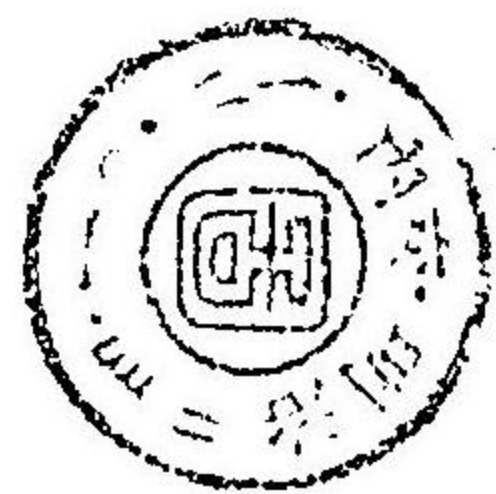


法學博士岡田朝太郎贊評  
判 事藤澤茂十郎著



改正  
草案  
刑法評論

東京專門學校出版部蔵版

## 自叙

第十五期議會に改正法案提出せらるゝや、端なく世上非改正論なるもの起り、在野法曹社會自ら大家を以て任ずるもの卒先其非を鳴らし論難攻撃殆んど至らざるなし、於茲乎余輩公務の傍ら改正案を執て現行刑法と相對比し、其是非を精査討究し自家講學の資と爲さんと欲し、淺學菲才未だ刑法典を議するの器に非ざるも自ら量らす此著述を爲すに至れり

不幸改正案は當議會を通過せざるも、近き將來に於て一般國人の遵奉すべき刑典なれば其是非を評論するは將に刻下の急務と信し、況く刑法に關する著書論説を參照し就中選に政府より議會に提供したる改正刑法案參考書を主として現行刑法を改

廢したる理由を索め、且つ學者間に於ける從來の疑問にして改正案に關係を有するものは凡て各條下に紹介して讀者講學の便を計るの微意に出てたり、

柳も此改正案は法律大家の起草に成り間然する所なきに似たるも、余輩の淺學未だ眞理を窺ふの識なきに因る歟、各條必ずしも金科玉條のみを謂ふを得ず、其多少批議す可き場合に至ては忌憚なく是か論評を試み改正案の修正意見を加へたる所なきにあらざるも、時に或は説明當を失し意見の軌道を脱することなきを保せざるなり

蓋し本書は他日此の改正案現行刑法と代るの日を待て訂正完全を期するものなれ共、今之を出版するに當り法典調査會委員岡田法學博士の批評を辱ふず、是余輩の最も光榮とする所なり

余輩本書の著述に着手するや判事件忠一同窓の學友關美太郎の兩君此舉を賛して補助を得たれば茲に附記して厚意を謝す

明治三十四年七月

著 者 識

### 本書ヲ讀ミテ

判事藤澤茂十郎君改正刑法草案に就き、平生研鑽されたる所を編みて一部の書となし、余に評を求めらる。即ち曰く、  
總論第二章第一節に犯罪の定義を掲て曰く「犯罪とは豫め法律を以て刑罰の制裁を付したる禁令又は命令事項に違反する行為を謂ふ」と此定義に就ては二個の疑點を有す。第一禁令命令事項とは各本條に列擧したる作爲又は不作爲を指すの意か、將又禁令命令自体を謂ふの意か。若し前の意ならんには、作爲又は不作爲に違反する行為とは、何事を謂ふにあるか其意通せず。後の意ならんには全く不用の文字なり。第二違反する行為とは如何なる意味か。刑法の各本條に列擧したる行為といふ意

をらしめは別に有責たること、不法たることとの二條件あるにあらずんば、犯罪成立せず。蓋し著者が未段に至りて、有責、不法の二點を要素として論ずる必要なを設けるも、其所謂違反の何物たるを明にせんとするには、必ずや結局此二點を引用し來るの已むを得ざるものあるを發見することあらん。惟ふに著者は犯罪の定義に就ては全然刑法新論の説を是認したるものならん。余は該著作に對しても同一の譯義を抱き居りしなり。第四節に、犯罪の要素に一般的のものゝ特別的のものゝあるを示したるは可なり、而れども一般要素を、單に精神上の要素と唱來れる、自由意思、辨別力、犯意の三點に限られたるは、余其眞意の存る所を解するに苦まらずんはある可らず。著者は自ら第一節に下したる定義より見るも、單に此三點を以て一般要素となす

を得ざる道理なり、況や在來未た嘗て、此の如き學說なきに於てをや。

第一編總則中、第十一條は刑の輕重を知る爲なれば事理に於て當然なり。特に一條を設けて規定する必要なきが如し、との評論あり、雖も、若し此規定なくば、例令へは第五十九條第六十一條の、最も重き罪又は重き罪等の語は著者は何に因りて之を判別せんとするか。

第十六條第三項に對しても、殆ど規程を要せざるに似たりとの評あり、雖も、殘額と留置日數との計算法は之を明にせざる可らず。特に一日を一圓に計算すべき現行法の改正としては、必要なる明文なりと信するなり。

第二十五條の沒收を論ずるに方り、著者は、法律に於て所有を禁

したる物件とは、絶體的に社會に存在するを許さざる物件を謂ふと説く、雖も、抑も社會に絶體的に存在するを許さず、と云へる禁止は如何なる法令が如何なる物に對して之を爲すことあるべき禁止なるか。苟も法令が人類以外の物に對して、或る事を命し又は禁する事なき以上は、必ずや人類に對し一定の所爲を命し又は禁したるに牽連する物件ならざる可らず。果して而らば、絶體的禁制品なるものは、余は之を想像するを得ざるなり。著者の引用せる亞片の如きも、許可を得たる商人之を所有せば果して如何。

第三十一條以下、刑の執行猶豫の事を説明するに方り、此制度は歐洲諸國中初めて實行したるは白耳義國にして云々、と云へり、歐洲大陸にては白耳義國先鞭を着けたりと雖も、歐洲全體より

云ふ時は、千八百八十七年の英國の初犯者試験法を、其卒先者なりとす。些細なる點なりと雖も、心附きたるを以て之を注意す。第卅八條以下、刑の時効の總論中、從來學者間に行はるゝ諸種の説を論評し、其何れも採るに足らざるを辨したる後に至て、『近時効制度は會社刑罰權の基本、犯罪必罰の原理に反するを以て、之を廢す可し』と主張する者あるに至れるも、亦理由なきに非ざるなり』との斷定あり。單に此一句を捕へて、果して著者か、時効廢止論者の一人なりとも斷言し難し』と雖も、之を以て時効總論の結末を附けたるより觀るときは、或は著者は之に左袒するの意ならんか。果して而らば、第三十一條以下の刑の執行猶豫を賛成せられたるに予盾す。該制度は、罪あるに拘らず刑なきに終る一適例なり、犯罪必罰論者には、執行の條件附免除も、時効も

假出獄も、平等に不條理の制度たるべき筈なり。社會的生存の實利實益を、社會的諸制度の根本と看做す學派に屬せざる限は、渠と此とに對し共に廢止を主張する、是論理の要求なり、論理は之を要求するも、社會の實益と實例とは、斷して之を要求せず。第四十五條の註釋中、外科醫か治療の爲に、患者の身體手足を切解損傷したる場合の如きは、患者の承諾に因り、正當なる業務上爲したる行爲なれば、醫師は其責に任せず云々とあり。業務上の正當行爲なるときは必ずしも承諾あるを要せず、患者の承諾に因り爲したるが爲に無罪たるの意か。正當なる業務行爲なるが爲に無罪たるの意か。著者の眞意を解する克はず。同條の註釋に次ける評論に、本條の如きは法理上無用なり中畧正當なる行爲は法令の違反にあらざるを以てなり云々と。而

れども第一條に於て犯罪に重罪輕罪の二種あるを云ひ、而して之が區別の標準は専ら刑罰にあることを示すと雖も、注令違反の行爲が犯罪なりとの定義あるにあらず、各條に刑あるも、所爲の外形同一にして、而も正當なるが爲に罪にあらざることは、第四十五條ありて初めて明なり。蓋し先に違反といふの何たるを究めんとすれば、不法といふ點の一般要素たるを是認せざる可らざるに至るべきを一言したる、亦同一の論據より來れるものとす。

第四十七條を以て現行法第七十五條同様、意思自由喪失に基く無罪とするは全然反對なり。現行法は其沿革上余も亦意思自由喪失説を採れるものと解釋すと雖も、改正案に至りては、明白に緊急行爲説を採れるものなるを信ず。但し此點は單に意見

の差なるを以て、深く論ぜず。

第五十五條の前に於ける未遂犯の總論中、豫備着手の如き、所爲の階級を説き、而して着手行爲の細別として、缺効犯、不能犯、中止犯の要旨を論じたるは、猶可なり、進んで着手行爲の性質を論ずるに方り、犯罪の着手とは、中畧犯罪事實の一部を實行するを謂ふ、と云へるは、獨盡さざるものと評せざるを得ず。第一、犯罪事實とは、著者は之を如何る意義に用ひたるかは、余の知るを能はざる所なりと雖も、若し之を犯罪の物的要素の意味とすれば、着手行爲の説明として汎きに失す。何となれば行爲に着手することはあるも、行爲以外の物的要素に着手することはあり得ざるを以てなり。第二、著者が犯罪構成條件の全部に着手するところなく、其一部に着手するも亦着手なり、と云へるは、夫の偽造行

使又は欺罔騙取の如き、二以上の行爲を要素とする犯罪に就て、偽造又は欺罔せんとして遂げざる場合も、猶其罪に着手したると云ふを得るか、それとも偽造したる上の行使又は欺罔したる上の騙取に着手して遂げざる場合に限り、初めて其罪の着手となるか、と云ふ特別の論題にして、着手行爲全体の説明としては、仍ほ他に大切なる疑點を存ず。第三、犯罪の構成條件たる行爲自体には、未だ毫も立入らざるも、而も之と直接必要の關係ある行爲のみを着手となすの説は多し、其要素たる行爲自体の一部に立入れるを仍ほ着手と云ふを得るや否やは、寧ろ未決の學論なり、而るに之に關して一點の説く處あるを見ず。之を要するに、着手行爲に關する説明は、余と意見の異なる所は、別に之が黑白を論ずるの意あるにあらずと雖も、少くも之に關する著者の

説明の、不備不明たるは余の信じて疑はざる所なり。而して余は之を以て、同じく刑法新論に對する評言と爲さんと欲す。斯の如く本書に就ては、或は非難せざる可らざる個處あり、或は全然反對すべき個處あり、或は余と見を異にする所ありと雖も、其各條文の註釋に至りては、語簡に意明に、改正案を研究せんとする者に取りて大に參考となるのみならず、世未だ其註釋あらざるを遺憾とするに方り、著者の率先して之を、公にされたるは、大に多きせざる可らざる所とす。本著者に接して、更に大に余の感したる所あり。他なし。著書が繁劇なる公務の餘暇を割きて、研學の勞を重ね、遂に一篇の著述をなすに至れる事はなり。由來我同胞は、其官に在ると野に在るとを問はず、一度相當の位置職業を獲るときは、動もすれば、



復昔日の如き勤勉研鑽を事となすことを力めず、四十にして老し、五十にして耄し、身死して人其名を忘る。世に老朽を云々するものありと雖も、余は寧ろ我國に若朽の徒多きを悲ますんはあらず。若し夫れ官民共に己の職に忠にして、之に研究の志を加へ、因て獲る所を最上の樂として、時に或は之を同好に願つこと、著者の本書を公にしたる如きものあらば、豈管に一人一家の幸のみならんや。噫、余は著者の志を感佩す。

明治三十四年七月十二日

岡田朝太郎

# 改正刑法評論之總則目次

## 緒論

第一章	刑法	一
第一節	刑法ノ沿革	一
第二節	刑法ヲ設クルノ必要	二
第三節	刑法改正ノ必要	三
第四節	刑法ノ位置	七
第五節	刑罰權ノ基本	八
第二章	犯罪	一七
第一節	犯罪ノ定義	一七
第二節	加害者	二〇
第三節	被害者	二一

第四節 一般犯罪ノ成立要素……………二四

第一編 總則……………二七

第一章 法例……………二七

第二章 刑例……………五二

第一節 刑……………五二

第二節 期間計算……………一〇二

第三節 刑ノ執行ノ猶豫及免除……………一四

第四節 時效……………二九

第五節 大赦特赦減刑及復權……………三九

第三章 犯罪ノ不成立及刑ノ減免……………四四

第四章 未遂罪……………八七

第五章 併合罪……………一〇五

第六章 再犯……………三二

第七章 共犯……………三六

第八章 酌量減輕……………五六

第九章 加減例……………五九

改正  
草案  
刑法評論總則之部目次

改正  
草案  
刑法評論

緒論

第一章 刑法

第一節 刑法の沿革

維新以前の刑法史は暫く之を措て論せず。明治初年の假刑律に次て全國一定の刑典を頒布したるは明治三年十二月の上諭に基く、新律綱領是なり。而し此新律綱領は同六年六月改訂變更して改定律例と革め新律綱領と並ひ行はれたるも、其立法は明清律に則り多少泰西の法理を參酌したるものにて規定する所頗る峻刑酷罰を極めたり。現行刑法は全十三年七月初めて制定公布する所に係り、大に泰西諸國の刑法を參照取捨し、就中佛國刑法を模範として舊慣を改め、同十五年一月より實施せられて二十年後の今日に至れり。左れと時勢は日と共に變遷し社會

は月と共に進化し、従て現行刑法の不備欠點甚だ多きを覺ゆ。殊に外國の交通益を頻繁となり、國民多年の宿望なりし條約も改正せられて外人に對する我裁判權も之を回復し、曩きに必要を認めざりし規定も新に設けざるを得ざるに至り、政府は同二十五年一月司法省に於て刑法改正委員なるものを定め之か改正に着手し同二十八年十二月四年の星霜を経て漸く改正案脱稿し、一旦其草案を世に公表したるも尙は鄭重の調査を爲す爲め法典調査會に於て他の諸法律と共に幾多之か修正を加へ、其間五年餘の歳月を積み現行刑法の既往二十年來の經驗に徴し最近諸外國の立法例を参照し我國情と時勢に鑑み編纂したるものなれば我刑法史上の一大進歩と謂ふ可し。而して現行刑法は全編四百三十條なるも、改正法は僅かに三百條に減じ、而も其規定する所は精密にして洩す所なし。斯くて本案は同三十三年十二月脱稿し同三十四年三月帝國議會に提出せられたるものなり。

### 第二節 刑法を設くるの必要

抑も國家は一定の土地及び人民より成立し主權者之を統治する所の社會的團體なるが故に、主權者は國家を組織する人民を保護し人民も亦た國家の維持と保全

に力を致すへき義務あり。故に主權者は國家の獨立自存の目的を達する爲め外患に對しては兵力を備へ内憂に對しては法律を制定し、國家と人民の保護とを以て其義となすものなり。而して人民は主權者の命令に對して服從する義務あると共に又國家より保護を受くるの權利を有するものなり。

蓋し國法學上に於ける此權利とは國家の發したる法律の保護する利益を云ふものにして、其享る所の利益は則ち人民各自身體財産上の安全を得るに在り。夫れ如斯主權者と人民とは治者被治者の關係ありて、人民を保護する爲め法律を設け、國家の獨立自存の目的を達するものなり。然るに若し偶々國家の命令、即ち法律に違背するものあれば、是とりも直さず國家の成立要素を危殆ならしむるものなれば、國家は其安全を謀る爲め刑罰の制裁ある法律を以て違犯者を懲らし他人を戒むる要具と爲し、犯罪滅滅を圖らざるべからず。是れ國家に刑典の必要ある所以なり。

### 第三節 刑法改正の必要

抑も我國憲法實施以來諸般の制度稍や整頓し、民法商法も既に實施せられて國民

の権利も大に確保せられたるに、獨り刑法に至ては二十有餘年前未開幼稚の時代に制定せられたる儘なり。今や時勢は駿々乎として着々歩を進め世態民情殆んど舊狀を存せざるに至れり。故に民間事業の勃興、人智の發達に伴ひ世間奸惡の徒輩出し法禁の不備を奇貨として良民を害し社會に荼毒を流すもの日々増加し、爲めに奸惡の犠牲となり、社會風紀の紊亂是れより甚たしきを加ふ。其一二の實例を擧ぐれば、公選に係る議員又は委員なる者、議會又は委員會を利用して醜陋背徳不正の所爲をなし恬として耻ぢざるか如し。上流社會既に斯の如し、下流其風を學ひ、法網を逸れんとするもの滔々たる天下皆然らざるはなし。贈賄收賄の聲一の事業一の議會に於て之を聞かざるなく、社會風紀の紊亂人心の腐敗茲に至て極まれりと謂ふ可し。今の時に於て救濟せずんは其底止する所を知らず。是れ

刑法上公務所、公務員の規定なきの致す弊、豈に慨嘆に堪ゆべけんや。次に條約改正以來、我國外交益々頻繁を極め交通織るが如き今日に至り、外人及び國交に關する規定なし。爾來幾多の異變を生し、朝野舉て焦心憂慮したることあり。尙ほ將來如何なる椿事の出來するや得て知るべからず。是れ一は國內風紀

を矯正し一は外患を防ぐ法則具はらざるに坐す。苟も一國刑法典にして此重要な禁令なし、豈に國家の体面に關する一大缺點なりと謂はすして何んぞや。其他現行刑法の不備、缺點殆んど枚擧に遑わらず。然るに非改正論者此不備、缺點を認むるも單行法を以て補正す可し未だ根本的改正の必要なしと云ひ、仍ほ漸く朝野法曹も運用に習熟し人民亦是れを知得するに至れるを政府は輕舉突然改正して其適從に苦ましめんとす云々。夫れ然り論者も不備、缺點は之を認めて尙ほ改正に反對せんとなす、自家撞着も亦太甚しからずや。又曰政府は草案を秘して世の清議を容れず學者政治家の意見を問はず、是朝野法曹を無視したる行動なりと。否らす政府は夙に刑法改正の必要を認めて第一議會に改正案を提出したることあり、其翌年より司法省に刑法改正委員を設け、精査二十八年に至り草案を一旦世に公表して意見を徴し以て改正案を編成し、尙ほ慎重を要する爲め三十二年法典調査會の議に附し詳密なる審議討究を経たるものなり。非改正論者の言ふ所執るに足らざるなり。

元來刑法は國家の安寧秩序を維持する重要な法典なり。然るに此刑法典にし

て不備、缺點あらん歟、其間隙に乘し犯罪の方法手段頗る巧妙を極め、奸惡の徒益々跳梁跋扈罪惡を逞ふせんとするを以て、今此不備、缺點を補正して防止するは寧ろ國家公益上の急務なりと謂ふ可し。現行刑法は實施僅かに二十年々月未だ長からざるも此間人智は殆んど舊態を存せず、人情の變化輕薄に流ること今日の如きはなし。然るに現行刑法は此民情と俗習に伴はず、或は懲治し難き犯人に對し寛刑を用ひ懲治し易き犯人に對して嚴刑を科し罪刑其中庸を得ることなきにあらず。犯罪の種類千差萬別なると等しく犯人の性質に至ても其相同しからざる恰も其面貌の異なるか如し。假令同一の犯罪なるも其原因異なれば情狀も亦從て同じからず。彼の殺人犯の如き其原因強賊の貪慾に出ることあり、孝子復讐の怨恨に出ることあり、或は嫉妬に出つることありて惡むべき者、憐れむべき者あり。然れ共、彼の犯罪を慣用して殆んど業と爲すものに對し寛刑を科し懲治を期するも得べからず。之に反して偶然刑辟に觸れたる者は悔悟せしむるに難からざれば嚴罰するを要せず。於之乎刑を定むるに當ても寛嚴兩様の主義を併用して犯罪の情狀と犯人の性質に因り刑を上下する自由を與へざるへからず。

故に改正刑法に於ては聊か此刑の範圍を擴張して、千差萬別の犯情に對して刑の適用上遺憾なからしめんとを期したり。最も改正刑法の全編を通して未だ必ずしも首肯し難き法文なきにあらざれば孰れも金科玉條のみと謂ふを得ざるも、是れを現行刑法に比すれば較や一大進歩の改正なると余の信して疑はざる所なり。

#### 第四節 刑法の位置

刑法は如何なる位置の法律なるや。蓋し法には種々あり、即ち自然法、人定法、公法、私法、主法、助法と謂ふか如し、而して自然法とは天然自然の法律にして主權者の命令を待たず吾人人類相互に遵奉すべき彼の習慣、例規、學說等に因て支配せらるるものを謂ふ。之に反して人定法とは主權者か命令を以て一定の事を爲す可し、爲す可からずと規定せるもの是れなり。又公法とは國家の組織及び國家と人民との關係を定めたるものにして憲法、行政、刑法の如きものを謂ひ、私法とは人民相互の關係を規定する法律を謂ふ。此公法、私法にも亦た國內法と國外法とあり。國と國との關係を規定するを國際公法と謂ひ、外國人民との關係を定むるものを國際私法と謂ふ、國內私法は民法、商法即ち是なり。次に主法とは事物の本体を定め

て權利義務の關係を規定し、助法とは其主法を運用す可き手續法を謂ふ、刑事訴訟法及び民事訴訟法是なり。刑法は以上の法律中人定法にして成文法なり、又國內公法にして主法に屬するものにして國家の生存上最も重要なる法典なりとす。

#### 第五節 刑罰權の基本

法律は吾人に或る行爲を命し又は禁し、之に背くとき何故に制裁して刑罰を科するや。吾人は相互に善事を爲さざるも社會の平和安寧を保持することを得べきも不正不善の行爲を爲し人を害せば延て國家の生存を危殆ならしむるを以て國家は社會の安寧秩序を保持する爲め強制的制裁法を設けて之か矯正を期するものなり。此國家刑罰權の發生する基本に就ては古來學者の説多し。是れを大別すれば復讎主義、恐嚇主義、民約主義、承認主義、正當防衛主義、賠償主義、道德主義、命令主義、折衷主義とす。以上九説の意義を畧論して我か立法者は其孰れの主義を採用したるかを述べんとす。

第一説 復讎主義 人あり若し我身體財産を侵害することあれば之に報ゆるの感念を生ずるものなり。我國維新前は親子兄弟他人に殺されたるときは其復

讎を以て一の名譽と信し人も亦之を賞揚したり、然れ共此復讎を個人の爲す儘に放任せんか社會の秩序を紊亂するか故に國家は個人に代り其復讎を爲す、即ち國家は加害者に對して刑罰を加へ而して社會の秩序を維持し、他の一方に於ては被害者を満足せしむるにあり、是國家刑罰權を有する基礎なりと。

第二説 恐嚇主義 此説は人若し人を害すれば國家は其加害者に刑罰を科し、恐嚇して悔悟遷善再び罪を犯さしめず、復た他人をして刑罰の畏るべきことを知らしめ後害を豫防するにありて國家は社會の安寧を保持する爲め此權利を有するものなりと。

第三説 民約主義 此の説は佛國の碩學、ルソー氏の唱道したる所にして、凡そ社會の成立は吾人の約束に基くものにして各人群居すれば勢ひ弱肉強食を免かれされは各人相互の意思より暗に約して我權利を保護する爲め社會を組織し、其社會組織の初に當り若し惡事を爲すものあれば其身體、生命、財産は悉く社會に一任して相互の平和を保持することを約し、是に依て社會は罪人に對して刑を科するの權利を得たるものなり、其社會に刑罰權ある所以なりと。

#### 第四説 承認主義

此説は社會即ち國家が法律を制定し、斯くの如きことを爲せは如斯罰すべしと定めたるは人民之を承認しつゝ違犯するものなれば社會は其承認を理由として之を罰するものなり、是即ち社會に刑罰權ある所以なりと。

#### 第五説 正當防衛主義

此説に依れば人は天賦の正當防衛權を有す、社會も亦無形的人格を有す、自己を防衛するの權利あり、故に犯人ありて社會若くは社會を組織する人を害するときは、社會は此正當防衛權に依て之を罰するものなり。

然れ共其防衛權を個人之を行ふに付ては加害目前に迫り他に避くるの路なきを要するも、社會が執行するときは加害者の現行なると否とを問はず已に去るも尙は追求して防衛權を執行するを得べし、蓋し社會は加害既に去る尙且犯人を罰して、將來を警戒せされは其安寧を維持すること能はず、是社會刑罰權の發生する基本なりと。

#### 第六説 賠償主義

此主義は凡そ他人に損害を加ふれば之れを賠償すへき義務あり。夫れ如斯一私人すら仍ほ損害賠償の權あるを以て若し犯人ありて人を害し社會を害するときは社會も亦損害を賠償せしむる權なかるべからず、此

社會賠償權利は即ち社會刑罰權なりと。

#### 第七説 純正主義

此説は人は事の善惡邪正を識別するの智識と爲不爲、動不動を決定するの自由あるか故に、邪惡を去りて正善に就かざるべからず、然るに將に爲す可き事を爲さず爲す可からざる事を爲すときは必ず其應報あり、善を爲せば善報あり、惡を爲せば惡報あるは是自然の結果なり。刑罰は即ち惡事より生ずる惡報なるを以て人社會に生存し惡事を爲せば社會は之に應報として刑罰を加ふることを得べきは、事物自然の道理にして社會刑罰權は此正當純正の理由に基くものなりと。

#### 第八説 命令主義

此説は佛國の學者ヘルツの主張せる所にして、其説に曰く國家は固より正當防衛權を有す、此防衛權は即ち刑罰權なり。抑も國家は其秩序を維持する爲めに法律を制定するの權あり、其法律は是即ち命令なり。而して法律には制裁を附して違犯なからしむ、若し法律にして此制裁なくんば徒法空文のみ豈誰れか是に服従するものあらんや、故に刑罰權は國家の命令權より自然に生ずるものなり、此命令するの權社會にありとせば刑罰なる制裁を



付するの權も亦國家にあらんや勿論なり。是社會刑罰權の生ずる基本なりと。

第九說 折衷主義。此説は近時佛國の學者ルトラン氏の唱道に係る。其説に曰く人は形体と智識とを以て生存するものなり、即ち人か相集りて社會を組織するは自然の天性に出で事の善惡邪正を辨別するの智識を有するも亦人の天性自然より出づ人類の性情夫れ斯くの如し。社會刑罰權を論ずるに當ても其根據を此に採らざるへからず、然るに社會刑罰權を論ずる者皆一端に偏重して其中を得たるものなし、豈に正鵠を得んと欲するも得へけんや、凡そ事を論ずるに當ては唯一端を擧て一面を觀されは能く其理を盡す能はず、而して人は事の善惡邪正を辨別するの智識を有するのみならず爲不爲を決定するの自由あるか故に惡を爲せは惡報あり善を爲せは善報あることは當然なるを以て人か社會に在りて惡事を爲せは應報として刑罰を受くるは當然なり。是純正主義の説く所にして刑罰權を行ふ正當なる理由は蓋し茲に存せん、然れ共社會は如何にして邪惡に干渉して苦痛なる刑罰を行ふの權あるやを辨明せず。正當防衛主義は社會か自己の安寧秩序を維持する爲めに防衛するの權あるを以て刑罰

權を生ずと説き、社會か何故に惡事に干渉して刑罰を與ふる力を盡すも刑罰を加ふる正當なる理由に至ては之を説明せされは二説共に採るべき所ありと雖も亦缺くる所なきにあらず、而し此二説を合すれば甲の欠漏は乙之を補ひ乙の不備は甲之を充たし相待て完璧を得べし、是れ折衷主義の生ずる所以にして此主義は純正主義と正當防衛主義とを調和して刑罰權の基本となしたるものなり。要するに此説は道德に背戻したるも社會を害さざれば刑罰を加ふることを得ずと爲す、何となれば惡報を受くべき所爲あるも社會は自ら防衛するの必要なければなり、又社會を害する兇行あるも道德に背戻したる所なければ刑罰を科すべからず、社會は自ら防衛するの必要あるも惡報を受くべき所爲にあらざればなり、論して茲に至れば刑法上罰すべき所爲は道德に背き社會を害したるものならざるへからずと(宮城氏刑法正義)。

