

二八〇 某犯罪ノ實行ノ所爲カ性質上多クノ時間ヲ要スルヤ否ヤハ法律カ其犯罪ニ下シタル定義ヲ熟讀玩味セサル可ラス何者其罪ノ實行ノ所爲ヲ如何ナルモノトスヘキカハ專ラ法律ノ定ムル所タレハナリ一例ヲ擧ケンニ日本刑法ハ重婚罪ノ定義ヲ下スニ方リ單ニ「配偶者アル者重テ婚姻ヲ爲シタルトキ……」ト云ヒ(刑三五四條)之ト同居スルヲ成立要素トセサルカ故ニ婚姻トイフ比較的僅少ノ時間ヲ要スル實行ノ所爲ヲ要素トス即チ即成犯ナリト雖モ若シ立法者ニシテ同居スルヲ成立要素タラシメント欲セハ斯ノ如ク規定セン事固ヨリ自由ナリ而シテ此場合ニハ繼續犯トナラン何者同居トイフ所爲アラフニハ性質上多クノ時間ヲ要スレハナリ又我刑法ノ定義ニ依レハ強竊盜罪ハ寸時モ贓物ヲ所持スル事無クシテ成立スルカ故ニ即成犯トイハサル可ラス是レ即成犯ト繼續犯トヲ分タンニハ法律ノ定義ニ基キ

如何ナル所爲ヲ成立要素トシタルカヲ定ム可シトイヘル所以ナリ

二八一 犯罪ノ多數ハ即成犯ニシテ繼續犯ノ數ハ少ナシ我刑法上第六十條第八十八條第二百二十九條第二百三十二條第二百四十二條第二百五十九條第二百七十八條第三百二十二條ハ繼續犯ナリ

右ノ外第五百十一條ノ罪ニ就テ「ゾイレ」氏ハ即成犯ナリトイフ説ヲ主張シ(同氏一九二頁)セリエ氏等ハ繼續犯ナリトイヘリ(同氏公私訴訟二卷四五九號)我刑法ノ解釋トシテハ後ノ説ヲ妥當トス何トナレハ犯罪人逃去ノ囚徒又ハ監視ニ付セラレタル者ヲ情ヲ知テ藏匿スルニ因リテ該條ノ犯罪ヲ成立セシム藏匿スルニハ若干ノ日子宿泊セシムルヲ要スレハナリ第三百四十一條ニ就テモ同様ノ問題起ル事アル可シ

二八二 即成犯繼續犯ハ行犯ノ細別ニアラス假令ハ謀故殺毆打創傷強竊盜ノ罪ノ如キハ行犯ニシテ即成犯ナリト雖モ證人トシテ裁判

所ニ呼出サレタル者示定ノ刻限ニ出頭セザリシ罪又ハ官署ヨリ解剖  
分拆又ハ鑑定ヲ命セラレタル醫師化學家等之ヲ肯セザリシ罪刑一七  
九一八〇條ノ如キハ即成犯ニシテ不行犯ナリ又司獄官吏カ囚人ヲ出  
獄セシム可キノ時ニ至リ之ヲ放免セザリシ罪刑二七九條又ハ逮捕官  
吏司獄官吏其他ノ護送者カ囚人ノ衣服飲食ヲ屏去シタル罪ノ如キハ  
繼續不行犯ニシテ不正監禁刑二七八條又ハ定規ヲ増減シタル度量衡  
ヲ所有シタル罪刑二二九條ノ如キハ繼續行犯ナリ

**二八三** 區別ノ實益三アリ(1)公訴ノ時効ニ就キ即成犯ハ其犯時ヨ  
リ起算シ繼續犯ハ其最終ノ日ヨリ起算ス(刑訴一〇條)(2)繼續犯ハ其日  
子ノ長キニ亘ル時刑ヲ加重サル、事アリ(刑二七八條)(3)繼續犯ハ多シ  
ノ時間ヲ要スルノ結果其初ト終ト土地ヲ異ニスル場合即成犯ヨリ多  
カラシ此ノ如キ場合ニ適用スヘキ法律及ヒ管轄裁判所ニ影響ヲ及ボ

ス事ナシトセス但シ即成犯ト雖モ犯地ヲ異ニスル事アルカ故ニ此第  
三ノ點ハ眞ノ區別ノ實益トスルヲ得ス

第四款

單行犯慣行犯連續犯

**二八四** 單行犯トハ一回ノ所爲ニ因リ成立スル犯罪ヲ謂ヒ慣行犯  
トハ數回同一ノ所爲ヲナサレハ成立セサル犯罪ヲ謂ヒ連續犯トハ  
二個以上ノ單行犯ヲ貫徹スルニ一個ノ犯意ヲ以テシタル結果一罪ト  
ナルモノヲ謂フ

**二八五** 犯罪ノ多數ハ單行犯ナリ而シテ數次ニ實施スル事ヲ得ル  
單行犯ニシテ前後ヲ貫徹スルニ一犯意ヲ以テスレハ連續犯トナルナ  
リ假令ハ他人ノ財産ヲ竊取シ一回ニシテ了レハ單行犯ニ過キスト雖  
モ若シ他人ノ金庫ニ藏ムル紙幣全部ヲ竊取スル意思ヲ以テ毎夜若干

圓宛竊取モハ連續竊盜犯ナリ又官私ノ印ヲ偽造シ行使スル罪ノ如キモ偽造行使一回ニシテ止マラハ單行犯ナリト雖モ偽造シタル印形ヲ漸次數回ニ證書類ニ押捺スル時ハ連續犯ナリ

第二百五十六條第四百二十五條第一第四百二十八條第九ノ如キハ慣行犯ノ例ナリ但シ一慣行犯ノ成立スルニ足ル所爲ノ回数ノ如キハ裁判官ノ職權ヲ以テ認定スヘキ事實論ニ過キス

**二八六** 單行犯ニ混シ易キモノハ前款ニ述ヘタル即成犯是ナリ但シ兩者ノ間一定ノ區別アリテ存ス單行犯ハ犯罪ノ成立ニ必要ナル所爲ノ度数ヨリ觀察シタルモノニシテ即成犯ハ其實行ノ所爲ノ性質上必要ナル時間ノ長短ヨリ觀察シタルモノトス

**二八七** 慣行犯連續犯連續犯ノ三者モ亦相混シ易シ左ニ其異同ヲ示サン

慣行犯ト連續犯ト相似タルハ長キ時間ヲ要スル點ニ在リ然レトモ連續犯ハ一回ノ所爲ニ因リテ長キ時間ヲ費シ慣行犯ハ數回ノ所爲アルヲ要スル結果多クノ時ヲ費ス是兩者ノ異ナル所ナリ

連續犯ト連續犯トハ又長キ時間ヲ費ス點ニ於テ相同シト雖モ其間二個ノ差別アリ連續犯ハ一回ノ所爲アルノミニシテ連續犯ニハ數回ノ所爲アリ連續犯ニ合マル、各所爲ハ之ヲ連絡スル犯意ヲ斷テハ各一罪トナルニ足リ連續犯ノ一所爲ハ數多ノ短キ時間ニ分割セハ一罪トナル成ル能ハス

慣行犯ト連續犯トノ相似タルハ數回同一ノ所爲アルコト及ヒ一犯意ヲ以テ貫徹スルコト長キ時間ヲ費スコトノ三點ニ在リ相異ルハ慣行犯ヲ構成スル所爲ハ一回ニテハ罪トナテス連續犯ノ各所爲ハ各一罪トナリ得ルニ在リ

**二八八** 連續犯ハ同一ナル數個ノ所爲アリト雖モ之ヲ連絡スルニ一犯意ヲ以テシタル結果一個ノ犯罪成立スルニ止ル故ニ左ノ二點ニ注意セサル可ラス(1)數罪俱發處分ヲ適用スレハ破毀ヲ免レサル不當ノ裁判ナリ假令ハ一度私印ヲ偽造シテ證書ニ押捺シ登記ヲ經タル罪ヲ證書偽造登記簿偽造ノ數罪俱發ニ問ハ、上告並ニ破毀ノ理由トナラシ(明治二六年一〇月一六日附判決)(2)數回ノ所爲中一度刑罰加重ノ原由伴ヒシ時ハ全躰ノ所爲ヲ加重スヘキ一犯罪トセサル可ラス若シ之ヲ加重シタル一罪ト加重セサル一罪トノ俱發ニ處分セハ破毀ヲ免レサラン假令ハ他人ノ倉庫ニ藏ムル財産ヲ數回ニ竊取スルニ方リ一回二人以上共ニ犯シタル時ハ第三百六十九條ニ因リ一等ヲ加フヘキ一個ノ竊盜罪ト判決スルヲ要シ若シ之ヲ一人ニテ犯シタル竊盜罪二人以上共ニ犯シタル竊盜罪ノ數罪俱發處分ニ照ラサハ破毀ノ理由アリ

ルモノナラン固ヨリ之ヲ數罪俱發ニ照シ一ノ重キニ問フト加重シタル一罪ニ問フトハ犯人ノ受ク可キ刑罰ニ差異ナシト雖モ結果ノ如何ニ拘ラス不當ニ法律ヲ適用スレハ破毀ノ理由トナルニ餘アリ

**二八九** 單行犯慣行犯連續犯ヲ分ツ實益ハ主トシテ公訴ノ時効ノ起算點ヲ定ムルニ在リ之ヲ示スニ先チ刑事訴訟法第十條但書ニ使用スル繼續犯トイフ文字ノ意味ヲ一言セン該條ニ所謂繼續犯罪トハ單ニ公訴ノ時効ノ起算點ヲ定ムル爲ニ二日以上ニ亘ツテ一罪ノ成立スル場合ヲ假定シタルニ過キササルヲ以テ必スシモ我輩カ二百七十號以下ノ說明ニ云ヘル如キ法理上ノ繼續犯ヲ謂フニ非ス我輩ノ所謂慣行犯連續犯ノ二ハ共ニ該條ノ繼續犯ノ中ニ含蓄セシムヘキモノニシテ公訴ノ時効ハ其最終ノ日ヨリ起算スヘキモノト信ス(寺尾氏刑事訴訟法講義二四七頁以下)

慣行犯連續犯ハ又繼續犯ノ如ク始中終犯地ノ異ル爲ニ適用スヘキ  
法律並ニ管轄裁判所ニ影響ヲ及ホスコト無シトセス但シ單行犯ト雖  
モ他ノ地方ニ亘ル能ハサルニアラサルヲ以テ此點ハ區別ノ實益トセ  
サルヲ妥當トス

### 第四節

### 發覺ノ模様ヨリ觀察スル種別

**二九〇** 現行犯非現行犯——現行犯ハ刑事訴訟法第五十六條ニ其定義ヲ  
示サル曰ク「現行犯トハ現ニ行ヒ又ハ現ニ行ヒ終リタル際ニ發覺シタル罪ヲ  
謂フ」故ニ重罪タルト輕罪タルト違警罪タルトニ論無ク苟モ右ノ定義ニ示  
ス通り現ニ行フ際又ハ行ヒ終リタル際發覺スレハ現行犯ト謂ハサル可ラス  
**二九一** 然ルニ重罪輕罪ニ付キテハ特ニ現行犯ニ准スル場合アリ同シク  
刑事訴訟法第五十七條ニ之ヲ列擧ス曰ク「(1)犯人トシテ一人又ハ數人ニ追呼  
セラルトキ(2)兇器贓物其他ノ物件ヲ携帶シ又ハ身被服ニ顯著ナル犯罪  
ノ痕跡アリテ犯人ト思料ス可キトキ(3)家宅内ニ於テ犯シタル罪ヲ檢證スル

爲メ又ハ其犯人ト思料スヘキモノヲ逮捕スル爲メ戶主ヨリ官吏ニ其處分ヲ  
求メタルトキ」ト  
右三個ノ准現行犯ハ如何ナル必要ニ基キテ設ケラレタルモノナルカ或學  
者ハ犯罪ノ終局ト極メテ接近シタルカ故ナリト説明ス(井上氏二五七頁)此ノ  
如ク解釋スレハ刑事訴訟法第五十七條ハ第五十六條ニ所謂「……現ニ行ヒ終  
リタル際ニ發覺シタル……」モノト適用ナリト云ハサル可ラサルニ至ラン蓋  
シ第五十七條ノ第一ノ場合ト第三ノ場合トハ通常犯罪終局ノ時ヲ甚シク隔  
テサルナラント雖モ其第二ノ場合ニ至リテハ全ク此ノ如キ推測ヲ下ス能ハ  
ス犯罪終局ノ時ヲ隔ツル決シテ少カラサルモ夫ノ兇器贓物ト思料スヘキ物  
品ヲ携帶シ若クハ衣服ニ血痕其他損所等ノアル爲ニ舉動犯人ト推測スヘキ  
場合ヲ生シ得ヘシ要スルニ准行得犯ハ訴訟手續ノ輕便迅速ヲ要スル場合ニ  
外ナラザラン  
**二九二** 刑事訴訟法第五十七條ハ舊治罪法第一百條ト同一ノ現定ナリ然  
ルニ舊治罪法第一百條ノ適用ニ付テハ別ニ一ノ規定アリキ明治十四年九月  
二十日附布告第四十六號第四ノ場合ニ曰ク「治罪法第一百條ニ准現行犯ノ場  
合列擧有之候處其舉動犯人ト思料ス可キモノアルトキハ當分ノ内現行犯ニ  
准シ處分スル事ヲ得」ト若シ右ノ布告ヲシテ今日尙有効ノモノタラシメハ刑  
事訴訟法第五十七條以外ニ更ニ准現行犯ノ場合アリトイフヲ得ン而ルニ該  
布告ニハ「治罪法第一百條……」トイヘリ治罪法ハ既ニ廢止サレテ假令其舊方

ハ同一ナリトスルモ現行刑事訴訟法第五十七條ハ治罪法第一百一條ニ非サルカ故ニ刑事訴訟法ノ實施ト共ニ該布告モ消滅シタルモノト解セサル可カラ

**二九三** 現行犯並ニ准現行犯ニ非サルモノハ盡ク非現行犯ナリ  
**二九四** 既アリ日ク現行犯非現行犯ノ區別ハ純然タル犯罪ノ區別トイフ

チ得ス總テ犯罪ハ其實行ノ當時ニ在テハ現行犯ニシテ時ヲ經過スレハ非現行犯トイフ如何ナル犯罪ト雖モ順次ニ此ニ經過ヲ經過スル者トスレトガロカ氏  
五五號現行犯非現行犯ノ區別ニシテ若シ其實行ノ當時タルト否トヨリ觀察  
チ下シタルモノナラシメハ實ニ此說ノ如シト雖モ該區別ノ標準ハ實行ハ當  
時ト發覺ノ摸樣トノ關係ニ外ナラス一罪ノ實行ノ當時又ハ餘リ時ヲ隔テズ  
シテ發覺スルカ又ハ刑事訴訟法第五十七條ニ列舉セル摸樣ニ發覺スレハ現  
行犯ニシテ然ラサレハ其現行犯タル上ハ如何ナル犯罪ト雖モ順次ニ一度ハ  
現行犯トナリ次ニ非現行犯トナルモノニアラス現行犯タルハ非現行犯トナ  
ル能ハス非現行犯タルハ現行犯トナル能ハサルナリ順次ニ現行犯非現行犯  
ノ二段落ヲ經過スル事無シ

**二九五** 現行犯ト非現行犯トチ區別スル實益左ノ如シ  
憲法ニ關シ國會々期中國會議員ヲ逮捕スルニ付キ現行犯タルト否トニ因  
リ議院ノ諾許ヲ要スルト否トノ區別アリ(憲五三條)  
刑法ニ關シ現行犯ニ非ザレハ附セサルモノアリ(第二六一條)

刑事訴訟法ニ關スルモノハ此區別ノ實益ノ最上位ニ位ス第五十八條第六  
十條第八十條及ヒ第四百四十二條以下ヲ參照ス可シ

### 第五節

#### 他ノ犯罪ニ牽連スルト否トヨリ

##### 觀察スル犯罪ノ種別

**二九六 附帶犯非附帶犯** 附帶犯ハ揭ケテ刑事訴訟法第八十五條ニ  
在リ日ク(1)同一ノ場所ニ於テ同時ニ一人又ハ數人ニテ犯罪ヲ犯シタルトキ  
(2)數人通謀シテ日時又ハ場所ヲ異ニシ犯罪ヲ犯シタルトキ(3)自己又ハ他人  
ノ犯罪ヲ容易ニスル爲メ又ハ其罪ヲ免ル爲メ他ノ罪ヲ犯シタルトキト此  
三個ノ場合ハ附帶犯ノ例ヲ示シタルモノナリ(九五五號)

**二九七** 附帶犯ニアラサルモノハ非附帶犯ナリ之ヲ區別スル實益ハ專ラ  
刑事訴訟法ニ關ス(1)附帶犯タルハ裁判所構成法第十六條第二十七條第三十  
七條ノ管轄規則ニ依ラサル場合ヲ生ス(刑訴二五條)(2)裁判所ハ訴ヲ受ケサル  
事件ニ付キ裁判スル能ハス(刑訴一八四條)是公判ニ關スル原則ナリト雖モ若  
シ辯論ニ因リ附帶犯ヲ發見スルトキハ特ニ訴ヲ受ケサルモノヲモ裁判スル  
事ヲ得(同條)

### 第六節 客體ノ如何ヲ標準トスル 犯罪ノ種別

二九八 犯罪ノ客體ヲ標準トスルトキハ(1)公益ニ關スル罪、身體財産ニ對スル罪(2)國事犯、非國事犯ノ二トスルコトヲ得

#### 第一 款

##### 公益ニ關スル罪、身體財産

##### ニ對スル罪

二九九 犯罪ハ總テ國家ノ生存條件ヲ害スルモノナリ、從ツテ犯罪ノ客體ハ常ニ國家ナリトイフ可シ、故ニ荷モ一個ノ犯罪アレハ一人ニ損害ヲ與ヘタルヤ否ヤヲ問ハスマタ其訴ヲ起シタルト否トニ拘ラス、國家ヲ代表スル檢事カ自ラ訴ヲ起シテ相當ノ制裁ヲ要求ス之ヲ公訴ト名ク然リト雖モ他ノ一方ヨリ見レハ其犯罪カ國家ヲ害スル狀態ニ付キ一ハ先ツ一人ノ身體財産ニ損害ヲ與フルニ因リテ間接ニ國家ヲ害シ一ハ直接ニ一國ノ生存、獨立、制度、

信用、安寧ヲ害ス是レ蓋此區別ノ採用サル、所以ハ一ナラン、古昔ノ刑罰制度ヲ考フルニ一國一社會ノ生存、獨立、信用等總テ直接ニ公益ヲ害スル犯罪ノミニ純粹ノ刑罰ヲ科シ其他ハ被害者ノ要求ヲ俟チ損害ヲ賠償セシムルトイフ思想ヨリシテ加害者ニ苦痛ヲ管メシメタル事迹アリ此ノ如キ歴史上ノ理由ハ佛國刑法編纂ノ際ニ公事ニ關スル罪、一人ニ對スル罪トイフ區別ヲ以テ犯罪ヲ大別シ刑典ノ順序ヲ整ヘシムル原因トナリテ之ヲ模擬シタルモノ歐羅巴各國ニ傳播シタル結果遂ニ我刑法ノ上ニモ公益ニ關スル罪、身體財産ニ對スル罪トノ區別ヲ見ルニ至リシトスレハ右ノ分類ハ歴史上ノ理由モ亦與リテ力ナシトセス

#### 第二 款

##### 國事犯、非國事犯

三〇〇 國事犯ノ定義ハ其實質ニ關スルモノト形象ニ關スルモノトノ間ニ著シク繁簡難易ノ別アリ、國事犯ノ實質的定義ヲ下スニ方リ甲ノ學者ハ「國家ノ自斷權ヲ侵害シ以テ現存スル憲法、國土ヲ變亂シ又ハ國主ノ一身ヲ犯ス」所爲ヲ國事犯ト謂フトイヘリ(刑法原論三卷二五頁)法律違反ノ所爲ハ盡ク國家自斷ノ特權ヲ侵害スル以上ハ特ニ此點ヲ國事犯ノ特色トスル能ハサラン又乙學者ハ「社會ノ生存

チ害セス單ニ其形狀ヲ變スル性質ノモノ之ヲ國事犯ト謂フト主張ス(ホアタル氏一六七號)犯罪カ社會ノ生存ヲ害セスシテ只其形狀ヲ害スルトハ如何ナルモノナリヤ之ヲ答フルニハ第一ノ說ノ如ク憲法國土ヲ變亂スルモノナリト云ヘリ此外或ハ直接ニ社會ノ組織ヲ害スルモノナリトイヒ或ハ國家ノ組織ヲ害シ又ハ其生存ヲ害シ又ハ生存方法ヲ害スルモノナリト云ヒ(ゲイノ氏一三〇號)甲論シ乙駁スル底止スル處ヲ知ラスト雖モ要スルニ國事犯ハ國家ノ政治ノ秩序ヲ紊亂スル所爲ヲ謂フニ外ナラサル可シ

國事犯ノ形象ノ定義ニ至リテハ其實質的定義ノ如ク數多ニ分ル、事無シ惟フニ一罪ノ形象ハ國法ノ正條ニ基キテ論定ス可キモノナルカ故ニ明文カ國事犯ノ中ニ列スレハ假令學理ニ反スルモ如何トモスル能ハサレハナラン

我刑法ノ下ニ於ケル國事犯ノ形象ハ第二編第二章ニ示サレタリ換言スレハ刑法第二編第二章第一節ノ內亂ニ關スル罪及ヒ同第二節ノ外患ニ關スル罪ハ國事犯ニシテ他ハ盡ク非國事犯ナリトイハサル可ラス即チ政府ヲ顛覆シ、邦土ヲ僭竊シ朝憲ヲ紊亂スル爲ニ兵亂ヲ醸シ又ハ外國ニ與ミシテ本國ニ抗敵シ、外國ト交戦中敵兵ヲ誘導スル等第二十一條以下ノ明文ニ依ラズンハ國事犯タルヤ否ヤヲ完ムル能ハサルナリ詳細ハ固ヨリ第二編以下ノ範圍ニ屬ス

三〇一 國事犯ト非國事犯トヲ區別スル實益ハ(1)刑法ニ關シ死刑ヲ除キ重罪ノ主刑ヲ異ニス(刑六七、六八條)即チ非國事犯ノ重罪ノ主刑ハ死刑ノ外徒

刑、懲役ニシテ何レモ定役ニ服シ國事犯ノ主刑ハ死刑ノ外流刑禁獄ニシテ共ニ定役ニ服セス又國事犯ノ輕罪ヲ犯セハ監視ニ附セラレ(刑一三五條)非國事犯ノ輕罪ヲ犯セハ監視ヲ附セラル、コトアリ附セラレサルコトアリ(2)次ニ裁判所構成法ニ關シ國事犯ハ大審院其裁判權ヲ有シ判決ニハ上訴ヲ許サス(裁審五〇條第二)國際條約ニ關シ國事犯人ハ一般ニ之ヲ引渡サハルモノトス(明治一九年一〇月六日米犯罪人引渡條約第四條同二〇年勅令第四二號)

逃亡犯罪人引渡條例第三條此點ハ先ニ一言セリ(一一九號)

右ノ實益ハ何レモ法律上ノ差異ナリト雖モ尙事實ニ就テ云ヘハ國事犯ハ大赦ノ恩典ニ浴スル事アルヘキモ非國事犯ニ此ノ如キ特典ヲ與ヘラル、ハ萬稀ナル可シ固ヨリ大赦ハ天皇ノ特權ニ屬シ(憲法一六條)如何ナル犯罪ニ附與シ給フモ敢テ大赦ノ性質ヲ變スル事ナシト雖モ現時文明國一般ノ慣習トシテ大赦ハ特ニ國事犯ニ與フル事迹アルノミナラス我國ニ於テモ既ニ其先例アルカ故ニ恐ラク今後モ大赦ニ遇フモノハ國事犯其多キニ居ルナラン

(明治二二年二月一日勅令第一二號參照)

第七節

違反シタル法則ノ如何ヨリ

觀察スル犯罪ノ種別



三〇二 普通犯特別犯——刑法違反ノ所爲ヲ普通犯ト謂ヒ刑法外ノ法律規則ニシテ刑罰ヲ制裁トシタルモノニ違反スル所爲ヲ特別犯ト云フ

普通犯トイフ用語ハ之ト對立セシムル語ニ因リ必スシモ爰ニ云フカ如キ刑法違反ノ所爲ヲ意味スルモノニ非ス若シ之ヲ國事犯ニ對立セシメテ普通犯又ハ尋常犯トイフモ可ナリ(國事犯トイフトキハ非國事犯トイフ義トナル)

刑法違反ノ所爲ニ普通犯ノ名稱ヲ下ス理由他ナシ刑法ノ禁令命令ハ人ノ身分事柄ノ性質ニ就キ其多數ヲ含蓄スルカ故ナリ之ニ反シテ特別法(即チ刑法外ノ刑罰ヲ制裁トシタル法規)ハ一定ノ職業ヲ營ム者一定ノ身分ヲ有スル者特定シタル所爲ニ對シテ禁令命令ヲ布クモノナルヲ以テ其區域ハ固ヨリ之ヲ刑法ニ比シテ狹少ナリ是則チ特別犯

ノ名アル所以トス

特別法中最モ重要ナルモノハ陸海軍刑法是ナリ(明治二十一年三號法律陸軍刑法、同第二號法律陸軍治罪法、同年第四號法律海軍刑法、同年第五號法律海軍治罪法、明治二十二年第二五號法律海軍々々人軍屬違警罪處分例參照)陸海軍刑法違反ノ所爲トハ陸海軍ノ軍人軍屬トイフ身分ヲ有スルモノ、犯罪也ト誤解スヘカラス即チ陸軍刑法第十二條第十三條海軍刑法第三條第四條ニ規定スル罪ノ如キハ常人ト雖モ軍律ニ照ラスノ明文アリ軍人ノ犯罪ト雖モ特ニ軍律ニ照ス明文ナクシテ刑法ニ觸レタルモノハ刑法ニ依リテ處斷スルモノトス(刑九六條參照)

三〇三 同時ニ刑法ノ規定ト特別法ノ規定トニ違反シタル所爲ハ普通<sup>犯</sup>ナリヤ特別犯ナリヤ特別法ハ普通法ニ優ルトイフ格言ニ因リ特別法ニ從ツテ處斷スルヲ原則トス然レトモ今日ハ尙明治十四年第七

十二號布告第六條有効ナルカ故ニ此ノ如キ場合ニ若シ其特別法ノ發  
布ガ該布告以前ニアレバ刑法ニ因テ處斷スルモノナリ之ニ反シテ該  
布告以後ニ出ラタル特別法ト刑法トニ觸ルレバ特別法ニ依ラサル可  
ラズ(刑一七八徵兵令三一條參照)

三〇四 普通犯ト特別犯トテ區別スル實益左ノ如シ(1)普通法ニハ  
刑法ノ總則ヲ適用ス特別犯ニハ其特別法ニ總則アレハ之ヲ適用ス特  
別ノ總則ナキ場合ニ限り刑法ノ總則ニ從フ(刑五條)(2)特別犯ニハ刑法  
ノ再犯加重並ニ數罪俱發ノ例ヲ用井ス(一四年一月二七號布告五條)  
(3)特別犯ノ一タル軍事犯ハ管轄裁判所ヲ異ニス但シ犯人カ軍人軍屬  
ナルトキハ普通犯ト雖モ軍法會議ノ判決ニ付シ軍事犯ト雖モ軍人軍  
屬ニアラサルモノ之ヲ犯サハ普通裁判所ノ管轄ニ屬スルナリ(明治一  
七年第一二號布告)

第八節

公訴ヲ提起スルニ告訴アルヲ要スルト

否トヨリ觀察シタル犯罪ノ種別

三〇五 親告罪、非親告罪——親告罪トハ檢察官公訴ヲ提起スルニ被害者  
又ハ被害者ノ親屬ノ告訴アルヲ要スルモノヲ謂ヒ非親告罪トハ被害者又ハ  
其親屬ノ告訴ヲ待タズシテ檢察官公訴ヲ提起スヘキモノヲ謂フ

三〇六 刑法ニ規定スル親告罪ハ(1)猥褻姦淫ノ罪(刑三四六—三四九條)有  
夫姦(刑三五三條)(2)幼者ヲ略取誘拐スル罪(刑三四一條)以下(3)誹毀ノ罪(刑三  
五八條)——(4)脅迫ノ罪(刑三二六條)——(5)牛馬外ノ  
家畜ヲ殺ス罪(刑四二三條)ノ五ニシテ他ハ盡ク非親告罪ナリ

三〇七 夫レ公訴ハ犯罪ヲ證明シ刑ヲ適用スルヲ目的トス(刑、訴、一、條)故ニ  
荷モ犯罪アル以上ハ社會ヲ代表スル檢察官公訴ヲ提起シテ刑ノ適用ヲ請求ス  
ヘキニ特ニ右五種ノ犯罪ニ限り被害者又ハ其親屬ノ告訴アルニ非サレハ公  
訴ヲ起ス能ハストナス理由如何、親告罪ヲ認ムル基礎何處ニアルカ  
親告罪ヲ認ムル理由三アリ(1)或種類ノ犯罪ハ之ヲ證明スルニ因リ更ニ被  
害者又ハ其親屬ノ名譽ヲ毀損シ甚シキハ被害者ヲシテ畢生ノ幸福ヲ失ハシ  
ムルモノナリ此ノ如キハ犯罪ニ因リテ損害ヲ受ケタル者ニ再ヒ其損害ヲ重  
クシムルモノニシテ到底公訴ノ最終目的ヲ達スル能ハス前段ニ掲ケシ親告

罪ノ第一第二ノ如キハ蓋シ此理由ニ基クモナラン(2)又一種ノ犯罪ハ被害者ノ感情如何ヲ聞カスハ其成立ヲ認ムル事困難ナルヲヨナラス往々之ニ第一ノ理由加ハリテ犯罪ヲ證明スレハ被害者ノ損害増加スルコトアリ是第三第四ノ親告罪アル所以ナリ(3)第五ノ親告罪ニ關シテハ更ニ別個ノ理由ニ基クテ知ル牛馬外僅少ナル家畜ヲ殺シ檢事ノ公訴ニ因リテ刑ヲ受ケタル者ハ更ニ憤情ヲ惹ヘタル結果近隣相敵視シ平和ヲ破リタル爲メニ再ヒ一大犯罪ヲ生スル危険ナシトセサレハナリ

**三〇八** 親告罪非親告罪ヲ區別スル實益ハ即チ其定義ニ示セル如ク檢事カ公訴ヲ提起スルニ私人ノ公訴アルヲ要スルト否トノ一點ニアリ而シテ犯罪アルハ公訴ヲ提起シ得ルヲ原則トスルカ故ニ親告罪タルニハ常ニ特別ノ明文アルヲ要ス(刑訴第三條但)故ニ先ニ(三〇五號)ニ列舉シタル外ハ擧ケテ非親告罪ナリト知ル可シ

**三〇九** 親告罪ノ場合ノ一人ハ公訴ハ只檢事ガ公訴ヲ提起シ犯罪ノ證明ノ適用ヲ請求スルニ必要ナルノ一條件ニ過キサルヲ以テ犯罪成立ノ要素ト混視ス可ラス告訴トイヒ公訴トイフ總テ犯罪ノ成立要素ヲ具ヘ其既ニ成立シタル後ノ事實ニ屬ス故ニ裁判官ハ公訴ヲ受理スルニ付テハ公訴アルヤ否ヤヲ決セサル可カラスト雖モ受理シタル事件ニ有罪ノ判決ヲ下スニハ一人ノ公訴アリシチ其一條件トナスニ及ハス

