

混入被教唆者之身體。籍其身體以犯罪。犯罪尙未實行以前。教唆者。不過以犯罪意志。投入被教唆者之身中耳。故由被教唆者方面觀察之。僅謂包藏犯罪之意志者。可也。犯罪意志。刑法以不罰爲原則。因而單以教唆意思。投入他人。身中之行爲。亦無處罰之理由。固彰彰明矣。刑法第一百五條。使犯重罪輕罪者云云。是明以被教唆者。因教唆而犯重罪輕罪爲必要也。獨逸刑法。一人對於他人。苟有注入犯意之所爲。已屬危險。即未因教唆而實行犯罪。苟有教唆之事實。直可處罰。論者謂可援用獨逸刑法之規則。日本刑法。亦不必以第二條件爲要。即可構成教唆罪焉。殊誤刑法之精神矣。

第二 對於一般之教唆 此等場合。非規定於刑法。乃新聞條例及出版法所規定也。刑法第一百五條。教唆人使犯重罪輕罪者云云。至教唆方法。則毫未制限。無論以何種方法。苟有教唆人使犯重罪輕罪之所爲。皆適用本條之原則。處罰可也。故或於演說。或於新聞。或依出版。及其他之

方法。以教唆犯罪。使人至於實行犯罪時。俱可構成教唆罪。惟演說新聞出版。不過教唆之一方法也。然處罰之。亦當以二條件爲要。

第一條件 所教唆之罪。不可不一定 對於一般而行教唆。欲達教唆之目的。而犯罪之種類未定時。則一般人。果犯如何之犯罪。固不得知也。雖有教唆。其効力無從發生焉。再犯罪之種類未定。而漫教唆曰。犯罪犯罪。則所教唆者。爲重罪。爲輕罪。抑爲違警罪。俱不可知。即令因教唆之結果。而有犯重罪輕罪者。然教唆區域。既不能判明。教唆之責任。即不得問。何以言之。教唆者之責任。非均爲被教唆者所行犯罪之結果也。故欲斷定對於一般的教唆之責任。則不可不有舉證。舉證者何。即或演說之事項中。又新聞或出版物之記事。中所教唆一定之犯罪。被教唆者。聽其演說。讀其記事。因而同意。舉其所教唆者而實行之事實。則不可不證明也。若演說者。新聞記者。毫無教唆犯罪之意思。或感於時事。或爲公益起見。發爲慷慨悲憤之演說焉。或讀其記事者。中有感動。遂發生不良之心。以

行意外之犯罪。則非演說者及新聞記者所得知矣。蓋演說者。新聞記者。固未教唆一定的犯罪也。要之演說者。新聞記者。其他著述家其言論記事。非公然揭載一定之犯罪。而示於公衆。即不能構成教唆罪。

第二條件 對於一般之教唆。不可不以公然之方法。對於箇人之教唆。其方法有公然。亦有秘密。然對於一般之教唆。則以公然方法。爲構成教唆罪必要條件。蓋對於一般而行教唆。被教唆者爲何人。不能特定。惟求與吾表同情者耳。故非以公然方法。不能達其目的。至教唆何以公示。或於公然場所。演說可也。或對公衆而公賣出版物。可也。或貼紙於各處。叫呼於大道。亦可公示教唆之方法。法律上則毫無制限也。

對於箇人之教唆。被教唆者。非實行所教唆之重罪輕罪。不能構成教唆罪。對於一般則反是。教唆者所教唆之犯罪。被教唆者。不必定以實行爲要。此二者一大區別也。新聞紙條例。及出版法集會法中。曰。揭載顛覆政

府。紊亂朝憲之事項。或演說者。罰焉。又揭載紊亂秩序。敗壞風俗之事項。或演說者。亦罰焉。而教唆之文字。固未明載。非謂顛覆政府。紊亂朝憲之記事。演說。即可以紊亂朝憲。顛覆政府。乃因此記事。演說。而紊亂朝憲。顛覆政府者。遂有發生之危險。欲防此危險。故不得不處罰也。然則對於一般之教唆。被教唆者。即未實行所教唆之犯罪。苟有教唆之事實。即可處罰。固明了無疑矣。

教唆說明終了之際。更有當研究一問題焉。即從犯之教唆。或教唆之教唆。可否處罰是。

以上所論。皆正犯之教唆。然教唆者。不必定以正犯爲目的。或以從犯爲目的。或以教唆爲目的。皆可行者也。例如某人教唆甲。使乙以殺丙必要之毒藥與丁。則乙爲丁殺人罪之幫助。乙之犯罪。即某人教唆爲從犯也。又某人教唆甲。可教唆乙以殺丙。是某人乃教唆乙之教唆罪者。如此從犯又教唆之教唆者。可否依第一百五條之規則。以處罰乎。

據第一百五條觀之。教唆人使犯重罪輕罪云云。其重罪輕罪。從犯同正犯。毫未區別。論者遂有以從犯及教唆之教唆。亦如正犯之教唆。同一處罰無疑。然以吾輩視之。論者所解釋恐於現行刑法之精神。不相符合也。教唆罪者。刑法第一百五條所規定之犯罪。因教唆人使犯重罪輕罪而成。立者也。然則本條所謂重罪輕罪。及使犯此重罪輕罪之教唆罪。全爲異類的犯罪。固毫無容疑。故依教唆。使犯刑法各本條之重罪輕罪者。論爲正犯時。則所謂正犯。即指各本條規定重罪輕罪以外之正犯。彰彰明矣。換言之。可爲教唆目的之重罪輕罪以外。因教唆而他之重罪輕罪。遂成立也。故第一百五條所包含之重罪輕罪。教唆之使犯此重罪輕罪時。可謂教唆罪。然教唆其他之重罪輕罪。係未包含於本條者。則不得以本條之教唆罪罰之。即令犯罪係由教唆罪成立。或爲重罪。或爲輕罪。然非第一百五條所謂重罪輕罪。即教唆而使犯之。亦非教唆罪也。若第一百五條。無教唆人使犯重罪輕罪者。亦爲正犯之規定。謂現行刑法上不認教唆罪可

也。然則教唆罪者。全係第一百五條所創設。至其犯罪。乃爲各本條規定之重罪輕罪。而後能成立。則刑法於教唆第一百五條之正犯者。不別設處罰之規定。教唆之教唆罪。不能成立。何以故。教唆罪者。待成文規定。而成立之犯罪故。要而言之。現行刑法。於教唆之教唆。無處罰之明文。不能處罰也。

從犯之教唆。可以處罰乎。吾輩就現行刑法之精神研究之。從犯之教唆。亦不欲處罰焉。夫從犯者。從其主犯罪之性質。或爲重罪。或爲輕罪。其重罪輕罪。可包含於第一百五條所謂重罪輕罪中。故主張從犯之教唆罪。較主張教唆之教唆罪。立論頗易。然吾輩所謂從犯之教唆。不可處罰者。在刑法規定中。最有確據。蓋從犯者。不過附屬於主犯罪。其犯罪之責任。亦輕於主犯。刑法第九九條曰。知犯重罪輕罪……幫助正犯使容易犯罪者。論爲從犯。較正犯之刑減一等。是從犯之刑罰。萬不可重於正犯也。然第一百五條曰。教唆人使犯重罪輕罪者。亦爲正犯。由是觀之。若第一百五

條。所謂重罪輕罪中。包含從犯之重罪輕罪。則被教唆者之從犯。較正犯之責任。可輕一等。而從犯之教唆。同正犯不可不任同一之責也。再即第一百八條所規定者觀之。指定事而教唆犯罪。犯人乘教唆。而犯指定以外之罪。或現行方法。與指定方法相殊時。照左例以處斷教唆者。

(一)所犯者。較教唆之罪重時。單就其所指定者科刑。

(二)所犯者。較教唆之罪輕時。從現行之罪科刑。

此乃謂正犯之罪。與教唆之罪。其責即相同。亦不可重責教唆者。即刑法於本條。揭載二者責任不相同之場合。則教唆者之刑。不得重於正犯之刑。更彰彰明矣。今假謂教唆從犯者。可以處罰。是被教唆者不可不受從犯之責。而教唆者。不可不任正犯之責。與第一百八條所規定者。大相牴觸矣。不僅此也。欲擬此教唆者以正犯之律。於刑法中。不得見其正條。更將奈何要之。從犯之教唆。以吾輩論之。亦不得處罰也。

第一問 已受教唆者。未犯所教唆之重罪輕罪時。仍可以教唆罪處罰

教唆者乎 論者曰。教唆罪者。因教唆之事實。既已構成犯罪。即令被教唆者。未犯重罪輕罪。仍可以教唆罪處罰教唆者也。此論謬矣。若刑法處罰教唆之事實。而定有特別之刑罰。即令被教唆者。未犯重罪輕罪。仍可構成教唆罪焉。然現行刑法。處罰教唆者。與被教唆者。以同一之刑。然則無處罰被教唆者之場合。即無處罰教唆者之刑罰。固明如觀火矣。且刑法。第一百五條。有教唆人使犯重罪輕罪者云云。不謂對於人而教唆重罪輕罪者云云。故依現行刑法所規定。構成教唆罪。必具二條件。

(一) 教唆重罪輕罪爲要。

(二) 犯重罪輕罪爲要。

有此二條件。而教唆罪始能成立。論者謂獨逸刑法。規定有教唆重罪輕罪之事實。即可處罰。欲採取以解釋日本刑法之規則。是尤大謬也。獨逸刑法。有教唆重罪輕罪者云云。惟以教唆犯罪之事實。即可構成教唆罪。日本刑法。規定使已犯重罪輕罪者云云。是彼以教唆之一條件。爲構成

教唆罪。日本刑法。於教唆以外。必待重罪輕罪成立。而後可。二國刑法。其規定全不相同。論者欲同一解釋。殊覺杜撰矣。

第二問 教唆者。本身所不能犯之罪。教唆之使他人犯時。可否構成教唆罪。例如收賄罪。非官吏。即無犯此罪之資格。今有非官吏者。以賄賂贈與於官吏。是教唆者。自己所不能犯之罪。教唆官吏。而使犯者也。贈賂者。可謂犯教唆罪者乎。論者曰。收賄罪。乃專屬官吏所犯之罪。除官吏以外。即無由犯收賄罪。即官吏因收賄而污瀆其職務故。處罰焉。無職務者。雖受賂賄。毫無瀆職之事。不罰可也。贈賄者。自受賂賄。尚不能構成犯罪。況使他人而犯收賄之罪乎。固明明不得構成教唆罪。然以我輩視之。此論差矣。元來教唆罪者。因教唆人使犯重罪輕罪。而成立之犯罪。即刑法禁止教唆人使犯重罪輕罪也。無論何等之犯罪。苟教唆之而使明犯時。均破刑法之禁制者。不受制裁不得也。今贈賄者。雖有贈賂之權利。然非有使不可受賄者。有受賄之權利者也。使彼不以賂賄贈官吏。官吏即不

受賂賄彼贈之官吏受之。是彼使官吏受賂賄。依賂賄方法。教唆官吏。使犯收賄之罪。所謂教唆人使犯輕罪者。不可不任教唆之責也。論者又曰。自不能犯之罪。即無發生犯意之理由。既不能發生犯意。何得以犯意注輸於他人。然教唆者之犯意。乃使人生起犯罪之意思。因而犯其罪者也。故被教唆者。所欲犯罪之意思。非教唆者所必要。要之。教唆罪者。因第一百五條之規定。而成立者。即令各本條之罪。犯者無犯此罪之資格。然既犯焉。即為犯本條之規定也。

第三項 從犯

從犯亦如共犯。俱具備有形上之原素。及無形上之原素者也。以下所論。乃構成從犯之特別條件。

據現行刑法。僅有一場合。可以構成從犯。即在正犯實行以前。對於可為正犯者。以豫備之所為。而幫助之。是也。第百九條曰。知為犯重犯罪輕。而給與器具。或誘導指示。以其他豫備之所為。而幫助正罪。使容易犯罪者。

爲從犯。……然則給與器具。或誘導指示。皆不過豫備中之所爲。其所爲不可不在正犯實行以前。第九條。所謂給與器具。或誘導指示者。僅舉一例示。即謂因依如此方法預備之所爲。意此則從犯惟在正犯實行以前。以豫備之所爲。始得謂幫助正犯也。故正犯實行中。或實行以後。即令以何等所爲。而幫助正犯。不能構成從犯。論者謂犯罪之實行中。有幫助正犯之所爲。亦可構成從犯。然刑法各本條。特規定實行中之幫助罪者。固甚不少。第二百一十一條。第三號。資給矣。器錢穀云云。第二百二十七條。知內亂之情。給與與人以集會所云云。第二百八十七條。未項。若爲職工之幫助云云。第二百八十八條。給與房屋云云。第二百六十一條。給與房屋云云。第三百二十條。其他爲自殺之幫助云云。此等罪皆有幫助正犯之性質。不得不據共犯例以處分焉。夫法律所以特定此等罪狀者。蓋俱在於實行中。而幫助之。非豫備之所爲故也。然則實行中之幫助。不能構成從犯。固毫無容疑矣。佛國刑法。及白耳義國刑法。明有實行中之語。而規定實

行中之幫助。亦可爲正犯。故實行中之從犯。原無疑義。至日本刑法。未明記實行中之文字。此則與外國刑法。趣旨不同。惟大審院判決例。於實行中之從犯。亦有是認之傾向也。

第一條件 從犯之所爲。附屬於正犯爲要。從犯者。非獨立罪也。非附屬於他犯罪。不能成立者。在他罪實行以前。以豫備行爲。而幫助其犯罪。因而從犯罪始能成立。故此犯罪。必有受其幫助之他罪爲要。若正犯未成立。從犯不能獨自成立也。例如正犯欲爲竊盜。將踰越門戶牆壁。而侵入家宅以內。從犯爲侵入便利計。用幫助行爲。以梯貸與於正犯。此構成從犯無疑。然正犯所侵入家宅。非他人之家屋。乃犯者自己之家屋。所窃取之財物。非他人所有物。乃犯者自己所有物。此等場合。仍不能構成從犯。蓋正犯基本未具。從犯無單自存立之理也。即使正犯基本已備。可以構成犯罪。若正犯遇大赦。從犯亦同受其利益焉。何也。大赦乃刑法所認定。犯罪行爲。一變而不爲犯罪也。正犯既不爲犯罪。何論從犯。又正犯

因時效而消滅。從犯亦消滅。若正犯從犯俱將經過時效期間。獨對於從犯。而時效中斷時。則正犯之公訴權。即因時效而消滅。從犯之公訴權。仍獨成立也。本問乃屬於刑事訴訟法者。今不具論。惟叙及從犯之公訴權。不消滅而已。

然刑法各本條。若於從犯之所爲。特設處罰之規定時。即正犯罪未成立。從犯可獨成立。但此時所謂從犯。非總則所謂從犯。實構成特別罪也。例如自殺幫助者是。自殺非刑法所禁。然刑法第三百二十條曰。教唆人使自殺。或受囑託而爲自殺人下手者……其他爲自殺之補助者減一等。不問爲預備行爲。及實行所爲。苟有行幫助之所爲者。其性質即從犯之所爲也。然此等犯罪。非以從犯而成立。乃以特別罪而成立。故不得適用從犯之規定。此外正犯未成立。而從犯獨成立者。亦甚多。惟無論情形如何。從犯成立。不必待正犯已經確定判決。苟有以正犯成立之事實。即令正犯所爲。尙未裁判。或正犯逃走。仍未就縛。或正犯死亡。決非從犯責任

消滅之原因也。

如上所論。從犯者。附屬正犯。與正犯同運命者也。正犯爲既遂犯。從犯亦爲既遂犯。正犯爲未遂犯。從犯亦未遂犯。正犯爲不能犯。從犯亦不能犯也。由是類推。正犯爲中止犯。從犯似亦爲中止犯。然此場合。不可不有區別。即正犯中止。毫無何等之結果。從犯斷無獨任其責之理。若正犯中止。而多少之結果生焉。則正犯於其結果所受之責任。從犯亦不得不任受。若從犯一人中止時。則將何以處之。從犯雖有幫助意思。而行豫備之所爲。然至中途。忽然斷念。並進忠告於正犯。以阻其實行。見其不從。遂告發焉。若正犯聽從犯之忠告。而中止其犯罪。或因從犯告發。未至着手。已被發覺。是尙未至犯罪。即不得追問從犯之責。然不願有從犯之忠告。或告發。而正犯仍實行犯罪。以達其目的。則從犯早悟幫助之非。已中止犯意。雖確有證據。然從犯仍不得不負責任也。夫從犯者。因豫備所爲。而幫助正犯。因而成立之犯罪也。今從犯既有幫助正犯之意思。現以豫備所爲。

而幫助正犯。迨其後。從犯雖有中止或告發。乃正犯仍至實行罪犯。以達其目的。是仍因於從犯之幫助。凡從犯者。在犯罪實行以前。因豫備之所為。而成立者。故既有幫助正犯之意思。復有豫備之所為。是從犯所為。此時業已了結。惟待正犯之罪存立。以分其責。即從犯以正犯成立。為未必條件者也。再究本問之場合。正犯果因從犯之勸告或告發。而中止乎。曰不然。正犯雖勸告告發。仍實行犯罪焉。是從犯成立所必要之未必條件。已完全矣。從犯萬不能逃避也。然從犯不僅勸告告發。並妨害其實行。或者可免其責。例如從犯知正犯殺人。以刀貸與之。後悟其非。阻其殺人。正犯不聽。從罪因取回所貸之刀。或妨害之。遂使正犯不能達其目的。則從犯無責可也。刑法第九九條曰。知為犯重罪輕罪……使容易犯罪者。故有妨害正犯之事實。適與從犯成立條件相反。不得科以刑法制裁也。