以上數說中此折衷主義は我現行刑法の立法者か採用したる主義なることは從來の學說上疑を容れざる所なり。然れ共國法學上より社會刑罰權の基本を論ずればペルトール氏の所謂命令主義最も正確なるを信す。如何となれば凡そ法律は

主權者か國家統治の大權より發する命令にして人民は之に服従するの義務あるを以て其命令に違背するものあれば之に如何なる制裁をも科するの權力あり故に刑法は國家の獨立自存の目的を達し社會の安寧秩序を維持する爲め必要上國家の發したる命令なるを以てなり。而し改正刑法は此折衷主義を採用したりや將た根本的に主義を變更したるものなるやは大に講究すべき問題なり。

學者論して曰く「刑法の主義を大別して二となす、舊學派主義及び新學派主義則ち是なり。舊學派は刑法學起りて以來今日に至るまで廣く歐洲諸國に行はれ延て我國まで傳播せし所にして、其勢力殆んど全世界を壓倒せり。其論據とする所多くは理論に偏するものあるか故に之を名て純理派と云ふ。新學派は舊學派に反對して起りたる最近の學派にして漸く三十年來の唱導に係り、發達日尙は淺きを以て未だ全歐洲に普ねからず、從て日本に於ても之を唱導するもの甚だ寡なし。其論する所社會の實益又は實際の經驗に基くか故に實利派又は經驗派の名稱あり。余は深く實利派の學を信し大に之を主張して從來我國に行はるゝ刑法の學說を一新し依て以て我國の公益を補ふ所あらんと欲す」と。又其實利主義即ち新

學派主義を説くに該て曰く「舊派に於ては犯罪の原因を以て一に之を犯人の心術に歸し其心術を治するを以て目的となす。夫れ犯人の心術正廉なれば犯罪の念慮を生ずるの理なし、犯罪の念慮生ぜざれば犯罪の事實出づるの時なし、犯罪の事實出でざれば即ち社會の秩序整然として而して國家安泰なり。故に犯人を罰するには犯人其者を惡むにあらずして邪曲の念を斷たしめんとするに在り、犯人を感化して正路に導くにあり。若し刑法にして此目的を誤て而して刑罰を設けん歟、其刑罰は即ち不正不義の刑罰なりとす。人を正さんとせば先づ己を正さざるべからず、犯人を正路に導くの刑罰にして自ら不正不義の性質を有す豈刑罰の本旨ならんや。社會に於て刑罰權を有するは其自存權を防衛するに在りと雖も社會の刑罰權は決して懲戒權の範圍を脱すべきものに非らざるなり。是刑罰權を以て正義に配せんとするものにして所謂正義派の論なり。新主義に於て論する所は罪を犯すは犯人其者に在りと謂ふと雖も犯罪の原因は敢て犯人の心術のみならず可からず、氣候或は社會の情態に原因するものあり、又犯人の一身に原因するものあり。其一身に原因する心術と雖も必ずしも正路に導くことを期すべき

ものにあらず。凡そ犯人中懲治すべき心術を有する者あり、懲治すべからざる心術を有するものあり。其懲治すべからざる心術を有するものに對しては懲戒的刑罰を用ゆるも到底何等の效なし。然るに舊學派論者は總て犯人を同一視して之に臨むに同性質の刑罰を以てせんとするは即ち誤れりと謂ふ可し。元來刑罰權は社會か其自存を全ふする爲めに有する防衛權に外ならざれば、其防衛の目的を達するに適切なる方法を以てすべし。唯徒らに犯人を懲戒するの趣旨に止む可からざるなり。是本法起草委員たる學者が刑法新論に於て論ずる所なるを以て我改正刑法案に於ても亦此新學派主義に基き改正したること殆んど疑を容れざる所なり。

折衷主義即ち舊學派の所論に依れば背徳加害の行爲なくんば、決して社會は之に刑罰を科すること能はずと論ずるも、余の信ずる所及び改正刑法の新主義ニ於ては如何に道徳上善なり義なりと稱するも國家の生存に危害を及す可き行爲例へは政事犯の如きもの又は人民の權利を侵害するものなるときは忠孝何れの爲めに行ふも法律の命する所に違犯する者は之を罰して其々傲ふ者なからしめ、刑罰

の所謂自懲他戒の目的を達す可きものなり。是刑法の最大目的となす所社會刑罰權の基本も亦此國家獨立自存の目的を達する必要上生したるものなれば近時背徳加害を以て社會刑罰權の基本と爲すか如きは抑も陳腐に屬する學說なり。

## 第二章 犯罪

### 第一節 犯罪の定義

犯罪とは如何なるものを謂ふやに就ては刑法學者間其見解を異にし、未だ完全なる定義あるを見ずと雖も、余の信ずる定義を擧ぐれば則左の如し。

犯罪とは豫め法律を以て刑罰の制裁を付したる禁令又は命令事項に違犯する行爲を謂ふ。故に此定義を分折れば左の三條件を包含す。

第一、刑罰の制裁ある法律なること

法律中には刑罰の制裁あるものと否らざるものとありて、其刑罰の制裁なき法律に違犯するも犯罪となるべきものにあらず。而して此刑罰の制裁ある法律は刑法を以て重なるものとなす。其他民法、商法及び諸罰則法令に於て禁令又

は命令したるものも亦刑罰なり。要するに刑罰とは法律の違犯者に對して裁判上言渡す苦痛を云ふに外ならず。其苦痛とは犯人の身體自由の拘束又は財産の徴收等是なり。

第二、豫め法律が禁令又は命令したる事項たること。

法律が豫め禁令又は命令したる事項以外に於ては人は素より自由の行動を爲すことを得べく何等の拘束をも受けざるを以て原則となすか故に、他人の權利を侵害せざる以上は如何なる行爲も自由にして法律は禁ずるものにあらず。之に反して若し他人の權利を害する所爲あるときは自己を利すると否とを問はず社會の秩序を紊亂するを以て法律は禁制して違犯者なからんことを企圖するものなり。

第三、禁令又は命令したる事項に違犯する所爲あること。

此禁令事項に違犯したる行爲とは自ら進んで違犯の所爲を爲すべき積極的行爲を謂ふものにして、刑法中其大多數の犯罪は禁制的行爲に違犯するものなり。假令は人を殺す可らず、人の財物を取る可らず、この規定あるを自ら進んで殺傷

又は窃取したるときに如し。又命令事項に違犯したる所爲とは消極的に爲すべきことを命したる場合に之を爲さざる不行爲を云ふ。假令本法第二百五十七條に「扶助を要すべき老幼者又は病者を現場に發見したるもの故なく之を扶助せず又は當該の職員に申告せざる者は科料に處す」と規定したるは是爲すべきことを爲さざるの一例なりとす。

以上三條件の外、學者中更に權利の執行に屬せざる所爲なることを要す岡田博士刑法論と論するものなり、或は禁制又は命令に違犯する所爲にして本人其責に任ず可きものたるを要す龜山氏刑法講義と云ふものありと雖も、本法第四十五條に規定したる法令又は正當の業務に因り爲したる行爲又は急迫不正の侵害に對する正當防衛又は犯人の身分、年齢等に因り刑罰を免せらるる場合の如きは孰れも皆權利の執行又は法律が特に犯罪の事實あるも刑罰を科せざることを規定したるものなれば、法律の禁制又は命令に違背したるものにあらず。故に權利の執行に屬せざること又は責に任ずべきことを以て犯罪成立の一般要件と論するの必要なし。蓋し多少反對論なきにあらざるも是余か右三條件を以て犯罪構成條件と

爲したる所以なり。尙ほ其詳細に至ては第三章犯罪の不成立及び刑の減免を説くに當て詳論せんとす。

## 第二節 加害者

刑法上犯罪者とは所謂犯罪の責を負ふ能力を有する人を謂ふ。凡そ汎く法律上の人といふに二種あり。一は有形的肉体を有する人類にして、即ち國家組織の一員として生存する者一は法律の假想に因り創設せられたる無形的法人を謂ふ。此法人は一定の目的の爲めに設立する者にして、其目的の範圍内に於ては有形的人類と同一人格を認めらるゝものなり。而し法人にも亦公法人、私法人の別あり。公法人とは國、府、縣、市、町村等を云ひ、其他民事、商事の會社の如きを私法人と云ふ。刑法上の禁令又は命令に違犯して之に責任を負ふものは、自由意思と智識能力とを具備したる有形的人類たるを要す。若し智識なく自由意思なきものは有形的人類の行爲なりと雖も未だ以て刑法上の責任を負ふべきものにあらず、殊に法人は其れ自身智識能力を有せざるを以て刑法上の主体たるを得ざるは論なし。只法人を組織する人員に因て活動するに過ぎず、即ち國家に君主、府縣に知事、府長、市町

村に市町村長、會社に社長なるものありて、其法人を代表して法律上認許せられたる目的の範圍に於て活動するものなれば、刑法上に於て無形人は犯罪能力あるにあらず。若し行ふものありとすれば法人を代表する者或は其職員なるを以て假令法人の名義に因て罪を犯すも責任の皈する所は代表者又は職員なりと知るべし。要するに無形的法人は有形的人類に因て活動するものなれば犯罪の實行に付ては自ら活動する能力なく法律上認許せられたる範圍外に其存立を認めらるものにあらず。故に法人の名義を以て罪を犯すも其代表者、職員に犯罪なれば其責任も亦代表者又は職員にあるものなり、然れども法人は其生存を認められたる範圍に於ては財産の所有能力を有するを以て民法上有形人と等しく法律行爲の主體として責任を有するは法人格を認められたる當然の結果なり。從來犯罪の主體たる主動者は有形的人類に限るの原則に對して例外なしとは刑法學者の定論なり。

## 第三節 被害者

犯罪の被害者とは犯罪の爲め害を受くる者を謂ふ、故に有形的人類、無形的法人共

に犯罪の被害者たることを得べきものなり。は人生命、身體自由を有し自ら活動するものなれば生活の目的上名譽を有し財産を有す。無形的法人も亦法律上權利義務の主體たるべき人格を認めらるゝものなれば名譽を保有し財産を有することは有形的人類と毫も異なることなし。若し之を侵害する者あれば其被害者たること有形的人類と等しく、法律の保護を受くべきものなり。故に刑法上、犯罪受動者即ち被害者の地位に立つものは人及び法人なりとす。

(一)有形人。犯罪の主動者たる犯人は智識能力と自由意思あるものにあらざれば刑法上の責任を負ふべきものにあらざることには前段既に論じたるが如し。之に反して犯罪の受動者たる被害者の地に立つべき人は生存する人たる者凡て被害者たることを得べし。是れ即ち法律は此社會に生存するものは其何人たるを問はず保護して生存の目的を達せしめんとするを以て是非の辨別なき幼者、老ものたると精神障礙に因る知覺の喪失者なりと雖も軀體を具備して世に現在する人は皆被害者たることを得可きは勿論、未だ母の胎内の在る胎兒も尙は法律は之を保護せり。即ち本法第二百四十九條に規定したる墮胎罪の如き

存生は未だ此世に現出せざるものを保護するの意に出でたるなり。而して又既にせざる死者に對しても其遺骸を保護し又は名譽を保護することあり、本法第二百五十一條、墳墓を發掘し又は毀損したる者は二年以上の懲役に處すとの規定及び第二百七十條、第二項の死者の名譽を毀損したる者其摘發したる惡事醜行にして誣罔に出でたるときは死者の爲めに之を處罰するか如き即ち是なり。其罰する所以の理由は社會の善良なる風儀を維持し殘酷の惡習を除去せんとするに外ならず。

(二)無形人。此法人は犯罪の主動者たるを得ざるは屢々論じたるが如し。然れ共法人も亦權利義務の主體たる事は法律上認むる所なれば、其權利を保護する爲め存立に必要な範圍に於て名譽及び財産を保護せざる可からず。蓋し法人は無形にして且法律上假想の人なるを以て形體を備わされは身體に對する犯罪の被害者たることを得ざるは論を俟たず。又國家に對する犯罪に付ては本法第九十一條内亂に關する規定、國交に關する第四百四條以下の規定、其他公務員、公務所に對する名譽に付ては第一百十二條、侮辱罪の如し。要するに犯罪の主體

たる人は有形人に限るも被害者たるものは有形人、無形人はなり。

以上の外、社會も亦被害者たることを得へしと論ずるものあり。本法第二百十九條の神祠、佛堂、墓所其他禮拜所に對し公然不敬の所爲ある者を處罰する規定是なりと。然れ共此規定は神祠、佛堂、墓所禮拜所其もの又は是を安置する建造物を保護するに非ず。若し是に對して公然不敬の所爲あるを放任せしは世の信教者其他一般社會の感觸を害するのみならず、良風善俗を破るの原因と爲り、延て公益に關するが爲めに罰するに在り。故に本條の規定も亦國家が其直接の被害者なりと謂ふべし。

#### 第四節 一般犯罪の成立要素

刑法上犯罪成立條件に一般に要する條件と、各犯罪に付き特別に要する條件とあり。而して其一般犯罪成立に要する條件を缺くときは總て犯罪成立せざるものなり。單に各犯罪に要する特別條件を缺くときは其他犯罪は成立せざるも他の犯罪を構成することなきにあらず。假令竊盜の目的を以て家屋に侵入したるに家人に發覺したりとせん乎、竊盜罪成立せざることあるも家宅侵入罪は構成する

者中其見解を異にし種々の條件を列擧するものありと雖も余の信する所に由れば一般犯罪成立要素は自由意思、辨別力及び犯意の三條件を要するものと爲す。

第一、自由意思、凡そ何人も自己の所爲に對して責任を負擔するは自由意思の所爲に出でたるを要するものなり。故に本法第四十七條に於て自己又は他人の生命身體若くは財産に對する現在の危難を避くる爲め止むを得ざるに出でたる所爲は之を罰せずと規定したるは、即ち自由意思の缺乏に基く所爲なるを以てなり。

第二、辨別力、人にして如何なる所爲を爲すも是非を辨別する智識能力なくして之を行ひたるときは未だ以て刑法上の責任を負ふべきものにあらず、即ち精神障礙に因り知覺精神を喪失したる者の所爲及び十四歳未満の幼者の如きは是非善惡を辨別するの能力なきものなるを以て之を罰せざるなり。

第三、犯意、罪を犯す意思なき者の所爲は之を罰せざることとは本法第四十八條の規定する原則なれば假令自由意思ありて是非を辨別する者の所爲なりと雖も

罪を犯すの意思なきときは、特別の規定ある場合の外之を罰せざるなり。  
 以上三條件の外本法第二編以下各條に規定したる各犯罪たるべき禁制、又は命令的行為を實行したるときは、其各種の犯罪成立するものなるも、此三要素は本法全体に通ずる原則なるを以て、茲に其大體を論じたるに過ぎざれば、尙ほ各條下に於て其詳細を論ぜんとす。

## 第一編 總則

本編は現行刑法第一編と等しく、各種の犯罪に共通する規定を網羅したり。其編次節目を示せば、則ち第一章法例、第二章刑例、第三章犯罪の不成立及び刑の減免、第四章未遂罪、第五章併合罪、第六章再犯、第七章共犯、第八章酌量減輕、第九章加減例是なり。其現行刑法を改廢したる點を擧ぐれば、現行刑法第一編第十章の親族例は民法の規定に譲り、同編第三章の加減例及び第六章の加減順序を併合して一章となし、本編第九章とせり、又現行刑法第一編第四章第三節酌量減輕を同章より分離して、更に本編第八章と爲し、同第七章數罪俱發を本編第五章併合罪と改めたり。其他法文順序配列を多少變更したるも、大體に於ては異なることなし。

### 第一章 法例

本章は現行刑法第一編第一章と同しく、刑法の效力に關する一般の通則を定めたるものにして、其順序を示せば、則ち(一)犯罪の區別、(二)法律の時に關する效力、(三)法



律の土地に關する效力(四)法律の人に關する效力(五)刑法の總則の他の法律に對する效力等是なり。而し現行刑法第二條の規定は解釋上明白の原則にして是を成文となすの必要なきを以て削除し、同第四條も亦一般法と特別法との關係上明白の法理なるを以て等しく削除したり。蓋し現行刑法に於ては法律の土地及ひ人に關する效力に付ては何等の規定なし。是實に現行刑法の缺點にして改正すべき緊要部分に屬するを以て第三條乃至第七條に於て時に之に關する規定を設けたり。此他本章中第八條に於て公務所及ひ公務員の規定を新に設け、其用語の意義を明示したり。

以上は是本章を改廢したる項目の大体なりと雖も、要之本編總則とは刑事法一般に關することの規定なるを以て獨り刑法のみならず、他の特別法令等苟も罰則を定めて別段の規定なき者は總て本法の支配を受くべきことを規定したるにあり、蓋し第一章法例とは法律を適用す可き例則にして、則ち本法效力の及ぶ可き範圍を規定したる者なり、換言すれば本章は罰す可き犯罪の區別及び犯罪後の法律に變更ありたる場合に於ける處分、刑法か國の内外人に關して其效力を及ぼす可き

範圍と程度とを規定したるにあり。其詳細に至ては各條に於て之を論せんとなす。

### 第一條 法律ニ於テ罰ス可キ行爲ヲ重罪及ヒ輕罪トス

本條は犯罪として罰す可き行爲の種類を規定したるものなり。

現行刑法は第一條を以て所謂犯罪三別の主義を採り、重罪、輕罪、違警罪の三種に區分せり。然れ共此重罪、輕罪の區別は固と是れ罪質上明白に區別す可き標準あるに非ず、唯科す可き刑名、刑期を異にするに過ぎず。特に自由刑に於ては重罪の刑期は輕罪せり長く、輕罪の刑期は重罪より短きが爲め、往々重罪の自由刑は其短期も重きに過ぎ、輕罪の自由刑は其長期も稍や輕きに失し、罪刑相當せざるの弊なきにあらざれば之を濟はんとして重罪、輕罪の區別を廢し、刑期の範圍を擴張したるものなり。然りと雖も亦現行刑法の違警罪に至りては、其罪質全く前二者と同一からざる所あるを以て本法に於ては重罪、輕罪を合併して更に重罪と名け、違警罪の語を改め輕罪と爲し、所謂犯罪二別主義を採用せり。

夫れ如斯改正刑法は此實益なき三區別を廢して單に重罪、輕罪の二種と爲したる所以の理由は、重罪、輕罪は其科すべき刑罰も同一にして唯長、短の差異あるに過ぎ

されは、徒らに罪の種類を分けて規定を繁雜ならしむるの必要なきを以て重罪、輕罪を混同して是を重罪となし。違警罪を改め輕罪と爲したるに外ならず。殊に現行刑法は罪を重罪、輕罪、違警罪に區別して其範圍内に非されは刑罰減の自由なきか爲め、各犯罪の情狀千差萬別豫想外に出づることあるも罪刑適度の判決を爲すこと能はず。假令は彼の殺人罪、放火罪の如き、其情狀と決行の原因とは種々ありて惡む可き者憐む可き者ありと雖も、是皆等しく極刑に處して殆んど減輕の自由なきか如し、彼の財産に對する犯罪に至ては情狀の輕重一層甚だしきに拘はらず刑の範圍最も狹隘なるを以て、巨萬の財を奪ふも僅かに三四年の自由刑に止まり、一錢を竊盜するも仍ほ二ヶ月以上の刑に處せざるへからず、於之乎財産に對する犯罪近時増加して各犯罪の過半以上を占むるに至れり。是れ惟ふに現行刑法の範圍狭く且つ輕るきに失する弊なるを以て改正刑法は此重罪、輕罪の區別を廢して、刑の範圍を擴張し、裁判所に刑罪適度の刑を科するの自由を與へて其弊を除去したるにあり。

蓋し此重罪、輕罪とは如何なる犯罪なるかは本條に於ても亦明示せざるも第十條に死刑、懲役、禁錮及び罰金を重罪の主刑となし。第二項を以て拘留及び科料を輕罪の主刑とすと規定したるを看れば拘留、科料以外の刑を科する犯罪は總て重罪にして、拘留、科料に該るべき犯罪は皆輕罪なりと謂ふを得べし。然れ共其重罪、輕罪たることは如何にして是を定むるやに至つては從來頗る議論のある所なりし。論者或は犯罪は種々の情狀あるを以て甲罪は必ず重罪なり、乙罪は必ず輕罪なりと斷定するを得ず、其種々の情狀を審案して、結局犯人に科すべき刑罰を定め始めて重罪、輕罪の種類を知るべきものなり。故に未成年者が強盜を爲せば重罪なるも、宥恕、減輕の結果重禁錮に處せらるるときは是輕罪なり。即ち未成年者の犯罪は成年者より智慮淺薄にして思料十分ならざるに因り、輕罪となすものなれば既に犯罪程度に於て重罪たるの價値なきか爲めなり。故に曰く重罪たり、輕罪たりは其科す可き刑罰に依りて標準を定むべきものなりと。又曰く法律上の減輕は犯罪の性質固より輕るさか爲めに減すべきものなれば、重罪を輕罪に減輕したるときは初めより輕罪なり。然れ共裁判上の減輕は、之を與ふると否とは判事の認定に委すれば裁判所か酌量して減輕するも、爲めに犯罪の性質を變更するものに

非らず。故に裁判上の減輕は依然重罪たるの性質を變せず、之に反して法律上の減輕は、罪質を變更するを以て其減輕したる刑に因りて重罪、輕罪を定むべきものなりと、現行刑法第九十九條に『犯罪の情狀に依り總則に照らし同時に本刑を加重減輕す可き時は左の順序に従て其刑名を定む但し從犯及び未遂犯罪の減等其他各本條に記載する特別の加重減輕は其加減したる者を以て本刑と爲す』と規定したるを以て、解釋上異論を生したるも、改正刑法は第八十條乃至第八十五條を以て減例を規定し、第八十一條に『法律上刑を減輕すべき場合に於て各本條に二個以上刑名あるときは先づ適用すべき刑を定め、其刑を減す』と規定したるも、重罪を減輕して輕罪に下すの規定なきを以て刑法中特に減輕すべき規定ある場合なること又裁判上に於て減輕すべき場合なることを問はず、加重減輕の爲め其罪質を變更すべきものに非らざれば如斯疑義を起生することなきに至れり。

第二條 犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ變更アリタルトキハ其  
輕キモノヲ適用ス

本條は刑法の時に及ばず效力を規定したるものなり。

此犯罪後の法律に因り刑の變更ありたるときは、其輕るきものを適用すとの規定は、犯罪實行後判決確定以前法律の改正に因り、刑の變更ありたるときは輕き法律に従ひ、處罰すべき者を規定したるものなり。乍去余の看る所に依れば、法文簡に失し一讀疑義を生して世人の解し易すからざる法文たるの憾なきに非らず。然れ共是或は學者に解釋の餘地を與へたるに似たれば、余は本條の因て以て生れたる沿革より之を論じて、其意義を明瞭ならしめんとす。

現行刑法第三條は『法律は頒布以前に係る犯罪に及ぼすことを得ず、若し所犯頒布以前に在て未だ判決を経ざる者は新舊の法を比照し輕るきに従て處斷す』と規定し、先づ法律は既往に遡らすとの原則を示し。而して後其例外として未だ判決を経ざる者に對しては新舊を比照して輕るき法律に従ひ、處斷す可き規定を爲したり。然るに改正刑法は此法律は頒布以前に係る犯罪に及ぼすことを得ずとの原則を廢除して例外と看做したる第二項の法文を改め、單に『犯罪後の法律に因り刑の變更ありたるときは其輕るき者を適用す』と規定したるを以て一見其例外を原則として法律は既往に遡るか如き感なきに非らざるも、此沿革上より看るも斷し

て然らざるものなり。唯斯る原則を置かざるも當然自明の理にして、故らに規定せざるも何人も既に知る所なれば單に犯罪後の法律に因り、刑の變更ありたるべきは其輕るきものを適用すと注意的に規定したるに止まり、東西古今に渉る法律不遑及の原則を打破したるものに非ざるや疑を容れざるなり。蓋し是を删除したるに就ては意見なきにあらざるを以て後段に於て述べんとす。

法律は罰すべき所爲あるときは時の如何を問はず之れを罰すべきものにあらす。一般の原則としては總て法律は施行以前の行爲に及ぼす事を得ず故に法律を以て時に禁令又は命令せざる當時は如何なる所爲と雖も各人自由に之を行ふことを得へし、法律の正條なきものは何等の所爲と雖も罰することを得ざるは當然なり。然るに突然新法を以て舊法に罰せざる所爲を罰するの規定を爲し、既往に遡て效力を及ぼす者とせば法律は人民に告げずして罰するに至り、人民既得の權利を害するの虞あるを以て法律は豫め施行したる以後の犯罪に付ての適用すべきことを定めたるにあり。其法律上の禁令又は命令に違犯したる所爲とは法律の規定ありて而して後始めて云ふ可きものなれば法律なき以前に於ては各人行爲

の自由を有すれば假令其行爲は嫌惡すべき不法の所爲なるも禁令、命令以外に犯罪なることなし。故に現行刑第二條の規定なきも法律なければ犯罪なしとの原理に依り、裁判所は法律の規定以外に逸して濫りに人を罪するを得ず。各人行爲の自由は人生自然の原則にして禁令、命令は此例外を爲すを以て法律の規定を符て後是れを知るべきものにあらす。

本條は前段説明したる如くなるも此原則に對する之か例外を規定したる者なり。即ち犯罪以後幾回法律の改正、廢止あるも其犯罪行爲に對して未だ判決確定せざるときは變更したる法律中最も輕き法律に従ひ處斷す、是れ本條に於て犯罪後の法律に因り刑の變更ありたるときは其輕るきものを適用すと規定したる所以なり、故に其犯罪事件の裁判中に於ける法律の改正、廢止は何回なるも本條に依り輕るきに從て處斷すべく、若し其判決確定したる以後の變更なるときは輕重何れに變更するも最早如何ともすること能はず判決確定の效力は特赦、大赦の恩命を待つの外決して破壊することを得されはなり。而し本法の法律に因り刑の變更とは法律の改正、廢止を謂ふものにして其改正、廢止は必ず帝國議會の協賛を経て

天皇の裁可ありたる後法例第一條の規定に従ひ公布の日より滿二十日を経て施行すべきものなれば特別の規定ある場合の外公布以後二十日を過ぎされは凡て改正、廢止の効力なし。故に此順序に因り刑の變更ありたるべきを謂ふに在り、要之本條の意義は法律の施行以前に係る行為に適用せざる原則は之を認むるも規定するの必要なしとして單に犯罪後の法律に依り刑の變更ありたる場合に於て未だ裁判確定以前なるときは其變更中の輕き法律に従ひ處斷すべきことを示して法文を簡短明瞭ならしめたるに外ならずと雖も、法律は成る可く世人の了解し易きを要するものなれば、法律不遑及の原則を認むる以上は之を規定するも事に害なきを以て現行刑法と同じく其原則を示さざるは法文の体裁を失する者にあらざるなき乎、明治三十三年十二月政府より全國司法官に配付したる草案第二條は明かに此原則を置きて本條を第二項に規定したり、故に余は復活して本條第二項に法律は其施行以前に係る行為に之を適用せずと規定し、而して本文を其第二項とせられんことを希望するなり。

第三條 法律ハ何人ヲ問ハス帝國内ニ於テ犯シタル罪ニ

之ヲ適用ス

帝國外ニ在ル帝國艦船内ノ犯罪ニ付キ亦同シ

本條以下第六條迄は刑法の効力を及ぼす可き場所及ひ人に對する規定にして、是現行刑法に規定なく新設に係る法文なるを以て之を詳論す可し。

本條第一項は我法權の及ぶ可き土地の區域に關する原則を規定したるものにして、本條の主旨は何人も我帝國内に在て罪を犯したるときは我刑法の支配を受く可きものにて、此一國法權の及ぶ可き範圍に就ては古來説あり、屬地主義、屬人主義、折衷主義、保護主義是れなり、其説の大要を擧ぐれば即ち左の如し。

第一説 屬地主義 此説に依れば凡そ法律は國土を支配するものなれば、其國內に於ける犯罪は人の國籍如何を問はず効力を及ぼすべし、然れ共國土外に於ける犯罪に付ては假令犯人本國人なるも其効力を及ぼすことを得ずと。

