノ義務ニ屬スルモノアリ或ハ權利ニ歸スルモノアリ而シテ其重ナルモノヲ舉クレハ

(一) 職務ニ基ク行為 已ニ前述セルカ如ク官吏ハ一般ノ法律及ヒ服務規律ヲ遵守シテ其任務ヲ遂行スル權利ト義務ヲ有ス故ニ官吏ノ爲シタル此等職務上ノ行為ハ之ヲ以テ刑法上ノ犯罪行為ナリトスルモ之ヲ違法ナリトスル能ハサルヲ以テ處罰ス可ラサルヤ明瞭ナリ例へハ警察官ノ犯人逮捕ノ如キ是ナリ

(二) 公務ニ因ル行為 職務以外ノ公務ヲ云フ例へハ議員ハ議場ニ於テ證人ハ法廷ニ於テ言論ノ自由ヲ有スルヲ以テ他人ノ惡事醜行ヲ指摘スルコトアルモ法律上罪トナラサルカ如キ是ナリ

(三) 懲戒權 茲ニ懲戒權トハ廣ク監督作用タル權利ヲ云フ而シテ法律上認メラレタル主要ノ懲戒權ハ親權、上級官吏ノ懲戒權、司獄官吏ノ囚人懲戒權等ノ如シ

(四) 國民一般ノ權 法規ノ規定ニヨリ上下男女ヲ問ハス國民全般ニ對シ賦與セラレタル處ニシテ其主要ナル事例ハ現行犯人ノ逮捕是ナリ

正當ノ業務ニ因リ云々……法令ニヨリ公認セラレタル(積極的)認證ヲ必要トセス

消極的認證即チ否認セリレハ可ナリ業務ヲ云フ凡ソ行為ヲ處罰スルハ國家社會ノ生存ニ害アルヲ以テナリ而シテ此等ノ業務ハ皆國家社會ニ有益若クハ無害ノモノタルヲ以テ此業務ヲ爲ス行為ハ假令刑法上ノ罪ナリト雖モ之ヲ處罰スヘキモノニ非ス今其一例ヲ舉グレハ

- 一 醫師 他人ノ身體ヲ殺傷スルハ刑法上ノ罪ナリト雖モ醫師ノ業務執行上爲ス處ノ殺傷ハ業務ニ因リ爲ス行為ナルヲ以テ處罰スヘキニアラス
- 二 角力 角力力士依ノ上ニテ對手ヲ死傷セシムルコトアルモ亦同様ナリ
- 三 其他ノ法規ニヨリ職權職務ヲ定メラレタル官吏ノ如キ亦同様ナリ

【釋義】 本條ハ權利若クハ義務行為ニ基ク罪責除却ノ場合ヲ規定シタルモノナリ舊刑法第七十六條ハ本屬長官ノ命令ニ從ヒ其職務ヲ以テ爲シタル行為ノ責任ニ付テノミ規定スト雖モ業務上爲シタル行為ニ付テハ一定ノ規定ナク之カ爲メニ解釋上ノ困難ヲ生シタルコトアルヲ以テ本法ニ於テハ廣ク法令ニ因リ又ハ正當ノ業務ヲ以テ爲シタル行為ハ罪トナラサル旨ヲ明確ニセリ

第三十六條 急迫不正ノ侵害ニ對シ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メ已ムコトヲ得サルニ出テタル行為ハ之ヲ罰セス
防衛ノ程度ヲ超エタル行為ハ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得

【字義】 急迫不正ノ侵害……不正ノ侵害トハ第三十五條ニ述ヘタル法令若クハ正當ノ業務ニヨル行為ニ屬セサル所爲ニヨリ權利ヲ侵害スルヲ云フ而シテ其侵害ハ急迫ノモノナラサル可ラス緩徐ナルハ不可ナリ

已ムコトヲ得サルニ出テタル行為……已ムコトヲ得ストハ危急ノ場合ニ他ヲ顧ミル暇ナク所謂致方ナクシテ爲シタル行為ヲ云フ行為者自體ヨリ主觀的ニ立言セラル文字ナルヲ以テ局外者ヨリ見ルトキハ他ノ幾多ノ其法アリシモ同フ處ニ非ス
防衛ノ程度ヲ超エタル行為……急迫不正ノ侵害行為ヲ防禦スルニ當リ舊刑法第三百十六條ノ所謂身體財產ヲ防衛スルニ出ツルト雖モ已ムコトヲ得サルニ非スシテ害ヲ暴行人ニ加ヘ又ハ危害去リタル後ニ於テ勢ニ乘シテ仍ホ害ヲ暴行人ニ加ヘタル者ハ云々即チ是ナリ

【釋義】 危急防禦ハ危急不正ノ侵害ニ對スル防禦行為ナルヲ以テ其危急權タルヤ些ノ疑ナシ危急ノ際攻撃ヲ受ケタル權利ヲ自衛スル一ノ權利ナリトセハ立法論トシテ被攻撃者ノ行為ノ範圍ヲ限定ス可ラサルヤ固ヨリ論ナシ攻撃ヲ受ケタル權利防禦ニ必要ナラハ攻撃者ヲ殺傷シ得ヘキハ勿論或ハ之ヲ監禁シ制縛シ或ハ之ヲ侮辱シ誹毀シ或ハ其財產ヲ傷害シ得ヘキモノトス即チ危急防禦ニ關スル規定ハ刑法ノ總則ニ屬スヘキ性質ヲ有シ廣ク生命權身體權自由權名譽權財產權等直接私權ヲ傷害スル行為ニ對シテハ勿論直接公權ヲ傷害スル行為ニ對シテモ之ヲ適用スヘキナリ各國近時ノ立法例ハ多ク此制ヲ採用シ我

改正刑法モ亦本條ニ於テ之ヲ規定セリ
危急防衛ニ於テ無罪ノ要件ハ

- 一 不正ノ侵害タルコト 即チ不正ノ侵害ニ非サル侵害ハ放任行為ナルカ若クハ權利行為ナリ放任行為ハ緊急狀況ノ場合次條參照ニシテ危急防衛ニ屬スヘキモノニアラス權利行為ニ對シテハ之ヲ防衛スルノ權利ナシ故ニ危急防衛ノ成立ニハ不正ノ侵害ナカル可ラサル所以ナリ
- 二 不正ノ侵害ハ急迫ノモノタルヲ要ス 緩徐ナル侵害ハ警察權ノ保護其他ニ因リ防衛シ得ヘント雖モ急迫ナルモノハ斯ノ如キ正式ノ手段ヲ採ルノ逸ナキヲ以テ自衛ノ權ヲ認メタルナリ
- 三 自己又ハ他人ノ權利ニ對スル急迫不正ノ侵害ヲ防衛スルニ出テタルコト
- 四 防衛ハ必要ノ程度ニ止マルコトヲ要ス 是レ第二項ニ規定スル處ナリ
- 五 防衛ハ止ムヲ得サルニ出テタルコト 止ムヲ得ストハ被害者ヲシテ避害ノ爲メ種々ノ手段ヲ講スルノ義務ヲ負擔セシメタルモノニ非ス自己ノ權利ヲ行使スル爲メ已ムヲ得スシテ爲シタルコトヲ要ス例ヘハ遠方ニ拔刀シテ

自己ヲ殺害セント待受ケ居ル者アルヲ見ルモ敢テ横道へ逃走スルヲ要セス以上ノ五要件ヲ具備シタルトキハ之カ爲メ人ヲ殺傷シ器具ヲ破壊スルコトアルモ敢テ處罰セラル、コトナシ舊刑法第三百十四條ハ但書ニ於テ不正ノ行為ニヨリ自ラ招キタル暴行ニアラサルコトヲ要件トセリ蓋シ不正ノ行為ヲ爲セシカ爲メ招キタル他人ノ侵害行為ハ自業自得ニシテ他人ノ侵害行為其モノカ業ニ已ニ危急防衛ノ行為タル性質ヲ有スルヲ以テナラン然レトモ一私人ハ法律ノ許可ナクシテ他人ノ權利ヲ破壊スル能ハス假令自ラ先キニ不正ノ行為ヲ爲スト雖モ(一)他人ハ私ニ之ニ對シ制裁ヲ爲スコトヲ許サス(二)自己ノ行為カ他人ニ對シ不正急迫ノ侵害ナリシ場合ニハ他人ハ之ニ對シ正當防衛ノ行為アルノミニシテ此行為ハ不正ノ侵害ト稱ス可ラス(三)而シテ危急防衛行為ノ程度ヲ超エタル部分ハ不正ノ侵害ト稱スヘキヤ否ヤ隨テ之ニ對シ更ニ反對ニ危急防衛權アリヤ否ヤ頗ル興味アル問題ナリト雖モ予輩ハ實際ノ分別ノ難易ニ拘泥セス純理ヨリ論シテ積極說ヲ採ル者ナリ

本條ハ舊刑法第三百十四條乃至第三百十六條ヲ合シ之ニ修正ヲ加ヘタルモノ

ニシテ其差異ノ要點ハ

一 舊刑法ハ危急防衛ノ規定ヲ殺傷ニ限リシト雖モ本法ハ之ヲ總則ニ掲ケ一般ニ適用アリトセリ

二 舊刑法ハ防衛ノ目的物ヲ生命身體財産ニ限リシト雖モ本法ハ廣ク自己若クハ他人ノ權利ノ防衛ニ關スル規定ヲ爲セリ

三 舊刑法ハ防衛スヘキ侵害ノ程度ニ付テハ其規定頗ル不充分ニシテ第三百十四條但書ニ於テ不正ノ行爲ニヨリテ自ら招キタル暴行ニ非サルコトヲ示スノミナルヲ以テ本法ハ此點ヲ明確ニシ侵害ノ急迫ニシテ不正ナルヲ要スルコトヲ規定セリ

而シテ本條第一項ハ舊刑法第三百十四條第三百十五條ヲ合シタルモノニシテ急迫ニシテ不正ナル侵害ニ對シ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メニ爲シタル必要ナル行爲ハ罪トナラサルコトヲ規定シ又第二項ハ第三百十六條ト同一ノ趣旨ニ出テ前項ノ場合ニ於テ防衛行爲其必要ナル程度ヲ超エタルトキハ已ニ危急防衛ニ非サルヲ以テ罪トシテ之ヲ罰スト雖モ其情狀ニヨリテ之ヲ斟酌

シ刑ヲ減免スルコトアルヘキ旨ヲ定メタリ

第三十七條

自己又ハ他人ノ生命身體自由若クハ財産ニ對スル現在ノ危

難ヲ避クル爲メ已ムコトヲ得サルニ出テタル行爲ハ其行爲ヨリ生シタ

ル害其避ケントシタル害ノ程度ヲ超エタル場合ニ限リ之ヲ罰セス但其

程度ヲ超エタル行爲ハ情狀ニヨリ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得

前項ノ規定ハ業務上特別ノ義務アル者ニハ之ヲ適用セス

【字義】

危難……トハ傷害ノ發生及ヒ傷害ノ不發生間ニ存スル一種ノ狀態ニシテ未

タ傷害ヲ發生セサル狀態ナルハ固ヨリ一點ノ疑義ナシト雖モ全然傷害ヲ發生セシメ能ハサル狀態ニハアラス是ヲ以テ危難ノ觀念ニハ如何ナル程度ニ於テ傷害ヲ發生セシムル力ヲ包含スルヤハ學者間ノ問題タルナリ凡ソ危難ニ客觀的危難ト主觀的危難トノ區別アリ客觀的危難トハ傷害ノ發生シ得ルコトヲ云ヒ主觀的危難トハ傷害ノ發生スル虞ヲ云フ刑法ハ危難ヲ主觀的ニ置クナ原則トスルヲ以テ本條ニ謂フ危難トハ主觀的危難ニシテ傷害ノ發生スル虞ヲ云フモノナリ天災地異ニヨルト人間ノ暴行ノ爲ニ起因スルトナ間ハス當事者ノ實際危險ナリトノ感覺アレハ足ル現在ノ危難……舊刑法第七十五條ニ所謂避ケ可クサル危難ニシテ空間ヨリ云フトキハ直接ノ危難ニシテ時間ヨリ云フトキハ目前ノ危難ヲ云フ現在ノ危難トハ直接目前ニ差迫リタル避ケ可クサル危難ヲ云フ

