サス法律ニ於テ禁制シタル物件ナリ(廿八、十、十五、及ヒ廿八、九、十六、大審院)

○玩弄紙幣ハ廿八年法律第二十八號通貨及ヒ證券模造取締法ニヨリ法律ノ禁制物ナリ(廿八、十一、四、大審院)

○變造證書ハ變造ニ係ル部分ニ限リ之ヲ沒收スヘキモノトス(廿八、十二、廿七、廿八、五、十七、大審院)(變造ニ係ル部分ハ執行官ニ於テ裁取リ又ハ塗抹シ又ハ裏書シテ沒收ノ處分ヲナスヲ得ヘシトアリ)(變造證書ノ變造部分ヲ沒收スルハ當然ナリトノ說明ハ以上ノ外、廿八、五、廿、及ヒ廿七、十、十六、等ノ判決ニモ散見ス)

○沒收ノ處分ハ檢事ノ請求ヲ要スヘキモノニ非ス(廿七、六、廿五大審院)

○貨幣僞造ノ爲メ具ヘタル器械ハ禁制物ナリ(廿八、七、一、大審院)

○爆發物ハ特許ヲ得タルモノニ非サレハ所持スルヲ得サルヲ以テ禁制物ナリ(廿八、六、七、大審院)

○僞造ノ尺度ハ禁制物トシテ沒收セサルヘカラス(廿一、七、十、大審院)

○再貼用ノ印紙ハ禁制物ナリ沒收セサルヘカラス(廿、九、廿、大審院)

○僞造ノ銀貨ハ禁制物ナリ(廿、三、十九、大審院)

○持兇器竊盜ノ兇器ハ罪體ナリ(罪體ノコトハ下ニ說明ス)沒收スヘカラス(廿七、二、廿二、大審院)

犯罪ノ用ニ供シタル物件ノ定義

○沒收ノ宣告ニ符號ヲ用ヒテ物件ノ明示ヲ欠クモ押收目錄ニヨリ識別シ得ヘキ場合ニ於テハ沒收物ヲ明示セスト云フヿヲ得ス(廿九、十二、十四、大審院)

○沒收ノ言渡ハ現存セサル物件ニ對シナスヘキモノニ非ス(廿八、九、十、大審院)

○沒收ノ言渡ナキハ被告ノ利益ニ屬スルヲ以テ之ヲ上告ノ理由トナスヲ得ス(廿八、九、廿六、及ヒ廿八、八、九、大審院)

二、犯罪ノ用ニ供シタル物件

二七三　本號ニ付諸家ノ見解及ヒ物件ノ例示

甲、犯罪供用ノ物件トハ犯罪ヲ遂ルノ具タリシ物件ナリ例ヘハ僞造貨幣ノ摸型及ヒ鑛屬、權衡其他ノ器械或ハ殺傷ニ用ヒタル兇器、盜罪ニ付關鎖ヲ破リタル器具、贓品ヲ運搬スルカ爲メ用ヒタル車馬ノ類ヲ云フ(刑草註釋、龜山氏講義、刑法論綱)(但贓品運搬ノ馬車沒收ハ獨リ刑草註釋ノミ)

乙、罪ヲ犯スニ用ヒタル物件例ヘハ殺傷ニ用ヒタル兇器、鎖鑰ヲ開クニ用ヒタル器械ノ類是ナリ(刑法釋義)

丙、例ヘハ殺傷ニ用ヒシ刀劍、棍棒、放火用ノマツチ燃料、貨幣僞造ニ用ヒシ器

犯罪供用物ノ沒收ハ有意犯ニ限ル

犯罪供用ハ直接ノ用ニ

具、印顆ヲ僞造スルニ用ヒシ及物、門戸墻壁ヲ踰越スルニ用ヒシ梯子等其他枚擧ニ遑マアラス則チ罪ヲ犯スニ當リ手足身体ノ力及ハサル所ヲ物件ニ補ハシムルモノニシテ要スルニ犯意ニ伴フ身体ノ擧動ニ必要ナリトシテ行使シタル自己ノ所有ニ係ル物件ナリ(刑法論)

丁、犯罪供用ノ物件トハ犯罪ノ用ニ供シタルカ又ハ其用ニ供セントセシ武器器械ヲ云フ(フォスタンエリー氏)

二七四　犯罪供用物件ニ付必要ナル條件トシテ其罪質必ス有意犯ナルヲ要ス故ニ過失殺傷ヲ生セシメタル銃砲、棍棒、車馬ノ類ハ沒收スルヲ得ス(刑法論、刑法釋義、十七、二、十五、大審院判例、十五、三、卅一、司法省內訓、龜山氏講義)罪質カ無意犯タル上ハ偶々故意ヲ以テ犯スモ用具ヲ沒收スル能ハス車馬通行ノ禁ハ犯意ノ有無ニ拘ハラス之ヲ罰スルモノナルカ故ニ無意通行ノ時人力車、馬車、荷車、牛車ヲ沒收スル能ハサルハ勿論故意ニ乘拔ケタル者ノ物件モ亦沒收スル能ハス(刑法正義、刑法論)

二七五　犯罪供用トシテ沒收スルニハ必ス直接ニ其用ニ供シタルモノナルヲ要ス間接ノ供用ヲ包含セシムルヲ得ス故ニ阿片烟ヲ喫吹セシ家屋若クハ賭博ヲ行ヒシ家屋ノ如キ間接ノ供用物ハ沒收スルヲ得ス(刑法釋義、刑法正義、龜山氏、松室氏、講義、十五、五、五、司法省內訓)

豫備及ヒ事後ノ用ニ供シタル物件ハ沒收ノ限リニアラス

供シタルモノニ限ル

二七六　犯罪供用ノ物件ハ其罪ノ成立以上及ヒ豫備犯ノ成立シタルモノニ非サレハ沒收セス故ニ既遂及ヒ未遂犯、矢劾犯ノ場合並ニ法律上特ニ豫備ノ所爲ヲ罰スル場合ニ用ヒタル物件ハ沒收シ其他豫備ノ用ニ供シタルモノハ沒收セス又事後ノ供用物モ亦沒收ノ限リニアラス第二七三號ノ甲ノ說刑草註釋ニハ贓品ヲ運搬シタル馬車ヲ沒收スヘキモノトナシアレ共盜犯ハ其物品握手ノ際既ニ成立シタルヲ以テ事後之カ運搬ニ用ヒタル馬車ハ犯罪供用ト云フヘキモノニ非ス故ニ之ヲ沒收スヘキモノヽ部分トナシタルハ信シ難シ這ハ何トカ別ニ說アツテ之ヲ犯罪供用トセラレシカ疑ヲ存ス

犯罪供用物件ノ例示

二七七　鷄ヲ鬪ハセ馬ヲ競ハセテ賭博ヲ犯シ猛犬駿馬ヲ以テ故ラニ人ヲ殺傷スルカ如キハ動物ト雖モ犯罪供用トナシタル以上ハ沒收スルニ害ナシ(刑法論)

犯罪供用物件ト罪体物件トノ區別如何

二七八　犯罪ノ用ニ供シタル物件ト罪体ナル物件トヲ混同スヘカラス例ヘハ第四百二十五條規則ヲ遵守セスシテ火藥ヲ市街ニ運搬シタル者アラン其火藥ハ罪ノ元素ニシテ罪体ナリ沒收スルヲ得ス運搬ニ用ヒタル舟車ハ沒收スヘシ是レ運搬ハ必ス舟車ノミヲ以テスルモノニ非ス故ニ之ヲ罪体ト云フヲ得サレハナリ此外車馬ヲ疾驅シテ行人ヲ妨害シタル車馬ハ亦罪体ナリ此類甚タ多シ總テ罪体ハ沒收スヘキモノニ非ス(刑法釋義)以上ノ說ノ反對トシテ舟車火藥共ニ沒收スヘカラス火藥ハ罪体ナルコト勿論ナリ又舟車ハ罪ヲ犯スニ用ヒタルニ非ス舟車ハ罪ノ元素タル運搬ノ一事ノミニ用ヒタルモノニシテ火藥、市街、運搬及ヒ規則ヲ守ラサルト云フ四ケノ元素具備シタル違警罪ヲ犯スノ用ニ供シタルモノニ非サルナリ(刑法正義)

犯罪供用物件ヲ沒收スルノ理由如何

二七九　法律上罪体ヲ沒收スヘキ規定ナシ故ニ特別ニ之ヲ沒收スヘキ法律ヲ設ケサル限リハ之ヲ沒收スルコトヲ得ス(松室氏講義)

二八〇　犯罪供用ノ物件ヲ沒收スルノ理由ハ其物件其物ハ危險ナラスト雖モ此物件ヲ其犯人ニ還付スルハ何人モ不快ノ感ナキ能ハス還付ノ甚タ穩當ナラサルヲ感スルヲ以テナリ(刑法正義)

裁判例及ヒ決議

二八一　裁判例及ヒ決議

○持兇器竊盜ノ兇器ハ罪体ナリ沒收スヘカラス(廿七、二、廿二、大審院)

○貨幣僞造ノ爲メ具ヘタル器械ハ禁制物ナリ(廿八、七、一、大審院)(故ニ犯罪供用物ニアラス)

○保護鳥ヲ捕獲スルノ用ニ供シタル銃器ハ沒收スヘシ(狩獵法第十七條、同施行細則第十四條、二九、四、十八、法曹會決議)(十九、四、廿七、ノ訓令ニハ銃器ハ罪体トシテ沒收セストアリ參考ヲ要ス)

○私擅ニ醫業ヲナシタル藥劑ハ沒收ノ限リニアラス刑第二五六條ノ罪ハ醫ヲナスヲ以テ犯罪トナシタルニ非スシテ官許ヲ得サルヲ以テ犯罪ノ成立トス故ニ其施藥ニ供シタル藥ハ犯罪ニ關係ナシ(十九、九、廿八、大審院)

○家宅侵入ニ携ヘタル兇器ハ加重ノ事實アル罪体ナリ故ニ犯罪ノ用ニ供シタリトシテ沒收スルヲ得ス(十九、十一、十七、大審院)

○僞造證書ヲ行使シテ財物ヲ騙取シタル時ハ該證書ハ犯罪ノ用ニ供シタルモノナレハ之ヲ沒收ス(十九、四、廿二、大審院)

○既ニ殺害シタル後褌ヲ以テ猶ホ其首ヲ絞タルハ仍ホ蘇生ヲ慮リ爲シタル

事實ノ說明ト解釋スヘケレハ其褌ハ犯罪用ノモノト論セサルヘカラス(廿一、十、五、大審院)

○小麥ヲ手ヲ以テ所持ノ袋ニ入レテ窃取シ立歸ラントシタルモノ此袋ハ窃取ノ用ニ供セントシテ携帶シタル物ナレハ即チ犯罪用ニ供シタルヲ以テ沒收スヘキナリ(廿一、九、十八、同上)

○夜中燈火ナク車馬ヲ疾驅シ禁ヲ犯シテ鷄牛ヲ鬪ハス等ハ即チ車馬ヲ疾驅シ鷄牛ヲ鬪ハスコトヲ以テ罪ヲ得ルモノナレハ車馬、鷄、牛ヲ犯罪用トシテ沒收スヘキモノニ非ス(十五、一、十九、司法省指令)

○盜伐木ニ用ヒタル鋸鎌ハ沒收シ之ヲ持去ル爲メ用ヒシ駄馬及ヒ棒、簀籠ハ沒收ノ限リニアラス(十七、七、十、大審院)

犯罪ニ因テ得タル物件ノ定義

三、犯罪ニ因テ得タル物件

二八二　本號ニ付諸家ノ見解

甲、犯罪ニ因テ得タル物件トハ贋造貨幣ト交換シテ得タル眞貨幣、若クハ貨物(刑法論綱)及ヒ偽證センカ爲メ證人ノ受取タル金額、不法ノ所爲ヲナシ又ハ報酬ヲ受ヘカラサル所爲ヲナサンカ爲メ官吏ノ收受シタル金額ノ類ナリ(刑草註釋、刑法論綱)

乙、偽證人ノ受取タル金額ノ類ナリ(フォースタンエリー氏)

丙、犯罪ニヨツテ所有權ヲ得タルモノヲ云フ官吏ノ收受シタル賄賂、官許ヲ得スシテ開キタル劇場ノ收入、猥褻ノ冊子圖畫ヲ販賣シテ得タル金錢、他人ノ爲メニ度量衡又ハ貨幣ヲ偽造シテ得タル報酬ノ類ナリ(刑法正義、刑法論)

強取竊取詐欺取財ノ贓ハ犯罪ニヨツテ得タル物件ナリヤ

二八三　強取、竊取、詐欺等ニ因テ得タル贓物ハ犯罪ニ因テ得タル物件ナリト云フヲ得ス何トナレハ本號ノ物件ハ本條第一項ノ明文ノ如ク沒收スヘキ物件ノミヲ云フ然ルニ贓物ハ本來沒收スヘキモノニ非スシテ正當ノ所有者ヲ發見シテ之ニ還付スヘキモノナリ若シ之ヲ發見セサル時ニ於テ之ヲ沒收スルハ犯罪ニ因テ得タル物件トシテ沒收スルニ非スシテ無主物トシテ政府ノ所得トナスニ過キス是故ニ此政府ノ得分トナスノ官沒ハ一個ノ刑罰ニ非ナルナリ(刑草註釋、刑法正義、刑法論)

犯罪ニヨリテ得タルモノヽ沒收ハ直接ノ利益ニ限ル

仝上

二八四　本號ノ沒收物件トスルニハ其物件カ犯人ノ所有ニ屬シタルモノナルヲ要ス(刑法釋義)然ルニ贓物ハ其所有權依然被害者ニアリ故ニ之ヲ沒收スルヲ得ス(刑法正義)然ルニ此說ニ反シ强竊盜詐欺ノ贓物ハ犯罪ニヨリ得タル物トシテ沒收スヘシトハ諸家ノ有力ナル說アリ(井上氏、磯部氏、刑法博義、龜山氏、刑法汎論)此說ハ蓋シ本號ノ明文ニ於テハ犯罪ニ因テ得タル物件トノミアッテ犯人ニ所有權アルト占有權アルトヲ區別セス然ラハ犯人ハ贓物ニ付占有權ヲ有スルカ故ニ本號ニ所謂犯罪ニ因テ得タル物件タルニ害ナシトスルモノナラン左レトモ此占有タル其眞ノ所有權者ヲ發見シテ還付スヘキモノナレハ之ヲ本號ノ物件トシテ沒收スルハ穩妥ナラサルカ如シ

二八五　本號ノ沒收ハ直接ノ利益ノミヲ沒收スヘキモノニシテ犯罪ト遠隔シタル第二ノ利益ヲ包含セス故ニ收受シタル賄賂金ハ沒收スヘキモ其金ヲ以テ買取タル米又ハ貨物ハ沒收スルノ限リニアラス是レ第一ノ利益ヨリ第二ノ利益ヲ生シ第二ヨリ第三ノ利益ヲ生シ遂ニ不正ノ原因ノ形跡ヲ知ル能ハサルモノト看做スカ故ナリ(刑草註釋、刑法正義、龜山氏、飯田氏講義)

贓金ヲ物品ニ換ヘ物品ヲ金ニ換ヘタルトキ之ヲ沒收セサル理由如何

刑罰ノ性質タル沒收

行政處分ノ沒收

中間ノ沒收

民事ノ沒收

二八六　贓物ヲ賣ッテ得タル金圓又ハ贓金ヲ以テ買得タル物件ハ之ヲ沒收スルコトヲ得ス何トナレハ贓物若クハ贓金カ一旦他ノ物件ニ變スル時ハ犯人ノ債權者ノ共同擔保物トナルニヨリ濫リニ之ヲ沒收スル時ハ罪ナキ債權者ノ權利ヲ害スルニ至ルヲ以テナリ(松室氏講義)

二八七　沒收ニハ刑罰タル沒收アリ犯人ノ所有物ニシテ之ヲ犯罪ノ用ニ供シ又ハ犯罪ニ因テ得タルヲ目的トシテ沒收スル場合ハ附加刑ナリ故ニ無罪免訴ノ言渡ノ時ハ沒收物モナシ判決未確定ノ間ハ勿論確定後ト雖モ物品ヲ沒收セサル間ニ於テ犯人死亡スレハ相續人ヨリ徵收スル能ハス又行政ノ處分タル性質ヲ含ム沒收アリ犯人ノ所有ニ非サルニ之ヲ沒收スル場合即チ禁制物ノ沒收是ナリ此場合ハ被告カ無罪免訴トナリタル時尙ホ沒收ヲ行フ是レ危險ヲ未發ニ防クノ行政處分タルヘシ又中間ノ沒收ナル者アリ賭博ノ器具ハ禁制物ニ非ス然レ共犯人ノ所有ニ係ルト否トヲ問ハス之ヲ沒收ス(刑第六十一條末項)故ニ犯人ノ所有ニ係ル時ハ其沒收ハ刑罰ノ如ク犯人外ノ所有ナル時ハ其沒收ハ行政處分ナルカ如シ又民事ノ沒收アリ無主物タルヲ理

由トシテ沒收スルハ純粹ノ民事ナリ被害者ヨリ贓物ノ還給ヲ求ムルハ私訴ニ屬シ其請求ナキ場合贓物犯人ノ手ニアル時ハ直チニ被害者ニ還給ス(刑訴第二條、刑第四十八條)故ニ贓物ヲ犯人ヨリ徵收スルハ刑罰ニ非ス又行政處分ニモ非ス一ノ民事事項ナリ(刑法論)

二八八　達內訓及ヒ決議

○遺失物ヲ拾得シテ之ヲ掌握スルハ犯罪前ニアリト雖モ隱匿ニヨリテ之ヲ私用スルモノナレハ其隱匿ノ行爲即チ犯罪ニヨリ得タル物件ト云フヲ得ヘシ故ニ所有者ナキ時ハ官沒ス(法曹會決議第四十八號)

○犯罪ノ用ニ供シ又ハ犯罪ニ因テ得タル物件ハ輾轉シテ他人ノ手ニ在リ及ヒ沒收スヘキモノ若クハ證憑ノ爲メ保存シ置クヲ必要トスル物ヲ除ク外ハ裁判官、檢察官、司法警察官ニ於テ實際ノ便宜ニヨリ裁判言渡アル迄其所有主ヘ假リニ下渡シ置クコトヲ得(十五、六、廿六、司法省丙第二四號達)

○債主ノ所有ニ關スル僞造若クハ變造證書ハ其僞造、變造ノ部分ヲ證書ノ紙尾又ハ裏面ニ朱書シ捺印シテ還付スヘシ(十八、三、九、司法省內訓)

達、內訓、決議

禁制物ハ何人ノ所有タルヲ問ハス沒收スルモノトス(第二號)

犯罪ノ用ニ供シ及ヒ犯罪ニ因テ得タル物件ハ犯人ノ所有ニ係リ又ハ所有主ナキ時ノ外之ヲ沒收スルヲ得ス(第三號)

所有主ナキ時ノ解及ヒ其處分法

◎第四十四條　法律ニ於テ禁制シタル物件ハ何人ノ所有ヲ問ハス之ヲ沒收ス

二八九　禁制物ハ何人ノ所有物タルヲ問ハス之ヲ沒收スルハ其物件ノ存在又ハ占有ノミニテ公衆ノ危害トナル物件ナレハナリ(刑草註釋、刑法釋義)而シテ犯罪供用物件及ヒ犯罪ニ因テ得タル物件カ犯人ノ所有ニ係ルトキ又ハ所有主ナキ時ノ外沒收セサルハ刑罰一身ニ止マルノ原則ニ從フモノナリ(同上)若シ犯人以外ノ所有物ヲモ沒收スルトセハ原則ニ背キ其所有主タル他人ヲ泣カシムルノミ

二九〇　所有主ナキ時トハ其物件カ無主物ナル時ノミニ限ラス所有主ノ知レサル時ハ本案ノ判決ト共ニ沒收ス(刑草註釋、龜山氏講義、十六年司法省丙第二〇號達)其物件ハ裁判所所在地及ヒ犯罪地ニ公告シ一年間ニ所有主發見シタル時ハ檢察官直チニ之ヲ還付ス若シ保存スヘカラサル物又ハ保存費ヲ要スル物ハ公賣ノ上代金ヲ保存シテ之ヲ還付ス(「所有主ナキ時トハ絕對ニ無主物ノ場合ヲ云フニアラス所有主ノ

發見セラレサル場合ヲ云フ」廿八、十、十五、大審院判決「被害者不明トハ被害者ノ有無不明ヲ云フニ非ス其住所氏名ノ不明ナル場合ヲ云フ」廿八、十、十五、同上）

二九一　裁判例

○差押物中所有主ナキモノニ對シ沒收ヲ言渡シタルハ被告人ノ利害ニ影響ヲ及ホスヘキモノニ非サルヲ以テ原判決破毀ノ理由タラス（廿二、一、三〇、大審院）

○木判一個朱肉少々ハ被告ノ所有ニ屬スル物件ニ非ラスシテ所有主金藤清太郎ニ還付ノ言渡ヲナスヘキニ被告ノ所有トシテ沒收シタルハ不當ナリ（廿一、十一、廿、同上）

本條ノ犯人トハ無罪ノ者ヲモ包含ス

第四節　徵償處分

◎第四十五條　刑事ノ裁判費用ハ其全部又ハ幾分ヲ犯人ニ科ス但其費用ノ額ハ別ニ規則ヲ以テ之ヲ定ム（刑訴第二百一條第一項參看）

二九二　本條ノ犯人トハ有罪ノ言渡ヲ受タル者ノミニ限ラサルナリ次條ニ又ハ放免セラルヽト雖モ云々トアルニヨリ之ヲ知ルヘシ（松室氏講義）

二九三　刑事裁判費用ノ負擔ハ眞ノ刑罰ト云フヘキモノニ非ス然レ共刑法ニ之ヲ記載シタルハ之ニ附從スルカ故ニシテ且之ヨリ適當ナル位置ヲ求ムルハ難カルヘキヲ以テナリ（刑草註釋）徵償處分ハ刑罰以外ノ民事責任ヲ規定シタルモノトス罰金沒收等ノ如キ財産刑ト混視スヘカラス（刑法論）

裁判費用ヲ犯人ニ科スルノ理由如何

二九四　費用ヲ犯人ニ科スルニ付諸家ノ所見

甲、總テ何事ヲ論セス不正ノ所爲ヲ以テ人ニ加ヘタル損害ハ之ヲ償ハサルヘカラストノ原則ニ基ク（リップマン氏）

乙、不當ノ利得ハ返還セサルヘカラス不正ノ損害ハ賠償セサルヘカラス是レ民法上ノ一大原則ナリ人ノ罪ヲ犯スヤ刑罰ヲ制裁トシタル一事ヲ以テモ其不當不正タルヲ知ル從ツテ爲メニ生セシメタル費用ヲ負擔セシム（刑法論）

丙、刑事裁判費用ノ負擔ハ公義ニ基ケリ賠償ハ何人ヲ問ハス自己ノ過失ニ因リ他人ニ及ホシタル損害ハ之ヲ賠補セサルヘカラスト云ヘル自然ノ原則ニ出ルモノナリ（刑草註釋）

全部又ハ幾

二九五　費用ノ負擔額ヲ全部又ハ幾分ヲ區別シタル理由

分ノ區別ナシタル理由如何

甲、起訴ノ過當ニシテ事實ト相當セサルコトアル時蓋シ違警罪ヲ輕罪ト訴ヘ輕罪ヲ重罪ト訴フルコトモアルヘシ然ルニ事件愈々重大ナレハ費用愈々巨額ナルヘシ然ルヲ全部被告ノ負擔トスルハ不當ナルヘシ(刑草註釋、刑法正義)

乙、多クノ證人鑑定人等ヲ喚問スルカ如キ場合ニ其費用全部カ犯人ノ所爲ニ出タルモノト言フ能ハサルコトアリ故ニ幾分ヲ割テ負擔セシムルコトナカルヘカラス(刑法論、刑法正義)

丙、若シ檢察官ノ誤見ニヨリ無益ノ費用ヲ要シタル時被告人ニ其全部ヲ擔當セシムルハ不當ナリ幾分ヲ償ハシムヘキナリ(刑法釋義)

裁判費用トハ何等ノ費用ヲ指スカ

二九六　刑事裁判費用トハ證人、醫師、鑑定人、通辯、翻譯人ノ旅費日當、解剖舍密ノ費用等刑法附則第四八條乃至第五三條ニ規定セル費用ヲ云フ

二九七　被告人ニ裁判費用ヲ負擔セシムルニハ宣告ヲ要シ免訴無罪ノ場合ハ當然國庫ノ負擔ニ屬スルヲ以テ宣告ヲ要セス(刑訴第二〇一條第一項第二項)

國庫ノ負擔トスル理由如何

二九八　無罪免訴ノ時裁判費用ヲ國庫ノ負擔トスルハ本來被告ヲ嫌疑シタルハ其過チ官ニ在レハナリ(松室氏講義)

裁判例

二九九　裁判例

○被告人無罪ニ歸スレハ裁判費用ハ官費ニ相立ヘキコトハ法規ノ定ムル所ナリ然ルニ原裁判所ハ無罪人ニ之ヲ負擔セシメタルハ最モ不法ナリ(廿一、二、廿一、大審院)

贓物及ヒ損害ノ例示

⊙第四十六條　犯人刑ニ處セラレ又ハ放免セラルヽト雖モ被害者ノ請求ニ對シ贓物ノ還給損害ノ賠償ヲ免カルヽヿヲ得ス

三〇〇　本條ノ賠償モ亦刑罰ニ非ス贓物ノ還給トハ强竊盜、騙取等ノ物件ノ還給ナリ損害ノ賠償トハ他人ノ身体財産若クハ名譽ニ及ホシタル損害ノ金額若クハ其相當物ヲ以テ賠償スヘキモノ即チ醫藥料、毀壞物ノ修繕若クハ誣告誹毀等ニヨリ名譽ヲ汚シタルニヨル損害ノ金額ナリ(刑草註釋)本條ハ民法ノ過ツテ人ニ損害ヲ加ヘタル時ハ其意思ノ善惡ヲ問ハス之ヲ賠償セサルヘカラストノ原則ノ適用ニ過キス(刑法正義)

損害ヲ犯人ニ賠償セシムルノ理由如何

三〇一　刑ニ處スルハ社會ノ靜謐安寧ヲ害スルニ付テノ社會ニ對スル償ヒニシテ被害者一己ノ民事上ニ關係ヲ有セス(刑法論)故ニ其民事ノ賠償タル公然犯人カ刑ヲ受ルヲ以テ足リトセス其犯罪ヨリ生セシ損害ハ悉ク之ヲ償ハシム若シ之ヲ償ハシメサル時ハ國家之ヲ負擔セサルヘカラス其過失アル犯人ヲ措キ過失ナキ國家之ヲ負擔スヘキ理アラサルナリ(フォスタンエリー氏、刑草註釋、刑法論)

被告人無罪ノトキ返還賠償ノ例示

三〇二　被告人刑ノ言渡ヲ受ルモ猶ホ賠償返還ヲ免カルヽノ理ナシ況ンヤ放免セラレタル場合ニ於テヲヤ放免ノ場合ニ於ル還給ハ例ヘハ錯誤ニ因テ他人ノ物件ヲ占有シタル時盗罪ハ放免セラルヘキモ物件ハ必ス返還セサルヘカラス又其物件既ニ費消シタル時ハ賠償ノ名義ヲ以テ其價ヲ償ハシムヘキナリ(刑草註釋、刑法釋義)

請求者ノ擧證及ヒ民事擔當人

三〇三　賠償ノ義務ハ犯人ノ負擔ヲ通常ト爲セ共民事擔當人之ヲ負擔スヘキ場合アルヘシ而シテ賠償額ヲ定ムルハ全ク裁判所ノ權ニ屬スルカ故ニ被害者ハ能ク還給ノ訴權及ヒ犯罪ヨリ直接ニ生シタル損害ナルヿヲ證擧スヘキ責任アリ(フォスタンエリー氏)

無罪宣告前ノ欠席判決ノ費用

三〇四　無罪ノ宣告ヲ受タル者ト雖モ其宣告前ニ抗傳又ハ欠席裁判ヲ受タル時ハ被告ハ其費用ヲ擔當セサルヘカラス(フォスタンエリー氏)(其費用トハ抗傳及ヒ欠席判決ノ費用ヲ指スナラン)

失火ノ損害ハ例外ナリ裁判例及ヒ決議

三〇五　失火ニ付テハ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ス(刑附第五九條)

三〇六　裁判例及ヒ決議

○贓金ヲ以テ買得タル物件ハ贓物ト云フヲ得ス(廿四、十二、十、大審院)

○子ヲ殺害セラレタル爲メ要セシ葬式費用及ヒ三回忌(即チ年回、三年回、七年回)ノ祭費ハ損害賠償トシテ請求シ得ヘキモ其子ヨリ受ヘキ幸福ハ一ノ希望ニ過スシテ子ヲ養育スルハ親ノ義務ナルモ其報酬ヲ受ルコトハ期シテ待ツヘキノ權利ニアラサルヲ以テ之ヲ理由トシテ賠償ヲ要スルノ權ナシ(廿四、十、卅、東京控訴院)

○親屬相盗ニ因テ得タル物件ハ贓物ト稱スヘカラス何トナレハ刑法上罪ヲ問ハサルモノナレハナリ(廿五、七、六、法曹會決議)

○被害者カ第三者ニ對シ抵當登記ノ取消ヲ求ムルハ加害者ノ犯行ニヨリ他ニ移轉シタル地所ノ抵當權ヲ取戻スニ外ナラサレハ贓物ノ返還ヲ請求スルモノト看做サヽルヘカラス(廿七、十一、廿九、大審院)

○偽造ニ係ル公正證書ノ取消ヲ求ムルハ一個ノ所爲ヲ請求スルモノニシテ損害ノ賠償贓物ノ還給ヲ求ムルモノト謂フヲ得ス此故ニ公訴ニ附帶シ私訴トシテ其取消ヲ求ムルコトヲ得ス(廿八、五、廿九、東京控訴院)

○有意無意ニ拘ハラス人ヲ死ニ致シタル時ハ民事原告人ヨリ加害者ニ對シ其埋葬費ヲ損害賠償トシテ請求スルコトヲ得ヘシ(廿四、四、十五、大審院決議)

○人ノ名譽ヲ毀損シタル者ハ賠償方法トシテ被害者ノ指示スル廣告文ヲ新聞紙ニ掲載スル費用ヲ辨償スルノ責アリ(廿七、六、十三、東京控訴院)

○名譽回復ノ爲メ新聞廣告ノ料ハ未タ之ヲ支拂ハサルモ損害トシテ之ヲ請求スルコトヲ得ヘシ(廿八、五、十一、東京控訴院)

○告訴ヲナシタル費用ハ公訴附帶ノ私訴トシテ請求スルヲ得ス(廿七、七、十、同上)

○告訴狀、上申書ノ認料及ヒ其事件ヲ告訴スル爲メ裁判所ニ出頭シタル日當ハ被告ノ犯罪ニ關スル間接ノモノニ屬シ犯罪ニ因ル直接ノ損害ニ非サルヲ以テ之ヲ私訴トシテ請求スルヲ得ス(廿八、五、廿九、東京控訴院)

○贓物トハ財產ニ對スル犯罪ノ物件ヲ云フ故ニ私印盜用、私書偽造、行使罪ノミニ付テハ贓物ナシ隨ツテ被害者ハ附帶ノ私訴トシテ贓物ノ返還ヲ求ムルヲ得ス(廿七、十一、十四、同上)

○還付ノ言渡ハ現存セサル物件ニ對シテナスヘキモノニ非ス(廿八、九、十、大審院)

○還付ノ言渡ハ刑ノ言渡ニ非サルヲ以テ法文ノ明示ヲ要セス(廿八、九、十七、同上)

○通貨ト雖モ其贓物タルヿヲ識別セラルヽ時ハ刑法附則第五章ノ贓物ト同一ノ處分ヲ受クヘシ(廿五、六、廿、同上)

○贓物犯人ノ手ニ存在セサル時ハ犯人ニ關セス其贓物ヲ受取タル第三者ニ對シ返還ノ私訴ヲ起スヿヲ得(廿六、一、十九、同上)

○典舗主ハ貨物カ犯罪ニ關スル物件ナルヲ知テ質ニ取タルト否トヲ問ハス返還ヲ拒ムコトヲ得ス(廿六、二、十七、同上)(刑附第五十六條參看)

○名譽毀損アリタル時既ニ損害ノ生シタルモノトス故ニ其回復ノ爲メ新聞廣告料等ノ金額未タ定マラサルモ賠償ノ義務アルコトヲ言渡スヘク之ヲ後日ニ支拂フヘキ未來ノ損害トシテ擯斥スルヲ得ス(廿五、九、廿九、同上)

○贓物ノ返還トハ犯罪行爲ニ基ケル物件自体ノ回復ヲ意味スルノミナラス犯罪行爲ノ結果トシテ侵害セラレタル物權原狀ノ回復ヲモ包含ス(廿八、十二、廿六、同上)

○冒認販賣ノ物件ト雖モ善意ノ買受人ハ損害賠償ノ責ナシ(廿八、七、九、同上)

○冒認シテ販賣シタル物件ハ贓物ナリ(廿八、七、九同上)

○誹毀ノ所爲ニヨリ名譽ヲ損セラレタル者其回復ノ方法ニ要スル費用ハ犯罪ニ因テ生シタル損害トシテ之ヲ請求スルノ權ヲ有ス(廿九、三、三、同上)

○贓物ヲ受ケ又ハ典物トシテ受タル者其贓物現在スル時ハ典主ノ身分公商タルト否トヲ問ハス還給ヲ拒ムコトヲ得ス(廿六、四、十三、同上)(刑附第五十六條)

○公訴附帶ノ私訴ニ付テハ刑訴中特ニ規定アル場合ノ外ハ其規定ヲ適用スヘキモノニ非ス故ニ刑訴二七一條ニ規定シタル期間内ニ上告申立書ヲ出サヽル時民訴五十條ヲ適用シ權利關係カ同一ニ確定スヘキモノナルヲ以テ上告期間ヲ怠リタル者ハ仍ホ怠ラサル者ニ代理ヲ任シタリト看做スト云フコトヲ得ス(廿六、五、廿五、同上)

○贓物轉轉シテ他人ノ手ニアル時其現有者ニ對シテ返還ヲ求ムヘク過去ノ占有者ニ對シテ之ヲ要求スルコトヲ得ス(廿七、十、廿九、同上)

○裁判上ノ競賣ニヨリ買取タルハ刑附第五五條ノ公商ニヨリ買取タルモノト爲スヲ得ス何トナレハ同條ハ公商ニ限リ一ノ例外ノ規定ナレハナリ(廿七、六、十一、同上)

○冒認販賣ノ地所ハ贓物ナリ故ニ刑附第五五條ノ後段ニヨリ買得者ハ返還ヲ拒ムコトヲ得ス(廿九、十二、廿五、同上)

◎第四十七條　數人共犯ニ係ル裁判費用贓物ノ還給損害ノ賠償ハ共犯人ナシテ之ヲ連帶セシム

共犯ノ連帶責擔

三〇七　共犯トハ同一ノ重罪又ハ同一ノ輕罪ヲ共ニ犯シタルモノナリ即チ互ヒニ附帶タル數重罪又ハ數輕罪ニシテ各其全部ノ一分ヲナス者又ハ互ヒニ附帶セスト雖モ同一ノ利益及ヒ同一ノ目的ヲ以テ犯シタル者ナリ損害ヲ起スノ共同意思ハ連帶シテ辨償ヲナスノ義務ヲ生ス因テ各被告人ハ連帶シテ其全額ヲ償フノ義務ヲ生ス(フォースタンエリー氏)數人同一ノ犯罪ヲ行ヒタルカ爲メ刑事上民事上處斷ヲ受タル時ハ其費用ノ賠償ハ各自其全部ヲ連帶シテ負擔スヘキナリ(刑草註釋)數人共犯トハ數人連合シテ一罪ヲ犯シタルヲ謂フ(刑法論)

連帶ノ解

三〇八　連帶ハ其効力他ノ義務者ノ無資力ニ對シ其權利者ヲ擔保ス即チ若シ義務者中ノ一人資力ヲ有スル者アル時ハ自餘ノ者ノ爲メニモ亦義務ヲ辨償スヘキモノトス但自餘ノ者ニ對シテ其分頭ノ部分ヲ訟求スルノ權ヲ有ス(刑草註釋)數人共犯ノ裁判費用賍物ノ還給損害ノ賠償ハ數人ニ全部ヲ分割シ負擔セシムルコトヲ得何トナレハ其額ハ一定シ人數タケ增加スルモノニ非サレハナリ而レトモ連帶責任ヲ負フカ故ニ共犯者中ノ一人ニテ全部ヲ負擔セシムルコトヲ得何トナレハ各人其利得又ハ損害ヲ生シタル點ハ同等ナレハナリ(刑法論)(附言連帶ノ性質ノコトニ付テハ民法ニ付テ知得スルヲ要ス)

三〇九　本條ノ共犯トハ正犯ノミヲ云フニ非ス從犯モ之ニ包含ス(松室氏講義)

決議

私訴ノ管轄裁判所及ヒ請求並ニ執行手續

三一〇　決議

○被害者ヨリ連帶ヲ請求スルニ非サレハ强テ連帶セシムルヲ得ス(法曹會決議第四號)

⊙第四十八條　裁判費用賍物ノ還給損害ノ賠償ハ被害者ノ請求ニ因リ刑事裁判所ニ於テ之ヲ審判スルヿヲ得若シ賍物犯人ノ手ニアル時ハ請求ナシト雖モ直チニ之ヲ被害者ニ還付ス

三一一　刑事裁判所トハ其犯罪ヲ審判スル刑事裁判所ヲ云フ若シ其審判已ニ終リタル後ハ民事裁判所ニ非サレハ之ヲ請求スルヲ得ス(刑附第六〇條)刑事裁判所ニ請求スル場合ハ通常ノ文書又ハ言語ヲ以テスルコトヲ得ヘシ(同上第六一條)其宣告ヲ受ケ賠償還付セサル時ハ民事裁判所ニ强制執行ヲ求

ムルコトヲ得ヘシ(同上第六三條)仍ホ其犯人死去スル時ハ相續人ニ對シテ之ヲ要求スルヲ得ス(同上第六二條)

公商公賣、賣商及ヒ賣受人ノ規定

三一一 本條若シ以下ノ規定アルニヨリ贓物カ若シ轉轉シテ他人ノ手ニアル即チ他人ニ轉賣シタル時ノ如キハ被害者ノ請求ヲ俟ツテ還給セシム(刑附第五四條)又若シ他人ノ手ニアル時公商公賣(即チ米穀ハ穀物屋反物ハ呉服店ノ如キ公然ノ或ル商人ヲ云フ)ニヨリ買取シタル物品ハ其公商、公賣若クハ被害者ヨリ買取者ニ原價ヲ償ハサレハ直チニ還給セシムルコトヲ得ス其公商公賣ニ由ラスシテ買取シタル物品ハ買取者其還給ヲ拒ムコトヲ得ス然レトモ其買取者ハ賣主ニ對シテ轉償ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(同上第五五條)

贓物費消及ヒ所在不明

贓物他人ノ手ニアリト雖モ他人之ヲ費受又ハ典物トシテ受收シタル者ナル時賣主、質取主ハ還給ヲ拒ムコトヲ得ス左レトモ質取主ニ付テハ質置主ニ轉償ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(同上第五六條)

三一三 贓物既ニ費用シタル時又ハ之ヲ識別スルコト能ハサル景狀ニ至リタル時又ハ其所在知レサル時ハ損害賠償ヲ求ムルノ外ナシ(同上第五八條)

賠償ノ順序

三一四 佛國ニ於テハ賠償ノ場合先取ノ順序左ノ如シ(刑草註釋)

第一、國庫ニ償還スヘキ裁判費用　第二、被害者ニ償還スヘキ裁判費用及ヒ其他民事ノ賠償　第三、罰金

裁判例決議內訓

三一五 裁判例、決議、內訓

○記名公債證書ノ持主ノ委任狀ヲ僞造シ公商ニヨラスシテ轉々賣買シタル時ハ其最終ノ現買主即チ當時ノ持主ニ對シテ其價ヲ償ハスシテ眞ノ所有主ニ取還スルヿヲ得ヘシ(十七年十月司法省內訓)(附言委任狀タル白紙ヲ渡シ置タル時又ハ委任狀騙取ニ係リタル時ハ善意ノ買主ニ對シテ其賣買ノ無効ヲ主張スルコトヲ得サルヘシ是レ其白紙ヲ渡シ又ハ騙取ニ係リタル被害者ノ手落チヲ咎メスシテ過失ナキ善意ノ買主ニ損害ヲ歸スヘキ道理ナケレハナリ)

○株式仲買又ハ國立銀行ヲ經テ賣買シタル公債證書ハ原價ヲ償フニ非サレハ還給セシムルコトヲ得ス(法曹會決議第六號)

○贓金ヲ以テ買得シタル毛布ノ如キハ禁制物ニ非ス又犯罪ニ因テ得タル物ニ非サレハ即チ買得者ノ所有物ナルヲ以テ之ニ下付スヘキハ勿論ナリ(廿一、四、廿六、大審院、法曹會決議第二號)

○贓物他人ノ手ニ在テ被害者其還付ヲ請求セサル時ハ現保有者ニ還付ス(廿一、七、廿、大審院)

○被告人カ差押ヘラレタル薪ハ被害者ニ還付スヘキモノナルニ之ヲ被差押人ニ還付シタルハ失當ナリ(廿二、三、廿三、大審院)

○被害者ヨリ損害ノ償ヲ求メタル時被告ノ所持品ヲ以テ償ヒニ供スルハ當然ナルモ贓金ヲ以テ購求シタル物品ヲ直チニ現在ノ贓物ナリトシ被害者ノ請求ヲ待タスシテ還付シタルハ不當ナリ(廿一、七、六、同上)

○借用物費消ノ物件モ强盜、竊盜ノ贓物ト同シク之ヲ贓物ナリトス苟クモ犯罪ニ關スル物件ナルトキハ總テ贓物ト謂フヲ得ヘシ(廿一、十二、十四、同上)(刑三九九條第四〇條參看)

○刑法附則第五十五條ハ動產ニ對スル規定ニシテ不動產ノ賣買ニ推及スルコトヲ得ヘキモノニ非ス(廿一、九、廿九、同上)