第二條件 主犯罪必以重罪輕罪為要 故主犯若犯違警罪時。無論從犯以何等方法。而幫助正犯。不能成為從犯。刑法第九九條曰。知犯重

罪輕罪……此本條件之所以重要也。然違警罪。何以無從犯。蓋違警罪。其性質極輕微。其危害亦甚小。即有幫助行為。亦不至使國家生莫大危害。且違警罪多屬無意犯。故仍與過失罪相同。均不能構成從犯也。

第三條件 從犯之加擔行為。依於刑法所規定方法為要 刑法所規定之方法。即第九九條所定者是也。第九九條曰……給與器具或誘導指示其他以豫備之行為……現行刑法。於從犯幫助時期。則制限之。即本條所規定。不可不以豫備之所為。而幫助正犯。而豫備所為。必在正犯實行以前。若在正犯實行中。或實行後。即有幫助事實。固有構成特別罪者。不能構成從犯也。

(1) 給與器具——貸與罪犯成效。所必要之物件之謂。罪犯成效所必要之物件中。有動產不動產。然此處所謂器具者。唯指動產而言。不動產不在其列。給與不動產者。各本條特有規定。如國事犯。貨幣偽造罪。或賭博罪中。所規定給與房屋之場合。即謂是也。

(2) 誘導指示——實行犯罪時。而為必要引導之謂。例如雇人指示主人家屋之構造。告以財產之所在地。或侵入邸宅。指以便道。皆是此乃因從犯智識上之力。而幫助正犯者。所謂無形上之幫助也。

(3) 或豫備之所為——俱謂犯罪着手以前之所為。即與犯罪相接近。尙未達構成條件之一部的所為。用為幫助之犯罪。遂使犯罪成功時。不論其方法如何。皆謂豫備所為也。

由是觀之。給與器具。或誘導指示。全包含於豫備所為之中。故謂豫備所為時。其他皆不必列舉焉。惟刑法所謂豫備所為。失於廣漠。因揭給與器具。誘導指示二者。以為豫備行為之證例。故解現行刑法之文意。當讀曰「豫備之所為者。即例如為給與器具。或誘導指示之行為時。則庶乎其可也。然論者往往曲為解釋曰。所謂給與器具。或誘導指示者。非所以指示豫備之例。金屬於豫備所為以外者。即給與器具。或誘導指示。不問在犯罪實行前。或在犯罪實行中。俱可構成從犯故。第百九條。所規定給與器

具。或誘導指示之所為。犯罪之豫備中。及犯罪之實行中。皆無區別焉。惟其他豫備所為之所為。則單謂因犯罪以前之所為。而幫助正犯之場合也。此等淺薄議論。原為刑法學者所不齒。固不必再事辨駁。以我輩所見。所謂給與器具。或誘導指示者。乃不過豫備所為之證例。故現行刑法所謂從犯者。謂在犯罪以前。以豫備所為。而幫助正犯也。因而在犯罪實行中。而為幫助者。或犯罪實行後。而為事後幫助者。不得以從犯論。由是觀之。犯罪前以豫備行為。而幫助正犯者。則負從犯之責任。在犯罪實行中。而幫助正犯者。即非從犯。是事之輕者。加以刑罰之重者。反有免刑罰之弊。然則實行中之幫助。若為正犯成立所必要時。以從犯行為論。否則無罪可也。然幫助為正犯成立所不必要者。遂為無犯。亦非良策。故刑法草案。於幫助時期。不加制限。單云「已幫助正犯者為從犯」(章案第七四條)區別正犯與從犯。則有三利。

第一 正犯同從犯。責任不同。從犯之刑。較正犯之刑輕一等。

第二 加重之場合 正犯有數人時。於或犯罪。固可加重刑罰。然正犯及從犯。合爲二人以上時。不得從加重之例。例如家宅侵入罪。或竊盜罪。若爲二人以上之共犯。則加重原因定矣。蓋犯人既爲多數。則對於身體之罪。及對於財產之罪。皆非所問。總之實行更易。防禦之方法愈難。因而國家之危害。較之一人犯罪時加重可知也。然從犯者。有形上幫助正犯而使容易犯罪者。其人數雖有二人以上。從犯非直接實行犯罪之構成條件者。不過犯罪實行前。以豫備所爲。幫助正犯而已。夫豫備行爲。非刑法所欲懲戒。故從犯亦非增加危害者。刑法不以從犯加爲多數。職是故也。

第三 數人共犯。苟於犯罪構成條件。有加擔之事實。皆得罰焉。然從犯不過單行豫備行爲。非能獨立而構成犯罪。不可不俟正犯之發生。故即令以豫備行爲。而幫助正犯。若正犯之罪未成立。從犯不得一人受刑也。

第二節 數人共犯之身分關係

第一項 共犯中一人之免責

凡加擔重罪輕罪之所爲者。不問爲正犯。爲從犯。不得不對於各人。以定各人之責任。故共犯中之一人。即有免責者。然其無責任之理由。對於其他共犯。毫無影響。適用此原則。當區爲數箇之場合焉。

第一 犯罪事實雖成立。因或原因。得免正犯之責任。其原因專屬於正犯時。則教唆者及從犯。不得共享其利益。例如同十六歲未滿之幼者。又精神喪失者。共犯重罪輕罪。或幫時重罪輕罪。助實行犯罪之正犯。以不能辨別是非。或精神喪失。爲其免責之理由。然其他正犯。及從犯。其責任仍如故也。論者曰。從犯者。待正犯成立。而始成立者也。教唆者之罪。待被教唆者之罪成立。而始成立者也。今正犯既已免責。是已無正犯矣。然則以正犯爲犯罪成立條件。如教唆罪及從犯罪。自不得獨自成立也。此論亦有可採。但以吾輩所見。犯罪之事實。與犯罪之責任。不可不有區別焉。苟人有違反刑法所禁制命令之事實。無論情形如何。皆可構成犯罪。

心神健全者。與精神喪失。及不能辨別是非者。共違反刑法之規定時。其違反所爲。毫無差異。依刑法原則而論。若違反刑法。構成犯罪。一也。然違反禁制命令者之責任。或有不任刑罰之責者。或其責任。可以減輕者。或全部可以免除者。夫如是。犯罪之成立。與犯罪之責任。全相分離。正犯之行爲。既可構成犯罪。則幫助犯罪。使犯罪容易者。以從犯責任論之。毫無疑惑。至正犯受刑與否。則可置而不論。刑法曰。幫助正犯使容易犯罪者。故正犯有犯罪行爲。而幫助之。是明々適合從犯之規定。不得不以從犯處罰。刑法固未嘗有幫助正犯之受罰者云云。更可想見矣。若以此說爲謬。正犯如死亡。或逃亡。不知正犯爲何人時。則從犯遂無處罰之期。道理固有如是者乎。徵之今日。實際上雖不知正犯爲何人。或正犯業已死亡。苟有正犯之事實時。犯從皆可處罰。斯乃一般論者所承認也。此等場合。正犯即未受罰。仍可構成從犯。而何以正犯因身分上之原因。得免其責者。從犯亦得云爾乎。論者所說。仍不合於條理。以吾輩論斷。正犯因死亡。

或逃亡。雖有免除刑罰者。然其行爲。既爲犯罪。則處罰幫助者。固毫無疑義。因而正犯即爲不能辨別是非如十六歲未滿者。或精神喪失者。然幫助之從犯。其責固仍存在。至教唆罪。則不可同日而語矣。教唆罪者。使人發起犯意。而犯重罪輕罪者也。故非對於有發起犯意之能力者。不能實行教唆。因而對於不能辨別是非之未成年者。或精神喪失者。決無教唆之事實。若使不能辨別是非之未成年者。或精神喪失者。以犯重罪輕罪。是乃強制人陷於錯誤。而實行犯罪。殆與使用器械相等。以人作器械使用。而實行犯罪。則非實行者犯罪。乃使實行者犯罪。故即令實行者得免其責。然主働者。不能免實行正犯之責也。

以上所論。非吾輩妄斷。乃據刑法之明文而云然者。第百六條曰。因正犯之身分刑可加重時。不得及於他正犯從犯及教唆者。此處最宜注意者。則加重之文字是也。本條單云加重。至減輕或無罪之場合。則未規定。學者往往誤解。謂限於因正犯之身分。刑可加重之場合。可適用此原則。減

輕及無罪之場合。則否。此乃拘泥文字之議論。本條趣旨。不外謂專屬共犯者一人之條件。其他共犯者。不得共受之意。故共犯中之一人。因身分關係。即具備不可不受重刑之條件。然其條件。乃專屬於一人。其他共犯者。不得受其影響。是不僅加重云然。減輕亦如是。故加重條件。專屬共犯人之一身。不及其他之原則。用於無罪及減輕時。亦無不可。又第一百十條第二項曰。因正犯身分刑可減免時。從犯之刑不得從其輕者而減免。以本條與第六條相對照。更可判明矣。論者或又曰。第一百十條之規則。特為從犯而設。教唆者不得適用。然規定犯罪之責任。若無特別之理由。從犯及教唆者。適用同一之原則。有何不可乎。

第二 正犯之罪成立時。即令對其正犯。公訴執行停止。從犯及教唆者。不得及其影響。例如正犯失踪。則公訴權之執行停止焉。然教唆幫助之事實。概屬明確時。對於教唆者及從犯。亦得提起公訴。蓋正犯死亡。雖為正犯公訴權消滅之原因。然非使教唆者及從犯之公訴權。亦同歸於

消滅也。

然親告罪。則稍有區別焉。夫親告罪者。非待受害者及親屬之告訴。檢事不得提起公訴之犯罪也。即被害者及親屬之告訴。為公訴提起之必要條件。故對於正犯。公訴尚未提起時。對於教唆者及從犯。不得分離而提起公訴。蓋親告罪以外之犯罪。公訴權之停止。專屬於正犯。原無何等影響。及於其他教唆者及從犯。然至親告罪。則公訴權之停止。非專屬於正犯一身。乃附着於犯罪事實者。對於正犯如未提起公訴。對於從犯及教唆者。亦不得提起公訴也。

親屬間之竊盜。刑法第三百七十七條規定曰。祖父母、父母、夫妻、子孫及其配偶者。又同居之兄弟、姊妹。互相竊取其財物者。不在竊盜之列。若同他人共犯而分取財物者。以竊盜論。蓋親屬間互相竊盜。雖不得論為竊盜罪。然同他人共犯而受贓物之分配時。宜論他人以竊盜。故親屬亦不得不在竊盜之列也。然則由反面觀之。若同他人共犯而未分其贓物時。

可否以竊盜論乎。欲解決本問題。當研究親屬間竊盜之性質。夫刑法規定親屬間之竊盜。不以竊盜罪論。所謂親屬間之竊盜者。果據事實上。而謂爲竊盜乎。將據事實上。雖謂爲竊盜。因身分關係。而可以不罰乎。以我輩所見。事實上。原可構成犯罪。不過因身分上之關係。故特免除其責任耳。何以言之。據三百六十六條所規定。而云然也。第三百六十六條曰。竊取人之所有物者。爲竊盜罪。本條乃所以指示竊盜罪之原則。即云竊盜罪者。因竊取他人所有物。而成立者。故竊取親屬間之所有物。仍竊取自己以外之物件。是有竊取他人所有物之事實。適與竊盜罪定義相吻合也。然刑法特設第三百七十七條。雖有此事實。不以竊盜罪處罰。是非謂事實上。不足構成犯罪。不過屬在親屬。故不科以竊盜之責任也。蓋刑法若論親屬間之刑罰。則親屬中必有加害者。及被害者兩分子併立焉。加害者蒙刑罰之制裁。每不自知其非。反時懷怨恨。終至互相反目。而一家之平和失矣。犧牲一家之平和。而防禦一人所有權之侵害。孰得孰失。夫

刑法者。原爲維持國家治安而設。今使用刑罰。反於治安有礙。豈刑法之本旨乎。故刑法欲處罰親屬。以維持安寧。反不如不處罰者之爲優。此三百七十七條。所以如是規定也。準是以推。親屬間之竊盜。既非因事實而不論罪。乃因身分而不論罪。然則親屬以外之共犯。不能免除其責任。固彰彰明矣。至分割財物。與未分割財物。皆可措而不問。若分割財物。以本條第二項論之。可也。若未分割財物。據竊盜罪之原則。以第三百六十六條論之。可也。論者詰曰。依現所論。則第三百七十七條第二項所規定。全屬無用矣。吾輩因信本項所規定者。可以不必要也。然此規定。不過爲無用之長物。欲適用第三百六十六條之原則。本項固毫無妨礙。換言之。第三百七十七條第二項所規定。其意義非禁止適用第三百六十六條也。蓋第三百六十六條。乃處罰一般竊盜之大原則。若欲禁止適用。不必不設明文之例外法。然第三百七十七條。雖屬例外規定。惟於未分取財物之場合。毫末一言。然則於未規定處。而適用原則。固理所應爾。不足怪也。

第三 共犯人中有自首而免刑者。然未自首者。不得共享其利益。例如國事犯之豫備。或陰謀。又偽證罪之場合。共犯人中。一人自首而可免刑。(第一百二十六條第二二六條)其利益不得及於他之共犯人。

要而言之。犯罪行為。全未成立時。共犯中之一人。若有無責任之原因。其他共犯者。亦可無責任焉。然犯罪行為。完全成立時。即令共犯中之一人。因身分之原因。可享受無責任之利益。至未有此身分者。自不得共受其利益也。

臨終更有一問題。即數人同時受訴。其中二三人。受無罪或免訴之判決時。其他共犯者。亦得援用其利益乎。欲解決本問題。當區別如左數場合焉。

(一) 對於共犯中之一人或數人。所判決免訴及無罪之理由。在於犯罪事實未成立時。其事實相牽聯之各共犯。俱應享同一之利益。

(二) 犯罪行為。雖確實成立。然相牽聯之二三共犯。於犯罪行為。是否果

有關係。因證據不確實。遂受免訴或無罪之判決時。其證據確實之他共犯。毫不受其影響。

(三) 因大赦而判為無罪時。大赦之効力。固與犯罪事實未成立者相等。其他共犯。亦得共受其利益。若依時效之原因。遂受無罪之裁判時。其他共犯。有同此時效者。共受其利益可也。

第二項 共犯中一人加減或減輕

第一 加重之場合 加重之原因有二。如前所論。有附着犯罪事實者。有附着犯人身分者。加重之原因。附着於犯罪事實時。則各共犯者。均受同一之影響。即犯罪事實上。有可加重之情狀時。具此情狀之各共犯。俱不得不負加重之責任焉。刑法第六六條曰。因正犯身分刑可加重時。不得及於他之正犯從犯及教唆者。由是觀之。因附着正犯之事實。刑可加重時。依本條之反而解釋。得及於他之正犯從犯及教唆者。不待辨而自明矣。例如數人共謀。將人監禁三十日。凡監禁罪者。監禁之日數。每過十

日。則加一等。(第三二二條)三十日之監禁。即加重三等。三等加重者。全附著犯罪之事實。其各共犯。依監禁日數。不可不任相當之責。若加重情狀。附著犯人身分時。對於二三之共犯。所科加重之責任。其他共犯。不至蒙其影響。此則第一百六條所明規定。不容有絲毫疑惑也。惟加重情狀。附著於正重身分者。有二區別焉。即加重情狀與犯罪行為。毫無關係。專屬於犯人一身者。如再犯是也。或加重情狀。由犯人資格而發生者。此等場合。其他共犯。如未具此資格。仍不得共受加重之責。例如有子孫身分者。與非子孫者。共謀而殺祖父母父母時。有子孫身分者。不問故殺或謀殺。處以死刑可也。至無子孫身分之共犯。因其故殺謀殺。處以無期徒刑。或死刑而已。

關於資格問題。則有許多疑義。即官吏與非官吏者共謀。使用其官吏由官所委託之金穀物件。此等場合。官吏雖任監守盜之責。非官吏者。固不任監守盜之責也。然則非官吏者。果問以何等罪名乎。欲決本問題。當研究共謀委託物消費罪焉。今有由他人受物品之委託者。與未受委託者。共謀而消費其委託物。受委託者。固以委託物消費罪論。然未受委託者。似不得以同罪處罰。若未受委託者。與受委託者。均可受委託物消費罪之刑。則監守盜之場合。非官吏者。即不能以監守盜處罰。亦不得不問以普通委託物消費罪。反之未受委託者。若無何等責任。則監守盜之場合。不能處以監守盜。即處以普通委託物消費罪。亦不得也。然受委託者。與未受委託者。共謀消費其委託物時。二人俱不可不任委託物消費罪之責。與否此則先決一問題也。