第二編  
刑罰

# 第一章

## 總論

### 第一節

#### 刑罰ノ定義

三二〇 犯罪ニ實質ト形象トノ別アル如ク刑罰ニモ亦其實質ト形象トノ別アリ刑罰ノ形象トハ一定ノ刑法カ刑罰トシテ示定スル事實ニ具ハル條件ヲ謂フ而シテ刑罰ノ實質トハ事物本來ノ特性上刑罰トシテ容レシムヘキ條件ヲ謂フ之ヲ區別スル必要ハ以下ノ所論ニ就テ知ル可シ

#### 第一款

##### 刑法ノ實質ノ定義

(即チ哲學上ノ刑罰ノ定義)

三一 犯罪ニ就テ述ヘシ如ク實質ハ一アリテ二ナシ而モ各探ル所ノ主義ニ因リテ所見ハ酷々相異レリ

試ニ純正主義ノ學者ヲシテ刑罰ノ實質ニ定義ヲ下タサシメンカ該主義ハ社會制度ノ根源ハ專ラ賠償ノ一點ニ在リト主張シ刑罰ノ基礎ヲ既クニ方リテモ罪惡必罰ト云フ道義感情ヨリ演繹シテ犯罪ニ刑罰アルハ惡事ニ惡報アルノ理ナリ他ニ違スヘキ目的アリテ然ルニアラスト云フカ故ニ刑罰ノ實質モ亦不正ニ對スル惡報ナリト云フノ外辭ナキヤ必セリ  
必要主義即チ利益主義ノ論者ハ純正主義ノ正反對ニ出テ社會制度ノ根源ハ利益ナリ利益ヲ得ント云フ最終目的ハ百般ノ社會的制度ノ基本ナリト主張スルモノナルカ故ニ之ニ刑罰ノ實質ノ定義ヲ下サシメハ必ラス「社會ノ利益ヲ保持スル方法トシテ既ニ社會ニ損害ヲ與ヘタル者ニ科スル不利益ナリト云ハシ

三二 折衷主義ハ我刑法ノ採用セシ所ナリ故ニ其論旨ハ十分之ヲ明カニセラレヘカラス該主義ヲ探ル學者ハ正義ト利益トノ二點ヲ社會的諸制度ノ基礎ナリトセリ從ツテ之ヲシテ刑罰ノ實質ニ定義ヲ

下タサシメハ「不正不利益ナル所爲ニ科スル惡報ニシテ正義ノ要求ヲ滿タシ社會ノ利益ヲ保持スル方法ナリ」ト云ハシ又此ノ如ク言ハスハ其論理ヲ貫カサルナリ刑罰ノ實質ヲ斯ク解スル結果トシテ(1)善ニ餘慶アリ惡ニ餘殃アル正義ノ觀念ニ基キ爰ニ一個ノ犯罪アラハ必ラス刑罰ナルヘカラス罪惡必罰ト云フ一大原則ハ決シテ動カス可ラス(2)刑罰ノ輕重ハ常ニ犯罪ノ大小ニ依リテ之ヲ定メ罪刑ノ間ニ權衡ヲ失ハサランコトヲカム可シ(3)然レモ其科スヘキ刑罰ニ至リテハ社會ノ利益ヲ保持スルニ足ルモノヲ選ハサル可ラス世人ヲ鑑戒シ犯人ヲ懲改スルニ足ルモノヲ選ム可シト云フ觀念ヲ一定不動ノ真理ト確信セリ

三三 我輩ノ探リテ以テ真理トスル自然法主義ニ於テハ人類ヲ以テ生物ノ一種トナシ人類ニ依リテ成ル社會ヲ生物進化ノ原理ニ支

配サル、一現象ト認ムル結果社會百般ノ制度ハ亦タ生物進化ノ理ニ依ラスノハ説明スル能ハストナス者ナリ今此主義ノ論鋒ヲ以テ刑罰ノ本質ニ定義ヲ下サハ「國家ノ生存ヲ維持スル爲ニ其生存條件ニ危害ヲ加フル所爲ヲ淘汰スル方法ナリ」ト云ハントス夫レ二個以上ノ生物共ニ存在スレバ常ニ其競争スルヲ見ル、人モ生物界ノ一類ナリ一私人ノ間ニ於テモ有形ニ無形ニ日トシテ生存競争ノ止ム時ナシ眼ヲ轉シテ國家ト云フ政治團體ト一私人トノ關係ヲ見ヨ亦タ其生存上常ニ相競争シテ止マス其相競争スルニ方リテヤ國家ハ刑罰ト云フ護身ノ利器ヲ振ツテ其生存條件ニ對スル危害ヲ芟除セントスル、恰モ禽獸ニ爪牙アリテ初メテ身ヲ全フスルニ鬚鬣タリ然モ其最終目的ハ國家ノ生存ヲ維持スルニアルヲ以テ(1)刑罰ハ犯罪ヲ除クニ足ル者ヲ選マサルヘカラス其大小輕重並ニ期間方法ニ至リテモ盡ク犯罪ヲ再ヒ現出セ

サラシムルヲ限度トシテ測定ス可シ(2)罪アルモ刑ヲ科セスシテ國家ノ生存ヲ維持スルニ足ラハ之ヲ科セサルモ可ナリト云フ二大結果ヲ生ス試ニ此論旨ヲ實際ニ應用センカ(1)人ヲ殺シタルモノハ殺サレ物ヲ盜ミタルモノハ常ニ人ヲ殺シタルモノヨリ其罰輕シト云フ反座主義ハ不適當ナリ(2)輕微ナル罪ヲ犯スモノト雖モ再三ノ處罰ニ懲改ノ迹ヲ見サレハ永ク良民ノ間ニ出沒スル途ヲ失ハシメ(3)一時ノ情勢ニ抑壓サレテ輕微ナル罪ヲ犯シタルモノ、如キ假ニ刑ヲ猶豫シテ試験ニ附スルモ可ナリ(八八八號)トスル等現時多數ノ刑法ノ主義ニ同シカラサルノ點固ヨリ一ニシテ足ラス

## 第二 款

### 刑罰ノ形象ノ定義

(即チ國法上ノ刑罰ノ定義)

三四 刑罰ノ形象トハ其一定ノ刑法ノ上ニ現ハレタル條件ヲ謂フ我刑法上ノ刑罰ハ如何ナルモノカト云ハ、第七條第八條第九條第十條ノ四ヶ條ニ列擧シタルモノ是ナリト云フ可キノミ之ヲ概括シテ一語ノ中ニ言現ハシ國家カ有罪ノ確定裁判ヲ經タルモノニ加フル苦痛ナリト云ハ、是レ即チ刑罰ノ形象の定義ナリ此定義ヲ分割スルモハ成法上ノ刑罰ニ關スル特色ヲ知ルニ足ラン

三五 (1) 刑罰ハ國家カ一人ニ加フル苦痛ヲサレサル可ラス何トナレハ刑罰ハ之ヲ強制スルコトヲ要シ之ヲ強制スルニハ權力アルモノカ權力ナキモノニ對スルニアラサレハ然ル能ハサルヲ以テナリ然リト雖モ國家ハ無形ノ法人ナリ自カラ刑ヲ加ヘ之ヲ執行スル能ハサルカ故ニ國家ノ權力ヲ代表スル一定ノ官吏其宣告並ニ執行ヲ司ル之ニ反シテ國家カ國家ニ對シ一人カ一人ニ對スレハ所謂平等ノ

關係ヲ生スルニ過キサルヲ以テ如何ナル場合ト雖モ刑ヲ科スルコトナキナリ

三六 (2) 刑罰ハ國家カ一人ニ加フル苦痛ナリ權力アル國家カ權力ナキ一人ニ加フルモノナルカ故ニ命令服從ノ關係ニシテ其苦痛ハ強制スル性質ヲサレサル可ラス蓋シ法律ノ規定ニ違反シタルヲ理由トシテ國家カ吾人ニ強制スル所ノモノハ刑罰ノ外ニ損害賠償失權廢罷無効公用徵收等一ニシテ足ラス其之ヲ命セラル、ニ方リ吾人ハ屢々痛苦ヲ感シ不快ヲ覺ユルコトナキヲ保セスト雖モ此ノ如キ場合ニ生スル苦痛不愉快ハ國家カ之ヲ強制セント欲シタルモノニアラサルヲ以テ亦タ刑罰ト云フ能ハサルナリ

三七 (3) 刑罰ハ犯罪ヲ理由トシテ科スル苦痛ヲサレサルヘカラス此點ニ於テ民事上ノ損害賠償失權廢罷無効ト刑罰トノ依ツテ起ル

所ニ差別アルヲ知ルニ足ラシ刑罰ハ犯罪其モノヲ理由トシテ強制ス  
ル苦痛ナリ之ニ反シテ損害賠償失權廢罷無効ノ如キハ犯罪ナキ場合  
ニ命セラル、コトアリ犯罪アル場合ト雖モ犯罪其モノヲ理由トセス  
犯罪ノ與ヘタル損害又ハ之ニ因リテ得タル利得ヲ理由トスルモノナ  
ルカ故ニ刑罰ニ非ラス

三三八

(4) 刑罰ハ苦痛ヲサレサル可ラス罪ヲ犯シタル結果更ニ國  
家ヨリ愉快ヲ與フル如キハ普通思想タモ排斥スル所ナリ吾人ニ苦痛  
ヲ與ヘントスルニハ勢其幸福ノ元素ノ一若クハ一以上ヲ殺カサル可  
ラス是吾人ノ生命、身軀、財産、榮譽、自由ノ中ニ損害ヲ與フルヲ刑ノ手段  
トスル所以ナリ

三三九

(5) 刑ハ裁判宣告アルノ時ヨリ直ニ執行シ得ルモノニ非  
ラス其宣告確定シテ後初メテ執行シ得ルモノナリ故ニ確定裁判ヲ經

タル者ニ加フル痛苦ナリト云フ(刑五〇刑訴三一七條)

三三〇

刑罰ノ形象の定義ノ説明ヲ了ルニ臨ンテ一言スヘキコトアリ先  
キニモ述ヘシ如ク(七九號)犯罪又ハ刑罰ノ定義ヲ下スニ方リ其實質ニ對スル  
モノト形象ニ對スルモノトハ之ヲ別ニスルヲ可トス何トナレハ罪刑共ニ實  
質ハ一アリテ二ナキヲ眞理トスト雖モ一國ノ刑法ノ採用スル所ハ必ラスシ  
モ之ト全一ナラス之ヲ明文ニヨリテ動カス能ハサル形象ノ定義ト強ヒテ一  
句ノ中ニ合併セハ宇宙ノ眞理ヲモ示サス一國立法者ノ主義ヲモ明ニセサル  
缺點ヲ生シ得レバナリ

三三一

ガロオ氏ハ佛國刑法カ折衷主義ヲ採用シタルコトヲ自認シ自カ  
ラ亦之ヲ以テ眞理ト認メナカラ刑罰ノ定義ヲ下スニ方リ實質ト形象トヲ合  
一シ刑罰ハ公益ヲ名トシテ國家カ有罪ノ判決ヲ經シ一私人ニ加フル痛苦ナ  
リト云ヘリ(同氏一卷二五一號)實質ト形象トヲ合シテ說明セントシタルハ既  
ニ其當否ニ疑アリト雖モ此點ハ一般學者常套ノ老手段トシテ假ニ一歩ヲ讓  
ルヘシ其實質ノ一部ヲ示サントシテ單ニ「公益ヲ名トシ……」ト云ヘルニ  
至リテハ我輩斷シテ其脱漏セシ所アルヲ見ル氏ハ罪刑共ニ其基礎正義ト利  
益トノ二點ニ在リト云フニアラスヤ何故ニ正義ノ要求ト公ハ利益トヲ名ト  
シト云ハサリシカ若シ夫レ公益ノ一語ハ以テ正義ト利益トヲ含マシムルニ  
足ラハ何故ニ根據ヨリ折衷主義ヲ覆ヘシテ必要主義ヲ主張セラレサルカ



### 第二節

#### 刑罰制度ニ關スル現行法ノ主義

三三二

我刑法上刑罰ノ何タルハ先ノ定義ニ示シタル如シ(三一四

號)之ニ牽連スル制度ニ關シ現行法ノ採用シタル主義ヲ略言セハ刑罰

ハ(1)豫シメ之ヲ法律ニ一定シ(2)公ニ宣告シテ(3)裁判確定後執行ス(4)

一身ニ止マリ(5)肉體ヲ毀損セス(6)世人ヲ警戒シ(7)犯人ヲ改心セシメ

(8)貧富貴賤ニ依リ別ヲ立テスト云フニ歸ス

三三三

(1) 刑罰ハ法律豫メ之ヲ一定ス蓋シ各國ノ刑法史上罪刑

共ニ豫メ之ヲ示サス裁判官ノ專擅ニ一任シタル時代アルハ人ノ熟知

スル所ナリ我國ニ於テモ大寶以前ニ在リテハ裁判官自カラ刑ヲ定メ

大寶以後暫ク法律ノ示ス所ニ依リシト雖モ遠カラスシテ再ヒ第一期

ノ專斷主義ニ立戻リ德川氏政權ヲ握リテ夫ノ百個條ヲ編纂スルニ至

リ漸ク當局者ノ間ニノミ一定ノ内規ヲ生シタリキ後明治三年成文ノ  
刑法全國ニ領布セラル、ニ至リテハ犯罪ヲ認ムルノ一點ハ裁判官必  
スシモ法律ノ正文アルヲ俟ツ必要ナカリシガ刑罰ハ當時既ニ法律ヲ  
以テ豫シメ之ヲ一定スルニ至レリ(新律綱領、雜犯律不應爲改定律例二  
八九條)

現行法ハ豫シメ刑ヲ一定ス但シ之ヲ一定スルニ當リ性質期間多寡  
ヲ指示シテ其範圍内ニ於テハ裁判官ニ職權ヲ以テ自カラ加減スル餘  
地ヲ與ヘタリ

三三四

一派ノ學者ハ法律ヲ以テ豫シメ刑期ヲ一定スル主義ニ反對ス其  
論旨ニ曰ク刑ハ犯人ヲ改心スルヲ限度トシテ科セサルヘカラス改心ノ遲速  
ハ人ニ因リテ異ナリ故ニ刑ヲ執行セサルモ再犯ノ恐ナクハ暫ク之レヲ豫  
スヘシ果シテ之レヲ執行セスシテ後改メ効チ奏スル能ハスト認定セハ須ラ  
ク獄ニ投シ再犯ノ念ヲ斷ツニ及ンテ初メテ放免スヘキノミ例之ハ病者ヲ病  
院ニ入ル、如ク一日ニシテ全愈セハ一日ニシテ退院セシムヘク十年ニシテ

全愈セハ十年ニシテ退院セシムルガ如クセハ可ナリト *John Hummel* 氏此説ヲ千八百八十七年ノ監獄協會雜誌ニ掲載セリト云フ(ガロオ氏一卷四一七頁註)氏ヨリ先ニ之ヲ主張シタルモノ決シテ妙カラズ米國ニ於テハ既ニ之ヲ採用シテ不定刑期ト云フ一新制度ヲ現出セリ(明法誌叢第二〇號富岡氏不定刑期論參照)我輩モ其主旨ニ至リテハ大ニ賛成ノ意ヲ表スト雖モ暫ラク條件附裁判ト條件附刑期延長トノ二制度ヲ現行法ニ編入セハ假出獄ト併立チテ十分其目的ヲ達シ得ヘキヲ信ス(八八七號八八八號)

三三五

(2) 刑罰ハ公ニ宣告ス啻ニ刑ノ宣告ノミナラス裁判モ亦

タ公開シテ衆庶ノ傍聽ヲ許ス是レ文明國一般ノ通則ナリ然ルニ訊問並ニ辯論答辯ノ結果政事上ノ機密ヲ暴露シ醜猥卑陋ナル事實ヲ陳列スル等ノ恐アル時裁判ノ傍聽ハ之ヲ禁スル場合ト雖モ裁判申渡ハ更ニ公ニスルヲ原則トス以テ裁判官ノ私曲ヲ萬一ニ防クニ足リ罪惡必罰ノ例ヲ見テ自カラ世人ヲ鑑戒セシムルニ足ラン(裁構一〇五條)

三三六

(3) 刑ハ裁判確定後ニ非ラサレハ執行スルコトナシ是レ

上訴ヲ許シタル結果ナリ上訴ヲ許スハ無辜ヲ罰スル危險ヲ豫防シ機  
 律ノ錯誤ヲ訂サントスル主旨ニ出ツ裁判官如何ニ賢明ナリト雖モ稀  
 ニ事實ノ認定ニ誤謬ナキヲ必セス不當ニ法律ヲ適用セサルヲ保シ難  
 シ於是乎一切ノ訴訟關係人ニハ一定ノ期間内ニ上訴スルヲ許シテ上  
 訴中ハ勿論上訴期間内ハ刑ノ執行ヲ停止ス若シ夫レ一方ニ於テ上訴  
 ヲ許シ一方ニ於テ其期間内ト雖モ申渡ノ執行ヲ停止セサランカ上訴  
 ヲ許シタル主旨ニ戻反シ屢冤枉ヲ舒フル能ハサラシムルニ至ラン(刑  
 五〇條刑訴三一九、二四二、二五三、二七二條、六五八號)

三三七

(4) 刑ハ一身ニ止マル是レ古法ト今法トノ異ナル一大要點ニシ

テ基督敎旨ノ貴重ナル賜物ナリ惟フニ洋ノ東西チ同ハス一人罪ヲ犯サハ一  
 族刑セラルト云フ制度ハ古ノ刑法ニ汎ク採用セラレシ所ナラント雖モ  
 中世ニ至リ基督敎徒切リニ夫ノ意思ト責任トノ關係ヲ痛論シテ犯人以外ノ  
 モノヲ罰スルハ無辜ヲ刑スル一大缺點タルヲ唱導シタル結果現時文明國ノ  
 刑法ニシテ刑止一身ノ原則ニ遵由セサルモノハ全ク其跡ヲ絶ツニ至レリ(四

五號)我國ニ於テモ第一期時代ハ勿論大寶律ニハ縁座ノ法アリテ家人ノ罪ハ直接ニ親族ニ連リ近ク徳川氏ノ頃ニ至リテモ尙盛ニ縁座法ノ行ハレシハ人ノ熟知スル所ナリ新律綱領ニ至リ其家人ニ犯罪アルヲ理由トシ直接ニ親族ヲ利ズルノ法ハ永ク廢止セラレテ今日ニ在リテハ管ニ親族ヲ連座セシメサルノミナラス財産全部ノ沒收(徳川氏刑法ニ所謂闕所)ノ如キ間接ト雖モ必然親族ニ影響スルモノハ之ヲ避ケルニ至レリ(四四四號)

三三八 (5) 刑ハ肉躰ヲ毀損セ、是亦古法ニ見サル良制度ナリ

往昔ハ世界各國肉刑ヲ採用セサルモノナシシテ其數其方法ヲ回顧スレハ戰慄粟ヲ生セサラント欲スルモ能ハサルナリ我國ニ於テモ黥刑ノ如キハ既ニ上代ヨリ採用セラレ大寶以後ニハ成文上苦杖ノ肉刑アリテ徳川氏ノ頃ヨリ黥ト併ヒ行ハレタリキ現行法ニ至テ全ク其迹ヲ絶テリ

三三九 舊幕時代ノ墨刑ハ之ヲ科スル場所ニヨリテ其形狀全シカラス當時之ヲ採用シタル主旨ハ犯人ヲ苦痛懲風セシメントスルヨリハ却リテ再ヒ罪ヲ犯シタル時容易ニ前科アルモノヲ識別セント欲スルニ出タルカ如シ明

治三年九月以後永ク廢止セラレ(明治三年九月十九日刑部省ヨリ民部省ヘ廻答)

三三〇 答○杖ノ二刑ハ新律綱領頒布ノ當時尙ホ採用セラレタリキ用具ハ麻ヲ以テ裹ミタル竹片ニシテ執行ノ方法ハ犯人ノ臂腰ヲ交打スルニ在リ答杖共ニ五等答刑ハ臂腰ヲ毆打スル十個ニ初マリ一等ヲ加フル毎ニ十個ヲ加ヘ其數五十五ニシテ了ル杖刑ハ六十ニ初マリ百個ニ了ル其實益尠クシテ然カモ殘酷ナル到底文明國ノ刑罰ニ採用スル能ハサルヲ論テ俟タス宜哉明治五年第三百十三號ノ布告ヲ以テ之ヲ廢止シ答杖ノ數一個ヲ一日ニ計算シテ懲役ニ換ヘラレタリ

三三一 故宮城氏身體刑ノ良好ナル所以ヲ論シテ曰ク「身體ニ及フ刑ハ直接ニ身體ニ影響チ及ボスヲ以テ痛苦ヲ感スルノ度最モ強ク再犯ヲ防止シ世人ヲ懲戒スルニ足ル故ニ刑ノ目的ヲ達スルニハ身體ニ及フモノヲ最モ適當トス」(刑法正義上卷二一三頁)誤ナリ身體ニ苦痛ヲ與フルモノ之ヲ鑑ミサルモノ之ニ懲リサルモノアルハ既往ノ事實ニ徴シ燻々火ヲ見ルヨリモ明ナリ犯人ハ惡癖ヲ改ムルト否トハ決シテ身體ニ受ケタル痛苦ノ大小ニ伴ハス

三三二 刑法汎論ノ著者曰ク「……學者往々身體刑ト生命刑又ハ自由刑トヲ混同シ死刑懲役禁錮等ノ如キモ亦之ヲ身體ニ及フノ刑トスルモノアレトモ本來死刑ハ生命ヲ奪フハ刑ニシテ身體ノ痛苦ヲ感セシメ又ハ身體ヲ棄毀スル等ノ目的ヲ有スルモノニアラス……」(同書二六〇頁)而シテ自カラ火刑

ニ〇チ、身體刑ハ、トシテ例示シタルハ、何ゾヤ(同二五九頁)火刑ハ〇生命ヲ奪フ〇刑ニ非ラサルカトシテ、以テ身體ヲ毀損スルカ故ニ、身體刑ナリト云フ考ヘナリセハ、天下生命刑ナキニ至ラン

三三三

(6) 刑ヲ以テ世人ヲ警戒ス、是レ犯罪ヲ未發ニ防ク手段ノ

一ニシテ社會ノ生命ヲ維持スルニ欲ク可ラサルモノナリ Gmelin氏ハ之ヲ以テ刑ノ唯一ナル目的トシ(二〇號)戰亂ノ後ヲ襲フ刑法ハ通常此主旨ヲ服膺シテ刑罰制度ヲ立ツルト雖モ然モ世人ヲ警戒セント欲スルニ過キテ必要ナキ嚴刑ヲ公行シ却リテ國民ニ殘忍戾逆ノ氣風ヲ養成セシムル如キ惡結果ヲ發生セシメサルノ注意ナカル可ラス果シテ然ラハ如何シテ世人ヲ警戒スヘキカ惟フニ現時ノ如ク裁判ヲ公ニシ宣告並ニ執行ヲ秘密ニスルコトナク傍ラ人ヲ除ク刑罰アラハ必スシモ刑罰其モノヲ峻嚴ナラシムル必要ナカラズ

三三四

(7) 刑ヲ以テ犯人ヲ懲改スル、是亦タ最モ必要ナル條件ナ

リ犯人ニシテ惡癖ヲ滌除セハ累子テ罪ヲ犯ス患ナク一國ノ幸ヒ此上ナシ只最モ困難トスル所ハ囚徒ヲ改心セシムル良手段ヲ知ルニ在リ此點ハ更ニ論述スル事アラズ

三三五

(8) 刑罰ハ貧富貴賤ニ依リテ別ヲ立テス、此主義モ基督ノ

教旨ヨリ脱化シタルモノニシテ亦タ古法ニ異ナル要點ナリ(四五號)我國ニ於テ大寶ノ刑律ニハ夫ノ議請減ノ規定アリ犯人ノ位階賢愚等ニ依リ刑ノ適用ヲ異ニス舊幕時代ニ至リテモ其主旨ヲ殘留セリ明治革命ノ後頒布セラレタル新律綱領改定律令ニ於テモ亦然リ(名例律第二以下改定律例第十一條以下參照)現行刑法ニ至リテ初メテ刑法ノ前ニハ四民同等ナルヲ得刑法史上ノ一大革新ヲ實行セラル而シテ往昔身分ニ依リ刑ヲ異ニシタル時代ニ在リテハ一般ニ官吏其他貴族タルモノハ其身分アルカ爲ニ刑ヲ減免セラレシ事迹アリト雖モ現時佛國刑

法ノ如キハ犯人ノ身分官吏タレハ之ヲ理由トシテ却テ刑ヲ加重ス我  
刑法ニハ此ノ如キ規定ナシ(佛刑一九八條)

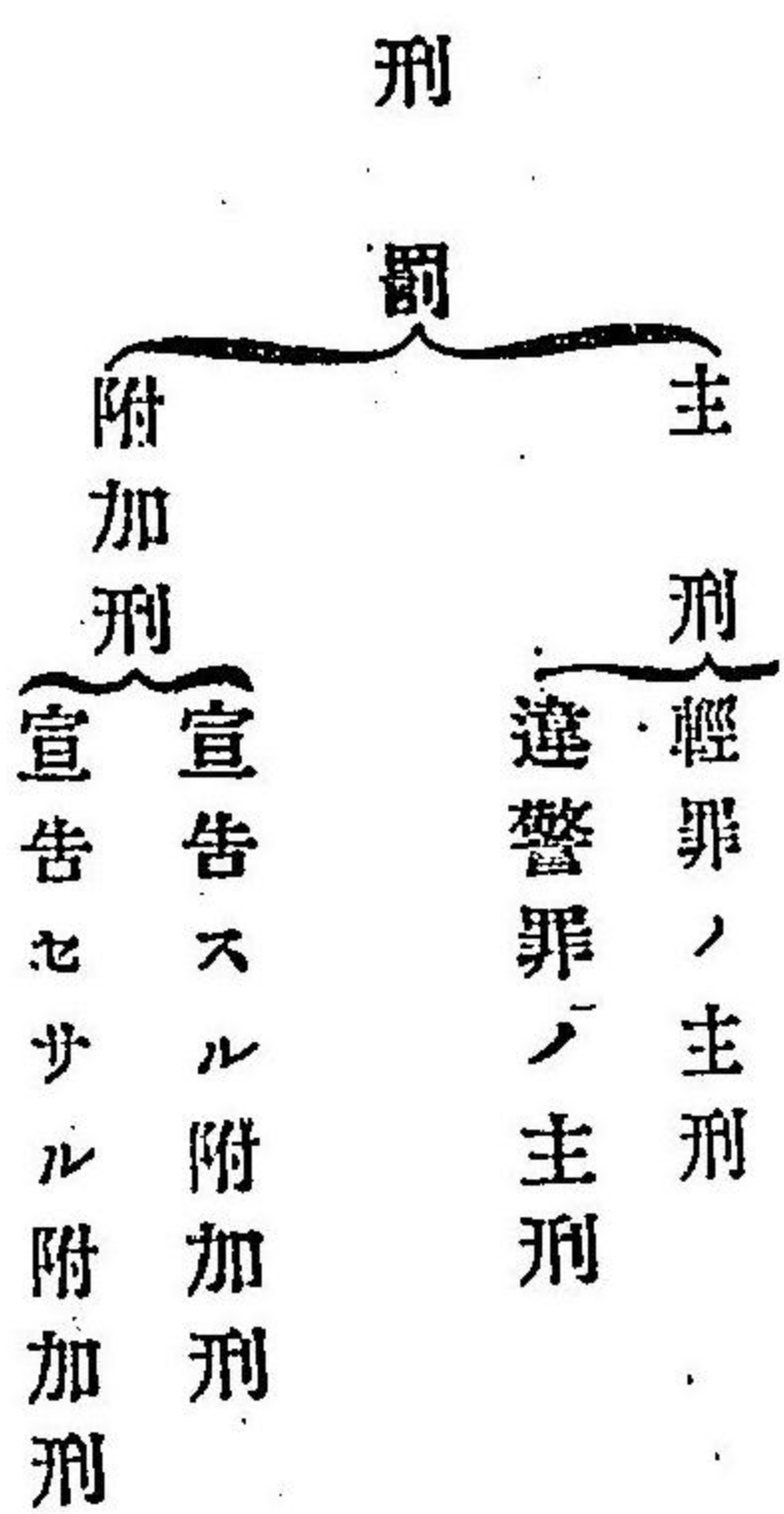
### 第三節

#### 刑名

三三六 刑名トハ刑法第一編第二章第一節ニ冠セラレタル題名ニ  
シテ文字ノ示ス如ク刑罰ノ名稱ト云フ義ナリ我刑法ノ採用シタル刑  
ノ種類並ニ名目ハ該節ノ中ニ網羅セラレ

三三七 刑罰ハ犯罪ト同シク之ヲ觀察スル點ヲ異ニスルニ從ヒ數  
多ニ區別シテ名稱ヲ附スルコトヲ得然レモ我刑法カ明カニ名稱ヲ附  
シタル區別ハ左圖ニ示ス如シ

重罪ノ主刑  
國事犯ノ刑  
非國事犯ノ刑



第一款

#### 主刑、附加刑

三三八 區別ノ標準——一ノ刑カ主刑タルト附加刑タルトヲ識

別スルハ其名稱ニ依ルテ最モ簡單正確ナリトス

主刑ノ名稱ハ曰ク死刑、無期徒刑、有期徒刑、無期流刑、有期流刑、重懲役、  
輕懲役、重禁獄、輕禁獄、重禁錮、輕禁錮、罰金、拘留、科料、合セテ十四(刑七、八、九  
條)

附加刑ノ名稱ハ剝奪公權、停止公權、禁治產、監視、罰金、沒收合セテ六刑一〇條

罰金ハ主刑タルコトアリ附加刑タルコトアリ其附加刑タル場合ニハ必ス法律カ「……若干ノ罰金ヲ附加ス」ト云フ一定ノ用語ヲ以テ之ヲ明ニス

三三九

附加刑ト云フ名稱アル所以——第十條ニ列舉サレタル六個ノ刑罰ニ附加刑ト云フ名稱アルハ他ナシ或ハ主刑ト同時ニ執行シ或ハ主刑ヲ了リシ後執行シ或ハ主刑ヲ全免サレタル時執行シ或ハ法律カ他ニ主刑ヲ科スヘキ犯罪アリトシテ設置シタル等總テ主刑アルヲ假想シ之ニ附屬セシムルト云フ思想ヨリ脱化シタルモノナリ但シ附加刑ト雖モ獨立シテ執行サル、ユトアリ主刑消滅スレハ當然附加刑モ消滅スルモノト誤解ス可カラズ

三四〇

主刑ノ設ケアルニ拘ハラズ更ニ附加刑ヲ設クル理由如何其詳細ハ各附加刑ノ性質ヲ述ヘタル後ニアラサレハ之ヲ示ス能ハスト雖モ今其大要ヲ云ハ、曰ク主刑ノ實効ヲ確クスルニ在リ曰ク再犯ヲ豫防スルニ在リ(ガロオ氏一卷二五五號刑法論綱二三三五頁)