○物品還付ノ處分ニ付テハ刑法ノ正條ヲ明示スル必要ナク且被告人犯罪上ノ利害ニ影響ナケレハ上告ノ理由トナスヲ得ス(廿一、十、廿二、同上)

○公商ニ由テ買取シタル者ハ正當ノ所有權アルヲ以テ之ニ其物件ノ還付ヲ言渡シタルハ相當ナリ(廿一、九、十八、及ヒ廿一、十、廿三、同上)

○公商ニ由テ買取シタルニ非サル物件ハ還給ヲ拒ムコトヲ得ス(廿一、二、廿四、及ヒ廿一、十二、十五、同上)

○身代限ノ裁判後被告カ不動產ヲ賣渡シタルモノナレハ民事原告人ハ其無効賣買物件ノ現有者ニ對シ追及權アルハ勿論ナレハ之ヲ對人權ト云フコトヲ得ス(廿、十二、六、同上)

○被告ハ民事原告人ノ委任狀ヲ僞造シテ贓物タル金銀、公債證書ヲ抵當トナシタリ而シテ初メ民事原告人カ或人ニ對シ公債證書ノ融通ヲ許シタル事實アリトスルモ本件ニ關係ヲ生セス故ニ民事原告人ハ抵當取主ニ對シテ還給ヲ求ムルコトヲ得(二、十、十二、八、同上)

○贓物カ典舗又ハ買主ノ手ニ現存スルモ被害者ノ請求アルニ非サレハ還給セス(法曹會決議第六號第二七號)

○還付ノ言渡ハ刑ノ言渡ニ非サレハ法條ノ明示ヲ要セス(廿八、九、十七、大審院)

○還付ノ言渡ハ現存セサル物件ニ對シテ爲スヘキモノニ非ス(廿八、九、十、同上)

○公訴附帶ノ私訴ハ其判決ノ理由ニ公訴ノ判決ノ理由ヲ援用スルコトヲ得(廿七、十二、十四、同上)

○贓物還給ヲ目的トシテ起シタル私訴ニシテ其犯罪ハ之ヲ贓物ナリト論定シ得サル事實ナリトスルモ附帶トシテ受タル私訴ハ直チニ之ヲ斥クヘキモノニ非ス他ノ相當ノ理由ヲ付シテ之カ判決ヲ爲サヽルヘカラス(廿七、九、十七、同上)

○公訴ハ無罪ノ言渡ヲナシタリト雖モ私訴トシテ受理セシ事件ニ對シテハ既ニ無罪ノ言渡ヲナシタル上ハ私訴ニ付テハ犯罪ニ因テ生シタル被害ト認メ難シトノ理由ヲ以テ之ヲ棄却スヘキモノニ非ス民事原告人ノ求メニ對シ相當ノ判決ヲ與ヘサルヘカラス(廿七、一、十八、及ヒ廿九、三、二、同上)

○既ニ私訴トシテ提起シタル上ハ公訴ノ消滅ニヨリ私訴ハ消滅スヘキモノニ非ス(廿九、九、廿九、同上)

○控訴ノ取下ニヨリ公訴消滅スルモ私訴ニ付テハ相當ノ判決ヲナスヘキモノトス(廿九、九、廿九、同上)

○物件還付ノ言渡ハ必シモ本條ノ判決ト同時ナルヲ要セス(廿八、八、九、及ヒ廿八、九、十七、同上)

○贓物還付ノ請求ハ現占有者ニ對シテナスヘキモノトス(廿九、六、五、同上)

○刑事附帶ノ私訴ニ付テハ刑事裁判所ニ上告スヘキモノナリ(廿五、二、廿五、同上)

○假下トハ現物ヲ假リニ下附スルノ云ヒニシテ判決ヲ以テ之ヲ言渡スニ非サレハ法律上遵守ノ効ナシ(廿八、十、廿八、同上)

○附帶ノ私訴ヲ審判スルニハ總テ民訴ノ規定ヲ用ユルヲ要セス故ニ攻擊方法ニ對シ特ニ判定ノ理由ヲ付スルヲ要セス(廿九、二、廿八、同上)

○私訴ニ關スル訴訟費用ノ負擔ハ民訴ノ規定ニ從フヘシ(廿八、九、廿、同上)

第五節　刑期計算

◉第四十九條　刑期ヲ計算スルニハ一日ト稱スルハ二十四時間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

三一六　裁判ノ宣告ニハ刑ノ期間ヲ第一何日、第二何月、第三何年ト宣告ス是ヲ以テ其第一ノ場合ハ法律上二十四時ヲ以テ一日ト定メタルカ故ニ其宣告ノ日數ヲ二十四時ニ乘シタルヲ以テ其受刑期間トシ其第二ノ場合ハ三十日ヲ以テ一月ト定メタルカ故ニ宣告ノ月數ヲ三十日ニ乘シタルモノヲ以テ受刑期間トス此故ニ一ケ月ノ日數廿八日、廿九日、卅日若クハ卅一日タルヿアルモ暦ニ依テ計算スルノ要ナシ第三ノ場合ハ暦ニ從フト定メタルカ故ニ刑名宣告ノ翌年ニシテ前年宣告ヲ受タル日ニ執行ヲ終了ス年ニヨリ三百六十五日又ハ三百六十六日ナルモ僅カニ一日ノ差ハ法律上計算ヲ實際ノ取扱上簡明ナラシムル爲メ其加重ノ一日ヲ減セス(刑草註釋、刑法論、刑法正義、刑法汎論、磯部氏六六一、倉富氏講義二三四)刑法論綱ニハ執行ヲ始メタル年ノ月日ニ中ル月日ノ前日ヲ以テ執行ヲ終了ストセラレタリ(刑法論綱、二八〇)松室氏モ亦此說アリ(同氏講義二一四)末段ノ說相當ナラン　普通年月日ヲ計算スルハ總テ暦ニ從フモノヽ如シ若シ此慣例ニ從フトキハ月ノ大小ニヨリ犯人ニ幸不幸ヲ生ス故ニ成ヘク長短ノ差ナカラシメンカ爲メ單ニ暦ニ從フコトヽ爲サスシテ日ト月トニ除外法ヲ設ケタルナリ而シテ年ニ潤年アルハ僅々一日ノ差アルノミナルヲ以テ簡便ノ趣旨ニ基キ暦ニ從ハシム(龜山氏講義)

受刑ノ初日ヲ時間ヲ論セス刑期ニ算入スル理由如何

三一七　第二項受刑ノ日ハ宣告ノ時間ヲ論セス一日トシテ之ヲ刑期ニ算入ス是レ一日ト稱スルハ二十四時ト定メタレ共受刑ノ初日ニ時間ヲ以テ起算シ時ヨリ時ニ計算スル時ハ或ハ午前ニ放免シ或ハ午後ニ放免スル等煩雜ナルカ故ニ初日ハ期限ニ算入シ放免ノ日ハ刑期ニ算入セサルナリ(刑草註釋、刑法論、刑法釋義)放免ノ日ヲ刑期ニ算入セサルカ故ニ執行ヲ終レル翌日午前十時前ニ解放ス(監一〇條ノ定規)是レ其時刻遲ケレハ歸宅又ハ投宿ニ不便ヲ與フルニ至ランヲ慮ルニ由ル(井上氏三一六、刑法論、刑法釋義、龜山氏講義)

三一八　夜間ニ放免セサルヘカラサルノ不都合ヲ救濟セントテ放免ノ日ヲ刑期ニ算入セスト定メラレタレ共這ハ放免ノ時刻又ハ時限ヲ嚴定セハ事足ルヘシ然ルヲ之ヲ定メスシテ徒ラニ日數計算ノ規定ヲナシタリモ救濟ノ目的ヲ達スル能ス故ニ我立法者ハ不得止監獄則ヲ以テ之ヲ規定セリ(監一〇條ノ規

受刑ノ日ノ解定

無期刑ト雖モ刑期計算ノ法ヲ用フルノ實益アリ

(刑法汎論)

三一九　本條第二項ノ受刑ノ日トハ實際刑ノ執行ヲ始メタル日ニ非スシテ刑名宣告ノ日ト解セサルヘカラス(磯部氏六六二ニモ此說アリ)故ニ此規定ハ單ニ刑期ノ始時ト終時トヲ定メタルニ過スシテ刑期ノ起算點ノ原則ヲ示シタルモノニ非ス起算點ノ原則トシテハ第五十一條ニヨルヘキモノナリ而シテ受刑ノ初日即チ刑名宣告ノ日ハ刑期ニ算入スルカ故ニ午後ノ宣告モ一日トナリ犯人ニ利益ナレ共是ハ刑期ノ終リニ於テ相償フ即チ放免ノ日ハ今日ニ終ルモ明日ナラサレハ解放セラルヽコトナシ(松室氏二一四、倉富氏二三六)

三二〇　本節ハ本來期限ヲ以テ計算スルノ刑ニ就テノミ之ヲ適用スヘク死刑若クハ罰金ノ如キニハ之ヲ適用スヘキ場合ナシ然レトモ無期刑ト雖モ亦實用スヘキ場合アリ假出獄ノ場合(刑第五三條第二項)無期徒刑ノ十五年ヲ起算スヘキ時又ハ免幽閉ノ場合(刑第廿一條第一項)無期流刑囚ノ五年ノ經過年限ヲ起算スヘキ時其起算點ヲ定メサレハ經過ノ年數ヲ知ルニ由ナシ即チ本節ノ規定ヲ待テ始メテ明確ナルヲ得ヘシ(刑法論綱、刑法論刑法正義)

裁判確定前ニ執行ヲ許サヽル理由如何

判決確定スルモ直チニ刑ヲ執行セサル例外

◎第五十條　刑ハ裁判確定ノ後ニ非サレハ之ヲ執行スルヿヲ得ス

三二一　刑事ノ判決ハ刑訴ノ規定ニヨリ裁判確定前ハ何時ニテモ訴訟關係人ニ故障、控訴、上告等ヲ許スモノナルヲ以テ縱ヒ判決アルモ其判決確定後ニアラサレハ之ヲ執行スルヿヲ許サス故ニ上訴期限ノ經過スルカ又ハ上訴ニ對スル判決ノ後ニ非サレハ執行ヲ許サス(控訴ナレハ判決ノ翌日ヨリ三日ノ後上告ナレハ判決ノ下リタルトキ確定ス)(刑法論綱二八〇、飯田氏一二九、松室氏二一九)是レ刑罰ハ之ヲ執行スル時ハ回復スルヲ得サルヲ以テナリ

三二二　然レ共裁判確定スルモ猶ホ直チニ執行セサル除外アリ死刑ノ如キハ判決確定スルモ司法大臣ノ命令アルヲ待ツテ之ヲ執行スヘク其他刑法第十四條ノ祭日若クハ十五條ノ懷胎ノ婦女第二十七條ノ罰金三十條ノ科料ノ如キ其法定ノ期間ヲ過ルニ非サレハ執行スヘキモノニ非ス(井上氏三一五、磯部氏六六六)再審又ハ特赦ノ申立ハ判決確定後ニ非サレハ之ヲナスコトヲ許サヽルカ故ニ執行ヲ妨ケス但死刑ニ限リ特赦ノ申立アリタル時ハ執行ヲ停止ス(刑訴三三二第二項)是レ刑ノ性質死ハ回生スルヲ得サルヲ以ナリ再審ト雖モ上

第五十條

告裁判所ニ於テ豫メ受理スヘキモノト認メタル場合ハ執行ヲ停止スルヲ至當トナスカ如クナレ共其規定ナキヲ以テ其職權ナシト云ハサルヲ得ス(刑法論綱二八〇)

五日以下ノ拘留ニ處セラレタル者控訴スルニ當リ控訴期限五日ヲ過レハ刑期ノ起算點ナル刑名宣告ノ日ヨリ拘留ヲ算スルカ故ニ實際之ヲ執行スルコトヲ得ス修正ヲ要スル點カ(磯部氏六六七)

三二三　一日以上、五日以下ノ拘留ニ處セラレタル者ハ刑ヲ執行セサルコトヲ得ル不

◉第五十一條　刑期ハ刑名宣告ノ日ヨリ起算ス若シ上訴ヲ爲シタル者ハ左ノ例ニ從フ

一　犯人自ラ上訴シテ其上訴正當ナル時ハ前判宣告ノ日ヨリ起算ス若シ其上訴不當ナル時ハ後判宣告ノ日ヨリ起算ス

二　檢察官ノ上訴ニ係ル者ハ其上訴正當ナルト否トヲ分タス前判宣告ノ日ヨリ起算ス

三　上訴中保釋ヲ得又ハ責付セラレタル者ハ其日數ヲ刑期ニ算入スルヲ得ス

實際刑ノ執

三二四　刑期ハ刑名宣告ノ日ヨリ起算スト雖ハ被告人ノ上訴ヲナサヽル時ハ宣告ノ當日ヲ以テ刑期計算ノ初日トナスヲ云フ何故ニ實際刑ノ執行ノ日ヨリ起算セスシテ宣告ノ日ヨリ起算スルヤ曰ク如何ナル刑ト雖モ必ス宣告ノ日ヨリ起算スヘシト云フニ非ス刑ノ宣告ヲ受ケテ其執行迄未決拘留ニ在ラサル者ノ刑期ハ宣告ノ日ヨリセスシテ實際執行ノ當日ヨリ之ヲ起算ス故ニ本條ハ未決拘留ニ在ル被告人ノミヲ想像シテ規定シタル者ナリ其理由ハ宣告ヲ受テヨリ執行ニ至ル迄未決拘留ニアリテ身體ノ拘禁ヲ受タルモノハ深ク苦痛ヲ感シテ實際刑ヲ執行セラレシト殆ント異ナルヿナキヲ以テナリ然ラハ拘留ヲ受サル者其間身體ノ自由ナリシ者ニハ宣告ノ日ヨリ刑期ヲ起算スルノ必要ナキノミナラス反ツテ毫モ執行ヲ受スシテ放免セサルヘカラサル不都合ノ結果ヲ見ルニ至ラン是ヲ以テ違警罪ノ拘留ノ刑若クハ未決拘留セラレサル輕罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ實際刑ヲ執行スル日ヨリ刑期ヲ起算スヘキナリ(井上氏二三九、刑法論七三〇、刑法正義、龜山氏講義)而テ期間ハ其滿了ノ翌日ヨリ起算スルヲ常トスレ共刑期計算ニ付テハ第四十九條第二項初段ノ規定ニヨリ宣告ノ當日ヨリ起算シ即チ宣告ノ日ヲ以テ刑期ノ初日

行ノ日ヨリ起算セスシテ何故ニ宣告ノ日ヨリ起算スルヤ

刑期計算ニ付テハ宣告ノ當日ヨリ起算ス

トシテ起算ス刑ノ執行ニ着手シタル日ヨリ起算スルヲ當然トスト雖モ法律ニハ受刑者ノ利益ト實際ノ便宜トヲ計リ刑名宣告ノ日ヲ以テ起算點ト定メタリ然レ共未決拘留ノ時間ハ之ヲ刑期ニ算入セサルヲ原則トス但其得失ニ付テハ說ナキニ非サレ共立法論ニ涉ルヲ以テ之ヲ論セス我刑法モ上訴中ノ拘留ハ本條第一ヨリ第三ニ至ル例ニヨリ刑期ニ算入スルト否トヲ區別セリ

（刑法論綱二八一）

刑名宣告ノ日ヨリ刑期ヲ起算スル件如何ニ付テノ要件

刑期ノ起算點ヲ定ムルニ付三ケノ學說

三二五　刑名宣告ノ日ヨリ刑期ヲ起算スルニ付テノ要件（飯田氏一三六）

甲、被告人未決拘留ニアルコト（自由ヲ奪ハレサレハ體刑ニ換ルヲ得サルナリ）

乙、體刑ノ宣告ナルコト（故ニ一審ニテ罰金刑ノ言渡ヲ受ケ檢事上訴シテ體刑ニ處セラレタル時ハ刑期ハ前判宣告ノ日ヨリ起算スルヲ得ス）

丙、被告人一審判決ニ服シタルコト

丁、被告人上訴シタル時ハ其上訴ノ正當ナルコト

三二六　刑期起算點ヲ定ムルニ付學說三樣ナリ

甲、裁判宣告ノ日ヲ以テ起算點トスヘシ

乙、裁判確定ノ日ヨリ起算スヘシ

宣告後執行迄ノ日數ヲ刑期ヨリ控除スヘキヤ否ヤニ付三ケノ學說

丙、刑ノ執行ニ着手シタル日ヨリ起算スヘシ

右甲說ハ刑期ハ刑名宣告ノ日ヨリ起算ストノ法文ニ拘泥シテ其精神ヲ度外視シタレハ採ルニ足ラス乙說ハ縱ヒ判決確定スルモ被告ハ遠隔ノ地ニアル等勢ヒ直チニ執行スル能ハサル場合アリ其經過ノ間ニ於テ刑期ハ空シク過去ニ至ルヘシ丙說ハ相當ニシテ我立法者モ亦之ヲ採用シタルモノナルコトヲ以テ之ヲ證スヘシ（龜山氏講義）

第四十九條ノ二項ニ受刑ノ初日ハ時間ヲ論セス一日ニ算入スト規定シタル又刑名宣告後執行迄ノ間ノ未決拘留日數ヲ宣告ノ刑期ヨリ控除スヘキヤ否ヤ

甲、未決拘留ハ刑罰ノ執行ニアラス故ニ之ヲ控除シテ執行期間ヲ定ムヘキニ非ス（刑法汎論）

乙、未決拘留ハ實際ニ於テ刑罰ト異ナル所ナキヲ以テ之ヲ扣除シテ執行期間ヲ定ムヘシ（龜山氏講義）

丙、未決拘留ハ被告人ノ自由ヲ剝奪ス而レトモ待遇寛ニシテ眞ノ刑罰ト同

シカラス結局其幾分ヲ扣除シテ執行期間ヲ定ムヘシ(刑法論)

我刑法ハ右丙説ヲ採用セリ裁判ハ宣告アルモ直チニ執行スルヲ得ス(刑第五十條)其確定迄ノ日數並ニ確定シテ、檢事ノ命令ニヨリ(刑訴三二〇條)當該官ノ之ヲ執行スル迄ノ間ハ一定ノ場所ニ留置セラレテ自由ヲ剝奪セラル是ヲ以テ宣告シタル刑期ヨリ其留置日數ヲ扣除シ殘ル日數ヲ執行スルヲ至當ト認メタルモノナリ

刑期ハ裁判確定ノ日ヨリ起算スルコトヲ正當ナルトスル

判決拘留中ノ未決刑期ヨリ扣除スルノ必要ナキカ

三二七　前號ノ如ク諸説其旨一ナラス余ヲ以テ之ヲ云ハヽ刑期ハ國家ニ刑罰執行權ノ發生シタル日即チ裁判確定ノ日ヨリ起算スヘキヲ相當ナリト信ス何トナレハ凡ソ判決ハ法律上之ヲ取消スヘキ方法ノ盡タル日ヲ以テ確定シタルモノトナスカ故ニ刑期ハ此確定ノ日ヨリ起算スヘキモノナレハナリ(フォスタンエリー氏四四)反對説(上訴ナキ場合ニモ刑名宣告ノ日ヨリ起算シテ判決確定ノ日ヨリ起算セサルハ被告ノ上訴權ヲ保護スルニアリ若シ裁判確定ノ日ヨリ起算ストセハ上訴ハ確定ヲ遲延ナラシムルヲ以テ被告ハ之ヲ恐レテ上訴スル者ナキニ至ラン(磯部氏六七〇))

三二八　宣告後ノ未決拘留カ刑期ニ算入セラレタル上ハ宣告前ノ未決拘留ハ其日數間々長月日ニ渉ルモノアルニモ拘ハラス何故ニ立法者ハ之ヲ顧慮セサルカ被告人ニ實ナクシテ檢事判事ノ部合ニヨリ久シク拘留セラレタル者ハ之カ刑ノ程度ニ從ヒ區別ヲ設ケテ刑期ニ算入スヘシトハ諸家ノ多ク論スル所ナリ(刑正四三三、龜山氏三六九、其他諸書ニモ)現ニ我刑法草按第六十三條ニハ判決前ノ未決拘留ヲ刑期ニ算入スヘキ規定ヲ設ケタリ然レ共其規定ニ付テモ種々批難アリ(刑法論第七九三頁)余ハ此批難アルニモ拘ハラス草按ノ説ニ基キ未決拘留ノ幾分ヲ科スヘキ刑ノ輕重ニ割合ヒ扣除スルハ開明國ノ法律トシテ最モ良好タルヘキヲ信ス(獨逸刑法第六條ニハ未決拘留日數ノ全部又ハ一部ヲ扣除スルト否トハ裁判官ノ認定ニ一任セリ亦以テ參考トスヘシ)

未決拘留中ノ上訴期間ヲ刑期ニ算入スルニ付諸學説ノ可否

三二九　未決拘留中ニ於ル上訴期間ヲ刑期ニ算入スルニ付諸説

甲、上訴ノ期間ハ被告ノ上訴ト檢事ノ上訴トヲ開ハス又其上訴ノ正當ナルト不當ナルトヲ問ハス刑期ニ算入スヘシ蓋シ上訴ヲナスハ受刑者ノ權利ナルニ其歸着正當ナラサルトキ其時間ヲ刑期ニ算入セストナシ爲メニ未決拘留ヲ增展スルモノトセハ上訴權ヲ行フヲ妨害スヘシ又法式ニ違背シタル無効ノ上訴若クハ上訴期間ヲ過タル上訴ト雖モ之ヲ區別セ

スシテ刑期ニ算入スヘシ畢竟受刑者ハ惡意ニ出テ上訴ヲ起スヘキ者ニアラス假令受刑者惡意ヲ以テ上訴スルモ上訴ノ時間ハ現ニ拘留ヲ受ツツアルニヨリ到底自己ニ利益アラサルヘシ(刑草二六七)(此訴我刑法ニ容レスシテ途ニ本條第一號ニ上訴ノ當不當ニヨリ刑期ニ算入スルト否トヲ區別セラレタリ)

乙、上訴ノ爲メニ執行ヲ停止セシメタルニ付(刑訴二五三、二七二條)犯人ニ責ムヘキ點ナケレハ前判宣告ノ日ヨリ刑期ヲ起算シ犯人ニ責ムヘキ點アレハ後判宣告ノ日ヨリ起算シ以テ正當ナル上訴ヲ奬勵ス犯人ノ上訴正當ナラハ即チ判決ハ不當ナリ上訴シテ執行ヲ停止セシメタルニ付犯人ニ責ムヘキノ點ナシ然ルヲ猶ホ後判宣告ノ日ヨリ起算ストセンカ結局放免ノ日後ルヽヲ悲シミ正當ノ理由アルニ拘ハラス上訴セスシテ止ミ訂正スヘキ判決ハ訂正サレスシテ止ムノ危險アリ犯人ノ上訴不當ナル時ハ此理由ニ反シ犯人ニ責ムヘキノ點アルノミナラス未決拘留ノ間ハ待遇寛ナルニ乘シ成ヘク其時間ヲ長カラシムル爲メ不當ノ上訴ヲ濫起スルノ恐レアリ(刑法論七九五、井上氏三二〇、飯田氏一三四、刑法釋義)

丙、未決拘留ハ受刑服役者ニ比スレハ其取扱上甚タ寛ナリ若シ上訴ノ不當ナルニモ不拘前判宣告ノ日ヨリ刑期ヲ起算ストセハ片時モ苦痛ヲ免カレンカ爲メ被告ハ必ス上訴スルナルヘシ又一例ヲ擧レハ十一日ノ重禁錮ニ處セラレ五日目ニ上訴シ其審理ニ六日ヲ費ヤシ其上訴不當ナリシトキ前判宣告ノ日ヨリ起算スルモ既ニ十一日ヲ過タレハ終ニ刑ヲ實行スルコト能ハサルニ至ル是レ本條第一號ノ規定尤モ至當ナル所以ナリ(刑法正義、松室氏二一五)

丁、上訴權ハ法律之ヲ被告ニ附與シタリト雖モ其權ヲ濫用シタル時即チ上訴カ不當ナル時ハ法律之ヲ保護セスシテ後判宣告ノ日ヨリ起算ス上訴正當ナルトキハ被告ハ上訴權ヲ正當ニ使用シタルモノニシテ上訴審判中ノ拘留ハ權利伸張上當然ノ結果ニシテ被告カ不當ノ希望ヲ以テ自カラ之ヲ求メタルニ非ス故ニ前判宣告ノ日ヨリ刑期ニ算入ス是レ本條第一號規定ノ理由ナリ(井上氏三二二、龜山氏講義、飯田氏一三八)

三三〇　檢事ノ上訴カ正當ナル時ハ裁判ハ不當ナリ不當ノ裁判ヲ匡正セ

ンカ爲メ未決拘留延長ノ不利益ヲ被告ニ歸スルノ理ナク又其上訴不當ナルトキト雖モ其不當ノ責ハ檢事ニアリ被告ニアラス是レ檢事ノ上訴ニ付テハ當不當ヲ分タス前判宣告ノ日ヨリ刑期ヲ起算スル所以ナリ(井上氏三二三、龜山氏三六四、刑法論七九六、松室氏二一七、飯田氏一三八、刑法正義四三九)

（前判決ヨリ起算スル理由如何）

上訴ノ當不當種々ノ場合ノ例示

三三一　被告人第二審ニ敗ヲ取リ上告シテ勝ヲ占メタルトキハ第一審ノ宣告ノ日ヨリ刑期ヲ起算ス(ガロー氏二卷四六、龜山氏三六六、磯部氏六七一、飯田氏一四〇、刑法正義四四一)第二審ニ勝チテ上告ニ敗レタルトキハ最後ノ宣告ノ日ヨリ起算ス(ショーウオ及ヒエリー氏一卷一七六)又一說ニヨレハ最初ノ宣告ヨリ第二ノ宣告迄ノ日數ハ算入シ第二審ヨリ上告ノ結果迄ノ日數ハ算入スヘカラスト爲セリ(ガロー氏二卷四九、刑法論八〇三、刑法正義四四二)

全上

三三二　被告第二審ニ勝チ檢事上告ヲナセハ其上告ノ當否ニ拘ハラス第一審ノ判決宣告ノ日ヨリ起算シ(井上氏三二九、磯部氏六七一、刑法釋義)被告第二審ニ敗レタル片ハ第二審宣告ノ日ヨリ起算ス(磯部氏六七二)檢事控訴ヲナセハ勝敗ニ拘ラス第一審宣告ノ日ヨリ起算シ之ニ對シテ被告上告シ勝ヲ占レハ第一審宣告ヨリ全部刑期ニ算入シ敗ヲ取レハ第二審宣告ヨリ上告終局宣告ノ日迄刑期ニ算入セス(刑法論八〇三)(井上氏三二四頁ニ此場合前判ヨリ起算スルノ點ハ同旨ナレ共二審ヨリ上告終局迄ノ日數ヲモ刑期ニ算入スルモノヽ如ク說カレタリ聊カ不審ヲ存ス)又控訴ヲ棄却スヘキニ誤ツテ第一審判決ヲ取消タル第二審判決ニ對スル上告ニヨリ破毀セラレタルトキハ第一審判決ヨリ第二審判決迄ノ日數ハ刑期ニ算入ス何トナレハ控訴ハ不當ナリシモノナレハナリ然レ共一旦控訴ニ正當ナリトノ判決ヲ受タル利益ハ被告ノ享得ヘキモノト解釋スルヲ穩當トス(龜山氏三六七)

全上

三三三　檢事ノ上訴ニ付被告附帶ノ上訴ヲナシタルトキハ其雙方若クハ一方ノ不當ナリシト否トヲ問ハス前判宣告ノ日ヨリ刑期ヲ起算ス(松室氏二一七、磯部氏六七四)被告ノ上訴ニ付檢事附帶ノ上訴ヲナシ雙方不當ナリシトキハ如何ン茲ニ三個ノ說アリ

甲、檢事ノ附帶上訴カ上訴期間內ニ提起セラレタルトキハ前判ヨリ起算シ上訴期間後ノ提起ニ係ルトキハ後判ヨリ起算ス(十六、十一、一、司法省指令、刑釋四六九、磯部氏六八〇)

乙、總テ後判ヨリ起算ス是レ檢事ノ控訴ハ附帶タルニ過キサレハナリ(薩埵氏三九五)

丙、上訴期間ノ前後ヲ問ハス檢事ハ附帶上訴アレハ總テ前判ヨリ起算ス檢事ノ上訴ハ一旦之ヲ起セハ取下ル能ハス若シ被告上訴ヲ取下ルモ檢事ノ附帶上訴ハ獨立シテ判決ヲ受ヘキモノナレハ刑ノ執行力ヲ停ムルノ力ハ主タル被告ノ上訴ヨリモ附帶シタル檢事ノ上訴勝レルモノアレハナリ(刑訴二四六、刑法正義四四三、刑法論八〇四、松室氏二二七)

全上

三三四　被告カ上訴ノ理由ハ不當ナルモ其他ノ不當ノ點アルカ爲メ原判決取消若クハ破毀トナリタルトキハ前判ヨリ起算ス(刑法論八〇五)被告上訴ヲ取下タル時ハ裁判所ニ於テ之ヲ聞屆タル命令下付ノ日ヨリ刑期ヲ起算ス(飯田氏一四四)(法曹會記事三一四號決議ト反對ス)

附加刑ノ上訴

三三五　附加刑ノ點ニ付上訴ニ勝チ主刑ノ點ニ付敗ヲ取タル時ハ從ハ主ニ從フノ原則ニヨリ主刑敗レタルトキハ不當ノ上訴トシテ後判ヨリ起算ス(刑正四四四)本條第一號ハ一部正當ト全部正當トヲ區別セス故ニ附加刑ノミ正當ナリトスルモ亦正當ノ上訴タルニ害ナシ依テ前判ヨリ起算ス(刑法論八〇五)前段後段兩說相反ス後說ニ左袒スヘシ

法律上代人ノ上訴

三三六　被告ノ法律上ノ代理人獨立シテ上訴シタルトキ(刑訴二四四條)代理人ハ自己ノ任務ヲ盡ス爲メ法律ノ許シヲ受タルモノナルヲ以テ上訴ノ當不當ニ論ナク前判ヨリ起算ス(刑論八〇九)

辯護人ノ上訴

三三七　辯護人ノ上訴ハ獨立ノモノニ非ス(刑訴二四三條)故ニ實ニ被告ノ意思ノ明示ニヨリ上訴シタリシトキハ其上訴正當ナレハ前判ヨリ起算シ不當ナレハ後判ヨリ起算ス又被告カ明カニ上訴ノ意ヲ示サス若クハ之ヲ拒マサリシニ辯護人進ンテ上訴セシモノナリシ時ハ檢事ノ上訴ト同シク其結果如何ンニ關セス總テ前判ヨリ起算ス(刑法論八〇九、刑法釋義四六八)(法曹會記事第四九號ノ決議ト相反ス)

保釋責付ノ日數ヲ刑期ニ算入セサルニ算入セサル理由如何

三三八　保釋又ハ責付ノ日數ヲ刑期ニ算入セサルハ被告人拘留ヲ受ケスシテ自由ノ身體ナリシカ故ナリ(井上氏三二五、磯部氏六七四、刑法論綱二八三、松室氏二一八、刑法論七九八、八〇八、刑法汎論二三一、刑法釋義四七二)然レ共若

シ保釋付責前拘留セラレタル日數アレハ其日數ヲ刑期ニ算入ス(刑法釋義四七二)保釋責付ノ當日ト之ヲ取消サレタル當日トハ共ニ刑期ニ算入スルヲ可トス(刑法論八〇一)

裁判例決議內訓

三四〇　裁判例及ヒ決議、內訓

○上訴中未決拘留ヲ受サルモノニ在テハ上訴中ノ日數ヲ刑期ニ算入セスシテ刑ノ執行ヲナスヘキモノナリ(二十六、六、二十七、大審院、法曹會記事第八號、二十五、一、十六、司法省內訓、法曹會記事第四九號)

○刑法第五十一條第二項ノ場合ニハ上訴ノ結果犯人ノ利益トナルト否トヲ問ハス其日數ヲ刑期ニ算入スヘキモノトス故ニ被告カ上訴ヲナシタルモ檢事ノ附帶上告アリタルトキハ其上告ノ當否ニ拘ハラス前判ノ日ヨリ刑期ヲ起算ス(二十七、六、五、大審院)

○上訴中ノ日數ヲ刑期ニ算入スルハ必ス公判宣告ニ對スル上訴ノ正當ナル時ニ限ルモノトス故ニ控訴院ノ會議局カ重罪裁判所ニ送付スルノ言渡ニ對スル上告ナルニ於テハ其上告カ正當ナルモ其日數ヲ刑期ニ算入スルコトヲ得ス(二十五、三、二十四、大審院決定、法曹會記事第五號)

○一旦上告ヲ取下クルノ願ヲ出シタルトキハ其聞屆ヲ受ル迄ハ上告ノ進行中ニ係リ其聞屆ヲ受タル時ハ上訴不當ノ場合ト同一ニ歸スルヲ以テ二審裁判宣告ヨリ上告取下ケ願聞屆ノ日迄ハ刑期ニ算入スルヲ得ス(二十五、九、十九、大審院)

○被告人一審判決ニ服セス控訴ノ申立ヲナシ同時ニ豫納金ノ免除ヲ申請シタルニ第二審ニ於テ之カ免除ヲ與ヘスシテ一審判決確定ノ後檢事總長ヨリ非常上告ノ末第一審判決ノ一部ヲ取消シタル場合刑期ノ起算ハ非常上告ノ爲メ變更ヲ來スヘキ法律規定ナク且ツ非常上告ハ司法大臣ノ命令又ハ檢事ノ職權ヲ以テ前確定判決ノ不法ヲ救正センカ爲メニ檢事ノナスヘキモノニシテ被告ハ毫モ干與セサルモノナレハ其最初既ニ第五十一條ニヨリ定マリタル刑期ノ起算點ハ之カ爲メ影響ヲ被ムルヘキモノニアラス(法曹會記事第九號)

○重罪控訴豫納金免除ノ申請ニ對シ不免除ノ決定アリタルトキハ刑法第五

十一條第一號後段ノ規定ニ從ヒ其不免除決定ノ日ヨリ刑期ヲ起算ス(二十五、一、十八、兵庫縣假留監典獄ヘノ內訓)

○一審ニテ無罪ヲ言渡シタル判決ニ對シ檢事控訴ヲナシ第二審ニ於テ有罪ト判決シタル場合ハ前判宣告ノ日ヨリ刑期ヲ起算ス(法曹會記事第一號)

○欠席判決ノ場合ニ於テハ逮捕狀執行ノ日ヨリ刑期ヲ起算ス(同上第一八號)

○東京地方ノ裁判ニ服セスシテ東京控訴院ニ控訴シタルモ棄却セラレタルヲ以テ大審院ニ上告シテ破毀セラレ名古屋控訴院ニ移サレタリ此間ノ日數ハ刑期ニ算入スヘキモノトス而シテ破毀ノ判決以後名古屋控訴院ニ於テ第一審判決ヲ認可シテ控訴ヲ棄却セラレタリ此間ノ日數ハ被告ノ上訴不當ニ歸シタルヲ以テ刑期ニ算入スルヲ得ス(廿六、七、十、大審院決定)

○上訴ノ取下ケヲナシタルトキハ其書面ヲ上訴裁判所ニ受理シタル日ヨリ刑期ヲ起算ス(法曹會記事第三一四號)

○辯護人ノナス上訴ノ申立ハ被告人ノ意思ニ出タルコトノ證ノ添付ヲ要セサレトモ其上訴ハ被告人ニ代リテナスモノナルニ因リ上訴不當ナル場合ニ於テハ上訴判決ノ日ヨリ刑期ヲ起算ス(法曹會記事第四九號)(第三三七號ノ學說ト相反ス)

○第一審判決ノ日ヨリ第二審ノ判決迄ヲ刑期ニ算入スル場合ハ第二審ノ判決前日迄ヲ算フヘキモノニ非スシテ第二審判決ノ日迄ヲ算フヘキモノトス(廿八、十、九、香川縣知事ヘノ訓令)

○欠席判決ヲ受ケ居ル者他ノ犯罪ノ爲メ逮捕セラレタルトキ其刑期ハ逮捕ノ日ヨリ起算ス(法曹會記事第五三號)

◉第五十二條　刑期限內逃走シ再ヒ捕ニ就タル者ハ其逃走ノ日數ヲ除キ前後受刑ノ日ヲ計算ス

再就捕ノ日ハ刑期ニ算入ス

三四〇　逃走ノ日ハ刑期ニ算入セサルモ再就捕ノ日ハ刑期ニ算入スヘシ何トナレハ例ヘハ午前逃走シタル日ヲ一日ニ算入シテ之ヲ一日ノ受刑トシ午後ノ分ハ第四十九條第二項ニヨリ受刑ノ日ハ時間ヲ論セス一日トスル時ハ滿一日ノ刑ヲ受サルニ二日ノ執行ヲ受タル者ト同一ニ歸スルノ不都合アレハナリ(龜山氏三七〇)反對說(願フニ我刑法ニ受刑ノ初日ヲ刑期ニ算入シ時間ヲ論セサルノ明文ヲ設ケ執行期間ハ今日ノ一時ニ始マルモノハ翌日ノ一時ニ至リ一日トスルノ主義ヲ採タルカ故ニ逃走就捕兩日トモ刑期ニ算入スヘシ(刑草一二四號)法曹會記事第六號ニモ亦此說ト其歸同一ノ決議ヲ見ル)

宣告ノ日ヨリ確定ノ日ニ至ル迄ノ内ニ逃走シタルトキノ刑期ハ如何算點ハ如何

三四一　刑期限内トハ刑名宣告ノ日ヨリ執行終了迄ノ期間ヲ云フ然レ共宣告確定セサレハ執行ヲナスヲ得サルカ故ニ宣告ノ日ヨリ確定ノ日迄ハ刑ノ執行ニアラスシテ收監セラルヘシ此間逃走スレハ宣告ノ日ヨリ逃走ノ日迄ヲ刑期ニ算入ス(刑法論八〇〇)

欠席判決ヲ受タル者ノ刑期計算ハ如何

三四二　被告欠席判決ヲ受タル場合捕ニ就キ刑ノ執行ヲ受ルニ當リ故障ヲナシタルトキハ對席判決ヲ受タル日ヨリ新ニ刑期ヲ起算ス然レ共捕ニ就キ故障セサルトキハ裁判確定ノ日ヨリ起算ス而シテ欠席判決ハ三日ノ故障期間アルヲ以テ此三日ハ刑期ニ算セス第五十二條ノ明文アルヲ以テナリ其裁判ノ日ニ欠席シタルハ犯人ノ過失ナルニヨリ三日ノ損失ハ自業自得ト云ハサルヲ得ス(松室氏二一八)

監視ヲ遁レタル者ノ刑期計算ハ如何

三四三　監視ヲ遁レタル者ハ其遁レタル時間ヲ除キ前後ノ執行シタル分ノミ刑期ニ算入ス(宮城氏講義刑釋四七七)

第六節　假出獄

假出獄規定

三四四　假出獄ヲ規定シタル理由ノ理由ハ如何

甲、囚人ヲシテ改過遷善ナラシムルヲ得(刑法論綱武五九、刑草二七〇、龜山氏三七七、磯部氏六八三、刑法正義四四八、倉富氏二四三、刑法釋義四七八)

乙、獄舍ノ生活ヨリ普通ノ生活ニ移ルノ豫備タルヲ得(刑草二七〇、龜山氏三七八、刑法正義四四八)

丙、獄費ヲ減省ス(刑釋四七九)

右甲ハ囚徒ヲシテ改心スレハ改心スル丈ケ己ニ利益アルヲ知ラシメ益自新ヲ促シ未タ假出獄ヲ得サルモノハ之ヲ得ント希望シテ復善スヘク既ニ之ヲ得タルモノハ之ヲ失ハサラント欲シテ再犯ノ念ヲ抑壓スヘシ又乙ハ獄舍ノ生活ヨリ俄カニ自由ノ境涯ニ入レハ久シク苦楚艱難ニ局促セシ反動放逸ニ流レテ自活ノ道ヲ失フヲ以テ先ツ假出獄ヲ以テ半ハ自由ノ境ニ入ラシムルナリ(刑法論八一四、刑法論綱二五九、刑法正義四四八、倉富氏二四三)

◉第五十三條　重罪輕罪ノ刑ニ處セラレタル者獄則ヲ誠守シ悛改ノ狀アル時ハ其刑期四分ノ三ヲ經過スルノ後行政處分ヲ以テ假ニ出獄ヲ許スヿヲ得

第五十三條

無期徒刑ノ囚ハ十五年ヲ經過スルノ後亦同シ
流刑ノ囚ハ第二十一條ニ照シ幽閉ヲ免スルノ外假出獄ノ例ヲ用ヰス

出獄ヲ許サルヽ囚人ノ權利ニアラス

三四五　悛改ノ狀アルヤ否ヤハ事實論ニシテ當該官ノ認定ニ任ス故ニ出獄ヲ許サルヽハ囚人ノ權利ニアラスシテ當該官ノ職權ニ屬ス(刑草註釋、刑法論八一四、同釋義四八二)

出獄ヲ許ササルハ何故ナルヤ

三四六　重罪ト輕罪トノミニ付假出獄ヲ許サルヽハ刑期長クシテ容易ニ自由ヲ得ルノ望ナキトキハ犯人絶望ノ餘反テ惡事ヲ爲サントスルノ意思ヲ生スヘシ立法者此ニ注意シ改悛スルトキハ出獄ヲ得ルノ望アルコトヲ示シタリ違警罪ノ如キ刑期短キ者ハ出獄ヲ許スノ必要ナシ故ニ輕罪ト雖モ一二月ノ短期ノ囚人ニハ實際之ヲ許スコトナシ(松室氏二二〇)

假出獄ニ要スル四ケノ條件

三四七　假出獄ニ要スル四個ノ條件(刑法論八一五)

甲、死刑外ノ重罪輕罪ノ主タル自由刑ニ處セラレタルモノナルコト(刑法論綱二五九、松室氏二〇〇ニモ此說ヲ見ル)

乙、獄則ヲ謹守シ改悛ノ狀アルコト(松室氏二二〇)

假出獄ヲ適用セサル五ケノ場合

輕罪ノ刑ヲ減シテ違警罪ニ下レハ出獄ヲ許サス

丙、無期徒刑囚ハ拾五年其他ハ刑期四分ノ三ヲ經過シタルコト(刑法論綱二五九ニモ之ヲ見ル)但十五年及刑期四分ノ三ハ悛改ノ狀アルヤ否ヤヲ視察スルノ時間ナリ(刑釋四八三)