第三百九十五條曰。消費受寄之財物。借用物。或典物。其他受委託之金穀物件者……就本條觀之。構成委託物消費罪。當具二條件。

(一) 受物件之委託。

(二) 消費其物件。

是也。今未受物件之委託者。雖消費其物件。而第一條件。則屬缺如。不能

構成本罪然則官吏與非官吏者。共謀而爲監守盜時。無官吏身分者。刑法上原無何等責任。若論者謂此非是。則官吏與非官吏者。同謀而收賄賂時。俱不得不以收賄罪論矣。然收賄罪者。乃專屬於官吏之罪。非官吏者。即收賄。不能構成犯。此則不易之定論。若收賄罪。非官吏者。可以不罰。而委託消費罪。獨欲處罰未受委託者。豈非大相牴觸乎。故吾輩敢論斷曰。未受委託者。無犯消費罪之資格。但未受委託者。毫不處罰。亦與道理不合。此則現行刑法一缺點也。刑法草案。補此缺點。於第七十七條第一項曰。因犯人身分而可構成之罪。若共犯時。雖無身分者。仍爲共犯。故無此身分者。單獨犯此等罪時。不能構成犯罪。若與有資格者。共謀犯此罪。則可處罰。又就實際而論。如近時判決。苟有有共謀事實。即可以犯罪者處罰也。

第二 減輕之場合 此亦當區別附著犯罪事實者。及附著身分者而言。附著犯罪事實者。減輕利益。及於各共犯。例如因防衛晝間侵入邸宅者。數人共謀。而殺害焉。此時共犯者。俱受第三百十二條所規定宥恕之利益。反之。若減輕理由。附著犯人一身時。對於他共犯。毫無影響焉。又自首。減輕之場合亦如是。此則前已詳言。茲不復贅。

今更有一問題焉。即第一百八條之規定是也。第一百八條曰。指定事而教唆犯罪。犯人乘教唆。而犯所指定以外之罪。或所現行方法。與教唆者所指示者不同時。照左例而處斷教唆者。

(一) 所犯較所教唆之罪重時。止就其指定之罪而科刑。

(二) 所犯較所教唆之罪輕時。就現所行之罪而科刑。

本條乃爲教唆者。與被教唆者。意思不一致時。欲定教唆者之責任所設之規則也。據此規定觀之。教唆者。於其意思以外之所爲。負輕責任可也。決不負重責任。被教唆者。所犯之罪。較教唆者所教唆之罪重時。教唆者。所已教唆之罪。則負責任耳。不得以科被教唆者之刑。用以科教唆者也。例如教唆者。有使犯輕罪之意思。而教唆被教唆者。乃被教唆者。竟犯重

罪。是被教唆者所已犯之罪。出於教唆者意思以外。即令其重罪。原因於教唆。然教唆者。不任重罪之責也。第七十七條曰。無犯意之所爲。則不罰。若被教唆者。所犯之罪。較所教唆之罪輕時。教唆者。惟於現所犯者。任受責而已。是教唆罪。非在被教唆者。實行犯罪以後。不能成立。故未實行之重部分。不任其責。惟已實行之輕犯。則任其責耳。本條之規定。即適用第七十七條者也。

本條前段。不免有多少疑義。依吾輩所信者。而說明之。本條有「指定事而教唆犯罪」云云。此「事」字。乃犯罪事實。即下文所謂已指定之犯罪。及「已指示之方法」。併指而言。指定之犯罪者。教唆者。使被教唆者犯之。犯罪行爲也。然教唆者。當教唆犯罪時。固不必明言曰。可犯刑法第某條所規定之罪。惟令其犯某種之犯罪行爲耳。如曰。可殺人。可取人財物。是也。故所指定之犯罪中。行爲之程度。有一定者。有不一定者。

(二) 若行爲程度一定之場合。被犯唆者。超過其程度。而實行犯罪時。即所謂犯指定以外之罪。以外之罪。非教唆者所教唆。即與教唆毫無牽聯。不在適用本條第一號規定之列。何以言之。其犯罪較所教唆之罪。無輕無重。全非教唆者所教唆故也。例如教唆爲強盜。而不爲強盜。而行強姦。教唆犯殺人罪。而不殺人。而放火。如此強姦放火。非教唆者所教唆。乃係被教唆者。單獨犯意而發。教唆者固無分毫責任。換言之。教唆者所教唆之罪。被教唆者未實行時。教唆者雖行教唆。不犯何等之罪也。故本條所謂以外之犯罪者。非謂與教唆全無關係。乃與教唆相牽聯之罪。馳出教唆者犯意以外。而超過其程度之謂。例如教唆者教唆爲竊盜。而犯強盜。教唆行毆打而行謀殺。犯罪行爲之程度。超過教唆之程度。教唆者之犯意。誠屬一定。或欲使犯竊盜。或欲使行毆打。而被教唆者。超過竊盜之程度。而犯強盜。超過毆打之程度。而行謀殺時。此等犯罪。被教唆者所超過部分。非教唆者所知。然則教唆者。惟於所知之部分。即在教唆之範圍內。而任其責而已。蓋同種之犯罪。而實行其重行爲時。其輕所爲。可包含於

重行爲中焉。

(一) 若教唆者。指定事而教唆犯罪。其程度未一定時。與教唆不相牽聯者。固無責任。然其指定中。所包含之行爲。則不可不負責任焉。故單教唆殺人。被教唆者行謀殺時。即令教唆者。意不在謀殺。亦不得辭謀殺之責。又單令被教唆者。取人財物。被教唆者。行強盜時。教唆者亦不得不任強盜之責。蓋謀殺故殺。俱在殺人行爲之範圍內。竊盜強盜。俱在取財行爲之範圍內也。

教唆者所指示之方法者。實行犯罪所必要手段。非指犯罪之豫備行爲。乃犯罪實行方法之謂也。凡欲定犯罪行爲之輕重。則有兩途。一以犯罪之性質。一以犯罪之方法。

(二) 若以犯罪之性質。則不問方法如何。其輕重始即附著於犯罪者。例如毆打罪是矣。毆打之而創傷。毆打之或致死。犯罪之方法常同。然創傷罪。其性質輕。致死罪。其性質重也。又如文書偽造罪。偽造官文書。偽造私

文書。其方法不相差異。至犯罪性質。則二者之輕重。即不相同。如此場合。指定事而罪唆犯教。不豫定犯罪之性質。而制限其程度。則教犯者。苟指定其事。不得不任正犯之責也。

(三) 以罪犯方法。不問性質如何。依罪輕實行方法。而定罪重者也。例如盜罪是矣。取人財物。方法甚多。或有以單純之竊盜者。或有踰越門戶。損壞牆壁。或有開啓鎖鑰者。或有乘水火震災者。或有二人以上共謀者。或有攜帶兇器者。或有暴行脅迫者。此犯罪之性質。則爲侵害他人之所有權。然因侵害方法如何。而犯罪之輕重不同。如此場合。不豫定犯罪之方法。而制限其程度。教唆者。每負犯意以外之責任焉。故教唆者。當行教唆時。豫定犯罪方法。而令其實行。即所謂指示犯罪之方法也。然教唆者。雖指示方法。而被教唆者。不從其指示。以自己任意方法。而實行所教唆之罪。是教唆者。原無用此方法之本意。其重部分。固不負何等之責任。惟輕部分。包含於重部分中。故亦不能辭其責。此則適用本條第二號規定之

所以也。

今第一編解說將終。於現行刑法所規定之親屬例。不得不有一言。刑法第一百四條及第一百五條。規定刑法上之親屬例。此親屬例。於刑法上關係之場合。則可適用。至民法上之關係。則決不許適用者也。蓋親屬關係。當置於規定私權之法律中。然刑法所以特有規定者。則因民法上親屬以外。別有親屬之關係。不得不別有規定。故現行刑法。依然存在時。即民法明定有親族法。然刑法關係之場合。仍不得適用。刑法改正草案。認定刑法上不必特定親屬例。全刪除之。親族關係。無論民法上刑法上。俱遵同一原則也。

第二編 刑罰

第一章 總論

刑罰二字。元爲支那語。與歐羅巴諸國所慣用刑罰之文字。其意義不同。歐洲諸國刑法。所慣用刑罰文字。汲於緬甸語。有痛苦之意義。支那。則有脅迫之意義。故即其辭源而論。二者之意義。迥不相侔。不能稍有混同者。然現今不暇探究語源。遂將歐洲所慣用刑罰二字譯出。以支那刑罰二字代之。二者全用同一文字。不足深怪。故今日日本刑法。所用刑罰文字。非支那語本意。此則不可不知也。

支那之刑字。元爲荆字。從刀井二字而來。即人渴而下井飲水。乃拔刀威嚇。不許其飲水。以喻人將犯罪。設一定之制裁。以威嚇之。使不至犯罪之意也。罰者元爲罰字。由刀罵辭源而來。即持刀罵人。人怒而欲抗我。我以刀畏之。使不我敵之意。然歐洲諸國刑法中。刑罰之字意。全與支那語不

同。刑罰者對於在裁判所受刑罪人之宣告者。所科之痛苦也。故具備刑罰之性質。不可不使感痛苦焉。其痛苦或及於身體。或及於自由。或及於權利。或及於財產。最甚者爲對於身體之痛苦。死刑即明證也。今日日本刑法所用刑罰文字。全爲此義。若以支那語意義解之。則大謬矣。

然則刑罰者。乃對於犯人所科之痛苦。故其本質。不可不使犯人感痛苦焉。惟使感痛苦之程度。果以如何程度爲適當。此問題備極困難。固未聞有能解決者。現今監獄改良論者輩。出務減少犯人痛苦。以爲良策。其意固屬可嘉。然在今日。而唱導之。恐不免有膠柱之謗。使論者在百年以前之歐羅巴。或三十年前之日本。若唱此學說。或可受其利益。蓋當時待遇囚人。極殘忍殘薄。刑罰失其本質。痛苦越其程度。當佛國革命時。破壞巴黎。巴斯及由監獄。爲革命第一著手。當時民心。痛惡刑罰之殘酷。可見一斑矣。日本德川時代。獄舍之不完全。自不待問。其刑罰種類。亦有可寒心者。死刑則有火刑。有磔刑。鋸刑。斬刑。梟首等刑。體刑有鞭。笞杖等刑。其殘

忍殆不可名狀。至於今日。日日求監獄改良。一洗昔日舊態。而反動弊害。將不遠。如論者所主張。却反薄於良民。厚於惡民。憎善人而矜惡人也。論者試思之。今日社會之現狀。人口日日增加。各人生活困難。更愈見急迫。生存競爭之結果。誠不知所底止。於是乎貧富之懸隔生焉。富者日愈。富貧者日愈貧。遂至貧者日占多數。此今日社會黨勃興所由來也。彼犯罪者。除出於先天者以外。孰肯自陷於罪辟。亦饑渴迫身。束手又不樂待斃。忽生起不良之念。以害及良民也。此等犯罪之人。若知刑罰之痛苦。較饑渴之困難爲尤甚。獄中之勞役。較社會之生存競爭爲最烈。即令生活如何困苦。亦將忌耐焉。不願自投陷穽也。然則今日犯罪之數。日々增加。監獄所以不能勝任者。監獄制度。不得其宜耳。要之。刑罰者。國家之大權。對於犯人所科之痛苦。故監獄制度。當以豫防犯罪。增加爲目的。以期發生效果。然今日之制度。一一不能奏効。細民苦於生計。反視獄內生活爲安逸。而好犯罪惡。可勝活歎哉。先年英國有一兵卒。殺其所屬士官。及逮捕

訊問。兵卒答曰。余所殺之士官。實余之恩人。殺之因非所忍。然反觀生存競爭之痛苦。吾等寧犯罪。反得購獄內安逸之生活。外國既有此。吾國又安能長保乎。元來監獄制度。與社會相轉移。以達刑罰痛苦之目的者。然監獄改良論者。不於此處留意。徒假名文明。反誤監獄之目的。吾輩不能贊同也。吾輩以現今監獄制度。失於寬大。不適刑罰目的。爾來改良監獄。欲一層峻嚴。非吾輩殘忍酷烈。實出於愛憐良民之至誠也。刑罰本質既如是。故定刑罰。必具如左之條件。

第一 刑罰當適法 欲期刑罰適法。當豫規定一定之刑罰。以科一定之犯罪。即裁判所對於犯人所科之刑罰。不可不規定於法律中。法律以外。裁判官不得制定法律。以處罰刑人。故裁判官於刑罰以外。不得有罵詈暴行或加脅迫之權利。

規定刑罰。有三方法。(一)定刑罰之性質。(二)定刑罰之長短。(三)定刑罰之分量。三者當刑罰即適法。且善美也。然輒近有一派學說曰。刑法者。規定刑

罰之性質可矣。其長短及其分量。非裁判官所知也。裁判官審理犯罪。不過視有無罪。證定犯人責任已耳。決無研究犯人餘裕。不能研究。而科犯人。以重刑輕刑。是不外裁判官之妄斷也。換言之。裁判官果據何等標準。而科犯人以重刑輕刑乎。其刑罰或與犯罪相適當。決不得謂與犯人相適當。故以裁判官而定刑之長短。并其分量。是不切實際之法律也。夫刑罰之目的。原欲使犯人不致再行犯罪。故犯人若不能悔改。則科以無期。或長期自由刑。可也。反之。若可以悔改。科以最短期自由刑。亦無不可。而犯人何以知其可以悔改與否。則非裁判官考訊所能奏效。最少當以數十日。與犯人相親接。方能有此經驗。當此任者。則莫如司獄官。依司獄官所經驗。應其性質。或科以長自由刑。或科以短自由刑。始為適當。畢究刑罰者。非對於犯罪而定刑期分量。乃因犯人。而刑期分量。有不同也。試設譬以明之。犯人如病者。病者一入病院。身體全委於醫師。醫師視其病症之輕重難易。豫定全治之時期。而治療之。故病者入院期間。全歸醫師決

定。他人不能容啄也。若入院期間。及治療方法。委於患者父兄之手。患者之疾病終不能治療矣。囚人亦如是。監獄者。病院也。刑罰者。治療法也。定其長短分量。則司獄官也。此論誠有可採。若如論者想像。行之得其道。實屬良策。然以此望今日之司獄官。猶貸幼者以利器。不僅不能奏效。反恐正邪顛倒。貽實良民。又就現今實際而論。即有才能學識兼備之司獄官。此論亦不能行。試退一步言之。適用自由刑。任司獄官裁酌。則可。至於死刑。將奈何。然則論者所主張。不過紙上定談。依吾輩所見。則仍以裁判官盡此任務為當。

第二 刑罰對於各犯人。當平等均一。刑罰對於各犯。當以平等為要者。非謂犯同一之罪者。可科同一之刑。謂犯同一之罪者。不拘其身分如何。俱不得科同一之刑也。至於刑之範圍。固因人而有差別。故其刑罰。苟與犯罪相適當。無論老弱男女。貴賤貧富。皆用此刑罰也。例如竊盜罪。無論何人犯竊盜罪。所科之刑罰。俱為竊盜罪之刑罰焉。但至執行刑罰。

因犯人身上。恒有不同。即刑法第十五條乃至第十九條所規定者是也。

第十五條 受死刑宣告之婦女。懷胎時。停止執行。分娩後。非經過一百日。則不行刑。

第十九條 刑罰之囚。滿六十歲者。免通常之定役。服體力相當之定役。

第三 刑罰專屬犯人一身為要

無論何人。其自己所為之行爲。不可不任其責。決無他人代任之理。故即與犯人有如何血緣。或有如何關係。然以犯罪以外者。而任犯罪之責。斷乎不可。野蠻時代。有代他人受刑。或其刑及於三親九族。此原不知刑法原理為何物。毫無非難之價值。然罰金問題。仍有挾多少議論。或曰。罰金。乃財產刑。與自由刑不同。犯人若死於刑之執行前。其子孫則有償還先人債務之義務。故先人罰金。不可不償還焉。殊大謬矣。罰金亦刑罰。苟為刑罰。與自由刑。毫無差別。刑固以及於一身為原則。不得及於子孫也。

此性質具備以後。科罰犯人。則以左之條件爲要。

(1) 刑罰當公然宣告。

一示公平裁判。一使人民知犯罪必罰之原則。藉以警戒世人也。故公然審理。有害公益之恐時。有禁止公開訟庭者。然至宣告裁判。無論如何場合。俱以公然爲要也。

(2) 刑罰非裁判確定後。不得執行。

一般刑罰。至裁判確定。即可執行。然死刑則有一制限。依司法大臣之命令而行者。妊婦亦當俟分娩後一百日。(第十三條及第十五條)

(3) 刑罰除死刑外。不得科及身體。

刑之種類。刑法大別之爲三。重罪刑。輕罪刑。違警罪刑。是也。此乃第七條乃至第九條所規定者。此三種更區別爲二種。主刑及附加刑是。主刑非待裁判宣告。不能科者。亦犯罪消滅之主的方法也。附加刑者。或有以判決爲要者。不以判決爲要者。其目的在豫防再犯也。今就此二種而概論

焉。

第二章 主刑

刑法上以主刑而科犯人。以痛苦之方法。則有三種。(一)死刑。(二)自由刑。(三)財產刑。是也。

第一節 死刑

身體刑今尙存者。惟死刑耳。死刑之利害得失。其應否存廢。乃刑法上最大問題。學者所議論。紛紛擾擾。殆乏定見。近來死刑廢止說。大增加其勢力。一般學說。亦漸次趨於廢止說之傾向。至其廢止方法。議論仍各不同。或謂死刑由刑法中除去。可也。或謂死刑可規定於刑法中。祇廢止執行。或謂執行可以不廢止。僅停止可也。今揭廢止說之重者於左。