第二説 屬人主義 此説に依れば法律は其國人を支配する爲規定したるものなれば外國人に對しては効力を及ぼすを得ず。故に本國人の犯罪は場所の如何を問はず、國法に因り罰す可きものなりと雖も、外國人に對しては假令其國內に

於て犯すも、尙ほ之を罰するを得ずと。

第三説 折衷主義 凡そ法律は偏して國內に限るべきものにわらず又其國人のみに屬せず、國土と國人とを併せて支配すべきものなり。故に國內に於ける犯罪は犯人の國籍如何を問はず之を罰し、本國人は外國に在つて罪を犯すも尙ほ追隨して之を罰すへしと。

第四説 保護主義 此説に依れば刑法は國內に於て犯したる罪に付ては内國人の區別なく之れを適用し又外國に在りて犯したる罪に付ても内國自體又は内國人民に對する犯罪は内國人たるを外國人たるを問はず之を罰すと。

以上第一説は英米二國に行はるる主義にして、第三説は歐洲諸國の採用する所なり。從來の學者多くは第三説折衷主義を唱道したるも此説は國土と國人とを支配するに止まるを以て、國內に於て犯人の國籍如何を問はざるは可なるも外國に於ては本國人のみを支配すべきものと爲すか故に外國人外國に在りて我帝國又は帝國人に對して罪を犯したる場合に如何ともすること能はず。之に反し保護主義は此欠点を補充して遺憾なし。我改正刑法は此第四説保護主義を採用した

るものなり。如何となれば本條規定するか如く何人たるを問はず、我帝國內に於ける犯罪に適用し、外國に在る外國人に對しては第四條の法律は内外國人帝國外に於て皇室又は帝國に對して犯したる重罪に付ても亦之を適用すとの規定と同第五條第二項の外國人外國に於て帝國人に對して犯したる前項の罪に付ても亦同じと規定したるを看るも此新主義を採用したること疑を容れざる所なり。

本條第一項何人を問はず帝國內に於て犯したる罪に之を適用すと規定したる所以のものは、刑法の目的國家の安寧を維持する爲めに設けたるものなれば、國家に於て罪を犯す者は國家の安寧を紊亂するものなるを以て其何人たるを問はず之を罰する當然の理を明かにしたるにあり。彼の外國に在る外國人の犯罪すら尙ほ且我帝國の安寧を害するときには主權の效力外國に及はさるも國家の自衛權上罰することを得べきものと爲すは、今日汎く各國に行はるる立法例にして最も法理に適したるものなり。

本條第二項は帝外國に在る帝國の艦船内の犯罪にも亦原則として我法律を適用す可きことを定めたるものなり。蓋し本法艦船一と度我領土を離れたるときは

其艦船内に於て生じたる犯罪に本國法を及ぼすことを得るや否に付ては二説あり。曰く國際公法上艦船は本國領土の一部延長と看做するものなれば、其艦船内に於ける犯罪は當然本國法を適用す可しと又曰く抑も本國を離れたる艦船内の犯罪に付ては必要なる場合に限り、本國法を適用す可しと爲せる學說あり、改正刑法は其第二説を採りたりと謂ふ(改正刑法草案理由書)。

本條に所謂帝國内とは、我日本帝國主權を及ぼす可き場所は總て我帝國領土なりと謂ふに在り、然れ共尙ほ之を細別詳論すれば左の如し。

- (一) 帝國領土 日本國とは地理學上本洲四國、九州、北海道、臺灣其他附屬の嶋嶼を稱するものにして、此領土に於ける犯罪は凡て我刑法の支配すべきものなり。
- (二) 帝國領海 海上は之を區別して公海、領海の二種と爲す。則ち公海は萬國共用の部分にして何れの國にも屬せず各國交通の大道となす所を謂ふ、而して一國が専ら其海上に主權を及ぼし他國の干渉を許さざる部分は之を領海と謂ふ。
- 其範圍は港灣及び陸地に沿ふたる海岸附近を云ふにあり、公法學者の説に由れば干潮點より最大砲丸の達する所を以て其國主權を及ぼす限度と爲し又は三

海里以内を領土となすも、晚近佛國、巴理國際法會議に於て干潮點より六海里以内を以て其國領海と爲す可きことに一定したり。

- (三) 帝國艦船 我帝國の艦船外國領土に到るも國際公法上我國領土の延長と看做して其艦船内に於ける犯罪に付ては我刑法を以て罰す可きものなることは、既に論じたるか如しと雖も此場合に於ては軍艦なると、私有船なるとに依り聊か差異なきにわらず

- (甲) 軍艦 我帝國の軍艦公海中に在るときは其艦内に於ける犯罪は日本人たると外國人たるとを問はず、我刑法の支配すべきは勿論、外國領海に在るときも我帝國主權の延長と看做して碇泊國の法律に服従せず、是れ國際公法上一般に承認せられたる原則なり。故に碇泊軍艦若し其國治安を害する行動ありたるときは自國防衛權を以て退去を求むるの外なし、決して主權の效力を及ぼし刑罰權を執行することを得ざるなり。

- (乙) 商船 商船は一人の所有に屬するものなれば公海中に在るときは我刑法の支配を受くべきものなりと雖も外國領海に碇泊する場合に於ては假令我帝國

國旗を掲ぐるも一の私有船たるを以て我帝國主權の延長と看做すを得ず。從て所在國主權に對抗することを得されは所在國の法律に服従すべきものなり。然れ共船内に干渉するを得るや否やに付ては各國の法律及び慣例を異にし未だ一定せざる所なるも其船舶外の所爲に付ては當然所在國法又は慣習に従ふべきことは殆んど國際公法上異論なき所なり。

(四) 治外法權國 我帝國に於て治外法權を有する各國に在留する帝國臣民は我國法を以て支配すべきものなり。但し我帝國主權の效力其在留國に及ぼすに過ぎず故に在留國主權は決して之を侵害することを得ず。蓋し此治外法權なるものは條約に基き一國主權の例外にして當時我政府が朝鮮國に於て領事裁判權を行ふか如きは其一例なりとす。

以上は我帝國主權の效力を及ぼす可き場所に付て論したるものなり。

本條法律は何人たるを問はず帝國に於て犯したる罪に之を適用すと規定したる此何人を問はずとの原則に對しても亦左の例外あり。

第一天皇 憲法第三條に天皇は神聖にして侵す可らずと規定あり。是則ち天

皇は我帝國主權者にして國家統治の大權を握有せらるるを以て立法司法行政權共に皆天皇の總攬し賜ふ所なれば、縱令天皇は如何なる所爲を行ひ賜ふも君主は國法の上に立つとの原則に因り刑法の支配を受くべき者にあらす。第二帝國議會の議員 帝國議會の議員は其院内に於ける言論に付ては如何に法律に觸るるも院外に於て責任を負ふべきものにあらす。故に假令其言誹毀侮辱に涉ることあるも之を放任し、總て議院内の處分に一任し院外一般法律を以て處分せざるものとす。

第三外國君主 外國の君主若し我國に來遊したる場合に於ては假令如何なる行動あるも我法律に服せざるものなれば我國法を以て外國君主に臨む能はず。是れ即ち外國の君主は其本國を代表するものなれば即ち資格に於て我國主權者と同等なるを以て所在國法の支配を受けざるにあり。是國際公法上不可侵の原則ある所以なり。

第四外國軍艦 外國の軍艦我領海内に碇泊するも外國主權の一部延長と看做して我國法の效力を及ぼす可きものに非らざることとは前段既に論したるか如し。



第五外國使臣。國際公法上我國に駐在する全權大使、全權公使、辨理公使、代理公使、其他何等の名義を以てするに係はらず、國家を代表する者は我主權に服従せざるものなり。若し其國法の支配を受くべきものとせば事は事に困り時に觸れ犯罪を名として公使の自由を妨げ外交上の秘密を保持し能はざるを以て國際公法上使臣に對しても亦君主と同一に不可侵の特權を有するを以て之を保護し職務の執行を擔保するものなり。而して其使臣の家族及び隨行員も亦此特權を受くべきことも現時國際公法上一般慣例の認むる所なり、若し使臣駐在國の治安を妨害する行爲ありたるときは本國に通牒して其退去を求むる防衛權あるも獨立國間に於ては國法を以て處分することを許さざるものとす。

#### 第四條 法律ハ何人ヲ問ハス帝國外ニ於テ皇室又ハ帝國

ニ對シテ犯シタル重罪ニ之ヲ適用ス

本條は外國に於ける我皇室又は帝國に對する犯罪を規定したるものなり。我皇室又は帝國に對する第二編第一章乃至第四章國交に關する罪を外國にありて犯したるものは我帝國人たると外國人たるとを問はず之を嚴罰すべきものなり。

り。是れ國家の生存に危害を加ふる大罪なるを以て其犯人の國籍如何に拘はらず、罰するは國家自衛權の將に然らざるを得ざる所なり。是れ本條に於て法律は何人を問はず帝國外に於て皇室又は帝國に對して犯したる重罪に付ても亦之を適用すと規定したる所以にして保護主義を採用したるものなり。抑も皇室又は國家に對する犯罪は我帝國に執ては最も重大なる犯罪なりと雖も其外國に採りては他國に關するを以て或は犯罪と成らざることなきにあらざれば我國に於て嚴罰すべき規定を設くるの必要あること論を俟たざるなり。本條に所謂帝國外とは外國主權の及ぶ可き領土を云ふものなり。皇室又は帝國に對する犯罪の如何なるものなるやは第二編第一章以下を論ずるに該て之を詳述せんとす。

#### 第五條 法律ハ帝國臣民帝國外ニ於テ生命身體自由財產

及ヒ信用ニ關シテ犯シタル重罪ニ之ヲ適用ス

外國人帝國外ニ於テ帝國臣民ニ對シテ犯シタル前項ノ罪ニ付キ亦同シ

本條は外國に在る内外國人に關する規定なり。

帝國臣民又は外國人外國に於て第二編以下第八章信用を害する罪、第十一章の生命身體に對する罪及び第十二章の自由に對する罪、同第十四章の財産に對する罪等を犯したる場合に於ては我刑法を以て處罰すべきことを規定したるものなり。法律は國土を支配すると共に又本國人を支配するものなれば、我帝國臣民は帝國内にあるも外國にあるも等しく日本國民たる分限を喪失せざる以上は終始我國法を遵奉すべきは勿論其外國にあるときは又其國法にも服すべき義務あり、故に在留國法を遵奉するを以て本國法は之を遵奉の義務なしと云ふを得ず。又外國人外國に在りては我法律を遵奉する義務なしと雖も若し我法律の規定したる前段論したるか如き罪を犯したるときは外國人にして且つ外國に在るの故を以て之を罰すること能はずとせば國家は其安寧を維持するを得ざるを以て本條第二項は外國人帝國外に於て我帝國臣民に對して犯したる罪に付ても亦同しと規定し、保護主義に基き我臣民を保護せんと欲するものなり。

#### 第六條 法律ハ帝國ノ公務員帝國外ニ於テ犯シタル職務

#### ニ關スル罪ニ之ヲ適用ス

本條は官吏公吏か外國に於て其職務に關する罪を犯したる場合を規定したるものなり。

本條に所謂公務員とは官吏公吏其他法令の命する所に依り公務に従事する議員委員其他の職員を謂ふ。通例公務を帯ひて外國に派遣せらるるものは全權公使大使、辨理公使及び代理公使等にして、孰れも帝國政府を代表して外國に駐在し國際交渉の機關として駐在國に於ける帝國の光榮と利益とを保全し、我在留臣民を保護するを以て其職務となす者又委員とは列國會議又は監獄會議其他各種の國際會議に付て帝國を代表して派遣出張を命せられし委員若くは議員を謂ふ。是れ等の公務員か其派遣國に於て職務上に關する罪に對しては我法律に依て處罰することを規定したるものなり。則ち前條は普通臣民に對する效力にして本條公務員たる特別資格ある臣民に關する規定なり。

#### 第七條 外國ニ於テ確定裁判ヲ經タル事件ト雖モ更ニ處罰スルコトヲ妨ケス但犯人既ニ外國ニ於テ言渡サレタ

ル刑ノ全部又ハ一部ノ執行ヲ受ケタルトキハ刑ノ執行  
ヲ減免スルコトヲ得

本條は外國に於て一旦罰したる者も更に我法律に因り處罰するを得べきことを規定したるものなり。

我帝國の公務員、臣民又は外國人か外國に於て我法律に規定したる罪を犯し、其在留國裁判所の有罪の判決を受けたる場合と雖も尙ほ更に我法律に因り處罰することを得べきものなり。是他なし在留國の法律に従ひ處罰したるも唯之其國法を標準として自國利益の爲めに罰したるものなれば我法律の規定に依り再び是を處斷することを得べきは勿論、假令其判決を以て言渡されたる刑の一部又は全部の執行を既に受けたるときと雖も我法律に因り言渡したる刑を執行するを得べし、蓋し情狀に因りて外國に於て刑の執行終了したるときは是れを減免するを得べしと爲し多少酌量の餘地を與ひたるものなり。又從來此點に付ては學者說を爲して曰く、外國に於て我國法を犯したるも其國法に依て有罪の判決を受け既に刑の執行を終りたるときは一事不再理の原則に因り再び之を罰することを得

すと是誤れり、外國の判決は國境外に效力なきものなれば我國に於て之を認むるの義務なし、故に其判決を一個の事實と看做して更に裁判するを得べし此一事不再理の原則は一國內に於て云ふべくして他國は之を認むるの義務なきを以て毫も顧るの必要なし、若し否らすとせば如何に國家の安寧を害さるるも之を罰することを得ざるに因り、獨立主權を保持すると能はず、是れ本條の規定ある所以なり。以上論したるか如く國外に於て我帝國の法律に違背したる犯人あるも直ちに其所在國に侵入して是れを逮捕勾引することを得ず。故に犯人引渡條約に基き引渡を求むるか又は其國政府の任意引渡を得たるか或は犯人外國より來りたる場合ならざる可からず。若し外國に到り直ちに逮捕勾引するを得べしとせば、我國權を其國に及ぼし所在國主權を侵害するに至るを以てなり。此罪人引渡に關する事項は國際刑法に於て論すべきものなれば深く之を論せず。

第八條 本法ニ於テ公務員ト稱スルハ官吏公吏法令ニ依  
リ公務ニ從事スル議員委員其他ノ職員ヲ謂フ  
公務所ト稱スルハ公務員ノ職務ヲ行フ所ヲ謂フ

本條は公務員及び公務所とは如何なるものなるやを規定したるものなり。

本條は公務員の定義を下して曰く、公務員とは官吏、公吏法令に依り公務に従事する議員、委員其他の職員を謂ふと規定したれば法律又は官制の定むる所に因り任命せられたる官吏、公吏即ち公證人、執達吏、市町村長、其他法律勅令に基き、國家公共事務に従事する者を公務員と稱し、本法は從來に於ける瀆職の弊を除去する爲め廣く之を規定したるものなり。而して公務所に付ては本條之か定義を示さずと雖も、第二項に公務所と稱するは公務員の職務を行ふ所を謂ふと規定したれば是か定義を下すに難からざるなり、即ち曰く公務所とは官署、公署其他法令に依り公務に従事する議會、委員會其他公務を行ふ所を謂ふに外ならず。故に行政、司法の官廳、帝國議會等法律、勅令の規定に依り設置せられたる國家公務を執行する一般官衙及び府、縣、市町村會、公證人、執達吏、役場等其他直接、間接に國家公共事務に干與する所を包含するは法文上疑を容れざる所なり。

第九條 本法ノ總則ハ他ノ法律ニ於テ刑ヲ定メタルモノ  
ニ亦之ヲ適用ス但其法律ニ特別ノ規定アルトキハ此限

### ニアラズ

本法總則の規定は一般刑罰法に適用すべきことを規定したるものなり。

刑法は普通法なるを以て他の特別法令に刑罰を規定したるときも亦之を適用するものなり。若し他の特別法令は刑法總則の例を用ひすと定めたるときは本法を適用せざるは論なしと雖も其法律に何等の規定なきときは當然本法總則を適用するものとす。是即ち特別法は時勢の變遷と共に改正變更の必要あるを以て改廢常なき特別法令に規定なき事項に付ては容易に改廢す可らざる本法總則の規定を適用す可きことを規定したるものなり。

本條に所謂法律とは帝國議會の協賛を経たるものにて天皇の裁可及び公布したる法令を謂ふ。然れ共憲法第六十七條に法律規則命令又は何等の名稱を用ひたるに拘はらず此憲法に矛盾せる現行の法令は總て遵由の效力を有すとの規定あるを以て縱令帝國議會の協賛を経たる勅令其他行政官廳の發したる諸規則等其罰則の設けあるものは總て此法律中に包含するものと知る可し。

## 第二章 刑例

本章は現行刑法第一編第二章と同しく、刑罰に關する通則を規定したるものなり。其修正變更したる要領は、現行刑法第一編第二章第一節及び第三節を合して本章第一節と爲し、第四節は刑法に規定すべきものにあらず、寧ろ刑事訴訟法に屬すべきものなれば之を刪除し、第五節は本章第二節に該當し、第六節は本章第三節に該る、而して其第三節中には改正刑法の新設に係る刑の執行猶豫及び免除の事を規定せり。第七章は本章第四節の期滿免除を改め時効と爲し、第八節は本章五節の大赦特赦、減刑及び復権のことを規定したるものなり。

### 第節一 刑

刑とは何ぞや、是本節の規定する所なるを以て茲に其大体の意義を述べんとす。刑とは國家刑罰權の作用にして法律の禁令又は命令事項に違背したる者に裁判所の宣告を以て科する苦痛を謂ふ。換言すれば刑罰は罪を犯したる者に對する制裁なり。其之を科する目的は犯人を懲戒して犯罪必罰の道理を社會に知らし

め、社會民衆を警戒し、依て以て國家の安寧を維持するものなり。故に刑罰は犯人に對し最も愛重する所の生命、身体、自由、名譽、財産等の一又は其二三を奪ひ苦痛を與ふるものにして、其程度及び分量は犯罪の輕重、犯人の心術に因り、裁判所の職權を以て之を定むるものとす。

刑罰は如何なるものを以て適實と爲すやは、從來學者の論究したる所なるも未だ以て完全なる刑罰なきも刑罰は犯人を懲戒し悔悟遷善を促し、延て世人を警戒するを以て其目的と爲すか故に、左の性質ある刑を稍や正當適實なりと謂ふ可し。

第一、刑罰は犯人の一身に止まるを要す。

何人も罪を犯したる者は自ら其責に任す可きは當然なり。假令犯人と如何なる緣故關係ありと雖も他人代て其刑に服するを許さず。刑罰は犯人に與ふる苦痛なるを以て果て他人に及ぼすことを得ざるなり。

第二、刑罰は各人平等均一なるを要す。

刑罰は平等なるを要するか故に犯人の身分尊卑に因り苦痛を感じるに輕重なきを要す、自由刑は此點に付き稍や正當なりと雖も財産刑に至ては犯人の貧富

に因り平等を缺くの虞なきにあらす。

第三、刑罰は取消し得べきものたるを要す。

犯罪必罰の原則に因り、犯人に刑罰を科するは法律の命する所なるも、判事も人なり時に或は過誤なきを保せず、一旦刑の執行を爲したるときも尙ほ取消し得べきものたるを要す。彼の死刑は一旦之を執行せば最早如何ともするを得ず、是死刑廢止論者の最も批難する所なり。

第十條 死刑懲役禁錮及ヒ罰金ヲ重罪ノ主刑トス

拘留及ヒ科料ヲ輕罪スルノ主刑トス

公權剝奪、監視及ヒ沒收ヲ附加刑トス

本條は刑名に關する規定にして主刑及び附加刑の種類を示したるものなり。

現行刑法は重罪の主刑を九種、輕罪の主刑を三種、違警罪の主刑を二種と爲し、附加刑を六種に區別したるも、改正刑法は此實益なき數種の類別を廢して、單に重罪の主刑を四種、輕罪の主刑を二種、附加刑を三種に區別して、各其性質を異にする刑のみに改めたり。

死刑は重罪の主刑中生命を奪ふものにして最も重刑と爲すも現行刑法と等しく之を存することゝ爲したり。然れ共死刑存廢の可否に就ては從來の學說一定せず又外國に於ても之を廢したる立法例なきに非すと雖も我國今日の狀況は未だ之を全廢するを許さず。蓋し死刑の危險にして復た慘酷なるとは争ふ可からざるも既往の實驗に徴して是を理論上より觀察するも尙ほ刑として充分效果あることは亦疑を容れざる所なり。此死刑廢止に付ては刑法學上一大問題にして我法典調査會に於ても頗る議論のありたる所なりと聞く、其死刑廢止論者の主張する重なる理由は、死刑は一旦之を執行すれば他日如何なる誤判あるも取消すことを得ず又分割補償することを得ず故に曰く廢すべしと。又曰く死刑に處すべき犯罪は人を殺し、家を焼く等社會に最も大害を與ふるものなれば其心術に於ても猛惡なるを以て改心の念なく再び社會に害を與ふる虞あるか故に死刑に處す可しとせば之に代る同一の效力ある無期刑に處し終身社會に出づることを得ざらしめは再び危害を加ふることなしと、然れども無期刑も事實上又は法律上再び社會に出づる機會なきにあらす獄を破り又は特赦、大赦の恩命是なり。論者或は無

期刑は良刑なりと認めて死刑を廢す可しと主張するも、終身獄に擊留し再び社會に出するを得ざらしめは縱令刑の最大目的たる懲戒の效を驗するも益なし。殊に再び自由を與へざる點より論するも自然の死を待つものなれば死刑と毫も選む所なし、况んや人を殺し家を燒くか如き殘忍酷薄の徒を保護し良民を顧みざるは豈是國家に忠なるものならんや、彼れ心術に於て猛獸毒蛇も雷ならざる者を刑して社會萬人の警戒と爲すは國家の公益上より打算するも死刑は廢す可らざるものなり。是我立法者の學說の傾向死刑廢止論盛なるに拘はらず尙ほ死刑を存置したる所以なり。

懲役及ひ禁錮は共に重罪の主刑にして、懲役には定役を科し、禁錮は之を科せざるものなり。而し現行刑法に於ては主刑を數種に區別したるも其執行方法に至ては殆んど同一なれば、是實益なき區別と云ふ所以なり。然れども此定役の有無を以て自由刑を二種に區別したるは多少異論なきに非すと雖も、犯罪の性質に因り單に國事犯の如きは犯人を拘禁するを以て充分足るものあれば定役の有無に因りて二種に區別するの必要なきにあらず、故に改正刑法は自由刑を分ち定役ある懲

役と、定役なき禁錮の二種と爲したり。

罰金は現行刑法と同一に主刑と爲したり。然るに現行刑法は罰金を仍ほ附加刑の一に加へたるも其附加刑と爲すの理由なきを以て之を廢し、獨立したる主刑として規定したる而已。輕罪の主刑は拘留及び科料と爲し、現行刑法違警罪の主刑と全く同一なり。附加刑は公權剝奪、監視及び沒收の三種と爲し。唯現行刑法と異なる所は附加の罰金を廢し、公權停止を廢したるに過ぎざるなり。

第十一條 主刑ノ輕重ハ前條記載ノ順序ニ依ル但有期徒刑  
錮ノ長期有期懲役ノ長期ノ二倍ヲ超コルトキハ禁錮ヲ  
以テ重シトス

同種ノ刑ハ長期ノ長キモノ又ハ多額ノ多キモノヲ以テ  
重シトス二個以上ノ死刑又ハ長期若クハ多額ノ同シキ  
同種ノ刑ハ犯狀ニ依リ其輕重ヲ定ム

本條は主刑の輕重を定むる標準を規定したるものなり。

主刑の輕重は前條記載の順序に依るものなれば、重罪の最も重きものは死刑にし

て、次は懲役、禁錮及び罰金と爲す、而して禁錮は何故に懲役より輕きやと云ふに懲役は勞役に服すべきものなるも、禁錮は此勞役に服さざるを以て輕しと爲すに外ならず。然れども有期禁錮の長期、有期懲役の長期の二倍を超過するときは禁錮を以て重しと爲す。是即ち縦令禁錮は勞役に服さざるも其期間懲役の二倍を越ゆる以上は之を重しと爲さざるを得ず。如何となれば禁錮は勞役に就かざるのみにて自由を拘束せらるゝ點に付ては殆んど同一なるを以てなり是第二項の規定ある所以なり。

第三項の同種の刑は刑期の長さもの又は金額の多きものを以て重しと爲すは當然にして殆ど規定を要せざるか如し、如何となれば最短期の刑に處せられんとするは被刑者の希望たるに過ぎず、之に處する否とは裁判所の職權に屬すればなり。之に反して其長期は裁判所と雖も之を越ゆることを得ざるのみならず、被刑者も其長期を超へて刑罰を科せらるゝの義務なきを以て其刑期の長さもの又は罰金に付きても金額多きものを以て重刑となすなり。

懲役及び禁錮を罰金より重刑となすは、元來人の自由は金錢を以て代ひ得べきも

のにわらず、金錢は社會の融通物なるを以て之を得んと欲せは容易なりと雖も自由に至ては人生の最も貴重す可きものなれば一日の自由拘束も人に因ては萬金に價するとなきにあらず。其自由拘束は罰金を科せらるゝより苦痛を感ずるも亦大なり、是金刑よりも体刑を重しとなす所以なり。

第四項の二個以上の死刑又は刑期若しくは金額の同じき同種の刑は犯情に依り其輕重を定むるときは、二個以上の死刑又は二個以上の同一長期の懲役、禁錮及び同一金額の罰金に付ては其刑罰に輕重なきを以て此場合に於ては犯罪の情狀に因り、其輕重の標準を定むるものと爲したり。

以上論するか如く本條は刑の輕重を知る爲めなれば事理に於て當然なり、時、時、條を設けて規定するの必用なきか如し。

### 第十一條 死刑ハ監獄内ニ於テ絞首シテ之ヲ執行ス

死刑ノ言渡確定シタル後其執行ニ至ルマデ之ヲ監獄ニ  
拘置す

本條は死刑の執行方法を規定したるものなり。



刑罰は國家か犯人に與ふる苦痛なりと雖も、死刑に至ては苦痛を與ふるを以て目的と爲すものにあらず、唯生命を奪ふを以て其目的と爲すか故に敢て殘忍酷薄なる方法を用ひずして成る可く簡短なる絞首の方法に因て之を執行するものなり。蓋し總ての刑は判決確官せされは之を執行せざるは論なし、殊に死刑は一旦執行したる以上は如何なる誤判あるも取消すを得ざる極刑なるを以て現行刑法に於ては司法大臣より執行すべき命令あるまで監獄に拘留し置く規定なりしも改正刑法は之を删除したり。而し本條第二項に其執行に至るまで之を監獄に拘留すど爲したるは現行刑法に此規定なきか爲め死刑の言渡確定したる犯人に對して執行まで之を置く可き場所に付き多少疑義を生したることあるを以て改正刑法は新に之を設けたるものなり。

死刑は何故に獄内に於て執行するやと云ふに、我國維新以前は公の場所に於て執行し公衆の縦覽を許し以て他戒の効を奏せんと爲したるに何ぞ知らん屢々慘狀を看るもの之に慣れて死刑の懼るべきを思はず却て虛名を博さんとして、大罪を犯す者あるに至るのみならず、殊に人情奇を好むの辟ありて慘劇を見るの感念を

以て其刑場に群集し、風俗を害したる事實に徴し、現行刑法以來改正刑法も亦死刑の執行は獄内に於て秘密に行ひ公衆の傍觀を許さざることと爲し、檢事又は監獄長長の許可したる者のみ其刑場に入ることを得るものと爲したり。

現行刑法に於ては死刑は一旦執行したるときは如何なる事情あるも取消すことを得ざるを以て縱令裁判確定するも直に執行せずして必ず司法大臣の執行命令あるを要することと爲し。此死刑の言渡確定したるときは其當該檢事より訴訟記録を司法大臣に差出し、司法大臣は其記録に因り誤判なきや否や及ひ情狀恕すべきものなきや否やを調査し、若し誤判あるか又は情狀に於て事實死刑執行に忍びざるものと思料したるときは、天皇の大權に訴ひ特赦減刑を奏請することを得べきの規定なりし。又懐胎の婦女死刑の言渡を受けたるときも等しく司法大臣の命令を待ち且分晩後百日を経るにあらざれば執行することを得すと規定したり。是其婦女は將に死罪に處す可きものなりと雖も之れが爲め罪なき胎兒の生命まで奪ふを得ざればなり、而し胎兒を法律上の人を以て目すること能はざるも分娩したるときは一個の人なれば生産前も之を保護し胎兒分娩するも哺食費