其避ケントシタル害ノ程度……愛犬ヲ鞭ツ人アリ其手ヲ抑フル可ナリ事此ニ出
テスシテ其人ヲ銃殺シ以テ之ヲ防キタルカ如キハ犬ヲ鞭ツニヨル自己ノ被害ハ避
ケントシタル害ニシテ殺人ノ被害ノ程度ヲ超エタリ

業務上特ニ義務アル者……業務上生命及ヒ身體權利ニ對スル危難ヲ犯スヘキ特
別義務ヲ有スル者ナリ例之軍人ノ如キ又ハ水夫ノ如キ是ナリ此等ノ業務上特別
義務ヲ有スル者ニ對シテ國法カ刑法以外ニ於テ其業務ノ性質上特別義務ヲ負ハシメ
タル實ナキヲ以テ第二項ニ之ヲ除外セルナリ

【釋義】 本條ハ舊刑法第七十五條ヲ修正シタル法文ニシテ所謂緊急行為ニヨ
ル不論罪ノ場合ヲ規定セリ蓋シ自己又ハ他人ノ生命身體自由若クハ財産ニ對
スル現在ノ危難ヲ避クル爲メ已ムコトヲ得スシテ爲ス緊急狀況ノ行為ハ罪責
ナキモノナリトナスハ學者間異論ナシト雖モ其理由ニ至テハ議論アリ余輩ノ
信スル所ニヨレハ緊急狀況ノ法律上ノ根據ハ各法物ノ相對的價值ヲ有スルコ
トニアリ而シテ二個ノ法物相兩立スルコト能ハサル緊急ノ場合而カモ其一方
カ不正ノ傷害アリト爲ス能ハサル以上ハ自然ノ成行ニ放任スルノ外ナク自己
ノ法物ノ爲メ他人ノ法物ニシテ自己ノ法物ヨリ劣等ナルモノヲ犠牲ニ供シタ
ル者ハ之ヲ罰スルコトヲ得サルニアリ本條ハ即チ此法理ニヨリ規定セルモノ

ニシテ斯ノ如キ緊急狀況行為ヲ無罪トスルニハ

- 一 現在ノ危難ヲ避クル爲メノ行為タルコト
- 二 危難ハ自己又ハ他人ノ生命身體自由若クハ財産ニ對スルモノナルコト
- 三 行為ハ已ムコトヲ得サルニ出テタルモノナルコト(第三六條釋義參照)
- 四 該行為ニヨリ生シタル害ハ其避ケントシタル害ト比較シテ大ナラサルコ
トヲ要ス

五 該行為ハ業務上特別ニ斯ノ如キ場合ニ處スヘキ義務アル者ノ行為タル可
ラス

以上ノ要件ヲ具備スルトキハ該行為ハ如何ナル害ヲ他人ニ及ホスト雖モ處罰
スルコトヲ得ス而シテ本條ヲ舊刑法第七十五條ト對照センニ

- 一 舊刑法第七十五條第一項ハ抗拒ス可ラサル強制ニ遇ヒ自己ノ身體全ク自
由ヲ失ヒタル場合ニ付キ規定スト雖モ是レ外力ノ作用ノ結果ニシテ自己ノ
行為ニ非サルハ明文ヲ俟タサルヲ以テ之ヲ削除セリ
- 二 舊刑法ハ被害物件ヲ自己若クハ親族ノ身體ニ極限セシト雖モ之ヲ制限ス

ルノ理由ナキヲ以テ本法ハ自己又ハ他人ノ生命身體自由及ヒ財産上ニモ之ヲ擴張セリ

三 舊刑法ハ單ニ已ムコトヲ得ス云々ト規定セルヲ以テ避難者ノ行為ハ如何ナル程度マテ之ヲ寛容スヘキヤニ付キ疑義ヲ掃ミ得ヘキヲ以テ本法ニ於テハ此點ヲ明確ニシ假令權利ヲ保護スル現實ノ必要ニ出テタル行為ナリト雖モ其行為ヨリ生シタル害其避ケントシタル害ヨリモ大ニシテ畢竟保護セントスル權利ニ比スレハ却テ重大ナル他人ノ權利ヲ害シタル場合ニ於テハ其行為ヲ罪ト爲サレハ其弊ニ堪ヘサルニ至ルヘキヲ以テ本法ハ裁判所ヲシテ攻撃セラレタル權利ト已ムコトヲ爲サルニ出テタル行為ニ依リ侵害セラレタル權利トヲ比較シ或ハ全ク其行為ヲ罪ト爲サス或ハ其行為ヲ罪トシテ之ヲ罰シ若クハ減輕スルコトヲ得ト爲シタリ

四 舊刑法ハ危難ニ付キ天災又ハ意外ノ變ニ因リ避ク可ラサル危難ト爲スト雖モ本法ハ之ヲ以テ無用ノ文字トナシ唯現在ノ危難トセリ

五 舊刑法ハ職務上他人ヲ救護スヘキ特別ノ義務者ニ關スル規定ヲ欠ケルカ

故ニ往々危険ナル場合ヲ生セサルニ非ス是ヲ以テ本條第二項ヲ規定セリ要スルニ本法ハ自己又ハ他人ノ生命身體自由若クハ財産ニ對シ現在ノ危難ヲ受ケタル場合ニ之ヲ避ク爲メニ爲シタル眞ニ必要ナル行為ハ罪トナラサルヲ原則トシ必要ノ程度ヲ超エタル場合ト雖モ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得ル旨ヲ規定シタルモノニシテ第二項ノ趣旨ハ職務上特別ノ義務ヲ負擔セル者ハ本條ノ適用ヲ受ケサルコトヲ明カニセルモノナリ終リニ其防衛ノ程度ヲ超エタル場合ハ其防衛ノ必要ナリシ程度ト當該行為トヲ比較シ其超過セル部分ニ付テノミ責任ヲ負フヘキモノナルヤ否ヤ例ヘハ防衛ノ爲メ侵害者ノ一肢ヲ切りタル爲メ最早侵害不能トナレルカ或ハ逃走セルニモ拘ハラス更ニ一肢ヲ切りタリ此場合ニ斬者ハ二肢ヲ切りタル責任ヲ負フカ或ハ一肢ハ當然防衛行為トシテ切ルヲ得ヘキモノナルカ故ニ之ヲ差引キ單ニ一肢ニ付テノミ任責スヘキヤ其解決ノ如何ニヨリテハ大ニ刑罰ノ輕重ニ關係アリ然レトモ本條ハ程度ヲ超エタル行為トシテ超エタル部分トセサルヲ以テ二肢ヲ切りタルコト全部カ即チ程度ヲ超エタル行為ナリ故ニ程度ヲ超エタル

場合ハ其行為全部ニ付キ特ニ審議ヲ經テ刑量ヲ評價スルモノトス

第三十八條 罪ヲ犯ス意ナキ行為ハ之ヲ罰セス但法律ニ特別ノ規定アル場合ハ此限ニ在ラス

罪本重カル可クシテ犯ストキ知ラサル者ハ其重キニ從テ處斷スルコトヲ得ス

法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト爲スコトヲ得ス但情狀ニ因リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得

【字義】

罪ヲ犯スノ意……犯罪ト爲ルヘキ行為ヲ爲スノ意思ニシテ其行為ノ性質及ヒ行為ニ伴フ結果ノ如何ヲ豫見シ而シテ犯罪行為ニ志スナク然レトモ刑法上該行為ヲ犯罪トセルコトヲ自認シテ爲スヲ必要トセス其罪ナルヤ否ヤハ知ラサルトモ兎ニ角行為ヲ取ルコトヲ自覺シ居ルヲ要ス之ヲ故意ト云フ

之ヲ罰セス……罪ヲ犯スノ意ナキ者ハ若シ其行為ニシテ罪ヲ成スコトヲ知り居ラハ犯サルヘク而シテ罰人ヲ懲懲スルニアリ而シテ斯ル行為者ハ之ヲ懲スノ必要ナキノミナラス意思ナキノ所爲ハ其人ノ行為ト云フ能ハサルヲ以テ之ヲ罰セス(以上第一項)

罪本重カルヘク……同種ノ犯罪行為ト雖モ犯人ノ身分資格(例ヘハ官吏ト私人)或ハ被害物體ノ性質(天皇ニ對スル場合ト私人ニ對スル場合)方法ノ種類(兇器ニヨル財物奪取ト否ト)結果ノ大小(毆打創傷等)刑罰加重ノ條件ナク云フ

知ラサル者……知ラスシテ犯スハ事實ノ錯誤ニシテ故意ヲ阻却ス

法律ヲ知ラサル……茲ニ法律トハ帝國議會ノ協贊ヲ經テ裁可公布サレタルモノ、ミニ限ラス廣ク刑罰法令ヲ云フ

行為……本條ニ於テ行為ノ說明ヲ爲スヲ以テ最モ適當ト信スルヲ以テ之ヲ述ヘン

行為……凡ソ行為ハ身體ノ動作ト意思トノ二者ノ結合ヲ云フ意思アリテ之ヲ外部ニ表示スル動作(言語ヲモ含ム)ヲ行為ト云フ意思ナキノ動作ハ行為ニアラスシテ事實ナリ

犯罪行為……罪ノ成立スルニハ行為アルヲ要ス行為ニハ身體ノ動作ナカル可ラス身體ノ動作ハ之ヲ指揮スル意思ノ存在セシニ非サレハ行為ト稱スル能ハス而シテ責任ナキ者ノ行為ハ以テ犯罪タル能ハス故チ以テ身體ノ動作ニシテ犯罪行為タルニハ次ノ要件ヲ具備スルコトヲ要ス

一 責任行為タルコト
イ 責任アル行為ハ責任能力ヲ有スル者ノ動作タラサル可ラス責任能力ハ精神ノ作用完キ者若クハ其發育充分ナル者ニ非スハ完全ニ責任ヲ負ハシムルコト能ハス故ニ精神ニ故障アル者及ヒ幼若者瘡癩者ハ之ヲ責任無能力者トシ其動作ハ假令意思ヲ伴フト雖モ精神作用充分ナラサルニ基ク行為ナルヲ以テ之ヲ常人ト同一ニ律スルコト能ハス故チ以テ法ハ斯ノ如キ責任無能力者ノ行為ヲ以テ無責任行為トシ縱令刑法ニ要求スル犯罪成立ノ凡テノ條件ヲ具備スル場合ニモ之カ罪ヲ問ハス(第三九條第四〇條第四一條)
ロ 然レトモ法令ノ認メタル職務若クハ權利ニ基キテ爲ス動作ハ亦刑法上罪責ナシ急迫不正ノ侵害ニ對シ身己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メ或ハ自己又ハ

他人ノ身體生命若クハ財産ニ對スル現在ノ危難ヲ避クル爲メ己ムヲ得サルニ出テタル行爲ハ之ヲ問責セサルヲ例トス(第三五條、第三六條、第三七條)