三四一

主刑附加刑ハ併科シテ一刑ヲ成スカ——一派ノ學說ニ曰ク主刑ト附加刑ト併科スル場合ハ一罪ニ對シ分立シタル二刑ヲ科スルモノニ非ラス之ヲ併セテ完然ナル一刑ヲ科スルモノナリ(刑法論綱二八九頁)刑法正義上卷二二〇頁)主刑ト附加刑トハ性質ヲ異ニシ名稱ヲ異ニシ執行ノ方法消滅ノ原因ト異ニシ何レモ獨立シテ科スルコトアル一刑ノ刑罰ニアラスヤ一刑ノ刑罰ト一刑ノ刑罰ト併科サハ併セテ二個ノ刑罰ヲ科スルモノニアラサカ  
反對論者ハ二個ノ刑ヲ科スト云フノ不可ナル理由ヲ示サス故ニ十分ニ之ヲ論破スル能ハスト雖モ假ニ其意一罪ヲ犯シ既ニ一刑ヲ受クレハ更ニ之カ爲ニ他ノ刑ヲ受クト云フヲ安ナラストスルニ在リトセハ根據ニ於テ誤アリ凡ソ一個ノ罪ヲ犯サハ之ニ由リテ一定ノ責任ヲ生セン而シテ一度其責任ヲ盡クシタル後再ヒ刑ヲ科スルコトアラズニハ其大小輕重ヲ問ハス斷然不

條理ナリト雖其責任ヲ盡クサシムル方法ニ至リテハ二個ノ手段ニ依ルモ三個四個ノ手段ニ依ルモ何ノ不可カ之レ有ラン一罪ヲ犯シ主刑ト附加刑トノ二個ノ刑ヲ科スルハ二個ノ手段ニ依リ一刑事的責任ヲ盡クサシムルノミ極メテ迂回ナル理論ヲ採ツテ一ト一トヲ合セテ二ト成ルト云フ單純ナル思想ヲ任ケシムル必要ナシ

三四二 區別ノ實益——主刑ト附加刑トヲ區別スルニハ大ナル

實益アリ主刑ハ常ニ之ヲ宣告セサル可ラス之ニ反シ附加刑ニハ宣告スヘキモノト特ニ之ヲ宣告セサルモ當然或ル主刑ニ伴フモノトアリ(刑六條2、3)

三四三 主刑ハ何故ニ必ラス宣告スルコトヲ要スルカ罪ト相對スル獨立ノ刑ナルカ故ナリト云フ説アリ(刑法論綱二三四頁)隔靴ノ感ナキ能ハス現行刑法ハ豫シメ明文ヲ以テ刑ヲ一定スト雖モ十中八九ハ最高度ト最低度トヲ設ケ其範圍内ニ於テ隨意ノ刑ヲ選マシムル趣向

ナルノミナラス高低ノ極點ナキ死刑ヲ科シタル場合ト雖モ汎ク裁判官ニ情狀ヲ酌量シテ減等ヲ與フルヲ許シタルカ故ニ實際ニ科スヘキ主刑ハ宣告アリテ初メテ一定ス是第六條第二項ノ規定アル所以ナリ

三四四 附加刑ニハ宣告スルモノアリ宣告セサルモノアリ(刑六條3)宣告スルノ必要アル附加刑ハ輕罪ノ刑ニ附加スル監視(刑三八條)附加ノ罰金(刑四二條)沒收(刑四三條)ノ三ナリ此三附加刑ノ中監視ニハ最長期ト最短期トヲ置キ罰金ニハ最高額ト最下額トヲ設ケタル場合及金額ヲ一定セサル場合(刑一九三條)ノ如シアルカ故ニ宣告セサレハ執行スヘキ刑期金額ヲ知ル能ハス沒收ハ沒收スヘキ物件ニ付キテ其理由ヲ附スル必要アルヨリシテ又自ツカラ宣告スルノ已ムヲ得サルモノアリ

三四五 宣告セスシテ當然科スヘキ附加刑ハ剝奪公權刑三二條停

止公權(刑三三、三四條)禁治産(刑三五條)重罪ノ刑ニ附加スル監視(刑三七條)死刑無期刑ノ期滿免除ヲ得タルモノニ科スル監視(刑三九條)ノ五ナリ此等ノ附加刑ハ(1)法律自カラ之ヲ科スルノ必要ナルヲ認定シテ裁判官ニ取捨ノ自由ヲ與ヘス(2)實際科スヘキ刑期ハ法律ノ規定並ニ主刑ノ宣告ニ依リ一定スルヲ以テ特ニ宣告スルヲ要セズ

第二 款

重罪ノ刑、輕罪ノ刑、違警罪ノ刑

三四六

主刑ヲ細別シテ重罪ノ主刑、輕罪ノ主刑、違警罪ノ主刑ノ三トス第七條第八條第九條ニ列舉セラル

第七條 左ニ記載シタルモノヲ以テ重罪ノ主刑ト爲ス

一 死刑

二 無期徒刑

三 有期徒刑

四 無期流刑

五 有期流刑

六 重懲役

七 輕懲役

八 重禁獄

九 輕禁獄

第八條 左ニ記載シタルモノヲ以テ輕罪ノ主刑ト爲ス

一 重禁錮

一 輕禁錮

三 罰金

第九條 左ニ記載シタルモノヲ以テ違警罪ノ主刑ト爲ス



- 一 拘留
- 二 科料

第三款

國事犯ノ刑、非國事犯ノ刑

三四七

國事犯ノ刑、非國事犯ノ刑ノ區別ハ重罰ノ主刑ノ細別ナリ

第一編第二章第一節刑名ト題スル所ニハ法律之ヲ明言セスト雖モ全

第三章加減例ト題スル所ニ之ヲ示セリ(刑六七、六八條)

- 一 死刑

- 二 無期徒刑

- 三 有期徒刑

- 四 重懲役

- 五 輕懲役

國事犯ノ重罪ノ主刑ハ死刑、流刑、禁獄ナリ分レテ亦五個トナル

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

第二章

刑ノ分類

三四八

刑ハ其最終目的ヲ達スル手段トシテ苦痛ヲ與フル爲ニ或ハ生命ヲ奪ヒ或ハ身軀ヲ傷ケ或ハ自由ヲ殺キ或ハ財産ヲ徵發シ或ハ

能力ヲ剝奪シ或ハ名譽ヲ毀損ス現行法上、身、體、刑ハ全廢セラレタリ(三二八號)故ニ刑罰全軀ヲ生命刑、自由刑、財産刑、能力刑ノ四種ニ大別シ節ヲ分チテ説明セシ(名譽刑ハ之ヲ能力刑ノ内ニ附論ス)

**三四九** 前第一章第四節ニ述フル所モ亦是一種ノ分類ナリ但シ何レモ我刑法ノ明文上一類毎ニ名稱アルモノトミテ列擧シタルカ故ニ之ヲ刑名ト題シタリキ之ニ反シテ本章ニ述ヘントスル所ハ刑法カ特ニ名稱ヲ施シタル種類ニアラス其性質ヲ説明スルニ最モ適當ナル特色ヨリ觀察シ假リニ名ヲ附シタルモノナリ

### 第一節

#### 生命刑

##### 第一款

##### 生命刑總論

**三五〇** 生命刑即チ死刑ハ刑罰ノ頂上ニ位シ國事犯非國事犯ノ重

罪ノ主刑ナリ當初起草者ハ國事犯ニ對スル死刑ヲ全廢セシトテ希望セラレシト雖モ其說立法者ニ容レラレス遂ニ今日アルニ至レリ現行刑法ハ之ヲ以前ノ刑法ニ比スレハ頗ル死刑ノ場合ヲ狭クシ主トシテ人命ニ關スル重大ノ犯罪ニノミ科シタルヲ見ル而レトモ人ヲ殺セシカ故ニ死刑ニ處スヘシトイフ基礎ノ考ニ誤謬アルヲ以テ尙實際ニ之カ適用ヲ慎ミ其缺點ヲ補ハサル可カス實際ニ死刑ノ適用ヲ避ケント欲セハ酌量減輕ト特赦ノ請願トニ依ル可シ

##### 第二款

##### 日本死刑ノ沿革

**三五一** 絞斬二種ノ死刑ハ神代ニ於テ既ニ執行セラレシ痕迹アリ(日本紀纂疏、日本書紀)建國以來大寶ノ頃迄ニ行ハレシ死刑ノ史ニ徵スルニ足ルモノ甚々夥シトセス大寶律ノ明文ニ採用スル所ハ亦單ニ絞斬ノ二ナリ(古代法典一頁)ト雖モ漸次其空文ニ歸スルニ從ヒ實際ニ他ノ方法ヲ用ユル死刑有リシヤ知リ難シ法曹至要抄、貞永式目ニ載スル所ハ再ヒ往昔ノ絞斬二種ナルガ應

仁以後ニ及ヒテハ戰亂相隨キ殺伐ノ氣象ニ富メル國民ヲ御スルニ尙武ノ諸  
 侯ヲ以テシタル結果勢多ノ峻嚴酷烈ナル死刑ヲ現出セリ火刑、磔、鋸引、斬罪、  
 死罪、下手人、獄門ノ七生命刑アルハ實ニ我刑法史上第二期ノ末路ノ特色ニシ  
 テ(六六號)當時ニ在リテハ夫レ或ハ必要ナリシナラント雖モ而モ之ヲ追想ス  
 レバ誰カ能ク戰慄寒キヲ覺エザルモノアラシキ此最モ殘酷ナル時代ニ方リ  
 初メテ我國ト交通シタル歐人ノ隨程ニハ永ク其淋漓タル鮮血ノ記憶ヲ印シ  
 去リテ拭ハントスレトモ拭フ克ハス遂ニ國際關係上今尙一種盲フ可ラザル  
 障害ヲ殘セシハ疑モ無キ事實ナリ

三五二 錦旗一度東下シテ光彩爛漫タル明治ノ天地ヲ開キ爾來死刑ノ廢  
 止セラレシ順序左ノ如シ

火刑 明治元年十一月十三日ノ途ニ依リテ永ク廢止セララル其文ニ曰フ、

磔刑 火刑ハ永廢止之事 磔刑ハ同一ノ途ニヨリ適用ノ場合ヲ狭クセラル其文ニ曰フ、

一 殺君父ノ大逆罪ハ臨期勅裁之上可處磔刑事 其他磔罪廢止之

鋸引 而シテ其全廢ハ明治三年十二月新律綱領ノ頒布ニ在リ  
 ハ明治二年七月八日附東京府ノ伺ニ對スル刑法官ノ指令ヨリ晒引、  
 廻ノ刑ト共ニ廢止セララル其文ニ曰フ、

一 主人ニ爲手負候者及ヒ古主ヲ殺ス者ハ梟首………但シ晒引廻シ、

梟示 一 斬刑

鋸引ハ廢止候事 梟示ハ明治十二年一月四日第一號布告ニヨリ廢止セララル其文ニ曰フ

凡梟示ノ刑ヲ廢シ其罪梟示ニ該ル者ハ一體ニ斬ニ處ス  
 下ニ付テハ特ニ一言スヘキモノアリ舊幕時代ニ於テハ斬罪、死罪、  
 下○手○人○ノ○三○樣○アリ○斬○罪○ハ○淺○草○品○川○兩○所○ニ○於○テ○町○奉○行○同○心○之○斬○罪○  
 田○畑○屋○敷○家○財○全○部○ヲ○沒○收○(欠○所○ス、死○罪○ハ○首○ヲ○加○子○屍○骸○樣○シ○物○下○  
 手○人○ハ○首○ヲ○刎○子○屍○骸○取○捨○樣○シ○物○ニ○セ○サ○ル○ノ○差○アリ○而○シ○テ○士○分○以○上○  
 ノ○者○死○刑○ニ○相○當○ス○ル○罪○ヲ○犯○ス○モ○正○刑○ヲ○科○ス○ル○ニ○至○ラ○サ○ル○モ○ノ○ハ○之○  
 ナ○自○裁○ト○ス○明○治○ノ○初○年○夫○ノ○刑○法○官○ノ○假○刑○律○ヲ○定○ム○ル○ニ○方○リ○斬○罪○死○  
 罪○下○手○人○ノ○區○別○ハ○廢○セ○ラ○レ○自○裁○ハ○自○盡○ト○稱○シ○刎○首○梟○首○絞○首○ト○併○行○  
 レ○シ○カ○明○治○三○年○新○律○綱○領○ノ○頒○布○ト○共○ニ○自○盡○ト○イ○フ○刑○名○ハ○律○ノ○文○面○  
 ヨリ○除○カ○レ○後○チ○刎○首○ノ○名○ヲ○以○テ○傳○ハ○リ○シ○斬○刑○ハ○明○治○十○四○年○七○月○現○  
 行○刑○法○ノ○發○布○ト○共○ニ○消○滅○シ○タル○モ○ノ○、如○シ○今○日○ハ○死○刑○ニ○只○絞○ノ○一○  
 種○ア○ル○ノ○ミ

第三款 死刑ヲ存ズルノ可否

三五三 死刑ハ存スヘキカ廢スベキカ是刑法學上最モ困難ナル問題ノ一  
 ナリ之ヲ細詳ニ論究セントスレハ特ニ之カ爲メニ一大冊子ヲ成スモ尙足レ

リトセス加之當ニセヨ否ニセヨ現行法ニ採用セラレタル以上ハ解釋論トシ  
 テ之ヲ述フル必要無シト雖モ假ニ我國ノ學者、實際家中漸次寛弱ナル氣象ヲ  
 養成セラレテ漢タル感情ヨリ徒ニ其廢止說ヲ唱導セントスル徵候アリトセ  
 バ爰ニ其學理ヲ一言スル必スシモ無益ニ非サル可シ之ヲ論スルニ付キテ我  
 輩ハ(1)廢止論ノ沿革(2)廢止主義ノ論旨並ニ其批評(3)存在主義ノ論旨並ニ其  
 批評(4)現行法カ死刑ヲ採用シタル主旨並ニ其批評(5)結論ノ五段ニ分チテ述  
 フル所アラントス

第一項

死刑廢止論ノ沿革

**三五四** 死刑ハ社會ト其起源ヲ共ニス而モ其廢止論ノ如キハ數多ノ世紀  
 間人類ノ想像ニダモ浮ハサリシ所ナルカ尙宗教ト法律トノ分化ヲ見ザリシ  
 十二世紀十三世紀及ヒ十四世紀ノ頃ハ宗教ノ主旨ヨリ死刑ノ當否ヲ論究ス  
 ル者輩出シテ基督派、非基督派ノ學者間ニ一大論戰ヲ開ケリ後三世紀ヲ隔テ  
 テ十八世紀ニ至リ夫ノ伊太利ノ *Becaria* 氏初メテ之ヲ社會ヨリ觀察シ刑法  
 史上ニ永ク死刑廢止論主唱者ノ雷名ヲ留メ *Housseau* *Hungrety* *Mably* 諸氏之ニ  
 和セリ爾來一派ノ學者ハ其存ス可ラサルヲ喋々シテ止マヌ  
**三五五** 愛ニ注意スヘキハ前世ニ於ケル廢止論者多數ノ意向ナリ一般  
 ニ非國事犯ニ對スル死刑ハ之ヲ廢セント欲シタリシモ國事犯ニ對シテハ却

テ其存セサルヘカヲサレテ主張シタリキ之ヲ佛國ニ就テ考フルニ其千七百  
 九十年ノ刑罰ニハ死刑ヲ採用シタルヲ以テ國民會議「*Convention nationale*」ニ  
 シテ千七百九十二年九月二十一日立法會議「*Assemblée Legislative*」ニ代リ共和政  
 體ヲ布告シタルモノナリ其繼續シタル間ハ名ケテ恐怖「*Terror*」ノ時代ト謂フ  
 ハ其非國事犯ニ對スルモノトミテ廢止スルノ發議ヲナセシガ其論再ヒ共和  
 十年ノ議ニ上リシト雖モ以後當局者ハ斷乎トシテ之ヲ退ケシノミナラズ千  
 八百十年ノ法典ハ殺親罪ニ對シ別種ノ死刑ヲ採用スルニ至レリ下ツテ千八  
 百四十年ノ頃ハ廢止論ノ局面全ク一變シ遂ニ四十年ハ憲法第五條ヲ以  
 テ國事犯ニ科スル死刑ヲ論ハ全ク一變シ遂ニ四十年ハ憲法第五條ヲ以  
 ナ主張スル者復昔日ノ熱心ナシ「*Laborde*」氏刑法講義二五四號ガロオ氏一卷四  
 三一頁又四三三頁註シヨガサガ及ヒエフエリ氏一卷六三號以下ガルト  
 氏二卷一三五七號參照シテ今日多數ノ說ハ其國ノ情況ニ照シテ後之ヲ決  
 刑ニ廢ス可シ非國事犯ニ對スルモノハ存廢ハ其國ノ情況ニ照シテ後之ヲ決  
 セサル可ラストイフニアリ

第二項

死刑廢止主義ノ論旨并ニ其批評

**三五六** 死刑廢止主義ノ重ナル論旨ヲイハゞ曰ク死刑ハ回復ノ途無シ曰  
 ク死刑ハ數多ノ等級ヲ設ケルハ死刑ハ國民ニ殘惡ノ氣象ヲ養成セ  
 シメ犯人ヲ自忘自棄セシム曰ク死刑ヲ存シテ何等ノ實益アルコト無シトイ

フニ在リ其他ハ論スルニ足ルモノ無シ  
三五七 論者曰ク死刑ヲ存シ不幸ニシテ一度適用ヲ誤ラシカ復償フ克ハ  
サル缺點アリ管ニ殺サレタル無辜ノ冤ナルノミナラス一國ノ損害果シテ如  
何ゾヤ之ヲ思ハ、回償ノ途無キ(Irreparable)死刑ノ如キハ須ク法ノ明文ヨリ抹  
殺シ去ラサルヘカラスト(De Pastoret 氏ノ論)

適用ヲ誤チ無辜ヲ刑ス可ラサルハ豈獨リ死刑ノミナランヤ其初チ慎マサ  
ル可ラサルハ自由刑財産刑名譽刑ト雖モ一點ノ異ナル所ナシ論者ハ自由刑、  
財産刑名譽刑ノ如キハ總テ回償ノ途アリトスルカ何ノ其論ノ淺薄ナル一旦  
剝奪シタル自由若クハ財産若クハ名譽ハ人間ノ力好ク之ヲ取消ス克ハス僅  
ニ之ニ代フル賠償手段アルノミ且ツ夫レ今日文明國一般ノ司法制度ヲ見  
證據ノ蒐集ニ綿密ナル治罪ノ手續ニ鄭重ナル無辜ヲ殺スカ如キ失策ハ千載  
一遇ヲ思フモ尙杞憂ニ過キス假ニ万一ノ過誤アリトスルモ其万一ノ過誤ヲ  
捕ヘテ直ニ死刑其モ、當否ヲ争ハントス亦難カラスヤ誤チテ人ヲ殺スモ  
ノハ瀛車ニ瀛船ニ醫術ニ化學ニ干テ以テ數フ可シ此等ノ事業モ亦廢スベキ  
カ

三五八

論者又曰ク罪ノ大小ト責任ノ輕重ト相平均シテ罪刑權衡ヲ保ツ  
必要アリ之カ爲ニ必然刑ハ差等ヲ設ケ得ルモノナラサル可ラス死刑ハ只生  
命ヲ奪フノ一途ニ出テ差等ヲ設ケル克ハサルカ故ニ之ヲ廢ス可シト(Moser 氏  
ノ論)

試ニ此種ノ論者ニ問ハン差等ヲ設ケ得サルカ爲メニ死刑ヲ廢ス可キヤ否  
ヤチイフニ先チ先ツ死刑ニ相當スル犯罪又ハ犯人アリヤト然ラズシテ寬嚴  
數等ノ死刑ヲ設ケ罪刑相應セシムル必要ノ有無ヲ知ル克ハス而シテ我輩ハ  
根據ヨリ此論ニ反對ス根據トハ何ゾヤ他無シ犯罪力社會ニ大損害ヲ與フレ  
ハ重キ刑ヲ科シ送ニ死刑ノ用ハ最モ大罪ヲ犯シタル者ニ科シテ之ト權衡ヲ  
保タシメントイフ思想是ナリ惟フニ人ヲ除クニ豈差等アルチ要センヤ  
チ維持スルニ足ラザラン(三六二號)人ヲ除クニ豈差等アルチ要センヤ  
三五九 論者又曰ク死刑ヲ存スレハ或種ノ者ニ隱然人ヲ殺スノ氣象ヲ養  
成セシメ(Fernand Thiry)氏ニ〇(一頁)又一度死刑ニ相當スル罪ヲ犯シタル者チ  
シテ現世ニ望チ斷タシムルノ結果更ニ暴惡ヲ重子シムルニ至ルト  
刑法上死刑ヲ存シ年々多少ノ適用アルチ見聞スル爲メ果シテ殺伐ノ氣象  
ヲ養成セラル者アリヤ朦朧トシテ影ヲ捕フル如キ論據ト評セサルチ得ス  
假ニ之アリトセバ如何シヤ其性癖ノ異常ニ驚カサル論者モ我輩ト共ニ死刑  
ノ宣告并ニ執行アルチ開カバ戰慄自戒ノ念ヲ生スルモノニアラザルカ否之  
チ聞キテ之ヲ恐ルハ多數ノ情ナラシ其却ツテ殺氣ヲ發動セラル、如キ者  
アレバコソ死刑ヲ存スル必要ナキチ得ンヤ  
一度法律ノ死刑ヲ科シタル罪ヲ犯セシ爲メ自妄、自棄、罪惡ヲ重マル者ノ如  
キハ事實之有ラシ而レトモ今日多數ノ刑法ハ酌量減輕ヲ許シ或ハ陪審官ニ  
減等ヲ請求セシムル趣向アリ更ニ特赦トイフ救濟法ノ存スルアリ只一回之

ナ犯シタル者ヲ死ニ處スル如キコトハ實際之無キヲ見聞セサルノ理無シ而  
 モ尙己チ慎ム念ヲ發セサルモノアラバ前段ニ論スル所ト同シク普通ノ人間  
 ナリテ目スルハサラシク要スルニ論者ノ如ク犯人其者ヨリ觀察セントナラ  
 バ少シク現時多數ノ生物派ノ所論ヲ參酌セヨ

**三六〇** 又一派ノ論者ハ死刑ヲ存スル實益ナキヲ主張シ其證據トシテ事  
 實ノ統計ヲ引用シ來ラントス (Fernand Thiry 氏二〇〇頁)

世〇死刑ヲ採用シタル主旨ノ如何ヲ問ハス實際ノ効用ハ主トシテ人〇除ク  
 人〇恐怖自警セシムルトノ二點ヨリ流出ス人ヲ除キタルカ爲ニ生スル利  
 益ハ犯者カ再ヒ罪ヲ犯ス途ヲ失ヒシニ在リテ世人ヲ恐怖自警セシメタルカ  
 爲メニ生スル利益ハ犯罪ノ念ヲ抑壓シタルニ在リ論者ハ果シテ如何ナル方  
 法ニ依リ如何ナル手段ヲ施シ此利益ノ統計ヲ探ルコトヲ得ルカ其死刑ヨリ  
 生スル利益ヲ統計スルハスハ其實益ナキヲ統計シ得ルモ何ノ利ヌル所  
 カ是有ラン況ンヤ實益ナキヲ統計セシムル到底人力ノ企テ及ハサル所タルニ  
 於テオヤ

第三項

死刑存在主義ノ論旨并ニ其批評

三六一

死刑廢ス可ラストイフ論ハ亦甚多シト雖モ其主旨ノ重ナルモノ  
 ナリト再犯ノ途ヲ失ハシメ世人ヲ警戒スル利益アリ曰ク正義ニ叶フ曰ク死刑ヲ存ス  
 レハ再犯ノ途ヲ失ハシメ世人ヲ警戒スル利益アリ曰ク正義ニ叶フト共ニ利

益アリトイフニ在リ

三六二

但諺ニ人ヲ誣ハ、穴ニツトイフ語ハ正義ヲ基礎トシテ死刑ヲ存  
 スヘシトスル論旨ヲ盡クシテ餘ス所無シ (Kant 氏ハ「人ヲ殺ス者ハ己チ殺ス者  
 也」ト曰ク) (Frank 氏刑法哲學一〇〇頁) オルトラン氏ハ例ノ快達ナル筆ヲ振ヒ豫  
 メ謀リテ人ヲ殺スモ恬然意ニ介セサル兇漢ヲ假想シ「此ノ如キ場合ニ、又此  
 ノ如キ場合ニ、唱和ス」ハウス氏二卷七二三號ガロオ氏一卷二六二號(歸スル  
 ス、ガロオ氏之ニ唱和ス)ハウス氏二卷七二三號ガロオ氏一卷二六二號(歸スル  
 所ハ罪大ナレハ刑重カラサル可ラス人ヲ殺シタル者ニ死刑ヲ科スルハ正義  
 ニ叶フトイフニアリ

罪刑其輕重ヲ同クシ權衡ヲ保タンハ正義ノ要求ナリ人ヲ殺ス程重キ罪ヲ  
 犯ス者ニ死刑ヲ科スル固ヨリ至當ノ賠償手段ナリトハ純正主義折衷主義ノ  
 學者ノ常ニ主張スル所ナリト雖モ之ヲ駁スルニ二法アリ曰ク罪惡ト刑罰ト  
 ノ輕重ヲ保タシムルトイフ基礎ノ考、非ナル事ヨリ曰ク假ニ賠償手段ヲ正  
 當トスルモ人ヲ殺ス者ノ罪惡ト死刑ノ重サトハ權衡ヲ保ツトイフノ非ナル  
 事ヨリ是ナリ第一ノ論録ハ之ヲ他ニ讓リ(三〇號)第二ノ論録ヲ以テ爰ニ  
 駁撃ヲ試ミン

罪惡ノ度ト死刑ノ度ト其權衡ヲ保ツト主張スル論者ニ問ハシテ死刑其者ノ  
 痛苦ヲ測定スル事ヲ得ルヤト惟フニ夫ノ自由ヲ剝奪セラレ又ハ財産ヲ徵發  
 セラレタル時ノ痛苦ノ如キハ或點迄之ヲ示シ之ヲ測ルコトヲ得ヘキモ死



草者ハ我國カ數多ノ峻嚴ナル死刑アリシ時代ヲ隔テストイフテ根據トセラレタルニ似タリ犯罪增加セサルモ更ニ死刑ヲ實施シテ之ヲ減少スル必要ナキカ輿論ヲ俟タサレハ眞理ヲ知ル克ハサルカ何故ニ適ニ廢スヘカラザルカ

第四項

現行刑法カ死刑ヲ採用シタル

主旨並ニ其批評

三六五

現行刑法ハ折衷主義ヲ基礎トス故ニ死刑ヲ存シタル理由ノ如キモ死刑ハ正義ニ適ヒ社會ニ利益アリト斷定シタルニ由來セシムルハアル可ラズ死刑ハ何故ニ正義ニ適フカ罪惡ノ最モ甚シキモノニ痛苦ノ最モ甚シキモノヲ反照シ罪刑其權衡ヲ保ツカ故ナリ死刑ハ如何ナル利益アルカ再犯シ途ヲ失ハシメ世人ヲ警戒スト現行法カ此ノ如キ理由ニ因リ死刑ヲ採用セシコトハ只ニ編纂ノ沿革上明ナルノミナラス正條ヲ綜合シテ之ヲ知ルニ足ル

三六六 罪惡甚シキモノニ反照スル死刑ハ正義ニ適フトイフ立法者ノ思想ハ死刑ヲ科シタル條文ニ就テ知ルニ足ル第百十六條第百十八條第百二十一條第百二十二條第百二十三條第百二十四條第百二十五條第百二十六條第百二十七條第百二十八條第百二十九條第百三十條第百三十一條第百三十二條第百三十三條第百三十四條第百三十五條第百三十六條第百三十七條第百三十八條第百三十九條第百四十條第百四十一條第百四十二條第百四十三條第百四十四條第百四十五條第百四十六條第百四十七條第百四十八條第百四十九條第百五十條第百五十一條第百五十二條第百五十三條第百五十四條第百五十五條第百五十六條第百五十七條第百五十八條第百五十九條第百六十條第百六十一條第百六十二條第百六十三條第百六十四條第百六十五條第百六十六條第百六十七條第百六十八條第百六十九條第百七十條第百七十一條第百七十二條第百七十三條第百七十四條第百七十五條第百七十六條第百七十七條第百七十八條第百七十九條第百八十年條第百八十一條第百八十二條第百八十三條第百八十四條第百八十五條第百八十六條第百八十七條第百八十八條第百八十九條第百九十條第百九十一條第百九十二條第百九十三條第百九十四條第百九十五條第百九十六條第百九十七條第百九十八條第百九十九條第百十條

死刑ハ痛苦ノ最モ甚シキモノナリ故ニ罪惡ノ最モ甚シキモノニ科スレバ正義ニ適フトイフト雖モ死刑其モノハ人ヲ除クガ故ニ復痛苦ヲ與フル克ハス死刑ノ宣告アリテヨリ執行サル、迄ノ間ノ痛苦ハ死刑其モノニ非ズ(二六二號)

死刑ノ痛苦ト罪惡ノ度ト權衡ヲ保テハ正義ニ適フトイフト雖モ何人モ死ヲ實驗シタルモノ無シ故ニ死刑ノ痛苦ヲ測ル克ハス死刑ノ痛苦ヲ測ル克ハス折衷主義ノ論者ハ正義利益ノ二條件ヲ刑罰ノ基礎トス故ニ死刑ニ如何ナル利益アリテモ正義ニ適ハス之ヲ存スル克ハサラン死刑ノ正義ニ適ハス賠償ノ途ヲ盡スニ足ラサルハ右ニ述フル如シ折衷主義ノ論者何故ニ絕對的ニ死刑廢止論ヲ唱ヘザルカ我輩ハ其理由ヲ解スルニ苦ムモノナリ

第五項

三六七

試ニ死刑ニ對スル卑見ヲ吐露セハ(1)社會ニ大害ヲ與ヘ且ツ絕對的不治ノ罪人ニ科スル事(2)明文ニ存シ適用ニ廢シテ科學ハ進歩ヲ待ツ事

至當ト考フ

(一) 先天ニ惡癖ヲ具ヘテ絕對的ニ不治ノ罪人アリトイフ既一度伊國ノ Lombroso 氏ノ筆端ヨリ進リテ Ferri 氏之ニ和シ Grifo 氏之ニ和シ遂ニ先天派(Determinism)ノ名ヲ以テ學問世界ヲ騷然タラシムルニ至リシカ其實驗ノ二



字ヲ根據トシ動カス可ラサル事實ノ統計ヲ双翼トシタル所論ナルカ故ニ心理學派(Spiritualisme)ノ論難駁ハ從來一個ノ空想ヲ以テ事實ヲ倒サントスルモノトシ齒牙ニモ懸クルニ足ラレストセラタリ爰ニ於テカ佛ノLouis Pradel氏此亦多年ノ實驗ト統計トニ依リテ反對ノ說ヲ主張シ氏ノ犯罪並ニ刑罰論(書名)ノ爲ニハ先天派モ暫ク逡巡ノ色ヲ呈セリ