命を期するまで乳養を必要とし、分娩後尙ほ百日以後にあらざれば執行することを許さしりしなり。然るに改正刑法には以上論したるか如く死刑の言渡を受けたる懐胎の婦女、其他の者に對する死刑執行延期の規定なしと雖も是刑事訴訟法又は監獄法等他の法令に譲り規定するの意にして、判決確定と同時に死刑を執行する我立法者の精神にあらざるや蓋し疑を容れざるなり。

### 第十三條 懲役ハ無期及ヒ有期懲役ハ一日以上十五年以

下トス

本條は懲役の期限及び其性質を定めたるものなり。

懲役は無期及び有期の二種となし、無期懲役は終身懲役場に留め置き一定の勞役に就かしめ、有期懲役は一日以上十五年以下と爲し、其範圍内に於て適當なる期限を定めて裁判所之を言渡し、懲役場に於て定役に服せしむるものなり。

改正刑法は本條を以て有期懲役の期限を一日以上十五年以下と改め、其範圍を廣大ならしめたるを以て世間改正刑法反對論なるもの起り、本條を其攻撃の主點と爲し、之が爲めに改正刑法の全体を排難するに至れり。然れ共之を仔細に精査觀

察すれば現行刑法は有期徒刑を十五年以下と爲し、重禁錮は十一日以上なり又重禁錮を減盡したるきは拘留に處する者にして拘留は一日以上十日以下なるを以て是を通算すれば一日以上十五年以下となりて結果に於ては現行刑法と殆ど異なるとなし。唯是を區別して多數の刑名を附したる現行刑法を改め合して刑名を一にしたる爲め或は刑の範圍頗る廣汎ならしめたるの感あるに過ぎざるなり。此の刑の範圍を廣汎ならしめたる點に就ては、富井博士の刑法改正意見の一節論し盡して遺憾なきを以て是を掲げ本條の解釋に代へんとす。

其大要に曰く、現行法は刑の範圍を定むること極めて狭きに失せる爲め犯罪凡百の情狀に應じ、眞に罪惡の輕重と權衡を失はざる刑を科すること能はず。一例を擧ぐれば彼の詐欺取財の如きは其情狀千差萬別にして輕微なるものあると同時に甚た重きものも亦少からず然るに現行法に於ては一般に二月以上四年以下の重禁錮に處するものとせり又殺人罪の如きも其情甚た愍諒すべきものあるに拘はらず謀殺故殺の區別に従ひ必ず死刑又は無期徒刑に處す可きものとし、酌量減輕を施すも尙ほ嚴酷に過ること往々之れなしとせず。殊に再犯以上の懲罰と

して如何なる場合に於ても刑一等を加重すべきものとしたる如きは最も其當を得ざる規定なりとす、再犯なればとて必ずしも其刑を加重するの必要なきものありと同時に又國法を蔑視し刑罰に懲りずして幾度も犯罪を慣行し到底懲治の望みなきものも亦甚た多しとす、斯の如きは一種の犯罪者として特に實效ある刑を科するに非されは決して累犯の禍害を制壓すること能はざるへし。即ち再犯以上の懲罰法として刑の最長期を高くすることは内外諸國の經驗に徴して最も緊要なるを信するなり。思ふに現行刑法に於て刑を過度に刻み罪惡の輕重と比例を失ふに至れる所以は佛國革命の結果として法律專裁主義に偏傾し、裁判官の職權濫用を度外に怖れたる彼國當時の刑法を模範としたるか故なる可し。然るに時勢一變したるは言ふ迄もなく凡そ罪惡の輕重と刑罰の適用は犯罪の情狀と犯人の種類とに依り大に相異なる所なきを得ず、犯罪の原因中には最も怖る可く且惡む可きものあり又之に反して甚た感誼す可きものも少しとせず、犯人中にも犯罪を營業視し懲治の望なきもの多々之れあると同時に一時偶發の意思に由り刑辟に觸れ改善の效を奏す可き者も亦頗る多しとす、要するに其情狀たる千種萬別

にして法律には各種の罪を如何様に細別せるも到底各種の場合を列擧して其輕重を定むること能はず。例令は晝間と夜間家屋の内外兇器の有無犯人又は被害者の單復等に依りて之れを細別するも此等の情狀は決して絶對的に其輕重を分別するの標準と爲らず。又其各種の情狀中に於ても犯罪の手段の外主として犯人の目的及び其目的を有するに至れる原因等を見ざる可からざるか故に其罪狀に無數の差別なきを得ず、故に必ずや今何程か刑の範圍を廣くし、各事件に就き眞に罪惡の輕重と比例を失はざる刑を科することを得せしめざる可からず。近時諸國の刑法は何れも此方針に向て改正せられ甚しきは裁判官に於て刑期を定めずして司獄官に一任するの制を實行する國さへも之れあるに至れり(不定刑主義)。我刑法の如くに刑の範圍を狭きに定めたる者は今日多く其例を見ざる所なり。刑の範圍擴張は改正反對論の要點なる可きにより尙ほ此點に就き一言せんと欲することは刑法修正案には刑の範圍を極端まで擴張せりとの説あるか如しと雖も余は左まで廣くなれりとは思はず、是各條の見方如何に依るとなれば世人の判定に任せんとす。又自由刑の期間を一日以上十五年以下と定めたりとし廣博に

失せりとの排難あるか如きも、是全く誤解に外ならず。蓋し右の期間は唯總則として有期刑の最長期と、最短期とを示したる者に過ぎずして、其實現行法と毫も相異なることなし。唯現行法には數多の刑名を附したる差異あるのみにして之を通算するときは結局同一の期間と爲るへし、修正案には現行法の重輕罪に科すへき自由刑を懲役と禁錮の二種に規定し、其刑期を合せたるまでのことなり。各犯罪に對する刑期の範圍は各本條の定むる所にして現行法に比すれば一般に廣くなり居れども右全期間の刑を科したる場合は殆ど之あらざる可しと。

論者或は刑罰は犯人を懲戒し、再犯豫防を目的とする者なれば、監獄に拘留するを以て足れり、徒らに勞働を強制して苦痛を増長せしむるを要せずと、然れ共國家は數百千の囚徒を不生産的に閑居せしめて國家良民の負擔を重からしむるを得ず。加之に小人閑居すれば不善を爲し健康を害するのみならず、精神も亦た腐敗して懲戒の效なし、殊に犯人多數は勞働を嫌ひ過分の快樂を貪らんと欲し、罪を犯す者なれば宜しく是等犯人は適當の勞役に就かしめ其懶惰心を除去し、良習を養ひ出獄後は規律ある正業に因て以て生活せしむるの途を講せざる可らず。若し否ら

されば監獄は無賴漢の養成場となり、到底治獄の目的を達するを得されはなり。

#### 第十四條 禁錮ハ無期及ヒ有期トシ有期禁錮ハ一日以上十五年以下トス

##### 禁錮ハ禁錮場ニ拘置ス

本條は禁錮の期限及び其性質を定めたるものなり。

禁錮も亦無期、有期の二種となし。無期禁錮は終身禁錮場に拘置し、有期禁錮は一日以上十五年以下の範圍内に於て罪刑適當の期間を定めて裁判所之を言渡し禁錮場に拘置するものなり。而して此禁錮は有期と無期とを問はず、定役に服せざるものどす。是前條規定したる懲役と異なる所なり、蓋し懲役は如何なる犯罪に科し禁錮は如何なる犯罪に科す可き刑なるや、第二編以下各條の提定に由て知ることを得へしと雖も立法者か之を區別したる標準は普通破廉耻罪を犯したる者は懲役に處し、國事犯の如き特別罪を犯したる者は禁錮に處す可きものと爲したるに外ならず。

學者國事犯人を禁錮に處して定役に服せしめざる理由を説明して曰く、國事犯は

普通犯と異なり、犯人の意思國家を愛ひ一身を犠牲に供して之を犯すものなれば其精神の高潔清廉なること普通強竊盜の如きものと同一視すべきものにあらず、故に國家は此國事犯人に對しては宛も戰時敵の俘虜を遇すると同一ならざるべからず。其方法は謹肅且嚴格なるを要し、暴に至らす濫に流れず勉めて責罰の効果肝膽に徹すること多くして身体に感ずること尠なきを要す、然らざれば國家は仇敵に對して怨を報するに苦痛を以てするの譏あるのみならず、普通犯に比して刑罰偏頗なるを以て犯人は徒らに侮辱せらるゝの感を起し、國家を怨望し歸順の念を生ぜざるに至る、加之公衆は國家の暴虐を憤り、反動の結果却て犯人を憫憐愛慕するに至るを以て非國事犯と行刑も亦異ならざるべからずと、又曰く國事犯の性質たる萬人の賤しむ所にあらず、名義のみと雖も私利を抛て天下萬民の爲めにせんとするものなれば屈辱を本質とせる刑は全く之に適當せず、固より國事犯は直接に政治社會の秩序を紊亂せんとするものなれば其害の重大なるは常事犯の比に非ず、然れ共其處分方法は専ら之を社會より遠ざけ殘黨と通謀するの機會を得ること克はさらしむるを以て最上とす、力役を受けしむるは其刑罰の目的と

背馳し策の得たるものにあらずと。

### 第十五條 罰金ハ一圓以上トス

本條は重罪の主刑たる罰金に付ての規定なり。

罰金は何故に一圓以上となし、其最高額を定めざるかと謂ふに是他の自由刑と異なる所あればなり。

即ち本法第六十七條に貨幣又は兌換券を取得したる後、偽造又は變造なることを知りて之を行使したる者は其價格三倍以下の罰金に處すとの規定あるを以て偽造又は變造の貨幣なることを知て千圓を行使したる者は三千圓の罰金に處せられ、一萬圓を行使したる者は三萬圓の罰金を科せらるゝことあるを以て、其最高額を豫め規定することを得ざるに因るなり。(第三百三十六條の失火罪、第二百四十六條の過失殺罪に對する罰金の如きは最高額を定めたるも、其他収税を目的とする特別法令に罰金額一定せざるもの多々あるを以て斯く規定したるものとす、現行刑法第二十六條は其額貳圓以上とありたるを壹圓と改めたるは一般刑の範圍を擴張したる結果にして別に理由あるにあらざるなり。

第十六條 罰金ヲ完納スルコト能ハサル者ハ一日以上一年以下ノ期間之ヲ勞役場ニ留置ス

罰金ノ言渡ヲ爲ストキハ其言渡ト共ニ罰金不完納ノ場合ニ於ケル留置ノ期間ヲ定メ之ヲ言渡ス可シ裁判確定後一月内ハ本人ノ承諾アルニ非サレハ留置ノ執行ヲ爲スコトヲ得ス

罰金ノ言渡ヲ受ケタル者其幾分ヲ納メタルトキハ罰金ノ全額ト留置日數トノ割合ニ從ヒ其金額ニ相當スル日數ヲ控除シテ之ヲ留置ス

留置期間内罰金ヲ納ムルトキハ前項ノ割合ヲ以テ殘日數ニ充ツ

本條は罰金を言渡されたる者完納せざる場合の處分を規定したるものなり。罰金も一の刑罰なるを以て其言渡を受けたる者は判決確定すると共に之を完納

すべきものとす。現行刑法第二十七條は罰金は裁判確定の日より一月内に完納せしむと規定し、一ヶ月の期限間は假令判決確定するも罰金徴収の執行を爲すことを得ざるを以て頗る不便なりしも、改正刑法は直に執行することを得べき規定に改めたり。然れども罰金刑の言渡を受けたる者判決確定の日より一月内に完納せざる時は一月以上一年以下の期間監獄勞役場に留置するの規定なるを以て必ずしも罰金を徴収するものにあらず、完納せざる場合に於ては一月以上一年以下の範囲内に於て獄舎に留置の換刑處分を爲すことを得べきものなれば、其罰金言渡の際に若し罰金を納めざる時は何日又は何月間勞役場に拘留すべき旨を豫告して言渡す可きものとせり。斯く規定したる所以のものは元來罰金刑は金額を徴収するを目的と爲すものなるを以て若し犯人にして財産を有せざるときは其目的を達する能はず、而して此場合に採る可き方法二あり第一は現行刑法の如く換刑處分を爲すにあり。則ち罰金を換算して禁錮に換ふるものなり、然れ共其結果を觀れば財産ある者は換刑を免れ財産なき者は常に自由刑に處せらるゝの不幸あるのみならず、罰金を輕禁錮に換ふるものなるか故に犯人は徒らに獄中

に呻吟するに止まり、國家は爲めに幾何の經費を損し却て罰金本來の目的に反するに至るを以て、改正刑法は之を改め第二の方法を採りて罰金を納むること能はざる犯人は勞役場に留置し勞働に従事せしめて是より生ずる利益を以て罰金の幾分を充つること爲したるものなり。

茲に注意すべきは現行刑法第二十七條は罰金は裁判確定の日より一月以内に完納せしむ、若し期限内に完納せざる者は一圓を一日に折算し之を禁錮一日に換ふ云々とありて、罰金不完納者は罰金一圓に付て禁錮一日に換刑せらるゝの期定なり。而して此禁錮の最長期も亦二年間なりしも、本條は之を改正して罰金言渡の際其判決に之を完納せざるときは一日以上一年以下の範圍に於て罰金額の多寡に拘はらず裁判所は留置すべき日數を定めて言渡すべきものと爲したり、是本法の新設に係り本條第二項の規定する所なり。故に現行刑法と異なり罰金壹圓は一日に之を換算すべきや否やは一に判事の判斷に任ずるものなるを以て判事は犯人の心術又は貧富を酌量して適當なる期間を定むることを得へし。假令は罰金百圓に付百日間留置すべき言渡を爲すと又は百二十日に處すると單に八十日

に處すると判事の認定に委したり。是他の自由刑と同一に一圓を必ず禁錮一日に換刑すへしと云ふか如き、法律を以て禁錮の價値を定め一日一圓の働を爲すの感念を以て換刑を望むか如き目下の弊害を除去するの意に出でたるものなり。

本條罰金を完納すること能はざるときは一日以上一年以下の期間勞役場に留置すと規定したるを以て、假令數千萬圓の罰金を科せられたる者と雖も一年以上留置せらるゝものにあらす又百圓二百圓を科せられたる者必ずしも十日若しくは二十日の留置と速斷すべきものにあらざるなり。現行刑法の二年を過ぐることを得ずとの規定を改め一年となしたるは聊か輕きに失するの感なきにあらすと雖も、元來罰金は輕き犯罪に科すべきものなるのみならず、近來の立法例は短縮するの傾向あるを以て改正刑法も之を一年と短縮したるものなり。

第三項は罰金を言渡されたる者、其罰金を完納せざるも判決確定後一ヶ月内は本人の承諾あるに非されは換刑處分を執行せざる旨を現定したるものなり。而して此換刑處分を一ヶ月間猶豫する理由として説をなすものあり、曰く若し此罰金を判決確定後直に執行するとせば富者は兎も角貧者は爲めに一時一家の生活を

困難ならしむことあり、或は多少の財産ありと雖も金銭は必ず常に貯蔵するものにあらざるは調達完納する爲め三十日の猶豫を興ふるものなりと。余は此理由を信せざるものなり、如何となれば罰金も一の刑なるを以て裁判確定するや直に執行すべきものなり。彼の死刑懐胎の婦女の如き特別の事情あるものゝ外執行を猶豫することを要せず。論者は罰金を即時に執行せば貧者は爲めに家族を一時餓死せしむることなきを保せされは之を猶豫するものなりと論するも、是獨り罰金刑より生ずる結果にあらず。自由刑に至りては最も然らざるを得ず、罰金は即時に徴收せらるるも犯人身体の自由を失はざるに因り日後生活上の爲め労働を爲し又は他より借入れて家族を養ふことを得へし。之に反して自由刑は身体の自由を拘束し犯人を囹圄に撃くを以て其家族たる者忽ち衣食に窮するに至るも法律は尙ほ之を顧みず、而して其受刑後満期放免までは毫も自由を興へず、然るに罰金刑は家族の下を離れず、日後の計營を施すの容易なるに拘はらずして一ヶ月の猶豫を興ふるは是罰金完納の爲めにする猶豫に非ず、其一ヶ月は換刑處分の執行を爲す爲めの猶豫期間なり。其の一ヶ月内と雖も本人到底罰金完納の見

込なきものとして換刑を望む場合に於ては之を猶豫するの必要なきを以て直に留置の執行を爲すことを得べきものとなしたり。故に此金銭の貯蔵を保すべきものにわらずとの説は立法上の理由としては採用すべきも、解釋論としては不可なり。要之本項の規定は罰金完納の爲めにあらずして、換刑處分執行の爲めに興ふる猶豫期間なりと知る可し。

第四項罰金の言渡を受けたる犯人換刑執行を受けざる以前に罰金全部を完納せずして其幾部分を納めたるときは言渡されたる日數を引去り留置するものと爲す。是當然のことにして殆ど規定を要せざるに似たり、何となれば罰金を完納せざる爲め換刑せらるる者なれば假令全部にあらずるも之を納めたるときは留置するを要せざるは論を俟たされはなり。

第五項に換刑處分の執行を受けて留置せらるるときと雖も若し罰金を納めたるときは前項論したる割合を以て控除し殘日數に充て留置を免するものと爲したり。此點に關しては現行刑法第二十七條末項若し禁錮限内罰金を納めたるときは其經過したる日數を控除し禁錮を免す、親族其他の者代て納めたるるとき亦同し



この規定を、改正刑法は親族其他代納を許す規定を削除したるを以て、本法は罰金完納は其言渡を受けたる本人に限るや將た親族其他の者の代納を許すやの問題を生ず。論者或は金銭は融通物なるを以て何人か代納するも本人か之を完納するも同一なる金銭なれば現行刑法と同一に他人の代納を許す可しと解する者ありと雖も余は此説に左担せざるもなり。

(一)本條第四項罰金の言渡を受けたる者云々の法意より觀るも(二)親族其他の者代て云々の文字なき點より看るも(三)罰金も一つの刑罰なるを以て本人より之を徴收せされは刑は一身に止まるこの原則及ひ刑は國家か犯人に與ふる苦痛なりとの原則に反するを以て刑罰の性質上必ず本人完納すへきものにして、他人の名義を以て代納することを許さざるものと解するを正當なりと信す。蓋し其金銭出所の如きは法律上之を問ふへきものにあらざるは論を俟たず。故に他人若し代納せんと欲せば金銭を一旦本人の手に移して之を完納せしむれば目的を達することを得へし、本條は尙ほ是をも禁するの法意にあらざるや疑を容れざるなり。現行刑法に於ては罰金を禁錮に換ふる者は裁判を用ひす檢事の請求に依り、裁判

官之を命すとありたるも本法は罰金言渡の際若し完納せざる時は留置すべき一定の日數を定めて言渡すことに改めたるを以て檢事は罰金額の求刑と共に留置日數をも論告すべきものなれば其後の執行のみ單に檢事の職權として管掌するものと爲し、其執行の手續は(刑事訴訟法に譲り)本法に之を規定せず。

尙は一問題あり、此換刑處分に因り勞役場に留置せらるるときは其性質殆んど懲役と同一なれば結果も亦同一なりや否、余は罰金を換刑したるのみにして執行方法を變更したるに過ぎざれば其結果に付ては罰金刑の效果を生ずる迄にして身体の自由を拘束せらるる自由刑と同一なる效果を生ずるものに非すと信するなり。

### 第十七條 拘留ハ一日以上一月以下トシ拘留場ニ拘置ス

本條は輕罪の主刑たる拘留は一日以上一ヶ月以下の範圍に於て處分すべきものにして、單に拘置場に拘置して自体の自由を拘束せらるるものとす。其刑期の長短の如きは各本條に於て之を規定するものなり。

### 第十八條 科料ハ十錢以上三十圓以下トス

本條も輕罪の主刑にして十錢以上三十圓以下の範圍に於て言渡す者なり。前條は自由刑にして本條は金刑なりとす。而して現行刑法を擴張したる一般の主義に従ひ最長期最高額を三十日及三十圓と改め且つ最低期最低額を一日又は十錢以上と規定したり。

第十九條 科料ヲ完納スルコト能ハザル者ハ一日以上一

月以下ノ期間之ヲ勞役場ニ拘留ス

科料ヲ併科シタル場合ト雖モ留置ノ期間ハ二月ヲ超ユルコトヲ得ス

一圓以上ノ科料ニ處セラレタル者ニ對シテ裁判確定後

一月内ハ本人ノ承諾アルニ非サレハ留置ノ勢行ヲ爲スコトヲ得ス

第十六條第二項、第四項及ヒ第五項ノ規定ハ科料ニ之ヲ準用ス

本條は科料に付ての換刑處分を規定したるものなれども、這是第十六條と刑期の範圍異なるのみにて其他殆ど同一なるを以て再ひ之を論せず。

第二十條 公權剝奪ハ左ノ效果ヲ生ス

一 法律ニ定メタル選舉ニ付選舉權及ヒ被選舉權ノ喪失

二 公務員タル資格ノ喪失

三位記勳章年金及ヒ恩給ヲ有スル資格ノ喪失

四 外國勳章ヲ佩用スルコトノ禁止

五 兵籍ニ入ル資格ノ喪失

本條は附加刑の一たる公權剝奪の身上に及ぼす効果を規定したるものなり。

第一、法律に定めたる選舉權及ヒ被選舉權とは上は帝國議會の議員より下は府縣郡市町村會議員其他法令の規定に依る議員を選舉する權及ヒ被選舉權を謂ふものにして、即ち議員となる他の資格を具備するも、重罪を犯し公權剝奪を附加せられたる者は其資格を喪失する者なり。若し現在議員たる者は其資格を失

ひ將來も亦選舉、被選舉の權利又は資格を喪失するものとす

第二、公務員たる資格の喪失とは官吏、公吏其他公務に従事する總ての公職を帯びたる者を謂ふか故に、現在公務員たる者は其職を失ひ、假令他の條件は之を具備するも將來官吏、公吏其他の公職に任せらるゝの資格を失ふものなり。而し此資格は「帝國憲法第十九條に曰く日本臣民は法律命令の定むる所に由り均しく文武官に任せられ其他の公務に就くことを得る」との規定に基く日本臣民の特權にして、日本臣民の爲め最も貴重なる資格なりとす。

第三、位記、勳章、年金及び恩給を有する資格の喪失とは左の數種の權利を云ふものなり

- (一) 位記とは叙位條例を以て規定せられたる位階にして一位より八位に至るものにして「憲法第十五條に依り天皇より下賜する名譽の表賞なり」故に公權剝奪の效果として其位記を剝奪せらるゝものとす。
- (二) 勳章とは文武官其他勳功勞蹟ある者を賞揚する爲め下賜せらるゝ名譽の表章にして、其種類等級の如きは他の法例を以て定むる所なり、是復た公權剝奪

の效果として剝奪せらるゝものなり。

- (三) 年金とは勳功に對する賞として其者に對して終身毎年下賜せらるゝ一定の金額を云ふものにして、是又勅令に規定する處にして其給與を受くるの權利を剝奪せらるゝものなり。

- (四) 恩給とは文武官其他教員の如き者の退官、退職又は現役を免せられたる場合に於て一定の金額を終身給與せらるゝものなれば公權剝奪の效果として給與を受くるの權利を失ふものとす。

第四、外國の勳章を佩用することの禁止とは、外國の君主より賜はりたる勳章を有するものは之を佩用することを禁せらるゝものなり。是我天皇より下賜せられたるものにあらざれば其勳章を所有する資格を剝奪することを得ざるを以て我帝國内に於て之を佩用することを禁止したるものとす。

第五、兵籍に入る資格の喪失とは軍人たることを得べき能力を喪失するを謂ふ。

是憲法第二十條の規定に因り國民皆兵籍に入るの特權資格を有するものなれば兵士は國家事なきの日は武器を執りて國家を衛り、一朝事あるの日は大羈の

下に義勇奉公の前驅を爲すものにして功を萬世に傳ふることを得て男子一世の名譽なるを以て重罪を犯すが如き者に對しては此權利、資格を剝奪するものと爲したり。

以上の外現行刑法第三十一條は尙ほ國民の特權なる漠然たる規定と裁判所に於て證人と爲る權、後見人と爲る權、分散者又は會社等の財産管理人と爲るの權、學校教師、學監と爲るの權等を規定したるも、是等各種の資格能力の喪失は他の法令の規定に譲り又は犯罪の種類に因りては剝奪するの必要なきを以て改正刑法は之を剝奪公權中に規定せざるなり。

第二十一條 公權剝奪ハ無期又ハ有期トシ有期公權剝奪

ハ一年以上十五年以下トス

死刑又ハ無期ノ懲役若クハ禁錮ニ附加ス可キ公權剝奪

ハ當然無期トス

十年以上ノ有期ノ懲役又ハ禁錮ニ附加ス可キ公權剝奪

ハ無期又ハ有期トシ十年未滿ノ懲役又ハ禁錮ニ附加ス

可キ公權剝奪ハ十年以下トス

有期ノ懲役又ハ禁錮ニ有期公權剝奪ヲ附加セラレタル

者ハ裁判確定ノ日ヨリ其懲役又ハ禁錮ノ滿限若クハ其

執行ノ免除ニ至ルマデ當然公權ヲ剝奪セラレタルモノ

トス

本條は公權剝奪の期限を定めたるものなり。

公權剝奪は附加刑なるを以て常に主刑と其運命を共にす可きものなり。故に本條第一項の規定するが如く公權剝奪も亦有期と無期とありて本法は重罪なるも總て當然此公權を附加するものにあらざれば茲に其期間を規定するの必要あり。蓋し何故に有期の懲役、禁錮は一日以上十五年以下なるに附加刑たる公權剝奪は一年以上十五年以下と爲したるかど云ふに本法は一年以下の懲役、禁錮の如き微罪には公權剝奪の附加を爲すも殆ど其效果なきを以てなり。而して死刑又は無

期の懲役禁錮に對しては第二項の規定するが如く當然宣告を用ひず、公權剝奪を附加するものなれば其期限も亦常に無期なりとす。而して死刑の宣告を受けたるものに對し公權剝奪を附加するは動や奇なりとの説あり是皮想の見たらざるを得ず、死刑は他の刑と異なり言渡確定すると直ちに執行するものに非ず、他の法令の規定する所に從ひ司法大臣の命令を待つ等多少日月を遷延することあり、假令は懷胎の婦女出産後百日間執行を停止せらるゝが如し又死刑の宣告を受けたる者刑の執行を遁れて潜伏中は竊に公權を行ふことなきにあらざれば此規定なくんは却て奇怪なる結果を生ずるを以て本條特に死刑又は無期の懲役禁錮に附加すべき公權剝奪は當然無期なりと規定し、對席と關席とを問はず之を剝奪するものと爲したる所以なり。

十年以上の有期懲役禁錮の主刑に附加す可き場合に於ては其犯罪の種類に因り、公權剝奪は有期又は無期と爲すことありて必ずしも主刑と運命を共にせざるこゝとあり。十年以下の懲役禁錮に付ても亦然り是即ち犯罪及び犯人の性質に因りては主刑の執行を免れたる後と雖も猶ほ一定の期間公權を剝奪せされは社會に

危険を與ふる虞あるを以て必ずしも主刑と運命を共にせざることを特に規定したるものなれば對席と關席とを問はず有期の懲役又は禁錮に一定の期間を定め有期の公權剝奪を附加せられたる者は其裁判確定の日より主刑満期の日まで又は執行を遁れたる者は執行免除の期日に至る迄公權を執行するを得ざるものなり。而し此第四項現行刑法の公權停止と殆んど其結果を同ふせり。則ち公權剝奪を附加せられたる者は本刑たる懲役若しくは禁錮の執行中は當然公權を剝奪するものなればなり。若し此規定なくんは本法第二十八條第三項に規定するか如く、公權剝奪は本刑の満限又は執行免除の翌日より起算するを以て本刑執行中公權を行使するを得るの嫌ありて其目的を達すること能はされは特に本項を設けたるものなり。