二 意思ノ存在スルコト
イ 責任能力者ノ働作ト雖モ意思ナキノ働作ハ單ニ事實タルニ過キス故ニ犯罪行爲ヲ爲スノ意思即チ故意又ハ過失ヨリ出テタル働作ニ非サレハ其責任スルコトナシ凡テ行爲ニハ自己ノ取ラントスル働作ノ如何ナル性質ノモノナルヤ(彈丸人ヲ殺スノ力アル發砲)及ヒ其働作カ如何ナル結果ヲ惹起スヘキヤナ豫見シ若クハ豫見シ得ヘカリシ場合及ヒ豫見不能ノ場合アリ而シテ働作ニ對スル觀念アリテ而カモ其結果ヲ豫見セシ場合ハ即チ故意ニシテ豫見シ得ヘカリシニ關セズ豫見セザリシ(不注意ナル)場合ハ之ヲ過失ト云フ豫見スルコト絕對不能ノ場合ハ結果ニ對スル觀念ヲ全然欠如スルヲ以テ意思アリト云フ可ラス隨テ責任ナシ例ヘハ「モルヒ子」ヲ服用セシムルト云フ働作ヲ自己カ爲シツ、アルヲ自覺シ之ヲ服用セシムレハ人死亡スト云フ結果ヲ豫見シナカラ之ヲ敢テシタルハ故意ノ殺人行爲ニシテ責任ヲ負ハサル可ラス又不注意ノ爲メ「モルヒ子」ト水トヲ取違ヘテ服用セシメタルカ爲メ思掛ケサル人ヲ死セシメタル場合ハ是レ少シク注意セハ「モルヒ子」タルコト明カニシテ隨テ人ノ死ヲ豫見シ得ヘキニ關セズ注意セザリシモノニシテ過失タリ然レトモ「モルヒ子」ノ有リ得ヘカヲサル場所ニ偶々存在シ而カモ水呑ニ盛ラレ居リタルヲ水ト誤信シ人ニ服用セシメ以テ致死シタルカ如キハ自己ノ働作ニヨリ斯ノ如キ結果ノ發生スヘキヲ全ク豫想セズ又豫想不能ナリシモノニシテ殺人ノ意思アリト稱ス可ラス
ロ 例外トシテ罪ノ成立ニ意思ヲ必要トセサルモノアリ例ヘハ酒造税法第三十條等是ナリ

【釋義】

本條ハ犯人ノ意思ノ存否ニヨリ責任ノ有無ヲ定メタル規定ナリ凡ソ行爲ハ身體ノ働作アル外ニ之ヲ指揮スル意思アルヲ要ス意思ナキノ働作ハ一ノ事實ニ過キスシテ之ヲ行爲ト呼フヲ許サス例ヘハ睡眠中手ヲ曲ケ足ヲ動かスカ如キ爲メニ洋燈ヲ倒シ家ヲ燒キ或ハ小兒ヲ踏殺スコトアルモ以テ放火ノ行爲アリ殺人ヲ爲セリト云フ可ラス國家カ刑罰ヲ以テ懲懲スル所ハ即チ社會ニ害毒アル各種ノ行爲ニシテ事實ニアラス故ヲ以テ犯罪ニハ必ス身體ノ働作ト之ヲ行フノ意思アルコトヲ要ス(然レトモ)是ハ刑法上ノ犯罪デアアルト自認シテ爲スヲ要セス刑法上罰シタル行爲ナルヤ否ヤハ不知ナレトモ兎ニ角其行爲ヲ行フノ意思アレハ足ル是レ本條第一項ニ於テ犯スノ意ナキ行爲ハ之ヲ罰セストセシ所以ナリ然レトモ國家ハ社會ノ秩序ヲ維持スルノ必要ヨリ特ニ例外ヲ設クルコトアリ例ヘハ酒造税法第三十一條、混成酒税法第七條、煙草專賣法第二十七條ノ如キ是ナリ即チ此種ノ罪ニ付テハ罪タル行爲ヲ爲スノ意思存在スルコトヲ常トスルニ拘ラス法律上罪ノ成立ニ意思ノ存在ヲ必要ト爲サ、ルナリ是レ第一項但書ヲ設ケタル所以ナリ蓋シ秩序維持ノ必要上已ムヲ得サルノ

政策ニシテ敢テ深キ證據アルニ非サルナリ
 犯人ヲ處罰スルニハ必ス行爲ヲ爲スノ意思アルコトヲ要ス換言スレハ意思ナ
 キ處ニ責任ナキヲ原則トスルヲ以テ縱令犯罪行爲ヲ爲スノ意思アリト雖モ加
 重セラルヘキ特種ノ犯罪ヲ爲スノ意思ヲキトキハ其意ナキ部分ニ對シテハ責
 任ヲ問フヲ得サルノ結果ヲ生スヘシ是レ本條第二項ニ於テ犯罪行爲ニ際シ刑
 罰加重條件ヲ知ラサルトキハ加重スルコトヲ得サル旨ヲ規定セシ所以ナリ
 犯罪タルヤ必ス身體ノ動作ト之ヲ指揮スルノ意思アルコトヲ要ス然レトモ刑
 罰法令ニ於テ該行爲ヲ犯罪ナリトシテ處罰スルコトヲ自認スルヲ要セス唯法
 令ニ許可スル處ナルヤ將タ禁止スル處ナルヤヲ知ルト否トニ關セス兎ニ角該
 行爲ヲ行フノ意思アレハ足レリ而シテ動作アレハ該行爲ハ其人ノ行爲ニシテ
 行爲者ハ該行爲ニ對シ責任ヲ負フヘキナリ是レ第三項ヲ設ケ法律ニ於テ處罰
 禁止スル處ナルヲ知ラサリシトノ事ハ以テ該犯罪行爲ヲ爲スノ意思ナシトス
 ルコトヲ得ス即チ罪責ヲ免ル、コトヲ得サルコトヲ示セル所以ナリ蓋シ法律
 ヲ知ラサルヲ以テ罰ヲ免ル、ヲ得トセハ法學者ハ常ニ處罰セラレ然ラサル者

ハ之ヲ免ル、ヲ以テ遂ニ世ニ法律ヲ學フ者ナキニ至リ幾年ナラスシテ獄舎ニ
 呻吟スル者ハ裁判官ノミタル奇觀ヲ呈スルニ至ルヘシ然レトモ法規ノ不知ハ
 往々ニシテ不識ノ間ニ犯罪行爲ヲ爲スコトアルヲ以テ但書ヲ以テ此間ノ調和
 ヲ計リ情狀ニヨリ減輕スヘキ旨ヲ示セリ
 本條ハ舊刑法第七十七條ニ修正ヲ加ヘタルモノニシテ舊刑法第七十七條第二
 項及ヒ第三項ハ共ニ同條第一項ノ適用ニ過キササルヲ以テ其必要ナシトシ之ヲ
 削除シタリ

第三十九條 心神喪失者ノ行爲ハ之ヲ罰セス

心神耗弱者ノ行爲ハ其刑ヲ減輕ス

【字義】

心神喪失者……トハ廣ク精神ノ效用ヲ喪失スル者ヲ云ヒ管ニ民法ニ所謂
 心神喪失ノ常況ニアルモノ、ミナラス一時的ニ心神ヲ喪失セルモノヲモ包含ス例
 ヘハ睡眠者、泥酔者、昏醉者等ノ如シ

心神耗弱者……心神喪失ノ狀況ニ非サルモ老衰疾病不具等ノ爲メニ心神ノ作用充
 分ナラサル者ヲ云フ

【釋義】

夫レ心神喪失者ハ精神病其他ノ原因ニヨリ殆ソト自己ノ意思ト認ム

ヘキモノヲ有セサル者ニシテ縦令刑法ニ觸ル、働作ヲ爲ストズルモ其働作ハ素ト完全ナル意思ヲ伴ヒタルモノニアラス而シテ刑法ハ意思ナキノ所爲ハ之ヲ罰セサルヲ原則トス是レ本條第一項ヲ規定セル所以ナリ而シテ心神耗弱者ニ至リテハ多少自己ノ意思ヲ有スト雖モ不完全極マルモノナルヲ以テ之ニ對シ常人ト同一ノ責任ヲ負ハシムルハ酷ニ失スルヲ以テ第二項ニ於テ刑ヲ減輕スト規定セリ

抑モ本條第一項ハ舊刑法第七十八條ノ文字ヲ修正シタルモノニシテ舊刑法ハ知覺精神ノ喪失ニ因リ是非ヲ辨別セサル者ノ行爲ニ付キ規定ヲ設クト雖モ其法文ノ意頗ル不明ニシテ實際ノ適用上頗ル困難ヲ感シタリ是ヲ以テ本法ハ心神喪失者ナル文字ヲ用ヒ其行爲ハ之ヲ罰セサル旨ヲ規定シ以テ其意義ヲ明確ニセリ

第二項ハ新ニ設ケタル規定ニシテ前條ニ比シ比較的輕キ精神ノ障礙アル者ノ行爲ニ關スル規定ナリ

第四十條 瘖啞者ノ行爲ハ之ヲ罰セス又ハ其刑ヲ減輕ス

【釋義】 瘖啞者トハ聾ニシテ且ツ啞ナル者ヲ云フ夫レ人ノ聽官語官ハ其精神力ヲ發達セシムルニ欠ク可ラサル官能ナルヲ以テ此等ノ官能ヲ欠ケル者ハ完全ニ其精神力ヲ發達セシメ能ハサル者ト云ハサル可ラス而シテ瘖啞ニ因リ完全ナル精神力ヲ有セサル者ハ精神ニ障礙アル者ト同一ニシテ唯一ハ其精神力ノ不完全カ肉體上ノ不具ニ起因シ一ハ精神上ノ不具ニ起因スルノ區別アルノミ然レトモ瘖啞ニモ亦數多ノ種類アリ先天的ノ瘖啞者アルヘク又ハ後天的ノ瘖啞者アルヘク或ハ瘖啞教育ヲ受ケタル者ト然ラサル者トアルヘシ而シテ後天的ノ瘖啞者ハ往々文字ヲ解シ一定ノ精神力ヲ有スルコト多ク又先天的ノ瘖啞者ト雖モ教育ヲ受ケタル者ハ其教育ノ通常人ニ比較シ比較的ニ完全ナル精神力ヲ有スルコト尠シトセス、惟フニ瘖啞者ノ如キ其多數ノ場合ニ於テハ之ヲ病的精神障礙者ト同視シテ犯罪ノ主體ト爲サ、ルヲ原則トスヘシト雖モ其精神力ノ發達如何ヲ區別セス瘖啞ナル一事ヲ以テ直チニ犯罪ノ主體タル能ハサル者トスルハ聊カ妥當ヲ欠ク嫌ナキニ非ス是ヲ以テ本條ニ於テハ瘖啞者ノ行爲ハ之ヲ罰セス又ハ其刑ヲ減輕ストシ舊刑法第八十二條ニ修正ヲ加ヘタリ

蓋シ舊刑法ハ瘖啞者ノ行爲ハ常ニ之ヲ罰セスト規定スト雖モ上述ノ如ク瘖啞教育ノ方法備ハリ普通ノ知識ヲ得ル便宜アリテ瘖啞者タリト雖モ多少犯罪責任ヲ辨スル者アルヲ以テ此等ノ犯罪者ヲ罰スルノ必要ナシトセス故ニ其精神ノ狀況ニ因リ其發達常人ニ近キ者ハ之ヲ罰スト雖モ尙完全ナル人ト云フコトヲ得サルヲ以テ一般ニ其刑ヲ減輕シ全ク責任ヲ辨セサル者ハ之ヲ處罰セサルコト、セリ

第四十一條 十四歳ニ滿タサル者ノ行爲ハ之ヲ罰セス

【釋義】 本條ハ責任年齢ヲ規定シタルモノニシテ舊刑法第七十九條ニ相當ス舊刑法ハ責任年齢ヲ十二歳ト定メ之ニ滿タサル者ノ行爲ハ罪ト爲サストセリ是レ古來ノ立法例ヲ襲ヒタルモノニシテ古ハ幼年犯罪者ニ對シ懲治ノ方法充分ナラサリシノミナラス刑罰ノ目的モ亦今日ト等シカラサリシヲ以テ極メテ責任年齢ヲ低ク爲シタルモノナリ蓋シ身體精神ノ發育充分ナラサル幼者ハ其精神不完全ナルヲ免レス之ヲ常人ト同一ニ律ス可ラサルヲ以テ責任ナシトスル所以ナリ而シテ近時刑事政策ノ進歩ハ漸ク此責任年齢ヲ高ムルノ傾向ヲ生

シ或ハ二十年トスヘシト稱スル者アリト雖モ國土風俗ニヨリ亦異ル我國ニ於テハ十四五歳ニ達スルトキハ往々大人ニ優レル惡事ヲ爲スモノ少カラス而シテ此等ノ者ニ向テ無責任ヲ約束スルハ甚タ危險ノ事項ナルヲ以テ本法ニ於テ十四歳トセシハ適當ノ規定ナリ