丁、刑期限內更ニ重罪輕罪ヲ犯サヽルコト

三四八　本條第一項重罪、輕罪ノ刑ニ處セラレタル者云々出獄ヲ許スコトヲ得トアルヲ適用セラレサル場合(刑法論)

甲、流刑ノ處刑ヲ受タルモノ

乙、重罪ノ主刑タル死刑ニ處セラレタルモノ

丙、輕罪ノ主刑タル罰金ニ處セラレタルモノ

丁、附加ノ監視ニ付セラレタルモノ

戊、違警罪ノ主刑タル拘留ニ處セラレタルモノ

三四九　本條ハ重罪、輕罪ノ刑ニ處セラレタル者トアツテ重罪、輕罪ヲ犯シタル者ト云ハス從ツテ輕罪ノ刑ヲ減シテ違警罪ノ刑ニ處セラレタルトキハ假出獄ヲ許サス(刑法論八一六)又十五年及ヒ刑期四分ノ三ノ計算ハ五十一條

ノ規定ニヨリ起算スヘキナリ(同上八一七)

無期徒刑囚ニ出獄ヲ許スノ法ヲ設ケタル理由如何

三五〇　無期徒刑囚ニ出獄ヲ許スノ法ヲ設ケタルハ囚人ヲシテ再ヒ社會ニ列シ得ルノ希望ヲ絶シメサルニアリ(刑草二七三)無期刑ニ迄假出獄ヲ許スヲ見レハ其目的ハ放免者ノ再犯ヲ防クヨリモ主トシテ犯人ノ悛改ヲ促カスノ主意ニ出タルモノタルヲ知ルヘシ是亦獄費ヲ省キ國庫ニ利益アリ(刑法論綱二六〇)

島地ニ留マラシムル理由如何

◉第五十四條　徒刑ノ囚ハ假出獄ヲ許サルヽト雖モ仍ホ島地ニ居住セシム

三五一　仍ホ嶋地ニ居住セシムルハ出獄中重罪、輕罪ヲ犯シタルトキ直チニ出獄ヲ停止シ本刑ヲ執行スヘキモノナレハ其出獄中內地ニ歸來スルヲ許ストキハ更ニ之ヲ嶋地ニ護送スルノ煩アレハナリ(刑法論綱二六二、松室氏二二、刑法釋義四八六)而シテ仍ホ嶋地ニ居住セシムルニ付テハ二ケノ必要アリ一嶋地開墾事業ニ從事セシム二逃走ノ危險ヲ防クコト是ナリ(磯部氏六九〇)

島地居住ノ自由

三五二　嶋地ニ居住セシムルモ刑附第一三條免幽閉者ト同シク家族ヲ招キ同居スルコトヲ得セシメ仍ホ其屋舍ノ貸與ヲ受ルコトヲ得監第六十一條及ヒ第六十二條、龜山氏三七七、刑法論八二四)

禁治產ヲ免スル理由如何

◉第五十五條　假出獄ヲ許サレタル者ハ行政ノ處分ヲ以テ治產ノ禁ノ幾分ヲ免スルヿヲ得但本刑期限內特別ニ定メタル監視ニ付ス

三五三　獄外ノ生活ヲ許シタル實効ヲ生セシムルニハ禁治產ノ幾分ヲ免スルハ欠クヘカラサル規定ナリ但禁治產ハ重罪刑ニ附加シタルモノナレハ刑第三五條禁治產ヲ解クノ必要ハ特ニ重罪囚ニ限ル(刑法論八二四、刑法論綱二二六、松室氏二二四、磯部氏六九二)其出獄中自カラ財產ヲ治メ若クハ職業ヲ營マントスルトキハ所轄警察署ノ許可ヲ受ヘシ(刑附第四一條)

禁治產ヲ免スル幾分ヲ限リタル理由如何

三五四　法文中幾分ノ文字ハ最モ注目ヲ要ス其全部ヲ免シテ獄內ニ一時ノ苦痛ヲ慰メン爲メ財產ヲ浪費シ或ハ不良ノ企ニ用ユルニ至ラサラシメントスルノ法意ナルヲ知ルヘシ(磯部氏六九三)

免スルコトヲ得トアルハ得ノ字ノ解釋

三五五　本條ニ免スルコトヲ得トアルハ全部中ノ幾分ヲ免スルモ自由ヲ與フルノ意味ニシテ禁治產ヲ免サヽルコトヲモ得ヘシトノ意味ニアラス故

ニ出獄者ハ必ス幾分ノ許シヲ受ルモノナリ(松室氏二二四)

特別監視ニ付スル理由如何

三五六　特別監視ノ規則ハ刑附第四三條乃至第四五條ニ規定アリ特別監視ニ付スルノ理由二個因人ヲ監督スルノ便利並ニ逮捕ノ便利ヲ圖ル是ナリ(刑草二七二)

特別監視ト普通監視トノ差異

三五七　特別監視ハ普通監視ト其性質同シカラス普通監視ハ附加ノ自由刑ナレ共(刑草三七號、刑法論四八六)特別監視ハ全ク行政警察上ノ處分ナリ故ニ之ヲ宣告スルヿナク又特別監視ヲ了ル後更ニ附加ノ普通監視ヲ執行セサルヘカラス(刑法論綱二六一、刑法論四八六)特別監視ノ條件ハ左ノ如シ

一、毎週間一度所轄警察署ニ出頭シテ謹慎ヲ表シ官吏ノ認印ヲ受ルコト

二、酒宴遊興ノ席ニ會シ又ハ群集ノ場所ニ參會スルコトヲ許サヽルコト

三、轉居セントスルトキハ警察署ノ許可ヲ受ルコト但他ノ府縣ニ移ルヲ許サス

四、往復一日程ヲ過ル地ニ旅行スルヲ許サヽルコト

五、警察官吏時宜ニヨリ家宅ニ臨檢スルコト

出獄停止ノ理由如何

◎第五十六條　假出獄中更ニ重罪輕罪ヲ犯シタル者ハ直チニ出獄ヲ停止シ出獄中ノ日數ハ刑期ニ算入スルヿヲ得ス

三五八　本條ハ假出獄者ノ不良ニ對スル制裁ヲ掲ケタルモノニシテ假出獄中更ニ重罪、輕罪ヲ犯シタルモノハ即チ悛改ノ狀ナキ者ナリ故ニ出獄ノ恩典ヲ剝奪シ以テ之ヲ與ヘタルノ目的ヲ明カニス(刑法論綱二六一、松室氏二二五)而シテ獄則不謹守ノミヲ以テ出獄停止ノ條件トナサスシテ更ニ重罪輕罪ヲ犯スヲ待テ之ヲ條件トナシタルハ出獄時間ヲ刑期ニ算入セサル大結果ヲ生スルカ故ニ僅カニ不謹守ノ狀アリトノ條件ノミヲ以テ斯ル不利益ナル大結果ヲ負ハシムルハ甚タ酷ニ失スレハナリ

無意犯アル者モ出獄ヲ停止スルノ批難

三五九　本條ニ重罪、輕罪云々トアルヲ以テ過失殺傷又ハ失火ノ如キ無意犯アルト雖モ忽チ出獄間ノ日數ハ空無ニ歸シ更ニ其日數間服役セサルヘカラス況ンヤ第五七條ニヨレハ再度ノ服役中ハ如何ニ獄則ヲ守ルモ假出獄ノ恩典ニ浴スルヲ得ス故ニ惡意兇猛ノ犯罪アルトキハ格別無意犯ニ對シテハ出獄日數ヲ刑期ニ算入セサルハ酷ニ失スルナキカ(刑法論綱、二六一、龜山氏三

七九、松室氏二二五、刑法論八二三、刑法正義四五一）（十六年中ノ内訓ニ假出獄中ノ犯罪罰金ノ刑ナルトキハ第五十六條、五十七條ノ例ニヨルノ限リニ非ストアリ參考トスヘシ）

三六〇　重罪、輕罪ヲ犯サヽル囚人ト雖モ行狀不良ナルトキハ行政處分ヲ以テ仮出獄ヲ停止スルヲ得ヘシ但此場合ハ出獄日數ヲ刑期ニ算入スヘキナリ（龜山氏三七九）（刑草注釋ニハ行狀不良ノ爲メ假出獄ノ利益ヲ被告ヨリ奪フヲ許サストアリ其理由トスル所ハ被告ノ行狀不良ナル旨獄司ニ誣告スルモノアランヲ慮ルモノヽ如シ（刑草二七五）龜山氏ノ說穩當ナルカ如クナレ共本條ノ規定重罪輕罪ヲ犯スヲ待テ始メテ出獄ヲ停止ス如何ニ行政ノ處分ナレハトテ其條件ナキニ停止スルハ司法權ヲ蹂躙スルノ嫌ヒナキカ余ハ遽カニ服從シ難シ）

行政ノ處分トシテハ重罪ヲ犯シ輕罪ヲ犯スヲ待テ出獄ヲ止メシムルヲ得ヘシ

◎第五十七條　刑期限内更ニ重罪、輕罪ヲ犯シタル者ハ假出獄ヲ許サス

三六一　本條ノ規定アルカ爲メ更ニ犯シタル犯罪カ無意犯若クハ輕微ナル輕罪ナリシ時ニ於テモ仍ホ出獄ヲ許サヽルハ酷ニ過ルヲ覺ユ（龜山氏三七九、刑法論八一九、刑法正義四五二、刑法釋義四九五）（刑草ニハ犯罪カ輕罪ナルトキハ重禁錮ニ該ルトキノミ假出獄ノ自由ヲ失ヒ罰金ノミノ刑ニ該ル輕罪ハ其自由ヲ失ハストアリ本文ノ批難ヲ消スニ足ルモノナラン不幸ニシテ我刑法ハ之ヲ採用セサリシ）

無意犯若クハ微罪ナルトキモ假出獄ヲ許サヽルノ批難

三六二　本條ノ刑期限内ト云フ文字中ニハ假出獄中ノモノヲモ包含ス（磯部氏六九六）

第七節　期滿免除

三六三　期滿免除ハ刑ノ消滅ヲ來ス者ナリ刑法草案第六八條ニハ刑ノ消滅スヘキ者トシテ第一刑ノ執行ノ完了、第二受刑者ノ死去、第三處刑前ノ犯罪ニ付宣告サレタル一層重キ刑ト本刑ノ混同、第四新法ニ於テ刑ノ廢止若クハ其刑期ノ減縮、第五再審ニヨリ判決ノ廢棄、第六期滿免除、第七復權、第八減等、第九特赦、第十恩赦ヲ列記セラレタリ然レトモ我刑法ニハ其第六、第七ノミヲ抄記シ其他ハ之ヲ揭ケス是レ其他ノ場合刑ノ消滅ヲ來スハ當然論理ノ明晰ナルモノナルカ故ニ之ヲ規定スルノ要ナシトナシタレハナリ（刑法正義四五九）

刑ノ期滿免除ハ刑ノ消滅ヲ來ス

三六四　期滿免除ノ効力ハ如何ン抑免除ハ民事、刑事ノ二個アリ而シテ刑事ノ免除亦分ツテ二ツトス民事ノ免除ノ効力ハ第一權利者其權利ノ行使ヲ行フヲ怠ルヿ久シキ片義務者ヲ釋放ス第二舊所有主取戻權ヲ行使セサルヿ久シキニ過ル片物件ノ占有者ニ確然所有權ヲ得セシムル是ナリ又刑事ノ免除ハ第一公訴ノ提起ヲ怠ル久シキ時ハ起訴ヲ妨止ス第二刑ノ宣告ヲ爲シタ

民事刑事ノ時効及ヒ刑事上二ケノ時効ノ効力

ルモ久シク之ヲ執行セサルトキハ其執行ヲ妨止ス(刑法論綱三六四、刑法草案註釋二八〇、刑法論八九二、松室氏二二七)

時効規定ノ理由如何

三六五　期滿免除ノ理由如何ン期滿免除ハ民刑其理由ヲ異ニス民事上ノ免除ハ一ノ推測思量ナル性質ヲ具フルカ故ニ證據的ノ事項ニ屬ス是ヲ以テ久シク訴ヲ受サリシトスルモ其義務ヲ消滅シタルモノハ時間ナリトハ云フヘカラス然レトモ義務者ハ既ニ辨濟シタリトノ推測ヲ享ルヲ得ヘシ其辨濟ノ證タル諸般ノ事故ニヨリ紛失スルコトアルヘク又其相續人ハ先代ノ義務ヲ辨濟セシコトヲ證スルニ苦シムコト一層大ナルカ故ニ其義務ノ正シク消滅シタルヲ假定推測スルモノナリ占有物ノ所得ノ場合モ亦此理ニヨリ正當ニ所有權ヲ得タルモノトノ推測アリ

刑事ノ免除中公訴ノ期滿免除ノ理由ハ殆ント民事ノ免除ノ理由ト同一ノ理由ヲ以テ答フルコトヲ得ヘシ即チ起訴ノ時日遲ケレハ其證據湮滅シ又被告ニ在テハ其無罪若クハ宥恕ヲ得ヘキ事實ノ證據ヲ失フヲ恐ルヽナリ刑ノ期滿免除即チ刑ノ執行權ノ期滿免除ハ以上ノ理由ト同シカラス刑ノ執行ハ已ニ正式ノ判決ヲ受タルヲ以テ時日ヲ經過スルモ無罪ト推測シ又ハ時日ノ久シキカ爲メ其刑ヲ執行シ終リタリト推測スルコト能ハス抑モ刑ノ期滿免除ハ社會カ其犯罪ヲ忘レタルコト或ハ之ヲ忘レタリト推測セラルヘシトノ理ニ基クモノナリ(ブオスタンエリー氏及ヒ刑草註釋二八〇以下)蓋シ刑ハ殊ニ惡人ヲ怖レ犯罪ノ爲メ擾亂セラレタル社會ヲシテ安穩ナラシムルヲ以テ目的トスルカ故ニ時日經過ノ爲メ擾亂驚動ノ已ニ鎮靜シタル後ニ至リ猶ホ刑ヲ執行スルハ最早其ノ必要ナキモノトス(松室氏二二七)ニモ此ノ說アリ)犯罪當時ノ人已ニ沒シ猶ホ死刑等ヲ執行スルトセヨ啻ニ苛酷ナルノミナラス世人ハ却ツテ哀憐ノ情ヲ起シ法律ニ對シテ反論ヲ來スニ至ラン是レ刑ノ期滿免除ヲ設ケタル理由ナリ(刑草二八〇以下井上氏五〇〇、磯部氏七一〇以下龜山氏三八六、刑法汎論三三五、刑法論綱三六五、飯田氏一七七、刑法正義四六三、刑法釋義五〇六、刑法論八九六以下)

二三ノ學者ハ時効ノ不當ヲ論シテ曰ク凡ソ刑ハ犯罪ノ當然ノ結果ナリ時ヲ經タルカ爲メ之ヲ拋棄スヘキノ理由ナシト(ベンタン氏及ヒセルヴァン氏其他)又之ニ反シテ時効法ノ設クヘキヲ主張シテ曰ク有罪ノ判決ヲ受タル者ハ多年一身ヲ潛伏シテ捕ヲ避ントス其間十分ニ精神ヲ勞シテ執行ヲ受ルト同一ノ痛苦ヲ受ルヲ

以テ改心ヲ推測スルニ足レリ更ニ刑ヲ執行スル要ナキニ非スヤト（レアル氏フオスタンエ）（リー氏ルウエ氏）然レトモ我刑法ノ時効ハ犯人カ實際心ヲ痛メシヤ否ヲ問ハス又改心シタルヤ否ヤヲ區別セス是ヲ以テ此ノ如キ理由ヲ以テハ十分ニ免除ノ理由ヲ説明スルニ足ラス又證據湮滅ニ屬ストノ理由ハ公訴ノ期滿免除ニ付テハ或點迄之ヲ採用スヘキモ刑ノ期滿免除ノ理由トシテハ全然之ヲ採用スヘカラス（刑法論八九四以下、及刑法汎論三三五）必竟スルニ期滿免除ノ理由ハ唯一私人ノ私益ヲ保護スルノ目的ニ非スシテ全ク公益ノ爲メニ出テ公訴ノ免除ノ理由ハ即チ刑ノ期滿免除ノ理由ニ基クニ外ナラス（ベルトノル氏及ヒ刑法汎論三三六）故ニ犯人免除ノ利益ヲ拋棄シテ刑ノ執行ヲ受ントモ採用スルヲ得サルモノトス（井上氏五〇四）

三六六　或説ニ多年間心中安キヿナク常ニ前非ヲ悔ヒ縛ニ就クヲ苦慮シタルヲ以テ已ニ社會ニ對スル責任ヲ洗滌シタリト云ヘリ然レトモ是レ唯空想ノミ凡ソ人ノ心中ハ同シカラス就捕ヲ苦慮スルモノアリ苦慮セサルモノアリ故ニ免除ノ理由トナスニ足ラス又證據湮滅ヲ以テ理由トナセトモ是ハ罪跡儼然タルモノ遺存スル刑ノ言渡ニ對スル免除ノ理由トナスニ足ラス又證據湮滅ヲ以テ公訴ノ免除ノ理由トナセトモ是ハ確然タル反證ノ存スル場合ニ適用スヘカラス殊ニ犯罪ヲ自白シタル場合ニ於ル公訴權ノ消滅スル理由アルヘカラス且湮滅ハ短期ナル免除期間ノモノニ付テハ免除ノ基本トナスニ足ラス（刑法論綱三六五以下）

三六七　刑事上ノ時効ト民事上ノ時効トノ差違（刑法論綱三六八、松室氏二二九）

甲、民事時効ハ之カ爲メ利益ヲ受ル者其利益ヲ拋棄スルコトヲ得

刑事時効ハ公益ノ爲メニ基因シテ設ケタルカ故ニ一私人ナル被告之ヲ拋棄スルヲ得ス（井上氏五〇四、ニモ此説アリ）

乙、民事時効ハ其利益ヲ受ル者ヨリ其權利アルコトヲ主張セサルヘカラス然ラサレハ裁判官職權ヲ以テ時効ヲ得タルヲ理由トシテ權利ノ取得又ハ義務ノ免脱ヲ宣告スルコトヲ得ス

刑事時効ハ被告人申立ヲナサヽルモ裁判官ハ公益ノ爲メ職權ヲ以テ其規則ヲ適用セサルヘカラス（飯田氏一七九、ニモ此説アリ）

丙、民事時効ハ其時効ヲ得タルヤ否ヤハ一ノ事實問題ニ屬スルヲ以テ上告

ニ至リ初メテ之ヲ申立ルヲ得ス

刑事時効ハ一審、二審ニ申立サリシモ上告ニ至ツテモ初メテ時効ノ申立ヲナスコトヲ得

◉第五十八條　刑ノ執行ヲ遁レタル者法律ニ定メタル期限ヲ經過スルニ因テ期滿免除ヲ得

執行ヲ遁レタル者トハ有形的執行ヲ遁レタル者ヲ云フ

三六八　本條ノ規定ハ其明文ニヨツテ條意甚タ明晰ナリ茲ニ刑ノ執行ヲ遁レタル者トアルハ死刑、徒刑、流刑、禁錮ノ如ク有形的ノ執行ヲ遁レタル者ヲ云フ（松室氏二三一、磯部氏七〇八、ニモ此説アリ）故ニ剝奪公權、停止公權、禁治産ノ刑ノ如キ無形的ノ權能ヲ奪フテ執行スル者ハ本條ニ含有セス（刑法論綱三七〇、刑法論八九八、刑法正義四六五、龜山氏三八九但シ龜山氏ハ禁治産ノ一點ヲ除キテ説カレタリ）

私權停止ノ免除ハ主刑ノ免除ニ伴フ

三六九　期滿免除ニヨリ主刑ノ免除ヲ得タルトキハ私權ノ停止モ亦共ニ免除セラル（刑草案註釋二八七、刑法釋義五二四、龜山氏三九三、松室氏二三三）

期滿免除適用ノ區域

三七〇　主刑ハ重罪、輕罪、違警罪ニ論ナク總テ期滿免除ヲ適用ス附加刑ハ附加罰金ト犯罪ニ因テ得タル物件ト犯罪ノ用ニ供シタル物件トノ沒收ニ之ヲ適用ス（松室氏二三二、ニモ此説ヲ見ル）特ニ剝奪公權、停止公權ニハ適用ナシ（刑第六條、刑法論八九八）

◉第五十九條　主刑ハ左ノ年限ニ從テ期滿免除ヲ得

一　死刑ハ三十年
二　無期徒刑流刑ハ二十五年
三　有期徒刑流刑ハ二十年
四　重懲役重禁獄ハ十五年
五　輕懲役輕禁獄ハ十年
六　禁錮罰金ハ七年
七　拘留科料ハ一年

時効期間ニ長短ヲ別チタル理由如何

三七一　罪ノ輕重ニ從ヒ社會カ遺忘ノ時日ニ長短アルヲ以テ本條免除ノ期間ニ長短ヲ設ケタルモノナリ（刑草二八四以下、井上氏五〇三、松室氏二二九、仮田氏一八〇、刑法論綱三六七）

公訴ノ時効ト刑ノ時効トニ長短ヲ別チタル理由如何

三七二　公訴ノ免除ト刑ノ免除トニ付甚シキ期間長短ノ差違ヲ設ケタルハ何ソヤ刑ノ期滿免除ハ一旦判決ヲ受タルモノハ社會ニ公然發表シテ事既ニ確實ナルカ故ニ之ヲ遺忘スル亦容易ナラス公訴ノ免除ハ其事件タル未タ曖昧模糊ノ中ニアツテ世人ノ紀念ヲ脱スルヿ甚タ容易ナリ故ニ刑ノ免除ニ

長ク公訴ノ免除ニ短カクシタルナリ（刑法正義四六八、刑法論三六七、刑法論九〇九、龜山氏三八七、磯部氏七一〇、刑法釋義五〇八、松室氏二二九）

實際言渡シタル刑ヲ標準トシテ時効ノ期間ヲ定ム

三七三　我刑法ハ刑罰ニヨツテ期滿免除ノ期限ニ長短アリ其標準トナル所ハ刑法カ各條ノ記載ノ刑若クハ其從犯未遂犯特別ノ加減ヲナシタルモノ即チ本刑ナルカ將タ酌量減輕等實際被告ニ言渡シタル刑ナルカ蓋シ免除ノ効力ハ刑ノ執行權ノ發生ヲ妨ケ或ハ其權ヲ消滅セシム即チ直接ノ關係ヲ有スル者ハ常ニ刑ノ執行權ナリ執行權ハ必ス實際言渡シタル刑ニ關係シ其確定ト同時ニ發生ス是ヲ以テ免除ノ期間モ亦實際言渡シタル刑ニ因テ之ヲ定ムヘキ者トス（刑法論綱三七三、刑法論九一〇、カロー氏二ノ七四ニモ是說アリト云ヘリ）刑法ニ刑ノ執行ヲ遁レタル者云々トアルヲ見テモ實際言渡シタル刑ヲ標準トスヘキヿヲ知ルニ足ラン（刑法論綱三七三）

換刑ノ禁錮ノ時効

三七四　附加罰金ヲ納完セサルタメ換刑セラレタル時ハ禁錮囚トナリタルモノナルヲ以テ第六ノ年限即チ七年ノ期間ヲ以テ期滿免除ノ年限トス（廿九、六、十三、法曹會決議）

剝奪公權停止公權ニ時効ナキ理由如何

⊙第六十條　剝奪公權、停止公權及ヒ監視ハ期滿免除ヲ得ス

附加ノ罰金ハ主刑ト共ニ期滿免除ヲ得

沒收ハ五年ヲ經テ期滿免除ヲ得但禁制物ハ期滿免除ノ限ニ在ラス

三七五　公權剝奪及停止ニ期滿免除ナシ是受刑者ノ施體ノ刑ヲ免カルヽカ如ク逃走ニヨツテ之レヲ遁カルヽ能ハサルニ由ル故ニ此ノ附加刑ハ何處ヲ問ハス受刑者ヲ追躡スト云フモ不可ナカルヘシ（刑草二八七、刑法論綱三七〇、刑法正義四七〇、龜山氏三八九）然レ共我刑法ハ剝奪ト停止トヲ以テ執行ヲ遁レ得サル者ト爲サス（刑第一五四條）是故ニ其遁レ得ルト否トハ本條第一項免除ヲ得ストスルノ理由トナスニ足ラス他ニ其理由ノ存スルアリ公權ヲ享有スルノ能力ハ即チ法律上一種ノ身分ナリ身分ハ占有ヲ以テ取得スル能ハス一旦剝奪セラレタル者カ如何ナル長日月ノ間能力アルカ如ク假裝シテ其行爲ヲナスモ之ヲ取得シ能ハサル性質ノモノナリ是レ第一項ニ於テ免除ヲ得スト爲シタル所以ナリ（刑法論九〇〇）

刑法正義四七二）然レ共停止公權ノコトハ茲ニ揭クルノ必要ナカルヘシ何トナレハ停止公權ノ期間ハ禁錮又ハ監視ノ期間ト同シ（刑三三條、三四條）而テ監視ハ執

停止公權ノ時効ヲ茲ニ規定スルノ要ナシト論及ヒ其反駁

行ヲ遁レテ何程ノ時間ヲ過ルモ免除ヲ得サルノ明文アリ故ニ其監視ノ期間附加スル停止公權ノ免除ヲ得サルハ火ヲ睹ルヨリモ明カナレハナリ（刑法論九〇〇）法律カ停止公權ノコトヲモ茲ニ掲ケタルハ必要ナキカ如クナレ共其有形ノ執行ナキ刑ハ理ニ於テ免除ヲ得ルコトナキヲ示シタルモノナリ若シ必要ナシトノ論ヲ擴張セハ剝奪公權モ監視モ亦共ニ茲ニ掲クルノ必要ナシト云ハサルヲ得ス（刑法正義四七四）

監視ハ無形的執行ノ性質ナリヤ否ヤ

三七六　監視ハ性質上權利ニ對スル刑ナルヲ以テ免除ヲ與フヘキモノニ非ス（刑法論綱三七〇、井上氏三〇七、龜山氏三九〇）然レ共刑法附則ノ監視執行法ニハ毎月警察署ニ出頭シテ認印ヲ受ケ轉居旅行等ニ付自由ヲ拘束スルモノニテ有形的ニ執行セラルヽヲ以テ有形的ニ執行ヲ遁ルヽヲ得ヘシ故ニ我刑法上ニ於テハ中間ノ性質ヲ有スルモノト看做スヲ可トス而シテ法律カ特ニ監視ハ期滿免除ヲ得スト明言シタルハ公權ニ於ルカ如ク當然性質上免除ヲ得サルノ事ヲ示シタルニ非ラスシテ其ノ有形的ニ執行ヲ免カルヽ場合ニ於テモ猶ホ期滿免除ヲ與ヘサルノ意ヲ表示シタルモノナリ（龜山氏三九〇、刑釋五一七）（刑法正義四八二ニハ監視ハ無形的ニ執行スル刑ナリ故ニ執行ヲ遁ルヽモ其刑期ハ猶ホ進行シテ止ムコトナシト論セラレ之ニ反シテ磯部氏七四、刑法釋義五二〇ニハ監視ハ有形的執行ヲナスヘク從テ執行ヲ遁ルヽコトヲ得ルモノナレハ期滿免除ヲ得ヘキモノト規定スヘキモノナリト主張セラレタリ以テ參考トナスヘシ）

監視ニ期滿免除ヲ與ヘサル理由如何

三七七　監視ニ期滿免除ヲ與ヘサルハ監視ノ目的ト期滿免除ヲ設ケタルノ趣意ノ如何ンニ因テ必シモ排斥スヘキ規定ニ非サルヘシ犯罪又ハ其判決ノ日ヨリ長月日ヲ經テ刑ヲ執行スレハ世人法ヲ惡ミ犯人ヲ憫ムノ情ヲ起スノ危險アルカ故ニ免除ノ法ヲ設クルヲ可ナリトスレハ法律ノ威信ヲ保ツカ爲メ死刑其他痛苦ノ大ナル刑ヲ公行スルハ之ヲ避ルヲ良策トスルモ事實罪ヲ犯シ巧ミニ長日月間執行ヲ遁レシ程ノ者ハ少ナクモ監視ノ如キ顯著ナラサル刑若クハ之ニ類スル他ノ手段ヲ以テ行狀ヲ視察シ再犯ノ危險ノ有無ヲ注目スルノ必要アラン此理由ニヨラハ監視ニ免除ヲ與ヘサルモ批難ナカルヘシ執行ヲ遁レ得ルカ故ニ免除ヲ與フヘカラスト云フカ如キハ社會ノ生存ニ必要ナルヤ否ヤノ大眼目ヲ度外ニ措タル空論タルコトナキヲ得ス（刑法論九〇五）

同上

三七八　監視ハ有形的ノ所爲ヲ待ツテ執行セラルヽノ刑ナリ然ルニ法律

上之カ時効ヲ得スト規定セシハ何ソヤ別ニ理由ノ存スルアリ監視ハ主刑満了後之ヲ執行ス故ニ若シ主刑ヲ遁ルヽ時ハ監視執行ノ期未タ到來セス其時期ノ來ラサルカ爲メ執行セサルハ官ノ怠リト云フヘカラス又執行權ヲ抛棄シタリト云フヘカラス是ヲ以テ監視ハ時効ヲ得スト規定シタルモノナリ然レ共主刑ヲ免シテ止タ監視ノミニ付スル場合ニ在テハ此理由ヲ以テ論スルヲ得スト雖モ法律ハ監視ハ時効ヲ得ストノミ規定シテ別ニ區別ヲ設ケサルヲ以テ仍ホ時効ヲ得スト云ハサルヘカラス(松室氏二三四)

罰金ハ主刑ト共ニ時効ヲ得スト規定シタル理由如何

三七九　罰金ハ一個ノ債務ト云フヘカラス故ニ民法ノ規則ニ依スシテ特ニ刑法上ノ刑事時効ノ規定ニ從ハサルヲ得ス是ヲ以テ罰金ハ主刑ト其運命ヲ共ニスルコトヲ規定シタルモノナリ(井上氏五〇七)

沒收ノ時効ハ五年ト規定シタル理由如何

三八〇　沒收モ亦有形的ノ執行ヲ要スルノ刑ナリ其免除ノ期限ヲ五年ト定メタル理由ハ重罪、輕罪、違警罪ニ通シテ科スル附加刑ナルカ故ニ若シ主刑ト進退ヲ共ニセシメハ或ハ重罪ニ於ル三十年ノ長キニ至ルコトモアルヘク必竟沒收刑ノ輕小ナルニ相應セサルモノアルヲ以テナリ然レ共拘留科料ノ免除期限ハ一年ナルニ附加刑タル沒收ヲ五年トセシハ主附顚倒スルノ結果ヲ生シ不都合ナキニ非ス(磯部氏七一八、刑法正義四八四、刑法釋義五二三、違警罪ニ關スル沒收ニシテ五年ノ久シキ免除期間トナシタルハ不權衡ノ甚シキモノナリ(刑法汎論三三八)斯ル不權衡アルカ故ニ沒收ノ免除ハ主刑ト同一期間トナスヲ至當トス(刑法論九〇八)

沒收ノ時効ハ重罪輕罪ノ別ヲ設ケサル理由如何

三八一　殺人用ノ兇器ト云ヒ故殺用ノ兇器ト云ヒ强盜用、竊盜用ト云フモ等シク之ヲ其人ニ所有セシムルノ危險アリトシテ沒收スル以上ハ等シク之ヲ沒收スヘシ罪質ノ重輕ニヨリ年限ノ長短ヲ限ルヘキニアラス故ニ一般ニ五年ト定メタルモノナリ(龜山氏三九二、仮田氏一八一)

禁制物ノ沒收ハ此ニ設ケサル理由如何

三八二　禁制物ハ製造、所有、占有ヲ禁シタルカ故ニ其各事實ハ毎日新タニ禁制ニ觸レタルト同一ナルノミナラス行政上取締ノ目的ヨリ常ニ沒收スヘキ必要アルモノナレハ第三項但書ヲ設ケタルナリ(刑法論九〇二、刑法正義四八四)人民ノ私有ヲ許スヘカラサル理由ハ依然トシテ幾年モ存在シ決シテ消滅スルコトナシ是レ沒收ノ禁制物ニ係ルモノハ期滿免除ナキ所以ナリ(龜山氏三九三)(井上氏五〇八、及ヒ磯部氏七二〇、

松室氏二三二、ニモ亦同一ノ趣旨ヲ講述セラレタルヲ見ル

三八三　本條ニ禁治産ノ一ニ付免除ノ得否ヲ掲ケサルハ主刑ノ期間其効ヲ生スルモノナルニヨリ免除ノ如キモ主刑ト進退ヲ共ニスルヲ以テナリ（刑法論綱三七二）

禁治産ノ時効ハ主刑ト運命ヲ共ニス

◉第六十一條　期滿免除ハ刑ノ執行ヲ遁レタル日ヨリ起算ス若シ捕ニ就キ再ヒ逃走シタル時ハ其逃走ノ日ヨリ起算シ欠席裁判ニ係ル時ハ其宣告ノ日ヨリ起算ス

執行ヲ遁レタル日ヨリ時効ヲ起算スル理由如何

三八四　免除ノ起算ハ犯人カ執行ヲ遁レタル日即チ世人ノ遺忘ヲ始メタル日ヨリ起算ス人ノ遺忘ハ犯人カ未タ刑ノ執行ヲ遁レサル以前ニアラス又既ニ遁レテヨリ數日ヲ經テ俄然遺忘ヲ始ムヘキニ非ス全ク執行ヲ遁レタル時ヨリ始マル者ナリ（刑法正義四八六、刑法論綱三七四、磯部氏七二一、仮田氏四八六）

刑ノ執行ヲ遁レタル日ハ如何

三八五　刑ノ執行ヲ遁レタル日トハ如何ナル日ヲ云フカ

甲、自由刑ノ執行既ニ始マリ犯人繫獄ノ身トナリタル後逃走スルトキハ其逃走ノ日ハ即チ執行ヲ遁レタル日ナリ故ニ逃走ノ日ヨリ起算ス（龜山氏三九五、九五、三）

對席判決ノ自由刑ノ犯人判決後直チニ逃走シタルトキハ判決確定ノ日ヨリ起算ス即チ確定ノ日ヲ以テ執行ヲ遁レタル日トナス（龜山氏三九五、刑法論九一三、九一四、松室氏二三六、刑法論綱三七六）判決確定セサレハ執行權ノ發生ナシ其發生ナケレハ執行ヲ遁レタリト云フヿヲ得ス而シテ一旦確定スレハ法律上直チニ執行スルヲ得ヘキ者ナルニ之ヲ遁タルカ故ナリ（龜山氏三九五）（刑法論一九四以下ニモ同旨ノ論アリ）

判決確定後即チ執行權發生後逃走シタルトキハ逃走ノ日ヨリ起算ス何トナレハ其時ヨリ執行權ヲ實行シ得サルニ至ラシメタルヲ以テナリ（刑法論一以下四）

判決確定以前ヨリ其後モ引續キ犯人未決監ニ在ルトキハ執行權ヲ實行シ得ル狀態ニ身ヲ置タルモノナルカ故ニ檢事之ヲ實行セサルニ於テハ裁判確定ノ日ヨリ起算スヘキモノヽ如クナレ共我刑法ハ他ニ反對ノ法條アルヲ以テ此場合ニハ期滿免除ノ適用ナシ反對ノ法條トハ刑第五十一條刑名宣告ノ日ヨリ起算スルノ規定是ナリ該條アルカ故ニ此場合ニハ刑名宣告ノ日ヨリ起算シ未決監ニ於テ宣告ニ示定サレタル刑期ヲ經過

スレハ執行結了シタルモノトシテ放免サレ期滿免除ヲ適用スルコト能ハス（刑法論九一四以下）龜山氏三九五ニハ此場合執行ノ指揮ヲ忘リシハ檢事ナルヲ以テ之カ爲メ犯人ノ不利益トナルヘキ期限ノ經過ヲ妨クルノ理由ナシト說カレタリ然レ共期滿免除ノ期間ハ判決確定ノ日ヲ以テ起算點トナスヘシト云ハレタリ本項ノ說ト大ニ異ナリ余ハ本項ノ說ニ左袒ス

乙、罰金、科料、沒收ニ付テハ檢事既ニ其徵收ニ着手シタル時ハ其處分ヲ中止シタル時ヨリ執行ヲ遁レタル者トシ又其徵收處分ヲ怠リタル時ハ裁判確定ノ日ヨリ免除ノ期限ヲ起算ス但罰金科料ニ付テハ納完期限アルガ故ニ其期限滿了ノ日ヨリ（罰金ハ科料ハ一月十日）起算點トナスヘシトノ論者（刑法論九一四以下刑法論綱三七六、松室氏二三七、刑釋五二八）アレ共此一月及ヒ十日ノ期限ハ換刑處分ノ期限ニシテ其期限內ト雖トモ檢事ハ徵收スルヲ得ヘキカ故ニ其徵收スルヲ得ヘキ日ヨリ期間ノ經過ヲ始ムヘキモノナリ（井上氏五一一、飯田氏一八九ニハ罰金科料ニ付其徵收狀ヲ最終ニ發シタル日ヨリ起算スヘシト說カレタリ此說ハ蓋シ自由刑ヲ遁レタル者ニ對スル最終ノ逮捕狀ヲ出シタル日ヨリ起算スル刑第六十二條ノ規定ニ準據セラレシモノナランカ結局檢事カ徵收ニ着手シタルトキハ其處分中止ノ日ヨリ執行ヲ遁レタルモノトシテ其日ヨリ起算スルモノト其歸合一ナルモノカ）

欠席判決ヲ以テ罰金、科料ノ言渡ヲ受タルトキハ刑名宣告ノ日ヨリ期滿免除ノ期限ヲ起算ス（松室氏二三八）

丙、死刑囚ニ於ル期滿免除

第一說　死刑ハ判決確定スルモ直チニ執行スヘキモノニ非ス司法大臣ノ執行命令ヲ待テ始メテ執行スルヲ得ルモノナルヲ以テ其命令アリタル日ヨリ免除ノ期限ヲ起算ス（刑法論綱三七六、井上氏五一〇、刑法正義五二七）

第二說　死刑囚ノ逃走カ判決確定ノ前後ニアルヲ問ハス其確定日ヨリ起算ス（龜山氏三九六、刑法正義四九五）何トナレハ司法大臣ノ執行命令ハ執行上ノ一ノ手續ニ過キスシテ判決確定スルヤ直チニ之ヲ執行スヘク故ニ確定ノ日ハ即チ執行ニ着手スルノ日ナレハナリ但シ大臣ノ命令ヲ下シタル後若クハ犯人ヲ絞臺ニ上セ將サニ執行セントスルトキ逃走シタル場合ノ如キハ執行手續中ニ係ルヲ以テ實際逃走シタル日ヲ以テ起算點トナスヘキナリ是レ自由刑ノ犯人ヲ入獄セシメントスル時逃走スルモノト毫モ異ナル所ナケレハナリ（龜山氏三九六）

第三說　對席判決ノ死刑囚逃走カ判決確定前ナルトキハ確定ノ日ヨリ起算シ又確定後ニ逃走スレハ逃走ノ日ヨリ起算ス何トナレハ刑第六一條ニハ死刑囚ノ爲メ區別スル所アラサレハナリ（松室氏二三九）

第四說　死刑囚逃走スレハ第六二條ノ逮捕狀ヲ發シタル日ヨリ起算ス（磯部氏七二四）

以上ノ四說ニヨリ余ハ第一說ト第二說ノ但書ト第四說トヲ基本トシ左ノ如ク論決セントス

免除ノ期限ハ刑ノ執行ヲ免レタル日ヨリ起算スルハ第六十一條ノ原則ナリ死刑ニ在テハ判決確定スルモ執行スルヲ得ス執行スルヲ得サルニ執行ヲ遁ルヽコトアルヘキ謂レナシ故ニ其執行シ得ヘキ當日即チ大臣ノ執行命令ヲ下シタル日ヨリ始メテ執行ヲ遁レタリト云フコトヲ得ヘシ故ニ此日ヨリ起算スルヲ相當トス但大臣命令ヲ下シタル後之ヲ執行セントスル迄ノ間ニ逃走シタルトキハ其逃走ノ日ヨリ起算スヘシ而シテ之ニ對シ檢事逮捕狀ヲ發シタルトキハ其最終ノ令狀發付ノ日ヨリ起算スヘキナリ

天死刑宣告後三十年間獄ニ在テ執行ヲ受サリシ者ニハ判決確定ノ日ヨリ起算スヘキモノトス司法大臣ハ確定ノ日ニ執行權ノ發生シタルニ拘ハラス之ヲ實行セスシテ止メハ犯人ハ無爲ニシテ執行ヲ遁レタルニ外ナラス（刑法論九一四、以下刑法正義四九一）

地、死刑囚幾十年在獄スルモ日々時効ヲ中斷スルヲ以テ免除ノ期到來スルナシ（井上氏五一五）

右天地兩說中余ハ地說ヲ相當ナリト信ス

執行ヲ遁レタル當日ハ免除ノ期限中ニ算入スヘキヤ

三八六　本條ノ刑ノ執行ヲ遁レタルトハ有形的ハ執行ヲ要スル刑ノ執行ヲ遁レタルヲ云フ無形ニ執行スル刑ハ期滿免除ナシ（刑法論綱、刑法正義四八七）

三八七　本條ノ前段ハ對席判決ノ場合其執行ヲ遁レタルモノニ於ル規定ナリ（刑法論九一二、穗山氏三九八）

三八八　數理ニ微シ法理ニ訴フルトキハ執行ヲ遁レタル翌日ヲ起算ノ初日トナサヽルヘカラス然レ共我立法者ハ刑期計算ノ受刑初日ヲ刑期ニ算入スルカ如ク執行ヲ遁レタル初日モ免除ノ期限中ニ算入スルモノト想像シタルヤ疑ヒナシ（刑法正義四八七）計算ノ方法トシテハ刑期計算ノ法ヲ適用ス年ハ曆ニ從ヒ月ハ三十日トナシ逃走ノ日ハ期限ニ算入シ就捕ノ日午後ニアルトキハ亦算入ス（刑草二九二）

