スルヲ云フ天皇親ラ任命シ給フ官吏ハ親任官、勅任官奏任官ニシテ天皇ノ委任ヲ受ケ所屬長官カ任命スル官吏ハ判任官ナリ(憲法第十條參照)「公吏」トハ主トシテ市町村制ニ依リテ選擧セラレ市町村ノ行政事務ニ從事スル吏員ヲ云フ

法令ニ依リ公務ニ從事スル職員トハ法律又ハ命令(勅令、省令、府縣令、警視廳令等ナリ)ニ基キ國家公共ノ事務ニ從事スル吏員ヲ云フ

公務所トハ第一項ニ規定スル公務員ノ職務ヲ行フ所ナリ(職務ヲ行フ所ト云フモ有形ノ建物、場所等ヲ指稱スルニアラス官廳、公署ト云フカ如ク公務員ノ活動ニ依リテ國家ノ政務ヲ執行スル機關ナリ故ニ例ヘハ第二百五十二條第二項ニ「……公務所ヨリ保管ヲ命セラレタル場合ニ云々」トアリ若シ文字通リニ公務所ヲ解釋シ官吏公吏等カ事務ヲ取扱フ建造物又ハ場所トスレハ意味ヲ爲サス何トナレハ官吏カ事務ヲ取扱フ建造物又ハ場所カ保管ヲ命スルト云フコトハアリ得サルコトナレハナリ故ニ前述ノ如ク理論的ニ解釋シ官、公吏等ノ活動ニ依リテ政務ヲ執行スル國家ノ機關ナリト爲スヘシ蓋シ國家ノ

機關ハ常ニ命令ヲ發シ及ヒ之ヲ强制シテ執行スルモノナレハナリ

義解 舊刑法制定ノ當時ハ官吏、官廳アルモ公吏、公署ナルモノナカリシタメ公吏公署ニ關スル規定ヲ爲ササリシカ憲法政治トナリテハ議會、議員委員等ノ公職アルニ至リ又市町村制實施後ニ至リテハ公吏公署ナルモノ出來セシタメ此點ニ關シ舊刑法ノ不備ヲ補フタメ明治二十三年法律第五號ヲ以テ官吏官署ニ關スル刑法ノ規定ハ公吏、公署ニ準用スルコトトシ又明治二十二年法律第二十八號ヲ以テ議會及議員ノ保護ニ關スル罰則ヲ設ケ又明治三十四年法律第三十七號ヲ以テ瀆職法ヲ制定發布セシモ猶ホ不備ノ點アリシニ依リ新刑法制定ニ際シ本條ヲ特設シ公務員及公務所ノ意義及其範圍ヲ明定シ以テ前述セシ不備缺點ヲ補足スルニ至レリ

新刑法中、公務員又ハ公務所ニ關スル規定ハ甚タ多シ(第九十五條、第九十六條、第百七條、第百五十五條、第百五十六條、第百五十七條、第百六十條、第百六十五條、第百六十六條、第百九十三條、第百九十七條、第百九十八條、第二百五十二條、第二百五十八條是ナリ)此ノ如キ場合ニ公務員ト云ヘハ本條第一項ニ依リ其意義

及範圍ヲ定メ又公務所ト云ヘハ本條第二項ニ依リテ其意義ヲ定ムヘシ

第八條 本法ノ總則ハ他ノ法令ニ於テ刑ヲ定メタルモノニ亦之ヲ適用ス但其法令ニ特別ノ規定アルトキハ此限ニアラス

字解

字解 本法ノ總則トハ新刑法第一條ヨリ第七十二條ニ至ル迄ノ規定ヲ云フ

其法令ニ特別ノ規定アルトキハ刑法以外ノ刑罰法規(所謂特別法)ニ於テ刑法ノ總則ニ異ナル規定ヲ設ケタルトキヲ云フ意味ナリ例ヘハ酒造稅法、其他ノ稅法ニ於テ刑法ノ不論罪及減輕、再犯加重、數罪俱發ノ例ヲ用ヒサルコトヲ規定シ又業務ニ關シ代理人、家族、同居者、雇人、其他ノ從業ニシテ稅則違犯ノ所爲アルトキハ營業者ニ犯罪ナキニ拘ハラス其責ヲ負フヘキ旨ヲ規定スルカ如シ

義解

義解 本法ノ總則ハ何故他ノ刑罰ヲ規定シタル法律、命令ニモ適用スルヤ 曰刑法ハ刑罰法規ノ普通法ナルヲ以テ刑法全體ノ犯罪ニ適用スル總則ハ刑罰ヲ規定セル他ノ法規全體ニ適用スヘキコト勿論ナリ

但書ノ規定ニヨリ刑罰ヲ規定スル他ノ法規ニ特別ノ規定アルトキハ此刑法ノ總則ヲ適用セサル理由如何 曰他ノ法規ニ於テ特別ノ規定ヲ設クルハ刑法ノ總則ヲ適用ス可ラサル特別ノ事情アルニヨリ特別ノ規定ヲ殊更ニ設ケタルモノユヘ其特設セシ精神ニ基キ刑法ノ總則ヲ捨テテ特別ノ規定ヲ適用セサル可ラサルナリ是レ學說ニ所謂特別法ハ普通法ニ先ツテ適用スルテフ格言ノ應用ニシテ法ノ明文ヲ要セサルモノナリ故ニ本條但書ハ必竟注意的ノ規定ト視ルノ外ナシ

本條ハ舊刑法第五條第二項ニ相當スルモノニシテ立言ノ方面ヲ異ニスルモ其精神ニ於テハ些少ノ差異ナシ又舊刑法第五條第一項ヲ削除セシハ當然自明ノ理ニ屬シ特ニ法條中ニ規定スル必要ナキニヨル蓋シ刑罰法規ノ普通法タル刑法中ニ處罰スヘキ明文ナキモ特別ノ理由ニヨリ特別ノ刑罰法規ニ於テ或特定ノ所爲ヲ處罰スル以上ハ刑法ニ規定ナキニ拘ハラス之ヲ處罰スヘキコト當然ノ事理ニ屬スレハナリ

第二章　刑

第一節　刑ノ意義

刑罰ノ意義

一、刑罰ハ國家カ犯人ニ對シテ加フル所ノ制裁ナリ

二、刑罰ハ犯罪ニ原因スル制裁ナリ

三、刑罰ハ刑事裁判所ニ於テ宣告スル所ノ制裁ナリ

刑トハ學者ノ所謂刑罰ナリ

刑罰トハ國家刑罰權ノ作用ニ依リ刑事裁判所ニ於テ犯罪ヲ原因トシ犯人ニ科スル所ノ制裁ナリ之ヲ分析説明スレハ左ノ如シ

一、刑罰ハ國家カ犯罪人ニ對シテ加フル所ノ制裁ナリ

特定人カ法規違犯(民法、商法等)ノタメ他ノ一私人ニ對シ損害賠償ノ責ニ任スル等法律上ノ制裁ヲ受クルコトアルモ國家刑罰權ノ作用ニ基クモノニ非ラサレハ刑罰ニアラス

二、刑罰ハ犯罪ニ原因スル制裁ナリ

故ニ例ヘハ國家カ其主權ノ作用ニ依リ權力關係ニ於テ加フル所ノ制裁ト雖モ官吏懲戒處分ノ如キ犯罪ヲ原因トスルニ非ラサル制裁ハ刑罰ニアラス

三、刑罰ハ刑事裁判所ニ依リテ宣告スル所ノ制裁ナリ

近世立憲政體ノ形式ヲ採用セル國家觀念ニ於テハモンテスキユー氏以來發達セシ三權分立論ノ遺想ニ基キ立法、司法、行政ヲ三種ノ獨立セル機關ニ分擔セシメ司法ハ常ニ司法裁判所ノ管轄スル所トナレルヲ以テ司法ノ一部分タル刑罰ノ宣告ハ必ラスヤ刑事裁判所ニ於テ審理裁決セサル可ラス故ニ假令行政官廳ニ於テ一私人ノ違法行爲ニ對シ法律上或種ノ制裁ヲ言渡ス(例ヘハ船舶司檢所ニ船員ノ免狀剝奪ノ言渡ヲ爲スカ如シ)モ之ヲ刑罰ト云フ能ハス

四、刑罰ハ犯人ニ對シテ加フル所ノ制裁ナリ

刑事裁判所ニ於テ宣告スル所ノ制裁ナリ

四、刑罰ハ犯人ニ對シテ加フル所ノ制裁ナリ

制裁トハ法益ノ剝奪ニシテ法益ノ剝奪トハ吾人カ法律上當然享有スル所ノ利益(生命權、自由權、財産權等)ノ傷害ナリ

近世發達シタル刑罰法上ノ理論ニ從ヘハ刑ハ犯人ノ一身ニ止マルヲ原則トシ古昔ノ如ク一人罪ヲ犯セシタメ其刑、家族ニ及フト云フカ如キハ斷シテ之ヲ採用セス是レ刑罰ハ犯人其人ノミニ加フル所ノ制裁ナリト云フ所以ナリ

第二節　刑罰ノ種類

刑罰ニ關シ舊刑法ヲ修正セシ要旨

一、重罪輕罪違警罪ノ區別ヲ廢シタリ

二、主刑ノ數ヲ減少シタリ

三、刑期金額ノ範圍ヲ擴張シタリ

本法第九條乃至第二十一條ノ規定ハ舊刑法第一編第二章第一節乃至第三節ヲ修正シタルモノナリ今其修正ノ要旨ヲ摘錄スレハ左ノ如シ

一、舊刑法ハ其第一條ニ於テ罪ヲ重罪、輕罪、違警罪ニ三分シタル結果トシテ刑罰モ重罪ノ主刑、輕罪ノ主刑、違警罪ノ主刑ノ三種トナシ第七條乃至第八條ニ於テ詳細ノ規定ヲ設ケタリシカ本法ハ刑ノ種別ヲ全廢シ違警罪ニ相當スル警察犯ハ特別法ニテ規定スルコトト爲シ重罪輕罪ノ區別ハ之ヲ廢止シタルニ依リ罪ノ種別ヨリ生スル刑ノ分類ヲ爲サス第九條ニ於テ單ニ死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留、科料ヲ主刑ト爲スト規定スルニ至レリ

二、舊刑法ニ於テハ主刑ヲ十五種ニ細別シタリシカ此ノ如キハ徒ラニ煩雜ニ流ルルノミニシテ實用ナキニ依リ新刑法ハ主刑ヲ分ツテ死刑、懲役、禁錮、罰金科料ノ五種ト爲スニ止メタリ

三、新刑法ハ舊刑法ニ比シ罪及刑ヲ規定スル各本條(第二編)ニ於ケル本刑ノ範圍ヲ擴張シタリ詳言スレハ刑期ノ長短、金額ノ多寡ニ付キ廣キ範圍ヲ存シタルナリ例ヘハ同シ竊盜ノ刑ナルモ舊刑法ニ於テハ二月以上四年以下ノ重禁錮ト爲シタリシニ(第三百六十六條)新刑法ニ於テハ十年以下ノ懲役ト爲シ(第二百三十五條)タルカ如シ是レ法律學ノ進歩發達ト共ニ裁判官ノ學識才能モ完備スルニ至リシニ依リ判事ニ充分ノ信任ヲ置キ刑期金額ノ範圍ヲ廣大ニシ犯罪ノ事情ニ恰當スル至正至公ノ裁判ヲ爲サシムル目的ヲ以テ加ヘシ所ノ修正ナリ

四、舊刑法ハ其第十條ニ於テ五種ノ附加刑ヲ設ケタリシカ新刑法ハ單ニ沒收ノミヲ存シ其他ノ四種ヲ削除セリ

四、沒收以外ノ附加刑ヲ廢シタリ

(1) 剝奪公權及停止公權ニ關スル規定ハ本來、犯罪ニ伴フ行政處分トシテ特別法ニ規定スヘキモノナルニ依リ(例ヘハ官吏任用法ニ於テ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタル者ハ官吏ニ任用スルコトヲ得スト規定シタルカ如シ)全然之ヲ特別法ニ讓リ刑法中ヨリ削除セリ

(2) 監視ハ從來學者間ニ議論ノ存セシ所ニシテ假令適當ナル範圍内ニ於テ刑餘ノ人ノ行狀ヲ視察監督シ再犯ヲ豫防スル必要アリトスルモ斯ハ警察規則ノ部門ニ屬シ一種ノ刑罰トシテ刑法中ニ規定スヘキモノニ非ラサル

ニ依リ新刑法ハ附加刑ノ一種タル監視ヲ削除セリ

(3) 罰金ハ一種ノ主刑トシテ之ヲ設ケ再ヒ附加刑ノ一種トスルモ其性質ニ於テ些少ノ區別ナク徒ラニ煩雜ヲ增スニ過キサレハ新刑法ハ附加刑トシテノ罰金ハ之ヲ削除セリ

第九條　死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留及科料ヲ以テ主刑トシ沒收ヲ附加刑トス

死刑ノ存廢ハ由來ノ學說ノ分岐スル所ナリト雖モ結局其時世及社會ノ狀態如何ニ依リテ決論ヲ異ニセサル可ラサル政策問題也若シモ刑罰最終ノ目的ハ單ニ犯人ヲ懲役シ若クハ一般社會トノ交通ヲ遮斷シ以テ公衆ノ危險ヲ防止スルニアリトセハ無期ノ自由刑ヲ設クル以上ハ最早慘酷ナル死刑ヲ存スルノ必要ナキナリ然ト雖モ其社會當時ノ人情、風俗、習慣ニ照シ死刑ヲ以テ威嚇スルニアラサレハ極惡無道ノ犯人ニ對シ殺人放火等、重大ノ犯罪ヲ豫防スルニ足ラストセハ固ヨリ死刑ヲ存置セサル可ラサルヂリ新刑法カ死刑ヲ存置セシハ前述ノ理由

ニ基クモノニシテ至當ノ法制ナリト信ス

舊刑法ハ定役ノ有無ニ依リ自由刑ヲ大別シテ二種ト爲シ定役アル自由刑ヲ無期徒刑、有期徒刑、重懲役、輕懲役、重禁錮ノ五種ニ細別シ定役ナキ自由刑ヲ無期流刑、有期流刑、重禁獄、輕禁獄、輕禁錮ノ五種ニ細別シタルモ何レモ刑罰ノ性質上ヨリ發生スル分類ニアラス唯刑期ノ範圍ヲ細別シタルモノニ過キサリシカハ新刑法ハ此等無用ノ細別ヲ全廢シ定役アル自由刑ヲ單ニ懲役ト稱シ定役ナキ自由刑ヲ單ニ禁錮ト命名シ自由刑ヲ二種ニ制限シタリ

罰金ハ一種ノ主刑トシテ舊刑法以來存在スル所ニシテ新刑法モ亦之ヲ認メタリ

拘留(輕罪ノ自由刑)科料(輕罪ノ財產刑)ハ舊刑法上違警罪ノ主刑タリシナリ新刑法ハ違警罪ヲ刑法中ヨリ削除セシニ拘ハラス輕微ノ犯罪ニ對スル刑罰トシテ適當ナリト認メ之ヲ存置セシメタリ

備考　死刑以下、七種ノ刑ノ性質ハ第十一條以下ノ說明ニヨリ自然明瞭ナルヘ

ヲ以テ茲ニ之ヲ省略ス

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

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

二箇以上ノ死期又ハ長期若クハ多額及短期若クハ寡額ノ同シキ同種ノ刑ハ犯情ニ依リ其輕重ヲ定ム

義解　新刑法ノ規定中、刑ノ輕重ヲ比照スル必要アル場合多シ(第六條、第四十七條、第五十四條、第五十八條第二項ノ如キ是ナリ)此等ノ場合ニ對シ刑ノ輕重ヲ一定シ置サル可ラサル必要アリ是レ本條ヲ特設シテ刑ノ輕重ヲ定ムル標準ヲ明定スル所以ナリ

一、死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留、科料ノ間ニ於ケル輕重ハ死刑ヲ最モ重キ刑トシ以下順次記載ノ次第ニヨリ其輕重ヲ定ム(本條第一項本文)

二、有期懲役ト無期禁錮トノ輕重如何

本條第一項本文ノ規定ニ依レハ懲役ハ死刑ニ次ク第二位ノ重刑ニシテ禁錮ハ第三位ノ刑ナレハ通常、懲役ハ禁錮ヨリ重シト云ハサル可ラス然モ無期禁錮(終身禁錮ナリ)ト有期懲役(一月以上十五年以下)トノ輕重ニ就テハ前記普通ノ理論ニ依ル能ハス無期禁錮ヲ以テ有期懲役ヨリ重シト云ハサル可ラス(第一項但書)

三、然ラハ有期禁錮ト有期懲役ノ輕重如何

曰、有期禁錮ノ長期カ有期懲役ノ長期二倍ヲ超ユルトキハ禁錮ヲ以テ懲役ヨリ重シトス例ヘハ五年ノ有期懲役ト十一年ノ有期禁錮トヲ比較スヘキトキハ禁錮ノ刑ヲ以テ懲役ヨリ重シトスヘキカ如シ(一項但書)

四、刑期ヲ以テ刑ノ輕重ヲ定ムル(懲役、禁錮、拘留)同種ノ刑ハ長期ノ長キモノヲ以テ重シトス例ヘハ二月以上、五年以下ノ懲役ノ刑ト一月以上、十年以下

ノ懲役ノ刑ト併存スルトキハ五年(長期)ト十年トヲ比較シ長期ノ長キ方、即チ一月以下十年以下ノ懲役ヲ重シトスヘキカ如シ

若シ此場合ニ長期カ各々五年ニシテ即チ長期同シキモノト假定スレハ短期(前例ニ於ケル二月以上又ハ一月以上ナリ)ノ長キモノヲ以テ重シトス即チ前例ニ依レハ二月以上ノ懲役ノ方ヲ重シトス(二項)

五、 金額ノ多寡ヲ以テ刑ノ輕重ヲ定ムル同種ノ刑(罰金及科料)ハ多額ノ多キモノヲ以テ重シトス例ヘハ三十圓以上百圓以下ノ罰金ト二十圓以上二百圓以下ノ罰金ノ輕重ヲ比較スヘキトキハ多額即チ百圓ト二百圓トヲ比較シ其多額ノ多キ方即チ二百圓以下ノ罰金刑ヲ以テ重シトスヘキカ如シ

然リト雖モ若シ此場合ニ多額カ各々百圓ナルトキハ多額ヲ標準トシテ輕重ヲ定ムル能ハサルユヘ寡額(前例ニ依レハ三十圓以上又ハ二十圓以上ナリ)ノ多キ方即チ三十圓以上百圓以下ノ罰金ヲ以テ重キ刑ト爲ササル可ラス(二項)

六、 左記三箇ノ場合ニハ長期又ハ短期ノ長短ニ依リテ刑ノ輕重ヲ定ムル能ハス又多額寡額ノ多寡ニ依リテモ刑ノ輕重ヲ定ムル能ハサルニ依リ犯罪ノ情狀ニ依リテ刑ノ輕重ヲ定ムヘシ(三項)

(1) 死刑ト死刑トノ輕重ヲ定ムヘキトキ

(2) 長期及短期トモニ相同シキ懲役、禁錮拘留ノ輕重ヲ定ムヘキトキ

(3) 多額及寡額トモニ相同シキ罰金又ハ科料ノ輕重ヲ定ムヘキトキ

七、 主刑ニ輕重ナキモ甲ノ刑ニハ附加刑アリ乙ノ刑ニハ附加刑ナキトキハ附加刑アル甲ノ刑ヲ以テ重シトス

八、 前記一乃至七ノ規定ニ依リ既ニ主刑ノ輕重定マルトキハ輕キ主刑ニ附加刑アリ重キ主刑ニ附加刑アルモ附加刑ノ有無ニ拘ハラス重キ主刑ヲ以テ重キ刑ト爲ササル可ラス

九、 撰擇的ニ刑ヲ定メタル場合(例ヘハ新刑法第百四十二條及同第百四十六條ノ如シ)ニハ撰擇刑中ノ重キ刑ヲ標準トシテ刑ノ輕重ヲ定ム例ヘハ六月以下ノ懲役又ハ五十圓以下ノ罰金ニ處スル刑ト一年以下ノ懲役又ハ五十圓以下ノ罰金ニ處スル刑ト併存スルトキハ後ノ刑ヲ以テ重シトスヘキカ

如シ

第十一條　死刑ハ監獄内ニ於テ絞首シテ之ヲ執行ス

死刑ノ言渡ヲ受ケタル者ハ其執行ニ至マテ之ヲ監獄ニ拘置ス

義解　本條ニ、死刑ハ絞首シテ執行スト規定シタルハ死刑ノ目的ハ受刑者ノ生命ヲ奪フヲ最終ノ目的トシ絞首ハ唯、死刑執行ノ方法ニ過キサレハ一旦絞首スルモ蘇生スレハ生命ヲ斷ツニ至ルマテ幾回ニテモ絞首ヲ爲シ得ル精神ヲ明確ナラシメンタメナリ是レ前年或監獄ニ於テ一回絞首ヲ實施シ既ニ死亡シタルモノト信シ絞首臺ヨリ死骸ヲ下ロセシニ受刑者蘇生シ再ヒ之ヲ絞首セントセシモ舊刑法ノ解釋上、大ニ困難ヲ生シタル事例アリシカハ之ヲ鑑ミ新刑法ハ前記ノ修正ヲ爲シタルモノナリ

本條第二項ハ舊刑法ニ無カリシ規定ナリ然リト雖モ理論ニ依テ考フレハ死刑ノ宣告ヲ受ケタル者ハ生命ヲ斷タルルハ當然ノ事ナルモ身體ノ自由ハ寸時モ奪ハルヘキモノニアラス死刑ノ宣告確定ノ日ヨリ死刑執行ノ當日ニ至ル迄ノ時間ハ受刑者ニ身體ノ自由ヲ得セシメサル可ラス(死刑宣告確定ノ日迄ハ以前ニ發シタル拘留狀ノ效力ニ依リ身體ノ自由ヲ拘束シ得ルコト勿論ナリ)舊刑法中、何等ノ規定ナカリシハ法ノ不備ニシテ法ノ不備ナルニ拘ハラス受刑者ノ自由權ヲ奪ヒシハ法理ヲ蹂躪スル甚シキモノナリシニヨリ新刑法ハ本條二項ヲ特設シ死刑ノ宣告確定後、執行當日ニ至ルマテ其監獄ニ拘置シ得ル旨ヲ明定スルニ至リシ所以ナリ

舊刑法其第十三條乃至第十六條ニ於テ死刑執行前後ノ手續ニ關シ詳細ノ規定ヲ設ケタリシカ此等ノ規定ハ本來刑事訴訟法中ニ規定スヘキモノナルニ依リ新刑法ハ全然之ヲ削除シ刑法施行法中ニ左ノ如キ規定ヲ設ケタリ

刑法施行法第四十八條　刑事訴訟法第三百十八條ノ次ニ左ノ二條ヲ加フ

第三百十八條ノ二　死刑ノ執行ハ檢事及裁判所書記ノ立會ニテ之ヲ爲スヘシ

死刑ノ執行ニ關スル者ノ外、刑場ニ入ルコトヲ得ス但檢事又ハ監獄ノ長ノ許可ヲ得タル者ハ此限ニ在ラス

第三百十八條ノ三　死刑ノ言渡ヲ受ケタル者、心神喪失シタルトキハ司法大臣ノ命令ニ因リ其全癒ニ至ルマテ執行ヲ停止ス死刑ノ言渡ヲ受ケタル婦女、懷胎ナルトキハ分娩後、司法大臣ノ命令アルニ非サレハ執行ヲ爲スコトヲ得ス

第十二條

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

義解

義解　有期懲役ノ期間ヲ一月以上、十五年以下ト爲シタル理由左ノ如シ新刑法ノ懲役ハ舊刑法ノ徒刑、懲役、重禁錮ヲ總括シタルモノ也而舊刑法ノ有期徒刑ノ最長期ハ十五年ニシテ重禁錮ノ最短期ハ十一日ナリシカハ其最短期ヲ半箇月以上伸張シ(拘留ノ長期カ三十日ナルニ權衡ヲ得セシムルタメ)有期懲役ノ期間ヲ一月以上十五年以下ト定メタリ

舊刑法ノ有期徒刑、懲役、重禁錮ヲ併合シテ唯一ノ有期懲役ト爲シタルタメ前述ノ如ク刑期長短ノ範圍ヲ廣大ニシ裁判官ヲシテ犯情ヲ斟酌シ適當ナル刑期ヲ定ムルノ自由ヲ得セシメシ外、左記ノ利益アリ舊刑法ノ有期徒刑ノ最短期ハ十二年ニシテ重懲役ノ最長期ハ十年ナリシカ故ニ十一年一日以上、十二年トノ間ニ於ケル自由刑ナク又重懲役ノ最短期ハ九年ニシテ輕懲役ノ最長期ハ八年ナリシカ故ニ八年一日以上、九年以下ノ間ニ於ケル自由刑ナク又輕懲役ノ最短期ハ六年ニシテ重禁錮ノ最長期ハ五年ナリシユヘ五年一日以上六年以下ノ間ニ於ケル自由刑ナカリシ此ノ如キ三種ノ時期ニ於テハ自由刑ヲ定ムル能ハスト爲スハ立法上ノ缺點ナリ新刑法ハ一月以上、十五年以下ヲ以テ刑ノ範圍ト爲セシタメ此等ノ不都合ハ全然之ヲ除去スルコトヲ得タリ』

第十三條

第十三條　禁錮ハ無期及有期トシ有期禁錮ハ一月以上、十五年以下トス禁錮ハ監獄ニ拘置ス

義解

本條第二項ハ懲役ノ執行方法ヲ規定スルモノニシテ舊刑法第十七條乃至第二十五條ノ規定ニ相當ス

義解　本條第一項ハ禁錮ノ種類及其刑期間ヲ定メタル規定ナリ

有期禁錮ヲ一月以上、十五年以下ト爲シタル理由ハ左ノ如シ

新刑法ノ禁錮ハ舊刑法ノ有期流刑、禁獄、輕禁錮ヲ總括シタルモノナリ然ルニ

有期流刑ノ最長期ハ十五年ニシテ輕禁錮ノ最短期ハ十一日ナリシカユヘ輕禁錮ノ最短期ヲ半箇月以上、伸張シ(拘留ノ最長期三十日ナルニ權衡ヲ得セシムルタメ)禁錮ノ期間ヲ一月以上、十五年以下ト爲セリ

舊刑法ノ有期流刑、禁獄、輕禁錮ヲ總括シテ唯一ノ禁錮ト爲シタル理由及利益ハ前條ニ於テ說明セシ舊刑法ノ有期徒刑、懲役、重禁錮ヲ總括シテ唯一ノ懲役ト爲セシ理由及利益ト同シ

本條第二項ハ禁錮ノ執行方法ヲ規定シタルモノニシテ舊刑法第二十條、第二十一條、第二十三條、第二十四條ニ該當ス而本項ニ於テハ單ニ、禁錮ハ監獄ニ拘置スト規定シ囚徒ノ自由ヲ奪フニ止マリ定役ニ服セシメサル意ヲ明ニセリ

第十四條　有期ノ懲役又ハ禁錮ヲ加重スル場合ニ於テハ二十年ニ至ルコトヲ得、之ヲ減輕スル場合ニ於テハ一月以下ニ降スコトヲ得

義解　本條ハ有期懲役又ハ有期禁錮ヲ加重シ或ハ減輕スル場合ニ於ケル最長期ト最短期ヲ定メタルモノナリ

新刑法ニ於テ刑ヲ加重スル場合ハ併合罪ニ關スル加重ト(第四十七條)ト累犯ニ依ル加重(第五十七條)ノ二種ナリ此場合ニ有期懲役又ハ有期禁錮ヲ加重シ其最長期タル十五年以上ニ至ラシムヘキハ勿論ナリト雖モ無制限ニ年數ヲ增加セシムルハ不當ナリト爲シ其最上限ヲ二十年ト爲シタリ是レ舊刑法ニ於テ(第六十六條乃至第六十八條)有期徒刑又ハ有期流刑ヲ加重シテ無期徒刑又ハ無期流刑ニ入ルコトヲ許シタルヲ不當ナリトシテ特ニ加ヘタル所ノ修正ナリ

新刑法ニ於テ刑ヲ減輕スル場合ハ法律上ノ減輕ト酌量減輕(第六十六條、第六十七條)ナリ此等減輕ノ場合ニ有期懲役又ハ有期禁錮ヲ減輕シ其最短期タル一ケ月以下ノ刑期タラシムルコトヲ得ルハ勿論ナリト雖モ減輕シテ一ケ月以下トナリ拘留刑ノ長期以下トナリシトキ尙ホ懲役又ハ禁錮ト云フヘキヤ將タ拘留ト稱スヘキヤハ一箇ノ疑問ナリ舊刑法第七十一條ニ於テハ禁錮ヲ減輕シタル結果、其最短期十一日ヲ超ヘ拘留ノ最長期タル十日以下ト爲リタルトキハ拘留ト變シ刑ノ性質ヲ變スルモノトナシタリ雖然、減輕シテ刑期ニ

異動ヲ生セシタメ刑ノ性質ヲ變ストヲ爲スハ不當ナリト爲シ本條後段ニ於テハ單ニ減輕スル場合ニ於テハ一月以下ニ降スコトヲ得ト規定シ減輕ノタメ刑期ヲ最短期以下ニ降スコトヲ得ルモ刑ノ性質ニ變更ヲ來タササル事(即チ一ヶ月以下ノ刑期トナルモ拘留ニ變セサル事)ヲ明ニセリ

本條ニ於テ有期懲役又ハ有期禁錮ヲ加重、減輕スル場合ヲノミ規定シ無期懲役又ハ無期禁錮ヲ加重減輕スル場合ノ規定ヲ設ケサル理由如何

曰、無期懲役又ハ無期禁錮ハ犯人ノ終身ヲ期スル極刑ナルニヨリ加重シテ刑期ヲ延長スル場合ナシ是レ刑期加重ノ場合ニ於ケル刑期ノ最長期ヲ明定スル必要ナキ所以ナリ然ト雖モ無期懲役又ハ無期禁錮ヲ減輕スル場合ハ之レナリ此場合ニ七年以上ノ有期懲役又ハ七年以上ノ有期禁錮ニ處スヘキコトハ第六十八條第二號ニ明定ス是レ本條ニ於テ無期懲役又ハ無期禁錮ノ加重減輕ニ對シ何等ノ規定ヲ設ケサリシ所以ナリ

然ラハ死刑ノ加重減輕ニ關スル規定ナキ理由如何

曰、死刑ヲ加重スル場合ハ絶對的ニ之レナキニヨリ其規定ヲ欽クハ當然ナリ

又減輕ニ關シテハ第六十八條第一號ニ於テ死刑ヲ減輕スヘキトキハ無期又ハ十年以上ノ懲役若クハ禁錮ニ處スト規定シアルユヘ本條ニ於テ其規定ヲ設ケサリシナリ

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

義解　何故、罰金ノ最高額ヲ定メサルヤ又何故ニ加重ノ場合ニ最上額ヲ限定セサルヤ曰、罰金ハ財産ニ對スル犯罪ニ科スル刑罰ニシテ財産ニ關スル犯罪ハ事情ニヨリ數千萬圓ノ罰金ヲ科スルニ非ラサレハ犯情ニ相當シ以テ懲戒ノ效ヲ奏スル能ハサルコトアルヘシ又稅則違犯ノ罰金ハ脫稅高ノ幾倍ニ處スト規定スルモノ多ク要之罰金ノ最多額ハ豫メ之ヲ定ムルコト能ハサルモノナリ

又加重ノ場合ニハ前述同樣ノ理由ニヨリ無制限ニ加重セシムルヲ可ナリトス是レ前條ト異ナリ加重ノ場合ニ於ケル制限ヲ設ケサル所以ナリ

舊刑法ニ於テハ罰金ノ最寡額ヲ二圓トシタリシモ國民生活狀態ノ上進ニ伴

隨シ其最寡額ヲ增加セシムル必要アリト認メ新刑法ハ之ヲ二十圓ト改メタリ

又舊刑法ニ於テハ罰金ノ最寡額ヲ二圓ト爲シ科料ノ最多額ヲ一圓九十五錢ト爲シタルタメ一圓九十六錢以上、一圓九十九錢以下ノ財產刑ナク理論上、大ニ不可ナルノミナラス罰金ヲ減輕スル場合ニ於テモ此範圍ニ減輕スル能ハサル不都合アリシタメ新刑法ハ罰金ノ最寡額ヲ二十圓ト改ムルト同時ニ科料ノ最多額ヲ二十圓ト改正シタリ

本條但書ハ罰金ヲ減輕シテ二十圓以下ニ降シ得ルコトヲ明定スルニ止メ其數額、科料ノ最多額以下ニ降リシタメ刑ノ性質ヲ變シテ科料ト爲ルモノト爲サス是レ舊刑法第七十一條ノ規定ト大ニ其趣ヲ異ニスル所ナリ罰金額ヲ減輕セシ結果科料ノ最多額以下ニ降ルモ科料ニ變性セシム可ラサル理由ハ懲役禁錮ヲ減輕セシタメ其刑期、拘留ノ最長期以下ト爲ルモ拘留ニ變性セシム可ラサル理由ニ同シ(前條ノ說明參照)

罰金ヲ減輕セシ結果科料ニ變性セシム可ラサルハ前述ノ如キ法理上ノ根據

トアル外、實際上ニ於テモ大ニ顧慮スヘキ點アリ即チ罰金ト科料ハ勞役場ノ留置期間ヲ異ニシ又裁判確定後、留置ノ執行ヲ爲スヘキ猶豫期間ヲ異ニス

第十六條　拘留ハ一日以上、三十日未滿トシ、拘留場ニ拘置ス

義解　本條前段ハ拘留ノ刑期ニ關スル規定ニシテ其最長期ヲ三十日トナシ舊刑法ノ最長期十日ヨリ大ニ之ヲ延長シタルモ加重シテ其最長期ヲ超ユルコトヲ許サス(舊刑法カ加重シテ十二日ニ至ルコトヲ許セシト大ニ其趣ヲ異ニス)是レ第十四條ノ場合ノ如ク加重シテ最長期ヲ許ス明文ナキヨリ生スル當然ノ論決ナリ

本條後段ハ拘留ノ執行ニ關スル規定ナリ拘留モ禁錮ト同シク定役ニ服セス單ニ一定ノ場所ニ拘置シ身體ノ自由ヲ剝奪スルニ止マルモ二者ノ異點ハ拘置スヘキ場所ニアリ即チ禁錮ハ監獄ニ拘置スルモ拘留ハ拘留場ニ拘置スルニアリ

第十七條　科料ハ十錢以上二十圓未滿トス

義解　舊刑法第二十九條ニ於テ五錢以上、一圓九十五錢以下ト爲セシハ狹キニ失スルモノト爲シ之ヲ修正シ最寡額ト最多額ノ範圍ヲ擴張シ裁判官ヲシテ犯情ニ應當スル所ノ適當ナル刑ヲ定ムルコトヲ得セシメタリ

舊刑法ハ科料ノ最多額ト最寡額トノ範圍、狹隘ナリシコト前述ノ如シト雖モ加重スヘキ場合ニハ二圓四十錢マテ加重スルコトヲ許セシカ新刑法ニ於テハ加重スヘキ場合ト雖モ其最多額ナル二十圓ヲ超過スルコトヲ許サス又減輕スヘキ場合ト雖モ十錢ヲ降スコトヲ得サルコトト爲セリ