本法ハ減輕年齢ノ規定ヲ設ケス是レ刑ノ酌量ノ範圍ヲ充分ニ廣クシタルヲ以テ其必要ヲ見サルカ故ニ之ヲ削レルモノナリ(舊刑法第八〇條、第八一條、第八三條、第三草案第四二條)

尙舊刑法及ヒ第三草案ニ於テハ幼年者ニ對スル懲治ノ處分及ヒ精神病者ニ對スル監置ノ處分等ニ關シ規定セルモ改正刑法ハ之ヲ削レリ然レトモ懲治又ハ監置ノ處分ヲ否認シタルニアラス之ヲ特別法ニ讓ルノ趣意ナリ何トナレハ此等ノ處分ハ本來刑ニ非サルヲ以テ刑法ニ規定スヘキ理由ナケレハナリ但余輩ヲシテ之ヲ言ハシメハ實際ノ問題上ヨリ立論シテ之ヲ刑法ニ規定スルヲ便利ナリト信ス

第四十二條 罪ヲ犯シ未タ官ニ發覺セサル前自首シタル者ハ其刑ヲ減輕

告訴ヲ待テ論ス可キ罪ニ付キ告訴權ヲ有スル者ニ首服シタル者亦同シ

【字義】

官ニ發覺セサル……トハ搜索權アル官廳ニ犯人ノ誰タルコト分明セサル

チ云フ

自首シタル……犯人自ラ進ンテ其犯罪ヲ搜索權アル官廳若クハ被害者ニ告知セシ

告訴權……トハ被害者若クハ被害者ノ親族ノ如キ者ノ有スル權利ヲ云フ

告訴ヲ待テ論ス可キ罪……トハ所謂親告罪ニシテ被害者若クハ其他ノ權利者(多クハ親族)カ告訴スル迄ハ檢事ニ於テ起訴ノ手續ヲ爲シ能ハサル犯罪ナリ例ヘハ第百七十七條、第百八十三條、第二百八十條等ノ罪是ナリ蓋シ親告罪ニ於テ告訴ヲ待ツ所以ノモノハ

- 一 或種ノ犯罪ハ濫リニ之ヲ世上ニ公ニスル爲メ却テ被害者ニ迷惑ヲ感セシムルモノアリ例ヘハ有夫姦罪(第一八三條)ノ如シ
- 二 誹毀罪、脅迫罪ノ如キハ固ヨリ被害者ノ恐怖心蓋耻心カ其成立要素ト爲ルモノニ非スト雖モ犯罪ノ成立ニ付キ被害者ノ感情如何ハ大ナル參考トナルヘキモノナリ故ニ其告訴ヲ待テ公訴ヲ受理スヘキコトト爲シタリ
- 三 公益ヲ害スヘキ性質ノモノト雖モ被害者ノ感情如何ニ因リテハ刑事制裁ヲ附スルコトヲ要セスト認ムル事件ハ之カ爲メ告訴アルコトヲ必要ト爲シタリ

【釋義】

刑法ニ自首減輕ヲ認ムル根據ハ一言スレハ刑事司法警察上ノ政略即

テ速ニ罪責者ヲ逮捕セントスルノ政策ニ出テタリ而シテ速ニ犯罪者ヲ逮捕スルコトヲ得ハ一方ニ於テハ無辜ヲ罰スルノ恐レナク一方ニ於テハ犯罪者ノ搜索ノ爲メ無用ノ冗費ヲ生スルコトナキナリ或ハ自首減輕ヲ認ムルハ犯罪者ノ真正ノ悔悟ニ因由スト曰フ者アリト雖モ固ヨリ探ルニ足ラス是レ刑法上ノ自首ノ條件ニ背馳スル觀念ナレハナリ故ニ古來ヨリ自首ニ對シ減輕ノ制度ヲ採ラサル國アリ改正刑法ハ本條ニ於テ自首者ハ減輕ノ特典ニ浴スヘキコトヲ規定シタリ

舊刑法ハ自首ヲ爲シタル者ハ必ス本刑ニ一等ヲ減シ又財産ニ對スル罪ヲ犯シタル者ニハ其損害ノ賠償ノ程度ニヨリ減等ノ度ヲ異ニスルノ規定ヲ設ケ而シテ謀故殺ニハ之ヲ適用セサル旨ヲ定メタリト雖モ謀故殺ニ係ルモノヲ除外スルノ理由ナク又自首者ニハ必ス本刑ニ一等ヲ減スルカ爲メ自首減等ヲ期シテ犯罪ヲ爲ス者ナキニ非サルノミナラス損害ヲ賠償スル程度ニ從テ減等ノ度ヲ異ニスルカ如キハ其規定細微ニ過キ弊害ヲ生スル虞アリ是ヲ以テ本法ハ之ヲ改メ罪ノ種類ヲ問ハス自首シタル者ハ其刑ヲ減輕スルコトヲ得ルコト、爲シ

此等ノ弊ヲ一掃シ且ツ自首減輕本來ノ目的ヲ達セントスルモノナリ
 第二項ハ現行法第八十七條ノ趣旨ト精神ヲ同フスル規定ニシテ現行法ハ財産
 ニ對スル罪ニ限り被害者ニ首服スルコトヲ以テ自首ノ效アリト爲スト雖モ本
 法ハ之ト異ナリ告訴ヲ待テ訴追スヘキ罪ニ限ルコト、爲シタルハ親告罪ノ性
 質上頗ル適當ナル規定ナリトス而シテ告訴權ヲ有スル者ニ首服シタル者ヲ以
 テ官ニ自首シタル者ト同一ニ看做スハ其間ニ差別ヲ設クルノ必要アラサレハ
 ナリ

第八章 未遂犯

犯罪ノ未遂トハ已遂ニ相對スル罪ノ體様ニシテ企圖シタル直接ノ結果ヲ惹起
 シ能ハサル狀態ニ外ナラス凡ソ一罪ヲ遂行スルニハ(1)罪タル行爲ヲ爲ス意思
 ヲ以テ(2)其行爲ヲ爲スノ準備ヲ爲シ(3)其行爲ノ實行ニ着手シ(4)其行爲ノ實行
 ヲ繼續シ(5)遂ニ一定ノ直接ノ結果ヲ生セシムルヲ要ス企圖シタル結果ヲ惹起
 シ能ハサルコトハ或ハ行爲者自身ノ障害ニ因由スルコトアリ或ハ外界ノ障害

ニ原因スルコトアリ而シテ罪ノ未遂トハ企圖シタル直接ノ結果ヲ惹起シ能ハ
 サル狀態ナリトセハ準備ヲ爲シタル後實行ニ着手セス又ハ實行ヲ繼續セサリ
 シ場合ノ未遂ナルコトハ勿論罪タル行爲ヲ爲スノ意思ヲ立シタル後何等ノ實
 行準備ヲモ爲サ、リシ場合モ亦之ヲ未遂ト云フ可ク外界ノ障害ニ因リテ事實
 ヲ惹起シ得サル場合ハ勿論行爲者自身ノ障礙ニ因リ之ヲ惹起シ能ハサリシ場
 合モ亦之ヲ未遂ト稱スヘシ然ラハ行爲ノ未遂ハ廣義ニ於テハ罪ヲ犯ス、意思ア
 リ、而シテ未、タ、之、ヲ、遂、ケ、サ、ル、ノ、謂、ナ、リ、ト、云、フ、ヲ、得、ヘ、シ、罪、ヲ、犯、ス、ノ、意、思、ヲ、以、テ、多
 少ノ動作ヲ爲シタルニ拘ラス之ヲ遂ケサル場合ハ其動作ノ實行的ナリシト準
 備的ナリシトヲ問ハス又其遂ケサリシ原因カ外界ノ障礙ナリシト行爲者自身
 ノ障礙ナリシトヲ論セス之ヲ罪ノ未遂ト稱スルコトヲ得ヘシ然レトモ我刑法
 上所謂未遂トハ斯ノ如キ廣義ノモノニアラス次ノ要件ヲ具備スルヲ要ス

- 一 犯罪行爲ノ意思アルコト
- 二 犯罪行爲ノ實行ニ着手シ若クハ實行ヲ遂ケタルコト
- 三 實行行爲ニ着手シ若クハ遂ケタリト雖モ自己ノ意思ニヨリ中止シ若クハ

自己以外ノ障碍ニヨリ實行ヲ終結スルコト能ハサルカ若クハ要素タル結果ヲ惹起シ能ハサリシトキ

以上ノ要件ヲ具備スルトキハ之ヲ未遂犯ト稱スルコトヲ得、犯罪ノ未遂ヲ罰スル所以ノモノハ蓋シ刑法ハ公ノ秩序維持ヲ目的トスルヲ以テ未遂ノ犯罪ト雖モ必要ニ應シテ之ヲ處罰セサル可ラサルニ因ル而シテ其必要如何ハ各場合ニヨリ異ルヲ以テ各本條ニ於テ之ヲ規定スルコト、セリ而シテ假令處罰ノ必要アルモノト雖モ已遂ニ比シ社會秩序ヲ紊亂スルコト少キヲ例トスルヲ以テ多數ノ立法例ハ減輕ノ旨ヲ規定ス本法亦然リ、本章ハ舊刑法第一編第九章ノ規定ヲ修正シタルモノナリ

第四十三條 犯罪ノ實行ニ着手シ之ヲ遂ケサル者ハ其刑ヲ減輕スルコトヲ得但自己ノ意思ニ因リ之ヲ止メタルトキハ其刑ヲ減輕又ハ免除ス

【字義】 實行ニ着手シ……實行トハ刑法ノ各條ニ於ケル各犯罪ノ特別成立要素タル行爲ヲ云ヒ着手トハ實行ヲ組成スル各舉動及ヒ實行ニ近密接著シタル各舉動ヲ云フ故ニ實行終結スルト共ニ着手終結ス例ヘハ窃盜ノ成立要件ハ他人ノ財產窃取ニアリ故ニ窃盜罪ノ實行ニ着手スルト云ヘハ他人ノ財物ヲ盜ミ始ムルヲ云フ

之ヲ遂ケサル者……

……犯罪行爲ヲ完成スル能ハサリシナ云フ結果ノ後ニ發生スヘキ犯罪ニアリテハ實行ヲ遂ケタルモ結果未タ發生セサルヲ云フ舊刑法ノ所謂犯人意外ノ障碍若クハ舛錯ニヨリ未タ遂ケサルトキヲ包含ムト雖モ茲ニ謂フ所ハ自己ノ意思ニヨル中止犯ノ場合ヲ除外セルモノト知ルヘシ

自己ノ意思ニヨリ之ヲ止メ……所謂中止犯ト稱スル場合ニシテ犯人カ自ラ犯罪ノ意思ヲ斷シ其着手セル犯罪行爲ヲ中途ニシテ止メタルヲ云フ已ニ實行ヲ遂ケ結果未タ發生セサルモノニアリテハ其結果ノ發生ヲ撲滅スル行爲ヲ爲スナ云フ

【釋義】 舊刑法ハ第一百十二條ニ於テ犯人意外ノ障碍若クハ舛錯ニ因リ之ヲ遂ケサル場合ヲ以テ未遂犯ノ要件トセリ然レトモ本法ニ於テハ一旦犯罪ノ實行ニ着手シタル後犯人ノ遂ケサリシ場合ニ於テハ其原因如何ヲ問ハス凡テ之ヲ未遂ト爲スヘシトノ趣旨ニ基キ犯罪ノ實行ニ着手シ之ヲ遂クルコト能ハサリシトキハ凡テ之ヲ未遂犯トシ舊刑法ノ所謂着手未遂及ヒ實行未遂ノ區別ヲ爲サス其處分ニ至リテモ必ス減輕スヘキモノト爲サスニ一ニ情狀ニ因ルコト、セリ是レ未遂罪ハ已遂罪ノ結果タル危害ニ比シ多少輕キモノナキニ非スト雖モ時トシテハ其犯情恕ス可ラサルモノアルヲ以テナリ唯自己ノ意思ニヨリ之ヲ止メタルモノハ害毒少ク其犯情モ大ニ恕スヘキ處アルヲ以テ之ヲ罰スルニ