六十一條中段規定ノ解及ヒ理由

三八九　若シ捕ニ就キ再ヒ逃走シタルトキハ先キニ一度刑ノ執行ヲ遁レテ期滿免除ノ期限カ進行シツヽアル者ト雖モ其進行經過シタル日數ハ全ク空

無ニ屬セシム其理由如何曰ク免除ハ人ノ遺忘ニ基由スル者ナルニヨリ一度執行ヲ遁レテ遺忘ヲ始メタルモ捕ニ就クトキハ其遺忘ヲ完成セサルニ先チ之ヲ消滅シタルモノナリ故ニ更ニ執行ヲ遁レテ更ニ人ノ遺忘ヲ始メサルヘカラス（刑法正義四八八、龜山氏四〇〇、刑草二九三、磯部氏七二二）

時効ヲ中斷スルニ必要ノ條件如何

三九〇　（本號ノ說ハ第六二條ノ解チモ併有ス故ニ之ニ通用スベシ）免除ノ期間ハ間斷ナク經過シタルコトヲ要ス（此說ハ刑草二八四、二九三ニモ之ヲ見ル）而シテ其經過ヲ中斷スルニ三個ノ原因アリ第一捕ニ就クコト（第六十一條）第二逮捕狀ヲ發スルコト（第六十二條）第三執行ノ所爲アルコト是ナリ其第三ハ六十一條ノ解釋ヨリシテ理論上生スル結果ナリ而シテ此就捕若クハ逮捕狀ハ先キニ受タル刑ニ關シテ之ヲ受タルコトヲ要ス故ニ他ノ事件ノ爲メノ就捕若クハ逮捕狀ハ免除期間ノ中斷ト爲ラス（又財產刑ニ付テハ一部ノ辨濟又ハ差押等執行ノ所爲アルトキハ已往ノ經過日數ハ之ヲ空無ニ歸シ殘額ニ對シテハ更ニ其所爲アリシ日ヨリ起算ス（刑法論二九四）（龜山氏四〇一ニハ逮捕狀ハ生命刑自由刑ニ限リ金刑ニハ行フヘカラサルカ故ニ金刑沒收等ハ檢事カ幾回徵收處分チ行ヒ以テ遺忘セサルノ意思チ表スルモ法律上何等ノ効チ生スルコトナク法定ノ期間チ過ンハ免除チ得ハ

財產刑ノ時効ノ中斷

欠席判決チ受タル者宣告ノ日ヨリ時効チ起算スル理由如何

シト說カレタリ此說ハ第三百八十五號說ノ乙ニ掲ケタル同氏ノ說即チ檢事徵收ニ着手シタルトキハ其處分チ中止シタル日ヨリ執行チ遁レタルモノトシ此日チ以テ起算點トナスノ說ト撞着スルノ嫌ヒナキカ熟考チ要ス）

三九一　罰金刑ニ時効ノ中斷ナキカ如クナレ共不納ノ爲メ輕禁錮ニ換フルトキハ逮捕シ又ハ令狀ヲ發スルヲ得ルヲ以テ仍ホ時効ノ中斷アリト云ハザルヲ得ス（松室氏二四〇）

三九二　欠席判決ノ期滿免除ヲ刑名宣告ノ日ヨリ起算ストナシタルハ已ムヲ得サルカ爲メナリ欠席判決ハ故障申立ノ期間（三日）ヲ經過セサル間ハ確定セス被告自身カ判決ノ送達ヲ受ルカ（罰金ニ付テハ例外アリ）執行ヲ受ル迄ハ何時マテモ故障期間ヲ過ルコトナキカ故テ判決確定ノ時ヲ俟ントスレハ遂ニ期滿免除ヲ適用スル能ハス然ルニ犯罪又ハ判決ノ記臆ノ消忘スルハ對席判決ニ係ル欠席判決トノ別アルコトナシ是レ本條末段ノ規定アル所以ナリ（刑法論九二〇、龜山氏三九八、松室氏二三七、刑法正義四八九）

再度ノ欠席判決ノ時効ノ起算

三九三　欠席判決ノ被告人、爾後出頭シテ故障ノ申立ヲナシ之ヲ受理セラレタルモ未タ本案ノ判決言渡ヲ受サル前再ヒ逃走シタルトキハ再ヒ欠席判

第六十二條

決ヲ爲シタル日ヨリ始メテ免除ノ期間ヲ起算ス（井上氏五一二）

◎第六十二條　刑ノ執行ヲ遁レタル者ニ對シ逮捕ヲ命シタル時ハ最終ノ令狀ヲ出シタル日ヨリ期滿免除ヲ起算ス

令狀ヲ出セハ何故ニ時効ヲ中斷スルヲ乎

三九四　本條ノ規定ハ社會ヲ代表スル相當官吏カ逮捕狀ヲ發スルハ社會カ犯罪ヲ遺忘セサルニ外ナラスト論結シタルカ故ナラン（刑法論九二六、刑法正義五〇〇）檢事ハ幾度モ令狀ヲ發シテ免除ヲ得セシメサルヲ得ヘシ千歲遺忘スヘカラサル大惡人ヲ待ツニ當ツテハ固ヨリ此法ヲ欠クヘカラス（龜山氏四〇〇）

最終ノ令狀ヲ起算點トナス理由如何

三九五　最終ノ令狀發布ノ日トナシタルハ一回ノ令狀ハ二回ノ令狀ノ爲メニ中斷セラレ二回ハ三回ノ令狀ニ遞次後者ハ前者ニ期限ノ經過ヲ中斷セラルレハナリ（刑法正義五〇〇）

三九六　時効ハ必ス刑ノ執行ヲ爲シ得ルノ權アル場合ニ非サレハ生セス（井上氏一三五）

三九七　令狀トハ刑ノ執行ヲナス地ノ地方裁判所檢事ノ發布スル所ノ令狀ヲ云フ（十四年司法省刑第二十號達（刑訴第三一九條第二項ニ體刑ノ言渡ヲ受ケ其執行ヲ遁レタル者ニ對シ檢事ノ發シタル逮捕狀ハ拘留狀ト同一ノ効ヲ有ス其欠席判決ニ係ル場合ニ於テ發シタル者亦同シトアリ）

逮捕狀ノ性質及ヒ欠席判決ノ逮捕狀ノ性質

決議

三九八　法曹會議決

○罰金不納ノ爲メ換刑ニヨリ禁錮ノ處分ヲ受タルトキハ逮捕狀ヲ發スルコトヲ得而シテ此令狀ハ期滿免除ノ期限ヲ中斷スルノ効アリ（廿九、五、十六、法曹會議決）

○拘留ノ刑ニ處セラレタル者ニ對シテハ逮捕狀ヲ發スルヲ得ヘシ（廿八、十一、九、同上議決）

○欠席判決ヲ受タル者ニ對シ逮捕狀ヲ發シタルトキハ最終ノ發付ノ日ヨリ期滿免除ヲ起算ス（廿八、二月、廿一、同上議決）

復權ノ定義及ヒ其効力如何

第八節　復權

三九九　復權トハ主權ノ命令ヲ以テ重罪處刑者ニ將來ニ剝奪公權ヲ享有スルノ能力ヲ與フルヲ云フ而シテ其効力ハ公權享有ノ能力ヲ回復スルニ過キス仍先キノ議員若クハ官吏、位記、勳章等ノ榮典ハ能力ノ外ニ選擧、任命、下賜等ノ條件アツテ初メテ之ヲ得タリシモノナルカ故ニ復權ニヨツテ單ニ能力ノミノ回復ヲ得ルモ其榮典ハ之ヲ回復スル能ハサルヤ明カナリ止タ將來更ニ選擧任命下賜セラルヽノ能力ヲ回復スルノミ（刑法論綱三五九、井上氏五二一、刑法論八八一、八八二、龜山氏四〇四、

復權ノ利益ノ目的ハ如何

復權ノ制ヲ設ケタル理由如何

刑法汎論三五四、刑法正義五〇四、刑法義解(高木氏著)松室氏二四四(井上氏、磯部氏講義)是ヲ以テ先キノ犯罪ヲ取消シ又ハ既ニ受タル裁判ヲ取消スノ効力ナシ(松室氏二四四、井上氏、磯部氏講義)

四〇〇　復權ハ行狀端正ナル者ニ與フル所ノ褒賞ナリ則チ他ノ國民ト同等ノ位置ニ復スル者トス而シテ一旦之ヲ復スル時ハ假出獄ト異ナリテ復タ之ヲ奪フ能ハサルナリ(刑法論綱三六〇、刑草三〇〇)而シテ復權ハ其利益何ノ目的ニアルカ曰ク重罪ノ刑ニ處セラレ世人ト齒スル能ハサルノ自棄心ヲ飜ヘシ改過遷善ノ念ヲ發セシムルニアリ(刑草三〇一、松室氏二四二、井上氏五一六)主刑ノ執行全ク終リ數年ノ久シキ悛改ノ狀ヲ見タル時ニ於テ其刑ヲ繼續シ終身無能力者タラシムルノ必要ナシ是レ復權ノ制アル所以ナリ(刑法正義五〇一)以上ノ理由アルノミナラス國家多端ノ稀有ナル場合ニ於テ有爲ノ人物ヲ利用スルニ當リ復權ノ必要アルヘシ(刑法論八七八)

復權ト假出獄トノ差異

四〇一　復權ハ一旦之ヲ與フレハ復タ之ヲ取消スヲ得ス故ニ假出獄ト其効力同シカラス等シク行狀方正ノ者ニ與フルノ恩典ナレ共復權ハ主刑執行ヲ終リタル者ニシテ假出獄ハ主刑執行中ノ者ニ之ヲ與フ(刑法論綱三六〇)

刑法ノ復權ト商法ノ復權トノ差異

四〇二　刑法上ノ復權ト商法第千五百〇條ノ復權トノ差違(松室氏二四五)

甲、回復スル所ノ權利ヲ異ニス

乙、刑法ノ復權ハ恩典ナリ故ニ假令第六十三條ノ條件具備スルモ受刑人强テ之ヲ得ント要求スルノ權利ナシ商法ノ復權ハ債務者負債ヲ完濟スレハ當然復權ヲ得ルノ權利アリ(此説ハ磯部氏七三五ニモ之ヲ見ル)

丙、刑法ノ復權ハ勅裁ヲ要ス商法ニ付テハ裁判所ノ裁判ニヨリ復權ス

丁、刑法ニ付テハ犯人死亡後ニ復權ナシ商法ニ付テハ破産者ノ死亡後モ復權ヲ許ス

戊、刑法ニ付テハ品行方正ヲ一條件トシ商法ニ付テハ負債ノ完濟ヲ條件トス

四〇三　前號ノ如ク何故ニ刑法上ノ復權ハ容易ニ之ヲ與ヘサルヤ社會ニ大害ヲ加ヘタル人ナルヲ以テナリ然レ共悛改遷善スルモ猶ホ良民ト齒スルヲ得サラシムル時ハ犯人ヲ懲戒シテ悛改セシムルトノ刑罰ノ目的ニ反ス是ヲ以テ悛改ヲ條件トシテ復權ノ制ヲ設ケタルモノナリ(磯部氏七三六)

復權ハ他ノ法規ニ存在スル不能力ニモ其効果ヲ及ホスヘキヤ

四〇四　復權ハ他ノ法律規則ニ存在スル不能力ニモ其効果ヲ及ホスヘシ（宮城氏講義）（反對說トシテ特別法ニ刑法第三十一條ノ諸權ノ剝奪ヲ掲ケタルトキハ其剝奪ハ本條ノ効力ヲ及ホシ復權セシムルヲ得ヘシ其他三十一條ノ諸權以外ノ權能ノ剝奪ヲ掲ケタル規則ニハ本條ノ効力ヲ及ホサス（刑法汎論三四六、刑法釋義五五六以下）トノ說アリ謂フニ宮城氏ノ所謂他ノ法律規則ニ存在スル不能力トハ刑第三十一條ノ諸權ヲ指シタルモノニシテ其以外ノ諸權ヲモ包含セシメタルモノニ非サルヘシ果シテ然ラハ結局其歸同一ナルヘシ）

⊙第六十三條　公權ヲ剝奪セラレタル者ハ主刑ノ終リタル日ヨリ五年ヲ經過スルノ後其情狀ニ因リ將來ノ公權ヲ復スルヿヲ得

復權ノ勅裁ヲ得ルニ付テハ三個ノ條件ヲ要スルヿヲ得ルニ付テノ三要件

四〇五　復權ノ勅裁ヲ得ルニ付テハ三個ノ條件ヲ要ス

甲、主刑ノ終リタルコト又ハ主刑ノ期滿免除ヲ得テ監視ニ付セラレタルコト

乙、主刑ノ終リタル日又ハ主刑ノ期滿免除ヲ得テ監視ニ付セラレタル日ヨリ五年ヲ經過シタルコト

五年ノ期間ヲ要スル理由如何

丙、復權ヲ與フヘキ情狀アルコト（刑法論八八五以下、刑法論綱三六三、刑法釋義五六〇、松室氏二四三、磯部氏七四〇、飯田氏一七五）

四〇六　主刑トハ重罪ノ主刑ヲ云フ而シテ何カ故ニ五年ノ不變期間ヲ定メタルカ犯人ノ行狀ヲ視察シ悛改ノ情狀ヲ十分ニ認メタル後復權ノ恩典ニ浴セシムルニハ其ノ視察時間モ亦十分ナラサルヘカラス是レ五年ノ長期ヲ設ケタル所以ナリ（刑法論八八五以下、刑法論綱三六三、磯部氏七四〇、井上氏五二〇、刑法正義五六〇）復權ハ悛改ノ實効ニ職由スルモノトセハ五年ノ不變期間ヲ設ケタルハ聊カ穩妥ナラス眞ニ悛改ノ狀アリトセハ必スシモ五年ヲ待ツノ要アランヤ故ニ何年以上、何年以下ノ範圍ヲ設ケ內ニ就テ其情狀ニヨリ緩急斟酌シテ復權ヲ許スコトヽセハ可ナラン（磯部氏七四四）（後段ノ說ハ立法論ニ屬スルヲ以テ深ク之ヲ論セス唯タ附記シテ參考トス）

及ヒ其規定ノ批難

四〇七　本條ハ止タ無期有期ノ重罪刑ニ處セラレタル者ノミニ付復權ノ効用ヲ見ルヘシ（井上氏五一六）停止公權ト禁治產トハ主刑ト共ニ終ルモノナレハ茲ニ復權ノ規定ヲ要セス故ニ本條ハ剝奪公權即チ主刑ノ終リタルモ仍ホ附加スルモノヽミニ付復權ヲ規定セリ（磯部氏七三七）

無期有期ノ重罪刑ノ四ノミニ本條ノ効用ヲ見ル

四〇八　主刑ノ終リタル日トハ如何ン即チ全ク主刑ヲ執行シ終リタル場合ト特赦ヲ得タル場合ト主刑ノ期滿免除ヲ得タル場合ト是ナリ（井上氏五二〇）主刑ノ終リタル日トハ有期刑滿了シテ放免セラルヽ時ハ即チ主刑ノ終リタル日ナルコト勿論ナレトモ無期刑以上ニ於テモ特赦ヲ受タル時ハ主刑ノ終リタ

主刑ノ終リタル日トハ如何

ルモノト看做ヘキナリ（磯部氏七三八）現ニ執行ヲ終リタル者ハ勿論時效又ハ特赦ニヨリ刑ノ執行ヲナサスシテ之ヲ免カレタル者ト雖モ復權ヲ得ヘキモノナリ（刑法論綱三六二、松室氏二四三）

假出獄免幽閉ハ主刑終リタルモノニ非ス

四〇九　假出獄、免幽閉ヲ以テ主刑ノ終リタルモノト爲スコトヲ得サルヿハ第二十一條、五十四條、五十六條ヲ見テ之ヲ知ルニ足ルヘシ（刑法正義五〇三、井上氏五一七、磯部氏七三八）期滿免除ヲ得タル者ハ巧ミニ刑ノ執行ヲ遁レタル人ニシテ即チ法律ヲ輕侮シタル者ナリ然ルニ本條第二項ニ於テ公權ヲ復シ却ツテ謹愼改悟ノ狀アツテ假出獄免幽閉ヲ得タル者ニ復權ノ恩典ヲ及ホサヽルハ不權衡ナラサルナキカ（井上氏五一六）

本條規定ノ批難

五年ノ期間內ト雖モ復權ノ勅裁アルヲ妨ケス

四一〇　本條ノ期間五年以內ト雖モ復權ノ勅命ヲ下サルヽニ妨ケナシ何トナレハ法律ハ　天皇ノ大權ノ作用ヲ制肘スルモノニ非サレハナリ故ニ本條五年ノ期間ハ犯人ヨリ復權ヲ願フ爲メノ規定タルニ過キス（龜山氏四〇六）

輕罪刑ノ爲メ辯護士トナルノ權ヲ奪ハレタル者ハ復權ヲ得サルカ

四一一　復權ハ重罪刑ニ附加スル剝奪公權ヲ回復スルニアルカ故ニ盜罪ノ爲メ代言人タルノ資格ヲ奪ハレタル者ノ如キ輕罪刑ニヨリ奪ハレタル權能ハ本條ニヨリ復權ヲ得サルノ不權衡ヲ生ス（井上氏五一六）

大赦ノ理由

◎第六十四條　大赦ニ因テ免罪ヲ得タル者ハ直チニ復權ヲ得特赦ニ因テ免罪ヲ得タル者ハ赦狀中記載スルニ非サレハ復權ヲ得ス

赦ニ因テ復權ヲ得タル者ハ自ラ監視ヲ免シタル者トス

大赦ノ効力

四一二　大赦ハ犯人ヲ罰スル時ハ却ツテ人心ヲ激昂セシメ社會ノ安寧ヲ害スルノ虞アル時國事犯人ニ對シテ行ハルヘキモノナリ（井上氏五一二）大赦ハ主權ノ命令ヲ以テ或種ノ所爲ヲ犯罪ト認メタルニ基ク刑法ノ刑事上ノ效力ヲ取消スモノナリ（刑法論八七二）大赦ハ概チ革命ノ際ニ行フモノナリ（刑法汎論三四三）大赦ハ政治上ノ處分トシテ國事犯ニ限リ行ハルヘシ（磯部氏七四七、仮田氏一六二）大赦ハ通常國事犯人ニ與ヘサセラルヽ　天皇ノ特權ナリ（刑法論八七四、龜山氏四〇二、刑法正義五〇五、松室氏二四六、刑法釋義五六四）

四一三　大赦ハ第一公訴權ヲ消滅シテ之ヲ提起スル能ハス第二既ニ提起シテ未タ判決以前ナル時ハ直チニ其訴訟手續ヲ中止セシメ第三有罪ノ判決既ニ確定シタル時ハ其判決無効トナル第四其無効ノ結果トシテ刑ノ執行權消滅ス第五執行中ナレハ之ヲ止息ス（刑法論八七三、刑法汎論三四二、刑法釋義五六四）大赦ト雖モ既ニ

存在セシ所爲又ハ公訴ノ提起アリシ事實有罪ノ判決ノ確定セシ事實ハ人力ヲ以テ之ヲ取消ス能ハスト雖モ其所爲ノ刑法上犯罪タル點公訴ノ公訴タリシ効力、確定判決ノ確定判決タリシ効力ハ一切取消サレテ爾後ハ犯人タルコトナカリシト同一ノ身トナル從ツテ大赦ニ遇ヒシ所爲ハ再犯ノ理由トナル能ハス（刑法論八七四、龜山氏四〇二、刑法正義五〇五、刑法汎論四二、松室氏二四六、磯部氏七四七、刑法釋義五六四）

大赦ノ効力ハ私權ニ及ホサス

四一四　大赦ハ刑事上ノ効力ヲ取消スニ止マリ刑法ノ民事上ノ効力即チ損害賠償、贓物返還ノ請求ハ大赦ニ遇ヒタル所爲ニ基クト雖トモ其ノ所爲ヲ犯罪ト名ツケ其犯罪カ原因タル私訴ノ訴權其者ハ之ヲ失フヘキ限リニ非ス（刑法論八七二、松室氏二四六、刑法汎論三四二）何トナレハ大赦ハ政略上人心ヲ鎮撫スルヲ以テ目的トスルモノナレハ被害者ノ損害要償ノ權ヲ消滅セシムルノ理由ヲ有セサレハナリ（松室氏二四七）

大赦ハ之ヲ拒絶スルコトヲ得ス

四一五　大赦ハ公益ニ基由スル者ナルヲ以テ之ヲ受ヘキ犯人一己ノ都合ノ爲メ之ヲ拒絶スルヲ得ス（飯田氏一六五、刑法論八七一）

四一六　特赦ハ主權ノ命令ヲ以テ有罪ノ確定判決ヲ經タル一定ノ犯人ニ其刑ノ執行權ノ全部又ハ一部ヲ將來ニ取消スモノナリ故ニ有罪ノ判決確定後ニ非サレハ之カ適用ナシ（刑法論八七七、龜山氏四〇三、松室氏二四八、飯田氏一七一）

特赦ヲ設ケタル三ケノ利益

甲、犯人ニ悛改遷善ヲ奬勵スルコト

乙、法律ノ不備ヲ補ヒ誤判ノ結果ヲ矯正スルコト

丙、或場合ニ弊害アル死刑、無期刑ノ執行ヲ免スルコト

特赦ノ効力

四一八　特赦ハ唯刑ノ執行ヲ全免スルノミノモノナルカ故ニ當然復權ヲ得ルモノト云フヲ得ス是ヲ以テ特ニ赦狀中ニ記シテ之ヲ得セシムルモノナリ（井上氏五二三）

又赦ニ因テ復權ヲ得タル者ハ固ヨリ主刑並ニ公權剝奪スラ之ヲ免除シタル者ナルニ因リ監視ノ如キ附加刑モ亦之ヲ科スルノ要ナシ是レ第二項ノ生シタル所ナリ（刑法正義）

免罪ノ用語ノ批難

四一九　特赦ハ罪ヲ免スルニ非スシテ正タ執行スヘキ刑ヲ免スルノミ然ルニ本條ニ特赦ニヨツテ免罪云々トアルハ用語穩當ヲ欠クモノナリ（磯部氏七五〇、

大赦ト特赦トノ異同

（松室氏二四八）

四二〇　大赦ト特赦トノ異同

甲、兩赦共ニ　天皇ノ大權ニ屬ス然レトモ特赦ハ相當官ヨリ上申シテ裁下ヲ乞フノ手續アリ（刑訴三一條）

乙、大赦ハ或種ノ犯罪ニ對シテ與ヘラルヽ恩典ナルカ故ニ其種ノ犯罪人全體ニ及ヒ一時ニ多數ノ恩典ニ浴スル者アリ（刑法論八七九、松室氏二四六、井上氏五二二、磯部氏七四六、飯田氏一六三）

特赦ハ或ル一定ノ犯人限リ與ヘラルヽモノナルカ故ニ同種ノ犯人ト雖モ其恩典ニ浴スル能ハス（磯部氏七四九、刑法汎論三四四、松室氏二四七）

丙、大赦ハ判決確定後ナルト其前ナルトヲ問ハス之ヲ行ハル而シテ判決前ナレハ公權消滅シ（刑第六條）確定後ナレハ判決取消ノ効ヲ有シ從ツテ再犯ノ理由トナラス（井上氏五二二、飯田氏一六四、刑法汎論三四四、刑法第九七條）

特赦ハ判決確定後ニ非サレハ行ハレス（刑法第三一條）而シテ判決ヲ取消スノ効ナク其結果タル刑ノ執行權ノ全部又ハ一部ヲ消滅セシムルノミ從ツテ再犯ノ理由トナル（刑法論八七九、刑汎三四四、松室氏二四七）

丁、大赦ニ付テハ當然復權ヲ得

特赦ハ特ニ赦狀中ニ記載セサレハ復權ヲ得ス（刑法論八七九、刑汎三四四、飯田氏一七二）

戊、大赦ハ有罪ノ判決ヲ取消シ無罪人ト同視セシムルノ効アルカ故ニ犯人ノ死亡後ト雖モ之ヲ行フコトヲ得

特赦ハ執行權ヲ取消スニ過サルヲ以テ犯人死亡ニヨリ既ニ消滅シタル時ハ之ヲ行フコトヲ得ス（刑法論八七九、刑草百四十四號以下、刑正五〇七）

加減例ヲ規

◎第六十五條　復權ハ勅裁ニ非サレハ之ヲ得可カラス

四二一　大赦、特赦、復權ハ恩典ニシテ　天皇ノ大權ニ屬ス（憲法第十六條、刑草第一四七號）而シテ此勅裁ニ對シテ犯人ハ之ヲ拒絶スル能ハサルコト及ヒ第六十三條ノ五年ノ期間內ト雖モ復權ノ勅裁アルニ妨ケナキコトハ已ニ論シタルヲ以テ復贅セス

第三章　加減例

四二二　刑法ハ罪質ト之ニ科スヘキ一定ノ刑トヲ量リテ權衡ヲ定メタル

定シタル理由

ノミナラス其罪情ト刑ノ程度トノ權衡ヲ量リ再犯ノ如キ未遂犯ノ如キ自首ノ如キ加減ノ摸樣ヲ定メ猶ホ其未タ罪情ニ應スルノ刑ヲ得ル能ハサランコトヲ恐レテ酌量減輕ノ法ヲ設ケ裁判官ニ實際上其情狀ヲ斟酌シテ刑ヲ加減セシム此ノ如ク各種ノ加減ヲナスニ當ツテ如何ナル方法ニ依ルヘキカ是レ本章ノ規定アル所以ナリトス（刑法論五七八以下、礦部氏七五三）

刑ノ加減ノ原因

四二三　刑ノ加減ハ概チ犯人ノ身分ニ付テハ其德義上ノ罪惡ニ關シ又事實ノ結果ニ付テハ社會ノ害惡ニ關シ其情狀ニ基キ之ヲナスモノナリ（刑草三一六）犯罪上ニ影響ヲ及ホスヘキ情狀ハ必ス刑罰ノ上ニモ其影響ヲ及ホシ或ハ輕クシ或ハ之ヲ重クス而シテ其情狀タル犯罪ノ豫備ニ關スルモノアリ實行ニ關スルモノアリ結果ニ關スルモノアリ豫メ謀テ人ヲ殺傷スルカ如キ或ハ謀殺トシテ特ニ死刑ニ處シ或ハ加重ノ模樣アリトシテ本刑ニ一等ヲ加フル等是レ犯罪ノ豫備ニ關スルモノナリ又夜間人ノ住所ニ侵入シ若クハ皇居ニ侵入スル等犯罪ノ日時ト場所ニヨリ本刑ヲ加重スルモノアリ或ハ門戸牆壁ヲ踰越損壞スル等犯罪ノ手續方法ニヨリ加重スルモノアリ（竊盜罪）或ハ被害者

法律上ノ加減及ヒ裁判上ノ加減

一般ノ加減特別ノ加減

ノ年齡（猥褻罪）犯人ノ職業（墮胎罪）犯人ト被害者トノ身分上ノ關係（祖父母、父母ニ對スル犯罪）ニヨリ加重スル者アリ是等ハ皆犯罪ノ實行ニ關スル者ナリ又僞證誣告及ヒ毆打創傷罪ノ如キハ其犯罪ノ結果ニヨリ或ハ刑ヲ輕クシ或ハ重刑ヲ科ス此他貨幣僞造ニ於ル職工ノ如キハ正犯ナルモ其刑ヲ輕クスル等ノ變例アリ此ノ如ク犯罪ノ上ニ影響ヲ及ホスヘキ情狀數多アリト雖モ是等ハ皆特別ノ犯罪ニ關スル者ニシテ刑法第二編以下各條下ノ說明ニ讓ル其他一般ノ加重減輕ハ再犯加重、宥恕減輕、自首減輕、酌量減輕等是ナリ（刑法論五七八以下、龜山氏四〇七）幼年若クハ赤貧ニヨルカ如キハ犯罪前ノ減輕情狀ニシテ二人共犯ノ如キハ犯罪ト共ニ存スル加重ノ情狀ナリ（井上氏四一八）

四二四　刑ヲ加重減輕スヘキ事情ヲ名ケテ加重又ハ減輕ノ原因ト云フ而シテ法律ノ規定ニヨリ法律自身カ刑ヲ加重スルモノヲ法律上ノ加重ト名ケ其刑ヲ減輕スルヲ法律上ノ減輕ト云フ之ニ反シ法律ノ與ヘタル範圍內ニ於テ裁判官カ判決ノ宣告ニヨツテ刑ヲ重クスルヲ裁判上ノ加重ト云ヒ刑ヲ輕クスルヲ裁判上ノ減輕ト名ク又加重ノ原因カ犯罪總體ニ通スル者ハ一般ノ加重ノ原因ト云ヒ或種ノ犯罪ノ上ニ關スルモノヲ特別ノ加重ノ原因ト云フ

附加刑ニ付テハ附加減例ノ外金罰ノ問題ナシ

其減輕ノ原因ニ於テモ亦之ニ同シ（刑法論五七八以下）

四二五　加減ノ問題カ主刑全體ニ對シテ適用アルハ勿論ナレ共附加刑ニ付テハ特リ附加ノ罰金ニノミ適用アリ即チ主刑ノ加減ニ從ッテ附加ノ罰金モ亦加減セラル（刑第七四條）沒收又ハ重罪刑ニ終身附加スル剝奪公權、禁錮ノ期限內當然附加スル停止公權、禁治產、重罪刑ノ短期三分ノ一ノ期間當然附加スル監視、死刑無期刑ノ期滿免除ノモノニ五年間附加スル監視ニ付テハ加減例ノ問題ヲ生セス（刑法論五七八以下）

刑ノ加重ハ罪質ヲ變セス

四二六　刑ノ加重ハ法律上ノモノト裁判上ノモノタルトヲ問ハス其結果罪質ヲ變スルコトナシ故ニ違警罪ハ加ヘテ輕罪ニ入ルヽコトナク輕罪ハ加ヘテ重罪ニ入ルヽコトナシ（刑法論五七八以下、但重罪刑ハ其最高度ヲ超ル每ニ刑名ヲ變ス）（本號ノ原則ニヨリ禁錮カ七年ニ上リ拘留カ十二日科料カ二圓四十錢ニ上ルモ依然禁錮ハ禁錮ニシテ懲役ト變進スルコトナシ）

裁判官ハ犯情ノ重キヲ理由トシテ刑ヲ加重ス能ハス

四二七　裁判上ノ加重ハ（刑第八十九條第九十條）減輕ノ場合ノ如ク一等又ハ二等ヲ加フルコトヲ許セシ規定ナシ故ニ裁判官カ所犯ノ情狀重キヲ理由トシテ一等又ハ二等ヲ加重スル能ハサルナリ唯タ法律カ其犯罪ニ科シタル刑ノ最高度ニ止ムヘキナリ是ヲ以テ例ヘハ科料ハ一圓九十五錢ヲ最多額トシ禁錮ハ五年ヲ最長期トス法律カ之ニ一等又ハ二等ヲ加フルヿヲ命セサル場合ニ裁判ノ宣告ヲ以テ其最多額、長期ヲ超ヘタル刑ヲ科スレハ凡テ破毀ノ理由トナルヘシ此ノ如キ理由ナルニヨリ刑法第七十條、第七十二條ハ全ク法律上ノ刑ノ加重ノ結果トシテ刑期金額ノ最高點ヲ超越スル場合ニ適用スヘキモノトス（刑法論五七八以下）

減輕ノ場合ニ於ル法律ノ命令ト裁判官ノ隨意トノ區別

四二八　加重ノ法律ハ裁判官ヲ拘束スト雖モ減輕ニハ法律ノ命令ト裁判官ノ隨意トアリ即チ宥恕シテ本刑ニ一等又ハ二等ヲ減シ二等又ハ三等ヲ減スト定メタル場合其少キハ立法者自カラ減等スル者ニシテ裁判官ヲ拘束スト雖モ其多ク加減スルト否ハ裁判官ノ隨意ナリ又酌量減輕ノ場合酌量減輕スルト否トハ素ヨリ裁判官ノ隨意ナレ共一旦減輕ヲ行フ以上ハ其一等ヲ減スルハ法律ノ命令ニシテ二等ヲ減スルハ裁判官ノ隨意ナリ（刑法論綱三一三、磯部氏七五四、井上氏四一九）

主觀的加重

四二九　法律上ノ加重ニハ犯人ノ身ニ添フ事情ニ因テ重キヲ加フル場合

原因及ヒ客觀的加重原因

アリ之ヲ主觀的ノ加重ト云ヒ又犯罪事實ニ添フ事情ニ因テ重キヲ加フルモノアリ之ヲ客觀的加重ト云フ法律カ主觀的ノ原因ニヨリ犯罪總體ニ通シ刑ヲ加重スルハ再犯ノ場合ナリ初犯者カ犯スモ再犯者カ犯スモ竊盜ハ竊盜ナリ故殺ハ故殺ナリ故ニ再犯ハ犯罪事實ニ添付シタル加重ノ原因ニ非スシテ再犯者ノ身ニ添フタル加重ノ原因タルヲ知ルヘシ又或ル犯罪ニ限リテ刑ヲ加重スル主觀的原因ハ例ヘハ刑第一六七條ノ官吏、雇人、職工タル身分第一七四條ノ看守者タル身分、毆打創傷罪ニ於ル豫謀ノ如キ是ナリ而シテ客觀的原因ニハ我刑法上一般ノ加重ナシ但或犯罪ヲ限リ客觀的原因ヲ理由トシテ刑ノ加重アルモノハ一ニシテ足ラス例ヘハ家宅侵入罪ニ於ル皇居禁苑（刑第一七三條）脅迫罪ニ於ル兇器（刑第三二七條）強盜罪ニ於ル兇器又ハ二人以上ノ連合（刑第三七九條）ノ類是ナリ（刑法論五七八以下）

裁判上ノ減輕ハ主觀客觀ノ原因ニ又制限ナク罪質ヲ變セス

四三〇　減輕ハ裁判上ノモノ一種曰ク酌量減輕又法律上ノモノ四種曰ク宥恕曰ク自首曰ク未遂犯曰ク從犯トス而シテ酌量減輕ハ一般ノ者ニシテ重罪、輕罪、違警罪ニ通用ス其原因ハ制限ナシ故ニ主觀的事情ト客觀的事實ニ基キ輕減スルコトアルヘシ但罪質ヲ變スルコトナシ法律上ノ減輕中第一從犯未遂犯ノ減輕ハ罪質事實ノ形狀ニ基ク客觀的減輕ニシテ罪質ヲ變スルノ効アリ重罪ト輕罪トニノミ適用スヘク違警罪ノ從犯並ニ未遂犯ハ罪トナラサルナリ然レ共其重輕罪ニ通スル減等ナルカ故ニ一般ノ減輕ト云フヲ得ヘシ

法律上ノ減輕ニ於ル主觀的客觀的ノ區別

第二宥恕減輕ハ刑法ノ總則ニ掲ル者ハ重罪、輕罪、違警罪ニ通スル一般ノモノアリ（刑第八〇條第八三條）刑法第三編ニ掲ケテ殺傷ニ限レルモノアリ（刑第三〇九條）共ニ人ノ年齢又ハ辨別一部ノ喪失ト云フカ如ク主觀的ノ減輕ナリ但罪質ヲ變セス第三狹義ノ特別減輕ハ刑法第二編以下ニ特別ノ名稱ナクシテ法律カ刑ヲ減等シタルモノヲ云ヒ一般ニ犯罪事實ノ情況ニ原ク客觀的減輕ナリ罪質ヲ變ス第四自首減輕ハ殺人以外ノ犯罪ニ限リテ通用セシムルモノナリ（刑第八五條）此一點ヨリ云ハヽ特別ノ者ナリ而テ自首シタルヲ理由トスル主觀的ノ減輕ナリ罪質ヲ變スルコトナシ（刑法論五七八以下）

◎第六十六條　法律ニ於テ刑ヲ加重減刑スヘキ時ハ後ノ數條ニ記載シタル例ニ照シテ加減ス但加ヘテ死刑ニ入ルヿヲ得ス

第六十六條

法律ニ於テ文字中裁判上ノ減輕ナモ包含ス

加ヘテ死刑ニ入ルヽナル許サヽルノ理由

四三一　本條ハ條意簡明ニシテ別ニ説明スヘキモノナシ唯法律ニ於テ刑ヲ加重減輕トアルカ故ニ彼ノ法律上ノ加減（箱恕、自首、再犯等）即チ法律上當然加減スヘキ場合ノミ本條ヲ適用スヘキモノヽ如シ然レ共裁判上ノ減輕（酌量減輕）ト雖モ法律ノ規定ヲ待テ而後減輕スルノ點ニ於テハ法律上ノ加減ト兩者敢テ異ナル所ナシ故ニ法律ニ於テ云々ト規定シタルモ酌量ノ減輕ヲ包含セシメサルノ法意ニ非サルナリ（松室氏二五〇、磯部氏七五五、刑正五〇九）法律ニ於テトハ法律自カラ加減シタル時ト云フニ非ス則チ法律ニ從ヒト讀下スヘシ（井上氏四二〇）

四三二　死刑ハ回復シ得ヘカラス又赦免シ得ヘカラサル性質ノモノナルニヨリ他ノ刑ハ勿論無期刑ヨリスルモ其段階相距ル甚タ遠クシテ之ヲ無期刑ヨリ重キ唯一等ノミト云フヲ得ス故ニ法律ハ死刑ヲ無期刑ニ下スコトヲ許スニモ拘ハラス無期刑ヲ死刑ニ上スヽヲ許サヽルモノトス（刑草三二九、刑法論綱三一五）死刑ハ刑ノ極度ニシテ無期刑之ニ亞クト雖モ其輕重ノ差遠ハ殆ント測ルヘカラス故ニ無期刑ヲ加ヘテ死刑ニ入ルヽハ恰カモ一ノ加重ノ模樣アルカ爲メ數十等ヲ加フルニ異ナラス是レ但書ヲ以テ之ヲ禁シタル所以ナリ（刑釋五七三、磯山氏四四三、刑汎二八六、磯部氏七五五）死刑ハ良刑ニアラス成ヘク其適用ヲ減セサルヘカラス犯情重シト云フノミヲ以テ加重シテ死刑ニ入ルヽ如キハ此精神ニ悖ルヲ以テ之ヲ許サヽルナリ（井上氏四二一）財産刑ヲモ加ヘテ死刑ニ入ルヽヲ得ルトスル時ハ我刑法カ人命犯ニ關スル罪ニノミ死刑ヲ用ユルノ主義ニ反ス是ヲ以テ加等シテ死ニ入ルヽヲ許サス（松室氏二五〇）

◎第六十七條　重罪ノ刑ハ左ノ等級ニ照シテ加減ス

一　死刑
二　無期徒刑
三　有期徒刑
四　重懲役
五　輕懲役

◎第六十八條　國事ニ關スル重罪ノ刑ハ左ノ等級ニ照シテ加減ス

一　死刑
二　無期流刑
三　有期流刑
四　重禁獄

本條ノ解

加減例ハ一般ト特別トヲ問ハス適用ス

無期刑ニ入ルヽヲ許スノ批難

五　輕禁獄

四三三　我刑法ハ國事犯非國事犯ニ科スルニ其刑ヲ異ニス即チ第六十七條ハ非國事犯ノ重罪ノ加減法ニシテ第六十八條ハ國事犯ノ重罪ノ加減法ヲ示セリ（刑正五一一、井上氏四二〇）死刑ニ處スヘキヲ一等減スレハ無期徒刑トナリ二等減スレハ有期徒刑トナル又有期徒刑ニ處スヘキヲ一等ヲ加フル時ハ無期徒刑トナル但二等ヲ加フレハ死刑トナルモ加ヘテ死刑ニ入レス第六十六條ノ但書アルヲ以テナリ（刑正五一一）

四三四　本條ハ特別ノ加減ト一般ノ加減トヲ問ハス總テ加減スヘキトキニ用ユヘキ刑ノ昇降順次、進路ヲ示シタルモノナリ（刑草三二九）

四三五　有期刑ヲ加ヘテ無期ニ入ルヽハ無期刑ヲ加ヘテ死ニ入ルヽト一般ノ感アルニ非スヤ死ニ入ルヽヲ論サヽルト共ニ無期徒刑ニ入ルヽコトヲ禁スルコトニ改正アリタシ（磯部氏七五九）

◎第六十九條　輕懲役ニ該ル者減輕スヘキ時ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ處スルヲ以テ一等ト爲ス

二年以上五年以下ト範圍ヲ定メタル理由

二項ニ分チタル理由

輕禁獄ニ該ル者減輕スヘキ時ハ二年以上五年以下ノ輕禁錮ニ處スルヲ以テ一等ト爲ス

四三六　重罪刑ノ加減法ハ前二條ニ於テ之ヲ示サレタリ然ラハ重罪タル輕懲役若クハ輕禁獄ニ該ルヘキ刑ヲ減セントスルニハ輕罪ノ禁錮ニ下サヽルヘカラス然ルニ禁錮ハ十一日以上五年以下ノ一刑アルノミナレハ此範圍ニ於テ十一日即チ禁錮ノ短期ニ處スルヲ得ルトセハ其範圍廣キニ過キ原ト重罪ヲ犯シタル被告人ヲ罰スルニハ寛ニ流ルヽノ恐レアリ是ヲ以テ其範圍ノ稍長期ナル即チ二年以上五年以下ヲ限リテ特ニ範圍ヲ設ケ以テ重罪刑ヨリ下減シタルモノヽ一等トナスコトヲ定メタルナリ（刑法論綱三一五、井上氏四二四、磯部氏七六二）

四三七　禁獄ハ原ト國事犯ノ刑ニシテ定役ナシ故ニ定役ナキ輕禁錮ニ處スルカ爲メ特ニ二項ニ分ツテ之ヲ規定ス

◎第七十條　禁錮罰金ニ該ル者減輕ス可キ時ハ各本條ニ記載シタル刑期金額ノ四分ノ一ヲ減スルヲ以テ一等ト爲シ其加重ス可キ時ハ亦四分ノ一ヲ加フルヲ以テ一等ト爲ス

刑期金額ノ四分ノ一等ヲ以テシタル理由ナリ

四三八　重罪ハ輕懲役ニ加ヘテ重懲役トナシ又之ニ加ヘテ徒刑トナスカ如ク其刑ヲ變スルコトヲ得ルモ輕罪ハ此ノ如クナル能ハス即チ罰金ニ加ヘテ輕禁錮トナシ又之ヲ加ヘテ重禁錮トナスヲ得ス故ニ禁錮ハ禁錮中ニ於テ加減シ罰金ハ罰金中ニ於テ加減セサルヘカラス是ヲ以テ本條ニ於テ禁錮罰金ハ各本條ニ定メタル刑期金額ノ四分ノ一ヲ加減スルヲ以テ一等トナシタルナリ（刑法三三一、刑正五一三、刑釋五三八）禁錮ノ如キ大範圍ハ十一日以上五年以下ナルモ其中幾十種ニ別レ殊ニ範圍交錯シテ孰レカ上位ナルヲ定メ難シ例ヘハ二月以上四年以下ノ刑ヲ以テ三月以上三年以下ノ刑ニ比スルニ長期ヨリ云ハヽ前者上級ニアリ短期ヨリ云ハヽ之ニ反ス若シ前者ヲ上級ノ刑トナサハ減等セサルトキハ二月ニ處シ得ルモ減等シタルトキハ三月ヨリ下スヲ得ス又若シ短期ニ重キヲ置キ後者ヲ上級ノ刑トナサンカ減等ノ爲メ反ツテ四年ニ處セラルヘシ此ノ如キ不都合アルカ故ニ法律ハ各刑期金額ノ四分ノ一ヲ加減スルコトヽナシタリ（龜山氏四四四、刑況二八九）