第十八條　罰金ヲ完納スルコト能ハサル者ハ一月以上、一年以下ノ期間、之ヲ勞役場ニ留置ス

科料ヲ完納スルコト能ハサル者ハ一日以上、三十日以下ノ期間、之ヲ勞役場ニ留置ス

科料ヲ併科シタル場合ト雖モ留置ノ期間ハ六十日ヲ超過スルコトヲ得ス

罰金又ハ科料ノ言渡ヲ爲ストキハ其言渡ト共ニ罰金又ハ科料ヲ完納スルコト能ハサル場合ニ於ケル留置ノ期間ヲ定メ之ヲ言渡スヘシ

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

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

留置期間内、罰金又ハ科料ヲ納ムルトキハ前項ノ割合ヲ以テ殘日數ニ充ツ」留置日數ノ割合ニ滿タサル金額ハ之ヲ納ムルコトヲ得ス

義解(1)　舊刑法第二十七條一項ニ於テハ裁判確定ノ日ヨリ一月内ニ罰金ヲ納、完セサル者ト規定シ納完スル能ハスシテ納完セサルト否トヲ區別セサリシニ依リ罰金科料ヲ納付スルト否トハ全ク其自由ニ任シタリシカ斯クテ

バ財産刑强制ノ趣旨ニ背反スルニ依リ新刑法ニ於テハ納付スル資力アル者ニ對シテハ納付ヲ强制シ納付スル資力ナキ者ニ限リ之ヲ勞役場ニ留置スルコトト爲シタリ但シ罰金科料ノ强制沒收ニ就テハ刑事訴訟法ノ規定ニ讓ルコトト爲シ刑法施行法第五十條ニ於テ左ノ規定ヲ設ケタリ(第一項、第二項)

刑事訴訟法第三百二十條中「之ヲ爲ス可シ」ノ下ニ「刑ノ執行ノ停止ニ附キ亦同シ」ヲ加ヘ第二項ノ次ニ左ノ一項ヲ加フ

前項ノ徵收ニ付テハ非訟事件手續法第二百八條ノ規定ヲ準用ス

(2) 十圓ノ科料ヲ納附セサルトキ三十日間、勞役場ニ留置ストセハ科料ト科料ハ併科スヘキモノナルニ依リ(第五十三條第二項)同時ニ三回、十圓ノ科料ニ處セラレ共ニ納附セサルモノトセハ九十日間、勞役場ニ留置スヘキモノトナル然トモ此ノ如クセハ犯人ノ自由ヲ奪フコト長キニ過キテ反ツテ不當ノ結果ヲ生ス故ニ本條第三項ニ於テハ六十日ヲ限度トシ幾箇ノ科料ヲ併科スル場合ト雖モ留置期間ハ六十日ヲ超ユルコトヲ得サルモノトセリ(第三項)

科料ニ換ユル留置期間ノ制限ヲ設ケ罰金ニ換ユル留置期間ノ制限ヲ設ケサル理由如何　曰、罰金刑ト罰金刑ノ俱發シタル場合ニ於テハ科料ノ如ク無制限ニ併科セス各罪ニツキ定タルニ罰金ノ合算額以下ニ於テ犯人ニ科スヘキ罰金ヲ定ム(第四十八條第二項ノ說明參照)ルユヘ其罰金額ヲ標準トシ本條第一項ニ依リ留置期間ヲ定ムルモ科料ノ併科ノ如ク受刑者ノ自由ヲ拘束スルコト長キニ失スル恐ナシ是レ罰金ニ換ユル勞役場留置期間ニ制限ヲ設ケサル所以ナリ

(3) 罰金又ハ科料ヲ納附セサルトキ換刑處分ヲ行フニツキ舊刑法ハ檢事ノ請求ニ依リ特ニ裁判官カ之ヲ命スヘキモノトセシカ斯クテハ無用ノ手數ヲ繰返ス恐アルニ依リ新刑法ニ於テハ罰金又ハ科料ヲ言渡スト同時ニ完納スル能ハサル場合ニ於ケル留置ノ期間ヲ定メテ之ヲ言渡スヘキモノトセリ(第四項)

(4) 罰金、科料ノ完納期限ヲ定メ其期間內ニ完納スルコト能ハサルコト明確

ナル場合ト雖モ其期限經過後ニ非サレハ換刑處分ヲ施スコト能ハサラシムル舊刑法ノ規定ハ實用ニ適セサルモノナルニ依リ新刑法ニ於テハ之ヲ修正シ若シ本人ノ承諾アレハ裁判確定後直チニ留置ノ處分ヲ爲シ得ヘキモノトセリ(第五項)

(5) 勞役場留置ハ受刑者カ罰金又ハ科料ヲ納附スル資力ナキトキニ於テ之ヲ施スモノナリト雖モ留置後又ハ留置前、罰金又ハ科料ノ幾分ヲ納附スルトキ財產刑執行ノ本旨ニ從ヒ分納ヲ許ササル可ラサルト同時ニ其納額ニ相當スル日數ノ留置ハ之ヲ免除セサル可ラス是レ本條第六項ニ於テ罰金又ハ科料ノ金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ト規定セル所以ナリ故ニ例ヘハ百圓ノ罰金ニ處セラレ百日間ノ留置期間ヲ言渡サレタル者、三十圓ヲ分納セシトスレハ其三十圓ニ相當スル日數、三十日ヲ言渡日數百日間ヨリ控除シ殘日數七十日間、勞役場ニ留置スヘキカ如シ(第六項、第七項)

罰金科料ノ納附ニ付キ舊刑法ハ親族、故舊等ノ代納ヲ許セシカ犯人以外ノ者カ犯人ニ代ツテ罰金科料ヲ納附スルヲ許スハ受刑ノ代理ヲ許スト同シク刑罰執行ノ本旨ニ反スルヲ以テ斷シテ之ヲ許ス可カラス是レ新刑法カ代納ノ規定ヲ削除セシ所以ナリ但シ親族故舊等カ犯人ノ代理人トシテ犯人ノ財產ヲ持チ來リ納附ノ手續ヲ爲スハ當然ノ事ニ屬シ殊ニ又明文ヲ以テ之ヲ規定スルノ必要ナキナリ

(6) 罰金科料ノ分納ヲ許ス場合ニハ罰金科料ノ金額ト留置日數ノ割合ニ從ヒ留置日數一日ニ相當スル金額ヲ定メ其金額ニ依リ納附金額ニ相當スル免除日數ヲ算定ス例ヘハ罰金額百圓ニシテ言渡サレタル留置期間、百日ナリトセハ留置日數一日ニ相當スル罰金額ハ一圓ナリ此場合ニ三十圓ヲ納付スレハ三十日ノ免除ヲ與フヘシト雖モ若シ三十圓八十錢ノ納付ヲ爲スモノアレハ如何、本條第七項ハ此疑問ニ答ヘテ曰、留置一日ノ割合ニ滿タサル金額ハ之ヲ納ムルコトヲ得スト故ニ前問ニ於テ三十圓ヲ分納スルコトヲ許スモ八十錢ノ端數ヲ納ムルコトヲ許サス何トナレハ前例ニ依レハ留置一日ニ相當スル金額ハ一圓ニシテ八拾錢ハ本項ニ所謂、留置一日ニ滿タ

サル金額ナレハナリ(第七項)

第十九條　左ニ記載シタル物ハ之ヲ沒收スルコトヲ得

一　犯罪行爲ヲ組成シタル物

二　犯罪行爲ニ供シ又ハ供セントシタル物

三　犯罪行爲ヨリ生シ又ハ之ニ因リテ得タル物

沒收ハ其物、犯人以外ノ者ニ屬セサルトキニ限ル

字解　行爲トハ人類ノ任意ナル身體ノ動作ニ依リ外界(內部ノ精神作用ニ對シテ云フ)ニ變狀ヲ生セシムルヲ云フ從テ犯罪行爲トハ罪トナルヘキ行爲ナリ

義解　本條及次條ハ舊刑法第四十三條及第四十四條ニ該當シ沒收ニ關スル規定ナリ舊刑法ノ規定ヲ參照シ條文ノ意義ヲ說明スルニ先チ沒收ニ關スル法理ヲ說明セントス

字解

義解

沒收ノ性質

一、沒收ノ性質

沒收ノ性質ニ就テハ由來學說ノ分岐スル所ナリト雖モ其學說ヲ大別スレハ三種トナル

(1)　刑罰ナリトスル說

(2)　警察的、豫防處分ノ性質ヲ有ストノ說

(3)　第三說ハ前記二種ノ學說ヲ折衷シタルモノニシテ沒收處分カ犯人ノ所有ニ屬スル物件ニ對シテ行ハルル場合ニハ刑罰ニシテ何人ノ所有ニ問ハス行ハルル場合ニハ警察的豫防處分ナリト云フニアリ

舊刑法ニ就テハ「法律ニ於テ禁制シタル物件」ヲ沒取スヘキ旨ヲ規定シ此種ノ物件ハ何人ノ所有ヲ問ハス常ニ之ヲ沒收スヘキモノト爲セシカハ第三說ハ正當ノ解釋ナリシモ新刑法ニ於テハ犯人以外ノ者ニ屬セサル物ニ限リ沒收ス(二項)ト規定シ犯人以外ノ者ノ所有物ハ沒收スルコトヲ許ササルニ至リシユヘ第三說ハ至當ノ解釋トナル能ハス他方ニ於テ第九條ニ於テ……沒取ヲ附加刑トスト明定スルユヘ新刑法ノ解釋論トシテハ沒收ハ刑罰ナリト云フヲ正シトス

沒收ニ關スル主義

二、沒收ニ關スル主義

沒收ニ關スル主義ハ沒收スヘキ物件ヲ必ラス沒收スルト否トニヨリテ必

然主義ト認許主義トニ區別スルヲ通說トス

(1) 認許主義トハ或犯罪行爲ニ關シ沒收スヘキ物件アルトキ之ヲ沒取スルト否トノ自由判斷ヲ裁判官ニ放任スルモノナリ

(2) 必然主義トハ或犯罪ニ關シ沒收スヘキ物件アルトキハ常ニ必ラス沒收スヘキモノトスルモノナリ

舊刑法ハ其第四十三條ニ於テ「左ニ記載シタル物件ハ宣告シテ官ニ沒收ス」ト規定シ必然主義ヲ採リタルコトヲ明ニシタルモ新刑法ハ之ニ反シテ第十九條第一項ニ於テ左ニ記載シタル物ハ之ヲ沒收スルコトヲ得ト規定シ沒收スルト否トヲ裁判官ノ自由ナル裁判ニ委任シタルニ依リ認許主義ヲ採リタルコト明ナリトス

沒收物カ國庫ニ歸屬スル時期

三、沒收ノ目的物カ國庫ニ歸屬スル時期

沒收ノ宣告ヲ爲シタルトキ其目的物ハ如何ナル時ニ國庫ニ歸屬スルヤニ付テモ數々ノ學說アリ

第一說 沒收ノ目的物ハ犯罪ノ發生ト共ニ當然國庫ノ所有ニ移ル然モ一定ノ物件カ果シテ沒收セラレ其結果國庫ニ歸屬スルキ否ヤハ判決確定ノ時ニ定マル然ルニ其以前(即チ犯罪當時)果シテ沒收セラルヘキヤ否ヤ未定ノ時ニ於テ既ニ沒收物件カ國庫ノ有ニ歸シ居リタリト云フハ失當ナリ

第二說 沒收ノ宣告ハ其目的物ノ所有者ニ對シ其所有權ヲ國庫ニ移轉セシムル義務ヲ負ハシムル效力ヲ生セシムルニ過キサルモノナレハ其目的物ノ所有權ハ其義務履行ノ時ニ國庫ニ歸屬ス

若シ此理論ニ從ヘハ沒收ノ目的物ノ所有者カ其所謂義務ヲ履行セサルトキハ大ニ不都合ナル結果ヲ發生ス何トナレハ沒收ハ罰金科料等ト異ナリ換刑處分ノ規定ナキニ依リ所有者カ任意ニ履行セサルトキハ沒收ヲ附加刑ト爲セシ目的ヲ貫徹スルコト能ハサル結果ヲ生スルコトアルヘシ

第三說 沒收ノ目的物ハ判決確定ト共ニ國庫ノ所有ニ移ル

此說最モ妥當ナリ蓋シ前二說ノ採用ス可ラサル理由ハ消極的ニ此說ヲ

有力ナラシムヘキ理由トナルモノナレハナリ

四、沒收ノ範圍

沒收宣告ノ效力ノ及フヘキ範圍ハ物件ノ全部ヲ沒收スヘキ場合ナルト物件ノ一部ヲ沒收スヘキ場合ナルトニ依リテ說明ヲ異ニシ又物件ノ一部沒收ノ場合ニ於テモ可分的ノ場合ト不可分的ノ場合トニ依リ大ニ其論旨ヲ異ニスルヲ以テ左ニ區別シテ沒收宣告ノ效力ノ及フ範圍ヲ說明セン

(1) 一物件ノ全部ヲ沒收スル場合

例ヘハ殺人罪ニ供シタル刀劍ヲ沒收スル宣告アリタル場合ノ如シ此場合ニ其刀劍全部ヲ沒收スヘキコト勿論ニシテ此場合ニ關シテハ學說上些少ノ反對意見ナシ

(2) 物件ノ一部ヲ沒收スル場合

此場合ニ於テハ其沒收スヘキ一部カ他ノ部分ト分割スルヲ得ヘキヤ否ヤニ依テ大ニ其論旨ヲ異ニス

甲　可分的ノ場合　例ヘハ證書ノ一部ニ僞造アリトシ其僞造ニ係ル一部ヲ沒收スヘキ場合ニ其他ノ部分ヲ傷害スルコトナク僞造ノ部分ヲ沒收スヘキ場合ノ如シ此場合ニ其僞造ニ係ル部分ヲ其他ノ部分ヨリ分離シテ沒收スルニ付テハ衆說ノ一致ナキ所ナリ

乙　不可分的ノ場合　例ヘハ證書ノ一部ニ僞造アリトシ其僞造部分ヲ取去ルトキハ證書ノ其他ノ部分ノ效力ヲ消滅セシムヘキ場合ノ如シ實例ニ依テ之ヲ說明スレハ僞造手形カ商業社會ニ轉轉シ之ニ眞正ナル裏書ヲ爲シタル場合ニ振出ハ本來僞造ニ係リ不法無效ノモノナルニヨリ之ヲ沒收シ得ルヤ否ヤト云フ場合ニシテ學說上大ニ議論ノ存スル所ナリ

積極說ハ從來大審院ノ採リ來ル所ニシ其最モ明確ニ說明セルモノハ明治三十八年れ第一二五二號(同年十一月七日宣告ノ判決要旨ナリ曰沒收ノ處分ニ就テハ法律カ一定ノ方法ヲ用ユヘキコトヲ命スルモノニアラサレハ檢事ハ沒收ノ目的ト爲リタル物ノ性質ニ從ヒ適當ナル方法ニ依リ沒收ノ判決ヲ執行スルヲ得ヘク而法律ノ禁制シタルモノ

ヲ沒收スルトキハ之ヲ毀滅スルヲ通常ノ方法トスレトモ本件ノ如ク文書ノ僞造部分ヲ沒收スル場合ニアツテハ其部分ヲ沒收センカ帳簿ノ他ノ部分ノ效力ヲモ失ハシムルニ至ルヘキトキハ檢事ハ其變造部分ニ抹消ヲ爲シ且變造部分ノ文字ヲ明ナラシムル所ノ附記ヲ爲シ或ハ變造部分ニ確定判決ニ依リ沒收ニ歸シタリトノ附記ヲ爲ス等ノ方法ヲ用ヒ變造ナラサル部分ニ影響ヲ及ホサスシテ變造部分ノ沒收ノ執行ヲ爲スヲ得云々

消極論者ハ此判決ヲ非難シテ曰沒收ノ效力ハ其目的タル物件ノ新ナル所有權ヲ國庫ニ歸屬セシムルモノニシテ沒收判決ノ執行ハ目的物件ヲ國庫ノ爲メニ沒收スルコトニ依テ終了シ其沒收シタル物件ヲ破壞シ又ハ廢棄シ其他ノ處分ヲ爲スハ沒收判決ノ執行自體ニ非ラサルナリ假リニ沒收トハ其目的物件ヲ廢棄スル處分ヲモ包含ストスルモ沒收ノ判決アリタルコトヲ其物件ニ附記スル處分ヲモ指示ストセハ沒收ノ判決ハ沒收ヲ言渡シタル判決ノ表示ヲ意味スルコトトナリ所謂沒收ナルモノハ何等ノ意義ヲ有セサルモノトナル云々

此非難ハ失當ナリ第一、沒收ノ執行ハ目的物件ヲ國庫ノ爲メニ沒收スルコトニ依テ終了スト云フモ獨斷定敎ニシテ法律上ノ根據ナシ積極論旨ニ云フ如ク沒收ノ處分ニ付テハ法ニ一定ノ明文ナキニ依リ沒收物件ノ性質ニ從ヒ各場合ニ應シ適宜沒收ノ趣旨ヲ定了セシムル處分ヲ爲ササル可ラス隨テ國庫ノタメ沒收處分ヲ爲スコトニ依テ其目的ヲ達スルコトモアレハ又其目的物件ヲ破壞若クハ廢棄スルコトニ依テ沒收ノ目的ヲ達シ得ル場合モアリ要ハ各場合ニ於ケル沒收物件ノ性質如何ニ依テ其論決ヲ異ニセサル可ラス然ルニ必ラス沒收ノ執行處分ハ國庫ノタメニ其目的物件ヲ沒收スルニアリト云フハ謬論ナリ

第二、論者ハ沒收ノ判決アリタルコトヲ沒收ノ目的物ニ附記スルニ依リ沒收處分ヲ爲スト云フ積極論旨ヲ非難スルモ前述ノ如ク沒收處分ハ法ニ一定セサル所ニシテ各場合ニ於ケル事情ニ從ヒ沒收ノ目的ヲ達シ得ル以上ハ如何ナル手續ニ依ルモ可ナリトスル以上ハ僞造手形

ノ一部沒收ノ如ク手形面ニ僞造部分ヲ沒收スル旨ヲ附記シ能ク沒收ノ目的ヲ達シ得ル以上ハ是レ又適法ナル沒收處分ニシテ沒收スル旨ヲ附記スルニ止マルカユヘニ判決ノ表示ニシテ沒收ニアラスト云フハ是レ又沒收處分ノ性質ヲ誤解スルモノト云ハサル可ラス(明治三十八年れ第九五三號大審院判決參照)

沒收ノ目的物

五、沒收ノ目的物

新刑法第十九條ノ規定ニ依レハ沒收スヘキ物ハ左記三種ノモノニ限ラル

第一 犯罪行爲ヲ組成シタル物

是レ舊刑法第四十三條第一號ニ「法律ニ於テ禁制シタル物件」トアリシヲ改メタルモノニシテ所謂、犯罪ヲ組成シタル物トハ犯罪ノ構成要件タル物件ト云フ意ナリ而犯罪ノ構成要件タル物件トハ犯罪ヲ構成セシムルニ必要缺ク可ラサル物件ニシテ例ヘハ第百七十五條ニ規定スル猥褻ノ文書ヲ公然陳列シタル罪ノ成立スル場合ニ於ケル猥褻ノ文書ノ如シ其他第百三十六條乃至第百三十八條ニ規定セル阿片煙、阿片吸飲ノ器具ノ如キ第百四十四條、第百四十六條ニ規定セル毒物其他人ノ健康ヲ害スヘキ物ノ如キ皆茲ニ謂フ所ノ犯罪ヲ組成シタル物ナリ

本號ニ規定セル犯罪ヲ組成シタル物件ハ一部學說ノ所謂、罪體ニシテ舊刑法ノ解釋論トシテ多數ノ學說ハ犯罪供用物ニアラサレハ沒收スルコトヲ得サルモノトセリ而此等學說ノ基ク所ハ違警罪其他輕微ノ犯罪ノ附加刑トシテ高價ノ物件ヲ沒收スルハ事實上權衡ヲ得スト云フニアリ其屢々引例トセラルル所ハ舊刑法第四百二十七條第一號ノ規定ニ違反シ濫リニ車、馬ヲ疾驅シテ行人ノ妨害ヲ爲シタル場合ニ舊刑法第四十三條第二號ニ所謂「犯罪ノ用ニ供シタル物件」トシテ之ヲ沒收スルハ主刑タル拘留又ハ科料ニ比シテ大ニ權衡ヲ失ス立法者豈ニ此ノ如キ不條理ノ規定ヲ爲ス者ナランヤ即チ此等ノ車馬ハ同罪ノ罪體ニシテ沒收スヘキモノニアラスト云フニアリ雖然、此種ノ解釋ハ一種ノ感情論ニシテ理論ニ依テ考フレハ所謂罪體ナルモノハ犯罪ノ用ニ供シタル物件ニ外ナラス唯舊刑法カ輕微ノ犯罪ニ沒收刑ヲ科セサル主義ヲ明ニセサルヨリ

偶々不權衡ナル結果ヲ生スル場合アルノミ故ニ舊刑法ノ解釋論トシテモ罪體ハ必ラス沒收セサル可ラサルモノナリシナリ

新刑法ハ前記ノ反對解釋ヲ防止鎮壓スル目的ヲ以テ本項ニ於テ沒收スヘキ物ノ第一トシテ犯罪行爲ヲ組成シタル物卽チ罪體ヲ掲ケタリ加之次條ニ於テ輕微ノ犯罪ニ對シテハ沒收ヲ附加セサル主義ヲ明定スルニ拘ハラス所謂罪體ナルモノハ常ニ必ラス之ヲ沒收スル方針ヲ採リ舊刑法ノ下ニ行ハレシ罪體不沒收ノ多數學說ト全反對ノ規定ヲ爲セリ(詳細ハ同條ノ義解參照)

第二 犯罪行爲ニ供シ又ハ供セントシタル物

犯罪行爲ニ供シタル物トハ舊刑法第四十條第二號ニ所謂犯罪ノ用ニ供シタル物件ニ該當シ文字ニ多少ノ差異アルモ其精神ニ於テハ舊刑法ニ所謂犯罪ノ用ニ供シタル物件モ玆ニ謂フ所ノ犯罪行爲ニ供シタル物モ些少ノ差異ナシ而既ニ犯罪行爲ニ供スト云フ以上ハ犯人ニ於テ特ニ供用ノ意思アルコトヲ要スルヤ勿論ナリ

犯罪行爲ニ供セントシタル物トハ新刑法カ新ニ附加シタル規定ニシテ舊刑法ノ如ク單ニ犯罪供用物ヲノミ沒收スルモノトセハ犯罪行爲ヲ容易ニスルタメ準備シタル物件ナルモ會々不用ニ屬シタルタメ使用セサリシ物(例ヘハ强盜犯人カ暴行脅迫ノタメ使用セントシテ戶外マテ携ヘ行キタル刀劍ノ如シ)ヲ沒收スル能ハサル不都合アリ犯罪行爲ニ供シタル物ヲ沒收スル必要アル以上ハ前例ノ如キ犯罪行爲ニ供セントシタル兇器等モ無論之ヲ沒收スル必要アリ是レ新刑法カ本號後段ノ規定ヲ新設スルニ至リシ所以ナリ

第三 犯罪行爲ヨリ生シ又ハ之ニ因リテ得タル物

犯罪行爲ヨリ生シタル物トハ沒收スヘキ物ヲ製造若クハ發生セシムルコトカ罪ノ構成要件タルヲ云フ詳言スレハ其物ヲ製造スルコトナカリセハ其犯罪ハ成立スルコトナカリシナリ卽チ其物ノ生出ニヨリ一定ノ犯罪ヲ成立スルニ至ラシメタルナリ例ヘハ僞造變造ノ貨幣紙幣銀行券ノ如シ此等ノ物ノ製造ハ新刑法刑第百四十八條第一項ニ規定セル貨幣、

紙幣銀行劵ヲ僞造、變造スル罪ノ構成要件ナリ換言スレハ僞造、變造ノ貨幣紙幣、銀行劵ハ第百四十八條第一項ニ規定セル犯罪行爲ヨリ生シタル物ナリ其他僞造又ハ變造セル外國ノ紙幣、貨幣、銀行劵(第百四十九條第一項ノ犯罪行爲ヨリ生ス)及僞造又ハ變造シタル文書、圖畫(第百五十四條及第百五十五條ヨリ生スル物)ハ皆犯罪行爲ヨリ生シタル物ナリ

此ノ如ク犯罪行爲ヨリ生シタル物ハ皆或犯罪行爲ノ成立後(少クトモ着手後)ニ生出ス是レ第一號ニ規定スル犯罪行爲ヲ組成スル物ト大ニ其趣ヲ異ニスル所ナリ蓋シ犯罪行爲ヲ組成スル物ハ第百四十八條第二項ニ規定セル輸入貨幣ノ如ク其犯罪着手前既ニ完成シ居ルモノナレハナリ然レトモ舊刑法第四十三條第一號ニ所謂「法律ニ於テ禁制シタル物件」ハ玆ニ謂フ所ノ「犯罪行爲ヨリ生シタ物」及本條第一號ニ規定セル「犯罪行爲ヲ組成シタル物」ヲ合併シタルモノニ該當ス隨テ二者類似ノ點多シ注意スヘシ

犯罪行爲ニ依リテ得タル物トハ犯罪以前ヨリ適法ニ存在スル物件ニシテ犯人カ犯罪行爲ニヨリテ收得シタルモノナリ例ヘハ賭博ニ因テ勝者ノ得タ賭金ノ如シ舊刑法第四十三條第三號ニ所謂「犯罪ニ依テ得タル物件」ト云フニ同シ

前述ノ如ク犯罪行爲ニ依テ得タル物トハ第一、犯罪成立以前ニ於テ既ニ現實ニ存在スル物ナリ故ニ贓物トハ明確ナル區別アリ何トナレハ贓物トハ或一定ノ物件ヲ收得スルコトニ依テ罪ヲ成立セシムル物(例ヘハ竊取品ノ如シ)ナレハナリ(贓物ノ說明參照)第二、犯罪ニ依テ直接ニ取得シタル物件ナルコトヲ要ス故ニ犯罪ニ依テ得タル物件ヲ代物トシテ更ニ取得シタル物件(例ヘハ賭金ヲ以テ買受ケシ反物ノ如シ)ハ之ヲ犯罪ニ依テ得タル物ト云フ能ハス何トナレハ犯罪ニ依テ間接ニ得タル物件ナレハナリ

附加刑ノ一種トシテ犯罪ニ依テ得タル物件ヲ强制シテ沒收スルハ犯人ニ財產上ノ苦痛ヲ與ヘンカタメナリ然ルニ若シ犯人カ其沒收スヘキ物件ヲ費消シ終リタルトキ若シハ毀損消滅セシメタルトキハ如何スヘキ

若シ物件ノ現存セサル故ヲ以テ其儘ニ放棄セハ沒收ヲ附加刑トシテ犯人ニ財產的苦痛ヲ與ヘントスル立法ノ本旨ニ反スルノミナラス沒收物件ハ速ニ之ヲ消費セシムル[コ]トヲ奬勵スル結果トナルヘシ立法者ハ此等ノ不都合ヲ生セサラシムルタメ沒收物件ヲ毀滅若クハ消費シタル場合ニハ其物件ニ相當スルノ價ヲ追徵スルコトトセリ一例ヲ擧クレハ第百九十七條第二項ノ如シ即チ賄賂ノ全部若クハ一部ヲ沒收スルコト能ハサルトキハ其價額ヲ追徵スルコトトナセリ

沒收ニ關スル制限

六、沒收ニ關スル制限

本條第一項第一號乃至第三號ニ列記スル物ハ絕對的ニ沒收スヘキモノニアラスシテ理論上ヨリ生スル制限ニ明文ニ基ク制限アリ

第一 理論上ヨリ生スル制限

犯罪行爲ニ供シ又ハ犯罪行爲ニ供セントシタル物件ハ有意犯ノ場合ニノミ之レアリ過失犯ノ場合ニハ之レナシ何トナレハ過失犯ナルモノハ故意ヲ缺ク犯罪ニシテ本來罪ヲ犯ス意思ナキ犯罪ナリ旣ニ罪ヲ犯ス意思ナシトセハ或物件ヲ犯罪行爲ニ供シ又ハ犯罪行爲ニ供セントスルコトハ絕對的ニアリ得ヘカラサレハナリ

問題

第二 明文ニ基ク制限

明文ニ基ク制限トハ本條第二項ヲ指稱スルモノニシテ本條第一項第一條乃至第三號ニ列記スル物件ハ犯人以外ノ者ニ屬セルトキハ之ヲ沒收スルコトヲ得サルコト是ナリ詳言スレハ假令沒收スヘキモノト雖モ犯人ノ所有ニ屬シ若シクハ無主物ナルトキニ非ラサレハ之ヲ沒收スルコトヲ許サス蓋シ沒收ハ一ノ刑罰ナルカ故ニ犯人以外ノ者ニ屬スル物件ヲ沒收シ其所有者ニ苦痛ヲ與フルトキハ(假令財產上ノ苦痛ナリトハ云ヘ)刑ハ犯人ノ一身ニ止マルテウ刑法學上ノ大原則ニ背戾スレハナリ

問題 物カ他人ニ屬ストハ他人カ所有權ヲ有スル場合ノミヲ指稱スルヤ將タ他物上權(地上權、永小作權、地役權、留置權、先取特權、質權、抵當權)ヲ有スル場合ヲモ包含スルヤ

曰、他人カ他物上權ヲ有スル場合モ同シク物カ他人ニ屬スト論定スル

コトヲ得ム何トナレハ近世發達シタル民法々理及我現行民法ノ解釋論ニ從ヘハ前記、地上權以下七種ノ他物上權モ所有權ト同シク物權ニシテ直接ニ有體物ノ上ニ行ハレ且其權利ヲ以テ總テノ人ニ對抗スルコトヲ得、唯其權利ノ效力範圍ニ廣狹ノ差アルノミ其實質ハ同シク物權ナレハ沒收ノ場合ニ其保護ヲ異ニス(即チ他人カ所有權ヲ有スル物ハ沒收セス他物上權ヲ有スルニ止マルトキハ之ヲ沒收スルヲ云フ)ヘキ理由ナシ

他方ニ於テ沒收モ一種ノ刑罰ナル以上ハ刑ハ犯人ノ一身ニ止マルテウ大原則ヨリ推論シ來ルモ他人カ權利ヲ有スル目的物タル以上ハ其權利ノ性質如何ヲ問ハス總テ沒收スルコトヲ許ササルヲ正當トス

明治三十六年れ第八〇五號(同年六月三十日宣告)大審院判決ハ前記ノ決論ト同一ナリ

問題　沒收スヘキ物カ他人ノ所有物ナルコト明確ナルモ其所有者ノ何人ナルヤ不明ナルトキハ如何、尙ホ犯人以外ノ者ニ屬スト云フヘキカ

曰、苟クモ他人ノ所有物ナルコト明確ナル以上ハ假令其所有者ノ何某ナルコト判明セサルモ他人ノ所有ニ屬スル物件ト云フヘク從テ之ヲ沒收スルコトヲ許サス何トナレハ若シ之ヲ沒收セハ後日所有者ノ判明セシトキ其物ノ財產權ヲ傷害スル結果トナリ前記ノ刑ハ犯人ノ一身ニ止マルテウ大原則ニ背反スルニ至レハナリ

明治二十八年、第一一〇六號(同年十月二十五日宣告)大審院判決例ハ前記ノ決論ト正反對ナリ予輩ハ前記ノ決論ニ基キ此判決例ヲ批難セントスルモノナリ

問題　沒收ノ目的物カ犯人ニ屬スルヤ否ヤハ何レノ時ヲ標準トシテ之ヲ判定スヘキヤ

詳言スレハ物ノ權利ハ一定ノ人ニ附着セス時々刻々轉輾スルコト吾人日常ノ生活狀態ニ徵シテ明ナリ然ラハ沒收スヘキ物件カ他人ニ屬ストハ如何ナル時期ヲ標準トシテ之ヲ定ムヘキヤ

曰、判決ノ日時ヲ標準トシテ所有權ノ所在ヲ決定スヘシ蓋シ刑罰ノ輕

重有無ヲ判斷セシムヘキ事實ハ判決當時ノ狀態ニ依ル而沒收モ一種ノ刑罰ナルヲ以テ其有無ヲ判斷セシムル唯一ノ材料タル沒收物件ノ所有權ノ所在ハ主刑ノ有無輕重ヲ判斷セシムル所謂犯罪事實ヲ確定セシムルト同時ナラシムルヲ正當ナリトスレハナリ

問題 沒收スヘキ物カ犯人ト犯人以外ノ者トノ共有ニ屬スルトキハ之ヲ沒收スルコトヲ得サルヤ

曰我現行民法ノ解釋論トシテ又近世普通ノ民法論トシテ共有ハ一物ニ對スル所有權カ數人ニ分屬スル狀態ナリ此場合ニ共有者カ有スル具體的ノ權利ハ持分ナリ持分トハ共有者カ其資格ニ於テ目的物ニ對シテ行フコトヲ得ヘキ權利ノ分ケ前ナリ而持分ノ多少ハ主トシテ共有物ノ使用收益等共有者カ目的物ニ付享有シ得ヘキ利益分配ノ割合ニ關スルモノニシテ處分權ノ如キ分割シ得ヘカラサル權能ハ持分ノ多少ニ付キ何等ノ影響ナシトス

他方ニ於テ或物件カ沒收セラルルトキハ全然其上ニ存在スル所有權

ヲ喪失セシメ處分權行使ノ場合ト同一ノ結果ヲ生セシムヘキニヨリ犯人タル共有者カ持分ヲ有ストノ理由ニヨリ共有物ヲ沒收スル能ハサルナリ若シ强テ共有物ヲ沒收スヘシトセハ他ノ共有者ノ權利ヲ傷害スルコト甚シク(刑ハ犯人ノ一身ニ止マル)テフ大原則ニ背反スル結果ヲ發生セシムヘク從テ本問ニ對シテ消極的ノ決論ヲ爲シ沒收スヘキ物件カ犯人ト犯人以外ノ者トノ共有ニ屬スルトキハ之ヲ沒收ス可ラストノ論定ヲ爲ササル可ラサルナリ

沒收物件ノ處分ニ關スル命令ニシテ參考スヘキモノ左ノ如シ

一、沒收藥品處分ノ件(明治十七年一月司法省乾第四號通達)

二、沒收物件處分ノ件(明治十八年七月司法省達丙第六號)

三、沒收物件賣却手續(明治二十四年十月司法省檢甲第一九五九號訓令)

四、鹽專賣法違反ニ依リ沒收シタル鹽ノ處分ニ關スル件(明治三十八年五月司法省會檢甲第九五號)

五、裁判所ニ於テ沒收シタル葉煙草、製造煙草、煙草使用品竝ニ其製造上使用

第二十條

義解

ノ物件處分ニ關スル件(明治三十八年六月司法省會檢甲第一三〇號)

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

義解　本條ハ沒收刑適用ノ制限ニシテ主刑カ拘留又ハ科料ナルトキハ沒收ヲ附加セサルコトトナシタリ蓋シ拘留又ハ科料ヲ科スルカ如キ輕微ナル犯罪ニ對シ常ニ必ラス沒收ヲ附加スルモノトセハ主刑ノ苦痛ヨリモ附加刑執行ノタメ遙ニ大ナル苦痛ヲ感セシムル結果ヲ生シ主從顚倒ノ奇觀ヲ發現セシムヘキニヨリ特別ノ理由ニ基キ拘留又ハ科料ノ主刑ニ沒收ヲ附加セシムヘキトキハ明文ヲ以テ之ヲ規定スルコトト爲シ其他ノ場合ニ於テハ原則トシテ拘留又ハ科料ノ主刑ニハ沒收ヲ附加セサルコトトナセリ

但第十九條第一項第一號ニ記載シタル物即チ犯罪行爲ヲ組成シタル物ハ舊刑法第四十三條第一號ニ規定セシ「法律ニ於テ禁制シタル物件」ニ該當シ(例ヘハ阿片煙、阿片吸食ノ器具、毒物其他、人ノ健康ヲ害スヘキ物件等ノ如シ)其物ノ存在ハ犯罪發生ノ動機トナリ若クハ少クトモ危害發生ノ媒介トナルヘキ狀況アリ公安ヲ脅カスコト少カラサルニ苟クモ犯人ノ所有ニ屬シ若クハ一定ノ所有者ナキトキハ主刑ノ輕重如何ニ拘ハラス常ニ必ラス之ヲ沒收セサル可ラス是レ本條但書ノ設ケアル所以ナリ