當リ必ス減輕又ハ免除セサル可カラストセリ是レ本條但書ナリ然レトモ自己ノ意思ニヨリ中止セシモノト雖モ其中止ノ原因ニヨリテハ已遂以上ノ恐ルヘキ企圖ヲ爲サンカ爲メ中止セルコトアラン隨テ斯ノ如キハ充分ニ之ヲ處罰セサレハ社會ノ秩序ハ維持シ難シ然ルニ本條但書アルカ爲メ必ス減輕セサル可ラサルノ不都合ヲ生ス故ニ余輩ハ本但書ヲ改メテ但自己ノ意思ニヨリ之ヲ止メタルトキハ其刑ヲ免除スルヲ得トシ減輕ニ付キテハ本文ノ適用ヲ俟タシムルヲ可ナリト信ス

第四十四條 未遂罪ヲ罰スル場合ハ各本條ニ於テ之ヲ定ム

【釋義】 舊刑法第百十三條ニ相當スル規定ナリ舊刑法ハ未遂犯ハ重罪及ヒ明文ヲ以テ示セル輕罪ニ限り之ヲ認メタルハ甚タ理由ナキコトナリトシ本法ハ罪種ニヨリ未遂犯ヲ制限セス然レトモ凡テノ犯罪ノ未遂ヲ處罰スルハ必要ナキノミナラス反テ弊害ヲ生スルノ恐アルヲ以テ處罰スヘキ場合ハ各本條ニ於テ一々之ヲ規定セリ

第九章 併合罪

併合罪トハ舊刑法ニ所謂數罪俱發ニ當リ同一ノ犯人ノ犯シタル罪ニシテ未タ確定判決ヲ受ケサルニケ以上ノ罪ノ發覺シタル場合ヲ云フ而シテ其後ニ於テ其一罪又ハ數罪ニ付キ確定判決ヲ受ケタルト否トヲ區別セス故ニ其體様ニ至リテハ種々ノ別アリ

一 同時ニ確定判決アリタル場合(第四六條乃至第四九條)

二 一罪ノミニ付キ確定判決アリシ場合

三 各罪異別ニ確定判決アリタル場合

是ナリ而シテ此等ノ體様ヲ有スル併合罪ニ對シ如何ナル刑ヲ裁量スヘキヤニ付キ學說立法例種々アリ

第一 吸收主義 此主義ハ輕キ罪ハ重キ罪ニ吸收セラル、ヲ以テ數罪中其最

重ノ罪ニ相當スル刑ノミヲ科スヘキモノト爲ス此主義ハ他ノ數個ノ罪ヲ無視スルモノニシテ理論ニ背馳スルノミナラス已ニ一罪ヲ犯ストキハ之ヨリ

輕キ罪ハ之ヲ犯スモ敢テ問フ處ニアラサルヲ以テ(犯シ得ナル故)反テ犯行ヲ獎勵スルノ嫌アリ舊刑法ハ此主義ヲ採ル

第二 併科主義 數罪ニ付キ確定判決ヲ受ケタル場合ニ其各罪ノ刑ヲ合算シ其和ニ相當スル刑ヲ科セントスルニアリ蓋シ罪アレハ必ス刑アリノ原理ニ依據スルモノニシテ最モ理論的ナリト雖モ之カ遂行上ニ於テ事實上及ヒ法律上ノ障礙ニ遭遇シ之ヲ併科スルコト能ハサル場合少カラサルノミナラス(無期刑ニ處シ又ハ死刑ニ處セラル、者ニアリテハ孰レカ一方ハ執行スルコト不能ナリ)過酷ニ流ル、恐アリ故ニ實際ニ於テ純然タル併科主義ヲ採用セル立法例ナシ

第三 折衷主義 併科主義ハ理論ニ適スト雖モ實際ニ適セス吸收主義ハ實際ニ合スト雖モ理論ニ背馳ス、二主義共ニ恰好ノ法制ト云フコトヲ得サルヲ以テ近時二主義ノ短ヲ捨テ長ヲ採リ一ノ主義ヲ按出セリ之ヲ折衷主義ト云ヒ改正刑法ノ採用スル處ナリ此主義ハ原則トシテ刑ハ罪ニ應シ積算科刑スヘキモノトシ其實際ニ適應セス或ハ過酷ニ失スル部分ニ對シテハ或ハ制限併

科ノ主義ニヨリ(例ハ第四七條或ハ吸收主義ニヨリ(例ハ第四六條)以テ刑ノ輕重權衡ヲ保チ改過遷善ノ方法ヲ完フスルコトニ力メタリ

第四十五條 確定裁判ヲ經サル數罪ヲ併合罪トス若シ或罪ニ付キ確定裁判アリタルトキハ止タ其罪ト其裁判確定前ニ犯シタル罪トヲ併合罪トス

【字義】 確定裁判……(第五條字義參照)

【釋義】 本條ハ併合罪トハ如何ナルモノヲ云フヤ其意義ヲ限定セル規定トス即チ併合罪トハ確定裁判ヲ經サル數罪ヲ云フヲ原則トス然レトモ若シ或一罪ニ付キ確定裁判アリ其裁判確定前ニ犯シタル他ノ罪發覺シタル場合ニ於テハ尙之ニ併合罪ノ規定ヲ適用シ此二者ヲ綜合シテ一ノ科刑ヲ爲スコト執行上其他ノ便利ナルヲ以テ茲ニ其原則ノ例外ヲ設ケ若シ或罪ニ付キ確定裁判アリタルトキハ止タ其確定裁判アリタル罪ト確定裁判前ニ犯シタル罪トヲ併合罪トスル旨ヲ規定セル所以ナリ

第四十六條 併合罪中其一罪ニ付キ死刑ニ處スヘキトキハ他ノ刑ヲ科セ

ス但沒收ハ此限ニ在ラス
其一罪ニ付キ無期ノ懲役又ハ禁錮ニ處ス可キトキ亦他ノ刑ヲ科セス但罰金科料及ヒ沒收ハ此限ニ在ラス

【釋義】 本法ハ原則トシテ併科主義ヲ採リ唯刑ノ性質上併科シ得ヘカラサルモノニ限り吸收若クハ制限併科主義ヲ採リシコトハ已ニ前述セルカ如シ然レトモ本條規定ノ場合ハ實際ノ適應上併科スルコト不能ナルカ爲メ吸收主義ヲ採リタルモノニシテ死刑及ヒ無期自由刑ノ場合はナリ

一 死刑ニ處スヘキ罪ト他ノ罪ト併合セル場合ニハ他ノ刑ヲ科セス(第一項)蓋シ死刑ヲ科スヘキ犯人ニ對シテハ他ニ之カ懲罰ノ手段ヲ取ルノ必要ナキノミナラス無期刑ト併合セル場合ニハ實際上併合不能ナリ是レ本條第一項ヲ設ケタル所以ナリ然レトモ犯罪ニ供シタル物件若クハ犯罪ヲ組成セル物件又ハ犯罪ニヨリテ得タル及ヒ生シタル物件ノ如キハ元來之ヲ社會ニ殘留スルトキハ惡影響ヲ及ホスノ恐アルヲ以テ物件其物ノ性質上之ヲ沒收スヘキモノナルカ故ニ但書ヲ以テ本文ニ對スル例外ヲ設ケタリ

二 無期ノ懲役又ハ禁錮ニ處スヘキ場合ニ於テハ亦他ノ自由刑ヲ併科スルコト實際上不能ナルヲ以テ本條第二項ニ於テ併科セサル旨ヲ定メタリ然レトモ罰金及ヒ科料ハ之ヲ併科シテ敢テ差支ナキヲ以テ原則ニ戻リ之ヲ併科スヘキモノトセリ沒收ニ付テハ第一項ニ述ヘタル處ト同様ナリ

第四十七條 併合罪中二ケ以上ノ有期懲役又ハ禁錮ニ處スヘキ罪アルトキハ其最モ重キ罪ニ付キ定メタル刑ノ長期ニ其半數ヲ加ヘタルモノヲ以テ長期トス但各罪ニ付キ定メタル刑ノ長期ヲ合算シタルモノニ超ユルコトヲ得ス

【釋義】 本條ハ過酷ニ流ル、點ヲ以テ制限的併科主義ヲ採リタル場合ニシテ併科主義ニ對スル第二ノ例外ナリ有期自由刑ノ場合即チ是レナリ
有期ノ懲役又ハ禁錮ニ處スヘキニケ以上ノ罪アル場合例ヘハ三年以下ト五年以下トノ懲役ニ處セラル可キニ罪アル場合ニ於テハ此併合罪ノ刑期ヲ八ケ年以下トスルコトナク其中最モ重キ罪ニ付キ定メタル刑ノ長期五年ニ其半數二年六ケ月ヲ加ヘタル七年六ケ月以上ニ上スコトヲ得スト定メタリ而シテ斯ノ

如ク制限スル所以ノモノハ純然タル併科ヲ以テ過酷ナリト爲スヲ以テナリ故ニ最モ重キ罪ニ付キ定メタル刑ノ長期ニ半數ヲ加ヘタルモノ(例之八年以下ト三年以下ナル場合ニハ最長期八年及ヒ其半數四年ヲ加ヘ十二年トナリ八年及ヒ三年ヲ併科セル十一年ヨリモ重キ場合ヲ生ス)カ各罪ノ合計期間ヨリモ反テ長期十一年ヨリモ一ケ年ヲ長クス)ニ亘ルコトアリ斯ノ如キハ制限的併科主義ヲ設ケタル理由ニ反スルヲ以テ本條但書ヲ置キ之ヲ明確ニセリ

第四十八條 罰金ト他ノ刑トハ之ヲ併科ス但第四十六條第一項ノ場合ハ此限ニ在ラス

二ケ以上ノ罰金ハ各罪ニ付キ定メタル罰金ノ合算額以下ニ於テ處斷ス
【釋義】 本條第一項ハ罰金ト他ノ刑トノ併合罪ニ付キ規定セリ元來本法ハ原則トシテ併科主義ヲ採リタルヲ以テ刑ノ性質上併科シ得ヘキモノハ可成併科スルノ方針ヲ採リ罰金ト他ノ刑トハ併科スルコト、セリ然レトモ第四十六條第一項死刑ノ場合ハ之カ例外ヲ爲スモノトス(第四六條釋義參照)
二ケ以上ノ罰金ハ之ヲ併科スルトキハ或ハ酷ニ失スル場合ナキニ非サルヲ以

テ本條第二項ニ於テ犯罪ノ體樣犯人ノ身分情狀等ニヨリ各罰金ノ合算額ヲ出テサル範圍ニ於テ處斷スヘキコトヲ命シ以テ裁判官ノ自由裁量ニ任シタリ

第四十九條 併合罪中重キ罪ニ沒收ナシト雖モ他ノ罪ニ沒收アルトキハ之ヲ附加スルコトヲ得
二ケ以上ノ沒收ハ之ヲ併科ス

【釋義】 併合罪ハ併科主義ヲ原則トスト雖モ輕キ罪ハ或ハ重キ罪ニ吸收セラ
ル、コトアリ(第四六條第四七條等)而シテ輕キ罪ニ附加ノ沒收アル場合ニ於テ併科ノ場合ハ沒收ヲ附加スルコト勿論ナルモ吸收ノ場合ハ之ヲ附加スルコト能ハサル結果ヲ生ス然レトモ元來沒收ノ性質タル他ノ主刑ト異リ寧ロ該物件ヲ放擲シ置クハ危險ナルカ故ニ官ニ取上クルモノニシテ犯人ノ行爲ニ對スル制裁ト云ハンヨリハ寧ロ物件ニ重キヲ置クモノナルヲ以テ主刑ハ吸收セラル、場合ト雖モ附加ノ沒收ハ之カ爲メニ必要トナリ該物件ヲ放擲シ置クモ危險ノ影響ナシト云フ可ラス是レ本條第一項ニ於テ併合罪中重キ罪ニ付キ沒收ナシト雖モ他ノ罪ニ沒收アルトキハ之ヲ附加スルコトヲ得トセシ所以ニシテ