第一說曰。就古來經歷觀之。無論何國。未有不有死刑者。蓋往昔實有不

必要。然近今文明日愈發達。固可以特別刑罰。以代死刑者。然則廢去死刑。亦無不可。死刑者。非與國家有萬不可相離之關係也。

第二說曰。死刑者。正當且屬必要。苟無他刑以代之。存在可也。然死刑果正當且爲必要與否。或曰。凡刑罰者。視及於國家危險程度爲比例。今有殺人者。國家之危險。莫甚於是。爲防此危險。行死刑。豈非罪刑相應乎。然人必有爲人所有之權利。方能施於他人。人之生命。奪之可也。予之則不可。人之所不能予者。而奪之。是行人所未有之權利。行人所未有之權利。尙謂其正當且必要。理由果何在乎。若奪人生命者。我亦奪其生命。使人失其自由者。我亦使失其自由。人類果有此權利。是復讐主義之再現也。死刑之不正當。孰過於此。

死刑廢止論之概要既如是。吾輩非左袒論者之說也。聊就所見者而說明焉。

今日一般學說。雖趨於廢止之傾向。然吾輩固信死刑爲不可廢也。今由立法上觀察之。凡可以科死刑者。亦以最殘忍及最貪慾者爲限。前者則欠缺慈愛心。後者則欠缺廉恥心。無廉恥心者。恒對於財產而犯罪。無慈愛心者。恒對於身體而犯罪。此等犯罪者。舉國家所保護之身體財產。使歸於烏有。國家之大本動搖矣。其危險孰甚於是。而殘忍酷薄者。苟一旦決心犯罪。惟恐罪之不能成立。即受刑罰。亦難望其轉念也。防遏之方法。祇有死刑耳。

論者曰。此種犯人。科以無期徒刑。使終身不得出現於社會。雖欲演其故技。亦有不能也。若無期徒刑之犯人。終無出現之日。論者之言誠是也。然苟知無期徒刑者。再現之機會甚多。雖論者亦不得不認死刑爲正當。無期徒刑者。或事實上而有回復自由之機會者。即破獄方法是也。或由法律上而得回復自由者。即大赦特赦是也。此二種方法。每使凶惡得以漏網。流毒及於國家。其例實不下千百也。試退一步言之。即無破獄恩赦。或有殺害獄吏者。或有害及同囚者。獄中之安寧。終不能長保矣。夫如是。無期徒刑

不足以防遏國家之危害明甚。又徵諸實際。刑人所最可恐者。實在死刑。觀現今無期徒刑以下之犯人極多而死刑之犯人極少。非其確證乎。且以無期徒刑代死刑。亦欲此等犯人。不至再現於社會也。既不欲其再現於社會。而仍欲保存其生命。又何利益之有。

關於死刑大要。我輩曾在慶應義塾大學部。有一段講演。今揭其速記全部。以供參攷。

諸君。僕今夜試就目下衆議院提出之死刑廢止案。而爲一場演說。予在本塾。本擔任刑法講義。此等問題。當詳於講義中。惟講義時間甚少。不但於死刑問題。尙未研究。即刑法大體。亦未一言。今晚幸以此爲演題。得藉以補講義所不及焉。

無論何國。從古以來。未有不有刑罰者。其刑罰中。大抵記載死刑之律焉。往昔諸國。妄信刑罰一嚴酷。其效力自愈發生。務持重刑主義。故至於死刑。亦分爲數種。即殺人之方法。務必求多。歐洲日本。其揆一也。例

如歐羅巴之死刑。未殺以前。先梔其手足。或削其鼻耳。然後斷其生命。日本不溯往昔。即取最近德川之百箇條讀之。死刑亦分九種。即如磔刑。火刑。鋸刑。獄門。斬刑。即其種類也。而九種區別。其目的皆欲奪人生命。因犯罪程度。而用法則異。其犯罪最重者。則用死刑之最慘者。犯罪輕者。則用死刑之最寬者。以我輩思之。用意當不外是。然刑罰與文明進化。日趨於寬大者。就歐洲而論。法蘭西革命前後。漸悟刑罰慘酷之非。當時有謂死刑不宜立數種區別者。然謂死刑宜全廢者。則決無一人焉。諸君所素知。法蘭西革命之前年。哲學派蜂起。由哲學之理。而攻擊當時之政治。復挑刑罰問題之戰鋒。法國盧梭。則痛論死刑之必要。伊太利別哈別亞始唱速廢死刑之議論。一時世人殆爲轟動。但當時之時勢。雖以別哈別亞。亦不敢謂死刑全部可以廢除。若遇重大犯人。亦不得不科以死刑。自別哈別亞提唱以來。法律學者。被其誘發。遂爭起研究刑法問題。甲駁乙論。乙駁甲論。歐洲可存可廢之死刑。成爲學

者之論料。至於今日。仍囂々不絕。亦無怪乎其然也。今就沿革上。以觀歐洲諸國刑法之大勢。或部分之國有廢止死刑。或漸趨於廢止之傾向者。又或部分之國。維持死刑。且固信刑法爲不可少者。法蘭西。英吉利。西班牙。露西亞。皆勵行死刑之國。白耳義。丁抹。那威。芬蘭。獨逸。皆維持死刑之國也。至如伊太利。和蘭。鹿墨理。亞瑞士。聯邦。再如北亞米利加之二三州。則廢死刑者也。就世界大勢相較。廢止死刑之國。仍少。保存死刑之國。仍多也。法蘭西革命以前。刑罰備極慘酷。監獄制度。復不完全。國民對於當時之裁判。深抱不平焉。革命稍前。路易十六世。頗知刑罰慘酷。訴訟手續及監獄制度。俱未完全。謂非求改良。法國終無望治之一日。今日所謂刑法。及刑事訴訟法。裁判所構成法。是皆渠所亟欲改正者。惜時期已晚。法蘭西革命之火。已燎於原野矣。革命第一著手。則破壞巴斯提監獄是也。由今日想像之。乃成一種奇象。既反抗政府。胡不破壞政府。而先破壞監獄。當時民心所憤懣者。更可概見矣。革

命事業漸進步。忽著手改正法律。法律之中。先改正刑法。革命第四年。改正刑法。廢去死刑。然不幸廢止。尙未實行。業已經過六年矣。當時別有革命歷。至革命第十年。死刑依然復舊。那破崙建設法蘭西帝國以後。從事編纂法典。千八百十年。刑法完成。其時所規定之死刑。即今日行於法國者也。自有現行法典以來。學說及政治問題。廢止死刑之論戰。仍依然不絕。每年法蘭西下議院。有提出死刑廢止案者。俱不能成功。卒至法蘭西一千八百十年之死刑。繼續行於今日也。再法蘭西執行死刑。與日本全不相同。有死刑執行臺。載犯者於臺上。以示公衆。遂在臺上。以斧刎其首。其方法備極殘酷。近今變革之議論。固盛騰於人口。反之如伊太利。當革命以前。恰千七百六十五年時代。伊太利南部。有安斯哈奴國。其國有君名理。哦。鄒耳者。當渠被封於安斯哈奴之際。深慨當時刑罰殘暴。力求改正。然當時刑罰殘暴。不獨伊太利國已也。歐洲全國。莫不如是。惟有由伊太利南部。先行改正耳。然以痛行酷

刑之際。突然廢止死刑。誠恐過於寬大。弊害反生。茲就理俄所暫行之結果觀之。恰二十年間。停止死刑。千七百八十五年。執行廢除。以慘刑久行之國。二十年間。而廢止死刑。毫無弊害。兇犯亦不因死刑廢止。而異常疊出。殺人罪亦不見增加。誠良好之結果也。於是一千七百八十六年。安斯哈奴國。決意廢去死刑。乃經過四年。法國大革命起。伊太利大受其影響。死刑不得不復活焉。然革命後二十五年餘。所謂死刑者。安斯哈奴人民。殆全忘卻也。不幸至千八百十六年。有一有名浮浪者出。非殺不可。終受死刑宣告。乃安斯哈奴地方。無一人知執行方法者。故由羅馬招聘一人。而執行死刑焉。其後千八百三十一年。有二人雖盜。應處死刑。惟國民輿望。甚不好殺。雖有宣告。俱皆特赦。千八百四十七年。再行廢止。其明年伊太利革命起。死刑仍屬必要。惟實際上。至千八百五十九年。中間固不聞有一次執行者。哈理巴耳梯併合伊太利聯邦以後。死刑廢止論。依然發生。遂於千八百八十七(或九年)年

頒行伊太利全國。廢止死刑之法律。此今日死刑。所以絕跡於伊太利也。和蘭以千八百八十八年。廢止死刑。第和蘭蕞爾小國。即令全廢不足長歐洲諸雄邦之經驗。惟號稱大國如伊太利者。忽全廢死刑。究其結果。今後歐洲各邦。將於死刑存廢之問題。更受一番影響。可斷言者。但伊太利雖廢止死刑。伊太利學者。不盡贊同其說。其中反有論死刑為必要者。在今日。并有謂死刑較古反覺急切。如農僕樂梭。哈耳罕樂。皆其流派也。如前所論。就歐洲全部觀之。有廢死刑者。有行死刑者。行死刑者。必其國有不得不行者在。不必深論。惟就已廢死刑。如和蘭伊太利。究其結果。方知死刑果屬必要與否也。夫刑罰者。原與文明進化。漸次趨於寬大者。故由今日迥進化。而今日主唱廢死刑論者。亦不足道矣。由今回顧。恰與拷問一事相同。當時廢去拷問。惹起裁判上非常之激變。至今日視之。則拷問者。全為慘酷無比之訴訟手續。萬一死刑廢止。結果良好。各國皆至廢止之時期。則今日於死刑問題。豈不議

論者謂之不通時勢。又奚足怪乎。然在今日。則固不可知也。

以上係就沿革而論。今再徵之理論。按諸實際。然後知我國死刑。可否存廢。此今夜問題之主眼也。先即理論觀察之。死刑者。正當刑罰之一也。僕所謂正當。非根據於道德。乃以此國為根據。即在於我國。而死刑不得不謂正當也。凡人相集而成一國。必圖團體生存。若團體破壞。而可以不顧。不如不組織團體之為愈焉。又人類者。非依團體之力。不足以達生活目的者也。虎以牙為防衛之具。馬以足為防衛之具。毒蟲以毒為防衛之具。鳥以喙為防衛之具。無論何種動物。皆有所以防衛身體者。獨至人類。雖有耳目鼻口。不足以為防衛他種害物之器械。被蹴於馬即死。與虎相撲。則被咬殺。即對於外部空氣。亦不能防禦。裸體而曝於寒空。斃可立而待也。然則人類防衛之具。不在外部。而在內部。內部具有智識。運用其智識。使人類相聚合。而成一團體焉。依此團體之力。即為完全之防禦。則最強者莫人類若也。然此團體。非始終完全。恒

受外部刺擊焉。其刺擊。又生存競爭所不得已者。蓋人類所以組成團體。即所以自圖生存。否則人生存。我亦可以生存。而團體與團體競爭的結果。我即在劣敗之列。欲圖團體生存。不得不侵凌在我以外者。亦勢有不得不然也。至攻擊之來。有來自他部者。有起自內部者。自他部來者。則不得不有防禦他部之道。起自內部者。則不得不有防禦內部之道。防禦他部之道。即兵力也。防禦內部之道。則刑罰也。故刑罰者。乃謀我生存維持團體之必要方法也。刑罰既不可缺。苟有以刑罰名者。均為正當。備兵力以防敵。非弄兵也。無兵力。其亡國可坐而待。至兵力交接時。人有生者。有死者。亦戰爭結果所不得已耳。然則有妨害內部治安者。國家以刑罰權。而科以刑罰。有何不正之有。無此則國家平和。即不能保也。刑罰既為保持平和之要具。則有死刑。有自由刑。有財產刑。惟依犯罪程度。以定輕重。不過權利之執行方法。權利既云正當。則執行方法。罰金刑必要也。自由刑必要也。進一步言之。死刑亦必要也。

斷無有不必要之理。非此死刑。即不能維持此國。依死刑之力。而後此國可以維持。孰謂死刑可以全廢乎。

反對者之口實曰。死刑不能分割者。均爲取一生命。無論對於何人。不得不用同一之刑罰也。然犯罪必有程度。有可恕者。有不可恕者。可恕者。與不可恕者。俱處以死刑。刑罰之權衡失矣。夫死刑既不能對於可恕者。取其半部之生命。對於不可恕者。而取其全部之生命。於是有主張廢止者。然不僅死刑如是。自由刑亦如是。奪去自由者。不能奪其自由之三分一。或三分二也。惟因刑期長短。使失其長自由。短自由。以求得其權衡。然奪其自由。則一也。故死刑與自由刑。均不可不廢止焉。此乃幼稚之論。不足採也。

又謂死刑一次執行。萬無回復之理。萬一裁判所錯誤宣告死刑至殺無辜。國家有何面目。見此無辜之人乎。刑罰一誤。尙可回復。至奪人生命。則萬不能回復。故死刑不可不廢除也。此論更謬矣。若以死刑不能

回復。因恐裁判所有誤判之處。何以日本人罹於疾病時。竟將生命托於醫師乎。醫師有因錯誤。致人於死者。有因誤診使病更重者。如恐裁判所誤宣告死刑。遂使無罪者不能回復。因欲廢止死刑。是猶因醫師誤殺人。或使人病重。遂謂醫師可以全廢。有是理乎。

更有以死刑不能奏威嚇之效者。謂昔人所以設死刑者。在懲一人而威嚇百人也。然無死刑之國。犯罪者未必加多。有死刑之國。犯罪者未必減少。與其不能奏威嚇之效。不如廢止之爲愈。此亦死刑廢止論者所主張。衆議院提出之死刑廢止案。似亦有此理由。夫爲威嚇而規定死刑。此時代固自不少。現今法蘭西執行死刑。將鮮血所流之處。示於公衆。即是此意。但死刑因威嚇而始規定。殊大謬矣。死刑既如前所述。非欲威嚇人民也。非因威嚇始規定死刑也。死刑者防衛之具。無死刑不能保存生命維持團體也。故欲保存生命維持團體。始以死刑科之也。試舉一近例。徘徊於千葉水戶埼玉近傍。有電大盜。彼在北海道之

集治監。終身懲役者。五回逃獄。殺人無數。彼曾自白曰。若問予所犯之罪。殺人罪十居其九。當未處死刑以前。人心恟々。幾不能安。一旦處以死刑。地方人民。舉祝盃以相慶。於是電賊之踪跡。遂絕。人心亦可以安堵。嚮使日本無死刑。即無由斬除此凶惡。縱拘於嚴重監獄。仍必時常遁逃。恐人心終不能安枕。國家之安全。不能長保矣。凡制定法律。非徒皮相也。一法律。必有一害。惟比較利害之大小耳。苟害之小者。可以除害之大者。雖害固亦無妨。誰復惡生而好殺。所以規定死刑者。亦出於尊重生命之至意也。且法律即如是規定。實際上執行死刑者。亦甚少。以予所記憶。明治二十九年。死刑最盛之時代。全國共百六十四人。明治廿年。八十五人。二十五年。及二十六年。有五十五人。或六十六人。其數雖不能平均。大抵百人以下而止。但雖百人以下。每年執行死刑之事實。固未絕也。三十二年。死刑最少。亦有三十六名。較之伊太利。百年或八十年間。僅一人犯死刑者。相去何啻天淵。再就由二十年起。

至本年統計觀之。每年未有僅殺三十人以上者。而謂日本可以廢止死刑乎。我國犯死刑者。謀殺甚少。強盜殺人則占多數。日本之最可恐者。莫強盜殺人若也。日本果可以廢止死刑否乎。或曰。死刑廢後。改良監獄制度。終身置於監獄中。使不至再現於世。可也。然此等犯人。其性質備極殘酷。其智力復極強敏。即置於監獄。或殺其看守典獄。或殺其同囚。或在監內放火。力所能及。無所不至。留此一凶徒。而傷害無數之良民。道理何在。惡人之生命。與善人之生命。孰爲可憫。予仍欲奪惡人生命。以救善人生命也。且惡人害及善人。一人決不止害一人。一人有害三人。四人五人者焉。就統計觀之。處死刑者。百人中。受其害者。則達於三四百人之數。若令其一年生存。翌年將更有三四百人之數。以利害比較。孰得孰失乎。故日本今日保存死刑。亦實萬不得已。論者之說。不足採也。

第二節 自由刑

第二編 刑罰 第二章 主刑

第一款 不因刑罰之自由剝奪

第一 行親權之親及後見人。得裁判所許可。得使入於懲戒場。(民法第八八二條第九二一條)

第二 對於有精神病而有危險之恐者。得行監禁處分

第三 刑法上亦有行無刑罰性質之監禁處分者。如左所列是也。

(一) 對於該禁錮以上之刑之被告人。得行監禁處分。監禁刑事被告人。有二方法。一、一時留置。即留置場。此多有現行犯之無令狀。拘引者。或依拘引狀。將被拘者。一時留置之場所也。二、以長時間。拘留刑事被告人之場所。名曰拘留監。即未決監是。留置被告人於未決監。不可不有勾留狀焉。留置場及拘留監。均以剝奪刑事被告人之自由爲目的者。不過因拘禁時刻。長短不同。故其名稱異耳。留置場。大抵設於警察署。或警視廳內。拘留監則設於監獄內者。