## 第二十二條 監視ハ左ノ效果ヲ生ス

一 犯罪ノ地及ヒ被害者所在地ノ警察官廳ハ被監視人ニ對シ其管轄地ノ全部又ハ一部ニ住居シ又ハ立入ルヲ

禁スルコトヲ得

一必要ナル場合ニ於テ、警察官ハ何時ニテモ被監視人ノ  
住居ニ就キ搜索及ヒ物件差押ヲ爲スコトヲ得

本條は監視の効果を規定したるものなり。

監視は主として出獄後其者の行狀を監督して再犯を防止するを以て目的となすものなり。然るに現行刑法は刑法附則を以て監視の執行に關し種々繁雜なる規定を設けて被監視人の自由を拘束し之に違犯したるときは被監視人を處罰するか故に監視の目的を超えて實益なき犯罪人を増加し實際其弊に堪へず。是即ち被監視人に種々の義務を負はしめ自由の拘束過度に失し出獄後社會に立つて自由なる働きを爲すことを得ざるか爲め、不知不識の間規則に違犯するもの比々として皆然らざるはなし。故に改正刑法は其弊を除去する爲め監視の執行方法を寛にして監視制度を設けたる目的を達せんとし、左の拘束を爲すことを得へしと規定したり。

第一、犯罪の地及び被害者の所在地の警察署は被監視人に對し、其所在地の全部又は一部に住居し又は立入ることを禁ずること。

犯罪の實行地又は被害者の所在地に被監視人をして自由に住居し又は出入することを得すと爲したるは、時に或は被監視人被害者を怨み又は其他の人民に嫌惡せらるゝの結果再び犯罪を企つることなきを保せざるを以て犯罪の性質及び犯人の心術如何に因り、必要と認めたるときは如斯自由の幾分を拘束するものとす。

第二、必要ある場合に於ては警察官は何時にても被監視人の住居に付き搜索及ヒ物件差押を爲すこと。

警察官は被監視人の住居に何時にても出張し、其行狀を視察し若し怪む可き物件即ち犯罪の要に供する、が如き物藏匿する場合に於ては搜索、差押を爲すことを得せしめ、再犯豫防を爲すにあり。若し被監視人にして出獄後謹慎を表し正業に熱心なるときは警察官の出入毫も迷惑を感せず之に反して素行修まらず品行不正なれば直に看破せらるゝの虞あるを以て被監視人の正業を妨げざる限りは何時にても行狀監視の爲め警察官出張するものと規定したるものなり。以上監視の目的上必要なる處分は警察官應に一任し、便宜其處分を爲さしむること。

と爲したるなり。

是本條に對する解釋の大要なりと雖も余の卑見を以てすれば本條監視の效果として規定したる第一號第二號の如き權力を警察官に與ふるは稍や穩當ならざるの感なきに非ず。即ち第一號に規定したる犯罪の地及び被害者所在地の警察官應は被監視人に對し其管轄地の全部又は一部に住居し又は立入ることを禁ずることを得ると爲したるは刑法第二編以下監視を付したる各個の犯罪者は時に或は警察官の命令に依り先祖傳來の住居をも立退かざるを得ず且つ管轄の全部又は一部に立入ることを禁せらるゝが故に如何なる公用私用あるも再び被害者の所在地又は犯罪地を通行することを得ざるに至る是殆ど舊幕時代の追放立退き制度と異なる所なく自由の拘束も亦甚たしきものなり。假令一旦刑辟に觸れたるものなりと雖も斯の如く住居權通行權の自由まで剝奪するは苛酷に失するものにあらざる乎況や本刑の執行既に終了したるものなるに於てをや。

本條第二號必用なる場合に於ては警察官何時にても被監視人の住居に就き搜索物件差押を爲すことを得るとあるを以て被監視人の住居は常に開放舉て警察官

の蹂躪に任せざる可からず果して然りとすれば被監視人に對しては家宅權所有權の安全に對する保證なし酷も亦た極まれりと謂ふ可し。若し監視を被監視人の行狀監督再犯豫防の目的にありとすれば斯く被監視人の權利自由を拘束するの必用何所にあらるか余は實際上本條の規定を執行せしは現行刑法上に於ける監視規則より一層甚たしく被監視人の自由を拘束するものと斷言するを憚らざるなり。故に若し此監視を存するの必要ありとせば警察官應の便宜處分に一任して必要なる場合に於ては警察官何時にても被監視人の住居に就き行狀謹慎の訓悔を爲すことを得る位の程度に止まる乎然らずんば斷然監視の附加刑を刑法上より削除せられんことを希望す何となれば違背するも制裁なきの規定は之を存するも實益なきを以てなり。

### 第二十三條 監視ノ期間ハ六月以上二年以下トス

本條は監視の期間を定めたるものなり。

監視は前條述ふる如く主として出獄後其者の行狀を監督するにあるを以て多少被監視人の自由を拘束するものなれば被監視人の爲め不便迷惑尠からず。故

に謹慎の意を表して品行方正なるや否は長年月間之を試験するを要せず、殊に監視は再犯防遏を目的と爲すものなれば出獄後最も再犯を行ひ易き時期のみ執行すれば足るを以て現行刑法の六月以上五年以下を六月以上二年以下と改め其期間を短縮したり。

第二十四條 有期ノ懲役又ハ禁錮ニ處スル場合ニ於テ監視ヲ附加スルコトヲ得ヘキ罪ト同質ノ罪ニ因リ死刑又ハ無期ノ懲役若クハ禁錮ニ處セラレタル者特赦又ハ時効ニ因リ其執行ノ免除ヲ得又ハ減刑ニ因リ有期ノ懲役若クハ禁錮ニ減輕セラレタルトキハ當然二年間監視ニ付セラレタルモノトス  
併合罪ニ付キ死刑又ハ無期ノ懲役若クハ禁錮ニ處セラレタル者特赦又ハ時効ニ因リ其執行ノ免除ヲ得又ハ減刑ニ因リ有期ノ懲役若クハ禁錮ニ減輕セラレタル場合

ニ於テ其併合罪中監視ヲ附加スルコトヲ得ヘキ罪アルトキ又同シ

本條は最長期二年間監視に付すべき場合を規定したるものなり。  
現行刑法は重罪の刑に處せられたる者は必ず監視を附加し、輕罪の刑に處せられたる者に對しても亦附加する場合多きに過ぎ爲めに監視規則に違反する者續出して實際其弊に堪へざるを以て改正刑法は監視は必ずしも常に附加するものとせず。必要なりと認むる場合に於て之を附加するものと爲し、其場合を現行刑法より減少して各本條に規定すること爲し又た現行刑法第三十九條は死刑及無期刑の期滿免除を得たる者は別に宣告を用ひず五年間監視に付する旨を規定したるも改正刑法は之を各本條に於て有期の懲役若くは禁錮に處する場合に監視を附加するを得べき罪と同質の罪に因り死刑又は無期の懲役禁錮に處せられたる者か特赦時効等に因り刑の執行を免除せられ或は減刑せられたるときは別に宣告を用ひずして二年間監視に附すること爲したり。元來死刑又は無期懲役禁錮に處せられたる者に對しては監視に付するの必要なしが如しと雖も特赦又は



其他の原因に因り有期懲役禁錮に減刑せらるゝことあり又は時効に因り其刑の執行を免除せらるゝことあるを以て是等諸多の原因に因り減刑免除を得たる者に對しては監視に付するの必要あるを以て其の者に對して本條は當然二年間監視に付すべきものと規定したる所以なり。本條第二項は併合罪即ち數罪俱發に因り死刑又は無期の懲役禁錮に處せられたる者も特赦又は時効等の原因に因り減刑又は免除せられたる場合に於て其併合罪中監視に付す可き罪あるときも前段論したるが如く是等の者の出獄又は免除を得たる以後當然二年間監視に付して其行狀を監督するものと爲したり。現行刑法第三十九條は死刑又は無期刑に處せられたる者期滿免除を得たるときは別に宣告を用ひす五年間監視に付すと規定したるを本法は之を二年に短縮したり。

第二十五條 法律ニ於テ所有ヲ禁シタル物件ハ之ヲ沒收

ス

左ニ記載シタル物件ハ之ヲ沒收スルコトヲ得

一 犯罪行爲ニ供シ又ハ供セントシタル物件

二 犯罪行爲ヨリ生シ又ハ之ニ因リ得タル物件

物件ノ沒收ハ其物件犯人以外ノ者ニ屬セサルトキニ限

ル

本條は沒收に關する規定なり。

沒收は重罪の附加刑にして其沒收すべき物件に四種あり。則ち法律に於て所有を禁ずる物件犯罪行爲に供し又供せんとしたる物件犯罪行爲ヨリ生じ又は之に因り得たる物件是なり。此法律に於て所有を禁したる物件に付ては現行刑法は何人を問はず之を沒收すと規定したるを以て其意義甚だ廣きに失し所有者明瞭ならざる場合に於ても沒收すべき者なりとの解釋を生じ恰も當事者なくして刑事訴訟を爲すやの疑義なきにあらざれば改正刑法は犯人以外の者に屬する禁制物件沒收に關する規定は之を刑事訴訟法に讓ること爲し本法は唯犯人に屬する禁制物件を沒收することに改めたり。又犯罪行爲に供し又は供せんとしたる物件即ち犯罪準備に供したる物件をも仍ほ沒收するの趣意なり。此他犯罪行爲ヨリ生じ又は之に因り得たる物件も本法は犯人以外の者に屬する場合の外被告

人に属するときには縦令有罪の判決を受けたる時に或は其の共犯人等の爲め裁判を爲す可き場合に於ては仍ほ没収することを得べきものと爲して意義を廣めたり。

蓋し此没収すべき物件に付ては從來學者間に頗る議論のありたる所にして又屢々難問を生したる實例あるを以て項を分ちて之を詳論せんとす。

第一、法律に於て所有を禁したる物件

從來學者の論する所に依れば法律に於て禁制したる物件とは法律に於て製造産出、輸入、所有、所持を禁したる物件を云ふ、彼の偽造貨幣、紙幣及偽造文書、阿片煙の如き物是なりと又或學者は猥褻の圖書、冊紙も亦法律上の禁制物なりと論するも未だ以て正解なりと云ふを得ず、偽造文書の如きは法律上之を所有するを以て罰す可きものにあらず、偽造して行使するを以て初めて犯罪となる可きものなれば之を法律に於て禁したる物件として没収するは不可なり、亦猥褻の圖書、冊紙も單に之を所有するのみを以て罰すべきものにあらず、之を頒布し又は公然陳列若しくは販賣するを以て第二百四條罰す可きなり、即ち販賣、交換其

他の方法に依り世間に流布したるときは爲めに社會の風俗を害するか爲め之を禁したるものなり。固より其冊紙は善良なるものに非すと雖も私に所有し竊に製造するのみにて未だ社會風俗を害すと云ふを得ず、若し否とせば法律は濫りに人の内行私事に干涉する不法の結果を生すればなり。之に反して阿片煙は現行刑法及び改正刑法に於ても第六十條乃至第六十四條を以て製造、輸入、販賣、所有、所持を禁したるを以て、本條に所謂法律上所有を禁したる物件なれば何人の所有たるを問はず之を没収することを得へし。要之法律に於て所有を禁したる物件とは絶対的社會に存在を許さざる物件を云ふものとす。故に阿片煙及び之に用ゆる器具の如き最も好適例なり、如何となれば他の物件と異なり、犯人の所有なると否とを問はず、其犯罪に直接なる關係を有すると否とを問はず、單に有するの一事を以て犯罪となすものなればなり。

第二、犯罪行為に供し又は供せんとしたる物件

犯罪行為に供し又は供せんとしたる物件とは犯人が罪を犯すに付き直接に使

用し又は使用せんとしたる物件を謂ふ。縦令殺人の用に供したる兇器棍棒の如きものは是なり又賭博の用に供したる骨牌其他の器具は直接に犯罪の用に供したるものなれば没収することを得へしと雖も。若し船中に於て賭博を爲したるときは其船舶は没収することを得す。是犯罪直接の用に供したるものにあらずして間接の用に供したるに過ぎされはなり。故に竊盜の用に供したる梯子の如きも亦没収することを得ざるものとす。

茲に問題あり曰く無意犯の用に供したる物件も没収すべきものなりや否や是なり、余は無意犯は犯人不知不識の間に行はるるを以て其手段となりたる物件は之を没収するを得すと信する者なり。何となれば犯人再び之を使用して罪を犯すの虞あらざるのみならず、罪を犯すの意ありて行ひたるに非されはなり、殊に法文犯罪行為に供し又は供せんとしたる物件とありて有意を以て犯罪の用に供し又は供せんとしたる場合たるの意味を表するを以てなり。若し夫れ行為の字義行為、不行爲、有意、無意を問はずとせば疑問たらざるを得ず、假令は獵師鳥獸を射撃せんとして誤て人を銃殺したる場合に其手段に供したる銃砲を

没収することを得るや否の如し近時之を没収したる判決なきに非す又狩獵法違犯に關して疑問あり、無免許にて狩獵したる者の銃砲は没収するを得るや又曰く禁制鳥を射撃し又は禁制の場所に於て發砲したる者の銃砲は之を没収することを得るやの問題是なり、要するに無免許又は狩獵禁止の場所に於て發砲したるときは直接に犯罪の用に其銃砲を供したるものにあられは之を没収することを得す。之に反し禁制鳥を射撃したるときは禁制鳥其物を射つのに供したるものなれば銃砲を没収すへしとは有力なる學者の論する所なり。此犯罪行為に供し又は供せんとしたる物を没収するには左の二條件具備するを要す。

第一、犯罪の用に供し又は供せんとしたる物件たること、

第二、犯人の所有物件たるか又は無主物たること、

此第一條件に付ては既に前段説明したるを以て再説せず。第二條件たる犯人の所有物たるか又は無主物にあられは假令犯罪の用に供するも之を没収することを得ざるものなり。如何となれば其物件所有者は犯罪を行はざるに他

人の犯罪行為の爲めに所有權を侵害せらるゝに至ればなり、故に本條第五項に規定するか如く没収する物件は犯人以外の者に屬せざることに限るを以て犯人の所有なるか又は無主物なるときにあらざれば之を没収することを得ざるへし。其是を没収する所以のものは犯罪の用に供したる不淨の物件は犯人に還付するの必要なしとして官に没収するに外ならず、從來學者犯罪の用に供したる物件を没収する理由として再び其物を用ふるの虞あるを以て再犯防止の爲め之を沒收すと論したるものあるも是否なり、犯人其物を沒收せらるゝも他より求むること容易なれば再犯防止の爲めに之を沒收すと云ふが如きは殆ど兒戲に類する論なればなり。

第三、犯罪行為より生じ又は之に因りて得たる物件。

此犯罪行為より生じたる物件は犯罪行為に因り得たる物件とは全く其性質を異にするを以て之を區別して論せんとす。

(一) 犯罪行為より生じたる物件。

犯罪行為より生じたる物件とは行使の目的を以て製造したる偽造貨幣、紙幣又

は偽造の文書の如きものにして其物件を生せしむる行為夫れ自身か犯罪となるときに生じたる物件を云ふ故に左の二條件あるを要す。

第一、犯罪行為に居り直接に生じたること、

第二、犯人以外の者に屬せざる物件たること、

以上二條件具備するときは之を沒收することを得へしと雖も若し他人の所有する金銀を窃取して貨幣を偽造したる時の如きは其偽造の行為は犯罪たるも之が爲めに偽造したる貨幣を沒收するを得ず。如何となれば其金銀は他人の所有品なるを以てなり、蓋し其儘還付するは危険なれば之を舊の金銀の塊に破壊して返還するは勿論なり  
(二) 犯罪行為に因り得たる物件。

犯罪に因て得たる物件とは犯罪を行ひ取得したる物件を云ふなり。例へば竊盜に因て得たる金品其他收賄罪に因り得たる金品の如きものは是なり。而して此犯罪に因て得たる物件に付ても亦左の二條件具備するを要す。

第一、犯罪に因り直接に得たること、

## 第二、其物件他人の所有に属せざること、

以上二條件具はるときは之を沒收することを得へし。縦令犯罪に因て得たる物件なるも窃取して得たる金銭、物品又は遺失物なる時は所有者他にあるを以て之を沒收することを得ず。故に犯人の所有物なるか又は無主物なるとき即ち狩獵法違犯に因て獲得したる鳥獸の類及び法律か特に規定したる收賄罪に因て得たる賄賂の如きは本法二百九十九條第三項も本條の場合に於て收受したる賄賂の全部又は一部を沒收すること能はざるときは其價を追徴すとあるを以て見るも之をす沒收へきものなり。蓋し此賄賂は所有者あるも尙ほ不正の用に供したるものなれば制裁として官に沒收せらるゝにあり。

以上を以て本條大體の説明を終りたるも沒收する理由に付ては各々異なるを以て尙ほ少しく之を論せん。

抑も法律に於て禁制したる物件を沒收するは其物件社會に存在する時は社會に危険又は害毒を流すを以て之を沒收して危険を防止せんとするにあり又犯罪の用に供したる物件を沒收するは犯罪の如き不正に使用したる物を犯人に還付す

るの必要なきを以て官に沒收するものとす又犯罪に因て生したる物件も犯罪行為に因り生したるものなれば之を犯人に還付するの必要なきにあり、刑罰として沒收すへき者なり。犯罪に於て得たる物件は犯人に不正の利得を與ふる必要なきを以て之を沒收するものなり、而して此沒收は一の附加刑なるを以て刑罰たることは沒收全体に通ずる理由なりとす。

茲に注意すへきは以上各條件具備したる物件なるときと雖も必ずしも之を沒收するを要するものにあらず。法律の爲したる物件、犯罪の用に供したる物件及び犯罪に因て得たる物件なるときを問はず沒收するに足らざるものあり又は微少にして害毒と成らざるものあり、假令は放火の用に供したるマッチ一つと云ふか如し此等の物件も尙ほ沒收すへしとせば實際の手續尠からざるを以て本條第二項に左に記載したる物件は之を沒收することを得ると規定し裁判所か沒收を必要と認めたる場合のみ其沒收を宣告するものと爲したること是なり。

## 第二十六條 輕罪ノ刑ニ付テハ別段ノ規定アルニ非サレ

ハ沒收スルコトヲ得ス但シ前條第一項ニ記載シタル物

## 件ハ此限リニアラス

本條は輕罪に沒收の附加刑を適用するや否やを規定したるものなり。輕罪は微罪なれば附加刑たる沒收は之を適用せざるを以て原則と爲したり。然れ共假令微罪なりと雖も犯罪行爲の用に供したる物件犯罪行爲に於て得たる物件又は犯罪に於て生したる物件等は特に沒收す可き規定ある場合に於ては之を適用すべきものなり。蓋し法律に於て沒收したる物件は絶對的社會に其存在を許さざるを以て別段の規定あると否とに拘はらず本條に依り之を沒收することを得るものなり。

## 第二節 期間計算

本節は現行刑法第一編第二章第五節と同しく、本法に於ける總ての刑期計算法に關する規定なり。

期間計算とは刑の期間に付て有期と無期とを問はず、始期と終期との起算點を定めたるものなり。一見無期刑に付ては期間計算の必要なきか如しと雖も彼の時効、假出獄等の場合に於て其必要なきにあらず、殊に改正刑法に於ては未決勾留を

刑期に算入するの規定を創設したれば未決勾留は刑に非ざるも仍は被告人の自由を拘束するを以て是を顧みざるは酷に失するものと爲し、被刑者の利益の爲め其幾分を本刑に算入することと爲したれば其計算方法を定むるの必要あり故に本節は是等期間の計算方法を規定したるものなり。

## 第二十七條 期間ヲ計算スルニ一日ト稱スルハ二十四時

ヲ以テシ一月ト稱スルハ三十日ヲ以テシ一年ト稱スル

ハ曆ニ從フ

本條は期間計算のことを規定したるものなり。

本法に所謂一日とは日出より日沒迄を云ふにあらず又午前零時より午後零時迄を云ふに非ず、一時間を二十四合したるものを一日と稱するに似たり。而し此一日二十四時間は何時より起算する乎、本條之か起算點を示さざるは民法第三百二十九條に依り即時より起算せざる可らず。又一月には二十八日、二十九日、三十日、三十一日等の差異あるも其中間を折衷して三十日を以て一月と爲し。一年は曆に従ひ、閏年一日の差あるも便宜上之を顧みざるものと爲したり。

本法は第二十九條を以て受刑の初日は時間を論せず。全一日として計算する規定なれば、假令は一日の拘留に處せられたる者、今日の午後十二時に判決確定検事より刑の執行指揮ありたりとせば、明朝は直に放還せざる可らず。何となれば受刑の初日は時間を論せず、一日と計算するものなればなり。故に必しも二十四時間を以て一日と爲すにあらす、第二十九條は本條の例外なりと謂ふべし。果して然りとすれば此場合を除くの外、毎に即時より起算して二十四時經過の時を以て一日となすにあれば、時に或は晝夜に係はらざることなきにあらす。故に余は一日と稱するは午前零時より午後零時迄を云ふと規定するを却て世人の了解し易きを信するなり。

第二十八條 刑期ハ裁判確定ノ日ヨリ起算ス

拘禁セラレサル日數ハ裁判確定後ト雖モ懲役、禁錮又ハ拘留ノ刑期ニ算入セス  
 有期ノ懲役又ハ禁錮ニ附加セラレタル有期公權剝奪及ヒ監視ノ期間ハ其懲役又ハ禁錮ノ滿限若クハ其執行免

除ノ翌日ヨリ起算ス  
 死刑又ハ無期ノ懲役若クハ禁錮ノ執行免除ヲ得タル者ノ監視ノ期間ハ其免除ノ翌日ヨリ起算シ減刑ニ因リ死刑又ハ無期ノ懲役若クハ禁錮ヲ有期ノ懲役又ハ禁錮ニ減輕セラレタル者ノ監視ノ期間ニ付テハ前項ノ例ニ依ル

本條は刑期の起算點を定むる標準を規定したるものなり。則ち刑期は本條第一項の規定するか如く、裁判確定の日より起算するを以て原則となす。而し本條は現行刑法第五十一條に相當する規定なり。即ち現行刑法は第五十條に於て裁判ハ確定後に非されは執行せざることを規定し、其第五十一條を以て刑期は刑名宣告の日より起算することとなし、上訴の場合に關し詳細の規定を設けたるも、第五十條の如き規定は殆んど當然の事理にして明文を要せざるを以て之を削除し。本法は第一項に於て刑期の起算日を改め裁判確定の日よりすることとなせり。是一方に裁判確定後に非されは執行せざることを示し、他の

一方に上訴に由て以て萬一の僥倖を射んとするの弊を防遏せんとするものなり。殊に現行刑法は検事が上訴するときには常に宣告の日より起算し又被告が上訴して其上訴正當なるときも前判宣告の日より起算することと定めたるを以て、縦令検事か上訴して前判決は不當となるも被告人は却て之か爲めに未決勾留の期間延張し不當の利益を受くるに至り。被告の上訴したる場合に於ても僅かに手續に於て瑕瑾ある爲め第一審を取消したるときも上訴正當となり、其間に受けたる未決勾留期間時に或は刑期より長きとありて被告は刑の宣告を受くるも全く執行を免かるることあり、或は少くとも未決勾留の日數を刑期に算入するか故に大に執行日數を減殺せられ、從て不當の利益を受くることなきにあらざるを以て現時被告の上訴は其數多く僥倖を萬一に期し、苦役を免かれんと欲する弊を生ず。故に之を矯正する爲め刑期は必ず裁判確定の日より起算するものと爲したるは蓋し適當なる改正なりと謂ふへし。

然るに從來刑期起算点に付ては、學者間議論のありたる所なり。論者或は刑期は刑名宣告の日より起算すことあるを以て裁判宣告の日より起算す可しと又曰く刑

期の起算日は刑名宣告の日にあらず又裁判確定の日にあらず刑罰執行に着手したる日より起算す可しと又曰く刑期は裁判確定の日より起算す可しと、本法は此第三説を採用したるものなり。何故に刑期は裁判確定の日より起算するや、曰く國家は犯人に對する裁判確定したる以上は、何時にても其實力を以て裁判所に於て言渡したる刑罰を執行することを得べき權力を有するか故なり。然れども總ての場合に於て此裁判確定の日より刑期を起算するものとせば、不拘禁の場合にも尙刑期は進行するの結果を生ずることあるを以て本條第二項は被告人拘禁せられざるときは其日數は裁判確定後と雖も其懲役、禁錮及ひ拘留を通して刑期を算入せざるものと爲したり。又有期の懲役、禁錮に附加したる公權剝奪及監視も刑の執行を終りたる翌日より起算し、犯人時効に因り刑の執行免除を得たるときも其執行免除の翌日より公權を剝奪せられ又は監視に付せらるるものとせり、是第三項の規定する所なり。第四項は死刑又は無期の懲役若くは禁錮に處せられたる者刑の執行を遁れて時効に因り執行を免除せられたる場合に於ては、監視の期間は其免除を得たる翌日より起算すべきものと爲す又減刑に依り死刑、無期の



懲役若くは禁錮を有期の懲役又は禁錮に減輕せられたる者の監視期間に付ても其期間満了の翌日より起算すべきものとす。而し此執行免除の意義に付ては第四節刑の時効を論ずるに該て詳述すへし。

第二十九條 受刑ノ初日ハ時間ヲ論セス全一日トシテ之

ヲ計算ス時効期間ノ初日亦同シ

放免ハ刑期終了ノ翌日ニ於テ之ヲ行フ

本條は受刑の初日と放免の日を規定したるものなり。

犯人に對する裁判確定したるときは、其日より刑罰執行を爲す可きものなるを以て、確定したる日は時間の何時たるを問はず、全一日に計算すべきものとせり。而し放免は其期間満了したる翌日なりとす。理論上に於ては期間満了の日は直ちに放免すべきものなるか如しと雖も、若し如斯るときは夜中にかゝることなきにあらざるを以て、多少被刑者に對して不利益なるか故に本條第二項の規定するか如く、放免は期間終了の翌日之を行ふべきものと爲したるにあり。然るに現行刑法は放免の日は刑期に算入せずとあるを以て、刑期終了の翌日は午前必ず放免

せざる可らざるに至り、實際上不便なれば斯く改正したるに外ならず。

第三十條 未決拘留ノ日數ハ左ノ區別ニ從ヒ本刑ニ算入

ス但本刑ノ一日又ハ一圓ニ當ラサル拘留日數ハ之ヲ除去ス

一懲役一日ニ付キ勾留六日

二禁錮拘留一日ニ付キ勾留三日

三罰金科料一圓ニ付キ勾留二日但一圓以下ト雖モ亦

同シ

本條は未決拘留日數を本刑に算入することを規定したるものなり。

凡そ刑事訴訟の審理中被告人の拘留を要する場合極めて多く、稍や重大なる事件にありては審理の日數久しきに、彌り被告人の不幸實に名狀す可からざるものあり。今此不幸を避くるに付き其方法二あり。第一は裁判所をして適宜未決拘留日數の全部又は一部を刑期に算入せしむるにあるも手續上の不便尠なからざるを以て本法は第二の主義を採り、未決拘留の日數を刑の種類に應じて必ず本刑に

算入すること爲したり。是改正刑法の新設に係る規定なり。蓋し此被嫌疑者を國家は何故に拘留するの必要ありや曰く、刑事被告人として未決監に拘留するは事實上止むを得ざるに出でたる必要處分なり。其目的(一)罪證煙滅を豫防し(二)裁判の確實を期し(三)且つ逃走を防ぎ刑の執行を擔保するにあり、故に以上危険の虞なき者に對しては強て之を拘留するを要せざるに似たりと雖も被告人の多くは罪證煙滅を謀り、裁判の確實を誤らしむるの危険あるを以て、刑事訴訟法上罰金以外の被告は之を拘留するを許して確實を期する者なり。而して證據の蒐集其他種々の事情に依り時に或は半歳又は年余の拘留を受くるものなきにわらず、罪人は兎も角罪なき人も尙ほ且つ拘留せらるることあるを以て其不幸是より甚たしきはなし。近時國家の賠償論起るも亦理由なきにわらず。然れ共斯の如きことは絶てなくして稀にある所なり。故に縦令實際の犯人なりと雖も未決拘留日數長きに涉るときは其身体の自由を拘束せらる苦痛殆んど刑を受くると同一なるを以て刑の執行を受くる場合に至て未決拘留中幾分の日數を本刑に算入して、之を補助するは是れ將に國家の寛大を示す良制度なり。然れ共此未決拘留日數