第二項ニ二個以上ノ沒收ハ之ヲ併科ストセル所以モ亦沒收ノ性質ニ付キ上述セシ所ニヨリ明カナラン(第四六條第一項第二項但書第一九條)

第五十條 併合罪中已ニ裁判ヲ經タル罪ト未タ裁判ヲ經サル罪トアルト

キハ更ニ裁判ヲ經サル罪ニ付キ處斷ス

【釋義】 本章ノ初ニ於テ說明セシカ如ク(併合罪ノ體様ノ區別)併合罪トハ確定裁判ヲ經サル數個ノ罪ノ發覺セル場合ヲ云フノミナラス一罪確定裁判ヲ經タル場合ニ其裁判前ニ犯シタル他ノ罪トノ關係モ亦併合罪ナリ前ノ場合ニ付テハ第四十六條乃至第四十九條ニ於テ規定セラレタリ而シテ後ノ場合(已ニ確定裁判ヲ經タル罪ト未タ裁判ヲ經サル罪トアル場合)ニ於テ如何ニ處斷スヘキカ是レ本條ノ規定スル處ニシテ此場合ニハ唯未タ裁判ヲ經サル罪ニ付キ刑ヲ定ムヘキモノトス而シテ其執行方法ハ次條ニ之ヲ規定ス

第五十一條 併合罪ニ付キ二個以上ノ裁判アリタルトキハ其刑ヲ併セテ之ヲ執行ス但死刑ヲ執行ス可キトキハ沒收ヲ除ク外他ノ刑ヲ執行セス無期ノ懲役又ハ禁錮ヲ執行ス可キトキハ罰金、科料及ヒ沒收ヲ除ク外他

ノ刑ヲ執行セス有期ノ懲役又ハ禁錮ノ執行ハ其最モ重キ罪ニ付キ定メタル刑ノ長期ニ其半數ヲ加ヘタルモノニ超ユルコトヲ得ス

【釋義】 前條ニ於テ述ヘタルカ如ク併合罪中一罪ハ確定裁判ヲ受ケ他罪ハ未タ裁判ヲ受ケサル場合ニ於テハ已ニ確定裁判ヲ受ケタルモノニ關係ナク更ニ他ノ罪ニ付キ裁判スヘキモノナルヲ以テ此場合ニ於テハ未タ執行セサルニケ以上ノ確定裁判ヲ生ススノ如キ場合ニハ如何ニ之ヲ執行スヘキカ原則トシテハ之ヲ併セ執行スヘキモノナリト雖モ或ハ事實不能ノ場合アリ或ハ酷ニ失スルコトナキニ非ス茲ヲ以テ本條ニ於テ之カ執行ノ方法ヲ定メタリ即チ確定裁判ノ一カ

一 死刑 タル場合ニハ他ノ確定裁判ハ其輕重如何ヲ問ハス之ヲ執行スルコト事實不能ニシテ唯附加ノ沒收ノミ之ヲ執行スルコトヲ得

二 無期自由刑 ヲ執行スヘキ場合ニ他ノ自由刑ハ事實上之ヲ執行スルコト不能ナルヲ以テ罰金、科料及ヒ沒收等ノ財産刑ノミ之ヲ行フコトヲ得トセリ(以上ノ理論ハ未タ裁判ヲ經サル併合罪ノ處分規定(第四六條)ニ付キ述ヘタル

所ヲ參考スヘシ)

一七〇

三 有期自由刑 此場合ニハ其最モ重キ罪ニ付キ定メタル刑ノ長期ニ其半數ヲ加ヘタルモノニ超ユルコトヲ得ス蓋シ二ヶ以上ヲ併セ執行スルハ酷ニ失スルノ嫌アルノミナラス未タ確定裁判ナキ併合罪第四七條ニ於テ制限的併科主義ヲ設ケタルニ關セス偶一罪確定裁判ヲ經タリトノ偶然ナル事實ノ下ニ二ヶノ確定裁判ヲ併セ行フトスルハ兩者ノ間ニ權衡ヲ失スルコト甚タシ茲ヲ以テ非常上告再審ノ外勳カス可ラスト爲シタル確定裁判ヲ變更スルノ異例タルニ拘ラス政策上權衡上第四十七條ヲ襲用セシ所以ナリトス

第五十二條 併合罪ニ付キ處斷セラレタル者或罪ニ付キ大赦ヲ受ケタル場合ニ於テハ特ニ大赦ヲ受ケサル罪ニ付キ刑ヲ定ム

【釋義】 本條ハ併合罪ニ付キ處斷セラレタル者カ併合罪ノ或罪ニ付キ大赦ヲ受ケタル場合ノ規定ナリ大赦ハ該犯罪ニ對スル裁判ノ效力ヲ消滅セシムル力アルヲ以テ大赦ヲ受ケサル罪ニ付キ更ニ科刑ヲ定ムルノ必要アリ蓋シ大赦ヲ受ケタル犯罪モ亦刑ノ輕重ヲ定ムルニ付キ與テ力アリシモノナリ然ルニ今其

罪大赦ニヨリ全ク消滅セシヲ以テ其與テ刑ヲ加重セシ丈ケ之ヲ減輕スルノ必要アリ舊刑法ハ本條ノ規定ヲ欠キシ爲メ往々ニシテ紛議ヲ免レサリシヲ以テ本法ハ茲ニ之ヲ明規シテ疑義ヲ明カニセリ

第五十三條 拘留又ハ科料ト他ノ刑トハ之ヲ併科ス但第四十六條ノ場合ハ此限ニ在ラス

二ヶ以上ノ拘留又ハ科料ハ之ヲ併科ス

【釋義】 舊刑法ハ違警罪ノ刑ハ之ヲ併科シ重罪カ輕罪ト共ニ發スルトキハ一ノ重キニ從フト規定ス然レトモ改正刑法ハ法理ノ示ス處ニ從ヒ實際上支障ナキ限リハ併科ノ主義ヲトリ拘留又ハ科料カ他ノ刑ト併合セル場合ニ於テ之ヲ併科スルハ敢テ不都合ヲ見サルヲ以テ之ヲ併科スヘキモノトセリ唯己ニ第四十六條ニ述ヘタルカ如ク死刑若クハ無期ノ自由刑ニ處スヘキ罪ト併合セル場合ニハ之ニ吸收セラレ拘留又ハ科料ヲ科セスト定メタリ

二ヶ以上ノ拘留又ハ科料カ併合罪タル場合モ亦同様ノ理由ニヨリ之ヲ併科スト定メシハ是レ言フ俟タサル處ニシテ殆ント無用ノ規定ナリ

第五十四條 一ケノ行爲ニシテ數ケノ罪名ニ觸レ又ハ犯罪ノ手段若クハ結果タル行爲ニシテ他ノ罪名ニ觸ル、トキハ其最モ重キ刑ヲ以テ處斷ス

第四十九條第二項ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ適用ス

【釋義】 本條ハ所謂想像上ノ數罪俱發及ヒ相牽連セル犯罪ニ關スル規定ナリ舊刑法ハ此規定ヲ欠キタルカ爲メ解釋上疑義ヲ生スルコト少カラス蓋シ想像上ノ數罪俱發トハ一所爲ニヨリ數ケノ結果ヲ生シ此結果カ各獨立ノ罪名ニ觸ル、場合ヲ云フ例ヘハ一發ノ彈丸ニテ窓ヲ破リ人ヲ殺スカ如キ殺人及ヒ器物毀棄ノ二罪名ニ觸ル然レトモ之ヲ以テ數ケノ所爲アリト云フ能ハス唯各結果ニ對スル關係ヲ法律上別箇ニ(彈丸人ニ中リテ死ニ致シタルトキハ殺人トシ及ヒ窓ヲ破リシハ器物毀棄トシテ)評價スルヲ妨ケス然レトモ同一ノ性質ヲ有スル事物ノ經過ハ程度高マルニ從ヒ總テ其低キ程度ノモノヲ吸收スヘキモノナリ故ニ結果ノ輕重ヲ比較シ其最モ重キモノニ對スル一罪(例ヘハ殺人罪)成立セリト斷定セサル可ラス是レ本條前半ノ規定スル處ニシテ一ケノ行爲ニシテ數

ケノ罪名ニ觸ル、トキハ其最モ重キ刑ヲ以テ處斷ストセルハ理論ニ合セル至當ノ規定ナリ

次ニ犯罪ノ手段若クハ結果タル行爲ニシテ他ノ罪名ニ觸ル、コト少カラス然レトモ

一 犯罪ノ手段トシテ行フ處ノ豫備又ハ着手ノ行爲ハ之ヲ獨立ニ罰スルコトヲ得ヘキ犯罪ニ係ルモノト雖モ其實行ノ所爲マテ進ミタル場合ニハ獨立ノ性質ヲ失フモノナリ今竊盜ヲ爲サントスル者門戶墻壁ヲ踰越シ屋内ニ入ルトキハ家宅侵入ニシテ竊取ノ方法トシテ錠前ヲ切取ルハ是レ器物毀棄タル可ク而シテ竊取ヲ遂ケタルトキハ竊盜トナルモノナリ斯ノ如ク同一種ノ事物ノ經過ハ其高キ程度ニ進ムニ從ヒ其以前ノ所爲ハ皆之ヲ吸收セラル可キモノナリ

二 竊盜ノ如キ罪ヲ處分スルニ當リ竊取ヲ爲シタル後犯人カ贓物ヲ處分スルハ固ヨリ立法者ノ豫想シタル處ニシテ且ツ竊取ノ結果タル行爲ト稱スヘキモノナリ故ニ竊盜ノ處分其モノハ竊取物ノ權利ナキ處分行爲マテモ包含ス

ト云ハサル可ラス故ニ贓物ヲ賣却シタリトスルモ他人ノ勳産ヲ冒認販賣シタル罪ヲ成サス斯ノ如ク犯罪ノ結果トシテ當然起ル可キ所爲ハ主タル行爲ニ吸収セラル可キモノナリ

本條第一項後半ハ即チ上述ノ理由ニ基キ犯罪ノ手段若クハ結果タル行爲ニシテ他ノ罪名ニ觸ル、トキハ其最モ重キ刑ヲ以テ處斷スル旨ヲ定メタリ然レトモ一ケノ行爲カ數ケノ罪名ニ觸レタルカ爲メ又ハ犯罪ノ手段若クハ結果タル行爲カ他ノ罪名ニ觸レ此等ノ罪ニ於テ沒收ノ刑ヲ附加スヘキ場合ニ於テ尙ホ主刑ニ吸収サルヘキモノトナストキハ沒收ヲ加刑セシ法ノ精神ヲ沒却スルコト、ナルヲ以テ本條第二項ニ於テ第一項ノ場合ト雖モ沒收ハ之ヲ併科スヘキ旨ヲ定メタリ

第五十五條 連續シタル數ケノ行爲ニシテ同一ノ罪名ニ觸ル、トキハ一罪トシテ之ヲ處斷ス

【釋義】 本條ハ連續犯ニ關スル所罰ノ方法ヲ規定セリ連續犯トハ行爲者カ連續シテ同一ノ罪ノ體様ヲ實現セシムヘキ數ケノ行爲ヲ爲シタルヲ云フ已ニ數

ケノ所爲アリ而シテ其結果ハ同一ナリト雖モ唯一ニアラサルヲ以テ數罪成立スルモノト云フ可ク隨テ之ヲ數罪トシテ處罰スルハ刑法上ノ原理ナリト斷定セサル可ラス而シテ之ヲ數罪トシテ處罰スルコト刑法上ノ原則ナリトセハ特ニ明文ヲ以テ規定スルニ非サレハ一罪トシテ之ヲ處斷スルヲ得ス然レトモ連續犯ノ如キハ合シ之ヲ數罪トスルモ數罪俱發若クハ併合罪ノ適用ニヨリ要スルニ一罪ノ刑ノミニ處セララルヘキモノニシテ其數罪ト稱スル處ノモノハ體様ニ於テ同一ナルノミナラス其犯行ノ日時モ前後相接續關係セルヲ以テ之ヲ法律上一罪ト見ルコト便宜ナリトス是レ本條ニ於テ連續シタル數ケノ行爲ニシテ同一ノ罪名ニ觸ル、トキハ一罪トシテ之ヲ處斷スル旨ノ規定ヲ設ケタル所以ナリトス