第二十一條　字解

犯罪行爲ヲ組成シタル物ハ學說ニ所謂「罪體」ニシテ舊刑法ノ解釋論トシテハ之ヲ違警罪ニ附加セシム可ラサルモノトスル學說多數且有力ナリキ詳細ハ前條ノ義解「五、沒收ノ目的物」ノ項下「第一、犯罪行爲ヲ組成シタル物」ノ部ニ說明セリ

第二十一條　未決拘留ノ日數ハ其全部又ハ一部ヲ本刑ニ算入スルコトヲ得

字解　未決拘留トハ犯罪嫌疑ノタメ(刑事訴訟法所定ノ手續ニヨリ拘留狀ヲ發布シ其效力トシテ)拘留セラルルヲ云フ

未決拘留日數トハ拘留開始ノ日ヨリ釋放セラル迄又ハ(釋放セラレサルトキ)判決確定ノ日ニ至ルマテノ日數ヲ云フ

義解　未決拘留ハ固ヨリ自由刑ト其性質ヲ異ニス蓋シ未決拘留ハ被嫌疑者ノ逃亡ヲ防止スルタメ其身體ノ自由ヲ拘禁スルニ止マリ自由刑ノ如ク自由ノ剝奪其モノヲ以テ犯人ニ苦痛ヲ與ヘントスルモノニアラサレハナリ左レハ如何ニ長キ年月間未決拘留ノ處分ヲ受クルモ其後宣告セラレタル自由刑ノ刑期ニ算入ス可ラサルヤ勿論ナリ然ト雖モ被拘留者ハ身體ノ自由ヲ剝奪セラレ爲メニ受クル所ノ苦痛ハ殆ント自由刑ノ執行ト其效果ヲ等シクス故ニ若シ理論ニ拘泥シ未決拘留日數ヲ全然刑期ニ算入セサルモノトセハ未決拘留ノ處分ヲ受ケタル受刑者ハ過重ノ刑罰ヲ科セラレタルト同樣ノ苦痛ヲ受クルニ至ラン故ニ何レノ刑法ニ於テモ未決拘留日數ノ一部ハ(少クトモ)之ヲ刑期ニ算入セサルモノナシ雖然之ヲ算入スルトシテ第一必然主義ヲ採ルヘキカ將タ認許主義ヲ採ルヘキ第二拘留日數通算ノ割合如何第三算入スヘキ拘留日數ハ其全部ナリヤ將タ一部ニ止ムヘキヤニ付テハ學說法制トモニ一定セサル所ナリ

一、舊刑法第五十一條ニ於テハ上訴ノ場合ニ限リ法定ノ場合ニハ前判宣告ノ日ヨリ判決確定ニ至ル迄ノ未決拘留日數ヲ刑期ニ通算スヘキモノト爲シ所謂必然主義ヲ採用セリト雖モ新刑法ニ於テハ未決拘留日數ノ……ヲ算入スルコトヲ得ト規定シ所謂認許主義ヲ採用セリ

二、舊刑法ニ於テハ未決拘留日數一日ヲ以テ刑期一日ニ充テタリシモ犯人日常ノ生活狀態其他諸般ノ狀況ヨリ推究シ來レハ拘留中ニ於ケル自由剝奪ノ程度ト自由刑執後ノ苦痛トハ必シモ同價値アルモノト云フコトヲ得ス況ンヤ定役アル自由刑ヲ執行セラルヘキ場合ニ拘留一日ヲ刑期一日ニ算入スルニ於テハ不當ニ刑罰ノ威力ヲ減輕スル結果ヲ生スルニ於テヲヤ』新刑法ハ此等ノ點ヲ鑑ミ特ニ拘留日數通算ニ關スル規定ヲ設ケテ其通算割合ハ裁判所ヲシテ適宜ニ量定セシムルコトトセリ至當ノ法制ト謂ツヘシ

三、拘留日數ヲ算入スヘキモノトシテ其幾部ヲ算入スヘキヤニ付キ舊刑法ハ刑名宣告ノ日以後ノ拘留日數ハ必ラス刑期ニ算入スヘキモノト爲シ唯例外トシテ(1)犯人カ自ラ上訴シテ其上訴不當ナル時ハ上訴審ニ於ケル判

決宣告ノ日ヨリ起算スト爲シ又(2)上訴中保釋責付ヲ得タルトキハ其日數ハ刑期ニ算入セサルモノトセリ雖然未決拘留中ノ日數ヲ刑期ニ算入スヘキヤ否ヤハ前述ノ如ク拘留中ノ自由剝奪ノタメ犯人ノ受ケシ苦痛カ將ニ執行セントスル所ノ本刑ノ苦痛ト如何ナル比例ヲ有スルヤニ依テ具體的ニ判斷スヘキ問題ニシテ爾カク一律一調ニ決定スヘキ抽象的ノ問題ニアラス於此新刑法ハ前ニ何等ノ規定ヲ設ケス拘留中ノ日數ヲ如何ニ刑期ニ算入スヘキヤハ箇々ノ場合ニ格別ナル事情ヲ斟酌シテ之ヲ判定スヘキ自由ヲ裁判所ニ一任セリ如此廣汎ナル自由裁量ノ餘地ヲ有スル結果トシテ刑期ニ算入スヘキ拘留日數ハ刑名宣告ノ日以後ノ日數ニ限ラス拘留狀執行以後ノ總テノ拘留日數ヲモ算入スルコトヲ得ヘシ

新刑法カ刑期ノ範圍ヲ擴張シ其他舊刑法ニ存在セシ羈束的ノ規定ヲ削除シ其信任スル所ノ裁判官ニ自由裁量ノ餘地ヲ附與セシ立法的精神ハ本法全體ニ現ハルト雖トモ舊刑法第五十一條ノ煩雜多端ナル規定ヲ修正シ簡潔明確ナル本條文ト爲セシカ如キハ最モ大ニ其精神ヲ發揮セシモノト云

フヘシ

第三章　期間計算

本章ハ刑法中ニ規定スル所ノ期間ノ計算ニ關スル法則ニシテ期間ヲ計算スル必要ハ刑期ノミニ限ラス時效期間、執行猶豫、假出獄、累犯等皆ナ期間計算ノ必要アリ是レ舊刑法第一編第二章、第五節ニ規定セシ刑期計算法ヲ改メ茲ニ廣ク期間計算ニ關スル規定ヲ設クルニ至レル所以ナリ

第二十二條　期間ヲ計算スルニ月又ハ年ヲ以テシタルトキハ曆ニ從ヒテ之ヲ計算ス

字解　月ヲ以テ期間ヲ計算ストハ五ヶ月ノ懲役又ハ禁錮ニ處スト云フ場合ノ如シ

年ヲ以テ期間ヲ計算ストハ六年ノ懲役又ハ禁錮ヲ處スト云フ類ナリ

曆ニ從ヒテ計算ストハ期間計算ニ關スル二大主義中ノ曆法的計算法(自然的計算法ニ對ス)ヲ採用スル意義ヲ明示スルモノニシテ其所謂曆ニ從ヒテ期間

ヲ計算ストハ實際ノ經過日數如何ヲ問ハス曆日ノ示ス所ニ依テ期間ヲ計算スルヲ云フ例ヘハ五ヶ月ノ禁錮ニ處セラレタル者明治四十一年十二月一日ヨリ執行スヘキモノトス明治四十二月四月三十日ヲ以テ滿期トナルカ如シ此計算法ニ依ル場合ニ月又ハ年ノ初日ヨリ期間ヲ起算スルトキハ前例ノ如ク其末日ヲ以テ一月又ハ一年ト稱スルニ於テ別ニ困難ナル問題ヲ生セサルモ月又ハ年ノ始ヨリ期間ヲ起算セサルトキ(例ヘハ月又ハ年ノ中途ヨリ起算スヘキ場合ノ如シ)最後ノ月又ハ年ニ於テ其起算日ニ應當スル日ノ前日ヲ以テ滿了ス故ニ例ヘハ明治四十一年十二月三十日ヨリ五ヶ月ノ期間ヲ計算スヘキモノトセハ明治四十一年五月二十九日ヲ以テ滿期トナルヘキカ如シ此場合ノ如ク最後ノ月ニ應當日アルトキハ(前例ニヨレハ五月三十日ナリ)何ノ不都合モ之レナシト雖トモ若シ之レナキトキ(例ヘハ前例ノ場合ニ二月カ最終ノ月ナリトセハ應當日ナシ何トナレハ二月ニハ三十日ナケレハナリ)ハ如何ニスヘキヤノ難問起ル本法ニ於テハ何等ノ規定ナシト雖トモ期間計算ニ關スル一般ノ法理ニ從ヒ其月ノ末日ヲ以テ滿期ト爲スヘキモノト信ス故ニ

若シモ前例ニ於テ二月カ最終ノ月ニシテ應當日カ三十日ナリトセハ二十八日又ハ二十九日ヲ以テ滿期トセサル可ラス是レ此點ハ曆法的計算法ノ一大缺點ナリト云フヘシ

義解 本條ハ舊刑法第四十九條第一項ニ該當スル規定ニシテ舊刑法ハ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ト規定シ月ヲ以テ定ムル場合ニハ自然的計算法(註二)ニ依ルヘキモノト爲シ年ヲ以テ期間ヲ定ムル場合ト其計算法ヲ異ニシ年ヲ以テ期間ヲ定ムル場合ニハ曆法的計算法(前段字解ノ說明參照)ヲ採用センモ二者ノ間ニ計算法ヲ異ニスル理由ナキヲ以テ本條ハ之ヲ修正シ月ヲ以テ期間ヲ定ムル場合ト年ヲ以テ期間ヲ定ムル場合トヲ問ハス計算ハ總テ曆法的計算法ニ依ルヘキモノトセリ

註二 自然的計算法トハ期間計算法ノ二大種別ノ一種ニシテ曆法的計算法ニ對スルモノナリ

此計算法ニ依レハ時日ノ經過ハ曆日ニ依ラス一定ノ起算日ヨリ時日ノ自然的經過ヲ數ヘテ期間ヲ計算スルモノニシテ例ヘハ五箇月ノ期間ヲ明治

四十一年十二月一日ヨリ計算スル場合ニハ一箇月ノ日數三十日ヲ五倍シタル日數百五十日ヲ十二月十日ヨリ起算シ翌年四月二十八日ニ至リ終了スルモノニシテ(二月ヲ二十九日ト假定シテ計算ス)曆法的計算法ニヨル場合ヨリ二日ノ短縮ヲ見ル(字解曆ニ從ヒテ計算スノ說明參照)

期間ヲ計算スル曆法的計算法ニ依ルヘキカ將タ自然的計算法ニ依ルヘキカハ學說法制共ニ區々ニシテ未タ一定セスト雖モ最新ノ法理學ニ依レハ曆法的計算法ハ比較的正確ニシテ且煩雜ナル計算ヲ要セサルニヨリ計數事務ノ迅速機敏ナランコトヲ欲シ獨逸新民法ヲ始メ我民法モ皆曆法的計算法ヲ採用セルニ由リ新刑法ニ於テモ亦曆法ヲ採用スルニ至レリ民法第百四十三條第一項ニ於テ一年又ハ一月ヲ以テ期間ヲ計算スル場合ノ外週ヲ以テ期間ヲ計算スル場合ニモ曆法的計算法ヲ採用スヘキ旨ヲ規定セルモ刑法ハ週ヲ以テ期間ヲ計算スル場合ナシト爲シ此點ヲ除外セリ是レ特ニ本條ヲ特設スル所以ナランカ(本章末尾(餘論)參照)

第二十三條　刑期ハ裁判確定ノ日ヨリ起算ス

拘禁セラレサル日數ハ裁判確定後ト雖モ刑期ニ算入セス

義解　本條第一項ハ刑期起算點ヲ定メタルモノニシテ舊刑法第五十條及同第五十一條ヲ修正シタルモノナリ第五十條ハ刑ハ裁判確定後ニアラサレハ執行ス可ラサルコトヲ規定スルモ當然自明ノ事ナリトシテ之ヲ削除セリ然トモ其精神ハ法理ニ適合スルヲ以テ之ヲ採用シ同時ニ刑期ハ刑ノ執行期日ヨリ起算スヘシトスル理論ヲ加味シ本條第一項ヲ創設スルニ至レリ

舊刑法第五十一條第一項前段ノ規定ノ失當ナルコトハ前述セル所ニ依テ明白ナリ舊刑法ハ刑期起算點ノ定メ方ニ付キ其規定宜ヲ得サリシタメ被告人カ不當ノ上訴ヲ爲セシトキ、檢事カ上訴ヲ爲セシトキ、上訴中保釋責付ヲ爲セシトキニハ其未決拘留日數ヲ刑期ニ算入スヘキヤ否ヤニ關シ煩雜ナル規定ヲ設クル必要アリシナリ然ルニ前述ノ如ク刑期起算點ニ關スル規定ヲ改正セシ結果此等ノ煩雜ナル規定ハ全然不必要ニ屬スルニ至リシカハ總テ此等ノ規定ヲ除去スルノ利益ヲ得タリ

本來未決拘留日數ヲ刑期ニ算入スル理由ハ拘留中ト雖トモ被告人ハ自由刑ノ執行同樣、身體ノ自由ヲ剝奪セラルルモノナルニヨリ其全部又ハ一部ヲ刑期ニ算入スルニアラサレハ犯人ニ過當ナル苦痛ヲ與フト云フニアリ此理論ニ基キ第二十一條ニ於テ未決拘留日數ノ全部又ハ一部ヲ本刑ニ算入スルコトヲ許容シタルニヨリ其理論ノ適用上(適用スル方面ニ表裏ノ區別アルモ)犯人逃亡等ノタメ現實ニ拘禁セラレサル日數ハ假令裁判確定後ニ屬スルモノト雖トモ之ヲ刑期ニ算入セシム可ラサルヤ勿論ナリ是レ本條二項ノ規定アル所以ニシテ其立法精神ハ舊刑法第五十二條ト相同シ

第二十四條　受刑ノ初日ハ時間ヲ論セス全一日トシテ之ヲ計算ス、時效期間ノ初日亦同シ

放免ハ刑期終了ノ翌日ニ於テ之ヲ行フ

義解　本條一項ハ受刑ノ初日及時效期間ノ初日ヲ全一日トシテ期間ニ算入スヘキ旨ヲ規定セリ蓋シ之ヲ規定スル必要ハ初日ハ何レモ二十四時間ニ滿タサルニヨリ法理ニ依テ推究スレハ之ヲ全一日ト爲ス可ラサレハナリ既ニ全

一日トシテ算入ス可ラサル理由アルニヨリ之ヲ全一日トシテ算入スルニハ特ニ明文ヲ設クル必要アルナリ

第二項ハ放免ノ日ハ刑期終了ノ翌日ニ於テ爲スヘキコトヲ明定シタルモノニシテ既ニ受刑ノ初日ヲ全一日トシテ刑期ニ算入セル以上ハ期間最終ノ日ハ全ク刑期內ト爲スヘク放免ハ其翌日ニ於テ行フヘキコト當然ノ事理ニ屬ス舊刑法第四十九條第二項後段ト本條第二項トハ外形ニ於テ異ナル所アルモ其趣旨ニ於テハ彼我些少ノ差異アルニアラサルナリ

餘論　民法ハ其第一編總則第五章ニ於テ期間計算ニ關スル規定、五箇條ヲ設ケ其冒頭タル第百六十八條ニ於テ期間ノ計算法ハ法令……ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外本章ハ規定ニ從フト明定セリ普通法タル民法中、此ノ如キ規定アル以上ハ法律命令ノ公法的タルト私法的タルトヲ問ハス期間計算ニ關スル特例ヲ設クルニアラサレハ前記民法ノ期間計算法ノ支配ヲ受クヘキコト當然ノ事理ニ屬ス本法カ本章ニ於テ三箇條ノ規定ヲ設クル所以ノモノハ舊刑法第一編第二章第五節ニ規定セル刑期計算ニ關スル四箇條ノ規定ヲ修

正スル目的ニ出ツルモノトハ云ヘ一方ニ於テ確ニ民法第百三十八條ニ所謂特別ノ期間計算法ヲ定メント欲セシモノト論斷セサル可ラス若シ否ストセハ第二十二條ニ於テ月又ハ年ヲ以テ期間ヲ定メタルトキニ於ケル期間計算法ハ曆法的計算法ニ依ルヘキ者ヲ明言セルニ拘ハラス第百四十三條第二項ノ如キ規定ヲ設ケス其結果トシテ若シ月又ハ年ノ中ヨリ期間ヲ起算シタル場合ニ最後ノ月又ハ年ニ起算日ニ應當スル日ナキトキハ如何ナル日ヲ於テ滿期日トスヘキヤヲ知ル能ハサル不都合アリ(第二十二條ノ字解曆ニ從ヒテ起算スルノ說明參照)惟フニ新刑法ノ立案者ハ普通法タル民法ノ規定(即チ第百四十六條第二項)ハ當然刑法ニモ適用アルモノト認メタルニ職由セム若シモ立案者カ如此結論ヲ抱懷セシトセハ本法第二十二條ハ全然之ヲ規定スル必要ナカリシナリ何トナレハ民法第百四十三條第一項ニハ期間ヲ定ムルニ週月又ハ年ヲ以テシタルトキハ曆ニ從ヒテ之ヲ算スト明定シ本法第二十二條ノ云ハント欲スル所ハ充分之ヲ云ヒ顯ハシテ遺憾ナケレハナリ此ノ如ク期間計算ニ關スル本法第二十二條ハ民法ノ規定ヲ離ルレハ其用ヲ完ウセス其用ヲ完ウセシメンタメ普通法當然ノ適用トシテ民法第百四十三條ヲ應用セントスレハ全然規定ノ必要ヲ失却シ前後矛盾ノ觀アルニ依テ推想スレハ本法ノ立案者ハ期間計算ニ關シ普通法タル民法第一編總則第五章期間ノ規定ヲ全然看過セシニアラサルヤノ感ナキ能ハサルナリ

刑ノ執行猶豫ヲ設クル目的

第四章　刑ノ執行猶豫

刑ノ執行猶豫ニ關スル各國ノ法制

刑罰執行ノ目的ハ社會ノタメニハ犯罪鎭壓防止ノ手段タラシメ犯人ノタメニハ改悛懲戒ノ效果ヲ收メシメントスルニアリ故ニ若シ犯人ノ性格犯罪ノ情狀ニヨリ殊更ラ刑罰ヲ執行シテ犯人ニ苦痛ヲ與ヘサルモ後日再犯發生ノ恐ナクンハ特ニ刑罰ヲ執行スル必要ナシ此ノ如ク刑罰執行ノ必要ナキ場合ニ遭遇セハ犯人ニ不必要ノ苦痛ヲ與ヘテ當該官廳ニ無用ノ手數ト費用トヲ省略セシムヘキコト刑事改策上最モ機宜ヲ得タル處置ト云フヘシ此制度ハ學說ニ所謂條件附刑罰宣告ノ判決ト稱スルモノニシテ疾ク英米二國ニ實施セラレ次テ白耳義、佛蘭西、ルクセンブルグ、葡萄牙、那威及瑞西聯邦ニ採用セラレ千八百十五年以

來獨逸聯邦ニ於テハ條件附恩赦ト稱シテ此制度ヲ採用スルニ至レリ我邦ニ於テハ明治三十八年三月法律第七十號ヲ以テ刑ノ執行猶豫ニ關スル規定九箇條ヲ創設シ以テ本制度ヲ採用シタリシカ新刑法制定ニ際シ刑ノ執行猶豫ニ關スル規定ハ之ヲ刑法典中ニ收ムヘキモノト爲シ本章ヲ特設シ前記三十八年法律第七十號ノ規定ヲ修正シ左記三箇條ノ規定ヲ設クルニ至レリ

第二十五條 左ニ記載シタル者、二年以下ノ懲役又ハ禁錮ノ言渡ヲ受ケタルトキハ情狀ニ因リ裁判確定ノ日ヨリ一年以上、五年以下ノ期間内、其執行ヲ猶豫スルコトヲ得

一 前ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトナキ者

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

字解 情狀トハ罪ヲ犯スニ至リタル犯人ノ精神上ノ狀態ナリ詳言スレハ偶然

ノ發意ニ基ク犯罪ニ限リ刑ノ執行猶豫ヲ與ヘ犯罪的ノ性癖ヲ有スル者カ其性癖ニ基キテ決行シタル犯罪、所謂、必然犯ノ如キ者ニ對シテハ執行猶豫ヲ與ヘスト云フ意ナリ蓋シ本條規定ノ精神ヲ研究スレハ刑ノ執行猶豫ハ比較的、輕微ノ罪ヲ犯シタル偶發犯(偶然ノ發意ニ基ク犯罪)ニ限リ之ヲ與フル趣旨ナルコト明確ナレハナリ

其執行ヲ猶豫スルコトヲ得刑ノ執行猶豫ヲ與フルト否トハ全ク裁判官ノ自由裁量ニ一任シ假令左記二箇ノ條件ヲ完備スル場合ト雖トモ犯罪當時ニ於ケル犯人ノ心情如何ニ依リテ刑ノ執行ヲ猶豫セサルコトヲ得ヘシ是レ執行ヲ猶豫スルコトヲ得ト(選擇的ニ)規定シ執行ヲ猶豫スヘシト(命令的ニ)規定セサル所以ナリ刑ニ處セラレタルトハ有罪判決ノ言渡ヲ受ケ其判決確定シタルヲ云フ但シ其本刑通リ執行セラレタルト否ト又免除ヲ得タルト否トハ刑ニ處セラレタルト云フコトニ付キ何等ノ影響ヲ及ホサス

義解 本條ハ執行猶豫ノ期間及刑ノ執行猶豫ヲ與フル必要條件ヲ規定セルモノニシテ如何ナル場合ニ於テモ左記二箇ノ條件ヲ完備スルニ非ラサレハ刑

ノ執行猶豫ヲ爲スコトヲ得ス

第一 要件　犯人ノ現在言渡サレタル刑ノ程度ハ、比較的輕微ナルコト

詳言スレハ二年以下ノ懲役ノ言渡ヲ受ケタル場合又ハ二年以下ノ禁錮ノ言渡ヲ受ケタル場合ニ限ルコト(一項)

第二 刑ノ執行ヲ猶豫スヘキ情狀アルコト(前段ノ字解情狀ノ說明參照)

第三 過去ニ於ケル犯人ノ處刑ノ有無ニ關スルモノニシテ即チ左記三箇ノ一ニ該當スルコトヲ要ス

一、曾テ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトナキ者

故ニ假令前ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラルヘキ罪ヲ犯シタルコトアリト雖モ刑ノ言渡ヲ受ケ其判決確定セサル以上ハ尙ホ本項ノ條件ヲ具フルモノトシテ刑ノ執行猶豫ヲ受クルコトヲ得(一號)

二、前ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトアルモ其執行ヲ終リタル日ヨリ七年以內ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトナキ者

三、前ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトアルモ其刑ノ執行免除ヲ受ケ

其日ヨリ七年以內ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトナキ者

問題 罰金、拘留、科料ノ刑ニ處セラレタル者ニハ何故、刑ノ執行猶豫ヲ爲ササルカ前記、刑ノ執行猶豫ヲ與フル第一要件ニ言渡サレタル刑ノ比較的輕微ナルコトトアルニ依テ見レハ禁錮、懲役ヨリモ尙ホ輕微ナル罰金、科料、拘留ノ言渡ヲ受ケタル場合ニハ一層强キ理由ヲ以テ刑ノ執行猶豫ヲ爲スヘキニアラサルカ

曰、罰金、拘留、科料ノ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ニ對シテハ刑ノ執行ヲ猶豫セス其理由ハ拘留ニ處セラレタル者ハ第三十條ノ規定ニ基キ情狀ニヨリ何時ニテモ行政官廳ノ處分ヲ以テ假リニ拘留場ヨリ出ツルコトヲ許サレ又罰金科料ヲ完納スルコト能ハサルニヨリ勞役場ニ留置セラレタル者(第十八條)モ情狀ニヨリ何時ニテモ勞役場ヨリ出ツルコトヲ許サル(第三十條第二項)從テ殊更ニ刑ノ執行猶豫ヲ與フル必要ナキナリ雖然、立法論トシテハ罰金拘留、科料ノ言渡ヲ受ケタル者ニ對シテモ刑ノ執行猶豫ヲ與フルヲ可トス何トナレハ第三十條ニヨリ拘留場又ハ勞役場ヨリ出場スルコトヲ許ス

ハ何レモ刑ノ執行ニ着手シタル犯人ニ改悛ノ情狀アリ殘餘ノ刑期ヲ執行スル必要ナシトスル場合ナリ若シモ刑ノ執行ニ着手セサル前即チ判決確定當時ヨリ刑ノ執行ヲ爲ス必要ナキ情狀アレハ執行猶豫制度ノ本旨ニ基キ直ニ刑ノ執行ヲ猶豫スヘキハ理論ニ適合スレハナリ

問題 主刑ノ執行猶豫ヲ爲シタル場合ニハ沒收ノ執行ヲモ猶豫スヘキカ

曰、舊法(明治三十八年法律第七十號、刑ノ執行猶豫ニ關スル件)ニ於テハ主刑ノ執行猶豫ニ拘ハラス附加刑タル沒收ハ之ヲ執行スヘキ明文アリシニ拘ハラス此種ノ明文ヲ削除シタルニヨリ多少疑問ノ種子タラサルヲ得ストヽ雖トモ本來刑ノ執行ヲ猶豫スルコトハ例外ニ屬スルカ故ニ特別ノ明文ヲ以テ執行猶豫ノ恩典ヲ與フヘキコトヲ規定セサル以上ハ刑ハ判決確定後直ニ之ヲ執行スヘキ原則正面ノ適用ニヨリ直ニ執行セサル可ラス從テ舊法ノ明文ヲ待タス前記原則ノ適用ニヨリ沒收ハ主刑ノ執行猶豫ニ拘ハラス直ニ執行セラルヘキモノト論定セサル可ラス

第二十六條 左ニ記載シタル場合ニ於テハ刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ取消スヘシ

一 猶豫ノ期間内、更ニ罪ヲ犯シ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルトキ

二 猶豫ノ言渡前ニ犯シタル他ノ罪ニ付キ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルトキ

三 前條第二號ニ記載シタル者ヲ除ク外猶豫ノ言渡前、他ノ罪ニ付キ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコト發覺シタルトキ

字解 猶豫ノ期間内トハ第二十五條第一項ニ裁判確定ノ日ヨリ一年以上五年以下ノ期間内其執行ヲ猶豫スルコトヲ得トアル規定ニ基キ刑ノ宣告ヲ爲スニ際シ犯人ノ智德ノ程度及所犯情狀等ヲ斟酌シ前記一年以上五年以下ノ範圍内ニ於テ特ニ猶豫期間ト定メテ言渡シタル所ノモノナリ

義解 本條ハ刑ノ執行猶豫ヲ與フル本旨ニ反スル情狀發生シタルトキ又ハ前條ニ於テ説明セシ刑ノ執行猶豫ヲ與フル第二及第三條件ヲ缺欠セルト同樣

ノ狀況アルコトヲ執行猶豫ノ言渡ヲ爲シタル後ニ於テ發見シタル場合ニ前ニ言渡シタル刑ノ執行猶豫ヲ取消スヘキコト規定セルモノニシテ其場合ヲ細別シテ三種ト爲セリ即チ本條第一號乃至第三號ノ規定是ナリ

第一號ハ刑ノ執行猶豫ヲ與フル本旨ニ乖戻スル狀況發生セルヲ理由トシテ前ニ言渡シタル所ノ執行猶豫ノ言渡ヲ取消スモノナリ蓋シ刑ノ執行猶豫ヲ與フル趣旨ハ犯人智德ノ程度及社會上ノ地位等ヨリ觀察シ其言渡スル所ノ刑ヲ執行セサルモ刑ノ宣告ノミヲ以テ充分懲戒ソ見込アリト爲スニアリ然ルニ猶豫期間內更ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラルヘキ罪ヲ犯スカ如キコトアルニ依テ見レハ前述セシ法定ノ推測ニ背キ刑ヲ現實ニ執行シ執行ニ依テ懲戒改悛ノ途ヲ求ムル必要アリ是レ本號ニ於テ猶豫期間內更ニ罪ヲ犯シ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルトキハ前ニ言渡シタル執行猶豫ヲ取消シ其刑モ宣告通リ執行スヘキモノト爲シタル所以ナリ

本號ニ於テハ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタル場合ノミヲ執行猶豫ヲ取消ス原因ト爲シ猶豫ノ期間內罰金拘留科料ノ刑ニ處セラルヘキ罪ヲ犯シタルトキ前ニ言渡シタル執行猶豫ノ言渡ヲ取消スヘキモノト爲ササル理由如何

曰罰金以下ノ刑ニ處セラルヘキ罪ハ輕微ナルモノナルニヨリ善良謹愼ナル人ト雖トモ或ハ過失ニヨリ或ハ一時ノ出來心ニヨリ不知不識之ヲ犯スニ至ルコトアリ此ノ如キ輕微ノ罪ヲ犯セシタメ直ニ刑ノ言渡ノミニヨリテハ懲戒ノ見込ナシト爲スハ速斷ナリ況ンヤ何人モ免レ難キ罪ヲ犯シタルタメ前ニ言渡タル刑ノ執行猶豫ヲ取消スヘキモノト爲スハ難キヲ人ニ責ムルノ嫌アルニ於テヲヤ是レ本號ニ於テ罰金以下ノ刑ニ處セラルヘキ罪ヲ猶豫期間內ニ犯スモ前ニ言渡シタル刑ノ執行猶豫ヲ取消ササル所以ナリ(第一號)

第二號前條ニ於テ說明セシ刑ノ執行猶豫ヲ與フル第三要件中ノ第一條件ヲ缺欠セルト同一ノ結果ヲ生セシニヨリ前ニ言渡シタル刑ノ執行猶豫ヲ取消スモノナリ蓋シ第二十五條ニ於テハ前ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレサルコトヲ以テ刑ノ執行猶豫ヲ與フル一條件ト爲セリ故ニ此條件ヲ缺欠セ

ル場合ニハ初ヨリ刑ノ執行猶豫ヲ與フルコトナキナリ然ルニ甲罪ニ對シ刑ノ執行猶豫ヲ言渡ス時、其以前ニ犯シタル乙罪アリ甲罪ニ關スル猶豫言渡以後、發覺シ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタリトセハ甲罪ニ對スル猶豫言渡ヲ爲セシ裁判官カ「過去ニ於テ他ニ犯罪行爲ナキモノナレハ其心情ヲ諒シ特ニ刑ノ執行ヲ猶豫スヘシ」ト思料セシ認定ニ背反スルモノナレハ前條第一號ヲ以テ執行猶豫ヲ與フル一要件ト爲セシ趣旨ニ基キ前ニ言渡シ猶豫ノ言渡ヲ取消スヘキモノトセリ

第三號前條ニ於テ說明セシ猶豫言渡ノ第三要件中ノ第二條件ヲ缺クト同一ノ狀況ニアルモノトシテ前ニ言渡シタル執行猶豫ノ言渡ヲ取消スヘキコトヲ規定セルモノナリ即チ甲罪ニ對スル刑ノ執行猶豫言渡ノ當時、其以前ニ於テ乙罪ヲ犯シ禁錮以上ノ刑ニ處セラレ其執行ヲ終リタル日ヨリ七年以內ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレ又ハ其刑ニ關シ執行ノ免除ヲ得タル日ヨリ七年以內ニ、禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトヲ知ラス(前記第三要件中ノ第一第二條件ヲ缺欠セルコトヲ知ラス)甲罪ニ對スル刑ノ執行猶豫

テ言渡ヲ爲シタル後前記條件ノ備ハラサルコトヲ發見シタル場合ニハ猶豫言渡ノ當時其事實ヲ知リシナラハ猶豫ノ言渡ヲ爲ササリシ法律ノ趣旨ニ照シ此場合ニ於テモ前ニ言渡シタル甲罪ニ對スル刑ノ執行猶豫ヲ取消スヘキモノトセリ

第二十七條　刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ取消サレタルコトナクシテ猶豫ノ期間ヲ經過シタルトキハ刑ノ言渡ハ其效力ヲ失フ

義解　本條ハ刑ノ執行猶豫ノ效果ヲ規定シタルモノニシ即チ執行猶豫言渡ヲ受ケタル後其言渡ヲ取消サルルコトナク無事ニ猶豫期間ヲ經過スルトキハ刑ノ言渡ハ全然其效力ヲ失ヒ曾テ刑ノ言渡ヲ受ケタルコトナカリシト同一ノ效果ヲ生ス(刑ノ執行猶豫ノ效力ハ本條ニ規定セルモノノ外第二十五條第一項ノ規定ヨリ生スルモノアリ即チ執行猶豫ノ言渡ヲ受ケタルトキハ裁判確定ノ日ヨリ猶豫期間內ハ刑ノ執行ヲ猶豫セラルルコト是ナリ)

此ノ如キ效果アルヨリシテ更ニ左ノ如キ結果ヲ生ス

(1) 刑ノ執行猶豫ヲ受ケタルモノ本條ノ規定ニヨリ其刑ノ言渡效力ヲ失フトキハ後日再ヒ罪ヲ犯スモ累犯トシテ刑ヲ加重セラルルコトナシ

(2) 懲役又ハ禁錮ノ刑ニ處セラレタルモ刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ受ケタル後本條ノ規定ニヨリ刑ノ言渡其效力ヲ失フトキハ(第二十五條第一號ニ該當セサルコトトナルユヘ)其後再ヒ罪ヲ犯シ禁錮又ハ懲役ノ刑ニ處セラルルモ尚ホ刑ノ執行猶豫ヲ受クルコトアルヘシ

備考 終ニ臨ミ刑ノ執行猶豫ニ關スル手續ニシテ刑法執行法第五十四條以下ニ規定スル主要ナルモノヲ左ニ列記セム

第五十四條 刑ノ執行猶豫ハ裁判所ニ於テ檢事ノ請求ニヨリ又ハ職權ヲ以テ刑ノ言渡ト同時ニ判決ヲ以テ之ヲ言渡スヘシ

第五十五條 刑ノ執行猶豫ノ言渡ハ上訴ニヨリ其效力ヲ失フコトナシ但原判決ヲ取消シ又ハ破毀シタル場合ハ此限ニ在ラス

第五十六條 刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ取消スヘキ場合ニ於テハ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ノ所在地又ハ最後ノ住所地ヲ管轄スル地方裁判所ノ檢事其裁判所ニ

請求ヲ爲スヘシ

前項ノ請求アリタルトキハ裁判所ハ被告人又ハ其代理人ノ意見ヲ聽キ決定スヘシ此決定ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得

第五十七條 第五十三條及前條ノ裁判及抗告ニ付テハ刑事訴訟法ノ規定ヲ準用ス

第五十八條 明治三十八年法律第七十號(註一)ニ依リ刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ受ケ仍ホ猶豫ノ期間ヲ經過セサル者ハ刑法(註二)ニヨリ刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ受ケタルモノト看做ス

註一 明治三十八年法律第七十號トハ刑ノ執行猶豫ニ關スル法規ニシテ新刑法實施當時マテ實施セラレタルモノナリ

註二 刑法トハ新刑法ヲ指稱ス

說明 舊法ニヨリ執行猶豫ノ言渡ヲ受ケ今猶ホ猶豫期間中ニアルモノハ新刑法ニヨリ執行猶豫ノ言渡ヲ爲シタルモノト同シトハ第二十六條ニ記載シタル場合ニハ舊法時代ニ言渡シタル執行猶豫ノ言渡ヲ取消スヘク又執行猶豫