斯ノ如ク絕對的ニ不治ノ罪人アルヤ否ヤハ今日尙未決ノ一難問ニ過キズト雖モ若シ之アリトセンカ社會ハ何故ニ之ヲ除クハサルヤ苟モ刑法上ノ難問ヲ解セントセバ常ニ犯罪ノ實質ニ關スル思想ヲ離ル可ラス犯罪ハ國家ノ生存條件ニ危害ヲ與フルモノナリ之ヲ淘汰スルニ不十分タラハ一身ヲ失ヒ一家ヲ失ヒ一國ヲ失フニ至ラン而モ其罪ヲ犯シテ懲治ノ方法無キ者ヲ除クハ家ハストイハバ一國ヲ亡ボス可シ一家ヲ倒ス可シ一身ヲ失フ可シトイフト如何ナル差別カ有ル此場合ニ適用スル死刑ハ正義論者ノ曰フカ如ク犯人ニ痛苦ヲ與ヘントスルモノニ非ス世人ヲ警戒セントスルモノニ非ス將來其犯人ノ必然現出セシム可キ犯罪ヲ未發ニ防キ一國一社會ノ生存ヲ全フスルニ在リ

而ラハ絕對的ニ不治ノ罪人ハ死刑ニ處スヘシトイフベキノミ何カ故ニ其大害ヲ與フルモノニ限ル可キカ今之ヲ人身ニ噓ヘテ說明セン社會ニ犯罪アルハ人身ニ疾病アルカ如ク疾病ニシテ直接間接ニ人ノ生命ヲ害セサルモノ無キカ如ク犯罪ニシテ國家ノ生存ヲ害セサルモノ無シト雖モ其生命、生存ニ危

害ヲ加フル程度ハ遲速緩急ノ差ナキヲ得ス吾人ニ疾病アルニ方リ醫師ハ常ニ其生命ニ關スル大小ヲ診察シ時ニ一手一足ノ切斷ヲ必要トスルニ非スヤ是其不治ニシテ生命ニ急害アル時ナリ同シク不治ノ症ト雖モ生命ニ急害無クシテ尙且ツ一手ヲ切ラシメ一足ヲ斷タシムル知キハ注意深キ醫師ノナサザル所トス一人ノ民ヲ殺スハ恰モ手足ノ一部ヲ斷ツニ均シ豈其大害ヲ與ヘサルモノヲ殺ス可ケンヤ正義論者ハ死刑ニ依リ犯人ニ大痛苦ヲ與フトイフ自然法主義ノ論者ヲシテ之カ說ヲ爲サシメバ以テ良民ノ身財財產ヲ保護シ一國ノ生存ヲ全キニ置クトイハシムニ是レ一殺多生ノ理ナリ

(二) 死刑ヲ明文ニ存シ適用ニ廢ス可キ理由他無シ一度之ヲ全廢セハ再設スルニ甚シキ障害アルヲ以テナリ論者或ハ曰ハシ明文ニ存シテ適用ニ廢セハ法律ノ威嚴ヲ損シ之ヲ削除スルニ勝ル弊害アラント非ナリ明文ニ存スベキ理由ハ再設ノ困難ヲ避クルニ在リテ適用ニ廢ス可キハ科ス可ラサル場合ニ之ヲ科シタルガ故ナリ

死刑ヲ科シテ正當ナルハ社會ニ大害ヲ與ヘ且ツ絕對的ニ不治ノ者ヲ除ク協合ノミナリ即チ主觀的ニ人ヲ理由トシ之ヲ除キテ以テ大害ヲ淘汰スル最良ノ手段ナルニモ拘ハラス現行刑法ハ一大謬見タル正義ノ觀念ニ基キ之ヲ損害ノ大ナル犯罪事實ニ對立セシメテ以テ賠償ノ主旨ヲ盡シ權衡ヲ得タリトスル狀太古ノ目ヲ以テ目ニ報ニル(Talion)法ヲ再現シテ願ミル所無シ如何ソ適用ニ廢セザル可ケンヤ

再設ニ困難ナルナリ理由トシ明文ニ死刑ヲ存ス可シトスルハ決シテ  
 氏ノ如ク以テ世人ヲ脅迫セントスルニ非ス實ニ明文ニ嚴刑ヲ存スト雖  
 モ實際ニ之カ適用ヲ廢セバ法律ノ威嚴ヲ損スコトアラントモ世人ヲ脅迫ス  
 ルニハ足ラサルラン其之ヲ存セント欲スルハ異日適用スベキ必要ヲ感スルコ  
 トアラントスルニ在リテ適用スベキ場合アラントスルハ絶對的不治ニシテ  
 大害ヲ興フル惡人アラント假定スルカ故ナリ  
 論者或ハ曰ハン大害ヲ興フル絶對不治ノ罪人アルヲ假定セハ適用ニ於テ  
 モ死刑ヲ廢スル必要ナカラント而レトモ今日ノ科學ノ程度ハ未タ以テ絶對  
 不治ノ大罪人ヲ識別セシムルニ足ラス屢々夫ノ現存スル刑罰制度又ハ道德  
 宗教ノ鑑戒ニ懲リサル關係的不治ノ者ヲ捕ヘテ之ヲ絶對不治ノ徒ニ混同シ  
 世シキハ漠然タル自己ノ感情ヨリシテ人ヲ憎ムノ結果酌量減輕又ハ特赦ノ  
 請願ニ答ナルノ恐ナキ克ハサルカ故ニ今日ニ於テハ決シテ其適用ヲ可トス  
 可ラサルナリ一歩ヲ進メテ絶對不治ノ大罪人アリトイフ假定カ全ク空想ニ  
 過キサルカ否ヤハ少シク直接ニ犯人ヲ實驗セハ思ヒ半ニ過クル者アラン

第四款

死刑ヲ廢シタル國并ニ其年代

三六八

歐米各國ニ於テ死刑ヲ廢止シ又ハ廢止シテ再設シタル國名年代  
 左ノ如シ

國名	廢止	再設	廢止	再設	廢止
トスカナ Toscana	一七八六	一七九〇	一八四八	一八五二	一八五九
サンマリノ Saint-Marino	一八四八				
伊太利全轄	一八九〇				
フリブール Fribourg	一八四八				
ネウシャテル Neuchâtel	一八五四				
ジネーブ Geneve	一八七一				
瑞西連邦全轄	一八七四				
Uri	一八七四	一八七九			
Appenzell	全	全			
Saint-Gall	全	一八八三			
Valais	全	全			



所無キ假想的狀態ヲ自由ト名ケタルニ似タリ爰ニ自由トイフハ斯ノ如ク汎博ナル意味ニアラズ國民ノ普通生活上公法私法ニ觸レザル限リ隨意ノ行為ヲ爲シ得ル狀態ヲ謂フ實ニ自由刑ヲ執行サル、時ハ衣食住ヲ初メ業務舉動起臥對談ニ至ル迄盡ク獄則ニ遵由スルヲ要シ之ヲ國民普通ノ生活上數多ノ隨意舉動ヲ爲シ得ル狀態ニ比スレバ自由ヲ剝奪セラレタルモノトイハズシテ何ソヤ

三七二 (2) 自由ヲ制限スル刑トハ監獄外ニ於テ執行スル監視是ナリ之ヲ自由剝奪ノ刑トイハズシテ自由制限ノ刑トイフハ他無シ其失フ所ノ自由少クシテ剝奪トイヒ得ルニ至ラザレバナリ若シ夫レ嚴格ニ語ヲ用ヒナバ自由ノ一部ヲ剝奪スルモノトイフモ不可ナカラシ(四一三號)

三七二

(3) 法律規則ノ結果トシテ自由ヲ剝奪若クハ制限スルモ

ノハ獨リ自由刑ノミニアラズ其自由ヲ剝奪若クハ制限スルモノニシテ刑罰タルト否トテ區別スル標準ハ專ラ國家ガ犯罪ヲ理由トシテ執行シタルカ否ヤノ一點ニ在リ即チ懲戒權ニ依リテ子ヲ幽閉スル如キ看護ノ責任アルモノガ狂者ヲ閉籠ムル如キ未決囚ニ對スル拘留及ヒ或ル懲治場ノ留置ノ如キ國家カ犯罪ヲ理由トスルモノニアラザルヲ以テ刑罰トイフ克ハザルヲ知ル可シ

三七三

親カ子ヲ懲戒スル權ヲ有スルハ各國皆然リ(民、人、一五一條)其結果トシテ我民法モ子ノ行狀ニ付キ重大ナル不滿意ノ事由アラバ區裁判所ニ申請シ之ヲ感化場又ハ懲戒場ニ入ルコトヲ得期間ハ六ヶ月以内ニ於テ隨意ニ之ヲ定メ尙増減スルコトヲ許セリ(民、人、一五二條)民法實施ノ曉之ニ多少ノ修正アルヤモ知ル能ハスト雖モ親權ノ一部トシテ斯ノ如キ幽閉ヲ請求スル事ヲ許スベキハ依然變化無カラシ  
民法ニ感化場又ハ懲戒場トイフ語アリ如何ナル場所ヲ指スカ今日ニ於テハ極メテ明ナラズ前監獄則第十八條(十四年ノ發布)ニハ之ヲ懲治場ニ置クノ規定アリシト雖モ現行法(二十四年ノ發布)ニハ類似ノ條文モ有ル事ナキカ故

ニ直ニ之ヲ懲治トハ解シ難シ將來更ニ其義ヲ明ニセラルト期アラシ  
要スルニ親ガ懲戒權ヲ行使シ其子ヲ一定ノ場所ニ幽閉スルコトアルモ犯  
罪ヲ理由トスルモノニ非ズ亦國家ノ爲ス所ニアラサルヲ以テ自由刑ニ非ル  
ナリ

三七四

癡狂者ヲ没ニ往復セシメバ各種ノ危險ナキヲ得ス故ニ佛國ノ如  
キハ一定ノ場所ニ幽閉スルコトヲ許ス規則アリ(一八三八年六月三〇日附法  
律)我國ニ於テ斯ノ如キ法規アルヲ詳ニセズト雖モ之ガ看過ノ責任アル以上  
ハ(刑四二六條)當然幽閉スルヲ公許シタルモノナリ其所謂狂人ニ對スル幽  
閉ハ自由ヲ束縛スルコト囚人ヲ待遇スルニ過クルモノアリ得ベシ而モ之ヲ  
自由刑トイフ能ハザルハ國家ガ犯罪ヲ理由トシテ執行スルモノニ非サレバ  
ナリ

三七五

未決囚ヲ一定ノ場所ニ幽閉スルハ刑事法ノ命スル所ナルガ故ニ  
懲戒權ニ依リ親ガ子ヲ幽閉シ看管ノ責任アル者ガ狂人ヲ閉籠ムルトハ大ニ  
趣ナ異ニスト雖モ尙之ヲ自由刑トイフ能ハサルハ他ナシ犯罪ノ嫌疑アルヲ  
理由トシテ逃去ヲ防ク精神ニ出テタルノ犯罪ヲ理由トシタル自由ノ剝奪  
ニ非ザレバナリ往昔ハ此區別ニ留意セザリシヲ以テ讀者試ミニ江戸ノ古老  
ニ問ヘ三四番屋ニ於ケル未決拘留ハ如何ニ其自由ヲ拘束スルノ甚シカ  
シカナ

三七六

懲治場ノ留置ニ二種アリ(一)八才以上十二才以下ノ幼者罪ヲ犯  
サバ十六才ヲ過キサル時間十二才以上十六才以下ノ幼者辨別無クシテ罪ヲ  
犯サバ二十才ニ滿タサル時間、清啞者罪ヲ犯サバ五年ニ滿タザル時間、情狀ニ  
因リ懲治場ニ留置スルコトヲ得(刑七九、八〇、八二條)此場合ハ國家ガ自由ヲ剝  
奪スルモノナリト雖モ犯罪ヲ理由トスルニ非サルコトハ既ニ一貫セリ(一三  
一號)此等ノ者ハ精神上ノ要素ノ一タル辨別ヲ缺クガ故ニ責任ヲ生セズ責任  
ヲ生セサルガ故ニ其所爲罪トナラザルモノトス若シ用語語ヲ嚴格ニセントナ  
ラバ辨別無キ者ニ對シテハ「罪ヲ犯ス」ト云フ辭ヲ避ケテ「罪ト外形ノ同一ナル  
所爲ヲ爲シタル時」トイフベキノミ爰ヲ以テ留置ノ自由刑ニ非サルヲ知ルベ  
シ(2)監視ニ付スル者住居ナク及ヒ引取人ナキ時ハ其期限間懲治場ニ留置シ  
工樂ヲ爲サシメ又ハ使役ニ供ス住居遠地ニ在テ歸省スル資力ナキ者モ亦同  
シ(刑、附、三二條)此等ノ者ヲ留置スルニ付キテハ前監獄則第三十條ニ「監獄内」ノ  
別房ニ留置シ云云ノ語アリシヨリ司獄官吏之ヲ別房留置ト稱スル事アリキ  
現行監獄則ニハ之ニ類スル條文ナシト雖モ尙其稱ハ一部ノ實際家ノ間ニ殘  
レルノミナラズ刑法附則ノ明文アル以上ハ屢々之ヲ實施スル事アラシ此場  
合ハ懲治場ニ留置ストイフ語アルモ其實執行ノ場所ヲ變シタル監視ニ外ナ  
ラズ監視ノ刑罰タルカ否ヤハ後更ニ之ヲ論スベシ(四一五號)

第二一 款

日本自由刑ノ沿革

三七七

第一期ノ事跡ハ甚々不明ナルヲ以テ之ヲ畧ス第二期即チ大寶律以後ハ我輩ノ名ヲ支那法理ノ折衷時代ト稱セシモノナリ支那ニ於ケル自由刑ノ沿革ヲ考フルニ魏ノ李理ノ手ニ成リシ法經六編ハ刑書ノ始メニシテ之ヲ増減シタル秦漢三國南北朝及ヒ隋ノ制ハ暫ラク之ヲ措キ隋律ヲ修正シテ成リシ唐律ニハ二種ノ自由刑ヲ採用セリ徒刑流刑是ナリ徒刑ハ五等曰ク一年一年半二年二年半三年期間ヲ以テ差等ヲ立ツ流刑ハ三等曰ク二千里二千五百里三千里距離ヲ以テ差等ヲ立ツ此制明清ニ傳リ些モ變化ナシ我大寶律ノ刑ハ大抵隋唐ノ制ニ倣ヒシモノナルガ故ニ其採用セシ自由刑ハ亦二種徒刑流刑是ナリ(徒刑ハゾイ流罪ナルザイト讀ム)徒刑ハ五等一年一年半二年二年半三年期間ヲ以テ差等ヲ立テ流罪ハ三等近流中流遠流距離ヲ以テ差等ヲ立ツル隋唐ノ制ニ均シト雖モ彼ハ直接ニ配所ノ里數ヲ示シ此ハ名ヲ異ニシテ別ニ配所ヲ示定セリ

**三七八** 徳川百ヶ條ニ掲ケル自由刑ハ曰ク遠島重追放中追放輕追放江戸拂所拂門前拂追院一宗擣一派擣改易等ハ自由刑ト名譽刑トノ中間ニ位シ手鎖ノ如キハ中追院一宗擣一派擣改易等ハ自由刑ト名譽刑トノ中間ニ位シ手鎖ノ如キハ身體刑ト相央ハスト言フモ可ナリ又奴ト稱スル自由刑アリシカ自由刑ヲ剝奪スルト同時ニ加辱ヲ眼目トシタルモノトス

**三七九** 明治ノ初年新律ノ成ル迄内規トシテ編成セラレシ假○刑○律○徒○刑○流○刑○ニテ正○刑○トナセリ徒○刑○ハ一年一年半二年ノ三等流○刑○ハ三年五年七年

ノ三等期間ニ依リテ差等ヲ分ツノ外尙執行ノ場所並ニ方法ヲ以テ徒刑流刑ノ別ヲ明カニセント欲セシ形迹アリ正刑ノ外華士族並ニ官吏ノ罪ヲ犯セシモノニハ閩刑ノ制アリシガ如シト雖モ當時改革ノ際十分ニ規律ナク多クハ徳川幕府ノ舊制ニ則リシモノト如シ

三八〇

明治三年新律綱領ノ頒布ト共ニ四民ノ別ヲ以テ嚴ニ刑罰ノ制ヲ異ニシ且公罪ヲ犯スト私罪ヲ犯ストニ依リ其適用ヲ異ニセリ四民トハ華族士族官吏平民ノ義ニシテ公罪トハ職務上ノ過失犯ヲ意味シ私罪トハ故意(當時ノ所謂有心故造)ニ出テハ罪ヲ犯セシヲ謂ヘリ其制改定律例及ヒ其後ノ法規ニ依リ多少ノ變改ヲ受ケタル左ノ如シ

庶人ニ科スベキ自由刑ハ徒刑流刑ノ二種ニシテ徒刑ハ一年一年半二年二年半三年ノ五等各府縣ノ徒刑場ニ於テ執行シ流刑ハ一等二等三等ノ三種チテ島地ニ居住セシム改定律例ハ徒刑流刑(其他ノ笞杖)チ一ニ懲役ニ改メ舊徒刑ハ同期間ノ懲役ニ換ヘ舊流刑ハ其一等(期間一年)チ五年ノ懲役ニ舊二等(期間二年)チ七年舊三等(期間三年)チ十年ノ懲役ト改メ尙懲役終身ハ一自由刑ヲ設ケタリキ

勅奏任官公罪ヲ犯セシ時ハ監禁閉門ニ處セラレヘキ新律綱領ノ規定ハ明治四年八月二十二日ノ布告ニ依リ刪除セラレ其私罪ヲ犯セシ時ハ士族ト同一ノ處分ヲ受クヘキ規定ナリキ

第二編第二章刑ノ分類第三節自由刑 第三七七號第三七八號第三七九號第三八〇號 四四七

士族罪ヲ犯セシ時ハ新律編領時代ニ所謂圍刑ヲ以テ處分セララル、規定ナ  
 リキ圍刑ハ五種其自盡ヲ除キ他ノ四種ハ自由刑ナリ曰ク謹慎、五年アリテ最  
 輕者ハ期間十日、一等ヲ加フルニ從ヒ十日ヲ増ス、曰ク閉門、亦五等アリテ最  
 者ハ六十日、同シク一等ヲ加フルニ從ヒ十日ヲ増ス、曰ク邊成、北海道ニ發遣シ邊  
 半、二年、二等半、三年、庶人ニ科スベキ徒刑ニ相當ス、曰ク邊成、北海道ニ發遣シ邊  
 暹ノ成役ニ充ツ故ニ名アリ、總テ三種、一等邊成ノ期間ハ一年、二等ハ二年、三等  
 ハ三年、庶人ニ科スベキ流刑ニ相當ス、謹慎、閉門、禁錮ノ三ハ犯人ノ自宅ニ閉幽  
 シ、外出、交通ヲ禁シ同時ニ手鎖ヲ附シタルニ過ギズ、明治六年頒布改定律例  
 第十三條ニ依リ、謹慎、閉門、邊成ハ總テ禁錮ニ改稱セラル、其謹慎ト閉門トハ同  
 期間ノ禁錮ニ換ヘ、一等邊成(舊期間一年)ハ五年、二等(舊二年)ハ七年、三等(舊三年)  
 ハ十年ノ禁錮ニ換ヘラル、其所謂禁錮ハ現行法ノ禁錮ト異リ、自宅ノ一室内ニ  
 鎖錮セシメ外人ニ接見通信スルヲ禁セラル、ニ過ギザリキ、後明治十年十  
 一月二日第七十六號布告ヲ以テ禁錮ト改稱セラル  
 華族ノ處分ニ付キ、其授任ヲ經サル者ハ勅奏任官ト同一ニシテ、私罪ヲ犯シ  
 タル場合ハ右ニ述ブル士族ト同一ノ刑ヲ受クベキ規定ナリキ、故ニ新律編領  
 ノ時ニハ謹慎、閉門、邊成ノ三自由刑アリ、改定律例ニ至リテ一ノ禁錮ニ換ヘラ  
 ル、後明治十年五月ニ華族懲改例ノ發布アリテ謹慎、ノ名ハ發居ト共ニ殘リシ  
 ト雖モ刑罰ノ性質ハ之ヲ失ヒシモノトス  
 右官吏、士族、華族ニ科スル圍刑ノ外ニ明治三年以後、禁錮トイフ刑名アリシ

ガ始メハ婦女ニ對スル管、刑杖、刑ノ、換刑ニシテ明治十年ヨリ圍刑ノ禁錮ニ與  
 ヘシ改稱トナレリ

第三款

自由刑ノ區別

三八一 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  
 四點ヨリ觀察スルトキハ(1)無期ノ自由刑、有期ノ自由刑、(2)定役アル自  
 由刑、定役ナキ自由刑、中間ノ自由刑、(3)島地ニ發遣スル自由刑、島地ニ發  
 遣セサル自由刑、(4)主タル自由刑、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

三八二

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

トキハ無期ノ自由刑、有期ノ自由刑ノ二トナル

**三八三** 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事、島地ニ發遣スル事、死刑ニ亞キ重罪ノ主刑タル事ノ三點ニ在リテ其異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事、無期徒刑ニハ定役アリ無期流刑ニハ定役ナキ事(刑一七二〇條)ノ二點ニ在リ

**三八四** 無期ノ自由刑ヲ批難スル者曰ク(1)人ノ生命ハ長短甚シキ差異アリ而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ガ故ニ五年ノ執行ヲ受ク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ベキ均一平等ノ性質ヲ缺ク事極メテ夥シ(2)犯人ヲシテ悔改復善ノ念ヲ生セシムルモノハ一ニシテ足ラザラン而レモ其再

ヒ社會ニ出テ良民ト相齒セント欲スル念願ニ獎勵サル、ヲ最モ重ナルモノトス而ルニ無期ノ自由刑ハ畢生復社會ニ出ツルヲ許サザルモノナルガ故ニ失望自棄ノ結果到底自新ノ心ヲ生ゼシムル克ハサル缺點アリト

**三八五** 第一ノ批難ニ先ツ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イフ實ニ其言ノ如シ而レ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克ハサルニ何テ苦ミテ獨リ之ヲ無期ノ自由刑ノ缺點トナスカ  
生命ノ長短ハ人カヲ以テ奈何トモスル克ハズ刑ハ均一平等ナル事ヲ希望スルモ實際人カニ依リテ行フ克ハザル均一平等ヲ希望スル法理アラシヤ



實際ハ無期ノ自由刑モ均一平等ナラズ有期ノ自由刑モ平等均一ナ  
 ラズ其均一平等ナラサルヲ甘ン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(1)犯罪ト刑罰トハ其間權衡ヲ保タザル可ラズ死  
 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  
 ノ認見ヲ棄ツル克ハザル折衷主義ノ論者ノ動モスレバ無期自由刑ヲ  
 辯護スル語ナリ是果シテ正確ナル法理トイ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克ハザルハ事實ニ於テ一點ノ疑ナキ  
 ニ拘ラズ之ヲ執行セバ罪惡ノ度ト權衡ヲ保ツトイフ單ニ法文ノ上ノ  
 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ト戯言  
 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  
 ハ曰ハシ「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痛苦豈獨リ不平等不均一ナルヲ得ンヤ  
 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バ短期ノ刑ヲ受ケテ痛苦煩悶死  
 モ尙及バザル如ク感ズル者アリ論者ノ言亦事實ヲ觀察セザル空論ノ  
 ミ Diderot 言ハズヤ假想ハ事實ニアラズト(2)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(3)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(4)不治ノ犯人アルヤ否ヤハ今日  
 ノ科學未タ之ヲ識別セシムルノ程度ニ達セズ而レモ一日之ヲ識別ス  
 ル方法ヲ得バ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ザル可ラス(三六七號)乙ハ終身獄ニ投シ  
 再ビ罪ヲ犯ス途ヲ失ハシメザル可ラズ夫ノ賠償論者ノ謂フ如ク罪小  
 ナリト雖モ絶體的ニ不治ノ者タル以上ハ短期ノ刑ヲ受クルニ依リテ

責任ヲ盡クシタリトイフヲ許サレズシテ其主觀的ノ理由ニ依リ罪ヲ犯ス克ハザルダケノ手段ヲ受クヘキ責任ナカラザ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克ハザルモノヲ謂フ其執行ヲ了ルニ依リテ責任ヲ盡ク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克ハザル困難ヲ醸セリ、既往ノ事迹ニ徴シ到底現在スル刑ニ懲リザル以上ハ罪ヲ犯ス途ヲ失ハシムルノ外今日ニ於テ施スベキ手段ナシ(八八七號)

**三八六** 今ヨリ第二ノ批難ニ答ヘン終身復社會ニ出ヅル望ナキ時ハ事實犯人ニ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ベテ後ニ在リ(七四三號以下)

**三八七** 有期ノ自由刑——有期ノ自由刑ハ有期徒刑、有期流刑、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、有期流刑、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、輕禁錮ノ二種ハ輕罪ノ主刑、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ラル(刑七、八、九、一〇條)

**三八八** 有期ノ自由刑ニシテ重罪ノ主刑タルモノニハ法律ガ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(刑一七、二〇、二二、二三條、二、一)而シテ此等ノ重罪ノ主刑タル有期自由刑ノ期間ハ必ス其刑名ニ伴フガ故ニ第二編以下ハ各本條ニ於テ復ヒ其最長期ト最短期トヲイフ事ナシ、假令ハ十二年以上十三年以下ノ有期徒刑ニ處ス、七年以上八年以下

ノ輕禁獄ニ處ストイフ類ノ條文ヲクシテ單ニ輕禁獄ニ處ス又ハ有期  
 徒刑ニ處ストイフ此ノ如クイ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可シ(2)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ガ故ニ  
 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ベキ刑ノ期間ヲ一定スル  
 職權アリ故ニ若シ法律ガ「……」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以上十五年以下ノ期間  
 ノ範圍内ニ於テ、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

三八九

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十一日以上五年

以下、拘留ハ一日以上十日以下トス(刑二四、二八條(1)而ルニ輕罪違警罪  
 以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  
 異リ必ズシモ其刑名ニ固着セズ其最長期ハ五年若クハ十日ノ規定ア  
 リト雖モ加重ノ結果トシテハ七年、十二年トナリテ尙刑名ヲ變セザル  
 事ヲ得(刑七〇條、七二條、七三條)爰ニ於テカ刑法ハ第三編以下ニ於テ單ニ  
 重禁錮ニ處ス又ハ拘留ニ處ストイハズシテ各本條ニ更ニ其最長期ト  
 最短期トヲ示シ假令バ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(刑三四條、二八條、二九條、三〇條)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期間ナキガ故ニ各本條ニ  
 示定サレタル長短ノ範圍内ニ於テ、裁判官ハ隨意ニ科スベキ刑期  
 ヲ一定スル事ヲ得テ夫ノ重罪ノ主刑タル有期自由刑ノ如ク直ニ其期  
 間之長短ノ範圍内ニ於テ隨意ニ科スベキ刑期ヲ定ムル能ハズ

三九〇 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ズシモ最長期ト最短期トヲ有セズシテ豫メ法律ガ之ヲ一定シ裁判官ニ其伸縮ヲ許サザル事アリ(三四四、四〇七號)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(四一〇號)裁判官ハ此場合ニ限り長短ノ範圍内ニ於テ隨意ノ期間ヲ一定スル事ヲ得

三九一 主刑タル有期ノ自由刑ノ中特ニ其期間ノ短キモノハ到底犯人ヲ懲改スル克ハザルト却ツテ再犯ニ陷ラシメ易キトノ二大弊害アリ如何ニシテ之ヲ救フ可キカ條件附延期ノ制ト刑ノ執行猶豫ノ制トヲ現行法ニ搜入セバ稍可ナラン更ニ之ヲ詳論スル期アリ(八八七號以下)

第二項

定役アル自由刑、定役無キ自由刑

中間ノ自由刑

三九二 定役トハ自由刑執行ノ方法トシテ法律ノ強制スル勞働ヲ謂フ徒刑懲役重禁錮ニ定役アリ、流刑禁獄輕禁錮拘留ニ定役ナシ監視ニハ定役アルコトアリナキコトアリ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課スル理由定役ヲ課セサル理由ヲ論セント欲ス

三九三 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ガ故ニ *Constan* 氏之ヲ批難シテ曰ク「人ヲシテ其好ムト否トニ拘ラズ強テ一定ノ勞働ニ就カシムルハ自由ヲ剝奪スルニ過ギテ宗教ノ恩澤ト文明ノ輿論トニ依リテ述テ斷テタル奴隸制度ヲ復活セシムルモノナリ」ト(エフ、エリ氏七八號)此ノ如キ批難ハ定役ヲ科スル主旨ヲ辨明セバ容易ニ除去スル事ヲ得ン

國事ニ關セザル罪ノ重ナル者ニ定役アル刑ヲ科スルニ至レルハ亦正義賄贖ノ觀念ニ因由セスンハアルベカラズ即チ非國事犯ノ犯罪十中八九ハ背徳

ノ程度最モ大ナルガ故ニ之ニ科スル刑罰ノ痛苦モ亦從ツテ多カラザル可ラ  
 ズ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ン事ヲ力  
 ムルノ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ガ故ニ定役ヲ附スルハ只ニ痛苦ヲ増サン爲ノミナラ  
 サル理由ヲ辨シテ曰ク「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ガ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  
 我刑法モ右ニ述ブ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而レテ到底認見タルヲ免レサル正義トイフ  
 絶對的觀念ト人ニ依リテ効力ニ差異アル利益トイフ關係的事實ト折衷セ  
 シト試ミシガ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ラサルヲ得サルニ至ラシメ  
 タリ  
 推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イフ語ヲ以テ其主旨ヲ云ヒ盡クセシモ  
 ノ尤ラシク何カ故ニ此ノ如キ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嫌ヒ而モ非分ノ快樂ヲ得ント欲スルカ爲ニ罪ヲ犯スニ  
 至レル者アリ之ヲシテ再犯ニ陥ラサラシメントセバ勢ヒ根治療法ヲ施スノ  
 外ニ又好手段ナキヲ以テナリ若シ夫レ夫ノ獄内ノ一室ニ離隔獨居セシムル

如キ他ハ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バ  
 社會ハ何ハ名義ニ依リ何ヲ理由トシテ強ヒテ定役ヲ強制スルヲ得ルカ此一  
 點ニ至リテハ假令ハ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イフニ非スヤ而ラハ惡癖ヲ除キ再犯ヲ  
 防ク利益ナクハ定役ヲ附ス可キ根據ナシトイフノ已ムヲ得サルニ至ラン  
 定役ニ依リ惡癖ヲ除キ再犯ヲ防ギ得ルハ懶惰不規律ノ爲ニ罪ヲ犯スニ至  
 リシ者ナラサル可ラス而ラバ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ズ論シテ爰ニ至レハ現行法  
 ガ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實ト對當  
 セシメタルハ亦改正ヲ希望セサル可カラザル缺點ナリ

**三九四 定役無キ自由刑——定役ナキ自由刑ノ中、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、之ヲ要スルニ定役ナキ自由刑ハ總  
 テ國事犯ノ刑ナリトイフ克ハズト雖モ國事犯ニ科スル自由刑ニハ定  
 役アルモノ無シトイハザルベカラズ