第十章 累犯

汎ク累犯ト云フトキハ一度以上罪ヲ犯シテ其確定裁判ヲ受ケタル後再ヒ罪ヲ犯シタル總テノ場合ニ該當ス而シテ累犯ニ付キテ刑ヲ加重セサルモノナシ蓋

シ一度刑ノ威嚴ヲ實驗シタルモノ其威嚴ヲ冒瀆シテ罪ヲ再ヒ三タヒセンカ是
 レ國家社會ノ頑兇ナリ此種ノ頑兇ニ對シテハ特別ニ加重シタル刑ヲ科スルニ
 アラスンハ公共ノ安寧秩序ハ得テ期ス可ラス是ヲ以テ各國ノ立法例皆累犯者
 ニ對シ刑ヲ加重セサルモノナシ然レトモ純理ヨリ之ヲ論スルトキハ一定ノ罪
 ヲ犯シタル者ニ對シテハ唯其犯シタル罪ヲ標準トシテ科刑ス可キモノニシテ
 事前ノ經歷如何ハ固ヨリ刑ヲ輕重スル效力ヲ有セシム可キモノニアラス斯ノ
 如ク累犯加重ノ根據ハ單ニ實際ノ必要上政策上ヨリ出テタルモノナルヲ以テ
 其法制ハ必スシモ法理ニ適合セルモノニ非サルヲ知ラサル可ラス

本章ハ現行法第一編第五章ノ規定ヲ修正シタルモノニシテ其重モナル要點ハ
 一 舊刑法ハ凡テノ犯罪ニ對シ累犯加重ノ制ヲ認メタリト雖モ改正刑法ハ之
 ヲ懲役ニ限リタルコト 蓋シ刑法カ累犯トシテ刑ヲ加重スル所以ノモノハ
 主トシテ刑ノ重キ威嚇ヲ以テ罪ヲ再ヒスルコトナカラシメンカ爲メナリ而
 シテ刑ヲ再ヒ三タヒスル者ハ多クハ犯罪ノ慣行的性癖ニ陥リタルモノニシ
 テ此等ハ竊盜詐欺取財等ノ犯罪者ニ最モ多シ而シテ此等ノ犯罪ニ對シテハ

多クハ科スルニ懲役ヲ以テシタリ是レ累犯加重ヲ以テ懲役ニ限リタル所以
 ナリ

二 加重ニ關シテ舊刑法ハ僅ニ一等ニ制限シタルニ拘ラス改正刑法ハ長期ノ
 二倍以下トナシタルコト

三 舊刑法ハ初犯再犯間ノ日數ニ制限ナク初犯後幾年ヲ經タル後ト雖モ更ニ
 犯罪アレハ之ヲ再犯トセリ是レ犯人ニ對シ酷ニ失ス故ニ本法ハ其期間ニ制
 限ヲ設ケタリ

四 舊刑法ハ再犯ニ付テノミ規定セルヲ以テ三犯以上ノ場合ニハ適用スル能
 ハサルノ嫌アリ故ニ本法ハ三犯以上ノ者モ亦再犯ノ例ニ倣フコト、セリ
 以上ノ外尙多少ノ修正アリ詳細ハ各本條ニ付テ比較研究セハ明瞭ナラン

第五十六條 懲役ニ處セラレタル者其執行ヲ終リ又ハ執行ノ免除アリタ
 ル日ヨリ五年内ニ更ニ罪ヲ犯シ有期懲役ニ處ス可キトキハ之ヲ再犯ト
 ス

懲役ニ該ル罪ト同質ノ罪ニ因リ死刑ニ處セラレタル者其執行ノ免除ア

リタル日ヨリ又ハ減刑ニ因リ懲役ニ減輕セラレ其執行ヲ終リ若クハ執行ノ免除アリタル日ヨリ前項ノ期間内ニ更ニ罪ヲ犯シ有期懲役ニ處ス可キトキ亦同シ

併合罪ニ付キ處斷セラレタル者其併合罪中懲役ニ處ス可キ罪アリタルトキハ其罪最重ノモノニ非スト雖モ再犯例ノ適用ニ付テハ懲役ニ處セラレタルモノト看做ス

【字義】

處セラレタルモノ……確定判決ヲ受ケタル者ヲ云フ必スシモ執行セラレタルコトヲ必要トセサルハ前已ニ述ヘタリ

其執行ヲ終リ又ハ執行ノ免除アリタル日ヨリ……第二十五條ニ於テ詳述セリ參照ス可シ

同質ノ罪ニヨリ……同一性質ノ罪ヲ云フ例ヘハ第八條ノ住居スル家屋ニ火ヲ放チタル者ハ死刑第九條ノ住居セサル家屋ニ火ヲ放チタル者ハ懲役ニシテ此二罪ハ同一性質ノモノナリ即チ第九條ノ懲役ニ該ル放火ト同質罪タル第八條ノ放火罪ニヨリ死刑ニ處セラレシ者ト云フカ如キ意ナリ

其罪最重ノモノニ非スト雖モ……併合罪中禁錮ニ處ス可キモノト懲役ニ處ス可キ罪トアリタルトキハ此二者ヲ比較シ假令禁錮ノ方重ク懲役ニ處ス可キ罪輕カリシ場合ニ於テモトノ意ナリ

【釋義】

本條ハ本法ニ於テ所謂再犯ト稱シ累犯ト稱スルモノハ如何ナルモノ

ナルカラ規定セルモノナリ規定ノ意義一讀明了ナルヲ以テ詳説ノ要ナシト雖モ初學者ノ爲メ之ヲ略説センニ初犯若クハ前犯(イ)懲役ニ處セラレタル者第一項又ハ(ロ)懲役ニ該ル罪ト同質ノ罪ニ因リ死刑ニ處セラレタルモ其執行ノ免除ヲ受ケ若クハ減刑ニ因リ懲役ニ處セラレタル者第二項若クハ(ハ)併合罪中懲役ニ處ス可キ罪アリタル者第三項其執行ヲ終リ又ハ執行ノ免除アリタル日ヨリ五ヶ年内更ニ有期懲役ニ處ス可キ罪ヲ犯シタル者ハ之ヲ再犯トセリ時期ヲ何故ニ五ヶ年ニ限リタルカ何故ニ有期懲役ニ限リタルカハ已ニ本章ノ初ニ於テ述ヘタル處ナレハ茲ニ之ヲ贅セス

第五十七條

再犯ノ刑ハ其罪ニ付キ定メタル懲役ノ長期ノ二倍以下トス

【釋義】

舊刑法第九十一條以下ニ再犯加重ノ制ヲ定メ云々ノ罪ニ該ルトキハ本刑ニ一等ヲ加フ可キ旨ヲ定メタル結果最重ノ罪ト雖モ加重三年ヲ超エス斯ノ如ク僅ニ一等ヲ加重スルヲ以テ慣行的犯罪人ノ犯罪ノ防遏ヲ豫期セシハ眞ニ空想ニ屬ス故ニ改正刑法ハ再犯ノ刑ハ該犯罪ニ付キ刑法各本條ニ定メタル刑ノ長期ノ二倍迄ハ裁判官ノ認定ニヨリ之ヲ加重スルコトヲ得トセルハ事宜

ニ適シタル法制ナリ

第五十八條 裁判確定後再犯者タルコトヲ發見シタルトキハ前條ノ規定

ニ從ヒ加重ス可キ刑ヲ定ム

懲役ノ執行ヲ終リタル後又ハ其執行ノ免除アリタル後發見セラレタル者ニ付テハ前項ノ規定ヲ適用セス

【釋義】 夫レ再犯以上ノ犯罪ハ刑ヲ加重セラル、ヲ以テ犯人ニ於テカメテ之ヲ隱蔽シ爲メニ至當ノ科刑ヲ爲ス能ハサルノミナラス其影響ヲ一般民衆ニ及ホスヲ以テ之ヲ防遏スルノ方法ヲ採ラサル可ラス然ルニ舊刑法ニ於テハ裁判ノ當時ニ於テ再犯者タルコト發見セラレサルトキハ假令其後ニ至リ再犯者タルコト發覺スト雖モ其刑期ハ加重シ得ヘカラサルヲ以テ犯人ハ其裁判ノ時ニ當リテ爭フテ其再犯者タルコトヲ隱蔽シ萬一ヲ僥倖センコトヲ企ツルニ至レリ是レ改正刑法カ本條ヲ設ケタル所以ナリ而シテ其規定ノ要領ハ

(一) 確定裁判後刑ノ執行前ニ發見セラレタル場合

(二) 確定裁判ヲ受ケ刑ノ執行中ニ發見セラレタル場合

以上二個ノ場合ニ於テハ第五十七條ノ規定ニ從ヒ更ニ審議斟酌シテ加重ス可キ刑ヲ定メ第一ノ場合ニハ加ヘテ之ヲ執行シ第二ノ場合ニ於テハ加重ス可キ分量ノ執行ヲ延長ス是レ本條第一項ノ規定ノ趣旨ナリ然レトモ已ニ

(三) 確定裁判ノ執行ヲ終リタル後又ハ其執行ノ免除アリタル後發見セラレタル場合

ニ於テモ尙以上ノ二場合ト等シク加重ス可キ刑ヲ定ムヘキノ理ナリト雖モ已ニ刑ノ執行ヲ終了シ又ハ免除ヲ受ケタル者ハ各正業ニ復セル者多カル可ク舊惡ノ爲メ之ヲシテ再ヒ獄舎ニ呻吟セシムルトキハ犯人ヲシテ反テ自暴自棄ニ陥ラシメ科刑ノ大原則ニ背反スルニ至ルノミナラス斯ノ如キ犯罪ヲ不知ニ經過セシ點ニ於テ國家モ亦多少ノ責任ヲ負ハサル可ラス是ヲ以テ改正刑法ハ本條第二項ニ於テ懲役ノ執行ヲ終リタル後又ハ其執行ノ免除アリタル後發見セラレタル者ニハ第一項ヲ適用スルコトヲク發見セラレタル刑ヲ不問ニ附スル旨ヲ規定セル所以ナリ

終リニ注意ス可キハ本條ハ他罪ノ執行終了若クハ免除ヲ條件トシテ其後ニ發

覺セシ罪ヲ不問ニ附スルコトヲ規定セルモノナルヲ以テ刑事訴訟ノ所謂新追
期間ノ特別ナルモノト云フ可キカ

第五十九條 三犯以上ノ者ト雖モ仍ホ再犯ノ例ニ同シ

【釋義】 本條ハ舊刑法第九十八條ト其趣旨ヲ同フス本章第五十六條以下ハ再
犯ニ關スル規定ナルヲ以テ三犯以上ニハ適用ナキカ爲メニ加重スルコト能ハ
サル可シトノ疑義ヲ生スルノ恐アリ故ヲ以テ本條ヲ設ケ三犯以上ノ者ト雖モ
同シク再犯ノ例ニ照シ本章ノ規定ニヨリ處斷ス可キ旨ヲ定メタリ

第十一章 共犯

犯罪ハ多クハ一人ニテ之ヲ犯スコトヲ得レトモ或ハ二人以上共同スルニ非
レハ成立スルコト能ハサルモノアリ一人ニテ犯スコトヲ得ル罪ハ強竊盜其他
ニシテ數人共同シテ此種ノ罪ヲ犯スコトアリ之ヲ任意共犯ト云フ之ニ反シ内
亂罪ノ如キハ二人以上共同スルニ非サレハ成立スルコト能ハス之ヲ必然共犯
ト云フ共犯ノ意義ニ付テハ古來學者其說ヲ異ニシ歸一スル處ナシト雖モ要ス