ノ言渡ヲ取消サルルコトナクシテ猶豫期間ヲ經過シタルトキハ刑ノ言渡ヲシテ全然其效力ヲ失ハシム(舊法ハ此場合ニ刑ノ執行ヲ免除スルニ過キサリシモ)ト云フ意ナリ

第五十九條　明治三十九年法律第五十四號(註一)ハ之ヲ廢止ス

註一　明治三十九年法律第五十四號ハ刑ノ執行ヲ猶豫セラレタル者ハ其猶豫期間內ニ市町村ノ公民權ヲ停止シ市町村會議員、北海道會議員及衆議員議員ノ選擧權及被選擧權ヲ有セサルヘキ旨ヲ規定セルモノナリキ

說明　明治三十九年法律第五十四號ヲ廢止シタル結果ハ刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ受ケ其猶豫期間內ト雖モ市町村ノ公民權ヲ行使スルコトヲ得又市町村會議員、北海道會議員及衆議院議員ノ選擧權及被選擧權ヲ有セシムルコトトナルヘシ蓋シ市町村公民權ノ行使及前記三種ノ議員ノ選擧權及被選擧權ノ享有ハ刑罰ノ宣告ヲ受ケシタメ當然喪失スルモノニアラス(市町村制選擧法等ニ於テ刑罰宣告ノタメ此等公權ノ行使及享有ヲ剝奪若クハ制限スヘキ規定アラサレハナリ)唯自由刑ノ執行ヲ受ケ法定ノ監獄ニ拘禁セラルルトキハ事

實上、此等各種ノ公權ヲ行使スル能ハサル結果ヲ生スルノミ然ルニ刑ノ執行猶豫ノタメ犯人身體ノ自由ヲ有スルトキハ刑罰宣告ノタメ些少ノ傷害ヲ受ケサル此等各種ノ公權ヲ行使スルニ於テ何ノ支障カ之レアラム是レ新刑法實施ト共ニ法律第五十四號ヲ廢止シ刑ノ執行猶豫ノタメ犯人ノ享有セル公權行使ニ何等ノ障碍ヲ生スルコトナカラシメタル所以ナリ

假出獄ヲ設クル立法上ノ理由

第五章　假出獄

假出獄ヲ設クル立法上ノ理由ハ(第一)刑期限內假リニ出獄ヲ許シ自由ナル生活ヲ營マシムルモノニシテ自由刑ノ執行ヲ受クル囚徒ヲシテ自然改悛ヲ促ス效力アリ即チ未タ假出獄ノ恩典ニ浴セサル間ハ早ク此恩典ニ浴シ自由ナル生活ヲ營マント欲スルタメ自然改悛ノ動機ヲ作リ既ニ出獄シタル後ハ再ヒ入獄セシメラルルヲ恐ルル念ヲ生シ謹愼ノ心常ニ再犯ノ念ヲ鎭壓スルニ至ルヘシ(第二)假出獄ハ各人ノ自新ヲ促ス外、窮屈ナル獄內生活ヨリ自由生活ニ遷變スルヨリ生スル弊害ヲ防止スルコトヲ得ヘシ即チ獄內生活ヨリ急ニ自由生活ニ移レ

第二十八條

ハ從來、苦痛ニ忍ヒシ反動トシテ遊惰放逸ニ流レ易ク生業ヲ勉メサル結果、再ヒ罪ヲ犯スノ止ムヲ得サルニ至ルナキヲ保セス假出獄ハ純然タル自由生活ヲ營マシムルニ先チ試ニ半自由生活ヲ營マシムル制度ニシテ前述セシ生活狀態ノ遽變ヨリ生スル弊害ヲ防止スルコトヲ得ヘシ(第三)刑罰ヲ執行スル目的ノ一ハ犯人ヲ懲戒シ其改悛ヲ促スニアリ故ニ刑期限內既ニ改悛ノ效ヲ奏スレハ必シモ滿期ニ至ルマテ刑ヲ遂行スル必要ナシ假リニ出獄セシメテ自由ナル生活ヲ營マシムルコト國民經濟上、勞力ヲ增進セシムル利益アル外、獄費ヲ減少スル利益モ亦蓋シ尠少ニアラサルナリ

字解

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

字解　出獄ヲ許スコトヲ得假出獄ヲ許ス立法政策上ノ理由ハ前述セシ所ノ如シト雖トモ箇々ノ犯人ニ對シ假出獄ヲ許スヘキヤ否ヤヲ判斷スルニ當テ唯一ノ標準トナルモノハ改悛ノ有無ナリ而改悛ノ情狀アルヤ否ヤハ各別ノ場合ニ具體的ニ判斷スヘキ事實論ニシテ當該官吏ノ認定ニヨル外ナシ故ニ新舊刑法共ニ出獄ヲ許スコトヲ得ト規定シ假出獄ノ許否ハ改悛ノ有無ヲ認定スル司獄官吏ノ自由判斷ニ一任セリ從テ囚人ハ自己ニ改悛ノ情狀アルヲ立證シテ假出獄ヲ請求スル權利ナシ

改悛ノ狀トハ刑罰執行ノタメ犯人自新ノ念ヲ起シ改心ノ狀、其言語擧動ニ現ハルルニ至リタルヲ云フ

舊刑法第五十三條ニハ獄則ヲ謹守シ改悛ノ狀アルトキト規定シタルモ獄則ノ謹守ハ改悛ノ狀アルコトヲ證明スヘキ一現象ヲ過キサレハ特ニ明示スルノ必要ナキニヨリ新刑法ハ之ヲ削除セリ

假ニトハ第二十九條第一號乃至第四號ニ列記スル場合ニ遭遇セハ再ヒ入獄セルヲヘシト云フ條件付ニテ出獄セシムト云フ意ナリ要之、刑期滿限ノ場合ニ爲ス所ノ絕對的ノ放免ニ對シ條件付ノ出獄ヲ許スト云フ意味ナリ

義解

義解　本條ハ舊刑法第五十三條ニ該當ス舊刑法ニ於テハ假出獄ヲ許ス條件ト

シテ有期刑ニ於テハ刑期四分ノ三ヲ經過シ無期刑ニ於テハ十五年ヲ經過スルコトヲ必要トセシモ本法ハ之ヲ修正シ其期間ヲ短縮セリ蓋シ假出獄ヲ許ス本旨ニシテ本章冒頭ニ於テ説明セシカ如キ理由ニ出テシモノトセハ囚人改悛ノ情狀アル以上ハ成ヘク早ク假出獄ノ恩典ヲ與フルヲ可トス然ラサレハ却テ囚人ヲシテ改悛ノ念ヲ害ハシムルコトナシトセサレハナリ

舊刑法第五十七條ニハ刑期限内更ニ重罪輕罪ヲ犯シタル者ハ假出獄ヲ許サスト規定シタルモ其再犯後ニ至リ犯人大ニ自新ノ念ヲ起シ改悛ノ狀顯著ナルニ至ルモ刑期限内再犯アリタルトノ理由ヲ以テ絶對的ニ假出獄ヲ許ササルハ前述セシ假出獄ナル制度ヲ設ケシ立法上ノ理由ニ矛盾スルヲ以テ新刑法ニ於テハ再犯ノ有無ヲ問ハス假出獄ヲ許スヤ否ヤハ常ニ當該司獄官吏ノ認定ニ一任スルコトトナセリ

備考 假出獄ハ純然タル行政處分ニ屬スルヲ以テ其手續ハ之ヲ刑法典中ニ規定ス可ラサルコト勿論ナリ舊刑法ハ之ヲ附則第三十八條乃至第四十條ニ於テ規定セシカ新刑法ノ立案者ハ假出獄處分ニ關スル手續ハ監獄行政ニ屬スルモノナルヲ以テ刑法附則ニ規定スルモ猶ホ失當ナリト爲シ之ヲ監獄法ニ讓リタリ(監獄法第六十四條乃至第六十六條參照)

第二十九條 左ニ記載シタル場合ニ於テハ假出獄ノ處分ヲ取消スコトヲ得

一、假出獄中、更ニ罪ヲ犯シ罰金以上ノ刑ニ處セラレタルトキ

二、假出獄前ニ犯シタル他ノ罪ニ付キ罰金以上ノ刑ニ處セラレタルトキ

三、假出獄前、他ノ罪ニ付キ罰金以上ノ刑ニ處セラレタルモノニシテ其刑ノ執行ヲ爲スヘキトキ

四、假出獄取締規則ニ違背シタルトキ

假出獄ノ處分ヲ取消シタルトキハ出獄中ノ日數ハ刑期ニ算入セス

字解

字解 假出獄ノ處分ヲ取消スコトヲ得得トアルヲ以テ假令本條第一號乃至第

四號ニ列記スル事項アルモ必ラス假出獄ヲ取消サス之ヲ取消スト否トノ認定權ハ之ヲ當該司獄官吏ニ一任セリ本條ニ該當セル舊刑法五十六條ニ於テハ假出獄取消原因アルトキハ常ニ必ラス之ヲ取消スモノトナセリ然トモ此ノ如キハ假出獄制度ヲ設ケタル本旨ニ副ハサル所アルヲ以テ新刑法ハ之ヲ改正セリ蓋シ至當ノ改正ト謂ツヘシ

義解 本條ハ舊刑法第五十六條ニ該當シ假出獄處分取消ノ原因(第一項)ト假出獄處分取消ノ效果(第二項)トヲ規定スルモノナリ

舊刑法ニ於テハ假出獄處分停止ノ原因トシテ單ニ重罪輕罪ヲ犯シタルト規定シタルモ新刑法ハ假出獄處分取消ノ原因ヲ四種ニ區別シ其第一乃至第三ノ場合ニハ罪ヲ犯スニ止マラス現ニ刑ニ處セラレタルコトヲ要セリ蓋シ罪ヲ犯スニ免除(第三十六條第二項ノ第三十七條等)此ノ理由ニヨリ刑ニ處セラレサルコトアリ此ノ如キ特殊ノ情狀アル場合ニハ假出獄處分ヲ取消ス必要ナケレハナリ

餘論 新刑法第二十六條ニ於テ刑ノ執行猶豫ノ言渡ヲ取消ス原因ヲ定ムルニ當テハ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトヲ以テ標準トセリ蓋シ罰金以下ノ刑ハ比較的輕微ナル罪ニ科スヘキモノナレハ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタル犯罪ノ有無ヲ標準トスルヲ適當トスレハナリ將シテ然ラハ假出獄處分ノ取消原因ヲ定ムルニ當テモ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトヲ標準トナササリシハ缺點ナリト信ス假出獄處分ノ取消ト執行猶豫言渡ノ取消トハ其事情及性質ヲ異ニスルコト勿論ナリト雖トモ刑罰執行ノ必要アルヤ否ヤ等犯人ノ內心的條件ニ依リ一旦與ヘタル恩典ヲ取消ス場合ニ於ケル取消原因ノ標準乃至程度ヲ定ムルニ當テハ二者同一ノ標準ヲ取ルヲ以テ至當トスレハナリ

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

罰金又ハ科料ヲ完納スルコト能ハサルニ因リ留置セラレタル者、亦同シ

字解 何時ニテモトハ禁錮ニ處セラレタル者ニ對シ假出獄ヲ許ス場合ノ如ク

一定ノ期間ヲ經過スルコトヲ要セスト云フ意ナリ

義解 本條第一項ハ懲役又ハ禁錮ノ囚人ニ對スル假出獄ト同一趣旨ヲ以テ改悛ノ情アル拘留囚ニ對シ假リニ出場ヲ許スコトヲ規定セルモノニシテ舊刑法ノ規定ニ存セサリシ所ノモノナリ新刑法カ本條ヲ創設セシ理由ハ同シク自由刑ナル以上ハ定役ノ有無及期間ニ長短ノ差異アルモ囚人ノ改悛ノ情アラハ其自由ヲ許ササル可ラス若シ拘留ハ輕キ刑ナリトノ理由ヲ以テ假出場ヲ否認セントセハ(舊刑法ノ如ク)輕キ刑ハ却テ條件ヲ簡易ニシ(一定ノ期間ノ經過ヲ要セサルカ如キ)早ク其自由ヲ得セシムル必要アリト云フ批難アラン第二項ハ罰金、科料ヲ完納スル能ハサルタメ本法第十八條ノ規定ニヨリ勞役場留置ニ換ヘタル場合ニ第一項同樣假ニ出場ヲ許スコトヲ規定セルモノニシテ是レ又舊刑法ニナカリシ規定ナルモ本法ニ於テ創設セシ所ノモノナリ」而本項ノ規定ヲ設クルニ至リシ理由ト見ルヘキモノ二アリ(第一)拘留ト勞役場ノ留置ハ受刑者ニ苦痛ヲ與フル程度殆ト同一ナリ果シテ然ラハ拘留囚ニ對シ假出場ヲ許ス以上ハ權衡上勞役場留置者ニ對シテモ等シク假出場ヲ許

ササル可ラス(第二)罰金科料ノ刑ニ對シテハ執行猶豫ヲ與ヘサルハ立法上ノ一缺點ナリ此缺點ヲ補充スルタメニ責メテハ罰金科料ノ完納、無資力ノタメ勞役場ニ留置セラレタル場合ニ假出場ヲ許ス必要アリ

餘論 第一、本條ニ所謂假ニノ意義ハ第二十八條ニ於ケル假ニノ文字ト同樣ニ解セサル可ラス(第二十八條ノ字解假ニノ說明參照)果シテ然ラハ本條ノ場合モ滿期放免ノ場合ト異ナリ條件付ニテ出場ヲ許スモノト論定セサル可ラス於此乎、其所謂、條件如何ノ問題起ル第二十八條ニ規定セル假出獄ノ條件ハ刑期限內第二十九條第一號乃至第四號ニ列記スル事實ノ發生セサルコト是ナリ然ルニ本條ニ對シテハ第二十九條ニ相當スル規定ナシ換言スレハ條件付ノ出場ヲ許スト規定シナカラ其所謂、條件ヲ明定セサリシナリ是レ豈ニ立法上ノ一大缺點ニアラサルナキカ立法者ノ精神ハ應サニ第二十九條ノ規定ニ準用スト云フニアリシニ之ヲ法文ニ揭クルコトヲ忘却セシモノナラム刑法運用ノ術ニ當ルモノハ止ムヲ得ス前記立法者ノ精神ヲ推想シ第二十九條ヲ準用スルノ外ナシト信ス

第二、第二十九條第二項ニハ假出獄處分取消ノ結果ヲ規定シ假出獄ハ處分ヲ取消シタルトキハ出獄中ノ日數ヲ刑期ニ算入セストアリ(固ヨリ至當ノ規定ナリ)然ルニ本條ニ規定セル假出場取消ノ場合ニ於ケル效果(假出場ヲ取消セハ出場中ノ日數ヲ刑期ニ算入セスト云フ)ヲ規定セス於此乎再ヒ假出場取消ノ場合ニ於テハ出場中ノ日數ヲ刑期ニ算入スルヤ否ヤノ疑問起ル固ヨリ立法者ノ手落ナルコト勿論ナリト雖トモ刑法實施ノ衝ニ當ル者ハ法ノ不備ヲ口實トシテ其職責ヲ曠フスルコト能ハサレハ第二十九條第一項ヲ準用セシムルト同一理由ニヨリ第二十九條第二項ヲモ本條所定ノ假出場取消ノ場合ニ準用セサル可ラサルモノト信ス

第三、第二十八條ニハ假出獄ヲ許ス一條件トシテ改悛ノ狀アルトキ云々ト規定セルニ反シ本條ニ於テ情狀ニ因リトアリ文字ニ多少ノ差異アリト雖トモ其精神ハ同一ナリト信ス何トナレハ拘留刑ノ假出場ナリト雖トモ自由刑ノ一部ヲ免除スル理由ハ素ヨリ同一ナラサル可ラス從テ假令輕微ノ刑ナリト雖トモ犯人改悛ノ狀ナキニ妄リニ其刑ノ效力ヲ消滅セシムル處分ヲ爲セハ當初刑罰ヲ科シタル目的ニ背反スルニ至レハナリ

舊刑法ニ期滿免除トアリシ時效ヲ改メタル理由

第六章　時效

本章ハ舊刑法第一編第二章第七節ニ該當シ茲ニ所謂時效ハ舊刑法ニ謂フ所ノ期滿免除ナリ佛蘭西語ノプレスクリプシヨンヲ譯シタル法語ニシテ同國ニ於テハ刑事訴訟法ニ於テモ民法ニ於テモ同シクプレスクリプシヨントヲ稱セリト雖トモ一定ノ期間ヲ經過シタルニヨリ法律ニ定ムル所ノ消極的效果例ヘハ民法上ノ債務ヲ免得セラレ或ハ犯罪ノ訴追ヲ免レ若クハ言渡サレタル刑ノ執行ヲ免ルルカ如シ)ヲ發生セシムル事實ヲ言ヒ顯ハス法語トシテハ客觀的ニシテ且ツ間接ナリ之ヲ時效ト明言スルノ主觀的ニシテ且直接ナルニ如カス且ツ基本的觀念ヲ同ウスル民法上ノ時效及刑事訴訟法上ノ時效(公訴時效)ナル法語ト其名稱ヲ同ウセシムル爲メニモ期滿免除ナル用語ヲ改正スル必要アリシナリ

時效ト云フモ時カ權利ヲ生シ又ハ之ヲ消滅セシムト云フカ如キ不可思議ノ力

時効制度ヲ設定セル立法上ノ理由ニ關スル學說

アリト云フ意ニアラス時效制度ヲ設定セル立法上ノ理由ハ由來學說ノ分岐スル所、一々茲ニ之ヲ枚擧スルニ遑アラスト雖トモ其主要ナルモノ二三ヲ擧クレハ左ノ如シ

一、證據堙滅說

第一 證據堙滅說

犯罪後、幾多ノ歲月ヲ經過スレハ有罪無罪ノ證據其ニ堙滅ス罪證堙滅セシニ拘ハラス犯罪ニ對シ審理判決ヲ爲ササル可ラストセハ往々ニシテ無辜ヲ罰スルニ至ル不都合アリ

批評 歲月經過ト共ニ罪證堙滅スルヤ否ヤハ場合ニ依テ其趣ヲ異ニスル事實論ナリ輕微ナル犯罪事件ト雖トモ永ク罪證ノ存在スルコトアリ如此場合ニ依テ其趣ヲ異ニスル事實ニ依テ一定不變ノ法規ヲ制定セントスルハ不可ナリ

二、犯罪ノ紀念消滅說

第二 犯罪ノ紀念消滅說

一定ノ時間ヲ經過スレハ如何ナル犯罪ト雖トモ途ニ世人ノ記憶ヨリ脫シ去リ所謂、犯罪ノ紀念消滅ス犯罪ノ紀念消滅スレハ之ヲ處罰スル必要ナシ

批評 犯罪又ハ有罪判決言渡ノ後、犯人執行ヲ逃レ犯罪ノ紀念消滅スル程ノ長日月ヲ經過スレハ何故之ヲ罰スル必要ナキカ此理由ヲ言明セサルハ缺點ナリ況ンヤ極惡無道ノ犯人ノ如キハ其犯罪紀念消滅ナルコトナキニ於テヲヤ且ツ犯罪ノ紀念消滅スルヤ否ヤハ場合ニ依テ異ナル事實論ナリ此ノ如キ事實ヲ論據トス可ラサルハ前批評ニ同シキ所ナリ

三、實際上ノ必要說

第三 實際上ノ必要說

社會共同生活ノ維持發展ヲ企劃スルタメニハ勿論犯罪必罰ノ大原則ヲ實施貫徹セサル可ラスト雖モ法律的秩序ノ維持ハ法律上ノ原則ヲ論理的ニ遂行スルコトニ依テノミ之ヲ完ウシ得ルモノニアラス却テ理論實行ノタメ社會ノ健全ヲ傷害スルコト往々ニシテ之レアリ之レカ調和劑トシテ事實ノ力ヲモ參酌セサル可ラスト云フ思想ハ即チ時效制度採用ノ根據ナリ蓋シ犯罪後數年乃至數十年刑ノ執行ヲ逃レタル者ニ對シ犯罪必罰ノ原則ヲ應用シ常ニ必ラス之ヲ處罰スヘシトセンカ其犯罪事實ヲ忘却シタル世人ハ犯人ニ同情ヲ寄スルコトアリ懲戒示例ノ效果ヲ奏セサルノミナラス却テ惡感ヲ懷ク恐

アリ加之犯罪後ニ於テ新ニ發生シ其根柢ヲ固メタル諸種ノ生活關係ヲ覆スニ至リ之ヲ處罰スル結果ハ全然放棄シ置クノ愈レルニ如カサルナリ

批評 第三說ハ近時多數有力ナル學者ノ等シク唱導スル所ニシテ理論ニ適ヒ實際ニ調和スル名說ナリ

第三十一條 刑ノ言渡ヲ受ケタル者ハ時效ニヨリ刑ノ執行ノ免除ヲ得

義解 本條ハ時效ノ效力ヲ規定スルモノニシテ舊刑法第五十八條ト同趣旨ナリ

前述ノ如ク時效唯一ノ效力ハ犯罪ニ伴フ刑罰ノ執行ヲ免除スルニ止ル(是レ刑事訴訟法ノ時效ノ效力カ訴ノ提起實行ヲ絶止セシムルト大ニ其趣ヲ異ニス)從テ罪ヲ犯シタル事實及其犯罪事實ニ對シテ刑ノ言渡ヲ爲シタル事實ハ之ヲ消滅セシムル能ハス從テ假令時效ニヨリ刑ノ執行ヲ免除セラルルモ累犯ノ場合ニ刑罰加重ノ理由トナルコトヲ妨ケサルヤ勿論ナリトス

第三十二條 時效ハ刑ノ言渡確定シタル後左ノ期間內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、科料及沒收ハ一年

義解 時效制度ヲ設ケタル理由ニシテ事實ノ效力ニ重キヲ置キ歲月ノ經過ト共ニ刑罰執行ノ必要ヲ消滅セシムヘシトセハ(時效制度採用ノ根據タル第三說參照)刑ノ輕重ニ依テ時效ノ期間ニ長短ノ差ヲ設ケサル可ラサルヤ勿論ナリ是レ本條ニ於テ輕重ニ依テ刑ヲ四箇ニ大別シ其種別ニ從テ時效期間ニ長短ノ差異ヲ設ケタル所以ナリ

第一號ハ舊刑法第五十九條第一號ノ規定ト同樣ナリ

第二號ハ舊刑法第五十九條第二號ニ規定セシ二十五年ヲ短縮シテ二十年ト

ナセリ

第三號ハ舊刑法第五十九條第三號乃至第六號ニ該當ス(新刑法ハ舊刑法ニ於ケル有期自由刑ノ錯雜ナル區別ヲ發シ單ニ懲役、禁錮ト改メタルニヨリ刑名ニハ相違アルモ其實質ニ於テハ本條ハ舊法ノ第三號乃至第六號ニ該當ス)ルモ大體ニ於テハ舊法ノ規定ヨリハ總テ時效期間ヲ短縮セリ

第四號ハ舊刑法第五十九條六號ニ規定セル七年ヲ其半數以下ニ短縮セルモノナリ

第五號ハ舊刑法第五十九條第七號ト其期間ヲ同ウスト雖トモ沒收ノ時效期間ヲ一年トセルハ舊刑法第六十條第二項ト大ニ其趣ヲ異ニスル所ナリ殊ニ舊刑法ハ禁制品ノ沒收ハ絶對的ニ時效ニ罹ラサルモノト爲セシニ拘ハラス本號ニ於テハ何等ノ制限ヲ設ケサルタメ舊法ノ所謂禁制品ニ相當スル所ノ犯罪行爲ヲ組成シタル物ト雖モ時效ニヨリテ沒收ヲ免ルヘキコトトナル是レ新舊法ノ間ニ於ケル顯著ナル差異ナリトス

時效期間ハ罪ノ輕重ニヨリ長短アルコト前述ノ如シ然ラハ此等各種ノ期間

ハ如何ナル時ヨリ起算スヘキカ　曰、時效ハ刑ノ言渡確定シタル後、其執行ヲ逃レタルニヨリ其執行ヲ免除スルモノナレハ時效期間ノ起算點ハ刑ノ言渡確定ノ時ニアリト爲スヲ正確ナリトス是レ本條第一項ニ時效ハ刑ノ言渡確定シタル後云々トアルヨリ生スル論理解釋ナリトス

對席判決ニヨリテ刑ヲ言渡シタル場合ニハ其判決ノ確定時期ヲ知ルコト容易ナリト雖トモ刑ノ言渡カ闕席判決ニ係ル場合ニ於テハ其確定時期ヲ知ルコト困難ナリ隨テ前述セル時效期間ノ起算點ハ之ヲ缺席判決ニヨル刑ノ言渡ノ場合ニ適用スルコト能ハス於此、此缺點ヲ補充スルタメ刑法施行法第十七條ニ於テ左記ノ如キ特別規定ヲ設ケタリ

曰、闕席判決ヲ以テ言渡シタル刑ノ時效期間ハ其言渡ノ日ヨリ起算ス

第三十三條　時效ハ法令ニ依リ執行ヲ猶豫シ又ハ之ヲ停止シタル期間內ハ進行セス

字解　執行ヲ猶豫シトハ本論第四章ニ規定セル刑ノ執行猶豫ノ規定ニ基キ法定ノ條件ヲ具備スル場合ニ裁判ノ言渡ニヨリ一定ノ期間、刑ノ執行ヲ猶豫セ

ラルルヲ云フ

之ヲ停止シタルトハ刑ノ執行ヲ停止シタルト云フ章ニシテ現行法上刑ノ執行ヲ停止スル場合ハ假出獄ト刑法施行法第四十七條乃至第五十條ノ規定ニ基ク場合ナリ

假出獄ニ關シテ既ニ本編第五章ニ於テ詳細ノ説明ヲ施セシニヨリ茲ニ之ヲ省略シ左ニ刑法附則ノ規定ニヨル刑ノ執行停止ノ各場合ヲ説明セム

一、同一犯人ニ對スル二箇以上ノ主刑ヲ同時ニ執行スル場合ニ先ツ重キ刑ヲ執行スルタメ其間輕キ刑ノ執行ヲ停止ス(第四十七條)

二、死刑ノ宣告ヲ受ケタル者心神喪失シタルトキ(註一)ハ司法大臣ノ命令ニヨリ其全癒ニ至ルマテ執行ヲ停止ス(第四十八條)

註一　心神喪失シタルトハ其原因ノ何タルヲ問ハス精神作用錯亂シ瘋癲發狂ノ狀況ニアルヲ云フ

心神喪失シタルトキハ何故死刑ノ執行ヲ爲ササルカ　曰刑ノ執行ハ懲戒示例ノ效果ヲ生セシメンコトヲ目的トス病者ニ對シテ刑ヲ加ヘハ示例ノ效果ヲ生セシムル能ハサルノミナラス反テ同情ヲ表セシムルニ至ル不都合アリ加之法ハ其罪ヲ罰シテ其人ヲ惡マス然ルニ發狂セル病者ニ對シテ刑ヲ執行スルカ如キハ其罪ヲ罰セント欲シテ其人ヲ惡ムニ同シキ結果ヲ生スルモノナリ

三、死刑ノ言渡ヲ受ケタル婦女懷胎中ナルトキハ分娩後司法大臣ノ命令アルニ非サレハ其執行ヲ爲スコトヲ得ス

懷胎中ノ婦女ニ對シ死刑ノ執行ヲ停止スル理由如何　曰分娩前ニ死刑ヲ執行セハ胎兒モ共ニ其生命ヲ絶タルル結果ヲ生ス假令胎兒ハ獨立シタル自然人ニアラストモ母ノ死刑ノ執行ノタメ出生スル能ハストセハ刑ハ犯人ノ一身ニ止マルテウ大原則ニ反スレハナリ(第四十八條)

四、自由刑(懲役禁錮拘留)ノ言渡ヲ受ケタル者左ノ各號ノ一ニ該當スルトキハ其事故ノ止ムマテ刑ノ執行ヲ停止スルコトヲ得

1、心神喪失ノ狀態ニアルトキ

2、刑ノ執行ニ依リ生命ヲ保ツコト能ハサル虞アルトキ

3、受胎後、七月以上ナルトキ

4、分娩後、一月ヲ經過セサルトキ

以上、四種ノ場合ハ何レモ受刑者カ疾病ノ狀態ニアリ若シ直ニ刑ノ執行ヲ爲サハ法律ノ豫想スル所、以上ノ苦痛ヲ與フルコトアリ此ノ如キハ刑罰執行ノ本旨ニアラサルヲ以テ刑罰執行ノ衝ニ當ル者ニシテ病狀ノ輕重其他健康ノ狀態如何ヲ審按セシメ刑罰執行ノタメ若シ生命ヲ危クシ若クハ身體ヲ傷害スルノ虞アルトキハ事故ノ止ムマテ刑ノ執行ヲ猶豫スルコト得セシメタルモノニシテ人權ヲ尊重シ又能ク刑罰執行ノ本旨ニ適合スルモノニシテ至當ノ規定ナリ

義解 本條ハ時效期間ノ進行ヲ停止スル場合ヲ規定スルモノナリ時效ハ本來不法ニ刑ノ執行ヲ逃レ當該行政官廳ニ於テ刑ヲ執行セントスルモ執行スル能ハサル狀態ニアル者ノタメニ設ケタル規定ナリ然ルニ若シ法律又ハ命令ノ規定ニ基キ當該官廳カ適法ニ刑ノ執行ヲ猶豫シ又其執行ヲ停止シタル場合ハ犯人ノ逃亡ニヨリ刑ノ執行ヲ爲ス能ハサル場合トハ大ニ其趣ヲ異ニス

ルヨリ適法ナル執行ノ猶豫又ハ停止ノ期間ハ之ヲ時效期間ニ算入ス可ラサルヤ勿論ナリトス是レ舊刑法ニ見サル所ノ規定ナリト雖モ刑ノ執行猶豫及刑ノ停止ヲ明定スル以上ハ必要ナルヲ以テ新刑法ハ茲ニ之ヲ創設スルニ至レリ

第三十四條 時效ハ刑ノ執行ニ付キ犯人ヲ逮捕シタルニ因リ之ヲ中斷ス

罰金、科料及沒收ノ時效ハ執行行爲ヲ爲シタルニヨリ之ヲ中斷ス

字解 中斷トハ停止ト共ニ時效進行ノ障碍ニシ停止ハ停止原因ノ存スル間、時效ノ進行ヲ停メ又、進行中ニ停止原因、發生セハ其原因ノ存續スル期間ハ時效期間ニ算入セラレサルニ止マルモ中斷ハ大ニ其趣ヲ異ニシ、時效進行中、中斷原因(註一)發生セハ從來經過シ來リシ時效期間ハ全然水泡ニ歸シ更ニ其中斷原因消滅後(註二)刑ノ執行ヲ逃レタル日ヨリ新ニ時效期間ヲ起算セシムルモノナリ

註一 本條ノ規定ニヨレハ時效ヲ中斷スル原因ハ(1)自由刑ニ付テハ執行ヲ逃レタル犯人ヲ逮捕スルコト(一項)(2)財產刑ニ付テハ執行行爲(即チ刑事訴訟法第三百二十條第二項ノ規定ニヨリ檢事ノ命令ヲ以テ罰金、科料、沒收品ノ徵收處分ニ着手スルコト)ヲ爲スコト(第二項)ノ二是ナリ

舊刑法ニ於テハ財產刑ニ對スル時效中斷ノ規定ヲ設ケス(固ヨリ失當ナリ)自由刑ニ對スル時效中斷原因トシテ本條一項ニ相當スルモノノ外逮捕狀ヲ發スルコトノミニ依テモ時效期間ヲ中斷スト規定セリ(第六十二條)然モ單ニ逮捕狀ノ發布ト云フカ如キ簡單ナル手續ニヨリ時效期間ヲ中斷セシムルハ時效制度設定ノ本旨ニ適ハサルニヨリ新刑法ニ於テハ此ノ如キ中斷原因ヲ認メサルコトトナセリ

註二 中斷原因消滅トハ逮捕セラレタル犯人カ再ヒ逃亡シ(第一項ノ場合)罰金科料、沒收處分ニ對シ財產ヲ藏匿シ勞役場留置ノ執行(第十八條參照)ニ對シテハ逃亡スルカ如キ沒收品ノ沒收ニ對シテハ之ヲ藏匿スルカ如ヲ云フ

義解 時效ノ根據ハ犯人刑ノ執行ヲ逃ルコト久シク世人、犯罪ノ記憶ヲ失ヒ罪證モ亦消滅シ犯罪ニヨリテ一時紊亂セラレタル社會ノ秩序ヲ回復セシ後、舊罪ニ對スル刑ノ執行ヲ爲セハ反テ秩序ヲ紊亂スル恐アリト爲スニアリ然ルニ若シ法定ノ時效期間內ニ自由刑執行ノタメ犯人ヲ逮捕シ又財產刑執行ノタメ徵收處分ニ着手スルカ如キ場合ニハ反テ刑ノ執行ヲ爲ス必要アリ

舊刑法ニ規定セシ不論罪及宥恕減輕並ニ自首減輕ニ關スル規定ノ修正要旨

第七章 犯罪ノ不成立及ヒ刑ノ減免

本章ハ舊刑法第一編第四章(其第三節ヲ除キ)ニ修正ヲ加ヘ之ニ正當防衛ニ關スル規定ヲ附加シタルモノナリ

舊刑法ハ不論罪及減輕テウ法語ヲ以テ實際罪トナラサル場合及罪トナルモ其刑ヲ全免シ若クハ其刑ヲ減輕スル場合ヲ指シ示セシカ法語ノ意義明瞭ヲ缺キ往々疑義ヲ生スルヲ免レサリキ加之「不論罪及宥恕減輕並ニ自首減輕」ハ之ヲ第一編第四章中ニ規定セシモ「殺傷ニ關スル宥恕及不論罪」ナルモノハ遠ク之ヲ第三編第一章第三節ニ於テ規定シタルタメ法典編纂ノ體裁其宜シキヲ得サルノミナラス閱覽通讀ニモ不便少カラサリシニヨリ新刑法ハ學理的ノ分類ニ基キ

舊刑法ニ規定セシ殺傷ニ關スル宥恕及不論罪ノ規定ノ條正

刑法上犯罪不成立ニ關スル規定ヲ設クル所以

先ツ其體裁ヲ修正シ且ツ犯罪不成立ニ關スル場合ト有罪ニシテ刑ヲ全免スル場合ヲ明確ニ區別シ犯罪ノ成立セサル場合ニハ何々ハ行爲ハ之ヲ罰セスト規定シ刑ヲ免除シ若クハ減輕スル場合ヲ併セテ刑ノ免除ト爲シタリ

舊刑法第三編第一章第三節ニハ殺傷ニ關スル宥恕及不論罪ノ規定ヲ設ケタリシカ新刑法ハ正當防衛ニ關スル(舊刑法第三百十四條乃至第三百十六條規定ハ之ヲ本章ニ移シ其他ノ宥恕減輕ニ關スル規定ハ之ヲ削除シタリ犯罪ハ國家カ刑罰ヲ制裁トシタル法律違犯ノ有責行爲ナルコト刑法理論中犯罪ノ定義トシテ已ニ說明セシ所ナリ而本章第三十五條乃至第三十七條ハ法律違犯ニアラサルユヘ(即チ違法條件ヲ缺除スルユヘ)犯罪ノ成立セサル場合ニ關スル規定ナリ(被害者ノ承諾等本章ノ規定以外ニ違法排除ノ原因アリ刑法理論第一章第三節第四款參照)又本章第三十八條乃至第四十一條ハ有責違法タル條件ヲ缺除スルカユヘニ犯罪ノ成立セサル場合ニ關スル規定ナリ