を刑期に算入す可きや否やは從來學者の論したる所にして左の三説あり。

第一説 未決拘留は刑罰の執行にあらず故に之を刑期に算入せずして本刑の執行期間を定むへしと。

第二説 未決拘留は實際に於て刑罰と異なる所なきを以て之を刑期に算入して刑の執行期間を定むへしと。

第三説 未決拘留は被告人の自由を拘束するものなりと雖も其待遇寛なるを以て、眞の刑と同一なりと云ふを得ざるも全く之を本刑に算入せざるも酷なり、然れ共全部算入するは不可なるを以て、其幾分を算入して刑の執行期間を定む可しと。

此第三説は一説二説を折衷したるものにして改正刑法の採用したる説なり。然るに現行刑法第五十一條は刑名宣告の日より起算すと爲し、犯人の上訴したる場合に於て其上訴正當なるときは前判宣告の日より起算するものとし、檢事の上訴したる場合に於ては其上訴の當不當に拘はらず前判宣告の日より起算し、第一審判決以後の未決拘留日數のみを刑期に算入するも未決拘留を爲すの必要

は前述の如くなるを以て長きに渉るは、多く犯人事實を隠蔽するに起因すれば其責被告にあるも國家も亦多少責任なきに非らざるを以て第一審以後の日數を刑期に算入するものと爲したるに外ならず。果して然りとすれば判決以前の拘留日數を何故に刑期に算入せざる乎不當も亦甚たし。於之乎本法は未決拘留を刑期に算入することゝ爲したり。然れども未決拘留日數全部を刑期に算入することせば奸惡の徒は濫りに事實を隠蔽し免訴を僥倖せんと欲して裁判一層の遷延を來たす恐れなきに非らざるを以て其幾分を算入するものと爲したるは實に其當を得たるものなりと謂ふ可し。

本條は未決拘留日數を本刑に算入する場合に於て懲役、禁錮、拘留、罰金、科料に付て其算入上に差異あり、即ち左の如し。

一 懲役一日に付拘留六日

本刑懲役に該る刑に處せられたる場合に於て懲役一日に付き未決拘留六日の割合を以て算入計算するものとす、故に假令は懲役五月に處せられたるものにして六十日間未決拘留せられたるときは、其未決拘留日數十日を算入するを以

て、四ヶ月と二十日間本刑の執行を受けて放免せらるるものなり。

二 禁錮、拘留に一日付拘留三日

是れ又禁錮、拘留一日に付き未決拘留三日の割合を以て本刑に算入せらるるものなり。何故に懲役は拘留六日を以て、一日と爲し、禁錮、拘留は三日を以て本刑一日に換算するや、拘留は元來微罪なるを以て之を寛待するも可なりと雖も、禁錮は其本刑既に定役なきを以て懲役より寛待なり。然るに尙ほ且つ未決拘留日數を本刑に算入する場合に於ても拘留三日を本刑一日に換算するものと爲したるは聊か懲役に比し不公平の憾なきにあらず、然れども彼の禁錮に處せらる可き犯罪の性質上之を寛待するものなりとせば余復た何をか謂はん。

三 罰金、科料一圓に付き拘留二日但し一圓以下と雖も亦同し

是れ又罰金、科料に處せらるる罪は其犯罪の性質自身に於て輕きか故に未決拘留せらるるさへ既に穩當ならざるに由り罰金、科料一圓を拘留二日に換算するものとす。但一圓以下の科料に處せられたる者も尙ほ一圓に換算せらるるものなりと雖も若し第一項但書の規定するか如く本刑一日又は一圓に當らざる勾

留日數なきときは之を除去するものと爲したり。

### 第三節 刑の執行の猶豫及び免除

刑の執行猶豫は軌近の制度にして、全く新設の規定なり。其之を設けたる理由の  
大要を述べれば左の如し。

刑法の目的は犯罪を防遏するに在り、然れども犯罪必罰は未だ必らずしも防遏の  
目的を達す可きものにあらす。蓋し犯人の種類は千態萬狀にして盡く極悪人を  
以て目す可からざるものなり。或は一時の感情に制せられて罪を犯すに至るも  
のあり或は社會の境遇に驅けられて罪群に陥いる者あり、凡そ此等の犯人は一旦  
法律の罪人と爲るも再び善良の民たることを得へからざる者に非ず。然るに刑  
法は常に之を罰して假借する所なく、悪人と共に監獄に投して顧みされは良民も  
亦悪人の爲めに犯罪の教授を受け忽ち不良の性を養成するに至る、特に短期の自  
由刑に至ては懲戒の目的を達すること甚だ困難にして且獄中の惡風に感染する  
こと至て容易なれば却て監獄に出入したる爲め不治の犯人と爲る者殆んど其幾  
千なるを知らず。是實に短期刑の通弊なるを以て此通弊を除く爲め短期刑に處

せられたる者は監獄に投つることなくして懲戒の目的を達する策を講ずるに如  
かす、其方法は即ち刑の執行猶豫是なり。此方法に依れば一方に於ては犯人を罰  
して而して恕する所なきを以て犯罪必罰の趣旨に背かす、他の一方に於ては其刑  
の執行を猶豫して犯人を善行に導くにあれば犯罪防遏の目的を達するに足るも  
のなり。

而し此刑の執行猶豫なる制度は、歐洲諸國中初めて實行したるは白耳義國にして  
同國に於ては千八百九十年より實施し。佛國に於ても亦千八百九十一年より之  
を實施したるに再犯豫防策として頗る良好なる結果を奏しつゝありと云ふ。我  
改正刑法に於ては初犯にして且短期の刑に處せられたる者一定の條件具備する  
ときは一定の期間刑の執行を猶豫し其條件に違背せざるときは未だ刑を科せさ  
るに等しき効果を生ずるものとなし。其他無期刑以下各種の長期に處せられた  
る者は一旦之を監獄に收容し悔悟、謹慎、再犯の虞なしと認むる者に對しては尙ほ  
行政處分を以て一定の期間經過の後何時にても出獄せしむるものとなし、二者共  
に併行して大に現行刑法より其面目を改めたり。然るに司法省に於て最初此刑

の執行猶豫に關する條項其議題に上るや、委員中反對者多く容易に決せざりしと云ふ、其否說の大意に曰く、此制度は刑法の精神に反するを以て到底之を設くべきものにあらず。何となれば罪あれば爰に刑を科し刑を科するは之を執行すべきものなればなり。然るに刑を科して之を執行せすとせば初めより之を科せざるに如かずと、然れども刑の執行猶豫は絶対に刑を執行せざるにあらず、單に其執行を猶豫するに在るのみ、故に縦令一旦刑の執行猶豫を受けたる犯人と雖も之を許すの條件に違背せんか、直に取消し刑の執行を爲すことを得れば是を以て刑法の精神に反するものと爲すは否なり。論者或は曰ん刑の執行猶豫は一定の期間内再ひ罪を犯さざる時は先に科したる刑は當然消滅に歸するものなり。然らば即ち條件を具備するに於ては全然刑を科せざると同一に歸す、是れ刑法の精神に反するものにあらずして何ぞやと、然りと雖も反對論者は現行刑法に於ける刑の一部執行猶豫を許したる假出獄の制度に同意し、其全部を許す執行猶豫に反對せんとするも五十歩百歩の論なり。抑も假出獄の條件遵守に因て刑の執行を免ると執行猶豫に因て刑の執行を免るとは鄭重の度に於て差異なきに非ず、假令

出獄は行政處分を以て之を許すに刑の執行猶豫は裁判所に於て之を宣告するものなれば二者決して同視すべきものにあらざるなり。反對論の理由なきこと夫れ斯の如し。故に犯罪必罰は法理の將に然る所なるも時に或は犯人を罰して却て改善を妨げ不良に化し再犯を導くの虞なきに非らざれば、寧ろ一時刑の執行を停止して其將來の行狀を見るに如かず、若し刑の執行を猶豫したる期間内再ひ罪を犯さは猶豫したる前刑と再犯の刑とを併て執行す可きものなり。之に反して其猶豫中謹慎して期間を経過したるときは屢きに言渡したる刑を全免するものなれば此刑の執行猶豫は再犯防止の奨勵となり愈實施せらるるに至らば其實益蓋し尠少なからざるを信するなり。是我刑法上の一大進歩にして本法の採用創設に係る良制度なり。

第三十一條 左ニ記載シタル者一年以下ノ禁錮又ハ六月以下ノ懲役ノ言渡ヲ受タルトキハ情狀ニ因リ裁判確定ノ日ヨリ二年以上五年以下ノ期間内其執行ヲ猶豫スルコトヲ得

- 一、前ニ罰金以外ノ重罪ノ刑ニ處セラレタルコトナキ者
- 二、前ニ罰金以外ノ重罪ノ刑ニ處セラレタルコトアルモ其執行ヲ終リ又ハ其執行ノ免除ヲ得タル日ヨリ十年以上罰金以下ノ重罪ノ刑ニ處セラレタルコトナキ者

本條は刑の執行猶豫に要する條件を規定したるものなり。

刑の執行猶豫とは一定の條件あるものに對し、一定の條件を附して言渡したる刑の執行を猶豫するにありて其條件に違背せざる時は當然刑の執行を爲さざるの效力を生ずるものなり、則ち左の條件ある者に對して其言渡したる刑の執行を一時猶豫するものとす。

第一、一年以下の禁錮又は六月以下の懲役の刑を言渡されたる者。

第二、前に罰金以外の重罪の刑に處せられたることなき者。

第三、前に罰金以外の重罪の刑に處せられたることあるも其執行を終り又は其執行の免除を得たる日より十年以上罰金以外の重罪の刑に處せられたることなき者。

第四、公權剝奪又は監視の附加刑を科せられざる者。

以上の條件具備したるときは情狀に因り、裁判所は檢察の請求に依り裁判確定の日より二年以上五年以下の期間内に於て其言渡したる刑の執行を猶豫することを得るものとす。其理由に至ては前段既に述べたるを以て之を略す。

而し本條に於て禁錮又は懲役刑に付て其執行を猶豫しなから之に比して輕き罰金に就ては何故に與へざる乎と謂ふに、彼の罰金刑に處せられたる者は監獄に投入せらるることなきを以て犯罪の悪性に感染するの虞なく、從て之か爲め自暴自棄の念を起し、遂に刑罰の目的に反するか如き憂なきか爲め單に罰金完納の猶豫を與ふるまでにして之を許さざるにあり。本條第一條件は別に説明を要せずして明白なり。第二條件は犯人の身上に關する條件にして罰金以下重罪に處せられたることなき者にあらざれば此恩典を與へざる主旨なり。第三條件は第一號の例外にして、縦令前に罰金以下の重罪に處せられたる者と雖も其執行を終り又は執行免除を得たる日より十年以上更に罰金以外の重罪を犯さざる者は必竟其素行を慎みたるものなれば最初より罪を犯さざる者と同一に看做して此恩典を

與ふるものとせり。第四條件は次條に規定あるを以て茲に述へず。

第三十二條 公權剝奪又ハ監視ヲ附加セラレタル者ニハ

前條ノ規定ヲ適用セス

本條は公權を剝奪せられ又は監視を附加せられたるものには、刑の執行猶豫を與へざることを規定したるものなり。

公權を剝奪せられ又は監視を附加せらるゝが如き者は、其犯情及ひ心術に於て刑の執行を猶豫するも、到底條件を遵守すること能はざる不良の者と認め豫め是等の者に對して刑の執行猶豫を與へざることに規定したるものなり。

第三十三條 左ニ記載シタル場合ニ於テハ刑ノ執行猶豫

ノ言渡ヲ取消ス可シ但第三十一條第二號ニ記載シタル者ニ付テハ此限ニ在ラス

一、猶豫ノ期間内更ニ罪ヲ犯シ罰金以外ノ重罪ノ刑ニ處セラレタルトキ

二、猶豫ノ言渡前ニ犯シタル他ノ罪ニ付キ罰金以外ノ重

罪ノ刑ニ處セラレタルトキ

三、猶豫ノ言渡前他ノ罪ニ付キ罰金以外ノ重罪ノ刑ニ處

セラレタルトキ發覺シタルトキ

本條は刑の執行猶豫の言渡を取消す可き場合を規定したるものなり。

即ち左の場合に於ては刑の執行猶豫の言渡を取消すものとす。

第一、猶豫の期間内更に罪を犯し罰金以外の重罪の刑に處せられたるとき。ど

は元來刑の執行猶豫を設けたるは再犯豫防を以て重なる目的を爲したるものなれば、第三十一條に規定したる條件を具備したる犯人に對し再犯の虞なしと

認定して裁判所が刑の執行を猶豫するに外ならず。然るに其猶豫せられたる期間内罪を犯し、罰金以外の刑に處せらるゝか如き者は是刑の執行猶豫を與へたる目的に反して到底改善の見込なきものなれば、其言渡を取消すものとす。

第二、猶豫の言渡前に犯したる他の罪に付き罰金以外の重罪の刑に處せられたるとき。とは刑の執行猶豫を受けたる者、其猶豫を得たる犯罪以前に犯したる罪其裁判所又は他の裁判所に於て發見して重罪に處せられたるときは、第三十

一條第一號の所謂前に罰金以外の刑に處せられたることなき者たるを要する條件に違背するを以て、執行猶豫の言渡は取消さるるものなり。

第三、猶豫の言渡前他の罪に付き罰金以外の重罪の刑に處せられたることを發覺したるとき。とは刑の執行猶豫を得たる者、其刑の執行猶豫中以前既に犯したる罪に付き重罪の刑に處せられたる者なることを發覺し、未だ其刑の執行を終りたるに非らざるか又は執行免除を得たる日より十年以上経過したる者に非らざるか如きは、是又第三十一條第二號の條件に違背する者なるを以て刑の執行猶豫の言渡を取消さるるにあり。

以上の場合に於ては一旦刑の執行猶豫を與ふるも之を取消し、其言渡されたる刑の執行を受く可きものなり。然れども本條第一項但書は例外あることを規定したり。即ち第三十一條第二號に記載したる者に付ては此限りに在らずと爲し、刑の執行猶豫を受けたる犯罪以前に罰金以外の重罪の刑に處せられたるも既に其刑の執行を終りたるか又は刑の時効等に因り執行の免除を得たる日より十年以上体刑に處せらるへき罪を犯さずして経過したるときは、其前罪なきものと看做

して仍は其執行猶豫の言渡を取消さるるものとなしたり。

第三十四條 刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ取消サル、コトナクシテ猶豫ノ期間ヲ経過シタルトキハ刑ノ言渡ハ當然其效力ヲ失フ

本條は執行猶豫の効果を規定したるものなり。

刑の執行猶豫の言渡を受けたる者にして、裁判所が二年以上五年以下の範圍内に於て定めたる一定の期間謹慎の意を表して再び罰金以外の刑に該るへき罪を犯さず、無事に経過したるときは、其言渡されたる刑は當然效力を失ひ、初めより前の言渡を受けざるも同一の効果を生ずるものなり。

是本制度上に於て最も主要なる規定なり。一旦不幸にして有罪者となるも其後一定の期間謹慎の状況に在るときは法律は之を以て全く改悛したるものとして其罪を問はず。従て犯人も有罪者たるの汚名を免れ純白の人を以て世に處することを得るものなればなり。

第三十五條 禁錮又ハ懲役ニ處セラレタル者更ニ重罪ヲ



犯ス虞ナキトキハ有期刑ニ付テハ其刑期三分ノ一無期刑ニ付テハ十年ヲ經過シタル後行政處分ヲ以テ假ニ出獄ヲ許スコトヲ得

本條は假出獄を許す條件を規定したるものなり。

假出獄とは一旦刑に處せられたる者、獄則を謹守し改悛の情あるときは一定の期間經過したる後行政處分を以て假に出獄を許すを謂ふものなり。是現行刑法に於ても採用したる制度にして此制度を設けたる所以の理由は、無期以下の長期刑に處せられたる者は其出獄期の長さに從て、自暴自棄の念を起し、到底治獄の目的を達すること能はざるを以て行政處分として改過遷善、自懲の效顯はれたるときは出獄することを得せしめたるものなり。故に何人も其希望を抱て謹慎するに至り、獎勵となり不良の徒も化して良民となるや必せり。果して然りとすれば本人の爲め一は他囚の爲め又監獄經濟上最も有益なる制度なり。現行刑法は重罪以下の刑に處せられたる者は其刑期四分の三、無期刑に付ては十五年の後に非らされは之を許さざるの規定なりしも、本法に於ては有期刑に付ては其刑期三分の

一、無期刑に付ては十年の後許すものと爲したるを以て寛嚴其宜しきを得たる改正なりと謂ふ可し。

刑の執行猶豫と假出獄との差異を述べれば左の如し。

(一) 刑の執行猶豫は未だ刑の執行を爲さざる以前獄外の生活に放任するものにして、假出獄は一旦刑の執行を受けたる後一定の條件具備したる場合に於て獄外の生活を爲さしむるものなり。

(二) 刑の執行猶豫は裁判所に於て言渡す、假出獄は行政處分を以て獄外の生活を爲さしむるものなり。

(三) 刑の執行猶豫は一年以下の禁錮又は六月以下の懲役に處せられたる者に限るも、假出獄は一般被刑者に對して與ふる恩惠なり。

(四) 其結果として之を許す條件及び取消條件を異にするものなり。假出獄は本條規定するか如く、禁錮又は懲役に處せられたるものにして更に重罪を犯す虞なき場合に於て有期刑に處せられたる者は其全期間の三分の一、假令は十五年の懲役に處せられたる者は五年を經過したるとき、無期刑に處せら

れたる者は十年を経過したる後悔悟遷善、自懲の效著しく獄外生活を爲さしむるも再ひ罪を犯すの危険なきものと認めたる場合に於て、行政處分として假りに出獄することを許すものなれば此假出獄を許すに付ては左の條件あるを要す。

第一、無期刑以下の懲役又は禁錮に處せられたる者。

第二、再ひ罪を犯す虞なき者。

第三、有期刑に付ては刑期三分の一、無期刑に付ては十年を経過したる者。

以上の三條件具備したるときは、犯罪の種類如何を問はず假出獄を許し、獄外の生活を爲さしむることを得るものなり。

第三十六條 左ニ記載シタル場合ニ於テハ假出獄ノ處分

ヲ取消スコトヲ得

- 一、假出獄中更ニ罪ヲ犯シ重罪ノ刑ニ處セラレタルトキ
- 二、假出獄前ニ犯シタル他ノ罪ニ付キ重罪ノ刑ニ處セラレシトキ

三、假出獄前他ノ罪ニ付キ重罪ノ刑ニ處セラレタル者ニ

シテ其刑ノ執行ヲ爲スコトキ

四、假出獄取締規則ニ違背シタルトキ

假出獄ノ處分ヲ取消シタルトキハ出獄中ノ日數ハ刑期

ニ算入セス

本條は假出獄を取消す可き場合を規定したるものなり。

本條一、二、三、四の規定は讀んで字の如く説明を要せざるも、末項に規定したる假出獄の處分を取消したるときは何故に其出獄中の日數を刑期に算入せざる乎と云ふに、出獄中重罪を犯し又は既に犯したる重罪の爲め刑に處せらる可き場合若くは假出獄取締規則に違背したるときは、假出獄の恩典に違背したる制裁として且出獄中は自由の生活を爲し毫も自由を拘束せざるものなるを以て出獄を許したる日より入獄を命したる日迄前後刑期に算入通算せざるものとなしたるに外ならず。是犯人をして不當の刑の利益を得せしめざるか爲めなり、蓋し第四號は本法は別に假出獄取締規則の制定を豫期するを以て之に違背したる場合を規定し

たるものなり。

二二八

### 第三十七條 拘留ニ處セラレタル者ハ情狀ニ因リ何時ニ

テモ行政處分ヲ以テ其執行ヲ免除スルコトヲ得

罰金又ハ科料ヲ完納スルコト能ハサルニ因リ留置セラ

レタル者亦同シ

本條は拘留又は罰金科料不完納の爲め換刑處分を受けたる者に對する執行免除の規定なり。

現行刑法に於ては假出獄は重罪、輕罪囚のみに對して許したるも、本法に於ては重罪、輕罪を通して之を許すことに改め。而かも輕罪に付ては假出獄に一步を進めて情狀に因り何時にても其刑の執行を免除することを得ると規定したり。故に輕罪に付ては重罪と異なり、執行免除の效果として縱令如何なる犯罪あるも爲めに取消さることなきものとす。又罰金科料の刑に處せられたる者完納すること能はさるに依り、換刑處分を受けて留置せられたるときも尙ほ其者の情狀に依り、何時にても換刑處分の留置を免除することとせり。是現行刑法に規定なき所

にして頗る寛大主義を採りたる感なきにあらずと雖も理論上に於ては最も其當を得たる改正なり。如何となれば懲役、禁錮又は拘留なると將た換刑處分に因る留置なるを問はず等しく犯人の自由を拘束して、監獄に繋留するものなれば改悛、自懲、謹慎の點に付ても刑の輕重に因り差異あるにあらず。況んや重罪に許して輕罪に許さずとせば法律の規定公平を失するに於てをや、是本條第二項を以て罰金又は科料を完納すること能はさるに因り留置せられたる者亦同じと規定したる所以なり。

#### 第四節 時 效

本節は現行刑法第一編第二章第七節の規定に相當するものなり。而して現行刑法に用ひたる期滿免除の語を改め時効と爲したるは其意義異なるに非らず、唯時効の語は民法其他に於て普通に慣用せらるるを以て之を改めたるに過ぎず。刑事上の時効に二種あり。一は犯罪發生後一定の期間遁れて公訴の實行を受けざるべき公訴の實行權消滅するものとす。是刑事訴訟法の規定する所なるを以て措て論せず。一は判決確定後刑罰執行權免除せられて消滅の效果を生ずるもの、

本節規定する所の刑の時効即ち是なり。一旦犯人刑の言渡を受けて裁判確定するも一定の期間遁れて刑の執行を受けざる時は経時効の效果に因り、其後刑の執行を免除せらるるものと爲し、時の経過に斯く至大の效力を生せしめたるものなり。而し此時効制度を設けたる所以の理由に付ては、從來學者種々の理由を以て説明する所なりと雖も要するに罪を犯したる者に刑を科したるも久しく之を執行せざる時は犯罪事實は社會の遺忘する所となり。威嚇の必要なく社會刑罰權も亦之を施すの要なし。故に犯人に對して刑の執行も時の経過に因り遺忘したるものと推定して罰せざるなり。斯くの如く刑の言渡及び刑の執行を遺忘したるものに對して其執行を免除するは正當にして且必要なり。是佛國刑法學者カロー氏の說にして我現行刑法上時効制度の理由として一般學者の說く所なり。想ふに改正刑法に於ても社會の遺忘に基き罰するの必要なしとの理由に依り、時効制度を存置したるや疑を容れざる所なり。如何となれば刑の輕重に因り時効期間に差異を立てたること及び社會未だ遺忘せざる場合に於ては檢事社會を代表して時効期間の中斷を行ふことを得る點より看るも此理由に基くこと知るべ

きなり。然れども余は社會の遺忘に基き罰するの必要なしとの理由を以て時効の説明となすは法理上聊か穩當ならざるの感なきにあらず。苟も罪あれば必ず刑あるは社會刑罰權の命する所なり。況や犯罪必罰は國家の大權に屬するものなるに於てをや。故に社會遺忘と云ふか如き假想的理由を以て刑罰執行を免除するは殆んど謂れなきものと謂ふ可し。殊に判決は既に裁判所の記録に存在して年月経過の爲めに滅するものにあらずはなり。於之乎學者或は社會遺忘を廢除して唯犯人遁れて長年月間再ひ罪を犯さず、小心翼翼たるは刑の執行を受けずして殆んど受けたるに等しき苦痛を感じ、自懲改悛の狀刑の執行を受けたるも同一なるを以て再ひ之を罰するの必要なし、是れ刑の時効を設けたる所以なりと論する者あり。又或は曰く時効制度を設けたる理由は、(一)人情罪を犯すも多年経過すれば世人の紀念も消散すると共に被害の事實も從て回復せらるるものなり。(二)社會の人心も亦歲月経過と共に其舊惡を宥恕するの觀念を生ずるを以て社會刑罰權を以て之を罰する必要なしと爲したるものなりと論する者あり。是未だ以て充分なる理由と爲すに足らず、近時時効制度は社會刑罰權の基本犯罪必罰の

原○理○に○反○す○る○を○以○て○之○を○廢○す○可○し○と○主○張○す○る○者○あ○る○に○至○れ○る○も○亦○理○由○な○き○に○非○  
ら○さ○る○な○り○。

一三二

### 第三十八條 死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留、科料及ヒ沒收ノ言渡

ヲ受ケタル者ハ時効ニ因リ執行ノ免除ヲ得

本條は重罪、輕罪及ヒ沒收は時効に罹ることを規定したるものなり。

死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留、科料等重罪、輕罪の主刑は總て時効に因り刑の執行を免除せらるるものなり。然れ共死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留等其犯罪の輕重に因り執行を免るる時効期間に長短の差異あり、是既に前述したるか如く犯罪の重きものは社會の遺忘も亦容易ならず順次輕きに從て社會の遺忘するも速かなれば次條を以て各期間を一定し、其期間を經過せば時効の利益を得るものと爲したり。而して本條は附加刑たる沒收の言渡を受けたる者も亦時効に因り執行を免除せらるることを規定したり。本法第十條第二項は公權剝奪、監視及ヒ沒收の三個を以て附加刑と爲したるに、獨り沒收のみ時効を得るものとなし、他の公權剝奪及ヒ監視は何故に時効を得ざるや是大に理由の存するものなり。即ち沒收すべき物件は本

法第二十五條に規定したる種々のものにして何れも皆有形的執行を要するものなれば其有形的執行を遁れて執行言渡の日より一年間經過せば、時効に罹るものにて他の死刑、懲役、禁錮、拘留、科料等身體の自由を拘束する主刑又は罰金と性質同一なるを以て時効の利益を得るものなり。之に反して公權剝奪及ヒ監視の如きは權利又は自由を多少拘束するも無形的に執行するものなれば時効を得べきものにあらず、彼の公權剝奪者か竊に公權を行ふも其行使は無効なり、何となれば權利なき者之を行使せんとするも得べからざればなり。又監視も第二十二條に規定したる如く被監視人の自由の一部を制限することありと雖も、被監視人の心意に一任するものにして彼の監獄に拘留して一舉一動命令的に自由を拘束する自由刑と同一ならず。故に公權剝奪及ヒ監視は無形的に執行するものなれば常に執行を遁るゝこと能はざるを以て、時効に因り其執行を免除せざることに爲したるものなり。

現行刑法第六十條は特に公權剝奪及ヒ監視は期滿免除を得すと規定し、其第三項に沒收は五年を経て期滿免除を得、但し禁制物は期滿免除の限に在らずとなし法

律に於て禁制したる物件は此時效を得ざることを規定したるも本法は單に沒收は時效に因り執行を免除せらるゝ旨を規定し禁制物件を除外せされは法律に於て所有を禁したる物件と雖も尙ほ時效に罹るものと解釋せざる可からず。

第三十九條 時效ハ刑ノ言渡確定シタル後左ノ期間内其執行ヲ受ケサルニ因リ完成ス

- 一 死刑ハ三十年
- 二 無期ノ懲役又ハ禁錮ハ二十年
- 三 有期ノ懲役又ハ禁錮ハ十年以上ハ十五年三年以上ハ十年三年未滿ハ五年
- 四 罰金ハ三年
- 五 拘留、科料及ヒ沒收ハ一年