加減ハ最長最短ノ兩期ニ付テ之ヲ行フ理由

四三九　法律ハ加減シタル刑ニモ亦長期短期ヲ有セシムル爲メ加減ハ最長最短ノ兩期ニ就テ之ヲ行フモノトス故ニ例ヘハ二年以上五年以下ニ四分ノ一ヲ加フレハ二年六月以上六年三月以下トナシ又之ヲ減スレハ一年六月以上三年九月以下トナス即チ其加減シタル刑ニモ亦長短ノ範圍ヲ有セシム（刑草三三二、刑正五一四）

通ヒ遞加減法及ヒ遞加減法並ニ現行法ハ通ノ說明ニ採用シタルコト

四四〇　加減スヘキ四分ノ一ハ本刑ニ就テ之ヲ算出スヘシ故ニ一等ヲ減シテ既ニ四分ノ一ヲ加減シタル刑ニ就テ第二ノ四分ノ一ヲ算出シ其數ヨリ又四分ノ一ヲ減スルカ如キ（遞加減ナリ）計算ノ方法ハ法律ニ於テ之ヲ排斥ス是ヲ以テ其加減スル凡テノ四分ノ一ハ皆平等ナリトス（刑草三三二）二等以上ヲ加減スル場合ニ於テ通加減法ト遞加減法トノ二法アリ通加減法ハ本刑ノ四分ノ一、四分ノ二、四分ノ三、四分ノ四ヲ本刑ヨリ加減スル方法ナルヲ以テ四等ヲ減スレハ減盡ス遞加減法ハ四分ノ一ヲ加減シタル數ニ基キ遞次加減スルノ方法ナリ我刑法ハ通加減法ヲ採用シ（但刑第九十九條ノ但書ノモノヲ除ク）テ遞加減法ヲ採ラス（刑法論綱三一）

通加減法ニ付テノ批難

七、刑正五一七、井上氏四二八、磯部氏七七〇以下、松室氏二五二、刑釋五八三、龜山氏四四八、刑汎二八九以下）（龜山氏ト江木氏トハ遞加減法ヲ以テ遞加減法ヨリモ勝レリト論述セラレタリ）然レ共現行法カ遞加減法ヲ採用シタルコトハ孰レモ認メラレタリ）

四四一　通加減法ニ付テモ瑕瑾ナキ能ハス例ヘハ二月以上一年以下ノ禁錮ト二年以上五年以下ノ禁錮トノ二刑アラン一年以下ノ刑ハ五年以下ノ刑ヨリ輕シ然ルニ五年ノ禁錮ハ四等ヲ減シタル時ハ直チニ拘留ノ刑トナルヲ得ヘク一年ノ禁錮ハ三等ヲ減セラレタル時猶ホ十一日以上三月以下ノ禁錮ニ處セラルヽコトアルヘキナリ（刑釋五八五）

加ヘテ重罪ニ入ルヽ許サヽルヽ理由及ヒ七年ニ止メタル理由

四四二　本條第二項ノ規定ハ重罪ノ刑ハ加ヘテ死刑ニ入ルヽコトヲ得サルト同一ノ理由ナリ（第六十六條下第四百三十二學說中兩刑ノ段階相距ル甚タ遠クシテ單ニ一等ノミト云フヲ得ストノ理由ヲ指スナリ）然ルニ輕罪ノ刑ニ加ヘテ重罪ノ刑ニ入ルヽコトヲ得ストスル以上ハ禁錮ノ長期ニハ加重ナルモノナキカ如シ故ニ之ニ但書ヲ加ヘテ七年ニ至ルコトヲ得セシメタリ（刑釋五八七、磯部氏七七四、刑正五一九）輕罪ト重罪トハ恰カモ無期刑ト死刑トノ如ク相距ル甚タ遠シ是レ重罪刑ニハ必ス剝奪公權及ヒ監視ヲ附加スルヲ以テモ明カナリ故ニ一ノ加重ノ模樣アルカ爲メ加ヘテ重罪ニ入ルヽヲ許サス然レ共五年ノ禁錮ハ加重スルヲ得サルノ結果ヲ見ルカ故ニ七年ニ至ルヿヲ得セシム若シ七年ニ止メスシテ其以上ニ及フヲ許ストキハ懲役ト其年限差違ナキニ至ルヲ以テ之ヲ避ルナリ（刑釋五八七）

七年ニ至ルモ罪質ヲ變ス

四四三　加ヘテ七年ニ至ルモ罪質ヲ變セス故ニ剝奪公權ノ附加ナク禁治産ノ附加ナク又再犯ノ場合ニ於テモ重罪トハ大イニ其結果ヲ異ニス（磯部氏七七五、井上氏二二）

判決例

○第七十條ノ如キ總則ノ法條ハ判文ニ示スノ必要ナシ（廿一、四、十、並ニ廿一、二、七、及廿一、九、廿八、仍ホ廿九、一、廿三、大審院）

本條拘留科料ニ處スル理由

◎第七十一條　禁錮ヲ減盡シタル時ハ拘留ニ處シ罰金ヲ減盡シタル時ハ科料ニ處ス禁錮罰金ヲ減シテ其短期十日以下寡數一圓九十五錢以下ニ及フ時ハ亦拘留科料ニ處スルヿヲ得

四四四　禁錮、罰金、四等ヲ減スル時ハ零數ニ至ル此ノ如ク減盡シタル時ハ犯人ヲ刑セスシテ放免スヘキカ重罪ヲ減盡シタル時仍ホ輕罪ノ刑ニ處ス左

レハ輕罪ノ刑ヲ減盡シタル時其下級ノ刑ナケレハ格別猶ホ違警罪ナル下級刑アルヲ以テ之ニ處セサルヘカラス又減盡スル迄ニ及ハサルモ減輕ノ爲メ禁錮ノ短期カ十日以下ニ及ヒ罰金ノ寡數カ一圓九十五錢以下ニ及フ時ハ亦拘留又ハ科料ニ處スルヿヲ許セリ(刑釋八九五)

拘留科料ノ範圍内ニ程度ヲ制限セス

四四五　重罪ノ刑ヲ輕罪ニ下ス時ハ其輕罪ノ刑ハ範圍頗フル廣大ナルカ故ニ即チ禁錮ノ全體ノ範圍中ニ程度ヲ設ケテ二年以上五年以下トナシタリ然レ共輕罪ノ刑ヲ違警罪ニ下ス時拘留科料タル其範圍固ヨリ狹小ナルヲ以テ其内ニ程度ヲ制限セス(龜山氏四四九)

不減盡ノ場合ハ拘留科料ノ範圍内ニ於テモ本刑ノ短期寡數以下ニ下スヲ得ス

四四六　減盡ニ非スシテ其短期寡數ノミ違警罪ニ下ル時ハ拘留科料ニ處スルモ其短期寡數ハ本刑ヲ減シタルモノニ從ハサルヘカラス例ヘハ十一日以上三月以下ノ禁錮ヨリ一等ヲ減スレハ八日以上二月七日以下トナル故ニ十一日以上二月七日以下ノ禁錮ニ處スルヿヲ得ヘク又ハ八日以上十日以下ノ拘留ニ處スルヲ得然レ共一日以上七日以下ノ拘留ニ處スルヲ得サルナリ(龜山氏四四九、刑釋九五一、十九、十二、十五、并ニ十九、八、二十、大審院判決)之ニ反シ其ノ減盡シタル場合ニ於テ拘留科料ニ處スルハ其範圍全體ニ就テ制限ナク之ニ處スルヲ得ヘシ是禁錮罰金ハ已ニ減盡シタル特ニ拘留科料ニ處スルモノナレハナリ(或學説ニハ不減盡ノ場合ニ於テモ亦拘留科料ノ範圍全體ニ付制限ナク之ニ處スルヿヲ得ルモノト謬述セラレタリ(刑汎二九五)然レ共前掲ノ如ク我大審院ハ十九年八月廿日及ヒ同年十二月十五日ノ二ケノ判決共此説ヲ容レス龜山氏及ヒ刑釋ノ説ト同一ニ出タリ)

未文ノ得字ノ解釋

判決例

四四七　本條ノ末文ニ處スルコトヲ得トアルハ拘留科料ニ處スルモ又ハ放免スルモ隨意ナル旨ヲ含マス犯情重キハ禁錮罰金ニ處スルヲ得ヘク其情輕キハ拘留科料ニ處スルヲ得ヘシトノ意義ナリトス(刑釋五九〇)禁錮ヲ減盡シテ放免シタルハ不當ナリ拘留ニ處スヘシトハ既ニ判例アリ(廿二、九、十、大審院)

⊙第七十二條　拘留科料ニ該ル者加減ス可キ時ハ禁錮罰金ノ例ニ照シ其四分ノ一ヲ加減スルヲ以テ一等ト爲ス

違警罪ノ刑ハ加ヘテ輕罪ニ入ルヿヲ得ス但拘留ハ加ヘテ十二日ニ至ルヿヲ得減シテ一日ニ降スヿヲ得ス科料ハ加ヘテ二圓四十錢ニ至ルヿヲ得減シテ五錢以下ニ降スヿヲ得ス

四四八　拘留ト科料トハ其性質相異ナルモノナルヲ以テ科料ヲ加ヘテ

拘留トナシ又拘留ヲ減シテ科料トナスコトヲ得ス故ニ禁錮罰金ニ於ル規定ト同シク拘留科料モ各本條ニ定メタル刑期金額ノ四分ノ一ヲ加減スルヲ以テ一等トナセリ（刑釋五九三）

逆警罪ヘニ許サルヽ輕罪ノ刑ヲ加ヘテ入ルヽコトヲ許サル理由及ヒ十日以上二十日以下ノ拘留ヲ科スルトキハ相當ノ理由ヲ計シタル

四四九　逆警罪ノ刑ト輕罪ノ刑トハ恰カモ輕罪ノ刑ト重罪ノ刑トノ如ク其差甚タ大ナリ故ニ加重ノ模樣ノミヲ以テ加ヘテ輕罪ニ入ルヽコトヲ許サス然レ共其結果トシテ拘留ノ長期科料ノ高額ニ該ル犯人ニ對シテハ加重ナルモノナキノ差間ヘヲ生ス是ヲ以テ加ヘテ十二日ニ至リ二圓四十錢ニ至ルコトヲ得ト定メタリ是レ猶ホ禁錮ヲ加ヘテ七年ニ至ルコトヲ許シタルト同一ノ法意ニ外ナラス（刑釋五九三磯部氏七七九）逆警罪ノ刑ハ加ヘテ輕罪刑ヲ適用スヘカラス常ニ逆警罪ノ刑ヲ宣告スヘシ（刑草三四）

五錢又ハ一日以下ノ拘留ヲ一日以下ニ降スコトヲ得ス制限スルト雖トモ

四五〇　科料ヲ五錢以下ニ降スコトヲ得ス拘留ヲ一日以下ニ降スコトヲ得スト定メタルハ何時何分ノ拘留ト云ヘルカ如キ奇怪ニシテ執行ニ困難ナル刑ヲ生スルニ至リ又一錢二錢ニ減スルカ如キハ執行ニ困難ナキモ細少ニシテ反ツテ刑ノ威嚴ヲ失フノ嫌アレハナリ（龜山氏四五〇）

一日以下五錢以下ニ相當スルトキハ直チニ放免ヲ得ヘキ如何

零數ヲ除棄スル理由

四五一　科料ヲ減シテ五錢以下トナリ拘留ヲ減シテ十日以下トナリタル時仍ホ五錢ノ科料一日ノ拘留ニ處スルハ理論上ヨリ視ルトキハ罪ナキニ刑ヲ科スルノ嫌アリ何トナレハ實際減輕シテ一日若クハ五錢以下ニ降リタルヲ更ニ增加シテ一日若クハ五錢トナスハ罪ナキニ刑ヲ科スルモノナレハナリ（刑正五二〇刑汎二九六）一日以下ノ拘留五錢以下ノ科料ニ降スコトヲ得スト定メタルハ一日以下五錢以下ノ刑ナキカ故ノミ敢テ裁判官ノ酌量ノ職權ヲ妨害シテ制限ヲ加ヘタル法文ニ非ス是ヲ以テ裁判官ハ其以下ニ降スヲ相當ナリト信スルトキハ直チニ放免シテ可ナリ（井上氏四三〇磯部氏七八〇）（本號ハ前段後段兩説相反ス然レ共明治十五年二月十日警視總監ヨリ司法省ヘノ伺ニ對スル同省ヨリノ指令逆警罪ノ加減表ニヨレハ全ク前説ト同シク制限的ニ五錢若クハ一日ニ止メタルモノヽ如シ所來五錢若クハ一日ノ刑ニ處シタル例ヲ見ルモ未タ直チニ放免シタル例ヲ見ス）

◉第七十三條　禁錮拘留ヲ加減スルニ因テ其期限ニ零數ヲ生シ一日ニ滿サル時ハ之ヲ除棄ス

四五二　實際ノ便利ノ爲メ法律ハ一日ニ滿サル分數ヲ計算セス蓋シ其分數ヲ增完シテ犯人ニ損害ヲ與ヘンヨリハ之ヲ除却シテ利益ヲ得セシムルヲ

允當トナセハナリ（刑草三四）何日何分ノ一ト云ヘルカ如キ零數ヲ細カニ計算スルハ執行上困難ナルヲ以テ之ヲ避ルカ爲メ零數ヲ除棄ス罰金科料ニ付テハ何厘何毛ノ如キ小數ヲ生スルモ法律ハ除棄ヲ命セス是其困難ナケレハナリ然レ共毛位以下ハ到底執行スルニ由ナキヲ以テ四捨五入ノ計算ニ依ルノ外ナシ（龜山氏四五一、磯部氏七八二、井上氏四三一、刑正五二一、刑釋五九五）

罰金以外ノ附加刑ニハ加減法ヲ設ケサル理由

⊙第七十四條　附加ノ罰金ハ主刑ニ從テ加減シ其金額ノ四分ノ一ヲ加減スルナリ以テ一等ト爲ス若シ減盡シタル時ハ止タ主刑ヲ科ス

四五三　本條ハ附加罰金ノ加減法ヲ規定ス附加刑ハ特ニ罰金ノミナラス其他ニモ數多アリ然ルニ罰金ノミニ付規定シタルハ剝奪公權ハ無期（刑第三十二條）ニシテ其性質上加減スルヲ得ス禁治產ト停止公權トハ常ニ主刑ト進退ヲ共ニス（刑第三三、三四條）故ニ此三ケノ附加刑ハ加減スヘキモノニ非ス沒收ハ或ル特定物ヲ沒收スルカ故ニ之ヲ分割シテ刪除若クハ增加スルコトヲ得ス獨リ監視ハ加減スルヲ得ヘキ刑ナレ共其性質トシテ再犯ヲ豫防スル爲メ犯人ノ擧動ヲ檢束スルモノナルカ故ニ其刑期ノ如キモ六月以上二年以下六月以上三年以下トナシタルニ過キス若シ之ヲ減シテ僅々ノ期間トナサハ監視ノ目的ヲ達スル能ハサルヘシ故ニ此等ノ刑ハ加減スルノ限リニ非ストシ其法ヲ設ケサルナリ（刑正五二一、磯部氏七八三、井上氏四三二、刑釋五九九）

止タ主刑ノミヲ科スル理由

四五四　附加ノ罰金ヲ減盡シタル時ハ止タ主刑ノミヲ科ス何トナレハ刑法ニハ罰金ハ二圓以上（刑第二十六條）ト定メタルヲ以テ苟クモ二圓ヨリ下ルトキニハ之ヲ科料ト稱セサルヘカラス而シテ刑法中科料ハ違警罪ノ主刑（刑第九條）ニシテ之ヲ附加刑トナスコトナシ故ニ附加ノ罰金ヲ減シテ二圓ヨリ降リタルトキニハ罰金ニ非スシテ科料ナリ科料ハ附加刑ニ非ストスル以上ハ附加刑トシテ科料ヲ科スルヲ得サルニ由ル（刑汎二九七、松室氏二五八、龜山氏四五二、井上氏四三二）是ヲ以テ禁錮及ヒ附加罰金共ニ減盡シタルトキハ單ニ拘留ニ處シ（刑第七十一條前段）禁錮ハ存スルモ附加罰金ノミ減盡シタルトキハ單ニ禁錮ニ處スルモノトス（龜山氏四五二）

減輕シテ罰金ノ範圍ニアルトキハ何

四五五　若シ禁錮ハ減盡シ又ハ其短期十日以下ニ及ヒタルニ罰金ハ仍ホ二圓以上ノ範圍ヲ存スルトキハ如何ン此點ニ付法律ハ規定ナシ然レ共禁錮ヲ減盡シタル時之ニ處スルヲ得サルハ言ヲ俟タス後段ノ短期十日以下ニ及

ヒタルトキ裁判官カ拘留ニ處スルヲ相當ナリトスルニ拘ハラス強テ禁錮ニ處セシムルコト能ハサルヘシ然レ共亦主刑ハ拘留ニ下リタルニ拘ハラス罰金カ二圓以上ノ範圍ヲ存スルトテ罰金ヲ附加スルハ違警罪ノ刑ニ附加刑ヲ科スルニ至リ法律上適當ナラス又拘留ニ處セズシテ罰金ノミニ處スルハ附加刑ヲ變シテ主刑トナスニ非サレハ故ナク主刑ヲ免スルモノニシテ立法者ニ非サレハ斯ルコトヲナスノ權能ナシ因テ此場合ニハ罰金ヲ附加スヘキ主刑ナク即チ目的物喪失シタルモノナルニ因リ罰金ハ自然消滅シタルモノトシ單ニ拘留ニ處スルヲ相當トス是レ他ナシ從ハ主ニ伴フヲ原則トスレハナリ（龜山氏四五二）

判決例

四五六　判決例

○主刑ノ禁錮ヲ減盡シテ拘留ニ處スルトキハ附加刑ノ罰金減シテ科料ニ下ルト雖モ之ヲ附加スルコトヲ得ス（廿一、十二、廿七、及ヒ廿一、三、十九、大審院）

第四章　不論罪及ヒ減輕

第一節　不論罪及ヒ宥恕減輕

不論罪ノ要件ハ辯別自由犯意ノ三條件ノ一ニアリ

犯意ヲ欠クモ犯罪タル例外

四五七　犯罪ノ成立ニハ所爲アルヲ要ス所爲トハ總テノ所爲ヲ云フニ非ス其心ニ期シ心ノ命シタル舉動之ヲ所爲ト云フ故ニ意思ハ所爲ノ淵源ニシテ犯罪成立ノ要素タリ是ヲ以テ第一是非ノ善惡ヲ識別シテ其所爲ノ惡事タルコトヲ知ルコト、第二其惡事タルヲ知ルヲ以テ之ヲ爲サヽラント欲スレハ爲サヽルヲ得ルノ自由、第三其自由ヲ有シナカラ故ラニ非行ヲ擇ミテ實行スルノ犯意以上三個ノ條件具備セサレハ犯罪トシテ刑ヲ科セス是學說並ニ刑法ヲ制定スルニ一般ニ採用シタル一大原則ナリ（刑法論一、六二以下、刑正二五以下、磯部氏八〇〇ニモ本文ト同旨ノ講述アルヲ見ル但刑正ニハ第三ノ犯意ヲ茲ニ除カレタリ是レ犯意ハ第七十七條ニ特ニ明文アルヲ以テ別ニ說カレタルカ故ナラン）

右第一辨別ヲ欠クニ基ク無罪ハ第七十八條以下ニ規定シ第二自由ヲ欠クニ基ク無罪ハ七十五條ニ規定シ意思ヲ失フニ基ク無罪ハ第七十七條ニ規定セリ（刑法論綱一一五、刑法論一六二以下）

右辨別自由トノ二條件ハ有意犯、無意犯、重罪、輕罪、違警罪ニ論ナク一般ニ之ヲ具フルヲ要ス犯意ノ一條件ハ之ヲ欠クモ猶ホ犯罪成立スルノ例外アリ之ヲ無意犯又ハ過失犯ト云フ（松室氏一一五、刑法論一六二以下、刑法論綱一一六）凡ソ人ヲ犯罪ノ主體トシテ罰

加害ノ實アルモ何故ニ三條件ヲ欠ケハ不論罪トナスカ

スルニハ有形ノ人類ニ限ルヲ而シテ其主體アルノミヲ以テ仍ホ足レリトセス三個ノ條件アルヲ要ス曰ク辨別曰ク自由曰ク犯意是也(刑法論綱一一五)

四五八　社會ニ加害ノ所爲ヲ行フモ何故ニ三ケノ一ヲ欠ケハ罪ト爲サヽルカ我刑法ノ採用シタル理論ニヨレハ國家ハ背德ト加害トノ具備シタル所爲ノミヲ罰スルコトヲ得ヘシ故ニ社會ニ害ヲ加フルモ背德ナケレハ本人ニ責任ナシ是ヲ以テ國家ハ之ヲ罪スルノ權ナシト云フニアリ是レ刑法ノ全體ニ付之ヲ見ルヘシ(刑法論一六二以下)

不論罪トハ無罪ノ云ヒナリ

四五九　不論罪ハ犯罪ニ必要ナル條件即チ智力自由力ノ二者其一ヲ欠ケハ犯罪成立セザル場合ヲ云ヒ宥恕免刑ハ之ト異ナリテ犯罪成立ニハ必要ノ條件具備スルヲ以テ其罪固ヨリ成立スルモ他ノ原因ニヨリ刑ヲ免スルモノナリ我刑法ハ常ニ其罪ヲ論セスノ一語ヲ以テ之ヲ規定ス故ニ罪ヲ論セストハ罪トシテ論セストノ意ニ解釋セサルヘカラス(井上氏四三五磯部氏七九八)不論罪トハ文辭上ヨリ觀ルトキハ罪アレ共措テ問ハスト解スヘシ然レ共此ニ所謂不論罪トハ無罪ト云フコトナルハ以下數條ヲ觀察シテ其意ヲ窺フニ足ル又單ニ宥恕減輕トアレ共這ハ法律上ノ宥恕ヲ云フ即チ其人ハ有罪ナレ共或事情ノ原因ニヨリ法律上ニ於テ之ヲ宥恕スルヲ云フ彼裁判上ノ宥恕即チ裁判官カ立法者ノ許シタル範圍内ニ於テ酌量減輕スルモノト相異ナリ(刑正五二三)不論罪トハ犯罪成立シテ其刑ヲ免スルノ意ナルカ如キ皮相アルモ法意ノアル所ハ犯人カ精神的要素タル辨別、自由、犯意ノ一以上ヲ欠クニ基ク無罪ト云フニ外ナラス(刑法論一六五、刑法論綱二七、磯部氏七九二以下、仮田氏二四〇、刑釋六〇七)

第七十五條ニハ有形上ノ自由ノ喪失ヲ含マス

◉第七十五條　抗拒ス可カラサル強制ニ遇ヒ其意ニ非サルノ所爲ハ其罪ヲ論セス

天災又ハ意外ノ變ニ因リ避ク可カラサル危難ニ遇ヒ自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スルニ出タル所爲亦同シ

四六〇　本條ノ無罪ハ自由ノ喪失ヲ理由トシタルモノナリ而シテ此自由ノ喪失ト云フ中ニハ有形ノ自由ノ喪失ヲモ含ミタルモノニハ非スシテ精神ノ自由ヲ欠ク場合ニ適用スヘキモノトス抑、人ハ他人ノ強力若クハ人以外ノ強力ニ抑壓セラレテ身體ノ自由ヲ喪失シ又ハ精神ノ自由ヲ喪失ス而シテ身體ノ

自由ヲ有形ノ自由ト云ヒ精神ノ自由ヲ無形ノ自由ト云フ今有形ノ自由ヲ喪失シタル所爲ヲ例セハ（ガースタンエリー氏實用第百十〇號參看）

甲、甲者カ乙者ニ手ヲ捕ヘラレ力及ハスシテ丙者ヲ毆打創傷セシメタルカ如キハ他人ノ強力ニヨル甲者カ有形上ノ自由ノ喪失ニ基ク所爲ナリ故ニ甲者ニ罪ナシ

乙、囚徒カ船舶ヲ以テ他國ニ護送セラルヽ際暴風ノ爲メ絶海ノ孤島ニ漂着セシメラレ之ニ上陸シタルカ如キハ人以外ノ強力ニヨル囚徒カ有形上ノ自由ノ喪失ニ基ク所爲ナリ故ニ囚徒ニ逃走罪ナシ

右例ノ場合ハ本條ノ中ニ含マス何トナレハ有形上ノ自由トハ隨意ニ身體ノ運動スルヲ云フ從テ有形ノ自由即チ身體運動ノ自由ヲ失フニ基ク所爲ハ其者ノ所爲ト云フ能ハス甲ノ毆打シタル手ハ乙ノ機械トナリシニ過スシテ之ヲ使用シタル乙ノ所爲ナリ囚徒カ豫定ノ場所ニ往カサリシハ囚徒ニ逃走ノ所爲アルニ非ス暴風ナル人以外ノ強力カ囚徒ヲ他所ニ往カシメタルノミ此ノ如ク既ニ犯意ナク又犯罪ノ所爲モナクハ其犯罪ノ成立セサルハ本條ノ規定アルカ爲メニ非スシテ一般ノ原則ノ適用ナリ若シ強テ右例ニ相當スル條文ヲ求メントナラハ第七十七條ニ當ル場合モアラン之ヲ第七十五條ノ適用トナス能ハサルナリ是ヲ以テ本條ノ無罪ハ自由ノ喪失ヲ理由トシタルモノトスルモ有形上ノ自由ノ喪失ヲ含マサルモノト知ルヘシ（刑法論綱一三〇、刑草三七四、刑汎九〇、刑法論一八六、刑正五五三）

右ニ對シ反對論出テ曰第七十五條ノ自由ノ喪失ハ有形上即チ身體上及無形上即チ精神上ノ自由ノ喪失ニ基クモノナリ故ニ前例ノ場合ノ如キ有形上ノ自由ノ喪失ニヨル所爲ハ無論第七十五條ヲ適用シテ不論罪トナスヘシト（非上氏一七二、磯部氏八一六、八〇四、松室氏一三四、飯田氏二五四、刑法釋義六〇九、龜山氏二二二、但同氏ハ自然力ヨリ來ル無形ノ強制ハ第二項ノ規定ニ從ヒ其餘ノ強制ハ總テ第一項ノ規定ニ從フト說カレタリ）

因テ按スルニ前說ハ此場合ニハ被告ニ犯罪ノ所爲ナシト說カレタリ然ラハ被告ノ身體ノ運動カ強制ノ爲メナルニモセヨ被告自カラセル運動ニ非サレハ所爲トハ云ハストノ意味ナランカ然レ共本條所爲ノ文字ニ付テハ法律ハ自己ノ運動ナルト他ニ運動セシメラレタルトヲ區別セサルノミナラス却ツ

テ茲ニ所謂所爲ハ自己ノ運動ヲ云フニ非サルコトヲ知ルニ足レリ即チ其上文ニ於テ强制ニ遇ヒ云々ト云ヒテ其運動ノ所爲ハ自己ノ所爲ニ非スシテ强制ノ爲メナルコトヲ明言シタルニ非スヤ是故ニ余ハ後說ニ從フ

第七十五條ハ所爲ニ意思ナキトキノミニ適用スヘシ

四六一　第七十五條ハ自カラ動不動ヲ撰擇スルノ自由ヲ有スルモノナルカ故ニ其所爲ニ意思ナシトハ云フヘカラス然レ共同條中ニ於テモ抗拒スヘカラサル有形ノ强制ニ遇ヒ又自己ノ身體ヲ保全スルニ非スシテ天災其他ノ異變ニヨリナシタル所爲ハ其意思ナキヿ明白ナルヲ以テ此等ハ第七十七條中ニ含蓄スルモノト云フモ不可ナシ故ニ第七十五條ハ充分意思アル場合ニ適用スヘキ箇條ニシテ若シ意思ナキトキハ第七十七條第一項ノ範圍內ニ入ルヘキモノナリ（刑汎九〇）

無形上自由ノ喪失

四六二　本條ハ無形上ノ自由ヲ喪失シタルニ基ク不論罪ヲ含蓄ス其例ヲ示サハ

甲、內亂ノ際家屋ヲ燒拂ヒ一族ヲ塵ニスヘシト脅迫セラレ終ニ賊ニ降リタルカ如キ是レ他人ノ强力ニヨル精神上無形ノ自由ヲ喪失シタルニ基ク所爲ナリ

乙、航海中船舶覆沒シ將サニ溺レントスルニ當リ僅カニ一人ノミヲ救フニ足ル木片ヲ發見シテ之ニ取付キタル他人ヲ木片ヨリ突放シ自己ノミ全キヲ得テ他人ヲ溺死セシメタルカ如キ是レ人以外ノ强力ニヨル無形上自由ノ喪失ニ基ク所爲ナリ

凡ソ精神ノ自由ヲ喪失スルト否トハ事實論ニ屬スルヲ以テ固ヨリ稀ニハ喪失ノ爲メニ節ヲ屈セスシテ道ヲ破ラサル人モアルヘシト雖モ此ノ如キハ仁人君子ニ望ムヘク道德上ニ望ムヘキモ凡ソ法律ハ普通ノ人情ヲ基礎トシテ規定ス他人ヲ殺サヽレハ己レ全キヲ得スト信シタル時ハ普通己ヲ救ハント欲スルヤ必セリ如此普通ノ人情ヲ有スル者ニシテ重大ナル脅迫ニ遇ヘハ自己ヲ捨ント欲スルモ得ス他ヲ害セサラント欲スルモ得サルヲ以テ法律ハ之ヲ認メテ精神即チ無形上ノ自由ヲ失フタルモノト推定シタルハ敢テ不當ナリト云フヲ得ス（刑法論一八九以下、龜山氏五三七、磯部氏八〇六、八〇八、刑法論綱一三〇、井上氏一七一、正刑五三七）（又甲例ニ付テハ刑正五三四、松室氏一三四、井上氏一七〇ニモ亦如此ノ例ヲ示サレタリ仍ホ乙例ニ付テハ磯部氏八四〇ニモ同旨）

ノ例ヲ掲ケラレタリ此例タル英マグニカツトノ有名ナル判例ナリト云フ

第七十五條不論罪トスルノ理由

四六四 本條不論罪トスルノ理由如何蓋シ本條ノ如キ場合ハ國家カ被害者ヲ保護スルノ公權ヲ抛棄シタルニ由ル(刑汎七六)反對論出テ曰ク第七十五條ノ場合ト雖モ國家ハ被害者ニ正當防衛ノ權利アリト認メテ之ヲ保護スルノ權力ハ抛棄スルナシ正當防衛ノ主旨ハ不正ニ害ヲ受ル者ノ身體生命ヲ保護スルモノナリ(刑法論一九〇)故ニ公權抛棄ニ由ル無罪ナリトノ說モ未タ容易ニ確適ナリト言フヲ得ス因テ本法起草者ノ主義如何ンヲ問フニ曰ク已ムヲ得スシテ行フタル惡事兇行ハ罪責ヲ負ハシムヘキニ非ス其然ル所以ハ犯人ニ德義上ノ罪惡ナク(人ヲ殺サヽレハ已レ全キヲ得サル場合即チ二者擇一ノ場合ニ於テモ前號末段ニ掲クタル如ク普通ノ人情ヨリ觀察シテ此場合モ自由ヲ失ヒタルモノトシ德義上ノ罪惡ナシト認メタルカ如シ)即チ刑罰權ノ一大原素(折衷主義ヲ採用シタル結果我刑法カ背德ト加害トヲ以テ一般ノ犯罪要素トナセリ)ヲ欠キタレハナリ(刑草七二三)トアリテ公權抛棄ニ由ルニ非サルカ如シ

無罪タルヘキ原因ニ於ル數個ノ要件

四六四 無形ノ自由ノ喪失ヲ無罪タルヘキ原由トナスニハ數個ノ要件アリ(龜山氏二一六以下、刑正五四〇以下、磯部氏八一六、松室氏一三〇、井上氏一七二、飯田氏二五六、刑法實用第百十一號)

第一、(強制カ偶然ニ出タルコト)故ニ本人カ強制ヲ受ヘキコトヲ豫知セス又ハ豫知スルコトヲ得サリシヲ必要トス火災中危難ナルヘキヲ知リナカラ炎煙中ニ飛入而シテ己レ生命ヲ全フスル爲メ人ヲ火中ニ排入シ死傷ニ致シタルカ如キハ無罪ノ限リニアラス

第二、(強制ヲ避ルノ手段ナキコト)故ニ甲者乙者ニ向ヒ丙者ヲ殺サヽレハ汝ヲ殺サント迫ルモ甲乙二者ノ間數步ヲ隔テ而カモ甲者肥滿ニシテ行步ニ艱ムモノヽ如キハ乙者疾走遁逃以テ其強制ヲ避クルコトヲ得ヘシ乙者ノ所爲茲ニ出スシテ甲者ノ言ニ從フ乙者ハ無罪ノ限リニアラス

第三、(危害カ確的ニシテ心上ニ畏懼ヲ感セシムルニ足ルコト)故ニ少女空手ヲ以テ偉丈夫ニ向ヒテ脅迫セントスルモ丈夫ニ畏懼ノ感ナク又危害ノ確的ナルヲ信スルモノナカラン然レ共其少女ニシテ銃器ヲ携ヘ直チニ發射セントシタルカ如キハ之カ反對ニシテ因テ犯シタル丈夫ノ所爲ハ無罪タルヘシ此條件ニ付テハ強制者、被強制者雙方ノ性質、體力、年齡等其他當時ノ狀況ニ付最モ綿密ナル觀察ヲ要ス實ニ裁判官ノ重任ナリ

第四、(危害大ニシテ被強制者カ行フ所ノ害ニ比シ大懸隔ナキコト)故ニ人ヲ殺サヽレハ汝ヲ毆打セント迫ルカ如キ毆打ノ害ハ殺人ノ害ヨリ輕小ナ

ルニ似タリ然レ共毆打ニ因テ死ニ致スコトアルヲ以テ必シモ彼此ヨリ輕小ナリト斷定スルヲ得ス且ツ死ニ致サヽルコト分明ナルモ癈篤疾ニ致スモ知ルヘカラス故ニ毆打ヲ實行スルモ其害極メテ小ナルコトヲ知リ得ヘキ場合ハ格別其他ハ此條件ヲ具フルモノトシテ認定スルヲ相當ナリトス

第五、(危害ノ目前ニ在ルコト)故ニ人ヲ殺サヽレハ明日汝ヲ殺サント言フカ如キハ危害急迫セス而テ明日ニ至ル迄ニハ官私ノ保護ヲ求ムルヲ得ヘシ決シテ自由ヲ失フニ至ラス

第二項ハ第一項ニ規定シタル理由ニ分チタル如何

四六五　本條第二項ニハ天災又ハ意外ノ變ニヨリト云ヘリ天災又ハ意外ノ變モ亦抗拒スヘカラサルモノナラスヤ然ラハ第二項ハ既ニ第一項ニ包含セリ又第一項ニ其意ニ非サルノ所爲ト云ヘリ然ラハ其第二項自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スルニ出タル所爲モ亦其意ニ非サル所爲中ニ包含セラレタルモノナラン然ルニ特ニ之ヲ一項ト二項トニ分チタル理由ハ如何

甲說ニ曰ク第一項ハ他人ノ爲メニ强制セラレテ自由ヲ失フタル場合ヲ規定シ第二項ハ人以外ノ强力ニヨリ自由ヲ失フタル場合ヲ規定シタルモノナリト(刑汎一二九龜山氏二二二、磯部氏八三二、刑正五四九)然ラハ何故ニ人以外ノ强力ニヨル自由喪失ノ所爲ハ之ヲ自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スル所爲ニ限ルカ他人ニ强制セラレタルハ自由ノ喪失ノ所爲カ盡ク無罪トナリ人以外ノ强制ナルトキハ自由喪失ノ所爲カ特ニ自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衛スル所爲ノミヲ限リ無罪トナスノ區別ノ理由何クニアルヤ遂ニ解スヘカラス(刑法論九一四)

乙說ニ曰ク第一項ニハ一般ノ原則ヲ示シタルモノナリ故ニ第二項ノ場合モ第一項ニ含マサルニ非スト雖モ特ニ之ヲ第二項トシテ揭ケタルハ全ク事實審判ヲ禁シタル法律ノ推定ヲ示シ當然不論罪トナシタルモノナリ是ヲ以テ避クヘカラサル危難ニ遇タルコト自己若クハ親屬ノ身體防衛ニ出タル所爲ナルコトノ二點ヲ證明スレハ抗拒スヘカラサル强制ノ爲メ自由ヲ失フタルモノトシテ裁判官ハ必ス當然無罪ヲ宣告セサルヘカラス(刑草一六八號、刑法論綱一三五、井上氏一八六、刑法論一九三)

丙說ニ曰ク自然力ニ非スシテ強制カ人ヨリ來リタル時ハ制限ナシト雖モ人以外ヨリ來リタルトキハ自己又ハ親屬ノ身體ヲ救護スルトキニ非サレハ無罪トセストノ制限ヲ設ケテ他人ノ爲メ若クハ自己ノ財產ヲ救フ爲メニ人ニ害ヲ加ヘタル場合ハ有罪ナリト云フコト明カニシタルナリ例ヘハ破船ノ際甲カ自己ノ財產ヲ救護センカ爲メ乙ヲ海中ニ擠シタル時甲ヲ無罪トナス能ハス又朋友ノ爲メ他人ヲ害スルカ如キ亦無罪タラサル勿論ナレハナリ（刑正五四三、松室氏一三七、刑況一二九）（此說ハ亦甲說ノ後段ニ揭ケタル批難即チ等シク自由ヲ欠キタルニ其人以外ヨリ來タル强力ナルトキハ自己若クハ親屬ノ身体ヲ防衛スルトキノミニ限リタルハ何故ナルヤトノ疑點ヲ免カレス）

以上ノ諸說中余ハ乙說ニ起立ス然ラハ自己若クハ親屬ノ財產知己朋友及ヒ刑法（第一一四條第一一五條）ニ規定以外ノ緣者ノ身體財產ヲ防衛スルニ出タル已ムヲ得サルノ所爲ハ一切有罪ト決センカ否決シテ然ラス抑第二項ハ事實審判ヲ許サスシテ當然無罪ノ言渡ヲナスヘキニ必要ナル條件トシテ自己若クハ親屬ノ身體防衛カ必要條件ナルコトヲ規定シタルモノナルヲ以テ若シ此條件ヲ欠キ自己、親屬等ノ財產及ヒ刑法以外ノ緣者友人ノ身體財產ヲ防衛スルノ所爲ト雖モ天災又ハ意外ノ變其他種々ノ强制ニヨリ自由（刑法論一九六、刑法論綱一三五等ニハ無形ノ自由ト云ヘリ是レ第七十五條ニハ有形ノ自由ノ喪失ノ所爲ヲ含マストノ說ニ基クカ）ヲ失フタルニ出タルト否トヲ審按シ其自由ヲ失フタルニ出タルモノハ本條第一項ニヨリ無罪ノ宣告ヲナスヘキナリ（刑法論一九六、刑草三七五、刑法論綱一三五、穗山氏二一九以下）

立法論トシテノ第二項ノ批難

四六六　現行刑法ニ付テハ以上ノ如ク解スヘキモ立法論トシテハ第二項ノ場合ト雖モ避クヘカラサル危難トアルカラハ固ヨリ事實ノ審査ヲ爲サヽルヘカラス然ラハ第一項ト區別スルノ必要ナカルヘシ且親屬間ニモ疎遠ナルアリ師友恩人ニヤ甚タ親シキモノアリ然ルニ單ニ骨肉ノ關係ノミヲ基トシ一般ニ其身體ヲ防衛スルニ出タル所爲ヲ罪トセサルハ了解ニ苦ム所ナリ（刑法論綱一三六、磯部氏八二七）

强制及ヒ危難トスルノ程度

四六七　抗拒スヘカラサル强制並ニ避クヘカラサル危難トハ被告ノ目前ニ迫リタル危難即チ危害ナルコト及ヒ被告ノ男女年齡境遇等ニヨリ主觀的自由ヲ失ヒ（第七五條ニハ有形的ノ自由喪失ヲ含マストスル諸家ハ自由ノ上ニ精神ノ三字ヲ加ヘラレタリ）タリシコトヲ推究シテ之ヲ認定スヘシ其被告ノ犯罪ノ輕重ハ素ヨリ之ヲ問フモノニ非サルナリ（刑法論綱

情慾ハ強制タルヲ得ス

飢餓ハ強制トナスヲ得ヘキカ

一三二以下、刑法論一四四號）而シテ其認定ハ一ニ裁判官ニ任ス第四百七十四號第一ヨリ第五ニ至ル學說ヲ視察參考シテ認定ヲ誤マラサルヲ要ス（刑正五四二）茲ニ所謂強制トハ重大ノ強制ヲ云フモノナリ然レ共殺スト云フヲ以テ脅迫セラレタルニ非サレハ殺人罪ヲ免サヽルヲ要スト云フニハ非ス毀傷強姦監禁又ハ財產破壞等モ亦自由ヲ失ハシムルノ強制ト看做スヲ得ヘシ年齡身分男女等ニ注意シテ認定スヘシ（刑草一六七號松室氏一三六）（貧困ニ迫ラレ殺人罪ヲ犯シタルハ強制若クハ危難ニヨル犯罪ニアラス（廿一、三、六、大審院）