刑法ハ本來、如何ナル行爲カ罪トナルヤ其罪ニハ如何ナル刑ヲ科スヘキヤヲ定ムルモノナリ從テ罪トナラサル行爲ヲ定ムルハ刑法本來ノ目的ニアラサレハ

刑ノ減免ニ關シ新刑法カ舊刑法ヲ修正セシ點

犯罪不成立ニ關スル規定ハ殆ント刑法中ニ之ヲ定ムル必要ナキカ如シ然トモ是レ皮想ノ觀ノミ非法律的ノ見解ノミ刑法ニ謂フ所ノ犯罪不成立テルモノハ普通ノ場合ニ於ケル犯罪成立條件ヲ具備シ恰モ犯罪ナルカ如キ外形アルモ其之ヲ行フニ至レル動機ニ特別ノ事情アリ(例ヘハ正當防衛又ハ急迫危難ノ如シ)若クハ行爲者ノ身上ニ特殊ノ狀況アリ(例ヘハ精神喪失者ノ如シ)之レカ爲メ犯罪トナラサルモノナリ而如何ナル場合ヲ犯罪不成トスヘキヤハ立法者ノ隨意ニ規定シ得ヘキ所ナルモ犯罪不成立ノ場合ハ常ニ之ヲ明定シ一點疑義ノ餘地ナカラシムルヲ要ス是レ近世ノ制定ニ係ル新形式ノ刑法ニハ何レモ皆ナ犯罪不成立ノ場合ニ關スル規定ヲ明定セル所以ナリ

刑ノ減免ハ有罪者カ宣告セラレシ刑罰ノ執行ヲ減輕シ若クハ刑罰ノ執行ヲ全免スルコトニシテ舊刑法以來存在スル所ナリト雖トモ舊刑法ハ前述セシ如ク不論罪ナル表題中ニ犯罪不成立ノ場合ト刑罰全免ノ場合トヲ包含セシメタル不都合アリシユヘ新刑法ハ犯罪不成立ト刑罰免除トヲ全然區別シ一目瞭然タラシメタリ殊ニ新刑法カ減輕ニ關シ修正シタル主要ノ點ハ舊刑法カ「一等ヲ減

ス」若クハ「一等又ハ二等ヲ減ス」テウ筆法ヲ用ヒシヲ改メテ單ニ減輕スト規定シ如何ナル程度マテ減輕スヘキヤハ本篇第十三章ニ於テ概括的ニ之ヲ規定セリ

第三十五條　法令又ハ正當ノ業務ニ因リ爲シタル行爲ハ之ヲ罰セス

字解　法令ニヨリ爲シタル行爲トハ法律命令ノ規定ニ基キ適法ニ爲シタル行爲ト云フ意味ニシテ例ヘハ巡査カ刑事訴訟法第五十八條ニヨリ現行犯人ヲ逮捕スルモ新刑法第二百二十條ノ犯罪トナラサルカ如シ

正當ノ業務ニ因リ爲シタル行爲トハ外科醫カ治療ノタメ患者ノ手足ヲ折斷シ柔道、撃劍ノ師範者カ弟子ヲ毆打スルモ職業上、正當ニ爲ス所ノ行爲ナレハ新刑法第二百四條ノ傷害罪ヲ構成セサルカ如シ

義解　舊刑法第七十六條ニハ「本屬長官ノ命令ニ從ヒ其職務ヲ以テ爲シタル者ハ其罪ヲ論セス」トアルニ止マリ廣ク法令ニ從テ爲シタル行爲竝ニ業務上正當ニ爲シタル行爲ニ付テハ一般ノ規定ナカリシタメ此等ノ行爲カ果シテ無罪ナルヤ否ヤニ付テハ解釋上困難ヲ感シタルニヨリ本條ヲ以テ概括的ノ規定ヲ設ケタリ隨テ本屬長官ノ命令ニ從テ爲シタル行爲ノ如キハ「法令ニ從ヒ爲シタル行爲」ト云フ廣キ言葉ノ中ニ當然包含セラルルニヨリ之ヲ削除セリ前述ノ如ク本條ハ舊刑法ニ存在セサリシ規定ニシテ舊刑法施行時代ニハ理論ニ依リ辛ウシテ本條同樣ノ決論ヲ爲シ來リシカ動モスレハ解釋一途ニ出テス往々ニシテ議論ノ種子タルヲ免レサリシニヨリ新刑法ハ之ヲ明定シ以テ疑義ノ根源ヲ剿絶セシメタリ

本條ハ學說ニ所謂違法排除ノ一場合ヲ規定スルモノニシテ官公吏職務上ノ義務、法令ノ規定ニ基ク教育及監護權、治療行爲ニ依ル攻擊カ特定人ノ權利自由ヲ損傷スルニ拘ハラス法規ノ規定ニヨリ例外トシテ其違法タルコトヲ排除セラルル場合ナリ(刑法理論第一章第三節第四款參照)

第三十六條　急迫不正ノ侵害ニ對シ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スルタメ已ムコトヲ得サルニ出テタル行爲ハ之ヲ罰セス

防衛ノ程度ヲ超エタル行爲ハ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕

字解

又ハ免除スルコトヲ得

字解 急迫トハ急遽切迫ノ意ニシテ現在ヲ意味ス

不正トハ不善ノ意ニシテ不法ト云フヨリ其意廣シ何トナレハ單ニ法規ニ背キタル行爲ト云フ意ナレトモ不正ト云ヘハ法規ニ背犯スルハ勿論道德又ハ敎理ニ背ク所ノ行爲ヲモ包含スレハナリ

急迫不正ノ侵害トハ暴行者ノ加ヘントスル危害カ急遽切迫ニシテ國權(主トシテ警察權)ノ保護ヲ待ツ遑ナキヲ云フ

權利トハ廣ク云ヘハ公權(公權トハ公法上ノ權利ニシテ公法トハ國家カ箇人ニ對シ命令シ箇人カ之ニ服從スル所ノ關係即チ權力服從ノ關係ヲ規定スル法規ナリ例ヘハ憲法刑法ノ如シ)私權(私權トハ之ヲ抽象的ニ云ヘハ私法上ノ權利ニシテ私法トハ箇人ト箇人トノ間ニ於ケル平等ナル權義關係ヲ規定セル法規ナリ例ヘハ民法商法等ノ如シ具體的ニ云ヘハ生命權、身體權、自由權、財產權、名譽權等ノ如シ)ノ二者ヲ包含スト雖トモ茲ニ謂フ所ノ權利ハ私權ノミヲ指稱ス何トナレハ公權ハ主トシテ行政官廳又ハ官吏ニ對シテ行使スル權

義解

正當防衛ニ關スル舊刑法ノ規定ヲ修正セシ點

利ニシテ官廳又ハ官吏カ急迫不正ノ侵害ヲ個人ニ加フルト云フコトハアリ得ヘカラサレハナリ偶々官吏カ不正ノ侵害ヲ個人ニ加フルコトアルモ此ノ如キ行爲ハ越權不法トシテ最早官吏ノ行爲ト見ルコトヲ得ス純然タル一箇人ノ暴行ト見サル可ラサルナリ

止ムコトヲ得サル行爲トハ侵害ヲ防衛スルニ必要ナル程度ヲ超エサル行爲ト云フ意ナリ若シ防衛スルニ必要ナル程度ヲ超エタルトキハ所謂止ムコトヲ得サル行爲ニ非サルニヨリ本條二項ニヨリ犯罪トシテ處分セラレ特ニ宥恕スヘキ狀情アルニアラサレハ其刑ヲ減輕又ハ免除セラルルコトナシ

義解 本條ハ舊刑法第三百十四條乃至第三百十六條ニ規定セラレシ正當防衛ニ關スル規定ヲ修正セシモノナリ其修正セシ要點左ノ如シ

(一) 舊刑法ニ於テハ正當防衛ニ關スル規定ヲ「殺傷ニ關スル特別宥恕及不論罪」ノ節中ニ規定シ規定ノ內容ニ於テハ防衛ノ目的タル法益ヲ身體權、生命權、財產權邸宅內ノ安寧等ニ制限シタリシカ被害者ニ正當防衛ノ手段ヲ認許スル必要ハ啻ニ此等列記ノ法律利益ニ止ラス此外自由權ノ侵害ニ對シ

テモ皆ナ正當防衛ヲ認許スル必要アルニヨリ新刑法ハ正當防衛ニ關スル規定ヲ第一編總則中ニ設ケ總テノ法律利益ヲ侵害スル不正行爲ニ對シテ之ヲ認許セリ

(二) 舊刑法第三百十四條但書ニ於テ「不正ノ行爲ニヨリ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニアラス」ト規定シ自己ノ不正ノ所爲ニヨリ他人ヲシテ攻擊スルニ至ラシメタル者ハ其攻擊ニ對シテ正當防衛ヲ行フコトヲ得スト爲シタリシカ新刑法ハ之ヲ删除シ苟クモ正當防衛ヲ行フニ要スル條件ヲ完備スル(前段ノ說明參照)以上ハ不正侵害アルニ至リシ原因如何ヲ問ハス常ニ正當防衛ヲ行フコトヲ得ルモノトセリ

(三) 舊刑法第三百六十五條ニハ祖父母、父母カ加フル所ノ不正ノ侵害ニ對シ子孫ハ正當防衛ヲ行フコトヲ得サルモノト爲シタリシカ新刑法ハ理由ナキ制限ナリトシテ之ヲ删除シタリ

(四) 舊刑法第三百十六條ハ必要ヲ超エタル正當防衛ハ所謂正當防衛ニアラスシテ犯罪ナリト爲シ宥恕ノ情狀アル場合ニ限リ其刑ヲ二等又ハ三等減輕スト爲セシカ新刑法ハ之ヲ修正シ(犯罪トスル點ハ相同シキモ)其刑ヲ減輕スルコトノ外、大ニ酌量スヘキ情狀アル場合ニハ全然其刑ヲ免除スルコトヲモ得ヘキモノトナセリ

正當防衛ノ意義

(五) 舊刑法第三百十五條第二號後段ニ於テハ「盜賊ヲ取還スルタメ止ムコトヲ得ス犯人ヲ殺傷スルモ正當防衛ナリトシ其罪ヲ論セサルモノ」トセンカ新刑法ハ之ヲ删除セリ

一種ノ學者ハ前記ノ規定ハ獨乙民法第二百二十九條乃至第三百一條ニ所謂自救ノ規定ニ該當スト論シ新刑法修正ノタメ我現行法上ニ存在セン唯一ノ自救規定ハ遂ニ消滅ニ歸シ了リタリト論セリ立法論トシテ予輩ハ寧ロ此種ノ規定ヲ削除スルコトニ贊同スルモノナリ

正當防衛トハ本條第一項ニ規定スルカ如ク不正ノ侵害ニ對シ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル必要上攻擊者ノ有スル法益ヲ侵害スル所ノ防衛行爲ナリ左ニ此定義ヲ分析シ其各條件ヲ說明セム

第一 正當防衛ハ他人ノ急迫ナル不正ノ侵害行爲ニ對スルモノナリ

他人ノ侵害行爲ハ勿論、積極的ノモノナリ隨テ正當防衛ハ作爲犯ニ對シテノミ之ヲ行フコトヲ得不作爲犯ニ對スル正當防衛ナルモノナシ(作爲犯及不作爲犯ニ付テハ刑法理論第一章第二節第二款及第三款參照)

急迫不正ノ侵害行爲タルニハ更ニ左ノ二條件ヲ具備スル事ヲ要ス

(一) 侵害行爲ハ不正ナルコトヲ要ス他人ノ攻擊カ不正タル以上ハ不法タルト否トヲ問ハス又犯罪行爲タルト否トヲ問ハサルナリ

然レトモ不正ノ攻擊ナルコトヲ要スルカ故ニ左記例示ノ如キ場合ニハ正當防衛權ヲ行使スルコトヲ得ス

(1) 法律命令ニ從ヒ職務ヲ執行スル公務員ノ行爲ニ依リ自己ノ權利ヲ侵害セラルル場合例ヘハ死刑ヲ執行セラレントスル場合ノ如シ

(2) 一箇人ノ公權又ハ私權ヲ執行スルタメ自己ノ權利侵害セラレントスル場合例ヘハ禁錮以上ノ刑ニ該ル罪ヲ犯シタル現場ニ於テ一私人カ刑事訴訟法第六十條ニヨリ自己ヲ逮捕セントスル場合ノ如シ

(3) 正當防衛行爲及危難防衛行爲ニ對シテハ正當防衛權ナシ蓋シ此等ノ行爲ハ何レモ一種ノ權利行爲ニシテ不正ノ行爲ニ非サレハナリ

(4) 動物ニ依テ行ハルル侵害ニ對シテハ正當防衛ナシ蓋シ正當防衛權ハ人ト人トノ關係ニ於テ認ムル所ノ救濟手段ニシテ人間以下ノ動物ノ侵害ニ對シテハ勿論解釋ニ依テモ防衛ノタメ之ヲ殺傷シ得ルコトヲ推知スルヲ得(民法第七百二十條第二項)但シ動物(例ヘハ犬)ヲ使嗾スル者アルトキハ犬ニ依テ行ハルル侵害ハ之ヲ使嗾シタル者ノ侵害行爲ト云ヒ得ヘキカユヘニ使嗾者ニ對シテ正當防衛權ヲ行フコトヲ得ヘシ

但シ刑法上犯罪人トナラサルモノ(例、君主、大統領、外交官、十二歲未滿ノ幼者、瘖啞者心神喪失者)ノ行爲ト雖トモ此等ノ者ノ行爲ニ依テ行ハルル侵害行爲カ不正ナル以上ハ之ニ對シテ正當防衛ヲ行フコトヲ得蓋シ君主、大統領、外交官ハ特別ノ身分アルカタメニ刑罰ヲ科セラレサルモ其行爲ノ性質ハ本來不正不法ノモノナルカユヘナリ又幼者以下ノ三者ハ犯罪ノ責任ヲ缺如スル結果トシテ之ヲ處罰セサルモ其行爲ハ本來不正ノモノナルカユヘナリ

(二) 侵害行爲ハ急迫ニシテ官權ノ保護ヲ俟ツ遑ナキコトヲ要ス

侵害行爲ハ急迫ニシテ且現在ノモノタルヲ要ス故ニ將來起ラントスル侵害ノ狀況ニ對シテハ豫メ正當防衛權ヲ行使スルコトヲ得ス

又侵害行爲ハ現在ノモノナルコトヲ要スルカユヘニ既ニ行ヒ終リタル侵害(例ヘハ强盜カ財物ヲ集取スルコトヲ得スシテ空シク歸リ去ラントスル場合ノ如シ)ニ對シテモ正當防衛權ヲ行使スルコトヲ得ス

侵害行爲ハ急迫ニシテ官權ノ保護ヲ俟ツ遑ナキコトヲ要ス蓋シ箇人ニ正當防衛權ヲ認許スル所以ハ「不法行爲ハ國權ノ行動ニヨリ之ヲ防止スル原則」ノ例外トシテ止ムヲ得ス認許スル所ノ自衛手段ナルヲ以テ若シ相當官衙ノ救護ヲ求メ得ヘクンハ正當防衛權ヲ行使スル能ハサルヤ勿論ナリ是レ本條第一項末段ニ止ムコトヲ得サルニ出テタル行爲ハ云々トアル所以ナリ

第二 自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スルタメナルコトヲ要ス

箇人ハ他人ノ不正行爲ヲ攻擊シ若クハ防止スル權利モナケレハ又其職責モ之レナキニヨリ單ニ他人ノ行爲カ不正ナリト云フ理由ヲ以テ之ヲ攻擊スルコトヲ許サス(前記刑事訴訟法第六十條ノ場合ノ如ク法ニ明文アル場合ハ格別ナリ)唯自己又ハ他人ノ權利ヲ侵害スル不正急迫ノ行爲ニ對シテノミ正當防衛權ヲ行フコトヲ得

第三 防衛者ノ行爲ハ更ニ左ノ條件ヲ具ヘサル可ラス

一、被害者ハ防衛ノタメト雖トモ侵害者以外ノ者ノ權利ヲ傷害スルコトヲ得ス換言スレハ假令自己又ハ第三者ノ權利ヲ防衛スルタメトハ云ヘ侵害者以外ノ者ノ權利ヲ傷害セハ之ヲ正當防衛ト云フコトヲ得ス

二、防衛ハ防衛ノ程度ヲ超ス可ラス而如何ナル程度カ防衛ニ必要ナル程度ナルヤハ侵害ノ種類及程度ト被害者ノ地位狀態トニ依テ異ナル所ノ事實問題ナレハ抽象的ニ之ヲ決論スル能ハス

若シ必要ナル程度ヲ超エテ防衛セハ正當防衛ニアラス一種ノ犯罪行爲ナリ隨テ其行爲ニ相當スル刑罰ヲ科スヘキモノナレトモ情狀(防衛ノ程度ヲ超エルニ至リタル事情)ヲ斟酌シ其刑ヲ減輕シ又ハ免除セラルルコ

民法第七百二十條ト本條トノ關係

トアリ(本條第二項)然トモ急迫不正ノ行爲ニヨリ侵害セラレントスル利益ハ防衛行爲ニヨリテ傷害セラルル所ノ利益ヨリ重大ナルコトヲ要セス故不正ニ監禁セラレントスルトキ之ヲ防衛スルタメ監禁セントスル者ヲ殺傷スルモ固ヨリ正當防衛タルヲ防ケサルナリ

以上三箇ノ要件ハ必ラスヤ客觀的ニ完備スルコトヲ要ス故ニ甲者カ戲ニ乙者ヲ打タントスルヲ目擊シ乙者ハ甲者カ自己ヲ殺傷スルモノナリト誤解シ之ヲ防衛スルタメ甲者ヲ毆打シタル場合ノ如キハ所謂主觀的ノ條件(正當防衛ノ)ヲ具備シタルニ止マリ未タ客觀的條件ヲ完備セサルモノナレハ之ヲ正當防衛トシ以テ違法排除ノ原因トナス能ハサルヘシ

爲

終ニ臨ンテ民法第七百二十條ト本條トノ關係ヲ一言セム民法第七百二十條ハ他人ノ不法行爲ニ對シ自己又ハ第三者ノ權利ヲ防衛スルタメ加害行爲ヲ爲シタル者ハ損害賠償ノ責ニ任セスト規定シ民事的ノ正當防衛權ヲ認メタリ而犯罪ハ一種ノ不法行爲ナリ詳言スレハ刑罰ヲ以テ制裁トスル所ノ情狀重キ不法行爲ナリ果シテ然ラハ民法上己ニ一般ノ不法行爲ニ對シテ正當防衛ヲ認許スル以上ハ犯罪行爲ニ對シテモ當然正當防衛權ヲ認許セラルヘク特ニ刑法上正當防衛權ヲ認許スル必要ナキカ如シ於此乎一派ノ學者ハ刑法上特ニ正當防衛ニ關スル規定ヲ設クル必要ナシト論スルニ至レリ雖然民刑二法ニ於ケル正當防衛ハ多少其性質ヲ異ニスル所アリ民法ニ正當防衛ニ關スル規定アルカユヘニ刑法ニ正當防衛ノ規定ヲ必要トセスト云フハ謬論ナリト信ス左ニ其理由ヲ略述セム(第一)民法ニ於テハ單ニ不法行爲ニ對シテトアリ不法行爲ノ狀況ニ何等ノ制限ヲ加ヘスト雖トモ刑法ニ於テハ急迫不正ノ侵害ト規定シ單純ナル侵害行爲ニ對シテハ正當防衛權ヲ行使スルコトヲ許サス蓋シ刑法上防衛ノタメ行フ所ノ反擊ハ常ニ犯罪ノ外形ヲ有シ加重ノ程度重大ナルニヨリ此ノ如キ結果ヲ生セシムル防衛行爲ヲ行ハシムルニハ其之レアルニ至ラシムル所ノ侵害行爲ハ尋常一樣ノモノニアラサルコト(即チ急迫ナルコト)ヲ必要トスレハナリ(第二)民事的不法行爲ニ對スル防衛者ノ責任免除ハ單ニ損害賠償ノ責ニ任セスト云フヲ以テ足ルモ急迫不正ノ侵害ニ對シ防衛ノタメ犯罪ノ外形ヲ有スル加害行爲ヲ爲シタル場合ニ於ケル責任免除ハ單ニ損害賠償ノ責任ヲ免除スルニ

止マルカ將タ刑罰ヲモ免除スヘキカハ民法上ノ正當防衛ヨリ之ヲ推論スル能ハス(第三)民法ニ於テハ防衛過度ノ場合ニ於ケル規定ナキモ刑法上ニ於テハ防衛ノ程度ヲ超過スル行爲ハ之ヲ犯罪ト爲シ唯情狀ニ依リ其刑ヲ免除若クハ減輕スルコトアルヘキ旨ヲ明定スル必要アリ

是レ民法上已ニ正當防衛ニ關スル規定アルニ拘ハラス新刑法上特ニ正當防衛ノ規定ヲ設クルニ至レル所以ナリ

第三十七條 自己又ハ他人ノ生命、身體、自由若クハ財産ニ對スル現在ノ危難ヲ避クルタメ止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リ之ヲ罰セス但其程度ヲ超エタル行爲ハ情狀ニヨリ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得

前項ノ規定ハ業務上、特別ニ義務アル者ニハ之ヲ適用セス

字解

義解

危難防衛ニ關シ舊刑法ヲ修正セシ點

字解 現在ノ危難トハ目前現實ニ發生シ居ル所ノ危難ト云フ意ナリ舊刑法第七十五條第二項ニ於テハ天災、又ハ意外ノ變ニヨリ避ク可ラサル危難云々トシタリシモ此ノ如キ例示的ノ文字ヲ羅列スルハ舊式ノ立法ナルノミナラス往々其適用範圍ヲ縮少セシムル恐アルニヨリ、新刑法ハ之ヲ修正シ廣ク現在ノ危難ト規定シタリ

義解 本條ハ舊刑法第七十五條ヲ修正シタルモノニシテ學說ニ所謂、危難防衛ニ關スル規定ナリ舊刑法ヲ修正シタル點ハ前述セシ危難ノ範圍ヲ現在ノ危難ト改メタル外左記四箇ノ要點ヲ修正セリ

一、舊刑法ハ危難カ人ヨリ生スル場合ト物ヨリ生スル場合トヲ區別シ第一項ニ於テハ人ノ脅迫ニ基ク危難防衛ヲ規定シ第二項ニ於テ天災又ハ意外ノ變ニ基ク危難防衛ヲ規定シタリシカ新刑法ニ於テハ此區別ヲ廢シ總テ危難ニ基ク防衛行爲ニ關スル規定ヲ設ケタリ

二、舊刑法ハ自己若クハ親族ノ身體ヲ防衛スルタメ止ムヲ得サルニ出テタル行爲ハ總テ無罪トセシカ新刑法ハ權利ヲ防衛スル必要ニ出テタル行爲

ト雖モ其行爲ヨリ生シタル害カ避ケントシタル害ヨリモ大ニシテ結局害セラレントセシ權利ヨリモ大ナル害ヲ他人ニ加ヘタルトキハ之ヲ有罪行爲トナシ唯情狀ニヨリ或ハ其刑ヲ減輕シ或ハ之ヲ全免スルコトトセリ

三、 舊刑法第七十五條第二項ハ防衛ノ目的タル權利ヲ自己若クハ親屬ノ身體ニ限リタルモ新刑法ハ先ツ害ヲ受クヘキ人ヲ自己又ハ他人ト改メ權利ノ種類ヲ生命、身體、自由若クハ財產ト爲シ結局防衛ノ目的タル人及權利ノ範圍ヲ擴張セリ

四、 舊刑法ハ危難防衛權ヲ行使シ得ル者ニ關シテ何等ノ制限ヲ設ケスト雖モ新刑法ハ之ヲ修正シ職務上又ハ職業上特別ニ自己ニ對スル危難ニ堪ユヘキ法律上ノ義務ヲ負フ者ハ危難防衛ヲ理由トシテ他人ノ法益ヲ侵害スルコトヲ得ス例ヘハ水夫其他ノ海員カ難船ノ際自己ノ生命ヲ全ウセンタメ乘客ノ生命ヲ害スルコトヲ得ス又火災水難ノ際警察官吏カ自己ノ財產ヲ救ハンカタメ他人ノ財產ヲ害スルコトヲ得サルカ如シ蓋シ相互對等ノ地位ニアル人ノ間ニ於テハ自己ノ權利ニ對スル危難ヲ受ケ之ヲ避ケントセハ他人ノ權利ヲ侵害セサル可ラス他人ノ權利ヲ侵害セサランカ自己ハ危難ニ陷ラサル可ラスト云フカ如キ狀況ニ陷ラハ其受ケシ害ト加ヘントスル害ノ大小ヲ比較シ若シ受ケントスル害カ加ヘラレタル害ヨリ重大ナルトキハ他人ヲ害シテモ自己ノ危難ヲ免ルルコトヲ得セシメサル可ラス身ヲ殺シテ仁ヲ爲スハ古昔ノ仁人臣子ニノミ之ヲ望ムヘク生存競爭場裏ニ奔走スル現時ノ凡人ニハ到底之ヲ望ム可ラス否ナ之ヲ望ムハ難キヲ人ニ責ムルコトトナル法律ハ難キヲ人ニ責メサル原則ヲ遵守シ身ヲ完ウセンカ人ヲ殺ササル可ラス人ヲ殺ササランカ身ヲ完フスヘシト云フカ如キ急迫ナル危難ニ遭遇セハ人ヲ殺シテ身ヲ完フスルコトヲ許ササル可ラス雖然、前例ノ如キ人ノ身體生命財產等ヲ保護スル公職又ハ職業ヲ有スル者ハ自己ノ權利利益ヲ完フスルタメニ他人ノ權利利益ヲ傷害スル能ハス是レ其職務職業上本來ノ義務ナレハナリ

前述ノ如ク危難防衛權行使ニ關スル一條件トシテ自己カ受ケントスル害ハ之ヲ避クルタメ他人ニ加フル所ノ害ヨリ重大ナルコトヲ要ス於此、法益侵害

ノ輕重大小ヲ定ムル標準ヲ必要トス此標準ニ關シテハ本條ニ特ニ明定スル所ナシト雖トモ刑法各本條ニ於テ各種ノ法益侵害ニ對シテ科スル所ノ刑罰ヲ標準トナシ尚ホ刑罰輕重ノ比照ニ付テハ新刑法第九條及第十條ニ依ルヘキモノナリ

危難防衛ト正當防衛トノ關係ヲ論ス

危難防衛ト正當防衛トノ關係ヲ論ス

危難防衛ハ利益ト利益ノ相衝突スル場合ニ一定ノ條件ノ下ニ正當ナル他人ノ利益ヲ侵害スルコトヲ許ス(其理由ハ前記(四)ノ下ニ詳ナリ)モノナルヲ以テ前條ニ說明セシ所ノ正當防衛トハ大ニ其趣ヲ異ニス蓋シ正當防衛ハ自己ヲ侵害スル所ノ不法行爲者、其者ニ對スル攻擊ナルモ危難防衛ハ自己又ハ第三者ノ利益カ危難ニ罹リシ時、之ヲ免レンカタメ正當ナル他人ノ利益ヲ侵害スルモノナレハナリ

危難防衛ノ性質ヲ論ス

危難防衛行爲ノ性質ヲ論ス

危難防衛ヲ理由トシテ正當ナル他人ノ利益ヲ侵害スルコトハ一種ノ權利ニシテ此權利ヲ稱シテ危難防衛權ト云フモ若シ自己又ハ他人ノタメ避ケントスル害ノ程度ヲ超ヘテ第三者ノ利益ヲ侵害シタル場合ハ犯罪行爲トナリ其行爲ニ相當スル所ノ刑罰ヲ受ケサル可ラス但シ其程度ヲ超ヘタル情狀如何ニヨリ其刑ヲ減輕セラレ又ハ全免セラルルコトアルハ勿論ナリ

第三十八條

第三十八條　罪ヲ犯ス意ナキノ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アラス

罪、本、重カルヘクシテ犯ストキ知ラサル者ハ其重ニ從テ處斷スルコトヲ得ス

法律規則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

修正要旨

修正要旨　本條ハ舊刑法第七十七條ヲ修正シタルモノニシテ第一項ハ其儘存在シ其第二項ハ第一項ノ適用ニ過キサレハ不用ノ規定ナリトシテ之ヲ削除シ第三項ハ本條第二項トナリ第四項ハ但書ヲ加ヘテ本條第三項トナレリ

字解

字解　罪ヲ犯ス意ナキ行爲トハ所謂犯意ナキ行爲ニシテ過失犯ヲ組成スル行爲ナリ法律ニ特別ノ規定アル場合トハ過失ヲ罰スル場合ニシテ本法第二百

九條乃至第二百十一條ノ如キモノ是ナリ

罪本重カルヘクシテ犯ストキ知ラサルトハ刑罰加重ノ情狀ヲ知ラスシテ罪ヲ犯シタルモノニシテ其重キ點ニ付テハ犯意ナキモノナリ犯意ナケレハ犯行ナシテウ原則ノ適用上其重ニ從テ處斷スルコトヲ得ス犯人ノ豫想シタル即チ犯意ノ存スル程度ニ於テ之ヲ處罰セサル可ラサルナリ

義解 本條ハ故意(又ハ犯意)カ犯罪構成ノ一要件タル原則ニ基キ此要件ヲ缺如スル行爲ハ罪トシテ之ヲ處罰セサルモ法律ノ規定ニ基キ例外トシテ過失犯ノ成立スル場合ニハ特ニ過失犯トシテ處罰スヘキ旨ヲ規定セリ(第一項)

故意ハ犯罪事實ノ認識ナリ故ニ罪トナルヘキ事實ヲ知ラスシテ行ヒタル行爲カ故意ヲ缺クタメ犯罪トナラサルコト第一項ニ於テ說明スル所ノ如シ然ラハ「普通罪トナルヘキ事實タルコトヲ知ラスシテ之ヲ行ヒタル場合」ノ如キ(例ヘハ人ヲ殺ス故意ヲ以テ特定人ヲ斬リ斃シタルモ其人カ自己ノ直系尊屬タルコトヲ知ラサル場合ノ如シ)ハ如何ノ問題起ル第二項ハ此疑問ヲ決定スルモノニシテ其罪ヲ重カラ

シムヘキ事實ニ對シテハ故意ナキユヘ故意ノ存スル程度ニ於テ其行爲ヲ罰スヘク(即チ第百九十九條ニヨリ)故意ノ存セサリシ重キ點(尊屬親ヲ殺シタル點)ニマテ遡及シテ之ヲ處罰スルコトヲ得サルナリ

故意ハ犯罪事實ノ認識ナレハ罪トナルヘキ事實ヲ知ラスシテ及ヒタル行爲カ罪トナラサルコト前述ノ如シトセハ或行爲ヲ罪トシテ處罰スル所ノ法律規則ヲ知ラスシテ之ヲ行ヒタル行爲ハ無罪ナリヤ否ヤノ問題起ル

或ル行爲ヲ罪トシテ處罰スル所ノ法律規則ヲ知ラスシテ之ヲ行フハ學說ニ所謂法律ノ錯誤ナリ詳言スレハ刑罰法規ノ錯誤ナリ刑罰法規ノ錯誤ハ犯罪ノ成立ヲ妨ケサルコトハ既ニ理論第一章第四節第三款第二項第三目ニ說明セシ所ナレハ茲ニハ之ヲ復說セス

刑罰法規ノ錯誤ハ犯罪ノ成立ヲ妨ケサルコト前述ノ如シト雖モ刑罰法規ノ存在及其內容ヲ知リ敢テ之ニ背犯スル者ニ比シテハ其情ニ於テ憫諒スヘキ所アリ是レ本條第三項但書ニ於テ其刑ヲ減輕スルコトヲ得セシムヘキ旨ヲ規定セル所以ナリ

第三十九條　心神喪失者ノ行爲ハ之ヲ罰セス
心神耗弱者ノ行爲ハ其刑ヲ減輕ス

修正要旨　本條ハ舊刑法第七十八條ヲ修正シテ第一項ト爲シ又民法第七條及ヒ同第十一條ノ規定ニ鑑ミ第二項ヲ創設セリ蓋シ民法上心神喪失者ノ行爲カ全然無效ニシテ心神耗弱者ノ行爲カ取消シ得ヘキ瑕疵ヲ帶フルモノナル以上ハ之ニ照應セシムルタメ心神喪失者ノ行爲ヲ無罪トスル規定ニ對シ其權衡上心神耗弱者ノ行爲ヲ犯罪トシ其刑ヲ減輕スヘキコト法理上當然ノ事理ニ屬スヘケレハナリ

字解　心神喪失者トハ精神ニ障礙アリ正則ナル意思作用ノ能力ヲ全缺スルモノナリ(民法第七條)

心神耗弱者トハ精神ニ障礙アルモ其程度輕キタメ全然意思作用ノ能力ヲ喪失セサルモ普通人ヨリ大ニ其能力ノ減少セル者ナリ(民法第十一條)

義解　本條ハ責任能力缺乏ノ一原因ナル精神ノ障礙ニ關スル規定ナリ(理論第一章第四節第二款第二項參照)

第四十條　瘖啞者ノ行爲ハ之ヲ罰セス又ハ其刑ヲ減輕ス

修正要旨　本條ハ舊刑法第八十二條ヲ修正シタルモノニシテ同條ニ於テ瘖啞者ハ智識輸入ノ二大機關ヲ缺如スルモノナレハ其智能常ニ普通人ニ及ハサルモノト爲シ其行爲ハ常ニ之ヲ無罪トセシモ瘖啞敎育ノ發達セル今日瘖啞者ト雖モ普通人ヨリ精神作用ノ發達セルモノアリ如此者ヲ常ニ必ラス無罪トスルハ犯罪必罰ノ原理ニ背反スルヲ以テ新刑法ハ具體的ニ智能發達ノ程度ヲ鑑査シ善惡正邪ヲ識別スル智能ナキモノハ無罪行爲トシテ之ヲ罰セス反之精神作用ノ狀態普通人ニ及ハサルニ止マル者ハ有罪行爲トシテ之ヲ處罰シ唯其刑ヲ減輕スルコトト爲セリ

舊刑法第八十二條但書ニ於テハ瘖啞者ヲ懲治場ニ留置セシムルコトト爲セシカ新刑法ハ此規定ヲ削除シ情狀ニヨリ行政處分トシテ感化院ニ入院セシムルコトトナセリ

字解　瘖啞者トハ啞ト聾トヲ兼ネタル不具者ニシテ俗ニ所謂ヲシツンボナリ

義解　瘖啞者ハ智能ヲ全缺スルカ若シ之レアルモ其程度普通人ニ及ハサルモノナリ而他方ニ於テ刑罰法上ノ責任能力ハ一定ノ智能ヲ有シ完全ナル精神作用ニ基ク犯罪行爲ニアラサレハ罪トシテ之ヲ處罰セサルヲ原則トス從テ瘖啞者ハ刑罰法上ノ責任能力ヲ有セサルカ若クハ其責任能力ノ程度卑下ナルモノナリ是レ本條ニ於テ瘖啞者ノ犯罪行爲ハ之ヲ處罰セス若シ之ヲ處罰スルモ其刑ヲ減輕スヘシト明定セル所以ナリ(理論第一章第四節第二款第二項參照)