(二) 不能辨別是非之幼年。受不論罪之判定時。依其情狀。留置於懲治

場。此乃刑法第七十九條及八十條所規定也。懲置場。現今設於監獄內。與他囚相離。獨留置幼者。

第二款 因刑罰之自由剝奪

此乃刑法所規定。不必辨明者。吾輩僅就其事項之大要說明而已。

德川時代。監獄制度不發達。未決囚。大概投於揚屋或傳馬町之牢屋。當時訴訟手續。復未完備。裁判凝滯。一旦投入獄舍者。不待判決。半已坐斃矣。畫工堯齊誤投於獄。後出獄。繪出實況。以公於世。今取視之。未決囚俱投入於寬大屋舍。劃定界限。一坪則容二三十人。其慘狀殆不忍觀。夫以昔日獄制。犯罪者尙如是之甚。況今日監獄遠勝往昔。更加以寬待犯人。欲望犯人減少。豈可得乎。

刑法中刑罰之種類甚多。其最善者。則莫如自由刑。蓋自由刑。勞役可區別其輕重。刑期可區別其長短。最易合於犯罪程度焉。自由之目的有二。(一)防遏犯罪。(二)懲戒犯人。欲達此目的。則有適用之二原則。第一。自由刑

之期間。第二。自由刑之制度。是也。

第一項 自由刑之期間

現行刑法。先於法律上。指定一定之範圍。裁判官得於其範圍內。酌量刑期之長短。此原則也。刑法所定之期間。大別之爲二。

(一) 無期自由刑

(二) 有期自由刑

是也。無期自由刑。有二種。一所以科常事犯者。名曰無期徒刑。一所以科國事犯者。名曰無期流刑。

(一) 無期自由刑 無期自由刑之利害得失。大爲監獄論者所辨論。曰自由刑。有二目的焉。一防遏犯罪。一懲戒犯人。欲防遏犯罪。則莫如無期自由刑。何也。使犯人終身繫於獄中。不至再害及於社會也。然自由刑之目的。固不僅此。更進而欲懲戒犯人者。故犯人若遷善改過。即不必留置於獄內。若犯人既已悔悟。仍不脫國家危險物之性質。繫留於獄舍焉。是

反其目的也。此說一時大有勢力。法國革命之際。一旦廢止無期徒刑。即採此說者。

然至於今日。無論何國。莫不有無期徒刑。即法國一旦廢止。仍不得不再設焉。至死刑廢止之國。無期徒刑更屬切要者。夫無期徒刑。理論上雖受有力之攻擊。然駸々乎日進步。何也。統閱刑法。則規定有特赦或假出獄。雖已處無期徒刑者。於刑之執行中。若顯著懲戒之效。仍許再出現於社會。此二制度。無期徒刑可以避攻擊者之論駁。而有餘。且無期徒刑。有不可不存在之理由。若死刑不可廢。苟無無期徒刑。則有死刑同死刑。非常懸絕。恒失刑罰之權衡焉。何以言之。有期徒刑。具有一定範圍。在其範圍內。可酌量其輕重。重者科以最長期。可也。輕者科以最短期。可也。無期徒刑。則無此範圍焉。如處以死刑。殊失於重。處以有期徒刑。復失於輕。此時求有犯罪與刑罰相適應者。捨無期徒刑外。豈有他乎。無期徒刑之發達。將不知所底止。則吾敢預言也。再就實際論之。處以無期徒刑者。大概浴特赦或假出獄之恩典。終身在監

內者甚少。惟特赦及假出獄。果否有良好之結果。此則吾輩所不能無疑也。聞三池集治監。受特赦者一百三名。再犯罪者七十人。是今日特赦之効驗。固極薄弱矣。論者謂特赦所以養成再犯。爲妨害國家之利器。論亦太苛。以吾輩思之。今日特赦。所以不能奏偉効者。亦適用特赦。不得其宜耳。非特赦自體之罪也。今日司獄官。非盡長於學識。富於經驗。於是奸猾者。巧爲欺罔。企蒙特赦之恩命。司獄官不察。遽奏請特赦。許以假出獄。至後日弊害叢生。不歸罪於司獄官。而歸罪於法律。亦太誤矣。今日特赦及假出獄。所以至於如此者。則我國蔑視司獄官。而政府亦不重其任用。乃我國風習使然。豈法律之咎乎。

更有論者曰。無期徒刑非公平刑罰也。何以言之。囚人年齡不等。老者服僅少歲月之苦役。壯者則服數十年之苦役。豈公平刑罰。有如是者乎。是以服役期間長短。而斷刑罰之公平也。凡人情苟有終身在獄之一觀念。因此觀念所受之擊刺。則老者與壯者。毫無區別。且無刑期之目的。不在勞役期間之長短。惟欲使犯人不再出現於社會耳。論者所言。則誤解無期徒刑之性質矣。

(二) 有期自由刑。有期自由刑。其種類甚多。名稱俱各不同。重罪自由刑。第一有期徒刑。或有期流刑。(十二年以上十五年以下)第二重懲役。或重禁獄(九年以上十一年以下)第三輕懲役。或輕禁獄(六年以上八年以下)輕罪自由刑。僅有二種。重禁錮及輕禁錮是也。此二者。俱爲十一日以上。五年以下。但禁錮刑。加重可以至七年。減輕可以至十日以下。違禁罪自由刑。僅有拘留而已。(一日以上十日以下)

現行刑法。區別刑名者。監獄上之問題也。吾輩於有期自由刑。不欲多設刑名。刑法草案。棄現行刑法主義。重罪輕罪。僅有二種刑名耳。重罪自由刑。名曰懲役。有期刑爲一日以上。十五年以下。輕罪自由刑。名曰拘留。則一日以上。三十日以下。

第二項 自由刑之制度

監獄制度之難題。惟一有期刑。監獄論者。所以喋々不絕者。亦在於此。夫有期刑之性質。即一旦投犯者於獄中。不得不令其再出現於社會。非出於防遏主義實出於懲戒主義也。然則司獄官所最注意者。惟在於懲戒。務求不違背懲戒之趣旨。否則刑罰。適爲犯人之租稅。監獄適爲犯罪之學校耳。吾輩所謂司獄官。當得其人者。職是之故。

有期刑有二主義。監獄主義。及徒刑主義。是也。監獄主義者。有期刑之囚人。置於監獄內。依監獄制。以懲戒犯人。徒刑主義。欲懲戒犯人。使化於善良。其事較難。故遷於殖民地。一爲國家除危險。一圖殖民地之發達。此二主義。各國所採不同。歐洲諸國。在南洋有殖民地者。則採徒刑主義。無殖民地者。則採監獄主義。英國有廣大殖民地。故採取徒刑主義。移住犯人於濠洲。大得良結果焉。以下試論其弊害。

第一 監獄主義

此主義之目的。不徒防遏犯罪。欲藉以懲戒犯人也。故欲奏懲戒之効。當

設囚徒之階級。刑之執行中。見有行爲善良者。與以獄內之特權。遂以特赦爲其終極焉。夫監獄主義。既以懲戒囚徒。使其遷善悔悟爲目的。故待遇囚徒。不在以痛苦主義。而在以教育主義。其方法有三種。

(一) 雜居主義 此主義。其弊害人々知之。然今日歐洲各國。及我國所以不能廢止者。非以其主義之善良。實恐監獄費達於巨額也。今日遽捨舊主義。而改築獄舍。其費用甚鉅。一國之財政。將大受其影響焉。

依雜居主義。使囚徒晝夜雜居。同囚互相交談。以攻究不善之計畫。犯罪之觀念。將愈增長焉。同囚中富於智慧者。對其同囚。且施行威信。而爲實行犯罪之教授。及一旦出獄。遂將其所聽受者。行諸實際。終至再投於監獄。或有恐怖刑罰。深自悔悟。及出獄以後。獄內之朋儕。互相往來。以惡事相勸誘。不從。則以暴行脅迫焉。甚至捏造事實。陷於冤罪。於是乎一旦犯罪投獄。雖欲自新。奈以獄內事實糾纏。有再犯更犯。不至爲慣行犯不止者。論者謂監獄乃犯罪之學校。實非苛論也。論者有曰。監獄內有看守。有

看守長常得監視囚徒。以防此弊。但看守及看守長之員數。既有制限。萬不能嚴密監視。同囚相謀之弊。即欲免除。不得也。惟行雜居主義。亦可區別囚徒爲數種。(一)猛獠囚徒。(二)中庸囚徒。(三)善良囚徒。有此區別。以稍進步之監獄行之。或可稍免雜居主義之弊害。然此主義。究竟不能達監獄主義之目的。

(二) 折衷主義 此乃折衷雜居主義。及獨房主義。即晝間雜居。夜間獨居之方法也。凡囚徒相交通。晝少夜多。晝則防之甚易。夜則甚難。故夜間獨居。最足以懲戒囚徒。惟有謂此主義。過於嚴酷。蓋晝間禁止交談。夜間又係獨居。毫無慰藉痛苦之時。禽獸尚有交談之狀。況人類乎。然刑罰原以與以痛苦爲目的。若輕其痛苦。而增進國家之危害。是刑罰乃害。良矜惡之利具。可乎否乎。吾輩固贊同折衷主義者也。

此主義始行於美國紐約。或有稱之爲紐主義者。現今行之最多焉。

(三) 獨房主義 此亦美國非哈帖耳非亞所始行。世人稱之曰非哈帖

耳非亞主義。乃晝夜俱分居之方法也。現今白耳義國。勵行之。依此方法。各囚各給一房。即在其房內服勞役。故勞役器具。亦係專有。不許互相交通。而白耳義監獄費。亦世界無比焉。吾輩遊於白耳義時。補耳折耳一市民語曰。白耳義政府。爲囚徒而建築大旅館。補耳折耳監獄之囚徒。悉覆面服役。雖知其爲人。不知其何人也。此主義又有細別焉。

(甲) 獨房主義 當其初。晝夜俱獨居焉。同囚間。對於獄吏等。亦不能談話。然絕對行之。於精神大有障害。或不免有發狂自殺者。於是絕對獨房主義。一變而爲相對的獨房主義。惟同囚則相離隔。至獄吏。教悔師。事業師。其他與囚徒有必要之關係者。則許其交通談話。且在於獨房囚徒。可服單獨之勞役。及受必要之教育。

(乙) 相對的分房主義 不害精神。復能除雜居之惡弊。誠良制也。惟有一問題。則獨房期間之長短是。當其始。入於獨房者。乃極惡之凶徒。以刑期最長者爲限。短期者不準入焉。迨其後主義一變。獨房用以待短期者。

長期者。不準適用。蓋離羣獨居。與人性情相反。若以此待長期囚徒。大有妨害精神之恐也。獨房期間。各國刑法。所規定者不同。白耳義以十年為最長期。那威以四年。丁抹以三年半。獨逸及奧大利。以三年為最長期焉。有謂獨房主義。適足以妨害凶徒之健康。而其弊害。長期最多。短期則少。故由凶徒之衛生而論。獨房主義。最適於短期囚。不適於長期囚。然由囚徒之痛苦而論。獨房制嚴。而雜居制寬。以獨房主義。科刑輕者。以雜居主義。科刑重者。是刑罰寬嚴倒置也。於是獨房主義執行之方法。更有一考案。

凡囚徒。與精神病者無異。治精神病者。當令其先入瘋癲病院。採精神所偏長者。以補其不發達之部分。使精神得其平均。而病治矣。犯罪者亦如是。犯罪者。無抑制犯罪意思之能力。故至於犯罪。亦其精神一部有缺欠也。既有欠缺。當養成之以補其所不足。使精神能得平均。方可歸化於善類。故對於少壯者。其效力更易顯著。其方法。則以農業。體操。

水上體操焉。法國業提托禮懲治場。最能感化少年犯人者。亦惟使在平原廣野。從事農作。或行兵式體操。以養成少年活潑精神耳。吾游法國。曾視察焉。事務員語吾曰。由此處出而得士官之地位者。其數甚多。精神教育。其效力固如是乎。

此乃名曰進級主義。其方法。則分囚人為最善囚徒。中庸囚徒。極惡囚徒三級。第一者。與以獄內之特權。第二者。與以特權之半。第三者。無論何特權。皆不與焉。我國現行監獄。則亦有賞表之制。受賞表者。以此縫於衣服之襟。或肩。上。賞表之數。積至四次。則許以假出獄。即進級主義之一例也。此乃英人所發明。實驗於愛爾蘭。或稱之曰愛爾蘭主義。自進級主義創行以來。徒刑主義。殆全廢焉。今日有免囚保護會社。凡有免囚者。則說諭之。移於海外殖民地。以求生活。故英國。一方使再犯者。可以遠隔於內地。一方使殖民地。可以開發。彼濠洲殖民地。即謂以犯罪人開闢之。亦非過言也。現今英國廢徒刑主義。而採進級主義。即勞役主義。勞役主義。依犯

罪輕重。其期間不同。由無期徒刑。至三年懲役止。其原則有三。

第一原則。初期九箇月。使犯者居於獨房。此期間內。行狀善良者。減一月。反之則加一月。第二期。使服雜居之勞役。第二期內。不實行遷善者。更移爲第一期囚。使入於獨房。至第三期。囚徒全能自由。即假出獄是也。愛爾蘭於第二期及第三期之間。更設一級。經過此期限。方許以假出獄。故愛爾蘭。則有四段之階級焉。

第二原則。囚徒行狀善良者。與以賞表。視其賞表增加之數。而勞役程度。逐次減少。

第三原則。此乃假出獄也。英國之假出獄。可以不論日本之假出獄論之可也。假出獄者。其出獄尙未確定。與特赦不同。雖在獄外。刑仍可執行焉。假出獄之制度。洵善。苟不濫用。其效可立觀也。然以日本國今日現狀觀之。則有不堪浩歎者。依日本國法律。以謹守獄則之事實。爲假出獄之要件。故極惡囚徒。每貌爲謹直。而慎守獄則。以欺獄吏。及一旦出於社

會。遂反其真面目。再犯罪焉。然真能遷善悔過者。却易犯小過。動觸獄則。而假出獄之恩典。反不能及於其身。雖司獄官之不明。法律亦不得不任咎也。夫假出獄。用之得其道。則爲善良之方法。用之不得其道。遂釀成弊害。當局者焉得不慎乎。現行刑法。亦規定有假出獄。今舉其原則於左。

第一原則。假出獄。不過爲囚徒所設之恩惠。故囚徒。無論何時。無請求假出獄之權利。

第二原則。假出獄無重罪輕罪囚之區別。皆可適用。

第三原則。假出獄者。非在刑期有幾分執行之後。不許假出獄。即有刑期。則執行刑期四分之三。無刑期。則在執行刑期。已有十五年以後。始許假出獄。

第四原則。欲許以假出獄。當視囚徒之行狀。是否改悔。欲監查其行狀。獄內備有犯人身分錄。記載囚徒一切身分事項。乃囚徒之日課表。每日監查其行狀。一一記入。典獄據其記載。以調查囚徒行狀之善惡。善者

給與賞表。賞表積至四個。即可假出獄。故囚徒身分錄。乃賞表之原因。賞表又假出獄之原因。其有重大關係。不俟多辯。然調製身分錄看。乃看守職務。故看守者。乃構成假出獄之原素。若看守得人。監獄制度。其效可立觀也。反此不僅不能奏效。反使再犯者。層見疊出焉。看守之職。豈不重且大哉。日本國從來賤視獄吏。每以牢番名之。故有爲之士。俱不樂於從事。遂使良法而有惡法之謗。可勝道乎。故養成看守者。乃爲今日急務。此則吾輩所不能不切言者。

第五原則 有假出獄許否之權者。則司法大臣。即司法大臣。依典獄申請。而許以假出獄。

第六原則 假出獄可以取消。故假出獄中。更犯重罪。輕罪者。即停止出獄。出獄日數。不得算入刑期。又刑期限內。更犯重罪。輕罪者。以後不許假出獄。

第七原則 假出獄中。解除治產之禁。而得假出獄者。若不許其自營

產業。仍有再犯之恐。故爲營業而許以假出獄時。則爲解除禁治產者。

第八原則 假出獄中。當監視出獄者之身分。在獄內時。何歸司獄官監查。一旦出於社會。其監查方法。備極困難。此則刑法附則。所以有特別監視之制度也。

假出獄制度。所以使犯人漸次改善。不僅爲防遏再犯之手段。且節者監獄費。使人民負擔。可以減輕者也。然施之不得其道。刑法之威嚴失墜。所謂刑罰制裁者。將歸於無效。如利刀然。依其使用方法如何。或有以殺敵者。或有以殺身者。其使用方法。顧不重且危乎。然則欲達假出獄之目的。當具如左之條件。

第一條件 欲許以假出獄。當設有囚徒出獄以後。可爲善良人民之準備焉。準備者何。即設立兔因保護會社是也。無出會社。則假出獄之目的。終不能達。試略述之。

凡人所以犯罪者。必有所以不得不犯者在。而後至於犯罪。換言之。即社

會之信用墜地。不能自謀生活。故至於犯罪也。夫未爲囚徒以前。已失社會之信用。及一旦投入獄中。其信用敗壞更甚。即令得假出獄。而再現於社會。孰肯投與以資本。使其營業。或與以貨金。而傭僱其身者乎。果如是。則出獄者。終不得與人羣相伍。而歸於正途。仍不得不再犯罪。此免囚保護會社。所以不可一日無者。有此會社。使出獄者。入此會社。各從其所長。以求生活。當易遷善悔悟焉。假出獄制度。如斯方爲完備。我國無之。假出獄不能收完全之結果。非無故矣。