本條は各刑罰に對する時效期間を規定したるものなり。

前條に於て論したるか如く刑罰の輕重に因り其時效期間を異にするものなり。即ち死刑は三十年間判決確定の日より經過せば刑の執行を免除せらるゝものに

して無期刑以下有期の懲役、禁錮、罰金、拘留、科料等何れも本條記載の年月經過せば時效は完成するものとす。現行刑法に於ては第五十九條を以て時效期間を規定し死刑は三十年、無期徒刑は二十五年、有期徒刑は二十年、重懲役、重禁錮は十五年、輕懲役、輕禁獄は十年、禁錮、罰金は七年、拘留、科料は一年と爲したるも本法は無期の懲役、禁錮を二十年と爲し、現行刑法より五年を減し、有期の懲役、禁錮を十五年以下と爲し是又五年を減し、七年の罰金を三年に減したる時勢の進歩、司法機關の完備に従ひ犯罪捜査も益々嚴密に赴き罪人刑の執行を遁れて社會に潜伏せんと欲するも得可からざるを以て、時效期間も亦將來に於ては現行刑法程長期にするの必要なしと認めて之を減したるものなり。茲に注意すべきは死刑又は無期の懲役、禁錮に處せられたる者執行を遁れて時效完成し刑を免除せらるゝ場合に於て犯罪の性質上監視に付せられたるときは執行免除を得たる翌日より當然二年間監視に付せらるゝこと是なり。公權剝奪に付ても亦然り(第二十四條全、第二十八條參照)。

第四十條 時效ノ期間ハ法律ニ依リ刑ノ執行ヲ猶豫シ又

## ハ之ヲ停止シタル期間内ハ経過スルコトナシ

本條は時効期間進行停止の場合を規定したるものなり。

元來刑の時効期間は裁判確定の日より進行すべきものなりと雖も、法律に因り刑の執行猶豫を得たる時又は假出獄等に因り刑の執行を爲さざる場合に於ては其期間の進行を停止して経過せざるものなり。是即ち法律の規定に基き執行を停止するものにして罪人遁れて不法に刑の執行を受けざる場合に非らざるが爲めなり、故に此執行猶豫、假出獄等正當に免せられたる場合に於ては裁判上、行政處分上、其猶豫又は停止の取消しありたる時より直に執行を遁れたるものなるを以て時効期間は此時より進行するものなり。

## 第四十一條 時効ハ刑ノ執行ニ付キ犯人ヲ逮捕シタルコ

因リ之ヲ中斷ス

罰金、科料及ヒ沒收ノ時効ハ執行行爲ヲ爲シタルニ因リ之ヲ中斷ス

本條は時効期間中斷の原因を規定したるものなり。

時効は第三十九條第一項の規定したるか如く裁判の確定したる後其執行を受けず、一定の期間経過したるに因り完成するものなり。然るに刑の言渡を受け裁判確定したる者遁れて潜伏又は逃走中執行官の命令に因り逮捕せられたるときは其経過したる時効期間は爲めに中斷せらるゝものなり、是自由刑に處せられたる者に對する中斷方法なりとす。本條第二項は罰金、科料及ヒ沒收の時効は執行行爲を爲したるに因り之を中斷すと規定したるを以て罰金、科料及ヒ沒收に付ても亦徵收を爲したるときは中斷するものなり。現行刑法第六十二條は刑の執行を遁れたる者に對し逮捕を命したるときは最後の令狀を出したる日より期滿免除を起算すと規定し、刑の執行官より逮捕の令狀を發したるときは是のみに因り時効期間中斷するものと爲したるも其理由に乏しく且令狀を發したるものと發せざるものとあるに至り不公平の結果を生ずることありて時効を設けたる本旨に反する虞れあるを以て、本法に於ては刑の執行に付き犯人を逮捕したるに依り之を中斷すと規定し令狀を發したるのみを以ては未だ時効期間中斷の効力なきものとせり。然れ共現行刑法は罰金、科料及ヒ沒收に付ては時効中斷の規定なき爲

め中斷方法なかりしも本法は其缺を補ひ是等のものに對しても執行行為を爲したるときは中斷するものと爲したり。而し此罰金刑は其金額を數回に分納することあるを以て未だ完納に至らざる前既に時効の成就するか如きことなからしむる爲め執行を以て中斷するものと爲し常に最後の執行行為の時より時効期間進行するものとせり。

以上論するか如く本法に於ては(一)自由刑に處せられて刑の執行を受けざるものを逮捕したるとき(二)罰金刑に處せられたる者に對しては之が徴收の爲め執行に着手したるときは時効期間中斷して更に期間の経過を要するものなり。故に其中斷以前に経過したる年月は效力なきに至るを以て再び逃走するか又は執行行為を遁れたる日より時効期間進行するものとす。

斯く犯人逮捕又は執行行為に依り時効期間中斷の效を生ずる所以のものは前屢々論したるか如く刑の時効制度を設けたるは社會の遺忘に基くものなれば社會の代表者たる檢事刑罰執行の爲め執行行為を爲したるときは社會未だ遺忘せざるとを表證するものなれば時効期間はか爲めに中斷せらるゝものなり。故に檢

事は何時にても逮捕又は執行行為を爲し犯人遁れて経過したる時効期間を無効に屬せしむることを得可きものなり。

第五節 大赦特赦減刑及び復権

本節の規定は帝國憲法第十六條 天皇は大赦特赦減刑及び復権を命ずとの規定に基くものなり。即ち國家は法律を制定し、人民の權利を平等均一に保護するを以て任務と爲すか故に、若し罪を犯すものあれば必らず之を罰し社會の平和を保持するものとす。然れども時に或は犯罪の情狀千差萬別嚴刑に過ぎ減免す可き必要あり又法律と人情時勢と伴はさること往々あるを以て是を補充する爲め天皇の大權に依り大赦特赦減刑を施し其調和を計るものなり。即ち大赦は特別の犯罪事件に付き事實を全減するものを云ひ、特赦は犯人に對して其刑を免するものなり。減刑は刑期の幾分を減輕するものにして、復権は剝奪せられたる公權を回復して將來公權を享有することを許すものなり。

第四十二條 大赦ハ裁判言渡ノ效力ヲ全滅ス

本條は大赦の效力を規定したるものなり



大赦は天皇の大權に屬すること既に述べたる如し。此大赦の行はれたるときは本條の規定に依り、裁判言渡の效力を全滅するものなれば刑罰執行を免除せらるゝのみならず裁判をも全滅するの效力あるを以て、其犯罪事實は大赦の爲め總て消滅して全然事實のあらざる以前の程度に復するものなり。

此大赦は如何なる犯罪に就て行はるゝものなるやと云ふに、國事犯等に對して行はるゝものなり。夫れ國事犯は政府の施政に對して不平ある者國家の前途を憂ひ慷慨悲憤自ら禁する能はずして之を企つるものなれば、其心術高潔清廉なること普通犯罪の如き私情私慾の爲めに人を殺し財を奪ふ破廉耻罪と日を同じふして論すべき者にあらず。如何となれば國家蒼生の爲め一身を犠牲に供するものなればなり。然れども其の手段武力に訴る社會を紛擾せしめて人民を擾亂の渦中に陥しいるものなれば、國家の安寧秩序を紊亂すること甚しきを以て刑法上嚴罰せらるゝものなり。左れど犯人罪に就き紛擾平定したるときは愛國慨世共に一時の感情に驅けられて事茲に至りたるにあれば心術上嘉すべきものなきにあらず、於之乎法律の規定に基き一旦裁判を下したるも君主の大權により罪を許し

刑を免するものなり。是本條規定する所の大赦にして裁判中なると刑の執行中なることを問はず、大赦の恩命下れば裁判の效力を全滅するものと爲し、從て其事實を消滅せしむるものなり。

#### 第四十三條 特赦ハ刑ノ執行ヲ免除シ減刑ハ刑ノ執行ヲ

##### 減輕ス

本條は特赦及ひ減刑の效力を規定したるものなり。

特赦及ひ減刑も等しく是天皇の大權に屬するものなりと雖も大赦と異なり、裁判言渡の效力を全滅せしむるものにあらず、唯其言渡したる刑罰の執行を免除するに過ぎず。而して減刑は其刑の幾部分を免除するに止まり、刑の全部を免除するものにあらずる點は又特赦と異なる所なり。

大赦は國事犯の如き一定の犯罪事件のみに對して行はるる恩典なるも、此特赦、減刑は一般犯罪に付て其犯情と刑罰執行中に於ける改悛の状況とに因り特定の犯人のみに行はるゝものなり。左に大赦と特赦と異なる點を示して其性質を明らかにせんとす。

- (一) 大赦は國事犯若くは特別の犯罪事件に付て行はるるものなりと雖も、之に反して特赦は國事犯と常事犯とを問はず一般の犯罪に對して行はるるものなり。
- (二) 大赦は人に對して行ふものにあらず事件に對して行ふものなりと雖も、之に反して特赦は人に對して行ひ事件を目的とせざる恩典なり。
- (三) 大赦は其裁判の效力を消滅せしむるものなりと雖も、之に反して特赦は其刑を免除するに止まり裁判の效力消滅せざるものなり。
- (四) 大赦は裁判中なると刑の執行中なるとを問はず行ふことありと雖も、之に反して特赦は裁判確定後にあらず行はるるものにあらず。
- (五) 大赦を得たる者は裁判の效力を消滅せしむるの結果再び罪を犯すも再犯を以て論せらるることなしと雖も、之に反して特赦は單に刑の執行を免除するに止まるを以て再び罪を犯せば再犯を以て論すべきものなり。
- (六) 大赦を得たる者は當然復權を得べきものなれ共、之に反して特赦を得たる者は特に復權の恩命あるにあらずれば公權の享有行使の能力を回復すべきものなり。

のにあらず。

#### 第四十四條 復權ハ將來ノ公權ヲ復シ當然監視ヲ免除ス

本條は復權の効果を規定したるものなり。

復權とは一旦剝奪せられたる公權を將來回復することを謂ふにあり。蓋し復權を得るには主刑の終了したるを要するものなり。此主刑終了は刑の執行を受けて満期放免となりたるとき又は大赦、特赦に因り刑を全免せられたるとき或は時効刑の執行猶豫、假出獄等の條件成就に因り主刑の執行を免除に因て終了することあり、其何れの原因に因り終了したるを問はず大權の恩命により勅裁を以て與へらるるものなれば此復權を得たるときは本條規定するか如く第二十條に列舉したる各種の公權將來之を享有することを得るの資格能力を復し、監視に付せられたる者も亦之を當然免除せらるるものなり。

然れ共茲に注意すべきは本條復權は將來の公權を復し云々とあるも、既に處刑に因り失ひたる公權を回復するにあらず。故に一旦剝奪せられたる位記、勳章、年金、恩給の如きも回復して下賜せらるるものにあらず、唯將來勳功あれば下賜せらる

しことを得へき資格を舊に復するに過ぎざるなり。其他選舉權、被選舉權、公務員兵籍に入る等の資格能力も將來保有することを得るに止り。剝奪せられたる以前の官吏たり、議員たり、軍人たりし者か復權を得たる爲め舊地位に復するものにあらざるなり。

### 第三章 犯罪ノ不成立及ヒ刑ノ減免

本章の規定は現行刑法第一編第四章中第三節約量減輕を除き取捨修正を加へたるものなり。

現行刑法は章目を不論罪及宥恕減輕の語を以て事實罪とならざる場合及ヒ罪となるも其刑を減免する場合を包含せしめたりと雖も、聊か意義明瞭を缺き疑義なきに非ざるを以て是を改め、罪とならざる場合は犯罪の不成立と爲し刑を免し若くは減刑する場合を刑の減免と爲して其意義を明瞭ならしめたり。而し現行刑法は更に第三編第一章第三節を以て特別に殺傷に關する宥恕及ヒ不論罪なる名稱を設け、正當防衛を茲に規定したるも、彼の正當防衛は第二編以下に規定するは

刑法編纂上の体裁を失するものなりと、學者の批難する所なるを以て是を本章に移したり。其他第三百九條乃至第三百十二條の規定の如きは唯單に犯罪の情狀に過ぎされは減刑す可きや否は擧て裁判所の認定に一任すること、爲し、全く刑法中より是を删除したり。

本章は刑法中に於て法理哲學とも稱すへき規定にして最も興味あり、且最も緊要至難の問題を含有する所なれば余は大家の説を參照して其解釋を試みんとす。本章の規定する事項は(一)正當の業務に因り爲したる行爲(二)急迫不正の侵害に對する防衛(三)現在の危難を避くる爲に爲したる行爲(四)罪を犯す意なきの行爲(五)精神障礙者の行爲(六)瘡癩者の行爲(七)幼者の行爲等なり。是等の者の行爲は犯罪成立せざる歟又縱令成立するも尙ほ其刑を減免せらるゝものなり。最後に自首に關する規定を爲したり、是犯罪の成立、不成立に毫も關係あるにあらず、全く犯罪成立以後の事項に屬するものなりと雖も、自首に因て刑の幾分を減輕するを以て併て本章に規定したるものなり。

余既に總論に於て犯罪一般に要する成立條件の大体を論ずるに該り、自由意思、智

識能力及び犯意の三條件具備せざる者の行爲、不行爲は何れも犯罪成立せざることを論じたるも、本章規定する各個の場合には皆其條件の一を缺く場合なるも其孰れの條件缺乏に基く無罪なるかは各條下に至て之を詳論すへし。

#### 第四十五條 法令又ハ正當ノ業務ニ因リ爲シタル行爲ハ之ヲ罰セス

本條は法令の規定又は正當の業務に因て爲したる行爲は之を罰せざることを規定したるものなり。

現行刑法第七十六條は單に本屬長官の命令に従ひ其職務を以て爲したる行爲のみを規定し、業務上爲したる行爲に就ては何等の規定なしと雖も、業務上爲したる行爲も亦法令の規定に依て爲したる場合と殆ど異ならざるを以て本法は之を修正増補して業務上爲したる行爲も仍ほ罰せざることと爲したるにあり。

此法令又は正當の業務に因て爲したる行爲とは現行刑法第七十六條に規定したるか如く、本屬長官の命令に従ひ其職務を執行したる場合假令は檢事の命令に依り死刑を執行したる獄吏又は令狀を執行したる巡查、憲兵卒の如きは所謂法令の

規定に基く正當の職務上爲したるものなれば之が爲めに多少の權利を侵害するも其責任を負ふべきものにあらず。又正當の業務に因て爲したる行爲とは外科醫か治療の爲めに患者の身体手足を切解損傷したる場合の如きは患者の承諾に因り正當なる業務上爲したる行爲なれば醫師は其患者の損傷に對して責に任せざるか如きを謂ふにあり。而し本條の所謂法令又は正當の業務に因て爲したる行爲とは有意の場合を規定したるものなれば縱令法令又は正當なる業務に因て爲したる行爲なるも無意犯を罰すへき法條に該當すへき場合に於ては本條に依り其責を免るべきを得ざるなり。

本條の規定する所斯の如しと雖も若し其死刑を執行したるは死刑の宣告を受けざるものなるか、又は正當適式の令狀なくして巡查、憲兵卒か濫りに人を逮捕勾引せんとしたるか或は醫師患者の治療を要すへき以外の場所を切斷したるとき、の如きは是法令又は正當の業務に因て爲したる行爲に非ざるを以て本條に因て責を免るべきを得ざるなり。如何となれば職務上の範圍を超へて爲したる行爲は官名を有する個人の私行に屬し職務の執行にあらざればなり。故に醫師も亦患者

の治療に必要な部分の損傷にあらざれば正當の業務に因て爲したる行爲に非ず、假令は患者の首を切斷して正當なる業務に因て爲したる行爲なりと主張するを許さざるは論なし。本條規定する所の正當業務に因て爲したる行爲の類例は獨り醫師のみならず官許を得たる撃劍家、相撲、演劇其他興行師等カ互に毆打創傷するも是皆本條に云ふ業務に因て爲したる行爲中に包含するものなり、果して然りとすれば茲に問題あり吾人カ承諾に因り撃劍又は相撲を角して多少損傷したる場合の如きも、尙ほ本條に因て其責任なきものなるや否。余の看る所に依れば本條法令又は正當業務に因り爲したる行爲は之を罰せずとあるを以て古來の習慣又は承諾に因て人の身体に創傷したるときは是法令又は正當の業務に因て爲したるものにあらずれば本條に依り責任を免るることを得ざるに似たり。縱令承諾に基き角闘するも吾人は撃劍、相撲を爲すの業務を有せされはなり、况や生命身体は契約の目的と爲すことを得ざるに於てたや。學者或は慣習に基く相撲、撃劍其他の惡戯に因り創傷したるときは之を罰すへきものにあらずと論する者あり。余も亦其然るを知ると雖も本條中慣習の文字なきと、其習慣に一定の標準なり。

く又承諾の範圍に際限なきを以て斯ることを刑法上認めて採用すへきものに非ず。故に余は正當の業務上爲したる行爲以外の創傷は本條の範圍内に非すと信するものなり。

以上は是本條に對する定解なり。余の論する所果して誤りなしとすれば本條は法理上より論すれば殆んど無用の法文なり。如何となれば法令又は正當の業務に因り爲したる行爲は之を罰せずとあるを以て法律、命令の規定に因る職務の執行又は正當なる業務上の行爲は是法律の禁令又は命令に違犯したる行爲にあらす、却て法律に従ふ權利行爲に屬すれば罰すへき行爲にあらざることは何人も知る當然の條理なればなり。然れ共從來法律の命令に因て爲したる行爲又は正當の業務上行ふたる行爲に就て別段何等の規定なきか爲め往々疑義を生し、前段論したるか如き事例に對しても仍ほ罰す可しと論し、或は罰すへからすと唱ふる者ありて、議論百出したる所なれば疑義を解く爲め規定したりとせば敢て咎むへきに非らず、故に余は全然本條の削除を主張するものに非ざるなり。尙ほ一言すへきことあり本章の規定する犯罪の成立とは元來罪の成立條件を缺きたるもの

に<sup>〇</sup>して<sup>〇</sup>犯<sup>〇</sup>罪<sup>〇</sup>を<sup>〇</sup>構<sup>〇</sup>成<sup>〇</sup>せ<sup>〇</sup>さ<sup>〇</sup>る<sup>〇</sup>行<sup>〇</sup>爲<sup>〇</sup>を<sup>〇</sup>謂<sup>〇</sup>ふ<sup>〇</sup>もの<sup>〇</sup>なり<sup>〇</sup>。此<sup>〇</sup>犯<sup>〇</sup>罪<sup>〇</sup>成<sup>〇</sup>立<sup>〇</sup>せ<sup>〇</sup>さ<sup>〇</sup>る<sup>〇</sup>もの<sup>〇</sup>に<sup>〇</sup>對<sup>〇</sup>して<sup>〇</sup>本<sup>〇</sup>條<sup>〇</sup>以<sup>〇</sup>下<sup>〇</sup>第<sup>〇</sup>五<sup>〇</sup>十<sup>〇</sup>一<sup>〇</sup>條<sup>〇</sup>の<sup>〇</sup>法<sup>〇</sup>文<sup>〇</sup>中<sup>〇</sup>に<sup>〇</sup>之<sup>〇</sup>を<sup>〇</sup>罰<sup>〇</sup>せ<sup>〇</sup>す<sup>〇</sup>の<sup>〇</sup>文<sup>〇</sup>字<sup>〇</sup>を<sup>〇</sup>使<sup>〇</sup>用<sup>〇</sup>し<sup>〇</sup>た<sup>〇</sup>る<sup>〇</sup>は<sup>〇</sup>聊<sup>〇</sup>か<sup>〇</sup>穩<sup>〇</sup>當<sup>〇</sup>な<sup>〇</sup>ら<sup>〇</sup>さ<sup>〇</sup>る<sup>〇</sup>の<sup>〇</sup>感<sup>〇</sup>な<sup>〇</sup>き<sup>〇</sup>に<sup>〇</sup>非<sup>〇</sup>ず<sup>〇</sup>。如<sup>〇</sup>何<sup>〇</sup>と<sup>〇</sup>な<sup>〇</sup>れ<sup>〇</sup>は<sup>〇</sup>犯<sup>〇</sup>罪<sup>〇</sup>成<sup>〇</sup>立<sup>〇</sup>せ<sup>〇</sup>さ<sup>〇</sup>る<sup>〇</sup>もの<sup>〇</sup>を<sup>〇</sup>罰<sup>〇</sup>せ<sup>〇</sup>さ<sup>〇</sup>る<sup>〇</sup>は<sup>〇</sup>當<sup>〇</sup>然<sup>〇</sup>の<sup>〇</sup>と<sup>〇</sup>に<sup>〇</sup>屬<sup>〇</sup>す<sup>〇</sup>れ<sup>〇</sup>は<sup>〇</sup>な<sup>〇</sup>り<sup>〇</sup>。故<sup>〇</sup>に<sup>〇</sup>是<sup>〇</sup>を<sup>〇</sup>行<sup>〇</sup>爲<sup>〇</sup>は<sup>〇</sup>罪<sup>〇</sup>と<sup>〇</sup>な<sup>〇</sup>ら<sup>〇</sup>ず<sup>〇</sup>と<sup>〇</sup>修<sup>〇</sup>正<sup>〇</sup>せ<sup>〇</sup>は<sup>〇</sup>稍<sup>〇</sup>や<sup>〇</sup>穩<sup>〇</sup>當<sup>〇</sup>に<sup>〇</sup>あ<sup>〇</sup>ら<sup>〇</sup>さ<sup>〇</sup>る<sup>〇</sup>な<sup>〇</sup>き<sup>〇</sup>乎<sup>〇</sup>。

第四十六條 急迫不正ノ侵害ニ對シ自己又ハ他人ノ權利

ヲ防衛スル爲メ己ムコトヲ得サルニ出テタル行爲ハ之ヲ罰セス

若シ必要ノ程度ヲ超ヘタルトキハ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得

本條は所謂正當防衛を規定したるものなり。

本條第一項は現行刑法第三百十四條同第三百十五條の精神を探り、之を變更して急迫、不正の侵害に對し自己又は他人の權利を防衛する爲め行ふたる行爲は罪とならざることを規定したるものなり。又第二項は同第三百十六條と同一の趣旨

に出でたるものにして其防衛が防衛に必要な程度を超えたるときは既に正當防衛に非ざるを以て罰すべきものなりと雖も、仍ほ情狀に因り減輕又は免除することを得るとなしたり。蓋し現行刑法第三百十四條乃至第三百十六條の所謂正當防衛に關する規定に就ては從來學者の批難する個所頗る多きを以て改廢したるものなれば先づ其批難の點より之を述べんとす。

(一) 現行刑法は此正當防衛を第三編第一章第三節殺傷に關する宥恕及不論罪中に規定したれば正當防衛の手段は單に殺傷に限るかの疑なきに非されは、其配列に於て既に穩當ならざるを以て本法は第一編總則本章に移して汎く一般に通ずる規定となしたり。

(二) 殊に現行刑法は正當防衛の主體を生命、身體、財産等に制限し此以外に防衛權なしとの感あらしめたるも本條は之を改め、汎く權利と規定し一切の權利上に防衛權あることを認めて之を保護することゝ爲したり。

(三) 又現行刑法は彼の正當防衛者侵害の程度に就ても第三百十四條但書の不正の行爲に因り自ら暴行を招きたる者は此限に在らずと規定したるのみなれば、攻

守の程度甚だ明瞭ならざるを以て本條は此點を明瞭ならしむる爲め急迫不正の侵害と改め危害目前に迫りたる不正の侵害たるを要するものと爲したり。總て權利の侵害は國家の公力に依て救済を求むべきは民刑に通して一般の原則なりと雖も、其侵害急迫にして國家の保護を求むる迫なき場合に於て各人手を拱して身を侵害の犠牲に供するの義務なし、故に自ら進んで不正の侵害を防衛する權利を有するものなり、是を稱して法律上正當防衛と謂ふ。而して本條急迫不正の侵害に對し自己又は他人の權利を防衛する爲め己むことを得ざるに出でたる行爲は之を罰せずとあるを以て其侵害急迫不正なる以上は他人の爲めにも尙ほ防衛權あり。蓋し法理上より論すれば此正當防衛權は各人一身上に專屬するものにして其急迫不正の侵害自己に對する場合に於て己むを得ざるに出で防衛するときに生ずる權利なるか如し、他人か不正の侵害を受くるも自己に執りては毫も不正の侵害にあらざればなり、然りと雖も急迫不正の侵害に對しては自己の爲めにするに他人の爲めにするを問はず排斥防衛するは各人共同生活を全ふする爲めに必要なる行爲なるを以て吾人は急迫なる場合に於ては互に援助防衛す

る權利を有するものなり。而し正當防衛には左の三條件あるを要す。

第一、其權利の侵害は急迫なることを要す。

第二、其侵害は不正なることを要す。

第三、自己又は他人の權利を防衛する爲め己むことを得ざるに出でたることを要す。

以上の條件具備したるときは本條に依り其行爲より生じたる責任を負はざるものなり。尙ほ左に法文を分拆して其意義を述べんとす。

(イ) 急迫不正の侵害 急迫不正の侵害とは危害切迫したる不正の侵害を謂ふものなれ共其侵害は果して急迫なるや否は事實の問題なり、蓋し吾人は自己又は他人の身体、生命に對して不正の侵害者あるときは是に對して防衛權生ず。此防衛權は急迫したる必要より生じ、必要は不正の侵害より生ずるを以て急迫不正の侵害は正當防衛に要する一條件なり。

(ロ) 自己又は他人の權利 現行刑法に於ては第三百十四條に身体生命を正當に防衛し云々と明らかに身体上の權利なることを規定し、第三百十五條に左の諸件

に於て已むことを得ざるに出て云々(一)財産に對し放火其他暴行を爲すものを防止するに出てたるとき(二)盜犯を防止し又は盜贓を取還するに出てたるとき(三)夜間故なく人の住居したる邸宅に入り若くは門戸牆壁を踰越損壞するものを防止するに出てたるとき、是等の者を殺傷したる者は其罪を論せずと規定し。財産及家宅權の侵害者に對しても亦正當防衛權あることを規定したるも、本條は汎く權利を防止する爲めと規定したるを以て吾人の有する身体上、財産上の權利は皆之を包含するや否法文簡にして多少疑ひなきにあらすと雖も余は身体、生命、名譽、財産等法律の保護する一切の權利上苟も不正の侵害を受けたるときは其切迫したる危害を排斥するに必要なる程度を超えざる限りは總ての場合に於て此防衛權ありと斷定す。

(八)防衛上の手段 急迫不正の侵害に對する防衛者は防衛上必要なる場合に於ては如何なる手段方法を以て其危害を排斥するも法律は毫も之を問はず。故に防衛者は權利の防衛に必要な程度を超えざる限りは、侵害者を殺傷すると歐打すると又は監禁制縛する等其日前の危害を避くるに足るべき防衛手段を施

すことを得へし。現行刑法第三百十四條は身体、生命を正當に 衛し、已むを得ざるに出て暴行人を殺傷したる者とあるを以て論者或は防衛手段は殺傷に限ると主張するものなきに非されは改正刑法に於ては已むことを得ざるに出てたる行爲となし廣く防衛上必要なる程度を超えざる限りは行爲の何たるは本條の問ふ所にあらざるなり。

(二)本條第二項若し必要の程度を超たるときは情狀に因り其刑を減輕又は免除することを得と規定したるを以て假令は一刀の下に生命を奪はれんとするか如き急迫不正の危害に對しては之を防衛する爲め直に其侵襲者を殺傷するも尙ほ可なりと雖も、之に反して暴言を放て他日殺す可しと言ふに止り腕力にも訴へざる場合に之を殺傷したるときは未だ以て權利の防衛上已むを得ざるに出づるに非す必要の程度を超へたるものと謂ふ可し。故に財産權に就ても亦然り、民法上に於ては所有權の目的と爲るべきものは價格の如何に拘はらず、總て財産なりと雖も例令は柿の實一個を奪取せんとするもに對して之を防衛する爲に殺傷したるときは防衛上必要なる程度を超えたるものなり、蓋し其防衛



方法は如何なる手段を以て必要なる程度と爲すやは各場合と情況とに因る事實の問題なれば茲に豫め一定の標準を示すこと克はさるも、要するに侵害の大小に應じて之を防衛するに足る程度に於ては如何なる行爲をも行ふことを得へし。