(附言)　舊刑法第八十二條但書ニ依リ言渡サレタル懲治場留置處分ノ執行ニ付テハ新刑法施行法第十六條ニ規定アリ

第四十一條修正要旨

第四十一條　十四歲ニ滿タサル者ノ行爲ハ之ヲ罰セス

修正要旨　本條ハ舊刑法第七十九條乃至第八十一條及第八十三條ノ規定ヲ削除修正シタルモノニシテ其要旨ハ大要左ノ如シ

(1)　舊刑法ハ刑罰法上ノ責任能力ヲ四期ニ細別シ十二歲以下ハ無責任二十歲以上ハ有責任時期トシ其中間ノ責任時期ヲ十六歲前後ニヨリ二分シ宥

恕減輕ノ程度ニ差別ヲ設ケタリシカ煩雜ニ失シテ實益乏シカリシカハ新刑法ハ一刀兩斷滿十四歲以上ヲ以テ責任年齡ト明定セリ

(2)　舊刑法ハ無責任時期ニ於ケル幼者ハ之ヲ懲治場ニ留置スヘキモノトセシカ新刑法ハ懲治場留置處分ヲ廢シ情狀ニヨリ感化院ニ入院セシムルコトト爲セリ

義解　犯罪ハ刑罰法上ノ責任ヲ有スル行爲ナリ從テ法定ノ責任能力ナクンハ假令其行爲ニ犯罪ノ外形アルモ之ニ刑罰ヲ加フルコト能ハサルナリ而新刑法立案者ノ考定スル所ニ依レハ現時我國ニ於ケル風俗習慣乃至敎育宗敎等ノ關係上國民智能發達ノ時期殊ニ善惡邪正ヲ識別スル能力ハ普通滿十四歲ニ達セサレハ充分養成セラレサルモノニシテ其以前ニ於テハ刑罰法上ノ責任ヲ負ハシムヘキ能力ナシ云々是レ滿十四歲以前ヲ以テ精神ノ不成熟ニ基ク責任無能力ノ時期ト爲シタル所以ナリ(理論第一章第四節第二款第一項參照)

(附言)　舊刑法第八十一條ニヨリ十八歲未滿ノ者ニ言渡サレタル二月以上ノ

懲役刑ノ執行ニ付テハ監獄法第二條第十六條第三項第四項ニ特別ノ規定アリ
又舊刑法第七十九條同第八十條ニヨリテ言渡サレタル懲治留置處分執行ニ付テハ新刑法執行第十六條ニ規定アリ

第四十二條　罪ヲ犯シ未タ官ニ發覺セサル前、自首シタル者ハ其刑ヲ減輕スルコトヲ得
告訴ヲ待テ論スヘキ罪ニ付テハ告訴權ヲ有スル者ニ自首シタル者亦同シ

修正要旨　本條ハ舊刑法第八十五條乃至第八十八條ヲ加除修正シタルモノニシテ其主要アル修正點ハ左ノ如シ

(1)　舊刑法第八十五條ニヨレハ自首シタル者ニハ必ラス減輕スヘシト爲セシカ如此ハ自首減輕ノ本旨ニ乖戻スルモノト爲シ自首者ニ對シ減輕スルト否トハ裁判官ノ自由裁量ニ一任セリ

(2)　舊刑法ハ其第八十五條但書ニ於テ謀故殺犯ハ自首減輕ノ限ニアラスト規定セシカ理由ナキ制限ナルヲ以テ之ヲ削除セリ

(3)　舊刑法第八十六條ニヨレハ財産ニ對スル罪ヲ犯シ自首シテ贓物ヲ還給シ損害ヲ賠償スレハ特別ノ減輕ヲ與フルコトトナセシカ新刑法ハ理由ナキ恩典ナリトシテ之ヲ削除セリ

(4)　舊刑法第八十七條ニ於テハ財産ニ對スル罪ヲ犯シ被害者ニ首服シタル者ニ對シ自首ト同一ノ取扱ヲ爲スヘキ規定ヲ設ケタリシモ財産ニ對スル以外ノ罪ヲ犯シ其被害者ニ自首シタル場合ニ於テモ同一ニ取扱フヘキモノナレハ新刑法ハ之ヲ修正シ犯罪ノ種類如何ヲ問ハス親告罪ニ於テ告訴權ヲ有スル者ニ首服シタルトキハ自首同樣ノ取扱ヲ爲スヘク規定セリ惟フニ親告罪ナルモノハ被害者ノ利益ヲ保護スルタメ其意見ヲ聽キ而處罰希望ノ意思ヲ確メ而後公訴ヲ提起實行スヘキモノナレハ親告罪ニ於ケル告訴權者ニ首服シタル者ニ對シ自首同樣ノ取扱ヲ爲スヘシトセル規定ハ蓋シ至當ノ修正ナリ

字解

字解　未タ官ニ發覺セラレサルトハ犯罪搜査ノ職權タル官廳(檢事、司法警察官等)ニ於テ未タ犯罪人ノ訴タルヤヲ知ラサルヲ云フ

告訴ヲ待テ論スヘキ罪トハ所謂親告罪ニシテ犯罪ニ依リ害ヲ被ムリシ者カ告訴スル迄檢事ハ公訴ヲ提起スル能ハサル犯罪ニシテ新刑法ニヨレハ秘密ヲ侵ス罪(第百三十三條)第百三十四條)猥褻罪(第百七十六條)強姦罪(第百七十七條)第百七十八條)有夫姦罪(第百八十三條)暴行傷害罪(第二百八條)略取誘拐罪(第二百二十四條)第二百二十五條)第二百二十七條)第一項第二百二十八條)名譽毀損罪(第二百三十條)第二百三十一條)親族相盜(第二百四十四條)ハ親告罪ナリ

何故親告罪ナルモノヲ設ケ或種ノ犯罪ハ被害者ノ告訴アルニ非ラサレハ當然公訴ヲ提起シ能ハサルモノト爲セシカ　曰親告罪ヲ設クル理由ハ結局被害者ノ保護ニアリ詳言スレハ被害者ノ保護スルタメ告訴ヲ待テ其罪ヲ論スルコトトナセルナリ抑モ犯罪ハ國家ノ存立社會ノ平和ヲ破壞スル所ノ非行ナレハ多數ノ犯罪ハ被害者ノ利害得失如何ヲ顧ミス公益ノタメ公訴ヲ提起實行スルモノナルニ何故此種ノ親告罪ハ被害者ノ利害得失ヲ較計シテ國家公益ヲ度外視スルカ　曰此種ノ親告罪發生ノタメ被害者ハ非常ナル損害ヲ受ク(例ヘハ妻ノ姦通ノタメ夫カ名譽ヲ毀損セラレタルカ如シ)然ルニ理論ヲ

一貫スルタメ被害者ノ意見如何ヲ問ハス檢事直ニ公訴ヲ提起實行セハ被害者ハ一層損害ヲ重スルニ至ル他方ニ於テ此種ノ犯罪ハ他ノ犯罪ノ如ク直接ニ社會ヲ害スルコト比較的些少ナルニヨリ被害者ノ保護ニ重キヲ置キ其意見ニヨリテ公訴ノ存否ヲ決スヘキモノト爲セルナリ

告訴權ヲ有スル者トハ犯罪ノ被害者ナリ若シ被害者未成年ナラハ親權者告訴權ヲ有シ(民法第八百七十九條)親權者ナケレハ後見人告訴權ヲ有ス(民法第九百條第一號)

義解　本條ハ自首減輕ニ關スル規定ナリ法律ハ何故自首ヲ理由トシテ刑ヲ減輕スルヤ　曰犯人自ラ進ンテ首服シ來ルトキハ(1)犯罪搜査ノ職責アル官廳ニ於テ犯人ヲ搜査スル手數ヲ省キ(2)誤マツテ無辜ノ人ヲ逮捕シ及之ヲ處罰スル憂ナク(3)犯罪必罰ノ原則ヲ實行スルニ利便ナリ

第八章　未遂罪

本章ハ舊刑法第一編第九章ノ規定ニ該當ス

犯罪ノ豫備陰謀ニ關スル舊刑法第百十一條ハ明定ヲ要セサル當然ノ規定ナリトシテ之ヲ削除セリ而新刑法中特ニ明文ヲ設ケテ豫備陰謀ヲ處罰スル場合ハ第七十三條、第七十五條、第七十八條、第八十八條、第百十三條、第百五十三條、第二百一條等ナリ

舊刑法第百十二條第百十三條ヲ修正シテ新刑法第四十三條及第四十四條ト爲シタルハ重罪輕罪ノ區別ヲ廢止シタルト未遂罪ノ區別(着手未遂犯ト實行未遂犯ノ區別)ヲ廢シタルヨリ生スル自然ノ結果ナリトス

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

修正要旨 本條第一項ハ舊刑法第百十二條ヲ加除修正シタルモノニシテ其修正ノ主ナル點ハ左ノ如シ

(1) 舊刑法第百十二條ハ未遂犯ニ對シ必ラス一等ノ減輕ヲ與フルコトト爲セシカ既ニ罪ノ實行ニ着手セシ以上ハ縱令客觀的ノ損害ハ些少ナリトスルモ犯人ノ危險ナル精神作用ニ對シテハ充分懲戒ヲ試ムル必要アリト爲シ主觀的理由ニ重ヲ置キ未遂罪ト雖モ既遂犯同樣之ヲ處罰スルモノト爲シ唯情狀ニヨリ刑ヲ減輕スルコトヲ得セシメタリ

(2) 舊刑法ハ罪ヲ遂ケサル原因ヲ意外ノ障礙ト舛錯トニ區別シ此原因ノ區別ニ基キ未遂犯ヲ着手未遂犯ト實行未遂犯トニ種別セリト雖モ刑ノ減輕程度ニ些少ノ區別ヲ設ケサル以上ハ無用ノ區別ニ過キサルヲ以テ新刑法ハ此種ノ區別ヲ全廢セリ

(3) 舊刑法ハ中止犯ハ常ニ必ラス之ヲ無罪行爲トナセシカ新刑法ハ本條但書ヲ創設シテ中止犯ヲ有罪行爲ト爲シ唯情狀ニヨリ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトトナセリ蓋シ中止犯ヲ無罪行爲トセハ一部學說ノ主張スル如ク犯罪行爲ノ中止ヲ促ス利益アリト雖モ他方ニ於テ罪ノ實行ヲ容易ニ決定セシムル危險アルヲ以テ新刑法ハ中止犯ヲ未遂罪同樣之ヲ犯罪行爲トナセシナリ

字解 犯罪ノ實行ニ着手ストハ犯罪構成要素ノ一又ハ總テヲ現實ニ行ヒ始

メタルヲ云フ故ニ例ヘハ窃盗罪ノ實行ニ着手スト云ヘハ他人ノ財物ノ盗取ヲ始メタルヲ云フ蓋シ他人ノ財物ヲ盗取スルコトハ窃盗罪成立ノ要件ナレハナリ

自己ノ意思ニヨリ之ヲ止メタルトキトハ未遂罪ノ一要件タル外部ノ故障ニヨリ犯罪行爲ヲ遂ケサルコトノ正反對ニシテ犯人ノ内部精神作用ノ結果トシテ犯罪行爲ヲ中止スルヲ云フ

義解　第一項ハ未遂罪ニ關スル規定ニシテ舊刑法第百十二條修正ノ理由ハ前述ノ如ク又未遂罪ノ意義及其成立要件等ハ理論第二章第二節ニ説明セシヲ以テ茲ニ其説明ヲ省略ス

第二項ハ中止犯ニ關スル規定ニシテ之ヲ犯罪トシテ處罰スヘキ理由ハ前述ノ如ク又中止犯ノ意義及其發生スル場合等ハ理論第二章第三節第一款及第二款ニ詳説セルヲ以テ茲ニ之ヲ複説セス

義解

第四十四條

第四十四條　未遂犯ヲ罰スル場合ハ各本條ニ於テ之ヲ定ム

修正要旨

義解

修正要旨　本條ハ舊刑法第百十三條第一項乃至第三項ニ該當スルモノニシテ之ヲ修正シタル原因ハ新刑法カ重罪、輕罪、違警罪ノ區別ヲ廢止シタルニアリ

義解　未遂罪ヲ處罰スヘキヤ否ヤハ犯罪論ニ於ケル主觀主義ト客觀主義トニヨリテ其決論正反對ナリ主觀主義ハ犯罪ノ結果如何ヲ問ハス苟モ犯人ニ罪ヲ犯ス意思充分ナル以上ハ原則トシテ之ヲ處罰スルニヨリ未遂罪モ當然之ヲ處罰スヘシト云フ決論ヲ生ス反之客觀主義ハ犯人ノ精神狀態殊ニ危險性ノ有無多少ヲ問ハス罪ノ結果ノ發生シタルトキ之ヲ處罰スヘキモノトナスニヨリ未遂罪ハ原則トシテ之ヲ處罰セス舊刑法ハ折衷主義ヲ採用シ重罪ノ未遂犯ハ常ニ之ヲ處罰シ違警罪ノ未遂犯ハ常ニ之ヲ處罰セス輕罪ハ各本條ニ於テ明文ヲ以テ未遂犯ヲ處罰スル場合ヲ定ムヘキコトトナセシカ新刑法ハ舊刑法ノ採用セシ重罪、輕罪、違警罪ノ區別ヲ全廢セシニヨリ未遂罪ヲ處罰スル場合ハ各本條ニ於テ一々之ヲ明定スルコトトナセリ

第九章　併合罪

併合罪トハ本法第四十五條ニ規定スル條件ヲ具フル「別箇獨立ノ犯罪ニ對シ單一刑ヲ科スル數罪ノ關係ヲ指稱スルモノニシテ固ヨリ數罪ヲ合シテ一罪ト爲シ其單一罪ニ對シテ單一ナル刑罰ヲ科セントスルモノニハ非サルナリ

本章ハ舊刑法第一編第七章數罪俱發ノ規定ヲ加除修正シタルモノニシテ最モ顯著ナル點ハ名稱ヲ改メタル點ト數罪ニ對スル處分方法ノ主義ヲ改メタルコト是ナリ

(1) 何故數罪俱發ナル名稱ヲ改メテ併合罪ト爲シタルカ曰數箇ノ犯罪カ同時ニ發覺スレハ之ヲ數罪俱發ト云フ固ヨリ適當ナル名稱ナリト雖モ一罪既ニ確定判決ヲ經タル後他罪ノ發覺スル場合(舊刑法第百二條ノ如キ)ニ之ヲ俱發ト云フハ穩當ナラサレハナリ

(2) 舊刑法ノ數罪俱發處分ハ違警罪ニ對シテ併發主義ヲ採リ重罪、輕罪ニ對シテハ吸收主義ヲ採用シ數箇ノ犯罪中一ノ重キニ從テ處斷セリ之ヲ以テ一度罪ヲ犯シタル者ハ其裁判確定ニ至ルマテ幾回同等若クハ輕キ罪ヲ犯スモ後ノ犯罪ニ對スル刑ハ常ニ第一ノ犯罪ニ對スル刑ニ吸收セラレ後ノ數罪ハ全ク處罰ヲ受クルコトナキ結果ヲ生セリ加之一罪ヲ犯シタル者ト數罪ヲ犯シタル者ト同一ノ刑ヲ以テ處罰スルハ不當タルヲ免レサルニヨリ新刑法ハ原則トシテ併科主義ヲ採リ各罪ニ對シ各々其刑ヲ科スルコトトセリ然モ死刑及無期ノ自由刑ニ該ル罪ト他ノ犯罪ト俱發シタル場合ニハ事實上併科主義ヲ實行スル能ハサルニヨリ例外トシテ吸收主義ヲ採リ又有期ノ自由刑ニ對シ各罪毎ニ各刑ヲ併科セハ其刑數十年ノ長キニ亘リ無期刑ヲ科セシト同一ノ結果ヲ生スルヲ以テ此場合ニモ亦例外トシテ制限併科主義ヲ採用セリ

前述セシ科刑主義ノ何レニ依ルヲ問ハス結局科スル所ノ刑罰ハ併合罪全部ニ對スル單一刑ナリ詳言スレハ併科主義ニヨリ數罪ノ刑ヲ合併シテ言渡ス所ノ刑モ吸收主義ニヨリテ數罪ニ科スル所ノ最モ重キ刑モ制限加重主義ニヨリ最モ重キ刑ヲ或程度マテ加重シテ科スル所ノ刑モ皆ナ數罪ニ對スル單一刑ナリ

數罪ニ對スル所ノ刑罰カ單一刑ナルヨリ左記二箇ノ結果ヲ生ス

一 併合罪中ノ一罪カ無罪免訴トナルトキ(上訴等ニヨリ)ハ更ニ殘餘ノ併合罪ニ付キ刑ヲ定メサル可ラス

二　假出獄ニ要スル刑ノ執行經過期間(第二十八條參照)ハ數罪ニ科スル單一刑ヲ標準トシテ之ヲ定ムヘキモノナリ

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

字解　確定裁判廣ク裁判ト云フトキハ判決、決定、命令ノ三種ヲ包含スト雖モ罪ノ有無ヲ判斷シ之ニ相當ノ刑罰ヲ科スル所ノ裁判ハ常ニ判決ナリ故ニ茲ニ云フ所ノ裁判ハ判決ナリト知ルヘシ

確定トハ第一番ノ裁判ナルト控訴裁判所ノ裁判ナルトヲ問ハス上訴期間內ニ上訴ヲ爲ササリシタメ又ハ既ニ上訴ヲ爲シ盡シタル(上告ヲ爲シタルヲ云フ)タメ最早其裁判ニ對シテ不服ノ申立ヲ爲ス能ハサルニ至リタルヲ云フ(上告裁判所ノ裁判ニシテ破毀移送ノ言渡ヲ爲シタル場合ハ常ニ未確定裁判ナリ(刑事訴訟法第二百八十六條第二百九十條)

義解　併合罪ナルモノハ一人數罪ノ裁判ニ際シ其數罪ナルカタメニ科刑上特別ノ處分(即チ制限加重主義ト吸收主義ノ實行)ヲ爲サンカタメニ設クル所ノ科刑方法アレハ原則トシテハ確定裁判ヲ經サル數犯ニ對スルモノナリ本條ハ併合罪ノ意義ヲ示スト同時ニ併合罪ニ二種アルコトヲ規定セリ即チ第一ハ確定裁判ヲ經サル數犯罪ノ關係ヲ併合罪ト稱シ第二ハ確定裁判ヲ經タル甲罪ト甲罪ノ裁判確定前ニ犯シタル乙罪トノ關係ヲ併合罪ト稱ス數罪俱發ナル名稱ヲ改メシ理由ノ一ハ此第二種ノ數罪處分ヲ包括セシメンカタメナリ

第四十六條　併合罪中、其一罪ニ付キ死刑ニ處スヘキトキハ他ノ刑ヲ科セス但シ沒收ハ此限ニアラス

其一罪ニ付キ無期ノ懲役又ハ禁錮ニ處スヘキトキ亦他ノ刑ヲ科セス但、罰金、科料及ヒ沒收ハ此限ニアラス

義解　本條ハ冒頭ニ說明セシ併科主義(俱ニ發シタル數罪ニ對シ各々其刑ヲ併セ科スルヲ云フ)ノ第一例外トシテ吸收主義ヲ實行スル三箇ノ場合ヲ規定シタルモノナリ

第一 併合罪中ニ死刑ニ處スヘキモノアルトキハ沒收ヲ除ク外、他ノ刑ヲ科セス單ニ死刑ノミヲ執行ス(第一項)蓋シ死刑ハ最重ノ極刑ナレハ既ニ此刑ヲ執行スル以上ハ最早其他ノ死刑ヲ執行スル能ハサルハ勿論自由刑(懲役、禁錮、拘留)モ亦之ヲ併セ執行スル餘地ナシ財產刑(罰金、科料)ハ之ヲ併科シ得サルニ非サルモ死刑ニ處セラルヘキ者ニ對シ其財產ヲ徵收スルモ刑罰實施ノ效果(財產減少ノ爲メニ生スル苦痛ヲ與ヘテ懲戒ノ目的ヲ達セントスル)ヲ奏スル能ハス反テ未來ノ遺產ヲ剝奪シ刑苦ヲ子孫ニ波及セシムル恐アルニヨリ是レ又死刑ニ併科スル能ハサルナリ止タ沒收ハ其物件自體ニ於テ犯罪ノ補助ヲ爲ス能力アル物ノ强制徵收ニシテ假令犯人ハ死刑ニ處セラルルモ後日他ノ惡漢カ之ヲ利用スル恐アルニヨリ常ニ之ヲ沒收シ死刑執行ノ言渡ヲ爲ス場合ニモ之ヲ併科スルコトトナセリ(第十九條參照)

第二 併合罪中ニ無期懲役ニ處スヘキモノアルトキハ他ノ自由刑(禁錮、拘留)ヲ科セス唯無期懲役ノミヲ執行ス(第二項)既ニ無期永遠ニ犯人ノ自由ヲ剝奪スルトキハ無期禁錮ハ勿論有期禁錮及拘留モ最早之ヲ執行スル望ナキ

ニ因ル雖然、無期懲役ニ處セラレシ者モ大赦特赦又ハ假出獄ニヨリ後日自由ノ生活ヲ營ム機會アリ前途ノタメ財產保存ノ必要ハ大ニ之レアルニヨリ其財產ヲ强制徵收スルコトハ犯人ニ一種ノ苦痛ヲ與ヘ以テ刑罰實施ノ目的ヲ達シ得ルニヨリ罰金科料ハ無期懲役ニ併科スルコトトナセリ又沒收ヲ無期懲役ニ併科スルニ付テハ死刑ニ沒收ヲ併科スルト同一ノ必要アリ

第三 併合罪中、無期禁錮ニ處スヘキモノアルトキハ他ノ自由刑ヲ科セス唯唯無期禁錮ノミヲ執行ス(第二項)

無期禁錮ニ他ノ自由刑ヲ併科セサルモ財產刑ハ常ニ之ヲ併科スル理由ハ無期懲役ニ他ノ自由刑ヲ併科セサルモ財產刑ハ常ニ之ヲ併科スル理由ト同一ナリ

第四十七條 併合罪中二箇以上ノ有期懲役又ハ禁錮ニ處スヘキ罪アルトキハ其最モ重キ罪ニ付キ定メタル刑ノ長期ニ其半數ヲ加ヘタルモノヲ以テ長期トス但各罪ニ付キ定メタル刑ノ長期ヲ合算シタルモノニ超

義解

ユルコトヲ得ス

義解 本條ハ三種ノ併合罪(1)二箇以上ノ有期禁錮ニ處スヘキ併合罪(2)二箇以上ノ有期懲役ニ處スヘキ併合罪(3)有期懲役ト有期禁錮トノ併合罪)ニ對シ併科主義ノ第二例外トシテ制限加重主義ヲ採用セルコトヲ明定スルモノナリ本章冒頭ノ說明中ニ一言セシ如ク數箇ノ有期自由刑ヲ併科スルトキハ殆ント無期自由刑ヲ科セシト同一ノ結果トナリ罪刑權衡ヲ失スルノ不都合アルヲ以テ一方ニ於テハ一人數罪ヲ犯スニ至リシ情狀ヲ惡ミ其刑ヲ加重スルト同時ニ他方ニ於テ加重ノ程度ヲ制限シタリ一例ヲ擧クレハ茲ニ八年以上十二年以下ノ有期懲役ト六年以上十年以下ノ有期禁錮ニ處セラルヘキ併合罪アリトセンカ先ツ十二年(重キ罪ニ付キ定メタル刑ノ長期)ニ六年(其半數)ヲ加ヘタル十八年ヲ以テ此併合罪ニ對スル刑ノ長期トス若シ此長期カ各罪ニ付キ定メタル刑ノ長期ヲ合算シタルモノ(前例ニヨレハ二十二年)ニ超ユルトキハ其限度ニテ縮少ス是レ無制限併科主義ト同一ナル結果ヲ生スルコトヲ避ケンカタメナリ(但書)

字解

義解

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

二箇以上ノ罰金ハ各罪ニ付キ定メタル罰金ノ合算額以下ニ於テ處斷ス

字解 罰金ノ合算額トハ各本條ニ規定スル罰金ノ最多額ノ合算額ヲ指稱ス蓋シ各本條ニ於テ明定スル罰金額ハ最多額ヲ示スニ止マリ最寡額ハ第十五條ノ規定ニヨリ常ニ一定スルヲ以テ(二十圓)各罪ニ付キ一々之ヲ明示セサルハ新刑法編纂ノ一方針ナレハナリ

義解 本條ハ罰金ト死刑以外ノ刑ヲ科スル併合罪ニ關スル科刑處分ヲ定メタルモノナリ

第一項ハ罰金ト他ノ刑ヲ科スル併合罪ノ科刑處分ニ併科主義ヲ採用セルコトヲ明ニセリ即チ(一)罰金ト無期懲役又ハ無期禁錮トヲ併科スル理由ハ既ニ第四十六條第三項ノ說明中ニ於テ之ヲ盡セリ(罰金ト死刑ヲ併科ス可ラサル理由ハ第四十六條第一ノ說明中ニアリ)(二)罰金ト有期懲役又ハ有期禁錮若ク

ハ拘留トハ併科シ得ルコト勿論ナルノミナラス寧ロ之ヲ併科スルヲ以テ刑罰施行ノ本旨ニ適合ス蓋シ財産刑ト自由刑ハ各々特殊ノ效用ヲ爲スモノナレハ一人ニシテ數刑ニ科セラルヘキ罪ヲ犯ス以上ハ之ヲ併科スルコト理論上ハ勿論實際上ニ於テモ刑罰施行ノ目的ヲ貫徹セシム可ケレハナリ(三)罰金ト科料ヲ併科シ得ルコトハ第五十三條ニ於テ説明ス

第二項ハ二箇以上ノ罰金刑ヲ科セラルヘキ併合罪ニ對スル科刑處分ヲ明定シタルモノニシテ純然タル併科主義トハ少シク其趣ヲ異ニス(無制限加重主義トモ稱スヘキカ)何トナレハ各罪ニ付キ定メタル各本條ノ罰金額(即チ最多額)ノ範圍内ニ於テ各罪ノ罰金額ヲ裁定シ其各裁定ニ基ク罰金額ヲ合算シテ之ヲ併科スルコトヲ許サス各本條カ定メタル各罰金額(即チ最多額)ノ合算額以下二十圓以上ノ範圍内ニ於テ一ノ罰金額ヲ裁定スヘキモノナレハナリ此ノ如ク各罪ニ對スル罰金ノ合算額以下ニ於テ一ノ罰金額ヲ裁定セシムルモ前段所述ノ如ク純然タル併科主義ヲ採用スルモ結果ニ於テ些少ノ差異アルヲ見スト雖モ本項所定ノ方法ニ依ルトキハ理論上罰金額ノ裁定ニ際シ裁判官ニ裁量ノ餘地ヲ存スルコト多ク各場合ニ付キ自由ナル心證ニ基キ適宜ノ罰金額ヲ定メシムルコトヲ得ヘシト云フコトヲ得ヘケレハナリ

第四十九條　併合罪中、重キ罪ニ没收ナシト雖モ他ノ罪ニ没收アルトキハ之ヲ附加スルコトヲ得

二個以上ノ没收ハ之ヲ併科ス

義解　本條ハ没收ニ關シ併科主義ノ原則ヲ明定シタルモノナリ

第一項ハ併合罪中ノ一ニ没收ノ附加刑アルトキハ(重キ罪ニ没收ノ附加刑アレハ輕キ罪ニ没收ノ附加刑アルト否トヲ問ハス)其併合罪ニ對スル單一刑ニ没收ヲ附加シ得ルコトヲ規定セルモノナリ然モ此場合ハ没收ト没收ノ併科ニ非ラサレハ常ニ必ラス没收ヲ附加セシムヘシトセハ理論上妥當ヲ缺ク嫌アルノミナラス實際ニ於テモ不都合ナル結果ヲ生スルコトナキニシモ非サレハ併合罪ニ對スル單一刑ニ没收ヲ附加スルト否トハ一裁判官ノ裁斷ニ任シタリ是レ本項末段ニ附加スルコトヲ得ト規定シタル所以ナリ

第二項ハ併合罪中ノ二個以上ノ罪ニ各々没收ノ附加刑アル場合ニ各没收ヲ

併科シ得ルコトヲ決定シタルモノニシテ併科主義正面ノ適用ナリト謂ツヘシ

第五十條

第五十條　併合罪中、既ニ裁判ヲ經タル罪ト未タ裁判ヲ經サル罪トアルトキハ更ニ裁判ヲ經サル罪ニ付キ處斷ス

義解

義解　第二種ノ併合罪ハ確定裁判ヲ經タル罪ト其確定裁判前ニ犯シタル他ノ罪トノ關係ナルコトハ既ニ第四十五條ノ義解ニ於テ說明セシ所ナリ此種ノ併合罪ニ對シテハ如何ニ刑罰ヲ科スヘキヤ本條ノ規定ハ此問題ヲ解決スルタメニ特設セシ所ノモノニシテ即チ確定裁判ヲ經タル罪ハ其儘ニ差シ置キ(確定裁判ハ非常上告又ハ再審ノ訴アル場合ノ外之ヲ變更ス可ラサルニヨリ)裁判ヲ經サル罪ハ更ニ之ヲ處罰シ相當ノ刑ヲ科スヘキモノトス於此再ヒ「唯一ノ併合罪ニ二箇ノ裁判アリ二箇ノ刑罰アルニ至レハ之ヲ如何ニ執行スヘキヤ」ノ問題起ル此問題ヲ解決スルタメ立法者ハ特ニ次條ノ規定ヲ設ケタリ

第五十一條

第五十一條　併合罪ニ付キ一個以上ノ裁判アリタルトキハ其刑ヲ併セテ之ヲ執行ス但シ死刑ヲ執行スヘキトキハ沒收ヲ除ク外、他ノ刑ヲ執行セス無期ノ懲役又ハ禁錮ヲ執行スヘキトキハ罰金、科料及ヒ沒收ヲ除ク外、他ノ刑ヲ執行セス有期ノ懲役又ハ禁錮ノ執行ハ其最モ重キ罪ニ付キ定メタル刑ノ長期ニ其半數ヲ加ヘタルモノニ超ユルコトヲ得ス

義解

義解　本條ハ併合罪ニ付キ二箇以上ノ裁判アリタル場合(前條ノ義解末段參照)ニ如何ニ其刑ヲ執行スヘキヤヲ定メタルモノニシテ勿論刑ノ執行方法ニ關スルモノニシテ前數條ノ如ク併合罪ニ關スル處罰方法ノ規定ニアラスト雖モ併合罪ノ處罰方法ト同一方針ヲ採リ原則トシテハ併科主義同樣ノ方法ヲ採用シ例外トシテ吸收主義若クハ制限加重主義同樣ノ方法ヲ採用セリ即チ左ノ如シ

第一　數箇ノ裁判中、一ノ裁判ハ死刑ヲ言渡シタルモノナルトキハ沒收ヲ除クノ外他ノ刑ヲ執行セス蓋シ死刑ハ最重ノ刑ナレハ既ニ死刑ヲ施ス以上

ハ最早他ノ刑ヲ執行スル必要ナク否ナ之ヲ執行セントスルモ之ヲ執行スルニ由ナキナリ但シ沒收ハ犯人ニ對スル懲戒處分タルノミナラス其物件ノ存在ハ再ヒ他ノ惡漢ヲシテ之ヲ利用シ犯罪ヲ容易ナラシムル恐アルニヨリ本犯死刑ニ處セラルルモ沒收處分ハ尙ホ之ヲ執行スルコトトセリ

第二 一ノ裁判ヲ經テ死刑ヲ言渡シ他ノ裁判ニ於テモ亦死刑ヲ言渡シタルトキハ如何ニ之ヲ執行スヘキヤ是レ本條ニ明定セサル所ナリト雖モ一ノ死刑ノミヲ執行スヘキコトハ事物自然ノ順序ナリトス蓋シ死刑ハ生命ヲ奪フ刑ナレハ一タヒ死刑ヲ施シ再ヒ死刑ヲ施スコト能ハス從テ二箇以上ノ死刑ヲ併科スルコトハ事實上絕對的不能ノコトニ屬シ明文ヲ要セサル當然ノコトナルニヨリ本條ニ於テ特ニ之ヲ規定セサリシナリ

第三 一ノ裁判ニ於テ無期ノ自由刑(即チ無期懲役又ハ無期禁錮)ヲ言渡シ他ノ裁判ヲ經テ有期自由刑(有期懲役、有期禁錮、拘留)ヲ言渡シタルトキハ無期自由刑ノミヲ執行ス何トナレハ已ニ無期ノ自由刑ヲ執行シ終身、犯人ノ自由ヲ剝奪スル以上ハ、他ノ有期自由刑ハ之ヲ執行スルニ由ナケレハナリ

第四 一ノ裁判ニテ無期ノ自由刑ヲ言渡シ他ノ裁判ニテ財產刑(罰金科料沒收)ヲ言渡シタルトキハ二箇ノ裁判ヲ併セテ執行ス何トナレハ一方ニ於テ修身犯人ノ自由ヲ剝奪スル無期自由刑ヲ執行スルモ同時ニ他方ニ於テ犯人ノ財產ヲ强制沒收スルコトヲ得レハナリ

第五 (1)二個以上ノ裁判各々有期懲役ヲ言渡シタルトキ又ハ(2)二個以上ノ裁判各々有期禁錮ヲ言渡シタルトキ(3)一ノ裁判ハ有期禁錮ヲ言渡シ他ノ裁判ハ有期懲役ヲ言渡シタルモノナルトキハ重キ罪ニ付キ定メタル刑ノ長期ニ其半數ヲ加ヘタル期間ノ範圍內ニ於テ其刑ヲ執行スルモノトス例ヘハ一罪ノ法定刑ハ三年以上八年以下ノ懲役ナリシニヨリ六年ノ懲役ニ處セラレ他ノ罪ノ法定刑ハ五年以上十年以下ノ禁錮ナリシニヨリ十年ノ禁錮ニ處セラレタリ此二刑ハ併科執行スルヲ原則トスルモ其執行期間ハ十年(重キ罪ニ付キ定メタル刑ノ長期)ニ其半數タル五年ヲ加ヘタル十五年マテニ制限セラルルカ如シ

問フ 前罪ノ刑ハ六年ニシテ後罪ノ刑ハ十年ナリ故ニ之ヲ合算スレハ十六

年トナリ制限期間ニ超過スルコト一年ナリ然ラハ十五年ノ執行期間中ハ六年ノ懲役ヲ全部執行スヘキカ將タ十年ノ禁錮ヲ全部執行スヘキカ

曰　刑法施行法第四十七條ニヨリ刑事訴訟法第三百十七條ニ追加シタル規定ト本法第九條及第十條ヲ比較參照スルトキハ容易ニ此疑問ヲ氷解セシムルニ足ル即チ其規定ニヨレハ監獄ニ於テ執行スヘキ二個以上ノ主刑ノ執行ハ其重キモノヲ先ニス但特別ノ事由アルトキニ於テハ重キ刑ノ執行ヲ停止シ他ノ刑ノ執行ヲ爲サシムルコトヲ得

而刑ノ輕重ハ本法第九條記載ノ順序ニ依ルコト本法第十條第一項ノ明定スル所ナリ從テ懲役ハ禁錮ヨリ重キヲ原則トス(但シ例外トシテ有期禁錮ノ長期ハ有期懲役ノ長期二倍ヲ超ユルトキハ禁錮ヲ以テ重シトス)ルニヨリ所謂特別ノ事由アルニアラサレハ即チ普通ノ場合ニ於テハ前記十五年中六ケ年ハ懲役ヲ執行シ殘期九年間ハ禁錮ヲ執行スヘキモノトス

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

罪ニ付キ刑ヲ定ム

字解　大赦トハ國家又ハ皇室ノ大事(例ヘハ政體ノ改革、皇室ノ吉凶ノ如シ)ニ際シ或種類ノ犯罪(例ヘハ國事犯ト云フカ如シ)ニ對シ犯罪事實及之ニ基ク確定判決ノ效力ヲ全滅セシムル憲法上ノ大權處分ナリ而其效力ハ之ヲ二種ニ區別スルコトヲ得第一裁判確定前ニ於ケル被告事件ニ對シテ大赦アリタルトキハ公訴權消滅ス刑事訴訟法第六條第五號ニ於テ大赦ヲ公訴權消滅ノ一原因トスルハ即チ此場合ニ該當ス如此ニシテ公訴權ノ消滅スル結果トシテ檢事ハ當該被告事件ニ對シ公訴ヲ提起實行スルコト能ハサル結果ヲ生ス第二ノ效力ハ既ニ確定裁判アリタル後ニ大赦アリタルトキハ確定裁判ノ效力ヲ消滅セシメ犯人ハ全然無罪ノ人トナリ隨テ又刑ノ執行ヲ免ルルニアリ