歐洲諸國。無處不設有免囚保護會社。然決非政府之事業。蓋政府居於懲戒犯人之地位。會社者。乃在憫恤犯人之地位。二者不能相容也。論者曰。使出獄者。在特別會社。以求生活之道。其制洵善。然道路乞丐。不聞有何等保護。并未聞設有特別制度。夫對於國家而加危害。爲刑法之所懲罰者。尙如是待遇。至對於國家。未加危害。既無衣食。又無居住。親子夫妻相別離。纏襪褻徘徊道旁。以求食者。毫無分毫保護。豈非地位倒置

乎。善而貧者。置若罔聞。不善而犯罪者。反浴保護之澤。是與其爲貧者。寧不如犯罪。抱此希望者。恐不少矣。論者之言誠是。然免囚保護會社初起時。則不可不講救助貧民之道。一方以防遏初犯。一方以防遏再犯。庶幾犯罪者之數。可以日減也。

第二條件。此即監視假出獄者。監視制度。不問爲特別監視。及普通監視。皆弊多而利少。故刑法草案。廢現行刑法之監視制度。僅存其名。稱。至其制度。亦不同一焉。夫監視者。原欲豫防再犯也。欲達此目的。不可不使警察官。以監查出獄者。然以現在人口。與警察官人數相比例。東京每百人。則警官一人。各地方平均人口五百。有警官一人。以少數警官。以監視多數之犯人。是緣木求魚也。監視制度之效。概可知矣。再就實際而論。人犯罪而受刑。苟執行終了。法律上視與一般人無異。惟社會公眾心目中。仍視爲罪人。而不屑齒及。再有監視規則。以羈束之。警官時出入其家焉。被監視者。時往來於警察署焉。愈惹世人之注目。而社交上之困難

更甚矣。下至旅行宿泊。無一不要警察署之許可。身體自由。與生業自由。制限太過。則監視制度。原欲以豫防犯罪者。反爲養成犯罪之具。此監視制度。所以有百害而無一利。非識者不能知也。今說明將終。欲於刑法草案。所規定刑之執行猶豫。而有一言。

刑之執行猶豫者。歐洲諸國刑法。所謂條件付裁判也。歐洲行之最早者。白耳義是。乃千八百九十年所設。初犯而受六箇月以下之刑者。其刑確定後。從一定條件。執行可以猶豫焉。

執行猶豫者。初犯而已處短期之刑者。因一定條件。執行可以猶豫。若不違背其條件時。與未科刑者同視。始委員中反對者甚多。謂此種制度。乃反於刑法精神。而不可設者也。何以言之。有罪則必以刑科之。既科以刑。則必欲執行者。若科刑而不行刑。則不如不科之爲愈也。贊同者曰。執行猶豫。非絕對不執行。不過執行猶豫耳。故一旦犯者。違反所許之條件。即可取消。而執行所科之刑可也。有何違背刑法精神之有。論者或曰。一定

期間內不再犯罪時。以前所科之刑。當歸於消滅。然則苟條件具備。全與不科刑者相等。非違背刑法精神乎。然吾輩試反詰之。現行刑法。所定假出獄之制。論者非贊同者乎。一部執行猶豫。則贊同。全部執行猶豫。則反對之。所謂五十步百步之嘲笑也。夫遵守假出獄條件。而免刑之執行。與執行猶豫。而免刑之執行。二者之間。果有如何之差異乎。論者固知其一。未知其二也。假出獄。以行政處分爲之。執行猶豫。乃以裁判官之職權。而宜告者。二者決不得謂其相同。此刑法草案。所以創設此制也。

此制行之最先者。則白耳義。然非同國所發明。乃做往昔所行類似之制。而施行也。美國於監獄問題。最注意。獨立戰爭時。有名之服染克領氏。不獨熱心農業。監獄制度。氏所發明者甚多。前所言非哈帖耳非亞主義。實氏所發明也。美國曾設有私宅監禁制度。所以減少監獄費。日本昔時。武士亦有命其屏居者。東西輝映。亦可謂奇矣。英國則減自由刑。而以金刑代之。皆爲減省政府支出之方法。此等制度。一變而爲假出獄之制。假出

獄之制。又一變而爲執刑猶豫之制焉。白耳義所以設此制者。一所以減少監獄費。一所以防罪惡感染之弊。然一利一害。數所不免。即論理上雖覺完善。用之不得其宜。適足爲害。聞白耳義因稍濫用此制。犯微罪者。漸次增加。乃前車之覆轍也。刑法草案。猶豫許否權。不盡委於判事。待檢事請求。始能決定者。

第二 徒刑主義

徒刑主義。因監獄主義之制度。終不能懲戒犯人。使復爲普通人民。而始發生者也。從此主義。凡一旦爲罪人者。即令真心悔悟。而欲爲善良之人。然社會公論。終以犯罪人視之。夫既不得與普通人有同等之地位。不如追放於殖民地。一可以掃盪內地之再犯者。并得以開拓殖民地。今日歐美諸國。有殖民地者。欲圖發達。不以土地狹隘爲憾。實憇人民之缺乏焉。此時移囚徒而利用之。其開發可立待也。然以吾輩所見。徒刑主義。其弊甚多。今舉其概要如左。

第一 開發殖民地。而使用囚徒。是以惡風貽傳於殖民地。苟欲爲本國擴張幅員。則不能如是。

第二 派遣囚徒於島地。費用甚鉅。相離愈遠者。所耗愈大。恰與派遣遠征隊相同。恐所得不足償所失也。

第三 待遇囚徒。頗爲寬大。較在內地獄舍者。不可同日而道。故在內地獄舍者。希圖得此利益。特犯重罪者甚多。

如上所述。弊害可推見矣。先年歐羅巴開監獄會議。此主義遂全廢焉。以上二主義。既已述其概要。今舉自由刑之執行。少論述之。

第三項 自由刑之執行方法

刑法所定各種之刑。裁判所雖宜告之。而非執行者也。刑之適用與刑之執行。二者相分離。所司之官署亦不同。前者屬於司法權。裁判所司之。後者屬於行政權。司法省司之。執行方法之問題。亦甚複雜。或有謂當設一定之規則。一一準據此規則。

或有謂歸於政府之全權。但無論如何。俱不得流於極端。設細密規定。以束縛執行官。亦有不可者。執行刑罰。當以各地情形爲標準。例如九州監獄。及北海道監獄。不得施用同一之執行方法。是也。又執行刑罰。亦不可歸於行政官之全權。若毫無制限。一一聽行政官之措置。全國執行方法。各有不同。司獄官更迭。執行方法。亦必變更。於是甲監獄。則寬待囚徒。乙監獄復嚴酷焉。失平之弊害。必不能免矣。現行刑法。酌乎中庸。以規定原則。不涉於細密。復不失於放任。誠完善也。至執行總則。則讓於監獄則。並不贅。

刑法所規定自由刑之種類。有五

第一徒刑 第二流刑 第三懲役 第四監獄 第五禁錮
流刑監獄。所以科國事犯。其他皆所以科常事犯者。今就科常事犯之刑。逐次解說焉。

第一徒刑 徒刑之執行方法。刑法第十七條曰。徒期不分有期無期發

遣於島地而服定役。依本條觀之。囚徒不可不服定役焉。然我國除日本島以外。尙未有一殖民地。故囚徒不能派遣於他島。仍在內地執行徒刑耳。雖有臺灣琉球及小笠原島。然派遣囚徒。不相適合。然則刑法所以設有本條者。不過徒法而已。

第二懲役 懲役之執行方法。第二十二條規定曰。懲役者使入於內地懲役場。以服定役。然就實際而論。徒刑囚未發遣於島地。皆繫留於內地之監獄。與懲役囚毫無差異也。

第三禁錮 刑法第二十四條曰。禁錮者留置於禁錮場云云。然禁錮場及懲役場。實際不過名義上之不同而已。唯集治監。乃拘禁十年以上之囚徒。地方監獄。拘禁十年以下之囚徒。二者則有區別耳。

刑法々文上。設有徒刑。懲役。禁錮等之區別。然就實際言之。殆全屬空文焉。現行監獄則。分既決監爲二種。集治監。及地方監獄。是也。集治監。拘禁十年以上之徒刑。流刑者。地方監獄。拘禁十年以下之自由刑者。及徒刑

以下之之婦女。集治監之費用。由國庫支出之。地方監獄之費用。由地方稅維持之。夫均爲拘禁國家囚徒之獄舍。而負擔經費。則有不同。果何爲而然乎。舉全國監獄費。盡由國庫支出。爲期當亦不遠。果如是。則不必區別爲集治監。及地方監。明治三十六年三月十六日之勅令。改正監獄官制。集治監及地方監獄之名稱。遂廢。

囚徒勞役。大抵有生產之目的。以歸於政府收入。爲一般之原則。然勞役亦有不在生產者。香港英國之監獄。即明證也。蓋香港土地狹隘。人民缺乏。苟監獄而營生產之事業。香港之民業。大被壓抑。凡監獄內職工之賃金。甚廉。其製造品。即可以低價販賣。充塞他項之販路。民業將愈衰頹矣。不問爲集治監。或地方監。由囚徒勞役所得之利益。果以何法處分乎。刑法第二十五條規定曰。服役囚徒之工錢。從監獄則以其幾分供獄舍之費用。幾分給與囚人。此規定頗受攻擊。凡囚徒之衣食住。皆由官供給。既已優待。至從事於勞役。尙有得幾分工賃之權利。未免過分矣。獄外窮

民。終日孜孜。尙不能謀其生活。乃囚徒既供給衣食住。復令有幾分餘利。是較普通人優甚。究其極弊。不堪生存競爭之苦者。將樂於犯罪。以希圖監獄內無限之恩澤。豈非大可恐乎。

然由經濟上觀察之。囚徒增加。監獄費亦必增加。監獄費增加。人民負擔亦不得不加重。若欲輕人民之負擔。使囚徒從其所長。以從事生產事業。亦可稍減其經費。惟欲囚徒可以奏勞役之效果。則非以鞭撻所能達其目的。鑛山炭坑。非虐使之。囚徒必不願爲。至美術工藝等。則非虐待所能奏效。當設有獎勵之方法焉。其道無他。即以勞役所生利益之數部。以給與囚徒可也。故對於一切囚徒。而設給與工錢幾分之規定。固未見其可。然依事業種類。而設獎勵之方法。有何不可之有。

監獄事業。有宜注意者。以不妨害民業爲最要。今日監獄漸次改良。固逐日有進步。此事當可以無憂也。若監獄事業。妨害民業。則民業衰頹。犯人亦必增加焉。

監獄事業有二種。一官業。一承辦是也。官業則事業費盡歸官負擔者。承辦則恰以囚徒爲其職工。以監獄爲其工場。一切費用皆由承辦人負擔。至二者之利弊。則俟他日論及監獄制度時。再行研究可也。惟監獄事業。總不宜凌駕民業。妨害良民。欲求此弊。則普通人民之製作品。及獄內之製作品。價格皆須均一。不過監獄製作品。不免粗惡。略以廉價販賣。可耳。且其販路狹小者。使屬於官業。其販路廣大者。使屬於民業。庶幾二者互相調和也。

臨終更有更論及者。即管轄問題是也。我國從來之制度。監獄屬於內務省管轄。法國分屬於司法內務海軍三省。未決監屬於司法省。內地之既決監。屬於內務省。島地之監獄。屬於海軍省。管轄監獄。如此區分。各省意見。每多紛歧。其弊遂至反於刑法之精神。而違背刑罰之目的焉。至我國監獄。所以屬於內務省者。果有如何之理由乎。徵諸歷史。按之必要。俱不能攷見其所由來。不過見外國有屬於內務省之實例。因而效顰耳。凡監

獄者。所以達刑法最終之目的也。刑法之目的。不單在宣告刑罰。而在執行刑罰。故刑法雖善。執行之道不當。刑法仍屬徒法耳。夫如是。刑法與監獄。固互相表裏。而不可分離。監督監獄者。亦非明達刑法者不可。然則使司法省而任監督之責。頗屬正當。今也全國監獄。已屬司法省管轄。將來刑法改正監獄法亦必改正也。

第三章 附加刑

附加刑有三種。(一)自由上之附加刑。(二)權利上之附加刑。(三)財產上之附加刑。監視者。自由上之附加刑。剝奪公權。停止公權。及禁治產。權利上之附加刑。罰金。沒收。追徵。財產上之附加刑也。附加刑者。其目的在豫防再犯發生。並補充主刑之不備。不能達此目的者。不可爲附加刑。如監視。則明背法律之本旨。禁治產者。全有保護性質。以之爲附加刑。甚覺不當也。

第一節 自由上之附加刑

第一款 監視

監視所以防遏再犯。以保護國家者。蓋一旦處以自由刑者。即再出現於社會。其信用業已墮地。每不易自謀生活。因至再犯者不少。故出獄者。出獄以後。不任其自由。一舉一動。皆宜注目。此監視制度。吾輩則信為必不可少者。惟監獄方法。如現行刑法所規定。恐不足以達其目的也。凡監視出獄者。當使世人不知其為出獄者為最要。苟世人知其為出獄者。必不樂與相伍。出獄者之信用。更日狹小。生活愈見窮迫。不至再犯不止也。然現行監視制度。全反此趣旨。不能為防遏再犯之具。反為養成再犯之具。如之何其可乎。

刑法草案。知現行監獄制度。非徒無益。而有害焉。故盡廢止。不過於監視名稱之下。對於出獄者。得行特別處分耳。(一)無論何時。得搜索監視者之家宅。(二)制限一定之地。禁止監視者之侵入。

(一) 搜索家宅。別無議論。惟(二)制限一定之地。而不許監視者侵入。則有難問生焉。追放出獄者。於一定之地。使出獄者。遵守其命令。則已耳。若出獄者。不克服從其命令。而侵入禁制之場所。果加以何等制裁乎。夫監視原為豫防再犯而設。然以豫防再犯之監視。為犯罪之原因。欲減少犯罪。必不可期。然則監視規則。設之固易。至其制裁頗形困難也。

第一注意 監視原為附加刑。無主刑。監視不能獨行焉。然刑法有例外。無主刑。亦有單科以監視者。刑法第三十四條所規定。即是也。徵之第三百二十七條之場合。不待言而自明矣。

第二注意 監視期間。隨主刑刑期之長短者。此乃刑法第三十七條及第三十八條第三十九條等所規定也。

第二節 權利上之附加刑
權利上之附加刑。有二種。(一)剝奪公權。及停止公權。(二)禁治產。是本節單就第一言之。

第一 剝奪公權及停止公權

剝奪公權者。重罪之附加刑。停止公權者。輕罪之附加刑也。剝奪與停止之區別。不過依期間長短而設。剝奪乃終身之喪失。停止乃一時之喪失。故曰剝奪。曰停止。至其執行效果。毫無差異。刑法第三十二條曰。處以重罪之刑者。不別用宣告。終身剝奪公權。第三十三條曰。處以禁錮者。刑期內停止公權。第三十四條曰。輕罪刑而附於監視者。監視之期間。停止公權。天刑法內所規定公權者何。第三十一條答曰。剝奪公權者。剝奪如左之權。

- 一 國民之特權
- 二 爲官吏權
- 三 有勳章年金位記貴號恩給之權
- 四 佩用外國勳章之權
- 五 入兵籍之權
- 六 在裁判所爲證人之權。但單陳述事實者。不在此限。

七 爲後見人之權。但得親屬之許可。而爲子孫計者。不在此限。

八 爲分散者管財人之權。

九 爲學校長及教師學監之權。

第一 國民之特權。制定刑法時。尙未有憲法。故不知國民特權者爲何物。今欲解釋特權。則不可不以憲法爲根據。按憲法第十九條曰。日本臣民應於法律命令所定之資格均能任文武官及就其他之公務。又。第二十條曰。日本臣民從法律之所定有兵役之義務。此是日本人之特權。外國人決不能享有者也。憲法第十九條及第二十條所規定者。皆日本人之特權。則屬於公權。而第二十一條乃至第三十條所規定者。悉屬於日本人之私權。第十九條及第二十條之權利。外國人不能享有。自不待論。然至第二十一條。乃至第三十條。所規定之權利。果爲日本人之特權。而謂爲特有物乎。夫此等權利。乃人生存此世。所必不可缺。無此等權利。則安全之生活。一日不能保矣。故此種權利。不問爲日本人。爲外國人。俱

不可不使享有焉。否則外國人在日本者。一日亦不能安其生也。然則刑法所謂國民之特權。必爲日本人特有之權利。而憲法第十九條所規定文武官任用之權。及第二十條入兵籍之權。別以本條第二號及第五號規定之。不得謂包含於第一號中。故第一號所謂特權者。備極狹隘。不過單指憲法第十九條後段。所謂就其他公務之權而止耳。就公務之權者。如廣指參政權。則官吏任用之權。亦當在包含之列。然官吏任用之權。既有特別規定。則所謂就公務之權者。解爲在議會有選舉權被選舉權。可也。

第二 爲官吏之權。爲官吏權者。原是國民特權中之一也。若強言其性質。則爲對於參政權者。或可也歟。

第三 有勳章年金位記貴號恩給之權。此乃人民由政府所受之特權。奪之所以害其名譽也。然勳章年金。非日本人之特有權。外國人亦得有者。至恩給之權。用以編入此內。似稍欠穩妥。恩給者。官吏於奉職中。減