四六八　天災又ハ意外ノ變ニ非サル情慾ノ爲メニ駈ラレテ爲シタル所爲ハ其危害目前ニ迫リタルニ非ス即チ被告カ抗拒スヘカラス又避クヘカラストスル所ノモノハ非分ノ愉快利益ニ外ナラス刑法ハ元ト是等ノ情慾ノ强制ニ出タル所爲ヲ罰セントスル主旨ナルヲ以テ無罪タラサルハ勿論ナリ但或ハ酌量減輕ヲ得ルモノモアラン（刑法論一九八）然ラハ飢餓ニ迫リ飲食物ヲ盜ミタルハ如何其强制ハ他ヨリ來ラスシテ己レノ心中ヨリ生スルカ故ニ無罪タル克ハス（非上氏一七六、一七二、刑正五五二、機部氏八一二）反對論ニ曰ク然レ共此場合ト雖モ自由ノ喪失ハ自己ノ心中ニアリテ其之ヲ生セシメタル原因ハ常ニ環象的ナルニヨリ亦無罪ト云ハサルヘカラス（刑法論一九九）飢餓ニ迫ラレタルハ强制ニ遇タルト同視スヘシ罪トシテ論スヘカラス（危山氏二二六以下、刑釋六一五）

食慾ト飢餓トヲ分ツヘシ

右飢餓盜食ニ付有罪無罪議論對立ス余ハ無罪ニ同意スル者ナリ凡ソ諸多ノ强制中生命ニ關スル强制ハ最モ重大ナル者ナリ就中餓死ハ甚タ慘憺ヲ極ム其將サニ死ニ頻シタル者ニ對シテ道德仁義ヲ踏ムコトヲ望ムヘケンヤ斯ル重大ノ强制ヲ受ル者ニシテ僅カニ一命ヲ繫キ危難ヲ避ントスルノ擧動ヲ以テ豈自由ヲ失ナハサルノ所爲ト云フコトヲ得ンヤ是余カ無罪說ニ從フ所以ナリ因テ茲ニ一言ヲ附スヘキハ食慾ト飢餓トヲ混視セサルコト是ナリ實際ニ於テ人家ノ臺所ニ忍入飯櫃ヲ取出シテ盜食シ或ハ店頭ヲ徘徊シテ陳列ノ餅菓子ヲ盜食シタル者皆云フ空腹ニ堪ヘス食慾禁スル克ハスシテ遂ニ此ノ如シト此輩ノ無罪タラサルハ勿論ナリトス故ニ飢餓ト稱スルハ空腹ニ起ルモノニシテ其何レノ程度ニ及ンテ之ヲ飢餓ト稱スルカ醫學上ニ於テハ其區別アルコトナルヘシト雖モ茲ニ余カ所謂飢餓ハ其一盜食ナクンハ忽チ死ニ陷ルヘキ程度ニアルモノヲ云フ何トナレハ强制ハ仮令重大ナリトスルモ目前

ニ迫リタルニ非サレハ法律上ノ强制トナスヿヲ得サレハナリ或ハ云フモノアラン飢餓ハ自カラ招クモノ多シ自招ノ强制ヲ避ル爲メ他ヲ害ス豈無罪タルヲ得ンヤト正當防衛ノ場合ニ於テハ自カラ暴行ヲ招キタル者ニハ正當防衛權ヲ許與セサルモノトシテ此論採用セラルヘシ然レ共本條ノ强制又ハ危難ニ付テハ其之ヲ來シタル原因ノ如何ンハ法律之ヲ區別スルコトナシ況ンヤ飢餓ハ天災、凶年、疾病、休業等ノ不幸ニ由來スル者十ノ八九ニシテ自招ニ係ル者ハ殆ント稀ナルヘキニ於テヲヤ又論者ハ云ハン汝ハ强制及ヒ危難ニハ之ヲ來シタル原因ヲ問ハスト云ヘリ現行法ニハ抗拒スヘカラサル云々避クヘカラサル云々ノ語ヲ冠ラシメタルニ非スヤト余ハ之ニ答ヘン抗拒スヘカラス避クヘカラストハ强制及ヒ危難ノ當時其强制カ抗拒スヘカラサルモノタルコト危難ノ當時其危難カ避クヘカラサルモノタルコトヲ要スルヲ云フモノニシテ其之ヲ來シタル原因ニ付云ヒタルモノニ非スト

余ハ立法論トシテ更ニ一言ス本條ニ「不當ノ所爲ニ因リ自カラ强制若クハ危難ヲ招キタル時ハ不論罪ノ限リニアラス但情狀ニヨリ何等ヲ減刑シ若クハ不論罪トナスコトヲ得」トノ法文ヲ追加セラレンコトヲ希望ス何トナレハ被强制者ニ不當ノ所爲アル場合ハ强制者ニ正當防衛權ヲ許與スヘキ場合アリ正當防衛權アル强制者ハ死シテ地下ニ泣クノ外ナクシテ不當行爲アル被强制者ハ本條ニヨリ無論不論罪トナル是レ其殺害ハ抗拒スヘカラサル强力ニ因ルト云フト雖モ其由來スル所ノ情狀アルニ關セス一モ二モ總テ之ヲ無罪トナスハ頗フル穩當ナラスト信スレハナリ

其意ニ非ストハ犯意ナクシテト云フノ義ニアラスト云フモノアリ

四六九　本條第一項ノ其意ニ非サルトハ犯意ナクシテト云フノ義ニアラサルコトハ諸家ノ說同一ニ歸ス然レ共其眞意ノアル所ヲ論スルニ當リ「本意ニ非ス」「企望スル所ニ非ス」等ノ義ニ解スルアリ（刑法論刑正五四四刑汎一二六）或ハ「自由ヲ欠ク」ト云フモノアリ（刑法論一九九）「意アッテナセル事實タリトモ犯人ノ自由ナラサルニヨリ犯罪トナサス云々」ト云フモノアリ（刑草一六六號刑法論綱一三四）然ラハ其意ニサルトハ自由ヲ欠キタリト解セハ穩妥ナラン

◎第七十六條　本關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

四七〇　本條ハ意アリテ爲セル事實ナリト雖モ犯人ノ自由ナラサルニヨ

無罪タル三個ノ要件

リ犯罪トナラサル場合ヲ規定ス凡ソ人ハ其爲スト爲サヽルトノ自由ヲ有シテ犯セル所爲ニ非サレハ其責ニ任スルコトナシ（刑草三七三、刑正五五九）故ニ本條ニ於ル被告ヲ無罪トナスノ要件ヲ三個トナス

甲、本屬長官ノ命令ニ從ヒタル所爲ナルコト（刑正五五九、井上氏刑二二六）

乙、其命令ノ適法ナルコト（井上氏二二六）

丙、職務ヲ以テ爲シタル所爲ナルコト（井上氏刑二二六、刑正三七五）

是故ニ被告ハ其所爲ニ於ル甲乙丙ノ一ヲ欠ケハ無罪タル能ハサルナリ（刑正五五七、刑法論綱一三九、井上氏二二七、松室氏一五三、磯部氏八三一）

長官ノ命令ノ細別

四七一 前説乙ノ如ク長官ノ命令ノ適法ナルヲ要ス故ニ本條ノ命令ハ屬官カ其執行ヲ拒絶スルヲ得サル命令ニ限ル之ヲ區別スレハ左ノ如シ（刑法論綱一四以下、刑法論三一四以下）

甲、一般人民ニ遵奉ノ義務アル法律規則ニ違反シタル命令ハ屬官其執行ヲ拒絶スルコトヲ得ヘシ故ニ豫審判事カ無辜ノ人民ヲ捕縛スヘシト明言シタル令狀ヲ發シタルニ之ヲ執行シタル司法警察官ハ之ヲ拒絶スルコトヲ得ヘシ然ルヲ之ヲ拒マスシテ執行シタルトキハ其警察官ハ無罪タル能ハス場合ニヨリテハ第二百七十八條ノ制裁ヲ受ルコトアルヘシ

乙、本屬長官限リニ命令シタル諭旨內訓ニ反シタル命令ハ屬官其執行ヲ拒ムコトヲ得ス故ニ監視規則違犯者其執行ヲ免カレタル日數ハ刑期ニ算入スヘカラスト云フ長官ノ命令ニ從ヒ屬官ニ於テ之ヲ處分シタルニ其實密カニ他出シタル如キハ期限ニ算入スヘキモノナリシトスルモ長官限リノ內訓若クハ諭旨ニ反シタル命令ニ過スシテ屬官ハ其執行ヲ拒ム能ハサルモノナルヲ以テ其處分ニ付責任ヲ負ハス

丙、長官カ事實ノ認定ヲ誤マリタル命令ハ屬官其執行ヲ拒ムコトヲ得ス故ニ豫審判事ハ某誰ヲ犯罪人ト思料スルノ故ヲ以テ式ニ從ヒ逮捕ヲ命シタルニ警察官ハ某誰ヲ犯人ニ非スト思料シ且其思料ハ事實ニ適スト雖モ此ノ如キ事實ノ認定ハ屬官ハ只其意見ヲ具スルニ止マリ進ンテ令狀ノ執行ヲ拒ムコトヲ得ス故ニ之ヲ執行シテ逮捕シタル警察官ハ無罪ナリ（絶山氏二四八、刑正六〇、刑汎七三以下ニモ亦此例ヲ見ル）

丁、長官ト解釋ヲ異ニシタル法律規則ヲ執行スヘキ命令ハ屬官其執行ヲ拒ムコトヲ得ス故ニ相當ノ手續ヲ以テ之ヲ裁決セシメ得ルハ格別ナレトモ單ニ異論アリト云フカ爲メ執行ヲ拒ミ得サルヲ以テ此場合屬官ニ責任ナシ

長官及ヒ屬官トハ如何

四七二　長官ハ其命令スル所爲ニ付行止ノ權ヲ有スルモノタルヲ要シ又屬官ハ其命令ニ從ハサルヲ得サル人タルヲ要ス（即チ長官ノ職權內ノ命令及ヒ屬官ノ職務內ノ所爲ナリ）（刑草七三、高木氏講義、刑法釋六二九）

不法ノ命令及ヒ職務外ノ所爲ニ付種々ノ見解

四七三　本條ニハ職務ヲ以テナシタル者トアリ故ニ職務外ノ行爲ニ係ル時ハ本條ヲ適用スヘキニ非ス則チ別ニ屬官ノ所爲カ犯罪タルヘキ事實上及ヒ法律上ノ條件ノ有無ヲ按シテ罪ノ有無ヲ決セサルヘカラス此故ニ其長官ノ命令ノ違法タルノ情ヲ知レルノミナラス犯罪ノ故意アリシヤ否ヤ等ノ事實論ト之ヲ犯罪トスル刑法ノ正條ノ有無トヲ調査シテ判斷スヘキハ猶ホ一般人ノ所爲ニ付審判スル場合ト異ナルナシ左レハ第七十五條若クハ第七十七條ニヨツテ無罪タルコトモアラン第七十六條ノ範圍內ニ付シテ論スルコトヲ得ス（刑法論三二四、巒山氏二五〇）例ヘハ軍隊ノ指令官カ無辜ノ人民ニ向ツテ發砲セヨト命シタルカ如キ不法ノ命令ト雖モ兵卒ハ其命ニ從ハサルヲ得ス左レトモ右ノ如キ重罪ヲ犯スニ至ルヘキ不法ノ命令ヲ執行スル兵卒ヲ以テ全ク無罪ト爲シ難シ（刑草三七八、フオスタンエリー氏、刑法論綱一四、井上氏二三一、磯部氏八三四ニモ之ヲ見ル）何トナレハ假令其場合兵卒カ命令ニ從ハサルモ其抗命ノ罪ハ命ヲ奉シテ犯シタル害惡ニ等シキ程ノ害ヲ受サルモノナレハナリ（刑草三七八、フオスタンエリー氏、刑釋六二一以下）上官ノ命令ハ常ニ正當ナル者トノ推測アリ故ニ屬官ヲ罰セス然レ共其命令カ法律ノ罰スヘキ犯罪ニ係ルトキハ之ヲ遵奉シタル屬官ハ有罪ナリトス是レ假令長官ノ命令ヲ奉セサルモ重罪タラサレハ以テ法律上ノ强制トナスヲ得サレハナリ（フオスタンエリー氏、實用第百十三號）命令ノ正否ニ付疑訝ヲ懷キタル程ニテハ無罪ト爲ス能ハス其不正ノ判然タル場合ニ於テハ屬官ハ無罪タリ是レ長官ノ命令ハ常ニ正當ナルモノトノ推測アルニ由ル（バルベイラツク氏ノ說ト（此譯文不明了ニシテ了解ニ苦シテ刑釋六三〇ニ見ユシムト雖モ記シテ參考トス）事實上ノ認定ニ付テハ屬官ハ長官ト意見ヲ爭フ能ハスト雖モ無辜ノ人民ニ向ツテ發砲スヘキモノナルヤ否ヤハ法律上ノ問題ニ屬スルヲ以テ兵卒ハ其發砲スヘカラサ

ルモノタルコトヲ熟知シタルモノト看做ス是ヲ以テ兵卒ハ無罪タル能ハス要スルニ長官ノ命令カ法律上ノ見解ニ屬スルトキハ屬官其法律ヲ知ルト否トヲ問ハスシテ屬官ノ所爲カ不法ナルトキハ有罪トシ長官ノ命令カ事實上ノ見解ニ屬スルトキハ屬官眞ノ事實ヲ知ルト否トヲ問ハス職務ヲ以テ執行シタル以上ハ無罪ナリ（刑汎七五）

四七四　父其子ニ對シ主人其僕婢ニ對シ夫其婦ニ對シ罪ヲ犯スヘシト命令スルモ其命令ハ職務ニ屬セサルヲ以テ子婦僕婢ノ其命令ニ從テナシタル所爲ハ無罪ト云フヲ得ス蓋シ第七十五條ニヨリ無罪タルコトナキニ非サルヘシ本條ノ關スル所ニアラス（刑草三七八、井上氏一八一、磯部氏八一一、仮田氏二七二、フォースタンエリー氏實用第一一四號）

尊長者ノ命令ハ第七十六條ノ關係外ナリ

四七五　本條規定ノ本旨ハ如何自由ヲ欠クニ基クモノトスルモ屬官ニシテ長官ノ命令ト意見ヲ異ニスル毎ニ之ヲ執行セサルコトヲ得ルモノトセハ政務紊亂シ法律ノ施行ヲ見ル能ハサルニ至ラン此故ニ屬官ヲシテ長官ノ命令ニ從ハシムルニハ其命令ノ當否ヲ問ハス職務ヲ以テ執行シタル者ヲ責ル能ハサルノ理ニ基クモノナリ（刑法論綱一三八）

本條ノ規定アル理由如何

第七十五條ト本條トノ適用ノ別

犯意ノ定義

◉第七十七條　罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セス但法律規則ニ於テ別ニ罪ヲ定メタル者ハ此限リニ在ラス

罪ト爲ル可キ事實ヲ知ラスシテ犯シタル者ハ其罪ヲ論セス

罪本重カル可シテ犯ス時知ラサル者ハ其重キニ從テ論スル「ヲ得ス」

法律規則ヲ知ラサルヲ以テ犯スノ意ナシト爲ス「ヲ得ス」

四七六　本條ハ犯意ナキモノ即チ第七十五條中ノ抗拒スヘカラサル有形ノ强制又ハ身體ヲ保全スルニ非スシテ天災其他ノ變ニヨリナシタルモノモ亦犯意ナキヲ以テ本條中ニ含蓄スルモノト云フモ可ナリ（第四百六十一號參看）第七十五條第一項ハ右ノ場合ノ外充分意思アツテ犯シタル場合ニ適用スヘク本條ハ全ク意思ナキモノニ適用スヘキ法條ナリ（刑汎九〇）

四七七　本條ニ所謂犯意ナキ所爲トハ如何ナル意義ナルカ

甲、犯意ナキトキハ單ニ故意ニ出サル時ト云フニ非ス各本條（第二編以下）ニ規定セル各犯罪ニ要スルノ意思ナキ所爲ヲ云フ（凡ソ犯罪ニハ或ハ故意ノミニテ或ハ貨幣僞造罪ノ如キ故意ノミニテハ罪トナラスシテ之ヲ惡事ニ使用スルノ意思アルヿヲ要シ此意思ナケレハ罪トナラサルモノアリ如斯各犯罪ニハ其罪異ナルニ從ヒ特種罪トナルヘキ故殺罪ノ如キアリ）

第七十七條

ノ意思ヲ要スルヲ以テ本條ハ此等各罪ニ要スル意思ナキ時ハ無罪ナルヲ云フ(刑釋六三九、刑正五六三以下)

乙、犯意ナキ所爲トハ情ヲ知テ國法ニ犯罪トシテ示シタル所爲ヲ實行スルノ決心ナキ所爲ヲ云フ(情ヲ知ルトハ罪トナルヘキ事實ヲ知ルノ義ニシテ已レノ行ハントスル所爲ノ目的物又ハ手段ニ犯罪構成ノ要素アルヲ知ルヿ是ナリ國法カ犯罪ト認メタル所爲ヲ實行スル決心トハ第二編以下ニ列擧セル所爲ナ行ハントスル意思ノ一定シタル狀態ヲ云フ如此犯意ト稱スルニハ意思ノ一定セルヲ要スルカ故ニ國法カ犯罪ト認ムル所爲ヲ行ハンカ行ハサランカ其意思未タ一定セサル間ハ犯意トハ云フ能ハス例ヘハ甲者乙者ニ對シテ復讐セント欲シ其意思一定セハ決心アルモノナリ然レ共復讐ハ國法ノ犯罪ト認メタル所爲ニ非サルヲ以テ其決心ハ犯意ニ非ス更ニ進ンテ復讐ノ方法トシテ乙者ヲ殺シ若クハ傷ケント欲シテ其思料一定セハ犯意アルモノナリ然レ共若シ甲者ニシテ殺サンカ傷ケンカ思料一定セサレハ法律ノ犯罪ト認ムル所爲ヲ實行セントスル意アリト雖モ尚ホ一定動カサルノ情態ニアラサルヲ以テ猶ホ犯意アリト云フ能ハス(刑法論二〇一以下)

丙、犯意トハ故意ニ人ヲ害スルノ意思ヲ云フ(此說ハ批難多シ犯罪中ニハ害ヲ生スルノ意思ナキモノト雖モ犯罪タルニ害ナシ即チ首トシテ竊盜罪ノ如キモ人ヲ害スルノ意思ナケレ共犯罪アリト云フヘキハ勿論ナレハナリ刑草一六二號、刑法論綱一四四、仮田氏二四二)

丁、犯意トハ犯人其結果ヲ生セシメンコトヲ希望シ若クハ其結果ノ生スヘキコトヲ豫知シタル時其意思其結果ト相連絡スルカ故ニ之ヲ犯罪ノ意

思ト云フ(龜山氏二二、九刑汎八六)

四七八　學說上犯意四個ノ區別

甲「通常ノ意思」靜謐ヲ害スル罪ノ如キハ其意思官吏ニ抗スルト廢黜ヲ要請スルト紛亂ニ乘シテ私慾ヲ逞フスルトノ何レニアルヲ問ハス暴動ヲナスノ意思アレハ兇徒ヲ聚メタル犯罪者トナルヘシ又婦女ノ墮胎スルハ養育ノ困難ニ出ルアリ汚行ヲ隱蔽セントスルモノアリ然レ共此等ノ區別ヲ用ヒス墮胎ノ意思アレハ墮胎罪トナルノ類

乙「特別ノ意思」貨幣、印章、文書僞造罪ノ如キハ眞物ニ擬シタルモノヲ造ルノ意思アルノミニテハ犯意トスルニ足ラス眞物ノ如ク之ヲ使用セントスル特別ノ意思アルヲ要スルノ類

丙「最特別ノ意思」故殺罪ノ如キ惡意ヲ以テ人ニ致命傷ヲ負ハシメ因テ死ニ致シタルハ毆打致死ニ過キス更ニ其惡意ニ加ヘ一歩ヲ進メテ殺意ト云ヘル最特別ノ意思ヲ要スルノ類

丁「熟考上ノ意思」謀殺罪ハ熟考ニ出タルヲ要スルノ類(龜山氏二三一以下)

所爲ノ結果ニ付テ犯意ノ區別

四七九　犯罪ノ意思ハ犯罪タルヘキ所爲ノ結果ニ付三個ノ區別アリ

甲「特定ノ意思」甲者ヲ殺サントシテ發砲シ果シテ之ヲ殺シタル者ノ如キ犯人ノ意思特ニ初メヨリ一定セラレタルモノヽ類此場合ハ例令創傷ニ止マルモ謀殺故殺ノ未遂犯タルヲ免カレス

乙「不特定ノ意思」群集ノ衆ニ向ツテ發砲シ其中ノ甲者ヲ殺シ又ハ乙者ニ負傷セシメタルカ如キ其所爲種々ノ結果ヲ生スヘキヲ豫知スルモ初メヨリ其一ヲ特定セサルノ類此場合ハ實際ニ生シタル結果ニ付責任ヲ負ハシム故ニ甲者ヲ殺シタルトキハ殺人罪アリトシ乙者ニ負傷セシメタルトキハ毆打創傷罪アリトス甲者一人ノミヲ殺シタルニ仍ホ乙丙以下群衆全體ニ對シ殺人罪アリトスルハ意思ヲ欠キ且ツ未タ生セサル害惡ニ付責ヲ負ハシムルニ至ル是レ法理ノ容レサル所ナリ

丙「偶然ニ委スル意思」人ノ現在スルヲ知テ其家屋ニ放火シ遂ニ其人ヲ燒死ニ至ラシメタルカ如キ其犯行ノ目的以外ニ害惡ノ或ハ生スルコトアルヘキヲ豫知シタルカ如キ亦其實際生シタル結果ノミニ付責任ヲ負ハシ

事實ノ因テ生シタル所爲ノ結果ヲ行フノ意思ト犯意トノ區別

決心ノ原因ト犯意トノ區別

犯意ナキ所爲ハ何故ニ無罪トスルカ

所爲トハ意思ト事實トノ連絡ス有様ヲ云フ

ム燒死ノ結果ヲ豫期セサルモ之ヲ豫知シタルモノナレハ殺人ノ意思ナシト云フヲ得ス（穂山氏二三四以下、刑汎一〇七）

四八〇　犯意ハ犯罪事實ノ因テ生シタル所爲ヲ行フノ意思ト混同セサルヲ要ス例ヘハ銃獵ニ過ツテ樵夫ヲ殺シタルカ如キ其殺人ノ生シタル發砲ノ所爲ハ有意ヲ以テ行ヒタルモ殺害ノ意思ハ之ヲ欠クカ如シ（刑法論綱一四三）

四八一　犯意ハ犯罪ニ決心シタル原因ト混同スヘカラス復讐ニ原因シ利慾ニ原因スル等其原因ハ種々アルヘシト雖モ是犯罪ノ原因ニシテ犯意ニアラス（刑法論綱一四六、松室氏一三八）

四八二　犯意ナキ所爲ハ何故ニ無罪トナルカ其所爲カ社會ニ害ヲ與ヘタルモ心中ニ一點ノ背德ナシ折衷主義ハ背德ト加害トヲ主トスルノ主義ヲ採用シタル結果トシテ背德ナキカ故ニ有罪ト爲サヽルナリ（刑法論綱一四七、刑正五六九、刑法論一六四）

四八三　所爲トハ何ソヤ犯人ノ心中ニ發生スル所ノ意思ト其意思ノ向フ事實ト相連絡スル有様ヲ云フ故ニ所爲ハ手段ヨリシテ意思ヲ事實ニ連絡セシムルノ謂ヒナリ皮相上ヨリ觀ルトキハ所爲ト事實トハ同一ナルカ如クナ

ルモ決シテ然ラス人カ殺害セラレテ血ヲ流シタリト云フハ是レ事實ナリ全ク犯罪ノ主體ノ關係ナクシテ他ヨリ客觀的ニ其有樣ヲ言顯ハスニ過キス然レ其殺人ヲ主觀的ニ云フトキハ余カ人ヲ殺シタリト云フトキハ余カ人ヲ殺サントスル意思ト其殺人ノ事實トカ相符合スルヲ以テ主觀的ヨリシテ所爲ト稱スルコトヲ得ヘシ故ニ要スルニ所爲ト事實トハ同物異名只之ヲ觀察スル方向ノ違ヒニヨツテ名稱ヲ異ニスルニ過キス而シテ犯罪ノ所爲ニハ法律ノ禁スル所ヲナスモノト法律ノ命スル所ヲ爲ナサヽルモノトノ二箇アリ（刑汎八七以下）

刑法第二條ノ所爲ト本條ノ所爲トノ區別

犯罪ノ所爲ニ達スル迄ノ數多ノ階級

四八四　刑法第二條ニ所謂所爲ハ廣義ナリ汎ク人間ノ擧動ト云フモ可ナリ本條ニ所謂所爲トハ刑法上犯罪ノ實質ト認メタル人間ノ擧動ヲ云フ是レ第二條ノ明文ト本條ノ明文トヲ比照シテ一考セハ說明ヲ要セスシテ之ヲ知ルヲ得ヘシ

四八五　所爲ノ淵源ヲ繹ヌレハ第一ニ發心、第二ニ考慮、第三ニ決心、第四ニ陰謀、第五ニ豫備ノ所爲、第六ニ着手ノ所爲、第七ニ實行ノ所爲ト云フヲ得ヘシ

犯罪ノ初一念ヨリ、終局迄ノ經過如此トスレハ刑法ハ右經過ノ何レノ點迄ニ達スレハ之ヲ國家ノ生存ニ危害アリトシテ犯罪ト認メタルカ魯國刑法ニヨレハ決心迄ニ達スレハ外部ノ所爲ナキモ之ヲ罰スヘシト爲セリ我刑法及ヒ現時他ノ數多ノ刑法ハ着手ノ所爲迄ニ達セサル者ハ刑法上ノ犯罪ト爲サヽルヲ原則トス（刑法論二三五）其着手ノ所爲迄ニ達シタルトハ如何ン其例ヲ示サハ、

深夜甲ノ面前ニ立チ乙白刃ヲ振上ケタリ此場合考察ヲ要スルモノ三個アリ

甲、犯人ノ意思如何ンヲ探知セサルヘカラス

若シ其擧動ニシテ單ニ甲ノ剛膽ヲ試ムル爲メノミナリセハ殺人罪ノ豫備ニモ非ス又着手ニモ非ス之ニ反シテ若シ甲ヲ殺スノ意思ナリセハ是ニ於テ

乙、刑法上殺人罪成立要素ノ一トシテ揭ケタル所爲アルヤ否ヤヲ考ヘサルヘカラス

刑法第二百九十二條ヲ見レハ豫メ謀テ人ヲ殺シタル者ハ謀殺罪トナスト云ヘリ即チ謀殺罪ノ成立要素ノ一タル所爲即チ實行ノ所爲ハ人ヲ殺スト云フノ擧動ナリ是ニ於テ

丙、白刃ヲ振上ケタルハ人ヲ殺スノ擧動ト云フヲ得ヘキヤ否ヤヲ定メサルヘカラス

白刃ヲ振上ケタルハ人ヲ殺サントスル所爲ニシテ人ヲ殺スノ所爲ニ非スト

犯罪着手ノ點ハ何レニアルカ

無意犯

第七十七條

雖モ直接必然ノ關係アルヲ以テ着手ノ所爲ト云フヲ得ヘキナリ

然ラハ立法者ハ何ヲ以テ人ヲ殺ス所爲ト認メタルモノナルカ曰ク一刀ヲ加フルコト是ナリ何トナレハ被害者ノ死亡ト云フ結果即チ犯人ノ生セシメントスル害惡ニ直接ノ關係ヲ有スルモノナレハナリ(刑法論二四四)以上ニヨツテ着手ノ點ノ何レナルヤヲ知ルニ充分ナラン但豫備犯ト名ケテ着手點ニ達セサルモ犯罪ヲ成立スル例外ノ場合(刑第一一六條、一三三條、一八六條等ノ如キ)アリト知ルヘシ

四八六 本條但書ハ過失、殺傷、失火罪ノ如キ無意ノ所爲或ハ意思ノ有無ヲ必要トセサル違警罪中多クソ場合ノ如キヲ想像シテ規定セラレタリ違警罪中標識ノ點燈ヲ怠リタル罪、夜中燈火ナクシテ車馬ヲ疾驅シタル罪ノ如キハ有意ハ勿論犯意ナキモ亦同シク罰スル所ノ罪ナリトス(刑正五七〇)過怠ノ所爲トハ何ソヤ避ケ得ヘキ過失ニヨリテ意外ノ結果ヲ惹起シタル場合ナリ通常一般ノ注意ヲ用ユレハ此ノ如キ有害ノ結果ヲ呈セサル場合ヲ云フ我刑法ハ有意犯ヲ罰スルモノナルヲ以テ其無意犯ヲ罰スルニハ特ニ明文アルヲ俟ツテ初メテ之ヲ罰スルヲ得ヘキモノトス刑法上ニハ過怠ヲ區別シテ三個トス

無意犯ニ付三個ノ區別

疎漏ト懈怠トノ差違

過失ノ有無ヲ定ムルノ標準ハ如何

第二項第三

甲、犯罪ノ物體甚タ貴重ニシテ恐ルヘキ重大ノ結果ヲ生スル場合例ヘハ人ノ健康ヲ害スヘキ飲食物或ハ藥劑等ヲ販賣シタルノ類

乙、官吏公吏若クハ人民ニ特ニ注意セサルヘカラサル義務アル場合例ヘハ相當ノ官吏囚人ノ逃走ヲ覺ラサルノ類

丙、安寧警察ノ目的ヲ達スル爲メ過失ヲ罰スル場合例ヘハ狂犬、猛獸等ノ繫鎖ヲ怠リ路上ニ放チタル、ノ類其他違警罪過半ノ場合皆是ナリ(刑法論二一四刑汎一〇九)

四八七 我刑法ニ所謂疎虞トハ意外ノ結果ノ生スヘキヲ知ラサルニハ非サルモ充分ノ注意ヲ用ヒサリシモノヲ云ヒ懈怠トハ不注意ニ由テ全ク意外ノ結果ヲ生スヘキヲ識ラサリシモノヲ云フ(刑汎一〇九、刑法論綱一四八以下、刑法論二一四)

四八八 過失アリヤ否ヲ知ルノ標準如何ン凡ソ人ノ注意ノ有無ハ普通ノ注意ノ程度ヲ標準トシテ之ヲ決定スヘキカ否其犯人ノ智能ノ定度ヲ標準トシテ判斷スヘキナリ即チ犯人ノ智能ヲ主觀的トシテ觀察ヲ下スヘキモノトス(刑法論二一六)

第七十七條

四八九 本條第二項、第三項ハ犯人カ法律上罪ノ構成スヘキ事實ヲ知ラサ

項ノ事例

第七十七條ノ但書ハ同第二項第三項ニモ適用アリ

リシニ因テ犯シタル場合ヲ想像シテ規定セラレタルモノナリ例ヘハ第二項ノ場合ハ一箇ノ物件カ他人ニ屬スルコトヲ知ラスシテ自己ノ物件又ハ無主物ナリト心得之ヲ占有シタル場合ノ類又第三項ノ場合ハ他人ト思惟シテ之ヲ殺害セシニ何ソ料ラン己レノ父母ナリシト云フカ如キノ類是ナリ（刑草三一、井上氏三六）第二項、第三項ハ犯人ノ意思ト其犯シタル事實ト連絡セサル場合ノ無罪タルヘキヲ規定セリ前例ニ於テ窃取ノ事實ハアレ共被告ニ窃盗スルノ犯意ナシ父母ヲ殺シタル事實ハアレ共被告ニ父母ヲ殺スノ犯意ナシ即チ犯意ト事實トノ連絡ナキモノナリ（刑九汎一）

四九〇　第二項第三項ニハ第一項ノ如キ過失ニ關スル例外ノ規定ナキカ故ニ過失アル場合ヲモ不問トナシタルカ如シ然レ共第二項、第三項ハ第一項ノ原則ノ適用ト看做シ過失ニ關スル例外ハ自然包含スルモノト解釋スヘキナリ（龜山氏二四）反對說ニ曰ク犯意ナキモ常ニ必ス無罪タルニ非ス故ニ第一項ニハ例外ノ規定アリ然レ共第二項罪トナルヘキ事實ヲ知ラサルトキハ常ニ必ス無罪ナリ是レ第二項ニハ例外ノ規定ナキ所以ナリ（松室氏一四二）因テ按スルニ

第二項第三項ハ特ニ規定スルノ必要ナシ

余ハ前段ノ說ニ服ス第二項ノ場合ニ於テ例ヘハ良藥ト信シテ人ニ毒藥ヲ服セシメタルカ如キ犯人ニ普通ノ智能アルモノナラハ一應ノ注意ヲナスヘキニ之ヲナサスシテ人ヲ中毒ニ死セシメタルハ過失（第三百十八條）ノ責アルヘク又第三項ノ場合ニ於テ例ヘハ人ノ健康ヲ害スヘキ物品タルヲ知ラスシテ販賣シタレ共（第二百五十三條）其物品ヲ不熟ノ菓物トシテ販賣シタルトキ（第四百二十六條第三號）ノ如キ第二百五十三條ノ制裁ヲ受サルモ第四百二十六條第三號ノ犯人タルヲ免カレス是ヲ以テ常ニ必ス無罪ナリトハ斷言スルヲ得サレハナリ（第二項罪トナルヘキ事實ヲ知ラサルハ犯意ナキモノ第三項モ亦其重カルヘキ罪ヲ犯スノ意ナキモノ然ラハ兩項共第一項ト等シク犯意ナシ然ルニ過失犯ノ例外ヲ第一項ノミニ限ルノ道理ナシト信ス但前例第三項ノ場合ニ第四二六條第三號ニヨツテ之ヲ罰スルハ即チ第三項ノ法文ニ從ヒ其輕キニ從ツテ論スルノ適用ニシテ第一項ノ例外ヲ及ホシテ之ヲ適用スルカ爲メニハ非サレ共兎ニ角假令過失犯ト雖モ之ヲ不問ニ措カス此權衡ヨリ之ヲ視ルモ例外第一項ノミニ限リ其他ノ場合ヲ全然無罪トスルノ不都合ナルヲ感スルナキカ）

四九一　第二項第三項ハ第一項ノ法文ニ包含スル所ニシテ必竟犯意ナキ事項ナルヲ以テ之ヲ別項トシテ特書ノ必要ナキカ如シ（刑正五七一、刑法論綱一五三、井上氏二二六、龜山氏二三八、飯田氏二四六、磯部氏八四〇）

犯意ナキモノト法律ヲ知ラサル者トノ區別

四九二　第四項法律規則ヲ知ラスシテ犯シタル者ト犯意ナキモノトノ區別如何ン例ヘハ官印僞造ノ如キ放火ノ如キ之ヲ罪トスル法律ナシ又規則ナシト考ヘテ實行シタルカ如キ即チ法律規則ヲ知ラスシテ犯シタルニ外ナラス知ラスシテ犯シタルハ犯意ナキモノヽ如シト雖モ之ヲ犯意ナキモノト混同スヘカラス假令罪トシテ刑ヲ科スルノ法律規則アリシヲ知ラストスルモ既ニ僞造若クハ放火セント云フノ決心即チ國法カ犯罪ト認メテ其正條ニ示シタル所爲ヲ實行セントスル決心アル以上ハ犯意アルモノト云ハサルヘカラス或ル論者(刑汎九六)カ本項ハ第一項ノ例外ニシテ犯意ナシト雖モ罰スルノ例ナリト云ヘルハ誤リナリ要スルニ犯意アリトスルニハ法律ニ罪トシテ示シタル所爲ヲ實行セントスル決心アルヲ要スルノミニシテ其所爲ヲ罪トシテ罰スヘキ法律規則アルヲ知テ犯サントスルノ決心アルヲ必要トセス(刑法論二六七)法律ヲ知ラサル者ハ固ヨリ之ニ背クノ意思ナキモノタルコト明カナリ然レ共法律ハ其法律ニ背クノ意思ヲ罰スルニ非スシテ惡事ヲ行フノ意思ヲ罰スルナリ(刑草三六二)法律ノ各本條ノ罪ヲ構成スヘキ條件ヲ具備シタルニ於テハ其所爲法律不知ニ出ルト雖モ之ヲ許スコトナシ(刑正五七四)

法律規則ヲ知ラサル者ハ何故ニ無罪タルヲ得サルカ

四九三　法律規則ヲ知ラサル者ハ何故ニ無罪タルヲ得サルカ議論一樣ナラス

甲、法律規則ヲ發布スルモ之ヲ知ルト否トニ因テ責任ノ有無ヲ決ストナサハ凡ソ被告ハ必ス一度ハ法律規則ヲ知ラサリシヲ主張シ其之ヲ知リタルヤ否ヤニ付必ス一ノ事實問題ヲ生シ而シテ之ヲ知リタリトノ證據ハ到底之ヲ擧ルコトヲ得サルカ爲メ終ニ法律規則ノ完然行ハルヽノ日ナカラン本項ハ此一大弊害ヲ芟除セントスルノ主旨ナリ(刑法論二六六、刑法論綱一五七)

乙、法律規則ハ施行期限ニ至レハ世人之ヲ知得タリト推測ス既ニ知得テ而後之ヲ犯ス之ヲ無責トナスヘキニ非ス

丙、法律規則ヲ知ラサルハ人民自己ノ過失ナリ其過失ヲ理由トシテ責任ヲ免レ得ヘキ道理ナシ況ンヤ法律規則ノ禁令スル所ハ其禁令ヲ俟スシテ人人良心ニ犯罪タルヲ知ル者ナリ豈之ヲ無責トナスヘケンヤ(刑草一六五號龜山氏二四二刑正五七六)

他地方ノ警察令並ニ不可抗力ノ爲メ官報ノ不着ニヨリ不知ノ場合ハ如何

四九四　甲地方ノ警察令ヲ知ラサル乙府ノ人民ト雖モ甲縣ノ警察令ヲ知ラスト云フヲ以テ規則ヲ知ラストシテ無責トナスヲ容サス是レ乙府下ニ入ル者ハ必ス先ツ其地ノ禁令ヲ知ラサルヘカラサルノ義務アレハナリ又不可抗力ノ爲メ例ヘハ颶風ニテ無人嶋ニ漂着セシ間ニ於テ頒布セラレタル法律ト雖モ之ヲ不知トシテ無責トナスヲ得ス法律ハ斯ル場合ト雖モ除外例ヲ設ケサレハナリ（龜山氏二四三）唯無責トナスヘキハ官報不着ノ爲メ實施ノ効力ヲ生セサル場合ノ一アルノミ其他ノ場合ハ無責トナス能ハサルハ勿論ナレ共裁判官ニ於テ其不知ノ程度ヲ考量シ酌量減輕ヲ與フルニ吝カナルヘカラス（刑法論綱一五八、磯部氏八四三、刑法論）

精神喪失ノ時日ノ必要

◎第七十八條　罪ヲ犯ス時知覺精神ノ喪失ニ因テ是非ヲ辨別セサル者ハ其罪ヲ論セス

四九五　本條ハ罪ヲ犯ストキ云々トアルカ故ニ所爲ノ當時精神ノ喪失アルコトヲ要ス故ニ一旦知覺精神ヲ喪失シタルコトアルモ全癒後ノ犯罪ハ有罪ナリ之ニ反シテ犯罪後喪失ヲ來シタル者モ亦同一ノ論決ヲナサヽルヘカラス（刑法論一六七、フォースタンエリー氏刑法實用第百〇三號參看）

精神喪失者ト認ムヘキモノハ何ソヤ

四九六　知覺精神ヲ喪失シタリト認ムヘキ者ハ其原因一ニシテ足ラス通常醫學上ニテハ精神病トシテ欠損症、變質症、抑憂症、興奮症、懦弱症、痴呆症等ヲ指稱ス尚ホ酩酊睡遊ノ如キモ知覺精神喪失ノ原因タルヲ得ヘシ（刑法論一六八、刑正五八六、龜山氏二〇七、刑釋六四一、刑況五八六、六二、非上氏一五七、飯田氏二七四、磯部氏八五四、フォースタンエリー氏刑法實用第百〇四號參看）

醉狂ニ付テノ諸說

四九七　酩酊ニ付テハ三個ニ區別スヘシ

第一、自己ノ過失若クハ好意ニ非スシテ醉狂シタルトキハ無罪ナリ

第二、自カラ好ンテ飲酒シ醉狂ニ至リタルトキハ有罪ナリ

第三、初メヨリ罪ヲ犯スニ勇氣ヲ加フル爲メ醉狂シタルハ有罪ナリ

右第一ハ無罪ナルヲ以テ別ニ批難アルヲ見ス其第二ニ對スル反對說ニ曰ク自カラ好ンテ飲酒シタルモ是レ犯罪ノ意思アルニアラス其泥醉シテ醜態ヲ公衆ニ示スカ如キコトアラハ違警罪トシテ罰スヘキハ可ナリ斯ル別問題ヲ附會シ精神喪失者ニ非ストシテ本罪ヲ科スルヲ得ヘキニ非ス若シ之ヲシモ罰ストセハ痴情利欲等ニ惑溺シ失望ノ餘リ精神病ニ罹リ罪ヲ犯シタルカ如