**三九五 國事犯ノ自由刑ニハ何故ニ定役ヲ附セザルカ富井博士之ヲ説明**

セラレテ一點ノ餘ス所ナ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モノナレハ風俗ヲ本質トスル刑ハ全ク之ニ適當セス固ヨリ國事犯ハ直接ニ政治社會ノ秩序ヲ紊亂セントスル者ナレバ其害ノ重大ナル事ハ常事犯ノ比ニ非ズ然レモ其處分法ハ專ラ之ヲ社會ヨリ遠ケ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辱辱ヲ受ケシムルハ其刑罰ノ目的ト背馳シ能ハ得タルモノト謂フ可ラサルナリ(刑法論綱二四六頁)眞ニ其旨ノ如ク國事犯人ハ己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ンガ爲ニ死モ且ツ辭セズ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業志ヲ斷シ滿腔ノ執血ヲ冷却セシムルニ足ランヤ其之ヲ獄ニ投ズルハ抑壓ヲ主タル目的トスベキノミ俊改自新ノ法ハ犯者自ラ考究スルヲ俟テ可ナリ

起草者ホアソナア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レ可ラザル理由ヲ示シテ曰ク定役無クハ懲戒ノ効ヲ奏スル克ハズ(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者多キヲ占ムル場合ニ多少鑑戒ノ効ヲ奏スル事アラシム國事犯人ノ如ク自ラ進ン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ザラン

**三九六** 輕禁錮并ニ拘留ニ定役ヲ附セザル理由如何折衷主義ノ學者ヲシテ之ヲ說明セシメバ或ハ亦罪刑ノ權衡ヲ保タシムル爲メ背德加害ノ程度低

キモノ、爲ニ之ヲ設ケタリトイハシテ而レモ我輩ヲシテ之ガ説ヲナサシメハ「俊改ノ効ヲ奏スルニ必要ナル場合」ノミ定役ヲ附シ却ツテ定役無キ別居獨愼ハ制ニ依リ自新ヲ促シ得ルモノハ若クハ抑壓スルヲ眼目トシ必ズシモ改心ノ途ヲ攻スルヲ主旨トスルニ必要無キモノニ對シテハ定役無キ自由刑ヲ科セザル可ラズ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鮮少ナラズト斷言スルヲ憚ラザルナリ

**三九七 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只一ノ監視アルノミ其所謂定役無キ監視トハ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(四一一號)爰ニ注意スベキ點アリ前段ニ説明スル定役ナキ自由刑ハ之ヲ科セラレタル者自ラ好ソテ役業ヲ採ラノ事ヲ請求スル時ハ司獄官之ヲ許可ス可キ成規(刑附一一、一七條)ナルガ故ニ事ノ實際ヲ云ハ、同シク場合ニ依リ役業アル事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アラサルヲ以

ヲ定役ナキ自由刑ト名クルニ害ナシ爰ニ中間ノ自由刑ト名クル監視  
ハ如此性質ニ非ラスシテ監獄外ニ於テ執行スル時ハ法律ガ役業ヲ強  
制セズ監獄内ニ於テ施行スル時ハ法律ガ役業ヲ強制スル(刑附三二四  
七條)ガ故ニ中間ノ自由刑ト命名シタルナリ

第三項

島地ニ發遣スル自由刑

島地ニ發遣セサル自由刑

三九八 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徒無シ(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(監一條)

三九九 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義ト學理上維持スルニ足ル主義トナ區  
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イフ要素ヲ加ヘシ  
ハ亦以テ正義ニ叶ヒ利益ヲ保持スルニ足ルト断定シタルカ爲メノミ(1)以テ  
正義ニ叶フトシタルハ他ナシ内地ニ執行サルハト絶海無人ノ孤島ニ執行サ  
ルトハ之ヲ受ケ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イフ是ナリ(2)以テ利益ヲ保持スルニ足ルト  
シタルハ痛苦大ナル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  
ンハアル可ラス

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  
者並ニ國事犯ノニ過キサラン(1)累犯者ハ第一項(三八五號)ニ一嘗セシ關係  
的不治ノ犯人タルヲ推測セシム假令ハ逃走ヲ防ク手段アリトスルモ之ヲ其  
民ノ枕ヲ高ウスヘキ内地ニ置カンヨリ絶海ノ孤島ニ貶謫スルノ勝レルニ如  
カス況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  
テ水火災ノ如キ開放ヲ必要トスル事變ヲ防ク克ハサルニ於テガヤ島地發  
遣ヲ痛苦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  
スルニ疏ナラサル無キカ(2)國事犯人ハ通常非國事犯人ノ如ク酷薄無頼ノ徒  
ニ依リテ跳ラントスル意馬ヲ繫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バ殘黨之ヲ救出サント欲シテ暴擧ヲ企ツル危險アリ得ヘク犯人自ラモ要街樞府ニ近ク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無シ、

四〇〇 島地發遣ノ制ハ内地ヨリ犯人ヲ除去スル必要アル場合ニ初メテ採用ス可シトスル主義ニ一ノ批難アリ曰ク「良民ト齒セシムル克ハサル程ノ者ヲ島地ニ移サバ内地ノ民ヲ保護シテ島地ノ人民ヲ保護セサルモノナリ兇徒惡漢ヲ憂トスル豈島地ノ民ト内地ノ民トノ間ニ懸隔アラシヤ」ト此批難ハ島地ノ選擇如何ニ依リテ容易ニ之ヲ退ク得ルノミナラス囚徒ノ移住スルニ從ヒ却ツテ業ヲ得ルモノ無キニ非ス但シ北海道ヲ以テ刑法上ノ島地トナシ徒刑流刑ノ囚ヲ盡ク之ニ發遣スルハ國情ノ許サハルモノアルカ如シ(六九八號)

四〇一 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ズ内地ノ懲役場ニ於テ定役ニ服ス(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ケルトスレバ手數ト費用トニ堪ユ可ラス(2)而シテ之

ヲ内地ニ置クモ破監越獄ノ患尠シ是右ノ例外アル所以ナラン

四〇二 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ヘシトイフ規定ナキカ故ニ此點ニ就テ中間ノ性質ナシ

四〇三 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(三〇九號)懲役禁錮拘留ハ非國事犯ノ主刑ナリ累テ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改ノ迹無キヲ知リツ、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ント見識ニ類ス(八八七號以下)

第四項

主タル自由刑、附加ノ自由刑

四〇四 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レハ更ニ之ヲ言ハズ自由刑ノ中附加刑ハ只監視ノミナリ(1)監視ニハ如何ナル種類アルカ(2)一個ノ刑罰トイフヲ得ルカ(3)現行制度ノ當否如何

四〇五 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トイフベキハ只一ノ普通監視アルノミ兩者之ヲ附ス

ヘキ場合ヲ異ニシ期間ヲ異ニシ場合ニ依リテ其成立スル要素ヲ異ニス

四〇六

甲 普通監視ト特別監視トハ之ヲ附スル場合ニ區別アリ(1)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ニ(刑四〇條2)ニ附加ス(2)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懲改ノ狀アリテ假出獄ヲ許サレタル時ニ限り之ヲ附ス(刑五五條)

四〇七

乙 普通監視ト特別監視トハ期間ヲ異ニス(1)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、各條ノ明文ニ之ヲ示セリ、宣告スル

事ヲ要ス(刑三八條)即チ宣告シテ初メテ一定スルモノ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キテ言ヘリ(2)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モノ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)悔改ノ狀アルニ因リ殘期限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ゼラレタルカノ點一定ス特別監視ノ期間ハ即チ其殘ル時間ト同一ナルモノナリ(刑五五條但)

**四〇八** 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)所謂本刑トハ法律カ第二編以下ニ示セル刑ヲイフカ實際ニ申渡シタル刑ヲイフカ刑法第九十九條ノ例ニ從テ定ムルノ外ニ途ナシ

故ニ從犯未遂犯并ニ特別ノ加重減輕ハ其加減シタルモノヲ本刑トス

**四〇九** 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(五二二號)ニ依リ加減スヘキ時ハ之ヲ加減シ實際ニ八年ノ懲役ニ處セラレテ其四分ノ三ヲ經過シ假出獄ヲ得バ殘ル四分ノ一即チ二年ヲ特別監視ノ期間トス

**四一〇** 輕罪ニ附加スル監視ノ期間ニ限リ最長最短期アリテ各本條ニ示サ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ブ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ガ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ハ通常六ヶ月以上二年以下トス(刑一一〇、一一二、一三五、一九一、一九二、二〇一、二〇七、二一二、二九一、三七六、三八四、三九四、四〇

○四〇八條其中一二六及二一九二ノ場合ノミ六ヶ月以上三年以下ナリ

**四一** 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ス獨リ監獄外ノ監視ノミ兩者ノ要素ニ區別アリ

**四二** 監視ニ付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レハ事ヲ要シ(全條)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(四〇六號以下ヲ見テ知ルヘシ)

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(一三一、三七六號)監視ノ刑罰ナルヤ否ヤハ後ニ詳ナリ(四一五號)

**四三** 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

六個ノ積極義務ヲ列舉センニ(1)豫メ一定ノ住所ヲ定メサル可ラス(刑、附、二、二條)(2)一定ノ度數所轄ノ警察所ニ到リ其謹慎ナル事ヲ表シ監視ノ表ヲ出シ官吏ノ認印ヲ受ケサル可ラス但疾病又ハ已ムコトヲ得サル事故アリテ警察

所ニ到ルコト能ハサル時ハ其事由ヲ届出ソルヲ要ス(刑、附、二、七條)(3)轉居セント欲スル時ハ警察所ノ許可ヲ受ケサルヘカラス(全條)(4)旅行セント欲スル時ハ亦警察所ノ許可ヲ受ケル必要アリ(5)許可ヲ得テ旅行セハ先方ノ地ノ警察所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所ニ還納セサル可ラス(刑、附、三、〇條)(6)旅行天災又ハ疾病等ニ因リ臨時滯シタル時ハ事由ヲ其地ノ警察所ニ具申シ官吏ノ證書ヲ受ケ歸着ノ日旅券ニ添へ警察所ニ差出スヘキ事ナリ

三個ノ消極義務トハ(1)酒宴遊興ノ席ニ會シ又ハ群集ノ場所ニ參會スル可ラス(2)警察所ノ許可ナクシテ轉居スル可ラス(3)警察所ノ許可ナクシテ旅行スル可ラストイフ是ナリ

**四四** 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(1)普通監視ニ付セラレタル者ハ毎月二回所轄警察所ニ到リ謹慎ヲ表シ(2)監視票ニ認印ヲ受ケルヲ要シ(刑、附、二、七條)特別監視ニ付セラレタル者ハ毎週一度同一ノ義務ヲ盡サザル可ラス(刑、附、四、四條)(3)普通監視ニ付セラレタル者ハ所轄警察所ノ許可ヲ得レハ他府縣ニ移轉スルコトヲ得(刑、附、二、七條)特別監視ニ付セラレタル者ハ他府縣ニ移轉スルノ許可ヲ受ケルコト無シ(刑、附、四、四條)第三但(3)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コトヲ得(刑、附、二、七、三、〇條)特別監視ニ付セラレタル者ハ往復一日程ノ外ニ旅行スル許可ヲ得ル可ラス(刑、附、四、四條)第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進其他ハ兩者同一ノ職務ヲ負擔ス前號ノ說明ニ就キ知ルヘシ

四一五 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ノ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アリ

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イフヨリモ寧ロ警察處分ノ性質ヲ有ストハ屢々先輩ノ說ニ見ユル所(ガロ氏二〇〇號刑法論綱二七〇頁)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カ後熟考シテ其頗ル不妥當ナルヲ識レリ此說ハ止々特別監視ニ就テノミ唱導スルヲ得ン普通監視ハ純然タル刑罰ニ非ズトイフ說ハ刑象上ノ批難ト實質上ノ批難トヲ免レズ(1)我刑法第十條ニ監視ヲ附加ノ形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イフヲ許サス故ニ監視ハ警察處分ノ性質ヲ有ストイフ說ニ形象上ノ缺點アルハ更ニ疑無シ(2)實質ヨリ論スルモ普通監視ハ何故ニ警察處分トイ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ヨリ異レ同シク人ノ自由ヲ剝奪シ再犯豫防ノ目的トハ言ヒ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イフ餘地ナキヲ信ス

ルモノナリ(四一三號)

而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克ハス(草案註釋一二七號)(1)若シ附加刑タラシメバ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コトナシ(2)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(3)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終レル後更ニ附加ノ監視ヲ執行セサル可ラス(刑附四六條此ノ如ク特別監視ハ附加ノ自由刑トイフ克ハサルニ拘ラス之ヲ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\*

四一六 現行監視制度ノ當否——假出獄ヲ得タル者、主刑ノ執行ヲ

但シ反對説アリ  
明治二〇、五、三  
一日判決參照

了ヘタル者、又ハ其全免若クハ期滿免除ヲ得タル者ト雖モ、再犯ノ慮無シト斷言スル克ハス爰ニ於テ當該官吏ヲシテ其行狀ヲ觀察セシムル必要アリ而レドモ其觀察ノ方法公然且ツ嚴格ニ過クル時ハ世人チシテ容易ニ刑餘ノ罪人タルヲ識ラシメ生業ヲ得ルニ困難ヲ感セシムル時ハ却ツテ再犯ヲ促スノ弊害ヲ生ス此ノ如キ利害ヲ調和セントシテ古來三種ノ方法ヲ實驗セリ(1)其第一ハ官ヨリ一定ノ場所ヲ示シ犯人ノ其所ニ居住スル事ヲ禁スル是ナリ我國徳川時代ノ追放、所拂及ヒ現時佛國ノ採用スル居住禁止(Interdiction de séjour)ノ制ニ同シ(2)其第二ハ官ヨリ犯人ノ居住スヘキ場所ヲ示定シ漫ニ轉移スル事ヲ許サザル是ナリ流刑ノ囚ニシテ假免幽閉ヲ得タル者ヲ島地ニ住居セシムル如キ稍之ニ類ス(3)其第三ハ犯人自身ニ適當ノ場所ヲ選ミテ之ニ居住セシメ漫ニ移轉スルコト許サザル現行制度是ナリ而レトモ夫ノ常ニ行狀ヲ觀察シ得ルト監督ヲ嚴ニ過キサラシムルトノ二點ハ實ニ之ヲ調和スルニ重大ナル困難ヲ生セシムルモノニシテ再犯ヲ豫防シ得ル程ニ觀察セントスレハ嚴ニ過クルノ結果却ツテ再犯ヲ促シ監督ヲ緩ニスレハ容易ク監視規則違反者并ニ再犯者ヲ出タス事情アリテ到底十分ナル効果ヲ收メ得タルコトハ我輩未タ嘗テ之ヲ耳ニセス我國今日ノ狀況ニ於テハ既ニ其目的ヲ達シ得サル證據頻々トシテ現ハレ實務ヲ取ルモノ大ニ批難ヲ試ムルニ至レリ知ラス今日ノ監視制度能ク幾千ノ命數ヲ保チ得ルカ  
或學者ハ監視ヲ辯護シテ曰ク「監視其モノハ不長ノ刑ニ非ス今日現ハル」

所ノ諸種ノ弊害ハ只監視規則ノ嚴ナルヨリ生スルモノナリ故ニ少シク之ヲ  
寛ニセハ數多ノ情弊ヲ除キ其果ヲ收ムルコトヲ得ント(刑法正義上卷三五八  
頁)監督ノ方法ヲ寛ニセハ再犯ヲ豫防スル程ノ効能ナク且更ニ監視規則ヲ無  
視スルノ徒輩出セサルナキヲ得ンヤ

**四一七** 輕罪ニ附加スル監視ハ各本條特ニ明文アル場合ヲ限り之  
ヲ科ス(刑三八條其理由由他ナシ輕罪中ニハ一時ノ憤激ニ出テ再犯ノ恐  
ナキモノモアレバ盜犯ノ如キ惡癖ヨリ出ツル疑アリテ再犯ヲ豫防ス  
ル必要多キモノモアルニ因ル)刑法論綱二七二頁此理由タルヤ極メテ  
好シ只現行法カ之ヲ適用シタル所獨リ輕罪ニ止ルハ少シク十分ナラ  
サル感アリ何故ニ重罪ニ付キテモ同様ノ理論ヲ應用セザリシカ重罪  
犯人ハ盡ク再犯ノ恐アリヤ

第四節

財產刑 附徵價處分

第一款

財產刑總論

**四一八** 財產刑ハ國家ガ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コトアリ又單ニ附  
加刑トナルコト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ガ故ニ其宣告アルト同時ニ變ヲ債權者  
トイ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

**四一九** 財產刑ハ金錢ヲ徵收スル刑ト誤解ス可ラズ前ニ述ブル如  
ク我刑法上ノ財產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

スルコトアリ金銭外ノ物品ヲ徵收スル事アリ

第二 款

財産刑沿革

四二〇 歐羅巴ニ於ケル財産刑沿革

歐羅巴ニテモ財産刑ハ太古未開ノ代ヨリ起源ヲ發シ綿々トシテ今日ニ傳ハレリ其太古ニ於ケル事迹ハ恰モ近世ノ俗ニ貴金屬若クハ貨幣ヲ國家ニ納メテ犯罪ノ制裁トシタル如ク一種ノ罪惡又ハ汚點ヲ拭フ(Fenendare)トイフ思想ヨリ市都(Cities)ニ牛羊其他當時ノ所謂富ヲ納メシニ似タリ斯ク罪惡ヲ拭フトイフ觀念ヲ以テ財産刑國家ニ納ムル場合ハ今日ノ財産刑ノ思想ニ少差ナキモノト評スルヲ得ン(オルトラン氏一五七九號ガロオ氏一卷三四八號)

爰ニ注意スヘキハ日耳曼古俗ノ *Phthal* 及 *Verfeld* 及 *Fredum* ノ制ナリ *Phthal* ハ加害者ガ直接ニ被害者又ハ被害者ノ親屬ニ財産ヲ贈リテ其復讐權ヲ消滅セシメタルモノナルガ故ニ平和料ノ稱アリ復讐權取消料トイハベ一層明瞭ナラシムルハ平和料ノ制ヨリ後ニ行ハレシ所ニシテ加害者ヨリ政府ニ財産ヲ納メ復讐ヲ免レタル恩澤ニ酬ヒタルモノナリ蓋シ平和料ノ制アリシ時代ニハ加害者又ハ其親屬ガ加害者ノ平和料ヲ受ケルト之ヲ辭シテ復讐スルトハ其自由ナリシト雖トモ後ニハ必ラス之ヲ受ケテ復讐權ヲ放棄セシムルニ至

リ尙下リテ斷然復讐ヲ禁シタルヨリ前ニハ加害者ガ被害者又ハ其親屬ニ贈リシ財産ヲ國家ニ上納シテ復讐ヲ免レタル報酬トセシモノニ似タリ故ニ *Fredum* ハ又保護料ノ稱アリトス(ガロオ氏一卷三四八號)而シテ平和料ハ損害賠償ニ近ク保護料ハ報酬ニ近シ此等ノ制度ヲ總稱シテ贖罪制度(Compositio)トイフガ故ニ歐羅巴ノ贖罪制度ハ復讐主義ノ餘波ヲ泛ハシメタル痕迹アリトイハサル可ラス(四三號)

近時生命刑身刑ノ適用度外ニ汎クナリ財産刑ヲ科スル場合著シク減少セシガ今日ハ亦自由刑ハ刑罰ノ本位ヲ占メ僅ニ貪欲ニ基ク犯罪ニノミ金錢ヲ以テ成立シ刑ヲ適用セントスル傾ナキニ非ズ

四二一 日本ニ於ケル財産刑沿革

我上古神代ニ祓除ノ具ヲ納メテ罪惡ヲ拭ヒシ思想ハ歐羅巴古俗ノ *Fenendare* ノ義ニ酷ク相似タリ *Fenendare* モ財物ヲ納レテ汚點、過誤、罪惡、ヲ消除スル意味ナリシト雖モ彼ノ俗ハ之ヲ市府ノ所得トナス主旨ニ出テ我祓具ハ神ニ供スル意ナリシノ差アリトス 皇祖建國ノ後祓具ヲ納ムル外犯罪ニ相當スル生命刑、身刑(贖)自由刑(擊)ニ換ヘテ官ニ財物ヲ納メシ事迹アリ(例ハ日本紀雄略天皇ノ條齒田根命ノ事迹ノ如シ)支那法律ハ傳來スル以前既ニ贖罪ノ制ハ存在セシナリ

四二二 大寶ノ刑律ニハ笞杖徒流死ハ五刑ヲ以テ正刑トナシテ一定ノ條件○身○分○ヲ重ナルモノトス○具○ハ○ハ○者○ニ○ハ○五○刑○ヲ○總○テ○換○フ○銅○ノ○制○是○ナリ○答○刑○ハ○五○等○毆○打○ノ○數○十○二○始○マリ○五○十○ニ○終○ル○之○ニ○換○フ○ル○財○產○刑○ハ○銅

一斤ニ始リ五斤ニ終ル杖六十ノ十  
 斤ニ至ル總テ杖一即チ十ノ十  
 年ヲ加ヘ五等アリ一年ノ贖銅二十  
 十斤ノ流ハ近中遠ノ三等贖銅ハ百  
 絞斬ノ二何レモ贖銅二百斤即チ當  
 時既ニ謀反大逆ノ二罪ニ對シテハ  
 大賈ノ刑律次第ニ空文ト成リ却ツテ  
 シメタルモノ如シ  
 四三三 德川百ヶ條ハ贖罪制度ヲ退  
 實際ニ於テハ士分以上ノ者ハ犯罪  
 上ケ放逐シタルヲ以テ一種ノ贖罪  
 過料ノ三種アリ岡所ハ資産ノ全部  
 取上ケル協合トアリ資産全部又ハ  
 シモノニシテ歐羅巴學者ノ所謂一  
 上ト名ケル類ハ當時岡所トハ言ハ  
 ニ害ナケレハ特ニ之ヲ掲ゲズ特定  
 沒收ナリ  
 爰ニ一大注意ヲ促スヘキ事アリ  
 (1) 過料ノ執行ニ關シ百ヶ條第二十八日

ク過料申付候員數増減ノ儀例ニ拘  
 申シ付ク可キ事○但シ至テ輕キ者  
 可キ事トアリ但書ノ主旨ハ現時  
 禁錮ヲ科スルニ等シク本文ニ過料  
 シテ定ム可シト規定シタルノ條ハ  
 シタル所全氏一四〇二號以下ト同  
 五但書ニ曰ク下手人(死刑ノ名三  
 候類ハ江戸十里四方追放(刑名)並  
 シ食ル儀之レ無キニ於テハ岡所ニ  
 モノニ限リ財產刑ヲ適用セシタル  
 主旨ニ適ヒ酷ダ注目スベキ條ナリ  
 ノ不十分ナリシハ財產刑其者ノ罪  
 ルニ因ルカチ推究セバ將來ノ立法  
 四二四 明治以後ハ假令ニ於テハ  
 死ノ四種ニ各贖金ノ額ヲ定メ金二  
 領ニ於テハ之ニ多少ノ變更ヲ加ヘ  
 例ハ更ニ修正シテ右三章ニ官吏公  
 四チ加ヘタリシカ後官吏並ニ華族  
 ルニ至レリ



**四二五** 資産全部又ハ幾部ノ没收即チ關所ノ一種若クハ財産籍没ハ明治三年正月二十日ノ達ニ依リテ廢止セラレ其文左ノ如シ  
 刑法新律追テ被 仰出候ヘ共差當リ財産籍没ノ法被爲停度 思食ニ付各地方官ニ於テモ御趣意ヲ奉體可致旨 御沙汰候事

第三 款

罰金并ニ科料

**四二六** 罰金科料ヲ包括シタル定義ヲ下サバ國家ガ犯罪ヲ理由トシテ、私人ヨリ金錢ヲ徵收スル刑罰ナリトイ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發スルニ在ルノ一點ハ兩者同一ナリト雖モ(1)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(2)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時ニ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)

四二七

罰金ニ二圓トイ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(1)罰金ヨリ上ニ金錢ヲ徵收スル財産刑ナキヲ以テ最高額ヲ示ササルモ上級ノ刑ノ最下額ト交錯混同スル事ナキト(2)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百九十三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其行使額ニ倍ノ罰金ニ處スル規定ナルヲ以テ其行使ヲ俟タサレバ罰金ノ額ヲ知ル克ハズ

四二八

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ズ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(第百九十三條ノ如キヲ除カバ)最高額ト最下額トヲ示シ假令バ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イフ

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其利害ハ後ニ見ユ(四四〇號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(四二三號)トハ雲泥ノ相違アリト謂ツ可シ

**四二九** 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ク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ラズ(1)若シ二圓以上ノ罰金ヲ減輕シタル結果ナラハ罰金ノ名稱ヲ留ムルコトヲ得ン何トナレバ一圓九十五錢以下ニ及ベバ科料ニ處スト規定セラレタレバナリ(刑七一條)(2)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ラハ尙科料ト稱スル事ヲ得ン何者科料ハ加重ノ結果トシテ二圓四十錢迄ニ至ル事ヲ得レバ也(刑七二條。2)

**四三〇** 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ザルモノトヲ豫メ示スノ主義(刑六條。3)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百九十三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ザレハ徵收スル金額ヲ知ル克ハサルガ故ナリ

**四三一** 附加ノ罰金ハ附加ノ監視ヲ科スル主旨ト少シク異ル處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ズシモ之ヲ以テ痛苦ヲ與ヘント欲スルニ非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ズンバ主刑ノ効ヲ全カテシムル克ハズト判定シタル場合ニ通常之ヲ科スルガ故ニ主刑ト共ニ宣告シ主刑ノ執行期

間ニ拘ラズ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ル所ナキ以テ一、二  
ノ學者ハ補充刑ノ名稱ヲ付セリ

**四三二** 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(七七四號)我科料ノ制ハ補充刑ノ制ト名クルヲ得ンカ主刑タ  
ル罰金ニ就テハ例外トシテ右科料ニ等シキ補充主義ヲ採用ス(刑四一  
八、四二一、條等)

第一項

罰金、科料ガ刑罰タルヲ知ル標準

**四三三** 凡ソ刑法ノ條項ニ「……罰金ニ處ス」又ハ「……罰金ヲ附加ス」又  
ハ「……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ガ輕罪ノ主刑タ  
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  
特別ノ理由ナクハ同一ノ法典中之ヲ別ノ意義ニ使用セシトハ到底  
解釋シ得ザル所トス故ニ罰金又ハ科料トイフ語カ刑法ノ制裁トシテ  
ノミ使用サル、モノナラベ別ニ其刑罰タルヲ知ル標準ヲ論究スル  
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甚々多シ而モ常ニ刑罰ノ性質ヲ有セザルヲ以  
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ガ禁令又ハ命令ノ制裁トシタル事曰ク裁判官カ被告ノ責任ヲ審案シ宣告スルテ要スル事(刑六四二條)曰ク犯罪ノ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、刑罰ナルヤ否ヤヲ判決スルヲ得ン

**四三四** 民法上ノ過意約款(Clause pénale)ニ罰金ノ語ヲ用ヒタルモノハ刑罰ナリヤ(民法財産第三八八條以下)或ル合意ヲナスニ方リ違約ヨリ生ズル賠償金ヲ豫定シ協議上違約ノ節ハ罰金トシテ若干ノ金額ヲ支拂フ義務ヲ負フ事アリ過意約款トハ此ノ如キモノヲ謂フ爰ニ所謂罰金ガ刑罰タラザルハ一日煤然ナラン(1)合意ヨリ設ケタルモノニシテ國家ガ發シタル禁令命令ノ制裁ニ非ズ(2)裁判官ガ宣告シテ定メタル金額ニ非ズ(3)債務者ノ違約ハ犯罪ニ非ザルヲ以テナリ

**四三五** 公證人規則ニ違反セシ公證人ニ科スル過科ハ刑罰ナリヤ(明治十九年八月第二號法律公證人規則七三—七六條)立法者ハ其刑罰ナラザルヲ明ニセント欲シテ科料トイフ文字ヲ避ケ過科トシ且ツ其金額ノ三十圓ニ上ル時ト雖モ尙過科ノ名ヲ存シタルガ故ニ此二點ヲ以テモ刑法上ノ刑罰ナラザ

ルヲ知ルニ足ラン而レハ一步ヲ進メ其最高額チ一圓九十五錢トシ名稱ヲ科料トシタルト假定シ尙刑罰ナラザルヲ知ル途ナキニ非ズ即チ先(四三三號)ニ掲ゲタル標準ニ照スニ(1)國家ノ發シタル命令禁令ノ制裁ナリトイフ第一ノ條件ヲ具ヘ(2)又裁判官ガ宣告スルニ就キテハ無責任ノ要素アルヤ否ヲ豫斷スル等第二ノ條件ヲ具フト雖モ(3)結局第三ノ標準ニ照スルハ犯罪ヲ理由トセザルモノナルニ因リ其刑罰ナラザルヲ知ル可シ論者或ハ曰ハン或ル行為ガ犯罪タルト否トハ之ヲ命シ又ハ禁シタル法則カ刑罰ヲ制裁トシタルト否トニ依リテノミ判定ス可キニ制裁其者カ刑罰タルヤ否ヤ不明煤ナラバ行為ノ犯罪タルト否トハ之ヲ識ル途ナカラント夫レ然リ而レハ刑罰ノ外ニ尙法則ノ性質ハ亦其命シ又ハ禁ズル所爲ノ犯罪タルト否トヲ知ラシムルニ餘リ有リ本問ニ所謂公證人規則中懲罰ニ拘ル條ハ一ノ官吏公吏ノ懲戒例ナリ懲戒例違反ノ行為ノ犯罪タラザルハ論者モ之ヲ認ムルナラン而シテ該過科ハ刑罰ニ非スト雖モ亦損害賠償ニモ非サルヲ以テ反則者死亡セバ相續人ヨリ懲收スル事ヲ得ズ

**四三六** 各種ノ上納金規則違反ノ所爲ニ制裁トシテ加ヘタル罰金科料ハ刑罰ナルカ本問ハ區別シテ答ヘザル可ラズ

上納金規則中登記法並ニ證券印稅規則ノ罰金科料(明治十九年八月第一號法律登記法三六條、同十七年五月第十一號布告證券印稅規則一九條以下)ハ刑罰トイフ克ハザラン蓋シ該法則ニ所謂罰金科料ハ被告ノ幼者タルト狂者タ

ルト嗜啞者タルト總テ無責任ノ原因アルト否トニ拘ラズ、刑法不論罪ノ例ニ依ラズシテ之ヲ申渡ス可キモノナリ裁判官ハ只反則事實ノ有無ト科スベキ金額ヲ定ムル爲ニ關涉スルニ過キサルヲ以テ其申渡ハ有罪並ニ刑ノ宣告ト見ル克ハズ即チ先(四三三號)ニ示ス第三ノ條件ヲ缺キテ刑罰ニアラズトイフノ已ムヲ得ザルモノアリ其責任ノ基礎トナル可キ精神上ノ要素ノ有無ヲモ審案セズシテ一定ノ金額ヲ徵收スル所以ノモノハ被告ヲ懲改セントスルニ非ズ一ニ國庫ノ收入ヲ正確ナラシメントスルニ在ルノミ○所得税法(明治二十年三月第五號勅令)所得税法(明治二十年三月第五號勅令)酒造税法(明治十三年九月第四十號布告)酒造税法(明治十三年九月第四十號布告)醫藥營業稅則(明治十八年五月第十一號布告)菓子稅則(明治十七號布告)菓子稅則(明治十七號布告)八條以下(菓子稅則(明治十八年五月第十一號布告)菓子稅則(明治十七號布告)八條以下)科料及(刑罰)規(明治十八年五月第十一號布告)刑罰(明治十八年五月第十一號布告)何レモ○罰(明治十八年五月第十一號布告)刑罰(明治十八年五月第十一號布告)ハ○刑(明治十八年五月第十一號布告)刑罰(明治十八年五月第十一號布告)ニ適用ナキモノ(如シ(四三八號))