其俸給之幾部。每月貯蓄於官之存金也。即與箇人存於銀行之貯蓄金。毫無差異。然其人一受刑罰。遂失存金取回之權利。是間接科以巨額罰金也。豈剝奪公權之本旨乎。

第四 佩用外國勳章之權。奪此權利。亦所以傷其名譽。然刑法祇言及外國勳章。年金未有一言。故雖失佩用外國勳章之權。年金之權不失也。

第五 入兵籍之權。日本人之入兵籍。乃一義務。非權利也。憲法第二十條。亦以此爲義務焉。蓋一朝國家有事。當此防禦之任者。舍日本人豈有他哉。然則日本人之就兵役。非權利也。乃義務也。若以就兵役。爲國民之權利。犯重罪者。即剝奪此權利。恐不樂就役者。將故意犯罪也。然軍隊乃防禦國家之要具。犯人者。乃妨害國家之惡民。驅此惡民以防衛國家。危險孰甚於是。故受重罪之刑者。不令就兵役。職是之故。

第六 在裁判所爲證人之權。凡爲證人。乃國民之義務。非國民之權

利。固明如刑事訴訟法所規定。然以此爲權利。則刑法之謬誤也。若謂爲權利。則證人雖非緊要。裁判所仍有訊問證人之義務焉。夫證人者。不過裁判所。欲證明事實。乃喚而訊問耳。即令國民希圖爲證人。然非必要證人之場合。裁判所不得不拒絕也。是訊問證人與不訊問證人。全屬裁判所之自由。故證人行爲。非權利而爲義務。更彰彰明矣。即謂證人爲權利。然法律又據何等理由。而獨禁止爲證人乎。鑑定人通事。亦裁判所之耳目。皆所以使證明事實者。豈得與證人相區別乎。

第七 爲後見人之權 後見亦國民之義務。乃民法所明定者。蓋日本政府。有保護日本人之義務。欲實行此義務。則有一般保護。與特別保護二種。無能力者。即不可不以特別保護。法律欲達其目的。因設後見制度焉。後見職者。乃法律所命之義務。受其選定者。無故不得辭任。乃刑法以此爲權利。誠不知其何所本據也。然後見職。乃以信用爲根本。犯重罪者。既失其信用。若選之以當特別保護者。重大之任務。危險孰過於是。故歐

州諸國法律。犯重罪者。奪其爲後見人之資格。其例屢見不鮮。刑法草案。亦據此理由。規定犯重罪者。免其爲後見人之義務焉。

第八 爲分散者之管財人。又管理會社及共有財產之權。管財人者。所以代表破產者也。管財人之職。亦以信用爲基礎。故犯重罪而受刑罰者。不能任此職務。自不待言。管理會社及共有財產。亦以信用爲本。禁止固其宜也。

第九 爲學校長及教師學監之權。學校若爲官立。其教師亦官吏也。關於官吏者。第二號既已定明矣。此處所謂學校長教師學監者。殆指私立學校而言。然學校有普通學。有專門科。有工藝技術科。不問其種類。苟見有學校之名稱者。俱適用此規定。則於文明進步。大有阻礙。例如全國僅有一畫工。畫工誤犯重罪。出獄後即不得再爲教師。技術將中絕矣。非阻害文明事業而何。

今更有一言。公權剝奪與停止。其目的雖同。其性質則反。剝奪公權者。乃

終身刑。公權停止者。僅限於刑期以內耳。夫剝奪公權。果為善良之附加刑乎。以吾輩觀之。失平而又乏效也。凡剝奪公權。依犯人身分而適用者。有國民特權之人或官吏。用此以科罰之。其效可立觀焉。若無此等身分者。則毫無效果。夫如是。剝奪公權。對於一部之人有效。對於一部之人又無效。豈公平刑罰。固如是乎。刑法毫無何等區別。竟令一般適用。則謬誤甚太。故剝奪公權。不必如第三十一條所定。必科其全部。可以自由分割。應於犯人身分。選其適切者而科之。當可奏效矣。

第三節 財產上之附加刑

財產上之附加刑。有二種。罰金及沒收是也。沒收者。乃單純之附加刑。本節論之。固屬正當。惟罰金有為主刑者。有為附加刑者。為主刑者。似宜在主刑項下論之。為附加刑者。宜在附加刑項下論之。然罰金之性質。及其徵收方法。常相同。故集而概說焉。當無不可也。

第一款 罰金附科料

罰金者。對於政府。負擔辨償金額之義務。所成立之刑罰也。此刑罰必有二性質。

(一) 罰金者。乃違犯禁制命令而科者也。故與民法及契約所定過怠金。不可相混。

(二) 罰金者。犯罪事實審理後。歸判事宣告者也。

具此二性質。無論在民事部。或刑事刑。或在豫審科之。俱不失為刑罰。然我現行法中。則有罰金性質。而無罰金名稱者。例如銃砲彈藥取締規則。犯此規則者。處以過料。過料刑名。不載於刑法中。論者遂以此非刑罰。不可在刑事裁判所宣告者。然吾輩則以此為禁制命令之制裁而設。其制裁苟為裁判所所司掌。不問其名稱如何。俱有刑罰之性質焉。故過料刑名。雖不載於刑法。然以罰金或科料宣告之。未見其不可也。

(三) 罰金者。刑罰也。故刑罰之性質。俱不可不適用於罰金。
(甲) 罰金專屬犯人一身者。(一)故罰金宣告確定前。犯人死亡時。則公

訴消滅。對其子孫不得徵收焉。若判決確定後。犯人死亡時。其子孫果有代先人完納罰金之義務乎。論者曰。罰金裁判一確定。政府對於犯人。為債權者。犯人為債務者。債務者之義務與權利。既歸相續人承繼。然則犯人死亡後。相續人即有完納罰金之義務。吾輩則不能贊同此說焉。刑者及於其人一身而止。乃刑法之原則也。若子孫而有完納先人罰金之義務。是對於犯人以外者而科刑也。未完納罰金時。有以輕禁錮代者。若子孫無完納罰金之資力。即不得受輕禁錮焉。豈未犯刑法禁制命令。而有受刑之理乎。(一)數人共犯之場合。對於各共犯而科全額之罰金。(二)民事擔當者應科之罰金。民事擔當人。有完納之義務。若不能完納時。不得受換刑處分。例如有未成年之造酒營業者。營業事務。皆後見人管理。乃一旦誤犯營業之規則焉。此時法律不能處罰未成年者。不可不罰其後見人。若後見人不能完納罰金。不可不受換刑處分。

(乙) 罰金不得於法律明文外。而宣告。

(丙) 罰金因刑之時效而消滅。

(一) 罰金為二圓以上。其多寡由各本條所定。判事得於多寡範圍內。自由處罰。

(二) 對於無資力者。即不能罰金。然犯人無資力。不得謂即可免其責任。故以換刑處分代之。刑法第二十七條曰。罰金由判決之日起一月內。使犯人完納。若不完納者。將一元折算一日。換以輕禁錮。未滿一元者。仍作一日計算。換以禁錮者。不必更新裁判。因檢察官請求裁判官命令之。但禁錮期限不得過二年。若禁錮限內完納罰金時。控除所經過日數。而免禁錮。親屬及其他人代完納時。亦同。本條既云。由裁判確定之日起。一日內完納。則裁判確定後。一月間。犯人尚有可以不納罰金之權利。夫僅以罰金刑為限。而一月間執行。可以猶豫斷無此理。故刑法草案改正之。確定後即可徵收焉。

第二款 沒收

試先論可沒收之物件。次論沒收之性質。

(一) 可沒收之物件如何。刑法第四十三條曰。左所記載之物件宣告而歸官沒收。但法律規則別定沒收之例者。則各從其法律規則。

(二) 法律所禁制之物件

(三) 供犯罪所用之物件

(三) 因犯罪所得之物件

依本條所規定。凡可沒收之物件。種類有三。(一)法律所禁制之物件。(二)供犯罪所用之物件。(三)因犯罪所得之物件。即是也。

(甲) 欲知法律所禁制之物件者。爲何物。當先明禁制之意義。禁制之場合甚多。或有禁制物件之製造輸入者。或有禁制販賣交換者。或禁制所持所有者。其禁制有以所爲爲目的者。有以物件爲目的者。有以物件爲目的者。適用沒收之規則。毫無困難。然以所爲爲目的者。適

用沒收之規則。頗非易易。禁制製造輸入。及禁制所持所有者。時即與間接禁制物件相等。故可用沒收之刑。至禁制販賣交換時。非惡物件而禁制。乃惡販賣交換之所爲。而禁制者。故不販賣交換製造其物件。可也。輸入可也。所持所有亦無不可。然則此種禁制物件。而適用沒收之刑。吾輩則未見其可也。

吾輩欲以間接直接。禁制物件之成立存在者。指爲法律所禁制之物件。例如偽造變造之貨幣。或阿片。則禁制製造輸入焉。又阿片所有與受寄。亦禁制焉。猥褻之圖畫物品。公然陳列販賣。亦禁制焉。沒收偽造貨幣。及阿片。無論何人。皆無疑惑。至沒收猥褻圖畫物品。尙未知其可也。

現行刑法所規定。解釋頗覺困難。刑法草案。將本項改爲組成犯罪之物件。然組成犯罪之物件。仍不明瞭也。

(乙) 供犯罪所用之物件者。犯人犯罪時。直接使用之物件也。例如殺人所用之兇器。放火所用之火具。皆是。然此種物件。其性質往々有不

能明瞭者。執梯以踰越門戶牆壁。無論何人。皆知爲供竊盜或家宅侵入之用。然爲破壞對岸倉庫。而渡河之舟。不可謂供倉庫破壞之用焉。要之此等物件。因犯人使用方法如何。爲沒收之目的。乃待裁判官認定。方能定也。

違犯狩獵法而沒收銃砲。每易發生疑問。曰。無免許而狩獵者之銃砲。可以沒收乎。射擊禁制之鳥。或在禁制地方。而發銃者之銃砲。可以沒收乎。此等問題議論甚多。不暇一一列舉。惟就吾輩所信下一斷定耳。狩獵若無免許。或在禁制地者。銃砲不可沒收。射擊禁制鳥者。銃砲則可以沒收焉。蓋前者。銃砲非供犯罪之用。後者則銃砲所以供犯罪之用故也。

(丙) 因犯罪而得之物件者。即實行犯罪所得之物件也。例如竊盜所得之金錢物品。拾得遺失物而占領之物件。因賂賄而得之物件。及違犯狩獵法所獲得鳥獸之類皆是。

凡因犯罪所得之物件。而可以沒收者。必與犯罪爲直接之物。因犯罪取得之後。若變更其物件之性質種類。即不得沒收焉。例如犯人爲竊盜。而得一錶。即賣之變爲金錢。又竊取金錢。而更製衣服。犯人現所有之金錢衣服。皆非直接犯罪之物。固已變更其性質矣。決不可以沒收也。

勵行此原則。每呈奇異之結果。犯人竊取拾元紙幣一張。即至錢店換成壹元紙幣拾張。此拾張紙幣。已非竊取之十元矣。不能沒收也。犯人竊一片之唐木。持歸而彫刻焉。物件之性質已變。不得謂可以沒收也。又犯人竊取冰塊。捕縛時。已化爲水。此水亦非可以沒收者。

(二) 沒收之性質如何。沒收之性質有二。(一)以非禁制物犯人之所有物爲目的時。沒收則有因現物罰金之性質。(二)以禁制物爲目的時。沒收有警察處分之性質。

(天) 罰金之性質。有刑罰之性質時。沒收則爲單純之刑罰。其目的欲禁制犯人之不當利得。且豫防犯罪之再發焉。故

(甲) 沒收者。非對於受犯罪宣告者。不得適用。數人共犯之場合。有

異時而爲裁判者。此時開于同一物件。既對甲而宣告沒收。後對乙還可以宣告沒收否乎。沒收者。刑罰也。由刑罰性質觀察之。甲乙既爲共犯。則對於甲乙。當爲同一之宣告。然由物件而論。其物件則一也。既對甲而宣告沒收。對乙即無所宣告矣。無現物不得適用沒收。故對於乙。不得別有宣告也。

(乙) 非對於犯人。不得宣告沒收。故犯人死亡時。沒收刑即消滅。與罰金刑相同。故沒收宣告前。犯人死亡時。對其子孫。不得宣告。裁判確定前死亡。其沒收即與公訴共消滅焉。然裁判確定後。犯人死亡時。沒收物件。既已歸政府所有。由其子孫徵收可也。

(丙) 非犯人所有之物件。不能沒收。刑法第四十四條曰。供犯罪所用之物件。及因犯罪而得之物件。非係犯人所有之場合。不得沒收。(地) 警察處分之性質。屬於禁制之物件。其存立存在。大對於國家有危險。故沒收之。非禁犯人之不當利得。及豫防再犯也。乃禁制物

件之存立存在耳。故使物件。若有在訟廷辯論之能力。直以物件爲對手。訴之可也。惟物件無此能力。故乘犯罪機會。沒收而已。然則沒收目的。非所以科犯人以刑罰。乃除物件之危害。故無刑罰性質。而有警察處分之性質。不待論矣。因而生左之結果。

(甲) 犯罪事實成立時。不問犯人處罰與否。皆可收。故犯罪事實。苟已成立。雖不知犯者爲何人。沒收亦無不可。論者或曰。不知犯者爲何人時。不能提起公訴。雖欲沒收。其道奚由。然此場合。檢事祇就其物件。以沒收處分。請求裁判所。裁判所審查其性質。而爲沒收裁判可也。又此種物件。犯人雖死亡後。由其子孫可以沒收者。但其子孫非自犯罪。即令受沒收宣告。訴訟費用。則不負擔。

(乙) 此種沒收。對於民事擔當人。亦可宣告。

(丙) 苟爲禁制物。不問其物件。係何人所有。皆可沒收。刑法第四十四條曰。法律所禁制之物件。不問何人所有。皆得沒收。蓋法律目的。

對於此種物件禁其存在存立耳。其所有者為何人。固不必問也。
第一注意 凡可沒收之物件。不必定在裁判所。現實押收焉。裁判所得以自由處分。即可矣。故其物件。有現實押收者。或有裁判所差押其物件。而命他人保管者。若可沒收物件。與不可沒收物件。混合而不可分離時。因事實不能沒收之故。即不得沒收也。

第二注意 現行刑法。沒收乃法律所命令。無論如何場合。苟與法律條件相符時。不可不沒收焉。然法律所禁制之物件。與供犯罪所用之物件。及因犯罪所得之物件。物件之價值。亦有不足沒收者。此種物件。亦必沒收。實際上不便孰甚。故草案改正之。沒收非裁判所之義務。乃其權利也。即雖沒收條件具備。然裁判所不必定有宣告之義務。不過認為必要沒收時。有沒收之權利而已。

第四章 刑期計算

刑者。非在裁判確定之後。不得執行。此乃刑法第五十條所規定。然執行與起算。不可混同。第五十一條曰。刑期由刑名宣告之日起算。若上訴者。從左例。

(一) 犯人自己上訴。其上訴正當時。由前判宣告之日起算。若上訴非正當時。由後判宣告之日起算。

(二) 係檢察官上訴時。不問其上訴正當與否。由前判宣告之日起算。
(三) 上訴中得保釋或責付人^{即責卸於}時。其日數不得算入於刑期。

由本條觀之。刑期起算。不由裁判確定之日。乃由裁判宣告之日也。然刑期起算。非一切自由刑。俱屬必要。今舉其不必要者。有二焉。

第一無期徒刑。就無期徒刑原則。不必計算刑期。何以故。無期徒刑者。以犯人死亡之日。為刑期終了之日故也。惟無期徒刑經過十五年。亦得受假出獄之許可。限此場合。始不得不計算刑期焉。

第二欠席裁判之時亦然。欠席裁判之場合。或在第五十九條所規定

之期限內。犯人未就捕時。即得期滿免除不必計算刑期者。或其期限內。業已逮捕。由逮捕之日起算。若有申訴故障其裁判即爲無效。故以計算刑期爲必要者。惟有期自由刑而已。

有期自由刑而計算刑期。有必要三原則

第一原則 被處有期自由刑者。判決之當時。既已失其自由。其刑之執行。不可不裁判。俟確定之日。夫所謂裁判確定之日者。果指何日而言乎。凡裁判必定上訴期間。控訴期間。由裁判宣告之日起。限以五日。上訴期間。爲三日。刑訴第二百五十二條及第二百七十一條。經過此期間時。始得謂判決確定。即以期間經過之翌日。爲確定之日。故犯人不訴。由第一審判決之日起。經過五日。其翌日即當行刑。若行控訴。由控訴判決日起。經過三日。其翌日。判決則爲確定焉。若又爲上告時。因上告之結果。確定之日則異。或在上告裁判所。而棄卻上告。或爲擬律上裁判時。其裁判即日確定。若破毀時。破毀後裁判之確定。亦同前例。

第二原則 在裁判確定前。犯人未決勾留日數。可否算入刑期乎。未決勾留者。乃非刑罰的自由剝奪。已如前所述。既非刑罰。原則上固明明不得算入刑期也。

故裁判所之勾留日數。無論如何場合。不得算入刑期。然未決勾留。使刑事被告人生痛苦者。亦不少。故刑法設一例外。判決後未決勾留之日數。得算入刑期焉。

刑法區別判決後。犯人受勾留之場合。與不受勾留之場合。而定刑期起算之規定。

第一 「犯人不受拘留者。犯人不受拘留時。刑期似由裁判執行之日起算。然刑法既定刑期起算。由刑名宣告之日。故由刑名宣告日起。至判決執行之日止。其中日數。犯人利得可也。