キモ亦有罪ト論セサルヲ得サルニ至ラン（龜山氏二〇七）又曰ク自カラ酒癖アルヲ豫知シナカラ注意ヲ怠リ自カラ酩酊シテ人ヲ殺傷シタル如キハ過失殺傷ヲ以テ論セハ相當ナラン（磯部氏八五七）以上ノ兩說中余ハ反對說ヲ抱持ス其旨意ハ第三說ニ反對スルト共ニ之ヲ一括ニ述フヘシ第三說ノ有罪說ニ曰ク犯罪ヲ實行スルニ銳氣ヲ增サン爲メ醉酩シタル者ハ辨別ヲ欠クモノニアラス最初目的トシタル犯罪ヲ實行シタルハ即チ智覺精神ノ全滅ニ非サル確證ト云フヘシ刑法草按中ニ此明文アリシヲ删除セラレタルハ反對ニ決シタル精神ニ非ス唯犯罪ヲ目的トセスシテ醉酩シタル者ノ所爲ハ必然不論罪ト解スル者アルヲ恐レタルニ過キサルナリト（刑法論綱一二七　磯部氏八五五）此說明ニヨレハ第三說ハ豫期ノ如ク犯行ヲ遂タルハ精神全滅ニ非スト云フヲ以テ有罪ト論セラルヽ者ナリ如何ニ飲酒スルモ精神喪失ニ至ラサル情狀ノ認ムヘキモノアルニ於テハ有罪タルコト勿論ニシテ余モ亦固ヨリ之ニ同意ナリ然レ共當初犯行ノ勇氣ヲ增サンカ爲メノ飲酒ナリシニモセヨ犯行ノ當時精神喪失シタル情狀明確ナルニ於テハ余ハ必ス無罪ト論決スヘシ何トナレハ其飲酒ハ犯行ニアラスシテ犯行ノ豫備ニ過キス犯行ノ豫備既ニ終リタルモ着手ノ一段ニ及ハサル內俄然精神病ヲ發シ若クハ醉狂シテ現行ノ當時ハ精神全ク喪失シタル者何ソ之ヲ罰スルヲ得ンヤ我刑法ハ智覺精神喪失ノ原因ヲ區別セス故ニ假令情慾若クハ忿怒等ノ爲メ神經ヲ激動シタルニ原因スルモノト雖トモ犯行カ精神喪失ニ因ルコト明確ナルニ於テハ余ハ無罪トスルニ吝カナラス忿怒若クハ情慾ニ乘シテ犯行ヲナシタルハ其制抗シ得ヘキヲ制セスシテ好ンテ之ヲ逞フスルモノナレハ瘋癲ト同視スルヲ得ストハ有名ノ大家フオスタンエリー氏ノ說ニシテ余モ亦忿怒情慾ニ乘シテ犯シタルノ有罪タルコトハ疑ヲ容レサレ共之カ爲メ精神喪失ニ至リタルニ因ル確證有ニ於テハ有罪ノ論決ヲ與フルヿヲ得ス刑法ハ喪失ノ原因如何ンヲ區別セス要スルニ被告人ノ所爲カ何等ノ原因ナルヲ問ハス智覺精神ノ喪失ニ因テ是非ノ辨別ナク犯シタルカ否ヤ深ク之ヲ考察スヘキノミ而シテ此事タル多クハ醫學的ノ鑑定ヲナサシメ之ヲ考照スヘキハ勿論ナレ共被告事件ニ於ル被告カ關係ノ模樣ニヨリ果シテ喪失ノ事實アルカ如何ヲ認定スルハ一ニ裁判官ノ任ニシテ鑑定者ノ鑑別

情慾若クハ忿怒ノ犯行ハ如何

ノ大切ナルハ言ヲ俟サレ共裁判官ノ責任ハ一層重大ナリ（フォスタンエリー氏ハ激怒ヨリ生シタル暴行、悲哀ヨリ生シタル動搖、慾情ヨリ生シタル狂氣及ヒ睡遊酔狂ニハ不論罪ヲ許サスト云ヘリ（仝氏刑法實用第百〇四號））

本條ノ規定ノ主義ハ如何

四九八　本條規定ノ主義二個

甲、自懲主義（受刑者ヲシテ受刑ノ理由ヲ知ラシメサレハ刑ニ處スルモ自懲ノ効ナシ精神喪失ノ人爲ンソ受刑ノ理由ヲ知ルヲ得ンヤ）

乙、他戒主義（精神喪失者ハ普通ノ人ニ非ス故ニ人其受刑ヲ憫ムヘキモ之ヲ以テ他戒ノ念ヲ發スルコトナシ爲ンソ世道人心ニ益スル所アランヤ）

右立法上本條ノ無罪ヲ規定シタル主義トス（發部氏八四八）

四九九　裁判例

○亂醉シテ果シテ智覺精神ヲ喪失シタルニ由ル所爲ナルトキハ不論罪ノ原因トナル（廿一、二、廿一大審院）

○嗜好ノ酒量ヲ過コシタルノミヲ以テ知覺精神ヲ喪失シタル者ト云フヲ得ス（廿一、二月大審院）

◎第七十九條　罪ヲ犯ス時十二歲ニ滿サル者ハ其罪ヲ論セス但滿八歲以上ノ者ハ情狀ニ因リ滿十六歲ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルヿヲ得

知覺ノ不發達ニテ辨別ヲ缺クニ基リ不論罪

◎第八十條　罪ヲ犯ス時滿十二歲以上十六歲ニ滿サル者ハ其所爲是非ヲ辨別シタルト否トヲ審案シ辨別ナクシテ犯シタル時ハ其罪ヲ論セス但情狀ニ因リ滿二十歲ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルヿヲ得

若シ辨別アリテ犯シタル時ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ二等ヲ減ス

年齡ト犯罪トノ關係ニ付刑法ノ主義如何

◎第八十一條　罪ヲ犯ス時滿十六歲以上二十歲ニ滿サル者ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減ス

五〇〇　本法第七八條ハ犯時ニ知覺精神ヲ喪失シ是非ノ辨別ナキカ爲メニ所爲ノ無責任ナルヲ定メ本條ハ之ヲ喪失シタルニ非スシテ精神ノ發達不充分ナルカ爲メ是非ノ辨別ヲ欠ク所ノ幼者ニ付無責任ナルヿヲ規定セリ抑人ノ知覺精神ハ年齡ト著シキ關係アルモノニシテ年ヲ經ルニ從ヒ徐々發達スルモノナリ故ニ法律ハ其發達ト未發達トノ區分ヲ止タ一級トナサシテ之ヲ三期ニ細別セリ（刑法論一七〇、龜山氏一八五、刑草一七三號及ヒ五八八、刑釋六六一、刑汎六〇、刑正五八八、松室氏一一七、刑法論綱一一八、井上氏一六〇、磯部氏八五八、飯田氏二八〇）（第七九條ヲ一期トシ第八〇條ヲ二期トシ第八一條ヲ三期トス但井上、磯部、飯田三氏ノ外ハ二十一歲以上ヲ第四期トシテ述ヲレタリ）

五〇一　我現行刑法ハ年齡ト犯罪トノ關係ニ付如何ナル主義ヲ採用シタルカ

甲、立法官ニ於テ一般人智ノ度ヲ測定シ法律ニ一定ノ年齢ヲ示シ之ニ達セサル幼者ハ悉ク辨別ヲ欠キタリトシ其所爲擧テ無罪トナシ裁判官ノ反證ヲ擧ルコトヲ許サス（此說ハ至極簡易ナルカ如クナレトモ凡ソ人智ノ發達ハ氣候地勢、教育、風俗財政遺傳等ニヨリ遲速緩急一樣ナラス同年齢ノ幼者ト雖モ甲乙必シモ同一ノ知覺アルニ非ス故ニ辨別アル者無罪トナリ辨別ナクシテ有罪タルノ不公平ヲ生スルコトアルヲ免カレストノ批難アリ（刑法論綱一一九、刑法論一七〇、一七五、刑正五八九））

乙、智覺精神ノ發達ノ鑑別ハ擧テ裁判官ニ一任スヘシ（飯田氏二八一）（此說ハ甲說ノ如ク不公平アルヲ免カルヘシト雖モ現ニ辨別ナキコト疑ナキ幼者及ヒ辨別アルコト疑ナキモノニモ一々審査ノ手續ヲナスノ迂濶不便ヲ感スルコトナキ能ハサルノミナラス裁判官ノ性質ノ寛殺ニヨリ同一ノ幼者ヲモ之ヲ視ルコト同一ナル能ハサルヨリ其處分大差ヲ生スルコトアルヘク且凡ソ辨別ナキ年間ト其全備シタルコトノ確實ナル年間アルニモ拘ハラス全ク何等ノ區別ヲモ設ケスシテ裁判官ノ專擅ニ放任スルハ宜シキモノニ非ストノ批難アリ（刑法論綱一一九、飯田氏二八一、刑法論一七〇））

丙、立法者國俗、氣候及ヒ教育、人智ノ度自然ノ原則ニ率由シテ法律ニ年齢ノ限界ヲ規定シ而シテ之ト同時ニ法律ニ於テ裁判官ヲシテ多少其間ニ容喙シ反證ヲ擧テ法律ノ推測ヲ覆スコトヲ禁セサルモノトスヘシ

年齢四期ノ區別

以上三說中我刑法ハ丙號ノ主義ヲ採用セリ是ヲ以テ人ノ年齢ヲ分ツテ四期トナセリ即チ

第一期十二歲未滿（第七十九條）

此場合ニ於テハ如何ナル所爲アルモ絕對ニ辨別ナキモノトシテ無罪責ト定メタルモノナルヲ以テ裁判官ハ法律ノ推定ニ服從セサルヘカラス故ニ犯罪ノ要素具備スルニ於テハ年齢ノ爲メ其罪責ノ有無ヲ判定スルノ職權ナシ是ヲ以テ如何ニ十分ノ智覺發達アリト認ムルモ有罪トナス能ハス即チ反證ヲ以テ法律ノ推定ヲ覆ヘスヲ許サス（之ニ對スル批難說ニ曰ク實際ニ付テ之ヲ云ハハ十二歲以下ト雖モ辨別アリ而シテ放火ノ如キハ此期ノ幼者ニ多シ然ルヲ絕對ニ之ヲ無罪トナスハ實ニ危險甚シ次ノ第二期ト同シク反證ヲ許スニ改正ヲ希望ス（松室氏一二〇）幼者ノ放火實例ニ遭フコト數多ナリ余モ亦大ニ贊成ス）

第二期十二歲以上十六歲未滿（第八十條）

此場合ニ於テハ犯罪要素具ハルニ於テハ裁判官ニ於テ是非ノ辨別アルヤ否ヤヲ鑒別シ或ハ有罪トシ或ハ無罪トス然レ共猶ホ知識ノ度大ニ低

キモノト推定シ辨別アル者モ宥恕シテ本刑ニ二等ヲ減ス故ニ此場合ハ裁判官ニ年齢ノ爲メ罪責ノ有無ヲ判定スルノ職權アリ即チ反證ヲ許ス者ナリ此故ニ此時期ノ幼者ニ對シ公訴ヲ起ス檢事ハ是非ノ辨別アリシコトノ擧證ノ任アリ若シ此擧證ナケレバ辨別ナカリシモノトノ判定ヲ受ヘシ（但減等ニ付テハ裁判官ハ常ニ法律ノ規定ニ從ヒ必ス二等ヲ減セサルヘカラサルハ勿論ナリ）

第三期十六歲以上二十歲未滿（第八十一條）

此場合ハ犯罪ノ要素具ハルニ於テハ法律上一般ニ罪責アリト推定スルモノナレ共亦未タ知識完成ニ至ラサルモノトシ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減ス故ニ裁判官ハ一ニ法律ノ推定ニ服從セサルヘカラス年齢ノ爲メ罪責ノ有無ヲ判定スルノ職權ナシ

第四期二十歲以上

此場合ノ者ハ法律初メヨリ知識完全ナルモノト推定シテ一般ニ罪責アリトス

以上ニ付テハ多數ノ學說殆ント同一ニ出ツ即チ（龜山氏八六四、龜山氏一九〇、刑草一七四號、松室氏一一七、刑法論綱二八、飯田氏二八三、刑法正義五九〇、五九一、五九六、刑法論一七五、一七八、井上氏一六三、刑況六〇、刑釋六六三、チルトラン氏同六七五、六七八）是ナリ

不罪論ノ解釋

五〇二　第七十九條、第八十條ニ罪ヲ犯ス時云々其罪ヲ論セストアルハ十二歲若クハ十六歲未滿ノ幼者ノ所爲ト雖モ法律上罪質ヲ有シ本人其罪責ヲ免カルヘカラサルモ法律ノ特恩ニヨリ其罪ヲ免除シテ不問ニ付ストノ意ニ非ス罪ヲ犯シタルトキトハ普通ニテハ罪トナルヘキ所ノコトヲ行ヒタル時ト云フノ意味ニシテ罪ヲ論セストハ法律ノ所謂罪ニ非スト云フノ意味ナリ（龜山氏一九一）

辨別トハ如何ナル點ノ辨別ヲ云フカ

五〇三　第八十條ニ所謂是非ヲ辨別スルトハ世事一般ノ事物ニ付是非ノ辨別アルヲ云フニ非ス幼者カ特ニ其行ヒタル事柄ニ付テノミ其辨別アリシヤ否ヲ審按スヘキモノトス（井上氏一六四、刑正五九九）是非トハ社會ノ損害ニ關スルノ是非ナリ故ニ其行爲ノ背德タルヲ知ルノミナラス爲メニ社會ニ有害ナルヤ否ヤヲ知テ犯シタルヲ觀察セサルヘカラス（刑草一七四號、飯田氏二八五）

辨別アリ責任ヲ減スルノ理由

五〇四　十六歲未滿二十歲未滿ノ者ハ是非ノ辨別アッテ責任ヲ免カルヽ能ハサルニ何故ニ減等スルカ曰ク己レノ所爲ノ惡事タルヲ識別スルモ其所

爲カ社會ニ如何ナル損害ヲ與フルカハ猶ホ之ヲ知ラサルモノナリ十六歳若クハ二十歳未滿ハ此期ニ屬ス故ニ辨別アリ責任アルモ其責任ノ度ハ成人ニ比シテ輕シト云ハサルベカラス是之ヲ減輕スル所以ナリ（刑法論一七七）ト余ハ此ノ如ク嚴格ニ區別スルハ其適用ニ至ツテ甚タ狹隘窮屈ニ失スルヲ感ス何トナレハ所爲カ社會ニ有害ナルヲ知テ却ツテ惡事タルヲ知ラサルモノモ亦尠ナカラス實例ニ家ヲ燒ケハ世人騷動スルノ害アルヲ知ルモ其心ハト問ヘハ只何ンノ氣モナク行燈ノ往來頻繁ナルヲ見テ樂ミトスルノ類是ナリ是故ニ汎ク背德ト加害トニ論ナク之ヲ識別スルノ智力不完全ナルカ爲メ減等スルモノト云フヲ穩當ナリト思考ス

年齡ノ計算ヲ論ス

五〇五　刑法上ニ於テハ年齡ノ計算法ヲ設ケタルモノナシ故ニ明治六年第三十六號布告ニヨリ之ヲ算定セサルヘカラス曰ク「自今年齡ヲ計算候儀幾年幾月ト可相算事但舊曆中ノ儀ハ一干支ヲ以テ一年トシ其生年ノ月數ハ本年ノ月數ト通算シ十二ヶ月ヲ以テ一年ト可致事」トアリ故ニ刑法上ノ年齡ハ十二ヶ月ヲ以テ一年ト算スル者ト爲サヽルヘカラス假リニ刑法上ノ年齡ノ

ミ其實（今年ノ一月一日ニ生レタル者ハ翌年十二月廿一日ヲ以テ二歳トナスノ類）ニ從ツテ計算シ此布告ニ依ラサルモノトセハ戸籍上ノ年齡ト刑法上ノ年齡ト相違シ一人ニシテ二個ノ年齡ヲ有スルノ結果ヲ見ルニ至ルヘシ因テ刑法上ノ年齡モ月ヲ以テ算シ一月ノ端數ハ一日ト雖モ仍ホ之ヲ一月ニ算フヘキナリ（十八年七月廿四日三五號聲視達、刑法論一八一）之カ反對說ニ曰ク該布告ハ從前年齡ハ年ヲ以テ算ヘ月ハ之ヲ算外ニ拋棄シタルノ不當ヲ改正シ數理ノ正確ヲ得ンコトヲ期シタルモノニシテ月ノ端數ハ一月トシテ計算スヘシトノ意ヲ包含シタルモノニ非ス故ニ該布告ニ所謂十二ヶ月トハ滿十二ヶ月ヲ云フモノト解釋スルヲ妥當ナリトス（龜山氏二〇四）年齡ノ計算ハ最モ緊要ナリ本邦從前ノ慣習ノ如ク出生ノ年ヨリ計算スヘカラス出生ノ日ヨリ計算スヘシ（刑草三九二）余ハ龜山氏ノ說ニ同意ス何トナレハ前說ニ依レハ明治十八年十二月三十一日ニ出生ノ者三十年十一月一日ニ犯罪アリトセハ滿十二歳トシテ二等減ノ刑ヲ受サルヘカラス之ニ反シ前例ニ一日後レテ十九年一月一日ニ生レタルモノ三十年十一月三十日ニ犯罪アリトセハ前例ノ者ヨリモ二十有餘日多クノ日數ヲ經歷シテ成長アルニモ拘ハラス滿十二歳ニハ一

月不足ナリトシテ第七十九條ニヨリ無罪ト爲サヽルヘカラサレハナリ若シ比隣兩家ノ幼者共ニ放火ヲ犯シタリトシテ一人ハ早ク産レタルニ無罪トナリ一人ハ遲ク産レテ有罪トナルハ不都合ナルナキカ

情狀トハ如何ナル情狀ヲ云フカ

五〇六　第七十九條第八十條ノ不論罪トナリタル者ハ情狀ニヨリ懲治場ニ留置スルヿヲ得凡ソ幼者ノ犯罪ハ之ヲ罰センヨリハ寧ロ之ヲ憐ムヘキモノナリ是レ往々兩親ノ惡例ヲ見習ヒ又ハ敎育ヲ怠リタルニ原因スルカ故ニ宜シク薫陶改良ヲ圖リ社會ニ惡人ヲ出サヽルヲ務メサルヘカラス懲治場留置ハ此目的ヲ達センカ爲メナリ是ヲ以テ之カ監督ハ必ス忠實懇篤ナラサルヘカラス（刑草三八九、刑釋六六八、刑法論一七五、龜山氏五九二以下、磯部氏八六四、飯田氏二八四、刑法正義五九二以下）而シテ本條ニ所謂情狀ニヨリトハ辨別アルカ否ヤノ疑アルトキト云フノ義ニアラスシテ敎育監督等ノ不充分ナル疑ヒアル場合ヲ云フ（刑法論六一七八）

留置ハ司法處分トス留置處分ハ特ニ檢事ノ論告ヲ俟タス

五〇七　留置處分ハ事件カ裁判所ニ繫屬シタル上ハ別ニ檢事ノ論告ヲ俟スシテ裁判所ハ職權ヲ以テ之ヲ處分スルコトヲ得ヘシ何トナレハ其處分ハ幼者ニ刑ヲ科スルニ非スシテ幼者ノ利益ヲ圖ルニ外ナラサレハナリ（草按三九〇）

留置處分ノ管轄裁判所ハ如何

留置ハ性質上行政上ノ處分ニ屬スルカ如クナレ共苟クモ本人ノ意思ニ反シ身體ノ自由ヲ拘束スルモノナレハ司法處分トシテ裁判所ニ屬スルヲ相當トス（龜山氏一九四、刑正五九四）

辨別ノ有無

五〇八　檢事カ公訴ヲ提起スヘカラストシ又ハ豫審判事カ免訴ノ決定ヲ爲シタルトキ單ニ留置處分ノミヲ爲スノ手續如何ン曰ク檢事若クハ幼者ノ親屬ヨリ民事裁判所ニ請求シ同裁判所ニ於テ決定ヲ以テ之ヲ處分スヘシ（ホアソナート氏ノ答辯）（刑釋六七二ニ見ヨ）反對說ニ曰ク留置處分ハ純然タル刑事訴訟ニ非サルモ此刑法ノ適用ヲ目的トスルモノナレハ仍ホ之ヲ刑事訴訟ト看做シテ刑事裁判所ニ於テ之ヲ處分スヘシ而テ裁判所構成法ニ區裁判所ノ權限及ヒ大審院ノ權限ニ屬セサル一切ノ刑事訴訟ハ地方裁判所ノ管轄トストアルニヨリ勿論地方裁判所ニ於テ處分スヘキモノトス（龜山氏一九四以下、磯部氏八六六）（留置處分ノミヲ目的トスル請求ナルト否トニ論ナク裁判所ニ於テ之カ處分ヲ言渡スヘキモノトス（二六、十、廿三、大審院）

五〇九　是非ノ辨別アリヤ否ヲ問フハ何人ノ職任ナリヤ

チ問フハ何人ノ職任ナリヤ

曰ク檢事（檢事ハ辨別ナシト思料スルトキハ起訴セサルヲ得ルヲ以テナリ）

曰ク豫審判事（同判事ハ辨別ナシト思料スルトキハ犯罪構成ノ要素ヲ欠キタルトシテ免訴ノ言渡ヲナスノ職權ヲ有スレハナリ）

曰ク公判判事（檢事ノ起訴又ハ豫審判事ノ送付ニヨリ被告事件ヲ判決スルノ職權アルヲ以テナリ）

裁判例

五一〇　裁判例

○法律上年齡ヲ算スルハ月ヲ以テスヘキモノニシテ日ヲ以テ算フヘキモノニアラス（廿一、十、廿二、及ヒ廿一、十一、一六、廿五、廿一大審院）

○是非ノ辨別アリテ犯シタルコトヲ判決ニ明示セサルハ不法ナリ（十九年十月五日大審院）

瘖啞者ノ解

瘖啞者ノ無罪タル理由如何

⊙第八十二條　瘖啞者罪ヲ犯シタル時ハ其罪ヲ論セス但情狀ニ因リ五年ニ過キサル時間之ヲ懲治場ニ留置スルヿヲ得

五一一　瘖啞者トハ啞ニシテ聾ヲ兼タル者ヲ云フ故ニ其一ヲ能スル者ハ不論罪ノ限リニアラス（刑法論一八五、十五年一月廿四日司法省指令、井上氏一六五、磯部氏八七三、刑釋六七九、刑草三九三、刑汎六三、飯田氏二八六）

五一二　本條無罪トスル理由如何ン耳聞クコト能ハス口言フコト能ハサレハ教育ヲ受ルニ由ナク智識發達ナシ故ニ是非ノ辨別力ヲ有セサルニ由ル（刑正六〇〇、龜山氏二〇九、井上氏一六五、磯部氏八七四、飯田氏二八六、飯田氏六三、刑釋六八〇）

瘖啞者ト精神喪失者トノ立證ノ差違

五一三　瘖啞者ハ法律カ一般ニ知識ナキ者ト推定ス故ニ十二歲以下ノ幼者ト同シク其無罪ヲ申立ルニハ瘖啞タルコトノ一點ヲ證明スルヲ以テ足レリトス犯罪ノ當時其特定ノ事件ニ付知識アリシトノ反證アルモ有罪トナルコトナシ之ニ反シテ第七十八條ノ精神喪失ノ場合ハ犯罪當時特定ノ事件ニ付知識ナカリシトノ證明ヲ要ス其反證即チ犯罪當時辨別アリシトノ立證アレハ有罪ナリ是レ本條ト第七十八條トノ差違アル點ナリトス（刑正六〇〇）

瘖啞者ヲ一般ニ無罪トスル規定ニ對スル批難

五一四　法律ハ一般ニ瘖啞者ヲ無罪トナシタレ共瘖啞ハ性來ノモノアリ幼稚ノ頃ヨリ瘖啞トナリタルモノアリ充分ノ教育ヲ受タル後疾病ノ爲メヨリ來レルモノアリ故ニ瘖啞ハ一般ニ無教育無知識ナリトノ法律ノ推定ハ常ニ的中スルヲ望ミ難シ是ヲ以テ白國刑法ノ如ク十六歲以上ノ瘖啞者ニシテ是非ノ辨別ナキ時無罪トスルカ獨國刑法ノ如ク罪トナルヘキコトヲ了解スルニ足ルノ知識ヲ欠タル者ノミヲ無罪トスルカ佛國刑法ノ如ク知識ナキ者ハ

無罪トノ原則ニ任セ別ニ瘖啞者ノ爲メ規定ヲ設クルヲ止ムルカ其一ニ從ヒ改正スルノ必要アリ（亀山氏二一〇、刑正六〇一、刑法論一八四、刑況六三）反對說ニ曰ク幼稚（十二歲未滿）ヨリノ瘖啞者ト性來ノモノトヲ同視ス何トナレハ滿十二歲迄ハ自己ノ責任ヲ負フカ爲メ充分ナル智力ヲ有セサル者ナレハ此年ニ於テ瘖啞トナリ敎育ヲ受ルノ機關ヲ失フトセハ其幼者ヲ以テ是迄知リ得タル善惡ノ思想ハ自カラ增長シテ罪責ニ任スルニ足ルヘシトハ人間ノ推測シ得サル所ナレハナリ若シ之ヲ寬裕ニ過ルトセハ瘖啞者ヲ以テ十二歲以上、十六歲未滿ノ幼者ト同視シ裁判官ニ於テ善惡ヲ辨別シテ犯シタルヤ否ヲ審按シ罪ノ有無ヲ斷スルヲ希望ス（刑草三九四）右ノ反對說ニ於テモ瘖啞者ヲ一般ニ同視シタルニ非ス十二歲以下ニテ瘖啞トナリシ者ノミヲ以テ性來ノ瘖啞者ト同視セリ然ラハ前段ノ說ノ如ク瘖啞者ハ一般ニ知識ナキ者トシテ無罪トナスノ現行法ハ治安上ニ於テ危險甚シク其制定宜キヲ得タルモノト云フヘカラス其情狀ニヨリ無罪若クハ減刑スルヲ得ルコトニ改定ヲ希望ス刑法論綱ニモ瘖啞者ヲ以テ十二歲以上十六歲未滿ノ幼者ト同一ノ位置トシテ處分スルノ希望ヲ述ヘラレタリ

違警罪ニ付通常犯ト區別シタル理由如何

◎第八十三條　違警罪ハ滿十六歲以上、二十歲ニ滿サル者ト雖モ其罪ヲ宥恕スルヿヲ得ス

滿十二歲以上十六歲ニ滿サル者ハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減ス十二歲ニ滿サル者及ヒ瘖啞者ハ其罪ヲ論セス

五一五　違警罪ノ犯人ニ付普通犯罪ト區別シタル理由如何ン、第一違警罪ハ刑罰輕微ナリ苛酷ヲ感スヘキニアラス、第二違警罪ハ社會ニ與ヘタル害迹ヲ罰スルモノナルカ故ナリ、第三違警罪ハ犯人ニ害意ノ有無若クハ法ニ反クノ念ノ有無ヲ問ハス單ニ規則不知ノ爲メ罰スルコト多シ此故ニ犯人ノ年齡必シモ長シタルヲ要セス又知覺ノ充分ナルヲ要セス是ヲ以テ一般ノ犯罪ニ於ル年齡ト區別セリ（○刑草一七七號、刑釋六八二、刑正六○四、飯田氏二八六、磯部氏八七六）又曰ク、違警罪ハ便宜上ヨリ害迹ヲ罰スル無意犯ナリ故ニ之ヲ罰スト云フ然レ共此區別ハ當ヲ得タルモノニ非ス何トナレハ一旦辨別力ノ存スルヲ以テ要件ト定メタル以上ハ犯罪ノ輕重ト其種類ニヨリ結果ヲ異ニスルノ謂レナケレハナリ（刑法論綱一二五）

◎第八十四條　此節ニ記載スルノ外特別ノ不論罪宥恕減輕ハ各本條ニ於テ之

第八十三條　第八十四條

ヲ記載ス

五一六　特別ノ不論罪ハ刑第三一四、三一五條ナリ又特別ノ宥恕減輕ハ刑第三〇九乃至第三一二及ヒ第三一六條ナリ其他一五三、三七七條ハ全ク刑ヲ科セス是等ハ皆第二編以下ノ各條ノ下ニ說明ヲ讓ル

第二節　自首減輕

自首減刑ヲ設ケタル理由ハ犯人ノ心情ニ基クカ公益ニ基クヤ

五一七　刑法上自首減輕ノ制ヲ設ケタルハ如何ナル理由ニ基クカ實ニ左ノ四個ノ利益アルカ爲ナリ

第一、犯罪者ヲ容易ニ知リ得ルコト

第二、犯罪者ヲ搜査スルノ手續及ヒ費用ヲ省クコト

第三、有罪者ヲ罰セスシテ法網ヲ免カレセシメサルヲ得ルコト

第四、無辜ヲ罰スルノ恐レナキヲ得ルコト

我刑法ノ自首減輕ハ實ニ以上ノ利益ヲ希望シテ設ケタルモノナリ或說ニ先非悔悟ヲ以テ自首減輕ノ理由トナセトモ是レ支那法系ノ說ニシテ現行法ノ採ル所ニアラス抑、先非悔悟ハ一般ノ人ニ望ムヘキニ非ス裁判官自首ノ各人ニ付之ヲ調査セサレハ知得スル能ハサルノミナラス尙ホ其錯誤ナキヲ保スヘカラサルモノナレハ立法者ノ豫知シ能ハサル所ナルハ勿論ナリ左レハ立法者ハ其豫知スル能ハサル悔悟ナルモノヲ以テ之ヲ理由トシ減輕法ヲ立ルコトヲ得サルナリ犯人ノ自首スル者盡ク眞心悔悟ニ出タル者ノミニアラスシテ或ハ減免ノ利益ヲ得ント欲スルニ基ク者アリ故ニ悔悟ハ自首減輕ノ理由ト爲スニ足ラス（刑法論六三八、六三九、刑汎三〇〇、松室氏二六三、飯田氏二三二、磯部氏八八六）假令ヘハ眞心悔悟ノ自首ト雖モ其日時カ事發覺後ニ係レハ減刑スルコトナク又悔悟ノ念ナク減刑ノミヲ目的トシテ首出シタル者モ事發覺前ナレハ減等ヲ受ルコト同一ナルヲ以テ見レハ自首減輕ハ犯人ノ心情ニ基クモノニ非スシテ公益ニ基キ設ケラレタル一種ノ制度タルヲ知ルヘシ（刑法論綱三〇五）自首減輕ハ公益上ニ係ル規定ニシテ犯罪後ニ生シタル理由ニ基クモノナリ（磯部氏八八三）

自首ノ定義

◉第八十五條　罪ヲ犯シ事未タ發覺セサル前ニ於テ官ニ自首シタル者ハ本刑ニ一等ヲ減ス但謀殺故殺ニ係ル者ハ自首減輕ノ限ニ在ラス

五一八　自首トハ未タ發覺セサル自己ノ犯罪ヲ官ニ告知シテ己ヲ逮捕シ

第八十五條

得ヘキ位置ニ置キタルヲ云フ故ニ此定義ニヨリ左ノ四條件ヲ必要トス（刑法論六四〇、刑草一七八號、刑釋六九〇）

甲、自己ノ犯罪アルコト

乙、未タ發覺セサルコト

丙、官ニ告知スルコト

丁、自己ヲ逃捕シ得ル位置ニ置タルコト

右甲ノ場合ニ於テ他人ヲシテ代ツテ官ニ告知セシメタルトキト雖モ他人ハ自首シタルモノニ非スシテ告知ヲ依頼シタル犯人カ即チ自首シタルモノナリ故ニ斯ル場合ニアリテモ自己ニ犯罪ナケレハ自首成立セストノ原則ニ悖ルコトナシ

乙ノ場合ニ於テハ二個ノ疑問アリ

第一、官ニ於テ犯罪事實アリシコトノミヲ知リテ其犯人ノ誰某タルコトハ未タ之ヲ知ラサル場合ハ發覺アリト謂フヲ得ス是レ學說（龜山氏四二六以下、刑汎三〇一、刑正六二、刑法論六四三、刑釋六九二以下、松室氏二六四、井上氏四六五、四六八、幾部氏八九〇、飯田氏二三三）判例（十九六月廿三日大審院）及ヒ十五年十月司法省內訓共ニ一致セリ然レ共其理由トスル所一樣ナラス

或曰ク犯罪事實ノミノ發覺ヲ以テ既ニ發覺シタルモノトセハ本條ノ適用甚タ狹シ何トナレハ一ノ盗難アリトセンカ一通ノ盗難届ヲ以テ官既ニ犯罪事實アリシコトハ之ヲ知ル然ラハ凡ソ千百ノ犯罪發覺ニアラサルモノハ殆ント稀ナルヘシ自首ヲ許スヘキモノ何クニ在ルカト

或曰ク官既ニ犯罪事實ヲ知ルモ犯人ノ誰タルヲ知ラスシテ逮捕ノ途ナク即チ眞ノ有罪其人ヲ罰スル能ハス又ハ其逮捕シタル所ノ人ハ果シテ罪人ナルヤ否ヲ確知スル能ハサルノ二ケノ困難カ存在スル間即チ官カ犯人ノ誰タルヲ知ラサル間ハ未發覺ト云ハサルヘカラス（刑法論六九二、龜山氏四二六以下、刑釋六九二）

第二、官、犯罪事實アリシ事ノミヲ覺知シ併セテ犯人ノ誰タルヲ知ラサルモ被害者ニ於テ其誰タルヲ知レル場合ハ亦未タ發覺アリト謂フヲ得ス

或曰ク被害者既ニ犯人ノ誰タルヲ知ラハ早晩官ノ聞ク所トナリ從ツテ自首ヲ促カスノ必要ナシ故ニ發覺アルモノトナスヘシト

或曰ク加害者カ公然自己ノ氏名ヲ名乘リ害ヲ加フルアリトセヨ是ヲモ猶ホ未發覺ト云ハサルヘカラサルニ至リ自首ノ効アルモノトスルノ不都合アラン（刑汎三九六）トス

然レ共被害者ノ犯人ヲ知ルハ早晩官ヲシテ之ヲ知ラシムルノ機會ト爲リ得ルノミニシテ故ラニ官ヨリ被害者ニ質スカ被害者ヨリ進ンテ官ニ申告スル迄ハ未發覺ノ區域ニアリト云ハサルヘカラス（刑釋六九四、松室氏二六五、刑法論六四四）

丙ノ場合即チ官ニ告知スルノ必要ナル理由ハ官ニ告知セサレハ官之ヲ逮捕スル能ハス之ヲ罰スル能ハス終ニ自首法ヲ設ケタル主旨ニ適フコトナシ（刑法論綱三〇七）

丁ノ場合即チ自己ヲ逮捕シ得ルノ位置ニ置タルヲ要スルカ故ニ假令官ニ告知スルモ自身ハ潛匿シ人ヲ頼ンテ申告セシメ若クハ匿名ノ書面ヲ以テ告知シタルカ如キハ自首ノ効ナシ何トナレハ官直チニ之ヲ逮捕シ之ヲ罰スル能ハサル狀態ニアルカ故ニ有罪ヲ免カレシメ若クハ無辜ヲ罰スル恐レヲ防クニ足ラサレハナリ然レ共逮捕シ得ル位置ニ其身ヲ置タル事實アルニ於テハ必シモ自身官ニ出頭スルヲ要セスシテ書面若クハ代人ヲ以テスルモ妨ケナシ左レ共犯人ニ自首ノ念アルモ身ヲ逮捕シ得ル位置ニ置カス且ツ之ヲ依頼セサルニ親屬代ヲテ首出シタルハ自首ノ効ナシ（刑正六一三、刑法論綱三〇七、磯部氏八九二）

官カ誰ルカ犯人ノ誰タルトヲ知ルトヲ知ラサルノ限界如何

五一九　官カ犯人ノ誰タルヲ知ラサル前ニ非サレハ自首ノ効ナキコト上來ノ如シトスレハ官未タ知ラサルトハ何時迄ヲ云フカ當該官カ犯人ノ氏名住所容貌等ノ點ヲ聞知シ居リタリト云フノミニテハ未タ發覺ト云フヘカラス之ヲ聞知シ被疑人トシテ捜査若クハ逮捕處分ニ着手シタル以後ヲ以テ發覺ト云フヘキナリ（刑法論八號第二草一七）何トナレハ之ヲ聞知シテ職務上之ヲ被疑人ト信シタルナラハ直チニ捜査若クハ逮捕處分ヲナスヘキニ之ヲ爲サヽル間ハ止タ之ヲ耳ニセシト云フニ過キス抑自首ハ逮捕捜査ノ手數ヲ省キ有罪ヲ不問ニ付シ無罪ヲ罰スルノ弊害ヲ避ントスルニアル以上ハ被告ニ對シ被疑人トシテ既ニ捜査逮捕ノ處分ニ着手シタル時ハ自首ヲ奬勵スルノ理由既ニ消滅シタル日時ナリ（刑法論六四三）然レ共官カ犯罪事實アルコトヲ速カニ知ラント欲シテ法律ニ自首ヲ以テ刑ノ全免ノ原因トナシタル場合（刑第一二六、一九二、二二六條）ニ於テハ官ニ於テ犯罪事實ヲ知ルト同時ニ發覺シタルモノトナスヘシ（刑法論六四四）トノ例外說アリ然レトモ余ハ此例外說ニハ服スル能ハス右三箇ノ法條ノ場合ニハ何故ニ官カ犯罪事實ヲ知ルト同時ニ發覺アリト云フカ官カ速カニ事實ヲ知ラントスト云フ即チ之ヲ知ラサレハ補償スヘカラサル大害ヲ生スヘキモノナルカ爲メカ大害ヲ生スルカ故ニ成ヘク自首ヲ奬勵スルノ必要アルニ非スヤ是レ刑法カ此三ケ條ノ場合ニハ特ニ刑ノ全免ヲ與ヘテ

官トハ告訴告發ヲ受ルノ職權アル官吏ヲ云フ

自首ハ時間ニ制限ナシ

迄モ之ヲ奬メタルニ非スヤ然ルニ當該官一旦事實アリシコトヲ知ラハ犯人ノ誰タルヲ知ラサルモ既ニ發覺アリトシテ自首ヲ効ナシトセンカ内亂ノ豫備陰謀者ハ假令自首ノ念ヲ生スル者モ自首ノ効ナキカ故ニ他迄事ヲ舉ント スヘク又貨幣ノ僞造者モ他迄之ヲ行使シ法律カ大イニ恐ルヽ所ノ大害ヲ遂ケシムルニ至ラン果シテ然ラハ此場合ニハ却ッテ自首ノ途ヲ塞キ之ヲ遮斷スルノ恐レナキカ是レ刑ヲ全免シテ迄モ自首ヲ奬勵セル法意ニ悖ルコトナキカ

五二〇　本條官ニ自首スト云フ官トハ通常告訴告發ヲ受ルノ職權アル官吏即チ檢事又ハ司法警察官ヲ云フ犯罪ヲ行政官吏若クハ裁判官ニ自首スルモ何等ノ處分ヲモナス能ハス恰カモ通常人カ本人ヨリ犯罪事實ヲ聞知シタルト一般自首ノ爲メ直接ノ効果ヲ生スルコトナシ是ヲ以テ是等ノ官吏ニ首出スルモ官ニ首出シタリト爲スコトヲ得ス（龜山氏四二七、松室氏二六二、仮田氏二三四、刑釋六八九）

五二一　自首ハ犯罪ノ時ヲ隔ルノ時間ニ制限ナシ然レ共準現行犯ノ場合ハ犯罪ト同時ニ發覺シタルモノニシテ此場合官ニ對スル犯罪ノ自白ハ自首ニ似タリト雖モ決シテ自首ト同視スルヲ得ス（刑法論六五二）

減輕スヘキ基本ノ刑ハ如何

五二二　本條及ヒ次條ニ本刑トアルハ從犯未遂犯並ニ特別ノ加重減輕ト本條ノ自首減輕ト併發シタルトキハ從犯未遂犯特別ノ加減ヲナシタルモノヲ本刑トシテ之レヨリ自首減刑ヲナシ其他ノ加減ト本條ノ減輕ト併發シタルトキハ總テ各本條ニ示サレタル刑ヲ以テ基本トナシ即チ之ヲ本刑ト定メテ減輕ス（刑法論六六〇）

自首ノ事實ノ明示

五二三　自首減免ヲ與フルニハ判決文ニ自首アリシト云フノミニテハ足レリセトス自首ノ日時官署及ヒ代首ナラハ犯人カ代首ヲ依頼シテ其身ヲ逮捕シ得ヘキ位置ニ置タル等ノ事實ヲ明示セサルヘカラス（刑法論六五一）

謀故殺ニ自首ヲ許サヽル理由及ヒ之ニ對スル批難

五二四　謀故殺ニ自首減刑ヲ與ヘサル理由如何ン曰ク人ヲ謀故殺スルモ即時ニ自首スレハ決シテ死刑又ハ無期刑ニ處セラルヽコトナシトセハ初メヨリ此減輕ヲ受ルノ希望ヲ以テ諏スク殺人罪ヲ犯スノ弊ヲ生スヘキカノ恐レアレハナリ（刑法論綱三〇、刑正六一四）批難說ニ曰ク謀故殺ヲ犯ス程ノ決心アル者ハ既ニ其刑ヲ受コトルヲ甘ンスル者ナリ假令減刑ヲ與ヘスト規定シタリトモ之ヲ

恐レテ犯罪ノ念ヲ斷ツカ如キハ稀ナルヘシ故ニ謀故殺ト雖モ一般ニ減刑ヲ與ヘサルヘカラス（刑法論六五四、刑釋六九八）自首減輕ハ犯罪ノ種類ニヨリ又ハ輕重ニヨリ差別ヲ設クヘカラス重大ナル犯罪謀故殺ノ如キ最モ其犯人ヲ知ルニ急ナラサルヘカラス若シ誤ツテ有罪ヲ免カレシメ無辜ヲ罰スルアラハ重罪コソ實ニ至大ノ害ヲ生セン然ラハ却ツテ重罪ニコソ自首ヲ奬勵スルノ要アルニ非スヤ（刑法論綱三〇七、松室氏二六七、非上氏六七、磯部氏八九三、飯田氏二三六）

五二五　謀故殺以外ノ人命犯即チ第三編第一章第一節ニ記載シタル以外ノモノ例ヘハ强盜人ヲ死ニ致シタルカ如キ（刑第三〇條）ハ如何ン我立法者ハ第三編第一章第一節以外ノ人命犯ト雖モ豫謀又ハ故意ヲ以テ人ヲ殺シタル所爲ヲモ想像シテ謀殺故殺ト總稱シタルモノニシテ其罪名ノ如何ンニ依ルヘキモノニ非ス（龜山氏四二九）

謀故殺ハ第三編第一章第一節ノミニ限ラサルモノトス

五二六　裁判例

裁判例

○監視規則違犯ハ警察署ニ出頭シテ謹愼ヲ表セサルト共ニ即チ其犯罪アル事實及ヒ犯人ノ誰タルコト發覺シタルモノナルヲ以テ自首減刑ヲ與ヘス（廿二年五月三十一日大審院）

○賭博ノ現行ヲ巡査ニ撞見セラレタルハ已ニ發覺アリトス故ニ現場ヨリ逃走シテ後自首スルモ之ヲ減刑セス（廿二年十月三十日同上）

○自首減刑ハ止タ其自首シタル犯罪ニ限ル故ニ之ニ附帶スル犯罪ニシテ自首セサル部分ニ及ホスコトヲ得ス即チ監守盜ヲ自首スルモ其附帶ニシテ且ツ其手段タル官文書僞造及ヒ官印盜用ノ自首セサル部分ハ減刑ノ限リニアラス（十九年三月三十一日同上）