酒類出港稅則(明治二十一年三月第三號勅令)六條以下(醬油稅則(明治二十一年六月第四十七號勅令)醬油稅則(明治二十一年六月第四十七號勅令)一九以下)ノ罰金、科料ハ裁判官ニ於テ刑法不論

罪ノ例ニ依リ責任ノ有無ヲ審案シ金額ヲ定メテ宣告スルモノナルガ故ニ刑罰タルノ條件ニ欠クル所ナシトス(1)烟草稅則第三十二條ニ烟草營業者ノ家屬人ニシテ該規則ニ反シタル時營業者ヲ罰スル明文アリ刑ハ犯人一身ニ止ルチ原則トスルガ故ニ此明文ハ該規則ノ罰金ガ刑罰ニアラサル事ヲ示ス如キ皮相アリト雖モ其實然ラズ家屬人ヲシテ反則ヲナスニ至ラシメタル營業者自身ノ不注意ヲ罰スルモノトス而シテ營業者自身モ亦幼者瘋癲白痴又ハ嗜啞者ニシテ責任ヲ負フベキ要素ヲ缺ク時ハ其後見人ヲ罰スル明文アルニヨリ増々刑罰タル事ヲ明ニシタルモノトス醬油稅則ニ就キテモ亦全シ(2)沖繩縣酒類出港稅則第十條ニモ稍之ニ類似シタル疑問ヲ起スモノナキニ非ス家屬人、受囑者乘組人ノ反則ニ依リテ船長又ハ荷主所罰ヲ受クル明文アルガ故ニ恰モ他人ノ所爲ニ依リ刑ニ處セラル、如シト雖モ其實自己ノ不注意ノ制裁ナリ

第二項

罰金、科料カ刑罰タル結果

四三七

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ズ故ニ(1)之ヲ宣告センニハ先ヅ被告ニ就テ無

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ザルヲ得ズ(2)犯罪ヲ證明スル必要アルガ故ニ被告ノ行爲ヲ禁シ又ハ命シタル明文ヲ示サザル可ラズ(3)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(4)終ニ一ノ注意スベキハ數罪俱發并ニ再犯加重ニ關スル規定ノ適用ナリトス罰金科料ガ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ザルモノナリ(明治十四年十二月第七十二號布告五條)

四三八

刑ハ一身ニ止ル故ニ罰金科料ガ刑罰タル以上ハ犯人ニ非ザレハ之ヲ科スル克ハス犯人ニ對セザレバ執行スル克ハズ犯人身死

スレバ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克ハザルナリ(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ガ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バ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イ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シ罰金科料ハ國家ガ國家タル資格ヲ以テ徵發スルモノナリ之ヲ宣告スルト全時ニ忽チ民法上ノ債權者トナル理アラゾヤ犯人在命中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バ相續人ヨリ徵收スル必要ナク未ダ目的ヲ達シ得ザ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ガ

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バ犯人ガ罰金、科料ヲ辨濟セザル時民事裁判所ニ訴ヘ之ヲ履行セシムベキヤ犯人死亡シタル場合ニ相續人ヨリ之ヲ徵收セザル規定(刑附二〇條)ハ何ヲ以テ説明スベキ、一旦獲得シタル債權ハ何時復ビ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

**四三九** 罰金、科料ガ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時ハ共犯各自ニ全額ヲ徵收セザル可ラズ(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シム(一〇〇四號)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、科料ヲ宣告セズシテ之ヲ組織シタル者各自ニ金額ヲ負擔セシム、刑罰タル罰金、科料ハ連帶シテ支拂フ克ハズ但シ反

對ノ明文アラバ之ニ從フベキノミ

**第九十三條**ノ場合ハ此原則ノ例外タルガ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シトイフ(ガロオ氏一卷五七五頁)而レ共其偽造變造ノ情ヲ知り五人連合シテ五万圓行使シタル時之ニ十万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ズヤ一人ノ行使額ヲ調査シ其二倍ノ罰金ヲ科スルニ過ギザラバ何ヲ苦ミテ例外トイフノ必要カアル

第三項

罰金、科料ノ利害

**四四〇** 罰金、科料ハ(1)身ニ適切ナラザルヲ以テ犯人ヲ懲改スル克ハス世人ヲ警戒スルニ足ラザル弊アリ(2)之ヲ宣告スルモ資力無キ者ニ對シテ執行スル克ハズ(3)特ニ犯人ノ貧富一様ナラサルノ結果平等均一ヲ缺ク是罰金、科料ノ短所トシテ往々批難サル、所ナリトス

**四四一** 罰金、科料ノ短所ハ之ヲ補フ道ナキカ、罰金、科料ニ對スル第一ノ批

難ハ身ニ適切ナラズシテ犯人ヲ懲改スル克ハズ世人ヲ警戒スル事難シトイ  
 フニ在リ而レモ之ヲ科スル罪ノ選擇ガニ宜シキヲ得ル自由刑モ及バザル  
 長所アリト信ズ試ニ思ヘ嫉妬怨恨、義侠其他之ニ類スル起動者ニ因リテ人ヲ  
 殺傷セシムル欲ムル如キ者ニ金錢ヲ以テ制裁トスル禁令命ヲ設ケテ其効  
 無キ固ヨリ論チ俟タズト雖夫ノ情ヲ知リテ偽造變造ノ貨幣ヲ行使シ、制規チ  
 變更シタル度量衡ヲ用ヒテ商品ヲ賣リ、納税ヲ免レテ收入ヲ増サントスル等  
 總テ利欲ノミニ基クテ犯罪ヲ罰スルニ罰金、科料ヲ以テシ且ツ之ヲ補フニ犯罪  
 捜査ノ綿密ト裁判執行ノ嚴格トヲ以テセバ世人モ罪アリテ至リ何ゾ懲改示例ノ  
 効ハ得ント欲シタル所ヨリ失フ所多キヲ覺悟スルニ至リ何ゾ懲改示例ノ  
 効ヲカラシムルヤ加之利欲ノミニ基クテ犯罪ニ自由刑ヲ制裁トセシムルハ僅少ナル日  
 數ヲ鐵窓ニ暮スヨリモ寧ロ不義ノ富ヲ愛スル者アリテ却ツテ懲改示例ノ果  
 ナ收ムル克ハザラン由是觀之罰金、科料ニ對スル第一ノ批難ハ其實罰金、科料  
 ノ缺點トナス克ハズシテ之ヲ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キテハ甚シキ誤ナキモノト如シ  
 四四二 罰金、科料ニ對スル第二ノ批難ハ資力ナキ者ニ對シテ執行スル  
 逃ハズトイハルノ犯人ニ由リテ執行スル者ハ罰金、科料ノ執行ニ便ハ  
 シテ罰金、科料ニ至リテハ他ニ之ニ換フル適當ノ手段ガニアラバ寧ロ其不便少  
 シトイハサル可ラステハ他ニ之ニ換フル適當ノ手段ガニアラバ寧ロ其不便少

差アルノミ我刑法ハ禁錮ニ換フル制度ヲ採用ス換刑處分ハ罰金、科料ノ執行  
 上ノ手段ニ過ギザルヲ以テ我輩ハ之ヲ第四ノ章ノ說明ニ讓ラン(七七四號)均一  
 四四三 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ニ均一  
 平等ヲ依クトイフニ在リテ此一事ハ罰金、科料ニ對スル批難ノ端點ナリガ  
 トラシク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  
 分ノ收入ヲ徵收スルノ策ヲ採ラバ全ク其弊ナカラシムルハ同氏一四〇三號現今  
 ノ規定ニ比スレバ凡ソ凡ソ之ノ必ズ能ク特ニ金、銀、銅、鐵、紙、幣、等ノ物  
 飲加スルモノニシテ必ズ能ク特ニ金、銀、銅、鐵、紙、幣、等ノ物  
 二噓フレハ物理學上ノ力一ト相加フルニ二トナラズシテ二以上ノモノ  
 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  
 ノトセンカ富者ニ酷トナリテ亦均一平等ヲ欲カン實際ノ計算ニ困難ナルチ  
 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ズ  
 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  
 權衡ヲ保タシムル事ハ是力ニシテ亦犯罪ノ輕重ト罰金、科料ノ金額トノ間ニ  
 刑罰タル以上ハ犯人ノ懲改スルニ足ルヲ限度トセシムルヲ可ラズ犯人ヲ懲改ス  
 ルニ必要ナラバ其時初メテ資產ノ何分ノ一又ハ幾日分ノ收入ヲ標準トシテ  
 之ヲ徵收スベキノミ百萬ノ富チ有スル者ト雖モ一錢ヲ失ツテ生命ニ關スル

第二編 第二章 刑ノ分類 第四節 財産刑 第四四二號第四四三號



程ノ痛苦ヲ感スル者天下ニ其人無シトセズ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モノトイハズシテ何ゾヤ論シテ爰ニ至レバ罰金、科料ヲ設グベキ眞ノ主旨ニ適ヒ其効ヲ全カテシメシニハ亦最下額ト最高額トヲ設ク其間ノ差額ヲ十分大ニスルカ又ハメクランアルガ、サクソ  
ン、ベイマルアロンズウガ、リユベツク刑法、徳川百ヶ條ノ如ク全ク額ヲ定メズ  
裁判官ヲシテ各被告事件ニ付キ犯人ノ性癖、境遇、身代等ニ應ジ適宜ノ言渡ヲ  
ナサシムルヲ最良手段トスベキナリ但今日ノ科學ノ程度犯人ヲ主觀的ニ觀  
察スルノ法ヲ興ヘザルガ故ニ現行法ニ二三ノ修正ヲ加ヘ高低ノ差額ヲ一層  
大ナラシメテ暫ク満足スベキノミ

### 第四款

#### 沒收

**四四四** 沒收ニハ一般ノ沒收(Confiscation générale)ト名クルモノアリ特別ノ沒收(Confiscation spéciale)ト名クルモノアリ一般ノ沒收ハ犯人ノ資産全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ハ中ニハ所謂一般ノ沒收ヲ含ミ之ヲ重追放ノ刑及ヒ自裁下手人以外ノ死刑ニ處セラレタル者ニ當然科シタル趣(百ヶ條第二十五)ハ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(四二五號)現時何故ニ一般ノ沒收ハ各國共之ヲ廢シタルカ他ナシ刑ハ一身ニ止ルトイフ原則ニ反シテ若シ資産全部ヲ沒收スレバ犯人ノ外其一家一族ニ必然痛苦ヲ與フルヲ以テナリ

### 四四五

現時我國ヲ初メ各國ノ法制ニ採用セララル、沒收ハ特別ノ

沒收ニシテ我輩ノ本款ニ説明セント欲スルモノモ亦是ナリ何故ニ特別ノ沒收トイフ名稱アルカ他ナシ夫ノ一般ノ沒收ノ如ク犯人ノ資産ノ全部又ハ其幾部ヲ徵收セズ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ガ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ラズ價格ヨリ推シテイハ、特定シタル物品ヲ徵收スルモ亦是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ズ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闕所ハ時ニ此特別ノ沒收ノ意味ヲ有ス田畑家屋敷ト特定シ家財現金ヲ取上ケザリシ闕所ノ如キハ即チ是ナリ故ニ特別ノ沒收ハ必ズシモ現行法ニ依リ創メテ設立セラレシモノニ非ス

四四六

沒收ハ裁判官之ヲ宣告セサル可ラズ(刑四三條。1)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リ現行法ノ採用スル所ハ特別ノ沒收ナリ法律ガ明ニ示定シタル物件及ビ條件ヲ具フル場合ニ非サレバ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物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

四四七

沒收シタル物件ハ如何ニ處分スルカ檢事ノ命令ニ因ル(刑訴三二條。3)檢事ハ沒收スベ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サシメザルベカラズ即チ民間ニ下附シテ害ナキ物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)害アルモノハ民間ニ下附スベ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レバ破毀セシメザ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)

四四八

刑法ノ外關稅出版賣藥印紙牛馬賣買酒造醬油造等數多ノ特別法中往々沒收ノ例アリ此ノ如ク特別法ニ沒收ノ例アラバ夫ノ特別法ハ普通法ニ勝ルトイフ原則ニ依リ其規定ニ遵由セサルヘカラズ是刑法第五條第二項及第四十三條但書ヨリ來ル所ナリトス

四四九

現行法ノ採用スル所ハ特別ノ沒收ナリ(1)如何ナル物品ハ沒收スベキカ(2)沒收ハ常ニ刑罰ナルカノ二問ヲ決シテ沒收ノ説明ヲ了ラン

第一項

如何ナル物品ヲ沒收スベキカ

**四五〇** 如何ナル物品ヲ沒收スベキカ、刑法第四十三條ニ其總則アリ第二編以下ノ各本條カ特ニ之ヲ示定スル事アリ、第四十三條ハ(1)法律ニ於テ禁制シタル物件(2)犯罪ノ用ニ供シタル物件(3)犯罪ニ因テ得タル物件ノ三種ハ沒收スベキ事ヲ命ス、我輩ハ先ツ此物件ノ何タルヲ論シ而シテ後第二ノ問題ニ移ラン

**四五一** 法律ニ於テ禁制シタル物件——第四十三條ハ沒收スベキ物品ノ何タルヲ示スニ方リ先ツ第一ニ「法律ニ於テ禁制シタル物件」トイヘリ、冷淡ニ之ヲ讀去ル時ハ物品自身ニ對シテ法律カ禁令ヲ布キタル物アルカノ如クニ聞ユ又之ヲ説明スル先輩ノ著書ニ「物件カ社會ノ安寧ヲ害シ危險ヲ生ズ」(刑法正義上卷三六八頁)若クハ「物件ノ性質法律ニ違反ス」(井上氏四一〇頁)磯部氏六一八頁)若クハ「存在……スルノ一事ガ公共ニ危險ナル物件」(草按註釋一一三號)等ノ語句アリテ或ハ

物件ニ對スル禁令又ハ命令アリト解セシムル懸念ナキ能ハス然レモ法律ハ人間ノ關係ヲ規定スルモノナリ文明國ノ制度ハ斷シテ物品ニ對スル禁令命令ヲ發スルコトナシ故ニ第四十三條第二項ハ漠然「法律ニ於テ禁制シタル物件」トイフト雖モ其意義ハ「法律ガ吾人ニ對シ何事ヲ禁制シタル物件」ヲ謂フモノトシ進メテ何事ヲ禁制シタル物件ヲ指ス意味ナルカヲ論究セザル可ラス此一點ハ實ニ該條文ヲ解スルニ付キ寸時モ離ル可ラサル思想ナリ夫ノ物件ノ性質法律ニ違反ス又ハ「存在ノ一事ガ公共ニ危險ナル物品」トイフ文字ノ如キハ或ル點迄右ノ論旨ニ重テ置カサル弊ナキ能ハズ要スルニ物件ニ禁制物又ハ贓物等ノ稱アルハ人ニ關係シテ起ルモノト謂フ可シ

**四五二** 法律カ吾人ニ對シ何事ヲ禁シタル物件ハ第四十三條ニ所謂法律ニ於テ禁制シタル物件ナルカ是レ現行法ノ解釋上最モ困難ナル問題ノ一ナリ佛國刑法第十一條ニ罪體(Corpus delicti)ト名クルハ我禁制物ニ酷々近キモ

ノナリト雖モ其主旨ヲ推究シテ直ニ我禁制物ノ解釋ニ應用スル克ハサル理  
 由ニアリ(1)佛國刑法第十一條ハ罪狀ナルモノヲ沒收スルノ總則ナリト雖モ  
 裁判官ガ罪狀ト判定シタル者ヲ總テノ場合ニ沒收シ得ルニ非スシテ各本條  
 ニ明文アル物ノミヲ沒收スヘキ制ナリ(佛刑四七〇條)即チ佛刑法ノ罪狀ナル  
 モノト性質ハ罪狀トシテ或物品ノ沒收ヲ命シタル各本條總テ綜合シテ定  
 マルモノナルガ故ニ之ヲ我禁制物ノ解釋ニ應用スル克ハサルハ明ナリ(2)我  
 刑法草案ノ註釋ニ依レハ佛國刑法ノ罪狀ト名クルモノヨリモ一層範圍ヲ汎  
 クシテ沒收セント欲セシテ知ル(改正草案一八九頁)罪狀ヨリ汎シトイヘル草  
 案ノ條文(五五條)ニハ尙且製造、產出、占有スル事ヲ禁シタル物品トイフ文字  
 リ其製造、產出、占有ノ文字ヲ省キ單ニ禁制シタル物品トイヘル現行法ハ到底  
 草案ヨリ狹キモノトハ解釋スル克ハス

**四五三** 某學者ハ第四十三條ノ禁制物ヲ說明スルニ當リ之ヲ佛國ノ罪狀  
 ト名クルモノニ同シトイヒ且ツ罪狀トハ說明シテ曰ク「犯罪ニハ心トハナリ  
 罪トハ犯法ノ意思ヲ謂フ罪狀トハ犯罪ノ有ル形ノ原素ヲ謂フ」(井上氏四一  
 一頁)磯部氏六一九頁此說ハ三個ノ批難アルヲ免レ(1)佛刑法ノ罪狀トシ  
 ハ前號ニイフ如ク各本條ノ明文ヲ綜合シテ初メテ定マルモノナリ罪狀トシ  
 テ沒收スルノ明文アル佛刑法ノ各本條ハ直ニ日本刑法ノ解釋ニ引用スル克  
 ハス(2)罪狀ハ犯罪ノ有ル形ノ原素ナリトイフ而ラハ吾人ノ罪ヲ犯ス所爲即チ  
 犯意ニ伴フ身體ノ舉動ハ禁制物ノ中ニ含まカ身體ノ舉動ハ有形ノ原素ニ非  
 トイハサル可ラス

**四五四** 第四十三條ガ法律ニ於テ禁制シタル物件トイヘルハ法律  
 ニ於テ吾人ニ何事ヲ禁制シタル物件ヲ謂フノ意味ナルカ我輩ハ刑罰  
 ヲ制裁トシテ製造、輸入、所有、占有、販賣ヲ禁シタル物品ヲ謂フト解釋セ  
 ノト欲ス而レドモ物品自身ガ被禁制物トイフ資格ヲ固有スルモノト  
 誤解ス可ラズ總テ吾人ガ此等ノ禁ヲ犯スニ依リ初メテ禁制物トナル  
 モノナリ物品自身ガ被禁制物トナルニハ物品ニ對スル禁令アルヲ要  
 ス動モスレバ學者ガ此論旨ニ重キヲ置カサルハ禁制物ニ限り或ハ犯  
 罪アル事ヲ證明セズシテ沒收シ得ルニ依ルト雖其實犯罪アリト推測  
 スルガ故ニ沒收スルモノタルハ述べテ後ニ在リ(四五五號)若シ夫レ

物品自身が禁制物トイフ資格ヲ固有シ得ルモノナラバ軍用ノ銃礮彈藥ハ製造ヲ禁セラレタルモノナルガ故ニ官ニ在ルモ公商ノ手ニ在ルモ常ニ沒收スル事ヲ要シ沒收スル者ハ官ナルヲ以テ結局破毀セザレバ已ム克ハサルニ至ラン

尙一ノ注意スベキ點アリ右ニ掲クル製造輸入所有占有販賣ノ語ハ占有ヲ除クノ外ハ總テ各本條ノ使用スル文字ヲ其儘使用シタルモノナリ故ニ一ノ禁制物ヲ取り之ヨリ觀察スル時ハ製造ト輸入ト所有ト販賣トテ同時ニ盡ク禁セラレタル物アリ販賣ノ一事ヲ禁セラレタル物アリト知ル可シ

**四五五** 製造輸入所有占有販賣盡ク禁セラレタルモノハ阿片烟ヲ以テ適例トス(刑二三七條以下)其所有ト占有トノ二點ニ就キテハ聊カ說明ヲ要スルコトアリ第二百四十二條ヲ見ルニ阿片烟……ヲ所有シ又ハ受寄……スル事ヲ禁スル文面ニシテ占有トイフ語ヲシ而レトモ受寄者ハ容假ノ占有ヲ爲スモハナルガ故ニ其語ハ異ルト雖モ受寄トハ一種ノ容假ノ占有ヲナス事ヲ謂

フト解スヘキノミ該條ノ所有トイフ語ハ所有權ヲ有スルノ意義ナリ而ラバ阿片烟ノ法定ハ占有ヲ有シタルモノハ何レノ語ニ含ムカ容假ノ占有スラ之ヲ禁スルカ故ニ勿論解釋(一〇〇號)トシテ語外ニ其意アリトナサハルベカラズ

**四五六** 製造輸入所有占有販賣ノ一又ハ二以上ヲ禁セラレタル物ハ偽造製造ノ貨幣(刑一八二條以下)偽造ノ印形(刑一九四條以下)二〇八條以下(偽造ノ官私文書免狀鑑札(刑二〇二條以下)二〇八條以下)二一三條以下(健康ヲ害スル物ヲ混和シタル飲食物(刑二五三條)風俗ヲ害スル冊子圖書猥褻ノ物品(刑二五九條)ノ如キヲ謂フ

猥褻ノ冊子圖書ハ製造輸入所有ヲ禁スル明文ナシ只公然ノ陳列并ニ販賣ヲ禁セラレ(刑二五九條)故ニ家宅搜索ノ場合等ニ偶然官吏ノ目ニ觸ルハモ公ニ陳列即チ公然占有シタルコトヲ證明セズニ之ヲ沒收スル克ハス販賣シタル場合ハ如何販賣ノ禁ハ賣主ニ對シテノミ有効ナリ我刑法ニ猥褻ノ冊子圖書ヲ買入レタル罪トイフ條項ナシ故ニ賣主ニハ第二百五十九條ノ刑ヲ科スベキモ買主ヨリ之ヲ沒收スル克ハス論者或ハ曰ハン買主ニ依リ賣主罪ヲ得ハ其目的物モ禁制物ニシテ買主ヨリ沒收スルヲ得ト非ナリ猥褻ノ圖書ハ買入ヲ禁セス所有并ニ隱密ノ占有ヲ禁セス從ツテ買主ニ對シテハ禁制物ニ非ス(刑法正義上卷七九頁ニ反對說アリ四五八號ノ駁論ヲ見ヨ)

**四五七** 製造ヲ禁スル明文ナシト雖モ販賣ヲ禁スル明文(假令ハ刑二五三、

二五九條アルモノハ販賣スルノ意ヲ以テ製造所有スル事ヲ禁セラレタルモ  
 ノナリ故ニ販賣スルノ意ヲ以テ製造所有シタル時ハ健康ヲ害スベキ物品ヲ  
 混和シタル飲食物又ハ猥褻ノ冊子圖書ノ如キハ之ヲ没收セサル可ラズ  
**四五八** 軍用ノ銃砲彈藥ハ禁制物ナルカ學者中禁制物ニ非ストナス者ハ  
 曰ク禁制物ハ何人ノ所有ナクハ没收スルモノナリ軍用ノ銃砲彈藥ノ如キ  
 ハ官許ヲ得テ所有スル者ヨリ没收スル能ハス即チ何人ノ所有ナクハ没收  
 没收スル能ハサルカ故ニ禁制物ニ非スト此理由ヲ以テ前號ニ論シタル猥褻  
 ノ冊子圖書ヲモ同列ニ置キタリ(刑法正義上卷三七六頁以下)我輩ハ之ニ反對  
 ス官許ヲ得テ所有スル者ヨリ没收スル能ハサルハ他ナシ法律ノ禁ヲ犯サ  
 ル確證アルカ故ノミ禁制物トナラズ没收セサルヲ得サルナリ換言スレバ官許ヲ得  
 第百五十七條ノ罪トナル故ニ没收セサルヲ得サルナリ換言スレバ官許ヲ得  
 タル確證アラバ禁制物トナラズ官許ヲ得タル確證ナキ間ハ禁制物ト推測シ  
 テ没收スルモノトス然ラズンバ没收ヲ免レテ之ヲ已レノ手ニ置ク者ガ第百  
 五十七條ノ刑ヲ受クルナリ如何セシ禁制物破リテ私シタル證ナクレバ被告  
 無罪トナスマテナリ進ンテ此ノ如キ物品ヲ家ニ貯藏スルモ官許ヲ得タル證  
 ナク又法ヲ破リタル證ナキ場合ヲ想像ス可シ家宅搜索ノ際某ノ一室ニ軍用  
 ノ銃砲彈藥アリテ自ラ官許ニ依リ貯藏スルニ非ラスト雖モ家僕又ハ雇人ガ  
 己ノ知ラザル間ニ其室ニ置キタル形迹アリテ主人自ラ法ヲ破リ私シタル  
 證據ナクンバ主人ヲ第百五十七條ニ關フ能ハズ而レトモ物品ヲ下附スレバ

却テ罪トナルノ奇果ヲ避ケ誰人カ法禁ヲ犯シタル者アリト推測シテ没收ス  
 ベキノミ  
 又論者ガ之ト猥褻ノ冊子圖書トチ同列ニ置キタル理由ハ一層反對スベキ  
 モノアリ此ハ私有ヲ禁セザルモノニシテ彼ハ私有ヲ禁シタルモノナリ此  
 ハ公然ノ陳列即チ違法ノ確證アルマテ禁制物タル確證ナキモノニシテ彼ハ  
 適法ノ確證アルマテ非禁制物ノ確證ナキモノナラズ没收セズンバ公然第百  
 五十七條ヲ適用セザルベカラザルニ至ルチ奈何セシ  
 論者又曰ク軍用ノ銃砲彈藥ヲ禁制物トセンカ官許ヲ得テ私有スル者之ヲ  
 竊取セラレ竊盜ノ手ニ在リシ爲メニ没收セラルト不幸ヲ生セシト何リ其  
 說ノ奇ナルヤ竊盜ハ銃砲彈藥ヲ私有スル官許ヲ得サルモノナルカ故ニ假令  
 證據十分ナラズシテ竊盜罪ヲ免訴スルモ之ヲ没收シ竊盜有罪トナリ且其被  
 害者明瞭シテ之ヲ所有スルノ官許ヲ得タルモノナラバ還付スルモノナリ此  
 場合ノ銃砲彈藥ハ犯人ニ付キテハ禁制物ナリ被害者ニ付キテハ非禁制物タ  
 ヲ被盜物タルト解スレバ何等ノ不都合モナカラシ先ニ(四五九條)ニ述フル如  
 ク禁制物トイヒ贓物トイフモ人ニ關スルモノタルニ注意セサルベカラズ  
**四五九** 犯罪ノ用ニ供シタル物件——第四十三條第三項ハ  
 沒收スベキ物品ノ第二類トシテ犯罪ノ用ニ供シタル物件トイヘリ例

へバ人ヲ殺傷スルニ用ヒシ刀劍棍棒放火スルニ用ヒシマツチ燃料貨幣偽造ノ用ニ供ヒシ器具印形ヲ偽造スルニ用ヒシ刃物漫リニ門戸墻壁ヲ踰越スルニ用ヒシ梯子等はナリ其例枚擧ニ違アラズ凡ソ吾人ノ身軀ガ犯意ニ刺衝サレテ之ヲ遂クントスル舉動ヲ爲スニ當リ徒手能ク志ヲ達スルコトナキニ非スト雖モ多數ノ場合ニアリテハ手足身軀ノ力ノ及バサル所ヲ物件ニ補ハシムルモノトス犯罪ノ用ニ供シタル物件トハ要スルニ此犯意ニ伴フ身軀ノ舉動ニ必要ナリトシテ行使シタル自己ノ物件ヲ謂フ犯罪ノ當時偶然犯人ノ身邊ニ附着シタル物ノ如キハ供用物ニ非ス又犯人ノ所有ニ係ル時ニアラサレバ供用物トイフ語ノ中ニ含まレサルナリ(四六二號)

**四六〇** 犯罪ノ用ニ供シタル物件アルニ就キ必要ナル第一條件トシテ其罪質有爲犯ナラサルベカラズ故ニ謀故殺罪ヲ犯スノ用ニ供シ

タル兇器ハ盡ク供用物トシテ沒收スルコトヲ要シ過失殺傷ヲ生セシメル銃砲棍棒車馬ノ類ハ斷シテ沒收スル能ハス

罪質ガ無意犯タル以上ハ偶々故意ヲ以テ之ヲ犯スモ用具ヲ沒收スル克ハザルナリ車馬通行ノ禁ハ犯意ノ有無ニ拘ラス犯則者ヲ罰スルモノナルガ故ニ故意ナクシテ之ヲ通行シタル者ノ人力車馬車荷車牛馬ヲ沒收スル克ハサルハ勿論假ニ故意ヲ以テ乗扱ケタル者ノ物件ト雖モ沒收スルコト克ハス

**四六〇ノ二** 犯罪ノ用ニ供シタル物品アルニ必要ナル第二ノ條件トシテ有爲犯ノ成立シタル事ヲ要ス但シ必スシモ其既遂犯タル事ヲ要セズ故ニ(1)貨幣偽造罪ノ如ク豫備ヲ罰スル明文(刑一八七條)アリテ豫備犯ノ成立シ得ルモノ(一八四號)ハ之ニ供シタル物品ヲ沒收ス可シ而レトモ明文アルノ外ハ豫備ノ所爲ニ依リテ一罪ト成ラサルヲ原則ト

ス(刑一一一條豫備ノ所爲罪トナラサル時ハ犯罪無キカ故ニ犯罪ノ用ニ供シタル物件ナシ(2)輕罪ハ特別ノ明文アル場合ニノミ着手ノ所爲ニ依リ着手未遂犯成立ス(刑一一三條一八七號以下)之ニ供シタル物件ハ沒收スベシ(3)缺効犯并ニ既遂犯ノ用ニ供シタル物ノ沒收スベキハ論セズシテ明カナリ

**四六一** 犯罪ノ用ニ供シタル物件ト犯罪ノ結果ヲ處理スルニ用ヒタル物件トヲ混視スベカラズ例ヘバ竊盜ガ贓物ヲ運搬シタル車ノ如シ竊盜罪ヲ犯スニ用ヒタル物ニ非スシテ竊盜罪ノ結果即チ贓物ヲ運ブノ用ニ供シタル物ナルヲ以テ沒收スル能ハス此點ニ就テハ大審院ノ意見モ一致シタルモノ、如シ草案註釋同一八八頁)ニハ反對ノ説アリ其理由ナキガ故ニ十分ノ反對ヲ試ムルニ由ナシト雖モ惟フニ起草者ハ竊取物ヲ取去ルニ非サレバ竊盜既遂罪トナス能ハズトセラレシ

ナランカ我輩ハ他人ノ財産ヲ握持スル時既ニ既遂ノ狀態ニアリト信スルヲ以テ贓物ヲ運搬スル如キハ其結果ヲ處理スルニ過キサルモノトナスナリ

**四六二** 犯罪ノ用ニ供シタル物件アルニハ第三ノ條件トシテ其物件犯人ノ所有ニ係ルコトヲ要ス蓋シ法文ニ何等ノ制限モ無クバ犯人ノ所有ニ係ルト否トヲ問ハス苟モ或ル物品ノ犯罪ノ用ニ供スレバ供用物タリト雖モ第四十三條ノ三種ノ物件ハ總テ第一項ノ制限アルガ爲メニ沒收シ得ル物ノミヲ含ムト解釋セサルヲ得サラン供用物ハ犯人ノ所有ニ係ル時ニ限り之ヲ沒收ス(刑四四條)是レ爰ニ第四十三條ニ所謂犯罪ノ用ニ供シタル物件ハ犯人ノ所有物タルヲ要ストイヘル所以ナリ(四六五號參照)