ルニ二人以上ノ共同ニ依テ一罪成立スル場合ヲ指スモノナルヤ明カナリ故ニ
共犯ノ成立ニハ左ノ條件ヲ必要トス

一 二人以上ノ責任能力者タルコト 犯罪ノ主體ハ人間ニ限ラル共犯亦同シ
故ニ動物ヲ使嗾使役シテ爲シタル犯罪ハ共犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス而シ
テ責任能力ナキ者ノ行爲ハ刑法上動物若クハ機械ト同一視ス可キモノナリ
故ニ共犯者ハ必ス二人以上ノ責任能力者ナラサル可ラス

二 共犯ノ行爲アルコト 共犯ノ行爲ニハ他人ト共ニ一定ノ罪ヲ犯スノ意思
換言スレハ共同シテ犯スノ意思ト之ヲ外部ニ表示スル働作及ヒ結果アルコ
トヲ要ス尙之ヲ區分シテ意思及ヒ働作(即チ犯人ノ主觀的方面)ト外界ニ及ホ
ス影響即チ結果(客觀的方面)トヨリ論スルコトヲ得

(甲) 共同シテ犯スノ意思及ヒ働作アルコトヲ要スルヲ以テ先ツ(一)自己ノ行
爲ヲ知覺シ居ルコトハ勿論(二)共犯者タル他人ノ行爲ヲ知ルコトヲ要ス他
人カ如何ナル行爲ヲ爲シツ、アルカヲ知ラサルトキハ共同ト云フヲ得サ
ルヲ以テ隨テ法律上ノ共犯ト云フコトヲ得サルナリ(三)此他人ノ行爲ト自

己ノ行爲トハ法定ノ關係ヲ有セサル可ラス然ラサレハ刑法上ノ所謂共犯ト稱スルヲ得ス然ラハ刑法上ノ共犯タルニハ如何ナル法定ノ關係ヲ要スルカ共同實行正犯幫助及ヒ教唆ノ三是ナリ

(乙) 働作ノ結果 上述ノ如ク共犯ノ成立ニハ共同ノ犯意アルコトヲ要スルノミナラス之ヲ行フノ働作ハ彼我ノ間互ニ法定ノ關係アルコトヲ要ス共同ノ犯意及ヒ共同ノ働作アリト雖モ未タ以テ刑法上共犯ノ行爲アリト云フコトヲ得ス凡ソ刑法ニ處罰スル處ノモノハ豫想セル結果ノ生センコトヲ防クニアルヲ以テ假令犯意アリ働作アルモ結果タル事實ノ發生ナキ場合ニハ犯罪トシテ之ヲ認メス例ヘハ殺人ノ働作ニ對シ教唆ナル働作ヲ爲スモ自己ノ教唆シタル働作ニヨリ殺人ノ事實出現セサリシ場合ニ於テハ教唆犯成立スルコトナシ隨テ共犯ナシ故ニ共犯ノ成立ニハ働作ノ結果カ他人ノ犯罪行爲ト法定ノ關係アルコトヲ要ス

三 共犯者タル可キ他人カ犯意ヲ要スル罪ヲ犯シタルコト 犯意ヲ要スル罪トハ罪ヲ犯スノ意思ヲ以テスルニ非サレハ成立セサル罪換言スレハ他人ノ

犯シタル罪ハ故意犯ナルコトヲ必要トス純理ヨリ云ヘハ過失罪ニ因リ他人ニ法定ノ影響ヲ及ホシ他人ヲシテ罪ヲ犯サシメタルトキモ亦之ヲ共犯ト謂フヲ得ヘシト雖モ法律上ニ於テハ之ヲ共犯ト爲サス共犯ノ成立スルニハ必ス犯意ヲ要スル罪ニ因リテ他人ニ法定ノ影響ヲ及ホスコトヲ必要トスルコトハ法文ニ於テ實行シタル者第六〇條實行セシメタル者第六一條幫助シタル者第六二條等ノ文言ヲ用ヒタルニ徴スルモ亦明カナラン

以上ノ三要件ヲ具備スルトキハ常ニ其犯罪成立ス然レトモ事物ノ性質上自ラ例外ナキ能ハス

(一) 刑法上一人カ他人ニ對シテ或行爲ヲ爲スコトヲ禁止スル場合ニ於テ其他人ノ行爲例ヘハ刑法第七十五條ハ猥褻ノ文書圖書等ヲ頒布販賣又ハ公然陳列シタル者ヲ罰スル規定ナルヲ以テ之ヲ購買シタル者ハ縱令上述ノ要件ヲ具備スルモ之ヲ共犯ト爲スコトヲ得ス

(二) 刑法々規カ特別ニ共犯タル行爲ノミヲ處罰シ主タル行爲ハ之ヲ處罰セサル場合ニ於ケル行爲例ヘハ第一百一條ハ囚徒ノ逃走ヲ幫助シタル看守又ハ謔

送者ノ行爲ノミヲ罰スル法規ナルヲ以テ其事實上ノ主タル行爲者即チ囚徒ハ縱令其看守者又ハ護送者ニ對シ共犯ノ成立條件ヲ具備シタル場合ト雖モ之ヲ共犯ト爲スコトヲ得ス

(三) 共犯ハ數人ノ共同ニヨリ一罪成立スルヲ云フ故ニ犯罪已ニ成立シタル後ニ至リテハ共ニ之ヲ犯スコトヲ得ス事後ノ加擔ハ共犯ニアラス
共犯ノ性質及ヒ成立ノ關係ハ以上論述セルカ如シト雖モ其處分方法其他詳細ノ點ニ至リテハ以下各本條ニ於テ論スル處アル可シ尙最後ニ一言ス可キハ一方共犯ノ存否ニ付キ學者間議論アリト雖モ余輩ハ上述ノ條件ヲ具備スルトキハ一方共犯成立スルヲ得ルコトヲ主張スル者ナリ例ヘハ人ヲ殺傷セントスル者ニ對シ犯人ノ不知ノ間ニ便宜ヲ與ヘ器具ヲ給與スルカ如キ明カニ刑法第六十二條ノ幫助犯タルヲ失ハス然リト雖モ前述セル成立要件ノ例外トシテ揭ケタル(一)ノ場合ト混同ス可ラス

第六十條 二人以上共同シテ犯罪ヲ實行シタル者ハ皆正犯トス
【字義】 二人以上……前通ノ責任能力者二人以上タルコトヲ云フ

共同シテ……同一ノ犯罪ヲ相共ニ通謀シテ犯スナク云フ
正犯……トハ各犯罪ノ特別成立要素タル行爲ノ一以上ヲ分擔シタルヲ云フ自ラ犯罪ノ實行ニ當ルヲ以テ正犯ト名ク或ハ之ヲ實行正犯ト云フ教唆犯ヲ準正犯トセルニ對ス
故ニ正犯ハ刑ノ種類ヲ問ハス已遂未遂ノ體様ヲ論セス必ス正犯アルモノナリ

【釋義】 本條ハ舊刑法第四百條ノ規定ヲ修正シタルニ止マルモノニシテ實行正犯ノ何物タルヤヲ説明シタル規定ナリ凡ソ共犯ハ上述ノ一般要件ヲ具備スルコトヲ必要トスト雖モ其之ヲ實現スルニ當リテヤ種々ノ體様ヲ具フ或ハ自ラ其實行ノ任ニ當ルコトアリ或ハ專ラ人ヲシテ爲サシムルコトアリ或ハ單ニ他人ノ行爲ヲ助成スルニ過キサレコトアリ自ラ分擔シテ犯罪ノ特別成立要素實行ノ任ニ當リタル場合ハ之ヲ實行正犯ト稱ス假令其實行シタル行爲ハ之ヲ分離獨立セシムルトキハ同一ノ罪ト爲ラサルモ問フ處ニアラス本條ハ即チ正犯ヲ定義シタル條項ニシテ二人以上通謀シテ共ニ同一ノ罪ヲ犯スニ當リ各其犯罪特別成立要素ノ一以上ヲ分擔シ自ラ其實行ノ任ニ當リタルトキハ之ヲ正犯トスル旨ヲ規定セリ

第六十一條 人ヲ教唆シテ犯罪ヲ實行セシメタル者ハ正犯ニ準ス
教唆者ヲ教唆シタル者亦同シ

【字義】 正犯ニ準ス……自ラ手ヲ下シタル實行正犯ト等シク責任ヲ負ハシムルノ
意ナリ

教唆……他人ヲシテ罪ヲ犯スノ決意ヲ生セシムル凡テノ行為ヲ云フ表示ノ方法ハ
問フ處ニアラス或ハ文書或ハ言語態度ヲ以テスルコトヲ得而シテ實行サレタル罪
ト教唆シタル處トハ同一ノ犯罪行為タルヲ要ス同種ノ犯罪行為ニテハ不可ナリ例
ヘハ石川五右衛門ヲ教唆シテ秀吉ノ衛ノ香爐ヲ盜マシメタル場合ニ五右衛門カ秀
吉ノ太刀ヲ盜ミ來リシトキハ同シク窃盜ナリト云ヘ教唆者ニ責任ナシ然レトモ
其指定セル方法タル鑰ノ陣羽織ヲ打掛ケサリシ爲メ露頭セシト雖モ教唆者タルノ
責ハ之ヲ負ハサル可ラス

教唆者ヲ教唆シタル者……例ヘハ丙ニ或人ヲ殺サントナ乙カ勸誘スル様ニ唆
カシタル甲即チ是ナリ此場合ニ丙ハ實行正犯人乙ハ其教唆者甲ハ乙ノ教唆者ナル
ヲ以テ丙ヨリ云フトキハ甲ハ教唆者ヲ教唆シタル者ナリ
而シテ教唆シタル者トハ二ノ意義アリ
一 教唆者ニ對シ正犯實行行為ヲ爲ス可キコトヲ教唆シタル場合 教唆者ハ自ラ
實行ノ任ニ當ルヲ欲セス更ニ他人ヲ教唆シテ實行セシメタル場合はナリ
二 教唆者ニ對シ教唆行為ヲ爲ス可キコトヲ教唆シタル場合 即チ特定若クハ不
定ノ第三者ヲ教唆シテ實行セシムヘキコトヲ教唆セシ場合はナリ
第一ノ場合及ヒ第二ノ場合中特定ノ第三者ヲ教唆スヘキコトヲ教唆シタルニ他ノ

第三者ヲ教唆實行セシメタル場合ハ如何、教唆ハ元來犯罪行為ノ教唆ニシテ手段方
法ノ教唆ニアラス而シテ本問ノ場合ハ單ニ手段方法ヲ異ニセシモノト見做スヘキ
ヲ以テ之ニ對シ教唆ノ教唆者ハ其任ヲ負ハサル可カラス

【釋義】 本條第一項ハ舊刑法第百五條ト同一ノ規定ニシテ所謂實行正犯ヲ教
唆シタル場合ノ處分ニ關スル規定ナリ蓋シ教唆者ハ自ラ手ヲ下スコトヲ爲サ
スト雖モ彼ハ犯意ノ創造者ニシテ又犯罪行為ノ製造者ナリ故ニ製造セラレタ
ル犯罪行為ヲ標準トセサル可ラス換言スレハ被教唆者ノ刑ヲ以テ其標準トス
ヘシ故ヲ以テ舊刑法ハ教唆者ハ之ヲ正犯ト爲スト規定シタリ然レトモ文意不
明ノ爲メ兎角ノ論議ヲ免レサリシヲ以テ本項ハ正犯ニ準ストシテ明カニ疑義
ヲ斷シ正犯ニ準シテ之ト同一ノ處分ヲ爲ス旨ヲ明カニセリ
第二項ハ教唆者ヲ教唆シタル者ヲ處罰スルノ規定ニシテ舊刑法ハ此規定ヲ缺
ケルカ爲メ實際上不良ノ徒ヲシテ其刑ヲ免レシメタルコト屢々ナルヲ以テ改
正刑法ハ茲ニ教唆者ヲ教唆シタル者ヲモ亦實行正犯ヲ教唆セルト同シク正犯
ニ準スヘキモノトセリ

第六十二條 正犯ヲ幫助シタル者ハ從犯トス