終りに臨て注意すへきことあり。其急迫不正の侵害者は必ず智識能力を有する者に限らず。此防衛權は吾人の權利を保護する爲めに有する者なれば苟も我權利を侵害する場合に於ては其人の種類如何を問はず、權利上の危険は常に同一の狀況に在るを以て之を免るゝ爲め防衛權あり。故に假令は十四歳未滿の幼者又は知覺精神の喪失者等か不意に來て襲撃する場合に於ても尙ほ我生命を全ふる爲め必要なる防衛權を執行するを得へし、其襲撃者の幼者たると狂人たるとは之を問はざるなり。

又此正當防衛權は不正の侵害に對して有する權利なるを以て自ら不正の侵害を爲し相手に防衛權生したるときは是れに對して自ら反動するの權利を有するものにあらず。如何となれば自ら進んで不正の侵害を爲したる者は法律は保護す

へき者にあらざればなり。假令は強盜金品を強奪する爲め一刀を抜て若し金品を提供せされは殺すへしと脅迫したる場合に家人之を防衛する爲め強盜を殺傷せんとしたるときは其強盜は殺傷せらるゝも自ら防衛するの權利なし、現行刑法第三百十四條の但書に不正の所爲に因り暴行を招きたるものは此限りにあらずと規定したるは蓋し此意に外ならず。改正刑法に於ては本條特に急迫不正の侵害に對して規定し不正の侵害者に防衛權なきは當然のことなるを以て之を規定せざるなり。

第四十七條 自己又ハ他人ノ生命身体自由若クハ財産ニ對スル現在ノ危難ヲ避クル爲メ己ムコトヲ得サルニ出テタル行爲ハ其行爲ヨリ生シタル害其避ケントシタル害ノ程度ヲ超エサル場合ニ限り之ヲ罰セス但其程度ヲ超エタルトキト雖モ情狀ニ困リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得

前項ノ規定ハ業務上特別ノ義務アル者ニハ之ヲ適用セ

本條は現在の危難を避くる爲め已むことを得ざるに出でたる行爲を規定したるものなり。

本條立法上の趣旨は現行刑法第七十五條と同一なるも其不備缺點を修正し斯く法文を改めたるものなり。則ち現行刑法第七十五條第一項は有形的自由を喪失したる場合を規定したるものなれば、抗拒す可からざる強制に遇ひ其意に非ざる所爲は其罪を論せずとあるも若し自己の身体外力の爲め全く強制せられて自由を失ひ爲したるときは之れ外力作用の結果にして自己の行爲に非されは當然明文を要せざるを以て、本法は唯心意上に受けたる外力強制の結果已むことを得ざるに出でたる行爲のみを規定したるものなり。

而して同條第二項は「天災又は意外の變に因り避く可らざる危難に遇ひ自己若くは親屬の身体を防衛するに出でたる所爲亦同じ」と規定し。無形的強制を受けたる場合にして意思の自由を失ひたる行爲に關する規定なるも、強制原因を天災又は意外の事變に限り防衛權を自己若くは親屬の身体に制限したるも斯く制限す

へき理由なきを以て、本法は此狹隘なる制限を改め自己又は他人の生命、身體、自由及財産と爲し。是等貴重の權利を保護し、危難の原因も亦天爲と人爲とを問はざることを爲し、其範圍を廣汎ならしめたるは當を得たる改正なりと謂ふ可し。

本條は現在の危難を避くる爲め已むことを得ざるに出でたる行爲は犯罪成立せざることを規定したるものにて、自由意思喪失に因るものなれば余か總論に於て論したる一般犯罪成立條件の一を缺くに基き罪とならざるものなり。故に本條に依り犯罪不成立たるには左の條件具備するを要す。

第一、自己又は他人の生命、身體、自由若くは財産に對する危難なること、

本條に自己又は他人の生命、身體、自由若くは財産に對する現在の危難とあるを以て名譽は本條中に包含せざるは前條正當防衛と異なる點なり。如何となれば前條は漠然自己又は他人の權利を防衛する爲めと規定し、吾人の身体上及財産上に對する一切の權利にして防衛權ありと解釋するを得へきも本條は特に自己又は他人の生命、身體、自由若くは財産と列擧して名譽の一句を除外したるを以て包含せざること知るべきなり、若し然らずとせば前條と同一に廣く權利

と規定して毫も支障なければなり。

第二、其危難は現在なること。

危難とは天爲なる人爲なるを問はず現在の危難にして他に避くる途なき場合に於て已を得ずして他人を殺傷する等犯罪的行爲を爲したるときは本條に依り之を罰せざるにあり。假令は水火震災の危難に遭遇し之を避けんとし群衆を蹂躪して倒傷せしめたるるとき又は之を壓殺したる場合或は颶風船を覆し乗客皆溺死せんとするに際し偶々甲或木片を得て是に依り自己の死を免れんとす乙之を見て其板を奪ひ自己の生命を全ふし爲めに甲を溺死せしめたるか如き場合に於ては天爲的の危難に遭遇し已むを得ざるに出でたるものなり、或は甲乙に對し丙を殺さされは汝を殺すへしと脅迫したる爲め已むを得ず乙丙を殺したる場合の如きは乙の心中非常なる恐怖心を抱かしめたるものなれば人爲的無形の危難なりと謂ふへし、然れ共現行刑法と異なり有形的抗拒すへからざる外部の強制假令は努力ある甲乙の手を執りて丙を殴打せしめたる場合の如きは本條中に包含せざるも犯罪は乙に對して成立せざることを論を俟

たざるなり。

第三、危難を避くる爲め已むを得ざるに出でたる行爲なること。

其事變は意外の危難にして豫知す可らざるものにして已むを得ざるに出でたるを要す、若し充分豫知して他に避くる途あるに拘はらず自ら進て此境遇に至りたるときは決して責任を免るべき理由なし。是本條但書を以て其程度を超わたるときと雖も情狀に因り其刑を減輕することを得ると規定し絶對的無罪にあらざることを表明したる所以なり。

第二項の業務上特別の義務ある者には適用せすとの規定は縦令は船舶航海中風波激浪の爲め將に顛覆せんとしたる場合に於て船長か自己の生命を全ふせんとして注意を爲すへきに之を爲さず。乗客を溺死せしめたるよきの如きは船長たる業務上特別の義務ある者に之を適用せすと規定したるに外ならず。第二項の意義果して余の解釋するか如き場合なりとすれば本項は斷して規定するの必要なしと信するものなり。如何となれば其程度を超へたるや否は本條但書に依り審判することを得べく又業務上特別の義務ある者過失ありとせ

は過失傷害の罪に依て事實を審案することを得へければなり。

以上の條件具備したるときは其行爲に因り、縦令重大なる犯罪的事實を生せしむるも本條に依り犯罪成立せざるものなり。其之を罰せざる所以の理由は前段論したるか如く現在にして且急激なる危難を避くる爲め危急存亡生死を決する一瞬間の出率なるを以す之を罰せざるにあり。

他人の危難を助くる爲め不正の侵害者にあらざる第三者を死地に陥れたるは現在の危難を避くる爲め已むを得ざるに非ざるか如し、如何となれば自己に對しては避く可らざる危難なりと謂ふを得されはなり。故に此場合に於ては唯他人を救助するの意惡急なる爲め自由意思の缺乏に基く無罪なりと論するの外他に適當なる解釋あるを知らざるなり。

余は左に前條正當防衛と、本條危難に因る犯罪不成立との重もなる差異を述べんとす。

(一) 正當防衛は各人自衛上の權利に屬するも、之に反して危難に因る犯罪不成立は各人自由意思の喪失に基くものにして權利にあらす。

(二) 正當防衛は必ず急迫不正の侵害を免るゝ爲なるを要す之に反して危難を避くる爲めに爲したる行爲は現在の危難を他に避くる自由なき場合たるを要す。

(三) 正當防衛は不正の侵害たるを要するか故に人爲上の危難たるを要するも、之に反して避難の爲め爲したる行爲は人爲と天爲とを問はず現在急激なるを要す。

(四) 正當防衛は身體上財産上とを問はず、一切の權利保護の爲めに有する自衛權なるも之に反して避難に因る行爲は生命、身體、自由、財産に對する現在の危難を避くる場合に限り名譽上に對しては現在避く可らざるの危難なるものなし。

(五) 正當防衛は不正の侵害者其人に對してのみ行はるゝものなりと雖も、危難を避くる爲めに行はるゝ行爲は危害其者に對して行はるゝものに非ず。

第四十八條 罪ヲ犯ス意ナキ行爲ハ之ヲ罰セス但法律ニ

特別ノ規定アル場合ハ此限ニ在ラス

法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト爲スコトヲ得

ス但情狀ニ因リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得

本條は罪を犯す意思なき行爲を規定したるものなり。

抑も人は其爲す行爲の善惡を識別し又之を爲すと爲さざるの自由を有するものなれども時に或は罪を犯すの意思なくして偶然罪となるべき結果を生ぜしむることあり斯る場合に於ては善意を證明して其責任を免るゝを得べきものなり。換言すれば人は假令如何なる智能を有し如何なる自斷力を具ふるも誤て自己の目的と齟齬する結果を生ぜしむることなきを保せず。是本條第一項を以て罪を犯す意なきの行爲は之を罰せずと規定し、犯意なくして生じたる犯罪的行爲に對しては刑法上の責任なきことを規定したる所以なり。然りと雖も過失傷害の如き重大の結果を生じたるときは注意を缺きたる事實に付ては之を罰することあり。是即ち但書を以て法律上特に規定ある場合は此限りに在すと規定し、無爲の行爲を罰する例外あることを示したるものなり。罪を犯す意思則ち犯意とは如何是從來學者間に於て種々其見解を異にし一定せざる所なるも余の最も正確なりと信ずる定義を示せば左の如し。

犯意とは一定の犯罪行爲を實行せんとする決心を謂ふ、換言すれば不正の行爲なることを知て行はんとする決心を謂ふに外ならず。故に此決心より出てざる行

爲の結果犯罪を構成すべき事實を顯出するも未だ以て刑法上の責任を生ずべきものにわらず、假令は人を殺すの惡意を以て人を殺したるときは是疑ひもなく其犯意の實行なるを以て殺人罪成立するも、之に反して自己の傘なりと信じて他人の傘を持參したるときは或は人の妻を處女と信じて通したるときは、或は、窃取又は姦通の意思なき場合則ち罪を犯す意思なき行爲なるを以て孰れも本條に依り窃盜又は姦通罪成立せざるものなり。

學者或は此犯意を分ちて、一定の犯意、不定の犯意、特別の犯意等に區別して論ずるものあり。假令は人を殺すに該り再思熟考而して後、決心計畫して實行したるときを豫謀の犯意となし、現行刑法上是を謀殺と云ひ又急激、咄嗟の間に發意決心して人を殺傷したる場合を故殺と云ふ又甲を殺さんとして最初より決意して遂に甲を殺傷したるときは一定にして且つ特別の犯意なり。之に反して群衆に對して發砲したる場合に於ては犯人の意思一定せざるを以て不定の犯意なりと論ずるも余の看る所に因れば犯人の目的上より犯意の方向を區別したるまてにして罪を犯す意思ある點に於ては同一なれば之を區別する利益なしと信するなり。

本條も余が總論に於て論したる犯罪成立の一般條件たる犯意具備せざるものなれば犯罪成立せざるものなり。然れども前段論したるか如く犯人正當の行爲なりと信して之を爲さんと欲し、却て不正の結果を生し犯罪となることあり。此場合に於ては其犯罪を行ふ意思を有せざるを以て生したる犯罪の責に任ずるものに非ず。當さに遵守すべき義務に違背したる怠慢ある場合に限り、刑法上特に罰することあり。此犯罪を名けて無意犯と謂ふ、過失傷害の如き即ち是なり。蓋し刑法上斯く有意犯、無意犯の區別を爲したるは、決心の方法を異にしたる結果に外ならず。假令は獵夫銃を發して熊を射んとし、以て人を銃殺したるときは殺人の結果を爲したるも、其獵夫の意思は熊を射殺するにありて人を殺すにあらざれば殺人罪の責任を負ふべきものに非ずと雖も、人と熊と誤認するか如き不注意の責は之を辭すること能はざるなり。

第二項法律を知らざるを以て罪を犯す意なしと爲すことを得ずとは法律の規定あることを知らずして行ひたりとの理由を以て其責を免るゝことを得ざるにあり。換言すれば法律は一旦發布實施したる以上は何人も之を知るものと推定し

て實際規定の有無を知ると否とに係はらず罰せらるものなり。若し夫れ知りたるものに非されば罰することを得ずとせば無學文盲の徒は遂に之を罰するを得ざるに至ればなり。

而し此法律を知らざる者と罪となるべき事實を知らざる者とは混同するを得ず。元來法律は立法者が一定の手續を経て制定するものにして廢止せざる以上は常に効力あるものなり。之に反して罪となるべき事實は犯人の行爲に因て顯出せしむるものなれば其生せしめたる事實は罰すべきものなるや否は法律の規定に依て知るべきものなり、換言すれば法律は國家の制定に係り事實は犯人の製造に係るものなり。假令は有夫の婦と通するは法律の禁する所なれ共處女と通するは法律の問ふ所にあらず、故に處女なりと信して通したるときは罪となるべき事實に非ず、若し其有夫の婦なることを知りて通したるときは罪となるべき事實なるを以て姦通は法律の罰することを知らずと主張して其罪を免るゝことを得ず。故に問題あり犯人非常なる事變に因り實際法律の公布を知らざるとき又は外國人始めて我國に渡來したるときは法律を知らざるを理由として責任を免

るしことを得るや否此場合に於ても法律の規定あるを知らすとの理由を以て責を免るしを許さす。素より法律は人の知るを待て執行するものにあらず一定の手續を経て公布施行したるときは何人も之を知るものと看做すものなれば新來の外國人なると事變の爲めに實際知らざる者たることに係はらず直に適用することを得へし。然れども知るべき便宜を有しなから知らざる者と同視することを得されは其情狀に於て酌量すべき理由あるは勿論なり。故に本條第二項但書を設けたる所以なり。

本條は現行刑法第七十七條を修正したる法文なり同條に曰く罪を犯す意なきの所爲は其罪を論せず但法律規則に於て別に罪を定めたる者は此限に在らず」罪となるべき事實を知らずして犯したる者は其罪を論せず」罪本重かる可くして犯す時知らざる者は其重きに從て論することを得す」法律規則を知らざるを以て犯すの意なしと爲すことを得す」この法文中其罪と爲る可き事實を知らずして犯したる者は罪を犯す意なきものなり。又罪本重かる可くして犯す時知らざる者も亦實際上重き部分に付ては罪を犯す意なき者なれば特に規定するの必要なく第一

項に依り知ることを得べきを以て改正刑法は之を削除したるは蓋し其當を得たる改正なりと謂ふへし。

### 第四十九條 精神障礙ニ因ル行爲ハ之ヲ罰セス但情狀ニ

因リ監置ノ處分ヲ命スルコトヲ得

精神耗弱者ノ行爲ハ其刑ヲ減輕ス

本條は精神喪失者の行爲を規定したるものなり。

此精神障礙の原因を類別すれば是を三種と爲すことを得へし。

第一、精神機能 生れなからにして發達せざる者白痴者の如き先天的精神機能の喪失者。

第二、精神機能 中年に至り疾病其他の原因に因り其運用を喪失したる者。則ち癡癲者の如き後天的精神喪失者。

第三、疾病以外の原因に因り一時精神機能の運用を喪失したる者。假令は酒睡狂者の如き者則ち是なり。

此等第一第二の者は所謂醫學上に於ける精神病者にして第三の醉狂睡眠狂者の

如きは精神病にあらず唯一時精神機能の變動に因り精神喪失の状況にあるものなり。其生れなからにして精神發達せざる者も亦中途より疾病の爲め其發達を妨けられたる者も或は疾病以外の原因に因り一時精神の障礙を受けたる者も苟も是非の辨別心喪失したる者の行爲は不論罪として刑法上之を罰せず。然れども精神障礙の程度に至ては輕重ありて是非善惡の辨別心全く喪失する者あり、未だ必ずしも絶對的に喪失せざる者あれば本條は第二項を以て精神耗弱者の行爲は其刑を減輕すと規定し精神喪失に非ずして缺乏者は情狀に因り刑を減輕するものと爲したり。又假令精神病者なるも時々發狂する者なきにあらざれば其精神靜平常人態の時に犯したる罪或は老衰に因り精神機能に幾分の缺乏を生したる者の行爲は未だて絶對的精神喪失者と爲すを得ざるか故なり。以上は是刑法上に關する法理論なるも此精神喪失者に付ては民法上に於ても尙ほ禁治産と爲すことを得べきものなり。則ち民法第七條は心神喪失の常況に在る者に付ては親屬又は檢事の請求に因り禁治産の宣告を爲すことを得ると規定せり。又第十一條を以て心神耗弱者、聾者、啞者、盲者及浪費者は準禁治産者として之

に保佐人を付することを得るとあり、民法上是等精神喪失して毫も知覺なき者は法律行爲の要素たる意思能力を缺くか爲めに一切民法上の行爲は成立せざるものとせり。之に反して心神耗弱者、聾者、啞者、盲者及浪費者は未だ全く心神喪失するに至らず、唯精神常人に及はず何れも法律行爲の利害喪失を充分辨識する五官機能の一を缺くを以て保佐人を附して之を保護せり。其詳細は民法に譲り茲に論せざるも要するに精神喪失者の行爲は、民刑共に責任なし。然れ共浪費者に至ては理財上に於てのみ精神病の一種と見做したるに過ぎざれば刑法上に於ては常人と異なることなきは論を俟たず。

本條は現行刑法第七十八條の「罪を犯すとき知覺精神の喪失に因て是非を辨別せざる者は其罪を論せず」との法文を修正して「精神障礙に因る行爲は之を罰せず」と改めたるものなり。此第七十八條は知覺精神の喪失に因り是非を辨別せざる者とあるか故に精神喪失者にして尙ほ且是非の辨別を有する者あるか如き失体なれども精神喪失者は是非を辨別する能力なし。若し是非善惡を辨識する能力ありとすれば決して精神喪失者に非ず、精神喪失者にあらずれば是非を辨別せざる



ものにあらず。然るに文意明瞭を欲して却て斯の如く不明なれば本法は精神障礙に因る行爲は之を罰せずと修正したりと雖も本條の規定する所余の前段論したるか如く第一第二精神病患者第三疾病以外の原因に基く精神障礙者も尙ほ罰せずとの解釋誤りなしとすれば是亦疑義を免れざる法文なり如何となれば先天的精神病者は勿論中年に至り精神機能を失ひたる者は其病氣と云ふ障礙に因て既に已に精神喪失の状況にあるものなり果して然りとすれば第三種に屬する酒狂又は睡眠狂(夢狂とも云ふ)の如きは一時或る原因の爲めに精神作用を障礙せられたるものと云ふを得へしと雖も第一第二に屬する者は精神障礙の原因行爲を行ふ以前既に存するものなれば本條規定の如く精神障礙に因る行爲を云ふとは穩當ならず。故に本條を精神喪失者の行爲は之を罰せずと修正せば其障礙の原因性來なると一時なるとを問はず是非の辨別なき者の行爲は一切之を包含するものとなりて毫も疑を容るへき余地なきに至らん。是余か一個の私言にあらず明治二十五年一旦脱稿したる改正刑法草案第五十三條は明かに精神を喪失したる者の所爲は之を罰せずと規定したり。殊に民法第七條も心神喪失の常況にある

者と規定したるを以て旁々精神喪失者と爲すを可なりと信するなり。醉狂に乗して罪を犯したる者も刑法上の責任あるや否の問題あり、則ち飲酒の結果一時興奮して多少精神に異状を生ずることあり蓋し是か爲めに精神を喪失する者の如きは殆んど稀なり。然れども偶々狂に近き迄亂醉するものなきに非ず若し夫れ酩酊の結果知覺精神を喪失して罪を犯したるときは本條に因り犯罪成立せざるは疑なきも唯議論のあるは最初より罪を犯さんとして酒氣に乗して之を決行したるときは酒を手段に供したるものなれば罰す可しと論するものあり。假令は懦夫酒力を假りて人を殺したる場合の如し、是等の者と雖も其實行當時全く精神錯亂して是非の辨別なくして殺傷したるときは本條に依り罰すべきものに非ず。何となれば最初人を殺さんとして酒を被りたるは決心の一步を進めたる豫備の所爲に止まれば法律上豫備は特別の規定ある場合の外之を罰すべきものにあらざればなり。要は唯殺傷當時精神喪失したるや否の一點にあるも之れ事實上の問題に屬するを以て茲に論定するを得ざるなり。次に夢中の犯罪とは、睡眠中一時精神機能其活動を停止したるとき假令は彼の夢

に感して突然起きて妻子を殺傷するか如きことあり是稀にあるの事實なるも斯る事實は夢中の迷心に基くものなれば精神病にあらざるも一時精神喪失したるものなるを以て本條に因り其罪を論すへきものにあらざるなり。

本條但書は情狀に因り監置の處分を命することを規定せり。是即ち精神障礙に因り罪を犯したるものは之を罰せざるも直に放免すれば殆ど狂犬に等しき危険あるを以て監獄に留置して強制監督を施し社會の危険を防止するにあり。

### 第五十條 瘖啞者ノ行爲ハ之ヲ罰セス又ハ其刑ヲ減輕ス

但之ヲ罰セサル場合ニ於テハ情狀ニ因リ十年以下ノ期

間懲治ノ處分ヲ命スルコトヲ得

本條は瘖啞者の行爲を規定したるものなり。

瘖啞者に二種あり。生來の瘖且啞なる者又成長して瘖啞となる者はなり。此先天的瘖啞者は知識を養生す可き聽音發音の機關を缺くものなるか故に精神機能の發育を施す能はざるものなり。果して然りとすれば出生のまゝに成長し精神上に於ては常に同一の常況にあるを以て縱令外界の事物に觸るゝも自他是非善

惡を識別する智能なき者にして精神喪失者と殆ど同一なり。之に反して成年の後疾病其他の原因に因り聽官語官の機能を失ふ者あり蓋し此等の者は一旦發達したる知識は爲めに失ふ者にあらず唯常人より多少智能に缺損を來すや論なし。而し本條は是等瘖啞の先天なるを否とを區別せされは總て之を論せざる立法上の精神なる乎但し其刑を減輕すと規定したるを以て中年に至りて瘖啞となりたる者は情狀の如何に係はらず之を減輕して罰するの主義なる乎現行刑法第八十二條は瘖啞者罪を犯したるときは其罪を論せずと規定し。絶對的に罰せざるを以て教育進歩の今日瘖啞者も相當の教育を施すを得て其智能の發育殆んど常人と異ならざる者あるに仍ほ之を不論罪と爲すは否なりと學者の批難したる所なれば本條は瘖啞者の行爲は之を罰せず又は其刑を減輕すと規定したるは聊か多とする所なりと雖も余の卑見を以て看れば本條は規定するの必要なしと信するものなり。如何となれば其瘖啞者にして精神發育せずして是非を識別せざる者なるに於ては執りも直さず是精神喪失者なれば前條に依て罰すへからざるものなればなり。

殊に本條但書を以て罰せざる場合に於ては情狀に依り十年以下の期間懲治の處分を命ずることを得ると規定したるに至ては其何の故たる歟余の解せざる所なり。元來瘖啞者を罰せざるは聽官語言を缺き教育を施すに途なく是非善惡を識別せざる爲めに外ならず。果して然らば野犬猛獸に等しき者に對して懲治改善を促さんと欲するも何の利益か之あらん。故に瘖啞者にして罪を犯すか如き者は一種の精神病者なるを以て社會の危難を防ぐ爲め前條但書の規定に依り監置すれば可なりと信するなり。而し理由書は懲治の處分を命じて一面瘖啞者を改良せんことを期するものなりと説明するを看れば瘖啞者は總て改良するを得べしと立法者は認めたることを知る可きなり。

### 第五十一條 十四歳ニ滿タサル者ノ行爲ハ之ヲ罰セス但

滿八歳以上ノ者ノ行爲ニシテ重罪ニ該ルトキハ情狀ニ因リ十年以下ノ期間懲治ノ處分ヲ命スルコトヲ得

本條は十四歳以下の者の行爲を規定したるものなり。

本條に於ては十四歳に滿たざる者は絶對的に犯罪無能力者と推定して之を罰せ

すと爲したり。而し滿八年以上の者の行爲にして重罪に該るときは其情狀により十年以下の範圍内一定の期間懲治場留置の處分を命ずることを得る規定なり是を現行刑法に比較すれば刑法上幼者の責任年齢に一大變革を與へたる感なきにあらず。現行刑法第七十九條乃至第八十一條を以て十二歳以上十六歳以下を刑法上責任あるや否を審判す可き第一期と爲し、十六歳以上二十歳以下を以て必ず減輕すべき第二期とし、二十歳以上は最早年齡上に付ては刑罰に影響なき時期としたるも本法は十四歳以下の者は是非善惡を辨別して行ふたる行爲なるや否を審判せず總て刑法上罪なき者となし、十四歳以上廿歳以下の者の犯罪は必ず其刑を減輕する者と爲したり。蓋し改正刑法は第八十條の罪を犯す時滿十二歳以上十六歳に滿たざる者は其所爲是非を辨別したるを否とを審案し、辨別なくして犯したる時は其罪を論せずとの規定を折衷して其中間の年齢即ち十四歳を以て有罪無罪の分界となしたるに外ならず。由是觀之本法は十四歳以下の幼者對しては大に利益あるも十四歳以上の者に對しては却て不利益に改正せられたる者なり。何となれば現行刑法が十六歳に滿たざる者の行爲は是非善惡を辨別して

罪を犯したるや否を審案し若し辨別なくして犯したる者と認定したるときは或は無罪たることありと雖も本法に於ては十四歳以上の者に對しては辨別力の有無を審判せず、當然有罪の推定を下さるゝものにて唯其刑を減輕せらるゝに止まるを以てなり。然れ共實際上十四歳以上十六歳に至て是非を辨別せざるか如き者は殆んど有る可らざる事實なれば現行刑法に於ても此時期に至れば白痴癡癲者にあらずんば辨別なき者の如きは事實上あらざるを以て寧ろ本法は寛大主義を採りたるものなり。皮想の見を以てすれば社會の進歩教育の普及に従ひ幼者の智識も發達し是非善惡の辨別力も亦從て發達するを以て現行刑法の十二歳を十歳以上と爲すも敢て不可なきか如し。然るに本法は十四歳以下の幼者は如何なる所爲あるも之を罰せずと規定したる其理由に曰く、本條は現行刑法第七十九条を修正したるものにして現行刑法は責任年齢を十二歳と定め之に満たざる者の行爲は罪と爲さずとせり是主として古來の立法例を襲ひたるものなり。未だ幼年犯罪者に對し懲治の方法充分ならざるのみならず、刑罰の目的も亦今日と等しからざるを以て極めて責任年齢を低くしたるものなりと雖も近來生理學の

發達に伴ひ幼者の知能此の如く速に發達するものにあらざるを知るに至り。從來の立法例に於ける責任年齢の低きに失するを批難する者増加したると共に幼年犯罪者を懲治する設備を整へ得るに至れるを以て本案は斷然舊來の立法例を破り、責任年齢を高め十四歳と爲したり。蓋し幼年囚を處罰するも其利益甚た少なく累犯者の幼年囚に多きことは今日識者の一般認むる所たるを以て本條の修正は之を濟ふに最も適切なるものと謂ふべし。但し現行刑法と同しく十四歳に満たざる幼者にして八歳を超ゆるときは懲治の處分を命ずることを得ることと爲し、其期間は十年以下と定め幼年犯罪者に懲戒教育を施すこととせりと是改正刑法草案理由書か幼者の年齢を十四歳以上となしたる説明なり。本條但書の満八歳以上の者の行爲にして重罪に該當するときは情狀に因り十年以下の期間懲治の處分を命ずることを得るとの規定は十四歳以下なる幼者の行爲は刑法上其罪を問はざるも、狀情に因り又は性質に因り直に放還すれば再び罪を犯すの虞なきにあらざれば父兄に代て訓誨改善する目的を以て一定の期間懲治場に留置することと爲したるも是決して刑罰にあらざることには注意すべし。