**四六三**

犯罪ノ用ニ供シタル以上ハ動物ト雖モ沒收セサル可ラス此點ニ



付キ管テ當局者間ニ論議起レリト聞ク而レトモ動物トイヒ、植物トイヒ、金屑トイフモ礦物トイフモ人間ニ非サルヨリハ刑法上物件タルニ害無シ動物ヲ犯罪ノ用ニ供スルトハ難ナ固ハセ若クハ馬ヲ殺ハセテ賭博ヲナシ猛犬駿馬ヲ以テ故意ニ人ヲ殺傷スルノ類ヲ謂フ

四六四 犯罪ニ因テ得タル物件——第四十三條カ沒收スベ

キ物トシテ掲ケタル第三ハ「犯罪ニ因テ得タル物件是ナリ條文ハ單ニ犯罪ニ因テ得タル物件ト汎言スレトモ其意犯罪ニ因テ所有權ヲ獲タルモノヲ云フニ在ルコトハ述ヘテ後(四六五號)ニ詳ナリ、例ヘバ官吏ノ收受シタル賄賂、官許ヲ得スシテ開キタル劇場ノ收入、狼裘ノ冊子、圖畫ヲ販賣シテ得タル金錢、他人ノ爲ニ度量衡又ハ貨幣ヲ偽造シテ得タル報酬物ノ類ヲ云フ此等ハ盡ク沒收スルコトヲ要ス

右ニ例示スル如キ物品ト交換シ又ハ之ヲ以テ買入レタル物品ハ沒收スル克ハズ交換賣買ハ犯罪ニ非ザルナリ、詳言センニ官吏ノ賄賂ヲ

收受スルハ犯罪ナルガ故ニ收受シタル金錢ハ即チ犯罪ニ依リテ得タル物品ニシテ沒收セサル可ラズト雖モ其金錢ヲ以テ買入レタル物品カ官吏ノ手ニ在ルハ賣買ニ因ルヲ以テ犯罪ニ因リ得タルモノニ非ズ從テ之ヲ沒收スル能ハサルナリ(草案一八八頁、刑法正義上卷四一二頁)人或ハ曰ハシ此ノ如クナラバ狡猾ナル官吏ハ速ニ賄賂金ヲ他物ニ換ヘ沒收ノ難ヲ逃ル慮アラント至當ナル心配ナリ而レトモ結果ノ如何ニ依リ明文ヲ托クル能ハス但シ贓物ハ第四十三條ニ所謂犯罪ニ因テ得タル物件ニ非ルヲ以テ少シク解釋ヲ異ニス可キニ似タリ(次號)

四六五 強取又ハ竊取シタル物品、詐僞ニ因テ得タル財産ハ犯罪ニ

因テ得タル物件ナルカ本問ニ對シテハ消極積極ノ兩説アリ

積極論ハ多數ノ註釋書ニ採用セラレ而レトモ何故ニ爰ニ例示シタル如キ物件ガ犯罪ニ因テ得タル物件ナルカ一トシテ其理由ヲ示ス事

無シ(刑法汎論三〇六頁、井上氏四一四頁、磯部氏六二八頁、刑法博議二一八頁)故ニ其趣意ノ在ル所ヲ詳知セズト雖モ蓋シ淡泊ニ「贓物ハ強竊盜又ハ詐僞ニ因テ得タル物件ナリ」トイフニ非ザレハ「犯人ハ贓物ノ上ニ占有權ヲ有ス無權原ニシテ惡意ノモノナリトハ雖モ法定ノ占有ヲ有スルガ故ニ之ヲ犯罪ニ因テ得タル物件トナスニ害無シ」トイフニ在ラノ此論旨ハ第四十四條ノ制限ニ因テ轉覆セラレサント欲スルモ能ハス

消極論ヲ採リ且其理由ヲ付シタルモノハ獨リ刑法正義ナリ曰ク「贓物ノ所有權ハ依然被害者ニ在リ而ルニ沒收スルニハ所有權ノ犯人ニ在ルヲ要ス(刑四四條)從テ贓物ハ犯罪ニ因テ得タル物件ニ非サルナリ」ト(同書四〇九頁以下)此ノ如キ理由ヲ以テ消極論ヲ採ラント欲スル時ハ二點ヨリ駁撃ヲ受クル餘地アリ曰ク(1)第四十三條第三ハ汎ク「犯罪

ニ因テ得タル物件」トイヒ其犯罪ニ因テ所有權ヲ得タルト占有權ヲ得タルトヲ區別セズ犯人ハ贓物ノ上ニ法定ノ占有權(無權原且ツ惡意ノ)ヲ有ス故ニ該條ニ所謂犯罪ニ因テ得タル物件ナリ(2)第四十四條ノ制限ハ沒收スルニ付テ必要ナル條件ナリ而レトモ沒收スルト否トハ爲メニ物件ノ犯罪ニ因テ得タル物ナルニ害ナシト

我輩ハ少シク他ノ論鋒ヲ以テ消極論ヲ採ラント欲ス第四十三條ニ掲ケタル三種ノ物件ハ其文字ノ示ス程汎キ意義ヲ有セズ該條ノ第一項ニ依テ先ツ第一ノ制限ヲ受ク第一項以下ニ示ス三種ノ物件ハ沒收シ得ベキモノハミテ含ムト解釋セサルベカラズ沒收シ得ル事ヲ要スルガ故ニ第四十四條ニ依リ第二ノ制限ヲ受ク第四十四條ニ曰フ「……犯罪ニ因テ得タル物件ハ犯人ノ所有ニ係リ又ハ所有主ナキ時ハ外之ヲ沒收スル事ヲ得ズ」ト爰ニ於テ初メテ贓物ハ第四十三條ニ曰フ犯罪

ニ因テ得タル物件ノ中ニ含まレサルヲ知ルニ足ル若シ第四十三條第一項ノ制限ナクシテ第二項以下ノ三種ノ物件ガ其文字ノ示スダケノ物ヲ含まバ贓物ハ犯罪ニ因テ得タル物件ナリトイハサル可ラズ何トナレバ犯人ハ犯罪ニ因テ贓物ノ上ニ法定ノ占有無權原且惡意ヲ得タルヲ以テナリ又此ノ如クナラバ第四十四條ハ單ニ犯罪ニ因テ得タル物件ヲ沒收シ得ル條件ニ過キサルモノトナラシム而レトモ既ニ第四十三條第一項ノ制限アル以上ハ其第二項以下ノ文字ノ中ニハ沒收シ得ル物件ノミヲ含ムガ故ニ第四十四條ノ制限ハ單ニ或ル物件ヲ沒收シ得ル條件ヲ示スノミニアラズシテ其所謂犯罪ニ因テ得タル物件ナルヤ否ヤヲ定ムルモノトナル第四十四條ハ犯人ノ所有ニ係ル事ヲ以テ第二ノ制限トナス贓物ノ所有權ハ犯人ニ屬セズ又他ニ何人カ所有主アルカ故ニ沒收スルヲ得ズ沒收スル能ハサルカ故ニ第四十三條ニ謂

フ犯罪ニ因テ得タル物件ニ非サルナリ  
而ラバ所有主無キ時ハ沒收シ得ルガ故ニ贓物ハ犯罪ニ因テ得タル物件トナルカ而ラズ後ニ示ス如ク犯罪ニ因テ得タル物件ノ沒收ハ附加ノ刑罰ナリ所有主ナキ物件ノ沒收ハ一個ノ刑罰ニアラズ換言スレバ犯罪ニ因テ得タル物件トシテ沒收スルニ非ス無主物トシテ官沒スルモノナリ

第二項

沒收ハ常ニ刑罰ナルカ

四六六

刑法第十條ヲ一見スルトキハ沒收ハ常ニ附加ノ刑罰タル

カ如シト雖モ第四十三條第四十四條等ヲ綜合シテ考フル時ハ其實(1)刑罰タル事アリ(2)行政處分タル事アリ(3)刑罰ト行政處分トノ中間ニ位スル事アリ(4)單ニ民事々項ニ過キサル事アリ

四六七 刑罰タル沒收——犯人ノ所有物ニシテ之ヲ犯罪ノ用

ニ供シタルカ(四五九號以下)又ハ犯罪ニ因テ得タルカ(四六四號以下)ヲ理由トシ沒收スル場合ハ刑罰タル性質ヲ有シ又何レモ犯罪ヲ證明シ主刑ヲ定メサレバ沒收ノ宣告ヲナス能ハサルカ故ニ附加刑ノ性質ヲ有ス其犯罪ヲ證明シ犯人ノ所有物ヲ剝奪スルノ二點ハ刑罰タルヲ示シテ餘アリ其結果トシテ(1)被告人無罪又ハ免訴ノ申渡ヲ受ケタルトキハ供用物因犯罪得物ナルモノ無シ換言スレバ刑ノ性質ヲ有スル沒收アル事ナシ(2)有罪ノ判決未確定ノ間ハ勿論例ヘ確定ノ後ト雖モ物品ヲ沒入セサル間ニ犯人死亡スレバ相續人ノ手ヨリ徵發スル克ハス(七九七號)

四六八 行政處分タル沒收——犯人ノ所有ヲラサルニ拘ラズ

沒收スル(刑四四條)場合ハ行政處分ノ性質ヲ有ス犯人以外ニ對スル禁

制物(四五一號以下)ノ沒收是ナリ蓋シ刑法第十條ハ沒收ヲ附加刑ノ一トシテ示スガ故ニ特別ノ理由ナクレバ同一法典中ニ用ユル沒收トイフ語ニ刑罰ヲラサル性質アリト極言スル能ハスト雖モ刑ハ一身ニ止マルトイフ原則ヲ採用シ數多ノ場合ニ之ヲ適用シタル現刑法ガ何人ノ所有タルヲ問ハスシテ沒收スル事ヲ命シタル結果被告人ガ無罪又ハ免訴ノ申渡ヲ受ケタル場合ニ尙之ヲ執行シタル沒收ノ如キハ斷シテ刑罰トイフ能ハザルナリ

何人ノ所有タルヲ問ハズシテ沒收スルハ刑罰ニ非ル證據ナリ刑罰ニ非ズト雖モ刑罰ヲラサルモノ、中ニハ民事々項ニ過キサルモノ(四七二號)アルヲ以テ進ントテ其行政處分タル理由チ一言セサル可ラズ蓋シ現今ノ主義ハ既ニ罪ヲ犯シタルヲ理由トスルニ非スシテ害ヲ未發ニ防ク如キハ一般ニ之ヲ行政事項ノ部類ニ入ル禁制物ヲ沒收スルノ

主旨ハ必スシモ犯罪ノ宣告アルヲ俟ツニ及ハズシテ害ヲ未發ニ防カ  
ントスルニ在ルヲ以テ今日ノ所謂行政處分ナリ

**四六九**

禁制物ヲ沒收スルハ行政處分ノ性質ヲ有スト雖モ第四十三條第  
一項ニ依リ之ヲ宣告セサル可ラス宣告アルニハ起訴ナカル可ラズ故ニ假令  
禁制物ヲ私有又ハ製造スル者アルモ檢事ノ起訴ナキ間ハ司法檢察官ニ於テ  
權限ノ許ス限リ適當ノ處分ヲナスベキモノナリ

**四七〇**

終ニ一ノ注意スヘキ點アリ或物件カ禁制物トナルハ吾人カ法律  
ノ禁ヲ犯シテ製造、輸入、所有、占有シタルガ爲メナリ故ニ多數ノ場合ニ在リテ  
ハ檢事ノ起訴ニ依リ裁判官主刑ト共ニ其沒收ヲ宣告スベシト雖モ無罪又ハ  
免訴ノ爲ニ主刑ヲ申渡ス事ナキ場合ニアリテモ沒收セズシテ被告人ニ下附  
スレバ却テ犯罪トナルガ故ニ禁制物ノ沒收ノミヲ宣告セサルベカラズ而シ  
テ此場合ニハ主刑ヲ申渡スベキ犯人アリト推測スルカ故ノミ特別ニ官許ヲ  
得テ製造輸入所有占有シタル確證アレバ即チ非禁制物タル確證アルモノニ  
シテ沒收スベキ理由ナシ(四五八號)

**四七一 中間ノ沒收**

賭博ノ器具并ニ之ニ賭スル財物ハ製造、輸入、  
所有、占有、販賣ヲ禁スル事無シ故ニ是ヲ目シテ第四十三條ニ曰フ禁制物トナ  
ス能ハス而ルニ博奕ヲナシタル現場ニ在リシ時ハ犯人ノ所有ニ係ルト否ト

中間ハ器具財物共ニ沒收スルノ規定ナリ(刑二六一條)蓋シ犯人ノ所有ニ係  
リ之ヲ犯罪ノ用ニ供シタルカ爲ニ沒收スルノ點ハ刑罰(四六七號)ナリト雖モ  
犯人外ノ所有ニ係リ止タ現場ニ在リシ理由トスル沒收ハ行政處分ナルヲ  
以テ此ノ如キハ中間ノ沒收トイフベキニ似タリ

**四七二 民事々項タル沒收**

所有主無キ理由トシテ官ニ沒入  
スルハ純粹ナル民事々項ニシテ刑法ニ何等ノ關係モナシ第四十四條ニ犯罪  
ノ用ニ供シタル物件并ニ犯罪ニ因テ得タル物件ハ所有主ナキ時之ヲ沒收ス  
トイフト雖モ沒收ノ文字ヲ避クルノ妥當ナルニ如カザルナリ

**四七三**

被害者ヨリ贓物ノ返還ヲ請求スルハ私訴ニ屬シ民法ノ原則ニ從  
フ其請求ナキ場合ト雖モ犯人ノ手ニ在ルモノハ官ヨリ返還ノ手續ヲ爲スモ  
ノナリ(刑訴二條刑、四八條)故ニ贓物ヲ犯人ヨリ徵收スルハ刑罰ニモ非ス行政  
處分ニモ非ス一ノ民事々項ヲナスモノナリ之ヲ以テ犯人ノ贓物ノ上ニ有ス  
ル占有權ヲ刑罰トシテ沒收シ更ニ被害者ニ與フルモノトイフハ妥ナラズ

第五款

徵 價 處 分

**四七四**

不當ノ利得ハ返還セサル可ラズ不正ノ損害ハ賠償セサル可ラズ  
是レ民法上ノ一大原則ナリ人ノ罪ヲ犯スヤ刑罰ヲ制裁トシタルノ一事ヲ以  
テモ其不當不正ノ所爲タルヲ知ル可シ從テ犯罪ニ因テ得タル利得ハ之ヲ返

シ犯罪ニ因テ加ヘタル損害ハ之ヲ償ハサルベカラズ徵償處分ハ即チ此ノ如キ刑罰以外ノ民事責任ヲ規定シタルモノトス之ヲ財産刑ト混視ス可ラサルナリ

刑事ノ裁判費用ハ其全部又ハ幾分ヲ犯人ニ科ス(刑四五條)其必ズシモ全部ヲ負擔セシメザルハ多クノ證人鑑定人等ヲ召喚スル如キ場合ニ其費用全部カ犯人ノ所爲ニ出テタルモノト言フ能ハサル事アレバナリ刑事裁判費用ノ件ハ刑法附則第四十八條以下ニ定ムル所ナリ

犯人刑ニ處セラレ又ハ放免セラレト雖モ被害者ノ請求ニ對シ贓物ノ還給損害ノ賠償ヲ免ル、事ヲ得ス贓物ノ還給非ニ損害ノ賠償ハ刑ニ非ザルヲ以テ刑ヲ受ケタルガ爲ニ免ル、克ハス又私訴ニ屬スルヲ以テ公訴止ミ放免サル、モ遠ニ之ヲ免ル、能ハサル所以ナリ(刑四六條刑訴二—九條)

數人共犯ニ係ル裁判費用、贓物ノ還給、損害ノ賠償ハ共犯人チシテ之ヲ連帶セシム、數人共犯トハ數人連合シテ一罪ヲ犯シタルヲ謂フ(九四二號以下)刑罰ニ至リテハ各自全部ヲ受クト雖モ右裁判費用、贓物還給、損害賠償ニ至リテハ數人ニシテ全部ヲ分割シ負擔スル事ヲ得トナレバ其額ハ一定シ入數タケ増加スルモノニ非サレバナリ而レドモ連帶責任ヲ負フガ故ニ共犯者中ノ一人ニシテ全部ヲ負擔セシムル事ヲ得トナレバ各人其利得又ハ損害ヲ生シタル點ハ同等ナレバナリ(刑四七條)

裁判費用、贓物ノ還給、損害ノ賠償ハ固民事事項ナリト雖モ犯罪ニ率連スル

モノナルガ故ニ實際ノ便宜ヲ計リ被害者ノ請求アレハ刑事裁判所ニ於テ之ヲ審判スル事ヲ得若シ贓物犯人ノ手ニ在レバ請求ナシト雖モ直チニ之ヲ被害者ニ還付ス(刑四八、刑附五四條)

## 第五節 能力刑 第一款

### 能力刑總論

**四七五** 我輩カ爰ニ能力刑ト命名シタルハ剝奪公權停止公權、禁治産ノ三附加刑ナリ何故ニ之ヲ能力刑ト名ケタルカ他ナシ此等ノ刑罰カ直接ニ剝奪セントスルモノハ公權ヲ享有スル能力自カラ私權ヲ行使スル能力ニ在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

### 四七六

或ル著者ハ右ノ三附加刑ヲ名譽刑ノ中ニ列ス(刑法汎論三一四頁)

果シテ之ヲ名譽刑ト稱スルカ妥當ナルカ能力刑ト稱スヘキカノ論點ハ專ハ  
ラ此等ノ刑ノ直接ニ剝奪スルモノガ名譽ナルカ能力ナルカニ依リテ決ス可  
キナリ其間接ニ名譽ヲ毀損スルノ故ヲ以テ名譽刑トセハ終ニ生命刑、自由刑、  
財産刑等ノ分類ヲ全廢セサルヲ得サルニ至ラン剝奪公權、停止公權、禁治産ハ  
直接ニ名譽ヲ剝奪スルヤ我輩ハ後ニ述フル如ク直接ニ剝奪スル所ハ名譽ニ  
非ラスシテ能力ニ在リト信ス(五〇〇號、五〇五號)

**四七七** 又一二ノ著書ニハ剝奪公權ノミチ名譽刑若クハ加辱刑ナリト云  
ヘリ(刑法論 網二六二頁、井上氏三七一頁)其由來スル所恐クハ佛刑法力之ヲ加  
辱刑ノ一トナシタルニ在ラン(佛刑八條)法典ノ明文ニ名譽刑若クハ加辱刑ノ  
稱アラハ可ナリ之ニ此ノ如キ名稱ナクハ直接ニ剝奪スル所ノモノ、名譽  
ルカ權利タルカ能力タルカヲ見テ學說上適宜ノ名ヲ附セサル可ラス直接ニ  
剝奪スル所ノモノヲ名稱ノ標準トセスンハ生命刑、自由刑、財産刑等ノ稱ニ對  
スル思想ト抵觸スルニ至ル其果シテ直接ニ名譽ヲ剝奪スルカ能力ヲ剝奪ス  
ルカハ後ニ述フル所アリ(五〇〇號、五〇五號)

**四七八** 佛刑法ハ右ノ附加刑ヲ加辱刑ノ中ニ列スルニ拘ラス「ガロオ」氏ハ  
斷然加辱刑若クハ名譽刑ノ稱ヲ避ケ之ヲ權利剝奪ノ刑ト名ケラレタリ(同氏  
一卷五三二頁)氏ヨリ先ニオルトラン氏之ヲ唱導ス(全氏一六一四號)我刑法ノ  
解釋トシテ剝奪公權ハ公權其者ヲ剝奪セス公權ヲ享有スル能力ヲ剝奪シ一  
定ノ期間内其能力ヲ剝奪スルモノヲ停止公權ト云ヒ(二個ノ例外アリ五〇八  
號ヲ見ルヘシ)一定ノ期間内自ラ財産ニ關スル私權ヲ行使スル能力ヲ剝奪ス  
ルモノヲ禁治産ト云ヒ總テ權利ヲ享有又ハ行使スル能力ヲ剝奪スルモノト  
ナスカ適當ナラント信シ後ニ我輩ハ權利剝奪ノ刑ト云フ語モ尙之ヲ避ケテ  
能力刑ト名ケシナリ

第 二 款  
剝 奪 公 權

**四七九** 刑法第三十一條ハ剝奪公權ニヨリ剝奪ス可キモノ九種ヲ  
列擧ス而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  
ササルモノヲ剝奪スル能ハサルヤ論ヲ俟タス(草按註釋九二號)刑法論  
網二六二頁)九種ノ剝奪スヘキモノ如何第一項トシテ之ヲ論ス可シ  
**四八〇** 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ヲ答ヘ  
テ曰フ「重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒス終身公權ヲ剝

奪スト宣告ヲ用ヒサルハ他ナシ之ヲ附加スヘキ者并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ナ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爲シタルノ可否ハ第二項ニ論究セシ

四八一

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モノ……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アラス而シテ輕減シタル原因カ宥恕タルト酌量減輕タルトヲ問ハサルナリ

四八二

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合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適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ヲ科ス可キナリ

第一項

剝奪公權ハ何ヲ剝奪スルカ

四八三

剝奪公權ニ因テ剝奪ス可キ者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、賞號、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ヒ共有財産ヲ管理スルノ權曰ク學校長及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(五〇〇號)

四八四

國民ノ特權

剝奪公權ニ因テ第一ニ剝奪サルモノハ國民ノ特權ナリ國民ノ特權トハ何ソヤ學者ノ之ニ下シタル定義一様ナラス(1)



第一説ニ曰ク國民ノ特權トハ參政權ヲ謂フ(刑法汎論三一五頁)(2)第二説ニ曰ク國民ノ特權トハ日本人ニ限リ其資格ヲ以テ有スル權利ヲ謂フ(刑法論網二六三頁)内地往來ノ權、土地所有權ノ如キハ外國人ニ許サレル所ナリト雖亦國民ノ特權ニハ非ス此第二ノ定義ニ依レハ國民ノ特權トイフ中ニ此ノ如キモノヲモ含ムカ如ク開ユル恐アリ(3)第三説ニ曰ク國民ノ特權トハ權利ノ性質ニヨリ又ハ法律ニヨリテ日本人ノミニ許ス權利ヲ謂フ(草案三九條、全一六八頁註釋、刑法正義三二三頁、磯部氏五五三頁、井上氏三七五頁)此定義ハ更ニ日本人ノミニ許スヘキ性質ノ權利ハ如何ナルモノカト云フ問題ヲ生シ之ヲ決スルニ付テ再ヒ如何ナルモノガ國民ノ特權ナルヤト云フ疑問ヲ決セサルヘカラサルニ至リ結局問題答案一ニ歸スルノ感アリ

**四八五**

我輩ハ國民ノ特權ヲ解シテ參政權及日本臣民ニ限リテ享有スルコトヲ許シタル公權ヲ指スモノト考フ(1)參政權ノ中ニハ國會議員選舉被選舉權貴族院令第一條衆議院議員選舉法第六條第八條市町村府縣會ノ議員選舉被選舉權(市制第七條、第八條、第十五條、町村制第七條、第八條、第十五條、府縣制第十四條)ヲ含ム(2)參政權外ノ特權ノ中ニハ政談集會ノ發起人、論議者タルノ權(明治二十六年四月第十四號法律

集會政社法第五條、第七條)ヲモ含蓄スルニ似タリ然レモ(3)特權ノ中ニハ辯護士ト爲ルノ權(明治二十六年三月第七號法律辯護士法第二條、第五條)ヲ含マサルモノ、如シ(明治十五年八月十九日司法省指令)之ヲ含マサルカ故ニ辯護士法ニ反對ノ明文アルモノト解スヘキカ

**四八六**

新聞紙ノ發行人、編輯人、印刷人トナルノ權ハ國民ノ特權ナルヤ否ヤ内國人ニ非ラサレハ之ヲ許サル明文アルノミナラス公權剝奪ニ處セラレタルモノハ内國人ト雖モ其許可ヲ得サル明文アリ(明治二十年十二月第七十五號勅令新聞紙條例第九條)故ニ積極論ヲ採ルチ妥當ナリトス(刑法正義上卷三二四頁ニ消極論アリ參照ス可シ)

**四八七**

諸種ノ恩給金、扶助料ハ日本人タル資格ヲ失フト全時ニ之ヲ受クル能ハサルニ至ル(後)年金恩給ヲ論スルニ方リテ列舉シタル法規ヲ參照スベシ(然ラハ國民ノ特權ト云フヲ得ルカ權利ノ性質ハ公權タリ然リト雖モ必スシモ國民ニ限リテ與フルモノトハ思ヘス且ツ第三十一條二年金恩給ハ國民ノ特權以外ニ特ニ明記シタルヲ以テ少クモ刑法第三十一條ニ所謂國民ノ特權ノ一トハ云フ能ハサルナリ

**四八八**

官吏ト爲ルノ權——剝奪公權ニ因テ剝奪サル、モノ

ノ第二ハ官吏ト爲ルノ權是ナリ官吏トハ官制ノ定ムル所ニ依リ國家  
 政務ノ一部ヲ執行スル者ヲ云フ故ニ參政權ヲ有スル者備ト稱スル者  
 及ヒ學校ノ教師ヲ含マス(1)參政權ハ政府ノ官吏ヲ使役スル大權ニ參  
 與スル權利ナルカ故ニ國會議員、府縣市町村會議員ノ如キ之ヲ官吏ト  
 云フ能ハスト雖モ内閣大臣府縣知事其他諸官省ノ官吏ハ政務ヲ執行  
 スルノ任アルモノニシテ官吏ナリ(刑法論綱三二六頁刑法汎論三一七  
 頁)(2)官吏ノ語ハ汎ク使用スルノ慣習アリト雖モ夫ノ備ト稱スルモノ  
 ノ如キハ刑法上ハ勿論法律ノ眼ヨリ見レハ官吏ト云フ能ハサルモノ  
 トス此點ニ付キ學說判例共ニ反對ナシ(明治十六年三月十四日參事院  
 說明……)(3)官立學校ノ教師ハ官吏ト云フ能ハサルニアラスト雖モ之  
 ヲ以テ國政ヲ執行スル者ニ比スレハ甚シク性質ノ異ナル所アルヲ見  
 ル故ニ剝奪公權ニ因テ教師トナルノ權ヲ奪フコトハ之ヲ別ニシテ規

定セリ別ニ規定アルカ故ニ第三十一條第二ノ官吏ノ語中ニハ教師ヲ  
 含マサルモノト解釋セサル可カラス

**四八九 勳章、年金、位記、貴號、恩給ヲ有スルノ權——剝奪公**

權ニ因テ剝奪サル、者ノ第三ハ勳章、年金、位記、貴號、恩給ヲ有スルノ權  
 是ナリ(我輩ハ更ニ之ヲ(1)勳章(2)年金、恩給(3)位記、貴號ノ三ニ分チテ聊  
 カ説明スル所アラントス)

**四九〇 甲 勳章**——刑法第三十一條第三ニ所謂ル勳章ハ 天皇陛下  
 カ勳功アル者ニ下付シ給フ榮典ノ一種ニシテ特ニ勳章ノ名アルモノハミチ  
 指スニ似タリ即チ勳等勳章、金鷄勳章ノ二ヲ云フモノナラン  
 勳等勳章ハ汎ク勳功アル者ニ下賜シ給フ榮典ニシテ勳一等ヨリ勳八等ニ  
 至ル之ヲ表彰スル物件ニハ大勳位菊花章、勳一等旭日大綬章、旭日大綬章、寶冠  
 章、旭日桐花章、旭日章、瑞寶章、桐葉章等ノ稱アリ(明治八年四月第五十四號布告、  
 明治二十一年一月第一號勅令、全年十一月第七十六號勅令參照)  
 金鷄勳章ハ拔群ノ武功アル者ニ下賜シ給フ榮典ニシテ功一級ヨリ功七級  
 ニ至ル大綬中綬小綬ヲ以テ之ヲ表セラル(明治二十三年二月第十一號勅令)

紅綬、褒章、綵綬、褒章、藍綬、褒章、黃綬、褒章、褒狀、金銀木盃、帝國憲法  
 發布紀念章、勳章ト云フ名稱ナク從テ刑法第三十一條第三ノ勳章ト云フ  
 語ノ中ニ含マサルヲ以テ特ニ重罪ニ處セラレタル者ハ既往ニ剝奪シ將來ニ  
 受ケル能ハサルノ明文アルモノナラン特ニ褒狀金銀木盃ト金圓トナ全列ニ  
 置カレタルニ依テ之ヲ知ルニ足ル(明治十四年十二月第六十三號布告褒章條  
 例第四條全十六年一月第一號布告第五條全二十年五月第十六號勅令第二條  
 全二十二年八月百三號勅令第四條參照)  
 從軍記章ハ軍功ノ有無將卒ノ區別ナク凱旋ノ後軍ニ從ヒシ者ニ一般ニ賜  
 フ記章ナリ一見前段ト全一ノ理由ニ因リ刑法第三十一條第三ノ勳章ノ中ニ  
 含マレサルカ故ニ重罪犯人ヨリ剝奪サル、明文ナク從テ單ニ剝奪公權ノ  
 名義ヲ以テ之ヲ剝奪スル克ハサルカ如シト雖モ當局者間ニハ反對ノ解釋ニ  
 一定ス(明治八年四月第五十四號布告明治十五年三月廿九日賞勳局上申ニ對  
 スル全五月十八日指令全十七年八月十二日全十八年八月廿八日指令參照)  
 二伺ニ對スル全十七年九月十五日全十八年九月廿八日指令參照)  
 四九一 乙 年金、恩給——刑法第三十一條第三ニハ年金ト恩給トナ  
 區別シテ記載セリ制定ノ當時之ヲ區別セラレシ主旨ノ在ル所ヲ知ラスト雖  
 區別シテ之ヲ云ハハ國家ニ功勞アル者ヲ賞スル爲メ官ヨリ其本人又ハ家  
 族ニ下賜セラレ、金圓ヲ謂フモノニシテ毎年支給セラレ、モノモ特別法ニ  
 於テ通常之ヲ恩給ト稱スルヲ見ル各特別條例ニ明文アルヲ以テ疑ヲ生スル

樹合ナカラシ(明治廿三年六月第四十三號官吏恩給法第十二條全年全月第四  
 十四號法律官吏遺族扶助法第十六條全年全月第四十五號法律軍人恩給法第  
 二十四條第二十九條全廿三年十月第九十號法律市町村小學校教員退職料及  
 遺族扶助料法第五條第十一條全年全月第九十一號法律府縣立師範學校職員  
 退職料法全遺族扶助料法第七條第十三條全十五年七月第四十一號達巡查  
 守給助例第八條全廿三年八月第十六號宮内省達官吏恩給例第二條全准官吏  
 恩給例第二條全官吏准官吏遺族扶助例第二條參照)  
 注意スヘキハ年金ニシテ契約ニ依リ一私人ノ間ニ設定シタルモノヲ含マ  
 サル是ナリ  
 四九二 丙 位記貴號——位記ハ官ヨリ下賜セラレ、位階ノ記號ニ  
 シテ一位ヨリ八位ニ至ル各位正從ノニアリ合セテ十六等、學士ノ號ハ帝國大  
 學本科卒業生ノ稱ニシテ位記ニアラス博士大博士ノ號ハ反對ノ明文アル迄  
 位記ト云フ能ハサルンカ  
 貴號ノ中ニハ華族士族ノ稱並ニ公侯伯子男ノ爵名ヲ含ム舊法ニ除族ト稱  
 セシモ亦其一例ナリ皇族ノ稱ハ貴號ノ中ニ含マス何者御身分ヲ表彰スル辭  
 ニシテ敢テ人爵ト全一視スヘキニアラサレハナリ(明治十五年三月廿九日參  
 事院回答)