大赦ノ效力ハ前述ノ如クナルヲ以テ茲ニ大赦カ併合罪ノ處分ニ對シ如何ナル影響ヲ及ホスヘキヤヲ研究スル必要起ル然ルニ本條ハ大赦ノ第二效力カ併合罪ノ處分ニ對スル影響ヲ規定スルニ止マリ其第一效力ニ關スル規定ヲ設ケス其之ヲ設ケサルハ其之ヲ設クル必要ナキニヨル蓋シ裁判確定前併合

罪ノ一部トナルヘキ犯罪ニ對シテ大赦アレハ其犯罪ニ對スル公訴權消滅スルニヨリ其犯罪事件ハ最早併合罪ノ組成分子トナラサルニヨリ之ヲ除去セシムレハ可ナリ其他ニ於テ特ニ併合罪ノ處分ニ何等ノ影響ヲ及ホササルニヨリ當然自明ノ事柄ナリトシ此場合ニ關スル規定ヲ設ケサリシナリ

義解

義解 本條ハ併合罪ニ對シ單一刑ヲ科セラレタル場合ニ併合罪中ノ或罪ニ付キ大赦ヲ受ケタル場合ノ處分方法ヲ規定スルモノナリ大赦ノ效力ハ前述ノ如クナルヲ以前ニ併合罪ニ對シ科セラレタル單一刑ハ其效力ヲ失却スルニヨリ茲ニ餘罪(大赦ヲ受ケタル以外ノ犯罪)ニ對シ更ニ刑種及刑期ヲ確定スル必要アリ是レ本條ヲ特設スルニ至リシ所以ナリ

本條ノ規定ニヨリテ定メラレタル所ノ刑ハ以前併合罪全部(大赦アリタル犯罪事件ヲ包含スル)ニ對シテ言渡サレタル刑ト全然無關係ノモノニアラス併合罪ニ對スル刑ハ併合罪ヲ組成スル數罪ニ對スル單一刑ナレハ以前言渡サレタル刑モ亦大赦アリタル被告事件ヲ除外セル殘餘ノ犯罪事件ニ對スル刑ナレハナリ從テ前後ノ二刑ミナ此殘餘ノ犯罪事件ニ對スル刑罰ナリ唯タ併合罪中ノ一罪ニ大赦アリタルタメ刑ノ變更ヲ生シタルニ過キサルナリ

如此本條ノ規定ニ基キ言渡サレタル刑ハ前刑罰ノ後身タル結果トシテ假出獄ノ許可ニ必要ナル刑ノ執行期間(第二十八條)及時效期間(第六十二條)ハ何レモ前ニ言渡サレタル刑名宣告ノ日ヨリ起算スヘキモノトス

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

二箇以上ノ拘留又ハ科料ハ之ヲ併科ス

義解 本條ハ拘留及科料ト他ノ刑罰トヲ併科シ得ルヤ否ヤニ關スル規定ニシテ原則トシテハ併科主義ヲ採用シ之ニ些少ノ例外ヲ設ケタルモノニシテ即チ左ノ如シ

(1) 死刑ト拘留又ハ科料トハ併科セス併科セスシテ吸收主義ヲ採用スル理由ハ第四十六條第一項ノ說明中ニ詳ナリ

(2) 無期懲役又ハ無期禁錮ト科料トハ之ヲ併科スルモ拘留ハ併科セス

前記二箇ノ決論ニ對スル理由ハ第四十六條第二項ノ說明中ニ詳ナリ

(3) 拘留ト有期懲役、有期禁錮、罰金、科料、沒收トハ之ヲ併科ス蓋シ拘留ト前示列記ノ刑罰トハ完全有效ニ之ヲ併科シ得ルモノナレハ若シ之ヲ併科セサレハ犯罪必罰ノ大原則ニ乖戾スルニ至レハナリ

(4) 科料ト有期懲役、有期禁錮、罰金、拘留、沒收トハ之ヲ併科ス(理由同前)

(5) 二箇以上ノ拘留ハ無制限ニ之ヲ併科ス蓋シ拘留ハ最短期ノ自由刑ナレハ絶對的ニ之ヲ併科スルモ數十年ニ亘ルノ憂ナシ是レ有期懲役ト有期懲役若クハ有期禁錮トヲ併科スル場合ニ於ケルカ如キ制限的ノ規定(第四十七條)ナキ所以ナリ

(6) 二箇以上ノ科料ハ無制限ニ之ヲ併科ス蓋シ科料モ亦少額ノ財產刑ナレハ絶對的ニ之ヲ併科スルモ過酷ニ陷ル恐ナケレハナリ

第五十四條

一個ノ行爲ニシテ數箇ノ罪名ニ觸レ又ハ犯罪ノ手段若クハ結果タル行爲ニシテ他ノ罪名ニ觸ルルトキハ最モ重キ刑ヲ以テ處斷ス

第四十九條第二項ノ規定ハ前條ノ場合ニ之ヲ適用ス

字解 一箇ノ行爲ニシテ數箇ノ罪名ニ觸レ一犯罪行爲カ二以上ノ法規違反トナル場合ニシテ一罪數罪ヲ區別スル標準ニ關シ行爲說ヲ採ル學者ハ之ヲ一罪ト爲シテ法規ノ競合ト稱シ法規違反說ヲ採ル學者ハ之ヲ數罪ナリトシテ想像上ノ數罪俱發ト稱ス(理論第三章第二節號一款參照)

犯罪ノ手段タル行爲ニシテ他ノ罪名ニ觸ルルトキトハ例ヘハ屋內窃盜罪ヲ犯ス手段トシテ他人ノ住所ニ侵入シタルニヨリ其侵入ノ行爲カ住居ヲ犯ス罪トナル場合ノ如シ

犯罪ノ結果タル行爲ニシテ他ノ罪名ニ觸ルルトキハト例ヘハ窃盜犯人カ窃取シ來リタル盜品ヲ賣却シタル行爲カ贓物ニ關スル罰條ニ觸ルルカ如シ

以上二場合ハ一罪數罪ヲ區別スルノ標準ニ關シ行爲說ヲ採用スル學者カ法律上數行爲ヲ合シテ一罪ヲ爲ス場合ニシテ(理論第三章第二節第二款參照)此等ノ場合ニ於ケル二犯罪行爲カ一罪ヲ構成スルニ止マル(相互連絡ノ關係アルニヨリ)コトハ學說及判例ノ一致スル所ナリ然ルニ之ヲ玆ニ明定スル所以ハ所罰方法ニ關シ何レ犯罪行爲ニ該當スル刑ヲ以テ之ヲ處罰スヘキノ疑ア

ルヲ以テナリ即チ本條第一項ハ此疑問ヲ決シ最モ重キ刑ヲ以テ處斷スト明定セリ

重キ刑ヲ以テ處斷ス主刑ノ輕重ハ本法第九條及第十條ニヨリ定マル(同條ノ說明參照)

義解 本條第一項ニ規定スル各場合ハ何レモ數罪ノ外形ヲ有スル一罪ナリ一罪ナルヲ以テ併合罪ニアラサルコト勿論ナリト雖モ其處罰方法ハ併合罪ノ處罰方法ニ類似スル所アルヲ以テ序次併合罪ノ末尾ニ之ヲ規定セシモノナリ

本條第一項前段ノ規定ハ所謂法規ノ競合ナリ法規競合ノ場合ニ於ケル刑ノ適用ニ關シテハ由來學說ノ分岐スル所ニシテ一說ニ曰(1)多數ノ法條中實現シタル行爲ノ總テノ方面ヲ包含スル法條アルトキハ其法條ニ規定セル處ノ刑ヲ適用シ他ノ法條ヲ排除ス(2)前述ノ方法ニ依リ難キトキハ重キ刑罰ヲ科スル法條ヲ適用シ輕キ刑罰ヲ科スル法條ヲ排除スト(理論第三章第二節第三款)理論トシテ有力ナルコトハ予等ノ贊同スル所ナリト雖モ本條第一項ノ解

釋論トシテハ此學說ニ反シ法規競合ノ場合ニ關シテハ常ニ其最モ重キ刑ヲ以テ處斷スルヲ至當トシ或學者ノ如ク本條第一項ノ解釋論トシテ尙ホ且前記ノ學說通リ決論セントスルハ失當ナリト信ス

第二項ニ於テ沒收併科ノ規定(第四十九條第二項)ヲ適用スヘク明定シタル理由如何曰重キ刑ヲ科スル法規ト輕キ刑ヲ科スル法規トニ於テ各々沒收例ニ關スル規定アリ而其規定ノ趣旨相異ナルトキ例ヘハ本法第十九條ト狩獵法第二十一條(犯罪ノ用ニ供シタル器具ハ何人ノ所有ヲ問ハス之ヲ沒收ス)トノ關係ノ如シ本法第十九條第一項及第二項ノ規定ニ依レハ犯人以外ノ者ニ屬スル物件ハ之ヲ沒收スルコトヲ得サルモ狩獵法ニ於テハ之ヲ沒收スルコトヲ得ルナリ如此場合ニ狩獵法ハ輕キ刑ヲ規定スル法規ナリト假定シ一項後段ノ規定ニ基キ此法規ニ依ル主刑ヲ科セサルト共ニ附加刑タル沒收モ亦之ヲ適用セストセハ沒收ニ關シ刑法ニ異ナル特例ヲ設ケシ本旨ヲ沒却スルニヨリ假令主刑ハ除外セラルルモ沒收ハ重キ刑ヲ規定スル法規ノ沒收ト共ニ併科セサル可ラス是レ即チ本條第二項ヲ特設スルニ至リシ所以ナリ

字解
義解

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

字解　連續シタル數箇ノ行爲ニシテ同一ノ罪名ニ觸ル場合ハ學說ニ所謂連續犯ナリ

義解　連續犯ハ何故一罪ナルカ一罪數罪ヲ區別スル標準ヲ行爲ニ採ル學說ニ於テハ數行爲ヨリ成立スル連續犯ハ數罪ト論定セサル可ラサルカ如キモ連續犯ハ例外トシテ「法律上數行爲ヲ一罪トナス場合」ノ一ニ屬シ數行爲ヨリ成立スルニ拘ハラス之ヲ一罪トナス數行爲ヲ合シテ一罪トナスハ數行爲ノ性質同一ナルニヨル性質ノ同一ナルヲ理由トシテ數行爲ヲ結合シテ一罪トナスハ其各行爲カ同種類ノ方法ヲ以テ同一ノ法益ヲ侵害セシニヨル本條ニ於テ同一ノ罪名ニ觸ルト云フハ同種類ノ方法ヲ以テ同一法益ヲ侵害セシコトヲ間接ニ云ヒ顯ハスモノナリ（法律上多數ノ行爲ヲ一罪ト爲ス場合ハ前條第一項後段ニ規定スル二場合及連續犯ノ外ニ結合犯慣行犯ナルモノアリ詳細ハ理論第三章第二節第三款ヲ參照スヘシ）

連續犯ニ似テ非ナルモノハ繼續犯ナリ繼續犯ナルモノハ犯罪行爲ニヨリ生シタル違法狀態ノ繼續ヲ罪ノ構成要件トスルモノナレハ其結果ハ常ニ單一ナリ結果カ單一ナルヲ以テ行爲モ無論單一ナリ行爲カ單一ナル以上ハ之ヨリ成立スル罪ハ一罪ナリ一罪ニ一刑ヲ科スルハ理論上當然ノ結果ニシテ特ニ明文ヲ必要トセサルニヨリ新刑法ハ繼續犯ニ關シテハ何等ノ規定ヲ設ケサリシナリ

違法狀態ノ繼續スルコトハ二者相同シト雖モ繼續犯ハ一行爲ヨリ成立スル一罪ニシテ連續犯ハ法ノ明定ニヨリ數行爲ヨリ成立スル一罪ナリ是レ二者ノ性質上ニ於ケル大差異ナリトス

第十章　累犯

修正要旨

本章ハ舊刑法第一編第五章ノ規定ヲ修正シタルモノニシテ其修正ヲ施セシ顯著ナル點ハ左ノ如シ

第一　章ノ名稱ヲ累犯ト改メタリ蓋シ三犯以上ノ犯人ニ對シ加重處分ヲ爲

スニ當リ之ヲ再犯ト云フハ名實相副ハサルノ不都合アレハナリ

第二 規定ノ内容ヲ改正若クハ增減シタル主要ノ點五箇アリ

(1) 舊刑法ハ各種ノ犯罪(重罪、輕罪、違警罪)ニ通シテ加重處分ヲ爲シタリシモ新刑法ハ累犯加重ノ原因タルヘキ場合ヲ減少シテ左記三箇ノ場合ニ制限セリ

(甲) 懲役ニ處セラレタル者其執行ヲ終リ又ハ執行ノ免除アリタル後再ヒ有期懲役ニ處スヘキ罪ヲ犯シタルトキ(第五十六條第一項)

(乙) 懲役ニ該ル罪ト同質ノ罪ニヨリ死刑ノ宣告ヲ受ケタルモ其執行ノ免除アリタル後再ヒ有期懲役ニ處スヘキ罪ヲ犯シタルトキ(第五十六條第二項前段)

(丙) 懲役ニ該ル罪ト同質ノ罪ニヨリ死刑ノ宣告ヲ受ケタルモ減輕ニヨリ懲役ニ減輕セラレタル者其執行ヲ終リ又ハ執行ノ免除アリタル後再ヒ有期懲役ニ處スヘキ罪ヲ犯シタルトキ

(2) 新刑法ニ於テハ學說ニ所謂累犯時效ナルモノヲ認メ前刑ノ執行ヲ終リ又ハ執行ノ免除アリタル日ヨリ五ケ年内ニ再ヒ罪ヲ犯シタル場合ニ限リ再犯加重ノ處分ヲ爲スコトトナセリ是レ舊刑法ノ如ク初犯ヨリ數十年後ノ再犯ニ對シテモ尙ホ加重處分ヲ施スモノトセハ再犯加重ヲ爲ス本旨ニ乖戻スルニ至レハナリ

(3) 舊刑法ハ初犯ノ裁判確定後直ニ(其刑ノ執行前)罪ヲ犯スモ尙ホ且ツ再犯加重ノ處分ヲ爲シタリシカ新刑法ハ裁判ノ確定ノミニテハ未タ再犯ヲ防クニ足ル實效ナキモノト爲シ其裁判ノ執行ヲ終ルカ若クハ執行ノ免除ヲ受ケ十分裁判ノ實效ヲ奏シ得ヘシト認ムヘキ時期以後ニ於ケル累犯ニ非ラサレハ加重處分ヲ爲ササルコトトセリ

(4) 新刑法ハ裁判確定後再犯者タルコトヲ發見シタルトキハ累犯トシテ刑ヲ加重スヘキ規定ヲ創設セリ(第五十八條第一項)

(5) 新刑法ハ舊刑法第九十七條ノ規定(大赦ニ因テ免罪ヲ得タル者ハ再ヒ罪ヲ犯スト雖モ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス)ヲ全然削除セリ蓋シ大赦ノ效力カ確定判決ノ效力ヲ消滅セシムルコト前述ノ如クナル以上ハ前

段舊刑法ノ規定ノ如キハ當然ノ事理ニ屬シ明文ヲ置ク必要ナキニ由ル

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

懲役ニ該ル罪ト同質ノ罪ニ因リ死刑ニ處セラレタル者、其執行ノ免除アリタル日ヨリ又ハ減輕ニ因リ懲役ニ減輕セラレ其執行ヲ終リ若クハ執行ノ免除アリタル日ヨリ前項ノ期間內ニ更ニ罪ヲ犯シ有期懲役ニ處スヘキトキ亦同シ

併合罪ニ付キ處斷セラレタル者、其併合罪中、懲役ニ處スヘキ罪アリタルトキハ其罪、最重ノモノニ非スト雖再モ犯例ノ適用ニ付テハ懲役ニ處セラレタルモノト看做ス

字解 刑ノ執行ノ免除トハ時效(本編第六章)又ハ特赦(刑訴第三百三十一條乃至第三百三十四條)ニヨル刑ノ執行免除ヲ指稱シ法律ニヨリ刑ヲ科スルコトヲ免除スル場合(第三十六條第二項、第三十七條第二項第四十三條)トハ區別アリ

蓋シ累犯加重ノ一條件タル刑ノ執行免除ナルモノハ有罪ノ裁判確定後、法律ノ規定又ハ司法行政官廳ノ特別處分ニヨリ其執行ヲ免除セラレタルモノニシテ形式上、刑ノ執行ト同樣ノ狀態アルコトヲ要ス然ルニ後段ノ場合ノ如キハ初メヨリ有罪ノ裁判ヲ爲ササルモノナレハ刑ノ執行若クハ宣告ニヨリ直ニ改心ノ機會ヲ與ヘサルモノナリ是レ此種ノ免除ハ累犯加重ノ一原因トナラサル所以ナリ

懲役ニ該ル罪ト同質ノ罪トハ本法第二編以下ニ於ケル各本條ニ於テ死刑、又ハ懲役ヲ撰擇刑トシタル罪(例ヘハ第八十二條第二項、第八十三條、第八十五條ノ如シ)ヲ云フ

義解 本條第一項及第二項ニ於テハ前述セシ累犯時效ナルモノト累犯關係ヲ生スヘキ犯罪ノ種類ヲ明定セリ

(1) 所謂累犯時效ナルモノノ期間ハ之ヲ五年トセリ是レ本條一項ニ五年内ニ更ニ罪ヲ犯シ云々トアル所以ナリ

(2) 本條第一項及第二項ノ規定ニ基キ累犯關係ヲ生スヘキ場合ヲ大別スレハ三種トナル即チ前段修正要旨ノ説明第二ノ(1)ニ於テ列擧スル所ノ如シ

要之前犯ニ對シ懲役ニ處セラレ若クハ死刑ノ宣告ヲ受ケタルモ改悛ノ情ナク更ニ五年内ニ有期懲役ニ處スヘキ罪ヲ犯スニ至リタルトキハ犯人ノ性質普通人ヨリ惡癖ニ傾クコト多ク通常ノ刑罰執行ヲ以テハ之ヲ懲戒スルニ足ラスト爲シ第五十七條ニ規定スル加重處分ヲ爲ス必要アリト爲スモノナリ而再犯カ無期懲役ニ處スヘキトキハ之ニ對シテ加重處分ヲ爲ササルハ無期懲役ハ終身自由ヲ剝奪スル刑罰ナレハ更ニ期間ヲ延長シテ加重處分ヲ爲ス餘地ナキニ由ル

前述ノ如ク再犯處分ノ條件トシテ前犯カ懲役又ハ死刑ニ處セラレ後犯モ亦懲役ニ處セラルヘキコトヲ要ス故ニ若シ併合罪トシテ處斷セラレタル者其併合罪中、懲役ニ處スヘキ罪アリタルモ其罪最重ノモノニアラサリシタメ他ノ刑ニ處セラレタルトキ(註一)ハ再犯例ノ適用アルヤ否ヤニ付キ多少ノ疑アリ本條第三項ハ此疑問ヲ決シ前述ノ場合ニ於テハ再犯例ノ適用アルモノトセリ蓋シ併合罪ニ對スル刑ハ其數罪ニ對スル單一刑ニシテ懲役ニ處スヘキ罪ニ對スル刑ヲモ包含スルモノナリ故ニ其單一刑ハ實質ニ於テ懲役刑ヲモ包含スルモノナリ既ニ懲役刑ノ實質ヲ包含スルモノトセハ單一刑ノ名稱如何ヲ問ハス再犯例ノ適用ニ於テハ懲役ニ處セラレタルモノトシテ加重處分ヲ爲スヲ適當トス是レ本條第三項ノ規定アルニ至レル所以ナリ

(註一)併合罪中、懲役ニ處スヘキ罪アリタルモ其罪最重ノモノニアラサリシユヘ他ノ刑ニ處セラレタルトキ」トハ(1)禁錮ニ該ル罪ト同質ノ罪ニヨリ死刑ニ處セラレタル場合ニ懲役ノ刑カ死刑ニ吸收セラレタル場合(第四十六條第一項)(2)懲役ノ刑カ重キ無期禁錮ノ刑ニ吸收セラレタル時(第十條一項第四十六條第二項)(3)併合罪中、有期懲役ト有期禁錮ニ處スヘキ罪ノ併存スル場合ニ其最モ重キ罪ノ刑タル禁錮ヲ加重シタル刑ニ因リ處斷セラレ懲役ハ其内ニ吸收セラレタルトキ(第十條一項第四十七條)ノ三場合ヲ指稱ス

第五十七條　再犯ノ刑ハ其罪ニ付キ定メタル懲役ノ長期ノ二倍以下トス

修正理由　本條ハ舊刑法第九十一條第九十三條ニ於テ加重處分ハ本刑ニ一等ヲ加フトセシヲ修正シタルモノナリ蓋シ短期間ニ再三罪ヲ犯スカ如キ惡癖ニ傾ケル者ニ對シテハ斷然タル加重處分ヲ施スニ非ラサレハ刑期又ハ金額ノ四分ノ一(舊刑法ノ所謂一號)ヲ加重スルカ如キ些々タル處分ニテハ到底累犯ヲ防止スルニ足ラサルナリ是レ本條ニ於テ舊刑法ノ規定ヲ修正シ再犯加重ノ程度ハ再犯ノ罪ニ付キ定メタル懲役ノ長期ヲ二倍シタル廣範圍ニ於テ適當トスル刑期ヲ定メシムルコトトナセシ所以ナリ

第五十八條　裁判確定後再犯者タルコトヲ發見シタルトキハ前條ノ規定ニ從ヒ加重スヘキ刑ヲ定ム

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

修正理由　舊刑法ハ裁判當時前科ヲ隱蔽シ確定後之ヲ發見スルモ加重處分ヲ施ササルモノト爲セシカ此ノ如キハ再犯加重ノ制度ヲ設ケタル本旨ニ乖戻スルコト甚シキモノト謂ツヘシ是レ本條第一項ノ規定ヲ設ケ裁判確定後再犯者タルコトヲ發見シタル場合ニ於テモ尙ホ且ツ第五十七條ノ規定ニ基キ加重處分ヲ爲スヘキコトヲ規定セルニ至リシ所以ナリ

前條ニ於テ略述セシ如ク舊刑法ニ於テハ再犯加重ノ分量輕キニ失セシニ拘ハラス尙ホ其加重ヲ免レンコトヲ計リ犯人ハ常ニ隱蔽スルニ汲々タリ本法ニ於テハ加重ノ分量ヲ增加セシニヨリ前科ヲ隱蔽スルコトハ一層甚シカルヘキナリ故ニ裁判當時ニ再犯若クハ三犯以上ノ者タルコトヲ隱蔽セシモノ裁判確定後ニ至リ其事實ヲ發見シタルトキハ更ニ再犯加重ノ處分ヲ爲スヘキ必要アリ是レ又新刑法カ本條ヲ特設スルニ至リシ所以ナリ

義解

義解　本條ハ再犯若クハ三犯以後ノ罪ヲ裁判スルニ當リ前科ヲ隱蔽セシモノ後日前科アリシコトヲ發覺セシ場合ニ再犯者(若クハ三犯者等)タル事實ノ發見セシ時期如何ニヨリ之ヲ裁判確定前ト裁判確定後及刑ノ執行中ト執行終了後ノ三段ニ分チ再犯加重ノ處分ヲ爲スヘキヤ否ヤヲ定メタリ

第一 刑ノ言渡後ナルモ裁判確定前、再犯者(若クハ三犯以上ノ者)タル事實ヲ發見セシトキハ檢事ハ直ニ公訴ヲ爲シ第五十七條ノ規定ニ從ヒ加重シタル刑ノ言渡ヲ受ケシムルコトヲ得、是レ刑事訴訟手續上當然ノ事ナルニヨリ本條ニ於テハ何等ノ規定ヲ設ケサリシナリ

第二 刑ヲ言渡シタル裁判確定シタル後ハ最早檢事ヨリ上訴シテ加重處分ヲ受ケシムルコトヲ得サルニヨリ其犯罪事實ニ付キ最終ノ判決ヲ爲シタル裁判所ノ檢事ハ其裁判所ニ加重處分ノ請求ヲ爲スヘシ是レ本條第一項ノ規定スル所ニシテ其手續ハ新刑法施行法第五十三條ニ規定アリ

第三 再犯者タルコトヲ知ラサルタメ加重處分ヲ爲サスシテ言渡シタル刑ノ執行ヲ終リタル後、再犯若ハ三犯以上ノ者ナリシ事實ヲ發見シタルトキハ如何スヘキヤ若シ刑罰勵行ノ理論ヲ一貫セントセハ第五十七條ノ規定ニ從ヒ加重スヘキ刑ヲ定メ其刑期ヨリ前ニ言渡シタル刑期ヲ引キ去リ其殘期間ハ刑ノ執行ヲ爲スヘキモノナリ然トモ斯クテハ犯人ヲシテ放免後漸クニシテ取リ付キ得タル生計ノ途ヲ失ハシメ其結果再ヒ不法ノ行動ヲ

催ス傾アルノミナラス裁判ノ際、再犯者タルコトヲ知ラサリシニ付テハ刑罰權實行ノ職責アル國家ノ代表者ノ側ニ於テモ多少ノ手落アルニ依リ寧ロ恩惠的ニ加重處分ヲ免除スルコトト爲セリ(本條第二項)

再犯者タルコトヲ知ラス從テ加重處分ヲ爲サスシテ刑ヲ言渡シタルモ後日、其執行ヲ免除セラレタル者(特赦又ハ時效ニヨリ)ニ對シテハ裁判確定後再犯者トシテ刑ヲ加重スヘキ事實ヲ發見スル場合ニ於テモ第五十七條ニヨリ再犯加重ノ處分ヲ爲サス蓋シ此ノ如キ場合ニハ假令加重シタル刑ヲ言渡シアリタルモ全然其刑ヲ執行スルコトナキモノナレハナリ

第五十九條　三犯以上ノ者ト雖モ仍ホ再犯ノ例ニ同シ

字解 再犯ノ例ニ同シ加重處分ヲ爲スナリト云フ義ニシテ詳言スレハ第五十六條乃至第五十八條ニ所謂、再犯ノ文字ニ換フルニ三犯若クハ四犯ト云フ文字ヲ以テセハ三犯以上ノ場合ニ於ケル加重處分ノ規定ヲ得ヘシ

義解 本條ハ三犯以上ノ者ニ對スル加重方法ヲ規定スルモノニシテ再犯同樣

ノ規定ヲ適用シ特別ノ加重例ナキコト勿論ナリト雖モ第五十七條ニ規定スル加重ノ範圍内ニ於テハ再犯加重ノ場合ヨリ比較的長キ期間ノ刑ヲ定ムヘキコト勿論ナリトス

第十一章　共犯

修正要旨

修正要旨　本章ハ舊刑法第一編第八章數人共犯ニ關スル規定ヲ修正シタルモノニシテ字句ニ多少ノ異同アルモ規定ノ趣旨ニ於テハ二者ノ間ニ大差ナシ唯タ本法第六十五條一項ハ舊刑法ノ規定中ニ存在セサリシ所ニシテ殊ニ從來一部ノ學説ニ反對スル所ノモノニシテ新刑法ノ創見ナリ

共犯ト單獨犯ノ異同、共犯ニ關スル概念、共犯ノ種類等ニ關シテハ理論第二章第五節第一款及第二款ニ於テ其要旨ヲ説明セリ

第六十條

第六十條　二人以上、共同シテ犯罪ヲ實行シタル者ハ皆正犯トス

字解

字解　共同シテ犯罪ヲ實行シタル者トハ各人共同シテ罪ヲ犯ス意思ヲ有シ且此意思ニ基キ犯罪行爲ヲ實行スルヲ云フ蓋シ總テノ犯罪ハ犯意ト此ニ基ク犯罪行爲ノ二條件ヲ具フルコトヲ要スルヲ以テ共犯ノ場合ト雖モ各犯人各別ニ此二條件ヲ具備スルコトハ勿論共犯各自ノ間ニ意思ノ連絡アルコトヲ要ス若シ此意思ノ連絡ナルモノナカランカ各箇獨立ノ數罪アルモ所謂共犯ナルモノハ存在セサルナリ

義解

義解　正犯ニハ單獨正犯ト共同正犯ノ二種アリ本條ハ共同正犯ナルモノノ意義ヲ定メタルモノニシテ即チ二人以上ノ者カ共同シテ一犯罪行爲ヲ實施シタルタメ各自實行者トシテノ刑責ヲ負擔スルヲ正犯ト云フ所謂共同シテ犯罪ヲ實行シタルトハ二人以上ノ間ニ相連結セル犯意ニ基キ着手以上ノ犯罪行爲ヲ實施スルヲ云フ此ノ如クニシテ現實ニ犯罪行爲ヲ行フ點ニ於テ教唆ト異ナリ又他人ノ犯行ヲ幇助スルニアラス主働者トシテ着手以上ノ犯罪行爲ヲ實施スル點ニ於テ從犯ト異ナルモノナリ

第六十一條

第六十一條　人ヲ教唆シテ犯罪ヲ實行セシメタル者ハ正犯ニ準ス

教唆者ヲ教唆シタル者亦同シ

修正要旨 本條ハ舊刑法第百五條ヲ修正シタルモノニシテ其要點左ノ如シ

(1) 舊刑法ハ人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯サシメタル者トアリシモ本條ハ人ヲ教唆シテ犯罪ヲ實行セシメタル者ト改メタリ是レ新刑法カ重罪、輕罪、違警罪ノ區別ヲ廢止シタルヨリ自然ニ必要トナリシ修正ナリト雖モ他方ニ於テハ拘留又ハ科料ニ處スヘキ罪(舊刑法ノ所謂違警罪ニシテ警察犯ハ性質ヲ有セサルモノ)ニ對シテモ特別ノ規定アル場合ニハ教唆犯ノ成立ヲ認ムルニ至リシヲ以テ(第六十四條規定ノ內容ニ於テモ多少差異アルモノト云フコトヲ得ヘシ

(2) 舊刑法ハ教唆者ヲ以テ正犯ト爲スト規定シタリシタメ教唆犯ト正犯ハ同一性質ノモノナルヤ否ヤニ付キ疑義ヲ生セシムルノ餘地アリシヲ以テ新刑法ハ正犯ニ準スト明定シ二者性質上ノ差異アルコトヲ明確ナラシメタリ

(3) 教唆者ノ教唆ハ教唆犯タルヤ否ヤハ舊刑法ノ解釋論トシテ學說ノ一定

セサリシ所ナリシカハ新刑法ハ本條第二項ヲ特設シテ解釋上一點ノ餘地ナキニ至ラシメタリ

字解 正犯ニ準ストハ教唆者ハ其性質上實行正犯ニアラサルコト勿論ナルモ實行正犯同樣ノ刑ヲ加フト云フ意ナリ

教唆者ヲ教唆シタル者トハ甲カ乙ヲ教唆シ丙ニ强盜罪ヲ犯サシムル教唆ヲ爲シタリトセハ乙ハ通常ノ教唆者ニシテ甲ハ教唆者ノ教唆者ナリ亦同シトハ教唆者ヲ教唆シタル者ハ教唆犯同樣正犯ニ科スヘキ刑ヲ科スト云フ意ナリ

義解 本條ハ教唆犯ノ定義ヲ定メタルモノニシテ其所謂犯罪ヲ實行セシメトハ自ラ犯罪行爲ヲ實施セサルコトヲ意味ス(註一)ルモノニシテ此點ニ於テ實行正犯トノ差異ヲ生シ又他人ノ犯罪ニ加工スルモノナルモ其加工ノ狀態ハ單ニ被教唆者ニ犯意ヲ惹起セシムルニ止マル是レ此點ハ同シク加擔ノ行爲ナルモ教唆犯カ從犯ト其性質ヲ異ニスル所ナリ

註一 自ラ犯罪行爲ヲ實施セスト云フモ教唆犯ニ犯行ナシト云フ意ニアラ

ス犯罪ハ其種類ノ如何ヲ問ハス常ニ犯意ト犯行ノ二條件ヲ具フルヲ待テ成立ス教唆犯モ一種ノ犯罪ナレハ此二條件ヲ必要トスルコト勿論ナリ唯其ノ犯意及犯行ノ狀態カ正犯及從犯ノ犯意及犯行ト其外形ヲ異ニスルノミ即チ教唆者ノ犯意ハ特定人ヲシテ或罪ヲ犯ス意思ヲ惹起セシメントスル意思ニシテ其犯行ナルモノハ前述ノ犯意ヲ外部ニ發表シ(言語又ハ書面ニヨリ)特定人ヲシテ其罪ヲ犯ス決心ヲ爲サシムル行爲ナリ

教唆犯ハ何故之ヲ處罰スルカ曰縱令自ラ或種ノ犯罪行爲ヲ實施セスト雖モ良民ヲシテ犯罪ノ意思ヲ惹起セシメ終ニ其意思ヲ實行セシムルニ至ルモノニシテ造意ノ張本、犯罪ノ淵源トモ稱スヘク其心情ノ惡ムヘク其害惡ノ恐ルヘキ實行正犯ニ優ル所アリテ劣ル所ナシ是レ本條第一項ニ於テ正犯同樣ノ刑罰ヲ加フヘキ規定ヲ設クル所以ナリ

第六十二條　正犯ヲ幇助シタル者ハ從犯トス

從犯ヲ教唆シタル者ハ從犯ニ準ス

正要　本條ハ舊刑法第百九條ヲ修正シタルモノニシテ其要點左ノ如シ

字解

(1)　舊刑法ハ正犯ヲ幇助スルニ依テ從犯ヲ成立セシムル所ノ犯罪ヲ重罪輕罪ニ限定シタリシモ新刑法ハ其制限方法ヲ改正シ拘留又ハ科料ノミニ處スヘキ罪ハ特別規定アル場合ノミ例外トシテ從犯ヲ成立セシメ(第六十四條)其他ノ犯罪ハ總テ從犯ヲ成立セシメ得ルモノト爲セリ

(2)　第二項ヲ創設シテ從犯ノ教唆者ヲ從犯トシテ處罰スヘキ旨ヲ明ニセリ

字解　幇助シトハ正犯ノ犯罪行爲ニ助勢スルヲ云フ舊刑法ニハ器具ヲ給與シ誘導指示シ其他豫備ノ所爲ヲ以テ云々ト規定シ幇助ニ關スル手段方法ヲ列擧セリト雖モ如此ハ主要ナル事例ヲ列擧スルニ止マリ特ニ明定スル必要ナキノミナラス法文ノ體裁トシテモ嘉ミス可ラサル所アルニヨリ新刑法ハ此等例示的ノ定規ヲ削除セリト雖モ法意ハ彼此ノ間ニ差別ナシ