上訴中受保釋或被責付者亦同。

第二 「犯人受勾留者。犯人受勾留時。從左之區別。而計算其刑期焉。

(甲) 犯人上訴。其上訴。控訴上告。俱有理由時。則刑由第一審判決之日起算。即由第一審判決日起。至上告審確定之日。至其中勾留日數。悉算入刑期中。蓋犯人上訴。控訴上告。俱有理由時。則第一審之判決。及第二審之判決。俱屬失當。因糾正失當之判決。所費之日數。其過失不在犯人。而在裁判所。既為裁判所過失。斷無使未決勾留日數。復有延長之理。以之算入刑期內。固理所應爾也。

控訴上告。俱有理由。則計算刑期。毫無疑難。然犯人上訴。或控訴有理由。而上告則否。或控訴無理由。而上告則否。此等情形。將以如何方法。而計算刑期乎。論者曰。刑法所謂上訴正當者。指上訴最終結果而言。控訴理由雖正當。而上告棄卻時。是犯人最終之結果。仍非正當。則由第一審。至於上告審之勾留期間。不得算入刑期。然我輩非左袒斯說者。固信當依上訴審之階級。而計算刑期也。以下試區別論究之。

(一) 犯人對於第一審判決。而行控訴。其控訴雖為正當。乃上告仍受

棄卻之判決焉。如此時。由第一審至第二審止之勾留期間。算入刑期。至由第二審。至於上告審之日數。不得算入刑期。刑法單云。上訴正當時。而上訴為其最終與否。則毫無區別。然則犯人控訴正當。由第一審判決之日。而計算刑期可也。然至上告審。而認為不當時。其上訴既非正當。則由第一審判決之日起。至控訴審判決之日止。其間日數。除卻之。由上告審判決之日。而計算刑期焉。

(二) 犯人對於第一審判決。而行控訴。乃受棄卻判決。而更上告。其上告則受正當之判決焉。於斯時。對於第一審判決之控訴。既為不當。則由第一審判決之日起。至控訴判決之日。其中期間。不得算入刑期。然由控訴審判決之日。至於上告審判決之日數。不得算入刑期焉。

(乙) 犯人上訴。控訴上告。俱不當時。後判即由上告審宣告之日。而計算刑期。蓋前判雖正當。犯人仍不服判決。而行上訴者。其間之未決勾留。乃犯人所自招。其責在犯人。不在裁判所。故不得為犯人計算利益也。

(丙) 犯人上訴中。有撤回上訴者。此時由第一審判決。或第二審判決之日。至於撤回日之日數。果爲犯人利益計算乎。抑爲犯人不利益乎。刑法於上訴撤回之場合。未有規定。宜據道理而決斷焉。犯人撤回上訴。是犯人服從原裁判也。犯人服從原裁判。則原裁判即正當。法律上毫無批駁也。判決既正。則上訴非正。自不待言。故撤回上訴。與上訴不當。作等觀可也。然則由原裁判宣告之日。至於上訴撤回之日數。不得算入刑期。即以撤回之日。爲後判宣告之日。

(丁) 檢事上訴時。不問其上訴正當否。犯人未決勾留日數。必算入刑期。若犯人不行上訴權。服從原判決時。則刑期即由判決之日起算。犯人不至。有未決勾留之苦。然檢事不服其判決。而行上訴時。則至於上訴確定之日止。犯人所受未決勾留之苦。非出於犯人所自爲。乃由檢事所致。即令上訴正當。其未決勾留日數。亦不得爲犯人不利益計。況上訴尙有不當者乎。

若犯人上訴。檢事亦上訴。此時犯人雖上訴。然苟有檢事上訴。犯人以上訴正當與否。皆非所問。勾留日數。不得算入刑期焉。何以故。刑法僅言及檢事上訴。至與犯人共行上訴之場合。則未區別也。

第三原則 刑期果以何法計算乎。有刑期以日。以月。以年者。場合不同。方法亦異。以日者。由時計算。以月者。由日計算。以年者。則從曆。刑法第四十九條第一項曰。計算刑期稱一日。則以二十四時稱一月。則以三十日稱一年。則從曆。例如云。禁錮二十日。即二十倍二十四時之期間也。云。禁錮十月。即十倍三十之日日數。至云。禁錮二年時。則二年內。必有平年閏年。然法律惟從曆所稱爲年者。作計算耳。

臨終更有當注意者。未決拘留以豫防危害。確實豫審。且擔保刑之執行爲目的。乃鑒於事實所必要。出於不得已之處分也。然犯人在判決以前。所受之處分。刑罰固相等者。乃刑法惟以判決以後之拘留日數。算入刑期。至判決以前之拘留日數。全歸犯人之損失。果合於條理乎。

判決以後者。既有算入刑期之理。豈判決以前者。無算入刑期之理乎。刑法草案將現行刑法所規定者。改正之。不拘判決前後。從左之區別。將拘留日數。算入於刑期。

(一) 懲役一日者。拘留六日

(二) 禁錮拘留一日者。拘留三日

第五章 期滿免除

第一節 總論

期滿免除者。犯罪發生後。或刑之宣告後。經過一定時間。使公訴權或刑之執行權。所以消滅者也。單因時間經過。犯人可以免公訴及刑之執行。故有期滿免除之名稱。免除公訴。及行刑。各原因於時間之效力。故有時效之名稱焉。犯人犯罪或受刑之宣告後。對此不提起公訴。又不行刑。遂經過一定期間時。是公訴及行刑。犯人全可免除。即爾後有如何理由。亦

無為犯罪之被告人。及受刑之義務也。

夫因時經過。而生如斯之效力。其理由果何在。乎。哈羅氏曰。所以設期滿免除者。實由刑罰權之基本而來。刑罰權者。以正義及實利為其根據。由正義方面觀之。期滿免除。終不宜設。然由實利方面而論。則大不然。蓋犯罪而久無公訴。科刑而久未執行。則犯罪事實。漸為社會所遺忘。威嚇之必要。自然消滅。而刑罰權亦無所施。無行刑理由之場合。而規定期滿免除。固事所必要。且理亦正當也。如此推定。乃以社會實利為目的。而設。決不得因反對證據。而可以破壞者。此即法國刑法規定時效之基本。日本現行刑法採而行之者也。期滿免除之基本。既在於斯。則因犯罪輕重。以區別期滿免除時期之長短。又公訴時效。及刑之時效。其時期有不同者。亦可以明瞭矣。蓋犯罪重者。記憶較久。輕者。記憶較短。未經判決之犯罪。遺忘頗易。已經判決者。遺忘較難。常人性情如是也。故說明現行刑法之規定。以哈羅氏之說。最為穩妥。或有以罪孽消滅。為期滿免除之基本。或

以證據湮滅爲其理由。然皆哈羅氏言中一部分也。然我輩原來非反對期滿免除者。惟於法刑法及日本現刑法所規定之期滿免除。則大欲攻擊耳。刑法起草委員會亦大唱現行刑法期滿免除規定之非是。欲主張其全廢。所制於多數。遂不果。現行刑法依犯罪輕重。而期滿免除期間。則有不同。一切犯人。俱適用之。夫期滿免除。乃由推定上之遺忘。即因刑罰權有可不用之理由而設也。至國家必要用刑時。無論如何場合。俱不可處罰焉。既宜處罰。尙謂其罪可以歸於遺忘而不處罰。是與刑罰權原則。大相牴觸。刑罰權者。所以防衛犯罪。而期滿免除者。則認容其犯罪也。故經過一定時期。不問犯人種類如何。俱適用時效規定。皆可以不罰。刑法所規定者。殊謬甚矣。

犯人之種類。非同一也。有慣行犯。有偶行犯。偶行犯。尙不足憂。至慣行犯。則國家所最可恐者也。偶行犯。每能改悔。故經過一定期間。免除公訴。及刑罰可也。若慣行性之犯人。苟國家一日存在。時足發生危險。即經過數

十年。絕無免訴及免刑之理。刑罰權者。防衛國家危險之權利也。豈國家危險未去。而此權利可以不行乎。故我輩欲區別犯人種類。可以改悔者。與以期滿免除之利益。否則雖終身不與可耳。即國家可以不用刑罰權時。則以期滿免除與之。若刑罰權。國家不可不用時。則不與也。期滿免除有二種。公訴時效。及刑之期滿免除是也。期滿免除之理由。二者雖屬同一。然公訴時效。規定於刑事訴訟法。刑之期滿免除。則規定於刑法。吾輩僅就刑之期滿免除略述而已。

第二節 刑之期滿免除

第一款 期滿免除之區域

裁判所已宣告之刑。一定之期間。若不執行時。因期滿免除而消滅。然非謂宣告之刑。消滅也。其刑之執行權消滅耳。蓋裁判所一旦將刑宣告後。其刑則保存於記錄。雖經千百年。不可磨滅。亦不至遺忘者。既不可磨滅。不可遺忘者。不得推定遺忘者也。惟經過一定時期。國家因遺忘犯罪事

實之結果。行刑殊不必要耳。世人每謂刑之期滿免除。乃刑之消滅。決非正確。刑者。無論如何。時不能消滅。祇可謂刑之執行權消滅而已。期滿免除者。所以使刑之執行權消滅。然則非必要。執行之刑罰。不得用此規則焉。故未確定之判決。以不用時效為原則。缺席判決之時。則屬例(外)然單因主刑確定。而生效力之附加刑。即令主刑免除時。亦不可得適用時效。今試就可以適用時效之場合。與不可適用之場合。區別論之。

第一。適用時效之場合。重罪。輕罪。違禁罪之主刑。併附加之罰金。或沒收。可以適用時效。沒收物所有權。移轉於政府者。判決確定。其效力即可發生。罰金者。乃成為政府之債權。僅以判決確定。亦可生其效力。故此二者。似不得適用時效之原則。然凡債權經過一定時期。俱得時效之利益。此民法上原則也。然則罰金者。不容政府一債權。與民法上債權。均得適用時效之原則。固毫無容疑者。況移轉所有權。如沒收物乎。

第二。不可適用時效之場合。剝奪公權。停止公權。監視及禁制物。不能適用時效。其理由果何在矣。蓋此種刑罰。乃附屬主刑。似喪主刑。共其運命者。然公權之剝奪。停止。即能力之剝奪。停止也。人之能力。非因時效取得。亦非因時效喪失也。即法律上未有此能力者。十數年間。雖實行其能力。然能力之占有。不可為時效之原因也。能力之占有。既不能為時效之原因。由剝奪公權。停止公權。而失其效力者。事實上雖數十年占有。終不得因期滿免除。而得為能力者也。故剝奪公權。停止公權。不用時效原則焉。然刑事上之禁治產。則何如乎。禁治產者。使行使私權之能力。停止一方法也。就權利種類。則論。雖有公私區別。然至停止能力。則與公權停止。無少異。然則刑事上禁治產。似亦不能用此規則。但刑法第六十條。祇規定剝奪公權。停止公權。不得時滿免除。至禁治產。則未一言及據是觀之。禁治產。即與停止公權。性質相同。仍得適用時效。蓋刑事禁治產。限於主刑執行之期間。而施者。主刑未執行時。禁治產不得獨行。因而依期

滿免除。而主刑消滅時。禁治產之附加刑。亦不得不謂其消滅也。論者曰。停止公權。非亦在刑之執行期間內乎。停止公權。不用時効。禁治產而用時効。非不條理而何。若停止公權。僅限於主刑之執行期間。論者所駁誠是。然停止公權。亦有在監視執行中。而行者。監視中停止公權。全與主刑相獨立。不得隨主刑。亦有不得期滿免除之理也。至監視則不可與公權之剝奪停止。同日而論矣。監視者。政府對於犯人。因施特別監督。所成立之附加刑。不問犯人意思如何。皆可勵行者。即犯人免却監視。任所欲之。然政府之監督。依然繼續也。監督既繼續焉。有適用時効之機會。例如被監視人逃脫監視執行地。是違皆監視規則。其逃走雖經數十年。終不免為逃走者。故曰監視無期滿免除焉。

禁制物者。其目的在禁此物之成立存在也。苟物件成立存在。雖數十年後。亦不可禁制焉。故禁制物不能用期滿免除之規則也。

第二款 期滿免除之期間

期滿免除之期間。刑法第五十條規定曰。主刑從左之期限得期滿免除。(一)死刑三十年(二)無期徒刑二十五年(三)有期徒刑二十年(四)重懲役重禁獄十五年(五)輕懲役輕禁獄十年(六)禁錮罰金七年(七)拘留科料一年。又第六十條規定附加刑之期滿免除曰。附加罰金。同主刑俱得期滿免除。沒收經五年。得期滿免除。刑法所規定。乃以裁判所科犯人之刑名。為定期滿免除期間之標準。至犯罪性質。則措而不問。例如減輕重罪之刑。而科以輕罪刑者。此時犯罪性質。雖為重罪。而所科之刑。則為輕罪。故適用輕罪刑之時効可也。

第一問 期滿免除之期間。由何日起算乎。第六十一條曰。期滿免除。由遁脫刑之執行起算。若就捕再逃走時。由其逃走之日起算。蓋期滿免除者。乃謂刑之執行免除也。故刑非確定。已達於執行程度者。不得期滿免除。

刑之宣告。尚未確定。仍在公訟執行中。此時不用刑之期滿免除。當用

公訴時効焉。換言之。公訴終了之日。即刑執行開始之日。刑云時効開始之日。則刑已確定宣告以後矣。本條云云。亦指達於執行程度之刑耳。今就關於對審裁判之場合。及闕席裁判之場合。區別言之。

第一 對審裁判之場合 對審裁判。而為刑之宣告時。上訴期間內仍在公訴中。故刑之期滿免除。尚未開始。一旦上訴期間經過。其宣告確定時。公訴消滅。而刑之期間滿免除。則開始焉。然其開始之日。如哈羅氏所主張。不可溯於裁判宣告之日。實在遁脫執行裁判之日。故第一審裁判確定。而犯人尚未一日受刑時。期滿免除。由裁判宣告之日。控訴期間經過五日之翌日起算。第二審。上告期間三日。業已經過之翌日起算。至上告審。則由判決之日起算。

第二 欠席裁判之場合 欠席裁判。非確定裁判。故障期間尚未經過時。仍謂在於公訴中。可也。故欠席裁判。以不用期滿免除為原則。然刑法第六十一條曰。係於欠席裁判之場合。由其宣告之日起算。故受欠席裁判者。經過第五十九條所定之期間。而未就捕時。因期滿而免除刑之執行焉。蓋對於欠席判決。而適用時效。則犯人一旦就捕。而遁逃時。非因長期時效。不得矣。其責也。若初欠席。一次未就捕時。因短期之期滿免除。即因公訴時效而受刑之免除。孰復樂受對審裁判乎。此欠席裁判所。以設一特例也。若欠席裁判有故障。更受輕判決時。就輕判決之刑。而起算時效。更不待論矣。

刑法於就捕逃走之場合。雖有規定。然此不外適用期滿免除之原則耳。不必別有規定也。

第二問 刑之期滿免除。有中斷方法乎 刑之期滿免除者。乃刑之執行之期滿免除也。其期間內。已行執行手續。固與在公訴期間內。已行訴訟手續者相同。期滿免除之效果。亦可以中斷者。然刑法對於遁脫自由刑之執行者。而設中斷方法。至財產刑之期滿免除。則無此規定。

焉。刑法第六十二曰：對於遁逃刑之執行者而命逮捕時，由出最終令狀之日起算期滿免除。

第一場合 處以自由刑者，一日亦未受刑而逃走焉。如此時對審裁判，則由裁判確定之日，欠席裁判，則由裁判宣告之日起算可也。然至後發令狀，而命逮捕時，發最終令狀之日以前，所經過期間，悉爲無效，由發最終令狀之日，期滿免除再開始焉。

第二場合 犯人一旦就捕，僅受刑之一部，而逃走。逃走之日，即爲遁脫刑之執除之日。由此日而計算免期，命間可也。然至後發令狀，而命逮捕時，發最終令狀之日以前，所經過期間，俱爲無效，由發令狀之日，再行計算。

臨終更有一言。公訴時效其效力同於大赦，刑之時效，其效力同於特赦。然因大赦而免刑者，與因期滿免除而免刑者，法律上之待遇，則不相同。因期滿而免刑者，由免刑之日起，即歸於監視。特赦者，則否。又因特赦而

免刑者，特赦狀中，苟有記載即可復權，得主刑之期滿免除者，由監視日起，非經過五年後不能回復公權。

欠席裁判之場合，主刑得期滿免除時，其主刑可否認爲已確定乎。換言之，經過刑滿免除後，犯人對於欠席裁判，仍有申訴故障之權利乎。我輩不暇深論，只一言決定耳。得期滿免除之主刑，與確定判決可等視者，不許再申訴，故障焉。刑法第四十條曰：主刑得期滿免除，由其就捕時起算監視期限監視者，乃伴主刑之附加刑，與主刑共行確定者，經過期滿免除後而執行監視，是法律以期滿免除之判決，與確定判決，作等觀者，否則確定附加刑不能執行也。

明治三十九年十一月二十日印刷
明治三十九年十一月二十四日發行



著者

古賀廉造

發行者

萩原敬之

印刷者

角居寅八

印刷所

翔鸞社井上印刷工場
東京市牛區神樂町一丁目二番地

發行所

法政大學

(電話、番町一七四)

正價 金貳圓五拾錢

322
25