四九三 外國ノ勳章ヲ佩用スルノ權——是レ剝奪公權ニ因

ヲ剝奪サル、モノ、第四ナリ外國ノ勳章ハ我政府ノ與ヘタル所ニア  
ラサルヲ以テ剝奪スル能ハス之レニ反シテ佩用スルノ權ハ我政府ノ  
與ヘタルモノナルカ故ニ之ヲ剝奪スルコトヲ得而シテ内國ニ於ケル  
佩用權ヲ奪フ迄ナリ(明治十五年十月二十七日司法省内訓)

**四九四 兵籍ニ入ルノ權**——是レ第五ニ剝奪サル、モノナリ

兵役ニ就クハ之レヲ辭スルノ自由ナキ點ヨリ言ハ、義務ナリト云ヘ  
ル資格アルモノカ之レニ就カント欲スルトキ漫ニ之レヲ退クル能ハ  
サル所ヨリ言ハ、或點迄權利ト云フコトヲ得而シテ護國ノ重任ヲ戴  
ク名譽ノ職ナルカ故ニ重罪犯人ヲ編入シテ之レヲ汚スヲ避クルモノ  
トス

動モスレハ兵役ヲ避クントスル者アリ重罪ヲ犯スニ依リ兵籍ニ入  
ルノ權ヲ剝奪スルハ却リテ其望ヲ達セシムル缺點ナキカ是眞ニ杞憂  
ニ過キス兵役ヲ免レンカ爲ニ重罪ヲ犯スニ至リシ者アルヲ聞カス万  
一之レアリトスレモ何ソノ如此痴呆ヲ以テ護國ノ精兵ニ編スルヲ得  
ンヤ但シ輕微ナル犯罪アル者ニ全様兵役ヲ免セハ其害測ル可ラス此  
點ニ付キ現行法ノ規定ハ當テ得タルモノナリ

**四九五 裁判所ニ於テ證人ト爲ルノ權**——公權ヲ剝奪ス

レハ第六ニ裁判所ニ於テ證人ト爲ルノ權ヲ喪失セシム立法上ノ理由  
ハ重罪ノ刑ニ處セラレタル程ノ者ハ盡ク其言語ニ信ヲ置クニ足ラス  
ト認定シタルニ在ルヤ疑ヲ容レス但シ被告事件ノ或事實ヲ明ニスル  
ニハ重罪人ノ陳述ヲ參考トナスノ已ムヲ得サル場合アルカ故ニ法律  
モ之ニ事實ヲ陳述セシムルノミハ敢テ禁スルコトナシ(刑三一條第六  
但書)此規定ニ付キテ二個ノ批難アリ(1)裁判官ハ證人ノ語ヲ取捨スル  
ノ自由アリ此一點ハ事實參考人ノ陳述ニ於ケルト異ラス既ニ事實參

考人トナスヲ禁セスハ證人トナスヲ許スモ敢テ何等ノ不都合アラ  
ンヤ證人トシテ其語ニ疑ハシキ個處アラハ採用セサル迄ナリ(2)證人  
ト爲スヲ許シテ實ニ害ナキノミナラス之ヲ許サルニ於テハ宣誓ヲ  
免ル、爲ニ偽證ノ罪ニ問ハル、憂ナシ却リテ之カ爲ニ虛偽ノ申立ヲ  
爲スニ至ラン(刑一八〇、二一八、二二〇、刑訴一二二條)

公權ヲ剝奪シタル者ニハ裁判所ニ於テ證人ト爲ルノ權ヲ喪失セシ  
ム然レモ鑑定人又ハ通辨トナルノ權ヲ喪失セシムル明文ナシ明文ナ  
キノ一事ヲ以テ之ヲ剝奪セサルモノト解釋セサル可ラス(四七九號)重  
罪處刑者ヲ避ケテ他ニ適宜ノ者アラハ固ヨリ裁判官之ニ任ニ當ラシ  
ムヘキヤ必セリト雖モ他ニ事實ヲ鑑定シ得ル者言語ヲ知ル者ナキ場  
合ニハ渠ニ宣誓ノ上鑑定又ハ通辨セシムルモ敢テ差支ナシ  
被剝奪公權者ハ裁判所ニ於テ證人トナル能ハスト雖モ一私人間ノ

保證人トナル如キハ敢テ法律ノ禁スル所ニアラス止タ產ヲ治ム能ハ  
サル時之ニ違反シタル契約ハ民法ノ範圍内ニ於テ無効トナルコトア  
ランノミ

**四九六 後見人ト爲ルノ權**——後見人ハ幼者瘋癲白痴ノ如キ

無能力者ヲ教育シ監督シ其財産ヲ管理スルノ任ヲ負ヒ幼者ニ利害ヲ  
及ホスノ大ナルハ勿論幼者ノ利害ハ即チ社會將來ノ禍福ニ影響スル  
決シテ鮮少ナラサルカ故ニ重罪ノ刑ニ處セラレタル程ノ者ハ其權ヲ  
喪失セシムルノ規定アル所以ナリ

重罪犯人ト雖モ必スシモ子孫ニ對スル愛情ヲ喪失セス愛情ノ爲ニ  
教育監督並ニ財産ノ管理ニ適當ナル處置ヲナスコトアルヘシ爰ニ於  
テ第三十一條第七ノ但書ハ子孫ノ爲ニ後見人トナルヲ許セリ然ルニ  
其果シテ愛情ヲ喪失セサルカ適當ナル處置ヲナス見込アルカ豫メ之

ヲ斷言スル能ハサルカ故ニ適否ヲ審査セシムル主旨ヲ以テ親屬ノ許可アルコトヲ必要トセリ親屬ナキ者ハ如何此點ニ明文ナシト雖モ知己朋友ノ見解ヲ添ヘテ裁判所ニ許可ヲ乞ヒ裁判官之ヲ許スモ敢テ差支ナカラシ

**四九七 分散者ノ管財人ト爲リ又ハ會社及共有財産ヲ管理スルノ權**——是レ剝奪公權ニ因テ剝奪スル第八ナリ管財人ハ分散者ノ財産ヲ管理シテ債權ヲ取立テ債務ヲ辨濟シ管理人ハ會社又ハ共有財産ヲ管理シ債權債務ヲ請求辨濟シ又管財人管理人何レモ管理ニ必要ナル時ハ動産ヲ處分スル等ノ權限ヲ有シ夫ノ後見人カ被後見者ニ對スル如ク教育監督スルノ任ハ負フコトナシト雖モ分散者社員共同所有者ノ利益ヲ計ルノ責アルヲ以テ十分ニ善良方正ナル者ヲ選ハシメサル可ラス重罪ノ處刑者ヲシテ之ニ當ラシムルヲ欲セ

サルハ敢テ不可ナシ

**四九八 學校長及教師學監ト爲ルノ權**——是レ剝奪公權

ニ因テ剝奪サル、モノ、第九且ツ最終ナリ爰ニ所謂學校ハ公立私立ノ別ナキカ一部ノ教師ハ官吏ニアラサルカ學校ノ名義アル教育場ノミヲ謂フカノ三問ヲ決セサル可ラス

第三十一條第九ニハ單ニ學校長云々ト云フカ故ニ(1)其文字ヨリ云フモ汎ク公私立ノ區別ナシト解釋スルヲ要シ(2)又其主趣ヨリ云フモ此ノ如キ區別ヲ置ク可キニ非ラス重罪ノ處刑者ハ法律カ其人ヲ信用スル能ハスト爲シタルノ結果九種ノ權ヲ剝奪スルモノトス學校ハ數多ノ子弟ヲ教育シ一人ノ教師ノ思想ハ數十人多キハ數百人ノ腦裡ニ傳ハリ之ニ因ツテ社會ニ業ヲ取ルノ事情アリ此一點ハ公立タルト私立タルトニ依テ差別ナキカ故ニ重罪ノ處刑者ヲシテ其長教師學監タ

ヲシム可ラサルモ亦一ナリ

官立學校ノ教師中一部ノ者ハ文部省ニ屬スル官吏タルニ相違ナシト雖モ(1)其採ル所學術技藝ヲ教授スルニ在リテ國政ヲ執行スルモノト趣ヲ異ニシ(2)教師學監ニシテ毫モ官吏ノ資格ナキ者アリ其官吏タル教師學監ハ先キノ官吏ノ中ニ合マセ官吏ニアラサル者ヲ別ニ述フル徒勞ヲ避クルノ二點ヨリシテ第三十一條第九ハ學校ノ公私立ヲ問ハス資格ノ官吏タルト否トニ論ナク概括シテ規定シタル者ト解釋セサル可ラス

四九九

學校ノ名義ヲ用ヒス學舍學塾等ノ稱ニヨリ學術技藝ヲ教授スル場所甚々多シ此等ノ者ノ長教師學監トナルコトハ同シク第三十一條ノ禁スル所ナルカ換言スレハ此等ノ教育場ハ學校ト云フ語ノ中ニ含蓋スルカ學者勸モスレハ三味線ノ稽古場ノ如キハ學校ニ非ラス二三ノ弟子ヲ置キテ繪圖彫刻ノ類ヲ傳習スル所ノ如キハ學校ニアラスト云フノミニシテ區別ノ標準ヲ示サヒルコトアルハ何ソヤ本問ハ決シテ裁判官ノ認定ニ放任スヘキ事實

論ニアラス誤ツテ該條ノ主旨ニ含マレサルモノヲ學校ト判決スレハ上告且破毀ノ理由アル裁判ナリ我輩惟フニ數ノ子弟ヲ通學又ハ在宿セシメ學術技藝ヲ傳習スル場所ニシテ名義タケニテモ其目的學藝ノ普及ヲ圖ルニ在ラハ學校ト云フ能ハサルヘシ即チ人數ト目的トノ二要素ヲ標準トセスシテ徒ラニ讀書習字ヲ教フレハ學校ナリ遊藝ヲ傳フルハ學校ニアラスト云フカ如キハ當チ得サルモノト信ス

五〇〇 第三十一條ニ所謂權トハ權利ノ意味カ 第三

三十一條ハ剝奪公權ニ因テ剝奪スヘキモノ九種ヲ列擧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云フ意味ナリヤ否ヤノ點ヲ決スル必要ヲ生ス(1)凡ソ或ルモノヲ剝奪スト云ハハ剝奪サルヘキモノカ既ニ之ヲ有スルモノナラサル可ラス山賊モ裸躰ノ旅人ヨリ衣類ヲ剝ク能ハサラン巷賊モ無一物ノ囊裡ヲ探リテ金錢ヲ奪フ能ハサラン(2)又タ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

不行爲ナラサル可ラス此二點ヨリ觀察シ第三十一條ニ所謂權トハ能カニ外ナラサルヲ一言セシ

剝奪スルモノ、第一ハ國民ノ特權ナリ先ニ(四八五號)示セシ如キ參政權其他ノ特權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然レモ其權利ハ年齡、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サル間ハ只將來之ヲ具フル時權利ヲ獲得ス可シ獲得スルコトヲ得ト云フ能力アルニ過キス未ダ獲得セサ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、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ル

ハ法理ノ在ル所ヲ知ルニ足ラン

五〇一

能力ハ亦タ國家ノ保護ヲ受ケ反對ノ衝突ハ公力ニ訴ヘテ

退クルコト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選擇ヲ如此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ヘカラサルニ至リ思想複雜シ理論混同シ終ニ主旨ノ在ル所ヲ失ハシム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モ其失フ所ハ權利ニアラスシテ能力ナリト云フニ如カサルナリ

略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結果トシテ公權其者ヲ喪失シ未タ公權ヲ享有セサル者ニ對シテハ將來他ノ條件ヲ具フルモ能力アルノ一條件ヲ缺クカ爲ニ公權ヲ享有





權衡ヲ保チ得タルヤ否ヤナ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ラスヤ草案註釋ニ云フ如ク囚人ノ位置ヲ同一ナラシムルト云フハ(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アラサルカ犯罪以前各人ノ位置同シカラス

五〇四 剝奪公權ヲ重罪囚ノミニ附加スルノ非ナルハ明ナリ然レ

后之ヲ終身刑ト爲シタル點マテ批難スル學說ハ批難アルヲ免レス一且之ヲ附加サル、モ復權ニ依テ回復ノ途ヲ設ケアルニ非ラスヤ(八一五號以下)

五〇五 名譽刑——名譽刑又ハ加辱刑ノ名稱ヲ附スルハ直接ニ耻辱ヲ

與フルカ名譽ヲ毀損スル類ノモノナラサル可ラス此ノ如ク耻辱ヲ與フルヲ主タル目的トスル刑罰ハ我舊幕時代ニ晒ト稱シ遊廓ニ足ヲ履入レシ僧侶ヲ日本橋ノ傍ニ公然拘置シタル如キ若クハ二三ノ諸侯ノ下ニ行ハレシ面上ハ入墨片髪ノ剃落ノ如キヲ謂フ  
刑罰執行ノ方法中一二耻辱ヲ與フル主旨ニ出ツルモノヲ含ムコトアリ佛國ニ於テ現時尙採用スル夫ノ殺尊族親犯人ノ死刑ニ對スル特別ハ裝置我舊幕時代ノ引廻シ死刑執行前ノ晒先ノ僧侶ノ刑ト混スヘカラスノ如キ是ナリ

此等ハ既ニ生命刑ノ稱ヲ以テ概括シ去リ執行中ノ方法ノミニ對シテ更ニ名譽刑ノ名ヲ附スルモ何等ノ利益ナカラシ

第二二款

停止公權

五〇六 停止公權ハ性質ヲ一言ニ言現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ベ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全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(1)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附セラレタル者主刑ヲ免シ止テ監視ニ附セラレタル者ニ附加セラレ(2)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、及現在ノ官職ニ付テ例外アルモノトス(五〇八號)

**五〇七** 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ニ非ラ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モノトナスト享有スル能力ヲ失フモノトナストハ其間著ルシキ差別アリ(1)若シ之ヲ行使スル能力ノミヲ喪失スルモノトセシカ獄中ニ在テ府縣市町村會ノ議員ニ選舉セラル、コトヲ得、出獄後又ハ監視ヲ了ルノ日直ニ運動スルコトヲ得、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ラサルニ至ラン(2)之ニ反シテ享有スル能力ヲ有期ニ中斷サル、モノトセシカ其間ニ選舉サル、コトヲ得、其間ハ年金恩給ヲ受クル能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全ク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故ニ其能力ニ依リ未タ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能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(此點ニ付キ一ノ例外アリ五〇九號ヲ見ルヘシ)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(亦タ例外アリ次號ヲ見ヨ)

**五〇八** 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間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、此終ノ點ニ付一ノ例外アリ公權ヲ停止サル、ノ當時官職ヲ帶ヒシ者(官吏ノ身分アル學校長教師學監亦全シ)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ヲキカ故ニ新ニ任命サル、コト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、ノ障害トナラス獨リ先ニ失ヒシ官職カ能力ト共ニ回復サレサルノ一點ハ他ノ公權ト異ル所アリ

**五〇九** 停止公權ハ一時公權ヲ享有スル能力ヲ喪失セシム是レ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ル場合ニ例外アリ即チ未タ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能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ヘカラサルニ實際斯ノ如キコトナク止タ囚人タル間傍書ニ位貴記號ヲ附シ勳章ヲ佩用スルヲ禁スルニ過キサルヲ以テナリ

第三款

禁治産

**五一〇 定義** 現行刑法ニ就テ禁治産ノ定義ヲ下サハ重罪ノ主刑ハ終ルマテ財産ニ關スル私權ヲ自カラ行使スル能力ハ剝奪ナリト云フコトヲ得(刑三五條)

**五一一 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、ミニ非ラス結婚ヲ爲スノ權、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ラ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アラス但刑ノ執行ヲ中止スル能ハサルカ故ニ自カラ式ヲ學ク若クハ公證人區役所等ニ到リ手續ヲ爲ス等ノコトヲ許サ、ルノミ結婚ヲ爲スモ夫婦同居スルヲ得スシテ何等ノ利益モナ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アラス

**五二二** 乙 禁治産ハ財産ニ關スル私權ヲ自カ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ハ囚ト雖モ財産ニ關スル私權其者ヲ喪失スルコトナシ若シ之ヲ享有スル能力ノ剝奪トスレハ私權其者ヲ喪失シ所有權又ハ債權等ヲ喪フコト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ラス然レモ禁治産ニ在リテハ止テ財産ニ關スル私權ヲ行使スル能力ノ喪失ニ過キサ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カラ賣買贈與等ノ行使ヲ爲ス能ハサルノミ

**五二三** 丙 禁治産ハ財産ニ關スル私權ヲ自カラ行使スル能力ノ喪失ニ過キス換言スレハ行使能力全軀ヲ失フニ在ラスシテ自身行使スル能力ノミヲ喪フ此點ニ付テハ恐ラシク反對ノ議論湧起スヘシ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ノ能力全軀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リ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爲シ得ル

**五二四** 丁 禁治産ハ重罪ノ主刑ノ了ル迄ヲ其期間トス故ニ苟ク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迄ハ自カ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

**五二五** 以上述フル所ニ違ヒ重罪ノ囚徒自カラ財産ニ關スル私權ヲ行使シタ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者ノミニ止マルト雖モ刑法上重罪囚ニ附スル無能力ハ公益ニ基ツク一ノ刑罰ナルカ故ニ要約者諸約者双方共ニ取消ヲ請求スルコトヲ得之ヲ絶對的無効ト稱スルコトアリ

**五二六** 理由——何故ニ重罪囚ニハ禁治産ノ附加刑ヲ設クルカ若シ彼等カ自カラ私權ヲ行使スルコトヲ禁セスンハ(1)之ニ依リテ多少

ノ愉快ヲ買フコトヲ得刑ノ痛苦ヲ減スル恐アリ(2)獄吏其他ノ者ニ賄賂ヲ納レ待遇ヲ寛ナラシメ甚タシキハ脱獄ノ便宜ヲ得ル危險アリ磯部氏之ニ名句ヲ綴ツテ曰ク冥府之事亦黃白之所左右ト又曰フ金鎗能開鐵石之門(全氏五九四頁)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)ニ見ヘ續キテ一般ノ著書ニ容レラ  
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)其痛苦ヲ減スト云フノ點ハ暫ク之ヲ措キ待遇ヲ寛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カラ産ヲ治ムルコト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アラス若シ治産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俟タス獄内ニ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産ヲ禁セラルト是レ宜シク注目スヘキノ個所ナリ凡ソ終ヲ有スル者ハ中間ヲ有セサル可ラス (Quia la fin a le moyen) 權利アル者ハ行使スル手段ヲカル可ラス之ヲ獄中ノ事ニ應用スルニ既ニ産ヲ治ムル能力ヲ奪ハス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ハラス運用ノ手段ヲ與ヘズン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カラ産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終ニ刑ノ執行ヲ空クシ數多ノ費用ヲ増加シ得ル所ナクシテ失フ所多キカ故ニ此手段ヲ與フル能ハサルハ一點ハ終ニ能力ヲ失

ハシムルハ已ムヲ得サルニ至ラシムルモハニ非ラサルナキヲ得ンヤ  
 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  
 ル可キモノナリヤ禁錮ノ囚徒ハ贈賄ノ結果待遇ヲ寛ナラシムル恐レ  
 ナキカ脱獄ノ便宜ヲ買フ危険ナキカ治産ノ手段ヲ與フルニ困難ナキ  
 カ我刑法ガ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賄贖主義ニ  
 出テタルモノナラン

### 第三章 刑ノ適用

#### 第一節

##### 總論

##### 第一款

##### 定義并ニ方法

五二七

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  
 當スル刑罰ヲ示定スルヲ謂フ假令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レ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ヲ理由トシ(五四七號)或ハ明文無シト雖モ裁  
 判官ニ職權アルヲ理由トシ(五四九號)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ス

五二八

裁判ノ宣告ヲ以テ犯罪ニ相應スル刑罰ヲ示定シ法律ノ規  
 定ニ豫メ之カ制限ヲ加フルモノ無キヲ刑ノ適用ニ關スル放任主義ト謂フ  
 羅馬ハ帝政ヲ布キテ後帝ニ隸屬スル官吏カ自ら裁判ノ職ヲ探ルニ至リ次  
 第ニ古例ヲ破リ公判錄 (Leges publicorum iudiciorum) ニ含マレサルモノナ有罪ト  
 シ(即チ非常罪 *Crimina extraordinaria* 是ナリ)スルヨリ遂ニハ刑ノ適用ニ關シ放任主  
 義トナリシヲ見ル

五二九

佛國革命以前ノ刑法モ刑ノ適用ニ關シテ亦全ク放任主義タリシナリ  
 我國ニ於テハ第一期即チ大寶以前ハ全ク放任主義ナリシト雖モ後大寶ノ  
 刑典出テハ一變シ其次第二空文ニ屬スルニ及ヒテ再ヒ放任主義ニ回リ徳川  
 時代ニハ百ヶ條アルニ拘ラス實際放任主義タリシモノトス  
 減スルコトヲ許サイルモノヲ刑ノ適用ニ關スル法定主義ト謂フ  
 羅馬ニ於テハ *Jurisdiction* 帝以前永ク刑ノ適用ニ關シ法定主義ノ行ハレタルヲ  
 見ル固ヨリ人民ニ公布シタル成典ヲ以テ犯罪ニ相應スル刑罰ヲ確定セシニ  
 非スト雖モ公罪私罪 (*delicta publica, delicta privata*) ニ關スル慣例ハ裁判官(公罪ノ裁  
 判官ハ人民一般ナリ *Quirix ex populo*) 決シテ之ヲ破ラザリキ  
 佛國ニ於テハ革命以前ノ放任主義ノ弊害ニ懲リ反對ノ極端ニ出テ遂ニ  
 法定主義ノ成典ヲ出スニ至レリ千七百九十一年ノ革命刑法是ナリ該刑法ハ  
 豫メ犯罪ニ相應スル刑ヲ示定シ裁判官ニ少シモ加減ノ自由ヲ與ヘザリキ  
 支那法制ハ刑法ニ關シ成文法アラハ一般ニ法定主義ニ傾クモノトス故ニ  
 唐制ヲ摸シタル我大寶ノ刑律并ニ大寶ノ刑律ノ傍ラ明清ノ刑律ヲ參酌シテ  
 成リシ新律綱領ハ固ヨリ法定主義十ノ八九ヲ占ム而シテ監獄制度等ニ就テ  
 次第ニ歐羅巴法理ヲ注入シタル改定律例ト雖モ刑ノ適用ニ關シテハ尙法定  
 主義ト名ケテ不可ナシ  
 徳川時代ノ刑律ハ成文上固ヨリ法定主義ニシテ漫ニ古例ヲ破ル事ヲ許サ



ザル精神ナリシト雖モ裁判官ノ位置ヲシテ人民ト相隔タシムルコト多キニ過キ其極實際ニ於テハ放任主義ノ行ハレタル事述歴々トシテ徴スルニ足ル

五二〇 法律ノ規定ヲ以テ豫メ犯罪ニ相應スル刑罰ヲ示定シ傍ラ裁判官ノ之ヲ加減スル事ヲ許ス是刑ノ適用ニ關スル拆衷主義ナリ現時ノ刑法ハ十ガ八九此折衷主義ヲ採ル我刑法モ固ヨリ之ニ則ル

第二 款

刑ノ適用ニ關スル拆衷主義ノ理由

五二一 我國ノ刑法ヲ初メ現時多數ノ刑法ガ刑ノ適用ニ關シ拆衷主義ヲ採ルニ至レルハ亦刑罰權ノ基礎ニ關シテ拆衷主義ヲ採用セル結果ナリ

刑罰權ノ基礎ニ關スル拆衷主義ハ刑ノ適用ニ關スル一大原則ヲ揭クテ曰ク刑罰ハ犯罪ト其權衡ヲ保タサル可ラスト

何ヲカ犯罪ト權衡ヲ保チタル刑罰トイフカ刑罰ノ痛苦カ罪惡ノ程度ト均一平等ナルモノヲ謂フ死刑ハ痛苦ノ最大ナルモノナリ故ニ之ヲ罪惡ノ最大ナルモノニ科スレハ權衡ヲ得タル刑罰ニ外ナラス(三六二號)徒刑流刑以下刑ノ階級ヲ下ルニ從ヒ其痛苦ヲ遞減スルカ故ニ各之ヲ罪惡ノ程度低キヲ加ヘタル犯罪ニ科スレハ總テ權衡ヲ保チタル刑罰トナラン

而ラハ何ニ因テ犯罪ノ輕重即チ罪惡ノ大小ヲ區別スヘキカ犯罪ノ實質ハ不正、不利益即チ背德加害ノ二要素ヨリ成立ス故ニ德義ヲ破ルコト深ク損害ヲ加フルコト大ナルモノハ即チ罪惡ノ大ナル犯罪ニシテ德義ヲ破ルコト淺ク損害ヲ加フルコト小ナルモノハ即チ罪惡ノ小ナル犯罪ナリ

此ノ如クシテ罪惡ノ大ナル犯罪ト判定スレハ痛苦ノ大ナル刑罰ヲ

科シ罪惡ノ小ナル犯罪ト判定スレハ痛苦ノ小ナル刑罰ヲ科ス畧シテ  
 イハ、罪重クハ重キ刑ヲ加ヘ罪輕クハ輕キ刑ヲ加フ更ニ略シテ  
 イハ、犯罪ト權衡ヲ保テタル刑ヲ適用ス可シト

罪惡ノ程度ト刑罰ノ痛苦トヲ平均セシムルニハ何故ニ法律ノ規定  
 ト裁判ノ宣告トヲ併用スル必要アルカ他ナシ一犯罪ノ背徳加害ノ程  
 度ハ或點迄豫メ理論ヲ以テ測定スルヲ得此ノ如ク豫メ理論ヲ以テ  
 罪惡ノ程度ヲ測定シ得ル犯罪ニハ亦豫メ之ニ相應スル刑罰ノ範圍ヲ  
 示シ得ルノ理ナリ爰ヲ以テ之ヲ法律ノ明文ニ示定スト是甲罪ニハ死  
 刑乙罪ニハ徒刑丙罪ニハ懲役ヲ科スルノ規定アル所以ナリ而レトモ  
 同一犯罪ニシテ甲者ノ犯シタル場合ト乙者ノ犯シタル場合トヲ比較  
 スレハ背徳加害ノ程度必スシモ一様ナラス其各場合ニ於ケル罪惡ノ  
 程度ハ豫メ理論ヲ以テ確定スル能ハサルカ故ニ之ニ相應スル刑罰モ

亦豫メ之ヲ確定スル克ハサルノ理ナリ強ヒテ之ヲ定メントスレハ遂  
 ニ罪惡ノ程度ニ相應セサル刑ヲ適用スルニ至ラン即チ此ノ如キモノ  
 ハ裁判官ヲシテ各被告事件ニ付キ反覆審案シテ相當ノ刑ヲ適用セシ  
 ム可シト是多數ノ刑罰ニハ刑期金額ヲ確定セス之ニ最高度ト最低度  
 トヲ設ク其範圍内ニ於テ裁判官ニ加減スル事ヲ得セシム又最高度ト  
 最低度トヲ有セサル死刑無期自由刑ノ如キニ對シテモ夫ノ酌量減輕  
 トイフヲ設ク他ノ刑罰ト共ニ常ニ之ヲ減輕スル餘地ヲ與ヘタル所以  
 ナリ

以上陳述スル所ヲ略シテ曰ハシニ現時刑ノ適用ニ關シ折衷主義ノ  
 行ハルハ(1)犯罪ト刑罰トハ權衡ヲ保テサル可ラス(2)法律ノ規定ヲ  
 以テ豫メ刑ヲ一定不動ニセハ罪惡ノ大ナル犯罪ニ輕キ刑ヲ科シ其小  
 ナルモノニ重キ刑ヲ科スルニ至リ(3)又全ク之ヲ裁判官ニ放任セハ或

ハ私情ノ爲ニ或ハ意見ヲ異ニスル爲ニ其極同シク罪刑ノ權衡ヲ失フニ至ラントイフノ三點ニ出ツ

第二 款

加重減輕

五三二

法律ノ規定カ或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能ハス斯ノ如ク一犯罪ハ罪惡ヲ加フル事情ハ名クテ加重ノ原因ト云ヒ一犯罪ハ罪惡ヲ減スル事情ハ名ク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クテ法律上ノ加重トイヒ刑ヲ減輕スレハ法律上ノ減輕ト云フ若シ反之法律ハ與ヘタル範圍内ニ於テ裁判官カ裁判ハ宣告ニ因リ刑ヲ重クスレハ

是レ裁判上ノ加重ニシテ刑ヲ輕クスレハ是レ裁判上ノ減輕ナリ

加重ノ原因ニシテ犯罪總躰ニ通スルモノハ一般加重ノ原因ト云フ或種類ノ犯罪ノミニ關スルモノヲ特別加重ノ原因トイフ同一ノ思想ニ因リ犯罪總躰ニ通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、ミニ非ラ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

五三三

加重減輕ノ問題カ主刑全躰ニ對シテ適用アルハ論ヲ俟タスト雖附加刑ニ付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ルハ同時ニ附加ノ罰金ヲ加重シテ主刑ヲ減輕

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

**五二四** 附加刑ノ一タル沒收ニ付テハ加重并ニ減輕ノ問題生ゼス沒收ハ法律ノ規定(刑四三條)ニヨリ沒入スヘキ物件確定シ裁判官ハ只或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物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

**五二五** 實際ニ言渡シタル主刑ハ如何ニヨリ法律カ期間ヲ一定シタル附加刑ニ對シテハ又加重減輕ノ問題生セス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了レル場合ヲ假想シテ初テ之ヲ知ルベキカ故ニ既ニ加重ノ問題ヲ決定シ了レルト同然ナレハナリ故ニ(1)重罪ノ刑ニ處セラレタル者ニ其刑ノ限間ニ當リ然ル附加刑ニ停止公權(刑三四條)(2)禁錮ヲ言渡サレタル重罪ノ主刑ノ限間ニ當リ然ル附加刑ニ禁錮ヲ停止公權(刑三五條)(4)重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ刑ノ主刑ノ限間ニ當リ然ル附加刑ニ禁錮ヲ停止公權(刑三七條)(5)處○波○チ○(1)之○律○加○刑○上○之○(刑三九條)ニ對シテハ加重減輕ノ問題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

**五二六** 獨リ輕罪ノ刑ニ附加スル監視ハ各本條ニ最長期ト最短期トヲ設ク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タリト雖トモ遡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曾テ一言セシ如ク(四一五號)監視ハ主トシテ犯人ノ舉動ヲ視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止ムヲ得サルニ出ツ此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リ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(四一〇號)再

死刑無期刑ヲ申渡サレ其期滿免除ヲ得タル者ニ當然五ヶ年間附加スル監視(刑三九條)ニ對シテハ加重減輕ノ問題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