從犯ニ準ス從犯ノ教唆ハ其性質教唆犯ニ屬スト雖モ結果ニ於テハ從犯ト異ナル所ナキニヨリ其處罰ハ從犯ト同シク正犯ノ刑ヨリ減輕シタル刑ヲ以テ處罰スト云フ意ナリ

義解

義解　本條第一項ハ從犯ノ定義ヲ下シタルモノニシテ從犯ナルモノハ故意ヲ

以テ正犯ヲ幇助スルニ依テ成立スル所ノ犯罪ナリ犯罪ナルヲ以テ犯意犯行ヲ要件トスルコト勿論ナリ從犯ノ犯意ハ他人ノ犯罪ヲ幇助スル意思ニシテ從犯ノ犯行ハ此意思ニ基ク幇助行爲ニシテ正犯ノ犯罪行爲ヲ容易ナラシムヘキ一切ノ行爲ナリ本條第二項ノ規定ハ新刑法ノ創設ニ係ルコト前述ノ如ク而其解釋ニ至テハ學者其意見ヲ異ニスルヲ聞カスト雖モ此規定ヲ設定スルノ可否ニ付テ區々ノ見解アリ一種ノ學者ハ注意的ノ規定ナリト論定シ其理由トシテ「從犯ヲ教唆スルコトニ依テ正犯ヲ幇助スル者即チ間接從犯トシテ處罰スル者ヲ明示シタルモノニシテ同シク同條第一項ノ適用ヲ注意的ニ規定シタルニ過キス云々」是レ間接幇助ノ當然處罰スルコトヲ得ト云フ前提ニ基ク決論ナリ刑法法理上間接幇助ハ常ニ當然之ヲ處罰シ得ルヤ予輩ハ轉タ其論定ヲ疑ハサルヲ得サルナリ直接幇助タル普通ノ從犯スラ之ヲ處罰スルニ特別ノ明文ヲ要ストスル以上ハ一層強キ理由ヲ以テ間接幇助ヲ處罰スルニハ法ノ明文ヲ要スト論定セサル可ラス從テ本條第二項ハ當然ノ事ヲ注意的ニ規定シタルモノニアラスシテ規定スルノ必要アッテ特ニ規定シタルモノニアラサルナキカ如此明文ナカリシ舊刑法ノ解釋論トシテ從犯ノ教唆ヲ處罰シ能ハサリシ事實ニ鑑ミレハ蓋シ思ヒ半ハニ過キム

第六十三條　修正理由　字解

第六十三條　從犯ノ刑ハ正犯ノ刑ニ比シテ減輕ス

修正理由　本條ハ舊刑法カ從犯ノ刑ハ正犯ノ刑ヨリ一等ヲ減シテ處罰セシ規定ヲ修正シ其ノ減輕ノ程度ヲ大ナラシメタルモノナリ蓋シ正犯ト從犯トノ性質上ノ差異及其各犯行ヨリ發生スル結果ノ大小ハ分量ノ多少ニアラスシテ其品種ヲ異ニス換言スレハ正犯各自ハ罪ノ主働者ナルニ反シ從犯ハ主働者ノ從者ニシテ主要ナラサル職務ニ從事セシ主働者ニ非ラサルナリ從テ其犯行ニ對スル罪責ノ程度モ大ニ懸隔ヲ付セサル可ラス舊刑法ノ如ク正犯ノ刑ヨリ其刑期全額四分ノ一(即チ一等)ヲ減少スルノミニテハ從犯ノ刑ハ尚ホ重キニ失ス蓋シ新刑法カ其減輕ノ程度ヲ增加シタル所以ナリ

字解　減輕ス　新刑法ニ於テ刑ヲ減輕スヘキ場合ニハ舊刑法ノ如ク減輕ノ程度ヲ一々各條項ニ規定セス第六十八條ニ於テ各減輕ノ場合ニ共通スル減輕例ヲ規定シ刑ヲ減輕スヘキ場合ニハ常ニ其減輕例ニ依ラシムルコトトセリ從

テ本條ノ減輕程度モ同條ノ減輕例ニ依ルヘキコト勿論ナリトス

第六十四條

第六十四條 拘留又ハ科料ノミニ處スヘキ罪ノ教唆者及從犯ハ特別ノ規定アルニ非サレハ之ヲ罰セス

義解

義解 新刑法ハ重罪、輕罪、違警罪ノ區別ヲ廢止シタル結果トシテ教唆犯從犯ヲ成立セシムヘキ犯罪ヲ罪ノ種類ニ依テ區別セス科スヘキ刑ヲ標準トシテ其區別ヲ設ケ拘留又ハ科料ノミニ處スヘキ罪ニ關シテハ原則トシテ教唆犯又ハ從犯ヲ成立セシメス特別ノ規定アル場合ニ限リ例外トシテ此種ノ罪ニ對シ教唆犯又ハ從犯ヲ成立セシムルコトトセリ

第六十五條

字解

第六十五條 犯人ノ身分ニ因リ構成スヘキ犯罪行爲ニ加功シタルトキハ其身分ナキ者ト雖モ猶ホ共犯トス身分ニ因リ特ニ刑ノ輕重アルトキハ其身分ナキ者ニハ通常ノ刑ヲ科ス

字解 犯人ノ身分ニ因リ構成スヘキ犯罪トハ犯人ニ特別ノ身分(註一)アルニ因テノミ成立スヘキ犯罪ナリ例ヘハ公務員タル身分ナキ者カ其職務ニ關シ賄賂ヲ收受シタリトスルモ取賄罪ヲ成立セシメサルカ如シ

註一 犯罪ニ關スル特別ノ身分トハ瀆職罪(第二十五章)ニ於ケル公務員タル資格、逃走罪(第六章)ニ於ケル看守者、墮胎罪(第二十九章)ニ於ケル醫師、産婆、藥劑師、藥種商、秘密ヲ侵ス罪ニ於ケル醫師、藥劑師、藥種商、産婆、辯護士、辯護人公證人等ノ如シ

義解

義解 犯人ニ特別ノ身分アルニ因テ構成スヘキ罪ヲ其身分ナキ者カ共ニ犯シタルトキ之ヲ共犯トシテ處罰スヘキヤ否ヤハ舊刑法上、其明文ナキタメ解釋論區々ニ分シ(註一)多數ノ學說及判決例ハ無罪說ニ傾キシモ法ニ明文ナキタメ疑問ノ種子タルヲ免レサリシニヨリ新刑法ハ本項ヲ特設シテ此種ノ疑問ヲ決定シ犯人ニ特別ノ身分アルニ因テ成立スル犯罪ヲ其身分ナキ者カ加工スルモ共犯トシテ處罰スヘキ旨ヲ明定セリ

註一 身分カ犯罪ノ構成要件タルトキ如此身分ナキ者モ共犯トナリ得ルヤ否ヤハ學說ノ一致セサリシ所ナルモ斯ハ唯々共同正犯ニ關シテナリ教唆犯及從犯ハ正犯同樣ノ身分ナキモ教唆犯及ヒ從犯トシテ之ヲ處罰スルニ

付キ一點ノ異議ナカリシナリ

本條第二項ハ犯人ノ身分ニヨリ刑ニ輕重ノ差別アルトキ其輕重ハ身分ナキ共犯者ニ影響ナキコトヲ決定スルモノニシテ舊刑法第百六條及第百十條第二項ノ規定ヲ修正セシモノナリ舊刑法第百六條ハ正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ加重スヘキ場合ニ他ノ共犯者ニ影響ヲ及ホササルコトヲ規定スルニ止マリ減輕スヘキ場合ノ規定ヲ脫シ又第百十條第二項ハ正犯ノ身分ニヨリ刑ヲ減免スヘキ時ト雖モ從犯ノ刑ヲ減免セサルコトヲ規定スルニ止マリ加重スヘキ場合ノ規定ヲ脫シ共ニ不完全タルヲ免レサリシニヨリ新刑法ハ規定ノ體裁ヲ修飾シタルモ其精神ニ於テハ新舊刑法ノ間ニ些少ノ差異ナシトス隨テ身分ニヨリ刑ヲ加重減輕スヘキ場合ニ於テハ其身分ナキモノハ正犯タルト教唆者タルト將タ從犯タルトヲ問ハス他ノ共犯者ノタメニ生スル加重減輕ノ影響ヲ受ケス通常ノ刑ヲ以テ處罰セラルルモノトス

第十二章　酌量減輕

修正要旨

第六十六條

義解

修正要旨　本章ハ舊刑法第一編第四章第三節(酌量減輕)ノ規定ヲ修正シタルモノナルモ二箇條トモ字句ノ修正ニ過キスシテ規定ノ精神ハ新舊刑法ノ間ニ些少ノ差ナシ

第六十六條　犯罪ノ情狀憫諒スキモノハ酌量シテ其刑ヲ減輕スルコトヲ得

義解　本條ハ酌量減輕ノ意義ヲ說明シタルモノニシテ酌量減輕トハ犯人カ罪ヲ犯スニ至リシ情狀ニ憐諒スヘキ點アルトキ其事情ヲ斟酌シテ普通ノ場合ニ科スル所ノ法定刑(各本條ニ規定スル刑)ヲ減輕スルヲ云フ

新刑法ハ第三十六條、第三十七條、第三十九條、第四十條、第四十二條ニ於テ一般的ノ減輕(又ハ法律上ノ減輕)ヲ規定シ加之各本條ニ於ケル刑期金額ノ範圍ヲ擴張シタルニヨリ最早此以外ニ於テ刑ヲ減輕スル必要ナキカ如キモ前述セシ法律上ノ減輕モ亦各本條ニ於ケル刑期金額ノ範圍ノ廣大ナルモ皆ナ普通ノ場合ヲ觀テ立法者カ抽象的ニ豫定シタル規定ニ過キサレハ此等ノ規定ニ基ク減輕ノミヲ以テハ個々定在ノ場合ニ於ケル特殊ノ情狀アル犯人ニ對シ

テハ尚ホ且ツ酷ニ失シテ罪刑權衡ヲ失スル惡結果ヲ發生セン例ヘハ貧人アリ身體健康ヲ缺キ衣服住ヲ支フルニ足ル勞働ヲ爲ス能ハス辛シテ其日々々ヲ凌キツヽアリシニ一朝老父ノ重病ニ際シ醫藥ノ料ヲ得ントスルモ他ニ方法ナク止ムヲ得ス隣人ノ留守ヲ窺ヒ十錢銀貨五枚ヲ窃取シタリトセン之ヲ刑法ノ法條ニ照スニ其第二百三十五條ニ規定スル窃盗罪ニ該當シ一月以上(第十二條)十年以下ノ懲役ニ處スヘキモノナリ然モ此ノ如キ犯罪情狀アルモノハ之ヲ一月ノ懲役ニ處スルモ尚ホ且ツ重キニ失シテ罪ト刑トノ權衡ヲ得ス是レ舊刑法以來一般ノ減輕及法定刑ノ範圍內ニ於ケル減輕ノ外尚ホ酌量減輕ナル制度ノ存在スル所以ナリ

酌量減輕ノ性質ハ裁判上ノ減輕ニシテ且個別的ノ減輕ナリ

新刑法上ニ於ケル減輕ニ二種類アリ法律上ノ減輕ト裁判上ノ減輕幷ニ一般的ノ減輕ト個別的ノ減輕是ナリ酌量減輕ハ裁判上ノ減輕ナリ即チ事實裁判官カ所犯情狀ヲ斟酌シ其自由裁量ニ基キ特ニ與フル所ノ減輕ナリ故ニ冷酷ナル裁判官アリ第一及第二審ニ於テ酌量スヘキ情狀アルモ之ヲ顧ミス酌量減輕ヲ與ヘスシテ刑ノ宣告ヲ爲シタリトスルモ之ヲ理由トシテ上告スルコトヲ得ス是レ法律上ノ減輕ヲ與ヘサル場合ニ之ヲ理由トシテ常ニ上告ヲ爲シ得ルト大ニ其結果ヲ異ニスル所ナリ

酌量減輕ハ個別的ノ減輕ナリ即チ個々實在ノ場合ニ於ケル千種萬樣ナル特殊ノ事情ヲ斟酌シ個々別々ニ與フル所ノ減輕ニシテ一般的ノ減輕(一定ノ條件ヲ備具スル場合ニ法律ノ規定ニ基キ當然與フル所ノ減輕(即チ第一編第七章ノ減輕從犯、未遂犯ノ減輕)ト大ニ其趣ヲ異ニスル所ナリ

第六十七條　法律ニ依リ刑ヲ加重減輕スル場合ト雖モ仍ホ酌量減輕ヲ爲スコトヲ得

字解　法律ニ依リ刑ヲ加重スル場合トハ併合罪ノ加重(第一編第九章)及累犯加重(第一編第十章)ナリ

法律ニ依リ刑ヲ減輕スル場合トハ(1)程度ヲ超ヘタル正當防衛ノ場合ニ於ケル減輕(第三十六條第二項)(2)程度ヲ超ヘタル危難防衛ノ場合ニ於ケル減輕(第三十七條第一項但書)(3)心神耗弱者ノ行爲(第三十九條第二項)(4)瘖啞者ノ行爲

（第四十條後段）(5)自首減輕（第四十二條）(6)未遂罪ノ減輕（第四十三條第一項）(7)中止犯ノ減輕（第四十三條第二項）(8)從犯ノ減輕（第六十三條）(9)各本條ニ規定スル減輕ニシテ第百七十條、第百七十一條、第百七十三條ノ減輕ノ如シ

義解　酌量減輕ヲ爲ス本旨ニ依レハ（前條ノ義解參照）法律ノ規定ニ基キ刑ヲ加重減輕スル場合ト雖モ尙ホ且ツ犯罪ノ情狀ヲ酌量シテ減輕ヲ爲スニ非ラサレハ酌量減輕ナル制度ヲ採用セシ趣旨ヲ貫徹スル能ハサルヤ勿論ナリ故ニ本條ハ注意的ノ規定ニシテ法律上ノ加重ヲ爲ス場合ヲモ尙ホ酌量減輕ヲ爲シ得ルコトヲ明定シ些少ノ疑ナカラシメンコトヲ期シタルモノト解スルノ外ナク理論上ヨリ推究スルハ畢竟無用ノ規定ナリ

第十三章　加減例

本章ハ舊刑法第一編第三章（加減例）及同第六章（加減順序）ノ二章ヲ合シテ之ニ加除修正ヲ加ヘタルモノナリ

一　創設シタル規定ハ法律上ノ減輕ニ關スル規定ヲ酌量減輕ニ準用スヘキ第七十一條ノ規定ナリ創設理由ハ同條義解ニ於テ説明ス

二　刪除セシ規定ハ國事犯ト非國事犯トヲ區別セル重罪ノ加減等級例（第六十七條第六十八條）是ナリ新刑法カ重罪、輕罪、違警罪ノ區別ヲ廢止シ隨テ又國事犯ト非國事犯トニ對スル主刑ノ區別ヲ廢止セシヨリ自然ニ生スル結果ナリ又舊刑法第七十條乃至第七十四條ノ規定ヲ削除セシハ新刑法第十四條乃至第十七條ノ規定ニ於テ前記舊刑法ノ規定ヲ不必要ナラシムヘキ規定ヲ設ケタルニ由ル

三　此他ハ字句ノ修正ニ過キスシテ規定ノ精神ニ於テハ彼此ノ間ニ差別ナシ

四　本章ニ題シテ加減例ト云ヒ第六十八條乃至第七十一條ニ於テ減輕例ヲ規定スルモ加重例ニ關シテハ一條一項ノ規定ナシ（唯第七十二條ニ加減順序ノ規定アルニ、止マル）是レ法律ニ輕キ犯罪ヲ加重スル場合ハ累犯加重ト併合罪ノ加重アルノミニシテ其加重程度ハ各章ニ於テ之ヲ規定スルカ故ニ別ニ本章ニ於テ一般的加重例ヲ明定スル必要ナキニ職由スルモノナリ

第六十八條　法律ニ依リ刑ヲ減輕スヘキ一個又ハ數個

ノ原因アルトキハ左ノ例ニ依ル

一　死刑ヲ減輕スヘキトキハ無期又ハ十年以上ノ懲役若クハ禁錮トス

二　無期ノ懲役又ハ禁錮ヲ減輕スヘキトキハ七年以上ノ有期懲役又ハ禁錮トス

三　有期ノ懲役又ハ禁錮ヲ減輕スヘキトキハ其刑期ノ二分ノ一ヲ減ス

四　罰金ヲ減輕スヘキトキハ其金額ノ二分ノ一ヲ減ス

五　拘留ヲ減輕スヘキトキハ其長期ノ二分ノ一ヲ減ス

六　科料ヲ減輕スヘキトキハ其多額ノ二分ノ一ヲ減ス

字解

字解　法律ニ依リ刑ヲ減輕スヘキトハ所謂法律上ノ減輕ニシテ法律上ノ減輕トハ法律ノ規定スル場合ニ該當スルトキハ當然減刑セラルヘキモノニシテ其場合ハ第六十七條ノ字解法律ニヨリ刑ヲ減輕スヘキ場合ノ説明中ニ詳ナリ

義解

一箇又ハ數個ノ原因アルトキト雖モ常ニ一回減輕スルニ止メ減輕原因ノ回數ニ應シテ減輕セス蓋シ舊刑法ハ主刑ノ種類ヲ細別シ十有四個ノ階級ヲ設ケ加減ノ原因數個アル場合ニ於テハ一箇毎ニ之ヲ加減スルコトト爲セシカ新刑法ハ主刑ノ種類ヲ六種ト爲シ同時ニ其刑期金額ノ範圍ヲ擴張シタルニヨリ一回減輕スレハ著シク刑ヲ減輕シタル結果ヲ生スルニヨリ假令數個ノ減輕原因アルトキト雖モ之ヲ合シテ一ト爲シ唯々一回減輕スルニ止メタリ

義解　本條ハ法律ニ依リ刑ヲ減輕スヘキ場合ニ於ケル主刑ノ減輕方法ヲ規定セルモノニシテ即チ左ノ如シ

第一項　死刑ヲ減輕スヘキトキハ無期懲役若クハ十年以上ノ有期懲役ニ減

輕シ或ハ無期禁錮若クハ十年以上ノ有期禁錮ニ減輕ス

死刑ヲ懲役ニ減輕スヘキカ將タ禁錮ニ減輕スヘキカハ第二編ニ於ケル各本條ニ於テ死刑ヲ科シタル罪ノ性質如何ニ依テ判斷セサル可ラス即チ懲役ニ該ル罪ト同質ノ罪ナラハ懲役ニ減輕ス(例ヘハ第七十五條ニ於テ皇族ニ對シ危害ヲ加ヘタル者ハ死刑ニ處シ危害ヲ加ヘントシタル者ハ無期懲役ニ處ストアル場合ノ如シ即チ皇族ニ對スル危害罪ト危害ヲ加ヘントシタル罪トハ同質ノ犯罪ナリ故ニ若シ危害罪ニ對シ減輕スヘキトキハ懲役ニ減輕スヘキナリ)禁錮ニ該ル罪ト同質ノ罪ナラハ減輕シテ禁錮ニ處ス(例ヘハ第七十七條第一號ニ首魁ハ死刑又ハ無期禁錮ニ處ストアル場合ノ如シ此場合ニハ死刑モ禁錮モ同一性質ノ犯罪ニ對スル刑罰ナレハ死刑ヲ減輕スヘキトキハ禁錮ニ處スヘキモノトス)

第二項　無期ノ懲役ヲ減輕スヘキトキハ七年以上ノ有期懲役ニ處シ無期禁錮ヲ減輕スヘキトキハ七年以上ノ禁錮ニ處ス

第三項　有期ノ懲役又ハ禁錮ヲ減輕スヘキトキハ減輕ノ基本トナルヘキ懲役又ハ禁錮ノ刑ノ最長期及最短期(各本條ニ規定スルヲ各二分ノ一ト爲シ其範圍內ニ於テ適當ノ刑期ヲ裁定セシム

但シ懲役又ハ禁錮ノ最短期ハ一月ナルモ(第十二條第一項第十三條第一項)

前述ノ如キ減輕方法ヲ採用スル結果其最短期カ一月以下ニ降ルトキハ減輕シテ一月以下ノ期間ヲ定ムルコトヲ得(第十四條)

第四項　罰金ヲ減輕スヘキトキハ其基本トナルヘキ罰金ノ最多額及最寡額(各本條ニ規定スル)ヲ各二分ノ一ト爲シ其範圍內ニ於テ相當ノ罰金額ヲ裁定セシム

但シ罰金ノ最寡額ハ二十圓ナルモ(第十五條前段)前述セシ減輕方法施行ノ結果其最寡額カ二十圓以下トナルトキハ二十圓以下ノ罰金額ニ處シ得ヘキハ勿論ナリトス(第十五條後段)

第五項　拘留ヲ減輕スヘキトキハ減輕ノ基本トナルヘキ拘留ノ(各本條ニ規定スル)長期ヲ二分ノ一ト爲シ其日數以下一日以上ノ範圍內ニ於テ適當ノ拘留日數ヲ裁定セシム

第六項　科料ヲ減輕スヘキトキハ減輕ノ基本トナルヘキ科料(各本條ニ規定スル)ノ多額ヲ半減シ其金額以下十錢以上ノ範圍內ニ於テ適當ノ金額ヲ裁定セシム

(注意)　第三號ニハ刑期ト記載シ最長期最短期アルコトヲ推想セシムルモ第五項ニハ其長期ト規定シ短期ナキコトヲ明ナラシメタルハ新刑法第二編ニ於ケル各本條ニ拘留ヲ法定刑トセル場合ニハ單ニ拘留ニ處スト規定シ長期及短期ヲ規定セサルニヨル又第四號ニハ金額トアリ最多額最寡額アルコトヲ推想セシムルニ反シ第六號ニハ單ニ多額ト規定シ寡額ナキコトヲ明白ナラシメタルハ新刑法第二編ニ於ケル各本條ニ科料ヲ法定刑トセル場合ニハ單ニ科料ニ處スト規定シ多額及寡額ヲ規定セサルニ由ルモノトス

第六十九條　法律ニ依リ刑ヲ減輕スヘキ場合ニ於テ各本條ニ二箇以上ノ刑名アルトキハ先ツ適用スヘキ刑ヲ定メ其刑ヲ減輕ス

字解　各本條ニ二個以上ノ刑名アルトキトハ一犯罪ニ對シ撰擇的ニ二個又ハ三個若クハ四個ノ刑名ヲ定ムルヲ云フ例ヘハ第二百六十三條ニ六月以下ノ懲役若クハ禁錮又ハ五十圓以下ノ罰金若クハ科料ニ處ストアルカ如シ

義解　死刑ハ前數箇ノ減輕原因アルモ唯一回減輕スルニ止マルコト前條ニ於テ說明セシ所ノ如シ又減輕スヘキ基本ノ刑如何ニヨリ減輕スヘキ程度ヲ異ニスルコト前條第一號乃至第六號ニ規定スル所ノ如シ隨テ法律ニ依リ減輕スヘキ場合ニ二個以上ノ刑名アルトキハ先ツ何レノ刑ヲ適用スヘキヤヲ定メ其刑ヨリ如何ナル程度ノ減輕ヲ爲スヘキヤヲ確定セサル可ラス是レ新刑法カ他ノ修正規定トノ權衡上本條ノ規定ヲ設クルニ至レル所以ナリ

第七十條　懲役、禁錮又ハ拘留ヲ減輕スルニ因リ一日ニ滿サル時間ヲ剩ストキハ之ヲ除棄ス

罰金又ハ科料ヲ減輕スルニ因リ一日ニ滿タサル金額ヲ剩ストキハ亦同シ

義解　本條ハ第六十八條ノ規定ニ基キ刑ノ減輕ヲ爲スニ當リ刑期又ハ金額ニ

端數ヲ生シタルトキニ於ケル計算ヲ規定シタルモノナリ

第六十八條第三號及同第五號ノ規定ニ依レハ有期懲役、有期禁錮、拘留ヲ減輕スヘキトキハ刑期ノ二分ノ一ヲ減スルモノナルユエ減輕ノ基本トナルヘキ刑期(各本條ニ規定スル刑)カ奇數ナルトキハ一日ニ滿タサル期間ヲ生スルコトアリ例ヘハ拘留ノ長期ヲ二十三日ナリトシ之ヲ減輕スルタメ其二分ノ一ヲ控除スルトキハ十一日十二時間トナル本條第一項ハ如此場合ニ十二時間ヲ除棄シ單ニ十一日ノ拘留ニ處スヘシト命スルナリ又第六十八條第四號及第六號ノ規定ニヨレハ罰金科料ヲ減輕スヘキトキハ其金額ノ二分ノ一ヲ減スヘキモノナルニヨリ若シ減輕ノ基本トナルヘキ金額(各本條ニ規定スル)カ奇數ナルトキハ一錢未滿ノ端數ヲ生スルコトアリ例ヘハ二十四圓九十七錢ノ罰金ニ處セラルヘキ場合ニ之ヲ減輕スルトキハ十二圓四十八錢五厘ノ罰金ヲ科スヘキコトナル本條第二項ハ如此場合ニ一錢ニ滿タサル端數五厘ヲ除棄シ單ニ十二圓四十八錢ノ罰金ヲ科スヘシト命スルモノナリ

第七十一條　酌量減輕ヲ爲スヘキトキ亦第六十條及前

條ノ例ニヨル

義解　第六十八條乃至第七十條ニ規定スル所ハ法律ニ依リ刑ヲ減輕スヘキ場合ノ規定ナリ然ルニ酌量減輕ハ裁判上ノ減輕ナルコト前述ノ如シ故ニ(第六十六條ノ義解參照)法律上ノ減輕方法タル第六十八條乃至第七十條ノ規定ヲ裁判上ノ減輕タル酌量減輕ノ場合ニ適用ス可ラス隨テ酌量減輕ノタメ特ニ減輕法ヲ規定スル必要アル所以ナリトス

然ルニ刑ノ減刑方法及減輕計算上、日及錢以下ノ端數ヲ生シタル場合ニ之ヲ除棄スヘキヤ否ヤニ關シテハ第六十八條及第七十條ノ規定ト異ナル規定ヲ設クヘキ理由ナキニヨリ本條ニ於テ前段ノ規定ヲ設ケテ單ニ第六十八條及第七十條ノ規定ヲ準用スヘキモノトセリ

第七十二條　同時ニ刑ヲ加重減輕スヘキトキハ左ノ順序ニ依ル

一、再犯加重

二、法律上ノ減輕

三、併合罪ノ加重
四、酌量減輕

修正要旨　本條ハ舊刑法第一編第五章(加減順序)第九十九條ヲ修正シタルモノニシテ前數條ニ於テ舊刑法ヲ修正シタル自然ノ結果トシテ本條ノ修正ヲ要スルニ至リタルモノナリ一例ヲ擧クレハ新刑法ニ於ケル法律上ノ減輕中ニハ舊刑法ノ所謂宥恕輕減ノ一部及自首減輕ヲ包含スルニヨリ舊刑法ノ如ク二者ヲ列擧セス單ニ法律上減輕ト規定シ又舊刑法ニ於テハ法律上ノ一般的加重ノミナリシカ新刑法ニ於テハ併合罪ノ加重ナルモノアルヲ以テ第三位ニ於テ併合罪ノ加重ナルモノヲ列記スルニ至レリ

本條ニ於テ加減順序ヲ定ムルニ付キ再犯加重ヲ第一ニ置キタルハ若シ現實ノ犯罪ニ關シ再犯ノ事實アラハ其刑期ハ本刑ノ長期二倍以下ト定メアルヲ以テ(第五十七條)再犯ニ因リ加重シタル刑ハ殆ント其罪ニ對スル本刑ナルト同一ノ性質アルヲ以テ之ヲ加減順序ノ第一位ニ置キタルモノナリ次ニ法律上ノ減輕ヲ爲スハ此減輕ハ法律ノ規定ニ基キ減輕スヘキ各場合ニ於テ必ラス減輕セサル可ラサルモノナレハナリ併合罪ノ加重ヲ第三位ニ置キタルハ前記二箇ノ加減原因ニヨリ各罪ニ付キ一旦相當ノ刑ヲ定メタル後併合罪ノ規定ニヨリ刑ヲ定ムル必要アルニヨル最後ニ酌量減輕ヲ置キタルハ此種ノ減輕ハ他ノ加重減輕ヲ爲シタル後尙ホ所犯情狀ニ照シ其刑重キニ失スト思料スルトキ裁判官カ任意ニ爲ス所ノ減輕所謂裁判上ノ減輕ナレハ其性質上最後ニ之ヲ置カサル可ラサレハナリ

第二編　罪

本編ハ刑罰法ノ普通法タル本刑法上ニ於ケル各種ノ罪及之ニ對スル刑(所謂法定刑)ヲ規定スルモノニシテ舊刑法第二編乃至第四編ヲ加除修正シタルモノナリ

創設規定

創設規定　新刑法カ創設セシ規定ハ第四章國交ニ關スル罪ナリ蓋シ國際交通ノ頻繁ナルニ伴隨シ外國ノ貴人高官ニシテ內地ニ滯在若クハ旅行スル者日ニ增加スル傾向アリ此時ニ際シ此等ノ貴賓ニ對スル攻擊若クハ侮蔑ノ行爲及外國々家ニ對スル侮蔑的行爲ヲ嚴罰シ以テ之ヲ未發ニ防止セサル可ラス然ラサレハ各本國々民及政府ノ感情ヲ害シ爲メニ國交圓滿ナラサルノ恐アリ是レ先年大津湖南事件ニ於テ露國皇太子ヲ殺害セントセシ兇漢津田三藏ニ對シ普通人ニ對スル謀殺未遂同樣ノ刑ヲ以テ處罰セシタメ(舊刑法第百十六條ニ規定スル危害罪ハ日本帝國ノ皇太子ニ限リ外國ノ皇太子ニ及ハサルヘシト云フ論決ニ基キ)當時露國皇室及ヒ同國官民ノ感情ヲ傷害セシハ顯著

削除規定

ナル事例ナリ新刑法ハ前記ノ國際情況及實例ニ鑑ミ本編第四章ニ於テ三箇條ヲ創設シ之ニ舊刑法第百三十三條及第百三十四條ヲ修正シタル二箇條ヲ合併シ國交ニ關スル罪ト刑トヲ規定セリ

削除規定　舊刑法ハ法典編纂上特別法ヲ以テ規定スヘキ事項若クハ他ノ特別法ト相俟ツテ行ハルヘキ規定ヲ設クルコト多カリキ然モ此ノ如キハ法典ノ體裁上其宜シキヲ失スルノミナラス往々他ノ法令ノ罰則ト重複若クハ抵觸シ解釋上困難ナル問題ヲ生スルコト少カラサリシニ由リ前記各種ノ罪目ハ特別法ニ於テ規定スル目的ヲ以テ悉皆之ヲ削除セリ即チ左ノ如シ

第一　第二編第三章第四節(附加刑ノ執行ヲ遁ルル罪)
第二　第二編第三章第五節(私ニ軍用ノ銃礮彈藥ヲ製造シ及所有スル罪)
第三　第二編第三章第九節(公務ヲ行フヲ拒ム罪)
第四　第百九十八條乃至第二百條(印紙僞造變造行使及再貼罪)
第五　第二編第四章第七節(度量衡ヲ僞造スル罪)
第六　第二編第四章第八節(身分ヲ詐稱スル罪)

第七　第二編第四章第九節(公選ノ投票ヲ僞造スル罪)
第八　第二編第五章第三節(傳染病豫防規則ニ關スル罪)
第九　第二編第五章第四節(危害品及健康ヲ害スヘキ物品製造規則ニ關スル罪)
第十　第二編第五章第五節(健康ヲ害スヘキ飲食物及藥劑ヲ販賣スル罪)
第十一　第二編第五章第六節(私ニ醫業ヲ爲ス罪)
第十二　第二編第九章第一節(官吏公益ヲ害スル罪)
第十三　第二編第九章第三節(官吏財產ニ對スル罪)
第十四　第三編第一章第十三節(祖父母父母ニ對スル罪)
第十五　第三編第二章第四節(家資分散ニ關スル罪)
第十六　第四編(違警罪)

(備考)　前記第三,第四,第五,第七,第八,第十五ニ該當スル舊刑法ノ規定ハ當分ノ內刑法施行前ト同一ノ效力ヲ有ス(刑法施行法第二十五條參照)

第四編違警罪ノ中普通犯ノ性質ヲ有スルモノハ拘留又ハ科料ノ刑ヲ附シテ本法中ニ收メ警察犯ノ性質ヲ有スルモノハ警察犯處罰令(明治四十一年九月二十九日內務省令第十六號)ヲ以テ之ヲ規定セシニヨリ刑法中ヨリ違警罪ナル特殊ノ罪目ヲ削除スルニ至レリ

修正要旨　舊刑法ハ第二編ニ於テ公益ニ關スル重罪輕罪ヲ規定シ第三編ニ於テ身體財產ニ對スル重罪輕罪ヲ規定シタリシカ重罪輕罪違警罪ノ區別及公益ニ關スル罪及私益ニ關スル罪ノ種別ハ刑典編纂上何等ノ利益ナキノミナラス反テ煩雜ヲ來タス原因タルニ過キサレハ新刑法ハ此等無用ノ種別ヲ全廢セリ

舊刑法ハ十有四種ノ主刑ト五種ノ附加刑ヲ設ケタリ(舊刑法第七條乃至第十條)多數ノ主刑ヲ必要トセシ原因ハ罪ヲ重罪輕罪違警罪ノ三種ニ分チ其罪種ニ依テ主刑ノ名稱ヲ異ニセシト重罪ノ主刑ハ國事ニ關スルモノト國事ニ關セサルモノナルトニ依テ其刑名ヲ異ナラシメタルニ依ル然ルニ新刑法ハ重罪輕罪違警罪ノ區別ヲ廢セシト共ニ國事犯ト非國事犯トニヨリ其刑名ヲ區別セサルニヨリ主刑ノ數ヲ僅カ六種ニ減少セリ

舊刑法ハ前述ノ如ク多數ノ刑名ヲ設ケシユヘ刑ノ範圍極メテ狹隘ナリシヲ以テ裁判所ハ其適用ヲ爲スニ當リ自由裁量ヲ爲ス餘地始ント之レナク爲ニ罪刑權衡ヲ失スルニ至リシニヨリ新刑法ハ此弊害ヲ匡救センカタメ主刑ノ數ヲ減少セルト共ニ力メテ刑ノ範圍ヲ擴張シ裁判所ヲシテ適宜ノ刑ヲ裁定セシムル餘地ヲ存シ以テ罪ト刑トノ權衡ヲ得セシメンコトヲ計レリ

第一章　皇室ニ對スル罪

修正要旨

本章ヲ設定スル立法理由

修正要旨　本章ハ舊刑法第二編(公益ニ關スル重罪輕罪)第一章(皇室ニ對スル罪)ヲ修正シタルモノニシテ其主要ナル點ハ(1)天皇三后皇太子ニ對スル危害罪ニ皇太孫ヲ加ヘ(2)天皇三后皇太孫ニ對スル不敬罪ニ皇太孫及神宮ヲ加ヘ(3)不敬罪ニ罰金ヲ附加刑トシタルニアリ

本章ニハ天皇以下各皇族ニ對スル危害罪及不敬罪幷ニ神宮皇陵ニ對スル不敬罪ヲ規定シタルモノニシテ刑法中本章ノ規定ヲ必要トスル所以ハ我國體上特殊ノ理由アッテ存ス史ヲ按スルニ我國皇祖開闢ノ始ヨリ天皇即チ國家ニシテ國家即チ天皇ナリ自然人タル天子ヲ離レ國家ト表裏ヲ相成シテ永久無限ニ帝國主權ノ存在ヲ表彰ス之ヲ皇位ト云フ(憲法第二條)此觀念ハ深ク國民ノ心裏ニ浸染シ永ク後裔ニ相傳ヘ終ニ世界無比ナル萬世一系ノ國體ナルモノヲ成立セシムルニ至レルモノナリ而此天皇即チ國家ナル觀念ハ君主主權說ノ神髓ニシテ獨逸ニ於テハボルンハック一派ノ唱導スル所ニシテ我國ニ於テモ一二國法學者ノ盛ニ主張スル所ナリ

前述ノ如ク天皇即チ國家ナル觀念ハ我邦古來ノ國體上ヨリ云フモ將タ國法學上ノ法理(君主々權說)ヨリ云フモ共ニ正當ナルモノナリトセハ我刑法ヲ制定スルニ當テハ此觀念ヲ注入シ世界無比ナル我國體ノ尊嚴ヲ維持スルコトヲ力メサル可ラス是レ舊刑法ヲ始メ之ヲ修正シタル本法ニ於テ共ニ皇族ニ對スル身體生命名譽ニ對スル不法行爲ヲ重ク處罰スルタメ皇室ニ對スル罪ナルモノヲ特設シ一般國民ノ身體、生命、名譽ニ對スル犯罪ト之レカ區別ヲ設クルニ至レル所以ナリ

第七十三條

第七十三條　天皇、太皇太后、皇后、皇太后、皇太子又ハ太皇孫