○既發自首トハ官及ヒ被害者ニ於テ犯人ノ誰タルコトヲ知ルカ若クハ發覺シアリタルモノヲ云フ故ニ犯人ノ誰タルコトノ未タ知レサル以前ハ自首ノ効アリ（十九年六月廿三日同上）

○自首ハ未タ發覺セサル前官ニ之ヲナセハ足ル既ニ被害者ニ發覺シアリタルト否トハ問フヘキモノニ非ス（廿六年十二月七日同上）

○官トハ搜査權ヲ有スル檢事又ハ司法警察官ヲ云フ搜査權ヲ有セサル豫審判事ハ官ニ包含セス（廿八年三月十一日同上）

⊙第八十六條　財産ニ對スル罪ヲ犯シタル者自首シテ其贓物ヲ還給シ損害ヲ賠償シタル時ハ自首減等ノ外仍ホ本刑ニ二等ヲ減ス其全部ヲ還償セスト雖モ半數以上ヲ還償シタル時ハ一等ヲ減ス

罪ノ性質ニヨリ財産ニ對スル罪ナルト否トヲ定ムヘシ

五二七　財産ニ對スル罪ハ刑法第三編第二章ニ規定アリ其内ニハ第三八〇條ノ如ク人ヲ死傷ニ致シ第三八一條ノ如ク婦女ヲ强姦シタルモノアリ是ヲ以テ右第二章ノ罪擧テ之ヲ財産ニ對スル罪ト云フヘカラス故ニ本條ニ所謂財産ニ對スル罪トハ罪ノ性質ニヨリテ定ムヘキ者ナリ(刑正六一五、山氏四三一、龜)

財産ニ對スル犯罪ニ特別ノ自首減輕法ヲ設ケタル理由

五二八　本條ヲ以テ對財産罪ニ付例外ノ減等法ヲ設ケタル理由如何曰ク這ハ是レ理論ニ根據スルニ非スシテ唯對財産罪ハ公益ヲ害スルヨリモ寧ロ一私人ノ私權ヲ破リタルノ損害著大ナルヲ以テ政策上斯ル特例ヲ設ケタルニ外ナラサルヘシ(刑汎三〇三)物件ノ還給損害ノ賠償ヲナストキハ犯罪ニヨリ生シタル損害ノ消滅スルコト甚大ナリ是レ特例ヲ設ケタル理由ナリ(刑草一八〇號)成ルヘク加害者ヲシテ任意ニ之ヲ償還セシメントスルノ政策ナルヘシ(刑法論五九七號)賠償ヲナシタル犯人ハ道德ヲ傷ケタルコト輕少ナルヲ以テ減刑スルヲ至

還償ハ自カラ進ンテ之ヲナス、ヲ要ス

當トス(井上氏六九)立法者ハ財産ヲ以テ自由生命ヨリ輕シト認メタリ贓物ハ返還スレハ損害全滅スルモ身體生命ハ容易ニ損害ヲ回復スルヲ得ス是ヲ以テ例外ノ規定ヲ設ケタルナラン(磯部氏八九五、仮田氏二三五)以上ノ諸說ニ依テ一考セハ對財産罪ニ特別ノ自首減刑法ヲ設ケタル理由ヲ知ルニ足ラン

義務ノ履行ヲ他日ニ期スルハ減刑ノ限リニアラス

五二九　本條ノ償還ハ未タ其要求ヲ受ケサル前自カラ進ンテ之ヲ爲スヲ必要トス(刑正六一六)故ニ犯人ノ財産ヲ差押ヘラレタル場合ノ如キハ還償ト云フヲ得ス(刑草一八〇號、刑法論五七九號、刑法論綱三〇九)然レ共現在ノ贓物ヲ裁判所ニ提出スルヲ要セス贓物ハ或處ニ埋藏セリ請フ官ノ力ニ因テ所有者ニ還付セラレタシト云ヒ又ハ賠償ハ犯人所有ノ地所家屋ヲ以テ之ニ充ン請フ官ノ力ニ因テ處分アリタシト云フカ如キ亦還償タルニ害ナシ(刑正六一六)反對說ニ曰ク凡ソ還給賠償ハ必ス自首ト同時ニ之ヲナスヲ要ス其義務ノ履行ヲ後日ニ約スルカ如キハ減輕スヘキ限リニアラス(龜山氏四三二)余ハ反對說ニ同意ス履行ヲ後日ニ期シテ減刑ヲ得タル後其期ニ及ヘハ實行シ得サルモノ多キニ居ラン然レ共有價證券等ヲ提出シテ償還スルハ償還タルニ害ナカルヘシ

對財産罪ノ特別減刑法ニ對スル批難

五三〇　數人共犯ノ場合甲乙二人ニテ千圓ヲ盗ミ内九百圓ハ甲、百圓ハ乙、之ヲ分取セシトキ乙已レノ得タル百圓ノミヲ還償スルモ三等減ヲ受ル能ハス甲ノ得分タル九百圓ヲモ賠償セサルヘカラス又甲千圓ヲ償フテ乙ハ止タ自首ノミヲ爲シタルトキハ乙ハ三等減ヲ受ヘシ甲ハ從犯乙ハ正犯ナル時モ亦同一ナリ斯ル不權衡ハ免カレサルヘシ（刑正六一七）贓物返還損害賠償ハ固ト私訴ニ屬スルモノニシテ私法上犯人ノ自然負擔スヘキ義務ナルヲ以テ刑罰上ニ輕重ノ影響ヲ及ホスヘキモノニ非ス然ルヲ還給ヲ以テ宥恕減刑ノ原因トナシタルハ不都合ナリ或ハ之ヲ以テ酌量減輕ノ模樣トナスハ可ナラン（刑汎三〇、刑釋七〇一）又一圓ヲ盗ンテ自首シタルカ故ニ一等ヲ減シ一月十五日以上三年以下ノ刑トナリ千圓ヲ盗ミ自首シテ六百圓ヲ償フタル者ハ二等減ニテ一月以上二年以下ノ刑トナル輕重顚倒スルノ不都合ナキカ（刑釋七〇二）

賠償額ノ定量

五三一　贓物金額ニ非スシテ物件ナルトキハ其物件ノ價格ヲ評量シ以テ還給ノ半數以上ナルヤ否ヲ定メサルヘカラス（龜山氏四三五）贓物ノ外ニ他ニ損害ヲ生セシメタルトキ其損害カ犯罪ニヨリ直接ニ生シタルモノナルトキハ之ヲ併セテ損害額トナシ全體ヲ償ハサルヘカラス（刑法論六五五）

五三二　裁判例

○戶長役場ノ主任者ニ官金窃取ノ始末内濟ヲ乞ヒタル書面ヲ送リタルハ自首ノ効アリ（廿一年三月三十一日、大審院）

○贓物ノ全部ヲ還サスシテ其幾分ヲ償還シ其餘ハ勘辨ヲ得タルハ全部ノ償還ト均シク自首減刑ノ外尙ホ二等ヲ減スヘキモノナリ（十九年五月十一日同上）

◎第八十七條　財産ニ對スル罪ヲ犯シ被害者ニ首服シタル者ハ官ニ自首スルト同ク前二條ノ例ニ照シテ處斷ス

五三三　贓物還給損害賠償ハ官ニ自首スル場合ニ限ラス寧ロ實際ニ於テハ被害者ニ對シ直接ニ之ヲナス者多キニ居ラン是レ此條ノ規定アル所以ナリ（龜山氏四三六）蓋シ對財産罪ハ私人ノ權利ニ害ヲ與ヘタルコト害惡ノ主タルモノト想像セラレシニ由ルナラン

◎第八十八條　此節ニ記載スルノ外本條別ニ自首ノ例ヲ掲ケタル者ハ各其本條ニ從フ

第八十七條　第八十八條

自首減免ノ特別例及ヒ其理由

五三四　本條外ノ自首ニ關スル特例ハ刑第一二六、一九二、二二六條ニシテ刑ヲ全免スルモノトス是レ一旦其事成ルニ於テハ不測ノ大害ヲ生スルニ至ルヲ以テ之ヲ未發ニ防キ被害者ヲ救フニ急ニシテ犯罪必罰ノ原則ヲ枉ケサレハ遂ニ良民ヲ殺スノ恐レヲ去ル能ハサルヲ以テ特例ヲ以テ別ニ自首全免ノ法ヲ設ケラレタルモノナリ（刑法法六四〇、刑法論綱三一〇、刑正六一九、飯田氏二三六）

本條ニ從フノ意義

五三五　各本條ニ從フトハ其減等法ノミ各其本條ニ從フト云フノ意義ナリ故ニ各本條ニ明文ナキモノ即チ未タ發覺セサ前ナルコト官ニ自首スルヲ要スルコト等ハ總テ總則ノ自首減輕ノ規定ニヨラサルヘカラス（刑正六二〇、刑法論六五八）

第三節　酌量減輕

法律上ノ減輕及ヒ裁判上ノ減輕

五三六　宥恕減輕、自首減輕ハ立法者自カラ減輕スヘキ情狀アリト一般ニ推定シ之ヲ規定シタルモノナレハ裁判官ハ必ス之ニ服從セサルヘカラス之ヲ法律上ノ減輕ト稱ス本節ノ酌量減輕ハ法律必ス減輕スヘキコトヲ命セスシテ其減スルト否トヲ裁判官ニ一任ス之ヲ裁判上ノ減輕ト云フ而シテ裁判上ノ減輕ハ一種ニシテ（即チ酌量減刑是ナリ）法律上ノ減輕ハ四種ナリ其中二種ハ一定ノ名稱ヲ有ス（即チ宥恕及ヒ自首）其他ノ二種ハ未遂犯及ヒ從犯ノ減輕トス又裁判上ノ減輕ハ一般ノモノニシテ重罪、輕罪、違警罪ニ通用ス（刑法論五四七號、五四八號、龜山氏四三六、磯部氏八八三、刑正六二一、刑釋七二二）

酌量減輕ノ原因ニ制限アリヤ否ヤ

五三七　酌量減輕ヲ制定シタル必要如何ン曰ク死刑、無期刑ノ外ハ法律上刑期ノ長短、金額ノ多寡ヲ設ケテ範圍ヲ定メタレ共其範圍ハ元ト狹小ニシテ千差萬別ノ犯情ニ應スルニ足ラス是ヲ以テ其範圍ニ逸出シ得ヘキ減輕ヲ許スハ必要アリ是レ酌量減輕ノ制アル所以ナリ（龜山氏四三七、刑法論五五一號、刑正六二一、刑汎三〇五、井上氏四七〇、松室氏二六八、刑法論綱三一一、飯田氏二九〇、磯部氏九〇二）死刑ト無期刑トハ範圍ナキ刑ナリ故ニ若シ酌量減輕ノ法ナクンハ各事件上減等ノ情狀アルモ一定ノ刑ヲ科スルノ外ナクシテ罪刑ノ權衡ヲ保タシムルノ途ナシ是レ酌量減輕ノ設ケアル第二ノ理由ナリ（刑法論六一〇、刑正六二四、刑汎三〇五）

五三八　酌量減輕ハ其原因ニ制限ナシ主觀的即チ犯人ノ情實ト客觀的事實トニ基キ減輕ヲ適用スヘシ是レ此兩樣ヲ法律ノ書シタル刑ノ内ニ網羅シテ之ニ應スル能ハサルカ故ニ酌量減輕法ヲ設ケタルモノナレハナリ（刑法論五五二號）

反對說ニ曰ク犯罪事實ノ情況ハ立法者豫見スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ二人以上ノ竊盜、水火、震災ニ乘シタル竊盜兇器ヲ持シタル竊盜等種々之ヲ豫見シテ其刑ヲ各樣ニ定メタリ之ニ反シテ犯人ノ情實ニ至リテハ到底豫測スルコト能ハス放逸ノ資金ニ盜罪ヲ犯スアリ親ノ貧苦ヲ救ハントシテ犯スモノアリ千狀萬態一片ノ法文ヲ以テ豫斷スルコト能ハス故ニ酌量減輕ハ特ニ此犯人ノ情實ニ基キ罪惡ノ度ニ權衡ヲ保タシメントスルノ主旨ニ出ツ（刑正六二二、磯部氏九〇三）ト此反對說ヲ駁スル第一ニ曰ク本條ハ所犯情狀云々ト云ヒテ犯人ノ情實若クハ犯人ノ身分、位置、境遇、犯罪ノ遠因ト云フ如キ主觀的情實ニ限リテ減輕スト云フノ筆鋒ニ非ス其第二ニ曰ク法律カ一定ノ刑ヲ示シタルハ罪惡ノ度ヲ觀察シテ定メタルモノナリ罪惡ノ度ハ犯人ノ情實ト犯罪事實ト兩ツナカラ觀察セサレハ之ヲ測定スル能ハス若シ立法者ハ犯人ノ情實ヲ觀察シ能ハサルモノト云ハヽ罪惡ノ度ヲ測定スル能ハサラン折衷主義ヲ採リタル我立法者ハ背德即チ犯人ノ情實ノ程度ヲモ觀察シテ刑ヲ定メタルニ非スヤ其第三ニ曰ク反對說ハ犯罪事實ノ情狀ハ法律ノ上ニ網羅シタリト云ヘリ然レ共枯枝一本燒餅一個ノ竊盜ニ至ル迄刑法上ノ刑ノ最低度ニテ罰スレハ之ヲ相當ニシテ酷ニ過ルニ非スト爲スカ（刑法論六一二）以上兩說相對ス余ハ酌量減輕ノ原因ハ犯人ノ情實ト犯罪事實トニ論ナク汎ク適用スヘク全ク無制限ナリ（刑草四〇六）ト此說ニ同意ス刑草第一八二號ニモ罪科ノ變狀千差萬別ナルコトハ事實自カラニ存スルヨリモ犯人ニ存スルモノナリ（絕對ニ事實ノ上ニハ存セストハ云ハス）云々同第一四六號ニ減輕スヘキ情實アリトスル者ハ啻ニ德義上ノ罪惡少ナキノミニ限ラス亦社會ヲ害スルコト少ナキ者ヲ減刑シテ可ナリト說カレタリ以テ適用ノ汎キヲ窺フニ足ラン

原案ノ情狀ハ犯罪ト其減等ノ爲メ犯人ニ與ヘタル益ヲ酌量スヘキ法ヲ用ヒカヲスル

五三九　重罪刑ニ付テハ酌量減刑アレハ犯人必ス其利益ヲ受ク輕罪、違警罪ノ刑ニ付テハ一等又ハ二等ヲ減スルモ其減等法ハ本刑ノ四分ノ一ヲ減スルヲ以テ一等トナスカ故ニ犯人ハ減刑ノ利益ヲ受サル場合ヲ生ス例ヘハ竊盜ノ刑二月以上、四年以下ノ刑期ヨリ二等ヲ減スルモ一月以上、二年以下トナル此範圍ニ於テ一年又ハ二年ニ處セラルヽモ其一年又ハ二年ノ刑期ハ本刑タル二月以上四年以下ノ範圍內ニアルヲ以テ犯人ハ毫モ減輕ノ利益ヲ受サ

ルナリ如此實際ニ利益ナシトスルモ裁判官ハ實際ニ利益ナシトノ理由ヲ以テ酌量減輕ノ情狀アルニ拘ハラス其減輕ノ法ヲ用ヒサルコトヲ得サルナリ（龜山氏四三七）反對說ニ曰ク以上ノ例ノ如ク實際無益ノ減刑ヲ言渡サハ上級審ノ破毀ヲ免カレサルヘシ故ニ裁判官ハ法定ノ最短期ノ刑ヲ科スルモ猶ホ重キヲ感スル時始メテ酌量シテ其最短期ヨリ以下ニ於テ刑ヲ言渡サヽルヘカラス（刑法論六二〇、刑正六三二）此反對說ヲ駁シテ曰ク法律上ノ減刑ト雖モ其結果前例ト同シク名義上減輕ヲ與ヘテ實際上ニ之ヲ與ヘサルコトアリ故ニ實際上何等ノ結果ヲ生セサルコトヲ理由トシテ減輕ノ情態即チ宥恕又ハ自首アルモ其減刑法ヲ用キサランカ其判決ハ即チ法則ヲ適用セサル不當ノ判決トシテ破毀セラルヘシ裁判上ノ減刑モ亦之ト同シク苟クモ原諒スヘキ情狀アリト認メタルトキハ必ス酌量ノ法ヲ用ユヘク實際上ノ結果如何ンハ敢テ豫想スヘキ所ニアラス（龜山氏四三九）以上兩說相對ス余ハ龜山氏ノ說ニ贊成ス何トナレハ反對說ハ第一ニ法律ノ成文上ノ誤謬アルカ如シ第八十九條ニハ所犯情狀原諒スヘキ者ハ酌量シテ本刑ヲ減輕スルコトヲ得トノミアッテ犯情ヲ原諒シ法定ノ最低短期ニ處スルヲ重シトスルトキハ酌量シテ云々トハ云ハス然ラハ實際上縱シヤ短期以上ニ處スルトキト雖モ情狀ヲ原諒シテ酌量法ヲ用ユルニ何ノ躊躇スル所アランヤ第二反對說ハ短期以上ニ處セラルレハ犯人ニ無益ナリト云ヘリ然レ共固ト法律上ト裁判上トヲ問ハス減輕ナル者ハ法律カ止タ刑ヲ輕クスト云フノ主旨ニアラスシテ先ツ其犯人ノ罪狀ヲ輕シト定メ若クハ輕シトセサルヘカラサルモノアルヘシト豫見シタルニ由ル故ニ均シク窃盜ヲ犯スモ遊惰ノ資金ニ盜ミタル甲ト共同公通ノ橋梁ヲ架スル爲メ用材ヲ盜ミタル乙トハ其罪情固ヨリ同一ニ非ス斯ル場合乙ノ罪狀ヲ原諒セスシテ甲ト均シク法定ノ短期以上ニ處セラルヽト假定セヨ犯人カ社會ノ憎惡擯斥ヲ受ルコトモ甲乙同シカルヘシ然レ共裁判官ニ於テ乙ハ原諒スヘキ情狀アリトシテ其宣告ヲナシタランニハ乙ノ面目幾分ヲ保チ將來酷シキ擯斥ヲ受スシテ良民ニ齒スルコトヲ得ヘシ是レ目下刑期ノ幾分ヲ減セラルヽヨリモ名譽上ノ利益甚タ大ナルモノアルヘシ故ニ余ハ龜山氏ノ說ニ同意ヲ表スル所以ナリ

判決書ニハ酌量減刑ノ理由ノ明示ヲ要セス

五四〇　裁判官ハ刑法規定ノ刑即チ立法者カ事實ノ有罪ノ程度ニ應シテ定メタル刑ヲ酷ニ過ルトシ或ハ誤謬アリトシテ酌量減輕ヲナスコトヲ得ス（刑草四一二、刑汎三、刑釋七一二）然レ其判決書ニハ犯情原諒スヘキカ故ニ何等ヲ減スト記載スルノミニテ足レリ彼ノ自首宥恕等ノ如ク其事實ヲ明示スルヲ要セス（刑正五以下）

減等スヘキ基本ノ刑ハ如何

◎第八十九條　重罪、輕罪、違警罪ヲ分タス所犯情狀原諒ス可キ者ハ酌量シテ本刑ヲ減輕スルヿヲ得

法律ニ於テ本刑ヲ加重シ又ハ減輕ス可キ者ト雖モ其酌量ス可キ時ハ仍ホ之ヲ減輕スルヿヲ得

◎第九十條　酌量減輕スヘキ者ハ本刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス

五四一　酌量減輕ヲ用ユルトキ本刑ニ何等ヲ減スト云フ其所謂本刑トハ孰レノ刑ヲ云フカ即チ減等スヘキ基本ノ刑ハ何ヲ云フカ

甲、重罪ニ付テハ刑名一箇ヲ一等トナス而シテ酌量減輕ハ最後ニ於テスヘキモノナルカ故ニ第九十九條ノ順序ニ從ヒ酌量減輕ノ前ニ來ル自首減輕等ヲ施シ殘リタル刑ヲ基本トシテ之ヨリ減等ス

乙、輕罪ノ刑ハ各本條ニ記スル刑期金額ノ四分ノ一ヲ減スルヲ以テ一等トナセトモ若シ從犯未遂犯及ヒ特別ノ加減ノ原因加ハルトキハ先ツ之ヲ加減シ其殘レル刑ヲ基本トシ其四分ノ一ヲ減ス又若シ再犯加重宥恕減輕自首減輕ト酌量減輕ト併發シタルトキハ各本條ノ刑期金額ヨリ四分ノ一ヲ減ス即チ各本條ノ刑ヲ基本トシテ減等ス

丙、違警罪ニ付テハ從犯ナク又特別ノ減輕ナシ故ニ酌量減輕ノ基本トナル刑ハ常ニ各本條ノ刑ナリ

附加刑ノ減刑

五四二　附加刑ニ付酌量減輕ノ適用アルハ罰金ノミナリ其故ハ罰金ハ主刑執行後又ハ主刑全免後犯人ノ擧動ヲ視察スルヲ主眼トシタル監視ト異ナリ初メヨリ主刑ノ効ヲ全カラシムルノ趣意ヲ以テ犯人ニ苦痛ヲ與フル趣意ニ出ツ是ヲ以テ罪惡ノ程度ト權衡ヲ有タシムルハ刑法全體ノ主義ナルカ故ニ之ニ對シテ酌量減輕ノ適用アルハ理論上當然ノコトトス（刑法論六二四）

第五章　再犯加重

再犯ノ刑ヲ加重スル理由如何及ヒ其批難

五四三　再犯トハ既ニ有罪ノ判決ヲ經テ其裁判確定シタル後再ヒ罪ヲ犯シタルヲ云フト是レ判例學說共ニ一樣ニシテ別ニ異論アルヲ見ス故ニ一一引證ヲ揭ケス

五四四　再犯ノ刑ヲ加重スル理由如何、曰ク初犯ノ刑ヲ受タルニモ拘ハラス之ニ懲リス其背德加害ノ點前犯ノ時ヨリ一層重大ナルヲ以テ更ニ重ク罰シテ刑ノ目的ヲ達スルノ必要アルヲ以テナリ（刑正六三三、穗山氏四〇九、刑法論八五七號、及ヒ九五五頁、刑釋七二）之ニ對スル批難說曰ク再犯加重ハ後罪ノ刑ノ加重タル全ク前罪ノ存在セシカ爲メナレハ再ヒ前罪ヲ罰スル者ニシテ一事再理ノ原則ニ悖ル（カロオ氏二卷三〇〇）ト反駁ニ曰ク我刑法ハ再犯ノ刑ヲ重クスルト共ニ再ヒ初犯ノ刑ヲモ重ク貼斷スルニ非ス止タ再犯罪ノ害惡ノ重キニ對シテ其刑ヲ重クスルニ過ス是ヲ以テ決シテ一事再理ニ非サルヤ明カナリ（刑正六三五、刑草一八九號、刑法論九五四、磯部氏九〇〇以下、穗山氏四〇九、刑汎三〇八、刑法論綱二八九、刑釋七二三）ト由テ之ヲ見レハ一事再理說ハ容レラレサルヲ知ルヘシ仍ホ加重ノ理由トシテ抑加重ハ一國ノ政策上社會ノ危險ヲ防遏スルカ爲メノ方便ナリト論シ（刑汎三〇九）又ハ加重ノ理由ハ一旦刑ノ苦痛ヲ受ケ若クハ受ツ

再犯加重ハ主觀的情實ニヨル加重ナリ

再犯加重ハ刑ノ性質ヲ變セス

ツアルニモ拘ハラス再ヒ犯罪アルヲ以テ見レハ將來累々罪ヲ犯スノ危險アリ此犯人ハ其心情初犯者ニ比スレハ背德甚タ大ナルカ故ナリト云ヘリ（松室氏二七二、井上氏四七二、刑法論九五五、飯田氏二九二）

五四五　再犯加重ハ犯罪事實ノ狀態ニヨル客觀的ニ基カスシテ犯人ノ心情タル主觀的理由ニ基クヲ以テ刑法ニ所謂身分ニヨリ刑ヲ加重スル（刑第百〇六條）モノタリ是ヲ以テ數人連合犯ノトキ他ノ數人ニ之ヲ及ホシテ加重スルコトナシ（刑法論八八〇號、刑法論綱二九、飯田氏二九一）

五四六　再犯加重ハ刑ノ性質ヲ變更セス故ニ違警罪ノ刑ハ加ヘテ輕罪ニ入レス輕罪ノ刑ハ加ヘテ重罪ニ入レス重罪ノ刑ハ死ニ入レス（刑草第一（刑第六六條、第七〇條二項、第七二條二項）、四八號）

◉第九十一條　先ニ重罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯重罪ニ該ル時ハ本刑ニ一等ヲ加フ

◉第九十二條　先ニ重罪、輕罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯輕罪ニ該ル時ハ本刑ニ一等ヲ加フ

第九十一條　第九十二條

第九十一條　第九十二條　第九十三條

◎第九十三條　先ニ違警罪ノ刑ニ處セラレタル者再犯違警罪ニ該ル時ハ本刑ニ一等ヲ加フ但一年內再ヒ其違警罪裁判所ノ管轄地內ニ於テ犯シタル時ニ非サレハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス

再犯成立ノ要件及ヒ再犯不成立ノ例示數個

五四七　再犯ノ成立スルニハ第一ノ條件トシテ先キニ有罪ノ判決ノ確定シタルコトヲ必要トス故ニ罪トナルヘキ所爲ヲ決行シタルモ刑法ノ効力ヲ及ホス能ハサルニ因テ若クハ精神上犯罪成立要素ヲ欠キタルニ因テ又ハ法律カ公訴ヲ免スルニ因テ有罪ノ判決ナクシテ止ミタル後再ヒ罪ヲ犯スモ再犯ハ成立セス又假令有罪ノ判決アリタル後ト雖モ未タ確定セサル間即チ對席判決ナラハ上訴期間內若クハ上訴中又欠席判決ナラハ故障期間內若クハ引續キ逃走中罰金ナレハ判決送達ノ日ヨリ三日內ニ於テ再ヒ犯罪アルモ再犯タラス仍ホ後犯ノ時迄ニ前ノ判決ヲ大赦ニテ取消サレタルコトナキ時ニ非サレハ再犯トナラス（待救復權ハ再犯ノ成立ニ害ナシ）非常上告及ヒ再審ノ訴カ立タサリシ時ニ非サレハ再犯トナラス初犯ノ判決カ刑法以外十四年十二月三十一日以前ノ法律規則ヲ以テ處斷セラレタル者ハ再犯トナラス（十四年第七十二號布告第五條）初犯カ外國ノ裁判ナル時ハ再犯トナラス（以上諸家或ハ其一ヲ論シ或ハ二ヲ述ヘテレタルモノ此ニ綜合シテ一號ト爲ス但磯部氏ハ講義）（我刑法ハ犯罪ノ場處ニ關シテ再犯トスルト否トヲ限ラサルヲ以テ外國ノ裁判モ亦初犯トシテ算フヘシト述ヘラレタリ記シテ參考トス）（刑法論八五六號以下、松室氏二七三、井上氏四七七以下、刑法論綱二九九、飯田氏二九三以下、刑汎三〇六、磯部氏九四四）獨、墺、蒲ノ

再犯罪ハ初罪ト同性質ナルヲ要セス右ニ對スル批難

五四八　再犯ノ成立スル第二ノ條件トシテ再度犯罪アルヲ要ス此再犯ノ罪ハ初犯ノ罪ト同性質ノ犯罪ナルト否トヲ問ハサルカ曰ク我刑法ハ初犯ト再犯ト同性質ノ罪ナルト否トヲ問ハス之ヲ再犯トス（刑法論九四三、）獨、墺、蒲ノ三國刑法ハ同性質ノ犯罪ニ非サレハ再犯トナサス我舊法新律綱領、改定律例ノ如キモ亦此主義ナリキ之レニ反シテ佛、伊、唐、明、清及ヒ我大寶令、德川百ケ條ノ如キハ現行刑法ト同シク同性質ノ罪ト異性質ノ罪トヲ問ハス再犯トナセリ現行法ニ對スル批難說ニ曰ク刑ノ加重ハ同罪ヲ再ヒシタル時ニ限ルヘシ故ニ先キニ竊盜罪ニヨリ刑ヲ受タル者後チニ殺人罪ヲ犯スカ如キハ前犯ノ刑未タ必シモ懲戒ノ効ヲ奏セスト云フヘカラス（刑釋七二五）ト反對說ニ曰ク再犯加重ハ再ヒ法律ヲ破ルハ背德加害ノ度甚タ重シトスルニアリ前後罪質ノ異同ハ問フ所ニアラス且假令異種ノ犯罪ニ對シテモ加重ノ要ナシト云フヘ

刑ノ字ノ解釋及ヒ重罪ノ意義ノ解釋

カラス即チ兇惡甚シキモノハ殺傷、强盜、詐欺、僞造、放火等ニ別ナク累犯ヲ意トセスシテ續々之ヲ犯ス彼ノ再犯加重法カ初犯ノ處分ニ屈セサル惡徒ヲ懲戒スルノ主旨ニ出ルトセハ異種ノ累犯者ニモ適用スヘキハ當然ナリ（刑法論綱二九二、磯部氏九一二）以上兩說中余ハ前ノ批難說ニ同意ス先キニ毆打創傷罪ヲ犯シ後チ囚徒ノ逃走ヲ覺ラサル罪ヲ犯シタルカ如キ前後何ノ關係カアル此他實際事ニ遭遇シテ前後異質ノ犯罪ニ付再犯トスルニ理由ナシトノ感アルコト多シ殊ニ過失犯ノ場合ハ再犯トシテ懲ムヘキモノ更ニ之ナキヲ信ス故ニ特種犯罪ニ付加重スヘキコトトナシ一般ノ再犯加重ハ改定アランコトヲ望ム

五四九　本條ハ孰レモ刑ニ處セラレタル者ト云ヒテ罪ヲ犯シタル者ト云ハス故ニ先キニ重罪ヲ犯シタルモ減輕ニヨリ實際輕罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ後チニ重罪ヲ犯スモ再犯トナラス（刑法論八七一號、松室氏二七九、刑法論綱二九八、飯田氏三〇四、磯部氏九一七）又再犯重罪ニ該ル時トアル重罪トハ罪ノ性質上重罪ナルトキヲ指シタルモノニシテ犯人ニ科スル所ノ刑ノ如何ンニ拘ハラサルナリ而シテ罪ノ性質ノ重罪ナルカ輕罪ナルカ之ヲ知ルニハ總則ニヨリ減輕セラルヽ者ハ其刑カ減輕ノ

本刑トハ如何

判決確定ノミニテ一モ執行セサルニ再犯トスルノ批難

爲メ輕罪ノ刑ニ下ルモ其罪質ハ常ニ重罪ナリ之ニ反シテ第二編以下各本條ノ減等及ヒ從犯未遂犯ノ減等ハ或ル場合ノ外多クハ罪質ヲ變ス（刑正六四一以下、松室氏二七九、飯田氏三〇四、刑草第一四八號照考）

五五〇　本條ノ本刑トハ總則ノ減等法（從犯及ヒ未遂犯ノ減等ヲ除ク）ヲ適用セサルヘカラサル時ハ未タ減等セサル刑ヲ本刑ト云ヒ從犯及ヒ未遂犯其他各本條ノ特別ノ減等ヲ用ユル場合ニハ其減等シタルモノヲ以テ本刑トナスヘキナリ（刑正六四五）

五五一　本條ハ刑ニ處セラレタル者トアツテ刑ヲ執行シ終リタルモノト云ハス故ニ假令一日ノ執行ヲモ受サル者モ其確定後ニ犯罪アレハ再犯トセラル（井上氏七五四）判決カ確定シタルノミニテハ全然懲戒ノ効ヲ奏スヘキ謂レナシ然ルヲ之ヲ刑ノ執行ヲ受テ現ニ苦痛ヲ嘗メ再ヒ犯罪アルモノト同列ニ概見シタルハ不當ノ規定タルヲ免カレサルヘシ（龜山氏四一一、刑法論九四九、井上氏四七六）余ハ大イニ此說ニ同意ス懲戒ノ實ハ判決ノ確定ニアラスシテ執行ノ苦痛ニアリ未タ懲戒ノ實ヲ行ハスシテ其懲リサルヲ咎ム是レ其加重ノ理由何レノ處ニアル

カ

初犯ト再犯トノ間ニ經過ノ期限ヲ設クルノ希望

五五二　本條ハ孰レモ先ニ云々再犯云々ト云ヘリ其初犯ト再犯トノ間ニ經過シタル時間ノ長短ヲ問フノ必要ナシ止タ第九十三條ノ但書ニノミ一年間ノ期限ヲ置ケリ然レ共初犯ノ刑ノ執行後數十年ヲ經過シテ後罪ヲ犯シタル者ヲ以テ前刑ニ懲リサルノ致ス所トシ即チ懲戒不治ノ徵候アリトシテ再犯加重ヲナスハ酷ニ失スルニ非スヤ改正ヲ要スルノ點ナラン（刑論八七六號、刑法論綱二九六、刑法正義六四八、刑汎三一一）佛國刑法ニハ前キノ刑ノ執行ヲ終リタル後三年內ニ再ヒ犯シタルトキ再犯罪トシ違警罪ハ之ヲ一年內ト規定シ又普魯士刑法ニハ十年トセリ（刑釋七二八）

再犯トスルニハ前後ノ犯罪牽連ナキヲ要ス

五五三　再犯加重ヲナスニハ後犯罪カ前犯罪ト牽連ナキヲ要ス故ニ囚徒逃走又ハ剝奪公權、停止公權ノ者私カニ公權ヲ行ヒタル罪、監視ノ執行ヲ免カレタル罪ノ如キ前犯罪ノ刑ノ執行ニ關係ヲ有スル犯罪ハ再犯トナラス是等ノ犯罪ハ初犯アラサレハ決シテ生スルコトナキ犯罪ナルヲ以テ若シ之ヲ加重スル時ハ自然前犯ノ刑ヲ加重スルニ外ナラサレハナリ（刑法論綱三〇一、井上氏四八一）

前後犯罪ノ加重スルト否トノ區別

五五四　刑法上前後ノ犯罪ニ付加重スル者ト否ラサルモノトヲ區別スレハ左ノ如シ

後犯罪ノ刑ヲ加重スルモノ

第一、前犯、後犯共ニ重罪ナルトキ

第二、前犯重罪ニシテ後犯輕罪ナルトキ

第三、前後共ニ輕罪ナルトキ

第四、前後共ニ違警罪ナルトキ（但初犯後一年內其違警罪ヲ管轄スル裁判所ノ管轄地內ニテ再犯シタルトキ）

後犯罪ノ刑ヲ加重セサルモノ

第一、前犯輕罪ニシテ後犯重罪ナルトキ

第二、前犯違警罪ニシテ後犯重罪若クハ輕罪ナルトキ

第三、前犯重罪若クハ輕罪ニシテ後犯違警罪ナルトキ

第四、前後共ニ違警罪ニシテ其違警罪裁判所ノ管轄地ヲ異ニスルカ若クハ初犯ヨリ一年後ニ犯シタルトキ

第五、陸海軍裁判所ニテ初犯ノ罪軍律ニヨリ處斷セラレタル後普通刑法ノ

罪ヲ犯シタルトキ

第六、大赦ニヨリ前犯ノ免罪ヲ得タル者再ヒ罪ヲ犯シタルトキ

以上ハ第九十一條乃至第九十七條ノ明文アルモノナリ其他或ル狀態アル者再犯トナルヤ否ヤハ第五四七號ノ學說ニ依リ之ヲ知悉スヘシ

五五五　先キニ輕罪以下ノ刑ニ處セラレタル者再犯重罪ニ該ル者ハ何故ニ加重セサルカ曰ク再犯ノ刑初犯ノ刑ヨリモ重キカ故ニ其刑ヲ加重スルニ及ハスシテ仍ホ充分ニ狀情重キ再犯ノ犯人ヲ懲戒スルニ足ルカ故ナリ（刑法論綱二九六、刑釋七三七）之ニ對スル批難ニ曰ク再犯重罪ノ刑カ初犯輕罪ノ刑ヨリ輕キ場合アリ例ヘハ初犯窃盜ノ刑（二月以上四年以下）ニシテ再犯强盜未遂犯（第三七八條ノ輕懲役ヨリ未遂犯二等ヲ減スレハ一年六月以上三年九月以下ノ重禁錮トナル）ナルトキ此刑期ハ初犯ノ窃盜罪ノ刑二月以上四年以下ノ刑ヨリモ輕シ然ラハ再犯ノ刑カ初犯ノ刑ヨリモ重キカ故ニ加重スルニ及ハストノ理由ハ之ヲ貫ク能ハス他ニ理由アリ重罪カ輕罪及ヒ違警罪ニ於ル場合ニ加重セサルハ各其罪質相異ナルヲ以テナリ（刑正六五二）

五五六　裁判例及ヒ決議

再犯重罪ニ該ル故ニ何ト刑ヲ加重セサルカ

違警罪ニ限リ時ト場ヲ處ト制ニ限ルトキハ設ケタル無意犯若クハ故意ナク其刑罪ノ苦レ痛ハ忘レ且各地方毎ニ違警罪ニ特別ノ多キニ故ナク居ルカ松室氏

二七六、上氏四七三井氏、富井氏二九氏、六磯部氏、五一三九〇七七飯田氏、刑正六五四二

判決例及ヒ決議

○再犯加重ノ法則ヲ適用スルニハ前ニ何等ノ犯罪ニヨリ何レノ裁判所ニ於テ如何ナル刑ニ處セラレタルカノ事實ヲ明示スルヲ要ス（廿六年四月廿四日大審院）

○普通犯罪ニヨリ處罰セラレタル後徵兵令ニ違背シタル時ハ尙ホ再犯加重ス（十四年、七十二號布告ハ其前ノ法律規則ニ關シテノミ再犯加重ノ例ヲ用ヒサルヲ定メタルモノナレハナリ）（廿六年十月四日法曹會決議）

○窃盜罪ニテ一度囚徒逃走罪ニテ一度都合兩度ノ前科アル者尙ホ又窃盜罪ヲ犯シタルトキハ前ノ逃走罪ノ處刑ヲ前科中ニ加ヘ三犯ヲ以テ論スヘシ（第一四三條ハ現ニ判決スル罪カ囚徒逃走ニ係ルトキノミニ適用スヘキ規定ニシテ他罪ニ適用スヘキモノニ非サレハナリ）（廿八年十月五日法曹會決議）

○煙草稅則ノ如キ專ハラ納稅上ニ關シ其規則ヲ設ケタルモノナレハ即チ同稅則第三十一條ニ特定シアル如ク假令該稅則ニヨリ處斷セラレ再犯尙ホ同稅則ヲ以テ處斷スヘキニ該ル場合ハ勿論再犯普通刑法若クハ他ノ單行刑律中刑法ノ再犯加重例ヲ用ヒスト特記シアラサル規則ニ照シ處斷スヘキ時トヲ問ハス煙草稅則違犯ノ罪ニ付テハ普通刑法ノ總則ニ定メタル再犯加重例ヲ適用スヘカラス故ニ古物商取締條例中ニ刑法ノ再犯加重例ヲ用ヒスト特記シアラサルニ初犯煙草稅則ニヨリ處斷セラレタルトキハ加重

ノ限リニアラス（廿二年四月十一日大審院）

○誤テ再犯加重例ヲ適用シタルモ其罪ハ數罪俱發ニ係リ他ノ重キ罪ニ從ヒ處斷シタレハ犯人ニ科シタル刑ニ利害ノ影響ヲ及ホスコトナキヲ以テ原判決破毀ノ限リニアラス（廿一年十月廿六日同上）

確定後ニアラサレハ再犯トナササル理由

◎第九十四條　再犯加重ハ初犯ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ之ヲ論スルヿヲ得ス

五五七　裁判確定ノ後ニアラサレハ何故ニ再犯トナサヽルカ曰ク未確定ノ間ハ法律上上訴スルヲ得ルヲ以テ犯人ハ自信シテ無罪ナリト思惟セルコトアルヘシ是ヲ以テ毫モ犯人ノ心情ヲ懲戒スルノ効ナキヤ勿論ナリ然レ共一旦確定ニ至レハ當然判決執行ノ効ヲ生スヘキノ理ナルニ由ル（井上氏四六、磯部氏九二〇、高木氏刑法義解、刑釋七四八）

◎第九十五條　刑期限内再ヒ罪ヲ犯スニ因リ刑ヲ宣告シタル時ハ先ツ其定役ニ服ス可キ者ヲ執行シ定役ニ服セサル者ヲ後ニス若シ初犯再犯共ニ定役ニ服スル刑ニ該ル時又ハ共ニ定役ニ服セサル刑ニ該ル時ハ先ツ其重キ者ヲ執行ス

宣告ノ前後ニ拘ハラス各之ヲ徴收ス

罰金科料ニ該ル者ハ順序ニ拘ハラス各之ヲ徴收ス

五五八　本條ノ規定ハ刑期限内再ヒ罪ヲ犯スニヨリ刑ヲ言渡シタルトキノ爲メ設ケラレタレ共此規定ハ總テ初犯刑ト再犯刑トヲ共ニ執行スヘキ場合ニ適用スルコトヲ得ヘシ即チ一ノ刑期限内再犯罪ノ刑ヲ宣告セラレタルトキ其宣告ノ前後ニヨリテ執行スルトキハ例ヘハ禁錮ノ刑期限内重罪ヲ犯スモ先ツ其禁錮ノ執行ヲ終ラサルヘカラス斯ノ如クスルトキハ其禁錮ノ執行中ハ公權ヲ剝奪シ治産ヲ禁スルコトヲ得サルヘシ均シク禁錮刑ノ場合ニ於テモ初犯ハ輕禁錮再犯ハ重禁錮ナルトキハ直チニ定役ノ苦痛ヲ與フルコト能ハサルヘシ故ニ此ノ如キ不都合ヲ避ン爲メ本條ヲ以テ特ニ執行ノ順序ヲ定メタルナリ（熊山氏四二〇、刑釋七五四、刑汎三一二）

換刑禁錮及ヒ附加刑ノ執行順序

六五九　本條ハ附加ノ罰金ニ換ヘタル輕禁錮ノ執行順序ニモ之ヲ布延シテ適用スヘキモノナリ即チ定役アル主刑ト附加ノ罰金ニ處セラレ限内納完セサルトキハ定役アル主刑滿了後換刑ノ處分ヲ執行セサルヘカラス（刑法論八二號）